

## REKABETİN KORUNMASINA İLİŞKİN MEVZUAT IŞIĞINDA TEK ELDEN DAĞITIM ANLAŞMALARI

Öğr. Gör. Esin ÇAMLIBEL TAYLAN\*

### I. GENEL OLARAK

Türk hukukunda, rekabetin korunmasına ilişkin mevzuat değerlendirildiğinde Anayasa'nın 167nci maddesi anlamında bir düzenlemenin 7.12.1994 tarihli 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un ("Rekabet Kanunu") kabulüne kadar mevcut olmadığı görülmektedir<sup>1</sup>. Anayasa'nın 167nci maddesinin 1nci fıkrası "*Piyasaların Denetimi ve Dış Ticaretin Düzenlenmesi*" başlığı ile bu konuya ilişkin şu hükmü taşımaktadır.

*"Devlet, ... piyasalarda fiili veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önler"*. Söz konusu maddenin gerekçesi uyarınca, hükmün amacı devlete, özel teşebbüsün rekabet koşulları içinde yararlı yönde gelişmesine yardımcı olma görevi yüklemektir. Bunun sonucu olarak; piyasada fiili ve anlaşma sonucu oluşan tekeller önlenecektir. Hem özel işletmeler, hem de kamu işletmeleri bu yasağın kapsamındadır. Tekel teşkil etmemekle beraber, tekel oluşturamayan üretim ve hizmet kuruluşlarının fiyat anlaşmaları, üretim kotaları, coğrafi bölge paylaşma ve benzeri suretlerde gerçekleştirecekleri karteller de yasaklanmıştır. Bu hüküm Rekabet Kanunu'nun dayanağıdır. Aynı zamanda, Rekabet Kanunu'nun kabulünden önce Türkiye'de kartelleşmenin yasak olduğunu gösteren tek düzenlemedir.

Türk hukukunda haksız rekabeti düzenleyen Borçlar Kanunu ("BK") ve Türk Ticaret Kanunu ("TTK") hükümleri ile Rekabet Kanununu ve ilgili mevzuat hükümlerinin uygulama alanı birbirinden tamamen farklıdır. Haksız rekabet hükümleri ekonomik faaliyete katılan kişi ve grupların bireysel olarak birbirlerine karşı korunmasını düzenlerken, Rekabet kanunu tüm olarak ekonomik hayatın düzenlenmesi ve yönetilmesi ile ilgilidir<sup>2</sup>.

\* İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi İşletme Bölümü Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğr. Gör.

<sup>1</sup> Rekabet hukuku ile ilgili 14.06.1989 tarihli 3577 sayılı "İthalatta Haksız Rekabetin Önlenmesi Hakkında Kanun" dumping ve sübvansiyon aracılığı ile ithalatta haksız rekabet yaratılmasını yasaklamakta ve bunu önleyecek tedbirlerin alınmasını öngörmektedir.

<sup>2</sup> Arkan, S., "Ticari İşletme Hukuku" 2.Baskı, Ankara-1995, s.2.

Türkiye’de rekabetin korunmasına ilişkin çalışmalar 1970 yılında başlamıştır. Avrupa Ekonomik Topluluğu ile Türkiye arasında bir ortaklık yaratan Ankara Anlaşmasında (m.16) ilke olarak âkit tarafların Avrupa Topluluğu Antlaşması’nda (“AT Antlaşması”) yer alan rekabetle ilgili hükümlerde anılan ilkelerin ortaklık ilişkilerinde uygulanması kabul edilmiştir. Katma Protokol, Ankara Anlaşmasının anılan program maddesinin ayrıntılarının, ne zaman tesbit edileceğini ve nasıl uygulamaya konacağını açıklığa kavuşturmuştur. Buna göre, Protokolün yürürlüğe girişinden sonra altı yıllık bir süre içinde Topluluğu kuran AT Antlaşmasının 81, 82<sup>3</sup>, 90 ve 92nci maddelerinde belirtilen ilkelerin uygulama şartlarını ve usullerini tesbit yetkisi Ortaklık Konseyi’ne verilmiştir. 6 Mart 1995 tarihinde 1/95 sayılı AT - Türkiye Ortaklık Konseyi Kararı (“1/95 sayılı Karar”) ile taraflar arasındaki gümrük birliği sürecine ilişkin bir dizi ile karar alınmıştır. Türkiye, 1/95 sayılı Karar kapsamında milli mevzuatını Avrupa Topluluğu hukukuna uyumlaştırmayı kabul etmiştir. Türkiye’nin yeniden düzenle-meyi taahhüt ettiği hukuk alanlarından birisi de rekabet hukuku alanıdır. Türkiye bu taahhüdüne uygun olarak AT Antlaşmasının rekabet hükümlerine ve Topluluk mevzuatı ile paralellik arzeden bir rekabet kanunu hazırlamış ve bu kanunu uygulayacak bir rekabet kurumu oluşturmuştur. Rekabet Kurulu halihazırda Kanunun uygulanmasına yönelik Tebliğleri çıkartmaktadır<sup>4</sup>. Rekabet Kanununu takiben çıkartılan mevzuat 1/95 sayılı Karar’ın 37nci maddesi uyarınca Toplulukta yürürlükte bulunan mevzuatın Türkiye’de aynen uygulanmasını sağlayacak niteliktedir.

<sup>3</sup> AT Antlaşmasının 85 ve 86. Maddelerinin numaraları 1 Mayıs 1999 yılından itibaren geçerli olmak üzere 81 ve 82 olarak değiştirilmiştir.

<sup>4</sup> Rekabet Kurulu tarafından bugüne değin yayınlanan yönetmelik ve tebliğler: 21.06.1997 t. RG. Rekabet Kurumu Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik; 12.08.1997 t.RG. Rekabet Kurulu’ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ (Tebliğ No:1997/1); 12.08.1997 t.RG. Anlaşmaların, Uyumlu Eylemler ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Kanununun 10ncu Maddesine Göre Bildiriminin Usul ve Esasları Hakkında Rekabet Kurulu Tebliği (Tebliğ No:1997/2); 4.09.1997 t. RG. Tek Elden Dağıtım Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği (Tebliğ No:1997/3); 9.09.1997 t. RG. Tek Elden Satın Alma Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği (Tebliğ No:1997/4); 11.11.1997 t. RG. Rekabet Kurumu Teşkilatının Oluşturulmasından Sonra Teşebbüslerin ve Teşebbüs Birliklerinin 4054 sayılı Kanun’dan Doğan Hak ve Yükümlülüklerine İlişkin Tebliğ (Tebliğ No:1997/6); 26.03.1998 t.RG. Rekabet Kurulu’ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkındaki 1997/1 Sayılı Tebliği’in 4ncü Maddesinde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Tebliğ (Tebliğ No: 1998/2); 1.04.1998 t.RG. Motorlu Taşıtlar Dağıtım ve servis Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği (Tebliğ No:1998/3); 12.09.1998 t.RG. Özelleştirme Yoluyla Devralmaların Hukuki Geçerlilik Kazanabilmeleri İçin Rekabet Kurumuna Yapılacak Ön Bildirimlerde ve İzin Başvurularında Takip Edilecek Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ (Tebliğ No:1998/4); 18.12.1998 t. RG. Franchise Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği (Tebliğ No:1998/7).

## II. REKABET KANUNUNUN KAPSAMI VE MUHATAPLARI

### 1. Kapsam

*Rekabet Kanununun amacı;*

(a) mal ve hizmet piyasalarındaki rekabeti engelleyici, bozucu ve kısıtlayıcı anlaşma, karar ve uygulamaları;

(b) piyasaya hakim olan işletmelerin bu hakimiyetlerini kötüye kullanmalarını önlemek; ve

(c) rekabeti önemli ölçüde azaltacak birleşme ve devralma niteliğinde hukuki işlem ve davranışları denetlemektir.

Kanunun kapsamındaki mal ve hizmet piyasalarının alanını Türkiye Cumhuriyeti sınırları çizer.

#### **A) REKABETİ SINIRLAYICI ANLAŞMA, KARAR, UYUMLU EYLEM**

Rekabet Kanunu üç tip faaliyeti yasaklamış ve denetim altına almıştır. Kanunun yasakladığı faaliyetlerden birincisi rekabeti sınırlayıcı anlaşma, uyumlu eylem ve kararlardır. Piyasada doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma yada kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve işletme birliklerinin bu tür karar ve eylemleri hukuka aykırıdır. Bu noktada dikkat edilmesi gereken iki husus vardır. Öncelikle rekabeti sınırlayıcı faaliyetler arasında uyumlu eylem kararına yer verilmiştir ki bunun anlamı kanun işletmeler arasında bilerek gerçekleştirilen pratik işbirliğini dahi rekabete aykırı kabul etmektedir. Hatta, kanunu yürütmekle görevli Rekabet Kurulu işletmeler arasında bir anlaşmanın varlığının ispatlanamadığı durumlarda pazar yapısı veya işletmelerin Pazar davranışları rekabetin sınırlanması sonucunu doğuruyorsa işletmeler arasında uyumlu davranış olduğu kabul edecektir. (Rekabet Kanunu m.4/3)

Örneğin; Boya sektöründeki işletmeler birbirine çok yakın aralıklarla fiyat artışında bulunuyorlar, yapılan fiyat artışı oranı birbirine çok yakın ise ve aynı davranış belirli aralıklarla tekrarlanıyorsa rekabet kurulu boya sektöründeki işletmeler arasında uyumlu davranışın bulunduğunu varsayabilir<sup>5</sup>. Görüldüğü gibi işletmeler arasında uyumlu eylemden söz etmek için bir karara veya anlaşmaya ihtiyaç yoktur. Daha da açarsak bir öğlen yemeğinde yapılan görüşmenin sonucunda piyasada ortak tavırlar sergilenmesi dahi Kurulun soruşturma başlatması için yeterli olabilir.

