

REKABETİN DİKEY KISITLANMASINA GRUP MUAFİYETİNİN UYGULANABİLMESİ BAKIMINDAN PAZAR PAYI SINIRLAMALARI

Özlem KARAMAN COŞGUN*

Giriş

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun (RKHK), yasaklanan faaliyetler olarak rekabeti sınırlayıcı anlaşma, uyumlu eylem ve kararları (m. 4), hakim durumun kötüye kullanılmasını (m. 6), birleşme ve devralmaları düzenledikten sonra, m. 4'teki yasaklamaya istisna olarak m. 5'te muafiyet kurumunu düzenlemiştir. Bu hükmünde öncelikli olarak bireysel muafiyet ve şartlarına yer verilmiş, hükmün son paragrafında ise grup muafiyetine ilişkin düzenleme yapılmıştır.¹ Bu düzenlemeye göre; Rekabet Kurulu m 5/1'de belirtilen şartların gerçekleşmesi halinde belirli konulardaki anlaşma türlerine bir grup olarak muafiyet tanınmasını sağlayacak, bu muafiyetten yararlanabilmenin şartlarını gösterecek tebliğler² çıkarabilir.

Rekabet Kurulu RKHK m. 5 hükmüne dayanarak, 1997/3 sayılı Tek Elden Dağıtım Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'ni (1997/3 sayılı tebliğ), 1997/4 sayılı Tek Elden Satın Alma Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'ni (1997/4 sayılı tebliğ), 1998/7 sayılı Franchise Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'ni (1998/7 sa-

* Dr. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Ar. Gör.

¹ Bireysel muafiyet ile grup muafiyeti arasındaki farklılıklar için bkz., Karaman Coşgun, Özlem, Rekabetin Dikey kısıtlanması, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2006, s. 27-29.

² Rekabet Kurumu tarafından grup muafiyeti rejimini düzenlemek üzere çıkarılmış olan Tebliğler, mevzuatımızdaki diğer Tebliğlerden farklı olup, kendine özgü bir niteliğe sahiptirler. Bu hususta bkz İnan, 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un Özel Hukuka İlişkin Hükümlerine Eleştirisel Bir Bakış, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu - II, Kayseri 09.04.2004, s. 47.

yılı tebliğ), 1998/3 sayılı Motorlu Taşıtlar Dağıtım ve Servis Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'ni (1998/3 sayılı tebliğ), 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'ni (2002/2 sayılı tebliğ), 2003/2 sayılı Araştırma ve Geliştirme Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'ni (2003/2 sayılı tebliğ), 2005/4 sayılı Motorlu Taşıtlar Sektöründeki Dikey Anlaşmalar ve Uyumlu Eylemlere İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'ni (2005/4 sayılı tebliğ) çıkarmıştır. Bu tebliğlerden 2002/2, 2003/2 ve 2005/4 sayılı tebliğler yürürlükte olup, 1997/3, 1997/4, 1998/7 sayılı tebliğler 2002/2 sayılı tebliğ ile 1998/3 sayılı tebliğ ise 2005/4 sayılı tebliğ ile yürürlükten kaldırılmıştır.

Gerek yürürlükten kaldırılan gerek yürürlükte olan tebliğlerde anlaşma ve uyumlu eylemlerin grup muafiyetinden yararlanabilmelelerinin şartları düzenlenmiştir. Bu şartlar her bir tebliğde, o tebliğ ile düzenlenmekte olan anlaşma ve uyumlu eylem grubunun özelliklerine uygun olması bakımından farklılık taşımaktadır. Bu şartlardan biri de pazar payı olup, yukarıda anılan grup muafiyeti tebliğlerinden motorlu taşıtlar sektörü ile ilgili 2005/4 sayılı tebliğ, motorlu taşıtlar sektörü dışında kalan sektörlerde yapılmış dikey anlaşmalar ile ilgili 2002/2 sayılı tebliğ ve araştırma ve geliştirme anlaşmalarına ilişkin 2003/2 sayılı tebliğde pazar payı şartına yer verilmiştir.³ Pazar payı sınırlaması ile az sayıda teşebbüsün faaliyette bulunduğu,⁴ etkin rekabetin mevcut olmadığı piyasalarda yapılan dikey anlaşmaların grup muafiyetinden yararlanamamasının temini amaçlanmaktadır. Yürürlükten kaldırılan tebliğler ise, grup muafiyetinin uygulanması bakımından açık bir pazar payı sınırı getirmemelerine karşın, benzer amaca hizmet eden,

³ 2005/4 ve 2002/2 sayılı tebliğlerin pazar payı sınırlaması ile ilgili hükümleri, makalenin ilerleyen bölümlerinde detaylı olarak ele alınacaktır. 2003/2 sayılı tebliğin pazar payı sınırlaması ile ilgili hükmü olan m. 5/a, b'ye göre ise, bu tebliğ ile düzenlenen grup muafiyetinden yararlanabilmek için,

“(a) Anlaşma, sonuçların ortak kullanımını içermekte ve taraflardan en az ikisi ilgili pazarda rakip teşebbüsler konumunda ise, tarafların tümünün ilgili pazardaki toplam pazar paylarının %40'ı aşmaması,

(b) Anlaşma konusu ürünlerin dağıtım hakkının münhasıran taraflardan birine ya da taraflarca kontrol edilen bir teşebbüse ya da taraflarca birlikte tayin edilen üçüncü bir teşebbüse verilmiş olması halinde ise, tarafların tümünün ilgili pazardaki toplam pazar paylarının %20'yi aşmaması” gerekmektedir.

⁴ Otomotiv sektöründe motorlu kara taşıtları piyasası hariç olmak üzere, alt piyasaların firma sayıları bakımından rekabetçi piyasa özelliklerine sahip olmadıkları hususunda bkz., Aslan, İ. Yılmaz/Katırcıoğlu, Erol/Toksoy, M. Fevzi/Ilıcak, Ali/Ardıyok, Şahin/Bilgel, Fırat, *Otomotiv Sektöründe Rekabet Hukuku ve Politikaları*, 2006, s. 7.

özellikle yüksek pazar payları sebebiyle ilgili piyasadaki rekabetin ortadan kaldırılmasına ve piyasanın diğer teşebbüslere kapanmasına yol açacak anlaşma hükümlerinin grup muafiyetinden yararlanmasına izin verilmediği görülmektedir.⁵ Bu hükümlerin ayrıntılarına, söz konusu tebliğlerin yürürlükten kaldırılmış olmaları sebebiyle girilmeyecek olup, bu çalışmada 2005/4 sayılı tebliğdeki pazar payı sınırlaması ve 2007/2 sayılı tebliğ⁶ ile yapılan değişiklik neticesinde 2002/2 sayılı tebliğ ile düzenlenen grup muafiyeti rejiminin uygulanabilmesi için de getirilen pazar payı sınırlamaları üzerinde durulacaktır.

Pazar Payı ve Hesaplanma Usulü

Pazar payının hesaplanabilmesi için öncelikli olarak tespiti gereken husus '*ilgili pazar*' dır. Nitekim bir teşebbüsün pazar payı, söz konusu teşebbüsün ilgili pazarda sahip olduğu pay olup, bu pazarda sahip

⁵ Örneğin, 1997/3 sayılı tebliğin 4. maddesine göre grup muafiyetinin kapsamı dışına kalan koşul ve yükümlülükler şu şekildedir;

“ a) Aynı malların veya kullanıcı tarafından nitelikleri, fiyatı ve kullanım amaçları bakımından eş sayılan malların üreticilerinin bu mallar için kendi aralarında karşılıklı olarak tek elden dağıtım anlaşmaları yapmaları,

b) Aynı malların veya kullanıcı tarafından nitelikleri, fiyatı ve kullanım amaçları bakımından eş sayılan malların üreticilerinin bu mallar için kendi aralarında tek taraflı olarak tek elden dağıtım anlaşmaları yapmaları,

c) Kullanıcının, anlaşma konusu malları anlaşmada belirtilen bölgede sadece tek elden dağıtıcıdan elde edebilmesi ve anlaşmada belirlenen bölge dışında alternatif temin kaynaklarının olmaması,

d) Taraflardan birinin veya her ikisinin, araçların veya kullanıcıların anlaşma konusu malları ülke içindeki diğer satıcılardan veya alternatif temin kaynaklarının bulunmaması halinde ülke dışından elde etmelerini zorlaştırmaları.”

