

Citation: ARDIYOK, Ş. ve KÖKSAL, E. (2021), Rekabet Kurulu’nun Yeniden Satış Fiyatının Belirlenmesine Yönelik Kararları: Sanayi İktisadı, AB ve ABD Uygulamaları Açısından Bir İnceleme, Baseak CORE Papers No:13, 2021

Rekabet Kurulu’nun Yeniden Satış Fiyatının Belirlenmesine Yönelik Kararları: Sanayi İktisadı, AB ve ABD Uygulamaları Açısından Bir İnceleme

Şahin ARDIYOK*, Emin KÖKSAL**

ÖZET

Gerek rekabet hukuku gerekse sanayi iktisadı literatürüne bakıldığında yeniden satış fiyatının belirlenmesinin rekabetçi etkilerini ortaya koyan çalışmaların son 10-15 yılda büyük hız kazandığı göze çarpmaktadır. Aynı şekilde rekabet otoritelerinin ve mahkemelerin kararları ile oluşan içtihat da bu yönde gelişmelerin olduğu görülmektedir. Bu çalışma, yeniden satış fiyatının belirlenmesi uygulamalarına dair iddiaların Rekabet Kurulu’u kararlarında nasıl bir yaklaşım ile ele alındığının ve bu yaklaşımın zaman içerisinde nasıl evrildiğinin bir analizini yapmaktadır. Bunu yaparken de rekabet hukuku bakımından öncü olan Avrupa Birliği ve özellikle de Amerika Birleşik Devletleri uygulamaları ile karşılaştırmalı bir çerçeveye sunmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Yeniden Satış Fiyatının Belirlenmesi, Dikey Kısıtlar, Rekabet Hukuku İhlalleri

JEL Kodları: K41, L40, L42

ABSTRACT

Studies that emphasize the competitive effects of resale price maintenance have increased during the last 10-15 years in both competition law and industrial economics literature. Similarly, decisions of competition authorities and courts have also evolved in the same direction. This study assesses the Turkish Competition Board’s decisions on allegations related to resale price maintenance. The study seeks to analyze the approach of the Board and its evolution with passing the time. In doing so, it puts a comparative framework vis a vis the leading practices in the United States of America and the European Union.

Keywords: Resale Price Maintenance, Vertical Restraints, Competition Law Infringements

JEL Codes: K41, L40, L42

* Balcıoğlu Selçuk Ardıyok Keki Avukat Ortaklığı, sardiyok@baseak.com

** Bahçeşehir Üniversitesi, emin.koksal@eas.bau.edu.tr

I. Giriş

Yeniden satış fiyatının belirlenmesi (“YSFB”) rekabetçi ve rekabet karşıtı etkileri sebebiyle, otoritelerin ve mahkemelerin kararları açısından bir fikir birliğinden bahsetmenin mümkün olmadığı uygulamalardandır. Ancak gerek rekabet hukuku gerekse sanayi iktisadı literatürüne bakıldığında YSFB’nin rekabetçi etkilerini ortaya koyan çalışmaların son 10-15 yılda büyük hız kazandığı göze çarpmaktadır. Aynı şekilde rekabet otoritelerinin ve mahkemelerin kararları ile oluşan içtihat da bu yönde gelişmelerin olduğu görülmektedir.

Bu çalışma, YSFB uygulamalarına dair iddiaların Rekabet Kurul’u kararlarında nasıl bir yaklaşım ile ele alındığının ve bu yaklaşımın zaman içerisinde nasıl evrildiğinin bir analizini yapmaktadır. Bunu yaparken de rekabet hukuku bakımından öncü olan Avrupa Birliği (“AB”) ve özellikle de Amerika Birleşik Devletleri (“ABD”) uygulamaları ile karşılaştırmalı bir çerçeve sunmaktadır. Bu kapsamdaki çalışma üç ana bölümden oluşmaktadır. Girişi takip eden ikinci bölümde, YSFB uygulamalarının rekabet karşıtı olduğu kadar rekabeti ve etkinliği artırıcı unsurlar barındırdığı sanayi iktisadı literatürü çerçevesinde sunulmuştur. Üçüncü bölümde, AB ve ABD’deki gelişmeler ve bu gelişmeler çerçevesinde oluşan genel prensipler ortaya konulmuştur. Dördüncü bölümde ise, AB ve ABD uygulamaları ile karşılaştırmalı bir şekilde, Türk rekabet hukuku mevzuatı ve Rekabet Kurulu kararları çerçevesinde bir analiz sunulmuştur. Çalışma sonunda varılan tespitler, sonuç bölümünde değerlendirilmiştir.

II. Sanayi İktisadı Açısından YSFB Uygulamaları

Ticari hayatta YSFB, sağlayıcıların ürünleri için azami veya asgari fiyat belirlemesi şeklinde gerçekleşmekle birlikte, rekabetçi endişeler açısından daha çok gündeme getirilen hali asgari fiyatların belirlenmesi şeklindedir. YSFB uygulamalarına dair – rekabet hukuku değerlendirmelerine de ışık tutabilecek – iktisadi açıdan en temel soru, sağlayıcıların fiyatlarını olabildiğince düşük belirleyip daha çok satış yapabilecekken neden asgari bir satış fiyatı belirledikleridir. Bu soruya vaka bazında verilecek cevaplar sağlayıcıların YSFB uygulamaları için rekabet kuralları açısından yapılacak bir değerlendirmede önemli bir role sahiptir.

Bu bölümde sanayi iktisadı literatüründe bu soruya verilen cevaplar, sonraki bölümlerdeki rekabet hukuku içtihadı ve değerlendirmelerine zemin oluşturacak şekilde sunulmaya çalışılacaktır. Bunu yaparken ortaya koyulmaya çalışılan asıl yaklaşım, YSFB uygulamalarının rekabet karşıtı olduğu kadar rekabeti ve etkinliği artırıcı unsurlar barındırdığını sanayi iktisadı literatürü çerçevesinde sunmaktır. Öncelikle YSFB’nin iktisadi açıdan rekabet karşıtı etkileri ve refah açısından yarattığı endişeler ortaya koyularak incelenecek, hemen ardından da rekabeti artırıcı etkileri yine yaratılan etkinlik artışları çerçevesinde ortaya koyulacaktır.

II.1. YSFB Uygulamaları ve Satıcı Kartelleri

YSFB uygulamalarının en çok rekabetçi endişe yaratabilecek sonucu satıcılar (perakendeciler veya dağıtıcılar) arası bir kartel oluşumuna neden olmasıdır. Örneğin oligopolistik bir pazar yapısında rakip halinde bulunan satıcıların, sağlayıcı tarafından belirlenen bir asgari fiyatı uygulamaları durumu buna tipik bir örnek olarak verilebilir¹. Burada YSFB’nin rolü, satıcıların birlikte fiyat belirlemeleri konusunda koordinasyonu sağlayarak, kartellerin oluşmasındaki tutukluların çıkmazı (*prisoner’s dilemma*) sorununu çözmesidir². YSFB uygulamaları sayesinde belirlenen fiyattan cayan teşebbüslerin tespiti ve gerektiğinde sağlayıcı tarafından cezalandırılması daha olası hale gelmektedir. Fiyatların maliyetlerin belirgin bir düzeyde üzerine – tekel fiyatlamasına – çıkarılarak karın sağlayıcılar ve satıcılar arasında paylaşılmasına zemin hazırlamaktadır. Böyle bir kurguda dikey bir kısıt olarak YSFB’nin refah azaltıcı bir etkisi söz konusudur.

Ancak bu tür bir senaryoda akla gelen ilk soru, sağlayıcıların neden dikey entegre bir şekilde yapılanıp tekel fiyatlaması ile oluşan karı elde etmek için ürünlerini perakende pazarda kendilerinin satmadığıdır. Bu soruya verilecek cevap böyle bir organizasyonun oldukça maliyetli ve perakende satışlara dair riskleri barındırması şeklinde olabilir. Bu konu ile bağlantılı akla gelebilecek bir diğer soru ise sağlayıcıların perakende düzeyde oluşan bir kartelden fayda sağlayıp sağlayamayacaklarına yöneliktir. Zira, perakende seviyede tekel fiyatlaması düzeyinde bir fiyatlama yapılsa dahi toptan fiyatlar rekabet koşullarının üzerinde

¹ Bkz. TELSER, L. G. (1960). Why should manufacturers want fair trade?. *The Journal of Law and Economics*, 3, 86-105.

² Bkz. JULLIEN, B., & REY, P. (2007). Resale price maintenance and collusion. *The RAND Journal of Economics*, 38(4), 983-1001.

belirlenmediği sürece sağlayıcıların ilave bir fayda sağlamaları mümkün gözükmemektedir³.

Öte yandan, YSFB'nin satıcılar açısından yatay düzeyde bir kartel oluşturmaları için yeterli bir koşul olup olmadığı ise başka bir soru olarak karşımıza çıkmaktadır. Her ne kadar satıcılar perakende fiyat düzeyleri üzerinde sağlayıcının YSFB uygulaması yardımıyla anlaşmış ve caymalarının tespit edilmesi kolaylaşmış olsa da fiyat-dışı parametreler üzerinden rekabet etme eğiliminde olabilecekleri gözden kaçırılmamalıdır⁴.

Yukarıda sayılan sebepler dolayısıyla uzun vadede YSFB ile desteklenen karlı bir kartelin oluşması pek olası görünmemektedir. Kısa vadede satıcılar rekabetçi düzeylerin üzerinde kar elde etmeleri durumunda yeni satıcıların pazara girişi ile karların düşmesi sonucu kartelin sürdürülmesi zorlaşmaktadır⁵. Bu sebeptendir ki, satıcıların kartel oluşturma amacı güden YSFB uygulamalarına nadiren rastlanmaktadır⁶.

II.2. YSFB Uygulamaları ve Sağlayıcı Kartelleri

YSFB'nin rekabetçi endişe doğuran bir başka rolü sağlayıcı kartellerinin kurulmasını kolaylaştırıcı niteliğine sahiptir. Toptan fiyatların perakende fiyatlara nazaran daha az görünür olması sebebiyle sağlayıcıların bir fiyat üzerinde anlaşmaları ve bu anlaşmadan cayanları tespit etmesi oldukça zordur. Kartel üyesi sağlayıcılardan birinin daha düşük bir toptan fiyat uygulaması diğer üyelerin aleyhine satışlarını arttırılabileceği bir durum yaratabilmektedir. YSFB uygulamaları ise perakende fiyatları asgari bir fiyatta sabitleme rolü oynayarak sağlayıcıların toptan fiyatlarını düşürme yönündeki eğilimini sınırlamaktadır⁷. Bir başka ifadeyle, perakende düzeydeki fiyatların YSFB yoluyla sabitlenmesiyle sağlayıcıların toptan fiyatlarını düşürülmesiyle elde edecekleri bir pazar payı artışı olmaması bu cayma eğilimini sınırlayıcı bir rol oynamaktadır.

Ancak bu etkinin sınırlı olabileceği gözden kaçırılmamalıdır. Zira, satıcıların daha çok kar elde ettikleri cayan sağ-

layıcıların ürünlerini satmak için daha çok çaba sarf etmeleri mümkündür⁸. Her ne kadar YSFB sebebiyle satıcılar perakende fiyatlarını değiştiremiyor olsalar da daha çok kar elde ettikleri ürünün satışını arttırarak cayan sağlayıcıların pazar payının arttırılmasına yardımcı olabileceklerdir.

Bu noktada YSFB'nin sağlayıcıların kartel oluşturmada ne yeterli ne de gerekli bir koşul olduğunu vurgulamak gerekir. Rekabet hukuku açısından sanayi iktisadının kılavuzluk edeceği alan, YSFB'nin teşebbüslerin birlikte davranışlarını kolaylaştırdığı kadar, bu alanda yeterli bir araç olmadığını da ortaya koymaktadır. Örneğin bir satıcı ya da sağlayıcı kartelinin desteklenmesinde YSFB bir araç olarak kullanılıyorsa burada *rule of reason*'a dayalı bir analiz yapılması gereksizdir⁹. Zira, YSFB'nin buradaki rolü rekabeti baskılayan bir fonksiyona sahip olmasıdır.

II.3. Ürünün Prestiji/İmajı ve YSFB Uygulamaları

YSFB uygulamalarının *rule of reason* yaklaşımıyla incelenmesinin temel nedeni yarattığı rekabetçi endişelerin yanında, etkinlik ve değer yaratma sürecine de katkıda bulunmasıdır. Sağlayıcıların ürünlerini tüketicilerin gözünde daha değerli kılmak amacıyla YSFB uygulamalarının kullanılıyor olması mümkündür. Sağlayıcıların fiyatlarını yükseltmesi satıcıların da fiyatlarını yükseltmesine, bu da asgari bir YSFB uygulaması aracılığıyla dolaylı olarak ürünün yüksek kalite imajına katkıda bulunabilmektedir.