<sup>5</sup> ICI and Others v. Commission davası, 48/57/69 [1972] ECR 619, CMLR 557 (örnek olay).

Rekabeti sınırlayıcı anlaşma ,uyumlu eylem ve kararlarla ilgili dikkate alınması gereken bir diğer husus ise ,işletmeler yaptıkları anlaşma verdikleri talimat ile fiilen piyasadaki rekabeti engelleyememiş olsalar dahi kanun eylemin cezalandırılması bakımından eylemin sadece bu amacı taşımasını yeterli görmektedir. Örneğin; üretici firma bayilerine malı belli bir fiyattan satması hususunda talimat veriyorsa , bayiler bu talimata zaman zaman uymasalar dahi bu üretici firma hakkında soruşturma açılmasına ve yaptırımın uygulanmasına engel teşkil etmeyecektir. Bu bakımdan Kurul soruşturmaya dayanak olarak birkaç bayinin sözlü beyanını yeterli kabul etmektedir.

Kanun bu anlamda rekabeti sınırlayan bazı faaliyetleri örnekleyici olarak saymaktadır: her türlü fiyat belirlemeleri, pazar paylaşma, üretim sınırlamaları, pazara giriş engelleri, ek yükümlülükler getirme v.b.

#### **B) HAKİM DURUMUN KÖTÜYE KULLANILMASI**

Rekabet Kanununun yasakladığı bir diğer durum piyasada hakim durumda bulunan bir işletmenin hakim durumunu tek başına yahut başkaları ile yapacağı anlaşmalar veya birlikte davranışlarla kötüye kullanmasıdır.

Hakim durumun saptanmasında işletmenin pazar payı kullanılan kıstaslardan en önemlisidir. Yasaklanan, bir işletmenin hakim durumda olması değildir. İşletme hakim durumunu kullanarak fiyat belirleme, bazı işletmeleri pazar dışına itme, mal vermeyi kesme vb. uygulamaları gerçekleştirmedikçe hakim durumunu sürdürebilir.

#### **C) BİRLEŞME VE DEVİRLER**

Rekabet Kanunu hakim durum yaratmaya veya hakim durumu güçlendirmeye yönelik birleşme ve devirlerin yasak olduğunu düzenlemektedir. Birleşme ve deviralma sonucu ilgili ürün piyasasında, birleşen şirketlerin pazar payları piyasanın % 25'ini aştığı takdirde veya bu oran aşılmaya bile toplam cirolarının 25 trilyon TL. sınırı aşması halinde Rekabet Kurulu 'ndan izin alınması gereklidir.

## **2. Kartel Yasağının Muhatapları**

Rekabet Kanunu ve ilgili mevzuat çerçevesinde tek elden dağıtım anlaşmalarını ele almadan önce Kanunda belirtilen teşebbüs (işletme) ve teşebbüs birlikleri (işletme birlikleri) kavramları üzerinde durmak yerinde olacaktır.

#### **A) İŞLETME**

Türk hukukunda ticari işletme kavramı ile ilgili düzenlemeler TTK. ve Ticaret Sicil Nizamnamesinde ("TSN.") yer almaktadır. Bilindiği gibi, TTK bir ticari işletme tanımı yapmamış ancak, ticarethane, fabrika ve ticari şekilde işletilen diğer müesseselerin ticari işletme sayılacağını hükme bağlamıştır (TTK.m.11). TSN.de ise,

ticari işletme tanımı yapılmıştır. Bu tanım uyarınca, bir ticari işletmenin unsurları gelir sağlamak, devamlılık, bağımsızlık ve yapılan işin esnaf faaliyeti sınırlarını aşmasıdır. Bu durumda, ticari işletmelerin diğer (iktisadi) işletmelerden farklı bir özelliğinin bulunması, esnaf faaliyeti sınırlarını aşması gerekir<sup>6</sup>. Dolayısıyla, her işletmenin TTK. anlamında bir ticari işletme olduğunu söylemek mümkün değildir.

Rekabet Kanununda yer verilen işletme kavramının TTK.nundaki ticari işletme kavramı ile örtüşüp örtüşmediği hususunda ilgili mevzuatta bir açıklama yoktur. Rekabet Kanunu işletme kavramını “*piyasada mal ve hizmet üreten, pazarlayan, satan gerçek ve tüzel kişilerle, bağımsız karar verebilen ve ekonomik bakımdan bir bütün teşkil eden birimler*” olarak tanımlamıştır. Bu tanımda ticaret hukuku anlamında kabul edilen ticari işletme kavramını belirleyen unsurlardan bağımsızlık unsuru<sup>7</sup> dışında hiçbir kavrama yer verilmemiştir. Rekabet Kanunundaki işletme tanımı açık olmamakla birlikte, bu durumda kanun koyucunun işletme kavramını ticari işletme ile sınırlamak istemediği ve daha geniş bir şekilde yorumladığı sonucuna varılabilir. Rekabet Kanununun dayanağı AT Topluluğu rekabet mevzuatına bakılacak olursa, mevzuatta işletme kavramının tanımlanmadığı görülecektir. Bu boşluk, 1961 tarihli Alman Federal Kartel Kanunundan yararlanmak suretiyle doldurulmak istenmiştir. Buna göre doktrinde işletme, “*sırf kişisel ihtiyaçların bireysel tatmini ile sınırlı olmayan, ekonomik değerlerin (mal ve hizmetlerin) değişimini hedefleyen, tümüyle ekonomik alanın dışında kalmayan, hukuki biçimine ve kazanç elde etme amacına bakılmaksızın, kişilerin her türlü bağımsız faaliyeti*” olarak tanımlanmıştır<sup>8</sup>. Buna karşın, ATAD, işletmeyi tanımlarken, Avrupa Kömür Çelik Topluluğu Antlaşması'nın 80nci maddesinden hareket etmeyi uygun bulmuştur. Bu madde uyarınca, işletme üretim faaliyetini ve mutad olarak tüketicilere ve sanatlara satım faaliyeti hariç, dağıtım faaliyetlerini sürdüren işletme ve kuruluşlardır. Bu maddeden hareket eden Adalet Divanı, işletmeyi “*maddi ve gayri maddi unsurlardan oluşan, bağımsız bir hukuki varlığa sahip, uzun dönem için belirlenmiş bir hedefi izleyen bir ekonomik bütünlük*” şeklinde tanımlamıştır<sup>9</sup>. Topluluk hukukunda, işletme niteliği, özel bir hukuki biçime veya mülkiyet rejimine bağlı değildir. AT Rekabet hükümleri gerçek kişi işletmelere, iş ortaklıklarına ve şirketlere olduğu kadar, gösteri sanatlarını icra eden tiyatro

<sup>6</sup> Arkan, s.18.

<sup>7</sup> Ticaret hukuku anlamında bağımsızlık ayrı bir tüzel kişiliği, dolayısıyla hukuki bağımsızlığı ifade eder. Ancak, rekabet hukukunda sadece hukuki bağımsızlık yeterli görülmemekte, işletmenin ekonomik bakımdan da bağımsız olması gerekmektedir.

<sup>8</sup> A. Deringer, The Competition Law of the European Economic Community: A Commentary on the EC Rules of Competition, 1968, s.5; Goyder, G., “EC Competition Law”, New York-1990, s.80.

<sup>9</sup> Mannesman- Komisyon Davası, 19/61 1962 ECR 357, 371.

topluluklarına<sup>10</sup>, kamu eliyle yürütülen işlerde, örneğin ticaretle uğraşan devlet kuruluşlarına, yerel yönetimlere, federasyonlara, ticari birliklere ve her türlü diğer kamu işletmelerine de aynı şekilde uygulanacaktır.

Adalet Divanı uygulaması doğrultusunda, kamu hukuku nitelikli görevlerin özel kişilerce yerine getirilmesi de işletme niteliğini etkilememektedir. Belçika hükümetinin General Motors Continental'e, Opel marka ithal ikinci el arabaların güvenlik testini yapma hususunda münhasır yetki vermesi, General Motors Continental'in işletme niteliği taşımasına engel görülmemiştir<sup>11</sup>.

AT Rekabet Hukuku uyarınca, bir işletmeden söz edebilmek için işletmenin kâr amacı güdüp gütmemesi işletmeyi belirleyici unsurlardan biri olabilir mi? Bir görüşe göre<sup>12</sup>, kâr amacı gütmeyen bir organizasyon işletme sayılmaz. Adalet Divanı da aynı görüşü benimsemiş ve kamu yararına ve kazanç amacı olmaksızın faaliyette bulunan kamu hukuku tüzel kişilerinin AT Antlaşması'nın 85nci maddesinin uygulama alanına girmediği sonucuna varmıştır<sup>13</sup>.

