

**DIKEY ANLAŞMALARDA MİNİMUM FİYAT TESPİTİ
VE LEEĞİN KARARI**

Erdem BALKAN

2010

İÇİNDEKİLER

| | |
|--------------------------------|-----|
| KISALTMALAR | iii |
| KAYNAKÇA | iv |
| MAHKEME KARARLARI DİZİNİ | vii |

| | |
|-------------|---|
| GİRİŞ | 1 |
|-------------|---|

BÖLÜM 1

| | |
|--|---|
| I – Tanımı ve Genel Olarak Dikey Anlaşmalar | 2 |
| II – Dikey Anlaşmalarda Yeniden Satış Fiyatının Belirlenmesi | 3 |
| A. Genel | 3 |
| B. Dikey Kısıtlamaların Nedenleri | 4 |

BÖLÜM 2

| | |
|--|----|
| I. A.B.D. Rekabet Hukukunda Dikey Anlaşmalar ve Yeniden Satış Fiyatının Belirlenmesi | 6 |
| A- Sherman Yasası | 6 |
| 1. Kısa Tarihçe | 6 |
| 2. Uygulama | 8 |
| 3. <i>Per Se</i> Kuralı ve Muhakeme Kuralları (<i>Rule of Reason</i>) | 10 |
| a) Dr. Miles Kararı | 12 |
| b) Leegin Karar Özeti | 13 |
| aa) Olay | 14 |
| bb) İlk Derece Mahkemesi | 16 |
| cc) Temyiz Mahkemesi | 17 |
| dd) Yüksek Mahkeme | 17 |
| ee) Karşı Oy | 19 |
| c) Leegin Sonrası | 21 |

BÖLÜM 3

| | |
|---|----|
| I. A.B. Rekabet Hukukunda Dikey Anlaşmalar ve Yeniden Satış Fiyatının Belirlenmesi | 23 |
| A- Genel | 23 |
| B- Mevzuat | 23 |
| 1. Avrupa Birliği'nin İşleyişine Dair Antlaşma (ABİDA) | 23 |
| 2. Grup Muafiyet Tüzükleri | 25 |
| C- A.B. Rekabet Hukukunda Dikey Anlaşmalarda Fiyat Tespiti Açısından <i>Per Se</i> Kuralı ve Muhakeme Kuralları | 26 |

BÖLÜM 4

| | |
|---|----|
| I. Türk Rekabet Hukukunda Dikey Anlaşmalar ve Yeniden Satış Fiyatının Belirlenmesi | 28 |
| A- Genel | 28 |
| B- Mevzuat | 29 |
| 1. Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ("RKHK") | 29 |
| 2. Grup Muafiyet Tebliği | 30 |
| C- Türk Rekabet Hukukunda Dikey Anlaşmalarda Fiyat Tespiti Açısından <i>Per Se</i> Kuralı ve Muhakeme Kuralları | 31 |

| | |
|-------------|----|
| SONUÇ | 35 |
|-------------|----|

| | |
|--|----|
| EK (Leegin Kararının Türkçe Tercümesi) | 38 |
|--|----|

KISALTMALAR

| | |
|----------|---|
| A.B. | Avrupa Birliği |
| A.B.D. | Amerika Birleşik Devletleri |
| ABİDA | Avrupa Birliği'nin İşleyişine Dair Antlaşma |
| ATA | Avrupa Topluluğu Antlaşması |
| ATAD | Avrupa Topluluğu Adalet Divanı |
| bkz. | bakınız |
| CBO | Meclis Bütçe Bürosu (<i>Congressional Budget Office</i>) |
| dn. | dipnot |
| FTC | Federal Ticaret Komisyonu (<i>Federal Trade Commission</i>) |
| Komisyon | Avrupa Komisyonu |
| m. | madde |
| No. | numara |
| RKHK | Rekabetin Korunması Hakkında Kanun |
| s. | sayfa |
| TTK | Türk Ticaret Kanunu |
| U.S.C. | United States Code |
| v. | versus |
| vd. | ve devamı |

KAYNAKÇA

Her bir esere çalışmanın herhangi bir yerinde yapılan ilk atıfta eserin adı, yazarı ve basım bilgileri tam olarak verilmiş, izleyen atıflarda yalnızca yazarın soyadı belirtilmiş, özel bir kısaltma kullanılan hallerde kısaltma aşağıdaki listede gösterilmiştir.

KİTAPLAR

- ASLAN İ. Y. Rekabet Hukuku, Teori – Uygulama – Mevzuat, 4. Baskı, Ankara 2007
- COLINI, S. M. Vertical Agreements and Competition Law – A Comparative Study of the EU and US Regimes, Oregon 2010
- GÜVEN, P. Rekabet Hukuku, Genişletilmiş 2. baskı, Ankara 2008
- HOVENKAMP, H. Federal Antitrust Policy – The Law of Competition and Its Practice, Minnesota 1999 (“**Federal Antitrust Policy**” olarak anılacaktır)
- HOVENKAMP, H. The Antitrust Enterprise – Principal and Execution, Londra 2005 (“**The Antitrust Enterprise**” olarak anılacaktır)
- HYLTON, K. N. Antitrust Law – Economic Theory & Common Law Evolution, Cambridge 2003
- JONES, A. / SUFRIN, B. EC Competition Law – Text, Cases and Materials, 3. baskı, New York 2008
- KARAKURT, A. Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Politikasında Münhasır Dikey Anlaşmalar, Ankara 2005
- POSNER, R. A. Antitrust Law, 2. baskı, Chicago 2001
- ROSS, S. F. Principles of Antitrust Law, New York 1993
- TOPÇUOĞLU, M. Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler Arası İşbirliği Davranışları ve Hukuki Sonuçları, Ankara 2001
- ÜNLÜSOY, K. Rekabet Hukukunda Bağlama Anlaşmaları, Ankara 2003
- WISH, R. Competition Law, 3. baskı, New York 1993 (“**3. baskı**” diye anılacaktır)
- WISH, R. Competition Law, 6. baskı, New York 2009 (“**6. baskı**” diye anılacaktır)

YAVUZ, Ş. Amerikan Antitröst Hukukunda Yeniden Satış Fiyatının Belirlenmesi Sorunu: “*Per Se*” veya “*Rule of Reason*”, Ankara 2003

MAKALE ve SUNUMLAR

EVANS, D. S. Tying: The Poster Child for Antitrust Modernization (Applied Industrial Economics, Derleyen Louis Philips) Cambridge 1998

HAHN, R. W. Antitrust Policy and Vertical Restraints, Washington 2006

ILICAK, A. Sherman Antitröst Yasasının Ortaya Çıkışı – Yansımalar ve Gerçekler, Ankara 2003

KAY, J. A. Vertical Restraints – Vertical Restraints in European Competition Policy (Applied Industrial Economics, Derleyen Louis Philips), Cambridge 1998

KOBAYASHI, B. H. Two Tales of Bundling: Implications for the Application of Antitrust Law to Bundled Discounts (Applied Industrial Economics, Derleyen Louis Philips) Cambridge 1998

LAO, M. Free Riding: An Overstated, and Unconvincing, Explanation for Resale Price Maintenance (How the Chicago School Overshot the Mark – The Effect of Conservative Economic Analysis on U.S. Antitrust, derleyen Robert Pitofsky) New York 2008

ÖZ, G. A. Rekabet Hukukunda Dikey Anlaşmalar (Rekabet Hukuku ve Dikey Anlaşmalar – 2002/2 sayılı Grup Muafiyeti Tebliği’nde Eşik Sistemine Geçiş, Olası Sorunlar ve Çözüm Önerileri, Kerem Cem Sanlı editörlüğünde) İstanbul 2009

SANLI, K. C. Rekabet Kurulu’nun Kararları Işığında Eşik Sisteminde Dikey Anlaşmalara Olası Yaklaşım (Rekabet Hukuku ve Dikey Anlaşmalar – 2002/2 sayılı Grup Muafiyeti Tebliği’nde Eşik Sistemine Geçiş, Olası Sorunlar ve Çözüm Önerileri, Kerem Cem Sanlı editörlüğünde) İstanbul 2009

SÜRELİ YAYINLAR

HITTINGER, C. / ESPOSITO, L. C. Section 5 of FTC Act on Collision Course With Existing Antitrust Law, Kasım 2, 2009; Legal Intelligencer, Cilt 240; Sayı 88, Bölüm: Antitrust Law

ŠVİRINAS, D. Leegin Case and Its Impact on European Community Competition Policy in Regard to Vertical Minimum Price-fixing, Litvanya 2009; Jurisprudence (Mykolas Romeris Üniversitesi araştırma yazıları yayını), Sayı 2(116), s. 151-166

İNTERNET KAYNAKLARI

I. Makaleler

- EVANS, D. H. / MEIGHER, E. J. Minimum Resale Price Maintenance Plans After Leegin, 2007
http://www.arentfox.com/publications/index.cfm?content_id=1215&fa=legalUpdateDisp
- GEIST, R. Jr. Return To The Past? Congress Seeks To Overturn Leegin, 2009
[http://www.thefreelibrary.com/Return+To+The+Past+%3F+Congress+Seeks+To+Overturn+Leegin.\(Leegin...-a0204946117](http://www.thefreelibrary.com/Return+To+The+Past+%3F+Congress+Seeks+To+Overturn+Leegin.(Leegin...-a0204946117)
- PEEPERKORN, L. Resale Price Maintenance, DG Competition European Commission, 2008
http://www.ucl.ac.uk/laws/clge/paris-23may08/03_Peeperkorn_23may.pdf
- VERRAS, N. Resale Price Maintenance in E.U. Competition Law: Thoughts in Relation To The Vertical Restraints Review Procedure, 2009; The Columbia Journal of European Law Online, Sayı 16, s. 37-41
http://www.cjel.net/online/16_1-verras/

II. Mevzuat ve İctihatlar

Rekabet Kurumu, Rekabet Terimleri Sözlüğü:
http://www.rekabet.gov.tr/dosyalar/images/file/Ekonomi/1_BASKI%20REKABET_TERIMLERI.pdf

Rekabet Kurumu, Dikey Anlaşmalara İlişkin Kılavuz:
<http://www.rekabet.gov.tr/dosyalar/kilavuz/kilavuz11.pdf>

CBO Maliyet Hesaplamaları:
<http://www.cbo.gov/costestimates/CEBrowse.cfm>

A.B.D. Meclis'inde görülen yasa teklifleri:
<http://www.govtrack.us/congress/legislation.xpd>

Delaware's Unfair Cigarette Act:
<http://delcode.delaware.gov/title6/c026/index.shtml>

A.B.D. mahkemelerinin tüm kararları:
www.international.westlaw.com

A.B. Komisyon ve ATAD kararları ile A.B. rekabet mevzuatı:
<http://ec.europa.eu/competition/>

Ekonomi Portalı Dünya Online
www.dunya.com

MAHKEME KARARLARI

A.B.D. Yüksek Mahkeme Kararları

United States v. Addyston Pipe & Steel Co. (1898)

United States v. Trans-Missouri Freight Association (1898)

Standard Oil Co. of New Jersey v. United States (1911)

Dr. Miles Medical Company v. John D. Park & Sons Company (1911)

Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc., DBA Kay's Kloset... Kay's Shoes (2007)

United States v. Colgate & Co. (1919)

Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania, Inc. (1977)

State Oil Company v. Barkat U. Khan and Khan & Associates, Inc. (1997)

A.B.D. Federal Mahkeme Kararları

United States District Court, S.D. Ohio, Western Division. Total Benefits Planning Agency Inc. et al., Plaintiffs v. Anthem Blue Cross And Blue Shield (2007)

United States District Court, E.D. Pennsylvania. RDK Truck Sales And Service Inc. and RDK Municipal Truck Center, Inc., Plaintiff, v. Mack Trucks, Inc., McNeilus Truck Manufacturing, Inc., and Heil Environmental Industries, Ltd., Defendants. Mack Trucks, Inc., Counterclaim Plaintiff, v. RDK Truck Sales and Service Inc. and RDK Municipal Truck Center, Inc. (2009)

United States District Court, D. Delaware. L.J. Zucca, Inc., Plaintiff, v. Allen bros. Wholesale Distributors, Inc. (2008)

A.B.D. Temyiz Mahkemesi Kararları

United States Court of Appeals, Third Circuit. Toledo Mack Sales & Service, Inc., Appellant, v. Mack Trucks, Inc. (2008)

ATAD, Komisyon ve A.B. Mahkeme Kararları

Case 56&58/64 Consten S.à.R.L. and Grundig-Verkaufs-GmbH v. Commission of the European Economic Community (1966)

Case 5/69 Franz Völk v. Vervaecke (1966)

Case 243/83, SA Binon & Cie v. SA Agence et messageries de la presse (1985)

Case T-17/93, Matra Hachette SA v. Commission of the European Communities (1994)

Rekabet Kurulu Kararları

Kurtalan Çimento Sanayi Ticaret A.Ş. 04-01/9-6

İstanbul Gıda Toptancı Tüccarları Derneği 99-53/575-365

Doğuş Otomotiv Servis ve Ticaret A.S. 01-47/483-120

Frito-Lay Gıda Sanayi ve Ticaret A.Ş 07-01/12-7

GİRİŞ*

1983 yılında, Reagan'ın başkanlığı döneminde A.B.D. Adalet Bakanı yardımcılarında William Baxter, “kanaatimce, dikey ‘problem’ diye bir şey yoktur... Dikey anlaşmaların rekabet üzerinde olabilecek yegane olumsuz sonucu, bu anlaşmaların yatay etkilerindedir” beyanında bulunmuştur¹.

Hukukçular olarak, danışmanlık hizmeti sunduğumuz müvekkillerimize rekabet hukuku ile ilgili bilgi verdiğimizde ve günlük ticaret hayatında kendilerince olağan karşılanan birçok uygulamanın rekabet otoritelerince yasak addedildiğini ifade ettiğimizde, müvekkillerimizden aldığımız ilk tepki genellikle, kartel olmadıkları ve bu nedenle de rekabet otoritelerinin kendilerinin faaliyetlerine neden karıştıkları şeklinde sorular oluyor. Pazarda faaliyet gösteren teşebbüsler için bu çalışmada konu alınana, üretici veya sağlayıcı ile distribütörü arasındaki bazı uygulamalar, en azından birkaç yıl öncesine kadar, Türkiye’de olağan olarak kabul edilmekte ve hayata geçirilmekteydi. Bu teşebbüsler açısından bakıldığında, Baxter’in sözleri tam olarak gerçeği yansıtıyordu. Peki ama gerçekten de durum bu kadar basit mi?

2007 yılında A.B.D. Yüksek Mahkemesi’nin almış olduğu Leegin kararı² üzerine, bu çalışmada da bir kısmına atıfta bulunulan birçok tartışma ve bilimsel eserle birlikte, dikey anlaşmalarda minimum fiyat tespiti rekabet gündemine oturdu. Bu çalışmada, A.B.D.’de alınmış olan bu karara temel teşkil eden yasaklamalardan başlayarak, kararın kendisinin özet olarak incelenmesi ve karar sonrasında yaşanan gelişmeler A.B.D. rekabet hukuku açısından ele alınmış, ardından da dikey anlaşmalarda minimum fiyat tespitine ilişkin A.B. ve Türkiye rekabet hukukundaki kural ve uygulamalar kısaca incelenmiştir.

* Bu makale, İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü – Hukuk Yüksek Lisans Programı (Ekonomi Hukuku) için bitirme projesi olarak, Doç. Dr. Burak Özen’in büyük desteği ile ve danışmanlığı altında 2010 yılında tamamlanmış ve aynı yıl içerisinde Yrd. Doç. Dr. Kerem Cem Sanlı, Yrd. Doç. Dr. Pınar Artıran ile Doç. Dr. Burak Özen’in oluşturduğu kurul karşısında sunum ve savunması yapılarak söz konusu kurul tarafından oybirliği ile kabul edilmiştir.

¹ KAY, J. A., Vertical Restraints – Vertical Restraints in European Competition Policy (Applied Industrial Economics, Derleyen Louis Philips) 1998 Cambridge, s. 285

² Bkz. dn. 53

BÖLÜM 1

I – Tanımı ve Genel Olarak Dikey Anlaşmalar

Dikey anlaşmalar, bir emtia ya da hizmetin tüketiciye ulaşması anına kadar geçen ticaret sürecinde en çok karşılaşılan anlaşma türüdür. Rekabet Kurumu'nun tanımına göre dikey anlaşmalar, “üretim veya dağıtım zincirinin farklı seviyelerinde faaliyet gösteren iki ya da daha fazla teşebbüs (örneğin üretici, toptancı, sağlayıcı, müşteri, lisans alan ve veren) arasında belirli mal veya hizmetlerin alımı, satımı veya yeniden satımı amacıyla yapılan anlaşmalardır”³.

Bir anlaşmanın dikey anlaşma olarak kabul edilebilmesi için dikkat edilmesi gereken hususlardan en önemlisi, anlaşmaya taraf teşebbüslerin, üretim veya dağıtımın farklı seviyelerinde yer almaları gerektiğidir. Hammadde (veya yarı mamul) sağlayıcısının üretici ile, üreticinin dağıtıcı ile, dağıtıcının toptancı ile ve toptancının da perakendeci ile yaptığı anlaşmalar klasik dikey anlaşmalardır. Bu anlaşma çeşitlerine örnek olarak, tek elden dağıtım sözleşmeleri, acentelik sözleşmeleri, franchise sözleşmeleri gösterilebilir.

Dikey anlaşmaların, belirtilen taraflar arasında ayrı ayrı akdedilmeleri gibi, toplu halde akdedilmeleri de mümkündür (üretici, toptancı ve perakendecinin üç taraflı bir anlaşma akdetmeleri gibi). Buna karşılık, anlaşmaya dağıtım veya üretimin aynı aşamasında faaliyet gösteren birden fazla teşebbüsün taraf olması halinde, anlaşmaya farklı aşamalardaki teşebbüsler de dahil olsa dahi, bir dikey anlaşmadan söz edilemeyecektir (bir toptancı ve birden fazla perakendecinin taraf olduğu bir anlaşma gibi). Burada dikey unsurlar da içeren bir yatay anlaşmanın varlığı söz konusu olup, rakipler arası anlaşmalar olan bu tip anlaşmalar, rekabet hukuku tarafından yasaklanan kartelleri oluşturmaktadır.⁴

³ Rekabet Kurumu, Rekabet Terimleri Sözlüğü, Ankara – s. 75

⁴ (i) Rekabet Kurumu, Dikey Anlaşmalara İlişkin Kılavuz – 1. Grup Muafiyetinin Kapsamı – 1.1. “Dikey Anlaşma”nın Tanımı – Ankara, 2009 (ii) ASLAN, İ., Rekabet Hukuku, Teori – Uygulama – Mevzuat, 4. Baskı, Ankara 2007 – s. 247, 248

Dikey anlaşmalarda, tarafların özgür iradeleri kısıtlanmaktadır. Bu nedenle özellikle Amerikan hukukunda bu çeşit anlaşmalar için, *vertical restraints* (dikey kısıtlamalar) terimi de sıklıkla tercih edilmektedir⁵. Zaten, “anlaşma” terimi, rakipler arası akdedilen sözleşme veya uyumlu eylemlere –kartellere- daha uygun düşmektedir⁶. Dikey anlaşmalar ile tarafların özgür iradelerinin kısıtlanması ile hedeflenen pek çok neden olabilir. Bunlar arasından özellikle perakende satışların miktar ve niteliklerinin belirlenmesi, pazarda segment ayırımına gidilmesi, sadece tek bir marka ürün satışının gerçekleştirilmesi suretiyle rakip ürünler ile karşılaştırmanın önüne geçilmesi, pazara giriş engeli oluşturulması, monopolistik yapının geliştirilmesi sayılabilir⁷.

II – Dikey Anlaşmalarda Yeniden Satış Fiyatının Belirlenmesi

A. Genel

Yeniden satış fiyatının belirlenmesi, üreticiden sonra gelen aşamalarda, ürünün bir sonraki alıcıya satışının yapılacağı fiyatın söz konusu satışı gerçekleştiren tarafın tek başına ve özgürce karar vermesinin engellenmesi suretiyle belirlenmesidir⁸. Yeniden satış fiyatı, tavsiye edilen, azami veya minimum satış fiyatının belirlenmesi veya satış fiyatının tavsiye edilmesi ile belirlenmiş olur⁹. Yeniden satış fiyatının belirlenmesi, yakın geçmiş rekabet hukukunun en çok tartışılan konularından birisidir¹⁰.

⁵ (i) ROSS, S. F., *Principles of Antitrust Law*, New York 1993 – s. 224 vd. (ii) HOVENKAMP, H., *Federal Antitrust Policy – The Law of Competition and Its Practice*, Minnesota 1999 – s. 441 vd. (iii) HYLTON, K. N., *Antitrust Law – Economic Theory & Common Law Evolution*, Cambridge 2003 – s. 252 vd.

⁶ HOVENKAMP, H., *Federal Antitrust Policy*, s. 144 vd.

⁷ KAY, J. A., s. 285 vd.

⁸ HOVENKAMP, H., *Federal Antitrust Policy*, s. 441

⁹ VERRAS, N., *Resale Price Maintenance in E.U. Competition Law: Thoughts in Relation To The Vertical Restraints Review Procedure* (The Columbia Journal of European Law Online, Sayı 16, s. 37-41), 2009

¹⁰ (i) ROSS, S. F., s. 232 vd. (ii) LAO, M., *Free Riding: An Overstated, and Unconvincing, Explanation for Resale Price Maintenance* (How the Chicago School Overshot the Mark – The Effect of Conservative Economic Analysis on U.S. Antitrust, derleyen Robert Pitofsky), New York 2008, s. 196 vd.

B. Dikey Kısıtlamaların Nedenleri

Bir imalatçının ürettiği ürünü toptancıya ya da doğrudan perakendeciye gerçekleştirdiği satış üzerinden kazancını elde ediyor olması nedeniyle bundan sonra alıcı tarafın ürünü tekrar satarkenki uygulamalarını neden kısıtlamak isteyebileceği anlamsız görünmektedir. İşletmenin amacı kâr elde etmek olduğuna göre, bu kârı satışta gerçekleştirecek ve amacına da ulaşmış olacaktır. İmalatçının ürünü dağıtıcıya (yeniden satıcıya) sattığı fiyat ile dağıtıcının ürünü sattığı fiyat arasındaki fark, imalatçının dağıtım maliyetini oluşturur¹¹. İmalatçı, tüm maliyetleri gibi, dağıtım maliyetlerini de en aza indirgeme güdüsüne sahip olduğundan, dağıtıcılar arasındaki rekabeti artırması, yani kısıtlamaması beklenir. Ancak durum bu kadar basit değildir.

Dikey kısıtlamaların olumlu (faydalı) ve olumsuz olarak nitelendirilebilecek nedenleri bulunmaktadır. Olumlu olarak nitelendirilebilecek en önemli neden, rekabetin fiyat harici unsurlar ile gerçekleştirilmesinin özendirilmek istenilmesi olarak açıklanabilir. Özellikle de niche¹² kategorisine girebilecek ürünler söz konusu olduğunda, tüketici gözünde ürünün fiyatından çok sunumu, teknik özelliklerinin¹³ ve kullanımının¹⁴ aktarılması gibi hususların ön plana çıktığı göz önünde bulundurulduğunda, fiyat indirimlerinin tüketicinin beklediği diğer faydalar için gerçekleştirilecek masraflardan kısmak anlamına geleceği unutulmamalıdır¹⁵. Perakendecinin masrafa girerek bir teşhir salonu oluşturması¹⁶,

¹¹ POSNER, R. A., Antitrust Law, 2. baskı, A.B.D. 2001 – s. 171

¹² Bu ifadeyi özellikle kozmetik ürün pazarında kullanılıyor olması nedeniyle tercih edilmiş olup, ifade edilmek istenen, kısıtlı bir sınıf insanın hedef kitle olduğu lüks ürünlerdir.

¹³ Bu durum, pahalı ses sistemlerinin satışının gerçekleştirildiği Akusta gibi müzik mağazalarında açık bir şekilde gözlemlenebilmektedir.

¹⁴ Örnek olarak, Clinique markası her ne kadar niche kategorisine girmese de, dermatologlar tarafından, tedavi amaçlı olmayan ancak cilt rahatsızlıklarından kaynaklanan etkileri giderici amaçlı üretiliyor olmaları nedeniyle, kullanım biçimlerinin ve cilt tipine göre hangi ürünün tercih edileceği eğitimden geçirilmiş uzmanlar tarafından tüketiciye aktarılmak durumundadır.

¹⁵ Bu konuda güzel bir örnek, KAY, J. A. tarafından verilmektedir (s. 286). Yazar, parfüm satışında sadece bir koku satışının değil, bir sihir satışının söz konusu olduğundan bahseder ve sihrin indirim mağazalarında bulunamayacağını ekler. Yazara göre üretici bu sihri lüks bir ortamda çekici satış elemanları vasıtasıyla yapmak ister ve indirim bulunabileceği tek yer de havaalanlarıdır.

personelinin eğitimi için para harcaması, gelen tüketicilere ikramlarda bulunması elbette ki ürünün fiyatına yansiyacaktır. İmalatçının hiçbir kısıtlamaya gitmemesi durumunda, bahsettiğimiz şekilde masrafa giren perakendecinin yanı sıra, hiçbir masrafa girmeksizin aynı ürünün satışını gerçekleştiren perakendeciler de faaliyet gösterecektir. Bu durumda tüketici, ilgili ürün hakkında bilgileri masrafa giren ve ürünü yüksek fiyattan satan perakendeciden edinip, aynı masraflara girmeksizin ürünü daha düşük fiyattan satan perakendeciden satın alabilecektir. Bu durum bedavacılık¹⁷ (free riding) sorununu oluşturmaktadır¹⁸. Perakendecilere münhasır bölge tahsis edilmesi veya yeniden satış fiyatlarının belirlenmesi yoluyla bedavacılık sorununun giderilmiş olacağı ileri sürülebilir¹⁹.

Dikey kısıtlamaların en önemli olumsuz amacı, yatay anlaşmaların (kartellerin) uygulanırlığının denetlenme yöntemi olarak benimsenmesidir. Yeniden satış fiyatının belirlenmesi burada kartel üyelerinin aralarındaki anlaşmaya uyup uymadıklarını gözleme aracı olarak kullanılmaktadır²⁰. Söz konusu olan bir üretici karteli olabileceği gibi, bir perakendeci kartelinde de aynı durum ile karşılaşılabilir²¹.

¹⁶ Örneğin Volvo gibi lüks araba markalarında çok sayıda teşhir amaçlı araç bulundurulması bu sektördeki önemli masraflardan birisini teşkil etmektedir.

¹⁷ Tanıtım faaliyetlerinde ve serviste olmak üzere başlıca iki çeşit bedavacılıktan söz edilebilir. Bkz. United States District Court, E.D. Pennsylvania. RDK Truck Sales And Service Inc. and RDK Municipal Truck Center, Inc., Plaintiff, v. Mack Trucks, Inc., McNeilus Truck Manufacturing, Inc., and Heil Environmental Industries, Ltd., Defendants. Mack Trucks, Inc., Counterclaim Plaintiff, v. RDK Truck Sales and Service Inc. and RDK Municipal Truck Center, Inc. (2009)

¹⁸ Rekabet Kurumu, Rekabet Terimleri Sözlüğü, s. 57’de bedavacılık terimi şu şekilde açıklanmaktadır: “Herhangi bir ödeme yapmaksızın veya maliyete katlanmaksızın bir teşebbüsün diğer bir teşebbüsün faaliyetlerinden yarar sağlaması... bir ticari faaliyetin gerektirdiği masraf veya külfete katlanmaksızın o faaliyetin ticari kazancının elde edilmesi”.

¹⁹ Bedavacılık konusunda daha ayrıntılı bilgi için bkz. LAO, M., s. 199-205

²⁰ YAVUZ, Ş., Amerikan Antitröst Hukukunda Yeniden Satış Fiyatının Belirlenmesi Sorunu: “Per Se” veya “Rule of Reason”, Ankara 2003, s. 5

²¹ POSNER, R. A., s. 172

BÖLÜM 2

I. A.B.D. Rekabet Hukukunda Dikey Anlaşmalar ve Yeniden Satış Fiyatının Belirlenmesi

A- Sherman Yasası

1. Kısa Tarihçe

A.B.D. hukukunda rekabet yasalarının temel taşı sayılan Sherman Yasası, Senatör John Sherman tarafından kaleme alınmış ve A.B.D. Meclisi tarafından 1890 yılında kabul edilmiş olup; temelinde, ülkede görülen kartelleşme ve pazardaki monopol eğilimleri engelleme yer almaktadır²². Günümüzdeki rekabet anlayışının genel olarak korumayı hedeflediği tüketici kitlesinin yerine, Sherman Yasası'nın düzenlenmesi sırasında A.B.D. Meclisi'nin korumak istediği esas olarak küçük işletmelerdir²³. Yasanın yazıldığı dönemde ekonomi biliminin henüz rekabet hukukuna bir ilgisi bulunmadığından, yasa koyucunun bu yasayı hazırlamasına yönelik güdüler arasında ekonomik etkinliğin bulunmaması doğaldır. Ancak bu güdü eksikliği, yargıçların söz konusu yasayı uygulamaları sırasında ekonomiye zarar vermeyen bir içtihat oluşturmalarına engel olmuştur. Bu nedenle, yargıçların

²² (i) POSNER, R. A., s. 33 (ii) Günümüzde Sherman Yasası'nın fiyat tespiti gibi yöntemlerle fiyatların artışının önüne geçilmesinin amaçlandığı sonucuna varılabilmekteyse de, Sherman Yasası'nın kabul edilmişinden önceki 10 yıllık sürecin fiyat artışları yerine fiyat düşüşlerinin yoğun olarak yaşandığı bir dönem olduğu görülmektedir. Bu konuda bkz. HOVENKAMP, H., Federal Antitrust Policy, s. 50

²³ HOVENKAMP, H., The Antitrust Enterprise – Principal and Execution, Londra 2005 – s. 41. Aynı yazar, Federal Antitrust Policy, s. 48.'de BORK, R. gibi bazı hukukçuların, Meclis'in modern neoklasik ekonomide kullanılan tahsis etkinliği ölçütünün gözetildiğini savunduklarını; SCHWARTZ, L. gibi bir kısım hukukçular tarafından Meclis'in ticarete adalet veya hakkaniyet kavramlarını gözettiğini savunduklarını; LANDE, R. gibi hukukçuların Meclis'in amacının, refahın tüketiciden fiyat tespitçilerine ve tekelcilere aktarılmasını önlemek olduğunu ileri sürdüklerini; son olarak da STIGLER, G. gibi hukukçuların ise Meclis'in korumaya çalıştığı grubun tüketici olmayan, küçük işletmeler ve çiftçiler olduğunu savunduklarını belirtiyor. Yazar, 1999 tarihli eserinde farklı hukukçuların görüşlerine yer verirken, 2005 tarihli eserinde, STIGLER, G.'nin de içinde bulunduğu grup tarafından savunulan görüşü benimsemiş bulunuyor.

farklı kaynakları kılavuz edinmeleri ve yeni içtihatlar oluşturmaları gerekmiştir²⁴. Günümüzde bu kaynak, ekonomi bilimidir²⁵.

Sherman Yasası'nın 1. maddesi²⁶ ticareti kısıtlayıcı sözleşmeler, yoğunlaşma ve gizli anlaşmaları yasaklamaktadır²⁷:

“Eyaletler arasındaki²⁸ ya da yabancı devletlerle girişilen ticaretin sınırlanması için yapılan, tröst ya da başka bir biçimdeki bütün sözleşme, yoğunlaşma²⁹ veya gizli anlaşmalar yasaktır. Yasak olduğu belirtilen sözleşmeleri yapanlar, yoğunlaşmalara ya da gizli anlaşmalara taraf olanlar suçludur ve hüküm giymeleri halinde, bir teşebbüs söz konusu ise 100.000.000 Dolar'ı ve gerçek kişi ise 1.000.000 Dolar'ı geçmemek üzere para cezasıyla veya on yılı geçmemek üzere hapis cezasıyla veya mahkemenin takdirine bağlı olarak her iki ceza ile birden cezalandırılacaktır.”³⁰

²⁴ Bu doğrultuda en önemli kararlardan birisi, Yargıç Taft'ın mütalaasını içeren, 5 Aralık 1898 tarihli United States v. Addyston Pipe & Steel Co. kararıdır. Demir boru imalatı, satışı ve nakliyesini gerçekleştiren altı şirket arasında akdedilmiş olan sözleşme gereği, taraf şirketlerin ihalelere birlikte katılarak, aralarından seçilmiş birisinin verdiği teklifin üzerinde bir teklifi diğerlerinin vermesi neticesinde ilk teklif verenin ihaleyi kazanmasını sağlamaları ile ilgili kararda Yargıç Taft'ın mütalaası neticesinde, federal mahkemeler, teamül hukukunun ağırlığından kurtulmuş ve Sherman Yasası çerçevesinde kendi rekabet kurallarını yaratmışlardır.

²⁵ POSNER, R. A., s. 35

²⁶ 15 U.S.C. 1 Sherman Yasası Madde 1 güncel versiyonunun İngilizce orijinal metni: “Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal. Every person who shall make any contract or engage in any combination or conspiracy hereby declared to be illegal shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$100,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$1,000,000, or by imprisonment not exceeding 10 years, or by both said punishments, in the discretion of the court.”

²⁷ Sherman Yasası'nın ikinci maddesi ise tekelleşme ve tekelleşme teşebbüslerini yasaklamaktadır. Orijinal versiyonun tercümesi (Tercüme: ILICAK, A., Sherman Antitöst Yasasının Ortaya Çıkışı – Yansımalar ve Gerçekler, Ankara 2003): “Eyaletler arasındaki ya da yabancı devletlerle girişilen ticaretin sınırlanması için yapılan, tröst ya da başka bir biçimdeki bütün sözleşme, yoğunlaşma³⁹ veya gizli anlaşmalar yasaktır. Yasak olduğu belirtilen sözleşmeleri yapanlar, yoğunlaşmalara ya da gizli anlaşmalara taraf olanlar suçludur ve hüküm giymeleri halinde, beş bin doları geçmemek üzere para cezasıyla veya bir yılı geçmemek üzere hapis cezasıyla cezalandırılacaktır.”

