

**ÜRÜN BAĞLAMA ve PAKET SATIŞLAR YOLUYLA
HAKİM DURUMUN KÖTÜYE KULLANILMASI**
ABUSE OF DOMINANT POSITION VIA TYING OR BUNDLING

Bariş EKDİ*

Öz

Ürün bağlama ve paket satış uygulaması gündelik yaşamımızda çok farklı çeşitlerde karşımıza çıkmaktadır. Söz konusu uygulamaların yaygın olması ve genel kabul görmesi bir anlamda onların etkinliklerine işaret etmekle birlikte, bu özellikle hakim durumda olan ya da piyasa gücüne sahip olan teşebbüslerin yaptıkları bu tür uygulamaların piyasadaki rekabet üzerinde olumsuz etkileri olabileceği de görülmektedir. Bu çalışmada, ürün bağlama ve paketleme uygulamalarının iktisadi çerçevesinin çizilmesini müteakip, Amerika Birleşik Devletleri, Avrupa Birliği ve Türkiye’de alınan kararlar ışığında bunların ne şekilde değerlendirilmesi gerektiği tartışılmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Ürün Bağlama, Paket Satışlar, Piyasayı Kapatma, Teknolojik Bağlama, Ölçümleme Uygulamaları.

Abstract

Tying and bundling are common practices that we come across in different cloaks everyday. Even though their widespread application and recognition in business may point out their possible efficiencies, it is also seen that they may have anticompetitive effects, especially when they are employed by dominant undertakings or undertakings that have market power. In this paper, after exploring theoretical aspects of tying and bundling from the perspective of economics, prominent cases from three jurisdictions, namely US, EU and Turkish are discussed in order to bring a perspective on the assessment of tying and bundling practices.

Keywords: Tying, Bundling, Foreclosure, Technologic Tying, Metering.

1. GİRİŞ

Ürün bağlama ve paket satışlar günlük yaşamımızda çok yaygın olsa da bunlardan ancak pek azını fark etmekte; fark ettiklerimizin de çok daha küçük

* Rekabet Başuzmanı, LL.M.,M.B.A. Rekabet Kurumu. Burada yer verilen görüşler yazara ait olup herhangi bir kurumu bağlayıcı nitelikte değildir.

bir kısmının rekabet hukuku açısından sorun olup olmayacağını sorgulamaktayız. Bunun bir nedeni genellikle alışkanlıklardır. Diğer nedeni de yeni bir ürünün meydana getirdiği üretim süreçlerinde de birçok parçanın birbirine bağlanmasının esas olmasıdır. En uç düzeyde düşünüldüğü takdirde; Bork'un da belirttiği üzere;

Herhangi bir ürünü satan birisi aslında bir tür bağlama uygulaması yapmaktadır. Bunun nedeni her ürünün ya da hizmetin ayrı ayrı satılabilecek daha küçük parçalara ayrılabilmesidir ve bir noktada satıcı ürünü daha fazla parçalara ayırmayı reddetmektedir¹.

Bu açıdan bakıldığında, düğmeler ayrı bir pazarı olan ürün kategorisi iken bir paltonun üzerinde düğmeler ile satılmasını ya da satıcının onları ayırma talebini reddetmesini yadırgamayız. Aynı şekilde, ayakkabıların sol ve sağ tekinin “çift” olarak satılması; otellerin genellikle yatak ile kahvaltıyı -herşey dahil sistemlerde ise tesislerin yatağın yanı sıra tüm yiyecek ve içecekleri, animasyon vb. eğlence faaliyetlerini de paket halinde bizlere sunması; uçak biletlerinin gidiş-dönüş olarak birbirlerine bağlanması bu tür alışkanlıklara örnek iken satın aldığımız bilgisayarların aslında sabit disk, işlemci, ana kart, CD sürücüsü gibi parçaların birbirine bağlanmasından oluşması; satın aldığımız arabaların motor, fren sistemi, beş adet lastik ve radyo ile birlikte bizlere sunulması da ürünlerin üretim sürecinde birbirlerine bağlanmasına örnektir.

Bu çalışmanın amacı hakim durumdaki teşebbüslerin ürün bağlama ve paket satış uygulamalarının rekabet hukuku çerçevesinde ne şekilde değerlendirildiğinin incelenmesi ve yapılan incelemeler dikkate alınarak Türk rekabet hukuku uygulamasına yönelik öneriler getirilmesidir.

Çalışmanın bu bölümünde temel kavramlar ve bağlama anlaşmalarının türleri açıklandıktan sonra ikinci bölümde teşebbüsleri ürün bağlama ya da paket satışı yapmaya yönlendiren saikler incelenecek, iktisat disiplininin yardımıyla bunlardan hangilerinin hangi şartlar altında rekabet hukuk bağlamında ihlal teşkil edebileceğine dair kuramsal bir çerçeve çizilecektir. Üçüncü bölümün konusunu ise Amerika Birleşik Devletleri, Avrupa Birliği ve Türk rekabet hukukunda konuya ilişkin olarak öne çıkan olaylar ve kararlar değerlendirilecektir. Dördüncü bölümün konusunu ise kuram ile uygulamanın karşılaştırılması ve Türk rekabet hukuku açısından gerek duyulabilecek politika önerileri oluşturmaktadır.

¹ BORK, R.H (1978), *The Antitrust Paradox: A Policy At War With Itself*, Free Press, s.378-79.

Bu çalışmada yapılan inceleme açısından paketleme ve ürün bağlama uygulamalarını aşağıdaki şekilde tanımlamak mümkündür²:

- a) **Saf paketleme uygulaması**, A ile B ürününün ayrı ayrı sunulmayıp *bir arada* ve *sabit oranlarda* satılmasını ifade etmektedir. Bir arabanın dört-beş lastik ile satılması, ayakkabının sol ve sağ teklerinin bir arada satılması bu durumun en tipik örneğidir.
- b) **Karışık paketleme uygulamasında** A ile B ürünleri paket halinde satılır iken, bu ürünlerden birisini ya da ikisini ayrı ayrı satın almak da mümkün olmaktadır. Burada önemli olan paketin fiyatının ürünlerin ayrı ayrı fiyatlarının toplamından düşük olmasıdır. Örneğin, Microsoft Word, Excel, Powerpoint ürünlerini ayrı ayrı satın almak mümkün iken bunları (ve diğer bazı uygulamaları) Microsoft Ofis paketi halinde satın almak da mümkündür - ki bu durumda paketin fiyatı uygulamaların tek tek fiyatları toplamının çok altında olmaktadır.
- c) **Statik ürün bağlama uygulaması** esas itibariyle karışık paket satışı uygulaması ile bir tür münhasırlığın bileşimidir. Bu tür ürün bağlama uygulamalarında A ürünü satın almak isteyen kişiye aynı zamanda B ürünü de alması şart koşulmaktadır. A ürünü tek başına satılmamakta iken B ürünün tek başına satılabilmesi nedeniyle bu uygulama paket satışı olarak değil de ürün bağlama olarak adlandırılmaktadır. (Dolayısıyla müşteriler ya B ürünü ya da A-B paketini satın almak durumundadır.) Örneğin, bir bilgisayar oyunu olan *Halo* yalnızca *Xbox* formatındadır; bu nedenle oyunu oynamak isteyenlerin *Xbox* donanımına sahip olması gerekmektedir. Diğer yandan, *Xbox* donanımına sahip olmak için *Halo* uygulamasının satın alınması gerekmemektedir. Benzer şekilde, ülkemizde bu yıla kadar lig maçlarının tamamını izlemek için bir *Digiturk* platformuna üye olmak gerekir iken, *Digiturk* üyeliği için LigTV üyeliği gerekli değil idi. Değinilen bu statik ürün bağlama örneklerden ilki (*Halo-Xbox*) teknik uyumluluktan, ikincisi de (*Digiturk-LigTV*) münhasırlık uygulamalarından kaynaklanmaktadır.
- d) **Dinamik ürün bağlama uygulamasında** ise temel olarak A ürünü satın alan kullanıcının B ürünü de satın alması gereklidir; ancak burada satın alınan B ürününün miktarı kullanıcıdan kullanıcıya değişmekte; satış zamanında kararlaştırılmaktan ziyade kullanıma göre zamana yayılmaktadır.

² NALEBUFF, B. (2003), "Bundling, Tying and Portfolio Effects Part I: Conceptual Issues", *DTI Economic Papers, No.1*, Department of Trade and Industry, London, s. 13-16. Ayrıca Bkz. ÜNLÜSOY, K. (2003), Rekabet Hukukunda Bağlama Anlaşmaları, Rekabet Kurumu Yayınları Uzmanlık Tez Serisi. s.3-4; KOCABAŞ, B. (2008), *İndirim Sistemleri ve Rekabet: Tek Taraflı Davranışlar Açısından Bir Değerlendirme*, Rekabet Kurumu Yayınları Uzmanlık Tez Serisi.

Böylelikle kullanıcılar bir anlamda A-B, A-2B, A-3B paketleri almaktadırlar. **Ölçümleme (metering)** de denilen bu uygulamanın en tipik örnekleri, büro makinelerine (yazıcı, fotokopi makinesi vb.) ile sarf malzemelerinin (toner, kartuş, kağıt, servis hizmetleri vb.) bağlanmasıdır. Kullanıcının kağıt ya da toner olmaksızın bu makineleri kullanamayacağı dikkate alındığında, bu tür uygulamalar aslında saf paketlemenin de bir türünü oluşturmaktadır. Ancak, ürünler sabit oranlarda satın alınmamakta, B ürününün satın alınması A ürününün kullanım yoğunluğuna göre değişmektedir.

- e) **Teknolojik bağlama** özü itibariyle saf paket uygulamasına benzer olmakla birlikte, teknik veya mekanik olarak birbirlerine bağlanan ürünlerin kolayca birbirinden ayrılmasının mümkün olmadığı koşulları ifade etmektedir³. Özellikle yeni ekonomide donanım parçalarının ve yazılımların bağlanması buna örnek olarak gösterilebilir.

Yukarıda yer verilen paketleme ve bağlama uygulamaları iktisaden farklı sonuçlara yol açsa da, rekabet hukuku bağlamında mahkemelerin veya kurumların bu uygulamaların tümünü aralarındaki farklılara bakmaksızın paketleme ya da bağlama başlığı altında tek tip şekilde değerlendirdikleri de görülmektedir.

2. ÜRÜN BAĞLAMA VE PAKETLEME UYGULAMALARININ İKTİSADİ AÇIDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

2.1. Teşebbüsleri Ürün Bağlama ve Paket Satış Uygulamaları Yapmaya Sevk Eden Nedenler

Herhangi bir teşebbüsün paketleme ya da bağlama uygulamalarını tercih etmesinin birçok farklı nedeni olmakla beraber bu nedenleri aşağıdaki beş başlık altında toplamak mümkündür:

- i. *Etkinlik Sağlayarak Maliyetleri Azaltma ya da Asgari Kaliteyi/ Performansı Koruma*⁴

Bağlama uygulamaları özellikle ölçek ve kapsam ekonomilerinin geçerli olduğu bazı durumlarda üreticilerin üretim ve dağıtım maliyetlerinden tasarruf etmesini

³ SCHWARTZ, R. M. (2010), “Confusing 'Bundling' with 'Tying' Under Article 82 Ec: 'Batteries included' or 'It only comes with fries’”, *Hastings Business Law Journal*, 6:145, s.154. Teknolojik bağlama ile ilgili olarak ekonometrik bir model için ise ayrıca bkz. GAYNOR, D. E. (2006) “Technological Tying”, *FTC Working Papers*, No.284.

⁴ Ürün bağlama ve paket satışların maliyetlerin azaltılması ile ilişkisi konusundaki kuramsal yaklaşım ve bu yaklaşımın soğuk algınlığına yönelik ilaçlar, priz adaptörleri ve otomobil aksesuarları alanındaki uygulamaları için bkz. EVANS, D. S., ve M. SALINGER (2005). “Why Do Firms Bundle and Tie - Evidence from Competitive Markets and Implications for Tying Law.” *Yale Journal on Regulation* 22:37.

sağlayabilir: Örneğin, bir ilaç üreticisi baş ağrısı ve soğuk algınlığı için farklı etken maddelere sahip iki ilaç üretmek yerine, söz konusu etken maddelerin ikisini de belirli dozlarda içeren ve iki rahatsızlığı da gidermeyi sağlayacak olan bir ilaç üreterek üretim, paketleme ve dağıtım maliyetlerinden tasarruf edebilir⁵. Benzer bir şekilde otomobil satın alanların çoğunluğunun otomobili tekerlekleri ile birlikte satın almak isteyecekleri dikkate alındığında, otomobili tekerleksiz olarak satışa sunmak tüketiciler açısından da üreticiler açısından da ek maliyetlere neden olacaktır. Nitekim radyo, klima vb. birçok otomobil aksesuarlarının opsiyonel olarak alıcılara sunulmasının üretim maliyetlerini arttırdığını düşünen otomotiv üreticilerinin birçok özelliği standart donanım olarak kullanıcılara sunmaya başladıkları ya da araçları birkaç farklı segmente bölerek özellikleri ayrı ayrı sunmak yerine paket halinde sundukları görülmektedir⁶. Aynı şekilde, her bir bilgisayar uygulamasını ayrı ayrı CD'ler içinde satmak yerine birbirlerini tamamlayıcı uygulamaları bir paket olarak satmak üretici açısından üretim ve dağıtım maliyetlerinden tasarruf sağlayacaktır⁷. Konuya ilişkin bir başka örnek de, bir kablo TV sağlayıcısının abonelerine aynı zamanda internet ve telefon hizmetleri sunarak kapsam ekonomilerinden⁸ yararlanmayı tercih etmesidir⁹.

Bağlama ve paket satış uygulamaları kullanıcılar açısından da avantaj sağlamakta; örneğin kullanıcıları farklı bilgisayar parçalarını entegre etme zahmetinden kurtarmaktadır. Üreticinin bunu yapması durumunda asgari kaliteyi veya işlevselliği sağlayacak parçaların bir araya getirilmesi ve herhangi bir arıza durumunda diğer parçaları suçlayan donanımcılar yerine tek bir üretici ile muhatap olunması tüketici faydasını arttıracaktır. Benzer şekilde farkı sigorta üreticilerinden ev, araba, sağlık sigortası poliçeleri alınması yerine bir sigorta şirketinin paketinin benimsenmesi durumunda hangi boşlukların oluştuğu ve hangi risklerin kapsam dışında kaldığı ya da aynı risk için birden fazla ödeme yapıp yapılmadığı gibi sorular da ortadan kalkmış olacaktır¹⁰. Keza

⁵ AHLBORN, C., D. S EVANS, ve A. J. PADILLA (2004). Antitrust Economics of Tying: A Farewell to Per Se Illegality, The. *Antitrust Bulletin* 49: 287.

⁶ Otomobil aksesuarları, soğuk algınlığı ilaçları ve priz adaptörlerine yönelik paket satışları konusundaki ayrıntılı çalışmalar için bkz. Evans ve Salinger, 2004.

⁷ Nalebuff 2003, s.31.

⁸ Kapsam ekonomisi, iki ürünün bir arada üretilmesi durumunda katlanılacak toplam maliyetin, bunların ayrı ayrı firmalar tarafından üretilmesi durumunda katlanılacak maliyetten daha az olmasını ifade eder. "Başka bir deyişle, X ve Y iki ayrı mal ve " f " maliyet fonksiyonu iken " $f(x,y) < f(x,0) + f(0,y)$ " ise kapsam ekonomileri söz konusudur." (REKABET KURUMU, (????), *Rekabet Terimleri Sözlüğü*, Rekabet Kurumu Yayınları, 1. Baskı.

http://www.rekabet.gov.tr/dosyalar/images/file/Ekonomi/1_BASKI%20REKABET_TERIMLERI.pdf, s. 113) Erişim: 09.01.2010

⁹ Ahlborn, Evans ve Padilla 2004, s.34-36

¹⁰ Nalebuff 2003, s.32

ayakkabıların çift olarak satılması -tek ayağı olan ya da ayakkabısının tekini kaybetmiş olan müşteriler açısından refah kaybına yol açmakla beraber- genel olarak tüketicilerin arama maliyetini, üreticilerin de pazarlama ve dağıtım maliyetini düşürecektir¹¹.

ii. Fiyatlamada Etkinliği Arttırma

Ürün bağlama ve paketleme uygulamaları açısından fiyatlama etkinliğine iki farklı cepheden yaklaşmak mümkündür:

a. Çifte Tekelci Fiyatlamayı Önleme

Cournot 1838 yılında tamamlayıcı mallara ilişkin iki ayrı tekel yerine tek tekel olması durumunda fiyatların ucuzlayacağını göstermiştir¹²: Buna göre, pirinç yapmak için gerekli olan bakır ve çinko üreticilerinin ayrı ayrı tekelci fiyatlama yapması durumunda her iki ürüne de ihtiyaç duyan müşteriler ya bu ürüne olan taleplerini kısacaklar ya da hiç almamayı tercih edeceklerdir. Bunun nedeni her bir piyasadaki tekelin diğeri üzerinde negatif dışsallık yaratmasıdır. Oysa, bu firmaların birleşmesi durumunda tekelci firmanın belirlediği fiyat daha düşük olacak ve toplam talebin daha büyük bir kısmı karşılanabilecektir¹³. Bu nedenle, özellikle tamamlayıcı mallar söz konusu olduğunda bir firma bunları paket olarak sunmayı tercih edebilecektir. Ancak, söz konusu tamamlayıcı mallar sabit oranlarda değil de değişken oranlarda tüketiliyor ise ürünleri paket olarak sunup toplam kârı arttırma olanağı ortadan kalkmaktadır.

Ayrıca, birleşme ya da anlaşma sonucunda oluşacak fiyat, ürünlerin ayrı ayrı fiyatlarının toplamından az olsa dahi, bunun yine de tekelci fiyat olacağı unutulmamalıdır. Bunun yanı sıra, satıcının fiyat ayrımcılığı yapabildiği ya da tüketicinin değerlendirmesine ilişkin tam bilgi sahibi olduğu durumlarda tüketici rantı yine azalacaktır. İkinci olarak modelin iki firmaya göre tasarlandığı, ancak bu tür bir durumun oligopolistik piyasalarda gerçekleşmesi durumunda rakiplerin dışlanmasına yol açabileceği unutulmamalıdır¹⁴.

¹¹ CARLTON, D.W., ve M. WALDMAN. 2005. Theories of Tying and Implications for Antitrust. *SSRN eLibrary* (Temmuz). http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=809304, s.3-4. (Erişim: 12.10.2010)

¹² COURNOT, A. (1838). *Recherches sur les principes mathématiques de la théorie des richesses*, Paris: Hachette. İngilizce çevirisi: çev. N. Bacon, *Research into the Mathematical Principles of the Theory of Wealth*, James and Gordon, Mountain Center, CA 1995.

¹³ NALEBUFF, B. ve D. MAJERUS. (2003), "Bundling, Tying and Portfolio Effects Part 2: Case Studies", *DTI Economic Papers, No.1*, Department of Trade and Industry, London, s.25

¹⁴ Nalebuff 2003, s.38.

b. Fiyat Ayrımcılığını Gerçekleştirme

Fiyat ayrımcılığı ile ürün bağlama ya da paket satışlar ilişkisine ilişkin iki temel yaklaşımdan söz etmek mümkündür. Stigler müşterilerin farklı ürünlere farklı değerler atfettikleri durumlarda satıcının paket satış yaparak toplam kârını arttırabileceğini¹⁵, Bowman ise bir dayanıklı tüketim malına sarf malzemelerinin bağlanması suretiyle söz konusu mala daha çok talep gösteren tüketicilerden daha fazla gelir elde edilebileceğini¹⁶ göstermiştir.

Evans ve Salinger tarafından basitleştirildiği haliyle Stigler'in örneği şu şekildedir¹⁷: Bir piyasada A ve B olmak üzere iki ürünün; I ve II olmak üzere de iki müşteri grubunun bulunduğunu ve her iki ürünün de marjinal maliyetinin "0" olduğunu varsayalım. Bunun yanı sıra Müşteri I, A ürünü için 10 TL¹⁸, B ürünü için 4 TL ödemeye razı iken Müşteri II A ürünü için 4, B ürünü içinse 11 TL ödemeye razıdır. Paketlemenin olmadığı durumda firma A ürünü için 10, B ürünü için de 11 TL talep edecek, toplam 21 TL kazanacaktır. Bu durumda tüketici rantı ise sıfır olacaktır. Firma ürünleri paket halinde satar ve pakete de 14 TL değer biçerse her iki grup tüketici iki ürünü de almış olacak; II. Müşteri grubu 1 TL rant elde edecek, firmanın kârı da 21 TL'den 28 TL'ye çıkacaktır. Bu örnekte görüldüğü üzere paket satış hem tüketiciler açısından hem de üreticiler açısından kazançlı bir alternatif olabilir¹⁹. Bu tür bir strateji özellikle ürünlerin değerlerinin negatif olarak ilişkilendirildiği veya birbirlerinden bağımsız olduğu durumlarda kârlıdır: Bu sayede tek el A-B paketini sunarak tüketicileri daha homojen bir değerlendirmeye yönlendirmekte ve tüketici rantının daha büyük bir kısmını alabilmektedir. Bir anlamda tek bir indirimle iki farklı ürün için talep yaratılmakta ve sayede klasik indirimlere oranla daha etkili olmaktadır²⁰. Diğer yandan bu örneğin paketlemeden kaynaklanacak yararları odaklandığı, maliyetler hakkında herhangi bir şey demediği ve tüketicilerin zarar görmemesinin her zaman için genelleştirilemeyeceği unutulmamalıdır.