Ancak, bu konuda doktrinde halihazırda kabul edilen görüş, kâr amacı gütmeyen işletmenin zorunlu unsurlarından biri olmadığı yönündedir<sup>14</sup>. Bu görüşün dayanağı Federal Alman Kartel Kanununun İnci maddesidir. Adı geçen kanun işletmeyi tanımlarken nitelikleri veya unsurları arasında kâr amacını saymamıştır.

Sonuç olarak, Rekabet Kanunu bakımından işletme kavramı TTK anlamında ticari işletme kavramından daha geniş olarak değerlendirilmektedir.

### B) BAĞLI İŞLETME

Rekabet hukuku açısından bağlı işletmelerin (filyal şirket) niteliği, üzerinde durulması gereken noktalardan biridir. Türk hukuku açısından "bağlı şirket" ve "bağımsızlık" kavramları değerlendirildiğinde, "bağımsız olma" ticari işletmenin unsurlarından biridir. Ancak, Rekabet Kanunu öncesinde Türk hukuku bakımından ana şirket-bağlı şirket ilişkisi konusunda bir hukuki düzenleme mevcut değildi. Genel prensipler uyarınca, Türk hukukunda ana şirket-bağlı şirket ilişkisi yönünden her işletmenin ayrı bir tüzel kişiliğe sahip olduğundan hareketle hukuken bağımsız

<sup>10</sup> RAI/UNITEL [1978] O.J. L157/39; [1978] 3 CMLR 306; Korah, V., "Competition Law of Britain and the Common Market" 3.bası, Hague, Boston, Londra, 1982, s.199.

<sup>11</sup> General Motors Continental davası, ATAD 26/75; ATAD kararlar Dergisi [1975] s.1367/1379

<sup>12</sup> VanLandewijck- Komisyon davası, 29.10.1980, Digest of Law relating to the EG, s.B. 7.111/3; Klöckner-Werke davası, 20/60; İnceci, B. "AET Rekabet Politikası" İKV.Yayın No:20 İstanbul-1986, s.20.

<sup>13</sup> Adalet Divanı 94/74 No.lu dava, ATAD Kararlar Dergisi, 1975 s.699/713.

<sup>14</sup> Whish, R. "Competition Law" Londra-1985, s.166, Goyder, G., s.80; Goyder, J. "EC Distribution Law" Londra-1992, s.26.

olduğu kabul edilmektedir<sup>15</sup>. Oysa, bir işletme veya ortaklığın, diğer bir ortaklığın çoğunluğuna sahip olması, onu kısmen veya tamamen kendi yönetimi altına alması hakimiyet altındaki ortaklık veya işletmelerin hukuken bağımsız olmalarına rağmen ekonomik açıdan bağımlı olmaları sonucunu doğurmaktadır<sup>16</sup>.

Rekabet mevzuatı bağlı işletme kavramına yer vermektedir. Rekabet Kanununda işletme kavramı tanımlanırken “*ekonomik bakımdan bir bütün teşkil eden birimler*” ifadesi kullanılarak işletmenin bağlı işletmeleri ile birlikte ele alınacağına işaret edilmiştir. Ayrıca, Rekabet Kurulu tarafından Kanun’un 7nci maddesine dayanarak çıkartılan Rekabet Kurulu’ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında 1997/1 Sayılı Tebliğ “*İzne Tabi Birleşme ve Devralmalar*” başlıklı 4ncü maddesi birleşmenin kurula bildirilmesi bakımından pazar payının ve cironun hesaplanmasında “*birleşme ve devralmayı gerçekleştiren teşebbüslerin doğrudan veya dolaylı olarak sermayesinin ve ticari malvarlığının yarısından fazlasına ya da oy hakkının yarısından fazlasını kullanma yetkisine veya denetim kurulu, yönetim kurulu veya teşebbüsü temsile yetkili organların üyelerinin yarısından fazlasını atama yetkisine ya da işlerini idare etme hakkına sahip olduğu teşebbüslerin ilgili ürün pazarındaki pazar payları ve ciroları*”nın dikkate alınacağını belirtmek suretiyle ekonomik bütünlük kavramını bir kez daha dile getirmiştir.

AT rekabet hukuku doktrinde kabul edilen görüşe göre, bir birlik içindeki farklı tüzel kişilerin kendi başlarına AT Antlaşmasının 81nci maddesi anlamında ayrı işletme olarak kabul edilmesi, pazar içerisinde kendi ekonomik faaliyetleri konusunda karar vermede gerçek bir özgürlüğe sahip olmasına bağlıdır<sup>17</sup>. Ekonomik bir grup içindeki ana şirket ve bağlı şirket veya ana şirketin iki yan kuruluşu arasındaki bir anlaşma, eğer işletmelerin bağımsız bir ekonomi politikası belirleme özgürlükleri yoksa, kural olarak 81. madde kapsamı dışındadır. Amerikan Yüksek Mahkemesinin verdiği kararlara göre, bir şirketin diğer şirketteki payı %49 oranını aşmadığı takdirde pay sahibi olunan şirket diğer şirketin bağlı şirketi sayılmamaktadır<sup>18</sup>.

ATAD, Rekabet hukukunda işletme kavramının tüzel kişiliğinin şirketler hukuku amaçlı tüzel kişilik kavramı ile aynı olmadığını belirtmektedir. İşletmeler arasındaki ekonomik ve ticari bütünlüğü ortaya koymak için tüzel kişilik perdesi kaldırılabilir<sup>19</sup>.

Aynı grup içindeki iki işletme arasında yapılan bir lisans anlaşması, anlaşmanın taraflarının ayrı tüzel kişiliğe sahip iki farklı şirket olmasına rağmen aralarındaki

<sup>15</sup> Poroy, Tekinalp, Çamoğlu, “Ortaklıklar hukuku ve Kooperatifler” 6.Bası, İstanbul-1995 s.898

<sup>16</sup> Poroy, Tekinalp, Çamoğlu, s.897.

<sup>17</sup> Goyder, G., s.82; Guy-Martial, W., “Commercial Agency and Distribution Agreements” Essex-1990, s.4-8.

<sup>18</sup> Copperweld Corporation-Independence Tube Corporation 467 US, 752. 104 S. Ct; **Bermann** George A.-**Goebel**, Roger J.-**Davey-William** Fox Eleanom, s.686.

<sup>19</sup> Commercial Solvents v. Commission [1974] ECR 223; Johnson and Johnson [1981]2 CMLR 287.

ekonomik bütünlük sebebiyle tek bir işletme olarak değerlendirilecek ve taraflar arasındaki anlaşma 81/1 madde kapsamı dışında mütala edilecektir<sup>20</sup>.

Viho Europe ile Komisyon<sup>21</sup> arasındaki uyuşmazlıkta Court of First Instance distribütörlerden gelen şikayeti değerlendirdi. Şikayete konu şirket Parker Pen bağlı şirketleri ile düzenlemeye gitmişti. Buna göre müşterinin ülkesindeki bağlı şirket, diğer AT ülkelerindeki müşterilerden gelen tüm siparişleri Parker Pen'e geçirecekti. Düzenleme bağlı şirketlerin pasif satış yapmasını engellemekteydi. Court of First Instance bu tür bir düzenlemenin ulusal pazarların bölünmesi sonucunu yaratacağını belirtmekle beraber bu düzenlemenin pazarda bağımsız karar verme özgürlüğüne sahip olmayan bağlı şirketlerin dahil olduğu tek bir işletme tarafından uygulanan bir politika olması halinde 81/1 madde kapsamında olmayacağına karar verdi.

Topluluk hukukunca kabul edilen, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması veya bir diğer ifade ile tek işletme doktrini, bir yandan sorumluluğa karşı bir siper olurken<sup>22</sup>, diğer yandan bağlı şirketin ihlalini ana şirketin sorumluluğuna dayandırma olanağı da sağlar<sup>23</sup>. Anılan doktrin, bir grup içinde işletmeler arası ilişkileri değerlendirirken, ayrı bir tüzel kişinin varlığına rağmen grup içindeki işletmeler arası ilişkilerde gerçek ekonomik ilişkileri dikkate alma imkanı sağlar. Ayrıca, bu doktrin ile bağlı şirket vasıtasıyla Toplulukta faaliyette bulunan fakat Topluluk dışında tescilli ana şirketi aktif olarak denetleme ve ana şirketi ATAD ve Komisyon'un yargılama alanı içine dahil etme imkanı elde edilmektedir<sup>24</sup>.

Topluluk hukukunda Commercial Solvents davası<sup>25</sup> bu uygulamaya bir örnek teşkil eder. Commercial Solvents isimli ABD'de tescilli bir şirket bağlı şirketi Instituto vasıtasıyla üretilen hammaddeyi rakibi ve müşterisi olan bir şirkete (Zoja) satmayı reddetmişti. Commercial Solvents, Instituto'nun %51 oy hakkını elinde bulunduruyor ve yönetim kurulunda %50 temsil ediliyordu. Ayrıca, yönetim kurulu başkanlığı da Commercial Solvents'a aitti. Commercial Solvents Ortak Pazar'da faaliyette bulunma-makla birlikte ABD'deki pazar payı açısından pazarda hakim durumda bulunmak-taydı. Ortak Pazarda faaliyet gösteren ve belli bir müşteriye mal vermeyi reddeden Instituto ise Ortak Pazar içerisinde hakim durumda değildi. Tüm bu verilere

<sup>20</sup> Dava 16/74 Centrafarm v. Sterling Drug Inc. and Winthrop BV, [1974] ECR 1183, [1974]2 CMLR 480; Dava 147/24 Kodak [1970] CMLR D31.

