

Citation: ARDIYOK, Ş. (2021), Türk Rekabet Hukukunda En Çok Kayrılan Müşteri Koşulu: Yemek Sepeti-I, Booking.com Kararları ve Dikey Anlaşmalara İlişkin Kılavuz, Baseak CORE Papers No: 6, 2021

Türk Rekabet Hukukunda En Çok Kayrılan Müşteri Koşulu: Yemek Sepeti-I, Booking.com Kararları ve Dikey Anlaşmalara İlişkin Kılavuz

Şahin ARDIYOK

*ÖZET

Sanayinin gelişmesiyle iş modelleri de ayrışarak değişime uğramaktadır. Rekabet hukuku başta olmak üzere tüm hukuk alanları bu değişime adapte olmak adına görüş mesafesini genişletmekte ve gelişmelere ayak uyduran kurallar, yaklaşımlar benimsemektedir. Günümüzde *online* dünya ve e-ticaret hayatımızın ayrılmaz bir parçası haline gelmiş bulunmakta, iş dünyasında da *online* platformlar ve *online* pazar yerleri gibi yeni satış mecralarının rövaçta olduğu gözlenmektedir. Rekabet hukuku bakımından ise bu mecralar üzerinden gerçekleştirilen satışlara getirilen kısıtlamalar gün geçtikçe önem kazanmaktadır. Bu kapsamda *online* satışlara getirilen kısıtlamalar bakımından dünya genelinde ve özellikle Avrupa Birliği yanı sıra Türkiye’de rekabet otoriteleri tarafından yeni incelemeler yürütülmekte, yeni düzenlemeler benimsenmektedir. Söz konusu incelemeler ve düzenlemeler incelendiğinde, özellikle bir sağlayıcının müşterisine, bir başka müşteriye kendisine sunulandan daha avantajlı şartlar sunmayacağını temin etmesini sağlayan en çok kayrılan müşteri koşullarının mercek altında olduğu ve söz konusu koşulların rekabet hukuku bakımından nasıl ele alınması gerektiğine ışık tutan gelişmelerin hakim olduğu gözlenmektedir.

Öyle ki, Türkiye’de Rekabet Kurumu bahse konu en çok kayrılan müşteri koşullarının rekabeti kısıtlayıcı ve hakim durumu kötüye kullanmaya ilişkin etkilerini Yemek Sepeti Kararı ile Booking.com Kararı kapsamında detaylı bir şekilde değerlendiren ve ilgili koşullara yönelik idari para ceza yaptırımını öngören ilk rekabet otoritelerinden biri olarak öne çıkmaktadır. Ayrıca, söz konusu kararlardaki değerlendirmelerden faydalanan Rekabet Kurumu, bu dönemde Dikey Anlaşmalara İlişkin Kılavuz’unu da pek çok paydaşın görüşünü alarak yeniden düzenlemiş ve Dikey Kılavuz’unda en çok kayrılan müşteri koşullarının rekabet kuralları çerçevesinde dikey ilişkiler bakımından nasıl değerlendirilmesi gerektiğine ışık tutan açıklamalara yer vermiştir.

Türkiye’deki gelişmeler incelendiğinde, Rekabet Kurumunun en çok kayrılan müşteri koşullarını öngören teşebbüslerin %40’ın üzerinde pazar payı sahibi olmaları, önemli derecede pazar gücüne sahip olmaları gibi durumlarda riskli bir konumda olduğunu, zira söz konusu koşulların özellikle rakip hedef olarak uygulanması durumunda pazar kapama etkisi yaratabileceğini değerlendirdiğini söylemek mümkündür. Bununla birlikte, Rekabet Kurumu tarafından en çok kayrılan müşteri koşullarının, piyasalarda fiyat katılığı ya da yeniden satış fiyatının tespitini tetikleyecek nitelikte olması durumunda rekabeti kısıtlayıcı uygulamalar olarak değerlendirilebileceği gözlenmektedir.

Anahtar kelimeler: Rekabet hukuku, dikey anlaşma, grup muafiyet, Dikey Anlaşmalara İlişkin Kılavuz, en çok kayrılan müşteri koşulu, yeniden satış fiyatının tespiti, hakim durumun kötüye kullanılması, fiyat katlaşması, pazar gücü, e-ticaret, *online* platformlar, *online* pazar yerleri, Rekabet Kurumu, Yemek Sepeti Kararları, Booking.com Kararı

JEL Kodları: K21, L41, L42

ABSTRACT

Industrial developments affect business models and we increasingly witness differentiation of business models due to new developments. Such developments also affect the legal landscape, and rules and laws change in order to keep up with the ever-evolving industrial landscape. Competition law stands out as one of the most important areas that must catch up with changes in business. Online world and e-commerce have become an integral part of our lives and in recent years, new sales channels such as online platforms and online marketplaces have emerged. Against this background, governing restrictions imposed on such new sale channels is vital. Indeed, competition authorities across the world, especially in the European Union and Turkey, are currently carrying out various examinations and adopting new regulations in relation to restriction of online sales. When the recent examinations and legislative amendments are evaluated, most favoured customer clauses (in which a supplier ensures its customer that it shall not offer a more advantageous offer to another customer) which are increasingly adopted by online platforms, stand out as practices that are closely monitored and scrutinized by various competition authorities.

