

Uzmanlık Tezleri Serisi No: 85

REKABET KURUMU

ABD VE AB PERSPEKTİFİNDEN
DIŞLAYICI UYGULAMALARIN
TESPİTİNE YÖNELİK
STANDART TARTIŞMALARI

ZEYNEP MADAN

ABD ve AB PERSPEKTİFİNDEN
DIŞLAYICI UYGULAMALARIN
TESPİTİNE YÖNELİK
STANDART TARTIŞMALARI

ZEYNEP MADAN

ANKARA 2008

© Bu eserin tüm telif hakları
Rekabet Kurumuna aittir. 2009

İlk Baskı, Mayıs 2009
Rekabet Kurumu-Ankara

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

10/6/2008 tarihinde
Rekabet Kurumu Başkan Yardımcısı Fevzi ÖZKAN Başkanlığında,
3 No'lu Daire Başkanı S. Barış ÖZER, Prof. Dr. Osman Berat GÜRZÜMAR,
Prof. Dr. Ejder YILMAZ, Prof. Dr. Erol ÇAKMAK'tan oluşan
Tez Değerlendirme Heyeti önünde savunulan bu tez,
Heyetçe yeterli bulunmuş ve Rekabet Kurulu'nun 20/06/2008 tarih ve
08-40/547 sayılı toplantısında "Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi"
olarak kabul edilmiştir.

ISBN 978-975-8936-64-9

YAYIN NO 0219

*Canım Aileme ve
Tabiki Biricik Eşime...*

İÇİNDEKİLER

Sayfa No

SUNUŞ.....	v
KISALTMALAR.....	vii
GİRİŞ	1

Bölüm 1

DIŞLAYICI UYGULAMALARIN TESPİTİNE YÖNELİK STANDART GEREKSİNİMİ

1.1. MEVZUATTA DIŞLAYICI UYGULAMALARIN SINIRININ ÇİZİLEMESİ.....	5
1.2. AB UYGULAMALARININ ABD UYGULAMALARINA YAKINLAŞMASI VE KARARLARDA YEKNEKLIK BEKLENTİSİ.....	7
1.2.1. ABD Uygulamasının Gelişimi ve Eğilimleri.....	8
1.2.2. AB Uygulamasının Gelişimi ve Eğilimleri	10
1.2.3. ABD-AB Yakınlaşması.....	11
1.2.4. British Airways Olayı.....	13
1.2.4.1. British Airways (ABD)	13
1.2.4.2. British Airways (AB)	14

Bölüm 2

DIŞLAYICI UYGULAMALARIN TESPİTİNE YÖNELİK ABD ANTİTRÖST HUKUKUNDAKİ STANDART TARTIŞMALARI

2.1. BROOKE KARARI ve BROOKE TESTİ	16
2.1.1. Brooke Testinin Uygulaması.....	17
2.1.2. Brooke Testine Getirilen Eleştiriler.....	18
2.2. KÂRDAN FEDA TESTİ (Profit-Sacrifice Test -P-S Testi).....	19
2.2.1. Kârdan Feda Testinin Uygulaması	19
2.2.2. Kârdan Feda Testi ve Brooke Testi Arasındaki Farklar	23
2.2.3. Kârdan Feda Testine Getirilen Eleştiriler.....	24
2.3. İKTİSADİ AÇIDAN ANLAMLI OLMAYAN DAVRANIŞ TESTİ (No Economic Sense Test-NES Testi)	25
2.3.1. İktisadi Açıdan Anlamli Olmayan Davranış Testinin Uygulaması	25
2.3.2. İktisadi Açıdan Anlamli Olmayan Davranış Testi ile Kârdan Feda Testinin Karşılaştırması	27

2.3.3. İktisadi Açından Anlamalı Olmayan Davranış Testine Getirilen Eleştiriler	28
2.4. EŞİT ETKİNLİKTEKİ FİRMA TESTİ (The Equally Efficient Firm Test-EEF Testi).....	28
2.4.1. Eşit Etkinlikteki Firma Testinin Uygulaması	29
2.4.2. Eşit Etkinlikteki Firma Testine Getirilen Eleştiriler.....	31
2.5. TÜKETİCİ REFAHI TESTİ (Consumer Welfare Test-CW Testi).....	32
2.5.1. Tüketici Refahı Testinin Uygulaması.....	33
2.5.1.1. Net Etki Testi (Balancing Test).....	35
2.5.1.2. Orantısızlık Testi (Disproportion Test)	38
2.5.2. Tüketici Refahı Testi ile Kârdan Feda Testinin Karşılaştırması	40
2.5.3. Tüketici Refahı Testine Getirilen Eleştiriler.....	41
2.6. ELHAUGE ETKİNLİK TESTİ (Elhauge Efficiency Test-EE Testi)	42
2.6.1. Elhauge Etkinlik Testinin Uygulaması.....	43
2.7. PER SE YASAL TESTİ (Per se Legality Test).....	45
2.8. ABD HUKUKUNUN DEĞERLENDİRMESİ	46

Bölüm 3
DIŞLAYICI UYGULAMALARIN TESPİTİNE YÖNELİK
AB REKABET HUKUKUNDAKİ
STANDART TARTIŞMALARİ ve REFORM ÇALIŞMALARİ

3.1. RA’NİN 82. MADDESİ UYGULAMALARI VE REFORM İHTİYACI.....	54
3.2. REFORM ÇALIŞMALARİ ve TARTIŞMA METNİ	56
3.2.1. İktisadi/Etki Temelli Yaklaşım	57
3.2.2. Tüketici Refahı Yaklaşımı	58
3.2.3. Tartışma Metni’nde Dışlayıcı Uygulamaların Tespitine Yönelik Önerilen Testler	59
3.2.3.1. Eşit Etkinlikteki Firma Testi	60
3.2.3.2. Tüketici Refahı Testi	62
3.2.3.3. Tartışma Metni’nde Yer Verilen Diğer Testler	64
3.2.4. Tartışma Metni’ne Getirilen Eleştiriler	65
3.2.4.1. Eşit Etkinlikteki Firma Testine Getirilen Eleştiriler.....	65
3.2.4.2. Tüketici Refahı Testine Getirilen Eleştiriler	67
3.2.4.3. Tartışma Metni’nde Yer Verilen Diğer Testlere Getirilen Eleştiriler	67

3.2.4.4. Tartışma Metni'nde Tüketici Refahı Yaklaşımına Sadık Kalınmadığı Yönündeki Eleştiriler.....	68
3.2.4.5. Tartışma Metni'nin Şekilci Yaklaşımın İzlerini Taşıdığı için Tutarsız Olduğu Yönündeki Eleştiriler	68
3.2.4.6. Tartışma Metni'nin Yeterince Açık Olmadığı Yönündeki Eleştiriler	69
3.3. AB HUKUKUNUN DEĞERLENDİRMESİ.....	69

Bölüm 4

DIŞLAYICI UYGULAMALARIN TESPİTİNE YÖNELİK TÜRK REKABET HUKUKUNDAKİ STANDART TARTIŞMALARI ve AB REFORM ÇALIŞMALARININ ETKİLERİ

4.1. REKABET KURULU KARARLARI.....	73
4.1.1. TTAŞ Kararı.....	73
4.1.2. Karbogaz Kararı	76
4.1.3. Yemek Sepeti Kararı	78
4.1.4. Coca Cola Kararı.....	79
4.1.5. Frito Lay Kararı.....	80
4.2. AB REFORM ÇALIŞMALARININ TÜRK REKABET HUKUKU UYGULAMALARI BAKIMINDAN ETKİLERİ.....	81
SONUÇ	83
ABSTRACT	86
KAYNAKÇA	87

SUNUŞ

1994 yılında kabul edilen 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un uygulanmasını sağlamak üzere, 1997 yılında kurulan Rekabet Kurumu, 12 yıl gibi kısa bir sürede, piyasalarda kartelleşme ve tekelleşmeyi engellemek yönünde önemli adımlar atmıştır. Bu sayede, tüketicilerin, gıdadan sağlığa, barınmadan ısınmaya, iletişimden ulaşımaya, kısacası yaşamın her alanında daha kaliteli ürünü, daha ucuza ve daha çok satın alabilmeleri sağlanmıştır. Bu başarılar sayesinde de, Rekabet Kurumu, yalnızca Türkiye'deki kurumlar arasında değil, dünyadaki rekabet otoriteleri arasında da hak ettiği yeri almaya başlamıştır. Nitekim Avrupa Birliği Komisyonu ilerleme raporları ile OECD gözden geçirme raporlarında bu durum ifade edilmekte ve Kurumun ulaştığı idari kapasite ve mesleki düzey takdirle karşılanmaktadır.

Rekabet Kurumunun ulaştığı idari kapasite ve mesleki düzeyin bir yansıması uzmanlık tezleridir. Rekabet uzman yardımcıları, üç yılı aşan mesleki çalışmalarından elde ettikleri tecrübeleri, yoğun bilimsel araştırmalarla birleştirerek tez hazırlamaktadır. Rekabet hukuku, politikası ve sanayi iktisadı alanlarındaki bu tezler, öğretim üyelerinin de bulunduğu bir Tez Değerlendirme Heyeti önünde savunulmakta ve yeterli bulunması halinde Rekabet Kurulunca kabul edilmektedir. Bu sayede daha önce ele alınmamış pek çok konuda değerli eserler ortaya çıkmaktadır.

Bu eserlerin yayımlanarak, doktrine katkı sağlanması ve toplumun rekabet konusunda bilgilendirilmesi, rekabet otoritelerinin en önemli görevleri arasında yer alan rekabet savunuculuğunun bir parçasını teşkil etmektedir. Böylece, Rekabet Kurumu, toplumu bilgilendirme hedefine yönelik rekabet savunuculuğu çerçevesinde, tek başına veya üniversiteler, barolar ve benzeri örgütlerle işbirliği halinde yürütmekte olduğu, konferanslar, sempozyumlar, eğitim ve staj programları düzenlemek gibi faaliyetlerine ilave bir etkinlikte bulunmaktadır. Tezlerini tamamlayan ve Rekabet Uzmanı unvanını alan bütün arkadaşlarımı gönülden kutluyorum, başarılar diliyorum. Bu çerçevede, uzmanlık tezlerini, önemli bir başvuru kaynağı olacağı inancıyla ilgili kamuoyunun bilgisine sunuyoruz...

Prof. Dr. Nurettin KALDIRIMCI
Rekabet Kurumu Başkanı

KISALTMALAR

AAC	: Average Avoidable Cost (Ortalama Kaçınılabilir Maliyet)
AB	: Avrupa Birliği
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
Agk	: Adı geçen karar
AMC	: Antitrust Modernization Commission (Antitröst Modernizasyon Komitesi)
AR-GE	: Araştırma ve Geliştirme
AT	: Avrupa Toplulukları
ATAD	: Avrupa Toplulukları Adalet Divanı
ATC	: Average Total Cost (Ortalama Toplam Maliyet)
AVC	: Average Variable Cost (Ortalama Değişken Maliyet)
BA	: British Airways
Bkz. (bkz.)	: Bakınız
CW	: Consumer Welfare
DOJ	: Department of Justice (ABD Adalet Bakanlığı)
EAGCP	: Economic Advisory Group on Competition Policy (Rekabet Politikası Ekonomik Danışma Kurulu)
EEF	: Equally Efficient Firm
FTC	: Federal Trade Commission (Federal Ticaret Komisyonu)
ICN	: International Competition Network (Uluslararası Rekabet Ağı)
m.	: madde
NES	: No Economic Sense
OECD	: Organization of the Economic Cooperation (Ekonomik Kalkınma ve İşbirliği Örgütü)

para. : Paragraf
P-S : Profit-Sacrifice
RA : Roma Antlaşması

GİRİŞ

Sanayi ve teknolojide yaşanan gelişmelerle birlikte küresel çapta devam eden birleşme/devralma dalgası ve çokuluslu şirketlerin ulusal pazarlara girmeye başlaması, pazar gücü yüksek firmaları yaygınlaştırmıştır. Bu firmalar, sahip oldukları pazar gücünü rekabeti sınırlayıcı bir şekilde kötüye kullanabilmektedir. Piyasadaki rekabet ortamına zarar veren bu tür davranışlara karşı hukuk düzeninin sessiz kalması beklenemez. Bu nedenle pazar gücü yüksek firmaların artışıyla birlikte, rekabeti kısıtlayıcı dışlayıcı uygulamaların (dışlayıcı uygulamalar) önlenmesine yönelik etkili hukuki düzenlemelere olan ihtiyaç daha da önemli bir hale gelmiştir.

Dışlayıcı uygulamaların kontrolüne ilişkin hukuki düzenleme Amerika Birleşik Devletleri'nde (ABD), Sherman Yasası'nın 2. kısmında "tekelleşme" kapsamında ele alınmaktadır. Avrupa Birliği'nde (AB) ise Roma Antlaşması'nın (RA) 82. maddesinde "*hâkim durumun kötüye kullanılması*" başlığı altında değerlendirilmektedir.

Her iki hukuki düzenlemede de dışlayıcı uygulamaların tanımına ve kapsamına ilişkin bir açıklamaya rastlanılmamaktadır. Mevzuattaki bu boşluk içtihat ile doldurulmaya çalışılmaktadır. Ancak, oluşturulan içtihat da henüz dışlayıcı uygulamaların, diğer mahkeme ve teşebbüslere kılavuzluk edecek nitelikte genel bir tanımından yoksundur. Diğer taraftan, yüzyılı aşan bir tarihi olan ve birçok uygulama alanına ilişkin birden fazla kılavuzun yayımlandığı ABD antitröst hukukunda, Sherman Yasası'nın 2. kısmı uygulamalarına ilişkin herhangi bir açıklayıcı kılavuz bulunmamaktadır. Aynı şekilde, ABD uygulamalarına göre yeni sayılan AB hukukunda da AB Komisyonu (Komisyon), RA'nın 82. maddesi uygulamalarına ilişkin herhangi bir kılavuz yayımlanmamış olup, hâlihazırda dışlayıcı uygulamaların tespitine ilişkin hukuki standart arayışı içerisinde.

Ayrıca AB'de son dönemde RA'nın teşebbüslerin fiyat belirleme ve kartel oluşturma gibi yollarla rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalar yapmalarını yasaklayan 81. madde uygulamaları bakımından önemli mevzuat değişiklikleri gerçekleştirilmiş; 82. madde uygulamaları bakımından da reform çalışmaları başlatılmıştır. Bu mevzuat değişiklikleri ve reform çalışmaları sonucunda

rekabet hukuku uygulamalarında, *iktisadi/etki temelli yaklaşım* benimsenmiştir. Böylece AB rekabet uygulamaları, iktisadi/etki temelli yaklaşımı uzun zamandır kullandığı bilinen ABD antitröst uygulamalarına büyük ölçüde yakınlaşmıştır. Söz konusu yakınlaşmaya rağmen, hâkim durumun kötüye kullanılması ve tekelleşme kapsamında hem Komisyon'da hem de ABD'de görülen *British Airways* gibi önemli bir davada farklı kararlar alınması, olağan akademik tartışmaların ötesinde politik tartışmaları da beraberinde getirmiştir. Bu tartışmalarla getirilen eleştiriler, Atlantik'in iki yakasında da dışlayıcı uygulamaların tespitine ilişkin hukuki standart arayışını hızlandırmıştır.

Tüm bu gelişmeler neticesinde ABD'de, Adalet Bakanlığı (DOJ) ve Federal Ticaret Komisyonu (FTC) tarafından Sherman Yasası'nın 2. kısmı kapsamında kullanılacak standartlara ilişkin seri halinde duyurular yayımlanarak kamuoyunun görüşüne açılmış ve konu ile ilgili bir dizi tartışma toplantıları düzenlenmiştir. AB'de ise RA'nın 82. maddesi uygulamalarına ilişkin uzun zamandır beklenen kılavuz çalışmasını başlatmak amacıyla Komisyon tarafından bir Tartışma Metni (*Discussion Paper*) yayımlanarak kamuoyunun görüşüne sunulmuştur. Bütün bu tartışmalar sonucunda, söz konusu belirsizlikleri giderecek birer kılavuz yayımlanması beklenmektedir.

Dışlayıcı uygulamaların tespitine ilişkin standartlar ABD ve AB'de yoğun bir şekilde tartışılmakta olup, konunun ülkemizde de ele alınması, hem iktisadi/etki temelli yaklaşımı benimseyerek ABD standartlarına yaklaşan AB uygulamalarına paralellik sağlanması, hem de tüm bu gelişmelerin sonucunda yayımlanması olası "*hâkim durumun kötüye kullanılmasının tespitine ilişkin kılavuz*" öncesinde, Türk rekabet literatüründe de benzer standart tartışmalarına imkân tanınması adına son derece önemlidir.

Bu çerçevede çalışmada, ABD ve AB uygulamalarının gelişimine ilişkin bilgi verilmesi yanında, Türk rekabet hukukunun önemli unsurlarından birini teşkil eden hâkim durumun kötüye kullanılmasına ilişkin olası tartışmalar da, analitik bir şekilde incelenmiştir. Böylece çalışmada, Türk hukuk sisteminin bir parçasını teşkil eden rekabet hukukuna katkı sağlanması da hedeflenmiştir.

Bu amaçla çalışmanın birinci bölümünde, dışlayıcı uygulamaların tespitine ilişkin hukuki standartlara duyulan gereksinime yer verilmiştir. İkinci bölümde, antitröst hukuku uygulamalarında tecrübe birikimine ve literatürde öncü role sahip olan ABD'de tekelleşmenin tespitine yönelik olarak kullanılması önerilen testler (standartlar) ve bunlara ilişkin yapılan tartışmalar ayrıntılı bir şekilde ele alınmıştır. Üçüncü bölümde, AB rekabet hukukunda RA'nın 82. maddesine ilişkin sürdürülen reform çalışmalarına değinilmiştir. Bu çerçevede, kamuoyunun görüşüne açılan Tartışma Metni'nde önerilen hâkim durumun kötüye kullanılmasının tespitine yönelik kullanılacak testlere yer verilmiştir.

Dördüncü ve son bölümde ise hâkim durumun kötüye kullanılmasının tespitiyle ilgili olarak Rekabet Kurulu kararlarına değinilerek, ülkemiz uygulaması ortaya konulmaya çalışılmıştır. Bu bölümde ayrıca ABD'deki son gelişmeler ışığında RA'nın 82. maddesine ilişkin reform çalışmalarının Türk rekabet hukuku uygulamasına olası etkileri irdelenerek, bu çerçevede ülkemiz rekabet hukukuna ilişkin kapsamlı bir projeksiyon sunulmaya çalışılmıştır.

BÖLÜM 1

DIŞLAYICI UYGULAMALARIN TESPİTİNE YÖNELİK STANDART GEREKSİNİMİ

Dışlayıcı uygulamaların rekabet otoritelerince nasıl ele alınacağı son yılların en çok tartışılan konularından birisi olmuştur. ABD’de DOJ ve FTC dışlayıcı uygulamalara ilişkin duyurular yayımlamışlardır¹. Bu duyurular akademik çevrelerce tekelleşmenin tespiti için gerekli hukuki standart bulma yolunda sürdürülen arayışa ivme katmıştır.

Antitröst Modernizasyon Komisyonu (AMC)² da dışlayıcı uygulamalara ilişkin bir rapor yayımlayarak tartışmalara katılmıştır³. AMC söz konusu raporunda, dışlayıcı uygulamaların tespitinde kullanılmak üzere hukuki standartlara ihtiyaç olduğunu ve bu nedenle ileriki günlerde bu konu üzerinde yoğunlaşılacağını duyurmuştur. İlgili çevrelerin rapora ilişkin görüşlerinin değerlendirilmesi sonucunda, AMC tarafından Sherman Yasası 2. kısmı uygulamaları bakımından reform ihtiyacı ortaya konularak, gerekli yasal değişikliklerin yapılması için Kongre’ye tavsiyelerde bulunulması beklenmektedir.

Yukarıda bahsedildiği üzere tekelleşmenin tespitine ilişkin standart bulma arayışı ABD’de öyle yoğun bir şekilde cereyan etmektedir ki, Gavil (2004,5) tarafından “*dışlayıcı uygulamalar tespit savaşı*” benzetmesi yapılmıştır. Dışlayıcı uygulamaların tespiti için ihtiyaç duyulan standartlar ABD’de olduğu kadar AB’de de gözden geçirilmektedir. Komisyon’un konuya ilişkin yayımlamış olduğu Tartışma Metni’nde⁴, hukuki belirsizliklerin giderilmesi ve

¹FTC/DOJ duyuruları, <http://www.ftc.gov/opa/2006/06/section2.htm> (FTC/DOJ)

²Antitröst Modernizasyon Komisyonu, ihtiyaç duyulan reformları Kongre’ye (Congress) rapor etmesi ve reformlar için gerekli hazırlığı yapması için 2002 yılında görevlendirilmiştir.

³Antitröst Modernizasyon Komisyonu’nun (AMC) dışlayıcı uygulamalara ilişkin duyurusu (2005) http://www.amc.gov/commission_hearings/exclusionary_conduct.htm

⁴DG Competition Discussion Paper on The Application of Article 82 of Treaty to Exclusionary Abuses, 2005, (<http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf>)

kötüye kullanmanın sınırlarının çizilmesi amacıyla çeşitli testler önerilmektedir. İlgili çevrelerin Tartışma Metni'ne ilişkin görüşlerinin de değerlendirilmesi sonucunda Komisyon'un 82. madde uygulamalarına ilişkin bir kılavuz yayımlaması beklenmektedir.

Ekonomik Kalkınma ve İşbirliği Örgütü (OECD) ve Uluslararası Rekabet Ağı (ICN) gibi uluslararası kuruluşlarca da konuya ilişkin çeşitli panel ve konferanslar düzenlenmiş, ICN çatısı altında dışlayıcı uygulamaları değerlendirmek üzere bir çalışma grubu oluşturulmuştur⁵.

Dışlayıcı uygulamaların tespitine ilişkin standart bulma arayışının, yukarıda bahsedildiği üzere rekabet hukuku ve uygulamaları alanında son yılların en ilgi çekici konusu olmasının nedenleri aşağıda incelenmektedir.

1.1. MEVZUATTA DIŞLAYICI UYGULAMALARIN SINIRININ ÇİZİLEMESİ

ABD hukukunda, tekelleşmenin önlenmesine ilişkin hukuki düzenleme Sherman Yasası'nın 2. kısmında yer almaktadır. Ancak daha önce belirtildiği üzere, 2. kısımda tekelleşmenin sınırlarına ilişkin bir açıklama yapılmamıştır. Bu nedenle söz konusu kavram içtihatlarla şekillenmiştir. Bununla birlikte ABD mahkemelerinin yaratmış olduğu içtihat da "*tekelleşme*"nin tutarlı ve uygulanabilir nitelikte genel bir tanımı yapılamamıştır.

ABD'de içtihat hukuku açısından Yüksek Mahkeme'nin *Grinnel* kararında⁶, vermiş olduğu *tekelleşme* tanımı uygulamada genel kabul görmüştür. Kararda tekelleşme "...*üstün ürün, iş aklı, tarihi olaylar sonucunda ortaya çıkan büyüme ve gelişmeden farklı olarak tekel gücünün bilerek ve isteyerek elde edilmesi ya da korunması...*" olarak tanımlanmıştır. Yüksek Mahkeme birçok kararını da bu tanıma atıfta bulunarak vermiştir⁷. Ancak anılan tanım antitröst hukuku aracılığıyla korunması amaçlanan rekabetçi davranışları rekabeti kısıtlayıcı olan dışlayıcı uygulamalardan ayırt etmede uygulanabilir ve tutarlı bir standart sunmamaktadır. Çünkü Mahkeme'nin, "*üstün ürün*" ve "*iş aklı*" gibi terimlerin ne anlama geldiği ya da "*üstün ürün, iş aklı, tarihi olaylar sonucunda ortaya çıkan büyüme ve gelişme*" kategorisinde bulunan davranışların neler olduğu konusunda bir açıklaması bulunmamaktadır. Ayrıca "*bilerek ve isteyerek elde edilmesi*" şeklindeki niyet unsurunun aranması da tanımı belirsiz ve muğlak kılmıştır (Gavil 2004, 11). Anılan nedenlerden ötürü *Grinnel* kararından bu yana Sherman Yasası'nın 2. kısmının kapsamı konusundaki tartışmalar devam etmektedir (Lao 2006, 1).

⁵ICN, <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/index.php/en/newsroom/2006/05/5/2>

⁶*Grinnell Corp. v. United States*, 384 U.S. 563, 570-71 (1966)

⁷*Eastman Kodak Co. v. Image Technical Servs., Inc.*, 504 U.S. 451 (1992)

Yüksek Mahkeme'nin Grinnel kararında vermiş olduğu tanımın uygulamadaki sorunları çözmekten uzak olması, Mahkeme'yi yeni bir tanım belirleme arayışına itmiştir. Nitekim *Aspen* davasında Mahkeme, Areeda ve Turner (1978, 79)'in çalışmalarına atıfta bulunarak⁸, dışlayıcı uygulamalara ilişkin yeni bir tanım geliştirmiştir. Buna göre dışlayıcı uygulamalar,

...tekelleşme sayılmayan rekabetçi davranışlar (competition on the merits) dışındaki rakiplerin faaliyetlerini engelleyen ya da söz konusu rekabetçi davranışlar kapsamında olup rekabeti gereğinden fazla kısıtlayan davranışlar...

şeklinde tanımlanmıştır.

Bu tanım tekelleşme uygulamalarının genel bir standart ile tespit edilebileceği düşüncesini teşvik etmiştir. Ancak hukuka aykırılık açısından belirleyici olduğu anlaşılan “*tekelleşme sayılmayan rekabetçi davranış*” kavramının kendisi de ayrıca tanımlanmaya ihtiyaç duymaktadır⁹. Tanımlayıcı kavramların da standart bir açıklamasının olmaması bu tanımın da tekelleşmenin tespiti için gerekli ve tutarlı ölçütlerden yoksun olduğunu göstermektedir. Buna rağmen ABD otorite ve mahkemeleri dışlayıcı uygulamaların tespitinde genel bir açıklaması olmayan ve son derece popüler olan “*tekelleşme sayılmayan rekabetçi davranış*” kavramına atıfta bulunmayı geleneksel hale getirmişlerdir (OECD 2005a, 17).

AB rekabet hukukunda ise hâkim durumun kötüye kullanılmasına yönelik düzenleme RA'nın 82. maddesinde yer almaktadır. Maddede kötüye kullanmanın sınırlarını net bir şekilde ortaya koyan bir tanım bulunmamakta; onun yerine bentler halinde tahdidi olmayan örnek kötüye kullanma halleri sayılmaktadır. Kanun koyucu, bu şekilde sadece genel esasları belirlemekle yetinmiştir. Anılan düzenlemede yer alan esaslar dışındakiler ise Topluluk mahkemeleri ve Komisyon kararlarıyla yön bulmuştur.

Avrupa Topluluğu Adalet Divanı'nın (ATAD), *Hoffmann La Roche* davasında¹⁰ “*hâkim durumun kötüye kullanılması*” kavramına ilişkin olarak verdiği tanım uygulamada genel kabul görmüştür. Söz konusu davada hâkim durumun kötüye kullanılmasının tanımı şu şekilde yapılmıştır:

Hâkim durumdaki teşebbüsün varlığı ile doğrudan ilişkili olan ve normal rekabeti (*normal competition*) gerektiren yöntemlerden farklı yöntemleri

⁸Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp., 472 U.S. 585 (1985), 595-96, 605, n. 32

⁹Bu kavram Areeda ve Turner (1978, 79)'un çalışmasında “sömürücü olmayan fiyatlama, daha yüksek üretim miktarı ve geliştirilmiş ürün kalitesi ve yüksek pazar penetrasyonu ve başarılı Ar-Ge çalışmaları ve maliyet azaltıcı yatırım ve benzeri” şeklinde örneklerle izah edilmeye çalışılmıştır.

