

Uzmanlık Tezleri Serisi No: 146

# REKABET KURUMU

REKABETE AYKIRI DIŞLAYICI  
UYGULAMALARIN TESPİTİNDE  
ETKİ TEMELLİ  
YAKLAŞIM VE  
ETKİ STANDARTLARI

NECLA SÜMER ÖZDEMİR

**REKABETE AYKIRI DIŞLAYICI  
UYGULAMALARIN TESPİTİNDE  
ETKİ TEMELLİ  
YAKLAŞIM ve  
ETKİ STANDARTLARI**

*NECLA SÜMER ÖZDEMİR*

ANKARA 2015

©Bu eserin tüm telif hakları  
Rekabet Kurumuna aittir. 2015

Baskı, Haziran 2015  
Rekabet Kurumu-ANKARA

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

Bu tez, Rekabet Kurumu Başkan Yardımcısı Ali İhsan ÇAĞLAYAN, II. Denetim ve Uygulama Dairesi Başkanı Ali DEMİRÖZ, Mesleki Koordinatör Salim AYDEMİR, Mesleki Koordinatör Abdülcani GÜNGÖRDÜ ve Yrd. Doç. Dr. Gamze ÖZ AŞÇIOĞLU'ndan oluşan Tez Değerlendirme Heyeti tarafından 27 - 28 Mayıs 2014 tarihlerinde yürütülen Tez Savunma Toplantısı sonucunda yeterli bulunmuş, Başkanlık Makamının 9.6.2014 tarih ve 6221 sayılı onayı ile tezin yazarı Necla SÜMER ÖZDEMİR Rekabet Uzmanı olarak atanmıştır.

YAYIN NO

321

*“Haklarını asla ödeyemeyeceğim  
anneme ve babama”*



## İÇİNDEKİLER

SUNUŞ .....	VII
KISALTMALAR .....	IX
GİRİŞ .....	1

### Bölüm 1

#### HÂKİM DURUMUN KÖTÜYE KULLANILMASININ TESPİTİNE YÖNELİK YAKLAŞIMLAR

1.1. ŞEKİL TEMELLİ YAKLAŞIM.....	4
1.1.1. Per Se Yasallık .....	5
1.1.2. Per Se Yasaya Aykırılık .....	6
1.1.3. Şekil Temelli Yaklaşımın Yönelik Eleştiriler.....	8
1.1.4. Şekil Temelli Yaklaşımın Uygulamada Yol Açtığı Sorunlar .....	10
1.2. ETKİ TEMELLİ YAKLAŞIM.....	13
1.2.1. Tam Etki Temelli Yaklaşım .....	14
1.2.2. Yapılandırılmış Etki Temelli Yaklaşım.....	15
1.3. BÖLÜM DEĞERLENDİRMESİ.....	17

### Bölüm 2

#### REKABETE AYKIRI DIŞLAYICI UYGULAMALARDA ETKİ STANDARTLARI

2.1. REKABETE AYKIRI DIŞLAYICI UYGULAMALAR .....	21
2.2. REKABETE AYKIRI DIŞLAYICI UYGULAMALARDA ETKİ.....	23
2.3. REKABETE AYKIRI DIŞLAYICI UYGULAMALARDA ETKİ STANDARTLARI .....	26
2.3.1. Etkinin Mümkün Olması Standardı .....	27
2.3.1.1. Avrupa Birliği Uygulaması .....	27
2.3.1.2. Amerika Birleşik Devletleri Uygulaması.....	33
2.3.2. Etkinin Muhtemel Olması Standardı .....	35
2.3.3. Hasadın Tehlikeli İhtimalle Gerçekleştirilmesi Standardı .....	45
2.4. BÖLÜM DEĞERLENDİRMESİ.....	53

### **Bölüm 3**

## **TÜRKİYE UYGULAMASI VE UYGULAMAYA YÖNELİK BİR ÖNERİ**

3.1. TÜRKİYE UYGULAMASI .....	56
3.2. HÂKİM DURUMDAKİ TEŞEBBÜSLERİN DİŞLAYICI KÖTÜYE KULLANMA NİTELİĞİNDEKİ DAVRANIŞLARININ DEĞERLENDİRİLMESİNE İLİŞKİN KILAVUZ.....	63
3.3. REKABETE AYKIRI DİŞLAYICI UYGULAMALARIN TESPİTİNE YÖNELİK ÖNERİ .....	66
<b>SONUÇ.....</b>	<b>70</b>
<b>ABSTRACT.....</b>	<b>73</b>
<b>KAYNAKÇA .....</b>	<b>74</b>

## SUNUŞ

Yaklaşık 18 yıldır bağımsız bir idari otorite olarak faaliyetlerini sürdürmekte olan Rekabet Kurumu, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un uygulanmasını gözeterek, piyasalarda kartelleşmeyi 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 yöndeki çalışmaları ile de Rekabet Kurumu, yalnızca Türkiye'deki kurumlar arasında değil, dünyadaki rekabet otoriteleri arasında da hak ettiği yeri almaya başlamıştır. Nitekim Avrupa Birliği Komisyonu ilerleme raporları ile OECD gözden geçirme raporunda bu durum ifade edilmekte ve Kurumun ulaştığı idari kapasite ve mesleki düzey takdirle karşılanmaktadır.

Rekabet Kurumunun ulaştığı 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 sektörlere ilişkin çalışmalara yer verilmektedir. Bu sayede daha önce ele alınmamış pek çok konuda değerli eserler ortaya çıkmaktadır.

Bu eserlerin yayımlanması, doktrine katkı sağlanmasını ve toplumun rekabet konusunda bilgilendirilmesini hedeflemekte; bu yönüyle rekabet otoritelerinin en önemli görevleri arasında yer alan rekabet savunuculuğunun bir parçasını teşkil etmektedir. Rekabet Kurumu, uzmanlık tezlerinin yayımlanmasını, rekabet savunuculuğu çerçevesinde tek başına veya üniversitelerle, barolarla ve benzeri örgütlerle işbirliği halinde yürütmekte olduğu konferanslar, sempozyumlar, eğitim ve staj programları düzenlemek gibi faaliyetlerine ilave bir etkinlik olarak değerlendirmektedir.



Ele alınan konular bakımından kaynak olarak kullanılabilir yerli eserlerin sayıca az olması nedeniyle, rekabet uzman yardımcılarımızca hazırlanan uzmanlık tezlerinin değerleri bir kat daha artmaktadır. Bu çerçevede tez süreçlerini başarıyla tamamlayarak Rekabet Uzmanı unvanını alan bütün arkadaşlarımı gönülden kutluyor, başarılarının devamını diliyorum. Meslek personelimizin uzmanlık tezlerini, önemli bir başvuru kaynağı olacağı inancıyla ilgili kamuoyunun bilgisine sunuyorum.

**Prof. Dr. Nurettin KALDIRIMCI**  
**Rekabet Kurumu Başkanı**

## KISALTMALAR

<b>AAD</b>	: European Union Court of Justice (Avrupa Birliği Adalet Divanı)
<b>AB</b>	: Avrupa Birliği
<b>ABD</b>	: Amerika Birleşik Devletleri
<b>ABİDA</b>	: Avrupa Birliğinin İşleyişine Dair Anlaşma
<b>AMC</b>	: Antitrust Modernization Commission (Amerika Birleşik Devletleri Antitröst Modernizasyon Komisyonu)
<b>A.g.k.</b>	: Adı geçen karar/görüş
<b>Bkz.</b>	: Bakınız
<b>dn.</b>	: dipnot
<b>DOJ</b>	: Department of Justice (Amerika Birleşik Devletleri Adalet Bakanlığı)
<b>EAGCP</b>	: Economic Advisory Group on Competition Policy (Rekabet Politikasına İlişkin Ekonomik Danışma Grubu)
<b>FTC</b>	: Federal Trade Commission (Amerika Birleşik Devletleri Federal Ticaret Komisyonu)
<b>GM</b>	: General Court (Avrupa Birliği Genel Mahkemesi)
<b>Kanun</b>	: 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun
<b>Komisyon</b>	: Avrupa Birliği Komisyonu
<b>Kurul</b>	: Rekabet Kurulu
<b>ODM</b>	: Ortalama Değişken Maliyet
<b>OEM</b>	: Original Equipment Manufacturer (Orijinal Ekipman Üreticisi)
<b>OECD</b>	: Organization for Economic Cooperation and Development (Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Teşkilatı)
<b>OTM</b>	: Ortalama Toplam Maliyet
<b>para.</b>	: paragraf
<b>sy.</b>	: sayfa
<b>vb.</b>	: ve benzeri
<b>vd.</b>	: ve diğerleri

**WMP** : Windows Media Player (Windows Medya Oynatıcısı)  
**YM** : Supreme Court (Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesi)

## GİRİŞ

“Rekabetçi” ve “rekabete aykırı” dışlayıcı uygulamalar arasındaki sınırın nasıl çizileceği sorusu, hâkim durumun kötüye kullanılmasının tespiti çerçevesinde ele alınan en temel konuların başında gelmektedir. Nitekim düşük fiyatlama gibi davranışlar, bir yandan rekabetin doğal bir sonucu olarak görülmekteyken, diğer yandan hâkim durumdaki teşebbüsler tarafından gerçekleştirildiğinde rekabete aykırı bulunabilmektedir. Bu kapsamda, yalnızca şekli unsurlarına dayanılarak hâkim durumdaki teşebbüslerin esasında tüketici refahının artmasını sağlayabilecek davranışları yasaklanabilmektedir. Ancak, rekabete aykırı dışlayıcı davranışların şekil temelli yaklaşımla tespit edilmesi, *Ferrari marka arabaların, salt sürücülerinin hız kurallarına uymayacağı ihtimalinden/uymaması riskinden dolayı, satışının durdurulmasına benzetilmektedir*<sup>1</sup>.

Şekil temelli yaklaşıma alternatif olarak, salt dışlama amacının ve/veya davranışın varlığının ihlal tespitinde yeterli bulunmadığı, bu bakımdan davranışa yönelik etki analizinin şart tutulduğu bir yöntem ön plana çıkmaktadır. Etki temelli yaklaşım olarak anılan bu yöntemin, son zamanlarda tercih edilmesi ya da bu yaklaşıma verilen önemin artması ile etkinin ne şekilde değerlendirileceği hususu rekabet hukukunun tartışmalı konuları arasında yerini almıştır. Söz konusu tartışmalar uygulamada,

İncelenen davranışın, dışlama amacı veya davranış özelindeki şekli unsurları taşıması, bu davranışın ihlal olarak nitelendirilmesi için yeterli midir?

Etkin olup olmadığına bakılmaksızın rakiplerin dışlanması tüketici üzerindeki etkiyi ne derece ortaya koymaktadır?

İhlal tespiti için rakip, piyasa yapısı, rekabet, tüketici gibi unsurlardan hangisi/hangileri üzerindeki etkinin ispatlanması gerekmektedir?

Etki standartlarının sağlanmasında hangi ispat araçları yeterli görülmelidir?

---

<sup>1</sup> Petit (2009, 486) tarafından, Heimler'den (2005) yararlanarak ifade edilmiştir.

şeklindeki çeşitli soru(n)ları beraberinde getirmiştir. Bununla birlikte, etki temelli yaklaşımın ve etkinin ispat standartlarının ne şekilde uygulanacağı açısından kavramsal ve analitik bir çerçeve çizmeye yönelik çalışmalar sınırlı kalmıştır.

Yukarıda açıklanan soru(n)lara yönelik bir çözüm sunulmasının amaçlandığı çalışmanın ilk bölümünde, davranışın etkisinin değerlendirmeye alınıp alınmaması bakımından hâkim durumun kötüye kullanılmasının tespitine yönelik yaklaşımlar incelenerek rekabet hukukunun genel uygulamasında benimsenecek en uygun yaklaşımın hangisi olduğu sorusunun cevabı araştırılacaktır. Bu yaklaşım çerçevesinde ikinci bölümde, rekabete aykırı dışlayıcı davranışların tespitinde Avrupa Birliği (AB) ve Amerika Birleşik Devletleri (ABD) uygulamasından yol gösterici kararlar değerlendirilerek etkinin ispatında kullanılan standartlar ve araçlar incelenecektir. Çalışmanın sonucunda ise, Türkiye’de etki analizine ilişkin nasıl bir yaklaşım ve standart oluşturulduğu ele alınarak Türkiye uygulamasına yönelik bir öneri getirilecektir.

## BÖLÜM 1

### HÂKİM DURUMUN KÖTÜYE KULLANILMASININ TESPİTİNE YÖNELİK YAKLAŞIMLAR

Hâkim durumun kötüye kullanılmasının tespitinde rekabet otoriteleri tarafından aşırı müdahaleci davranıldığında, teşebbüsler, özünde rekabetçi olan davranışlardan kaçınmak durumunda kalmakta; yeterince müdahale edilmediğindeyse, rekabete aykırı olan davranışlara yönelik caydırıcılık yitirilmiştir. Bu sebeple, “rekabetçi” ve “rekabete aykırı” dışlayıcı uygulamaların ayırt edilmesi hususu, hatalı müdahalelerin veya hatalı olarak müdahaleden kaçınmanın önüne geçilmesi açısından dikkatli bir şekilde incelemeyi gerektirmektedir.

Rekabet otoritelerinin yürüttüğü genel politikalar çerçevesinde, hâkim durumdaki teşebbüslerin davranışlarına yönelik müdahalenin derecesi değişkenlik arz etmektedir. Küçük işletmelere ve piyasa yapısına önem verilen korumacı politikalar kapsamında, kimi davranışların özü itibarıyla zarara yol açma riski yüksek görülerek doğrudan ihlal oluşturduğu varsayılmış, bu varsayımsa esasında rekabete aykırı olmayan davranışların cezalandırılması<sup>2</sup> riskini beraberinde getirmiştir. Bunun sonucunda teşebbüsleri, rakiplerine ve rekabetin yapısına zararlı olduğu varsayılan davranışlardan caydırmak üzere aşırı müdahalede bulunulmuştur.

Buna karşın, tüketicilerin veya sosyal refahın korunmasının nihai amaç edinildiği politikalar kapsamında, kimi davranışların rekabetçi olabileceği veya doğrudan rekabetçi olduğu kabul edilmiş, söz konusu davranışlara müdahaleden kaçınılmıştır. Bunun sonucunda, esasında rekabete aykırı olan davranışların serbest bırakılması<sup>3</sup> riski oluşmuştur. Rekabetçi davranışlara yönelik motivasyonun zedelenmemesi için, davranışların şekli yerine “rekabet veya tüketiciler üzerindeki etkisi” değerlendirmeye alınmıştır.

Bu kapsamda, hâkim durumdaki bir teşebbüsün davranışına yönelik ihlal tespitinde, davranışın etkisinin değerlendirmeye alınıp alınmaması bakımından

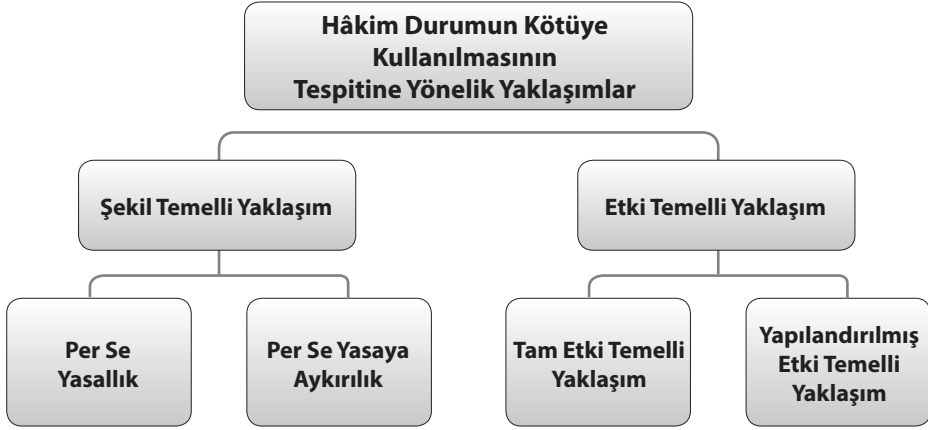
---

<sup>2</sup> Birinci tip hata/hatalı müdahale.

<sup>3</sup> İkinci tip hata.

çeşitli yaklaşımlar geliştirilmiştir. Söz konusu yaklaşımlar aşağıdaki şekilde sınıflandırılabilir:

**Şekil-1:** Hâkim Durumun Kötüye Kullanılmasının Tespitine Yönelik Yaklaşımlar



Çalışmanın bu bölümünde, söz konusu yaklaşımlarla öğretilen bu yaklaşımlara kaynaklık eden görüşler ele alınacak, her bir yaklaşımın olumlu ve olumsuz yönleri değerlendirilecektir.

### 1.1. ŞEKİL TEMELLİ YAKLAŞIM<sup>4</sup>

*Per se* yaklaşım olarak da adlandırılan *şekil temelli yaklaşım*, davranışın gerçekleşmiş veya muhtemel etkilerine yönelik ayrıntılı incelemeye ihtiyaç duyulmaksızın, salt belli şekil şartlarını taşıyıp taşımadığına göre hukuka uygun ya da aykırı bulunduğu kurallar bütünüdür (O'Donoghue 2007, 4).

Şekil temelli yaklaşım altında iki tür kural söz konusudur: (i) *per se yasallık*<sup>5</sup>, (ii) *per se yasaya aykırılık* (Papandropoulos 2008, 420; O'Donoghue 2007, 330). Bu kısımda ilk olarak, söz konusu kuralların tanımına, uygulama alanlarına ve bu kurallara kaynaklık eden okulların görüşlerine yer verilecek; sonrasında, şekil temelli yaklaşıma yönelik eleştiriler işlenecek, nihayetinde bu yaklaşımın uygulamada ortaya çıkardığı sorunlara değinilecektir.

<sup>4</sup> Farklı kaynaklarda *form/presumptions/structure/rule/conduct based approach*, *per se/orthodox approach* olarak ifade edilmektedir.

<sup>5</sup> Kanımızca çoğu yazar, özellikle AB uygulamasında nadir rastlanmasından dolayı, *per se yasallık* kuralını göz ardı etmekte; şekil temelli yaklaşımı *per se yasaya aykırılık* kuralıyla eş görmektedir. Ancak çalışmada, kullanım alanı dar da olsa, *per se yasallık* kuralına da değinmekte fayda görülmektedir.

### 1.1.1. Per Se Yasallık

Hâkim durumun kötüye kullanılması bağlamında *per se yasallık*, yoğun olarak fikri mülkiyet haklarını içeren mal vermeyi reddetme davalarında ön plana çıkmaktadır. Bu yaklaşım altında, önceden belirlenmiş istisnai koşullar sağlanmıyorsa, davranışların yasal olduğu varsayılmaktadır (Papandropoulos 2008, 420-21). Teşebbüslere sözleşme yapmaları yönünde yükümlülük getirilmesinin, sözleşme hürriyetine ve mülkiyet haklarına aykırılık oluşturacağı kabul edilmektedir (Gürzumar 2006, 21-32; Bruzzone ve Boccaccio 2009, 480). Ayrıca, karşılığı adil bir şekilde verilse dahi, teşebbüslerin yatırım/inovasyon güdüsünü baltalaması ve rakipleri yatırım yapmak yerine hâkim durumdaki firma tarafından yapılan yatırımlardan faydalanmaya özendirilmesi (*bedavacılık sorunu*) risklerinden dolayı, mal vermenin reddedilmesine yönelik davranışlarda müdahaleden kaçınılan bir yaklaşım sergilenmektedir<sup>6</sup>.

1970’lerde ABD’nin müdahaleci yaklaşımını eleştiren ve bu dönemle birlikte Yüksek Mahkeme (YM) kararlarında etkisini gösteren *Şikago Okulu* (Gohari 2012, 206-7; Akman 2012, 27; Baker 2002, 65), neredeyse tüm dikey anlaşmalar, fiyat ayrımcılığı, stratejik fiyatlama ve patent uygulamaları için per se yasallık kuralını savunmuştur (Vickers 2007, 6; Hovenkamp 2005, 32). Bu açıdan söz konusu okul, uzun vadede piyasaların kendi kendini düzeltebildiğini, müdahaleden mümkün olduğunca kaçınılması gerektiğini belirtmiştir.

*Şikago Okulu* tarafından, içtihat ve öğretide dışlayıcı olarak nitelendirilen birçok davranış, esasında yoğun rekabetin ve inovasyonun yansımaları olarak görülmüş ve bu davranışların hiçbir şekilde dışlayıcı olmadığı veya rakiplerin yalnızca etkin bir firma ile rekabet edemedikleri için dışlandıkları varsayılmıştır (Hovenkamp 2005, 32). Anılan okul tarafından, en basit haliyle, bireylerin rasyonel olduğu, her tür anlaşmanın alıcıların ve satıcıların arasında gönüllü yapıldığı (Jones ve Sufrin 2011, 23), dolayısıyla hâkim durumdaki teşebbüslerin davranışlarının etkin olduğu varsayılmıştır (Winter 2009, 1224). Ancak öngörülenden daha karmaşık olan reel piyasalar, tam rekabet piyasalarının aksine, her zaman etkin işlememekte, bireyler asimetrik bilgiye sahip olmaktadır (Hovenkamp 2005, 34). Bu açıdan Fox ve Sullivan (1987, 936, 956-59), toplumun nasıl olduğundan ziyade

<sup>6</sup> Bkz. Guidance on the Commission’s enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings (Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Kötüye Kullanmalarında 82. Madde Uygulama Önceliklerine İlişkin Rehber-Rehber) 2009, para.75; Department of Justice (ABD Adalet Bakanlığı-DOJ) 2008, 119.



nasıl olması gerektiğine yoğunlaştığı, görüşlerinin idealist olduğu ve gerçekte bağdaşmadığı gerekçeleriyle, Şikago Okulu'nu eleştirmiştir.

### 1.1.2. Per Se Yasaya Aykırılık

*Per se yasaya aykırılık* kapsamındaki ihlal değerlendirmelerinde, incelenen davranışın belli koşulları sağlayıp sağlamadığı sorgulanmakta, bu koşulların sağlanması halinde “daha fazla analize ihtiyaç duyulmaksızın” davranışın ihlal oluşturduğu kabul edilmektedir (Papandropoulos 2008, 420-21). Petit (2009, 485-86) bu yaklaşımı, davranışın pazardaki etkisinin analiz edilmesi yerine, ilk izlenime göre şekli unsurlarının değerlendirilerek hâkim durumdaki teşebbüsün davranışının “doğası gereği” rekabete aykırı etkilere sahip olduğunun varsayılması olarak tanımlamaktadır.

Gormsen'e göre (2013, 228) per se yasaya aykırılık kuralı çerçevesinde, özünde hâkim durumun kötüye kullanılması amacı tespit edilen davranışların, **rekabeti kısıtlama gücüne**<sup>7</sup> de sahip olduğu kabul edilmektedir. “Sadece önceden belirlenmiş şekil şartlarını taşımasına veya rekabet hukukunun temel ilkelerine aykırı olmasına dayanılarak”, davranışın zararlı etkiye yol açtığı varsayılmaktadır. Bu yaklaşımın Avrupa Birliği Komisyonunca (Komisyon) benimsenmesi, “etki analizine gidilmeksizin” rekabete aykırı etkinin doğduğu varsayımının kabulüne yol açmıştır.

Sonuç olarak, per se yasaya aykırılık kuralında, hâkim durum tespiti ve davranışın şekli unsurlarının sağlanması sonucu ihlal tespit edilmekte veya buna ek olarak yalnızca teşebbüsün hâkim durumundan kaynaklanan **dışlama gücü** ile etkinin ispatlandığı varsayılmakta, hatta kimi zaman davranışın şekli unsurları dahi incelenmeksizin salt dışlama amacına dayanılarak ihlal sonucuna varılmaktadır.

Öğretide, AB'de hâkim durumun kötüye kullanılması değerlendirmelerinde süregelen per se yasaya aykırılık yaklaşımının *ordoliberalizmin* etkisiyle olduğu ileri sürülmektedir (Akman 2012, 55; Gormsen 2006, 10; Niels ve Jenkins 2005, 605-606; Jones ve Sufirin 2011, 35). Bu sebeple, söz konusu okulun ve rekabet politikası bağlamındaki düşüncelerinin incelenmesinde fayda görülmektedir.

1930'larda Almanya'da ortaya çıkan ordoliberalizmde, ekonomik etkinlikten ziyade, serbest ve adil sosyo-politik düzenin sağlanması için özel sektörün gücünün sınırlandırılması ve kontrol altında tutulması hedeflenmiştir (Gormsen

<sup>7</sup> *Capability*. Çalışmadaki tüm vurgular yazara aittir.

2006, 11). Dolayısıyla, rekabet hukukunun amacı adalet kavramına dayandırılmış (O'Donoghue ve Padilla 2006, 9) ve bireylerin ekonomik özgürlüğü üzerine odaklanılmıştır<sup>8</sup> (Akman 2012, 35).

Ordoliberalizmin rekabet hukuku uygulamasına yansıyan ve çalışma açısından önem arz eden görüşleriye aşağıdaki şekilde özetlenebilecektir:

- Hâkim durumun varlığı rekabetçi düzeni bozmaktadır. Mümkün olduğu yerde yasaklanması, mümkün değilse de düzenlenmesi gerekmektedir (Akman 2012, 59-60).
- Hâkim durumdaki firmaların piyasada etkin rekabet varmış gibi davranması gerektiği şeklinde *özel yükümlülükleri*<sup>9</sup> bulunmaktadır (O'Donoghue ve Padilla 2006, 9).
- Küçük ve orta büyüklükteki teşebbüslerin –etkinliklerine bakılmaksızın- pazar gücüne sahip teşebbüslere karşı korunması gerekmektedir.
- Rekabet hukuku, rekabet şartlarını oluşturmalı ve rekabetçi süreci korumalıdır (Jones ve Sufrin 2011, 35).

ABD'deyse *Harvard Okulu*<sup>10</sup>, rekabeti ekonomik etkinliğin sağlanmasında bir araçtan ziyade amaç olarak görmüş, pazar gücünün her zaman zararlı olduğunu ve yasaklanması gerektiğini savunmuştur. Harvard Okulu'nun gelişimi ile ABD'nin per se yasaya aykırılık yönünde aşırı müdahale eğilimi aynı döneme denk gelmiştir (Jones ve Sufrin 2011, 22).

Harvard Okulu 1950'lerde, görüşlerini piyasa yapısının teşebbüslerin davranışlarını, teşebbüs davranışlarının piyasanın performansını belirlediği (*SCP*<sup>11</sup> *paradigması*) temeline dayandırarak gündeme gelmiştir. Harvard Okulu'na göre, rekabet politikasının temel amacı küçük firmaları koruyarak ve büyük firmaların gücünü kısırarak rekabetçi süreci korumak ve adil davranış şekillerini belirlemektir. Dolayısıyla, anılan okulun mensupları aşırı müdahaleci bir tavır

<sup>8</sup> Michelin v Commission (Michelin-I), Case C-322/81 [1983] ECR 3461, para.57.

<sup>9</sup> *Special responsibility*.

<sup>10</sup> Çalışma kapsamında ordoliberallerin ve Harvard Okulu'nun yalnızca per se yasaya aykırılık yaklaşımına ilişkin görüşleri ele alınmıştır. Bu açıdan benzer görüşleri bulunsa da, genel itibarıyla, söz konusu okulların görüşlerinin farklılaştığı belirtilmelidir. Keza, çalışmada Harvard ile Şikago Okulları'nın da birbirine zıt görüşler benimsediği iddia edilmemektedir. Aksine anılan okulların ortak kimi görüşleriyle birbirini tamamladığı görülmektedir (Kovacic 2007).

<sup>11</sup> *Structure-conduct-performance*.

benimsemiştir. Bununla birlikte, Harvard Okulu, zamanla söz konusu kuralların yönetimine ve hatalı müdahalelerin maliyetine ilişkin endişeler sonucu, bu görüşlerini savunmaktan vazgeçmiştir (Akman 2012, 26-27).

Yukarıda sıralanan ve günümüz uygulamasına yansıyan görüşler öğretide yoğun eleştiriyile karşılanmaktadır. Söz konusu eleştiriler aşağıda incelenecektir.

### **1.1.3. Şekil Temelli Yaklaşım Yönelik Eleştiriler**

Hâkim durumun kötüye kullanılması iddialarının değerlendirilmesinde şekil temelli yaklaşımın uygulanması, içtihadın önemli bir sorunu olarak görülmektedir. Söz konusu yaklaşım kapsamında, yalnızca teşebbüsün hâkim durumda bulunmasına dayanılarak, davranışın rekabete aykırı etkilere yol açacağı çıkarımında bulunulması eleştirilmekte ve hâkim durum ile dışlayıcı etki arasında doğrudan bir bağ kurulması hatalı bulunmaktadır (Niels ve Jenkins 2005, 605-606).

Şekil temelli yaklaşım ancak (i) davranışın sağladığı faydanın veya yol açtığı zararın son derece belirgin olması nedeniyle etkinin araştırılması için kaynakların israf edilmesinin rasyonel olmadığı, (ii) birinci ve ikinci tip hata riskinin çok düşük olduğu hallerde uygun bulunmaktadır (O'Donoghue 2007, 330; Yavuz 2003, 3). Bu koşulları ise yalnız fiyat kartelleri sağlayabilmekte, hâkim durumun kötüye kullanılması bakımından bu yönde bir örnek bulunmamaktadır (O'Donoghue 2007, 330; RBB 2005, 24-25). Buna karşın anılan yaklaşım, hâkim durumun kötüye kullanılması vakalarının geniş bir alanında uygulanagelmıştır (Gormsen 2013, 5; Ekdi 2010, 15).

Per se kuralların karar vermeyi kolaylaştıran çeşitli yönleri bulunmaktadır. Ne tür davranışların yasak olduğunun içtihatla gelişen kurallarla önceden düzenlenmiş olması ve yasal belirliliğin sağlanması bu kapsamda öne çıkan hususlardır (Papandropoulos 2008, 421-22). Bu açıdan şekil temelli yaklaşım, belli davranışlara ilişkin iddiaların detaylı bir şekilde incelemeye gerek olmaksızın incelemenin ilk aşamalarında reddedilebilmesi açısından faydalı olabilmektedir. Böylece etki temelli yaklaşımın [ekonomik analizlerle] otoritelere getireceği iş yükü, per se kurallar neticesinde azalmaktadır (Nealis 2000, 347).

Bununla birlikte, söz konusu yaklaşımın, uygulamada sağladığı kolaylıklardan daha fazla soruna yol açtığı öne sürülmektedir (Papandropoulos 2008, 421; Petit 2009, 486). Nitekim per se yasallık kuralının uygulanmasına çok sayıda yazar karşı çıkmaktadır (Geradin ve Pereira 2013, 2). Örneğin, per se yasallık kuralının yüksek derecede ikinci tip hata riskini taşıdığı belirtilmekte; yıkıcı stratejilerin [rakipleri dışlamanın] maliyetli olduğu ve nadiren başarılı olacağı varsayımının,

bu stratejilerin yeni girişleri caydırma etkisini dikkate almadığı iddia edilmektedir (Hüschelrath ve Weigand 2010, 222-231).

Per se yasaya aykırılık kuralına gelindiğinde ise, tek taraflı davranışların rekabete aykırı etkileri olabileceği kadar, pazar koşullarına göre rekabetçi etkilerinin de bulunabildiği belirtilmektedir (RBB 2005, 31). Zira birçok yazar, sadakat indirimleri veya maliyet altı fiyatlama gibi davranışların baştan yasak kılınmasının, hâkim durumdaki teşebbüsler için arzu edilen rekabetçi davranışları engelleyerek rekabetçi süreci ve tüketici refahını olumsuz etkileyebileceği görüşündedir (Hans 2012, 717; Papandropoulos 2008, 2). Anılan kural altında rekabet yerine rakiplerin/ekonomik özgürlüğün korunması, birinci tip hata riskini taşımaktadır (Bruzzone ve Boccaccio 2009, 3). Birinci tip hatalarsa yalnızca kaynakların israfına yol açmamakta, teşebbüslerin etkin ve rekabetçi davranışlarda bulunmasını da engellemektedir (Petit 2009, 486). Dahası, bir yandan belli davranışlar yasaklanırken, bir yandan da esasında pazarda aynı etkiye yol açan ve katalog ihlaller kapsamında bulunmayan davranışlara izin verilebilmesi, anılan kuralların diğer bir eksikliğini ortaya koymaktadır (Papandropoulos 2008, 2).

Bunun yanında, hâkim durumdaki firma davranışlarının hiçbirinin per se yasaya aykırı olmadığını, dolayısıyla bir davranışın “rekabet ve sosyal refah üzerindeki etkileri” dikkate alınmaksızın ihlal tespiti yapılamayacağını öne süren yazarlar da bulunmaktadır (Lear 2006, 17-18). Keza, Bruzzone ve Boccaccio (2009, 466) per se yasaya aykırılık çerçevesinde rekabetin pazar yapısının korunmasıyla tesis edilmesini eleştirmiş, pazar yapısıyla etki<sup>12</sup> arasında doğrusal bir ilişki bulunmadığını vurgulamıştır. Anılan yazarlar, rakip sayısının fazla olmasını sağlamaya yönelik bu yaklaşımın, rekabet ile rakiplerin korunması arasındaki ayrımın ortaya konulabilmesini güçleştirdiğini belirtmiştir.

