

Uzmanlık Tezleri Serisi No: 113

REKABET KURUMU

TEK TARAFLI
DAVRANIŞLARDA HAKLI
GEREKÇE: AB, ABD
HUKUKU UYGULAMALARI
VE TÜRK HUKUKU İÇİN
ÇIKARIMLAR

RECEP GÜNDÜZ

**TEK TARAFLI DAVRANIŞLARDA
HAKLI GEREKÇE: AB, ABD HUKUKU
UYGULAMALARI VE TÜRK HUKUKU
İÇİN ÇIKARIMLAR**

RECEP GÜNDÜZ

ANKARA 2012

© Bu eserin tüm telif hakları
Rekabet Kurumuna aittir. 2012

Baskı, Aralık 2012
Rekabet Kurumu-Ankara

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

13/07/2011 tarihinde
Rekabet Kurumu Başkan Yardımcısı Vekili H. Erkan YARDIMCI
Başkanlığında, 4 No'lu Daire Başkan Vekili Orçun SENYÜCEL,
E. Cenk GÜLERGÜN, Ali İhsan ÇAĞLAYAN, Yrd. Doç. Dr. Gamze ÖZ'den
oluşan Tez Değerlendirme Heyeti önünde savunulan bu tez, Heyetçe yeterli
bulunmuş ve Rekabet Kurulunun 03/08/2011 tarih ve
11-44/1020 sayılı toplantısında "Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi"
olarak kabul edilmiştir.

ISBN 978-605-5479-21-3

YAYIN NO

278

Sevgili Ablam Filiz Gündüz'e...

İÇİNDEKİLER

SUNUŞ	IX
KISALTMALAR.....	XI
GİRİŞ	1

Bölüm 1

AB REKABET HUKUKUNDA HAKLI GEREKÇENİN GENEL ESASLARI

1.1. GİRİŞ	3
1.2. HAKLI GEREKÇE: TANIM VE KAPSAM.....	5
1.3. MODERNİZASYON ÖNCESİ SÜREÇTE AB İÇTİHADINDA HAKLI GEREKÇE.....	6
1.3.1. 102. Madde İctihadında Haklı Gerekçeye Yön Veren Kararlar	6
1.3.2. AB İctihadında Haklı Gerekçe Uygulamalarının Değerlendirilmesi . 9	
1.3.2.1. Haklı Gerekçede Meşru Menfaat ve Orantılılık İlkeleri	10
1.3.2.1.1. Meşru Ticari Menfaatin Varlığı İlkesi	10
1.3.2.1.2. Meşru Kamu Menfaatinin Varlığı İlkesi	11
1.3.2.1.3. Orantılılık İlkesi	12
1.4. MODERNİZASYON SÜRECİNDE HAKLI GEREKÇE	14
1.4.1. 102. Maddenin Modernizasyonuna Giden Süreç ve Komisyon Rehberi 14	
1.4.2. Tartışma Metni ve Rehber’de Haklı Gerekçe	14
1.5. BÖLÜM SONU ÖZETİ.....	15

Bölüm 2

AB REKABET HUKUKUNDA ETKİNLİK VE REKABETE KARŞILIK VERME GEREKÇELERİ

2.1. ETKİNLİK GEREKÇESİ.....	16
2.1.1. Rekabet Hukuku Uygulamasında Etkinliğin Kavramsal Çerçevesi 16	
2.1.1.1. Etkinlik Çeşitleri ve Refah Standardı: Ödünleşim Sorunu	17
2.1.1.2. Rekabet Hukuku Uygulamasında Etkinlik Değerlendirmesinin Gerekliliği.....	18

2.1.2. 102. Maddenin Modernizasyon Sürecinde Etkinlik Değerlendirmesi	20
2.1.2.1. Etkinlik Değerlendirmesinde Çift Başlılık: Meşru Rekabet ve Haklı Gerekçe.....	20
2.1.2.2. Tartışma Metni ve Rehber’de Etkinlik Değerlendirmesi.	20
2.1.2.2.1. Tartışma Metni	20
2.1.2.2.2. Rehber	22
2.1.2.3. Tartışma Metni ve Rehber’deki Etkinlik Gerekçesi Yaklaşımına Yönelik Eleştiriler	23
2.1.3. Modernizasyon Süreci Sonrasında Verilen Kararlarda Etkinlik Analizi	25
2.1.3.1. Sözleşme Yapmayı Reddetme ve Bağlama.....	25
2.1.3.2. Yıkıcı Fiyat.....	27
2.1.3.3. Fiyat Sıkıştırması	28
2.1.3.4. İndirim Sistemleri	29
2.2. REKABETE KARŞILIK VERME GEREKÇESİ	30
2.2.1. AB Uygulamasında Rekabete Karşılık Verme Gerekçesi	31
2.2.2. İctihattaki Kararlar Işığında RKVG’nin Kavramsal Çerçevesi	32
2.2.2.1. Yıkıcı Fiyat Uygulamaları Bakımından RKVG’nin Değerlendirilmesi.....	33
2.2.3. İctihatta RKVG İçin Belirlenen Yöntem.....	34
2.2.4. Tartışma Metni, Rehber ve Güncel Kararlarda Rekabete Karşılık Verme Gerekçesi	35
2.2.4.1. Modernizasyon Süreci Sonrası Verilen Kararlarda RKVG.....	36
2.3. BÖLÜM SONU ÖZETİ.....	37

Bölüm 3

AB UYGULAMASINDA HAKLI GEREKÇEDE YÖNTEM VE İSPAT MÜKELLEFİYETİ SORUNLARI

3.1. 102. MADDE UYGULAMALARINDA HAKLI GEREKÇE ve ORANTILILIK İLKELERİNİN KULLANIM YÖNTEMİNE İLİŞKİN TARTIŞMALAR.....	38
3.2. HAKLI GEREKÇEDE YÖNTEM SORUNU: 102. MADDEDE MUAFİYET BENZERİ YAKLAŞIMIN UYGULANABİLİRLİĞİ	39

3.3. HAKLI GEREKÇEDE İSPAT MÜKELLEFİYETİ SORUNU	41
3.4. BÖLÜM SONU ÖZETİ.....	42

Bölüm 4

ABD REKABET HUKUKUNDA TİCARİ GEREKÇENİN GENEL ESASLARI

4.1. GİRİŞ	43
4.2 ABD UYGULAMASINDA ETKİNLİK GEREKÇESİ	44
4.2.1. ABD İçtihadında Etkinlik Gerekçesi.....	44
4.2.2. ABD İçtihadında Dışlayıcı Etki/Niyet ve Etkinlik Gerekçesi İlişkisi46	
4.2.3. ABD İçtihadında Etkinlik Gerekçesinin Kapsamının Değerlendirilmesi.....	48
4.2.4. ABD İçtihadında Etkinlik Değerlendirmesinde Yöntem ve İspat Mükellefiyeti Tartışmaları.....	49
4.3. ABD UYGULAMASINDA REKABETE KARŞILIK VERME GEREKÇESİ.....	52
4.3.1. ABD İçtihadında İyi Niyet Doktrini.....	52
4.3.2. ABD İçtihadında RKG'nin Değerlendirilmesi.....	53
4.3.3. RKG Çerçevesinde İspat Mükellefiyeti	54
4.4. BÖLÜM SONU ÖZETİ.....	55

Bölüm 5

HAKLI GEREKÇENİN TÜRK REKABET HUKUKUNDA UYGULANMASI

5.1. GİRİŞ	56
5.1.1. Türkiye Uygulamasında Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması ve Haklı Gerekçe	56
5.2. Kurul İçtihadında Haklı Gerekçe	58
5.2.1. Yaysat 2 Kararı.....	58
5.2.2. Turkcell 1 Kararı	59
5.2.3. Karbogaz Kararı.....	60
5.2.4. Ulusal Dolaşım Kararı	61
5.2.5. Kablo Tv Kararı	61

5.2.6. Bilsa Kararı	62
5.2.7. TNet Kararı	63
5.2.8. Sanofi Aventis Kararı	64
5.2.9. Coca Cola ve Frito Lay Kararları.....	65
5.2.10. CNR Kararları	66
5.2.11. Diğer Kararlarda Yer Verilen Haklı Gerekçe Değerlendirmeleri ...	66
5.3. Kurul Kararlarının Haklı Gerekçe Bağlamında Değerlendirilmesi	67
5.4. Haklı Gerekçede Yöntem ve İspat Mükellefiyeti Sorunsalı.....	70
5.5. Haklı Gerekçe Savunması Bakımından Alternatif Yöntem	71
SONUÇ	74
ABSTRACT	77
KAYNAKÇA	79
EK: İHLAL TÜRLERİ İÇİN SUNULABİLECEK STANDART HAKLI GEREKÇELER	90

SUNUŞ

15 yılı aşkın bir süredir bağımsız bir idari otorite olarak faaliyetlerini sürdürmekte olan Rekabet Kurumu, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un uygulanmasını gözeterek, piyasalarda kartelleşme ve tekelleşmeyi engellemek yönünde önemli adımlar atmaktadır. Piyasa ekonomilerinde hayati bir role sahip olan rekabetin korunması ile tüketicilerin, yaşamın her alanında daha kaliteli ürünü, daha ucuza ve daha çok miktarda satın alabilmeleri sağlanmaktadır. Bu başarılar sayesinde de Rekabet Kurumu, yalnızca Türkiye'deki kurumlar arasında değil, dünyadaki rekabet otorileri arasında da hak ettiği yeri almaya başlamıştır. Nitekim Avrupa Birliği Komisyonu ilerleme raporları ile OECD gözden geçirme raporlarında bu durum ifade edilmekte ve Kurumun ulaşılmış olduğu idari kapasite ve mesleki düzeyle takdirle karşılanmaktadır.

Rekabet Kurumunun ulaşılmış olduğu bu idari kapasite ve mesleki düzeyin en önemli yansımalarından biri de uzmanlık tezleridir. Rekabet uzman yardımcıları, üç yılı aşan meslekî çalışmalarından elde ettikleri tecrübeleri, yoğun bilimsel araştırmalarla birleştirerek tez hazırlamaktadır. Rekabet hukuku, politikası ve sanayi iktisadı alanlarında hazırlanan ve gerek Rekabet Kurumuna gerekse diğer ilgililere yönelik önemli bir kaynak niteliğini haiz olan bu tezlerden bazılarında, rekabet hukuku ve politikasının temel konu başlıklarını içeren teorik hususlar derin analizlerle irdelenmekte, diğerlerinde ise rekabet hukuku uygulamaları bakımından önem arz eden sektörlerle ilişkin çalışmalar yer verilmektedir. Bu sayede daha önce ele alınmamış pek çok konuda değerli eserler ortaya çıkmaktadır.

Doktrine katkı sağlanması ve toplumun rekabet konusunda bilgilendirilmesi amacıyla bu eserlerin yayımlanması, rekabet otoritelerinin en önemli görevleri arasında yer alan rekabet savunuculuğunun bir parçasını teşkil etmektedir. Böylece Rekabet Kurumu, toplumu bilgilendirme hedefine yönelik rekabet savunuculuğu çerçevesinde, tek başına veya üniversiteler, barolar ve benzeri örgütlerle işbirliği halinde yürütmekte olduğu konferanslar, sempozyumlar, eğitim ve staj programları düzenlemek gibi faaliyetlerine ilave bir etkinlikte bulunmaktadır.

Bu bağlamda ele alınan konular bakımından kaynak olarak kullanılabilir yerli eserlerin son derece az olması nedeniyle değerleri bir kat daha artan tezlerini tamamlayan ve Rekabet Uzmanı unvanını alan bütün arkadaşlarımı gönülden kutluyor, başarılar diliyorum. Bu çerçevede, uzmanlık tezlerini, önemli bir başvuru kaynağı olacağı inancıyla ilgili kamuoyunun bilgisine sunuyoruz...

Prof. Dr. Nurettin KALDIRIMCI
Rekabet Kurumu Başkanı

KISALTMALAR

AAD	: Avrupa Adalet Divanı
AB	: Avrupa Birliği
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
ABİDA	: Avrupa Birliğinin İşleyişine Dair Anlaşma
A.g.g	: Adı geçen görüş.
A.g.k.	: Adı geçen karar
A.y.	: Aynı yerde
Bkz.	: Bakınız
DOJ	: Department of Justice (Amerika Birleşik Devletleri Adalet Bakanlığı)
FTC	: Federal Trade Commission (Federal Ticaret Komisyonu)
ICN	: International Competition Network (Uluslararası Rekabet Ağı)
para.	: Paragraf
RK	: Rekabet Kurulu
RKHK	: Rekabetin Korunması Hakkında Kanun
s.	: sayfa
vd.	: ve diđerleri

GİRİŞ

Hâkim durumda olan teşebbüslerin ihlal şüphesi uyandıran davranışlarının rekabet hukuku kapsamında nasıl değerlendirilmesi gerektiği, günümüz rekabet hukuku literatüründe en hararetle tartışmalarının yaşandığı alanlardan biridir. Bu tartışmalar, rekabet otoritelerinin uygulamalarını da önemli ölçüde etkilemiş görünmektedir. Nitekim son yıllarda Amerika Birleşik Devletleri'nde (ABD) Adalet Bakanlığı (DOJ) ve Federal Ticaret Komisyonu (FTC) tarafından Sherman Yasası'nın tekelleşmeyi yasaklayan ikinci kısmı kapsamında standart arayışına ilişkin duyurular yayımlanmıştır. Avrupa Birliğinin İşleyişine Dair Anlaşma'nın (ABİDA) 102. maddesini, literatürde şekilci ve iktisadi yaklaşımdan uzak biçimde uygulamakla eleştirilen Avrupa Birliği'nde (AB) ise bu maddenin “modernizasyonu” gündeme gelmiştir. Bu kapsamda Avrupa Komisyonu (Komisyon), 102. madde uygulama önceliklerine ilişkin iktisadi değerlendirmeyi ve etki temelli yaklaşımı esas alan bir Rehber yayımlamıştır. Bu süreçte, bir yandan hâkim durumdaki teşebbüslerin rekabeti olumsuz etkileyecek davranışlarını yasaklarken, bir yandan da *meşru rekabeti* (*competition on merits*) ve etkinlik doğurucu davranışları bu yasağın dışında tutacak bir yaklaşım belirlemek en temel amaçlardan biri olmuştur. Ne var ki, buna ilişkin literatürde ve uygulamada bir fikir birliğinin oluştuğunu söylemek henüz mümkün değildir.

İhlal niteliğindeki davranışlara ilişkin testlerin geliştirilmeye çalışıldığı bu sürece katkı sağlayacak farklı bir bakış açısı, hâkim durumdaki teşebbüsün davranışlarını ihlal kapsamı dışına çıkaracak *haklı gerekçelere* (*objective justifications*) dair standartların tartışılmasıdır. Bilindiği üzere, tek taraflı davranışlara ilişkin, teşebbüsler arasında yapılan işbirliği, anlaşma ve uyumlu eylemlerdeki benzer nitelikte bir muafiyet rejimi ne AB, ne ABD ne de ülkemiz hukukunda bulunmaktadır. Bununla birlikte, haklı gerekçelerin tek taraflı teşebbüs davranışlarını ihlal kapsamı dışına çıkaracağı rekabet hukuku içtihatlarında ilkesel düzeyde kabul edilmiştir. Bu özelliği nedeniyle haklı gerekçe, hâkim durumdaki teşebbüs davranışlarına yapılacak müdahalelerin sınırını çizmesi ve etkinlik değerlendirmelerini ihlal incelemelerinin asli unsurlarından biri haline getirmesi bakımından önemlidir. Bu öneme binaen, AB, ABD ve Türk hukuku

uygulamalarında haklı gerekçeye ilişkin usul ve esasların yakından incelenmesi ve ülkemiz için alternatif bir yaklaşımın önerilmesi çalışmamızın amacını teşkil etmektedir.

Tezimizde haklı gerekçe kavramı iki boyutta ele alınacaktır. Bunlardan ilki esasa ilişkin olarak haklı gerekçenin kapsamıdır. Bu bağlamda özellikle ülke uygulamalarında ele alınış biçimi ile hangi davranışların haklı gerekçe kapsamında mütalaa edildiği ve bunlara ilişkin ilkelerin neler olduğu netleştirilmeye çalışılacaktır. Usule ilişkin olan ikinci boyutta ise, haklı gerekçenin değerlendirilmesindeki yöntem tartışmalarına yer verilecektir. Belirlenecek yöntem, ispat mükellefiyetine ilişkin önemli sonuçlar doğuran ve dolayısıyla haklı gerekçenin esasını da etkileyen önemli bir alandır.

İçtihat kararları doğrultusunda şekillenen haklı gerekçenin kavramsal çerçevesinin tam olarak çizilebilmesi ve ülkemiz adına anlamlı ve uygulanabilir sonuçlar çıkarılabilmesi amacıyla tezimizde mevzuat teşkil eden AB uygulamaları oldukça detaylı incelenmiştir. Bu bağlamda ilk bölümde AB rekabet hukuku uygulamasında, modernizasyon öncesi ve sonrası dönemde haklı gerekçenin genel esaslarına, uygulama ilkelerine ve 102. madde değerlendirmelerindeki konumuna yer verilmiştir. İkinci bölümde haklı gerekçenin esaslı iki unsuru olan etkinlik ve rekabete karşılık verme gerekçeleri detaylı biçimde analiz edilmiş ve ardından modernizasyon sürecinde haklı gerekçeye ilişkin yaklaşımların bu süreçte verilen kararlardaki etkisi incelenmiştir. AB uygulamasına ilişkin son bölüm olan üçüncü bölümde ise haklı gerekçe uygulamasına ilişkin yöntem tartışmalarının detaylarına yer verilmiştir.

Dördüncü bölüm, tek taraflı davranışlara müdahale konusunda sınırları daha keskin olan ABD uygulamasında, haklı gerekçe çerçevesinde değerlendirilen *ticari gerekçelerin (business justifications)* ele alındığı bölümdür. Bu bölümde ABD içtihat hukukunda ticari gerekçe olarak kabul edilen etkinlik ve rekabete karşılık verme gerekçelerinin esasları ile AB uygulamasından ayrılan yönleri incelenmiştir.

Nihayet son bölümde haklı gerekçenin Rekabet Kurulu kararlarında nasıl yer bulduğu analiz edilmiş ve ardından AB ve ABD uygulamaları ışığında ülkemiz uygulamaları bakımından alternatif bir yöntem önerisinde bulunulmuştur.

BÖLÜM 1

AB REKABET HUKUKUNDA HAKLI GEREKÇENİN GENEL ESASLARI

1.1. GİRİŞ

Hâkim durumun kötüye kullanılması, ABİDA'nın 102. maddesi ile yasaklanmıştır. Söz konusu maddede hâkim durumun kötüye kullanılmasına ilişkin bir tanım yapılmamış, örnekleyici bir takım hallerin sıralanması ile yetinilmiştir. Kötüye kullanmaya ilişkin genel ilkeler ise Avrupa Adalet Divanı (AAD) ve Avrupa Komisyonu (Komisyon) kararları ile şekillenmiştir (Öz 2000, 107). Birlik Mahkemelerinin ve Komisyon'un bugüne kadar aldıkları kararlar çerçevesinde 102. madde uygulamasına yön veren başlıca dört ilkeden bahsetmek mümkündür (Loewenthal 2005, 455): Bunlardan ilki, hâkim durumdaki teşebbüslere Ortak Pazar'daki rekabetçi sürece zarar vermeme yükümlülüğü getiren “özel sorumluluk” ilkesidir¹. İkincisi, teşebbüs davranışının pazardaki fiili etkisinin rekabeti kısıtlamak olduğu hallerde diğer subjektif unsurların dikkate alınmayacağına işaret eden “kötüye kullanmanın objektif bir kavram” olmasıdır². İhlalin varlığına ilişkin değerlendirmede, hâkim durumdaki teşebbüs davranışının potansiyel rekabet üzerindeki sınırlayıcı etkilerinin de değerlendirilmede göz önüne alınması, içtihatla yer bulan bir başka ilkedir³. Dördüncü ilke ise, hâkim durumdaki teşebbüsün *prima facie* (ilk bakışta) ihlal niteliğinde olan davranış için *haklı gerekçeler* sunabilmesi halinde davranışın 102. madde yasaklamasının kapsamı dışına çıkmasıdır⁴.

¹ Michelin NV v Commission, Case 322/81 (1983) ECR 3461, para. 57. ve Hoffman La-Roche v. Commission, Case 85/76 (1979) ECR 461.

² Bkz. dn. 1 Hoffman La-Roche v. Commission, para 57.

³ Michelin v Commission, Case T-203/01 (2003) ECR II-4047, para. 239 ve British Airways v Commission, Case T-219/99 (2004) ECR II 5917, para. 293.

⁴ İçtihatla bu alandaki çok sayıda karar için bkz Padilla (2006, 227 dn. 184).

Bu genel ilkelerin yanı sıra AB rekabet hukukunda son dönemde, 102. madde uygulamalarında iktisadi bir yaklaşım belirleme çabası dikkat çekmektedir. 102. madde uygulamalarının aşırı müdahaleci olduğu yönündeki eleştirilerin yoğunlaşması ve bu madde uygulamalarının AB rekabet hukukunun diğer alanlarında yaşanan iktisadi/etki temelli yeniliklerin gerisinde kalması, Komisyon'un öncülük ettiği bir modernizasyon sürecine zemin hazırlamıştır. 102. madde uygulamalarını gözden geçirmek amacıyla Komisyon önce 2005 yılında "82. Maddenin Modernizasyonu Hakkında Tartışma Metni"ni (Tartışma Metni)⁵; ardından 2008 yılında "Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Kötüye Kullanmalarında 82. Madde Uygulama Önceliklerine İlişkin Rehber"i (Rehber)⁶ yayımlamıştır. Bu süreçte Komisyon, bir yandan dışlayıcı davranışlara ilişkin yaklaşımları gözden geçirerek yeni bir takım testler geliştirmeye; bir yandan da etkinlik savunması başta olmak üzere 102. madde çerçevesinde yapılacak müdahalelerin kapsamını daraltacak *haklı gerekçenin* kavramsal çerçevesini netleştirmeye çalışmıştır.

AAD, *Continental Can* kararında⁷ 101. ve 102. maddelerin farklı piyasa düzeylerinde olmakla birlikte temelde aynı amaca hizmet ettiği değerlendirmesinde bulunurken⁸, Komisyon'un 101(3)'ün uygulanmasına ilişkin rehberi⁹ de hâkim durumdaki teşebbüsler tarafından yapılan anlaşmaların ABİDA'nın 101(3). maddesi kapsamında değerlendirilebileceğini açık biçimde düzenlemiştir¹⁰. Dolayısıyla etkinlik kazanımlarının 101. madde uygulamalarında dikkate alınırken 102. madde uygulamalarında göz ardı edilmesi, AB rekabet politikasının tutarlılığına zarar verecektir¹¹. Bu nedenle iktisadi yaklaşımın 101. maddede olduğu gibi 102. maddede de uygulanması elzemdir. Her ne kadar 102. madde uygulamalarında etkinlik analizi başta olmak üzere iktisadi analize yer vermenin kolay ve kabul edilebilir yöntemine ilişkin fikir birliği bulunmasa da (Rousseva 2010, 282), literatürde haklı gerekçenin bu anlamda yol gösterici yaklaşımlardan biri olabileceğine ilişkin fikirler ileri sürülmektedir (Gerber 1987, 88). Bu bakımdan haklı gerekçenin son dönemde, iktisadi yaklaşımın 102. madde

⁵ "DG Competition Discussion Paper on the Application of the Treaty to Exclusionary Abuses", 2005. <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf>

⁶ "Guidance on the Commission's Enforcement Priorities in Applying Article 82 EC Treaty to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings", 2008. <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/guidance.pdf>

⁷ *Continental Can v Commission* Case 6/72 [1973] ECR 215.

⁸ A.g.k. para 25.

⁹ "Commission Regulation on the Application of Article 101(3) of the TFEU to Categories of Vertical Agreements and Concerted Practices" <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2004:101:0097:0118:EN:PDF>

¹⁰ Rehber para. 106.

¹¹ Loewenthal (2005, 459), Rousseva (2010, 259) ve Tartışma Metni para 8-10.

uygulamaları çerçevesinde benimsenmesi ve AB rekabet hukuku uygulamasında yeknesaklığın sağlanması için analitik bir araç olarak kullanıldığı görülmektedir.

Dolayısıyla haklı gerekçe, 102. madde uygulamalarında hem içtihatla genel bir ilke olarak kabul edilen hem de son dönemdeki modernizasyon çalışmalarında sıklıkla tartışılan alanlardan biri haline gelmiştir. Bu öneme binaen haklı gerekçenin kavramsal çerçevesinin netleştirilmesi önem taşımaktadır.

1.2. HAKLI GEREKÇE: TANIM VE KAPSAM

Haklı gerekçe ve orantılılık ilkeleri, sadece rekabet hukukuna değil AB hukukunun serbest dolaşım ve ayrımcı uygulamalar gibi kritik önemi haiz diğer alanlarındaki kararlara da yön veren kavramlar olmuşlardır (Craig ve De Burca 2003, 1030). Bu çerçevede Birlik Mahkemeleri, soyut bazı ABİDA hükümlerinin uygulama sınırlarını haklı gerekçeler ile belirlemektedir. Bilindiği üzere ABİDA'nın 102. maddesinde, teşebbüsler arasında yapılan işbirliği, anlaşma ve uyumlu eylemleri düzenleyen 101. maddesinde olduğu gibi bir muafiyet hükmü bulunmamaktadır. Bununla birlikte, 102. maddenin kapsamına ilişkin herhangi bir sınırlama getirmeyen lafzi yorumun ciddi bir hukuki belirsizliğe yol açacağı ve müdahalenin kapsamını oldukça genişleteceği açıktır. Bu nedenle Birlik Mahkemeleri ve Komisyon, 102. maddeye ilişkin ilk dönem kararlarından itibaren hâkim durumdaki teşebbüs davranışlarını yasaklama kapsamı dışına çıkaracak haklı gerekçelere ilişkin ilkesel değerlendirmelerde bulunmuşlardır¹². Bu bağlamda 102. madde kapsamında haklı gerekçeyi, *hâkim durumdaki teşebbüslerin ihlal şüphesi uyandıran davranışlarını yasaklama kapsamı dışına çıkaran içtihadi nitelikteki iktisadi ve hukuki ilkeler* olarak tanımlamak mümkündür.

Literatürde ise haklı gerekçelerin değişik yönlerini ortaya koyan yorumların varlığı dikkat çekmektedir. Bazı yazarlar AB'nin hâkim durum davalarında iktisadi analizleri göz ardı eden aşırı şekilci tutum sergilediği yönündeki eleştirilerin 102. maddenin daha geniş bir yorumunu elzem hale getirdiğini, bu nedenle haklı gerekçelerin 102. maddenin katı yorumuna esneklik sağlayabilmek için kullanıldığını belirtmektedir (Craig ve De Burca 2003, 1030). Jones ve Sufirin (2008, 332), Birlik Mahkemeleri tarafından haklı gerekçenin, hâkim durumda bulunan teşebbüslerin ihlal niteliğindeki davranışları ile *meşru*

¹²AAD'nin haklı gerekçeye atıfta bulunulan en eski kararlardan biri için bkz. Sirena S.r.l. v Eda S.r.l. and others. Case: 40/70 [1971] ECR 3169, para 16-17. Benzer şekilde Komisyon 1983 yılında yayımladığı XIII. Rekabet Politikası Raporu'nda hâkim durumdaki teşebbüsler tarafından gerçekleştirilen mal vermeyi reddetme uygulamalarına haklı gerekçe sunulduğu takdirde, 102. maddenin kapsamı dışında kalacağını belirtmiştir. Bkz. http://bookshop.europa.eu/is-bin/INTERSHOP.enfinity/WFS/EU-Bookshop-Site/en_GB/-/EUR/ViewPublication-Start?PublicationKey=CB3883823, s. 96.

ticari menfaatlerini koruma amacıyla gerçekleştirdikleri davranışları arasında bir ayırım yapabilmek adına geliştirildiğini savunmaktadır¹³. Daha dar kapsamlı ve eleştirel bir yoruma göre ise Birlik Mahkemelerinin haklı gerekçe algısı, hâkim durumdaki teşebbüslerin pazardaki normal davranış kalıbından sapmaya zorlayan dışsal faktörler ile sınırlıdır (Rousseva 2010, 259). Bu yoruma göre AB içtihadı, iktisadi temelde gerekçelendirmeleri kabul etmemekte, kamu yararı gerekçeleri ve piyasa krizleri gibi dışsal faktörleri ya da sözleşmesel ilişkilerdeki fesih nedenlerini haklı gerekçe olarak yorumlamaktadır.

Gerek içtihadta ve gerekse literatürde gördüğü teveccühe rağmen, haklı gerekçelerin bugüne kadar teşebbüs lehine yorumlandığı kararların neredeyse olmaması kavramın dikkat çeken bir başka özelliğidir (O'Donoghue ve Padilla 2006, 227 ve Loewenthal 2005, 456). Haklı gerekçeye ilişkin kararların *ad hoc* niteliği ve modernizasyon sürecine kadar sistematik bir yaklaşımın getirilmemiş olması literatürde bu çelişkili durumun başlıca sebebi olarak gösterilmektedir (Jones ve Sufrin 2008, 333).

Tanım ve kapsamına ilişkin farklı yaklaşımların olduğu bu kavram daha önce de belirtildiği üzere içtihat kararları çerçevesinde şekillenmektedir. Bu bakımdan AB içtihadının incelenmesi kavramsal çerçevenin netleştirilmesi bakımından önem taşımaktadır.

1.3. MODERNİZASYON ÖNCESİ SÜREÇTE AB İÇTİHADINDA HAKLI GEREKÇE

1.3.1. 102. Madde İçtihadında Haklı Gerekçeye Yön Veren Kararlar

AAD tarafından haklı gerekçenin dillendirildiği ilk karar 1971 tarihli *Sirena* kararıdır¹⁴. Bu kararında AAD, haklı gerekçeye dayandırılmayan yüksek fiyatların kötüye kullanmanın bir göstergesi olabileceğini belirtmiştir¹⁵. Kararda bunun ötesinde bir değerlendirme yapılmamıştır. AAD'nin haklı gerekçenin kavramsal çerçevesini belirlemesi bakımından önemli kararlarından biri *United Brands* kararıdır¹⁶. Karar, *United Brands*'ın uzun süreli müşterilerinden Olsen'e, rakibinin münhasır müşterisi haline gelmesi ve rakibi lehine önemli bir reklam kampanyası yapması gerekçeleriyle mal arzını kesmesini konu edinmektedir. Kararda mal vermenin reddine ilişkin haklı gerekçelerin varlığının incelenmesi gerektiğine dikkat çeken¹⁷ AAD aşağıda yer verilen değerlendirmede bulunmuştur;

¹³ Benzer nitelikteki diğer yorumlar için bkz. Van Bael & Belis (2005, 907) ve Whish (2003, 207 -208).

¹⁴ Bkz. dn. 12.

¹⁵ A.g.k. para 16-17.

¹⁶ *United Brands v Commission Case 27/76 [1978] ECR 207.*

¹⁷ A.g.k. para. 184.

“.. Bir teşebbüsün hâkim durumda olması, saldırıya uğrayan ticari menfaatlerini koruma hakkını elinden almadığı gibi hâkim durumdaki teşebbüsler, korumaya çalıştıkları menfaat ile uyumlu olan makul (*reasonable*) adımları atma hakkına sahiptirler. Fakat, fiili amacın hâkim durumu güçlendirmek ya da kötüye kullanmak olduğu hallerde böyle bir davranışa izin verilemez¹⁸.”

AAD bu yorumu ile hâkim durumdaki teşebbüslerin, prensip olarak, *ticari menfaatlerini koruma hakkına* sahip olduğunu kabul etmekle beraber iki önemli koşulun varlığına işaret etmiştir: Öncelikle, hâkim durumdaki teşebbüsün fiili amacının hâkim durumunu güçlendirmek ya da kötüye kullanmak olduğu hallerde söz konusu davranışa ilişkin haklı gerekçelerin sunulması mümkün olmayacaktır. Bir başka ifade ile meşru ticari menfaatlerini korumak, *prima facie* ihlal niteliğindeki davranışın arka planındaki *gerçek* sebep olmalıdır (Llorens 2007, 1737). İkincisi, hâkim durumdaki teşebbüsün davranışı rakiplerinden gelen tehdit ile *orantılı* olmalıdır. Piyasada karşı karşıya gelen teşebbüslerin ekonomik güçleri, AAD tarafından değerlendirmeye alınacak unsurlardan biri olarak kabul edilmiştir. Bu değerlendirmeye binaen AAD, United Brands tarafından gerçekleştirilen mal vermeyi reddetme eyleminin, Olsen’in davranışlarına karşı verilmiş aşırı bir tepki olduğuna karar vermiştir¹⁹.

AB içtihadında hâkim durumdaki teşebbüslerin kontrolünde olmayan dışsal bir takım etkenlerin de haklı gerekçe olarak yorumlandığı görülmektedir. AAD’ın *BP*²⁰ kararında BP’nin, sürekli müşterisi olmayan AGB’ye, sürekli müşterilerine oranla daha fazla arz kesintisi uygulamasının ayrımcılık yoluyla kötüye kullanma olduğu iddiası incelenmiştir. Kararda AAD, petrol arz şokunun hâkim durumdaki teşebbüsün kontrolünde olmayan dışsal bir etken olduğunu belirterek, uygulanan arz kesintisini *nesnel zorunluluk* (*objective necessity*) olarak değerlendirmiştir²¹. Buna karşın *Tetra Pak II*²² ve *Hilti*²³ kararları ise ürün güvenliği ve kamu sağlığı gibi dışsal etkenlerin haklı gerekçe olarak kabul edilmediği kararlardır. Örneğin *Hilti* kararında Komisyon standartlara uymayan başka ürünlerin varlığı nedeniyle ürün ve tüketici güvenliğini sağlamayı, ilgili güvenlik mevzuatını da göz önünde bulundurarak, haklı gerekçe olarak kabul etmemiştir²⁴.

¹⁸ A.g.k. para. 189.

¹⁹ A.g.k. para. 191.

²⁰ Benzine & Petroleum BV v Commission, Case 77/77 [1978] ECR 1513

²¹ A.g.k. para. 33.

²² Tetra Pak SA v Commission Case T 83/91, [1994] para. 138-139

²³ Eurofix Ltd. ve Bauco Ltd. - Hilti AG, Case 138/88, OJ 1988 L65/19.

²⁴ A.g.k. para. 90 - 93. Komisyon’un söz konusu yaklaşımı Genel Mahkeme tarafından da kabul edilmiştir. Bkz. Hilti v Commission Case T-30/89, (1991).

Haklı gerekçe kapsamında kabul edilen bir başka durum, hâkim durumdaki teşebbüslerin muhatap oldukları rekabete karşılık verme gereğidir. Komisyon'un *BPB* kararında²⁵ BPB'ye, sadakat indirimi uygulamak suretiyle alçı levha pazarındaki hâkim durumunu kötüye kullandığı iddiaları yöneltilmiştir. Teşebbüs, indirimlerin ithal alçı levhalardan gelen rekabet baskısına karşılık vermek ve meşru ticari menfaatlerini korumak amacıyla yapıldığını savunmuştur. Komisyon, hâkim durumda olan BPB'nin sınırlı bir coğrafi pazarda özel miktar indirimleri öngören uygulamasını yıkıcı fiyat olmadığı, önemli ölçüde maliyet avantajları ile açıklanabildiği, tüm alıcılara eşit uygulandığı ve açık şekilde *rekabete karşılık vermek amacıyla* yapıldığı gerekçeleri ile ihlal olarak değerlendirmemiştir²⁶. Bununla birlikte aynı dosya kapsamında; BPB'nin diğer indirim uygulamalarına ilişkin rekabete karşılık verme gereğinin kabul edilmediği, münhasırlık ve sadakat etkisi yaratan bir indirim sistemi için haklı gerekçe getirilemeyeceğini belirtmiştir²⁷. Rekabeti karşılama gereğinin ele alındığı bir başka karar olan *British Gypsum*²⁸ kararında Genel Mahkeme, haklı gerekçenin reddini açık şekilde "niyet" kavramına dayandırarak aşağıdaki değerlendirmeyi yapmıştır:

"...önem arz eden tek husus, hâkim durumdaki teşebbüsün varlığının doğrudan sonucu olarak rekabetin zayıfladığı bir pazarda, inceleme konusu davranış ile teşebbüsün, performansa dayanan normal rekabet şartları dışındaki yöntemlerle, pazarın yapısını etkileme niyetinin ya da böyle bir ihtimalin var olup olmadığıdır²⁹."

Mahkemenin bu değerlendirmesi, hâkim durumdaki bir teşebbüsün, *pazarın yapısını etkilemeyi amaç edinen ya da böyle bir etki göstermesi muhtemel olan* bir davranışının meşru ticari menfaatler kapsamında rekabete karşılık verme ile gerekçelendirilemeyeceğini göstermektedir (Llorens 2007, 1744).

İçtihatındaki önemli haklı gerekçelerden bir diğeri de özellikle modernizasyon sürecinden itibaren daha sık tartışılır hale gelen *etkinlik* gereğidir. *Suikier Unie*³⁰ ve *Hoffman-La Roche*³¹ kararlarında AAD, *sadakat indirimleri ile miktar indirimleri* arasında ayırım yaparak, miktar indirimleri çerçevesinde alım miktarlarından kaynaklanan maliyet avantajlarını etkinlik

²⁵ BPB Industries PLC, 89/22, (1988), OJ L 10/50.

²⁶ A.g.k. para. 131-134.