<sup>21</sup> Viho Europe v. Commission [1995] II ECR 217 paragraf 52-4; ATAD tarafından onaylandı Dava C-73/95P.

<sup>22</sup> Viho Europe v. Commission; Dava 147/24 **Kodak**; Dava 16/74 Centrafarm v. Sterling Drug Inc. and Winthrop BV.

<sup>23</sup> Johnson and Johnson.

<sup>24</sup> **Goyder**, G., s.83; **Anderman**, s.41.

<sup>25</sup> Commercial Solvents-Komisyon, 6-7/733, ECR 1974, 223 **Bermann** George A.-**Goebel**, Roger J.-**Davey-William** F.E., s.687; aynı konuda, Europemballage ve Continental Can-Komisyon 6/72, CMLR 1972 s.41.



rağmen, Komisyon her iki işletmeyi tek bir işletme olarak kabul etti ve şirketler arasındaki bu bağlantılar dolayısıyla, alınan karar doğrultusunda yapılan uygulamayı tek bir faaliyet olarak (=united action) değerlendirdi. Bu değerlendirmenin sonucunda Komisyon, Instituto'nun müşterisine mal sağlamayı reddetmesinin AT Antlaşması madde 86 anlamında hakim durumun kötüye kullanılması teşkil ettiğine (ana şirket hakim durumda olduğundan) ve rekabete aykırı olduğuna karar verdi.

Adalet Divanı ve AT Komisyonu bu konuda kesin bir kural öngörmekten daha çok bağlı şirketin bağımsız davranma yeteneğinin var olup olmadığını her olayda ayrı ayrı tesbit etme eğilimindedirler.

Rekabet Kurulu, büyük bir ihtimalle Komisyon ve ATAD kararlarına benzer şekilde tek işletme doktrini veya başka bir ifade ile tüzel kişilik perdesinin kaldırılması doktrini Türk hukukuna taşıyacaktır. Tek işletme doktrininin Türk hukuk uygulamasına rekabet kurulu kararları ile girmesi halinde Türkiye'de çok istisnai bir kaç durum dışında<sup>26</sup> uygulama alanı bulmayan tüzel kişilik perdesinin kaldırılması prensibine yeni bir uygulama alanı açılmış olacaktır. Ancak, Rekabet Kurulunun Topluluk içtihat hukukunu izleyerek ulaşacağı bu uygulamaya mahkemelerin nasıl yaklaşacağı bilinmemektedir.

### C) İŞLETME BİRLİKLERİ

Topluluk hukukunda "*işletme birlikleri*" kavramı çok geniş bir şekilde yorumlanmaktadır.

Kavram sadece tüzel kişiliğe sahip birlikleri değil, aynı zamanda tüzel kişiliğe sahip olmayan fiili birlikleri de kapsamaktadır. Kamu görevi yapmakta olan işletme birlikleri de maddenin kapsamına girebilirler<sup>27</sup>. Üyelerinin ticari menfaatini temsil eden bir fiili birlik bulunduğu takdirde sözkonusu birlik de bir işletme birliği olarak değerlendirilir<sup>28</sup>.

## III. REKABET KANUNU m.4 ÇERÇEVESİNDE TEK ELDEN DAĞITIM ANLAŞMALARI

### 1. Rekabet ve Tek Elden Dağıtım Anlaşmaları

Rekabet, ya işletmenin ürettiği mallara ilişkin olarak rakip işletmeler arası anlaşmalarla (yatay anlaşma), ya da malların dağıtım esnasında yapılan anlaşmalarla (dikey anlaşma) gerçekleşir. Bu nedenle, kartel yasağı çerçevesinde Türkiye'deki mal ve

<sup>26</sup> Limited ve anonim şirketlerin vergi borçları açısından bu prensip uygulanmaktadır.

<sup>27</sup> Aslan, Y., "AT Rekabet Hukuku", Ankara- 1992, s.75.

<sup>28</sup> Aslan, Y., "Rekabet Hukuku ve Rekabetin Korunması Hakkında Kanun", Bursa-1997, s.45

hizmet piyasalarında, rekabetin engellenmesi, sınırlanması veya bozulmasında sık uygulanan tek elden dağıtım sözleşmeleri önem arz etmektedir.

Topluluk hukuku mevzuatı ve uygulamasına bakılacak olursa, Topluluk üyesi ülkeler arasında ticareti etkileyen tek elden dağıtım anlaşmalarının kural olarak AT Antlaşmasının 81/1nci maddesini ihlal ettiğine çok erken tarihlerde karar verildiği görülecektir<sup>29</sup>. Topluluk hukukunda tek elden dağıtım anlaşmasının AT Antlaşması 81/1nci maddeyi ihlal edip etmediği tespit edilirken;

- (a) ürünün yapısı,
- (b) sözleşmenin sınırlı veya sınırsız sayıda olup olmadığı,
- (c) tarafların Pazar payı,
- (d) anlaşmanın dağıtım anlaşmaları ağına dahil benzer anlaşmalardan biri olup olmadığı

hususlarının dikkate alınacağı belirtilmiştir. Yukarıda belirtilen hususlar değerlendirilerek tarafların nispi olarak küçük pazar payına sahip olması veya benzer çok sayıda dağıtım ağı olmaması halinde, tek elden dağıtım anlaşmalarının AT Antlaşması 81/1nci madde kapsamı dışında kalabileceği kabul edilmektedir. Bununla birlikte, AT Komisyonu (de minimis kuralı<sup>30</sup> hariç) tek elden dağıtım anlaşmalarının otomatik olarak AT Antlaşması m.81/1'i ihlal ettiğini kabul eder. Yukarıda anılan hususları, AT Antlaşması 81/3ncü maddesi uyarınca anlaşmaya bir muafiyet tanınıp tanınmayacağına karar verirken gözönüne alır.

## 2. Rekabet Kanunu m. 4 ve Muafiyet

Topluluk hukukunda kabul edilen yasal düzenleme benzer bir şekilde Türk hukuku bakımından da benimsendiğinden tek elden dağıtım anlaşmalarının Rekabet Kanununun 4ncü maddesi kapsamında değerlendirilerek kural olarak rekabeti bozucu, önleyici ve kısıtlayıcı etkilere sahip olduğu kabul edilmektedir.

Bununla beraber, Rekabet Kanunu niteliği gereği rekabeti bozucu, önleyici ve kısıtlayıcı anlaşma, karar ve uyumlu eylemlerin belirli şartların varlığı halinde Kanunun 4ncü madde uygulamasından muaf tutulacağı hükmünü getirmektedir. Kanun bireysel muafiyet ve grup muafiyeti olmak üzere iki tip muafiyet öngörmektedir. Bireysel muafiyet, tarafların aralarındaki anlaşmayı Rekabet Kurulu'na bildirerek, muafiyet talebi halinde Kurul tarafından tanınabilen bir muafiyettir. Kurul, taraflar arasındaki anlaşmanın rekabeti bozucu, önleyici ve kısıtlayıcı etkisine rağmen;

<sup>29</sup> Consten Grundig davası, 56&58/64 [1966]CMLR 418, [1966] ECR 299.

<sup>30</sup> Rekabet üzerindeki etkisi hissedilecek kadar olmayan çok küçük işletmeler arasındaki anlaşmaların yasaklama dışında tutulmasına de minimis kuralı denmektedir.

- (a) malların üretimi ve dağıtımını ile hizmetlerin sunulmasında yeni gelişme ve iyileşmelerin ya da ekonomik ve teknik gelişmenin sağlanması,
- (b) tüketicinin bundan yararlanması,
- (c) rekabetin yukarıdaki iki halde belirlenen amaçların elde edilmesi için zorunlu olandan daha fazla sınırlanmaması,
- (d) ilgili pazarın önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kalkmaması

durumlarının varlığı halinde anılan anlaşmaya muafiyet tanıyabilir. Ancak, malların üretimi ve dağıtımını ile hizmetlerin sunulmasında yeni gelişme ve iyileşmelerin ya da ekonomik ve teknik gelişmenin sağlanması amacı rekabeti sınırlamaksızın da elde edilebiliyorsa Kurul muafiyet tanımaz.

Kurul belirli konulardaki anlaşma türlerine bir grup olarak muafiyet tanınmasını sağlayan ve bunların şartlarını gösteren tebliğler çıkarma yetkisine sahiptir. (Rekabet Kanunu m.5/4). Bireysel muafiyet ancak anlaşma taraflarının bildirimini ile talep edilebilirken, grup muafiyeti tebliği kapsamına giren bir anlaşma Kurul'a bildirilmeksizin otomatik olarak muafiyet kapsamında değerlendirilir.

Kurul bugüne kadar "Tek Elden Dağıtım Anlaşmaları", "Tek Elden Satın Alma Anlaşmaları" ve "Motorlu Taşıtlar Dağıtım ve Servis Anlaşmaları"na ilişkin grup muafiyeti tebliğlerini kabul etmiştir.