Turkish Competition Authority stands out as one of the first competition authorities to examine the effects of most favoured nation clauses on the restriction of competition and abuse of dominance in detail, and impose an administrative fine in relation to such clauses in its Yemek Sepeti and Booking.com decisions. Moreover, the Turkish Competition Authority, benefiting from its evaluations in those decisions, has recently revised its Guideline on Vertical Agreements based on the opinions of many stakeholders and provided explanations in its New Guidelines that shed light on evaluation of most favoured customer clauses based on vertical relationships.

Current developments in Turkey suggest that adoption of most favoured customer clauses may be evaluated as risky practices if undertakings benefiting from such clauses have a market share exceeding 40% or have significant market power since such clauses may result in foreclosure of the market - especially if they work in detriment of the competitor. Additionally, most favoured customer clauses may also be evaluated as competition restricting conducts if such clauses trigger price rigidity or resale price maintenance in the relevant markets.

Keywords: Competition law, vertical agreements, block exemption, Guideline on Vertical Agreements, most favoured customer clauses, resale price maintenance, abuse of dominance, price rigidity, market power, e-commerce, online platforms, online marketplaces, Turkish Competition Authority, Yemek Sepeti Decision, Booking.com Decision

I. Giriş

Rekabet hukuku, piyasa ekonomisinin anayasası gibi kabul edilebilir. Kamu yararını sağlamak adına, piyasada faaliyet gösteren teşebbüslere getirilen kısıtlamaların amacı rekabete dayalı piyasa ekonomisini işler kılarak toplumsal refahın artırılmasıdır. Bu kapsamda, rekabet kuralları yapısal piyasa aksaklığının gerekli kıldığı regülasyonların söz konusu olduğu durumlar hariç ekonominin geneline uygulanan kurallardır.

Türkiye’de rekabet hukuku üç temel kural üzerine kurulmuştur. Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un (“**Rekabet Kanunu**” veya “**Kanun**”) 7. maddesi birleşme devralma işlemleri ile hâkim duruma erişilmesini, mevcut bir hâkim durumun güçlendirilmesini yasaklarken, Kanun’un 6. maddesi hâkim durumda olan teşebbüslerin bu durumlarını tek taraflı davranışlarla kötüye kullanmalarını engellemekte, Kanun’un 4. maddesi ise teşebbüsler arasındaki yatay ve dikey ilişkilerde rekabetin engellenmesini hukuka aykırı görmektedir. Söz konusu kurallardan özellikle tek taraflı davranışlar, birleşme ve devralmalar ve dikey kısıtlamalar bakımından dışsal faktörlerin değerlendirilmesi önem kazanmakta; yapılan incelemelerde piyasa dinamiklerinin etraflıca anlaşılması gerekmektedir.

Genel olarak bir sağlayıcının müşterisine bir başka müşteriye daha avantajlı şartlar sunmayacağını temin etmesine dayalı olan en çok kayırılan müşteri koşulları¹ (“**EKM**”) özellikle rekabet hukuku bakımından ilgili teşebbüslerin konumları, piyasanın dinamikleri gibi dışsal faktörler de değerlendirilerek dikkatli bir şekilde ele alınması gereken uygulamalar olarak öne çıkmaktadır.

Bu makalede günümüzde gelişen iş modelleri ile değişen dikey kısıtlamalara, söz konusu kısıtlamalar bakımından önem kazanan EKM koşulunun özelliklerine ve bu çerçevede Rekabet Kurulu’nun EKM koşuluna yönelik değerlendirmelerine yer verilmektedir.

I.1. Sanayi 4.0 Devrimi ve Rekabet Hukukunda Dikey Kısıtlamalar

Sanayinin gelişmesiyle iş modelleri de değişime uğramaktadır. Sanayi 4.0 Devrimi (“**Sanayi 4.0**”) olarak da adlandırabileceğimiz günümüzde, çağdaş otomasyon sistemleri, veri alışverişleri ve üretim teknolojileri önem kazanmakta, iş modelleri Sanayi 4.0 ışığında benimsenen yapay zekâ, robot teknolojileri gibi uygulamaların kullanımıyla farklılaşmaktadır. Bu süreçte özellikle dikey ilişkiler bakımından Sanayi 4.0’ın getirdiği pek çok değişiklik bulunmaktadır.

Örnek vermek gerekirse; günümüzde pek çok şirketin etkinlik yaratma, kar edinme yönündeki güdülerinin *online* dünyaya yayıldığı, *online* platformlar ve *online* pazar yerleri gibi yeni satış mecralarının gün geçtikçe etkinleşerek ortaya çıktığı ve önem kazandığı gözlenmektedir. Bu kapsamda, dikey kısıtlamalar da *online* dünyanın özelliklerine göre evrilmekte, özellikle inovasyon pazarlarına yönelik, *online* satışlar bakımından getirilen kısıtlamalara ilişkin pek çok yeni rekabet incelemesini tetiklemektedir.

Öyle ki, yakın zamanda gerçekleştirilen incelemelerin günlük yaşamımıza yeni giren e-kitap², fiyat karşılaştırmaya dayalı arama motorları³ gibi uygulamalara yoğunlaştığı gözlenmektedir. Avrupa Komisyonu özellikle e-ticaret⁴ ve *online* platformlara⁵ yönelik sektör araştırmaları yürüterek düzenlemelerini genişletirken, Rekabet Kurulu’nun da aldığı kararlar⁶ ve benimsediği düzenlemeler⁷ ile bu alandaki tutumuna dair açıklık getirmeye çalıştığı gözlenmektedir.