Muafiyetin geri alınmasına ilişkin 6. maddede de, etkin rekabetin bulunmadığı bir takım durumlarda muafiyetin geri alınmasına imkan tanıyan düzenlemelere yer verilmiştir. Yine aynı şekilde 1997/4 sayılı tebliğde de 4 ve 6. maddeye benzer düzenlemelere yer verilmiştir. 1998/7 sayılı tebliğin 9. maddesinde de muafiyetin geri alınabileceği hususlar arasında şunlar sayılmıştır; “a) İlgili pazara giriş veya bu pazardaki rekabet, rakip üreticiler veya dağıtıcılar tarafından akdedilen benzer anlaşmaların oluşturduğu paralel ağların toplam etkisiyle önemli ölçüde kısıtlanır ise, b) Franchise hakkının konusu olan mal veya hizmetler açısından, ülkenin önemli bir bölümünde, özellikleri, fiyatı ve kullanım amacı bakımından aynı veya kullanıcıları tarafından eşdeğer sayılan mal veya hizmetler ile etkili bir rekabet söz konusu değilse” Yine motorlu taşıtlar sektörü ile ilgili yürürlükten kaldırılan 1998/3 sayılı tebliğde de benzer nitelikte düzenlemelere yer verilmiştir.

⁶ 2007/2 sayılı '2002/2 Sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'nde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Tebliğ 25.05.2007 tarih ve 26532 sayılı RG'de yayınlanmış olup, 01.07.2007 tarihinde yürürlüğe girecektir (m. 6).

olduğu gücü gösterecektir. İlgili pazarın tespitinde de ikili bir değerlendirme yapılarak, ilgili ürün pazarı ve ilgili coğrafi pazarın belirlenmesi gerekmektedir. *“İlgili ürün pazarının tespitinde, birleşme veya devralma konusu olan mal veya hizmetlerle, tüketicinin gözünde fiyatı, kullanım amaçları ve nitelikleri bakımından aynı sayılan mal veya hizmetlerden oluşan pazar dikkate alınır; tespit edilen pazarı etkileyebilecek diğer unsurlar da değerlendirilir.”* *“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.”* (1997/1 sayılı *“Rekabet Kurulu’ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ”* m. 4)⁷ İlgili ürün ve coğrafi pazarların tespiti, bu pazarlarda faaliyet gösteren teşebbüsleri ve pazar paylarını tespit imkanı sağlamaktadır. İlgili pazarda toplam pazar büyüklüğü ve pazar payları ise çoğu zaman araştırma şirketlerinin verilerinden ya da meslek birliklerinin yaptığı araştırmalardan elde edilebilirken, bu mümkün olmadığında

⁷ İlgili ürün ve coğrafi pazarların tespitinde dikkate alınan kriterler ile ilgili olarak bkz., İlgili Pazarın Tanımlanmasına İlişkin Kılavuz Taslağı, <http://www.rekabet.gov.tr/word/ilgilipazartaslaklavuzson.doc>, 26.04.2007, s. 6 vd. Nitelik bakımından farklı bir ürünü ele alması ve detaylı bir değerlendirmeye yer vermiş olması bakımından, 20.09.2004 tarih ve 04-60/869-206 sayılı Rekabet Kurulu Kararı, ilgili ürün pazarının tespiti bakımından örnek niteliğinde olup, bu kararda Kurul, online yemek siparişi hizmetlerini gerek restoranlar gerek sipariş veren müşteriler bakımından ayrı ayrı değerlendirerek ve bu hizmeti ikame edebilecek hizmetlerin neler olduğunu da ele alarak, ilgili ürün pazarını online paket servisi hizmetleri pazarı olarak tespit etmiştir. Aynı kararda ilgili coğrafi pazar ise, *“İlgili teşebbüslerin mal ve hizmetlerini arz ettikleri ve başka bölgelerdeki teşebbüslerce üretilen ürünlerin rekabetçi baskısıyla karşılaşmadıkları alan ilgili coğrafi pazarı oluşturacaktır. Bu çerçevede kısaca coğrafi pazar, bir teşebbüsün pazar gücünü kullandığı en küçük alanı ifade etmektedir.”* şeklinde açıklanmıştır. Kararda online paket servisi hizmetlerinin nitelikleri ve özellikle de bu hizmetten gerek restoran gerek müşteri olarak yararlananların genellikle büyük şehirlerde olmaları dikkate alınarak, ilgili coğrafi pazarın İstanbul ve Ankara olduğu tespit edilmiştir. Kararın tam metni için bkz., www.rekabet.gov.tr/pdf/04-60-869-206.pdf, 20.04.2007. Benzer şekilde cips ürünü ile ilgili olarak detaylı bir şekilde yapılan ilgili ürün pazarı değerlendirmesi ve ilgili ürün pazarının tespitinde dikkate alınan argümanlar için bkz., Rekabet Kurulu’nun 04.05.2004 tarih ve 04-32/377-95 sayılı kararı, <http://www.rekabet.gov.tr/pdf/04-32-377-95.pdf>, 23.04.2007. Yine özellik arz etmesi ve örnek niteliğinde olması bakımından, Rekabet Kurulu tarafından bira ürünü ile ilgili olarak yapılan ilgili pazar değerlendirmesi ve açık bira satışı yapan noktalar ile kapalı bira satışı yapan noktaların ayrı pazarlar olarak değerlendirilmesi hususunda bkz., Rekabet Kurulu’nun 03-71/867-371 sayılı ve 06.11.2003 tarihli kararı, www.rekabet.gov.tr/pdf/03-71-867-371.pdf, s. 3,4, 20.04.2007.

ya da mevcut tahminler güvenilir bulunmadığında ilgili pazardaki her bir tedarikçiden kendi satış rakamını bildirmesi istenebilmektedir.⁸

Pazar payının hesaplanmasında dikkate alınacak olan mal ve hizmetler, anlaşma konusu mallar ve hizmetler ile alıcı tarafından ürünlerin özellikleri, fiyatları ve kullanım amaçları bakımından ikame edilebilir olarak görülen, sağlayıcı tarafından sağlanan diğer mallar ve sağlayıcının dağıtım ağına mensup teşebbüsler tarafından satılan hizmetlerdir. Bu kapsamda bağlı dağıtıcılara satış amacıyla sağlanan tüm mal ve hizmetler de pazar payının hesaplanmasında dikkate alınacaktır. (2002/2 sayılı tebliğ m. 6 a, 2005/4 sayılı tebliğ m. 8).

Pazar payı, yeni motorlu taşıtların dağıtımının söz konusu olduğu durumlarda, malların adedi üzerinden, yedek parçaların dağıtımının ve bakım ve onarım hizmetlerinin sunumunun söz konusu olduğu durumlarda ise, malların ve hizmetlerin değeri üzerinden hesaplanacaktır. Pazar payının hesaplanmasında adet verisi temin edilemiyorsa değer, değer verisi temin edilemiyor ise adet verisi kullanılabilir, bu bilgi de elde edilemiyorsa güvenilir pazar bilgilerinden yola çıkılarak yapılacak tahminler kullanılabilir. Alıcının pazar payının hesaplanmasının gerektiği tek elden sağlama yükümlülüğünün söz konusu olduğu dikey anlaşmalarda ise, sırasıyla pazardaki satın alım hacmi ya da pazardaki satın alış değeri, bunların bulunamaması durumunda ise güvenilir tahminler kullanılabilir. (2005/4 sayılı tebliğ m. 8) Motorlu taşıtlar sektörü dışında kalan diğer sektörlerdeki dikey anlaşma ve uyumlu eylemlerde ise, pazar payı hesaplamasında mal veya hizmetlerin pazar satış değerleri esas alınacak, bu verilerin bulunmaması durumunda ise, satış miktarları da dahil olmak üzere diğer güvenilir pazar bilgilerine dayanan tahminler kullanılabilir. Alıcının pazar payının hesaplanacağı durumlarda, ya pazar alım değerleri ya da bunun tahminleri pazar payının hesaplanmasında kullanılacaktır. (2002/2 sayılı tebliğ m. 6 a)⁹

⁸ İlgili Pazarın Tanımlanmasına İlişkin Kılavuz Taslağı, <http://www.rekabet.gov.tr/word/ilgilipazartaslakKlavuzson.doc>, 26.04.2007, s. 11.

⁹ Rekabet Kurumu İlgili Pazarın Tanımlanmasına İlişkin Kılavuz Taslağı'nda ise, pazar paylarının belirlenmesindeki referans noktasının çoğunlukla satış rakamları olduğu, buna karşın ilgili ürün veya endüstrinin özelliklerine bağlı olarak kapasite, ihale pazarlarındaki aktör sayısı, havacılıkta olduğu gibi filo büyüklüğü ya da madencilik benzeri sektörlerde olduğu gibi kontrol edilen rezerv miktarı gibi başka göstergelerin de kullanılabildiği açıklamasını yapmaktadır. <http://www.rekabet.gov.tr/word/ilgilipazartaslakKlavuzson.doc>, 26.04.2007, s. 11.