¹⁰Case 85/76 Hoffman-La Roche v. EC Commission (1979) ECR 461, (1979) 3 CMLR 211, 91.

uygulayarak piyasanın mevcut yapısını etkileyen ve bu doğrultuda rekabeti sınırlandıran her türlü davranış hâkim durumun kötüye kullanılmasıdır.

RA'nın 82. maddesine ilişkin birçok kararda atıfta bulunulan bu tanıma göre kötüye kullanmanın varlığının tespiti için iki koşul aranmaktadır¹¹. İlk koşulda hâkim teşebbüsçe normal rekabet oluşturan şartların dışındaki metotların kullanılmış olması, ikinci koşulda ise bu metotların piyasadaki mevcut rekabetçi yapının devamını ya da gelişmesini engelleyici etkiye sahip olması aranmaktadır.

Ancak, hukuka aykırılık açısından belirleyici olduğu anlaşılan "*normal rekabeti oluşturan şartların dışındaki metotların kullanılması*" unsuru, hâkim durumun kötüye kullanılmasının tespitinde yasal belirliliği ve uygulanabilirliği sağlamaktan uzaktır (Akman 2006b, 11).

Hâkim durumun kötüye kullanılması kavramının tanımının yapılmasında karşılaşılan zorluk nedeniyle, bu kavramın geniş yorumlanması Komisyonca bir çözüm olarak görülebilmektedir. Ancak kötüye kullanmanın geniş olarak yorumlanmasının RA'nın 82. maddesinin Komisyon'un elinde "*keskin bir bıçak*" haline getirebileceği yönünde endişeler bulunmaktadır (Şiramun 2005, 33). Hâlihazırda hâkim durumdaki teşebbüslere yüklenen özen borcu¹² nedeniyle kusurlu olmasalar bile bu teşebbüslerin davranışlarının pazardaki rekabet üzerindeki etkilerini öngörebilmesi ve davranışlarını bu çerçevede kontrol altında tutması beklenmektedir. Tüm bu nedenlerle hâkim durumdaki teşebbüsler, sorumluluklarını tam olarak yerine getirebilmek için hâkim durumun kötüye kullanılması tanımının sınırlarını bilmek istemektedirler (Şiramun 2005, 34).

1.2. AB UYGULAMALARININ ABD UYGULAMALARINA YAKINLAŞMASI VE KARARLARDA YEKNESAKLIK BEKLENTİSİ

AB son dönemde 81. madde uygulamaları bakımından önemli mevzuat değişiklikleri gerçekleştirmiş, 82. madde uygulamaları bakımından da reform çalışmaları başlatmıştır. Bu mevzuat değişiklikleri ve reform çalışmaları

¹¹"Hâkim durumdaki teşebbüs *normal rekabet* kapsamı dışında faaliyetlerde bulunmamalı", karar için bkz. Case T-203/01 Michelin v [2003], OJEC, 97. "82. madde hâkim teşebbüsün *normal rekabet* dışındaki faaliyetleri ile hâkim durumunu güçlendirmesini veya rakibini pazar dışına itmesini yasaklamaktadır", karar için bkz., Case T-65/98 Van den Bergh Foods Ltd. v. EU Commission 2003 ECR II 4653 (CFI), 4 CMLR 1 (2004),157

¹²Michelin I kararı ile hâkim durumdaki teşebbüslere, sahip oldukları ekonomik güç nedeniyle, davranışlarının pazardaki rekabetçi sürece zarar vermesine müsaade etmemesi şeklinde özel bir sorumluluk yüklenmektedir. Bu nedenle teşebbüsün davranışlarından sorumlu tutulabilmesi için "kusurlu olma" şartı gerekli görülmemektedir. Karar için bkz. Case 322/81 Michelin v. EC Commission (1983) ECR 461, [1985] 1 CMLR 2

sonucunda rekabet hukuku uygulamalarında, *iktisadi/etki temelli yaklaşım* benimsenmiştir. Böylelikle AB uygulamaları, hukuka uygunluk denetiminde ihlale konu davranışın *iktisadi* analizlerle tüketici refahı üzerindeki *etkilerini* esas aldığı bilinen ABD uygulamalarına büyük ölçüde yakınlaşmıştır. Bu gelişme uluslararası uygulamalarda yeknesaklık beklentisini artırmıştır (Pera ve Auriccho 2005, 2). Ancak söz konusu yakınlaşmaya rağmen hâkim durumun kötüye kullanılması ve tekelleşme kapsamında hem Komisyon'da hem de ABD'de görülen *British Airways* gibi önemli bir davada¹³ farklı kararlar alınmıştır. Bu dava sonucunda gündeme getirilen eleştiriler, Atlantik'in iki yakasında da dışlayıcı uygulamaların tespitine ilişkin hukuki standart arayışlarını tetiklemiştir.

Bu çerçevede, ilerleyen kısımlarda 82. madde kapsamındaki reform çalışmalarını ve önümüzdeki dönemde tecrübe edilecek olan AB uygulamalarını daha iyi anlayabilmek için öncelikle ABD antitröst hukuku tarihi içerisindeki iktisadi/etki temelli yaklaşımın gelişimine ayrıntılı bir şekilde yer verilecektir. Daha sonra, AB'de gerçekleşen reform çalışmaları ile AB uygulamalarının ABD uygulamalarına yaklaştığı ortaya konulmaya çalışılacaktır. Son olarak *British Airways* davası irdelenecektir.

1.2.1. ABD Uygulamasının Gelişimi ve Eğilimleri

Rekabet hukuku iktisat ile hukuk biliminin iç içe girdiği bir alan olduğu için 1890 yılında Sherman Yasası'nın kabulü hukuk ve iktisat biliminin birlikte kullanılmasını yaygınlaştırmıştır. Bunun yanında söz konusu Yasa'nın kabulünden çok kısa bir süre sonra, bir grup hukukçu ve iktisatçı tarafından, iktisat ve hukuk bilimlerinin birlikte kullanılmasının gerekliliğine dair akademik çalışmalar yapılmaya başlanmıştır (Sirel 2001, 31).

Sherman Yasası'nın ilk uygulama yıllarına denk gelen 1890–1914 arasında, yoğun bir antitröst hukuku müdahalesi tecrübe edilmemişse de mahkemelerce oluşturulan az sayıda içtihat, bu Yasa'nın şekillenmesine yardımcı olmuştur¹⁴. Ayrıca bu dönemde sadece rekabeti kısıtlayan davranışları değil, genel olarak *tüketici aleyhine olabilecek tüm davranışları* yasaklayan FTC Yasası kabul edilmiştir. 1915–1936 yılları arasında ise dönemin sosyal ve ekonomik yapısı gereği antitröst hukuku kuralları daha az uygulanmıştır (Kovacic ve Shapiro 2000, 44-46).

¹³Virgin Atlantic Airways Ltd v. British Airways, 257 F.3d 256 (2d Cir. 2001), Case T-219/99 British Airways v. EC Commission (2003), OJEC C 71 Virgin Atlantic Airways Ltd v. British Airways, 257 F.3d 256 (2d Cir. 2001)

¹⁴Standard Oil Co.of N.J. v. United States, 221 U.S. 1 (1911), American Tobacco Co. v. United States., 221 U.S.106 (1911)

Durgunluk dönemini takip eden 1936–1972 yılları arasında, antitröst uygulamalarında *per se* yasaklara sık sık başvurulmuştur. Antitröst hukuku müdahalelerinin bu şekilde yoğun olarak kullanılması, pazar gücü yüksek firmaların yarattığı etkinliklerin göz ardı edildiği gerekçesiyle, Chicago Okulu temsilcileri tarafından sert bir şekilde eleştirilmiştir¹⁵. Bu dönemde, Chicago Okulu'nun temsilcilerinden olan Posner, ilk defa rekabeti kısıtlayıcı davranışların *per se* yaklaşımlarla değil *tüketici refahı üzerindeki* etkilerine göre değerlendirilmesi gerektiğini savunmuştur (Kovacic ve Shapiro 2000, 49). Aynı dönemde, 19. yüzyılın sonunda yaşanan akımın bir benzeri olarak, ünlü iktisatçı Ronald H. Coase'ın da aralarında bulunduğu ekol tarafından iktisat biliminin hukuk bilimiyle birlikte kullanılması gerekliliği tekrar irdelenmiştir. 1950'lere gelindiğinde ise antitröst hukuku uygulamalarının artması ve bazı iktisatçıların yoğunlaşmaların ekonomi üzerindeki etkilerine ilişkin yapmış olduğu başarılı çalışmaları neticesinde iktisat ve hukuk bilimlerinin birlikte kullanılması gerekliliği kanısı güçlenmiştir (Sirel 2001, 31).

1970'li yılların ortalarında Chicago Okulu'nun etkileri iyice hissedilir olmuş ve antitröst hukuku uygulamalarında *tüketici refahı yaklaşımı* benimsenmiştir. Bu nedenle şekilci (*formalist*) yaklaşımdan daha çok iktisadi/etki temelli yaklaşıma daha sık başvurulmaya başlanmıştır (Pera ve Auricchio 2005, 4). 1980'li yıllarda literatürde firmaların tek taraflı davranışları ile rekabeti kısıtlayamayacakları inancıyla tekelleşmeye yönelik antitröst uygulamaları sınırlı düzeyde kalmıştır (Schweitzer 2007, 8).

İktisadi analizlerin kullanılmasının yaygınlaşmasında, DOJ ve FTC'nin önemli katkıları olmuştur. Her iki kurum da 1980'lerden itibaren ağırlıklı olarak iktisatçı istihdam etmeye başlamışlardır. Aynı dönemde DOJ, İktisat Politika Birimi'ni (*Economic Policy Organization*) oluşturmuş, antitröst uygulamalarının tüm aşamalarına iktisatçıları aktif bir şekilde dâhil etmiştir. Bu dönemde ABD'de gerçekleşen bu değişim kimileri tarafından iktisat biliminin zaferi olarak nitelendirilirken, kimilerince de antitröst otoritelerinin yaptırım gücünü zayıflatacak bir girişim olarak değerlendirilmiştir (Wurmnest 2006, 3).

1990'lardan itibaren antitröst politikası ve uygulamasında daha az müdahaleci bir yaklaşım sergilenmiş ve yapılan incelemelerde detaylı ekonomik analizlere daha fazla yer verilmiştir. 1998 yılına gelindiğinde ise gündemi *Microsoft*¹⁶ davası işgal etmiştir. Bu kararda da iktisadi/etki temelli yaklaşım benimsenmiştir. Söz konusu karardan bu yana da Sherman Yasası'nın 2. kısmının ihlaline yönelik önemli bir iddia ile karşılaşılmasıdır.

¹⁵Kovacic (2007, 4) de 1960 ile 1970 yılları arasındaki dönemde, tekel durumundaki teşebbüslerin davranışlarına gerçekleştirilen müdahalenin başka hiçbir ülke rekabet hukuku uygulama tarihinde yaşanmadığını ileri sürmektedir.

¹⁶Microsoft Corporation v. U.S., 253 F.3 d 34 (DC Cir.2001)

Sonuç olarak içtihatla şekillenen ABD uygulamalarında, tekelleşmenin tespitinde, şekilci yaklaşımdan daha çok iktisadi analizlerle tüketici refahı üzerindeki etkilerin esas alınması prensibinin ağırlığı günden güne artmıştır.

1.2.2. AB Uygulamasının Gelişimi ve Eğilimleri

Son yıllarda yaşanan gelişmeler ve küreselleşen dünya ekonomisi sonucunda, ABD antitröst uygulamaları, yakın zamana kadar iktisadi analizlere değerlendirmelerinde çok fazla yer vermeyen AB rekabet uygulamalarını etkilemektedir. AB’de de rekabet kuralları uygulanırken, iktisadi etkinliğin ve tüketici refahının temel alınacağı dile getirilmekte ve rekabet politikası bu çerçevede reforma tabi tutulmaktadır. Reform kapsamında, AB rekabet hukukunun temel hükümlerinde (yoğunlaşma kontrolü hariç) şimdiye kadar esaslı değişiklik yapılmamasına rağmen, Komisyon 1990’ların sonlarından bu yana rekabet politikalarında değişikliğe giderek, uygulamaları ve yorumları yeniden ele almaktadır. AB uygulamalarını iktisadi/etki temelli yaklaşıma adım adım yaklaştıran bu reform çalışmalarına başlıklar halinde aşağıda yer verilmiştir¹⁷.

a) AB uygulamasında iktisadi analizlerin kullanımı, 1989’da yasallaşarak 1990’da uygulamaya konulan ve iktisadi analize geniş yer veren 4064/89 sayılı Birleşme Tüzüğü’ne dayanır.

b) 1997’de Komisyon’un kabul edilen pazar tanımına ilişkin yayımlanmış olduğu duyuru¹⁸ ile iktisadi analizlerin kullanımı gittikçe önem kazanmıştır.

c) 2002 yılında kabul edilen modernizasyon paketi¹⁹ 2004 yılından itibaren uygulanmaya başlanmıştır. Söz konusu paket ile 81. ve 82. maddelerin uygulanmasına ilişkin kurallarda değişiklik öngörülmüştür. Ayrıca modernizasyon paketi ile rekabet hukuku uygulamalarında iktisadi analizlerin daha fazla kullanılması hedeflenmiştir. Bu kapsamda 2003 yılında baş ekonomist kadroları ihdas edilerek Komisyon üyelerine bağımsız danışmanlık yapan birimler oluşturulmuştur (Rosch 2007, 11).

¹⁷Bu bölümde AB-ABD yakınlaşmasını göstermek amacıyla AB rekabet hukuku ve politikası alanındaki güncel gelişme ve eğilimlere genel olarak değinilmiştir. Üçüncü bölümde ise RA’nın 82. maddesi uygulamalarına ayrıntılı olarak yer verilecektir.

¹⁸Commission Notice: OJ C 372, 9.12.1997, s.5-13

¹⁹Modernizasyon paketi, bir Konsey Tüzüğü (1/2003), bir Komisyon Tüzüğü ve 6 Duyuru’dan oluşmaktadır. Tam metni için bkz.

http://europa.eu.int/comm/competition/publications/publications/modernisation_en.pdf.

d) Reform çalışmalarının bir parçası olarak 1 Mayıs 2004 tarihinde anlaşmaların bildirim zorunluluğu kaldırılmış²⁰, muafiyet tanıma yetkisi üye ülke rekabet otoritelerine ve mahkemelerine de verilmiştir²¹. Bu değişiklikler aynı zamanda AB Birleşme Tüzüğü (*EU merger regulation*) ile ilgili reform çalışmalarının da sinyalini vermiştir. 2004 yılında kabul edilen 139/2004 sayılı yeni Birleşme Tüzüğü²², birleşmelerin kontrolü alanında hem temel değerlendirme testi hem de usul bakımından önemli değişiklikler getirmiştir. Bu değişiklikler ile birleşme ve devralmaların değerlendirilmesinde esas alınan politika, iktisadi amaç ile uyumlu hale getirilmiştir (Vickers 2005, 244).

e) Komisyon, söz konusu mevzuat değişiklikleri sonrasında 82. madde uygulamalarında da iktisadi analizlerin kullanılmasını yaygınlaştırmak amacıyla çalışma başlatmıştır²³.

1.2.3. ABD-AB Yakınlaşması

AB'de gerçekleştirilen tüm bu reform çalışmaları sonucunda, ABD ile AB rekabet uygulamalarında esas alınan temel prensiplerde önemli derecede yakınlaşma sağlanmıştır. Komisyon reform süreci ile resmi olarak ABD antitröst uygulamalarına yakınlaşma amacını gütmese de kaçınılmaz sonuç bu yönde olacaktır (Fiebig 2004, 1). Nitekim Mario Monti de bu konu hakkında aşağıdaki yorumda bulunmuştur²⁴:

Bizler ABD antitröst hukuku uygulaması ile aynı amaçları taşımakta, aynı sonuçları arzulamaktayız: iktisadi yaklaşıma dayalı, tüketicinin korunmasını esas alan bir rekabet politikası uygulayarak teşebbüsler arasında etkin rekabeti tesis etmek amacındayız (2001).

Ayrıca Komisyon'un 82. madde uygulamalarına ilişkin sürdürdüğü reform çalışmalarına iktisadi/etki temelli yaklaşım ile birlikte ABD hukukunda yer alan "gerçek dışlama (*actual exclusion*)", "kârdan feda (*profit-sacrifice*)" ve "eşit etkinlikteki rakip (*equally efficient competitor*)" gibi kavramları taşıması ilgi çekicidir (Tartışma Metni, para. 55, 154, 190). Sonuç olarak, Chicago Okulu

²⁰Council Regulation 1/2003: [2003] O.J.L.1

²¹1999 yılında kabul edilen Tüzükle teknoloji transferi ve motorlu taşıtlar dağıtım anlaşmaları hariç olmak üzere fiyat temelli olmayan dikey anlaşmalara ilişkin olarak, yoğunlaşmamış pazarlarda geniş bir muafiyet düzenlemesi yapılmıştır. Böylece dikey anlaşmalar için tek bir grup muafiyeti kabul edilerek dikey anlaşmaların önemli bir bölümü aynı çatı altında değerlendirilmeye başlanmıştır. Tam metni için bkz. Council Regulation 2790/1999 : [1999], OJ L336/2

²²Council Regulation 139/2004: [2004], OJ L24/1

²³Report by the EAGCP, "An Economic Approach to Article 82", July 2005

http://europa.eu.int/comm/competition/publications/studies/eagcp_july_21_05.pdf

²⁴Mario Monti o sırada AB Komisyonu'nun rekabetten sorumlu üyesi olarak görev yapmaktaydı.

tarafından geliştirilmiş tüketici refahı yaklaşımı ABD’de olduğu kadar AB’de de genel kabul görmüştür (Pera ve Auricchio 2005, 3).

Bununla birlikte genel kabul görmüş olan bu yaklaşımın dışlayıcı uygulamaların tespitinde nasıl uygulanacağı konusu hala belirsizliğini korumaktadır. Çünkü dışlayıcı uygulamaların tüketici refahı üzerindeki etkisinin, üretim miktarı ve fiyat seviyesi gibi temel kriterlerle ölçülmesi her zaman mümkün olamamaktadır. Örneğin, pazar gücünü artırmak isteyen teşebbüs dışlayıcı uygulamalar yoluyla bu amacına ulaşabileceği gibi, rekabetçi yollarla da piyasadaki rakibinin faaliyetlerini zorlaştırıp, onu piyasa dışında bırakabilmektedir. Bu nedenle sadece hâkim durumdaki teşebbüsün uygulamaları neticesinde rakiplerin pazar dışında kalması, bu teşebbüsün rekabet kurallarını ihlal ettiğini söylemek için mevcut yaklaşım yetersiz kalmaktadır (AMC 2007, 81). Bu şekilde sonuçları itibariyle benzer olan rekabetçi uygulamalar ile dışlayıcı uygulamaları birbirlerinden ayırmak son derece zor olabilmektedir (Lang ve O’Donoghue 2005, 38).

Rekabetçi uygulamalar ile dışlayıcı uygulamaları birbirlerinden ayırmak için gerekli hukuki standartların bulunmaması karşısında, kötüye kullanma kavramının geniş yorumlanması halinde *hatalı müdahalelere*²⁵, dar yorumlanması halinde ise *müdahaleden hatalı kaçınmaya*²⁶ yol açılması muhtemeldir. Hatalı müdahale sonucunda, rekabet hukuku ile korunması amaçlanan rekabetçi davranışlar dahi cezalandırılabilir; örneğin promosyon amacıyla fiyatlarını indiren hâkim durumdaki teşebbüsler de yıkıcı fiyat iddiasıyla cezalandırılabilir. Caydırıcı olması için öngörülen yüksek para cezaları da göz önüne alındığında, hatalı müdahaleler teşebbüsler için ciddi sonuçlara neden olabilecektir. Müdahaleden hatalı kaçınma ise uzun dönemde, etkin rakiplerin pazar dışında kalmasına sebep olarak pazardaki mevcut rekabeti tehlikeye düşürebilecektir.

Ayrıca teşebbüsler rekabet kurallarına karşı sorumluluklarını tam olarak yerine getirebilmek için, yatırım planlarının rekabet kurallarına uygunluğunun *ex-anté* denetiminde kullanabilecekleri ve rekabet otoritelerince de kabul gören açık ve tutarlı standartlara ihtiyaç duymaktadırlar. Tekel durumundaki teşebbüslerin²⁷ davranışlarının otoritelerce nasıl ele alınacağı konusunda yaşanan

²⁵Hatalı müdahale (false positive), rekabetin kısıtlanmadığı durumlarda rekabet otoritesince müdahale edilmesidir.

²⁶Müdahaleden hatalı kaçınma (false negative), rekabetin kısıtlandığı durumlarda rekabet otoritesince müdahale edilmemesidir.

²⁷ “**Ekonomi bilimindeki tekelleme**” tanımı ile, “**antitröst hukukundaki tekelleme**” kavramı arasında farklılıklar bulunmaktadır. “Ekonomi bilimindeki tekelleme” kavramı pazarda tek bir firmanın bulunmasını kastederken, “antitröst hukukundaki tekelleme” kavramı, “ekonomi bilimindeki tekelleme” veya “monopol” kavramından daha geniş bir alanı ifade etmektedir (Sanlı 2000, 81). Bu nedenle çalışmada geçen tekelleme tabirinin, hakim durum olarak anlaşılması mümkündür.

tutarsızlık, piyasalarda belirsizlik yaratmaktadır. Belirsizlik ortamı ise etkinliği azaltarak tüketicilere ilave yük getirmektedir (Platt 2006, 4).

Daha fazla iktisadi analizin kullanılması, dolayısıyla daha fazla “*mâkûl gerekçe kuralının (rule of reason)*” benimsenmesi de teşebbüsler açısından yeterli bir rehberlik imkânı sağlamamaktadır. ABD ile AB’de hemen hemen aynı iktisadi analizler kullanılmasına rağmen, dışlayıcı uygulamaların tespitinde uluslararası kabul görmüş hukuki standartlar olmaması, aynı konuda birbirlerine zıt kararlar alınmasını mümkün kılabilir (Pera ve Auricchio 2005, 10). Bu durumu *British Airways* olayı ile örneklemek yerine olacaktır.

1.2.4. British Airways Olayı

Virgin Atlantic (Virgin), hava ulaşım pazarında yüksek pazar gücüne sahip olan British Airways’in (BA) seyahat acentelerine uyguladığı hedef indirimleri ile dışlayıcı uygulamalarda bulunduğu iddiasıyla, hem ABD hem de AB rekabet otoritelerine başvurmuştur.

1.2.4.1. British Airways (ABD)

Söz konusu olayda BA, hedef satış miktarına ulaşan seyahat acentelerine bütün yıl yapmış oldukları satışları üzerinden indirim imkânı tanımaktadır. Şikâyetçi Virgin, BA’nın uygulamış olduğu bu indirimlerin yıkıcı fiyat uygulamaları kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini ve BA’nın bu uygulaması sonucunda Heathrow havaalanı merkezli beş hatta tekelleşmeye çalıştığını iddia etmektedir. ABD’deki Temyiz Mahkemesi BA’nın seyahat acentelerine uyguladığı hedef indirimleri ile hava ulaşım pazarındaki rakiplerini dışladığı ve bu nedenle de bu uygulamaların tüketicilere zarar verdiği iddiasını yerinde bulmamıştır. Mahkeme indirim uygulamaları boyunca Virgin’in bu beş hatta faaliyetlerine devam ettiğine dikkatleri çekmiştir. Ayrıca Mahkeme gerekçesini;

...dışlayıcı olduğu iddia edilen uygulama birkaç yıl sürmesine rağmen bu uygulama karşısında rakipleri kârlı bir şekilde pazarda faaliyetlerini sürdürüyor ve pazara yeni girişler oluyorsa, söz konusu uygulama tekelleşmeye teşebbüs olarak değerlendirilmemelidir...

şeklinde sunmuştur²⁸.

²⁸ Virgin Atlantic Airways Ltd v. British Airways, 257 F.3d 256 (2d Cir. 2001).269

1.2.4.2. British Airways (AB)

ABD mahkemelerinin kararından yaklaşık iki sene sonra AB’de İlk Derece Mahkemesi, İngiltere’de seyahat acenteleri pazarında hâkim durumda olan BA’nın uygulamış olduğu hedef indirimlerinin hem seyahat acenteleri pazarında ayrımcı etkileri hem de hava ulaşım pazarında dışlayıcı etkileri olduğu nedeniyle RA’nın 82. maddesini ihlal ettiğine karar vermiştir. Mahkeme BA’nın rakiplerinin, BA’nın uygulamış olduğu indirimlere benzer indirimler uygulayacak kadar güçlü olmadığını, bu nedenle uygulanan indirimlerin sadakat indirimine dönüştüğünü belirtmiştir. Ayrıca Mahkeme BA’nın acentelerine hedefi geçtikleri satış miktarı üzerinden değil tüm satış miktarı üzerinden indirim uygulamasının rakiplerini dışlama amacı haricinde rasyonel bir gerekçesi olmadığını ileri sürmüştür²⁹.

ATAD da indirimin uygulandığı dönemde rakiplerinin pazar paylarının artmasına ve yeni girişler olmasına rağmen bu uygulama sonucunda rakiplerin faaliyetlerinin zorlaştırıldığı gerekçesiyle İlk Derece Mahkemesi’nin kararını onamıştır³⁰.

Bu ve benzeri kararlar, yaygınlaşan ve birçok yargı otoritesi kapsamına giren çokuluslu şirketler için kaygı verici olmuştur. Aynı olay karşısında Atlantik’in iki yakasından farklı kararlar çıkmasının nedeni her iki bölgedeki kanunların lâfzî farklılıklarından çok, dışlayıcı uygulamaların tespitinde tutarlı ve uygulanabilir standartların olmayışdır (Ganslandt 2006, 5). Bu nedenle dışlayıcı davranışın tüketici refahı üzerindeki etkilerinin nasıl tespit edileceğine dair gelişmiş ve yeterli hukuki standartların oluşturulmasına ihtiyaç duyulmaktadır (Pera ve Auricchio, 2005, 10).

Yukarıda belirtilen nedenlerle, AB uygulamalarının ABD uygulamalarına yakınlaştığı da göz önünde bulundurulduğunda, ABD’de sürdürülen standart bulma arayışına öncelikle yer verilmesinin daha uygun olacağı sonucuna varılmıştır.

²⁹Case T-219/99 British Airways v. EC Commission (2003), 288

³⁰Case C-95/04 P British Airways v. EC Commission (2007)

BÖLÜM 2

DIŞLAYICI UYGULAMALARIN TESPİTİNE YÖNELİK ABD ANTİTRÖST HUKUKUNDAKİ STANDART TARTIŞMALARI

Sherman Yasası'nın 2. kısmı kapsamında, Yüksek Mahkeme'nin *Verizon Communications*³¹ kararı ile alt mahkemelerin *Microsoft*³², *LePage's*³³ ve *AMR*³⁴ gibi güncel kararları, bütün dikkatleri dışlayıcı uygulamaların tespitine ilişkin subjektif değerlendirmelere çekmiştir ki bu da dışlayıcı uygulamalar ile rekabetçi davranışları birbirinden ayırt etmek için uygun standart arayışı tartışmalarına ivme kazandırmıştır.