²⁷ A.g.k. para. 146. Komisyon'un burada detaylı bir maliyet incelemesine gitmediği, sadece münhasırlık ve ayrımcılık temelinde daha şekilci bir tutum sergilediği görülmektedir.

²⁸ *British Gypsum v Commission* Case T-65/89, [1993] ECR II-389.

²⁹ A.g.k. para. 118.

³⁰ *Suikier Unie v Commission* Case 40/73 [1975] ECR 1663.

³¹ Bkz. dn. 1.

gerekçesi olarak değerlendirebileceğini belirtmiştir³². Genel Mahkeme, *Michelin II* kararında³³, ölçek ekonomisinden kaynaklanan etkinlik kazanımlarının davranışı 102. madde yasaklamaları dışına çıkaracağını ilkesel olarak kabul etmiş³⁴ ancak dava özelinde etkinlik kazanımlarının rekabet sınırlamalarından doğan zararı telafi etmediğini belirtmiştir. *Irish Sugar* kararında³⁵ ise Genel Mahkeme, ithalatçılardan gelen daha düşük fiyatlarla rekabet baskısı karşısında sınırlı bir bölgede seçici fiyat uygulamasına giden Irish Sugar'ın davranışını *prima facie* bir ihlal olarak değerlendirmiş ve davranışın meşru ticari menfaatler kapsamında gerekçelendirilebilmesi bakımından “*tüketici faydasını arttıran iktisadi etkinlik kazanımları sağlama*” koşulunu getirmiştir.³⁶

1.3.2. AB İçtihadında Haklı Gerekçe Uygulamalarının Değerlendirilmesi

AB içtihadının, ihlal şüphesi uyandıran hâkim durumdaki teşebbüs davranışı için üç gerekçe türüne işaret ettiğini söylemek mümkündür (Loewenthal 2005, 464): Bunlardan ilki *nesnel zorunluluk gerekçesidir*. Hâkim durumdaki teşebbüs, görünüşte ihlal niteliğinde olan davranışlarının dışsal bir takım etkenlerden dolayı nesnel olarak zorunlu olduğunu ileri sürebilir. Örneğin, mal vermeyi reddetme bakımından arz şokları ya da bağlama anlaşmaları bakımından kamu sağlığı nedenleri, içtihadta en azından ilkesel olarak kabul edilen nesnel zorunluluk gerekçeleridir. İkinci gerekçelendirme yöntemi ise, *rekabete karşılık verme gerekçesidir* (RKVG). Bu gerekçelendirme biçiminin dayandığı temel ilke, hâkim durumda da olsa bir teşebbüsün meşru ticari menfaatlerini korumak hakkına sahip olduğunun kabulüdür. Üçüncü gerekçelendirme yöntemi ise modernizasyon sürecinden sonra 102. madde uygulamalarında daha kritik hale gelen *etkinlik gerekçesidir*.

Komisyon ve Birlik Mahkemeleri kararlarına dair yukarıdaki açıklamalar hâkim durumdaki teşebbüslerin ihlal şüphesi uyandıran davranışlarının gerekçelendirilmesinde bazı ilkelerin ön plana çıktığını göstermektedir. Buna göre meşru ticari menfaatler (*legitimate business behaviour*), meşru kamu yararı (*legitimate public interest*) ve *orantılılık* AB içtihadında haklı gerekçenin etrafında şekillendiği ilkelere (Lowe 2004, 163-164).

³² Hedef indirimlerinin değerlendirildiği Michelin I kararında miktar indirimleri ile benzer nitelikteki hedef indirimlerinin belirli bir referans dönemi içinde alıcı üzerinde baskı yaratması nedeni ile etkinlik gerekçesi çerçevesinde değerlendirilemeyeceğini belirtmiştir (dn. 1. para 81). Detaylı bilgi için bkz. Kocabaş (2008, 38-39)

³³ Bkz. dn. 3.

³⁴ A.g.k. para 95.

³⁵ Irish Sugar pls v Commission Case T-228/97, [1999] ECR II -2969.

³⁶ A.g.k. para. 189.

1.3.2.1. Haklı Gereçde Meşru Menfaat ve Orantılılık İlkeleri

AB içtihadı, *prima facie* ihlal niteliğinde olan bir davranışın gerekçelendirilebilmesi için meşru bir menfaatin varlığının elzem olduğunu ve bu menfaatin orantılı biçimde savunulması gerektiğini açık biçimde göstermektedir (Loewenthal 2005, 465). Eilmansberger'e (2005, 133-137) göre *meşru menfaat* kavramında 102. maddenin hedeflediği iki amaç saklıdır: Rekabetçi yapının ve tüketici refahının korunması. Söz konusu meşru menfaat, rekabete karşılık verme veya meşru rekabet kapsamında özel meşru ticari menfaat olabileceği gibi, nesnel zorunluluk gerekçesi kapsamında bir kamu menfaati de olabilmektedir (Whish 2003, 208 ve Sufirin ve Jones 2008, 332). Aşağıda meşru ticari menfaat, meşru kamu menfaati ve orantılılık ilkeleri ayrıntılı incelenecektir.

1.3.2.1.1. Meşru Ticari Menfaatin Varlığı İlkesi

Bir teşebbüsün hâkim durumda olmasının meşru ticari menfaatlerini koruma hakkını elinden almadığı, içtihatla ilkesel olarak kabul edilmiştir. Verilen kararlarda meşru ticari menfaatin *meşru rekabette*n, mali yükümlülüklerini yerine getirmeyen alıcıya mal vermeyi reddetmeye kadar oldukça geniş bir yelpazede ele alındığını belirtmek mümkündür. Bununla birlikte bu menfaatin kapsamı iktisadi ve hukuki belirlilikten uzaktır (Llorens 2007, 1746-1747). Kavramın, pazar payını arttırmayı amaçlayan politikaları kapsayıp kapsamadığı belirsizdir (Rousseva 2010, 260-261). Bu nedenle kanımızca, konuya ilişkin kavramsal belirlilik içtihatla nelerin meşru ticari menfaat olarak kabul edilmediği şeklinde bir tersten okuma ile sağlanabilecektir.

AB içtihadının analizi, haklı gerekçe teşkil edebilecek meşru ticari menfaatlerin en önemli sınırlayıcısının 102. maddeye yön veren genel ilkeler olduğunu göstermektedir (Rousseva 2010, 279-280; Loewenthal 2005, 455-456). Bu bağlamda, Gyselen'in (2003,7) pazar kapama etkisinin ispatında kullanılacak üç standarttan biri olarak nitelendirdiği *dışlayıcı niyetin varlığı* halinde, herhangi bir meşru ticari menfaatin savunulması söz konusu olamayacaktır (Sinclair 2004, 494-495).

*AKZO*³⁷ ve *Tetra Pak II*³⁸ kararlarında AAD; ortalama değişken maliyetin altındaki fiyatların, rakibi dışlama niyeti bakımından karine teşkil ettiğini belirtmiştir³⁹. Birlik Mahkemeleri, ortalama değişken maliyetlerin üzerinde de olsa dışlayıcı niyetin tam olarak ortaya konulduğu hallerde, ortalama toplam

³⁷ AKZO Chemie BV v. Commission, Case C-62/86 [1991] ECR I-3359

³⁸ Tetra Pak International SA v. Commission, Case C-333/94 P [1996] ECR I-5951

³⁹ A.g.k. para. 41.

maliyetin altında kalan fiyatları da *per se* ihlal olarak değerlendirmiştir⁴⁰. Dışlayıcı niyetin varlığına ilişkin bu karine meşru ticari menfaati geçersiz kılmaktadır. Birlik mahkemelerinin, niyet ve meşru ticari menfaat ilişkisine yaklaşımını daha net biçimde ortaya koyan bir başka karar *Compaigne Maritime Belge*⁴¹ kararıdır. Seçici ve yıkıcı fiyatlamaya ilişkin davada, birlikte hâkim durumdaki taşımacılık konferansı, fiyatlarının *AKZO testi* çerçevesinde yıkıcı fiyat olmadığını ve rekabete karşılık vererek meşru ticari menfaatini korumaya çalıştığını belirtmiş olsa da Genel Mahkeme toplantı tutanaklarında yer alan “*rakipten kurtulmaya*” dair ifadelerin dışlayıcı niyeti açıkça gösterdiğini değerlendirmiş⁴² ve haklı gerekçeler öne sürülemeyeceğini belirtmiştir⁴³. Bu kararlar, Birlik Mahkemelerinin, dışlayıcı niyetin varlığına karine teşkil eden hallerin yanı sıra dışlayıcı niyetin subjektif olarak tespit edildiği hallerde de meşru ticari menfaatin savunulamayacağını göstermektedir⁴⁴.

İçtihat, pazar kapama etkisi yaratan eylemler bakımından fikri mülkiyet haklarının da meşru ticari menfaat olarak güvenli liman sağlayamayacağını göstermektedir. *Compaigne Maritime Belge*⁴⁵ ve *British Leyland*⁴⁶ kararlarında Genel Mahkeme münhasır bir hakka sahip olan hâkim durumdaki teşebbüsün anlaşma yolu ile dercedilen veto yetkisini üçüncü kişilerin pazara girişini gözeterek kullanma sorumluluğu altında olduğu değerlendirmesinde bulunmuştur.

Görüldüğü üzere, AB uygulamasında hâkim durumdaki teşebbüse ilkesel olarak meşru ticari menfaatlerini savunma hakkı tanınmış olsa da dışlayıcı niyet veya etkinin ortaya konulduğu davranışlar bakımından meşru ticari menfaatlerini savunabilmesi oldukça güçtür.

1.3.2.1.2. Meşru Kamu Menfaatinin Varlığı İlkesi

102. madde uygulamasının salt iktisadi hedeflerin ötesinde de amaçlar içerdiği yönündeki görüşler 102. madde uygulamasında kamu menfaatinin de dikkate alınmasını gündeme getirmektedir (Eilmansberger 2005, 138-139). Örneğin hâkim durumda bulunan teşebbüsün “teknik, güvenlik veya etkinlik

⁴⁰ Bkz. d.n. 37 para. 41.

⁴¹ *Compaigne Maritime Belge Transports SA and Others v. Commission* T-24/93, T-25/93, T-26/93, T-28/93 (1996) ECR II-1201.

⁴² A.g.k. para. 146.

⁴³ A.g.k. para. 147-148.

⁴⁴ Loewenthal (2005, 470- 471). Aksi yönde bir yorum için bkz. GloxoSmithKline kararında Kanun Sözcüsü Jacobs’un görüşü <http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/gettext.pl?lang=en&num=79958971C19030053&doc=T&ouvert=T&seance=CONCL>

⁴⁵ Bkz. dn. 41, para. 108

⁴⁶ *British Leyland v Commisiion* Case T 226/84 [1986] ECR 3263 para 21-24.

standartları ile çelişeceği” gerekçesi ile zorunlu unsur niteliğindeki mal veya hizmetin erişimine sınırlama koyduğu durumlarda kamu menfaati gündeme gelebilmektedir (Lang 2004, 272). Benzer şekilde içtihatları sınırlı sayıdaki kararda kamu menfaatinin ilkesinin hâkim durumdaki teşebbüsler tarafından da kullanıldığı görülmektedir. Buna karşın Birlik Mahkemeleri *Hilti* ve *Tetra Pak II* kararlarında olduğu gibi kamu sağlığı ve ürün güvenliği temelindeki meşru kamu menfaati gerekçelendirmelerini kabul etmemiştir⁴⁷.

Öte yandan AAD’nin hâkim durumda bulunan teşebbüs birliklerinin, üyelerinin çıkarlarını etkin ve gerekli biçimde koruması çerçevesinde sınırlamalar getirmesini meşru bir kamu menfaati olarak yorumladığı kararlar⁴⁸ bulunmakla birlikte bu kararların hepsinde oldukça katı bir orantılılık testinin uygulandığı görülmektedir. Dolayısıyla meşru ticari menfaat gibi meşru kamu menfaati de hâkim durumdaki teşebbüslerin *prima facie* ihlal niteliğindeki davranışları için ilkesel olarak kabul edilse de bu durumun kararlara pek yansımadağı görülmektedir.

1.3.2.1.3. Orantılılık İlkesi

Hâkim durumdaki teşebbüsün davranışının gerekçelendirilebilmesi için davranışın korumaya çalıştığı menfaat ile orantılı olması ve rekabeti zorunlu olandan fazla sınırlamaması içtihatları genel kabul görmüştür. Bununla birlikte hâkim durum davalarında bu kavramın kullanımı, öngörülebilir yöntem ve testlerden uzak *ad hoc* nitelikte oldukça sorunlu bir alandır (Sufrin ve Jones 2008, 333).

Birlik hukukunun genel ilkelerinden biri olan orantılılık ilkesi, meşru bir menfaatin, makul (*reasonable*) biçimde, zorunlu (*necessary*) olanın ötesine geçmeden elde edilmediğinin analizini yapmak adına geliştirilmiştir (Craig ve De Burca 2003, 372). Orantılılık ilkesi kendi içinde iki test içermektedir: (i) kullanılan araç ya da yöntemlerin yasal olarak korunan menfaati makul biçimde elde edebilmek için uygun olup olmadığına yönelik “uygunluk” (*suitability*) testi ve (ii) davranışın zorunlu olup olmadığını inceleyen “zorunluluk” (*neccesity*) testi⁴⁹.

Komisyon’un *Boosey & Hawkes*⁵⁰ kararında hâkim durumdaki teşebbüsün, kendisine rakip ürünler üretmeye başlamasının ardından eski müşterilerine mal arzına son vermesi incelenmiştir. Komisyon kararında aşağıda yer verilen değerlendirmede bulunmuştur;

⁴⁷ Bkz. dn. 22 ve dn. 23.

⁴⁸ Belgie Radio v SV SAVAM Case 127/73 [1973] ECR 313; Gottrup Klim v Dansk Case C 250/92 [1994] ECR 5641 ve Ministre Public v Tournier Case 395/87 [1989] ECR 252.

⁴⁹ Carig ve De Burca (2003, 372 – 373). Öte yandan bazı yazarlar orantılılık testinin davranışın elde edilmeye çalışılan menfaatte öngörülenden daha fazla etki yaratmamasına yönelik *stricto sensu* bir orantılılık testi içerdiğini de savunmaktadırlar.

⁵⁰ BBI/Boosey & Hawkes, 87/500 (1987) OJ L286/36

“...Hâkim durumdaki sağlayıcının müşterisinin rakiplerle ilişkili hale gelmesi ya da bizzat rakibi olması, sağlayıcıya mal arzını derhal sona erdirmeye ya da müşterisine karşı misillemede bulunma hakkı vermez⁵¹.”

Bu değerlendirmenin ardından Komisyon alıcının ekonomik bağımlılığını göz önüne alarak ihlal sonucuna ulaşmıştır. Benzer şekilde *United Brands* kararında da, rakip ile ilişkili hale gelen alıcıya mal arzının kesilmesi orantılılık ilkesine aykırı bulunmuştur. Bu kararında AAD, orantılılık ilkesinin uygulanması bakımından “*rekabet halindeki teşebbüslerin ekonomik güçlerinin*” göz önünde bulundurulması gerektiğini belirtmiştir⁵².

Böyle bir yorum, hâkim durumdaki teşebbüsün davranışı ile pazar gücü ile ilişkilendirmekte (Jones ve Sufrin 2008, 335) ve kötüye kullanmanın hâkim durumun kendisinden bağımsız, “nesnel bir kavram” olduğu ilkesi ile açık biçimde çelişmektedir (Llorens 2007, 466). İlk olarak *Tetra Pak II* kararında dile getirilen ve *Compaigne Maritime Belge* kararına ilişkin görüşünde Kanun Sözcüsü Fenelly⁵³’in de savunduğu “süper hâkim durum” (*super dominance*) kavramı bu yorumu daha sorunlu hale getirmektedir. Fenelly, hâkim durumdaki teşebbüsün maliyet üstü fiyatlarının *genellikle* ihlal olarak nitelendirilmediğini, buna karşın; *tekel gücüne yakın bir gücü elinde bulunduran teşebbüsün seçici fiyat indirimlerinin, rekabet ortadan kaldırma niyeti ile birlikte* farklı değerlendirilebileceğini belirtmiştir⁵⁴. Loewenthal’a (2005, 466) göre, bu değerlendirmenin orantılılık ilkesi bakımından işaret ettiği iki önemli husus vardır: (i) hâkim durumdaki teşebbüslerin özel sorumlulukları pazar güçleri ile orantılı biçimde artmakta ve (ii) hâkim durumdaki teşebbüs için orantılı olan bir davranış süper hâkim durumdaki bir teşebbüs için orantılı olarak kabul edilememektedir. Kanımızca, böyle bir yorum orantılılık ilkesi bakımından genel bir ilkeden bahsedilemeyeceğini, içtihadın pazar gücüne bağlı *ad hoc* nitelikteki kararlar üzerine inşa edildiğini göstermesi bakımından önem taşımaktadır.

Yukarıda yer verilen değerlendirmeler pazar yapısını etkileme ya da pazara girişleri önleme/zorlaştırma potansiyeli olan hâkim durumdaki teşebbüslerin, meşru ticari menfaatlerini veya meşru kamu menfaatini orantılılık ilkesine uygun biçimde korumalarının neredeyse imkansız olduğunu göstermektedir (Rousseva 2010, 265). Bu bağlamda, ilkeler ile kararlar arasındaki tutarsızlık, haklı gerekçelerin de modernizasyon sürecinde etraflıca ele alınmasına neden olmuştur.

⁵¹ A.g.k. para. 19.

⁵² Bkz. dn. 16.

⁵³ Opinion of AG Fenelly, C-395/96P *Compaigne Maritime Belge Transports SA and Others v Commission* (2000) ECR I-165

⁵⁴ A.g.g. para. 132.

1.4. MODERNİZASYON SÜRECİNDE HAKLI GEREKÇE

1.4.1. 102. Maddenin Modernizasyonuna Giden Süreç ve Komisyon Rehberi

1990'ların başından itibaren AB rekabet hukuku gündemini iktisadi/etki temelli yaklaşımı öngören reformlar meşgul etmeye başlamıştır (Madan 2008, 10). 1990 yılında yürürlüğe giren ve önemli iktisadi yaklaşımlar içeren 4064/89 sayılı Birleşme Tüzüğü ile başlayan bu reform çalışmaları 2002 yılında kabul edilen 101. ve 102. maddenin modernizasyonuna ilişkin paketle hız kazanmıştır. Bu bağlamda özellikle 101. madde ve devralmalar kapsamında “iktisadi yaklaşım” eksenli önemli düzenlemeler yapılmıştır (Kellerbauer 2010, 176).

AB rekabet hukukunun diğer alanlarındaki modernizasyon çabalarına rağmen 2005 yılına kadar 102. maddeye ilişkin herhangi bir çalışmanın yapılmaması eleştirileri beraberinde getirmiştir. Hâkim durumdaki teşebbüslere “özel sorumluluk” dayatmasında bulunmak ve rakipleri korumaktan yana açık bir tavır almak (Fox, 1986, 1017-1018) ile eleştirilen 102. madde uygulamaları bazı yazarlarca “buharlı trenlerin sonuncusu” olarak dahi nitelendirilmiştir (Sher 2004, 243). Nihayet 2005 yılında Komisyon, Ekonomik Danışma Kurulu'na 102. maddenin modernizasyonuna ilişkin bir rapor⁵⁵ hazırlatmış ve bu rapor sonucuna göre 2005 yılında Tartışma Metni'ni; 2008 yılında ise Rehber'i yayımlamıştır. Rehber, *per se* yasakların hâkim olduğu şekilci yaklaşımdan, davranışın rekabet üzerindeki etkisinin inceleneceği etki temelli ve iktisadi bir yaklaşıma doğru belirgin bir eğilimi göstermektedir (Lowe 2009, 3). Uygulama sonuçları itibarıyla beklenen etkileri göstermekten uzak olduğu eleştirilerine karşın⁵⁶ Rehber, AB rekabet hukuku uygulaması bakımından her biri önemli yenilikler olan kavram ve testler geliştirmiş (Gravengaard ve Kjaersgaard 2010, 285-286) ve bunun yanı sıra haklı gerekçe için de kavramsal bir çerçeve çizmeye çalışmıştır. Rehber, hâkim durumdaki teşebbüsün davranışı için haklı gerekçeler sunabildiği ya da davranışın rekabet üzerindeki olumsuz etkileri telafi edebilecek nitelikte etkinlik kazanımları sağladığını gösterdiği durumlarda 102. madde yasaklamasının dışında kalacağı bir sistem öngörmüştür⁵⁷.

1.4.2. Tartışma Metni ve Rehber'de Haklı Gerekçe

Komisyon Tartışma Metni'nde haklı gerekçeye “olası savunmalar” başlığı altında değinmiş, bunlara ilişkin koşulların sağlandığı hallerde davranışın 102. madde yasağı dışında kalacağını düzenlemiştir⁵⁸. Rehber'de ise Komisyon, konuyu “nesnel gereklilik ve etkinlik” kapsamında değerlendirerek, “savunma”

⁵⁵ Report by the EAGCP, “An Economic Approach to Article 82”, 2005.

http://europa.eu.int/comm/competition/publications/studies/eagep_july_21_05.pdf

⁵⁶ Genel olarak bkz. Akman (2010).

⁵⁷ Rehber para. 28.

⁵⁸ Tartışma Metni Bölüm 5.5, para. 77

ve “haklı gerekçe” başlıklarından kaçınmıştır⁵⁹. Tartışma Metni’nde Komisyon nesnel zorunluluk, rekabete karşılık verme ve etkinlik olmak üzere, ihlal iddialarına karşı ileri sürülebilecek üç savunmaya yer vermiştir⁶⁰. Bununla birlikte Rehber’de haklı gerekçe kapsamının nesnel zorunluluk ve etkinlik ile sınırlandırıldığı görülmektedir⁶¹. Tartışma Metni’nde “rakiplerden gelen rekabet karşısında zarar minimizasyonu” çerçevesinde ele alınan⁶² ve kapsamı fiyat ihlali niteliğinde olan davranışlar ile sınırlandırılan RKVG’nin Rehber’de tamamen dışlandığı görülmektedir⁶³. Modernizasyon sürecinin en önemli katkılarından biri olan etkinlik gerekçesi bakımından ise hem Tartışma Metni’nde hem de Rehber’de, 101 (3). madde ile paralellik arz eden ve kümülatif nitelikte dört koşul belirtmiştir⁶⁴.

Tartışma Metni’nde haklı gerekçe ve etkinliğin gerek savunmalar başlığı altında değerlendirilmiş olması, gerek etkinlik gerekçesi için 101(3). madde ile benzer koşulların sıralanması gerekse ispat mükellefiyetinin hâkim durumdaki teşebbüse yüklenmesi, 101. maddedeki muafiyet rejimine benzer bir yaklaşımın kabul edildiği yorumlarına yol açmıştır (O’Donoghue ve Padilla 2006, 232). Özellikle etkinlik gerekçesine ilişkin yaklaşım göz önüne alındığında haklı gerekçe bakımından savunma/muafiyet benzeri yaklaşımın Rehber’de de devam ettirildiği görülmektedir. Bu durum, haklı gerekçenin ihlalin varlığına ilişkin tek aşamalı bir analiz ile mi yoksa savunma veya muafiyet yoluyla mı değerlendirilmeye alınacağı noktasında önemli bir yöntem tartışmasına yol açmıştır.

Bu nedenle ilerleyen bölümlerde öncelikle haklı gerekçenin esasına ilişkin ayrıntılı analize yer verilecek, ardından ispat mükellefiyeti bakımından da önemli sonuçları olan haklı gerekçede usul tartışmalarına yakından bakılacaktır.

1.5. BÖLÜM SONU ÖZETİ

102. madde kapsamında yapılacak müdahale sınırını çizen haklı gerekçe AB rekabet hukukunun genel ilkelerinden biridir. AB içtihadı çerçevesinde haklı gerekçeyi, teşebbüslerin ihlal şüphesi uyandıran davranışlarını yasaklama kapsamı dışına çıkaran içtihadî nitelikteki iktisadi ve hukuki ilkeler olarak tanımlamak mümkündür. Nesnel zorunluluk, rekabete karşılık verme ve etkinlik, AB içtihadındaki haklı gerekçe türleridir. İçtihat hukukunda haklı gerekçenin dikkat çeken özelliği analitik bir temelden yoksun ve *ad hoc* nitelikte kararlar ile şekillenmesidir. Bu nedenle etki temelli yaklaşımın benimsenmeye çalışıldığı modernizasyon sürecinde konu daha sistematik biçimde ele alınmaya çalışılmıştır.

⁵⁹ Rehber Bölüm III. D.

⁶⁰ Tartışma Metni para. 77 -78.

⁶¹ Rehber para. 28.

⁶² Tartışma Metni para. 78.

⁶³ Konuya ilişkin bkz. Bölüm 2.

⁶⁴ Tartışma Metni para. 84 ve Rehber para. 30. Konuya ilişkin detaylı bilgi için bkz. Bölüm 2.

BÖLÜM 2

AB REKABET HUKUKUNDA ETKİNLİK VE REKABETE KARŞILIK VERME GEREKÇELERİ

Önceki bölümde yer verildiği üzere AB içtihadında haklı gerekçe, nesnel zorunluluk, etkinlik ve RKVG çerçevesinde ele alınmaktadır. Bu gerekçelerden nesnel zorunluluk gerekçesi, meşru kamu yararı ve piyasa krizleri gibi dışsal faktörler ya da sözleşmesel ilişkilerdeki haklı fesih nedenleri çerçevesinde değerlendirilmekte ve sınırlı bir uygulama alanına sahip olmaktadır. Bununla beraber uygulamanın esas olarak etkinlik ve RKVG etrafında şekillendiği görülmektedir. Bu bölümde söz konusu iki gerekçe ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

2.1. ETKİNLİK GEREKÇESİ

2.1.1. Rekabet Hukuku Uygulamasında Etkinliğin Kavramsal Çerçevesi

İktisadi yaklaşımın hâkim olduğu etki temelli bir rekabet hukuku uygulamasının en gözde kavramlarının başında şüphesiz “etkinlik”⁶⁵ gelmektedir. Brodley’e (1991, 97) göre, rekabet hukukunun birbirinden ayrı düşünülemeyecek nihai bir amacı (*iktisadi etkinlik*) bir de bu amaca giderken kullandığı aracı (*tüketici refahı*) vardır. Broadley’in “*antitröst refahı*” olarak nitelendirdiği bu süreçte, toplam toplam refahın arttırılmasını sağlayacak iktisadi etkinlik, tüketicilerin bu refahtan uygun bir pay alabilmeleri şartına tabidir (Brodley 1991, 98). Ne var ki bu yaklaşım bazı açılardan refah ekonomisine ilişkin iktisadi teoriler ile çelişmektedir. Refah ekonomisinin bir konusu olan iktisadi etkinlik, ekonomideki

⁶⁵ Komisyon’un rekabetten sorumlu eski üyesi Neelie Kroes’in “*Etkinlik savunması için bir yol bulmalıyız.*” dediği konuşması için bkz Preliminary Thoughts on Policy Review of Art 82 Speech/05/537

kıt kaynakların kullanımının kişilerin faydası ve refahı üzerindeki etkilerini incelemektedir (Parasız 2002, 283). Refah iktisadının etkinliğe ilişkin en önemli önermeleri, refahı kişilerin faydasının bir fonksiyonu olan “sosyal refah” üzerinden açıklamakta (Sanlı 2007, 39) ve refah dağılımı sorununu göz ardı etmektedir⁶⁶. Bu nedenle refah iktisadının tüketici ve üretici refahı bakımından ayırım yapmayan “toplam refah” anlayışı ile rekabet hukukunun “tüketici refahından” yana olan tutumu bazı çatışmalar doğurabilecek niteliktedir. Bu gerilimi besleyen bir diğer unsur da farklı etkinlik türleri arasındaki ödünleşimlerdir.

2.1.1.1. Etkinlik Çeşitleri ve Refah Standardı: Ödünleşim Sorunu

Etkinliğin, üretimde etkinlik, tahsis etkinliği ve dinamik etkinlik olmak üzere üç çeşidi bulunmaktadır. Üretimde etkinlik, çıktı ilerlemesi⁶⁷ ya da girdi ilerlemesi⁶⁸ yolu ile kaynakların daha verimli kullanılmasını ifade ederken; tahsis etkinliği ekonomideki kıt kaynakların azami faydayı sağlayacak şekilde dağıtılmasını ifade etmektedir (Sanlı 2007, 43). Statik etkinlik türleri olarak bilinen tahsis etkinliği ve üretimde etkinlik “belirli bir zamandaki refaha” ilişkin kavramlardır (Evans, Quicley ve Zhang 2003, 465). Dinamik etkinlik ise “belirli bir döneme” ilişkin bir kavram olarak araştırma-geliştirme (ar-ge) ve yatırım harcamaları sonucunda ekonomide yeni ürünlerin üretilme hızına referansta bulunmaktadır (Motta 2004, 55).

Farklı etkinlik türlerinin varlığına ilişkin önemli bir sorun, bu etkinlik türlerinin her zaman birbirleri ile uyumlu olmaması ve bunlar arasında zaman zaman ödünleşimlerin gündeme gelmesidir (Geradin 2004, 4). Örneğin, hâkim durumdaki teşebbüslerin uzun vadede dinamik etkinlik kazanımları için elzem olan bazı davranışları kısa vadede mal arzının kısıtlanması ve fiyatların yükselmesi suretiyle kaynak tahsisinde etkinsizliğe yol açabilmektedir (Elhaug 2003, 294-296; Riziotis 2008, 99-100). Bu ödünleşim net etkinlik analizini geçekleştirmeyi ciddi anlamda güçleştirmekte ve rekabet otoritelerini etkinlik türleri arasında bir politika tercihi yapmaya zorlamaktadır.

⁶⁶ Refah iktisadının önemli önermelerinden “Pareto optimum etkinlik”; tam rekabetin ideal koşullarının sağlanması durumunda kaynakların toplam refahı maksimize edecek etkin biçimde üretilip tahsis edileceğini belirtmektedir (Ünsal 2001, 498). Pareto etkinlik, refahı “toplam refah” üzerinden açıklamakta ve refah dağılımı sorununu göz ardı etmektedir. Pareto etkinliğin hiç kimsenin refahını azaltmama gibi kısıtlayıcı koşulu “Kaldor - Hicks etkinliği” ölçütü ile dengelenmeye çalışılmıştır. Buna göre bir işlemden veya politikadan olumlu etkilenen kişiler olumsuz etkilenen kişileri potansiyel olarak telafi edebiliyor ve telafi sonrası geriye “net refah” kalıyorsa o işlemin Kaldor Hicks ölçütlerine göre etkin olduğu kabul edilebilecektir (Sanlı 2007, 55). Bununla beraber Kaldor Hicks ölçütü de refahın mutlak düzeyi ile ilgilenmekte fakat bunun dağılımı göz ardı etmektedir.

⁶⁷ Aynı kaynak girdileri ile daha fazla çıktı üretilmesi.

⁶⁸ Aynı çıktının daha az girdi ile üretilmesi.

Bu noktada kilit kavramlardan biri, rekabet otoriteleri tarafından etkinlik türlerine verilen *görelî önem*dir. Esasen bu durum rekabet otoriteleri tarafından kabul edilen refah standardı ölçütü ile doğrudan ilgilidir. Yukarıda yer verildiği üzere iktisatçılar genellikle “sosyal refaha” odaklanırken (Bishop ve Walker 2002, 24); AB rekabet hukuku rejiminin merkezinde “tüketici refahı” bulunmaktadır⁶⁹. Tüketici refahından yana yapılan bu tercih, fiyatları marjinal maliyetlere eşitleyerek tüketici refahını en fazla arttıran etkinlik türü olan tahsis etkinliğini diğer etkinlik türlerine göre öncelikli hale getirmektedir (Geradin 2004, 5). Bu durum, teşebbüslerin sadece üretici fazlasına yol açan etkinlik kazanımlarının rekabet otoriteleri bakımından yeterli olmayacağı anlamına gelmektedir (Bishop ve Walker 2002, 24).

Öte yandan sadece kısa vadeli tüketici refahına odaklanan ve teşebbüslerin kârlarını şüphe ile karşılayan yaklaşım, teşebbüslerin yatırım güdülerini azaltarak dinamik etkinliğe zarar vereceği gerekçesi ile eleştirilmiştir (Elhauge 2003, 253). Dinamik etkinlik kazançları, uzun dönemde ekonominin üretim kapasitesini ve sosyal refahını arttıran inovasyonların (Broadley 1991, 99) teminatı olarak görülmektedir. Bu nedenle son dönemde literatürde, dinamik etkinlik kazançlarının korunması gerekliliği daha sık vurgulanır hale gelmiş⁷⁰, dinamik etkinlik kazançları da en az tahsis etkinliği kadar önemsenmeye başlanmıştır. Bununla birlikte uzun vadede refah artışına katkı sağlayan dinamik etkinlik kazançları ile kısa vadede tüketici refahını etkileyen tahsis etkinliği arasındaki ödünleşim rekabet otoriteleri bakımından esaslı bir sorundur. Böyle bir tercih zorunluluğu ile karşılaşan rekabet otoriteleri, pragmatik bir tercihin sonucu olarak açık biçimde statik etkinliktен yana tavır aldıkları gerekçesi ile eleştirilmektedir (Kozak 2009, 7).

2.1.1.2. Rekabet Hukuku Uygulamasında Etkinlik Değerlendirmesinin Gerekliliği

Farklı etkinlik çeşitleri arasındaki ödünleşimler etkinliğe ilişkin soyut ekonomik ilkelerin hayata geçirilmesini zorlaştırmaktadır. Bunun yanı sıra literatürde, etkinliğin tüketici refahı için *her şey* olmadığını, etkinlik kaygısının uzun vadede rekabetçi bir piyasa yapısı ile dengelenmesi gerektiğini savunan görüşler de bulunmaktadır (Riziotis 2010, 100). Ordoliberal ekolün bir uzantısı olan bu argüman AB içtihadında “*bir kurum olarak rekabetin korunması*” ilkesi

⁶⁹ Komisyon, etkinlik kazanımlarının haklı gerekçe olarak kabul edilebilmesi için Tartışma Metni’nde doğrudan “*tüketicilere yarar sağlama*” koşulunu getirmiş, daha sonra Rehber’de ise söz konusu koşulu “*etkinlik kazanımlarının tüketici refahı ve rekabet üzerindeki olumsuz etkileri telafi etmesi*” şeklinde düzenlemiştir. İfade biçimlerindeki farklılıklara rağmen her iki koşulun özünde tüketici refahının korunması amacının bulunduğu açıktır.

⁷⁰ Genel olarak bkz. Baker (2007).

ile kendini göstermektedir⁷¹. Bu yaklaşım çerçevesinde etkinliğin en önemli sınırı, *rakibin olmadığı yerde rekabetin olmayacağı* prensibidir.

Buna karşın hâkim durum davalarında etkinlik temelli bir iktisadi yaklaşımın uygulanamayacağı sonucuna ulaşmak gerek literatür ve gerekse güncel tartışmalar bakımından hatalı bir yargı olacaktır. Nitekim egemen iktisadi ekolün yaygın önermeleri, etkinlik analizinin öncelikle, ikinci tip hatanın⁷² yol açacağı *bozucu etkilerden (chilling effect)* kaçınmak için gerekli olduğunu savunmaktadır (Bourgeois 2009, 350). Etkinlik değerlendirmelerini dikkate almayan bir uygulama teşebbüslerin tüketicilerin yararına etkin biçimde rekabet etmelerini engelleyecek; rekabet hukuku uygulamaları toplam refahı arttıran değil, azaltan bir hal alacaktır (Lugard 2009, 438). Öte yandan belirsiz koşulların varlığında teşebbüslerin, davranışlarının gelecekteki sonuçlarını *ex ante* görmeleri oldukça güçtür. Waelbroeck (2010, 119-120) hâkim durumdaki teşebbüslerin etkinlik yaratan politikalarını rakipleri için agresif oldukları gerekçesi ile cezalandıran bir uygulamanın sadece etkinlik kayıplarına yol açmayacağını, etkin olmayan rakiplerin korunmasına ve hatta teşebbüsler arasında işbirliklerinin kolaylaşmasına yol açacağını savunmuştur. Teşebbüslerin davranışlarını etkinlik temelinde savunabileceklerini bilmeleri rekabetçi güdülerini korumaları, rekabet hukukunun nihai amacının sağlanması ve rekabeti bozucu etkilerin önlenmesi bakımından elzemdir. Bu bağlamda, yukarıda yer verilen değerlendirmeler etkinliğin tüm uygulama zorluklarına karşın rekabet otoritelerinin elindeki vazgeçilmez araç olduğunu göstermektedir.

Etkinliğin bu kısa kavramsal çerçevesinin ardından 102. maddenin modernizasyonu sürecinde AB’de etkinliğin ele alınış biçimi yakından incelenecektir.

⁷¹ NDC Health v IMS Health Case C-481/01 P (R), ECR I 3401, para. 84.

⁷² “Hatalı Pozitif”, rekabet otoritesi ya da mahkemenin rekabetçi olan bir davranışı yasal bulmayarak cezalandırmaları sonucunda ortaya çıkan refah kaybıdır. “Hatalı Negatif” olarak nitelendirilen “Birinci Tip Hata” ise, rekabet otoritesi veya mahkemenin rekabetçi olmayan bir davranışı yasal bularak müdahale etmediği ve tüketici zararına yol açtığı durumlarda ortaya çıkmaktadır.

