

AVRUPA TOPLULUĞU REKABET HUKUKUNDA SEÇİCİ DAĞITIM SİSTEMLERİ

Mete ERDEM*

I. GENEL OLARAK

Rekabet Hukuku, liberal ekonomik düzen içinde artan ticari ilişkilere paralel, toplumsal yaşamdaki geliştirici gücü ve genel refahı temindeki sahip olduğu etkin rolü ile bütün dünyada ve artık bugün Türkiye'de de önemi giderek artan bir hukuk disiplini görünümündedir (1). Avrupa Topluluğu hukukunda rekabeti düzenleyen hükümler Roma Andlaşması'nın 85-90 maddeleri arasında yer alır(2). Bunlar içinde özellikle 85(1).

(*) Avukat (İstanbul Barosu), Centre for Commercial Legal Studies, Faculty of Law, Queen Mary and Westfield College, University of London, Mile End Road, London E1 4NS UK; Bu makale, yazar tarafından daha önce Exeter Üniversitesi'nde hazırlanan master tezi esas alınarak yazılmıştır. Bkz. Erdem M., *Selective Distribution Systems: A Comparative Study*, Unpublished LL.M. Dissertation, Faculty of Law, Exeter University, October 1990 Exeter; Gerek tezin kendisinde, gerekse bu makalenin hazırlanması sırasında yapıcı eleştirisi ve yorumları ile bana yol gösteren Yrd. Doç. Dr. Ateş Akıncı'ya teşekkür ederim.

(1) Akıncı A., *Mukayeseli Hukuk Açısından Amerikan ve Avrupa Topluluğu Hukuklarında Rekabetin Yatay Kısıtlanması*, (yayınlanmamış doktora tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 1988 İstanbul, s. xii.

(2) Genel olarak bkz. Lasok D. & Bridge J. W., *Introduction to the Law and Institutions of the European Communities*, 3rd ed., Butterworths, 1982 London s. 385 vd.; Whish R., *Competition Law*, 2nd ed., Butterworths, 1989 London s. 34-6; ayrıca Roma Andlaşması'nın Türkçe metni için bkz. Nomer E. & Eskiuyurt O., *Avrupa Sözleşmeleri I*, 1975 İstanbul s. 546 vd.; Günöğür H., *Avrupa Ekonomik Topluluğu'nu Kuran Antlaşma (Roma Antlaşması)*, İKV Yayınları, 1985 İstanbul s. 65-6; Gündüz A., *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Teşkilatlar ile ilgili Temel Metinler*, Beta, 1987 İstanbul s. 543 vd.

madde ile "Üye devletler arasındaki ticarete zarar vermeye müsait olan ve Orak Pazar içerisinde rekabeti önleyici, kısıtlayıcı veya bozucu gayeli veya tesirli her türlü işletmeler arasındaki anlaşmalar, işletme birliklerinin kararları ve uyumlu eylemler,..."; 86. maddeyle de "Bir ya da daha fazla işletmenin Ortak Pazar onun önemli bir kesimi içerisindeki hakim durumunu kötüye kullanması, üye devletler arasındaki ticareti etkilediği ölçüde, ..." ortak pazar ile bağdaşmaz görülerek yasaklanmışlardır.

Akıncı, bir piyasada rekabeti kısıtlayıcı nitelikteki faaliyetlerin üç kategoride incelenebileceğini ifade etmiştir: a. tekel ya da tekelleşme (*monopoly*), b. rekabetin yatay ya da dikey kısıtlanması ve c. ticari birleşme (*merger*) (3).

Rekabetin yatay ya da dikey kısıtlanmasındaki belirleyici temel ölçü, bu faaliyetlere taraf olanların ilgili piyasa içindeki konumlarıdır. Şöyle ki, aynı piyasa içinde farklı seviyede faaliyette bulunan işletmeler rekabeti dikey kısıtladıkları halde, aynı seviyede faaliyet gösterenler ancak rekabetin yatay kısıtlanmasına sebep olurlar (4). Bu noktada, rekabetin dikey kısıtlanmasını rasyonel bir davranış türü olarak görmeyen Akıncı'nın, böylesi bir anlaşmanın taraflarının çıkar sağlıyor olmalarına şüphe ile bakmasına, AT rekabet hukuku bakımından katılmak olanağı yoktur (5). Nitekim, ilgili piyasadaki rekabetin dikey kısıtlanması sonucunu veren ve üreticinin aracılarını özellikle bunların malın yeniden satılacağı bölgelere (*resale area*), müşterilerine veya yeniden satılacağı fiyatlara (*resale price*) ilişkin tek yanlı yükümlere tabi kıldığı faaliyetleri içeren bir dağıtım anlaşmasının tarafları, bundan çıkar sağlarlar ya da zarar görürler ve bu tür anlaşmalar inter-brand rekabeti (6) azalttığı ölçüde rekabet hukukuna aykırı adledilirler (7). Buna karşılık, yine rekabeti dikey kısıtlayıcı pek çok anlaşmanın *inter-brand* rekabet yerine *intra-brand* rekabeti(8) kısıtladığı ve hatta bazılarının *inter-brand* rekabeti

(3) Akıncı, op. cit., s. 45-7.

(4) US v. Topco Associates, (1972) 405 US 605, Whish, op. cit., s. 46 ve 551; Merkin R. & Williams K., *Competition Law: Antitrust Policy in the UK and EEC.*, Sweet & Maxwell, 1984 London s. 39.

(5) Akıncı, op. cit., s. 46-7, yazar bu yorumu genel olarak Amerikan Antitrust hukukunda yer alan tartışmalara dayanarak yapmaktadır. Bkz. Neale A. D. & Goyder D. G., *The Antitrust Laws of the USA; A Study of Competition Enforced by Law*, 3rd ed., Cambridge Univ. Press 1982 (reprint) USA s. 249-53.

(6) Inter-brand rekabet, aynı neviden mamullerin üreticileri arasındaki rekabettir. Bu halde üretici, kendi malının dağıtıcılarına bir diğer rakip üretici tarafından üretilen yarışan ürünlerin satılmaması yolunda yükümler getirir. Bkz. Scher I., "May Seller Restrict Where or to Whom Buyer Resellers" in *Legal Aspects of Selling & Buying, Answers to Questions on Antitrust, Franchising and Current Development in Distribution Law*, Ed. by Zeidman P. F., Shepart's/McGraw-Hill, Inc., 1983 USA s. 192-3.

(7) Erdem, op. cit., s. 1-2; Whish, op. cit., s. 551-2; Ritter L., Braun W. D., & Rawlinson F., *EEC Competition Law: A Practitioner's Guide*, Kluwer Publ's, 1991 Deventer s. 210-1; Gyselen L., "Vertical Restraints in the Distribution Process: Strength and Weakness of the Free Rider Rationale under EEC Competition Law" (1984) 21 *CML Rev.* 647.

(8) Intra-Brand rekabet, belli bir malın üreticisinin dağıtıcılarına malının satışının güçlendirilmesi yolunda getirdiği yükümlerdir. Bkz. Scher, op. cit., s. 192-3.

arttırdığı, dolayısıyla da genel olarak rekabeti kısıtlamadığı da bir gerçektir(9). Rekabet hukukunun temel konusu ise, Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin Sylvania davasında belirttiği gibi, *inter-brand* rekabettir (10).

AT rekabet hukuku içinde, dağıtım anlaşmalarının yanısıra, malın münhasıran bir müşteriye sağlanması ile müşterinin malı münhasıran bir kaynaktan almasını öngören ve dağıtım anlaşmalarının dışında gerçekleşen "münhasır alım sözleşmeleri"(11), bir malı alabilmek için bir başka malı da alma şartını içeren "bağlanma sözleşmeleri"(12), alıcının almak isteği bir mal için bunun çeşitleri arasında yer alan her bir maldan belli sayıda satın almasının şart koşulduğu "zorlayıcı alım anlaşmaları"(13) ile bir malın alıcısına sağlanmasının reddedildiği kaçınma durumları (14) da rekabetin dikey kısıtlanması sonucunu veren faaliyetler olarak değerlendirilirler. Dağıtım anlaşmalarına gelince, bunlar çeşitli şekillerde ortaya çıkarlar: münhasır dağıtım sözleşmeleri, münhasır alım sözleşmeleri, acenta anlaşmaları, seçici dağıtım anlaşmaları ve *franchise* sözleşmeleri.

Bu makaledeki inceleme konumuz, AT rekabet hukuku içinde rekabetin dikey kısıtlanması sonucunu veren dağıtım anlaşmalarından seçici dağıtım sistemlerini içerenler ile sınırlıdır ve bu bakımdan sadece konuyu ilgilendirdiği ölçüde Amerikan rekabet hukukuna değineceğiz. Böylece seçici dağıtım sistemlerinin 85 (1). madde altında bir değerlendirmesini yaparken, 85 (3). madde ile sağlanan bireysel muafiyetlerin hangi durumlarda söz konusu olduğunu da birlikte inceleyeceğiz, ancak bu arada motorlu taşıtlar bakımından söz konusu edilen ve 123/85 sayılı Tüzük ile düzenlenen toplu muafiyet meselesine girmeyeceğiz. Daha sonra ise seçici dağıtım sistemlerini 86. madde açısından ele alırken, sadece bu maddenin uygulanmasında söz konusu olan özellikler üzerinde duracağız.

II. EKONOMİK AÇIDAN "SEÇİCİ DAĞITIM" KAVRAMI

A. Seçici Dağıtım Kavramı

Bir ticari teşebbüsün ürettiği mal ve hizmetlerin, bunların nihai alıcısı konumundaki tüketiciye ulaştırması onu üretenin ticari başarısı bakımından fevkalade önem taşır. Böylece malının üreticisi durumundaki biri için son kullanıcıya dağıtımın bizatihi kendi

(9) ibid.

(10) Continental TV Inc., v. GTE Sylvania Inc., (1977) 433 US 192-3.

(11) Exclusive dealing and purchasing agreements

(12) Tie-insale agreements

(13) Full-line forcing agreements

(14) Refusal to supply

tarafından yapılması mümkün ise de, pek çok durumda ilgili malın dağıtımının birtakım ana dağıtıcılar, toptancılar ve sair aracılar üzerinden yapılması değişik faydalar sağlar. Şüphesiz malını doğrudan son alıcıya ya da perakende aşamasında kendisinin satması, bir imalatçı için malının kalitesini bu son aşamada dahi arzu ettiği seviyede korumak ve satışını güçlendirecek tedbirleri almak avantajını sağlayacaktır. Ancak bu tür bir doğrudan satış, öte yandan imalatçının malının kendi dağıtım zincirini kurmasını gerekli kılar. Bu ise çoğu zaman yüksek harcamaları beraberinde getirir. İşte dağıtım sisteminin önemi, pek çok imalatçının doğrudan satımın yüksek maliyetini hesaba katarak, mallarının son alıcıya dağıtımını mevcut aracılar üzerinden yapmayı tercih etmelerinde yatar (15).

Öte yandan yüksek maliyetli doğrudan satıştan kaçınan imalatçı için, kendisinin dışında bir dağıtım sistemi içinde malını perakende aşamasına taşıırken, bu arada malının kalitesini korumak isteği ve satış gücünün azalmaması gayesi onun bu dağıtım zinciri içindeki aracılarını seçmeye zorlar. Bu seçimle sağlamak istediği, malının tüketiciye ulaştığı son aşamaya kadar olan dağıtım süreci boyunca pazarlanmasında kendi etkisi ve kontrolüdür (16). Böylece, seçici dağıtım sistemi ile imalatçı, malının dağıtımının değişik aşamalarında seçilmiş aracı-satıcılarının sayı ve türlerini bunlarla yaptığı dağıtım anlaşmalarıyla sınırlar. Bu şekilde, belli malların seçilmiş aracılar üzerinden dağıtımını gerçekleştirirken hiç şüphesiz beklentisi, bu ticari operasyondan daha verimli sonuçlar almaktır (17). Genel olarak, bir seçici dağıtım sistemi dağıtımın değişik aşamalarını içerir, örneğin ana dağıtıcılar, büyük toptancılar, diğer aracı satıcılar ve perakendeciler gibi. Giderek böylesi bir seçici dağıtım sistemi, bir anlamda imalatçı ile bunların kendi aralarında yaptıkları bir sözleşmeler ağına bürünür. Bu sözleşmelerle getirilen sınırlamalar gereği bir malın toptancısı, bu malı normal olarak söz konusu dağıtım zincirinin içerisinde yer alan diğer toptancı-aracılara ve perakendecilere satabilirken, nihai tüketiciye satmaktan men edilmiş olabilirler; aynı şekilde, perakendeciler normal olarak aynı dağıtım ağı içindeki toptancılara, perakendecilere ve doğal olarak son aşamada o

(15) Van Bael I. & Bellis J. F., *Competition Law of European Economic Community*, Matthew Bender Co., 1988 USA s. (6-95).

(16) Demaret P., "Selective Distribution and EEC Law after the Ford, Pronuptia, and Metro II Wudgments", in *1986 Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute, US and Common Market Antitrust Policies*, Ed. by Hawk B. E., Matthew Bender Co., 1987 USA s. 149-50.