Önceki bölümde de bahsedildiği üzere DOJ ve FTC birlikte seri halinde duyuru yayımlayarak konuyu kamuoyunun görüşüne açmıştır. Ayrıca, AMC tarafından bu amaçla yayımlanan rapor çeşitli panel ve konferanslarda tartışılmıştır. Bütün bu tartışmalar sonucunda ABD'de birçok deneyimli akademisyen tarafından kullanılması tavsiye edilen çeşitli testler ortaya atılmıştır:

- Maliyet odaklı olan "*Brooke testi*"
- Kârlılığı esas alan "*kârdan feda testi*" (Melamed 2006; Patterson 2003; Ordovery&Willig 1981) ve kârdan feda testinin diğer bir versiyonu olan "*iktisadi açıdan anlamlı olmayan davranış testi*" (Werden 2006; Melamed 2005)
- Firma etkinliğine odaklı "*eşit etkinlikteki firma testi*" (Posner 2001)
- Tüketici faydasını esas alan "*tüketici refahı testi*" (Salop 2006a; Hovenkamp 2005; Krattenmaker ve Salop 1986)

³¹Verizon Communications, Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP, 540 U.S.398 (2004)

³²Microsoft Corporation v. U.S., 253 F.3 d 34 (DC Cir.2001)

³³LePage's Inc.v. 3M Co .324 F. 3d 141 (3d Cir.2003)

³⁴United States v. AMR Corp., 335 F.3d 1109 (10th Cir. 2003).

- Rakiplerin etkinliğine odaklanan “*Elhauge etkinlik testi*” (Elhauge 2003)

- “*Per se yasal testi*”

Öte yandan, tüm dışlayıcı uygulamalar için tek bir testin uygulanmasının rekabet otoritelerinin yerinde müdahalede bulunması için yeterli olmadığı ve her bir dışlayıcı uygulama için birden fazla test kullanılması gerektiği de öne sürülmüştür (Glazer ve Lipsky 1995; Popofsky 2006; Gavil 2004).

Bu testler birbirleri ile kıyaslamak suretiyle ayrıntılı bir şekilde sırasıyla incelenecektir.

2.1. BROOKE KARARI ve BROOKE TESTİ

Dışlayıcı uygulamaların bir örneğini rakibin maliyetini artırma stratejisi (*raising rivals' cost*)³⁵ oluştururken, diğer bir örneğini de yıkıcı fiyat uygulaması (*predatory pricing*) oluşturmaktadır. Yıkıcı fiyat uygulamasında, hâkim durumdaki teşebbüs, rakiplerini saf dışı bırakmak için fiyat indirimine gitmekte, rakiplerini saf dışı ettikten sonra da kârını artırmaya ya da zararlarını telafi etmeye çalışmaktadır. İlk başta tespiti basit gibi görünse de yıkıcı fiyat uygulamasını rekabetin gereği olan fiyat indirimlerinden ayırt etmek oldukça güçtür.

Yıkıcı fiyat uygulaması, Sherman Yasası'nın 2. kısmı kapsamında ele alınmakla birlikte, bu uygulamaya ilişkin bir tanım yapılmamıştır. İctihatlar yoluyla tanımlanmaya çalışılsa da kullanılan standartların değişkenliği eleştirilere konu olmuştur. Böyle bir dönemde Areeda ve Turner (1975, 689-99)'in yıkıcı fiyat doktrinine kazandırdıkları *per se* yaklaşımı, mahkemelerce hızla benimsenip uygulanmaya başlanmıştır. Söz konusu yaklaşıma göre yalnızca ortalama değişken maliyetin (*AVC*) altındaki fiyatlar *per se* ihlal sayılırken, diğerleri hukuka uygun kabul edilmiştir. Ancak anılan *per se* yaklaşım sadece maliyet analizini içermesinden ve yeterli esnekliğe sahip olmamasından dolayı uygulayıcılar açısından ihtiyaca yeterince cevap verememeye başlamıştır (Kara 2003, 15).

1993 yılına gelindiğinde Yüksek Mahkeme'nin *Brooke* kararı³⁶ ile yıkıcı fiyat uygulamasının tespiti daha kesin esaslara bağlanmış ve bu karar doktrine öncülük etmiştir. Brooke davasının tarafı olan Liggett isimli firma, ABD'de sigara üretim pazarında markalı ürünlere göre daha ucuz olan markasız ürünleri piyasaya sürmüştür. 4 yıl sonra sektördeki diğer bir üretici firma olan B&W'nin

³⁵Rakibin maliyetini artırma stratejilerine şu uygulamalar örnek verilebilir: Bağlama anlaşmaları, bağlama yoluyla yapılan indirimler, sadakat indirimleri ve münhasır anlaşmalar.

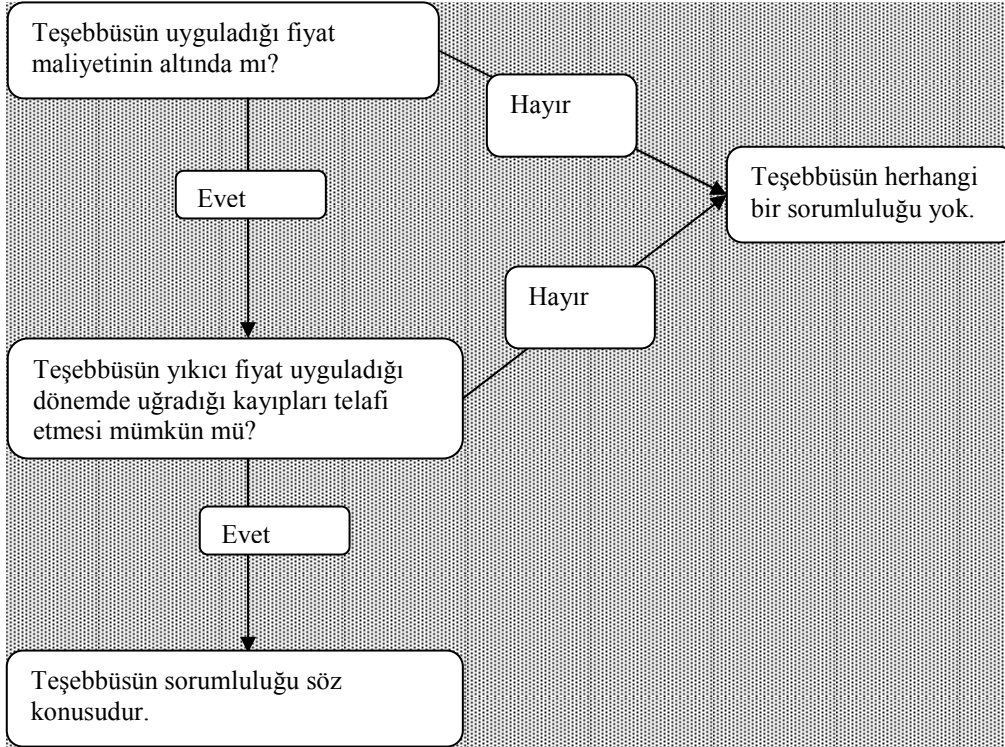
³⁶Brooke Group Ltd.v. Brown & Williamson Tobacco Corp. 509 U.S.209 (1993)

de markasız ürün pazarına girmesi ile birlikte iki firma arasında fiyat indirimini savaşı başlamıştır. Bir süre sonra Lingett, fiyat indirimlerine son vermiş, B&W'nin ayrımcı fiyat indirimleri yapmak suretiyle rekabete zarar verdiği iddiasıyla da mahkemeye başvurmuştur. Mahkeme değerlendirme aşamasında maliyet analizinin yanında niyet ve pazar analizlerini de kullanmıştır. Mahkeme davacının iddia ettiğinin aksine, davaya konu olan pazar koşullarının B&W'nin yıkıcı fiyat uyguladığı dönemde uğradığı kayıpları telafi etmesine (*hasat*) uygun olmadığı, dolayısıyla davaya konu davranışın yıkıcı fiyat uygulaması niteliğinde olmadığı değerlendirmesinde bulunmuştur. Mahkeme'nin yapmış olduğu kapsamlı değerlendirme, yıkıcı fiyatlamanın tespitini daha kesin esaslara bağlayarak doktrine de öncülük etmiştir (Kara 2003, 16).

2.1.1. Brooke Testinin Uygulaması

Yüksek Mahkeme, ilgili kararda yıkıcı fiyat uygulamalarının tespitine yönelik iki aşamalı bir test önermiştir.

Tablo 1 - Brooke Testi



Tablo (1)'de de yer verildiği üzere ilk aşamada tekелci firmanın fiyatlarının maliyetin altında olup olmadığı sınanmakta, eğer fiyatlar belli bir maliyet ölçüsü³⁷ altındaysa ikinci aşamaya geçilmektedir. İkinci aşamada tekелci firmanın yıkıcı fiyat uyguladığı dönemde uğradığı kayıpları telafi etmesinin mümkün olup olmadığı sorgulanmaktadır.

Yıkıcı fiyat doktrinindeki görelî başarısından dolayı Brooke testi mahkeme ve rekabet otoritelerince tüm dışlayıcı uygulamalar için başvurulacak bir test olarak benimsenmiştir (Elhauge 2003, 273). Üstelik mahkemelerce “dışlayıcı uygulamalar” kavramı yerine “yıkıcı davranış” kavramı bile kullanılmaya başlanmıştır³⁸.

Öte yandan yıkıcı fiyat tespitini daha kesin esaslara bağlayan *Brooke* kararının, tüm kötüye kullanma hallerinin tespiti için başvurulabilecek uygun bir test olmadığı yönünde çeşitli eleştiriler de ortaya atılmıştır.

2.1.2. Brooke Testine Getirilen Eleştiriler

Yıkıcı fiyat uygulaması ve rakibin maliyetini artırma stratejisi yukarıda da belirtildiği gibi dışlayıcı uygulamaların örneklerini oluşturmaktadır. Rakibin maliyetini artırma stratejisinde yıkıcı fiyat uygulamasından farklı olarak, tekел durumundaki teşebbüsün rakibini pazar dışına itmesi için herhangi bir maliyete katlanma zorunluluğu yoktur. Bir maliyete katlanılsa bile yıkıcı fiyat uygulamasında, yıkıcı fiyat dönemi ve hasat dönemi gibi iki ayrı döneme gerek duymaksızın aynı dönem içinde katlanılan maliyet telafi edilebilmektedir. Ayrıca, yıkıcı fiyat uygulamasının aksine, rekabeti kısıtlama amacının gerçekleştirilebilmesi için rakibin pazar dışına itilmesi ya da üretim kapasitesinde bir azalış olması da şart değildir. Sadece rakibin marjinal maliyetini artırmak yeterlidir. Bu nedenle rakibin maliyetini artırma stratejisinin firmalar tarafından uygulanma olasılığı daha yüksektir. Ayrıca, yıkıcı fiyat uygulamaları ilk dönemde tüketici refahında artışa neden olabilmekteyken, rakibin maliyetini artırma stratejisinde herhangi bir refah artışı da söz konusu olmamaktadır.

Tüm bu gerekçelerle Salop (2006a, 2-4), rakibin maliyetini artırma stratejisinin yıkıcı fiyat uygulamasına göre daha fazla rekabeti kısıtlayıcı etkiye sahip olduğunu ve rakibin maliyetini artırma stratejisine daha sıkı bir yasal standardın uygulanması gerektiğini ileri sürmüştür. Bu nedenle her iki kötüye kullanma hali için de aynı testin uygulanması durumunda verimli firmaların dahi piyasa dışında kalabileceğini ifade etmiştir. Sonuç olarak Salop, Brooke testinin

³⁷Mahkeme spesifik bir maliyet ölçüsünden bahsetmemiştir (Kara 2003, 24).

³⁸Bkz. dipnot 8

tüm kötüye kullanma halleri için uygulanabilecek bir standart olmadığı görüşündedir.

Gavil (2004, 16) de Brooke testinin spesifik bir maliyet eşiği sunmadığı için uygulanabilir olmadığı yönünde eleştirilerde bulunmuştur. Kara (2003, 56) da Brooke testinin oldukça esnek bir test olduğunu, bu nedenle müdahaleden hatalı kaçınmalara neden olacağını ileri sürmüştür.

2.2. KÂRDAN FEDA TESTİ (Profit-Sacrifice Test -P-S Testi)

Brooke testinin tüm dışlayıcı uygulamalar için kullanılacak bir standart olmadığı yönünde getirilen eleştiriler üzerine, Bork (1978)'un yapmış olduğu yıkıcı fiyat tanımından esinlenerek kârdan feda testi (*P-S Testi*) geliştirilmiştir (Popofsky 2006, 443).

Brooke testine benzerliği ile bilinen P-S testine göre dışlayıcı uygulama, tekel durumundaki teşebbüsün, uzun vadede daha yüksek pazar payı elde edebilmek amacıyla kısa vadede kârından vazgeçerek rakiplerini saf dışı bırakmaya çalışmasıdır (Gavil 2004, 55).

2.2.1. Kârdan Feda Testinin Uygulaması

P-S testinde, dışlayıcı olduğu iddia edilen davranış nedeniyle katlanılan maliyetler (fırsat maliyetleri de dâhil olmak üzere) artan gelir ile kıyaslanmaktadır. Aşağıdaki Tablo (2)'de ayrıntılı olarak belirtildiği üzere eğer davranışın maliyeti, getirisini aşıyor ise sonraki aşamada davranışın rakiplerini saf dışı bırakma amacının olup olmadığı sorgulanmaktadır.

Tablo (2)'de yer verildiği üzere, rakipleri pazar dışına itme amacını taşıdığı sonucuna ulaşılan davranış dışlayıcı olarak kabul edilmektedir. Bir başka deyişle P-S testi statik anlamda³⁹ tüketici refahını düşüren davranışları yasaklamaktadır.

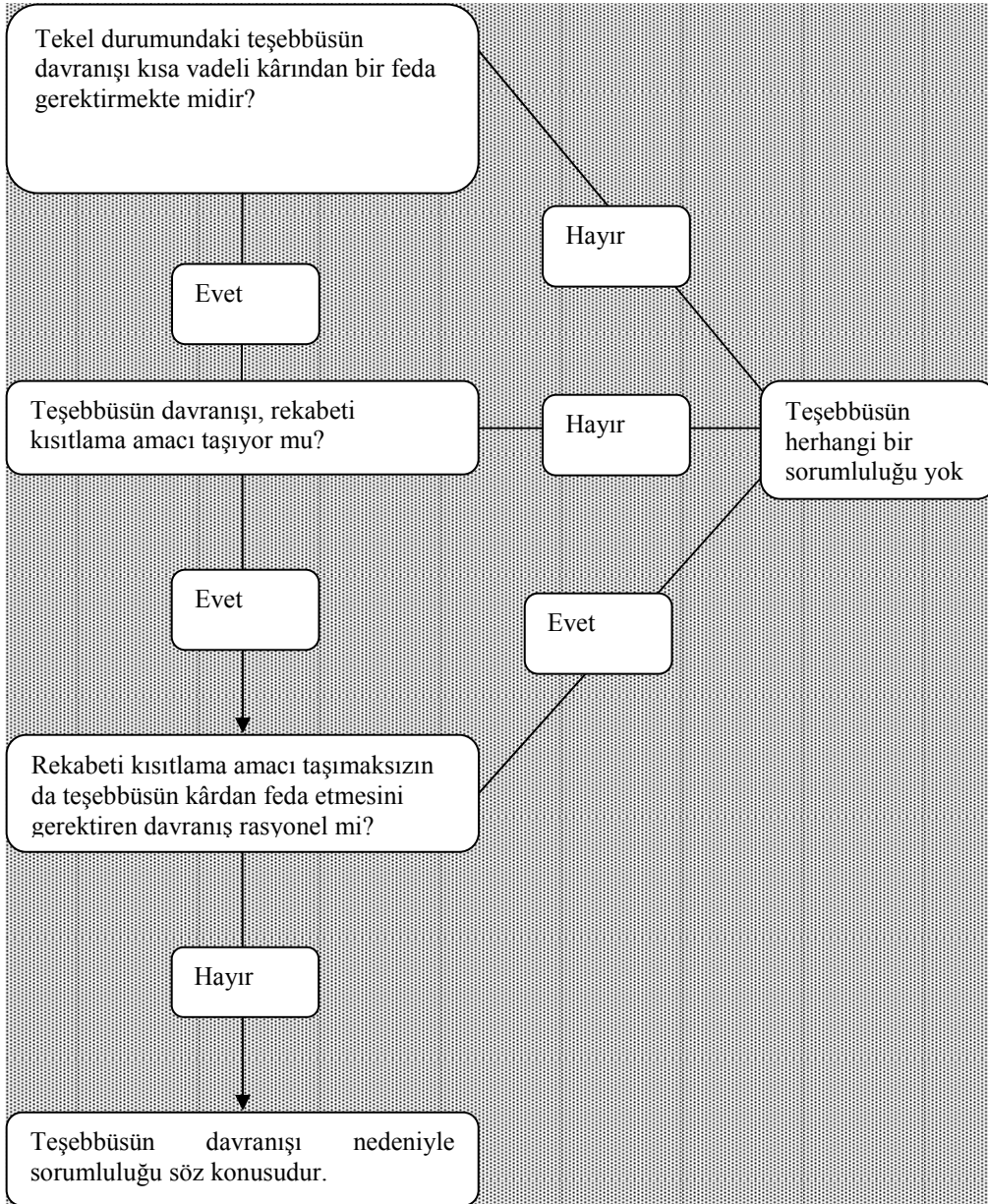
P-S testinin savunucusu Melamed (2006, 392-393) bu testin, tekel durumundaki teşebbüslerin Ar-Ge yatırımlarına ve yenilikçiliğe daha meyilli olduğunu savunan Schumpeterci düşünce akımını⁴⁰ temsil ettiğini ileri sürmektedir. Bu nedenle test, Melamed'e göre sadece rekabeti kısıtlama niyetinin bulunduğu tespit edilen davranışları yasaklamakta; rekabetçi

³⁹Statik analiz üretim kaynaklarını, teknoloji ve zevkleri veri kabul edip zaman unsurunu göz önüne almayan analizdir.

⁴⁰Schumpeterci diye adlandırılan düşünce akımına göre, yeniliği özendirme için "ulusal şampiyonlar"ın yaratılması, hatta aynı gerekçe ile tekel durumundaki teşebbüslerin rekabetten korunması gerekmektedir (Atiyas 2000, 5).

davranışlar ile elde edilen pazar gücünü yasaklamayarak hatalı müdahalede bulunmamaktadır.

Tablo 2 - P-S Testi



Kaynak: OECD (2005a, 25)

Ayrıca Melamed (389), bu test ile teşebbüsler davranışlarının dışlayıcı olup olmadığını, sadece kendi faaliyetlerine odaklanarak değerlendirebildikleri için bu testin teşebbüslere net ve basit bir standart sunduğuna inanmaktadır. Nitekim DOJ Antitröst Dairesi Başkanı iken R. Hewitt Pate de P-S testinin tutarlı ve uygulanabilir bir standart olduğu görüşünü desteklemiştir⁴¹.

Öte yandan Melamed, dinamik bir yaklaşım⁴² sergilememesi nedeniyle, bu testin uzun dönemde tüketici refahında azalmaya neden olabilecek davranışları tespit etmekte yetersiz kalabileceği itirafında bulunmuştur. Ancak en azından teşebbüsleri rekabetçi davranışlarda bulunmaktan alıkoyacak hatalı müdahalelere neden olmadığı için uygulanabilir bir standart olduğu savını yinelemiştir (389, 395).

Bu test çok kısa bir süre içinde genel bir kabul görerek tüm dışlayıcı uygulama hallerinde yaygın bir şekilde kullanılmaya başlanmıştır. Özellikle, DOJ'un vermiş olduğu görüşler (*amicus brief*)⁴³, bu testi destekler niteliktedir (Popofsky 2006, 444). Hatta P-S testinin rekabeti kısıtlayıcı niyet unsurunun tek makul göstergesi olduğunu ve bu testin dışlayıcı davranışların tespitinde evrensel bir standart olarak kullanılabileceğini iddia edenler de bulunmaktadır⁴⁴.

Nitekim Yüksek Mahkeme, *Aspen* kararında⁴⁵ dışlayıcı uygulamaların tespitinde üstü kapalı bir şekilde P-S testini kullanmış; *Verizon Communication* kararında⁴⁶ ise, *Aspen* kararına atıfta bulunarak P-S testine açıklık getirmiştir. Bu nedenle ilk önce *Aspen* daha sonra *Verizon Communication* kararına değinmek yerinde olacaktır.

Aspen kararı Colorado/Aspen'de dört kayak tepesinin üçüne sahip Aspen Skiing ile diğer tepeye sahip Aspen Highlands adlı iki kayak hizmeti sunan rakip firma hakkındadır. Söz konusu şirketler uzun zamandan beri müşterilerine, her ikisine ait tüm kayak tepelerinde geçerli olmak üzere tek bilet satmaktadırlar. Tüm tepelerde kullanılabilen bu bilet müşterilere, her iki firmadan ayrı ayrı alınan biletlere göre indirimli sunulmaktadır. Büyük teşebbüs olan Aspen Skiing'in ortak bilet satışından vazgeçip kendisine ait üç tesis için tek bilet satışına başlaması üzerine diğer teşebbüs Aspen Highlands tarafından, Aspen Skiing'in tekelleştiği iddiasıyla dava açılmıştır. Aspen Skiing ortak bilet satışından vazgeçtiği gibi kendi bölgesindeki kayak tepeleri için müşterilerine

⁴¹<http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/202724.htm>

⁴²Dinamik analiz, fiyat, arz ve talep gibi ekonomik olgular arasındaki ilişkilerin zaman unsurunu da göz önüne alan analizdir.

⁴³<http://www.usdoj.gov/atr/cases/f201000/201048.htm>, s. 14-17

<http://www.usdoj.gov/atr/cases/f200500/200558.htm>, s. 12

⁴⁴Örneğin, Royall (2004, 47).

⁴⁵*Aspen Skiing Co. v. Aspen Highland Skiing Corp.*, 472 U.S. 585 (1985)

⁴⁶Bkz. dipnot 31

sunduğu perakende fiyattan bile Aspen Highland'ın bilet alış teklifini reddetmiştir. Yüksek Mahkeme, Aspen Skiing'in Sherman Yasası'nın 2. kısmını ihlal ettiğine karar vermiştir. Kararın gerekçesinde perakende satış fiyatından dahi Aspen Highland'ın bilet alış teklifini reddeden Aspen Skiing'in, ortak bilet satışından sağladığı kârdan vazgeçmesinin rakibini pazar dışına atma amacı dışında haklı bir gerekçesinin olmadığına yer verilmiştir.

Mahkeme *Verizon Communication* kararında, davanın *Aspen* kararından ayrılan yönlerini tespit ederek değerlendirme yapmıştır.

Verizon Communication kararı New York Eyaleti'ne hizmet veren yerleşik bir yerel değişim taşıyıcısı (*Local Exchange Carrier-LEC*) olan Verizon'a ilişkindir. Diğer yerleşik operatörler gibi, Verizon da 1996 tarihli Telekomünikasyon Kanunu yürürlüğe girene kadar yararlanmış olduğu imtiyazdan dolayı kendi bölgesinde tekel konumundadır. Söz konusu Kanun ile imtiyazlar sona erdirilmiş ve LEC hizmetlerinin rekabete açılması öngörülmüştür. Bu Kanun gereğince LEC'lerin, hizmetlerini sunarken kullandıkları kendilerine ait ağı ve ağın diğer unsurlarını, piyasaya girmek isteyen rakiplerin erişimine açmaları beklenmektedir. Örneğin, LEC hizmetlerinin rekabete açılmasından sonra Verizon'un bölgesindeki rakip LEC'ler, müşterilerinin taleplerini karşılayabilmek için hizmet taleplerini bir elektronik arayüz aracılığıyla Verizon'a ulaştırmaktadırlar. Verizon'a ulaşan hizmet talepleri ancak Verizon'un gerekli aşamaları tamamlayıp aynı elektronik arayüz aracılığıyla bu talepleri geri yollaması ile yerine getirilebilmektedir.

Bir hukuk firması ise Verizon'un rakip LEC'lerin yerel telefon hizmetleri pazarına girmelerini engellemek veya bu pazarda rekabet etme kabiliyetlerini ortadan kaldırmak amacıyla, LEC'lerle ilgili hizmet siparişlerini kendi yerel telefon hizmetlerine yöneltilen emirlerden sonra veya geciktirerek yerine getirdiği yahut da hiç yerine getirmediği iddiası ile Sherman Yasası'nın 2. kısmı kapsamında mahkemeye başvurmuştur (Gürzumar 2006, 82-88)⁴⁷.

Yüksek Mahkeme söz konusu davada, *Aspen* kararında olduğu gibi, uzun vadede rekabeti kısıtlama amacıyla kısa vadede kârdan vazgeçme durumu söz konusu olmadığından *Verizon*'un davranışının ihlal teşkil etmediğine karar vermiştir⁴⁸.

Verizon davasının gerekçeli kararında, *Aspen* davasına yer verilerek,

...Aspen kararında, tarafların rızasıyla kurulmuş, kârlı bir ilişkinin kısa vadeli kârdan vazgeçme pahasına tek taraflı sona erdirilmesinin, uzun vadede

⁴⁷Hukuk firması, Verizon'un Telekomünikasyon Kanunu'ndan kaynaklı yükümlülüklerini yerine getirmediği iddiası ile ilgili regülasyon kuruluşuna da başvurmuştur.

⁴⁸Bkz. dipnot 31, s.409

tekelci güce ulaşma amacının bir göstergesi olarak belirlendiği, bu davada ise rakipler arasında Apsen davasında olduğu gibi gönüllü bir ilişkinin bulunmadığı ve oluşan fiyatın maliyet temelli regülatif bir fiyat olduğu...

ifade edilmiştir.

Anılan kararlar neticesinde alt mahkemelerce ve temyiz mahkemelerince görülen pek çok davada da, dışlayıcı uygulamaların tespitinde kısa vadede kârdan feda olup olmadığının tespiti arayışına girilmiştir⁴⁹.

DOJ'un *Verizon* davasının üst mahkemede görüşülmesi gerektiğine ilişkin vermiş olduğu görüş de bu noktada önemlidir. Söz konusu görüşte DOJ, P-S testinin rekabet otoritelerince piyasaya hatalı müdahalede bulunulmasını önlediği ve teşebbüslere *ex-anté* denetim, mahkemelere de *ex-post* denetim aşamalarında değerlendirme kolaylığı sağladığını belirtmiştir. Bu gerekçelerle de DOJ, davada P-S testinin uygulanmasını talep etmiştir⁵⁰. Ancak daha sonra *Verizon* davasının karar aşamasında verdiği görüşte⁵¹ bu testin tüm dışlayıcı uygulamalardan daha çok, anlaşma yapmayı reddetme halleri için uygun olduğunu belirterek bir anlamda geri adım atmıştır. Yine de DOJ birçok davaya ilişkin kararın bu teste göre verilmesi tavsiyesini ısrarlı bir şekilde sürdürmektedir (Werden 2006, 413).