Pazar paylarının hesaplanması sırasında kullanılacak olan veriler, bir önceki yılın verileridir (2005/4 sayılı tebliğ m. 8/a, 2002/2 sayılı tebliğ m. 6/a). Bu şekilde pazar payının hesaplanmasında yıllık bir değerlendirme yapılması kabul edilmiştir. Bir önceki yılın verilerinden neyin anlaşılması gerektiği, hangi tarih esas alındığında bir önceki yılın verisinin dikkate alınacağına ilişkin bir açıklama ise söz konusu düzenlemelerde bulunmamaktadır. Teşebbüslerin pazar payları grup muafiyetinin uygulanıp uygulanamayacağını tespit bakımından hesaplandığından ve grup muafiyetinin uygulanması bakımından da bildirim gerekliliği bulunmayıp, bu değerlendirmeyi esas itibarıyla teşebbüslerin kendilerinin yapması istendiğinden, bir önceki yılın verisi ifadesi ile anlaşmanın yapıldığı tarih itibarıyla bir önceki yılın verileri kastedilmektedir.¹⁰ Rekabet Kurulu tarafından anlaşmanın icrası sırasında bir soruşturmanın başlatılması durumunda ise, kanaatimce Kurul anlaşma tarihinden bir önceki yılın verilerini kullanarak anlaşmanın grup muafiyetinden yararlanıp yararlanmadığını tespit etmesinin yanı sıra, soruşturmanın yapıldığı tarih itibarıyla bir önceki yılın verilerini de kullanarak bir değerlendirme yapmalı ve anlaşmanın pazar paylarına ilişkin düzenleme bakımından halen grup muafiyetinden yararlanmaya devam edip edemediğini tespit etmelidir. Nitekim bir anlaşmanın yapıldığı sırada grup muafiyetinden yararlanıyor olması, anlaşmanın sona ermesine kadar bu durumun devam etmesi anlamına gelmemektedir.

Pazar payının hesaplanmasında zorluk yaşanabilecek durum, yeni bir ürünün pazara girmesi ya da mevcut bir ürünün yeni bir coğrafi pazara girmesidir. Bu durumda ilgili ürünün pazar payını saptamak mümkün olmayıp, ürünün özelliği sebebiyle pazar payı kısa sürede çok yüksek seviyelere de tırmanabilmektedir. Ancak yeni bir ürünün lansmanının yüksek pazar paylarının elde edilmesini sağlaması, genel olarak potansiyel rekabeti tehdit eder yönde değerlendirilmemektedir.¹¹

¹⁰ Aynı görüşte bkz., Songör, Tuncay, *Rekabet Hukukunda Muafiyet Çerçevesinde Motorlu Taşıtlar Sektöründe Grup Muafiyeti*, Ankara Şubat 2006, s. 96.

¹¹ Esin, Arif, *AB Rekabet Hukuku Grup Muafiyet Rejiminde Son Gelişmeler*, Perşembe Konferansları, Ocak 2000, (Grup Muafiyeti Rejimi), s. 127.

2005/4 Sayılı Tebliğ'de Pazar Payı Sınırları

Bir dikey anlaşma ya da uyumlu eylemin 2005/4 sayılı tebliğ ile düzenlenen grup muafiyetinden yararlanabilmesi için, tarafların ilgili pazardaki paylarının tebliğin 4. maddesinde belirlenen pazar payı sınırını aşmaması gerekmektedir. Bu sınır ise kural olarak sağlayıcının motorlu taşıt veya yedek parça ya da bakım ve onarım hizmeti sağladığı ilgili pazarda %30'dur. Motorlu taşıtların dağıtımı için niceliksel seçici dağıtımın tercih edildiği anlaşmalar ve uyumlu eylemlerde ise pazar payı sınırı %40 olarak belirlenmişken, niteliksel seçici dağıtım sisteminin tercih edildiği dikey anlaşma ve uyumlu eylemlere grup muafiyetinin uygulanabilmesi için herhangi bir pazar payı sınırı getirilmemiştir. Alıcının pazar payı ise tek elden sağlama yükümlülüğü içeren dikey anlaşma ve uyumlu eylemlerde önem taşımakta, alıcının anlaşma konusu malları ve hizmetleri aldığı ilgili pazardaki payının %30'u aşmaması koşuluyla grup muafiyeti uygulanabilmektedir. Pazar payına ilişkin bu sınırların aşılp aşılmadığı, grup muafiyetinin uygulanmayacağı rekabet sınırlamalarının dikey anlaşmada bulunup bulunmadığına ilişkin olarak yapılacak incelemeden önce araştırılmalı, belirlenen pazar payı sınırlarının aşıldığının tespiti durumunda, artık anlaşma hükümlerinin tebliğ hükümlerine uygun olup olmadığı değerlendirmesi yapılmamalıdır.

Grup muafiyetinin uygulanabilmesi bakımından aşılmaması gereken pazar payı sınırının tek elden sağlama yükümlülüğü getiren dikey anlaşmalar ile diğer dikey anlaşmalar ve niteliksel ile niceliksel seçici dağıtım sistemi oluşturan anlaşmalar bakımından farklı belirlenmiş olması, bu anlaşmaların özellikleri sebebiyledir. Tekelden temin yükümlülüğünün söz konusu olduğu anlaşmalarda pazar payı hesaplanacak teşebbüsün sağlayıcı değil, alıcı olmasının sebebi, bu tür anlaşmalarda ekonomik açıdan daha güçlü olan ve ilgili piyasadaki rekabeti anlaşma hükümleri ile ihlal etme ihtimali yüksek olan tarafın alıcı olmasıdır. Niceliksel ve niteliksel seçici dağıtım sistemlerinin söz konusu olduğu durumlar için getirilmiş farklı düzenlemenin sebebi ise, bu sistemlerin özelliklerine binaen motorlu taşıtların dağıtımı ve servisi ile ilgili piyasada doğurdıkları etkilerin farklı olmasıdır. Niceliksel seçici dağıtım sisteminde sağlayıcı dağıtıcıları ve tamircileri seçerken bu teşebbüslerin sayılarını doğrudan sınırlandıracak ölçütler kullanabilmektedir (2005/4 sayılı tebliğ m. 3/g). Özellikle hâkim durumda olan sağlayıcılar, bu sistemi benimseyerek dağıtıcı ve tamircilerin faaliyetlerini sür-

dürdükleri piyasayı diğer teşebbüslere kapatabilmekte, bu piyasadaki rekabeti ortadan kaldıracıdır. Niteliksel seçici dağıtım sisteminde ise, dağıtıcıların ve tamircilerin sayısını doğrudan sınırlamayan ölçütler kullanılmamakta, sağlayıcı dağıtıcılar ve tamirciler için sadece niteliksel olan, anlaşma konusunu oluşturan mal ve hizmetlerin niteliğinin gerektirdiği ölçütler getirebilmekte, bu ölçütleri de sisteme dâhil olmak için başvuran tüm dağıtıcılar ve tamirciler için yeknesak bir biçimde, ayrımcılık yapmaksızın uygulaması gerekmektedir. (2005/4 sayılı tebliğ m. 3/h) Bu sistem, sağlayıcının dikey anlaşma ve uyumlu eylemler ile ilgili pazardaki rekabeti ortadan kaldırmasına, piyasayı diğer teşebbüslere kapatmasına imkân tanımamaktadır. Bu durum dikkate alınarak, niceliksel seçici dağıtım sisteminin benimsendiği anlaşma ve uyumlu eylemlere grup muafiyetinin uygulanabilmesi için pazar payı sınırı getirilmesi kabul edilmişken, niteliksel seçici dağıtım sisteminin mevcut olduğu durumlarda herhangi bir pazar payı sınırı getirilmemiş, teşebbüsler kurmak istedikleri dağıtım ağında niteliksel seçici dağıtım sistemini tercih etmeye yönlendirilmişlerdir. Bu şekilde satış sonrası hizmetlerde bağımsız tamirciler, yatırım yaparak sağlayıcının standartlarını yerine getirmeleri durumunda yetkili servis olma imkânını elde etmektedir. Özellikle geçmişte yetkili servis olarak çalışmakta iken anlaşmaları feshedilmiş olan bağımsız tamirciler için bu imkan büyük önem taşımakta, buna karşın motorlu taşıt üreticileri yetkili servis standartlarını arttırmadır.¹²

Niteliksel ve niceliksel seçici dağıtım sistemleri arasında pazar payına ilişkin bu farklılığın yanı sıra, uygulanacakları anlaşma ve uyumlu eylemlerin konuları bakımından da bir farklılık öngörülmüştür. Şöyle ki; grup muafiyeti, “... sağlayıcının motorlu taşıt veya yedek parça ya da bakım ve onarım hizmeti sağladığı ilgili pazardaki pazar payının %30’u; motorlu taşıtların dağıtımını için niceliksel seçici dağıtımın tercih edildiği anlaşmalarda ise %40’ı geçmemesi durumunda uygulanır. Niteliksel seçici dağıtım sistemi oluşturan anlaşmalar için pazar payı eşiği bulunmamaktadır.” (2005/4 sayılı tebliğ m. 4/1) Bu düzenlemede %30’luk pazar payı bakımından motorlu taşıt, yedek parça ve bakım-onarım hizmetleri ayrı ayrı sayılırken, niceliksel seçici dağıtım sistemlerine ilişkin düzenlemede sadece motorlu taşıtların dağıtımını için bu sistemin tercih edilmiş olması öngörülmüştür. Bu durum karşısında, motorlu taşıtlar dışında