(17) Merkin & Merkin, *op. cit.*, s. 204.

malın nihai tüketicisine satabilirler(18). Sonuç olarak bütün aracilar, o malın imalatçısının seçici dağıtım anlaşmalarında kendi piyasa stratejileri doğrultusunda yer verdiği sınırlamalar ile imalatçının idaresine tabi kılınmışlardır (19).

Yüksek kâr marjını korumak isteyen imalatçıların mallarının seçici dağıtım sistemlerini çoğunlukla üç şekilde yürüttükleri görülür: yüksek fiyat satıcılarının dışlanması, dikey fiyat tespitine neden olan perakende fiyatlara etkide bulunmak ve ülkeler arasında büyük oranda farklılık gösteren ulusal fiyat düzeyini korumak amacı ile paralel ithalatı önlemek(20).

Son bir tahlille, seçici dağıtım sistemleri diğer tür dağıtım sistemleri ortak olan pek çok özelliklere sahiptir. Bu bakımdan, bir yandan seçici dağıtımın bölgesel korumaları da içerdiği yerde, diğer yandan münhasır dağıtım sistemlerinde dağıtıcının asgari teknik uzmanlığa sahip olması ve reklam yapması yükümlerini üstlendiği durumlarda seçici ve münhasır dağıtım sistemlerini birbirinden ayırmak güçlük yaratır (21). Bunun yanısıra, Amerikan antitrust hukukunda olduğu gibi, AT rekabet hukukunda da pek çok durumda seçici dağıtım sistemlerinin *franchise* sözleşmelerinin bir sonucu olarak ortaya çıkıp bunların içinde erimiş oldukları görülür (22).

B. Ekonomik Değerlendirme

Sadece dağıtım hukuku ya da seçici dağıtım sistemlerinde değil, fakat bütün rekabet hukuku bakımından ekonomik analiz bu hukuk disiplininin uygulamalarında kaçınılmaz bir gerektir.

Yargıç White Sylvania davası kararına katılırken koyduğu şerhinde, çoğunluğu Amerika'da rekabetin dikey kısıtlanmasında *per se* kuralının korunması hususundaki görüşlerine ilişkin olarak, dikey kısıtlamanın yeni ekonomik gereklere dayanan imalatçı ile dağıtıcılar arasındaki yeni dikey ekonomik ilişkilerin varlığını ileri sürmüştür (23).

(18) Goyder D. G., *EEC Competition Law*, Clarendon Press, 1988 Oxford s. 213.

(19) Demaret, op. cit., s. 150.

(20) Daout R., "Distribution under EEC Law: An Official View" in *1983 Annual Proceedings of Fordham Corporate Law Institute, Antitrust and Trade Policies of the EEC and the US*, Ed. by Hawk B. E., Matthew Bender Co., 1984 USA s. 450.

(21) Weijer G-M., *Commercial Agency and Distribution Agreements: Law and Practice in the Member States of the European Community*, Graham & Trotman, 1989 London s. 36.

(22) Erdem, op. cit., s. 3; Bellamy C., & Child G. D., *Common Market Law of Competition*, 3rd Ed., Sweet & Maxwell, 1981 (also its supplement of 1992) London s. 292.

(23) Sylvania davası, (1977) 433 US 36, bkz. Breit W. & Elezinga K. G., *The Antitrust Casebook: Milestones in Economic Regulation*, The Dryden Press, 1982 USA s. 228-9; Sharpe T., "Refusal to Supply" *LQ Rev.* 36 s. 49 ve 53.

Öte yandan, klasik ekonomik yaklaşım bugünkü modern gelişmelere temel teşkil eden iki önemli tartışmayı beraberinde getirir. Bunlar "*free riding*" meselesi ile ekonomik verimlilik ilkesidir (24).

Kısaca özetlemek gerekirse, rekabet hukukunun asıl hedefi ekonomik verimliliğin sağlanması yoluyla tüketici refahını azami ölçüde arttırmaktır. Bu anlamda ekonomik verimlilik, genel toplum refahını arttıran ekonomik sistemin başarısının bir ölçüsüdür ve rekabet hukukunun buna bağlı olarak işlevi sınırlı kaynakların daha verimli bir şekilde tahsis edilmesini teşvik etmektir (25). İşte rekabetin salt hedefinin "ekonomik verimlilik" olduğunu benimseyen Chicago okulunun kurucusu Profesör Bork ve daha sonra bu teoriyi Amerikan antitrust hukukunun uygulamalarında hakim kılan Profesör (sonradan yüksek mahkeme yargıcı) Posner, rekabetin bu amacıyla bağdaşmayan her türlü gereksiz "sosyo-politik" unsurları dışlayarak bütün rekabet hukukuna ve bu arada rekabetin dikey kısıtlanması durumlarına da mükemmel olarak uygulanabilecek bir ekonomik analiz metodunu ileri sürmüşlerdir (26). Bork'a göre, ekonomik değerlendirmenin yasallığı, ekonomik anlamda verimliliği azamiye çıkararak hukukun uygulanması ile aynıdır. Bu kaynakların bir kullanımdan diğerine kaydırılması ile verimliliğin arttırılmadığı türde bir kaynak tahsisi anlamına gelir (27). Bu teörinin Amerikan antitrust hukuku uygulamalarındaki doğal sonucu olarak, rekabetin dikey kısıtlanması neticesini veren bütün dağıtım hukuku anlaşmalarının "*rule of reason*" kuralına (28) tabi kılındığı görülür.

(24) Cavanor W. S., "Vertical Price-fixing, Vertical Market Restrictions and the New Antitrust Policy", (1984-85) *Harvard L Rev.* 983 ve 992; Sharpe, loc. cit., s. 45 vd.

(25) Collings W. D., "Efficiency and Equity in Vertical Competition law: Balancing the Tensions in the EEC and the US" in *1983 Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute, US and the Common Market Antitrust Policies*, Ed. by Hawk B. E., Matthew Bender Co., 1984 USA s. 507.

(26) Chicago okulunun ekonomik görüşleri için bkz. Erdem, op. cit., I kısım 2. bölüm ile II. kısım; ayrıca Chicago okulu için bkz. passim Bork R. H., *The Antitrust Paradox: A Policy at War With Itself*, Basic Books, Inc. Publ, 1978 New York; Bork, "The Rule of reason and Per Se Concept: Price Fixing and Market Division" Part I (1965) 74 *Yale L J.* 775, ve Part II (1966) 75 *Yale L J.* 373; Bork, "Legislative Intent and the Policy of the Sherman Act", (1966) 6 *J L & Econ.* 7; Bork, "Resale Price Maintenance and Consumer Welfare" (1968) 77 *Yale L J.*; Bork, "A Reply to Professors Gould and Yamey" (1967) 76 *Yale L J.* 731; Bork, "Vertical Restraints: Schwinn Overruled", (1977) *Sup. Ct. Rev.* 171; Gould & Yamey, "Professor Bork on Vertical Price Fixing" (1967) 76 *Yale L J.* 722; Posner R. A., *Antitrust Law: An Economic Perspective*, The Univ. of Chicago Press, 1976 Chicago; Posner, "The Rule of Reason and the Economic Approach: Reflections on the Sylvania Approach" (1977) 44 *Un Chicago L Rev.* 45; Posner, "Antitrust Policy and the Supreme Court: An Analysis of the Restricted Distribution, Horizontal Merger, and Potential Competition Decisions" (1985) 75 *Columbia L Rev.* 262; Posner & Easterbrook, *Antitrust Cases, Economic Notes and Other Materials*, West Publ., 1981 St. Paul, and its Supplement, West Publ. 1982 St. Paul; Scherer F. M., "The Posnerian Harvest: Separating Wheat from Chaff" (1977) 86 *Yale L J.* 974; Buchanan, "Good Economics-Bad Law" 60 *Va. L Rev.* 483; Rey P. & Tirole J., "The Logic of Vertical Restraint" (1986) 76 *American Economic Rev.* 921; Sharpe T., "Refusal to Supply" (1983) *LQ Rev.* 36.

(27) Sharpe, op. cit., s. 49.

Bunun yanısıra rekabetin dikey kısıtlanması lehine ileri sürülen bir başka tartışma da, gerek ekonomik, gerekse hukuki açıdan üzerinde pek çok çalışma yapılan "free rider" meselesinde ortaya çıkmıştır. *Free riding*, aynı markette, aynı neviden malı satan dağıtım sistemi dışındaki bir satıcının bu sistemin getirdiği bazı avantajlardan haksız yere faydalanması durumunu temsil eder. Şöyle ki, özellikle lüks ya da teknik açıdan gelişmiş malların imalatçısı, bunların dağıtımını sırasında sistem içinde yer alan aracı ve nihai satıcılardan müşteriye kolaylık sağlamak üzere maliyeti arttırıcı nitelikte olan malın satımını teşvik edecek birtakım servis tedbirlerini almasını ister. Ancak o malı almak için sistem içindeki sözleşmeli satıcı tarafından sağlanan bu tür kolaylıklarla etkilenebilir müşteri, kendine sistemin sağladığı satış öncesi hizmetler ile reklamından yararlanarak piyasa araştırmasını yaptıran sonra, aynı malı bu tür hizmetleri sunmadığı için düşük maliyeti yüzünden daha ucuza satan sistemin dışındaki bir başka satıcıdan daha düşük fiyatla satın alır (29). Bu durumda bir süre sonra, sistem içinde yer alan ve o malın özel hizmet ve reklamını yaparak yüksek fiyatla satan dağıtıcı ya da nihai satıcılar, aynı piyasada sistem-dışı ucuz satıcılarla rekabeti koruyabilmek için maliyeti arttırıcı bütün özel hizmetlerden kaçınmaya başlayacaklardır. Fakat Gyselen, bunun uzun dönemde o marka malın kendi piyasasında rekabetini azaltacağını ve düşen satışların bu kez ilgili malın bütün perakendecilerin aleyhine sonuç doğuracağını haklı olarak öne sürmektedir (30). Böylece, imalatçıya düşen, ya bir Chicago iktisatçısının önerdiği gibi (31) asgari perakende fiyatlarını belirlemeye; ya da öte yandan Korah'ın ifade ettiği gibi sistem satıcılarına o marka mal için kendi bölgelerindeki "free rider"lardan korunmak üzere münhasırlık tanımaya (32) kadar varan önlemleri almaktır (33).

C. Seçici Dağıtımın Rekabet Üzerindeki Muhtemel Etkileri

Genel olarak ilgili piyasada rekabetin dikey kısıtlanması sonucunu veren dağıtım anlaşmalarının rekabet üzerindeki bu etkileri olumlu veya olumsuz olarak iki şekilde ortaya çıkar. Her şeyden önce, son kullanıcıya satım öncesi veya sonrasında daha iyi bir

(28) *Per se ve rule of reason* kurallarının açıklaması hakkında bkz. Akıncı, op. cit., s. 261-83; ayrıca bkz. Neale & Goyder, op. cit., s. 23-32; Whish, op. cit., s. 24-5; Whish & Sufri, "Article 85 and the Rule of Reason", (1987) 7 Oxford Y E L. 1 s. 4-12.

(29) Gyselen, passim; Sharpe, op. cit., s. 53 vd.; Telser L., "Why Should Manufacturers Want Fair Trade" (1960) 3 *J L & Econ.* 86; Green N., *Commercial Agreement and Competition Law: Practice and Procedure in the UK and EEC*, Graham & Trotman Ltd., 1986 London s. 464; Comanor, op. cit., s. 986-8.

(30) Gyselen, op. cit., s. 648-9.

(31) Telser, op. cit., s. 92.

(32) Korah V., "EEC Competition Policy-Legal Form or Economic Efficiency" (1986) 39 *Current Legal Problems* 85 s. 87.

(33) Rekabetin dikey kısıtlanması içinde "free rider" meselesinin bir başka ekonomik incelemesi için bkz. Erdem, op. cit., s. 10-2; Klein B., & Murphy K. M., "Vertical Restraints as Contract Enforcement Mechanisms" (1988) 31 *J L & Econ.* 265.

servis verilmesi kaydını içeren seçici dağıtım anlaşmalarının, *inter-brand* rekabete olan olumlu etkisi ile ekonomik verimliliği arttırdığı bilinmektedir. Bununla birlikte, aracılara bunların sonraki alıcıları, ya da malın yeniden satılacağı bölgeler veya fiyatıyla ilgili olarak şart koşulan kayıtlar ise, o malın satıcıları arasındaki *intra-brand* rekabeti kısıtlamalarına rağmen, kendi başına rekabetin ihlali sonucunu vermezler. Bu sebeple, her defasında somut olayda seçici dağıtım sisteminin ilgili piyasada *inter-brand* rekabete olan etkisi ekonomik açıdan incelenmelidir. Böylece örneğin imalatçı tarafından "ucuzcu dükkanlar"ın sistemden dışlanmaları, o malın piyasasında satış fiyatlarındaki rekabeti ortadan kaldırmaya yönelik olduğu için *inter-brand* rekabeti kısıtlayarak rekabetin ihlali sonucunu verecektir (34). Sonuç olarak, Seçici dağıtım sistemlerinin rekabet aykırılığının hukuki değerlendirilmesi bunların *inter-brand* rekabete olan etkilerini ekonomik analizine bağlıdır (35). Mamafih topluluk hukukunda Komisyonun bugüne kadarki uygulaması ne yazık ki bu yönde geliştiği söylenemez (36).