2.2.2. Kârdan Feda Testi ve Brooke Testi Arasındaki Farklar

İlk başta yıkıcı fiyat iddiaları için dizayn edilip kullanımı tüm dışlayıcı uygulamalar için yaygınlaşan her iki test, birçok açıdan farklılıklar göstermektedir. Tüketici refahı testi savunucusu Salop (2006b, 7-8), her iki testin de ihtiyaca eksiksiz bir şekilde cevap veremeyeceğini ispat etmeye çalışırken, P-S testinin, Brooke testine göre daha müdahaleci olduğunu da gözler önüne sermektedir. Şöyle ki, kısa dönemde teşebbüsün kârdan vazgeçmeye yönelik her davranışının P-S testi gereği incelemeye tabi tutulması nedeniyle bu test uyarınca hatalı müdahalede bulunma riski Brooke testine kıyasla yüksektir. Ayrıca fırsat maliyetleri P-S testinde hesaba katılırken, Brooke testinde göz ardı edilmektedir. Aynı şekilde, Salop'a göre P-S testinde sadece sorgulanan davranışın kârlılığı incelenirken, Brooke testinde teşebbüsün tüm ticari faaliyetleri sonucunda elde ettiği kâr mercek altına alınmaktadır.

⁴⁹Metronet Servs. Corp. v. Qwest Corp., 383 F.3d. 1124,1134 (9th Cir.2004) ve Covad Communications Co. v. Bell Atl.Corp., 398 F.3d 666,673,675-76 (D.C.Cir.2005) kararlarında rekabeti kısıtlamak amacıyla kısa vadede bir maliyete katlanıldığı ispat edilemediği için teşebbüsün sözleşme yapmayı reddetmek yoluyla tekelleştiği iddiası reddedilmiştir.

⁵⁰<http://www.usdoj.gov/atr/cases/f201000/201048.htm>, s. 10

⁵¹<http://www.usdoj.gov/atr/cases/f201000/201048.htm>, s. 15

2.2.3. Kârdan Fedâ Testine Getirilen Eleştiriler

Genel kabul görmüş olan P-S testi, eleştirilere de maruz kalmıştır. Testin rekabeti kısıtlayan bazı davranışları tespit etmekte yetersiz kaldığı, dolayısıyla bu testin uygulanması sonucunda müdahaleden hatalı kaçınmanın söz konusu olabileceği, eleştirilerin başında gelmektedir (Lao 2006, 10).

P-S testinin güçlü savunucularından olmasına rağmen, Baumol⁵² da P-S testinin getirdiği şartın aksine hiçbir maliyete katlanmaksızın da dışlayıcı uygulamaların gerçekleştirilebileceğini ileri sürmüştür (OECD 2005a, 25-26). Örneğin rakibini dışlama amacıyla kârdan fedâ eden teşebbüsün aynı dönemde fedâ ettiği kâra eşit veya fedâ ettiği kârdan daha fazla getiri elde ettiği durumlara, bu test herhangi bir açıklama getiremeyecektir (Elhaug 2003, 274-279).

United Shoe Machinery Corp. davası⁵³ P-S testi ile tekrar ele alındığında değişen sonuç, eleştirileri haklı çıkarır niteliktedir (Jacobson ve Sher 2006, 22-23). 1922 yılındaki davada Yüksek Mahkeme, ayakkabı makinesi imalatı alanında yüksek pazar gücüne sahip olan *United Shoe* adlı teşebbüsün, rakibe ait başka tip makine ve malzemelerin alınmaması koşuluna bağlı olarak ayakkabı makinelerini kiralamasını ele almıştır. Rakibe ait başka tip makine ve malzemelerin alınması durumunda ise *United Shoe* istediği her an sözleşmeyi feshedebilecektir. Sözleşmeye konan bu hüküm ile geçiş maliyetlerini göz önüne alan müşteriler üzerinde *fiili münhasırlık* yaratılmıştır. Mahkeme bu durumun rekabet ihlali oluşturduğunu karara bağlamıştır. Mahkeme bu davada kârdan fedâ testini kullanmış olsaydı, *United Shoe*'un fiili münhasırlık yoluyla rakiplerini dışlamasına rağmen, fiili münhasırlık yaratılırken herhangi bir maliyete katlanmadığı, diğer bir deyişle kârdan bir fedâ söz konusu olmadığı gerekçesiyle ihlale konu davranışı yasal sayılacaktı. Böylece teşebbüs tekel konumunu yıllarca korumuş olacaktı. Bu testin savunucusu Melamed (2005, 396) ise aksine fiili münhasırlık yaratan bu tip dikey anlaşmaların bile mutlaka firmaya bir maliyeti olduğunu ileri sürmüştür.

P-S testi, genellikle müdahaleden hatalı kaçınmaya meyilli olmasına rağmen kimi zaman da hatalı müdahaleye neden olduğu gerekçesiyle eleştirilmektedir. Örneğin, bu teste göre tekel durumundaki teşebbüsün pazara yeni girişler karşısında gösterdiği rekabetçi davranışlar sonucunda kârında bir azalma olması durumunda bu davranışlardan sorumlu tutulabilme riski bulunmaktadır (Edlin ve Farrell 2002, 11). Ayrıca, yapmış olduğu yatırımlarla maliyet tasarrufunda bulunan teşebbüs, bu yatırımlar için kısa vadeli kârından

⁵²Baumol W., DOJ'un Verizon görüşünü hazırlayan ekonomistlerden biridir.

⁵³*United Shoe Machinery Corp. v. United States*, 258 U. S. 451 (1922).

vazgeçerek bir maliyete katlandığında piyasada varlıklarını sürdüremeyen rakiplerine karşı dışlayıcılıkla sorumlu tutulabilecektir (Salop 2006b, 4).

P-S testinin gerekli olmadığı ve yetersiz kaldığı yönünde de eleştiriler mevcuttur. Elhauge (2003, 255)'ya göre P-S testi, genellikle yıkıcı fiyat uygulamalarında kullanılan *Brooke* testinin tüm dışlayıcı uygulamalar için genelleştirilmiş halidir. Ayrıca Elhauge P-S testinin sadece niyet unsurunu test eden bir standarttan ibaret olduğunu belirtmiştir. Bu nedenle bütün dışlayıcı uygulama halleri için uygulanamayacağını ileri sürmüştür. Çünkü dışlayıcı uygulamaların değerlendirilmesinde sadece niyet unsurunun tespiti yeterli değildir. Bununla birlikte niyet unsuru olmaksızın da davranışlar dışlayıcı olabilmektedir. Bu nedenle ayrıca dışlayıcılığın varlığının tespit edilmesi gerekmektedir (Areeda ve Hovenkamp 2002, 83-84).

P-S testi, tüketici refahı, etkinlik veya rekabetçi süreç gibi temel prensipleri dikkate almadığı için yeterli bir test olmadığı yönünde de eleştirilere maruz kalmaktadır. Edlin ve Farrell (2002, 29-31)'e göre, test dışlayıcı uygulamaların rekabet politikalarının temel kaygısı olan tüketici refahı üzerindeki etkilerini dikkate almadığı için bu teste güvenilerek karar verilen dosyalarda önemli yasal hatalar yapılacaktır. Ayrıca Edlin ve Farrell (12), bu testin uygulanması için gerekli olan, kârdan vazgeçilip vazgeçilmediğinin tespitinde temel alınacak referans noktasının belirlenmesi tartışmalı olduğundan, bu haliyle testin uygulanmasının mümkün olmadığını belirtmiştir.

2.3. İKTİSADİ AÇIDAN ANLAMLI OLMAYAN DAVRANIŞ TESTİ (No Economic Sense Test-NES Testi)

P-S testine getirilen eleştiriler üzerine bu standardın bir diğer versiyonu olan “*iktisadi açıdan anlamlı olmayan davranış testi*” (NES) geliştirilmiştir (Melamed, 2005).

NES testine göre, tekel durumundaki teşebbüsün dışlayıcı olduğu iddia edilen davranışının, rekabeti azaltmak ya da rakibi dışlamak dışında başka bir ekonomik amaca hizmet etmediği tespit edilirse, söz konusu davranış kötüye kullanma olarak kabul edilmektedir (Werden 2007, 19).

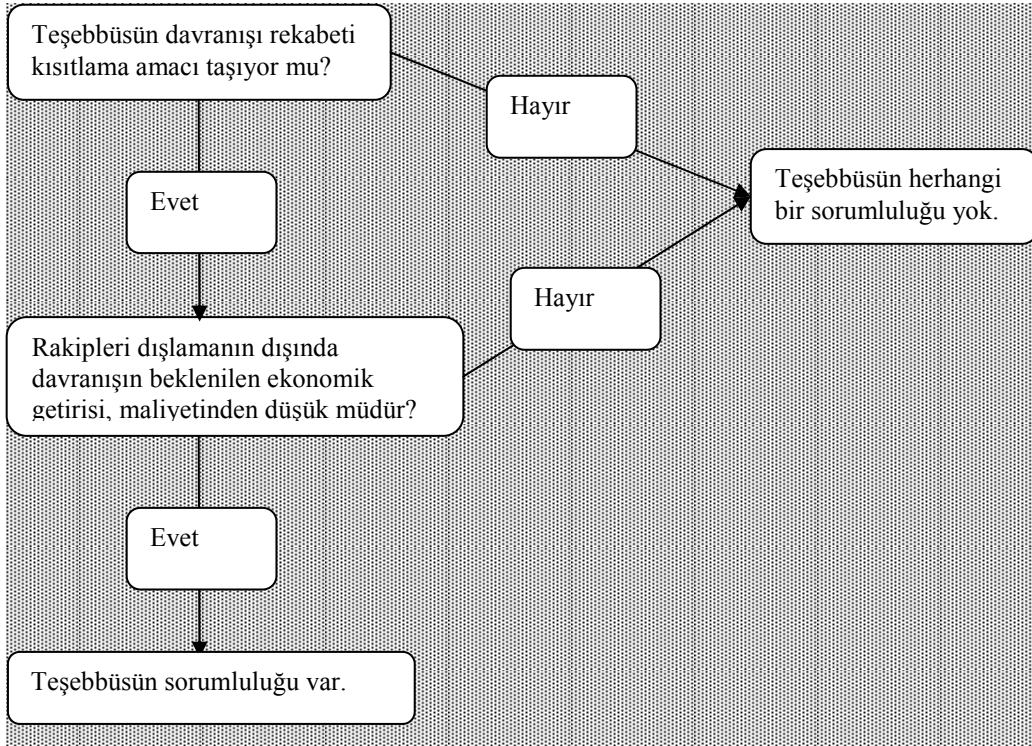
2.3.1. İktisadi Açıdan Anlamlı Olmayan Davranış Testinin Uygulaması

Uygulaması son derece basit olan NES testi teşebbüsün davranışının pazardaki rakiplerini dışlama amacı haricinde iktisadi açıdan anlamlı olup olmadığını sorgulamaktadır (Werden 2006, 413). Tablo (3)'te de yer verildiği

üzere, bu testte, ilk önce tekeli firmanın davranışının dışlayıcı olup olmadığı araştırılmaktadır. Ardından, dışlayıcı olduğu anlaşılan davranışın teşebbüse sağlayacağı diğer ekonomik getirileri irdelenmektedir. Bu şekilde, getiriler ile davranışın maliyeti kıyaslanmaktadır. Sonuç olarak, maliyeti getirisinden fazla olduğuna kanaat getirilen davranışın dışlayıcı olduğuna karar verilmektedir.

NES testi, davranışın gerçekleşen etkilerini değil de rasyonel gerekçelere dayalı ve dolayısıyla tahmin edilebilir olan etkilerini sorgulamaktadır. Burada önemli olan husus ise, öngörülemeyen dışlayıcı etkileri sonradan gerçekleşen bir davranışın NES testine göre dışlayıcı kabul edilmemesidir (Werden 2006, 416).

Tablo 3 - NES Testi



Kaynak: OECD (2005a, 28)

Son yıllarda P-S testi gibi NES testi de yaygın kabul görmüş ve daha çok DOJ'un görüşlerinde uygulanma imkânı bulmuştur. DOJ, *Microsoft*⁵⁴, *Amerikan*

⁵⁴United States v. Microsoft Corp., 253 F.3d 34 (D.C. Cir. 2001)

*Havayollari*⁵⁵ ve *Dentsply'nin*⁵⁶ dışlayıcı davranışlarda bulduklarına yönelik iddianamesini NES testine göre hazırlamıştır.

Microsoft davasında DOJ, Microsoft'un işletim sistemi pazarındaki tekel durumunu korumasına hizmet eden bir dizi eyleminin, rekabetçi baskıyı ortadan kaldırmak ya da azaltmak niyeti olmaksızın, iktisadi açıdan rasyonel olmadığı gerekçesiyle dışlayıcı olduğunu ileri sürmüştür.

NES testinin kullanıldığı diğer bir önemli dava ise *Amerikan Havayollari* davasıdır. 1995 ve 1997 yılları arasında, Dallas-Forth Worth Uluslararası Havaalanı (DFW) merkezli uçuşlarda, yüksek pazar gücüne sahip Amerikan Havayollari ile rakipleri arasında kıyasıya bir rekabet başlamıştır. Öyle ki, Amerikan Havayollari daha önce kârlı bulmadığı, ancak rakiplerinden Sun Jet'in seferlerinin bulunduğu DFW-Long Beach hattına yeniden seferler başlatmıştır. Amerikan Havayollari'nin söz konusu davranışının dışlayıcı olduğu iddia edilmiştir. DOJ, Amerikan Havayollari'nin daha önce kârlı bulmadığı hatta seferler koymasını, rakiplerinin faaliyetlerini zorlaştırmak dışında iktisadi açıdan rasyonel bulmamış ve teşebbüsün davranışının Sherman Yasası'nın 2. kısmını ihlal ettiğini ileri sürmüştür⁵⁷.

En güncel kararlardan biri olan *Dentsply* kararında⁵⁸ DOJ protez diş üretiminde yüksek pazar gücüne sahip olan Dentsply'in sadece kendisi ile münhasır çalışmayı kabul eden distribütörlerle sözleşme yapmasının, rakiplerine zarar vermek niyeti olmaksızın iktisadi açıdan rasyonel olmadığı gerekçesiyle dışlayıcı olduğunu iddia etmiştir.

2.3.2. İktisadi Açıdan Anlamlı Olmayan Davranış Testi ile Kârdan Feda Testinin Karşılaştırması

Yukarıda da değinildiği üzere, NES testi, P-S testinin eksikliklerini tamamlamak için tasarlanmıştır. Şöyle ki P-S testinin özünü, dışlayıcı etkilere sahip davranışların kısa dönemde kârdan bir fedaya neden olup olmadığının tespiti oluşturmaktadır. Oysa tekelleşmenin tespitinde kârdan vazgeçme ne gerekli ne de yeterli bir koşuldur (Werden 2006, 415). Bu nedenle P-S testinin aksine NES testi herhangi bir maliyete katlanılmaksızın gerçekleştirilen dışlayıcı uygulamaların tespitinde başarı ile kullanılabilir. P-S testinin aksine NES testi ile kısa dönemde kârdan bir feda gerektirmeyen ya da aynı dönemde kâr fedasının fazlası ile telafi edildiği davranışlar, rakibi saf dışı etme amacı dışında teşebbüs için iktisadi açıdan anlam ifade etmiyorsa dışlayıcı kabul edilmektedir

⁵⁵United States v. AMR Corp., 335 F.3d 1109 (10th Cir. 2003)

⁵⁶United States v. Dentsply, Int'l., 399 F.3d 181 (3rd Cir.2005)

⁵⁷Bu davaya ilişkin literatürdeki tartışmalar için bkz. Edlin ve Farrell (2002)

⁵⁸Bkz. dipnot 56

(Lao 2006, 9). Böylece müdahaleden hatalı kaçınmanın önüne geçilmiş olmaktadır.

NES testinde P-S testine göre hatalı müdahalede bulunma riski de daha düşüktür (Werden 2006, 424). Bilindiği üzere P-S testi kısa vadeli kâr maksimizasyonundan her sapmayı incelemeye almaktadır. Bu nedenle rekabetçi davranışlar da yasaklanabilmektedir. NES testinde ise rekabeti azaltma amacı dışında davranışın başka bir iktisadi amaca hizmet edip etmediği sorgulandığı için hatalı müdahalede bulunma riski P-S testine göre daha düşüktür (Vickers 2005, 13).

2.3.3. İktisadi Açıdan Anlamlı Olmayan Davranış Testine Getirilen Eleştiriler

Salop (2006a, 311) dışlayıcı olduğu iddia edilen davranışın, teknelci firma için iktisadi açıdan rasyonel olmadığı tespitinin yeterli olmadığını, ayrıca rakipler ve tüketiciler üzerindeki rekabetçi olmayan etkilerinin de gösterilmesi gerektiğini ileri sürmektedir. Bu nedenle bu testin, tüm dışlayıcı uygulamalar için kullanılabilir evrensel bir test olmaktan çok, yardımcı bir test olduğunu iddia etmiştir. Davranışın rasyonel olup olmadığının sorgulanmasında, NES testinin bir takım subjektif değerlendirmelere yol açtığı yönünde eleştiriler de bulunmaktadır (Gavil 2004, 52). Ayrıca NES testi ile dışlayıcı uygulamanın pazardaki etkilerine bakılmadığı için en küçük etkinlik savunmasında, NES testi müdahaleden hatalı kaçınmaya neden olabilecektir (53). Test, ispat külfetini yeterince delil bulamayacak konumda olan iddia makamına yüklemesi nedeniyle de eleştirilere konu olmuştur (55). Nitekim Werden (2006, 425) de dışlayıcı uygulamaların tespitinde NES testinin, gerekli ve yeterli bir test olmadığını iddia etmektedir.

2.4. EŞİT ETKİNLİKTEKİ FİRMA TESTİ (The Equally Efficient Firm Test-EEF Testi)

Eşit etkinlikteki firma testine (*EEF testi*) göre rekabet süreci sonunda etkin firmaların pazarda faaliyet göstermeleri beklendiği için teknelci firmanın en az kendisi kadar etkin olan rakiplerini dışlaması halinde davranışı dışlayıcı kabul edilmektedir.

EEF testi, Brooke testindeki fiyat-maliyet analizinden etkilenerek formüle edilmiştir (Salop 2006b, 6). Brooke testinde teknelci firmanın maliyeti üzerindeki fiyat politikalarına izin verilmektedir. Lang ve O'donoghue (2005, 45)'a göre Brooke testi ile en az tekel durumundaki firma kadar etkin olan firmaların korunması amaçlanmaktadır. EEF testinde de tıpkı Brooke testinde

olduğu gibi tekel durumundaki teŖebbüs karŖısında en az kendisiyle eŖit etkinliğe sahip teŖebbüslerin korunması amaçlanmaktadır (OECD 2005a, 30).

EEF testi özellikle yıkıcı fiyat uygulamalarında genel kabul görmüŖtür. Ancak Posner (2001, 194-195), savunucusu olduğu bu testin, sadece yıkıcı fiyat uygulamalarında değil, tüm dıŖlayıcı uygulamalarda kullanılabileceğini iddia etmektedir.

Bu test, antitröst hukukunun rekabetçi süreci mi yoksa tarafları mı koruduğu sorusunu gündeme taŖımıŖtır. Rekabetçi koŖullarda piyasada sadece etkin olan firmaların faaliyet göstermesi beklendiği için, EEF testi ile tekel durumundaki teŖebbüs karŖısında en az bu teŖebbüs kadar etkin teŖebbüsler korunmaktadır. Böylece EEF testi ile aslında rakiplerin değil rekabetçi sürecin korunduğu iddia edilmektedir (Gavil 2004, 59-60).

2.4.1. EŖit Etkinlikteki Firma Testinin Uygulaması

Posner (2001, 194-195), dıŖlayıcı uygulamaları tanımlarken Tablo (4)'te yer alan iki aŖamalı bir test önermiŖtir. Buna göre,

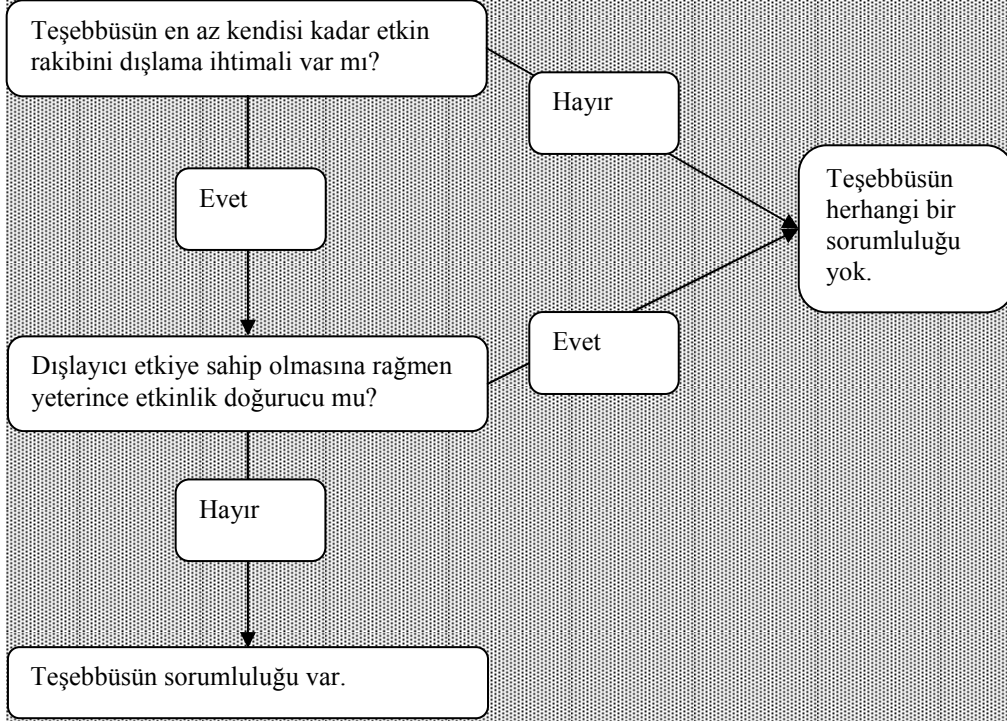
...iddia makamının, tekel olduğunu ispat ettiği teŖebbüsün, en az kendisi kadar etkin olan rakibini, dıŖlayıcılık iddiasına konu olan davranıŖıyla dıŖladığını göstermesi gerekmektedir...

İddianın yöneltildiği teŖebbüsün ise tekel durumda olmasına rağmen söz konusu davranıŖının etkinlik doğurucu olduğu yönünde savunma yapma imkânı bulunmaktadır.

Tablo (4)'te de yer verildiği üzere, EEF testine göre tekel durumundaki teŖebbüsün davranıŖının, en az kendisi kadar etkin olan bir rakibini dıŖlaması durumunda, yasaklanacaktır. Zaten giriŖ engellerinin bulunmadığı piyasalarda doğal seleksiyon sonucunda etkin olmayan teŖebbüslerin rekabet baskısıyla pazar dıŖında kalması ve pazarda etkin olan firmaların faaliyet göstermesi beklenmektedir.

Rakibine göre daha etkin olan tekelci teŖebbüsler rakibinin maliyeti altında da fiyatlandırma yapabilmektedir. Bu nedenle maliyet üstü her fiyat indirimine müdahalede bulunabilen P-S testi ile teŖebbüsler etkin oldukları için cezalandırılabilir. Bu nedenle Elhauge (2003, 273), P-S testi yerine görelilik etkinliği temel alan EEF testinin kullanılmasının daha doğru bir yaklaŖım olacağını savunmaktadır.

Tablo 4 - EEF Testi



Kaynak: OECD (2005a, 30)

EEF testi ABD’de *LePage’s* kararında⁵⁹ uygulanmıştır. Şeffaf bant piyasasında tekel durumunda bulunan 3M firması, şeffaf bant da dâhil olmak üzere otomobil ürünlerinden sağlık ürünlerine kadar çok çeşitli ürünler satmaktadır. Rakibi *LePage’s* ise sadece şeffaf bant çeşitlerini uygun fiyata pazarlamaktadır. 3M, müşterilerine ürün portföyündeki altı ürün çeşidinin her birinden belirlenen miktarda alım yapması şartı ile toplam tutardan indirim yapmaktadır. Böylelikle büyük ölçekte alım yapan müşterilerin şeffaf bant alımlarını, *LePage* firmasından kendisine çekmeyi ve rakibini pazar dışına itmeyi amaçlamaktadır. Mahkeme 3M firmasının davranışının Sherman Yasası’nın 2. kısmını ihlal ettiğine karar vermiştir. Bu kararın gerekçesinde 3M firmasının bağlama yoluyla indirim (*bundled rebate*) yapması karşısında eşit etkinlikteki rakibinin bile rekabet edemeyeceği savına yer verilmiştir⁶⁰.

⁵⁹*LePage’s inc.v. 3M Co.* 324 F. 3d 141 (3d Cir.2003).

⁶⁰*LePage’s* kararında dışlayıcı uygulama, teşebbüsün rakiplerini dışlamak suretiyle uzun vadede elde edeceği pazar gücü nedeniyle kısa vadeli kârının bir kısmından vazgeçmesi şeklinde tanımlanmıştır. Ancak mahkeme teşebbüsün kısa vadede karında bir azalma değil artış olduğunu

2.4.2. Eşit Etkinlikteki Firma Testine Getirilen Eleştiriler

Bu test, piyasada sadece etkin olan teşebbüslerin faaliyet göstermelerinin söz konusu teşebbüslerin aralarında rekabet olduğunun bir göstergesi olmadığı gerekçesiyle eleştirilmektedir (Melamed 2006, 388). Çünkü daha az etkin olan teşebbüslerin pazara girmesi rekabetçi baskı yarattığı gibi tüketici refahını da artırabilmektedir (Gavil 2004, 60).

Salop (2006b, 14) daha az etkin olan teşebbüslerin pazarda rekabetçi baskı oluşturduğunu şu şekilde bir örnekle açıklamıştır:

Değişken maliyeti 20\$ olan bir ürünü hâkim teşebbüsün tekeli fiyatlamasıyla 50\$'a sattığı varsayılmaktadır⁶¹. Değişken maliyeti 40\$ olan firma giriş tehdidiyle karşılaştığı zaman hâkim teşebbüs fiyatını 39\$'a indirerek rakibin girişini caydırabilir. Bu potansiyel giriş pazarda her hangi bir üretim artışı sağlamasa da fiyatları düşürmekte; tüketici refahını ve toplam refahı artırmaktadır.

Elhaug (2003, 273) ise Salop'un savının aksine daha az etkinlikteki teşebbüslerin piyasaya girişlerinin teşvik edilmesi durumunda bunların yüksek fiyattan satış yapan tekeli teşebbüsün şemsiyesi altına girerek fiyatlarını yüksek tutma ihtimallerinin de bulunduğunu belirtmiştir.

Getirilen eleştirilerden bir diğeri de, düşük etkinlikteki teşebbüsler korunmuş olsaydı, zamanla onların da tekel durumundaki teşebbüs kadar etkin olabilecekleridir. Bu nedenle tekel durumundaki teşebbüsle potansiyel rakipleri arasında pazar gücü farkının fazla olduğu durumlarda, tekel durumundaki teşebbüsle rekabet edebilmesi için pazara yeni giren rakiplerin minimum etkinlik ölçeğine ulaşana kadar korunması gerekmektedir (OECD 2005a, 277).