²⁸ Eyalet yasaları içerisinde ise doğrudan Sherman Yasası ile çelişen yasalar ile karşılaşılacaktır. Nitekim, Delaware'de mevcut 1953 tarihli “Delaware's Unfair Cigarette Act” ile toptancıların perakendecilere gerçekleştirecekleri sigaraların satışı için yasa ile minimum fiyat tespiti yapılmış oluyor. Söz konusu eyalet yasasının kendisinin Sherman Yasası Madde 1 anlamında bir anlaşmanın yerine geçip geçmediği hakkında bkz. United States District Court, D. Delaware. L.J. Zucca, Inc., Plaintiff, v. Allen Bros. Wholesale Distributors, Inc. (2008)

²⁹ Metnin orijinalinde “yoğunlaşma” ifadesi “conspiracy” olarak ifade edilmiştir. Bu ifadenin Türkçe'ye tercümesi farklı kaynaklarda farklı şekilde ifade edilmiştir. Örneğin, ÜNLÜSOY, K., Rekabet Hukukunda Bağlama Anlaşmaları'nda (Ankara 2003) İngilizce ifadenin karşılığı olarak “birleşme” ifadesini kullanmıştır. Ancak kanaatimce, “conspiracy” ile ifade edilmek istenilen “birleşme” değildir. “Birleşme” olarak tercüme edilebilmesi için “merger” ifadesinin kullanılması gerekecektir. Burada anlatılmak istenilen, piyasadaki aktörlerin bir arada hareket etmeleridir. Bu anlamda ben Türkçe karşılık olarak “yoğunlaşma” ifadesini kullanmayı uygun görüyorum. Nitekim aynı ifade ILICAK, A. tarafından da tercih edildiği görülmektedir.

³⁰ İngilizce metinden tercüme, Erdem Balkan

Metnin değişikliklere tabi tutulmadan önceki orijinal versiyonunda, para cezalarının çok daha düşük olmasının yanı sıra, teşebbüsler ile gerçek kişiler arasında bir ayırım yapılmadığı ve para cezası ile hapis cezasının birlikte uygulanmasının söz konusu olmadığı görülmektedir.³¹

Yasa metninden de anlaşılabilceği üzere, Sherman Yasası'nın 1. maddesi tipik olarak kartel ve pazar paylaşımı anlaşmalarına, dikey kısıtlamalara, birleşmelere uygulanır³².

Sherman Yasası'nın kabul edildiğinde toplam 38 maddeden oluşmasına karşılık, maddelerin bir kısmı yürürlükten kaldırılmıştır³³.

2. Uygulama

Sherman Yasası'nın yürürlüğe girmesini takip eden ilk on yıl içinde Adalet Bakanlığı tarafından açılan 10 adet özel hukuk ve 5 adet de ceza hukuku davası görülmüştür³⁴. İlerleyen yıllarda bu dava sayısında büyük bir artış olmasına karşılık, daha henüz çok az dava görülmüş iken, 1898 tarihinde rekabet hukuku açısından çok önemli bir ilke oluşturulmuştur. A.B.D. Yüksek Mahkemesi, vermiş olduğu 22 Mart 1898 tarihli Trans-Missouri kararı³⁵ ile kartel ve diğer fiyat tespitinde bulunan anlaşmaları, kamu tüzel kişileri söz konusu olduğunda, tespit

³¹ Orijinal versiyonun tercümesi (Tercüme: ILICAK, A.): “Eyaletler arasındaki ya da yabancı devletlerle girilen ticaretin sınırlandırılması için yapılan, tröst ya da başka bir biçimdeki bütün sözleşme, yoğunlaşma veya gizli anlaşmalar yasaktır. Yasak olduğu belirtilen sözleşmeleri yapanlar, yoğunlaşmalara ya da gizli anlaşmalara taraf olanlar suçludur ve hüküm giymeleri halinde, beş bin doları geçmemek üzere para cezasıyla veya bir yılı geçmemek üzere hapis cezasıyla cezalandırılacaktır.”

³² HOVENKAMP, H., The Antitrust Enterprise, s. 21. Orijinal metindeki “combinations” ifadesi yerine yazar doğrudan “mergers” ifadesini kullandığından, “birleşme” şeklinde tercüme edilmesi uygundur. Yazarın bu kullanım ile orijinal metinde yer alan “combinations” ifadesi ile çelişmediğini, sadece yoğunlaşmaya ilişkin hükmün günümüzdeki birleşmelere uygulanacağını ifade ettiği kanaatindeyim.

³³ Yürürlükten kaldırılan bölümler ve Sherman Yasası'nın tam metni için bkz. 15 U.S.C. Chapter 1

³⁴ POSNER, R. A., s. 36, 1 numaralı Tablo

³⁵ United States v. Trans-Missouri Freight Association. Karara konu olayda, demiryolu şirketlerinin bir araya gelerek, tüm yük taşımalarında makul fiyatların, kuralların ve düzenlemelerin oluşturulup muhafaza edilebilmesi için “Trans-Missouri Freight Association” adı altında bir birlik oluşturmaları ve bağlayıcı bir anlaşma akdetmeleri söz konusudur.

edilen fiyatın makullüğüne bakılmaksızın yasa dışı kabul etmiştir³⁶. Kararda yer alan şu ifade önemlidir: “Gerçek kişilerce veya özel şirketlerce akdedildikleri zaman, makul oldukları ölçüde sözleşmeler rekabeti kısıtlayıcı kabul edilmeyecektir. Ancak, kamu tüzel kişilerince akdedilen sözleşmelerin durumu farklıdır, çünkü rekabeti kısıtlama anlamında, makul olsalar dahi, toplumsal çıkarlara zarar verici kabul edileceklerdir ve dolayısı ile de geçersizdirler”³⁷.

A.B.D. Yüksek Mahkemesi bu kararı ile ortak fiyat tespitinin yasak olması gerektiği, doğru fiyatlamamanın rekabetçi fiyatlama olduğu sonucuna varmıştır. Burada Yüksek Mahkeme, rekabetçi fiyatlandırmanın korunmasını amaçlamaktadır. Bu ilke, takip eden yıllarda da kararlara uygulanmıştır. Buna karşılık, fiyatlara gerçek bir etki aranmamıştır. Önemli olan, iddia edilen davranışın gerçekleşmiş olması (fiyat tespitine yönelik davranış) ve ortaklaşa fiyat tespitinde bulunan tarafların bu davranışının pazardaki rekabetçi fiyatların üzerinde fiyat artışına neden olacağına muhtemel görünmesi olmuştur. Bu durum yıllar içinde değişime uğrayarak, tarafların sadece fiyat tespit girişiminde bulunmaları yeterli görülmüş ve fiyat artışına olası etkileri dahi araştırılmamıştır³⁸.

Sherman Yasası ile ilgili erken dönem kararları arasından önemli olan bir karar da, muhakeme kurallarının uygulanmasının yer bulduğu 1911 tarihli Standard Oil kararıdır³⁹. Kararda, sözleşme, yoğunlaşma ve sair durumlarda, yargılamaya konu hususların doğrudan veya dolaylı olarak yasada belirtilen rekabeti kısıtlama

³⁶ Karar incelendiği vakit, A.B.D. Yüksek Mahkemesi'nin edinmiş olduğu bu ilkenin temelinde, tespit edilen fiyatın “makullüğünün” hangi ölçütlere göre belirleneceği yönünde genel geçer kabul edilebilir bir kurala varılamamasının yattığı görülmektedir. Kararda, makullük kriterinin belirlenmesinde, işe yatırılan sermayenin hakkaniyetli bir kâr ile dönüşünü sağlayacak fiyatın mı, yoksa benzer özelliklere sahip başka demiryollarında uygulanan fiyatların karşılaştırılması neticesinde ortaya çıkacak fiyatların mı yoksa daha karmaşık hesaplamaların neticesinde belirlenecek fiyatların mı kullanılacağı geniş kapsamlı olarak tartışılmış ve tüm bu verilerin sonucunda tek bir makullük kriterine ulaşmanın mümkün olmadığı, her kriterin uygulamaya müsait olmayan unsurlarının bulunduğu sonucuna varılmıştır.

³⁷ Cümlenin orijinali şu şekildedir: “... *though it be admitted that contracts, when made by individuals or private corporations, when reasonable, will not be considered as in restraint of trade, yet such is not the case as to public corporations, because any contract made by them in any measure in restraint of trade, even when reasonable, is presumptively injurious to the public interests, and therefore invalid*”

³⁸ POSNER, R. A., s. 36 vd.

³⁹ Standard Oil Co. of New Jersey v. United States kararı, ham petrol ve petrol ürünleri pazarında faaliyet gösteren firmaların işbirliği içinde hareket etmelerini konu alır.

unsurunun varlığı yönünde etkilerinin bulunup bulunmadığı kriteri uygulanacak ise, bu doğrultuda muhakeme kurallarının⁴⁰ yol göstereceği belirtilmiştir.

Sherman Yasası'nın muğlaklığı, çeşitli tedirginliklere yol açmıştır. Şöyle ki; tekelleşmeden endişe edenler, rekabete aykırı hareket eden teşebbüslerin bu faaliyetlerinin yanlarına kâr kalacağını düşünürken, teşebbüsler de kesin olarak hangi davranışlarının yasa dışı kabul edileceğini bilememekteydi⁴¹. Yukarıda anılan Standard Oil kararı ve paralel şekilde bağlama anlaşmalarına muhakeme kurallarının uygulanacağı yönündeki 1912 tarihli Henry v. A.B. Dick & Co. kararı ile bu endişeler daha da artmış oldu. Liberaller, muhakeme kurallarının Sherman Yasası'nı zayıflatacağını⁴² düşünüyorlardı⁴³. Bu endişeler neticesinde 1914 yılında Clayton Yasası⁴⁴ ve Federal Ticaret Komisyon Yasası⁴⁵ kabul edilmiştir⁴⁶.

3. *Per Se* Kuralı ve Muhakeme Kuralları (*Rule of Reason*)

Belirli bir tür davranışın her zaman ya da neredeyse her zaman rekabeti azaltıcı etkileri olduğu durumlarda, bu davranış *per se* yasaklanmaktadır⁴⁷. Bir uygulamanın *per se* yasaklanmış olması halinde, bu uygulamanın varlığının ispatı yeterli olup, bu uygulamanın derinlemesine araştırılması veya etkilerinin ölçülmesi yoluna gidilmemektedir. *Per se* kuralının uygulanması için yapılan

⁴⁰ Muhakeme kuralları ile burada kastedilen, usul kuralları olmayıp, kavramın hangi anlamda kullanıldığı bir sonraki bölümde açıklanmaktadır.

⁴¹ WHINSTON, M. D., Lectures on Antitrust Economics, Londra 2008 s. 7

⁴² Halbuki Standard Oil kararında Yüksek Mahkeme, muhakeme kurallarının uygulanmasına rağmen tarafların uygulaması Sherman Yasası'na aykırı bulunmuştu

⁴³ HOVENKAMP, H., Federal Antitrust Policy, s. 56

⁴⁴ 15 U.S.C. 12-27 Clayton Yasası başlıca rekabete aykırı fiyat ayrımcılığını, bağlamayı, rakip firma ürünleri satmama yönünde münhasırlık anlaşmalarını yasaklamaktadır.

⁴⁵ 15 U.S.C. 41-58 FCT. Bu yasa ile Federal Ticaret Komisyonu kurulmuş ve özellikle de 5. maddesi ile (15 U.S.C 45) haksız rekabet yöntemleri yasaklanmış oldu. Bu komisyonun, mahkemelerin sahip olmadığı uzmanlık derecesinde bir idari yapıya sahip olması amaçlanmıştır. Bu konuda bkz. WHINSTON, M. D., s. 8 ve HOVENKAMP, H., Federal Antitrust Policy, s. 56. Söz konusu yasanın, tek başına uygulanmak yerine, mevcut yasalardaki boşlukların doldurulması amacıyla hazırlanmış ve bugüne kadar bu şekilde uygulanmış olmasına karşılık, kapsamının genişletilerek federal rekabet yasalarına aykırılık içermeyen faaliyetlere de uygulanabilmesi ile ilgili olarak bkz. HITTENGER, C. W. / ESPOSITO, L. C., Section 5 of FTC Act on Collision Course With Existing Antitrust Law, Legal Intelligencer, Kasım 2, 2009, Cilt 240; Sayı 88, Bölüm: Antitrust Law

⁴⁶ POSNER, R. A., s. 42

⁴⁷ Rekabet Kurumu, Rekabet Terimleri Sözlüğü, s. 151

inceleme, yoruma yer bırakmayan ve çok açık bir şekilde sadece söz konusu davranışın gerçekleşip gerçekleşmediği üzerinde yapılan incelemedir⁴⁸. Dolayısıyla da *per se* kuralların bir uygulamanın rekabeti artırıcı veya rekabeti azaltıcı etkisinin ortaya çıkarılması yönünde herhangi bir faydası bulunmamaktadır.

Rekabet Kurumu muhakeme kurallarını⁴⁹ “*Per se* kuralının alternatifi olan ve başta pazar yapısı olmak üzere tüm ilgili rekabet faktörlerinin değerlendirmeye alındığı yaklaşımdır” olarak tanımlamaktadır⁵⁰.

“Amerikan rekabet hukukunda muhakeme kuralları genel standart, *per se* kuralı ise istisna teşkil etmekte⁵¹” olup, bu iki kural, Amerikan rekabet hukukunun en büyük tartışmalarından birisinin konusudur. Yakın geçmişe kadar, A.B.D. rekabet hukukunda –dikey anlaşmalarda– iki konu *per se* yasaklanmaktaydı: bağlama ve yeniden satış fiyatının tespiti⁵². İleride ayrıntılı olarak da inceleneceği üzere, Leegin⁵³ kararı ile yeniden satış fiyatının belirlenmesi *per se* yasak olmaktan çıkarak muhakeme kurallarına tabi tutulmaya başlanmıştır.

Per se yasağın uygulandığı durumlarda herhangi bir fayda-zarar incelemesinin yapılmamasına karşılık, muhakeme kurallarında ancak ve ancak rekabeti

⁴⁸ KOBAYASHI, B. H., Two Tales of Bundling: Implications for the Application of Antitrust Law to Bundled Discounts (Applied Industrial Economics, Derleyen Louis Philips), Cambridge 1998, s. 27

⁴⁹ İngilizce’deki “*rule of reason*” teriminin karşılığı olarak Rekabet Kurumu “haklı sebep” ifadesini kullanmaktadır. Doktrinde ise “makul neden” karşılığı da tercih edilebilmektedir (Bkz. OZ, G. A., Rekabet Hukukunda Dikey Anlaşmalar, eser adı ile aynı konulu konferansın editörlüğü Kerem Cem Sanlı tarafından gerçekleştirilen yayını, İstanbul 2009, s. 5. Aynı şekilde TOPCUOGLU, M., Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler Arası İşbirliği Davranışları ve Hukuki Sonuçları, Ankara 2001). Ben, *per se* yasaklamanın aksine “*rule of reason*”un uygulandığı durumlarda, kısıtlamanın incelenmesi, muhakeme edilmesi nedeniyle “muhakeme kuralları” terimini kullanmayı daha uygun buluyorum.

⁵⁰ Rekabet Kurumu, Rekabet Terimleri Sözlüğü, s. 101

⁵¹ ŠVİRINAS, D., Leegin Case and Its Impact on European Community Competition Policy in Regard to Vertical Minimum Price-fixing (Jurisprudence, Mykolas Romeris Üniversitesi araştırma yazıları yayını), Litvanya 2009, Sayı 2(116), s. 151-166

⁵² (i) HAHN, R. W., Antitrust Policy and Vertical Restraints, Washington 2006, s. 8 (yazarın kendi derlediği kitabın önsözünden); (ii) EVANS, D. S., Tying: The Poster Child for Antitrust Modernization (Applied Industrial Economics, Derleyen Louis Philips), Cambridge 1998, s. 84; (iii) HOVENKAMP, H., The Antitrust Enterprise, s. 308

⁵³ Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc., DBA Kay’s Kloset... Kay’s Shoes

kısıtlayıcı bir etkinin varlığının ispatı⁵⁴ halinde ilgili davranışa yasak getirilmektedir. Bunun yanı sıra, muhakeme kurallarının uygulandığı durumlarda rekabet aykırılıklarının ispatının neredeyse imkansız olduğu kabul edilmektedir.⁵⁵ Bu duruma çözüm olarak Hovenkamp, iddia makamının ispat yükünün hafifletilmesi gerektiğini savunur.⁵⁶

a) Dr. Miles Kararı⁵⁷

Per se yasaklama ilk olarak 1911 tarihli Dr. Miles kararında oluşturulmuştur. Bu kararda incelenen olay, özel formülüyle ilaç üreten Dr. Miles medical Co.'nun hem perakende hem de toptan satışlarda minimum satış fiyatını tespit etmesi ve bu fiyatın altında satış yapanlara ürün tedarikini durdurmasından ileri gelmektedir.

Bu durum mahkeme önüne taşındığında, Dr. Miles, daha önce aksine bir karar verilmemiş olduğundan, bir üreticinin malları üzerinde fiyat tespit etme yetkisi bulunduğunu ve bunun yanı sıra söz konusu ürünlerin gizli bir formül ile üretilen fikri mülkiyete konu ilaçlar olması dolayısıyla da bunun mümkün olması gerektiğini, dolayısıyla da Sherman Yasası'nı ihlal etmediğini ileri sürmüştür.

Mahkeme, ilaçların gizli bir formül ile üretilmiş olmalarını yeterli bulmamıştır. Nitekim söz konusu anlaşmalar ürünlerin imalatına ilişkin değil, satışına ilişkin olduğundan, Dr. Miles satıcılar ile ürünlerin formülünü paylaşmamaktadır. Mahkeme, gizli formül ile bağlantılı olarak fiyat belirlenmesinde herhangi bir fayda görememiş ve bu savı kabul etmemiştir.

⁵⁴ Muhakeme kurallarında ispat yükü iki taraf arasında paylaştırılmıştır. Şöyle ki, iddia makamı ilk bakışta ilgili pazarda rekabetin olumsuz etkilendiğine ilişkin delil sunacaktır. Bunun üzerine savunma makamı, rekabeti kısıtlayıcı uygulamanın olumlu (rekabeti artırıcı) etkilerinin daha ağır bastığını ispat edecektir. Son olarak iddia makamı savunmanın aynı sonuca rekabeti daha az kısıtlayıcı bir yöntemle de ulaşılabileceğini gösterme imkanına sahip olacaktır. Bu konuda bkz. ŞVİRİNAS, D., s. 151-166

⁵⁵ HOVENKAMP, H., *The Antitrust Enterprise*, s. 8. Yazar, özellikle davacı tarafın özel hukuk kişileri olduğu davalarda, muhakeme kurallarına göre yapılan incelemenin sistematik olmaması nedeni ile, doğru noktalara odaklanmayan araştırmaların ispat sorunu yaşandığını ve bu durumdan davalı tarafın faydalandığını belirtiyor.

⁵⁶ HOVENKAMP, H., *The Antitrust Enterprise*, s.308

⁵⁷ A.B.D. Yüksek Mahkemesi'nin 1911 tarihli Dr. Miles Medical Company v. John D. Park & Sons Company kararı

Dr. Miles fiyat indirimlerinin zararlarından söz etmiş ve minimum fiyat tespitinin faydalı olacağı üzerinde durmuştur. Mahkeme ise minimum fiyat tespitinden tüketicinin değil, üretici ve satıcıların fayda sağlayacağını belirtmiştir.

Karşı oy yazısında Yargıç Holmes, davanın konusu ile doğrudan ilgili herhangi bir yasa veya örnek karar bulunmadığından dolayı karara katılmaz ve kararın sadece kamu çıkarının gözetilmesi dolayısıyla verildiğini belirtir. Esasında Yargıç Holmes'un yorumu son derece önem arz etmektedir. Holmes, aksi yönde çok açık bir hukuki kaidenin bulunmadığı durumlarda işletmelerin kendi kendilerini yönetmelerine karışılmamasından yanadır. Holmes bunun da ötesine giderek, "adil" fiyat belirlemesinin abartıldığını ve, muadili bulunmayan ürünler hariç olmak üzere, tüketicinin adil bulmadığı fiyata sahip bir ürünü almaktan imtina edeceğini, bunun yerine muadilini alacağını, bu nedenle de işletmelerin belirledikleri fiyatların her hal ve karda adil olduğunu belirtiyor ve Dr. Miles'in fiyat belirlemede Mahkeme'den daha bilgili olduğunu ifade ediyor. Son olarak Yargıç Holmes, Mahkeme'nin bu kararının uzun vadede topluma herhangi bir faydasının bulunmayacağını yanı sıra, minimum fiyat tespiti ile arzulanan faydalara toplumun ulaşmasına bazı çıkarıcıların fiyat kırmak yoluyla engel olmalarına izin verilmiş olacağına inandığını belirtiyor.

Dr. Miles kararı, oldukça eleştirilen bir karardır⁵⁸. Özellikle de fiyat tespiti neticesinde aşırı fiyatlandırmanın bulunduğu durumlarda tüketicilerin rakip ürünleri tercih edileceği düşünüldüğünde, hakim durumda bulunmayan teşebbüslerin minimum fiyat belirlemelerinin tüketici zararına olmayacağı savı öne çıkmaktadır⁵⁹.

b) Leegin Karar Özeti

Leegin kararı öncesinde, yeniden satış fiyatının tespiti konusundaki en önemli

⁵⁸ HOVENKAMP, H., Dr. Miles kararını, yeniden satış fiyatının belirlenmesi ile ilgili en talihsiz gelişme olarak nitelendiriyor (The Antitrust Enterprise, s. 186)

⁵⁹ ROSS, S. F., s. 224 vd. (ii) HOVENKAMP, H., Federal Antitrust Policy, s. 232

değişiklik, 1919 tarihli Colgate kararıdır⁶⁰. Bu ve yine önemli kararlardan 1977 tarihli Sylvania kararı⁶¹ aşağıda Leegin kararı içinde incelenmiştir. Dr. Miles kararı ile yeniden satış fiyatının tespitinin *per se* yasak olması kuralı, 96 yıllık bir uygulamanın ardından, A.B.D. Yüksek Mahkemesi'nin 2007 yılında verdiği karar ile uygulamadan kalkmış ve yeniden satış fiyatının tespiti durumunda da muhakeme kurallarının uygulanacağı kabul edilmiştir. Karar, özet haliyle aşağıda yer almaktadır.

aa) Olay

Talepte bulunan taraf Leegin Creative Leather Products, Inc. (bundan böyle kısaca "Leegin" olarak anılacaktır), deri ürünleri ve aksesuarlar tasarlayan, üreten ve dağıtımını gerçekleştiren bir şirkettir. 1991 yılında Leegin, "Brighton" markası ile kemer satmaya başlamıştır. Brighton markası günümüzde geniş bir bayan moda aksesuarları yelpazesi halini almıştır. A.B.D.'de 5.000'den fazla yeniden satıcı vasıtası ile tüketiciye sunulmaktadır. Bu yeniden satıcıların büyük çoğunluğu bağımsız, butik mağazalar ile küçük lüks mağazalardır. Leegin, en azından kendi ürünleri için, küçük mağazaların büyük mağazalara nazaran müşterilere daha iyi ve geniş çapta hizmet sunduğu ve alışveriş tecrübesini daha tatminkar kıldığını ileri sürmektedir.

Karşı taraf, PSKS Inc. (bundan böyle kısaca "PSKS" olarak anılacaktır), Teksas'ta bayan giyimi üzerine faaliyet gösteren Kay's Kloset adlı bir mağaza işletmektedir. Kay's Kloset yaklaşık 75 farklı üreticiden ürün tedarik etmekte olup, bir zamanlar Brighton markasından da satmıştır. Leegin'den Brighton ürünlerini almaya ilk 1995 senesinde başlayıp, markayı desteklemiş ve tanıtım faaliyetlerinde bulunmuştur. Kay's Kloset bu doğrultuda Brighton reklamları vermiş, mağazada Brighton günleri düzenlemiş ve böylelikle bölgede Brighton ürünleri almak için en çok tercih edilen mağaza haline gelmiştir. Brighton,

⁶⁰ United States v. Colgate & Co.

⁶¹ Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania, Inc.

mağazanın en önemli markası olup, bir vakit kârının %40 %50 arası bölümünü sağlamıştır.

1997’de Leegin “Brighton Yeniden Satış Fiyatlandırma ve Geliştirme Politikası”nı oluşturmuştur. Bu politika üzerine, Leegin, tavsiye edilen fiyatların altında satış gerçekleştiren yeniden satıcılara ürün tedarik etmeyi reddetmiştir. Satışı başarısız bulunarak satıcı tarafından yeniden sipariş verilmeyecek olan ürünler bu politikanın dışında tutulmuştur. Söz konusu politikasını satıcılara duyurduğu mektubunda Leegin şunları aktarmıştır:

“Macy’s, Bloomingdales, May Co. ve diğer mega mağazalar devrinde, tüketicilerin akılları ürün kalitesinin taahhüt edilmesi ve ürünlerin desteklenmesi ile çelinmektedir ki bizim görüşümüze göre bu mega mağazalar bunu başarma özelliklerinden yoksundurlar. Tüketicilerin akılları son derece moda olan indirim, indirim, indirim ve indirimler ile daha da fazla karıştırılmaktadır.

Biz, Leegin olarak, bu çoğunluktan tüketiciye çok iyi kalite ürün ve servis sunabilen ve Brighton ürününü yılın 365 günü kalıcı temeller ile satabilen butik mağazalarda (speciality stores) satış yaparak ayrılmayı seçiyoruz.”

Leegin bu politikasını satıcıların müşterilerine, satış stratejilerine uygun satış yapmalarını sağlayacak kâr marjları sağlayabilmek için oluşturmuştur. Leegin, indirim uygulamalarının Brighton’un marka imajını zedelediğini de ifade etmiştir. Fiyat politikasını oluşturduktan bir yıl sonra Leegin, “Heart Store Program” adıyla bilinen bir pazarlama stratejisini tanıtmıştır. Bir mağazanın Heart Store olabilmesi Brighton ürünlerini Leegin’in tavsiye ettiği fiyattan satma kriterinde saklıydı. Kay’s Kloset de önceleri bu mağazalar arasında yer almış, ancak sonra mağazanın Leegin tarafından yeterince çekici bulunmaması sebebi ile taraflar 1998’den sonra bu sınıflandırmaya girmeyeceği konusunda anlaşmışlardır. Bu vasfı yitirmesine karşılık, Kay’s Kloset, Brighton satışlarını artırmaya devam etmiştir.

2002 yılının Aralık ayında Leegin, Kay’s Kloset’in Brighton ürünlerinin tamamını %20 indirim ile sattığını fark etmiştir. Kay’s Kloset, aynı şekilde indirimler uygulayan civar mağazalarla rekabet edebilmek amacıyla indirim yaptığını savunmuştur. Buna karşılık Leegin Kay’s Kloset’ten indirim uygulamasına son vermesini istemiş ve Kay’s Kloset de buna uymayınca mal tedarikini durdurmuştur.

bb) İlk Derece Mahkemesi

PSKS, Leegin aleyhine A.B.D. Teksas Doğu Bölgesi Mahkemesi'nde dava açmış ve satıcıları ile dikey fiyat tespiti anlaşması yaparak anti-tröst yasalarına aykırı davrandığını iddia etmiştir. Leegin her ne kadar uzman ifadeleri ile bu davranışının rekabet yanlısı etkileri olduğunu mahkemeye sunmak istemişse de, ilk derece mahkemesi 1911 tarihli Dr. Miles kararı ile oluşturulan *per se* kuralına dayanarak bu talebi reddetmiştir. PSKS davada Heart Store Programı'nın Leegin ve diğer satıcıların fiyat tespiti konusunda anlaşmaya varmış olduklarını gösterdiğini ileri sürmüştür. Leegin bu iddiaya karşılık, Colgate doktrini savunma olarak kullanmak istemiştir.

1919 tarihli Colgate kararı uyarınca, üreticinin ne zaman mal satacağı ve ne zaman satmayacağını belirlediği tek taraflı şart ve koşulları önceden duyurması Sherman Yasası'nın 1. maddesi kapsamında anlaşma unsurunu barındırmamaktadır. Bu koşul, ürünlerin tüketicilere satış fiyatlarının üretici tarafından belirlenmiş fiyatın altında olamayacağı şeklinde olabilecektir. Buna karşılık, üretici ve satıcı arasında tüketicilere yapılacak yeniden satışlardaki minimum fiyatların tespiti, *per se* olarak otomatikman federal ve eyalet anti-tröst yasalarına aykırı bir fiyat tespiti yapıldığı anlamına gelecektir. Burada dikkat edilmesi gereken husus, Colgate doktrini uyarınca üreticiye tanınmış olan hakkın bir önceden duyuru şeklinde kullanılabilmesidir. Üreticinin mevcut bayilerine yeniden satış fiyatlarını duyurması ve bayilerle anlaşmak suretiyle söz konusu fiyatları sabit kılması Colgate doktrininden faydalanamayacaktır. Nitekim Leegin'in savunmaları arasında Colgate doktrininden faydalanmak yer alsa da, "bu amacı gerçekleştirmek için, şirketlerimiz işbirliği içinde çalışmalıdır" şeklindeki ifadeye yer vermekle fiyat tespiti konusunda bir anlaşmanın varlığını göstermiştir. Böylelikle, Leegin'in bu savunması da geri çevrilmiştir.

İlk derece mahkemesi, Leegin aleyhine yaklaşık 4 Milyon A.B.D. Doları'na hükmetmiştir.

cc) Temyiz Mahkemesi

Temyiz mahkemesi, ilk derece mahkemesinin kararını onamıştır. İlk derece mahkemesindeki yargılamadan farklı olarak Leegin burada satıcılar ile dikey fiyat tespiti anlaşmasına girdiğini inkar etmemiştir. Buna karşılık, muhakeme kurallarının uygulanması gerekeceği iddiasında bulunmuştur. Temyiz mahkemesi, bu argümanı geri çevirmiş ve ilk derece mahkemesinin *per se* kuralını uygulamasını, söz konusu uygulamanın Yüksek Mahkeme'nin yerleşik içtihadı olduğu gerekçesi ile kabul ederek bu konuda karar verme konusunu Yüksek Mahkeme'ye bırakmıştır.

dd) Yüksek Mahkeme

Yüksek Mahkeme, *per se* kuralının uygulanabilmesi için ilgili mahkemenin söz konusu kısıtlama çeşidi hakkında yeterince tecrübe yaşamış olması gerektiğini vurgulamıştır. Bunun yanı sıra, mahkemenin muhakeme kurallarının uygulanması halinde söz konusu kısıtlamanın haksız görüleceğini kesin surette öngörebilmesinin de gerekli olduğu belirtilmiştir.

Yüksek Mahkeme, Dr. Miles kararının kendisinden 100 yıl sonra gelen dikey kısıtlamalara karşı getirilen anti-tröst yasalarının Amerikan ekonomisine etkisi konusunda geri kaldığını ifade etmiş ve bu sebeple dikey anlaşmaların ekonomik etkilerinin incelenerek *per se* kuralının uygunluğunun belirlenmesi gerektiğinin üzerinde durmuştur.

Teoride, dikey minimum fiyat kısıtlamalarının rekabet yararına da etkileri bulunmaktadır. Hatta, belirli piyasa koşullarında, olumsuz herhangi bir etki doğurması muhtemel görülmemektedir. Yaygın bir fikre göre, üreticilerin nihai satış fiyatlarını kontrol etmelerine izin verilmesi markalar arası rekabeti artıracak ve tüketiciye çeşitli açılardan fayda sağlayacaktır. Buna göre, tek bir üreticinin nihai satış fiyatını belirlemesi markalar arası fiyat rekabetini azaltacaktır; ancak, bu durumda satıcılar tüketiciye sundukları hizmet ve marka yararına kalkındırıcı

faaliyetlerde bulunma yöntemi ile söz konusu markanın rekabet etmesini sağlayacaklardır. Ayrıca, tüketiciler fiyat tespiti ile düşük fiyat – düşük hizmet markaları, yüksek fiyat – yüksek hizmet markaları ve arada kalan markalar arasında seçim yapabileceği daha fazla seçeneğe kavuşmuş olacaktır.

Fiyat tespitinin engellenmesi ile bedavacılık sorunu ortaya çıkmaktadır⁶². Bu durumda, yüksek kalitede hizmet sağlayan satıcı piyasadan çekilmek zorunda kalacaktır ki bu da tüketici zararındır.

Fiyat tespitine imkan tanınmasının önemli bir faydası, piyasaya yeni giriş yapacak aktörler için kolaylık sağlamasıdır. Piyasaya yeni girecek aktörler, fiyat tespiti sayesinde kendisinden daha güçlü aktörlerin yıkıcı fiyat uygulamasına giderek kendisini pazar dışına atamayacağı koruması altındadır.

Elde edeceği kâr marjından emin olan satıcı, daha önceden yapmayacağı yatırımları yaparak pazar payını artırmak yoluyla kârını da artırma yolunu tercih edecektir. Fiyat rekabeti ortadan kalktığı vakit satıcılar hizmet kalitesini yükseltme ve tanıtım faaliyetlerine girme yollarını seçeceklerdir.

A.B.D. Yüksek Mahkemesi, fiyat tespiti haricindeki dikey kısıtlamaların *per se* kuralına tabi olmayacaklarını daha evvelki yıllar içinde kabul etmiştir. Nitekim 1977 tarihli Sylvania kararı ile satış bölgesi kısıtlaması getirilmesinin *per se* kuralına tabi olmayacağı, bunun yerine muhakeme kurallarının geçerli olacağı sonucuna varılmıştır.⁶³ Dikey fiyat tespiti, *per se* kuralının uygulandığı günümüzdeki yegane dikey kısıtlama türüdür⁶⁴.

Yüksek Mahkeme bu sebeplerle, dikey fiyat tespitlerinin her zaman ya da neredeyse her zaman rekabeti kısıtladığı ve üretimi azalttığı şeklinde bir sonuca varılamayacağını ve bu sonucun *per se* kuralının uygulanması için gerekli olduğunu ifade etmiştir.