Türkiye’deki iş modelleri incelendiğinde genel olarak sağlayıcılar ile dağıtıcıların gelişmişlik düzeyleri arasında oldukça ciddi bir fark olduğu gözlenmektedir. Özellikle 2000’li yıllarda yabancı sermayenin artışıyla beraber sağlayıcıların hızlı bir şekilde modern işletmecilik bilgilerini benimsediği ve faaliyetlerini artan know-how ile beraber bu yönde geliştirdiği gözlenmektedir. Bununla birlikte, Türkiye’de sağlayıcı seviyesindeki modern gelişmelerin dağıtım seviyesine henüz yansımadağı söylenebilecektir. Böyle bir durumda genel olarak sağlayıcıların kendi etkinliklerini markalarının toptan ve perakende dağıtımına da aktarabilmeleri için dikey entegrasyona gitmeleri ya da acentelik modelini benimseyerek dağıtım kanalında yer

¹ *Most favourable customer veya most favourable nation* ilkeleri olarak da adlandırılmaktadır.

² Avrupa Komisyonu: E-Books kararı, C(2013) 4750, 25.07.2013.

³ Avrupa Komisyonu: Google kararı, Case AT.39740, 27.07.2017.

⁴ Avrupa Komisyonu: E-Ticaret Sektör Raporu, 2017.

⁵ http://ec.europa.eu/competition/antitrust/sector_inquiries_e_commerce.html

⁶ Avrupa Komisyonu: Online Platformlar, 2018.

⁷ <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/policies/online-platforms>

⁸ Rekabet Kurulu’nun Yemek Sepeti ve Booking.com kararları örnek olarak verilebilir.

⁹ Rekabet Kurumu: Dikey Anlaşmalara İlişkin Kılavuz.

alan aktörlerin inisiyatiflerini asgari düzeye indirmeleri beklenebilir. Ancak Türkiye’de dağıtım seviyesinde karşılaşılan tahsilat sorunu vb. konular ile alakalı pek çok ticari risk bulunmakta, bu risklerin bertaraf edilmesinde etkili olması gereken hukuk sisteminin ise gereken öngörülebilirliği sağlayamadığı gözlenmektedir. Bu durum ise, Türkiye’de dikey ilişkiler bakımından piyasanın gereklerinden farklı oldukça karmaşık bir yapının ortaya çıkmasına neden olmaktadır.

Öyle ki, Türkiye’de hâlihazırda olması gerekenden fazla sayıda dikey anlaşma bulunduğu bile iddia edilebilir. Bununla beraber, sağlayıcı seviyesindeki modern gelişmelerin dağıtım seviyesine yansıtıldığından ve gerekli know-how’ın aktarıldığından emin olabilmek adına sağlayıcılar tarafından olması gerekenden fazla dikey kısıtlama getirildiğini söyleyebiliriz. Bu durum, özellikle internetin sağladığı etkinliklerden faydalanmak isteyen teşebbüsler bakımından daha da karmaşık bir ortam yaratmaktadır.

30.03.2018 tarihinde Rekabet Kurulu’nun internet sitesinde yayımlanan Dikey Anlaşmalara İlişkin Kılavuz da (“**Dikey Kılavuz**”), pasif satış yasaklarının ve seçici dağıtım sistemine yönelik açıklamaların *online* satışları kapsayacak şekilde genişletilmesinin yanı sıra EKM koşullarının dikey ilişkiler bakımından değerlendirilmesine yönelik açıklamalara yer vermektedir. Dikey Kılavuz, özellikle EKM uygulamalarının rekabet hukuku bakımından nasıl yorumlanması gerektiğine belirli bir ölçüde ışık tutmaktadır.

I.3. EKM Koşulları ve Uygulama Alanları

I.3.1. EKM koşulu nedir?

EKM koşulu, temel olarak bir sağlayıcının müşterisine, bir başka müşteriye kendisine sunulandan daha avantajlı şartlar sunmayacağını temin etmesini ifade etmektedir. EKM koşulu, sözleşmenin her koşulunu ilgilendirecek şekilde kaleme alınabilmektedir. Bununla birlikte, genel olarak EKM koşullarının fiyat ya da fiyatı etkileyen diğer faktörler (indirim, komisyon vb.) üzerine şekillendiği gözlenmektedir. Fiyat özelinde öngörülen EKM koşulları, fiyat paritesine (*price parity*) benzer özellikler taşımaktadır.

EKM koşulu; (i) Dar EKM, (ii) Geniş EKM ve (iii) EKM+ olarak üç kategoride incelenebilir:

Dar EKM koşulu: Sağlayıcının kendisine ait satış kanalında uyguladığı fiyat ve/veya fiyat dışı koşulların alıcıya da uygulanmasını öngören şartları ifade etmektedir.

Geniş EKM koşulu: Sağlayıcının kendisine ait satış kanalına ilaveten alıcının rakiplerine uygulanan fiyat ve/veya fiyat dışı koşulların alıcıya da uygulanmasını öngören şartları ifade etmektedir.

EKM+ koşulu: En iyi fiyat ve/veya fiyat dışı koşulların yalnızca alıcıya uygulanmasını öngören şartları ifade etmektedir.

I.3.2. EKM koşulu rekabet kuralları ışığında genel olarak nasıl değerlendirilmektedir?

Uygulamaya bakıldığında, genel olarak Dar EKM koşulunun rekabetçi kabul edildiği; bununla birlikte, rekabetçi endişenin genel olarak Geniş EKM ya da EKM + koşullarına ilişkin ortaya çıktığı gözlenmektedir.