¹² Gazioğlu, Uygur, *Motorlu Taşıtlar Sektöründe Rekabet: Dağıtım ve AB Düzenlemeleri*, Ankara 2005, s. 53.

kalan yedek parça ve bakım-onarım hizmetlerini konu alan anlaşmalarda niceliksel seçici dağıtım sistemi benimsenmişse, bu dikey anlaşmaların grup muafiyetinden yararlanabilmesi için sağlayıcının pazar payının %30'u geçmemesi gerekmektedir. Motorlu taşıtların dağıtımı ile satış sonrası hizmetler ve yedek parçaların dağıtımına ilişkin anlaşma ve uyumlu eylemler arasındaki bu farklılığın sebebi ise, teşebbüslerin motorlu taşıtların dağıtımına nazaran bu alanlarda daha yüksek pazar paylarına sahip olmaları, dolayısıyla bu hususlarda yapılan anlaşma ve uyumlu eylemlerde teşebbüsleri niceliksel değil, niteliksel seçici dağıtım sistemine yönlendirme düşüncesidir.¹³

Pazar payı şartına ilişkin bu düzenlemelerin yanı sıra, dolaylı da olsa anlaşmaya taraf teşebbüslerin pazar paylarına ve anlaşmanın bu sebeple ilgili piyasada doğuracağı etkilere önem veren bir düzenleme de, m. 2/3'de yer almaktadır. Buna göre; motorlu taşıtlar sektöründe birbirlerine rakip olan teşebbüsler arasında yapılan dikey anlaşmalar da muafiyetten yararlanamayacaktır. Pazar payına ilişkin şarttan farklı olarak bu düzenlemede, anlaşmanın taraflarının birbirlerinden bağımsız olarak sahip oldukları pazar paylarına değil, tarafların söz konusu dikey anlaşma ile oluşturdukları işbirliği neticesinde elde edecekleri pazar payı gücüne önem verilmiştir. Nitekim tebliğde yer alan bu düzenlemeye getirilmiş istisnalar incelendiğinde de, bu husus daha açık bir şekilde ortaya çıkmakta, taraf teşebbüslerin karşılıklı olarak güçlerini birleştirerek ilgili piyasayı diğer teşebbüslere kapatma imkanlarının olmadığı anlaşmalara grup muafiyetinden yararlanma olanağı açılmaktadır. Şöyle ki; karşılıklılık koşulu bulunmayan rakip teşebbüsler arası anlaşmalara ve sağlayıcının anlaşma konusu malların üreticisi ve dağıtıcısı olduğu, buna karşılık alıcının bu mallarla rekabet eden malların üreticisi olmayıp dağıtıcısı olduğu veya sağlayıcının anlaşma konusu bakım ve onarım işinin çeşitli aşamalarında faaliyet gösterdiği, alıcının ise bu hizmetleri satın aldığı aşamada rakip hizmetleri sağlamadığı anlaşmalara muafiyet uygulanacaktır.

Pazar payına önem veren bir diğer düzenleme, benzer nitelikteki dikey sınırlamaların oluşturduğu paralel ağların ilgili pazarın önemli bir bölümünü kapsamasına ilişkindir (2005/4 sayılı tebliğ m. 7/2). Bu durumda Rekabet Kurulu, çıkaracağı yeni bir tebliğ ile belirli sınırlamaları içeren dikey anlaşma ve uyumlu eylemleri sağlanan grup mu-

¹³ Songör, s. 66.

afiyetinin dışına çıkarabilecektir. Bu düzenleme ile pazar payı yüksek tek bir teşebbüsün yapacağı dikey anlaşma ya da uyumlu eylemlerin değil, pazar payları sınırın altında kalan birden çok teşebbüsün benzer hükümler içeren dikey anlaşmalar yapmaları suretiyle ilgili pazarda aynı şekilde rekabeti sınırlamalarının önüne geçilmiş olmaktadır.

2002/2 Sayılı Tebliğ'de Pazar Payı Sınırları

2002/2 sayılı Grup Muafiyeti Tebliği'ni 2005/4 sayılı tebliğden ayıran en temel özellik, kapsamına giren anlaşma ve uyumlu eylemlere konu mal ve hizmetlerdir. 2005/4 sayılı tebliğin kapsamına, konusu yeni motorlu taşıtlar, bunların yedek parçaları ya da tamir ve bakım hizmetlerinin alımı, satımı veya yeniden satımı olan dikey anlaşmalar ve uyumlu eylemler girmekte iken, 2002/2 sayılı tebliğin kapsamına 2005/4 sayılı tebliğin kapsamında olmayan bütün dikey anlaşma ve uyumlu eylemler girmektedir. 2007/2 sayılı tebliğ ile 2002/2 sayılı tebliğde değişiklik yapılmasına kadar, anlaşma ve uyumlu eylemlerin konusu bakımından ortaya çıkan bu farklılığın yanı sıra, içerdikleri hükümler bakımından her iki tebliğ arasında ortaya çıkan en önemli farklılık, grup muafiyetinin uygulanması için bir pazar payı sınırına yer verilip verilmemesiydi. 2005/4 sayılı tebliğ, yukarıda detaylı bir şekilde açıklandığı üzere, grup muafiyetinin uygulanması bakımından belirli bir pazar payı sınırının aşılmamış olması şartını aramakta iken, 2002/2 sayılı tebliğde 2007/2 sayılı tebliğ ile yapılan değişiklikten önce bu yönde bir sınırlama getirilmemişti.¹⁴

¹⁴ Rekabet Kurulu 04-60/869-206 sayılı kararında 2002/2 sayılı tebliğde pazar payı sınırının bulunmayışını, grup muafiyetinin geri alınması kurumunu, özellikle ilgili pazarda önemli ölçüde pazar gücüne sahip teşebbüslerin yaptığı dikey anlaşmaların yol açabileceği olumsuzluklara karşı kullanılacak en temel araç, Tebliğin bel kemiği haline getirdiği şeklinde yorumlamıştır. <http://www.rekabet.gov.tr/pdf/04-60-869-206.pdf>, 20.04.2007. Benzer şekilde bkz., Rekabet Kurulu'nun 04.05.2004 tarih ve 04-32/377-95 sayılı kararı, <http://www.rekabet.gov.tr/pdf/04-32-377-95.pdf>, 24.04.2007. 2002/2 sayılı tebliğde pazar payı sınırı kabul edilmemiş olmasının AB Rekabet Hukuku mevzuatı kapsamındaki 2790/1999 sayılı Komisyon Tüzüğü'nün ekonomik mantığı ile çeliştiği, dikey kısıtlamaların rekabet sorunlarına markalar arası rekabetin az olduğu, teşebbüslerin pazar paylarının yüksek olduğu durumlarda yol açtıkları, grup muafiyetinin geri alınması prosedürü işletilebilecek olmasına karşın, pazar payı sınırı getirilmeyerek bireysel muafiyet için yapılacak bildirim sayısı azaltılırken, grup muafiyetinin geri alınması sürecinde benzer bir iş yükünün ortaya çıkabileceği hususunda bkz., Karakurt, Alper, *Avrupa Topluluğu ve*

Rekabet Kurulu 2006 yılında, 2002/2 sayılı tebliğde yapmayı düşündüğü değişikliğe ilişkin bir tebliğ taslağı yayınlamış ve bu tebliğ ile düzenlenen grup muafiyetinin uygulanması bakımından da pazar payı sınırı öngörmüştü. Tebliğ Taslağı 2007/2 sayılı tebliğ olarak yayınlanmış olup, 01.07.2007 tarihinde yürürlüğe girecektir (m. 6). 2007/2 sayılı tebliğ ile 2002/2 sayılı tebliğin 2. maddesine eklenen 2. ve 3. fıkra hükümlerine göre, sağlayıcının dikey anlaşma konusu mal veya hizmetleri sağladığı ilgili pazardaki pazar payının %40'ı geçmemesi durumunda grup muafiyeti uygulanabilecektir. Tek alıcıya sağlama yükümlülüğü¹⁵ içeren dikey anlaşma ve uyumlu eylemlere ise grup muafiyeti, alıcının dikey anlaşma konusu malları ve hizmetleri aldığı ilgili pazardaki payının %40'ı aşmaması koşuluyla uygulanabilecektir.¹⁶ Niteliksel ve niceliksel seçici dağıtım sistemlerine ilişkin özel bir düzenlemeye ise yer verilmemiştir. 2005/4 sayılı tebliğ ile 2002/2 sayılı tebliğ arasındaki bu farklılık, 2005/4 sayılı tebliğin belirli bir sektör ile ilgili olarak ve bu sektörde var olan rekabet koşulları dikkate alınarak çıkarılmış olması sebebiyledir. Nitekim niteliksel ve niceliksel seçici dağıtım sistemleri ile ilgili özel düzenlemenin sebebi de, motorlu taşıtlar sektöründeki rekabet koşullarıdır.¹⁷ 2002/2 sayılı tebliğ ise motorlu taşıtlar sektörü dışında kalan tüm sektörler ile ilgili olup, sadece

Türk Rekabet Politikasında Münhasır Dikey Anlaşmalar, Ankara 2005, (Münhasır Dikey Anlaşmalar) s. 187-190.