Yüksek Mahkeme'ye göre, satıcıların kâr marjları konusunda üreticiler ile tüketicilerin çıkarlarının genel anlamda paralel olduğunu belirtmektedir. Üreticiden satıcıya geçişteki fiyat ile satıcıdan tüketiciye geçişteki fiyat arasındaki

⁶² Bkz. yukarıda “Dikey Kısıtlamaların Nedenleri” başlığı.

⁶³ WHISH, R., Competition Law, üçüncü baskı, Oxford 1993, s. 549-550

⁶⁴ Mahkeme burada fiyat tespiti açısından bir açıklama yapmış olup, bağlama için de *per se* yasak kuralı uygulanmaktadır. Bkz. dn. 48

fark üretici için diğer tüm maliyetler gibi bir maliyettir. Bu maliyet ne kadar düşürülebilirse üretici malını o kadar fazla satabilecektir⁶⁵.

Bir sektörde dikey fiyat tespiti anlaşması yolunu seçen üretici sayısı, ya da bu yöndeki talebin hangi taraftan geldiği –üreticiden mi yoksa yeniden satıcılardan mı (toptancı veya perakendeci)- de karar verilmesinde önemli bir etken olmalıdır Yüksek Mahkeme'ye göre. Bu ve birçok başka etkenin bir arada göz önünde bulundurulması neticesinde rekabetin olumsuz etkilerinin varlığının ya da yokluğunun da incelenmesi gerekmektedir.

ee) Karşı Oy

A.B.D. Yüksek Mahkemesi'nin bu kararı 4'e 3 çoğunluk ile kabul edilmiş olmakla asırlık kuralın değiştirilmesinin ardında ne kadar büyük bir şüphe ve kararsızlık bıraktığı açıkça görülmektedir.

Karara muhalefet eden yargıçlara göre dikey fiyat tespitinin yeniden satıcılar açısından zararı, marka içi fiyat rekabetini ortadan kaldırması, hatta dikey fiyat tespitinin yüksek orandaki üreticiler tarafından uygulanıyor olması halinde ise markalar arası fiyat rekabetini dahi ortadan kaldırması yönündedir. Üreticiler açısından ise, açıkça birbirleri arasındaki fiyat rekabeti ortadan kalkacaktır. Üreticiler birbirlerini kolaylıkla gözlemleyebilecek, birbirlerine göre fiyat belirleyebilecektir. Bu ihtimal elbet yoğunlaşma görülen piyasalarda daha yüksek bir olasılıktır.

Dikey fiyat tespiti anlaşmalarının yararları karşısında çok daha yaygın olarak görülen zararları arasında üretici kartellerinin ortaya çıkmasına sebep olmak yatar. Tarafların birbirlerinin fiyat politikalarını piyasada kolaylıkla izleyebilmeleri, kartelin kontrolünün ve devamlılığının en büyük garantisidir. Üreticilerde olabileceği gibi, yeniden satıcılar arasında da bu fiyat anlaşmaları ile kartel kurulması mümkündür⁶⁶.

⁶⁵ Bu konuda bkz. POSNER, R. A., s. 171 vd.

⁶⁶ Bu konuda bkz. POSNER, R. A., s. 172

A.B.D.'de bir dönem çıkarılan federal bir yasa ile eyaletlerin çıkartacakları yasalarla desteklenmeleri halinde dikey fiyat tespiti anlaşmalarının yapılabileceği belirtilmiştir. 1975 yılında bu uygulamaya son verilmiş ve A.B.D. genelinde dikey fiyat tespiti anlaşmalarına *per se* kuralı uygulanmıştır. Yapılan araştırmalarda, ara dönemdeki uygulamadan faydalanan üreticiler, fiyatları yüksek miktarlarda sabitlemişler ve tüketici zararına uygulamalara yol açmışlardır.

Muhalefet eden yargıçlara göre esas sorun, ekonomistlerin de ifade ettikleri üzere, yeniden satış fiyatlarının tespit edilmesinin kimi zaman faydalı, kimi zaman ise zararlı etkileri olabilmektedir. Burada belirlenmesi gereken husus, aradaki orandır. Söz konusu yargıçlara göre bu konu hakkında ekonomistlerin ileri sürebildikleri, muhakeme kurallarının uygulanması görüşü lehine herhangi bir veri bulunmamaktadır. Muhakeme kurallarının uygulanması neticesinde yargılamalarda yapılması gereken incelemelerin maliyeti tahmin edilemeyecek kadar yüksektir. Muhakeme kurallarının uygulandığı bir duruşmayı sürdürmek anti-tröst uygulamasının en masraflı prosedürüdür. Doktrin her ne kadar mahkemelerin kullanabileceği çeşitli standart kontrol listeleri⁶⁷ oluşturarak rekabet leh ve aleyhine sonuçların ölçülmesine yardımcı olmaya çalışsalar da, konu bu kadar basit değildir. Bir şirketin sadece pazar gücünün ölçülmesinde dahi konu hakkında uzmanların çok uzun süren tartışmaları yaşanmakta ve fazlasıyla teknik kriterler üzerinden hatalı pazar analizlerine ulaşılmaktadır.

Dr. Miles kararının ilk ortaya çıktığı andan bu yana aynı yönde sayısız dava görülmüş, avukatlar tarafından müvekkillerine sayısız mütalaa sunulmuş ve sayısız miktarda iş bu verilen görüşler üzerine kurulmuştur. Muhalefet eden yargıçlar, asırlık bir uygulamanın yürürlükten kaldırılması için yeterli bir zemin

⁶⁷ Bu konuda HOVENKAMP, H. altı aşamalı bir test öngörmektedir. Her aşamaya verilen yanıt bir sonraki aşamaya geçişin gerekli olup olmadığına karar verilmesini sağlar ve de dolayısıyla inceleme maliyetleri asgari düzeyde tutulmaya çalışılır: 1. aşamada uygulamanın üretimi azaltıcı ya da fiyatı artırıcı bir etkisi bulunup bulunmadığına bakılır; 2. aşamada uygulamanın tek başına amaç mı olduğu yoksa bunun tüketiciye yararlı olabilecek başka bir uygulamanın mı bir parçası olduğuna bakılır; 3. aşamada uygulamaya konu tarafların pazar güçlerine bakılır; 4. aşamada uygulamanın, tarafların üretim maliyetlerinde önemli ölçüde azalmaya ya da ürün veya hizmetin kalitesinde önemli artışa yol açıp açmadığına bakılır; 5. aşamada, bir önceki aşamada belirtilen etkileri elde etmek için rekabeti daha az kısıtlayıcı alternatifler bulunup bulunmadığına bakılır; 6. aşamada uygulamanın gerçek bir rekabet tehdidi yaratıp yaratmadığına ve tarafların bu olumsuz etkileri azaltacak önlemler alıp alamayacaklarına bakılır. HOVENKAMP, H., *The Antitrust Enterprise*, s. 106-108

bulunmadığını düşünmektedir. Kaldı ki, A.B.D.’de azımsanamayacak derecede indirim mağazaları bulunmaktadır. Mahkeme’nin verdiği karar ile bu ekonomik sistemin tüketici aleyhine önemli derecede bozulacağı da savunulmaktadır. Nihayetinde, tüketicilerin yüksek servis yerine aynı kalitedeki ürünler için düşük fiyatı tercih etmelerinin önemi ve bu kararda yadsınan bir husus olduğu da muhalefet şerhlerinde vurgulanmaktadır.

c) Leegin Sonrası

1977 tarihli Sylvania kararıyla fiyat tespitine ilişkin olmayan bölgesel kısıtlamaların ve 1997’de Khan⁶⁸ kararı ile azami fiyat tespitlerinin muhakeme kurallarına tabi kılınmasının A.B.D. Yüksek Mahkeme içtihatlarında meydana getirdiği yerleşik değişiklikler gibi, son dönem kararlarına bakıldığında, dikey anlaşmalarda minimum yeniden satış fiyatının belirlenmesi konusunda Dr. Miles ile yerleşen *per se* kuralının yerine Leegin ile gelen muhakeme kurallarının Federal Mahkemeler⁶⁹ ve Temyiz Mahkemeleri⁷⁰ tarafından uygulandığını görüyoruz. Minimum yeniden satış fiyatının yasaklanmış olduğu bir düzenden serbestiye geçiş aşamasında üreticilere yol göstermesi amacıyla FTC, hangi çeşit uygulamaların rekabeti kısıtlayıcı ve hangilerinin rekabeti artırıcı olarak nitelendirileceği yönünde bir kısım seminerler düzenlemiştir.

A.B.D. Yüksek Mahkemesi tarafından görülecek davalarda bu çerçevedeki konuların muhakeme kuralları uyarınca incelenecek olmasına karşılık, söz konusu karar ile yeniden satış fiyatının belirlenmesine *per se* yasak kuralının

⁶⁸ State Oil Company v. Barkat U. Khan and Khan & Associates, Inc. (1997)

⁶⁹ Federal Mahkemeler’in bu yöndeki kararlarına örnek için bkz. (i) United States District Court, E.D. Pennsylvania. RDK Truck Sales And Service Inc. and RDK Municipal Truck Center, Inc., Plaintiff, v. Mack Trucks, Inc., McNeilus Truck Manufacturing, Inc., and Heil Environmental Industries, Ltd., Defendants. Mack Trucks, Inc., Counterclaim Plaintiff, v. RDK Truck Sales and Service Inc. and RDK Municipal Truck Center, Inc. (2009) (ii) United States District Court, S.D. Ohio, Western Division. Total Benefits Planning Agency Inc. et al., Plaintiffs v. Anthem Blue Cross And Blue Shield (2007). Kararda, söz konusu olayda bir minimum fiyat tespitinin bulunmadığı, ancak bulursa idi Leegin gereğince muhakeme kurallarının uygulanacağı belirtilmektedir.

⁷⁰ Temyiz Mahkemeleri’nin bu yöndeki kararlarına örnek olarak United States Court of Appeals, Third Circuit. Toledo Mack Sales & Service, Inc., Appellant, v. Mack Trucks, Inc. (2008) kararı gösterilebilir.

uygulanmasını öngören eyalet yasalarının değiştirilmesi yönünde bir hüküm getirilmemiştir⁷¹. Eyalet yasalarının bu doğrultuda değiştirilmemesi durumunda federal yasalar ile eyalet yasaları arasında aykırılık söz konusu olacaktır. Eyalet yasalarının minimum yeniden satış fiyatının belirlenmesine izin verici yasalar çıkartması yönünde herhangi bir yönlendirme bulunmamasının yanı sıra “otuz yedi eyalet, Leegin hakkında *per se* yasaklamaların esnetilmemesi yönünde muhalif bildiri yayınlamışlardır⁷²”. Bunun da ötesinde, bir kısım eyaletler, Leegin kararının etkilerini kısıtlamaya yönelik yasalar dahi çıkartmışlardır⁷³. Bu doğrultuda, New York mahkemeleri de dahil olmak üzere, pek çok eyalette verilen kararlarda, Leegin kararına rağmen, eyalet yasaları uyarınca minimum yeniden satış fiyatının tespitinin hala *per se* yasak olduğu kayıtlara geçirilmiştir⁷⁴. Bu gelişmeler ışığında, A.B.D. Yüksek Mahkemesi önünde görülecek, eyaletler arası ticareti konu alan davalar hariç olmak üzere, Dr. Miles’in hala Leegin’a yol vermediği söylenebilir. Dr. Miles ile getirilen *per se* yasaklamaya bağlılık ülke genelinde o derece yüksek görünüyor ki, A.B.D. Meclisi önüne Ocak ve Temmuz 2009’da minimum yeniden satış fiyatının tespitinin Sherman Yasası Madde 1 kapsamında *per se* yasak kabul edilmesine yönelik iki adet yasa⁷⁵ teklifi sunulmuş bulunmaktadır. Söz konusu yasa teklifleri Meclis Bütçe Bürosu (“CBO”) tarafından incelenerek Adalet Bakanlığı’nın mahkeme giderleri üzerinde herhangi bir olumsuz etkisinin bulunmayacağı yönünde raporlar hazırlanmıştır⁷⁶. Bu yasaların oylanarak kabul görmeleri halinde, Leegin kararı ancak arada geçen üç yıllık süre içinde etkinliğini göstermiş olacak ve Yüksek Mahkeme de yine Dr. Miles ile getirilen uygulamaya dönmüş olacaktır. Bunun da ötesinde, olası yasanın

⁷¹ EVANS, D. H. / MEIGHER, E. J., Minimum Resale Price Maintenance Plans After Leegin, 2007

⁷² GEIST, R. Jr., Return To The Past? Congress Seeks To Overturn Leegin, 2009

⁷³ Maryland eyaletinde çıkartılan bir yasa ile, minimum satış fiyatı belirlenmesinin rekabeti makul olmayan derecede kısıtladığının belirlenmiş olması hakkında bkz. EVANS, D. H. / MEIGHER, E. J.. Aynı konuda bkz. GEIST, R. Jr.

⁷⁴ Robert Geist, Jr., Return To The Past? Congress Seeks To Overturn Leegin, A.B.D. 2009

⁷⁵ 6 Ocak 2009 tarih ve s. 148 sayılı yasa teklifi ile 13 Temmuz 2009 tarih ve H.R. 3190 sayılı yasa teklifi için bkz. <http://www.govtrack.us/congress/legislation.xpd>. Her iki yasa teklifi “*The Discount Pricing Consumer Protection Act of 2009*” adıyla anılmaktadır. Bu çalışmanın hazırlanması sırasında söz konusu yasa teklifleri halen oylamaya sunulmamış bulunmaktadır.

⁷⁶ Her iki yasa teklifinin incelenmesi neticesinde CBO tarafından hazırlanan raporlar için bkz. <http://www.cbo.gov/costestimates/CEBrowse.cfm>

açık hükmü nedeniyle, hiçbir ekonomik analiz –ne kadar güçlü olursa olsun– yeniden satış fiyatının belirlenmesinde *per se* yasak yerine muhakeme kurallarının uygulanması yönünde etkinliğe sahip olamayacak ve kuralın değiştirilmesi inisiyatifi sadece siyasetçilerin elinde bulunacaktır.

BÖLÜM 3

I. A.B. Rekabet Hukukunda Dikey Anlaşmalar ve Yeniden Satış Fiyatının Belirlenmesi

A- Genel

A.B. ülkeleri arasında ticaret genel olarak A.B.D. eyaletleri arasındaki ticarete paralellik göstermektedir. Üye ülkelerin kendi yasalarının üzerinde, özellikle üye devletler arasında geçerli olan A.B. yasaları mevcuttur. Üye devletlerin yasaları da A.B. yasalarına ağırlıklı olarak uyumludur ve yerel makamlar A.B. yasalarını da uygulamaktadırlar⁷⁷. Bu çalışmada üye devletlerin yasalarına yer verilmemiş olup, A.B. yasalarının dikey anlaşmalarda yeniden satış fiyatının belirlenmesi yönündeki mevzuatı ve Leegin kararının etkileri ele alınmaktadır.

B- Mevzuat

1. Avrupa Birliği'nin İşleyişine Dair Antlaşma (ABİDA)

ABİDA 101(1) Maddesi ile “rekabeti engelleme, sınırlama veya bozma amaçlı veya etkili ve üye devletler arası ticareti etkilemesi mümkün olan teşebbüsler arası anlaşmalar, teşebbüs birliği kararları ve uyumlu eylemler... yasaklanmıştır”. Madde metninden de anlaşıldığı üzere, yatay veya dikey anlaşmalar arasında

⁷⁷ DEAN, M. J., International Distribution - Overview Of Relevant Distribution Laws: Europe, American Law Institute 2009

herhangi bir ayırım yapılmamıştır. Nitekim maddenin dikey anlaşmalara uygulanamayacağı yönündeki iddia, ATAD'nın Consten and Grunding⁷⁸ kararı ile kabul edilemez olarak nitelendirilmiştir:

“81⁷⁹ inci madde genel bir ifade ile Ortak Pazar'da rekabete zarar veren tüm anlaşmalara değinmiş ve ekonomik sürecin aynı düzeyinde faaliyet gösteren rakipler arasında yapılan anlaşmalar ya da farklı düzeylerde faaliyet gösteren rakip olmayan teşebbüsler arasında yapılan anlaşmalar şeklinde bir ayırım yapmamıştır. Prensip olarak Kurucu Antlaşma'nın ayırma gitmediği bir hususta farklı uygulama yapılamaz⁸⁰.”

A.B. tarafından dikey anlaşmalara daha katı bir yaklaşım sergilenmektedir. Bunun nedeni, sınırların tanınmadığı tek bir pazar oluşturulması amacıdır⁸¹.

Fiyat tespiti de ABİDA 101(1) Maddesi (a) bendi ile “doğrudan ya da dolaylı olarak alım ya da satım fiyatlarının tespiti...” özellikle örnek gösterilmek suretiyle açıkça yasaklanmıştır.

ABİDA'nın katı görünümlü 101(1) maddesi, *De minimis*⁸² kuralının 101(1) maddeye uygulanacağı yönündeki 1969 tarihli Völk⁸³ kararı ile yumuşatılmıştır. Bu karar ardından, özellikle de küçük ve orta ölçekteki teşebbüslerin uygulamalarının hangilerinin Komisyon tarafından hissedilir derecede öneme sahip olmadığına anlaşılır kılınması amacıyla bir dizi bildiri yayınlanmıştır⁸⁴. 2001 yılındaki son bildiri uyarınca, anlaşmaya taraf teşebbüslerin pazar payları toplamının, söz konusu teşebbüslerin hali hazırda veya potansiyel rakip

⁷⁸ Case 56&58/64 Consten S.à.R.L. and Grundig-Verkaufs-GmbH v Commission of the European Economic Community (1966)

⁷⁹ ATA'daki maddenin numarası, 1 Aralık 2009 tarihinde yürürlüğe giren Lisbon Antlaşması ile 101 olarak değişmiştir. Aynı madde, Amsterdam Antlaşması öncesinde 85 madde numarasına sahipti. Alıntılar istisna olmak üzere, eserin ilerleyen bölümünde yeknesaklık sağlanması amacıyla Lisbon Antlaşması'na uygun olarak madde numarası 101 kullanılmakta olup, ilgili tarihteki madde numaraları ayrı ayrı belirtilmemektedir.

⁸⁰ KARAKURT, A., Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Politikasında Münhasır Dikey Anlaşmalar, Ankara 2005, s. 53

⁸¹ COLINO, S. M., Vertical Agreements and Competition Law – A Comparative Study of the EU and US Regimes, Oregon 2010, s. 4. Aynı konuda KARAKURT, A., s. 54 dn. 8.

⁸² *De minimis* kuralı, Rekabet Kurumu, Rekabet Terimleri Sözlüğü, s. 98'de şu şekilde tanımlanmaktadır: “Teorik olarak rekabeti sınırladığı ileri sürülebilecek bazı danışıklı ilişkilerin, rekabeti ve üye ülkeler arasındaki ticareti hissedilir derecede etkilemedikleri sürece 81/1. madde yasağı kapsamı dışında görülmesi gerektiğini kabul etmek”

⁸³ Case 5/69 Franz Völk v. Vervaecke (1969)

⁸⁴ JONES, A. / SURFIN, B., EC Competition Law – Text, Cases and Materials, 3. baskı, New York 2008, s. 184 vd. Bu bildirilerin güncel versiyonu “Commission Notice on Agreements of Minor Importance which do not Appreciably Restrict Competition Under Article 81(1) [2001] OJ C368/13 [2002] 4 CMLR 699” adlı bildiridir.

teşebbüsler olmaları halinde %10 ve potansiyel dahi olsa rakip olmayan teşebbüsler olmaları halinde %15'in altında kalması halinde, rekabetin önemli derecede bozulmayacağı ve ABİDA 101(1)'in uygulanmayacağı belirtilmektedir^{85 86}.

ABİDA 101(3) ile çeşitli şartları taşıyan anlaşma, karar ve uyumlu eylemlere, 101(1) maddesindeki yasaklama karşısında muafiyet imkanı getirilmektedir. Söz konusu karar, uyumlu eylem ve anlaşmaların muafiyetten faydalanabilmeleri için, malların üretim ya da gelişimlerine katkı sağlamaları, tüketicilerin yaratılan faydadan adil pay almaları, rekabetin zorunlu olandan fazla kısıtlanmaması ve ilgili pazarın önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kalkmaması gerekmektedir⁸⁷.

2. Grup Muafiyet Tüzükleri

Bireysel muafiyet halleri haricinde, komisyon tarafından yayınlanmış olan grup muafiyet tüzükleri de mevcuttur. Nitekim dikey anlaşmalar açısından genel uygulama sahasına sahip olan 2790/1999 Sayılı Komisyon Tüzüğü⁸⁸ ile, bu tüzükte yer alan şartları taşıyan dikey anlaşmalar ABİDA 101(1)'deki yasaklamalar karşısında korunmaktadır. Bu şartlardan en kısıtlayıcı olanı, muafiyetten faydalanabilmek için sağlayıcı⁸⁹ tarafın pazar payının %30'un altında olması gerektiğine ilişkin, Tüzük'ün 3. maddesidir. Tüzük'ün 2(1) maddesinde Tüzük'ün "her bir üretim veya dağıtım zincirinin farklı seviyelerinde faaliyet gösteren iki veya daha fazla teşebbüs arasında girişilen ve belirli mal veya hizmeti tarafların hangi koşullarla satın alabilecekleri, satabilecekleri ya da yeniden

⁸⁵ WHISH, R., Competition Law, 6. baskı, Oxford 2009 s. 139 vd.

⁸⁶ *De minimis* kuralı hakkında daha ayrıntılı bilgi için bkz. WHISH, R., 6. baskı, s. 137 vd. veya KARAKURT, A., s. 63 vd.

⁸⁷ KARAKURT, A., s. 69 vd.

⁸⁸ Commission Regulation (EC) No 2790/1999 of 22 December 1999 on the application of Article 81(3) of the Treaty to categories of vertical agreements and concerted practices

⁸⁹ 2790/1999 Sayılı Komisyon Tüzüğü'nün 3(1) maddesinde yer alan bu kuralın tek istisnası olarak, tek alıcıya sağlama yükümlülüğünün bulunduğu anlaşmalarda alıcının pazar payı dikkate alınacağı aynı tüzüğün 3(2) maddesinde ifade edilmektedir.

satabilecekleri ile ilgili olan anlaşmalar veya uyumlu davranışlar...⁹⁰ için uygulanacağı ifade edilmektedir.

2790/1999 Sayılı Komisyon Tüzüğü'nün genel olarak dikey anlaşmaları koruma şemsiyesine almasının ardından, 31 Temmuz 2002 tarihinde yayınlanan 1400/2002 sayılı Motorlu Taşıtlar Sektöründeki Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyet Tüzüğü⁹¹ ile daha dar bir alan için koruma şemsiyesi oluşturulmuştur. Söz konusu tüzük, kullanılmamış motorlu araçlar ile yedek parçalarının satışı ve satış sonrası servis hizmetlerine ilişkin anlaşmalara uygulanmaktadır. 1400/2002 sayılı Tüzük'te ise motorlu taşıt veya yedek parça ya da bakım ve onarım hizmeti için %30, motorlu taşıtların dağıtımı için niceliksel seçici dağıtımın tercih edildiği anlaşmalarda ise %40 olmak üzere iki ayrı pazar payı eşiği getirilmiştir.

C- A.B. Rekabet Hukukunda Dikey Anlaşmalarda Fiyat Tespiti Açısından *Per Se* Kuralı ve Muhakeme Kuralları

Gerek 2790/1999 ve gerekse 1400/2002 sayılı tüzüklerde açıkça, minimum ya da kesin fiyat tespiti içeren anlaşmaların muafiyetten faydalanamayacakları ifade edilmiş, yani kesin surette yasaklanmışlardır⁹². Bu iki tüzükte minimum ya da kesin fiyat tespitleri için getirilen *hardcore* yasaklamalar, A.B.D. rekabet hukukundaki *per se* yasaklamaya benzetilebilir. ABİDA 101(3)'ün uygulanmasına ilişkin 2004/C 101/08 Sayılı Kılavuz'un⁹³ 21. paragrafında, “doğası gereği... rekabeti olumsuz etkileme potansiyeline fazlasıyla sahip kimi kısıtlamalar vardır ki bunlara Madde 81(1)'in⁹⁴ uygulanması için gerçek etkilerini göstermeye gerek bulunmamaktadır”. Aynı paragrafta bu kısıtlamalara örnek olarak fiyat tespitleri de gösterilmiştir. Nitekim Komisyon'un 1985 tarihli Binon kararında⁹⁵, fiyat

⁹⁰ KARAKURT, A., s. 143

⁹¹ Commission Regulation (EC) 1400/2002 of 31 July 2002 on the Application of Article 81(3) of the Treaty to Categories of Vertical Agreements and Concerted Practices in the Motor Vehicle Sector” şeklindedir.

⁹² Bu konuda bkz. 2790/1999 sayılı Tüzük Kılavuzu ve 1400/2002 sayılı Tüzük Kılavuzu. Her iki kılavuzda da bu yasaklamalar için “hardcore” ifadesi kullanılmıştır.

⁹³ Guidelines on the application of Article 81(3) of the Treaty

⁹⁴ ABİDA'daki yeni numarası ile 101(1)

⁹⁵ Case 243/83, *SA Binon & Cie v. SA Agence et messageries de la presse* (1985)

sabitleyen anlaşmaların ABİDA 101(1) anlamında rekabeti kısıtladığından söz ediliyor.

A.B.D.'de içtihat ile oluşmuş yargıların A.B.'de regülasyonlar ile getirildiğini görüyoruz. Nitekim A.B.D.'de mahkeme kararlarında ifade edilen, minimum yeniden satış fiyatının tespiti ile ilgili olumsuz etkiler, 2000/C 291/01 sayılı Dikey Kısıtlamalar Tüzüğü'nde⁹⁶ marka içi fiyat rekabetinin azalması ve özellikle yoğunlaşmanın yaşandığı pazarlarda yatay fiyat gözlemlerini kolaylaştırdığından söz edilir⁹⁷. Bu durumda da fiyat tespitinde bulunulan bir anlaşma için taraflar rekabeti kısıtlamadıklarını ileri süremezler ancak ABİDA 101(3)'te yer alan kriterleri karşılamak suretiyle etkinliği artırdıklarını ispat edebilirlerse bireysel muafiyetten yararlanabilirler⁹⁸. 2001 tarihli *De minimis* bildirisi⁹⁹ ile bu durum biraz daha aydınlatılmış ve azami fiyat tespiti veya tavsiye edilen fiyat uygulaması (sabit fiyatlamaya uygulaması haline gelmemek kaydıyla) dışında kalan fiyat tespitlerinin açıkça yasaklanması suretiyle bu çeşit (minimum) fiyat tespitlerinin her hal ve karda muafiyetten faydalanamayacağı şeklinde yorumlanmasına yol açılmıştır. Buna karşılık, yukarıda da anılan Binon kararında ve ardından 1994 tarihli Matra Hachette¹⁰⁰ kararında¹⁰¹ da görülmektedir ki sabit fiyat tespitleri dahi ABİDA 101(3)'teki kriterleri karşılayabilmektedir. Ancak, bu gibi örnekler son derece istisnaidir ve benzer başka durumlarda söz konusu kriterlerin karşılandığı ile karşılanamamaktadır¹⁰².

A.B.D.'deki muhakeme kurallarının karşılığı kısmen ABİDA 101(3) hükmünün uygulanmasında görülmektedir. Ancak A.B.'deki uygulamada, A.B.D.'dekinin

⁹⁶ Guidelines on Vertical Restraints

⁹⁷ Guidelines on Vertical Restraints paragraf 112. Buna karşılık, 2000/C 291/01 Sayılı Kılavuz'un yerine geçecek olan 28 Temmuz 2009 tarihli taslak kılavuzda, bu konuda esaslı herhangi bir değişiklik bulunmamakla birlikte, yeniden satış fiyatının olası faydalarından söz edilmiş ve her ne kadar minimum fiyat tespitleri ile fiyat sabitlemeleri grup muafiyetinden yararlanamayacaklarsa da, Madde 101(3) kapsamında bireysel muafiyetten yararlanma imkanının bulunduğu vurgulanmıştır.

⁹⁸ WHISH, R., 6. baskı, s. 117

⁹⁹ Bkz. dn. 84

¹⁰⁰ Case T-17/93, Matra Hachette SA v Commission of the European Communities (1994). Karar uyarınca, rekabete açıkça aykırı her türlü karar dahi, ABİDA 101(3)'te belirtilen dört kriteri karşılamak koşuluyla, ABİDA 101(1)'in yaptırımından kurtulabilir.

¹⁰¹ Kararda, kendiliğinden yasa dışı kabul edilebilir uygulamaların söz konusu olmadığı şeklinde ifadeler yer verilmiştir.

¹⁰² ŠVİRİNAS, D., s. 151-166

tersi şeklindedir: ABİDA 101(3)'teki rekabetin zorunlu olandan fazla kısıtlanmadığına ve ilgili pazarın önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kalkmadığına ilişkin olumlu veriler teşebbüsler tarafından gösterilmekte ve ardından da yargı makamı tarafından olumsuz veriler gösterilmektedir¹⁰³.

2007 yılındaki Leegin kararının günümüze kadar A.B. rekabet hukuku üzerinde etkili olması beklenirken, bu etkiyi en iyi gösterebileceği, regülasyonlara ilişkin kılavuzların revize edilmesi aşamasında yeterince gösterememiştir¹⁰⁴. Buna karşılık, minimum satış fiyatının tespiti konusunda A.B.'nin muhakeme kurallarına Leegin kararı öncesindeki A.B.D. uygulamalarından daha yatkın olduğu gerçeğinden hareketle, A.B.'de daha fazla değişikliğe ihtiyaç bulunmadığı da söylenebilir. Nitekim, yeni regülasyon kılavuzlarında minimum satış fiyatının tespiti lehine yapılacak değişiklikler neredeyse *per se* yasal sayılma olarak yorumlanabileceğinden (azami fiyat tespiti ile tavsiye edilen satış fiyatlarında olduğu gibi), Leegin kararı ile A.B.D.'de getirilen muhakeme kurallarından çok daha radikal bir uygulama ile karşılaşılması söz konusu olacağından, A.B. mevzuatının olduğu şekilde kalmasının rekabet hukukunun amaçları açısından daha uygun olacağı savunulabilir.

BÖLÜM 4

I. Türk Rekabet Hukukunda Dikey Anlaşmalar ve Yeniden Satış Fiyatının Belirlenmesi

A- Genel

Türkiye'nin A.B.'ye girme amacıyla akdetmiş olduğu 12 Eylül 1963 tarihli Ankara Anlaşması ve akabinde imzalanan diğer anlaşma ve ekleri¹⁰⁵ ile bağlantılı

¹⁰³ PEEPERKORN, L., Resale Price Maintenance, DG Competition European Commission, 2008

¹⁰⁴ Bkz. dn. 97

¹⁰⁵ GÜVEN, P., Rekabet Hukuku, Genişletilmiş 2. baskı, Ankara 2008, s. 75 dn. 32: "12 Eylül 1963 tarihinde Ankara'da imzalanan "Türkiye ile Avrupa Ekonomik topluluğu Arasında bir

olarak, Türkiye, hukukun başka alanlarında da olduğu gibi, rekabet hukukunda da A.B.'yi kendine örnek almış bulunmaktadır. Rekabet Kurumu tarafından hazırlanan tebliğler ve kılavuzları, A.B. Komisyonu tarafından hazırlanan tüzükler ve kılavuzlarını birkaç yıl arayla ve paralel düzenlemeler ile takip etmektedir. Bu doğrultuda, Türkiye'de uygulanan rekabet kuralları da A.B. rekabet politikalarına paralellik göstermektedir.

B- Mevzuat

1. Rekabetin Korunması Hakkında Kanun¹⁰⁶ (“RKHK”)

Türkiye Cumhuriyeti, A.B.D. gibi eyaletlere bölünmediğinden ve A.B. gibi birden çok ülkenin bir araya gelmesi ile oluşmadığından, Türk Ticaret Kanunu'nun¹⁰⁷ (“TTK”) haksız rekabet ile ilgili hükümleri¹⁰⁸ hariç olmak üzere, ülke içinde “mal ve hizmet piyasalarında faaliyet gösteren ya da bu piyasaları etkileyen her türlü teşebbüsün aralarında yaptığı rekabeti engelleyici, bozucu ve kısıtlayıcı anlaşma, uygulama ve kararlar ile piyasaya hâkim olan teşebbüslerin bu hâkimiyetlerini kötüye kullanmaları ve rekabeti önemli ölçüde azaltacak birleşme ve devralma niteliğindeki her türlü hukukî işlem ve davranışlar, rekabetin korunmasına yönelik tedbir, tespit, düzenleme ve denetlemeye ilişkin işlemler¹⁰⁹” RKHK kapsamında ele alınır.

RKHK'un genel yasaklayıcı 4. maddesi, ABİDA 101(1) ile paralel bir düzenlemeye sahiptir. İlgili madde uyarınca, “Belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte

Ortaklık yaratan Andlaşma” ile buna ekli olan “Geçici Protokol”, “Mali Protokol”, “Son Senet”, “Bildiriler” ve “İşgücü Mektubu”nun onaylanması 397 sayılı Kanun ile yapılmıştır. Kanun No: 397, Kabul Tarihi 4.2.1964, Resmi Gazete Sayısı 11613”

¹⁰⁶ Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, Kanun No. 4054, Kabul Tarihi: 7 Aralık 1994, Resmi Gazete yayın tarihi: 13 Aralık 1994 - Sayı: 22140

¹⁰⁷ Türk Ticaret Kanunu, Kanun No. 6762, kabul tarihi: 29 Haziran 1956, Resmi Gazete yayın tarihi: 9 Temmuz 1956 - sayı: 9353

¹⁰⁸ TTK m. 56 vd.

¹⁰⁹ RKHK m. 2

olan teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemleri hukuka aykırı ve yasak...” olup, aynı maddenin (a) bendinde açıkça fiyat tespitlerinin yasak olduğu örnek verilmek suretiyle belirtilmiştir.