Özellikle markalar arası rekabetin sadece fiyata dayalı olmadığı pazarlarda ürünün imajının fiyat yoluyla korunması refah etkisinin olumsuz olmasını gerektirmez¹⁰. Örneğin, prestijli bir ürünün herkes tarafından tüketiliyor olması ya da tüketiminin artmasının doğrudan tüketici refahını arttırdığını söylemek mümkün değildir. Tabi burada kilit rol oynayan husus, pazarda markalar arası etkin bir rekabetin söz konusu olmasıdır.

³ MARVEL, H. P., & MCCAFFERTY, S. (1985). The welfare effects of resale price maintenance. *The Journal of Law and Economics*, 28(2), 363-379.

⁴ Bkz. STIGLER, G. J. (1968). Price and non-price competition. *Journal of Political Economy*, 76(1), 149-154.

⁵ WALDMAN, D., & JENSEN, E. (2016). *Industrial Organization: Theory and Practice*. Routledge. Bölüm 16.

⁶ Bkz. ORNSTEIN, S. I. (1985). Resale price maintenance and cartels. *Antitrust Bulletin*, 30, 401-432.

⁷ Bkz. JULLIEN, B., & REY, P. (2007). Resale price maintenance and collusion. *The RAND Journal of Economics*, 38(4), 983-1001.

⁸ Bkz. TELSER, L. G. (1960). Why should manufacturers want fair trade?. *The Journal of Law and Economics*, 3, 86-105.

⁹ BLAIR, R. D., & WANG, W. (2017). Resale price maintenance: An economic analysis of its anticompetitive potential. *Review of Industrial Organization*, 50(2), 153-168.

¹⁰ WALDMAN, D., & JENSEN, E. (2016). *Industrial Organization: Theory and Practice*. Routledge. Bölüm 16.

Öte yandan, YSFB uygulamalarının yeni markaların pazara girişini kolaylaştırarak markalar arası rekabetin artışına katkıda bulunması da mümkündür¹¹. YSFB uygulamaları pazara yeni girmeye çalışan markalar için pazara girdiklerinde kısa vadedeki getirileri konusunda pozitif öngörüler yaratarak pazara giriş yapmalarını teşvik edici bir işleve sahip olabilir. YSFB uygulamaları, özellikle pazara agresif bir şekilde girmeye çalışan yeni markalar için de pazarda yayılım sağlama konusunda bir fırsat yaratmaktadır.

II.4. Satış Öncesi Hizmetler ve YSFB

Sağlayıcıların YSFB uygulamalarına sanayi iktisadı açısından meşruiyet kazandırabilecek bir diğer argüman, satış öncesi sunulan hizmetlerin sürdürülebilmesine imkân sağlamasıdır. Satıcıların satış öncesi sunduğu ve genelde ürünün tanıtımına yönelik faaliyetler, ürünün satış hacminin artırılması ve alıcıların bilgilendirilmesi gayesiyle yapılmaktadır. Fakat satıcılardan birinin bu hizmetleri verirken diğerinin vermemesi, söz konusu hizmetler üzerinde bedavacılık yapılmasına neden olabilmektedir. Daha somut bir ifadeyle, söz konusu hizmetlerin maliyetine katlanmadan ürünü daha ucuza satanlar avantaj elde edebilmektedir. Bu durum bu hizmetleri veren satıcının bu hizmetleri devam ettirme konusundaki motivasyonuna zarar vermektedir. Bu da tüm satıcıların iş hacminin düşmesine neden olabilmektedir. Oysa, asgari bir YSFB uygulamasıyla, bu hizmetleri sunmayan satıcıların bedavacılık eğilimleri engellenerek söz konusu hizmetlere dair yatırım ve harcamalar devam edebilecektir¹².

YSFB’nin satıcıları fiyat dışı alanlar üzerinde rekabet etmeye itmesi ise, yukarıda açıklanan satış öncesi hizmetler veya alıcıları doğrudan ilgilendirecek diğer kalite parametreleri konusunda rekabetin özendirilmesine işaret etmektedir. Bu durum her ne kadar marka içi rekabeti sınırlandırsa da markalar-arası rekabeti arttırarak daha çok refah artışı sağlayabilmektedir¹³. Bu yolla satış öncesi hizmetler çoğaltılarak, üreticilerin ürettikleri ürünler için talebi artırma fırsatı ortaya çıkmaktadır.

Bu bölüm için kısa bir değerlendirme yapmak gerekirse, YSFB uygulamaları sağlayıcı veya satıcı kartellerinin oluşmasında kolaylaştırıcı bir rol oynamakla birlikte bu rolün etkisinin birçok nedenle sınırlı kaldığını söylemek gerekir. Fakat bir kartelin varlığının kanıtlandığı durumlarda YSFB uygulamalarının rekabetçi etkilerinin iktisadi açıdan sorgulanmasının rekabet hukuku değerlendirmelerine doğrudan bir katkısı yoktur. Öte yandan, bu bölümde sadece birkaçına değindiğimiz ve rekabetçi kısıtlama amacı gütmeyen YSFB uygulamalarının refah üzerindeki etkilerinin iktisadi kanıtlar ile tartışılması gerekmektedir.

III. AB ve ABD’de YSFB’ye Dair Genel Prensipler ve Uygulamalar

Bir sonraki bölümde detaylı olarak incelenecek Rekabet Kurulu kararlarındaki yaklaşımı karşılaştırmalı bir şekilde ortaya koyabilmek için, ABD ve AB’de YSFB uygulamalarının nasıl bir anlayışla ele alındığını genel hatları ile aktarmak gerekir. Bir önceki bölümde iktisadi açıdan ele alınan YSFB uygulamalarının özellikle ABD uygulamalarında *per se* bir yaklaşımdan daha çok iktisadi analiz ve kanıtların kullanıldığı *rule of reason* yaklaşımına yönelmesi, bu bölümün başlıca temasını oluşturacaktır. Ardından AB uygulamalarında YSFB uygulamalarına nasıl yaklaşıldığına genel hatlarıyla yer verilecektir.

III.1. ABD Uygulamaları

Rekabet hukukuna dair içtihat açısından YSFB’ye dair kararlara ABD’den başlamak gerekir. Zira 2007 yılına kadar ABD’de sağlayıcıların asgari fiyat tespit etme yönündeki YSFB uygulamaları, ülkedeki temel rekabet kanunu *Sherman Yasası* kapsamında *per se* bir ihlal olarak değerlendirilmekteydi. Ancak 2007 yılında Yüksek Mahkeme’nin aldığı *Leegin* kararı¹⁴ ile birlikte, 1911’den bu yana uygulanan ve dikey fiyat tespitinin doğrudan ihlal teşkil etmesi yönündeki değerlendirmeleri neredeyse tamamen ortadan kaldıran bir değişim yaşanmıştır.

¹¹ Bkz. GEY, P., & KAMANN, H. G. (2008). The assessment of minimum resale price maintenance in Europe in the aftermath of Leegin. *Zeitschrift für Wettbewerbsrecht*, 6(2), 208-227.

¹² Bkz. KNEEPKENS, M. (2007). Resale price maintenance: Economics call for a more balanced approach. *European Competition Law Review*, 28(12), 656-664.

BUTTIGIEG, E. (2010). Lingering uncertainty over the antitrust approach to resale price maintenance. *Journal of European Competition Law & Practice*, 1(5), 397-404.

¹³ Bkz. PEEPERKORN, L. (2008). Resale price maintenance and its alleged efficiencies. *European Competition Journal*, 4(1), 201-212.

¹⁴ *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.* 551 U.S. 877 (2007). Erişim tarihi 12.04.2019, <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/551/877.html>.

1911 yılından itibaren neredeyse tüm YSFB uygulamalarına ilişkin kararlara dayanak gösterilen *Dr. Miles* kararında¹⁵ Yüksek Mahkeme, satıcıların fiyat serbestisine sahip olmasının tüketici refahını arttıracığını değerlendirmiştir. Kararda, *Dr. Miles* şirketinin – toptancı ve perakendeciler için – asgari yeniden satış fiyatı belirlemesi sebebiyle satıcıların ticaret yapmasının kısıtlanmasının kamu yararı üzerindeki etkisine odaklanılmıştır. Yüksek Mahkeme kararında *Dr. Miles* şirketinin uyguladığı sistemin sadece kendi şubelerinin değil, toptan ve perakende seviyedeki diğer tüm satıcıların fiyatlarını kontrol etmesi ve tüketicilerin ödeyeceği tutarı sabitleyerek rekabeti ortadan kaldırdığını değerlendirmiştir.

Bir önceki bölümde sanayi iktisadı açısından yapılan değerlendirmeler göz önüne alındığında, Yüksek Mahkeme'nin YSFB gibi bir dikey kısıdı bir satıcı karteli ile eş tuttuğunu söylemek mümkündür. Ancak, bir çok akademisyene göre¹⁶ kararda eksik olan, incelenen dikey kısıdın etkilerine dair iktisadi bir analize hiçbir şekilde yer verilmiş olmasıdır. YSFB'ye dair bir anlaşmanın Sherman Yasası'na aykırı olduğu tespit edildikten sonra bir iktisadi analize gerek duyulmamıştır. Bu yaklaşım neredeyse 100 yıl boyunca ABD'de YSFB konulu incelmelerde temel içtihat olarak kabul edilmiştir.

2007 yılında Yüksek Mahkeme'nin aldığı *Leegin* kararı¹⁷, YSFB uygulamalarının potansiyel iktisadi faydalarının olduğunu kabul eden bir yaklaşımın rekabet hukuku içtihadına yansımaları açısından büyük önem arz etmektedir. Bu karar ile birlikte dikey kısıtların etkilerine odaklanılmaya başlanmış, iktisadi analizler uygulanan kısıtların refah üzerindeki etkilerinin tespitinde belirleyici bir rol kazanmıştır. Bu kapsamda, *Leegin* kararında YSFB uygulamalarının ilgili pazar koşullarına bağlı olarak farklı rekabetçi etkilerinin ortaya çıkabileceği değerlendirilmiştir. Böylelikle, 2007 yılına kadar *per se* ihlal olarak kabul edilen sağ-

layıcıların asgari fiyat tespit etme yönündeki YSFB uygulamaları, iktisadi analizlerin temel rol oynadığı *rule of reason* yaklaşımı ile ele alınmaya başlanmıştır.

Leegin kararı ile birlikte YSFB uygulamalarına yönelik içtihat değişikliğini tetikleyen temel unsur, zaman içerisinde pazar dinamiklerindeki değişimle dikey kısıtların etkinlik artırıcı yönlerini ortaya koyan iktisat literatüründeki gelişmelerdir. Hali hazırda Yüksek Mahkeme, bu konuya dair değerlendirmesini yaparken mahkemeye görüşlerini sunan akademisyenlerin raporlarına¹⁸ dayanarak, teorik literatürde YSFB uygulamalarının tartışmaya yer bırakmayacak şekilde rekabeti artırıcı etkilerinin olduğunu ortaya koyulduğunu ve çeşitli pazar koşullarında bu uygulamaların rekabet karşıtı etkilerinin olmayacağını değerlendirmiştir¹⁹.

Bunun da ötesinde Yüksek Mahkeme, sağlayıcıların fiyatların kontrol edilmesi yönündeki davranışlarının markalar arası rekabeti artırma ve refah artışına katkıda bulunma potansiyeli olduğu yönünde geniş bir uzlaşımın olduğuna da işaret etmektedir. Öyle ki, YSFB uygulamalarının etkilerini inceleyen iktisat literatürünün neredeyse tamamının, söz konusu uygulamaların rekabeti kısıtlayıcı olmaktan çok etkinlik artırıcı olduğunu değerlendirmiştir. Hatta, YSFB uygulamalarının rekabeti kısıtlayıcı olduğunu savunan iktisatçıların dahi, etkinlik artırıcı taraflarını kabul ettiğine vurgu yapılarak, asgari fiyat belirleme davranışlarının *rule of reason* yaklaşımı ile incelenmesinin gerektiği vurgulanmıştır²⁰.