Sonuç olarak, per se yasaya aykırılık kuralının getirdiği aşırı müdahaleci yaklaşım, çok sayıda yazar tarafından eleştirilmiş, salt dışlama amacının veya buna ek olarak belli davranışların varlığının ispatlanmasıyla ihlal tespiti yapılması hatalı bulunmuştur. Diğer taraftan, uygulamada daha az yer bulan per se yasallık kuralına da rekabete aykırı davranışların cezalandırılmamasına yol açması sebebiyle karşı çıkmıştır. Her iki kurala yönelik eleştirilerin ortak noktası ise, hâkim durumun kötüye kullanılması kapsamında incelenen davranışlar için daha fazla (ekonomik) analizin gerekli görülmesidir.

<sup>12</sup> Kaynağın orijinalinde *performans* ifadesi yer almaktadır.

### 1.1.4. Şekil Temelli Yaklaşımın Uygulamada Yol Açtığı Sorunlar<sup>13</sup>

Şekil temelli yaklaşım, öğretilerde kendisine yönelik eleştirilerin yanı sıra, uygulamada da birçok sorunu beraberinde getirmektedir. Bu sorunlardan ilki, hâkim durumun tespitine yöneliktir. Bu çerçevede, AB’de, teşebbüsün pazardaki konumunun süreklilik arz edip etmediği incelenmeksizin, yüksek pazar gücünün hâkim durum tespiti için yeterli bulunabilmesi, hatalı müdahaleye yol açması sebebiyle eleştirilmektedir (Kolasky 2004, 42-43)<sup>14</sup>. Diğer bir sorun, hâkim durum tespitine yönelik pazar payı eşliğinin düşük tutulmasıyla ortaya çıkmaktadır.

Bunun sonucunda, Papandropoulos’un (2009, 2, dn. 4) belirttiği üzere, hâkim durum tespiti tartışmaya mahal verilmeyecek bir şekilde yapılamamakta, teşebbüsün hâkim durumda olduğunu açıkça tespit etmek her zaman mümkün olmamaktadır. Hâkim durumun düşük eşiklerle tespit edilmesinin ardından, hâkim duruma dayanılarak dışlayıcı etkinin varsayılması hatalı bulunmaktadır. Zira bu halde, hâkim durum tespiti, etkinin ispatlanmasında ancak “ara bir adım” olabilecektir (Niels ve Jenkins 2005, 605-606).

Şekil temelli yaklaşımın uygulamada ortaya çıkardığı ikinci sorun, AB’de hâkim durumdaki teşebbüslere *özel yükümlülük* getirilmesi hususudur<sup>15</sup>. Bu yükümlülük, yoğun rekabet halindeki teşebbüslerin, hâkim duruma geçer geçmez büyük bir dikkatle davranmalarını gerektirmektedir (Niels ve Kate 2004, 12). Akman’a göre bu yükümlülük, hâkim durumdaki teşebbüslerin sadakat indirimi, yıkıcı fiyatlama gibi davranışlarının her şeklinin ihlal sayılması anlamına gelmektedir (2012, 59).

ABD’de ise bu yöndeki uygulamanın AB’den farklılaştığı görülmektedir. ABD’de tekel gücüne sahip de olsalar, teşebbüslerin agresif rekabeti desteklenmektedir. Zira bu gücün genellikle inovasyon, üstün yönetim, teknolojik özellikler, ürün farklılaştırması gibi pazar dinamiklerinin doğal sonucu olduğu; teşebbüsleri bu başarıları sebebiyle cezalandırmanın, uzun vadede yalnızca etkin

<sup>13</sup> Çalışmada yeri geldiğinde, şekil temelli yaklaşımın uygulamada yol açtığı sorunların etki temelli yaklaşım kapsamında nasıl ele alındığına da değinilecek, etki temelli yaklaşım incelenirken bu hususlara tekrar yer verilmeyecektir.

<sup>14</sup> Örneğin, *Hoffmann-La Roche* kararında çok yüksek pazar paylarının, istisnai haller haricinde, tek başına hâkim durum göstergesi olduğu belirtilmiştir (Hoffmann-La Roche & Co. AG v. Commission, Case C-85/76 (1979) ECR 461, para.41.). Ancak *Hoffmann-La Roche* kararında belirtilen bu ifadelere dayanan AKZO kararında, AKZO’nun tek başına hâkim durumunun göstergesi olarak %50 pazar payı yeterli görülmüştür (AKZO Chemie v. Commission (AKZO-AAD), Case C-62/86, [1991] ECR I-3359, para.60).

<sup>15</sup> *Michelin-I* kararı, para.10.

olmayan rakipleri korumak anlamına geleceği görüşü benimsenmektedir (Kolasky 2004, 40-41). Bu sebeple, ABD’de incelenen davranış ile tekelleşme arasında nedensellik bağı aranmaktayken (Elhauge 2003, 302-303), AB uygulamasında teşebbüsün hâkim durumda olması halinde gerçekleştirdiği davranış, hâkim durumunu güçlendirmese veya korumasa da ihlal sayılabilmektedir (Vickers 2004, 5; *Continental Can* kararı<sup>16</sup>). Oysa etki temelli yaklaşımla gelinen nokta, nedensellik bağının pazar gücü ile davranış arasında değil, pazar gücü ile rekabete aykırı etki arasında kurulması gerektiğidir (Nazzini 2011, 186).

Dahası, ABD rekabet hukukunda sömürücü davranışlar yasaklanmazken<sup>17</sup>, AB’de hem dışlayıcı hem de sömürücü davranışların yasaklanması (Vickers 2004, 6), teşebbüsleri hem aşırı fiyatlama hem de yıkıcı fiyatlama yapmamak üzere sorumlu kılmaktadır. Bu da teşebbüsleri kârlarını oldukça riskli bir alanda çoğalttırmak durumunda bırakmaktadır (Niels ve Kate 2004, 15).

Şekil temelli yaklaşım altında uygulamaya yansıyan üçüncü problem, niyetin ne derecede ispat niteliği taşıdığı hususudur. Ekonomistler tarafından, dışlamaya yönelik söylemler içeren şirket içi belgelerin ihlal tespitinde kullanılması eleştirilmiş, teşebbüslerin rekabetçi davrandığı karşı-olgusal<sup>18</sup> senaryoda da benzer belgelerin bulunabileceği öne sürülmüştür. Bu açıdan subjektif-objektif niyet ayırımına gidilmiş, subjektif niyetin ispat standardı olarak ele alınmaması gerektiği vurgulanmıştır (Yavuz 2012). Bunun yanında, [objektif] niyetin ihlal tespitinde esaslı unsur olarak kullanılmasına karşı çıkmış; ancak dışlamaya yönelik stratejik bir planı gösteren objektif niyetin, kurulan zarar teorisi ile de karşılık bulması halinde, “destekleyici unsur” olarak kullanılabilirliği belirtilmiştir (Motta 2008, 9).

Buna ek olarak, kimi akademisyenlere göre, tüketici zararına yol açma **potansiyeli/gücü** olduğu varsayılan hâkim durumdaki teşebbüslerin her zaman bu yönde isteği olmayabilmektedir (Ahlborn vd. 2005, 82). Aksine, rekabete aykırı davranma güdüleri olan teşebbüsler, “dengeleyici alıcı gücü, piyasaya girişlerin kolaylığı, kapasite yetmezliği” gibi nedenlerle her zaman bu potansiyele/güce sahip olmayabilmektedir. Bu sebeple, niyet rekabete aykırı olsa dahi, niyetten yola çıkılarak rekabete aykırı etkilerin oluşacağını varsayılmasında rasyonel bir gerekçe bulunmamaktadır<sup>19</sup>.

<sup>16</sup> *Continental Can v. Commission*, Case C-6/72 [1973] ECR 215, para.13.

<sup>17</sup> *Bkz. Brantley* kararı (675 F.3d 1192 (9th Cir.) 2012).

<sup>18</sup> *Counterfactual*.

<sup>19</sup> Uygulamada niyet unsurunun yerine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Yavuz (2012).

Dördüncü sorun, davranışın şekli unsurları taşıyıp taşımadığına yönelik analizin her zaman kolay ve tartışmasız bir şekilde yapılamamasıdır (Papandropoulos 2008, 424). Örneğin, fiyatlamaya ilişkin davranışlarda hangi testin kullanılması gerektiği<sup>20</sup>, hâkim durumdaki teşebbüsün maliyetinin hangi unsurlara göre kıyaslanacağı yönünde çok çeşitli görüşler bulunmaktadır (Özdemir 2009, 27-30; Vickers 2004, 17-18; Gohari 2012, 223-228). Benzer şekilde, teşebbüslerin maliyetlerinin ne şekilde ayrıştırılacağı, hangi maliyet kalemlerinin kaçınılabılır olduğu da tartışmalı hususlardandır (Winter 2009, 1222)<sup>21</sup>. Dolayısıyla, incelemenin “tartışmaya açık olan” maliyet altı fiyatlama tespitinde sonlandırılarak, ihlal tespit edilmesi hatalı müdahaleye yol açabilecektir.

Beşinci olarak, şekil temelli yaklaşım çerçevesinde AB’de haklı gerekçelerin çok dar bir şekilde değerlendirildiği, hâkim durumdaki teşebbüslerin karar mercilerini ikna etmelerinin fazlasıyla güç olduğu iddia edilmektedir (Gündüz 2012, 74). Bu bağlamda Akman (2012, 299), AB’de etkinliklerin hâkim durumdaki teşebbüsün savunmasının bir parçasıymış gibi incelemenin sonunda değerlendirilmesini sorunlu bulmaktadır. Zira bu şekilde yapılan incelemelerde ihlal oluşturduğu iddia edilen davranışın rekabetçi etkilerine değerlendirme içerisinde yer verilmemiş olmaktadır. Gormsen (2010a, 55-56) etkinlik savunmasının nihai karara karşı değil, ihlal karinesine karşı yapıldığını, böyleyken nihai karara karşı savunma olarak değil, genel değerlendirmenin bir parçası olarak ele alınması gerektiğini vurgulamaktadır<sup>22</sup>.

Şekil temelli yaklaşımla uygulamaya yansıyan sorunlar arasında son olarak, ihlale yönelik ispat yükünün hangi taraf üzerinde olması gerektiği hususu sayılabilir. ABD’de etki temelli yaklaşımın benimsendiği *Microsoft* kararında<sup>23</sup>, rekabet veya tüketiciler üzerindeki zararlı etkiler ispatlanmadıkça müdahaleden kaçınılmış, bu sebeple ispat yükü davacıya bırakılmıştır. ABD’de olduğu gibi, AB’deki *Microsoft* kararında<sup>24</sup> da aynı husus gündeme gelmiştir. Genel Mahkeme (GM) “*Haklı gerekçe savunmasının ve bunu destekleyici argüman ve kanıtların öne sürülmesi, Komisyonun değil hâkim durumdaki teşebbüsün üzerindedir.*” sonucuna varmıştır. Oysa, Hans’a (2012, 717) göre düşük fiyat ve sadakat indirimleri gibi davranışlar rekabet etmenin sağlıklı ve etkin bir şekli olduğundan, ispat yükünün

<sup>20</sup> Madan (2009, 16-72).

<sup>21</sup> Örn. *AKZO-AAD* kararı, para.83-109.

<sup>22</sup> Bkz. Köktürk, 2013.

<sup>23</sup> *United States v. Microsoft Corp.*, 253 F.3d 34 (D.C. Cir. 2001), sy.58-59.

<sup>24</sup> *Microsoft Corp v Commission*, Case T-201/04 [2007] ECR II-3601, para.688, dn.100.



hâkim durumdaki teşebbüsün değil, davacının ya da rekabet otoritelerinin üzerinde olması gerekmektedir.

Şekil temelli yaklaşım altında yer alan kurallar, bu kurallara yönelik eleştiriler ve uygulamada şekil temelli yaklaşımın getirdiği sorunların incelenmesinin ardından, çalışmanın bir sonraki kısmında etki temelli yaklaşım değerlendirilecektir.

## 1.2. ETKİ TEMELLİ YAKLAŞIM<sup>25</sup>

Şekil temelli yaklaşımdan kaynaklanan sorunlar, pazar gücüne sahip teşebbüslerin davranışlarının değerlendirilmesine yönelik ekonomik kuramlardaki gelişmeler, gerek ABD'nin ve AB'nin kendi içlerinde tutarsız kararlar alması, gerek Atlantik'in her iki yakasında benzer davalarda farklı sonuçlara ulaşılması (Niels ve Kate 2004, 1-29; Ahlborn vd. 2004, 315), gerekse hatalı müdahalelerin yüksek maliyetlere yol açması etki temelli yaklaşımın gerekliliğini kaçınılmaz kılmıştır.

Rekabete aykırı etkilerin karine yoluyla tespit edildiği şekil temelli yaklaşımın aksine, *rule of reason* olarak da adlandırılan *etki temelli yaklaşım*, detaylı bir analizle davranışın yol açtığı zararın kanıtlanmasını (Petit 2009, 494) ve bunun davranışın sağladığı fayda ile dikkatlice tartılarak ihlal tespiti yapılmasını gerektirmektedir (O'Donoghue 2007, 330).

Bu yaklaşımın temel amaçları, kararların doğruluk<sup>26</sup> derecesinin artırılmasını, birinci ve ikinci tip hatalardan kaçınılmasını, etkin olmayan rakipler yerine rekabetin korunmasını sağlamaktır. Ayrıca, AB'de Avrupa Birliğinin İşleyişine Dair Anlaşma'nın (ABİDA) 102. maddesinin ekonomik kuramların çoktan etkisini gösterdiği diğer rekabet hukuku alanları ile tutarlı şekilde uygulanması için etki temelli yaklaşımın benimsenmesi gerekli bulunmaktadır (Gohari 2012, 210; Peeperkorn 2012, 2).

Görüldüğü üzere, şekil temelli yaklaşımdan kaynaklı yukarıda açıklanan sorunlar, etki temelli yaklaşımın uygulanması ihtiyacını ortaya çıkarmıştır. Bu kapsamda, ABD'de *Şikago-Sonrası Okulu* tarafından desteklenen söz konusu yaklaşım (Ahlborn vd. 2004, 328) 1980 ortalarından itibaren etkisini göstermiştir (Niels ve Kate 2004, 10). Şikago-Sonrası Okulu, firmaların piyasalara ilişkin tüm bilgilere sahip olmadığını, piyasaların varsayılandan daha karmaşık olduğunu, dolayısıyla etkin olmayan piyasalara müdahale gerekebileceğini savunmuştur (Akman 2012, 29; Jones ve Sufirin 2011, 30). Örneğin, bu okula mensup

<sup>25</sup> Farklı kaynaklarda *effects/economics/evidence/impact based approach* veya *rule of reason approach* olarak ifade edilmektedir.

<sup>26</sup> *Precision*.



akademisyenler tarafından, bağlamanın rekabete aykırı etkilere yol açabileceği, ancak her zaman bu durumun söz konusu olmadığı (Ahlborn vd. 2004, 329); keza yıkıcı fiyatlandırma stratejisinin nadiren rakiplerin piyasaya girişlerini engellemek için kullanılabilmesi (Jones ve Sufrin 2011, 30), dolayısıyla bu gibi etkisizliklerde piyasaların gerçekte nasıl işlediğinin analiz edilmesi gerektiği öne sürülmüştür (Akman 2012, 29). AB’de ise, modernizasyon çerçevesinde düzenlenen Tartışma Metni, EAGCP<sup>27</sup> Raporu ve nihayetinde Rehber ile iktisadi/etki temelli yaklaşım teşvik edilmektedir (Jones ve Sufrin 2011, 259; Gohari 2012, 208-209).

Etki temelli yaklaşım iki başlık altında incelenmektedir<sup>28</sup>: (i) *tam etki temelli yaklaşım*, (ii) *yapılandırılmış etki temelli yaklaşım*. Aşağıda, söz konusu iki yaklaşımın tanımına, uygulama alanlarına ve bu kurallara kaynaklık eden okulların görüşlerine yer verilecek ve etki temelli yaklaşıma yönelik eleştiriler çerçevesinde söz konusu yaklaşımın olumlu ve olumsuz yönleri değerlendirilecektir.

### 1.2.1. Tam Etki Temelli Yaklaşım

*Tam*<sup>29</sup> *etki temelli yaklaşım*da davranış, şekil ve karine gibi unsurlardan bağımsız olarak, yalnızca etkisi üzerinden değerlendirilmekte, tek taraflı davranışlar sonucu tüketici zararının oluşup oluşmadığı olay bazında ardıl (*ex-post*) olarak ele alınmaktadır (Papandropoulos 2008, 422). Dolayısıyla, incelenen davranışın tüketici refahı üzerindeki zararlı etkilerine odaklanılmaktadır (Mosto 2011, 19).

Etki temelli yaklaşım kapsamında öncelikle **tüketicilere yönelik bir zarar teorisinin**<sup>30</sup> **kurulması** gerekmektedir (Mosto 2011, 19). Bu çerçevede, her bir dava özelinde, davranışın tüketiciler üzerinde nasıl bir zarara yol açtığına/açacağına yönelik rasyonel bir hikaye oluşturulmalıdır. İkinci olarak, bu **teorinin hakikatle ve delillerle desteklenmesi** gerekmektedir. Bu aşamada, **davranışın yalnızca rakipler/rekabet üzerinde olumsuz etkilere yol açma ihtimalinin**<sup>31</sup> **olması ihlal tespiti bakımından yeterli değildir, zira rekabetçi davranışlar sonucu da etkin olmayan firmaların dışlanması mümkündür**. Dolayısıyla, **tüketiciler üzerindeki olumsuz etkilerin gösterilmesi** gereklidir. Papandropoulos’a göre

<sup>27</sup> Economic Advisory Group on Competition Policy-AB Rekabet Politikasına İlişkin Ekonomik Danışma Grubu.

<sup>28</sup> Papandropoulos 2010, 420; O’Donoghue 2007, 330.

<sup>29</sup> *Unstructured/full fledged/pure/rigorous*.

<sup>30</sup> *Theory of harm*.

<sup>31</sup> *Possibility*.

(2008, 424-25), Rehber’de de öngörüldüğü üzere<sup>32</sup>, teorinin doğruluğu test edilirken, incelenen davranış gerçekleşmeseydi pazar verilerinin ne şekilde seyredeceğinin değerlendirilmesi gerekmektedir. Tam etki temelli yaklaşım kapsamında yapılan değerlendirmenin son aşamasında ise, etkinlik kazanımı ve rekabetçi güdülerin varlığı sorgulanarak değerlendirilmektedir.

Bununla birlikte, tam etki temelli yaklaşım da çeşitli sorunları beraberinde getirmektedir. Yavuz (2003, 3) bu uygulamada<sup>33</sup> mahkemelerin önlerine gelen kısıtlamaların ekonomik etkilerinin tüm olgulara dayanan incelemesini yaptıklarını, bu sebeple genellikle yargılama sürecinin uzun sürdüğünü ve dolayısıyla daha pahalıya mal olduğunu belirtmiş, yasal sonuçlar bakımından tahmin edilebilirliğin oldukça güç olduğunu vurgulamıştır. Bu durum teşebbüsler açısından cesaret kırıcı bulunmaktadır (Papandropoulos 2008, 422). Geradin ve Pereira (2013, 9) ise etki temelli yaklaşımın uygulamaya geçirilebilmesi için kurumsal altyapı yeterliliğinin önemine ve çalışanların ekonomik analiz yeteneğinin olması gereğine dikkat çekmiştir.

Etki temelli yaklaşımın yol açtığı sorunlardan bir diğerine ilişkin, Angrist ve Pischke (2008), dışlayıcı strateji ile rekabete aykırı etkiler arasındaki nedensellik bağının ampirik olarak kurulmasının çok güç olduğunu belirtmiştir. Benzer şekilde Azevedo’ya (2013, 4) göre, dikey kısıtlamaların büyük çoğunluğunda dışlama etkisinin nedenselliğini gösteren yeterli istatistiksel veri bulunmamakta, bu ise rekabete aykırı davranışların cezalandırılmaması ile sonuçlanmaktadır.

Son olarak, AB’de EAGCP tarafından tam etki temelli yaklaşımın uygulanması önerilmiş, fakat Bruzzone ve Boccaccio (2009, 467-68) tarafından “bilgece” olarak nitelendirilen bir şekilde, bu öneri Rehber’de aynen kabul edilmemiştir. Nitekim Rehber’de, Komisyon tarafından yapılandırılmış etki temelli yaklaşım benimsenmiştir (Monti 2008, 8). Söz konusu yaklaşım bir sonraki kısımda değerlendirilmektedir.

### **1.2.2. Yapılandırılmış Etki Temelli Yaklaşım**

Öğretide ve uygulamada ihlal tespiti için davranışın etkisinin ispatlanması gerekli görülse de, yapılan tespitin tam etki temelli yaklaşımda olduğu gibi, salt etkinin ölçülmesine dayandırılması da sorunlu görülmektedir. Niels ve Jenkins (2005, 610), hâkim durumun kötüye kullanılmasına yönelik ihlal tespitlerinde etki temelli yaklaşımın şekil temelli yaklaşımdan daha uygun olduğunu belirtmiş; ancak

<sup>32</sup> Para. 21

<sup>33</sup> Kaynağın orijinalinde *rule of reason* ifadesi geçmektedir.

bu yaklaşımın tamamıyla fayda ve zararın ölçülüp tartılmasını gerektirmediğinin, yalnızca, gerçekleşen veya muhtemel etkilere ilişkin ekonomik göstergelerin dikkate alınması anlamına geldiğinin altını çizmiştir.

Bunun yanında, teşebbüsler için birtakım “güvenli liman”ların oluşturulmasının, derinlemesine etki temelli incelemelerden daha etkin olabileceği düşünülmektedir (Azevedo 2013, 5). Dolayısıyla, *yapılandırılmış<sup>34</sup> etki temelli yaklaşımda*, bu yaklaşımı öngören Rehber’de de görüleceği üzere, ihlal tespiti için öncelikle yoğun kaynak kullanımını gerektirmeyen çeşitli koşullar gerekli görülmekte, bu koşullardan birinin sağlanamaması halinde ihlal tespiti yapılamamaktadır (Gorecki 2006, 534).

Bu koşullara örnek olarak, kullanımı en yaygın olan “güvenli liman” olarak “hâkim durumda bulunma” koşulu sayılabilir (Papandropoulos 2008, 422; Monti 2010, 7). Kimi iktisatçılar hâkim durumda olmadan da rekabete aykırı etkilere yol açılabileceği sebebiyle bu koşula karşı çıkmakta, tam etki temelli yaklaşımı desteklemektedir (EAGCP 2005, 14). Buna karşın, hâkim durumda olmayan teşebbüslerin davranışlarında serbest bırakılması ve otoritelere kolaylık sağlamak gerektiği görüşünde olan akademisyenler söz konusu koşulun gerekliliğini savunmaktadır (Jones ve Sufirin, 2011, 291; Vickers 2007, 4).

İkinci olarak, ihlal tespiti için “eşit etkinlikteki rakiplerin dışlanması” şartı<sup>35</sup>, yapılandırılmış etki temelli yaklaşım kapsamındaki “güvenli liman”lara örnek verilebilecektir. Bir diğer örnekse, mal vermeyi reddetme davalarında müdahale için, reddedilen malın davacının faaliyetleri açısından zorunlu unsur teşkil etmesinin şart koşulmasıdır<sup>36</sup>. Böylelikle, anılan şartın sağlanmaması halinde, tüketicilere zarar verecek şekilde rekabetin kısıtlanıp kısıtlanmadığının tespitine gerek kalmamaktadır.

Yapılandırılmış etki temelli yaklaşım kapsamında öğretide de çeşitli testler geliştirilmiştir. Bu kapsamda, Bolton vd. tarafından (2000, 2262-2285) yıkıcı stratejilere müdahale için (i) belli derece pazar gücü, (ii) rasyonel bir yıkıcı stratejinin ispatı, (iii) maliyet altı fiyatlama, (iv) muhtemel hasat<sup>37</sup>, (v) etkinlik kazanımlarının bulunmaması şartları öngörülmektedir. Bu testte, dikkat çeken husus ihlal tespitinde muhtemel hasadın da şart koşulmasıdır. Zira hasat ihtimalinin bulunmadığı hallerde, dışlama sonrasında fiyatların rekabetçi düzeyin üzerine çıkarılması mümkün olmadığından, yalnızca düşük fiyatlama cezalandırılmış olacaktır.

<sup>34</sup> *Structured*.

<sup>35</sup> Rehber, para. 23; DOJ (2008, 43).

<sup>36</sup> Rehber, para. 81; DOJ (2008, 127).

<sup>37</sup> Rakiplere yönelik dışlama etkisi ile rekabet ve tüketici üzerinde zararlı etkiler.

Bir başka grup akademisyen tarafından, yapılandırılmış etki temelli yaklaşım, bağlama özelinde üç aşamalı bir modelle somutlaştırılmıştır (Ahlborn vd. 2004, 330-39). Modele göre ilk olarak, rekabete aykırı etkinin **mümkün**<sup>38</sup> olup olmadığı test edilmektedir. Bu aşamada pazar gücü testi, pazar koşullarının analizi yapılmaktadır. Bu aşamanın sağlanması halinde, rekabete aykırı etkinin **muhtemel**<sup>39</sup> olup olmadığı incelenmektedir. Bu kapsamda, “incelenen davranışın ne şekilde rekabete aykırı etkilere yol açacağına ilişkin zarar teorisi” kurulmakta, pazar koşullarının zarar teorisini doğrulayıp doğrulamadığı test edilmektedir. Bu aşamanın da sağlanması halinde, (varsa) rekabete aykırı etkileri dengeleyen **etkinlik kazanımları** zararlarla karşılaştırılmaktadır.

Önerilen test ile rekabete aykırı etkilerin incelemesine geçilmeden önce, teşebbüsün pazar gücünün ve pazarın diğer koşullarının analizi gerekmektedir. Bu sayede, zararlı etkilere yol açması mümkün olmayan davranışların incelemesi ilk aşamada sonlandırılmaktadır. Rekabet otoritelerinin işlem maliyetini düşüren söz konusu testin, diğer dışlayıcı davranışlarda da uygulanması kanımızca mümkündür.

Sonuç olarak, yapılandırılmış etki temelli yaklaşım sayesinde, şekil temelli yaklaşımın eksikliklerinin giderildiği; aynı zamanda tam etki temelli yaklaşımın rekabet otoritelerine getireceği yüksek işlem maliyetleri ve teşebbüslere getireceği belirsizlik sorununun önemli derecede aşıldığı görülmektedir.

### 1.3. BÖLÜM DEĞERLENDİRMESİ

Bu bölümde, hâkim durumun kötüye kullanılmasının tespitine yönelik ortaya çıkan yaklaşımlar incelenmiştir. Bu çerçevede, şekil temelli yaklaşım kapsamında davranışların belirli ölçütleri taşıması halinde yasal ya da yasaya aykırı olarak nitelendirildiği ifade edilmiştir. Etki temelli yaklaşım kapsamında ise, davranışların şekilden ziyade tüketici refahı üzerindeki etkileri incelenerek ihlal tespit edildiği belirtilmiştir. Aşağıdaki tabloda söz konusu iki yaklaşıma ilişkin yukarıda incelenen unsurların karşılaştırmalı özetine yer verilmektedir.

Tablo-1’de unsurlarına yer verilen şekil temelli yaklaşım, uygulamada kolaylık, belirlilik ve maliyet açısından çeşitli avantajlar sağlamaktadır. Ancak, şekil temelli yaklaşımla yapılan tespitler, hâkim durumdaki teşebbüslerin davranışlarından rekabetçi olan ile rekabete aykırı olanı ayırt etmekte yetersiz kalmaktadır. Bu sebeple çok sayıda akademisyen hâkim durumun kötüye kullanılması iddialarının incelendiği olaylarda, etki temelli yaklaşımı önermektedir.

<sup>38</sup> *Possible.*

<sup>39</sup> *Plausible/likely.*

**Tablo-1: Şekil Temelli Yaklaşım ile Etkili Temelli Yaklaşımın Karşılaştırılması**

Kıstas	Şekil Temelli Yaklaşım	Etki Temelli Yaklaşım
Amaç	- Rakiplerin, - Rekabetçi sürecin, - Piyasa yapısının, - Ekonomik özgürlüğün korunması	- Tüketici refahının, - Sosyal refahın korunması
Hâkim durum tespiti	Var. Perse yasaya aykırılık kapsamında, ihlal tespitinde yeterli görülebilmektedir.	Tam etki temelli yaklaşımda yok. Yapılandırılmış etki temelli yaklaşımda var, bununla birlikte ihlal tespitinde yeterli bulunmamaktadır.
Hâkim durum tespitinde pazar payı	Yeterli	Yetersiz
İhlal tespitinde etki analizi	Gereksiz	Gerekli
Rakiplerin dışlanması	İhlal tespitinde yeterli	İhlal tespitinde yetersiz
Ekonomik analiz	Yok veya az	Var
Nedensellik bağı	Kurulmuyor. Kuruluyorsa da pazar gücü ile davranış arasında kuruluyor.	Pazar gücü ile etkili arasında kuruluyor.
Niyet unsuru	İhlal tespitine yeterli olabilir.	Ancak etki değerlendirilmesinde destekçiyi unsur olabilir.
Haklı gerekçe/ Etkinlik değerlendirmesi	Değerlendirme sonunda, Savunmalarla birlikte	Değerlendirme sürecinde
İspat yükü	Teşebbüste	Davacı/rekabet otoritesinde
Gerçekleşmiş etki*	Şart değil	Şart değil
Etkinin ispat standardı*	-Etkinin mümkün olması	- Etkinin muhtemel olması - Hasatın tehlikeli ihtimalle gerçekleştirilmesi

\* Bir sonraki bölümde incelenecektir.

Bununla birlikte, tam etki temelli yaklaşım altında incelemelerin yoğun ekonomik analiz gerektirmesi, inceleme/yargılama sürecinin uzun olması, dolayısıyla yüksek maliyetlere yol açması ve teşebbüsler için yasal sonuçlar bakımından tahmin edilebilirliğinin oldukça düşük olması, söz konusu yaklaşımın uygulanmasını zorlaştırmaktadır.

Bu sebeple, kanımızca hâkim durumun kötüye kullanılmasının incelenmesinde “yapılandırılmış etki temelli yaklaşım”ın benimsenmesi uygun olacaktır. Söz konusu yaklaşım kapsamında, davranışın tüketici üzerindeki etkilerinin incelenmesiyle, şekil temelli yaklaşımın eksikliklerinin giderilmesi mümkündür. Aynı zamanda etki değerlendirmesi öncesinde birtakım “güvenli liman”ların oluşturulmasıyla, tam etki temelli yaklaşımın rekabet otoritelerine getireceği yüksek işlem maliyetlerinin ve teşebbüslere getireceği belirsizlik sorununun önemli derecede aşılabacağı düşünülmektedir<sup>40</sup>.

Diğer yandan, ihlal tespitinde rekabet otoritelerinin yaklaşımı kadar, “ispat standartları” ve “nihai amacı” da belirleyici rol almaktadır (Gormsen 2006, 6; Mosso 2011, 12)<sup>41</sup>. Nitekim ABD’de Antitröst Modernizasyon Komisyonu<sup>42</sup> (AMC 2004, 8) ve DOJ (2008, vii), tek taraflı davranışların değerlendirilmesinde standartların önemine dikkat çekmiş, bu konudaki belirsizliğin teşebbüslerin nasıl davranabileceklerine karar vermelerine engel oluşturduğunu belirtmiştir.

İhlalin tespitinde etkinin gerekli olup olmadığı sorusundan sonra, “hangi unsur üzerindeki” etkinin incelenmesi gerektiği sorusu gündeme gelmektedir (Akman 2012, 32-35, 130-143). Söz konusu sorunun cevabı rekabet otoritelerinin nihai amacına göre değişkenlik göstermektedir. Nihai amacın ekonomik özgürlüğün korunması olduğu hallerde, pazar yapısı üzerindeki etkiye bakılırken; tüketici refahının korunması olduğu hallerde tüketiciler üzerindeki etki değerlendirilmektedir (Gormsen 2010a, 113)<sup>43</sup>.

<sup>40</sup> Spector (2005) sadakat indirimlerinde, Ahlborn vd. (2004) bağlamada, Bolton vd. (2000) yıkıcı stratejilerde bu yaklaşımı önermiştir.

<sup>41</sup> Geradin ve Pereira’nın (2013, 6) çalışması bu durumu açıkça ortaya koymaktadır. Yazarlar, 1999’da dikey kısıtlamalar için etki temelli yaklaşımı öngören kanun değişikliğinden sonraki Brezilya uygulamasını incelemiştir. Brezilya uygulamasından hareketle, etki temelli yaklaşımın benimsenmesini yeterli görmemiş, yapılan ekonomik analizlerin niteliksel kalmasını ve tutarlı bir ispat standardı oluşturulmamasını eleştirmiştir.

<sup>42</sup> *Antitrust Modernization Commission*.