Bowman'ın yaklaşımı²¹ ise dinamik ürün bağlama (ölçümleme) uygulamalarına ilişkindir. Buna göre, sağlayıcı dayanıklı tüketim malı ile sarf

¹⁵ STIGLER G. J. (1968), *Organization of Industry*, The University of Chicago Press. s.165.

¹⁶ BOWMAN, W. S. Jr. (1957) "Tying Arrangements and the Leverage Problem" *The Yale Law Journal* 67:19.

¹⁷ Evans ve Salinger 2005, s.18.

¹⁸ Orijinal metinde verilen örnekte para birimi olarak ABD doları kullanılmış iken, kolaylık açısından burada TL tercih edilmiştir.

¹⁹ Bakos ve Brynjolfsson, özellikle de marjinal maliyetin sıfıra yakın olduğu yeni ekonomi ürünlerinde paketlemenin ürün maliyetini arttırmadan talebi arttırabileceğini belirtmektedir. Bkz. BAKOS Y. ve E. BRYNJOLFSSON (1999) Bundling Information Goods: Pricing, Profits and Efficiency, *Management Science*, 45:1613

²⁰ Nalebuff, 2003, s.35-36.

²¹ Bowman, 1957, s.23-24.

malzemesini birbirine bağlamakta, bu sayede dayanıklı tüketim malını daha ucuza satarak talebi arttırmakta, satıştan sonra ise kullanıcılardan sarf malzemeleri vasıtasıyla kullanım oranına göre bedel almaktadır. Bunun tüketiciler açısından faydası ise, ana ürünün (örn. yazıcı) görece ucuza satılması sayesinde ürünü daha az kullanacak olanların da ürüne erişebilmeleridir.

iii. Rakipleri Dışlama ve Piyasayı Kapatma

a. Mevcut Rakipleri Dışlama

Daha önce değinilmiş olan Cournot modelinin oligopolistik piyasalara uyarlanması durumunda Nalebuff, bir firmanın ürün gamında bulunan tamamlayıcı iki ürünü paketleyerek -ya da tamamlayıcı mal üreticisi ile paketleme anlaşması yaparak - rakiplerini dışlayabileceğini göstermiştir. Yapılan simülasyonda, paketleme uygulamasını yapan firmanın kârı düşmesine rağmen rakibine daha çok zarar vermeyi başarabildiği görülmüş ve bu nedenle paketleme uygulamasının rakibi dışlama amacıyla da kullanılabilmesi sonucuna ulaşılmıştır²². Bu uygulama kısa dönemde fiyatların düşmesi ile sonuçlanacağından tüketicinin yararına görünse dahi, özü itibarıyla yıkıcı fiyat uygulamasına karşılık gelmekte²³ ve uzun dönemde tekelleşmeye yol açabilmektedir.

b. Piyasaya Yeni Girişleri Engelleme

Klasik dönemdeki endişelerin temelini teşebbüsün bağlama aracılığıyla bir piyasadaki tekeli koruması ya da ikinci piyasayı tekelleştirmesi oluşturmakta iken Şikago Okulu²⁴, iki piyasada tekeli olursa dahi elde edilebilecek tek bir tekeli kâr olduğu dikkate alındığında herhangi bir firmanın bunu yapmasının makul olmayacağını savunmuştur.

²² Nalebuff, 2003, s.39-42.

²³ Bağlama uygulamaları ve yıkıcı fiyat ilişkisi için bkz. TIROLE, J. (2005), The Analysis of Tying Cases: A Primer, *SSRN eLibrary* (Competition Policy International, Vol. , No. 1, pp. 1-25, Spring 1). http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=702641. Tirole'ün aksine bağlama uygulamaları yoluyla yıkıcı fiyat uygulamasına eşdeğer bir etki yaratılmayacağını savunan bir görüş için bkz. CRANE, D. A. (2005) "Multiproduct Discounting: A Myth of Nonprice Predation", *The University of Chicago Law Review*, Vol.72., No.1. s.27-84.

²⁴ Çoğunluğunu Şikago Okulu öğretim üyelerinin oluşturduğu bu grup, rekabet kurallarının amacının rakiplerin değil de tüketicilerin korunması olduğunu, bu nedenle devletin piyasalara gerekli olmadıkça müdahale etmemesi gerektiğini, çünkü bu tür müdahalelerin yarardan çok zarar getireceğini, bu bağlamda, fiyat tespiti ve pazar paylaşımına neden olan karteller, tekeli yaratan birleşmeler gibi piyasadaki etkisi net olan davranışlar dışında müdahaleye yer olmadığını savunmaktadır.

Ancak, Şikago sonrası yazına bakıldığında, her iki piyasada da tekell konumunda olan bir teşebbüsün, paketleme ya da bağlama uygulamaları vasıtasıyla olası rakiplerinin piyasaya girişini engelleyebileceği gösterilmiştir:

Whinston'un öne sürdüğü modele göre, A ve B ürünlerine ilişkin iki piyasada da tekell konumunda olan bir teşebbüs, bağlama anlaşmaları kullanarak ölçek ekonomileri gerektiren B ürünü piyasasına girmek isteyen potansiyel rakibinin asgari ölçüğe ulaşmasını engelleyebilir. Whinston çalışmasında (i) bağımsız ürünler ve homojen tüketici tercihleri, (ii) bağımsız ürünler ve heterojen tüketici tercihleri ve (iii) tamamlayıcı ürünler açısından ürün bağlama uygulamalarının tekell açısından kârlı bir strateji olacağını; tekellci firmanın bağlama ve düşük fiyatlama stratejisi sonucunda piyasaya girişi engelleyebileceğini ortaya koymuş; ancak teşebbüslerin çok farklı nedenlerle bağlama yapabileceğini ve bu kuramsal senaryoların gerçek yaşamdaki ve özellikle tüketici refahı üzerindeki etkilerini tam olarak kestirmenin mümkün olmadığını belirtmiştir²⁵.

Carlton ve Waldman'ın modeli de bağlama anlaşmalarının rekabetçi olan piyasadaki daha yüksek fiyat elde etmek amacıyla değil de tekellci piyasaya girişi engellemek için kullanılabileceğini göstermektedir: Söz konusu modelde tekellci piyasada üretilen ana ürüne rekabetçi piyasada üretilen tamamlayıcı ürünün bağlanması söz konusudur. Tekellci ürün tek başına kullanılabilir iken tamamlayıcı ürünün ana ürün ile birlikte kullanılması gereklidir. Tekellci firmanın tamamlayıcı ürün piyasasını da tekelleştirmesi durumunda ekstra kâr elde etmesi mümkün olmamasına rağmen tamamlayıcı ürün üretenlerin kendi piyasasına girebileceği yönünde bir tehdit algıladığı takdirde bu piyasadaki rakiplerini dışlama amacıyla bağlama uygulamasına başvurması ve bunda başarılı olması ihtimal dahilindedir²⁶.

Her iki model de gerçek yaşamda çok rastlanmayacak derecede kısıtlama getiren önerilere ve varsayımlara dayanmaları yüzünden uygulanabilirliklerinin sınırlı olması ve rekabeti kısıtlamaya odaklanıp aynı süreçteki etkinlik kazanımları konusunda sessiz kalmaları nedeniyle eleştirilmiştir²⁷.

Nalebuff, Whinston'un (1990) modelindeki varsayımları gevşeterek tekellci firmanın herhangi bir fiyat savaşına girmeksizin de tüketici

²⁵ WHINSTON, M. D (1990), "Tying, Foreclosure, and Exclusion", *The American Economic Review* 80, no. 4 (Eylül): 837-859.

²⁶ CARLTON, D. W., ve M. WALDMAN (2002) "The Strategic Use of Tying to Preserve and Create Market Power in Evolving Industries", *The RAND Journal of Economics* 33, no. 2 (Summer): 194-220.

²⁷ Eleştiriler için bkz. Ahlborn, Evans ve Padilla 2004, s.40-42; Evans ve Salinger 2005, s.3 ve 20.

tercihlerindeki farklılaşmadan yararlanarak rakiplerin yeterli ölçüğe ulaşmalarının engellenebileceğini göstermiştir²⁸:

Buna göre, A ve B ürünlerine farklı oranlarda değer veren iki tüketici grubunun olduğunu, piyasadaki firmanın A ile B ürünlerini ürettiğini, piyasaya girmek isteyen rakibin ise yalnızca B ürünü ürettiğini; piyasadaki firmanın A+B paketini 1 TL'ye²⁹ sattığını varsayalım. Piyasaya girmek isteyen firma, B ürünü piyasadaki A+B paketinin fiyatının yarısına, yani 0,5 TL'ye sattığı takdirde ürünleri yalnızca B ürününe 0,5 TL'den fazla değer verenler ve A ürününe gerek duymayanlar tarafından tercih edilecektir. A ürününe 0,5 TL'den daha fazla değer verenler ise paketi almaya devam edecektir. Bir başka deyişle, A ürününe de ihtiyaç duymamaları halinde yeni giren firmanın B ürününe alacak potansiyel müşteriler, yerleşik firmanın paketleme stratejisi nedeniyle A+B paketini tercih edecek, yeni giren de potansiyel müşterilerin çok daha azına ulaşabilecektir. Bu sayede, yeni giren örneğin B ürününe talep edenlerin yarısına satış yapabilecek iken, paketleme uygulaması nedeniyle potansiyel alıcıların ancak % 25'ine satış yapacak; toplam kârı da ona göre düşecektir³⁰.

Bu tür bir ortamda yerleşik firmanın A+B paketinin fiyatını düşürmesi de piyasaya girecek rakibini zorlayabilecek ikinci bir adımdır. Söz konusu stratejiyi oyun teorisi çerçevesinde değerlendiren Nalebuff, Nash Dengesinde³¹ yerleşik firmanın fiyat indirimine giderek rakibini piyasaya girişini engelleme ve olası bir giriş sonrasında oranla daha fazla kâr elde etme olanağı yakalayabileceğini iddia etmektedir. Şöyle ki, yerleşik firmanın belirli bir ölçekte ve optimumda fiyatlamayı yaptığını, ancak paket satışları nedeniyle yeni girecek firmaya pazarın görece küçük bir kısmını bıraktığını dikkate alırsak, yerleşik firmanın fiyat indirimleri yeni gireni daha yüksek oranda fiyat indirimi yapmaya zorlayacak, yeni girenin kârları yerleşik firmaya oranla daha keskin bir şekilde düşecektir³². Dolayısıyla, paketleme uygulaması piyasaya girişi engellemekte etkin bir strateji olarak karşımıza çıkabilmektedir.

²⁸ Nalebuff, 2003,s.42-45.

²⁹ Orijinal metinde verilen örnekte para birimi olarak ABD doları kullanılmış iken, kolaylık açısından burada TL tercih edilmiştir.

³⁰ Nalebuff, 2003,s.42-45.

³¹ Nash dengesi rakibinin stratejileri veri iken (oyuncunun rakipleri ile etkileşimde bulunma imkanının olmadığı durumda) her oyuncunun yapabileceğinin en iyisini yaptığına ilişkin bir strateji setidir. Dolayısıyla hiçbir oyuncunun seçimini değiştirerek kazancını arttıramadığı durum Nash dengesi olarak tanımlanabilir.

³² Yerleşik firmanın paket satış stratejisi nedeniyle tek ürünle piyasaya girmek isteyen ancak sınırlı bir alanın kaldığı bir kurguda; Nalebuff'un Nash Dengesini dikkate alarak yaptığı hesaplamalar sonucunda, yerleşik firmanın paket fiyatını indirerek rakibinin yeterli kâr elde etmesini ve piyasaya girmesini engellemesi mümkündür: Örneğin, yerleşik firmanın paket fiyatının

Ayrıca, paketlemenin fiyat ayrımcılığı aracı olarak kullanılması durumunda ürünlerin değerleri arasında negatif bağıntı (korelasyon) olması esas iken burada ürünlerin değerleri arasında pozitif korelasyon bulunduğu takdirde piyasaya girenin her iki ürüne yönelik müşteri kitlesini de memnun etmesi gerekeceğinden, paketleme yerleşik firmanın her iki cepheyi de aynı anda korumasını sağlayacaktır. Dolayısıyla, ürünlerin değerleri arasında pozitif ilişkinin bulunduğu durumlarda paketleme uygulamalarının piyasaya girişi engelleme açısından başarı şansı daha yüksek olacaktır.

Tüm bu senaryolardaki en önemli husus bir piyasadaki tekel gücünün diğer piyasayı da tekelleştirmek amacıyla kullanılması değil, her iki piyasada tekel konumunda olan bir teşebbüsün bu konumunu korumak amacıyla paketleme uygulamasına başvurmasıdır. Bu tür bir durumda rakip, her iki piyasaya birden girmek durumunda bırakılacaktır. Örneğin, yalnızca Microsoft Word'e rakip bir ürünü üretebilen şirketin tüm Ofis paketi karşısında başarı şansı düşecektir. Bu nedenle, tüm pakete rakip bir ürün ortaya koyamadığı müddetçe sınırlı sayıda müşteriye hitap edebilecek ve ayakta kalabilecek ölçüğe ulaşması mümkün olmayabilecektir.

Bir kasaba otelinin öğle ve akşam yemeklerini konaklama hizmetine bağlaması durumunda ya da bunlar için rekabetçi piyasadakine yakın bir ücret talep etmesi durumunda civardaki lokantaların yeterli ölçüğe ulaşması mümkün olmayabilir; keza Microsoft'un Internet Explorer'ı öntanımlı olarak Windows işletim sistemine eklemesi Netscape'in kullanım oranını, dolayısıyla da Netscape için yazılacak uygulamaların sayısını azaltabilir; fotokopi makinelerine ilişkin servis hizmetlerinin makinelere bağlanması durumunda, bir yandan bağımsız servis sağlayıcılar piyasadan çıkmak durumunda kalabilir bir yandan da fotokopi makinesi üretmek isteyen kendi dağıtım ağını kurmak durumunda bırakılabilir³³.

Yukarıdaki senaryolar dikkate alındığında, paketleme ve ürün bağlama uygulamalarının rakiplerin belirli ölçüğe ulaşmasını engelleme ya da onları iki piyasaya birden girmek durumunda bırakma sonucunu doğurabileceği,

1 TL'den 0.42 TL'ye düşürmesi durumunda elde edeceği kâr %25 oranında azalacaktır; ancak bu uygulama sonucunda rakibini de B ürününü fiyatını indirmeye zorlayacak ve rakibinin toplam kârının da % 87 oranında azalmasına neden olacaktır! Ayrıntılı bilgi için bkz. NALEBUFF, B. (2000), "Bundling", Yale ICF Working Paper, No. 99-14, http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=185193 (Erişim: 10.02.2010), s. 10-12.

³³ Nalebuff 2003, s.54-55

dolayısıyla piyasayı kapatma ve rakiplerin maliyetini yükseltme amacıyla kullanılabilir³⁴.

iv. Piyasaları Bölmek

Rakibin piyasaya girişinin engellenemediği durumlarda bile bağlama uygulamalarının piyasadaki rekabeti kısıtlamak amacıyla kullanılabilirliğini gösteren iki önemli çalışma mevcuttur.

Bunların ilkinde Carbajo, De Meza ve Seidman tekeli A ürünü ve rekabetçi B ürünü piyasalarını dikkate alarak, hem A hem de B ürününü üreten teşebbüsün paketleme yapmak yerine ürünlerini ayrı ayrı sunmayı tercih etmesi durumunda yalnızca A piyasasında tekeli fiyatlandırma yapabileceğini, B piyasasında ise rekabetçi fiyata razı olacağını; A ve B'yi saf paket olarak satmaya karar vermesi durumunda ise B ürününe yüksek değer atfeden müşterileri de çekebileceğini ve rakibine yalnızca B ürününe düşük değer atfeden müşteri bırakabileceğini ve bu sayede pazarı bölebileceğini göstermektedir. Bu durumda, B piyasasındaki rakip de kendisine kalan tüketicilere rezerv fiyatları³⁵ üzerinden ürün satma imkanını bularak bu uygulamadan kazançlı çıkabilecek; paketleme uygulaması bir anlamda uyumlu eylem için uygun zemin hazırlamış olacaktır³⁶.

Chen'in modeline göre ise A ürünü piyasası düopolist bir piyasadır ve A ürününü üreten iki şirket de aynı zamanda rekabetçi bir piyasada satılan B ürününü de üretme kabiliyetine sahiptir. Ancak, bu firmaların her ikisi de A ürününü satıp kâr marjlarını düşürmek yerine bunlardan birisi A-B paketini, diğeri ise yalnızca A ürününü satarak pazarı bölüşebilir ve daha çok kâr elde edebilir. Bu durumda yalnızca A ürününü satan, B ürününü tercih etmeyen müşterilerin, diğeri de her iki ürünü birden talep eden müşterilerin ihtiyaçlarını karşılayacaktır³⁷.

³⁴ Ürün bağlama ve paketleme uygulamalarının yanı sıra, münhasırlık anlaşmaları yoluyla da rakiplerin maliyetini yükseltme, yeterli ölçüğe ulaşmasını engelleme, rakipleri iki piyasaya birden girmek zorunda bırakma ve dolayısıyla da piyasayı kapatmak mümkündür. Bu açıdan bakıldığında, bağlama ve paket satış uygulamaları ile münhasırlığın etkileri aynı olmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. EKDİ, B. (2010), *Hâkim Durumda Bulunan Teşebbüslerin Dikey Anlaşmalar Yoluyla Piyasayı Kapatması*, Rekabet Kurumu Yayınları, Lisans Üstü Tez Serisi No.16., Ankara.

³⁵ Tüketicinin belirli bir mal için nihai olarak takdir ettiği değer. Fiyat ayrımcılığının temelinde alıcıları farklı gruplara bölerek ve alıcılar arasındaki arbitrajı engelleyerek tüketicilerin ürünlere rezerv fiyatlarına yakın bir miktarda bedel ödemelerini sağlama çabası vardır.

³⁶ CARBAJO, J., D. de MEZA, ve D. J SEIDMANN (1990), "A Strategic Motivation for Commodity Bundling", *Journal of Industrial Economics* 38: 283-98.

³⁷ CHEN, Y. (1997), "Equilibrium Product Bundling", *Journal of Business*, s.85-103.

v. Gerçek Fiyatı Gizleme veya Fiyata Yönelik Algıyı Yönetme

Teşebbüslerin ürün bağlama ya da paket satış uygulamalarını tercih etmelerinin bir diğer nedeni de, paket içindeki ürünlerin fiyatlarını gizlemek ve bu sayede tüketicinin daha az tercih edeceği ürünü daha yüksek fiyatla satma imkanına kavuşmak ya da tek başına satılan ürüne bilinçli olarak yüksek değer biçerek ürünün kalitesine yönelik algılamayı etkilemek olabilir.

Seyahat acentelerinin sigorta satışı bu durumlardan ilkinde örnek olarak verilebilir: Seyahat sigortasının zorunlu olduğu durumlarda acenteler seyahat (uçuş, konaklama vb.) ücretlerini düşük tutarak ve reklamlarında sigorta maliyetine değinmeyerek müşterileri çekmekte; ancak sigorta için rekabetçi piyasada olacağından daha fazla bedel talep ederek maliyet altında fiyat biçtikleri seyahat programlarını bu şekilde finanse etmektedir³⁸. Söz konusu uygulamayı yapan firmaların iki piyasadan herhangi birinde hakim durumda olmadığı durumlarda, seyahat ile sigortanın bu şekilde paketlenmesinin rekabet hukukundan ziyade tüketici hukukunun konusunu oluşturduğu düşünülmektedir.

Microsoft'un PowerPoint adlı ürünün piyasaya sunma aşamasında uyguladığı taktik de ikinci duruma örnektir: Microsoft söz konusu dönem itibariyle standartların çok altında olan bu ürünü hem Ofis Paketinin içinde hem de ayrı olarak tüketicilere sunmuş, ancak ayrı olarak sunulan ürünün fiyatını çok yüksek olarak belirlenmiştir. Bu sayede tüketicilerin bir yandan ürünün çok kaliteli olduğu yönünde, bir yandan da Ofis paketini satın aldıklarında çok yüksek bir indirim elde ettikleri yönünde algılamaya sahip olması hedeflenmiştir. Ancak ürünün liste fiyatından talep eden kimse olmadığı için paketleme olmadığı durumda ürünün fiyatının gerçekte ne olacağı ve indirimin gerçek mahiyetinin ne olduğunun bilinmesi bir bakıma engellenmiştir³⁹.

2.2. Teşebbüsleri Ürün Bağlama ve Paket Satış Uygulamaları Yapmaya Sevk Eden Nedenlerin Rekabet Hukuku Açısından Değerlendirilmesi

Bir önceki kısımda görüldüğü üzere, herhangi bir teşebbüsün paketleme ya da bağlama uygulamalarını tercih etmesinin maliyet etkinliği yaratmaktan rakiplerin piyasaya girişini engellemeye ya da tüketicilerin algısını etkilemeye kadar birçok farklı nedeni olabilir.