¹⁵ Motorlu taşıtlar sektöründeki dikey anlaşma ve uyumlu eylemler ile ilgili grup muafiyetini düzenleyen 2005/4 sayılı tebliğde 'tek elden sağlama yükümlülüğü' ifadesine yer verilmiş olmasına karşın, motorlu taşıtlar sektörü dışında kalan tüm sektörlerdeki dikey anlaşma ve uyumlu eylemlere uygulanacak grup muafiyetini düzenleyen 2002/2 sayılı tebliğde 'tek alıcıya sağlama' yükümlülüğü ifadesi kullanılmıştır. Bu ifadeye ilişkin olarak yapılan tanımlarda ise tek farklılık, 2002/2 sayılı tebliğ m. 2/h'de 'Türkiye içerisinde' ifadesine yer verilmiş olmasıdır. Bu durum karşısında kanaatimce, bir ifade karmaşasına yol açmaması bakımından yeknesaklığın sağlanması daha doğru olacaktır.

¹⁶ Pazar payı sınırları ile ilgili olmamakla birlikte, 2007/2 sayılı tebliğde tek alıcıya sağlama yükümlülüğünü içeren anlaşmalar bakımından getirilen bir diğer farklılık, 2002/2 sayılı tebliğ m. 6/1'de yapılan değişikliktir. Bu düzenleme, Rekabet Kurulu'nun vereceği bir karar ile bir anlaşma ya da uyumlu eylemin yararlanmakta olduğu grup muafiyetini geri almasına ilişkindir. Düzenlemenin değişiklikten önceki şekline göre, bu durumda Rekabet Kurulu, karar vermeden önce tarafların her ikisinin de yazılı ve/veya sözlü görüşlerini isteyecekken, 2007/2 sayılı tebliğ ile yapılan değişiklik neticesinde, tek alıcıya sağlama yükümlülüğü içeren anlaşmalarda alıcının, diğer durumlarda ise sağlayıcının yazılı ve/veya sözlü görüşünü isteyecek, anlaşmanın diğer taraflarının ve ilgili üçüncü kişilerin yazılı ve/veya sözlü görüşlerini ise istemek konusunda takdir yetkisine sahip bulunmaktadır.

¹⁷ Bkz., '2005/4 sayılı Tebliğ'deki Durum' başlığı altında yapılan açıklamalar.

belirli bir sektördeki dikey anlaşmaları konu almaması sebebiyle, bu tebliğde benzer yönde bir düzenleme yapılmamıştır.

2002/2 sayılı tebliğde yapılan pazar payına ilişkin değişikliğin sebepleri, RKHK'nda m. 4 kapsamına giren anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararları için bildirim yükümlülüğünün kaldırılmış olması¹⁸ ve 2002/2 sayılı tebliğin geçmişteki 4 yıllık uygulamasıdır. Şöyle ki, bildirim yükümlülüğünün kaldırılmasından önce pazar payı sınırlaması getirilmesi durumunda, bu sınırın üzerinde kalan ve hatta pazar payı sınırını aşmış durumda olan teşebbüsler tereddüt duyan her teşebbüs Rekabet Kurulu'na bildirimde bulunacak, dolayısıyla da Rekabet Kurulu'nun iş yükünü arttırarak, rekabet üzerinde daha ağır olumsuz etkiler doğuran ihlaller üzerinde yoğunlaşmaya engel olacaktır. Bildirim zorunluluğunun kaldırılmış olması ve bireysel muafiyet kararlarının geriye yürütülmesine imkan tanınarak, anlaşmanın veya uyumlu eylemin yapıldığı tarihten itibaren geçerli olmasının sağlanmasından sonra ise, 2002/2 sayılı tebliğde pazar payı sınırı getirilmemesinin sebeplerinden birisi ortadan kalkmış olmaktadır.¹⁹

2002/2 sayılı tebliğin dört yıllık uygulamasında, ilgili pazarda güçlü durumda olan teşebbüslerin taraf olduğu dikey anlaşmaların RKHK m. 5'de düzenlenen muafiyet koşullarını sağlamadığının görüldüğünü belirten Rekabet Kurulu, 2002/2 sayılı tebliğde pazar payı sınırı getirilmek istenmesinin bir sebebinin de bu tespit olduğunu belirtmekte,²⁰ dikey anlaşmalardan beklenen faydaların²¹ gerçekleşmesinin,

¹⁸ RKHK m. 4 kapsamındaki anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararları için bildirim yükümlülüğü, 02.07.2005 tarih ve 5388 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine Dair Kanun ile kaldırılmış olup, bu kanun 13.07.2005 tarih ve 25874 sayılı RG'de yayınlanmıştır.

¹⁹ www.rekabet.gov.tr/word/TebliğTaslagivegerekcesison.doc, 29.04.2007, s. 2.

²⁰ Nitekim, Rekabet Kurumu tarafından 2002/2 sayılı tebliğde yapılan değişikliği açıklamak amacıyla yapılan toplantılarda da, pazar payı sınırı getirilmekle hakim durumdaki teşebbüslerin tebliğden yararlanamamasının hedeflendiği, bunun sebebinin ise aynı anlaşmanın RKHK m. 6 sebebiyle kanuna aykırı sayılabilmesi olduğu, dolayısıyla da Pazar payı eşliğinde üst sınırın %40 olabileceği, pazar payı sınırının bu oranın üzerine çıkarılamayacağı ifade edilmiştir.

²¹ Dikey anlaşmaların olumlu ve olumsuz etkileri ile ilgili ayrıntılı açıklama için bkz., *AT Rekabet Politikasında Dikey Kısıtlamalar Hakkında Yeşil Kitap*, COM (96) 721, Rekabet Kurumu Yayın No: 35, s. 2, 30-32, 57; *Komisyon Bildirimi Dikey Sınırlamalar Hakkında Kılavuz* (OJ 2000/C291/01) AEA İle Bağlantılı Metin, Çev. İ. Yılmaz Aslan, Rekabet Kurumu Yayın No: 46, paragraf 103, 115 vd.; *Topluluk Rekabet Kurallarının Dikey Sınırlamalara Uygulanması Konusundaki Komisyon Mektubu-Dikey Sınırlamalar Konulu Yeşil Rapor Sonrasındaki Durum*, Rekabet Kurumu Yayın No: 44, s. 20-22,

markalar arası rekabetin yoğun olmasına, önemli bir pazar gücünün söz konusu olmamasına bağlı olduğunu ifade etmektedir.^{22,23,24} Buna karşın, Rekabet Kurulu 2003 yılında vermiş olduğu bir kararda, etkin rekabetin bulunmadığı pazarlarda faaliyet gösteren teşebbüslerin ta-

26-30; Karaman Coşgun, s. 21 vd.; Ersin, Mehmet Akif, *AB Rekabet Hukuku ve Politikasında Son Gelişmeler*, Rekabet, Düzenlemeler ve Politikalar Kongresi, 25-26 Eylül 2003, Rekabet Kurumu Yayın No: 0162, s. 164; Peeperkorn, Luc, *Dikey Anlaşmaların İktisadi Boyutu*, Çev. Meltem Bağış, *Rekabet Dergisi* S. 10, Nisan-Mayıs-Haziran 2002, s. 79 vd.; Sanlı, Kerem Cem, *Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği*, Ankara 2000, s. 171, 172 dn 157; Çamlıbel, Esin, *Ortak Pazar Rekabet Hukukunda Dikey Anlaşmalar*, Prof. Dr. Selçuk T. Tırak'ın Anısına Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, C. 8, S. 1, Yıl 1993, s. 265-267; Ayber, Murat, *Marka İçi ve Markalar Arası Rekabetin Dengelenmesi Gereken Hallerde Rekabet Otoritelerinin Yaklaşımı*, Ankara 2003, s. 29 vd.; Karakurt, Münhasır Dikey Anlaşmalar, s. 41 vd.

²² www.rekabet.gov.tr/word/TebliğTaslagivegerekesison.doc, 29.04.2007, s. 2.