Zira İsveç Rekabet Otoritesi’nin Booking.com Kararı’nı⁸ takiben Fransa ve İtalya rekabet otoritelerinin kararlarında, rakiplere yönelik uygulanan Geniş EKM koşullarının rakipler arası rekabeti sınırladığı ve rekabeti kısıtlayıcı olduğu; ancak dikey ilişkiler kapsamında öngörülen Dar EKM uygulamalarının sorun teşkil etmediği değerlendirilmektedir. Bu doğrultuda, özellikle Dar EKM uygulamaları vazgeçme problemini (*hold up problem*) gideren, farklı fiyat ve koşulların tek noktada hızlıca görülmesini ve mukayese edilmesini sağlayarak arama maliyetlerini düşüren ve tüketiciye katma değerli bir fayda sağlayan uygulamalar olarak nitelendirilmektedir.

Bu kapsamda, bir taraftan Booking.com’un esasen otellerin kendilerini pazarlamasına ve odalarını çok geniş bir kitle tarafından erişilebilir hale getirmesine olanak sağladığı; diğer taraftan ise, Booking.com tarafından benimsenen Dar EKM uygulamalarının piyasada tüketici lehine fiyat şeffaflığı yaratarak oteller arasındaki rekabeti artırdığı değerlendirilmektedir⁹. Bu doğrultuda öngörülen Dar EKM şartlarının özellikle oteller bakımından benimsenebilecek bedavacılık sorununu çözmek ve hizmet kalitesini artırmak yoluyla önemli etkinlik artışları sağlayan nitelikte olduğu belirtilmektedir¹⁰. Diğer taraftan, Geniş EKM uygulamalarının özellikle yapay zekâ ve robot teknolojilerinin geliştiği günümüzde, fiyatların katılaşmasına sebebiyet veren, özellikle pazar gücünün bulunması halinde dışlama

⁸ İsveç Rekabet Otoritesi: Booking.com kararı, 596/2013, 15.04.2015.

⁹ İsveç Rekabet Otoritesi: Booking.com kararı, 596/2013, 15.04.2015, para 27.

¹⁰ İsveç Rekabet Otoritesi: Booking.com kararı, 596/2013, 15.04.2015, para 28,30.

etkisine sahip uygulamalar olarak nitelendirildiđi¹¹ gözlenmektedir.

Bununla birlikte, Almanya Rekabet Otoritesi'nin nispeten daha sert bir yaklaşım benimseyerek her türlü EKM uygulamasının sakıncalı olduğunu değerlendirdiği gözlenmektedir. Örnek vermek gerekirse; Almanya Rekabet Otoritesi, HRS Kararı'nda¹² internetteki diğer rezervasyon ve seyahat platformları, otellerin kendi web siteleri ve otellerin resepsiyonları üzerinden yapılan rezervasyonlara uygulanan EKM koşulunun ihlal olarak nitelendirileceğini belirtmiş olup, HRS'in uygulamanın terk edileceği yönünde verdiği taahhüt neticesinde soruşturmayı sonlandırmıştır. Benzer bir yaklaşım Almanya Rekabet Otoritesi'nin Amazon Kararı'nda da önümüze çıkmaktadır¹³.

Görüldüğü üzere, özellikle Avrupa'da genel olarak inovasyon piyasalarında benimsenen Geniş EKM uygulamalarının durdurulmasına yönelik taahhütler sunulması üzerine soruşturmalar herhangi bir idari para cezası yaptırımını olmadan sonlandırılmaktadır. Daha önce incelemeye tabi tutulmamış uygulamalar bakımından idari para cezası yaptırımının benimsenmesine gerek görülmeyiş, taahhütler ile rekabetçi endişenin giderilebileceğine yönelik böyle bir tutumun inovasyon piyasalarında rekabet hukuku uygulamalarının kritik önemine işaret ettiğini görmekteyiz.

Türkiye ise EKM uygulamalarına yönelik olarak dünyada ilk idari para cezası yaptırımını öngören rekabet otoritelerinden biri olarak öne çıkmıştır. Bu durumun temel sebebi, söz konusu kararın verildiği dönemde Türkiye'de rekabet hukuku alanında 4. madde ve 6. madde uygulamalarına ilişkin olarak taahhüt mekanizmasının mevcut olmaması olarak değerlendirilebilecektir.

Bununla beraber, Türkiye'de EKM koşullarının uygulamaları incelendiğinde, söz konusu uygulamaların Kanun'un hem 4. maddesi hem 6. maddesi bakımından ele alındığı ve bu incelemelerde Avrupa'ya benzer bir tavrın benimsendiği gözlenmektedir¹⁴.

Türkiye'de ilk EKM incelemelerine klasik endüstride fason televizyon üretimine ilişkin Sony-Arçelik Kararı'nda¹⁵ rastlanmıştır. Burada öngörülen EKM hükmü kapsamında

Arçelik'in fason üretim faaliyetleri bakımından üçüncü kişilere, Sony'ye sunduğu şartlardan daha iyi şartlar sunması engellenmektedir. İlgili kararda Rekabet Kurulu bireysel muafiyet analizi kapsamında ilgili EKM uygulamasını incelemektedir. Kararda EKM uygulamalarının yalnızca rekabet düzeyi düşük olan veya şartın taraflarının önemli pazar gücüne sahip oldukları pazarlarda rekabetçi endişe yaratabileceği belirtilmekte ancak somut olayda bu şartın rekabeti tehdit etmediği ifade edilmektedir. Bu kapsamda, Arçelik'in Sony'ye yönelik yaptığı üretim yatırımının geri dönüşünü sağlamak için getirdiği kısıtlamanın tipik bir vazgeçme problemini gidermek adına öngörüldüğünden bahsedilebilecektir.