RKHK m. 4 ile getirilen yasaklamaya istisna olarak, m. 5’te muafiyet ile ilgili hüküm bulunmaktadır. Bu madde de ABİDA 101(3) ile örtüşmektedir. 5. madde ile tanınan muafiyet imkanından yararlanılabilmesi için söz konusu anlaşma, uyumlu eylem veya teşebbüs birliği kararı ile (a) “malların üretim veya dağıtımı ile hizmetlerin sunulmasında yeni gelişme ve iyileşmelerin ya da ekonomik veya teknik gelişmenin sağlanması”, (b) “tüketicinin bundan yarar sağlaması”, (c) “ilgili piyasanın önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kalkmaması” ve (d) “rekabetin (a) ve (b) bentlerindeki amaçların elde edilmesi için zorunlu olandan fazla sınırlanmaması” gerekmektedir.

RKHK m. 5’in son fıkrasında, aynı A.B.’de olduğu gibi, bireysel muafiyet tanınmasının yanı sıra, belirli konulardaki anlaşma türlerine grup halinde muafiyet tanınabileceğinden de söz edilmektedir.

2. Grup Muafiyet Tebliğleri

Rekabet Kurumu, 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği¹¹⁰ ile herhangi bir sektör ayrımı gözetmeksizin, RKHK’un 5. maddesine uygun olarak dikey anlaşmalara m. 4 kapsamındaki yasaklar konusunda muafiyet tanımıştır. Motorlu taşıtlar sektörünün diğer sektörlerden farklı unsurlar içeriyor olması nedeniyle, Rekabet Kurumu, sadece bu sektöre özgü olarak ayrıca bir de 2005/4 sayılı Motorlu Taşıtlar Sektöründeki Dikey Anlaşmalar ve Uyumlu Eylemlere İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği’ni¹¹¹ yayınlamıştır.

A.B.’deki dikey anlaşmalara ilişkin tüzükten farklı olarak, 2007 yılına kadar 2002/2 sayılı Tebliğ’de herhangi bir pazar payı eşiği bulunmamaktaydı¹¹². 2007/2

¹¹⁰ Resmi Gazete yayın tarihi: 14 Temmuz 2002, sayı 24815

¹¹¹ Resmi Gazete yayın tarihi: 12 Kasım 2005, sayı 25991

¹¹² SANLI, K. C., Rekabet Kurulu’nun Kararları Işığında Eşik Sisteminde Dikey Anlaşmalara Olası Yaklaşım (Rekabet Hukuku ve Dikey Anlaşmalar – 2002/2 sayılı Grup Muafiyeti Tebliği’nde Eşik Sistemine Geçiş, Olası Sorunlar ve Çözüm Önerileri, SANLI, K. C. editörlüğünde) İstanbul 2009, s. 75-76. Yazar, 2002/2 sayılı Tebliğ’de ilk dönemde eşik sisteminin

sayılı Tebliğ'in¹¹³ yayınlanması ile pazar payı eşiği getirilmiştir. Ancak, 2002/2 sayılı Tebliğ'deki pazar payı eşiği mehzaz tüzükten ayrılarak %30 yerine %40 olarak belirlenmiştir. Tebliğ uyarınca, sağlayıcının (tek alıcıya sağlama yükümlülüğünde ise alıcının) pazar payı söz konusu eşiği aşıyorsa, grup muafiyetinden faydalanılması söz konusu olmayacaktır. 2005/4 sayılı Tebliğ'de ise “motorlu taşıt veya yedek parça ya da bakım ve onarım hizmeti sağladığı ilgili pazardaki pazar payının %30'u; motorlu taşıtların dağıtımını için niceliksel seçici dağıtımın tercih edildiği anlaşmalarda ise %40'ı geçmemesi durumunda uygulanır¹¹⁴” denilmekle 1400/2002 sayılı Tüzük ile aynı sistem benimsenmiştir.

C- Türk Rekabet Hukukunda Dikey Anlaşmalarda Fiyat Tespiti Açısından Per Se Kuralı ve Muhakeme Kuralları

2002/2 sayılı Tebliğ'in 4(a) ve 2005/4 sayılı Tebliğ'in 5(a) maddeleri ile, azami satış fiyatının tespiti ve –fiyat sabitlemesine dönüşmemesi koşuluyla– tavsiye edilen satış fiyatının belirlenmesi dışında kalan her türlü fiyat tespiti açık bir şekilde yasaklanmış ve bu çeşit tespitleri içeren anlaşma ve uyumlu eylemlerin grup muafiyetinden yararlanamayacağı ifade edilmiştir.

Rekabet Kurulu'nun Kurtalan Çimento kararında¹¹⁵, Kurtalan Çimento'nun bayileri ile akdetmiş olduğu sözleşmede yer alan “Kurtalan Çimento satış

benimsenmemesinin nedeni olarak, RKHK'nda 2005 yılına kadar yer alan bireysel muafiyet için bildirim zorunluluğuna işaret etmektedir. Bu zorunluluğa aykırı davranışlar para cezalarıyla sonuçlandığından, belirlenecek bir eşiği karşılayamayacak (eşiğin üzerinde kalacak) teşebbüsler her ne kadar bireysel muafiyet talebinde dahi bulunsalar, bireysel muafiyet ancak bildirim tarihinden itibaren hüküm ifade ediyor olduğundan, kendiliklerinden cezaya muhatap olacaklardı. Pratikte doğruluğu tartışılmaz olan bu gerçek karşısında, Rekabet Kurumu'nun alternatifli bir yöntem izleyebileceği kanaatindeyim. Şöyle ki, belirlenen eşiğin üzerinde pazar payına sahip teşebbüslerin bireysel muafiyet taleplerinin olumlu karşılanması halinde, söz konusu muafiyetten bildirim tarihinden itibaren faydalanacak olmalarına karşılık, para cezası uygulanmaması yönünde bir istisna tanınması yoluyla da sorunun çözümüne gidilebilirdi. Ancak bu teorik çözümün kötüye kullanılma olasılığı da bulunacağından, ancak konu üzerinde yapılacak etraflı araştırmalar neticesinde uygulanabilirliği konusunda daha kesin bir kanaate ulaşılabilecektir.

¹¹³ 2007/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ Resmi Gazete yayınlı tarihi: 25 Mayıs 2007, sayı 26532

¹¹⁴ 2005/4 sayılı Tebliğ m. 4

¹¹⁵ Kurtalan Çimento Sanayi Ticaret A.Ş. ile bayileri arasında imzalanan münhasır bayilik sözleşmesine menfi tespit belgesi verilmesi veya muafiyet tanınması talebi ile ilgili 8.1.2004 tarih ve 04-01/9-6 sayılı Rekabet Kurulu kararı. Yeniden satış fiyatının tespiti ile ilgili olarak grup

bölgesindeki yetkili satıcının tüketim yeri maliyet fiyatını ve fabrika çıkış fiyatını tespitte yetkilidir” ifadesi ile bayinin satış fiyatının belirlenmiş olduğu ve bu nedenle de muafiyetten yararlanamayacağı ifade edilmiş; ancak, Kurtalan Çimento'nun sözleşmesindeki ilgili ifadeyi “Kurtalan Çimento... tüketim yeri maliyet fiyatını ise tavsiye niteliğinde belirlemeye yetkilidir” şeklinde değiştirmesi neticesinde hüküm Rekabet Kurulu tarafından kabul edilmiştir.

Aynı A.B.'de olduğu şekilde, gerek 2002/2 sayılı Tebliğ ve gerekse 2005/4 sayılı Tebliğ kapsamı dışında kalan anlaşmalar kendiliklerinden kanuna aykırı sayılmamakta ve RKHK m. 5 kapsamında bireysel muafiyet kapsamında değerlendirilebilmektedirler¹¹⁶.

Türk rekabet hukukunda da aynı A.B. rekabet hukukunda olduğu gibi, dikey anlaşmalarda fiyat tespitlerine aşırı derecede kısıtlayıcı yaklaşılmaktadır. Türk rekabet doktrininde de aynı A.B.D.'de olduğu gibi, bu yaklaşımın bir önyargıdan ibaret olduğu ve özellikle de bölgesel münhasırlığa izin verilen bir sistemde yeniden satış fiyatının tespit edilmesinin anlamsız olduğu yönünde görüş mevcuttur¹¹⁷.

Rekabet Kurulu'nun 2001 tarihli Doğu Otomotiv kararında¹¹⁸, Doğu Otomotiv ve Ticaret A.Ş.'nin bayilerinin yeniden satış fiyatlarına müdahale etmesi konusu incelenmiş ve alınan kararda şu ifadeye yer verilmiştir:

muafiyetlerinden daha erken tarihlerde verilmiş kararlara örnek olarak bkz. Benckiser Temizlik Malzemesi San. ve Tic. A.Ş., Eczacıbaşı Procter & Gamble Dağ. ve Sat. A.Ş. ve Unilever San. ve Tic. Türk T.A.Ş. ile Lever Elida Tem. ve Kişisel Bak. Ür. San. ve Tic. A.Ş.'nin yeniden satış fiyatlarını belirlemek, Sezginler Gıda San. ve Tic. A.Ş., Besler Gıda ve Kimya San. ve Tic. A.Ş., Marsa Kraft Jac. Such. Sabancı Gıda San. ve Tic. A.Ş.'nin yeniden satış fiyatlarını belirlemek ve pasif satışları engellemek, Ülker Gıda San. ve Tic. A.Ş.'nin pasif satışları engellemek suretiyle 4054 sayılı Kanun'u ihlal etmeleri ile ilgili 24.11.1999 tarih ve 99-53/575-365 sayılı Rekabet Kurulu kararı.

¹¹⁶ Dikey Anlaşmalara İlişkin Kılavuz paragraf 41 ile 2005/4 Sayılı Motorlu Taşıtlar Sektöründeki Dikey Anlaşmalar ve Uyumlu Eylemlere İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'nin Açıklanmasına Dair Kılavuz giriş bölümü ve 5. Soru.

¹¹⁷ Bu doğrultudaki görüş için bkz. ASLAN, İ. Y., s. 350 vd.

¹¹⁸ Doğu Otomotiv Servis ve Ticaret A.S. ile Doğu Otomotiv Holding A.S.'nin ilk defa piyasaya sunulan otomobil ve hafif ticari araç pazarında Volkswagen (VW) marka araçların yeniden satış fiyatını, indirim oranlarını ve filo satışlarında satış koşullarını tespit etmeleri, yeniden satıcıların bölge dışı pasif satışlarını yasaklamaları ve Doğu Otomotiv Servis ve Ticaret A.S. ile Genpar Otomotiv Ticaret A.S.'nin VW marka araçlarda kullanılan orijinal yedek parça ve aksesuar pazarında bu ürünlerin yeniden satış fiyat ve koşullarını tespit etmeleri suretiyle 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un ihlal edildiği iddiası ile ilgili 5.10.2001 tarih ve 01-47/483-120 sayılı Rekabet Kurulu kararı

“Doğuş’un kontrollerine rağmen, uygulamada indirim yapıldığının gösterilmesi, Doğuş’un bayiler arası rekabeti sınırlama amacının varlığını ve dolayısıyla eylemin rekabet ihlali niteliğini ortadan kaldırmaz. Rekabet Hukuku bir eylemin yalnızca etkisi ile değil amacı ile de ilgilenmektedir. Uygulamanın etkisinin rekabeti kısıtlayıcı olmasına gerek yoktur. Amacının rekabeti kısıtlayıcı olması yeterlidir. Bu açıdan amaç varsa, ayrıca sonucun gerçekleşmesi şart değildir ve istenilen etkinin meydana gelmemiş olması; ancak cezanın azaltılması yönünde bir etken olabilir.”

Karar incelendiği vakit de görüldüğü üzere, Rekabet Kurulu bu kararda, tavsiye edilen adı altında da olsa, yeniden satış fiyatının tespiti söz konusu olduğunda, herhangi bir inceleme yapılmasının gerekmediği ve uygulamanın doğrudan yasaklanması, cezalandırılması gerektiğini ifade etmekle Dr. Miles kararına yakışır bir şekilde *per se* yasaklayıcı bir yaklaşım izlemiştir.

Rekabet Kurulu’nun yukarıda anılan kararı, belki de Kurul’un henüz erken dönemlerine rastlamış olması ve ekonomik analizler yapabilecek birikim seviyesine ulaşmadığı bir tarihte alınmış bir karar olmasına bağlanabilir. Nitekim, 2007 tarihli Frito-Lay kararı¹¹⁹ incelendiğinde, gerek raportörlerin görüşlerinde ve gerekse Kurul’un kararında, soruşturmaya konu eylemlerin etkilerinden söz edilmektedir. Kararda, inceleme neticesinde satışa sunulan ürünlerde kâr marjının düşük olması nedeniyle distribütörlerin indirim yapmaya kendiliklerinden yanaşmadıkları, ancak kullanılan el terminalleri ile tek taraflı alınan karar ile indirim yapma imkanının istenilse dahi son derece güçleştirilmiş olduğu, buna karşılık, “... sistemin, mevcut durumda sınırlı sayıda distribütör tarafından kullanılması, kar marjının düşük olması sebebiyle distribütörlerde halihazırda değişik fiyatlarla satma eğiliminin mevcut olmadığı hususları göz önünde bulundurularak, pazardaki rekabetçi yapıda ancak sınırlı bir zararın ortaya çıkmasının muhtemel olması nedeniyle 4054 sayılı Kanun kapsamında soruşturma açılmasına gerek bulunmadığı...” ifade edilmiştir. Kararda muhakeme kurallarının uygulanması söz konusu olmamış, sadece bir etki analizi yapılmıştır.

Yukarıdaki açıklama ve örnek kararlardan da anlaşılacağı üzere, Türk rekabet hukukunda minimum yeniden satış fiyatının belirlenmesi konusunda A.B.’ye

¹¹⁹ Frito-Lay Gıda Sanayi ve Ticaret A.S.’nin distribütörlerinin yeniden satış koşullarını belirlediği ve hakim durumunu kötüye kullandığı iddiası ile ilgili 11.1.2007 tarih ve 07-01/12-7 sayılı Rekabet Kurulu kararı

paralel bir sistem izlenmekte, konuya doğrudan *per se* yasak şeklinde yaklaşılmamakta, ancak tam anlamıyla muhakeme kurallarına da tabi tutulmamaktadır.

SONUÇ

Dr. Miles kararı ile yeniden satış fiyatının tespiti uygulamalarına getirilen *per se* yaklaşımın zaman içerisinde A.B.D. Yüksek Mahkemesi'nin kararları¹²⁰ ile zayıflatılması ve azami satış fiyatının tespiti ile tavsiye edilen satış fiyatı uygulamalarının önünün açılması ardından, *per se* kuralına tabi kılınan son kısıtlama olan minimum yeniden satış fiyatının tespitinin de Leegin kararı ile muhakeme kurallarına tabi kılınacak olması, sadece A.B.D. rekabet hukuku açısından değil, A.B. ve Türk rekabet hukuku açısından da devrim niteliğinde bir yeniliktir. Bu devrimin etkileri daha tam olarak yayılmaya başlamadan, A.B.D.'de yürürlüğe konulan eyalet yasaları ve görüşülmekte olan federal yasalar ile şimdiden önü kapatılmış bulunmaktadır¹²¹.

Leegin kararındaki karşı oy yazısında da ifade edildiği üzere, A.B.D.'de birçok büyük indirim mağazası zinciri bulunmaktadır. Bu indirim mağazalarından en büyüğü olan Wal-Mart'ın 2009 yılı cirosu 408,2 Milyar A.B.D. Doları idi¹²². Leegin kararının Wal-Mart ve benzeri indirim mağazalarının işlerini olumsuz yönde etkileyeceği kararın kendisinde de ifade edilmiş bulunuyor. Bu durumda, A.B.D. Meclisi'nde oylamaya sunulacak olan “*The Discount Pricing Consumer Protection Act of 2009*”¹²³’ün yasalaşma sürecinde söz konusu indirim mağazalarının lobicilik faaliyetleri ne kadar etkili olmuştur diye sormak gerektiği kanaatindeyim.

Minimum yeniden satış fiyatının tespit edilememesinin en büyük etkisi, bedavacılık sorunudur. Maliyetlere katlanarak ürün tanıtımı yapan ve kaliteli hizmet sunan bir perakendeci karşısında rakip olarak, zorunlu olmayan hiçbir maliyete katlanmayarak fiyat ile rekabet eden perakendecilerin, maliyetlere katlanan perakendecilerin pazardan çekilmesine ya da maliyetlerden feragat ederek fiyat rekabetine katılmalarına neden olmaları beklenebilir. Bunun yanı sıra, zararına satış yapmayı göze alan yıkıcı fiyat rekabetinin zararları da göz ardı

¹²⁰ Colgate, dn. 60; Sylvania, dn. 61 ve Khan, dn. 68

¹²¹ Bkz. dn. 72-76

¹²² Kaynak: ekonomi portalı Dünya Online.

¹²³ Bkz. dn. 75

edilmemelidir. Yıkıcı fiyat rekabetine giren bilinçsiz perakendeciler, tüketiciye sundukları servisten kısmak suretiyle bütün rekabet enerjilerini fiyat düşürmeye yönelterek uzun vadede müşteri kaybı ile karşılaşabilecektir. Eğitimden geçirilmiş personel sayısının azaltılması, sergileme ürünlerinin sayısının azaltılması, reklam giderlerinin kısılması gibi uygulamalar ardından, maliyetlerde azaltılabilecek herhangi bir unsur kalmadığı vakit, teşebbüsün pazardan çekilmesi dahi söz konusu olabilecektir. Bu gibi tehlikelerin vücut bulmaması için, yeniden satış fiyatının tespit edilmesinin *per se* yasal kabul edilmesi şeklinde bir uç çözüm gerçekçi olmayacaktır. Gerçek amacı bu ve benzeri tehlikeleri ortadan kaldırmak olan fiyat tespitlerinin somut olay bazında muhakeme kurallarına tabi tutulması, Leegin kararında da görüldüğü üzere, uygulaması mümkün bir çözümdür.

A.B.D.'de Leegin kararının etkilerini yok etmeyi amaçlayan yasa tasarısının kabul edilmesi halinde, Dr. Miles kararı ile minimum yeniden satış fiyatının tespit edilmesi içtihadattan kaynaklanan bir *per se* yasak yerine yasanın emredici hükmü ile karşı karşıya kalacaktır. Esasında perakendeciler seviyesinde mevcut yatay bir anlaşmaya paravan oluşturacak şekilde, perakendecilerin zorlamasıyla¹²⁴ imalatçı ile imzalanmış bir anlaşmanın söz konusu olduğu durumdan, tüm minimum yeniden satış tespiti anlaşmalarının yasaklanması, kanımca dikey anlaşmaların bu çeşidini kartelleşme ile örtüştürmektedir. Günümüzde yeniden satış fiyatının kartelleşmeye olumlu etkilerinden çekiniliyorsa, Dr. Miles kararı ile yerleşen yanlışlık düzeltilmeli ve yasaklanan uygulama, imalatçıların dağıtıcıları ile yeniden satış fiyatı üzerinde anlaşmaları değil, dağıtıcıların kendi aralarında anlaşarak (yatay anlaşma) imalatçıyı bu anlaşmanın hayata geçirilmesinde aracı olarak kullanmaları olmalıdır.

Leegin kararı ile inişli çıkışlı, istikrarsız bir dönem geçiren A.B.D. rekabet hukuku karşısında, daha muhafazakar bir yapıya sahip A.B. ve Türkiye rekabet sistemlerinin olumlu yanları ön plana çıkmaktadır. Leegin kararı ile yeniden satış fiyatının tespit edilebilmesine sevinen ekonomistler önümüzdeki günlerde A.B.D.'de bu kısıtlama türünün önüne ne kadar büyük bir engelin geldiğini tartışmaktan öteye gidemeyeceklerdir edeceklerdir. A.B.'de (ve paralelinde

¹²⁴ HOVENKAMP, H., The Antitrust Enterprise, s. 186

Türkiye’de) ise, ABİDA’da açık bir per se yasaklama tehdidi ile madde 101(3) sayesinde karşılaşmamış olan yeniden satış fiyatının tespitinin ekonomik faydalarının ön plana çıkabileceği bir gelecekte Komisyon tarafından hoşgörü ile karşılanabileceği ümidi hala varlığını korumaktadır.

EK
(Leegin Kararının Türkçe Tercümesi)

LEEGIN CREATIVE LEATHER PRODUCTS, INC., DAVACI
ile
PSKS, INC., dba KAY'S KLOSET . . . KAY'S SHOES
No. 06-480

Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesi.
26 Mart 2007 tarihinde görüşüldü.
28 Haziran 2007 tarihinde karar verildi.

Özet *

* Özet, Mahkeme'nin görüşünün herhangi bir parçasını teşkil etmekte olmayıp Kararlar Raportörü tarafından okuyucuya kolaylık sağlaması amacıyla hazırlanmıştır. Bkz. *United States v. Detroit Timber & Lumber Co.*, 200 U. S. 321, 337 davası.

Mallarını tavsiye edilen fiyatın altında indirimli olarak satan perakendecilere satış yapmayı reddetme yönündeki politikası doğrultusunda davacı (Leegin) davalının (PSKS) mağazasına satış yapmayı durdurmuştur. PSKS, diğer hususların yanı sıra, Leegin'in perakendeciler ile minimum perakende satış fiyatı belirlemek üzere dikey anlaşmalar yapmak suretiyle rekabet kanunlarını ihlal ettiği iddiası ile dava açmıştır. Bölge Mahkemesi, *Dr. Miles Medical Co. v. John D. Park & Sons Co.*, 220 U. S. 373 davasının, Sherman Kanunu'nun 1. maddesi çerçevesinde imalatçı ile dağıtıcısının, dağıtıcının imalatçının malları için uygulayabileceği minimum fiyat üzerinde anlaşmaya varmalarını *per se* hukuka aykırı addettiği gerekçesiyle Leegin'in fiyatlama politikasının rekabeti arttırıcı etkileri ile ilgili bilirkişi ifadesini kabul etmemiştir. Duruşmada PSKS, Leegin ve perakendecilerinin sabit fiyatlar üzerinde anlaşmaya vardıklarını iddia etmiş, ancak Leegin, fiyatlandırma politikasının 1. madde çerçevesinde hukuka uygun olduğunu savunmuştur. Jüri PSKS lehine karar vermiştir. Temyizde, 5. Bölge Mahkemesi, Leegin'in dikey fiyat belirleme anlaşmasına muhakeme kurallarının (*rule of reason*) uygulanmasını reddetmiş ve *Dr. Miles* davasının *per se* kuralının herhangi bir rekabeti arttırıcı gerekçeyi Leegin'in politikası bakımından ilgisiz kıldığını tespit ederek onaylamıştır.

Karar: *Dr. Miles* kararı bozulmuş ve dikey fiyat sınırlamalarının muhakeme kurallarına göre yargılanmasına karar verilmiştir. Sf. 5-28.

(a) Bir uygulamanın 1. maddeye aykırı olarak ticareti kısıtlayıp kısıtlamadığı ile ilgili kabul edilen standart incelemeyi yürüten kişinin "ilgili iş ile ilgili özel bilgiler" ve "kısıtlamanın tarihçesi, mahiyeti ve etkisi" de dâhil olmak üzere, *State Oil Co. v. Khan*, 522 U. S. 3, 10. davası, "koşulların tamamını" tartmasını gerekli kılan, *Continental T. V., Inc. v. GTE Sylvania Inc.*, 433 U. S. 36, 49 davası,

muhakeme kurallarıdır. Kurallar, tüketici bakımından zararlı etkileri olan rekabete aykırı kısıtlamalar ile tüketicinin menfaatleri bakımından en lehe rekabeti arttırıcı etkileri olanlar arasında bir ayırım yapmaktadır. Ancak, bir kısıtlamanın “*per se* hukuka aykırı” *ibid.*, olarak adlandırılması halinde, bireysel olarak kısıtlamanın makuliyetini gerçek piyasa güçleri ışığında inceleme gereği ortadan kalkmış olur, *Business Electronics Corp. v. Sharp Electronics Corp.*, 485 U. S. 717, 723 davası. *Per se* kurallara rücu “her zaman veya neredeyse her zaman rekabeti kısıtlama veya verimi azaltma eğiliminde olan” kısıtlamalar ile sınırlandırılmıştır *Ibid.* Bu nedenle, *per se* kuralı yalnızca mahkemelerin, söz konusu olan kısıtlama türü ile ilgili hatırı sayılır deneyime sahip olmalarından sonra, bkz. *Broadcast Music, Inc. v. Columbia Broadcasting System, Inc.*, 441 U. S. 1, 9 davası, ve yalnızca, kısıtlamanın muhakeme kuralları çerçevesinde bütün veya neredeyse bütün durumlarda geçersiz kılınacağını güvenli bir şekilde öngörebiliyor olmaları halinde geçerli olacaktır, bkz. *Arizona v. Maricopa County Medical Soc.*, 457 U. S. 332, 344. Sf. 5-7.

(b) *Dr. Miles* davasının dayandığı sebepler bir *per se* kuralını haklı çıkarmadığından, ilk olarak, minimum yeniden satış fiyatını belirlemek için yapılan dikey anlaşmaların ekonomik etkilerinin incelenmesi ve *per se* kuralının her şeye rağmen uygun olup olmadığının belirlenmesi gerekir. Bu mahkemenin *per se* hukuka aykırılık kuralını değil, muhakeme kurallarını değerlendirmesi, dikey fiyat kısıtlamalarını yargılamak üzere uygulanacak uygun standart olacaktır. Sf. 7-19.

(1) Ekonomi literatürü, imalatçı tarafından yeniden satış fiyatının tespitinin kullanımının, rekabeti arttırıcı gerekçelendirmeleri bakımından zengin olup, konu ile ilgili olarak yakın zamanda yapılan birkaç çalışma, uygulamanın *per se* kuralı ile ilgili kriteri yerine getirdiği hususuna da şüphe düşürmektedir. Dikey fiyat kısıtlamaları ile ilgili gerekçelendirmeler diğer dikey kısıtlamalar ile ilgili olanlara benzemektedir. Minimum yeniden satış fiyatının tespiti, aynı markayı satan perakendeciler arasındaki markalar arası rekabeti azaltmak suretiyle aynı türde ürünlere ilişkin farklı markaları satan imalatçılar arasındaki markalar arası rekabeti tetikleyebilir. Bu husus önemlidir; zira, rekabet kanunlarının “birincil amacı... markalar arası rekabeti korumaktır” *Khan, supra*, sf 15. Tek bir üreticinin dikey fiyat kısıtlaması kullanması markalar arası fiyat rekabetini ortadan kaldırma eğilimi doğurur; bu durum, karşılığında, perakendecileri üreticilerin rakip üreticilere karşı içinde buldukları durumlarına yardımcı olacak hizmet veya promosyonel çabalara yatırım yapmaya teşvik eder. Yeniden satış fiyatının tespiti ayrıca tüketicilere düşük-fiyat, düşük-hizmet markaları; yüksek-fiyat, yüksek-hizmet markaları ve her ikisi arasında kalan markalar arasında seçim yapma konusunda daha fazla seçenek sağlar. Dikey fiyat kısıtlamaları söz konusu olmadığında, markalar arası rekabeti çoğaltan perakende hizmetler kapasitenin altında sağlanabilir, zira indirim yapan perakendeciler hizmet sağlayan perakendecilerin çabalarının üzerine konabilir (*free ride* / bedavacılık) ve daha sonra söz konusu hizmetlerin yarattığı arzın bir kısmını kendisine çekebilir. Yeniden satış fiyatının tespiti aynı zamanda, herhangi bir bedel ödemeksizin

dışsallık elde edilmesi (*free riding*) söz konusu olmasa dahi, sağlanmayacak olan yeniden satış hizmetleri teşvik etmek suretiyle yeni firma ve markaların piyasa girişini kolaylaştırarak markalar arası rekabeti arttırabilir. Sf. 9-12.

(2) Minimum yeniden satış fiyatın belirlemenin aynı zamanda rekabete karşı etkileri de olabilir: ve yalnızca monopol karı sağlamak için tasarlanan hukuka aykırı fiyat belirleme de her zaman mevcut olan bir cazibedir. Yeniden satış fiyatının tespiti, örneğin bir üretici kartelini kolaylaştırabilir veya perakende kartelleri oluşturmak için kullanılabilir. Ayrıca güçlü bir üretici veya perakendeci tarafından kötüye kullanılabilir. Bu nedenle, dikey fiyat kısıtlamalarının potansiyel rekabete aykırı sonuçları göz ardı edilmemeli ve hafife alınmamalıdır. Sf. 12-14.

(3) Hukuka aykırı eylemin risklerine rağmen, yeniden satış fiyatının tespitinin “her zaman veya neredeyse her zaman rekabeti kısıtlama veya verimi azaltma eğiliminde olacağı” herhangi bir derecede güvenle beyan edilemez, *Business Electronics, supra, sf 723*. Dikey yeniden satış fiyat anlaşmalarının, oluşturuldukları koşullara bağlı olarak, ya rekabeti arttırıcı veya rekabete aykırı etkileri bulunmaktadır; ve mevcut empirik deliller söz konusu anlaşmaların etkin bir şekilde kullanımlarının seyrek veya bir hipotezden ibaret olduğunu savunmamaktadır. Bir *per se* kuralı yalnızca idari kolaylık açısından uygulanmamalıdır. Söz konusu kurallar, rekabet kanunlarının teşvik etmesi gereken rekabeti arttırıcı eylemleri yasaklamak suretiyle rekabet sisteminin toplam maliyetini arttırarak ters etkili olabilirler. Bir *per se* kuralı, görünürde rekabete aykırı bir eylemin söz konusu olmaması halinde yüksek fiyat olasılığı ile gereçlendirilemez. Rekabet kuralları öncelikle daha sonra sonucunda düşük fiyatların ortaya çıkabileceği markalar arası rekabetin korunması amacıyla tasarlanmıştır. Davalının savunması, genel olarak imalatçıların ve tüketicilerin menfaatlerinin perakendecilerin kar marjları bakımından bağlantılı olduğunu göz ardı etmektedir. Yeniden satış fiyatının tespitinin ekonomik tehlikeleri bulunmaktadır. Muhakeme kuralları uygulanacak olursa, mahkemelerin bunların rekabete aykırı kullanımlarını piyasadan kaldırmak bakımından özenli davranmaları gerekecektir. Soru ile ilgili unsurlar, uygulamayı kullanan imalatçıların sayısı, kısıtlamaların kaynağı ve imalatçıların piyasa güçleridir. Muhakeme kuralları işlemlerin rekabete aykırı mı yoksa rekabeti arttırıcı mı olduklarına karar vermek için tasarlanmıştır ve kullanılmaktadır. Bu standart kural dikey fiyat kısıtlamalarına uygulanmaktadır. Mahkemeler, kararlarını verdikleri süreçte muhakeme kurallarını uygulayarak söz konusu kısıtlamalar ile ilgili deneyim kazandıkça, kuralın rekabete aykırı kısıtlamaları piyasadan elemek ve işlere daha fazla rehberlik etmek üzere işlev görmesini temin etmek üzere bir dava takip yapısı oluşturabileceklerdir. Sf. 14-19.

(c) *Stare decisis* (mahkeme kararlarının ileriki olaylarda örnek teşkil etmesi) burada *per se* kuralına uyulmaya devam etmesini mecbur kılmamaktadır. Sherman Yasası’nın teamül hukuku kanunu olarak değerlendirilmesi nedeniyle, bu yasanın “ticari kısıtlamalar” ilgili yasakları, mevcut ekonomik koşulların dinamiklerini

tatmin etmek üzere evirilmektedir. Muhakeme kurallarının olay bazında muhakeme edilmesi söz konusu teamül hukuku yaklaşımını benimsemektedir. Ve hem Adalet Bakanlığı hem de Federal Ticaret Komisyonu *per se* kuralının muhakeme kuralları ile ikame edilmesini tavsiye etmiştir. Ayrıca, bu Mahkeme, “sonraki davaların bunların doktrinsel temellerini tehlikeye düşürdüğü durumlarda kendi içtihatlarını bozmuştur”. *Dickerson v. United States*, 530 U. S. 428, 443. Mahkemenin *Dr. Miles* davasının gerekçelerinden kendisini uzaklaştırmış olması şaşırtıcı değildir, zira söz konusu dava Sherman Yasası’nın yürürlüğe girmesinden kısa bir süre sonra, Mahkeme rekabet analizleri bakımından az bir deneyime sahipken karara bağlamıştır. *Dr. Miles* davasından yalnızca sekiz yıl sonra, Mahkeme kararı dizginlemiş, imalatçının yeniden satış fiyatı önerebileceğine ve bunlara uymayan dağıtıcılar ile iş yapmayı reddedebileceğine karar vermiştir. *United States v. Colgate & Co.*, 250 U. S. 300, 307-308; ve daha da yakın bir zamanda, Mahkeme bir kez sıkı dikey kısıtlama yasağını yumuşatmış, sınırlandırmış ve bozmuştur, bkz., *e.g.*, *GTE Sylvania, supra*, sf 57-59. *Dr. Miles* kuralı da, Mahkemenin diğer dikey kısıtlama davaları ile birlikte analiz edildiğinde ekonomik açıdan az bir anlam ifade etmekle prensip çerçeve ile tutarsızdır. Yeniden satış fiyatının tespitinin rekabeti arttırıcı etkilerinin *Dr. Miles* davasını bozmak bakımından yeterli olmadığına karar verilmesi *Colgate* davası ve *GTE Sylvania* davası gibi davaların sorgulanmasını gerektirecektir. Davalının *stare decisis*e dayanarak *Dr. Miles* davasının tekrar onaylanmasına ilişkin savunmaları farklı bir sonuç gerektirmemektedir. Sf. 19-28.

171 Fed. Appx. 464 iptal edilmiş ve iade edilmiştir.

Kennedy J. Mahkeme’nin görüşünü açıklamış, Roberts, C. J., ve Scalia, Thomas, ve Alito, JJ. de söz konusu görüşe katılmıştır. Breyer, J. karşıt görüş bildirmiş, Stevens, Souter ve Ginsburg, JJ. söz konusu karşıt görüşe katılmıştır.