²³ Türkiye'deki 6 yıllık uygulamada, hakim teşebbüsler rakip mal satma yasağı içeren dikey anlaşmalar yolu ile piyasaları yeni girişlere kapatmış ve bu yolla kartel anlaşmaları kadar ağır sonuçlar doğuran rekabet ihlallerine sebep olmuşlardır. Karakelle, İsmail Hakkı, *Pazara Giriş Engellerine Karşı Rekabet Hukuku ve Politikası*, Rekabet, Düzenlemeler ve Politikalar Kongresi, 25-26 Eylül 2003, Rekabet Kurumu Yayın No: 0162, s. 22. Nitekim Rekabet Kurulu tarafından verilmiş olan şu kararlarda da, sağlayıcının ilgili pazarda sahip olduğu güç dolayısıyla grup muafiyetinin geri alınmasına karar verilmiştir; 20.09.2004 tarih ve 04-60/869-206 sayılı (www.rekabet.gov.tr/pdf/04-60-869-206.pdf, 20.04.2007), 15.07.2004 tarih ve 04-47/610-147 sayılı (www.rekabet.gov.tr/pdf/04-47-610-147.pdf, 20.04.2007), 22.04.2005 tarih ve 05-27/317-80 sayılı (www.rekabet.gov.tr/word/dergi22/14_EFPA.doc, 20.04.2007), 04.05.2004 tarih ve 04-32/377-95 sayılı (http://www.rekabet.gov.tr/pdf/04-32-377-95.pdf, 24.04.2007); 15.08.2003 tarih ve 03-57/671-304 sayılı (http://www.rekabet.gov.tr/pdf/03-57-671-304.pdf, 25.04.2007) kararlar. Rekabet Kurulu'nca verilmiş olan BİRYAY I ve BİRYAY II kararları ile ilgili olarak ise bkz., Geçgil, Bayram Ali, *Medya Piyasalarında Hukuki Düzenlemeler ve Rekabet Hukuku Uygulamaları*, *Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No 72*, Ankara 2005, s. 49-51. Dikey anlaşmaların piyasa kapama etkisi ile ilgili olarak AB ve ABD Rekabet Hukukları kapsamındaki uygulama için bkz., Karakurt, Alper, *Ekonomik ve Hukuki Açından Piyasa Kapama Etkisi*, *Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No 67*, Ankara 2005, s. 30 vd., s. 45 vd.

²⁴ Dikey anlaşmalardaki rekabet kısıtlamalarının ilgili pazardaki markalar arası rekabetin yoğunluğuna göre farklı etkiler doğuracak olmasına karşın, hemen hemen tamamının dağıtımda rasyonelleşme ve üretimde uzmanlaşma sağladıkları, bu olumlu etkileri sebebiyle de Rekabet Kurulu'nun çıkardığı grup muafiyeti tebliğlerinin tamamının dikey anlaşmalarla ilgili olduğu hususunda bkz., Aslan, İ. Yılmaz, *Rekabet Kurumu'nun BİAK Kararı Üzerine Düşünceler*, *Rekabet Dergisi* C. 1, S. 2, Haziran 2000, s. 17. Aynı dikey kısıtlamanın pazarın yapısına ve söz konusu dikey kısıtlamayı uygulayan teşebbüsün pazar gücüne bağlı olarak farklı sonuçlar doğurabileceği, çoğu pazarın bir hayli rekabetçi olduğundan hareketle, örneklerin çoğunda dikey kısıtlamaların olumsuz etkiler ortaya çıkarmasının ise neredeyse imkansız olduğu hususlarında bkz., Peeperkorn, s. 77, 79.

raf olduğu dikey anlaşmaların yürürlükte bulunan 2002/2 sayılı tebliğ kapsamında hiçbir zaman grup muafiyetinden yararlanamayacaklarını söylemenin mümkün olmadığı, bu durumda etkin rekabetin bulunmamasına söz konusu dikey anlaşmaların katkısının ne olduğunun inceleneceği değerlendirmesinde bulunmuştur.²⁵ Bu inceleme akabinde varılacak neticeye göre ise, söz konusu anlaşma için yürürlükte bulunan 2002/2 sayılı tebliğ çerçevesinde yararlanılan grup muafiyetinin geri alınıp alınmayacağına karar verilecektir.

Rekabet Kurulu bu sebeplerle 2002/2 sayılı tebliğ kapsamında grup muafiyetinin uygulanabilmesi için de pazar payı sınırı getirmiştir. Değişikliğe ilişkin Tebliğ Taslağı'nda bu sınır %30 iken, 2007/2 sayılı tebliğde pazar payı sınırı %40 olarak belirlenmiştir. Bu oranın neden daha düşük ya da daha yüksek belirlenmediği sorusuna ise şu cevap verilmektedir; Kural olarak Avrupa Topluluğu ve Türkiye'deki Rekabet Hukuku uygulamasında % 40 pazar payı sınırının altında kalan teşebbüslerin hakim durumda olmadıkları, % 50 pazar payının üzerinde kalan teşebbüslerin ise aksi durumu gösteren şartlar olmadıkça hakim durumda oldukları kabul edilmektedir. Hakim duruma ilişkin olarak yapılan değerlendirmede başlangıç eşiği % 40 olarak varsayılmakta²⁶, % 30 ilâ % 40 arası pazar payına sahip teşebbüslerin ise, hakim durumda olmamalarına rağmen ilgili pazarda önemli bir pazar gücüne sahip oldukları söylenebilmektedir.²⁷ Tebliğ Taslağı'nda %30 pazar payı sı-

²⁵ Rekabet Kurulu'nun 03-71/687-371 sayılı ve 06.11.2003 tarihli kararı, www.rekabet.gov.tr/pdf/03-71-867-371, s. 12, 20.04.2007. Rekabet Kurulu bir diğer kararda ise, tarafların pazar paylarının yüksek olduğu durumlarda işlem sonucunda ilgili pazarın önemli bir bölümünde rekabetin sınırlanması ihtimalinin büyük olduğunu, yapılan değerlendirmelerde pazara giriş engelleri ile rakiplerin gücü ve büyüklüğü, pazara giriş engelleri, ilgili ürünün özellikleri ve tüketicilerin bu ürüne olan bağımlılıklarının derecesi gibi diğer faktörlerin de önem taşıdığı belirtilmiştir. Bkz., Rekabet Kurulu'nun 04.05.2004 tarih ve 04-32/377-95 sayılı kararı, <http://www.rekabet.gov.tr/pdf/04-32-377-95.pdf>, 24.04.2007

²⁶ Amerikan ve Avrupa Birliği Rekabet Hukuklarında hakim durumun belirlenmesinde kabul edilen piyasa payı miktarları için bkz., Sanlı, s. 285, dn 78.

²⁷ Nitekim Rekabet Kurulu 06.04.2006 tarih ve 06-24/304-71 sayılı kararında, pazar payının teşebbüsün hakim durumda olup olmadığının tespiti için temel kriter görevini gördüğü, giriş engelleri olan bir pazarda belli bir süre yüksek pazar payına sahip olmanın zaman zaman hakim durum için yeterli görülebildiği, teşebbüsün yüksek pazar payının ne olması gerektiğine ilişkin ise kesin bir ölçü verilmediği, Rekabet Hukuku'nda pazar payına ilişkin farklı değerlendirmeler yapıldığı, bunlardan ilkinde teşebbüsün pazar payının %45-50 seviyelerinde olması ve yakın pazar payına sahip bir başka teşebbüsün ilgili pazarda bulunmaması durumunda başka olgularla birlikte bu durumun hakim durum karinesi olarak kabul edildiği,

nırı kabul edilerek hâkim durumda olan teşebbüslerin yanı sıra hâkim durumda olmayan ancak ilgili pazarda önem pazar gücüne sahip olan teşebbüslerin dikey anlaşmalarının da grup muafiyetinden yararlanamamasının temin edilmesi amaçlanmaktaydı.²⁸ Bu şekilde, hâkim durumda olmamalarına rağmen ilgili pazara önemli ölçüde etki yapma imkânına sahip teşebbüslerin dikey anlaşma ve uyumlu eylemlerinin de Rekabet Kurulu tarafından yapılacak bireysel muafiyet incelemesinden geçmeleri temin edilmiş olmaktadır. Ancak Rekabet Kurumu'nun Tebliğ Taslağının açıklanması amacıyla yapmış olduğu toplantılarda bu oranın yükseltilmesine ilişkin sektör temsilcilerinden talepler gelmiştir. Bu talepler üzerine Kurum yetkilileri söz konusu toplantılarda, Rekabet Kurumu'nun geçmiş yıllarda elde etmiş olduğu veriler değerlendirildiğinde teşebbüslerin büyük çoğunluğunun pazar payının %30'un altında kaldığı, %30'luk oranın kabulü halinde teşebbüslerin %83'ünün, %40'lık oranın kabulü halinde ise teşebbüslerin %89.'nun grup muafiyetinden yararlanabileceği, teşebbüslerin sadece %6'sının %30 ile %40 oranları arasında pazar payına sahip oldukları, dolayısıyla bu iki orandan birinin pazar payı olarak kabulü durumunda grup muafiyetinden yararlanabilecek teşebbüslerin sayısında önemli bir farklılığın ortaya çıkmayacağı açıklamasında bulunmuşlardır. Doktrinde Esin tarafından ise tüm sektörler bakımından tek bir pazar payı sınırı kabul edilmiş olması eleştirilerek, bazı sektörlerde bu oranın her daim aşılabileceğini, diğer bir kısım sektörlerde ise pazar paylarının bu orana ulaşmadığı gibi, bu oranın da çok altında kalabileceğini, bu sebeplerle de pazar payına ilişkin sınırlama getirmeden önce sektör bazında detaylı araştırmalar yapılması gerektiği belirtilmektedir.²⁹

2002/2 sayılı tebliğde yapılan değişiklik ile 2005/4 sayılı tebliğde de olduğu gibi, tek alıcıya sağlama yükümlülüğünü içeren dikey anlaşma ve uyumlu eylemlerde grup muafiyetinin uygulanıp uygu-

teşebbüsün pazar payının %65'i aşması durumunda ise, önemli bir rakibin de bulunmaması kaydıyla hakim durum karinesinin çürütülmesi imkansız hale gelebildiği, bir başka görüşe göre pazar payının %40'tan daha fazla olduğu durumlarda aşağıda incelenecek kriterlerin önem taşıyacağı, bir diğer değerlendirmeye göre ise pazar payının %50 olması durumunda diğer şartların araştırılması ile hakim durum değerlendirilmesinin yapılabildiği belirtilmiş, sadece pazardaki lider teşebbüsün pazar payına bakılmasının hakim durumun tespitinde yeterli olmadığı, diğer teşebbüslerin de bu açılardan değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Kararın tam metni için bkz., <http://www.rekabet.gov.tr/pdf/06-24-304-71.pdf>, 01.05.2007, s. 42.