III. 85. MADDE BAKIMINDAN SEÇİCİ DAĞITIM SİSTEMLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Prensip olarak 85 (1). maddedeki yasak kapsamına giren bir seçici dağıtım anlaşması, başka türlü telafi edici yarışan olumlu etkilerinden ötürü 85 (3). madde ile herhangi bir bireysel ya da toplu muafiyetten yararlanamıyorsa, 85 (2). madde gereği rekabete aykırı olduğu için kendiliğinden hükümsüz sayılacaktır. 85 (1). maddenin uygulanması bakımından rekabetin yatay veya dikey kısıtlanması arasında pratik açıdan bir fark gözetilmez (37).

A. AT Komisyonu'nun İlk Değerlendirmeleri

Komisyon ancak 1970'lerin başından bu yana seçici dağıtım anlaşmalarını 85 (1). madde bağlamında değerlendirme şansını bulabilmiştir. Bu nedenle Komisyonun seçici dağıtım sistemlerine başlangıçtaki yaklaşımı, genel olarak dağıtım söz konusu edilen

(34) Ritter, Braun & Rawlinson, op. cit., s. 211.

(35) Bkz. supra not. 10.

(36) Chard J. S., "The Economics of the Application of Article 85 to Selective Distribution Systems" (1982) 7 *EL Rev.* 83 s. 101; Korah, *EEC Competition Pol'y*, op. cit. s. 85; Ritter, Braun & Rawlinson, op. cit., s. 211; Ayrıca seçici dağıtım sistemlerinin rekabet üzerindeki olumlu ve olumsuz etkileri bakımından ayrıntılı bilgi için bkz. Erdem, op. cit., kısım II, 3. bölüm; Chard, passim; Whish, op. cit., s. 560; Vajda C., "Selective Distribution Agreements in the European Community" (1980) 2 *EL Rev.* 246; Havermans E., "Vertical Restraints and the Conflict in EEC Competition Policy" Seminar paper (memo) submitted in M. A. in Economics of the EEC, Industry and Employment in the University of Exeter in January 1990, s. 9.

(37) Italy v. EEC Council and Commission (1966) bkz. Osterweil E., "Developing EEC Antitrust Law in the Field of Distribution under Article 85 of the Treaty of Rome" (1976) 8 *L & Pol'y Int'l Bus.* 77 s. 82.

ürünlerin nevelerine göre tedrici olarak tekamül etmiştir ve bu arada dava konusu edilen bazı sistemler ya Komisyonun izninden ya da muafiyetlerinden yararlanmışlardır (38). Kısaca, Komisyonun 1970 ile 1977 yılları arasında aldığı kararlarında, aracı ve dağıtıcıların ayırım gözetilmeksizin objektif olarak salt niteliksel ölçülerin esas alınarak belirlendiği seçici dağıtım sistemlerinin 85 (1). madde bakımından rekabeti ihlal etmediği şeklinde bir tutum hakim olmuştur. Ne var ki, bunların dışındaki ilave birtakım yükümleri içeren diğer kısıtlamalar ise ancak ilgili piyasadaki inter-brand rekabeti arttırdıkları ölçüde 85 (3). madde ile muafiyet kapsamına alınmışlardır (39). Nitekim, Komisyonun seçici dağıtım sistemleri bakımından geliştirdiği ilkeler ayrıca AT Rekabet Politikasına ilişkin 1977 tarihli 5. Raporunda yer almıştır (40).

B. AT Adalet Divanı'nın Metro/Saba Doktrini

Adalet Divanı, seçici dağıtım sistemleri hususunda hukuki bir değerlendirme yapma şansını ilk kez 1977 yılında önüne gelen Metro v. Commission davasında bulmuştur.

Davanın kısaca özü şöyledir: Metro büyük depo-dükkanlarında self-service çalışan ve müşterilerine sattığı mal hakkında herhangi bir açıklama, kredi veya nakil yapmadan düşük fiyatlarla düşük kâr marjına koşan bir Alman toptancı zinciridir ve radyo, televizyon ve müzik setleri imalatçısı SABA'nın toptancısı olarak SABA dağıtım sistemine katılmak üzere yaptığı başvurusu, sistemin bir gereği olarak SABA tarafından belirlenen satış öncesi ve sonrası servis şartlarını yerine getirmediği gerekçesi reddedilmiştir. Bunun üzerine Metro, önce SABA'yı Komisyona şikayet etmiştir. Burada SABA bazı koşulları değiştirip, bazıları için komisyondan müsaade alırken, diğerleri için de 85 (3). maddenin sağladığı muafiyetlerden yararlanmıştır (41). Mamafih, Komisyonun kararından memnun kalmayan Metro, bu kez de Komisyonu Adalet Divanı'na şikayet etmiştir. Adalet Divanı, SABA seçici dağıtım sisteminde ifadesini bulan salt niteliksel kriterlere dayalı bu tür sistemlerin temel unsurlarının yasallığını belirlerken, Komisyonun kararlarını onaylamıştır (42).

Bu karara göre Divan, ".. seçici dağıtım sistemlerinin, satıcıların ve çalışanlarının teknik nitelikleri ile ticarethanelerinin liyakatine ilişkin kalitatif nitelikteki objektif kriterlere dayanarak seçildiği ve bu tür şartların bütün potansiyel satıcılar için aynı şekilde konulduğu ve ayırım gözetilmeksizin uygulandığı hallerde, diğerleri ile birlikte 85 (1).

(38) Goebel R. J., "Metro II's Confirmation of the Selective Distribution Rules: Is the End of the Road" (1987) 24 *CML Rev.* 605 s. 606; Van Bael & Bellis, op. cit., s. (6-101).

(40) EC Commission 5th Report on Competition Policy (1977) bkz. Van Bael & Bellis, loc. cit., s (6-99) no. 10.

(41) SABA, (1976) *O. J. L* 28/19.

(42) Metro v. Commission (No. 1), case 26/76, (1977) *ECL* 1875; (1978) 2 *CMLR* 1.

madde ile uyumlu bir rekabet görünümü teşkil ettiğini kabul ederek Komisyonu bu görüşünde onaylamıştır." (43)

Böylece, Divan Metro/SABA kararında tanımladığı basit seçici dağıtım sistemi kavramının ardında yatan temel koşulların yerine getirildiği sistemlerin AT'de 85 (1). madde ile korunan rekabeti ihlal etmeden faaliyet gösterebileceklerini kabul etmiştir. Divanın Metro/SABA doktrini getirdiği bu temel şartlar şunlardır:

- * dağıtım söz konusu olan malın bir seçici dağıtım sisteminin kurulmasına uygun olması,
- * niteliksel seçicilik kriterlerinin uygulanması,
- * bu niteliksel kriterlerin objektif olarak gerekli olması, ve
- * niteliksel kriterlerin ayırım gözetmeme esasına uygun olarak uygulanması gerekmektedir.

1. Seçici dağıtım haklı kılan nitelikteki mallar

Seçici dağıtıma uygun nitelikteki malların belirlenmesinde haklı olarak sözkonusu edildiği gibi, ilgili malın satımının gerektirdiği ölçüde teşvik edilmemesi yüzünden zarar görmesi kadar, müşterinin ne almak istediği ve aldığını nasıl kullanacağı hususlarında ihtiyaç duyacağı yardımın sağlanmasının da dikkate alınması gerekir. Yani alıcının bir mala yönelik bilgi ve becerisinde o malın niteliğini belirlemede önemi vardır (44). Prensip olarak, Metro/SABA doktrini ile "kalitesi yüksek ve gelişmiş teknik özellikleri olan" tüketici maddelerinin seçici dağıtıma uygun olduğu kabul edilmiştir(45). Bununla birlikte teknik olarak bir değer ifade etmemesine rağmen, bazı yüksek kaliteli malların lüks sayılabilecek kalitesi ve pahalılığında ötürü markasının itibarını korumak maksadıyla uygun atmosfer ve ortamda satılabileceği kabul edilmiştir (46).

Buna göre kalitesi yüksek olup gelişmiş teknik özelliklere sahip olmasından ötürü bunların dağıtımına niteliksel seçicilik kriterlerinin uygulanması ve belki de bunları tamamlayıcı nitelikteki bazı niceliksel koşulların da sözkonusu edildiği mallar bu tür sistemleri haklı kılar. Örneğin, elektrik ve elektronik malzemeleri (47), fotoğraf malzeme-

(43) ibid para. 20-1.

(44) Metro/SABA (No. 1), op. cit., para. 20.

(46) Korah V., "Comfort Letters-Reflections of the Perfume Cases" (1981) 6. *EL Rev.* 14; Durand C. F., "The Perfume Cases" (1982) 19 *CML Rev.* 325.

(47) AEG-Telefunken, (1982) *O.J. L* 117/15; Metro/SABA (No. 1), (1986) *O.J. L* 28/19, (1976) 1 *CMLR* D16; Metro/SABA (No. 2), (1983) *O.J. L* 376/41, (1984) 1 *CMLR* 676; Grundig, (1985) *O.J. L* 233/1, (1988) 4 *CMLR* 865.

leri (48), ev malzemeleri (49), bilgisayarlar (50), tıbbi malzemeler (51) vs. Bundan başka genel olarak aynı özelliklere sahip oldukları halde dağıtımda niceliksel kriterlerin kullanılmasını haklı kılan mallarda vardır, örneğin motorlu araçlar (52) ve saatler (53). Öte yandan, Komisyon *Swatch* marka kol saatlerinin bir anlamda seri üretildiği gerekçesiyle seçici dağıtımını gerekli kılmadığını kabul etmiştir (54).

Bunlarla birlikte markalarının prestijini korumak için uygun ortamda yüksek fiyatlarla satılan teknik olarak gelişmiş olmamasına rağmen yüksek kaliteli ve pahalı mallar, ilke olarak yine aslen niteliksel kriterlerin uygulanması yanında bunlarla bağdaşan niceliksel şartlara tabi kılınan seçici bir sistem ile dağıtılabilmektedirler. Bunun en belirgin örneği bunlara niceliksel kriterler uygulanmasının da kabul edildiği parfümlerdir (55). Ayrıca, mücevherler (56) ve (porselen) sofrata takımları (57) hususunda prensip olarak niteliksel -ve ancak bunları tamamladığı ölçüde niceliksel- kriterlerin uygulanması kabul edilmiştir.

Bir üçüncü tür kategori olarak rafta kalma süresi son derece kısa olan gazete ve dergiler, genel olarak niteliksel kriterlerin yanında niceliksel pek çok sınırlamaları da haklı kılar (58).

Bütün bunların dışında, yukarıdaki sınıflamaya girmeyen bazı malların dağıtımında niceliksel kısıtlamaların yer verildiği birtakım seçici sistemlerin, bu

-
- (48) Kodak, (1970) *O.J.* J 147/24 (1970) *CMLR* D19; Hasselblad v. Commission, (1984) *ECR* 883, (1984) 1 *CMLR* 559.
- (49) Krups, (1980) *O.J.* L 120/26, (1980) 3 *CMLR* 274.
- (50) IBM, (1984) *O.J.* L 118/24, (1984) 2 *CMLR* 342.
- (51) Sandoz, (1987) *O.J.* L 222/28, (1989) 4 *CMLR* 628.
- (52) BMW, (1974) *O.J.* L 29/1, (1975) 1 *CMLR* D44; Peugeot, (1986) *O.J.* L 295/19, (1989) 4 *CMLR* 371.
- (53) Omega, (1970) *O.J.* L 242/22, (1970) *CMLR* D49; Junghans, (1976) *O.J.* L 30/10, (1977) 1 *CMLR* D82.
- (54) *ETA v. DK Investment*, case 31/85, (1986) 2 *CMLR* 674.
- (55) Bkz. supra no. 46, ayrıca Dior & Lancome için EC Commission 4th Report on Competition Policy (1976) points. 93-7 ve Parfüm endüstrisi bakımından EC Commission 5th report on Competition Policy (1977) points. 57-9.
- (56) Murat, (1983) *O.J.* L 348/20, (1984) 1 *CMLR* 219.
- (57) Villeroy & Boch, (1985) *O.J.* L 376/15, (1988) 4 *CMLR* 461.
- (58) *Maria Salonia v. Giorgio Poidomani*, case 126/80, (1981) *ECR* 1563, (1982) 1 *CMLR* 64; *Binon v. AMP*, (1987) *O.J.* C 164/2, (1985) *ECR* 2015, (1985) 3 *CMLR* 800.

malların niteliğinin gereği olarak faaliyette bulunabilecekleri kabul edilmiştir. Örneğin, dişçilik malzemeleri (59), bira ve petrol (60) vs.

Son olarak, bazı malların yukarıdaki özellikleri taşımadığı için seçici dağıtım sistemlerini gerektirmediği hem Komisyon, hem de Divan tarafından açıkça ortaya konmuştur. Örneğin, çatal-bıçak takımları (61), tütün (62), sörf malzemeleri (63), kahve (65), muz (66) ve tesisat malzemeleri (67) vs.