DOSYA İNCELEME MÜZEKKERESİ ÜZERİNE 5. DAİRE İÇİN BİRLEŞİK DEVLETLER TEMYİZ MAHKAMESİNE

Yargıç Kennedy Mahkeme’nin görüşünü açıklamıştır. *Dr. Miles Medical Co. v. John D. Park & Sons Co.*, 220 U. S. 373 (1911) davasında Mahkeme Sherman Yasası’nın 1. maddesi çerçevesinde imalatçı ile dağıtıcısının, dağıtıcının üreticinin malları için ücretlendirebileceği minimum fiyat üzerinde anlaşmaya varmalarının *per se* olarak hukuka aykırı olduğu kuralını koymuştur. Mevcut davada ortaya atılan soru Mahkeme’nin *per se* kuralını bozup bozmaması ve yeniden satış fiyatının tespiti anlaşmalarının, 1. maddeye ilişkin herhangi bir ihlal teşkil edip etmediğini tespit etmek için uygulanan olağan standart olan muhakeme kuralları çerçevesinde yargılanmasına müsaade edip etmemesidir. Mahkeme imalatçıların dağıtıcıları üzerinde uyguladığı diğer dikey kısıtlamalar için *per se* hukuka aykırılık kuralını terk etmiştir. Saygın ekonomi analistleri ayrıca dikey fiyat kısıtlamalarının rekabeti arttırıcı etkileri de olabileceği sonucuna varmışlardır. Biz, şu anda, *Dr. Miles* davasının bozulmasına ve dikey fiyat kısıtlamalarının muhakeme kurallarına göre yargılanmasına karar veriyoruz.

I

Davacı, Leegin Creative Leather Products, Inc. (Leegin), deri mallar ve aksesuarlar tasarlamakta, imal etmekte ve dağıtmaktadır. 1991 yılında Leegin “Brighton” markası altında kemerler satmaya başlamıştır. Brighton markası şu anda çeşitli kadın moda aksesuarları alanlarına genişlemiştir. Birleşik Devletler çapında çoğunluğu bağımsız, küçük butikler ve özel mal satan mağazalar olmak üzere, 5.000’in üzerinde perakende kuruluş tarafından satılmaktadır. Leegin’in başkanı, Jerry Kohl’un ayrıca Brighton ürünlerini satan 70 civarında mağazada hissesi bulunmaktadır. Leegin, en azından ürünleri için, küçük perakendecilerin büyük ve çoğunlukla kişisel olmayan perakendecilere kıyasla müşterilere daha iyi davrandığını, müşterilere daha fazla hizmet verdiğini ve alışveriş deneyimlerini daha tatmin edici kıldıklarını iddia etmektedir. Kohl; “[Biz] müşterilerimizin Sam’s Club veya Wal-Mart’ta edindiklerinden daha farklı bir deneyim edinmelerini istiyoruz. Ve bu tür bir deneyim veya destek veya müşteri hizmetini Wal-Mart gibi bir mağazadan alamazsınız” şeklinde açıklamıştır. 5 Kayıt 127.

Davalı, PSKS, Inc. (PSKS), Lewisville, Teksas’ta bulunan bir kadın giyim mağazası olan Kay’s Kloset’i işletmektedir. Kay’s Kloset 75 farklı üreticiden alım yapmakta olup bir noktada Brighton markasını satmaya başlamıştır. İlk olarak 1995 yılında Leegin’den Brighton mallarını almaya başlamıştır. Markayı satmaya başladıktan sonra, mağaza Brighton’un tanıtımını yapmıştır. Örneğin, Brighton reklamları yapmış ve mağazada Brighton günleri düzenlemiştir. Kay’s Kloset bölgede Brighton ürünlerini almak için tercih edilen perakendeci haline gelmiştir. Brighton mağazanın en önemli ürünü olmuş ve bir dönem kârının yüzde 40 ila 50’sini oluşturmuştur.

1997 yılında, Leegin “Brighton Perakende Fiyatlandırma ve Promosyon Politikası”nı oluşturmuştur. 4 *id.*, at 939. Söz konusu politikadan sonra, Leegin, Brighton ürünlerine tavsiye edilen fiyatlardan düşük olacak şekilde indirim uygulayan perakendecilere satış yapmayı reddetmiştir. Politika, iyi satılmayan ve perakendecinin tekrar sipariş etmeyi planlamadıkları ürünler ile ilgili bir istisna içermektedir. Perakendecilere gönderilen politikayı açıklayan mektupta, Leegin şöyle belirtmiştir:

“Macy’s, Bloomingdales, May Co. ve diğerleri gibi dev mağazalar çağında, tüketiciler, söz konusu büyük mağazalarda eksik olduğuna inandığımız ürün kalitesi ve ürün desteği vaatlerinden hayrete düşmektedirler. Ayrıca her zaman popüler olan indirim, indirim, indirim, vs. nedeniyle tüketicilerin kafası karışmaktadır.”

“Biz, Leegin’de, müşterilere mükemmel ürün kalitesi, harika bir hizmet ve düzenli olarak Brighton ürününü yılın 365 günü destekleyen özel ürün mağazalarında satış yaparak bu paketten kurtulmayı seçtik.”

“Denklemin yarısının Leegin’in mükemmel Brighton ürünleri üretmesinden diğer yarısının ise sizlerin, perakendecilerimizin, kaliteli bir şekilde ürünlerimizin satışını yapan harika görünümlü mağazalar yaratmasından ibaret olduğunun farkındayız. *Ibid.*

Leegin perakendecilerine, müşterilere dağıtım stratejisinin merkezinde yer alan hizmetleri sağlamaları için yeterli marjı vermeye yönelik bir politika benimsemiştir. Ayrıca indirimin Brighton’un marka imajına ve itibarına zarar verdiği şeklinde endişelerini belirtmiştir.

Fiyatlama politikasını oluşturduktan bir yıl sonra Leegin “*Heart Store Program*” olarak bilinen bir pazarlama stratejisini başlatmıştır. Bkz.*id.*, at 962-972. Bu perakendecilere Kalp Mağazası olmaları için teşvikler sunmakta ve karşılığında perakendeciler, diğer hususların yanı sıra, Leegin’in tavsiye edilen fiyatlarından satış yapmayı taahhüt etmektedirler. Leegin’in programı yaratmasından kısa bir süre sonra Kay’s Kloset bir Kalp Mağazası haline gelmiştir. Bir Leegin çalışanının mağazayı ziyaret edip mağazanın çekici olmadığını tespit ettikten sonra taraflar Kay’s Kloset’in 1998 yılından itibaren Kalp Mağazası olmaması hususunda mutabakata varmış görünmüşlerdir. Bu statüyü kaybetmesine rağmen Kay’s Kloset Brighton satışlarını arttırmaya devam etmiştir. Aralık 2002 tarihinde, Leegin, Kay’s Kloset’in Brighton’ın ürün yelpazesinin tamamının fiyatını yüzde 20 indirmekte olduğunu tespit etmiştir. Kay’s Kloset, Brighton ürünlerini aynı şekilde Leegin’in tavsiye edilen fiyatlarını düşüren komşu perakendeciler ile rekabet etmek için indirim gittiğini iddia etmiştir. Buna rağmen Leegin Kay’s Kloset’in indirimi durdurmasını talep etmiştir. Talebi reddedilmiş Leegin, söz konusu mağazaya satış yapmayı durdurmuştur. Brighton markasının kaybedilmesi mağazanın satışlardan elde ettiği gelir üzerinde hatırı sayılır bir olumsuz etki yaratmıştır. PSKS Leegin’i Birleşik Devletler Bölge Mahkemesi’nin Teksas Doğu Bölgesi’nde dava etmiştir. Diğer iddiaların yanında, Leegin’in “perakendeciler ile yalnızca Leegin tarafından belirlenen fiyatları uygulamaları konusunda anlaşmalar yap[arak]” rekabet kanunlarını ihlal etmekle itham etmiştir. *Id.*, sf 1236. Leegin, fiyatlandırma politikasının rekabeti artırıcı etkilerini tarif etmek üzere bilirkişi tanıklığına başvurmayı planlamıştır. Bölge mahkemesi, *Dr. Miles* davasında ortaya konulan *per se* kuralına dayanarak tanıklığı reddetmiştir. Duruşmada PSKS, “*Heart Store Program*”ının, diğer hususların yanı sıra, Leegin ve perakendecilerinin fiyatları belirleme konusunda anlaşmalarını gösterdiğini savunmuştur. Leegin, yalnızca uyumlu eyleme uygulanan 1. madde çerçevesinde hukuka uygun olan tek taraflı bir fiyatlandırma politikası oluşturduğu şeklinde cevap vermiştir. Bkz. *United States v. Colgate & Co.*, 250 U. S. 300, 307 (1919). Jüri PSKS ile hem fikir olmuş ve kendisi lehine 1,2 milyon \$’a hükmetmiştir. 15 U. S. C. §15(a) uyarınca, Bölge Mahkemesi zararları üç misli arttırmış ve PSKS’ye avukatlık ücretleri ve masraflarını iade etmiştir. Leegin aleyhinde 3,975,000.80 \$’a karar vermiştir. 5. Bölge Temyiz Mahkemesi kararı onamıştır. 171 Fed. Appx. 464 (2006) (*per curiam*). Temyizde, Leegin perakendeciler ile dikey fiyat belirleme anlaşmaları yaptığını tartışmamıştır. Bundan ziyade, muhakeme kurallarının bu anlaşmalara

uygulanması gerektiğini iddia etmiştir. Temyiz Mahkemesi bu iddiayı reddetmiştir. *Id.*, sf 466-467. *Dr. Miles* davasındaki karar ile bağlı kaldığı, “[z]ira [Yüksek] Mahkeme’nin tutarlı bir şekilde *per se* kuralını [dikey minimum fiyat belirleme] sözleşmelerine uyguladığı” şeklindeki açıklama doğru olmuştur. 171 Fed. Appx., sf 466. Bu önerme ile ilgili olarak Temyiz Mahkemesi, *per se* kuralının Leegin’in fiyatlandırma politikasının herhangi bir rekabeti artırıcı gerekçelendirmesini konu dışı hale getirmesinden dolayı Bölge Mahkemesi’nin ekonomik bilirkişi tanıklığını reddetmekle kanaatini kötüye kullanmadığına karar vermiştir. *Id.*, sf 467. Bizler dikey minimum yeniden satış fiyatının tespiti anlaşmalarının *per se* olarak hukuka aykırı sayılması gerekip gerekmediğini belirlemek için dosyayı inceleme kararı vermiş bulunuyoruz. 549 U. S. ____ (2006).

II

Sherman Kanunu’nun 1. maddesi, “muhtelif Eyaletler arasındaki ticaret veya alım satımı kısıtlayan tüm sözleşmeler, tröst veya başka bir şekilde bir kümeleşme veya gizli ittifakı” yasaklamaktadır. Bölüm. 647, 26 Kanun. 209, tadil edilmiş, 15 U. S. C. §1. 1. madde tüm sözleşmeleri yasakladığı şeklinde yorumlanabileceken, bkz, *örn.*, *Board of Trade of Chicago v. United States*, 246 U. S. 231, 238 (1918), Mahkeme hiçbir zaman “[maddenin] dilini lafzi bir yaklaşımla ele almamıştır” *Texaco Inc. v. Dagher*, 547 U. S. 1, 5 (2006). Daha ziyade Mahkeme zaman zaman ve yeniden 1. maddenin “yalnızca makul olmayan kısıtlamaları kanun dışı ilan ettiğini” tekrarlamıştır. *State Oil Co. v. Khan*, 522 U. S. 3, 10 (1997). Bir uygulamanın 1. maddeye aykırı şekilde ticareti kısıtlayıp kısıtlamadığını test etmek için uygulanan kabul edilmiş standart muhakeme kurallarıdır. Bkz. *Texaco, supra*, sf 5. “Bu kurallar çerçevesinde, soruşturmayı yapan, kısıtlayıcı bir uygulamanın rekabet üzerine makul olmayan bir kısıtlama getirmesinden dolayı yasaklanıp yasaklanmadığına karar verirken davanın tüm koşullarını tartar” *Continental T. V., Inc. v. GTE Sylvania Inc.*, 433 U. S. 36, 49 (1977). Hesaba katılacak olan uygun unsurlar “ilgili işe ilişkin belirli bilgiler” ve “kısıtlamanın tarihçesi, mahiyeti ve etkisi”dir. *Khan, supra*, sf 10. Söz konusu işin piyasa gücüne sahip olup olmadığı da ayrıca değerlendirilecek önemli bir husustur. Bkz, *örn.*, *Copperweld Corp. v. Independence Tube Corp.*, 467 U. S. 752, 768 (1984) (muhakeme kurallarını “piyasa gücü ve fiili etkiyi değerlendirmek için tasarlanan bir piyasa yapısı ile ilgili bir soruşturma” ile özdeşleştirmiştir.); ayrıca bkz. *Illinois Tool Works Inc. v. Independent Ink, Inc.*, 547 U. S. 28, 45-46 (2006). Tasarım ve fonksiyonu bakımından kural, tüketici açısından zararlı rekabeti sınırlayıcı etkileri olan kısıtlamalar ile tüketicinin menfaatleri bakımından en lehe olan rekabeti tetikleyen kısıtlamalar arasında ayırım yapmaktadır.

Muhakeme kuralları tüm kısıtlamalara uygulanmaz. Bazı türler “*per se* olarak hukuka aykırı” görülmektedir. *Khan, supra*, sf 10. *Per se* kuralı, bazı kısıtlama kategorilerini hukuka aykırı olması gerektiği şeklinde değerlendirerek, belirli bir kısıtlamanın makuliyetinin işlemekte olan gerçek piyasa güçleri ışığında incelenmesi gereğini ortadan kaldırmaktadır, *Business Electronics Corp. v. Sharp*

Electronics Corp., 485 U. S. 717, 723 (1988); ve *per se* kuralının belirli bir eylem için açık bir rehberlik sağlayabileceği kabul edilmelidir. *Per se* hukuka aykırı olan kısıtlamalar, rakipler arasındaki fiyat belirlemeye, bkz. *Texaco, supra*, sf 5, veya piyasayı bölmeye, bkz. *Palmer v. BRG of Ga., Inc.*, 498 U. S. 46, 49-50 (1990) (*per curiam*) yönelik yatay anlaşmalardır. *Per se* kuralına müracaat, belirtildiği üzere “her zaman ve neredeyse her zaman rekabeti sınırlama ve verimi azaltma eğilimi içinde olan” kısıtlamalar ile sınırlıdır. *Business Electronics, supra*, sf 723 (iç alıntı işaretleri silinmiştir). Bir *per se* yasağının haklı kılınması için, kısıtlamanın “açıkça rekabete aykırı” etkileri olması, *GTE Sylvania, supra*, sf 50 ve “herhangi bir kurtarıcı özelliğe sahip olmaması ...” *Northwest Wholesale Stationers, Inc. v. Pacific Stationery & Printing Co.*, 472 U. S. 284, 289 (1985) (iç alıntı işaretleri silinmiştir) gerekir. Sonuç olarak, *per se* kuralı yalnızca mahkemelerin söz konusu olan kısıtlama türü ile ilgili hatırı sayılır bir deneyim sahibi olmalarından sonra, bkz. *Broadcast Music, Inc. v. Columbia Broadcasting System, Inc.*, 441 U. S. 1, 9 (1979), ve yalnızca mahkemelerin muhakeme kuralları çerçevesinde bütün veya neredeyse bütün durumlarda geçersiz sayılacak olduğunu güvenli bir şekilde öngörebilmeleri halinde uygun olacaktır, bkz. *Arizona v. Maricopa County Medical Soc.*, 457 U. S. 332, 344 (1982). Bunun ardından, “bazı uygulamaların ekonomik etkilerinin derhal bariz olmadığı iş ilişkileri çerçevesi içinde uygulanan kısıtlamalara ilişkin olarak *per se* kuralını uygulama konusunda isteksizlik göstermemiz” sürpriz olmamalıdır. *Khan, supra*, sf 10 (iç alıntı işaretleri silinmiştir); ayrıca bkz. *White Motor Co. v. United States*, 372 U. S. 253, 263 (1963) (dikey fiyat dışı kısıtlamaya ilişkin olarak, bu tür kısıtlamanın *per se* kuralını uygulamak için gereken talep edilen standartları yerine getirip getirmediği hususunun belirsiz olması nedeniyle *per se* kuralını uygulamayı reddetmiştir). Ayrıca, belirttiğimiz üzere, “muhakeme kuralları standartlarından ayrılma, şekilci bir çizgi çekmekten ziyade ispat edilebilir ekonomik bir etki temeline dayanmalıdır.” *GTE Sylvania, supra*, at 58-59.

III

Mahkeme *Dr. Miles Medical Co. v. John D. Park & Sons Co.*, 220 U. S. 373 (1911) davasını, imalatçı ile dağıtıcı arasında minimum yeniden satış fiyatı belirlemek için yapılan dikey anlaşmalara karşı *per se* kuralını getirdiği şekilde yorumlamıştır. Bkz., örn., *Monsanto Co. v. Spray-Rite Service Corp.*, 465 U. S. 752, 761 (1984). *Dr. Miles* davasında ilaç üreticisi olan davacı, ürünlerini yalnızca bunları belirli fiyatlarda yeniden satmayı kabul eden dağıtıcılara satmıştır. Mahkeme imalatçının yeniden satış fiyatları üzerindeki kontrolünü hukuka aykırı bulmuştur. “devir üzerindeki genel kısıtlamalar olağan olarak geçersizdir” şeklindeki teamül hukuku kuralına dayanmıştır. 220 U. S., sf 404-405. Mahkeme daha sonra anlaşmaların imalatçıların değil dağıtıcıların yararına olacağını ve hukuk tarafından geçersiz sayılan rakip dağıtıcılar arasındaki kümeleşmeler ile aynı olduğunu açıklamıştır. *Id.*, at 407-408.

Mahkemenin daha yakın tarihli içtihatlarındaki gerekçelendirmeler *Dr. Miles* davasının dayandığı gerekçeleri reddetmiştir. Devir üzerindeki kısıtlamalara ilişkin teamül hukuku kuralına dayanmakla, *id.*, sf 404-405, Mahkeme kararının

“ispat edilebilir ekonomik etki”den ziyade “şekilci” hukuk doktrinine dayandığını doğrulamıştır. *GTE Sylvania, supra*, sf 58-59. Mahkeme *Dr. Miles* davasında 1628 tarihinde yayınlanan bir teze dayanmıştır, ancak 1911 tarihinde yaşayan bir imalatçıyı dikey fiyat kısıtlamalarını kullanması için motive edecek olan iş hayatına ilişkin sebepleri tartışmamıştır. Ancak, Sherman Yasası’nın “ticari kısıtlama” terimini kullanımı, “yalnızca teamül hukukunun “1890 yılında terime atfettiği durağan içeriğe değil teamül hukukunun kendisine atıf yapmaktadır”. *Business Electronics, supra*, sf 732. Devir ile ilgili genel kısıtlama, özellikle de Yargıç Hughes’un söz konusu terimi kullandığı çağda, burada kontrolü haiz olan sorudan ilgisiz bazı politik endişeleri ortaya çıkarma eğilimindedir. Menkul mallardan ziyade daha çok arsa ile bağlantılı olan kural, nesiller boyu gayrimenkulleri ticaret akışın dışına çıkartan kısıtlamalardan ortaya çıkmıştır. Mahkeme az ilgisi bulunan ve antika mahiyetindeki doktrinlere neticeyi belirleyici bir ağırlık yüklerken dikkatli olmalıdır. “Teamül hukukunun 400 veya hatta 100 yıl önceki durumunun nezdimizdeki konu: rekabet kanunlarının bugünün Amerikan ekonomisinde dikey dağıtım kısıtlamaları” üzerindeki etkisi ile ilgili olmadığını tekrar teyit ediyoruz. *GTE Sylvania*, 433 U. S., at 53, n. 21 (iç alıntı işaretleri silinmiştir).

Dr. Miles, ayrıca, imalatçının dağıtıcıları ile yaptığı dikey anlaşmalara rakip dağıtıcılar arasındaki yatay kümeleşmeler ile aynı şekilde davranmıştır. Bkz.220 U. S., sf 407-408. Ancak, daha sonraki davalarda, Mahkeme yatay kısıtlamalara uygulanan kurallara dayanma tutumunu reddetmiş ve dikey olanlara uygulanan kuralları kabul etmiştir. Bkz, örn., *Business Electronics, supra*, sf 734 (“yatay *per se* hukuka aykırılık ile dikey *per se* hukuka aykırılık arasındaki denklik nosyonunu” ortaya koymaktadır); *Maricopa County, supra*, sf 348, n. 18 (“yatay kısıtlamaların genellikle dikey kısıtlamalara göre savunulabilir olduğunu belirtmektedir). Yakın geçmişteki davalarımız, rekabet prensiplerini dikey ve yatay anlaşmalar arasındaki ekonomik etkilerin *Dr. Miles* davasında mahkemenin değerlendirmedeği farklar olan kabul edilen farklılıklarına göre formüle etmektedir. *Dr. Miles* davasının temel aldığı gerekçeler *per se* kuralını doğrulamamaktadır. Bunun neticesinde, ilk olarak, minimum yeniden satış fiyatı belirlemeye yönelik dikey anlaşmaların ekonomik etkilerinin incelenmesi ve *per se* kuralının buna rağmen uygun olup olmadığının belirlenmesi gerekmektedir. Bkz. *Business Electronics*, 485 U. S., sf 726.

A

Her ne kadar tartışmanın iki tarafı da durumunu destekleyici kaynaklar bulabilecek olsa da, burada ekonomik literatürün bir imalatçı tarafından yeniden satış fiyatının tespitinin uygulanmasına ilişkin olarak rekabeti arttırıcı oldukları yönündeki gerekçelendirmeler bakımından dolgun olduğunu söylemek yeterli olacaktır. Bkz, örn., Ekonomistler için Dilekçe, *Amici Curiae* (mahkemede yargıcın tereddüt ettiği hususlarda kendisine yardımcı olan mahkeme dışı kişi) 16 (“Teorik literatürde, minimum [yeniden satış fiyatının tespitinin] rekabeti arttırıcı etkileri olabileceği ve muhtelif piyasa koşullarında rekabete aykırı etkilerinin

olmasının muhtemel olmadığı hususu esasen tartışılmamıştır); Birleşik Devletler için Dilekçe, *Amicus Curiae* 9 (“Bir imalatçının mallarının satılacağı fiyatı kontrol etmesine izin verilmesinin markalar arası rekabeti ve muhtelif yollardan tüketicinin refahını ilerletebileceği yönünde geniş çaplı bir mutabakat söz konusudur”); *Law and Economics of Product Distribution* 76) (2006) (“[yeniden satış fiyatının tespiti] ile ilgili ekonomik literatürün çoğunluğu bunların rekabete aykırı amaçlardan çok etkinliği zenginleştirmek amacıyla kullanılmasının daha muhtemel olduğunu ileri sürmektedir”; ayrıca bkz, H. Hovenkamp, *The Antitrust Enterprise: Principle and Execution* 184-191 (2005) (bundan böyle Hovenkamp olarak anılacaktır); R. Bork, *The Antitrust Paradox* 288-291 (1978) (bundan böyle Bork olarak anılacaktır). Yeniden satış fiyatının tespiti ile ilgili daha şüpheli olanlar dahi bunların rekabeti arttırıcı etkilerinin olabileceğini kabul etmektedir. Bkz, örn., William S. Comanor et al için Dilekçe., *Amici Curiae* 3 (“[yeniden satış fiyatının tespitinin] etkilerinin çeşitliliği nedeniyle, kişinin *per se* yaklaşımındansa muhakeme kurallarının daha garantili olduğu tutumunu benimsemesi makuldür”); F.M. Scherer & D. Ross, *Industrial Market Structure and Economic Performance* 558 (3d baskı 1990) (bundan böyle Scherer & Ross olarak anılacaktır) (“[yeniden satış fiyatının tespiti] faydaları ve maliyetleri arasındaki genel denge muhtemelen birbirine yakındır”).

Yeniden satış fiyatının tespitinin rekabete ilişkin etkilerini belgeleyen yakın zamanda yapılan az sayıdaki çalışma uygulamanın *per se* kuralı ile ilgili kriteri yerine getirdiği şeklindeki sonuca şüphe düşürmektedir. Bkz.T. Overstreet, *Resale Price Maintenance: Economic Theories and Empirical Evidence* 170 (1983) (bundan böyle Overstreet olarak anılacaktır) (“[Yeniden satış fiyatının tespitinin etkin kullanımlarının açık bir şekilde olağan dışı veya seyrek olmadığını belirtmektedir”); ayrıca bkz. Ippolito, *Resale Price Maintenance: Empirical Evidence From Litigation*, 34 J. Law & Econ. 263, 292-293 (1991) (bundan böyle Ippolito olarak anılacaktır). Dikey fiyat kısıtlamalarına ilişkin gerekçeler diğer dikey kısıtlamalar ile ilgili olanlara benzemektedir. Bkz. *GTE Sylvania*, 433 U. S., sf 54-57. Minimum yeniden satış fiyatının tespiti, -aynı markayı satan - perakendeciler arasındaki rekabeti azaltmak suretiyle -aynı türden ürünlerin farklı markalarını satan imalatçılar arasındaki - markalar arası rekabeti teşvik edebilir. Bkz.*id.*, sf 51-52. markalar arası rekabetin teşvik edilmesi önemlidir, zira “rekabet hukukunun birincil amacı [bu tür] rekabeti korumaktır”, *Khan*, 522 U. S., sf 15. Tek bir imalatçının dikey fiyat kısıtlamaları kullanması markalar arası fiyat rekabetini ortadan kaldırma eğilimindedir; bu durum, karşılığında, perakendecileri imalatçının pozisyonuna rakip imalatçılar karşısında yardımcı olacak maddi ve gayri maddi hizmetlere veya tanıtım çabalarına yatırım yapmaya teşvik eder. Yeniden satış fiyatının tespiti aynı zamanda tüketicilere düşük-fiyat, düşük-hizmet markaları; yüksek-fiyat, yüksek-hizmet markaları ve ikisi arasında kalan markalar arasında seçim yapma konusunda daha fazla seçenek verme potansiyeline sahiptir. Dikey fiyat kısıtlamalarının olmaması halinde, markalar arası rekabeti zenginleştiren perakende hizmetler kapasitesinin altında sağlanıyor olabilir. Bunun nedeni, indirim yapan perakendecilerin hizmet sağlayan perakendecilerin çabalarının üzerine konabilir (*free ride* / bedavacılık) ve daha sonra söz konusu

hizmetlerin yarattığı arzın bir kısmını kendisine çekebilir. *GTE Sylvania, supra*, sf 55. Tüketiciler örneğin, güzel showroamlara yatırım yapan, ürün gösterimleri sunan veya bilgili çalışanları istihdam eden ve eğiten bir perakendeciden imalatçının ürünlerinin faydaları hakkında bir şeyler öğrenebilirler. R. Posner, *Antitrust Law* 172-173 (2. baskı 2001) (bundan böyle Posner olarak anılacaktır). Veya tüketiciler yüksek kaliteli mal sattığı yönünde itibar sahibi olan bir perakende kuruluşunda gördüklerinden dolayı o ürünü satın almaya karar verebilirler. Marvel & McCafferty, *Resale Price Maintenance and Quality Certification*, 15 Rand J. Econ. 346, 347-349 (1984) (bundan böyle Marvel & McCafferty). Eğer tüketici yapabilirse, ürünü, hizmet vermek veya kalite itibarını geliştirmek için sermaye harcamadığından dolayı indirim yapan bir perakendeciden alacaktır, yüksek kalite sunan perakendeci satışlarını indirim yapana kaybedecek, kendisi de hizmetlerini tüketicilerin aksi takdirde tercih edecek oldukları seviyeden düşük bir seviyeye kısma zorlanacaktır. Minimum yeniden satış fiyatının tespiti sorunu yatıştırmaktadır zira indirim yapanın hizmet sağlayıcıdan fazladan kısma gitmesini önlemektedir. Azalan fiyat rekabeti ile imalatçının perakendecileri aralarında hizmetler üzerinden rekabet edeceklerdir.

Yeniden satış fiyatının tespiti ayrıca yeni firma ve markaların piyasaya girmesini kolaylaştırarak markalar arası rekabeti arttırabilir. “Yeni imalatçılar ve yeni piyasalara giren imalatçılar, kısıtlamaları, ehliyetli ve agresif perakendecilerin tüketici tarafından bilinmeyen ürünlerin dağıtımını için genellikle gerekli olan sermaye ve işçi yatırımı türünden yatırımı yapmalarına sebep olmak için kullanabilirler.” *GTE Sylvania, supra*, sf 55; bkz. Marvel & McCafferty 349 (bir perakendecinin itibarına dayanmanın “imalatçının markasının daha bilinir hale gelmesi ile azalacağını, böylelikle [yeniden satış fiyatının tespitinin] yeni giriş yapanlar için özellikle önemli bir rekabet aracı haline geleceğini” belirtmektedir). Yeni ürünler ve yeni markalar dinamik bir ekonomi açısından esastır ve eğer piyasalar yeniden satış fiyatların korunmasını kullanmak suretiyle hareketlendirilebiliyorsa o zaman rekabeti arttırıcı bir etki söz konusudur.

Yeniden satış fiyatının tespiti aynı zamanda, herhangi bir bedel ödemeksizin dışsallık elde edilmesi (*free riding*) olmasa dahi verilmeyecek olan perakende hizmetleri teşvik etmek suretiyle de markalar arası rekabeti arttırabilir. Bir imalatçının perakendeci ile perakendecinin yapmak zorunda olduğu farklı hizmetleri belirleyen bir sözleşme yapması ve bunu icra etmesi zor olabilir ve etkin olmayabilir. Perakendeciye garantili bir marj teklif etmek ve beklentileri karşılamadığı takdirde fesih ile tehdit etmek, perakendecinin performansını teşvik etmek ve değerli hizmetler sağlamak konusunda kendi inisiyatif ve deneyimini kullanmasına müsaade etmek imalatçının piyasa payını artırması için en etkin yol olabilir. Bkz. Mathewson & Winter, *The Law and Economics of Resale Price Maintenance*, 13 Rev. Indus. Org. 57, 74-75 (1998) (bundan böyle Mathewson & Winter olarak anılacaktır); Klein & Murphy, *Vertical Restraints as Contract Enforcement Mechanisms*, 31 J. Law & Econ. 265, 295 (1988); ayrıca bkz. Deneckere, Marvel, & Peck, *Demand Uncertainty, Inventories, and Resale Price Maintenance*, 111 Q. J. Econ. 885, 911 (1996) (yeniden satış fiyatının

tespitinin perakendecileri belirsiz tüketici talepleri karşısında imalatçının mallarına ilişkin yeterli envanteri stoklamak üzere motive etmek açısından yararlı olabileceğini belirtmektedir).

B

Minimum yeniden satış fiyatı belirleyen dikey anlaşmaların rekabeti arttırıcı gerekçeleri olabilse de, diğer durumlarda rekabete aykırı etkileri de olabilir ve yalnızca monopol karı elde etmek için tasarlanan hukuka aykırı fiyat belirleme her zaman mevcut olan bir cazibedir. Yeniden satış fiyatının tespiti, örneğin bir imalatçı kartelini kolaylaştırabilir. Bkz. *Business Electronics*, 485 U. S., sf 725. Hukuka aykırı bir kartel, bazı imalatçıların kartelin sabit fiyatından sapıp sapmadıklarını bulmaya çalışacaktır. Yeniden satış fiyatının tespiti kartelin teklif ettikleri daha düşük fiyatlardan fayda sağlayan, fiyat kısıtlayan imalatçıları tespit etmesinde yardımcı olabilir. Yeniden satış fiyatının tespiti ayrıca bir imalatçıyı tüketicilere karşı daha ucuz fiyata ilişkin birlikte var olan menfaati ile perakendecilere karşı fiyat kıstak bakımından şevkini kırabilir. Bkz. *ibid.*; ayrıca bkz. Posner 172; Overstreet 19-23.

Dikey fiyat kısıtlamaları ayrıca “perakendeciler seviyesinde kartel oluşturmak için de kullanılabilir.” *Business Electronics, supra*, sf 725-726. Bir grup perakendeci tüketicilere karşı fiyatları belirlemek için birlikte gizli anlaşmalar yapabilir ve daha sonra yeniden satış fiyatının tespiti ile hukuka aykırı düzenlemeye yardım etmek için bir imalatçı ile gizli anlaşmalara girebilirler. Bu durumda imalatçı uygulamayı hizmetleri tetiklemek için veya markasını tanıtmak için değil etkin olmayan perakendecilere yüksek karlar vermek için yürütmektedir. Daha iyi dağıtım sistemleri ve daha düşük maliyetli yapıları olan perakendeciler anlaşma ile düşük fiyat uygulamaktan korunmuş olacaklardır. Bkz. Posner 172; Overstreet 13-19. Tarihi örnekler bu olasılığın meşru bir endişe olduğunu ileri sürmektedir. Bkz, *örn.*, Marvel & McCafferty, *The Welfare Effects of Resale Price Maintenance*, 28 J. Law & Econ. 363, 373 (1985) (bundan böyle Marvel olarak anılacaktır) (Ulusal Perakende İlaç Satıcıları Birliğinin gücünün yeniden satış fiyatının tespitinin kullanılması için imalatçıları mecbur ettiğine ilişkin bir örnek vermektedir); Hovenkamp 186 (*Dr. Miles* davasındaki perakende ilaç satıcılarının kartel kurduklarını ve imalatçıları bunu icra etmekte kullandıklarını ileri sürmektedir).

Rakip imalatçılar veya rakip perakendeciler arasındaki fiyatı arttırmak için verimi azaltan veya rekabeti azaltan yatay bir kartel *per se* hukuka aykırıdır ve böyle olmalıdır. Bkz. *Texaco*, 547 U. S., sf 5; *GTE Sylvania*, 433 U. S., sf 58, n. 28. Minimum yeniden satış fiyatı belirleyen dikey anlaşma iki kartel türünden birini kolaylaştırmak amacıyla yapılmış olduğu cihette, bunun da muhakeme kuralları çerçevesinde hukuka aykırı kabul edilmesi gerekecektir. Bu tür sözleşme ayrıca yatay bir kartelin varlığını ispatlamaya yeltenen davacı açısından da yararlı bir delil olabilir.