### 3. Tek Elden Dağıtım Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği

Tek elden dağıtım anlaşmalarının yeni pazara girişi kolaylaştırması ve markalar arası rekabeti arttırması nedeniyle belli kurallar çerçevesinde rekabeti sınırlamalarına izin verilmektedir.

Kurul tek elden dağıtım anlaşmaları dışında yine dağıtımın bir türü olan tek elden satın alma anlaşmalarına da yayınladığı bir tebliğ ile grup muafiyeti tanımaktadır. Bu tip anlaşmalar uygulamada karşımıza sık sık çıkmakla birlikte, Türk hukuku bakımından bu güne kadar dağıtım anlaşmaları içerisinde ayrıca nitelenmiş ve kapsamı belirlenmiş bir sözleşme olarak ele alınmış değildir. Tek elden satın alma anlaşmaları bu çalışma çerçevesinde ele alınmamıştır. Ancak, tek elden satın alma anlaşmalarının, tek elden dağıtım anlaşmalarından, dağıtıcıya münhasır bölge tanınamaması yönünden farklı olduğunu belirtmek yerinde olacaktır. Tek elden dağıtım anlaşmaları dağıtıcıya, belirlenmiş bir bölgede belirli malların, tek satıcısı olma hakkını tanıır. Eğer münhasır bölge sözkonusu değilse, fakat, dağıtıcılar malı belirli bir sağlayandan satın alma yükümlülüğüne tabi iseler, tekelden satın alma anlaşması sözkonusu olacaktır. Bu tip anlaşmalarda sağlayan aynı bölge içinde uygun gördüğü birden çok dağıtıcı ile anlaşma yapabilir. Böyle bir anlaşmada sadece dağıtıcı münha-

sıran tek bir sağlayandan mal satın almayı kabul etmektedir<sup>31</sup>. Petrol şirketlerinin benzin istasyonları ile yaptıkları sözleşmeler tek elden satın alma anlaşmalarının örneklerinden biridir.

#### **A) GRUP MUAFİYET TEBLİĞİ KAPSAMI**

Tek elden dağıtım anlaşmalarına ilişkin 1997/3 no.lu grup muafiyeti tebliğinin (“Tebliğ”) tanıdığı muafiyet sonucu taraflar anlaşmaları ile malın dağıtım hususunda tekel hakkı kabul ederek, marka içi rekabeti sınırlayabilirler. Ancak, bu durumda rekabetin hangi koşullarla ve ne ölçüde sınırlanabileceğini belirtmek gerekir. Aksi takdirde, rekabet tümüyle bertaraf edilirse tanınan muafiyetin doğuracağı yararlı sonuçlar da yok olabilecektir<sup>32</sup>. Tebliğ tek elden dağıtım anlaşmalarının Rekabet Kanununun 4ncü maddesi hükümleri uygulamasından grup olarak muaf tutulmasına ilişkin koşulları belirler.

##### **a) İki işletmenin taraf olması**

Tebliğ kapsamına dahil olacak tek elden dağıtım anlaşmasının bir sağlayan ve bir yeniden satıcı arasında yapılması gerekir. Örneğin, malı sağlayanların ticari birliği ile satıcıların ticari birliği arasındaki bir anlaşma birliğin tüm üyeleri arasında yapılmış olacağından iki işletme arasındaki bir anlaşma olarak kabul edilemez.

##### **b) Mallar**

Tebliğ, belirli malların ülkenin tamamında veya belirlenmiş bölümünde yeniden satma amacı taşıyan anlaşmaları kapsamına almaktadır. Dolayısıyla, hizmet sağlayan işletmeler arasındaki anlaşmalar tebliğ kapsamında değildir. Ancak, dağıtıcı müşteriye satılan malların satış sonrası servisini de sağlamaktaysa bu grup muafiyetinden yararlanmaya engel teşkil etmez. Bununla beraber, hizmetin değeri malın değerinden daha yüksek olduğu takdirde taraflar arasındaki tek elden dağıtım anlaşması Tebliğ kapsamı dışında kalır.

##### **c) Yeniden satış amacı**

Tek elden dağıtım anlaşmasına konu mal, satıcı tarafından, üçüncü kişilere yeniden satış amacıyla satın alınmış olmalıdır. Satıcı malları veya hammaddeyi diğer bir mala dönüştürmek, kullanmak veya geliştirmek üzere alıyorsa, burada tebliğ anlamında yeniden satıştan söz etmek mümkün değildir. Topluluk hukuku uygulamasında AT Komisyonu, bu hususu tayin ederken yeniden satışa sunulan mal ile sağlanan ürünün “ekonomik kimliği”nin aynı olmasını veya etkilenmiş olmasını kriter olarak alır.

<sup>31</sup> Goyder, J. S.81; de Norre v. Brouwerij Concordia, 47/76 [1977] ECR 65; Goyder, G., s.200

<sup>32</sup> Whish, R., s.203.

Malda belirli ölçüdeki değişim veya gelişme derhal muafiyetten yararlanma hakkının kaybedilmesi sonucunu doğurmaz. Yeniden satıcı bazı durumlarda kaliteyi, dayanıklılığı arttırmak, malın görünüşünü ve tadını korumak üzere bazı işlemler yapmak zorunda kalabilir; pas geçirmez metaller, yiyeceklerin sterilizasyonu, çiçekler için ilave haplar vb. Değerlendirme yapılırken, mala uygulanan işlemin mala eklediği değer miktarını esas almak yerinde olacaktır<sup>33</sup>. Sadece cüzzî bir değer ilavesi malın ekonomik aynıyetinde bir değişiklik olarak dikkate alınmayacaktır.

#### **B) TEK ELDEN DAĞITIM ANLAŞMALARINDA TARAFLARIN HAKLARI VE YÜKÜMLÜLÜKLERİ**

Tebliğ tarafların grup muafiyeti kapsamına giren yükümlülüklerini sınırlayıcı olarak saymıştır.

Taraflara Tebliğde öngörülenler dışında rekabeti sınırlayan, engelleyen veya bu amacı taşıyan ilave yükümlülükler yüklendiği takdirde, tek elden dağıtım anlaşması Tebliğ kapsamı dışında kalır. Bu durumdaki bir anlaşma Rekabet Kanununun 4ncü maddesini ihlal ettiğinden taraflar kanunun 5nci maddesi uyarınca bireysel muafiyet talep edebilir. Bireysel muafiyetin reddi halinde bu sözleşmenin aynen uygulanması kanuna aykırıdır.

Tek elden dağıtım anlaşmalarında sağlayanın hakları, dağıtıcının borçlarını veya yükümlülüklerini, dağıtıcının hakları da sağlayanın borçlarını oluşturur. Bu nedenle konu “*Sağlayanın Borçları (yükümlülükleri)*” ve “*Dağıtıcının Borçları (yükümlülükleri)*” başlığı altında toplanmıştır.

##### **a) Sağlayanın Borçları (Yükümlülükleri)**

Sağlayana Tebliğ tarafından izin verilen aşağıdaki yükümlülükler dışında bir yükümlülük yüklemek mümkün değildir.

- (i) sözleşme konusu malları bölge içinde satmak üzere üçüncü kişilere sağlamama yükümlülüğü,
- (ii) sözleşme konusu malları sözleşme bölgesindeki nihai tüketicilere satmama yükümlülüğü

##### **aa) Münhasır Sağlama Borcu**

Sağlayanın münhasır sağlama yükümlülüğünün kaynağı Tebliğin 2nci maddesidir. Anılan madde, iki işletmenin taraf olduğu bir tarafın belirli malları ülkenin tamamında veya belirlenmiş bir bölümünde yeniden satması amacıyla yalnızca diğer tarafa sağlamayı kabul ettiği anlaşmaların Tebliğin kapsamına gireceğini

<sup>33</sup> **Bermann** George A.-**Goebel**, Roger J.-**Davey-William** F.E., s.526

belirtmektedir. Sağlayan, belirlenen bölgede (ülkenin tamamı veya bir kısmı olabilir) yeniden satış yapma niyetinde olan kişilere mal vermemeyi yüklenir.

Ancak, Topluluk hukukunda sağlayanın münhasır sağlama borcunun nasıl yorumlana-cağı konusunda bir tartışma mevcuttur. Tartışma, anılan yükümlülüğün AT Komisyonu tarafından yorumlanma biçiminden kaynaklanmaktadır. Komisyona göre<sup>34</sup>; “Münhasır sağlama borcu sağlayanın anlaşma konusu malları, sonradan tek elden dağıtıcının bölgesinde satacak olan bir yeniden satıcıya sağlamasını engellemez. İlgili diğer satıcıların tek elden dağıtıcının bölgesi içinde veya dışında yerleşmiş olmasının bir önemi yoktur. Sağlayan, anlaşma konusu malları bölge içinde satmayı arzu eden ancak malları bölge dışında teslim alan yeniden satıcıya satmakla dağıtıcıya karşı olan münhasır sağlama borcunu ihlal etmiş olmaz. Yeniden satıcının malı kendisinin veya bir aracının vasıtası ile teslim alması da bir sorun oluşturmaz. Bununla birlikte, malların sözleşme bölgesinde nakliye masrafinin yeniden satıcı tarafından karşılanması gerekir.”

