

Uzmanlık Tezleri Serisi No: 100

REKABET KURUMU

HAKİM DURUMUN
KÖTÜYE KULLANILMASI
DURUMUNDA
UYGULANAN TEDBİRLER



Bilkent Plaza B3 Blok 06800 Bilkent/Ankara
<http://www.rekabet.gov.tr>
ISBN 978-975-8936-92-2



SİNAN BOZKUŞ

**HÂKİM DURUMUN
KÖTÜYE KULLANILMASI
DURUMUNDA
UYGULANAN TEDBİRLER**

SİNAN BOZKUŞ

ANKARA 2009

© Bu eserin tüm telif hakları
Rekabet Kurumuna aittir. 2010

İlk Baskı, Ağustos 2010
Rekabet Kurumu-Ankara

Bu kitapta öne sürülen fikirler eserin yazarına aittir;
Rekabet Kurumunun görüşlerini yansıtmaz.

06/07/2009 tarihinde
Rekabet Kurumu Başkan Yardımcısı Fevzi ÖZKAN Başkanlığında,
4 No'lu Daire Başkanı Serdar YARAR,
Tarkan ERDOĞAN, Haluk ARI, Yrd. Doç. Dr. Gamze ÖZ'den oluşan
Tez Değerlendirme Heyeti önünde savunulan bu tez, Heyetçe yeterli
bulunmuş ve Rekabet Kurulu'nun 19/08/2009 tarih ve 09-36/908 sayılı
toplantısında "Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi" olarak kabul edilmiştir.

ISBN 978-975-8936-92-2

YAYIN NO

0251

İÇİNDEKİLER

Sayfa No

SUNUŞ.....	ii
KISALTMALAR	iv
GİRİŞ	1

Bölüm 1

REKABET HUKUKUNDA TEDBİRLER

1.1. REKABET HUKUKUNDA TEDBİR KAVRAMI	4
1.1.1. Genel Olarak	4
1.1.2. Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Bağlamında Tedbirler.....	5
1.2. TEDBİRLERİN AMAÇLARI	6
1.2.1. İhlalin Sona Erdirilmesi ve Tekrarının Önlenmesi	7
1.2.2. Rekabetin Yeniden Tesisi.....	8
1.3. ETKİLİ BİR TEDBİR POLİTİKASININ UNSURLARI.....	9
1.3.1. Amaç ve Eylem Planının Belirlenmesi	10
1.3.2. Tedbirin Öngörülebilir ve Yönetilebilir Olması	10
1.3.3. Muhtemel Tepkilerin Öngörülmesi.....	11
1.3.4. Piyasanın Analiz Edilmesi	12
1.3.5. Teşebbüsün Önceki Davranışlarının İncelenmesi.....	13

Bölüm 2

HÂKİM DURUMUN KÖTÜYE KULLANILMASI DURUMUNDA UYGULANAN TEDBİR ÇEŞİTLERİ

2.1. YAPISAL TEDBİRLER.....	17
2.1.1. Yapısal Tedbirlerin Güçlü Yanları	19
2.1.2. Yapısal Tedbirlerin Zayıf Yanları.....	22
2.1.3. Rekabet Otoritelerinin ve Mahkemelerin	24
2.1.4. Örnek Karar: AT&T	28
2.2. DAVRANIŞSAL TEDBİRLER.....	31
2.2.1. Yasaklayıcı Tedbirler	34
2.2.2. Düzenleyici Tedbirler	35
2.2.3. Mahkemelerin ve Rekabet Otoritelerinin Davranışsal Tedbirlere Yaklaşımı	41
2.2.4. Örnek Karar: Microsoft.....	42
2.3. YAPISAL ve DAVRANIŞSAL TEDBİRLER İÇİN GENEL DEĞERLENDİRME.....	48

Bölüm 3
TEDBİR SEÇİMİNDE
GÖZ ÖNÜNE ALINMASI GEREKEN
KRİTERLER

3.1. TEDBİR SEÇİMİNDE HUKUKİ KRİTER: ÖLÇÜLÜLÜK	51
3.1.1. Ölçülülük İlkesinin Alt Unsurları	51
3.1.1.1. Elverişlilik İlkesi	52
3.1.1.2. Gereklilik İlkesi.....	52
3.1.1.3. Orantılılık İlkesi	53
3.1.2. AB ve ABD Uygulamalarında Ölçülülük İlkesi	53
3.2. TEDBİR SEÇİMİNDE EKONOMİK KRİTER: ETKİNLİK.....	55
3.2.1. Birinci Adım: Statik Ekonomik Etkinlik Testi	57
3.2.2. İkinci Adım: Dinamik Etkinlik Testi	60
3.2.3. Üçüncü Adım: Uygulama Maliyetleri Testi	61

Bölüm 4
TÜRK REKABET HUKUKUNDA
HÂKİM DURUMUNKÖTÜYE KULLANILMASI
DURUMUNDA UYGULANABİLECEK TEDBİRLER

4.1. TEDBİRLERE İLİŞKİN YASAL DÜZENLEMELER.....	65
4.1.1. 4054 Sayılı Kanun'un 9. Maddesi Kapsamında Kurul'un Yetkileri	65
4.1.2. Tasarı ile Getirilen Değişiklikler	68
4.1.3. Tasarı'nın Mevzuat ile Karşılaştırılması.....	69
4.2. REKABET KURULU KARARLARININ DEĞERLENDİRİLMESİ	72
4.3. YAPISAL TEDBİRLERİN TÜRKİYE'DE UYGULANABİLİRLİĞİ.....	74

SONUÇ.....	77
ABSTRACT	81
KAYNAKÇA.....	82
EKLER	
EK 1	93
EK 2	99
EK 3	100

SUNUŞ

Onu yılı aşkın bir süredir bağımsız bir idari otorite olarak faaliyetlerini sürdürmekte olan Rekabet Kurumu, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun hükümleri çerçevesinde yaptığı uygulamalar ile piyasalarda rekabetçi bir işleyiş yönünde önemli gelişmeler sağlamış, kartelleşme ve tekelleşmeyi engellemek yönünde başarılı adımlar atmıştır. Bu başarıları sayesinde de Rekabet Kurumu, yalnızca Türkiye’deki kurumlar arasında değil, dünyadaki rekabet otoriteleri arasında da hak ettiği yeri almaya başlamıştır. Nitekim Avrupa Birliği Komisyonu ilerleme raporları ile OECD gözden geçirme raporlarında bu durum ifade edilmekte ve Kurumun ulaşmış olduğu idari kapasite ve meslek düzey takdirle karşılanmaktadır.

Rekabet Kurumunun ulaşmış olduğu bu idari kapasite ve mesleki düzeyin en önemli göstergelerinden biri de uzmanlık tezleridir. Rekabet uzman yardımcıları, u yılı açan meslek çalışmalarından elde ettikleri tecrübelerini, bilimsel metodoloji ve araştırma anlayışı ışığında uzmanlık tezine dönüştürmektedirler. Rekabet hukuku, politikası ve sanayi iktisadı alanlarında hazırlanan ve gerek Rekabet Kurumu mensuplarına gerekse diğer ilgililere yönelik önemli bir kaynak niteliğini haiz olan bu tezlerden bazılarında, rekabet hukuku ve politikasının temel konu başlıklarını içeren teorik hususlar analizlerle irdelenmekte, diğerlerinde ise rekabet hukuku uygulamaları bakımından önem arz eden sektörlere ilişkin çalışmalara yer verilmektedir. Bu sayede, daha önce ele alınmamış pek çok konuda değerli eserler ortaya çıkmaktadır.

Doktrine katkı sağlanmasıyan yanı sıra toplumun rekabet konusunda bilgilendirilmesi amacıyla bu eserlerin yayımlanması, rekabet otoritelerinin en önemli görevleri arasındadır. Bu görev, rekabet savunuculuğunun önemli bir parçasını da teşkil etmektedir. Böylece, Rekabet Kurumu, toplumu bilgilendirme hedefine yönelik rekabet savunuculuğu çerçevesinde, tek başına veya birlikte yürütmekte olduğu, konferanslar, sempozyumlar, eğitim ve staj programları düzenlemek gibi faaliyetlerine ilave bir etkinlikte de bulunmaktadır.

Bu bağlamda, kaynak olarak kullanılabilecek yerli eserlerin son derece az olması nedeniyle değerleri bir kat daha artan tezlerini tamamlayan ve Rekabet Uzmanı unvanını alan bütün arkadaşlarımı gönülden kutluyor, tebrik ediyor ve başarılar diliyorum.

Rekabet bilgi ve kültürünün gelişmesine, rekabetçi duyarlılığın artmasına önemli katkıları ve ayrıca bilimsel çalışmalar bakımından bir başvuru kaynağı olacağı inancıyla ilgili uzmanlık tezlerini kamuoyunun bilgisine sunuyoruz...

Prof. Dr. Nurettin KALDIRIMCI
Rekabet Kurumu Başkanı

KISALTMALAR

AB	: Avrupa Birliği
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AT	: Avrupa Topluluğu
ATAD	: Avrupa Topluluğu Adalet Divanı
BTİK	: Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu
DOJ	: Department of Justice
EPDK	: Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu
FCC	: Federal Communication Commission
FTC	: Federal Trade Commission
ICN	: International Competition Network
İDM	: İlk Derece Mahkemesi
OECD	: Organisation for Economic Co-operation and Development
RA	: Roma Antlaşması
RKHK	: Rekabetin Korunması Hakkında Kanun
Tasarı	: 4054 sayılı RKHK’da Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı
agk.	: Adı geçen karar
bkz.	: Bakınız
para.	: Paragraf
s.	: Sayfa
Vol.	: Volume
vd.	: ve diğerleri

GİRİŞ

Rekabet otoritelerinin rekabet hukukunun uygulanması alanındaki faaliyetlerinin genel anlamda teşhis ve tedavi aşamalarından oluştuğu söylenebilir. İlk aşamada rekabet otoriteleri, yazılı hukuk kurallarını somut olaya uygulayarak hastalığı yani rekabet ihlalinin tespit ederler; ikinci aşamada ise öngördükleri tedbir ve yaptırımlarla hastalığın (ihlalin) belirtilerini ve yarattığı zararları giderirler. Başarılı bir rekabet hukuku uygulaması için doğru teşhis ne kadar önemli ise doğru tedavi de eşit derecede önemlidir.

Rekabet hukuku uygulamasının ikinci aşamasını oluşturan “tedavi” aşaması, rekabet otoriteleri tarafından uygulanan tedbir ve yaptırımlardan oluşmaktadır. Bu iki kavram, genel olarak aynı amaca hizmet etse ve çoğunlukla birbirinin yerine kullanılsa da esasında aralarında belirgin bir anlam ve işlev farkı bulunmaktadır. Zira tedbirler bir nevi tedavi, düzeltme ve önleme işlevi görürken; yaptırımlar daha çok caydırıcılık ve ceza unsurları üzerine kurulmuştur. Bu çalışmanın sınırları belirlenirken de, “tedbirler” ve “yaptırımlar” arasında bir ayrıma gidilmiş ve “hâkim durumun kötüye kullanılması durumunda uygulanan tedbirler” bu çalışmanın konusu olarak belirlenmiştir.

Rekabet hukukunun üç sacayağını oluşturan “rekabeti sınırlayıcı anlaşmaların yasaklanması”, “rekabeti bozucu yoğunlaşmaların yasaklanması” ve “hâkim durumun kötüye kullanılmasının yasaklanması”nda uygulanan tedbirler, temel prensipler bakımından olmasa bile tedbir seçimi ve tasarımı açısından farklılıklar içerebildiği için, çalışmanın konusu “hâkim durumun kötüye kullanılması durumunda uygulanan tedbirler” ile sınırlandırılmıştır.

Rekabet otoritelerinin rekabeti korumak ve bozulan rekabeti yeniden tesis etmek için başvurduğu araçların en önemlilerinden biri olan tedbirler, doğru uygulanmadığında rekabet sürecine ve tüketicilere ciddi zararlar da verebilmektedir. Özellikle hâkim durumun kötüye kullanılması hallerinde başvurulan tedbirlerde bu hususa ayrı bir önem verilmelidir. Zira, bu tür ihlallerde teşebbüsün eyleminin dahi ihlal olup olmadığı çoğu durumda

tartışmalı olduğundan, teşebbüslerin rekabetçi davranışlarını engelleme riski bulunmaktadır.

Tedbirlerin bahsedilen önemine rağmen, literatürde ihlale ilişkin standartlara -haklı bir şekilde- gösterilen önemin, ihlal sonrasında uygulanabilecek tedbirler konusuna gösterildiğini söylemek mümkün değildir. Uygulamada da, genellikle teşebbüsün rekabet ihlalinde bulunduğu belirlenmesi için harcanan zaman, temel sorunlardan biri olan ihlalin sonuçlarının nasıl düzeltileceği konusunda harcanmamakta, bazı durumlarda da bu konunun üzerini örtmekte ve ihlalin kanıtlanması için geçen süreç tedbir seçimini geri plana atmaktadır.

1980’li yılların başında ABD Adalet Bakanlığı Antitröst Birimi Başkanı olan William Baxter’ın (DOJ 2008, 143) “herkes yakalamaktan hoşlanır ancak kimse temizlemek istemez” şeklinde özetlediği bu durum, ABD’de 2000 yılında verilen *Microsoft* kararı ile değişmeye başlamış ve özellikle bu ülkede tedbirlerin etkinliği ve teşebbüsler üzerindeki etkileri üzerinde durulmaya başlanmıştır. Benzer şekilde AB’de de Komisyon’un yetkilerinin artırılması ve -yine- *Microsoft*’a ilişkin incelemede kapsamlı tedbirlere başvurulması, Atlantik’in diğer yakasında da benzer tartışmaların yaşanmasına yol açmıştır. Ülkemizde ise “tedbir” kavramı, hukuk alanındaki akademik çalışmalarda genel olarak yer bulsa da, özellikle rekabet hukukunda uygulanan tedbirler hakkında bir tartışma zemini bulunmamaktadır. Oysa TBMM’ye sevk edilen 4054 sayılı RKHK’da Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı (Tasarı) yasalaştığı takdirde Rekabet Kurulu da yeni yetkilerle donatılacak ve hem ABD hem de AB otoriteleri ile benzer yetkilere sahip olacaktır.

Bu çalışmanın amacı, bahsedilen eksikliği giderilmesi yönünde hâkim durumun kötüye kullanılması hallerinde başvuru tedbirlerinin önemine dikkat çekmek ve Tasarı ile getirilen yeni yetkileri tartışmaya açmaktır. Çalışmanın yalnızca hâkim durumun kötüye kullanılmasında başvuru tedbirleri ile sınırlandırılmasının en önemli sebebi de, yukarıda değinildiği gibi bu tür ihlallere karşı uygulanan tedbirlerde, teşebbüslerin rekabetçi davranışlarının önüne geçilme olasılığının bulunmasıdır. Karteller gibi diğer ihlal çeşitlerinde başvuru tedbirlerinde ise böyle bir endişe bulunmamaktadır. Zira rakipler arasındaki anlaşmanın sona erdirilmesi çoğu durumda yeterli bir tedbir olmaktadır. Dahası, kartelin sona erdirilmesi için başvuru tedbirinin gereğinden fazla olması durumunda dahi ortaya bir zarar çıkmayabilir. Çünkü bu tür ihlallerin rekabet sürecine ve tüketicilere bir faydası bulunmamaktadır.

Buna karşın tek taraflı eylemlerde ortada bir anlaşma olmadığından, eylemin rekabet otoritesi tarafından düzenlenmesi gerekmektedir. Bu da rekabet otoritelerinin, uygun bir şekilde donatılmadıkları halde, adeta düzenleyici kurumlar gibi davranmasına neden olabilmekte ve fiyat vb. ticari kararların dahi

otoritelerce alınmasına yol açabilmektedir. Bu durum, farklı bir soruna da kapı aralamaktadır. Düzenlenen sektörlerde rekabet otoriteleri ve düzenleyici kurumlar, uyguladıkları tedbirlerde nasıl davranmalıdırlar? Birbirlerinin görev alanına girebilecek konularda nasıl hareket etmelidirler? Ancak bu sorulara verilebilecek cevaplar ayrı bir tez konusunu oluşturacağından, çalışmanın kapsamı dışında bırakılmıştır.

Bu kapsamda, dört bölümden oluşan çalışmanın birinci bölümünde, tedbir kavramının rekabet hukuku uygulamaları bağlamında açıklamasına yer verilecek ve hangi amaçlara ulaşmak için uygulandığına değinilecek, sonrasında da etkili bir tedbir politikası için uygulamacıların göz önüne alması gereken hususlar üzerinde durulacaktır.

İkinci bölümde, hâkim durumun kötüye kullanılması hallerinde başvuru yapısal ve davranışsal tedbirler hakkında bilgi verilecek, bu tedbirlerin etkinliği ve etkili olup olmadığı hakkında literatürdeki tartışmalara değinildikten sonra örnek olaylar eşliğinde uygulanabilirlikleri ve piyasaya etkileri hakkında değerlendirmelerde bulunulacaktır.

Üçüncü bölümde tedbirlere başvururken dikkat edilmesi gereken biri hukuki biri iktisadi iki kriter üzerinde durulacaktır. İlki, bir kamu idaresi olan ve kamusal yetkileri kullanan rekabet otoritesinin eylemlerinde dikkate alması gereken “ölçülülük ilkesi”, ikincisi ise rekabet politikasının amacı sayılabilecek “etkinlik” kriteridir.

Son olarak dördüncü bölümde ise Türk rekabet hukukunda hâkim durumun kötüye kullanılması hallerinde, rekabet otoritesinin sahip olduğu yetkiler AB ve ABD ile karşılaştırılarak anlatılacak, Rekabet Kurulu'nun karara bağladığı hâkim durum vakalarına yer verilecek ve son olarak da Tasarıda yer alan düzenlemeler hakkında, dünya uygulamaları da gözetilerek, değerlendirmelerde bulunulacaktır.

BÖLÜM 1

REKABET HUKUKUNDA TEDBİRLER

Bu bölümde öncelikle genel olarak tedbirlerin rekabet hukukundaki uygulama alanlarından bahsedilecek, ardından hâkim durumun kötüye kullanılmasında başvurulmuş tedbirlere ilişkin kavramsal bir çerçeve sunulacak, son olarak da rekabet hukukunda tedbirlerin amaçlarına değinilerek etkili bir tedbir uygulanması için gerekli olan hususlar üzerinde durulacaktır.

1.1. REKABET HUKUKUNDA TEDBİR KAVRAMI

1.1.1. Genel Olarak

En genel tanımıyla tedbir (*remedy*) kavramı, rekabetin korunmasına yönelik olarak rekabet otoriteleri tarafından alınan önlemleri ifade etmektedir¹. Literatürde tedbir ve yaptırım (*sanction*) kavramları genellikle birbirlerini kapsayacak biçimde geniş bir şekilde kullanılmakla birlikte², bu çalışmada tedbir ve yaptırım kavramları arasında ayırım yapılmıştır³. Zira, her ne kadar aynı amaca hizmet etseler ve teşebbüsler her iki uygulama ile birden karşı karşıya kalabilseler de, bu iki kavramın farklı anlamları bulunmaktadır. Tedbir bir nevi tedavi, düzeltme ve önleme işlevi görürken; yaptırım daha çok caydırıcılık ve ceza unsurları üzerine kurulmuştur⁴. Bu bağlamda tedbirlerin geleceğe yönelik

¹ Sidak (2003, 741-42), “tedbir”in hukuki ve iktisadi açıdan farklı anlamları bulunduğunu belirtmektedir. Buna göre; hukuki açıdan “tedbir” bir ihlali tespit ettikten sonra ihlalin sonlandırılması anlamına gelirken, iktisadi açıdan “tedbir” bir piyasa aksaklığının giderilmesidir.

² Bkz. Posner (2001); O’Donoghue ve Padilla (2006); First (2008).

³ Benzer bir ayırım için bkz. OECD (2007); Allendesalazar (2007).

⁴ Bununla birlikte, bu kavramların birbirlerinden tamamen bağımsız olduğunu söylemek de mümkün değildir. Caydırıcılık, esasen yaptırımlarda bulunması gereken bir unsur olmakla birlikte, örneğin teşebbüslerin bölünmesi gibi tedbirlere başvurabilme yetkisine sahip olan bir rekabet otoritesinin caydırıcılığı çok daha fazla olacaktır. Teşebbüsler, sonu bölünmeye kadar gidebilecek ihlallerde bulunma konusunda daha isteksiz ve dikkatli olacaklardır. Nitekim Areeda ve

(*prospectively*), onarıcı bir araç olarak belirlendiği (Tom ve Wells 2003, 404); yaptırımların ise geçmişe dönük (*retrospectively*), cezalandırıcı bir araç olarak kullanıldığı ifade edilebilir⁵ (O'Connor 1975, 759).

Rekabet hukukunda tedbirler; rekabeti kısıtlayıcı nitelikteki anlaşmaların tespit edilmesi durumunda, hâkim durumun kötüye kullanılması⁶ durumunda ve nihayet rekabeti azaltabilecek nitelikteki yoğunlaşma işlemlerinde gündeme gelmektedir.

Rekabet hukukunun üç sacayağını oluşturan bu ihlal türlerine karşı uygulanan tedbirler, bazı noktalarda benzerlikler gösterse de önemli farklılıklar da içermektedir. Bu çalışmanın konusunu oluşturan hâkim durumun kötüye kullanılması hallerinde başvurulacak tedbirler ile rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalara yönelik tedbirler arasındaki temel fark, uygulanacak tedbirin niteliğinde ortaya çıkmaktadır. Rekabeti kısıtlayıcı bir anlaşma tespit edildiğinde, bu anlaşmanın yasaklanması tek başına yeterli bir tedbir olmaktadır. Örneğin bir kartel anlaşması tespit edildiğinde, tarafların bu anlaşmaya uymaktan men edilmesi ve anlaşmanın yasaklanması yeterlidir. Ancak hâkim durumun kötüye kullanılması durumunda salt ihlalin yasaklanması, rekabet sürecinin yeniden tesisi için çoğu zaman yetersiz kalmakta ve ek önlemler alınmasına ihtiyaç duyulmaktadır. Rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalarda ve hâkim durumun kötüye kullanılmasında başvurulacak tedbirlerin yoğunlaşma işlemlerinde başvurulacak tedbirlerden farkı ise tedbirin uygulanma zamanında ortaya çıkmaktadır. Yoğunlaşma işlemlerinde tedbir, genellikle işlem henüz gerçekleşmeden ve piyasada bir etki meydana gelmeden, *ex ante* uygulanırken; rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalar ve hâkim durumun kötüye kullanılmasında öncelikle bir ihlalin tespit edilmesi gerekmektedir ve bu anlamda *ex post* bir müdahalede bulunmaktadır.

1.1.2. Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Bağlamında Tedbirler

Hâkim durumun kötüye kullanılması hallerinde başvurulacak tedbirler; teşebbüs/teşebbüslerin eyleminin rekabet ihlali olarak belirlenmesinden sonra, bu eylemin sonuçlarını ortadan kaldırmak ve ihlal sonucu bozulan rekabeti tekrar sağlamak için rekabet otoriteleri tarafından başvurulacak çözümleri ifade etmektedir.

Hovenkamp (2000, 100) da bu tür tedbirlerin en önemli gerekçesinin, teşebbüsleri bir daha kanunu ihlal etmekten caydırması olduğunu belirtmektedir.

⁵ ABD Yüksek Mahkemesi *Timken* kararında, tedbirlerin cezalandırma amacıyla uygulanmaması gerektiğini belirtmiştir (Timken Roller Bearing Co. v. United States, 341 U.S 593, 603 (1951)). Benzer ifadeler için bkz. U.S v. Alcoa, 148 F.2d 416, 446 (2d Cir. 1945); U.S v. Nat'l Lead Co., 332 U.S 319, 338 (1947).

⁶ Çalışmada "hâkim durumun kötüye kullanılması" ve "tekelleşme" kavramları aynı anlama gelecek şekilde ve zaman zaman birbirlerinin yerine kullanılmıştır.

Bu çözümler, teşebbüsleri belirli davranışlardan men eden “yasaklayıcı tedbirler” (*prohibitory remedies*) şeklinde olabileceği gibi, onlara çeşitli yükümlülükler yüklemek suretiyle belli tip davranışlarda bulunma zorunluluğu getiren “düzenleyici tedbirler” (*regulatory remedies*) şeklinde de uygulanabilir. Bunların yanında, teşebbüsün bazı malvarlıklarını devretmesini (*divestiture*) veya küçük teşebbüslere ayrılmasını (*dissolution*) öngörerek teşebbüsün ve pazarın yapısında değişikliğe yol açan önlemler de tedbir olarak nitelendirilmektedir⁷.

1.2. TEDBİRLERİN AMAÇLARI

Tedbirlerin amacı, genel olarak rekabet hukukunun amacı ile yakından ilgilidir. Çünkü bu amaca ulaşmada en önemli araçlardan birisi iyi kurgulanmış bir tedbir politikasıdır⁸. Rekabet hukukunun amacının ne olması gerektiği ile ilgili olarak 4054 sayılı Kanun’un 1. maddesinde şu ifadeler yer almaktadır⁹:

“Bu Kanunun amacı, mal ve hizmet piyasalarındaki... piyasaya hâkim olan teşebbüslerin bu hâkimiyetlerini kötüye kullanmalarını önlemek, bunun için gerekli düzenleme ve denetlemeleri yaparak rekabetin korunmasını sağlamaktır.”

Kanun’da yer aldığı şekliyle rekabet hukukunun amacı, rekabet ihlallerini önlemek ve rekabetin korunmasını sağlamaktır. Bu bağlamda hâkim durumun kötüye kullanılması hallerinde başvuru tedbir ve yaptırımlarda da bu hususun gözetilmesi esastır¹⁰. Her ne kadar “rekabetin korunması” bir amaç olarak ifade edilmiş olsa da, rekabet, genel olarak kaynakların etkin dağılımını sağlayarak ekonomik etkinlik sağlanması ve bunun sonucunda da tüketici refahının artması amacına hizmet ettiği için tercih edilmektedir.

⁷ Genel olarak, teşebbüsün bazı davranışlardan kaçınması ya da bazı davranışlarda bulunması yönündeki tedbirler “davranışsal tedbirler” (*behavioral remedies*), teşebbüsün malvarlığını devretmesi veya bölünmesi gibi, yapısını etkileyen tedbirler ise “yapısal tedbirler” (*structural remedies*) olarak adlandırılmaktadır. Bu kavramlar Bölüm 2’de ayrıntılı olarak tartışılacaktır.

⁸ Para cezaları ve tazminat ödemeleri gibi yaptırımlar ise diğer araçlardır. Ayrıca rekabet savunuculuğu da tedbir ve yaptırımları tamamlayıcı mahiyette bir araç olarak kullanılabilir. Rekabet ihlallerinde başvuru para cezalarına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Aygün (2008). Tazminat davalarına ilişkin bilgi için bkz. Aksoy (2003). Rekabet savunuculuğu ile ilgili bilgi için bkz. <http://www.rekabet.gov.tr/index.php?Sayfa=sayfaicerik&icId=48>

⁹ AB’de 1/2003 sayılı Tüzük’te de bu amaç, benzer şekilde, “rekabetin korunması” olarak belirtilmiştir.

¹⁰ Rekabet hukukunun amaçlarını tartışmak bu tezin kapsamını aşmaktadır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Bork (1993); Motta (2004); Gürkaynak (2003). Ancak tedbirlerin amaçlarının belirlenmesi için, öncelikle rekabet hukukunun amacı ortaya konmalı ve uygulamada da bu amaçlar gözetilmelidir. Güdülen amaca götürmeyen tedbir ve yaptırımlara başvurulmamalıdır.

“Tüketici refahı” ve “etkinlik”, bazı durumlarda çelişebilmekle birlikte¹¹, rekabet sürecinin korunması, uzun vadede her iki amaca hizmet edeceği için benimsenmektedir (Brodley 1987, 1021). Nitekim Kanun’un genel gerekçesinde rekabetin korunmasından beklenen faydalar şöyle açıklanmıştır:

“Rekabet sürecinin korunması ile... artan ekonomik verimlilik ile birlikte, genel refaha olumlu katkılar da sağlanmış olacaktır... rekabet, daha verimli üretim ve işletmeciliği beraberinde getirirken, daha az kaynak kullanılmasını, daha az maliyetle üretim yapılmasını, teknolojik yenilikler ve gelişmelerin ortaya çıkmasını teşvik edici bir görev üstlenmiş olacaktır. Bu da daha kaliteli mal ve hizmeti daha ucuza alabilme fırsatının doğması, böylece tüketicilerin ve toplumun tümünün refah düzeyinin artması sonucunu doğuracaktır.”

Bu bakımdan rekabet hukuku uygulamasında başvuru tedbirlerin öncelikle rekabet hukukunun amaçlarıyla uyumlu olması gözetilmelidir. Ancak, “etkinlik” ve “tüketici refahı” şeklinde ifade edilen bu amaçlar, nispeten soyut ve genel bir nitelik taşıdığından uygulamada bu amaca ulaşmayı kolaylaştıracak somut hedeflerin ve yöntemlerin belirlenmesi faydalı olacaktır¹².

Literatürde, rekabet ihlallerine karşı uygulanabilecek tedbirlerin hedeflerine ilişkin olarak; ihlalin sona erdirilmesi ve gelecekteki olası ihlallerin önlenmesi ile rekabetin tesisi ağırlıklı olarak tercih edildiğinden¹³, aşağıda bu hedefler tartışılacaktır¹⁴.

1.2.1. İhlalin Sona Erdirilmesi ve Tekrarının Önlenmesi

Rekabet ihlali olarak tespit edilen eyleme son vermek, tedbirlerin öncelikli amaçlarından birisidir. Ancak tedbir belirlenirken tek başına bu hedefin gözetilmesi, rekabetin korunması için her zaman yeterli olmayabilir. Bu durum bir suçluyu yakaladıktan sonra ona sadece “git ve bir daha suç işleme” demeye benzetilmektedir. Bu yaklaşım suçun önlenmesinde ne kadar etkisiz bir yöntemse, ihlalde bulunan teşebbüse aynısını söylemekle yetinmek de o derece etkin

¹¹ Bu çelişkilerin ilki, tekceli teşebbüsün tam fiyat farklılaştırması (*perfect price discrimination*) uygulaması durumunda, ikincisi rakipler arası işbirliğinin maliyetlerin düşmesine ancak fiyatların yükselmesine yol açtığı durumda ortaya çıkabilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Brodley (1987).

¹² Rekabet hukukunda araç-hedef-amaç ilişkisi için bkz. Gürkaynak (2003).

¹³ Bresnahan (2001, 1), iktisadi bir bakış açısından tedbirler için iki hedefin uygun olduğunu belirtmekte ve bunları, ihlal sonucu zarar gören rekabetin yeniden tesisi ve gelecekteki ihlalleri önlemek olarak sıralamaktadır. Sullivan (2003, 40) ve Cavanagh (2005, 202) da rekabetin tesisinin esas hedef olarak belirlenmesini önermektedir. Buna karşın Elzinga vd. (2001, 648), tedbirlerin hedefinin ihlalin sonlandırılması olduğunu belirtmektedir. Diğer muhtemel hedefler için bkz. (Barnett 2007, 550).

¹⁴ Yaptırımlar söz konusu olduğunda ise “caydırıcılık” ve “zararın tazmini” muhtemel hedefler olarak ortaya çıkmaktadır. Ancak, bu konu, çalışmanın kapsamı dışında olduğu için, daha fazla açıklamaya yer verilmeyecektir. Yaptırımların amaçları ile ilgili daha ayrıntılı bilgi için bkz. Aygün (2008); Arı (2006); Oğurlu (2001).

olmayan bir araçtır ve rekabeti korumaktan uzaktır (OECD 2007, 20). Oysa, daha önce belirtildiği üzere, tedbirlerin tedavi edici bir işlevi bulunmaktadır. Bir ihlali tespit ettikten sonra yalnızca o eylemi durdurmak, baş ağrısını aspirinle tedavi etmeye benzetmektedir. Bazı hallerde bu önlem yeterli olsa da ağrının beyin tümöründen kaynaklanması halinde bir fayda sağlamayacağı açıktır (Litan vd. 2000, 27).

Bu bağlamda, ihlalin durdurulması tedavi sürecinin ilk basamağını oluştursa da bozulan rekabet sürecinin yeniden tesis edilmesi için genellikle daha fazlasına ihtiyaç duyulmaktadır. En azından ihlalin tekrarını engelleyecek önlemlerin alınması gerekmektedir¹⁵. Ancak bazı durumlarda eylemin tekrarı önlenirse de teşebbüsün yasaklanan eylemi, pazardaki rekabet üzerinde kalıcı bir etki bırakmış olabilir. Tedbirin yalnızca bu hedefe yönlendirilmesi halinde hâkim durumdaki teşebbüs, haksız bir şekilde kazandığı pazar gücünden faydalanmaya devam edecektir. Bu durumda uygulanan tedbir, tüketicilere verilen zararı ortadan kaldıramadığı gibi, teşebbüslerin başlarına gelebilecek en kötü şeyin eylemlerine son verilmesi olacağını düşünmesine yol açarak, benzer ihlallerin artmasına yol açabilir (OECD 2007, 20).

1.2.2. Rekabetin Yeniden Tesisi

Yukarıda belirtildiği üzere tedbir seçiminde ihlalin durdurulması ve tekrarının önlenmesi amacının gözetilmesi, rekabetin korunmasında her zaman için yeterli olmamaktadır. Rekabet otoriteleri tarafından başvuru tedbirlerin başarılı sayılabilmesi için, tedbirlerin pazardaki rekabeti yeniden tesis etmesi gerekmektedir (O'Connor 1975, 760; Sullivan 2003, 40). ABD Yüksek Mahkemesi de bu durumu *du Pont*¹⁶ davasında şu ifadelerle anlatmıştır:

“Eğer hükümet (DOJ) ihlali kanıtlamada başarılı olurken, onu düzeltmek için aldığı önlemlerde başarısız olursa, açılan dava boş bir çabadan ibaret olacaktır. Bu tip özel hukuk davalarında kamu yararı, teşebbüsün ihlali sonucu zayıflatılan rekabetin, etkili bir şekilde zorlanarak açılması halinde gerçekleşecektir. Eğer tedbir bundan daha azını getirirse, hükümet bir duruşmayı kazanmasına rağmen davayı kaybetmiş demektir.”

Ancak, “rekabetin yeniden tesisi” kavramının ne ifade ettiği de her zaman açık ve net olarak anlaşılabilir değildir. Bu noktada bir dizi soru akla gelmektedir. Rekabetin tesisi tam rekabetçi bir piyasa yapısının oluşturulması durumunda mı sağlanacaktır? Ya da ilgili pazarda ne düzeyde bir rekabet

¹⁵ Nitekim ABD’de Yüksek Mahkeme *USM* kararında (391 U.S. 244, 250 (1968)) (Sherman Kanunu) 2. madde (tekelleşme) davalarında mahkemenin görevinin “illegal tekel gücünün sona erdirilmesi” ve “gelecekte de benzer ihlallere meydan verilmemesi” olduğunu belirtmiştir.

¹⁶ U.S v. E.I du Pont de Nemours & Co., 366 U.S 316, 326 (1961). Benzer bir karar için bkz. *Int'l Salt Co. v. U.S.*, 332 U.S 392, 401 (1947).

oluşturduğunda “rekabetin tesisi” sağlanmış olacaktır? Lopatka ve Page (2001, 700), bu noktada rekabet otoritelerinin hedefinin, ihlalin yokluğunda pazarın ulaşacağı duruma getirme olması gerektiğini belirtmektedir. Aksi takdirde, tedbirlerin çok geniş bir şekilde belirlenebilmesi nedeniyle, hâkim durumun kötüye kullanılmasında başvurulacak tedbirler, pazardaki bütün problemleri çözmeye şansı olarak görülebilmekte ve rekabet otoriteleri, rekabet sürecini yeniden tesisin ötesine geçip pazarda ne seviyede bir rekabetin olması gerektiğini belirleyen bir nevi “piyasa mühendisliği” yapma tehlikesi ile karşı karşıya kalabilmektedir (DOJ 2008, 145-146). Dolayısıyla başvuru tedbirler, rekabet “yaratma” değil, rekabeti “yeniden” tesis etme amacını taşımalıdır (Lopatka ve Page 2001, 700).

Bu çerçevede, esas amaçları pazardaki rekabeti yeniden tesis etmek olan rekabet otoritelerinin, bu amaca ulaşabilmeleri için, hâkim durumun kötüye kullanılmasında başvurdukları tedbirlerde “pazara giriş engelleri”ne odaklanmaları gerekmektedir (Cavanagh 2005, 202). Pazara giriş engelleri ortadan kaldırılıp diğer teşebbüslerin girişi mümkün hale getirilirse, hâkim firma yüksek pazar payına sahip olsa da tekeli kazanç elde edemeyeceğinden (Sullivan 2003, 41), teşebbüsün gelecekte benzer ihlaller içine girmesi zorlaşacak ve otoritelerin yükü de hafiflemiş olacaktır. Eğer teşebbüsün hâkim durumu, yüksek giriş engelleri ile korunuyorsa, doğrudan bu engelleri azaltmaya odaklanmayan bir tedbirin, rekabeti tesis etme şansı bulunmamaktadır (Cavanagh 2005, 202).

Sonuç olarak, rekabetin korunması amacına yönelik olarak başvurulacak tedbirlerde, çeşitli hedeflerin belirlenmesi mümkün olmakla birlikte, bu hedeflerin içerisinde, rekabet hukukunun amaçlarına daha iyi hizmet etmesi yönüyle “rekabetin yeniden tesisi” öne çıkmaktadır. Böylece tedbirler, ihlal sonucunda bozulan piyasa yapısının düzelmesini sağlamakta ve rekabet için yeni bir fırsat yaratmaktadırlar. Hiç şüphesiz, rekabetin korunmasını sağlayan tedbirlerin belirlenmesi ve uygulanması her şeyden önce etkili bir tedbir politikasının varlığını gerektirmektedir.

1.3. ETKİLİ BİR TEDBİR POLİTİKASININ UNSURLARI

Hâkim durumun kötüye kullanılması tespit edildikten sonra karşı karşıya kalınan en önemli problem, eylemin rekabet süreci ve tüketiciler üzerindeki olumsuz etkilerinin ortadan kaldırılmasıdır. Bunu sağlamak ancak etkili ve etkin bir tedbir müessesesi ile mümkündür. Etkili ve etkin bir uygulama için aşağıdaki hususlar göz önüne alınmalıdır (Kovacic 1999; OECD 2007; DOJ 2008).

1.3.1. Amaç ve Eylem Planının Belirlenmesi

Etkin ve etkili bir tedbir uygulaması için, öncelikle tedbirin amacının açık bir şekilde belirlenmesi ve bu amaca ulaşmak için bir plân dâhilinde hareket edilmesi gerekmektedir¹⁷. Aksi takdirde hâkim durumun kötüye kullanıldığını ispat etmek için harcanan para, zaman ve emeğin boşa gitme ihtimali yüksektir. Bu nedenle, ihlali ortaya koyan ancak sonrasında rekabeti tesis edemeyen rekabet otoritesinin durumu, “*muharebeyi kazanmasına rağmen savaşı kaybetmeye*” benzetilmektedir (DOJ 2008, 143).

İnceleme konusu eylemin kötüye kullanma olup olmadığı değerlendirilirken, uygulanabilecek tedbirlerin de aynı zamanda düşünülmesi ve ihlale yol açan eyleme karşı etkin bir tedbirin bulunup bulunmadığının araştırılması gerekmektedir (Adams 1951, 35; Kovacic 1999, 1311; Lowe ve Rigaud 2007, 597;). Kötüye kullanma için bulunan delillerin yeterli olması, etkili bir tedbirin de bulunduğu anlamına gelmemektedir. Uygulanabilir bir tedbirin olmadığı durumlarda para cezası gibi yaptırımlara öncelik vermek gerekebilir ve bu durumun incelemenin sonunda değil başında fark edilmesi daha iyi bir çözüme imkân tanıyabilir (OECD 2007, 25).

1.3.2. Tedbirin Öngörülebilir ve Yönetilebilir Olması

Etkili bir uygulama için göz önüne alınması gereken hususlardan biri de uygulanacak tedbirin “öngörülebilir” ve yönetilebilir” olmasıdır. Teorik olarak mükemmel bir tedbir tasarlanırsa dahi pratik olmayan veya uygulanması imkânsız olan bir tedbir yarardan ziyade zarar getirebilecektir. Özellikle sürekli bir denetim ve gözetim mekanizması gerektiren karmaşık tedbirlere başvurulması, bir yandan tedbirin etkinliğini azaltırken bir yandan da maliyetini artırmaktadır¹⁸. Pratik ve etkili olması açısından rekabet otoritelerinin, uygulanması noktasında uzmanlık sahibi olmadığı konularda sürekli gözetim isteyen tedbirlere başvurmaması gerekmektedir (OECD 2007, 28).

Bu çerçevede, rekabet otoriteleri tarafından öngörülen tedbirlerin, yükümlülüklerin yerine getirilip getirilmediğinden emin olunacak kadar açık ve somut olmasına özen gösterilmeli; öngörülen tedbir bağlamında, teşebbüsün

¹⁷ First (2008, 33), bu aşamada bazı “referans noktaları” (*benchmarks*) belirlemenin, hem rekabet otoritelerinin hedeflere ulaşmadaki başarısını ortaya koyacağını hem de teşebbüslerin kendi eylemlerini değerlendirmelerine fırsat tanıyarak, istenen amaca ulaşılmasını kolaylaştıracağını belirtmektedir.

¹⁸ Rekabet otoritelerinin, teşebbüsün davranışlarını sürekli bir gözetim altında tutması, bazı durumlarda önemli bir kaynağı teşebbüsün uyumunun sağlanmasına ayırmalarını gerektirebilir. Bu konudaki bir örnek için bkz. II.2.4.

yapması ya da yapmaması gereken davranışları açık bir şekilde anlaması sağlanmalıdır (Barnett 2007, 553).