Ayrıca dışlayıcı olduğu iddia edilen davranışın iktisadi açıdan anlamlı olup olmadığını bile sorgulamayan EEF testinin, P-S ve NES testine göre daha fazla müdahaleden kaçınma riski taşıdığı da getirilen eleştiriler arasındadır. Lao (2006, 15), benzer şekilde EEF testinin oldukça esnek ve müsamahakâr bir standart olduğunu ileri sürmektedir. Eşit etkinlikteki rakibi tarafından başarı ile karşılandığı müddetçe, yıkıcı fiyat uygulamaları bile EEF testi ile yasaklanamayacaktır. Salop (2006b, 13-17) sayılan gerekçeler nedeniyle müdahaleden hatalı kaçınma riski taşıyan bu testin, rakibin maliyetini artırma stratejilerinin tespitinde de yetersiz kalacağını ileri sürmektedir. Ayrıca, Yazar

savunmasını da kabul etmemiştir. Üstelik mahkeme P-S testinin gerekli ancak tekelleşme iddiası için yeterli olmadığı kanaatinde olup etkinliğe bakılmasının en iyi kriter olduğunu ilave etmiştir (Bkz. dipnot 59, s.163).

⁶¹Firmanın herhangi bir batık maliyetinin olmadığı ve değişken maliyetinin de sabit olduğu farzedilmiştir.

söz konusu testin daha kompleks ve fiyat temelli olmayan dışlayıcı uygulamaların tespitinde hatalı sonuçlar vermesinin kaçınılmaz olduğunu belirtmiştir.

EEF testine yöneltilen eleştirilerin biri de bu testin göreceli etkinlik tespitinin nasıl yapılacağına dair net bir kılavuz sunmamasıdır. Örneğin, daha kaliteli yeni bir ürünü pazara sunmayı hedefleyen potansiyel firmalar teste göre maliyetlerini kalite artışına göre ayarlamak durumundadırlar. Söz konusu kalite artışı göreceli bir unsur olduğundan nasıl hesaplanacağı da belirsizdir. Ayrıca bu test çerçevesinde öne sürülen etkinlikten kastın ne olduğu belli olmayıp teşebbüsün dışlayıcı olduğu iddia edilen davranışının piyasadaki etkilerinin göz önüne alınıp alınmayacağı da belirsizdir (Salop 2006b, 16).

Şikâyetçi firmanın tekeli kadar etkin olup olmadığına dair yeterli bilgiye sahip olmasının imkânsızlığı nedeniyle Gavil (2004, 55), bu testin ispat yükünü şikâyetçinin üzerine bırakmasını eleştirmekte ve tüm bu nedenlerle testin uygulanabilir olmadığını belirtmektedir.

2.5. TÜKETİCİ REFAHI TESTİ (Consumer Welfare Test-CW Testi)

Bilindiği üzere rekabet politikaları ile iktisadi refahın sağlanması amaçlanmaktadır. Ancak iktisadi refah ile üretici refahına mı⁶², tüketici refahına mı⁶³ yoksa toplam refaha mı⁶⁴ işaret edildiği hususunda iktisatçılar arasında yoğun tartışmalar mevcuttur. Analizin toplam refaha dayanması gerektiğini ileri süren Chicago Okulu'nun savının aksine, rekabet politikasının tüketici refahını korumaya çalıştığı akademisyenlerce genel kabul görmüştür. Nitekim bu politika ABD antitröst hukukunun temel amacını oluşturmuştur. Bununla birlikte dışlayıcı uygulamalarda bu amaca nasıl ulaşılacağı konusunda görüş ayrılıkları bulunmaktadır. Salop (2006a) savunduğu tüketici refahı testi (CW) ile tüketici refahı yaklaşımının tüm dışlayıcı uygulama hallerinde başarıyla hayata geçirilebileceğini düşünmektedir.

Ayrıca hâkim firmanın her dışlayıcı uygulaması rekabet yasalarını ihlal etmemektedir. Bu nedenle rekabet otoriteleri, hem etkinlik sağlayan hem de dışlayıcı olan davranışların değerlendirilmesinde tutarlı ve tatmin edici kılavuz bulma arayışındadır. Bu noktada Salop (2006a, 313-314) bir davranışın etkinlik

⁶²Üretici refahı, denge fiyatının altında bir fiyatta mal satmaya razı olan satıcıların mallarını denge fiyattan satmaları sonucunda denge fiyatı ile satmaya razı oldukları fiyat arasındaki farka tekabül etmektedir.

⁶³Tüketici refahı, denge fiyatın üstünde fiyat ödemeye razı olan tüketicilerin malı denge fiyattan alabilmesi sonucu oluşan kazançtır.

⁶⁴Tüketici refahı ile üretici refahının toplanmasıyla elde edilen toplamdır.

kazanımları ile dışlayıcı olan sonuçlarını birlikte değerlendiren CW testinin güvenilir şekilde bütün dışlayıcı uygulamalar için kullanılabileceğini savunmakta, *Microsoft* kararında açıkça kullanılan bu testin, içtihat hukukunda da büyük bir kabul gördüğünü ileri sürmektedir.

2.5.1. Tüketici Refahı Testinin Uygulaması

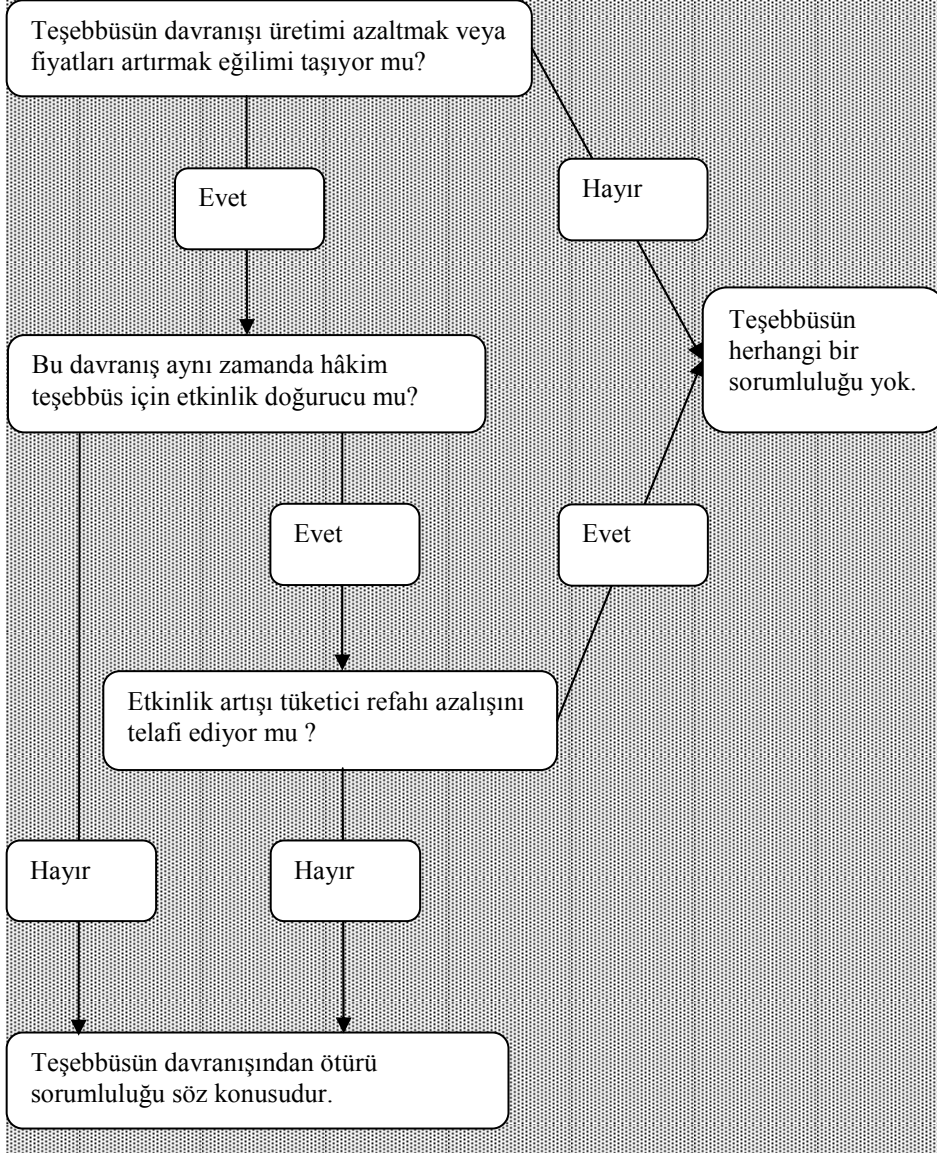
CW testi, diğer testler gibi teşebbüs odaklı bir analiz olmaması ve hâkim durumdaki teşebbüsün davranışının tüketiciler üzerindeki etkisine odaklanması nedeniyle aynı zamanda “*etki testi*” olarak anılmaktadır (Melamed 2006, 386). Bu da açıkça “*mâkûl gerekçe kuralının*” daha sık uygulanması *per se* yaklaşımının terk edilmesi anlamına gelmektedir.

Bir davranışın giriş engellerine yol açıp açmadığı, fiyatları artırma olasılığının ne olduğu ve önemli derecede rekabetçi faydalarının olup olmadığı gibi konular kapsamlı analiz gerektirmektedir. Dolayısıyla bu testin kullanılmasında rekabetçi etkinin tespiti için gerekli yapısal ve davranışsal faktörleri de içeren birçok ispat aracına ihtiyaç duyulmaktadır.

CW testi ile teşebbüslerden sadece davranışlarının tüketiciler üzerindeki etkilerini doğru tahmin etmeye çalışmaları beklenmektedir. Söz konusu davranışın etkilerine ilişkin doğru tahminlerde bulunulamaz ise teşebbüs bundan sorumlu tutulamayacaktır. Çünkü bu testte davranışı gerçekleştirdiği zaman teşebbüsün ne bildiğine veya ne bilmesi gerektiğine dayanılarak analiz yapılmaktadır (Salop 2006b, 20).

Tablo (5)’te yer verildiği üzere, dışlayıcı olduğu iddia edilen davranışın, tüketici refahında yarattığı azalmayı telafi edecek derecede bir etkinlik doğurduğu ispat edilemediği müddetçe, rekabetçi davranış olarak kabul edilmesi mümkün değildir.

Tablo 5 - CW Testi



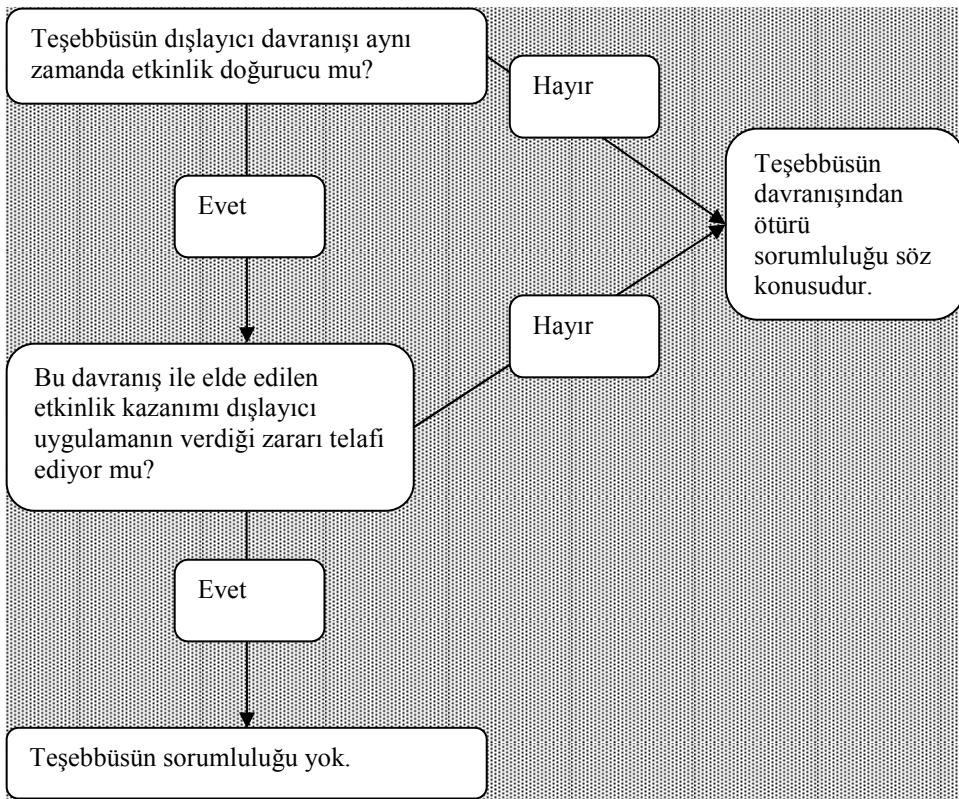
Kaynak: OECD (2005a, 32)

CW testinin "*net etki testi*" ve "*orantısızlık testi*" olmak üzere iki farklı versiyonu bulunmaktadır.

2.5.1.1. Net Etki Testi (Balancing Test)

Net etki testinde Tablo (6)'da da yer verildiği üzere dışlayıcı olduğu ileri sürülen davranışın rekabeti kısıtlayıcı etkisi ile rekabeti artırıcı etkisi kıyaslanmaktadır. Buradan hareketle davranışın tüketiciler üzerindeki net etkisi tespit edilmeye çalışılmaktadır (Melamed 2006, 380).

Tablo 6 - Net Etki Testi



Kaynak: OECD (2005a, 32)

Salop (2006b, 10) bu tip rekabetçi etki analizine, Birleşme ve Devralmalar Hakkındaki Kılavuz'da da yer verildiğine değinerek, benzer bir analizin Sherman Yasası'nın 2. kısmı kapsamında da kullanılmaması için bir neden olmadığını iddia etmektedir. Hatta benzer bir testin Sherman Yasası'nın

2. kısmının uygulamasında kullanılmasının rekabet yasalarını daha da tutarlı yapacağını savunmaktadır⁶⁵.

Salop (2006b, 9), CW testinin bir versiyonu olan net etki testinin içtihat hukukunda büyük bir kabul gördüğünü ileri sürerek *Microsoft* kararında⁶⁶ da açıkça net etki testinin kullanıldığını savunmuştur. Bu noktada *Microsoft* kararına kısaca değinmek gerekmektedir.

Microsoft, bilgisayar işletim sistemi ve bilgisayar uygulama programları başta olmak üzere yazılım üretimi alanında faaliyet gösteren bir şirkettir. Şirket *Windows* adlı işletim sistemi ile kişisel bilgisayar işletim sistemlerinde tekel durumdadır. İnternetin yaygınlaşmasıyla birlikte internet tarayıcılarının önemi artmıştır. Netscape de Navigator adlı internet tarayıcısı (*browser*) ile piyasaya hızlı giriş yapmış ve pazarda önemli bir paya sahip olmuştur. Bu pazarda da söz sahibi olmak isteyen Microsoft, Netscape’i Intel uyumlu kişisel bilgisayar işletim sistemlerindeki (*Windows*) hâkim konumuna tehdit olarak görüp 1995 yılından itibaren kendi internet tarayıcısını (*Internet Explorer*) geliştirmiş ve *Windows 95* ile birlikte dağıtmaya başlamıştır.

Mayıs 1998’de DOJ ve 20 eyalet savcısı Microsoft’un Sherman Yasası’nın 1. ve 2. kısımlarını ihlal ettiği iddiasıyla mahkemeye başvurmuştur. Bu iddiaya göre:

-Microsoft, *Internet Explorer*’ı yasal olmayan bir şekilde *Windows 95* ve *Windows 98*’e bağlamakta ve Netscape Navigator internet tarayıcısının satışını ve dağıtımını yasal olmayan münhasır anlaşmalarla engellemek suretiyle Sherman Yasası’nın 1. kısmını ihlal etmektedir.

-Microsoft kişisel bilgisayar işletim sistemlerindeki (*Windows*) tekel durumunu yasal olmayan şekilde koruyarak ve internet tarayıcı pazarında tekelleşmeye teşebbüs ederek Sherman Yasası’nın 2. kısmını ihlal etmektedir.

Bölge Mahkemesi kişisel bilgisayar işletim sistemlerinde tekel gücüne sahip olan Microsoft’un, bu gücünü rekabetçi olmayan davranışlar yoluyla koruduğuna ve internet tarayıcı pazarında tekelleşmeye teşebbüs etmek suretiyle Sherman Yasası’nın 2. kısmını ihlal ettiğine karar vermiştir. Ayrıca mahkeme, işletim sistemi ve internet tarayıcısı ürünlerinin (*Internet Explorer*, *Windows*)

⁶⁵Tam metni için bkz. <http://www.usdoj.gov/atr/merger/11251.pdf>

Söz konusu kılavuz birleşme ve devralmalarda etki analizinin kullanılmasını öngörmektedir. Etki analizi ile işlem sonucunda gerçekleşen maliyet tasarrufu ve artan pazar payı kıyaslanarak birleşme veya devralmanın fiyat ve üretim miktarı üzerindeki olası etkileri tespit edilmeye çalışılmaktadır.

⁶⁶*Microsoft Corporation. v. U.S.*, 253 F.3d 34 (D.C. Cir. 2001)

birbirine bağlanmasını da Sherman Yasası'nın 1. kısmının ihlali olarak görmüştür⁶⁷.

Gilbert (2007, 64-66) temyizde iddiaları değerlendirmek için *beş aşamalı net etki* testinin kullanıldığını belirtmiştir. Söz konusu testin ilk aşamasında, teşebbüsün sorumlu tutulabilmesi için davranışın dışlayıcı etkiye sahip olup olmadığı sınanmıştır. İkinci aşamada, davranışın rekabeti kısıtlayıcı etkilerinin şikâyetçi tarafından ispat edilmesi gerekmiştir. Üçüncü aşamada, rekabeti kısıtlayıcı etkisi ispatlanmış davranışın rekabeti kısıtlamadığı aksine rekabetçi olduğu yönünde hâkim teşebbüsün savunma yapması beklenmiştir. Bir sonraki aşamada iddia sahibi, teşebbüsün savunmasını çürütebilir veya çürütemezse bile davranışın rekabeti kısıtlayıcı etkilerinin rekabetçi etkilerinden daha fazla olduğunu gösterebilir. Son aşamada ise tüm verileri değerlendiren mahkeme, davranışın rekabeti kısıtlayıcı etkilerinin daha fazla olduğuna kanaat getirirse incelenen davranışın Sherman Yasası'nın 2. kısmını ihlal ettiğine karar verir.

Temyiz Mahkemesi bu beş aşamalı net etki testi ile yapmış olduğu analiz sonucunda⁶⁸,

-Bölge Mahkemesi'nin, Microsoft'un *işletim sistemi pazarında* Windows ile yüksek pazar gücüne sahip olduğu ve bu gücünü rekabetçi olmayan davranışlar yoluyla koruyarak Sherman Yasası'nın 2. kısmını ihlal ettiği yönündeki kararını onaylamıştır.

-Bölge Mahkemesi'nin Microsoft'un *internet tarayıcısı pazarında* tekelleşmeye teşebbüs ettiği ve Sherman Yasası'nın 2. kısmını ihlal ettiği yönündeki kararını, iddia sahibi tarafından testin dördüncü aşamasında öngörülen Microsoft'un savunmasının yeterli delillerle çürütülmesi gerekliliğini yerine getirememiş olması gerekçesiyle onaylamamıştır⁶⁹.

Microsoft kararında net etki testinin analitik aşamalarının hepsi tamamlanmamıştır. Bu nedenle bu kararda, iddiaya konu olan davranışın rekabetçi etkileri ile rekabeti kısıtlayıcı etkilerinin nasıl karşılaştırılacağına dair bir açıklama yapılamamıştır (Hovenkamp 2005, 5).

⁶⁷Microsoft v. United States , 87 F. Supp. 2 d 30

⁶⁸Bkz. dipnot 66, s. 59-60

⁶⁹Temyiz Mahkemesi Bölge Mahkemesi'nin Sherman Yasası'nın 1. kısmını ihlal ettiği yönündeki kararını onamamıştır.

2.5.1.2. Orantısızlık Testi (Disproportion Test)

Tüketici refahı testinin diğer versiyonu olan orantısızlık testi, aynı zamanda etkinlik artırıcı olan dışlayıcı davranışlar için kullanışlı olup birçok akademisyen tarafından desteklenmektedir.

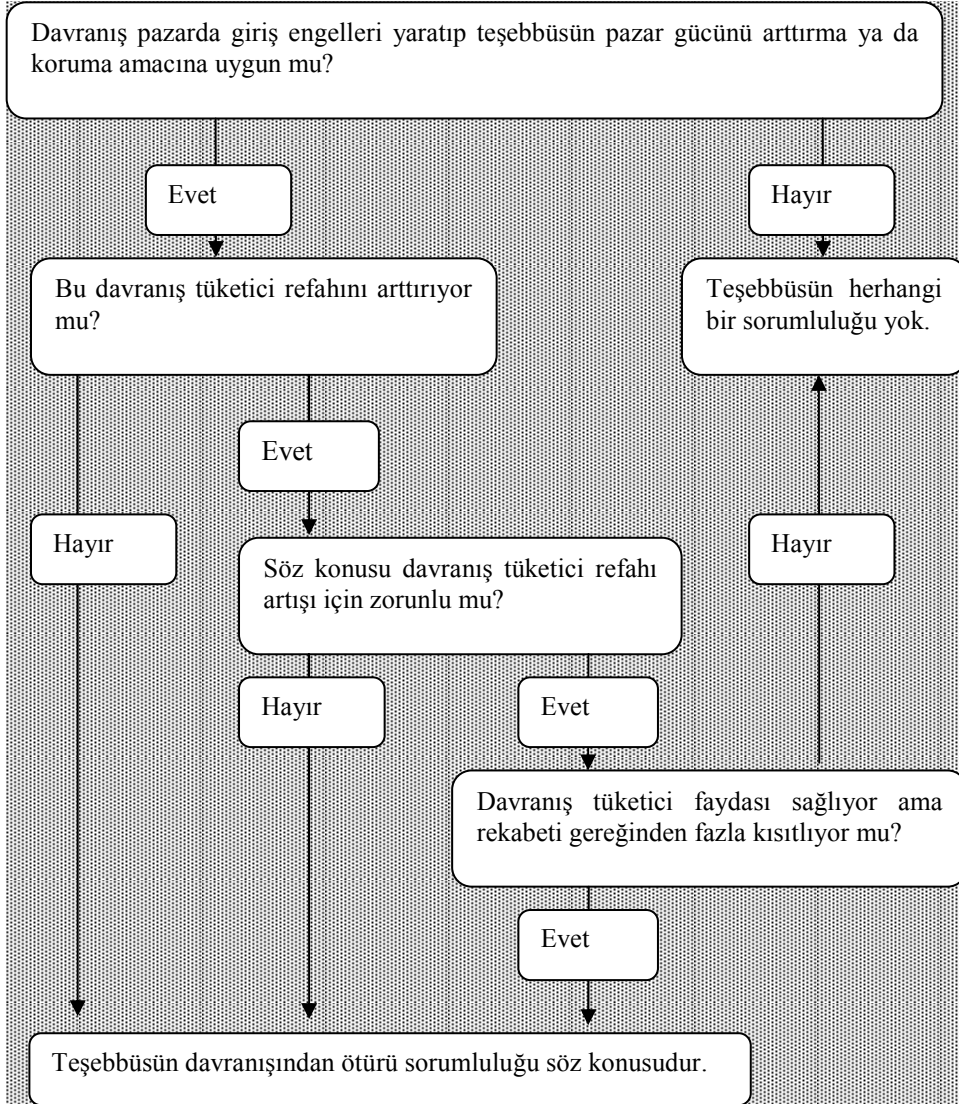
Areeda ve Hovenkamp (2002, 72) dışlayıcı uygulamaların tespitinde orantısızlık testini önermektedirler. Buna göre,

Davranış,

- (1) Pazarda giriş engelleri yaratıp teşebbüsün hâkim durumunu güçlendirme ya da sürdürme amacına uygunsu
- (2) Tüketici refahını hiç artırmıyorsa ya da tüketici refahını artırsa bile bu artış için zorunlu bir unsur değilse ya da tüketici refahını artırsa bile rekabeti gereğinden fazla kısıtlıyorsa dışlayıcı olarak kabul edilmektedir.

Önerilen bu test ile Tablo (7)'de de yer verildiği üzere ilk aşamada tekel durumun rekabeti kısıtlayıcı etkileri üzerine odaklanılmaktadır. Bu yaklaşımın Sherman Yasası'nın 2. kısmı ile tutarlı olduğu savunulmaktadır. İkinci aşamada ise etkinlik savunması olup olmadığına bakılmaktadır. Dışlayıcı olduğu iddia edilen davranışla birlikte herhangi bir etkinlik kazanımı söz konusu değilse ya da oluşan etkinlik kazanımı bu davranışın varlığı için zorunlu değilse davranışın rekabeti kısıtlayıcı olduğu kabul edilmektedir. Öte yandan, davranış sonucunda etkinlik kazanımının söz konusu olduğu durumlarda da rekabetin gereğinden fazla kısıtlanıp kısıtlanmadığı incelenmektedir.

Tablo 7 - Orantısızlık Testi



Kaynak: OECD (2005a)

DOJ, *Verizon* davasının üst mahkemede ele alınması gerektiğine ilişkin görüşünde⁷⁰ P-S testini önerirken, karar aşamasındaki görüşünde geri adım atarak kararın orantısızlık testine göre alınmasını talep etmiştir. Söz konusu görüş,

...dışlayıcı uygulamaya ilişkin karar, dışlayıcı olduğu iddia edilen davranışın rekabeti kısıtlayıcı etkileri ile tüketici refahında neden olduğu artış ve rakipleri pazar dışına itme dışında sağladığı iktisadi getiriler kıyaslanarak verilmeli...

şeklinde⁷¹.

Net etki testi, orantısızlık testine göre benzer dosyalarda daha az ispat külfeti getirmekte ve daha sıkı kurallar işletmektedir. Örneğin net etki testine göre %51'lik zarar ve %49'luk fayda teşebbüsü sorumlu tutmak için yeterlidir. Orantısızlık testine göre ise her bir davranış için fayda ve zarar oranlarının ne olması gerektiği, bir diğer deyişle birbirlerine göre ne kadar orantısız olması gerektiği sorusuna ayrıca yanıt aranır. Bu iki test arasında tercih tamamen politika seçimidir (Gavil 2004, 64).

Timothy J. Muris, FTC Başkanı olduğu dönemde CW testinin bir versiyonu olan orantısızlık testinin diğer testler içerisinde tekelleşmenin tespitinde en tutarlı ve en güvenilir standart olduğunu ileri sürmüştür⁷². R.Hewitt Pate de DOJ Antitröst Dairesi Başkanı olduğu dönemde dışlayıcı uygulamaların tespitinde P-S testinin kullanılması gerektiğini savunmuştur⁷³. İlgi çekicidir ki her iki kurum arasındaki görüş ayrılığı *Verizon* kararına da yansımıştır. Nitekim mahkeme karar aşamasındaki görüşünde her iki teste de yer vermiştir. Bu nedenle bu noktada iki testin birbiriyle karşılaştırılmasında fayda bulunmaktadır.

2.5.2. Tüketici Refahı Testi ile Kârdan Feda Testinin Karşılaştırması

P-S testinin savunucusu Melamed (2006, 393)'e göre, P-S testi CW testine göre uygulaması çok daha kolay ve daha güvenilir sonuçlar doğuran bir testtir. CW testinin ise mahkemeler ve teşebbüsler açısından uygulanması son derece zordur.