2. Dağıtıcının Seçimi

a. Niteliksel Kriterler

İmalatçı malının son aşamada tüketiciye ulaşana dek katettiği yolda, dağıtımı gerçekleştiren, bir anlamda ticari başarısının en önemli unsurunu teşkil eden toptancı ve perakendecilerin bu dağıtım sistemi içinde seçimini, bunların niteliklerini göz önüne alarak yapmalıdır. Bu 85 (1). maddenin asıl gereği olan ve Divanın Metro/SABA doktrinini ile teyid ettiği bir koşuldur. Böylece, niteliksel kriterden maksat, dağıtıcıların imalatçının malının dağıtımını yaptırdığı sisteme katılabilmek ve bunun için de faaliyet gösterebilmek için yerine getirmek zorunda oldukları koşul ve kısıtlamalardır. Bunlar ilgili malın arzettiği özelliklerin bir sonucu olarak ortaya çıkar ve dağıtıcıların sistem içindeki işlev ve faaliyetlerini düzenlerler (68). Dağıtılan malın niteliği gereği bu malı dağıtan ve satan araçlarla bunlara çalışanların ve ticarethanelerinin belli özel teknik niteliklere sahip olmaları, ilgili malın gerektiği gibi dağıtılıp satılabilmesini mümkün kılacak yeterince donatılmış ve iyi bir konuma sahip bir dükkan ile uygun yetiştirilmiş çalışanlar, satış öncesi, satış esnası ve sonrası hizmetler gibi diğer yeterlilik şartlarının

(59) Ivoclar, (1985) *O.J.* L 369/1, (1988) 4 *CMLR* 781.

(60) Regulation 1984/83 on exclusive purchasing agreements, appendix 12.

(61) Gerofabriek, (1977) *O.J.* L 16/8, (1977) 1 *CMLR* D35.

(62) Fedetab, (178) *O.J.* L 224/29, (1978) 3 *CMLR* 524, Fedetab v. Commission, cases 209-15/78, (1980) ECR 3125, (1981) 3 *CMLR* 134.

(63) Windsurfing, (1983) *O.J.* L 229/1, (1984) 1 *CMLR* 1.

(64) Interlupke, bkz, EC Commission 15th Report on Competition Policy (1985), point. 61.

(65) Cafeteros de Colombia, (1982) *O.J.* L 350/31, (1983) 1 *CMLR* 703.

(66) United Brands v. Commission, (1978) ECR 207, (1978) 1 *CMLR* 429.

(67) Grohe, (1985) *O.J.* L 19/17, (1988) 4 *CMLR* 612; İdeal-Standard, (1985) *O.J.* L 20/38, (1988) 4 *CMLR* 627.; Komisyonun başlangıçtaki tereddütü hususunda bkz. Korah V., *An Introductory Guide to EEC Competition Law and Practice*, 3rd ed., ESC Publ. Ltd., 1986 London s. 77.

(68) Schroter H.R.B., "The application of Article 85 of the EEC Treaty to Distribution Agreements-Principles and Recent Developments" in *1985 Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute, US and Common Market Antitrust Policies*, Ed. by Hawk B.E., 1986 USA s. 419.

yanında, o malın ve yedek parçalarının asgari stoğunun bulunması şeklinde ortaya çıkar (69).

Bu şekilde Divanın Metro/SABA kararında ortaya koyduğu prensip gereği, bir imalatçının son kullanıcıya kadar malının dağıtımını gerçekleştirdiği bir dağıtım sistemi içerisinde yer alan dağıtıcı ve satıcılarını bunların niteliklerini göz önüne alarak yaptığı seçim, bu tür kalitatif kriterlere dayanan seçici dağıtım sistemini 85 (1). madde ile getirilen yasak kapsamının dışına taşır ve hiçbir muafiyeti gerektirmez. Burada niteliksel ölçülerin uygulanmasında gözetilen temel maksat, imalatçının malının tüketicisine dağıtıldığı son aşaması da malının kalitesinin korunmasından ve satışının en iyi şekilde teşvik edildiğinden emin olmasıdır. Bu nedenle bir seçici dağıtım sisteminde, toptan ve perakendeci aracılardan satılan malın bir anlamda uzmanı olması, bunların çalıştırdığı yardımcılarının teknik olarak eğitilmiş olması, bir diğer ifadeyle ne sattıklarını biliyor olup sattıkları malın özelliklerine vakıf olmalarına ilişkin zorunluluklar; o malın satım öncesi ve esnasında olduğu kadar, satışı sonrasındaki kullanıma ilişkin teknik yardım ve öneriler ile tamir hizmetlerinin sağlanması ve ticarethanenin malın özelliklerine uygun olması, yani yeri ve diğer fiziksel özelliklerinin, örneğin hacmi ve vitrinin büyüklüğü gibi şartların niteliksel kriterler olduğuna şüphe yoktur (70). Ancak sorun, tek bir isim halinde olup da reyonlarının kiraya verildiği büyük çok katlı dükkanlarla self-service dükkanların bu kalitatif kriterleri karşılamalarında ortaya çıkmıştır; Komisyon bunların daha baştan dışlanmalarını öngören kayıtların geçersiz olduğunu ve arzu edilen koşulları taşıdıklarında seçici dağıtım sisteminde yer alabileceklerini belirlemiştir (71). Dağıtım sistemi içindeki toptancıların son kullanıcılara perakende mal satmasının yasaklaması geçerlidir (72). Bununla beraber, dağıtım zinciri içinde yer almayan aracılara mal sağlanmamasının seçici dağıtım sisteminin bir gereğidir (73). Şartların haklı kıldığı yerde, belli aracılara belli türdeki müşterilere mal sağlamalarını ilişkin yükümlerde tasvip edilir (74). Aynı satıcının o malın toptan ve perakende satışları arasında fiyat farkı gözetmesine dair reklam yapmasının yasaklanması geçerli bir kayıttır (75). Bununla birlikte, düşük fiyatların reklamı böylesi uzmanlaşmış bir ticaretin özellikleriyle bağdaşır adledilmelidir. Son olarak, dağıtıcının malın perakende satış fiyatlarının bir listesini sağlaması, bu listenin sadece bir öneri niteliği taşıdığı ve aracılar arasında fiyat tespi-

(69) EC Commission 13th Report on Competition Policy (1983), point. 33.

(70) Kodak, supra no. 48; Omega, supra no. 53; BMW, supra no. 52; SABA, supra no. 41; Junghans, supra no. 53; Grundig, supra no. 47; Villeroy & Boch, supra no. 57.

(71) Grundig, ibid; İdeal-Standard, (1985) *O.J. L* 233/1, (1988) 4 *CMLR* 627.

(72) Metro/SABA (No. 1), supra no. 42; Grundig, supra no. 47; Villeroy & Boch, supra no. 57.

(73) Metro/SABA (No. 1), ibid.

(74) Villeroy & Boch, supra no. 57.

(75) Grundig, supra no. 47.

tinde yönelik olamadığı hallerde mümkündür (76). Ancak imalatçının bu fiyat listesini takip etmeyen satıcılara yaptırım uygulaması sözkonusu olamaz (77). Görüldüğü gibi, bütün bu bahsettiğimiz durumlar bir seçici dağıtım sisteminin gereği olan niteliksel koşullardır ve bunlara sahip bir seçici dağıtım sistemi AT rekabet hukukunda 85 (1). maddenin düzenlediği yasak dışı da faaliyet gösterebilir.

b. Niceliksel Kriterler

Bazen bir seçici dağıtım sisteminde imalatçı tarafından ileri sürülen niteliksel istemleri yerine getiren dağıtıcı veya perakendeciler bu kez de niceliksel birtakım sınırlamalar ile karşı karşıya kalırlar. İşte imalatçı tarafından doğrudan veya dolaylı olarak malının seçilmiş satıcılarının sayısının belirlenmesi gayesiyle sözkonusu edilen bu sınırlamaları içeren seçici dağıtım anlaşmaları normal olarak 85 (1). maddeyle getirilen yasağın uygulama alanı içine düşer ve 85 (3). maddenin sağladığı muafiyetlerden yararlanmaksızın, 85 (2). madde itibariyle hükümsüz sayılırlar (78). Çünkü, aynı niteliklere sahip satıcıları arasında ayırım gözeterek keyfi sayısal sınırlara tabi seçimlere giden imalatçının dağıtım sistemi, rekabeti bozucu etkilerle sahip olduğundan, nihai tüketicinin seçim şansını azaltır ve bir dağıtım sisteminin faaliyetinden yararlanmada adil şekilde pay almasını engeller (79).

Seçici dağıtım sistemlerinde niceliksel kriterlerin genel olarak üç şekilde ortaya çıktığı görülür:

i. İlk olarak, satıcıların sayısının, bunların faaliyette bulunacağı alanlardaki ilgili malın müşteri sayısı veya genel nüfusuna bakılarak belirlendiği durumlardır ki, burada sözkonusu olan adeta bunlara münhasır bölgeler sağlamaya denk, o malın sistem içindeki diğer satıcıları ile arasında asgari mesafelerin korunduğu satış bölgeleri tahsis etmektir (80). Bu halde, imalatçının amacı, kendi aracı-satıcılarına, dağıtım sisteminin dışında kalan ve onaylamadığı diğer aracılara, meğer ki bunlar seçilmek için gereken niteliklere sahip olsalar bile, malın sağlanması hususunda izin vermeyerek, dağıtım sisteminin üzerinde tam denetim kurmaktır (81).

ii. İkinci tur niceliksel ölçü, satıcıların belirli bir asgari bilançooya sahip olmaları şeklindeki kayıtlardır, böylece ancak belli bir hacmin üzerinde satış kapasitesi olan satıcılara, sadece belirli bir asgari miktarın üzerinde mal sağlanması sözkonusudur.

(76) Villeroy & Boch, supra no. 57.

(77) AEG-Telefunken, supra no. 47.

(78) Merkin & Williams, op. cit., s. 211-2; Green, op. cit., s. 522; Whish, op. cit., s. 96.

(79) Chard, op. cit., s. 96.

(80) Bkz. Omega, supra. no. 53; BMW, supra, no. 52; Hasselblad, supra no. 48; AEG-Telefunken, supra no. 47; Ivoclar, supra no. 59.

(81) Ritter, Braun & Rawlinson, op. cit., s. 213.

Kısaca, burada dağıtım sisteminin içinde yer almak isteyen bir satıcı için dönemsel olarak, o maldan en azından belli bir miktarı satmayı taahhüt etmek zorunluluktur (82).

iii. Son olarak, bir dağıtım sistemi içerisinde yer alabilmek için aracı-satıcının, o malın belli -belki de tüm- çeşitlerinden belli sayılarda kendi stoklarında bulundurmaya üstlenmek durumunda bırakılmasıdır (83).

Prensip olarak AT rekabet hukukunda, dağıtıcılara ilişkin sayısal sınırlamaları içeren seçici dağıtım sistemleri 85 (1). madde ile *per se* yasaklanmıştır. Ancak, buna rağmen bu sınırlayıcı zorunlulukların ekonomik açıdan ilgili piyasadaki rekabete olan etkilerine bakmak gerekir, çünkü pek çok durumda görülecektir ki, bunların intra-brand rekabeti azaltıcı etkileri kadar inter-brand rekabet üzerinde de olumlu ekonomik etkileri vardır. Amerikan antitrust hukukunda 1977 Yüksek Mahkemenin Sylvania kararından beri uygulanan niceliksel sınırlamaların rule of reason kuralı altında bir ekonomik değerlendirmeye tabi tutulması ilkesi, AT hukukunda da kısmen etkisini göstermiş ve sayısal sınırlamaların niteliksel zorunluluklarla birleştiği birçok durumda, gerek Komisyon, gerekse Divan bunları rekabete olan etkileri bakımından değerlendirerek, 85 (3). maddeyle sağlanan bireysel muafiyetlerin uygulanmasına karar vermişlerdir.

3. Dağıtıcıların Seçimindeki Usül

a. Objektif Gereklilik

Teknik olarak gelişmiş yüksek kaliteli veya lüks malların bir sistem içinde daha etkili dağıtımının sağlanması amacıyla öne sürülen kalitatif şartlar, o malın niteliğinin gerektirdiği bir sonuç olmalıdır (84). Diğer bir ifadeyle, imalatçının malının dağıtıldığı bir sistemde ileri sürdüğü niteliksel sınırlamalar, satış aşamasında ilgili malın kalitesinin korunması ve bir bütün olarak dağıtım sisteminin yasal hedeflerine ulaşması için objektif olarak gerekli olmalıdır (85) (85a).

b. "Ayrım Gözetmemek" İlkesi

Ayrım gözetmeme ilkesinin uygulandığı seçici dağıtım sistemleri açık sistemlerdir. Bir açık sistemde, dağıtım ağı içinde yer alan bir dağıtıcı, imalatçı tarafından öne sürülen niteliksel koşullara sahip diğer aracılara serbestçe mal sağlar. Öte yandan, bu dağıtım zincirine katılmak isteyen tüm potansiyel satıcıların seçiminde uygulanan nite-

(82) Metro/SABA (No. 1), supra no. 42; Metro/SABA (No. 2), supra no. 47; Ivoclar, ibid.

(83) Metro/SABA (No. 1), ibid; Metro/SABA (No. 2), ibid; BMW, supra no. 52; Murat, supra no. 57; Krups, supra no. 49; Grundig, supra no. 47; Villeroy & Boch, supra no. 57.

(84) Van Bael & Bellis, op. cit., s. (6-108).