Buna karşın, söz konusu nedenlerin iktisat kuramı çerçevesinde ayrıntılı olarak analiz edilebilmesi - iktisat kuramının da gelişmesine paralel olarak ve Şikago Okulu'nun da etkisiyle- ancak son otuz yılda mümkün olabilmektedir.

³⁸ Nalebuff 2003, s.62

³⁹ Nalebuff 2003, s.62

Şikago Okulu'nun eleştirilerine dek, kaldıraç (*leverage*) kuramı⁴⁰ rağbet görmüş ve bağlama ve paketleme uygulamalarının amacının ancak ve ancak "bağlanan ürün"⁴¹ piyasasını tekelleştirmek olabileceği yönünde bir yargı oluşmuştur.

Şikago Okulu bu yaklaşımı iki farklı cepheden eleştirmiştir: Bunlardan ilki, "tek tekeli kâr kuramı"dır ve bir firmanın ancak tek bir tekeli kâr elde edebileceği, bu nedenle ikinci piyasayı tekelleştirme sonucunda herhangi bir kazancının olmayacağına savına dayanmaktadır.

Bu çerçevede, biri tekeli diğeri de rekabetçi koşullarda üretilen iki ürünün talebi birbirinden bağımsız ise, rekabetçi ürünü tekeli ürüne bağlamak, tekeli ürünün üzerine vergi koymaktan farklı olmayacak ve tekeli ürüne olan talebi azaltacaktır. Diğer yandan biri tekeli diğeri rekabetçi koşullarda üretilen iki üründen bahsediyor ise ve bu ürünler sabit oranlarda tüketiliyor ise, tekeli bu ürünlerden ancak birinden tekeli kâr elde edebilecek⁴², dolayısıyla toplam kârında bir değişiklik olmayacaktır. Bu nedenle rekabetçi piyasayı tekelleştirmeye çalışmasının anlamı yoktur⁴³. Hatta, rekabetçi piyasada daha etkin firmaların varlığı söz konusu ise bunların tamamlayıcı ürünü daha ucuza satarak ana ürüne olan talebin artmasını sağlaması mümkündür ve bu nedenle bazı durumlarda tekeli olan firma tamamlayıcı ürün piyasasının rekabetçi olmasını tercih edebilir.

Şikago Okulu'nun klasik yaklaşıma ikinci eleştirisi fiyat ayrımcılığı cephesindedir: Stigler, çalışmanın fiyat ayrımcılığına ilişkin bölümünde verilen örnekte de görüleceği üzere, bir firmanın paketleme uygulaması sayesinde hem toplam kârını hem de tüketici rantını arttırabileceğini; bu nedenle bu tür uygulamaların rekabet hukuku bağlamında yasaklanmaması gerektiğini savunmuştur⁴⁴.

Şikago Okulu'nun savları da 1990'lı yılların başında çeşitli eleştirilere konu olmuştur. Daha sonraki dönemlerde kaleme alınan eserlerde⁴⁵ ise bir yandan Şikago Okulu'nun savlarının ancak sınırlı durumlarda geçerli olduğunu

⁴⁰ "Leverage Theory: Bir pazardaki gücün diğeri bir pazara aktarılmasıdır." (Rekabet Kurumu, s. 113)

⁴¹ Bağlama anlaşmalarında alıcı tarafından esas olarak talep edilen birinci ürüne "bağlayıcı veya bağlayan ürün", bu ürünle birlikte alımı zorunlu kılınan ikinci ürüne "bağlanan ya da bağlı ürün" denilmektedir. (Rekabet Kurumu, s.54.)

⁴² Tekelin tamamlayıcı iki ürününe birden neden tekeli fiyat uygulayamayacağına dair açıklama için bu çalışmanın "2.1.ii.a. Çifte tekeli fiyatlamayı önleme amacıyla paketleme" başlıklı kısmına bakınız.

⁴³ Ahlborn, Evans ve Padilla 2004, s 37-38

⁴⁴ Stigler (1968).

⁴⁵ Örneğin Whinston (1990), Carlton ve Waldman (2002, 2005a); Nalebuff (2000, 2003), Carbajo, De Meza ve Seidman (1990), Chen (1997).

gösterilmiş, bir yandan da yeni modellerle bağlama ve paketleme uygulamalarının iddia edildiği kadar masum olmayabileceğini kanıtlanmaya çalışılmıştır.

Örneğin, yukarıda da görüldüğü üzere Şikago Okulu'nun tek tek elci kâr savında tekecinin neden bağlama uygulaması yaptığı açıklanmamakta, sadece bunu yapmasının kârlı olmayacağı belirtilmektedir. Ayrıca, iki ürünün farklı oranlarda tüketilmesi durumunda bu kuram geçerliliğini yitirmektedir; çünkü bu durumda tekel fiyat ayrımcılığı uygulama imkanına, dolayısıyla da ürünleri paketleme güdüsüne sahip olabilir.

Bunların yanısıra Whinston (1990), Carlton ve Waldman (2002, 2005a) ve Nalebuff (2003) öne sürdükleri modellerde tek elci bir firmanın bağlama ve paketleme uygulamalarıyla rakiplerinin piyasaya girişini engelleyebileceğini ve/veya tek elci kârını koruyabileceğini, Carbajo, De Meza ve Seidman (1990) ve Chen (1997) ise paket satışlarının piyasaları suni olarak paylaşmak amacıyla kullanılabileceğini göstermişlerdir.

Dolayısıyla, paketleme ve ürün bağlama uygulamalarının etkinlik sağlamanın yanı sıra rekabeti kısıtlama, bozma ya da engelleme amacıyla da kullanılabilmesi dikkate alındığında, teşebbüslerin davranışlarını değerlendiren mahkemelerin ya da kurumların bu ayrımı iyi bir şekilde yapmaları önem kazanmaktadır.

3. REKABET HUKUKU AÇISINDAN ÜRÜN BAĞLAMA VE PAKET SATIŞLAR

3.1. ABD Uygulaması

Bağlama uygulamaları ilk kez gündeme geldiğinde, ABD mahkemelerince mutlak bir biçimde (*per se*)⁴⁶ yasak olarak kabul edilmiş, ancak iktisat kuramındaki gelişime paralel olarak söz konusu yasak zaman içinde daha esnek bir hal almış ve giderek haklı sebep kuralına (*rule of reason*)⁴⁷ yakınlaşmıştır.

⁴⁶ Rekabet hukukunda *per se* kurallar, hemen hemen tüm durumlarda, doğal ve zorunlu etkileri açıkça rekabet karşıtı olan ve yasal olmadıklarını göstermek için ayrıntılı bir çalışmaya gerek duyulmayan davranışları hukuka aykırı saymak üzere benimsenmiştir. Bunlar yargısal sürecin pratik kurallarıdır. *Per se* kurallar, deneyimin ortaya çıkardığı belirli davranışların ciddi rekabet karşıtı sonuçlara neden olacağı ve iş gerekleri bakımından hemen hiç haklı çıkarılma yacağı durumlarda kabul edilmektedir. Bu itibarla, *per se* kurallar sınırlı yargısal kaynakların ekonomik kullanılmasını ve iş adamlarına yasalara uygun davranışlarla ilgili daha açık bir yol gösterme avantajına sahiptir. *Per se* yaklaşımı altında davacı, uygulamanın rekabet karşıtı etkilerini veya pazar etkilerini göstermek zorunda değildir. (Rekabet Kurumu, Rekabet Terimleri Sözlüğü, s.151)

⁴⁷ *Per se* kuralının alternatifini olan ve başta pazar yapısı olmak üzere tüm ilgili rekabet faktörlerinin değerlendirmeye alındığı yaklaşımdır. Bu yaklaşım altında, etkinliği ve rekabeti artırabilecek

Bu açıdan bakıldığında kararları üç temel dönem itibariyle incelemek mümkündür:

- *Klasik Dönem: Mutlak İhlâl Değerlendirmesi ve Aktarma (Kaldıraç) Kuramı*

Bağlama anlaşmalarına ilişkin ABD uygulaması 1917 yılında dek gitmektedir: Film gösterim makinelerine ilişkin patente sahip olan Motion Pictures, bu makinelerde rakip filmleri kullananların patent haklarını ihlal etmiş sayılacaklarını belirterek kendi ürettiği filmlerin kullanmasını şart koşturmuş. Yüksek Mahkeme, rakip filmleri kullanmanın patent hakkının ihlali sayılmayacağına, bilakis bu türde bir sınırlama getirilmesinin film gösterim makineleri piyasasındaki tekel gücünün başka bir piyasaya genişletilmesi anlamına geleceğini belirterek, aktarma kuramını ABD içtihadına sokmuştur⁴⁸.

Birkaç yıl sonra ise, pamuklu kravat alan müşterilerine pamuklu çantaları da almayı şart koşan Gratz'ın uygulaması dava konusu olmuş, Yüksek Mahkeme Gratz'ın herhangi bir piyasada tekel konumunda olmadığını, tekelleşmeye yönelik bir niyetinin kanıtlanmadığını ve herhangi bir kamusal zararın ortaya çıkmadığını belirterek uygulamanın ihlal teşkil etmediğine karar vermiştir⁴⁹.

Bağlama uygulamalarına ilişkin olarak bir dizi dava da IBM firmasına karşı açılmıştır. Bunlardan ilkinde, IBM'in kart-delgi makinelerini kiralama aşamasında müşterilerine yine kendisinin ürettiği delgi kartlarını kullanma koşulunu getirmesini Amerikan Yüksek Mahkemesi ihlâl olarak değerlendirmiştir⁵⁰. IBM davası bağlama anlaşmalarının zararlı etkilerini aktarım kuramına bağlaması ve pazar gücünün önemine dikkat çekmesi açısından önemlidir. Davada ayrıca "uygulamanın minimum kaliteyi sağlama amacıyla zorunlu olduğu" yönündeki savunma için yüksek bir standart getirerek davalının aynı amaca daha az kısıtlayıcı yollarla ulaşamayacağını kanıtlamasını şart koşturmuş. Yüksek de olsa bağlama uygulamasına haklı nedenlerle izin verilebileceğinin belirtilmiş olması "mutlak ihlal" görüşünün zayıfladığına işaret etmektedir⁵¹.

Yine bu dönemde ön plana çıkan *International Salt Davası*'nın⁵² özünde, konserve üretimine ilişkin iki makinenin patentini elinde bulunduran

ancak, bazı durumlarda rekabet karşıtı etkilere de sahip olabilecek teşebbüs davranışları değerlendirmeye tabi tutulmaktadır. (Rekabet Kurumu, Rekabet Terimleri Sözlüğü, s.101)

⁴⁸ *Motion Picture Patents Co. v. Universal Film Mfg. Co.*, 243 U.S. 502 (1917)

⁴⁹ *FTC v. Gratz*, 253 U.S. 421 (1920)

⁵⁰ *IBM v. United States*, 298 U.S. 131 (1936)

⁵¹ GELLHORN, E. ve W.E. KOVACIC (1994), *Antitrust Law and Economics in a Nutshell*, Fourth Edition, St.Paul:MN.s.329

⁵² *International Salt Co. v. United States*, 332 U.S. 392 (1947)

International Salt Şirketi'nin söz konusu makineleri kullananlara bu makinelerde - piyasa fiyatı ile aynı olduğu müddetçe- kendisi tarafından üretilen tuzu satın alarak kullanmalarını şart koşması yer almaktadır. Mahkeme dava konusu uygulamayı mutlak rekabet ihlali olarak değerlendirmiştir. Münhasırlık anlaşmalarının değerlendirildiği *Standard Stations Davası*'nda⁵³ da münhasırlığın etkinlik yaratıcı sonuçlarının da olabileceği belirtilir iken "**bağlama anlaşmalarının rekabetin kısıtlanmasından başka bir amaca hizmet etmeyeceği**" vurgulanmış; bu dönemde alınan kararlarda da bu uygulama mutlak ihlal olarak dikkate alınmıştır.

Times-Picayune Publishing Davası'nın⁵⁴ konusu bir sabah ve bir de akşam gazetesi yayınlayan bir şirketin her iki gazetede reklam yerlerini bağlaması ve reklam verenlere iki gazeteye birden reklam vermelerini şart koşmasıdır. Yüksek Mahkeme bu davada bağlama anlaşmalarının Clayton ve Sherman yasaları açısından farklı testlere tabi olduğunu; firmanın bağlayıcı ürün piyasasında tekel gücüne sahip olması veya bağlanan ürün piyasasındaki rekabeti önemli derecede kısıtlaması durumunda Clayton Yasası uyarınca sorumlu tutulabileceğini, Sherman Yasası açısından ise yukarıda yer verilen iki koşulun da bir arada bulunması gerektiğini belirtmiştir. Bu bağlamda mahkeme, davalının "hakim durumda" olmadığına ve sabah ve akşam gazetelerindeki reklam yerlerinin "ayrı ürünler" olarak değerlendirilemeyeceğine, dolayısıyla da herhangi bir ihlalin oluşmadığına karar vermiştir.

Northern Pasific Davası'nda⁵⁵ ise, Amerika'nın kuzeybatı eyaletlerinde milyonlarca dönümlük araziye sahip olan Northern Pasific Demiryolu Şirketi'nin bu arazilerin satışı ya da kiralanması esnasında ilgiliye söz konusu arazide üreteceği malları -taşıma fiyatı rakip demiryollarının uyguladığı fiyatlarla aynı olduğu müddetçe- Northern Pasific vasıtasıyla taşınmasını şart koşması dava edilmiştir. Mahkeme dava konusu uygulamayı mutlak rekabet ihlali olarak değerlendirmiştir.

Yukarıda yer verilen klasik bağlama davalarından farklı olarak 1970-1980 döneminde bir dizi "teknolojik bağlama" davası da mahkemelerde karara bağlanmıştır: IBM'in yapmış olduğu tasarım değişiklikleri ile veri disklerini merkezi işlemciye bağlamasına karşı diğer bir disk üreticisi tarafından açılan

⁵³ *Standard Oil Co. v. United States*, 337 U.S. 293, s.305-306 (1949). Kararda esas itibariyle Standard'ın yapmış olduğu münhasırlık anlaşmaları değerlendirilmektedir. Ancak, yargıç münhasırlığın olumlu etkileri olabileceğini anlatmak maksadıyla bunu bağlama anlaşmaları ile karşılaştırma ihtiyacı duymuş ve böylelikle herhangi bir tartışmaya dayanmaksızın dosya ile doğrudan ilgisi olmamasına rağmen bağlama anlaşmalarına ilişkin verilen bu hüküm uzun yıllar boyunca bağlama anlaşmalarına ilişkin temel yaklaşımı şekillendirmiştir.

⁵⁴ *Times-Picayune Publishing Co. v. United States*, 345 U.S. 594 (1953)

⁵⁵ *Northern Pac. Ry. Co. v. United States*, 356 U.S. 1 (1958)

davada mahkeme bu uygulamanın tekelleşme teşebbüsünden ziyade maliyetleri düşürmeye yönelik bir uygulama olduğuna hükmetmiştir⁵⁶. Yine IBM'in ana bilgisayarlara sistem yedekleme araçlarını entegre etmesi, teknolojik olarak birbirlerine bağlı parçaların bir araya getirilmesi olarak değerlendirilerek hukuka uygun bulunmuştur⁵⁷. Bir başka davada ise diskler ile kafa motorlarının birbirlerine bağlanması yine aynı şekilde ihlal olarak kabul edilmemiş⁵⁸; bir diğerinde IBM'in merkezi işlemciler ile bazı çevre birimlerinin birbirlerine bağlanmasını sağlayan arayüzün tasarımında değişikliğe gitmesi (böylelikle işlemci ile çevre birimlerini bağlaması) rekabetin gerektiğinden fazla kısıtlanması olarak kabul edilmemiş⁵⁹, bir başka davada da IBM'in merkezi işlem birimine hafıza ve ekstra kontrol unsurları eklemesinin hukuka aykırı bir bağlama olduğuna dair iddia da reddedilmiştir⁶⁰. Aynı konuda açılan bir başka davada da mahkeme "mahkemelerin ürün tasarımlarına ilişkin karar verme konusunda doğru merciler olmadığı" yönünde karar vermiştir⁶¹.

Şu ana kadar değinilen kararlardan da anlaşılacağı üzere, klasik dönemde mahkemeler bağlama anlaşmalarının ardındaki temel motivasyonun pazar gücünün bağlanılan üründen bağlanan ürüne aktarılması kuramına dayanarak görece karmaşık bir mutlak yasak kuralını uygulamışlardır.

Bu çerçevede yapılan analizlerde üç temel unsur bulunmaktadır: (i) Piyasa gücü, (ii) aktarım mekanizması ve (iii) zorlama. Dolayısıyla şikayetçiden her üç unsuru da kanıtlaması beklenmiş ve davalının buna karşı iyi bir mazeretinin olmadığı durumlarda dava kolaylıkla kabul edilmiştir. Ancak mahkemeler zaman zaman "ürün bağlama anlaşmasını karşı tarafa kabul ettirmiş olmanın pazar gücüne delalet ettiği" gibi totolojik sonuçlara yol açabilecek değerlendirmeler yapmış⁶², aktarım mekanizmasının varlığı ve kullanımı herhangi bir iktisadi temele dayanmaksızın neredeyse dogmatik bir şekilde kabul edilmiş; bazı davalarda⁶³ bağlanan ürüne/hizmete ilişkin koşul ancak söz konusu ürünün ya da hizmetin piyasa koşullarında verilmesi ile sınırlı iken (ve karşı taraf piyasada bağlanan ürünü/hizmeti piyasada daha ucuza bulduğunda bundan yararlanmakta serbest iken) dahi teşebbüslerin "zorlama" yaptıkları kabul edilerek üç koşulu da sağladıklarına hükmedilmiştir.

⁵⁶ *California Computer Products Inc v. IBM*, 613 F.2d 727 (1979)

⁵⁷ *Innovation Data Processing, Inc. v. IBM*, 585 F. Supp. 1470, 1476 (1984)

⁵⁸ *ILC Peripherals Leasing Corp. v. IBM*, 448 F. Supp. 228 (N.D. Cal. 1978)

⁵⁹ *Memorex Corp. v. IBM*, 636 F.2d 1188 (9 th Cir. 1980)

⁶⁰ *Transamerica Computer Co. v. IBM*, 698 F.2d 1377 (9th Cir. 1983), cert. denied, 464 U.S. 955 (1983)

⁶¹ *Telex Corp. v. IBM*, 367 F. Supp. 258 (N.D. Okla. 1973)

⁶² Bkz. *Northern Pac. Ry. Co. v. United States*.

⁶³ Bkz. *International Salt Co. v. United States* ve *Northern Pac. Ry. Co. v. United States*.

Söz konusu davaların bir diğer önemli özelliği ise, “tekel gücünün aktarılması” kuramına dayanılmasına rağmen davaların Sherman Yasası’nın tekelleşmeye yönelik 2. maddesinden ziyade “ticareti sınırlayıcı anlaşmaların yasaklaması”na yönelik 1. maddesi çerçevesinde veya Clayton Yasası’nın dikey anlaşmalara yönelik 3. maddesi uyarınca gündeme gelmiş olmasıdır. Kısaca özetlemek gerekir ise, mahkemelerin bağlama uygulamalarına yaklaşımının bu dönemde genellikle çok katı olduğunu söylemek mümkündür.

Bu davaların istisnasını ise -ya da ürün bağlama anlaşmalarına ilişkin geçerli bir savunmayı- *Jerrold Electronics Davası*’nda⁶⁴ görmek mümkündür: Bu dava uyarınca, yeni bir pazara girmek amacıyla yapılan ürün bağlama uygulaması mahkeme tarafından makul bir sınırlama olarak görülmüştür.

Diğer yandan, zaman içinde sözleşme bazlı ürün bağlama anlaşmaları ile teknolojik bağlama (bir bütünü oluşturacak nitelikteki parçaların birbirine bağlanması) anlaşmaları arasında bir farklılık oluşmaya başlamış ve mahkemeler, özellikle son yıllardaki Microsoft davasına kadar teknolojik bağlama uygulamalarından uzak durma eğiliminde olmuştur.