2.1.2. 102. Maddenin Modernizasyon Sürecinde Etkinlik Değerlendirmesi

2.1.2.1. Etkinlik Değerlendirmesinde Çift Başlılık: Meşru Rekabet ve Haklı Gerekçe

Etkinlik, esasen modernizasyon öncesi süreçte de AB içtihadına yabancı bir konu değildir. *Hoffmann La Roche*⁷³, *AKZO*⁷⁴ ve *Irish Sugar*⁷⁵ kararlarında Birlik Mahkemeleri rakiplerin dışlanmasına yol açsa bile meşru rekabet kapsamındaki davranışların ihlal teşkil etmeyeceğini belirtmişlerdir⁷⁶. Öte yandan bazı etkinlik kazançlarının hem meşru rekabet hem de haklı gerekçe kapsamında sunulması söz konusu olabilmektedir (Loewenthal 2005, 459). Bu durum *meşru rekabet* ile haklı gerekçenin esasta aynı şey olduğu; etkinliğin farklı aşamalarda değerlendirilmesinin sonucu değiştirmeyecek olması nedeniyle iki kavram arasında ayırımın yapay olduğu yorumlarına yol açmıştır (Loewenthal 2005, 459).

Buna karşın Kozak (2009, 9) AB Komisyonu'nun meşru rekabete ilişkin OECD'nin yuvarlak masa toplantılarına yaptığı katkıya⁷⁷ dikkat çekerek, değerlendirmeye alınan etkinliklerin doğasında yatan farklılıklardan ötürü iki kavramın ayrı ele alınması gerektiğini savunmaktadır. Buna göre daha iyi ürün, ticari akıl ya da genel olarak rakiplerden daha iyi performans göstermek meşru rekabet olarak değerlendirilirken (Elhauge 2003, 701); ölçek ekonomisi gibi statik ya da yatırım güdüsünün artması gibi dinamik etkinlikler haklı gerekçe kapsamında savunulabilecek etkinlik türleridir. Her iki durumda da bazı etkinlik değerlendirmeleri söz konusu olmakla birlikte meşru rekabet kapsamında öne sürülen etkinlikler davranışı tamamen yasaklama kapsamı dışına çıkarırken, diğer etkinlikler haklı gerekçe kapsamında savunulabilecektir.

2.1.2.2. Tartışma Metni ve Rehber'de Etkinlik Değerlendirmesi.

2.1.2.2.1. Tartışma Metni

Tartışma Metni'nde Komisyon haklı gerekçe ve etkinliğe yer verdiği *olası savunmalar* başlığı altında etkinlik gerekçesinin genel ilkelerini belirlemiş, aynı zamanda her bir ihlal türü için olası etkinlik savunmalarını değerlendirmiştir. Komisyon, 102. madde uygulamalarında etkinlik savunması bakımından ön

⁷³ Bkz. dn. 1.

⁷⁴ Bkz. dn. 37.

⁷⁵ Bkz. dn. 35.

⁷⁶ A.g.k. para. 111. Bu yorumun Ordoliberal ekolde etkinlik anlayışının dolaylı hedeflerden biri olduğunu savunan görüşler için bkz. Möschel (1989, 146).

⁷⁷ OECD Competition on Merits Roundtable. <http://www.oecd.org/dataoecd/7/13/35911017.pdf>

koşul olarak kabul ettiği ve 101(3). madde ile büyük benzerlik taşıyan kümülatif nitelikte dört koşul belirlemiştir⁷⁸. Buna göre hâkim durumdaki teşebbüs etkinlik savunması çerçevesinde davranışın:

- (i) Etkinlik kazanımları sağladığını ya da etkinlik kazanımlarının gerçekleşmesinin muhtemel olduğunu
- (ii) Etkinliklerin gerçekleştirilebilmesi bakımından vazgeçilmez (*indispensable*) olduğunu
- (iii) Tüketicilere yarar sağladığını
- (iv) İlgili pazarın önemli bir bölümünde rekabeti ortadan kaldırılmadığını

göstermek durumundadır.

Bu koşullardan ilki mal ve hizmetlerin üretiminde ve dağıtımında iyileştirmenin sağlanması veya teknik ya da iktisadi gelişmelere yol açması gerekliliğini ifade etmektedir⁷⁹. İkinci koşul ise AB içtihadındaki orantılılık yaklaşımı ile paralel şekilde, davranışın alternatifler içinde rekabeti en az kısıtlayan yöntem olmasını gerektirmektedir⁸⁰. Tüketici refahı yaklaşımının bir uzantısı olan üçüncü koşulda ise Komisyon, tüketici refahını azaltan davranışların etkinlik temelinde gerekçelendirilebilmesinin mümkün olmadığını belirtmiştir⁸¹. Etkinliklerin “zamanlaması” da önemlidir. Komisyon uzun dönemde gerçekleşecek etkinlik kazanımlarına daha az önem verileceğini vurgulamıştır⁸². Pazar yapısına vurgu yapan son koşul ise ilgili pazarın önemli bir bölümünde rekabetin azaltılması halinde kaynak tahsisinde oluşacak etkinsizliklerin ve bunun sosyal maliyetinin kısa dönemdeki etkinlik kazanımlarını bertaraf edeceğini savunmaktadır⁸³. Bu bağlamda Komisyon pazar payı %75’i geçen teşebbüslerin son koşulu sağlamalarının mümkün görünmediği değerlendirilmesinde bulunmuştur⁸⁴.

Pazarın rekabetçi yapısını koruma kaygısının Tartışma Metni’nde temel kavramlardan olduğu görülmektedir. Komisyon, hâkim durumdaki teşebbüs tarafından elde edilen etkinlik kazanımlarının tüketici refahına yansımalarının pazardaki rekabetçi baskının varlığına bağlı olduğunu varsaymaktadır. Bu nedenle

⁷⁸ Tartışma Metni para. 84.

⁷⁹ Tartışma Metni para. 85.

⁸⁰ Tartışma Metni para. 86.

⁸¹ Tartışma Metni para. 88.

⁸² Tartışma Metni para. 89.

⁸³ Tartışma Metni para. 91.

⁸⁴ Tartışma Metni para. 92.

pazar payı çok yüksek olan teşebbüslerin, hâkim durumlarını güçlendirecek davranışlarının tüketici refahına yansiyacak etkinlik kazanımları sağlamalarının güç olduğunu değerlendirmiştir⁸⁵. Pazarın yapısına ilişkin bu vurgu, tüketici refahı ve etkin kaynak tahsisinin bir unsuru olarak 102. maddenin pazardaki rekabetçi yapıyı koruduğu anlayışının bir uzantısıdır (O'Donoghue ve Padilla 2008, 231).

Etkinlik gerekçesi için ön şart niteliğindeki bu koşulların ispat yükümlülüğünün hâkim durumdaki teşebbüste olduğunu açık biçimde belirten Komisyon, ardından bazı ihlal türleri için olası etkinlik savunmalarına yer vermiştir⁸⁶. Fakat Komisyon'un Tartışma Metni'nde benimsediği yöntem karmaşık ve çelişkilidir (Kozak 2009, 18). Komisyon bir yandan etkinlik gibi haklı gerekçelerin yokluğunu mal vermenin reddi ve bağlama uygulamalarının ihlal teşkil edebilmesi için ön koşul olarak ararken⁸⁷ bir yandan da etkinliği bu ihlal türleri bakımından bir savunma olarak değerlendirmektedir. Komisyon'un aynı zamanda Tartışma Metni'nde yıkıcı fiyat için etkinlik gerekçesi sunulamayacağı yönünde bir tavır aldığı görülmektedir⁸⁸.

2.1.2.2.2. Rehber

Rehber'de ise Tartışma Metni'nden farklı olarak, etkinlik için "savunma" (*defence*) terimi kullanılmamıştır. Bununla birlikte hâkim durumdaki teşebbüsün rakiplerin dışlanmasına yol açan davranışları için etkinlik gerekçesi sunulabileceği yönündeki yaklaşım Rehber'de de korunmuştur⁸⁹. Bu bakımdan Tartışma Metni'nde olduğu gibi Rehber'in ruhunda da etkinlik için iki basamaklı muafiyet benzeri yaklaşımın benimsendiğini söylemek mümkün görünmektedir (Kozak 2009, 20).

Tartışma Metni'nde yer verilen iki koşul Rehber'de bazı ifade değişikliklerine tabi tutulmuştur. Bu bağlamda etkinlik kazanımlarının tüketiciye fayda sağlaması koşulu doğrudan dile getirilmemiş, bunun yerine *etkinlik kazanımlarının tüketici refahı ve rekabet üzerindeki olumsuz etkileri telafi etmesi gerektiği* koşuluna yer verilmiştir⁹⁰. Fakat bu durum, etkinlik kazanımlarının tüketiciye yansıtılması koşulunun kaldırdığı anlamına gelmemektedir. Rekabetçi pazar yapısının korunmasının etkinlik kazanımlarının tüketicilere yansıtılması bakımından gerekliliğine yapılan vurgu bu koşulun önemini koruduğunu

⁸⁵ Tartışma Metni para. 90. Komisyon talep esnekliğinin düşük olduğu pazarlarda hâkim durumu güçlendirecek davranışlar itibarıyla de benzer bir yaklaşım sergilemektedir.

⁸⁶ Bu etkinlik gerekçeleri için bkz. EK-1.

⁸⁷ Tartışma Metni para. 218.

⁸⁸ Tartışma Metni para. 224.

⁸⁹ Rehber para. 30.

⁹⁰ A.y.

göstermektedir. Tartışma Metni'ndeki koşullarda yapılan ikinci revizyon ise pazarın önemli bir bölümünde rekabetin sınırlanmaması koşulunun “*etkin rekabet*” kavramı ile ikame edilerek kapsamının daraltılmasıdır. Bununla birlikte Tartışma Metni'nde olduğu gibi Rehber'de de Komisyon, rakipler arasındaki rekabetin varlığının etkinliğin lokomotifi olduğu yönündeki yaklaşımını korumuştur. Bu çerçevede Komisyon bazı durumlarda daha az etkin teşebbüslerin de hâkim durumdaki teşebbüs üzerinde rekabetçi baskı yaratabileceğini belirtmektedir⁹¹.

Rehber'de korunan bir başka yaklaşım ise, etkinliklere ilişkin ispat yükümlülüğünün hâkim durumdaki teşebbüste olmasıdır⁹². Bununla birlikte Rehber'de yer verilen yaklaşım daha detaylandırılmıştır. Buna göre hâkim durumdaki teşebbüs etkinliklerin gerçekleşeceğine ispatladıktan sonra rekabetçi ve rekabet karşıtı etkileri karşılaştırma yükümlülüğü Komisyon'da olacaktır⁹³. Etkinliğe hem ihlalin unsuru hem de savunma olarak yer veren karmaşık yaklaşıma Rehber'de rastlanmamakta, bunun yerine etkinliğin Rehber'de sadece son aşamada bir savunma olarak analize dahil edildiği görülmektedir⁹⁴.

Gerek Tartışma Metni ve gerekse Rehber'de belirtilen koşullar göz önüne alındığında Komisyon tarafından benimsenen etkinlik değerlendirmesinin özü itibarıyla bir “tüketici refahı” testi olduğu görülmektedir (Riziotis 2008, 93)⁹⁵. Rekabetçi ve rekabet karşıtı etkiler arasında öngörülen “denge testi” ile amaçlanan tüketici refahının maksimizasyonudur. Rehber'de tüketici refahının doğrudan pazarın rekabetçi yapısının korunması ile ilişkilendirildiği görülmektedir. Bu nedenle denge testi kapsamında sadece etkinliklerin ileri sürülmesi yeterli olmayacaktır. Rehber'e göre etkinlik kazanımlarının maliyeti, pazarın rekabetçi yapısının bozulması olmamalıdır. Bu nedenle Rehber'de Komisyon, pazarın rekabetçi yapısını korumak adına daha az etkin teşebbüslerden yana tavır alabileceğini açıkça belirtmiştir. Bu bir anlamda Avrupa'nın piyasa ekonomisi felsefesini yansıtan Ordoliberal ekolün etkisinin devam ettiğini göstermektedir.

2.1.2.3. Tartışma Metni ve Rehber'deki Etkinlik Gerekçesi Yaklaşımına Yönelik Eleştiriler

Komisyon'un Tartışma Metni ve Rehber'deki etkinlik yorumu, gerek etkinlik değerlendirmesinin felsefesi ve gerekse yöntemi bakımından önemli

⁹¹ Rehber para. 24. Bu tür bir kabulün iktisadi prensipler bakımından sorunlu olduğu yönündeki görüşler için bkz. Elhauge (2003, 298 - 300)

⁹² Rehber para 62, 74, 89.

⁹³ Rehber para 31.

⁹⁴ Rehber para. 62,74, 89.

⁹⁵ Genel olarak tüketici refahı testinin belirlenmesine karşın fiyat temelli dışlayıcı davranışlarda eşit etkinlikteki firma testinin uygulandığını belirtmek mümkündür.

eleştirilere maruz kalmıştır. Yöntem bakımından yöneltilen eleştirilerin başında 101. madde çerçevesindeki etkinlik değerlendirmesine ilişkin koşulların 102. madde ile eşleştirilemeyeceği gelmektedir⁹⁶. Bu yönde bir uygulama, ABİDA'nın 102. maddesinde bulunmayan 102 (3)'ün kapısını araladığı ve belirlenen koşulların etkinlik savunmasını imkânsız kılacağı gerekçeleriyle eleştirilmektedir⁹⁷. Woelbroeck (2010, 122), hem Tartışma Metni'nde hem de Rehber'de yer bulan “vazgeçilmezlik ilkesini” etkinlik gerekçesinin önündeki önemli bir engel olarak görmektedir. Hâkim durumdaki teşebbüslerin rakiplerinin fiyat, maliyet ve genel stratejilerine ilişkin bilgi asimetrisi içinde bulunmaları nedeniyle neyin vazgeçilmez olduğuna karar vermeleri oldukça güçtür. Rehber'de, tüketicinin yarar sağlaması koşulu yerine ikame edilen, “öngörülen rekabetçi etkilerin rekabet karşıtı etkiler ile dengelenmesinin” (*denge testi*) nasıl yapılacağına ilişkin bir yöntem Komisyon tarafından belirtilmemiştir. Etkinliklerin ölçüm sorununun yanı sıra bilgi asimetrisi nedeniyle her iki etkinin karşılaştırılmasında önemli pratik zorluklar yaşanacak ve bu durum etkinlik savunmasını güçleştirecektir (Woelbroeck 2010, 122-123).

Pazarda etkin olmayan rakiplerin hâkim durumdaki teşebbüs üzerinde rekabetçi baskı yaratacağı ve ileride etkin bir rakip haline dönüşebileceği varsayımı da eleştirilen yaklaşımlardandır. Bu varsayım uzun vadede gerçekleşebileceğine ilişkin herhangi bir garantisi olmayan ve etkinliği bir savunmadan çok *saldırıya* dönüştüren bir varsayımdır (Woelbroeck 2010, 124). Bu nedenle hâkim durumdaki teşebbüslerin daha az etkin rakiplerini dışlayacak davranışlarının ihlal olarak nitelendirilmesi *bozucu etki* yaratacaktır⁹⁸.

Tartışma Metni ve Rehber'de “kaynakların etkin tahsisinin sağlanması” bakımından kısa dönem statik etkinlikler üzerine yoğunlaşılması dinamik etkinlik bakımından ciddi zararlara yol açacağı nedeniyle eleştirilmiştir (Alhborn

⁹⁶ Komisyon'un 101(3). maddesine benzer bir etkinlik yorumunu 102. madde için tercih etmesinin, uygulamada yeknesaklığı sağlamak ve ispat mükellefiyetini hâkim durumdaki teşebbüse yükleyerek bilgi asimetrisinden doğacak sorunları bertaraf etmek gibi başlıca iki nedeni bulunmaktadır. Bkz Comments by Ashurts to Discussion Paper on the Application of Article 82 of the Treaty to Eclusionary Abuses, s. 3

⁹⁷ Bkz. The Response of RBB Economics to Discussion Paper on the Application of Article 82 s.4.

⁹⁸ Tartışma Metni'ndeki “pazarın önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kaldırılmaması” koşulunun etkinlik savunmasını geçersiz kılacağını yönündeki benzer eleştiriler O'Donoughe ve Padilla (2006, 233) ve Tartışma Metni'ne sunduğu görüşte Elhauge tarafından da dile getirilmiştir. İçtihat hâkim durumun varlığının her zaman rekabetin önemli ölçüde azaldığı anlamına gelmediği kabul edilse de O'Donoughe ve Padilla (2006, 233), koşulun uygulamada bu sonucu doğuracağını ve etkinlik savunması ile ihlal tespiti arasında mantıksal bir tutarsızlık yaratacağını belirtmiştir. Elhauge ise görüşünde, bu tür bir koşul yerine rekabetin meşru rekabet olup olmadığının incelenmesini önermiştir. Bkz <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/082.pdf>

ve Padila 2007, 22-24). Tekel gücüne yakın güce sahip teşebbüslerin etkinlik kazanımlarına şüphe ile yaklaşılması, rekabetçi ve rekabet karşıtı etkilerin karşılaştırılmasına ilişkin bir rehberin bulunmaması ve etkinlik savunmasının hayata geçirilmesini zorlaştıran katı bir ispat mükellefiyetinin varlığı⁹⁹ Rehber’de de devam eden sorunlar olarak görülmektedir (Akman 2010, 620).

Bu eleştiriler bir yana, gerek Tartışma Metni’nde ve gerekse Rehber’de dışlayıcı ihlal türleri için olası etkinlik kazanımlarının sıralanmış olması bu sürecin en önemli katkılarından. **Tablo Ek 1’de** her bir ihlal türü için yer verilen bu olası etkinlik kazanımları kanımızca etkinliğin ilkesel olarak kabul edilmesinin ötesinde uygulanmasına ilişkin somut bir adım olarak yorumlanmalıdır.

2.1.3. Modernizasyon Süreci Sonrasında Verilen Kararlarda Etkinlik Analizi

Tartışma Metni’nde ve Rehber’de dile getirilen hususların uygulamada ne gibi değişikliklere yol açtığının/açacağıının anlaşılması bakımından Komisyon ve Birlik Mahkemeleri’nin son dönemdeki kararlarına yakından bakmak isabetli olacaktır. Bu anlamda Komisyon’un etki temelli iktisadi yaklaşım çerçevesinde ele aldığını belirttiği¹⁰⁰ ve etkinlik değerlendirmesi yaptığı son dönem kararlarından bazılarının detaylarına aşağıda yer verilmiştir.

2.1.3.1. Sözleşme Yapmayı Reddetme ve Bağlama

Bu kararlardan ilki sözleşme yapmanın reddine ve bağlamaya ilişkin Komisyon’un *Microsoft* kararıdır¹⁰¹. Komisyon, Microsoft’un kişisel bilgisayara yönelik işletim sistemleri pazarındaki monopole yakın hâkim durumunu grup sunucu (*server*) sistemleri ve ortam oynatıcısı alanında kötüye kullandığı sonucuna ulaşmıştır. Bu çerçevede Komisyon, Microsoft’un kişisel bilgisayarlar ile diğer işletim sistemlerine sahip grup sunucular arasındaki birlikte işlerliği engellediğini (bağlama) ve bu planın bir parçası olarak bilgilerini rakiplerine açmayı reddettiğini (sözleşme yapmanın reddi) ileri sürmüştür.

⁹⁹ Teşebbüs tarafından yüklenilen ispat mükellefiyetinin Komisyon tarafından yüklenilen kapama etkisini ispatlama yükümlülüğünden daha ağır bir yükümlülük olduğu ve bu ağır ispat mükellefiyeti nedeni ile etkinlik savunmasının uygulamada yanılısamaya yol açacağı yönündeki görüşler için bkz. <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/082.pdf>

¹⁰⁰ 3 Aralık 2008 tarihli IP/08/1877 Basın Bildirisi. Buna göre 2003 yılındaki *Wanadoo Interactive*, 2004 yılındaki *Microsoft* ve 2007 yılındaki *Wanadoo Espana v Telefonica* kararları iktisadi ve etki temelli yaklaşımın kullanıldığı kararlardır.

¹⁰¹ *Microsoft COMP/ 37.792, [2004] OJL 32*

Microsoft, rakiplerine yönelik sözleşme yapmanın reddini fikri mülkiyet hakkının korunması çerçevesinde savunmuştur. Talep edilen bilginin büyük araştırmaların ve yatırımların sonucunda elde edildiğini savunan Microsoft sözleşme yapmaya yönelik bir yaptırımın yatırım güdüsüne önemli ölçüde zarar vereceğini iddia etmiştir¹⁰². Komisyon değerlendirmesinde, sözleşme yapmanın reddinin ilgili pazarda rekabetin önemli ölçüde azaltılması ve tüketici tercihlerinin sınırlandırılması sonucuna yol açtığını, bu nedenle *prima facie* bir ihlal niteliğinde olduğunu savunmuştur¹⁰³. Ardından haklı gerekçe çerçevesinde etkinlik odaklı bir inceleme gerçekleştirmiştir. Bu bağlamda Komisyon, sözleşme yapmanın reddine ilişkin bir yükümlülüğün Microsoft'un yatırım güduları üzerindeki olumsuz etkileri ile bu tür bir yükümlülüğün pazardaki inovasyon üzerindeki olumlu etkilerini karşılaştırmıştır¹⁰⁴. Bu testin sonucunda Komisyon birlikte işlerliğe ilişkin bilgilerin verilmesinin grup sunucu yazılım pazarında rekabeti arttıracığı ve bunun da inovasyona yol açacağı sonucuna ulaşmıştır. Bu nedenle Komisyon Microsoft'un fikri mülkiyet hakları ve dinamik etkinlik kazanımları çerçevesindeki gerekçelerini kabul etmemiştir.

Microsoft kararında belirleyici unsur Komisyon'un "pazardaki rakip sayısının azalmasının hâkim durumdaki teşebbüsün üzerindeki rekabet ve inovasyon baskısını azaltacağı" varsayımı¹⁰⁵ olmuştur (Kozak 2009, 24). Bu varsayım, sözleşme yapmanın reddi için Tartışma Metni'nde, Rehber'de ve literatürde öne sürülen en önemli gerekçe olan dinamik etkinlik gerekçesini geçersiz kılmaktadır. Ne var ki Komisyon'un pazarın rekabetçi yapısını koruma hedefi ile uyumlu olan bu yaklaşım iktisadi açıdan eleştirilen bir yaklaşım olmuştur¹⁰⁶.

Bağlamaya ilişkin olarak ise, Microsoft tarafından öne sürülen etkinlik gerekçeleri¹⁰⁷ ihlalin tespiti aşamasında değil savunma olarak dikkate alınmış ve bu gerekçelerin tamamı reddedilmiştir. Komisyon, ortam oynatıcısının işletim sistemine bağlanmasıyla elde edilen, işlem maliyetlerine dair etkinlik kazanımlarının olaya özgü olma koşulunu sağlamadığı; benzer şekilde düşük dağıtım maliyetlerinde sağlanacak etkinliğin rekabet kısıtlamaları ile karşılaştırıldığında göz ardı edilebileceği sonucuna ulaşmıştır.

¹⁰² A.g.k. para. 709.

¹⁰³ A.g.k. para. 781 -782.

¹⁰⁴ A.g.k. para. 783.

¹⁰⁵ A.g.k. para. 725.

¹⁰⁶ Genel olarak bkz. Pardolesi ve Renda (2004).

¹⁰⁷ A.g.k. para. 794-795. Bu gerekçeler genel olarak Ek 1'de dile getirilen etkinlik kazanımlarıdır.

Genel Mahkeme de Komisyon ile esas bakımından benzer sonuçlara ulaşmakla beraber usule ilişkin yaklaşım farklılığı göstermiştir¹⁰⁸. Öncelikle mal vermenin reddine ilişkin olarak etkinliklerin varlığını ihlale ilişkin testin bir unsuru olarak değil bir savunma olarak ele almıştır¹⁰⁹. İhlalin varlığına ilişkin ispat yükümlülüğünün Komisyon'da olduğunu belirten Genel Mahkeme, haklı gerekçelerin ortaya konması yükümlülüğünün ise hâkim durumdaki teşebbüste olduğunu belirtmiştir.

2.1.3.2. Yıkıcı Fiyat

Fransa'da ADSL hizmetleri veren *Wanadoo Interactive*'e (WIN) ilişkin kararında Komisyon, teşebbüsün maliyetlerini karşılamayacak derecede düşük fiyatlar vererek hızlı internet erişimi pazarındaki hâkim durumunu kötüye kullandığını iddia etmiştir¹¹⁰. Buna karşın WIN, maliyet altı fiyatlarının rakipleri dışlamayı amaçlamadığını¹¹¹; esas amacının sektörde önemli olan ölçek ekonomilerinden ve yeni gelişen pazarda öğrenme etkilerinden (*educating market*) faydalanmak olduğunu, bu nedenle talep yaratmak amacıyla maliyet altı fiyatlar uyguladığını savunmuştur¹¹².

Komisyon ölçek ekonomisinden doğan etkinlik kazanımlarına oldukça şüpheli bir yaklaşım sergilemiştir. Maliyet altı fiyatlandırmanın amaçlarından birinin ölçek ekonomilerinden faydalanarak eşit ölçekte rakiplerin pazara girişlerini engellemek olabileceğini savunan Komisyon, öğrenme eğrisinin rakiplerine göre daha yüksek noktasında olan hâkim durumdaki teşebbüsün bu avantajını da kullanarak rakiplerini dışlayabileceğini değerlendirmiştir¹¹³. Ölçek etkinliklerinin sadece maliyet altı fiyatlandırma ile ilişkilendirilemeyeceği tespitinden hareketle Komisyon “vazgeçilmezlik” koşulunun sağlanmadığını belirtmiştir¹¹⁴. Benzer şekilde Komisyon, dikey bütünleşik bir teşebbüs bakımından yeni gelişen pazardaki ürün bilinirliğini arttırmanın (*market education*) ve öğrenme etkilerinden yararlanmanın en iyi yolunun düşük satış fiyatları ile alt pazarda rakiplerin girişini kolaylaştırmak olduğunu düşünmektedir¹¹⁵.

¹⁰⁸ Microsoft Corp. v. Commission, Case T -201/04, [2007] ECR 03601

¹⁰⁹ A.g.k. para. 333.

¹¹⁰ Wanadoo Interactive, COMP / 38.233, (2003)

¹¹¹ A.g.k. para. 305.

¹¹² A.g.k. para. 306- 309.

¹¹³ A.g.k. 307.

¹¹⁴ A.y.

¹¹⁵ A.g.k. para. 312.

Bu değerlendirmeler sonucunda Komisyon yıkıcı fiyatların, rakiplere göre önemli avantajlar sağlayan ve dışlayıcı etki doğuran bu tür etkinlikler ile savunulamayacağını açıkça belirtmiştir¹¹⁶. Öte yandan Genel Mahkeme, Komisyon'un bu yaklaşımını sadece onaylamamış aynı zamanda kapsamını diğer 102. madde ihlallerini de içine alacak şekilde genişleterek “ölçek ekonomisinin ve öğrenme etkisinin varlığının hâkim durumdaki teşebbüse 102. madde yükümlülüklerinde muafiyet sağlamayacağı” değerlendirmesinde bulunmuştur¹¹⁷. Buna karşın AAD, ortalama değişken maliyetlerin altındaki fiyatların rakibi dışlamak haricinde sebeplerinin olabileceğine hükmetmiş ancak bunların neler olabileceğini belirtmemiştir¹¹⁸.

2.1.3.3. Fiyat Sıkıştırması

Komisyon'un *Wanadoo Espana v Telefonica kararı*¹¹⁹ ise Rehber'de detaylı olarak yer vermediği fiyat sıkıştırması kapsamındaki etkinlik savunmalarını değerlendirdiği bir karar olmuştur. Komisyon, yerleşik telekom operatörü olan Telefónica'nın, İspanyol geniş bant piyasasında rakiplerden istediği toptan satış fiyatları ve kendi müşterilerine verdiği perakende fiyatlar arasında bir marj sıkıştırması uygulayarak hâkim durumunu kötüye kullandığını savunmuştur. Telefonica ise ölçek ekonomileri ve öğrenme etkileri gibi arz yönlü etkinliklerin yanı sıra yeni teknolojinin tanıtılması, ürün bilinirliğinin sağlanması ve yeni ağ etkilerin yaratılması gibi talep yönlü etkinlikler ile davranışını gerekçelendirmeye çalışmıştır¹²⁰. Komisyon, öne sürülen etkinlik kazanımlarının alt pazardaki perakende satış fiyatlarının tamamını yeni rakiplerin girişini kolaylaştıracak şekilde düşük düzeylerde tutabileceğini, bununla beraber fiyat sıkıştırmasının bu amaca hizmet etmediğini belirtmiştir¹²¹.

Komisyon her ne kadar, önemli ölçek ekonomilerinin ve öğrenme etkilerinin varlığını kısa süreli maliyet altı fiyatlandırmalar bakımından kabul edilebilir haklı gerekçeler olarak nitelese de, 5 yıldan uzun süren uygulamanın bu amaçlara yönelik geçici bir uygulama olarak değerlendirilemeyeceğine hükmetmiştir¹²². Uygulamanın rakipler üzerindeki dışlayıcı etkileri göz önüne alan Komisyon, uzun vadede söz konusu etkinlik kazanımları gerçekleşse bile bunların tüketicilere fayda sağlamayacağı tespitinde bulunmuştur.

¹¹⁶ A.g.k. para. 309.

¹¹⁷ France Telecom SA v Commission Case T-340/03, (2007) ECR 00107, para 217.

¹¹⁸ France Telecom SA v Commission C- 202/07P, (2009), para 111.

¹¹⁹ Wanadoo Espana v Telefonica, Case COMP /38.784, [2007]

¹²⁰ A.g.k. para. 642.

¹²¹ A.g.k. para. 647. Komisyon aynı zamanda İspanya'daki bağlantı ücretlerinin Avrupa'daki en pahalı ücretler olmasına da dikkat çekmiştir.

¹²² A.g.k. para. 650

2.1.3.4. İndirim Sistemleri

Komasyon'un *Virgin/British Airways* (BA) ve *Intel* kararları son dönemde indirim sistemlerine ilişkin verilen önemli kararlardır. BA kararında¹²³ Komasyon kişiselleştirilmiş miktar hedefleri içeren ve acentelere toplam ciroları üzerinden geriye dönük indirim sağlayan sistemi ihlal olarak nitelendirmiştir. Buna karşın BA, ölçek ekonomilerinin yaratacağı maliyet etkinliklerine dikkat çekerek indirim sistemlerini gerekçelendirmeye çalışmıştır¹²⁴. Kararda Komasyon AB içtihadından hareketle hâkim durumdaki teşebbüslerin standart miktar hedeflerinden kaynaklanan etkinliklere ilişkin indirimler verilebileceğini belirtse de¹²⁵ küçük acente ile büyük acentelere farklı indirim oranları öngören BA'nın indirim sistemini bu kapsamda değerlendirmemiştir. Komasyon'un bu yorumunda, BA'nın indirim sistemlerinin geriye dönük olması, indirim eşiklerinden birine yakın olan acenteleri daha fazla BA bileti satma konusunda güdülediği (Kocabaş 2008, 46) ve BA'nın rakiplerini daha fazla indirim yapmak mecburiyetinde bıraktığı gerekçeleri etkili olmuştur¹²⁶.

Komasyon kararını onaylayan Genel Mahkeme, kararında,¹²⁷ sadakat etkisi yaratan indirim sistemleri için haklı gerekçeler sunulabileceğini belirtse de¹²⁸ sunulan etkinlik kazanımlarını Komasyon'a benzer şekilde reddetmiştir. Genel Mahkeme'nin yorumu, kişiselleştirilmiş miktar hedeflerine dayalı geriye dönük indirimlerin etkinlik kazanımları ya da ölçeğe dayalı maliyet avantajları ile gerekçelendirilemeyeceğini açık biçimde göstermiştir¹²⁹. Dolayısıyla gerek Komasyon ve gerekse Genel Mahkeme sadakat etkisi yaratarak rakipleri dezavantajlı konuma düşüren indirim sistemlerine ilişkin etkinlik kazançlarına mesafeli durmuşlardır.

Komasyon'un *Intel kararı*¹³⁰ da indirimlere ilişkin yaklaşımın korunduğunu göstermesi bakımından önemlidir. Komasyon, alımlarının tamamını ya da önemli bir bölümünü Intel'den yapmaları koşuluyla bilgisayar üreticilerine indirim sağlayan Intel'i sadakat indirimleri uygulayarak işlemci pazarındaki hâkim durumunu kötüye kullandığı gerekçesi ile suçlu bulmuştur. Davada Intel dört çeşit etkinlik kazanımından bahsetmiştir: Düşük fiyatlar, ölçek ekonomisi kazanımları, maliyet tasarrufları ile sağlanan üretim etkinliği ve son olarak

¹²³ Virgin British Airways (2000) OJL 30/1

¹²⁴ A.g.k. para. 58-61.

¹²⁵ A.g.k. para. 101 - 102

¹²⁶ A.g.k. para. 29-30.

¹²⁷ British Airways plc v Commission Case T- 219/99 [2003] ECR II-5917.

¹²⁸ A.g.k. para. 271.

¹²⁹ A.g.k. para. 291.

¹³⁰ Intel COMP/37.990, [2009].

risk paylaşımı ve pazarlama etkinlikleri¹³¹. Intel indirim sisteminde yer alan koşulların söz konusu etkinlikleri elde edebilmek bakımından zorunlu olduğunu ve en önemli rakibinin ilgili dönemde pazar payını arttırdığından rekabeti ortadan kaldırmadığını savunmuştur¹³².

Bu gerekçeleri tek tek reddeden Komisyon, münhasırlık koşuluna bağlı uygulamaların tüketiciler lehine düşük fiyatlar için zorunlu olmadığını, münhasırlık koşulu olmayan indirimler ile de bunun sağlanabileceğini belirtmiştir¹³³. Komisyon Intel'in müşterileri ile olan ilişkilerinde ölçek ekonomisinden doğacak somut kazançları tam olarak açıklayamadığını ve bu etkinlik kazançlarının münhasırlık koşulu içeren indirim sistemleri ile gerekçelendirilemeyeceğini belirtmiştir¹³⁴. Benzer bir ret gerekçesini Komisyon, Intel'in satış hacmini ve ürün gamını önceden öngörebildiği hallerde üretim sürecini daha etkin planlayabildiği argümanı için de kullanmıştır¹³⁵. Öte yandan Intel, ürünlerine olan talebin oldukça değişken ve dalgalı olduğunu, bu nedenle müşterilere yönelik oransal bir hedefin miktar hedeflerine kıyasla daha olumlu sonuçlar doğurduğunu; böylelikle pazarlama bakımından risk paylaşımının söz konusu olduğunu iddia etmiştir. Buna karşın Komisyon, söz konusu avantajların rekabeti daha az kısıtlayan yöntemlerle elde edilemeyeceğini ispatlamak konusunda Intel'in yetersiz kaldığını belirtmiştir¹³⁶. Bu değerlendirmelerin sonucunda Komisyon tam veya kısmi münhasırlık koşulu ile verilen indirimlere ilişkin etkinlik kazançlarını kabul etmeyen bir yaklaşım benimsemiştir.

Görüldüğü üzere, modernizasyon sürecinin popüler kavramlarından "etkinlik gerekçesi" Komisyon'un son dönem kararlarından hiçbirinde kabul görmemiştir. Komisyon'un ve Birlik Mahkemelerinin tavrı etkinlikten yana değil, açık biçimde pazarın rekabetçi yapısının korunmasından yana olmuştur. Uygulama itibarıyla AB'nin yaklaşımını rakipleri dışlamayan ve tüketiciye fayda sağlayan etkinlik kazanımlarını desteklemek şeklinde özetlemek mümkün görünmektedir.

2.2. REKABETE KARŞILIK VERME GEREKÇESİ

AB mevzuatında doğrudan yer almasa da *United Brands* kararında benimsenen "*teşebbüslerin saldırıya uğrayan ticari menfaatlerini savunabilme*

¹³¹ A.g.k. para. 1632.

¹³² A.y.

¹³³ A.g.k. para. 1634.

¹³⁴ A.g.k. para. 1635-1636.

¹³⁵ A.g.k. para. 1637.

¹³⁶ A.g.k. para 1638.

hakları” RKVG’nin meşru temelini oluşturmaktadır. Bununla birlikte rekabete karşılık verme hakkı, hâkim durumdaki teşebbüsün etkin rekabetin tesisine ilişkin sorumluluklarını ortadan kaldıran bir hak değildir. Bu nedenle meşru olan rekabete karşılık vermek (*meeting competition*) ile rekabeti yok etmek amacıyla rakiplerin altında fiyatlar sunmak (*beating competition*) arasında bir ayrımı temin etmek için RKVG’nin esasları net biçimde ortaya konulmalıdır.