Yeniden satış fiyatın belirlenmesi ayrıca güçlü bir imalatçı veya perakendeci tarafından kötüye kullanılabilir. Örneğin, dominant bir perakendeci maliyetleri azaltan bir yeniliği engellemek için yeniden satış fiyatının belirlenmesini talep edebilir. İmalatçı eğer perakendecinin dağıtım ağına erişmesinin gerekli olduğuna inanıyorsa perakendecinin dikey fiyat kısıtlamasına ilişkin taleplerini karşılamaktan başka fazla bir seçeneği olmadığını düşünebilir. Bkz.Overstreet 31; 8 P. Areeda & H. Hovenkamp, *Antitrust Law* 47 (2. baskı 2004) (bundan böyle Areeda & Hovenkamp olarak anılacaktır); cf. *Toys “R” Us, Inc. v. FTC*, 221 F. 3d 928, 937-938 (CA7 2000). Piyasa gücü olan bir imalatçı, kıyasen, yeniden satış fiyatın kısıtlanmasını perakendecilerine benzeri rakiplerin veya piyasaya yeni girenlerin ürünlerini satmamaları için bir teşvik üzere kullanabilir. Bkz, *örn.*, Marvel 366-368. Açık olması gerektiği üzere, dikey fiyat kısıtlamalarının potansiyel rekabete aykırı sonuçları göz ardı edilmemeli ve hafife alınmamalıdır.

C

Hukuka aykırı eylemin risklerine rağmen, yeniden satış fiyatının tespitinin “her zaman veya neredeyse her zaman rekabeti kısıtlama veya rekabeti azaltma eğiliminde olacağı” herhangi bir güven derecesi ile beyan edilemez, *Business Electronics, supra*, sf 723 (iç alıntı işaretleri silinmiştir). Minimum yeniden satış fiyatı belirleyen dikey anlaşmaların, oluşturuldukları koşullara bağlı olarak, ya rekabeti arttırıcı veya rekabete aykırı etkileri bulunmaktadır. Ve her ne kadar bu konu ile ilgili empirik deliller sınırlı olsa da, bunlar söz konusu anlaşmaların etkin kullanımlarının seyrek veya hipotezden ibaret olduğunu savunmamaktadırlar. Bkz.Overstreet 170; ayrıca bkz, *id.*, at 80 (Federal Ticaret Komisyonu tarafından 1965 ila 1982 yılları arasında açılan icra davalarının çoğunluğu için “[yeniden satış fiyatının tespitinin] kullanımının muhtemelen tedarikçilerini başarılı bir şekilde zorlayan muvazaalı dağıtıcılar tarafından motive edilmediğini” belirtmektedir); Ippolito 292 (benzeri bir sonuca varmaktadır). Kural önemli miktardaki rekabeti arttırıcı eylemi yasaklayacağından söz konusu anlaşmalar *per se* olarak suçlamaya uygun değildir. Davalı, buna rağmen, dikey fiyat kısıtlamalarının *per se* kuralının idari kolaylığı nedeniyle *per se* hukuka aykırı olması gerektiğini iddia etmektedir. Bkz, *örn.*, *GTE Sylvania, supra*, sf 50, n. 16 (“*per se* kuralının iş topluluğuna rehberlik sağlama ve dava tarafları ve adli sistem üzerindeki yükü en az indirme eğiliminde olduğunu” belirtmektedir). Söz konusu iddia, *per se* hukuka aykırılığın istisna olmaktan ziyade kural olduğunu ileri sürmektedir. Bu rekabet hukukumuzu yanlış yorumlamaktır. *Per se* kurallar idari maliyetleri düşürebilir ancak bu denklemin sadece bir tarafıdır. Bu kurallar ters etkili de olabilir. Bunlar, rekabet kanunlarının teşvik etmesi gereken rekabeti arttırıcı eylemleri yasaklayarak rekabet sisteminin toplam maliyetini arttırabilirler. Bkz.Easterbrook, *Vertical Arrangements and the Rule of Reason*, 53 *Antitrust L. J.* 135, 158 (1984) (bundan böyle Easterbrook olarak anılacaktır). Bunlar ayrıca meşru uygulamalara karşı yersiz davaları teşvik etmek suretiyle dava masraflarını arttırabilirler. Mahkeme bu nedenle idari “faydaların kendi başlarına *per se* kuralların yaratılmasını haklı kılmak için yeterli olmadığını” açıklamış, *GTE Sylvania*, 433 U. S., sf 50, n. 16, ve bunların kullanımını “açıkça rekabete aykırı” kısıtlamalara havale etmiştir, *id.*, sf 49-50. Eğer Mahkeme şu anda dikey fiyat

kısıtlamalarının idari masraflar temeline dayanarak *per se* hukuka aykırı olduğu sonucuna varacak olursa *per se* kuralının uygulanmasına ilişkin geleneksel “dikkat gerektiren standartları” bozmasak da içeriğini boşaltmış oluruz. *Id.*, sf 50. İdari masraflardaki herhangi bir muhtemel azalma tek başına *Dr. Miles* kurallarının gerekçesi olamaz.

Davalı, ayrıca, *per se* kuralların, bir dikey fiyat kısıtlamasının imalatçının malları için daha yüksek fiyatlara yol açabileceği için gerekçelendirilmiş olduğunu iddia etmiştir. Ayrıca bkz. *Overstreet 160* (“fiyat araştırmalarının [yeniden satış fiyatının tespitini] pek çok durumda satılan ürünlerin fiyatlarını arttırdığını gösterdiğini” belirtmektedir). Davalı, rekabete aykırı bir eylemin varlığı gösterilmeden fiyatlandırma etkilerine dayanmakla hata yapmıştır. Cf. *id.*, sf 106 (fiyat araştırmalarının “bizlere [yeniden satış fiyatının tespitinin] refaha ilişkin etkileri ile ilgili herhangi nihai bir şey söylemediğini, zira sonuçların genellikle hem rekabeti artırıcı hem de rekabeti sınırlayıcı teoriler ile tutarlı olduğunu” açıklamaktadır). Hâlihazırda belirtildiği üzere, rekabet kanunları birincil olarak, sonucunda daha düşük fiyatlara neden olabilecek olan markalar arası rekabeti korumak amacıyla tasarlanmıştır. Bkz. *Khan*, 522 U. S., sf 15. Ayrıca, Mahkeme, her ne kadar rekabeti artırıcı etkilerin tanıtılması esnasında fiyatlar artabilecek olsa da, diğer dikey kısıtlamaları da muhakeme kuralları çerçevesinde değerlendirmiştir. Bkz. *örn., Business Electronics*, 485 U. S., sf 728. Ve yeniden satış fiyatının tespiti imalatçıların *per se* hukuka aykırı olmayan yeniden satış fiyatları kontrol etmek üzere masraf-yalancı alternatiflere başvurması halinde fiyatları düşürebilecektir. Bkz. *infra*, at 22-25; ayrıca bkz. *Marvel 371*.

Davalının iddiası ayrıca imalatçıların ve tüketicilerinin menfaatlerinin genellikle perakendecilerin kar marjları bakımından aynı doğrultuda olduğunu göz ardı etmektedir. Bir imalatçının perakendecilere uyguladığı fiyat ile perakendecilerin tüketicilere uyguladığı fiyat arasındaki fark, imalatçının, diğer herhangi bir maliyet gibi en aza indirmek isteyeceği olduğu dağıtım maliyetlerinin bir kısmını temsil eder. Bkz. *GTE Sylvania*, 433 U. S., sf 56, n. 24; ayrıca bkz. *id.*, at 56 (“Ekonomistler ... imalatçıların ürünlerinin etkin dağıtımını ile tutarlı olan mümkün olduğunca fazla marka rekabetinin korunmasında ekonomik bir menfaatleri olduğunu iddia etmişlerdir”). Bir imalatçının perakendecilerin haksız marjlarını gereğinden fazla tazmin etmek gibi bir saiki bulunmamaktadır. Yüksek yeniden satış fiyatlardan imalatçılar değil, perakendeciler kazanç sağlar. İmalatçı çoğunlukla kaybeder; markalar arası rekabet edebilirliğini ve piyasa payını düşürür, zira tüketiciler ürünü “aynı ürünün farklı bir markası ile ikame edeceklerdir”. *Id.*, sf 52, n. 19; bkz. *Business Electronics*, *supra*, sf 725. Bu nedenler, genel bir husus olarak, tek bir imalatçı yalnızca “zenginleştirilmiş hizmetten kaynaklanan talep artışının.....yüksek yeniden satış fiyatına ilişkin talep üzerindeki olumsuz etkiyi fazlasıyla telafi edecek olması halinde” minimum yeniden satış fiyatı belirlemek isteyecektir. Mathewson & Winter 67.

Davalının durumunun etkileri geniş kapsamlıdır. İmalatçının aldığı ve uyumlu eylem ile icra ettiği kararların çoğu daha yüksek fiyatlara sebep olabilir. Örneğin

bir imalatçı ürün kalitesini arttırmak için daha iyi girdiler almak için muhtelif tedarikçilerle sözleşme yapabilir, veya ürünlerinin bilinirliğini tanıtmak için bir reklam ajansı tutabilir. Ancak hiç kimse bu eylemlerin Sherman Yasası'nı ihlal ettiğini düşünmeyecektir, zira bunlar yüksek fiyatlara yol açar. Rekabet kanunları imalatçıların tüketicilerin hakkında bilgi sahibi olmadığı veya istemediği markasız ürünler üretmesini gerekli kılmakta değildir. İmalatçı ürün kalitesini geliştirmeye veya markasını tanıtmaya çabalamaktadır, zira söz konusu eylemin yüksek fiyatlara rağmen talep artışına yol açacağına inanmaktadır. Aynı şey yeniden satış fiyatının tespiti bakımından da doğru olabilir.

Yeniden satış fiyatının tespitinin ekonomik tehlikeleri olduğu doğrudur. Eğer muhakeme kuralları dikey fiyat kısıtlamalarına uygulanacak olursa, mahkemeler bunları rekabete aykırı kullanımlarını piyasadan kaldırmak bakımından özen göstermeleri gerekecektir. Bu gerçekçi bir amaçtır ve soruşturmaya ilişkin bazı faktörler söz konusudur. Örneğin, belirli bir endüstride uygulamayı yapan imalatçıların sayısı önemli bir yol gösterici olabilir. Yalnızca piyasa gücü bulunmayan az sayıda imalatçı uygulamayı benimsemişse, bunun, daha sonradan rakip imalatçılar tarafından fiyat kırılmasına sebep olacak bir imalatçı kartelini kolaylaştırması ihtimali düşüktür. Bkz.Overstreet 22; Bork 294. Aynı şekilde, yalnızca rekabetçi bir piyasadaki tek bir imalatçının yeniden satış fiyatının tespitini uygulaması halinde perakende kartelinin oluşması muhtemel değildir. markalar arası rekabet, tüketicileri daha düşük fiyatlı ikame ürünlere yönlendirecek ve perakendecilerin tek bir marka üzerinde yaptıkları fiyat belirleme anlaşmasından elde edebilecekleri herhangi bir kazancı ortadan kaldıracaktır. Bkz.Posner 172; Bork 292. Aksine çok sayıda rakip imalatçının benimsemesi halinde yeniden satış fiyatının tespiti daha dikkatli bir tetkike konu olmalıdır. Cf. Scherer & Ross 558 (“[yeniden satış fiyatının tespitinin] bir endüstrinin çıktılarının büyük bölümünü kapsayacak şekilde yaygınlaşması, tüketicilere yüksek-hizmet ve düşük-fiyat pazarları arasında anlamlı bir seçim yapmaktan mahrum bırakması haricinde [yeniden satış fiyatının tespiti düzenlemeleri] çoğunlukla muhtemelen zararsızdır” şeklinde belirtmiştir; Easterbrook 162 (“dikey düzenlemelerin potansiyel olarak rekabete aykırı olan her bir sonucunun uygulamadaki teklife dayandığını” ileri sürmektedir).

Kısıtlamanın kaynağı da önemli bir değerlendirme konusu olabilir. Eğer perakendecilerin dikey fiyat kısıtlaması ile ilgili güç oldukları hususunda deliller söz konusu ise, kısıtlamanın bir perakendeci kartelini kolaylaştırması veya dominant veya etkin olmayan bir perakendeciyi desteklemesi ihtimali daha yüksektir. Bkz.William S. Comanor et al. için Dilekçe, *Amici Curiae*. Aksine, imalatçı politikayı perakendecinin baskısı söz konusu olmadan benimsemiş ise, kısıtlamanın rekabete aykırı eylemi teşvik etme ihtimali daha düşüktür. Cf. Posner 177 (“bütün fark minimum yeniden satış fiyatlarının satış noktası hizmetlerini uyandırmak için mi yoksa dağıtıcılar tarafından monopol karı elde etmek için mi uygulandığı hususunda yatar”). Bir imalatçı etkin olmayan perakendeci tarafından

uyarılan fiyatı protesto etmek saiki içindedir, zira bu kendisinin rekabetçi pozisyonuna zarar verebilir.

Son bir husus olarak, dominant bir imalatçının veya perakendecinin yeniden satış fiyatının tespitinin rekabete aykırı amaçlarla kötüye kullanması, ilgili kuruluşun piyasa gücü bulunması dışında ciddi bir endişe yaratmayabilir. Eğer bir perakendecinin piyasa gücü yoksa imalatçıların ürünlerini rakip perakendecilere satmaları muhtemeldir. Ayrıca bkz. *Business Electronics, supra*, sf 727, n. 2 (“perakende piyasa gücünün markalar arası ve diğer dağıtıcılar arasındaki rekabetin olağan mevcudiyetinden dolayı ender olduğunu” belirtmektedir). Ve eğer bir imalatçının piyasa gücü yoksa uygulamayı rakiplerini dağıtım satış noktalarından uzak tutmak için kullanması ihtimali daha az söz konusudur. Muhakeme kuralları piyasadan rekabete aykırı işlemleri ayıklamak üzere tasarlanmıştır ve kullanılmaktadır. Söz konusu standart prensip dikey fiyat kısıtlamalarına uygulanır. Minimum yeniden satış fiyatları belirleyen dikey bir anlaşmadan zarar gördüğünü iddia eden taraf, genel bir husus olarak, anlaşmanın varlığını ve işletme kapsamını gösteren mevcut bilgi ve kaynaklara sahiptir. Mahkemeler kararlarını verdikleri süreçte muhakeme kurallarını uygulayarak söz konusu kısıtlamaların etkilerini değerlendirmek konusunda deneyim kazandıkça, kuralın rekabete aykırı kısıtlamaları piyasadan elemek ve işlere daha fazla rehberlik etmek üzere işlemlerini temin etmek üzere bir dava takip yapısı oluşturabileceklerdir. Mahkemeler, örneğin, zaman içinde, muhakeme kurallarını adil ve rekabete aykırı kısıtlamaları yasaklamada ve rekabeti arttırıcı olanları teşvik etmekte etkin bir yol haline getirmek için delil veya hatta haklı olduğu cihette varsayım ileri sürme ile ilgili kuralları düzenleyebilir.

Yukarıda belirtilen tüm nedenlerden ötürü, Mahkeme'nin orijinal bir husus olarak konuyu değerlendirirken, dikey fiyat kısıtlamalarının yargılamasında *per se* hukuka aykırılıktan ziyade muhakeme kurallarının uygulanacak uygun standart olacağını düşünmekteyiz.

IV

Dr. Miles davası neredeyse bir asırlık olduğundan temiz bir tahtaya yazı yazmamaktayız. Dolayısıyla söz konusu davanın muhafaza edilmesi ile ilgili salt *stare decisis* dayanan bir tartışma söz konusudur. Her ne kadar *Dr. Miles* davası hatalı bir kural yaratmış dahi olsa “*stare decisis* pek çok hususta uygulanabilir bir hukuk kuralının oluşturulmasının söz konusu kuralın doğru oluşturulmasından daha önemli olduğuna ilişkin bir politika kararını yansıtmaktadır”. *Khan*, 522 U. S., sf 20 (iç alıntı işaretleri silinmiştir). Ve söz konusu kanunun yorumlanması olduğunda, yerleşik hukukun korunmasına ilişkin endişeler güçlüdür. Bkz, *örn.*, *Hohn v. United States*, 524 U. S. 236, 251 (1998). Ancak, önümüzdeki konu Sherman Yasası kapsamına girdiğinden *stare decisis* bu davada o kadar da önemli değildir. *Khan, supra*, sf 20 (“[Y]asama değişikliklerinin Kongre’ye bırakılmasına ilişkin genel varsayımın Sherman Yasası bakımından daha az gücü vardır”). Baştan beri Mahkeme Sherman Yasası’na bir teamül hukuku kanunu gibi davranmıştır. Bkz. *National Soc. of Professional Engineers v. United States*, 435

U. S. 679, 688 (1978); ayrıca bkz. *Northwest Airlines, Inc. v. Transport Workers*, 451 U. S. 77, 98, n. 42 (1981) (“Rekabet söz konusu olduğunda, federal mahkemeler.....federal kanunla düzenlenen diğer alanlara kıyasla daha fazla teamül hukuku mahkemeleri gibi davranırlar”). Nasıl ki teamül hukuku modern anlayışa ve daha fazla deneyime adapte oluyorsa, Sherman Yasası’nda yer alan “ticari kısıtlama(lar)” yasağı da var olan ekonomik koşulların dinamiklerini karşılamak üzere evirilmektedir. Muhakeme kuralları tarafından öngörülen dava bazında yargılama söz konusu teamül hukuku yaklaşımını benimsemiştir. Bkz. *National Soc. of Professional Engineers, supra*, sf 688. Aynı şekilde, *per se* hukuka aykırılık doktrininin sınırları hareket ettirilemez olmamalıdır. Zira “tek başına bir terim olarak “ticari kısıtlama”dan, içerisinde “muhakeme kurallarının” yeni koşullar ve yeni ilim ile birlikte evirildiği ancak *per se* hukuka aykırılık çizgisinin sonsuza kadar yerinde saydığı kronolojik olarak şizoid bir kanun yaratmak hiçbir anlam ifade etmeyecektir”. *Business Electronics*, 485 U. S., at 732.

A

Sonuç olarak, *stare decisis*, dikey fiyat kısıtlamalarına karşı *per se* kurallarına itaat etmeye devam etmemizi mecbur kılmamaktadır. Daha önce tartışıldığı üzere, ekonomik literatürdeki saygın otoriteler *per se* kuralının uygun olmadığını ve şu anda yeniden satış fiyatının tespitinin rekabeti arttırıcı etkileri olabileceğine yönelik geniş çaplı bir kabulün söz konusu olduğunu ileri sürmektedirler. Bkz, *örn.*, Ekonomistler için Dilekçe, *Amici Curiae* 16. Ayrıca, -yeniden satış fiyatının tespitinin uzun vadeli etkilerini değerlendirme ehliyetine sahip rekabet icra kurumları olan – hem Adalet Bakanlığı hem de Federal Ticaret Komisyonun bu Mahkeme’nin *per se* kuralını geleneksel muhakeme kuralları ile ikame etmesini tavsiye etmeleri de önem arz etmektedir. Bkz. Birleşik Devletler için Dilekçe, *Amicus Curiae* 6. Rekabet kapsamında, bir kararın “ciddi bir soru teşkil etmesi” gerçeği bunu tekrar değerlendirmemizi haklı kılmaktadır. *Khan, supra*, sf 21. Diğer değerlendirmeler *Dr. Miles* davasının bozulması gerektiği yönündeki sonucu desteklemektedir. En ilgili olanı belirtecek olursak; “sonraki davaların doktrinsel temellerini tehlikeye düşürdüğü durumlarda önceki içtihatlarımızı bozduk” *Dickerson v. United States*, 530 U. S. 428, 443 (2000). Mahkemenin dikey kısıtlamalara yönelik davranışı *Dr. Miles* davasındaki katı tutumdan uzaklaşarak gelişmiştir. Kendimizi görüşlerin gerekçelerinden uzaklaştırdık. Bkz. *supra*, sf 7-8; ayrıca bkz. *Khan, supra*, sf 21 (“altında yatan görüşler bu Mahkeme’nin içtihadı ile aşındırılması halinde” bir davanın bozulması); *Rodriguez de Quijas v. Shearson/American Express, Inc.*, 490 U. S. 477, 480-481 (1989) (aynı). Bu şaşırıcı değildir, zira dava Sherman Yasası’nın çıkartılmasından kısa bir süre sonra, Mahkeme’nin rekabet analizleri ile ilgili az bir deneyim sahibi olduğu sırada, karara bağlanmıştır. Ayrıca, *Dr. Miles* davasından yalnızca sekiz yıl sonra, Mahkeme kararı dizginlemiş, imalatçının yeniden satış fiyatı önerebileceğine ve bunlara uymayan dağıtıcılar ile iş yapmayı reddedebileceğine karar vermiştir. *Colgate*, 250 U. S., sf 307-308. Daha da yakın geçmişteki davalarda Mahkeme teamül hukuku yaklaşımını takip ederek, dikey kısıtlamalara ilişkin sıkı yasağını yumuşatmış, sınırlandırmış ve bozmuştur. 1977

yılında Mahkeme fiyat ile ilgili olmayan dikey kısıtlamalara ilişkin *per se* kuralını bozmuş yerine muhakeme kurallarını benimsemiştir. *GTE Sylvania*, 433 U. S., sf 57-59 (*United States v. Arnold, Schwinn & Co.*, 388 U. S. 365 (1967) kararını bozmuştur); ayrıca bkz.433 U. S., at 58, n. 29 (“dikey kısıtlamaların yararları piyasaya yeni giriş yapanlar ve kaybeden firmalar kategorileri ile sınırlandırılmamalıdır” şeklinde belirtmektedir). *GTE Sylvania* davasında bir dipnotta Mahkeme dikey fiyat kısıtlamaları ve fiyata ilişkin olmayan kısıtlamalar arasındaki farkların farklı hukuki muameleyi destekleyebileceğini ileri sürmüş olsa da, bkz.433 U. S., sf 51, n. 18, görüşün merkezi kısmı eşitsiz muameleyi “gerekçelendirmesi zor” bulan otorite ve iddialara dayanmaktadır, *id.*, sf 69-70 (White, J.,karara uymuştur).

Bu doğrultuda devam ederek 1980 yılındaki iki davada Mahkeme *Dr. Miles* davasının uzanacağı noktayı sınırlayan ve *GTE Sylvania* ve *Colgate* davalarında beyan edilen doktrinleri uzlaştıran hukuki kurallar tanımlamıştır. Bkz.*Business Electronics*, *supra*, sf 726-728; *Monsanto*, 465 U. S. sf 763-764. *Monsanto* davasında Mahkeme 1. madde kapsamında fiyat belirleme düzeni iddiasında bulunan rekabet davacısının, imalatçı ile dağıtımçıların bağımsız bir şekilde hareket etme ihtimalini ortadan kaldırma eğiliminde olan delil sunma zorunluluğunu ortaya koymuştur. *Id.*, sf 764. *Dr. Miles* davasının bozulması gerektiği yönündeki iddiaları reddeden Yargıç Brennan’ın uyuşan görüşünün tersine, bkz.465 U. S., sf 769, Mahkeme, hiç kimse aksini iddia etmediği için yeniden satış fiyatlarını belirleyen dikey anlaşmaların her zaman hukuka aykırı olması gerekip gerekmediği sorusunu “ele almayı reddetmiştir”. *id.*, sf 761-762, n. 7. *Business Electronics* davasında Mahkeme *Dr. Miles* davasının kapsamını daha da daraltmıştır. *Per se* kuralların yalnızca fiyat seviyeleri ile ilgili olarak belirli anlaşmalara uygulanacağına ve imalatçı ile dağıtıcı arasındaki fiyat kısıtlama bir dağıtıcıyı bitirmek için yapılan bir anlaşmaya uygulanmayacağına hükmetmiştir. 485 U. S., sf 726-727, 735-736. En son olarak, 1997 yılında, dikey azami fiyat belirleme anlaşmalarını yorumlar ve gerçek tecrübeler ışığında inceledikten sonra Mahkeme söz konusu anlaşmaların *per se* hukuka aykırı olduğu yönündeki 29 yıllık içtihadını bozmuştur. *Khan*, 522 U. S., sf 22 (*Albrecht v. Herald Co.*, 390 U. S. 145 (1968) kararını bozmaktadır). Bunların geleneksel muhakeme kuralları çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiğine hükmetmiştir. 522 U. S., sf 22. *Dr. Miles* davasındaki kararın kapsamını kısıtlamaya devam etmemiz ve diğer dikey kısıtlamalar ile ilgili yakın geçmişteki ele alış şeklimiz, *Dr. Miles* davasının muhafaza edilemeyeceği yönündeki sonucu doğrulamaktadır. *Dr. Miles* kuralı da, Mahkeme’nin diğer dikey kısıtlama davaları ile birlikte analiz edildiğinde ekonomik açıdan az bir anlam ifade etmekle prensip çerçeve ile tutarsızdır. Yeniden satış fiyatının tespitinin rekabeti artırıcı etkilerinin *Dr. Miles* davasını bozmak bakımından yeterli olmadığına karar verilmesi, *Colgate* davası ve *GTE Sylvania* davası gibi davaların sorgulanmasını gerektirecektir. Söz konusu daha sonraki tarihli davalar, her ne kadar daha az markalar arası rekabete yol açabilecek olsalar da, imalatçıların dikey fiyat kısıtlamaları ile ilişkili olan rekabeti artırıcı menfaatlerini diğer yöntemler vasıtasıyla teminat altına almalarına izin verdiğinden dolayı haklı gösterilebilir.

Ancak, diğ er yöntemler, belirli bir imalatç ının kurması ve sürdürmesi açısından daha az etkin olabilecektir. Nihai sonuç rekabeti ve tüketicinin refahını engellemektedir, zira imalatç ılar ikinci en iyi alternatifini kullanmaya zorlanmakta ve tüketicilerin daha aşağı uygulamaların artan giderlerine destek çı kmalarını gerekli kı lmaktadır.

İ malatç ının dikey fiyat kısıtlamaları ile sağ lanan menfaatlere benzer menfaatlere ulaş mak için bir takım meş ru seçenekleri bulunmaktadır. İ malatç ı tavsiye ettiğ i fiyatları takip etmeyen perakendeciler ile iş yapmayı reddetmeye ilişkin *Colgate* hakkını kullanabilir. Bkz.250 U. S., sf 307. Tek taraflı ve uyumlu fiyat belirlemenin ekonomik etkileri genelde aynıdır. Bkz, *örn., Monsanto*, 465 U. S., sf 762-764. İ malatç ı bakımından sorun, jürinin tek taraflı politikasının gerçekte dikey anlaş ma olduğ u sonucuna varabilecek olması ve tazminatını üç e katlayabilecek ve muhtemel cezai sorumluluğ a maruz bırakabilecek olmasıdır. *Ibid.*; *Business Electronics, supra*, sf 728. *Monsanto* ve *Business Electronics* davalarındaki katı standartlarla bile söz konusu tehlike, mantıklı imalatç ıların füz uli önlemler almasına yol açabilecektir ve aç mıştır. Bkz, *örn.*, PING, Inc. için Dilekçe, *Amicus Curiae* 9-18. Bir imalatç ı fiyatlandırma politikasını, hukukun giriftlikleri konusunda bilgili bir avukat vasıtasıyla olmadıkça, dağı tıcıları ile müzakere etmeyi reddedebilir. Veya bir açıklama aramaksızın uzun süredir var olan dağı tıcıları ile ilişkisine küçük ihlaller yüzünden son verebilir. Bkz.*ibid.* Söz konusu zahmetli önlemlerin ortaya çıkardığı artan maliyetler yüksek fiyatlar şeklinde tüketicilere yansır.

Ayrıca, sattığı ürünün türüne bağı lı olarak, bir imalatç ı, aşağı doğru entegre olmak ve ürünlerini doğ rudan tüketicilere satmak yoluyla yeniden satış fiyatının tespitinin rekabeti arttırıcı menfaatlerine ulaşabilir. *Dr. Miles* davası dikey entegrasyonun ve dikey anlaş maların görece maliyetlerini, bunlardan ikincisini gerç ek piyasa koş ulları değil *per se* kuralı temelinde daha çekici hale getirerek, eğ ebilir. Bkz.*Business Electronics, supra*, sf 725; genel olarak bkz.Coase, Şirketin Mahiyeti (*The Nature of the Firm*), 4 *Economica*, New Series 386 (1937). Söz konusu çarpıtma, başka türlü meydana gelmeyecek olan etkin olmayan ve tüketicilerin yine optimum-altı dağı tım stratejisinin sonuçlarına katlanmalarını gerektiren bir entegrasyona yol açabilir. Ve dikey fiyat kısıtlamalarının tersine entegrasyon tüm markalar arası rekabeti ortadan kaldırır. Bkz, *örn.*, *GTE Sylvania*, 433 U. S., sf 57, n. 26.

Ancak başka bir unsur söz konusudur. İ malatç ı dağı tıcılar üzerinde bölgesel kısıtlamalar getirebilir ve yalnızca bir dağı tıcının belirli bir bölgede ürünlerini satmasına müsaade edebilir. Söz konusu dikey fiyat dış ı kısıtlamaların dikey fiyat kısıtlamalarınıninkilere benzer etkileri olacağı; her ikisinin markalar arası rekabeti azaltacağı ve perakende hizmetlerini tetikleyebileceğ i hem davalarımız tarafından kabul edilmiş hem de ekonomik literatür tarafından teyit edilmiştir. Bkz, *örn.*, *Business Electronics, supra*, sf 728; *Monsanto, supra*, sf 762-763; ayrıca bkz.Ekonomistler için Dilekçe *Amici Curiae* 17-18. Cf. Scherer & Ross 560 (dikey fiyat dış ı kısıtlamaların “en azından yeniden satış fiyatının tespiti ile

tüketici üzerine yüklenen kadar ciddi olan verimsizliklere neden olabileceğini” belirtmektedir); Steiner, *How Manufacturers Deal with the Price-Cutting Retailer: When Are Vertical Restraints Efficient?*, 65 Antitrust L. J. 407, 446-447 (1997) (“rekabet hukukunun, dikey fiyat dışı kısıtlamaların *per se* hukuka aykırılığı ve muhakeme kuralları statüsünün aksine - [yeniden satış fiyatının tespiti] ile tüketicinin menfaatlerinin genellikle daha iyi fayda sağlandığını kabul etmesi gerektiğini” belirtmektedir). Aynı hukuki standart (*per se* hukuka aykırılık) yatay piyasa bölünmesi ve yatay fiyat belirlemeye de uygulanmaktadır, zira her ikisinin benzer ekonomik etkileri vardır. Aynı şekilde, dikey fiyat ve dikey fiyat dışı kısıtlamalar arasında uygulanan mevcut farklı muamele ile ilgili küçük bir ekonomik gerekçe söz konusudur. Ayrıca, dikey fiyat dışı kısıtlamaların, arzu edilen hizmetlere sebep olmak bakımından daha az etkin olduğu ortaya çıkabilir ve bunlar, hem fiyat hem hizmet rekabetini ortadan kaldırmak suretiyle dikey fiyat kısıtlamalarına kıyasla markalar arası rekabeti daha fazla azaltmaktadırlar. Bkz. Ekonomistler için Dilekçe *Amici Curiae* 17-18.

Toparlayacak olursak, bu imalatçıların sağlam iş amaçlarına ulaşmak için en iyi ikinci seçeneği seçmelerini gerekli kılarak, tüketicilerin menfaatine olmaktan ziyade, dikkatsizler için tuzaklar olarak işleyen hukuki ayırımlar yaratarak avukatların menfaatine hizmet eden defolu bir rekabet doktrinidir.

B

Davalının *Dr. Miles* davasının *stare decisis*e dayanarak onaylanmasına ilişkin iddiası da farklı bir sonucu gerektirmemektedir. Davalı dikey fiyat kısıtlamalarına ilişkin kongre eylemlerine bakmaktadır. 1937 yılında Kongre, dikey fiyat kısıtlamalarını, bir Eyalet tarafından çıkartılan bir adil ticaret yasası tarafından izin verildikleri takdirde hukuka uygun addeden Miller-Tydings Adil Ticaret Yasası’nı, 50 Stat. 693 çıkartmıştır. Onbeş yıl sonra, Kongre istisnayı bir imalatçı ile dağıtıcı arasında anlaşmaya taraf olmayan diğer dağıtıcılara karşı icra edilmek üzere akdedilen dikey fiyat belirleme anlaşmalarına izin verecek şekilde genişletmiştir. Ancak, 1975 yılında, McGuire Yasası, 66 Stat. 632. ile Kongre her iki Yasayı da yürürlükten kaldırmıştır. Tüketici Mallarının Fiyatlandırılması Yasası (*Consumer Goods Pricing Act*), 89 Stat. 801. Davalıya göre, 1975 yılında *Dr. Miles* kuralının dikey fiyat kısıtlamalarına uygulanması, Kongre’nin bu kuralı onayladığını göstermektedir. Böyle bir şey söz konusu değildir. Tüketici Mallarının Fiyatlandırılması Yasası’nın lafzı dikey fiyat kısıtlamaları için *per se* hukuka aykırılık kuralını kanunlaştırmamıştır. Bunları *per se* hukuka aykırı yapan kanuni hükümleri feshetmiştir. Kongre bir kez daha söz konusu kısıtlamaları Sherman Yasası’nın 1. maddesi kapsamı içine yerleştirmiştir. Ve belirtildiği üzere, Kongre, 1. maddenin mahkemelere teamül hukuku geleneği içinde “uygulanacak hukuki prensipleri geliştirme” ehliyeti vermesini amaçlamıştır. *Texas Industries, Inc. v. Radcliff Materials, Inc.*, 451 U. S. 630, 643 (1981); bkz. *Business Electronics*, 485 U. S., sf 731 (“ticari kısıtlamalar” teriminin değişen içeriği yürürlüğe girdiği esnada Sherman Yasası tarafından gayet iyi tanınmıştır”). Kongre, *Dr. Miles* kuralını bundan böyle değişmez kılabilirdi ama çok daha esnek bir seçeneği tercih etmiştir. Bizler, bu kararına, dikey fiyat kısıtlamalarını, tüm

kısıtlamalar gibi, rekabet doktrinlerimizin “yeni koşullar ve yeni ilim ile evirildiği” prensibi de dahil olmak üzere geleneksel 1. madde prensiplerine uygun olarak analiz etmek suretiyle uyuyoruz. *Business Electronics, supra*, sf 732; ayrıca bkz.Easterbrook 139. Muhakeme kuralları ayrıca Tüketici Mallarının Fiyatlandırılması Yasası ile tutarlı değildir. Daha önceki kongre tarafından benimsenen istisnanın aksine, dikey fiyat kısıtlamalarını *per se* hukuka uygun olarak ele almamaktadır. Bu bakımdan bir önceki istisnanın gerekçeleri aydınlatıcıdır.