- *Şikago Okulu’nun Etkileri: Mutlak İhlâl Kuralının Yumuşaması*

Şikago Okulu neredeyse karteller dışındaki tüm eylemlerin etkinlik yaratma amacına hizmet ettiğini ve bu nedenle mutlak olarak hukuka uygun sayılması gerektiği yönündeki iktisadi savları ile ABD antitröst uygulamasını büyük ölçüde etkilemiştir. Şikago Okulu’nun iktisat kuramı çerçevesindeki savları bir sonraki bölümde değerlendirilecek olmakla beraber bağlama anlaşmalarına ilişkin bu döneme denk gelen belli başlı mahkeme kararlarında öne çıkan hususlar aşağıda belirtilmiştir:

*Fortner II Davası*⁶⁵, US Steel’in arsa satın alıp imar edeceklere söz konusu arsalarda kendi ürettiği prefabrik evleri satın alması koşuluyla kredi kolaylığı sağlamasına ilişkindir. Mahkeme bu olayda kredileri bağlanan ürün, prefabrik evleri de bağlanan ürün olarak değerlendirmeye almış; ancak US Steel’in kredi piyasasında herhangi bir maliyet avantajının olmadığını ve piyasadaki konumunun bağlama uygulamasının ihlal sayılmasına yetecek derecede güçlü olmadığını dikkate alarak davayı reddetmiştir. Mahkeme ayrıca bağlama uygulamalarının değerlendirilmesi açısından -klasik doktrine uygun bir şekilde- iki yeni ölçüt daha getirerek mutlak ihlal yaklaşımının uygulama alanını daraltmaya çalışmıştır: Bunlardan ilki, bağlanan ürünün değişken miktarlarda piyasaya sunulmadığı ve bu nedenle uygulamanın fiyat ayrımcılığına imkan verecek şekilde kullanılamayacağı görüşüdür ki buradan bağlama anlaşmalarının

⁶⁴ *United States v. Jerrold Electronics Corp.*, 187 F. Supp. 545, 560

⁶⁵ *Fortner Enterprises, Inc v. United States Steel Corp.*, 394 U.S. 495, 513-514 (1969) [Fortner II]

fiyat ayrımcılığı ile birlikte değerlendirilmesi gerektiği sonucu çıkmaktadır. İkinci olarak da paketin piyasadaki fiyatı ile karşılaştırma yapılmaksızın bağlama uygulamasının ihlal olduğuna hükmetmek uygun olmayacaktır -ki bu da ihale karar vermeden önce tüketicilerin zarar gördüğünün ispatı anlamına gelmektedir. Dolayısıyla, bu dava ile birlikte doktrine “fiyat ayrımcılığı” ve “tüketici zararı”nın eklenmesi ile mutlak ihlal yaklaşımının uygulama alanı daraltılmış olmaktadır⁶⁶.

Jefferson Parish Davası'nda⁶⁷ ise bir hastanenin anestezi hizmetlerini ameliyat hizmetlerine bağlaması dava konusu olmuştur. Söz konusu dava, bağlama uygulamaların değerlendirilmesi açısından iki önemli unsurun daha analiz sürecine katılmasını sağlamıştır: Bunlardan ilki “*ayrı ürün*” unsurudur. Buna göre, bağımsız bir talebe veya kendi başına ticarete konu olabilen iki farklı ürün veya hizmet olmadığı müddetçe ürün bağlamadan söz edilemeyecektir. Söz konusu dava özelinde ise “anestezi hizmetleri” ile “ameliyat hizmetleri” iki ayrı ürün olduğuna hükmedilmiştir. İkinci unsur ise, piyasa gücünün tanımına veya derecesine ilişkindir: Mahkeme hastanenin ilgili yerel coğrafi pazardaki nüfusun yalnızca % 30'luk bir kısmına hizmet verdiği ve bu açıdan bakıldığında Jefferson Parish Hastanesi'nin piyasa gücüne sahip olmadığına, “*klasik doktrinin öngördüğü 'zorlama' şartının kabul edilmesi ve dolayısıyla bağlama anlaşmalarının ihlal olarak değerlendirilebilmesi için Sherman Yasası'nın 2. maddesinin uygulanmasını gerektirecek düzeyde bir piyasa gücüne ihtiyaç duyulduğuna*” hükmetmiştir. Bu açıdan bakıldığında, doktrinin *Standard Stations Davası*'nda ortaya konulan algılamadan çok daha farklı bir noktaya geldiğinden ve “mutlak ihlal” kavramının uygulanmasının “iki ayrı ürün” ve “önemli derecede piyasa gücü” koşullarıyla daha da sınırlandırıldığı görülmektedir. Buna rağmen ileride de değinileceği üzere *Jefferson Parish Davası* sonucunda getirilen test de eleştirilerin hedefi olmaktan kurtulamamıştır.

- *Şikago Sonrası Dönem: Haklı Sebep Kuralına Doğru*

Şikago sonrası dönemde gündeme gelen *Eastman Kodak Davası*'nda⁶⁸ fotokopi makineleri üreten ve aynı zamanda bunlar için yedek parça ve servis hizmetleri sağlayan Kodak'ın yedek parçaları Kodak'tan satın alınan servise bağlaması dava edilmiştir. İlk bakışta bu uygulama klasik bağlama uygulamalarına paralel olarak Kodak'ın servis hizmetlerini de tekelleştirme çabası olarak algılanabilecek iken Kodak'ın kendi yedek parçaları üzerinde tek el konumunda olmasına rağmen fotokopi makinesi piyasasının rekabetçi olması ve Kodak'ın

⁶⁶ Hylton ve Salinger 2001, 12

⁶⁷ *Jefferson Parish Hospital District No. 2 v. Hyde*, 466 U.S. 2, 12 (1984)

⁶⁸ *Eastman Kodak v. Image Technical Services*, 504 U.S. 451 (1992).

bu piyasada pazar gücüne sahip olmaması bu davayı diğerlerinden farklılaştırmaktadır.

Yüksek Mahkeme bu davada bilgi eksikliği, geçiş maliyetleri (*switching costs*) gibi piyasa aksaklıkları nedeniyle orijinal ekipman (fotokopi makineleri) piyasasındaki rekabetin satış sonrası hizmetlerde tekelleşme oluşmasını engelleme açısından yeterli olmayabileceği kanaatine ulaşmış ve Kodak'ın uygulamalarını hukuka aykırı bulmuştur. Dolayısıyla bu dava bir yandan bağlayıcı ürün piyasasındaki pazar gücü gereksinimini ortadan kaldırmak suretiyle Jefferson Parish Testinden ayrılmakta ve ihlâl olabilecek durumların kapsamını genişletmekte, bir yandan da *Jefferson Parish Davası*'nda ortay konulan “sınırlı mutlak ihlal kuralı” ve “iki ayrı ürün koşulu”nu onaylamaktadır.

Ancak, daha sonraki dönemlerde mahkemelerin hem *Jefferson Parish* hem *Eastman Kodak*'ı aynı anda dikkate aldığına emsal göstermekte zorlandığını ve *Eastman Kodak* ile getirilen ilkelerin sadece teşebbüslerin ürün satıldıktan sonra servis politikalarını değiştirmeleri ile sınırlı durumlarda uygulandığını; orijinal ürün piyasasında hakim durumda olmayan bir firmanın ürünü ile servis hizmetlerini birbirlerine bağlayacağını önceden belirtmesi durumunda Sherman Yasası uyarınca sorumlu tutulmadığını söylemek mümkündür⁶⁹.

ABD'deki uygulamalar açısından dönüm noktası oluşturan bir diğer kararlar ise Microsoft davalarıdır: Daha önceki IBM davalarında görüldüğü üzere, klasik bağlama doktrinin teknolojik bağlama uygulamaları açısından çok sınırlı bir şekilde ve genellikle de şikayet edilenlerin lehine uygulandığını ve mahkemelerin bu uygulamaları ihlal saymadığını söylemek mümkündür. Ancak Microsoft davaları ile teknolojik bağlama uygulamaları bir bakıma dokunulmazlıklarını yitirmişler, bu arada klasik doktrin de haklı sebep kuralına yaklaşmıştır.

Caldera Davası'nda⁷⁰ Microsoft'un Windows 95'i piyasaya sürmesi ile birlikte Windows'u MS-DOS'dan ayrı satmayı reddetmesi (Windows'u MS-DOS'a bağlaması) mahkeme tarafından klasik IBM davalarından ve teknolojik entegrasyondan farklı olarak değerlendirilmiş ve “iki ürünün bağlanması vasıtasıyla önemli oranda teknolojik gelişme sağlandığının

⁶⁹ HYLTON, K. N., ve M. SALINGER (2001), “Tying Law and Policy: A Decision-Theoretic Approach”, *Antitrust Law Journal* 69:469; s.13. Ayrıca bkz. *Metzler v. Bear Automotive Service Equipment Co.*, 19 F. Supp.2d 1345, 1357 (S.D. Fla. 1998); *Lee v. Life Ins. Co. of N. Am.*, 23 F.3d 14, 19 (1994); *Queen City Pizza, Inc. v. Domino's Pizza Inc.*, 124 F.3d 430, 440 (3d Cir. 1997).

⁷⁰ *Caldera, Inc. v. Microsoft Corp.*, 72 F. Supp.2d 1295 (D. Utah 1999).

kanıtlanamadığı durumlarda” bu uygulamaya izin verilmemesine hükmetmiştir. Bu açıdan bakıldığında Caldera Davası “bağlama uygulamasının bazı avantajlar getirdiğine dair makul gerekçeler” sunulduğu takdirde uygulamanın hukuki sayılacağını belirten *Microsoft II Davası*’ndan⁷¹ farklılaşmaktadır. *Caldera* ispat yükünün büyük çoğunluğunu davalıya bırakırken *Microsoft II* ispat yükünün neredeyse tamamını şikayetçiye bırakmakta, bir anlamda teknolojik bağlama anlaşmalarını fiilen mutlak olarak yasal (*per se legal*) hale getirmektedir⁷².

Microsoft III Davası’nın⁷³ konusu ise, Microsoft’un Internet Explorer’ı (IE) Windows İşletim Sistemine bağladığına yönelik iddialardır. Söz konusu iddialar 1997-2002 yılları arasında birçok ardıl karara konu olmuştur: Bu kararlarda gündeme gelen en önemli hususlardan birisi Windows 95 ile IE’nin ayrı ayrı ürünler olarak mı değerlendirilmesi gerektiği yoksa “bütünleşik bir ürün” olarak mı dikkate alınması gerektiğidir. Microsoft, “bütünleşik ürün”ü “*ayrı ayrı da kullanılabilen, ancak bir arada kullanıldıkları takdirde birbirini tamamlayan işlevlerden oluşan bir bütün*” olarak tanımlamış; Windows ile IE’nin işlevsel açıdan eksiklik yaratma riski olmadan birbirlerinden ayrılamayacağını, bu nedenle de iki farklı ürünün bağlamasından söz edilemeyeceğini savunmuştur⁷⁴. Tüm dava süreci boyunca da Microsoft, Internet Explorer yazılımı, uygulaması ya da ürünü yerine “Internet Explorer Teknolojileri” ifadesini kullanmıştır⁷⁵. Yargıç Jackson, ilk dosyada yukarıda yer verilen tartışmanın ayrıntılarına girmeksizin Microsoft’un işletim sistemini lisanslayanlara IE’yi de lisanslama zorunluluğu getiremeyeceğine ve bu yöndeki uygulamalarına son vermesine yönelik bir tedbir kararı vermiştir⁷⁶.

Bu karara karşı Microsoft’un başvurusunu değerlendiren Temyiz Mahkemesi ise “bütünleşik ürün”ü, “ayrı ayrı da pazarlanabilen nitelikteki farklı işlevleri bir araya getiren ve bu sayede işlevlerin kullanıcı tarafından ayrı ayrı satın alınıp birleştirilmesi durumunda ortaya çıkmayacak avantajları da sunan ürün”⁷⁷ olarak tanımlamış ve böylelikle davalı tarafından tüketiciler lehine makul bir avantaj yarattığının ortaya konulabildiği durumlarda “bir araya getirmenin (*combinaton*)” makul görülebileceğine; dava bazında da IE’nin

⁷¹ *United States v. Microsoft Corp.*, 147 F.3d 935 (D.C. Cir. 1998)

⁷² Hylton ve Salinger (2001) s.5.

⁷³ *United States v. Microsoft Corp.*, 87 F. Supp.2d 30 (D.D.C. 2000)

⁷⁴ *United States v. Microsoft Corp.*, 980 F. Supp. 537 (D.D.C. 1997), rev’d, 147 F.3d 935 (D.C. Cir. 1998). s.541

⁷⁵ CHIN, A. (2005), “Decoding Microsoft”, *Wake Forest Law Review*, Vol.40(1), s.36.

⁷⁶ *United States v. Microsoft Corp.*, 980 F. Supp. s.541.

⁷⁷ “*a product that combines functionalities (which may also be marketed separately and operated together) in a way that offers advantages unavailable if the functionalities are bought separately and combined by the purchaser.*” *United States v. Microsoft Corp.*, 147 F.3d 948 (D.C. Cir. 1998).

Windows 95 ile sağlanan grafik arayüzünü kullandığı, IE kodlarının ise İnternete erişmenin yanı sıra Windows açısından önemli işlevler üstlendiğini ve aynı kodları paylaşmaları nedeniyle iki farklı üründen bahsedilemeyeceğine hükmetmiştir⁷⁸. Dolayısıyla karar bozularak dava alt mahkemeye gönderilmiş, bu arada da Microsoft, kısmen bu sonuçlardan da yararlanarak Windows 98'i IE ile birlikte piyasaya sürmüştür.

Bunun hemen ardından ABD Adalet Bakanlığı ile 20 Eyalet Microsoft aleyhine muhtelif davalar açmış; bu davalarda toplam altı konuda Microsoft aleyhine suçlamalarda bulunulmuştur⁷⁹. IE'yi Windows'a bağlanması da bu suçlamalar arasında yer almaktadır. Söz konusu davaların hepsi bir araya getirilerek tek bir dava olarak görülmüş, verilen ara kararda "PC işletim sistemlerindeki tekel gücünün İnternet tarayıcıları piyasasını tekelleştirmek amacıyla kullanılması"na yönelik "aktarım/kaldıraç" iddiaları yargıç tarafından tek tekeli kâr kuramı çerçevesinde reddedilmekle birlikte⁸⁰, ürün bağlama iddiaları açısından dava devam etmiştir. Dava sonucunda mahkeme *Jefferson Parish Testi*'ni uygulamış ve (i) yazılım sağlayıcıların işletim sistemleri ve internet tarayıcılarını ayrı ayrı üretip satmasını olanaklı kılabilecek yeterli talebin bulunduğunu dikkate alarak, Windows İşletim Sistemi ile IE'nin ayrı ürünler olduğuna (ii) Microsoft'un Windows lisanslayanları IE'yi de lisanslamaya zorladığına, (iii) Microsoft'un PC işletim sistemi pazarındaki gücü sayesinde bu tür bir zorlama yapma imkanına sahip olduğuna, (iv) Microsoft'un IE'yi Windows'tan ayrı olarak sunmaması nedeniyle internet tarayıcıları piyasasını kapatmaya muvaffak olabileceğine ve bu bağlamda rakibi Netscape'i büyük oranda zarara uğrattığına ve Windows ile IE'nin ayrılması gerektiğine karar vermiştir⁸¹.

Bu karar karşı yapılan temyiz başvurusunda ise Temyiz Mahkemesi, (i) Microsoft'un eylemlerine ilişkin tespitleri kabul etmiş⁸², ancak; (ii) *Jefferson Parish* testinin özellikle yeni teknolojileri içeren piyasalardaki ürün bağlama

⁷⁸ *United States v. Microsoft Corp.*, 147 F.3d 949-951.

⁷⁹ Söz konusu suçlamalar özetle şunlardır: (i) Windows 95 ve 98'in lisanslanması sürecinde OEM'lere işletim sistemi ile birlikte İnternet Explorer'ın da lisanslanması ve dağıtılması koşulunun getirilmesi; (ii) İnternet servis sağlayıcıları ile internet üzerinden içerik sağlayıcıları ile münhasırlık anlaşmaları yaparak rakip internet tarayıcıları aleyhine piyasanın kapatılması; (iii) bilgisayar üreticilerinin işletim sistemi sıralamasını değiştirmesini ve masaüstünü özelleştirmesini engellemesi; (iv) PC işletim sistemi pazarındaki tekelin korunmasını sağlamaya yönelik eylemler; (v) İnternet tarayıcıları piyasasını tekelleştirme; (vi) PC işletim sistemlerindeki tekel gücünün İnternet tarayıcıları piyasasını tekelleştirmek amacıyla kullanılması.

⁸⁰ *United States v. Microsoft Corp.*, No. CIV.A. 98-1232, 1998 WL 614485, at *27 (D.D.C. Sept. 14, 1998).

⁸¹ *United States v. Microsoft Corp.*, 87 F. Supp. 2d s. 50 vd.

⁸² *United States v. Microsoft Corp.*, 253 F.3d s. 84-85

eylemleri sonucunda ortaya çıkabilecek olası etkinlik kazanımlarını değerlendirme açısından yetersiz olduğunu, bu nedenle bu alanda uygulanamayacağı⁸³, (iii) söz konusu davanın bağlanan ürünün hem fiziksel hem de teknolojik olarak bağlayıcı ürüne bağlanması ve bu işlemin kullanıcılar ve tamamlayıcı ürün üretenler açısından artı değer yaratması nedeniyle klasik ürün bağlama davalarından farklılaştığını ve bu tür bir davada mutlak ihlal yaklaşımının kullanılmasının “ürün geliştirmenin kolay kestirilebilecek doğrusal bir rota izlemediği dinamik piyasalarda ortaya çıkabilecek etkinlikleri göz ardı etme riski taşıdığını”⁸⁴ belirterek, dosyayı *haklı sebep kuralı çerçevesinde yeniden incelenmesi* amacıyla alt mahkemeye iade etmiştir. Davanın yeniden görülmesi sürecinde ise eyaletler uzlaşma yolunun tercih etmişler; mahkeme eyaletlerin IE kodlarının Windows’tan kaldırılması talebini kabul edildiği takdirde mahkemenin ürün tasarımına karışmış olacağı gerekçesiyle reddetmiş ve kullanıcıların IE’yi sistemden kaldırabilmesine yönelik bir ekle/kaldır düğmesinin yeterli olacağını belirtmiş, tarayıcı ile ilgili kodların açıklanmasına yönelik talepleri fikri mülkiyet haklarının çiğnenmesi olarak değerlendirerek reddetmiştir⁸⁵. İki eyalet, söz konusu kararın yeterli yaptırımlar içermediğini öne sürerek davayı tekrar temyiz sürecine taşımış, Temyiz Mahkemesi bu kez alt mahkemenin emrettiği yaptırımların yeterli olduğuna hükmederek kararı bütün olarak onamıştır⁸⁶.

Dolayısıyla söz konusu dava bağlama ve paketleme uygulamalarında haklı sebep kuralının dikkate alınmasını zorunlu kılan ilk karar olması açısından önceki tüm kararlardan ayrılmakta ve yeni bir dönemin başlangıcına işaret etmektedir.

Kararı değerlendiren Whinston, toplumsal refahı korumanın Netscape’i korumaktan farklı olması gerektiğini, Microsoft’un kısa dönemde daha az etkin olan rakibini dışlayacakmış gibi görünen kararının uzun dönemde toplumsal refah üzerindeki etkilerinin kestirilemeyeceğini, diğer yandan iktisadi analiz kesin cevaplar vermediği durumlarda bile mahkemelerin mevcut iktisadi birikimden yararlanarak bir karara varması gerektiğini, bu kararın da özellikle bağlama anlaşmalarının uzun dönemde toplumsal refah üzerindeki etkileri konusundaki bilgimizin ne kadar sınırlı olduğunu göstermesi bakımından önem taşıdığını belirtmiştir⁸⁷.

⁸³ *United States v. Microsoft*, 253 F.3d s.87.

⁸⁴ *United States v. Microsoft*, 253 F.3d s.94.

⁸⁵ *New York v. Microsoft Corp.*, 224 F. Supp. 2d 76, 192 (D.D.C. 2002).

⁸⁶ *Massachusetts v. Microsoft Corp.*, 373 F.3d at 1204.

⁸⁷ WHINSTON, M. D. (2001), “Exclusivity and Tying in U.S. v. Microsoft: What We Know, and Don't Know”, *The Journal of Economic Perspectives* 15, no. 2 (Spring): 63-80.

Diğer yandan Chin, söz konusu Microsoft Davalarında gündeme gelen bağlama iddialarının, kısmen Microsoft'un yönlendirmesi, kısmen de mahkemelerin alternatif seçenekleri değerlendirmede yetersiz kalmaları nedeniyle kod ekleme/çıkarma ve ürün bütünlüğünü tehlikeye düşürme, ürün tasarımına müdahale gibi algılandığını, bunun sonucunda yazılım ürünlerinin yalnızca kodlardan ibaret olduğuna yönelik bir algılama ve doktrin oluştuğunu, halbuki Microsoft'un bilgisayar üreticilerine Windows ile IE'yi ayrı disklerde sunduğu, ancak bunları bir arada yükleme koşulunu getirdiği, diğer İnternet tarayıcılarının işletim sistemlerine sorunsuzca yüklenip kaldırılabilirdiği ve bunlara ayrı bir talep bulunduğu, işletim sistemleri ile tarayıcıların birlikte üretilmelerinin (kodlanmalarının) zorunlu olmadığı dikkate alındığında, ortada iki ayrı ürünün bulunduğu ve bu bağlamda *Jefferson Parish Testi*'nden ayrılmaya ve en azından bu dava özelinde haklı sebep kuralını uygulamaya gerek olmadığı görüşündedir⁸⁸.

Posner ise bu olayı açıklamak amacıyla "kırılğan tekelleştirme" kavramını öne sürerek, Microsoft'un işletim sistemlerinden bağımsız olarak görev yapabilen bir tarayıcının (*Netscape*) üzerine yapılacak eklentilerle ve yeni yazılımlarla Windows'a rakip olabilecek bir işletim sisteminin çekirdeğini oluşturabileceğinden endişe duyduğunu ve bağlama eylemi ile münhasırlık eyleminin bu çerçevede değerlendirilmesi gerektiğini savunmuştur⁸⁹.