CW testinin savunucusu Salop (2006a, 4)'a göre ise P-S testinin başarısı abartılmakta ve eksiklikleri görmezden gelinmektedir. Ayrıca Salop (2006b, 17-25) vazgeçilen kârın neye göre tespit edileceğinin önemli olduğunu ve

⁷⁰Bkz. dipnot 50

⁷¹Bkz. dipnot 51

⁷²The Annual Conference Board Antitrust Conference (Mart, 2004)

⁷³<http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/202724.htm>

kullanılacak olan referans noktasına göre sonuçların değişeceğini; bu nedenle bu testin güvenilir olmadığını iddia etmektedir. Bununla birlikte Salop rekabetçi etkileri gösteren yapısal ve davranışsal tüm delilleri inceleyen CW testinin aksine, sadece kısa vadede kârdan feda edilip edilmediğine bakan P-S testinin, ne yeterli ne de gerekli bir standart olduğunu ileri sürmektedir. Öte yandan Salop (2006b, 18), rekabet yasalarının nihai amacı olan tüketici refahına doğrudan odaklanan CW testinin, sadece kârdan feda edilip edilmediğine bakan P-S testine göre daha az hataya yol açtığını savunmaktadır.

P-S testi savunucusu Werden (2006, 433) ise aksine P-S testinin rekabetçi davranış sonucunda pazar gücünün elde edilmesini teşvik eden Schumpeteryen düşünceye dayandığını, asıl CW testinin hatalı müdahaleye yol açtığını ileri sürmektedir.

P-S testi daha önce belirtildiği üzere rekabeti kısıtlayıcı niyet unsurunun varlığının tespitinde başarılıdır. Ancak verilecek kararlarda niyet unsuruna değinilmesinin gerekip gerekmediği de tartışma konusudur⁷⁴.

Microsoft davasında⁷⁵ “*davranışın arkasındaki rekabeti kısıtlama niyetinin tespiti sadece tekeli davranışın olası etkilerini anlamamıza yardımcı olur. Bu nedenle davranışın arkasındaki niyetten daha çok etkisine odaklanılmalı*” denilerek niyet unsuruna yer verilmiş olmasına rağmen etki analizine odaklanılmıştır. Niyet unsurunun ayrıca gösterilmesi isteniyorsa P-S testinin rekabeti kısıtlayıcı etkiyi tespit eden CW testi ile birlikte kullanılması daha doğru bir seçim olacaktır.

2.5.3. Tüketici Refahı Testine Getirilen Eleştiriler

Tüketici refahı testinin temel eksikliği, uygulamasında yaşanan zorluklardır. Piyasa oyuncularının ve yasa koyucuların her şeyi bilebilmeleri durumunda Salop (2006b, 10)’a göre dışlayıcı uygulamanın tüketici refahı üzerindeki tüm etkileri hesaplanabilecektir. Ancak piyasa oyuncuları ve kanun koyucular ne her şeyi bilebilmekte, ne de gerçek dünyanın kısıtları içerisinde dışlayıcı uygulamanın faydaları ve zararlarını doğru tahmin edilebilmektedir. Dolayısıyla bu test, mahkemeler için *ex-post* denetime, firmalar için de *ex-anté* denetime uygun değildir. Çünkü davranışın tüketici refahındaki etkilerinin tespit edilebilmesi için rakiplerinin maliyet kalemleri, yatırım olanakları ve tüketici

⁷⁴Grinnel davasında niyetin ayrıca gösterilmesi istenmiştir (Karar için bkz. dipnot 6). Oysa Griffith davasında Yüksek Mahkeme tekelleşme iddialarında ayrıca niyet unsurunun aranmadığını belirtmiştir (Griffith v. United States, 334 U.S. 100, 107 (1948)). Colgate dosyasında da aynı soru gündeme gelmiştir (Colgate & Co. 250, U.S. 300, 307 (1919)).

⁷⁵ Bkz. dipnot 66, s.59

talepleri ve gelecekte pazara yeni girişlerin olup olmayacağı gibi kapsamlı bilgilere ihtiyaç duyulmaktadır (Melamed 2006, 381). Ancak firmalar nadiren bu şekilde bir değerlendirme yapabilmektedir. Bu kapsamda değerlendirme de firmaların işlem maliyetlerini artırarak yatırımlardan vazgeçmelerine neden olabilecektir (386).

Şüphesiz CW testinin öngördüğü, davranışın rekabeti kısıtlayıcı etkilerinin tahmininde kullanılacak ekonometrik modellere ve iktisadi araçlara mahkemeler ulaşabilir. Ancak, Yargıç Easterbrook mahkemelerin iş yoğunluğu ve kapasitesi gibi nedenlerle CW testinin uygulamasının zor olduğunu belirtmiştir (F. Easterbrook'tan aktaran Salop, 2006b, 22). Hatta bu testin savunucularından Salop (26) bile mahkemelerin gerçek rakamları bilmesinin olanaksız olduğunu ancak mevcut delillere göre karar verebileceklerini ifade etmiştir. Sonuç olarak bu testin kullanılması ile alınan kararlar gerçek sonuçlardan uzak subjektif bir nitelik arz edecektir.

Daha önce değinildiği üzere Salop, CW testinin içtihat hukukunda da büyük bir kabul gördüğünü savunarak, Microsoft kararında açıkça bu testin kullanıldığını dile getirmektedir. Werden (2006, 430) ise aksine, Salop'un sık sık atıfta bulunduğu Microsoft kararının hiçbir yerinde CW testine yer verilmediğini ileri sürmektedir. Gavil (2004, 78-79) de Microsoft davasında mahkemenin tam anlamıyla CW testini kullanmadığını, sadece etki temelli bir yaklaşım sergilediğini iddia etmektedir. Bu nedenle de Gavil bu testin nasıl kullanılacağına dair yeterli kılavuzun olmadığını iddia etmektedir. Ayrıca Bölge Mahkemesi'nin NES testine göre karar verdiğini, Temyiz Mahkemesi'ne göre ise ihlale konu davranışın teşebbüsçe rekabetçi etkilerin rekabeti kısıtlayıcı etkilerini telafi ettiği ispat edilirse bu davranışa izin verileceği belirtmektedir.

CW testi, aşırı müdahaleci bir yaklaşım sergilemesi nedeniyle de eleştiri konusu olmuştur. Ürün kalitesindeki artışla beraber pazar gücünün artması, endüstri çağında sık sık karşılaşılan bir durumdur. Bu yüzden Melamed (2006, 377) artan fiyatlara ve pazar gücüne bakılarak değerlendirme yapılmasının tüketici refahını artıran gelişmelere yönelik hatalı müdahalede bulunulmasına neden olacağını iddia etmektedir.

2.6. ELHAUGE ETKİNLİK TESTİ (Elhauge Efficiency Test-EE Testi)

Yukarıda anlatılan testlere getirilen eleştiriler neticesinde Profesör Elhauge, anlaşılması daha zor ancak oldukça etkin bir test önermiştir. Elhauge etkinlik testi (*EE Testi*) adı verilen bu test "*rekabetçi davranış*" kavramını belirsiz kılan adil ve normal rekabet gibi kavramlardan sıyrılarak etkinliğe odaklanmıştır. Diğer bir deyişle bu test rekabetçi davranış kavramının etkinlik

kavramını karşıladığı düşüncesine dayanmaktadır. Bu testte rekabetçi davranış-rekabeti kısıtlayıcı davranış ayrımı yerine etkinliği azaltıcı-artırıcı davranış ayrımı ile karşılaşılmaktadır.

Tekelci firma kendi etkinliğini artırarak rakipleri dışlıyorsa Elhauge testine göre rekabetçi davranmaktadır. Ancak davranış rakiplerinin etkinliğini azaltırken teşebbüsün kendi pazar gücünü artırıyorsa, teşebbüsün etkinliğinin artıp artmadığına bakılmaksızın davranış rekabeti kısıtlayıcı olarak kabul edilmektedir (Elhauge 2003, 315-330).

2.6.1. Elhauge Etkinlik Testinin Uygulaması

Başlangıçta zor gibi görünen bu testin mantığı anlaşıldığı andan itibaren, uygulaması diğer testlere nispetle kolaydır. Ayrıca kullanımı yaygın olmayan ve çok yeni olan bu test diğer testlerin muhatap olduğu eleştirilerle henüz karşılaşmamıştır. Bu testin uygulama mantığının anlaşılması sonraki uygulamalar için işi kolaylaştırmaktadır. EE testinde CW testinin uygulamada karşılaştığı sorunlardan kaçınılmaktadır. Ayrıca bu testte kimi zaman yenilikler (innovasyon) yoluyla etkinlik artışı sağlayan davranışları da yasaklayabilen P-S testinin neden olduğu hataya düşülmemektedir (Elhauge 2003, 268-292).

Tablo (8)'de ayrıntılı olarak açıklanan bu testte aşağıdaki soruların sırasıyla cevaplandırılması gerekmektedir (OECD 2005a, 34):

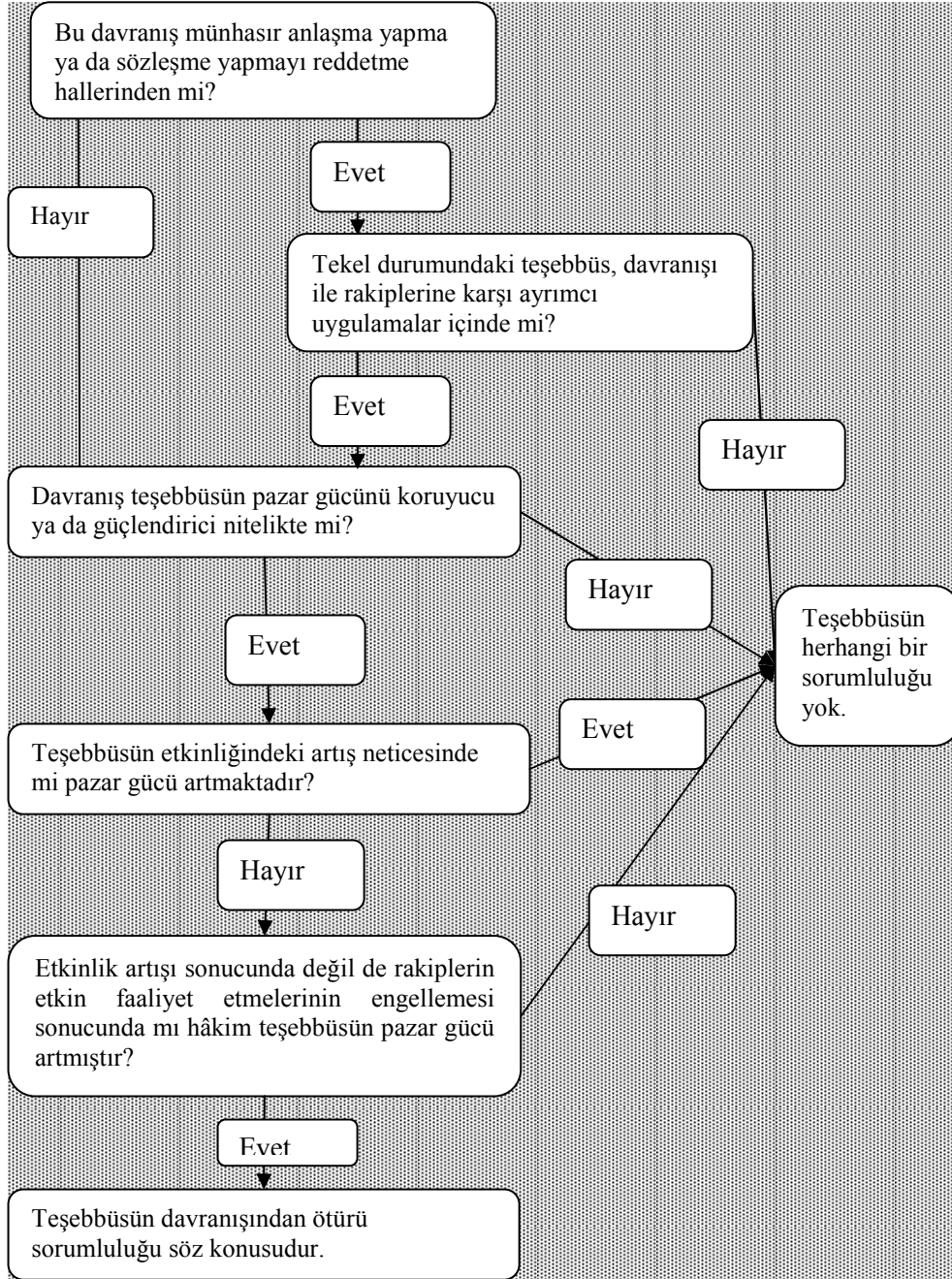
1. Eğer davranış münhasır anlaşma yapma veya sözleşme yapmama uygulaması ise tekel durumundaki teşebbüs, davranışı ile rakiplerine karşı ayrımcı uygulamalar içinde mi? (Diğer dışlayıcı uygulamalar için bir sonraki sorudan başlanır.)

2. Davranış teşebbüsün pazar gücünü koruyucu ya da güçlendirici nitelikte mi?

3. Eğer davranış sonucu teşebbüsün pazar gücü artıyorsa, teşebbüsün etkinliğindeki artış neticesinde mi pazar gücü artmaktadır?

4. Hâkim teşebbüsün pazar gücü etkinlik artışı sonucunda değil de rakiplerin etkin faaliyet etmelerinin engellemesi sonucunda mı artmıştır?

Tablo 8 - Elhaug Etkinlik Testi



Kaynak: OECD (2005a, 35)

Kabul edildiği üzere tekeli firma etkinlik artışı sağlayan davranışından dolayı sorumlu tutulamaz. Rakiplerin dışlanması tekeli firmanın kendi etkinliğinin artmasının kaçınılmaz sonucu olarak görülmektedir. Ancak diğer taraftan pazar payı artışı tamamen rakibinin etkinliğindeki azalıştan kaynaklanıyorsa, tekeli firma ne kadar etkinlik savunması yaparsa yapsın davranışın rekabeti kısıtladığı kabul edilmektedir. Bu duruma daha çok teşebbüsün kendi etkinliğini artırmak için rekabeti daha fazla sınırlayıcı yolları tercih etmesi hallerinde rastlamak mümkündür. Bu nedenle EE testi rekabeti gereğinden fazla kısıtlayıcı tüm dışlayıcı uygulamaları tespit etmekte oldukça başarılıdır (OECD 2005a, 34).

2.7. PER SE YASAL TESTİ (Per se Legality Test)

Bazı davranışların rekabetçi sürece zarar vermediği nasıl tecrübe edilmişse, aynı şekilde rekabetçi sürece zarar vermeyen davranışların da herhangi bir teste konu olmaksızın *per se* yasal kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmektedir. Bu anlayışla örneğin yıkıcı fiyat uygulamalarında teşebbüsün maliyeti altında fiyatlandırma yapmış olması şartının aranması tekeli firmanın maliyet üstü fiyat politikaları için güvenli bir alan (*safe harbour*) oluşturmaktadır. Ayrıca piyasaya yeni ürün sunulması ve maliyet düşüren yatırımlar gibi bazı uygulamalar da *per se* yasal sayılmalıdır. (Werden 2006, 418).

Areeda ve Turner (1978, 77) da “ürün kalitesindeki gelişme, dinamik pazar penetrasyonu, başarılı araştırma ve geliştirme, maliyet azaltan yenilik ve benzeri” unsurların söz konusu olduğu dışlayıcı uygulamaların *per se* yasal kabul edilmesini savunmuştur. Elhauge (2003, 330) teşebbüsün etkinliğinin artmasının rakiplerini dışlayıp dışlamadığına bakılmaksızın *per se* yasal kabul edilmesi gerektiğini savunarak geniş bir güvenli alan tanımlamıştır.

Sherman Yasası'nın 2. kısmı kapsamında *per se* yasal sayılabilecek tek taraflı davranışları üç kategoriye ayırmak mümkündür. Bunlar: 1) Maliyet üstü fiyat indirimleri 2) Maliyeti düşüren yatırımlar 3) Piyasaya yeni ürün sunulması halleridir. Örneğin, rekabeti kısıtladığı iddiasına konu olan Microsoft'un kendi operatör sistemlerinde Java uygulamalarının daha hızlı çalışmasını sağlayan, ancak rakiplerin operatör sistemleri ile uyumlu olmayan yeni bilgisayar yazılımı geliştirmesini mahkeme piyasaya yeni bir ürün sunulmasının rekabeti kısıtlayıcı etkilerinin olmayacağı varsayımıyla *per se* yasal kabul etmiştir⁷⁶. Bu davada söz konusu davranışın rekabetçi ve rekabeti kısıtlayıcı etkilerine bakılmamıştır. Yeni ürün tasarımlarını mahkemeler genel olarak *per se* yasal kabul etmektedirler (Popofsky 2006, 446). Ancak, birçok defa mahkemelerce Sherman

⁷⁶Bkz. dipnot 66, s. 74-75

Yasası'nın 2. kısmının "*süper yetenek ve öngörü sayesinde elde edilen pazar gücünü*" yasaklamadığını telaffuz etmişse de⁷⁷ hala birçok mahkeme kararında yeni ürün sunulmasının Sherman Yasası'nın ihlali olarak görülebileceği belirtilmektedir⁷⁸.

2.8. ABD HUKUKUNUN DEĞERLENDİRMESİ

ABD antitröst hukuku, yüzyılı aşkın tarihiyle günümüz antitröst hukukunun temelini oluşturmaktadır. Ancak ABD'de antitröst hukukunun önemli konularından biri olan tekelleşmenin genel bir tanımı hala tutarlı ve net bir şekilde yapılamamıştır. Hatalı müdahale ve müdahaleden hatalı kaçınma riskleri göz önüne alındığında, piyasada rekabetin tesis edilebilmesi için tekelleşmenin sınırlarının tespitinin son derece önemli olduğu ortadadır.

Daha önce belirtildiği üzere, tekelleşmenin tespiti için birçok akademisyen tarafından çeşitli testler geliştirilmiştir. İlgili bölümde ayrıntılı olarak ele alınan bu testlerin özellikleri ve birbirlerine göre üstünlükleri Tablo (9)'da özet halinde yer verilmektedir.

Kanımızca Tablo (9)'da da yer verildiği üzere CW testi rekabet politikalarının nihai amacı olan tüketici refahına doğrudan odaklandığı için teşebbüsün kârlılığını ya da görelî etkinliğini temel alan diğer testlere göre üstün durumdadır. Bununla birlikte rekabet otoritelerinin iş yükü göz önüne alındığında CW testinin uygulanmasının zaman alması ve taraflara yüksek ispat yükü getirmesi nedeniyle uygulanabilirliği pek bulunmamaktadır. Üstelik hatalı müdahalede bulunmaya neden olma olasılığının da yüksek oluşu, CW testini uygulanabilir ve genel bir test olmaktan çıkarmaktadır. Rekabet otoritelerinin analizlerini kolaylaştırmak ve ispat yüklerini hafifletmek için tüketici refahı testi yerine daha az emek ve iş yükü isteyen diğer testler kullanılabilir. Bu testler bilindiği üzere; maliyet odaklı "Brooke testi", kârlılığa odaklı "P-S testi" ve "NES testi", etkinliğe odaklı "EEF testi" ve "EE testi", "per se yasal testi"nden oluşmaktadır.

⁷⁷Kartell v. Blue Shield of Mass., Inc. 749 F.2d 922, 930 (1st Cir. 1994) (Breyer, J.); Hecht v. Pro-Football, Inc., 570 F.2d 982, 991 (D.C. Cir. 1977); Greyhound Computer Corp. v. IBM, 559 F.2d 488, 492 (9th Cir. 1977).

⁷⁸SteamfittersLocal Union No. 420 Welfare Fund v. Philip Morris, Inc., 171 F.3d 912, 925 n.7 (3d Cir. 1999)

Tablo 9 - Testlerin Özellikleri

Testler	Dışlayıcı Uygulamanın Varlığı İçin Önerdiği Koşul	Üstünlükleri	Eksiklikleri
Brooke Testi	Telafi edilebilen maliyet altı fiyatlandırma.	Rekabetçi davranışları yasaklamaz.	Müdahaleden hatalı kaçınmaya neden olabilir.
Kâr-feda Testi (P-S Testi)	Rekabeti kısıtlayıcı etkisi dışında, davranışın kârlı bir davranış olmaması.	Anti rekabetçi niyete odaklanmaktadır.	Müdahaleden hatalı kaçınmaya neden olabilir.
İktisadi Açıdan Anlamlı Olmayan Davranış Testi (NES Testi)	Rakiplerinin faaliyetini zorlaştırmak ya da rekabeti tamamen ortadan kaldırmak dışında davranışın hâkim teşebbüs için iktisadi açıdan rasyonel olmaması.	Rakibin maliyetini artırma hallerinde olduğu gibi, teşebbüse herhangi bir maliyeti olmayan dışlayıcı uygulamaları da tespit eder.	Müdahaleden hatalı kaçınmaya neden olabilir. Açıkçası, dinamik anlamda rekabeti azaltan davranışları yakalayamayabilir.
Eşit Etkinlikte Firma Testi (EEF Testi)	Tekelci firmanın davranışı sonucunda ilgili ürün pazarında en az kendisi kadar etkin olan teşebbüslerin dışlanması.	Etkin olmayan teşebbüsler pazar dışında kalır.	Tüketici refahını artıran ancak daha az etkin olan teşebbüslerin pazar dışında kalmasına neden olan davranışlara göz yumulabilir.
Elhaug Etkinlik Testi (EE Testi)	Tekelci firmanın pazar gücünün rakiplerin etkin faaliyet göstermelerinin engellenmesi suretiyle artırılması.	Rekabetçi davranışlara izin verir.	Müdahaleden hatalı kaçınmaya neden olabilir.
Tüketici Refahı Testi (CW Testi)	Dışlayıcı olduğu iddia edilen davranış ile daha yüksek fiyat ve daha az üretime neden olunarak tüketici refahının azaltılması.	Rekabet politikasının nihai amacı olan tüketici refahı ile doğrudan ilişkilidir.	Hatalı müdahaleye neden olabilir. Statik etkinlik savunması ile etkin olmayan rakipleri bile koruyabilir.
Per se Yasal (Per se Legal Test)	-Maliyet üstü fiyatlandırmalar -Yeni ürün sunumu -Maliyet düşürücü yatırımlar yasaklamaz	Yenilikçi davranışları yasaklamaz.	Müdahaleden hatalı kaçınmaya neden olabilir.

Diğer taraftan yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı ve Tablo (10)'da da karşılaştırmaları özet olarak yer verildiği üzere, bu testlerin, hatalı müdahalede bulunma ya da müdahaleden hatalı kaçınma gibi riskleri ile birlikte, uygulanabilirlik açısından birbirine göre üstünlükleri ya da eksiklikleri söz konusudur.

Tablo 10 - Müdahale-Hata Riski Matrisi⁷⁹

		P-S Testi	NES Testi	EEF Testi	CW Testi
AVANTAJLARI	P-S Testi	-	-P-S testi NES testine göre daha az müdahaleci -Hatalı müdahalede bulunma riski daha düşük	-Daha müdahaleci -Müdahaleden kaçınma riski daha düşük	-Daha az müdahaleci -Uygulaması daha kolay
	NES Testi	-NES testi P-S testine göre daha müdahaleci -Müdahaleden kaçınma riski daha düşük	-	-Daha müdahaleci -Müdahaleden kaçınma riski daha düşük	-Daha az müdahaleci -Uygulaması daha kolay
	EEF Testi	-Daha az müdahaleci -Hatalı müdahalede bulunma riski daha düşük	-Daha az müdahaleci -Hatalı müdahalede bulunma riski daha düşük	-	-Daha az müdahaleci -Uygulaması daha kolay
	CW Testi	-Daha müdahaleci -Müdahaleden kaçınma riski daha düşük	-Daha müdahaleci -Müdahaleden kaçınma riski daha düşük	-Daha müdahaleci -Müdahaleden kaçınma riski daha düşük	-

⁷⁹Tablo (10)'da kutucuklardaki bilgiler satırlarda yer verilen testlerin sütunlardaki testlere göre avantajını ifade etmektedir.

Tablo (10)'a göre;

P-S testi, etkin olarak hatalı müdahalede bulunmama konusunda başarılı olduğu için hatalı müdahalenin ve aşırı caydırıcılığın temel endişe olduğu dışlayıcı uygulama hallerinde başarılı sonuç vermektedir⁸⁰. Örneğin, yıkıcı fiyat uygulamasında olduğu gibi yıkıcı fiyat ile rekabetçi olan indirimleri birbirinden ayırt etmek her zaman mümkün değildir. Bu nedenle hatalı müdahalede bulunma olasılığı yüksektir. Daha önce bahsedildiği üzere hatalı müdahalede bulunmanın maliyeti ise teşvik edilen rekabetçi davranışların caydırılmasıdır. Hatalı müdahalenin riskleri ve maliyeti göz önüne alındığında, P-S testinin yıkıcı fiyatlandırma iddiasının tespiti için uygun bir test olduğu anlaşılmaktadır. Ayrıca bu testin sözleşme yapmayı reddetme uygulamaları ve rakiplerin ürünleri ile uyumsuz olan yeni ürün dizaynı uygulamalarında da kullanılması tavsiye edilmektedir (Lao 2006, 10).

Dışlayıcı uygulamaların bir diğer örneği olan rakibin maliyetini artırma stratejileri yıkıcı fiyat uygulamasına göre rekabete daha fazla zarar vermektedir. Burada müdahaleden hatalı kaçınma riskini ön planda tutan daha sıkı testlere yer verilmesi gerekmektedir. Bu tip dışlayıcı uygulamaların tespitinde P-S testinin uygulanması yanıltıcı olacaktır.

Kısacası hatalı müdahale riskinin yüksek olduğu dışlayıcı uygulamaların tespitinde etkin olan P-S testi, müdahaleden hatalı kaçınma riskinin yüksek olduğu dışlayıcı uygulamaların tespitinde etkin değildir. Bu nedenle tüm dışlayıcı uygulama halleri için etkin bir test değildir. DOJ da ilgili bölümde ayrıntılı olarak değinilen *Verizon* davası için vermiş olduğu görüşünde tüm dışlayıcı uygulamalar için bu testi önerirken; kararın verilmesi aşamasındaki görüşünde ise P-S testinin uygulama alanını sadece mal vermeyi reddetme halleri ile sınırladığını⁸¹.

NES testinin uygulanması, rekabeti kısıtlama amacı dışında teşebbüse herhangi bir iktisadi faydası olmayan davranışların dışlayıcı olup olmadığının tespiti hallerinde son derece kolaydır. Ancak savunucusu olmasına rağmen Melamed (2005, 1258), NES testinin “*statik anlamda refahı azaltan davranışları*” yakalayabilirken “*dinamik anlamda refahı azaltan tüm davranışları*” tespit edemediğine işaret etmiştir. Bu nedenle bu test, hatalı müdahale riskinin yüksek olduğu veya müdahalede bulunmanın refah üzerindeki etkisinin öngörülemediği durumlarda kanun uygulayıcılarına uygun bir kılavuz sağlamamaktadır. Bu test daha çok firmalara *ex-anté* olarak planladıkları

⁸⁰Dışlayıcı uygulamaların daha düşük ceza gerektirenden daha yükseğe doğru sıralaması şu şekildedir: Yıkıcı fiyatlandırma, sözleşme yapmayı reddetme ve ürün yeniden dizaynı ve dikey anlaşmalar (bağlama, münhasır anlaşmalar ve sadakat indirimleri ve bağlama yoluyla yapılan indirimler) (Lao, 2006, 21-24).