<sup>43</sup> Akman (2012, 32-35) ve Lianos (2013), nihai amacın “tüketici refahı” mı yoksa “toplam refah” mı olması gerektiği sorusunu tartışmaktadır. Buna karşın, birçok akademisyen tarafından desteklendiği üzere, gerek ABD mahkemelerinde, gerekse AB’de Rehber ve içtihatla “tüketici refahının korunması” nihai amaç edinilmiştir. Dolayısıyla çalışmada, uygulamada genel kabul görmesi nedeniyle, tüketici

Yukarıda da işlendiği üzere, bir tarafta rakiplerin veya rekabetçi piyasa yapısının korunması amaç edinilirken, diğer tarafta tüketicilerin veya sosyal refahın korunması söz konusudur. Bu noktada, her iki tarafa da hizmet edebilmesi sebebiyle, “rekabetin korunması”nın amaç edinilmesi kritik öneme sahiptir. Gerek öğretide gerekse uygulamada, rekabetin korunmasının rakiplerin korunmasından ayrı tutulması gerektiği sıklıkla dile getirilmiştir (Kolasky 2004, 31-43). Dolayısıyla, rekabetin/rekabetçi sürecin korunması ancak tüketicilerin korunması için bir ara amaç işlevi görmelidir (Niels ve Kate 2004, 16). Etkinin ispatı, yalnızca var olan ya da potansiyel rakiplerin marjinalleştirilmesini değil,

- rekabetçi süreç bakımından (muhtemel) zarara yol açılması ve
- tüketicilerin bunun sonucunda (muhtemelen) zarar görmesi

tespitlerini de gerektirmektedir (RBB 2005, 34).

Rekabetin ve nihayetinde tüketicilerin üzerindeki etki testinin gerekliliğinin vurgulanmasının ardından, etkinin nasıl test edileceği, hangi ispat standartlarının benimseneceği, ne derecede etkinin gösterilmesinin ihlal için yeterli olacağı soruları akla gelmektedir. Düzenlemeler her ne kadar etki temelli yaklaşımı öngörse de, etkinin ne şekilde analiz edileceğine ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır<sup>44</sup>. Benzer şekilde, çok sayıda akademisyen etki temelli yaklaşımı desteklese de, bu yaklaşım altında kavramsal ve analitik bir çerçeve çizmeye yönelik çalışmalar sınırlı kalmaktadır (Petit 2009, 487). Dolayısıyla, çalışmanın ikinci bölümünde, dışlayıcı davranışlara ilişkin AB ve ABD uygulamasından yol gösterici kararlar ile etkinin ispatında kullanılan standartlar incelenecektir.

Bununla birlikte, Tablo-1’de özetlendiği üzere, etki temelli yaklaşım yalnızca davranışın yol açtığı etkilerin incelenmesinden ibaret olmayıp, hâkim durum tespitinden etkinlik analizine değin geniş kapsamlı bir süreci ifade etmektedir. Ancak, anılan unsurların her biri ayrı birer çalışma konusu teşkil etmektedir. Dolayısıyla, ilerleyen bölümlerde, “hâkim durumdaki teşebbüslerin dışlayıcı davranışlarının etkisinin ne şekilde incelendiği ve bu kapsamda hangi standartların benimsendiği” hususları üzerine yoğunlaşılacaktır.

---

refahı üzerindeki etki analizine yoğunlaşılacaktır.

<sup>44</sup> Bu ise üçüncü tip hata olarak adlandırılan, doğru bir şekilde yapılan ihlal tespitine hatalı şekilde müdahale riskini doğurmaktadır (Hüschelrath ve Weigand 2010, 228; Gormsen 2010, 6, dn. 25)

## BÖLÜM 2

# REKABETE AYKIRI DIŞLAYICI UYGULAMALARDA ETKİ STANDARTLARI

### 2.1. REKABETE AYKIRI DIŞLAYICI UYGULAMALAR<sup>45</sup>

AB’de ABİDA’nın 102. maddesiyle “hâkim durumun kötüye kullanılması” yasaklanmaktadır. ABD’de ise Sherman Yasası’nın 2. maddesiyle “tekelleşme”, “tekelleşmeye teşebbüs” ve “tekelleşme için anlaşma” ihlal sayılmaktadır<sup>46</sup>. Bununla birlikte, söz konusu düzenlemelerde ne hâkim durumun kötüye kullanılmasının, ne de tekelleşmenin tanımı yapılmaktadır. Bu sebeple, hangi davranışların hangi şartlarda ihlal teşkil edeceğine ilişkin belirsizliğin giderilmesi içtihadı bırakılmıştır. Dolayısıyla, rekabete aykırı dışlayıcı uygulamaların tanımı ve kapsamı da içtihat vasıtasıyla gelişmiştir<sup>47</sup>. Aşağıda AB ve ABD içtihadında bu gelişmelere yer verilmektedir.

<sup>45</sup> Dışlama kavramı, pazar dışına çıkarmanın yanı sıra kısmi dışlamayı da (faaliyetlerin kısıtlanması, pazar payının düşürülmesi vb.) kapsayacak şekilde geniş anlamda kullanılmıştır. Bunun yanında, rekabete aykırı dışlayıcı uygulamalar kavramı, yalnızca tek taraflı davranışlara yönelik kullanılmış, bu kavramın kapsamı sınırlı tutulmuştur.

<sup>46</sup> Bunun yanında, belli davranışları hususi olarak düzenleyen yasalar da bulunmaktadır. Örneğin, Clayton Yasası’nın 3. maddesiyle “rakiplerin ürününü kullanmamaya veya ticaretini yapmamaya yönelik olan ve rekabetin önemli derecede kısıtlanması etkisi oluşturan davranışlar” yasaklanmıştır. Dolayısıyla, münhasırlık, bağlama veya indirim gibi davranışlar bu kapsamda da ele alınabilmektedir. Anılan hükmün lafzında etkinin şart koşulması ve Sherman ve Clayton Yasaları kapsamındaki standartların ayrıştırılmayacak şekilde iç içe geçmiş olması sebebiyle (DOJ 2008, 78), çalışmaya Clayton Yasası’nın 3. maddesi uygulanması da dâhil edilmiştir.

<sup>47</sup> İchtihadın yanı sıra, dışlayıcı uygulamaların tespitinde standartların oluşturulmasına yönelik birtakım çalışmalarında da bulunulmuştur. Bu kapsamda, AB’de 2005 yılında EAGCP Raporu ve Tartışma Metni yayımlanmış; bu çalışmalar sonucunda ise her ne kadar bağlayıcı olmasa ve yalnızca Komisyonun uygulamadaki önceliklerini sıralasa da 2009’da Rehber yayımlanmıştır. ABD’de ise 2008’de DOJ tarafından tek taraflı davranışlara yönelik bir rapor yayımlanmıştır (Ancak, 2009’da geri çekilmiştir. Bkz. [http://www.justice.gov/atr/public/press\\_releases/2009/245710.htm](http://www.justice.gov/atr/public/press_releases/2009/245710.htm)). Dolayısıyla, söz konusu çalışmaların hukuki açıdan bağlayıcılığı bulunmamaktadır. Ancak, rekabete aykırı dışlayıcı uygulamaların incelenmesinde bu çalışmalar da yol gösterici niteliktedir.



AB içtihadında dışlayıcı ihlallere yönelik genel kabul gören ilk tanım *Hoffmann-La Roche* kararında<sup>48</sup> yapılmıştır. Anılan kararda hâkim durumun kötüye kullanılmasına yönelik ihlaller

teşebbüsün varlığı ile doğrudan ilişkili olan ve piyasa yapısına normal rekabetin işleyişindeki şartlardan farklı metotlarla etkide bulunmak suretiyle rekabetin devamını veya büyümesini engelleyen ve bu nedenle rekabetin zayıflamasına yol açan her türlü davranış

olarak açıklanmıştır. Alternatif bir tanımsa, *AKZO* kararında<sup>49</sup> “meşru rekabetin dışındaki davranışların ihlal teşkil ettiği” ifadesiyle ortaya çıkmıştır. Anılan kararda Komisyon “büyük üreticilerin, küçük rakiplerle veya piyasaya yeni giren firmalarla agresif rekabetini engelleyen bir yükümlülük altına alınmaması gerektiği”nin de altını çizmiştir. Avrupa Birliği Adalet Divanı’nın (AAD) *Michelin-I* kararındaki “hâkim durumu elde etme nedenlerinden bağımsız olarak, teşebbüslerin davranışlarının doğal rekabeti<sup>50</sup> kısıtlamalarına izin vermemek üzere özel yükümlülükleri olduğu” ifadeleriyle de hangi davranışların ihlal sayılacağına yönelik açıklama getirilmiştir<sup>51</sup>.

AB içtihadının aksine, ABD içtihadında çoğunlukla davranışın rakipleri dışlayıp dışlamadığına yoğunlaşılmıştır. Ancak daha önce de belirtildiği gibi, (daha fazla) etkinlik sağlamak adına rakiplerin dışlanması yol açan davranışların esasında rekabet otoritelerince arzu edildiği kabul edilmektedir. Bu sebeple hangi dışlayıcı davranışların ihlal oluşturduğunun test edilmesine ihtiyaç bulunmaktadır (Elhauge 2003, 227). Bu kapsamda, YM’nin *Grinnell* kararı<sup>52</sup> yol gösterici niteliktedir. Bu kararda, tekelleşme; “*üstün ürün, iş akli, tarihi olaylar sonucunda ortaya çıkan büyümeden ve gelişmeden farklı olarak tekel gücünün bilerek ve isteyerek elde edilmesi ya da korunması*” olarak tanımlanmıştır. Böylece, yasaklanmaması gereken davranışların belirlenmesiyle dışlamanın tanımlanması yoluna gidilmiştir. Ancak, bu tanım rekabetçi ve rekabete aykırı dışlayıcı uygulamaları birbirinden ayırt etmede uygulanabilir ve tutarlı bir standart sunmamaktadır (Madan 2009, 5). Ayrıca *bilerek ve isteyerek elde edilmesi* şeklinde niyet unsuruna yer verilmesi, tanımı daha da belirsiz ve muğlak kılmaktadır (Gavil 2004, 11).

<sup>48</sup> A.g.k. para.91.

<sup>49</sup> ECS/AKZO, OJ [1985] L374/1, para.81. AAD tarafından onanmıştır.

<sup>50</sup> *Genuine undistorted competition*.

<sup>51</sup> A.g.k. para.10.

<sup>52</sup> *United States v. Grinnell Corp.*, 384 U.S. 563, (1966) sy.570-71.

Bu durum, *Grinnell* kararı sonrasında, daha açık standartların oluşturulması yönünde girişimlere yol açmıştır (AMC 2007, 84). *Aspen* kararında<sup>53</sup> dışlayıcı uygulamanın tespitinde *davranışın yalnız rakiplerin fırsatlarını sınırlaması* yeterli bulunmamış, ayrıca *rekabetçi davranışları desteklememesi ya da bunu gereksiz bir şekilde yapması* şart koşulmuştur. Bu tanım, incelenen davranışın “kaçınılabilirliğini” test ederek ihlal tespiti için gerekli tutulan analizleri bir adım öteye taşımıştır. Bununla birlikte, alıntılanan ifadelerde, hangi davranışların hangi şartlar altında rekabetçi olduğu sorusu açıklığa kavuşturulamamıştır (AMC 2007, 90-91). Hangi dışlayıcı davranışların ihlal teşkil ettiğini belirginleştirmek adına, *geçerli ticari gerekçelerle, normal ticari amaçlarla veya yasal rekabetçi nedenlerle* güdülenen dışlamalarda tekelleşmenin söz konusu olmadığı ifade edilmiştir<sup>54</sup>. *Trinko* kararında<sup>55</sup> ise, rekabete aykırı davranış olmadığı sürece tekel gücünün edinilmesinin ihlal teşkil etmeyeceği vurgulanmıştır. Böylece, ihlal teşkil eden dışlayıcı uygulamaları ayırt etmek için “rekabete aykırı” ifadesi kullanılmıştır.

Sonuç itibarıyla, görünüşte çok benzer olmaları sebebiyle rekabetçi ve rekabete aykırı davranışları birbirinden ayırmanın doğası gereği güç olması, teşebbüslerin rakiplerini dışlama yollarının çok çeşitli şekiller alabilmesi nedenleriyle (O’Donoghue ve Padilla 2006, 174-77) gerek mevzuatta gerekse içtihatta, rekabete aykırı dışlayıcı uygulamaları rekabetçi dışlayıcı uygulamalardan ayırt edebilecek bir formül bulunamamıştır<sup>56</sup>. Bu durum da, müdahalede hata payını en aza indirmek için, etki analizinin bir kez daha vurgulanmasını gerektirmektedir. Bu çerçevede bir sonraki kısımda, AB’de ve ABD’de rekabete aykırı dışlayıcı uygulamalarda etkiye ne şekilde bir önem atfedildiği incelenecektir.

## 2.2. REKABETE AYKIRI DIŞLAYICI UYGULAMALARDA ETKİ

Rekabete aykırı dışlayıcı uygulamalara ilişkin yasal belirsizliğin vurgulanmasının ardından, söz konusu uygulamaların tespitinde etkinin gerekliliği ve uygulamada etki analizinin şart koşulup koşulmadığı tartışmaya değer bulunmaktadır.

Bu açıdan AB mevzuatına bakılacak olursa, ABİDA’nın 102. maddesinde, 101. maddenin aksine, rekabete aykırı amaca ya da etkiye atfı yapılmamakta,

<sup>53</sup> *Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp.*, 472 U.S. 585 (1985), sy.605-dn.32.

<sup>54</sup> *Eastman Kodak Co. v. Image Technical Servs. Inc.*, 504 U.S. 451 (1992) sy.483; *Aspen*, sy.605-08.

<sup>55</sup> *Verizon Communications, Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko*, 540 U.S. 398 (2004), sy.407.

<sup>56</sup> Ayrıca bkz. Elhague (2003, 225-228).

davranış ancak rekabeti kısıtlaması halinde ihlal sayılmaktadır<sup>57</sup>. Uygulamadaysa AB kararları, etki analizinin şart koşulması konusunda tutarsız bulunmaktadır (O'Donoghue ve Padilla 2006, 217).

Nitekim ilerleyen kısımlarda incelenecek çok sayıda AB kararında rekabeti sınırlama amacıyla uygulanan davranışlarda, amaca ulaşmakta başarısız kalınması hususunun teşebbüsleri yasal sorumluluktan kurtaramayacağı belirtilmiştir. Dahası, bazı kararlarda rekabete aykırı amaç veya rekabeti sınırlayıcı **potansiyel** etki [dışlamanın mümkün olması], ihlalin ispatında yeterli bulunmuştur. Dolayısıyla, AB uygulamasında, örtülü olarak rekabetçi süreç üzerindeki etkiden hareketle tüketici zararının oluşacağı çıkarımında bulunulmuş, böylelikle, etkin olmayan rakiplerin korunmasına yol açılmıştır (Gormsen 2010a, 131).

AB'nin bu yaklaşımı Rehber'de yapılan tanımla yumuşatılmıştır<sup>58</sup>. Rehber'e göre<sup>59</sup> rekabete aykırı dışlama<sup>60</sup>

hâkim durumdaki teşebbüsün davranışları sonucunda mevcut ya da potansiyel rakiplerin arz kaynaklarına veya pazarlara etkin erişiminin zorlaştırılması ya da engellenmesi; böylece, hâkim durumdaki teşebbüsün fiyatları tüketicilerin zararına<sup>61</sup> olacak şekilde artırmasının **muhtemel** olması

şeklinde tanımlanmaktadır. Dolayısıyla ihlal tespiti için **dışlama** ve **tüketici zararı** olmak üzere iki şart gerekmektedir. Rehber'in bağlayıcılığı bulunmamakla birlikte, son zamanlardaki mahkeme kararlarında Rehber'in önerilerine paralel görüşlerin benimsendiği görülebilmektedir. Bu sebeple AB'nin 102. maddesinin modernizasyon süreciyle birlikte, tüketici üzerindeki muhtemel etkinin gösterilmesi eğiliminde olduğu söylenebilecektir.

ABD uygulamasına bakıldığında ise, Sherman Yasası'nın 2. maddesinin "etki" ifadesini içermediği görülmektedir. Bununla birlikte, 1980'lere değin müdahaleci bir yaklaşım sergilenmiş, dışlayıcı davranışlar, tüketici üzerindeki etkisine bakılmaksızın yasaklanabilmiştir. Bu dönemde antitröst kuralları, rakipleri pazar gücüne sahip teşebbüslerin baskısından korumak için kullanılmıştır.

<sup>57</sup> Michelin v. Commission (Michelin-II), Case T-203/01 [2003] ECR II-4071, para.53.

<sup>58</sup> Bu açıdan Rehber'in, Tartışma Metni'nde kullanılan ve kanımızca tüketiciden çok piyasa yapısını vurgulayan **piyasa işleyişini/yapısını bozan (market-distorting) dışlayıcı etki** kavramını kullanmaması dikkat çekmektedir.

<sup>59</sup> Para. 19.

<sup>60</sup> *Anticompetitive foreclosure*.

<sup>61</sup> Tüketici zararı, fiyat artışı, ürün kalitesindeki ve yenilik düzeyindeki düşüşler, mal ve hizmet çeşitliliğinde azalışlar şeklinde ortaya çıkabilmektedir. Fiyat artışı fiyatları rekabetçi seviyenin üzerinde tutma gücünü de kapsamaktadır (Rehber, para. 11).

Kararlarda genellikle, bu yaklaşımın etkin ticareti engelleyeceği veya tüketicileri zarar verebileceği endişesi duyulmamıştır. Ancak, 1980 sonrasında<sup>62</sup> dışlamanın rekabete aykırı sayılabilmesi için “üretimi sınırlaması” şartı getirilmiştir (Fox 2002, 372-379).

Günümüzdeyse ABD rekabet hukuku uygulayıcıları tarafından, tüketici refahına olumsuz etki söz konusu olmadıkça, davranışlara müdahale edilmemektedir. Nitekim YM, Brooke Group kararında antitröst kararlarının adil olmayan ve hatta kötü niyetli olan dışlamalara değil, pazardaki zarara dayandırılması gerektiğini belirtmiştir<sup>63</sup>. Hatta bir davranışın Sherman Yasası’nın 2. maddesi kapsamında ihlal olarak değerlendirilebilmesi için, **rakipler ve rekabet üzerindeki muhtemel zararlı etkilerin ispatlanması** şartının yanında, tüketiciler üzerindeki etki açısından **tehlikeli ihtimalle hasat** şartı geliştirilmiştir. Bunun yanında Aspen kararında<sup>64</sup>, davranışın dışlayıcı ya da yıkıcı bulunabilmesi için, yalnız davacı üzerindeki değil, **tüketici üzerindeki etkisinin** incelenmesi ve rekabeti gereksiz bir şekilde sınırlaması, etkinlik temeline dayanmaması gerektiği açıklanmıştır.

Bu bağlamda Akman (2012, 130, 300-327; 2009, 89), rekabete aykırı dışlayıcı davranışların da nihayetinde sömürücü davranış teşkil ettiğini iddia etmektedir. Yazar, ihlal tespitinde öncelikle dışlamanın kanıtlanması, sonrasında sömürücü etkilere yol açıldığının ispatlanması ve söz konusu etkinin etkinlik kazanımlarına ağır basması halinde müdahale edilmesi aşamalarından oluşan bir test öne sürmektedir. Önerilen testle, ispat aracı olarak tüketiciler üzerinde **gerçekleşmiş etkinin** benimsenmesi savunulmaktadır. Buna karşın gerçekleşmiş etkinin ispatı, edinilmesi güç/maliyetli/geç ve hatta imkânsız olabilen ekonomik verileri gerektirmektedir. Bu ise müdahalede geç kalınmasına neden olmakta ve ikinci tip hata riskini doğurmaktadır<sup>65</sup>.

Sonuç olarak, hem AB hem de ABD uygulamasında (rakipler veya tüketiciler üzerinde) gerçekleşmiş etki şart koşulmamaktadır. Hâlihazırda iki uygulamada da dosya koşulları özelinde incelenen davranışın tüketici üzerindeki etkisi, “varsayımlarla” ortaya konulmaktadır. Etkinin varsayım yoluyla ispatlanmasıysa,

<sup>62</sup> Bu dönem Şikago Okulu’nun başarısı olarak görülmektedir (Fox 2002, 379).

<sup>63</sup> Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp., 509 U.S. 209 (1993); Ayrıca bkz. NYNEX Corp. v. Discon, Inc., 525 U.S. 128 (1998).

<sup>64</sup> A.g.k. sy.605.

<sup>65</sup> Örneğin, ihaleyle işleyen pazarlarda, ihale öncesinde etkinin ölçülmesi veya somut olarak gözlenmesi mümkün olmamaktadır. Bu hallerde, özellikle uzun dönem imtiyaz hakkı veren veya uzun vadeli sözleşmeler içeren ihalelerde, gerçekleşmiş etkinin oluşmasının beklenmesi geri dönülemez sonuçlara yol açabilecektir (Azevedo 2013, 5-6).

uygulamada çeşitli standartları beraberinde getirmiştir. Örneğin, rekabet hukuku uygulamasının ilk zamanlarında **etkinin mümkün olması** standardı yeterli görülürken, günümüzde “AB” uygulamasında **etkinin muhtemel olması**<sup>66</sup>, “ABD” uygulamasında ise, buna ek olarak **hasadın tehlikeli ihtimalle gerçekleştirilmesi** standartları benimsenmiştir. Bu çerçevede, sonraki kısımda, örnek kararlarla etkinin ne şekilde ele alındığı ve ispatlandığı ortaya konulmaya çalışılacaktır.

### 2.3. REKABETE AYKIRI DIŞLAYICI UYGULAMALARDA ETKİ STANDARTLARI

Birinci bölümde değinildiği üzere, etki tartışması rekabet otoritelerinin benimsediği yaklaşım kadar edindiği nihai amaçla da ilişkilidir (EAGCP 2005, 8). Amacın tüketici refahının korunması olması halinde tüketiciler için zararlı etkiler, yüksek fiyat<sup>67</sup>, düşük kalite veya sınırlı tercih imkânı olarak ortaya çıkmaktadır. Oysa amaç ekonomik özgürlüğün korunması olduğunda, rakiplerin/müşterilerin dışlanması zararın varlığı için yeterli sayılmaktadır. Bu çerçevede, rakipler için zararlı etkiler, rakiplerin müşteri seçeneklerinin veya müşterilerin tedarikçi seçeneklerinin azalması şeklinde görülmektedir (Gormsen 2010a, 115).

Esas itibarıyla anılan iki amaç altında yapılan etki analizleri birbirini tamamen dışlamamaktadır. Bu iki amacı ayırıştırıcı unsur, tüketici refahının korunduğu hallerde etki analizinin bir adım daha öteye götürülmesi, diğer deyişle, incelemenin (eşit etkinlikteki) rakiplerin dışlanmasının ispatıyla sonlandırılmaması, dışlamanın tüketiciler bakımından ne şekilde zararlı etkilere yol açacağına da analiz edilmesidir. Dolayısıyla, yukarıda belirtildiği üzere, yüksek fiyat, düşük kalite veya sınırlı tercih imkânı gibi etkilerin gerçekleşeceğini kanıtlamak gerekmektedir.

Diğer taraftan, dikkat edilmesi gereken bir diğer ayrım ise, müşterilerin tercih imkânının kısıtlanmasına ilişkindir. Müşteriyi hâkim durumdaki teşebbüse bağlayan ya da rakibi dışlayan her davranış tercih sayısının azalması sonucunu doğurmaktadır. Ancak bu noktada, müşterinin rakipleri talep edip etmediği hususu önem kazanmaktadır. Gormsen (2010a, 120-21) bu açıdan “gerçek tercih” ile “hipotetik tercih” ayırımına gitmekte, tüketicilerin gerçek tercihine bakılmaksızın hipotetik tercih üzerinden ihlal tespit edilmesini eleştirmektedir. Dolayısıyla, rekabet

<sup>66</sup> O’Donoghue ve Padilla’ya göre rekabete aykırı etkinin “muhtemel olma”sıyla, en azından, etkinin ortaya çıkmasının hiç ortaya çıkmamasına göre daha beklenir bir durum olduğu kastedilirken etkinin “mümkün olma”sıyla herhangi bir olasılık derecesi kastedilmemektedir (2006, 219).

<sup>67</sup> Rekabete aykırı dışlama yalnızca yüksek fiyatlama şeklinde etki göstermeyebilir. Fiyatların, karın veya pazar payının daha fazla ya da daha hızlı düşmekten korunması şeklinde de cereyan edebilir (Elhauge 2003, 303). Çalışmada yüksek fiyat ifadesi, anılan tüm bu hususları kapsayacak şekilde kullanılmaktadır.

otoritelerinin kısıtlanan tercihlerin talep edildiğini (böylelikle tüketicilere fayda sağladığını) ortaya koyması gerekmektedir. Aksi halde müşterilerin talep etmediği alternatif sağlayıcıların korunması tüketiciden ziyade rakipleri koruyacaktır.

Sonraki kısımlarda, iki yaklaşım arasındaki yukarıda belirtilen ayrımlar kapsamında AB ve ABD kararları değerlendirilecek, bu kararlarda rakip, rekabet, tüketici gibi unsurlar üzerindeki etkilerin hangi standartlar altında ele alındığı incelenecektir.

### 2.3.1. Etkinin Mümkün Olması Standardı<sup>68</sup>

AB’de ve ABD’de özellikle uygulamanın ilk dönemlerinde, hâkim durumdaki veya tekel gücüne sahip teşebbüslerin belli davranışları, salt rakipleri dışlama potansiyeli olduğu karinesinden dolayı ihlal sayılmıştır. Böylece, ya herhangi bir etki analizi yapılmaksızın rakiplerin dışlanacağı varsayılmış ya da yalnız rakipler üzerindeki etki incelenmiştir. Dolayısıyla, yapılan incelemelerde “etkinin mümkün olması standardı” benimsenmiştir. Söz konusu standardın uygulaması AB ve ABD kararları bağlamında aşağıda değerlendirilecektir.

#### 2.3.1.1. Avrupa Birliği Uygulaması

AB’nin öncü davalarından *Continental Can* kararında<sup>69</sup> AAD, “102. maddenin yalnız tüketicilere doğrudan zarar verebilen davranışları değil, etkin rekabet yapısı üzerindeki etkileri yoluyla dolaylı yoldan zararlı olan davranışları da yasakladığını” belirtmiştir. Bu temelde gelişen AB içtihadında, “rekabet yapısı”nın korunmasının tüketici zararını tespit etmek için kullanılan bir araç olmaktan çıkıp, uygulamanın nihai amacı haline geldiği görülmektedir. Rekabet yapısının korunmasının nihai amaç edinilmesi bir yana bırakılsa dahi, kullanılan ispat standartları aşağıda görüleceği üzere rekabetçi davranışlarla rekabete aykırı davranışları ayırt etmekte yetersiz kalmaktadır.

Mümkün olma standardının uygulandığı *Commercial Solvents* kararında, AAD alt pazardaki rakiplerden “birine” mal vermenin reddedilmesini, pazardaki bütün **rekabetin engellenmesi riskini** ortaya çıkardığı gerekçesiyle yasaklamıştır<sup>70</sup>. Oysa Whish ve Bailey (2012, 707), “bir rakibin” pazardan elenmesi riskinin pazardaki tüm rekabetin ortadan kalkacağı anlamına gelmediğine dikkat çekmektedir. Bu açıdan, hâkim durumdaki teşebbüslerin olduğu tüm piyasalarda,

<sup>68</sup> Dışlama imkanının/gücünün/yeteneginin varlığı (*capable/possible*).

<sup>69</sup> A.g.k. para.26.

<sup>70</sup> *Commercial Solvents v. Commission*, C-7/73 [1974] ECR 223, para.25.

her zaman rekabetin engellenmesi riskinin var olduğu dikkate alındığında, kararda salt hâkim durumdan kaynaklı olarak dışlamanın mümkün olmasının ihlal tespiti için yeterli görüldüğü söylenebilecektir.

*Hoffmann-La Roche* (HLR) kararında, etkinin gerekli görüldüğü dikkat çekmekteyse de, ihlal tanımında tüketici refahından hiç bahsedilmemekte, yalnız piyasa yapısı üzerindeki etki dolayısıyla rekabetin sınırlanması vurgulanmaktadır<sup>71</sup>. Anılan davada farklı vitamin pazarlarındaki payı %95 ile %47<sup>72</sup> arasında değişen HLR, üç yıl boyunca<sup>73</sup> rakiplerin daha düşük fiyat tekliflerinin kendisine bildirilmesini sağlamış, vitaminlerin yalnızca kendisinden tedarik edilmesi şartıyla, müşterinin ihtiyacına göre belirlenen alım hedeflerine %1 ile %5 arasında değişen<sup>74</sup> sadakat indirimleri uygulamıştır.

Yapılan değerlendirmede, HLR'nin müşterileri rakiplerini seçmekten mahrum bırakarak rekabeti bozması ve aynı miktarda alım yapan müşterilere rakiplerden ürün satın almamayı kabul edip etmemelerine göre farklı fiyatlar uygulayarak bazı müşteriler bakımından dezavantaj yaratması, davranışın etkisi olarak gösterilmiştir<sup>75</sup>. Oysa, Rehber'e göre, davranışın rekabete aykırı etkilerinin incelenmesine ilişkin ilk cevaplanması gereken soru %1-5'lik indirimlerle oluşan etkin fiyatın maliyetin üzerinde kalıp kalmadığıdır. Ne var ki, kararda fiyat-maliyet analizine değinilmemiş; buna karşın, teşebbüsün indirimlerin önemsiz olduğu savunması, ekonomik analiz yapılmaksızın, "iç belgelerde indirimlere önem atfedildiği" gösterilerek reddedilmiştir<sup>76</sup>.

Etkinin nasıl ispatlandığı sorusunaysa, mahkemenin davranışın **rekabeti etkileme gücünün** olduğu<sup>77</sup> ifadesi ışık tutmaktadır. İfadeden anlaşıldığı üzere, tüketici üzerindeki etki bir yana, rakipler üzerindeki etki dahi değerlendirilmemiş, teşebbüsün **pazar gücünden dolayı dışlayıcı etkinin mümkün olması** yeterli bulunmuştur.

AAD, HLR davasında olduğu gibi, dağıtıcılara münhasır alım şartı getirilmese de, *Michelin-I* kararında, her bir müşteriye getirilen satış hedefleri üzerinden

<sup>71</sup> A.g.k. para.91. Ayrıca çalışmada bkz. 2.1.kısım.

<sup>72</sup> En yakın rakibin pazar payı bunun yarısı kadardır.

<sup>73</sup> A.g.k. para.139-40.

<sup>74</sup> Bir müşteriye % 12,5 ile %20 arasında.

<sup>75</sup> A.g.k. para.80, 90.

<sup>76</sup> A.g.k. para.123.

<sup>77</sup> A.g.k. para.127.



indirimler yapılmasını hukuka aykırı bulmuştur. Kararda, görece uzun süreli indirimlerin [bir yıl] hedefi sağlama zorunluluğu getirmediği halde müşteri üzerinde hedefe ulaşmak üzere baskı yaratacağı belirtilmiştir<sup>78</sup>. Davranışla dağıtıcıların seçme özgürlüğünün kısıtlandığı ve ekonomik bir dezavantajla karşılaşmaksızın rakiplere geçmelerinin engellendiği<sup>79</sup>, dağıtıcılara eşit davranılmadığı, diğer lastik üreticilerinin pazara erişiminin kısıtlandığı sonucuna varılmıştır.

Kararda, beş yıl boyunca, toplamda %35'e denk gelen indirim uygulandığı tespit edilmiş, ancak indirimlere yönelik fiyat-maliyet analizi yapılmamıştır. Diğer taraftan, hedefler arasındaki “%0,2 ile %0,4 arasında değişen indirim oranları”nın düşük olduğu kabul edilmekle birlikte, söz konusu indirimlerin dağıtıcıların kar marjlarını etkilediği ve sadakat etkisi oluşturduğu öne sürülmüştür. Michelin'in indirimlerine karşı “rakiplerinin benzer faydayı sağlamalarının çok güç olduğu”, etkinin rakipleriyle Michelin arasındaki pazar payı farkından dolayı şiddetlendiği belirtilmiştir<sup>80</sup>. AB şekil temelli yaklaşımının temelini oluşturan bu kararda, rakiplerin dengeleyici güçlerinin olmaması, rakiplere dezavantaj yaratılması gibi ifadeler, etki analizinin ne kadar tüketiciden uzak, rakipleri korumaya yakın olduğunu göstermektedir. Dahası, bu davada da rakipler üzerindeki dışlayıcı etkinin mümkün olması, ihlal tespitine yeterli görülmüştür.

Etkinin mümkün olması standardına bir diğer örnek olan *AKZO* kararında, AAD, ortalama değişken maliyet (ODM) altı fiyatlamasının rakipleri elemekten başka bir gerekçesinin olamayacağı sebebiyle ihlal sayıldığını, ODM ile ortalama toplam maliyet (OTM) arasındaki fiyatlamaların ise [eşit etkinlikteki] rakipleri eleme planının parçası olması halinde ihlal sayıldığını belirtmiştir<sup>81</sup>. Gormsen (2010b, 303-304), amacın tüketici refahının korunması olduğu hallerde, teşebbüsün niyetinin değil davranışın tüketicilere yönelik zararlı etkilerinin incelenmesi gerektiğini, bunun yıkıcı fiyatlamada rekabetçi düzeyin üzerine çıkarılan fiyatlarla hasat imkânı şeklinde oluştuğunu belirtmektedir. Yazar, hâkim duruma dayanılarak hasat imkânının varsayılmasının, özellikle hâkim durum tespitinin düşük pazar payı eşikleri ile yapılabildiği dikkate alındığında, tehlikeli olduğunun altını çizmektedir.