Ancak, kararın Temyiz Mahkemesi tarafından alındığı ve hukuken yalnızca bir Bölge Mahkemesini bağladığı; bunun yanı sıra karar metninde muhakeme uygulamasının yalnızca "yazılım platformları piyasalarındaki ürün entegrasyonları" ile sınırlı tutulduğu dikkate alındığında *Jefferson Parish* testinin hâlâ ürün bağlama ve paketleme uygulamalarına ilişkin genel yaklaşımı temsil ettiğini söylemek mümkündür⁹⁰.

3.2. AB Uygulaması

Ürün bağlama ve paketleme anlaşmaları açısından Avrupa Birliği rekabet hukuku uygulamalarının ABD'deki kadar zengin olduğunu söylemek güçtür. Tetrapak ve *Hilti* bu alandaki klasik davaları oluştururken *GE/Honeywell* ve *Microsoft* davaları son dönemdeki yaklaşımı göstermesi açısından önemlidir:

Hilti Davası'nda bağımsız çivi üreticileri olan Eurofix ve Bauco Hilti'nin çivilerin satışını kartuşların satışına bağlamak suretiyle piyasadaki

⁸⁸ Chin 2005, s.78-82; 101-111.

⁸⁹ POSNER, R. A. (2005), "Keynote Address: Vertical Restrictions and 'Fragile' Monopoly", *The Antitrust Bulletin*, 50(3), pp. 499-509.

⁹⁰ Ahlborn, Evans ve Padilla 2004, s.18.

rekabeti kısıtladığını ve AT Anlaşmasının 102. maddesini⁹¹ ihlal ettiğini iddia etmiştir. AB Komisyonu yaptığı incelemeler sonucunda çivi tabancaları alanındaki pazar payını dikkate alarak Hilti'nin hakim durumda olduğu sonucuna ulaşmıştır. Hilti aynı zamanda sahip olduğu patentler nedeniyle de kartuş piyasasında da hakim durumda bulunmuştur. Piyasada Hilti'nin ürettiği tabancalarda kullanılacak nitelikte kartuş ve çivi üretenler olsa dahi Hilti'nin bu alandaki önemli derecede pazar payına sahip olduğu, Hilti'nin çivi satışlarını kartuş satışlarına bağladığı ve gerekli miktarda çivi satın almayanlara kartuş satmayı reddettiği, bazı durumlarda da Hilti'nin Hilti kartuşu alan ancak Hilti çivisi satın almayanların indirim oranlarını azalttığı ve bu eylemleri nedeniyle AT Anlaşması'nın 102. maddesini ihlal ettiği sonucuna ulaşmıştır⁹². Söz konusu karar İlk Derece Mahkemesi tarafından da onaylanmıştır⁹³.

Nalebuff ve Majerus⁹⁴, Hilti'nin uygulamalarının tam da Şikago Okulu'nun belirttiği örneklere denk düştüğünü ve iktisadi açıdan analiz edildiğinde Hilti'nin uygulamalarının rekabet hukuku açısından herhangi bir engel teşkil etmeyeceğini savunmaktadır: Çünkü, pazarın doğru tanımlandığı ve Hilti'nin hakim durumda olduğu kabul edilse bile; Hilti'nin bağlama olmaksızın da patent hakkına sahip olduğu kartuşları zaten tekeli fiyatla satabileceği, ancak Hilti'nin çivileri kartuşlara bağladığı ve bunun sabit oranlı olduğu dikkate alındığında -tek tekeli kâr kuramı uyarınca- Hilti'nin bu işlem sonucunda ekstra tekeli kâr elde etmesinin mümkün olmadığı görülecektir. Anılan yazarlar ayrıca, piyasaya girişte ölçek ekonomilerinin önemli bir rol oynamadığı göz önüne alındığında, rakiplerin minimum ölçekten mahrum bırakılarak dışlanması da söz konusu olamayacağına ve bu nedenlerle Hilti'nin ürün güvenliği savının kabul edilmesi gerektiğini belirtmektedir.

*Tetra Pak II Davası*⁹⁵, süt ve süt ürünlerini paketlemede kullanılan kartonların ve dolun teçhizatının satışında yıkıcı fiyat uygulanması ve ürün bağlama anlaşmaları suretiyle hakim durumun kötüye kullanılmasına ilişkindir. İlgili olayda AB Komisyonu; (a) UHT işleminden⁹⁶ geçirilen içeceklerin paketlenmesi amacıyla kartonların sterilize edilmesi ve dolun işleminin yapılması amacıyla kullanılan makinelerle ilişkin pazar, (b) buna karşılık gelen

⁹¹ Kararın alındığı tarih itibarıyla AT Anlaşması'nın 86. Maddesi.

⁹² AB Komisyonu Kararı (22.12.1987), *Eurofix-Bauco v Hilti*, OJ 1988 L 65.

⁹³ *Hilti AG v Commission*, Case C-53/92 P., 02.03.1994

⁹⁴ Nalebuff ve Majerus 2003, s.19-21.

⁹⁵ AB Komisyonu Kararı (24.07.1991), *Tetra Pak II*, OJ 1992 L 72.

⁹⁶ UHT (*ultra high temperature*) teknolojisi sütün özel bir işlemle 135-150 santigrat derecede 2-4 saniye tutulmak suretiyle sütün bozulmasına neden olan ve hastalık yapan etkenlerden arındırılmasını müteakip steril (aseptik) kutulara doldurulması işlemidir. Bu sayede bir yandan sütün besin değerinin korunması bir yandan da herhangi bir katkı maddesi olmaksızın sütün dört aya kadar oda sıcaklığında muhafaza edilebilmesi sağlanmış olmaktadır.

aseptik ambalaj kartonları, (c) taze içeceklerin aseptik olmayan karton ambalajlarda paketlenmesini sağlayan makinelere ilişkin ayrı bir pazar, (d) aseptik olmayan karton pazarı olmak üzere dört ayrı ürün pazarı tespit etmiştir. Tetra Pak'ın ilgili ürün pazarının içecekleri paketlemek amacıyla kullanılan tüm ambalajlama çeşitlerinden oluşması gerektiğini savunmasına rağmen Komisyon cam şişelerin plastik şişelerin, diğer plastik ambalajların, tenekelerin, aseptik kartonların ve aseptik olmayan kartonların her birinin ayrı bir pazar olduğuna karar vermiştir. Komisyon ayrıca Tetra Pak'ın aseptik paketlenme ve dolum makineleri piyasasındaki pazar payının % 90-95 oranında olduğu ve piyasaya giriş engellerinin yüksek olduğu gerekçesiyle Tetra Pak'ın hakim durumda olduğuna hükmetmiş; aseptik olmayan paketlenme alanında ise Tetra Pak'ın pazar payının % 45-50 civarında olduğunu belirtmekle yetinerek hakim durum analizi yapmaya gerek görmemiştir⁹⁷.

Tetra Pak'ın eylemleri, a) fiyat ayrımcılığı amacıyla ölçümleme, b) tamamlayıcı ürünlere ilişkin piyasada rekabetin kısıtlanması ve c) potansiyel rakiplerin piyasaya girişinin engellenmesi gibi ürün bağlama ve paketlenme anlaşmalarının rekabet üzerindeki olumsuz etkilerine ilişkin birçok örneği kapsamaktadır: Tetra Pak kendi makinelerinde kendi kartonlarının kullanımını zorunlu kılmış; kendisi tarafından sağlanılmayan kartonların kullanımını önlemek amacıyla da satış sözleşmesine makineleri yerinde inceleme hakkına dair hüküm koymuş ve bu suretle makineyi kullanan teşebbüslerin büyüklüğü ve potansiyel kullanım hakkında da fikir sahibi olmuştur. Makinelerin bakım ve onarımını da yine kendisinin yapması nedeniyle makinenin kullanım oranı ile kullanılan karton miktarı arasındaki paralelliği ölçme imkanına sahip olmuştur. Ayrıca, makinelerin Tetra Pak'ın izni olmaksızın yeniden satışını da yasaklayarak bu koşulların ikinci el olarak makineyi satın alanlar için de geçerli olmasını sağlamıştır. Bunun yanı sıra farklı ülkelerde UHT süt talebinin - dolayısıyla da müşterilerin ürüne atfettikleri değerin farklılaştığını- dikkate alan Tetra Pak, tüm Avrupa'da tek tip fiyat uygulamanın etkin bir fiyat ayrımcılığı olmayacağına kanaat getirerek farklı ülkelerde kartonlar için farklı fiyat uygulamış ve söz konusu kartonların bu ülkelerdeki yetkili satıcılardan alınmasını şart koşmuştur. Sonuçta kartonların makinelere bağlanması ve ülkeler arasında da fiyat ayrımcılığı yapması suretiyle Tetra Pak neredeyse tüm tüketici rantına el koyabildiğini söylemek mümkündür⁹⁸.

⁹⁷ Komisyon'un bu alanda Tetra Pak'ın hakim durumda olup olmadığını belirtmeksizin kötüye kullanmaya hükmetmesi İlk Derece Mahkemesi nezdinde itiraza konu olmuş; ancak İDM pazarların "yakından bağlantılı olduğu" durumlara buna gerek olmayabileceğini belirtmiştir. (*Tetra Pak International SA v Commission of the European Communities, Case T-83/91, 06.10.1994*)

⁹⁸ Nalebuff ve Majerus 2003, s.12-14

Bunların yanı sıra piyasaya yeni giriş olasılığından endişelenen Tetra Pak, anlaşma sürelerini farklılaştırarak potansiyel rakibin belirli zaman diliminde piyasanın ancak küçük bir kısmına erişme imkanı tanımış; ayrıca tıpkı ABD'deki *Eastman Kodak Davası*'nda olduğu gibi yedek parça ve servis hizmetlerini de makineye bağlayarak bağımsız yedek parça üreticilerinin ve servis sağlayıcılarının piyasaya girmesi -dolayısıyla olası bir rakibin giriş maliyetlerini azaltması- engellenmiştir. Ayrıca, kartonların da makineye bağlanması nedeniyle rakip makinelerin kullanabileceği kartonların üretimine ilişkin piyasanın da büyümesi engellenmiş ve bu sayede rakibin her iki piyasaya birden girmesi zorunlu kılınmıştır. Dava sürecinde Tetra Pak'ın şikayete konu bir diğer uygulaması da yıkıcı fiyatlamaya ilişkindir ve Tetra Pak aseptik kartonları maliyetinin altında bir fiyatla satmakla suçlanmıştır -ki bu da rakiplerin aseptik karton piyasasına girmekten caydırmayı amaçlamaktadır.

Tüm bu uygulamaları değerlendiren Komisyon, Tetra Pak'ın makinelerde kendi kartonunun kullanmasını zorunlu tutmasını engellemiş, indirimlerin yalnızca ürünün satış hacmine bağlı olarak yapılabileceğini ve başka ürünün (aseptik olmayan karton) satın alınmasına bağlı olamayacağına ve Tetra Pak'ın "ekonomik olmayan" fiyatlar uygulayamayacağına karar vermiştir.

Avrupa Komisyonu'nun aldığı *GE/Honeywell Kararı*⁹⁹ ise, ürün bağlama ve paketleme uygulamaları açısından önceki kararlardan iki önemli farkla ayrılmaktadır: İlk fark, bağlama uygulamalarının hakim durumun kötüye kullanılması kapsamında değil de bir birleşme dosyasında gündeme gelmiş olmasıdır. İkinci fark ise, hakim durumu kötüye kullanma eyleminden bağımsız olarak işlem sonrasında ürünlerin paket halinde satışının yaratacağı etkinliğin rakipleri dışlama ihtimalinden endişe edilmesidir!

General Electric ile Honeywell arasındaki birleşme işlemine izin vermeyen Komisyon, kararına ilişkin olarak aşağıdaki sistematiği gerekçe olarak göstermiştir:

1. Büyük ticari uçak motorları konusunda GE hakim durumdadır ve Honeywell de bu tür uçakların elektronik sistemleri (*avionics*) konusunda "lider konumda" bulunmaktadır.
2. Birleşme işlemine izin verildiği takdirde, bu durum yeni firmaya anılan tamamlayıcı ürünleri paket halinde satma olanağı sağlayacak, bu tür bir paketleme stratejisinin yol açacağı indirimler rekabet imkanı tanımayacak derecede rakipleri dezavantajlı konuma getirecektir.

⁹⁹ AB Komisyonu Kararı (Case No COMP/M.2220) *General Electric/Honeywell*, OJ L 395, 30.12.1989.

3. Dezavantajlı konuma gelen rakipler piyasadan çıkması GE'nin hakim durumunu güçlendirecektir.

Özetle, “rakiplerin işlem sonrasında oluşacak şirketin uygulayabileceği paketleme stratejisine cevap verecek ürünlere sahip olmaması nedeniyle işlemin piyasayı kapatma ile sonuçlanacağı” kanaatine ulaşılmıştır¹⁰⁰.

Rekabet hukukunda genellikle birleşme sonrasında fiyatların artmasından endişe edilir iken, bu davada fiyatların düşeceğinden endişe edilmesi genel yaklaşımdan farklılık arz etmektedir. Diğer yandan, söz konusu fiyat düşüşünün maliyet avantajlarından mı kaynaklanacağı yoksa fiyatlama stratejilerinden mi kaynaklanacağını doğru şekilde tespit edilmesi önemlidir; çünkü ilk durumda rekabet hukukunu ihlal eden bir durum söz konusu değil iken ikinci durumda rekabeti engelleyici nitelikte bulunabilir. Ancak, söz konusu olayda Komisyon'un bu tür bir ayrıma gitmediği görülmektedir. Aynı şekilde Komisyon işlem sonrasında oluşacak firmanın hakim duruma geleceğini ya da hakimiyetini güçlendireceğini kanıtlamaktansa bu durumun kuramsal olarak mümkün olduğunu açıklamaya çalışmakla yetinmiştir. Nitekim, kararı çeşitli ekonomik modeller çerçevesinde analiz eden Nalebuff ve Majerus da Komisyon'un işlemi yasaklamak için kullandığı ürün bağlama ve paket satış olasılığına dayanan modellerin hatalı olduğunu savunmaktadır¹⁰¹.

AB Komisyonu'nun ürün bağlama ve paketleme uygulamaları konusunda aldığı bir diğer karar ise *Microsoft Kararı*'dir¹⁰². 1998 yılında Sun Microsystems'in, Windows işletim sistemi ile uyumlu programlar yazılmasını sağlayacak kodları vermediği gerekçesi ile Microsoft'u şikayet etmesi ile başlayan süreçte AB Komisyonu incelemeyi Microsoft'un Windows Media Player (bundan sonra “WMP” olarak anılacaktır) adlı ürününü Windows işletim sistemine bağlamasını da içerecek şekilde genişletmiştir. Komisyon;

- Sunucu işletim sistemi ara yüzüne erişim imkanı vermemesi nedeniyle Microsoft'un hakim durumunu kötüye kullandığına ve gerekli bilgiyi 120 gün içinde ve makul koşullarda rakiplerine açıklamasına;
- Windows Media Player ürününü Windows İşletim Sistemi'ne bağlamak suretiyle de Microsoft'un hakim durumunu kötüye kullandığına ve 90 gün içinde Windows'un Media Player içermeyen bir sürümünü satışa sunmasına karar vermiştir.

¹⁰⁰ *General Electric/Honeywell*, para. 355

¹⁰¹ Nalebuff ve Majerus 2003, s.19-21

¹⁰² AB Komisyonu Kararı (Case COMP/C-3/37.792) – *Microsoft* OJ L 32, 6.2.2007.

Komisyon, bağlama ve paketleme uygulamalarının hakim durumun kötüye kullanılması sayılabilmesi için (i) bağlanan ve bağlayıcı ürünlerin ayrı ürünler olması; (ii) teşebbüsün bağlayıcı ürün piyasasında hakim durumda bulunması, (iii) teşebbüsün müşterilerine bağlayıcı ürünü bağlanan ürün olmaksızın sağlamaması, (iv) bağlama uygulamasının piyasayı kapatması koşullarını karşılaması gerektiğini belirtmiştir¹⁰³.

Yapılan incelemeler sonucunda, Microsoft'un WMP kodunu Windows ile entegre etmesi, donanım üreticileri ile Windows ile birlikte WMP'nin de öntanımlı olarak yüklenmesi koşuluna dayanan anlaşmalar yapması, kullanıcıların WMP'i sistemden kaldırma imkanına sahip olmaması gibi unsurlar dikkate alınarak, olayın yalnızca tüketici tercihlerinin kısıtlanmasından ibaret olmadığı, bu uygulamanın medya oynatıcılar için içerik üretenleri WMP uyumlu içerik üretmeye yönlendireceği, rakip medya oynatıcısı geliştiricilerini rekabette dezavantajlı konumda bırakacağı ve nihai tahlilde piyasayı rakip geliştiricilere kapatacağı sonucuna ulaşılmış¹⁰⁴ ve Microsoft'un hakim durumunu kötüye kullandığına karar verilmiştir.

Söz konusu kararı değerlendiren Evans ve Padilla¹⁰⁵ Komisyon'un WMP ile işletim sistemlerinin iki ayrı ürün olduğuna karar verir iken medya oynatıcısı olmayan işletim sistemleri için ayrı herhangi bir talebin olup olmadığını araştırmadığını ve bunun büyük bir eksiklik olduğunu savunmaktadır: Çünkü, bütün ticari işletim sistemlerinin bir şekilde medya oynatıcısı ile birlikte geldiği dikkate alındığında bu tür bir talebin olup olmayacağını bilmeksizin Komisyon böyle bir alternatif sunulmamasının olağan, rekabetçi bir ticari faaliyete mi yoksa piyasayı kapatma eylemine işaret ettiğini ayırt edemeyecektir. Yazarlar ayrıca ABD mahkemelerinin bu tür durumlarda mümkün olduğunca az müdahaleyi benimserken Komisyon'un ürün bağlama ve paketleme doktrinini gerektiğinden de katı uyguladığını düşünmektedir.

Bu olaydan sonra Microsoft'un Internet Explorer'ı Windows'a bağlaması da inceleme konusu olmuş; ancak bu inceleme Microsoft'un Mart 2010 itibarıyla işletim sisteminin kurulması veya güncellenmesi esnasında kullanıcılara 12 farklı tarayıcı seçeneği sunacağını taahhüt etmesi ile sonuçlanmıştır¹⁰⁶.

¹⁰³ *Microsoft para.794*

¹⁰⁴ *Microsoft para.825-34; para. 980-82*

¹⁰⁵ PADILLA, A. J. and D. S. EVANS, "Tying Under Article 82 EC and the Microsoft Decision: A Comment on Dolmans and Graf.". *World Competition: Law and Economics Review*, 2005. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=596663>

¹⁰⁶ Bkz. http://ec.europa.eu/competition/consumers/web_browsers_choice_en.html (10.04.2010)

Yukarıda değinilen savalara paralel olarak AB Komisyonu 102. (82.) maddenin uygulama ilkelerini belirlemek amacıyla bir çalışma başlatmış ve Aralık 2005’de bir *Tartışma Metni*¹⁰⁷ yayınlanmıştır. Söz konusu metinde bağlama ve paketleme anlaşmalarının AT Anlaşması’nın 82. maddesi bağlamında ne şekilde değerlendirilmesi gerektiğine dair öneriler yer almakta ve “hakim durum”, “farklı ürünler”, “piyasayı kapama etkisi” ve “objektif gerekçeler ile etkinlikler” başlıkları altında öneriler yer almaktadır. Papandropoulos¹⁰⁸ söz konusu belgeye ilişkin şu değerlendirmelerde bulunmaktadır:

- Komisyon bu duyuru ile paketleme ve bağlama uygulamalarının rekabetçi etkilerinin de olduğunu kabul etmekte, şu ana kadar uygulanmakta olan “mutlak ihlal” benzeri yaklaşımından vazgeçmektedir. Hatta, hakim durumda olan teşebbüslerin yaptıkları bağlama uygulamalarının da etkinlik yaratabileceğini belirten Komisyon, bu açıdan *GE/Honeywell Kararının* da ötesine geçmiş sayılabilir.
- Hakim durumda bulunma koşulunun net olarak ortaya konulması; Komisyon’un rakiplerin bir teşebbüsün paketleme uygulamasına cevap vermesini ve bu vesileyle fiyatların düşebileceğini öngörmesi ilerleme olarak değerlendirilebilir. Ancak, söz konusu fiyat düşmesinin aynı zamanda yıkıcı fiyat ile de ilişkilendirilebileceğini belirten Komisyon’un bunu ne şekilde değerlendireceği hâlen meçhuldür.
- Komisyon’un bağlama uygulamasının “piyasayı kapatma, fiyat ayrımcılığı ve yüksek fiyatlar gibi rekabete aykırı sonuçlar doğurabileceğini” belirtmesi talihsizlik olarak algılanabilir; çünkü yüksek fiyat uygulamak amacıyla bağlama yapılması olasılığı gerçekçi değildir ve fiyat ayrımcılığının olası refah etkileri gözetilmeksizin otomatikman rekabete aykırı sayılması yanlıştır.
- Komisyon Cournot etkisi sayesinde fiyatlama etkinliğinin artabileceği veya bağlama uygulamalarında ürünün niteliğinin (tamamlayıcı ürün, bağımsız ürün vb.) de dikkate alınması gerektiği konularında sessiz kalmaktadır.