⁸¹Bkz. dipnot 50, 51

faaliyetlerin yasal olup olmadığına dair fikir verdiği için tavsiye edilmektedir (Lao 2006, 2). Özetle NES testi hatalı müdahale riskinin yüksek olduğu yıkıcı fiyatlandırma ve sözleşme yapmayı reddetme davaları için son derece kullanışlıdır. Ancak, bu test de tüm dışlayıcı uygulamalar için kullanılabilir genel bir test olma özelliğine sahip değildir.

Etkinliğe odaklı EEF testine göre ise, şikâyetçilerin tekel gücüne sahip firmanın eşit etkinlikteki rakiplerini dışladığı iddiasında bulunabilmesi için tekeli firmanın bilgilerine sahip olması gerekmektedir. Ancak tekeli firmanın yıkıcı fiyat uyguladığı iddiasında bulunabilmek için şikâyetçinin sadece kendi fiyat bilgileri yeterli olabilmektedir. Bu nedenle bu test, uygulamasından kaynaklanan zorluklar da göz önüne alındığında tüm dışlayıcı uygulamalar yerine yıkıcı fiyat uygulamalarında çok daha başarılı sonuç verecektir (Gavil 2004, 59). Ayrıca dışlayıcı olduğu iddia edilen davranışın iktisadi açıdan rasyonel olup olmadığını bile sorgulamayan bu testin, P-S ve NES testine göre müdahaleden hatalı kaçınma riski daha yüksektir (Lao 2006, 15).

Rakiplerin etkinliğine odaklı EE testinin anlaşılması zor ancak uygulaması görece olarak kolaydır. Yenilik yoluyla etkinlik artırıcı davranışları hatalı müdahaleler ile yasaklama riski taşımaz. Ancak bu test diğer testlere özgü eksiklikleri taşımasına rağmen henüz çok yeni ve denenmemiş bir test olduğu için kullanımı yaygın değildir.

Sonuç olarak, CW testi dışındaki diğer testlerin hepsi daha az hatalı müdahale riski taşımaktadırlar. Buna karşılık, diğer testler davranışın tüketici refahı üzerindeki etkisini dikkate almadıkları için bu testlerde müdahaleden hatalı kaçınma ihtimali daha yüksektir.

Yakın gelecekte mahkemelerce ve uygulayıcılarca birbirine göre eksikliği ve üstünlüğü olan bu testler arasından uygun testin seçiminde kullanılacak prensiplere ihtiyaç duyulacağı da açıktır. Dışlayıcı olduğu iddia edilen davranışa müdahale edilirken yukarıda belirtilen hatalı müdahalede bulunma ya da müdahaleden hatalı kaçınma gibi riskleri düşük bir seviyeye indirmek için en uygun testin seçilmesinde aşağıda belirtilen değerlendirmelerin dikkate alınması faydalı olacaktır.

-Sınırsız sayıda ticari faaliyetlerle gerçekleştirilebilen dışlayıcı davranış tiplerinin her birinde dışlayıcılığın gerçekleşme olasılığı ve her dışlayıcı uygulamanın verdiği zararın büyüklüğü değişmektedir. Doğaldır ki, gerçekleşme olasılığı daha az olan ve daha az zarar veren davranışlar daha yüksek oranda hatalı müdahale riski taşır. Hatalı müdahale riski taşıyan davranışlar da daha esnek kurallara tabi olmalıdır.

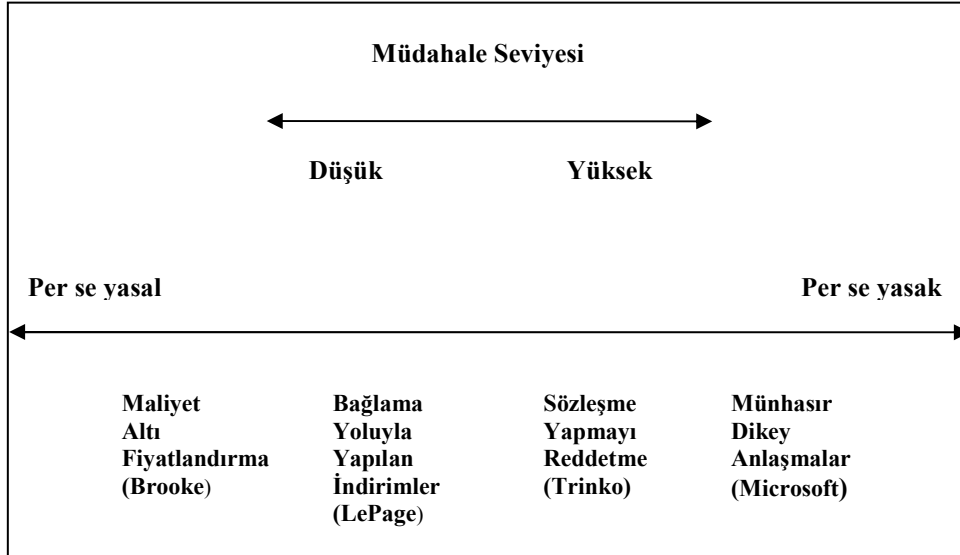
-Ugulayıcıların müdahaleden beklenen faydanın büyüklüğünü de göz önüne alması beklenmektedir. Ayrıca bazı sınırlayıcı davranışlar için müdahale

aşırı caydırıcı (*overdeterrence*) ya da az caydırıcı (*underdeterrence*) olabilir. Rekabet otoritelerince yapılan müdahale aşırı caydırıcıysa ya da müdahalenin faydası konusunda belirsizlik söz konusuysa daha esnek kurallar uygulanmalıdır.

-Hatalı müdahale ile müdahaleden hatalı kaçınmanın yaratacağı maliyetlerin simetrik olmadığı durumlarda, hatalı müdahalenin mi yoksa müdahaleden hatalı kaçınmanın mı yaratacağı maliyetin daha fazla olacağı sorusu ampirik bir konudur (Cass ve Hylton 1999, 37). Yine de optimal caydırıcılık sağlayabilmek için hatalı müdahale riski daha düşük olan testlerden yana tercih yapılmasının faydalı olacağı düşünülmektedir.

Bu prensiplerle birlikte testlerin açıkça kullanıldığı bazı kararlar da, uygun test seçiminde yol gösterici olabilir. Bu çalışmada yer verilen ABD mahkemelerinin kararları ve uyguladıkları testler müdahale derecelerine göre Skala (1)'de yer verilen çizelgede sıralanmıştır. Bu çizelgede yıkıcı fiyat uygulamalarına Brooke testi ile en az müdahaleci yaklaşım uygulandığı görülmektedir. Çizelgede sağa doğru ilerledikçe, bağlama yoluyla yapılan indirimlere Brooke testine göre daha müdahaleci bir yaklaşım sergileyen EEF testi uygulanmıştır. Sözleşme yapmayı reddetme hallerinde ise EEF testine göre daha müdahaleci olan P-S testi kullanılmıştır. Çizelgenin sonuna yaklaştıkça dikey anlaşmalara P-S testine göre daha müdahaleci olan CW testinin uygulandığı anlaşılmaktadır. Kısaca bu kararlar ile bazı kötüye kullanma halleri için üstü örtülü bir şekilde Sherman Yasası'nın 2. kısmının sınırları çizilmiştir.

Skala 1 - Kararlarda Kullanılan Testler



Kaynak: Popofsky (2006, 441)'nin makalesinden uyarlanmıştır.

Sonuç olarak rekabet otoriteleri birbirine göre artıları ve eksileri olan bu testler içerisinde politika seçimi ve ihlalin türü ve ağırlığından hareketle uygun testi seçme imkânına sahiptir. ABD hatalı müdahalede bulunmaya, müdahaleden hatalı kaçınmaya göre daha temkinli yaklaşmaktadır (Rule 2005, 4). Bu nedenle müdahaleden hatalı kaçınma riskine göre hatalı müdahale riski daha düşük olan testleri seçmektedir.

BÖLÜM 3

DIŞLAYICI UYGULAMALARIN TESPİTİNE YÖNELİK AB REKABET HUKUKUNDAKİ STANDART TARTIŞMALARI ve REFORM ÇALIŞMALARI

Çalışmanın bir önceki bölümünde, ABD'deki akademisyenler tarafından dışlayıcı uygulamaların tespitinde kullanılması önerilen ve beraberinde birçok tartışmayı da getiren çeşitli testlerden bahsedilmiştir. Bu bölümde ise dışlayıcı uygulamaların tespitinde ihtiyaç duyulan standart tartışmaları açısından AB rekabet hukuku uygulamasındaki gelişmelere değinilecektir.

Dışlayıcı uygulamaların tespitinde Komisyon, şekilci ve müdahaleci bir yaklaşım sergilediği, iktisadi analizler açısından zayıf kaldığı yönünde uzun yıllardır eleştiri almaktadır (Niels ve Jenkins 2005, 2).

Eleştirileri dikkate alan Komisyon, 2005 yılının Aralık ayında, RA'nın 82. maddesi uygulamalarında iktisadi/etki temelli bir yaklaşım benimseyen Tartışma Metni'ni yayımlayarak kamuoyunun görüşüne açmıştır. Söz konusu Tartışma Metni'nde sadece dışlayıcı uygulamalara yer verilmiş olup sömürücü uygulamalara değinilmemiştir. Zira Komisyon, sömürücü uygulamaların yapacağı başka bir çalışmanın konusu olacağını açıklamıştır⁸².

Tartışma Metni yayımlanmadan önce, 2005 yılının Temmuz ayında, Komisyonca görevlendirilen *EAGCP*⁸³, Tartışma Metni'ne dayanak olması amacıyla “82. Maddeye İktisadi Bir Yaklaşım” adlı bağlayıcı olmayan bir ön

⁸²19.12.2005 tarihli Komisyon duyurusu için bkz.

<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/05/1626&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>

⁸³EAGCP yaklaşık 15 iktisatçıdan oluşan bir grup olup Komisyon ve üyelerinin seçmiş olduğu önemli politika konularında danışmanlık hizmeti sunmaktadır.

rapor hazırlamıştır⁸⁴. Her ne kadar bağlayıcı olmasa da, bu ön rapor AB Rekabetten Sorumlu Komisyon üyesi Neelie Kroes'ın Eylül 2005 tarihinde Fordham Enstitüsü'nde yapmış olduğu, *82. madde ile ilgili reform çalışmalarına yön veren* konuşmasına büyük ölçüde dayanak oluşturmuştur⁸⁵. EAGCP'nin ön raporu ve Neelie Kroes'ın Fordham Enstitüsü'ndeki yapmış olduğu bu konuşma Tartışma Metni'nin büyük ölçüde temelini oluşturmaktadır.

Kamuoyuna açılan Tartışma Metni'ne çok sayıda kurum ve kişi görüş bildirmiştir⁸⁶. Bunu takiben Komisyon tarafından 14 Temmuz 2006 tarihinde düzenlenen oturumlarda, söz konusu Metin ve Metne getirilen eleştiriler tartışılmıştır. Alınan görüşler doğrultusunda Komisyon'un 82. madde uygulamalarına ilişkin olarak, önümüzdeki yıllarda bir kılavuz yayımlaması beklenmektedir.

Komisyonca Tartışma Metni'nde benimsenen iktisadi/etki temelli yaklaşıma geçmeden önce söz konu yaklaşımın oluşmasında etkili olan ve yukarıda kısaca değinilen reform ihtiyacı üzerinde biraz daha detaylı durmak yerinde olacaktır.

3.1. RA'NIN 82. MADDESİ UYGULAMALARI VE REFORM İHTİYACI

82. madde uygulamalarına ilişkin oluşan içtihadın, yukarıda da belirtildiği gibi, müdahaleci ve şekilci bir yaklaşım sergilediği uzun yıllardır eleştiri konusu olmuştur (Niels ve Jenkins 2005, 2).

Komisyon'un dışlayıcı uygulamalara ilişkin müdahaleci bir yaklaşım benimsemesinin nedenleri, AB içtihat hukukunun köklerini aldığı Alman "Ordo-Liberal Düşünce Okulu"na kadar uzanmaktadır. 1930 yılında Alman Freiburg Üniversitesi'nde bir grup ekonomist ve hukukçu tarafından oluşturulan bu düşünce okulu, temel rekabetçi parametreleri koruma konusunda devlete büyük rol düştüğünü ve bu nedenle sıkı bir yasal düzenlemenin gerekliliğini savunmaktadır (Wurmnest 2006, 15). Bu düşünce okuluna göre, hâkim teşebbüslerin varlığı bile tek başına rekabetçi süreci zayıflatmakta ve pazardaki diğer teşebbüslerin özgürlüğünü kısıtlamaktadır. Dolayısıyla söz konusu düşünce okulu, firmalar arasında optimum rekabetin tesisi için pazardaki

⁸⁴EAGCP'nin raporu, Tartışma Metni hazırlanırken büyük ölçüde benimsenmekle birlikte söz konusu metnin rapordan farklılaşan noktaları da bulunmaktadır.

⁸⁵Nellie Kroes'ın 23 Eylül 2005 tarihinde Fordham Enstitüsü'nde yaptığı konuşma için bkz. <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/05/537&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>

⁸⁶Tartışma Metni'ne getirilen eleştiriler için bkz. <http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/art82/index.html>.

aktörlerin ekonomik özgürlüğünün korunması gerektiğini savunmaktadır (Gormsen 2006, 9-10).

Ordo-liberal düşünce okulunun etkisinde kalan Komisyon ve ATAD *per se* yasaklamalara daha sık başvurarak daha müdahaleci bir yaklaşım sergilemiştir. Hâkim durumdaki teşebbüslerin sanki rekabetçi baskı varmışçasına davranmalarını bekleyen bu yaklaşımın izleri, AB rekabet hukukuna yön veren *Hoffman La Roche*⁸⁷ ve *Michelin I*⁸⁸ kararlarında açıkça görülmektedir. Anılan kararlarda teşebbüslerin kusurunun varlığına ilişkin bir saptamaya gidilmeksizin hâkim teşebbüslere, rekabetçi yapıyı bozmama konusunda özen gösterme borcu yüklenmiştir.

Hâkim durumun varlığının bile tek başına rekabetçi yapı için tehlikeli olduğu düşüncesi, AB rekabet hukukunu hâlâ derinden etkilemektedir. Pazardaki etkileri bakımından “*züccaciye dükkânındaki file*” benzetilen hâkim durumdaki teşebbüslere, pazara daha fazla zarar vermelerini önlemek için mutlak surette birtakım kısıtlamalar getirilmesi gerektiğine inanılmaktadır. Bu da 82. madde uygulamaları bakımından hâkim teşebbüslerin davranışları karşısında rekabetin değil rakiplerin korunduğu ve bu yönüyle *ABD antitröst hukukunda geçmiş dönemlerde yapılan hataların aynısının AB’de tekrarlandığı* eleştirilerine neden olmaktadır (Schweitzer 2007, 2). Oysa iktisat teorisi ve tecrübeler göstermiştir ki, bir pazarda sadece hâkim teşebbüsün varlığı piyasanın rekabetçi yapısını bozmadığı gibi, hâkim teşebbüslerce gerçekleştirilen belli tip davranışların da rekabeti artırıcı etkileri olabilmektedir (Niels ve Jenkins 2005, 2).

Eleştirilen *şekilci yaklaşıma* göre 82. madde uygulamalarında dışlayıcı uygulamalar, yıkıcı fiyat uygulamaları, bağlama anlaşmaları ve münhasır uygulamalar gibi çeşitli başlıklar altında toplanarak değerlendirmeye tabi tutulmaktadır. Aynı başlıkta yer alan davranışlara pazar üzerindeki gerçek etkileri sorgulanmaksızın aynı standartlar uygulanmaktadır (Gormsen 2006, 19-20). Ancak örneğin, önemli bir girdiye sahip olan hâkim teşebbüs, rakipleri ile sözleşme yapmayı reddederek rakiplerinin piyasaya girişlerini engelleyebileceği gibi münhasır anlaşmalar ya da bağlama yoluyla da aynı amaca ulaşabilmektedir. Bu örnekte olduğu gibi dışlayıcı uygulama halleri farklı başlıklar altında sınıflandırıldıklarından dolayı farklı standartlara tabi tutulabilmekte ve kaçınılmaz olarak yanlış kararlar alınmasına neden olabilmektedir (EAGCP 2005, 5-7).

Diğer bir husus ise hâkim teşebbüslerin pazar paylarını ya yatırımlar yaparak ya da rakiplerinin pazardaki faaliyetlerini zorlaştırarak korumaya ya da

⁸⁷Case 85/76 Hoffman La-Roche v. EC Commission (1979) ECR 461, (1979)

⁸⁸Case 322/81 Michelin v. EC Commission (1983) ECR 461, (1985)

arttırmaya çalışmalarıdır. Her iki durumda da rakiplerinin pazar dışında kalmasına neden olabilmektedirler. Sonuçları bakımından aynı olan bu iki uygulamanın da rakipleri dışlamanın haricindeki etkilerini sorgulamaksızın alınan kararların da hatalı olması kaçınılmazdır (EAGCP 2005, 2).

ATAD'ın iki güncel kararında da -*Michelin II*⁸⁹ ve *British Airways*⁹⁰- 82. madde lafzına göre kötüye kullanmanın tespiti için dışlayıcı olduğu iddia edilen davranışın olası anti rekabetçi etkilerinin gösterilmesinin beklenmediği açıkça ifade edilmiş ve sadakat indiriminin tespiti yeterli bulunmuştur. 82. madde uygulamasıyla ilgili bu iki kararda benimsenen yaklaşım üzerinde şekilci olduğu yönünde eleştiriler giderek yoğunlaşmıştır (Sher ve Kallaugher 2004, 264).

Bu eleştirilere göre; söz konusu yaklaşım geleneksel pazarlardaki dışlayıcı uygulamalarda iktisadi analizden yoksun ve tutarsızdır. Bu nedenle, bu yaklaşımın ölçek ekonomisi, ağ etkisi ve yüksek yatırım gibi karakteristik özellikler sergileyen yeni ekonomi uygulamalarında da yeterli olamayacağı açıktır (Messina 2006, 73).

Yukarıdaki eleştirileri dikkate alan AB'nin de son yıllarda rekabet uygulamalarında iktisadi etkinlik ve tüketici faydası gibi hedefleri ön planda tutarak iktisadi analizlere ağırlık vermeye başladığı görülmektedir⁹¹.

3.2. REFORM ÇALIŞMALARI ve TARTIŞMA METNİ

Dışlayıcı uygulamaların tespitinde ABD ile kıyaslandığında AB, hem iktisadi/etki temelli analiz açısından hem de gerekli hukuki standart tartışmaları açısından yolun başında kabul edilebilecek noktadadır. Dolayısıyla da AB uygulamasında, konuya ilişkin oldukça sınırlı sayıda yazılı doküman bulunmaktadır. Bu dokümanlar içinde de en önemlisi dışlayıcı uygulamaların tespitine standart getirilmesini öngören Tartışma Metni'dir⁹². Açıklanan nedenlerden dolayı çalışmamızın bu bölümünde Tartışma Metni ayrıntılı bir şekilde ele alınacaktır.

Tartışma Metni'nde, 82. madde uygulamalarında göz önüne alınması gereken genel prensipler ile bağlama anlaşmaları, yıkıcı fiyat, indirim ve sözleşme yapmayı reddetme uygulamaları gibi en sık rastlanan dört dışlayıcı

⁸⁹Case T-203/01 Michelin v Commission [2003], OJEC, 13.12.2003

⁹⁰Case T-219/99 British Airways plc v Commission [2003], OJEC C 71, 20.3.2004

⁹¹Van den Berg kararı ile Bölge Mahkemesi, RA'nın 82. maddesi kapsamında kötüye kullanmadan bahsedebilmek için piyasanın yüksek oranda kapandığının ispat edilmesinin gerektiğini vurgulamıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. dipnot 11.

⁹²DG Competition Discussion Paper on The Application of Article 82 of Treaty to Exclusionary Abuses (2005), <http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf>

uygulamanın tespitinde kullanılması beklenen özel prensipler ortaya konulmuştur⁹³.

Komisyon Tartışma Metni'nin hazırlanmasındaki asıl amacın, eski kararlarının bir muhasebesi olarak 82. madde uygulamalarını değiştirmek ya da yumuşatmak olmadığını, bundan sonrası için dışlayıcı uygulamaların tespitinde hukuki bir belirlilik sağlamak olduğunu ifade etmiştir⁹⁴. Bu amaçla Tartışma Metni'nin genelinde asıl olarak bir davranışın hangi koşullarda kötüye kullanma olarak tanımlanacağına ilişkin genel bir çerçeve çizilmeye çalışılmıştır. Çizilen bu genel çerçeve, rakiplerin yerine rekabetçi sürecin korunması amacına hizmet eden ve birbirini tamamlayan iki unsurdan oluşmaktadır. İlki, yeni ürün ve daha yüksek kalite veya yenilik fırsatları yaratan rekabetçi davranışların yasaklanmaması amacıyla getirilen etki temelli yaklaşımdır. Diğeri de dışlayıcı uygulamaların doğrudan ya da dolaylı zararlı etkileri karşısında tüketicilerin korunmasını hedefleyen tüketici refahı yaklaşımıdır.

Bu açıklamalardan sonra aşağıda Tartışma Metni'nin çerçevesini çizen bu iki unsurdan bahsedilecektir. Ardından Tartışma Metni'nde yer verilen şu testlere sırasıyla değinilecektir:

- Fiyat temelli dışlayıcı uygulamaların tespitinde tavsiye edilen “*eşit etkinlikteki firma testi*”
- Rekabeti kısıtlayıcı sözleşme yapmayı reddetme hallerinin ortaya konulmasında önerilen “*tüketici refahı testi*”
- Yıkıcı fiyat uygulamalarının belirlenmesinde sınırlı bir uygulama alanı için öngörülen “*kârdan feda testi*”

3.2.1. İktisadi/Etki Temelli Yaklaşım

Tartışma Metni'nin genel çerçevesini çizen unsurlardan biri iktisadi/etki temelli yaklaşımdır. Bu yeni yaklaşım, şekilci yaklaşımın temel aldığı hâkim durum tespiti ile yetinmeyip, ihlale konu davranışın yol açabileceği, rekabeti kısıtlayıcı tüm etkileri de göz önüne almaktadır (Niels ve Jenkins 2005, 7). Bu nedenle anılan yaklaşım rekabet otoritelerinin alacağı yanlış kararların önüne geçmekte ve teşebbüslerin de kanunun boşluklarından yararlanmalarını engellemektedir (EAGCP 2005, 4). Böylelikle hatalı müdahalelerin önlenmesini

⁹³Tartışma Metni'nde genel ve özel prensipler yanında hakim teşebbüslere etkinlik savunması imkânının tanınması tartışmalarına da yer verilmiştir. Çalışmanın kapsamı gereğince etkinlik savunması tartışmalarına girilmeyecektir.

⁹⁴Bkz. dipnot 85

amaçlayan Komisyon ABD uygulamasında olduğu gibi, “*bozulmamışsa, tamir etme*” yaklaşımını benimsemiştir⁹⁵.

İktisadi/etki temelli yaklaşım, davranışın tüketicilere verdiği zararın büyüklüğü hakkında da faydalı bilgiler sağlamaktadır. Bu özelliği de hâkim durumlarını kötüye kullanan teşebbüslere verilecek cezaların zarara göre tespit edilmesini mümkün kılmaktadır. Zaten Komisyon reform çalışmalarındaki esas amaçlarından birinin de hâkim durumun kötüye kullanılması halleri için iktisadi analizlere dayanan zarar teorilerini geliştirmek olduğunu belirtmiştir⁹⁶.

Komisyon’un Tartışma Metni ile getirdiği bu yeni yaklaşım, 29 Mart 2006 tarihli *Prokent/Tomra* kararı⁹⁷ ile uygulamaya konulmuştur. Kararda, geri dönüşüm makineleri/kumbaralarının üretimi pazarında hâkim durumda bulunan Tomra adlı şirketin, müşterilerine uygulamış olduğu farklı hedef indirimleriyle münhasırlık yarattığı ve rakiplerini pazar dışında bıraktığı gerekçesiyle hâkim durumunu kötüye kullandığı sonucuna ulaşılmıştır. Komisyon, *Hoffmann-La Roche* veya *Michelin II* kararlarından farklı olarak bu kararında, şekilci yaklaşımı terk ederek yerine teşebbüsün söz konusu davranışının önemli derecede dışlayıcı etkiye sahip olup olmadığını sorgulamıştır. Bu nedenle *Prokent/Tomra* kararı, 82. maddenin uygulama şekline muhalif çevrelerce önemli bir adım olarak değerlendirilmiş ve memnuniyetle karşılanmıştır (Maier ve Vaigauskaitie 2006, 8).

3.2.2. Tüketici Refahı Yaklaşımı

Tartışma Metni’nin genel çerçevesini çizen unsurlardan diğeri de tüketici refahı yaklaşımıdır. 82. madde uygulamalarına ilişkin reform sürecinde, iktisadi/etki temelli yaklaşım ile birlikte başlayan yeni yöntem tartışmaları hedeflenen nihai amacın ne olduğu tartışmalarını da gündeme taşımıştır. Bilindiği üzere rekabet hukukunun uygulamasında benimsenen politika amacı doğrudan rekabet hukuku uygulamasını etkilemekte ve rekabet hukuku müdahalesinin yoğunluğunu belirlemektedir. Bu nedenle rekabet politikasının amacı önemli bir tartışma alanıdır.

Amaç tartışmaları iki zıt grup arasında cereyan etmektedir. İlki, şimdiye kadar büyük bir oranda AB rekabet otoritelerinin kararlarını etkilemiş olan ve rekabetin korunması için diğer teşebbüslerin pazardaki özgürlüklerinin kısıtlanmaması gerektiğini ileri süren ordo-liberal yaklaşım, diğeri ise ABD antitröst otoritelerini etkileyen, rekabet politikalarının nihai amacını tüketici refahı olarak gören Anglo-Sakson tüketici refahı yaklaşımıdır (Wurmnest 2006, 16-18).

⁹⁵Bkz. dipnot 85

⁹⁶Bkz. dipnot 85

⁹⁷Case COMP e-1/38.113-Prokent/Tomra (Karar henüz yayımlanmamıştır.)

Yayımlanan EAGCP (2005, 7-9) raporu da “*rekabetin korunması amacının*” iktisadi özgürlüklerden daha çok tüketici refahı anlayışı ile yeniden ele alınması gerektiğini savunmuştur. Böylelikle, rapora göre, dışlayıcı uygulamaların tüketici refahı üzerindeki etkilerine odaklanması, rekabet politikasının tarafları mı yoksa rekabetçi süreci mi koruduğu tartışmalarını da sona erdirecektir.

EAGCP raporuna paralel olarak Komisyon da, RA’nın 82. maddesinin amacının “*tüketici refahını artırmak ve etkin kaynak dağılımının aracı olarak pazardaki rekabeti korumak*” olduğunu savunmaktadır⁹⁸. Ayrıca Komisyon reform çalışmalarında *tüketiciye en çok zarar veren kötüye kullanımlara daha fazla ağırlık vereceğini de açıklamıştır*⁹⁹.

Sonuç olarak RA’nın 82. maddesi uygulamalarının yeniden gözden geçirilmesi sürecinde “*iktisadi/etki temelli tüketici refahı yaklaşımı*” benimsenmiştir. Bu yaklaşımın benimsenmesinde en önemli gerekçe, hâkim durumun kötüye kullanılması hallerine müdahalelerin tutarlı ve etkin bir şekilde yapılmasını sağlamaktır. Ayrıca, söz konusu yaklaşımla firmaların, ticari faaliyetlerinin, yasal olup olmadığına ilişkin planlama aşamasında rekabet hukuku uygulaması açısından karşılaştıkları belirsizliklerin azaltılması amaçlanmaktadır (Ganslandt 2006, 2).