Tedbirin öngörülebilir ve yönetilebilir olması, uygulama süresiyle de yakından ilişkilidir. Başarılı bir uygulama, teşebbüslere pazara girip rekabetçi ürünler ortaya koyabilmeleri için yeteri kadar süre tanırken, rekabetin tesisi için ortadan kaldırılan fırsatları da tekrar yaratmalıdır. Diğer yandan hızlı değişen piyasalarda tedbirler yeteri kadar esnek olmadığı takdirde, uzun süre uygulandığında kullanılamaz duruma gelebilir veya hâkim durumdaki teşebbüsün rekabetçi davranışlarının önüne geçerek tüketicilere zarar verebilir (DOJ 2008, 148). Bu tür sakıncalardan kurtulmak için tedbirlerde bir sona erme tarihi belirlenebilir. Nitekim DOJ ve FTC, son yıllarda süresiz tedbir uygulamaktan kaçınmakta ve tedbirleri genellikle 10 yıllık süre ile sınırlandırmaktadır (Barnett 2007, 552). AB’de ve Türkiye’de ise alınan kararlarda çoğunlukla tedbirlerin sona erme tarihi ile ilgili bir hüküm bulunmamaktadır. Örneğin AB Komisyonu Microsoft’un bazı varlıklarını diğer teşebbüslere de açmasını öngördüğü kararında¹⁹, uygulanan tedbir için herhangi bir sona erme tarihi belirtmemiştir.

1.3.3. Muhtemel Tepkilerin Öngörülmesi

Rekabet otoritelerine kıyasla yerleşik firmalar kendi piyasaları hakkında daha fazla bilgiye sahip olduklarından (asimetrik bilgi), başarıya ulaşmak için hangi ticari özgürlüğün önemli olacağını daha doğru bir şekilde tahmin edebilirler ve aynı etkiyi doğuracak alternatif eylemlere yönelebilirler (First 2008, 28). Bu bakımdan, teşebbüslerin muhtemel tepkileri hesaplanarak, başvuru tedbirde kaçış yollarının kapanması, tedbirin etkinliği ve beklenen sonucu vermesi açısından önemlidir²⁰.

Tedbirin gerekleri hakkındaki belirsizlik, teşebbüsün rekabetçi davranışlar içine girmesini engelleyebileceği gibi rekabet otoritelerinin izlemesini de güçleştirebilmekte ve teşebbüse yükümlülüklerinden kaçış yolları açabilmektedir (DOJ 2008, 147). Özellikle davranışsal tedbirlere başvurulduğu takdirde teşebbüs, tedbiri etkisiz hale getirmek ya da tedbirin etkilerini azaltmak için çeşitli eylemlere yönelebilir. Örneğin, CNR Uluslararası Fuarçılık A.Ş.’nin 1 ve 2 No’lu salonlarını dileyen teşebbüslere kullandırmasını zorunlu tutan

¹⁹ Case COMP/C-3/37.792. Ancak *Alrosa* kararında (Case T-170/06, para 91 ve 140) İDM, kural olarak Komisyon’un süresiz tedbir öngörebileceğini belirtmekle birlikte mevcut olayda bunun ölçüsüz olduğuna karar vermiştir.

²⁰ Bu tip riskleri azaltmak için önerilen yöntemlerden biri de “taahhüt” mekanizmasının işletilmesi suretiyle teşebbüslerin öngörülen tedbirleri uygulamada gönüllü hale getirilmesidir. Bu konu ile ilgili daha fazla bilgi için bkz. Forrester (2007, 569-570). Genel olarak “taahhüt” ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Pektaş (2008).

Rekabet Kurulu kararı²¹ üzerine, teşebbüs söz konusu fuar salonlarının numaralarını değiştirerek²² kararı etkisiz hale getirmeye çalışmıştır. Bir başka örnekte ise, AB Komisyonu'nun, Microsoft'un Windows İşletim Sistemi'ni tüketicilere sunarken Media Player (MP) uygulamasının bulunmadığı sürümlerinin de seçenekler arasında yer almasını öngören kararı sonrasında teşebbüs, içinde MP bulunan ve bulunmayan Windows fiyatlarını eşitleyerek (Waller 2008, 24) bu tedbiri etkisiz hale getirmeye çalışmıştır.

1.3.4. Piyasanın Analiz Edilmesi

Uygulanabilir bir tedbir için öncelikle müdahalede bulunulan teşebbüsün faaliyet gösterdiği pazarın iyi analiz edilmesi gerekmektedir. Bu bakımdan pazarın nasıl geliştiği, müdahalede bulunulmazsa nasıl gelişebileceği ve muhtemel tedbir çeşitlerinin piyasayı nasıl dönüştüreceği araştırılmalıdır (Kovacic 1999, 1310).

Özellikle şebeke dışsallıklarının²³ görüldüğü hızlı değişen piyasalarda²⁴, yeni teknolojilerin pazarın performansını ne yöne götüreceği hesaba katılmalı²⁵ ve hızlı bir şekilde karar alınmalıdır. Aksi takdirde uzun süren soruşturmalar sonunda öngörülen tedbirler, pazar koşullarının değişmesi nedeniyle rekabeti tesis etmekte etkisiz kalmaktadır²⁶ (DOJ 2008, 158). *Microsoft* davası ile tekrar gündeme gelen bu konuyu Hovenkamp (2005a, 299), "*her Microsoft duruşması bir "tedavi" ürettiğinde "hasta" zaten ölmüştü*" sözleriyle özetlemektedir²⁷.

²¹ 6.11.2006 tarih ve 06-81/1036-300 sayılı karar.

²² Bkz. 19.9.2007 tarih ve 07-74/896-333 sayılı karar, para. 76

²³ Şebeke dışsallıkları genel olarak, tüketicinin bir ürüne verdiği değer, aynı ürünü alan diğer tüketicilerin sayısına bağlı olarak değişmesi şeklinde tanımlanmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Yenişen (2003).

²⁴ Bu tip piyasalar; "şebeke endüstrileri", "yüksek teknoloji endüstrileri" veya "yeni ekonomi" olarak da adlandırılmaktadır. Bu çalışmada her üç kavram aynı anlamda kullanılmıştır.

²⁵ Yeni ekonomi pazarlarında ilgili pazar tanımı, pazar gücünün hesaplanması ve hâkim durumun sürüp sürmeyeceği gibi analizler çok daha zor ve karmaşık hale gelmektedir. İlgili pazarın ve teşebbüslerin gelecekteki durumu hakkındaki belirsizlikler, rekabet otoritelerinin yanlış kararlar almasına yol açıp uygun tedbirlere başvurmalarına engel olabilir (Kovacic 1999, 1314). Ancak bu tür analizler, yapılması zor tahminler olmakla birlikte, yoğunlaşma işlemlerinde sıklıkla karşılaşıldığından, rekabet otoritelerinin aşına olduğu incelemelerdir (OECD 2007, 26). Yeni ekonomide rekabet kurallarının uygulanması ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Demiröz (2003).

²⁶ Bu tür durumlarda "geçici tedbir"lere başvurulması uygun bir yöntem olabilir.

²⁷ Benzer eleştiriler *IBM* davasına da getirilmiştir. Uzun yıllar süren davalar sonrasında teknoloji değişmiş ve *IBM*'in hâkim durumda olduğu ürün, yerini başka bir ürüne bırakarak, açılan davaları sonuçsuz bırakmıştır (Shelanski ve Sidak 2001, 108). Lipsky (DOJ 2007a, 56), bu davaların "hıza ne kadar ihtiyaç olduğunu" gösterdiğini ve "hükümetin harekete geçerken düşündüğü şeylerin değişen teknoloji ve pazar koşulları nedeniyle dava sonunda konuyla ilgisiz kaldıklarını" belirtmektedir.

1.3.5. Teşebbüsün Önceki Davranışlarının İncelenmesi

Tedbirlerin uygulanmasında göz önüne alınabilecek unsurlardan biri de ihlalde bulunan teşebbüsün daha önce benzer davranışlar içine girip girmediğinin incelenmesidir. Çünkü geçmiş davranışlar, gelecekteki eylemlerin en iyi göstergesidir (Sullivan 2003, 30). Teşebbüs, daha önce de soruşturmalar geçirmiş ve çeşitli tedbir ve yaptırımlara maruz kalmış olmasına rağmen yine benzer eylemlerde bulunuyorsa, uygulanacak olan tedbirin öncekinden daha farklı olması rekabetin tesisi bakımından önem taşımaktadır. Örneğin, ihlal teşkil eden eylemin sonlandırılması için başvuru edilen bir tedbire rağmen teşebbüs yine benzer eylemler içerisine giriyorsa, bu durumda davranışsal tedbir yerine yapısal bir tedbirin uygulanması daha etkin bir çözüm olabilecektir (OECD 2007, 27).

Sonuç olarak, etkili bir rekabet hukuku uygulamasının en önemli araçlarından birinin etkili bir tedbir politikası olduğu söylenebilir. Bunu sağlamak için, karşılaşılan vakada, öncelikle tedbirlerin hangi amaca yönelik olarak uygulanacağı belirlenmeli ve somut hedefler ortaya konmalıdır. Daha sonra, piyasa analiz edilerek rekabeti tesis edebilecek uygun bir tedbirin bulunup bulunmadığı incelenmelidir. Etkili bir tedbir bulunmuyorsa, para cezaları gibi diğer politika araçları uygulanmalıdır²⁸.

Uygun bir tedbirin bulunması durumunda, alınan önlemler; açık, anlaşılır, uygulanabilir olmalı ve gereğinden fazla müdahale içermemelidir. Böylece hem teşebbüslerin uyumu kolaylaşacak hem de rekabet otoritelerinin gözetim maliyetleri düşecek; öte yandan, teşebbüslerin rekabetçi davranışları

²⁸ Bazı durumlarda para cezaları ve tazminat ödemeleri bir tedbir gibi işlev görmektedir. Etkili bir para cezası veya tazminat ödemesi ile karşı karşıya kalan teşebbüsler başkaca herhangi bir tedbire başvurulmasına gerek kalmadan ihlale son vererek rekabetin yeniden tesisini sağlayabilmektedirler. Kovacic (1999) hâkim durumdaki teşebbüse karşı açılan tazminat davalarının bu yönüyle bir *tedbir* işlevi gördüğünü belirtmekte ve tekelleşme davalarındaki deneyimin, bu etkilerin önemini ortaya koyduğunu vurgulamaktadır. Bunun en somut örneği, Bork (1993, 432)'ün "Antitröst Biriminin Vietnam'ı" olarak adlandırdığı, *IBM*'e karşı DOJ tarafından açılan ve 1969 yılından 1982 yılına kadar süren davadır. DOJ'nin açtığı dava, 40 adet tazminat davasını daha tetiklemiş, buna karşın *IBM* açılan davaların hepsini (DOJ dâhil) kazanmıştır (OECD 2007, 30). *IBM*'in mahkemede gösterdiği bu başarısına rağmen açılan davalar sonucunda yüksek bir bedel ödemek zorunda kaldığını ifade eden Kovacic (1999), davalardan sonra *IBM*'in ticari kararlarında avukatların daha etkin olmasının, teşebbüsün rekabetçi davranışlarının önüne geçtiğini ve bir zamanlar yenilmez olarak görülen firmanın, kişisel bilgisayarlar (PC) gibi yeni gelişen teknolojinin önemini kavrayamayıp öncü rolünü Microsoft gibi yeni türeyen teşebbüslere bırakmak zorunda kaldığını belirtmiştir (1999, 1290). Benzer hususların Microsoft'un da başına geldiği iddia edilmektedir. Antitröst davaları ile yıllardır uğraşan teşebbüsün Google tarafından yapılan ataklara yeterince cevap veremediği, her kararı avukatlara danışarak aldığı ve artık eskisi kadar rakiplerini korkutamadığı belirtilmektedir. Bu iddia için bkz. Joseph NOCERA, *Google This: Is Microsoft Still a Bully?*, N.Y. Times, May 21, 2005. <http://www.nytimes.com/2005/05/21/technology/21nocera.html?fta=y>

engellenmediğinden tüketicilerin bir zarara uğrama riskleri de azalacaktır. Çünkü aşırı müdahaleci uygulamaların teşebbüsleri cezalandırıcı ve caydırıcı bir etkisi olabilmektedir. Oysa, daha önce de belirtildiği üzere, başvuru tedbirlerde cezalandırma ve caydırma güdüsünün bulunmaması gerekmektedir. Zira caydırıcılığı esas alan bir tedbir sisteminde teşebbüslerin caydırılması için daha ağır tedbirlere başvurulması durumunda, genel olarak ekonominin ve tüketicilerin zarar görme ihtimali yükselmektedir. Hâkim durumun kötüye kullanılması vakalarında, eylemin kendisinin bile ihlal olduğu konusunda sürekli tartışmalar yaşanırken, bu eylem sonucu gereğinden fazla sertlikte bir tedbire başvurulması halinde teşebbüslerin rekabetçi davranışlarının da engellenmesi söz konusudur²⁹. Karteller gibi açık rekabet ihlallerinde çok fazla problem teşkil etmeyen aşırı caydırıcılık unsuruna hâkim durumun kötüye kullanılmasında çok daha fazla özen gösterilmelidir (Cavanagh 2005; DOJ 2008).

²⁹ Bu tür müdahaleler literatürde “hatalı müdahale” ya da “hatalı pozitif” (*false positives*) olarak adlandırılmaktadır.

BÖLÜM 2

HÂKİM DURUMUN KÖTÜYE KULLANILMASI DURUMUNDA UYGULANAN TEDBİR ÇEŞİTLERİ

Önceki bölümde tedbirlerin genel olarak özelliklerinden bahsedilmiş, muhtemel hedefleri üzerinde durulmuş ve “rekabetin yeniden tesisi”nin esas hedef olarak göz önünde bulundurulması gerektiği sonucuna ulaşıldıktan sonra, etkili bir uygulama için göz önüne alınması gereken hususlar tartışılmıştır. Bu bölümde ise hâkim durumun kötüye kullanılmasında başvuru tedbirlerinin, öncelikle literatürdeki sınıflandırılması ele alınacak, daha sonra tedbir türlerinin olumlu ve olumsuz yanları üzerinde durulacak ve son olarak da bazı örnek kararlar eşliğinde piyasaya etkileri tartışılacaktır.

Hâkim durumun kötüye kullanılmasında başvuru tedbirler literatürde iki ana başlık altında incelenmektedir. İlki, teşebbüsün ve dolayısıyla piyasanın yapısında değişiklik meydana getirerek yeniden yapılandırmayı içeren “yapısal tedbirler” (*structural remedies*), ikincisi ise piyasanın ve teşebbüsün yapısını değiştirmeden, yalnızca tedbire muhatap teşebbüsün davranışlarında değişiklik meydana getirmeyi amaçlayan “davranışsal tedbirler” (*behavioral remedies*)’dir.

Yapısal tedbirler, rakip sayısını artırmak ve/veya piyasaya giriş engellerini azaltmak için teşebbüsün yatay olarak bölünmesini³⁰ (*horizontal divestiture*) içerebileceği gibi, farklı üretim aşamalarında faaliyet gösteren teşebbüsler yaratmayı amaçlayan dikey bölünmeyi³¹ (*vertical divestiture*) de içerebilir. Davranışsal tedbirler ise rekabet otoriteleri tarafından ihlal olarak değerlendirilen eylemlerin yasaklanması³² şeklinde belirlenebileceği gibi

³⁰ Yatay ayırtırmaya örnek karar için bkz. U.S v. American Tobacco, 221 U.S 106 (1911).

³¹ Dikey ayırtırmaya örnek karar için bkz. Paramount Pictures, 334 U.S. 131 (1948).

³² Yasaklayıcı tedbirler (*prohibitory remedies*) olarak adlandırılan bu tür tedbirler genellikle bağlama, fiyat sıkıştırması, yıkıcı fiyatlama, münhasır anlaşmalar gibi ihlal teşkil eden eylemlerin yasaklanması şeklinde uygulanmaktadır.

teşebbüse bazı tür davranışlarda bulunma zorunluluğu getiren tedbirler³³ şeklinde de uygulanabilir (Crandall 2001, 5).

Son olarak yapısal ve davranışsal tedbirlerin karakteristik özelliklerini taşıyan ve her iki tedbir çeşidine de dâhil olabilecek *fikri mülkiyet haklarının zorunlu lisanslaması* bir nevi “melez tedbir” olarak adlandırılmakta (Tajana 2005, 7) ve literatürde ağırlıklı olarak yapısal tedbirler kategorisinde değerlendirilmektedir³⁴. Bu tür tedbirler şeklen davranışsal bir yükümlülük getirirse de sonuçları itibariyle yapısal tedbirlerle benzer etkilere sahiptir (DOJ 2008,149).

Tedbirlerin yukarıda yer verildiği şekliyle yapısal ve davranışsal olarak iki bölümde ele alınması, Yapı-Davranış-Performans (Y-D-P) teorisinin etkisi altında ortaya çıkmıştır³⁵. Bu teori çerçevesinde gelişen iki okul, *yapısalcı ve davranışsal okul*, tedbirlerin sınıflandırılmasında ve seçiminde etkili olmuştur.

Yapısalcı okula göre; pazarın yapısı ile teşebbüslerin performansı arasında açık bir bağlantı bulunduğundan, bazı pazar yapıları³⁶ optimal olmayan ekonomik performansın³⁷ mümkün olmasını sağlayabilir. Bu görüşe göre, teorik olarak az sayıda firma tarafından yönlendirilen piyasalarda, fiyatları yükselterek ve üretimi kısırarak tekeli elde etme eğilimi, çok sayıda teşebbüsün faaliyet gösterdiği ve önemsiz derecede pazar payına sahip olduğu pazar yapılarına kıyasla daha yüksek olmaktadır. Dolayısıyla teşebbüslerin yüksek pazar payına sahip olmaları, pazar gücüne de sahip olduklarının en önemli göstergesidir. Bu bağlamda, toplumsal olarak arzu edilmeyen sonuçlara yol açan pazar yapılarına müdahale etmek, rekabet politikası bakımından anlamlı olacaktır. Bu politikanın en önemli aracı da doğrudan pazar gücüne hücum eden yapısal tedbirlerdir (O’Connor 1975, 721-725).

Davranışsal okul ise, pazarın yapısının performans üzerindeki açıklayıcı etkisini reddetmekte ve teşebbüslerin belirli tipteki davranışları üzerine

³³ Düzenleyici tedbirler (*regulatory remedies* veya *affirmative remedies*) olarak adlandırılan bu tür tedbirler genellikle hâkim durumdaki teşebbüsün bazı varlıklarını, rakip teşebbüslerin kullanımına da açması şeklinde uygulanmaktadır.

³⁴ Areeda ve Hovenkamp (2000), Shelanski ve Sidak (2001) ve OECD (2007), FMH’nin zorunlu lisanslamasını yapısal tedbirler kategorisinde ele almış, buna karşın Cavanagh (2005, 189) davranışsal tedbir olarak değerlendirmiştir.

³⁵ Ancak, 1980’li yılların başından itibaren Y-D-P yaklaşımı ile yapılan araştırmalar giderek seyrekleşmiştir (İnceoğlu 2008, 210). Y-D-P teorisi ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Martin (1993); Çağlayan (2003).

³⁶ Alıcı ve satıcıların azlığı, az sayıda teşebbüsün büyük pazar paylarına sahip olması, geniş bir alana yayılan dikey entegrasyon, ürün farklılaştırması ve piyasaya giriş engellerinin bulunduğu pazar yapıları bu tür pazar yapılarına örnek gösterilebilir.

³⁷ Piyasa performansını değerlendirmek için genellikle kârlılık oranları, fiyat ve fiyat-maliyet farkları gibi ölçütler kullanılır (İnceoğlu 2008, 209).

yoğunlaşmaktadır. Zira bu konuda yapılan çok sayıda ampirik çalışma sonucunda da pazar yapısı ile performans arasında zayıf bir bağın bulunduğu ortaya konmuştur (İnceoğlu 2008, 209). Bu bakımdan, teşebbüslerin davranışları pazarın yapısı ile performans arasında basit bir kanal değil, bağımsız değişken olarak değerlendirilmektedir. Bu bağlamda, eylem açık bir ihlal olarak değerlendirilmişse yasaklanması yeterlidir. Eğer eylemin ihlal olup olmadığı kuşkulu ise fakat eylem açık bir şekilde yasaklanamıyorsa, regüle edilmelidir. Yapısal tedbirler, ancak yukarıdaki şartların sağlanamadığı durumlarda düşünülmelidir (O'Connor 1975, 727-728).

Yukarıda genel hatları ile değinilen yapısal ve davranışsal tedbirler aşağıda daha ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

2.1. YAPISAL TEDBİRLER

Hâkim durumda olduğu tespit edilen teşebbüsün mal varlıklarının satılması ya da küçük teşebbüslere ayrılması şeklinde uygulanan yapısal tedbirler (DOJ 2008, 149), en genel ifadelerle şöyle tanımlanabilir (OECD 2007, 186):

“(yapısal tedbirler), piyasanın yapısını (etkili bir şekilde) değiştirmek için, (teşebbüsün) maddi ve maddi olmayan varlıklarının veya bütün bir faaliyet alanının mülkiyetinin devrini sağlayan ve (bu varlıkların) eski ve yeni sahipleri arasında sürekli bir ilişkiye yol açmayan tedbirlerdir.”

Yapısal tedbirler, literatürde; “bölünme” (*divestiture*), “ayırıştırma” (*dissolution*) ve “ayırma” (*divorcement*) şeklinde üç başlık altında incelenmektedir³⁸. Bölünme, bir teşebbüsün sahip olduğu ortaklıkları, hakları ya da varlıkları başkasına devretmesi; ayırma, dikey entegre olmuş teşebbüsün bölünmesi; ayırıştırma ise yasa dışı bulunan birliğin (tröst) veya teşebbüsün küçük parçalara ayrılması anlamına gelmektedir (Adams 1951, 1). Bu kavramlar, uygulamada ve literatürde birbirlerinin yerine de kullanılmakla birlikte, “bölünme” genellikle diğer iki kavramı da kapsayacak biçimde geniş bir anlamda kullanılmaktadır³⁹. Bu çalışmada da aynı yöntem izlenecektir.

Yapısal tedbirler, günümüze kadar yegâne uygulama alanını ABD’de bulmuştur. Bu tür tedbirler ilk olarak 1911 yılında *Standard Oil*’in ayırıştırılması⁴⁰ ile uygulanmaya başlanmış ve en son 1982 yılında AT&T’nin bölünmesi ile sonuçlanan uzlaşma emrinde⁴¹ (*consent decree*) uygulanmıştır⁴².

³⁸ Bkz. Fraidin (1965); Adams (1951).

³⁹ Bkz. O'Connor (1975); Adams (1951).

⁴⁰ *Standard Oil v. U.S.*, 221 U.S. 1911.

⁴¹ Uzlaşma emri (*consent decree*), genel olarak uzlaşma müessesesinin bir altkümüsi olarak görülebilir. Uzlaşma’da taraflar davayı sonlandırmak için anlaşırken, uzlaşma emrinde, taraflar

ABD’de, Sherman Yasası ve Clayton Yasası uyarınca FTC ve DOJ, rekabet ihlallerine karşı mahkemelerden tedbir uygulanmasını talep etme yetkisine sahiptir. Sherman Yasası’nda açıkça hangi tedbirlerin uygulanabileceği belirtilmemekle birlikte, anılan Yasa’nın 4. maddesinde mahkemelere yalnızca ihlali “sonlandırma” değil “önleme” yetkisi de tanındığından, mahkemeler geniş bir şekilde tedbirlere başvurmaktadır (Fraidin 1965, 903). Bu kapsamda mahkemeler; FTC ve DOJ’nin isteği üzerine veya kendi emirleri ile teşebbüslerin bölünmesine, hisselerinin dağıtılmasına (*spin-off*) veya benzer tedbirlere başvurmaya yetkilidir⁴³.

AB’de ise, yapısal tedbirlere başvurabilme yetkisi 1 Mayıs 2004 tarihinde yürürlüğe giren 1/2003 sayılı Tüzük’le⁴⁴ açıkça tanınmıştır⁴⁵. Ancak geçen süre içerisinde Komisyon tarafından henüz bu yetki kullanılmamıştır⁴⁶.

Literatürde yapısal tedbirlere karşı farklı yaklaşımlar bulunmaktadır. Son dönemde, özellikle ABD’de görülen *Microsoft* davası⁴⁷ ile tekrar gündeme gelen bu tür tedbirlere karşı genellikle endişeli bir bakış açısının egemen olduğu söylenebilir. Ancak, hâkim durumun kötüye kullanılması hallerinde rekabet otoritelerinin yetkileri arasında yapısal tedbirlerin olması, birçok önemli avantajı

arasında varılan anlaşma mahkeme emri ile yürürlüğe girmektedir. Herhangi bir uzlaşmada, anlaşmaya aykırı hareket eden tarafa yaptırım uygulamak için yeni bir dava açmak gerekirken uzlaşma emrinde ilk açılan dava kaldığı yerden devam eder (Weisburst 1999, 58). Uzlaşma emrinin ABD antitröst davalarındaki uygulamaları için bkz. Epstein (2007).

⁴² Mahkeme kararı ile gerçekleşen en son bölünme tedbiri 1966 yılında *Grinnel* kararında (384 U.S. 563 (1966)) uygulanmıştır.

⁴³ Esasında, ihlalden zarar gören gerçek veya tüzel kişilerin isteği üzerine de yapısal tedbirlere başvurulabilmektedir. Ancak bu yönde alınan kararların tamamı kamu otoritelerinin uygulamaları sonucu gerçekleşmiştir (Waller 2008, 7).

⁴⁴ Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the Implementation of the Rules on Competition Laid Down in Articles 81 and 82 of the Treaty.

⁴⁵ Bununla birlikte 1/2003 sayılı Tüzük yürürlüğe girmeden önce alınan bazı kararların yapısal tedbirler kategorisinde değerlendirilebileceği iddia edilmektedir. O’Donoghue ve Padilla (2006, 734) ve Allendesalazar (2007, 515), Komisyon’un *Deutsche Post* (Case No COMP/35.141, (2001)) kararında, teşebbüsün kargo bölümünü ayrıştırması işleminin yapısal tedbir uygulanabileceğini gösterdiğini belirtirken, Van Bael ve Bellis (2005, 1031) de Komisyon’un *Gillette* (Case IV/33.440 and Case IV/33.486, (1993)) kararında, teşebbüsün elinde bulundurduğu, rakibine ait %22 oranındaki hissesini devretmesini istemesini bu tip bir tedbire örnek olarak vermektedir. Tüzük yürürlüğe girdikten sonra alınan 18.03.2009 tarihli *RWE* kararında yapısal tedbirlere başvurulmuştur. Ancak bu karar, Tüzük’ün, Komisyon’un ihlali tespit ettikten sonra uygulayabileceği tedbirlere ilişkin yetkilerini düzenleyen 7. maddesine göre değil, “taahhüt” mekanizmasını düzenleyen 9. maddesi uyarınca alınmıştır. Yani, bölünme doğrudan Komisyon kararı ile değil teşebbüsün teklifi ile gerçekleşmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. RWE, Case COMP/B1/39402.

⁴⁶ Türkiye ile ilgili ayrıntılı açıklamalara Bölüm 4’te yer verilmiştir.

⁴⁷ 97 F.Supp.2d 59 (D.D.C 2000). Davada Bölge Mahkemesi (*district court*) 2000 yılında teşebbüsün bölünmesine karar vermesine rağmen, bu karar Temyiz Mahkemesi tarafından iptal edilerek davranışsal tedbirlere başvurulmuştur.

da barındırmaktadır (OECD 2007, 31). Aşağıda, yapısal tedbirlerle ilgili olarak ifade edilen görüşler, bu tür tedbirlerin güçlü yanları ve zayıf yanları şeklinde ele alınarak daha ayrıntılı anlatılacaktır.

2.1.1. Yapısal Tedbirlerin Güçlü Yanları

Yapısal tedbirlerin diğer uygulamalardan daha etkili olduğunu savunanlar, öncelikle bu tür tedbirlerin tek bir müdahale ile amaca ulaşılmasını sağladığını belirtmektedirler. Gerçekten de yapısal tedbirler, yerleşik teşebbüsler tarafından yaratılan giriş engellerinin ortadan kaldırılmasını temin ederek pazarın kısa sürede rekabete açılmasına hizmet etmektedir. Böylece pazara yeni rakiplerin girmesi kolaylaşmakta ve hâkim durumdaki teşebbüsün pazar gücü hızlı bir şekilde azalmaktadır (Cavanagh 2005, 191).

İkinci olarak, yapısal tedbirlerin tasarımı ve uygulanması, davranışsal tedbirlere nazaran daha kolay gerçekleştirilmektedir. Özellikle karmaşık vakalarda, teşebbüsün ve bölünme sonrası oluşturulan halef şirketlerin stratejik güdülerinin değiştirilmesini sağlayan yapısal tedbirler yoluyla rekabetin tesis edilmesi, teşebbüse ne yapması ya da yapmaması gerektiğini söyleyen, ancak teşebbüsün güdülerini değiştirmeyen davranışsal tedbirlerle kıyaslandığında çok daha kolay olmaktadır⁴⁸ (OECD 2007, 31).

Üçüncü olarak yapısal tedbirler, sürekli bir gözetim ve denetim mekanizmasının kurulmasını gerektiren davranışsal tedbirlerin aksine, yalnızca tek bir müdahale ile uygulamaya konulabilir. Bu sayede rekabet otoriteleri ve mahkemelerin, teşebbüsün emredilen davranışları yapıp yapmadığından endişe etmeleri gerektiği gibi (Cavanagh 2005, 191), tedbirlerin değiştirilmesi yönünde taleplerle karşı karşıya kalma ihtimalleri de azalmaktadır.

Yapısal tedbirlerin diğer bir avantajı da tedbire muhatap teşebbüsün iş planlarını ve kararlarını yine bu işte ehil olanlara bırakmasıdır. Davranışsal tedbirlere başvurulduğunda, bazı durumlarda teşebbüsün hangi fiyattan mal vermesi gerektiğine kadar detaylı tedbirler öngörülmekte, bu da bir yandan teşebbüsün ticari özgürlüğünü kısıtlarken⁴⁹ bir yandan da rekabet otoritelerini uzmanlık alanı olmayan konularda karar almak zorunda bırakmaktadır (OECD 2007, 31).

⁴⁸ ABD Yüksek Mahkemesi *Crescent Amusement* (323 U.S. 189-190 (1944)) davasında, etkili bir tedbirin gelecekte de benzer ihlallerin gerçekleştirilmesine imkân tanımaması gerektiğini ve hükümetin kendisini yalnızca davranışları yasaklayan tedbirlerle sınırlamamasını belirtmiş, kamu yararının diğer etkili tedbirler (bölünme) varken sadece daha külfetli olanlara (davranışsal tedbirler) bağlı olması için hiçbir nedenin bulunmadığını ifade etmiştir. Benzer ifadeler için bkz. *Du Pont*, 366 U.S. 316, 333-334 (1961).

⁴⁹ Cavanagh (2005, 205), bu yönüyle yapısal tedbirleri deregülasyon sürecine, davranışsal tedbirleri ise sürekli gözetim ve denetim gerektirdiği için regülasyon sürecine benzetmektedir.

Diğer yandan, bazı yazarlar yapısal tedbirlere başvurulmasının piyasayı ve bu piyadada faaliyet gösteren teşebbüsleri daha rekabetçi bir hale getireceğini iddia etmektedir. Örneğin, Comanor ve Scherer (1995, 264), *U.S. Steel*⁵⁰ ve *Standard Oil*⁵¹ vakalarını karşılaştırdıkları makalelerinde şu ifadelere yer vermektedir:

“Tarihi bir bakış açısından, bu ilk tekelleşme vakalarında dikkat çekici olan, “kaybedenler”in (bölünenlerin) sonradan gelişip büyümesi, buna karşın yargısal parçalamadan (bölünmeden) kaçınan teşebbüslerin açıkça başarısızlığa uğramasıdır... Standard Oil’in halef şirketleri... dünyanın büyük ölçüde genişleyen petrol endüstrisini yönlendirmeye devam etmektedir... “Kazananlar” (bölünmeden kurtulanlar) arasında yer alan US Steel ise, dış rekabete karşı defalarca hükümet koruması istemek zorunda bırakılan bir endüstride, zamanla lider pozisyonunu kaybetmiştir.”

Yazarlar bu durumun bir tesadüf olmadığını ve bölünme emri sonucunda petrol endüstrisinde daha rekabetçi teşebbüsler oluşturulurken, çelik endüstrisinde faaliyet gösteren teşebbüslerin uluslararası rekabete karşı koyamadıklarını belirtmektedir (1995, 264-265). Ayrıca Comanor (2001, 119-120), bu farkın sadece eski örneklerle sınırlı kalmadığını ve güncel sayılabilecek *IBM* ve *AT&T* kararlarında da ortaya çıktığını ifade etmektedir. Yazar, bölünme kararının verildiği 1982 yılından 1993 yılına kadar, *AT&T* ve yavru şirketlerinin (*RBOCs*) hisselerinin New York Borsası’nda büyük bir değer artışı yaşadıklarını, buna karşın aynı dönemde (bölünmekten kurtulan) *IBM*’in hisselerinin çok büyük bir düşüşle karşı karşıya kaldığını belirtmektedir. Sonuç olarak Comanor (2001, 120), bölünme kararı verilen davalara ilişkin tecrübelerin, bu tür tedbirlerin kısa dönemde olmasa da uzun vadede başarılı olduğunu gösterdiğini; hâkim durumdaki teşebbüslere karşı güçlü bir şekilde harekete geçilmediği durumlarda ise olumsuz sonuçlarla karşılaşıldığını ifade etmektedir.

Hâkim durumun kötüye kullanılmasında rekabet otoritelerinin yapısal tedbirlere başvurabilme yetkisinin bulunması, yoğunlaşma işlemlerinin kontrolünde meydana gelebilecek “müdahaleden hatalı kaçınma”nın (*false negatives*) ve “hatalı müdahale”nin (*false positives*) maliyetlerinin azaltılmasını sağlayabilmektedir. Öncelikle, rekabeti azaltıcı olduğu halde izin verilen bir yoğunlaşma işleminin yarattığı rekabeti bozucu etkiler, hâkim durumun kötüye kullanılması vakalarında uygulanan yapısal tedbirler yoluyla giderilebilir. Ayrıca, yoğunlaşma işlemlerine karşı hatalı müdahalede bulunma riskinin yüksek olduğu durumlarda, *ex-post* yapılacak bir müdahale ile işlemin tersine

⁵⁰ U.S v. U.S Steel Corp., 251 US 417 (1920).

⁵¹ Standard Oil, 221 U.S. 1 (1911).

çevrilebilme imkânı bulunduğu için yoğunlaşmaya izin verilebilmekte ve böylece hatalı müdahale riski azaltılmaktadır.

Rekabet otoriteleri tarafından hâkim durumun kötüye kullanılması bağlamında uygulanacak yapısal tedbirlerin öneminin kavranması halinde, rekabet hukuku uygulamalarının dengesinin, yoğunlaşmaların kontrolünden hâkim durumun kötüye kullanılmasına doğru kayabileceği ileri sürülmektedir (Tajana 2005, 30). Nitekim Muris (2001, 9), AB rekabet otoritelerinin yoğunlaşma vakalarında ABD rekabet otoritelerinden daha müdahil olmasının, ihlallere *ex-post* ve *ex-ante* yaklaşımı bir kere daha gündeme getirdiğini belirtmekte ve Komisyon'un yoğunlaşmaların kontrolünde daha müdahil olmasının bir sebebinin hâkim durumun kötüye kullanılmasında *ex-post* uygulayabileceği tedbirlerin yetersizliğine bağlamaktadır. Yazar, DOJ'nin işlem gerçekleştikten sonra da teşebbüslerin bölünmesi gibi tedbirlere başvurma imkânının bulunması sebebiyle, "olası ve önemli faydaları, uzun dönemli daha spekülâtif zararlara feda etmediğini" ifade etmektedir (2001, 9). İDM de, Komisyon'un *Tetra Laval/Sidel* birleşmesini yasaklamasına ilişkin işlemi iptal ettiği kararında⁵², benzer bir argüman getirmiş ve "konglomera bir birleşme işlemi yasaklarken Komisyon'un (RA) 82. maddenin caydırıcı etkisini de göz önüne alması gerektiğini" belirtmiştir⁵³. Tajana (2005, 30) da, Komisyon'un *ex-post* uygulama gücünün artması ile birlikte, bu durumun yoğunlaşmaların kontrolünde bir gevşemeye yol açabileceğine dikkat çekmektedir. Ancak kanaatimizce böyle bir politika değişikliği, yoğunlaşmaların kontrolünün işlevini yitirmesine ve farklı maliyetlerin doğmasına sebep olabilecektir. Özellikle, izin verilen yoğunlaşma işlemleri sonrasında gerçekleşebilecek ihlalleri tespit etme olasılığının düşük olması ya da hâkim durumun kötüye kullanılması hallerinde "müdahaleden hatalı kaçınma" riskinin büyük olması durumunda, yoğunlaşmaların yarattığı zararların yanı sıra, kötüye kullanmanın neden olduğu zararlara da katlanılmak durumunda kalınacaktır⁵⁴.

Yukarıda yer verilen görüşler ışığında, genel olarak yapısal tedbirlerin uzun vadede daha etkili sonuçlar doğuracağı söylenebilir. Özellikle, teşebbüslerin güdülerini değiştirmesi nedeniyle bu tür tedbirler, rekabet otoritelerinin teşebbüslerin davranışlarını sürekli bir gözetim altında tutması zorunluluğunu ortadan kaldırır. Bu sayede, piyasaların rekabetçi seviyeye gelmesi daha kolay sağlanacağı gibi, rekabet otoritelerinin işlem maliyetleri de azalacaktır. Ancak, bu kadar büyük faydalar sağlayabilen yapısal tedbirlerin, aşağıda değinileceği üzere önemli maliyetleri de bulunmaktadır.

⁵² Tetra Laval v. Commission, T-5/02, Para 158-159.

⁵³ Buna karşın İDM kararını onaylayan ATAD kararında (Commission v Tetra Laval BV, C-13/03 P, 15 February 2005) aynı yönde bir yargıya yer verilmemiştir.

⁵⁴ Bu maliyetlere ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Heyer (2005).

2.1.2. Yapısal Tedbirlerin Zayıf Yanları

Yukarıda yer verilen güçlü yanlarına rağmen, yapısal tedbirler davranışsal tedbirlere nazaran etkinliği ve yenilikçiliği azaltacağı endişesi ile daha riskli görülmektedir. Bu riskler özellikle yapısal tedbirlerin, üstün bir başarı göstererek, içsel büyüme ile pazar gücüne ulaşan teşebbüslere uygulanması durumunda ortaya çıkmaktadır (Kovacic 1999, 1294).

Bölünme, bazı durumlarda gereksiz ikincil yatırımlara yol açabilmekte ve ölçek ekonomilerinin kullanılmasına mani olabilmektedir (OECD 2007, 31). Özellikle teknoloji ağırlıklı piyasalarda, işlem sonrasında personelin yeni oluşturulan teşebbüsler arasında iyi dağıtılamaması durumunda, yavru teşebbüsler, personel açısından yetersiz kalabilecek ve rekabet gücünü yitirebilecektir⁵⁵ (DOJ 2008, 156). Bölünecek teşebbüsün birbirinden bağımsız, farklı üniteler olarak organize olması durumunda, bu süreç nispeten kolay atlatılsa da (Posner 2001, 104), tek bir ekonomik birim olarak örgütlenmiş teşebbüsün bölünmesi halinde, verilecek kararda en azından personel ve malvarlığının ne şekilde paylaşılacağı çözüme kavuşturulmalıdır (DOJ 2008, 156). Özellikle üretim birimlerinin birbirinden ayrılmadığı entegre yapılarda bu süreç çok daha karmaşık (Posner 2001, 104), bazı durumlarda ise neredeyse imkansız olacaktır (Fisher, DOJ 2007a, 110). Nitekim *USM*⁵⁶ kararında mahkeme şu ifadelerle yer vermiştir:

“United (Shoe Machinery), tüm makine üretimini, Beverly’de tek bir fabrikada, tek bir araç-gereç ünitesi, tek dökümhane, makine arızaları için tek laboratuvar, tek yönetim birimi ve işgücü ile idare etmektedir. Bu organizmanın üç eşit ve yaşayabilir parçaya ayıramayacağını görmek için Süleyman’a ihtiyaç yoktur.”

Yapısal tedbirlere diğer bir eleştiri de teşebbüsün kaç parçaya ayrılacağı konusunda getirilmektedir. Zira bir bölünmeye karar verdikten sonra rekabetin tesisi için en az kaç teşebbüsün faaliyet göstermesi gerektiği belirsizdir. *Nat’l Lead*⁵⁷ kararında ABD Yüksek Mahkemesi bu hususu şöyle ifade etmiştir:

“Rekabet eden dört teşebbüsün, rekabet eden iki teşebbüse tercih edileceğini... ya da altı tanenin dört taneden daha iyi olacağını gösteren bir durum bulunmamaktadır.”

⁵⁵ *Microsoft* davasında önerilen bölünme tedbiri ile ilgili olarak da benzer endişeler dile getirilmiştir. Fisher (2007, 6) bu durumu “*Bill Gates’i kim alacak?*” sorusu ile özetlemekte ve “önemli bir varlık” olan Gates’i alan halef şirketin diğerleri karşısında önemli bir avantaja sahip olacağını belirtmektedir.

⁵⁶ *USM*, 110 F. Supp. 295 at 348.

⁵⁷ *Nat’l Lead*, 332 U.S 319, 352 (1947).