Öte yandan Yüksek Mahkeme, görüşlerini sunan iktisatçıların raporlarına²¹ dayanarak yaptığı bir diğer değerlendirmede ise YSFB uygulamalarının rekabet karşıtı etkilerini destekler yeterli ampirik kanıtın olmadığını dile getirmiştir. Daha somut bir ifadeyle, kararın alındığı tarih itibarıyla eldeki ampirik kanıtların YSFB uygulamalarının *per se* ihlal yaklaşımıyla ele alınması gerekliliğini desteklemediği değerlendirilmiştir.

¹⁵ Takip eden kararda her ne kadar YSFB'nin doğrudan bir ihlal olduğu açıkça ifade edilmese de yüz yılı aşkın bir süre bu karar dayanağı olarak YSFB'nin *per se* bir ihlal olduğu yönünde değerlendirmeler yapılmıştır. *Dr. Miles Medical Co. v John D. Park & Sons Co.*, 220 U.S. 373, 408 (1911). Erişim tarihi 12.04.2019, <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/220/373.html>.

¹⁶ Bkz. BLAIR, R. D., & WANG, W. (2017). Resale price maintenance: An economic analysis of its anticompetitive potential. *Review of Industrial Organization*, 50(2), 153-168.

Bkz. HOVENKAMP, H. (1999). *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice*, Hornbook Series. St. Paul, MN: West Group Publishing.

¹⁷ *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.* 551 U.S. 877 (2007). Erişim tarihi 12.04.2019, <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/551/877.html>.

¹⁸ Briefs of Economists as Amici Curiae in *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.*; 551 U.S. 877 (2007).

¹⁹ *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.* 551 U.S. 877 (2007). s. 9.

²⁰ A.g.e. s. 9.

²¹ Briefs of Economists as Amici Curiae in *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.*; 551 U.S. 877 (2007).

ABD’de 2007 yılına kadar otoritelerin veya mahkemelerin YSFB uygulamaları için *rule of reason* yaklaşımını nasıl uygulayacakları bilinmiyordu. Hatırlatmak gerekirse, 1911 yılından itibaren neredeyse tüm YSFB uygulamalarına ilişkin kararlara dayanak gösterilen *Dr. Miles* kararında²² Yüksek Mahkeme, satıcıların fiyat serbestisine sahip olmasının tüketici refahını arttıracaklarını değerlendirmiştir. 2007 yılında Yüksek Mahkeme’nin *Dr. Miles* kararındaki yaklaşımında köklü bir değişme gitmesinde de en etkili unsur, 23 iktisadçının sundukları raporlarda YSFB’nin *per se* bir yaklaşımla ele alınmasının teorik ve ampirik bir temelden yoksun olduğu konusunda görüş birliği içerisinde olmalarıdır. Yukarıda belirtildiği gibi, bu görüş birliğine çoğu zaman atıf yaparak Mahkeme, YSFB’nin potansiyel rekabet karşıtı ve rekabetçi etkilerini değerlendirerek, YSFB uygulamalarının her zaman rekabeti kısıtlayıp pazara sunulan çıktı miktarını kısma eğilimi yaratmadığını belirtmiştir. Bu anlamda YSFB uygulamalarının *per se* ihlal yaklaşımı ile ele alınmasının uygunsuz olduğuna karar vermiştir.

Leegin kararında mahkemenin vurgu yaptığı bir diğer konu ise *per se* ihlal yaklaşımı sebebiyle, eylemlerin rekabetçi etkileri olsa dahi bunların göz önüne alınmadığıdır. İktisadi açıdan bakıldığında, rekabetçi etkisi olmayan ya da çok az olan eylemlerin değerlendirilmesinde hem idari maliyetlerinin düşürülmesi hem de caydırıcılığın sağlanması amacıyla *per se* ihlal yaklaşımının etkin bir yaklaşım olduğu vurgulanmaktadır. Mahkeme de bu husustan yola çıkarak gerek sanayi iktisadında gerekse rekabet hukuku literatüründe kanıtları sunulduğu üzere, YSFB’nin bazı rekabetçi etkileri olduğunu göz önüne alıp *rule of reason*’a dayalı bir yaklaşımı benimsemiştir. Mahkemenin dile getirdiği rekabetçi etkiler arasında, markalar arası rekabetin gelişmesi, fiyat dışı parametreler üzerinden rekabet edilmesi ve alt pazarda yatırımın teşvik edilmesi gibi argümanlar vardır. Fakat, sağlayıcı/satıcı kartellerinin oluşması ve hâkim bir sağlayıcı/satıcının rekabeti kısıtlayıcı çabaları olduğu durumda da YSFB’nin rekabet karşıtı olabileceği vurgulanmıştır.

Sonuç olarak Yüksek Mahkeme, YSFB’nin hukuka uygunluğunun incelenebilmesi ve daha da önemlisi aynı iktisadi amaca ulaşabilmek için rekabeti daha az kısıtlayan ticari uygulamaların ortaya çıkabilmesi için *rule of reason* yaklaşımını gerekli görmüştür. Yüksek Mahkeme, YSFB’nin *per se* ihlal olarak değerlendirilmesinin temelinde eski içtihat hukukunun görece daha durağan işleyişe sahip yapıları ilgilendiren kararlarının yattığını değerlendirmiştir. Mahkeme yaptığı değerlendirmede, YSFB’nin bugünün daha rekabetçi olan Amerikan ekonomisindeki dikey kısıtların etkilerini referans alarak incelenmesi gerektiğine hükmetmiştir.

Leegin kararı sonrası bugün geline nokta, bir dikey kısıtlama olan YSFB’nin ele alınmasında pazardaki fiili sonuçlara odaklanılmaktadır. YSFB uygulamasının kazanç ve kayıplarını belirleyen iktisadi analiz belirleyici bir rol oynamaktadır. *Leegin* kararının bu noktaya gelinmesindeki en önemli katkısı, YSFB’nin uygulandığı pazarın koşullarına bağlı olarak farklı rekabetçi etkilere sahip olabileceğini ortaya koymasındır.

III.2. AB uygulamaları

AB’deki uygulamalara baktığımızda ise YSFB’ye dair uygulamalar fiyat sabitleme benzeri bir eylem olarak kabul edilip Avrupa Birliği’nin İşleyişine ilişkin Antlaşma’nın (ABİA) 101(1). maddesi kapsamında değerlendirilmektedir.

Her ne kadar, YSFB’nin ülkemizdeki uygulamaya benzer şekilde dikey anlaşmalara yönelik grup muafiyetinden yararlanması söz konusu değilse de YSFB’ye dair eylemler *per se* bir yaklaşım ile ihlal sayılmamaktadır. Prensip olarak, YSFB’ye ABİA’nın 101(3). maddesi kapsamında yattığı rekabetçi etkileri göz önüne alınarak muafiyet tanınması mümkündür. Fakat söz konusu uygulamanın belli kriterleri karşılaması gerekmektedir. Buradaki analizler çoğunlukla, rekabetçi etkilerin ortaya koyularak, rekabetin ne kadar kısıtlandığına yönelik bir değerlendirme yapılmasına işaret etmektedir. AB Dikey Anlaşmalara İlişkin Kılavuzu’nda²³, YSFB’nin, bir ürünün pazara yeni sunuluyor olmasının veya franchising vb. tek tip dağıtım sistemlerinin uygulanması veya satış öncesi hizmetlerin gerekliliği

²² Takip eden kararda her ne kadar YSFB’nin doğrudan bir ihlal olduğu açıkça ifade edilmese de yüz yılı aşkın bir süre bu karar dayanağı olarak YSFB’nin *per se* bir ihlal olduğu yönünde değerlendirmeler yapılmıştır. *Dr. Miles Medical Co. v John D. Park & Sons Co.*, 220 U.S.

373, 408 (1911). Erişim tarihi 12.04.2019, <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/220/373.html>.

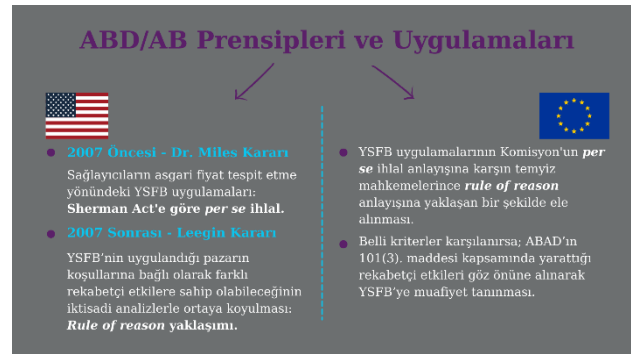
²³ Commission Notice Guidelines on Vertical Restraints SEC(2010) 411. Erişim tarihi 10.05.2019, http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/guidelines_vertical_en.pdf.

durumunda bedavacılığın önlenmesi amacıyla rekabetçi etkileri olabileceği dikkate alınmıştır. Bu yönüyle prensip olarak güncel ABD uygulamaları ile benzerlik gösterdiği söylenebilir. Ancak bunun sadece muafiyet değerlendirmesi söz konusu olduğunda gerçekleşeceği belirtilmelidir. Fakat – bir önceki bölümde bahsedildiği şekliyle – ilgili kılavuzda ürün veya markanın prestijinin korunması amacıyla YSFB uygulamasının yaratabileceği rekabetçi etkilerden bahsedilmediği dikkati çekmektedir.

AB düzeyinde temyiz süreçlerini de içeren kararlara bakıldığında, Komisyon tarafından teşebbüslerin bazı uygulamalarının YSFB kapsamında bir ihlal olarak değerlendirilirken, temyiz süreçlerinde bu kararların iptal edildiği görülmüştür. Bu kararlara ilişkin ilk örnek olarak, *JCB* kararı²⁴ sayılabilir. Esasında *JCB*'nin münhasır dağıtımına ilişkin bazı uygulamalarını ihlal olarak nitelendiren Komisyon, satıcıların indirim yapmasının engellendiğine dair uygulamaları da dikkate alarak fiyatların sabitlenmesi yönünde bir YSFB ihlali olduğunu da değerlendirmiştir. Ancak, temyiz sürecinde İlk Derece Mahkemesi'nin verdiği kararda²⁵ *JCB*'nin satıcıları ile YSFB'ye dair bir anlaşma içerisinde olduğuna dair yeterli hukuksal kanıtın olmadığına hükmedilerek Komisyon'un YSFB'ye dair tespitler iptal edilmiştir. Bu açıdan değerlendirildiğinde, mahkemenin tutumunun satıcıların fiili davranışlarını da gözetken bir yaklaşımı benimsediği görülmektedir.

Benzer süreci izleyen bir diğer karar ise Komisyon'un Volkswagen kararıdır²⁶. Kararda Volkswagen'in ürettiği bir modeli yetkili bayilerinin tavsiye edilen fiyatların altında satmaması ve bu yönde sıkı bir disiplin uyguladığına dair iddialar değerlendirilmiş, Komisyon bu uygulamaların YSFB yönünde bir ihlal olduğuna karar vermiştir. Ancak Volkswagen'in İlk Derece Mahkeme'ye başvurusu

ile başlayan süreçte Volkswagen ile yetkili bayileri arasında YSFB'ye ilişkin bir anlaşmanın olmadığını ve indirimli fiyatlardan satışların gerçekleştirildiği dikkate alınarak Komisyon'un kararı iptal edilmiştir²⁷. Yukarıda bahsi geçen iki kararda da sağlayıcı teşebbüslerin YSFB yönündeki uygulamalarının hayata geçip geçmediği ve taraflar arasında bir anlaşmaya işaret edip etmediğinin sorgulandığı görülmektedir. Bu yönüyle Komisyon'un *per se* ihlal anlayışının temyiz mahkemelerince daha çok *rule of reason* anlayışına yaklaşan bir şekilde ele alındığı görülmektedir.



Komisyon'un son dönemde YSFB konusunda izlediği yaklaşımın kararlarına nasıl yansıdığına bakmak gerekirse 2018 yılında sonuçlanan tüketici elektroniği pazarındaki soruşturmalara değinmek yerinde olacaktır. Tüketici elektroniği alanında üretici konumundaki dört teşebbüs – *Asus*, *Denon & Marantz*, *Philips* ve *Pioneer* – hakkında başlatılan ve uzlaşma ile sona eren soruşturmalarda, üreticilerin online satıcıların perakende satış fiyatlarına yönelik asgari YSFB uyguladıkları tespit edilmiştir²⁸. Sağladıkları işbirliği sebebiyle teşebbüslere alacakları cezalarda %40 ila %50 oranında indirim sağlanmıştır.