(85) Whish, op. cit., s. 618; Green, op. cit., s. 521; Merkin & Williams, op. cit., s. 210.

(85a) Metro/SABA (No. 2), supra no. 47; AEG-Telefunken, supra no. 47; Grundig, supra no. 47.

liksele kriterler, koşulluğa malial vermeden objektif olarak ayırım yapılmaksızın uygulanır (86) (86a). Böylece, imalatçının dağıtıcılarının seçiminde esas aldığı niteliksel şartları taşıyan fakat sistem dışında yer alan yeni aracı-satıcının önceden imalatçı tarafından şahsen seçilmesine gerek kalmadan mal sağlanır (87). Açık seçici dağıtım sistemleri genel olarak 85 (1). madde ile uyum içinde olup rekabeti ihlal etmezler (88).

C. Seçici Dağıtım Anlaşmasında Yer Alan Diğer Sınırlamalar

1. Rekabete Uygun Hükümler

Seçici dağıtım anlaşmalarında yer alan niteliksel sınırlamaların dışında, malın teknik özellikleriyle ilgisi olmayan diğer bazı şartlar, makûl ölçüler içinde uygulandıkları takdirde, 85 (1). madde ile konulan yasağın dışında işlem görürler (89). Ancak bazen de koşulların gerektirdiği durumlarda Komisyonun iznine ya da 85 (3). maddenin muafiyetlerine tabi olabilirler.

a. Aracının Satış Yaptığı Müşterilerle İlgili Kayıtlar

Dağıtım sistemi içerisinde malın hangi seviyede satılacağı, gerçekte hangi sınıftan müşterinin söz konusu edildiğine bağlı olarak farklılık gösterir. Ancak burada Komisyon ve Divanın davalarındaki uygulamaları dikkate alarak şu kadarını söylemek mümkündür: bir seçici dağıtım anlaşmasında yer alan dağıtım zincirinin dışındaki onaylanmamış hiç kimseye mal temin edilmemesi yolundaki bir hüküm sistemin bir gereği, doğal bir sonucu olarak kabul edilir (90). Öte yandan, diğer kurumlarda gerek Komisyon, gerekse Divanın kararlarında tutarlı bir çizgi bulabilmek mümkün değildir. Bazı durumlarda dağıtım ağının dışındaki onaylanmamış hiçbir alıcıya değil, fakat son kullanıcıya mal satılması şartı geçerli bulunurken (91), diğer birtakım durumlarda, toptancı ve perakendeci satıcılar arasında sınıfsal bir ayırma giderek, toptancıların diğer ticari müşterilerine mal sağlayabilecekleri halde son kullanıcı konumundaki özel müşterilerine mal satamayacağı ya da sadece dağıtım sisteminin içinde yer alan onaylanmış müşterilere mal satabileceğine ilişkin sınırlamalar, ilgili piyasada bu tür bir ayırımın aslında toptancı ve perakendecilerin farklı işlevlerinden kaynaklandığı gerekçesi

(86) Bellamy C. & Child G. D., *Common Market Law of Competition*, 3rd ed., Swett & Maxwell 1987 London s. 302.

(86a) AEG-Telefunken, supra no. 47; Metro/SABA (No. 2), supra no. 47; Binon v. AMP, supra no. 58.

(87) Ritter, Braun & Rawlinson, op. cit., s. 215.

(88) AEG-Telefunken, supra no. 47; Metro/SABA (No. 2), supra no. 47; AMP v. Binon, supra no. 58.

(89) Van Bael & Bellis, op. cit., s. (6-121 ve 122).

(90) Omega, supra no. 53; BMW, supra no. 2; Junghans, supra no. 53; Hasselblad, supra no. 48; Murat, supra no. 56; Grundig, supra no. 47; Villeroy & Boch, supra no. 57; Metro/SABA (No. 1), supra no. 42; Metro/SABA (No. 2), supra no. 47.

(91) Vajda, *Selective Distribution*, op. cit., s. 418.

ile, rekabete uygun görülmüştür (92). Sonuçta, bir seçici dağıtım anlaşmasında kendisine satış yapılacak müşterilere ilişkin sınırlamaların 85 (1). maddeyi ihlal edip etmediği yolundaki bir değerlendirme, bunların özünde niteliksel sınırlamalar olup olmadığını saptayacak salt bir teknik incelemenin ötesinde ekonomik bir incelemeyi de gerektirir (93), çünkü bazı müşterilerin malı belli dağıtıcılardan temin etmesinin rekabete aykırı etkileri olabilir. Ne var ki, Komisyonun görüşü, bu tür sınırlamaların amaç ve etkilerinin rekabeti ihlal edecek ölçüde olmadığı şeklindedir (94) (94a).

b. Malın Satılacağı Alanlara İlişkin Kayıtlar

Bölgesel sınırlamalardan sadece AET ülkeleri dışına mal ihraç etmeyi yasaklayan türde kayıtları içeren seçici dağıtım anlaşmaları 85 (1). madde ile bağdaşır olarak kabul edilmiştir (95), çünkü çifte vergilendirmenin o malın ortak pazara yeniden ihraç edilmesi olanağını pratik olarak ortadan kaldıracığı için topluluk ticaretine olumsuz etkisinin olmayacağı varsayılmıştır (95a). Diğer yandan, üye devletler arasındaki ihraç yasağı ile belirlenmiş bölgeler dışında aktif satış politikaları yürütmeme hususundaki kayıtlar duruma göre bazen rekabeti ihlal edici mahiyette bulunup hükümsüz adledilirken, bazen de bireysel muafiyetten yararlanırlar (96). Öte yandan bölgesel münhasırlık 86. maddenin kapsamında incelenmek gerekir (97).

c. Bazı İşbirliği Hükümleri

İmalatçının dağıtıcıları ile yaptığı seçici dağıtım anlaşmalarında yer verdiği belli asgari işbirliği yapma yükümleri, bunların içerikleri dikkate alınarak değerlendirilmelidir. Ancak henüz baştan şu söylenebilir: Ülke olarak işbirliği hükümleri, aracılı imalatçıya fazla yakınlaştırarak bağımlı hale getirmedikleri sürece, dağıtım sisteminin bir gereği olarak 85 (1). maddedeki yasak kapsamına girmezler (98). Örneğin,

(92) SABA, supra no. 41; Goyder, op. cit., s. 215; Green, op. cit., s. 525; Vajda C., "Selective Distribution Agreements in the European Community" (1980) 2 *Eur Intel Prop'y Rev.* 246 s. 247.

(93) Van Bael & Bellis, op. cit., s. (6-122 ve 123) nos. 36 ve 37.

(94) Chard, op. cit., s. 95.

(94a) Özellikle kendisi tehlike arzeden bazı malların doğrudan sıradan özel nihai tüketiciye satılmasının yasaklanmasına ilişkin sınırlamalar, tüketicinin zarar görmesi olasılığı yüzünden, 85 (1). madde yasağının dışında değerlendirilmelidirler. Bkz. Tripoli v. Wella, (3rd Cir. 1970) 425 F. 2nd, 932, Vajda, *Selective Distribution*, op. cit., s. 421.

(95) Vajda, ibid; Van Bael & Bellis, op. cit., s. (6-126 ve 127).

(95a) Kodak, supra no. 48; Omega, supra no. 53; Junghans, supra no. 53; Metro/SABA (No. 1), supra no. 42.

(96) infra s. 35.

(97) infra s. 42.

(98) BMW, supra no. 52.

Junghans'ın Belçika ve Danimarka'daki dağıtıcılarına bunlar tarafından yapılan satışlara ilişkin sorunlar hakkında bilgi verilmesini istemesi, Komisyonun iznini sağlamıştır (99).

d. *Sisteme Uyumun Denetlenmesi*

Seçici dağıtım anlaşmasında şart koşulan niteliksel kriterlerin aracılar tarafından yerine getirilip getirilmediğinden emin olmak isteyen imalatçının alacağı denetleyici tedbirlerin rekabeti kısıtlayıcı nitelikte olmadığı, niteliksel sınırlamaların kendisinin rekabeti kısıtlamadığı gerekçesiyle kabul edilmiştir (100). Örneğin, Metro/SABA (No. 1) davasında, Komisyon malı sağlayan dağıtıcıların diğer aracılarının satışlarına ilişkin kayıtların seri numaralarını saklamalarını isteme hakkını veren denetlemenin rekabeti kısıtlamadığına karar vermiştir (101).

e. *Dağıtım Anlaşmasına Son Verilmesi*

Dağıtıcıların anlaşma şartlarını esaslı biçimde ihlal ettiği durumlarda, imalatçının mal vermeyi durdurarak anlaşmayı bozması, rekabeti aykırılık sonucunu verecek yaptırım niteliğinde olmaması şartıyla, 85 (1). maddenin uygulanma alanı dışında kalır (102).

2. Rekabete Aykırı Sınırlamalar

Bir dağıtım sistemi içinde dağıtıcıların seçimi, objektif olmayan ve dağıtılan malın nitelikleriyle ilgisiz sayısal kriterlerin keyfi uygulamaları sonucunda yapılıyorsa, bu tür "kapalı" seçici dağıtım sistemlerinin 85 (1). maddenin koyduğu yasak uyarınca, ilke olarak hiçbir muafiyetten yararlanmaksızın hükümsüz sayılacağı kesindir (103). Ancak bu niceliksel sınırlamaların yanısıra, AT rekabet hukuku uygulamalarının özellikle son on yıllık döneminde, Komisyon ve Divanın 85 (1). maddenin uygulama alanını malın yeniden satılacağı asgari fiyatların korunması ve ilgili piyasanın paylaşılmasına yönelik bölgesel sınırlamaları içeren dağıtım sistemlerini de kapsayacak biçimde genişlettiği gözlenir.

a. *Satış Fiyatlarının Belirlenmesi*

85. maddenin 1a paragrafında "doğrudan ya da dolaylı şekilde alış veya satış fiyatlarını... saptamaya" varan faaliyetlerin zaten açıkça yasaklandığı göz önüne

(99) Junghans, supra no. 53; Buna karşın pek çok işbirliği kayıtları 85 (1). madde kapsamında görülmüştür. Bkz. Metro/SABA (No. 1), supra no. 42 ve BMW, supra no. 52.

(100) Junghans, supra no. 53; Van Bael & Bellis, op. cit., s. (6-123) no. 38.

(101) SABA, supra no. 41.

(102) SABA ibid; Van Bael & Bellis, op. cit., s. (6-125 ve 141).

(103) supra s. 20 vd.

alındığında, perakende satış fiyatlarını tespit etmeye yönelik seçici dağıtım anlaşmalarının per se rekabet hukukuna aykırı olduğuna ve hükümsüzlüğüne ulaşmak zor değildir. Nitekim, Komisyon ilk kararlarında, Ortak Pazar'la fiyat tespiti kavramlarının bağdaşmadıkları gerekçesi ile ilgili piyasada fiyat tespitine yönelik her türlü eylemi, 85 (3). madde muafiyetlerinde kapsamı dışında tutarak, *per se* rekabetin ihlali olarak nitelendirmiştir. Ancak seçici dağıtım sistemlerinin o piyasada malın fiyatlarına belirleyici etkisi, bazı durumlarda faaliyetlerinin kaçınılmaz bir sonucudur ve bu bakımdan bireysel muafiyetten yararlanması olanaklıdır. Gerçekten Komisyon ilk kez Omega kararıyla dağıtım anlaşmasında yer alan ulusal fiyat tespiti şartına 85 (3). madde altında muafiyet tanımıştır (104). Fakat daha sonra Garofabriek, Junghans ve AEG-Telefunken davalarında, Komisyon fiyat tespiti sonucunu verebilecek bütün hükümlerin *per se* rekabete aykırı olduğunu belirtip muafiyet kapsamı dışında tutarak, sert tavrını açıkça ortaya koymuştur (105). Bununla birlikte, her ne kadar 1977 Metro/SABA (No. 1) kararında Komisyonun bu sert çizgisinin yumuşadığı iddia edilmişse de (106), biz SABA'nın dağıtım sisteminde seçilmiş perakende satıcılarına malların fiyatlarını tespiti ilişkin bir zorunluluğun bulunduğunu kanıtlayan açık bir delile anlaşma içinde rastlayamadık (107). Gerçekten bunu takiben, önce Komisyon Hasselblad davasında (108) ve sonra da Divan AEG-Telefunken (109) ve Hasselblad (110) davalarında, ilgili piyasada çağdaş rekabet metodlarını dışlayan her türlü yapay fiyat belirlemelerinin *per se* rekabete aykırı olduğu şeklindeki kati tutumunu sürdürmüşlerdir.

Bununla beraber, örneğin perakende satış fiyatlarının imalatçı tarafından tavsiye niteliğinde önerilmesine Komisyon müsaade etmiştir (111). Nitekim, Demaret Komisyonunun yakın geçmişteki Pronuptia, Binon ve Grundig kararlarındaki yaklaşımını yorumlarken, Komisyonun satış fiyatlarının belirlenmesini içeren seçici dağıtım anlaşmalarında, *intra-brand* fiyat rekabetini olumlu etkilemeyen seçici dağıtım sistemlerinde benimsediği görüşe yakın bir tavır alabileceğini ileri sürmüştür (112). Pronuptia

(104) Omega, supra no. 53; Vajda, selective Distribution Agreements. op. cit., s. 248.