Topluluk hukukunda tek elden dağıtım anlaşmalarına grup muafiyeti tanıyan 83/83 sayılı Tüzüğün (“83/83 sayılı Tüzük”) bu yöndeki yorumunun kesinlikle yanlış bir yorum olduğu görüşü doktrinde hakimdir<sup>35</sup>. Zira, bu yorum sonucu, sağlayan üçüncü kişilerden kendisine gelen talepleri, tek elden dağıtıcının bölgesi dışında teslim etmek koşulu ile karşılamakta serbest olacaktır. Malların bölge dışında teslimi ve nakliyenin üçüncü kişiye ait olması ancak malların kolay bozulabilir veya maliyetinin malın değerine eşit olması durumlarında tek elden dağıtıcıyı koruyabilir<sup>36</sup>. Görüldüğü üzere, bu yorum, gerek 83/83 sayılı Tüzüğün 1nci maddesi ile gerekse Tebliğ’in 2nci maddesi ile uyumsuzdur. Komisyon’un görüşü, tek elden dağıtımdan doğacak faydalardan yararlanmayı öngören Tüzük hükümlerini bertaraf eder niteliktedir. Böyle zayıf bir münhasır hak markalar arası rekabetin artırılmasını da sağlayamaz. Bu durumda tek elden dağıtıcılar paralel ithalatçılara karşı korunmamaktadırlar. Nitekim dağıtıcı, sağlayana karşı pek çok yan edim yüklenirken, satış promosyonunu sağla-mak, reklam, satış sonrası servis faaliyetleri gibi, paralel ithalatçı bu tür yükümlülük-lerden muaf olarak faaliyetini sürdürecektir<sup>37</sup>.

Türk hukukunda, Tebliğ’in bir açıklaması veya gerekçesi mevcut olmadığından anılan yükümlülüğün nasıl yorumlanacağı bilinmemektedir. Her koşulda, AT Komisyonunun görüşü doğrultusunda bir uygulamanın benimsenmemesi yerinde olacaktır.

Belirtilmesi gereken bir diğer nokta ise, sağlayanın aynı bölge içinde birden çok satıcıya ayrı sözleşmelere dayanarak münhasır olarak mal sağlama borcunu

<sup>34</sup> Tüzük açıklamasının 27 ve 29ncü paragrafları.

<sup>35</sup> Korah, V., 1984, s.12; Goyder, J., s.64.

<sup>36</sup> Korah, V., 1984, s.15.

<sup>37</sup> Korah, V., 1984, s.15.

üstlenmesi ve bunun dışındaki kişilere mal sağlamayı reddetmesi halidir. Bu durumda, sözleşmeler grup muafiyeti kapsamı dışında kabul edilmektedir. Ancak, sağlayan sözleşmeleri Rekabet Kurul'una bildirerek bireysel muafiyet talep edebilir<sup>38</sup>.

*bb) Anlaşma Bölgesine Doğrudan Satış Yapmama Borcu*

Sağlayana yüklenen anlaşma konusu malları anlaşma bölgesindeki kullanıcılara doğrudan satmama yükümlülüğü rekabeti sınırlayıcı bir nitelik taşımakla birlikte, Tebliğ çerçevesinde muafiyetten yararlanır (Tebliğ m. 3/a). Sağlayan bölgedeki belirli, özel müşterilere mal sağlamaya izin veren koşullara anlaşmada yer verebilir. Bunun karşılığında dağıtıcıya her satış için belirli oranda tazminat verebilir.

Sağlayana Tebliğde öngörülenler dışında ilave yükümlülükler yüklemenin mümkün olup olmadığı konusunda bir açıklık yoktur. Bu konuda Topluluk hukukuna bakıldığında 83/83 sayılı Tüzük gerekçesinde sağlayana yüklenecek başka bir sınırlamanın, grup muafiyetinden yararlanma hakkını sona erdireceği belirtilmektedir. Bununla birlikte, Adalet Divanı, tüm sınırlamaların rekabeti önleyeceği veya sınırlayacağı görüşünü benimsememektedir<sup>39</sup>. Ancak, ATAD'ın görüşüne göre, açıkça belirtilenler dışında sağlayana yüklenecek sınırlamaları ihtiva eden anlaşmalar AT Komisyonuna bildirilmek zorundadır. Kanımızca, sağlayana yüklenecek bir reklam, bilgi verme, dağıtıcı ile işbirliği yapma gibi yükümlülükleri Rekabet Kanunu 4ncü madde kapsamında değerlendirmek mümkün değildir. Bu tür yükümlülüklerin taraflar arasındaki anlaşmada yer alması, anlaşmanın grup muafiyetinden yararlanma hakkını kaybetme-sine neden olmamalıdır<sup>40</sup>. Dolayısıyla, anlaşmada yer alan rekabeti sınırlamayan nitelikteki yükümlülüklerin varlığı halinde anlaşmanın bireysel muafiyet almak üzere Kurul'a bildirilmesine ihtiyaç olmamalıdır.

**b) Dağıtıcının Borçları (Yükümlülükleri)**

*aa) Rekabet Etmeme Borcu*

Dağıtıcıya, kendisine münhasır satış hakkı tanıyan sağlayandan başka üreticilerin/imalatçıların anlaşma konusu mallarla aynı veya benzer nitelikli mallarını satmaktan kaçınma yükümlülüğü yüklenebilir. Bazı yazarlara göre<sup>41</sup>, dağıtıcının asgari alım miktarı yüksek tutulmuş ve yeterli bir yaptırım ile güvence altına alınmış ise, rekabet yapmama yükümlülüğüne pratik açıdan gerek kalmaz.

<sup>38</sup> Green, N., s.440.

<sup>39</sup> Green, N., s.443.

<sup>40</sup> Çamlıbel E., Ortak Pazar Rekabet Hukukunda Dağıtım Sözleşmeleri, İzmir-1993 s.112 (yayınlanmamış yüksek lisans tezi).

<sup>41</sup> Tandoğan, H., "Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri" C.I/1 4.bası, Ankara-1985, s.47; İşgüzar, H., "Tek Satıcılık Sözleşmesi" Ankara-1989, s.84.

*bb) Münhasır Satın Alma Borcu*

Dağıtıcı, anlaşma konusu malları sadece anlaşmanın karşı tarafı olan sağlayandan temin etme borcu altına sokulabilir. Bu yükümlülük dağıtıcıya sağlayan tarafından tanınmış olan “münhasır satış hakkı”nın bir karşılığı olarak nitelendirilebilir<sup>42</sup>. Eğer bir anlaşma sadece münhasır satın alma borcunu içermekte olup münhasır satış hakkını içermiyorsa, Tek Elden Dağıtım Anlaşmalarına ilişkin Grup Muafiyeti Tebliğinin kapsamında değil, Tek Elden Satın Alma Anlaşmalarına ilişkin Grup Muafiyeti Tebliğinin kapsamında değerlendirilecektir.

*cc) Bölgesel Sınırlama*

Dağıtıcı, anlaşma bölgesi dışında ve anlaşma mallarına ilişkin müşterileri araştırmaktan, şube tesis etmekten ve dağıtım deposu bulundurmaktan kaçınma borcunu üstlenebilir (Tebliğ m. 3/b-3). Bu yükümlülük, aktif ve pasif pazarlama arasındaki farka dayanır; şöyle ki bir dağıtıcı bölgesi dışında satış yapmak üzere bir çaba göstermekten kaçınmak zorunda olmakla birlikte, bölge dışından kendisine gelen talepleri geri çeviremez. Dağıtıcıya bu yönde bir sınırlama getirilmesi halinde anlaşma grup muafiyetinin kapsamından çıkmış olacağından bireysel muafiyet talebiyle anlaşmanın Kurul’a bildirilmesi gerekir.

*dd) Malların Tüm Çeşitlerini Alma Borcu*

Tebliğ 3/c-1 maddesi sağlayanın dağıtıcıya ürün yelpazesindeki tüm ürünlerden satın alma yükümlülüğü veya asgari miktarda mal satın alma yükümlülüğü yüklemesine imkan tanımaktadır. Tebliğde birbirinin alternatifi gibi sunulan bu iki sınırlama birarada da kullanılabilir. Malların tüm çeşitleri, yapıları veyahut ticari kullanımları gereği birbiriyle bağlı olan malları ifade eder. Birbirini tamamlamayan ve bağlantılı olmayan malların birlikte satın alınması koşulu muafiyetin kaybına neden olur.

*ee) Marka ve Paketleme Borcu*

Tebliğ, sağlayanın dağıtıcıya “anlaşma konusu malları kendi markası veya ambalajı ve belirli bir sunuş şekliyle satma” yükümlülüğü getirmesine olanak tanır. Bu sınırlama anti-tröst sorununa neden olmaz. Zira, dağıtıcının bunun aksini yapması, sağlayanın malını kendi markası veya bir başka marka altında satması veya üçüncü kişilerde bu yönde bir kanı oluşturacak şekilde davranması haksız rekabet teşkil eder. Dağıtıcı, markayı ilgili ürünün üzerinde görünür şekilde teşhir etme borcundan başka, mala ilişkin broşürlerde, kitapçıklarda, fiyat listelerinde ve reklamlarda da kullanma

<sup>42</sup> İşgüzar, H., s.69; Tandoğan, H., s.42.



borcunu üstlenebilir<sup>43</sup>. Ayrıca dağıtıcının sağlayanın markasını kullanması fikri ve sınai mülkiyet hakları çerçevesinde sınırlanabilir.