Bunun dışında, bölünmenin, işgücünün azalmasına yol açabileceği ve yatırımcıları zarara uğratacağı endişesi de bulunduğu⁵⁸ (Fisher, DOJ 2007a, 110), bu yönde karar alınmasını isteyen rekabet otoritelerinin bölünme planı hazırlayarak işlemin önemli bir yan etkisi olmadan net rekabetçi fayda yaratacağını ortaya koymaları gerekmektedir (Kovacic 1999, 1294). Özellikle uzun süren soruşturma ve yargılama süreci nedeniyle, uygulama döneminde piyasanın değişme ihtimalinin bulunması, yapısal tedbirlere kuşkuyla bakılmasına yol açmaktadır. Bu tür tedbirlerin anılan nedenlerle başarısızlığa uğramasının sürpriz olmadığını belirten Posner (2001) şu ifadelerle yer vermiştir⁵⁹ (2001, 111):

“Sherman Yasası 2. madde tedbiri olarak “bölünme” niçin böyle zayıf bir sicile sahiptir? Antitröst incelemelerine özgü gecikmeler bunun bir sebebidir. “Hukuk zamanı”, “gerçek zaman” değildir. Bir bölünme kararı uygulamaya konduğunda, çoğunlukla, endüstri böyle bir tedbiri konu ile ilgisiz (*irrelevance*) kılacak kadar değişmektedir... Bölünme tedbirleri, kendi yolunu tamamlamaya doğru yavaş yavaş ilerlerken, endüstrinin koşullarının çoğu zaman radikal bir şekilde değişmesi sürpriz değildir.”

Diğer taraftan, önceki dönemlerde verilen bölünme kararları incelendiğinde rekabet otoritelerinin piyasaya olan ilgisinin karar verildikten sonra da devam ettiği görülmektedir. Bazı kararlarda, ek olarak davranışsal tedbirlere de başvurulmakta ve en azından yavru teşebbüslerin birbirleri ile işbirliği içine girmeleri yasaklanmaktadır⁶⁰. Bazı kararlarda ise işlemden sonra

⁵⁸ O'Connor (1975, 744) ise, tedbir seçiminde yatırımcı, çalışan ve kredi verenler gibi üçüncü kişilere olan etkilerin dikkate alınmaması gerektiğini iddia etmekte ve bu tür sakıncaların özellikle yapısal tedbirlerde öne sürülmesini eleştirmektedir. Zira aynı etkiler davranışsal tedbirlerde de bulunmakla birlikte çoğunlukla ihmal edilmektedir. ABD Yüksek Mahkemesi de çeşitli kararlarında üçüncü kişilere olan etkilerin ne şekilde ele alınması gerektiğine değinmiştir. *Du Pont* davasında alt mahkeme, Du Pont'un General Motors'taki (GM) hisselerini elinde tutmasına izin vermiş; ancak oy haklarını kullanmasını yasaklamıştır. Mahkeme bu tedbiri seçerken potansiyel faydalarını ve hissedarlara zararlarını karşılaştırmış, sonuçta da seçilen tedbirin bölünmeye göre yatırımcılara daha az zarar vereceği kanaatine ulaşmıştır (O'Connor 1975, 743). Buna karşın Yüksek Mahkeme (366 US 316 (1961)), yatırımcılara verilebilecek zararların ancak “eşit derecede etkili” tedbirler bulunması durumunda dikkate alınacağını, eğer bir tedbirin rekabetçi etkisi diğerlerinden daha fazla ise bu tedbirin “yatırımcılara vereceği zarar dikkate alınmadan” seçilmesi gerektiğini ifade ederek, bahse konu kararda “bölünme”nin “oy haklarını kısıtlama”dan daha etkili olacağını belirtmiştir.

⁵⁹ Bu tür eleştirilerin daha çok yeni ekonomi olarak adlandırılan piyasalarda geçerli olduğunu söylemek gerekir. Benzer eleştiriler için bkz Hovenkamp (2005a, 299).

⁶⁰ Örneğin, *Microsoft* davasında bölünme emri veren Bölge Mahkemesi, ilave olarak bölünen teşebbüslerin, diğerinin geliştirdiği, sattığı, lisansladığı ürünlerle ilgili olarak birbirleri ile anlaşma yapmasını yasaklamıştır. Bkz. Microsoft 97 F. Supp. 2d 59.

teşebbüslere işkolu yasağı (*line of business restrictions*) getirilmektedir⁶¹. Böyle bir durumda otoriteler bölünme sonrası dönemde uzun bir süre gözetim yapmak zorunda kalmaktadır (Kovacic 1999, 1295). Örneğin, ABD’de AT&T’nin bölünmesi sonrasında, yavru teşebbüslerin bazı iş kollarına girmeleri yasaklanmış bazılarında girmeleri de mahkeme iznine bağlanmıştır. İşkolu yasağının anlamının ve sınırlarının belirlenmesi için mahkemeye toplamda 900’den fazla müracaatta bulunulmuş (OECD 2007, 37) ve davaya bakan hâkim adeta “telekomünikasyon çarı” gibi davranmakla eleştirilmiştir (First 2008, 18)

Yapısal tedbirlerin bir diğer dezavantajı da çok radikal ve geri alınmaz olmalarıdır. Cavanagh (2005, 191), bu tür tedbirleri “*hastalığı, hastayı öldürerek tedavi ettiği*” gerekçesi ile eleştirmektedir. Özellikle tek bir teşebbüs olarak organize olmuş bir şirketin bölünmesi durumunda ortaya çıkan yeni (bebek) teşebbüslerin başarılı birer rakip olup olamayacakları belli olmadığından herhangi bir başarısızlık durumunda geri alınmaları neredeyse imkânsızdır. Bazı durumlarda da uygun bir alıcının bulunması mümkün olmadığından, bölünme kararları davranışsal tedbirlerin sağladığı esnekliği sağlayamamaktadır (OECD 2007, 32).

Yukarıda yer verilen sakıncaları nedeniyle genel olarak, düzenlenmeyen bir piyasada hâkim duruma hukuki yollardan ulaşan bir teşebbüsün bölünmesinin nadiren uygun çözüm olduğu kabul edilmektedir⁶² (DOJ 2008, 149). Bu nedenle, kanaatimizce yapısal tedbirler, literatürdeki görüşlere uygun şekilde, hâkim durumun kötüye kullanılması hallerinde “son çare” olarak düşünülmeli ve öncelikle davranışsal tedbirlere başvurulmalıdır. Nitekim uygulamada rekabet otoriteleri de bu görüşe paralel olarak yapısal tedbirlerin uygulanmasında ihtiyatlı bir yaklaşım benimsemişlerdir. Aşağıda, ABD ve AB uygulamaları bağlamında rekabet otoritelerinin yapısal tedbirlere başvurmada gözettiği hususlara değinilecektir.

2.1.3. Rekabet Otoritelerinin ve Mahkemelerin Yapısal Tedbirlere Yaklaşımı

Daha önce de belirtildiği üzere, hâkim durumun kötüye kullanılması hallerinde yapısal tedbirler, şu ana kadar yalnızca ABD’de uygulanmıştır. Konuya ilişkin ABD mahkeme kararları incelendiğinde, mahkemelerin bölünme kararı verirken başlıca dört koşulun sağlanmasını gözettikleri görülmektedir.

⁶¹ AT&T kararında yeni kurulan Yerel Bell İşletmeleri’nin uzun mesafe telefon hizmetleri ve bilgi servisleri (*information services*) gibi çeşitli işkollarına girmeleri ya yasaklanmış ya da mahkeme iznine bağlanmıştır. Bu karar hakkında daha ayrıntılı bilgilere aşağıda yer verilecektir.

⁶² Posner (2001, 102) bölünme gibi yapısal tedbirlerin uygulanmasının sadece kanuna aykırı bir şekilde gerçekleşen yoğunlaşma işlemleri ile sınırlandırılması gerektiğini belirtmektedir. Benzer görüşler için bkz. Lopatka ve Page (2001, 707).

Bunlar “ağır ihlal” (*substantial violation*), “nedensellik” (*proximate cause*), “gereklilik” (*necessity*) ve “uygulanabilirlik” (*practicality*) koşulları olarak sıralanabilir (O’Connor 1975, 752).

Ağır ihlal ve nedensellik şartları, teşebbüsün eyleminin, piyasa üzerinde büyük bir etki meydana getirecek derecede önemli bir ihlal olmasını ve ihlalin teşebbüsün yapısından kaynaklanmasını gerektirir. Çoğunlukla, devralmalar sonucu hâkim duruma gelen teşebbüslerde bu şartların sağlandığı kabul edilmektedir. Zira bu tür ihlallerde taraflar arasında bir sınır çizilebildiğinden ve ihlalle firmanın yapısı arasında yakın bir ilişki bulunduğundan, yapısal tedbirlere başvurulması etkin bir çözüm olarak görülmektedir. Ancak, devralma yoluyla değil de kendi imkânları ile hâkim duruma gelen teşebbüslerde böyle bir sınır mevcut değildir⁶³. Nitekim *Microsoft*⁶⁴ kararında Temyiz Mahkemesi, yapısal tedbir uygulanabilmesi için teşebbüsün pazar gücünü, ancak ihlal olarak tespit edilen eylem sayesinde sürdürebildiğinin ispatlanması gerektiğine dikkat çekmiş ve yapısal tedbirlerin en iyi uygulama alanının devralmalar sonucu oluşan hâkim durum vakaları olduğunu, tekil bir yapıya sahip olan teşebbüsün bölünmesinin çok zor olacağını vurgulamıştır. Böylece mahkeme, tekel gücünün yok edilmesinde yapısal tedbirlerin uygulanabilmesi için *ihlal ile teşebbüsün pazar gücü arasında önemli bir bağın* bulunması gerektiğini ifade etmiştir⁶⁵.

Mahkeme kararlarında genel olarak, ihlalin sürekli olması ya da teşebbüsün ihlalleri devam ettirme olasılığının yüksek olması, bu bağın varlığının bir göstergesi⁶⁶ olarak kabul edilmekte, teşebbüsün niyeti⁶⁷ ise, bu olasılığın yüksek olmasının bir kanıtı olarak değerlendirilmektedir (Shelanski ve Sidak 2001, 148). Nitekim *Standard Oil*⁶⁸ kararında ABD Yüksek Mahkemesi, “Standard Oil’in rakiplerini dışlama niyetinin makul hiçbir gerekçe ile açıklanamayacak kadar açık” olduğunu belirtmiştir. Kararda, teşebbüsün birikmiş pazar gücünün, bölünmesi istenen varlıklar nedeniyle oluştuğu ve bu gücün de ihlale neden olduğu gerekçesi ileri sürülerek, gelecekteki rekabetin

⁶³ Buna karşın O’Connor (1976, 695-96), ister içsel büyüme isterse devralma yoluyla hâkim duruma gelsin, tüm teşebbüslerin aynı standartlara tabi tutulmaları gerektiğini ifade ederek, aynı pazar payına sahip teşebbüslerin, mevcut pazar durumunu elde etmek için seçtikleri yolun farklı olması nedeniyle, rekabet hukuku uygulamalarında farklı yükümlülüklerle tabi tutulmalarını eleştirmektedir.

⁶⁴ Microsoft, 253 F.3d 34, 106 (D.C.Cir. 2001). Benzer bir karar için bkz. USM, 110 F. Supp. 295.

⁶⁵ Benzer ifadeler için bkz. Areeda ve Hovenkamp (2000, 98).

⁶⁶ Sürekliliğin bir göstergesi ise daha önce teşebbüsün benzer ihlallerde bulunması ve tedbirlerin bu ihlalleri önlemede yetersiz kalması olabilir. Örneğin, *United Shoe Machinery* hakkında yürütülen davalar 1912 yılında başlamasına rağmen teşebbüsün bölünmesi kararı 1968 yılında alınmıştır. Bkz. USM, 391 US 244 (1968).

⁶⁷ Areeda ve Hovenkamp (2000, 101), bölünme tedbirlerinde aranan niyet unsurunu, “yanlış yapma eğilimi” (*propensity for wrongdoing*) olarak adlandırmaktadır.

⁶⁸ Standard Oil, 221 U.S. 1, 77 (1911).

ancak anılan varlıkların elden çıkarılması ile tesis edilebileceği belirtilmiştir (O'Connor 1975, 759).

Gereklilik koşulu, çeşitli mahkeme kararlarında, bölünmenin ancak başka bir tedbirin etkili olamayacağı durumlarda uygun bir çözüm olacağı şeklinde yorumlanmıştır⁶⁹. *Alcoa*⁷⁰ kararında mahkeme, bölünmenin, piyasanın korunması için gerekli değilse uygulanmaması gerektiğini, çünkü bu tedbirlerin cezalandırıcı değil tedavi edici bir işlevinin bulunduğunu ifade etmiştir.

Uygulanabilirlik ise iki şekilde ele alınmıştır. İlk şekli, teşebbüslerin ticari kararlarının günlük takibini gerektiren tedbirler yerine, daha sert ancak kararları yine piyasadaki oyunculara bırakan tedbirlere başvurulması şeklinde ortaya çıkmıştır (Shelanski ve Sidak 2001, 149). *Paramount Pictures*⁷¹ davasında Bölge Mahkemesi, DOJ'nin bölünme talebini reddetmiş ve sinema işletmecilerinin filmleri "rekabetçi ihaleler"le satın almalarına hükmetmiştir. Ancak Yüksek Mahkeme, rekabetçi ihalelerin stüdyoların pazar gücünün azaltılması konusunda hiçbir etkisinin olmayacağı ve dikey entegre olmuş teşebbüslerin bağımsız sinemalar karşısında halen büyük bir avantaja sahip olacağı gerekçesi ile kararı bozmuştur. Yüksek Mahkeme kararda, en yüksek teklifin basitçe en yüksek parasal değerle ölçülemeyeceğini; sinemanın büyüklüğü, sözleşme şartları gibi fiyat-dışı faktörlerin de göz önüne alınması gerektiğini belirtmiş ve böyle bir kararda Bölge Mahkemesinin, "ulusal çaptaki bu piyasada günlük işlerin çok fazla içine gireceğini" belirterek bölünmenin tekrar değerlendirilmesini istemiştir. Uygulanabilirlik koşulunun ikinci şeklinde ise mahkemeler, teşebbüsün bölünmesinin uygulanabilir olması ya da daha genel bir ifade ile "kamu yararı"na hizmet etmesi şartını aramışlardır⁷² (O'Connor 1975, 769).

Yukarıda yer verilen mahkeme kararlarının bir sonucu olarak, yapısal tedbirler ABD'de, hâkim durumdaki teşebbüslerin tek taraflı eylemlerine karşı nadiren uygulanmıştır. Bu konu hakkında Crandall (2001) tarafından yapılan çalışmanın⁷³ sonuçları dikkat çekicidir. Çalışmaya göre; ABD'de 1890 yılından 1996'ya kadar geçen süreçte, 87'si ceza davası⁷⁴ ve 336 tanesi özel hukuk davası olmak üzere toplam 423 tekelleşme (*monopolization*) davası karara

⁶⁹ Gereklilik koşulu, Bölüm 3'te anlatılan "ölçülülük ilkesi"nin alt unsurlarından biri olup mahkemelerin bu ilkeyi nasıl ele aldığına bu bölümde daha ayrıntılı yer verilmiştir.

⁷⁰ *Alcoa*, 148 F.2d 416 (2d Cir. 1945).

⁷¹ 334 U.S. 131 (1948).

⁷² Benzer gerekçeler içeren kararlar için bkz. *Du Pont*, 366 U.S. 316, 333-34 (1961); *Nat'l Lead*, 332 U.S. 319, 351-53 (1947); *U.S. Steel*, 251 U.S. 417, 453 (1920).

⁷³ Benzer bir çalışma için bkz. Posner (2001, 105-107).

⁷⁴ ABD'de, hâkim durumun kötüye kullanılması ile ilgili ihlallere karşı 1940 yılından beri önemli bir ceza davası açılmamıştır (Kovacic 1999, 1292).

bağlanmışır⁷⁵. Tüm ceza davaları para cezaları ile sonuçlanırken, 336 adet özel hukuk davasının 172 tanesinde (%51,2) davranışsal tedbir, 69 tanesinde (%20,5) zorunlu lisanslama ve 63 tanesinde ise “bölünme” tedbiri uygulanmıştır (Crandall 2001, 7-10). Bahse konu 63 bölünme kararının 17 tanesi yoğunlaşma işlemleri sonucu yaratılan hâkim durum vakaları⁷⁶ ile, 43 tanesi rakiplerle koordineli davranışlarla, 3 tanesi⁷⁷ ise tek taraflı eylemlerle ilgilidir (Crandall 2001, 11).

Çalışma sonuçlarından da görüldüğü üzere, teşebbüslerin hâkim duruma tek taraflı eylemleri sonucu ulaşmaları durumunda, yapısal tedbirler çok az uygulanmıştır.

AB’de ise, henüz yapısal tedbirlere başvurulmadığından⁷⁸ bu yönde bir içtihat oluşmuş değildir. Ancak, bu tür tedbirlere başvurulmasına ilişkin kriterler, 1/2003 sayılı Tüzük’te yer almaktadır. Tüzük’ün 7. maddesine ve 12. resitaline göre Komisyon’un yapısal tedbirlere başvurabilmesi için şu şartların bulunması gerekmektedir (O’donoughe ve Padilla 2006, 735):

- (i) Yapısal tedbir son çare (*last resort*) olarak görülmelidir: Bu tür tedbirler ancak eşit derecede etkili bir davranışsal tedbirin bulunmadığı durumlarda uygulanabilir.
- (ii) Yapısal tedbir etkili olmalıdır: Uygun bir davranışsal tedbirin olmadığı durumlarda dahi, yapısal tedbirlere başvurulabilmesi için tedbirin ihlali etkili bir şekilde sona erdirmesi gerekmektedir.
- (iii) Yapısal tedbirler ölçülü olmalıdır⁷⁹: Uygun durumda davranışsal tedbir bulunmasa ve yapısal tedbir ihlali etkili bir şekilde sonlandırırsa da, tedbirin ihlalle ölçülü olması gerekmektedir.

Görüldüğü üzere, her iki hukuk düzeninde de, gerek mahkeme kararlarında belirtilen hususlar gerekse mevzuatta yer alan ifadeler yapısal

⁷⁵ Bu sayıya uzlaşma (*consent decree*) kararları da dâhildir. Crandall (2001, 6-7), 4.000’den fazla dosyayı incelediğini, bunlardan 423 tanesinin yeterli bilgi içerdiğini ve başlangıç kriteri olan tekelleşme davasının hükümet tarafından açılması koşulunu sağladığını ifade etmektedir. Bunların dışında 34 dosyanın daha bulunduğunu ancak kategorize etmek için yeterli bilgi bulunmadığını belirtmektedir.

⁷⁶ ABD’de 1976 yılında yürürlüğe giren Hart-Scott-Rodino Yasası ile yoğunlaşmalarda ön bildirim usulü getirilmiştir. Bu tarihten önce teşebbüslerin işlem gerçekleştirmeden önce herhangi bir bildirimde bulunmamaları nedeniyle, ihlaller ancak işlem gerçekleşikten sonra tespit edilebilmiş ve sonuç olarak da teşebbüslerin ayrıştırılmasına karar verilmiştir (Sullivan 2003, 34).

⁷⁷ Bu davalar IBM, The Kansas City Star Co., ve AT&T davalarıdır. Bu davalara bir de *USM* davası eklenebilir. Mahkeme 1947 yılında davranışsal tedbir öngörmesine rağmen 1968 yılında bölünmeye karar vermiştir (USM, 391 U.S 244 (1968)). Davalarla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz Crandall (2001).

⁷⁸ Bkz. dipnot 45.

⁷⁹ Bu konu sonraki bölümde ayrıntılı olarak incelenecektir.

tedbirlere başvurulmasını oldukça güçleştirmektedir. Özellikle Bölge Mahkemesi tarafından bölünme emri verilen *Microsoft* kararını değerlendiren Temyiz Mahkemesi'nin, bu emri iptal etmesine ilişkin yukarıda yer verilen gerekçeleri göz önüne alındığında, ilerde bu tür tedbirlere başvurulmasının çok daha zor olacağı anlaşılmaktadır. Benzer hususların, AB için de geçerli olduğu söylenebilir. Yoğunlaşma işlemlerinde yapısal tedbirlere öncelik vereceğini belirten⁸⁰ Komisyon'un, hâkim durum vakalarında bu tür tedbirlere başvurusu 1/2003 sayılı Tüzük'le çok zor hale getirilmiş ve öncelik açıkça davranışsal tedbirlere tanınmıştır. Dolayısıyla, gelecekte de yapısal tedbirlerin hâkim durum vakalarında nadiren uygulanabileceği söylenebilir. Ancak, çok sık uygulanmasa da geçmiş dönemlerde alınan kararların etkinliğinin incelenmesi ilerde alınabilecek muhtemel kararlara yol gösterici olabilecektir. Bu bağlamda, aşağıda, bölünme kararı verilen son vaka olan *AT&T* kararına ve sonrasında piyasalarda meydana gelen değişikliklerle ilgili değerlendirmelere yer verilecektir⁸¹.

2.1.4. Örnek Karar: AT&T

Sherman Yasası kapsamında bölünme emri verilen en büyük vaka⁸² olduğu belirtilen işlem, DOJ'nin Amerikan telekom devi AT&T aleyhine açtığı dava sonrasında, teşebbüs ve DOJ'nin uzlaşması sonucu gerçekleşmiştir⁸³ (Kovacic 1999, 1302).

AT&T ve iştirakleri, 1974 yılında uzak mesafe telefon hizmetleri (UMTH) pazarında rakiplere bağlantı izni vermediği, bu alanda ve telekomünikasyon ürünleri alanında tekelleştiği iddiası ile dava edilmiş (Sullivan 2002, 585) ve -yaklaşık 8 yıl sonra- 1982 yılında DOJ ile uzlaşmaya varmışlardır. Buna göre AT&T'nin yerel hizmet sağlayıcıları, teşebbüsten ayrılmış⁸⁴; AT&T, UMTH'yi, ekipman üretim ünitesini ve ar-ge bölümlerini

⁸⁰ AB Komisyonu tarafından yayımlanan ve 22.10.2008 tarihinde yürürlüğe giren "Birleşme Tedbirlerine İlişkin Komisyon Duyurusu"nun (*Commission Notice on Remedies Acceptable under Council Regulation (EC) No 139/2004 and under Commission Regulation (EC) No 802/2004*) 15. maddesinde, yapısal tedbirlerin diğer tedbirlere tercih edileceği belirtilmektedir. Benzer şekilde, ABD Adalet Bakanlığı'nın (DOJ) yayımladığı "Birleşme Tedbirlerine Yönelik Politika Rehberi"nde (*Antitrust Division Policy Guide to Merger Remedies*) de açıkça yapısal tedbirlerin öncelikli olarak tercih edileceği ifade edilmektedir.

⁸¹ Diğer bölünme kararlarıyla ilgili değerlendirmeler için bkz. Crandall (2001); Posner (2001); Sullivan (2002).

⁸² Dava sırasında teşebbüsün yaklaşık değeri 150 milyar \$ olup, 1 milyon çalışanı bulunmakta idi.

⁸³ U.S. v. AT&T Co., 552 F.Supp. 131 (D.D.C. 1982), *aff'd sub nom.*, Maryland v. U.S., 460 U.S. 1001 (1983).

⁸⁴ Crandall (2001, 74), DOJ'nin buradaki amacının, AT&T'nin, sahip olduğu altyapıya rakiplerinin erişimini engelleyerek, rakiplerini UMTH pazarından dışlamasına sebep olan güdülerinin yok edilmesi olduğunu belirtmektedir.

elinde bulundurmaya devam etmiş (OECD 2007, 36); ancak AT&T'nin Yerel Bell İşletmeleri (YBİ)'ne⁸⁵ (*Regional Bell Operating Companies*), faaliyetlerini bağımsız bir şekilde sürdürebilmeleri için yeterli varlığı devretmesi⁸⁶ zorunlu tutulmuştur (Shelanski ve Sidak 2001, 190). Diğer yandan YBİ, UMTH sağlayıcılarının yerel şebekeye eşit bir şekilde erişimini (*equal access*) sağlamakla yükümlü tutulmuş ve bağlantı ünitelerinin eşit şartlarda erişime izin verecek şekilde tadil edilmeleri sağlanmıştır. Ayrıca yeni kurulan YBİ'nin UMTH ve bilgi servisleri (*information services*) gibi çeşitli işkollarına girmeleri ya yasaklanmış ya da mahkeme iznine bağlanmıştır (Kovacic 1999, 1303).

Karar, birçok eleştiriye de neden olmuştur. Özellikle bölünme işleminin hizmet kalitesini düşüreceği, ulusal güvenlik için hayati bir öneme sahip olan iletişim hizmetlerine güvenin azalacağı ve yatırımcıları zarara uğratacağı gerekçesi ile karara karşı çıkmıştır (OECD 2007, 36).

Tedbirin uygulanmasına ilişkin olarak da farklı görüşler bulunmaktadır. Kararın nispeten kolay uygulandığını iddia eden Kovacic (1999), teşebbüsün tüm Bell şebekesine hizmet veren varlıklarının YBİ arasında nasıl dağıtılacağına önemli bir sorun olarak düşünülmesine rağmen, büyük bir problem çıkmadan işlemlerin tamamlandığını belirtmiş ve bunun büyük ölçüde teşebbüsün işlem öncesi organizasyon yapısından kaynaklandığını ifade etmiştir (1999, 1303). Crandall (2001, 75) ise, uzlaşma emri sonrasında mahkemenin kararla birlikte gelen birçok sorunu da çözmek durumunda kaldığını belirtmiştir. Ayırıştırma sonrasında müşterilerin ikametgâhlarına bağlantı kablolarının kim tarafından döşeneceği ve sahibinin kim olacağı, eşit şartlarda erişimi sağlamak için katlanılan maliyeti kimin üstleneceği gibi sorunlar ortaya çıktığını ifade ederek, mahkemenin "üretim" in tanımını yapmak zorunda kaldığını, günlük işlemlerde kullanılan ar-ge faaliyetlerinin ya da yazılımların yasaklanan üretim faaliyetleri arasında olup olmadığının açıklığa kavuşturulması gerektiğini belirtmiştir. Yazar, tedbirle ortaya çıkan bir başka sorunun da yerel ve uzak mesafe hizmetlerin sınırlarının çizilmesinde yaşandığını, özellikle internetin ve kablosuz iletişimin gelişmesi ile birlikte yerel ve global hizmet tanımlarının karmaşıklaştığını ifade etmektedir. Öte yandan, uzlaşma emrinin YBİ'ne getirdiği işkolu yasağı, Columbia Bölge Mahkemesi (*D.C. for the District of Columbia*) tarafından sürekli ve önemli bir gözetim yapılmasını gerektirmiştir. YBİ, işkolu yasağının anlamının ve sınırlarının belirlenmesi için mahkemeye toplamda 900'den fazla müracaata bulunmuş, bu müracaatların karara bağlanması için ortalama bekleme süresi 1994 yılında 48 aya kadar çıkmıştır

⁸⁵ Yeni oluşturulan şirketler, YBİ (RBOCs) veya "Bebek Bell'ler" (*Baby Bells*) olarak da adlandırılmaktadır. Bu şirketler, Ameritech, Bell Atlantic, BellSouth, NYNEX, Pasific Telesis, Southwestern Bell ve US West'dir (Shelanski ve Sidak 2001, 189).

⁸⁶ Bu varlıklar arasında Bebek Bell'lerin, "mevcut olan ve gelecek 5 yılda alınacak olan bütün patent haklarından karşılıksız yararlandırılması" da bulunmaktadır.

(OECD 2007, 37). Shelanski ve Sidak (2001, 150), bu noktadan bakıldığında görünürde bir antitröst tedbiri olarak öngörülen kararın telekomünikasyon piyasasını regüle etmenin yeni bir yolu olduğunu belirtmiştir.

Karara getirilen eleştiri ve itirazlara rağmen kararın sonuçları genellikle etkinlik doğurucu bulunmuştur⁸⁷. Yapısal tedbirleri yavaş, maliyetli, çoğunlukla etkisiz ve zaman zaman da rekabeti kısıtlayıcı şeklinde niteleyen Posner (2001, 111) dahi bölünme işleminin tarihteki en başarılı yapısal tedbir örneği olarak savunulabileceğini belirtmiştir. Cavanagh (2005, 196-197) ise, bölünmenin rekabeti tekrar canlandırdığını ve sağlıklı bir yapıya kavuşturduğunu belirtmektedir. Yazar, dava açıldığında kablosuz iletişimin ve internetin neredeyse bilinmediğine, halen çevirmeli telefonların kullanıldığına ve UMTH ücretlerinin bugünün ücretleri ile kıyaslandığında çok pahalı olduğuna dikkat çekmiştir. Litan vd. (2000, 25), bölünme sonrasında UMTH sağlayıcıları arasında yaşanan rekabet sonucu fiber-optik kabloların yaygınlaştığını, bunun da internet altyapısının kurulmasında ve internetin gelişmesinde önemli bir rol oynadığını ileri sürmüştür.

Bölünme kararının etkileri teşebbüslerin pazar paylarından da anlaşılmaktadır. İşlem sonrasında UMTH’de pazara yeni girişlerin artması ile beraber rekabet de artmış ve fiyatlar düşmeye başlamıştır. AT&T’nin UMTH pazarındaki payı ise azalmaya başlayarak, 1984 yılında %90’ın üzerindeyken, 1990 yılına gelindiğinde %65’e düşmüş, 1997 yılında da %45’in altına inmiştir (Crandall 2001, 77).

Kararın sonuçları, yukarıda da aktarıldığı üzere, genel olarak olumlu bulunmasına ve telekomünikasyon sektörüne rekabet getirdiği belirtilmesine rağmen, aynı sonuçlara farklı çözümlerle ulaşılabileceği de ileri sürülmüştür. Örneğin Crandall (2001, 77), aynı sonuçlara ulaşmak için dikey ayrıştırmaya gerek olmadığını, yalnızca “eşit şartlarda erişim”i zorunlu tutarak da bu sonuçlara ulaşılabileceğini ve dünyadaki örneklerin de bunu haklı çıkardığını belirtmiştir⁸⁸. Yazar, Kararın bu yönüyle bir *regülasyon eksikliği*ni telafi ettiğini,

⁸⁷ Krouse v.d (1999) tarafından yapılan ampirik çalışmada, bölünme işleminin YBİ’nin operasyonel maliyetlerini %12 düşürdüğü ve bu düşüşün halen devam ettiği sonucuna ulaşılmıştır. Çalışmada ayrıca, 1993 yılı itibariyle bölünmenin kümülatif olarak 115,4 milyar ABD Doları maliyet tasarrufu, 96,7 milyar ABD Doları da regülasyon tasarrufu sağladığı hesaplanmıştır.

⁸⁸ Crandall (2001, 77); İngiltere, Kanada ve AB ülkelerinde de UMTH’nin rekabete açıldığını; ancak hiçbirinde dikey ayrıştırmaya gidilmediğini ifade etmiştir. İngiltere, dikey ayrıştırmaya gitmemenin yanında eşit şartlarda erişim şartı da getirmemiştir. Yazar; İngiltere, ABD ve Kanada örnekleri karşılaştırıldığında önemli sonuçların ortaya çıktığını belirtmektedir. Buna göre, eşit şartlarda erişim hakkı getirilen Kanada’daki işletmeler, böyle bir şartın öngörülmediği İngiltere’deki muadillerinin 15 yıla yakın bir sürede elde ettiği pazar payına 7 yıldan kısa bir sürede ulaşmışlar ve böylece ABD’de ilk bağımsız teşebbüslerin pazara girişinden 16 yıl sonra elde ettiği pazar payı ile de aynı seviyeye gelmişlerdir. Benzer yöntemler izleyen AB ülkelerinde

FCC'nin daha önce yapması gereken "eşit şartlarda erişim" düzenlemelerini yapmaması sonucu böyle bir tedbirle karşı karşıya kalındığını ve aslında *piyasa aksaklığı*⁸⁹ (*market failure*) değil bir *kamusal aksaklığı*⁹⁰ (*government failure*) giderdiğini ifade etmiştir. (2001, 89). Shelanski ve Sidak (2001) ise bölünme sonrası dönemde bahsedilen faydaların elde edildiğini; ancak bu faydaların hepsinin bölünme emrine verilmesinin yanlış olacağını ve bazılarının da "bölünme emrine rağmen" gerçekleştiğini belirterek, FCC'nin düzenlemelerinin fiyat düşüşlerinde etkili olduğunu ileri sürmüştür. Yazarlar, bölünmenin gerçek etkisinin ortaya çıkarılması için karşılaştırma yaparken, bölünme sonrası dönem ve tekeli dönemin değil, bölünme sonrası dönemle alternatif tedbirler uygulansaydı ortaya çıkabilecek sonuçların karşılaştırılması gerektiğini belirtmişlerdir (2001, 191-193).

Sonuç olarak AT&T kararı, bazı eleştirilere rağmen literatürdeki yaygın görüşe göre olumlu bulunmuş ve başarılı örnekler arasında yer almıştır. Bu karar ışığında, yapısal tedbirlerle ilgili olarak şu çıkarımlar yapılabilir (OECD 2007, 35):

- i) Teşebbüs farklı üniteler biçiminde organize olmuşsa bölünme daha rahat gerçekleştirilebilir.
- ii) Uzun vadede bölünme tedbirleri genellikle davranışsal tedbirlerden daha etkin sonuçlar doğurur. Bununla birlikte, bölünme ile beraber bazı ek (davranışsal) tedbirlerin de uygulanması halinde, bölünme tedbirlerinin daha pürüzsüz olduğu ve kısa vadede amaca ulaşılacağı varsayımı geçerliliğini yitirir.
- iii) Bölünme, küçük tekeller değil, rakip yaratmalıdır.

2.2. DAVRANIŞSAL TEDBİRLER

Pazarın yapısından ziyade teşebbüslerin eylemlerini değiştirmeyi amaçlayan davranışsal tedbirler (*behavioural/conduct remedies*), şu şekilde tanımlanabilir (OECD 2007, 187):

"(Davranışsal tedbirler) ilgili teşebbüs(ler)e belli tip davranışlarda bulunma zorunluluğu getiren veya teşebbüs(ler)i rekabeti kısıtlayıcı davranışlarda bulunmaktan alıkoyan tedbirlerdir."

de UMTH pazarına yeni giren rakipler, eşit erişim hakkı sayesinde yalnızca bir yılda %15-20 pazar payına ulaşmışlardır.

⁸⁹ "Piyasa aksaklığı", serbest piyasa mekanizmasının iyi işlememesi halinde ortaya çıkacak sorunları ifade etmektedir.

⁹⁰ "Kamusal aksaklık" veya "devlet başarısızlığı", kamu otoritelerinin müdahalesinden sonra ortaya çıkan piyasa yapısının, hiç müdahalede bulunulmaması durumundan daha etkinsiz (*inefficient*) olması durumunda meydana gelmektedir. Daha fazla bilgi için bkz. Winston (2006).

İhlal teşkil eden eylemi ya da benzer eylemleri sonlandırmak amacıyla uygulanan tedbirler “yasaklayıcı tedbirler” (*prohibitory remedies*); rekabet sürecinin gelişmesine yardım etmek amacıyla hâkim durumdaki teşebbüse, rakiplerine mal vermek ya da erişim imkânı sunmak gibi davranışları zorunlu tutan tedbirler ise “düzenleyici tedbirler” (*regulatory remedies*) olarak adlandırılmaktadır⁹¹ (DOJ 2008, 149). Bu bağlamda, (i) teşebbüslerin bağlama veya münhasırlık içeren anlaşmalar yapmasının yasaklanması, (ii) tüm müşterilere ayrımcı olmayan bir şekilde satış yapılması, (iii) sözleşme yapma yükümlülüğü⁹² veya (iv) kendi standartları yerine endüstri standartlarında üretim yapma zorunluluğu gibi tedbirler uygulanabilmektedir (Cavanagh 2005, 189).

Davranışsal tedbirlerin birçok avantajı bulunmaktadır. Bu tedbirler genellikle, ihlal olarak nitelenen eyleme, teşebbüse ve pazar koşullarına göre kolaylıkla biçimlendirilerek istenen sonuçlara ulaşılmasına yardım etmeleri ve yapısal tedbirlerin aksine piyasanın yapısını değiştirmeden uygulanabilmeleri nedeniyle tercih edilmektedir (Sullivan 2003, 28; OECD 2007, 38). Özellikle hızlı değişen piyasalarda yeni duruma göre tekrar gözden geçirilip düzenlenebilme imkânına sahip olmaları, bu tür tedbirler için tercih sebebi olmaktadır (DOJ 2008, 149). Öte yandan, ihlalin dikey ilişkilerden kaynaklanması veya altyapı vb. unsurlara erişime ilişkin olması durumunda davranışsal tedbirlerin yapısal tedbirlerden daha iyi sonuçlar verdiği de iddia edilmektedir (Ezrachi 2005, 4).

Davranışsal tedbirler, uygulamada sağladığı kolaylıklar nedeniyle, hâkim durumun kötüye kullanılmasında en sık başvurulmuş çözümler⁹³ olsa da, literatürde iyi bir şöhrete sahip değildir⁹⁴. Bu tür tedbirler, özellikle teşebbüsün varolan pazar gücünün azaltılması konusunda çok az bir etkiye sahip olduğu ve doğrudan pazar gücüne etki eden yapısal tedbirlerin zayıf birer alternatifi olduğu gerekçesi ile eleştirilmektedir (OECD 2007, 38). Zira davranışsal tedbirler yalnızca eylemlerle ilgilenip, teşebbüsün “birikmiş pazar gücü”nü dikkate almadığından, böyle bir tedbir uygulansa dahi, teşebbüsün rekabet sürecine ve tüketicilere sürekli bir zararı söz konusu olabilir (Cavanagh 2005, 189). Buna karşın Kovacic (1999, 1293), bu eleştirilerin, pazar yapısını rekabetçi güçlerin ana açıklayıcısı olarak gören ve yoğunlaşmış piyasaları rekabetin olmadığı piyasalar olarak tanımlayan *yapısalcı okulun* etkisi altında yöneltildiğini ileri sürmüştür. Yapısalcı okula göre, davranışların ve performansın ana açıklayıcısı

⁹¹ Benzer bir ayrım için bkz. Areeda ve Hovenkamp (2000, 98).

⁹² Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Gürzumar (2006).

⁹³ AB uygulamalarında, 1/2003 sayılı Tüzük’ün 7. maddesinde, açık bir şekilde bu tür tedbirlere yapısal tedbirler karşısında öncelik tanınmıştır.

⁹⁴ O’Connor (1975, 732), davranışsal tedbirlerle ilgili yapılan teorik ve ampirik çalışmaların, bu tür tedbirlerin en iyi ihtimalle “tahmin edilemez”, en kötü ihtimalle ise “pazar performansını zedeleyici” etkiye sahip olduğunu ortaya koyduğunu belirtmektedir.

olan pazar yapısı değiştirilmediği müddetçe tedbirlerin başarıya ulaşması mümkün değildir (O'Connor 1975, 705).

Davranışsal tedbirlere yönelik diğer bir eleştiri ise bu tip tedbirlerin yerine getirilip getirilmediğinin tespit edilmesinin genellikle çok fazla denetim ve gözetim mekanizması gerektirmesidir⁹⁵ (Cavanagh 2005, 190). Bu durum büyük ölçüde davranışsal tedbirlerin, yapısal tedbirlerin aksine teşebbüslerin güdülerini değiştirmemesi nedeniyle, teşebbüsün tedbirlere uyumunu sağlamak ve kaçış yollarını kapamak⁹⁶ için ayrıntılı bir şekilde belirlenme ihtiyacından kaynaklanmaktadır⁹⁷. Davranışsal tedbirlerin sürekli gözetim gerektirmesine yol açan diğer bir husus ise, tedbirin tam olarak neyi içerdiği -her zaman- çok açık olmadığından, teşebbüslerin, sorunların ve anlaşmazlıkların çözümü için rekabet otoriteleri veya mahkemelere başvurmak durumunda kalmasıdır⁹⁸ (OECD 2007, 39). Özellikle hâkim durumdaki teşebbüslerin zorunlu unsur⁹⁹ niteliğindeki varlıklarına diğer teşebbüslerin erişim hakkı tanındığında bu tür anlaşmazlıklar sıklıkla ortaya çıkmaktadır¹⁰⁰ (Kovacic 1999, 1293).

Davranışsal tedbirlere başvurulduğunda ortaya çıkan risklerden biri de, birinci bölümde önemi vurgulanan, araç-amaç ilişkisinin gözden kaçırılmasıdır. Özellikle teşebbüslere belli tip davranışlarda bulunma yükümlülüğü getiren tedbirlere başvurulduğunda, tedbirin başarısı yalnızca öngörülen yükümlülüklerle uyulup uyulmadığına indirgenmekte ve pazardaki rekabeti tesis edip etmediği

⁹⁵ ABD'de yürütülen *Microsoft* davası bunun en açık örneklerinden biridir. Kararla ilgili ayrıntılı bilgi Bölüm II.2.3'te yer almaktadır.

⁹⁶ Yapısal tedbirlerde ve para cezalarında teşebbüslerin çok fazla kaçış noktaları bulunmamaktadır. Buna karşın davranışsal tedbirlerde teşebbüslerin tedbiri etkisizleştirmek ya da minimize etmek için kaçış yolları bulmaları veya aynı etkiyi doğuran başka eylemlere yönelmeleri çok daha kolay olmaktadır (OECD 2007, 39). Bu kaçış yollarını kapamak için çok geniş belirlenen tedbirler, rekabetçi davranışları kısıtlama riskini taşıırken, rekabetçi davranışları kısıtlamamak için dar bir şekilde belirlenen tedbirlerin ise kaçış noktaları bırakma ve etkisiz olma ihtimali yüksektir (Posner 2001, 273)

⁹⁷ Bu tür müdahaleler teşebbüsün sunduğu ürünlerin adının ne olacağına kadar varabilmektedir. Bkz. Bölüm II.2.3.

⁹⁸ AT&T kararında mahkeme, davranışsal tedbirlere başvurmama gerekçesini şöyle açıklamıştır: (i) gelecekte meydana gelebilecek olası ihlali önleyen bir tedbirin tasarımı çok zor olacaktır, (ii) teşebbüsün geçmişteki işbirlikçi olmayan tutumu göz önüne alındığında tedbir uygulanamaz olacaktır, (iii) tedbir çok kapsamlı ve uzun dönemli gözetim mekanizması gerektirecektir (Sullivan 2003, 32).