(105) Gerofabriek, supra no. 61; Junghans, supra no. 53; bkz. Goyder, op. cit., s. 242-3.

(106) Metro/SABA (No. 1), supra no. 42; Goyder, loc. cit., s. 243; Gyselen, op. cit., s. 659.

(107) Metro/SABA (No. 1), case 26/76, (1977) ECR 1875, (1978) 2 CMLR 1 para. 21.

(108) Hasselblad, (1982) O.J. L 161/18, (1982) 2 CMLR 233.

(109) AEG-Telefunken v. Commission, case 107/82, (1983) ECR 3151, (1984) 2 CMLR 325; Buijs C., "The AEG-Telefunken Case, case 107/82" (1984) 21 CM Rev. 557; Bellamy & Child, op. cit., s. 297-8.

(110) Hasselblad v. Commission, supra no. 48, bkz. Goebel, Metro II's. op. cit., s. 616-7.

(111) Villeroy & Boch, supra no. 57; Murat, supra no. 56.

(112) Demaret, op. cit., s. 177-8.

(113) daha çok *franchising* bakımından fevkalade önem taşıırken, Divanın 1985 Binon kararıyla, en azından Komisyonun gazete ve dergi sektöründe istisnai koşullar altında da olsa fiyatların belirlenmesine 85 (3). madde altında muafiyet tanınmasını teyidi (114), AT rekabet hukukunda fiyat tespitinin her zaman *per se* 85 (1). maddeye aykırı olmadığı bir göstergesi olarak kabulü şeklinde yorumlanabilir. Diğer yanda, Amerikan Antitrust hukuku uygulamasında Yüksek Mahkemenin 1977 Sylvania kararından beri (115), rekabetin dikey kısıtlanması sonucunu veren dağıtım anlaşmalarının *rule of reason* kuralı altında incelendiği halde, malın yeniden satılacağı fiyatların saptanması, Yüksek Mahkemenin son önemli kararı olan Monsanto davasında teyid ettiği gibi, halen *per se* rekabete aykırılık teşkil eder (116).

b. Bazı Bölgesel Sınırlamalar

i. Ortak Pazar'da İhraç Yasağı

Topluluk ülkeleri arasında bir malın ihraç edilmesine ilişkin sınırlamalar taşıyan seçici dağıtım anlaşması, gerçekte bu hükümler ihracatı kısıtlayıcı sonuçlar yaratmasa da, *per se* 85 (1). madde yasağı içinde değerlendirilirler (117). Bu sınırlamalar hangi şekillerde ortaya çıkarsa çıksın rekabete aykırılık sonucunu verirler (118); örneğin Menrad & Rodenstock davasında (119) olduğu gibi aracılardan sadece nihai alıcılara ya da Ideal-Standard ve Grohe davalarında (120) olduğu gibi sadece belli kategoriden diğer aracılara satılması yükümleri ile diğer ülkelerdeki aracılardan sistemden hiçbir haklı sebep olmaksızın dışlanmaları. Nitekim, Komisyonun bu husustaki tavrı Divanın 1966 Grun-

(113) Pronuptia v. Schillgalis, case 161/84, (1986) 1 CMLR 414, özellikle bkz. Goebel R. J., "Case 161/84, Pronuptia de Paris GmbH v. Pronuptia de Paris Irmgard Schillgalis" (1986) 23 CML Rev 683; Goebel R. J., "The Uneasy Fate of Franchising under EEC Antitrust laws" in 1985 Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute, US and Common Market Antitrust Policies, Ed by Hawk B. E., Matthew Bender 1986 USA s. 472-5; Waelbroeck M., "The Pronuptia Judgment-A. Critical Appraisal", in 1986 proceedings of the Fordham Corporate Law Institute, US and Common Market Antitrust Policies, Ed by Hawk B. E., Matthew Bender 1987 USA s. 221-2.

(114) Goebel, Metro II's, op. cit., s. 618; Goebel, The Pronuptia Case, loc. cit., s. 699; Demaret, op. cit., s. 178.

(115) supra no. 10.

(116) Monsanto Co. v. Spray-Rite Service Co., US 104 S. Ct. 1464 (1984); ancak bu davada ABD Adalet Bakanlığı (the US Department of Justice) ilgili piyasada fiyat belirleme faaliyetlerinin de *rule of reason* kuralı altında değerlendirilmesi için talepte bulunmuştur. Bkz. McGibbon J.R., "Proof of a Vertical Conspiracy under Monsanto" (1985) Antitrust Bulletin 11; Comanor, op. cit., s. 985-6.

(117) Hasselblad, supra no. 110.

(118) Grundig v. Commission, case 56 and 58/64, (1966) ECR 299, bkz. Gyselen, op. cit., s. 659-60.

(119) EC Commission 15th Report on Competition Policy (1985), points. 64-5.

(120) Grohe, (1985) O.J. L 19/17, (1988) 4 CMLR 612; Ideal-Standard, (1984) O.J. L 20/38, (1988) 4 CMLR 627.

dig kararından beri tutarlıdır; özellikle topluluk üyesi ülkeler arasında ihracatı kısıtlamak Ortak Pazar'ın bölünmesi anlamına gelir ki, bu AT amaçları ile bağdaşmaz.

ii. Paralel İthal Yasağı

İlke olarak yukarıdaki tartışma burada da geçerlidir. Komisyon, Ortak Pazar içinde üye devletlerin ulusal sınırlarını bu tür kısıtlamalarla birbirinden ayırarak mal ve hizmetlerin serbest akışını etkilemeyi, temelde Roma Andlaşması'nın birleşik tek pazar kurma amacına aykırı olarak *per se* 85 (1). madde yasağı içinde görmüştür (121).

c. Alıcıyla İlgili Sınırlamalar

Bir dağıtım ağı içinde aynı ya da değişik seviyelerde faaliyet gösteren aracilar arasında malın sağlanmasına ilişkin sınırlamalardır. İki şekilde ortaya çıkabilir: i. malın aynı seviyede faaliyet gösteren aracilar arasındaki yatay geçişinin sınırlanması, örneğin o dağıtım sistemi içerisinde toptancıdan toptancıya ya da perakendeciden perakendeciye mal satışının yasaklanması ve ii. malın farklı seviyelerde sağlandığı hallerde satılan malın satıldığı seviyeye dikey olarak dönüşünün sınırlanması, örneğin perakendeciye satılan malın tekrar toptancı katına geri döndürülmesi yasağı (122).

Nitekim bu sınırlamalarda, aracı-satıcının satış alanlarına paralel ihracı önlemek amacını taşıdıkları ölçüde, yukarıdaki ortaya koyduğumuz tartışmalara muhatap kalır. Gerçekten Komisyon, bir dağıtım sistemi içinde yer alan ve aynı seviyede faaliyet gösteren onaylanmış aracilar arasında malın yatay geçişini sınırlamanın, bunun paralel ticaret akışına olan etkisinin ihraç yasağına denk olacağı gerekçesi ile, rekabetin ihlalini teşkil ettiğini ve 85 (1). maddenin yasağı kapsamına girdiğini kararlı bir biçimde ifade etmiştir. Bunun ötesinde Komisyona göre bu tür sınırlamalar, Ortak Pazar'ı bölme sonucu vererek dağıtım aşamasında rekabeti ortadan kaldıracağı için, 85 (3). maddedeki muafiyetlerin uygulanması koşullarını taşımazlar.

Buna karşılık, Chard sistem içinde yatay dağıtımının sınırlanması durumlarının ekonomik analizini yaptıktan sonra, Komisyonun bunları *per se* rekabete aykırı bulan kararlarını, bu tür sınırlamaların verimlilik yaratarak rekabeti artırıcı olası etkilerinin hiç hesaba katılmadığı gerekçesi ile ağır biçimde eleştirmiştir (123).

(121) Kodak, supra no. 48; Ford Werke AG v. Commission, cases 228-9/82, (1984) ECR 1129, (1984) 1 CMLR 649, Bkz. Ullrich H., "Joint Cases 228 and 229/82, Ford of Europa, inc., and Ford Werke AG v. Commission" (1984) 21 CML Rev. 579, Ford Werke AG v. Commission, cases 25 and 26/84, (1985) ECR 2725, (1985) 3 CMLR 528, Bkz. Ullrich H., "Joint Cases 25 and 26/84, Ford Werke AG and Ford of Europa Inc., v. Commission", (1986) 23 CML Rev. 449.

(122) Van Bael & Bellis, op. cit., s. (6-134).

(123) Chard, op. cit., s. 88-9 ve 95.

D. Bireysel Muafiyetler

AT rekabet hukukunda, rekabeti kısıtlayıcı amaç ve nitelikte olan kayıtları içeren seçici dağıtım anlaşmaları, 85 (1). maddenin getirdiği yasak kapsamı içerisinde değerlendirilirken, bunların hükümsüzlüğü sonucuna ulaşmazken önce, 85 (3). madde altında söz konusu muafiyetlerden yararlanıp yararlanmadığının da incelenmesi gerekir. Bu bakımdan Amerikan Antitrust hukukundaki *per se* ve *rule of reason* yargısal doktrinlerine yakın bir görüntü çizer (124). Böylece, 85 (1). maddenin yasağına düşen rekabeti kısıtlayıcı bir seçici dağıtım anlaşması, 85 (3). madde kapsamında yer alan malların üretim ve dağıtımını iyileştirmek veya teknik ve ekonomik gelişmeye yardımcı olmak ile tüketicilerin doğacak yarardan hakça pay alması şeklindeki iki olumlu şartın yanında; iki olumsuz koşul olan bu amaçlara ulaşmada gerekenin ötesinde sınırlamalar getirmemeyi ve o malların ilgili piyasanın önemli sayılabilecek bir bölümünde rekabeti ortadan kaldırmamayı yerine getirdiğinde, rekabeti ihlal etmediği için 85 (1). maddeden muaf sayılarak, 85 (2). madde ile hükümsüz kılınmayacaktır (125). Bu halde, her bir somut olayın kendi koşullarında 85 (3). madde ile bireysel muafiyetlere hak kazanıp kazanmadığı incelenmek gerekir. Böylece dağıtım anlaşmalarına 85 (3). maddeyle sağlanan bireysel muafiyet, ekonomik dengenin korunması esasına dayandığı ölçüde, Amerikan antitrust hukukundaki *rule of reason* uygulamaları ile uyum içindedir (126). Bu anlamda, içerisinde 85 (1). maddenin yasağına tabi sınırlayıcı kayıtlar bulunan seçici dağıtım anlaşmalarının muafiyetten yararlanmaları, bu sistemlerin faaliyette buldukları ilgili piyasadaki rekabeti kısıtlayıcı etkilerinin tamamının Komisyon tarafından incelenmesini gerektirir (127).

Öte yandan bireysel muafiyetlerin dışında, motorlu taşıt araçları bakımından ise, 85 (3). maddedeki muafiyet şartlarının yerine getirildiği varsayımı ile toplu muafiyeti düzenleyen 123/85 sayılı Tüzük uygulama alanı bulur (128). Ancak bu tüzüğün uygulama kapsamı dışında kalan durumlar için yine 85 (3). maddenin bireysel muafiyetleri söz konusu olacaktır.

(124) Akıncı, op. cit., s. 262 ve 83.

(125) Vajda, *Selective Distribution*, op. cit., s. 426-43; Vajda, *Selective Distribution Agreements*, op. cit., s. 248-50; Goyder, op. cit., s. 115-25; Whish, op. cit., s. 223-8; Green, op. cit., s. 290-8; Bellamy & Child, op. cit., s. 134-54.

(126) Schroter H.R.B., "The Application of Article 85 of the EEC Treaty to Distribution Agreements-Principles and Recent Developments" in *1985 Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute, US and Common Market Antitrust Policies*, Ed. by Hawk B.E., 1986 USA s. 381; Gyssels, op. cit., s. 650-3; Merkin & Williams, op. cit., s. 62; Whish & Sufrin, op. cit., s. 15.

(127) Green, op. cit., s. 519; Korah, *EEC Competition Policy*, op. cit., s. 92-3; Demaret, op. cit., s. 164 ve 9.

(128) Bkz. Erdem, op. cit., kısım IV, 3. bölüm.