Bunun yanında, Komisyon, “102. maddeye göre, maliyet testinin ihlal tespitinde belirleyici bir ölçüt olmadığı, nitekim bu ölçütün etkin rekabet yapısının bozulmasını dikkate almadığı, oysa bu tarz mekanik bir ölçütün rekabete

<sup>78</sup> A.g.k. para.72, 81.

<sup>79</sup> A.g.k. para.85.

<sup>80</sup> A.g.k. para.80-82.

<sup>81</sup> A.g.k. para.71-72.



aykırı **amaca** yeterli ağırlığı vermeyeceğini” öne sürmüştür<sup>82</sup>. Anılan ifadeler çerçevesinde, maliyet altı fiyatlama olmasa dahi, Komisyonun niyete yönelik müdahaleci yaklaşımı dikkat çekmektedir. Bu halde, etkin olmayan rakiplerin dışlanması etkin rekabet yapısını bozacağı anlayışı, piyasada yalnızca rakip sayısının çokluğunu hedeflemektedir. Bununla birlikte, her ne kadar rekabetçi dışlama ile rekabete aykırı dışlama ayrı tutulmasa da, AAD’nin ifadeleri içtihadı “eşit etkinlikte olmayan rakiplerin dışlanmasının meşru sayılabileceği” bir test öngörerek ispat standardının gelişmesine katkı sağlamıştır. Nitekim Gormsen (2013, 232), Rehber öncesinde *AKZO, Deutsche Telekom* ve belli ölçüde *Oscar Bronner* kararları dışında eşit etkinlikteki rakibe ilişkin doğrudan atıf bulunmadığını, bunun davranışın amacı gereği ihlal sayıldığı tartışmalarına yol açtığını belirtmiştir.

Bağlama davaları ise per se yasaya aykırılık yaklaşımıyla ele alınmış, *Hilti ve Tetra-Pak II* kararlarında<sup>83</sup> ihlal için hâkim durumdaki teşebbüsün iki ayrı pazardaki ürünü bağlaması ve baskı unsuru yeterli bulunmuş, haklı gerekçelerse uygulamada rol alamamıştır. Nalebuff (2003, 20), *Hilti* davasında esasında tüketici zararının oluşmayacağını, Hilti’nin yüksek fiyatladığı ürünü düşük fiyatladığı diğer ürüne bağlayarak kar elde etmesinin mümkün olmadığını, bağlanan ürün pazarındaki rakiplerin ürünlerini başka alanlarda da satabileceğini, önemli ölçek ekonomisinin olmadığı bu pazarda rakiplerin dışlanamayacağını belirterek kararı eleştirmiştir.

AB’de etkinin niyet üzerinden ispatlanması açısından, *Michelin-II* kararı önem taşımaktadır. İlgili kararda,

İndirimlerin **muhtemelen pazarın rekabetçi yapısını** baltaladığı ve **tüketicilere zarar verdiğinin** kanıtlanması gerekmektedir... İndirim sistemleri ancak **dışlama etkisi** varsa, diğer deyişle **uzun vadede rekabeti kısıtlıyor** ve **hasadı mümkün kılıyorsa** yasaklanmalıdır.

ifadeleri geçmektedir<sup>84</sup>. Kararda tüketici zararının şart koşulması, çalışma açısından ilgi çekicidir. Ancak karara göre, “**Rekabete aykırı amaç ile etki tek ve aynı şeydir, teşebbüs rekabeti kısıtlamayı amaç edindiğinde, bunun etkisinden de sorumlu tutulacaktır**”<sup>85</sup>. Dolayısıyla, davranışın amacı üzerinden rakiplerin ve tüketicilerin olumsuz etkilendiği varsayılmaktadır.

<sup>82</sup> A.g.k. para.64-65.

<sup>83</sup> *Hilti v. Commission*, Case T-30/89 [1994] ECR II-1439; *Tetra Pak International SA v Commission*, Case T-83/91 [1994] ECR II-755, para.137-140. Kararlar AAD tarafından onanmıştır.

<sup>84</sup> A.g.k. para.235-36.

<sup>85</sup> A.g.k. para.241.

Etkinin mümkün olması standardının kabul edildiği bir yaklaşım da *British Airways* kararında sergilenmiştir. Olayda, davalı teşebbüs tarafından havayolu acentelerine uygulanan performans ödül mekanizmasının dışlayıcı etkisinin olmadığı savunulmuştur. Buna karşın AAD, *Continental Can* kararına atıf yaparak tüketicilere dolaylı yoldan zarar veren davranışların da ihlal olarak değerlendirilebileceğini belirtmiştir<sup>86</sup>. Ancak, tüketicilerin dolaylı yoldan da olsa ne şekilde zarar görebileceğinin değerlendirmesi yapılmamıştır. Diğer yandan, ABİDA'nın 102. maddesine göre sadece davranışın şekinden dışlayıcı etkinin olduğunun varsayılmayacağı, etkinin incelenmesi gerektiği belirtilmiştir<sup>87</sup>. Fakat bu kapsamda, davranışın rakipleri dışlama **eğilimine/riskine/gücüne** ve **ihhtimaline**<sup>88</sup> değinilmiştir<sup>89</sup>. Rakiplerin benzer indirimlerle karşı koyma gücünün olmaması, ihlalin ispatı olarak gösterilmiştir<sup>90</sup>. Diğer taraftan, aynı konuya ilişkin ABD'de görülen davada, davranışın ekonomik etkilerine bakılarak ihlal sayılmaması, okyanusun iki yakasında uygulanan farklı standartları gözler önüne sermektedir (Niels ve Kate 2004, 3-8).

*Cewal* davasındaysa GM, gemi taşımacılığı yapan Cewal tarafından rakibinin hareket zamanına yakın kalkışlarda, fiyatların rakibin fiyatlarına ve bazen bu fiyatların altına indirilmesini, maliyet üstünde kalmasına karşın, rekabete aykırı bulmuştur<sup>91</sup>. AAD ise, teşebbüsün pazar payının %90'ı bulmasını, rakibin rekabete açık ana ve bir ihtimalle tek aracını elinden aldığı, buna karşın rakibin olmadığı zamanlarda müşterilere yüksek fiyat uygulamaya devam edebileceğini ve dışlama amacını dikkate alarak rekabetin sınırlanması etkisini ortaya koymuştur<sup>92</sup>. Cewal rakibin pazar payının dava süresince %2'den %25'e çıktığını, etkinin gerçekleşmediğini savunmuştur<sup>93</sup>. Buna karşın GM, "dışlama amacının başarılı

<sup>86</sup> *British Airways v. Commission*, Case C-95/04 P [2007], para.30, 106-107.

<sup>87</sup> A.g.k. para.92.

<sup>88</sup> *Probability*. GM kararındaysa *likely* olarak geçmektedir (*British Airways v. Commission* Case T-219/99 [2003] ECR II-5917, para.293).

<sup>89</sup> A.g.k. para.30, 77, 91, 95. İngiltere'de uçak biletlerinin % 85'inin acenteler aracılığıyla satıldığı gerekçesiyle dava konusu indirimlerin rakip havayollarını dışlama etkisi göstermemesinin mümkün olmadığı ifade edilmektedir (para.32).

<sup>90</sup> A.g.k. para.123.

<sup>91</sup> *Compagnie Maritime Belge Transports SA and Others v. Commission (Cewal-GM)*, T-24/93,T-25/93, T-26/93, T-28/93 (1996) ECR II-1201, para.139.

<sup>92</sup> *Cewal-AAD*, para.115-119.

<sup>93</sup> *Cewal-GM*, para.126.

olmamasının ihlal tespitine engel olmadığı” ve “davranış olmasaydı pazar payının daha fazla artabileceği” yönündeki klasik gerekçelerle savunmayı reddetmiştir<sup>94</sup>. O’Donoghue (2007, 339), anılan karar çizgisinde, maliyet üstü fiyatlamının yasaklanmasıyla, “daha az etkinlikteki firmaların” da tüketiciye net fayda sağladığının varsayıldığını belirtmiştir<sup>95</sup>.

Bununla birlikte, anılan davada kanun sözcüsünün, fiyatlamaya ilişkin davranışlarda **hasat testinin şart olduğu**, ilgili davada gelir kaybının (Cewal üyeleri arasında) paylaşılmasının doğal olarak hasadın bir şekli olduğu, savaşı gemiler stratejisinin amacının ne kısa ne de uzun vadede fiyatların hiçbir deniz yolculuğu için düşürülmemesi olduğu, dolayısıyla davanın hasat testini karşıladığı şeklindeki ifadeleri<sup>96</sup> davranışın tüketici üzerindeki etkisine ışık tutmaktadır. Ancak Gormsen (2010a, 144-46), rakibin elenmesi riskinden hasadın varsayıldığını, oysa teşebbüslerin hâkim durumda oldukları her yerde dışlama riskinin bulunduğunu vurgulamaktadır. Yazar, amacın tüketici refahının korunması olması halinde **muhtemel hasat** testinin gerekli olduğunun altını çizmektedir.

Son olarak, Komisyonun Rehber öncesinde aldığı, ancak mahkeme önüne Rehber sonrasında getirilen iki karar, mahkemelerin indirim sistemlerine yönelik yaklaşımındaki ısrarı açısından dikkat çekicidir. Zira Rehber’de indirim sistemlerine yönelik getirilen fiyat-maliyet analizi, GM ve AAD tarafından uygulanmamıştır. Örneğin, *Solvay* kararında GM, indirimlerin sadakat etkisi oluşturduğu gerekçesiyle herhangi bir fiyat-maliyet analizine dayanmadan yapılan ihlal tespitini onamıştır<sup>97</sup>.

Benzer şekilde *Tomra* davasında<sup>98</sup> geriye dönük indirim sistemleri bakımından **fiyat-maliyet analizinin gerektiği savunulmuş**, ancak AAD **bu analizin sadakat indirimlerinde ihlal tespiti için bir koşul olmadığını** belirtmiştir. Kararda, indirimlerin sadakate veya münhasırlığa yol açmasına veya bunun amaç

<sup>94</sup> Cewal-GM, para.149.

<sup>95</sup> *Hilti ve Irish Sugar* kararları, maliyet üstü seçici fiyatlamının yasaklandığı diğer örneklerdir (A.g.k. para.17, 100, rakiplerin büyümelerinin engellendiği tespit edilmiştir; *Irish Sugar plc v. Commission*, Case T-228/97, [1999] ECR II-2969, para.186-193, rekabetin sınırlanması amacı ve bir rakibin dışlanması unsurları karşısında ihlal tespit edilmiştir).

<sup>96</sup> Opinion of Advocate General Fennelly, *Compagnie Maritime Belge Transport v. Commission* (Cewal-AAD), C-395, C-396/96P [2000] ECR 1365, para.136.

<sup>97</sup> *Solvay SA v. Commission*, Case T-57/01, [2009] ECR II-4621, para.329-333. AAD tarafından onanmıştır (Case C-455/11 P, [2013]).

<sup>98</sup> *Tomra v. Commission*, Case C-549/10P [2012], para.73.

edinilmesine dayanılması<sup>99</sup> şekilci bulunmaktadır. Ayrıca Tomra'nın, rakiplerin pazara nüfuz etmeleri için **pazarın yarışılabilir kısmının yeterli büyüklükte olduğu** savunmasına karşı, AAD'nin **pazarın ne kadarlık bir bölümünün kapandığının rekabete aykırı etkilerin tespitinde önemsiz olduğu** ifadesinin<sup>100</sup>, Rehber'in öngörülerinin tam tersi yönünde olduğu belirtilmektedir (O'Donoghue ve Padilla 2013, 270).

Sonuç olarak AB'de, 2000'li yıllara değin, belli davranışlar hâkim durumdaki teşebbüsler tarafından gerçekleştirildiği anda riskli görülmüş, yasaklanmıştır. Davranışın tüketicilere yansıttığı faydalar veya zararlar dikkate alınmamış, salt rakiplerin dezavantajlı konuma düşürülmesiyle rekabetin sınırlandırıldığı tespitine ulaşılmıştır. Tüketici üzerindeki etkisi bir yana, davranışın rakiplerin üzerindeki etkisi dahi inceleme dışında kalmış, hâkim durumun dışlamayı mümkün kılacağı varsayılmıştır. Nitekim fiyat-maliyet analizi yapılmadan, çok düşük oranlı indirimler yasaklanabilmiştir. Benzer şekilde, hedefler arasında %1 oranındaki farklılıklar bile sadakati artırıcı bulunmuştur. Keza, seçici fiyatlamalar maliyet üstünde kalsa da ihlal sayılmış, indirimlerde olduğu gibi bu davranışlarda da etkin olmayan rakipler koruma altına alınmıştır. Son olarak teşebbüsler, yalnız davranıştan/davranışın amacından yola çıkılarak etkinin varlığından da sorumlu tutulmuş, davranışın amacına ulaşmaması dikkate alınmamış, etkiye yönelik herhangi bir analiz yapılmamıştır. Böylelikle, belli davranışlarda teşebbüslerin hâkim durumları sebebiyle “dışlamanın mümkün olması” ihlal tespitinde yeterli görülmüştür.

### 2.3.1.2. Amerika Birleşik Devletleri Uygulaması

ABD'de genel yaklaşımın istisnası olarak, özellikle ilk dönemlerde, bağlama, münhasırlık ve sınırlı ölçüde indirim sistemlerinde, dışlayıcı etkinin mümkün olması standardı uygulanmıştır.

Bu çerçevede, 1920'lerden 1970'lere varan süreçte bağlama kararlarında per se yasaya aykırılık yaklaşımı benimsenmiştir (Fox 2002, 375; DOJ 2008, 79-80). Öyle ki, patentlemeye ilişkin bağlama davalarında, pazar gücü dahi ispatlanmamış, patentin her zaman sahibine önemli pazar gücü verdiği varsayılmıştır. Dahası, bu yöndeki anlaşmaların rekabetin sınırlanması dışında bir amacının olmayacağı varsayılmıştır<sup>101</sup>.

<sup>99</sup> A.g.k. para.75.

<sup>100</sup> A.g.k. para.42.

<sup>101</sup> Standard Oil Co. of Cal. v. United States, 337 U.S. 293, (1949); Morton Salt Co. v. G.S. Suppiger Co., 314 U.S. 488 (1942); United States v. Loew's Inc., 371 U.S. 38, (1962).

Örneğin, 1947’de *International Salt*’ın müşterileriyle, kiraladığı konserveleme makinelerinde kullanılacak tuzun yalnız kendisinden alınması üzerine anlaşması dava edilmiştir<sup>102</sup>. YM, tuz pazarında rakiplere pazarın kapatılması gerekçesiyle ihlal tespitinde bulunmuştur<sup>103</sup>. Teşebbüs, bağlamayla tuz pazarında “tekelleşmenin muhtemel olduğu”nun ispatlanması gerektiğini savunmuştur. Bu kapsamda, etkilenen ticaretin, diğer deyişle kiraladığı toplam 900 makinede kullanılan yıllık tuz satışının, 500.000 dolardan<sup>104</sup> ibaret olduğunu ortaya koymuştur. Ancak mahkeme, bu miktarın önemsiz olduğunun söylenemeyeceğini ve bağlamanın rakipleri **pazarın herhangi önemli bir kısmından dışlamasının per se yasaya aykırı** olduğunu belirterek savunmaları reddetmiştir. Ancak, pazarın ne kadarlık kısmının kapanmasının önemli olduğuna açıklık getirmemiştir. Söz konusu davada, “rakipler tarafından benzer makinelerin edinilip edinilemediğine” veya “teşebbüs tarafından makinelere yönelik hangi büyüklükte bir payın kontrol edildiğine” bakılmaksızın gerçekleşmiş etkinin yokluğunun önemsiz olduğu sonucuna ulaşılmış ve bu yönüyle daha sonraki davalarda<sup>105</sup> mahkemeler tarafından eleştirilmiştir.

Münhasırlık uygulamalarındaysa, ilk dönemlerde, pazarın etkilenen kısmının büyüklüğüne bakılmaması dikkat çekmektedir. Örneğin, 1946’daki *Standard Stations* kararında<sup>106</sup>, Standard Oil’in Batı Amerika’da akaryakıt istasyonlarının %16’sıyla<sup>107</sup> yaptığı münhasırlık içeren bir yıllık sözleşmelerin, **rekabeti engelleme potansiyeli** taşıdığı gerekçesiyle ihlal teşkil ettiği sonucuna ulaşılmıştır. Kararda ayrıca, akaryakıt istasyonlarının toplamda %40’ını işleten en yakın altı rakibin de benzer sözleşmelerle çalışmasına karşın, sağlayıcıların teşebbüsün kontrolündeki satış noktalarına erişiminin engellendiği belirtilmiştir<sup>108</sup>.

Son olarak, *LePage’s* kararı, paket indirimlerinde ABD içtihadının istisnası olarak, etkinin mümkün olması standardı kapsamında alınmıştır. 2003’te temyiz mahkemesi tarafından alınan kararda, 3M tarafından şeffaf bant satışındaki

<sup>102</sup> *International Salt Co. v. United States*, 332 U.S. 392, (1947), sy.396.

<sup>103</sup> Clayton Yasası’nın 3. maddesi ve Sherman Yasası’nın 1. maddesi kapsamında.

<sup>104</sup> 2008 değerleriyle 4,5 milyon dolara tekabül etmektedir (DOJ 2008, 79).

<sup>105</sup> Bkz. *Standard Stations* kararı.

<sup>106</sup> A.g.k. sy.315. Karara iki hâkim tarafından ‘münhasırlığın ve bağlamanın rekabeti sınırlaması halinde yasak olduğuna hükmeden Clayton Yasası’nın 3. maddesi gereği’ etkinin şart olduğu ve ilgili davada rekabeti kısıtlama etkisinin kanıtlanmadığı ileri sürülerek karşı çıkmıştır.

<sup>107</sup> Piyasa satışlarının %6,7’sini sağlamışlardır. Teşebbüsün kendi satışlarıyla birlikte toplam pazar payıysa %23’tür.

<sup>108</sup> A.g.k. sy.298.

indirimlerin farklı pazarlardaki bantlara veya farklı ürün hatlarındaki satışlara bağlanarak rakibin dışlanması şikâyet edilmiştir. 3M'nin perakende kanalını, tüm ihtiyaçlarını kendisinden sağlamaya yönlendirmesi yasaya aykırı bulunmuş, eşit etkinlikteki rakip testi yapılmaksızın rakiplerin adil rekabetinin engellenmesi veya zorlaştırılması ihlal için yeterli görülmüştür<sup>109</sup>.

ABD kararları incelendiğinde 1970'li yıllara değin kimi kararlarda, pazar gücüne sahip teşebbüslerin genel olarak münhasırlık, bağlama ve kısmen indirim uygulamalarında<sup>110</sup> etkinin dikkate alınmadığı, pazarın herhangi bir kısmının kapanmasının, davranışın rekabeti sınırlama potansiyeli taşımamasının veya rakiplerin dezavantajlı konuma düşürülmesinin dahi ihlalin tespiti için yeterli bulunduğu görülmektedir.

### 2.3.2. Etkinin Muhtemel Olması Standardı

AB'de etkinin mümkün olması standardının yol açtığı sorunlar üzerine, “etkinin muhtemel olması standardı” geliştirilmiş, bu çerçevede muhtemel etkinin test edildiği davalara geçiş iki farklı şekilde gerçekleşmiştir. İlki, etki temelli yaklaşım kapsamındaki çalışmalardan ayrı olarak, dolaylı/fiili münhasırlık, mal vermeyi reddetme, teknolojik bağlama gibi per se yasaya aykırı sayılmayan davranışlarda, “ancak rekabetin sınırlanması etkisi varsa” ihlal tespitinin yapılmasıyla hayata geçirilmiştir<sup>111</sup> (Østerud 2010, 187).

İkincisi ise, per se ihlal sayılan davranışlar da dâhil olmak üzere, modernizasyon kapsamında getirilen ve Rehber'de “muhtemel rekabete aykırı dışlama”nın yasaklanmasıyla vurgulanan “muhtemel etki standardı”nın kabulüyle gerçekleştirilmiştir. Nitekim Komisyon 2008'de “etki temelli yaklaşımı benimsediğini; rakipleri değil, rekabetçi yapıyı ve tüketicileri koruyacağını, tüketici üzerindeki muhtemel etkiye yoğunlaşacağını” ilan ederek, *Wanadoo*, *Microsoft* ve *Telefonica* kararlarında bu yaklaşımı uyguladığını öne sürmüştür<sup>112</sup>. Ancak anılan kararlar, yarı etki-yarı şekil temelli yaklaşımın uygulandığı, etki analizinin yetersiz kaldığı gerekçeleriyle tartışılmaktadır (Petit 2009, 499). Ayrıca, söz konusu kararlarda gerçekleştirilen etki analizlerinde tüketici üzerindeki etkinin

<sup>109</sup> LePage's Inc. v. 3M, 324 F.3d 141 (3d Cir. 2003), sy.147, 160-3.

<sup>110</sup> İndirim davalarına yönelik genel yaklaşım ilerleyen kısımlarda incelenecektir.

<sup>111</sup> Yazar ayrıca bu durum için seçici maliyet üstü fiyatlamayı da örnek göstermiştir, ancak çalışmada anılan davranışlarda rekabetin sınırlanması etkisinden ziyade rakibin dışlanması etkisinin dikkate alındığı görülmüş, bu davalara önceki kısımda yer verilmiştir.

<sup>112</sup> [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-08-1877\\_en.htm?locale=en](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-08-1877_en.htm?locale=en), Erişim tarihi:08.02.2014.

dikkate alınmadığı da öne sürülmektedir (Akman 2009, 71). Bu kapsamda aşağıda, muhtemel etkinin incelendiği kararlara yer verilmektedir.

İlk olarak, *British Gypsum* kararında GM tarafından, münhasır alım sözleşmelerinin prensip olarak yasaklanamayacağı, söz konusu davranışların etkilerinin ilgili pazarın özelliklerine göre değişeceği, bu sebeple dosya kapsamında “davranışın etkisinin analiz edilmesi gerektiği” belirtilmiştir<sup>113</sup>. Yapılan analizde, %90’ın üzerinde pazar payı olan BPB’nin amaç ve etki açısından **iki rakibini dışladığının veya ciddi şekilde zayıflattığının** tespit edilmesine karşın<sup>114</sup>, davranışın tüketici üzerindeki etkileri test edilmemiştir.

AB’de etki analizi yapılan diğer karar *Van den Berg Foods* kararıdır. GM “etkiye dayanarak” fiili/dolaylı münhasırlığı da 102. madde kapsamında incelemiştir. Kararda, davranışın etkisi, talep edilmesine karşın perakende pazarın %40’ını oluşturan perakendecilerin, rakip marka dondurmaları satmasının engellenmesi<sup>115</sup> ve bu yolla **rakiplerin pazara erişiminin kısıtlanması** üzerinden ortaya konulmuştur<sup>116</sup>. Anılan kararda teşebbüsün “uzun yıllar korunan %75 oranında pazar payının bulunması<sup>117</sup>, rakiplerin görece zayıf konuma sahip olması, yapılan anket çalışmasında perakendecilerin ortalama dolap sayısının 1,5 olması<sup>118</sup>” gibi veriler üzerinden bir analiz yapılmış, dolap münhasırlığının müşterilerin seçme özgürlüğünü kısıtladığı<sup>119</sup> ve satış noktalarının %40’ının kapatılması dolayısıyla rekabetin önemli derecede sınırlandırıldığı gerekçeleriyle ihlal sonucuna varılmıştır. Anılan kararlar münhasırlığa ilişkin per se yaklaşım yumuşatılarak, 101. ve 102. madde uygulamaları birbiriyle paralel hale getirilmeye çalışılmıştır (O’Donoghue 2007, 331). Fakat *British Gypsum* kararında olduğu gibi, bu kararda da yalnız rakipler üzerindeki etkiye bakılmıştır.

AB’de mal vermenin reddine ilişkin davalardaysa, genel olarak düşük standart uygulamasından kaçınılmıştır. AAD, *Oscar Bronner* kararında ihlal için,

<sup>113</sup> BPB Industries plc and British Gypsum Ltd v. Commission, Case T-65/89 [1993] ECR II-389, para.66. AAD tarafından onanmıştır.

<sup>114</sup> A.g.k. para.80.

<sup>115</sup> Perakendede birden fazla dolaba yer sağlanamaması veya bunun maliyetli olması sebebiyle dondurma dolaplarına getirilen münhasırlık, dolaylı olarak rakiplerin satışına engel olmaktadır.

<sup>116</sup> Van den Bergh Foods Ltd v Commission, Case T-65/98 [2003] ECR II-4563, para.156, 160. AAD tarafından onanmıştır.

<sup>117</sup> A.g.k. para.155.

<sup>118</sup> A.g.k. para.17.

<sup>119</sup> A.g.k. para.148.



sözleşme talep eden firma bakımından **alt pazardaki rekabetin tamamının sınırlandırılmasının muhtemel olmasını** şart koşmuştur<sup>120</sup>. Anılan davada, günlük gazete yayımlayan davacı Oscar Bronner'in 1994'te reklam gelirleri açısından %6, tiraj açısından %3,6'lık pazar payı bulunmaktadır. Rakibi Mediaprint'in pazar payıysa reklam gelirleri açısından %46,8, tiraj açısından %71'dir. Oscar Bronner yayımladığı gazete için mevcut pazar payıyla yeni bir dağıtım sistemi kurmasının rasyonel olmadığını iddia ederek, Mediaprint'in mevcut dağıtım ağına erişim sağlamamasını şikâyet etmiştir. AAD ise, anılan standartlar altında bu durumun ihlal teşkil etmediğini belirtmiştir<sup>121</sup>.

Komisyonun etki temelli yaklaşımla ele aldığını ilan ettiği *Microsoft* kararında, Microsoft'un orijinal ekipman üreticilerinin (OEM) Windows İşletim Sistemleri lisansını Windows Medya Oynatıcısı (WMP) yüklü olmadan almalarını engellemesi incelenmiştir. Microsoft, WMP için fazladan ücret almadığını, dolayısıyla tüketicilerin sömürülmediğini, aksine zaman kaybı ve akıl karışıklığından kaynaklanan işlem maliyetini düşürdüğünü belirterek davranışının hukuka aykırı olmadığını savunmuştur<sup>122</sup>. Komisyon ise tüketicilerin istemeleri halinde internet üzerinden diğer medya oynatıcılarına (ücretsiz dahi) ulaşabildiklerini tespit etmiş, dosya konusu bağlamanın per se yasaya aykırılık teşkil etmediğini, etki analizinin gerektiğini belirtmiştir<sup>123</sup>. Bu kapsamda, klasik bağlama analizine “rekabetin kapanması şartı” eklenmiştir (Langer 2007, 136). Yapılan analizde, WMP'nin bilgisayarlardaki benzersiz yaygınlığı, rakiplerin zararına olacak şekilde tercih edilmesi, tamamlayıcı içerik sağlayıcıları için şebeke etkisinin olduğu bir platform haline gelmesi hususları gözetilerek “pazardaki rekabetin kapandığı” tespit edilmiştir<sup>124</sup>. Bununla birlikte, yapılan analiz (etkin olup olmadığına bakılmaksızın) rakiplere ilişkin olmaktan öteye geçmemiştir (Gormsen 2010a, 126-127).

Komisyon, tüketici üzerindeki zararlı etkileri, bağlamanın rakip medya oynatıcılarına dezavantaj sağladığı, inovasyonu caydırdığı, dolayısıyla medya oynatıcıları açısından tüketici tercihlerinin sınırlandığı değerlendirmesiyle ortaya koymaya çalışmıştır<sup>125</sup>. Ancak karar, rakipler ve pazar yapısı üzerindeki

<sup>120</sup> Oscar Bronner v. Mediaprint, Case C-7/97 [1998] ECR I-7791, para.40-41.

<sup>121</sup> A.g.k. para.47.

<sup>122</sup> Microsoft, COMP/ 37.792 [2004] OJ L32, para.830, 956-58. GM tarafından onanmıştır.

<sup>123</sup> A.g.k. para.841.

<sup>124</sup> A.g.k. para.843-944.

<sup>125</sup> A.g.k. para.832-33, 843-76.



dezavantajlara aşırı, tüketici zararına ise yetersiz yoğunlaştığı gerekçesiyle tartışmalara neden olmuştur (O'Donoghue ve Padilla 2013, 625).

Etki temelli yaklaşıldığı açıklanan diğer bir karar olan *Wanadoo* kararında, altı ay ODM altı fiyatlandırma yapıldığı, sonrasındaki on beş ay pazarı ele geçirme stratejisinin bir parçası olarak OTM altında uygulanan fiyatlar sonucunda yıkıcı fiyatlandırma yapıldığı kanaatine varılmıştır<sup>126</sup>. AAD'nin de onadığı GM kararındaysa, davranışın etkisinin olmadığı savunmalarına karşı, teşebbüsün pazar payındaki artışları, rakiplerle arasındaki pazar payı farkı, rakiplerden birinin piyasadan çıkması, dolayısıyla pazara penetrasyonun güç olması, yeni giriş sayısının çok az olması, teşebbüsle rekabet halindeki kablo operatörlerinin pazar paylarının azalması, Wanadoo tarafından yol açılan arz fazlasının, düşük hızlı segmentteki kimi teşebbüsleri yüksek hızlı segmente girmekten caydırması kullanılarak etkinin varlığı ispatlanmaya çalışılmıştır.

Tüketicilerin zarar görmediği savunmasına ise diğer kararlara benzer şekilde *Continental Can* kararına atıf yapılarak tüketicilere dolaylı yoldan zarar veren davranışların da ihlal kabul edildiği cevabı verilmiştir<sup>127</sup>. O'Donoghue ve Padilla (2013, 268) kararda, *AKZO* içtihadına göre ODM altı fiyatlandırma doğrudan ihlal sayılabilecekken etkinin analiz edilmesini modernizasyon kapsamında olumlu bir gelişme olarak görmüşlerse de, Gormsen (2010b, 303), etki temelli yaklaşım kapsamında niyete dayanılarak ihlalin varsayılmasını eleştirmiştir.

Dahası, *Cewal* davasında tartışılan hasat testinin gerekliliği hususu, *Wanadoo* kararında da gündeme gelmiştir<sup>128</sup>. Kanun sözcüsünün hasadın ispatlanması gerektiğini savunmasını<sup>129</sup> AAD, *Tetra Pak-II* kararında yer alan yıkıcı fiyatlandırmanın **rakipleri eleme riski** taşıdığı anda cezalandırılması gerektiği, **gerçekçi bir hasat şansının bulunduğuna ilişkin ispatın gerekli tutulmasının uygun olmayacağı** ifadelerine atıf yaparak reddetmiştir<sup>130</sup>. Kararda fiyatların rekabetçi seviyenin üzerine çıkarılması anlamına gelen hasada ilişkin yer verilen bu ifadeler, tüketici üzerindeki etkiyi esas alan etki temelli yaklaşımdan ziyade, ihlal tespitinde rakiplerin elenebilmesi riskini yeterli gören şekil temelli yaklaşımı yansıtmaktadır<sup>131</sup>.

<sup>126</sup> France Télécom SA v Commission (Wanadoo-AAD), Case C-202/07 P [2009], ECR I-2369, para.3.

<sup>127</sup> France Télécom v Commission (Wanadoo-GM), Case T-340/03 [2007] ECR II-107, para.261-67.

<sup>128</sup> Wanadoo-AAD, para.26-37.

<sup>129</sup> Advocate General Mazák's Opinion in France Télécom, 25 Sep. 2008, para.69.

<sup>130</sup> Wanadoo-AAD, para.225-26; Wanadoo-AAD, para.34.

<sup>131</sup> Bkz. Gormsen (2010-b).

İndirim sistemlerine yönelik davalar, mümkün olma standardı bölümünde görüldüğü üzere, münhasırlık veya sadakat ilişkisi oluşturması bakımından incelenmiştir. Buna karşın Rehber’de bu davalarda da fiyat-maliyet analizinin uygulanması tavsiye edilmiştir<sup>132</sup>. Rehber’in paralelinde, Komisyon *Intel* kararında indirim sistemlerini incelerken, **eşit etkinlikte rakiplerin rekabete aykırı şekilde dışlanması mümkün veya muhtemel olup olmadığını** test etmiştir<sup>133</sup>. Kararda, Intel’in uyguladığı indirim sistemlerinin, münhasır sözleşmeler yoluyla rakibi AMD’ye OEM ticaretinin en azından bir bölümünü kapadığı sonucuna ulaşılmıştır.

Geradin (2010, 115-16) doğru uygulanması halinde eşit etkinlikteki rakip testinin, rekabete aykırı etkisi mümkün olmayan indirimleri elemek üzere güvenli liman oluşturduğunu, ancak testin geçilememesinin tek başına etkiyi gösteremeyeceğini, bu halde hala rekabete aykırı etkilerin kanıtlanması gerektiğini vurgulamaktadır. Bu açıdan *Intel* kararında, ana rakibin zayıflatılmasıyla etkinin arttığı, fiyat, inovasyon ve tercih açısından tüketicilere zarar verildiği ortaya konulmuştur<sup>134</sup>. Ancak Geradin (2010, 119-20) tüketici tercihlerinin herhangi bir indirimle de kısıtlanacağını, asıl olarak tercihlere makul erişimin engellenip engellenmediğinin test edilmesi gerektiğini belirtmektedir. Yazar, incelenen davranış süresince AMD’nin satışlarının, karlılığının ve pazar payının artmış olması ve bu sırada kapasite yetersizliğiyle karşılaşması sebepleriyle Komisyonun dışlama tespitini eleştirmektedir.