Bununla beraber, Rekabet Kurulu tarafından yakın zamanda EKM koşullarının incelendiği iki önemli karar Yemek Sepeti Kararı¹⁶ ile Booking.com¹⁷ Kararı olarak öne çıkmaktadır.

Rekabet Kurulu tarafından Yemek Sepeti Kararı'nda restoranlara yönelik Dar EKM uygulamaları ile rakip platformlara yönelik Geniş EKM uygulamaları Rekabet Kanunu'nun 6. maddesi kapsamında değerlendirilmektedir. Bu kapsamda, Dar EKM uygulamalarının ekonomik değerini korumaya yönelik olduğu ve rekabetçi endişe taşımadığı belirtilmektedir¹⁸. Öte yandan, Geniş EKM uygulamalarının Kanun'un 6. maddesi kapsamında dışlayıcı etki yarattığı ve bu doğrultuda ihlal teşkil ettiği belirtilmektedir. Zira kararda Geniş EKM uygulamalarının restoranların rakip platformlarla olan ilişkilerini değiştirmek ya da bu ilişkilere son vermek zorunda kalmasının yanı sıra rakip platformların ürün ya da hizmet farklılaştırmasına gidememesi ve dolayısıyla pazardan çıkması, büyümemesine yol açtığı değerlendirilmektedir. Bu doğrultuda Kurul'un, "*indirimlerin maliyetine kimin katlandığından bağımsız olarak rakip platformlarda daha iyi/farklı koşullar sunulmasını engelleyen her türlü [EKM] uygulamasına son [verilmesine]*" hükmettiği ve bu davranışlara yönelik idari para cezası uyguladığı gözlenmektedir.

Diğer taraftan, Booking.com Kararı'nda ise Rekabet Kanunu'nun 4. maddesi kapsamında bir değerlendirme gerçekleştirilmektedir. Bu kapsamda Booking.com'un %40

¹¹ İsveç Rekabet Otoritesi: Booking.com kararı, 596/2013, 15.04.2015, para 21-23.

¹² Almanya Rekabet Otoritesi: HRS kararı, B 9 – 66/10, 20.12.2013.

¹³ Almanya Rekabet Otoritesi: Amazon kararı, B6-46/12, 26.11.2013.

¹⁴ Rekabet Kurulu'nun 09.06.2016 tarih ve 16-20/347-156 sayılı kararı ve Rekabet Kurulu'nun 05.01.2017 tarih ve 17-01/12-4 sayılı kararı.

¹⁵ Rekabet Kurulu'nun 08.12.2010 tarih ve 10-76/1572-605 sayılı kararı.

¹⁶ Rekabet Kurulu'nun 09.06.2016 tarih ve 16-20/347-156 sayılı kararı.

¹⁷ Rekabet Kurulu'nun 05.01.2017 tarih ve 17-01/12-4 sayılı kararı.

¹⁸ Bu çalışmanın yayına hazırlandığı sırada Rekabet Kurumunun Yemek Sepeti hakkında açtığı yeni soruşturmada Dar EKM'nin de mevcut durumda rekabeti kısıtlayıcı olduğu yönündeki iddialar incelenmektedir.

üzerinde pazar payına sahip olduğu da dikkate alındığında konaklama tesislerine uygulanan Dar EKM koşulları ile diğer platformlara yönelik Geniş EKM koşullarının bireysel muafiyet incelemesine tabi tutulduğu gözlenmektedir. Bireysel muafiyet analizi sonrasında Dar EKM koşullarına 5 yıl süreyle izin verildiği gözlenmekte; ancak Geniş EKM koşullarının pazar genelinde fiyat farklılaşmasını etkilemesinden ve konaklama tesislerinin rakip platformlara daha düşük fiyat verme güdüsünü zayıflatmasından hareketle rekabeti kısıtlayıcı uygulamalar olarak değerlendirildiği anlaşılmıştır. Bu kapsamda Geniş EKM uygulamaları ihlal olarak değerlendirilmiş olup, Booking.com idari para cezası yaptırımıyla karşılaşmıştır.

Dikey Kılavuz'da EKM uygulamalarına yönelik aydınlatıcı açıklamalar yer almaktadır. Bu açıklamalar incelendiğinde, Kurumun Booking.com ve Yemek Sepeti kararlarındaki değerlendirmeler ile beraber mehaz uygulama olarak nitelendirilen Avrupa Birliği uygulamasındaki değerlendirmeleri esas aldığı düşünülmektedir. Bununla beraber, Rekabet Kurumunun Dikey Kılavuz'da Dar EKM ve Geniş EKM ayrımını gözetmediği gözlenmektedir. Bu kapsamda Kurumun, özellikle sağlayıcının pazar gücüne dayalı olarak her bir olay özelinde değerlendirme yapılması gerektiğini vurguladığı belirtilmelidir.