⁹⁹ Zorunlu unsur kısaca, rakiplerin faaliyetlerini gerçekleştirebilmeleri için zorunlu olan tesis ve alt yapı olarak tanımlanabilir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Areeda (1990); Tekdemir (2003); Ölmez (2003); Gürzumar (2006).

¹⁰⁰ Posner (2001, 273), gözetim probleminin kurtulmaya yardım etmesi için bütün davranışsal tedbirlerde belli bir sona eriş tarihinin bulunmasını önermekte ve süresiz belirlenen davranışsal tedbirlerin, rekabetçi süreci yeniden sağlamada başarısızlığa düşüldüğünün itirafı olduğunu değerlendirerek, bunun davanın başından beri kötü planlanmış bir şekilde yürütüldüğünün göstergesi olduğunu belirtmektedir.

sorgulanmamaktadır (Hovenkamp 2005a, 300). Dolayısıyla bu tip bir değerlendirmede, tedbirin etkileri net bir şekilde ortaya konmalı ve teşebbüsün uyumu sağlansa dahi, piyasadaki rekabetin gelişimine bir faydası olmamışsa tedbir yeniden gözden geçirilmelidir.

Yukarıda genel olarak olumlu ve olumsuz yanlarına yer verilen davranışsal tedbirlerin iki türü olan yasaklayıcı ve düzenleyici tedbirler hakkında detaylı açıklamalara aşağıda yer verilecektir.

2.2.1. Yasaklayıcı Tedbirler

Yasaklayıcı tedbirler, genellikle ihlal teşkil eden eylemi sonlandırmada kullanılırlar ve aynı ya da benzer eylemlerin gelecekte tekrar etmesini engellerler. Özellikle ihlalin esasının bağlama veya münhasırlık içeren anlaşmalar olması durumunda bu tür tedbirlere sıkça başvurulmaktadır¹⁰¹. Yasaklayıcı tedbirler iki şekilde uygulanabilmektedir. İlk şeklinde, güdülen amaca ulaşmada yeterli olması halinde, yalnızca ihlal teşkil eden eyleme son verilir¹⁰². İkinci olarak ise, ihlal niteliğindeki eylemin sonlandırılmasından öteye gidilerek, benzer etkilere sahip davranışlar da yasaklanır (DOJ 2008, 150).

İhlal olarak tespit edilen eylem, belirginse (*discrete*) ve teşebbüsün başka yollarla aynı sonucu doğuracak eylemler içine giremeyeceği öngörülüyorsa, yalnızca ihlali yasaklayan bir tedbir yeterli olabilir (Areeda ve Hovenkamp 2002, 99). Ancak birbirinden farklı eylemler aynı sonucu doğuruyorsa, teşebbüs bunların arasından öngörülen tedbirde yasaklanmayanlara yönelebilecektir (Tom ve Wells 2003, 395). Bu durumda inceleme konusu olmayan ancak ihlalle benzer etkilere sahip eylemlerin de yasaklanması rekabetin yeniden sağlanmasında uygun bir yöntem olabilir. Nitekim ABD Yüksek Mahkemesi de, *Int'l. Salt Co.*¹⁰³ davasında, rekabetin kısıtlanması amacının, ihlal olarak tespit edilen eylemden açıkça anlaşılması durumunda, aynı sonuca götüren diğer eylemlerin de yasaklanabileceğini belirtmiştir.

Bununla birlikte bu tür çevreleyici tedbirler (*fencing in remedies*) öngörüldüğünde, hâkim durumdaki teşebbüslerin rekabetçi davranışlarının da yasaklanması ihtimali ortaya çıkabilir. Bu konuda ilginç bir örnek ABD'de 1956 yılında uzlaşma ile sonuçlanan *AT&T* davasıdır¹⁰⁴. Uzlaşma kararına göre,

¹⁰¹ Örneğin, ABD'de Microsoft'un münhasır anlaşmalar yapması, pazarda önemli ölçüde rekabetin kapandığı gerekçesi ile yasaklanmıştır (Microsoft, 231 F. Supp.2d 144, 183 (D.D.C 2002)). AB'de de yine Microsoft'un Windows işletim sistemine Media Player uygulamasını bağlaması yasaklanmıştır Bkz. Case COMP/C-3/37.792.

¹⁰² Bu tür önlemler literatürde "bitir ve vazgeç" (*cease and desist*) ya da "bir daha suç işleme" (*sin no more*) şeklinde de nitelendirilmektedir.

¹⁰³ *Int'l Salt Co.*, 332 U.S 392, 400 (1947).

¹⁰⁴ *U.S v. Western Electric Co.*, Final Judgement, Civil Action No:17-49, (D.N.J, Jan. 24, 1956)

AT&T ve iştirakleri telefon hizmetleri dışındaki pazarlara girmekten alıkonulmuştur. Crandall ve Elzinga (2004, 20), bu yasaklamanın tüketici refahına herhangi bir faydası olmadığı gibi birçok zararının bulunduğunu ileri sürmüştür. Zira teşebbüs, Bell Laboratuvarlarında “transistör”leri icad etmiş, ayrıca ilk işletim sistemi sayılabilecek UNIX’i geliştirmiştir. Ancak uzlaşma kararı gereği bu pazarlara giremediğinden, yazılımı telif hakkı almadan (*royalty-free*) devretmek zorunda kalmıştır. Yazarlar, bu tedbir olmasaydı AT&T’nin bugün Microsoft’a ciddi bir rakip olabileceğini iddia etmişlerdir. Benzer bir örnek ise İngiltere’deki Bird’s-Eye Wall’s (BEW) vakasıdır¹⁰⁵. 2000 yılında dondurma pazarında yaklaşık %65 pazar payına sahip olan BEW’in dolap ve dağıtım münhasırlığı gibi bazı davranışlar içine girerek piyasayı kapadığı iddiası üzerine yapılan inceleme sonucunda Rekabet Komisyonu (*Competition Commission*) çeşitli tedbirler önermiştir. Bunlardan ilki; BEW’in kendi dağıtım sistemini kullanmaktan men edilmesi ve çok markalı dağıtıcılar vasıtasıyla ürünlerini satmak durumunda bırakılması; ikincisi ise, BEW’in perakendecilere sunduğu ücretsiz dondurma kabinlerinin %50’sini rakiplerin kullanımına açmaya zorlanmasıdır (OECD 2007, 48). Rekabet Komisyonu’nun bu vakada uyguladığı tedbirlerin etkilerini araştıran Ridyard (2005), öngörülen tedbirler sonrasında BEW’in perakendecilere ücretsiz kabin uygulamasına son verdiğini belirtmiştir. Yazar, pazar payı yönünden yaptığı karşılaştırmada ise, BEW’in pazar payını büyük ölçüde koruduğunu, bazı rakiplerinin pazar payının aynı kaldığını, bazılarının ise düştüğünü tespit etmiştir. Ridyard (2005, 536-37), anılan karar sonrasında yaşanan en önemli gelişmelerden birinin de 1999-2003 yılları arasında toplam dondurma pazarında yaşanan %20’lik daralma olduğuna dikkat çekmiş ve uygulanan tedbirlerin teşebbüsler tarafından yapılan yatırımların azalmasına yol açarak bu daralmada rol oynadığını ileri sürmüştür.

AT&T ve BEW vakalarına ilişkin olarak yapılan bu tespitler, rekabeti bozabilecek davranışlar yasaklanırken tüketicilere zarar verebilecek düzenlemelerden kaçınmanın önemini ortaya koymaktadır.

2.2.2. Düzenleyici Tedbirler

Yukarıda da bahsedildiği üzere, hâkim durumun kötüye kullanılması sonucu bozulan piyasa yapısını salt kötüye kullanma olarak tespit edilen eylemi yasaklayarak düzeltmek her zaman mümkün olmamaktadır. Hâkim durumdaki teşebbüs, kötüye kullanma yoluyla mevcut veya potansiyel rakiplerini dışlayabilir ve düzenleyici tedbirler olmaksızın bu rakipler tekrar aynı mücadeleye giremeyebilir (Cavanagh 2005, 189). Düzenleyici tedbirlerin rekabet otoritelerinin tasarrufunda bulunması, rekabetin tesis edilmesi

¹⁰⁵ Kararla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz.

http://www.competition-commission.org.uk/rep_pub/reports/2000/436ice.htm#full.

noktasında yasaklayıcı tedbirlerin eksikliğini giderdiği gibi, daha radikal olan yapısal tedbirlere başvurma gereksinimini de ortadan kaldırabilir (OECD 2007, 38).

Düzenleyici tedbirler, teşebbüslere belirli tip davranışlarda bulunma zorunluluğu getirirler. Bu zorunluluk, teşebbüsün mallarını/hizmetlerini “ayırıcı olmayan” (*non-discriminatory*) bir şekilde satması şeklinde olabileceği gibi, diğer teşebbüslerin faaliyet gösterebilmeleri için gerekli olan varlıkların mevcut veya potansiyel rakiplere kullandırılmadığı durumlarda, “sözleşme yapma yükümlülüğü” şeklinde de belirlenebilir¹⁰⁶. Dolayısıyla bu tür tedbirlere çoğunlukla bir “zorunlu unsur”un varlığı durumunda başvurulmaktadır¹⁰⁷. Öte yandan, zorunlu unsur niteliğindeki varlıklar fikri mülkiyet hakları (FMH) ile korunuyorsa, bu tür varlıkların erişime açılması “zorunlu lisanslama” olarak adlandırılmaktadır¹⁰⁸. Böyle bir tedbirde hak sahibi teşebbüsler, kendilerinden lisans talep edenlere, makul bir ücret karşılığı (*reasonable fee*) veya karşılıksız olarak (*royalty-free*), bu hakları vermek zorundadır (Shelanski ve Sidak 2001, 151).

Yukarıda değinildiği üzere, düzenleyici tedbirler çoğunlukla ihlalin esasının mal vermeyi veya lisans vermeyi reddetme olması durumunda uygulanmaktadır. Esasen, mal vermeyi reddetme ihlalinin tespit edilmesi, bunun doğal bir sonucu olarak, hâkim durumdaki teşebbüse sözleşme yapma yükümlülüğü getirilmesi anlamına gelecektir (Gürzumar 2006, 52). Ancak, ihlalin esası, mal vermeyi reddetme veya FMH ile ilgili olmasa dahi, bazı durumlarda rekabetin tesisi ancak düzenleyici tedbirlerin uygulanması halinde

¹⁰⁶ Düzenleyici tedbirler, 1950’lerde pazar payının düşürülmesi şeklinde de uygulanmıştır. Buna göre teşebbüslerin pazar paylarını belli bir yüzdeye düşürmeleri beklenmiş, aksi takdirde yapısal tedbirlere başvurulacağı vurgulanmıştır. Örneğin Kodak kararında (U.S v. Eastman Kodak Co. Consent Decree, C.C.H Trade Cases 67, 920 (1954)) 1961’e kadar teşebbüsün “fotoğraf tabii” hizmetlerinde pazar payını %50’nin altına düşürmesi gerektiğine, aksi takdirde bazı fabrikalarını devretmesine hükmedilmiştir. 1961 yılında teşebbüsün pazar payı %29’a düşmüş ve bölünme kararı uygulanmamıştır (Crandall ve Elzinga 2004, 51-53). Bu tür tedbirler günümüzde teşebbüslerin bahse öngörülen pazar paylarına ulaşmak amacıyla müşterileri uzaklaştırmak için fiyatlarını yükseltmesine ve rakipler için bir fiyat şemsiyesi olmasına yol açtığı için doğru bir uygulama olarak görülmemektedir (OECD 2007, 40).

¹⁰⁷ ABD kararları için bkz. Apsen Skiing, 472 U.S 585 (1985); Otter Tail, 410 U.S. 366 (1973). AB kararları için bkz. Zoja/CSC-ICI (1972) OJ L299/51, Article 2 (Commercial Solvent’in Zoja’ya, o anda uygulanan en yüksek fiyattan 30.000 kg amino-butanol tedarik etmesine ve 2 ay içinde, ilave tedarik için bir öneri sunmasına karar verilmiştir); Hugin/Liptons (1978) OJ L22/23, Article 3 (Hugin’in Liptons’a yazar kasa yedek parçalarını satmaya yeniden başlaması için bir ay içinde bir öneri getirmesi istenmiştir). Daha güncel karar için bkz. Microsoft, COMP/C-3/37.792 (2004), Article 5; GlaxoSmithKline AEVE, C-478/06, ECR 2008.

¹⁰⁸ Daha önce de belirtildiği üzere, zorunlu lisanslama literatürde çoğunlukla yapısal tedbir olarak değerlendirilmektedir. Ancak uygulama şekli büyük ölçüde düzenleyici tedbirlerle benzerlikler gösterdiğinden, tekrara girmek için bu bölümde anlatılması tercih edilmiştir.

mümkün olabilmektedir. Bu sayede pazardaki rekabetin tesisi çok daha hızlı olmakta¹⁰⁹, dahası hâkim firma tarafından kısıtlanan yenilikçi davranışların önü açılmaktadır (OECD 2007, 37). Örneğin ABD’de görülen *Microsoft*¹¹⁰ davasında, ihlal tespitleri arasında teşebbüsün mal vermeyi reddettiği yönünde bir bulgu yer almamasına rağmen, uzlaşma kararında Microsoft’un, birlikte işlerlik için gerekli bilgileri rakip teşebbüslere sunmasına hükmedilmiştir (Takigawa 2005, 249).

Literatürde, düzenleyici tedbirlerin kullanılıp kullanılmaması gerektiği çokça tartışılmaktadır. Ancak, diğer tedbir çeşitlerinde olduğu gibi, bu tür tedbirlere ilişkin de bir görüş birliğine varıldığını söylemek mümkün değildir. Lopatka ve Page (2001, 705), yıkıcı uygulamalar piyasada geri döndürülemez etkilere sahipse, ihlal olan eylemi yasaklamaktan öteye giden tedbirlerin alınmasının haklı bir gerekçeye dayanacağını ifade ederken, Lao (DOJ 2007b, 70), hâkim durumdaki firma rakiplerini başarılı bir şekilde dışlamışsa, düzenleyici bir tedbirin “rakiplerin maliyetinin azaltılması” için gerekli olabileceğini belirtmiştir. Forrester (2004, 168) ise, özellikle AB’de, bu tür tedbirlerin salt rekabet hukuku aracından ziyade, “sanayi politikası”nın uzantısı olarak, daha rekabetçi hedeflere ulaşmanın bir aracı gibi kullanıldığını belirtmiştir.

Hâkim durumun kötüye kullanılması hallerinde düzenleyici tedbirlere başvurulması gerektiğini savunan görüşe göre, bu tür tedbirler özellikle ölçek ekonomilerinin veya şebeke ekonomilerinin söz konusu olduğu piyasalarda uygulama alanı bulabilir. Zira, bu tip piyasalarda hâkim durumdaki teşebbüsler tarafından gerçekleştirilen dışlayıcı eylemler kısa sürede piyasada etkisini gösterebilmekte ve pazarın yapısında kalıcı değişikliklere yol açabilmektedir. Böyle bir durumda yalnızca teşebbüsün eylemlerini yasaklayıcı tedbirlerle güdülen amaca ulaşmak mümkün olmamakta, düzenleyici tedbirlere ihtiyaç duyulmaktadır. Düzenleyici bir tedbir, potansiyel rakiplerin maliyet yapılarını yerleşik firmanın maliyet yapısına benzeterek bu rakiplerin pazara girişini kolaylaştırabilir. Diğer yandan hâkim durumdaki teşebbüs kendi teknolojisini piyasa standardı olarak kabul ettirmişse, düzenleyici bir tedbir rekabet koşullarını eylemin olmadığı duruma yaklaştırabilir. Son olarak, ihlal niteliğindeki eylemi yasaklamaktan öteye giden ileriye dönük düzenleyici

¹⁰⁹ FMH’nin zorunlu lisanslaması, fabrika, üretim birimi vb. unsurların devrini veya ayrıştırılmasını gerektirmediğinden, bazı hallerde bölünme tedbirlerinden daha kolay uygulanabilmektedir. Düzenlenecek bir açık artırma ile FMH’nin satışı yapılarak kazananlara bu haklar kullanılabilir. Öte yandan bu tür tedbirlerin, aynı FMH’yi kullanarak birbirleri ile rekabet eden firmaların, aynı ürünü veya kendi farklılaştırılmış ürünlerini hiçbir kısıtlamaya tabi olmadan, bağlama, entegre etme gibi seçeneklere de sahip olmalarını sağlayarak yenilikçi davranışları artırıcı etkileri bulunmaktadır (Areeda ve Hovenkamp 2000, 242-244).

¹¹⁰ 231 F. Supp. 2d 144 (D.D.C. 2002).

tedbirler, teşebbüsün gelecekte benzer taktiklerle piyasayı kapamasının önüne geçebilir (DOJ 2008, 152).

Düzenleyici tedbirler, bazı durumlarda yapısal tedbirlerin bir tamamlayıcısı olarak uygulama alanı bulmaktadır. Özellikle bölünen teşebbüsün çeşitli FMH'ye sahip olması halinde, yavru şirketleri bu haklardan mahrum bırakmak, yaşayabilir rakipler yaratmada büyük ölçüde başarısız olacak ve tedbirin amaçları ile de çelişecektir (Areeda ve Hovenkamp 2002, 237). Bu tür durumlarda, yavru teşebbüslere, ana teşebbüsün sahip olduğu varlıklara erişim imkânı sunularak, bu teşebbüslerin pazarda etkin birer rakip olarak faaliyet gösterebilmeleri sağlanmaktadır. Nitekim AT&T kararında bu husus açıkça belirtilmiş ve AT&T'nin sahip olduğu patent vb. hakların ayrımcı olmayan bir şekilde yavru teşebbüslere 5 yıl süre ile kullandırılması emredilmiştir¹¹¹.

Düzenleyici tedbirler, yukarıda yer verilen faydalarının yanında önemli sakıncaları da barındırmaktadır. Düzenlenmesi, uygulanması ve gözetimi en zor olan tedbirler genellikle bazı varlıkların diğer teşebbüslere de açılmasını, uyumlulaştırılmasını ya da ağa erişimini zorunlu tutan tedbirler olmaktadır (Areeda ve Hovenkamp 2002, 99). Özellikle FMH ile korunan varlıkların erişime açılması durumunda, rekabet otoritesi tarafından, hangi FMH'nin diğer teşebbüslere sunulacağı belirlenmeli; telif hakkı, patent ve ticari sırlardan hangilerinin transfer edileceği tayin edilmelidir. Ayrıca bilişim gibi hızlı değişen piyasalarda, teşebbüsün mevcut teknolojisini değiştirmesi veya yükseltmesi (*upgrade*) bekleneneğinden, tedbir öngörülürken bunların da dikkate alınarak tedbirin kapsamının ve süresinin açıklığa kavuşturulması gerekmektedir (Kovacic 1999, 1304).

Öte yandan, bu tür bir tedbir öngörüldüğünde erişimin sınırlarının, fiyat ve diğer ilgili unsurların da tedbirle beraber açıklığa kavuşturulması gerekmektedir¹¹². Özellikle erişime ilişkin herhangi bir tedbirde, fiyatla ilgili hükümler bulunmak zorundadır¹¹³. Fiyatın teşebbüsün iradesine bırakılması durumunda mal vermeyi reddetme ile aynı etkiyi doğuran çok yüksek bir bedel

¹¹¹ Kararın ayrıntılı açıklaması için bkz Bölüm II.1.4. *Microsoft* davasında da benzer hükümler bulunmaktadır. Bölünme kararı veren mahkeme, FMH'yi uygulama şirketine (AppCo) devretmiş; ancak işletim sistemi şirketine (OpCo), bu haklar üzerinde bir ücret ödemeden ve daimi olarak kullanma imkânı tanımıştır. Bkz. *Microsoft*, 97 F. Supp. 2d at 66.

¹¹² Uygulamada, bu tür tedbirlerde genellikle, adil (*fair*), makul (*reasonable*) ve ayrımcı olmayan (*non-discriminatory*) (*FRAND*) bir yükümlülük zorunlu tutulmaktadır. Bkz. *Microsoft*, Case COMP/C-3/37.792 ve *IMS Health* (2002) OJ L59/18.

¹¹³ Lipsky (DOJ 2007a, 24) ve Crandall, (DOJ 2007a, 50), mal verme zorunluluğu içeren herhangi bir tedbirde fiyatla ilgili bir açıklamanın mutlaka bulunması gerektiğini belirtmektedirler. Ne var ki, rekabet otoriteleri ve mahkemeler uygun fiyatı belirleme konusunda bir donanım sahibi olmadıklarından uygulamada önemli sorunlar çıkabilir.

istenebilmekte, bu da tedbirin istenen amaca ulaşmasını engellemektedir¹¹⁴ (DOJ 2008, 153). Bu sakıncaları önlemek için uygulama sırasında genellikle ek tedbirler de gerekmekte; erişime açılan varlıklar, çoğu zaman makul bir fiyatla (*reasonable price*) kullanılırken¹¹⁵, bazı durumlarda da herhangi bir ücret ödenmeden (*royalty-free*) kullanılmaktadır¹¹⁶ (Kovacic 1999, 1304). Dolayısıyla bu tür tedbirler, karar sonrasında büyük bir gözetim ve denetim mekanizmasını da gerektirmektedir (Areeda ve Hovenkamp 2002, 99-100).

Düzenleyici tedbirlerin yol açabileceği bir başka sorun da, bu tedbirlerin hâkim durumdaki teşebbüs ile alıcı teşebbüsler arasında kararın yerine getirilip getirilmediği konusunda birçok anlaşmazlığa yol açabilmesidir. Hâkim durumdaki teşebbüs çok önemli olan varlıklarını kapsam dışında bırakmak isteyebileceği gibi (OECD 2007, 37), alıcı teşebbüsler de kendilerine çok az bilginin sunulduğunu, sunulan bilgilerin anlaşılabilir olmadığını ya da zamanında ulaşmadığını iddia edebilir ve konu tekrar otoritelerin önüne gelerek yeni bir inceleme ve soruşturma yapılmasını gerektirebilir. Böyle bir durumda rekabet otoriteleri zamanının büyük bir bölümünü tedbirin gereklerinin belirlenmesi ve gözetilmesi konusuna ayırmak zorunda kalabilir (Kovacic 1999, 1304).

Bahsedilen sakıncaları nedeniyle bu tür tedbirlerin, rekabetçi pazarları, teşebbüslerin bazı davranışlarda bulunmak veya yeni hizmetler sunmak için düzenleyici otoritelerden izin aldığı “düzenlenmiş piyasalar”a benzetebileceği ileri sürülmüştür (Geradin ve Sidak 2003, 3). Özellikle fiyat vb. hususlarla ilgilenmek durumunda kalan rekabet otoriteleri, alınan kararların uygulanmasını sağlamak için düzenleyici kurumlar gibi¹¹⁷ hareket etmek zorunda kalmaktadır (Ezrachi 2005, 2). Areeda (1990, 853), mahkemelerin (rekabet otoritelerinin)

¹¹⁴ Bazı hallerde uygun bir fiyat belirlenebilmesi mümkün olabilmektedir. Özellikle teşebbüsün diğer alıcılara benzer hizmetleri sattığı durumlarda piyasada oluşan fiyatın uygulanması, uygun bir tedbir olabilir (DOJ 2008, 153).

¹¹⁵ *Hartford Empire* (323 US 386 (1945) kararında Yüksek Mahkeme, cam yapımına ilişkin (*glass-blowing*) yaklaşık 800 patentin bulunduğu havuzun makul bir ücret karşılığı dileyen teşebbüslere zorunlu lisanslanmasına hükmetmiştir. *American Cyanamid* (FTC, 363 F2d 757, 772 (6th Cir. 1966)) kararında ise patent sahibinin makul bir ücret alması durumunda patentlerin zorunlu lisanslanmasına karar verilmiştir. 1956 yılında *IBM*'le ve 1954 yılında *Kodak*'la varılan uzlaşmalar sonucu şirketler, sahip oldukları patentleri makul bir ücret karşılığı kullanılmayı kabul etmişlerdir (Crandall ve Elzinga 2004, 37,51).

¹¹⁶ Bkz. *U.S. v. General Elec. Co.*, 115 F. Supp. 835, 843-46 (D.N.J. 1953); *Eli Lilly & Co.*, 95 F.T.C. 538, 546-52 (1980). Buna karşın *National Lead* kararında Yüksek Mahkeme, alt mahkemenin teşebbüsün “titanium pigment”lerle ilgili patentlerinin zorunlu lisanslanmasına ilişkin kararı onamış ancak DOJ'nin bu patentlerin ücretsiz (*royalty-free*) verilmesi talebini reddetmiştir.

¹¹⁷ *Kodak* (Eastman Kodak Co., 1997-2 Trade Cases, 71,908) davasında da Temyiz Mahkemesi, alt mahkemenin Kodak'ı, dileyen teşebbüslere 10 yıl süre ile “makul bir fiyatla” yedek parça satmakla yükümlü tutmasına ilişkin kararını, “sürekli bir fiyat denetimi gerektireceği” gerekçesi ile değiştirerek “ayrımcı olmayan” bir şekilde satış zorunluluğu getirmiştir (Joskow 2002, 109).

yeterince açıklayamayacağı veya makul bir şekilde gözetilemeyeceği durumlarda, sözleşme yapma yükümlülüğü gibi düzenleyici tedbirlere başvurmaması gerektiğini belirtmekte ve bu tür konuların düzenleyici kurumların karakteristik özelliğini taşıyan sürekli gözetim mekanizması istemesi nedeniyle, rekabet hukuku kapsamında “çözümlemez” olarak görülmesinin uygun olacağını ifade etmektedir. Yazar, bu tür tedbirlerin ancak; (a) bir birliğe (*consortium*) katılımın, özellikle başlangıç aşamasında, risk oluşturduğu durumda, (b) bu tedbirin dışındaki etkin alternatifin bölünme olması durumunda ve (c) yükümlülüğe uyumu denetlemek için düzenleyici kurumun varlığı halinde öngörülebileceğini belirtmektedir.

Öte yandan düzenleyici tedbirler, etkinlik ve yenilikçilik üzerine tartışmaları da beraberinde getirmektedir¹¹⁸. Genel olarak, böyle bir tedbir piyasadaki rekabeti sağlayarak dağılımda etkinliği¹¹⁹ artırmaktadır¹²⁰ (Geradin 2005, 18). Bununla birlikte, hâkim durumdaki teşebbüse varlıklarını diğer teşebbüslere de açmasının zorunlu tutulması, rakiplerin alternatif kaynakları arama ya da kendi kaynaklarını oluşturma güdülerini azaltırken, hâkim durumdaki teşebbüsün de ar-ge yatırımlarının ve yenilikçi davranışlarının önünü kesebilmektedir¹²¹ (Thalmann 2008, 2). Özellikle, teşebbüslerin uzun ve maliyetli çabalar sonucunda elde ettiği patent hakları ve know-how gibi varlıklarının rakiplerin kullanımına açılması, bu tür sakıncaların daha fazla ortaya çıkmasına yol açabilecektir.

Kanaatimizce, bütün bu sayılan maliyet ve olumsuzluklarına rağmen, pazarın kendi kendine rekabetçi seviyeye gelemeyeceğinin öngörülmesi durumunda, düzenleyici tedbirler hiçbir şey yapmamaya ya da daha ağır diğer tedbirleri uygulamaya tercih edilmelidir¹²². Ancak bu durumda dahi dikkatli ve özenli olunmalı, etkinliği ve yenilikçiliği azaltacak kadar uzun süreli tedbirlere başvurmadan kaçınılmalıdır¹²³ (DOJ 2008, 154).

¹¹⁸ Düzenleyici tedbirlerin dinamik etkinlik üzerindeki etkileri için bkz. Thalmann (2008).

¹¹⁹ Bu konuya sonraki bölümde ayrıntılı olarak değinilecektir.

¹²⁰ Bu tür tedbirlerin etkinliği artıracaklarını savunan bir çalışma için bkz. Waller ve Frischmann (2008).

¹²¹ Dinamik etkinlikle ilgili bu konuya sonraki bölümde ayrıntılı olarak değinilecektir.

¹²² Waller (2008, 25), günümüzde hâkim duruma ilişkin tedbirlerin, önceki yıllarda uygulanan “fiziksel bölünme”den, “sanal bölünme”ye kaydığını belirterek bu tür erişim tedbirlerinin gelecekte de en önemli odak noktası olacağını belirtmektedir.

¹²³ Bununla birlikte Page (DOJ 2007b, 99-100), uzun süreli tedbirlerin, *Microsoft* davasında olduğu gibi, erişim tedbirlerine (*access remedies*) başvurulması durumunda rakiplerin yaptığı yatırımın getirisi olacağına inanmalarını sağlayacağı için tercih edilebileceğini belirtmekte; Hesse (DOJ 2007b, 102) de tedbirlerin süresinin giriş engellerini ne kadar sürede düşüreceğine bağlı olduğunu ve şebeke ekonomilerinin geçerli olduğu çoğu teknoloji pazarlarında uzun süreli tedbirlerin uygun olduğunu ifade etmiştir.

Yukarıda yer verilen çeşitli zorluklarına rağmen davranışsal tedbirler, daha önce de belirtildiği üzere, uygulamada sağladığı esneklik nedeniyle rekabet otoritelerinin en sık başvurduğu çözümlerdir. Ancak son yıllarda özellikle düzenleyici tedbirlerin uygulanmasına ilişkin farklı yaklaşımlar görülmektedir. Aşağıda, ABD ve AB uygulaması bağlamında, rekabet otoritelerinin ve mahkemelerin bu tür tedbirlere yaklaşımı tartışılacaktır.

2.2.3. Mahkemelerin ve Rekabet Otoritelerinin Davranışsal Tedbirlere Yaklaşımı

Davranışsal tedbirlere ilişkin ABD ve AB uygulamaları incelendiğinde, her iki hukuk düzeninde de alınan tedbirlerde teşebbüsün benzer ihlaller içine girmekten men edilmesinin amaçlandığı görülmektedir. Örneğin, *Microsoft* davasında her iki hukuk düzenindeki rekabet otoritesi de teşebbüsün belli tip davranışlar içine girmesini yasaklamışlardır¹²⁴. Bu anlamda, hem ABD’de hem de AB’de yasaklayıcı tedbirlerin uygulanması konusunda bir farklılık bulunmamaktadır. Esas farklılık düzenleyici tedbirlerin uygulanmasında ortaya çıkmaktadır.

Önceki dönemlerde, gerek ABD’de gerekse AB’de bazı davalarda hâkim durumdaki teşebbüslerin varlıklarının, FMH ile korunsa dahi, mevcut veya potansiyel rakiplere açılması yönünde kararlar verilmiştir¹²⁵. Ancak, özellikle son dönemde, her iki hukuk düzeninde alınan kararlar, düzenleyici tedbirlere başvurma konusunda bir farklılaşmaya işaret etmektedir. Bu farklılaşma esasen “zorunlu unsur doktrini”¹²⁶ veya “mal vermeyi reddetme” ile ilgili olsa da, sonuç olarak uygulanan tedbirleri de etkilemektedir. ABD’de, Yüksek Mahkeme’nin 2004 yılında aldığı *Trinko*¹²⁷ kararından sonra bu tür tedbirlerin rekabet otoriteleri tarafından uygulanabilmesinin zorlaştığı iddia edilmektedir¹²⁸. Yüksek Mahkeme, kararında Areeda’nın (1990) yukarıda yer verilen görüşlerine de atıf yaparak, aşağıdaki ifadelerle yer vermiştir:

“İhlalin etkili bir şekilde sonlandırılması için zorunlu erişime açma gibi bir çözüme başvurulduğunda, çok ayrıntılı olması gereken böyle bir tedbir, (doğası gereği) sürekli gözetim gerektirmektedir... (Ancak) bir antitröst mahkemesinin, bu tür detaylı erişim yükümlülüklerinin etkili bir şekilde kontrolünü yapabilmesi mümkün değildir.”

¹²⁴ Bkz. dipnot 103.

¹²⁵ Örnek kararlar için bkz. dipnot 109; 118; 119; 120.

¹²⁶ Doktrinin ABD ve AB rekabet hukuku uygulamalarındaki yeri ile ilgili daha fazla bilgi için bkz. Gürzumar (2006).

¹²⁷ Verizon Comm. v. Law Office of Curtis V Trinko LPP, 540 U.S 398, 414-415 (2004).

¹²⁸ Bkz. Geradin (2005); Hovenkamp (2008). Kararın bir eleştirisi için bkz. Waller (2006). Genel olarak mahkemenin yaklaşımını eleştiren bir çalışma için bkz. Waller ve Frischmann (2008).

Mahkeme ayrıca, bu tür tedbirlerin ticari hayata çok fazla müdahale edeceğini belirtmektedir¹²⁹:

“Zorunlu erişim (tedbiri), antitröst mahkemelerini; uygun fiyat, miktar ve diğer sözleşme koşullarını belirleyen merkezi planlamacılar gibi davranmak zorunda bırakabilir ki, mahkemeler bu rol için uygun değildir.¹³⁰”

AB’de ise son dönemde alınan *IMS*¹³¹ ve *Microsoft*¹³² kararlarında Komisyon’un daha müdahaleci bir yaklaşım sergilediği söylenebilir¹³³.

Yukarıda yer verilen farklılıkların yanında, düzenleyici tedbirlerin uygulanması konusunda iktisadi anlamda temel bir ayrışmadan da bahsedilebilir. Heyer (2005, 412-413), AB rekabet otoriteleri ve ABD rekabet otoritelerinin “öncelikleri”nin (*priors*) farklı olduğunu belirterek, AB otoritelerinin şimdiki tüketicilerin refahına gelecekteki tüketicilerin refahından daha fazla önem atfettiğini ve bu nedenle ABD’den daha müdahil davrandığını iddia etmektedir. Her iki hukuk düzeninde alınan kararlarda bulunan ifadelerde de bu fark ortaya çıkmaktadır. ABD Yüksek Mahkemesi *Trinko*¹³⁴ kararında, düzenleyici tedbirlerin teşebbüslerin yenilikçi davranışlarını engelleyebileceğini ifade ederek tedbiri reddederken, *Microsoft*¹³⁵ kararında AB Komisyonu, Microsoft’un gelecekteki yenilikçi davranışları ile piyasadaki diğer teşebbüslerin yenilikçi davranışları arasında bir karşılaştırma yapmış ve diğer teşebbüslerin daha yenilikçi davranabileceğini belirterek tedbirin uygulanmasına karar vermiştir.

ABD ve AB rekabet otoritelerinin genel olarak tedbirlere özel olarak da davranışsal tedbirlere yaklaşımındaki farklılıklarını en iyi ortaya koyan kararlardan birisi, son dönemde her iki hukuk düzeninde verilen *Microsoft* kararlarıdır. Aşağıda, hem bahsedilen farklara değinmek hem de genel olarak davranışsal tedbirlerin uygulanabilirliği ve etkililiği ile ilgili değerlendirmelerde bulunmak bakımından bu kararlar ayrıntılı olarak incelenecektir.

2.2.4. Örnek Karar: Microsoft

ABD’de ve AB’de alınan her iki karar bakımından da Microsoft’un rekabet ihlalinde bulunduğu konusunda bir anlaşmazlık bulunmamaktadır¹³⁶.

¹²⁹ Trinko LPP, 540 U.S 398, 408 (2004).

¹³⁰ Buna karşın Waller ve Frischmann (2008), bu tür tedbirleri uygulamanın sanıldığı kadar zor olmayacağını ve bu durumun abartıldığını belirterek mahkeme kararını eleştirmektedir.

¹³¹ Case COMP/D-3/38.044. Bu vaka ile ayrıntılı bilgi için bkz. Yavuz (2005).

¹³² Case COMP/C-3/37.792.

¹³³ Bkz. Brinker (2004); Forrester (2004); Geradin (2005); Forrester (2007).

¹³⁴ Trinko, 540 U.S 398, 407-408 (2004).

¹³⁵ Case COMP/C-3/37.792, para 783.

¹³⁶ ABD’de görülen davada Microsoft’un Sherman Yasası’nı ihlal ettiğine dair mahkeme tespitleri ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Demiröz ve Senyücel (2000); Areeda ve Hovenkamp (2004). AB

Anlaşmazlık konusu husus, uygulanacak tedbirlere ve bunların etkililiğine ilişkindir (Apon 2007, 1).

ABD’de yürütülen davada Bölge Mahkemesi, 2000 yılında teşebbüsün, uygulama programları şirketi (AppCo) ve işletim sistemi şirketi (OpCo) olarak¹³⁷ ikiye bölünmesine hükmetmiş¹³⁸; ancak Temyiz Mahkemesi bu kararı bozarak mahkeme hâkimine görevden el çektirmiştir¹³⁹. Daha sonra yeni bir hâkimle görülen davada, DOJ ve Microsoft, sadece davranışsal tedbirlerin uygulanması konusunda 2002 yılında uzlaşmışlardır¹⁴⁰.

Tedbirin ana unsurları şunlardır:

Öncelikle Mahkeme; yazılım geliştiricisi teşebbüslerin yazılımlarının Windows işletim sistemi (Windows) ile birlikte işlerliğini (*interoperability*) sağlamak için, Microsoft’un, masaüstü bilgisayarlar (PC) ve sunucular (*servers*) arasındaki iletişimi kontrol etmede kullandığı protokollerini ve uygulama programları arayüzünü (UPA-*application programming interface-APIs*) istekli teşebbüslere açmasını (*disclosure*) istemiştir. Öte yandan, mahkemenin kararı, orijinal ekipman üreticilerinin (OEÜ) Windows’a yüklenen programları (MP veya İnternet Explorer gibi) gizlemelerine ve masaüstünden kaldırebilmelerine imkân tanımıştır. Uzlaşma kararı ayrıca, ücreti Microsoft tarafından karşılanmak üzere yazılım dizaynı ve programlama uzmanlarından oluşan bir “teknik komite”nin kurulmasını öngörmüş ve bu komiteyi Microsoft’un uygulanan tedbire uyumunu denetlemekle görevlendirmiştir.

Uzlaşma kararı mahkeme tarafından onaylandığında, Bölge Mahkemesi tarafından verilen bölünme kararı gibi eleştirilmiştir. Bazı yazarlar tedbirlerin

Komisyonu’nun ve İDM’nin kararları ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Larouche (2008). Her iki kararı değerlendiren ve karşılaştıran çalışmalar için bkz. Takigawa (2005); Jennings (2006); First (2008); Vickers (2008).

¹³⁷ Bu halef şirketler bazı yazarlarca Bebek Bell’lerden (*Baby Bells*) esinlenerek Bebek Bill’ler (*Baby Bills*) şeklinde de adlandırılmaktadır.

¹³⁸ 97 F.Supp.2d 59 (D.D.C 2000). Mahkeme kararı birçok olumlu ve olumsuz yönde eleştiriyi de beraberinde getirmiştir. Bazı yazarlar mahkeme kararının pazara giriş engellerini ortadan kaldırarak rekabeti tesis edeceğini ifade etmektedir. Bkz. Bresnahan (2001). Diğerleri ise kararın herhangi bir fayda getirmeyeceği gibi tüketicilere birçok zararının olacağını iddia etmektedirler. Bkz. Shelanski ve Sidak (2001).

¹³⁹ 253 F.3d 34 (D.C.Cir.) cert. denied, 534 US 952 (2001).

¹⁴⁰ U.S v. Microsoft, 231 F. Supp. 2d 144 (D.D.C. 2002). Uzlaşmaya göre, Microsoft’un yükümlülükleri beş yıl süre ile geçerli olacak ve ilave olarak da iki yıl daha uzatılabilecektir. Uzlaşma kararının tam metni için bkz.

<http://www.usdoj.gov/atr/cases/f200400/200457.pdf>

rekabetin tesisi için yeterli olduğunu ileri sürerken¹⁴¹, yazarların bir kısmı da uygulanan tedbirleri yetersiz ve çok “hafif” bulmuşlardır¹⁴².

AB’de 2004 yılında alınan kararda ise Komisyon öncelikle, Microsoft’un Windows’a Media Player (MP) uygulamasını bağlamasını yasaklamış ve teşebbüsten 90 gün içinde, MP bulunmayan Windows sürümlerini piyasaya sunmasını istemiştir¹⁴³. Bununla birlikte Komisyon, Microsoft’un içinde MP bulunan Windows sürümlerini üretmesini yasaklamamıştır¹⁴⁴.

Komisyon ayrıca, iş grubu sunucusu işletim sistemi (İGSİS-*work group server operating system*) pazarında faaliyet gösteren/gösterebilecek teşebbüslerin, Microsoft ürünleri ile uyumluluklarını sağlamak üzere, Microsoft’un birlikte işlerlik bilgilerini “makul ve ayrımcı olmayan şartlarla” 120 gün içerisinde diğer teşebbüslere açmasına hükmetmiştir¹⁴⁵. Anılan karar, İDM tarafından da onaylanmıştır¹⁴⁶. Komisyon’un uyguladığı bu tedbir, ABD’de alınan kararla içerik yönünden benzerlik gösterse de kapsam bakımından bir farklılık içermektedir. ABD’de Microsoft tüm arayüz bilgilerini açıklamak zorunda değilken Komisyon, bu bilgilerin tamamının sunulmasını istemiştir (Takigawa 2005, 253).

Öte yandan, ABD’de kurulan teknik komiteye benzer şekilde Komisyon da, Microsoft’un tedbirlere uyumunu denetleyerek kendisine önerilerde bulunması amacıyla, Microsoft’un teknik bilgilerine tam erişim yetkisine sahip ve masrafları teşebbüs tarafından karşılanacak bağımsız bir denetim mekanizmasının (*trustee*) kurulmasını öngörmüştür. Ancak denetleyici vekilin (monitoring trustee) çok geniş yetkilerle donatılması ve maliyetinin Microsoft’a yüklenmesi nedeniyle, kararın bu kısmı İDM tarafından iptal edilmiştir¹⁴⁷.