Bu aşamada dikkat çeken önemli bir husus, aynı karar içinde dahi **mümkün olma** ile **muhtemel olma standartlarının** ayrımının açıkça ortaya konulamamasıdır. *Intel*<sup>135</sup>, *IMS Health*<sup>136</sup> ve *Teliasonera*<sup>137</sup> kararlarında her iki standardın da kullanılması, bu duruma örnek verilebilecektir. Hatta *British Airways*<sup>138</sup> ve *Telefonica*<sup>139</sup> kararlarında bu iki standardın eş olduğu kabul edilmektedir (O’Donoghue ve Padilla 2013, 269-70). Bu durum, Gürzumar’ın

<sup>132</sup> Para. 41.

<sup>133</sup> Intel, Case COMP/C-3/37.990, OJ [2009] C 227/13, para.1002, 1154.

<sup>134</sup> A.g.k. para.1612.

<sup>135</sup> A.g.k. para.1002, 1154.

<sup>136</sup> IMS Health GmbH & Co OHG v. NDC Health GmbH & Co KG, Case C-418/01, [2004] ECR I-5039, para.37, 47.

<sup>137</sup> Konkurrensverket v. TeliaSoneraSverige AB, Case C-52/09.

<sup>138</sup> Bkz. dn. 86-88.

<sup>139</sup> Wanadoo Espana v Telefonica, OJ 2008 C 83/5, para.544.

(2006, 181) deyişiyile, ilk bakışta semantik sorunuymuş gibi gözükse de, kararlar incelendiğinde aslında etki standartlarının düşük tutulduğunu işaret etmektedir.

AAD'nin indirim sistemlerindeki etki testine yönelik yaklaşımı şekil temelli devam ederken, diğer fiyatlama davranışları bakımından daha etki temelli bir yaklaşım benimsediği görülmektedir (Gormsen 2013, 239). Bu kapsamda, mahkemelerin 2009 sonrasında Rehber'in öngördüğü yaklaşıma paralel şekilde aldığı kararlar dikkat çekmektedir. Örneğin, *Deutsche Telekom* kararında, Komisyonun "fiyat sıkıştırmasının varlığından etkinin varsayıldığı, ayrıca etki testinin şart olmadığı" ifadelerini hatalı bulan AAD, **eşit etkinlikteki rakipler üzerinde dışlayıcı etki oluşturan** ve bu rakiplerin pazara girişini zorlaştırma/engelleme gücü<sup>140</sup> olan, böylece **tüketicilerin zararına olacak şekilde** hâkim durumu güçlendiren davranışları ihlal saymıştır. Ayrıca, rekabete aykırı etkilerin, fiyatlama davranışının pazarın büyümesi ve rekabetin kısıtlanmasıyla ilişkilendirilmesi gerektiği açıklanarak<sup>141</sup> davranışla etki arasında nedensellik bağının kurulması gerektiği vurgulanmıştır. Bu kararda da AAD tarafından, **dışlayıcı stratejide başarılı olunmamasının ihlali ortadan kaldırmadığı** kabul edilmiştir. Fakat **rakiplerin rekabetçi konumları üzerinde herhangi bir etkinin oluşmaması**, penetrasyonlarının zorlaştırılmaması hallerinde davranışın **dışlayıcı olarak sınıflandırılmayacağı** belirtilerek en azından rakipler üzerinde etki oluşmadığında ihlal sonucuna ulaşılmayacağı belirtilmiştir.

Yapılan değerlendirmede GM, teşebbüsün toptan hizmetlerinin rakiplerin faaliyetinde vazgeçilmez girdi olduğu, toptan ve perakende pazar arasındaki fiyat sıkıştırmasının eşit etkinlikteki rakiplerin alt pazardaki rekabetini kısıtladığı, rakiplerin edinebildiği pazar paylarının çok düşük olmasının pazarın büyümesinin engellendiğini gösterdiği, toplam bağlantıların %75'ini oluşturan analog bağlantılarda, rakiplerin payının 1999'da %21'ken, 2002'de %10'a düştüğü verilerine dayanarak **rakipler üzerindeki etkiyi** ortaya koymuştur<sup>142</sup>.

Tüketici üzerindeki etki açısından AAD, 102. maddeyle rekabetin korunması yoluyla **tüketicilerin korunmasının** amaç edinildiğini belirterek, tercihlerin sınırlandırılmasını, **böylece uzun vadede perakende fiyatlarındaki**

<sup>140</sup> Esasında dışlama gücü mümkün olma standardına denk gelmekte, ancak kararda bu ifade geçse de, daha fazla analiz yapılarak muhtemel etki test edilmektedir.

<sup>141</sup> *Deutsche Telekom AG v. Commission*, Case C-280/08P [2010] ECR I-9555, para.250-54.

<sup>142</sup> *Deutsche Telekom v. Commission*, Case T-271/03 [2008] ECR II-477, para.237-40.

**düşüş ihtimalinin**<sup>143</sup> azaltılmasını etkinin ispatına dayanak göstermiştir<sup>144</sup>. Dolayısıyla anılan karar gerek rakipler gerekse tüketiciler üzerindeki muhtemel etkinin gösterilmesi açısından önem taşımaktadır.

*Deutsche Telekom* kararındaki bu yaklaşım, *Teliasonera* davasına verilen **ihlal için rekabete aykırı etkinin şart olduğu**, fiyat sıkıştırmasının **rakiplerin** penetrasyonunu zorlaştırmadığı sürece dışlayıcı olmayacağı yönündeki görüşle<sup>145</sup> pekiştirilmiştir. Ancak görüşte etki standardına ilişkin tutarsızlık dikkat çekmektedir. Zira kararda art arda rekabete aykırı etki **gücüne**, etki potansiyeline ve etki **ihtimaline** atıf yapılmaktadır<sup>146</sup>. Öte yandan kararda, **pazar gücünün, ihlal tespitinden ziyade davranışın etkisinin büyüklüğü açısından önemli olduğu** ifade edilmektedir<sup>147</sup>. Anılan ifade, pazar gücünün doğrudan etkinin varsayımında kullanılması yerine, etkinin değerlendirmesinde bir araç olarak ele alındığına işaret etmesi açısından, etki temelli yaklaşım kapsamında önemli bir ilerleme niteliği taşımaktadır.

*Telefonica* kararında ise Komisyon “hem rekabetin sınırlanmasına, hem de rekabetçi seviye üzerindeki fiyatlamayla oluşan tüketici zararına yönelik” ampirik kanıt toplamıştır<sup>148</sup>. Kararda, *Telefonica*’nın rakiplerin pazara girişini ve kendi altyapılarını kurmalarını engellediği, bunun da İspanya’nın Avrupa’daki en yüksek fiyatlı ve en düşük genişbant penetrasyonuna sahip ülkelerden biri olması şeklinde etkisini gösterdiği sonucuna ulaşılmıştır. Dolayısıyla anılan fiyat sıkıştırması davranışları, daha etki temelli değerlendirilebilecek şekilde kapsamlı ekonomik analizlerle incelenmiştir (Gohari 2012, 217).

AAD eşit etkinlikteki rakip testine yönelik yaklaşımını 2012’de *Post Danmark* görüşünde de sürdürmüştür. Anılan görüş, AAD’nin şekil temelli içtihadı bir yana bırakarak, Rehber’in öngördüğü etki temelli yaklaşımı benimsemesi bakımından büyük önem taşımaktadır (Rousseva ve Marquis 2013, 38-41). Görüşte, çalışma kapsamında etkiye yönelik ispat standartlarının düşük kalması bakımından eleştirilen çok sayıda konu, daha açık şekilde yeniden düzenlenmiştir. İlk olarak, kırk yıldır *Continental Can* kararındaki şekliyle kullanılan,

<sup>143</sup> *Prospect*.

<sup>144</sup> A.g.k. para.180-82.

<sup>145</sup> A.g.k. para.63-66.

<sup>146</sup> A.g.k. para.63 (*capable*), 64 (*potential*), 67 (*likely*), 71 (*probable*).

<sup>147</sup> A.g.k. para.81.

<sup>148</sup> A.g.k. para.325-349, 554-602.

102. madde yalnız tüketicilere doğrudan zarar verebilen davranışları değil, etkin **rekabet yapısı** üzerindeki etkileri yoluyla **tüketicilere dolaylı yoldan zararlı olan** davranışları da yasaklamaktadır.

ifadeleri yerine

102. madde yalnız tüketicilere doğrudan zarar veren davranışları değil, **rekabet** üzerindeki etkisi yoluyla **tüketici zararına yol açan** davranışları da yasaklamaktadır.

ifadeleri kullanılmıştır<sup>149</sup>. Dahası, geçmiştekenden daha açık bir şekilde **her dışlayıcı etkinin mutlaka rekabete zararlı olmadığı, 102. maddenin daha az etkin firmaları korumayı amaçlamadığı**nın altı çizilmiştir. Bu husus, çalışmada belirsiz olması sebebiyle eleştirilen “meşru rekabet”in aşağıdaki şekilde tanımlanmasıyla da pekiştirilmiştir:

Meşru rekabet, daha az etkinlikteki ve dolayısıyla tüketicilerin fiyat, tercih, kalite ve inovasyon vs. açısından ilgisini daha az çeken rakiplerin pazardan çıkması ve marjinalleşmesini ifade etmektedir<sup>150</sup>.

Ek olarak, meşru rekabetin dışındaki fiyatlamalarla **eşit etkinlikteki rakiplere yönelik dışlayıcı etkilerin yasaklanması** ifadesiyle<sup>151</sup> ihlal tespitinde eşit etkinlikteki rakip testi öngörülmüştür. Rouseva ve Marquis (2013, 41-42) rekabetin korunması ile rakiplerin korunması arasındaki ayrımı görmezden gelen içtihadın sonrasında, tüketicilere yönelik bu vurgulamayı umutlandırıcı bulmaktadır.

Görüşte dikkat çeken ikinci husus, yıllarca aynı şekilde kullanılagelen HLR kararındaki ihlal tanımına “*tüketicilerin zararına olacak şekilde*” ifadesinin eklenmesidir<sup>152</sup>. Rouseva ve Marquis (2013, 41-42), bu eklemeye birlikte davranışın rekabet üzerindeki etkisinin ispatında, yalnız rekabetin derecesinin düşürülmesi (veya rakiplerin pazar payının davranış olmasaydı daha hızlı artacağı) değerlendirmesine dayanılamayacağını belirtmiştir. Ayrıca rekabetin kısıtlanmasının (veya gelişmesinin yapay olarak engellenmesinin) tüketiciler üzerindeki muhtemel veya gerçekleşen etkilerinin değerlendirilmesi gerekecektir.

AAD'nin dava özelindeki görüşleri de etkinin ele alınması bakımından son derece çarpıcıdır. Davada, Post Danmark tarafından rakibinin müşterilerini kendine çekmek üzere bir müşteriye “ortalama artan maliyetin” üzerinde ancak OTM'nin altında fiyatlama yapmış, fakat AKZO içtihadı kapsamında dışlayıcı niyet

<sup>149</sup> Post Danmark A/S v Konkurrenseråd, Case C-209/10, [2012], para.20.

<sup>150</sup> A.g.k. para.22.

<sup>151</sup> A.g.k. para.25.

<sup>152</sup> A.g.k. para.24.

kanıtlanamamış/varsayılamamıştır. AAD, ulusal mahkemeye “maliyetlerinin büyük bölümünü karşılayan bir fiyatlamada eşit etkinlikteki rakiplerin uzun vadede zarara katlanmadan piyasada kalabileceği” ancak, “fiyatların OTM’nin altında kalması sebebiyle, **muhtemel veya gerçekleşmiş etkinin kanıtlanması halinde** ihlal oluşturulacağı” görüşünü vermiştir<sup>153</sup>. Bu yönüyle görüş, OTM altı fiyatlamasının “dışlayıcı stratejinin bir parçası olarak yapılması halinde” ihlal oluşturacağına belirtildiği AKZO içtihadından farklılaşmaktadır. Dahası, AAD’nin rakibin piyasada kalmayı başarabildiğini, kaybettiği iki müşteriyi birkaç yıl sonra yeniden kazandığını vurgulaması<sup>154</sup>, etkinin gerçekleşmediği şeklinde yorumlanmaktadır (Rousseva ve Marquis 2013, 36-44). O’Donoghue ve Padilla (2013, 269) ise bunu “rekabete aykırı etkilerin yokluğunun ihlal tespitiyle ilişkilendirilebileceği” yönünde değerlendirmektedir. Anılan ifadeler, yukarıdaki çok sayıda kararda rakiplerin dışlanmadığına yönelik benzer savunmaların reddedilmesi karşısında ayrıca dikkat çekicidir.

Maliyet analizinin AKZO’daki ODM ölçütü yerine ortalama artan maliyet ölçütüyle yapılması, yukarıda belirtilen hususların emsal teşkil etme niteliğini belirsiz kılmaktadır. Şöyle ki, anılan iki ölçütün birbirine denk sayılması halinde karar, AKZO’daki niyet testinin etki testiyle değiştirildiğine işaret edecektir. Diğer yandan, ortalama artan maliyet ölçütünün ODM’den daha yüksek bir ölçüt olan ortalama kaçınılabilir maliyete denk sayılması halinde, müdahale için daha geniş bir alanın belirlendiği algılanmaktadır (Rousseva ve Marquis 2013, 36-37). Dahası, kararın “etki temelli yaklaşımın benimsendiği yeni bir dönemi müjdelediği” şeklindeki yorumlar, iki hafta sonrasında şekil temelli yaklaşımla alınan *Tomra* kararıyla çelişki oluşturmaktadır (O’Donoghue ve Padilla 2013, 270). Bununla birlikte, karar tüketici üzerindeki muhtemel etkinin ispatını gerektirmesi açısından yol göstericidir.

Sonuç olarak, AB’de gerek per se yasaya aykırı sayılmayan fiili münhasırlık, teknolojik bağlama ve mal vermeyi reddetme gibi davranışlarda, gerekse modernizasyon çalışmaları ve Rehber’in yayımlanması sonucu genel olarak dışlayıcı davranışlarda etkinin muhtemel olması standardına daha çok yer verildiği görülmüştür. Özellikle münhasırlık uygulamalarında rakiplerin piyasadan çıkıp çıkmadığı ve piyasa kapama oranı dikkate alınmıştır. Mal vermeyi reddetme davalarında salt bir rakibin dışlanmasından ziyade pazardaki tüm rekabetin sınırlandırılması gerektiği vurgulanmıştır. Rakipler üzerindeki etkinin gösterilmesinde,

<sup>153</sup> A.g.k. para.38-40.

<sup>154</sup> A.g.k. para.39.

özellikle yıkıcı fiyatlama veya fiyat sıkıştırması davalarında pazar durumuna ve rakiplerin konumuna yönelik ekonomik analizler daha çok yer almıştır. Bu davalarda eşit etkinlikte olmayan rakibin dışlanmasının ihlal sayılmayacağı yönünde bir güvenli liman oluşturulmuştur<sup>155</sup>.

Ancak yine de bu kararların çoğunda yapılan etki analizi rakiplere yönelik olmaktan öteye geçmemiş, tüketici üzerindeki etki göz ardı edilmiştir. Dışlama sonrası rekabetçi seviye üzerindeki fiyatlama olarak anılan, dolayısıyla tüketici üzerindeki etkiyi yansıtan hasad imkânı, ihlal tespitinde ön koşul olarak sayılmamıştır. Böylece, özellikle giriş engellerinin olmadığı ya da düşük olduğu pazarlarda, teşebbüsler üzerinde piyasadaki rakiplerinin dışında da potansiyel rakipler aracılığıyla rekabetçi baskıların olabileceğinin analiz kapsamına alınması gerekli tutulmamıştır. Bu açıdan incelemelerde genellikle, Rehber’de tüketiciye zarar veren dışlama olarak tanımlanan “rekabete aykırı dışlama” analizinin yalnızca “dışlama” unsuru dikkate alınmıştır.

Diğer yandan, birçok kararda ispatlanan etkinin mümkün mü yoksa muhtemel mi olması gerektiğinin belirsiz ve tutarsız olduğu, hatta bazı kararlarda bu iki standardın aynı sayıldığı dikkat çekmektedir. Bu kapsamda, her ne kadar muhtemel etki standardı yönünde bir eğilim olsa da, Akman (2009, 71), AB’nin tam anlamıyla tanımlanmış bir standart oluşturulmadıkça modernizasyon girişimini başaramayacağını vurgulamaktadır.

Bununla birlikte, daha önce mal vermeyi reddetme, fiili münhasırlık gibi per se yasaya aykırı sayılmayan davranışlarda yer yer sözü edilen tüketici üzerindeki etkinin, 2010 *Deutsche Telekom* kararı ve sonrasındaki güncel kararlarda daha çok vurgulandığı, somut olarak ne şekilde ortaya çıkabileceğinin ele alındığı gözlemlenmiştir. Rakipler üzerinde dışlama etkisinin oluşmaması halinde ihlal bulunmayacağı belirtilerek per se yasaya aykırılık yaklaşımı terk edilmiştir.

Ayrıca, eşit etkinlikteki rakiplere yönelik dışlayıcı etki doğuran davranışların yasaklanması her dışlama etkisinin de ihlal sayılmayacağına işaret etmektedir. Fakat yukarıdaki bölümde değinilen maliyet üstü fiyatlamalara karşı müdahaleci yaklaşımın değişip değişmeyeceği belirsiz kalmıştır. 2013’te verilen *Post Danmark* görüşü, maliyet üstü fiyatlamanın ihlal sayılması için niyet yerine etkinin şart koşulacağı yönünde beklenti oluşturmuştur.

<sup>155</sup> Komisyonun *Intel* kararı mahkemeler tarafından onanırsa, bu durum indirim sistemleri için de geçerli olacaktır.



Son olarak, bazı kararlarda yer alan “tüketici zararına olacak şekilde dışlamanın ihlal sayılacağı”na yönelik ifadeler, nihayetinde tüketici üzerindeki etkinin oluşmayacağı hallerin yasal bulunabileceğinin sinyalini vermektedir. Ancak, son üç-dört yılda ortaya çıkan söz konusu gelişmelerin genel uygulamaya yansiyıp yansımayacağı şu aşamada belirsiz kalmaktadır.

### 2.3.3. Hasadın Tehlikeli İhtimalle Gerçekleştirilmesi Standardı<sup>156</sup>

ABD’de, yoğun olarak 1970 sonrasında, ihlal tespiti için dışlamanın mümkün olması yeterli görülmemiş, “rekabet üzerindeki muhtemel etki” ile birlikte tüketici üzerindeki etkinin analiz edilebilmesi için “hasadın tehlikeli ihtimalle gerçekleştirilmesi standardı” geliştirilmiştir<sup>157</sup>. Özellikle 1993’te *Brooke Group* kararıyla birlikte, söz konusu standardın vurgulandığı görülmektedir. Ancak aşağıda inceleneceği üzere, anılan karar öncesinde de tüketici üzerindeki etkinin ispatına yönelik yüksek standartların esas alındığı dikkat çekmektedir. Bu sebeple, söz konusu kararın öncesindeki uygulamalar da bu kısımda değerlendirilecektir.

Anılan standardın uygulamada yer bulduğu örneklere ilişkin ilk olarak yıkıcı fiyatlamaya davalarına değinilecektir. Bu kapsamda, başarılı bir yıkıcı stratejide **hasat imkânının** taşıdığı önemin sorgulanması açısından, 1986’da alınan iki YM kararı dikkat çekicidir. Bunlardan ilki olan *Matsushita* kararında<sup>158</sup>, yirmi bir Japon televizyon üreticisinin “yirmi yıl süren” yıkıcı stratejilerle Amerikan rakiplerini dışlamak ve fiyatları rekabetçi düzeyin üzerine çıkarmak amacıyla anlaştığı iddiası, davranışın süresi dikkate alınarak rasyonel bulunmamış ve reddedilmiştir. Kararda, teşebbüsün **katlandığı zararı makul bir şekilde telafi edebilmesi** gerektiği, bunun içinse, **yüksek fiyat uygulayabilecek kadar pazar payı kazanmasının ve bu fiyat seviyesini yeterince sürdürebilmesinin şart olduğu** vurgulanmıştır<sup>159</sup>. Böylelikle ihlal tespitine, maliyet altı fiyatlamayla vazgeçilen karın hasat edilebilmesi ön koşulu getirilmiştir.

ABD’de yıkıcı stratejilerde hasat imkânının vurgulandığı ikinci karar olan *Cargill* kararındaysa, anılan stratejilerin başarılı olabilmesi, dolayısıyla hasadın gerçekleşebilmesi için, **piyasaya giriş engellerinin bulunması gerektiği**

<sup>156</sup> *Dangerous probability of recoupment.*

<sup>157</sup> ABD’de rekabete aykırı “tekelleşmeye teşebbüs” davalarında, tekelleşmeye özgü niyet, davranış, tehlikeli ihtimalle tekel gücü edinilmesi önkoşulları incelenmektedir (Spectrum Sports, Inc. v. McQuillan, 506 U.S. 447, (1993) sy.456). Anılan davalar, davranışın etkisine yönelik analizin şart koşulmaması sebebiyle çalışma kapsamı dışında bırakılmıştır.

<sup>158</sup> *Matsushita Electric Industrial Co. v. Zenith Radio Corp.*, 475 U.S. 574 (1986), sy.582-98.

<sup>159</sup> A.g.k. sy.589-91.



vurgulanmıştır<sup>160</sup>. Dahası anılan iki kararda da “yıkıcı fiyatlamının nadiren denendiği ve çok daha nadiren başarılı olduğu” belirtilmiştir. Böyleyken yıkıcı davranışlarda düşük standart uygulaması sonucu, antitröst kurallarının kendisinin, fiyatları yüksek tutma/yükseltme aracı haline gelmesi gibi ironik bir durumun ortaya çıkacağı ifade edilmiştir<sup>161</sup>.

Söz konusu kararlardan yedi yıl sonra alınan *Brooke Group* kararıyla ise rekabete aykırı dışlayıcı davranışlarda kabul edilen ispat standardı daha net bir hale getirilmiş, ABD’nin günümüzde esas aldığı yaklaşıma dayanak oluşturulmuştur. *Brooke Group* kararı, çalışma açısından dışlayıcı uygulamalara yönelik büyük önem taşıyan standartlar getirmiştir.

Buna göre yıkıcı fiyatlamının iki unsuru vardır: İlk olarak, **rakilere zarar verse dahi maliyet altı fiyatlamının varlığı tek başına ihlal tespiti için yeterli değildir, davranışın rekabete zarar vermesi de gerekir**. Dolayısıyla, **açıkça kötü niyetli bir davranış bile daha fazla kanıt olmaksızın antitröst kuralları kapsamında yasaya aykırı bulunmamaktadır. Rakipler üzerinde amaçlanan etkilerin ortaya çıkması ise davranışın kapsamına, süresine, teşebbüsün ve rakiplerinin finansal gücüne ve bu yöndeki motivasyonlarına bağlıdır**<sup>162</sup>. Maliyet altı fiyatlamının rakipler üzerinde hedeflenen etkilerinin muhtemelen oluşacağı kanıtlandıktan sonraysa, anılan davranış sonucu hasadın tehlikeli ihtimalle gerçekleşeceği kanıtlanmalıdır. **Özellikle piyasaların büyük oranda dağınık ve rekabetçi olduğu, giriş engelinin olmadığı, davalının rakiplerin pazarını almak üzere kapasite fazlasının olmadığı veya kolay ve hızlı şekilde kapasitesini artıramadığı hallerde hasat ihtimali düşük kalmaktadır**.

Özetle, *Brooke Group* kararıyla birlikte yıkıcı fiyatlamaya yönelik olarak (i) **rakipler ve rekabet üzerinde muhtemel etki** ve (ii) **hasadın tehlikeli ihtimalle gerçekleştirilmesi** şartları oluşturulmuştur. Anılan şartlar, AB uygulamasında yer edinmeye başlayan muhtemel etki standardını bir adım daha ileri götürmesi açısından dikkat çekmektedir. Zira kararda hasadın ihlal tespiti için şart koşulması sonucunda, “tüketici üzerindeki zararlı etkilerin” tehlikeli ihtimalle gerçekleşebilmesini gerektiren bir standart öngörülmüştür.

<sup>160</sup> Cargill Inc. v. Monfort of Colorado Inc., 479 U.S. 104 (1986), sy.119-20.

<sup>161</sup> Cargill, sy.121; Matsushita, sy.588-90; Brooke Group, sy.227-28.

<sup>162</sup> Bkz. Areeda ve Turner 1978, 3. Cilt, ¶711b.

*Weyerhaeuser* davası<sup>163</sup> ise, *Brooke Group* kararıyla oluşturulan standardın teyit edilmesi sebebiyle önem taşımaktadır. Anılan karar, *Weyerhaeuser*'in monopson gücünü kullanarak girdi fiyatlarını davacının ödeyemeyeceği seviyelere çıkardığı ve davacıyı dışladığı yönündeki iddiaları değerlendirmiştir. Davacı bu kapsamda, *Weyerhaeuser*'in alım pazarındaki payının yüksek olmasını (%65), nihai ürün fiyatlarının artmasını ve aynı dönemde davalının karlılığının azalmasını iddialarına dayanak olarak göstermiştir. YM ise iddiaların gerçekleşmesinin **mümkün** olduğunu kabul etmekle birlikte, davanın yıkıcı fiyatlama davranışlarına olan analitik benzerliğine dikkat çekerek, ilgili dosyada da **Brooke Group standartlarının** uygulanmasını öngörmüş ve ihlal tespitinde bulunan temyiz mahkemesi kararını bozmuştur. Böylelikle, dışlamanın mümkün olması standardı benimsenerek davacının öne sürdüğü kanıtlarla doğrudan ihlal tespit edilebilecekken, “hasadın tehlikeli ihtimalle gerçekleştirilmesi” standardı benimsenmiş ve iddialara ilişkin daha fazla analiz yapılması zorunlu kılınmıştır.

Mahkeme ayrıca, dava konusu davranışın tüketicilere faydalı olabileceğini, davranışın üretim artışına ve böylece fiyatların azalmasına yol açabileceğini göstererek **tüketiciler üzerinde muhtemel olumlu etkileri** tespit etmiştir. Böylelikle, uzun vadede tüketiciler üzerindeki olumsuz etkilerin yanında “olumlu etkiler”in de dikkate alınması ve net etkinin test edilmesi öngörülmüştür.

İndirim sistemleri alanında ise, henüz YM'nin incelediği herhangi bir dava bulunmamaktadır. Bununla birlikte, birçok kararda “rekabete aykırı etkinin (yalnız rakipler üzerindeki değil) ispatlanmasının ve rekabetçi düşük fiyatlamayı caydırmamanın önemi” vurgulanmıştır (DOJ 2008, 108-9).

Bu kapsamda alt derece mahkemeleri tarafından, paket indirimlerine ilişkin öncül kararlarda<sup>164</sup> **eşit etkinlikteki rakip testi** uygulanmış, **maliyet üstü etkin fiyatlamalar ihlal sayılmamıştır**<sup>165</sup>. Örneğin *British Airways* davasında, benzer davanın incelendiği AB mahkemelerinin aksine, fiyat-maliyet testi uygulanmış, etkin fiyatın ODM'nin üzerinde kaldığı tespit edilmiştir. Mahkeme yalnız maliyet altı fiyatlamamanın **mümkün olmasına** dayanarak ihlal sonucuna ulaşılamayacağını

<sup>163</sup> *Weyerhaeuser Co. v. Ross-Simmons Hardwood Lumber Co. Inc.*, 549 U.S. 312 (2007), sy.314-26.

<sup>164</sup> *Ortho Diagnostic Systems, Inc. v. Abbott Laboratories, Inc.* 920 F. Supp. 455, 458 (S.D.N.Y. 1996); *Virgin Atlantic Airways LTD v. British Airways PLC*, 69 F. Supp. 2d 571 (S.D.N.Y. 1999); *Information Resources, Inc. v. Dun & Bradstreet Corp.*, 359 F. Supp. 2d 307 (S.D.N.Y. 2004); *Cascade Health Solutions v. PeaceHealth*, 515 F.3d 883 (9th Cir. 2008) vb.

<sup>165</sup> Bu yaklaşımdan ayrılan *LePage's* kararına “Etkinin Mümkün Olması Standardı” başlığı altında yer verilmiştir.

belirterek davayı reddetmiştir<sup>166</sup>. Ayrıca temyiz mahkemesi, davacının bir pazardaki tekel gücünün bir başka pazarda tekel payı edinmek üzere kaldıraç olarak kullanıldığı iddialarına karşı, **davranışın tüketici zararına yol açtığı, diğer deyişle ikinci pazarda yüksek fiyat, düşük miktar veya düşük kalite yönünde bir tehdit oluşturduğunun kanıtlanması** gerektiğini belirtmiştir. Bir diğer dikkat çekici husus ise, AB’de yürütülen davanın aksine, iddiaların reddedilmesinde “rakibin pazar payının artması”nın da dikkate alınmasıdır.

Fiyatların maliyet üstünde kaldığı, dolayısıyla rekabete aykırı olmadığı sonucuna ulaşılan indirim davalarının yanında, tüketici üzerindeki etkinin ortaya konularak ihlal tespiti yapılmasına *Eli Lilly* davası<sup>167</sup> örnek verilebilecektir. Davada, ilaç alanında faaliyet gösteren SmithKline tarafından Lilly’nin indirimlerini karşılamak için %20’nin üzerinde indirim uygulanması gerektiği, bu seviyede indiriminse, eşit etkinlikteki hipotetik rakipleri dışlayacağı tespit edilmiştir. Davranışın rekabete aykırı etkileri kapsamında, teşebbüsün fiyatları kontrol etme gücünü elde ettiği ve yapılan indirimlerin diğer antibiyotiklerdeki fiyatlamalarla **hasat** edildiği, özellikle tek tip ürün üretmeyi planlayan teşebbüslerin **piyasaya girişini caydırdığı** ortaya konulmuştur.

Tek ürün indirimlerinde ise, *Barry Wright* davası<sup>168</sup>, **rakibin piyasadan çıkmasının dışlama tespitinde yeterli bulunmamasıyla**, çalışma açısından önemli bir yer tutmaktadır. Mahkeme, dışlamanın tespiti için indirimlerin ticari ihtiyaçların ötesine geçmesi gerektiğini, fiyatların normalden düşük olsa dahi toplam maliyetin üzerinde kaldığını ve bu tür arzu edilen fiyatlamaların cezalandırılmayacağını ifade etmiştir<sup>169</sup>. DOJ (2008, 108), bu yaklaşımla “maliyet üstü fiyatlamamanın teorik olarak dışlamayı mümkün kılmasının, düşük fiyatlamamanın cezalandırılmasını haklı gösteremeyeceğinin kabul edildiği” yorumunda bulunmuştur.

Davada mahkemenin, münhasırlık iddialarına ilişkin etki değerlendirmesi de dikkate değerdir. Nitekim taahhütlerin üç yıl boyunca kesintisiz uygulanmadığı, başlangıçta bir yıl için verilen taahhüdün alıcının kendisi tarafından uzatıldığı, ayrıca taahhütlerin rakipten alım yapmama şeklinde olmadığı, zira taahhüt edilen alım miktarının alıcının ihtiyaçlarının büyük bölümünü kapsadığı, ancak tamamını

<sup>166</sup> A.g.k. sy.580-1. Temyiz mahkemesi tarafından onanmıştır (257 F.3d 256 (2d Cir. 2001)).

<sup>167</sup> SmithKline Corp. v. Eli Lilly & Co., 427 F. Supp. 1089 (E.D. Pa. 1976), para.103-118.

<sup>168</sup> Barry Wright Corp. v. Itt Grinnell Corp., 724 F.2d 227 (1983).

<sup>169</sup> A.g.k. sy.231-33.

içermediği vurgulanarak anılan davranışlar dışlayıcı olarak değerlendirilmemiştir<sup>170</sup>. Böylelikle etki değerlendirmesinde, bağlanan pazarın yanında **rekabete açık pazar, bağlama süresi ve sözleşme süreleri** de etkin rol almıştır.