2.2.1. AB Uygulamasında Rekabete Karşılık Verme Gerekeşi

Fiyat ayrımcılığına ilişkin önemli kararlardan olan *United Brands* kararında hâkim durumdaki teşebbüs, talep esnekliği düşük olan alıcılarına daha yüksek fiyatlar uygulamıştır. *United Brands*, farklı fiyatların varlığını yerel pazarlardaki *taşıma maliyetleri, vergilendirme, gümrük vergileri, işçi ücretleri, döviz kuru ve rekabetin yoğunluğu* gibi unsurlardaki farklılıklara bağlamıştır. Konuya ilişkin değerlendirmesinde AAD, “ticari menfaatlerin korunması” bağlamında teşebbüsün daha yoğun rekabet ile karşı karşıya olduğu pazarlarda daha düşük fiyatlarla rekabete karşılık verebileceğini, dolayısıyla alıcılar arasında fiyat farklılaştırmasına gidebileceğini kabul etmiştir¹³⁷. Bununla birlikte aynı kararda AAD, RKVG için oldukça eleştirilen bir kısıtlama getirmiştir: Sağlayıcının tüketici pazarının risklerini doğrudan yüklenmediği hallerde teşebbüsler RKVG’den sınırlı ölçüde yararlanabilecektir¹³⁸. Buna dayanan AAD, yerel rekabet koşulları ile *United Brands*’in kendisinin değil, alıcılarının karşı karşıya olduğunu, bu nedenle bu koşulların *United Brands*’in fiyat farklılaştırması bakımında yeterli olmadığını belirtmiştir. Hilti’nin, rakiplerinin alıcılarına kendi alıcılarından daha düşük fiyat vermek suretiyle seçici fiyat uyguladığı iddiasını içeren kararında ise Komisyon, rakip fiyatlara karşılık vermenin alıcılar arasında ayrımcılık anlamına gelmeyeceğini kabul etmiştir. Bununla beraber olay özelinde, Hilti’nin uyguladığı seçici fiyatları rakibinin fiyatlarının altında belirlemesine dayanarak Komisyon gerekçeyi kabul etmemiştir¹³⁹. Benzer şekilde *BPB* kararında ise Komisyon, hâkim durumdaki teşebbüsün müşterilerinin daha düşük fiyat teklifi ile karşı karşıya bulunduğu alanlarda seçici fiyat uygulayabileceğini ilkesel olarak kabul etmiştir¹⁴⁰.

AAD’nin *AKZO* kararı¹⁴¹ ise AB içtihadında maliyet altı fiyatlar bakımından RKVG’nin kapsamına ışık tutan bir karardır. *AKZO*, rakibinin en önemli alıcılarından birine rakibinin müşterilerine teklif ettiği fiyat ile aynı düzeyde

¹³⁷ Bkz. dn. 16. para. 228.

¹³⁸ A.g.k. 228.

¹³⁹ Bkz. dn. 23.

¹⁴⁰ Bkz. dn. 25 para. 131- 134.

¹⁴¹ Bkz. dn. 37. para. 133-134, 139-140, 155-156

fiyat teklifinde bulunmuştur. Bu fiyat teklifinden sonuç alamayan AKZO ardından kendi müşterilerine uyguladığı fiyatlardan daha düşük ve ortalama maliyetlerinin altında olan fiyat teklif etmiştir. AKZO'ya göre bu fiyatlar rekabet koşullarının sonucu olarak rekabeti karşılama amacıyla verilmiştir. Buna karşın Komisyon eşit alıcılar arasında ayrımcılığa yol açan uygulamalar olarak nitelendirdiği davranışın diğer sağlayıcılardan gelen rekabeti önlemeyi amaçladığını belirtmiştir. Komisyon, AKZO'nun ayrımcı fiyat uygulamasına “*sadece belirli alıcılar ile sınırlı olması ve daha düşük fiyat teklifinin mal arzına hazır ve muktedir olan (ready and able to) bir sağlayıcı tarafından sunulduğunun ispatlandığı hallerde rekabete karşılık vermenin iyi niyetli biçimde gerekli olması*” durumunda müsaade edilebileceğini belirtmiştir¹⁴². Komisyon'un bu yorumu, rekabete karşılık vermek ile rekabeti yok etmek amacıyla rakiplerin altında fiyatlar sunmak arasında bir ayrım yaptığını ve ikincisini ihlal olarak yorumladığını göstermektedir (Springer 1997, 255).

Buraya kadar yer verilen kararlar AB içtihadında RKG'nin fiyat farklılaştırması, seçici fiyatlama gibi ayrımcı uygulamaların yanı sıra yıkıcı fiyat iddiaları kapsamında ele alındığını göstermektedir. RKG'nin mal vermenin reddi bakımından da kullanılıp kullanılmayacağı ise konuya ilişkin tartışmalı bir alandır. *United Brands* ve *Boosey&Hawkes* kararlarından hareketle O'Donoghue ve Padilla (2006, 228), RKG'nin sadece fiyat ihlallerinde değil meşru ticari menfaatlerin korunmasının bir uzantısı olarak mal vermeyi reddetme eylemlerinde de kullanılabilirliğini belirtmiştir. Bununla birlikte bu kararlarda RKG'nin, hâkim durumdaki teşebbüs ile rakibi arasındaki güç dengesini de göz önüne alan oldukça sıkı bir orantılılık testi çerçevesinde ele alındığı görülmektedir. Boosey& Hawkes kararında AAD, *müşterisinin rakipleriyle ilişkili hale gelmesini ya da bizzat rakibi olmasının, hâkim durumdaki sağlayıcıya mal arzını derhal sona erdirmeye ya da müşterisine karşı misillemede bulunma hakkı vermediği* değerlendirilmesinde bulunmuştur.

2.2.2. İçtihadtaki Kararlar Işığında RKG'nin Kavramsal Çerçevesi

AB içtihadındaki kararlar göz önüne alındığında RKG'yi; *hâkim durumdaki bir teşebbüsün, iyi niyet çerçevesinde, kendi alıcılarını korumak için rakiplerinden gelen daha düşük fiyat tekliflerine karşılık vermek amacıyla koruyucu fiyat uyarlamalarında bulunma* olarak tanımlamak mümkün görünmektedir (Gravengaard 2006, 660). Hâkim durumdaki teşebbüsün rakiplerin *saldırısına* uğrayan alıcılarına yönelik fiyat farklılaştırmasını öngören bu tanıma göre RKG'nin üç unsuru bulunmaktadır: rakibin daha düşük fiyat teklifi karşısında

¹⁴²A.g.k. para. 38.

koruyucu (*defensive*) fiyat uyarlamaları, rakip fiyatların altında olmayan fiyatlarla rekabete karşılık verme saiki, iyi niyetin varlığı.

AKZO kararında Komisyon'un, AKZO'nun tüm alıcılarına yönelik genel fiyat indirimi gerçekleştirmeksizin, sınırlı biçimde rakip fiyatlarını karşılayan fiyat indirimlerini ihlal olarak nitelendirmesi AKZO'nun rekabet gücünü önemli ölçüde etkilemiştir. Bunun rekabet üzerindeki olumsuz etkilerini değerlendiren AAD ise kararında, rekabet karşısında hâkim durumdaki teşebbüsün, eski alıcılarını geri kazanmak amacıyla, genel fiyat indirimine gitmeksizin koruyucu fiyat uyarlamaları yapabileceğini belirtmiştir¹⁴³. Bu yorum RKVG'nin sadece teşebbüsün kendi alıcılarını korumak amacıyla sınırlı bir fiyat stratejisi olduğunu göstermekte ve rakiplerin alıcılarına veya yeni alıcılara karşı uygulanan agresif fiyat politikalarını kapsamamaktadır (Gravengaard 2006, 661). Bu özelliği ile *tepkisel* nitelikte olan RKVG çerçevesindeki fiyatlar, sadece rekabeti karşılama saiki ile sınırlı kalmalı, rakibin fiyatlarının altına inerek rekabeti yok etmeyi hedeflememelidir (Andrew 1998, 50). Springer (1997, 255), Komisyon'un AKZO yorumunun, teşebbüslerin istisnai hallerde rekabet hukuku bakımından adil olmayan düşük fiyatlar (*unfair low prices*) uygulayabileceklerini ancak hiçbir koşulda bu fiyatların rakiplerin rekabetçi fiyatlarının altında olamayacağını gösterdiğini savunmuştur.

AKZO kararında AAD'nin, ortalama değişken maliyetin altındaki fiyatların dışlayıcı niyete karine teşkil ettiği yönündeki kararı ile birlikte değerlendirildiğinde yıkıcı fiyat uygulamalarında RKVG bir anomali yaratmaktadır (O'Donoghue ve Padilla 2006, 286). Bu nedenle yıkıcı fiyat bağlamında RKVG'nin daha detaylı incelenmesi faydalı olacaktır.

2.2.2.1. Yıkıcı Fiyat Uygulamaları Bakımından RKVG'nin Değerlendirilmesi

AKZO testine göre, ortalama değişken maliyetin altında fiyat uygulanması *per se* kötüye kullanma olarak yorumlanmaktadır¹⁴⁴. Ortalama toplam maliyet ile ortalama değişken maliyet arasındaki fiyatlar bakımından ise dışlayıcı niyetin varlığı ihlal bakımından karine teşkil etmektedir. Öte yandan Gal (2007, 388), maliyet eşiklerinin altında kalan fiyatlar için RKVG'nin kullanılmayacağı yönündeki varsayımın olgunlaşmış, ölçek ve öğrenme etkilerinin tüketildiği

¹⁴³ Bkz. dn. 37, para. 156.

¹⁴⁴ Rehber'de ortalama değişken maliyet yerine ortalama kaçınılabılır maliyet (OKM) kriteri benimsenerek bir anlamda AKZO testi değiştirilmiştir. OKM testinin arkasındaki temel mantığı, hâkim durumdaki teşebbüslerin kendi çıkarlarına aykırı bir davranış içinde bulunmayacakları şeklinde özetlemek mümkündür.

geleneksel iş modellerine dayalı (*brick-and-mortar*) pazarlar bakımından doğru olabileceğini belirtmektedir. Gal'e göre, maliyet altı fiyatlar bakımından RKVG'nin kategorik reddinin *meşru rekabeti* olumsuz etkileyeceği bazı hallerden bahsetmek mümkündür¹⁴⁵. Bu haller özellikle ilk giren avantajının var olduğu ya da maliyetlerin ölçek ekonomisine bağlı olarak azaldığı pazarlar için geçerlidir.

O'Donoughe ve Padilla (2006, 286) da uzun dönemde rakibin dışlanması sonucunu doğurmadan kısa dönem maliyetlerin veya sabit maliyetlerin azaltılması yoluyla içsel etkinlik kazanımlarının sağlanmasına veya karların artmasına yol açan maliyet altı fiyatlandırmalar bakımından RKVG'nin kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştir. Bu durum özellikle ölçek ekonomilerinin, kuvvetli öğrenme etkilerinin, yüksek geçiş maliyetlerinin ve ağ etkilerinin bulunduğu pazarlarda uygulanan maliyet altı fiyatlandırmalar bakımından geçerlidir (Slater ve Woelbroeck, 2007, 439). Gal (2007, 389) bu durumu ilk giren avantajının ve ölçek ekonomilerinin bulunduğu yeni oluşan varsayımsal bir pazar üzerinden örneklendirmiştir. Böyle bir pazarda gerek ilk giren avantajından faydalanmak ve gerekse ölçek ekonomilerini yakalamak adına yeni giren teşebbüslerin maliyet altı fiyat uygulamaları rasyonel bir politikadır. Bu etkinliklerin ispatlanabildiği hallerde rakibinin uyguladığı maliyet altı fiyatlara kendi maliyetlerinin altında olduğu gerekçesi ile karşılık verememesi, hâkim durumdaki teşebbüsün rekabet gücünü ciddi şekilde sınırlamaktadır.

Yukarıda yer verilen açıklamalar, bazı sektörlerin yapısal özelliklerinin yol açtığı meşru rekabetin sonucu olarak RKVG'nin kabul edilebileceğini göstermektedir. Rekabete karşılık vermenin doğuracağı etkinlik kazanımlarının ispatlanabildiği hallerde bu gerekçenin meşru rekabet çerçevesinde kabul edilmesi ikinci tip hataların önlenmesini sağlayacaktır.

2.2.3. İçtihadta RKVG İçin Belirlenen Yöntem

AKZO kararında Komisyon, RKVG çerçevesinde teşebbüsün ispatlaması gereken iki koşul dile getirmiştir: (i) kendi alıcısına rakip tarafından yöneltilen daha düşük bir fiyat teklifinin varlığı (ii) teklif sahibi teşebbüsün mal arzı bakımından "hazır ve muktedir" olması¹⁴⁶. Buna göre hâkim durumdaki teşebbüsün sadece

¹⁴⁵ Bu durum özellikle bilişim ve iletişim teknolojilerinin merkezde yer aldığı, biyoteknoloji ve ilaç endüstrisi gibi endüstrileri de kapsayan yüksek teknoloji sektörlerini ifade eden yeni ekonomideki (Demiröz 2003, 13) rekabet koşulları bakımından geçerli görünmektedir. Schumpetergil anlamda yaratıcı yıkıcılığın yaşandığı bu pazarlarda rekabet tüm pazar için yapılmakta ve endüstriyi şekillendiren maliyet özelliklerinin ve şebeke dışsallıklarının bir sonucu olmaktadır. Bu bakımdan bazı yazarlar AKZO fiyat testinin yeni ekonomi pazarlarında uygulanamayacağını savunmaktadırlar (Demiröz 2003, 32).

¹⁴⁶ Bkz. dn. 37, para. 38.

daha düşük fiyat teklifinin varlığını sunması yeterli olmayacak fakat aynı zamanda rakibinin niyeti ve üretim kapasitesi bakımından bilgi sahibi olması gerekecektir. Bu durumun, rakip teşebbüsler arasında bilgi paylaşımına neden olacağı ve 101. madde çerçevesinde bir takım ihlalleri gündeme getireceği açıktır (Springer 1997, 254). İlerleyen bölümde yer verileceği üzere bu tarz bir koşul, ABD uygulamasında yatay işbirlikleri çerçevesinde yarattığı endişeler nedeni ile aranan bir koşul olmaktan çıkarılmış ve iyi niyetin ispat standardına ilişkin daha liberal bir tutum sergilenmiştir¹⁴⁷. AB içtihadında ise RKVG çerçevesinde elde edilen bilgilerin 101. madde kapsamında yol açabileceği sorumluluğa ilişkin herhangi bir değerlendirme bulunulmamıştır (Springer 1997, 254). Bununla beraber AKZO kararında Komisyon, AKZO'nun rakiplerin fiyatlarına ilişkin olarak alıcılardan elde ettiği bilgileri, en düşük teklifin de altında fiyatlar sunmak için kullanması nedeniyle dışlayıcı niyetin/stratejinin göstergesi olarak yorumlamıştır. Benzer şekilde AAD'nin *Hoffman La Roche* kararında rakiplerden gelen daha avantajlı fiyatlar hakkında bilgi edinilmesini sağlayan İngiliz hükmünü de *de per se* ihlal olarak nitelendirmiş olması¹⁴⁸ bu tür bilgilerin 101. madde çerçevesinde sorumluluk doğurmasının mümkün olduğunu göstermektedir.

İspat mükellefiyeti bakımından teşebbüslerin bir yandan rakiplerine ilişkin gerekli bilgileri sunmak durumunda olmaları, öte yandan da bunun 101. madde bakımından yaratabileceği sıkıntılar teşebbüsleri alıcılarının beyanlarına bağlı hale getirmektedir. Bu durum *Hoffman La Roche* kararında AAD tarafından da dile getirildiği üzere rekabet üzerinde suni engeller yaratmaktadır. Bu nedenle Springer (1997, 255) haklı olarak, RKVG çerçevesindeki ispat standartlarının ticari hayatın mantığı ile uyumlu olacak şekilde düşürülmesi ve ABD uygulaması ile benzer biçime daha liberal bir iyi niyet yorumunun tercih edilmesi gerektiğini savunmuştur.

2.2.4. Tartışma Metni, Rehber ve Güncel Kararlarda Rekabete Karşılık Verme Gereçesi

Tartışma Metni ile Rehber'de Komisyon'un esaslı biçimde yaklaşım farklılığı gösterdiği RKVG, Tartışma Metni'nde "rakiplerden gelen rekabet karşısında zarar minimizasyonu" çerçevesinde ele alınmış¹⁴⁹ ve kapsamı fiyat ihlali niteliğinde olan davranışlar ile sınırlandırılmıştır. Tartışma Metni, RKVG bakımından iki önemli koşul öngörmüştür. Öncelikle, RKVG meşru bir amacın varlığına bağlanmıştır. Buna göre, örneğin yazılı belgelerle hâkim durumdaki teşebbüsün niyetinin rakiplerini pazardan dışlamak olduğunun gösterildiği hallerde savunma geçersiz olacaktır¹⁵⁰. İkinci koşul ise içtihat ile uyumlu olmayan

¹⁴⁷ Bkz. Bölüm 4.

¹⁴⁸ Bkz. dn. 1, para. 107.

¹⁴⁹ Tartışma Metni para. 78.

¹⁵⁰ Tartışma Metni para. 82.

(Gravengaard 2006, 676) oldukça katı bir orantılılık testidir. Bu bağlamda davranış, meşru bir amaç için uygun araç olmalı; rekabeti mümkün olan en az şekilde kısıtlamalı ve hâkim durumdaki teşebbüsün çıkarları karşısında tüketicilerin çıkarları korunabilmelidir (*stricto sensu* orantılılık). Rehber’de ise Komisyon, RKVG’den hiç bahsetmeyerek bir anlamda bu gerekçeyi tamamen dışlamıştır. İhtihatta yer bulan RKVG’ye Rehber’de yer verilmemesinin olası nedenleri olarak bu çerçevedeki savunmaları da etkinlik savunmasına dahil etmek ya da ihtihatta pek kabul edilmeyen RKVG’yi sessizce gündemden kaldırmak olduğu ileri sürülmektedir (Gravengaard ve Kjaersgaard 2010, 291).

2.2.4.1. Modernizasyon Süreci Sonrası Verilen Kararlarda RKVG

Fiyat sıkıştırmasını konu edinen *Wanadoo Espana v Telefonica* kararında¹⁵¹ Telefonica, perakende pazarında kendisinin fiyat indirimleri konusunda inisiyatif alan taraf olmadığını sadece fiyatlarını rakiplerinin fiyatlarına eşitleyerek rekabete karşılık verdiğini savunmuştur¹⁵². Komisyon, *AKZO* kararına atıfta bulunarak hâkim durumdaki teşebbüsün fiyatlarını rakiplerin fiyatlarına eşitleyerek rekabete karşılık vermesinin yasaklanmadığını hatırlatmış¹⁵³ ancak RKVG’nin uygunluk, vazgeçilmezlik ve orantılılık koşuluna tabi olduğunu vurgulamıştır¹⁵⁴. Ardından Komisyon fiyat sıkıştırmasının rakipler üzerinde hâkim durumdaki teşebbüsün katlanmadığı zararlara yol açtığını, böylelikle alt pazarda rakipleri dezavantajlı konuma düşürdüğünü belirtmiştir. Bu nedenle Komisyon, fiyatları rakiplerin fiyatlarına eşitlemek şeklindeki RKVG’nin fiyat sıkıştırması uygulamasını meşrulaştıramayacağını değerlendirmiştir¹⁵⁵.

Yıkıcı fiyat uygulamaları bakımından yaklaşımı gösteren esaslı karar ise Genel Mahkeme’nin *France Telecom SA v Commission* kararıdır¹⁵⁶. France Telecom’un fiyatlarını rakiplerin fiyatlarına eşitlediği yönündeki savunmasını reddeden Mahkeme, hâkim durumdaki teşebbüsün maliyetlerin altında fiyat uyguladığı hallerde rakiplerin fiyatlarının göz önüne alınamayacağını değerlendirmiştir¹⁵⁷. Esasen Mahkeme, hâkim durumdaki teşebbüsün fiyatlarını rakiplerinin fiyatlarına eşitlemesinin başlı başına ihlal olmadığını, bunun sadece hâkim durumu güçlendirme ya da kötüye kullanma hallerinde ihlal olarak değerlendirilebileceğine hükmetmiştir¹⁵⁸. Bu yorumu ile Mahkeme, maliyet altı fiyatlar bakımından RKVG’yi kategorik olarak reddeden Komisyon’dan farklı

¹⁵¹ Bkz. dn. 119.

¹⁵² A.g.k. para. 637.

¹⁵³ A.g.k. para. 638

¹⁵⁴ A.g.k. para 639.

¹⁵⁵ A.g.k. para 640.

¹⁵⁶ Bkz. dn. 117.

¹⁵⁷ A.g.k. para. 171.

¹⁵⁸ A.g.k. para. 187.

bir yorum tercih etmiştir. Mahkeme'nin bu yorumu sadece “rekabete karşılık veren” fiyat uyarlamaları ile “kötüye kullanma” halleri arasında bir ayırım yaparak RKVG'ye yaşam alanı bırakmaya çalışmıştır (Gal 2007, 286). Ne var ki tıpkı etkinlik gerekçesinde olduğu gibi rakibi dezavantajlı kılan tüm uygulamaların şüpheyile karşılandığı bir çerçevede RKVG'nin de uygulamada karşılık bulması imkân dâhilinde görünmemektedir.

Görüldüğü üzere, AB uygulamasında RKVG de tıpkı etkinlik gerekçesinde olduğu gibi haklı gerekçe kapsamında ilkesel olarak kabul edilen ancak uygulamada özel sorumluluk ve dışlama etkisi süzgecine takılan bir gerekçe yöntemidir.

2.3. BÖLÜM SONU ÖZETİ

Etkinlik ve RKVG en önemli haklı gerekçe türleridir. Rekabet otoriteleri bakımından tüketici refahından yana alınan tavır bazı yönleri ile refah iktisadının ilkeleri ile çelişmekte ve farklı etkinlik türleri arasındaki ödünleşimler etkinlik analizini daha da güçleştirmektedir. Buna rağmen etkinlik analizi, rekabet hukuku kapsamındaki müdahalelerin bozucu etkilerin önlenmesi bakımından elzemdir. Bu bakımdan etkinlik gerekçesi Komisyon tarafından Tartışma Metni ve Rehber'de etraflıca ele alınmış ve ihlal çeşitlerine yönelik etkinlik gerekçesine ilişkin 101(3). madde ile paralellik arz eden kümülatif koşullar getirilmiştir. Bu koşullar etkinlik kadar, tüketici refahını ve bununla doğrudan ilişkili olduğu kabul edilen pazarın rekabetçi yapısını korumayı da amaçlamaktadır. Bu özelliği ile modernizasyon sürecinde ortaya konulan etkinlik yaklaşımı Avrupa'nın piyasa ekonomisi felsefesini yansıtan Ordoliberal ekolün izlerini taşımaktadır. Bu ilkeler, uygulamada etkinlik gerekçesini geçersiz kılacağı iddiası ile eleştirilmiştir. Nitekim bu eleştiriler ile paralel şekilde modernizasyon sürecinde verilen kararlarda teşebbüslerin etkinlik gerekçesi temelindeki sundukları argümanların kabul edilmediği görülmektedir.

İçtihatla tanınan meşru ticari menfaatleri koruma hakkı doğrultusunda RKVG'yi ise, teşebbüslerin iyi niyet çerçevesinde kendi çıkarlarını korumak için rakiplerden gelen daha düşük fiyat tekliflerine karşılık vermek amacıyla fiyat uyarlamalarında bulunmaları olarak tanımlamak mümkündür. RKVG'ye ilişkin Tartışma Metni'nde Komisyon tarafından meşru menfaatin varlığının ve sıkı bir orantılılık koşulunun arandığı görülmektedir. Bununla birlikte Rehber'de Komisyon, içtihadı tezat biçimde, RKVG'ye yer vermemiştir. Etkinlik gerekçesi gibi son dönem kararlarda teşebbüsler tarafından dillendirilen RKVG'ler de Komisyon tarafından davranışı ihlal kapsamı dışına çıkaracak gerekçeler olarak kabul görmemiştir.

BÖLÜM 3

AB UYGULAMASINDA HAKLI GEREKÇEDE YÖNTEM VE İSPAT MÜKELLEFİYETİ SORUNLARI

3.1. 102. MADDE UYGULAMALARINDA HAKLI GEREKÇE ve ORANTILILIK İLKELERİNİN KULLANIM YÖNTEMİNE İLİŞKİN TARTIŞMALAR

102. madde uygulamalarında haklı gerekçenin ihlalin varlığına ilişkin değerlendirmenin yapıldığı ilk aşamada mı; - yoksa muafiyet rejimi ile benzer şekilde- bir ihlal sonucuna ulaşılmamasının ardından savunma olarak mı değerlendirilmeye alınacağı oldukça tartışmalı bir alandır. Bu tartışmaların, 102. maddede *rule of reason* ve *per se* uygulamalarından ispat mükellefiyetine kadar oldukça geniş kapsamı bulunmaktadır. AB hukukunun diğer alanlarındaki haklı gerekçe ve orantılılık ilkelerinin uygulama yönteminden hareketle bazı yazarlar, tek basamaklı bir uygulamanın AAD içtihadı ile daha uyumlu olduğunu savunmaktadır (Rousseva 2010, 282). Aksini savunan bazı yazarlar ise tek basamaklı bir analizin 102. madde uygulamaları ile AB rekabet hukukunun diğer alanlarındaki uygulamalar arasındaki yeknesaklığı bozacağını belirtmektedir (Desougas 2010, 26).

Bu yaklaşımların ispat mükellefiyetinin dağılımına ilişkin farklı sonuçlar öngörmeleri nedeniyle aşağıda yöntem ve ispat mükellefiyetine ilişkin tartışmaların ayrıntılarına yer verilmiştir.

3.2. HAKLI GEREKÇEDE YÖNTEM SORUNU: 102. MADDEDE MUAFİYET BENZERİ YAKLAŞIMIN UYGULANABİLİRLİĞİ

102. maddenin lafzında 101. maddedekine benzer bir muafiyet hükmünün var olmaması, haklı gerekçenin bir savunma ya da muafiyet kapsamında değil, ihlalin varlığına ilişkin tek basamaklı değerlendirme çerçevesinde ele alınması için kullanılan argümanların başında gelmektedir¹⁵⁹. *Tetra Pak* kararına ilişkin görüşünde Kanun Sözcüsü Kirschner tarafından sergilenen yaklaşım¹⁶⁰, ihlalin varlığının ve haklı gerekçenin değerlendirilmesi bakımından tek basamaklı bir yorumu destekler niteliktedir. Konuya ilişkin en net yorumlardan biri *GlaxoSmithKline* kararındaki görüşünde Kanun Sözcüsü Jacobs tarafından dile getirilmiştir:

“İhlal [niteliğindeki davranış] ve onun haklı gerekçesi arasında bir ayrım yapan iki basamaklı bir analiz suni bir yorumdur. ... Gerçekten, bir davranışın “kötüye kullanma” olarak nitelendirilmesi, 81. maddenin “rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama” şeklindeki daha belirsiz terminolojisinin aksine, hâlihazırda olumsuz bir yargıya ulaşıldığı izlenimi doğurmaktadır. Kanımca, bu nedenle, hâkim durumdaki teşebbüs tarafından gerçekleştirilen bazı tipteki davranışların, ihlal olarak nitelendirilmediğini belirtmek daha doğrudur.”¹⁶¹

Benzer şekilde *Ahmed Saeed* kararında¹⁶² AAD'nin, 102. maddeye ilişkin bir muafiyet söz konusu olmadığından, haklı gerekçelerin varlığının hâkim durumdaki teşebbüs davranışını 102. maddenin kapsamı dışına çıkardığını belirttiği görülmektedir¹⁶³. İki basamaklı bir yaklaşımın özellikle etkinlik gerekçesi bakımından ciddi sorunlara yol açacağı ve iktisadi yaklaşımı sekteye uğratacağı yönünde görüşler de ileri sürülmektedir. Tartışma Metni'ne ilişkin görüşünde Fox, Komisyon'un fiiliyatta bir muafiyet rejimi öngörerek 102. maddeye ilişkin yaklaşımını 101(3) ile yakınlaştırmasını eleştirmektedir¹⁶⁴. Fox, 101. maddenin yasaklamaları ile benzer şekilde, rekabet karşıtı kapama etkisinin çok geniş yorumlanmasının ve teşebbüse aksini ispat etme zorunluluğu getirilmesinin 102. madde uygulamasındaki etkinlik temelli yaklaşımın bütünlüğünü bozduğunu savunmaktadır.

¹⁵⁹ Benzer şekilde yorumlar için bkz. Albors- Llorens (2007, 1747- 1748), Loewenthal (2005, 459-460) ve Giorgio Monti'nin Tartışma Metni'ne görüşü <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/065.pdf>

¹⁶⁰ Opinion of Advocate General Kirschner, *Tetra Pak Rousing SA v Commission* Case T-51-89/ (1990).

¹⁶¹ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62003C0053:EN:HTML> para 72.

¹⁶² *Ahmed Saeed Flugreisen and Silver Line Reisebüro GmbH v Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e.V.* (1989) Case 62/86 ECR 803.

¹⁶³ A.g.k. para. 32.

¹⁶⁴ <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/083.pdf>

Tek basamaklı bir yorumu tercih eden yaklaşımların, aslında ABD rekabet hukukundakine benzer bir *rule of reason* kuralını benimsediklerini belirtmek mümkündür. Bu yaklaşım, her olay özelinde rekabetçi ve rekabet karşıtı etkilerin detaylı analizini öngördüğünden birinci ve ikinci tip hata riskini minimize etmektedir. Buna karşın, özellikle iddia makamı ile teşebbüsler arasındaki bilgi asimetrisi sorunu ve bunun doğuracağı yüksek yönetsel maliyetler (*üçüncü tip hata*) bu yöntemin zayıf yönünü oluşturmaktadır.

Desogus (2010, 24-25) ise tek basamaklı bir analize, 102. madde uygulamalarını zımni olarak ABD Yüksek Mahkemesi tarafından geliştirilen *yapısalcı rule of reason* uygulamalarına yaklaştırdığı ve ispat mükellefiyeti bakımından içtihat ile çelişkili sonuçlar yaratacağı gerekçesi ile karşı çıkmaktadır. Buna göre ispat mükellefiyetini Komisyon'un üzerine yükleyecek bir yaklaşım pazarın rekabetçi yapısının koruyarak tüketici refahını arttırmayı amaçlayan 102. maddenin uygulama alanını daraltacaktır. İki basamaklı yöntem ispat mükellefiyetini bilgiye erişimi daha kolay olan hâkim durumdaki teşebbüse yüklemektedir. Böylece davranışın etkisini kapsamlı değerlendirilebilmesi için iddia makamının katlandığı maliyeti azaltmaktadır. Bu nedenle yöntemin en önemli avantajı, bilgi asimetrisi sorununu ve yönetsel maliyetleri azaltması iken ikinci tip hata riski yüksektir.

Öte yandan Loewenthal (2005, 463) iki yöntem arasındaki farklılığın uygulama farklılığından çok lafzi bir farklılık olduğuna dikkat çekmektedir. Buradan hareketle Loewenthal, muğlâk ifadeler yerine daha yapısalcı bir yaklaşım belirlemek bakımından 102. madde uygulamalarında 101. maddeye benzer iki basamaklı bir yaklaşımın kabul edilebileceğini savunmuştur. Bununla beraber literatürde özellikle etkinlik gerekçesi özelinde etkinlik savunması ile desteklenen tek basamaklı analiz gibi karma nitelikte bir takım yaklaşımların da ileri sürüldüğü görülmektedir. Kısaca değinmek gerekirse bu yaklaşım, 102. madde kapsamındaki ihlal türleri bakımından olası etkinlik kazanımlarını içeren bir listenin oluşturulmasını öngörmektedir (Kozak 2009, 17-18). Buna ek olarak teşebbüslere, listede yer almayan olaya özgü olası etkinlik kazanımları bakımından savunması hakkı tanımaktadır. Bu yaklaşımın avantajı, bilgi edinme maliyetlerini asgariye indirmesinin yanı sıra esnekliğinde yatmaktadır. Karakteristik ihlal iddiaları için standart bir test uygulanmasına imkan tanıyarak sınırlı kaynakların israfının önüne geçilmekte ve hâkim durumdaki teşebbüs açısından etkinlik kazanımı için öngörülen ağır ispat mükellefiyeti hafifletilmektedir. Standarttan farklı etkinlik kazanımları ise hâkim durumdaki teşebbüsün savunma hakkı ile güvenceye alınmakta, böylece şekilci yaklaşım tehlikesi bertaraf edilmektedir.

Son olarak Tartışma Metni ve Rehber incelendiğinde, Komisyon'un açıkça haklı gerekçeleri savunma olarak yorumlayan iki basamaklı bir yaklaşımdan yana

tavir aldığı görülmektedir. Tartışma Metni'nde haklı gerekçeler "olası savunmalar" başlığı altında ele alınmış; Rehber'de ise, AAD'nin *Ahmed Saeed* kararının da etkisi ile savunma teriminden kaçınılmıştır. Ancak Rehber'de genel uygulama mantığı içerisinde iki basamaklı yaklaşımı korunduğu görülmektedir¹⁶⁵.

3.3. HAKLI GEREKÇEDE İSPAT MÜKELLEFİYETİ SORUNU

Komisyon, Tartışma Metni'nde haklı gerekçeye veya etkinlik savunmasına ilişkin ispat mükellefiyetinin hâkim durumdaki teşebbüste olduğunu açık biçimde dile getirmiştir¹⁶⁶. 101. ve 102. maddenin uygulamasını düzenleyen 1/2003 sayılı Konsey Tüzüğü'ne atıfta bulunan Komisyon, herhangi bir savunma için gerekli yasal koşullarının gerçekleştiğini gösterme yükümlülüğünün savunma tarafına ait olduğunu belirtmiştir¹⁶⁷. Benzer tutumun Rehber için de geçerli olduğunu belirtmek mümkündür. Komisyon Rehber'de, haklı gerekçede ispat mükellefiyetinin hâkim durumdaki teşebbüste olduğunu açıkça düzenleyerek Tartışma Metni'ndeki konumunu korumuştur.

Komisyon'un bu yaklaşımı hem usul hem de esas bakımından ciddi eleştirilere maruz kalmıştır. Giorgio Monti, Tartışma Metni'ne ilişkin görüşünde, Komisyon'un dayanak noktası olan *Michelin II* kararı ve 1/2003 sayılı Konsey Tüzüğü'nün ispat mükellefiyetini hâkim durumdaki teşebbüse yükleyen yaklaşımını desteklemediğini belirtmiştir.¹⁶⁸ Monti'ye göre, *Michelin II* kararında hâkim durumdaki teşebbüsün uyguladığı indirimlerin sadakat indirimleri değil, yasal olan miktar indirimleri olduğunu savunması ispat mükellefiyetinin hâkim durumdaki teşebbüse geçmesi şeklinde yorumlanmamalıdır. 1/2003 sayılı Konsey Tüzüğü'nün 2. maddesinin ilk cümlesinde ispat yükümlülüğünün ihlal iddiasını öne süren tarafta olduğu, ikinci cümlesinde ise *101(3). madde ile sınırlı olmak üzere* ispat mükellefiyetinin savunma makamına ait olduğu düzenlenmiştir. Görüldüğü üzere bu maddede 102. madde özelinde ispat mükellefiyetine ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Dolayısıyla bazı yazarlar (Loewenthal 2005, 459-460 ve Llorens 2007, 1747 - 1748) bu hükme dayanarak 102. madde özelinde ispat mükellefiyetinin hâkim durumdaki teşebbüste olduğunu belirtmenin genişletici bir yorum olacağını savunmaktadırlar.

¹⁶⁵ Rehber'in 30. paragrafında Komisyon, "... hâkim durumdaki teşebbüslerin rakiplerin dışlanmasına yol açan davranışlarını etkinlik temelinde savunabileceklerini" düzenlemiştir. Benzer şekilde Komisyon tarafından etkinlik gerekçesinde öngörülen koşullar 101(3)'de öngörülenlerle benzer niteliktedir.

¹⁶⁶ Tartışma Metni para. 77. Komisyon bu kararına dayanak olarak Genel Mahkeme'nin *Michelin II* kararına atıfta bulunmuştur. *Michelin v Commission* Case T-203/01 (2003), ECR II 4071, para 107-109.

¹⁶⁷ Komisyon'un bu yöndeki yaklaşımını koruduğunu gösteren son dönem kararlardan biri için bkz. *Wanadoo Interactive* dn. 110.

¹⁶⁸ Bkz. dn. 159.

Fox ise, Tartışma Metni'nde Komisyon'un sadece muhtemel kapama etkisini ispatladığı bir zeminde hâkim durumdaki teşebbüsün davranışının etkinlik doğurucu ve vazgeçilmez bir davranış olduğunu göstermek durumunda bırakılmasının oldukça ağır bir ispat mükellefiyeti getirdiğini belirtmiştir¹⁶⁹. Benzer bir eleştiri, Rehber'deki yaklaşım için de dile getirilmektedir. Rehber'deki yaklaşım çerçevesinde Komisyon sadece muhtemel rekabet karşıtı kapama etkisini ispatlayacak iken, hâkim durumdaki teşebbüs muhtemel bir net zararın oluşmayacağı garantisini vermek durumunda kalmaktadır¹⁷⁰. Akman'a (2010, 621) göre bu yorum, teşebbüsün savunmasının kapsamını, davranışın neden ihlal olmadığını ispatlamak şeklinde genişleterek haklı gerekçenin etki alanını daraltmaktadır. Esasen ihlalin ispat mükellefiyeti Komisyon'a aittir. Bu mükellefiyet, davranışın tüketici ve rekabet üzerindeki olumsuz etkisini göstermek kadar haklı gerekçelerin geçersizliğinin ispatını da kapsamaktadır. Akman'a göre haklı gerekçelerin çürütülmediği hallerde ihlalin varlığından bahsedilmemelidir.

Öte yandan Desogus (2010, 25) bugüne kadar AB içtihadta ispat yükümlülüğüne ilişkin bir kural getirilmediği tespitinde bulunmuş ve ispat yükümlülüğünün Komisyon'un üzerinde bırakılması şeklindeki düşüncenin ABD uygulamasına yakınlaşmayı hedeflediğini belirtmiştir. Desogus'a göre bunun AB uygulaması bakımından en bariz sonucu, bugüne kadar AB içtihadında aranan koşulların hafifletilmesi ve 101 ve 102. madde uygulamaları bakımından tutarlılığın zarar görmesidir. Özellikle etkinlik gerekçesi gibi hem 101. hem de 102. maddede değerlendirilen bir hususun her iki madde özelinde farklı değerlendirmelere tabi tutulması yönetsel olarak karmaşaya yol açacaktır.