¹⁴¹ Bkz. James (2001); Evans vd. (2005).

¹⁴² Bkz. Elhauge (2002); First ve Gavil (2006)

¹⁴³ Komisyon’un bu kararı özellikle DOJ tarafından eleştirilmiştir. Dönemin DOJ Antitröst Birimi başkanı R. Hewitt PATE, kararın Microsoft’un yenilikçi davranışlarını engelleyebileceğini ve rekabet sürecine zarar verebileceğini belirterek, “kod silme” (*code removal*) şeklinde, bir tedbirin tüketicilere zarar vereceğini ifade etmiştir. Pate, kararın bu yönüyle rekabeti korumaktan ziyade rakipleri koruduğunu iddia etmiştir. Bkz. http://www.usdoj.gov/atr/public/press_releases/2004/202976.htm

Komisyon kararını onaylayan İDM de bu eleştirilerden nasibini almıştır. Dönemin Antitröst Birimi Başkanı Thomas BARNETT, İDM’nin yaklaşımını Pate’in ifadelerine benzer şekilde eleştirerek, kararın tüketicileri korumaktan ziyade rakipleri koruduğunu ve yenilikçi davranışların önüne geçerek rekabet sürecine zarar verebileceğini belirtmiştir. Bkz.

http://www.usdoj.gov/atr/public/press_releases/2007/226070.htm

¹⁴⁴ Kararın yetersizliği ile ilgili bir eleştiri için bkz. Ayres ve Nalebuff (2005).

¹⁴⁵ Microsoft, Case COMP/C-3.37.792.

¹⁴⁶ Judgment of the CFI of 17 September 2007 in Case T-201/04.

¹⁴⁷ T-201/04, para 1251-79. Bununla birlikte Komisyon’un denetleyici vekil ataması tamamen yasaklanmamıştır. Nitekim Komisyon, 28 Ekim 2005 tarihinde bir vekil tayin ederek (bkz.

Gerek ABD’de gerekse AB’de, Microsoft’un öngörülen tedbirlere ve özellikle de birlikte işlerliğin sağlanmasına yönelik yükümlülüklerle uyumu güçlkle sağlanmıştır. ABD’de, protokollerin karmaşıklığı tedbirin uygulanmasını zorlaştırmış ve hem mahkeme hem de teşebbüs, yükümlülüğe uyumun sağlanması için sürekli bir çaba göstermek durumunda kalmıştır. Microsoft, yalnızca bu tedbirin yerine getirilebilmesi için 313 personel çalıştırırken, mahkeme de tedbirin uygulandığından emin olmak için 40 kişiden teknik yardım almıştır (Page, DOJ 2007b, 57).

Microsoft’un UPA’ya uyumu ile ilgili olarak bir şikâyet gelmese de, esas anlaşmazlık protokollerin açılmasına ilişkin tedbirin uygulanmasında yaşanmıştır. Nitekim Ocak 2004’te yayımlanan ortak durum raporunda (*joint status report*) DOJ, protokollerle ilgili tedbirlerin amacına ulaşmadığı ve Windows’a rakip çıkarma konusunda da ümit vermediği gerekçesi ile tadil edilmesini mahkemeden talep etmiş; iki yıl sonra da mahkemeye sunduğu raporda, 1.000’den fazla teknik sorunun Microsoft’a iletildiğini; ancak bunlardan 700’den fazlasının halen çözüme kavuşturulmadığını belirtmiştir (OECD 2007, 51). Tüm bu sorunlar nedeniyle Microsoft’un tedbire uyumu DOJ tarafından “hayal kırıklığı” olarak nitelendirilmiş ve tedbirin süresi mahkeme tarafından 2009 yılı sonuna kadar uzatılmıştır¹⁴⁸ (First 2008, 11).

AB uygulamasında da benzer sorunlar yaşanmıştır. Komisyon, Microsoft’un yükümlülüklerini yerine getirip getirmediği hususunda büyük ölçüde bir dış kaynağa (denetleyici vekil) güvenmek durumunda kalırken, Microsoft da üç ülkeden 200 mühendisle ilgili kaynak kodlarını hazırlamak için çaba göstermiştir¹⁴⁹ (Forrester 2007, 561). Buna rağmen denetleyici vekil, Microsoft tarafından sunulan teknik bilgilerin, diğer teşebbüslerin Microsoft ürünleri ile uyumlu İGSİS geliştirebilmeleri için yeterli olmadığını ve istenen sonuçları vermediğini ifade etmiştir. Bunun üzerine Komisyon, 12 Haziran 2006 tarihinde tedbire uyum göstermediği gerekçesiyle Microsoft’a 280,5 milyon Avro süreli para cezası uygulamıştır¹⁵⁰.

Öte yandan, kararda belirtilen “makul bir ücret”le lisans anlaşması yapma şartı da anlaşmazlıklara neden olmuş ve Komisyon, istenen ücretlerin “makul” olup olmadığını karara bağlamak durumunda kalmıştır (First 2008, 14). Komisyon, Microsoft’un talep ettiği ücretlerle ilgili olarak, teşebbüsle birlikte “fiyatlandırma ilkeleri”ni (*pricing principles*) yayınlamış ve Microsoft’un bu ilkeleri

Komisyon basın açıklaması: IP/05/1215) Microsoft’un uyumunu denetlemeye başlamış ve bu denetim 4 Mart 2009’a kadar sürmüştür.

¹⁴⁸ Bkz. <http://www.usdoj.gov/atr/cases/f218300/218339.htm>. Öte yandan, uzlaşma kararı, gerek duyulması halinde 3 yıl daha uzatılabilecektir (First 2008, 11).

¹⁴⁹ Forrester (2007, 561), teşebbüsün bu yükümlülüğü yerine getirmek için emekli olan bazı personelinin dahi çalıştırdığını belirtmektedir.

¹⁵⁰ Bkz. http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/decisions/37792/art24_2_decision.pdf

gözetmesini istemiştir (Forrester 2007, 566). Ancak Microsoft'un talep ettiği fiyatlar "makul" bulunmamış ve teşebbüse 899 milyon Avro süreli para cezası uygulanmıştır¹⁵¹.

Nihayet, ilk karardan 3,5 yıl sonra, 22 Ekim 2007 tarihinde Komisyon, birlikte işlerle ilgili olarak Microsoft'un karara uyumunun büyük ölçüde sağlandığını ifade etmiş¹⁵² ve 4 Mart 2009 tarihinde de, kazanılan deneyim sonucu tam zamanlı bir teknik yardımın gerekmediğini belirterek denetleyici vekilin görevine son vermiştir. Komisyon, yalnızca özel konularda (*ad hoc*) teknik yardım alacağını duyurmuştur¹⁵³.

MP ile ilgili tedbirde de birçok sorunla karşılaşmıştır. Öyle ki Komisyon, sunulacak ürünün adının ne olması gerektiğine kadar varan ticari kararlar almak durumunda kalmıştır. Teşebbüsün ayrıştırılan ürün için sunduğu dokuz isim Komisyon tarafından reddedilmiş ve sonunda "MS Windows XP-N" (N harfi, *non with MP*-MP olmayan anlamında kullanılmaktadır) isminde karar kılınmıştır (First 2008, 13).

ABD ve AB Microsoft davalarında yaşanan tüm zorluklar bir yana, geçen süre içerisinde uygulanan tedbirlerin olumlu etkilerinin de son derece sınırlı olduğu ileri sürülmüştür¹⁵⁴. Örneğin, Hovenkamp (2005a, 299-300) tedbirin piyasadaki rekabet sürecine herhangi bir olumlu katkı sağlamadığını belirtirken; First (2008, 11), ABD'de uzlaşma kararının henüz rekabeti tesis ettiğini söylemenin mümkün olmadığını ifade etmiş ve teşebbüsün protokolleri açması sağlanmasına rağmen yeni bir İGSİS'in Microsoft'a rakip olarak ortaya çıkmadığına dikkat çekmiştir. Nitekim DOJ de bu hususla ilgili olarak, Microsoft'un pazar payında ilk karardan beri önemli bir değişiklik olmadığını ve tedbirin "işletim sistemi pazarında gözle görülür bir değişiklik meydana getirmedini" belirtmiştir (First ve Gavil 2006, 742-43).

Bununla birlikte, karardan yaklaşık dört yıl sonra durumu değerlendiren Bölge Mahkemesi yargıcı, tedbirin hedefinin "giriş engellerinin ortadan kaldırılması" olduğunu belirterek bu anlamda istenen amaca ulaşıldığını ifade etmiştir (First ve Gavil 2006, 744). DOJ Antitröst Birimi Başkanı Barnett (2007, 557) da, benzer ifadelerle, uygulanan tedbirin başarılı olduğunu iddia etmiştir. Barnett (2007), kararın piyasa üzerindeki etkileri ile ilgili olarak da;

¹⁵¹ Bkz. <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/08/318&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>

¹⁵² İlgili basın açıklaması için bkz.

<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/07/1567&format=HTML&aged=1&language=EN&guiLanguage=en>

¹⁵³ Bkz. Komisyon basın açıklaması: IP/09/349.

¹⁵⁴ Birçok yazar tedbirlerin başarısız olduğunu ifade etmişlerdir. Bkz. First (2008); First ve Gavil (2006); Hovenkamp (2005a).

Microsoft'un (münhasır anlaşmalar gibi) rekabeti azaltıcı eylemlerinin durdurulduğunu belirtmiş ve artık Dell ve Lenovo'nun tüketicilere, içinde Linux işletim sistemi bulunan PC'leri seçme şansı tanıdıklarına dikkat çekmiştir. Yazar ayrıca, Firefox ve Safari gibi internet tarayıcılarının geliştirilmesinin, rakip "ara kademe yazılımlarının" (*middleware*)¹⁵⁵, Microsoft yazılımları ile rekabet edebilme kapasitelerinin tekrar sağlandığını gösterdiğini iddia etmiş ve ayrıca, uygulanan tedbirin Microsoft'un güdülerini de değiştirdiğini belirterek, Microsoft'un tekrar aynı deneyimi yaşamak istemediğinin, teşebbüsün "*Windows Prensipleri: Rekabeti teşvik için oniki ilke*"¹⁵⁶ adlı gönüllü uygulamasından anlaşıldığını ifade etmiştir (2007, 557).

AB'de ise, verilen iki süreli para cezasının ardından Microsoft'un tedbirlere uyumu sağlanmış olsa da, tedbirin piyasalar üzerinde henüz olumlu bir etki gösterdiğini söylemek mümkün değildir. Komisyon'un 2004 yılındaki kararından sonra Microsoft'un İGSİS ve PC işletim sistemi pazarlarındaki payı yükselmeye devam etmiştir. Nitekim 2008 yılındaki süreli para cezasına ilişkin kararında Komisyon, İGSİS pazarına girmek için tedbir kapsamında hiçbir teşebbüsün başvuru yapmadığını; yalnızca, Microsoft'un doğrudan faaliyet göstermediği sunucu işletim sistemi pazarına yönelik olarak lisans talebi geldiğini belirtmiştir (First 2008, 16).

Komisyon'un MP'nin Windows'a bağlanmasının yasaklanması ile ilgili kararı da başarıya ulaşmamıştır¹⁵⁷. First (2008, 13), burada Microsoft'tan ziyade Komisyon'un kusurundan söz edilebileceğini belirtmektedir. Zira Komisyon, Microsoft'un paket ürünü indirimli satmasını yasaklamasına rağmen, her iki versiyonun aynı fiyata satılmasını yasaklamamıştır. Sonuç olarak da teşebbüs, içinde MP bulunan ve bulunmayan Windows sürümlerinin fiyatlarını aynı seviyede belirleyerek tedbiri büyük ölçüde etkisiz hale getirmiştir. Nitekim, MP bulunmayan Windows sürümlerinin satışları da bu başarısızlığı ortaya koymaktadır. Microsoft, hiçbir OEÜ'nün bu ürünü sipariş etmediğini belirtmiş ve Avrupa çapında yapılan satışlar baz alındığında da yalnızca 1.787 ürünün (toplam satış rakamının %0,005'i) talep edildiğini bildirmiştir (First 2008, 13).

Microsoft kararlarına ilişkin olarak yukarıda sunulan değerlendirmeler ışığında, davranışsal tedbirlere yönelik olarak şu sonuçlara ulaşılabilmektedir (First 2008, 28-37):

¹⁵⁵ İşletim sistemleri üzerine yazılan programları ifade etmektedir. Türkçede "özel yazılım" olarak da ifade edilmektedir.

¹⁵⁶ Microsoft'un belirlediği ilkelerle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. <http://www.microsoft.com/About/CorporateCitizenship/US/PromotingInnovation/WindowsPrinciples.msp>

¹⁵⁷ Tedbir, büyük bir başarısızlık olarak nitelendirilmektedir. Bkz. Page ve Childers (2008); Page (2008).

- (i) Tedbire muhatap teşebbüs ve rekabet otoritesi arasındaki bilgi asimetrisinin ciddi boyutlara ulaşabilmesi nedeniyle, davranışsal tedbirlerin gözetimi ve denetimi oldukça zordur.
- (ii) Bu nedenle, karmaşık vakalarda teknik yardım alınması, teşebbüsün tedbire uyumunun gözetimini kolaylaştırabilir.
- (iii) Teşebbüsün tedbire karşı muhtemel tepkileri ölçülmeden uygulandığında, tedbirin etkisiz kalması büyük bir olasılıktır.
- (iv) Tedbirler, etkili para cezaları ile birlikte uygulandığında, teşebbüsün tedbire uyumu daha kolay sağlanabilir.
- (v) Tedbirin başarısı, teşebbüsün uyumu ile değil, piyasadaki etkileri ile ölçülmelidir.
- (vi) Hızlı değişen piyasalarda, uzun süreli tedbirlerin, geç kalınması sebebiyle gereksiz olduğu savı, her durumda geçerli değildir. Teşebbüsün hâkim durumu önemli giriş engelleri ile korunuyorsa, öngörülen tedbir işlevsel olabilir.

2.3. YAPISAL ve DAVRANIŞSAL TEDBİRLER İÇİN GENEL DEĞERLENDİRME

Yukarıda yer verilen literatürdeki tartışmalar ve örnek kararlar ışığında, hâkim durumun kötüye kullanılması hallerinde başvuru tedbirlerinin hangi çeşidinin etkili olduğu yönünde bir görüş birliğine varıldığını söylemek mümkün değildir. Bir teşebbüsün hâkim durumunu kötüye kullandığı konusunda hemfikir olan yazarlar dahi hangi tedbirin uygulanması gerektiği konusunda farklı düşünebilmektedir¹⁵⁸. Zira, tedbirlerin tasarımı, geleceğe yönelik tahmin yapılmasını gerektirmekte, bu da bir görüş birliğine varılmasını neredeyse imkânsız kılmaktadır.

Ancak, yapısal ve davranışsal tedbirlerin etkileri hakkında genel bir değerlendirme yapılması gerekirse, bu değerlendirme kanımızca en doğru şekilde, ekonomist F.M Scherer'ın ifadelerinde yer almaktadır. Buna göre, “davranışsal tedbirler ilaç tedavisi, yapısal tedbirler ameliyattır”. Davranışsal tedbirler tıpkı ilaç tedavisi gibi daha az saldırgandır ve etkilerini zamanla gösterir. Buna karşın yapısal tedbirler bir ameliyat gibi, hastalığı tek bir müdahale ile ortadan kaldıracırlar (Cavanagh 2005, 188).

¹⁵⁸ Örneğin, ABD’de görülen *Microsoft* davasında, Bresnahan (2001) ve Litan vd. (2000) teşebbüsün rekabet ihlalinde bulunduğunu belirtmektedir. Ancak yazarlar uygulanması gereken tedbir hakkında farklı öneriler sunmaktadır. Bresnahan (2001), teşebbüsün dikey olarak bölünmesi gerektiğini belirtirken, Litan vd. (2000) ise dikey ve yatay bölünme içeren daha geniş kapsamlı bir çözüm önermektedir.

Esasen her iki tedavi yönteminin de bazı avantaj ve dezavantajları vardır. Hastalığın (rekabet ihlali), ilaç tedavisine (davranışsal tedbirlere) bağıklık kazanıp cevap vermeme ihtimali bulunurken, ameliyat edilmek (bölünme vb.) istenen hastanın (teşebbüs, piyasa) da masadan kalkamama ihtimali bulunmaktadır. Dolayısıyla, rekabet otoriteleri verdikleri kararlarda yukarıda belirtilen hususları göz önüne alarak, hastalığa uygun bir reçete yazmalı ve hastanın da bu reçetede yazan tedavi metotlarına uyup uymadığını gözlemlemelidir.

Aşağıdaki tabloda tedbirlerin genel olarak etkileri özetlenmiştir:

Tablo 1- Yapısal ve Davranışsal Tedbirlerin Karşılaştırılması

Tedbir Türü	Avantajları	Dezavantajları
Yapısal Tedbirler	<ul style="list-style-type: none"> - Doğrudan etki eder. - Etkisizleştirilmesi çok daha zordur. - Görece daha kolay uygulanabilir. - Etkisini hemen gösterir. 	<ul style="list-style-type: none"> - Gereksiz işlem maliyetleri yaratır. - Üçüncü kişilere zarar verebilir. - Etkin bir rekabetin önüne geçebilir.
Davranışsal Tedbirler	<ul style="list-style-type: none"> - Ölçülülük ilkesine ve tarafların haklarına daha fazla riayet eder. - Daha esnek belirlenebilir. - Geri alınabilir. 	<ul style="list-style-type: none"> - Doğrudan pazar gücüne hücum etmez. - Uygulaması ve takibi maliyetlidir.

*Kaynak: Tajana (2005, 7)

BÖLÜM 3

TEDBİR SEÇİMİNDE GÖZ ÖNÜNE ALINMASI GEREKEN KRİTERLER

Önceki bölümde rekabet otoritelerinin yetkileri dâhilinde hâkim durumun kötüye kullanılması hallerinde teşebbüslere uygulayabileceği tedbir çeşitlerinden bahsedilmiş, bu tedbirlerin olumlu ve olumsuz yönlerine değinilmiştir. Ancak bir ihlal karşısında hangi tür tedbirlerin uygulanması gerektiği konusunda genel bir yargıya ulaşılamamıştır. Esasen, hangi tür ihlallere karşı hangi tür tedbirlerin uygulanacağı konusunda genel çıkarımlar yapmak mümkün de değildir. Zira her vakada ihlalin niteliği ve teşebbüsün içinde faaliyet gösterdiği piyasanın yapısı farklı olduğundan, böyle bir genel kural oluşturulamamaktadır. Areeda ve Hovenkamp (2002, 97-98) bu hususu şöyle ifade etmektedir:

“Sherman Yasası 2. madde (tekelleşme ve tekelleşmeye teşebbüs) kapsamındaki davalara özel bir tedbir tipi bulunmamaktadır... Aynı ihlal için uygun olan tedbirler, ihlalin niteliğine ve şikâyetçinin kimliğine bağlı olarak büyük değişiklikler gösterebilir. Şu halde, bir ihlal tespit edildikten sonra, bunu, bir bölünme veya ayırıştırma kararının... ya da gelecekteki eylemlere karşı davranışsal önlemlerin otomatik olarak takip edeceği söylenemez.”

Dolayısıyla hâkim durumun kötüye kullanılması hallerinde başvurulacak tedbirlerin belirlenmesi, her vakanın kendi koşulları altında ele alınmalıdır. Bununla birlikte yapılacak seçimde iki kriter gözetildiği takdirde optimal tedbire yaklaşmak mümkün olabilecektir. Bu bölümde, rekabet otoritelerinin tedbir seçiminde gözetmesi gereken bu kriterler üzerinde durulacaktır. İlki, genel hukuk normları arasında kabul edilen ve kamu otoritelerinin eylemlerinde dikkate alınması gereken “ölçülülük ilkesi” (*principle of proportionality*); ikincisi ise rekabet hukukunun genel amaçlarından sayılabilecek “etkinlik kriteri”dir.

3.I. TEDBİR SEÇİMİNDE HUKUKİ KRİTER: ÖLÇÜLÜLÜK

Genel olarak rekabet otoriteleri, piyasalar ve teşebbüsler üzerinde büyük değişikliklere yol açabilecek müdahale yetkilerine sahiptir. Önceki bölümde bahsedildiği üzere, bir rekabet ihlalinin tespitinden sonra; ihlalde bulunan teşebbüsün bazı davranışlarda bulunması yasaklanabilmekte, sahip olduğu fikri mülkiyet hakları gibi malvarlıklarının diğer teşebbüslerin kullanımına açılmasına hükmedilebilmektedir. Hatta doğrudan mülkiyet hakkına müdahale edilerek teşebbüslerin birkaç parçaya ayrılmasına dahi karar verilebilmektedir. Dolayısıyla bu kadar geniş yetkilerle donatılan rekabet otoritelerinin, eylemlerinde genel hukuk normları arasında kabul edilen¹⁵⁹ “ölçülülük ilkesi”ne uygun bir şekilde hareket etmesi önem taşımaktadır. Zira “mülkiyet hakkı”, “temel hak ve özgürlükler” bağlamında değerlendirilmekte¹⁶⁰ ve bu hakkın kullanımının sınırlandırılması da özel şartlara tabi tutulmaktadır. Bu bakımdan ölçülülük ilkesi hakkında kısa bir açıklama yapılması yerinde olacaktır¹⁶¹. Özbudun (2004, 104), ölçülülük ilkesini şu şekilde ifade etmektedir:

“(Ölçülülük ilkesi) sınırlamada başvuru aracın, sınırlama amacını gerçekleştirmeye elverişli olmasını; bu aracın, sınırlama amacı açısından gerekli olmasını ve araçla amacın ölçüsüz bir oran içinde bulunmamasını ifade eder.”

Yukarıda yer verilen tanımda da vurgulandığı üzere; ölçülülük ilkesi, esas olarak araç ve amaç ilişkisi ile ilgilidir. Yani, kullanılan aracın, ulaşılmak istenen amaca erişmek için elverişli ve gerekli olup olmadığı, başvuru aracın ulaşılmak istenen amaçla ölçülü bir orantı içinde bulunup bulunmadığı sorunuyla ilgilidir (Metin 2002, 21). Şu halde, günümüzdeki hâkim görüşe göre ölçülülük ilkesinin; elverişlilik, gereklilik ve orantılılık (dar anlamda ölçülülük) olmak üzere üç alt ilkedен oluştuğu söylenebilir (Sullivan 2003, 37).

3.1.1. Ölçülülük İlkesinin Alt Unsurları

Kamu otoriteleri tarafından başvuru tedbirlerin ölçülü olup olmadığını değerlendirmede kullanılan üç alt unsur hakkında kısa açıklamalara aşağıda yer verilmiştir.

¹⁵⁹ Bkz. Oğurlu (2002).

¹⁶⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. Tiryaki (2008).

¹⁶¹ Ölçülülük ilkesi rekabet hukuku uygulamalarında sıkça başvuru bir ilke olmamakla birlikte, rekabet hukukunun birçok alanında üstü kapalı bir şekilde de olsa ölçülülük denetimi yapılmaktadır. Ancak bu bölümde yalnızca tedbirler bakımından değerlendirmelere yer verilecektir. Diğer uygulama alanları ile ilgili daha ayrıntılı bilgi için bkz. Steenberg (2008).

3.1.1.1. Elverişlilik İlkesi

Elverişlilik ilkesi, alınan tedbirle istenilen neticeye ulaşılabilmesini, yani tedbirin ulaşılmak istenen amaç için, *ex-ante*, uygun olmasını ifade eder (Sullivan 2003, 37). Alınan tedbir yardımıyla istenilen neticeye yaklaşıyorsa araç elverişli, buna karşılık kullanılan araç, güdülen amaca ulaşmayı zorlaştırıyor ya da amaca erişme bakımından hiçbir etki göstermiyorsa, araç elverişsizdir (Metin 2002, 26).

3.1.1.2. Gereklilik İlkesi

Gereklilik ilkesi, güdülen amaca aynı derecede elverişli birçok araç arasından, aracın etkililiğinden taviz vermeden, en az müdahalede bulunan araçla erişmeyi ifade eder (Sullivan 2003, 37). Bu yönüyle; elverişlilik ilkesi ile aranan araç-amaç ilişkisindeki *nitelik* ilişkisi, gereklilik alt ilkesinde yerini *nicelik* ilişkisine bırakmaktadır. Amacın daha yumuşak bir araçla gerçekleştirilmesi mümkünse bu araca başvurulması gerekir¹⁶² (Oğurlu 2002, 37).

3.1.1.3. Orantılılık İlkesi

Orantılılık ilkesi hakkında farklı tanımlamalar yapılmaktadır. “Dar anlamda ölçülülük” (*proportionality in the strict sense*) olarak da adlandırılan orantılılık ilkesi gereğince, müdahalenin ciddiyeti ile bu müdahaleyi haklı çıkaran sebeplerin yeterli bir orantıda olması gerekmektedir (Sullivan 2003, 37). Diğer bir tanımda ise bu ilke, “araç, ilgililere ölçüsüz yükümlülükler getirmemelidir” şeklinde ifade edilmiştir (Metin 2002, 36).

Orantılılık ilkesi, müdahalenin kişilere vereceği zararı, topluma vereceği fayda ile tartar (Sullivan 2003, 37). Araç ve amacın orantılı olup olmadığı yönünde yapılacak bir denetim, fayda-maliyet testine göre yapılır. Maliyetlerin

¹⁶² Gereklilik ilkesi, müdahalenin maddi açıdan, yer, zaman ve kişi bakımından gerekli olan ölçüyü aşıp aşmadığına bakılarak somutlaştırılabilir (Metin 2002, 35). Bu bağlamda rekabet otoritesi tarafından önerilen bir tedbirde maddi unsur, müdahalenin teşebbüsün karar alma özgürlüğüne en az müdahale ile gerçekleştirilmesini, yani elverişli olan birden fazla tedbir bulunduğu takdirde bunlar arasından teşebbüsü en az bağlayıcı olanını seçmeyi ya da yapısal tedbir uygulamaktansa aynı etkiyi doğurabilecek olan davranışsal tedbire başvurmayı; yer bakımından değerlendirme ise tedbiri teşebbüsün yalnızca hâkim durumda bulunduğu coğrafi bölge sınırları içerisinde uygulanmasını; zaman bakımından değerlendirme de öngörülen tedbirin süresiz değil belirli bir süre ile sınırlandırılmasını içerebilir. Kişi bakımından da işlemlerle ilgili olmayan üçüncü kişilere zarar vermeyen bir tedbir seçimini gerektirebilir.

beklenen faydadan fazla olması durumunda, başvuru tedbirden vazgeçilmesi gerekir¹⁶³ (Metin 2002, 38).

Yukarıda genel olarak açıklanan ölçülülük ilkesinin, uygulamada ne şekilde yer aldığı ise aşağıda, AB ve ABD uygulamaları ışığında ele alınacaktır.

3.1.2. AB ve ABD Uygulamalarında Ölçülülük İlkesi

Ölçülülük ilkesinin AB hukukunun temel normlarından birisi olduğu söylenebilir¹⁶⁴ (Sullivan 2003, 35). Komisyon'un yetkilerini düzenleyen 1/2003 sayılı Tüzük'ün 7. maddesinde ve Giriş bölümünün 12. resitalinde, Komisyon'un ölçülülük ilkesine uyması gerektiği açıkça belirtilmiştir. Tüzük'ün 7(1) maddesi şu şekildedir:

“Komisyon ... RA'nın 81. ve 82. maddelerinin¹⁶⁵ ihlal edildiğini tespit ederse... ihlalde bulunan teşebbüslere, ihlalin etkin bir şekilde sona erdirilmesi için, ihlalle ölçülü olacak şekilde... tedbirlere başvurabilir...”

Öte yandan, Komisyon'un 1/2003 sayılı Tüzük'ten aldığı yetkilerini kullanırken başvurduğu tedbirlerin, ölçülülük ilkesine uygun olup olmadığı İDM¹⁶⁶ ve ATAD¹⁶⁷ tarafından verilen kararlarda değerlendirilmiştir. Konunun geniş bir şekilde ele alındığı *Alrosa* kararında¹⁶⁸ İDM şu ifadelerle yer vermiştir:

“Ölçülülük ilkesi, Topluluk kurumları tarafından belli bir amaca ulaşmak için alınan kararların, *elverişli (appropriate)* ve *gerekli (necessary)* olandan fazlasını içermemesini gerektirir. Uygun durumda birden fazla tedbir bulunması durumunda en külfetsiz tedbir seçilmeli ve takip edilen amaca ulaşmak için yaratılan dezavantajlar *orantısız (disproportionate)* olmamalıdır.

İDM bu kararda taahhütlerin ihlal olabilecek eylemle ölçülü olmadığı ve De Beers'a yeteri kadar dinlenilme hakkı verilmediği gerekçesiyle Komisyon kararını iptal etmiştir. İptal gerekçesinde, “her ne kadar 1/2003 sayılı Tüzük'ün

¹⁶³ Orantılılık ilkesi bu yönüyle, esasen iktisadi bir terim olan etkinlik (*efficiency*) kavramı ile yakından ilgilidir. Bu bakımdan, iktisadi açıdan etkin olan bir tedbirin hukuken orantılı olduğu sonucuna ulaşılabilir. Etkinlik kriteri aşağıda daha ayrıntılı ele alınacaktır.

¹⁶⁴ Bkz. Metin (2002, 95-101).

¹⁶⁵ Lizbon Antlaşması'nın yürürlüğe girmesiyle birlikte Avrupa Topluluğunu Kuran Antlaşma'nın adı “Avrupa Birliği'nin İşleyişine Dair Antlaşma” (Treaty on the Functioning of the European Union, OJ C 115, 9.5.2008) olarak değişmiş ve Antlaşma'nın maddeleri yeniden numaralandırılmıştır. Lizbon Antlaşması öncesi 81. maddede yer alan hükümler mevcut durumda 101. maddede, 82. maddede yer alan hükümler ise 102. maddede yer almaktadır. Bu çalışmada, söz konusu maddeler, Lizbon Antlaşması öncesindeki adları ile anılmıştır.

¹⁶⁶ Bkz. Microsoft, Case T-201/04; Deutsche Telekom AG, Case T-271/03, 10 April 2008.

¹⁶⁷ Bkz. RTE and ITP v Commission, 6 April 1995, ECR 1995, Page I-00743.

¹⁶⁸ *Alrosa Company Ltd v. Commission*, Case T-170/06, 11 July 2007, (2007) OJ C 199, para 98. Kararla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. (Pektaş 2008, 45). Kararın AB rekabet hukuku uygulamalarına muhtemel etkileri ile ilgili değerlendirmeler için bkz. Gerard (2007).

9. maddesinde¹⁶⁹, 7. maddesinde¹⁷⁰ olduğu gibi ölçülülük ilkesine açıkça atıfta bulunulmasa da, Topluluk hukukunun genel normlarından olan bu ilkeye Komisyon'un uymakla yükümlü olduğu" belirtilmiş¹⁷¹ ve bu noktada, Tüzük'ün 7. maddesi ile 9. maddesinin uygulanmasında, ölçülülük ilkesinin farklı ele alınmasını gerektirecek bir durumun olmadığı vurgulanmıştır¹⁷².

Kararda ayrıca, ölçülülük ilkesinin alt unsurları olan *elverişlilik*, *gereklilik* ve *orantılılık* denetimi de yapılmıştır.

Elverişlilik ilkesine ilişkin olarak Mahkeme, Komisyon'un ön değerlendirmesini taraflarca kendisine bildirilen münhasır sözleşmeye göre yaptığını ifade ederek, bu sözleşmenin uygulanmasının De Beers'in hâkim durumunun kötüye kullanılması olarak sayılacağını Komisyon'un taraflara bildirdiğini, böyle bir durumda RA'nın 81. maddesi uyarınca anlaşmanın yasaklanmasının, olası bir ihlali önlemede *elverişli* (yeterli-sufficient) bir tedbir olacağını belirtmiştir.

Gereklilik ilkesine ilişkin olarak ise Mahkeme, Komisyon'un De Beers tarafından önerilen taahhüt teklifini *gereklilik* yönünden de değerlendirmesi gerektiğini ifade etmiştir.¹⁷³ Komisyon'un, "taahhüt müessesesinin amacının alternatif çözümler aramak için gereken karmaşık ekonomik değerlendirmelerden kaçınarak, hızlı ve etkili karar alınmasını sağlamak olduğu; bu doğrultuda ön değerlendirmede ortaya çıkan sonuca göre gerekli bir tedbirin öngörüldüğü" yönündeki görüşüne rağmen¹⁷⁴ Mahkeme, Komisyon'un açık bir değerlendirme hatasına düştüğünü belirtmiş, teşebbüsler arasındaki tüm ilişkiyi süresiz bir şekilde yasaklayan tedbirden daha hafif seçeneklerin bulunduğuna dikkat çekmiştir¹⁷⁵.

Orantılılık ilkesine ilişkin olarak ise Mahkeme, ihlalin sonlandırılması için daha elverişli çözümler varken taraflar üzerine ağır bir yük getiren tedbirlerin seçiminin *orantısız* olduğunu ifade etmiş¹⁷⁶ ve Komisyon'un yetkileri dâhilinde olmadığı halde bir nevi işletmeci gibi davranarak pazarın yapısına yön vermeye çalıştığını belirterek kararı iptal etmiştir¹⁷⁷.

¹⁶⁹ Tüzük'ün 9. maddesi "taahhüt" mekanizmasını düzenlemektedir.

¹⁷⁰ Tüzük'ün 7. maddesi, Komisyon tarafından ihlalde bulunan teşebbüslere uygulanabilecek tedbirleri düzenlemektedir.

¹⁷¹ Agk, para. 92.

¹⁷² Agk, para 94.

¹⁷³ Agk, para 121.

¹⁷⁴ Agk, para 124.

¹⁷⁵ Agk, para 126.

¹⁷⁶ Agk, para 156.

¹⁷⁷ Agk, para 149. İptal kararına karşı Komisyon tarafından ATAD'a yapılan temyiz başvurusu 29 Haziran 2010 tarihinde sonuçlanmış ve ATAD, İDM kararını iptal ederek Komisyon'u haklı bulmuştur. Bkz. Case C-441/07 P .

ABD’de ise ölçülülük ilkesinin her ne kadar açıkça üst norm olarak kabul edildiği belirtilmese de¹⁷⁸ (Sullivan 2003, 43), mahkeme kararları incelendiğinde bu ilkenin üstü kapalı bir şekilde göz önüne alındığı görülmektedir. *Standard Oil*¹⁷⁹ kararında Yüksek Mahkeme, teşebbüsün kanun dışı eylemlerinin, onun hâkim durumunun yaratılmasına katkıda bulunduğunu ve yalnızca bu davranışların yasaklanmasının “yetersiz” olacağını, teşebbüsün bölünmesinin sadece “uygun” (*appropriate*) değil aynı zamanda “gerekli” (*necessary*) olduğunu belirtmiştir. *National Lead*¹⁸⁰ kararında ise, teşebbüsün bölünmesinin, bu davada “gerekli” (*necessity*) ya da “uygulanabilir” (*practicality*) veya “adaletli” (*fairness*) olduğunu gösteren hiçbir kanıtın bulunmadığını belirterek, böyle bir bölünme kararı vermenin ancak takdir yetkisinin kötüye kullanılması olacağını ifade etmiştir. Yine Yüksek Mahkeme, alt mahkeme tarafından verilen bölünme emrini iptal ettiği *Timken*¹⁸¹ kararında, bölünme tedbirlerinin ihlalin niteliği dikkate alınmadan ve daha yumuşak olan diğer etkili tedbirlerin varlığı (gereklilik) araştırılmadan gelişigüzel kullanılmaması gerektiğini ifade ederek; mevcut davada bu tedbirin aşırı sert olduğunu (orantılılık), aynı sonuca (rekabetin tesisi) diğer tedbirlerle ulaşmanın mümkün olduğunu (elverişlilik) belirtmiştir (Adams 1951, 20).

Yukarıda yer verilen AB ve ABD mahkemelerine ait kararlardan da anlaşılacağı üzere, ölçülülük ilkesi rekabet otoritelerinin tedbir seçiminde göz önüne almaları gereken kriterlerden biridir. Bu ilke uygulamada dikkate alındığı ölçüde, alınan kararların hukukiliği de sağlanmış olacaktır. Ancak, tedbir seçiminde yalnızca hukuki açıdan değil iktisadi açıdan da tutarlı bir politika izlenmelidir. Zira rekabet hukuku, etkinlik ve tüketici refahının artırılması şeklinde ifade edilen iktisadi bir amaca hizmet etmektedir. Bu bakımdan, tedbir seçiminde rekabet hukukunun amaçlarından olan etkinlik unsurunun da dikkate alınması gerekmektedir.

3.2. TEDBİR SEÇİMİNDE EKONOMİK KRİTER: ETKİNLİK

Rekabet politikasının amacının, birinci bölümde bahsedildiği üzere, rekabetin korunması olduğu yönünde geniş bir kabul bulursa da; esasen rekabet, serbest piyasa ekonomisinde kaynakların etkin dağılımını sağlayarak tüketicilere fayda sağladığı için tercih edilmektedir. Bu bağlamda rekabet hukuku uygulamalarının nihai amacının “rekabetin korunması”ndan ziyade, “etkinlik”

¹⁷⁸ Sullivan (2003, 38), AB’de uygulanan ölçülülük ilkesinin ABD’deki “daha az kısıtlayıcı seçenek doktrini”ne (*less restrictive alternative*) benzetilebileceğini ifade etmektedir. Bu doktrine göre kamu otoriteleri bir tedbir öngördüğünde, meydana gelecek sınırlama, kamu yararına hizmet edenden daha geniş olamaz.

¹⁷⁹ Standard Oil, 221 U.S 1, 77-79 (1911).

¹⁸⁰ National Lead, 332 U.S. 319, 352, 353 (1947).

¹⁸¹ Timken, 341 U.S. 593, 603 (1950).

sağlanması ve bu suretle “tüketici refahı”nın artırılması olduğu söylenebilir¹⁸². Bu bakımdan rekabet politikasının üç sacayağından birini oluşturan hakim durumun kötüye kullanılması hallerinde başvurulacak tedbirlerin seçiminde de “etkinlik” unsuru bir kriter olarak ele alınmalıdır. Bork (1993, 165) hâkim durum vakalarında etkinlik kavramının göz ardı edilmesi durumunda şu (yanlış) sonuca ulaşılacağını belirtmektedir:

“... bir kere etkinlik göz ardı edildiğinde, bir kartel ile tek bir şirket arasında fark kalmamaktadır. İkisi de rekabeti içsel (*internally*) olarak ortadan kaldırırlar. Karteller, pazar güçleri ne olursa olsun yasa dışı olduklarından, şirketler de ne kadar küçük olurlarsa olsunlar yasaklanmalıdırlar.”

İktisat literatüründe çeşitli etkinlik kriterleri bulunmakla birlikte en yaygın standart Pareto etkinliği olarak bilinen görüştür. Buna göre bir toplumda, bazı kişilerin refahı azaltılmadan diğerlerinin refah düzeyi artırılmıyorsa o duruma “Pareto etkin” durum denmektedir¹⁸³ (Varian 1999, 15). Ancak uygulamada çok az politikanın Pareto etkinliği sağlayacağı gerçeği karşısında, daha pratik olarak, uygulanmak istenen düzenlemenin bazı maliyetleri ve kayıpları olsa da toplam kazanç bunları telafi ediyorsa halen Pareto etkin durumdan söz edilebilmekte (Hovenkamp 2005b, 75) ve tedbir seçiminde de bu kriter uygun bir standart olarak görülmektedir.

Bu çerçevede, Pareto etkinliğinin sağlanabilmesi için rekabet hukuku uygulamalarının şu üç değişkenin maliyetini en aza indirgemesi gerektiği ifade edilmektedir. Bunlar; (i) rekabet ortamına zarar vermeyen veya etkinlik doğurucu bir davranışın engellenmesinden ya da tüketicilere zarar vereceği yönünde yanlış değerlendirmede bulunulmasından doğan maliyetler (*false positives*), (ii) tüketicilere zarar vermesine rağmen müdahalede bulunulmamasından kaynaklanan maliyetler (*false negatives*) ve (iii) dava/soruşturma sürecinden kaynaklanan maliyetlerdir (idari maliyetler). Eğer ihlali tespit etme ihtimali ya da ihlalin sosyal maliyeti küçükse, rekabet otoritelerinin, müdahaleden hatalı kaçınma, hatalı müdahalede bulunma maliyetlerinden ve idari maliyetlerden kurtulmak için daha toleranslı politikalar izlemesi gerektiği, buna karşın ihlalin zararları büyük ve tespiti nispeten kolaysa daha sıkı politikalar izlenmesinin uygun olacağı belirtilmektedir (Shelanski ve Sidak 2001, 112).

Shelanski ve Sidak (2001) tarafından geliştirilen ve yukarıda yer verilen görüşler doğrultusunda oluşturulan etkinlik testi, esas olarak üç etkinlik üzerinde

¹⁸² Etkinlik ve tüketici refahı arasındaki ilişkiye birinci bölümde kısaca değinilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Brodley (1987); Hovenkamp (2005b).

¹⁸³ Rekabetçi piyasalar, ilave bir birim ürünü almak isteyen kişinin ödeyeceği fiyat ile bu ürünü satmak isteyen satıcının istediği fiyat birbirine eşit olduğundan, Pareto etkin duruma örnek teşkil eder (Varian 1999, 302).

durmaktadır: Dağılımda etkinlik (*allocative efficiency*), üretimde etkinlik (*productive efficiency*) ve dinamik etkinlik (*dynamic efficiency*). Bu kavramları kısaca tanımlamak gerekirse; dağılımda etkinlik, ürün ve hizmetlerin en yüksek değerlerini bulduğu yerde kullanılmalarını¹⁸⁴ (Bork 1993, 91); üretimde etkinlik, üreticilerin, teknolojik kısıtları da göz önüne alarak, ürün ve hizmetleri en düşük maliyetle üretmelerini ifade etmektedir¹⁸⁵. Dinamik etkinlik ise, yeni ve daha kaliteli ürünlerin daha düşük maliyetle üretilmesini sağlayan süreci ifade etmektedir¹⁸⁶ (OECD 2008, 22).