Tek ürün indirimleri kapsamında ikinci olarak, *Concord Boat* kararının<sup>171</sup> incelenmesinde fayda görülmektedir. Kararda, dinlence amaçlı tekne pazarında %75 paya sahip olan Brunswick tarafından, makine ihtiyaçlarının belli kısmını belli süre kendisinden sağlamaları halinde, tekne imalatçılara, alınan tüm makineler üzerinden indirim uygulanması incelenmiştir<sup>172</sup>. Dava konusu indirimlerle, müşterilerin normal şartlarda rakipleri tercih edebilecekken, tüm ihtiyaçlarını teşebbüsten temin etmesine yol açılabilecektir (DOJ 2008, 109). Diğer taraftan mahkeme teorik olarak bu durumun “mümkün olması” ile yetinmeyerek dava özelinde pazar koşullarını analiz etmiştir. Bu bağlamda, ihtiyaçlarının %80’ini dava konusu teşebbüsten temin ederken, %70’ini rakiplere kaydıran iki müşteri tespit edilmiştir<sup>173</sup>. Yine kararda, indirimlerin “münhasırlık etkisi yaratmadığı”, zira indirimden faydalanabilmek için alımların yalnız %40’ının Brunswick’ten yapılmasının yeterli olduğu gösterilmiştir. Dolayısıyla tek ürün indirimlerine yönelik anılan kararlar, FTC’nin<sup>174</sup> ve DOJ’in (OECD<sup>175</sup> 2008, para.40) bildirdiği üzere, ABD’de “rakipler üzerindeki basit etkiden ziyade rekabete aykırı etkinin ispatına verilen önemi ve fiyat indirimlerinin caydırılmasına yönelik duyulan şüphesi” ortaya koymaktadır.

Mal vermeyi reddetme davalarında da genellikle, teşebbüslere rakipleriyle işbirliği yapma yükümlülüğü getirecek bir yaklaşımdan kaçınılmıştır<sup>176</sup>. Fakat bu alanda ihlal tespit edilen önemli bir örnek, rekabete aykırı dışlama etkisinin ortaya konulduğu *Aspen* kararıdır<sup>177</sup>. Rakibin, kayak turizmi hizmetini sunmasının engellendiğini şikâyet etmesi üzerine yürütülen davada YM, **davranışın yalnız rakibin üzerindeki etkisinin değerlendirilerek dışlayıcı olduğunun söylenemeyeceğini, tüketiciler üzerindeki etkinin ve rekabetin gereksiz bir**

<sup>170</sup> A.g.k. sy.237-39.

<sup>171</sup> *Concord Boat Corp. v. Brunswick Corp.*, 207 F.3d 1039 (8th Cir. 2000).

<sup>172</sup> A.g.k. sy.1044.

<sup>173</sup> A.g.k. sy.1059.

<sup>174</sup> *Federal Trade Commission-ABD Federal Ticaret Komisyonu*.

<sup>175</sup> *Organization for Economic Cooperation and Development*-Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Teşkilatı

<sup>176</sup> Bkz. *United States v. Colgate & Co.*, 250 U.S. 300 (1919), sy.307; *Trinko*, sy.408, 416.

<sup>177</sup> A.g.k. sy.586.

**şekilde kısıtlandığının gösterilmesi gerektiğini** belirtmiştir. Bu çerçevede, rakip üzerindeki etkiler, “rakibin tüm çabalarına karşın” pazar payı kaybetmesiyle ortaya konulmuştur. Dahası, yeni bir kayak merkezi inşasının, idareden onay alınmasını, önemli finansal yatırımları ve topoğrafik şartların uygun olmasını gerektirmesi “giriş engeli” olarak değerlendirilmiştir<sup>178</sup>. Sonuç itibarıyla dava, gerçekleşecek etki yerine gerçekleşmiş etki incelemesini mümkün kılması sebebiyle birçok davadan farklılaşmakta, yine de, “yalnız rakiplerin değil tüketicilerin üzerindeki etkinin de gösterilmesinin şart tutulması” açısından önem taşımaktadır.

ABD’de 1970 sonrası bağlama davalarında, “pazar gücünün kanıtlanması”<sup>179</sup>, müşterinin almak istemediği veya rakiplerden almak istediği ürünü alması yönünde “baskı unsurunun varlığı”<sup>180</sup> gibi ispat standartları geliştirilmiştir. Dahası, önceki davalarda rekabetçi etkilere yönelik savunmalar, detaylı analiz edilmeksizin reddedilirken, bu dönem sonrasında incelemenin bir parçası haline getirilmeye başlanmıştır<sup>181</sup> (DOJ 2008, 84). Bu gelişmelerin sonucu olarak anılan dönem sonrasında “YM tarafından ihlal tespiti yapılan” bağlama davası bulunmamaktadır<sup>182</sup>. Bununla birlikte, bağlama davranışlarında etki temelli yaklaşımın uygulanması kabul görmemiştir<sup>183</sup>. Ayrıca, rekabetçi etkilerin ne şekilde değerlendirileceği de açık bir şekilde ortaya konulmamıştır (DOJ 2008, 82).

YM’nin belirtilen yaklaşımının yanında, bağlamaya ilişkin içtihatla önemli yer tutan bir karar da temyiz mahkemesinin işletim sistemiyle internet tarayıcısının bağlanmasına ilişkin *Microsoft* kararıdır<sup>184</sup>. Temyiz mahkemesi, özellikle yazılım platform ürünlerinin geçmiş bağlama kararlarından farklılaştığını ve “rule of reason analizi”ni gerektirdiğini belirtmiş, ihlal tespit edilen alt derece mahkemesi kararını bozmuştur. Bu kapsamda, ürünlerin teknolojik olarak birbirine bağlanmasının tüketiciler ve rakipler açısından ek bir değer oluşturmasına değinerek<sup>185</sup>, **tüketici üzerindeki olumlu etkilerin** de değerlendirilmesi vurgulanmıştır.

<sup>178</sup> A.g.k. sy.589.

<sup>179</sup> *Illinois Tool Works Inc. v. Independant Ink Inc.*, 547 U.S. 28 (2006), sy.46.

<sup>180</sup> *Jefferson Parish Hosp. Dist. No. 2 v. Hyde*, 466 U.S. 2 (1984), sy.12.

<sup>181</sup> Bkz. *Kodak* kararı, sy.483.

<sup>182</sup> Bkz. *U.S. Steel Corp. v. Fortner Enters., Inc.*, 429 U.S. 610 (1977); *Jefferson Parish*; *Kodak*; *Illinois Tool Works* kararları.

<sup>183</sup> *Jefferson Parish* kararı, sy.9, 35. Dört hakimin per se yaklaşımın bırakılarak ekonomik etki üzerine yoğunlaşılması gerektiği görüşüne karşı çıkmıştır.

<sup>184</sup> A.g.k. sy.84, 96.

<sup>185</sup> A.g.k. sy.79.

ABD'deki münhasırlık davalarında ise genellikle rule of reason yaklaşımı uygulanmakta, ihlal tespitinde **münhasırlığın süresi ve bağlanan pazarın büyüklüğü** esas alınmaktadır. Bu alanda, 1980 sonrasında 2000'e kadar temyiz mahkemeleri tarafından ihlal tespit edilen dava bulunmamaktadır<sup>186</sup>.

1961 yılında verilen ve kendisinden sonrasındaki davalarda yol gösterici olarak kabul edilen *Tampa Electric* kararında<sup>187</sup> “yirmi yıl” boyunca, “pazarın % 1'ine” denk gelen kömür tedarikine yönelik münhasırlık anlaşmalarının ihlal teşkil etmediği sonucuna ulaşılmıştır<sup>188</sup>. Kararda sözleşmenin rekabet üzerindeki etkilerinin incelenmesinin şart olduğu belirtilmiştir. Bu kapsamda, kapanan pazarın büyüklüğünün önemli olup olmadığına bakılırken, “ tarafların görece pazar güçleri, ticaretin etkilenen kısmının büyüklüğü ve bunun etkin rekabet üzerindeki kısa ve uzun vadeli etkileri” kıstas olarak alınmıştır<sup>189</sup>. Karar bu yönüyle, mümkün olma standardı altında işlenen “pazarın herhangi önemli bir kısmından dışlamanın per se yasak olduğu” yaklaşımından **bağlanan pazarın etkisinin değerlendirildiği** yaklaşıma geçildiğini ortaya koymaktadır.

*Jefferson Parish* kararıdaysa, bir hastane ile anestezi uzmanları arasında yapılan ve kararda bağlama olarak ele alınan münhasırlık sözleşmesi, **fiyat, kalite, arz veya talep üzerinde herhangi bir etki oluşmadığı gerekçesiyle** YM tarafından yasal bulunmuştur<sup>190</sup>. Davada Jefferson bölgesindeki hastaların %70'inin Batı Jefferson'dan başka bölge hastanelerine gittiği, anılan bölgenin büyük kısmını kapsadığı New Orleans'ta en az yirmi hastanenin olduğu tespit edilmiştir. Yerel mahkeme coğrafi pazarı Jefferson olarak tanımlamış, etkinin tespit edilememesi nedeniyle davayı reddetmiştir. Temyiz mahkemesi ise, pazarı Batı Jefferson olarak almış, per se yasaya aykırılık yaklaşımı altında ihlal sonucuna varmıştır<sup>191</sup>. YM ise **etkinin oluşmadığı gerekçesiyle** bu kararı bozmuştur. Kararda **bağlamanın temel zararlı etkilerinin, müşterinin istemediği veya başka yerden almak istediği bir ürünü almaya zorlanması** olduğu belirtilmiştir<sup>192</sup>.

<sup>186</sup> Münhasırlığa ilişkin ihlal tespiti yapılan güncel bir karar için bkz. ZF Meritor, LLC v. Eaton Corp., 696 F. 3d 254 (2012).

<sup>187</sup> Tampa Elec. Co. v. Nashville Coal Co., 365 U.S. 320 (1961), sy.333-35

<sup>188</sup> Anılan tespit Clayton Yasası'nın 3. maddesi kapsamında yapılmıştır. Bu yasanın daha geniş kapsamlı olması gerekçesiyle, Sherman Yasası kapsamında ihlal olup olmadığı incelenmemiştir.

<sup>189</sup> A.g.k. sy.329.

<sup>190</sup> A.g.k. sy.29-32.

<sup>191</sup> A.g.k. sy.8-9.

<sup>192</sup> A.g.k. sy.12.

Bir başka kararda<sup>193</sup>, pazarın %38’lik bir kısmının kapatılması ihlal olarak görülmemiştir; **dağıtıcılara getirilen münhasırlık sözleşmelerinin son kullanıcılara yönelik olanlardan daha az rekabete aykırı endişe doğurduğu**, zira rakiplerin doğrudan son kullanıcılara satış yapabileceği belirtilmiştir. Ayrıca, **anlaşmaların kolay sonlandırılabilirliğinin ve süresinin kısalığının dışlama potansiyelini düşürdüğü** değerlendirilmiştir<sup>194</sup>. Böylelikle yine nihai tüketicilere odaklanılmış, salt rakiplerin korunması sonucunu doğurabilecek bir yaklaşımdan uzak durulmuştur.

Görüldüğü üzere, ABD’de rekabete aykırı dışlayıcı uygulamaların tespitinde AB’ye nazaran tüketici üzerindeki etkinin ispatını gerektiren oldukça yüksek standartlar edinilmiştir. Bu ayırım, *British Airways* ve *Microsoft* gibi okyanusun her iki yakasında da yürütülen benzer davalarda farklı sonuçların elde edilmesiyle, çarpıcı bir şekilde ortaya konulmuştur.

Özetle, ABD’de yıkıcı stratejilerin çok nadir başarıyla sonuçlandığına rastlandığı kabul edilmiş, bu kapsamda düşük fiyatlamanın cezalandırılmasından sakınılan bir yaklaşım sergilenmiştir. AB’nin aksine, bu davranışlarda hasat testi şart kılınmış, ihlal tespitinde “rekabet üzerindeki muhtemel etki”ye ek olarak “hasadın tehlikeli ihtimalle gerçekleştirilmesi” koşulu getirilmiştir.

İndirim sistemlerinde de “eşit etkinlikteki rakip testi” uygulanmış, bununla kalınmayıp, tüketicilere yönelik yüksek fiyat, düşük miktar veya düşük kalite gibi herhangi bir zararın veya bu yönde bir tehdidin varlığının kanıtlanması gerekli tutulmuştur. Dolayısıyla, indirim sistemleri de dâhil tüm yıkıcı stratejilerde hasat testi uygulanmıştır. Bu yaklaşım sonucu kimi zaman (piyasadaki tek) rakibin dışlanması dahi ihlal tespiti için yeterli bulunmamıştır. Ayrıca AB’nin aksine, teşebbüslere maliyet üstü fiyatlamaların ihlal sayılmayacağı şeklinde güvenli bir liman oluşturulmuştur.

Mal vermeyi reddetme davalarında müdahaleci yaklaşımdan uzak kalınmış, davranışın yalnız rakipler üzerindeki değil, tüketiciler üzerindeki etkisinin de değerlendirilmesi gerektiği vurgulanmıştır.

Tüm bu hususlar göz önüne alındığında, tek taraflı dışlayıcı davranışlarda etki temelli yaklaşımın benimsendiği, aşırı müdahaleden kaçınıldığı söylenebilecektir. Münhasırlık ve bağlama davranışlarındaysa ilk dönemlerdeki müdahaleci yaklaşım terk edilmiştir. Nitekim münhasırlık davalarında, “pazarın herhangi önemli bir

<sup>193</sup> Clayton Yasası kapsamında.

<sup>194</sup> *Omega Env’tl., Inc. v. Gilbarco, Inc.*, 127 F.3d 1157 (9th Cir. 1997), sy.1162-63.



kısından dışlamanın per se yasak olduğu” yaklaşımdan “bağlanan pazarın etkisinin değerlendirildiği” yaklaşıma geçilmiştir.

Bunun yanında, her ne kadar bağlama davranışlarında YM tarafından etki temelli yaklaşım reddedilse de özellikle 1970 sonrasında, pazar gücünün ve baskı unsurunun kanıtlanması şartları geliştirilmiş; etkinlik savunmaları daha çok dikkate alınmış, hatta analizin bir parçası haline getirilmiştir. Diğer taraftan, AB’de teknolojik bağlama olarak ifade edilen yazılım platform ürünlerindeki bağlamalara, AB’de de olduğu gibi, etki temelli yaklaşım kapsamında bakılmıştır.

Son olarak, AB’de davranış süresince rakiplerdeki pazar payı artışı, ihlal tespitine engel teşkil etmiyorken, ABD’de bu hususa dayanılarak ihlal bulunmadığı yönünde tespitler yapılmıştır. Böylelikle, davranışın gerçekleşmemesi halinde pazar payının çok daha fazla artabileceği yönündeki (ekonomik) analizden uzak gerekçelerden kaçınılmıştır.

#### **2.4. BÖLÜM DEĞERLENDİRMESİ**

Bu bölümde, AB’de ve ABD’de rekabete aykırı dışlayıcı uygulamaların rekabetçi dışlayıcı uygulamalardan ayırt edilebileceği bir tanımın bulunmadığına değinilerek müdahalede hata payını en aza indirmek amacıyla anılan uygulamaların tespitinde etkinin ispatlanmasının önemi vurgulanmıştır. Özellikle etki temelli yaklaşım kapsamında, yalnız “nihayetinde tüketicilere zararlı etkiler oluşturan” dışlamaların yasaklanması adına, AB ve ABD uygulamasında hangi ispat standartlarının benimsendiği ve hangi unsur üzerindeki etkinin incelendiği araştırılmıştır.

Bunun sonucunda, AB’de genel olarak, ABD’de ise münhasırlık, bağlama ve indirim sistemleri özelinde, ilk dönemlerde davranışın etkisinin incelenmediği veya yalnız hâkim duruma/tekel gücüne dayanılarak rakipleri dışlamanın mümkün olmasından etki çıkarımında bulunduğu görülmüştür. Bununla birlikte, AB’de modernizasyon sürecinde, ABD’de ise 1970 sonrasında, anılan müdahaleci yaklaşım bırakılarak, daha yüksek ispat standartları geliştirilmiştir.

Bu bağlamda, AB kararlarında özellikle katalog ihlaller kapsamına girmeyen fiili/dolaylı münhasırlık, teknolojik bağlama, mal vermeyi reddetme gibi davranışlarda etki testinin şart tutulduğu görülmektedir. Ancak söz konusu davranışlara yönelik kararlar incelendiğinde, yapılan etki testinin rakipler üzerindeki etkinin incelenmesinden öteye geçmediği, tüketici üzerindeki etki analizinin zayıf kaldığı görülmektedir.



Benzer şekilde, Rehber'in getirdiği muhtemel etki standardı kapsamında alınan kararlar incelendiğinde, genel olarak dışlamanın mümkün olması ve muhtemel olması standartları arasındaki ayrımın net olarak çizilmediği, hatta birçok kararda anılan iki standardın aynı olduğunun varsayıldığı dikkat çekmektedir.

Bununla birlikte, 2010 yılında ve sonrasında alınan kararlarda eşit etkinlikte olmayan rakiplerin dışlanması ihlal sayılmayacağı, tüketici üzerindeki etkinin dikkate alınacağı yönünde gelişmeler de mevcuttur. Ancak bu kararların genel uygulamaya ne şekilde yansıtacağı, gelecekteki kararlarda benzer yaklaşımın benimsenip benimsenmeyeceği şu aşamada belirsiz kalmaktadır.

ABD uygulamasına bakıldığında ise, özellikle 1970 sonrasında AB'nin aksine, dışlamanın mümkün olmasının ve hatta rakiplerin fiilen dışlanması ihlal tespitinde yeterli bulunmaması dikkat çekmektedir. Nitekim ihlal tespitinde, rekabet üzerindeki muhtemel etkiye ilaveten, hasadın tehlikeli ihtimalle gerçekleştirileceğinin ispatlanması gerekli tutulmuştur. Dolayısıyla, ABD içtihadında genel olarak, etki temelli yaklaşımın desteklediği "tüketici üzerindeki zararlı etkilerin" ispatının şart koşulduğu söylenebilecektir.

Sonuç olarak, AB uygulamasında genellikle rakipler, piyasa yapısı veya rekabet üzerindeki etkiye yoğunlaşmış, bu kapsamda her ne kadar tutarsız da olsa, "muhtemel etki" standardının uygulanması benimsenmiştir. ABD'de ise tüketici üzerindeki etkiye odaklanılmış; "rekabet üzerindeki muhtemel etki"ye ilaveten, "hasadın tehlikeli ihtimalle gerçekleştirilmesi" standardı getirilmiştir.

Genel olarak ispat standartlarına yönelik bu tespitin yanında, tüketici üzerindeki etkinin incelenmesi açısından "davranış özelinde", AB ve ABD uygulamasının nasıl farklılaştığına da değinmekte fayda görülmektedir. Örneğin maliyet üstü fiyatlama ABD'de teşebbüsler için bir güvenli liman teşkil ederken, AB'de yasaklanabilmiştir.

AB'de indirim sistemleri, fiyat-maliyet analizi yapılmaksızın, sadakat artırıcı etki oluşturduğu gerekçesiyle ihlal sayılmıştır. Buna karşın, ABD'de indirim sistemlerinde fiyat-maliyet analizi yapılarak, eşit etkinlikte olmayan rakiplerin dışlanmasına müdahaleden kaçınılmıştır.

İkinci bir ayrım, yıkıcı fiyatlama değerlendirmelerinde hasat ihtimalinin varlığının test edilmesine ilişkindir. Zira ABD'de hasadın "tehlikeli ihtimalle" gerçekleştirilmesi şart koşularken, AB'de hasat ihtimalinin analizine gerek bulunmamaktadır. Fakat kimi piyasalarda giriş engelleri söz konusu olmayabilme,

rakiplerin dışlanması halinde hâkim durumdaki teşebbüsün pazardaki talebi karşılayacak kapasitesi bulunmayabilmekte, kapasite artırımı imkânsız olabilmektedir. Dolayısıyla, anılan şartlar altında sürdürülebilir şekilde fiyatların rekabetçi seviyenin üzerine çıkarılmasından ya da üretimin kısıtlanmasından söz edilemeyecektir. Hal böyleyken, düşük fiyatlamamanın cezalandırılması ancak rakipleri koruyacak, tüketicilereyse zarar verecektir.

Bu tespitler ışığında ilerleyen bölümde, Türkiye’de nasıl bir yaklaşım ve standart oluşturulduğu incelenecektir. Sonrasında, rekabete aykırı dışlayıcı davranışların tespiti açısından, birinci bölümde değinilen yaklaşımlar ve ikinci bölümde işlenen standartlar kapsamında, Türkiye uygulamasına yönelik bir öneri getirilecektir.

## BÖLÜM 3

# TÜRKİYE UYGULAMASI ve UYGULAMAYA YÖNELİK BİR ÖNERİ

### 3.1. TÜRKİYE UYGULAMASI

Çalışmanın birinci bölümünde hâkim durumun kötüye kullanılmasının tespitine yönelik yaklaşımlar, ikinci bölümünde rekabete aykırı dışlayıcı uygulamalarda etki standartları incelenmiştir. Söz konusu incelemeler ışığında, Türkiye’de dışlayıcı uygulamalara yönelik sorunların ve gelişmelerin değerlendirilmesi, ülkemize getirilecek öneri açısından önem taşımaktadır. Anılan hususlar, öncelikle mevzuat, sonrasında içtihat kapsamında aşağıda ele alınacaktır.

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un (Kanun) hâkim durumun kötüye kullanılmasına ilişkin 6. maddesinde, kötüye kullanma halinin tanımı yapılmamakta, ancak söz konusu hallere sınırlayıcı olmayacak şekilde örnekler sıralanmaktadır. Bu kapsamda ilgili maddenin ikinci fıkrasının (a) ve (d) bentlerinde sırasıyla

ticari faaliyet alanına başka bir teşebbüsün girmesine doğrudan veya dolaylı olarak engel olunması ya da rakiplerin piyasadaki faaliyetlerinin zorlaştırılmasını **amaçlayan eylemler**

ile

belirli bir piyasadaki hâkimiyetin yaratmış olduğu finansal, teknolojik ve ticarî avantajlardan yararlanarak başka bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabet koşullarını bozmayı **amaçlayan eylemler**

şeklinde yer verilen örnekler, belirli eylemlerin “amaçlanması”nın kötüye kullanma sayılacağını göstermektedir. Anılan örnekler, bazı kararlarda<sup>195</sup> etkinin

<sup>195</sup> 05-80/1106-317, 07-63/777-283 sayılı kararlar.

ispatlanmasına karşın, yapılan ihlal tespitlerinin “dışlama amacı”na dayandırılması sonucunu doğurmuştur. Diğer taraftan aynı maddenin (c) bendinde yer verilen,

bir mal veya hizmetle birlikte, diğer mal veya hizmetin satın alınmasını veya aracı teşebbüsler durumundaki alıcıların talep ettiği bir malın veya hizmetin, diğer bir mal veya hizmetin de alıcı tarafından teşhiri şartına bağlanması ya da satın alınan bir malın belirli bir fiyatın altında satılmaması gibi **tekrar satış halinde alım satım şartlarına ilişkin sınırlamalar getirilmesi**

örneği ise bağlama benzeri uygulamalarda “eylemin kendisi”nin yasaklandığı şeklinde yorumlanabilmesine yol açmakta, anılan hükümden eylemin doğrudan yasaklanmasının kastedilmesi halinde, söz konusu davranışlar bakımından per se yasaya aykırılık yaklaşımının öngörüldüğü şeklinde değerlendirilebilmektedir. Bununla birlikte, (e) bendinde açıklanan **“tüketicinin zararına olarak üretimin, pazarlamanın ya da teknik gelişmenin kısıtlanması”** örneği ilk bakışta, birtakım eylemlere tüketici zararı şartının getirildiğini düşündürmektedir. Dolayısıyla, kanunun lafzından yola çıkıldığında, hem şekil hem etki temelli yaklaşımın öngörüldüğü; kimi zaman salt bir eylemin amaçlanmasının kötüye kullanma sayıldığı, kimi zaman tüketici zararının gerekli tutulduğu şeklinde bir tutarsızlık görülmektedir.

Bu sebeple, ilgili maddenin nasıl yorumlanması gerektiği hususunda gerekçesinden faydalanılabilecektir. Gerekçede, **“teşebbüslerin rekabeti kısıtlamak, engellemek veya bozmak amacıyla veya bu etkiyi doğuracak şekilde kötüye kullanmaları”**nın yasak olduğu ifade edilmektedir. Bunun sonucunda birçok kararda, amaç unsurunun sağlandığı hallerde doğrudan ihlal sonucuna varılmasına, etki analizine yalnız amaç unsurunun sağlanmadığı hallerde başvurulmasına yol açılmıştır<sup>196</sup>. Ancak, anılan hükme dayanarak etkinin ispatının her zaman şart tutulduğu söylenememektedir.

Görüldüğü üzere, mevzuatın ihlal tanımı ve ihlalin ispatında etki unsuruna yüklediği önem belirsiz kalmakta, dolayısıyla mevzuatın ne şekilde anlaşılması gerektiğinin belirlenebilmesi için içtihadın incelenmesini gerekli kılmaktadır. Bu çerçevede, dışlayıcı uygulamalara yönelik tüm Rekabet Kurulu (Kurul) kararlarının<sup>197</sup> incelenmesi sonucu, Türkiye uygulamasında rekabete aykırı dışlayıcı uygulamaların tespitine yönelik benimsenen yaklaşıma ve etkinin ispatına getirilen standartlara aşağıda yer verilmektedir.

<sup>196</sup> 07-19/188-60, 11-18/341-103 sayılı kararlar.

<sup>197</sup> 01.03.2014 itibarıyla yayımlanan tüm gerekçeli kararlar.

İhlal tespitinde etkinin değerlendirmeye alınıp alınmaması bakımından Kurul kararları incelendiğinde, öncelikle, davranışın “kısa süreli olması”, “pazarın önemli bir kısmını etkilememesi” veya “pazarın yeni gelişmeye başlaması” nedenleriyle “dışlama iddialarının reddedildiği” çok sayıda karar<sup>198</sup> dikkat çekmektedir. İhlal tespitinin yapılmadığı söz konusu kararlar, ilk etapta etki temelli yaklaşımın benimsendiği izlenimini vermektedir. Fakat “ihlal tespiti yapılan” kararlara bakıldığında, aynı yaklaşımın benimsenmediği dikkat çekmektedir<sup>199</sup>. Bu sebeple, söz konusu kararlarda etkinin bulunmadığı/gerçekleşmediği yönündeki tespitlerin, daha çok “davranışın kapsamının küçük olmasından dolayı kötüye kullanmanın gerçekleşmediğinin gösterilmesi”nde bir araç olarak kullanıldığı sonucuna varılmış, dolayısıyla bu yöndeki kararlar çalışma kapsamındaki etki incelemesinden ayrı tutulmuştur.

Diğer yandan, özellikle *Frito-Lay* kararında ve sonrasındaki kimi kararlarda mevzuattaki belirsizliğin giderilmeye çalışıldığı gözlemlenmektedir. Örneğin, *Frito-Lay* kararında,

Bütün teşebbüslerin amacı pazarda tek ve en iyi olmaktır. Ancak teşebbüslerin bu amaçlarını etkinlikten bağımsız olan yöntemlerle rakiplerini dışlayarak gerçekleştirmeye çalışmaları, rekabetten beklenen faydalarla bağdaşmadığından anılan kapsamdaki eylemler rekabet hukukunda yasaklanmıştır.

ifadeleriyle salt amaç unsurundan müdahalenin kapsamı sınırlandırılmıştır. Dahası kararda, “hiçbir ayrıma gidilmeksizin teşebbüslerin hâkim durumlarını sürdürmelerinin ve hatta güçlendirmelerinin **per se yaklaşım içerisinde yasaklanmasının yerinde olmayacağı**” belirtilmiştir<sup>200</sup>.

Kararda ayrıca, çalışmanın dayanak noktasını oluşturan rekabetçi dışlamalar ile rekabete aykırı dışlamalar arasında ayrıma gidilmesi gerektiği hususunun altını çizilmiş, salt dışlama niyetinin ihlal teşkil etmeyeceği, davranışın rakipler/rekabet üzerinde gerçekleşmiş veya potansiyel etkilerinin ispatının gerektiği belirtilmiştir<sup>201</sup>.

<sup>198</sup> 02-44/518-213, 03-28/347-147, 04-69/988-243, 04-09/82-22, 04-66/955-231, 06-59/775-M(1), 07-19/188-60, 08-01/6-5, 08-57/912-363, 08-69/1113-430, 08-52/791-320, 09-34/787-192, 09-47/1160-294, 09-07/126-37, 10-68/1445-545, 10-65/1356-499, 10-69/1458-557, 10-52/993-357, 10-16/189-73, 10-69/1450-550, 11-23/436-134, 11-57/1476-532, 12-53/1480-509, 12-49/1431-484, 12-25/728-208, 12-64/1636-59, 13-47/637-276, 13-27/372-173, 13-09/127-57 sayılı kararlar.

<sup>199</sup> 06-02/47-8 sayılı karar.

<sup>200</sup> 06-24/304-71 sayılı karar. Ayrıca bkz. 09-47/1160-294, 10-68/1445-545, 12-33/922-281 sayılı kararlar.

<sup>201</sup> Ayrıca bkz. 03-71/867-371, 05-24/281-76, 10-45/813-271, 12-33/922-281 sayılı kararlar.

Ancak, *Frito-Lay* kararı da dâhil olmak üzere, etki analizi yapılan kararlarda, tüketici üzerindeki etkinin çoğunlukla dikkate alınmadığı, yalnız rakipler üzerindeki etkinin test edildiği görülmektedir<sup>202</sup>. Bu bağlamda, genellikle piyasaya girişlerin engellenmesi veya caydırılması, rakiplerin faaliyetlerinin zorlaştırılması veya durdurulması, pazar paylarının azalması, finansal kaynaklara erişimlerinin kısıtlanması, zarar etmeleri, rakiplere sağlayıcı kanalının kapanması gibi faktörler incelenerek “rakipleri dışlama etkisi” ortaya konulmuştur.

Yalnızca rakiplerin üzerindeki etkiye bakılmasının yanında, rakipler üzerindeki etkiye yönelik tutarlı bir standart da oluşturulamamıştır. Nitekim kararlarda *potansiyel zorlaştırıcı/dışlayıcı etki, kötüye kullanma olasılığı, pazar dışına itmenin mümkün olması, dışlama riski, dışlama tehdidi, dışlama ihtimali, muhtemel dışlama, rekabetin ciddi anlamda bozulması, piyasaya olası etki, rakibin faaliyetlerini önemli ölçüde zorlaştırma riski* gibi çok sayıda farklı standart temel alınmıştır. Hatta kimi kararlarda<sup>203</sup>, (rakipler üzerinde) gerçekleşmiş etkinin ispatlanamamasının iddiaların reddine dayanak yapılması, rakipler fiili olarak dışlanmadığı sürece müdahale edilmeyeceği şeklinde bir algı oluşturmaktadır. Diğer bazı kararlarda ise<sup>204</sup>, ihlal tespiti için rakiplerin olumsuz yönde etkilenmeleri şart koşulmakta, ancak bu kapsamda hangi standartların benimseneceği cevapsız bırakılmaktadır. Dolayısıyla hangi büyüklükteki bir etkinin ihlalin ispatında yeterli bulunacağı belirsiz kalmaktadır.

Rakipler üzerindeki etki standartlarının tutarsız kalması bir yana, rakiplere veya davranışa yönelik herhangi bir analiz yapılmaksızın, dışlanma etkisinin varsayıldığı kararlar da bulunmaktadır. Örneğin, Anadolu Cam tarafından Tekel ihalelerinde yapılan seçici fiyatlamaların sonucunda rakibin faaliyetlerinin zorlaştırıldığı tespit edilmiştir<sup>205</sup>. Ancak kararda Tekel ihalelerinin toplam pazardaki önemi, rakibin alternatif satış kanallarının değerlendirilmesi yapılmamış, “amaç” unsurunun varlığı gösterilerek ihlal sonucuna ulaşılmıştır. Turkcell’in SIM/

<sup>202</sup> Bkz. 05-80/1106-317 (Kararda, tüketici üzerindeki etki incelenmemiş, ancak fiyatların uluslararası piyasalara göre yüksek kaldığı belirtilmiştir.), 06-24/304-71, 07-13/101-30 (Mal vermenin reddine ilişkin kararda, somut analiz yapılmaksızın rakiplerin dışlandığı tespiti yapılmıştır.), 08-65/1055-411 (Kararda, rakipler ve hâkim durumdaki teşebbüs üzerindeki etkiler incelenmiş, ancak hasat unsurunun ihlal tespitinde şart olmadığı belirtilmiştir.), 08-57/912-363 (Kapama etkisi, davranış sonucunda talebin rakiplerden hâkim durumdaki teşebbüse geçmesi olarak tanımlanmıştır.), 09-07/128-39, 09-39/949-236, 10-08/69-33, 11-03/42-14, 11-34/742-230, 12-10/328-98, 13-17/238-116 sayılı kararlar.

<sup>203</sup> 03-56/655-301, 04-07/75-18, 05-10/86-33, 06-13/152-37, 12-24/710-198 sayılı kararlar.

<sup>204</sup> 08-41/556-209, 13-17/238-116 sayılı kararlar.

<sup>205</sup> 09-35/877-206 sayılı karar. Rakipler üzerindeki etkinin analiz edilmemesine karşın, Tekel’e verilen yüksek fiyatlar dolayısıyla tüketicilerin etkilendiği belirtilmiştir.

kontör kart benzeri satışlarında alt bayilere yönelik münhasırlık uygulamalarının incelendiği kararda da, münhasırlaştırma çabasıdan dolayı rakiplerin faaliyetlerinin zorlaştırıldığı tespit edilmiş, ancak zorlaştırmanın rakipler üzerinde ne şekilde bir etki oluşturduğuna yönelik analiz yapılmamıştır<sup>206</sup>. Sayılan bu örneklerden, gerçekte davranışın başarıya ulaşabilmesi söz konusu olmasa dahi teşebbüslerin dışlama etkisinden sorumlu tutulduğu anlaşılmaktadır.