I.4. EKM Koşullarının Rekabet Kanunu'nun 4. Maddesi Kapsamında Dikey Kısıtlamalar Bakımından Değerlendirilmesi

Rekabet Kanunu'nun 4. maddesi uyarınca,

“[b]elirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemleri”

yasaklanmaktadır. Söz konusu maddenin EKM koşulları bakımından uygulanışını bir örnek üzerinden anlatmak faydalı olacaktır: A firması Sağlayıcı 1 ile EKM koşulu öngören bir anlaşma yapmaktadır. Bu anlaşma kapsamında A firması, kendi mecrasında sağladığı koşullar ve/veya Sağlayıcı 2 ve 3'e sağladığı koşulların Sağlayıcı

1'e sağladığı koşullardan daha avantajlı olmayacağı yönünde taahhütte bulunmaktadır. Bu kapsamda, A firmasının kendi mecrasında sağladığı fiyat vb. koşullar ve/veya Sağlayıcı 2 ve Sağlayıcı 3 sağladığı fiyat vb. koşulların Sağlayıcı 1'e sağladığı koşullar ile aynı olması ya da daha az avantajlı olması öngörülmektedir. Bu doğrultuda, A firması ile diğer sağlayıcılar konumundaki Sağlayıcı 2 ve Sağlayıcı 3 arasındaki mevcut ya da gelecek ilişkilere dikey kısıtlamalar getirilmektedir.

Yukarıdaki örnekten hareketle Kanunu'nun 4. maddesinin lafzına dayalı bir değerlendirme yapıldığında, Sağlayıcı 1'e yönelik gerçekleştirilen bu kısıtlamanın 4. maddeye aykırı olduğu kanaatine varılabilecektir. Ancak Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği (“**2002/2 sayılı Tebliğ**”) uyarınca bazı dikey kısıtlamalara grup muafiyeti tanınmaktadır. Bununla birlikte, yeniden satış fiyatının tespiti gibi kısıtlamalar grup muafiyetinden yararlanamamaktadır. Diğer taraftan, Rekabet Kanunu'nun 5. maddesi uyarınca belirli koşulları sağlayan teşebbüsler arası anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birlikleri kararları bireysel muafiyet analizi sonucunda 4. maddenin uygulanmasından muaf tutulabilmektedir. Bu kapsamda rekabeti kısıtlayıcı anlaşmaların yeni gelişme ve iyileşme, ekonomik veya teknik gelişme sağlanması, tüketici faydasını beraberinde getirmesi ve ilgili piyasanın önemli bir bölümünde rekabetin tesis edilmesi suretiyle rekabeti zorunlu olandan fazla sınırlanmaması durumunda bireysel muafiyet mekanizmasından faydalanabileceği belirtilmektedir. Burada gerçekleştirilen analiz Rekabet Kanunu'nun 6. maddesi kapsamında hâkim durumdaki bir teşebbüsün incelemeye konu davranışlarının incelenmesinde bu yönde sunulan haklı gerekçe iddialarının değerlendirilmesine benzer¹⁹ niteliktedir.

Bireysel muafiyet analizinde temel olarak odaklanılması gereken nokta EKM koşullarının öngördüğü kısıtlamaların, söz konusu kısıtlamaların ötesinde iktisadi etkinlik yaratıp yaratmadığıdır. Bu konu sektör dinamikleri uyarınca olay bazında muhakeme edilerek doğru bir şekilde irdelenmelidir²⁰. Genel olarak, EKM koşullarının vazgeçme sorununu (*hold up problem*) gidermek, işlem gecikmelerini önlemek, girdi fiyatları ya da işlem maliyetini azaltmak, talepteki belirsizlikleri gidermek suretiyle iktisadi etkinlikler yarattığı değerlendirilmektedir²¹. Diğer taraftan, EKM

¹⁹Rekabet Kurumu: Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Davranışlarına İlişkin Kılavuz, para 30-33.

²⁰ Dennis, A.J.: Most Favored Nation Contract Clauses Under the Antitrust Laws, U. Dayton L. Rev. 20, 1994, s. 821-835; Salop, S.C., &

Morton, F. S.: Developing an Administrable MFN Enforcement Policy, Antitrust 27, no. 2, 2013, s. 15-19.

²¹ Baker, J.B. & Chevalier, J.A.: The Competitive Consequences of Most-Favored Nation Provisions, Articles in Law Reviews & Other Academic Journals. Paper 277, 2013, s.20-22.

koşullarının ilgili pazarda fiyat katılaşmasına yol açabilen, koordinasyonu kolaylaştırabilen, rakiplerin dışlanmasına sebebiyet veren alıcı gücünü artırmaya yönelik rekabetçi endişeleri de beraberinde taşıdığı gözlenmektedir²².

Dikey Kılavuz, EKM uygulamalarının hangi durumlarda rekabetçi olarak değerlendirileceğine yönelik örnekler vermektedir. Bu kapsamda aşağıdaki koşulların genel olarak rekabetçi endişe doğurabileceği belirtilmektedir.

- *Geriye dönük EKM koşulu öngörülmesi (kayırlan alıcının her durumda daha avantajlı teklifler almasını sağlaması veya sağlayıcının, bu koşulun tarafı olmayan alıcılara indirim yapma maliyetini daha fazla artırması sebebiyle),*
- *EKM koşulu içeren anlaşma taraflarının pazar paylarının rakiplerine göre daha yüksek olması,*
- *EKM koşulu içeren anlaşmanın yoğunlaşma oranı yüksek bir pazarda gerçekleştirilmesi.*

Dikey Kılavuz'da sözleşmede lehine EKM koşulu tesis edilen tarafın pazar payı ile birlikte diğer tarafların pazar paylarının EKM koşulu değerlendirmesinde oldukça önemli olduğu vurgulanmaktadır. Bu noktada, özellikle inovasyon pazarları düşünüldüğünde pazar tanımına dair değerlendirmelerde dikkatli olunması gerektiği belirtilmektedir.