Yazarlar bu etkinlikleri gözeterek uygun tedbir seçiminde üç adımlı bir test önermektedir. Birinci adımda önerilen tedbirin statik etkinliğinin¹⁸⁷ (kısa dönem, teknoloji sabit) net kazanç getirip getirmediği sorusuna cevap aranmaktadır. Buna göre, dağılımda etkinlik (fiyatlarda düşme, üretimde artış gibi) sonucu elde edilen kazanç, üretimde etkinlik (üretim maliyetlerinin düşürülmesi gibi) kayıbdan fazlaysa ve söz konusu kazanç yalnızca özel bir tedbir türü ile mümkünse ikinci adıma geçilmektedir. İkinci adımda statik etkinlik kazancı ile tedbirin dinamik etkinlik üzerindeki muhtemel etkileri karşılaştırılmaktadır. Yapılan bu karşılaştırmada da net kazancın pozitif olması durumunda üçüncü adıma geçilmekte ve bu son adımda tedbirin uygulama ve yönetim maliyetleri değerlendirilmektedir. Optimal tedbir, uygulama ve yönetim maliyetleri çıkarıldıktan sonra en çok etkinlik kazancını sağlayan tedbir olmaktadır (Shelanski ve Sidak 2001, 99).

3.2.1. Birinci Adım: Statik Ekonomik Etkinlik Testi

Optimal tedbire ulaşmak için ilk adım, önerilen tedbirin öncelikle statik ekonomik etkinlik üzerindeki etkilerinin, dinamik etkinlik ve uygulama maliyetleri hesaba katılmadan değerlendirilmesidir. Statik ekonomik etkinliği değerlendirmek için Williamson (1968) tarafından geliştirilen birleşme/devralmalarda etkinlik testinin kullanılması önerilmektedir¹⁸⁸. Williamson (1968, 21-23); yoğunlaşma işleminin tüketici refahı üzerine iki

¹⁸⁴ Dağılımda etkinlik; teşebbüslerin, üretim seviyelerini marjinal maliyetin tüketicilerin üretilen son birime atfettikleri değere eşitledikleri noktaya getirmelerini sağlar. Rekabet ise, teşebbüslerin fiyatlarını uzun dönem marjinal maliyetlerinin üzerine çıkarmasına engel olarak dağılımda etkinliği sağlar (OECD 2008, 21).

¹⁸⁵ Rekabet, üreticileri en düşük maliyetle üretmeye teşvik ederek etkin olanların piyasada kalmasını ve etkin olmayanların piyasadan çıkmasını sağlar. En belirgin üretimde etkinlik çeşitleri, ölçek ve kapsam ekonomileri olarak sıralanabilir (OECD 2008, 22).

¹⁸⁶ En belirgin örnekleri “yenilikçilik” ve “yaparak öğrenme” (*learning by doing*)’dir (OECD 2008, 22). Dinamik etkinlikle ilgili daha fazla bilgi için bkz. Motta (2004); OECD (2008).

¹⁸⁷ Üretimde ve dağılımda etkinlik, zamanın belli bir noktasında meydana gelir ve “statik” sayılırlar; buna karşın dinamik etkinlik ar-ge faaliyetleri gibi zamana yayılarak ve gelişerek devam eder (OECD 2008, 22).

¹⁸⁸ Williamson’un (1968) modelinin bir eleştirisi için bkz. Hovenkamp (2005a).

etkisinin olduğunu, bunlardan ilkinin fiyatların artması ve üretimin kısılması (dağılımda etkinlik), ikinci etkisinin ise ortalama maliyetlerin düşürülmesi (üretimde etkinlik) olduğunu ifade etmiştir. Williamson'a göre (1968, 33-34), bir birleşme/devralmanın savunulabilmesi için birleşen tarafların, işlem sonrası gerçekleşecek maliyet etkinliğinin (üretimde etkinlik) dara kaybını¹⁸⁹ (*deadweight loss*) telafi edeceğini ispatlaması gerekmektedir¹⁹⁰. Bork (1993, 108), Williamson'un kurduğu bu modelin bütün antitröst problemleri için kullanılabileceğini belirtmiştir. Buna göre, rekabet otoritelerinin önüne gelen vaka, tekelci bir firmanın ayrıştırılması, yoğunlaşma ya da fiyat anlaşması da olsa, bu iki değişken (üretimde ve dağılımda etkinlik) üzerindeki etkileri hesaplanarak sonuca ulaşılabilir.

Yukarıda yer verilen birleşme/devralma etkinlik testi tersine çevrilerek ihlalde bulunan teşebbüslere yönelik tedbirler için de geçerli bir test olarak kullanılabilir. Birleşme/devralma testinde "üretimde etkinlik kazancı"nın "dağılımda etkinlik kaybı"nın telafi etmesi beklenirken, bölünme testinde "dağılımda etkinlik kazancı"nın "üretimde etkinlik kaybı"nın telafi etmesi gerekmektedir. Ancak burada net faydaların ortaya konması, devralma işlemlerinde olduğu gibi teşebbüslerden değil, bölünmeyi gerçekleştirmek isteyen rekabet otoritelerinden beklenmektedir.

a) *Dağılımda Etkinlik Kazancının Hesaplanması*: Shelanski ve Sidak (2001, 119), rekabet otoritelerinin bölünme sonucu elde edilecek etkinlik kazancını, teşebbüsün faaliyet gösterdiği pazarın yapısını ortaya koyan bir model oluşturarak göstermeleri gerektiğini belirtmiştir. Buna göre, teşebbüsün ve endüstrinin maliyet yapısı ortaya konmalı, fiyat esneklikleri belirlenmeli ve bölünmenin fiyatları ne şekilde düşüreceği¹⁹¹ bu model yardımıyla açıklanmalıdır¹⁹².

¹⁸⁹ İşlem sonrası yükselecek denge fiyatı ile kaybedilen üretim için tüketicilerin ödemek istediği tutar arasında kalan bölümü ifade etmektedir.

¹⁹⁰ Burada maliyet etkinliğinin sadece taraflara yarar sağlayan bir "özel fayda" değil, tasarruf edilen kaynakların daha etkin olarak başka alanlarda kullanılabilmesine imkân tanınması nedeniyle "sosyal fayda" olarak varsayıldığını belirtmek gerekir (Shelanski ve Sidak 2001, 116).

¹⁹¹ Öte yandan şebeke dışsallıkları gibi unsurların varlığı halinde bölünmenin fiyatlarda gerçekten bir düşüş sağlayıp sağlamayacağı tartışmalı bir konudur. Örneğin Microsoft'un hâlihazırda Windows için uyguladığı fiyatlar hakkında Reddy v.d (1999, 13) tarafından yapılan çalışmada, yazarlar, şirketin statik bir tekel olarak fiyatlama yapması halinde, 50\$'a sattığı Windows ürünlerini 900 ila 1.600\$ arasına bir fiyata satması gerektiği sonucuna ulaşırken, Hall ve Hall (2000, 3) ise Microsoft'un tekel fiyatı uygulaması için Windows lisans ücretlerini yaklaşık 800\$'a çıkarması gerektiği sonucuna varmıştır. Bu durumda bölünmenin fiyatlarda düşüş meydana getireceği şüpheli bir hal almaktadır.

¹⁹² Olası fiyat düşüşlerini doğru bir şekilde değerlendirmek için bir "referans fiyat" bulunması gerekmektedir. Bu noktada Salop (2000, 188), "ihlal olmasaydı piyasada hüküm sürecek olan fiyat"ın referans fiyat olarak alınmasını önermiştir.

Ancak davranışsal ve yapısal tedbirlerin refah etkilerinin bulunması için referans alınacak fiyatlar aynı değildir. Davranışsal tedbirin fiyatları ne oranda düşüreceği ve bu bağlamda ne kadar dağılımda etkinlik sağlayacağı hesaplanırken, mevcut fiyat ve tedbir sonrası oluşacak fiyatın karşılaştırılması gerekmektedir. Yapısal tedbirler söz konusu olduğunda ise, fiyat düşüşünü bölünme dışındaki tedbirler de sağlayabilecekse, referans fiyat olarak bölünme öncesi geçerli fiyat seviyesinin alınması, bütün düşüşün yapısal tedbirlere atfedilmesi gibi yanlış bir değerlendirmeye götürecektir. Eğer ihlal, bazı davranışların yasaklanması suretiyle de önlenebilecek ve fiyat artışlarının önüne geçilebilecekse, referans fiyat olarak, bölünme öncesi yapının korunduğu ancak rekabeti kısıtlayıcı eylemin olmadığı durumdaki fiyat baz alınmalıdır. Bu durumda refah artışının net değeri referans fiyat ile modelde tahmin edilen fiyat arasındaki fark kadar olacaktır (Shelanski ve Sidak 2001, 122)

b) *Üretimde Etkinlik Kaybının Hesaplanması*: Genel olarak, piyasada daha fazla firmanın faaliyet göstermesinin daha fazla rekabet sağlayacağı ve bu durumun da fiyatların düşmesine yani dağılımda etkinliğin artmasına yol açacağı ifade edilebilir. Ancak sabit maliyetlerin (*fixed costs*) varlığı durumunda, çok sayıda firmanın faaliyet göstermesi, bu maliyetlerin tekrarlanmasına yol açacaktır (Motta 2004, 51). Dolayısıyla, tedbirler yoluyla piyasada faaliyet gösteren teşebbüs sayısının artırılması önerildiğinde bahsedilen üretimde etkinlik kaybı hesaplamaya dâhil edilmelidir. Önerilen tedbir sonucu ortaya çıkabilecek üretimde etkinlik kaybını hesaplamak için öncelikle teşebbüsün ve endüstrinin maliyet yapılarının ortaya konması gerekmektedir. Ayrıştırma sonucunda kaybolma riski bulunan maliyet avantajlarının boyutunu hesaplamak için; yatay bölünme öngörülüyorsa ölçek ekonomilerinin (*economies of scale*) varlığı önem taşırken, dikey bölünme öngörülüyorsa kapsam ekonomilerinin (*economies of scope*) varlığı önem taşımaktadır (Shelanski ve Sidak 2001, 123).

Diğer taraftan bağlama veya indirim sistemlerinin yasaklanması gibi davranışsal tedbirler öneriliyorsa, eylemlerin tüketiciler ve ekonomi için sağladığı faydaların da hesaba katılması gerekmektedir.

Yukarıda yer verilen etkinlik kriterleri göz önüne alındığında uygulanmak istenen tedbir sonucunda elde edilmesi muhtemel kazançların (fiyatlarda düşüş gibi), tedbirin neden olacağı üretimde etkinlik kaybından (ölçek ekonomilerinin kaybolması gibi) fazla geleceği ortaya konabiliyorsa ikinci adıma geçilmeli, eğer önerilen tedbirin sebep olacağı net refah değişikliği negatifse, yani bir kazanç sağlamayacaksa vazgeçilmesi ve başka tedbirlere yönelmesi gerekmektedir.

3.2.2. İkinci Adım: Dinamik Etkinlik Testi

Antitröst politikaları, rekabetçi piyasalarda teşebbüslerin daha etkin, fiyatların daha düşük seviyede ve üretimin maksimum düzeyde olacağı varsayımı üzerine kuruludur. Doğal tekeller gibi çok az istisna dışında bu politikanın doğruluğu kabul edilmektedir. Ancak günümüzde çok daha fazla önem atfedilen yenilikçilik (*innovation*) kavramının, yalnızca rekabet eden çok sayıda teşebbüsün faaliyet gösterdiği piyasa modelinde elde edilip edilemeyeceği sorgulanmış ve bazı tekellerin piyasa davranışları sergileyebileceği ortaya konmuştur¹⁹³ (Shelanski ve Sidak 2001, 124).

Bu bakımdan önerilen tedbirin gelecekteki yenilikçi davranışları ne yönde etkileyeceği sorgulanarak, uygulamaya geçmeden önce tedbirin etkileri tahmin edilmeli ve sağladığı fayda veya neden olduğu zararın değeri bugünkü değerine indirgenerek etkinlik kriterine dâhil edilmelidir. Özellikle, “önerilen tedbir yalnızca tekellerin kazancı (*monopoly rent*) mı ortadan kaldıracak, yoksa riskli yatırımları yapmak için ilk aşamada gerekli olan kazancı da engelleyecek mi?” sorusuna cevap aranmalıdır (Sidak 2003, 751). Teşebbüsün tekellerin kazancı hedefleyen güdülerini yok etmek için başvurulacak tedbirler, dinamik etkinlik üzerinde bir tehdit oluşturmamakta ve teşebbüs yatırım yapma isteğine halen sahip olmaktadır (Shelanski ve Sidak 2001, 126). Bununla birlikte teşebbüsün batık maliyetlerini kurtarmasını sağlayacak gelirlerinin engellenmesi, dinamik etkinliği azaltabilecek ve teşebbüsler tarafından antitröst müdahalesine yol açabileceği öngörülen yatırımlar çok riskli görülerek yatırımdan vazgeçilmesine sebep olabilecektir (Motta 2004, 69). Dolayısıyla rekabet otoriteleri tarafından başvurulacak tedbirin tekellerin rantın engellenmesinin ötesine geçmeyeceği ortaya konmalı, bu ortaya konamazsa tedbirin sağladığı net statik kazancın dinamik etkinlik kaybını karşıladığı gösterilmelidir.

Bununla birlikte, önerilen tedbirlerin her durumda dinamik etkinlik kaybına yol açacağını varsaymak doğru bir yaklaşım değildir. Özellikle yüksek pazar gücüne sahip teşebbüslerin pazarın gelişimini engellediği durumlarda, bu davranışların yok edilmesi ya da teşebbüsün bölünmesi halinde teknolojik yeniliklerde ve dolayısıyla dinamik etkinlikte bir artış beklenebilir. Yapılan çeşitli araştırmalarda da rekabetçi piyasaların tekellerin piyasalara göre daha yenilikçi olduğu ortaya konmuştur (Motta 2004, 56-57). Nitekim daha önce de yer verildiği üzere, AT&T kararı sonrasında, ABD’de telekomünikasyon alanında yenilikçi davranışların arttığı iddia edilmiştir¹⁹⁴. Öte yandan AB’de zorunlu unsur niteliğindeki varlıkların kullanıma açılması gibi tedbirler

¹⁹³ Schumpeter’e dayandırılan bu görüşe göre, tekellerin firmaların ar-ge yatırımlarına ve yenilikçi davranışlara daha yatkın olmaktadır (Atiyas 2000, 35).

¹⁹⁴ Bresnahan (2001, 25) da, *Microsoft* davasında DOJ tarafından önerilen ve teşebbüsü ikiye bölmeyi öngören tedbirin dinamik etkinliği artırıcı bir etkisinin olacağını iddia etmektedir.

öngörülürken “yeni ürün sunma” şartının aranması (Thalmann 2008, 17) da, bu tür tedbirlerin dinamik etkinlik kazancı sağlayabileceğini ortaya koymaktadır.

Tedbirlerin dinamik etkinlik üzerindeki etkilerini değerlendirmek için, AB Komisyonu'nun *Microsoft*¹⁹⁵ kararında uyguladığı *denge testi*nden bahsetmek yerinde olacaktır. Komisyon, Microsoft'un yenilikçi davranma güdüsü ile rakiplerin yenilikçi davranma güdüsü arasında bir karşılaştırma yapmış ve birlikte işlerlik (*interoperability*) bilgilerinin mevcut veya potansiyel rakiplere kullandırılmasının, piyasadaki teşebbüslerin yenilikçi davranışlarını artıracaklarını ve bunun da Microsoft'un yenilikçi davranışları üzerindeki muhtemel olumsuz etkilerini bertaraf edeceğini belirtmiştir. Ancak bu yaklaşım da bazı yazarlarca aşırı basitleştirici ve taraflı olabileceği gerekçesi ile eleştirilmektedir¹⁹⁶.

Sonuç olarak, yapılacak değerlendirmede, tedbire başvurulması durumunda piyasadaki diğer teşebbüslerin yenilikçi davranışlarının daha fazla olacağı ortaya konmalı, eğer tedbire muhatap teşebbüsün yenilikçi davranma güdüsü ağır geliyorsa, bu defa statik etkinlik kazancının dinamik etkinlik kaybını telafi edip etmediği incelenmelidir. Yapılacak karşılaştırma sonucunda, muhtemel kazançlar kayıpları telafi etmeye yetmiyorsa, bu tedbirin seçenekler arasından çıkarılması ve başka bir müdahale aracına başvurulması gerekmektedir (Shelanski ve Sidak 2001, 113).

3.2.3. Üçüncü Adım: Uygulama Maliyetleri Testi

Bir tedbirin sağladığı net faydanın ortaya konabilmesi için uygulama ve yönetim maliyetlerinin de hesaba katılması önem taşımaktadır. Çok faydalı olacağı öngörülen bir tedbirin yüksek uygulama maliyetleri bulunabilir. Bu durumda aynı faydaya başka bir tedbire başvurularak daha az maliyetle ulaşılabilecekse ilk düşünülen tedbir Pareto testini geçemeyecektir. Diğer yandan daha düşük bir etkinlik sağlayan ancak uygulama maliyetleri hesaba katıldığında bunu telafi eden bir tedbirin bulunması durumunda da ilk önerilen tedbir Pareto kriterini sağlamayacaktır (Shelanski ve Sidak 2001, 126).

Uygulama ve yönetim maliyetlerinin hesaplanması çoğu zaman tam olarak mümkün olamamaktadır. Soruşturma süreci, karar aşaması, mahkeme süreci ve daha sonra tedbirin uygulanması için gereken gözetim mekanizmalarının oluşturulması ve teşebbüsün uyumunun sağlanması gibi

¹⁹⁵ Case COMP/C-3/37.792, para. 783. Kararla ilgili ayrıntılı bilgi Bölüm II.2.3'te yer almaktadır.

¹⁹⁶ Bkz. Leveque (2005); Geradin (2005).

unsurların maliyetlerinin rakamlara dökülmesi bir yana, sürecin tam olarak ne kadar zaman alacağı dahi bilinmemektedir¹⁹⁷.

Aynı amaca ulaşacağı öngörülen bir dizi tedbir arasından en az uygulama maliyeti içeren tedbire başvurulmalıdır. İdeal olarak bir tedbirin rekabet otoritesinin müdahalesini ya da gözetimini gerektirmeden kendi kendini yönetebilir (*self-executing*) olması gerektiği ifade edilse de pratikte çok az tedbirin böyle olduğu hesaba katıldığında, etkili tedbir en az uygulama ve yönetim maliyeti içeren tedbir olmaktadır (Shelanski ve Sidak 2001, 129).

Tedbirlerin kolay uygulanabilirliği mutlak manada değil göreceli olarak düşünülmelidir. Yani bir tedbirin pratik olup olmadığı diğer tedbirlerle kıyaslanarak değerlendirilmelidir (Litan vd. 2000, 56). Hangi tedbirlerin pratik ve kolay uygulanabilir olduğu konusunda esas tartışma ise davranışsal ve yapısal tedbirler ayrımında yaşanmaktadır¹⁹⁸. Genel olarak mahkeme ve rekabet otoritelerinin teşebbüslerin uyumunu gün be gün takip etmesine neden olacak tedbirlerin diğerlerine göre daha maliyetli ve uygulanmasının güç olduğu görüşü kabul görmektedir. Ancak tedbirlerin maliyetlerini, bu tür teorik tartışmalardan ziyade, vakanın ve piyasanın yapısına göre değerlendirmek daha doğru bir yaklaşım olacaktır (Bresnahan 2001, 40; Leveque 2000a, 2).

Son dönemde, rekabet otoritelerinin uygulama maliyetlerini düşürmek için başvurduğu yöntemlerden biri de gözetim mekanizması kurarak (*trustee*), bu gözetim mekanizmasının maliyetlerinin tedbire muhatap teşebbüslerce karşılanmasını sağlamaktır. Önceki bölümde yer verildiği üzere, *Microsoft* davasında hem AB Komisyonu hem de DOJ, tedbirin gereklerinin yerine getirildiğini tespit etmek ve kendilerine tavsiyelerde bulunmak üzere bu tür bir gözetleyici mekanizmanın kurulmasını sağlamışlardır. ABD’de bu sistem işlemeye devam ederken, Komisyon’un uyguladığı yöntem İDM tarafından, denetleyici vekilin çok geniş yetkilerle donatıldığı ve maliyetlerinin teşebbüs üzerine bırakılmasının mevzuatta yeri olmadığı gerekçesi ile iptal edilmiştir¹⁹⁹. İDM kararı ışığında, sonraki dönemlerde Komisyon’un bu tür bir mekanizma kurmak istemesi durumunda maliyetlerini kendisinin karşılaması gerekecektir. Bu bağlamda, Komisyon’un sonraki kararlarda bu tür tedbirlere başvururken daha dikkatli olacağı veya karmaşık tedbirler uygulamaktan kaçınabileceği söylenebilir.

¹⁹⁷ Örneğin *American Tobacco*’nun bölünmesine karar verilmesinin ardından yaklaşık üç ay gibi (Kasım 1911-Şubat 1912) kısa bir sürede işlem tamamlanırken (Crandall 2001, 29), *Microsoft* davasında 2002 yılında varılan uzlaşma sonucu başvuru alan davranışsal tedbirlerin denetimi ve gözetimi halen devam etmektedir. İlgili sürece ilişkin bilgi için bkz. http://www.usdoj.gov/atr/cases/ms_index.htm

¹⁹⁸ Bu konu ile ilgili daha ayrıntılı tartışmalara Bölüm 2’de yer verilmiştir.

¹⁹⁹ Case T-201/04, para 1273-79.

Özetle, rekabet ihlalleri için önerilen tüketici refahı testi, statik etkinlik analizinden ve kısa-dönem fiyat hareketlerinden fazlasını gerektirmektedir. Bir tedbirin etkin olduğunun söylenebilmesi için, önlem sonucunda meydana gelecek fiyat düşüşlerinin, üretim maliyeti artışlarını veya şebeke dışallıklarından kaynaklanan ve tedbir sonucunda azalacak olan tüketici faydasını telafi edeceğinin ispatlanması, bunun yanında teşebbüsleri yenilikçi davranışlardan vazgeçirmeyeceğinin ve elde edilmesi muhtemel kazançta daha az maliyetli başka bir tedbirle ulaşılamayacağına ortaya konması gerekmektedir²⁰⁰.

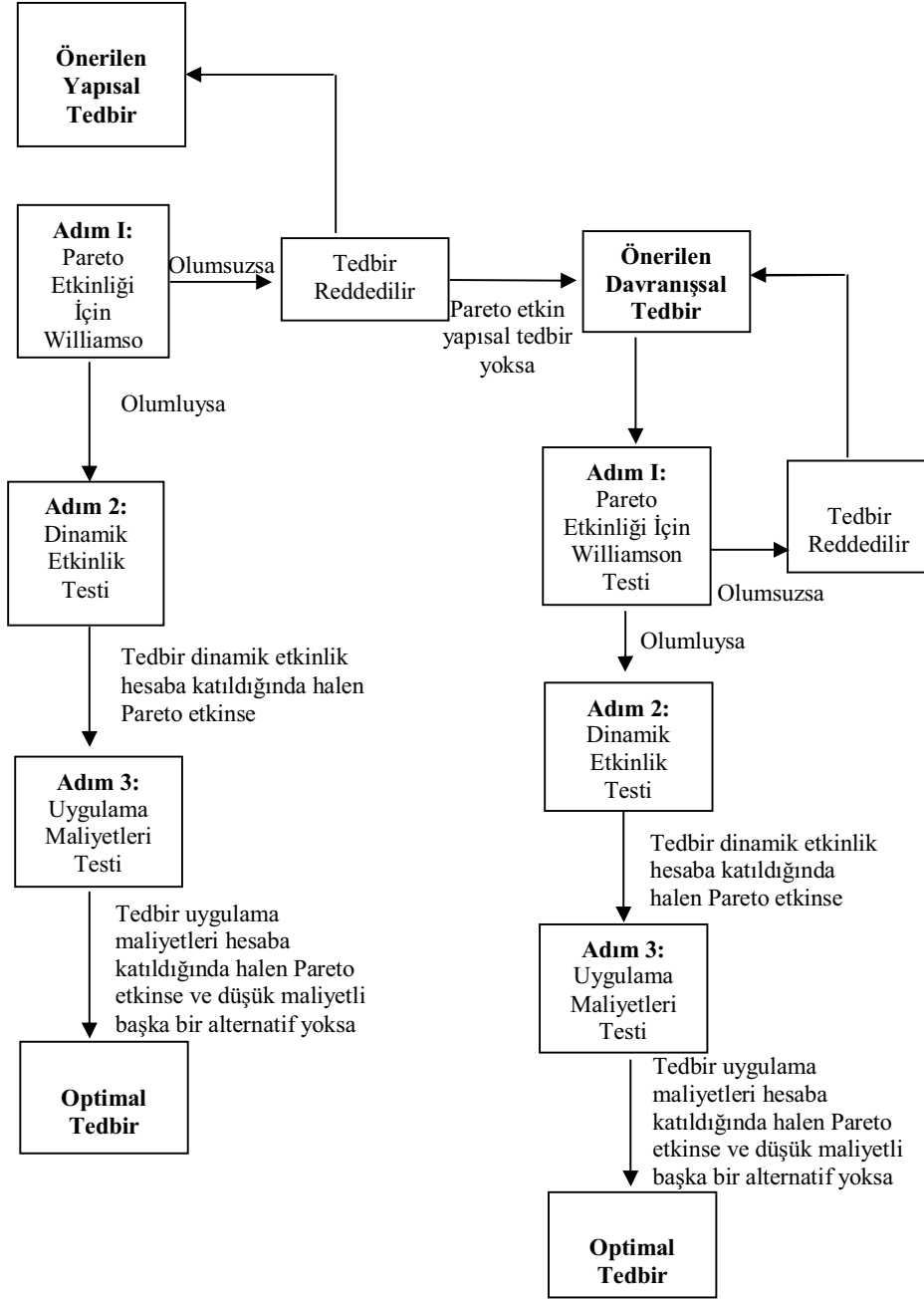
Shelanski ve Sidak (2001) tarafından önerilen etkinlik testi, teşebbüslerin davranışlarının bir maliyeti olduğu gibi rekabet otoritelerinin müdahalelerinin de bazı maliyetleri olduğunu vurgulaması bakımından önem taşımaktadır. Ancak testin bazı noktalarda eleştirilmesi mümkündür. Öncelikle bahse konu etkinlikleri ölçmek için yeterli veriler çoğu zaman elde edilemeyecektir. Yeterli veriler bulunmadan yapılan bir değerlendirmenin ise yanlış sonuçlara götüreceği açıktır. Bu durumda rekabet otoritelerinin kullanabileceği en önemli kaynak geçmiş uygulamalar olacaktır. Daha önce başvuru tedbirlerin piyasayı ne yöne götürdüğünün ve tüketicilere bir fayda sağlayıp sağlamadığının incelenmesi, gelecekte benzer ihlaller meydana geldiği takdirde hangi tür tedbirlerin etkinlik doğurucu veya azaltıcı olduğu konusunda bir rehber görevi göreceklerdir. Nitekim Kovacic (1999, 1316) de, “geçmiş deneyimin en önemli ögesi daha önce uygulanan tedbirlerin bugünkü etkileri olduğunu” belirterek, rekabet otoritelerinin belli bir kaynağı sürekli olarak bu tür araştırmaların yapılması için ayırmaları gerektiğini ifade etmiştir.

Sonuç olarak, rekabet otoritelerinin sahip oldukları yetkiler, daha önce de belirtildiği üzere, teşebbüsler, piyasa ve tüketiciler üzerinde ciddi etkiler bırakabildiğinden, bir müdahalede bulunulduğunda, iki unsurun incelenmesi gerekmektedir. İlki, ölçülülük ilkesi çerçevesinde, eşit derecede etkili olanlar arasından, tarafların özgürlüklerini en az kısıtlayan tedbire başvurulması; ikincisi ise ihlalle ölçülü olacağı öngörülen tedbirlerin, piyasayı ve dolayısıyla tüketicileri ne yönde etkileyeceğini irdeleyen ve rekabet politikasının iktisadi temeli sayılabilecek²⁰¹ etkinlik kriteridir. Uygulamada bu iki kriterin bir arada değerlendirilmesi ile hem hukuki hem de iktisadi açıdan tutarlı bir politika oluşturulması da mümkün hale gelecektir.

²⁰⁰ Bu konuda, İngiltere’de BAA Ltd.’nin sahip olduğu havaalanlarının bölünmesinin muhtemel etkileri ve tedbirlerin uygulanabilirliği hakkında yapılan kapsamlı bir çalışma için bkz. <http://www.competition-commission.org.uk/inquiries/ref2007/airports/index.htm>

²⁰¹ Bkz. Atiyas (2000); Brodley (1987).

Şekil.1-Optimal Tedbire Ulaşmak için Önerilen Üç Adım Testi



Kaynak: Shelanski ve Sidak (2001, 115)

BÖLÜM 4

TÜRK REKABET HUKUKUNDA HÂKİM DURUMUN KÖTÜYE KULLANILMASI DURUMUNDA UYGULANABİLECEK TEDBİRLER

Önceki bölümlerde hâkim durumun kötüye kullanılması hallerinde başvuru tedbirlerinin hedefleri ortaya koyularak uygulamaya yönelik bazı önerilerde bulunulmuş, anılan tedbirlerin muhtemel faydaları ve zararları üzerinde durulmuş ve bahse konu zararları en aza indirmek için tedbir seçiminde gözetilmesi uygun olabilecek kriterlerden bahsedilmiştir. Bu bölümde ise öncelikle Türk rekabet hukukunda hâkim durumdaki teşebbüslerin gerçekleştirdikleri ihlallere karşı başvurulabilecek tedbirlere ilişkin mevcut düzenlemeler hakkında bilgi verilecek, ardından Tasarı hakkında AB ve ABD mevzuatı ile karşılaştırmalı olarak değerlendirmelerde bulunulacak ve bu çalışmanın önceki bölümlerinde yer verilen hususlar gözetilerek Rekabet Kurulu'nun yaklaşımı ele alınacaktır. Son olarak da Tasarı'da getirilen değişiklikler gözetilerek, çalışmanın ikinci bölümünde aktarılan yapısal tedbirlerin Türkiye'de uygulanabilirliğine ilişkin, dünya uygulamaları ışığında, değerlendirmeler yapılacaktır.

4.1. TEDBİRLERE İLİŞKİN YASAL DÜZENLEMELER

Türk rekabet hukukunda hâkim durumun kötüye kullanılması, 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesinde yasaklanmış; rekabet ihlallerine karşı Rekabet Kurulu'nun başvurabileceği tedbirler ise aynı Kanun'un "ihlale son verme" başlıklı 9. maddesinde düzenlenmiştir.

4.1.1. 4054 Sayılı Kanun'un 9. Maddesi Kapsamında Kurul'un Yetkileri

4054 sayılı Kanun'un 9. maddesinin birinci fıkrasında;

“Kurul, ... bu Kanunun 4, 6 ve 7 nci maddelerinin ihlal edildiğini tespit ederse ilgili teşebbüs veya teşebbüs birliklerine... rekabetin tesisi ve ihlalden önceki durumun korunması için yerine getirilmesi ya da kaçınılması gereken davranışları kapsayan bir kararı bildirir...”

hükümü yer almaktadır. Bu hüküm uyarınca Kurul, hâkim durumun kötüye kullanılması hallerinde rekabetin tesisi ve ihlalden önceki durumun korunması için teşebbüslere belli davranışlardan kaçınma veya belli davranışlarda bulunma yükümlülükleri getirebilmektedir. Dolayısıyla Kurul’un Kanun’un 9. maddesi kapsamında her türlü davranışsal tedbire başvurabileceği söylenebilir.

Bu kapsamda Kurul, hâkim durumdaki teşebbüslerin bağlama veya münhasırlık gibi rekabeti bozucu uygulamalarını yasaklamak suretiyle yasaklayıcı tedbirlere başvurabileceği gibi, teşebbüslere sözleşme yapma yükümlülüğü getirilmesi gibi düzenleyici tedbirlere de başvurma yetkisine sahiptir.

FMH’nin zorunlu lisanslaması ile ilgili olarak ise Kurul’un hâkim durumun kötüye kullanılması bağlamında, bu tür bir tedbir içeren kararı bulunmasa da (Yavuz 2005, 26), zorunlu lisanslamaya başvurabileceği kabul edilmektedir. Bu konuda Özdemir (2002, 11), 4054 sayılı Kanun’un 9. maddesinde Kurul’a verilen “ihlale son verme” görevi çerçevesinde, Kurul’un lisans sözleşmesinin yapılması yolunda karar alabileceğini belirtmiştir. Odman (2002, 294) da benzer şekilde teknolojik ürün sahipliğinin 4054 sayılı Kanun’un 6. maddesine aykırı olarak kullanılması durumunda, Kurul’un “zorunlu lisanslama”ya hükmedebileceğini ve bu yetkinin diğer fikri mülkiyet düzenlemeleri ile de engellenmediğini ifade etmektedir.

Ancak, Kanun’un 9. maddesi uyarınca Rekabet Kurulu’nun, yapısal tedbirlere başvurabilme yetkisine sahip olup olmadığı tartışmalıdır. Kurul’un, bu yetkinin kendinde bulunduğunu belirttiği *TTAŞ (ISS)* kararında²⁰² şu ifadelerle yer verilmiştir:

“... Kanunun... 9. maddesinin birinci fıkrasında ‘Kurul... bu Kanunun... ihlal edildiğini tespit ederse... yerine getirilmesi ya da kaçınılması gereken davranışları kapsayan bir kararı bildirir.’ şeklinde açıkça yer verildiği üzere Rekabet Kurulu yapısal tedbirler alma konusunda tam yetkili kılınmıştır.”

Kanaatimizce böyle bir yaklaşım Kurul’un Kanun’da açıkça tanınmayan bir yetkiyi kendinde görmesi anlamına gelmektedir. Bu konuda, *İç Anadolu-*

²⁰² 2.10.2002 tarih ve 02-60/755-305 sayılı karar ve bu kararın Danıştay tarafından iptali üzerine alınan 5.1.2006 tarih ve 06-02/47-8 sayılı karar, s. 53.

Akdeniz- Marmara Çimento kararının karşı oy yazısında²⁰³ belirtilen ve bizim de katıldığımız görüşlere yer vermek faydalı olacaktır:

“...(yapısal tedbir) ‘işletmelerdeki hisselerinizi satın veya işletmeleri paylaşım’ demektir. İşte böyle bir yapısal tedbiri almaya veya böyle bir sonuca götürecektir kararı vermeye 4054 sayılı Yasa imkân tanımamaktadır... Böyle bir sonuç, Rekabet Kurumunun yetkisi olmadığı halde, şirketleri parçalama... gibi yasalarda bulunmayan bir yetkiyi kullanması anlamına gelir ki, bunun rekabet açısından olumsuz etkisi olacağını söylemek zor değildir.”

Öte yandan yapısal tedbirler, teşebbüslerin mal varlıklarının devri ya da bölünmesi gibi, Anayasa ile koruma altına alınan mülkiyet hakkına doğrudan müdahale içeren tedbirlerdir. Nitekim Odman (2002, 297) da, böyle bir yetkiye Kurul’un sahip olup olmadığının tartışmalı bir husus olduğunu belirterek, hâkim durumdaki teşebbüslerin malvarlığının bölünmesi ile ilgili konunun, mülkiyeti koruyan ve kamu düzenini gözetken genel hukuk ilkeleri ve ilgili Anayasa hükümleri ışığında çözümlenmesi gerektiğini belirtmektedir²⁰⁴. Bu kapsamda yapısal tedbirler, Anayasa’nın “Temel Haklar ve Ödevler” başlıklı İkinci Kısmının “Kişinin Hakları ve Ödevleri” başlıklı İkinci Bölümü içinde 35. maddede düzenlenen “mülkiyet hakkı”nın sınırlandırılması bağlamında değerlendirilebilir²⁰⁵. Madde metni şu şekildedir:

“Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir. Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir...”

Anayasa maddesi uyarınca, mülkiyet hakkının sınırlandırılması ancak kanunla olabilmektedir. Oysa, yukarıda yer verilen 4054 sayılı Kanun’un 9. maddesinden, yorum yoluyla mülkiyet hakkına müdahale eden yapısal tedbirlere başvurabilme yetkisinin Kurul’a tanındığı sonucuna ulaşılması kanaatimizce olanaklı değildir.

Esasen ayrı bir çalışmanın konusu olabilecek bu husus hakkındaki açıklamalara burada nokta koyularak, yasalaştığı takdirde bu tartışmalara son verecek olan Tasarı hakkındaki değerlendirmelere geçilecektir.

²⁰³ Kurul üyesi Kubilay Atasayar’ın 01.02.2002 tarih ve 02-06/51-24 sayılı Kurul kararına Karşı Oy Yazısı, s. xlii.

²⁰⁴ Konuyu, AİHS’nin Ek 1. protokolünün kişilerin mülkiyet hakkını koruyan 1. maddesi ve AT Antlaşması’nın mülkiyet hakkını koruyan 295. maddesi çerçevesinde inceleyen bir çalışma için bkz. Willis ve Hughes (2008).

²⁰⁵ Konuyu, Anayasa ve sözleşme yapma özgürlüğü perspektifinden değerlendiren bir çalışma için bkz. Gürzumar (2006, 39-71); Anayasa ve FMH’nin zorunlu lisanslaması yönünden değerlendiren bir çalışma için bkz. Odman (2002).

4.1.2. Tasarı ile Getirilen Değişiklikler

TBMM'ye sevk edilen Tasarı yasalaştığı takdirde Rekabet Kurulu'nun yetkilerinde de önemli değişiklikler meydana gelecektir. Tasarı'da esasen, tedbirlere ilişkin hususlar dışında da önemli bazı değişiklikler öngörülmele birlikte²⁰⁶, çalışmanın kapsamını aşması nedeniyle bu bölümde yalnızca tedbirlere ilişkin değerlendirmelerde bulunulacaktır. Tasarı'da, Kanun'un 9. maddesi aşağıdaki şekilde düzenlenmiştir:

“Kurul, ... rekabetin tesisi için yerine getirilmesi ya da kaçınılması gereken davranışları ve teşebbüslerin belirli faaliyetlerini yahut ortaklık paylarını devretmeleri gibi yapısal tedbirleri nihai kararında bildirebilir.”

Mevcut düzenleme ve Tasarı'daki değişiklikler incelendiğinde, en önemli farkın, Rekabet Kurulu'na yapısal tedbirlere başvurma yetkisinin açıkça tanınması olduğu görülmektedir. Bu bakımdan mevcut düzenlemedeki tartışmalı durumun ortadan kaldırılacağı söylenebilir.

Tasarı ile getirilen bir başka değişiklik ise tedbirlerin sınırları ile ilgilidir. Mevcut madde metninde “rekabetin tesisi” ve “ihlalden önceki durumun korunması” ifadeleri bir arada kullanılmıştır. Aslan (2007, 920), bu hüküm doğrultusunda, mevcut düzenlemeye göre, başvuru tedbirlerinde rekabeti yeniden tesis etmenin sınırının ihlalden önceki durumun korunması olduğunu ve Kurul'un, ihlali sona erdirmekten öteye geçen tedbirlere başvuramayacağını belirtmiştir.

Ancak, çalışmanın ilk bölümünde de ifade edildiği üzere, “ihlalden önceki durumu korumak” bazı durumlarda rekabeti tesis etmede yeterli olsa da, pek çok durumda rekabetin tesisi için daha kapsamlı tedbirlerin alınması gerekebilir. Bu tür durumlarda “ihlalden önceki durumun korunması” ancak 4054 sayılı Kanun'un 9. maddenin dördüncü fıkrasında düzenlenen “geçici tedbir”ler için uygun bir hedef olabilir. Kanun'un 9. maddesinin birinci fıkrası kapsamında alınacak tedbirlerde ise “rekabetin tesisi” esas hedef olarak belirlenmelidir²⁰⁷. Zira teşebbüsün davranışları piyasa üzerinde bir etki bırakarak pazarın yapısını değiştirebilir ve yalnızca ihlalden önceki durumu koruyucu nitelikte bir tedbir yeterli olmayabilir. Nitekim Tasarı'da bu doğrultuda tedbirlerin hedefini belirten “rekabetin tesisi” ve “ihlalden önceki durumun korunması” ifadeleri arasında bir ayrıma gidilmiş ve Kanun'un ihlali

²⁰⁶ Tasarı'nın özel hukuk yaptırımlarında meydana getireceği değişiklikleri ve olası etkileri değerlendiren bir çalışma için bkz. Sanlı (2007). Tasarı ile düzenlenen “uzlaşma” ve “taahhüt” mekanizması ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Pektaş (2008).

²⁰⁷ Benzer bir görüş için bkz. Lowe ve Rigaud (2007, 600).

durumunda, birinci fıkra kapsamında alınan tedbirlerin rekabetin tesisi için uygulanacağı düzenlenmiştir²⁰⁸.

Tasarı yasalaştığı takdirde, Kurul'un AB ve ABD rekabet otoritelerinin sahip olduğu yetkilere büyük ölçüde kavuşacağı söylenebilir. Bununla birlikte bazı hususlarda önemli farklılıklar da bulunmaktadır. Aşağıda bu konu ile ilgili değerlendirmeler sunulacaktır. Ancak, ABD'de hangi tür tedbirlerin uygulanabileceği, daha önce belirtildiği üzere, yasal düzenlemelerden ziyade mahkeme kararları ile şekillendiğinden²⁰⁹, burada yalnızca mehz mevzuatla karşılaştırmalara yer verilecektir.