3.4. BÖLÜM SONU ÖZETİ

Haklı gerekçenin ihlalin varlığına ilişkin değerlendirmenin yapıldığı ilk aşamada mı; - yoksa muafiyet rejimi ile benzer şeklide- bir ihlal sonucuna ulaşılmışının ardından savunma olarak mı değerlendirilmeye alınacağı ispat mükellefiyetini ve haklı gerekçe değerlendirmesini esaslı olarak etkileyen bir husustur. Her bir yöntemin birinci ve ikinci tip hata ile bilgi asimetrisinden kaynaklanan yönetim maliyetleri konusunda farklı avantaj ve dezavantajları bulunmaktadır. Bununla birlikte yapısalcı bir yaklaşım belirlemek bakımından, 102. madde uygulamalarında 101. maddeye benzer iki basamaklı bir yaklaşımın kabul edilebileceği fikri bir adım öne çıkmaktadır. Nitekim Tartışma Metni ve Rehber'de de Komisyon iki basamaklı bir yaklaşımdan yana tavır almıştır. Bununla birlikte Komisyon tarafından benimsenen yöntemde teşebbüsün yüklendiği ispat mükellefiyetinin Komisyon'a nazaran daha yüksek olması savunmayı imkânsız kıldığı gerekçesi ile eleştirilen hususlar arasındadır.

¹⁶⁹ Bkz. Elanour Fox'un görüşü dn. 164.

¹⁷⁰ Rehber para. 30.

BÖLÜM 4

ABD REKABET HUKUKUNDA TİCARİ GEREKÇENİN GENEL ESASLARI

4. 1. GİRİŞ

ABD Yüksek Mahkemesi'nin “serbest pazarın Manga Carta'sı” olarak nitelendirdiği¹⁷¹ Sherman Yasası'nın ikinci kısmı “eyaletler arasında ya da diğer ülkelerle yapılan ticarete tekelleşme ve tekelleşmeye teşebbüsü” suç saymaktadır. Teşebbüsler tarafından gerçekleştirilen tek taraflı davranışların tamamını kapsayan ikinci kısmın temel amacı, rakiplerin dışlanması yoluyla rekabet sürecine zarar verilmesinin önlenmesi olarak belirlenmiştir¹⁷². Bununla birlikte, dışlayıcı nitelikte rekabet karşıtı davranış ile meşru rekabetin ayırt edilmeleri oldukça güçtür (Easterbrook 2003, 345). Bu güçlüğün yol açacağı belirsizliğin ve müdahale hatalarının, rekabetçi davranışlara yönelik cesaret kırıcı etkilerini önleme amacı Yüksek Mahkeme'nin ikinci kısım uygulamalarını köklü şekilde etkilemiştir¹⁷³. Müdahaleci uygulamaları sınırlayan bu durum esasen ABD rekabet politikasının geçirdiği evrimin önemli bir göstergesidir. Rekabet politikasının tarihine ilişkin çalışmalar Sherman Yasasının ikinci kısmına ilişkin ilk dönem uygulamalarının, pazar gücüne karşı düşmanca tutum sergileyen politik hedeflerden ve küçük ve orta ölçekteki teşebbüslerin korunması ülküsünden etkilendiğini göstermektedir (Ilıcak 2003, 19). Merkezinde tüketici refahının bulunduğu ve sosyo-politik amaçlar içeren bu yaklaşım daha sonra Şikago Ekolu'nün etkisiyle bir nevi

¹⁷¹ Spectrum Sports Inc v McQuillan 506 US 447, 458 (1993).

¹⁷² FTC Hearings, Enforcement of Section 2 of the Sherman Act: Theory and Practice. <http://www.ftc.gov/os/sectiontwohearings/docs/section2overview.pdf> s. 2.

¹⁷³ Yüksek Mahkeme birçok kararında olduğu gibi Brooke Group kararında da “yıkıcı fiyat iddialarına ilişkin bir takım ön koşulların getirilmesinin aşırı müdahalenin yaratacağı bozucu etkilerden kaçınmak için gerekli olduğu” değerlendirmesinde bulunmuştur. Brooke Group Ltd v. Brown & Williamson Tobacco Corp., 509 US 209, 226-27 (1993)

reforma tabi tutulmuş (Schweitzer 2007, 6-7) ve iktisadi analizin mantığı ile uyumlu bir hale getirilmiştir (Kovacic 2007, 17-20). Bu süreçte sosyo-politik amaçların yerini neredeyse sadece “iktisadi etki” kavramı almış, ikinci kısım kapsamı daraltılarak rakipler yerine rekabetin korunduğu bir anlayış egemen olmuştur (Kovacic 2007, 19-20).

Tek taraflı davranışlara yönelik müdahale kapsamını daraltan bu sürecin, uygulama alanını genişlettiği konuların başında *ticari gerekçeler*¹⁷⁴ gelmektedir. ABD içtihadında, *prima faice* tekelleşme olarak kabul edilen davranışlar karşısında ticari gerekçelerin bir savunma yöntemi olarak kullanılabilmesi açık biçimde kabul edilmiş görünmektedir (Keane 2008, 28). AB uygulamasında olduğu gibi ABD uygulamasında da ticari gerekçelerin özünde etkinlik ile rekabete karşılık verme mülahazaları bulunmaktadır.

4.2. ABD UYGULAMASINDA ETKİNLİK GEREKÇESİ

4.2.1. ABD İçtihadında Etkinlik Gerekçesi

Yüksek Mahkeme ilk defa *Grinnel* davasında tekelleşme davranışını, “... üstün ürün, iş aklı, tarihi olaylar sonucunda ortaya çıkan büyüme ve gelişmeden farklı olarak tekel gücünün bilerek ve isteyerek elde edilmesi ya da korunması...” olarak tanımlamıştır¹⁷⁵. Söz konusu kararda belirlenen “üstün ürün sonucu büyüme” kıstası genellikle etkinlik ile doğrudan ilişkilendirilen bir unsurdur (Rousseva 2010, 282-283).

*Aspen*¹⁷⁶ ve *Kodak*¹⁷⁷ kararları ise ABD içtihadında tüketici refahı ve etkinlikleri, odak noktası olarak kabul eden kararlar olmuşlardır. Aspen’deki dört kayak tepesinden üçüne sahip olan ve bu nedenle pazar gücüne sahip olduğu kabul edilen Aspen Skiing Co., tüm kayak tepelerinde geçerli olan ve rakibi ile birlikte sattığı biletlerin satışına son vermiştir. Konuya ilişkin kararında Yüksek Mahkeme, davranışın “dışlayıcı” olarak kabul edilmesinin sadece rakip üzerindeki etkisine değil aynı zamanda tüketiciler üzerindeki etkilerine ve rekabeti zorunlu olmayan bir şekilde bozup bozmadığına bağlı olduğunu belirtmiştir¹⁷⁸. Davranış için ticari gerekçelerin varlığını araştıran Mahkeme, rakipleri dışlayan veya dışlama amacı taşıyan davranışların *etkinlik kıstasına* dayanmadığı hallerde ihlal

174 “Ticari gerekçe” ifadesi ABD içtihadında “*business justification*” terimi yerine kullanılmıştır. Çalışmamızda AB içtihadındaki “haklı gerekçe” ile ABD içtihadındaki “ticari gerekçe” kavramsal açıdan eşanlamlı kullanılmıştır.

175 United States v Grinnell Corp., 384 U.S. 563 (S.C 1966) 570-571.

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

177 Eastman Kodac Co v Images Technical Services Inc. 504 US 451 (1992)

178 Bkz. dn. 176, s 605.

olarak nitelendirilebileceğini belirtmiştir. Ardından Mahkeme, tüketicilere zarar verdiği, herhangi bir etkinlik kıstasına dayanmadığı ve uzun vadeli tekel kârları bakımından kısa dönem zararlara katlanıldığı gerekçeleri ile davranışı ihlal olarak nitelendirmiştir¹⁷⁹. Yüksek Mahkeme *Aspen*’de, etkinlik kazanımlarından yana tavır alabileceğinin sinyalini verse de, olası etkinlik kazanımlarının neler olabileceğine ve ispat standardına ışık tutmamıştır (Keane 2008, 34).

Kodak kararı ihlalin varlığına ilişkin değerlendirmesinde Yüksek Mahkeme’nin ticari gerekçelerin varlığına odaklandığı bir başka karar olmuştur. *Kodak*’ın başvurusunu (*summary judgement*) reddeden Mahkeme, ikinci kısım kapsamındaki sorumluluğun *Kodak*’ın davranışı için geçerli ticari gerekçeler sunabilmesine bağlı olduğunu değerlendirmiş¹⁸⁰ ve ardından *Kodak* tarafından öne sürülen gerekçeleri yeterli bulmamıştır.

Aspen ve *Kodak* kararları, etkinlik özelinde ticari gerekçelerin varlığının ikinci kısım kapsamında incelenen davranışın meşruiyetini belirlemek bakımından kritik öneme sahip olduğunu göstermektedir. Bu kararlar incelendiğinde herhangi bir ticari gerekçenin bir davranışı ikinci kısım yasaklamasının dışına çıkarabilmesi için üç koşulu sağlaması gerektiğini göstermektedir: Belirgin ve önemli etkinlik kazanımları sağlama, davranış ile doğrudan ilişkili olma ve rekabeti en az sınırlayan alternatif olma (ABA 2008, 243-244).

Kararlarda etkinlik gerekçesine verilen önem bariz olmakla birlikte cevaplanmayan bazı sorular literatürde etraflıca tartışılmaktadır: Meşru bir etkinlik gerekçesinin varlığının ispatlandığı hallerde ihlal iddiası düşecek midir? Bu anlamda etkinlik gerekçesi “*var ya da yok*” (*all or nothing proposition*) felsefesindeki bir yöntem midir? Yoksa etkinlik gerekçeleri rekabet karşıtı etkileri ile dengelenmeli midir? Kauper (2005, 1625) *Aspen* ve *Kodak* kararlarının denge testini öngörmediklerini dolayısıyla bu kararlardaki etkinlik gerekçesinin “var ya da yok” sistematığı ile işlediğini savunmaktadır (Kauper 2005, 1630-1632)¹⁸¹.

Kodak sonrası kararlara bakıldığında ise Yüksek Mahkeme’nin bazı fiyat ihlalleri için spesifik testler geliştirdiği ve aşırı müdahaleci yaklaşımın yol açacağı bozucu etkilerden kaçınmanın gerekli olduğunu vurguladığı görülmektedir¹⁸². Örneğin yıkıcı fiyata ilişkin *Brooke Group* kararında¹⁸³ Mahkeme, iddia makamına

¹⁷⁹ Bkz. dn. 176, s. 610 - 611.

¹⁸⁰ Bkz. dn. 177, s 483.

¹⁸¹ Bununla birlikte detaylarına aşağıda yer verileceği üzere Microsoft kararında farklı bir yaklaşım sergilenmiştir.

¹⁸² <http://www.ftc.gov/os/sectiontwohearings/docs/section2generalstandards.pdf> s 8.

¹⁸³ Bkz. dn. 173.

maliyet altı fiyatlamının ve hasat imkânının varlığını ispatlama koşulu getiren bir test öngörmüştür. İddia makamı bakımından oldukça zorlu olan bu testin gerekçesi olarak Mahkeme ikinci tip hatadan kaçınmayı göstermiştir¹⁸⁴. Yüksek Mahkeme'nin *Trinko* kararı¹⁸⁵ ise *Aspen* kararını “İkinci kısım sorumluluğunun sınırında bir karar” olarak nitelemiş ve sözleşme yapmanın reddine ilişkin içtihadta köklü değişiklikler yapmıştır. Dava, Telekomünikasyon Yasası'nın getirdiği kurallar çerçevesinde şebeke unsurlarını ayrıştırılmış bir şekilde rakip telefon işletmecilerine kullandırmak zorunda olan sabit telefon operatörü Verizon'ın bu yükümlülüğünü yerine getirmemesine ilişkindir. Yüksek Mahkeme, hem tekelci firmanın hem de rakibinin yatırım güdüsünün azalmasını sözleşme yapma yükümlülüğünün önemli sakıncalarından biri olarak nitelendirmiştir. Sektörün düzenlenen bir pazar olduğunu göz önüne alan Mahkeme, bu tür pazarlarda ikinci kısım etkisinin sınırlı olacağını ve hatalı pozitif maliyetinin ortaya çıkacağını savunmuştur.

Brooke Group ve *Trinko* kararları etkinlik gerekçesi için iki bakımdan önemlidir. Öncelikle *Brooke Group* kararı, ispat yükümlülüğünü iddia makamına yükleyerek, etkinlik kazanımlarını yasaklamadan doğacak bozucu etkilerden kaçınmayı öncelikli politika olarak benimsemiştir. *Trinko* ise Yüksek Mahkeme'nin sözleşme yapmanın reddine ilişkin davalarda dinamik etkinliğe verdiği önemi göstermesi bakımından önemlidir (Demiröz 2009, 338).

4.2.2. ABD İctihadında Dışlayıcı Etki/Niyet ve Etkinlik Gerekçesi İlişkisi

Etkinlik gerekçesi bakımından ABD içtihadında aydınlatılması gereken bir başka konu etkinlik kazanımları ile dışlayıcı niyet arasındaki ilişkidir. Buna ilişkin önemli kararlardan biri, sahip olduğu rafineri nedeniyle propan üretiminde önemli pazar gücüne sahip olan Pacific Resources'ın üretimini ve rakibine mal arzını durdurarak ithalata yönelmesini konu edinen *Oahu Gas* kararıdır¹⁸⁶. 9. Temyiz Mahkemesi değerlendirmesinde tekelci teşebbüsün rakibi ile sözleşme yapmamasının kısmen rekabeti kısıtlama amacına dayandığı hallerde, tekelci firmanın antitröst mesuliyetinin meşru ticari gerekçelerin varlığına bakarak tayin edileceğini belirtmiştir. Mahkeme, aşağıda yer verilen değerlendirmesinde propan üretiminin iktisadi bakımından etkin olmamasını yeterli bir ticari gerekçe olarak kabul etmiştir:

¹⁸⁴ A.g.k s. 226.

¹⁸⁵ Verizon Communications Inc. V.Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP, 540 U.S. 398 (2004)

¹⁸⁶ Oahu Gas Services Inc. V Pasific Resources Inc., 838 F 2d 360 (9th Cir. 1988).

“Pacific Resources’ın propan üretimi için yapması gereken yatırımın şirketin zarar etmesine yol açacağı açıktır. Var olan fiyat kontrolleri de göz önüne alındığında, Pacific Resources’ın kaynaklarını propan üretimi için kullanması iktisadi bakımdan etkin değildir. Bu nedenle Propan üretimine son verme kararı beyhude yere rekabeti azaltan bir davranış değildir. Bu iktisadi gerekçe davranışın ardındaki tek gerekçe olmasa da rekabeti makul bir biçimde kısıtlamıştır. Var olan bu iktisadi gereklilik davranışı Grinnel kararında öngörülen “tekel gücünün bilerek ve isteyerek elde edilmesi ya da korunması” testinin kapsamı dışına çıkarmaktadır.”

Öte yandan Pacific Resources’ın rakibi Oahu’yu zarara uğratmak için büyük propan alıcılara yönelik bilinçli olarak sahte (*sham*) ve maliyet altı fiyat teklifleri sunduğu ve bu fiyatların yıkıcı fiyat olduğu, dava çerçevesinde değerlendirilen ikinci iddia olmuştur. Mahkeme yaptığı değerlendirmede, uygulanan sahte fiyatların yıkıcı fiyat niyeti taşıdığını tespit etmekle beraber davranışın nihai olarak, Oahu’yu fiyatlarını indirmeye zorlayarak pazardaki rekabetin arttırılmasına yol açtığını savunmuştur. Bu noktadan hareketle Mahkeme, Pacific Resources’ın rakiplerine zarar vermek adına aldatici fiyat teklifleri içeren pazarlama stratejisinin haksız fiil hukuku çerçevesinde ele alınabileceğini belirtmiştir. Bununla birlikte Mahkeme, haksız fiil hukukundan farklı olarak antitröst hukukunda rakiplerin değil rekabet sürecinin kendisinin korunmasının hedeflendiğini belirtmiş ve bu nedenle rekabeti arttıran bu uygulamayı dışlayıcı niyetine rağmen ihlal olarak nitelendirmemiştir¹⁸⁷.

California Computer Products v. I.B.M. Corp. kararında¹⁸⁸ ise Grinnel kararında ortaya konulan “üstün ürün” testinden kaynaklanan dışlayıcı etkilere ilişkin ABD mahkemelerinin yorumunu görmek mümkündür. Bu dava IBM’in rakipleri ile uyumlu olmayan tasarımlar yapmasını konu edinmiştir. Mahkeme yaptığı değerlendirmede IBM’in tasarımlarının daha düşük üretim maliyetleri ve fiyatlara ya da daha yüksek performansa dayanmasının IBM’in davranışının ardındaki haklı nedeni oluşturduğunu ve davranışın ikinci kısma aykırı olmadığını belirtmiştir¹⁸⁹. Yüksek Mahkeme’nin bu yorumu iki açıdan önemlidir (Kallaugher ve Sher 2004, 269-270): Öncelikle “üstün ürün” sadece teknolojik inovasyonları değil, daha düşük maliyet/fiyat ve daha yüksek performansa yol açan her türlü eylemi kapsamaktadır. İkincisi bu karar ABD içtihadındaki meşru rekabet anlayışının, rakipleri dışlama etkisinden bağımsız olarak etkinlik kazancı

¹⁸⁷ Benzer bir yorumun yapıldığı karar için bkz. *Brunswick Corp. v. Pueblo Bowl-O-Mat, Inc.*, 429 U.S. 477, 488, 97 S.Ct. 690, 697, 50 L.Ed.2d 701 (1977)

¹⁸⁸ *California Computer Products v. I.B.M. Corp.* 613 F.2d 727 (9th Cir.1979)

¹⁸⁹ A.g.k. s. 744.

doğuran tüm davranışları kapsadığını göstermektedir. Mahkemenin bu yorumu ABD'deki etkinlik gerekçesinin kapsamının AB'ye kıyasla daha geniş olduğunun bariz bir göstergesidir.

4.2.3. ABD İctihadında Etkinlik Gerekçesinin Kapsamının Değerlendirilmesi

Aluminum Co. kararında 2. Temyiz Mahkemesi, “[yasalarla] rekabet etmeye zorlanan başarılı teşebbüsler kazandıkları zaman cezalandırılmamalıdır.” yorumunda bulunmuştur¹⁹⁰. Karar yılı olan 1945 yılında egemen olan yaklaşımı tam olarak yansıtmasa da, bu yorumun ABD'deki son dönem uygulamaların ruhunu yansıttığını söylemek abartılı olmayacaktır. Bu bağlamda, ABD içtihadında teşebbüsler arasında kazananı belirleyen yegane unsur etkinliktir.

Aspen kararında yer verilen değerlendirme somut etkinlik kazanımlarının ABD hukukunda meşru veya geçerli ticari gerekçe olarak kabul edilebileceğini göstermektedir¹⁹¹. *Aspen* kararı sonrası dönemde sözleşme yapmanın reddine ilişkin kararları inceleyen Ahern'e göre içtihadta yer bulan ticari gerekçelerden bazıları kâr maksimizasyonu, kalite kontrolü, bedavacılığın önlenmesi, sözleşme yapmanın hâkim durumdaki teşebbüsün faaliyetlerini zorlaştırması gerekçeleridir¹⁹². Bu etkinlik gerekçeleri doğrudan veya dolaylı olarak başta üretimde etkinlik olmak üzere statik etkinlik kazanımları içermektedir. Elbette bu gerekçeler mahkemeler tarafından her zaman kabul edilmemiştir. Örneğin kalite denetimi gerekçesi bazı hallerde *post hoc* nitelikte olduğu gerekçesi ile kabul edilmezken bedavacılık sorununun önlenmesi bazı davalarda kabul görmüştür (Ahern 1995, 176-178). Gerekçelerin kabul görebilmeleri, soyut iddiadan ziyade somut delile dayanmalarına bağlı görünmektedir. *Kodak* kararı bunun bariz bir örneği konumundadır. Söz konusu kararda Kodak tarafından ileri sürülen gerekçeler geçerli olmadıkları için değil, Kodak'ın davranışları ile tutarlılık arz etmedikleri gerekçesi ile reddedilmiştir¹⁹³. Öte yandan *Trinko* kararı, dinamik etkinlik kazanımlarının merkezi önemi haiz olduğu bir karar olarak dikkat çekmektedir. Yüksek Mahkeme, ikinci tip hata riskinden ve yanlış müdahalelerin bozucu etkilerinden kaçınabilmek adına ikinci kısım kapsamında sözleşme yapmanın reddini oldukça dar yorumlamıştır.

¹⁹⁰ United States v Aluminum Co. of Am. (Alcoa) 148 F 2d. 416 (2nd Cir. 1945) s 430.

¹⁹¹ Bkz. dn. 176, s. 608.

¹⁹² Genel olarak bkz. Ahern (1995)

¹⁹³ Bkz. dn. 177, s. 483

Etkinlik kazanımları elbette iktisadi refahtan ve özellikle tüketici refahından bağımsız ele alınan bir konu değildir. FTC ve DOJ'in yayımladığı duyurularında olduğu gibi içtihadta da etkinlik kazanımlarının tüketici refahına katkı sağlaması gerektiğini dile getirmektedir. *Le Page's Incorporated* kararında¹⁹⁴ 3. Temyiz Mahkemesi, teşebbüsün “iktisadi menfaatlerine uygun davrandığı” yönündeki genel bir ifadenin meşru ticari gerekçe olarak kabul edilemeyeceğini belirtmiştir. Bu kararda etkinlik kazanımlarının tüketici refahına olumlu katkıda bulunması meşru ticari gerekçe olarak kabul edilebilmeleri bakımından bir koşul olarak belirlenmiştir. Bu nedenle tıpkı AB uygulamasında olduğu gibi ABD’de de tüketici refahı etkinlik kazanımlarının önemli unsurlarından biridir. Ancak ABD’de etkinliğin tüketiciye yansıtılması koşulunun AB’de olduğu gibi katı uygulanmadığı; AB’de rakibin dışlanması ile tüketici faydasını doğrudan ilişkilendiren bir anlayışın ABD içtihatlarında yer almadığı görülmektedir.

Etkinlik gerekçesi bakımından “dışlayıcı niyet”in bir gösterge olarak kabul edilmemesi ABD içtihadında dikkat çeken bir başka unsurdur. *Oahu Gas* kararı pazarı daha rekabetçi hale getiren davranışlar bakımından dışlayıcı niyetin varlığının dikkate alınmadığının net bir örneğidir. Dolayısıyla ABD içtihadı tekeli teşebbüsün niyetinin ne olduğuna kayıtsız kalmakta (Keane 2008, 30) sadece davranışın pazarda yarattığı nihai etki ile ilgilenmektedir. Sherman Kanunu çerçevesinde ticari gerekçeleri inceleyen Carrier da (1999, 1319), kısıtlamaların rekabeti somut biçimde arttırdığı hallerde, sunulan gerekçelerin *post hoc* nitelikte olmasının önemli olmadığını savunmuştur.

Etkinlik gerekçesi bakımından önemli bir başka konu teşebbüslerin ispat yükümlülüklerinin sınırının ne olduğudur. Gavil (2005, 55) ABD uygulamasında gerek yoğunlaşmalarda ve gerekse tekelleşmeye ilişkin davalarda ileri sürülen etkinlik kazanımlarının “*olaya özgü*” ve “*doğrulanabilir*” olması gerektiğini savunmuştur. Başka kelimelerle ifade edilirse, savunma tarafı etkinlik kazanımlarının başka şekilde gerçekleştirilemeyeceği ve gerçek olduklarını ispat etme yükümlülüğü altındadırlar. Bu bağlamda Robertson (2002, 63) etkinlik kazanımlarının doğrulanabilirliğini teminen teşebbüslerin sektör araştırmalarından, finans ve muhasebe kayıtlarından ve iktisadi kanıtlardan yararlanabileceklerini dile getirmiştir.

4.2.4. ABD İchtihadında Etkinlik Değerlendirmesinde Yöntem ve İspat Mükellefiyeti Tartışmaları

Grinnel kararında tekelleşmenin tanımında yer alan ikili yapı, ikinci kısım uygulamalarında etkinlik kazanımlarının rekabet kısıtlarını telafi etmesine

¹⁹⁴ *Le Page's Incorporated v 3M*, 324 F.3d 141 at 163 (3rd Cir. 2003)

izin veren bir *rule of reason* analizinin egemen olması sonucunu doğurmuştur (Rousseva 2010, 283). *Rule of reason* analizinin yöntemine ilişkin çerçeve ise *Microsoft* kararında¹⁹⁵ çizilmiştir. *Microsoft* kararında uygulanan test tüketici refahı testinin bir versiyonu olan “net etki” testi olup içtihatla büyük kabul görmüştür (Madan 2008, 36). Bölge Mahkemesi’nin kişisel bilgisayar işletim sistemlerinde tekel gücüne sahip olan *Microsoft*’un, internet tarayıcı pazarında tekelleşmeye teşebbüs etmek suretiyle ikinci kısmı ihlal ettiği sonucuna ulaştığı kararında dört aşamalı bir test uygulamıştır. Bu teste göre;

- (i) İlk aşamada davacı taraf rekabetçi sürece ve tüketicilere verdiği zarar ile birlikte *prima facie* ihlali göstermek durumundadır. Bu, ihlalin varlığı bakımından rakiplere verilen zararın yeterli olmadığı anlamına gelmektedir¹⁹⁶.
- (ii) *Prima facie* ihlalin varlığının ispatlandığı hallerde, ikinci aşamaya geçilmekte ve davalı taraftan davranışı için etkinlik gerekçesi/ticari gerekçe sunması talep edilmektedir.
- (iii) Üçüncü aşama, davacı tarafın sunulan ticari gerekçeleri çürütebildiği ya da rekabet karşıtı etkilerin rekabetçi etkilerden daha fazla olduğunu gösterebildiği aşamadır¹⁹⁷.
- (iv) Son aşamada ise mahkeme rekabetçi ve rekabet karşıtı etkileri karşılaştırarak nihai kararını vermektedir.

Microsoft kararında Mahkeme, öngördüğü testin tüm aşamalarını tamamlamamış, ilk iki aşama çerçevesinde tarafların ispat mükellefiyetlerini yerine getirip getirmediğini analiz ederek sonuca ulaşmıştır. Bu nedenle Mahkeme, her iki etkinin karşılaştırılması gibi zorlu bir denge testine gerek duymamıştır. Bu yöntemin ikinci kısım uygulamaları bakımından en uygun yöntem olduğunu savunan yazarlar, denge testi gibi zorlu bir karşılaştırmaya gerek kalmayacağını; rekabet karşıtı etkilerin varlığına ya da etkinlik kazanımlarına ilişkin iddialardan birinin reddi ile testin nihayete ereceğini savunmaktadırlar (Gavil 2005, 3-4). Bu testin literatürde destek gören bir başka özelliği ise, uygulamada kolaylık sağladığı gerekçesi ile ispat mükellefiyetini taraflar arasında dağıtmasıdır.

Bununla birlikte, *Microsoft* kararında öngörülen bu yöntemin en fazla eleştirilen yönü, gerçek dünyanın bilgi asimetrisi koşulları içerisinde *ex post* ve *ex ante* denetime uygun olmadığıdır (Madan 2008, 41). Bu bağlamda literatürde

¹⁹⁵ United States v Microsoft Corp., 253 F. 3d 34 (D.D.Cir, 2001)

¹⁹⁶ A.g.k. s. 58.

¹⁹⁷ A.g.k. s 59.

gerek mahkemeler ve gerekse teşebbüsler bakımından daha uygulanabilir olduğu savunulan *kârdan feda*, *iktisadi açıdan anlamlı olmayan davranış* ve *eşit etkinlikte firma testi* gibi alternatif testler ileri sürülmüştür. Bununla birlikte Salop (2006, 331) *Microsoft* kararında öngörülen yöntemin doğrudan tüketici refahını hedefleyen bir test olmasının diğer testlere göre en büyük avantajı olduğunu savunmaktadır. Öte yandan Kolasky (2008, 89), ispat mükellefiyetinin taraflar arasında dağıtılmasının davalı ve davacı arasında kayıtsız kalan esnek bir yapı sağladığını ve genel bir analiz bakımından daha uygun olduğunu savunmuştur.

Görüldüğü üzere, *Microsoft* kararı ispat mükellefiyetinin taraflar arasında el değiştirdiği bir sistem öngörmüştür. Taraflar arasında ispat mükellefiyetinin eşit biçimde dağıtılması bu sistemin birinci tip hata riskini azaltmaktadır. Aynı zamanda bu modeldeki yapısalcı yaklaşım “öngörülebilirliği, tutarlılığı ve meşruiyeti” de sağlamaktadır (Carrier 1999, 1343). Mahkemeler açısından davanın başında bir denge testi uygulamak yerine ispat yükümlülüğünün taraflar arasında el değiştirdiği yerleşik bir düzen daha pratik bir yöntemdir (Carrier 1999, 1328). Bu çerçevede davalının *prima facie* ihlali ya da davalının etkinlik gerekçesini sunmadığı aşamada test nihayete ermektedir. Bu yöntem, öne sürülen iddianın niteliğine göre ispat yükümlülüğü standardının düzeyini ayarlama imkanı vermektedir. Daha ciddi potansiyel rekabet karşıtı etkinin varlığı daha yüksek ispat karinesi getirecektir. Aynı zamanda savunma tarafının ticari gerekçesinin yokluğuna dayanarak *prima facie* bir ihlal bulgusunu açıkça ortaya koyamayan iddia makamının mahkeme tarafından yönlendirilmesinin önüne geçmektedir (Keane 2008, 56)¹⁹⁸.

ABD içtihadındaki *rule of reason* yaklaşımı ile AB uygulamasında Rehber’de öngörülen muafiyet rejimine benzer yaklaşım arasında ilk bakışta benzerlikler görülmesine karşın temelde ciddi farklılıklar bulunmaktadır (Rousseva 2010, 283). Öncelikle ABD uygulaması rekabet karşıtı etkilerin telafi edilmesi bakımından etkinlik kazanımlarının varlığını yeterli görürken AB uygulamasında etkinlik kazanımları tek başına yeterli olmamakta aynı zamanda etkinlik kazanımlarının tüketicilere fayda sağlaması koşulu da aranmaktadır. İkincisi, AB uygulamasında etkinlik kazanımlarının rekabet karşıtı etkileri karşıladığına ilişkin ispat mükellefiyeti hâkim durumdaki teşebbüste iken, ABD uygulamasında belirlenen test bunun tam aksi yönde bir yorum içermektedir.

¹⁹⁸ Hovenkamp (2004, 21-22) ispat mükellefiyeti bakımından alternatif bir yöntem olarak iddiası daha zayıf olanın ispat mükellefiyetini yüklenmesini savunmaktadır. Böylece, “enformasyon başarısızlığı” riskinin iddiası zayıf olan taraf üzerine yüklenmesi hata olasılığını azaltacaktır. Bununla birlikte bu sistemde ispat yükümlülüğü iddianın niteliğine bağlı olduğundan önceden öngörülmesi mümkün olmamakta ve öngörülebilirlik sorununa yol açmaktadır.

Buna göre davranışın rekabet karşıtı etkileri ile sunulan etkinlik kazanımlarının bu etkileri telafi etmediğine ilişkin ispat mükellefiyeti davacı tarafa (iddia makamına) aittir. Bu nedenle ABD uygulamasında teşebbüslerin etkinlik temelinde gerekçeler getirebilmeleri daha kolay görünmektedir.

4.3. ABD UYGULAMASINDA REKABETE KARŞILIK VERME GEREKÇESİ

ABD uygulamasında RKVG özellikle Robinson-Patman Act'in (RPA) ikinci kısmı çerçevesinde fiyat farklılaştırması iddialarına ilişkin olarak kullanılan bir gerekçe yöntemidir. RPA'nın 2 (b) maddesi, düşük fiyatının rakibinin düşük fiyatlarından kaynaklandığını, mantıklı ve sağduyulu bir insanı ikna edebilecek şekilde ispatlayabilen sağlayıcının, RKVG'den yararlanabileceğini düzenlenmiştir (Görgülü 2003, 55). Söz konusu savunmanın temelinde “*iyi niyet*” kavramı yatmaktadır. Bu nedenle ABD içtihadında RKVG çerçevesinde “*iyi niyetin*” esaslarına yön veren kararlara bakmak yararlı olacaktır.

4.3.1. ABD İçtihadında İyi Niyet Doktrini

Staley Mfg. kararında¹⁹⁹ Yüksek Mahkeme, iyi niyet çerçevesinde hareket ettiğinin ispatı bakımından satıcıya, “*makul ve basiretli bir kişiyi, fiyat indirimlerinin rakiplerden gelen eşit derecede düşük fiyatları karşılamak amacıyla yapıldığı sonucuna götürecek delillerin varlığını gösterme*” koşulu getirmiştir. Bu karar, *iyi niyetin* objektif bir standart olduğunu göstermekte ve teşebbüse fiyat indirimleri için temel aldığı bilgileri ispatlama yükümlülüğü getirmektedir. Bu kararda belirlenen iyi niyet standardının içtihadındaki diğer bazı kararlarda hâkim durumdaki teşebbüse ağır ispat yükümlülüğü getirir biçimde yorumlandığı görülmektedir (Springer 1997, 251). Örneğin *Forster Mfg Co.* kararında²⁰⁰ FTC, iyi niyet standartları çerçevesinde teşebbüsten, karşılamaya çalıştığı daha düşük fiyat teklifi ile birlikte rakibine ait bilgilerin gösterilmesini talep etmiştir. Rakilere ve fiyatlarına ilişkin önemli bilgiler içeren bu talep “gerçekçi” olmadığı gerekçesi ile 7. Temyiz Mahkemesi tarafından bozulmuştur.

Gypsum Co. kararında²⁰¹ Yüksek Mahkeme, teşebbüsler arasında karşılıklı bilgi değişiminin riskine dikkat çekmiş ve RKVG bağlamında da olsa bu tür bilgi değişimlerinin Sherman Yasası'nın birinci kısmı çerçevesinde ele alınması gereken fiyat birlikteliğine yol açabileceği tehlikesine işaret etmiştir²⁰².

¹⁹⁹ FTC ve A.E. Staley Mfg. Co. 324. U.S 746 (1946)

²⁰⁰ Forster Mfg. Co. 62 FTC 852 (1963).

²⁰¹ United States v Gypsum Co. 438 U.S. 422 (1978)

²⁰² A.g.k. 458.

Nihayet *Continental Baking* kararında²⁰³ FTC, iyi niyetin mutlak doğrunun ispatını gerektirmeyen esnek ve pragmatik bir doktrin olduğunu değerlendirmiş ve iyi niyeti “*basiretli bir tüccarın makul biçimde pazardaki rekabetin gerekliliği olduğuna inandığı hallerde rekabete adil biçimde karşılık vermesi*” olarak tanımlamıştır. Buna göre “iyi niyet”, rakiplerin fiyatlarına ilişkin mutlak bir bilgi gerektirmemektedir. Alıcının, daha düşük bir fiyat teklifi ile karşı karşıya olduğunu gösteren karineleri belirtmesi yeterlidir (Rousseva 2010, 270-271). İyi niyetin bu liberal yorumu *Gypsum* kararında²⁰⁴ Yüksek Mahkeme tarafından da kabul edilmiştir²⁰⁵. Yüksek Mahkeme, “*teşebbüsün, başka müşterilerinin de benzer indirimler aldığı yönünde bilgiler edindiğinin ispatını*” veya “*benzer indirimlerin sunulmadığı halde sözleşmenin iptal edileceği tehdidinin alınmasını*”²⁰⁶ iyi niyetin varlığı bakımından yeterli görmüştür.

4.3.2. ABD İçtihadında RKVG'nin Değerlendirilmesi

Yukarıda yer verilen kararlar RKVG'ne ilişkin olarak ABD içtihadında, esnek ve geniş bir iyi niyet doktrini çerçevesinde oldukça liberal bir yorumun tercih edildiğini göstermektedir. Bu anlamda gerek RPA ve gerekse içtihadta oluşturulan çerçeve oldukça basit ve nettir: Rakiplerinin daha düşük fiyatlar uyguladığı kanısını makul biçimde ortaya koyan teşebbüslerin, fiyatlarını rakiplerin fiyatlarına eşitleme hakları bulunmaktadır. Bunu sınırlayan yegane unsur, tıpkı AB uygulamasında olduğu gibi, rakiplerin altında fiyatlar vererek rekabetin yok edilmemesidir. Buna karşın söz konusu kavramın yorumlanması her iki rejimde ciddi farklılıklar göstermektedir. Örneğin AB uygulamasında rakiplerin altında fiyat vermemek RKVG kapsamında aranan bir koşuldur (Springer 1997, 255). Bununla birlikte ABD Yüksek Mahkemesi *A&P* kararında iyi niyetin RKVG'nin mihenk taşı olduğunu, bu nedenle rakipten daha düşük fiyatları bilinçli olarak vermediğini gösteren teşebbüslerin de bu gerekçeden faydalanabileceklerini belirtmiştir²⁰⁷.

AB içtihadı RKVG'yi teşebbüsün kendi alıcıları ile sınırlı tutarken ABD içtihadı mevcut alıcılar ile yeni alıcılar arasında herhangi bir ayırım yapmamıştır (Rousseva 2010, 272). Yüksek Mahkeme *Fall City* kararında “*RKVG'nin mevcut/ eski alıcılarını korumaya çalışan sağlayıcı ile yeni alıcılar kazanmaya çalışan*

²⁰³ *Continental Baking* 63 FTC 2071 (1963).