Söz konusu çalışma metnini müteakip yayınlanan “82. Maddenin Uygulanması’na İlişkin Komisyon Duyurusu”nda¹⁰⁹ eleştirilere yol açan

¹⁰⁷ “DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses,” Brussels, Aralık 2005.

¹⁰⁸ PAPANROPOULOS, P. (2006) “Article 82: Tying and bundling”, *Competition Law Insight*.

¹⁰⁹ *Communication from the Commission - Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings* - (2009/C 45/02) 24/02/2009

hususlarının bir kısmı metinden çıkarılmakla beraber herhangi bir iyileştirmeye yer verilmediği; yüksek fiyatlar uygulama amacıyla bağlama uygulaması yapılmasının mümkün olduğu, Cournot etkisinin göz ardı edildiği gibi eleştiri konusu hususlardaki belirsizliğin devam ettiğini söylemek mümkündür.

3.3. Türkiye Uygulaması

Türk rekabet hukuku kaynağı AB Antlaşması'ndan almakta olup 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4, 5 ve 6. maddeleri sırasıyla AB Anlaşması'nın 101(1 ve 2), 101(3) ve 102. maddelerine paraleldir. Bu bağlamda, ürün bağlama anlaşmaları tıpkı AB örneğinde olduğu gibi Kanun'un 4. maddesinin (f) ve 6. maddesinin (c) bendinde ihlallere örnek olarak belirtilmiştir. Bu çalışmanın kapsamında yalnızca 6. madde kapsamındaki olaylar değerlendirmeye alınmıştır¹¹⁰.

On üç yıllık uygulamaya bakıldığında, bağlama ve paket satılara ilişkin olarak Rekabet Kurulu'nun önüne gelen şikayetlerden pek azının ihlâl olarak değerlendirildiğini söylemek mümkündür. Söz konusu kararlar ait oldukları sektörler bazında gruplanarak şu şekilde değerlendirilebilir:

Bankacılık, Sigorta ve Finans Alanına İlişkin Bağlama Uygulamaları

Kurul tarafından alınan kararların büyük çoğunluğunu "banka sigortacılığı" da olarak adlandırılan ve bankaların verdikleri krediyi belirli bir acenteden sigorta yapılması şartına bağladıkları uygulamalardır¹¹¹. 1999-2009 dönemini kapsayan kararlarda -bir istisna hariç olmak üzere¹¹²- bağlama uygulamaları 4054 sayılı

¹¹⁰ Bağlama uygulamasının Rekabet Kurulu tarafından 4. madde kapsamında değerlendirildiği iki uygulama vardır: Bunların ilkinin konusu bir liman işletmecisinin limana yanaşmak isteyen gemileri kendi tayin ettiği bir acente ile anlaşmak zorunda bırakmasıdır. Bu olayda, liman hizmetlerinin acentelik hizmetlerine bağlanması 4. maddenin ihlali olarak değerlendirilmiştir. (16.5.2002 tarih ve 02-29/339-139 sayılı Rekabet Kurulu Kararı). İkinci olayda ise Doğan Dağıtım Satış ve Pazarlama A.Ş. (Doğan Dağıtım)'nin bölge müdürlükleri tarafından başbayilere gazete ekleri dışında satmaları için zorunlu olarak medya dışı ürün adı altında ürün gönderdikleri ve söz konusu ürünleri satmak istemeyen bayilere gazete ve dergi vermediklerine dair şikayet üzerine yapılan inceleme sonucunda; söz konusu eylemin Kanun'un 4. maddesinin (f) bendi bağlamında bağlama anlaşması olarak değerlendirilebileceği kanaatiyle "*Doğan Dağıtım Satış ve Pazarlama ve Matbaacılık A.Ş.'nin doğrudan ve dolaylı olarak, medya ürünlerinin satışını medya dış ürünlerin satın alınmasına bağlama anlamına gelebilecek her türlü eylemine son vermesine*" hükmedilmiştir (4.12.2008 tarih ve 08-69/1122-438 sayılı Rekabet Kurulu Kararı.).

¹¹¹ Bkz. 20.5.1999 tarih, 99-24/211-124 sayılı; 6.7.2004 tarih, 04-45/574-138 sayılı; 13.12.2007 tarih, 07/90/1157-450 sayılı; 24.4.2008 tarih 08-30/376-126 sayılı; 20.5.2009 tarih 09-23/492-118 sayılı; 5.8.2009 tarih ve 09-34/786-191 sayılı Rekabet Kurulu kararları.

¹¹² 26.9.2000 tarih ve 00-36/400-226 sayılı Rekabet Kurulu Kararı'nda raportörün ön araştırma yapılması talebine karşın Kurul herhangi bir analize gerek duymadan "... genel olarak finansal kiralama sözleşmelerini, özel olarak da şikayet konusu sözleşmeyi 4054 sayılı Kanun'un maddesi çerçevesinde... değerlendirmenin mümkün olmadığı, ayrıca bu tür sözleşmelerde

Kanun'un 4. ve 6. maddeleri bağlamında değerlendirilmiş ve gerek 4. madde kapsamında ihlal olabileceğine dair herhangi bir anlaşmaya rastlanamaması, gerekse herhangi bir teşebbüsün sigorta hizmetleri piyasasında hakim durumda olmadığı dikkate alınarak 6. madde kapsamında hakim durumun kötüye kullanılmasından söz edilemeyeceği dikkate alınarak uygulamaların ihlâl teşkil etmediği sonucuna ulaşılmıştır. Doğal olarak bu kararlarda hakim durumda bulunan bir teşebbüs olmadığı için, ihlale hükmedilmesi açısından hakim durumda bulunmanın ve bağlama uygulamasının kanıtlanmasının yanısıra herhangi bir koşul gerekip gerekmediği konusunun tartışılmasına gerek duyulmamıştır.

Ancak yine sigorta hizmetlerine ilişkin bir kararda¹¹³ “*bu konuya [bağlama uygulamaları] ilişkin iktisadi ticari hayatta yaygın olarak kullanılan bu uygulamaların pek çok rekabetçi etkisinin bulunduğunu; dolayısıyla genellikle rekabetçi uygulamalar olduğunu; bununla birlikte bazı koşulların varlığı halinde bağlama uygulamalarının tüketici refahını azaltabildiğini ortaya koymaktadır.*” denildikten sonra refah azaltıcı uygulamaların iki türlü olduğu belirtilmiştir: (i) pazardaki tekel konumunun ya da hakim durumun korunması, (ii) “*bağlayan ürün pazarında tekel konumunda olan teşebbüsün bağlama yoluyla bağlanan ürün pazarındaki rakiplerini dışlaması ve böylece bir pazardaki gücünü diğer bir pazara aktarması*”. Yine aynı kararda hakim durumda bulunmanın “gerekli” bir koşul olduğu, ancak ihlale hükmetme açısından tek başına “yeterli” olmadığı ifade edildikten sonra uygulamanın süre, kapsam ve pazara giriş-çıkış olanakları çerçevesinde değerlendirilerek mevcut ve potansiyel rakipleri dışlayacak nitelikte olması gerektiği vurgulanmıştır. Değerlendirmede tekel konumunun korunması, rakipleri dışlama ve aktarma kuramı iç içe geçmiş olsa da söz konusu karar, hem bağlama uygulamalarının olumlu yönleri de olabileceğinin kabul edilmesi açısından hem de bu uygulamaların ihlal sayılması için dışlayıcı nitelikte olmaları gerektiğinin belirtilmesi açısından önemlidir.

Aynı piyasaya ilişkin aynı gün alınan bir kararda¹¹⁴ ise, bağlama anlaşmalarının “tüketicilerin sömürülmesi” ve “rakipleri dışlama” gibi iki etkisinin olabileceği; “*kredi alan tüketicilerin daha düşük primli alternatifler varken sigorta poliçesini bankadan almak zorunda bırakılarak refah kaybına uğratılmasının sömürücü bir uygulama olarak değerlendirilebileceği*” ifade

kiralayanın sigortalama işlemini aynı ekonomik birlik içinde olduğu veya uygun gördüğü sigorta şirketine yaptırmasının gerek 4054 sayılı Kanun'a gerekse anlaşmanın niteliği ve ticari teamüllere aykırı bir yanının bulunmadığı ve bu sözleşmelerin eşyaya bağlı sigorta hizmetleri pazarında rekabeti kısıtlamadığı” sonucuna ulaşmıştır.

¹¹³ 5.8.2009 tarih ve 09-34/786-191 sayılı Rekabet Kurulu Kararı.

¹¹⁴ 5.8.2009 tarih ve 09-34/787-192 sayılı Rekabet Kurulu Kararı.

edilmiş, ancak bankanın kredi piyasasında hakim durumda bulunmadığı dikkate alındığında refah kaybının oluşmayacağı kanaatine varılmıştır. Yine aynı kararda teşebbüsün ilgili piyasada hakim durumda bulunmaması nedeniyle banka aracılığıyla gerçekleşen kredi teminatlarının sigortalanması hizmetlerinin diğer sigorta şirketleri için pazarı kapatmadığı sonucuna ulaşılmıştır.

Aynı piyasada aynı konuya ilişkin olarak aynı gün içinde alınan kararlar değerlendirildiğinde; ilk kararda tekel konumunun korunması ve rakibin dışlanması gibi dışlayıcı etkilere odaklanılmış, ancak uygulamanın sömürücü etkisi olabileceğine değinilmemişken, ikinci kararda ise dışlayıcı etkilerin yanı sıra tüketicilerin sömürülmesi gibi bir diğer sonucun da dikkate alındığı, dolayısıyla iki kararın aynı sistematığı izlemediği söylenebilir.

Reysaş'ın sigortanın belli bir acenteden yaptırılmış olması halinde araç muayene hizmetini kolaylaştırmak şeklinde bağlama yoluyla, araç muayene hizmetlerindeki hâkim durumunu sigortacılık pazarında kötüye kullandığına dair şikayetler üzerine yapılan incelemede¹¹⁵, “kaldıraç etkisi” tartışılmış, hakim durumdaki teşebbüslerin bağlama uygulamaları ile hakim durumlarını ikinci bir piyasada kötüye kullanabilecekleri ifade edildikten sonra bu tür bir durumun gerçekleşmesi için (a) iki ayrı ürünün bulunması, (b) ilgili teşebbüsün bunlardan birinde hakim durumda olması, (c) iki ürün arasında ilişki bulunması gerektiği belirtilmiştir. Reysaş'ın araç muayene hizmetleri konusunda tekel konumunda olduğu, sigortacılık faaliyetinde bulunmadığı, fakat Reysaş'ın Sunset'e avantaj sağladığı dikkate alındığında iki şirket arasında bir menfaat ilişkisinin bulunması gerektiği ve inceleme sürecinde iki şirket arasında bir hizmet alışverişinin olduğuna dair duyum alındığı, “*bu çerçevede Reysaş'ın önaraştırma ile tespit edilen davranışlarının kaldıraç etkisi çerçevesinde Kanun'un 6. maddesinin yukarıda anılan iki bendi kapsamında olabileceği neticesine varılmıştır*”. Ancak uygulamanın kısa sürmüş olması ve “*ilgili pazarların ve ürünlerin özellikleri itibarıyla söz konusu uygulamanın kısa sürede rekabetçi sürece zarar vererek tüketici zararına sonuçlar doğurması ihtimalinin düşük olduğu kanaatine varılma*”sı nedeniyle soruşturma açılmayıp teşebbüse görüş gönderilmesi ile yetinilmiştir.

Bankaların üye işyerlerini kredi kartlarının yanı sıra banka kartlarını da kullanmaya zorlamasına (Tüm Kartları Kabul- TTK kuralı) ilişkin uygulamalar, Rekabet Kurumu'nun yaptığı bir sektör araştırması¹¹⁶ çerçevesinde değerlendirilmiş ve yapılan araştırmada;

¹¹⁵ 9.12.2009 tarih ve 09-58/1405-367 sayılı Rekabet Kurulu Kararı.

¹¹⁶ “Tüm Kartları Kabul Kuralı'nın rekabet üzerindeki etkilerine ilişkin 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 27. maddesinin (a) bendi çerçevesinde yapılan sektör araştırması.” (25.11.2009)

- kredi kartının diğer ödeme araçlarından ayırt edici özellikleri ve ikame olanakları dikkate alınarak, “kredi kartı ile ödeme hizmetleri pazarı” ve “banka kartı ile ödeme hizmetleri pazarı” şeklinde iki ayrı pazarın söz edilebileceğine,
- farklı markalı kredi kartlarının ayrı ürünler oluşturmadığına ve bu nedenle üye işyerlerine bir bankaya ait tüm kredi kartları ile çalışma zorunluluğu getirilmesinin ürün bağlama uygulaması olarak değerlendirilemeyeceğine,
- kredi kartları ile banka kartlarının farklı ürünler olması nedeniyle bunların birbirlerine bağlanmasının (üye işyerlerine her iki türde kartla çalışmaya zorlanmasının) diğer koşullar sağlandığı takdirde Kanun’un 4 ve 6. maddeleri bağlamında ihale olarak değerlendirilebileceği

kanaatine ulaşılmıştır. Ancak, uygulamaların ve piyasa yapısının değerlendirilmesi sonucunda, herhangi bir teşebbüsün ilgili pazarlarda hakim durumda olmaması nedeniyle Kanunun 6. maddesinin uygulanamayacağına; diğer yandan bankaların üye işyerleri ile akdettiği dikey nitelikli sözleşmelerden kaynaklanan TKK kuralının rekabeti sınırlayıcı etkilere sahip olması nedeniyle 4054 sayılı Kanun’un 4. maddesi kapsamında değerlendirilebileceğine; TKK kuralının doğurduğu rekabetçi kaygıların giderilmesine yönelik olarak Visa ve Mastercard’a; Türkiye’de faaliyet gösteren bankalara, ilgili ticaret odalarına iletilmek üzere TOBB’a, Türkiye Esnaf ve Sanatkarları Konfederasyonuna ve ilgili tüketici derneklerine yazı yazılmasının yeterli olacağına hükmedilmiştir.

Bunun yanısıra Araştırmanın 52 ve 53. sayfalarında yer alan şu ifadeler bağlama uygulamalarına değerlendirilmesine ilişkin koşullara yeni bir koşul eklendiğini göstermektedir:

Bilindiği üzere, 4054 sayılı Kanun’un 6. maddesi kapsamında “hakim durumun kötüye kullanılması” niteliğini taşıyan bir bağlama uygulamasından bahsedilebilmesi için kümülatif olarak birtakım koşulların bulunması gerekmektedir. Bunlar;

- (a) İki ayrı ürünün varlığı
- (b) Bağlama uygulayan teşebbüsün bu ürünlerin en az birinde (bağlayan üründe) hâkim durumda bulunması (pazar gücüne sahip olması),
- (c) Bir ürünün satışının diğer bir ürünün de alımına bağlı olması,
- (d) Tüketicilerin bu uygulamadan zarar görmesi,
- (e) Uygulamanın yarattığı etkinliğin ortaya çıkan tüketici zararından fazla olmaması

şeklinde sıralanabilir.

Yukarıda yer verilen ifadelere bakıldığında, 6. maddenin uygulanmasına ilişkin koşullar açısından Rekabet Kurulu'nun genel eğiliminden farklılaştığı; tüketicinin uygulamadan zarar görmesinin yanısıra “etkinlik ile tüketici zararının karşılaştırılmasının” da ihlal koşulları arsında eklendiği görülmektedir.

Banka sigortacılığına ilişkin kararlar bir bütün olarak değerlendirildiğinde, kararların sonuçları açısından tutarlı olduğunu söylemek mümkün iken, bu kararlarda uygulanan sistematığın tutarlı olduğundan söz etmek mümkün görünmemektedir. Ancak, özellikle TKK kuralına ilişkin inceleme dikkate alındığında zaman içinde yapılan analizlerin derinliğinin arttığını ve daha tutarlı bir yaklaşıma doğru gidildiğini söylemek mümkündür.

İçecek Piyasasına Yönelik Kararlar

Coca-Cola'nın Turkuaz markalı içme suyunu diğer ürünlerine bağladığı ve rakiplerini dışladığı iddiasına ilişkin olayda yeterli delil olmaması nedeniyle ihlal olup olmadığı tespit edilmemiş¹¹⁷; İstanbul Büyükşehir Belediyesi'nin kiraladığı büfelerde bir iştiraki tarafından üretilen Hamidiye sularının münhasıran satılmasını zorunlu kılması ve buna uymayan büfelerin kira sözleşmesinin sonlandırılması ile tehdit edilmesine dair şikayette ise bu uygulamanın bağlama uygulaması olarak değerlendirilebileceği (büfelerin kiralanmasının belirli markalı suyun satışına bağlanması) ancak uygulamanın iktisadi güce sahip bir teşebbüs yerine kamu gücüne sahip bir idareden kaynaklanıyor olması nedeniyle hakim durumda bulunma koşulunun gerçekleşmediği sonucuna ulaşılmış ve ilgili belediyeye “münhasırlığın kaldırılması amacıyla” görüş gönderilmesi ile yetinilmiştir¹¹⁸.

Sayısal Yayıncılık Piyasasına Yönelik Kararlar

Sayısal yayıncılık alanındaki *Digiturk* kararında¹¹⁹, futbol kulüplerinin lig maçlarına ilişkin yayın haklarını bir bütün olarak Türkiye Futbol Federasyonu'na (TFF) devretmeleri, TFF'nin bu hakları ihale yolu ile münhasıran bir yayın kuruluşuna satması, ilgili yayın kuruluşunun da bu maçlara ilişkin görüntüleri paket halinde satışa sunması ve aynı yayın grubuna bağlı bir diğer televizyon kanalı lehine ayrımcılık yapması konu edilmiştir. Karar incelendiğinde, aslında karmaşık bir paketler bütünü karşımıza çıkmaktadır:

¹¹⁷ 23.1.2003 tarih ve 03-06/59-21 sayılı Rekabet Kurulu Kararı.

¹¹⁸ 20.5.2008 tarih ve 08-34/451-158 Rekabet Kurulu Kararı. Bu kararın I.1.2. Bağlama Uygulamasının Değerlendirilmesi başlıklı bölümünde “**Kanunun 4. maddesinin uygulanabilmesi için de hakim durumda bulunma koşulunun arandığının**” belirtilmesinin makul bir açıklaması olmadığından ilgili ifadelerin sehven yazıldığı düşünülmektedir.

¹¹⁹ 7.9.2006 tarih ve 06-61/822-237 sayılı Rekabet Kurulu Kararı. (28.8.2002 tarih, 02-50/636-258 sayılı RKK)

Öncelikle her bir kulübün sahip olduğu farklı nitelikteki yayın haklarını (canlı yayın, özet görüntü, sayısal yayın, analog yayın vb.) paketlemesinden, ardından da kulüplerin sahip oldukları yayın haklarını bir paket halinde bir araya getirip satmasından söz etmek mümkündür. Ancak, her iki husus da (lig maçlarına ilişkin yayın haklarının kulüpler tarafından paket halinde ve münhasıran satış) bir idari düzenlemeye dayanması nedeniyle 4054 sayılı Kanun kapsamında değerlendirilmemiştir¹²⁰. İhaleyi kazanan ve bu alanda tekel konumuna gelen Digiturk'un paketleme uygulamaları ise hakim durumun kötüye kullanılmasına yönelik iki eylemden birisini oluşturmaktadır: İhale sözleşmesi uyarınca Digiturk'e talep etmeleri halinde diğer yayıncılara “*dakika başına bedeli 4000 ABD Doları'ndan fazla olmamak ve 3 dakika ile sınırlı olmak ... kaydıyla haber amaçlı görüntü temin etme yükümlülüğü*” yüklenmiştir. Digiturk, bunun üzerine “*üç dakikadan az görüntü satmamak*” ve “*hafta boyunca oynan dokuz maça ilişkin görüntüleri paket halinde satmak*” suretiyle diğer yayıncılardan hafta başına 27 dakikalık görüntü bedeli olarak 108.000 ABD doları talep etmiştir¹²¹.

Yapılan değerlendirmede, ürün bağlama ya da paket satış uygulamasının Kanun'un 6. maddesi kapsamında değerlendirilebilmesi için, (i) ayrı ürünlerin varlığı, (ii) ürünlerin bağlanması, (iii) uygulamayı yapan teşebbüsün hakim durumda olması koşullarının gerçekleşmesinin gerektiği ifade edildikten sonra bu koşulların gerçekleşip gerçekleşmediği test edilmiştir:

Bu çerçevede, “*ilk olarak her hafta oynanan 9 maçın her birinin görüntülerinin ayrı birer ürün olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği; başka bir ifade ile ortada tek bir ürünün mü (her hafta oynanan maç görüntülerinin tamamı) olduğu yoksa birden fazla ürünün mü (ayrı ayrı 9 maçın görüntüleri) olduğu*” değerlendirilmiş¹²²; yayıncıların maç bazında görüntü talep ettikleri ve önceki dönemde yayın hakkına sahip olan yayıncıların da görüntüleri maç bazında satışa sundukları dikkate alınarak, ortada dokuz ayrı ürün olduğu sonucuna ulaşılmıştır. Digiturk'ün hakim durumda olduğu ve bağlama uygulaması yaptığı da diğer değerlendirmeler arasındadır. Ancak, burada dikkat çeken husus, Digiturk'un bu uygulamasının ardında yatan nedenin ürünleri paket halinde satarak daha çok gelir elde etmeye çalışması değil, bilakis paketleme uygulaması nedeniyle görüntülerin karasal yayıncılık alanındaki kardeş kuruluşu Show TV'ye rakip olan yayıncılar tarafından temin edilmesini zorlaştırmasıdır. Bu nedenle de Digiturk'ün hakim durumunu kötüye kullandığına hükmedilmiştir.