²⁸ www.rekabet.gov.tr/word/TebliğTaslagivegerekcesison.doc, 29.04.2007, s. 3.

²⁹ Esin, *Grup Muafiyeti Rejimi*, s. 127, 128.

lanmayacağını tespit için alıcının dikey anlaşma konusu malları ve hizmetleri aldığı ilgili pazardaki payının %40'ı aşıp aşmadığına bakılacağı belirtilmiştir. Alıcının pazar payının önem taşıdığı tek durumun tek alıcıya sağlama yükümlülüğünün söz konusu olduğu ihtimaller olması, günümüzde özellikle zincir mağazalar olarak adlandırılmakta olan hipermarketlerin alım gücü dikkate alındığında yetersiz kalmaktadır. Söz konusu hüküm, perakende sektöründeki yoğunlaşmalarla mücadele hususunda yetersiz kalmaktadır. Örneğin Türkiye çapında tek bir alıcı yerine iki farklı alıcının tayin edildiği dikey anlaşma ve uyumlu eylemlerde de, tebliğin alıcının pazar payına ilişkin düzenlemesi uygulanamayacaktır.

Rekabet Kurulu hakim durumda olmayan ancak ilgili pazarda önemli ölçüde etkide bulunabilecek olan anlaşma ve uyumlu eylemler ile ilgili olarak %40 pazar payı sınırlaması değişikliğinin yanı sıra, bir başka pazar payı sınırına daha tebliğde yer vermiştir. 2002/2 sayılı tebliğde yapılan değişiklikten önce, benzer nitelikteki dikey sınırlamaların oluşturduğu paralel ağların ilgili pazarın önemli bir bölümünü kapsamaması durumunda, Rekabet Kurulu'nun çıkaracağı bir tebliğ ile ilgili pazarda belli sınırlamaları içeren anlaşmaları grup muafiyetinin dışına çıkartabileceği hükme bağlanmıştı (m. 6/2). *"İlgili pazarın önemli bir bölümünü kapsamaması durumunda"* şeklindeki muğlak ifade, 2007/2 sayılı tebliğ ile yapılan değişiklik ile *"ilgili pazarın %50'sinden fazlasını kapsıyorsa"* şeklinde düzenlenmiştir. Kurum bu değişikliğin amacının, yayımlanacak bir tebliğ ile muafiyetin geri alınması ihtimali için objektif bir kriter getirilmesi ve bu şekilde hukuki belirliliğin artırılması olduğunu belirtmektedir.³⁰ 2007/2 sayılı tebliğ ile m. 6 hükmüne eklenen bir diğer hüküm de, m. 6/2'ye uygun bir tebliğin çıkarılması durumunda teşebbüslere hukuki güvenlik sağlanmasını amaçlamakta, çıkarılacak olan bu tebliğlerin yayımlandıkları tarihin üzerinden en az 6 ay geçmedikçe yürürlüğe girmeyecekleri hükme bağlanmaktadır.

Tebliğ Taslağı'nda ve 2007/2 sayılı tebliğde m. 6/2'de yapılan değişiklikte pazar payı sınırı olarak neden %50 oranının belirlendiğine ilişkin bir açıklama yapılmazken, mehz Avrupa Topluluğu Tüzüğü'nde de % 50 pazar eşiği öngörüldüğü belirtilmekle yetinilmektedir. Kanaatimce, bu hususta Türk ekonomisinin ve piyasaların özellikleri dikkate alınarak bir değerlendirme yapılmalı, benzer nitelikteki dikey sınırlamaların ne ölçüde yaygın olması durumunda ilgili

³⁰ www.rekabet.gov.tr/word/TebliğTaslagivegerekesison.doc, 29.04.2007, s. 4.

piyasanın kapanmasına, rekabetin ortadan kalkmasına yol açabileceği üzerinde durularak bir oran belirlenmeliydi. Bu hususta da her bir piyasanın kendine has özellikleri söz konusu oranın belirlenmesine etki edebilecek olmakla birlikte, şayet tüm piyasalar için tek bir oran belirlenmek isteniyorsa, bu hususta da hâkim duruma ilişkin tespitlerden ve geçmiş yıllardaki deneyimlerden yararlanılmalıydı.

2002/2 sayılı tebliğde yapılan %40 pazar payı sınırına ilişkin değişiklik, bu tebliğ ile düzenlenen grup muafiyetinin kapsamı bakımından bir daralmaya sebep olacaktır. Grup muafiyetinden yararlanan dikey anlaşma ve uyumlu eylemler için önemli bir statü değişikliği meydana gelecektir. Rekabet Kurulu bu durumu dikkate alarak, dikey anlaşma ve uyumlu eylemlere taraf olan teşebbüslere hukuki güvenlik de sağlanması bakımından, yeni duruma uyum için bir yıllık bir geçiş süreci öngörmüştür (Geçici Madde 2).

Pazar Payı Sınırlarının Aşılmasının Neticeleri

Yukarıda detaylı bir şekilde üzerinde durulmuş olan pazar payı sınırlarının aşılmasının yaptırımı, söz konusu dikey anlaşma ya da uyumlu eylemin geçersizliği değildir. Bu durumda anlaşma ya da uyumlu eylem grup muafiyetinden yararlanamayacaktır. Geçersiz olup olmadığı ise, RKHK m. 4, 5 hükümleri çerçevesinde yapılacak değerlendirme neticesinde tespit edilebilecektir. Nitekim Rekabet Kurulu'na grup muafiyeti tebliğleri çıkarmak hususunda verilen yetki, belirli konulardaki anlaşma³¹ türlerine bir grup olarak muafiyet tanınmasını sağlamak ve bunun şartlarının tespiti hususundadır (RKHK m. 5). Anlaşma ve uyumlu eylemlerin geçersiz olup olmadıklarını belirlemek değil. Bir dikey anlaşma ya da uyumlu eylem tebliğ hükümleri çerçevesinde grup muafiyetinden yararlanıyorsa, artık RKHK m. 4'deki yasaklamaya tabi olup olmadığı üzerinde durulmayacaktır. Grup muafiyetinden yararlanılamadığının tespiti durumunda ise anlaşma ya da uyumlu eylemin RKHK m. 4 hükmü çerçevesinde değerlendirilmesi ve bu düzenlemedeki geçersizlik yaptırımına tabi olup olmadığına karar veril-

³¹ RKHK m. 5'de Rekabet Kurulu'nun çıkaracağı tebliğler ile grup olarak muafiyet tanıyacağı hususun anlaşma olduğu belirtilmiş, uyumlu eylemler için bu tür bir yetki verildiğinden ise bahsedilmemiştir. Ancak Rekabet Kurulu tarafından çıkarılan grup muafiyeti tebliğlerinin kapsamlarına gerek dikey anlaşmalar ve gerekse uyumlu eylemler girmektedir. Bu hususta değerlendirme için bkz., Karaman Coşgun, s. 28.

mesi gerekmektedir. Bu değerlendirme neticesinde RKHK m. 4'e aykırılık bulunmadığı neticesine ulaşılması durumunda, anlaşma ya da uyumlu eylem geçerli iken, aykırılığın tespiti durumunda RKHK m. 5 çerçevesinde bireysel muafiyet kararı verilip verilemeyeceği değerlendirilecektir. Hakkında bireysel muafiyet kararı verilen bir anlaşma ya da uyumlu eylemin de geçersizliğinden söz edilemezken, bireysel muafiyet alamayacağına karar verilmesi durumunda artık söz konusu anlaşma ya da uyumlu eylem geçersizlik yaptırımı³² ile karşı karşıya kalacaktır.