4.1.3. Tasarı'nın Mehz Mevzuat ile Karşılaştırılması

AB rekabet hukukunda Komisyon'un tedbirlerle ilgili yetkilerini düzenleyen 1/2003 sayılı Tüzük'ün 7(1) maddesi şu şekildedir:

“Komisyon, ... RA'nın 81. ve 82. maddelerinin ihlal edildiğini tespit ederse... ihlalde bulunan teşebbüslere, ihlalin etkili bir şekilde sona erdirilmesi için, ihlalle ölçülü olacak şekilde, davranışsal veya yapısal tedbirlere başvurabilir. Yapısal tedbirler ancak eşit derecede etkili bir davranışsal tedbirin bulunmaması ya da eşit derecede etkili davranışsal tedbirin teşebbüs açısından yapısal tedbirden daha maliyetli olması durumunda uygulanabilir...”

Yukarıda yer verilen hüküm uyarınca AB'de tedbirlerin öncelikli hedefi “ihlalin etkili bir şekilde sonlandırılması”dır. Lowe ve Rigaud (2007, 599), ihlalin etkili bir şekilde sonlandırılmasının şunları içereceğini belirtmektedir:

- (i) ihlalin yasaklanması,
- (ii) ihlalin sonuçlarının ortadan kaldırılması²¹⁰,
- (iii) pazarda etkili rekabetin (*effective competition*) tekrar sağlanması,
- (iv) ihlalin tekrarının önlenmesi²¹¹.

Buna göre Komisyon, yukarıda sayılan hususların sağlanması için yapısal ve davranışsal tedbirlere başvurma imkânına sahiptir. Ancak, Komisyon'un hangi hallerde yapısal tedbire başvurabileceği de Tüzük'te belirlenmiştir. Komisyon yalnızca;

- (i) eşit derecede etkili bir davranışsal tedbirin bulunmaması,

²⁰⁸ Tasarı'da 9. maddenin ikinci fıkrasında düzenlenen “geçici tedbir”lerin hedefi ise “ihlalden önceki durumun korunması” olarak belirlenmiştir.

²⁰⁹ ABD'de tedbirlerle ilişkin düzenlemelerle ilgili bilgi için bkz. s. 19.

²¹⁰ Bkz. AKZO Chemie BV v. Comm., Case C-62/86, 1991 ECR I 3359, para. 155.

²¹¹ Bkz. Commercial Solvent, Case 6-7/73, 1974 ECR 223, para. 46.

(ii) eşit derecede etkili davranışsal tedbirin, teşebbüsler üzerinde yapısal tedbirden daha külfetli olması

hallerinden birinin varlığı durumunda yapısal tedbirlere başvurulabilecektir²¹². İlk koşulda Komisyon'un takdir hakkı bulunduğu belirtilirken, ikinci koşulda tedbirin seçiminin Komisyon'un değil teşebbüslerin tercihine bırakılması gerektiği iddia edilmektedir (Tajana 2005, 12). Nitekim İDM de *Automec/Commission* kararında²¹³ benzer ifadelerle, "Komisyon'un, bir ihlali bulmaya ve onu sonlandırmaya yetkili olduğu konusunda bir şüphe bulunmama ile birlikte, RA'ya uyum için uygun tüm tedbirler arasından yalnızca kendi tercihinin teşebbüslere kabul ettirmesinin bu yetkiler arasında olmadığına" hükmetmiştir. Bu bağlamda, davranışsal tedbirlerin yapısal tedbirlere göre daha maliyetli olduğu gerekçesi ile yapısal tedbirlerin seçilmesi konusunda Komisyon'un yetkisi bulunmamaktadır. Bu bakımdan Tüzük'ün, piyasaya *ex-post* müdahalede, tarafların haklarına, uygulama önceliklerinden daha fazla önem verdiği söylenebilir (Tajana 2005, 12-13).

Tasarı'da yer alan düzenlemelerle mevzuat karşılaştırıldığında, hâkim durumun kötüye kullanılmasında başvurulabilecek tedbir türleri bakımından iki hukuk düzeni arasındaki farklılığın ortadan kalkacağı söylenebilir. Buna rağmen, Tasarı ve 1/2003 sayılı Tüzük'ün bazı farklılıklar içerdiği de görülmektedir. Özellikle, Komisyon'un tedbirlere başvururken göz önüne alması gereken "ölçülülük ilkesi"²¹⁴ ve yapısal tedbirlere başvururken tabi olduğu sınırlamalara Tasarı'da yer verilmemiştir.

Dolayısıyla Rekabet Kurulu'nun tedbirlere başvurmada Komisyon'dan çok daha geniş bir takdir hakkına sahip olduğu söylenebilir. Bununla birlikte bu takdir hakkı sınırsız da değildir. Her ne kadar Tasarı'da açıkça belirtilmese de, Anayasada yer alan düzenlemeler Rekabet Kurulu'nun kararlarında bu sınırlamaları ve ölçülülük ilkesini gözetmesini gerektirmektedir. Zira çok geniş yetkilerin kullanılabilirdiği bir durumda, bu yetkilerle donatılan Kurul'un, uyguladığı tedbirlerde daha hassas olması, pazardaki rekabetin tesisi ve teşebbüslerin rekabetçi davranışlarının önüne geçilerek bir zarar doğmasının engellenmesi açısından önem taşıdığı gibi, kişilerin haklarının ihlal edilmesinin de önüne geçecektir. Özellikle yapısal tedbirler, daha önce de belirtildiği gibi, temel hak ve hürriyetler arasında yer alan "mülkiyet hakkı"nın sınırlandırılması bağlamında değerlendirilebilir. Anayasanın 13. maddesinde 2001 yılında yapılan

²¹² Tüzük'ün 12. resitalinde ayrıca, yapısal tedbirlerin ancak, teşebbüslerin yapısından kaynaklanan (*very structure of the undertaking*) ve sürekli ya da tekrar edebilecek ihlallerin varlığı durumunda uygulanabileceği belirtilmektedir.

²¹³ T-24/90, 18/09/1992, para. 52.

²¹⁴ 1/2003 sayılı Tüzük'ün 12. resitalinde ve 7. maddesinde, ihlali etkili bir şekilde sona erdirmek için davranışsal ve yapısal tedbirlere başvurulduğunda, ölçülülük ilkesinin gözetilmesi gerektiği belirtilmiştir.

bir değişlikle temel hak ve hürriyetlerin sınırlanmasının “ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı” ifadesi maddeye eklenmiştir²¹⁵. Dolayısıyla hukukun genel normları arasında kabul edilen ve kamu idarelerinin uyguladığı tedbir ve yaptırımlarda zaten dikkate alması gereken ölçülülük ilkesi, pozitif hukuka girerek somut bir hal almıştır. Bu bakımdan, Rekabet Kurulu tarafından alınan kararlarda da bu ilkeye riayet edilmesi önem taşımaktadır.

Özetle, tedbirlere ilişkin düzenlemeler incelendiğinde, Türk rekabet hukukunun mehz hukuktan ve ABD düzenlemelerinden en önemli farkının Rekabet Kurulu’nun yapısal tedbirlere başvurma yetkisinin bulunmaması olduğu görülebilir²¹⁶. Ancak Tasarı yasalastığında bu fark da ortadan kalkacak ve her üç hukuk sisteminde hâkim durumdaki teşebbüslerin karşı karşıya kalacağı tedbir ve yaptırımlar benzerlik gösterecektir²¹⁷:

Tablo 2- Hâkim Durumdaki Teşebbüslere Yönelik Başvurulabilecek Tedbir ve Yaptırımlar

Tedbir/Yaptırım	ABD	AB	TÜRKİYE
Yapısal Tedbir	Var	Var	Var
Davranışsal Tedbir	Var	Var	Var
Para Cezası	Yok ²¹⁸	Cironun %10’una kadar	Cironun %10’una kadar
Yöneticilere Uygulanan Cezalar	Yok ²¹⁹	Yok	Teşebbüse verilen cezanın %5’ine kadar
Hapis Cezası	Var	Yok	Yok
Tazminat	Var. Zararın 3 katı oranında.	Var. Zarara eşit olacak şekilde	Var. Zararın 3 katı oranında.

²¹⁵ Madde metni şu şekildedir: “Madde 13. – (Değişik: 3.10.2001-4709/2 md.) Temel hak ve hürriyetler, özlere dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, ... ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.”

²¹⁶ ABD düzenlemelerinden diğeri bir farkın hapis cezalarına ilişkin olduğu söylenebilirse de, hâkim durumun kötüye kullanılmasında uzun süredir bu tür cezalara başvurulmadığından, uygulamada bu farklılık ortadan kalkmaktadır.

²¹⁷ Çalışmada, hâkim durumun kötüye kullanılması hallerinde başvuru yapılmaya yer verilirse de, tabloda bütünlük sağlanması açısından tüm rekabet hukuku uygulamalarının yer alması uygun olacaktır.

²¹⁸ Yalnızca ceza davalarında 100 Milyon ABD Dolarına kadar uygulanabilmektedir.

²¹⁹ Yalnızca ceza davalarında 1 Milyon ABD Dolarına kadar uygulanabilmektedir.

4.2. REKABET KURULU KARARLARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

Yaklaşık on iki yıl gibi nispeten kısa bir rekabet hukuku geçmişi bulunan Türkiye’de, hâkim durumun kötüye kullanılması sonucu alınan kararların diğer uygulamalara nazaran daha az olduğu söylenebilir. Şimdiye kadar hâkim durumdaki teşebbüsler hakkında yürütülen soruşturmaların 23 tanesinde, ilgili teşebbüslerin Kanun’u ihlal ettiği sonucuna ulaşılmıştır²²⁰. Yürütülen soruşturmalar dâhilinde alınan geçici tedbir sayısı ise 7 adettir²²¹.

Ek-1’de yer alan bilgiler incelendiğinde, bahse konu 23 soruşturma kararından, 6 tanesinin münhasırlık, 4 tanesinin mal vermeyi reddetme, 4 tanesinin ayrımcılık, 2 tanesinin yıkıcı fiyat içeren ihlallerden oluştuğu görülmektedir. Diğer 7 kararda ise fiyat sıkıştırması ve aşırı fiyat gibi diğer ihlal çeşitleri tespit edilmiştir. Soruşturma kararlarında Kurul, *TTAŞ (Kablo TV)*²²² kararı dışında tüm hâkim durum ihlallerinde para cezalarına başvururken tedbir uygulanması konusunda Kurul’un bu kadar tutarlı bir politika izlediği söylenemez. Genel olarak, kararlarda tedbirlere yer verdiği görülse de, bazı kararlarda çok ayrıntılı tedbirler öngörülürken²²³, bazı kararlarda bu hususa hiç değinilmemesi²²⁴ dikkat çekicidir.

İhlal türlerine göre Kurul’un yaklaşımı incelendiğinde, *BİRYAY I*²²⁵, *BİRYAY II*²²⁶, *KARBOGAZ*²²⁷ ve *Turkcell*²²⁸ kararlarında münhasırlık içeren anlaşmaların yasaklanması yoluna gidilmiştir. Genel olarak, bu kararlarda uygulanan tedbirlerin pazardaki rekabet kısıtlamalarını ortadan kaldırmada yeterli olduğu söylenebilir. Zira münhasırlık veya ayrımcılık içeren ihlallerde, bu eylemlerin yasaklanması, pazara giriş engellerini ortadan kaldırarak, çoğu zaman rekabeti tesis etmede uygun bir tedbir olmaktadır.

Ancak “mal vermeyi reddetme” gibi sözleşme yapma yükümlülüğü getirilebilecek ihlallerde tedbirlerin uygulanması kolay olmamaktadır. Nitekim Kurul’un şu ana kadar karar verdiği 3 adet mal vermeyi reddetme ihlaline ilişkin yaklaşımı da farklılıklar içermektedir. *ÇEAŞ*²²⁹ kararında hiçbir tedbire

²²⁰ Açılan soruşturmaların 8 tanesinde kötüye kullanma tespit edilememiştir.

²²¹ Yürütülen incelemelere dair ayrıntılı bilgiler Ek-1, EK-2 ve EK-3’te bulunmaktadır.

²²² 10.02.2005 tarih ve 05-10/81-30 sayılı karar.

²²³ Bkz. Digtürk (28.08.2002 tarih ve 02-50/636-258 sayılı karar); Turkcell (20.07.2001 tarih ve 01-35/347-95 sayılı karar).

²²⁴ Bkz. ÇEAŞ (10.11.2003 tarih ve 03-72/874-373 sayılı karar); Anadolu Cam (01.12.2004 tarih ve 04-76/1086-271 sayılı karar); İstanbul Otogar (06.07.2001 tarih ve 01-31/313-91 sayılı karar).

²²⁵ 17.07.2000 tarih ve 00-26/292-162 sayılı karar.

²²⁶ 14.12.2000 tarih ve 00-49/529-291 sayılı karar.

²²⁷ 23.08.2002 tarih ve 02-49/634-257 sayılı karar.

²²⁸ 20.07.2001 tarih ve 01-35/347-95 sayılı karar.

²²⁹ Bkz. dipnot 224.

başvurulmazken, *Turkcell-Telsim*²³⁰ kararında bu husus düzenleyici kuruma bırakılmış, *TTAŞ (Kablo TV)*²³¹ kararında ise genel bir ifade ile teşebbüsün söz konusu mal varlığını diğer teşebbüslere kullandırması istenmiştir. Bunlar arasında Kurul, *Turkcell-Telsim* kararında kanaatimizce doğru bir yaklaşım sergileyerek tedbir tasarımını düzenleyici kuruma bırakmış ve belirlenecek tedbirin Kurul’ca da uygun görülmesi durumunda taraflara bildirilmesine hükmetmiştir. Aksi bir tutum, Kurul’un böylesi teknik ve sürekli gözetim isteyen bir konuda kendisinin karar vermesini gerektirecekti ki, ABD Yüksek Mahkemesinin *Trinko*²³² kararında da belirtildiği üzere, rekabet otoriteleri bu rol için uygun makamlar değildir. Ancak, bu yaklaşımın *TTAŞ (Kablo TV)* kararında devam ettirildiğini söylemek mümkün değildir. Bu kararda alınan tedbir de esasen düzenlenen bir alana müdahale etse de, düzenleyici kurum sürece dâhil edilmemiştir. Kararda genel bir ifade ile teşebbüsün söz konusu mal varlığını diğer teşebbüslere kullandırması istenmiş ancak tedbirin uygulanıp uygulanmadığının takibinin ne şekilde yapılacağı açıklığa kavuşturulmamıştır. Üstelik rakiplerin altyapıya erişim şartlarına ilişkin de hiçbir hüküm bulunmadığından, teşebbüs çeşitli yollarla diğer teşebbüslerin hizmet satın almalarını engelleyebilme imkânına da sahiptir.

Kurul’un “yıkıcı fiyatlama” içeren ihlallere yaklaşımı da mal vermeyi reddetme ihlallerine benzerlikler göstermektedir. *TTAŞ (ISS)*²³³ kararında, genel bir ifade ile teşebbüsün bu tür davranışlardan kaçınması istenirken, *Anadolu Cam*²³⁴ kararında herhangi bir tedbire yer verilmemiştir.

Yukarıda yer verilen kararların ve diğer soruşturma kararlarının birlikte değerlendirilmesinden, Kurul’un tedbirlere yaklaşımı ile ilgili bazı sonuçlara ulaşılabilir. Kurul, genel olarak ihlal olarak tespit edilen eylemi yasaklamaya yönelik tedbirlere başvurmaktadır. Bu bağlamda yasaklayıcı tedbirleri sıklıkla kullandığı ancak düzenleyici tedbirlerin uygulanmasında daha temkinli davrandığı görülmektedir. Düzenlenen sektörlere yönelik uyguladığı tedbirlerde ise, Kurul doğrudan müdahale etmek yerine, ilgili otoritenin de sürece katılımını sağlama yoluna gitmektedir. Kanaatimizce doğru olan bu yaklaşım sayesinde, tedbirin gözetimi ve denetiminden kaynaklanabilecek sorunlar ve maliyetler de en aza indirgenmiş olacaktır. Ancak kararlarda genel olarak, tedbirin sona eriş tarihi ile ilgili bir hüküm bulunmamaktadır. Bu durum, özellikle düzenleyici tedbirlerin uygulandığı vakalarda, teşebbüslere gereğinden fazla bir yükümlülük yüklenmesi riskini taşımaktadır. Örneğin, sözleşme yapma yükümlülüğü ile ilgili bir tedbirde, sona eriş tarihi bulunmadığı takdirde, teşebbüs faaliyetine devam

²³⁰ 09.06.2003 tarih ve 03-40/432-186 sayılı karar.

²³¹ Bkz. dipnot 222.

²³² 540 U.S 398, 414-415 (2004).

²³³ 02.10.2002 tarih ve 02-60/755-305 sayılı karar.

²³⁴ Bkz. dipnot 224.

ettiği müddetçe bu yükümlülük altına sokulmaktadır. Ya da, bağlama yapmasının yasaklanması durumunda, teşebbüs ilerde etkinlik sağlayabilecek davranışlar içine girmekten de sürekli bir şekilde alıkonulacaktır. Her ne kadar, teşebbüsün hâkim durumu sona erdiğinde tedbirin ortadan kalkacağı iddia edilebilirse de, teşebbüs hâkim durumunu devam ettirse dahi böyle bir sürenin bulunması, hem rekabetçi davranışların engellenmesi riskini azaltacak, hem de önceki bölümde yer verilen ölçülülük ilkesine uygun olacaktır. Diğer taraftan çoğu kararda uygulanan tedbirlere teşebbüslerin uyumunu sağlayarak gözetimini gerçekleştirecek bir mekanizmanın veya geri bildirim sisteminin kurulmadığı görülmektedir. Bu durum, tedbirin istenen sonuçlara ulaşmasını engelleyebileceği gibi, teşebbüsün Kanun'u ihlal ettiğini kanıtlamak için harcanılan çabanın ve katlanılan maliyetlerin de boşa gitmesine yol açabilecektir.

4.3. YAPISAL TEDBİRLERİN TÜRKİYEDE UYGULANABİLİRLİĞİ

Yukarıda, mehz mevzuatla ve mevcut düzenlemelerle farklarına değinilen Tasarı'daki en önemli değişiklik, daha önce de belirtildiği üzere, yapısal tedbirlere ilişkindir. Bu bağlamda, rekabet hukuku uygulamalarında uzun bir geçmişi olan ABD ve AB'nin aksine, görece kısa bir tarihi olan Türkiye'de Rekabet Kurulu'nun bu tür tedbirlere başvurma yetkisine daha erken kavuşacağı söylenebilir. Ancak konunun önemine rağmen şu ana kadar sağlıklı bir tartışma zemini oluşmuş değildir. Dolayısıyla hem konuyu tartışmaya açmak hem de ortaya çıkabilecek sakıncaları önceden engellemek adına, dünya uygulamaları da göz önüne alınarak, bazı hususlara dikkat çekilmesinde fayda görülmektedir.

Günümüze kadar yegâne uygulama alanını ABD'de bulan yapısal tedbirler incelendiğinde²³⁵, çok büyük bir kısmının 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi veya 7. maddesi kapsamında değerlendirilebilecek eylemlerde uygulandığı görülmektedir. ABD'de tek taraflı davranışlar bağlamında uygulanan bölünme kararı sayısı yalnızca üç tanedir²³⁶. Üstelik yapısal tedbirlere başvuru vakalarının çoğu başarısız olarak görülmüş ve eleştirilmiştir²³⁷. AB'de ise, yapısal tedbirlere henüz başvurulmamıştır. Dolayısıyla ülkemiz açısından da hâkim durumun kötüye kullanılması hallerinde yapısal tedbirlerin uygulanma alanının çok sınırlı olacağı söylenebilir. Bununla birlikte, sınırlı da olsa kullanım imkânı doğabilecek yapısal tedbirlere başvurulduğunda ortaya çıkabilecek bazı sakıncalara değinmekte fayda vardır.

²³⁵ Bkz. Bölüm II.1.

²³⁶ Bkz. dipnot 77.

²³⁷ Bkz. Adams (1951); Kovacic (1989); Crandall (2001).

ABD’de uygulanan bölünme tedbirleri incelendiğinde başarılı olarak adlandırılan tedbirlerin büyük bir çoğunluğu, farklı birimlerden oluşmuş²³⁸ ve/veya yoğunlaşma işlemleri sonucu hâkim duruma gelmiş teşebbüslerin ayrıştırılmasında uygulanmıştır. Tek bir birim olarak örgütlenen teşebbüslerin bölünmesi hem ekonomik olarak etkinlik kaybı yaratabilecek, hem de bölünmenin başarısına ilişkin tereddütler artacaktır²³⁹.

Yapısal tedbirlerin uygulanmasında ortaya çıkabilecek sorunlardan biri hâkim durumdaki teşebbüslerin faaliyet gösterdiği pazarların büyük bölümünün düzenlemeye tabi olmasıdır²⁴⁰. Bu durumda sektörel düzenleyici kurumların düzenlemelerinin öncelikli olması ya da ilgili kanunlardan kaynaklanabilecek diğer kısıtlar, yapısal tedbirlere başvurulmasını engelleyebilir²⁴¹.

Öte yandan yine ülkemiz özelinde düşünülmesi gereken hususlardan biri de hâkim durumdaki bazı teşebbüslerin kamu işletmesi olması²⁴², bazılarının da hâkim duruma yol açan varlıklarının mülkiyetinin kamuya ait olmasıdır. Bilindiği üzere birçok sektörde (telekomünikasyon, liman vb.) hâkim duruma yol açan altyapının mülkiyeti kamuya ait olup özelleştirme işlemi sonrasında teşebbüslere işletme hakkı devri vb. yollarla uzun süreli olarak kiralanmaktadır²⁴³. Böyle bir durumda teşebbüslerin mülkiyetine sahip olmadıkları varlıkların bölünmesine karar vermek hukuken mümkün olmayabilir²⁴⁴.

Yapısal tedbirlere başvurmada ortaya çıkabilecek sorunlardan bir diğeri de ihlali gerçekleştiren teşebbüslerin çok uluslu şirketler olması durumunda

²³⁸ Bölüm 2’de anlatılan AT&T kararı bunun bir örneğidir.

²³⁹ ABD’de bu yönde değerlendirmeler içeren mahkeme kararları için bkz. *USM*, 110 F. Supp. at 348 ve *Microsoft*, 253 F 3d., 106.

²⁴⁰ Örneğin telekomünikasyon alanında faaliyet gösteren Türk Telekom A.Ş ve Turkcell A.Ş, BTİK’nin gözetimi altındadır. Yine enerji alanında faaliyet gösteren TEDAŞ vb. teşebbüsler EPDK tarafından regüle edilmektedir.

²⁴¹ Esasen bu konu, deha genel bir tartışma alanı olan “düzenleyici kurum” ve “rekabet otoritesi” arasındaki ilişkinin bir boyutunu oluşturmaktadır. Ancak çalışmanın kapsamını aştığından daha fazla açıklamaya yer verilmeyecektir. Genel olarak düzenleyici kurum-rekabet otoritesi ilişkisi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. OECD (2005); ICN (2004); Geradin ve Sidak (2003). Türkiye özelindeki değerlendirmeler için bkz. Gürzumar (2006).

²⁴² Örneğin TDİ (24.1.2006 tarih ve 06-03/51-11 sayılı Kurul kararı); BOTAŞ (14.8.2008 tarih ve 08-50/750-305 sayılı Kurul kararı); DHMİ (4.7.2007 tarih ve 07-56/668-231 sayılı Kurul kararı).

²⁴³ Örneğin Antalya havalimanının I. Etap Dış Hatlar Terminali ile İç Hatlar Terminali 17 yıl; II. Etap Dış Hatlar Terminal Binası ve Mütemmimleri ise 15 yıl için Fraport-IC’ye kiralanmasına karar verilmiştir. Bkz. 16.5.2007 tarih ve 07-41/452-174 sayılı Kurul kararı.

²⁴⁴ Hukuken böyle bir tedbir mümkün olsa dahi işletme hakkı süresinin dolmasına az bir zaman kalması vb. nedenlerle fiili kısıtlar da mümkün olabilir. Benzer bir durum ABD’de yaşanmış ve *Alcoa* (148 F.2d 416) kararında DOJ bölünme talep etmesine rağmen Mahkeme, yakın zamanda aynı sektördeki kamu teşebbüslerinin satılacağını, dolayısıyla kendi dinamikleri ile pazarın rekabete açılacağını belirterek bölünme kararını ertelemiştir.

yaşanabilecektir. First (2008, 23), bu durumda rekabet otoritelerinin “yetki alanı ılımlılığı” (*jurisdictional modesty*) olarak tabir edilebilecek bir tutum gösterebileceğini belirtmektedir.²⁴⁵ Böyle bir tutum içine giren rekabet otoriteleri, merkezleri başka ülkelerde olan teşebbüslere karşı daha hafif tedbirlere başvurma eğilimi gösterebilmektedir. Ülkemizde faaliyet gösteren hâkim durumdaki bazı teşebbüslerin de çokuluslu olduğu göz önüne alındığında²⁴⁶, benzer hususlar Rekabet Kurumu için de geçerli olabilecektir.

Yukarıda sayılan muhtemel kısıtların yanında kanaatimizce yapısal tedbirler bazı hallerde uygulama alanı bulabilecektir. Özellikle 4054 sayılı Kanun yürürlüğe girmeden önce gerçekleşen ve herhangi bir otoriteden izin alınmadan uygulamaya konulan yoğunlaşma işlemleri sonucu yaratılan hâkim durum vakalarında yapısal tedbirlere başvurulabilir. ABD uygulamaları dikkate alındığında da görüleceği üzere bölünme emri verilen vakaların büyük bir kısmı yasa dışı bulunan yoğunlaşma işlemlerine ilişkindir. Yoğunlaşma işlemlerinde önbildirim usulü getirilmeden önce sıkça uygulanan bu yöntem ülkemiz açısından uygulama alanı bulabilir.

Kurul’un yapısal tedbirlere başvurabilme imkânının olmasının diğer bir etkisi de teşebbüslerin eylemlerini daha dikkatli gerçekleştirmelerini sağlamasında kendini gösterebilir. Nitekim Crandall (2001, 88), ABD’de tek taraflı eylemlere karşı çok az bölünme kararı verilmesinin bir nedeninin de (Sherman Yasası) 2. madde tedbirlerinin teşebbüsler üzerinde güçlü bir caydırıcı etkisinin olmasından kaynaklandığını belirtmiştir. Kanaatimizce, yapısal tedbirlerin Kurul’un yetkisi dâhilinde olması, yukarıda yer verilen kısıtlar nedeniyle hiç uygulanamasa bile, bu yönüyle, teşebbüsler üzerinde bir caydırıcılık unsuru olması bakımından gerekli bir yetki kazanımı olarak değerlendirilebilir.

²⁴⁵ Küreselleşme süreci ile tedbir ve yaptırım ilişkisini değerlendiren bir çalışma için bkz. Fox (2006).

²⁴⁶ Örneğin Microsoft.

SONUÇ

Rekabet otoritelerinin hâkim durumun kötüye kullanılması hallerinde ihlalin sona erdirilmesi ve rekabetin yeniden tesis edilmesi için başvurduğu tedbirlerin, yalnızca muhatap teşebbüslere değil, piyasaya ve nihayetinde tüketicilere de önemli etkileri bulunmaktadır. Ne var ki, son yıllara kadar rekabet hukuku uygulamasında ve yazınında ihlalin unsurlarının belirlenmesi için harcanılan çabanın ihlalin sonlandırılması ve pazardaki zarar görmüş rekabet sürecinin onarılması için gerekli tedbirlerin seçiminde gösterildiğini söylemek mümkün değildir. Bahse konu eksikliğe değinmek, bu konudaki tartışmalara yer vermek ve öneriler getirmek için hazırlanan bu çalışmada, öncelikle rekabet otoritelerinin hâkim durumdaki teşebbüslere uygulayabildiği tedbirlerin amaçlarına değinilmiş ve başarılı bir uygulama için göz önüne alınması gereken hususlar üzerinde durulmuş, ardından bu tedbirlerin çeşitlerinden bahsedilerek olumlu ve olumsuz yanları incelenmiştir. Son olarak, rekabet otoritelerinin tedbirlere başvururken dikkat etmeleri gereken hususlar üzerinde durulduktan sonra Türk Rekabet Hukuku bağlamında konuya ilişkin değerlendirmelere yer verilmiştir.

Teşebbüslerin eylemlerinin piyasadaki rekabet sürecine verdiği zararların giderilmesi için rekabet otoritelerinin elinde başlıca iki araç bulunmaktadır. Bu araçlardan ilki, teşebbüsün ve dolayısıyla piyasanın yapısını değiştirerek piyasaya doğrudan müdahale eden ve bir nevi “ameliyat”a benzetilen yapısal tedbirler; ikincisi ise teşebbüsün yapısını değiştirmeksizin sadece davranışlarını düzenleyen ve “ilaç tedavisi”ne benzetilen davranışsal tedbirlerdir.

Yapısal tedbirler, teşebbüslerin çeşitli varlıklarının veya faaliyet alanının kontrolünde değişiklik sağlanması nedeniyle, teşebbüslerin rakiplerini dışlama gibi stratejik güdülerini değiştirmekte ve tek seferlik bir müdahale ile amaca ulaşabilmeyi temin etmektedir. Ancak, böyle bir müdahalenin hem tedbire muhatap teşebbüse, hem de tüketicilere önemli maliyetler yüklemesi de olasıdır. Zira, bölünen teşebbüsün yavru şirketlerinin bağımsız ve yaşayabilir birer rakip olabilmeleri, rekabet otoritelerinin inisiyatifinde olmadığından, uygulanan tedbir sonucunda rekabetin tesisi ancak piyasa koşullarının izin verdiği ölçüde gerçekleşebilecektir. Yavru teşebbüsler, özellikle ölçek ekonomilerinin ve

şebeke dışsallıklarının varlığında piyasada tutunamayabilirler ve pazar tekrar tekelci bir yapıya dönebilir. Bu durumda, uygulanmak istenen tedbirin olumlu bir etkisinden söz etmek mümkün olmadığı gibi yapısal tedbirlerin uygulanabilirliğinin de sorgulanmaya başlayacağı bir gerçektir. Öte yandan, böyle bir tedbir öngörüldüğünde teşebbüsün çalışanlarına ve yatırımcılarına da çeşitli zararlar verilebilmektedir. Dolayısıyla yapısal tedbirlere başvurmak isteyen rekabet otoriteleri, piyasa yapısını detaylı bir şekilde analiz ederek yavru teşebbüslerin faaliyetlerini sürdürebilecekleri bir ortamın olup olmadığını araştırmalı; önerilen tedbirin bazı kesimler üzerinde olumsuz etkileri olsa da, sonuç olarak net fayda sağlayacağını ortaya koymalıdır.

Yapısal tedbirlerin taşıdığı bu riskler ve geri alınamaz olmaları, davranışsal tedbirlerin rekabet otoritelerinin en sık başvurduğu çözümler olmasını sağlamıştır. Ancak, davranışsal tedbirlerin de her açıdan eksiksiz olduğunu söylemek mümkün değildir. Özellikle, teşebbüsün stratejik güdülerini değiştirmemesi nedeniyle, bu tür tedbirlerin ayrıntılı bir şekilde belirlenmesi ve teşebbüsün öngörülen tedbire uyup uymadığının sürekli gözetilmesi gerekmektedir. Davranışsal tedbirlerin bu özelliği, yapısal tedbirlerle karşılaştırıldığında bazı durumlarda onları daha maliyetli ve etkisiz kılabilir. Ancak, gerek uygulamada sağladığı esneklikler gerekse de mevzuattan kaynaklanan sebeplerle bu tür tedbirler, rekabet otoritelerinin tercih sebebi olmaktadır.

Yukarıda bahsedilen yapısal ve davranışsal tedbirlerin, daha önce de belirtildiği üzere, tüketicileri, pazarı ve teşebbüsleri etkileyen önemli sonuçları olabildiğinden, dikkatli bir şekilde uygulanması önem taşımaktadır. Bu bağlamda, etkili bir tedbir politikası için rekabet otoritelerinin, uygulamak istedikleri tedbirleri incelemenin başlaması ile birlikte düşünmesi ve bu aşamada bazı adımları izlemesi gerekmektedir. Öncelikle, uygulanan tedbirlerin amaçları ve hedefleri ortaya konmalıdır. Ardından, teşebbüsün faaliyet gösterdiği piyasa analiz edilmeli ve başvurulması planlanan tedbirin bu pazarda ne gibi sonuçlara yol açacağı incelenmelidir. Uygun bir tedbir bulunmadığı takdirde, para cezaları gibi diğer rekabet hukuku araçlarına yönelinmelidir. Zira etkili bir şekilde uygulanan para cezaları ya da tazminat ödemeleri de bazı hallerde bir “tedbir” işlevi görmekte ve teşebbüsleri ihlal teşkil edebilecek eylemlerden uzak durmaya sevk ederek başka bir müdahaleye gerek bırakmadan rekabetin tesisini sağlayabilmektedir.

Uygun bir tedbirin bulunması durumunda ise, seçilecek tedbirin, zaten ihlal sonucu bozulan pazardaki rekabet sürecine daha fazla zarar vermesini engellemek için iki ölçüt üzerinde durulmalıdır. İlki, tedbirin hukuka uygunluğunu sağlayacak ölçülülük ilkesi, ikincisi ise rekabet hukukunun iktisadi temeli sayılabilecek etkinlik kriteridir.

Ölçülülük ilkesinin dikkate alınması ile birlikte, teşebbüslerin eylemleri ile orantılı bir tedbir uygulanması temin edilmektedir. Bu ilkeyi basit bir şekilde ifade etmek gerekirse, “*duvardaki sineği öldürmek için balyoz kullanılmasının*” önüne geçilmektedir. Bu sayede, teşebbüslerin ileride rekabetçi olabilecek davranışları kısıtlanmamış olurken, tüketicilere de zarar verilmesinin engellenmesi mümkün hale gelecektir. Böylece piyasaya müdahalenin sağlam bir hukuki altyapısı da kurulmuş olacaktır.

Etkinlik kriteri ise, tedbirin rekabet hukukunun temelleri ile çelişmemesini temin etmektedir. Zira, uygulamaya konulan rekabet mevzuatının esas hedeflediği unsur, tüketicilere ve genel olarak topluma fayda sağlanmasıdır. Bu hedefe yönlendirilmesi gereken tedbirlerin, rekabet hukukunun nihai amacına ters düşecek sonuçlara yol açması ise rekabet otoritelerinin uygulamalarının sorgulanmasına yol açacaktır. Dolayısıyla, başvurulacak tedbirlerde biri hukuki diğeri iktisadi bu iki kriterin gözetilmesi, rekabet hukukunun koruduğu nihai amaçlara ulaşılmasına yardım edecektir.

Çalışma kapsamında ayrıca, teorik değerlendirmesine yukarıda yer verilen tedbirlere ilişkin ABD ve AB uygulamalarının da incelenmesi gerektiği düşünülmüştür. Konu, bu bağlamda incelendiğinde ise yapısal tedbirlerin şu ana kadar yalnızca ABD’de uygulanma imkânı bulurken, davranışsal tedbirlerin hem ABD’de hem de AB’de sıklıkla uygulandığı görülmektedir. Ancak, yapısal tedbirlere ilişkin ABD mahkeme kararlarında, mahkemelerin bu tür tedbirlere başvurulmasını sıkı koşullara bağladığı da vurgulanmalıdır. Bu nedenle, hâkim durumdaki teşebbüslerin tek taraflı eylemlerine karşı, yapısal tedbirlere çok az davada başvurulmuştur. Davranışsal tedbirlerle ilgili olarak ise, her iki hukuk düzeninde de teşebbüslere belirli davranışlardan kaçınması yönünde tedbirlere başvurulmaktadır. Ancak, sözleşme yapma yükümlülüğü getirmek gibi düzenleyici tedbirler AB’de canlılığını korurken, ABD’de, Yüksek Mahkemenin hala önemini koruyan 2004 tarihli *Trinko* kararından sonra bu tür tedbirlere başvurulması oldukça güçleşmiştir.

Türkiye’de hâkim durumun kötüye kullanılması hallerinde başvuru alan tedbirlere ilişkin düzenlemeler ve Kurul’un uygulamaları incelendiğinde ise, Kurul’un aldığı kararlarda bazı durumlarda önemli müdahaleler içeren tedbirler bulunmakla birlikte, bu eğilimin tüm kararlara yansıdığını söylemek mümkün değildir. Oysa, tedbirler bazı durumlarda para cezalarından daha etkin çözümler sunabilmekte ve teşebbüs tarafından bozulan rekabet sürecinin tekrar düzeltilmesini hızlı bir şekilde sağlayabilmektedir. Kurul’un bu yetkisini özellikle hâkim durumun kötüye kullanılması vakalarında, yukarıda yer verilen kriterleri de gözeterek kullanması, kendisine Kanun’la verilen rekabet ihlallerini *sonlandırma* ve *önleme* görevini de etkin bir şekilde yerine getirmesini sağlayacaktır.

Öte yandan, TBMM'ye sevk edilen 4054 sayılı Kanun'da Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı yasalığı takdirde Kurul, bu konudaki yetkilerinin de artmasıyla daha etkin tedbirlere başvurabilme imkânına sahip olacaktır. Bu sayede Kurul'un, şu an için tartışmalı olan yapısal tedbirlere başvurabilme yetkisinin bulunup bulunmadığı da açıklığa kavuşacaktır. Kanımızca, ABD ve AB uygulamalarına da paralel olarak, bu yetkinin nadiren kullanılacağı veya hiç kullanılmayacağı söylenebilir. Ancak, yapısal tedbirlerin, hiç kullanılmasa dahi, Kurul'un yetkileri arasında bulunması, bu tür tedbirlerin teşebbüsler üzerinde bir caydırıcılık unsuru olacağı ileri sürülebilir. Zira, teşebbüsler sonu bölünmeye kadar gidebilecek eylemlerde bulunma konusunda çok daha isteksiz ve dikkatli olacaklardır.

Son olarak üzerinde durulması gereken bir diğer önemli husus ise Rekabet Kurulu'nun aldığı kararları denetleyecek olan Danıştay'ın olaylara bakış açısıdır. Kurul ne kadar iyi tedbir alırsa alsın, eğer Danıştay'da piyasada rekabeti korumayı hedefleyen bir bakış açısı olmaz ise, alınan tedbirler hiç bir işe yaramayacaktır. AB ve ABD'de başarılı sonuç doğuran tedbirlerde temyiz mahkemelerinin davalara yerinde müdahale ettiği görülmektedir.

ABSTRACT

In abuse of dominant position cases, following the abusive conduct is established, restoring the conditions for effective competition becomes important for achieving the ultimate objective of competition law. In that respect, remedies are the main tools in creating the opportunity for competition in the affected market. However, the literature on competition policy and practice by the competition authorities has focused more on how to define dominance and how to identify abusive conduct. It is unfortunate that despite their importance, the study of remedies has been mostly neglected.

Nevertheless, in recent years, after the two monopolization cases that have been brought against *Microsoft* in both EU and US, the subject of remedies has attracted more attention. Another factor which has influenced this process is the enactment of EU Council Regulation 1/2003 which provided powerful authorization to Commission and in the meantime introduced new remedies. However, it is hard to assert that this critical issue is emphasized properly in the Turkish competition law literature and enforcement.

In that respect, this study aims to examine and discuss the main aspects of remedies considering the recent debates on the issue. A further objective is to make suggestions about how to handle remedies in Turkish competition law in the light of arguments adopted in the literature and related judgments of the courts in US, EU and Turkish Competition Authority.

According to the aims followed up in this study it can be argued that remedy is not a “penalty” but a “cure” and the ultimate goal by establishing a remedy should be exclusively to restore competition. To add, as each type of remedy has certain strengths and weaknesses at their disposal; the study proposes an economic and legal approach to evaluating remedial alternatives in abuse of dominance cases to attain an optimal remedy.

KAYNAKÇA

- ADAMS, W. (1951), “Dissolution, Divorcement, Divestiture: The Pyrrhic Victories of Antitrust”, *Indiana Law Journal*, Vol: 27, No: 1.
- ALLENDESALAZAR, R. (2007), “Remedies and Sanctions for Unlawful Unilateral Practices, with Particular Reference to Exclusionary Abuses”, B. HAWK (der.), *International Antitrust Law&Policy* içinde, Juris Publishing, USA., s. 509.
- APON, J. (2007), “Cases Against Microsoft: Similar Cases, Different Remedies”, *European Competition Law Review*, 28 (6), 327-336.
- AREEDA, P. (1990), “Essential Facilities: An Epithet in Need of Limiting Principles”, *Antitrust Law Journal*, Vol. 58, s. 841-853.
- AREEDA, P. ve H. HOVENKAMP (2002), *Antitrust Law: An Analysis of Antitrust Principles and Their Application*, Vol III, Second Edition, Aspen Law&Business, USA.
- AREEDA, P. ve H. HOVENAKAMP (2004), *Fundamentals of Antitrust Law*, Third Edition, Aspen Publishers, USA.
- ARI, M.H. (2006), “Kartellere Karşı Yaptırımlar: Hukuk ve İktisat Perspektifinden Bir Çerçeve Çalışması”, *Rekabet Dergisi*, Sayı 28.
- ASLAN, Y. (2007), *Rekabet Hukuku: Teori, Uygulama ve Mevzuat*, 4. Baskı, Ekin Yayınları, Bursa.
- ATİYAS, İ. (2000), “Rekabet Politikasının İktisadi Temelleri Üzerine Düşünceler”, *Rekabet Dergisi*, Sayı:1, s. 25.
- AYGÜN, E. (2008), *Rekabet Hukukunda Para Cezaları: Teori ve Uygulama*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi, No: 86, Ankara.
- AYRES, I. ve B. NALEBUFF (2005), “Going Soft on Microsoft? The EU’s Antitrust Case and Remedy”, *The Economists’ Voice*, Vol. 2, Issue 2, Article 4.
- BARNETT, T.O. (2007), “Section 2 Remedies: A Necessary Challenge”, B. HAWK (der.), *International Antitrust Law&Policy* içinde, Juris Publishing, USA., s. 549.