*ff) Satış Arttırıcı Tedbirler Alma Borcu*

Sağlayan dağıtıcıdan satış arttırıcı tedbirleri almasını isteyebilir. Tebliğ bu tedbirler arasında şunları saymaktadır: reklam yapmak, satış ağı oluşturmak ve mal stoku bulundurmak, müşteri ve garanti hizmetleri sağlamak ve özel ve teknik eğitime sahip (nitelikli) personel istihdam etmek.

Topluluk hukukunda, tüm dağıtım aşamalarında yer alabilecek satış promosyonuna yönelik tedbirlerin AT Antlaşması 81/1nci maddesine göre rekabeti sınırlayıcı olup olmadığı tartışmalıdır<sup>44</sup>. AT Komisyonunun görüşüne göre, bu yöndeki koşullar teknik olarak AT Antlaşması 81/1nci madde kapsamındadır. Ancak rekabet üzerinde görülebilir bir etkiye sahip olmaması nedeniyle de minimis kuralı gereği AT Antlaşması 81/1nci madde kapsamı dışında tutulur<sup>45</sup>.

Satış arttırıcı tedbirler alma borcu kapsamında yer alan yükümlülükler bakımından iki nokta üzerinde durmakta yarar olacaktır. Dağıtım ağının teşkili sırasında, dağıtıcıların seçiminde, işin niteliğinin gerektirdiği objektif kriterler kullanılabilir. Belirlenen objektif kriterin tüm potansiyel dağıtıcılar için aynı şekilde ve ayırım yaratmayacak şekilde uygulanması şart koşulmaktadır<sup>46</sup>. Dağıtıcılara kendi alıcılarını belirleme konusunda aynı özgürlük tanınmamıştır. İvoclolar olayında<sup>47</sup>, taraflar arasındaki dış malzemeleri dağıtımına ilişkin tek elden dağıtım anlaşması münhasır dağıtıcının diğer belirli kişi ve firmalara mal temin etmesini önleyen hükümler taşımaktaydı. Anlaşmada yer alan bu hüküm nedeniyle anlaşma kendiliğinden grup muafiyeti kapsamında değerlendirilmedi. AT Komisyonu yetkili satıcıların ancak ürünün gerektirdiği teknik servisi verebilecek nitelikte satıcılar olması gerektiğini belirterek bireysel muafiyet talebini kabul etti.

Bu borç kapsamında üzerinde durulması gereken ikinci nokta, satış sonrası servis ve garantiler hususudur. Bu konudaki problem, sağlayanın dağıtıcıdan satış sonrası servis hizmetlerinde sağlayanın yedek parçasını kullanmasını talep etmesi halinde

<sup>43</sup> Rose Marie Reid, OLG, Stuttgart, 23.01.1976 W.U.W/E OLG 1674 s.1678.

<sup>44</sup> Goyder, J.e göre, "Anılan yükümlülükler normal olarak hiçbir şekilde ATA.85/1nci maddesini ihlal etmez. Bunların önemi iki yönlüdür. Birincisi, belirli özel şartlar altında mezkur yükümlülükler rekabeti ihlal edici bir nitelik taşıyalar dahi anlaşma grup muafiyetinden yararlanmaya devam edecektir. İkincisi, AT Komisyonu ve ATAD 83/83 sayılı Tüzüğü alanını çok dar tutmaktadırlar. Dolayısıyla, taraflar arasındaki anlaşmada yer alacak ilave yükümlülükler rekabete aykırılık yaratmasa dahi 83/83 sayılı grup muafiyeti Tüzüğü'nün uygulanmasını önleyecektir." Goyder, J., s.66-67.

<sup>45</sup> Green, N., s.445; Korah, V., 1984, s.18; Singleton S.E., "Introduction to Competition Law" Londra-1992, s.171.

<sup>46</sup> 83/83 sayılı Tüzük gerekçesi madde 20.

<sup>47</sup> Ivoclolar, 1985 O.J. L369/1; [1988]4 CMLR 781.

doğar. Dağıtıcıya, bu yönde yüklenecek sınırlamanın muafiyetten yararlanabilmesi için sağlayanın yedek parçasının kullanılmasının ürünün kalitesinin korunmasında veya teknik olarak etkin onarımı için zorunlu olması gerekir. AT Komisyonunun görüşüne göre, anılan koşulun anlaşmada yer almasının tek amacının sağlayanın yedek parça için pazar yaratma amacı olduğu sonucuna varılıyorsa muafiyet tanınması söz konusu değildir.

Öte yandan, satış sonrası servis ve garantilerin uygulanması bakımından paralel ithalat yolu ile dağıtıcının bölgesine giren mallar için ayırım uygulanması ve bu mallara servis ve garanti hizmeti sunulmaması anlaşmayı grup muafiyeti Tebliği kapsamından çıkaracaktır. Toplulukta, Ford Garantie Deutschland olayında, AT Komisyonu, Avrupa Tüketici Birliği Bürosu'nun, dağıtıcıların paralel ithalatı önleyici kartelleşmesine ilişkin şikayeti üzerine harekete geçti. Olayda, ilgili dağıtıcı Alman gazetelerine verdiği ilanda "AT dışından satın alınan ithal Ford arabalarına garanti sağlamıyoruz" denmekteydi. AT Komisyonunun baskısı sonucunda dağıtıcılar bu ifadeyi düzelttiler<sup>48</sup>.

### **C) TEK ELDEN DAĞITIM SÖZLEŞMELERİNDE GRUP MUAFİYETİ TANINMAYAN SINIRLAMALAR**

#### **a) Rakip Üreticiler Arasındaki Anlaşmalar**

Tebliğ 4ncü ve 5inci maddelerinde grup muafiyetinin uygulanmayacağı durumları belirtmektedir. Kural olarak, rakip üreticiler/imalatçılar arasındaki iki taraflı veya tek taraflı tek elden dağıtım anlaşmaları grup muafiyeti Tebliğinin kapsamı içerisinde değildir. Bu tür anlaşmalara muafiyet tanınmamasının nedeni, rakip imalatçıların bu yolla pazar paylaşımı yaratacakları endişesidir. Aynı malların veya kullanıcı tarafından nitelikleri, fiyatı ve kullanım amaçları bakımından eş sayılan malların üreticilerinin bu mallar için kendi aralarında tek elden dağıtım anlaşması yapması halinde herkes kendi markası için rakibininkinden daha fazla çaba gösterecektir. Dolayısıyla, iki güçlü rakibin tek elden dağıtım anlaşması yolu ile pazarın paylaşılması amacını gizleyerek aslında Pazar paylaşımı gerçekleştirmesi mümkün olacaktır.

Tebliğde yer alan "eş sayılan mal" kavramının belirlenmesi maddenin kapsamı açısından önem taşımaktadır. Eş sayılan mal kavramını tüketicinin tercihi belirler, yani sonuçta iki üreticinin malı tüketicinin gözünde birbirinin yerine geçebiliyorsa özdeş mallar söz konusudur.

Topluluk hukuku bu anlamda Türk hukukunda kabul edilenden farklı bir istisna getirmektedir. 83/83 sayılı Tebliğ;

<sup>48</sup> 13. Komisyon Rekabet Raporu [1983], s.78-79.

- İki taraflı olmayan anlaşmalarda; sadece bir tarafın malının dağıtımını diğer tarafa vermesi halinde;

- Taraflardan birinin toplam yıllık sermayesinin 100 milyon ECU'dan daha az olması halinde, imalatçılara bir rakip ile tek elden dağıtım anlaşması yapma yetkisi vermektedir (m.3/b).

Böyle bir durumda küçük imalatçı, Pazar gücü kendisinden büyük güçlü bir imalatçı ile anlaşacak büyük firma dağıtıcı olarak, kendi dağıtım ağını küçük firmanın mallarının dağıtımında kullanarak, küçük imalatçının malının pazara girmesini sağlayacaktır.

Tebliğde benzer bir istisnanın yer almamış olması, bu tür anlaşmaların grup muafiyeti kapsamı dışında kalması sonucunu yaratmaktadır. Bununla beraber, böyle bir anlaşma için bireysel muafiyet talebi halinde pazardaki rekabeti sınırlama veya Pazar paylaşımına neden olma gibi durumlar sözkonusu olmadığı takdirde, Kurul'un bu tür anlaşmalara bireysel muafiyet tanınması ile aynı sonuca ulaşmak mümkün olabilir.

#### **b) Taraflardan Birinin Bağlı İşletme Olması**

İki rakip işletme arasındaki tek elden dağıtım anlaşmalarına grup muafiyeti tanınmaması, anlaşma konusu malların taraflardan birince imal edilmeyip, taraflardan birinin bağlı işletmesi tarafından imal edilmesi halinde de uygulanır.