²⁰⁴ Bkz. dn. 201

²⁰⁵ Benzer yorumun Yüksek Mahkeme tarafından da kabul edildiği karar için bkz. *Falls City Industries Inc. v Vanco Beverages Inc* 460 U.S 428, s 439 (1983)

²⁰⁶ Bu yöndeki bir gerekçenin Yüksek Mahkeme tarafından kabul edildiği karar için bkz. *Great Atlantic & Pacific Tea Co v FTC* 440 US 69 (1979)

²⁰⁷ *Great Tea Atlantic & Pacific Tea Co. v FTC* 440 US 69 (1979) s. 83.

sağlayıcı arasında bir ayırım yapmadığını” belirtmiştir²⁰⁸. Bu nedenle kapsamı mevcut alıcıların korunması ile sınırlanan AB uygulamasından farklı olarak ABD’de RKVG, rekabetçi dinamikleri arttıran bir şekilde yorumlanmıştır.

Öte yandan Yüksek Mahkeme *Fall City* kararında “...belirli bir coğrafi bölgede pazar genelinde yapılan fiyat indirimlerinin iyi niyet doktrinine per se aykırı bir davranış olmadığını, pazarın rekabet koşullarının pekala bu duruma yol açabileceğini” belirtmiştir. Yüksek Mahkeme’nin bu yorumundan hareketle Hovenkamp (1999, 581), RKVG’nin sadece belirli alıcılara yönelik fiyat indirimleri ile sınırlı olmadığını, pazardaki rekabet koşullarına makul bir karşılık olma şartını sağladığı hallerde bölgesel bazda yapılan fiyat indirimleri için de geçerli olduğunu savunmaktadır.

4.3.3. RKVG Çerçevesinde İspat Mükellefiyeti

Önceki bölümde belirtildiği üzere, AB içtihadında hâkim durumdaki teşebbüsün RKVG’den faydalanabilmesi için, alıcılara rakipler tarafından daha düşük fiyat tekliflerinin sunulduğunu ve teklif sahibi teşebbüsün mal arzına “hazır ve muktedir” olduğunu ispatlaması gerekmektedir. Bu koşul ABD içtihadı ile karşılaştırıldığında oldukça katı bir ispat yükümlülüğüdür. ABD içtihadında RKVG’de ispat mükellefiyeti bakımından iyi niyetin varlığına odaklanmıştır. Yüksek Mahkeme’nin *Continental Baking* kararındaki yorumu iyi niyetin ticari hayatın gerçekleri ile uyumlu biçimde belirlenmesi gerektiğini öngörmektedir²⁰⁹. ABD içtihadı iyi niyetin ispatlanması bakımından ise aşağıdaki hallerden birinin varlığının gösterilmesinin yeterli olacağını göstermektedir (Springer 1997, 252).;

- (i) Birden fazla müşterinin, rakibin daha düşük fiyat teklifi ile karşı karşıya olduklarına ilişkin bilgilerin varlığı,
- (ii) Benzer indirimlerin sunulmadığı halde alıcının kaybedilmesi riski,
- (iii) İddia edilen indirimlerin doğruluğunun mevcut piyasa verileri veya dokümanlar çerçevesinde sorgulandığını,
- (iv) Geçmiş deneyimlerin bu tür fiyat indirimlerinin varlığını doğruladığı.

Görüldüğü üzere, ABD uygulamasında ticari gerekçe uygulamasında hâkim durumdaki teşebbüslerin rekabetçi gücüne odaklanılmakta ve ikinci tip hatadan kaçınmak amaçlanmaktadır. Bu yorum, rekabet politikasını genel

²⁰⁸ Falls City Industries Inc. v Vanco Beverages Inc 460 U.S 428, s 439 (1983) s 446-447

²⁰⁹ Bkz. dn. 203.

amaçlarının yanı sıra, Pazar entegrasyonu, Tek Pazara geçiş ve Ortak Pazarda rekabetçi yapının korunması amaçları için de kullanan AB'ye göre, anlaşılır biçimde daha liberal bir yorumdur.

4.4. BÖLÜM SONU ÖZETİ

AB uygulamasına benzer şekilde ABD'de de *prima facie* tekelleşme olarak kabul edilen davranışlar için etkinlik ve rekabete karşılık verme gerekçelerin (ticari gerekçeler) sunulabileceği içtihatla kabul edilmiştir. ABD uygulamasına hâkim olan müdahale hatalarından kaçınma ilkesi, etkinlik başta olmak üzere ticari gerekçelerin uygulama alanını genişletmiştir. Etkinlik gerekçesi kapsamında, içtihatla benimsenen “üstün ürün” testi, teknolojik inovasyonlar kadar daha düşük maliyet/fiyat ve daha kaliteli ürünü de kapsar biçimde yorumlanmakta ve tüketici refahı kapsamında rakipleri dışlama etkisinden bağımsız biçimde değerlendirilmektedir. Yöntem bakımından ise ABD uygulamasında ispat mükellefiyetinin taraflar arasında el değiştirdiği bir yöntem benimsenmiştir. RKVG ise ABD uygulamasında basiretli bir teşebbüsün makul biçimde pazardaki rekabetin gerekliliği olduğuna inandığı hallerde rekabete karşılık vermesi olarak tanımlanmakta ve geniş bir iyi niyet doktrini çerçevesinde yorumlanmaktadır.

BÖLÜM 5

HAKLI GEREKÇENİN TÜRK REKABET HUKUKUNDA UYGULANMASI

5.1. GİRİŞ

ABD ve AB’de önceki bölümlerde yer verilen tek taraflı davranışlara ilişkin gelişmelerin, başka ülke uygulamalarında da önemli bazı değişikliklere yol açacağı tahmini güç olmayan bir sonuçtur. Türkiye açısından değerlendirildiğinde, özellikle AB’de gerçekleşen “modernizasyon” süreci ülkemizde de bir domino etkisi yaratacaktır. 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un (RKHK) hazırlanmasından bugüne kadar geçen sürede AB hukuku uygulamalarından büyük ölçüde etkilenmiştir. Dahası, AB müktesebatına uyum sürecinde açılacak olan rekabet faslı çerçevesinde, mevzuat uyumu ve rekabet hukuku uygulamasının daha etkin hale getirilmesi amacıyla gerçekleştirilecek çalışmalar Türkiye’nin de modernizasyon yönünde adımlar atmasını zaruri kılabilecek niteliktedir. AB uygulamasına ilişkin önceki bölümlerde de belirtildiği üzere haklı gerekçe, modernizasyon olarak nitelendirilen etki temelli ve iktisadi bir analizde kullanılabilir pratik araçlardan birisidir. Bu bakımdan haklı gerekçenin Türkiye uygulamasındaki yeri ve olası bir “*modernizasyona*” etkisi yakından incelenmelidir.

5.1.1. Türkiye Uygulamasında Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması ve Haklı Gerekçe

RKHK’nın 6. maddesinde hâkim durumun kötüye kullanılması yasaklanırken herhangi bir tanıma yer verilmemiş, ikinci fıkrada ise beş bent halinde örnekleyici haller sıralanmıştır. Tıpkı AB uygulamasında olduğu gibi ülkemizde de 6. madde uygulamaları Rekabet Kurulu’nun (Kurul) içtihatları ile

şekillenmiş ve AB'den büyük ölçüde etkilenen bu uygulamanın AB ile benzer eleştiriler alması kaçınılmaz olmuştur. Nitekim OECD'nin Türkiye Gözden Geçirme Raporu'nda (2005, 23) Kurul'un hâkim durumun kötüye kullanılması uygulamalarına ilişkin almış olduğu kararlarda ikinci tip hatalardan kaçınma gayreti içinde olduğu dile getirilse de aynı raporda Kurul kararları, yeterli derecede iktisadi analize yer verilmediği gerekçesi ile eleştirilmiştir (OECD 2005, 40). Bu eleştiri ile paralel biçimde İçöz ve Hançer (2007, 165), Kurul kararlarının şekilci bir bakış açısına sahip olduğu ve etki temelli bir değerlendirmeden yoksun olduğu görüşünü seslendirmişlerdir.

Haklı gerekçe Kurul'un kötüye kullanmaya ilişkin incelemelerinde yer bulmakla beraber konuya ilişkin değerlendirmelerin sistematik biçimde yapıldığını belirtmek mümkün görünmemektedir. Kurul'un, sözleşme yapmanın reddine ilişkin verdiği kimi kararlarda haklı gerekçenin olmamasını ihlalin varlığı bakımından bir koşul olarak değerlendirdiği görülürken, diğer ihlal türleri bakımından haklı gerekçe analizi AB uygulamasında olduğu gibi *ad hoc* nitelik arz etmektedir. Esasen, hâkim durumdaki teşebbüsün etkinlik, rekabete karşılık verme ve nesnel zorunluluk gerekçeleri çerçevesinde meşru ticari menfaatini orantılılık ilkesine uygun biçimde savunabileceği Kurul içtihadında yer bulan bir kabuldür. Benzer bir değerlendirmeyi Danıştay nezdinde verilen kararlar için de yapmak mümkündür. Nitekim Danıştay Onüçüncü Dairesi'nin verdiği ve Kurul kararlarını bozan az sayıdaki kimi kararlarda haklı gerekçenin esastan değerlendirildiği görülmektedir. Örneğin, Kurul'un Türkiye Denizcilik İşletmeleri A.Ş. (TDİ)'nin Çanakkale Boğazı'nda yıkıcı fiyat uygulamak suretiyle hâkim durumunu kötüye kullandığı iddiası kapsamında verdiği ve şikayeti reddettiği kararına²¹⁰ ilişkin olarak Danıştay bozma kararını²¹¹ haklı gerekçelerin yokluğuna dayandırmıştır. Bu bağlamda Danıştay, “...tarifelerin 2003 yılından 2005 yılı başına kadar haklı bir gerekçe olmaksızın sürekli indirildiği..” ve “TDİ'nin indirimlerini haklı gösterecek başka herhangi bir maliyet azalması ya da verimlilik artışının da bulunmadığı, kaldı ki, rekabetle karşılaşmadığı hatların aksine rekabetle karşılaştığı hatlarda süreklilik arz eden indirimler yaptığı” tespit ve değerlendirmelerine yer vermiştir. Benzer şekilde Solmaz-Mercan II²¹² kararına ilişkin davada Danıştay, hâkim durumdaki teşebbüs tarafından mal vermenin reddinin “objektif haklı gerekçelere dayanmadığının Kurulca tespit edilmesini” etkiden bağımsız olarak ihlal bakımından yeterli görmüştür²¹³.

²¹⁰ 06-03/51-11 sayılı karar.

²¹¹ Danıştay 13. D. 07.01.2008 tarih E. 2006/2612, K. 2008/157 sayılı karar.

²¹² 07-47/506-181 sayılı karar.

²¹³ Danıştay 13 D. 02.02.2011 tarih E. 2007/13574, K 2011/486 sayılı karar.

Buna karşın, Kurul kararlarında dışlayıcı etki ve niyetin varlığı kapsamında şekillenen özel sorumluluk ilkesi ve rakibin dışlanması ile tüketici refahını ilişkilendiren yaklaşım haklı gerekçenin tatbikini güçleştirmektedir. Arka planda bu değerlendirmelerin olduğu bir zeminde aşağıda öncelikle Kurul içtihadında haklı gerekçenin nasıl ele alındığı değerlendirilecek ve ülkemiz bakımından alternatif bir model sunulacaktır.

5.2. Kurul İçtihadında Haklı Gerekçe

5.2.1. Yaysat 2 Kararı²¹⁴

Kurul'un 6. madde bağlamında haklı gerekçeye değindiği ilk soruşturma kararı 2000 yılında verdiği *Yaysat -2* kararıdır. Karara konu şikayet, gazete ve dergi yayıncılığı pazarında faaliyet gösteren BBD, Yaysat ve Biryay tarafından bayi dağıtım kanalına baskı yapmak suretiyle Ulusal Basın'ın çıkardığı gazetenin dağıtımının engellendiği iddiasını içermektedir. Kurul, gazete ve dergi dağıtım piyasasında birlikte hâkim durumda bulunduğu BBD, Biryay ve Yaysat'ın piyasaya yeni giren dağıtım şirketinin dağıttığı ürünleri bayilere sokmamak suretiyle hâkim durumlarını kötüye kullandıklarına karar vermiştir. Karar, hâkim durumdaki teşebbüslerin haklı gerekçelerine ilişkin ilkesel değerlendirmeleri ile dikkat çekmektedir. Kurul, ticari menfaatlerin korunmasına ilişkin olarak AB içtihadındaki *United Brands* kararı ile paralel şekilde aşağıda yer verilen değerlendirmede bulunmuştur:

“Hâkim durumda bulunan bir teşebbüs, her zaman, kendi menfaatlerini korumak amacıyla makul tedbirler alabilir. Ancak bu tedbirlerin adil olması ve piyasaya girmek isteyen rakibin faaliyetlerini engelleyecek nitelikte olmaması gerekmektedir.

Hâkim durumda bulunan bir teşebbüsün müşterisinin (bayisinin), rakip bir şirketle veya potansiyel bir rakip ile ilişkiye girmesi, hâkim durumda bulunan bir sağlayıcının, bütün tedarikini anında askıya alması veya müşteriye (bayiye) karşı misillemede bulunması için gerekçe olarak gösterilemez.”

Aynı kararda Kurul'un, hâkim durumdaki teşebbüsün meşru menfaatlerini korumak adına gerçekleştireceği davranışların sınırına ilişkin değerlendirmesi de şu şekilde olmuştur:

“.. pazarda hâkim durumda olan bir işletmenin, kendi ekonomik çıkarlarını gözetmek amacıyla aldığı karar ve uyguladığı politikaların, bu amaçla

²¹⁴ 00-49/529-291 sayılı karar. Danıştay 13. Dairesi tarafından kararın iptal edilmesi üzerine Kurul, aynı konuya ilişkin olarak 07-63/777-283 sayı ile yeniden karar almıştır.

orantılı olması gerekmektedir. Bir anlamda satış yapmayı reddetmeyi gerektiren gerekçeler, bu tutumu objektif olarak haklı gösterebilir nitelikte olmalıdır.

Genel bir ilke olarak, bir piyasada, hâkim durumda bulunan bir teşebbüsün objektif bir gerekçe olmaksızın, mal veya hizmet tedarik etmeyi reddetmesi ... Kanun'a aykırı bir davranış teşkil etmektedir.”

Kurul'un bu değerlendirmesi, ilkesel olarak, hâkim durumdaki teşebbüslerin meşru ticari menfaatlerini koruyan haklı gerekçelerin varlığının ihlal bulgusunu ortadan kaldıracığını göstermektedir. Bununla beraber hâkim durumdaki teşebbüsün bu doğrultudaki adımları, orantılılık ve *ortaya çıkabilecek sonuçlar nedeniyle* özel sorumluluk kısıtlamalarına tabidir.

5.2.2. Turkcell 1 Kararı²¹⁵

GSM hizmetleri pazarında hâkim durumda olan Turkcell'in mevcut durumda rakibiyle çalışan bir dağıtıcıya mal vermeyi reddetmesinin incelendiği *Turkcell 1* kararında Kurul “*mal vermeyi kesmenin kötüye kullanma olabilmesi için mal talebinde bulunan işletmeye uzun süreden beri mal veriliyor olması, müşterinin talebinin her zamankinden farklı olmaması ve mal vermeyi kesmek için başka bir haklı sebebin olmaması gerekmektedir.*” değerlendirmesinde bulunmuştur. Bu değerlendirmenin ardından Kurul, Turkcell'den uzun süreden beri kampanyalar çerçevesinde düzenli hat sağlayan Başarı Elektronik'in talebinde herhangi bir azalma olmadığı, mal arzının kesildiği dönemde oldukça yüksek bir talebin bulunduğu tespitinden hareketle mal vermenin kesilmesi için haklı bir gerekçenin oluşmadığına hükmetmiştir. Kurul'un bu değerlendirmesinde zımnı bir orantılılık testinin bulunduğunu belirtmek mümkündür.

Aynı karar çerçevesinde Kurul, Turkcell tarafından cihaz piyasasında münhasırlık koşuluyla sağlanan hat desteklerinin ilgili pazarda rekabeti bozup bozmadığını da incelemiştir. Turkcell, hat ile cihazın birlikte satılmasını sağlayan kampanyaların tüketiciler açısından cihaz maliyetlerini düşürerek pazara yatırım yapmak ve pazar genişlemesine katkı sağlamak amacıyla gerçekleştirildiğini savunmuştur. Buna karşın Kurul, münhasırlık koşulunun fiili etkisinin Telsim'in önemli cihaz distribütörleriyle çalışmaması ve piyasanın büyük bir bölümünden mahrum kalması sonucunu doğurması nedeniyle bu gerekçeyi de reddetmiştir.

²¹⁵ 01-35/347-95 sayılı karar. Danıştay 13. Dairesi tarafından kararın iptal edilmesi üzerine Kurul, aynı konuya ilişkin olarak 05-88/1221-353 sayılı ile yeniden karar almıştır.

5.2.3 Karbogaz Kararı²¹⁶

2002 yılında verilen *Karbogaz* kararı ise, RKVG'nin Kurul tarafından resen değerlendirildiği bir karar olarak dikkat çekmektedir. Bu kararda, Karbogaz'ın önceki dönemlerde pazarda rakibi olduğu halde, 1 yıllık sözleşme yapmayı yeterli bulurken, 1997 yılında pazara yeni giriş olacağına ilişkin ciddi sinyaller alması sonucunda, 3 ile 5 yıl arasında değişen münhasırlık hükümleri içeren sözleşmeler imzalaması incelenmiştir. Kurul, söz konusu davranışı Karbogaz'ın kendi konumunu koruma ve rakibini dışlama politikası olarak değerlendirmiş ve hâkim durumdaki teşebbüsün elde ettiği pazar gücünü müşterilerin alternatif temin kaynaklarını engelleyerek rekabetçi olmayan yöntemlerle sürdürmeye çalıştığı kanaatini dile getirmiştir²¹⁷.

Kararda Karbogaz'ın büyük alıcılara yaptığı sözleşmelerde yer alan “fiyat gözden geçirme” hükmüne ilişkin yaptığı değerlendirme, RKVG'ye Kurul'un yaklaşımı bakımından önemlidir:

“Fruko-Tamek A.Ş. ile 1997 yılında yapılan ve 1996 yılındaki sözleşme süresini 5 yıla çıkaran protokole eklenen “fiyat gözden geçirme hükmü” bir “İngiliz Hükümü” işlevi görmüştür. Karbogaz bu hüküm sayesinde, müşterinin rakip teşebbüslerden aldığı daha iyi koşullardaki teklifleri karşılamak için herhangi bir maliyet gerekçesine dayanmadan ilgili müşteriye uygun tekliflerde bulunarak rakip teşebbüslerin iş yapmasını engellemiştir. bu hüküm yardımıyla Karbogaz pazardaki rekabet koşullarını kendi lehine şeffaflaştırma ve kontrol etme imkanı kazanmıştır.”

Kurul'un bu yorumu, fiyatların kontrol edilmesi ile rakiplerin dışlanması arasında bir illiyet bağı kurmaktadır. Öte yandan “*müşterinin rakip teşebbüslerden aldığı daha iyi koşullardaki teklifleri karşılamak için herhangi bir maliyet gerekçesine dayanmadan ilgili müşteriye uygun tekliflerde*” bulunmasının rakipler aleyhine kapama etkisi yarattığı şeklindeki yorum RKVG bakımından netlikten uzak bir yorumdur. Bu değerlendirme, herhangi bir maliyet eşliğine göre değerlendirilmeksizin, hâkim durumdaki teşebbüsün rakiplerinden daha düşük fiyatlar vermesinin neden ihlal olduğuna ilişkin bir açıklama içermemektedir. Öyle anlaşılmaktadır ki Kurul, verilen indirimlerin maliyet ve diğer statik etkinlik

²¹⁶02-49/634-257 sayılı karar. Danıştay 13. Dairesi tarafından kararın iptal edilmesi üzerine Kurul, aynı konuya ilişkin olarak 05-80/1106-317 sayı ile yeniden karar almıştır.

²¹⁷ Kurul'un 99-56/599-381 sayılı Star kararında rekabete karşılık verme gerekçesinin kabul edildiği görülmektedir. Kurul, pazara yeni giren Star gazetesinin fiyat indirimleri karşısında Takvim ve Posta gazetelerinin de fiyat indirimine gitmelerini rekabetçi bir davranış olarak yorumlamış ve ihlalin gerçekleşmediği sonucuna ulaşmıştır.

kazançları ile açıklanmasını istemektedir. Fakat maliyet etkinliklerine dayanmasa bile, örneğin, ortalama kaçınılabilir maliyetin üstünde fakat rakiplerin fiyatlarının altındaki fiyatların nasıl değerlendirilebileceği açık değildir. Kurul sadece, uzun süreli münhasırlık içeren sözleşmelerle birlikte bu ve benzeri uygulamaları, potansiyel rekabetin kısıtlanmasının en önemli sebebi olarak yorumlamış ve hâkim durumdaki teşebbüsün taşıdığı özel sorumluluğa ilişkin aşağıdaki değerlendirmede bulunmuştur:

“Karbogaz’ın pazar pozisyonunu koruma adına esas olarak müşterilerle tesis edilen münhasır tedarik sözleşmelerine dayalı pazar stratejisinin pazarda gösterecek olduğu menfi etkinin, kendi iç dinamiklerinden kaynaklanmadığını bilmesi ve buna göre davranması gerekir.”

5.2.4. Ulusal Dolaşım Kararı²¹⁸

Kurul’un *Ulusal Dolaşım* kararı ise nesnel zorunluluk gerekçesinin ele alındığı bir karar olmuştur. Kararda GSM sektöründe faaliyet gösteren Turkcell ve Telsim’in lisans alarak bu alana yeni giren İŞ-TİM’in şebekelerinden yararlanma talebini reddetmeleri ele alınmaktadır. Kurul, reddetme eyleminin ancak haklı nedenlerin yokluğunda ihlal teşkil edeceğini bir kez daha hatırlatmış ve ardından yerleşik operatörler olan Turkcell ve Telsim tarafından ileri sürülen, yeni giren operatöre roaming hizmetin verilmesinin önünde teknik engellerin bulunduğu iddiasını incelemiştir. Telekomünikasyon Kurumu’nun konuya ilişkin değerlendirme ve tespitlerini dikkate alan Kurul, olay özelinde teknik kısıtların haklı gerekçe teşkil etmediği ve davranışın hukuka aykırı bir reddetme eylemi olduğu sonucuna ulaşmıştır.

5.2.5. Kablo Tv Kararı²¹⁹

Sözleşme yapma yükümlülüğüne ilişkin bir diğer karar olan *Kablo Tv* kararında, altyapıya sahip olan Türk Telekom’un bu altyapı üzerinden genişbant internet hizmetleri sunumunu, rakip internet sağlayıcıları dışlayarak, sadece kendisinin gerçekleştirilmesi incelenmiştir. Kararda mal vermeyi reddetme eyleminin 6. madde anlamında sorumluluk doğurabilmesi bakımından; (i) hâkim durum sağlandığının veya hâkim durumun korunduğunun, (ii) *eylemin ardında haklı bir ticari veya teknik gerekçenin bulunmadığının*, (iii) *haklı gerekçenin varlığı halinde haklı gerekçe ile eylemin sonuçları mukayese edildiğinde gerekçenin eylemi haklı kılacak ağırlığının bulunmadığının gösterilmesi* gerektiği belirtilmiştir. Kurul’un bu yorumunda haklı gerekçenin değerlendirilmesine ilişkin “denge testine” benzer bir yaklaşımın benimsendiği görülmektedir.

²¹⁸ 03-40/432-186 sayılı karar.

²¹⁹ 05-10/81-30 sayılı karar.

Kararda kablo altyapısının rakiplere açılmaması suretiyle dar bant hizmetlerden elde edilen gelirin korunması amacı ve kablo altyapısının teknik açıdan faydalandırılmaya müsait olmadığı iddiaları haklı gerekçe çerçevesinde incelenmiştir. İlk gerekçe kapsamında, maliyetlerde düşüş sağlamak suretiyle karlılığı arttıran uygulamaların haklı ticari gerekçe olarak öne sürülebileceği ancak bunun rekabetin sınırlanmasına bağlı olduğu durumlarda dikkate alınamayacağı belirtilmiş ve bu bağlamda Türk Telekom'un savunması reddedilmiştir. Teknik engellerin varlığına ilişkin yapılan değerlendirmede de Kurul, Telekomünikasyon Kurumu tarafından gönderilen görüşü dikkate alarak bunun geçerli bir gerekçe olmadığına karar vermiştir. Dolayısıyla söz konusu kararda Kurul, öngördüğü yöntem çerçevesinde denge testini içeren üçüncü aşamaya gelmeden, haklı gerekçenin olmadığını tespit ederek ikinci aşamada testi sonlandırmıştır.

5.2.6. *Bilsa* Kararı²²⁰

Okul yazılım programları pazarında hâkim durumda kabul edilen *Bilsa*'nın veri tabanlarını şifrelemek suretiyle rakiplerinin pazara girişini zorlaştırdığını konu edinen *Bilsa* kararında Kurul fikri mülkiyet hakları ile birlikte ileri sürülen nesnel zorunluluk gerekçelerini değerlendirmiştir. *Bilsa*, geliştirdiği veri tabanı tasarımının fikri mülkiyet konusu olduğunu ve bu nedenle de Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun korumasına tabi olduğunu ileri sürmüştür. Buna karşın Kurul, veri tabanı ile veriler arasında bir ayrıma gitmiş ve ardından veri tabanına sonradan girilen verilerin ilgili Kanun çerçevesinde eser olarak sayılmamaları nedeniyle koruma kapsamı dışında olduklarını değerlendirmiştir. Bu karar, fikri mülkiyet haklarını inceleyen bir karar olsa da, dinamik etkinlik kazanımlarına ilişkin Kurul'un yaklaşımını göstermekten uzaktır. Kurul dinamik etkinlik kazanımları çerçevesinde bir değerlendirmeye gerek duymamış, sonradan girilen verilerin kanuni düzenlemeden yararlanmamasından hareketle şifrelemenin rakiplerin girişini engelleyici özelliği nedeniyle ihlal sonucuna ulaşmıştır. *Bilsa* tarafından öne sürülen şifrelemenin okul verilerinin güvenliği nedeniyle gerekli olduğu savunması ise nesnel zorunluluk kapsamında değerlendirilen bir savunma olmuştur. Kurul yaptığı değerlendirmede bu tür bir gerekçeye sözleşme boyunca karşı çıkmamış ancak ihlali oluşturan davranışın sözleşme süresinin ardından da bu şifrelemenin devam ettirilmesi olduğunu belirtmiştir.

Danıştay Onüçüncü Dairesi ise verdiği kararda²²¹, sözleşme süresi boyunca şifrelenerek oluşturulan bilgilerin şifreden kurtarılması amacıyla arayüz oluşturulması sorumluluğunun teşebbüse yüklenemeyeceği tespitinden hareketle

²²⁰ 07-26/238-77 sayılı karar.

²²¹ Danıştay 13 D, 02.06.2010 tarih, E. 2007/9369, K 2010/4594 sayılı karar.

ihlal yönünde verilen Kurul kararını bozmuş ve bir anlamda veri güvenliği gerekçesini kabul etmiştir.

5.2.7. TNet Kararı²²²

Kurul'un, fiyat sıkıştırmasını konu edinen *TNet* kararı da haklı gerekçenin yokluğunu ihlal bakımından bir koşul olarak belirlemiştir. Karar, toptan geniş bant internet hizmetleri pazarında hâkim durumda bulunan Türk Telekom'un bu hâkim durumunu perakende pazarında fiyat sıkıştırması yoluyla kötüye kullanıp kullanmadığını konu edinmektedir. Kararda tüketici refahına katkıda bulunacak kısa süreli promosyon ve kampanyaların fiyat sıkıştırmasına karşı haklı gerekçe olarak ileri sürülebileceği ilkesel olarak kabul edilmiş görünmektedir. Ancak olay özelinde yapılan değerlendirmede bu indirimlerin süreklilik arz etmesinin, indirimler sonucunda fiyatların aşırı derece düşük olmasının ve marj sıkıştırmasına neden olmasının yarattığı dışlayıcı etkinin haklı gerekçeyi geçersiz kıldığı belirtilmiştir.

Türk Telekom, uyguladığı fiyat politikasının henüz olgunlaşmamış bir pazarda geniş bant internetin gelişmesi ve AB ile ülkemiz arasındaki sayısal uçurumun engellenmesi bakımından gerekli olduğunu savunmuştur. Buna karşın Kurul, böyle bir amaca ulaşmak bakımından toptan seviyede gerçekleştirilebilecek indirimler gibi rekabeti daha az kısıtlayıcı hallerin bulunduğunu belirtmiştir. Soruşturma döneminde elde edilen belgelere yapılan referansla Türk Telekom'un asıl motivasyonunun pazarın olgunlaşmasına yatırım yapmak değil, alt pazardaki hâkim durumun güçlendirilmesi olduğu tespitine yer verilmiştir.

Kurul'un bu değerlendirmesinde dikkat çeken hususlardan ilki, yer verilen zımnî orantılılık testidir. Aynı sonucu doğuracak ve rekabeti daha az kısıtlayacak hallerin varlığında pazar genişlemesine yönelik politikalar, barındırdıkları potansiyel etkinlik kazanımlarına karşın, haklı gerekçe olarak değerlendirilemeyecektir. Dikkat çeken ikinci nokta ise dışlayıcı etkinin ve hâkim durumun güçlendirilmesine yönelik *niyetin* haklı gerekçeyi geçersiz kılmasıdır.

Dosya kapsamında değerlendirilen bir başka savunma RKGV'dir. Bu bağlamda rakiplerin de ilgili pazarda benzer ve hatta daha avantajlı kampanyalar düzenlediği iddiası kapsamında Kurul, hâkim durumdaki teşebbüslerin özel sorumluluklarına dikkat çekmiştir. Kurul'a göre "*hâkim durumdaki teşebbüslerin rakiplerden gelen rekabetçi davranışlara orantılı karşılık vermesi mümkün olmakla birlikte, Türk Telekom ve TNet ekonomik bütünlüğünün dosya kapsamındaki fiyat sıkıştırması uygulamasının süresi ve pazardaki etkileri dikkate*

²²² 08-65/1055-411 sayılı karar.

alındığında, rakiplerin davranışlarının rekabetçi bir karşılık değildir”. Kararda Kurul’un pazardaki etki ile kastı, uygulamanın rakipler üzerindeki etkisidir. Kanımızca bu değerlendirmenin temelinde, rakiplerin dışlanması ile tüketici refahı arasında korelasyon olduğu varsayımı bulunmaktadır. Kurul’un kararında kampanya düzenleseler dahi pazara girmek isteyen yeni servis sağlayıcıların abone sayılarının ve artış oranlarının sınırlı kaldığı tespiti de bunu doğrular niteliktedir.

5.2.8. Sanofi Aventis Kararı²²³

İlaç dağıtım hizmetleri pazarında ayrımcı uygulamaları ve mal vermenin reddini konu edinen *Sanofi Aventis* kararında Kurul, hâkim durumdaki teşebbüs tarafından ileri sürülen çeşitli nesnel zorunluluk gerekçelerini maliyet etkinliği ile izah edilemedikleri gerekçesiyle geri çevirmiştir. Avrupa’daki satış politikası çerçevesinde az sayıda depo ile çalışma, nakit akışının hızlandırılması ve sahte küpür ile mücadele hedefleri Sanofi Aventis’in belirli bir ölçeğin altında depolarla çalışmamak adına ileri sürdüğü gerekçelerden bazılarıdır. Kurul bu savunmaları maliyet etkinliği sağlamadıklarının açık olduğu gerekçesi ile detaylı incelemeye gerek duymadan reddetmiştir. Buna karşın kararda, küçük ölçekli depolarla çalışmanın getirdiği maliyet avantajları ve paralel ithalatın engellenmesi amacı, içerdikleri muhtemel maliyet etkinlikleri nedeniyle daha yakından incelenmiştir. Yapılan analiz sonucunda, küçük ölçekli depoların tahsilat bakımından risk taşımadıkları, nakliye masrafları bakımından da olağan maliyetlerin haricinde ek maliyetler getirmedikleri ve ülkemizde paralel ithalat riskinin oldukça düşük olduğu tespitlerinden hareketle bu gerekçeler de reddedilmiştir. Kurul Sanofi Aventis’in uygulamalarının bazı depolar bakımından pazar dışına itilme tehlikesi doğurduğunu tespit etmiş ve gerçekleştirdiği net etki analizinde uygulamanın öngörülen kazanımlarının neden olduğu zararlara göre çok yetersiz kaldığını belirtmiştir. Kurul bu kararında da meşru menfaatler ile özel sorumluluk arasındaki ilişkiye dikkat çekmiş ve “*hâkim durumdaki teşebbüslerin kendilerini korumak için alacakları önlemlerin rekabeti gereğinden fazla bozmamak kaydıyla saklı olduğunu*” belirtmiştir.

Sanlı (2010, 1563) Sanofi Aventis kararında Kurul’un etkinlik kavramını dar yorumladığını ve sadece maliyet etkinliğini dikkate aldığını; teşebbüs tarafından ileri sürülen işlem maliyetinden tasarruf ve belirli bir ölçeğe erişilerek dağıtım etkinliğinin sağlanması gibi gerekçelerin dikkate alınmadığını belirtmiştir. Sanlı (2010, 1564) tarafından eleştirilen bir başka unsur ise sağlayıcının kendi aleyhine gibi görünen ve alt pazarda yoğunlaşmaya yol açan bir uygulamayı neden

²²³ 09-16 /374-88 sayılı karar.

gerçekleştirdiğinin tam olarak analiz edilmemesidir. Sanlı'ya göre, sağlayıcı teşebbüslerin rasyonel olduğu ve rekabet karşıtı güdülerin olmadığı varsayımı altında söz konusu eylemlerin etkinlik kazancı olmadan yapılmasının makul bir açıklamasını bulmak güçtür.

5.2.9. Coca Cola²²⁴ ve Frito Lay²²⁵ Kararları

Coca Cola ve *Frito Lay* kararları ise pazar yapısına ilişkin iktisadi parametreler kullanılarak teşebbüslerin davranışlarının ihlal olarak nitelendirilmediği kararlardır. *Coca Cola* kararında Kurul, gazlı içecekler pazarında hâkim durumda olan teşebbüsün sade gazoz alt pazarında yıkıcı fiyat uygulamak suretiyle 6. maddeyi ihlal edip etmediğini incelemiştir. Kararda doğrudan haklı gerekçeler adı altında olmasa da teşebbüsün davranışını haklı kılacak iktisadi gerekçelerin varlığı yakından incelenmiştir. Bu doğrultuda Kurul, ekonomik kriz dönemlerinde hane halkı gelirinin azalmasının talep esnekliği yüksek olan gazlı içecekler talebin azalması sonucunu doğurabileceğini vurgulamıştır. Kurul bu bağlamda, teşebbüslerin talep miktarındaki azalmayı telafi etmek amacıyla fiyat indirimlerine gitmelerini ticari menfaatleri kapsamında meşru bir davranış olarak yorumlamıştır. Rakipleri dışlayıcı senaryoların gerçekleşme ihtimalinin zayıf olduğunu ve buna ilişkin niyeti ortaya koyabilecek yeterli kanıtın bulunmadığını göz önüne alan Kurul, ihlal olmadığı sonucuna ulaşmıştır.

Frito Lay kararında ise Kurul, "... [*Hâkim durumdaki*] teşebbüsün haklı gerekçeleri varsa ve/veya eylemleri kendi iç etkinliği ile ilişkilendirilebiliyorsa, bu durumda eylemler **rakipler aleyhine rekabet şartlarını bozuyor olsa bile**, uygulamanın normal karşılanması ve kötüye kullanma olarak değerlendirilmemesi gerekmektedir." yorumunu getirmiştir. Kurul'un bu yorumu, etkinlik kazanımının dışlayıcı etkiyi geçersiz kıldığını belirttiği nadir değerlendirmelerinden biridir. Buna karşın Kurul, bu *liberal* yorumu orantılılık ilkesi ile dengelemeye çalışmıştır. Kurul'a göre, orantılılık ilkesi yapılacak analizin ikinci aşamasını oluşturmalı ve teşebbüsün eylemleri ile sonuçları arasında makul bir ilişki bulunmalıdır.

Kararın dikkat çeken bir başka noktası ise, rakiplerin faaliyetlerinin zorlaştırılması konusunda yaptığı yorumdur. Kurul, pazarda olması beklenen rekabetten kaynaklanan zorlaşma ile rekabetçi olmayan eylemlerden kaynaklanan zorlaşma arasında bir ayırım yapmak ihtiyacını duymuş ve bir anlamda sadece dışlayıcı etkinin varlığı ile yetinilmemesi gerektiğini belirtmiştir. Kurul'a göre;

²²⁴ 04-07/75-18 sayılı karar.

²²⁵ 04-32/304-71 sayılı karar. Danıştay 13. Dairesi tarafından kararın iptal edilmesi üzerine Kurul, aynı konuya ilişkin olarak 06-24/304-71 sayı ile yeniden karar almıştır.

“Böyle bir ayrıma gidilmemesi durumunda, yapılacak olan müdahaleler ve yasaklamalar sadece hâkim durumdaki teşebbüslerin cezalandırılmaları sonucunu doğuracaktır. Özellikle hâkim durumdaki teşebbüslere yüklenen özel sorumluluk bağlamında, bu teşebbüslerin rakipleri zora sokan pek çok davranışının kötüye kullanma olarak değerlendirilme riskinin bulunması, gösterilmesi gereken dikkatin derecesini ortaya koymaktadır. Bu bağlamda, “zorlaştırma” kavramı tamamiyle iktisadi gerçeklere uygun olarak dar yorumlanmalı ve ancak rakiplerin fiilen rekabet edebilme imkanını önemli ölçüde azaltan veya tamamen ortadan kaldıran durumlar anılan kavram altında değerlendirilmelidir.”