Her bir kararın içeriği ve Avrupa Komisyonu yetkililerin kararlara ilişkin açıklamaları²⁹ dikkate alındığında, hızla

²⁴ Commission Decision of 21.12.2000, Case COMP.F.1/35.918 - JCB. Erişim tarihi 10.02.2020, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32002D0190&from=EN>.

²⁵ Judgement of the Court of First Instance of 13.01.2004, Case T-67/01. Erişim tarihi 10.02.2020, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:62001TJ0067&from=EN>.

²⁶ Commission Decision of 29.06.2001, Case COMP/F-2/36.693 - Volkswagen. Erişim tarihi 10.02.2020, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32001D0711&qid=1582121603538&from=EN>.

²⁷ Judgement of the Court of First Instance of 3.12.2003, Case T-208/01. Erişim tarihi 10.02.2020, <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=48777&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=6749732>.

²⁸ Commission Decision of 24.07.2019, Case AT.40465 *Asus*. Erişim tarihi 10.05.2019, http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/40465/40465_337_3.pdf.

Commission Decision of 24.07.2019, Case AT.40469 *Denon & Marantz*. Erişim tarihi 10.05.2019, http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/40469/40469_329_3.pdf.

Commission Decision of 24.07.2019, Case AT.40181 *Philips*. Erişim tarihi 10.05.2019, http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/40181/40181_417_3.pdf.

Commission Decision of 24.07.2019, Case AT.40182 *pioneer*. Erişim tarihi 10.05.2019, http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/40182/40182_370_3.pdf.

²⁹ European Commission's Press release on 24.07.2018. Antitrust: Commission fines four consumer electronics manufacturers for fixing online resale prices. Erişim tarihi 10.05.2019, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-4601_en.htm.

Şahin Ardıyok, Emin Köksal – Rekabet Kurulu’nun Yeniden Satış Fiyatının Belirlenmesine Yönelik Kararları

büyüyen online pazarlarda söz konusu teşebbüslerin davranışları ile tüketicilerin daha yüksek bedeller ile karşılaşmaları belirtilmektedir. Bu noktada AB rekabet politikasının amacının teşebbüsleri daha iyi fiyatlar için yarıştırmak ve tüketicileri korumak olduğu vurgulanmaktadır. Online satıcıların kullandıkları algoritmalar ile rakip ürünlerin fiyatlarını anında izleyebildiğine dikkat çekilerek, YSFB uygulamalarının üreticilerin kendi ürünlerinin ötesinde bir etki yaratacağı değerlendirilmiştir. Bu değerlendirme, söz konusu teşebbüslerin YSFB uygulamalarının – online satış pazarlarındaki fiyatlama dinamiği dolayısıyla – markalar arası rekabeti de etkileyebileceği şeklinde yorumlanabilmektedir.

AB hukukundaki durumun mercek altına alındığı bu bölümü bitirmeden evvel halihazırda devam etmekte olan Dikey Grup Muafiyeti Regülasyonu (“**Regülasyon**”) yenileme çalışmalarına kısaca değinilmesi faydalı olacaktır. 2018 yılında Komisyon’ca başlatılan yenileme çalışmalarında an itibarıyla kayda değer ilerleme sağlanmış ve bu yönde Komisyon’un bulgularını içeren bir taslak rapor (“**rapor**”) yayınlanmıştır³⁰. Rakip olmayan teşebbüsler arasında akdedilen dikey nitelikli anlaşmaların rekabet hukuku açısından ne gibi bir denetime tabi tutulacağını öngören Regülasyon, YSFB uygulamalarına dair içerdiği yaklaşımlar bakımından da konumuz dahilinde önem arz etmektedir.

Dikkat çeken konulardan ilki, rapor kapsamında görüş bildiren teşebbüslerin ve diğer paydaşların YSFB kuralları bakımından hukuki öngörülebilirliğin azlığı yönündeki şikayetleridir. Bu bakımdan Komisyon adına bağımsız iktisat uzmanlarınca hazırlanan bilgi notunun da YSFB’nin rekabet üzerine olan etkileri konusunda çoklu yönleri işaret ettiği ve buna binaen raporda YSFB’nin detaylıca incelenmesinin büyük önemi haiz olduğu değerlendirilmektedir. Bu durumun gerek yukarıda belirtilen iktisadi düşüncenin gelişimi bakımından, gerekse bedavacılık endişeleri ve sıkça kullanılmaya başlanan fiyatlama algoritmalarının ortaya koyduğu yeni sorunlar bakımından mutlak bir gereklilik yarattığı belirtilmektedir.

Bu bağlamda Komisyon tarafından gerçekleştirilen anketlerde yer alan 66 katılımcıdan 41’i YSFB uygulamalarının 101 (3) maddesi uyarınca etkinlik kazanımlarına yol açtığı ve bu madde bağlamında bir etki analizine alınması gerektiği yönünde görüş bildirmiştir. Bahsi geçen etkinlik kazanımlarının neler olduğu ve bu kazanımların 101 (3) bağlamındaki analizde nasıl değerlendirileceği konusunda açık, anlaşılır ve öngörülebilir bir hukuki zeminin sağlanması elzem olduğu, örneğin YSFB sonucu elde edilen fiyat dışı kazanımların (*non-price efficiencies*) ispatı ve rekabetçi endişeler karşısındaki değerlendirme sürecinin açıkça ortaya konması gerektiği dile getirilmiştir. Aksi takdirde teşebbüslerin, finansal ve şirket itibarı açısından ağır sonuçlar barındırabilecek YSFB uygulamalarına – rekabeti olumlu etkilese bile – yanaşmadıkları görülmekte ve bu durumun YSFB uygulamalarını *de facto per se* hale soktuğu değerlendirilmektedir.

Yukarıdaki argümanları da dikkate alan Komisyon, yayınladığı Etki Analizine Giriş Raporu’nda YSFB üzerinde ekseriyetle durulacağını ve teşebbüsler ve diğer paydaşlar ile bağlantılı şekilde YSFB uygulamalarının ve etkinlik kazanımlarının ABİA 101 (3) maddesi kapsamında ne şekilde değerlendirileceği konusunda derin bir araştırma yapılacağını onaylamıştır³¹. Bu bakımdan Mayıs 2022’de tamamlanması beklenen çalışma sonuçlarının hem Regülasyon’a hem de Dikey Anlaşmalara İlişkin Kılavuz’a yansımaları beklenmektedir.

YSFB uygulamaları birçok üye ülke rekabet otoritesince de benzer bir değerlendirmeye tabidir. Ancak ülkeler özelinde bakıldığında örneğin 2015 yılında Hollanda ulusal rekabet otoritesinin yayınladığı kılavuzda³², tüketici refahının otoritenin birincil önceliği olduğu vurgulanarak, bu referans ile YSFB dahil olmak üzere pek çok uygulama için etki analizi yapılmasının özendirildiği vurgulanmıştır. Bunun Komisyon’un son YSFB kararlarındaki yaklaşımını da teyit ettiği söylenebilir.

³⁰ Commission (8 September 2020). Evaluation of the Vertical Block Exemption Regulation. Erişim tarihi 01.06.2021, https://ec.europa.eu/competition/consultations/2018_vber/staff_working_document.pdf.

³¹ Commission (23 October 2020). Inception Impact Assessment. Erişim tarihi 01.06.2021, https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12636-EU-competition-rules-revision-of-the-Vertical-Block-Exemption-Regulation_en.

³² ACM (24 April 2015). ACM’s strategy and enforcement priorities with regard to vertical agreements. Erişim tarihi 12.02.2019, https://www.acm.nl/sites/default/files/old_publication/publications/14226_acm-strategy-and-enforcement-priorities-with-regard-to-vertical-agreements.pdf.

IV. Türkiye’deki Mevzuat ve Uygulamalar

1994 yılında temel rekabet yasası olan 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun’un (Rekabet Kanunu) çıkarılması ile kurulan ve 1997 yılında Rekabet Kurulu’nun atanmasıyla faaliyetlerine başlayan Rekabet Kurumu, şu ana kadar YSFB iddiaları çerçevesinde birçok soruşturma ve önaraştırma yürütmüştür. Bu bölümde, öncelikle Türk rekabet hukukunda YSFB’ye dair mevzuat tartışılacak, ardından da Rekabet Kurulu’nun seçilmiş kararları üzerinden ABD ve AB uygulamaları ile karşılaştırmalı bir inceleme gerçekleştirilecektir.

IV.1. Türk Rekabet Hukuku Mevzuatında YSFB

Türk rekabet hukukunda YSFB iddiaları, Rekabet Kanunu’nun 4. Maddesi çerçevesinde incelenmektedir ve AB yaklaşımında olduğu gibi YSFB bir dikey kısıtlama olarak değerlendirilmektedir. Mevzuatta dikey ilişkilerin rekabet hukuku açısından değerlendirilmelerinde temel yasal düzenleme Dikey Anlaşmalara ilişkin Grup Muafiyeti Tebliği’dir³³ (“**Tebliğ**”). Buna ilave olarak teşebbüslerin dikey organizasyon ve uygulamalarına rehber olmak amacıyla hazırlanan Dikey Anlaşmalara İlişkin Kılavuz³⁴ (“**Kılavuz**”) söz konusudur.

Tebliğ’e bakıldığında, Tebliğ’in 4. maddesinde yer alan sınırlamaların mevcudiyeti halinde ilgili anlaşmanın grup muafiyeti kapsamının dışına çıktığı değerlendirilmektedir. Söz konusu sınırlamalardan biri de sağlayıcıların YSFB uygulamalarıdır. Tebliğ’de YSFB uygulamalarına ilişkin olarak, satıcıların kendi satış fiyatını belirleme serbestisinin engellenmesinin yasaklandığı açıkça belirtilmiştir. Ancak, sağlayıcılara sabit ve asgari satış fiyatına dönüşmemesi kaydıyla satıcıların azami satış fiyatını belirleme ve satış fiyatını tavsiye etme imkânının tanındığı görülmektedir.

Kılavuz’da ise YSFB uygulamalarının kapsamı belirtilirken, sözleşmeye bu yönde bir hüküm konulması gibi doğrudan yöntemlerin yanında dolaylı yollarla da fiyata müdahale edilebileceğinin altı çizilmiştir. Dolaylı yoldan

YSFB uygulamalarına ilişkin olarak, satıcıların kâr marjının belirlenmesi, tavsiye fiyat niteliğindeki fiyat seviyesinden satıcının uygulayabileceği indirim oranının en üst seviyesinin belirlenmesi, tavsiye edilen fiyatlara uyulduğu oranda ilave indirimler uygulanması ya da bu fiyatlara uyulmaması durumunda cezalandırıcı bir yaklaşımın benimsenmesi örnek olarak gösterilmiştir. Kılavuz’da tavsiye edilen veya azami yeniden satış fiyatları için ise temel rekabet karşıtı etkinin satıcılar arası danışıklılığı kolaylaştırılması olarak ifade edilmiştir.

IV.2. YSFB İddialarının İncelendiği Rekabet Kurulu Kararlarının Seçimi

Temsil niteliği göz önünde bulundurularak seçilmiş kararlar üzerindeki incelemeye başlamadan önce, ele alınan kararların nasıl bir metotla seçildiğine dair bilgi vermenin çalışmanın bilimsel standardını korumak açısından elzem olduğu düşünülmektedir.

Rekabet Kurulu’nun YSFB iddialarını değerlendirdiği kararlarının analizinde karşılaşılan ilk zorluk, Rekabet Kurumu internet sitesindeki kararların sadece ana başlıklar halinde sınıflandırılmış olmasıdır³⁵. Dolayısıyla doğrudan YSFB iddialarını ya da daha genel olarak 4. Madde kapsamında incelenen kararları görmek mümkün değildir. Bu zorluğu aşmak için uygulanabilecek yollardan biri “Rekabet İhlali” başlığı altındaki tüm kararların tek tek incelenerek, 4. Madde kapsamı dışındakilerin ayıklanması ve ardından doğrudan YSFB iddiası bulunanların çalışmaya esas olacak şekilde seçilmesidir. Bir diğer yol “Başlık içerisinde ara” seçeneğinde YSFB’ye ilişkin anahtar kelimelerin kullanılarak karar araması yapılmasıdır. Bir diğer seçenek ise, şimdiye kadar yazılmış rapor, akademik ve yarı-akademik makalelerde işlenen YSFB iddialarına dair kararların esas alınmasıdır.