Tebliğin 5nci maddesi ile getirilen bu sınırlama, Tebliğin muafiyet tanımadığı bir anlaşmayı

bağlı işletmeler yolu ile dolaylı olarak muafiyetten yararlanan bir anlaşma haline getirilmesini (kanuna karşı hile) önleme amacı taşır. Bağlı işletme doğrudan veya dolaylı olarak bir başka şirket tarafından kontrol edilen işletmedir. Bağlı işletme kavramı 5nci maddede şöyle belirlenmiştir; Anlaşma taraflarından birinin doğrudan veya dolaylı olarak

(i) Sermayenin veya ticari malvarlığının yarısından fazlasına sahip olduğu,

(ii) Oy hakkının yarısından fazlasını kullanma yetkisine sahip olduğu,

(iii) Denetleme kurulunun, yönetim kurulunun veya işletmenin yasal temsilcilerinin yarısından fazlasını atama yetkisine sahip olduğu,

(iv) Şirketin işlerini idare hakkına sahip olduğu

işletmeler diğerinin bağlı işletmesi olarak kabul edilmektedir.

#### **c) Alternatif Temin Kaynağının Bulunmaması ve Paralel İthalatın Önlenmesi**

Tüketiciler anlaşma konusu malları, anlaşmada belirtilen bölgede sadece münhasır dağıtıcıdan elde edebiliyor ve bölge dışında alternatif bir temin kaynağına sahip değillerse, grup muafiyeti Tebliğ hükümleri uygulanmaz. Teorik olarak malları elde

edebilmekle birlikte gerçekte fiyat farklılığı veya rasyonel olmayan şartlar dolayısıyla malın temini fiilen mümkün değilse, alternatif temin kaynağının varlığından sözedilemez. Belirtmek gerekir ki, bölgede münhasır dağıtıcının sattığı ürün ile eşdeğer diğer markaların varlığı alternatif temin kaynağının varlığı anlamına gelir. Anlaşma konusu malların ülke içinde alternatif temin kaynağı bulunmaması halinde paralel ithalat veya başka bir yolla ülke dışından temin edilmesinin önlenmesi de taraflar arasındaki anlaşmayı grup muafiyeti kapsamında çıkaracaktır.

#### IV. SONUÇ

Rekabet hukuku konusunda Türkiye'deki yasal düzenleme, genel olarak ele alındığında, Türkiye AT Rekabet mevzuatının bir kısmını esasta önemli bir değişiklik yapmadan aynen kabul etmiştir. Bu, bir ölçüde 1/95 sayılı Karar'ın rekabet kuralları ile ilgili "mevzuatın yakınlaştırılması" başlıklı 37nci maddesinin bir sonucudur. Türkiye, bu madde ile "işletmelerin AT Antlaşmasının 85. ve 86ncı maddesinde yer alan koşullar çerçevesinde ki uygulamalarını yasaklayan bir yasayı benimsemeyi" ve "AT makamlarınca geliştirilen içtihat hukukunda yer alan prensiplerin Türkiye'de uygulanmasını sağlamayı" kabul etmiştir. Türkiye'nin kabul ettiği bu yükümlülüklerin üzerinde durulması gerekir. Zira, supranasyonel bir hukuk sisteminin mevzuatının ve bu sistemin geliştirdiği içtihat hukukunun, ulusal bir devlette uygulanması ne ölçüde mümkündür veya gereklidir. Sayın Nurkut İnan bu konuda Adalet Divanı kararının uygulanmayacağını ancak emsal teşkil edeceğini ifade etmektedir. Bunun Türkiye'nin İsviçre'den alıp uygulamaya koyduğu medeni kanunun uygulamasında İsviçre Federal Mahkemesi kararlarının yargıçlara yada hukukla uğraşanlara yol göstermesinden farklı olmadığını; 1/95 sayılı Karar'ın bundan öte bir zorlayıcılık taşıdığını düşünmediğini belirtmektedir<sup>49</sup>. Ancak, bu konuda üzerinde durulması gereken iki nokta bulunmaktadır.

1/95 sayılı Karar'ın AT içtihatlarının Türkiye'de uygulanmasına iki farklı madde de yer vermektedir. Bunlardan biri, sözünü ettiğimiz 37nci madde ki, doğrudan doğruya rekabet kuralları bakımından mevzuatların yakınlaştırılmasını öngörür. Madde Türkiye'nin iç hukukundaki düzenlemeye ve uygulamaya yöneliktir. Şöyle ki, rekabeti bozan, sınırlayan veya engelleyen anlaşma AB ile Türkiye arasındaki ticareti etkilese dahi, Türkiye'de Rekabet Kanunu çerçevesinde yapılan değerlendirme sırasında, eğer varsa Avrupa Topluluğundaki bu konuya ilişkin içtihatlar dikkate alınacaktır. Konuyla ilgili diğer madde 64ncü maddedir. Bu madde, genel olarak, 1/95 sayılı kararda yer alan hükümlerin yorumlarının ATAD'ın ilgili kararları ile uyumlu olmasını öngörür. Söz konusu içtihatlar, Avrupa Birliği ile Türkiye arasındaki

<sup>49</sup> İnan, Nurkut, Türk Rekabet Hukuku ve Rekabet Kurumunun AB ve AB'ye Üye Ülkelerle Mukayesesi Toplantı ve Paneli 1.Yıl, Ankara- 5 Mart 1998, s.48.

ticaret etkilendiği ölçüde dikkate alınır. AT içtihatlarının Türkiye’de uygulanması bakımından, kanımızca, 37nci madde 67nci madde karşısında daha fazla zorlayıcılık ve bağlayıcılık taşımaktadır. Üzerinde durulması gereken ikinci nokta ise, Türkiye’nin yasal mevzuatı AB’den aynen aldıktan sonra, kavramların yorumlanması ve uygulanması bakımından örnekler ihtiyacı duyacak olmasıdır. Rekabet hukukuna ilişkin yasal mevzuat oldukça soyut niteliktedir. Topluluk hukukunda yasal düzenlemedeki soyutluk ve kavramların tanımlanmamış olmasının boşluğu içtihat hukukunda geliştirilen tanımlar, prensipler ve doktrinlerle tamamlanmaktadır. Bir anlamda rekabet hukukuna ilişkin düzenleme yasal mevzuat ve içtihat hukukundan oluşmaktadır. Dolayısıyla, 1/95 sayılı Karar ile getirilen bir zorunluluk olmasa dahi Türk hukukunun ATAD kararlarını örnek alıp almamakta özgür olduğundan söz etmek çok gerçekçi bir yaklaşım olmayacaktır.

AT bakımından rekabet hukuku aynı zamanda Topluluğun tek pazar hedefini gerçekleştirmeye yönelik politikalarından biridir. Türkiye açısından böyle bir endişe olmadığına göre, Rekabet Kurulunca, her olayda AT Komisyonu ve ATAD kararları arkasındaki amacın ve korunan menfaatin net olarak irdelenmesi gerekecektir.

Son olarak belirtmek gerekir ki, dağıtım anlaşmaları veya daha genel bir ifade ile dikey anlaşmalar bakımından AT içinde bir takım sıkıntılar mevcuttur<sup>50</sup>. Öncelikle, bu anlaşmalar bakımından AT Komisyonunun AT Antlaşması 81/1nci maddeyi çok geniş yorumladığı ileri sürülmektedir. Grup muafiyetlerinin alanının çok dar olduğu ve muafiyetin uygulanma olasılığını bertaraf eden bir durumun tüm anlaşmayı muafiyet kapsamı dışarısında bırakmasının güçlülere neden olduğu kabul edilmektedir. Öte yandan, dağıtım anlaşmalarına ilişkin grup muafiyeti sadece malları kapsamına almakta, hizmetlerin dağıtımını kapsam dışında bırakmaktadır. Bu durumda, bu konudaki tüm anlaşmaların bildirim tabi olması sonucu ortaya çıkmaktadır. Oysa, dağıtım anlaşmalarına ilişkin bireysel muafiyet taleplerinin çoğuna AT Komisyonu tarafından bir idari mektup<sup>51</sup> gönderilmekte ve dosya kapatılmaktadır<sup>52</sup>. Sonuçta amaca hizmet etmeyen bir zaman ve enerji kaybı doğmaktadır.

Son dönemlerde, Toplulukta dikey sınırlamaların işletmenin pazar gücü çok büyük olmadıkça rekabete zarar vermeyeceği görüşü<sup>53</sup> ortaya atılmıştır. Dolayısıyla AT hukukunda dağıtım anlaşmaları bir başka ifade ile dikey sınırlamalar bakımından yeni

<sup>50</sup> **Korah, V.**, “Vertical Restraints in EC Competition Law”, Uluslararası Birinci Rekabet Hukuku Sempozyumu, İstanbul - 5-6 Ekim 1998.

<sup>51</sup> İdari mektup, AT Komisyonunun taraflara anlaşmanın hiçbir şekilde, ATA.m85/1i ihlal etmediğini veya muafiyetten yararlandığını gerekçeleri ile bildiren bir idari işlemidir. Türk hukukunda bu yol düzenlenmemiştir.

<sup>52</sup> **Korah, V.**, Sempozyum, s.3-4.

<sup>53</sup> **Korah, V.**, Sempozyum, s.5-6.

arayışlar başlamıştır. Bu bağlamda, Toplulukta dikey sınırlamalara ilişkin yeni bir Komisyon önerisi hazırlanmıştır. Öneri, üye devletler rekabet kurumlarınca incelenmektedir. Tüm bu gelişmelerin izlenmesi Toplulukta bugüne değin yapılmış yanlışların Türkiye’de tekrarlanmasını önlemek bakımından önem taşımaktadır.