1. Malın Satışının Teşvikine İlişkin Sınırlamalar

İlgili malın perakende aşaması da dahil dağıtım sürecinde kalitesinin korunması ve satışının güçlendirilmesi amacıyla seçici dağıtım anlaşmalarında yer verilen birçok sınırlama, aynı amacı güden ve malın niteliğinin bir gereği olarak satıcının ve çalışanlarının teknik özellikleri ile ticarethanelerinin uygunluğunu sağlamaya yönelik niteliksel sınırlamalardan farklılık gösterir (129) ve bu farklılık bunların 85 (1). madde yasağı içerisinde değerlendirilmelerine yol açar. Ne var ki, Komisyonun bu tür sınırlamalara bakış açısı oldukça esnektir. Nitekim, malın satışının teşvikine ilişkin olarak normal iş saatlerinin korunması yolundaki bir kayıt niteliksel sınırlamalarla aynı hukuksal sonucu doğurur (130). Dağıtılan maldan yeterli sayıda ve çeşitte sergilemeye ve o malın envanterine ilişkin mecburiyetler ancak belli koşullarda sözkonusu edilmek gerekir (131). Dağıtıcılarla 6 aylık satış sözleşmelerine girmek yükümü yine muafiyete tabi kılınabilir bir sınırlamadır ve satıcıdan malın satışına ilişkin öngörülerde bulunmasını istemek ise ancak kısa dönemli öngörüler bakımından mesela 6 aylık tahminler şeklinde olduğunda kabul edilir (132). Ayrıca dağıtıcılara bir dağıtım ağı kurmak üzere aktif katılımında bulunmaları yükümü getirmek de muafiyetten yararlanmıştır. Son iki işbirliği zorunluluğu kaydının ötesinde, bazen sistemin bir gereği olarak toptancı ve perakendeciler arasında ortaya çıkan ve malın dağıtımını rasyonel kılarak nihai yarardan herkesin adil pay aldığı kısmen yakınlaştırıcı işbirliği yükümleri de muafiyet kapsamında değerlendirilmişlerdir (133). Araba sektöründe BMW'nin dağıtıcıları ile olan yakın işbirliği, söz konusu malın niteliğinin zaruri bir gereği olarak tüketici lehine olan yararları da göz önüne alınması suretiyle muafiyetten yararlanmıştır (134). Nitekim bu sektör bakımından daha sonra Tüzük 123/85 ile toplu muafiyet getirilmiştir.

2. Bazı Bölgesel Sınırlamalar

İmalatçının dağıtıcılarının niceliksel kriterlere göre seçtiği bir kapalı sistem, ancak ilgili malın bu şekilde dağıtımının tüketiciler lehine ekonomik gelişmeyi teşvik ettiği özel durumlarda 85 (1). madde yasağından kurtulabilir. Bu bakımdan, imalatçının belli bir bölgelerden her biri için atadığı dağıtıcılarının kendi bölgeleri dışında aktif satış politikaları izlememesi yolundaki bir bölgesel sınırlama, gerçekte 85 (1). madde gereği rekabeti kısıtladığı halde, bireysel muafiyetten yararlanabilir (135).

(129) Vajda, *Selective Distribution Agreements*, op. cit., s. 248.

(130) *Demo-Revox v. Commission*, (1983) ECR 3151, (1984) 1 CMLR 63.

(131) *Villeroy & Boch*, supra no. 57; *Metro/SABA (No. 1)*, supra no. 42.

(132) *Metro/SABA (No. 1)*, ibid.

(133) *Agence at Messageries de la Presse*, (1987) O. J. C 164/2.

(134) *BMW*, supra no. 52, bkz. *Goyder*, op. cit., s. 224.

(135) *Demaret*, op. cit., s. 177; muafiyetten yararlanan diğer tür bölgesel sınırlamalar için bkz. *Omega*, supra no. 53; *BMW*, ibid.; *Junghans*, supra no. 53; *Ivoclar*, supra no. 52.

3. Müşterilere İlişkin Sınırlamalar

Malın sadece belli tür müşterilere yeniden satılabileceğine dair sınırlamalar, sayısal sınırlamalarla ilgili olmadıkları sürece 85 (3). madde altında muafiyeti karşılayabilirler. Örneğin, sadece saatçilikte uzman olanların Junghans'e perakendeci olarak atanabileceğine ilişkin sınırlamalar (136) ile Ivoclar'ın seçilmiş dağıtıcılarına sadece profesyonel kullanıcılara dişçilik malzemelerini sağlayabilecekleri hususundaki sınırlamalar (137) Komisyon tarafından muafiyete uygun görülürken, buna karşılık Grohe ve Ideal-Standard davalarındaki tesisat malzemelerinin sadece tesisatçılara satılabilmesi hükmü muafiyetten faydalanamamıştır (138).

IV. 86. MADDE BAKIMINDAN SEÇİCİ DAĞITIM SİSTEMLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

86. madde, genel olarak, hakim durumun kötüye kullanılması ile ilgilidir. Bir veya birden fazla ticari işletmenin Ortak Pazar ya da onun önemli bir bölümünde sahip olduğu hakim durumu kötüye kullanmaları, üye devletler arasındaki ticareti olumsuz şekilde etkilediği ölçüde, Ortak Pazar'la bağdaşmaz görülüp yasaklanmıştır.

Buna göre, 86. madde sadece hakim duruma sahip işletmeler bakımından sözkonusudur. Hakimiyetten maksat, ilgili piyasada etkili rekabetin korunmasını engelleyebilecek ekonomik güçtür (139). Bu piyasa gücü, bir yandan bağımsız hareket etme kabiliyeti (140) kadar, öte yandan diğerlerinin ilgili piyasadaki davranışlarını etkileyebilme (141) ve rekabeti önleyebilme (142) kabiliyetini ifade eder. Böylece, hakim firma vazgeçilemez bir ticari muhatap kimliğine bürünür (143). Bir firma, *inter-brand* (asli) piyasada ya da *intra-brand* (tali) piyasada hakim bir duruma sahip olabilir. Bu yüzden, hakim durumun belirlenmesinde ilgili piyasanın incelenmesi fevkalade önemlidir. İlgili piyasadan maksat, satılan malların aynı nitelikte diğer mallarla değişebilir olduğu bir

(136) Junghans, *ibid.*

(137) Ivoclar, *supra* no. 59.

(138) Grohe, *supra* no. 67; İdeal-Standard, *supra* no. 67.

(139) Bellamy & Child, *op. cit.*, s. 390.

(140) Korah, *An Introductory Guide*, *op. cit.*, s. 128.

(141) Sharpe, *Prediction* (1987) ECR, bkz. Bellamy & Child, *op. cit.*, s. 390 no. 9.

(142) Whish, *op. cit.*, s. 291; aynı görüş için bkz. Waelbroeck & Megret, *Droit de la CEE*, Tome. IV, 1972 Bruxelles s. 67-74.

(143) Bellamy & Child, *op. cit.*, s. 390-1.

piyasadır (144). İlgili piyasada bir ticari işletmenin hakim duruma geçebilmesi için gereken piyasa gücünün saptanmasında, o piyasada sahip olduğu paya bakmak gerekir. Piyasa payının tespitinde, o firmanın kontrolünde bulunan piyasa yüzdesini ifade eden izafi bir ölçünün yanısıra, pek çok durumda firmanın rekabet gücünü ve ekonomik önemini ifade eden birtakım mutlak ölçüler de gözönüne alınır (145).

Öyle ki, bir firma tamamen kendi malının oluşturduğu ilgili piyasada hakim durumda bulunabilir. Buna en iyi örnek United Brands davasıdır. Burada United Brands, Chiquita marka muzların oluşturduğu özgün piyasada hakim durumdaydı. Chiquita muzları, emsallerine göre çok daha pahalı olmasına rağmen, United Brands tarafından yapılan oldukça güçlü bir reklam kampanyası sonunda bir anda en çok talep edilen muzlar olarak kendi ayrı piyasasını oluşturdu. Böylece, United Brands kendisi güçlü bir marka yaratmak suretiyle, Chiquita muz piyasasında rakiplerinden sıyrılmış oldu (146). Bunun gibi, belli bir malın başka mallarla değiştirilebilirliğinin olmadığı durumlarda o mal giderek kendi özgün piyasasını meydana getirir ve bu *intra-brand* piyasada hakim durumun ortaya çıkmasını kolaylaştırır. Örneğin, Hugin, kendisi tarafından üretilen yazarkasaların bir başkasıyla değiştirilemeyen yedek parçalarının oluşturduğu piyasada hakim durumda idi (147).

Ancak ne var ki, 86. madde ticari işletmelerin ilgili piyasadaki hakim durumlarını değil ve fakat hakim durumların ilgili piyasadaki rekabeti engelleyici şekilde kötüye kullanımını yasaklar. Hakim durumun kötüye kullanılması ise, piyasadaki ekonomik gücün rekabetin etkisini azaltarak tüketiciler aleyhine kullanılması şeklinde ortaya çıkar (148).

Hakim durumun kötüye kullanıldığı iddiası 1987 Metro/SABA (No. 2) davasında da sözkonusu edilmiştir. Metro, SABA şirketini devir almış olan Thomson-Brandt'in ilgili elektronik eşya piyasasındaki yüksek oranlı payının yanısıra, SABA'nın yüksek kalitesi yüzünden kendi piyasasını oluşturan SABA renkli televizyonlarındaki hakim durumunu öne sürerek, 86. maddenin uygulanmasını istemiştir. Adalet Divanı daha önce muhtelif defalar uyguladığı (149), bir tek grubun kontrolündeki tüm yan şirketlerin bir

(144) Warner AG in Commercial Solvents v. Commission, case 6 and 7/73, (1974) ECR 223, (1974) 1 CMLR 309.

(145) Van Bael & Bellis, op. cit., s. (4-20 ve 21).

(146) United Brands v. Commission, case 27/26, (1978) ECR 207, (1978) 1 CMLR.

(147) Hugin/Lipton, (1978) O.J. L 22/23 (1978) 1 CMLR D13, Hugin v. Commission, case 22/78, (1979) ECR 1869, (1979) 3 CMLR 345; Demaret, op. cit., s. 160-1.

(148) Van Bael & Bellis, op. cit., s. (4-2).

(149) Commercial Solvents, supra no. 144, bu davada Divan, Commercial Solvents'in İtalyan yavru şirketi Istituto'nun hakim durumunu kötüye kullanmasını incelerken, ana şirket CSC-ICI'nin ilgili ham madde piyasasındaki hakim durumunu dikkate almıştır.

bütün olarak değerlendirildiği "tek ekonomik varlık" doktrinini bu kez Metro/SABA (No. 2) davası bakımından dikkate almamış, bunun yerine bir bütün olarak Thompson-Brandt grubunun üretim kapasitesiyle buna tabi yan şirketlerin bireysel pazar gücünü birbirinden ayırarak, bağımsız piyasa faaliyetleri içerisinde bulunan yavru şirketler yüzünden, Thompson-Brandt'ın 86. madde amaçları bakımından bir tek ekonomik teşebbüs olarak kabul edilemeyeceğine karar vermiştir (150). Bunun bir sonucu olarak da, Divan bu davada bir ileri aşamada herhangi bir kötüye kullanmanın vukubulup bulmadığını inceleme şansına sahip olamamıştır (151).

86. maddenin seçici dağıtım sistemlerine bakımdan uygulanması, pratikte ancak ilgili piyasada hakim duruma sahip bir imalatçının tek taraflı kötüye kullanma faaliyetleri ile söz konusu olur (152). Genel olarak, 85 (1). maddenin uygulama alanı dışında kalan bir seçici dağıtım sistemi, 86. maddenin de uygulama kapsamına girmez. Bununla beraber sorun daha çok 85 (3). madde marifetiyle muafiyet kazanmış sistemlerin kendiliğinden 86. maddeden kurtulup kurtulamayacağına ortaya çıkar. Buna karşılık olarak Divan Hoffmann-La Roche davasında, 85 (3). madde ile muaf kılınan bir seçici dağıtım sisteminin zaten aslında rekabeti kısıtladığı olgusundan hareketle, bu tür bireysel muafiyetlerin 86. maddenin uygulanmasını enellemeyeceği sonucuna varmıştır (153).

A. Satıştan Kaçınma (154)

İlgili piyasada hakim durumda olduğu belirlenen bir ticari firmanın, alıcılarına malını sağlamaktan imtina etmesi, sahip olduğu üstünlüğün kötüye kullanılmasını teşkil eder ve 86. maddenin kapsamında değerlendirilmek gerekir. Nitekim, Commercial Solvents davasında gerek Komisyon, gerekse Divan, ilgili ham madde pazarında malı teminden kaçınmanın hukuka aykırılığının, imalatçının rakiplerini bertaraf etmesinde yattığını söylemişlerdir (155). Ancak aynı davada, aslında satıştan kaçınmayı hukuka aykırı yapan unsurun alıcının, rekabet gücü üzerinde olumsuz etkisi olan ayırım gözetmekten başka bir şey olmadığı iddia edilmiştir (156).

(150) Metro v. Commission (no. 2), case 75/84, (1987) 1 CMLR 118, bkz. Goebel, Metro II's, op. cit., s. 632-3.

(151) Hall D., "Distribution Networks", in *EEC Competition Law: An Analysis of Recent Decisions and Developments*, Ed. by B. Beckerly, ESC Publishing Ltd., 1978 Oxford s. 33.

(152) Demaret, op. cit., s. 161-2.

(153) Hoffmann-La Roche v. Commission, case 85/76, (1979) ECR 461, (1979) 3 CMLR 211, bkz. Vajda c., "Article 86 and Refusal to Supply", (1979) *ECL Rev.* 97 s. 110.

(154) Amerikan Antitrust ve Birleşik Krallık rekabet hukukları bakımından karşılaştırmalı bir inceleme için bkz. Sharpe, *passim*.

(155) Commercial Solvents, *supra* no. 144.

(156) The assertions of the Advocate-General, (1974) ECR s. 269-70, aktaran Vajda, Article 86, op. cit., s. 104-5.