Bu çalışma için – her biri kendi içinde avantaj ve dezavantajları barındıran – yöntemlerden oluşan hibrit bir metot seçilmiştir. Böylelikle hem daha önce bu alanda yapılan çalışmaların gözden kaçırıldığı ya da yeni olması dolayısıyla bu çalışmalara konu olmayan kararlar dikkate alınmış, hem de sıkça tartışılan kararlar hakkında farklı bakış

³³ 2002/2 nolu ve 14.07.2002 tarihli Dikey Anlaşmalara ilişkin Grup Muafiyeti Tebliği. Erişim tarihi 13.05.2008, <https://www.rekabet.gov.tr/Dosya/tebligler/2002-2-20180219092112781.pdf>.

³⁴ Rekabet Kurulu’nun 18-09/179-RM(1) sayılı ve 29.03.2018 tarihli Dikey Anlaşmalara İlişkin Kılavuz. Erişim tarihi 13.05.2008, <https://www.rekabet.gov.tr/Dosya/kilavuzlar/dikeykilavuz2018-20180330155908926.pdf>.

³⁵ Rekabet Kurumu’nun internet sitesindeki arşiv, karar türü açısından sadece takip eden etiketler altında arama imkânı vermektedir: ‘Birleşme ve Devralama’, ‘Muafiyet ve Menfi Tespit’, ‘Özelleştirme’, ‘Rekabet İhlali’, ‘Diğer’. Erişim tarihi 10.02.2019, <https://www.rekabet.gov.tr/tr/Kararlar>.

Şahin Ardıyok, Emin Köksal – Rekabet Kurulu’nun Yeniden Satış Fiyatının Belirlenmesine Yönelik Kararları

açıları inceleme fırsatı bulunmuştur. Bu çerçevede seçilen geniş bir örneklem ile çeşitli açılardan Rekabet Kurulu’nun bakış açısını yansıtacak şekilde temsil düzeyi yüksek toplam 17 karar bu çalışmaya doğrudan konu edilmiştir. Bu kararların ayrıntılı bir listesi Tablo-1’de sunulmuştur.

Tablo-1: Rekabet Kurulu’nun YSFB iddialarını incelediği seçilmiş kararları

Karar tarihi	Karar no	Karar adı	Sonuç
27.06.2000	00-24/255-138	Maya-I	Ceza
08.03.2007	07-19/192- 63	Warner Bross	Ceza
07.05.2007	07-38/410-158	Interfarma/ Tyco	Ceza
02.08.2007	07-63/767-275	Vira Kozmetik	Bireysel muafiyet
15.07.2009	09-33/725-165	Dagi Giyim	9/3 görüş
25.11.2009	09-57/1365-357	KWS Türk	9/3 görüş
23.09.2010	10-60/1251-469	Yatsan	9/3 görüş
23.06.2011	11-39/838-262	Anadolu Elekt.	Ceza
27.10.2011	11-54/1380-490	UFO	İhlal yok
20.11.2015	15-41/682-243	Mars Sinema	9/3 görüş
07.11.2016	16-37/628-279	Oyun Konsolu	Ceza
16.11.2016	16-39/659-294	Aygaz	İhlal yok
27.09.2017	17-30/487-211	Yataş	İhlal yok
08.03.2018	18-07/112-59	Duru Bulgur	9/3 görüş
19.09.2018	18-33/556-274	Henkel	Ceza
22.11.2018	18-44/703-345	Sony	Ceza
12.03.2020	20-14/192-98	Akaryakıt	Ceza

Bu noktada, incelemeye konu olan kararların bir kısmının soruşturma bir kısmının ise önaraştırma kararları olduğu belirtilmelidir. İnceleme için dikkate alınan önaraştırma kararlarının seçiminde Kurul’un YSFB için sunduğu değerlendirmelerin önemi dikkate alınmıştır.

Tablo-1’deki kararlara sektörler açısından bakıldığında söz konusu kararların çeşitlilik göstermekle birlikte, çoğunluğunun nihai tüketici ürünü olduğunu söylemek mümkündür.

Bu çalışma çerçevesinde asıl dikkatle incelenmesi gereken mesele, tabi ki Rekabet Kurulu’nun kararlarında YSFB uygulamalarına dair iddiaların nasıl bir yaklaşımla ele alındığıdır. Bu anlamda çok daha önemli bir nokta ise bu çerçevede nasıl bir içtihadın geliştiğidir. Bu kapsamda bir değerlendirme yaparken öncelikle, her bir kararın kendi özgün çerçevesi içerisinde değerlendirilmesi gerektiği konusunda hiçbir tereddüt yoktur. Ancak, iddiaların nasıl bir yaklaşım ile ele alındığının ABD ve AB uygulamaları ile karşılaştırılması, benzer ve farklı tarzdaki yaklaşımları ortaya koymak açısından faydalı olacaktır. Takip eden alt bölümlerde bu çerçevede bir inceleme sunulacaktır.

IV.3. Sağlayıcı/Satıcı Kartellerine İşaret Eden Kurul Kararları

Çalışmanın ilk bölümünde de incelendiği üzere, YSFB uygulamalarının rekabetçi endişe yaratabilecek en olası sonucu sağlayıcılar veya alıcılar arası bir kartel oluşumuna neden olmasıdır. YSFB’nin bu tür kartellerin oluşmasındaki rolü sağlayıcı ya da alıcı teşebbüslerin üzerinde uzlaşacakları fiyatın belirlenmesi ve bu fiyattan cayan teşebbüslerin tespitini kolaylaştırmasıdır. Her ne kadar, YSFB ile desteklenen uzun vadede karlı bir kartelin sürdürülmesi pek olası görünmese de bir satıcı ya da sağlayıcı kartelinin desteklenmesinde YSFB bir araç olarak kullanılıyorsa rekabet hukuku açısından *rule of reason*’a dayalı bir analiz yapılması gereksizdir. Zira, YSFB’nin burada rekabeti baskılayan bir rol oynaması bunu giderecek etkinlik artırıcı bir argümanın ortaya konulmasını zorlaştırmaktadır. Bu sebeple de YSFB özelinde iktisadi bir analizin yapılmasını gereksiz kılmaktadır.

Rekabet Kurulu’nun bu çalışma için seçilmiş *Maya-I* ve *Oyun Konsolu* kararlarını bu kapsamda değerlendirmek uygun olacaktır (Bkz. Tablo-2). Her iki kararda da Kurul açık bir şekilde sağlayıcıların YSFB uygulamalarının fiyat birlikteliklerine sebep olan kartellerde rol oynadığını değerlendirmiştir.

Tablo-2: Sağlayıcı/satıcı kartellerine işaret eden *per se* yaklaşımı benimseyen kararlar

Karar tarihi	Karar no	Karar adı	Sonuç
27.06.2000	00-24/255-138	Maya-I	Ceza
07.11.2016	16-37/628-279	Oyun Konsolu	Ceza

Maya-I kararında üreticilerin bayilerinin satış fiyatlarının yükseltilmesi konusunda uyumlu eylem içerisinde oldukları kanaatine varılmıştır. Dikey ilişkide bulundukları bayilerinin satış fiyatlarını yükselterek, maya üreticilerinin kendi aralarındaki yatay rekabeti ortadan kaldırdığı değerlendirilmiştir. Kurul'un buradaki değerlendirmesi bayilerin satış fiyatlarının belirlenmesinin üreticilerin kendi liste fiyatlarının belirlenmesinde bir araç olarak kullanıldığı doğrultusundadır. Kurul bu konudaki görüşünü şu şekilde ifade etmiştir:

*[...], bayi fiyatlarının yükseltilmesi ile üreticilerin piyasaya deklare ettikleri liste fiyatları arasında çok önemli bir ilişki bulunmaktadır: Bayilerin düşük fiyatla maya satmaları engellenmek suretiyle üretici firmaların yeni liste fiyatlarını yayınlamaları ve yeni fiyata geçişleri kolaylaşmaktadır. Başka bir ifadeyle, bayilerin arasındaki rekabetin engellenmesi, yeni liste fiyatlarının yayınlanmasına ve fiyat geçişlerine gerekli zemini hazırlamış olmaktadır.*³⁶

Oyun Konsolu kararında ise benzer şekilde sağlayıcıların YSFB uygulamalarının bir kartel oluşumuna sebep olduğu kanaatine varılmıştır. Fakat, Maya-I kararından farklı olarak bu sefer perakende satıcıların da aktif bir rol oynadığı değerlendirilmiştir. Sağlayıcılar ile perakende satıcıların nihai fiyatların yükseltilmesi ve belirlenmesi konusunda bir anlaşma içinde oldukları kararda dikkat çeken en önemli tespit olarak karşımıza çıkmaktadır. Sağlayıcılar ile perakendeciler arasında – diğer perakendecilerin – satış fiyatlarının yükseltilmesine dayalı iletişim delilleri ve sağlayıcıların perakendecilerin fiyatlarını belirlemeye yönelik uygulamaları dikkat çekmektedir.

Karar'da dikey nitelikte olan bu anlaşmaların muafiyet alıp alamayacağına yönelik de değerlendirmelerde bulunmuş, hemen hemen tüm anlaşmalar için aşağıdaki şekilde bir sonuca ulaşılmıştır:

*[...] soruşturmaya taraf teşebbüsler arasında varlığı tespit edilen anlaşmanın 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinde sayılan birinci şartı sağlamadığı ve bu nedenle muafiyet alamayacağı değerlendirilmiştir.*³⁷

Rekabet Kurulu'nun örnek olarak incelenen bu iki kararındaki yaklaşıma dair bir ara değerlendirme yapmak gerekirse, hem sanayi iktisadının öngörülleri ile uyumlu olduğunu hem de modern bir tutum olarak ABD'de *Leegin* kararı ve sonrası yaklaşımı takip ettiğini söylemek mümkündür. Sağlayıcı/satıcı kartellerinin oluşması konusunda anlaşmaya dair delillerin ortaya koyulması durumunda bu konuda bir fonksiyon üstlenen YSFB uygulamalarının *per se* bir yaklaşım ile ele alınması uygun bir değerlendirme olarak karşımıza çıkmaktadır. İlave iktisadi analizlerin yapılmasına, hali hazırda rekabeti kısıtlama amacı güden bir anlaşmanın varlığının kanıtlanması durumunda gerek görülmemiştir.

IV.4. Rule of Reason Yaklaşımını Dikkate Alan Kurul Kararları

Rekabet Kurulu'nun bu çalışma için esas alınan kararları içerisinde 2007-2018 yılları arasındakilerin – *Anadolu Elektronik* kararı hariç – tamamında, sağlayıcıların YSFB uygulamalarına *rule of reason*'ı çağrıştıracak bir bakış açısıyla yaklaştığını söylemek mümkündür (Bkz. Tablo-3).

³⁶ Rekabet Kurulu'nun 27.06.2000 tarih 00-24/255-138 sayılı kararı, s.34.

³⁷ Rekabet Kurulu'nun 07.11.2016 tarih 16-37/628-279 sayılı kararı, para. 802.