Bu ilkeler çerçevesinde konuyu değerlendiren Kurul, Frito Lay tarafından rakip faaliyetlerinin zorlaştırılması amacına yönelik olarak bazı münferit eylemlerin gerçekleştirildiğini ancak bu eylemlerin etkilerinin sınırlı olduğunu; ilgili dönemde rakiplerin etkinsizliği ile Frito Lay’ın etkin çalışmaları birlikte ele alındığında eylemlerin zorlaştırıcı eylemler olarak değerlendirilemeyeceğini belirtmiştir²²⁶.

5.2.10. CNR Kararları

Etkinlik gerekçesinin Kurul tarafından kabul gördüğü bir başka karar ise CNR 2 kararıdır²²⁷. Kararda, yatçılık fuarına ilişkin ilgili ürün pazarında faaliyete başladığı dönemden itibaren sahip olduğu altyapının avantajını da kullanarak sürekli talep artışı sağlamasına karşın fiyatlarında ciddi bir artışa gitmemesi CNR’ın etkinliğinin bir göstergesi olarak kabul edilmiştir. Kurul yine CNR’ın düzenlediği fuarda yüksek fiyatlar uygulamak suretiyle NTSR’ye dolaylı olarak mal vermeyi reddettiğini konu edinen kararında²²⁸ kira bedellerindeki maliyet artışlarının mal vermenin reddi bakımından haklı gerekçe teşkil edebileceğine yer verilmiştir.

5.2.11. Diğer Kararlarda Yer Verilen Haklı Gerekçe Değerlendirmeleri

Yukarıda yer verilen haklı gerekçelerin yanı sıra Kurul’un bazı kararlarında, yatırımların korunması ve bedavacılığın önlenmesi gerekçelerini de değerlendirdiği görülmektedir. *Teleon* kararında²²⁹ hâkim durumdaki teşebbüs, kendisinden maç görüntülerini talep eden televizyon kanallarından

²²⁶ Bununla birlikte Danıştay TDİ (bkz. dn. 211) ve Solmaz Mercan (bkz. dn. 213) kararlarında pazardaki etki yerine dışlayıcı amacı yeterli bulan bir yaklaşım benimsemiştir.

²²⁷ 09-46/154-290 sayılı karar.

²²⁸ 07-74/896-333 sayılı karar.

²²⁹ 01-07/62-19 sayılı karar.

garanti mektubu istemesinin temelinde ilgili pazarda yaptığı yatırımları koruma güdüsünün bulunduğunu belirtmiştir. Buna karşın Kurul, ayrımcılık temelinde bazı televizyon kanallarına makul olmayan koşullar öne sürmenin yatırımları koruma gerekçesi ile savunulamayacağını belirtmiştir. Söz konusu savunma ÇEAŞ kararında²³⁰ da gündeme gelmiş ancak Kurul tarafından reddedilmiştir.

Karşılıklı sözleşmelerde öngörülen yükümlülüklerin yerine getirilmemesi de Kurul tarafından haklı gerekçe kapsamında kabul edilen nesnel zorunluluk gerekçelerindedir. Kurul'un *Anadolu Ajansı*²³¹ ve *Doğal Gübre Ulusal Tarım*²³² ilk incelemeleri ve *POAŞ* önaraştırmasında²³³ borçların ödenmemesi gibi sözleşmesel yükümlülüklerin yerine getirilmemesi haklı gerekçe olarak kabul edilerek dosyalar ihlal olmadığı yönünde karara bağlanmıştır.

Kamu menfaatinin de bazı hallerde nesnel zorunluluk çerçevesinde haklı gerekçe olarak değerlendirilebileceği de son olarak belirtilmesi gereken hususlardandır. Kurul'un *Siemens* Önaraştırmasında²³⁴, cihazların ehil olmayan kişilerce tamir edilmesi sonucunda çevreye, hastalara ve cihazlara zarar verilmesi ihtimali geçerli bir haklı gerekçe olarak değerlendirilmiştir.

5.3. Kurul Kararlarının Haklı Gerekçe Bağlamında Değerlendirilmesi

Yukarıda yer verilen Kurul kararlarından hareketle haklı gerekçenin ülkemiz uygulamalarına ilişkin olarak aşağıda yer verilen çıkarımları yapmak mümkün görünmektedir.

1. Haklı gerekçe, ihlal iddiasını ortadan kaldıran bir karinedir: Kanun hükmünde açıkça yer almamasına karşın Kurul içtihadı, geçerli haklı gerekçenin varlığı halinde ihlal iddiasının düşeceğini açıkça ortaya koymaktadır. Bu kabulün temelinde, hâkim durumdaki teşebbüslerin rekabetçi güdülerinin korunması amacı ve teşebbüslerin hâkim durumda olmalarının meşru ticari menfaatlerini korumalarının önünde engel olmadığı varsayımı bulunmaktadır. *Frito Lay* kararında Kurul'un, hâkim durumdaki teşebbüslerin rakipleri zora sokan pek çok davranışının kötüye kullanma olarak yorumlanabileceği riskine dikkat çeken yorumu piyasalardaki rekabetçi yapının korunması bakımından haklı gerekçelerin

²³⁰ 03-72/874-373 sayılı karar.

²³¹ 00-34/369-207 sayılı karar.

²³² 04-52/717-181 sayılı karar.

²³³ 01-56/554-130 sayılı karar. POAŞ kararında aynı zamanda ürün arzının kısıtlı olması, buna karşın talebin yüksek olması neticesinde ortaya çıkan arz açığı da haklı gerekçe kapsamında değerlendirilmiştir.

²³⁴ 05-75/1019-285 sayılı karar.

gözetilmesinin meşru zeminini işaret etmektedir. Benzer şekilde *Yaysat 2* kararında Kurul, hâkim durumdaki teşebbüsün her zaman kendi menfaatlerini koruyabilmek adına makul tedbirler alabileceğini açıkça belirtmiştir.

2. Haklı gerekçe “orantılılık ilkesine” tabidir. Hâkim durumdaki teşebbüsün ekonomik çıkarlarını gözetmek amacıyla aldığı karar ve uyguladığı politikaların bu amaçla orantılı olması gerektiği Kurul içtihadında öne çıkan bir başka ilkedir. Esasen bu ilke hâkim durumdaki teşebbüslerin özel sorumluluklarının bir uzantısıdır. Ne var ki, Kurul içtihadının orantılılık ilkesine ilişkin hukuki belirliliği sağlayacak bir yorum sunduğunu belirtmek mümkün görünmemektedir. Orantılılık ilkesi, Kurul kararlarında genellikle özel sorumlulukla birlikte değerlendirilmekte ve hâkim durumdaki teşebbüslerin rakibin dışlanması sonucunu doğuran davranışları orantılılık ilkesine aykırı olarak nitelendirilmektedir. Buna karşın, Kurul’un *Frito Lay* kararında teşebbüsün iç etkinliği ile açıklanabilen davranışlarının rakipler aleyhine rekabet şartlarını bozsa dahi, kötüye kullanma olarak değerlendirilmemesi gerektiği yönündeki yorumu bu alanda farklı sinyaller vermektedir. *TTNet* kararında ise rekabeti daha az sınırlayacak hallerin varlığı orantılılık ilkesinin bir uzantısı olarak değerlendirilmiştir. Bu durumda, orantılılık ilkesinin rakibin dışlanmasına göre mi, teşebbüsün iç etkinliğine göre mi yoksa rekabeti daha az sınırlayan hallerin varlığına göre mi değerlendirileceği hukuki belirlilikten yoksundur.

3. Etkinlik, rekabete karşılık verme ve nesnel zorunluluk gerekçeleri haklı gerekçe bağlamında savunulabilecek gerekçelerdir: Kurul içtihadında öne sürülen haklı gerekçe çeşitlerini, AB uygulaması ile paralel biçimde bu üç başlık altında değerlendirmek mümkündür. Etkinlik gerekçesi kapsamında Kurul kararlarının genellikle detaylı iktisadi analizlere girmeksizin, tahsis etkinliğine yönelik statik etkinlik analizleri gerçekleştirdiği görülmektedir. Maliyetleri düşürerek karlılığı arttıran uygulamalar (*Kablo Tv* kararı), maliyet etkinliği (*Sanofi Aventis* kararı), pazarlama stratejisinde etkinlik (*Frito Lay* kararı) Kurul tarafından dikkate alınan bazı etkinlik türleridir. *Turkcell 1* ve *TTNet* kararlarında ise dolaylı olarak ölçek ekonomileri ile ilişkili olan pazar genişletilmesine ya da olgunlaştırılmasına yönelik gerekçeler olay özelinde yapılan analizlerle reddedilmiştir. Kurul’un dinamik etkinlik kazanımlarına ilişkin yaklaşımını gösteren bir kararı ise bulunmamaktadır.

RKVG kapsamında ise *Star* kararında hâkim durumdaki teşebbüslerin fiyat rekabetine karşılık vermeleri rekabetçi bir davranış olarak nitelendirilmiştir. Bu kararda rakibin piyasaya düşük fiyatla yeni giren bir oyuncu olması ve maliyet altı fiyatlandırmaya ilişkin bir tespitin olmaması önemli rol oynamıştır. Bununla

beraber *Karbogaz* kararına göre, yeni girecek rakip karşısında hâkim durumdaki teşebbüsün münhasır sözleşmelerindeki süreyi uzatması pazar kapama etkisi nedeniyle kabul edilebilecek bir RKVG değildir. Ancak, yukarıda da yer verildiği üzere aynı kararda, rakiplerin fiyatlarını karşılama işlevi görmesi muhtemel “fiyat gözden geçirme” hükümlerinin, maliyet etkinliğine dayanmadıkları gerekçesi ile reddedilmesi RKVG sınırlarını muğlâklaştırmaktadır. Son olarak *TTNet* kararında, pazardaki diğer kampanyalar karşısında hâkim durumdaki teşebbüsün de bu rekabetçi kampanyalara karşılık verebileceği belirtilmiş, ancak uygulamaların rakipler üzerindeki dışlayıcı etkisi nedeniyle bu gerekçe reddedilmiştir.

Nesnel zorunluluk kapsamında ise sözleşmesel ilişkilerde öne sürülebilecek haklı sebepler ve teknik kapasite sınırlarının yanı sıra kamu menfaati Kurul tarafından değerlendirilen haklı gerekçeler olarak dikkat çekmektedir.

4. Özel sorumluluk ilkesi, dışlayıcı etki ve niyet unsuru haklı gerekçelerin uygulama alanını daraltmaktadır: AB uygulaması ile paralel şekilde hâkim durumdaki teşebbüsün sahip olduğu özel sorumluluk, ülkemiz uygulamasında 6. maddeye yön veren en önemli ilkedir. Buna göre hâkim durumdaki teşebbüs, kendi varlığından dolayı halihazırda kısıtlanmış olan rekabeti daha fazla kısıtlamama yükümlülüğü altındadır. Her ne kadar Kurul içtihadında özel sorumluluğun iktisadi gerçeklere uygun olarak dar yorumlanması gerektiği (*Frito Lay*) ya da rakiplerin değil rekabetin korunduğu (*Solmaz Mercan II*) yönündeki değerlendirmeler bulunsa da, genel olarak dışlayıcı davranışlardan kaçınmanın bu sorumluluğun esasını oluşturduğunu belirtmek mümkündür. Kurul kararlarının önemli bir bölümünün, hâkim durumdaki teşebbüslerin rakipleri pazardan dışlayan ya da dezavantajlı konuma düşüren davranışlarının net tüketici zararına yol açtığı varsayımına dayandığı görülmektedir²³⁵. Bu nedenle dışlama tehdidi bir ihlalin varlığı bakımından yeterli görülmüştür.

Burada son olarak değinilmesi gereken husus, tüketici refahı kavramının yorumlanmasıdır. Genel olarak Kanun’un amacı doğrultusunda 6. maddenin hedefinin tüketici refahının korunması olduğu kabul edilse de tüketici zararına odaklanan karar sayısının oldukça sınırlı olduğu görülmektedir. Tüketici refahını rekabetçi sürecin korunması ile ilişkilendiren bu yaklaşımın kararlardaki fiili yansımaları, rakibi dışlayan uygulamaların rekabeti azaltarak tüketici refahını da azaltacağı varsayımdır. AB uygulaması ile paralel olan bu yaklaşımın en önemli riski ikinci tip hata olasılığını arttırmasıdır. Bu risk, Kurul kararları gibi, tüketici refahı üzerindeki etkinin doğrudan analiz edilemediği kararlarda daha da yüksektir.

²³⁵ Benzer bir yorum için bkz. Rekabet Kurumu’nun sözleşme yapmanın reddine ilişkin ICN katkısı http://www.rekabet.gov.tr/dosyalar/images/file/Uluslararsiliskiler/04%2011%202009_ICN_RTD_Final_Turkey.pdf

Bu şekilci yaklaşım, dışlayıcı etkinin veya böyle bir ihtimalin varlığı halinde haklı gerekçelerin savunulabilmesini oldukça güçleştirmektedir. AB modernizasyon sürecinde de etraflıca tartışılan bu durum, ülkemiz uygulamaları bakımından da güncel tartışmalar ışığında yeniden değerlendirilmesi zaruri olan bir husustur. Öte yandan önceki bölümlerde yapılan açıklamalar haklı gerekçe bakımından benimsenen yöntem ve ispat mükellefiyeti dağılımının da haklı gerekçeyi esaslı olarak etkilediğini göstermektedir.

5.4. Haklı Gerekçede Yöntem ve İspat Mükellefiyeti Sorunsalı

Kurul'un bugüne kadar yürüttüğü soruşturmalarda haklı gerekçe, teşebbüslerin savunmaları kapsamında değerlendirilen bir unsur olmuştur. Bu bağlamda hâkim durumdaki teşebbüs, haklı gerekçe savunması kapsamında ispat mükellefiyetini de yüklenmektedir. Aksoylu (2006, 47), Kurul'un hem konuyla ilgili bütün incelemeleri yapmasının hem de karar vermesinin doğurabileceği sakıncaların, idari usule hâkim olan resen harekete geçme ve araştırma ilkeleri doğrultusunda teşebbüslere savunma hakkı tanınmasıyla giderilmeye çalışıldığını belirtmektedir. Hâkim durumun kötüye kullanılması kapsamında yapılan incelemelerde geniş kapsamlı menfaatlerin dikkate alınması gerekliliği (Uzunallı 2010, 96), rekabeti kısıtlayıcı etkiler kadar teşebbüsler tarafından ileri sürülen haklı gerekçelerin de etraflıca değerlendirilmesini gerektirmektedir. Bu durum, hâkim durumdaki teşebbüslerin özel sorumluluklarını ortadan kaldırmayacak fakat hatalı müdahaleler sonucunda oluşabilecek bozucu etkilerin önlenmesine yardımcı olacaktır.

Önceki bölümlerde yer verildiği üzere, haklı gerekçede ispat mükellefiyetinin dağılımı, savunmanın başarısını ciddi ölçüde etkilemektedir. Norm teorisine göre değerlendirildiğinde, taraflar kendi istemine ya da savunmasına dayanak olan normun ispat mükellefiyetini taşımaktadır (Umar ve Yılmaz 1980, 38). Türk hukukunda hem özel hukukta hem de idare hukukunda kabul edilen bir müessese olan ispat yüküne (Yılmaz 2006, 71) ilişkin Danıştay'ın yorumu ise aşağıdaki gibidir:

“Genel bir hukuk kaidesi olarak davada taraflar iddialarını ispat etmekle yükümlüdürler. Bu kurala uygun olarak idari yargılama usulünde ve idari yargı yetkisini haiz mercilerde de ispat yükü iddia sahibine düşmektedir. Ancak, idari yargılama usulünde ve idari yargı yetkisini haiz mercilerde taraflar arasında mevcut dengesizlik nedeniyle, durumun icabına ve hayatın olağan akışına göre ispat külfetinin yer değiştirmesi olağandır ve bunun takdiri de yetkili mercilere ait bulunmaktadır²³⁶.”

²³⁶ Danıştay 9. D. 12.10.1977 tarih, E. 1/3024 sayılı karar.

Danıştay'ın bu yorumundan ve çağımızda idari işlem tesis eden makamın kararını gerekçelendirmesi ve delillendirmesi mecburiyetinden hareket eden Yılmaz (2006, 73) ispat yükünün RKHK çerçevesinde Kurul'a ait olduğunu belirtmektedir. Bununla birlikte Danıştay'ın yorumu, bilgi asimetrisini içeren hallerde ispat mükellefiyetinin el değiştirebileceğini öngörmektedir.

Bu noktada, önceki bölümlerde yer verilen tartışmalardan da hareketle, Kurul'a ait olan bu ispat yükünü 6. madde bağlamında biraz daha açmakta fayda görülmektedir. Özel sorumluluğa sahip olan hâkim durumdaki teşebbüslerin piyasalardaki rekabeti RKHK'ya aykırı olarak yok etmemelerini sağlamak Kurul'un asli görevlerinden biridir. Bu anlamda ihlalin gerçekleştiğine dair ispat yükü Kurul'a ait olmaktadır. Ancak, rekabet hukukunda yaşanan etki temelli iktisadi yorumu öngören gelişmeler, ihlal ispatını ortaya koyarken haklı gerekçelerin tüketici refahını ne yönde etkilediğinin analizini gerekli kılmaktadır. Bu anlamda, rekabet otoritelerinin ispat yükümlülüğü sadece rekabet kısıtlamalarını değil, haklı gerekçelerin bu kısıtlamaları telafi etmediğini göstermeyi de kapsamalıdır. Elbette bilgi asimetrisi ve bilgiye erişimin yaratacağı yönetsel maliyetler, ispat mükellefiyetini sadece rekabet otoritesinin yüklediği bir sistemin etkinliğini şüpheli hale getirecektir. Bu nedenle, kanımızca ispat mükellefiyetinin taraflar arasında paylaştırıldığı bir yöntem en isabetli tercih olacaktır. Bu hususlar temelinde aşağıda 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesi çerçevesinde gerçekleştirilen incelemelerde haklı gerekçe değerlendirmesi bakımından alternatif bir yöntem önerilmiştir.

5.5. Haklı Gerekçe Savunması Bakımından Alternatif Yöntem

Kanımızca Kurul tarafından 6. madde kapsamında yapılacak incelemelerde, etki temelli bir yaklaşım belirlenebilmesi bakımından, literatürde öne sürülen denge testinin bir türevi olan üç aşamalı bir test uygulanmalıdır. Bu testin aşamalarına aşağıda yer verilmiştir:

1. Aşama: Testin ilk aşamasında Kurul, hâkim durumdaki teşebbüs davranışının yol açtığı rekabet kısıtlamalarını, her bir ihlal türü için ileri sürülebilecek standart haklı gerekçeler ile birlikte değerlendirmelidir. Bu değerlendirme, ihlal türleri için dikkate alınabilecek haklı gerekçelere ilişkin standart bir listenin oluşturulmasını gerektirmektedir. Böyle bir listeye, AB uygulamasından, ICN yorumlarından ve literatürden hareketle **Tablo Ek-1'de** yer verilmiştir. Bu karşılaştırma, bir anlamda rekabet kısıtlamaları ile haklı gerekçeler arasında bir denge testi uygulamayı gerektirmektedir. Söz konusu denge testine yön verecek temel ilkeler, Kurul içtihadı ile uyumlu biçimde *orantılılık* ve *tüketici refahının maksimizasyonu* ilkeleri olacaktır. Bu denge testi sonucunda, standart tipteki haklı gerekçelerin rekabet kısıtlamalarını telafi ettiği sonucuna ulaşıldığı

takdirde test sona erecektir. Aksi halde ise ihlalin varlığı adi karine haline gelecek ve testin ikinci aşamasına geçilecektir.

Bu aşamada ihlalin varlığına ilişkin ispat mükellefiyeti Kurul'a aittir. Bu mükellefiyet, *prima facie* ihlalin varlığını, bunun tüketici refahı üzerindeki olumsuz etkisini ve standart etkinlik kazanımlarının haklı gerekçeden doğan kazanımları telafi etmediğini ispatlamayı kapsamalıdır.

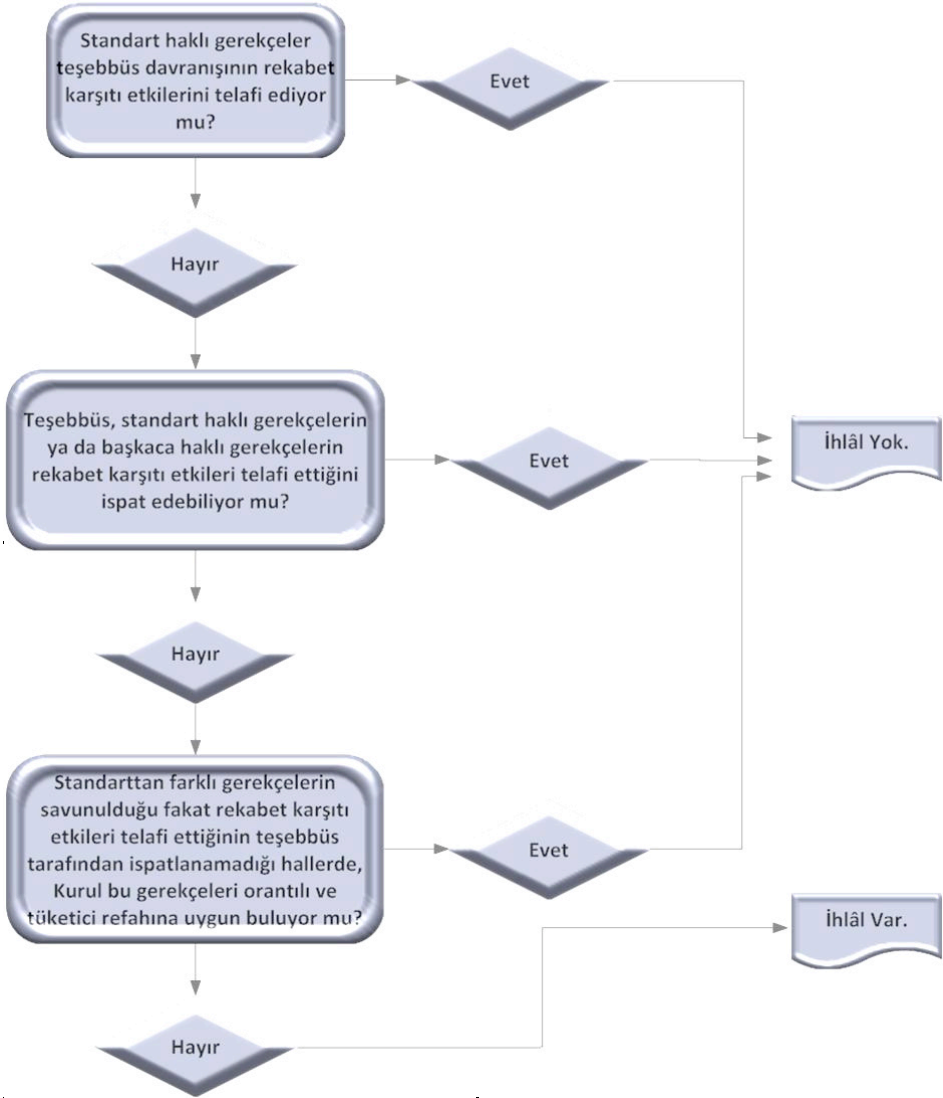
2. Aşama: Testin ikinci aşaması ise hâkim durumdaki teşebbüsün, standart tipte haklı gerekçelerin rekabet kısıtlamalarını telafi ettiğini ya da standart tipteki haklı gerekçeler dışındaki başkaca gerekçelerin varlığını ileri sürebileceği aşamadır. Teşebbüs, standart tiptekilerin dışındaki haklı gerekçelerin rekabet kısıtlarını telafi ettiğini ileri sürerken, tıpkı Kurul gibi, *orantılılık* ve *tüketici refahının maksimizasyonu* ilkelerine tabi olacaktır. Standart tipteki haklı gerekçelerin rekabet kısıtlarını telafi ettiğinin ispatlanabildiği ya da başkaca haklı gerekçelerin bu etkiyi doğurduğunun gösterilebildiği hallerde ihlalin gerçekleşmediği sonucu ile test sona erecektir. Teşebbüsün bunu göstermekte başarısız olduğu hallerde ise test ihlale işaret edecektir. Bununla birlikte, teşebbüsün standart tipten farklı nitelikte gerekçeleri ileri sürdüğü fakat bunların *orantılılık* ve *tüketici refahının maksimizasyonu* ilkeleri çerçevesinde rekabet karşıtı etkileri net olarak ispatlayamadığı hallerde nihai karar bakımından testin son aşamasına geçilecektir.

Bu aşamada ispat mükellefiyetinin hâkim durumdaki teşebbüste olacağı açıktır. Bu mükellefiyetin sınırı savunmanın niteliğine göre belirlenecektir. Standart tipteki haklı gerekçelerin rekabet karşıtı etkileri telafi ettiği savunması, bunun ispatlanması mükellefiyetini getirecektir. Standart tipteki haklı gerekçeler dışında gerekçelerin ileri sürüldüğü hallerde ise bu gerekçelerin varlığı, tüketici refahını olumsuz etkilemediği ve rekabet karşıtı etkileri karşıladığı ispatlanmalıdır.

3. Aşama: Teşebbüs tarafından standart dışı gerekçelerin gösterilebildiği ancak rekabet karşıtı etkilerin telafi edilip edilmediğinin muğlak olduğu durumlarda testin son aşamasına geçilecektir. Bu aşamada Kurul, *orantılılık* ve *tüketici refahının maksimizasyonu* ilkeleri çerçevesinde nihai kararını verecektir.

Bu tür bir testin en önemli faydası, AB modernizasyon sürecinde yoğun biçimde tartışılan etki temelli iktisadi analizi hayata geçirebilmek adına pratik bir yöntem sağlamasıdır. Böylelikle, tüketici refahı yaklaşımı çerçevesinde etki odaklı bir analize yaklaşılacak ve hatalı müdahalelerin doğuracağı bozucu etkilerin olasılığı azalacaktır. Öte yandan, Kurul'un analizlerinde ne gibi haklı gerekçeleri dikkate alacağını net biçimde ortaya koyması teşebbüsler bakımından da önemli ölçüde hukuki öngörülebilirlik sağlayacaktır.

Şekil 1: Alternatif Model



SONUÇ

Hâkim durumdaki teşebbüslerin ihlal şüphesi uyandıran davranışlarını yasaklama kapsamı dışına çıkararak içtihadî nitelikteki iktisadî ve hukukî ilkeler olarak tanımlanması mümkün olan haklı gerekçe, tek taraflı davranışlara yapılacak müdahalelerin sınırını çizmesi bakımından rekabet otoriteleri için önemli bir analitik araçtır. Tek taraflı davranışlara ilişkin incelemelerde etkinlik analizi başta olmak üzere iktisadî analize yer vermenin kolay ve kabul edilebilir yöntemine ilişkin fikir birliği bulunmasa da, literatürde haklı gerekçenin yol gösterici yaklaşımlardan biri olabileceği savunulmaktadır. Bu kapsamda nesnel zorunluluk, rekabete karşılık verme ve etkinlik gerekçeleri ülke uygulamalarında ve literatürde haklı gerekçe kapsamında değerlendirilen mülâhazalar olarak görülmektedir.

Konuya ilişkin ülke uygulamaları yakından incelendiğinde oldukça önemli farklılıklar dikkat çekmektedir. Meşru ticarî menfaatin varlığı, meşru kamu yararının varlığı ve orantılılık ilkelerini temel alan haklı gerekçe değerlendirmelerinin AB’de modernizasyon öncesi dönemde analitik bir temelden yoksun kararlarla şekillendiği gözlemlenmektedir. Bunun da ötesinde, pazarın rekabetçi yapısını koruma kaygısı çerçevesinde şekillenen özel sorumluluk ilkesinin varlığında haklı gerekçelerin savunulmasını oldukça güçleştirmiştir.

102. madde uygulamalarının aşırı müdahaleci olduğu ve iktisadî/etki temelli yeniliklerin gerisinde kaldığı yönündeki eleştirilerin yoğunlaşması, Komisyon’un öncülük ettiği bir modernizasyon sürecine zemin hazırlamıştır. Bu süreçte Tartışma Metni ve Rehber’i yayımlayan Komisyon, bir yandan dışlayıcı davranışlara ilişkin yaklaşımları gözden geçirerek yeni bir takım testler geliştirmeye; bir yandan da etkinlik savunması başta olmak üzere 102. madde çerçevesinde yapılacak müdahalelerin kapsamını daraltacak *haklı gerekçenin* kavramsal çerçevesini netleştirmeye çalışmıştır. Rehber, hâkim durumdaki teşebbüsün davranışı için haklı gerekçeler sunabildiği ya da davranışın rekabet üzerindeki olumsuz etkileri telafi edebilecek nitelikte etkinlik kazanımları sağladığını gösterdiği durumlarda 102. madde yasaklamasının dışında kalacağı bir sistem öngörmüştür.

AB uygulamasında nesnel zorunluluk gerekçesinin, meşru kamu yararı ve piyasa krizleri gibi dışsal faktörler ya da sözleşmesel ilişkilerdeki haklı fesih nedenleri çerçevesinde değerlendirildiğini ve sınırlı bir uygulama alanına sahip olduğunu belirtmek mümkündür.

Etkinlik gerekçesi bakımından ise Komisyon Tartışma Metni ve Rehber’de ön koşul olarak kabul ettiği ve 101(3). madde ile büyük benzerlik taşıyan kümülatif nitelikte dört koşul belirlemiştir. Bu koşullar, etkinliği olduğu gibi, tüketici refahını ve bununla doğrudan ilişkili olduğu kabul edilen pazarın rekabetçi yapısını korumayı da amaçlamakta ve Avrupa’nın piyasa ekonomisi felsefesini yansıtan Ordoliberal ekolün izlerini taşımaktadır. Bu ilkeler, uygulamada etkinlik gerekçesini geçersiz kılacağı iddiası ile eleştirilmiştir. Nitekim bu eleştiriler ile paralel şekilde modernizasyon sürecinin popüler kavramlarından “etkinlik gerekçesi” Komisyon’un son dönem kararlarından hiçbirinde kabul görmemiştir. Komisyon’un tavrı etkinliktən yana değil, açık biçimde pazarın rekabetçi yapısının korunmasından yana olmuştur.

AB içtihadında kabul gören “*teşebbüslerin saldırıya uğrayan ticari menfaatlerini savunabilme hakları*” temelinde şekillenen RKVG’nin, uygulamada fiyat farklılaştırması, seçici fiyatlama gibi ayrımcı uygulamaların yanı sıra yıkıcı fiyat ve sözleşme yapmanın reddi kapsamında da ele alındığı görülmektedir. Tartışma Metni’nde kapsamı fiyat ihlali niteliğinde olan davranışlar ile sınırlandırılan ve sıkı bir orantılılık testi aranan RKVG’nin Rehber’de tamamen dışlandığı görülmektedir. AB uygulamasında RKVG de etkinlik gerekçesi gibi, haklı gerekçe kapsamında ilkesel olarak kabul edilen ancak uygulamada özel sorumluluk ve dışlama etkisi süzgecine takılan ve bu nedenle son dönemde verilen kararlara yansımaya bir gerekçe yöntemidir.

AB uygulamasında haklı gerekçenin ihlalin varlığına ilişkin değerlendirmeninyapıldığı ilk aşamada mı; -yoksamaufiyet rejimi ile benzer şekilde bir ihlal sonucuna ulaşılmasının ardından savunma olarak mı değerlendirilmeye alınacağı ispat mükellefiyetini ve haklı gerekçe değerlendirmesini esaslı olarak etkileyen ve bu nedenle literatürde etraflıca tartışılan bir konudur. Tartışma Metni ve Rehber’de de Komisyon iki basamaklı bir yaklaşımdan yana tavır almıştır. Bununla birlikte Komisyon tarafından benimsenen yöntemde teşebbüsün yüklendiği ispat mükellefiyetinin Komisyon’a nazaran daha yüksek olduğu ve bu durumun haklı gerekçenin savunulmasını güçleştirdiği yöneltelen eleştiriler arasındadır.

Müdahale konusunda sınırları daha keskin olan ABD bakımından, haklı gerekçe çerçevesinde değerlendirilen *ticari gerekçeler (business justifications)*, iktisadi etkinlik etrafında şekillenmekte ve uygulama itibarıyla görece tutarlılık arz etmektedir. ABD uygulamasına hâkim olan müdahale hatalarından kaçınma ilkesi, etkinlik başta olmak üzere ticari gerekçelerin uygulama alanını genişletmiştir. Etkinlik gerekçesi kapsamında, içtihadta benimsenen “üstün ürün” testi, teknolojik inovasyonlar kadar daha düşük maliyet/fiyat ve daha kaliteli ürünü de kapsar biçimde yorumlanmakta ve tüketici refahı kapsamında rakipleri dışlama etkisinden bağımsız biçimde değerlendirilmektedir. Yöntem bakımından ise ABD uygulamasında ispat mükellefiyetinin taraflar arasında el değiştirdiği bir yöntem benimsenmiştir. RKVG ise ABD uygulamasında basiretli bir teşebbüsün makul biçimde pazardaki rekabetin gerekliliği olduğuna inandığı hallerde rekabete karşılık vermesi olarak tanımlanmakta ve geniş ve liberal bir iyi niyet doktrini çerçevesinde yorumlanmaktadır.

Ülkemiz uygulamaları değerlendirildiğinde ise AB uygulamasına yakın bir durum olduğu görülmektedir. Kurul içtihadı, nesnel zorunluluk, RKVG ve etkinlik temelindeki haklı gerekçenin varlığı halinde ihlal iddiasının düşeceğini açıkça ortaya koymaktadır. Orantılılık Kurul kararlarında haklı gerekçe kapsamında aranan temel ilkelerdendir. Bu ilke, Kurul kararlarında genellikle özel sorumlulukla birlikte değerlendirilmekte ve hâkim durumdaki teşebbüslerin rakibin dışlanması sonucunu doğuran davranışları orantılılık ilkesine aykırı olarak nitelendirilmektedir. Benzer şekilde Kurul kararlarında özel sorumluluk ilkesi, dışlayıcı etki ve niyet unsuru haklı gerekçelerin uygulama alanını daraltmaktadır. AB modernizasyon sürecinde de etraflıca tartışılan bu şekilci yaklaşım ülkemiz uygulamaları bakımından da güncel tartışmalar ışığında yeniden değerlendirilmesi zaruri olan bir husustur.

ABSTRACT

Even when it is *prima facie* abusive, if an undertaking in a dominant position can provide objective justifications for its conduct, that conduct will not be abusive under Article 102 of TFEU. This rule, regarding the conduct of a dominant undertaking, seems to be a general rule accepted by European Court of Justice (ECJ) and one of the most popular items on the agenda in the literature. Despite its popularity; the concept of objective justification is one of the fuzziest terms in the application of Article 102. Until the ongoing modernization process regarding the abuse of dominance in EU; neither the Commission nor the ECJ has clearly explained what exactly should be understood by “objective justification” and how it operates under Article 102 inquires. Although the Commission has mentioned some points in its Discussion Paper and Guidance on the Commission’s enforcement priorities in applying Article 102 of the TFEU; this has not changed the fact that the objective justification term remains speculative.

Objective necessity, meeting competition and efficiency defenses are the main justifications accepted by the Union courts in EU. A careful examination of the jurisdiction, however, points out some inconsistencies in the Union courts’ and Commission’s perception of objective justification. Steaming from these inconsistencies it is discussed in the literature that these justifications are not perceived as “objective” for conducts that has been found exclusionary and that these defenses are somehow illusory.

On the other side of Atlantic, however, business justifications that consist of meeting competition and efficiency defences seem to have a more coherent application. In US case law, efficiency justifications are assessed on the basis of efficiency gains that are consistent with consumer welfare and unlike the EU application the US case law does not focus on the exclusion of a rival but competitive process. In US, meeting competition justification, comparing to the EU application, is also assessed in a more liberal way on the basis of good faith interpretation.

The application of objective justification in abuse of dominance cases in Turkey seems to have similarities with the EU. Thus, as it happened in the EU, the application of abuse of dominance article in Turkey should be reviewed in the light of effect based developments. Objective justifications may be a useful analytical tool to achieve this aim.

KAYNAKÇA

AHERN, P. J. (1995), “Refusals to Deal After Aspen”, *Antitrust Law Journal*, Vol:63, s. 153-183.

AHLBORN, C. ve A.J. PADILLA (2007) “From Fairness to Welfare: Implications For the Assessment of Unilateral Conduct under EC Competition Law”

http://www.lecg.com/Portals/0/LECG/Publication/e6c44a2e-b652-4276-a90b-007941110989/Preview/PublicationAttachment/cb3630f6-2a0d-4d4e-aeae-152405ac5e31/Library_326-070913_Ordoliberalism_Ahlborn_and_Padilla.pdf (Son ziyaret: 04.04.2011)

AKMAN, P. (2010), “The European Commission’s Guidance on Article 102 TFEU: From Inferno to Paradiso?”, *Modern Law Review*, Vol:73, s. 605-630.

AKSOYLU, Ö. (2006), *4054 Sayılı Kanun’un 4. ve 6. Maddeleri Uyarınca Rekabet Kurulu Tarafından İzlenen İdari Usuller*, 1. Baskı, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul.

AMERICAN BAR ASSOCIATION, (2008), *2007 Annual Review of Antitrust Law Developments*, Sixth Edition, ABA Book Publishing, Chicago.