Bununla beraber, Dikey Kılavuz'da %40'lık pazar payı eşliğinin altındaki teşebbüslerin taraf olduğu EKM koşulu barındıran anlaşmaların grup muafiyetinden yararlanabileceği belirtilmektedir. Bununla birlikte, %40'lık pazar payı eşliğini aşan teşebbüsler bakımından EKM uygulamalarına yönelik bireysel muafiyet değerlendirmesi yapılmasının faydalı olacağı söylenebilir.

Bu kapsamda, Dikey Kılavuz kapsamında EKM uygulamalarının 2002/2 sayılı Tebliğ uyarınca grup muafiyeti kapsamından çıkararak yeniden satış fiyatının tespitine yol açabileceğini belirtebiliriz.

Rekabet kuralları uyarınca teşebbüslerin satış fiyatını belirleme serbestisinin engellenmemesi gerekir. 2002/2 sayılı Tebliğ uyarınca da yeniden satış fiyatının tespiti²³, anlaşmaları grup muafiyeti kapsamı dışına çıkararak nitelikte

bir sınırlama olarak değerlendirilmektedir. Zira yeniden satış fiyatının tespitinin, marka içi rekabeti ortadan kaldırdığı, piyasada özellikle fiyatlar üzerindeki şeffaflığı artırarak sağlayıcılar veya alıcılar arasında kartel kurulmasını ve kartelin devamlılığının sağlanmasını kolaylaştırdığı ve güçlü bir perakendecinin rakiplerini piyasa dışına çıkarmasına olanak tanıdığı kabul edilmektedir. Bu noktada, yeniden satış fiyatının izlenebilir ve kontrol edilebilir olduğu durumlarda, dolaylı olarak yeniden satış fiyatının tespiti olasılığının arttığı değerlendirilmektedir²⁴.

EKM koşulları da yeniden satış fiyatının izlenebilirliği ve kontrol edilebilirliğini mümkün kılan ve sağlayıcının, kayırlan alıcı dışındaki alıcılara daha uygun fiyat ve koşullarda ürün temin etme güdüsünü azaltabilecek nitelikte uygulamalar olarak nitelendirilebilir. Bununla birlikte, Dikey Kılavuz'da EKM koşulunun tek başına yeniden satış fiyatının tespitine yol açan bir uygulama olarak değerlendirilmemesi gerektiğine dikkat çekildiğini belirtebiliriz²⁵. Bu kapsamda, etkinlik artışı destekleyen EKM uygulamalarının yeniden satış fiyatının tespiti şeklinde değerlendirilmeyeceğini söyleyebiliriz.

Rekabet Kurulu'nun hâlihazırda EKM uygulamalarını yeniden satış fiyatının belirlenmesi kapsamında incelediği bir kararı henüz bulunmamakla birlikte, diğer rekabet otoritelerinin kararları bu konuda yol gösterici nitelikte kabul edilebilir. Bununla birlikte, bu uygulamalara yönelik olarak Rekabet Kurumu tarafından herhangi bir taahhüt mekanizmasının benimsenmediği ve Rekabet Kurulu'nun genel olarak EKM uygulamalarında sert bir yaklaşım benimsediği göz önüne alındığında, EKM koşullarına ilişkin olarak olay özelinde dışsal faktörler gözetilerek detaylı bir değerlendirme yapılmasının büyük önem arz ettiğini vurgulayalım.

Bu noktada son olarak, özellikle inovasyon pazarlarında benimsenen EKM uygulamalarının marka yaratılabilirliğini sağlamak, katma değer koruyarak sürdürülebilirlik sağlamak, inovasyon güdüsünü ayakta tutmak bakımından önemli bir yere sahip olabileceğinin altını çizmek isteriz.

²²Dennis, A.J.: Potential Antocompetitive Effects of Most Favored Nation Contract Clauses in Managed Care and Health Insurance Contracts, *Annals Health L.* 4, 1995, s. 71-81.

²³ Alıcının sabit veya asgari satış fiyatının belirlenmesi olarak ortaya çıkabilir. Bununla birlikte, azami satış fiyatının belirlenmesi veya alıcıya satış fiyatının tavsiye edilmesi mümkündür.

²⁴Rekabet Kurumu: Dikey Anlaşmalara İlişkin Kılavuz, para 19.

²⁵ Rekabet Kurumu: Dikey Anlaşmalara İlişkin Kılavuz, para. 19.

II. Sonuç

Sanayi 4.0 ile birlikte günümüzde pek çok teşebbüs tarafından benimsenen geleneksel iş modelleri değişikliğe uğramıştır. Tipik bir alıcı-sağlayıcı ilişkisinde *online* mecraların önemi artmıştır. Bu kapsamda hem sağlayıcılar hem alıcılar gerek kendi yarattıkları *online* satış kanalları gerek *online* platformlar ya da *online* pazar yerleri olarak şekillenen satış kanalları aracılığıyla ürünlerini pazarlamaya, dağıtmaya ve ürünlerinin satışını gerçekleştirmeye başlamıştır. Bu durum ise sağlayıcının alıcı ile kurduğu dikey ilişki kapsamında getirdiği kısıtlamaları etkilemiştir. Bu kapsamda sağlayıcılar, *online* mecralardan gerçekleştirilen satışlara yönelik de kısıtlamalar öngörmeye başlamıştır.