Şahin Ardıyok, Emin Köksal – Rekabet Kurulu’nun Yeniden Satış Fiyatının Belirlenmesine Yönelik Kararları

Tablo-3: *Rule of reason*’ı çağrıştıracak bir bakış açısıyla yaklaşılabilir kararlar

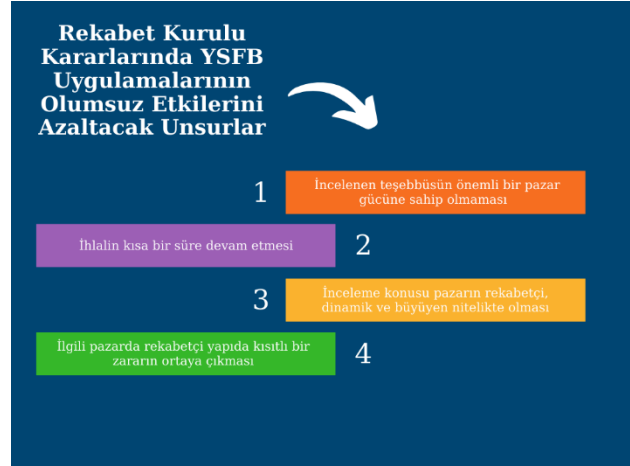
Karar tarihi	Karar no	Karar adı	Sonuç
02.08.2007	07-63/767-275	Vira Kozmetik	Bireysel muafiyet
15.07.2009	09-33/725-165	Dagi Giyim	9/3 görüş
25.11.2009	09-57/1365-357	KWS Türk	9/3 görüş
23.09.2010	10-60/1251-469	Yatsan	9/3 görüş
27.10.2011	11-54/1380-490	UFO	İhlal yok
20.11.2015	15-41/682-243	Mars Sinema	9/3 görüş
16.11.2016	16-39/659-294	Aygaz	İhlal yok
27.09.2017	17-30/487-211	Yataş	İhlal yok
08.03.2018	18-07/112-59	Duru Bulgur	9/3 görüş

Söz konusu kararlarda Kurul YSFB’nin bir ihlal türü olduğunu kabul etmekle birlikte, inceleme konusu uygulamaları teşebbüs ve pazarın özelliklerini dikkate alarak değerlendirmiştir. Kararlarda YSFB’nin rekabet karşıtı etkilerini sayılmakla birlikte, rekabeti destekleyici ve etkinlik artırıcı etkilerinin de olabileceği dile getirilmiştir. Kurul’un 2007 yılında aldığı *Vira Kozmetik* kararında ifade edilen ve benzer bakış açısıyla yaklaştığı diğer kararlarında da tekrarladığı yaklaşımı şu şekildedir:

*[...], dikey fiyat kısıtlamalarının markalar arası rekabetin kısıtlanmasına, tüketicinin refahının azalmasına, sağlayıcı ya da bayiler tarafında kartel oluşumuna neden olmadığı durumlarda markalar arası rekabetin arttırılabileceğinden hareketle, bu koşullar altında rule of reason yaklaşımı benimsenmektedir.*³⁸

Kararda ifade edilen ve Kurul’un *rule of reason*’a yaklaşan anlayışını pekiştiren husus ise YSFB uygulamalarının tüketicilere zarar verip vermemesinin, yatay fiyat birlikteliklerine yol açıp açmamasının ve markalar arası rekabeti kısıtlayıp kısıtlamamasının dikkate alınmasıdır.³⁹ Nitekim, YSFB uygulamalarının Tebliğ kapsamında bir ihlal olduğu değerlendirilerek, YSFB uygulamalarının asgari ve/veya

sabit fiyat uygulamasına dönüşmeyecek şekilde uygulanması durumunda bireysel muafiyetten yararlanabileceğine karar verilmiştir⁴⁰.



Vira Kozmetik kararındaki benzer yaklaşımın *Dagi Giyim*, *KWS Türk* ve *Yatsan* kararlarında da sürdüğü görülmektedir. Fakat bu üç kararın ortak özelliği inceleme konusu YSFB eylemlerini gerçekleştiren teşebbüslere – *Vira Kozmetik* kararından farklı olarak – 4054 sayılı kanunun 9/3 maddesine istinaden YSFB uygulamalarına son vermeleri ve sözleşmelerini bu yönde yenilemeleri konusunda görüş bildirilmesidir. Her üç kararda da yine *rule of reason* yaklaşımını andıran bir şekilde bir bireysel muafiyet değerlendirilmesi yapılmış, ancak gerekli şartları sağlanmadığı değerlendirilmiştir. Bu durum her üç kararda da aynı ifadelerle yerini bulmuştur:

İncelenen dosya bakımından yukarıda değinilen olumlu etkilerin yeniden satış fiyatının tespitinin makul görülmesini sağlayacak düzeyde [olmadığı kanaatine varılmıştır]. Ayrıca perakende düzeyde marka içi rekabetin kısıtlanması tüketicinin aynı markalı ürün bazında yüksek fiyat-yüksek hizmet ile düşük fiyat-düşük hizmet arasındaki seçim hakkını kısıtlamaktadır.^{41 42 43}

Üç kararda da her ne kadar bireysel muafiyet değerlendirilmesi yapılsa da YSFB’nin *per se* bir ihlal olduğu değerlendirilmiş ve *Yatsan* kararında YSFB’nin bireysel muafiyet

³⁸ Rekabet Kurulu’nun 02.08.2007 tarih 07-63/767-275 sayılı kararı, s. 15.

³⁹ A.g.e., s. 14.

⁴⁰ A.g.e., s. 19.

⁴¹ Rekabet Kurulu’nun 15.07.2009 tarih 09-33/725-165 sayılı kararı, s. 14.

⁴² Rekabet Kurulu’nun 25.11.2009 tarih 09-57/1365-357 sayılı kararı, s. 10.

⁴³ Rekabet Kurulu’nun 23.09.2010 tarih 10-60/1251-469 sayılı kararı, s. 12.

alabilmesinin pek de olanaklı olmadığı şu ifadeler ile somutlaştırılmıştır:

*Türk Rekabet Hukuku içtihadında yeniden satış fiyatının tespitine yönelik hükümler içeren bir anlaşmaya bireysel muafiyet tanıyan bir karar bulunmamaktadır.*⁴⁴

Peki, söz konusu üç kararda da Kurul'un YSFB'nin *per se* bir ihlal olduğunu vurgulamasına rağmen neden bu çalışma çerçevesinde *rule of reason* başlığı altında incelenmektedir? Bunun temel sebebi Kurul'un teşebbüslerin YSFB uygulamalarının niteliği ve daha da önemlisi etkisini göz önüne almasıdır. Zira, söz konusu kararlarda soruşturma açılmasına gerek olmadığına yönelik değerlendirmelerde, YSFB uygulamalarının olumsuz etkilerini azaltacak şu beş temel unsurun dikkate alındığı görülmektedir:

- YSFB uygulamalarına ilişkin ihlalin dikey nitelikte olması,
- İnceleme konusu pazarın rekabetçi, dinamik ve büyüyen nitelikte olması,
- İncelenen teşebbüsün önemli bir pazar gücüne sahip olmaması,
- İlgili pazarda rekabetçi yapıda kısıtlı bir zararın ortaya çıkması,
- İhlalin kısa bir süre devam etmesi.

Rekabet Kurulu'nun 2011 tarihli UFO kararında yukarıda sayılan bu unsurlara ilave olarak, ürün farklılaşmasına dayalı markalar arası rekabetin ve giriş engellerine dair maliyetlerin çok yüksek olmamasının da eklendiği görülmektedir⁴⁵.

Rekabet Kurulu'nun bu tutumunu yakın tarihli *Duru Bulgur* kararında da sürdürdüğünü söylemek mümkündür. Kurul, teşebbüslerin YSFB uygulamalarının etkileri değerlendirilirken dikkate alınması gereken hususları şu şekilde sıralamaktadır:

Yeniden satış fiyatı tespiti uygulamasının rekabet karşıtı etkileri değerlendirilirken; pazarın rekabetçi bir yapıya sahip olup olmadığı, markalar arası rekabetin boyutu, pazardaki yoğunlaşma seviyesi, yeniden satış fiyatının tespiti davranışında bulunduğu iddia edilen teşebbüsün pazar gücü ile

*rakiplerinin pazardaki konumu, alıcı gücünün bulunup bulunmadığı, sağlayıcı tarafından tavsiye edilen fiyatlara uyum gösterilip gösterilmediği, tavsiye fiyatlara uyum konusunda sağlayıcı tarafından bir denetim ve/veya yaptırım mekanizması kurulup kurulmadığı gibi hususlar dikkate alınabilmektedir.*⁴⁶

Rekabet Kurulu'nun bu alt bölüm kapsamında incelenebilecek ve *rule of reason* yaklaşımına en yakın kararının 2017 tarihli *Yataş* kararı olduğunu söylemek mümkündür. Karar'da çok net bir şekilde – geçmiş kararlara atıfla – Kurul'un YSFB uygulamalarına dair etki analizine odaklanan bir içtihat benimsediği dile getirilmektedir. Karar'da buna dair ifadeler şu şekilde yer almaktadır:

*Dosya konusuna benzer içerikli geçmiş tarihli Kurul kararlarında, son yıllarda genel olarak yeniden satış fiyatının belirlenmesi konusunda etki analizine önem verilen daha esnek bir yaklaşım benimsenmiştir.*⁴⁷

Bu noktadan hareketle, iddia konusu YSFB uygulamalarının değerlendirilmesinde sağlayıcı ya da dağıtıcılar arasında tek fiyat uygulamasına yol açıp açmadığına, pazarda etki doğurup doğurmadığına ve tavsiye niteliğindeki YSFB uygulamalarına riayet etmeyen satıcılara yaptırım uygulanıp uygulanmadığına bakıldığı görülmektedir.

Bu alt bölüm için bir ara değerlendirme yapmak gerekirse, Rekabet Kurulu'nun incelenen kararlarında *rule of reason* yaklaşımını andıran değerlendirmelerinin esasında etki bazlı bir değerlendirmeye işaret ettiği anlaşılmaktadır. Her ne kadar YSFB uygulamalarının etkinlik artırıcı yanları olabileceği dile getirilmiş ve bireysel muafiyet değerlendirilmesi yapılmış olsa da temelde YSFB'nin pazardaki etkilerine odaklanıldığı dikkat çekmektedir. YSFB'nin bir ihlal olduğu varsayımı ile birlikte, pazarda uygulanıp uygulanmadığı ve doğurduğu etkilerin tespit edilmeye çalışıldığı görülmektedir. Bu anlamda, söz konusu kararların oluşturduğu içtihat hem sanayi iktisadının öngörülleri ile hem de ABD'deki *Leegin* kararı sonrası yaklaşımla paralellik göstermektedir. Kurul'un kararlarında *rule of reason*

⁴⁴ A.g.e., s. 12.

⁴⁵ Rekabet Kurulu'nun 27.10.2011 tarih 11-54/1380-490 sayılı kararı, s. 6.

⁴⁶ Rekabet Kurulu'nun 08.03.2018 tarih 18-07/112-59 sayılı kararı, para. 85.

⁴⁷ Rekabet Kurulu'nun 27.09.2017 tarih 17-30/487-211 sayılı kararı, para. 25.

yaklaşımını benimsediğine dair açık bir ifade kullanmamasının sebebinin ise AB uygulamalarıyla somut bir farklılık yaratmamak olduğu söylenebilir.

IV.5. Per Se Yaklaşım Benimsenen Kurul Kararları

Rekabet Kurulu’nun YSFB uygulamalarını herhangi bir sağlayıcı/satıcı karteline sebep olmamasına rağmen, *per se* bir yaklaşım ile ele aldığı kararlar da söz konusudur. Bu çalışma için seçilip incelenen örneklemdeki bu kararların listesi Tablo-4’te görülebilir.

Tablo-4: Per se yaklaşım benimsenen Kurul kararları

Karar tarihi	Karar no	Karar adı	Sonuç
08.03.2007	07-19/192- 63	Warner Bros	Ceza
07.05.2007	07-38/410-158	Interfarma/ Tyco	Ceza
23.06.2011	11-39/838-262	Anadolu Elekt.	Ceza

Tablo-4’teki kararların ortak özelliği – önceki bölümde incelenen kararların aksine – pazarın ve teşebbüslerin rekabet koşullarının veya YSFB uygulamalarının fiili etkilerine dair değerlendirmeleri dikkate almamasıdır. Özellikle son dönemdeki *Henkel* ve *Sony* kararlarının bu tür bir yaklaşımı çağrıştırmasının, YSFB iddialarının incelendiği Rekabet Kurulu kararları ile yaratılan içtihadın tutarlılığına dair soru işaretlerine sebep olduğu söylenebilir.

Bu çalışma için incelenmesinde fayda görülen kararların ilki *Warner Bros* kararıdır. Kurul bu kararda *Warner Bros*’un dikey ilişkide bulunduğu sinema salonları için bilet fiyatlarını belirlemesini 4. Madde kapsamında *per se* bir ihlal olarak değerlendirmiştir⁴⁸. Her ne kadar kararda açıkça belirtilmese de *Warner Bros*’un ilgili pazarda hâkim durumda olmasının bilet fiyatlarının belirlenmesinde etkili olduğu düşünülmektedir⁴⁹. Ancak, böyle bir durumda YSFB uygulamaları ile ortaya çıkabilecek – örneğin çifte-tekelleştirme kâr marjının azaltılması, vb. – etkinlik artışlarının hiçbir şekilde sorgulanmadığı görülmektedir. Bu anlamda Kurul, YSFB uygulaması tespitine dair değerlendirmesini herhangi bir iktisadi analize gerek duyulmadan *per se* bir yaklaşımla yapmıştır.



Rekabet Hukuku Kararlarında YSFB

Sağlayıcı/Satıcı Kartellerine İşaret Eden Kararlar

• *Per se* yaklaşım ile sanayi iktisadının öngörülerine uyumlu davranılan değerlendirmeler.

1

Rule of Reason Yaklaşımını Dikkate Alan Kararlar

• *Rule of reason* yaklaşımını andıran ve YSFB’nin pazardaki etkilerine ilişkin değerlendirmeler.

2

Per Se Yaklaşım Benimsenen Kurul Kararları

• Herhangi bir iktisadi analize tabi tutulmaya gerek duyulmaksızın, 4. Madde kapsamında *per se* ihlal değerlendirmeleri.