¹²⁰ Digiturk, § J.1.

¹²¹ Digiturk, § I.2.3.1.

¹²² Digiturk, § J.2.

Paket satış uygulamasının değerlendirildiği bölümünde yer alan bir diğer husus ise tartışma yaratacak niteliktedir: Üç dakikadan az görüntü verilmemesi de soruşturma sürecinde tedbire konu olmuş ve Digitürk'e "her bir maç için bir ila üç dakika arasında görüntü temin etme yükümlülüğü" getirilmiştir. Söz konusu tedbir hükmü kararın sonuç bölümüne de aktarılarak Digitürk'e bu kez "yayına uygun kalitede 1-3 dakika arası, (yayıncı tarafından yapılacak pazar araştırması sonucunda belirlenebilecek) standart uzunluklarda görüntüleri (...) maç bitiminden sonra en geç 45 dakika içinde" talep sahiplerine iletme yükümlülüğü¹²³ getirilmiştir.

Ancak kararda üç dakikadan az süreli görüntü verilmemesinin tek başına ihlal olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceği hususunda herhangi bir tartışma yoktur. Zaten bir maça ilişkin farklı uzunluktaki görüntülerin her birinin ayrı ürünler olarak değerlendirilmesi ve uygulamanın bağlama uygulaması olduğunu savunmak da rasyonel görünmemektedir. Diğer yandan, bu husus rakiplerin faaliyetini zorlaştırmanın bir unsuru olarak uygulamanın kümülatif etkisini değerlendirmede dikkate alınmıştır. Kararda bu tür bir yükümlülük getirmeye neden gerek duyulduğuna dair herhangi bir açıklama olmamakla birlikte, üç dakikadan daha az süreli görüntü verilmemesine dair yapılan savunmalara verilen cevaplar¹²⁴ dikkate alındığında bunun ardında yatan nedenin yerel kanallar ya da küçük bütçeli kanalların da daha az kısa süreli ama daha çok çeşitlilikte görüntü temin etmesini kolaylaştırmak olduğu düşünülebilir.

Yine bu noktada yayıncı kuruluşun 45 dakika içinde aynı maça ilişkin farklı uzunluktaki görüntüleri içeren bantlar oluşturmasının ekonomik açıdan rasyonel olmayabileceği ve Rekabet Kurulu'nun bu alanda oluşan etkinliği görmezden geldiği de eleştiri konusu olabilir. Hakkında soruşturma yapılan teşebbüs bu bağlamda bir etkinlik savunması yapmamış olsa dahi Kurul "Bundan önceki yayın hakkına sahip kuruluşların (...) haber amaçlı görüntüleri isteyen kuruluşlara 1-3 dakikalık bantlar halinde verdikleri"ni¹²⁵ belirterek konuya ilişkin yaklaşımını netleştirmiştir.

Sayısal yayıncılık alanına alınan iki farklı kararda ise, Digitürk'ün sayısal yayıncılık aboneliğini kendi sattığı uydu alıcılarının da satın alınmasına bağladığı iddia edilmiştir: 2005 yılındaki olayda¹²⁶ uydu alıcısının Digitürk'ten alınmasının zorunlu olmadığı abonelik seçeneklerinin de bulunduğu dikkate

¹²³ Digitürk, § K.(e).

¹²⁴ Digitürk, § I.3.2.1.

¹²⁵ Digitürk, § I.3.2.1.

¹²⁶ 1.11.2005 tarih ve 05-77/1041-292 sayılı Rekabet Kurulu Kararı.

alınarak şikayet reddedilmiştir. 2008 yılında alınan kararda¹²⁷ ise “teknik özellikler sebebiyle piyasada serbestçe bulunabilecek diğer HD receiverlarla ikame edilebilmesi mümkün olmayan DigitürkPlus set-üstü-kutusunun (dekoderinin) abone olunmak istenen yayın paketinin, alınmak istenen ürün/hizmetin doğal bir parçası olarak kabul edilmesi gerekliliğinin ortaya çıktığı” belirtilerek konunun 4054 sayılı Kanun kapsamında değerlendirilemeyeceği ve “Türkiye’de bu alanda ex-ante düzenleme yapma yetkisi bulunan sektör spesifik regülasyon otoritelerinin uygun hukuki düzenlemeleri yapması gerektiği” sonucuna ulaşılmıştır. Nitekim, Digitürk’un sayısal yayıncılık hizmetlerini kendi temin ettiği uydu alıcısının satın alınmasına bağlaması sonucunda uydu alıcıları piyasasını kapatma ya da piyasadaki diğer uydu alıcısı üreticilerini dışlama¹²⁸ gibi bir davranışta bulunmasının rasyonel olmayacağı dikkate alındığında her iki dosya açısından da rekabet ihlali sonucuna ulaşılmaması şaşırtıcı görünmemektedir.

Bilişim Sektörüne Yönelik Kararlar

TTNet’in Vitamin adlı ürünü yalnızca kendi abonelerine kullandırması şikayet konusu olmuş, Rekabet Kurulu Vitamin’in önceden CD’ler vasıtasıyla şimdi de internet servis sağlayıcıları vasıtasıyla satışa sunulduğunu dikkate alarak “Bu bağlamda, sözkonusu ilişkinin ‘bağlama’ uygulamalarıyla örtüşmeyeceği” sonucuna ulaşmış, Vitamin’in TTNet’in hakim durumda olduğu internet erişimine bağlanmasının “rasyonel olmadığı”nı, ayrıca ilgili ürünün diğer ISS tarafından da sunulduğunu belirterek uygulamanın ihlal teşkil etmediğine hükmetmiştir¹²⁹.

Rekabet Kurulu’nun bir başka kararında¹³⁰ Tekhnelogos adlı yazılım şirketinin doğal gaz tesisat firmalarına sunduğu yazılım programı ZetaCad’in proje tesliminde kullanılan dijital gönderim/online onay sistemi (DİPOS) uygulamasında, dijital sigorta poliçesi düzenlenmesini zorunlu tuttuğu ve bu uygulamayı kendi şirketi olan Üç Elma Sigorta Aracılık Hizmetleri Ltd. Şti. vasıtasıyla yürüttüğüne dair şikayet üzerine yapılan önaraştırma sonucunda;

- Tekhnelogos’un “doğal gaz tesisat projelerinin online gönderimi pazarı”nda hâkim durumda bulunduğu,

¹²⁷ 7.2.2008 tarih ve 08-12/126-43 sayılı Rekabet Kurulu Kararı.

¹²⁸ Diğer yandan, Digitürk’e uydu alıcısı temin eden bir üreticinin Digitürk ile yaptığı münhasırlık anlaşması sonucunda rakiplerini dışlaması olanak dahilindedir; ancak kararlarda konu bu açıdan araştırılmamıştır.

¹²⁹ 15.07.2009 tarih ve 09-33/767-185 sayılı Rekabet Kurulu Kararı

¹³⁰ 11.9.2008 tarih ve 08-52/791-320 sayılı Rekabet Kurulu Kararı.

- Hem DİPOS vasıtasıyla çevrimiçi proje tesliminde hem de elden proje tesliminde, tesisat firmalarının dağıtım firmalarına projelerini göndermeleri ve sigorta poliçelerini de aynı anda sunuyor olmaları tek bir işlem gibi gözükse de, işlemlerin niteliği ve özellikle sigorta poliçelerini sigorta şirketleri/acenteleri gibi son derece farklı firmaların düzenliyor olması nedeniyle proje gönderimi ve tesisatın sigortalanması işleminin farklı hizmetler olduğuna;
- Tekhnelogos'un DİPOS'da online proje gönderimi hizmetinin yanı sıra sigorta poliçesinin de bu sistem üzerinde kesilmesinin zorunlu tutulmasının iki hizmetin bağlanması olarak değerlendirilebileceğine,

karar verilmiştir. Kararda ayrıca “uygulamanın tesisat firmalarına (tüketicilere) ve sigorta şirketleri/acenteleri aleyhine rekabete zarar veren etkisinin de irdelenmesinin gerektiği” belirtilmiş; yapılan inceleme sonucunda Tekhnelogos'un uygulamalarının “tesisatlarının sigortalanmasına yönelik sigortacılık sektöründeki rekabeti (özellikle yerel sigorta acentelerinin zararına olacak şekilde) olumsuz etkilediği ve tesisat firmalarının fiyat ve istedikleri sigorta şirketinden hizmet alma gibi seçeneklerini kısıtladığı” görüldüğünden eylemin 6. madde kapsamında ürünlerin bağlanması suretiyle hakim durumun kötüye kullanılması olarak değerlendirilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır. Ancak, uygulamanın sigortacılık sektörünün çok küçük bir bölümünü kapsamaması, rakiplerin alternatif seçeneklerinin bulunması ve teşebbüsün sigortacılık sektöründeki rakiplerinin faaliyetini zorlaştırma amacı taşıdığına dair herhangi bir kanıt bulunamadığı dikkate alınarak, teşebbüse ceza verilmemiş, ancak DİPOS içerisindeki dijital poliçe kesim işleminin zorunlu olmaktan çıkarması yükümlülüğü getirilmiştir.

Yine yazılım endüstrisine ilişkin bir başka kararda¹³¹ Akınsoft tarafından kafe otomasyon ve filtre programlarının birlikte satıldığı tespit edilmesine rağmen anılan teşebbüsün hakim durumda olmaması nedeniyle söz konusu bağlama uygulamasının 4054 bağlamında ihlal teşkil etmediği sonucuna ulaşılmıştır.

Hakim durumdaki bir internet sağlayıcısı (TTNet) ile bir GSM operatörünün (Avea) birlikte uyguladıkları bir kampanyada, bağlama/paket satışlar yoluyla hakim durumun kötüye kullanıldığı iddiası üzerine yapılan bir önaraştırmada¹³² ise;

- bağlama/paket satış uygulaması yoluyla hakim durumun kötüye kullanılmasından söz edilebilmesi için; (i) hakim durumun tespiti,

¹³¹ 5.3.2009 tarih ve 09-09/192-59 sayılı Rekabet Kurulu Kararı.

¹³² 9.10.2008 tarih ve 08-57/912-363 sayılı Rekabet Kurulu Kararı.

(ii) bağlama/paket satış uygulamasına konu ürünlerin farklı/bağımsız ürünler olması (iii) uygulamanın anti-rekabetçi (dışlama/kapama) etki doğurabilecek niteliği haiz olması (iv) objektif haklı bir gerekçenin ve/veya etkinlik doğurucu bir uygulamanın mevcut olmaması koşullarının karşılanması gerektiği;

- uygulamayı gerçekleştiren teşebbüsün bağlama uygulamalarında, bağlayıcı piyasada hakim durumda bulunması gerekli iken, paket satış uygulamalarında ise uygulamaya konu ürünlerin yer aldığı en az bir piyasada hakim durumun tespitinin yeterli (gerekli) olduğu;
- şikayet konusu kampanyanın, “karma paket satış” yöntemine uygunluk gösterdiği; dolayısıyla olay özelinde karma paket satış uygulamasına konu ürünlerden herhangi bir tanesinde hakim durumun tespitinin yeterli olacağı

belirtildikten sonra kampanya;

- a) olası bir kapama etkisinin ve talep kaymasının tespiti açısından talep/kampanyaya katılan kişi sayısı bakımından incelenmiş ve kampanyanın TTNNet’e olan katkısının minimum düzeyde olduğu ve talebin kampanya dolayısı ile rakiplerden TTNNet’e geçmesinin söz konusu olmadığı;
- b) karma paket satışların yıkıcı bir fiyatlama olarak rakiplerin pazardan dışlanmasına yol açabileceği dikkate alınarak “kampanyada sunulan indirimin büyüklüğü” ve TTNNet’in fiyatına etkisi değerlendirilmiş ve kampanyaya katılanların 109 YTL’lik bedava konuşma hakkına sahip olacakları, söz konusu bedelin internet erişim ücretinden düşülmeyeceği ve kampanyadan yararlanmak için yapılacak internet aboneliği, Avea Kamu hat aboneliği, ilgili vergiler ve sabit ücretler gibi harcamaların toplam miktarı dikkate alındığında istisnai durumlarda negatif marj görüldüğü ve bunun da piyasadaki rekabeti sınırlamaktan uzak olduğu;
- c) kullanıcıların ürünlere atfettikleri değer pozitif ilişkili olması durumunda kapama etkisini arttıracığı dikkate alınarak “kullanıcı tercihleri” incelenmiş ve bağlayıcı ürün olarak ifade edilen Avea GSM aboneliğinin, tüketiciler nezdinde halihazırda en az tercih edilen GSM hizmeti olduğu, kampanya süresince Avea kullanıcılarının bile pek azının bu kampanyaya rağbet ettiği ve bu nedene perakende geniş bant internet erişim hizmetleri pazarında rekabetin engellenmesinin mümkün olmadığı;
- d) paket içerisinde yer alan ürünlerin tamamlayıcılığının kuvvetli olduğu durumlarda paket satışların kapama etkisinin daha fazla olacağı dikkate alınarak “ürünlerin niteliği” (ürünler arası ilişki) incelenmiş ve

internet aboneliği ile GSM aboneliği arasında tamamlayıcılık ilişkisinin bulunmadığı;

yukarıda yer verilen değerlendirmeler dikkate alındığında uygulamanın paketleme uygulamasından ziyade promosyon amaçlı bir kampanya olarak değerlendirilmesi gerektiği ve bu nedenle soruşturmaya yer olmadığı sonucuna ulaşılmıştır.

Yedek Parça, Servis Hizmetleri ve Sarf Malzemelerine Yönelik Kararlar

Hewlett Packard'ın (HP) yazıcı sarf malzemeleri ve yedek parça fiyatları ile satış sonrası hizmetler kapsamında bakım ve onarım bedellerini yüksek belirlemek, satış sonrası hizmetlerde STREP programının kullanılmasını zorunlu tutmak, yetkili servisler dışındaki kişilere yedek parça satmamak yoluyla 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun hükümlerini ihlal ettiği iddiasına yönelik olarak yapılan önaraştırmada Kurul; HP'nin kendi ürünlerinin servis ve yedek parçalarına ilişkin piyasa hakim durumda olduğuna karar vermiş ve "... yedek parça ve özellikle sarf malzemelerinin fiyatlarının ürün fiyatına kıyasla yüksek olmasının bir rekabet ihlalinin sonucu değil, sektörün yapısının bir gereği olduğu ve kullanıcıların satın alma kararını verirken sadece ürünün fiyatını değil, ürünün ekonomik kullanım süresince oluşması muhtemel maliyetlerin büyüklüğünü de dikkate almaları gerektiği" sonucuna ulaşmıştır¹³³. Rekabet Kurulu'nun servis hizmetleri ile yedek parça hizmetlerinin bağlanmasına yönelik iddiaları kapsamlı bir şekilde incelemeye gerek görmeksizin aşırı fiyat iddiasına odaklanmasını bu karar açısından önemli bir eksiklik olarak değerlendirmek mümkündür.

HP, Lexmark, Canon gibi yazıcı üreticisi firmaların kartuş ve yazıcı pazarında 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'u ihlal ettikleri iddiasına yönelik olarak yapılan önaraştırmada¹³⁴ da yazıcı üreticisi teşebbüslerin, yazıcılarında kendi lisansları altında üretilen kartuş, toner veya şeritlerin kullanılmasına yol açacak şekilde iki ayrı ürünü bağlayarak rekabeti engelledikleri iddiasına ilişkin olarak somut belge ve bulgulara ulaşılamaması nedeniyle, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun kapsamında bir ihlalin varlığından söz edilemeyeceği sonucuna ulaşılmıştır. Bu kararın en ilginç yanı -Ardıyok'un¹³⁵ da haklı olarak dikkat çektiği üzere- Kurul'un inceleme ve değerlendirmelerin Kanun'un 4. maddesi mi yoksa 6. maddesi kapsamında yapıldığına dair herhangi bir açıklama yapmayı gerekli görmemiş olmasıdır.

¹³³ 8.5.2001 tarih ve 01-22/192-50 sayılı Rekabet Kurulu Kararı.

¹³⁴ 17.6.2004 tarih ve 04-42/490-118 sayılı Rekabet Kurulu Kararı.

¹³⁵ ARDIYOK, Ş. (2007) "Rekabet Hukukunda Satış Sonrası Pazar Teorileri ve Motorlu Taşıtlar Tebliği'nin Ampirik Analizi", *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu - V*, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara. s.72

Rekabet Kurulu, tıbbi görüntüleme ve teşhis cihazları pazarına yönelik olarak re'sen başlattığı bir önaraştırmada¹³⁶ ise ilgili ürün pazarını her bir teşebbüs için, dolayısıyla “her marka için, ayrı ayrı olmak üzere tıbbi görüntüleme ve teşhis cihazlarına yönelik teknik servis ve yedek parça pazarı” olarak tanımlamış;

- ana ürün ile servis hizmetleri ve yedek parçaların tamamlayıcı ürün niteliğinde olmalarından ve bu nedenle birbirlerinin fiyat ve talebi üzerindeki etkisi nedeniyle firmaların, bu ürün bakımından rekabet güçlerini arttırmak amacıyla yedek parça fiyatlarını düşürmek ya da yaygın servis hizmeti sağlamak gibi uygulamalar içinde bulunmasının beklenebileceği;
- diğer yandan bu firmaların ya da servis kalitesi ve ürün güvenliğini korumak amacıyla ürüne ilişkin servis hizmetini sadece kendisinin sağlamayı hedefleyebileceği ve bu nedenle kendi servis ağı dışındaki servis sağlayıcıyla yedek parça sağlamamayı isteyebileceği, ya da arıza tespiti için gereken özel alet veya yazılımların bu tür bir durumu zorunlu kılabileceği;
- ancak, Avrupa Birliği'nde gündeme gelen Hilti¹³⁷ ve Hugin¹³⁸ kararları dikkate alındığında, firmanın yedek parçalarını veya sarf malzemelerini bağlamasının ya da bağımsız servis sağlayıcılara yedek parça sağlamaktan imtina etmesinin bağımsız servis sağlayıcılarının pazardan dışlanmasına, dolayısıyla da rekabetin kısıtlanmasına neden olabileceği;
- bu bağlamda “pazardaki bazı teşebbüslerin kendi markası altında bulunan tıbbi cihazların yedek parçalarındaki hakim durumundan faydalanarak müşterilerini bağlamaya ve rakip servis sağlayıcıların faaliyetini zorlaştırmaya yol açabilecek uygulamalarda buldukları, halihazırda servis pazarında bu tür sorunlarla karşılaşılmasa da bunun potansiyel olarak ciddi sakıncalar barındırdığı”;

gibi gerekçeleri dikkate alarak, ilgili teşebbüslerin;

- en çok kullanılan 100 (yüz) yedek parçanın güncel fiyat listelerini Internet ortamında herkesin ulaşabileceği şekilde ilan etmesine;
- (hastaneler tarafından gerçekleştirilen ihalelere katılım koşullarının sağlanabilmesi açısından) müşterilerden ve rakip servis sağlayıcılardan

¹³⁶ 18.2.2009 tarih ve 09-07/128-39 sayılı Rekabet Kurulu Kararı.

¹³⁷ *Hilti AG v Commission, Case C-53/92 P., 02.03.1994*

¹³⁸ *Hugin Kassaregister AB and Hugin Cash Registers Ltd v Commission, Case 22/78, 31.05.1979.* Karar, İsveçli yazar kasa üreticisi Hugin'in Birleşik Krallık'taki yetkisi satıcısı ve servisi Lipton'un rakip ürünler satmaya başlaması üzerine bu teşebbüse yedek parça vermeyi kesmesine ilişkindir.

gelen yedek parça fiyat taleplerini en geç 3 (üç) işgünü içerisinde cevaplandırmasına;

- tıbbi cihazların garanti sürelerinin bitiminden sonra, cihazları satın alan müşterilerin yazılı talepte bulunması veya bu yazılı talepleri müşterilerden alan teknik servislerin yazılı başvuruda bulunması durumunda, cihazlara ilişkin şifrelerin veya bu anlama gelecek her türlü dahili sistemin mücbir sebepler haricinde, çalışma günlerinde olmak kaydıyla, 24 (yirmidört) saat içerisinde ücretsiz olarak temin etmelerine,
- cihaz harici takılan ve anılan cihazlara ilişkin teknik servis verilmesine olanak sağlayan aparatlar/cihazların, müşterilerin yazılı talepte bulunması veya bu yazılı talepleri müşterilerden alan teknik servislerin yazılı başvuruda bulunması durumunda, talep anından itibaren en çok 3 (üç) gün içerisinde müşteriye teslim etmelerine;
- bu aparatlara ilişkin kiralama ücretlerinin, ayrımcı olmayacak şekilde ve aparatın maliyetiyle orantılı bir biçimde belirlemelerine,
- cihazların ilk satımı aşamasında yukarıda yer verilen hususlar konusunda müşterileri yazılı olarak bilgilendirilmelerine,
- yedek parça satışında rakip servis sağlayıcılara ve onların müşterilerine yönelik, objektif kriterlere dayanmayan ayrımcı uygulamalar yapmaktan kaçınmalarına

karar vermiştir.