Bunun amacı “Kongrenin aksi halde piyasadan büyük hacimli indirim mağazaları tarafından atılacağını düşündüğü küçük perakende kuruluşlarının Eyaletler tarafından korumasını mümkün kılmaktır” *California Retail Liquor Dealers Assn. v. Midcal Aluminum, Inc.*, 445 U. S. 97, 102 (1980). Eyalet adil ticaret kanunları da benzer temellerde gerekçelendirilmiş görülmektedir. Bkz.Areeda & Hovenkamp 298. Sherman Yasası söz konusu hükümlerin ardındaki mantığa yabancıdır. Rekabet ve tüketicinin refahından ayrılmış bir şekilde bunlar etkin olmayan küçük perakendecileri rekabet etme kapasitesizliklerinden korumak üzere tasarlanmıştır. Rekabet kanunlarının amacı ise aksine, “rakiplerin değil rekabetin korunmasıdır” *Atlantic Richfield Co. v. USA Petroleum Co.*, 495 U. S. 328, 338 (1990) (iç alıntı işaretleri silinmiştir). Kongrenin istisnayı önceki rekabete aykırı eylemi teşvik etme yönündeki önceki uygulamasını sona erdirmek için bazı dikey fiyat kısıtlamaları bakımından yürürlükten kaldırdığı sürece, muhakeme kuralları da aynı amacı teşvik eder.

Davalı ayrıca 1980lerin ortalarında yapılan ve Kongrenin Adalet Bakanlığı veya Federal Ticaret Komisyonu’nun *Dr. Miles* davasını bozmayı savunmak için fon kullanmasına izin vermediği bazı kongresel tahsisatlara da dayanmaktadır. Bkz, *örn.*, 97 Stat. 1071. Bu iddiayı irdelemek için durmamız gerekmemektedir. Fonlamaya ilişkin koşullar artık söz konusu değildir, bkz, *e.g.*, Birleşik Devletler için Dilekçe, *Amicus Curiae* 21, ve bunlar olsa olsa muğlaktır. *Dr. Miles* davasına ilişkin kongresel onayı gösterebilecekleri gibi başka bir önerme de ortaya koyabilirler: Kongre kuralı kanunlaştıran bir mevzuat çıkartmamış ve bunun yerine kısa vadeli bir taviz vermiştir. Dayanılan menfaatler bizlerin *Dr. Miles*’i tekrardan onaylamasını gerektirmemektedir. Emin olmak için, adli görüşe dayanmak buna uymak için yeterli bir sebeptir, *Payne v. Tennessee*, 501 U. S. 808, 828 (1991), özellikle de “mülkiyet ve sözleşme haklarını içeren davalarda” *Khan*, 522 U. S., sf 20. Ancak, buradaki dayanılan menfaatler, *Khan* davasındaki dayanılan menfaatler gibi etkin olmayan bir kuralı gerekçelendiremez, özellikle de kuralın darlığı imalatçıların başka yollardan minimum yeniden satış fiyat belirlemelerine müsaade etmekteyken. Ve her ne kadar *Dr. Miles* kuralı uzun zamandır mevcut olsa da, yeniden satış fiyatının tespiti Eyaletlerin büyük çoğunluğunda geçtiğimiz yüzyılın büyük bir kısmı boyuca, 1975 yılına kadar adil ticaret kanunları çerçevesinde hukuka uygundur. Ayrıca, söz konusu süre içinde “[Birleşik Devletler’deki] hukuki çevre [yeniden satış fiyatının tespiti] için en elverişli halde iken, [yeniden satış fiyatının tespiti] sözleşmeleri yapan imalatçıların küçük bir parçadan fazla olmadığı da not edilmelidir. Overstreet 6;

ayrıca bkz.*id.*, sf 169 (“tüketici malları satın alımlarının yüzde onundan azını oluşturan imalatçıların yüzde birinden azı herhangi bir anda herhangi bir yılda [Birleşik Devletler’de] [yeniden satış fiyatının tespiti] sözleşmesi yapmıştır” şeklinde belirtmektedir); Scherer & Ross 549 (Altın çağında [yeniden satış fiyatının tespiti] ile kapsanan Birleşik Devletler perakende satışlarına ilişkin kısmın muhtelif olarak yüzde 4 ila 10 arasında olduğu tahmin edilmektedir” diye belirtmektedir). Tüketiciler ucuz mal talep ettikçe, dikey fiyat kısıtlamalarının muhakeme kuralları çerçevesinde yargılanması piyasanın bunları sağlamasını önlemeyecektir. Cf. Easterbrook 152-153 (“S.S. Kresge’in (eski KMart) imalatçıların en özgür olduğu günlerde en gözde olduğunu” zira “indirim mağazalarının pek çok müşterinin değer verdiği fiyat ve hizmet kombinasyonu sunduğunu” ve “işlemlerdeki kısıtlamalara ilişkin hiçbir şeyin tüketicilerin düşük fiyatları bulma ehliyetini tehdit etmediğini” belirtmektedir); Scherer & Ross 557 (“çoğunlukla, [Tüketici Mallarının Fiyatlandırılması Yasası’nın] etkilerinin algılanabilir olmadığını zira rekabetin güçlerinin [önceki rekabet istisnasını] kendi sessiz yolundan çöktürdüğü” belirtmektedir).

Bu nedenlerle, Mahkeme’nin *Dr. Miles Medical Co. v. John D. Park & Sons Co.*, 220 U. S. 373 (1911) davasındaki kararı şu anda bozulmaktadır. Dikey fiyat kısıtlamaları muhakeme kurallarına göre yargılanacaktır.

V

Leegin’in başkanının Brighton satan perakende mağazalarında hissedarlık menfaati bulunmasının hiçbir yanı davalı tarafından Leegin’in rakip perakendeciler arasındaki hukuka aykırı bir yatay kartele iştirak ettiği şeklinde iddia edilmemiştir. Davalı bu iddiayı alt derece mahkemeleri nezdinde ileri sürmemiştir ve biz de burada bu hususu değerlendirmiyoruz. Temyiz Mahkemesi’nin kararı iptal edilmiş ve bu dava bu görüş ile tutarlı bir şekilde yargılama için iade edilmiştir. Bu yönde karar verilmiştir.

Yargıç Stevens, Yargıç Stevens, Yargıç Souter ve Yargıç Ginsburg’un de katıldığı Yargıç Breyer karşı görüş belirtmiştir. *Dr. Miles Medical Co. v. John D. Park & Sons Co.*, 220 U. S. 373, 394, 408-409 (1911) davasında bu Mahkeme bir tescilli ilaç imalatçısı ile dağıtıcıları arasındaki ilaçlarının satılabileceği minimum fiyatı belirlemeye ilişkin anlaşmanın “[Sherman Yasası’nın, 15 U.S.C. 1. maddesi] tahtında... geçersiz” olduğuna karar vermiştir. Bu Mahkeme sürekli olarak *Dr. Miles* davasını, minimum yeniden satış fiyatı belirleyen anlaşmaların *per se* hukuka aykırı olduklarına ilişkin net bir kural ortaya koyan bir dava olarak okumuştur. Bkz, *örn.*, *United States v. Trenton Potteries Co.*, 273 U. S. 392, 399-401 (1927); *NYNEX Corp. v. Discon, Inc.*, 525 U. S. 128, 133 (1998). Söz konusu *per se* kuralı, hukuk mesleğinin, işin ve kamunun bir yüzyıla yakın bir süre dayandığı bir kuraldır. Bugün Mahkeme, mahkemelerin minimum yeniden satış fiyatının tespitini, net *per se* kuralı çerçevesinde değil koşullara özel “muhakeme kurallarını” uygulayarak belirlemek zorunda olduğuna karar vermektedir. *Ante*, sf 28. Ve bunu yaparak *Dr. Miles* kararını bozmaktadır.

Mahkeme olağan *stare decisis* unsurlarından ayrılmasını, rekabet literatüründe yarım yüzyıla yakın bir süredir mevcut olan iyi bilinen bir takım tartışmalara işaret ederek gerekçelendirmektedir. Bkz. *ante*, sf 10-12. Kongre tekrar tekrar *per se* kuralını bozulması için söz konusu tartışmalarda yetersiz gerekçe bulmuştur. Bkz, *örn.*, H. R. 10527 et al. davasının Eyaletler Arası ve Yabancı Ticaret Parlamento Komitesi'nin Ticaret ve Finans Alt Komitesi nezdindeki duruşmaları, 85th Cong., 2d Sess., 74-76, 89, 99, 101-102, 192-195, 261-262 (1958). Ve benim görüşüme göre, Mahkeme'nin şu anda son derece yerleşik bir hukuki içtihadı bozmasını gerektirmemektedir.

I

Sherman Yasası, özellikle özel şirketler arasındaki anlaşmalar ile icra edilen, rekabete aykırı uygulamaların olmadığı bir piyasa korumaya çalışmaktadır. Hukuk özel kısıtlamaların olmadığı söz konusu piyasanın düşük fiyatları, daha iyi ürünleri ve tüketicilerin tipik olarak arzu edeceği daha etkin bir üretim sürecini doğuracağını varsaymaktadır. Belirli uygulamaların hukuka uygunluklarını belirlerken, mahkemeler genellikle “muhakeme kurallarını” uygularlar. Uygulamanın hem muhtemel rekabete aykırı etkilerini hem de bunun lehe iş gerekçelerini incelerler. Bkz, *örn.*, *National Collegiate Athletic Assn. v. Board of Regents of Univ. of Okla.*, 468 U. S. 85, 109-110, ve n. 39 (1984); *National Soc. of Professional Engineers v. United States*, 435 U. S. 679, 688-691 (1978); *Board of Trade of Chicago v. United States*, 246 U. S. 231, 238 (1918). Buna rağmen, bazen belirli bir uygulamanın muhtemel rekabete aykırı sonuçları öylesine ciddidir ve potansiyel gerekçelendirmeler öylesine azdır ki (veya *örn.* ispatı öylesine zordur ki) mahkemeler salt “muhakeme kuralları” yaklaşımından ayrılmıştır. Ve bazen bu Mahkeme, mahkemelere her zaman (veya neredeyse her zaman) uygulamayı hukuka aykırı bulması talimatını veren *per se* hukuka aykırılık kuralını dayatmıştır. Bkz, *örn.*, *NYNEX, supra*, sf 133; *Arizona v. Maricopa County Medical Soc.*, 457 U. S. 332, 343-344, ve n. 16 (1982); *Continental T. V., Inc. v. GTE Sylvania Inc.*, 433 U. S. 36, 50, n. 16 (1977); *United States v. Topco Associates, Inc.*, 405 U. S. 596, 609-611 (1972); *United States v. Socony-Vacuum Oil Co.*, 310 U. S. 150, 213-214 (1940) (atıf ve alıntı *Trenton Potteries, supra*, sf 397-398).

Nezdimizdeki dava, minimum yeniden satış fiyatının tespiti söz konusu olduğunda mahkemelerin hangi tür yaklaşımı takip etmesi gerektiği sorusunu sormaktadır. Minimum yeniden satış fiyatının tespitini her zaman (veya neredeyse her zaman) hukuka aykırı kılan *per se* kuralı (veya bir varyasyonunu) mı uygulamalıdır? Yoksa “muhakeme kurallarını” mı uygulamalıdır? Mahkemeler tertemiz bir tahtaya yazıyor olsalardı bu soruları zor bulurdum. Ancak, tabii ki mahkeme temiz bir tahtaya yazmakta değildir ve bu gerçek kayda değer bir hukuki fark yaratmaktadır.

Soruya yeni baştan karar verilmesinin neden zor olduğunu en iyi şekilde izah etmek için *per se* kuralının kullanılmasının lehine ve aleyhine olan birkaç klasik

tartışmayı özetliyorum. Tartışmalar üç set unsura odaklanmaktadır, bunlar: (1) potansiyel rekabete aykırı etkiler, (2) potansiyel faydalar ve (3) idareyi kapsar. Zorluk, farklı setlerin farklı yönleri işaret etmesinden kaynaklanmaktadır. Bkz, *örn.*, 8 P. Areeda, *Antitrust Law* ¶¶1628-1633, sf. 330-392 (1. baskı 1989) (bundan böyle Areeda olarak anılacaktır); 8 P. Areeda & H. Hovenkamp, *Antitrust Law* ¶¶1628-1633, sf. 288-339 (2. baskı 2004) (bundan böyle Areeda & Hovenkamp olarak anılacaktır); Easterbrook, *Vertical Arrangements and the Rule of Reason*, 53 *Antitrust L. J.* 135, 146-152 (1984) (bundan böyle Easterbrook olarak anılacaktır); Pitofsky, *In Defense of Discounters: The No-Frills Case for a Per Se Rule Against Vertical Price Fixing*, 71 *Geo. L. J.* 1487 (1983) (bundan böyle Pitofsky olarak anılacaktır); Scherer, *The Economics of Vertical Restraints*, 52 *Antitrust L. J.* 687, 706-707 (1983) (bundan böyle Scherer olarak anılacaktır); Posner, *The Next Step in the Antitrust Treatment of Restricted Distribution: Per Se Legality*, 48 *U. Chi. L. Rev.* 6, 22-26 (1981); William S. Comanor ve Frederic M. Scherer için Dilekçe *Amici Curiae* 7-10 olarak. Diğer yandan, minimum yeniden satış fiyatları belirleyen anlaşmaların ciddi rekabete aykırı sonuçları olabilir.

Satıcılar bakımından: Yeniden satış fiyatının tespiti anlaşmaları, daha ziyade yatay fiyat anlaşmaları gibi, tek bir markanın satıcıları veya (imalatçılar tarafından genel olarak uygulanıyorsa) birden fazla markanın satıcıları arasındaki fiyat rekabetini azaltabilir veya ortadan kaldırabilir. Bunu yapmakla, satıcıların müşterilerine müşterilerin tercih edebileceği daha düşük fiyatı sunmasını önleyebilir; satıcıların, diyelim ki, düşen taleplerde fiyat kısarak olduğu gibi, taleplerdeki değişikliklere cevap vermelerini önleyebilir; satıcıları hizmet rekabetini fiyat rekabeti ile ikame etmeye teşvik edebilir; ve bu şekilde endüstrinin söz konusu kısmına fuzuli bir şekilde çok fazla kaynak aktarılması tehdidini doğurabilir; yeni ve daha etkin perakendecilik türlerinin gelişimini bastırarak düşük fiyatları ile aksi halde daha fazla müşteri çekecek olan etkin satıcıların genişlemesini engelleyebilir; vesaire. Bkz, *örn.*, 8 Areeda & Hovenkamp ¶1632c, sf 319-321; Steiner, *The Evolution and Applications of Dual-Stage Thinking*, 49 *Rekabet Bülteni* 877, 899-900 (2004); Comanor, *Vertical Price-Fixing, Vertical Market Restrictions, and the New Antitrust Policy*, 98 *Harv. L. Rev.* 983, 990-1000 (1985).

Üreticiler bakımından: Yeniden satış fiyatının tespiti anlaşmaları konsantre endüstrilerdeki şirketlerin rekabeti engelleyici davranışlarını pekiştirebilir. Söz konusu endüstrilerde şirketler zımnen gizli anlaşmalara varabilir, *örn.*, birbirilerinin fiyatlandırma davranışlarını gözlemleyip, her birinin bir şirket tarafından fiyatın kısılmasının hepsi arasında bir fiyat rekabetini tetiklemesinin muhtemel olduğunu anlaması gibi. Bkz.8 Areeda & Hovenkamp ¶1632d, sf 321-323; P. Areeda & L. Kaplow, *Antitrust Analysis* ¶¶231-233, sf. 276-283 (4. baskı 1988) (bundan böyle Areeda & Kaplow olarak anılacaktır). Cf. *United States v. Container Corp. of America*, 393 U. S. 333 (1969); Areeda & Kaplow ¶¶247-253, at 327-348. Bunun böyle olduğu durumlarda, yeniden satış fiyatının tespiti her bir üretici için fiyatları ne zaman kısmağa başladığını belirlemesini kolaylaştırır

(perakende piyasaları gözlemleyerek). Ve minimum yeniden satış fiyatını düşürmeden toptan fiyatlarını kısan üretici, hiçbir şey olmasa artan kardan az miktarda kazanmaya başlayacak, çünkü satıcı üreticinin fiyat kısışını tüketicilere geçirmek suretiyle artan tüketici taleplerini canlandırmayı beceremeyecektir. Her iki durumda da yeniden satış fiyatın belirlenmesi anlaşmaları fiyat rekabetinin “patlamasını” önleme eğiliminde olacaktır; ve böylelikle üretici fiyatlarını durgunlaştırma eğilimi göstereceklerdir. Bkz.Pitofsky 1490-1491. Cf., *örn.*, *Container Corp.*, *supra*, sf 336-337. Potansiyel rekabete aykırı etkiler ile ilgili endişelerini dile getirenler Kongre’nin 1975 yılında Miller-Tydings Adil Ticaret Yasası, 50 Stat. 693, ve McGuire Yasasını, 66 Stat. 631 yürürlükten kaldırmadan önceki ve sonraki fiyatların davranışlarında empirik bir destek bulmaktadırlar. Söz konusu Yasalar her bir Eyaletin, minimum yeniden satış fiyatının tespitine müsaade eden “adil ticaret” yasaları çıkarmasına izin vermiş (ancak gerekli kılmamıştır). Yürürlükten kaldırılma esnasında minimum yeniden satış fiyatının tespiti 36 Eyalette hukuka aykırı idi. Bkz.Adli Senato Kurulu’nun Antitröst ve Monopol Alt Komitesi nezdindeki ile ilgili S. 408 duruşmalar, 94th Cong., 1st Sess., 173 (1975) (bundan böyle S. 408 ile ilgili Duruşmalar olarak anılacaktır) (Rekabet Bölümü Başsavcı Yardımcısı E. Kauper’in ifadesi). Önceki Eyaletler ile sonraki Eyaletlerdeki fiyatlar kıyaslandığında, Adalet Bakanlığı minimum yeniden satış fiyatının tespitinin fiyatları %19 ila %27 oranında arttığını savunmuştur. Bkz.Adli Senato Kurulu’nun Monopoller ve Ticaret Hukuku Alt Komitesi nezdindeki H. R. 2384 ile ilgili Duruşmalar, 94th Cong., 1st Sess., 122 (1975) (H. R. 2384 ile ilgili Duruşmalar) (Rekabet Bölümü Başsavcı Yardımcısı Vekili Keith I. Clearwaters’in ifadesi). Yürürlükten kaldırmadan sonra, minimum fiyatının tespiti anlaşmaları her Eyalette *per se* hukuka aykırı hale gelmiştir. Federal Ticaret Komisyonu (FTC – *Federal Trade Commission*) çalışanları, birçok fiyat araştırmasını inceledikten sonra araştırmaların toplu olarak “[yeniden satış fiyatının tespitinin] pek çok durumda [yeniden satış fiyatının tespiti] ile satılan ürünlerin fiyatlarını arttırdığını gösterdiğini” yazmışlardır. FTC’ye gönderilen Ekonomi Bürosu Çalışanlar Raporu, T. Overstreet, *Resale Price Maintenance: Economic Theories and Empirical Evidence*, 160 (1983) (bundan böyle Overstreet olarak anılacaktır).

Bugün ekonomistlerin çoğunluğu, belli başlı bir rekabet tezinin ifadesiyle “yeniden satış fiyatının tespitinin aksi takdirde söz konusu olacak olana göre daha yüksek tüketici fiyatları üretme eğiliminde olduğu” hususunda mutabıktırlar. 8 Areeda & Hovenkamp ¶1604b, sf 40 (“[b]u husustaki delilleri ... ikna edici” bulmaktadır). Ayrıca bkz, William S.Comanor ve Frederic M. Scherer için Dilekçe, *Amici Curiae* 4 (“[yeniden satış fiyatının tespitinin] ve diğer dikey kısıtlamaların daha yüksek tüketici fiyatlarına yol açtığı aynı şekilde kabul edilmektedir”). Öte yandan, yeniden satış fiyatının tespitini destekleyenler uzun zaman yeniden satış fiyatının tespiti anlaşmalarının önemli tüketici faydaları sağlayabileceğini iddia etmişlerdir. Çoğunluk iki hususu sıralamaktadır: İlki, söz konusu anlaşmaların yeni girişleri kolaylaştıracağıdır. *Ante*, sf 11-12. Örneğin, ürün adı yaratmayı arzu eden piyasaya yeni giriş yapan bir üretici satıcıları kendisine bunu yaparken yardım etmeleri konusunda ikna etmeyi, ancak ve

sadece söz konusu üreticinin söz konusu satıcılara yatırımlarını daha sonra telafi edeceklerini temin ederse başaracaktır. Yeniden satış fiyatının tespiti söz konusu olmadan, piyasaya geç giren satıcılar daha önce yapılan yatırımdan yararlanabilir ve fiyat rekabeti vasıtasıyla, fiyatı daha önceki satıcıların harcadıklarını karşılayamayacakları seviyelere çekebilir. Başlangıçtaki satıcılara daha sonra fiyat rekabetinin ortaya çıkmayacağını temin etmekle, yeniden satış fiyatın belirlenmesi, kendilerini yeni ürünü taşıma konusunda teşvik edebilir ve böylelikle yeni üreticinin başarılı olmasına yardımcı olur. Bkz.8 Areeda & Hovenkamp ¶¶1617a, 1631b, sf 193-196, 308. Sonuç üretici seviyesinde rekabetin artmasıdır, *örn.*, beraberinde net tüketici menfaatleri getiren daha büyük bir markalar arası rekabet.

İkinci olarak, yeniden satış fiyatının tespiti olmadan bir üretici bir ürünü satmaya yönelik çabalarının, yeniden satış fiyatının tespitinin savunucuları tarafından herhangi bir bedel ödemeksizin dışsallık elde edilmesi (*free riding* / bedavacılık) olarak adlandırılan husus tarafından boşa çıkartıldığını tespit edebilir. *Ante*, sf 10-11. Diyelim ki bir üretici yalnızca satıcıların, mesela, ürün gösterimleri, yüksek kalite mağazalar, belirli bir ürün imajı yaratan reklamlar, vesaire gibi bazı hizmetleri sağlaması halinde başarılı olabileceği sonucuna varmıştır. Yeniden satış fiyatının tespiti olmaksızın, bazı satıcılar söz konusu hizmetleri sağlamak için diğerlerinin yapmış olduğu yatırımların üzerine konabilir (*free ride*) edebilir (bedavacılık yapabilir). Söz konusu satıcı, söz konusu hizmetler için ödeme yapmayarak parasını koruyacak ve sonuç olarak kendi fiyatını kısabileceği ve kendi satışlarını arttırabilecektir. Bu koşullar çerçevesinde, satıcılar ilgili hizmetlerin sağlanmasına yatırım yapmak konusunda isteksiz hale gelebilirler. Bkz, *örn.*, 8 Areeda & Hovenkamp ¶¶1611-1613, 1631c, sf 126-165, 309-313; R. Posner, *Antitrust Law* 172-173 (2. baskı 2001); R. Bork, *The Antitrust Paradox* 290-291 (1978) (bundan böyle Bork olarak anılacaktır); Easterbrook 146-149.

Ayrıca, bir grup satıcının değil de bir üreticinin yeniden satış fiyatının tespiti anlaşması yapmaya çalışması halinde, söz konusu bazı yararların mevcut olduğuna inanmak için özel bir sebep söz konusudur. Bunun nedeni, diğer hususlar eşit olmak üzere, üreticilerin satıcıları arasındaki fiyat rekabetini teşvik etmeyi isteyecek olmalarıdır. Bunu yaparak, genellikle ürünlerinin daha çoğunu satarak karlarını arttıracaklardır. Bkz. *Sylvania*, 433 U. S., sf 56, n. 24; Bork 290. Ve bu, üreticinin son derece normal bir kar elde etmek için yeterli piyasa gücüne sahip olması halinde de böyledir. Bunun nedeni, diğer hususlar eşit olmak üzere, üreticinin, bir yandan aralarındaki fiyat rekabetini teşvik ederken bir yandan satıcılarına rekabetçi bir toptan fiyat uygulayarak (veya rekabetçiden daha yüksek) fayda sağlayacak olmasıdır. Dolayısıyla, eğer üretici itici güç ise, üreticinin yeniden satış fiyatının tespitini istemek için özel bir nedeni olmalıdır; ve bunun yokluğu halinde, diyelim ki, kümelenmiş üretici piyasalarında (söz konusu özel neden toptan fiyatlarını stabilize etme arzusundan ibaret olabilir), söz konusu özel neden az önce açıklanmış olan özel durumları pekala yansıtabilir: piyasaya yeni giriş, “herhangi bir bedel ödemeksizin dışsallık elde edilmesi (*free riding* / bedavacılık)” veya bu temaların varyasyonları.

Netice, pek çok ekonomist tarafından ileri sürüldüğü üzere, bazen yeniden satış fiyatının tespiti zararlı olabilir; bazen ise faydalar sağlayabilir. Bkz, *örn.*, Ekonomistler için Dilekçe, *Amici Curiae* 16; 8 Areeda & Hovenkamp ¶¶1631-1632, sf 306-328; Pitofsky 1495; Scherer 706-707. Ancak, bunlardan dolayı mahkemelerin muhakeme kurallarını uygulaması gerektiği sonucuna varmadan önce, zararların veya faydaların ortaya çıkışı ne sıklıkta söz konusu olur? Faydalı kuzular ile rekabet keçileri birbirinden ayırmak ne derece kolaydır?, gibi bazı sorular soracağım.

Mahkemenin dayandığı çalışmalar gibi ekonomik tartışmalar, bu sorulara cevap verilmesine yardımcı olabilir ve bunu yapmakla, ekonomiler, rekabet kanunlarını bilgilendirebilir ve bilgilendirmelidirler. Ancak rekabet hukuku, ekonomistlerin görüşlerini (bazen çelişen) aynen tekrarlayamazlar ve tekrarlamamalıdır. Bunun nedeni, hukukun, ekonominin aksine, etkilerinin, yalnızca yargıçlar ve jüriler tarafından mahkemelerde veya avukatlar tarafından müvekkillerine fikir verirken kullanılan kurallar ve içtihatların içeriğine bağlı olduğu bir idari sistem olmasıdır. Ve bu gerçeğin anlamı, mahkemelerin genellikle kendi idari kararlarını, bazen *per se* hukuka aykırılığın, bu uygulamalar bazen fayda doğursa dahi bazı iş uygulamalarına uygulanması noktasına getirecek olduğudur. Bkz, *örn.*, F.M. Scherer & D. Ross, *Industrial Market Structure and Economic Performance* 335-339 (3. baskı 1990) (bundan böyle Scherer & Ross olarak anılacaktır) (önceden fiyat belirleme anlaşmalarının “kısıtlanmamış rekabetten” daha yararlı olabileceği bazı durumları tanımlamakta ve aynı zamanda söz konusu anlaşmaların *per se* yasağından makuliyet kuralı değerlendirmesine geçirilmesine ilişkin muhtemel maliyetleri belirtmektedir).

Yeniden satış fiyatının tespitinin bir düzen içinde ve satıcıların itici güç olduğu durumlarda bariz bir şekilde zarara sebep olabileceğini ileri süren (her ne kadar ispatlayamasalar da) çalışma ve analizleri daha önce tarif ettim. Ancak, peki ya faydalar? Örneğin, uygulamada Mahkemenin dikkat çektiği faydalar ne sıklıkla meydana gelecektir? Literatürde “herhangi bir bedel ödemeksizin dışsallık elde edilmesi (*free riding* / bedavacılık)”nin meydana geleceğine dair bir mutabakat vardır. Ancak, “*free riding*” (bedavacılık) çoğunlukla bunu durduracak herhangi bir hukuki çaba bulunmayan ekonomilerde meydana gelir. Kaliforniya’yı ziyaret edenlerin çoğu Pasifik Sahili Otobanında “*free ride*”a (bedavacılık) çıkar. Hepimiz ilk süper marketi yaratmak gibi fikirlerden serbestçe faydalanırız. Satıcılar diğerlerinin bir ürünün ismini veya itibarını yaratmak için yaptıkları yatırımlar üzerine konabilirler. Soru, “*free riding*” (bedavacılık) sorunun ne sıklıkta satıcı yatırımını caydırmaya yetecek düzeyde ciddi olduğudur.

Daha net olmak gerekirse, müşteriler söz konusu “ücretsiz” hizmeti kullanmasın diye (veya yüksek-fiyatlı bir perakendeci için belirli bir markanın cüzdan veya el çantalarını stoklamaktan kaynaklanan psikolojik faydadan yararlanmasın) ve daha sonra başka bir satıcıdan daha düşük bir ücrete almasın diye önemli satış öncesi hizmetleri, örneğin ürünün nasıl çalıştığını detaylı bir şekilde açıklamak gibi

(veya pahalı bir parfüm veya timsah derisi cüzdan satan satıcının bunların satışına uygun bir atmosfer sağlamaması gibi) sunmayı reddeden bir satıcıyı hayal edebiliriz. Bazen bunun gerçekte meydana gelmesi zorunludur. Ancak bu sıkça meydana gelmekte midir? Eninde sonunda, *Dr. Miles* davasındaki *per se* kuralına rağmen, şirketlerin tüketicilerine hala daha karmaşık teknik ekipmanlar (aynı şekilde pahalı parfümler ve yılan derisi cüzdanlar) sattığı bir ekonomide yaşıyoruz.

Bütün bunlar çerçevesinde nihai sorunun bu tür bir “*free riding*”in (bedavacılığın) meydana gelip gelmediği değil, ne kadar meydana geldiğidir. Ve dilekçeleri okuduktan sonra bu soruya muğlak bir şekilde “bazen” diye cevap vermek zorundayım. Bkz, *örn*, William S. Comanor ve Frederic M. Scherer için Dilekçe, *Amici Curiae* 6-7 (“ekonomi literatüründe [*free riding*]in ne sıklıkta fiilen meydana geldiğine ilişkin şüpheciligi” belirtmektedir); Scherer & Ross 551-555 (yeniden satış fiyatının tespiti için *free-rider* gerekçelendirmelerinin “ciddi sınırlamalarını” açıklamaktadır); Pitofsky, *Dr. Miles* Niçin Haklıydı, 8 Düzenleme (*Why Dr. Miles Was Right, 8 Regulation*), No. 1, sf. 27, 29-30 (Ocak/Şubat 1984) (benzer analiz).

Mahkemeler faydaların muhtemel zararlardan üstün geldiği durumları ne kadar kolaylıkla tanımlayabilirler? Kendi cevabım, pek kolay değil olacaktır. Birincisi, üreticinin mi satıcının mı kimin belirli bir yeniden satış fiyatının tespiti anlaşmasının ardındaki itici güç olduğunu tespit etmek çoğunlukla zordur. Diyelim ki, örneğin, birkaç çok markalı perakendecilerin hepsi yeniden satış fiyatın korunduğu ürünler satmaktadır. Ayrıca, diyelim ki, küçük çaplı üreticiler yeniden satış fiyatı belirlemektedir, zira aksi taktirde büyük çaplı perakendecilerin (diyelim ki daha iyi raf yeri tahsis ederek) yeniden satış fiyatının tespitini uygulayan diğer üreticilerin mallarından faydalanacaklarından korkuyor olabilirler. Bu uygulamayı kim “başlatmıştır”, perakende rekabette kayda değer bir şekilde izole edilmeyi uman perakendeciler mi, yoksa, basitçe buldukları durumlarla en iyi şekilde başa çıkmaya çalışan üreticiler mi? Diğer bir husus ise, az önce söylediğim gibi, “*free riding*” sorununun ne zaman ve nerede hukuki korumayı gerektirmeye yetecek derecede ciddi olduğunu belirlemek zordur. Bazı bilim adamlarının mahkemelerin rekabete aykırı zararların sadece faydaların bulunabilmesi muhtemel olan durumlardan daha muhtemel olduğu durumları ayırabilmelerine yardımcı olacak listeler ve soru grupları geliştirmeye çalıştıklarını hatırlıyorum. Bkz, *örn.*, 8 Areeda & Hovenkamp

¶¶1633c-1633e, sf 330-339. Ayrıca bkz, William S. Comanor ve Frederic M. Scherer için Dilekçe *Amici Curiae* 8-10. Ancak çoğunlukla söz konusu kriterlerin mahkemede uygulanmasından bahsetmek bunu yapmaktan daha kolaydır. Mahkemenin “piyasa gücünün” varlığını değerlendirme yönündeki daveti, örneğin, *ante*, sf 18, çoğunlukla kötü bir şekilde tanımlanmış piyasalara soyut, son derece teknik kriterleri uygulamaya çalıştıklarından, rakip birleşmeler arasında uzun ve zaman alıcı tartışmalara davet etmektir. Belli başlı bir birleşme veya monopol davasından farklı olarak yeniden satış fiyatının tespiti davaları, birden fazla olabilmekte ve yalnızca özel kişi tarafları kapsamaktadır. Yargıçların ve

jürilerin söz konusu davalarda karmaşık ekonomik kriterleri, ciddi maliyetlere neden olabilecek kayda değer sayıda hata yapmadan uygulamasını adil bir şekilde bekleyemeyiz. Bkz, *örn.*, H. Hovenkamp, *The Antitrust Enterprise* 105 (2005) (muhakeme kurallarının “rekabet uygulamasındaki en maliyetli süreçlerden birisi” olduğunu savunmaktadır). Ayrıca Bkz.Bok, *Clayton Act and the Merging of Law and Economics* 7. Bölümü, 74 Harv. L. Rev. 226, 238-247 (1960) (bir birleşme davasına karmaşık kriterleri uygulamaya yönelik uzun FTC çabalarını anlatmaktadır).

Net bir kuralın sağladığı özel faydalar var mıdır? Böyle bir kural olmadan, icra memurlarının ceza süreci başlatmaları çoğunlukla adil olmayıp, dolayısıyla pratik olmaktan uzaktır. Ve icra kaynakları sınırlı olduğundan, söz konusu zarar bazı üreticiler veya satıcıları terazide rekabete aykırı olan anlaşmalar yapmaya teşvik edebilir.