3

Kurul’un benzer bir anlayışı sergilediği bir başka karar ise tıbbi gereçler pazarında faaliyet gösteren teşebbüslerin faaliyetlerini incelediği *Interfarma/Tyco* kararıdır. Bu kararda YSFB uygulamalarının *Interfarma*’nın sözleşmelerinde, *Tyco*’nun ise uygulamalarında olduğuna dair tespitin ardından her iki teşebbüs için de para cezası verilmesine karar verilmiştir. Karar incelendiğinde, YSFB uygulamalarının Tebliğ’de belirtildiği üzere grup muafiyeti dışına çıkan ağır kısıtlamalardan biri olarak değerlendirildiği görülmüştür. Bu tespitin ardından ilave bir etki veya bunu dair bir iktisadi analize gerek duyulmadığı dikkati çekmektedir⁵⁰.

YSFB iddialarının *rule of reason* yaklaşımını andıran bir değerlendirme ile ele aldığı *Vira Kozmetik*, *Dagi Giyim*, *KWS Türk* ve *Yatsan* kararlarından sonra adeta sürpriz niteliğinde *per se* bir değerlendirme ile ele alındığı karar, *Anadolu Elektronik* kararıdır. Rekabet Kurulu *Anadolu Elektronik* kararında, herhangi bir sağlayıcı/satıcı karteline yol açmamasına rağmen iddia konusu YSFB uygulamalarını 4. Madde çerçevesinde *per se* bir ihlal olarak değerlendirmiştir. Hakkında iddiada bulunan teşebbüslerin savunmalarına verilen cevaplardan anlaşıldığı üzere, YSFB’nin *rule of reason* benzeri bir yaklaşım ile ele alınmasının mümkün olmadığı ve cezalandırılması gerektiği kararda şu şekilde yer bulmuştur:

[...] ABD Yüksek Mahkemesi’nin *Leegin* kararı sonrası yeniden satış fiyatının tespiti uygulamasının ABD rekabet hukuku kapsamında *per se* ihlal olarak değerlendirilmesi yaklaşımı terk edilmiş olsa da 4054 sayılı Kanun’un 4. maddesinde [...] bu tür karar ve eylemler yasaklanmakta, [...].

⁴⁸ Rekabet Kurulu’nun 08.03.2007 tarih 07-19/192- 63 sayılı kararı, s. 37.

⁴⁹ A.g.e., s.38.

⁵⁰ Rekabet Kurulu’nun 07.05.2007 tarih 07-38/410-158 sayılı kararı, s. 45.

Buna ek olarak dikey fiyat tespiti 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'nde sayılan ağır kısıtlar arasında yer almaktadır.

[...]

Açıkça görüldüğü üzere sağlayıcının alıcılarının yeniden satış fiyatını tespit eden veya bu amacı taşıyan anlaşmalar 4054 sayılı Kanun ile yasaklanan eylemlerdendir ve yaptırımı idari para cezasına bağlanmıştır.⁵¹

Kurul'un yukardaki görüşünü pekiştiren bir başka ifade ise YSFB konusunda bir etki analizine gerek olmadığı doğrultusundadır:

[...], 4. madde hükmü göz önüne alındığında ihlalin ortaya konulabilmesi için YSFB uygulamalarına yönelik olarak bir etki analizi yapılması zorunluluğu bulunmamaktadır.⁵²

Bir başka dikkat çeken nokta ise daha önceki Kurul kararlarının aksine, pazarın özelliklerinin ve ilgili pazardaki rekabetin durumunun YSFB'nin olumsuz etkileri konusunda giderici bir yöne sahip olmadığı doğrultusundadır:

Savunmada belirtilen, pazarın büyüyen ve dinamik bir yapıya sahip olduğu hususu da ihlalin varlığını ortadan kaldırmamaktadır. [...]. Yatay rekabetin bulunması YSFB gibi doğrudan nihai ürün fiyatını yukarı çekecek türden bir dikey kısıtlamanın etkilerini ortadan kaldırmaktan uzaktır.⁵³

Yukardaki tespitler çerçevesinde değerlendirildiğinde Anadolu Elektronik kararında, Kurul'un daha önceki Vira Kozmetik, Dagi Giyim, KWS Türk ve Yatsan kararlarından oldukça farklı bir yaklaşımı benimsediği görülmektedir.

Buna ek olarak yukarıda anılan Anadolu Elektronik ve Aral Oyun kararlarının karşı oy gerekçelerinde bazı Kurul üyelerinin çoğunluk tarafından benimsenen *per se* yaklaşım ile aynı fikirde olmadığı gözlemlenebilmektedir. Karşı oy gerekçelerine göre, yukarıda da detaylıca değindiğimiz üzere, rakip olmayan teşebbüsler arasında akdedilen dikey anlaşmaların piyasadaki rekabetçi ortam üzerindeki etkilerinin toplamda olumsuz olabileceği gibi olumlu yönlerinin de bulunabileceği değerlendirilmektedir. Bu bakımdan

YSFB gibi dikey nitelikli anlaşmaların Kurulca değerlendirilmesi sürecinde bu tür faaliyetlerin piyasadaki rekabeti ne yönde etkilediği, markalar içi ve markalar arası rekabet parametrelerinin nasıl değiştiği gibi unsurların da dahil olduğu bir etki analizinin yapılmasının modern rekabet hukuku literatüründe benimsendiği belirtilmektedir. Aksi takdirde hatalı pozitif müdahale (*false positives*) riskinin doğabileceği ve bu durumun teşebbüslerin rekabetçi güdülerine zarar verebileceği savunulmaktadır.

Özetle, Rekabet Kurulu'nun YSFB iddialarını değerlendirdiği kararların bir kısmı, sağlayıcı/satıcı kartellerine dair tespitler içermemesine rağmen, 4. Madde kapsamında *per se* bir ihlal olarak değerlendirilmiştir. Rekabeti kısıtlayıcı etkilerinin yanında etkinlik artırıcı etkilere de sahip olabilecek YSFB uygulamalarının – Kurul'un önceki kararlarının aksine – herhangi bir iktisadi analize tabi tutulmaya gerek duyulmadığı görülmektedir. Bu açıdan, söz konusu kararların sanayi iktisadının öngörülleri ve – özellikle Anadolu Elektronik kararındaki inceleme şeklinin – ABD'deki Leegin kararı sonrası yaklaşımla ciddi zıtlıklar barındırdığı söylenebilir.

IV.6. Son Dönemdeki Kurul Kararları: Henkel, Sony ve Akaryakıt Kararları

Rekabet Kurulu'nun 2011 yılındaki Anadolu Elektronik kararı ile bir içtihat değişikliğine gittiğini ve sonrasında YSFB iddialarında *per se* bir yaklaşımı benimsediğini söylemek mümkün müdür? Bu çalışma çerçevesinde incelenen ve Anadolu Elektronik kararından sonra verilen UFO, Aygaz, Yataş ve Duru Bulgur kararları böyle bir içtihat değişikliğinin olmadığını göstermektedir. Ancak, 2018 yılındaki Henkel ve Sony kararları, sonrasında 2020 yılındaki Akaryakıt kararı ile YSFB iddialarının değerlendirilmesinde Kurul'un tekrar *per se* bir yaklaşımı benimseyip benimsemediği tartışılmalıdır (Bkz. Tablo-5).

⁵¹ Rekabet Kurulu'nun 23.06.2011 tarih 11-39/838-262 sayılı kararı, s. 24, 25.

⁵² A.g.e., s. 30.

⁵³ A.g.e., s. 32.

Şahin Ardıyok, Emin Köksal – Rekabet Kurulu’nun Yeniden Satış Fiyatının Belirlenmesine Yönelik Kararları**Tablo-5: Henkel, Sony ve Akaryakıt kararları**

Karar tarihi	Karar no	Karar adı	Sonuç
19.09.2018	18-33/556-274	Henkel	Ceza
22.11.2018	18-44/703-345	Sony	Ceza
12.03.2020	20-14/192-98	Akaryakıt	Ceza

Henkel ve Sony soruşturmalarının önemli bir ortak özelliği, her iki kararda da soruşturmayı gerçekleştiren rapor-törlerin teşebbüsler için YSFB iddiasına dair tespitlerinin olmamasıdır. Her ne kadar *Sony* soruşturmasında raportörler, online satışlar bakımından bir görüş bildirilmesi gerektiğini belirtmeler de her iki soruşturma için de raportörlerin herhangi bir para cezası talebi söz konusu değildir. Fakat Kurul’un değerlendirmeleri sonucu her iki soruşturma da YSFB ihlalleri sebebiyle para cezası ile sonuçlanmıştır.

Kararlardaki yaklaşıma bakıldığında ise YSFB uygulamalarının rekabeti kısıtlama amacı taşıyıp taşımadığı üzerinden bir değerlendirme gerçekleştirildiği görülmektedir. *Sony* kararında da benzer şekilde yer alan⁵⁴ bu yaklaşıma dair ifadeler *Henkel* kararında şu şekildedir:

*Rekabetin en önemli unsurlarından fiyatın, yeniden satış fiyatının tespiti yoluyla belirlenmesinin çoğunlukla amaç, bakımından bir rekabet kısıtı teşkil ettiği kabul edilmekte ve 4054 sayılı Kanun’un 5. maddesi kapsamında muafiyet alması mümkün görünmemektedir.*⁵⁵

Fakat her iki kararda da YSFB uygulamaları kapsamında kısa birer muafiyet değerlendirmesi yapıldığı dikkati çekmektedir. Bu değerlendirmelerde, incelenen YSFB uygulamalarının genel olarak fiyat rekabetini ve marka içi rekabeti nasıl etkilediği konusunda tespitlerde bulunulmuştur. Bu husus her iki kararda aynı ifadelerle şu şekilde yer bulmuştur:

Yeniden satış fiyatının belirlenmesi neticesinde HENKEL [SONY] markalı bir ürün almak isteyen tüketiciler marka içi rekabetin sınırlanması nedeniyle daha yüksek fiyatlarla karşılaşacaktır. Fiyat rekabetinin piyasalarda etkinliği ve dolayısıyla

iktisadi refahın artırılmasını sağlayan temel unsur olduğu göz önüne alındığında, marka içi fiyat rekabetinin ortadan kalkması tüketici refahını önemli ölçüde olumsuz etkileyebilecektir.^{56 57}

Her ne kadar YSFB uygulamalarının rekabeti kısıtlama amacı üzerinden bir inceleme gerçekleştiriliyor olsa da örneğin *Sony* kararında Kurul’un bir etki analizi yaptığı da görülmektedir. Bu analiz sonucunda ilgili pazarda markalar arası rekabetin YSFB uygulamalarının etkisini azaltabileceğine vurgu yapılmakla birlikte, internet satışlarına yönelik YSFB uygulamalarının marka içi rekabeti kısıtladığına dair tespitlere yer verilmiştir. İlgili bölüm kararda şu şekilde yer almıştır:

*[...] tüketiciler mağazadan bir ürün almadan önce bile ilgili ürünün online satış fiyatlarını kontrol etmekte, bunu pazarlık aracı olarak kullanmakta veya internetten alım yapmayı tercih etmektedir. Bu durum internette görünen fiyatların pazarda genel bir baskı yaratmasını sağlamakta olup online satışların toplam satışlara oranı düşük olsa bile etkisinin daha fazla olmasına yol açabilmektedir.*⁵⁸

Kurul’un söz konusu iki kararda da – her ne kadar YSFB uygulamalarının rekabeti kısıtlama amacı taşıyıp taşımadığı üzerinden bir değerlendirme gerçekleştiriyor olsa da – yukarıda anılan değerlendirmeler çerçevesinde örtük bir *rule of reason* yaklaşımı benimsediğini söylemek mümkündür. Örneğin, *Sony* kararında somut bir şekilde belirtildiği üzere, inceleme konusu YSFB uygulamaları için bir etki analizinin koşullarının oluşmadığı değerlendirilmiştir:

SONY’nin ürünlerinin perakende satışını yapan teşebbüslerin yeniden satış fiyatını belirlemesi 4054 sayılı Kanun’un 4. maddesinin ikinci fıkrasının (a) bendi kapsamında amaç yönünden rekabet ihlali teşkil etmektedir. Dosya kapsamında, bu genel yaklaşımdan ayrılarak, “rule of reason” yaklaşımına benzer kabul edilebilecek ve istisnai

⁵⁴ Rekabet Kurulu’nun 22.11.2018 tarih 18-44/703-345 sayılı kararı, para. 93.