4. UYGULAMA İLE KURAMSAL TEMELLERİN KARŞILAŞTIRILMASI, TÜRK REKABET HUKUKU AÇISINDAN ÖNERİLER VE SONUÇ

Amerika Birleşik Devletleri açısından bağlama ve paket satışı uygulamalarına ilişkin mahkeme kararlarının “mutlak ihlal”den “haklı sebep kuralı”na doğru evrimleştiğini söylemek mümkündür. Söz konusu sürecin iki eksenine vardır:

Bunlardan ilki iktisat disiplininin de gelişmesine paralel olarak Şikago Okulu ve sonrası dönemde iktisadi analizlerinin rekabet hukuku sürecinin bir parçası haline gelmesidir. Bu bağlamda Şikago Okulu’nun en önemli zaferi, bağlama ve paketleme anlaşmalarına ilişkin olarak *Standard Stations Davası*’ndan¹³⁹ çok açık bir şekilde ifade edilen ve “aktarma kuramının” iktisadi temellere dayanmaksızın körü körüne uygulanmasına dayanan önyargının kırılması olmuştur.

¹³⁹ *Standard Oil Co. v. United States*, 337 U.S. 293 (1949)

Şikago Okulu, bağlama ve paketleme uygulamalarının mutlak ihlal sayılmaktansa mutlak yasal (*per se legal*) sayılması amacıyla bağlama ve paketleme anlaşmalarının rekabetçi piyasalarda da sıklıkla kullanılmasının bir hikmeti olduğunu belirtmiş ve bu yöndeki savlarına dayanak olarak “*tek tek elci kâr kuramı*” ve “*fiyat ayrımcılığı*” kuramından yararlanmıştır. Bu vesile ile bağlama ve paketleme anlaşmaları ile maliyet ve fiyat etkinliği arasındaki bağ kurulmuştur.

Diğer yanda, Şikago Okulu sonrası dönemde ise Okul’un dayandığı modellerin uygulama alanının kısıtlı olduğu, bağlama ve paketleme uygulamalarının etkinlik yaratmanın yanı sıra rakipleri dışlama ve piyasaları kapatma amacıyla da kullanılabilmesine dair modeller gündeme gelmiş ve bu uygulamaların rekabetçi ve rekabeti kısıtlayıcı etkilerinin tartışılmasına yönelik iktisadi modellerde zenginleşme görülmüş; konu kuramsal açıdan belirli bir olgunluğa erişmiş ve kuramsal açıdan “haklı sebep kuralının” kullanılmasının daha doğru olacağı savunulmaya başlanmıştır¹⁴⁰.

Ancak, A.B.D. mahkemelerinin iktisat disiplindeki gelişmeleri içselleştirebildiğini söylemek için henüz erkendir. Klasik dönemdeki katı mutlak ihlal kuralı *Jefferson Parish Kararı*¹⁴¹ ile birlikte yumuşamaya başlasa dahi, bağlama ve paket anlaşmalarının haklı sebep kuralına tabi tutulmasından ısrarla kaçınılmıştır. *Microsoft III Kararı*¹⁴² haklı sebep kuralının bağlama eylemlerine uygulanabileceğini göstermesi açısından dönüm noktasını değerlendirilmekle birlikte karar metninde muhakeme uygulamasının yalnızca “yazılım platformları piyasalarındaki ürün entegrasyonları” ile sınırlı tutulduğu dikkate alındığında ürün bağlama ve paketleme uygulamalarına ilişkin genel yaklaşımın hâlâ *Jefferson Parish* doktrininin ile temsil ettiğini söylemek mümkündür.

ABD uygulamasının evrimleşmesi sürecindeki ikinci eksen ise, ekonomik ve teknolojik gelişmelerin mahkemeleri yeni değerlendirmeler yapma ve çözümler bulma konusunda zorlamalarıdır: Muhtelif IBM davalarında da görüldüğü üzere, klasik dönemden *Microsoft III Kararı*’na kadar mahkemelerin genel eğilimi “*teknolojik bağlama uygulamalarına bulaşmama*” yönündedir. Dolayısıyla, ABD hukuku açısından klasik bağlama uygulamaları “mutlak ihlal” yaptırımı ile cebelleşirken, teknolojik bağlama uygulamaları bir bakıma “mutlak yasal” statüsünden yararlanmıştır. Söz konusu ikilik “yeni ekonomi”nin ağırlığının artması ile birlikte sürdürülemez hâle gelmiştir. Ancak ABD

¹⁴⁰ Bu alandaki tartışmalar için bkz. Hylton ve Salinger (2001); Ahlborn, Evans ve Padilla (2004); Evans ve Salinger (2005).

¹⁴¹ *Jefferson Parish Hospital District No. 2 v. Hyde*, 466 U.S. 2, 12 (1984)

¹⁴² *United States v. Microsoft Corp.*, 87 F. Supp.2d 30 (D.D.C. 2000)

mahkemelerinin bu problem karşısında nasıl bir tutum izleyeceğine dair bir ipucu yoktur.

Yeni ekonominin bağlama ve paketleme uygulamalarının analizi ve değerlendirmesi açısından yeni kurallar ya da araçlar gerektirip gerektirmediği akademik çevrelerde de tartışma konusu olmaya başlamıştır: Bu bağlamda Posner, bağlama uygulamalarının piyasayı kapama açısından yeni ekonomide klasik ekonomiye oranla daha etkili olabileceğini, ancak bunun için ayrı bir kurala ya da yeni bir doktrine gerek olmadığını, Sherman Yasası'nın ikinci maddesinin yeterli olacağını belirtmekte, ancak Clayton Yasası'ndaki "rekabeti kısıtlama" değerlendirmesinin değiştirilmesi gerektiğini savunmaktadır¹⁴³.

Atlantiğin diğer yakasındaki uygulamalara bakıldığında ise, Avrupa Komisyonu'nun Hilti Kararı'nın¹⁴⁴ iktisadi rasyonaliteden uzak bulunduğunu söylemek mümkündür. Ahlborn, Evans ve Padilla (2004) da, AB Komisyonu'nun ve ATAD'ın değerlendirmelerinde açıkça zikredilmese bile Jefferson Parish Testi'nin şablon olarak kullanıldığını, ancak uygulamada bağlama ve paketleme eylemlerine ABD'den çok daha katı yaklaşıldığını belirterek AB uygulamalarını eleştirmektedir.

Ancak bu eleştirinin hakim durumun kötüye kullanılmasının değerlendirilmesi ile sınırlandırılması makul olacaktır. Olaya rekabeti sınırlayıcı anlaşmalar bağlamında bakıldığında, AB'de bağlama ve paketleme anlaşmalarının dikey anlaşmalara ilişkin grup muafiyetinden yararlanabildiği, ancak ABD'de mutlak ihlal sayıldığı dikkate alındığında bu kez de anlaşmalar açısından ABD'deki yaklaşımın daha katı olduğunu söylemek mümkündür¹⁴⁵.

AB'nin Microsoft Kararı ise ABD ile paralellik arz etmekte ve ürün bağlama anlaşmalarının piyasayı kapatma potansiyeline dikkat çekmektedir. Tek fark, ABD'de Internet Explorer'ın bağlanması dava konusu yapılması iken

¹⁴³ POSNER, R. A. (2001), *Antitrust Law*, 2nd Edition, Chicago: The University of Chicago Press. s.207. Posner aynı sayfada ayrıca Clayton Yasası'nın bağlamaya ilişkin hükmünün hâlâ kaldıraç kuramına dayandığını ve iktisadi rasyonaliteden uzak olduğunu, diğer yandan mahkemelerin bu yasayı uygulamaktan kaçınmayacaklarını, ancak söz konusu yasanın uygulanması için "rekabeti sınırlama etkisinin kanıtlanması" gerektiği dikkate alındığında mahkemelerin "rekabeti kısıtlama" algısını değiştirerek -bu durum herhangi bir faaliyetin anılan kural kapsamında cezalandırılmasını engellese bile- kuralın çağdaş algılamaya göre uygulanmasını sağlayabileceklerini savunmaktadır.

¹⁴⁴ *Hilti AG v Commission, Case C-53/92 P., 02.03.1994*

¹⁴⁵ Bu makalenin değerlendirilmesi aşamasında "bağlama ve paket satış uygulamalarının hakim durum açısından değil de anlaşmalar bakımından ele alınması durumunda ABD yaklaşımının daha katı olabileceğine" ve bu hususun da belirtilmesi gerektiğine dikkat çeken hakeme teşekkür ederim.

AB’de Windows Media Player’ın bağlanması soruşturulmasıdır¹⁴⁶. *GE/Honeywell Kararı*¹⁴⁷ ise, hakim durumun kötüye kullanılması ile ilgili değil de birleşme ve devralma incelemesinde gündeme gelmiş ve “yeni şirketin bağlama ve paket satışları uygulaması yapma ihtimali sonucunda oluşacak etkinliğin fiyatların düşmesine ve dolayısıyla rakiplerin dışlanmasına neden olma olasılığı” işleme izin verilmemesinin dayanağı olmuştur.

Hakim durumun kötüye kullanılması kapsamında cezaya konu olabilecek eylemlerin ne şekilde değerlendirilebileceğini açıklamaya yönelik olarak yayınlanan “82. Maddenin Uygulanması’na İlişkin Komisyon Duyurusu”nun¹⁴⁸ da en azından ürün bağlama ve paketleme anlaşmalarının değerlendirilmesi açısından beklentileri karşılamaktan uzak olduğu söylenebilir.

Çeşitli ABD ve AB kararlarını inceleyen ve mahkemelerin iktisadi savları değerlendirmede sıklıkla geç kaldıklarından yakınan Hylton ve Salinger (2001), Ahlborn, Evans ve Padilla (2004), Carlton ve Waldman (2005a) ile Evans ve Salinger (2005), mutlak ihlal kuramının iktisadi açıdan rasyonel olan ve toplumsal refah üzerinde olumlu etkisi bulunan bağlama ve paketleme uygulamalarını da cezalandırma riski taşıdığını belirtmekte ve haklı sebep kuralına dayalı yaklaşıma geçilmesini önermektedirler.

Tirole (2005) ise bir adım daha ileri giderek, bağlama/paketleme uygulamalarının tek başına bir ihlal sayılmaması gerektiğini ve bu tür uygulamaların “yıkıcı fiyat” açısından değerlendirilmesi gerektiğini savunmaktadır.

Carlton ve Waldman da, bağlama uygulamalarının toplumsal refahı azaltabileceğini, ancak birçok durumda bağlama anlaşmalarının etkilerinin sosyal refahı artırıcı nitelikte olduğunu, bu nedenle uygulamaların etkilerinin tam olarak kestirilememesi durumunda dahi rekabet otoritelerinin müdahaleden kaçınmaları ve ancak rekabeti kısıtlama etkisinin net olduğu durumlarda müdahale etmeleri gerektiğini; bu durumda dahi olası zarar ile olası etkinliklerin dengesinin dikkate alınması gerektiğini savunmaktadırlar¹⁴⁹.

¹⁴⁶ Microsoft’un Internet Explorer’ı bağlaması da AB’de inceleme konusu olmuş, ancak AB Microsoft’un verdiği taahhütleri yeterli görmüştür.

¹⁴⁷ AB Komisyonu Kararı (Case No COMP/M.2220) *General Electric/Honeywell*, OJ L 395, 30.12.1989.

¹⁴⁸ *Communication from the Commission - Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings* - (2009/C 45/02) 24/02/2009

¹⁴⁹ CARLTON, D. W., ve M. WALDMAN (2005b), “How Economics Can Improve Antitrust Doctrine Towards Tie-In Sales: Comment on Tirole's 'An Analysis of Tying Cases: A Primer'”, *Competition Policy International*, Vol. , No. 1, pp. 27-40, Spring 1.

Türkiye uygulamasında bakıldığında ise, rekabet hukukunun ülke açısından görece genç bir hukuk dalı olmasına karşın uygulamaların sonuçlar açısından genel itibariyle tutarlı olduğundan bahsetmek mümkündür. Bir başka deyişle, Rekabet Kurulu'nun önüne gelen davalarda bağlama/paketleme uygulamalarının rekabeti kısıtlaması için hakim durum koşulu aranmış; hakim durumun bulunduğu olaylarda da eylemin piyasadaki etkileri değerlendirilmiştir.

Ancak, sonuçların tutarlı olması, bu sonuçlara ulaşmada kullanılan yöntemin de tutarlı ve sistematik olduğu anlamına gelmemektedir. Şöyle ki, değerlendirilen kararlarda hakim durum analizi görece standart olmakla birlikte, bağlama/paketleme uygulamalarının niteliği, piyasadaki etkilerinin değerlendirilmesi ve uygulamaların ihlal sayılması için gerekli koşullar konusunda karardan karara değişiklikler olduğu gözlemlenmektedir. Örneğin bir kararda¹⁵⁰ ihlal için rakiplerin dışlanması yeterli olacağı belirtilirken, bir diğer kararda¹⁵¹ bağlama uygulamalarının dışlanmasının yanı sıra tüketicinin sömürülmesine yol açması nedeniyle zararlı olabileceği belirtilmiş -ki bu diğer kararlarda değinilmeyen bir durumdur -, bir diğerinde¹⁵² ise, uygulamanın ihlal sayılmaması için “yarattığı etkinliğin ortaya çıkan tüketici zararından fazla olmaması” gerektiği belirtilmiştir. Son olayda öne sürülen “orantılılık” hususu aslında 4 ve 5. maddeler bağlamında “muafiyet analizi” çağrışımı yapsa da, ilgili metinde 6. maddenin değerlendirilmesi amacıyla kullanılacağı belirtildiğinden, hakim durumun kötüye kullanma eylemine karar verilmesi açısından “etkinlik savunması”nın da kabul göreceği anlaşılmaktadır.

Sonuç olarak, Türkiye uygulamasının şekilde bir yaklaşımdan çok -kısmen rastlantısal olarak- muhakeme bazlı bir şekilde evrimleştiğini, Rekabet Kurulu kararlarında yer alan analizlerin iktisat disiplininin feyz alarak biçimlendiğini ve bu nedenle mevcut uygulamalara yönelik genel bir eleştiriye yer bulunmadığını, ancak bağlama/paket satışı uygulamalarının analizi açısından bir standarda ihtiyaç duyulduğunu söylemek mümkündür.

http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=702645.

¹⁵⁰ 5.8.2009 tarih ve 09-34/786-191 sayılı Rekabet Kurulu Kararı.

¹⁵¹ 5.8.2009 tarih ve 09-34/787-192 sayılı Rekabet Kurulu Kararı.

¹⁵² “Tüm Kartları Kabul Kuralı'nın rekabet üzerindeki etkilerine ilişkin 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 27. maddesinin (a) bendi çerçevesinde yapılan sektör araştırması.” (25.11.2009)

KAYNAKÇA

AHLBORN, C., D. S EVANS ve A. J. PADILLA (2004). Antitrust Economics of Tying: A Farewell to Per Se Illegality, *Antitrust Bulletin*, 49: 287.

ARDIYOK, Ş. (2007) “Rekabet Hukukunda Satış Sonrası Pazar Teorileri ve Motorlu Taşıtlar Tebliği'nin Ampirik Analizi”, *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu - V*, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara.

BAKOS, Y. ve E. BRYNJOLFSSON (1999) “Bundling Information Goods: Pricing, Profits and Efficiency”, *Management Science*, 45:1613

BORK, R.H (1978), *The Antitrust Paradox: A Policy At War With Itself*, Free Press, New York.

BOWMAN, W. S. Jr. (1957) “Tying Arrangements and the Leverage Problem”, *The Yale Law Journal*, 67: 19.

CARBAJO, J., D. de MEZA ve D. J SEIDMANN (1990), “A Strategic Motivation for Commodity Bundling”, *Journal of Industrial Economics* 38: 283-298.

CARLTON, D. W. ve M. WALDMAN (2002) “The Strategic Use of Tying to Preserve and Create Market Power in Evolving Industries”, *The RAND Journal of Economics* 33, no. 2 (Summer): 194-220.

CARLTON, D. W. ve M. WALDMAN. (2005a). Theories of Tying and Implications for Antitrust. *SSRN eLibrary* (Temmuz).

http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=809304,

Erişim Tarihi: 12.02.2010.

CARLTON, D. W. ve M. WALDMAN (2005b), “How Economics Can Improve Antitrust Doctrine ToW.s Tie-In Sales: Comment on Tirole's 'An Analysis of Tying Cases: A Primer’”, *Competition Policy International*, Vol. , No. 1, pp. 27-40, Spring 1.

http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=702645,

Erişim Tarihi: 12.02.2010.

CHEN, Y. (1997), “Equilibrium Product Bundling”, *Journal of Business*, s.85-103.

CHIN, A. (2005), “Decoding Microsoft”, *Wake Forest Law Review*, Vol.40(1), s.1-157.

CRANE, D. A. (2005) “Multiproduct Discounting: A Myth of Nonprice Predation”, *The University of Chicago Law Review*, Vol.72., No.1. s.27-84.

COURNOT, A. (1838). *Recherches sur les principes mathématiques de la théorie des richesses*, Paris: Hachette. İngilizce çevirisi: çev. N. Bacon, *Research into the Mathematical Principles of the Theory of Wealth*, James and Gordon, Mountain Center, CA 1995.

EKDİ, B. (2010), *Hâkim Durumda Bulunan Teşebbüslerin Dikey Anlaşmalar Yoluyla Piyasayı Kapatması*, Rekabet Kurumu Yayınları, Lisans Üstü Tez Serisi No.16., Ankara.

EVANS, D. S. ve M. SALINGER (2005). “Why Do Firms Bundle and Tie - Evidence from Competitive Markets and Implications for Tying Law.” *Yale Journal on Regulation* 22: 37.

GAYNOR, D. E. (2006) “Technological Tying”, *FTC Working Papers*, No.284.

GELLHORN, E. ve W.E. KOVACIC (1994), *Antitrust Law and Economics in a Nutshell*, Fourth Edition, St. Paul: MN.

HYLTON, K. N ve M. SALINGER (2001), “Tying Law and Policy: A Decision-Theoretic Approach”, *Antitrust Law Journal* 69: 469.

KOCABAŞ, B. (2008), *İndirim Sistemleri ve Rekabet: Tek Taraflı Davranışlar Açısından Bir Değerlendirme*, Rekabet Kurumu Yayınları Uzmanlık Tez Serisi, Ankara.

NALEBUFF, B. (2000), “Bundling”, Yale ICF Working Paper, No. 99-14, http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=185193, Erişim Tarihi: 10.02.2010.

NALEBUFF, B. (2003), “Bundling, Tying and Portfolio Effects Part I: Conceptual Issues”, *DTI Economic Papers, No.1*, Department of Trade and Industry, London, s. 13-16.

NALEBUFF, B. ve D. MAJERUS (2003), “Bundling, Tying and Portfolio Effects Part 2: Case Studies”, *DTI Economic Papers, No.1*, Department of Trade and Industry, London, s. 13-16.

PADILLA, A.J. and D.S. EVANS, “Tying Under Article 82 EC and the Microsoft Decision: A Comment on Dolmans and Graf.”. *World Competition: Law and Economics Review*, 2005. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=596663>.

PAPANDROPOULOS, P. (2006) “Article 82: Tying and bundling”, *Competition Law Insight*.

POSNER, R.A. (2005), “Keynote Address: Vertical Restrictions and ‘Fragile’ Monopoly”, *The Antitrust Bulletin*, 50(3), pp. 499-509.

POSNER, R.A. (2001), *Antitrust Law*, 2nd Edition, Chicago: The University of Chicago Press.

REKABET KURUMU (2009), *Rekabet Terimleri Sözlüğü*, Rekabet Kurumu Yayınları, 1. Baskı.

http://www.rekabet.gov.tr/dosyalar/images/file/Ekonomi/1_BASKI%20REKABET_TERIMLERI.pdf

SCHWARTZ, R.M. (2010), “Confusing 'Bundling' with 'Tying' Under Article 82 Ec: 'Batteries included' or 'It only comes with fries’”, *Hastings Business Law Journal*, 6:145.

STIGLER, G. J. (1968), *ORGANIZATION of INDUSTRY*, The University of Chicago Press.

TIROLE, J. (2005), “The Analysis of Tying Cases: A Primer”, *SSRN eLibrary* (Competition Policy International, Vol. , No. 1, pp. 1-25, Spring 1).

http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=702641.

ÜNLÜSOY, K. (2003), *Rekabet Hukukunda Bağlama Anlaşmaları*, Rekabet Kurumu Yayınları Uzmanlık Tez Serisi, Ankara.

WHINSTON, M.D (1990), “Tying, Foreclosure, and Exclusion”, *The American Economic Review* 80, no. 4 (Eylül): 837-859.

WHINSTON, M.D. (2001), “Exclusivity and Tying in U.S. v. Microsoft: What We Know, and Don't Know”, *The Journal of Economic Perspectives* 15, no. 2 (Spring): 63-80.