- BORK, R. (1993), *The Antitrust Paradox: A Policy at War Itself*, The Free Press, USA.
- BRESNAHAN, T. F. (2001), "The Right Remedy," *Stanford Institute for Economic Policy Research (SIEPR)*, Discussion Paper No:00-49.
- BRODLEY, J. (1987), "The Economic Goals of Antitrust: Efficiency, Consumer Welfare, and Technological Progress", *New York University Law Review*, Vol 62, s. 1020.
- CAVANAGH, E. (2005), "Antitrust Remedies Revisited," *Oregon Law Review*, Vol. 84, s. 147.
- COMANOR, W.S. (2001), "The Problem of Remedy in Monopolization Cases: The Microsoft Case as an Example", *Antitrust Bulletin*, Vol. 46, s. 115.
- COMANOR, W.S. ve F.M. SCHERER (1995), "Rewriting History: The Early Sherman Act Monopolization Cases", *International Journal of the Economics of Business*, Vol. 2, No. 2, s. 263-289.
- CRANDALL, R.W. (2001), "The Failure of Structural Remedies in Sherman Act Monopolization Cases", *AEI Brookings Joint Center for Regulatory Studies*, Working Paper 01-05.
- CRANDALL, R.W. ve K. ELZINGA (2004), "Injunctive Relief in Sherman Act Monopolization Cases", *Journal of Research in Law and Economics*, Vol. 21, s. 277
- ÇAĞLAYAN, A.İ. (2003), *Rekabet Hukukunda Pazar Gücünün Önemi ve Ölçülmesi*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi, No: 26, Ankara.
- DEMİRÖZ, A. (2003), *Yeni Ekonomide Rekabet Kuralları*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi, No: 20, Ankara.
- DEMİRÖZ, A. ve O. SENYÜCEL (2000), "Microsoft Davasına Genel Bir Bakış", *Rekabet Dergisi*, Sayı: 4, s. 43.
- DOJ (2007a), Sherman Act Section 2 Joint Hearing Tr: Remedies (28 Mar 2007), http://www.usdoj.gov/atr/public/hearings/single_firm/docs/227357.pdf
- DOJ (2007b), Sherman Act Section 2 Joint Hearing Tr: Remedies (29 Mar 2007), http://www.usdoj.gov/atr/public/hearings/single_firm/docs/227358.pdf
- DOJ (2008), "Competition and Monopoly: Single Firm Conduct Under Section 2 of the Sherman Act", www.usdoj.gov/atr/public/reports/236681.htm
- ELHAUGE, E. (2002), "Soft on Microsoft", Reprinted from *The Weekly Standard*, 25 March 2002, pp. 17-18, <http://cyber.law.harvard.edu/msdoj/Elhauge-soft-on-ms.pdf>

ELZINGA, K., S.D. EVANS ve A.L. NICHOLS (2001), "U.S. v. Microsoft: Remedy or Malady?", *George Mason Law Review*, Vol. 9, s. 633.

EPSTEIN, R.A. (2007), *Antitrust Consent Decrees in Theory and Practice: Why is Less More*, AEI Press, USA

EVANS, D.S., A.L. NICHOLS ve R. SCHMALENSSEE (2005), "U.S. v. Microsoft: Did Consumers Win?", *NBER Working Paper Series*, Working Paper 11727, <http://www.nber.org/papers/w11727>

EZRACHI, A. (2005), "Under (and Over) Prescribing of Behavioural Remedies", The University of Oxford Centre for Competition Law and Policy, Working Paper (L), 13/05, Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=913773>

FIRST, H. (2008), "Netscape is Dead: Remedy Lessons from the Microsoft Litigation", *NYU Center for Law, Economics and Org., Research Paper Series*, Working Paper No: 08-49.

FIRST, H. ve A.I. GAVIL (2006), "Re-Framing Windows: The Durable Meaning of the Microsoft Antitrust Litigation", *Utah Law Review*, Vol. 2006, s. 641.

FISHER, F.M. (2007), "Remedy Issues in Section 2 Cases", Available at: <http://www.ftc.gov/os/sectiontwohearings/docs/070328Fisher-statement.pdf>

FRAIDIN, S. (1965), "Dissolution and Reconstitution: A Structural Remedy and Alternatives," *George Washington Law Rev.*, Vol. 33, s. 899-931.

FORRESTER, I.S. (2004), "Article 82: Remedies In Search of Theories?", B. HAWK (der.), *International Antitrust Law& Policy* içinde, Juris Publishing, USA., s. 167.

FORRESTER, I.S. (2007), "Remedies and Sanctions for Unilateral Conduct in Competition Cases", B. HAWK (der.), *International Antitrust Law&Policy* içinde, Juris Publishing, USA., s. 559.

FOX, E.M. (2006), "Remedies and the Courage of Convictions in a Globalized World: How Globalization Corrupts Relief", *Tulane Law Review*, Vol. 80, s. 571.

GERADIN, D. ve J.G. SIDAK (2003), European and American Approaches to Antitrust Remedies and the Institutional Design of Regulation in Telecommunications, Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=351100>

GERADIN, D. (2005), Limiting the Scope of Article 82 of the EC Treaty: What can the EU Learn from the US Supreme Court's Judgment in *Trinko* in the wake of Microsoft, IMS, and Deutsche Telekom", *Common Market Law Review*, Vol. 41 Issue 6, Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=617263>

GERARD, D. (2007), "Diamonds are Forever: A Look into the Alrosa Judgement of the Court of First Instance of the European Communities", eCCP Publication,

<http://www.globalcompetitionpolicy.org/index.php?id=514&action=907>

GRANZIT, E. ve B. KLEIN (1996), "Monopolization by Raising Rivals' Costs: The Standard Oil Case", *Journal of Law and Economics*, Vol. 39, s 1.

GÜRKAYNAK, G. (2003), *Türk Rekabet Hukuku Uygulaması İçin "Hukuk ve İktisat" Perspektifinden "Amaç" Tartışması*, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara.

GÜRZUMAR, O.B. (2006), *Zorunlu Unsur Doktrinine Dayalı Sözleşme Yapma Yükümlülüğü: Hâkim Durumun Rakiple Anlaşma Yapmaktan Kaçınmak Suretiyle Kötüye Kullanılması*, Seçkin Yayınevi, Ankara.

HALL, C. E. ve R.E. HAL (2000), "Toward a Quantification of the Effects of Microsoft's Conduct", *The American Economic Review*, Vol. 90, No. 2.

HEYER, K., (2005), "A World of Uncertainty: Economics and the Globalization of Antitrust", *Antitrust Law Journal*, Vol. 72 s. 375.

HOVENKAMP, H. (2005a), *The Antitrust Enterprise: Principle and Execution*, Harvard University Press, USA.

HOVENKAMP, H. (2005b), *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice*, Thomson/West, USA.

HOVENKAMP, H. (2008), "Unilateral Refusal to Deal, Vertical Integration, and the Essential Facility Doctrine", *Univ. of Iowa Legal Studies Research Paper*, No.08-31.

INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK (ICN) (2004), "Antitrust Enforcement in Regulated Sectors",

<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/index.php/en/library/working-group/19>

İNCEOĞLU, F. (2008), "Sanayi İktisadında Yeni Ampirik Açılımlar", *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-VI*, Kayseri, s. 365.

JAMES, C. (2001), "The Microsoft Settlement: A Look to the Future", Statement Of Charles A. JAMES, Asist. Attorney General Antitrust Division, Before The Committee On The Judiciary U.S Senate, <http://www.usdoj.gov/atr/public/testimony/9681.pdf>

JOSKOW, P.L. (2002), "Transaction Cost Economics, Antitrust Rules, and Remedies", *Journal of Law, Economics, and Organization*, Vol. 18, No: 1, s. 95-116

- KOLASKY, W.J. ve A.R. DICK (2003), "The Merger Guidelines And The Integration Of Efficiencies into Antitrust Review Of Horizontal Mergers", *Antitrust Law Journal*, Vol. 71, No. 1.
- KOVACIC, W.E. (1999), "Designing Antitrust Remedies for Dominant Firm Misconduct," *Conn. Law Rev.*, Vol. 31, s. 1285.
- KOVACIC, W.E. (1989), "Failed Expectations: The Troubled Past and Uncertain Future of the Sherman Act as a Tool for Deconcentration", *Iowa Law Review*, Vol. 74, s. 1105.
- KROUSE, C.G., K.L. DANGER, C. CABOLIS, T.D. CARTER, J.M. RIDDLE ve D.J. RYAN (1999), "The Bell System Divestiture/Deregulation and the Efficiency of the Operating Companies", *Journal of Law and Economics*, Vol. 42, s. 61.
- LAROUCHE, P. (2008), "The European Microsoft Case at the Crossroads of Competition Policy and Innovation", *TILEC Discussion Paper*, No. 2008-021, <http://ssrn.com/abstract=1140165>
- LEVEQUE, F. (2000a), "The Conduct vs. Structural Remedies Controversy: An Irrelevant Dichotomy of Antitrust Policy Instruments", CERNA, Working Paper.
- LEVEQUE, F. (2000b), "The Controversial Choise of Remedies to Cope with the Anti-Competitive Behavior of Microsoft", *Berkeley Program in Law&Economics Working Paper Series*, Paper 34.
- LEVEQUE, F. (2005), "Innovation, Leveraging and Essential Facilities: Interoperability Licensing in the EU Microsoft Case", CERNA, Working Paper, <http://ssrn.com/abstract=927900>
- LITAN, R.E., W.D. NORDHAUS, R.G. NOLL ve F. SCHERER (2000), "Remedies Brief of Amici Curiae", Microsoft Corp, Civil Action No.98-1232, (D.D.C., 27 April 2000).
- LOPATKA, J. E. ve W. PAGE.(2001), "Devising Microsoft Remedy that Serves Consumers", *Geo. Mason Law Review*, Vol. 9, s. 691.
- LOWE, P. ve F.M. RIGAUD (2007), "Quo Vadis Antitrust Remedies", B. HAWK (der.), *International Antitrust Law&Policy* içinde, Juris Publishing, USA., s. 597.
- MARTIN, S. (1993), *Advanced Industrial Organization*, Blackwell Publishers, USA.
- METİN, Y. (2002), *Ölçülülük İlkesi: Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi*, Seçkin Yayınları, Ankara.

- MOTTA, M. (2004), *Competition Policy: Theory and Practice*, Cambridge University Press, USA.
- MURIS, T. (2001), "Merger Enforcement in a World of Multiple Arbiters" *Brookings Institution Roundtable on Trade and Investment Policy*, Washington, DC, Available at: <http://www.ftc.gov/speeches/muris/brookings.pdf>
- O'CONNOR, K.J. (1975), "The Divestiture Remedy in Sherman Act 2 Cases," *Harvard Journal on Legislation* Vol. 13, s. 687.
- O'DONOUGHUE, R. ve A.J. PADILLA (2006), *The Law and Economics of Article 82 EC*, Hart Publishing, Oxford and Portland.
- OECD, (2005), "The Relationship Between Competition Authorities And Sectoral Regulators", Global Forum on Competition, DAF/COMP/GF(2005)2.
- OECD, Policy Roundtables (2007), "Remedies and Sanctions in Abuse of Dominance Cases," DAF/COMP(2006)19, available at: <http://www.oecd.org/dataoecd/20/17/38623413.pdf>
- OECD, Policy Roundtables (2008), "Dynamic Efficiencies in Merger Analysis", DAF/COMP(2007)41, available at: <http://www.oecd.org/dataoecd/53/22/40623561.pdf>
- OĞURLU, Y. (2002), *Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi*, Seçkin Yayınları, Ankara.
- OĞURLU, Y. (2001), *İdari Yaptırımlar Karşısında Yargısal Korunma*, Seçkin Yayınları, Ankara.
- ODMAN, N.A. (2002), *Fikri Mülkiyet Hukuku ile Rekabet Hukukunun Teknolojik Yenilikleri Teşvikteki Rolü*, Seçkin Yayınları, Ankara.
- ÖLMEZ, S. (2003), *Rekabet Hukukunda Zorunlu Unsur Doktrini ve Uygulaması*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi, No:33, Ankara.
- ÖZBUDUN, E (2004), *Türk Anayasa Hukuku*, Gözden Geçirilmiş 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara.
- ÖZDEMİR, S.O. (2002), *Sınai Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri ve Rekabet Hukuku Düzenlemelerinin Lisans Sözleşmelerine Uygulanması*, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul.
- PAGE, W.H. ve S.J. CHILDERS (2008), "Bargaining in the Shadow of the European Microsoft Decision: The Microsoft-Samba Protocol License", *Northwestern University Law Review Colloquy*, Vol. 102, s. 332-354, available at: <http://www.law.northwestern.edu/lawreview/colloquy/2008/16/LRColl2008n16Page&Childers.pdf>

- PAGE, W.H. (2008), "Mandatory Contracting Remedies in the American and European Microsoft Cases", *Antitrust Law Journal*, Vol. 75, <http://ssrn.com/abstract=1073103>
- PEKTAŞ, M. (2008), *Rekabet Hukukunda Alternatif Bir Yol: Uzlaşma*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi, No: 94, Ankara.
- JENNINGS, J.P. (2006), "Comparing The US And EU Microsoft Antitrust Prosecutions: How Level is The Playing Field?", *Erasmus Law and Economics Review*, Vol. 2, No. 1, s. 71-85.
- POSNER, R.A. (2001), *Antitrust Law*, Second Edition, The University of Chicago Press, USA.
- RIDYARD, D. (2005), "With the Benefit of Hindsight - The 2000 UK Impulse Ice Cream Investigation", *European Competition Law Review*, Vol. 26, Issue 10, s.533.
- SALOP, S.C. (2000), "The First Principle Approach to Antitrust, Kodak, and Antitrust at the Millenium", *Antitrust Law Journal*, Vol. 68 Issue 1.
- SANLI, K.C. (2007), "Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı Taslağı'nın Özel Hukuk Alanında Getirdiği Değişikliklerinin Değerlendirilmesi", *Rekabet Dergisi*, Sayı 30.
- SHELANSKI, H.A. ve J.G. SIDAK (2001), "Antitrust Divestiture in Network Industries", *Univ. of Chicago Law Review*, Vol. 68, s. 1.
- SIDAK, J.G. (2003), "Remedies and the Institutional Design of Regulation in Network Industries", *Mich. St. DCL. Law Review*, Vol. 3, s. 741.
- STEENBERGEN, J. (2008), "Proportionality in Competition Law and Policy", *Legal Issues of Economic Integration*, Vol. 35 Issue 3, s. 259-268.
- SULLIVAN, E.T. (2003), "Comparing Antitrust Remedies in the U.S. and E.U: Advancing a Standard of Proportionality", *Antitrust Bulletin*, (Symposium Issue) Vol. 48, s. 377.
- SULLIVAN, E.T. (2002), "The Jurisprudence of Antitrust Divestiture: The Path Less Traveled", *Minnesota Law Review*, Vol. 86, s. 565-624.
- TAJANA, A. (2005), "Structural Remedies and Abuse of Dominant Position," *TILEC Discussion Paper*, DP 2005-033.
- TAKIGAWA, T. (2005), "A Comparative Analysis of U.S, EU, and Japanese Microsoft Cases: How to Regulate Exclusionary Conduct by a Dominant Firm in a Network Industry", *Antitrust Bulletin*, Vol. 50, No:2.

TEKDEMİR, Y. (2003), *AT Rekabet Hukukunda Anlaşma Yapmayı Reddetme Sorunu ve Zorunlu Unsur Doktrini: Anlaşma Yapma Yükümlülüğü veya Sözleşme Serbestisinin Sınırları*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi, No:02, Ankara.

THALMANN, P. (2008), “Refusal to Deal – The Role of Long-Term Effects in the Design of Remedies”, *The University of Oxford Centre for Competition Law and Policy*, Working Paper CCLP (L) 20.

TİRYAKİ, R. (2008), *Ekonomik Özgürlükler ve Anayasa*, Yetkin Yayınları, Ankara.

TOM, W.K. ve G.F. WELLS (2003), “Raising Rivals’ Costs: The Problem of Remedies”, *Geo. Mason L. Rev.* Vol.12 Issue:2, s. 389.

WALLER, S.W. (2008), “The Past, Present, and Future of Monopolization Remedies”, <http://ssrn.com/abstract=1146604>

WALLER, S.W. (2006), “Microsoft and Trinko: A Tale of Two Courts”, *Utah Law Review*, s. 901.

WALLER, S.W. ve B.M. FRISCHMANN (2008), “Revitalizing Essential Facilities”, *Antitrust Law Journal*, Vol. 75, No. 1, <http://ssrn.com/abstract=961609>

WEISBURST, S.I. (1999), “Judicial Review of Settlements and Consent Decrees: An Economic Analysis”, *The Journal of Legal Studies*, Vol. 28 Issue 1.

WILLIAMSON, O.E (1968), “Economies as an Antitrust Defense: The Welfare Tradeoffs”, *The American Economic Review*, Vol. 58, No. 1, pp. 18-36.

WINSTON, C. (2006), *Government Failure versus Market Failure: Microeconomics Policy Research and Government Performance*, AEI-Brookings Joint Center for Regulatory Studies, available at: http://www.brookings.edu/~media/Files/rc/papers/2006/09monetarypolicy_winston/20061003.pdf

WILLIS, P. ve P. HUGHES (2008), “Structural Remedies in Article 82 Energy Cases”, *The Competition Law Review*, Vol. 4 Issue 2.

VAN BAEL, I. ve J.F. BELLIS (2005), *Competition Law of the European Community*, Fourth Edition, Kluwer Law International, The Hague.

VARIAN, H. R. (1999), *Intermediate Microeconomics: A Modern Approach*, Fifth Edition, W. W. Norton&Company, USA.

VICKERS, J. (2008), “A Tale of Two EC Cases: IBM and Microsoft”, *Competition Policy International*, Vol. 4 No. 1, Spring 2008.

YAVUZ, Ş. (2005), “Avrupa Topluluğu Rekabet Hukukunda Fikri Mülkiyetin Zorunlu Lisanslaması: IMS Davası ve Bazı Yanılsamalar”, *Rekabet Dergisi*, Sayı 22, s. 3-39.

YENİŞEN, D. (2003), *Şebeke Dışsallıkları ve Rekabet*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi, No: 35, Ankara.

ABD Bölge ve Temyiz Mahkemeleri ile Yüksek Mahkeme Kararları

Standard Oil v. U.S, 221 U.S. (1911)

U.S v. American Tobacco, 221 U.S 106 (1911)

U.S v. U.S Steel Corp., 251 US 417 (1920)

U.S v. Crescent Amusement, 323 U.S. 189 (1944)

Hartford-Empire Co. v. U.S, 323 U.S. 386 (1945)

U.S v. Alcoa, 148 F.2d 416 (2d Cir. 1945)

Int'l Salt Co. v. U.S, 332 U.S 392 (1947)

U.S v. Nat'l Lead Co., 332 U.S 319 (1947)

U.S v. Paramount Pictures, 334 U.S. 131 (1948)

Timken Roller Bearing Co. v. U.S, 341 U.S 593 (1951)

U.S. v. General Elec. Co., 115 F. Supp. 835, 843-46 (D.N.J. 1953)

U.S v. United Shoe Machinery, 110 F. Supp. 295 (1953)

U.S v. Eastman Kodak Co. Consent Decree, C.C.H Trade Cases 67, 920 (1954)

U.S v. Western Electric Co., Final Judgement, Civil Action No:17-49, (D.N.J 1956)

U.S v. E.I du Pont de Nemours & Co., 366 U.S 316 (1961)

U.S v. Grinnel, 384 U.S. 563 (1966)

American Cyanamid, FTC, 363 F2d 757, 772 (6th Cir. 1966)

U.S v. United Shoe Machinery, 391 U.S. 244 (1968)

Otter Tail Power Co. v. U.S, 410 U. S. 366 (1973)

Eli Lilly & Co., 95 F.T.C. 538, 546-52 (1980)

U.S. v. AT&T Co., 552 F.Supp. 131 (D.D.C. 1982); Maryland v. U.S., 460 U.S 1001 (1983)

Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp., 472 U. S. 585 (1985)

ITS, et al. v. Eastman Kodak, 1997-2 Trade Case. (CCH) 71,908, (9th Cir. 1997)
U.S v. Microsoft, 97 F.Supp.2d 59 (D.D.C 2000)
U.S v. Microsoft, 253 F.3d 34 (D.C.Cir. 2001)
Microsoft v. U.S, 534 US 952 (2001)
U.S v. Microsoft, 231 F. Supp.2d 144 (D.D.C 2002)
Verizon Comm. v. Law Office of Curtis V Trinko LPP, 540 U.S 398 (2004)

AB Komisyonu, İDM ve ATAD Kararları

Zoja/CSC-ICI, OJ L299/51 (1972)
Commercial Solvent v. Commission, Case 6-7/73, ECR 223 (1974)
Hugin/Liptons, OJ L22/23 (1978)
AKZO Chemie BV v. Comm., Case C-62/86, ECR I 3359 (1991)
Automec v. Commission, T-24/90, 18 September 1992
Gillette, Case IV/33.440 and Case IV/33.486, (1993)
RTE and ITP v Commission, ECR (1995), Page I-00743
Deutsche Post, Case No COMP/35.141, (2001)
NDC Health v. IMS Health, Case COMP/D-3/38.044- Decision 2001/165/EC,
Interim Measures, O.J (2002) L 59
Tetra Laval v. Commission, T-5/02 (2002)
Microsoft, Case COMP/C-3/37.792 (2004)
Commission v Tetra Laval BV, C-13/03 P (2005)
Alrosa Company Ltd v. Commission, Case T-170/06 (2007)
Microsoft v. Commission, Case T-201/04, (2007)
Deutsche Telekom AG v. Commission, Case T-271/03, (2008)
GlaxoSmithKline AEVE, C-478/06, ECR (2008)
RWE, Case, COMP/B1/39402 (2009)

Rekabet Kurulu Kararları

17.07.2000 tarih ve 00-26/292-162 sayılı “BİRİYAY-I” kararı
14.12.2000 tarih ve 00-49/529-291 sayılı “BİRİYAY-II” kararı
06.07.2001 tarih ve 01-31/313-91 sayılı “İstanbul Otogar” kararı

- 23.07.2001 tarih ve 01-35/347-95 sayılı “Turkcell” kararı
01.02.2002 tarih ve 02-06/51-24 sayılı “İç Anadolu-Akdeniz- Marmara Çimento” kararı
23.08.2002 tarih ve 02-49/634-257 sayılı “KARBOGAZ” kararı
28.08.2002 tarih ve 02-50/636-258 sayılı “Digiturk” kararı
2.10.2002 tarih ve 02-60/755-305 sayılı Türk Telekom (ISS) kararı
09.06.2003 tarih ve 03-40/432-186 sayılı “Turkcell/Telsim (Roaming)” kararı
10.11.2003 tarih ve 03-72/874-373 sayılı “ÇEAŞ” kararı
01.12.2004 tarih ve 04-76/1086-271 sayılı “Anadolu Cam” karar
10.02.2005 tarih ve 05-10/81-30 sayılı “Türk Telekom (Kablo TV)” kararı
24.1.2006 tarih ve 06-03/51-11 sayılı “TDİ” kararı
6.11.2006 tarih ve 06-81/1036-300 sayılı “CNR” geçici tedbir kararı
16.5.2007 tarih ve 07-41/452-174 sayılı “Antalya Havalimanı” kararı
4.7.2007 tarih ve 07-56/668-231 sayılı “DHMI” kararı
19.9.2007 tarih ve 07-74/896-333 sayılı “CNR” kararı
14.8.2008 tarih ve 08-50/750-305 sayılı “BOTAŞ” kararı

Diğer Ülke Kararları

- İngiltere

Unilever PLC, (subsidiary) Birds Eye Wall's Limited (BEW) (2000)
http://www.competition-commission.org.uk/rep_pub/reports/2000/436ice.htm#full

EK 1- HÂKİM DURUM İHLALLERİNE YÖNELİK REKABET KURULU SORUŞTURMA KARARLARI

No	Teşebbüs	Karar Tarihi	Karar No	Karar Türü	İhlal Türü	Tedbir
1	CINE 5TFF	11.10.1999 01.11.2007	99-46/500-316 07-83/1009-393	Soruşturma Danıştay iptali üzerine	Ayrımcılık (6/b)	(Geçici tedbir alındı) (Danıştay esastan iptal etti.)
2	BBD-1 YAYSAT-1 BİRYAY-1	17.07.2000 06.11.2002	00-26/292-162 02-68/821-333	Soruşturma İlk karara uyulmaması üzerine açılan Soruşturma	Münhasırlık (6/a ve 6/d) Münhasırlık (6/a ve 6/d)	- Sözleşmedeki bazı hükümlerin çıkarılması istendi - İlgili Kurul kararının yetkili mercilere iletilmesine karar verildi. İlk kararda belirtilen şartlara uyulmadığı için ek tedbirler alındı. Bu kapsamda 3 yıllık süreç boyunca (14. madde çerçevesinde) bilgi istendi.
3	BBD-2 YAYSAT-2 BİRYAY-2	14.12.2000 02.08.2007	00-49/529-291 07-63/777-283	Soruşturma Danıştay iptali Üzerine	Münhasırlık (6/a ve 6/d)	İlgili Kurul kararının yetkili mercilere iletilmesine karar verildi. Aynı karar alındı.

Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi

4	TELEON TFF	06.02.2001	01-07/62-19	Soruşturma	(6/a, 6/d ve 6/e)	(Geçici tedbir alındı) Nihai kararda tedbire yer verilmemiştir.
		26.09.2005	05-61/900-243	Danıştay iptali üzerine		
5	BELKO	06.04.2001	01-17/150-39	Soruşturma	Aşırı fiyat	Fiyatları makul bir seviyeye indirmesi gerektiği bildirildi
		05.06.2001	01-26/256-72	Soruşturma	6/d	Kira sözleşmelerindeki bazı hükümlerin çıkarılması istendi. Tedbir çıkarıldı.
6	İZOTAŞ	11.01.2007	07-01/1-1	Danıştay iptali üzerine		
		7	İSTANBUL OTOGAR	06.07.2001	01-31/313-91	Soruşturma
23.09.2005	05-60/893-242			Danıştay iptali üzerine		
8	TURKCELL	20.07.2001	01-35/347-95	Soruşturma	Münhasırlık (6/a, 6/b ve 6/d)	Ayrımcılık yapılmaması istendi. Sürelî para cezası uygulandı. Tedbir çıkarıldı.
		08.04.2004	04-25/272-59	Tedbire uymama		
		29.12.2005	05-88/1221-353	Danıştay iptali üzerine		

Sinan BOZKUŞ

9	KARBOGAZ	23.08.2002	02-49/634-257	Soruşturma	Münhasırlık (6/a)	Sözleşmedeki bazı hükümlerin çıkarılması istendi. Ayrıca bazı sürelerin 1 yıla sınırlandırılması istendi.
		01.12.2005	05-80/1106-317	Danıştay iptali üzerine		
10	DIGITURK ATLAS	28.08.2002	02-50/636-258	Soruşturma	Ayrımcılık (6/a ve 6/d)	(Geçici tedbir alındı) Geçici tedbirde yer alan ifadeler nihai kararda aynen belirtildi.
		07.09.2006	06-61/822-237	Danıştay iptali üzerine		
11	TÜRK TELEKOM-1 (ISS)	02.10.2002	02-60/755-305	Soruşturma	Yıkıcı Fiyat	(Geçici tedbir alındı) Çapraz sübvansiyona ve rakiplerin faaliyetlerinin zorlaştırılmasına son verilmesi istendi.
		05.01.2006	06-02/47-8	Danıştay iptali üzerine		
12	TURKCELL TELSİM (ROAMING)	09.06.2003	03 - 40 / 432- 186	Soruşturma	Mal Vermeyi Reddetme (6/a)	Uygun tedbiri TK'nın saptaması istendi.
		10.11.2003	03-72/874-373	Soruşturma		
13	ÇEAŞ	08.02.2007	07-13/101-30	Danıştay iptali üzerine	Mal Vermeyi Reddetme (6/a ve 6/d)	Raporatör görüşünde tedbir istenmesine rağmen, Nihai Kararda yer almıyor.

Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi

14	ANADOLU CAM-1	01.12.2004	04-76/1086-271	Soruşturma	Yıkıcı Fiyat (6/a)	Tedbire yer verilmemiştir.
15	TÜRK TELEKOM-2 (Kablo TV)	10.02.2005	05-10/81-30	Soruşturma	Mal Vermeyi Reddetme	Kablo TV şebekesi üzerinden internet hizmetini diğer ISS'lere açarak ihlale son vermesi gerektiği belirtilmiştir.
16	WARNER BROS	24.03.2005	05-18/224-66	Soruşturma	6/c ve 6/d	Sinema işletmecilerinin uyguladıkları bilet fiyatlarına müdahale etmeye ve sinemalar arasındaki bilet fiyatlarını eşitlemeye ve sinema işletmecilerinin filmlerden önce gösterdikleri fragmanlar konusunda sınırlamalar getirerek başka dağıtıcıların filmlerinin fragmanlarının gösterilmesini engellemeye yönelik faaliyetlerine son verilmesi istenmiştir.
		08.03.2007	07-19/192-63	Danıştay iptali üzerine	6/c ve 6/d	
17	NEVŞEHİRLİ LER TUR. METRO TURİZM	31.5.2006	06-38/478-130	Soruşturma	Rakiplerin faaliyetini engelleme (6/a)	Tedbire yer verilmemiştir.

Sinan BOZKUŞ

18	BİLSA	21.03.2007	07-26/238-77	Soruşturma	Rakibin Faaliyetini Zorlaştırma (6/a)	(Geçici tedbir alındı) Okullara ait verileri şifresiz, doğru, anlaşılabilir, güvenli ve eksiksiz bir şekilde okullara temin etmek için gereken önlemleri alması istenmiştir.
19	TTNET TURK TELEKOM -3	19.11.2008	08-65/1055-411	Soruşturma	Fiyat Sıkıştırması	(Geçici tedbir alındı) Kararın gerekçesinde belirlenen ilkeler çerçevesinde fiyat sıkıştırmasına yol açacak uygulamalardan kaçınılmasına karar verilmiştir.
20	SANOFI AVENTIS	20.04.2009	09-16/374-88	Soruşturma	Ayrımcılık	İhlale konu uygulamalara son verilmesine karar verildi.
21	İZOCAM	08.02.2010	10-14/175-66	Soruşturma	Münhasırlık (6/a ve 6/e)	Rapor kapsamında ihlal oluşturduğu tespit edilen uygulamalarla aynı sonucu doğuran ya da doğurabilecek niteliğe sahip uygulamalardan kaçınması gerektiğine karar verilmiştir.

Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi

22	ANADOLU CAM-2	05.06.2007	07-47/506-181	Soruşturma	Mal Vermeyi Reddetme	Kötüye kullanma tespit edilemedi (Rekabeti kısıtlayıcı karar ve uygulamalardan kaçınması yönünde görüş yazıldı).
		26.8.2009	09-39/949-236	Danıştay iptali üzerine	Mal Vermeyi Reddetme	Danıştay'ın Kurul kararını iptali üzerine yeniden görüşülen dosyada, teşebbüsün Kanun'u ihlal ettiğine karar verildi.
23	TURKCELL	23.12.2009	09-60/1490-379	Soruşturma	Münhasırlık Yaratılan İndirim Sistemleri	İhlal oluşturduğu tespit edilen uygulamalarla aynı sonucu doğuran ya da doğurabilecek niteliğe sahip uygulamalardan kaçınarak ihlale son vermesi gerektiğinin ilgili teşebbüse bildirilmesine karar verildi.

Sinan BOZKUŞ

EK-2 İHLAL TESPİT EDİLEMİYEN SORUŞTURMA KARARLARI

No	Teşebbüs	Karar Tarihi	Karar No	Karar Türü	İhlal Türü	Tedbir
1	TCDD	17.9.2003	03-61/748-352	Soruşturma	Ayrımcılık (6/b)	Kötüye kullanma tespit edilemedi.
2	COCA COLA	23.1.2004	04-07/75-18	Soruşturma	Yıkıcı Fiyat	Kötüye kullanma tespit edilemedi.
3	FRİTO LAY	4.5.2004	04-32/377-95	Soruşturma	Münhasırlık (6/a)	Kötüye kullanma tespit edilemedi (Muafiyet geri alındı).
4	TDİ	24.01.2006	06-03/51-11	Soruşturma	Yıkıcı Fiyat	Kötüye kullanma tespit edilemedi (Danıştay iptal etti).
5	CNR-1	19.09.2007	07-74/896-333	Soruşturma	Mal Vermeyi Reddetme	(Geçici tedbir alındı) Kötüye kullanma tespit edilemedi (Ayrımcılık yapılmaması yönünde görüş gönderildi).
6	CNR-2	13.10.2009	09-46/1154-290	Soruşturma	Mal Vermeyi Reddetme	Kötüye kullanma tespit edilemedi.
7	TEKHNELOGOS YAZILIM	02.03.2010	10-20/260-96	Soruşturma	Bağlama	Soruşturma konusu eylem ortadan kalktığından idari para cezası verilmesine gerek olmadığına karar verilmiştir.
8	SIEMENS	16.03.2010	10-23/326-114	Soruşturma	Ayrımcılık	Kötüye kullanma tespit edilemedi.

Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi

EK 3- GEÇİCİ TEDBİR KARARLARI

No	Teşebbüs	Karar Tarihi	Karar No	İhlal Türü	Tedbir
1	CINE 5	13.08.1998	78/601-111	Ayrımcılık (6/b)	<p>- Maç öncesi ve maç sonrasında şikâyetçi ve diğer kameraların stajlara girerek görüntü alabilmeleri,</p> <p>- Maçın canlı yayını sırasında şikâyetçi ile diğer yayın kuruluşlarının haber amaçlı olarak ve haber niteliğini geçmemek koşuluyla maçın tamamı üzerinden her bir maç için toplam süresi 90 saniyeyi geçmemek üzere haber görüntülerini ücretsiz alabilmeleri,</p> <p>- Gerek canlı yayınlanan haftada üç maçın, gerekse bant kaydı yapılan diğer maçların tüm görüntülerinden, şikâyetçinin ve diğer rakip yayın kuruluşlarının arzu ettikleri miktarın ücreti mukabilinde satınalma taleplerinde, Cine 5'nin eşit olmayan ücret ve sair koşullar öngörmemesi konularında Kanun'un 9. maddesi uyarınca geçici tedbir kararı alınmıştır.</p> <p>Türkiye 1'inci futbol ligi maçlarından görüntü yayınlama pazarında meydana gelebilecek rekabet ihlallerini ve bunların yol açabileceği telafi edilemeyecek nitelikte zararları önlemek amacıyla,</p> <p>- Teleon'un TFF Yayın Talimatı'nın "HABER VERME GÖREVİ VE YAYIN" başlıklı 13. maddesinin 4'üncü fıkrası ile "Yayın Hakları Devir Sözleşmesi"nin 7.ç. maddesinin ikinci paragrafında söz konusu edilen haber amaçlı görüntüleri herhangi bir yayın kuruluşunun, oynanan herhangi bir maçla ilgili talebi üzerine, anılan sözleşmede belirlenen sınır içinde peşin olarak ödenecek bir ücret karşılığında,</p>
2	TELEON	21.09.1999	99-43/450-283 (a)	6/a/d/e	

Sinan BOZKUŞ

					<p>- Herhangi bir teminat isteminde bulunmaksızın, ait olduğu maçın, varsa, golleri ve diğer önemli pozisyonlarını içerir biçimde hazırlanacak yayına uygun kalitede 1-3 dakikalık, aynı içerikte görüntüler halinde, maç bitiminden sonra en geç 45 dakika içinde, talep sahibi bütün yayın kuruluşlarının temsilcilerine aynı zamanda teslim edilmek koşuluyla vermesi ve</p> <p>- Görüntülerin alıcı yayın kuruluşunca hiçbir değişiklik yapılmadan yayınlanması şeklinde uygulama yapılmasını teminen” tedbir kararı alınmıştır.</p>
3	DİGİTÜRK ATLAS	08.10.2001	01-48/485-M	Ayrımcılık (6/a ve 6/d)	<p>Türkiye 1. Futbol Ligi maçlarından görüntü yayınlama pazarında meydana gelebilecek rekabet ihlallerini ve bunların yol açabileceği telafi edilemeyecek nitelikte zararları önlemek amacıyla,</p> <p>- Haber amaçlı görüntüleri satmakla yükümlü olan DİgİtÜrk/Atlas ortaklığının, herhangi bir yayın kuruluşunun, oynanan herhangi bir maçla ilgili talebi üzerine, anılan sözleşmede belirlenen sınır içinde peşin olarak ödenecek bir ücret karşılığında</p> <p>- Görüntülerin teminine ilişkin başkaca bir şart ileri sürmeksizin, ait olduğu maçın, varsa, golleri ve diğer önemli pozisyonlarını içerir biçimde hazırlanacak yayına uygun kalitede 1 veya 3 dakika arası, (uygun süre yayıncı tarafından yapılacak pazar araştırması sonucunda belirlenebilir) standart uzunluklarda görüntüleri, aynı içerikte olmak kaydıyla, maç bitiminden sonra en geç 45 dakika içinde, talep sahibi bütün yayın kuruluşlarının temsilcilerine aynı zamanda teslim edilmek koşuluyla vermesine,” yönelik tedbir kararı alınmıştır.</p>

Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi

4	TÜRK TELEKOM (ISS)	21.06.2001	01-28/273-M	Yükücü fiyat	<ul style="list-style-type: none"> - İnternet hizmetleri piyasasında TTNet adı altında sunduğu hizmetlerin fiyatlarıyla, aynı piyasada faaliyetlerini yürütebilmek için kendisinin sunduğu zorunlu unsur niteliğindeki altyapı hizmetlerinden yararlanmak durumunda olan ISS'lere yönelik tarife ve uygulamaları, TTNet adı altında sunduğu internet hizmetleri açısından çapraz sübvansiyon uygulamasına olanak vermeyecek ve rekabet ihlali oluşturmayacak şekilde tekrar belirlemesine, - ISS'leri, internet erişimi sunmaları için sadece VPOP kiralamaya zorlayan eylemlerine son vermesine, ISS'lerin, talepleri halinde, internet erişiminde kullanılabilir teknolojilerden (ISDN-PRI, ISDN-BRI, No.7 El vb.) imkânlar ölçüsünde ve ayrımcılığa yer vermeyecek şekilde yararlanmalarını sağlamasına, - ISS'lere, talepleri halinde, xDSL internet erişim olanakları ve kablo TV şebekesi üzerinden internet erişimini, TTNet hizmetlerinde yararlandığı imkânlarla, makul ve teknik açıdan imkân dâhilindeki koşullarda, ayrımcı olmayacak şekilde açmasına, - İnternet hizmetleri piyasasında rakibi konumunda olan ISS'lerden, teknik açıdan zaruri olanlar dışında, kendisine rekabet avantajı sağlayacak bilgileri (kullanıcı kimlikleri, isim, adres, telefon numarası vb.) talep etme uygulamasına son vermesine, - Yukarıda yer verilen 4054 sayılı Kanuna aykırı davranışlara son verildiğini ve bu konuda yapılan gerekli düzenlemeleri, kararın tebliğ tarihinden itibaren 15 gün içerisinde tüm ISS'lere yazılı olarak duyurmasına ve yaptığı işlemleri Rekabet Kurumuna bildirmesine, - Kurulca öngörülen ve yukarıda belirtilen tedbirleri yerine getirmeden uygulamaya devam etmesi halinde 4054 sayılı Kanunun 16. ve 17. maddeleri uyarınca hakkında işlem yapılacağına TTAŞ'a bildirilmesine karar verilmiştir.
5	BİLSA	22.5.2006	06-35/454-M	Mal vermeyi reddetme (6/a)	<ul style="list-style-type: none"> - BİLSA'nın kendi yazılımlarını kullanan okulların talepte bulunması halinde, dataların şifresiz bir şekilde verilmesine, - Ayrıca, bu tedbir kararına istinaden, BİLSA'nın, BİLSA yazılımı kullanan tüm

Sinan BOZKUŞ

					okul yönetimlerine, talep etmeleri halinde dataların şifresiz bir şekilde kendilerine teslim edileceği yönünde bir yazı göndermesine, - Bu yazının Kurul Kararı'nın kendilerine tebliğinden itibaren 30 gün içerisinde Kurula tevsik edilmesine karar verilmiştir.
6	CNR	06.11.2006	06-81/1036-300	Mal vermeyi reddetme	9-25 Şubat 2007 tarihleri arasında taraflarca belirlenecek fuar sürecine yönelik olarak 1 ve 2 nolu holler için diğer salonların 2007 yılı kiralamasında dikkate alınan ekonomik ölçütlerin emsal alınmasına, ihalden önceki durumu koruyucu geçici tedbir niteliğinde olmak üzere karar verilmiştir
7	TTNET TURK TELEKOM	11.07.2007	07-59/676-235	Fiyat sıkıştırması	a) Hâlihazırda devam etmekte olan "Yaz Fırtınası" kampanyası da dâhil olmak üzere, TTNNet A.Ş.'nin maliyetlerin altında ya da Türk Telekom'un toptan fiyat tarifeleri ışığında fiyat sıkıştırması niteliğinde olabileceği perakende fiyatları içeren tüm kampanyalarının durdurulması ya da söz konusu kampanyaların TTNNet A.S.'nin ilgili hizmetlerdeki maliyetlerinin altında olmayacak şekilde yeniden düzenlenmesine, Bundan sonraki dönemlerde de, yürütülmekte olan soruşturmada nihai karar alınmaya kadar, TTNNet A.S. tarafından ilgili hizmetlerde yapılması planlanan kampanyalarda fiyatlama politikasının maliyetlerin altında olmayacak şekilde uygulanmasına, b) (a) bendinde yer verilen tedbirlerin kararın tebliğ tarihi itibarıyla yerine getirilmesine ve söz konusu kararın yerine getirildiğinin kararın yerine getirilmesinden itibaren 5 gün içerisinde Kuruma bildirilmesine, c) Kurulca öngörülen ve yukarıda belirtilen tedbirleri yerine getirmemesi durumunda Kanun'un 17. maddesi uyarınca süreli para cezası verileceğinin TTNNet A.Ş.'ye bildirilmesine karar verilmiştir.