Satıştan kaçınmanın ilgili piyasadaki rekabet üzerinde yarattığı olumsuz etkiler, Divan tarafından United Brands davasında tartışılmıştır (157). İlgili muz piyasasında (ki, bu pazarda Chiquita muzları diğer marka muzlardan % 7-10, markasız muzlardan ise % 30-40 fazla satıyordu) hakim durumda olan United Brands'ın alıcısı Olesen'e mal temin etmekten kaçınması, o pazarda sadece kendine bağımlı satıcıların tutunması sonucunu vererek mevcut rekabetin olumsuz bir şekilde etkilenmesine neden olmuştur. Bunun yanısıra ABG/BP davasında Komisyon, petrol piyasasında hakim durumdaki BP'nin Hollanda'daki potansiyel alıcısı konumundaki ABG'ye petrol ürünlerini sağlamaktan imtina ederek onun ilgili piyasadaki rekabet gücünü tehlikeye sokmasını kötüye kullanma olarak nitelendirmiştir (158). Son olarak, Hugin davasında Hugin'in kendi yazarkasalarının İngiltere'deki satıcısı Liptons'a yedekparça temininden kaçınarak, o tali piyasada sadece Liptons tarafından verilen tamir hizmetlerini fiilen durdurması Komisyon tarafından tüm rekabetin ortadan kaldırılması olarak görülmüştür (159). Görüldüğü gibi 86. maddenin uygulanması için gereken ilgili piyasada rekabetin olumsuz yönde etkilenmesi, 85. madde bakımından söz konusu olan rekabetin kısıtlanması için kullanılan ölçüden daha geniştir (160).

Bunun ötesinde alıcılar arasında ayırım gözetmek, mal temininden imtina etmeyi rekabete aykırı kılan diğer bir önemli unsurdur. Ayrımcılıktan maksat, bunu haklı kılan hiçbir objektif sebep olmaksızın aynı durumdakilere farklı ya da farklı durumdakilere aynı ticari muamelede bulunmaktır (161). Ancak, Komisyonun ABG/BP davasındaki BP'nin ABG'ye petrol ürünlerini sağlamaktan kaçınmasını ayırım yapmak olarak değerlendirmesi olgusu, daha sonra Divan tarafından anlaşmalı alıcılarla piyasa alıcısı konumundaki ABG'nin aynı nitelikte olmayan durumlarının farklı muameleyi haklı kıldığını ve ayrımcılığın söz konusu olmadığı gerekçesi ile reddedilmiştir (162). Keza United Brands davasında da Divan, Olesen'e muz sağlamaktan kaçınmada bir ayırım gözetmenin varlığını, Olesen'in United Brands'ın uzun süreli anlaşmalı alıcısı olduğu gerekçesine bağlamıştır (163). Oysa daha sonraki pek çok davada, ilgili piyasada hakim durumdaki bir firmanın gerçek ve potansiyel alıcıları arasında bunu haklı gösterecek herhangi bir sebep olmaksızın farklı ticari muamelede bulunulması, hakim durumun kötüye kullanılması olarak görülmüştür (164).

(157) United Brands, supra no. 146.

(158) ABG/BP, (1977) O.J. L 117/1, (1977) 2 CMLR D1.

(159) Hugin, supra no. 147.

(160) Vajda, Article 86, op. cit., s. 105.

(161) Italy v. Commission, case 13/63, (1963) ECR 165, (1963) CMLR 289.

(162) ABG/BP, supra no. 158.

(163) United Brands, supra no. 146.

(164) Commercial Solvents, supra no. 144; Hugin, supra no. 147.

Bu bakımdan AT rekabet hukuku uygulamalarında görünen odur ki, ilgili piyasada hakim durumda bulunan bir imalatçının herhangi bir ayırım gözetmeden salt niteliksel kriterlere dayanarak yürüttüğü bir seçici dağıtım sistemi, 85 (1). madde yasağı kapsamı dışına çıkarken öte yandan içerdiği mal temininden kaçınma durumunda ise 86. maddenin uygulanmaması bakımından bir haklılık unsuru olarak ortaya değerlendirilebilir. Nitekim *United Brands* ve *Hugin* davalarında söz konusu olan da budur: ilkinde olgunlaşmamış yeşil chiquita muzlarının satışından kaçınma, ikinci davada ise *Lipton's*'un gereken teknik niteliklerden yoksun olması sebebiyle yazarkasaların temininden kaçınma, hep ilgili markanın o piyasada isminin kötüye çıkmaması saikiyle yapılmıştır (165). Böylece, 85 (1). madde bakımından uygun görülen bir seçici dağıtım sistemi, 86. madde bakımından da bir haklılık sebebi olarak ortaya çıkar.

B. Bölgesel Münhasırlık Kaydı

Inter-brand piyasada hakim durumda olan bir imalatçının bir seçici dağıtım anlaşması içinde yer verdiği bölgesel münhasırlık kayıtları 86. maddenin uygulama kapsamı dahilinde değerlendirilir (166). Nitekim, *United Brands* davasında, *Olesen's* Chiquita muzlarını teminden kaçınmak, ilgili pazarda *United Brands*'ın diğer alıcılarının fiilen münhasırlık kazanmalarına neden olmuştur ve bunun uygulamadaki etkisi, o araçlar için rakip markaları (ya da markasız muzları) satmayı cazip halden çıkararak, *United Brands*'ın rakiplerinin bu araçlara ulaşması imkânını ortadan kaldırmasıdır (167).

V. SONUÇ

AT rekabet hukukunun seçici dağıtım sistemlerine ilişkin yasal düzenlemeleri ve yargısal uygulamaları Adalet Divanı'nın *Metro/SABA* doktrini ile bugün artık belli bir ölçüde açıklık kazanmıştır. Ne var ki, sürekli gelişen ekonominin içinde artan ticari ilişkiler, rekabet hukukunda ortaya çıkan somut olayların çeşitliliğinde o oranda uygun düzenlemeleri gerekli kılmaktadır. Seçici dağıtım sistemlerinin hangi şartlarda 85 (1). maddeyle söz konusu yasak dışında çalışacağını ya da 85 (3). maddenin sağladığı muafiyetlerden yararlanabileceğini yukarıda saptadık. Buraya kadar ortaya çıkan görüntü, yapılacak bir değerlendirme bakımından iki sorunun tartışılmasını gerektiriyor. Bunlar, ilk olarak uygulamada *Metro/SABA* doktrini ile getirilen ve bir seçici dağıtım sisteminin 85 (1). madde dışında faaliyet gösterebilmesini sağlayan temel şartların yerindeliği; öte yandan ise, bu şartların gerek Komisyon ve gerekse Divan tarafından uygulanmasında

(165) *United Brands*, supra no. 146; *Hugin* ibid.

(166) *Vajda*, *Selective Distribution Agreements*, op. cit., s. 250.

(167) *United Brands*, supra no. 146; bkz. *Vajda*, article 86, op. cit., s. 112.

benimsenen yaklaşımdır. Ancak her iki sorunun ardında yatan temel nokta, politik seçim meselesinden başka bir şey değildir ve bize göre bu seçim, rekabet hukukunun yer alacağı ekonomik düzen içerisindeki piyasa yapısı ile belirlenir. Bu bakımdan rekabet hukuku, belli bir politik düzende kendinden beklenen ekonomik ve sosyal yararların gerçekleştirilmesinin bir aracıdır (168). Rekabetin amacı toplumda genel refahı temin etmektir. Bu ise ekonomik verimliliğin artırılması ile gerçekleşir. O halde gereken piyasadaki ekonomik faaliyetlerin koordinasyonunu sağlamaktır (169). Bunun için gereken ise salt ekonomik açıdan rekabeti bir analize tabi tutmaktır, çünkü ekonomik anlamda verimliliği azami şekilde arttırmayı hedefleyen hukuki düzenlemeler, sonuçta kendi içinde yapılacak her türlü hukuka uygunluk denetimini ekonomik prensipler çerçevesinde gerçekleştirmek durumundadır (170). İşte Amerikan antitrust hukuku uygulamasında bu görüşle hareket eden Yüksek Mahkeme, 1977 Sylvania davasıyla piyasada fiyat belirlemesi sonucunu veren rekabeti dikey kısıtlayıcı sınırlamalar hariç, bütün bölgesel ve müşteriye ilişkin sınırlamaların rekabete aykırılığını *rule of reason* doktrini altında ekonomik incelemeye tabi kılmıştır (171).

Buna karşın AT rekabet hukukunda, Komisyon ve Divan'ın rekabetin asıl gayesinin ekonomik verimlilik olduğunu benimsediklerini söylemek mümkün değildir (172). Gerçekten, Komisyon ve Divan kararlarında seçici dağıtım sistemlerinin rekabete olan etkilerinin ekonomik açıdan gerektiği gibi incelendiğine dair emarelere rastlamak çok güçtür (173). Komisyon, pek çok somut olayda imalatçı ile dağıtıcılar arasındaki ilişkilerin ilgili piyasadaki nihai ekonomik etkilerini incelemekten ziyade 85 (1). maddenin kendiliğinden uygulanabileceğini varsaymıştır. Bu anlamda AT rekabet hukukunun dikey kısıtlamalarda izlediği hukuka aykırılık politikası, bu tür kısıtlamaları Amerika'da yasaklayan uygulamalardan daha katıdır (174). Komisyonun seçici dağıtım sistemleri hususunda, son yıllarda dağıtım söz konusu olan malların niteliğinden ziyade, bunların dağıtıldığı piyasanın özelliklerini dikkate alan bir piyasa ağırlıklı yaklaşımı benimsediği doğrudur (175). Ancak seçici dağıtım sistemlerinin rekabet lehine olan muhtemel etkile-

(168) Akıncı, op. cit., s. 7-20.

(169) Bork, *The Antitrust Paradox*, op. cit., s. 298.

(170) supra no. 26.

(171) supra no. 10.

(172) Korah, *EEC Competition Policy*, op. cit., s. 85 ve 104.

(173) Chard, op. cit., s. 101.

(174) Hawk B. E. & Victor A. P., "Introductory Remarks" in *Common Market Competition Law*, (1985) 59 *Antitrust L J* 625 s. 626.

(175) Caspari M., "The Community's Competition Policy in Relation to Distribution agreements" *11th International Conference on EC Competition Law* (Brussels, April 25th, 1985) aktaran Faull J., "Competition and Industrial Property-EEC Competition Checklist" (1985) 10 *EL Rev.* 353 s. 357.

rini 85 (1) ve (3). madde altında ekonomik açıdan incelenmesini sağlayacak *rule of reason* doktrinin kabulü çok daha yerinde olacaktır. Bu anlamda, Komisyon ve Divan'ın her bir dava bakımından malın niteliği ya da *intra-brand* rekabetten çok *inter-brand* rekabete yönelmesi gerekecektir. Bunu yaparken, özellikle Komisyonun 85 (1). maddenin uygulamasına geçmeden önce, eğer varsa *inter-brand* rekabetin olumsuz yönde etkilendiğini gösterir delilleri bulması rekabete aykırılığın tespiti bakımından önemlidir (176), çünkü zaten rekabetin dikey kısıtlanması sonucunu veren bütün faaliyetlerin rekabeti artırıcı etkilerinin olduğu daha baştan farzedilir (177). Her ne kadar, 85 (1). madde kendisi lafzen *per se* yasaklamayı içeriyorsa da, Komisyon ve Divan pek çok kez *rule of reason* doktrinini uygulamışlardır ve nitekim 85 (1). maddenin uygulanmasında ilgili piyasanın genel olarak bir ekonomik tahlile tabi tutulması gereğinin vurgulandığı Metro/SABA davaları, seçici dağıtım sistemlerinin *intra-brand* rekabeti kısıtlasa da geçerli kabul edildiği böylesi bir yaklaşımın en iyi örneğidir (178). Bu durum, her ne kadar Komisyon ve Divan'ın seçici dağıtım sistemlerinin 85 (1). maddeye uygun faaliyet gösterebilme şartlarının değerlendirilmesindeki tutumlarında bir yumuşamaya işaret ediyorsa da, kanaatimizce halen arzu edilen seviyeden oldukça uzaktadır. ABD ve AT'de ekonomik koşulların ve piyasa yapısındaki farklılıklarının bilincinde olarak, Chicago okulu tarafından öne sürülmüş olan ve ekonomik verimlilik esasına dayanan rekabetin daha çok ekonomik analize tabi tutulduğu teorinin, AT rekabet hukuku uygulamalarında Komisyon ve Divan tarafından seçici dağıtım sistemlerinin değerlendirilmesinde dikkate alınması bugün tek pazara geçişin eşiğindeki Avrupa için daha yerinde olacaktır düşüncesindeyiz. Şüphesiz böyle bir yaklaşımın kabulündeki en büyük güçlük, Avrupalı hukukçuların hukukun yanında ekonomiyi de öğrenmek durumunda olmalarında yatmaktadır (179).

(176) Bu tür ekonomik ağırlıklı bir inceleme hakkında bkz. Waelbroeck M., "Vertical Agreements: Is the Commission Right Not to Follow the Current US Policy", (1985) 15 *Swiss Rev. Int'l Comp.* 45 s. 47.

(177) Posner, *Per Se Legality*, op. cit., s. 8; Bork, *The Antitrust Paradox*, op. cit., s. 288; Chard, op. cit., s. 84 ve 100.

(178) Goebel, *Metro II's*, op. cit., s. 634.

(179) Korah, *EEC Competition Policy*, op. cit., s. 92-3.