Pazar payı sınırının aşılmasının yaptırımları bakımından ele alınması gereken bir husus da, anlaşma ya da uyumlu eylemin yapıldığı sırada değil, uygulanmaya başlanmalarından sonra bu sınırların aşılmış olmasının grup muafiyetinden yararlanmaya engel olup olmayacağıdır. 2005/4 sayılı tebliğde bu hususta kademeli bir düzenleme getirilmiştir (m. 8/c, d, e). Buna göre, pazar payı başlangıçta sırasıyla %30 ve %40'dan fazla olmayıp, sonradan sırasıyla %35 ve %45'i aşmayacak şekilde yükselmişse, grup muafiyeti pazar payı sınırının ilk aşıldığı yılı takip eden sonraki iki yıl boyunca da uygulanmaya devam edecektir. Bu ihtimalde %35 ve %45'in üzerine çıkmış ise, grup muafiyeti iki yıl boyunca değil, pazar payı eşiklerinin ilk aşıldığı yılı takip eden yıl boyunca uygulanmaya devam eder. Pazar payı sınırı aşılmış olmasına karşın grup muafiyetinin uygulanmasına imkan veren bu durumlar, muafiyetin uygulanacağı sürenin iki takvim yılını aşmasına neden olacak şekilde birleştirilemeyecektir. Bu imkanlara, yapılan değişiklik ile

³² Rekabet Hukuku açısından geçersizlik yaptırımı, muafiyet kurumunun bu yaptırımın niteliğine etkisi hususunda bkz., Yrg. 13. HD'nin 25.12.2002 tarih ve 2002/12626 E., 2002/14028 K. Sayılı kararı (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); Gürzümar, Osman B., Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4. Maddesine Aykırı Sözleşmelerin Tabi Olduğu Geçersizlik Rejimi, *Rekabet Dergisi*, S. 12, Ekim-Kasım-Aralık 2002, s. 3-75; İnan, s. 43 vd.; Karaman Coşgun, s. 251 vd.; Sanlı, s. 393 vd.; Aslan, İ. Yılmaz, *Rekabet Hukuku*, 3. Bası, 2005, s. 144, 378; Aksoy, M. Nazlı; *Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'a Aykırılığın Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No: 52 Ankara 2004, s. 29 vd.; Sayhan, İsmet, *Rekabet Hukukunda Rekabet Düzeninin Korunmasına Yönelik Düzenleme Bakımından Hukuka Aykırılık*, *Rekabet Dergisi*, S. 12, Ocak-Şubat-Mart 2004, s. 34; Topçuoğlu, Metin, *Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler Arası İşbirliği Davranışları ve Hukuki Sonuçları*, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi No: 7, Ankara 2001, s. 200 vd.; Badur, Emel, *Türk Rekabet Hukuku'nda Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşmalar, (Uyumlu Eylem ve Kararlar)* Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi No: 6, Ankara 2001, s. 159-160; Şensoy, Barış, *Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda Rekabeti Sınırlayıcı Uygulamalar Sonucu Karşılaşılacak Yaptırımlar*, İstanbul 2002, Yayınlanmamış YL Tezi, s. 85 vd.

2002/2 sayılı tebliğde de yer verilmiştir. Ancak 2002/2 sayılı tebliğde pazar payı sınırı %40 olarak belirlendiğinden, teşebbüsün pazar payının %45'i aşp aşmadığına göre grup muafiyetinin 1 yıl mı yoksa 2 yıl mı uygulanmaya devam edeceği belirlenecektir (m. 6/a).

Sonuç

Rekabet Kurulu'nun dikey anlaşmalara uygulanacak grup muafiyetini düzenlemek için çıkardığı 2005/4 ve 2002/2 sayılı tebliğler arasındaki en önemli farklılık, bu tebliğler çerçevesinde grup muafiyetinden yararlanabilecek anlaşma ve uyumlu eylemlerin konusunu oluşturacak mal ve hizmetlerdir. 2002/2 sayılı tebliğde 207/2 sayılı tebliğ ile yapılan değişiklikten önce, tebliğlerin kapsamı bakımından ortaya çıkan önemli bir diğer farklılık ise, grup muafiyetinin uygulanabilmesi için pazar payı sınırına yer verilip verilmediğiydi. Grup muafiyetinin uygulanabilmesi bakımından her iki tebliğ çerçevesinde pazar payı sınırının önemi, bu hususta 2002/2 sayılı tebliğde yapılan değişiklikler, pazar paylarının hesaplanması ve pazar payı sınırlarının aşılması hususları makale kapsamında detaylı bir şekilde incelenmiştir. Sonuç olarak üzerinde durulması gereken tespit ve değerlendirmeler ise kısaca şu şekildedir;

2005/4 sayılı tebliğde pazar payı sınırı ile ilgili detaylı bir düzenleme yapılarak, grup muafiyetinin uygulanabilmesi için %30'luk pazar payı sınırı kural kabul edilmiş, niceliksel ve niteliksel seçici dağıtım sistemleri ile tek elden sağlama yükümlülüğünün söz konusu olduğu durumlar için özel hükümler getirmiştir. 2002/2 sayılı tebliğde ise değişiklikten önce grup muafiyetinin uygulanabilmesi için her hangi bir pazar payı sınırı kabul edilmemişken, Rekabet Kurulu yayınlamış olduğu 2007/2 sayılı tebliğ ile pazar payı sınırına ilişkin değişiklikler yapmıştır. Ancak yapılan bu değişiklik 2005/4 sayılı tebliğdeki kadar detaylı olmayıp, niteliksel ve niceliksel seçici dağıtım sistemleri için ayrı pazar payı sınırlarına yer verilmemiştir. Pazar paylarının hesaplanması bakımından her iki tebliğde de bir önceki yılın verilerinin dikkate alınacağı kabul edilmiş olmakla birlikte, bir önceki yıldan ne anlaşılması gerektiğine ilişkin bir açıklamaya yer verilmemiştir. Kanaatimizce dikkate alınacak olan piyasa verileri, gerek anlaşmanın yapıldığı tarih itibarıyla bir önceki yılın verileri, gerekse Rekabet Kurulu tarafından bir soruşturmanın yürütülüyor olması durumunda, soruşturma tarihi

itibariyle bir önceki yılın verileri olmalıdır. Nitekim bir anlaşmanın yapıldığı sırada grup muafiyetinden yararlanıyor olması, sona erinceye kadar bu durumunu koruması anlamına gelmemektedir.

2002/2 sayılı tebliğde yapılan değişiklik ile getirilen pazar payı sınırlarında alıcının pazar payının önem taşıdığı tek ihtimal, tek alıcıya sağlama yükümlülüğünün mevcudiyeti olup, bu düzenleme perakende sektöründeki yoğunlaşmalarla mücadele bakımından yetersizdir. Nitekim Türkiye çapında iki alıcının tayin edilmiş olduğu durumlarda alıcının pazar payı grup muafiyetinin uygulanmasına etkide bulunmayacak, bu hususta sağlayıcının pazar payı belirleyici olacaktır.

2002/2 sayılı tebliğde pazar payı sınırının getirdiği bir diğer düzenleme, benzer nitelikteki dikey sınırlamaların oluşturduğu paralel ağlar sebebiyle grup muafiyetinin yeni bir tebliğ çıkarılması suretiyle geri alınmasına ilişkindir. Yapılan değişiklikte söz konusu paralel ağların ilgili pazarın %50'sinden fazlasını kapsaması şartı getirilmiş iken, 2005/4 sayılı tebliğin bu hususa ilişkin hükmünde *'ilgili pazarın önemli bir bölümü'* ifadesi yer almaktadır. 2002/2 sayılı tebliğde belirli bir pazar payı oranı getirilmesi, daha belirgin olması bakımından hukuk güvenliği açısından önem taşımaktadır. Buna karşın, ilgili piyasanın yeni girişlere kapanması etkisinin ortaya çıkmasında her piyasanın kendine özgü niteliklerinin etkili olması sebebiyle, 2005/4 sayılı tebliğdeki düzenleme Rekabet Kurulu'na somut şartları değerlendirmek bakımından takdir hakkı tanımakla daha isabetli kararların verilmesine imkan tanımaktadır.

Pazar payı sınırları ile ilgili olarak dikkat çekilmesi gereken bir husus da, bu sınırların aşılmasının yaptırımının gerek 2002/2 gerekse 2005/4 sayılı tebliğ açısından geçersizlik değil, grup muafiyetinden yararlanamamak olduğudur. Geçersizlik yaptırımının söz konusu olup olmayacağı ise, RKHK m. 4, 5 hükümleri çerçevesinde yapılacak değerlendirme neticesinde tespit edilebilecektir. Bu hususta önem taşıyan bir düzenleme de, anlaşma ya da uyumlu eylemlerin yapıldığı sırada değil, uygulanmaya başlanmalarından sonra pazar payı sınırlarının aşılmış olmasının belirli sınırlar dahilinde grup muafiyetinden yararlanmaya engel olmadığına ilişkidir. Bu husus gerek 2005/4 gerek 2002/2 sayılı tebliğlerde birbirine paralel şekilde düzenlenmiş olup, kademeli bir şekilde 2 yıla yayılabilen bir geçiş sürecine izin verilmiştir.