ANDREWS, P. (1998), “Is Meeting Competition a Defence to Predatory Pricing? The Irish Sugar Decision Suggests a New Approach” *European Competition Law Review*, Vol:1, s. 49-57.

BAKER, J. (2007), “*Beyond Schumpeter v Arrow: How Antitrust Fosters Innovation*”

http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=962261 (Son ziyaret: 04.04.2011)

BISHOP, S. ve D.WALKER (2002), *The Economics of EC Competition Law - Concepts, Application and Measurement*, 2 nd Ed., Sweet & Maxwell, London.

BOURGEOIS, H. (2009), “The Chilling Effects of Article 82 Enforcement”, B.E Hawk (der), *International Antitrust Law and Policy* içinde, Fordham Competition Law Institute, s. 349-381.

BRODLEY, J. (1991), “The Economic Goals of Antitrust: Efficiency, Consumer Welfare and Technological Progress”, H. First, E. Fox ve R. Pitovsky (der.), *Revitalizing Antitrust in Its Second Century* içinde, Quorum Books, s.95-118.

CARRIER, M.A. (1999), “The Role of Reason: Bridging the Disconnect”, *BYU Law Review*, Vol:2, s. 1267-1364.

CRAIG, P. ve G. DE BURCA (2003), *EU Law: Text, Cases and Materials*, Third Edition, Oxford University Press, New York.

DEMİRÖZ, A. (2009), “Sözleşme Yapmayı Reddetme Bağlamında Hâkim Durumdaki Teşebbüslere Getirilen Yükümlülüklerin Sınırları”, *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-VII* içinde, Rekabet Kurumu-Erciyes Üniversitesi, s. 317-385.

DESOBUS, C. (2010), “The Modernisation of Art. 102 TFEU: The Emergence of the Efficiency Defence and How To Deal With It.”, *LLM Erasmus University*, Rotterdam

EASTERBROOK, F.H. (2003), “When Is It Worthwhile to Use the Courts to Search for Exclusionary Conduct”, *Columbia Business Law Review*, Vol: 2003, Issue: 2, s. 345-380.

EILMANSBERGER, T. (2005), “How to Distinguish Good from Bad Competition under Article 82 EC: In Search of More Coherent Standarts for AntiCompetitive Abuses” *Common Market Law Review*, Vol:42, s. 129-177.

ELHAUGE, E. (2003), “Defining Better Monopolization Standarts”, *Stanford Law Review*, Vol:56, s.253-344.

ELHAUGE, E. (2003), “Why Above Cost Price Cuts to Drive out Entrants Are not Predatory- And The Implications for Defining Costs and Market Power”, *Yale Law Journal*, Vol: 112, s. 690-795

EUROPEAN COMMISSION (2005), “DC Competition Discussion Paper on the Application of Article 82 of the Treaty to Exclusionary Abuses”, Brussels, 2005.

<http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf> (Son ziyaret: 04.04.2011)

EUROPEAN COMMISSION (2005), "Roundtable on Competition on the Merits"

http://ec.europa.eu/competition/international/multilateral/2005_june_merits.pdf (Son ziyaret: 04.04.2011)

EUROPEAN COMMISSION (2008), "Guidance on Its Enforcement Priorities In Applying Article 82 (EC) To Abusive Exclusionary Conduct By Dominant Undertakings"

[http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52009XC0224\(01\)](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52009XC0224(01)) (Son ziyaret: 04.04.2011)

EVANS, L., N. QUIGLEY ve J. ZHANG (2003), "Dynamic Efficiency, Regulation and Price Control", *Canadian Journal of Economics*, Vol. 36, No. 2, s. 463-474.

FOX, E.M. (1986), "Monopolization and Dominance in the United States and the European Community: Efficiency, Opportunity and Fairness", *Notre Dame Law Review*, Vol: 91, s. 981-1020.

FOX, E.M. (2006) "Comments on the Discussion Paper of DG Competition on the Application of Article 82 of the Treaty to Exclusionary Acts" <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/083.pdf> (Son ziyaret: 04.04.2011)

FTC Hearings, (2008), "Enforcement of Section 2 of the Sherman Act: Theory and Practice."

<http://www.ftc.gov/os/sectiontwohearings/docs/section2overview.pdf> (Son ziyaret: 04.04.2011)

GAL, M. (2007), "Below-Cost Price Alignment: Meeting or Beating Competition?", *European Competition Law Review*, Vol. 28, No:6, s.382-391.

GAVIL, A.I. (2005) "Exclusionary Distribution Strategies by Dominant Firms: Striking a Better Balance", *Antitrust Law Journal*, Vol:72, No:3, s.3-81.

GERADIN, D. (2004), "Efficiency Claims in EC Competition Law and Sector-Specific Regulation"

http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=617922 (Son ziyaret: 04.04.2011)

GERBER, D. (1987), “Law and Abuse of Economic Power in Europe”, *Tulane Law Review*, Vol:62, s. 58-104.

GÖRGÜLÜ, Ü. (2003), “*Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Kapsamında Fiyat Ayrımcılığı Uygulamaları*”, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara.

GRAVENGAARD, M. (2006), “The Meeting Competition Defence Principle - A Defence for Price Discrimination and Predatory Pricing?”, *European Competition Law Review*, Vol: 27(12), s. 658-677.

GRAVENGAARD, M. ve KJÆRSGAARD, N. (2010), “The EU Commission Guidance on Exclusionary Abuse Of Dominance—And Its Consequences in Practice”, *European Competition Law Review*, Issue: 7, s. 285-305.

GYSELEN, L. (2003), “Rebates: Competition on the Merits or Exclusionary Practice?”, *European University Institute*, 2003 EU Competition Law and Policy Workshop

<http://www.eui.eu/RSCAS/Research/Competition/2003/200306COMP-Gyselen-sII.pdf> (Son ziyaret: 04.04.2011)

HOVENKAMP, H. (1999), *Federal Anti Trust Policy: The Law of Competition and its Practice*, Second Edition, Thomson West, ABD.

HOVENKAMP, H. (2004), “Sensible Antitrust Rules for Pharmaceutical Competition”, *U.S. Federal Law Review*, Vol: 39, s. 11

ILICAK, A. (2003), “*Sherman Antitröst Yasasının Ortaya Çıkışı: Yanılsamalar Ve Gerçekler*”, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara.

İÇÖZ, H. ve H.HANÇER (2007), “Roma Anlaşması'nın 82. Maddesinde Öngörülen Revizyon Hakkında Bir Değerlendirme ve Türk Rekabet Hukuku Bakımından Etkileri”, *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-V*

JONES, A. ve B. SUFRIN (2008), *EC Competition Law*, Third Edition, Oxford University Press, New York.

KAUPER, T. E. (2005), “Section 2 of the Sherman Act: The Search for Standarts”, *Georgetown Law Journal*, Vol:93, No:5, s. 1623-1644

KEANE, J. F. (2008), “Abuse of Dominance: What New Zealand Can Learn From Australia and the United States' Approaches to Legitimate Business Justifications”, *LLM University of Toronto*, Toronto.

KELLERBAUER, M. (2010), “ The Commission’s New Enforcement Priorities in Applying Article 82 EC to Dominant Companies’ Exclusionary Conduct: A Shift Towards a More Economic Approach?”, *European Competition Law Review*, Vol:31, Issue: 5, s. 175-186.

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

KOLASKY, W. (2008), “Reinvigorating Antitrust Enforcement in the U.S.: A Proposal”, *Antitrust* , Vol: Spring 2008, s. 85

KOVACIC, W. K. (2007), “The Intellectual DNA of Modern US Competition Law for Dominant Firm Conduct: The Chicago/Harvard Double Helix”, *Columbia Business Law Review*, Vol: 2007, Issue: 1, s. 1-80.

KOZAK, K. (2009), “Efficiencies in Article 82 of the Treaty an Illusionary Defence?”, *LLM Collage of Europe*, Brugge.

LANG, J. (2004), “Anticompetitive Non-Pricing Abuses under European and National Antitrust Law”, *2003 Fordham Corporate Law Institute Hawk Ed.* içinde, New York. s. 235-250.

LLORENS, A. (2007), “The Role of Objective Justification and Efficiencies in the Application of Article 82 EC”, *Common Market Law Review*, Vol: 44, s. 1727-1761.

LOEWENTHAL, P. J. (2005), “The Defence of Objective Justification in the Application of Article 82 EC”, *World Competition*, Vol:28, s 455-477

LOWE, P. (2004), “DG Competition’s Review of the Policy on Abuse of Dominance”, *International Antitrust and Policy: Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute B.E. Hawk Ed.* içinde, New York, s. 163- 180.

LOWE, P. (2009), “ The European Commission Formulates Its Enforcement Priorities as Regards Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings”, *Antitrust Chronicle*.

<https://www.competitionpolicyinternational.com/the-european-commission-formulates-its-enforcement-priorities-as-regards-exclusionary-conduct-by-dominant-undertakings> (Son ziyaret: 04.04.2011)

LUGARD, P. (2009), “Chilling Effects of Antitrust Law- Better Safe Than Sorry?”, B.E Hawk (der), *International Antitrust Law and Policy* içinde, Fordham Competition Law Institute, s.437-455.

MADAN, Z. (2008), *ABD ve AB Perspektifinden Dışlayıcı Uygulamaların Tespitine Yönelik Standart Tartışmaları*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara.

MONTI, G. (2005), “Dg Competition Discussion Paper On The Application Of Article 82 Of The Treaty to Exclusionary Abuses”

(<http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/065.pdf>) (Son ziyaret: 04.04.2011)

MOTTA, M. (2004), *Competition Policy, Theory and Practice*, First Edition, Cambridge University Press, New York.

MÖSCHEL, W. (1989). “Competition Policy From Ordo Point of View”, A. Peacock and H. Willgerodt (der.), *German Neo Liberals and the Social Market Economy* içinde, The Macmillan Pres Ltd.

O’DONOGHUE, R. (2008), “Verbalising a General Test for Exclusionary Conduct under Art. 82”, C. Ehlermann ve M. Marquis (der), *European Competition Law Annual 2007: A Reformed Approach to Art. 82 EC* içinde, Hart Publishing, s. 338-362

O’DONOGHUE, R. ve A. J. PADILLA (2006), *The Law and Economics of Article 82 EC*, Second Edition, Hart Publishing, Oregon.

OECD (2005), “Competition Law and Policy in Turkey”, Peer Review Report, 14-18 November

<http://www.oecd.org/dataoecd/26/7/34645.pdf> (Son ziyaret: 04.04.2011)

ÖZ, G. (2000), *Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Hâkim Durumun Kötiye Kullanılması*, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara.

PARASIZ, İ. (2002), *Mikro Ekonomi*, 7. Baskı, Ezgi Kitabevi, Bursa.

PARDOLESİ, R. ve RENDA, A. (2004), “The European Commission’s Case Against Microsoft: Kill Bill?”

<http://www.law.harvard.edu/students/orgs/hela/papers/Pardo-Renda%20fool%20monti.pdf> (Son ziyaret: 04.04.2011)

RIZIOTIS, D. (2008), “Efficiency Defence in Article 82 EC”, Mackenrodt, M., Gallego, B. ve Enchelmaier S, (der), *Abuse of Dominant Position: New Interpretation, New Enforcement Mechanisms?* içinde, Springer, s. 89-115.

ROBERTSON, D. (2002), “The Primacy of “Purpose” in Competition Law - Part 2” *Competition and Consumer Law Journal*, Vol:43, s.42-79.

ROUSSEVA, E. (2010), *Rethinking Exclusionary Abuses in EU Competition Law*, Hart Publishing, Oregon, ABD.

SALOP, S. C. (2006), “Exclusionary Conduct, Effect on Consumers, and the Flowed Profit-sacrifice Standart”, *Antitrust Law Journal*, Vol:73, s. 311

SANLI, K.C. (2007), *Haksız Fiil Hukukunun Ekonomik Analizi*, 1. Baskı, Arıkan Basım, İstanbul.

SANLI, K.C. (2010), “Rekabet Kurulu’nun İki Kararı Hakkında Değerlendirme: Sağlayıcının Dağıtım Seviyesindeki Rekabetçi Yapıyı Muhafaza Yükümlülüğü Var mı?”, *Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan, Cilt II* içinde, Oniki Levha Yayınları, s. 1533 - 1575.

SCHWEITZER, H.(2007),“Parallels and Differences in the Attitudes towards Single Firm Conduct: What are the Reasons? The History, Interpretation and Underlying Principles of Sec.2 Sherman Act and Art.82 EC”, *EUI Working Papers Law*. <http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/7626/LAW-2007-32.pdf?sequence=3> (Son ziyaret: 04.04.2011)

SHER, B. (2004), “The Last of the Steam-Powered Trains: Modernising Article 82”, *European Competition Law Review*, Vol:25, s. 243-265.

SHER,B.ve J. KALLAUGHER (2004), “Rebates Revisited: Anti Competitive Effects and Exclusionary Abuse under Article 82”, *European Competition Law Review*, Vol: 263, No:5, s. 263-285.

SINCLAIR, D. (2004), “Abuse of Dominance at a Crossroads: Potential Effect, Object and Appreciability under Article 82 EC”, *European Competition Law Review*, Vol:25, s. 491-501.

SLATER, D. ve D. WAELBROECK (2007), “Meeting Competition – Why it is not an Abuse under Article 82”, P. Demaret, I. Govaere ve Dominik Hanf (der), *European Legal Dynamics – Revised and updated edition of 30 Years of European Legal Studies at the College of Europe* içinde, PIE Peter Lang, s. 435-450

SPRINGER, U. (1997), “Meeting Competition: Justification of Price Discrimination under EC and US Antitrust Law”, *European Competition Law Review*, Vol: 18(4), s. 251-258.

UMAR, B. ve E. YILMAZ (1980), *İspat Yükü*, 2. Baskı, Kazancı, İstanbul.

UZUNALLI, S. (2010), “Avrupa Birliği Rekabet Hukuku Işığında Yıkıcı Fiyat Uygulamaları ile Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması”, *Rekabet Dergisi*, Vol:11, No: 4, s. 59-109.

ÜNSAL, E. (2001), *Mikro İktisat*, 4. Baskı, İmaj Yayımcılık, Ankara

VAN BAEL ve BELIS. (2005), *Competition Law of the European Community*, Fourth Edition, Kluwer Law International, Netherlands.

WAELEBROECK, D. (2010), “The Assessment of Efficiencies under Article 102 and the Commission’s Guidance”, F. ETRO ve I. KOKKORIS (der.), *Competition Law and the Enforcement of Article 102* içinde, Oxford University Press, s. 115-127.

WHISH, R. (2003), *Competition Law*, Fifth Edition, Oxford University Press, New York.

YILMAZ, E. (2006), “Rekabet Hukukunda İspat Yükü”, *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu- I*, Kayseri, s. 69-80.

ABD Temyiz Mahkemeleri ve Yüksek Mahkeme Kararları

United States v Aliminum Co. of Am. (Alcoa) 148 F 2d. 416 (2nd Cir. 1945)

FTC ve A.E. Staley Mfg. Co. 324. U.S 746 (1946)

Continental Baking 63 FTC 2071 (1963).

Forster Mfg. Co. 62 FTC 852 (1963).

United States v Grinnell Corp., 384 U.S. 563 (S.C 1966)

Brunswick Corp. v. Pueblo Bowl-O-Mat, Inc., 429 U.S. 477, 488, 97 S.Ct. 690, 697, 50 L.Ed.2d 701 (1977)

United States v Gypsum Co. 438 U.S. 422 (1978)

California Computer Products v. I.B.M. Corp. 613 F.2d 727 (9th Cir.1979)

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

Oahu Gas Services Inc. V Pasific Resources Inc., 838 F 2d 360 (9th Cir. 1988).

Eastman Kodac Co v Images Technical Services Inc. 504 US 451 (1992)

Spectrum Sports Inc v McQuillan 506 US 447, 458 (1993).

Brooke Group Ltd v. Brown & Williamson Tobacco Corp., 509 US 209, (1993)

United States v Microsoft Corp., 253 F. 3d 34 (D.D.Cir, 2001)

Le Page's Incorporated v 3M, 324 F.3d 141 at 163 (3rd Cir. 2003)

Verizon Communications Inc. V.Law Offices of Curtis v. Trinko, LLP, 540 U.S. 398 (2004)

Avrupa Komisyonu Kararları

BBI/Boosey & Hawkes, 87/500 (1987) OJ L286/36

BPB Industries PLC, 89/22, (1988), OJ L 10/50.

Eurofix Ltd. ve Bauco Ltd. - Hilti AG, Case 138/88, OJ 1988 L65/19

Intel COMP/37.990, (2009).

Microsoft COMP/ 37.792, (2004) OJ L 32

Virgin British Airways (2000) OJL 30/1

Wanadoo Espana v Telefonica, Case COMP /38.784, (2007)

Wanadoo Interactive, COMP / 38.233, (2003)

Genel Mahkeme ve AAD Kararları

Ahmed Saeed Flugreisen and Silver Line Reisebüro GmbH v Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e.V. (1989) Case 62/86 ECR 803.

AKZO Chemie BV v. Commission, Case C-62/86 [1991] ECR I-3359

Belgie Radio v SV SAVAM Case 127/73 [1973] ECR 313; Gottrup Klim v Dansk Case C 250/92 [1994] ECR 5641

Benzine & Petroleum BV v Commission, Case 77/77 [1978] ECR 1513

British Airways plc v Commission Case T- 219/99 [2003] ECR II-5917.

British Airways v Commission, Case T-219/99 (2004) ECR II 5917

British Gypsum v Commission Case T-65/89, [1993] ECR II-389

British Leyland v Commisiion Case T 226/84 [1986] ECR 3263 para 21-24.

Compaigne Maritime Belge Transports SA and Others v. Commission T-24/93, T-25/93, T-26/93, T-28/93 (1996) ECR II-1201.

Continental Can v Commission Case 6/72 [1973] ECR 215

France Telecom SA v Commission C- 202/07P, (2009)

France Telecom SA v Commission Case T-340/03, (2007) ECR 00107

Hilti v Commission Case T-30/89, (1991).

Hoffman La-Roche v. Commission, Case 85/76 (1979) ECR 461

Irish Sugar pls v Commission Case T-228/97, [1999] ECR II -2969.

Michelin v Commission Case T-203/01 (2003), ECR II 4071
Michelin v Commission, Case T-203/01 (2003) ECR II-4047
Michelin NV v Commission, Case 322/81 (1983) ECR 3461
Microsoft Corp. v. Commission, Case T -201/04, [2007] ECR 03601
Ministre Public v Tournier Case 395/87 [1989] ECR 252.
NDC Health v IMS Health Case C-481/01 P (R), ECR I 3401
Suikier Unie v Commission Case 40/73 [1975] ECR 1663.
Tetra Pak International SA v. Commission, Case C-333/94 P [1996] ECR I-5951
Tetra Pak SA v Commission Case T 83/91, [1994]
United Brands v Commission Case 27/76 [1978] ECR 207.

Rekabet Kurulu Kararları

00-49/529-291 Yaysat -2 kararı.
01-35/347-95 sayılı Turkcell 1 kararı.
02-49/634-257 sayılı Karbogaz kararı.
99-56/599-381 sayılı Star kararı.
03-40/432-186 sayılı Ulusal Dolaşım kararı.
05-10/81-30 sayılı Kablo TV kararı.
07-26/238-77 sayılı Bilsa kararı.
08-65/1055-411 sayılı TNet kararı.
09-16 /374-88 sayılı Sanofi Aventis kararı.
04-07/75-18 sayılı Coca Cola kararı.
04-32/304-71 sayılı Frito Lay kararı.
09-46/154-290 sayılı CNR 2 kararı.
07-74/896-333 sayılı CNR kararı
01-07/62-19 sayılı Teleon kararı.
03-72/874-373 sayılı ÇEAŞ kararı.
00-34/369-207 sayılı Anadolu Ajansı kararı.
04-52/717-181 sayılı Doğal Gübre Ulusal Tarım kararı.
01-56/554-130 sayılı POAŞ kararı

Danıştay Kararları

13. D. 07.01.2008 tarih, E. 2006/2612, K. 2008/157 sayılı karar

13 D. 02.06.2010 tarih, E. 2007/9369, K 2010/4594 sayılı karar.

13 D. 02.02.2011 tarih, E. 2007/13574, K 2011/486 sayılı karar.

Diğer Kaynaklar

Opinion of AG Fenelly, C-395/96P *Compaigne Maritime Belge Transports SA and Others v Commission* (2000) ECR I-165

Comments by Ashurts to Discussion Paper on the Application of Article 82 of the Treaty to Eclusionary Abuses.

<http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/art82/contributions.html>

Commission Regulation on the Application of Article 101(3) of the TFEU to Categories of Vertical Agreements and Concerted Practices

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2004:101:0097:0118:EN:PDF>

EAGCP (2005), “An Economic Approach to Article 82” http://ec.europa.eu/comm/competition/publications/studies/eagcp_july_21_05.pdf

EUROPEAN COMMISSION (1987), XIIIth Report on Competition Policy.

Opinion of Advocate General Kirschner, *Tetra Pak Rousing SA v Commission* Case T-51-89/ (1990) ECR III – 224

The Response of RBB Economics to Discussion Paper on the Application of Article 82 of the Treaty to Eclusionary Abuses.

<http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/art82/contributions.html>

Commission Regulation on the Application of Article 101(3) of the TFEU to Categories of Vertical Agreements and Concerted Practices

EK: İHLAL TÜRLERİ İÇİN SUNULABİLECEK STANDART HAKLI GEREKÇELER

İhlal Türleri	Olası Savunmalar			Olası Savunmalar		
	Tartışma Metni ve Rehber			ICN ve Literatür		
	Nesnel Zorunluluk Gerekçesi	Etkinlik Gerekçesi	Rekabete Karşılık Verme Gerekçesi	Nesnel Zorunluluk Gerekçesi	Etkinlik Gerekçesi	Rekabete Karşılık Verme Gerekçesi
Yüksek Fiyat	Ortalama Kaçınılabilir Maliyet (OKM) altındaki kısa süreli fiyatlar bakımından; - Kısa dönem zararların minimize edilmesi - Düşen talebin fazla kapasiteye neden olması - Talep azalmasının stok maliyetlerine yol açması.	OKM'nin altındaki fiyatlar bakımından; - Maliyetlerde düşüş sağlayacak güçlü öğrenme etkilerinin varlığı - Ölçek ekonomilerinden doğacak üretim etkinliklerinin varlığı - Pazar genişlemesine bağlı etkinlik kazançları	YOK. (Tartışma Metni'nde OKM'nin altındaki fiyatların kısa dönem zararların minimize edilebilmesi bakımından zorunluluk koşulunu sağlayamayacağı gerekçesi ile RKBV rededilmiştir. OKM seviyesinin üstündeki fiyatlar bakımından ise etkinlik savunmasına ilişkin genel 4 koşulun sağlanması gerekliliği ifade edilmiştir.)	ICN ²³⁷ - Piyasa koşullarında meydana gelen ani değişimler sonucunda elde kalan fazla, kullanım süresi geçmiş ya da bozulabilen ürünlerin stok maliyetlerinin önlenmesi.	ICN - Yeni bir piyasaya giriş veya yeni bir ürün tanıtımı için kısa süreli maliyet altı fiyatların uygulanması. - Ölçek ekonomilerine ilişkin etkinliklerin varlığı - Tamamlayıcı ürünlerde karlılığın sağlanması amacıyla varlığı - Yaparık Öğrenme etkisinin sağladığı dışsallığın varlığı. <u>Literatür</u> - Yeni pazarlar giriş için ya da yeni müşterilere yönelik mal ve hizmet tanıtımı amacıyla yapılan kısa vadeli promosyonel indirimler ²³⁸ - Pazar genişlemesinden doğan aşağıda yer verilen etkinlik kazançları; -- Yeni veya gelişen pazarlarda ya da network endüstrilerinde ölççek/alan ekonomilerinin yakalanması - Yaparık öğrenme - Ağı etkileri (Padilla) - Zararda Öder Ürün fiyatlandırması ²³⁹ - Aşırı Kapasite ve zarar minimizasyonu gerekçelerinin varlığı.	ICN - Piyasadaki fiyat savaşları nedeniyle fiyatların genel olarak düşük bir düzeyde seyretmesi - (P<AVC/AAC için) Rakibin de maliyet altı fiyatlar uyguladığı halde rakibin fiyatının altına girmeden müşterilerini korumak adına yapılan indirimlerin varlığı. <u>Literatür</u> - (P<AVC/AAC için) Yüksek sermaye yatırımları gerektiren yeni ekonomi pazarlarında opsiyon değerleri ya da gerçek opsiyonların varlığı - (AVC/AAC < P<ATC için) Kısa dönem maliyetlerin ya da sabit maliyetlerin azaltılması dışsallığının varlığı - (AVC/AAC < P<ATC fiyat düzeyinde fiyat ayrımcılığı bakımından); --Fiyat ayrımcılığı uygulanan pazarın ayrı bir ilgili ürün pazarı olması ya da arbitraj imkanı nedeni ile fiyat ayrımcılığının rekabeti olumsuz etkilemeyeceğine ilişkin göstergelerin varlığı.

²³⁷ ICN, Report on Predatory Pricing. <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc354.pdf>

²³⁸ Kısa vadeli promosyonel indirimlerin savunma olarak kabul edilebilmeleri bakımından karşılama gereken koşullar: i) sistematik maliyet altı fiyatlandırmalar oranla kapsam ya da miktar olarak sınırlı ve geçici olmalı ii) sık tekrarlanan yapıda olmamalı iii) promosyonun amacı ile sonucu arasında bir uyum olmalı, rakibin dışlanması gibi diğer sonuçlara yol açmamalı (Padilla 2006, 292).

²³⁹ *Loss Leading*. Bir ürün gamında belirli bir üründe katlanılan zararın diğer ürünlerin fiyatları ile net kara yol açtığı fiyatlandırma türü (Padilla 2006, 296).

Recep GÜNDÜZ

Tek Marka Ve İndirim Sistemleri (Exclusive Dealıng& Rebates)	-YOK	<p><u>İndirim Sistemleri Bakımından,</u></p> <p>- Bireysel işlem ya da dağıtım hacmine veya belirli bir zamanda yapılacak toplam alımların miktarına bağlı olan maliyet avantajlarının varlığı²⁴⁰.</p> <p>- Alıcının ihtiyaçlarının belirli bir oranına göre belirlenmiş eşiklerin ya da kişiselleştirilmiş miktar hedeflerinin dışındaki standart miktar hedeflerinin yaratacağı maliyet kazançlarının varlığı.</p> <p>- Yeniden satıcıların daha yüksek miktarlarda alım ve satım gerçekleştirmelerini temin ederek çifte fiyatlandırmanın önüne geçme saikinin varlığı²⁴¹</p> <p><u>Tek Marka ve Münhasırlık Bakımından,</u></p> <p>- Müşteri spesifik yatırımların doğuracağı etkinliklerin gerçekleştirilmesi²⁴².</p>	- YOK	-YOK	<p><u>Tek Marka ve Münhasırlık Bakımından,</u></p> <p><u>ICN</u></p> <p>-Müşteri spesifik yatırımlar , maliyet kazançları ve teknolojik etkinliklerin varlığı.</p> <p>-Bedavacılık sorununun önelenmesi ve daha agresif satış politikalarının izlenmesi.</p> <p>-Yeniden satıcılara mal arz garantisinin sağlanması ve uzun vadeli planlama ve yatırımlar yoluyla ölçek ekonomisi etkinliklerinin temini.</p> <p><u>Literatür</u></p> <p>- Bedavacılık sorununu önlemek ve müşteri spesifik yatırımların önünü açmak</p> <p>-Kalite garantisi sağlamak</p> <p>- Arz garantisi sunmak</p> <p>- Dikey ilişkideki işlem ve diğer maliyetleri azaltmak</p> <p>-Önemli ticari sınırları rakiplere geçmesini önlemek.</p> <p><u>İndirim Sistemleri Bakımından,</u></p> <p>- Sabit maliyetlerin daha etkin geri kazanımını sağlamak.</p> <p>- Yeniden satıcılar tarafından daha profesyonel hizmet sunulmasını sağlamak suretiyle sağlayıcı ile satıcı arasındaki ahlaki tehlikeye (moral hazard) çözüm sağlamak.</p> <p>- Çifte fiyatlandırmanın önüne geçmek</p> <p>- Hold-up sorununa çözüm sağlamak.</p>	<p><u>İndirim Sistemleri Bakımından,</u></p> <p><u>ICN</u></p> <p>-Rekabet baskısı karşısında uygulanan indirimlerin mevcut müşterilerine yönelik koruyucu nitelikte olması.</p>
--	------	---	-------	------	---	--

²⁴⁰ Tartışma Metni'nde bu tür maliyet avantajlarının gerçekleştirildiğinin gösterilmesi gerektiği belirtilmiştir. Taşıma maliyetlerine ya da daha iyi üretim planlamasına ilişkin genel ifadeler yeterli görülmemiştir.

²⁴¹ Tartışma Metni'nde bu savunmanın kabul edilebilmesi için alıcının önemli bir pazar gücüne sahip olduğunun gösterilmesi, indirim sistemi olmaksızın toplam çıktının daha düşük ve uygulanacak fiyatın dikey bütünsel monopolcü tarafından uygulanacak fiyattan daha yüksek olacağını gösterilmesi gerektiği belirtilmiştir.

²⁴² Tartışma Metni'nde, müşteri spesifik yatırımın kısa vadede geri kazanımı mümkün olmayan uzun vadeli bir yatırım olduğunun ve sağlayıcının alıcıdan daha fazla bir yatırım gerçekleştirdiğinin gösterilmesi şarh ileri sürülmüştür.

Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi

Bağlama	<p>- Kamu sağlığı ve yararı gerekeçleri</p>	<p>- Üretim ve dağıtım etkinliklerinin yanı sıra işlem maliyetleri bakımından sağlanabilecek tasarruflar²⁴³.</p> <p>- Ürünleri birlikte almanın tüketici yarattığı işlem maliyeti kazancının tüketicilerin net refahlarına olumlu katkı sağlaması</p> <p>- İki ayrı ürünün birlikte pazara sunulmasının yeni ürün yaratmak bakımından tüketici refahını olumlu etkisinin varlığı.</p> <p>- Bağlanan ürünlerin yüksek miktarlarda üretilmesi ya da alınmasından doğan ve tüketiciye yansıyan etkinliklerin varlığı</p>	- YOK	- YOK	<p><u>Literatür</u></p> <p>- Üretim ve dağıtımda ölçek ve alan ekonomilerinin yaratılması neticesinde oluşan maliyet tasarrufları</p> <p>- Geliştirilmiş ürün ve hizmetlerin sunulması için fırsat/imkan sağlaması ve farklı tüketici ihtiyaçlarını karşılayacak ürün bileşimlerinin oluşturulması</p> <p>- Üreticilerin kalite standartlarını korumalarına yardımcı olması</p> <p>- Çifte fiyatlandırmanın önlenmesi</p> <p>-İşlem maliyeti tasarrufu</p> <p>- Kalite güvencesi</p> <p>-Rekabetçi fiyat farklılaştırmasını mümkün kılması.</p>	-YOK
---------	---	--	-------	-------	---	------

243 Tartışma Metni'nde sözleşmesel bağlamaların bu tür maliyet avantajlarını sağlamasının daha zor olacağı vurgulanmıştır.

Recep GÜNDÜZ

Mal Vermeyi Reddeme	<p><u>Devam eden bir sözleşmesel ilişkin sona erdirilmesi bakımından;</u></p> <ul style="list-style-type: none"> - Karşı tarafın yükümlülüklerini yerine getirebilme adına yeterli ticari garantiyi sunmaması - Hâkim durumdaki teşebbüsün dikey bütünlüğe bir yapı içinde alt pazarda kendisinin faaliyet göstermek istemesi <p><u>Mal Vermeyi Başlamamın Reddi Bakımından;</u></p> <ul style="list-style-type: none"> - Yeterli ticari güvencenin sunulmaması. - Zorunlu unsur bakımından kapasite sınırlamasının mevcudiyeti ya da zorunlu unsurun kullanımının ekonomik değerinin azalmasına yol açacak maliyetler yaratacak olması - Talep edenin teknik yetersizliği 	<p><u>Mal Vermeyi Başlamamın Reddi Bakımından;</u></p> <ul style="list-style-type: none"> - Dinamik etkinlik kazançları (Yapılan yatırımların karşılığının alınabilmesi ve yenilik motivasyonunun yok edilmemesi için gerekli olan kısıtlamaların varlığı²⁴⁴) - Mal verme ya da benzeri bir yükümlülüğün pazarın yapısında yaratacağı değişikliğin rakiplere avantaj sağlamak suretiyle yatırımlarına zarar vereceği iddiası. 	-YOK	<p><u>ICN</u></p> <p>Alicının</p> <ul style="list-style-type: none"> - Zayıf kredi derecesi - Ticari hayatı olumsuzluğu - Mal arzı için genel kabul görmüş koşulları kabul etmemesi. - Stok, hammadde ve kapasite sınırı nedeni ile talep edilen miktarın karşılanamaması - Hâkim durumdaki teşebbüsün altyapısına zarar verebilecek nitelikteki teknik uyumsuzluk. - Sağlık ve güvenlik gerekçelerinin varlığı - Kamunun mal veya hizmetin arzına yönelik kısıtlamaları. <p><u>Literatür</u></p> <ul style="list-style-type: none"> -Kapasite sınırları, kredibilite, kalite ve güvenlik sorunlarının varlığı - FMH'ler çerçevesinde, sözleşme yapmak isteyen tarafın önerdiği "yeni ürünü" piyasaya hâkim durumdaki teşebbüsün sunacak olması böylelikle FMH'ler çerçevesinde bedavacılık sorununun çözülmesi²⁴⁵ 	<p><u>ICN ve Literatür</u></p> <ul style="list-style-type: none"> - Dikey bütünlüğe yapının sağladığı taşıma, genel yönetim ve benzeri maliyet etkinliklerinin varlığı - Bedavacılık sorununun önlenmesi ve ar-ge faaliyetlerine yönelik hasat imkanı tanıyan dinamik etkinlik kazançlarının varlığı. 	-YOK
---------------------	---	---	------	--	---	------

²⁴⁴ Yatırımcıların 86(1) kapsamında sağlama yükümlülüğü altına gireceğini bilerek gerçekleştirdiği yatırımlar ile mal arzını talep eden teşebbüslerin kullanım saikinin farklı olduğu durumlarda bu savunmalar geçersiz olacaktır.

²⁴⁵ Bu savunma için öngörülen önemli sınırlamalardan biri, hâkim durumdaki teşebbüsün sözleşme yapmak isteyen tarafın teklifinin geldiği zaman, söz konusu ürünün üretimi için üretim planlarının hazır olması gerekliliğidir (Padilla 2006, 452)

Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi

Fiyat Sakatlaşması	-YOK	-YOK	-YOK	-YOK	<p><u>ICN ve Literatür</u></p> <p>-Önemli altyapı yatırımlarının korunması</p> <p>- Üretim miktarının artırılması</p> <p>-Ölçek ekonomisi kazanımlarının sağlanması</p> <p>-Ramsey fiyatlandırmasından²⁴⁶ doğan etkinliklerin varlığı</p> <p>- Yeni oluşmakta olan pazarlara dinamik ölçek ekonomileri ile uyum sağlamak.</p>	-YOK
Ayrımcı Uygulamalar	-YOK	-YOK	-YOK	<p><u>Literatür</u></p> <p>- Taşıma maliyetleri, vergilendirme, gümrük vergileri, işçi ücretleri, döviz kuru ve rekabetin yoğunluğundaki farklılıkların varlığı</p> <p>- Çalışanlar, kar amacı gütmeyen kuruluşlar, eğitim kurumları ve kamu kuruluşları gibi özel statüdeki müşterilere uygulanan farklı fiyatların varlığı</p>	<p><u>Literatür</u></p> <p>-Standart miktar indirimlerinin varlığı</p> <p>- Ölçek ekonomisi ya da beklenen maliyet düşüşleri temelinde yapılan indirimlerin varlığı.</p> <p>- Satış sonrası servis vb. hizmetleri göz önünde bulundurarak yapılan indirimlerin varlığı.</p> <p>- Yeni bir pazara giriş ya da yeni bir ürünün tanıtımı.</p> <p>- Sabit yatırımların getirisini koruma saikinin varlığı.</p> <p>- Kullanım değeri veya kullanım sıklığı temelinde yapılan uyarlamaların varlığı.</p>	<p><u>Literatür</u></p> <p>- Fiyat ayrımcılığı uygulanan pazarın ayrı bir ilgili ürün pazarı olması ya da arbitraj imkanı nedeni ile fiyat ayrımcılığının rekabeti olumsuz etkilemeyeceğine ilişkin göstergelerin varlığı.</p>
Aşırı Fiyat	-YOK	-YOK	-YOK	<p><u>Literatür</u></p> <p>-Taşıma maliyetleri, vergilendirme, gümrük vergileri, işçi ücretleri, döviz kuru ve rekabetin yoğunluğundaki veya tüketici tercihlerindeki farklılıkların varlığı</p>	<p><u>Literatür</u></p> <p>- Industries that need to fund innovation and investment.</p> <p>- In industries where innovation or large upfront investments play a major role,</p>	-YOK

²⁴⁶ Birden fazla mal ya da hizmetin fiyatlandırılmasında talep esnekliğinin dikkate alınarak fiyatların marjinal maliyetin üstünde veya altında belirlenerek ortalama maliyetin ortalama fiyata eşitlenmeye çalışılması yöntemidir.



Üniversiteler Mahallesi
1597. Cadde No: 9
06800 Bilkent/ANKARA
ISBN 978-605-5479-21-3
<http://www.rekabet.gov.tr>