⁵⁵ Rekabet Kurulu’nun 19.09.2018 tarih 18-33/556-274 sayılı kararı, para. 154.

⁵⁶ Rekabet Kurulu’nun 19.09.2018 tarih 18-33/556-274 sayılı kararı, para. 154.

⁵⁷ Rekabet Kurulu’nun 22.11.2018 tarih 18-44/703-345 sayılı kararı, para. 94.

⁵⁸ A.g.e., para. 105.

*koşullar altında gündeme gelebilecek etki analizi- nin uygulanmasına sevk edecek herhangi bir gerekçe bulunmamaktadır.*⁵⁹

İncelenen bu iki karar çerçevesinde, Rekabet Kurulu'nun örtük bir şekilde de olsa YSFB iddialarını değerlendirirken *rule of reason* yaklaşımını koruduğu söylenebilir. Söz konusu kararlardaki değerlendirmelerin bütününe bakıldığında bu çabanın varlığını görmek mümkündür. Her ne kadar kararlarda ilgili pazarlara dair veriler karartılmış olsa da teşebbüslerin pazardaki konumlarının ve pazarın yapısının YSFB uygulamalarının olumsuz etkilerini arttırması bu örtük değerlendirmenin bir nedeni olarak düşünülebilir.

2020 yılındaki *Akaryakıt* kararı ise YSFB iddialarına dair yazışma ve belgeleri ön planda tutmakta, bu açıdan da dikey bir anlaşmanın ya da uygulamanın varlığının bir ihlale delil teşkil edebileceğine dair bir anlayış barındırmaktadır. Fakat bunun yanında veriye dayalı analizler ile de YSFB iddialarının gerçekleşip gerçekleşmediğinin sorgulandığı görülmektedir. Bu yönüyle Kurul'un, YSFB'nin *per se* bir ihlal olduğu varsayımı ile birlikte, pazarda uygulanıp uygulanmadığını tespit etmeye çalıştığı anlaşılmaktadır. Hatta öyle ki, teşebbüslerden birine (OPET Petrolcülük A.Ş.), YSFB iddialarına dair herhangi bir belge olmaksızın, veriye dayalı analizlerin YSFB iddialarını desteklediği kanaatine dayalı olarak ceza verildiği görülmektedir.

Kararda kullanılan veri analizi – her ne kadar iddiaların sınanması konusunda güvenilirliği tartışmalı olsa da⁶⁰ – YSFB iddialarının pazarda gerçekleşip gerçekleşmediğine, bu anlamda da bir etki analizine işaret etmektedir. Bu bağlamda, *Akaryakıt* kararı için de Kurul'un örtük bir *rule of reason* yaklaşımı benimsediğini söyleyebiliriz.

V. Sonuç ve Tespitler

Bu çalışmada YSFB iddialarının Rekabet Kurul'u kararlarında nasıl bir yaklaşım ile ele alındığının ve bu yaklaşımın zaman içerisinde nasıl evrildiğinin bir analizi yapılmıştır. Bunu yaparken de rekabet hukuku bakımından öncü olan ABD ve AB uygulamaları ile karşılaştırmalı bir çerçeve sunulmuştur.

Çalışma kapsamında ulaşılan temel sonuç, Rekabet Kurulu'nun YSFB uygulamalarını birkaç inceleme dışında modern rekabet hukuku ve sanayi iktisadı öngörülerini çerçevesinde gerçekleştirdiğidir. Fakat, özellikle son dönemdeki kararlarda YSFB uygulamalarını değerlendirirken – diğer kararlarından farklı olarak – örtük bir *rule of reason* yaklaşımı benimsediği görülmektedir. Bu durum YSFB uygulamalarına dair tutarlı bir içtihadın oluşumuna dair riskler barındırmanın yanında teşebbüsler için hukuki ve ticari belirsizlikler yaratmaktadır. Ayrıca ülkemizde Kurul kararlarına yönelik yargısal denetimin nadiren esasa yönelik yapıldığı dikkate alındığında bu tür belirsizliklerin arttığı düşünülebilir.

Kurul'un YSFB uygulamalarına yönelik modern rekabet hukuku ve sanayi iktisadı öngörülerini uyumlu tavrını kararlarında somut ve açık bir şekilde ortaya koyması, yukarıda bahsedilen belirsizliği ortadan kaldıracı en etkin çözüm olarak belirlemektedir. *Rule of reason* yaklaşımını çağrıştıran böyle bir inceleme yönteminin soruşturmalara dair maliyetleri arttıracığı düşünülse de uygulamada belirlenecek kurallarla bu maliyetleri katlanılabilir hale getirmek mümkündür. Örneğin, *rule of reason* kapsamındaki bir incelemede, iddia sahibinin söz konusu YSFB uygulamasının rekabeti nasıl kısıtladığını, hakkında iddiada bulunulan teşebbüsün ise bu uygulamanın nasıl etkinlik artışına sebep olduğunu iktisadi kanıtlarla sunması şeklindeki bir paylaşım maliyetleri katlanılabilir hale getirebilecektir.

Çalışma kapsamında erişilen diğer tespitler aşağıdaki şekildedir:

- *Sanayi iktisadı açısından, YSFB uygulamaları sağlayıcı veya satıcı kartellerinin oluşmasında kolaylaştırıcı bir rol oynamakla beraber bu rolün etkisi birçok nedenle sınırlıdır. Fakat, bir kartelin varlığının kanıtlandığı durumlarda YSFB uygulamalarının rekabetçi etkilerinin iktisadi açıdan sorgulanmasının rekabet hukuku değerlendirmelerine doğrudan bir katkısı yoktur. Öte yandan, rekabetçi*

⁵⁹ A.g.e., para. 112.

⁶⁰ KÖKSAL, E. ve İKİLER, B. (2021). *Rekabet Kurulu'nun 2020 Akaryakıt Kararı: Yeniden Satış Fiyatının Tespitine Dair Yaklaşım ve Verilerin İktisadi Analizine Yönelik Değerlendirmeler*. Bilgi Üniversitesi

Uygulamalı Rekabet Hukuku Seminerleri. Erişim tarihi 16.06.2021, <https://youtu.be/caMvIYbz0sA>.

Şahin Ardıyok, Emin Köksal – Rekabet Kurulu’nun Yeniden Satış Fiyatının Belirlenmesine Yönelik Kararları

kısıtlama amacı gütmeyen YSFB uygulamalarının refah üzerindeki etkilerinin iktisadi kanıtlar ile tartışılması gerekmektedir.

- ABD’de Leegin kararı sonrası bugün gelinen noktada, bir dikey kısıtlama olan YSFB’nin ele alınmasında pazardaki fiili sonuçlara odaklanılmaktadır. YSFB uygulamasının kazanç ve kayıplarını belirleyen iktisadi analiz belirleyici bir rol oynamaktadır. Leegin kararının bu noktaya gelinmesindeki en önemli katkısı, YSFB’nin uygulandığı pazarın koşullarına bağlı olarak farklı rekabetçi etkilere sahip olabileceğini ortaya koymasıdır.
- Rekabet Kurulu’nun Maya-I ve Oyun Konsolu kararlarında benimsediği per se yaklaşım ile sanayi iktisadının öngörülleri ile uyumlu davrandığını söylemek mümkündür. Sağlayıcı/satıcı kartellerinin oluşması konusunda anlaşmaya dair delillerin ortaya konulması durumunda bu konuda bir fonksiyon üstlenen YSFB uygulamalarının per se bir yaklaşım ile ele alınması uygun bir değerlendirme olarak karşımıza çıkmaktadır.
- Rekabet Kurulu’nun Vira Kozmetik, Dagı Giyim, KWS Türk, Yatsan, UFO, Yataş ve Duru Bulgur kararlarındaki rule of reason yaklaşımını andıran değerlendirmelerinin esasında etki bazlı bir değerlendirmeye işaret ettiği anlaşılmaktadır. Her ne kadar YSFB uygulamalarının etkinlik arttırıcı yanları olabileceği dile getirilmiş ve bireysel muafiyet değerlendirilmesi yapılmış olsa da temelde YSFB’nin pazardaki etkilerine odaklanıldığı dikkat çekmektedir. YSFB’nin bir ihlal olduğu varsayımı ile birlikte, pazarda uygulanıp uygulanmadığı ve doğurduğu etkilerin tespit edilmeye çalışıldığı görülmektedir. Bu anlamda, söz konusu kararların oluşturduğu içtihadın hem sanayi iktisadının öngörülleri ile hem de ABD’deki Leegin kararı sonrası yaklaşımla paralellik gösterdiği anlaşılmaktadır.
- Rekabet Kurulu’nun YSFB iddialarını değerlendirdiği Warner Bross, Anadolu Elektro-

nik, Interfarma/Tyco kararları sağlayıcı/satıcı kartellerine dair tespitler içermemesine rağmen, 4. Madde kapsamında per se bir ihlal olarak değerlendirilmiştir. Rekabeti kısıtlayıcı etkilerinin yanında etkinlik arttırıcı etkilere de sahip olabilecek YSFB uygulamalarının – Kurul’un önceki kararlarının aksine – herhangi bir iktisadi analize tabi tutulmaya gerek duyulmadığı görülmektedir. Bu açıdan, söz konusu kararların sanayi iktisadının öngörülleri ve ABD’deki Leegin kararı sonrası yaklaşımla ciddi zıtlıklar barındırdığı görülmektedir.

- Son dönemde verilen Henkel, Sony ve Akaryakıt kararlarında, Rekabet Kurulu’nun örtük bir şekilde de olsa YSFB iddialarını değerlendirirken rule of reason yaklaşımını koruduğu söylenebilir. Söz konusu kararlardaki değerlendirmelerin bütününe bakıldığında bu çabanın varlığını görmek mümkündür. Her ne kadar kararlarda ilgili pazarlara dair veriler karartılmış olsa da teşebbüslerin pazardaki konumlarının ve pazarın yapısının YSFB uygulamalarının olumsuz etkilerini arttırması bu örtük değerlendirmenin bir nedeni olarak düşünülebilir.

KAYNAKÇA

ACM (24 April 2015). ACM's strategy and enforcement priorities with regard to vertical agreements. Erişim tarihi 12.05.2019, https://www.acm.nl/sites/default/files/old_publication/publications/14226_acm-strategy-and-enforcement-priorities-with-regard-to-vertical-agreements.pdf.

BLAIR, R. D., & WANG, W. (2017). Resale price maintenance: An economic analysis of its anticompetitive potential. *Review of Industrial Organization*, 50(2), 153-168.

BUTTIGIEG, E. (2010). Lingering uncertainty over the antitrust approach to resale price maintenance. *Journal of European Competition Law & Practice*, 1(5), 397-404.

GEY, P., & KAMANN, H. G. (2008). The assessment of minimum resale price maintenance in Europe in the aftermath of Leegin. *Zeitschrift für Wettbewerbsrecht*, 6(2), 208-227.

HOVENKAMP, H. (1999). *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice*, Hornbook Series. St. Paul, MN: West Group Publishing.

JULLIEN, B., & REY, P. (2007). Resale price maintenance and collusion. *The RAND Journal of Economics*, 38(4), 983-1001.

KNEEPKENS, M. (2007). Resale price maintenance: Economics call for a more balanced approach. *European Competition Law Review*, 28(12), 656-664.

KÖKSAL, E. ve İKİLER, B. (2021). *Rekabet Kurulu'nun 2020 Akaryakıt Kararı: Yeniden Satış Fiyatının Tespitine Dair Yaklaşım ve Verilerin İktisadi Analizine Yönelik Değerlendirmeler*. Bilgi Üniversitesi Uygulamalı Rekabet Hukuku Seminerleri. Erişim tarihi 16.06.2021, <https://youtu.be/caMvIYbz0A>.

MARVEL, H. P., & MCCAFFERTY, S. (1985). The welfare effects of resale price maintenance. *The Journal of Law and Economics*, 28(2), 363-379.

ORNSTEIN, S. I. (1985). Resale price maintenance and cartels. *Antitrust Bulletin*, 30, 401-432.

PEEPERKORN, L. (2008). Resale price maintenance and its alleged efficiencies. *European Competition Journal*, 4(1), 201-212.

STIGLER, G. J. (1968). Price and non-price competition. *Journal of Political Economy*, 76(1), 149-154.

TELSER, L. G. (1960). Why should manufacturers want fair trade?. *The Journal of Law and Economics*, 3, 86-105.

WALDMAN, D., & JENSEN, E. (2016). *Industrial Organization: Theory and Practice*. Routledge.