Diğer taraftan, ülkemiz uygulamasında tüketici üzerindeki etkiye değinen kararlar da görülebilmektedir<sup>207</sup>. Örneğin, *U.N. RO-RO* kararında<sup>208</sup>, bir yandan rekabetin olduğu hatlarda maliyet altı fiyatlamayla rakibin pazardan çıkmasına yol açılırken, öte yandan, diğer hatlardaki fiyatların, tekel gücünden faydalanılarak, yaklaşık %80 artırıldığı tespit edilmiştir. *Sanofi Aventis* kararında<sup>209</sup> da, ilaç dağıtım pazarında küçük ölçekli ecza depolarını pazar dışına çıkarmaya yönelik olarak düzenlenen satış koşulları incelenmiş, rakiplerin üzerindeki olumsuz etkiler sonucu kamunun ilaç harcamalarının artacağı tespit edilmiştir.

Hem rakip hem de tüketici üzerindeki etkinin incelendiği yukarıda sayılan kararların bir kısmında, talep edilmesine/daha avantajlı olmasına karşın tercihlerin kısıtlandığı<sup>210</sup>, alternatif teknolojilerin önünün kesildiği<sup>211</sup>, tüketicilerin istemedikleri (teknolojik olarak daha geride olan) ürünü almaya zorlandığı<sup>212</sup>, teknik gelişmenin kısıtlandığı<sup>213</sup>, fiyatların artırıldığı<sup>214</sup> ortaya konularak tüketici üzerindeki etki somut olarak işlenmiştir. Fakat ihlal tespitinde tüketici üzerindeki etki analizinin şart tutulup tutulmadığı belirsiz kalmıştır<sup>215</sup>.

<sup>206</sup> 11-34/742-230 sayılı karar.

<sup>207</sup> 03-06/59-21, 05-10/81-30, 07-63/777-283, 09-60/1490-379, 09-07/127-38, 09-58/1405-367 (Tüketici üzerindeki etkiye değinilmiş ancak, rakip ve hâkim durumdaki teşebbüs üzerinde etkinin gerçekleşmemesi sebebiyle daha fazla analiz yapılmamıştır.), 10-14/175-66, 10-45/813-271, 10-27/380-135, 11-57/1477-533, 12-33/922-281, 12-24/710-198, 12-57/1540-553, 12-47/1413-474, 13-27/371-172 sayılı kararlar.

<sup>208</sup> 12-47/1413-474 sayılı karar.

<sup>209</sup> 09-16/374-88 sayılı karar.

<sup>210</sup> 07-63/777-283, 09-60/1490-379, 10-20/260-96 sayılı kararlar.

<sup>211</sup> 09-07/127-38 sayılı karar.

<sup>212</sup> 09-07/127-38 sayılı karar.

<sup>213</sup> 05-10/81-30 sayılı karar.

<sup>214</sup> 12-47/1413-474 sayılı karar.

<sup>215</sup> Bkz. 05-10/81-30, 09-58/1405-367, 10-68/1445-545 (İhlal tespitinde hasadın şart koşulmasından tüketici üzerindeki etkinin gerekli olduğu anlaşılmaktadır.), 12-24/710-198 sayılı kararlar.

Tüketici üzerindeki etkiye değinen kararların diğeri bir kısmında, söz konusu etkiler yalnızca “tercihlerin sınırlandırılması” üzerinden ortaya konulmuştur<sup>216</sup>. Dolayısıyla, rekabetin korunması kapsamında kararlarda “talep edilmedikleri halde” tercihlerin çeşitliliğinin sağlanması esas alınabilmiştir. Ancak anılan husus, ülkemizde de kabul edildiği üzere<sup>217</sup> rakiplerin değil rekabetin korunması gerektiği ilkesiyle ters düşmektedir.

Bununla birlikte, anılan kararların çoğunda, tüketicilerin ne şekilde etkilenebileceği incelenmemiş, yalnız davranıştan veya rakipler üzerindeki gerçekleşmiş veya gerçekleşebilecek etkilerden tüketicilerin de zarar göreceği çıkarımı yapılmıştır. Örneğin, *Vizyon Asansör* kararında<sup>218</sup> geçen

Rekabet hukuku içtihadında mal vermeyi reddetme eylemi alt pazarda **rakiplerin faaliyetlerinin sona ermesine yol açıyorsa ya da böyle bir riski barındırıyorsa, söz konusu eylemin tüketici refahında net bir zarar ortaya çıkaracağı ve dolayısıyla rekabetin kısıtlandığı sonucuna ulaşılmaktadır**. Bu nedenle, rakibin pazar dışına itilmesi **riski/tehdidi** mal vermeyi reddetme eyleminin ihlal olarak kabul edilmesi için gerekli bir şart olarak ortaya çıkmaktadır.

İfadeleri rakip üzerindeki etkiden doğrudan tüketicinin zarar göreceği çıkarımını ortaya koymaktadır.

Tüketici üzerindeki etkinin hangi standartlarla test edileceği ise çoğu kararda cevapsız bırakılmış, bazı kararlarda *tüketici zararına olacak şekilde fiili veya muhtemel piyasa kapama*<sup>219</sup>, *rekabetin engellenmesinin kuvvetle muhtemel olması*<sup>220</sup>, *rekabetçi sürece zarar vererek tüketici zararına sonuçlar doğurulması ihtimali*<sup>221</sup> şeklinde standartlar benimsenmiştir. Yine kimi kararlarda<sup>222</sup> birden fazla standarda değinilmesi, anılan belirsizliği artırmıştır.

Yukarıda değinilen düşük, tutarsız veya belirsiz standartlarla rakip veya tüketici üzerindeki etkilerin incelendiği kararların yanında, per se yasaya aykırılık yaklaşımıyla alınan çok sayıda karar da bulunmaktadır. Söz konusu kararlarda gerek ekonomik gerekse niteliksel herhangi bir analiz yapılmaksızın doğrudan ihlal

<sup>216</sup> 03-06/59-21, 10-14/175-66 (Bayiler rakip markaları ancak “isteklerini karşılayabilecek durumda olmaları halinde” tercih edeceklerini bildirmiştir.) sayılı kararlar.

<sup>217</sup> 03-03/25-7, 12-47/1413-474 sayılı kararlar.

<sup>218</sup> 10-45/813-271 sayılı karar. Ayrıca bkz. 10-27/380-135 sayılı karar.

<sup>219</sup> 12-57/1540-553 sayılı karar.

<sup>220</sup> 05-10/81-30 sayılı karar.

<sup>221</sup> 09-58/1405-367 sayılı karar.

<sup>222</sup> 09-60/1490-379 sayılı karar.



sonucuna varılmakta veya rakipler/tüketiciler üzerinde etkinin bulunmamasına karşın hâkim durumdaki teşebbüslerin davranışları yasaklanmakta veya bu davranışların yasaya aykırı bulunacağı belirtilmektedir<sup>223</sup>.

Bunlardan *Doğan* kararında<sup>224</sup> münhasırlık karşılığında sağlanan indirimlerin “rekabet karşıtı dışlayıcı etkisinin söz konusu olmadığı, indirimlere rağmen piyasaya girişlerin olduğu ve rakiplerin pazar paylarının arttığı” tespit edilmiştir. Buna karşın, anılan indirimlerin, sadakat artırıcı niteliğinin teşebbüsün vazgeçilmez bir ticari partner olduğu da dikkate alınarak, dışlama potansiyelini artıracığı gerekçesiyle davranışın ihlale yol açtığı sonucuna varılmıştır.

Diğer bir örnek, indirimlerin, maliyet altı veya seçici fiyatlamaya yol açmadığının tespitine karşın, münhasırlık oluşturduğu gerekçesiyle yasaklandığı *İzocam* kararıdır<sup>225</sup>. Anılan kararda, münhasırlığın marka çeşitliliğini azaltması ve rakipler için yeni bir dağıtım sisteminin kurulmasını gerektirmesi ihlal tespitine gerekçe gösterilmiştir. Ancak davranışın rakiplerin üzerindeki etkileri veya tüketicilerin rakip markalara olan talebi somut ve objektif olarak gösterilememiş, yalnız rakiplerin ve bayilerin bu yöndeki görüşlerine yer verilmiştir.

Kurul kararlarına ek olarak, etkinin Danıştay tarafından ne şekilde değerlendirildiğine bakıldığında<sup>226</sup>, bu hususun etraflıca ve sistematik bir şekilde tartışılmamış olduğu (Demiröz ve Tunçel 2011, 164-65) ve bu yönde alınan kararların tutarsız olduğu görülmektedir. Örneğin, davranışın tüketici üzerinde

<sup>223</sup> 05-07/62-2, 06-35/444-116, 06-66/887-256 (Dışlayıcı niyet ve maliyet altı fiyatlama bulunmadığından ihlal tespit edilmemiştir.), 06-02/47-8 (Dışlayıcı niyet ve maliyet altı fiyatlama sonucu, etki analizi yapılmaksızın ihlal tespit edilmiştir.), 07-13/101-30 (Mal vermenin reddinde somut analiz yapılmaksızın rakiplerin dışlandığı tespiti yapılmıştır.), 07-19/192-63 (Warner Bros tarafından dağıtımı yapılan filmlerden önce gösterilecek fragmanların belirlenmesi, herhangi bir analiz yapılmaksızın ihlal sayılmıştır.), 09-39/949-236 (Dışlama niyetinin başlı başına ihlal teşkil ettiğini belirtmektedir.), 10-14/175-66, 11-34/742-230 (Alt bayilere getirilen münhasırlık sonucu rakiplerin faaliyetlerinin zorlaştırıldığı belirtilmektedir.), 11-18/341-103, 12-62/1633-598 (Maliyet altı fiyatlamasının ihlal sayılması için dışlayıcı niyetin gösterilmesi gerektiği belirtilmiştir.), 12-53/1490-518; 12-59/1575-576 (Maliyet altı fiyatlamalar, yıkıcı stratejinin parçası olmaması sebebiyle ihlal sayılmamıştır.), 12-10/328-98 (Maliyet altı fiyatlamasının tespitiyle doğrudan ihlal sonucuna ulaşılmış, rakiplerin pazardaki konumuna ilişkin etki testi yapılmamıştır.) sayılı kararlar.

<sup>224</sup> 11-18/341-103 sayılı karar.

<sup>225</sup> 10-14/175-66 sayılı karar.

<sup>226</sup> Kötüye kullanma davranışına ilişkin kararlarda Danıştay’ın bütüncül değerlendirmelerden uzak durduğu, genellikle söz konusu davranışın hangi hallerde kötüye kullanma olarak değerlendirileceğine ilişkin çerçeve çizmek yerine, tek bir noktaya odaklanarak değerlendirme yaptığı, bu durumun Danıştay’ın 6. madde kapsamında ele alınan davranışlara bakışıyla ilgili genel bir çerçeve çizmeyi olanaksız kıldığı (Demiröz ve Tunçel 2011, 159-60) ) gerekçeleriyle, çalışmada Danıştay içtihadının kapsamı sınırlı tutulmuştur.

etkisinin bulunmadığı gerekçesiyle iddiaların reddedildiği *Solmaz Mercan* kararı<sup>227</sup>, Danıştay 13. Dairesi tarafından Kanun'un 6/2. maddesinin (a) ve (d) bentlerinde etkinin şart koşulmadığı gerekçesiyle iptal edilmiştir<sup>228</sup>. Diğer taraftan, Kurul'un yıkıcı fiyat olduğu iddia edilen davranışın süresinin kısıllığını ve davranışın sona erdirilmiş olmasını soruşturma açılmaması için gerekçe göstermesinde hukuka aykırılık görülmemiştir<sup>229</sup>. Bu durum, Kanun'un 6/2. maddesinin ilgili bentlerinde geçen "amaç" ifadelerinin ne şekilde yorumlanacağına ilişkin belirsizliğin Danıştay kararlarıyla da açıklığa kavuşturulamadığı şeklinde yorumlanabilecektir.

Sonuç olarak, Türkiye rekabet hukuku uygulamasında rekabetçi ve rekabete aykırı dışlayıcı uygulamaların ayırt edilmesine yönelik bir yöntemin geliştirilmediği, hâkim durumdaki teşebbüslerin davranışlarının yasaklanmasında aşırı müdahaleci davranıldığı, tüm bunların yanında, tutarlı bir standart oluşturulmaması sebebiyle hangi davranışların ne zaman ihlal sayılacağına belirsiz kaldığı görülmektedir. Anılan sorunların ne şekilde giderilebileceği sorusu sonraki kısımlarda ele alınacaktır.

### **3.2. HÂKİM DURUMDAKİ TEŞEBBÜSLERİN DIŞLAYICI KÖTÜYE KULLANMA NİTELİĞİNDEKİ DAVRANIŞLARININ DEĞERLENDİRİLMESİNE İLİŞKİN KILAVUZ**

Önceki bölümde, Türkiye'de rekabete aykırı dışlayıcı uygulamaların değerlendirilmesinde, incelenen davranışın rakipler veya tüketici üzerindeki etkisinin ispatının şart tutulup tutulmadığının belirsiz olduğuna ve etkinin ispatında kullanılan standartların düşük kaldığına değinilmiştir. Ülkemizde 29.01.2004 tarihinde, "Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Kötüye Kullanma Niteliğindeki Davranışlarının Değerlendirilmesine İlişkin Kılavuz"un (Kılavuz) yayımlanmasıyla, anılan sorunların giderilmesine yönelik önemli bir adım atılmıştır. Bu kapsamda Kılavuz'un amacının, "*Kurul tarafından göz önünde bulundurulacak hususları açıklamak, şeffaflığı arttırmak ve böylece maddenin teşebbüslerce yorumlanmasında doğabilecek belirsizlikleri en aza indirmek*" olduğu ifade edilmiştir. Böylelikle, çalışma kapsamında rekabetçi ve rekabete aykırı dışlayıcı davranışlar arasındaki sınırın belirlenmesi gerekliliğine verilen önem Rekabet Kurumu tarafından da teyit edilmiştir<sup>230</sup>.

<sup>227</sup> 07-47/506-181 sayılı karar.

<sup>228</sup> 2007/13574E., 2011/486K. sayılı karar.

<sup>229</sup> Danıştay 13. Dairesinin 2005/955E., 2005/3246K. sayılı kararı.

<sup>230</sup> Para. 3.

Kılavuz'da “dışlayıcı davranışlara yönelik değerlendirmede, incelenen davranışın “kendine özgü koşullarının” yanı sıra, pazardaki “fiili veya muhtemel etkileri”nin de göz önünde bulundurulacağı ilan edilmiştir<sup>231</sup>. Bu kapsamda, Rehber'e paralel şekilde, Kılavuz'la da “rekabet karşıtı piyasa kapama” ayırımına gidilmiş, söz konusu kavram

hâkim durumdaki teşebbüsün davranışları sonucunda **tüketicilerin zararına olacak** şekilde mevcut ya da potansiyel rakiplerin arz kaynaklarına veya pazarlara ulaşımının zorlaştırılması ya da engellenmesi

şeklinde tanımlanmıştır<sup>232</sup>. Bu sayede, çalışmada önemle vurgulandığı üzere, davranışın nihayetinde tüketici üzerindeki etkilerine bakılacağı kabul edilmiştir. Ayrıca, “**fiili veya muhtemel** rekabet karşıtı piyasa kapama” ifadesiyle etki standardındaki belirsizlik giderilmeye çalışılmıştır.

Kılavuz'da fiili veya muhtemel rekabet karşıtı piyasa kapamanın varlığı incelenirken dikkate alınacak genel faktörlerse

- hâkim durumdaki teşebbüsün konumu,
- ilgili pazardaki pazara giriş ve pazardaki büyüme engelleri, ölçek ve/veya kapsam ekonomileri, şebeke etkileri gibi koşullar,
- rakiplerin konumu,
- müşterilerin ya da sağlayıcıların konumu,
- incelenen davranışın kapsamı ve süresi,
- fiili piyasa kapamayla ilgili olası deliller ve
- dışlayıcı stratejiye dair doğrudan veya dolaylı deliller

şeklinde sıralanmıştır<sup>233</sup>. Ayrıca indirim sistemleri de dâhil olmak üzere fiyatlandırmaya ilişkin davranışlarda eşit etkinlikteki rakip testi benimsenmiş<sup>234</sup>, böylelikle eşit etkinlikte olmayan rakiplerin dışlanması ihlal sayılmayacağı yönünde, hâkim durumdaki teşebbüslere güvenli liman sağlanmıştır<sup>235</sup>.

<sup>231</sup> Para. 24.

<sup>232</sup> Para. 25.

<sup>233</sup> Para. 26.

<sup>234</sup> Para. 27.

<sup>235</sup> Diğer taraftan, şebeke veya öğrenme etkileri gibi talep yönlü avantajların söz konusu olduğu istisnai hallerde, davranışın hâkim durumdaki teşebbüsten daha az etkin rakiplerin üzerindeki (muhtemel) etkisinin de değerlendirilebileceği belirtilmiştir (para. 29).

Diğer taraftan, Kılavuz'un Rehber'le benzeşen ve Rehber'den farklılaşan yönleriyle, Türkiye'de benimsenen yaklaşımın rekabete aykırı dışlayıcı uygulamaların tespitinde ne derece çözüm sağlayacağı ortaya konulabilecektir. Çalışma açısından Kılavuz'u Rehber'den ayıran en önemli husus, Rehber'de yukarıda anılan faktörlere rağmen, Komisyona detaylı analiz yapmaksızın rekabete aykırı etkilerin çıkarımında bulunma kapısının açık bırakılması<sup>236</sup>, buna karşın Kılavuz'da anılan şekilde bir hükmün bulunmamasıdır. Nitekim çok sayıda akademisyen tarafından Rehber'de yer verilen söz konusu hükmün etki temelli yaklaşımla örtüşmediği dile getirilmiştir (Gohari 2012, 208-9; Bruzzone ve Boccaccio 2009, 479; Petit 2009, 494). Bu sebeple, Türkiye'de Kılavuz aracılığıyla etki temelli yaklaşım kapsamında ilerici bir adım atıldığı söylenebilecektir.

Bununla birlikte, Rehber'de ihlal tespit edilirken, davranışın gerçekleşmemesi halinde piyasaların ne şekilde seyredeceğine yönelik karşı-olgusal senaryo analizi öngörülmekte<sup>237</sup>, fakat Kılavuz'da söz konusu analize yer verilmemektedir. Oysa bu analizle pazardaki etkilerin hâkim durumdaki teşebbüsün davranışı sonucu oluşup oluşmadığına yönelik nedensellik bağının kurulması öngörülmektedir. Ancak Türkiye'de, belirtilen bu farklılık, pazardaki etkiler hâkim durumdaki teşebbüsün davranışı sonucu oluşmasa da ihlal tespit edilmesi sonucunu doğurabilecek niteliktedir.

Hem Kılavuz'da, hem de Rehber'de rekabet karşıtı piyasa kapamanın tespitinde dikkate alınacağı belirtilen genel faktörlere bakıldığında, etki temelli yaklaşımın sınırlarının şekil temelli yaklaşımdan tam olarak ayrı tutulduğu söylenemeyecektir. Örneğin, anılan faktörlerden “dışlayıcı stratejiye dair doğrudan ya da dolaylı deliller”, niyet unsurunun ihlal tespitinde etkili olabileceğine işaret etmektedir. Ancak niyetin ihlal tespitindeki delil niteliği öğretilde yoğun tartışmalara yol açmış, anılan unsur etki temelli yaklaşımla örtüşmemesi açısından eleştirilmiştir<sup>238</sup>. Dahası, yukarıda anılan genel faktörlerden “hâkim durumdaki teşebbüsün, rakiplerin, müşterilerin ya da sağlayıcıların konumu” gibi unsurlar özellikle telekomünikasyon gibi düzenlenen piyasalarda hâkim durumda olan teşebbüslerin daha ilk bakışta zor durumda bulunduğu kabulü açısından eleştirilmektedir (Bruzzone ve Boccaccio 2009, 479).

Son olarak, Kılavuz'da kötüye kullanma, “*hâkim durumdaki teşebbüslerin sahip oldukları pazar gücünün avantajından faydalanarak doğrudan ya da dolaylı olarak tüketici refahını azaltması muhtemel davranışlarda bulunmaları*” şeklinde

<sup>236</sup> Para. 22.

<sup>237</sup> Para. 21.

<sup>238</sup> Yavuz 2012.

tanımlanmaktadır<sup>239</sup>. Ancak, tüketici refahının “dolaylı olarak” azaltılmasının hangi faktörlere dayandırılacağı belirsiz kalmaktadır. Zira yukarıda anılan genel faktörler arasında tüketici üzerindeki “fiyat artışı, ürün kalitesinde ve yenilik düzeyinde düşüş, mal ve hizmet çeşitliliğinde azalış” gibi etkilere<sup>240</sup> yer verilmemektedir. Bunun sonucunda ise, salt genel faktörlere dayanılarak, rakipler üzerindeki etkinin ihlal tespitinde yeterli bulunabilmesi riski oluşmaktadır.

Nitekim ikinci bölümde değinildiği üzere AB’de, Rehber’in yayınlanmasından sonra geçen beş yıllık süre incelendiğinde, etki analizinin yalnızca rakipler üzerinde kaldığı, etkinin mümkün olması standardı ile muhtemel olması standardı arasındaki ayrımın tam olarak ortaya konulmadığı görülmektedir. Hatta Rehber’le ihlal tespitindeki analizin bir adım öteye taşındığı, ancak ispat standardının rekabete aykırı dışlamanın mümkün olması seviyesinde bırakıldığı vurgulanmaktadır (Gormsen 2013, 244). Böylelikle AB, uygulamada Rehber’in takip edilmemesi ve modernizasyon girişiminde başarısız olması nedenleriyle eleştirilmektedir.

Yukarıda belirtilen sorunlar dikkate alındığında, Kılavuz’un yürürlüğe girmesi sonrasında uygulamada nasıl bir yol izleneceği önem kazanmaktadır. Bu itibarla, rekabete aykırı dışlayıcı uygulamaların tespitine yönelik bir öneri getirilmesinde fayda görülmektedir.

### **3.3. REKABETE AYKIRI DIŞLAYICI UYGULAMALARIN TESPİTİNE YÖNELİK ÖNERİ**

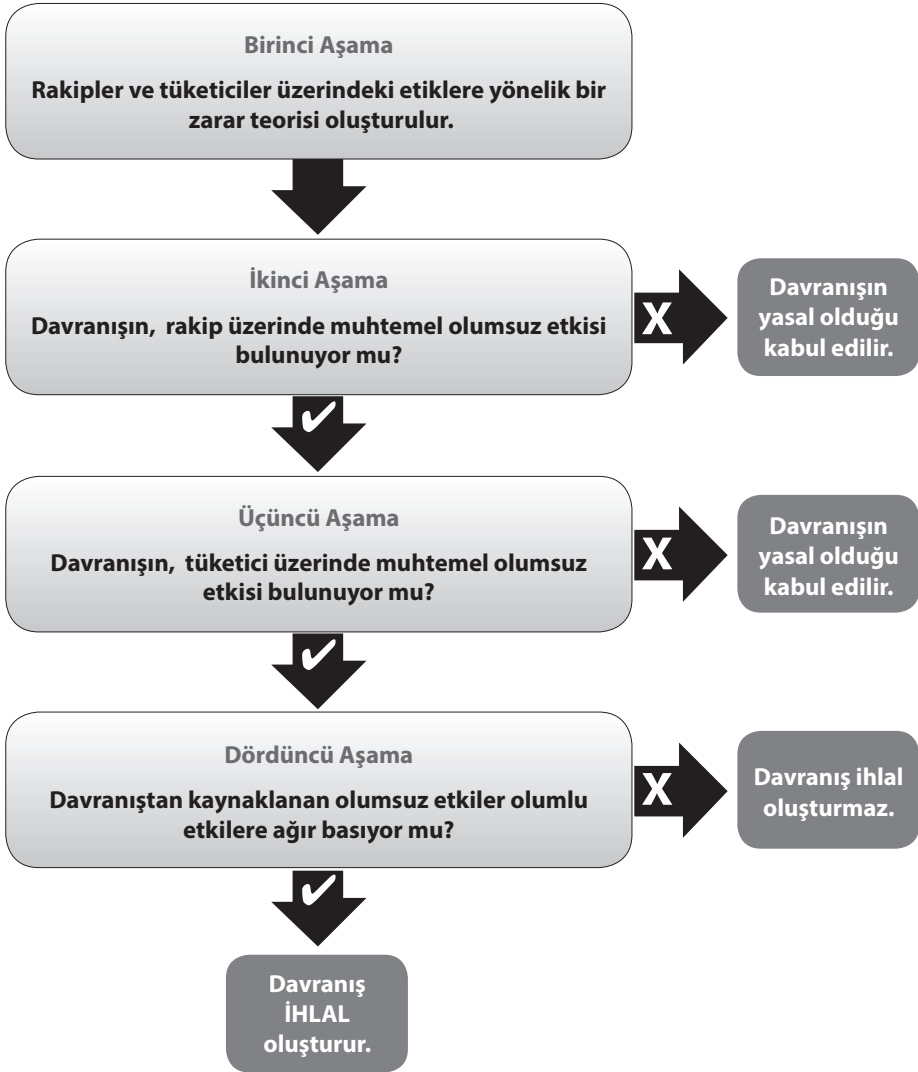
Rekabete aykırı dışlayıcı uygulamaların rekabetçi dışlayıcı uygulamalardan ayırt edilebilmesi için, “tüketici üzerindeki etkilerin” ispatlanmasının gerekli olduğu çalışmada önemle vurgulanmıştır. Buna paralel olarak Kılavuz’da da “tüketici üzerindeki etkilerin muhtemel olması” standardının benimsendiği görülmektedir. Bu kapsamda, Kılavuz’un yürürlüğe girmesi sonrasında, uygulamada nasıl bir yol izleneceğine yönelik Şekil-2’de sunulan öneri<sup>241</sup> aşağıda işlenecektir.

<sup>239</sup> Para. 22. Dahası, “hâkim durumun kötüye kullanılmasının önlenmesi, işletmelerin ve tüketicilerin yararına olacak şekilde **piyasaların ve rekabet sürecinin** daha iyi işlemesine yardımcı olmaktadır.” ifadesi piyasalara ve rekabet sürecine zarar verebilecek davranışlarda, doğrudan tüketici zararının bulunduğu çıkarımına gidilebilmesi riskini doğurmaktadır (para. 3).

<sup>240</sup> Kılavuz, para. 22.

<sup>241</sup> Bruzzone ve Boccaccio (2009, 479); Petit (2009); Papandropoulos (2010); Spector (2005); Ahlborn vd. (2004); Bolton vd. (2000); Rehber ve Kılavuz’dan yararlanılarak oluşturulmuştur.

Şekil-2: Rekabet Aykırı Dışlayıcı Uygulamaların Tespitine Yönelik Öneri



Öneriye göre ilk olarak, hâkim durumdaki teşebbüsün davranışına ilişkin değerlendirmeyi çerçeveleyen “**rakipler ve tüketicilere ne şekilde zarar verilebileceğine**” ilişkin mantıksal olarak tutarlı bir “zarar teorisi” kurulmasında fayda bulunmaktadır. Bu teori, dışlayıcı uygulamalar için genel olarak, “teşebbüsün fiyatlama davranışıyla rakiplerini dışlayarak elde ettiği pazar gücü sonucunda tüketicilerin sömürülmesi” şeklinde kurulabilecektir. Örneğin, *Microsoft* kararı üzerinden yola çıkacak olursak “*Microsoft tarafından Internet Explorer ile WMP'nin bağlanmasıyla, dağıtım ağının avantajı kullanılarak rakipler dışlanabilir; bunun sonucunda içerik sağlayıcılarının yalnız Microsoft için ürettiği yazılımlar şebeke etkisi oluşturabilir; nihayetindeyse elde edilen pazar gücü tüketicilere fiyatların yükselmesi veya yenilikçi üretimin azalması şeklinde yansiyabilir.*” ifadesi zarar teorisi olarak kullanılabilir.

İkinci olarak, öneri kapsamında oluşturulan teorinin uygulamada karşılık bulup bulmadığının test edilmesi adına, hâkim durumdaki teşebbüsün incelenen davranışının, davranış özelindeki unsurları taşıyıp taşımadığı test edilir. Bu aşamada, birinci bölümde önerilen yapılandırılmış etki temelli yaklaşım kapsamında, içtihatla geliştirilen güvenli limanlardan faydalanılması incelemeyi kolaylaştıracaktır<sup>242</sup>. Güvenli limanların dışında kalınması halinde, Kılavuz'da belirtilen genel faktörlerden yararlanılarak, davranışın rakipleri dışlamasının muhtemel olup olmadığı ispatlanır.

Rakiplerin dışlanmasının muhtemel olması halinde, teorinin doğruluğunun kanıtlanması için davranışın “tüketici üzerinde olumsuz etki oluşturmasının” muhtemel olup olmadığı araştırılmalıdır. İncelemenin üçüncü aşamasını oluşturan bu analiz açısından, dışlama sonrasında davranışların, tüketiciler üzerinde fiyat, üretim miktarı, kalite veya inovasyon gibi unsurlar üzerinden olumsuz etki oluşturması muhtemel değilse, rekabete aykırı kabul edilemeyeceğine dikkat edilmelidir.

Örneğin, ikinci bölümde işlendiği üzere, kimi piyasalarda giriş engelleri söz konusu olmayabilmekte, teşebbüsün rakiplerden kazanılan pazar payına ilişkin talebi karşılayacak kapasitesi bulunmayabilmekte veya kapasite artırımı imkânsız olabilmektedir. Bu şartlar altında sürdürülebilir şekilde fiyatların rekabetçi seviyenin üzerine çıkarılmasından ya da üretimin kısıtlanmasından söz edilemeyecektir. Hal böyleyken, düşük fiyatlamanın cezalandırılması tüketicileri değil rakipleri koruyacak ve hatalı müdahaleye yol açacaktır. Dolayısıyla, anılan

<sup>242</sup> İhlal tespitinde davranış özelinde şart koşulan unsurların çalışmanın kapsamını aşması sebebiyle, bu örnekler her davranış özelinde çoğaltılmayacaktır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Kılavuz.

şekilde incelenen davranışın nihai tüketicilere olumsuz etkilerin muhtemel olmaması halinde, davranışın yasal olduğu kabul edilmelidir.

İncelemenin ikinci ve üçüncü aşamasında, muhtemel etki standardının etkinin mümkün olması standardından ayrı tutulması büyük önem taşımaktadır. Zira önceki bölümde işlendiği üzere, salt teşebbüsün pazar gücünden kaynaklanan (rekabete aykırı) dışlamanın mümkün olmasının test edilmesi, hatalı müdahalelere yol açabilecek, özellikle Kılavuz'da benimsenen etki temelli yaklaşımın başarıya ulaşmasını engelleyecektir. Anılan aşamalarda faydalanılacak bir yöntem de bir önceki kısımda belirtildiği üzere, davranış gerçekleşmemesi halinde piyasanın ne şekilde seyredeceğine ilişkin karşı-olgusal senaryo analizinin yapılmasıdır. Böylelikle, etki ile davranış arasındaki nedensellik bağı ispatlanmış olacaktır.

Önerinin son aşamasında ise, haklı gerekçeler ile davranışın muhtemel olumlu etkilerinin incelenmesinin ardından, anılan hususların muhtemel olumsuz etkilerle karşılaştırılması sonucunda olumsuz etkilerin ağır basması halinde rekabete aykırı bir dışlayıcı uygulama tespit edilmiş olacak ve davranışın ihlal teşkil ettiği sonucuna ulaşılabacaktır.



## SONUÇ

“Rekabetçi” ve “rekabete aykırı” dışlayıcı uygulamaların arasındaki sınırın nasıl çizileceği sorusu, hâkim durumun kötüye kullanılmasının tespiti çerçevesinde ele alınan en temel konuların başında gelmektedir. Nitekim düşük fiyatlama gibi tüketici refahının artırılmasını sağlayabilecek uygulamaların şekli gerekçelerle cezalandırılmasıyla, rekabet otoritelerinin nihai amaçlarıyla çelişen ve teşebbüslerin esasında rekabetçi olan davranışlarının caydırılmasına yol açan sonuçlar oluşabilmektedir.

Bununla birlikte, rekabete aykırı dışlayıcı uygulamalara yönelik net bir tanım geliştirilememiş, her ne kadar içtihatla bu eksiklik giderilmeye çalışılsa da, uygulamada yeknesaklık sağlanamamıştır. Bu çerçevede, ihlal tespitinde incelenen davranışın etkisinin değerlendirmeye alınıp alınmaması bakımından, *şekil temelli yaklaşım* kapsamındaki *per se yasallık* ve *per se yasaya aykırılık* kuralları ile *etki temelli yaklaşım* kapsamındaki *tam* ve *yapılandırılmış etki temelli yaklaşımlardan* oluşan yöntemler geliştirilmiştir.

Hâkim durumdaki teşebbüslerin davranışlarının rekabete aykırı etkileri olabileceği kadar, pazar koşullarına göre rekabetçi etkilerinin de bulunabileceği dikkate alındığında, salt teşebbüsün dışlama amacının veya dışlama gücünün ihlal tespitinde yeterli olmayacağı görülmektedir. Dolayısıyla, “rekabete aykırı” dışlayıcı uygulamaların tespiti için, rakiplerin üzerindeki dışlama etkisinin ve buna ek olarak tüketici üzerindeki olumsuz etkilerin ispatlanması gerekmektedir.