İşbu çalışmamızda yer verildiği üzere, Türkiye'deki dikey ilişkilerin yapısı oldukça karmaşıktır. Bunun sebebi sağlayıcı ve dağıtıcı seviyelerindeki gelişmişlik makasının oldukça açık olması ve pek çok ticari, mali ve hukuki risk sebebiyle sağlayıcının dağıtım görevini üstlenmekten bir başka ifade ile arzu etmesine rağmen dikey entegrasyona gitmekten imtina etmesi olarak açıklanabilecektir. Bu kapsamda, dağıtım seviyesine kıyasla daha modern olarak nitelendirilebilecek sağlayıcı seviyesindeki teşebbüslerin ürünlerini, markalarını koruyabilmek adına piyasanın gerekliliklerinden fazla ve farklı yapılarla dikey kısıtlamalar benimsediği gözlenmektedir. Bu noktada, bu tür dikey kısıtlamaların rekabet hukuku bakımından hassasiyetle değerlendirilmesi önem kazanmaktadır.

Mevcut durumda dikey kısıtlamalara dayalı incelemelerde önem kazanan alanlardan biri sağlayıcının müşterisine bir başka müşteriye daha avantajlı şartlar sunmayacağına taahhüt ettiği EKM uygulamalarıdır. Dar EKM, Geniş EKM ve EKM + olarak üç şekilde ortaya çıkabilecek ve uygulamada çoğunlukla fiyat ya da fiyata dayalı unsurlara ilişkin sağlayıcı tarafından getirilen söz konusu koşullara yönelik değerlendirmelere Rekabet Kurumunun Dikey Kılavuz'unda yer verilmektedir.

Dikey Kılavuz hem Türkiye'deki yakın zamandaki incelemeleri hem mehz Avrupa Birliği uygulamasını derleyerek EKM uygulamalarına ilişkin açıklamalar sunmaktadır. Bu kapsamda özetlemek gerekirse;

- *EKM uygulamalarının teşebbüslerin %40'ın üzerinde pazar payı sahibi olmaları, önemli derecede pazar gücüne sahip olmaları gibi durumlarda riskli olarak değerlendirilebileceği zira bu tür uygulamaların pazar kapayıcı etkileri olabileceği dile getirilmektedir.*

- *Bununla birlikte %40'ın altında pazar payına sahip olan teşebbüsler bakımından söz konusu uygulamaların muafiyet mekanizmasından faydalanabileceği belirtilmektedir.*
- *Ancak bu noktada, uygulamaların piyasanın genelinde benimsenip benimsenmediği, uygulamanın piyasada herhangi bir fiyat katılığı yaratıp yaratmadığına yönelik bir inceleme yapılması önem kazanmaktadır.*
- *Bununla beraber, söz konusu uygulamaların yeniden satış fiyatının tespitine yol açabilecek nitelikte değerlendirilebileceği dile getirilmektedir. Bununla birlikte, Dikey Kılavuz'da EKM uygulamalarının tek başına yeniden satış fiyatının tespitine yol açacak davranışlar olarak değerlendirilmeyeceği yönündeki açıklamaları tekrar hatırlatmak faydalı olacaktır.*

Bu noktada, EKM uygulamasına konu pazarın dinamiklerinin yanı sıra söz konusu uygulamaya taraf teşebbüslerin pazardaki konumu, büyüklüğü, gücü, EKM uygulamalarının amacı gibi hususların etraflıca değerlendirilmesi ve bu değerlendirmede, sanayi 4.0 ile gelişmiş iş modelleri, *online* mecraların günümüzdeki yeri gibi konuların da dikkate alınması önem kazanmaktadır.

KAYNAKÇA

Avrupa Komisyonu: E-Ticaret Sektör Raporu, 2017.

http://ec.europa.eu/competition/antitrust/sector_inquiries_e_commerce.html

Avrupa Komisyonu: Online Platformlar, 2018.

<https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/policies/online-platforms>

Baker, J.B. & Chevalier, J.A.: The Competitive Consequences of Most-Favored Nation Provisions, Articles in Law Reviews & Other Academic Journals. Paper 277, 2013.

Dennis, A.J.: Potential Antocompetitive Effects of Most Favored Nation Contract Clauses in Managed Care and Health Insurance Contracts, Annals Health L. 4, 1995.

Dennis, A.J.: Most Favored Nation Contract Clauses Under the Antitrust Laws, U. Dayton L. Rev. 20, 1994.

Salop, S.C. & Morton, F.S.: Developing an Administrable MFN Enforcement Policy, Antitrust 27, no. 2, 2013.

MEVZUAT

Rekabet Kurumu: 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği

Rekabet Kurumu: Dikey Anlaşmalara İlişkin Kılavuz

Rekabet Kurumu: Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Davranışlarına İlişkin Kılavuz

İÇTİHATLAR

Avrupa Komisyonu: E-Books kararı, C(2013) 4750, 25.07.2013.

Avrupa Komisyonu: Google kararı, Case AT.39740, 27.07.2017.

Almanya Rekabet Otoritesi: HRS kararı, B 9 – 66/10, 20.12.2013.

Almanya Rekabet Otoritesi: Amazon kararı, B6-46/12, 26.11.2013.

İsveç Rekabet Otoritesi: Booking.com kararı, 596/2013, 15.04.2015.

Rekabet Kurulu'nun 08.12.2010 tarih ve 10-76/1572-605 sayılı kararı.

Rekabet Kurulu'nun 09.06.2016 tarih ve 16-20/347-156 sayılı kararı.

Rekabet Kurulu'nun 05.01.2017 tarih ve 17-01/12-4 sayılı kararı.