Genel bilançodaki anahtar kalemleri çevreleyen belirsizlikler, özellikle de “idari” sorulara ilişkin olanlar söz konusu olduğunda, sorunun zor olduğunu çoğunluğa teslim ederim. Ve eğer şu anda karar vermeye mecbur bırakılıyorsam, an fazla, *per se* kuralının, daha kolay tespit edilebilen ve geçici “piyasaya yeni giriş” koşuluna istisna getirilmesine müsaade edecek şekilde birazcık değiştirilmesi gerektiğini kabul edebilirim. Bkz.Pitofsky 1495. Ancak, şu anda bu soruya cevap vermeye zorlanmış değilim. Nezdimizdeki soru, kuralın sil baştan ne olması gerektiği değildir. Burada mahkemelerin neredeyse bir yüzyıl boyunca uyguladığı açık ve basit bir fiyat ile ilişkili kuralı değiştirip değiştirmemeye karar vermek zorundayız.

II

Temiz bir tahtaya değil, *Dr. Miles* ile başlayan ve yüzyıllık benzer davaları, avukatlar tarafından müvekkillerine verilen muazzam sayıda görüşü ve söz konusu müvekkillerin söz konusu görüşler temelinde aldığı zikredilmemiş miktarda iş kararını sıralayarak devam eden bir tahtaya yazı yazmaktayız. Bkz, *örn.*, *United States v. Bausch & Lomb Optical Co.*, 321 U. S. 707, 721 (1944); *Sylvania*, 433 U. S., sf 51, n. 18 (“[dikey] fiyat kısıtlamalarının *per se* hukuka aykırılığı yıllardır yerleşik bir kuraldır...”). Gerçekten de Westlaw üzerinden yapılan bir araştırma göstermektedir ki, *Dr. Miles* davasına bu Mahkeme tarafından düzinelerce kere ve düşük derece mahkemeleri tarafından ise yüzlerce kere atıf yapılmıştır. Böylesine yerleşik bir hukuki içtihadın bu Mahkeme tarafından değiştirilmesini arzu edenler ağır bir ispat yükü altına gireceklerdir. Bkz.*Illinois Brick Co. v. Illinois*, 431 U. S. 720, 736 (1977) (Clayton Yasası’nın 4. maddesini yorumlayan daha önceki bir davayı bozmayı reddederek, “*stare decisis* ile ilgili değerlendirmelere, Kongrenin bu Mahkeme’nin kendi mevzuatını yorumlama şeklini değiştirmekte serbest olduğu kanuni yorum alanında ağır bir şekilde itibar edildiğini belirtmektedir). Bu mahkemenin böylesine yerleşik bir kanuni içtihadı bozduğu herhangi bir davadan haberdar değilim. Bu husus bir tarafa, Mahkeme’nin daha önceki bir davayı bozmak için gerekli olan olağan kriterin yerine getirildiğini nasıl iddia edebileceğini göremiyorum. Bkz.*örn.*,

Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey, 505 U. S. 833, 854-855 (1992). Ayrıca bkz. *Federal Election Comm'n v. Wisconsin Right to Life, Inc.*, *ante*, sf 19-21 (Scalia, J., kısmen katılmıştır ve hükme katılmıştır).

A

Geçmiş birkaç on yıl içinde çoğunluğun duruşuna yardım edecek herhangi bir değişiklik bulamıyorum. Aslında, aksine iddiayı güçlü bir şekilde tartışan bir adet önemli değişiklik olmuştur. 1975 yılında, Kongre McGuire ve Miller-Tydings Yasalarını yürürlükten kaldırmıştır. Bkz. 1975 tarihli Tüketici Mallarının Fiyatlandırılması Yasası, 89 Stat. 801. Ve böylelikle bilinçli bir şekilde *Dr. Miles'in per se* kuralını genişletmiştir. Gerçekten de o esnada Adalet Bakanlığı ve FTC, o sırada *per se* kuralının uygulanmasına sevk ederek, bu Mahkeme'ye sunulan her bir tartışmayı ve burada sunulmayan diğerlerini soyut bir biçimde müzakere etmiştir. Ve Kongreye niçin Kongrenin bunları reddetmesi gerektiğini açıklamıştır. Bkz. S. 408 ile ilgili Duruşmalar, sf 176-177 (Rekabet Bölümü, Başsavcı Yardımcısı Thomas E. Kauper'ın ifadesi); *id.*, sf 170-172 (FTC Başkanı Lewis A. Engman'ın ifadesi); H. R. 2384 ile ilgili Duruşmalar, sf 113-114 (Rekabet Bölümü, Başsavcı Yardımcısı Vekili Keith I. Clearwaters'ın ifadesi).
Kongre

McGuire ve Miller-Tydings Yasalarını yürürlükten kaldırmasının sonucunun minimum yeniden satış fiyatının tespitini *per se* hukuka aykırı hale getirmek olacağını tam olarak anlamış ve sonuç olarak bunu amaçlamıştır. Bkz, *örn.*, S. Rep. No. 94-466, sf. 1-3 (1975) (“[Miller-Tydings ve McGuire Yasaları tarafından izin verilen istisnalar] olmadan bunların izin verdiği anlaşmalar rekabet kanunlarını ihlal edecektir.... [A]dil ticaret yasalarının yürürlükten kaldırılması genellikle imalatçıların yeniden satış fiyatları empoze etmesini yasaklayacaktır”). Ayrıca bkz. *Sylvania, supra*, sf 51, n. 18 (“Kongre yakın bir geçmişte, Miller-Tydings ve McGuire Yasalarının adil ticaret fiyatlandırmasını her bir Eyalet'in seçimine göre izin veren söz konusu hükümlerini yürürlükten kaldırarak dikey fiyat kısıtlamalarının *per se* analizine ilişkin onayını ifade etmiştir).

Kongre bu Mahkeme tarafından *per se* kuralının tekrar değerlendirilmesini yasaklamamıştır. Ancak, söz konusu kuralın mevcudiyeti öncülüğünde belli başlı bir mevzuatın yürürlüğe konması söz konusu kurala ilişkin önemli bir toplumsal dayanak teşkil etmektedir. Ve bunu mevcut tartışmaların varlığından haberdar olarak yapmak Mahkemenin, en azından söz konusu tartışmalara ilişkin belli başlı bir değişikliğin bulunmaması halinde kuralı muhafaza edeceğine ilişkin daha da güçlü bir dayanak teşkil etmektedir.

Herhangi bir söz konusu değişiklik olmuş mudur? Bazı dilekçelerde tarif edilen, 1975 yılında Adalet Bakanlığı ve FTC'nin Kongre'ye verdiği ifadenin aksine, yeniden satış fiyatının tespitinin zararsız olduğunu iddia eden az sayıda ekonomik çalışma söz konusu olmuştur. 1975 ile 1982 yılları arasında görülen yeniden satış fiyatının tespiti davalarının analizine dayanan çalışmalardan birisi, yeniden satış fiyatının tespitinin olağan olarak üretici ve satıcı arasındaki muvazaayı içermediği

sonucuna varmıştır. Bkz. Ippolito, *Resale Price Maintenance: Empirical Evidence from Litigation*, 34 J. Law & Econ. 263, 281-282, 292 (1991). Ancak söz konusu çalışma davacıların muvazaası iddiasında bulunmaması ile muvazaanın bulunmaması – yeniden satış fiyatının tespiti davasındaki yatay muvazaanın füzuli mahiyetini ve söz konusu muvazaanın alabileceği zımni şekli görmezden gelen bir denklem - arasında bir denklik kurmaktadır. Bkz. H. Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy* §11.3c, p. 464, n. 19 (3. baskı 2005); *supra*, sf 4-5.

Diğer çalışma, yeniden satış fiyatının tespitinin “daha yüksek perakende fiyatlara yol açması gerekmediği” sonucuna varmaya yönelik teorik bir temel ortaya koymaktadır. Marvel & McCafferty, *The Political Economy of Resale Price Maintenance*, 94 J. Pol. Econ. 1074, 1075 (1986). Ancak bu çalışma “[yeniden satış fiyatının tespitinin] etkin bir zenginleştirici olduğu varsayımı çerçevesinde” teorik bir model geliştirmektedir. *Ibid.* Tek empirik desteği olan 1940 yılında yapılan yazarın kabul ettiği çalışma çokça eleştiri almıştır. Bkz. *id.*, sf 1091. Pek çok diğer ekonomist farklı görüştedir. Bkz. William S. Comanor ve Frederic M. Scherer için Dilekçe, *Amici Curiae* 4. Buna bakılmaksızın, birlikte ele alındığında, söz konusu çalışmalar en fazla çoğunluğun duruşuna yumuşak bir destek sağlayabilir. Ancak duruma ilişkin büyük değişiklik teşkil edemezler. Davacı ve bazı *amici* (mahkeme dışı kişiler) ayrıca bizlere yeniden satış fiyatının tespitinin bazen tüketici menfaatleri getirdiğini de sunmuşlardır. Overstreet 119-129 (pek çok vakıa çalışmasını açıklamaktadır)

Ancak bir *per se* kuralının taraftarları da aynı miktarda teslimiyetçi olmuştur. Çoğunluğun iddiaları ile ilgili kayda değer olan husus bu husustaki hiçbir şeyin yeni olmamasıdır. Bkz. *supra*, sf 3, 12 (geçmiş birkaç on yıla kadar giden makaleler ve kongrede verilen ifadelerle atıf yapmaktadır). Bu iddialar ile ilgili tek yeni özellik *Dr. Miles* davasının bozulmasının mevcut savunucularının pek çoğunun önceki yeniden satış fiyatının tespitinin taraftarları tarafından dayanılmış olan pek ikna edici olmayan tartışmalara yer vermeyi bırakmış olmaları gerçeğinde yatmaktadır. Bkz, *örn.*, 8 Areeda ¶1631a, sf 350-352 (“yeniden satış fiyatının tespiti ile ilgili [geleneksel gerekçelendirmeleri] sıralamaktadır).

Tartışılabilir bir istisna çoğunluğun “*free riding* olmasa dahi” yeniden satış fiyatının tespitinin “imalatçının, perakendecinin performansını teşvik etmek ve değerli hizmetler sağlamak için kendi inisiyatif ve deneyimini kullanmasına müsaade etmek suretiyle piyasa payını artırmasına ilişkin en etkin yol olabileceği” yönündeki iddiasından ibarettir. *Ante*, sf 12. Ancak, bunu bir istisna olarak saymam; zira, yerleşik bir üreticinin nasıl yeniden satış fiyatının tespitine ihtiyaç duyacağını anlayamıyorum. Söz konusu varsayımlarda niçin bir satıcının süreç içinde tüketicilerden uygun ödeme alarak satıcının uygun gördüğü en iyi “piyasa payını” “genişletmeyecektir”? Bu sorunun bir cevabı olabilir. Ancak ben bunu göremedim. Ve ben tarafların genel bir yargıcın anlayabileceği yeterli açıklıkla açıklamadıkları gerekçeler üzerine fazla ağırlık vermememiz gerektiğini düşünüyorum.

Hiç kimse Amerikan ekonomisinin çoğunluğu destekleyecek şekilde değiştiğini iddia etmemektedir. Perakendecilikteki kümeleşme artmıştır. Bkz, *örn.*, Davalı için Dilekçe 18 (minimum yeniden satış fiyatının tespiti ülke çapında 1975 tarihinde yasaklandığından, mağaza başına satışlardaki büyüme artarken perakendecilerin toplam sayısı düşmüştür); Amerikan Rekabet Kuruluşu için Dilekçe, *Amicus Curiae* 17, n. 20 (dünya çapındaki en büyük 10 perakendecinin kombine satışının en büyük 250 perakendecinin toplam perakende satışının yaklaşık %30'una kadar büyüdüğünü raporlayan özel bir çalışmaya atıf yapmakta; ayrıca, “kümeleşmelerde gözle görülür artış da dahil olmak üzere geçtiğimiz yirmi yıl perakende dağıtımda çok ciddi değişiklikler görmüştür” diye belirten 1999 Ekonomik İşbirliği ve Gelişme Organizasyonu raporundan alıntı yapmaktadır); Mamen, Facing Goliath: Süpermarket Konsolidasyonunun Yerel Ekonomilerimiz, Topluluklarımız ve Gıda Güvenliğimiz üzerindeki Etkilerine Meydan Okuma (*Challenging the Impacts of Supermarket Consolidation on our Local Economies, Communities, and Food Security*), The Oakland Institute, 1 Policy Brief, No. 3, pp. 1, 2 (Spring 2007), http://www.oaklandinstitute.org/pdfs/facing_goliath.pdf (25 Haziran 2007 tarihinde ziyaret edilmiştir ve Mahkeme Kalemi dava dosyasında da mevcuttur) (“[o]n yıllar boyunca Birleşik Devletler'deki en iyi beş perakende gıda şirketinin piyasanın yüzde yirmisinden azını kontrol ettiğini; 1997'den 2000 yılına kadar, “en iyi beş şirketin piyasa paylarını tüm perakende satışların yüzde 24'ünden yüzde 42'sine arttırdığını”; ve “2003 yılı itibariyle tüm manav satışlarının yarısından fazlasını kontrol ettiklerini” belirtmektedir). Diğer hususlar aynı kalmak üzere, bu değişiklik, toplam perakende satış hacminin daha büyük bir yüzdesinden sorumlu olan daha fazla perakendecinin yeniden satış fiyatı korumaya çalışmasına imkan verebilir (ve motive edebilir) ve böylelikle fiyat kısan rakiplerin (muhtemelen internet perakendecileri) piyasa payı elde etmelerini daha zor hale getirebilir.

Ayrıca hiç kimse yeniden satış fiyatının tespitini uygulayabilecek olan imalatçılar arasındaki kümeleşmenin belirgin bir şekilde azaldığını iddia etmemiştir. Ve söyleyebileceğim kadarıyla böyle bir şey olmamıştır. 1950'lerin sonlarında yılında yapılan bir çalışmaya göre zamanın yeniden satış fiyatının tespitine tabi olan ürünlerin belirgin bir kısmını teşkil ettiği ileri sürülen elektrikli ev aletlerini ele alalım. Bkz. Hollander, *United States of America, in Resale Price Maintenance* 67, 80-81 (B. Yamey baskı 1966). Her ne kadar 2002 yılına ait sayım verileri ile on yıllar öncesine ait olanları karşılaştırmak bir nebze zor da olsa (sınıflandırma sistemindeki değişiklikler yüzünden), en azından elektrikli ev aletleri endüstrinin bazı alt kümelerinin, imalatçı piyasa gücü bakımından o zamana kıyasla şu anda daha fazla kümeleşmiş olduğu açıktır. Örneğin, pişirmeye yönelik ev aletlerinin en iyi sekiz yerli imalatçısı, 2002 yılındaki %77'lik orana kıyasla 1963 yılında (veri bulabildiğim en eski tarih) yerel piyasanın %68'inden sorumludur (nakliyatların değeri ile ölçülmüştür). Bkz. Ticaret Bakanlığı, Sayısal Veri Bürosu, 1972 İmalatçılara ilişkin Sayısal Veriler, Özel Raporlar Serisi, İmalattaki Kümeleşme Oranları, No. MC72(SR)-2, p. SR2-38 (1975) (bundan böyle 1972 Sayısal Verileri olarak anılacaktır); Ticaret Bakanlığı, Sayısal Veri Bürosu, 2002 Ekonomik Sayısal Verileri, Kümeleşme Oranları: 2002, No. EC02 31SR-1, p. 55

(2006) (bundan böyle 2002 Sayısal Verileri olarak anılacaktır). Çamaşır yıkamaya ilişkin ev aletlerinin en iyi sekiz yerel üreticisi 2002 yılındaki %99'luk orana kıyasla 1963 yılında yerel piyasanın %95'inden sorumludur (1958 yılında %90). 1972 Sayısal Verileri, sf SR2-38; 2002 Sayısal Verileri, sf 55. Ve ev buzdolapları ve dondurucularının en iyi sekiz yerli imalatçısı 2002 yılındaki %95'lik orana kıyasla 1963 yılında yerel piyasanın %91'inden sorumludur. 1972 Sayısal Verileri, sf SR2-38; 2002 Sayısal Verileri, sf 55. İmalatçılar arasındaki artan kümeleşme üretici kaynaklı yeniden satış fiyatının tespitinin bugün geçmiş yıllara göre daha yaygın ve daha zararlı olma ihtimalini arttırmaktadır. En azından, çoğunluk, bunların veya ekonomideki diğer değişikliklerin pozisyonlarını nasıl desteklediğini açıklamamıştır.

Toplamda, ilgili bir değişiklik söz konusu değildir. Ve bir takım değişiklikler söz konusu olmadan hayli yerleşik bir rekabet kuralını terk etmek için hiçbir sebep bulunmamaktadır.

B

Yukarıdaki tartışmaları akılda tutarak, teamül hukukumuzun önceki bir davayı bozmayı düşünürken ilgili olduğunu işaret ettiği unsurlar listesine başvuruyorum. Yargıç Scalia, bu Dönemki davalarımızdan başka birinde ayrı bir şekilde yazarak söz konusu hukuku iyi bir şekilde özetlemiştir. Bkz. *Wisconsin Right to Life, Inc., ante*, sf 19-21. (kısmen uyuşan ve hüküm ile uyuşan görüş). Kendisinin belirttiği her bir ilgili unsur burada *Dr. Miles*'ın bozulmasının aleyhinde iddialarda bulunmaktadır.

İlk olarak, Mahkeme kanuni davalarda anayasal davalara kıyasla *stare decisis* daha "kati" bir şekilde uygular. Bkz. *Glidden Co. v. Zdanok*, 370 U. S. 530, 543 (1962); *Illinois Brick Co.*, 431 U. S., at 736. Bu kanuni bir davadır.

İkinci olarak, Mahkeme bazen makul bir süre öncesinde yanlış karar verdiği davaları bozar. Yargıç Scalia'nın ifade ettiği gibi, "[S]adece birkaç yıl önce karar verilmiş olan anayasal bir davayı bozmak içtihatlandırılmamış olmaktan uzaktır". *Wisconsin Right to Life, ante*, sf 19 (vurgu eklenmiştir). Biz burada 100 yıl önce karar verilmiş kanuni bir dava olan *Dr. Miles*'ı bozuyoruz ve söz konusu davanın *per se* kuralını aradaki yıllar boyunca tekrar onaylamış olan davaları da bozmuş oluyoruz. Bkz, örn., *Trenton Potteries*, 273 U. S., sf 399-401; *Bausch & Lomb*, 321 U. S., sf 721;

United States v. Parke, Davis & Co., 362 U. S. 29, 45-47 (1960); *Simpson v. Union Oil Co. of Cal.*, 377 U. S. 13, 16-17 (1964).

Üçüncü olarak, bir kararın "çalışılmaz" bir hukuki rejim yaratması bozmanın lehine bir argümandır. Bkz. *Payne v. Tennessee*, 501 U. S. 808, 827-828 (1991); *Swift & Co. v. Wickham*, 382 U. S. 111, 116 (1965). *Per se* kuralının uygulanması, *United States v. Colgate & Co.*, 250 U. S. 300 (1919) davasında izin verilen istisnanın beraberindeki karmaşıklıklarına rağmen, geçen yüzyıl süresince pratik olduğunu göstermiştir, özellikle de "muhakeme kuralları" rejimi

çerçevesinde bir dava takibinin çok sayıdaki karmaşaları ile kıyaslandığında. Hiç kimse *Dr. Miles* rejiminden “muhakeme kuralları” analizine geçmenin minimum yeniden satış fiyatının tespitini daha “idare edilebilir” hale getireceğini göstermemiştir, *Wisconsin Right to Life, ante*, sf 20_(Yargıç Scalia’nın görüşü), özellikle de *Colgate* davası makul olmayan fiyat korumasına ilişkin olarak iyi hukuk olarak kalacak iken.

Dördüncü olarak, bir kararın hukuku “sarsması” bozmanın lehine bir argüman olabilir. Bkz.*Sylvania*, 433 U. S., sf 47; *Wisconsin Right to Life, ante*, sf 20-21 (Scalia, J’in görüşü). *Per se* kuralı, Mahkeme’nin kendisi tarafından daha önce tanınmış olduğu üzere, yerleşik bir hukuktur. *Sylvania, supra*, sf 51, n. 18. Burada hukuku sarsacak olan çoğunluğun değişimidir.

Beşinci olarak, bir davanın mülkiyet hakları veya sözleşmesel haklar içermesi, dayanak menfaatler söz konusu olduğunda, bozmanın aleyhine bir argümandır. *Payne, supra*, sf 828. Bu dava sözleşmesel haklar ve muhtemelen mülkiyet haklarını (alışveriş merkezlerini düşünün) içermektedir. *Ve per se* kuralına hatırı sayılır ölçüde dayanılmıştır. Belirttiğim üzere, Kongre Miles-Tydings ve McGuire Yasalarını yürürlükten kaldırırken *Dr. Miles* davasının canlılığının devamlılığına dayanmıştır. İcrai Şube *Dr. Miles* davasının hukuku beyan ettiği varsayımı üzerine yürürlükten kaldırmanın lehine savunma yapmıştır. *Ibid.* Ayrıca, ekonominin bütün sektörleri *per se* kuralına dayanmıştır. Bir fabrika satış mağazası bize kuralın “üzerinde söz konusu [şirketin] ve birçok başka indirimli perakendecinin işlerini finanse ettiği, yapılandığı ve işlettiği düzenleyici temelin esaslı bir parçasını oluşturduğunu” söylemektedir. Burlington Coat Factory Warehouse Corp. için Dilekçe *Amicus Curiae* 5. Amerika Tüketici Federasyonu bize *Dr. Miles* davası olmasaydı büyük çaplı düşük fiyatlı perakendecilerin var olmayacağını; minimum yeniden satış fiyatının tespitinin, “fiyat seviyelerini sabitleyerek ve düşük fiyat rekabetini önleyerek, söz konusu düşük fiyatlı yenilikçilerin girişine karşı potansiyel olarak aşılabilir bir bariyer koyduğunu” söylemektedir. Amerika Tüketici Federasyonu için Dilekçe, *Amicus Curiae* 5, 7-9 (diğer hususların yanı sıra, Wal-Mart’ın kurucusunun 25 yıl önce, minimum yeniden satış fiyatının tespiti üzerindeki *per se* yasağının gevşetilmesinin Wal-Mart’ın o tarihteki nispeten gelişmeye başlayan işi bakımından “büyük bir tehlike” olacağına ilişkin yorumlarını tartışmaktadır). Bkz.ayrıca Amerikan Rekabet Enstitüsü için Dilekçe, *Amicus Curiae* 14-15, ve burada alıntılanan kaynaklar (aynı noktayı belirtmektedir). İnternet dağıtıcıları da dahil yeni dağıtıcılar, Amerikalara daha düşük maliyetli ürünler getirmek çabasıyla benzeri şekilde zaman, para ve işgücüne yatırım yapmışlardır.

Bu Mahkeme’nin *per se* kuralını bozması söz konusu dayanağı ve daha fazlasını tehlikeye düşürmektedir. Peki ya indirimli bir dağıtıcının sağlam bir kiracı olarak kalacağı varsayımına dayanarak inşa edilen alışveriş merkezleri ne olacaktır? Ya evin söz konusu alışveriş merkezinden uzaklığını hesaba katarak ev alan kişiler ne olacaktır? En azından geçmiş 30 yıl boyunca, fiyat rekabetinin hukuken temin edilmiş bir yaşama şekli olduğunu hak verilir bir şekilde varsayan Amerikalılar,

üreticiler, dağıtıcılar ve tüketiciler? Çoğunluk bunların hiçbirini reddetmemektedir. Sadece söz konusu “dayanak haklarının...., *Khan* davasındaki dayanak menfaatler gibi, etkin olmayan bir kuralın gerekçesi olamayacağını” söylemektedir. *Ante*, sf 27.

Mahkeme söz konusu dayanağın önemini, yeniden satış fiyatının tespiti sözleşmelerinin hukuka uygun olduğu zamanda “imalatçıların küçük bir parçasından fazlasının söz konusu uygulamayı hiç uygulamadığını” da “ayrıca not edilmesi gerektiğini” ekleyerek asgariye indirmektedir. *Ibid.* (Overstreet 6’dan alıntı). “Küçük” ile Mahkeme yıllık “tüketici malları alımının yüzde onundan” sorumlu olan imalatçıları ifade etmektedir. *Ibid.*. Söz konusu rakam bugünün ekonomisinde 300 milyar \$’dan biraz fazladır. Bkz. Ticaret Departmanı, Sayısal Veri Bürosu, Birleşik Devletlerin İstatistiki Özeti: 2007, sf. 649 (126. baskı) (2002 yılında Birleşik Devletler perakende satışlarda 3 trilyon \$’ın üstünde). Mahkemenin tahminini Adalet Bakanlığı’nın 1970lerin başlarındaki çalışması bir araya getirilmesi, tüm yeniden satış fiyatının tespitinin yıllık olarak dört kişilik bir Amerikan ailesi için kabaca ortalama 750 \$ dan 1000 \$’a kadar daha yüksek perakende faturalarına izin veren bir hukuki rejimi ifade etmektedir. Mahkeme’nin bugünkü kararından sonra perakende faturalarının ne kadar yüksek olacağı tabii ki şu anda bir bilinmeyene, yani mahkemelerin gelecekteki davalarda “muhakeme kuralları” çerçevesinde nasıl karar vereceklerine bağlı olacaktır. Ancak söz konusu rakamlar söz konusu olan miktarların Amerikan aileleri için önemli olduğuna ve “küçük” olarak azledilemeyeceklerine işaret etmektedir.

Altıncı olarak, bir hukuk kuralının “ulusal kültürümüzün” “içine yerleşmiş” olması gerçeği bozmanın aksine güçlü bir argümandır. *Dickerson v. United States*, 530 U. S. 428, 443-444 (2000). Minimum yeniden satış fiyatının tespiti sözleşmelerini yasaklayan *per se* kuralı uzun süredir rekabet hukukunun “içine yerleşmiştir”. Bu ekonominin “merkezi sinir sistemi” olan fiyatı kapsamaktadır. *National Soc. of Professional Engineers*, 435 U. S., sf 692 (*Socony-Vacuum Oil*, 310 U. S., sf 226, n. 59). Temel bir rekabet varsayımını yansıtmaktadır (tüketicilerin genellikle daha fazla hizmettense düşük fiyatları tercih ettiği). Temel bir rekabet amacını içermektedir (söz konusu konularda tüketicilere serbest bir seçim hakkı tanınması). Ve işler ve avukatlar tarafından uzun zamandır anlaşılması olan kolayca idare ve icra edilebilen net bir “Fiyat konusunda anlaşma yapmayın” kuralı yaratmaktadır. Çoğunluğun belirttiği aksine *stare decisis* unsuru bu Mahkemenin “başlangıçtan beri... Sherman Yasası’na bir teamül hukuku kanunu gibi davrandığı” ve daha önce rekabet içtihatlarını bozduğu yönündeki iddialardan ibarettir. *Ante*, sf 20, 21-22. Destek olarak bu Mahkeme’nin azami yeniden satış fiyat anlaşmalarının *per se* hukuka aykırı olduğuna karar verdiği *Albrecht v. Herald Co.*, 390 U. S. 145 (1968) davasını bozduğu *State Oil Co. v. Khan*, 522 U. S. 3 (1997) davasına ve bu Mahkeme’nin üretici tarafından empoze edilen bölgesel sınırların *per se* hukuka aykırı olduğuna karar verdiği *United States v. Arnold, Schwinn & Co.*, 388 U. S. 365 (1967) davasını bozan *Sylvania* davasına işaret etmektedir.

Ancak Mahkeme *Khan* davasına *Albrecht* davasından– yine de önemli bir süre olmakla birlikte *Dr. Miles*’ın bulunduğu yüzyılın yakınından bile geçmeyen bir süre olan 29 yıl sonra karar vermiştir. Mahkeme *Albrecht* davasına herhangi bir önemli dayanak alınmadığını özellikle işaret etmiştir. 522 U. S., at 18-19 (“*Albrecht* davasının Sherman Yasası’nın devam eden icrası bakımından az veya hiç dayanak” teşkil etmemiş olduğu) *Albrecht* davası geleneksel rekabet prensiplerince *Dr. Miles* davasına göre çok daha az destek bulmuştur. Karşılaştırın, *örn.* 8 Areeda & Hovenkamp ¶1632, sf 316-328 (minimum yeniden satış fiyatının tespitinin potansiyel zararlarını analiz etmektedir), ile *id.*, ¶1637, at 352-361 (azami yeniden satış fiyatının tespitinin potansiyel zararlarını analiz etmektedir). Ayrıca bkz, *örn.*, Pitofsky 1490, n. 17. Ve Kongre hiçbir yerde *Albrecht*’in kuralını desteklediğini ifade etmemiştir. *Khan, supra*, at 19.

Sylvania davasında Mahkeme, *Schwinn* davasını bozarken, açık bir şekilde *Dr. Miles* davasını, Kongre’nin Miller-Tyings ve McGuire Yasalarını yürürlükten kaldırmak suretiyle “yakın bir geçmişte...dikey fiyat kısıtlamalarının analizini onayladığını ifade ettiği” gerekçesiyle ayırt etmiş olup “fiyat dışı kısıtlamalara ilişkin kongrenin benzer bir niyeti bulunmamaktadır”. 433 U. S., sf 51, n. 18. Ayrıca, Mahkeme, *Sylvania* davasına *Schwinn* davasından yalnızca on yıl sonra karar vermiştir. Ve bozma kararını, burada tamamıyla söz konusu olmayan bir unsur olan, hukuktaki genel olarak algılanan “karışıklığın” giderilmesi gereğine dayandırmıştır, 433 U. S., sf 47-49. Mahkeme “teamül hukuku geleneğini” takip ettiğini ileri sürmektedir. *Ante* at 26. Ancak teamül hukuku bu koşullarda *Dr. Miles*’ın bozulmasına müsaade etmezdi. Teamül hukuku mahkemeleri iyice yerleşik olan önceki tarihli kuralları seyrek olarak birden bire bozarlar. Daha ziyade, zaman içinde, nihayet mahkemelerin söz konusu kuralı bir kenara bırakmasına yol açacak şekilde, söz konusu olan kuralın kapsamı ve etkisini aşındıran kararlar çıkartırlar. *Per se* kuralının değiştirilmesinin, örneğin, piyasaya yeni giren için, bir istisna olduğu iddia edilebilir. Bkz. Pitofsky 1495, bu yaklaşım ile tutarlı olabilir. Muhtemelen milyarlarca dolar tutarındaki satışı etkileyen bir yüzyıllık bir içtihadın yutulması ise değildir. Okuyucu bugünün “teamül hukuku” kararını Yargıç Cardozo’nun *Allegheny College v. National Chautauqua Cty. Bank of Jamestown*, 246 N. Y. 369, 159 N. E. 173 (1927) davasındaki kararı ile karşılaştırmalı ve bugünün kararını vasıflandırmayan bir aşamalı değişimi not etmelidir.

Ayrıca, kararlarını ekonomistlerin ekonomik esaslar ile ilgili görüşleri üzerine kuran bir Mahkeme, hukuki bilim adamlarının teamül hukukunda kararların bozulması ile ilgili görüşlerini de hesaba katmalıdır. Profesör Hart ve Profesör Sacks, “önceki kararlara yargısal bağlılığı” destekleyen 12 adet unsuru listelemiştir (belirttiklerime benzeyen). Bunların hepsi burada *Dr. Miles* davasına bağlı kalınmasını destekler. Bkz. H. Hart & A. Sacks, Hukuki Süreç (*The Legal Process*) 568-569 (W. Eskridge & P. Frickey eds. 1994). Karl Llewellyn, teamül hukuku yargıcının önceki hukuku “bilinçli olarak yeniden şekillendirmesi” işleminde “hareketin derecesini ihtiyacın gerçekten bastırıldığı derecede kalacak kadar aşağıda tutmak üzere hareket etmek zorunda olduğunu” yazmıştır.

Böğürtlen Çalısı (*The Bramble Bush*) 156 (1960). Buradaki bastırın ihtiyaç nerededir? Mahkeme FTC'nin burada muhakeme kuralları lehine argümanlar ileri sürdüğünü belirtmektedir. Bkz. *ante*, sf 20-21. Ancak hem Kongre hem de FTC, mahkemelerin aksine, yalnızca davanın kapsamı içinde olmayan empirik delilleri toplamak bakımından iyi teşkilatlanmıştır. Her ikisi de bunu yapmadığından dolayı, güvenli bir şekilde *per se* kuralının ortadan kaldırılmasından elde edilecek kazancın maliyetlerden üstün geleceği sonucuna varamıyoruz.

Toparlayacak olursak, bu Mahkeme'nin herhangi bir zamanda belirttiği her bir *stare decisis* endişesi burada kararın bozulmasının aleyhinde tavsiyede bulunmaktadır. Bir kişinin nasıl hem (1) bir takım *stare decisis* endişelerinin tatmin edilmesinin, yakın tarihli bir anayasal karar olan *Wisconsin Right to Life, Inc.*, *ante*, sf 19-21 (Yargıç Scalia, J., Kennedy ve Thomas, JJ., katılmıştır, kısmen ve hükümde uyuşmuş) kararını bozmanın gerekçesini teşkil edebildiği, hem de (2) aynı endişelerden herhangi birinin tatmin edilmemesinin her şeye rağmen uzun zamandır geçerli olan kanuni bir kararın bozulmasına izin verdiğine inanabildiğini anlayamıyorum. Söz konusu endişeler ya ilgilidir ya da değildir.

Bugünkü karar ile ilgili yapılabilecek tek güvenli öngörü, bunun muhtemelen perakende malların fiyatını arttıracak olduğu ve düşük dereceli mahkemeler çalışılabilir prensipler geliştirmeye çalıştıklarından hatırı sayılır bir hukuki türbülans yaratacak olduğudur. Çoğunluğun böylesine uzun zamandır var olan bir kararın bozulmasını temin edecek yeni veya değişen koşulları ispatladığına inanmıyorum. Tüm olağan *stare decisis* mülahazaları aksini göstermektedir. Bu nedenlerden ötürü, saygıyla karşı çıkıyorum.