Bu açıdan, şekil temelli yaklaşım, hâkim durumdaki teşebbüslerin davranışlarından rekabetçi olan ile rekabete aykırı olanı ayırt etmekte yetersiz kalmaktayken; tam etki temelli yaklaşım ise yoğun ekonomik analiz gerektirmesi ve inceleme/yargılama sürecini uzatması gibi sebeplerle uygulamada güç ve maliyetli olmaktadır. Anılan gerekçelerle çalışmada, öncelikle davranışın şekli unsurlarından ve çeşitli güvenli limanlardan faydalandığı, bu aşamaların sağlanması halinde davranışın etkisinin analiz edildiği *yapılandırılmış etki temelli yaklaşımın* uygulanması önerilmiştir.

Söz konusu yaklaşımın, son dönemde gerek AB gerekse Türkiye düzenlemelerinde tavsiye edilmesine ve öğretilde yoğun olarak desteklenmesine karşın, bu yaklaşım altında etkinin ne şekilde analiz edileceğine ilişkin kavramsal ve analitik bir çerçeve çizmeye yönelik çalışmalar sınırlı kalmıştır. Bu sebeple, rekabete aykırı dışlayıcı uygulamalara ilişkin yol gösterici kararlarda etki ispatında kullanılan standartların incelenmesi önem kazanmaktadır.

Uygulamanın ilk dönemlerinde, AB’de genel olarak, ABD’deyse münhasırlık, bağlama ve indirim sistemleri özelinde, *etkinin mümkün olması* standardı benimsenmiş; böylelikle davranışın etkisi incelenmemiş veya yalnız hâkim duruma/tekel gücüne dayanılarak rakiplerin dışlanması mümkün olmasından etkisinin de bulunduğu varsayılmıştır. Bununla birlikte, AB’de modernizasyon sürecinde *etkinin muhtemel olması*, ABD’deyse 1970 sonrasında anılan standarda ek olarak *hasadın tehlikeli ihtimalle gerçekleştirilmesi* şeklinde daha yüksek ispat standartları geliştirilmiştir.

Anılan standartlar çerçevesinde, AB’de yapılan etki analizlerinin rakipler üzerindeki etkinin incelenmesinden öteye geçmediği, tüketici üzerindeki etki analizinin zayıf kaldığı görülmekte; hatta *etkinin mümkün olması* ve *muhtemel olması* standartları arasındaki ayrımın dahi net olarak çizilemediği, birçok kararda anılan iki standardın aynı olduğu varsayıldığı dikkat çekmektedir. Ancak, 2010 yılında ve sonrası kimi kararlarda, eşit etkinlikte olmayan rakiplerin dışlanmasının ihlal sayılmayacağı, tüketici üzerindeki etkinin dikkate alınacağı yönündeki gelişmeler, söz konusu sorunların giderilmesi adına adım atıldığını işaret etmektedir.

ABD uygulamasına bakıldığında ise özellikle 1970 sonrasında dışlamanın mümkün olmasının ve hatta rakiplerin fiilen dışlanmasının ihlal tespitinde yeterli bulunmaması dikkat çekmektedir. Nitekim ihlal tespitinde, rekabet üzerindeki muhtemel etkiye ilaveten, hasadın tehlikeli ihtimalle gerçekleştirileceğinin ispatlanması gerekli tutulmuştur. Dolayısıyla, ABD içtihadında genel olarak, etki temelli yaklaşımın desteklediği “tüketici üzerindeki zararlı etkilerin” ispatının şart koşulduğu söylenebilecektir.

İspat standartlarına yönelik belirtilen genel uygulamanın yanında, maliyet üstü fiyatlamalar ABD’de teşebbüsler için bir güvenli liman teşkil ederken, AB’de yasaklanabilmiştir. Keza AB’de indirim sistemleri, fiyat-maliyet analizi yapılmaksızın sadakat artırıcı etki oluşturduğu gerekçesiyle ihlal sayılırken, ABD’de fiyat-maliyet analizi yapılarak eşit etkinlikte olmayan rakiplerin dışlanmasına müdahaleden kaçınılmıştır.

Yıkıcı fiyatlamaların tespitinde, ABD’de hasadın tehlikeli ihtimalle gerçekleştirilmesi şart koşularken, AB’de hasat imkânının analizi gerekli görülmemektedir. Fakat kimi piyasalarda rakiplerin pazara girişlerinin kolay olması veya hâkim durumdaki teşebbüsün kapasite artırımına yönelik engellerin bulunması, fiyatların sürdürülebilir şekilde rekabetçi seviyenin üzerine çıkarılmasını ya da üretimin kısıtlanmasını imkânsız kılabilir. Dolayısıyla, anılan hallerde

düşük fiyatlamanın cezalandırılması, ancak rakipleri korumakta, tüketicilereyse zarar vermektedir.

AB ve ABD rekabet hukuku uygulamasının incelenmesinin ardından, Türkiye uygulamasında, rekabetçi ve rekabete aykırı dışlayıcı uygulamaların ayırt edilmesine yönelik bir yöntemin geliştirilmediği, hâkim durumdaki teşebbüslerin davranışlarının yasaklanmasında aşırı müdahaleci davranıldığı, etkinin ispatında tutarlı bir standart oluşturulmaması sebebiyle hangi davranışların ne zaman ihlal sayılacağına muğlak kaldığı görülmektedir. 29.01.2014'te yayımlanan Kılavuz'da "tüketici üzerindeki etkilerin muhtemel olması" standardının benimsenmesi, anılan sorunların giderilmesine yönelik önemli bir adım niteliği taşımaktadır.

Bununla birlikte, rekabete aykırı dışlayıcı uygulamaların tespitinde uygulamada nasıl bir yol izleneceğine yönelik somut bir çerçevenin çizilmesi, müdahalede hata payının en aza indirgenmesini sağlayacaktır. Bu çerçevede çalışmada, (i) öncelikle tüketicilere ne şekilde zarar verilebileceğine ilişkin bir zarar teorisinin kurulması, (ii) ikinci olarak davranışın rakipleri dışlamasının muhtemel olup olmadığının analiz edilmesi, (iii) bu koşulların sağlanması halinde davranışın tüketici üzerinde olumsuz etki oluşturmasının muhtemel olup olmadığının incelenmesi, (iv) nihayetinde olumsuz etkilerin muhtemel olumlu etkilere ağır basması halinde ihlalin tespit edilmesi aşamalarından oluşan bir test önerilmektedir.

Testin rakipler üzerindeki etkilerin analizi aşamasında, içtihatla geliştirilen güvenli limanlardan faydalanılması ve davranış özelindeki unsurların incelenmesi kolaylık sağlayacaktır. Testin üçüncü aşaması açısından, dışlama sonrasında davranışın tüketiciler üzerinde fiyat, üretim miktarı, kalite veya inovasyon gibi unsurlar üzerinden olumsuz etki oluşturması muhtemel değilse, davranışın rekabete aykırı kabul edilemeyeceğine dikkat edilmelidir. Örneğin, giriş engellerinin bulunmadığı veya hâkim durumdaki teşebbüs açısından kapasite artırımının imkânsız olduğu piyasalarda sürdürülebilir şekilde fiyatların rekabetçi seviyenin üzerine çıkarılmasından ya da üretimin kısıtlanmasından söz edilemeyecek, bu nedenle ihlalden bahsedilemeyecektir.

Yukarıda açıklanan testin benimsenmesiyle, Kılavuz'un yürürlüğe girmesi sonrasında uygulamada nasıl bir yol izleneceği açıklığa kavuşturulacak, birinci bölümde önerilen yapılandırılmış etki temelli yaklaşım kapsamında, tüketici üzerindeki muhtemel olumsuz etkiler tutarlı bir şekilde analiz edilerek, Rekabet Kurulu tarafından rekabete aykırı dışlayıcı uygulamaların tespiti sağlam temellere dayandırılacaktır.

## ABSTRACT

The fundamental question for the assessment of abuse of dominance is how to draw the line between “competitive” and “anticompetitive” exclusionary conducts. While the conducts which result in lower prices for consumers are desired by the competition authorities, the same conducts may be deemed to be illegal when they are exercised by dominant firms. In that respect, conducts of dominant firms may be forbidden only depending on its formalistic features. Nevertheless, the form-based approach has the risk of deterring competitive conducts which benefits consumers in the end.

In order to eliminate the risks mentioned above, an alternative approach, called effects-based approach, has been developed. Although, the effects-based approach has been proposed by many academicians and implemented by some authorities, the questions like (i) whether exclusion of rivals is sufficient for finding an infringement without analysing their efficiency, (ii) whether testing the effects of on the rivals, competition or consumers are sufficient (iii) or what kind of standards of proof and tools are required to detect an infringement are still unclear.

Therefore, in this study, the first section is devoted to analyse alternative approaches in the abuse of dominance: *per se legality*, *per se illegality*, *full effects-based* and *structured-effects based approach*. In doing so these approaches are studied in detail, compared to each other and the best approach for the competition authorities is tried to be proposed. In the second section, by analysing the cases from USA and EU, the standards and tools of proof employed to evaluate the effects on the rivals/competition and consumers are assessed. Finally, after investigating the application of effects-based approach and examining standards of proof employed in Turkey, a test for investigating the anticompetitive exclusionary conducts is proposed.

## KAYNAKÇA

AHLBORN, C., D. S. EVANS ve A. J. PADILLA (2004), “The Antitrust Economics of Tying: A Farewell to Per Se Illegality”, *The Antitrust Bulletin*, Vol:49, Spring-Summer, s.286-350.

ANGRIST, J.D. ve J. S. Pischke (2008), *Mostly Harmless Econometrics: An Empiricist’s Companion*, Princeton University Press, New Jersey.

ANTITRUST MODERNIZATION COMMISSION (2007), “Report and Recommendations”

[http://govinfo.library.unt.edu/amc/report\\_recommendation/letter\\_to\\_president.pdf](http://govinfo.library.unt.edu/amc/report_recommendation/letter_to_president.pdf)

ANTITRUST MODERNIZATION COMMISSION (2004), “Single-Firm Conduct Issues Recommended for Commission Study”

<http://govinfo.library.unt.edu/amc/pdf/meetings/Single-FirmConduct.pdf>

AKMAN, P. (2012), *The Concept of Abuse in EU Competition Law*, Hart Publishing, Oregon.

AKMAN, P. (2009), “‘Consumer Welfare’ and Article 82EC: Practice and Rhetoric”, *World Competition*, Vol: 32, No:1, s.71-90.

AZEVEDO, P. F. (2013), “Can We Rely Only on Effects-Based Analysis? Comments on Geradin and Pereira Neto”, *Competition Policy International*, Vol:9, No:1, s.1-7.

BAKER, J. B. (2013), “Exclusion as a Core Competition Concern”, *Antitrust Law Journal*, Vol:78,.

<http://ssrn.com/abstract=2001579>

BRUZZONE, G. ve M. BOCCACCIO. (2009), “Impact-Based Assessment and Use of Legal Presumptions in EC Competition Law: The Search for the Proper Mix”, *World Competition Law and Economic Review*, Vol:32, No:4, s.465-484.

BOLTON, P., J. F. BRODLEY ve M. H. RIORDAN (2000), “Predatory Pricing: Strategic Theory and Legal Policy”, *The Georgetown Law Journal*, Vol:88, 2239-2329.

DEMİRÖZ, A. ve Ç. TUNÇEL (2011), *Tek Taraflı Davranışların Değerlendirilmesine Yönelik Standart Arayışında Danıştay Kararlarının Yol Göstericiliği*, Rekabet Hukuku ile ilgili Kurul ve Yargı Kararları Sempozyumu-Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Vol:2, s.147-187.

DEPARTMENT OF JUSTICE (2008), “Competition and Monopoly: Single-Firm Conduct under Section 2 of the Sherman Act”.

[www.usdoj.gov/atr/public/reports/236681.pdf](http://www.usdoj.gov/atr/public/reports/236681.pdf)

ECONOMIC ADVISORY GROUP ON COMPETITION POLICY (2005), “An Economic Approach to Article 82”

[http://ec.europa.eu/comm/competition/publications/studies/eagcp\\_july\\_21\\_05.pdf](http://ec.europa.eu/comm/competition/publications/studies/eagcp_july_21_05.pdf)

EKDİ, B. (2010), “Ürün Bağlama ve Paket Satışlar Yoluyla Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması”, *Rekabet Dergisi*, Cilt:11, Sayı:3, s.79-129.

ELHAUGE, E. (2003), *United States Antitrust Law and Economics*, Thomson Reuters/West Foundation Press, New York.

EUROPEAN COMMISSION (2009), “Guidance on Its Enforcement Priorities in Applying Article 82 (EC) to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings”

<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2009:045:0007:0020:EN:PDF>

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>

FOX, E. M. (2002), “What is Harm to Competition? Exclusionary Practices and Anticompetitive Effect”, *Antitrust Law Journal*, Vol:70, s.371-472.

FOX, E. M. ve L. A. SULLIVAN (1987), “Antitrust-Retrospective and Prospective: Where We Are Coming From? Where We Are Going?”, *New York University Law Review*, Vol:62, s.936.

GAVIL, A. I. (2004), “Exclusionary Distribution Strategies By Dominant Firms: Striking A Better Balance”, *Antitrust Law Journal*, Vol:72, No:3.

GERADIN, D. ve C. M. S. PEREIRA NETO (2013), “For a Rigorous Effects-Based Analysis of Vertical Restraints Adopted by Dominant Firms: A Comparison of EU and Brazilian Competition Law”, *Competition Policy International*, Vol:9, No:1, s.1-16.

GERADIN, D. (2010), “The Decision of the Commission of 13 May 2009 in the Intel case: Where is the Foreclosure and Consumer Harm?”, *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol:1, No:2, s.112-122.

GOHARI, R. S. (2012), “Margin Squeeze in the Telecommunications Sector: A More Economics-based Approach”, *World Competition Law and Economic Review*, Vol:35, No:2, s.205-231.

GORECKI, P.K. (2006), “Form-Versus Effects-Based Approaches to the Abuse of a Dominant Position: The Case of Ticketmaster Ireland”, *Journal of competition Law and Economics*, Vol:2, No:3, s.533-548.

GORMSEN, L. L. (2013), “Are Anti-competitive Effects Necessary for an Analysis under Article 102 TFEU?”, *World Competition Law and Economic Review*, Vol:36, No:2, s.223-245.

GORMSEN, L.L. (2010a), *A Principled Approach to Abuse of Dominance in European Competition Law*, Cambridge University Press, New York.

GORMSEN, L.L. (2010b), “How Well Does the European Legal Test for Predation Go with an Economic Approach to Article 102 TFEU?”, Kluwer Law International, Vol:37, No:4, s.293-304.

GORMSEN, L. L. (2006), “Article 82 EC: Where are We Coming from and Where We are Going to?”, *The Competition Law Review*, Vol:2, No:2.

<http://www.clasf.org/CompLRev/Issues/Vol2Issue2Art1Gormsen.pdf>

GÜNDÜZ, R. (2011), *Tek Taraflı Davranışlarda Haklı Gerekçe: AB, ABD Hukuku Uygulamaları ve Türk Hukuku İçin Çıkarımlar*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara.

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

HEIMLER, A. (2005), “Pricing Below Costs and Loyalty Discounts: Are They Restrictive and If So, When?”, *Competition Policy International*, Vol:1, No:2, s.149-172.

Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Kötüye Kullanma Niteliğindeki Davranışlarının Değerlendirilmesine İlişkin Kılavuz

<http://www.rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT%2f1%2fDocuments%2fKilavuz%2fHAK%C4%B0M+DURUM+KILAVUZU111.pdf>

- HANS, Z. (2012), “Loyalty Rebates and the Competitive Process”, *Journal of Competition Law and Economics*, Vol:8, No:4, s.717-768.
- Hovenkamp, H. (2005), “The Design of Antitrust Rules”, *The Antitrust Enterprise: Principle and Execution*, Harvard University Press, s.31-50, Londra.
- HÜSCHEL RATH, K. ve J. Weigand (2010), “A Framework to Enforce Anti-Predation Rules”, *World Competition Law and Economic Review*, Vol:33, No:2, s.209-240.
- JONES, A. ve B. SUFRIN (2011), *EU Competition Law*, Fourth Edition, Oxford University Press, New York.
- KÖKTÜRK, N. S. (2013), *Role Of Efficiency Considerations under Article 102 TFEU*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, King’s College, Londra.
- KOLASKY, W. J. (2004), “What Is Competition? A Comparison of the U.S. and European Perspectives”, *The Antitrust Bulletin*, Vol:49, No:1-2, s.29-55.
- 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.
- LANGER, J. (2007), *Tying and Bundling as a Leveraging Concern under EC Competition Law*, Kluwer Law International, Hollanda.
- LEAR, (2006), “The Cost of Inappropriate Interventions/Non Interventions under Article 82”, *A report prepared for the Office of Fair Trading by Lear*, [http://www.offt.gov.uk/shared\\_offt/economic\\_research/oft864af.pdf](http://www.offt.gov.uk/shared_offt/economic_research/oft864af.pdf)
- LIANOS, I (2013), “Some Reflections on the Question of the Goals of EU Competition Law”, *Centre for Law, Economics and Society (CLES) Working Paper Series*, 3/2013, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2235875>
- MADAN, Z. (2008), *ABD ve AB Perspektifinden Dışlayıcı Uygulamaların Tespitine Yönelik Standart Tartışmaları*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara.
- MONTI, G. (2010), “Article 82 EC: What Future for the Effects-Based Approach?”, *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol:1, No:1, s.2-11.



- MOSTO, C. E. (2011), “The More Economic Approach Paradigm-An Effects-Based Approach to EU Competition Policy”, *International Competition Law Series*, Vol:47, s.11-22.
- NALEBUFF, B. (2003), “Bundling, Tying and Portfolio Effects”, *DTI Economics Paper*, No:1, Part:2.
- NAZZINI, R. (2011), *The Foundations of European Union Competition Law-The Objective and Principles of Article 102*, Oxford University Press, New York.
- NEALIS, P. (2000), “Per Se Legality: A New Standard in Antitrust Adjudication under the Rule of Reason”, *Ohio State Law Journal*, Vol:61, No:347-403.
- NIELS, G., H. JENKINS ve J. KAVANAGH (2011), *Economics for Competition Lawyers*, Oxford University Press, New York.
- NIELS, G. ve H. JENKINS (2005), “Reform of Article 82: Where the Link Between Dominance and Effects Breaks Down”, *European Competition Law Review*, Vol:26, No:11, s.605-610.
- NIELS, G. ve A. T. KATE (2004), “Antitrust in the U.S. and the EU Converging or Diverging Paths?”, *The Antitrust Bulletin*, Vol:49, No:1-2, s.1-29.
- O’DONOGHUE, R. ve A. J. PADILLA (2013), *The Law and Economics of Article 102 TFEU*, Second Edition, Hart Publishing, Oregon.
- O’DONOGHUE, R. (2007), “Verbalizing a General Test for Exclusionary Conduct under Article 82 EC”, *European Competition Law Annual 2007: A Reformed Approach to Article 82 EC*. (Ed) Ehlermann & Marquis. Oxford and Portland Oregon: Hart Publishing, 2008.
- O’DONOGHUE, R. ve A. J. PADILLA (2006), *The Law and Economics of Article 82 EC*, Second Edition, Hart Publishing, Oregon.
- OECD (2008), “Bundled and Loyalty Discounts and Rebates”, [http://www.ftc.gov/sites/default/files/attachments/us-submissions-oecd-and-other-international-competition-fora/Bundling\\_US.pdf](http://www.ftc.gov/sites/default/files/attachments/us-submissions-oecd-and-other-international-competition-fora/Bundling_US.pdf)
- ØSTERUD, E. (2010), *Identifying Exclusionary Abuses by Dominant Undertakings under EU Competition Law*, Kluwer Law International BV, Hollanda.
- ÖZDEMİR, Ü. N. (2009), *Fiyatlamaya İlişkin Tek Taraflı Davranışların Değerlendirilmesinde Kullanılan Maliyet Ölçütleri*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara.

PAPANDROPOULOS, P. (2010), “The Implementation of An Effects Based Approach Under Article 82: Principles and Application”, *The Reform of EC Competition Law*, Vol:41, s. 419-433.

PEEPERKORN, L. (2013), “The Court of Justice Affirms the Application of a Consumer Oriented Effects-Based Approach to Exclusionary Pricing Practices of Dominant Undertakings and the As Efficient Competitor Test as a Basis for Their Assessment: A Big Step Towards the Consistent Application of an Effects-Based Approach to Exclusionary Pricing Practices of Dominant Undertakings (Post Danmark)”, *Institute of Competition Law*, e-Competitions, No:48816.

PETIT, N. (2009), “From Formalism to Effects? The Commission’s Communication on Enforcement Priorities in Applying Article 82 EC”, *World Competition Law and Economic Review*, Vol:32, No:4, s.485-503.

RBB ECONOMICS (2005), “Selective Price Cuts and Fidelity Rebates”, *A report prepared for the Office of Fair Trading by RBB Economics*.

[http://www.offt.gov.uk/shared\\_offt/reports/comp\\_policy/oft804.pdf](http://www.offt.gov.uk/shared_offt/reports/comp_policy/oft804.pdf)

ROUSSEVA, E. ve M. MARQUIS (2013), “Hell Freezes Over: A Climate Change for Assessing Exclusionary Conduct under Article 102 TFEU”, *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol:4, No:1, s.32-50.

SPECTOR, D. (2005), “Loyalty Rebates: An Assessment of Competition Concerns and a Proposed Structured Rule of Reason”, *Competition Policy International*, Vol:1, No:2, s. 89-114.

VICKERS, J. (2007), “Competition Law and Economics: A Mid-Atlantic Viewpoint”, *European Competition Journal*, Vol:3, s.1-15.

WINTER, R. A. (2009), “Presidential Address: Antitrust Restrictions on Single-Firm Strategies”, *Canadian Journal of Economics*, Vol:42, No:4, s.1207-1239.

WHISH, R. ve D. BAILEY (2012), *Competition Law*, Oxford University Press, New York.

YAVUZ, H. (2012), *Tek Taraflı Davranışların Değerlendirilmesinde Niyet Unsuru*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara.

YAVUZ, Ş. (2003), *Amerikan Antitröst Hukukunda Yeniden Satış Fiyatının Belirlenmesi Sorunu: “Per Se” veya “Rule Of Reason”* Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara.

### **ABD Yüksek Mahkeme Kararları**

Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp., 472 U.S. 585 (1985)  
Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp., 509 U.S. 209 (1993)  
Cargill Inc. v. Monfort of Colorado Inc., 479 U.S. 104 (1986)  
Eastman Kodak Co. v. Image Technical Servs. Inc., 504 U.S. 451 (1992)  
Illinois Tool Works Inc. v. Independent Ink Inc., 547 U.S. 28 (2006)  
International Salt Co. v. United States, 332 U.S. 392, (1947)  
Jefferson Parish Hosp. Dist. No. 2 v. Hyde, 466 U.S. 2 (1984)  
Matsushita Electric Industrial Co. v. Zenith Radio Corp., 475 U.S. 574 (1986)  
Morton Salt Co. v. G.S. Suppiger Co., 314 U.S. 488 (1942);  
NYNEX Corp. v. Discon, Inc., 525 U.S. 128 (1998)  
Omega Envtl., Inc. v. Gilbarco, Inc., 127 F.3d 1157 (9th Cir. 1997)  
Spectrum Sports, Inc. v. McQuillan, 506 U.S. 447, (1993)  
Standard Oil Co. of Cal. v. United States, 337 U.S. 293, (1949)  
Tampa Elec. Co. v. Nashville Coal Co., 365 U.S. 320 (1961)  
United States v. Grinnell Corp., 384 U.S. 563, (1966)  
United States v. Loew's Inc., 371 U.S. 38, (1962)  
United States v. Colgate & Co., 250 U.S. 300 (1919)  
U. S. Steel Corp. v. Fortner Enters., Inc., 429 U.S. 610 (1977)  
Verizon Communications, Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, 540 U.S. 398 (2004)  
Weyerhaeuser Co. v. Ross-Simmons Hardwood Lumber Co. Inc., 549 U.S. 312 (2007)

### **ABD Bölge Mahkemeleri Kararları**

Barry Wright Corp. v. Itt Grinnell Corp., 724 F.2d 227 (1983).  
Brantley v. NBC Universal, Inc., (675 F.3d 1192 (9th Cir.) 2012)  
Cascade Health Solutions v. PeaceHealth, 515 F.3d 883 (9th Cir. 2008)  
Concord Boat Corp. v. Brunswick Corp., 207 F.3d 1039 (8th Cir. 2000)  
LePage's Inc. v. 3M, 324 F.3d 141 (3d Cir. 2003)  
United States v. Microsoft Corp., 253 F.3d 34 (D.C. Cir. 2001)  
Virgin Atlantic Airways LTD v. British Airways PLC, 257 F.3d 256 (2d Cir. 2001)  
ZF Meritor, LLC v. Eaton Corp., 696 F. 3d 254 (2012).

### **ABD Alt Derece Mahkemeleri Kararları**

Information Resources, Inc. v. Dun & Bradstreet Corp., 359 F. Supp. 2d 307 (S.D.N.Y. 2004)  
Ortho Diagnostic Systems, Inc. v. Abbott Laboratories, Inc. 920 F. Supp. 455, 458 (S.D.N.Y. 1996);  
SmithKline Corp. v. Eli Lilly & Co., 427 F. Supp. 1089 (E.D. Pa. 1976)  
Virgin Atlantic Airways LTD v. British Airways PLC, 69 F. Supp. 2d 571 (S.D.N.Y. 1999)

### **Avrupa Adalet Divanı Kararları**

AKZO Chemie v. Commission, Case C-62/86, [1991] ECR I-3359  
British Airways v. Commission, Case C-95/04 P [2007]  
Commercial Solvents v. Commission, C-7/73 [1974] ECR 223  
Compagnie Maritime Belge Transports SA and Others v Commission, Joined Cases C-395/96 P and C-396/96 P, [2000] ECR I-1365  
Continental Can v. Commission, Case C-6/72 [1973] ECR 215  
Deutsche Telekom AG v. Commission, Case-280/08P [2010] ECR I-9555  
France Télécom SA v Commission, Case C-202/07 P [2009], ECR I-2369  
Hoffmann-La Roche & Co. AG v. Commission, Case C-85/76 (1979) ECR 461  
IMS Health GmbH & Co OHG v. NDC Health GmbH & Co KG, Case C-418/01, [2004] ECR I-5039  
Konkurrensverket v. TeliaSonera Sverige AB, Case C-52/09  
Michelin v Commission (Michelin-I), Case C-322/81, [1983] ECR 3461  
Oscar Bronner v. Mediaprint Case C-7/97 [1998] ECR I-7791  
Post Danmark A/S v Konkurrenserådet, Case C-209/10, [2012]  
Solvay SA v. Commission, Case C-455/11 P, [2013].  
Tomra v. Commission, Case C-549/10P [2012]

### **Genel Mahkeme Kararları**

BPB Industries plc and British Gypsum Ltd v. Commission, Case T-65/89 [1993] ECR II-389  
British Airways v. Commission, Case T-219/99 [2003] ECR II-5917  
Compagnie Maritime Belge Transports SA and Others v. Commission, T-24/93, T-25/93, T-26/93, T-28/93 (1996) ECR II-1201  
Deutsche Telekom v. Commission, Case T-271/03 [2008] ECR II-477  
France Télécom v Commission, Case T-340/03 [2007] ECR II-107  
Hilti v. Commission, Case T-30/89 [1994] ECR II-1439  
Irish Sugar plc v. Commission, Case T-228/97, [1999] ECR II-2969  
Michelin v. Commission, Case T-203/01 [2003] ECR II-4071  
Microsoft Corp v Commission, Case T-201/04 [2007] ECR II-3601  
Solvay SA v. Commission, Case T-57/01, [2009] ECR II-4621  
Tetra Pak International SA v Commission, Case T-83/91 [1994] ECR II-755  
Van den Bergh Foods Ltd v Commission, Case T-65/98 [2003] ECR II-4563

### **Avrupa Komisyonu Kararları**

Deutsche Post AG, COMP/C-1/36.915, OJ [2001] L 331/41  
ECS/AKZO, OJ [1985] L374/1  
Intel, Case COMP/C-3/37.990, OJ [2009] C 227/13  
Microsoft, COMP/ 37.792 [2004] OJ L32  
Wanadoo Espana v Telefonica, OJ 2008 C 83/5

### **Rekabet Kurulu Kararları**

02-44/518-213 sayılı karar  
03-28/347-147 sayılı karar  
03-03/25-7 sayılı karar  
03-71/867-371 sayılı karar  
03-56/655-301 sayılı karar  
03-06/59-21 sayılı karar  
04-69/988-243 sayılı karar  
04-09/82-22 sayılı karar  
04-66/955-231 sayılı karar  
04-07/75-18 sayılı karar  
05-80/1106-317 sayılı karar  
05-24/281-76 sayılı karar  
05-10/86-33 sayılı karar

05-10/81-30 sayılı karar  
05-07/62-2 sayılı karar  
06-59/775-M(1) sayılı karar  
06-02/47-8 sayılı karar  
06-24/304-71 sayılı karar  
06-13/152-37 sayılı karar  
06-35/444-116 sayılı karar  
06-66/887-256 sayılı karar  
07-19/188-60 sayılı karar  
07-63/777-283 sayılı karar  
07-13/101-30 sayılı karar  
07-19/192-63 sayılı karar  
07-47/506-181 sayılı karar  
08-01/6-5 sayılı karar  
08-57/912-363 sayılı karar  
08-57/912-363 sayılı karar  
08-69/1113-430 sayılı karar  
08-52/791-320 sayılı karar  
08-65/1055-411 sayılı karar  
08-41/556-209 sayılı karar  
09-34/787-192 sayılı karar  
09-47/1160-294 sayılı karar  
09-07/126-37 sayılı karar  
09-07/127-38 sayılı karar  
09-07/128-39 sayılı karar  
09-39/949-236 sayılı karar  
09-58/1405-367 sayılı karar  
09-59/1441-376 sayılı karar  
09-35/877-206 sayılı karar  
09-60/1490-379 sayılı karar  
10-68/1445-545 sayılı karar  
10-65/1356-499 sayılı karar  
10-69/1458-557 sayılı karar  
10-52/993-357 sayılı karar  
10-16/189-73 sayılı karar  
10-69/1450-550 sayılı karar  
10-45/813-271 sayılı karar  
10-08/69-33 sayılı karar  
10-14/175-66 sayılı karar

10-27/380-135 sayılı karar  
10-20/260-96 sayılı karar  
11-03/42-14 sayılı karar  
11-18/341-103 sayılı karar  
11-23/436-134 sayılı karar  
11-57/1476-532 sayılı karar  
11-57/1477-533 sayılı karar  
11-18/341-103 sayılı karar  
11-34/742-230 sayılı karar  
12-33/922-281 sayılı karar  
12-53/1480-509 sayılı karar  
12-49/1431-484 sayılı karar  
12-25/728-208 sayılı karar  
12-64/1636-59 sayılı karar  
12-10/328-98 sayılı karar  
12-24/710-198 sayılı karar  
12-57/1540-553 sayılı karar  
12-62/1633-598 sayılı karar  
12-53/1490-518 sayılı karar  
12-59/1575-576 sayılı karar  
12-47/1413-474 sayılı karar  
13-47/637-276 sayılı karar  
13-27/372-173 sayılı karar  
13-09/127-57 sayılı karar  
13-17/238-116 sayılı karar  
13-27/371-172 sayılı karar

### **Danıştay Kararları**

Danıştay 13. Dairesinin 2005/955E., 2005/3246K. sayılı kararı  
Danıştay 13. Dairesinin 2007/13574E., 2011/486K. sayılı kararı

### **Diğer Kaynaklar**

AB Komisyoneri Neelie Kroes tarafından etki temelli yaklaşımın benimsendiğinin ilan edilmesine ilişkin haber.

[http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-08-1877\\_en.htm?locale=en](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-08-1877_en.htm?locale=en),

Erişim tarihi:08.02.2014.

Advocate General Mazák's Opinion in France Télécom, 25 Sep. 2008.

Massimo MOTTA Tarafından 2008 Yılında Yapılan “The European Commission's Guidance Communication On Article 82” Başlıklı Sunum Metni.

<http://www.barcelonagse.eu/Pdf.php?id=671>, Erişim Tarihi:17.03.2014

VICKERS, J. (2004), “Abuse of Market Power”, Speech to the 31<sup>st</sup> Conference of the European Association for Research in Industrial Economics, Chairman, Office of Fair Trading, Berlin.

[http://www.offt.gov.uk/shared\\_offt/speeches/spe0304.pdf](http://www.offt.gov.uk/shared_offt/speeches/spe0304.pdf), Erişim Tarihi:17.03.2014

Opinion of Advocate General Fennelly, Compagnie Maritime Belge Transport v. Commission, C-395, C-396/96P [2000] ECR 1365.





Üniversiteler Mahallesi  
1597. Cadde No: 9  
06800 Bilkent/ANKARA  
[http:// www.rekabet.gov.tr](http://www.rekabet.gov.tr)