3.2.3. Tartışma Metni’nde Dışlayıcı Uygulamaların Tespitine Yönelik Önerilen Testler

Tartışma Metni’nde dışlayıcı uygulamalar, “*hâkim durumdaki teşebbüsün pazar üzerinde kısmen ya da tamamen kapama etkisine sahip olan, nihai olarak tüketicilere zarar veren...*” ve “*...olası etki olarak da fiyatları artıran veya rekabetçi seviyesinin üstünde seyrettiren davranışlar...*” şeklinde tanımlanmıştır (Tartışma Metni, para. 1 ve 58).

Bununla birlikte Tartışma Metni’nde dışlayıcı uygulamaların tespitinde kullanılmak üzere rekabeti kısıtlayıcı davranışları rekabetçi davranışlardan ayırt edebilmek için yol gösterici olan eşit etkinlikteki firma testi, tüketici refahı testi ve kârdan feda testine yer verilmiştir. Söz konusu testlerin yetersiz kaldığı durumlarda Komisyon, genel prensipler çerçevesinde karar vereceğini belirtmiştir (Tartışma Metni, para. 56).

Bölüm 2’de akademik alt yapısı ayrıntılı bir şekilde yer verilen bu testlere bu bölümde Tartışma Metni bağlamında yer verilecektir.

⁹⁸Bkz. dipnot 85

⁹⁹Bkz. dipnot 85

3.2.3.1. Eşit Etkinlikteki Firma Testi

Dışlayıcı uygulamaları fiyat temelli olanlar ve olmayanlar olarak iki gruba ayıran Tartışma Metni'ne göre fiyat temelli dışlayıcı uygulamalarda, *rekabeti kısıtlayıcı fiyatlandırma politikaları* ile *rekabeti artırıcı fiyatlandırma politikalarını* birbirinden ayırmak zordur (para. 62). Böyle bir zorluk Tartışma Metni'nin fiyat temelli dışlayıcı uygulamaların nasıl tespit edileceği üzerinde yoğunlaşmasına neden olmuştur. Bu yoğunlaşma neticesinde, Metin başarısı rakibin etkinliğine bağlı olan fiyat temelli dışlayıcı uygulamaların tespitinde göreceli etkinliği baz alan *eşit etkinlikteki firma testi* kullanılması gerektiği sonucuna ulaşmıştır (para. 63).

Kullanılması tavsiye edilen eşit etkinlikteki firma testi aslen Richard Posner tarafından geliştirilmiştir. Bu teste göre hâkim teşebbüsün dışlayıcı uygulaması sonucunda eşit ya da daha etkin bir rakibinin faaliyetlerini zorlaştırması veya onu pazar dışına çıkarması kötüye kullanma olarak kabul edilmektedir. Eşit etkinlikteki firma testi, rekabetin doğası gereği acımasız olduğu ve eninde sonunda etkin olmayan teşebbüsleri pazar dışına çıkaracağı düşüncesine dayanmaktadır. Bu nedenle bu test, rekabet politikasının etkin olmayan teşebbüsleri korumaması gerektiğini savunmaktadır (Wurmnest 2006, 23).

Bu testte cevabı aranması gereken temel soru, hâkim durumdaki teşebbüsün kendisinin söz konusu dışlayıcı uygulamaya maruz kalması halinde faaliyetlerini sürdürüp sürdüremeyeceğidir (Akman 2006a, 6). Hâkim durumdaki teşebbüsün kendisinin dahi söz konusu dışlayıcı uygulamayı karşılayamayacağı kanaatine varıldığında ihlale konu olan uygulama Komisyonca dışlayıcı bulunacaktır. Bu testin uygulanmasına teorik bir örnek aşağıda verilmiştir (Tablo 11).

Tablo 11 - Eşit Etkinlikteki Firma Testi Uygulaması

<p>Örnek: İndirim Uygulamalarında “Eşit Etkinlikteki Firma Testi”</p> <p><u>Konu:</u> Sadakat indiriminin iktisadi etkisi nedir? Müşteriler bu indirim sonucunda ilave bir birim çıktıyı rakip teşebbüslerden almaktan vazgeçip hâkim teşebbüsten mi almaktadır?</p> <p>Test ile indirim uygulamalarının müşterilerin alım kararlarını ne ölçüde etkilediği irdelenmelidir: Müşterilere uygulanan hedef alım miktarı nedir? Bu alım miktarına ulaşıldığında ya da bu miktar aşıldığında indirimin müşterilere ekonomik getirisi nedir? Hâkim teşebbüs kadar etkin olan rakibi de aynı fiyat politikasını uygulayabilir mi? Bu alım noktasını etkileyen diğer faktörler nedir? Değerlendirmede diğer unsurlar da dikkate alınmalıdır.</p> <p><u>Yayılma (Suction) Etkisi:</u> Hedef alım miktarı aşıldığında, indirimlerin sadece eşığı geçen alım miktarlarına değil de toplam alım miktarına uygulanması yayılma etkisi olarak tanımlanmaktadır. Yayılma etkisi eşığe ve indirim miktarına göre değişir. Yayılma etkisi ampirik olarak değerlendirilmelidir.</p> <p><u>Ticari Açıdan Gerekli Miktarda Ürün Arz Etmek:</u> Normal olarak bütün rakipler bütün talebi karşılama gayesinde değildirlir. Bu nedenle sorulması gereken soru, indirim sistemi rakip teşebbüsün, müşterilerine ticari açıdan gerekli miktarda ürün arz etmesini engelliyor mu?</p> <p><u>Fiyat Analizi:</u> Müşterilerin, hâkim teşebbüsün indirim politikaları karşısında rakip teşebbüsten ticari açıdan gerekli miktarda ürün almaları için gereken fiyat seviyesi nedir?</p> <p><u>Maliyet Analizi:</u> Hâkim durumdaki teşebbüsün ya da eşit etkinlikteki varsayımsal rakibinin ortalama toplam maliyeti (ATC) nedir?</p> <p><u>Fiyat/Maliyet Analizi:</u> Müşterilerine ticari açıdan gerekli miktardaki ürünü arz etmek için gerekli fiyat, eşit etkinlikteki rakibin ATC'nin altında mı?</p> <p><u>Fiyat/Maliyet Karşılaştırması:</u> Söz konusu fiyat eşit etkinlikteki rakibinin ATC'sinin altında ise rakibin hâkim teşebbüs ile rekabet etmesi zordur.</p>

Kaynak: European E&M Consultants, Competition Competence Report, 2006, 4

Tablo (11)'de de yer verildiği üzere eşit etkinlikteki firma testinin uygulanabilmesi için hâkim durumdaki teşebbüslerin fiyat ve maliyet yapısına ilişkin güvenilir bilgilere ihtiyaç duyulmaktadır. Bilgi toplamada ve maliyetlerin hesaplanmasında yaşanan zorluğun bilincinde olan Komisyon, bilgilerin yeterli olmadığı ya da erişilemediği durumlarda ek verilerin elde edilebileceği kaynakları sıralamıştır (Tartışma Metni, para. 67):

1. a) Hâkim durumda bulunan teşebbüsün ihlali gerçekleştirdiği piyasada satışa sunduğu üründen elde ettiği cirosu ile ürünün piyasaya sunulması aşamasında katlandığı maliyete ilişkin yeterli bilgiye ulaşamadığı durumlarda,

b) Hâkim durumdaki teşebbüsün bir piyasadaki dışlayıcı uygulaması, faaliyet gösterdiği diğer piyasalardaki cirosunu da olumsuz etkilediği durumlarda,

c) Benzer bir şekilde çift taraflı pazarlarda (*two sided markets*)¹⁰⁰,

Teşebbüsün diğer piyasalardaki faaliyetlerden elde ettiği gelirlerine ve bu piyasalardaki maliyetlerine bakılması gerekir.

2. Hâkim durumda bulunan teşebbüsün maliyetlerine ilişkin güvenilir bilgilere istenildiği an ulaşamadığı durumlarda, etkin rakiplerin verilerine dayanılarak eşit etkinlikteki firma testi uygulanabilir.

3. Maliyet verilerine ilişkin bilgilere hiçbir şekilde ulaşamadığı durumlarda, kötüye kullanmanın tespitinde kullanılacak fiyat-maliyet analizi dışındaki diğer unsurlara ilişkin güvenilir modellerin oluşturulup kötüye kullanmanın varlığı tespit edilebilir. Bunun karşısında hâkim teşebbüslerin savunmalarını sunma imkânları her zaman vardır.

4. Ölçek ekonomisinin veya piyasaya ilk girenin sahip olduğu avantajların (*first mover advantages*) bulunduğu özellikli pazar koşullarında az etkinlikteki teşebbüslerin korunması gerekmektedir. Bu durumda, eşit etkinlikteki firma testinin, sadece hâkim durumda bulunan teşebbüsün maliyet ve fiyatlarının karşılaştırılmasını temel almasından öte, ölçek ekonomisi ve pazara ilk giren avantajı gibi pazara özgü koşulları da dikkate alması beklenmektedir.

3.2.3.2. Tüketici Refahı Testi

Tartışma Metni'nde dışlayıcı uygulamalarda dikkate alınması gereken genel prensipler ortaya konulurken, tüketici refahı yaklaşımının üstünlüğüne sık sık atıfta bulunulmuştur. Bu amaca uygun bir şekilde dışlayıcı uygulamaların tespitinde uygulanacak olan test ile davranışın pazardaki bütün anti rekabetçi etkileri ile tüketicilere vermiş olduğu zararlı etkilerinin sorgulanması gerekmektedir. Bu doğrultuda Tartışma Metni, sözleşme yapmayı reddetme

¹⁰⁰Çift taraflı pazarlar, bir ya da birden çok platform ile son kullanıcılar arasında etkileşimin sağlandığı ve iki (ya da daha çok) tarafa da uygun ücret yüklenerek söz konusu tarafların bir araya getirildiği pazarlar olarak tanımlanabilir. Çok taraflı pazarlara bilgisayar oyunları platformları, internet siteleri, TV ağları, kredi kartları ve gazeteler örnek olarak verilebilir (Rochet ve Trole 2005, 2).

halleri¹⁰¹ için doğrudan tüketici refahına odaklanan tüketici refahı testini benimsemiştir (Salop 2006b, 39–40).

Tartışma Metni, sözleşme yapmayı reddetmenin kötüye kullanma sayılabilmesi için rakiple sözleşme yapmamanın “*pazardaki tüketici refahını azaltması ve rekabeti kısıtlayıcı olması*” gerektiğini belirtmiştir (para. 210). Ayrıca Tartışma Metni (64)’ne göre, hâkim teşebbüsün daha önce girdi sağlayıcısı olarak herhangi bir ticari ilişkisi olmadığı rakiple sözleşme yapmayı reddetmesinin kötüye kullanma sayılabilmesi için aşağıda sıralanan beş koşulun gerçekleşmesi gerekmektedir:

1. İhlale konu olan davranış sözleşme yapmayı reddetme tanımına uymalıdır.
2. Teşebbüs hâkim durumda olmalıdır.
3. Sözleşme yapmayı reddetme davranışına konu olan girdi, rakiplerin üretim yapmaları için zorunlu bir unsur olmalıdır.
4. Reddetme davranışının rekabeti kısıtlayıcı etkisinin olduğu tespit edilmelidir.
5. Son olarak da reddetme için teşebbüsün herhangi bir objektif gerekçesi olmamalıdır¹⁰².

Tartışma Metni’nde bir girdinin zorunlu unsur sayılabilmesi için gerekli kriterler de açıklanmıştır. Bu kriterlere göre teşebbüslerin ihlale konu girdi olmaksızın kendi ürünlerini üretilmiyor ya da olağan faaliyetlerini sürdürmüyor olmaları ve bu girdinin kendilerince üretiminin imkânsız ya da oldukça pahalı olması gerekmektedir (Tartışma Metni, para. 229). Girdi daha önce teşebbüsler arasında ticari ilişkiye konu olmuş ise rakiplerin faaliyetlerini sürdürmeleri için bu girdinin zorunlu bir unsur olduğunu ispat etme şartı ayrıca aranmamaktadır.

Tartışma Metni’nde rakiplerin girdiye ulaşımını sağlayan mevcut sözleşmenin sona erdirilmesi, daha önce girdi sağlayıcısı olarak herhangi bir ticari ilişkide bulunulmayan rakipler ile sözleşme yapmayı reddetme haline göre daha sıkı ve müdahaleci yaklaşımlara tabi tutulmaktadır. Yukarıda belirtildiği üzere daha önce ticari bir ilişkisi söz konusu olmadığı durumlarda, reddetmeye konu girdi Tartışma Metni’ne göre zorunlu unsur sayılmayabilmektedir.

¹⁰¹Sözleşme yapmayı reddetme, bir iktisadi varlığa sahip olma nedeniyle pazarda hâkim durumda olan bir teşebbüsün, aynı pazarda mal veya hizmet üretmek isteyen teşebbüslerin pazara girişlerini engellemek ya da faaliyetlerini zorlaştırmak amacıyla söz konusu varlığa ulaşım taleplerini reddetmesi olarak tanımlanabilir (Gürzumar 2006, 21).

¹⁰²Son iki şart anti rekabetçi etkiyi oluşturmaktadır.

3.2.3.3. Tartışma Metni'nde Yer Verilen Diğer Testler

Komisyon, daha önce belirtildiği üzere fiyat temelli kötüye kullanmalar için eşit etkinlikte firma testini tavsiye etmiştir. Bununla birlikte Tartışma Metni'nde fiyat temelli kötüye kullanma hallerinden sayılan yıkıcı fiyat uygulamalarında oldukça sınırlı seviyede olmak üzere kârdan feda testine de yer vermiştir.

Söz konusu Metin'de yıkıcı fiyat uygulaması hâkim teşebbüsün rakiplerini dışlamak amacıyla fiyatlarını düşürerek bilinçli olarak kısa vadeli *kârdan bir feda* gerçekleştirmesi olarak tanımlanmıştır (para. 93). Ayrıca Komisyon geleneksel yaklaşımını sürdürerek yıkıcı fiyat uygulamalarında, iktisadi üstünlük (hâkim durum), olağan dışı düşük fiyat ve niyet olmak üzere üç unsurun varlığını aramıştır.

Bu üç koşuldan biri olan olağan dışı düşük fiyat kavramının ne olduğu konusunda içtihatta genel kabul görmüş olan *AKZO* kararı belirleyici olmuştur¹⁰³. Bu karar ile oluşan içtihada göre ortalama değişken maliyet (AVC) altı fiyatlandırmalar yıkıcı kabul edilmiştir. Ortalama toplam maliyet (ATC) üstü fiyatlandırmalar ise istisnai durumlar dışında yasal sayılmıştır. AVC üstü ile ATC'un altındaki fiyatlandırmalarda ise ayrıca niyet unsurunun varlığı aranmıştır. Tartışma Metni de *AKZO* kararı ile getirilen söz konusu değerlendirme esaslarını korumuştur. Sadece Metin ortalama değişken maliyet (AVC) kavramı yerine ortalama kaçınılabılır maliyet (average avoidable cost) (AAC)¹⁰⁴ kavramını getirmiştir¹⁰⁵. Benzer şekilde AAC altı fiyatlar yıkıcı kabul edilmiştir (para. 64). Komisyon'un bu şekilde yıkıcı fiyat uygulamalarında uygun maliyet eşiği bulma çabaları takdirle karşılanmıştır. Bu yönüyle spesifik maliyet eşiği öngörmeyen ve ABD yıkıcı fiyat uygulamalarında geniş yer bulan Brooke testine göre üstünlüğünün bulunduğu belirtilmiştir¹⁰⁶.

Komisyon yıkıcı fiyat uygulamalarında aradığı üç koşuldan biri olan niyet unsurunun varlığını, Tartışma Metni'nde kârdan fedanın söz konusu olup olmadığı ve ihlale konu davranışın rasyonel olup olmadığı da dâhil olmak üzere çok çeşitli bulgulara dayandırmıştır (para.112). Ancak bu bulgulardan hangisinin geçerliliğinin daha fazla olduğunu belirtmemiştir. Bu noktada Komisyon'un

¹⁰³Case 62/86 Akzo v. EC Commission (1991) ECR 359

¹⁰⁴Ortalama kaçınılabılır maliyet, belli bir zaman diliminde teşebbüsün belli bir miktar çıktıyı üretmeseydi katlanmayacağı maliyettir.

¹⁰⁵AVC ile AAC, çoğu zaman aynı maliyet kalemini ifade etmektedir; ancak örneğin yıkıcı fiyat uygulaması için hâkim teşebbüsün kapasitesini artırması gerektiği durumlarda AAC, bu yatırımın sabit ve batık maliyetlerini de dikkate almaktadır (Tartışma Metni, para.108).

¹⁰⁶American Antitrust Institute, Response to Public Consultation on the European Commission Directorate General for Competition Discussion Paper on the Application of Article 82 of the Treaty to Eclusionary Abuses, s. 8

niyet unsurunun tespitinde kârdan feda testi yerine iktisadi açıdan anlamlı olmayan davranış testine ağırlık vermesi gerektiğini savunanlar olmuştur¹⁰⁷.

Bununla birlikte Komisyon her kârdan fedanın yıkıcı fiyat uygulamasına işaret etmediğini, örneğin yapılan yatırımların da kısa vadeli kârdan fedayı gerektirebileceğini işaret etmiştir (para. 95). Ayrıca hâkim teşebbüsün yıkıcı fiyat nedeniyle katlanmış olduğu maliyeti aynı dönem içerisinde de telafi edebileceği ihtimalinin de bulunduğunu belirtmiştir (para. 115). Komisyon bu gibi nedenlerle kârdan feda testine temkinli yaklaşmıştır. Bu yüzden kârdan fedanın doğrudan kestirilemediği durumlarda Komisyon hasatın¹⁰⁸ varlığının da ayrıca tespit edilmesinin gerektiğini belirtmiştir.

AB geleneksel yaklaşımı, bilindiği üzere ABD'deki Brooke testinden farklı olarak yıkıcı fiyat tespitinde, hasatın muhtemel olup olmadığına yer vermemiştir (Kara 2003, 33). Tartışma Metni'nde de Komisyon geleneksel yaklaşımını korumuş ve yukarıda belirtilen yeni istisna dışında yıkıcı fiyat değerlendirmesinde hasata değinmemiştir (para.112). Gerekçe olarak; hâkim durumdaki teşebbüsün varlığının, pazara giriş engelini varlığı anlamına geldiği ve bunun da hasatın varlığının bir göstergesi olduğu ifade edilmiştir (para. 122).

Sonuç olarak ABD uygulamalarında geniş yer bulan kârdan feda testi ve iktisadi açıdan anlamlı olmayan davranış testi, AB uygulamalarında o kapsamda yer edinmemiştir. Ayrıca Komisyon'un geleneksel yaklaşımını koruyarak reform çalışmalarında hasata yer vermemesi de Brooke testinin AB'de uygulanma olasılığını azaltmıştır.

3.2.4. Tartışma Metni'ne Getirilen Eleştiriler

Tartışma Metni ilgili çevrelerce memnuniyetle karşılanmakla birlikte Metin'de öngörülen yeni yaklaşım iktisadi/etki temelli yaklaşım ile bağdaşmadığı, şekilci yaklaşımın izlerini taşıdığı ve yeterli açıklıkta olmadığı yönünde eleştirilere hedef olmuştur (İçöz ve Hançer 2007, 5). Bu noktada çalışmanın konusu ile sınırlı olmak üzere Tartışma Metni'ne getirilen eleştiriler ele alınacaktır.

3.2.4.1. Eşit Etkinlikteki Firma Testine Getirilen Eleştiriler

Eşit etkinlikteki firma testi uygulamada bazı önemli sorunlara neden olmaktadır. Bu sorunlar, testin değerini düşürmekte ve genel olarak kullanılabilir olup olmadığına dair şüpheleri de beraberinde getirmektedir.

¹⁰⁷Bkz. örneğin (Shapiro ve Hayes, 6)

¹⁰⁸Yıkıcı teşebbüsün yıkıcı fiyat uyguladığı dönemde uğradığı kayıpları telafi etmesine hasat denir.

Eşit etkinlikteki firma testinin, etki temelli yaklaşımda olması gereken tüm diğer ayrıntıları atlayarak maliyet eşiği (*cost benchmark*) üzerine odaklanması eleştiri konusu olmuştur. Zira test bu yönüyle şekilci bir yaklaşım sergilemektedir. Akman (2006a, 6)'ın da işaret ettiği gibi dışlayıcı uygulamaların tüketici refahı üzerindeki etkilerinin değerlendirilmesi gerekliliği Tartışma Metni boyunca referans yapılsa da fiyat temelli kötüye kullanmaların tespitinde önerilen eşit etkinlikteki firma testi ile dışlayıcı uygulamaların tüketici refahı üzerindeki etkilerinden daha çok rakiplere verilen zarara odaklanılmıştır. Bu da, Komisyon'un rakiplerin korunmasına, tüketici refahının korunmasından çok daha fazla önem verdiği izlenimine yol açmaktadır.

Eşit etkinlikteki firma testi, yeterince açık olmadığı ve bunun da Komisyon'a geniş bir takdir yetkisi verdiği yönünde de eleştiriler almaktadır¹⁰⁹. Örneğin test uygulanırken referans alınacak maliyet eşiği hakkında bir açıklama getirilmemiştir. Öte yandan testte yer alan “*etkin rakip*” ve “*benzer maliyet*” gibi kavramların da aydınlatılması beklenmektedir¹¹⁰.

Ayrıca bu test Tartışma Metni'nde sadece fiyat temelli kötüye kullanmalar için tavsiye edilmekteyken yine Tartışma Metni'nde fiyat temelli olmayan bağlama anlaşmaları gibi uygulamalar için de testin kullanıldığı görülmektedir. Fiyat temelli olmayan kötüye kullanmalarda da bu testin uygulanıp uygulanamayacağı netleştirilmesi gerekmektedir.

Tartışma Metni'nde de ölçek ekonomisinin veya piyasaya ilk girenlerin sahip olduğu avantajların bulunduğu pazar koşullarında, daha az etkinlikteki teşebbüslerin korunmasının tüketicilerin çıkarı için gerekli olduğu belirtilmiştir (para. 67). Bununla birlikte ne zaman daha az etkinlikteki teşebbüslerin korunacağı, ne zaman bu testin uygulanacağı konusunda aydınlatıcı bir açıklama getirilmemiştir (Akman 2006a, 6).

Söz konusu test, uygulanabilir olmadığı yönünde de eleştirilere hedef olmaktadır. Bu testin uygulanabilmesi için hâkim durumdaki teşebbüslerin fiyat politikaları ve maliyet kalemlerine ilişkin sağlam verilere ihtiyaç duyulmaktadır. Gavil (2004, 55)'e göre hâkim teşebbüslerin bilgilerini rekabet otoritesi ile paylaşmaya razı olmamaları nedeniyle kaliteli bilginin elde edilmesinde yaşanacak sıkıntı bu testin başarısını etkileyen temel nedenlerden birisidir. Nitekim Wurmnest (2006, 23)'a göre de bu test ile hem şikâyetçilerin iddianamelerini hazırlayabilmeleri için hem de hâkim firmaların yatırım planlarının yasal olup olmadığını tespit edebilmeleri için rakiplerinin bilgilerine

¹⁰⁹Joint Working Party of the Bars and Law Societies of the United Kingdom (“JWP”) Response to DG Competition Discussion Paper on the application of Article 82 to exclusionary abuses s. 12

¹¹⁰Gianni, Origoni, Grippo & Partners „Comments On The Dg Competition Discussion Paper On The Application Of Article 82 Of The Treaty To Exclusionary Abuses, s. 6

ihtiyaç duyulmaktadır. Bu nedenle bu testin henüz değerlendirme aşamasındayken yetersiz kaldığı ileri sürülmektedir¹¹¹.

ATAD *British Airways* kararında¹¹² teşebbüsün yıkıcı fiyat uygulamaları ile eşit etkinlikteki rakibini dışlayıp dışlamadığına bakmaksızın karar vermiştir. ATAD'ın uzun yıllar içtihat oluşturacak bu kararı nedeniyle Heimler (2007, 4), Tartışma Metni'nde kullanılması tavsiye edilen eşit etkinlikteki firma testinin tavsiyeden öteye gitmeyeceğini iddia etmiştir.

3.2.4.2. Tüketici Refahı Testine Getirilen Eleştiriler

Tartışma Metni'nde 82. maddenin nihai hedefinin tüketici refahının korunması olduğu belirtilmiştir. Ancak, Tartışma Metni'nin hiçbir yerinde dışlayıcı olan davranışların tüketiciler üzerindeki etkilerinin değerlendirilmesine ilişkin detaylı açıklamaya yer verilmemiştir. Özellikle belirtmek gerekirse tüketici refahı testi ile dışlayıcı uygulamanın tüketici refahı üzerindeki etkileri değerlendirirken hangi zaman diliminin –kısa, orta ve uzun vade- esas alınacağı bilinmemektedir. Ayrıca bu davranışın tüketici refahı üzerindeki doğrudan etkilerine mi yoksa dolaylı etkilerine mi odaklanılacağı konusu da belirsizdir (OECD 2005a, 277).

3.2.4.3. Tartışma Metni'nde Yer Verilen Diğer Testlere Getirilen Eleştiriler

Yıkıcı fiyat uygulamasının tespitinde fiyat-maliyet analizini ve niyet unsurunu dikkate alan Komisyon, geleneksel yaklaşımını Tartışma Metni'nde de korumuştur. Söz konusu Metin'de; hasat unsuruna yer verilmeyerek, AB yıkıcı fiyat uygulamalarının, ABD uygulamalarında kabul gören Brooke testine yakınlaşması bakımından büyük bir fırsatın kaçırıldığını ileri sürenler bulunmaktadır¹¹³. Ayrıca Komisyon'un hasat unsuruna ayrıca yer vermemesinin gerekçesi olarak hâkim durumun varlığını, hasat unsuru için yeterli bulması hususu etki temelli yaklaşımla bağdaşmadığı için de eleştiri konusu olmuştur¹¹⁴.

¹¹¹Allen &Overy Comments on the DG Competition Discussion Paper on the application, s. 3

¹¹²Case C-95/04 P *British Airways v. EC Commission* (2007)

¹¹³McDermottWill & Emery/Stambrook LLP, Response To Dg Competition Discussion Paper On The Application Of Article 82 Of The Treaty To Exclusionary Practices ,s. 6

¹¹⁴Bkz. dipnot 113, 3

3.2.4.4. Tartışma Metni'nde Tüketici Refahı Yaklaşımına Sadık Kalınmadığı Yönündeki Eleştiriler

Tartışma Metni'ne getirilen temel eleştirilerden bir diğeri de, tüketici refahı yaklaşımına söz konusu Metin boyunca sadık kalınmamasıdır (Bishop ve Marsden, 2006, 6). Örneğin, Metin'de dışlayıcı uygulamalar tüketici refahına zarar veren davranışlar olarak tanımlanmıştır (para. 1). Ancak, rakiplerin hâkim teşebbüsçe pazarın kapandığı iddiasında bulunabilmeleri için ihlale konu davranışın tüketici refahı üzerindeki etkilerine değinmeksizin, bu davranış sonucunda dezavantajlı duruma düştüklerini ispat etmelerinin yeterli görülmesi, tüketici refahı yaklaşımı ile çelişmektedir (JWP'den aktaran İçöz ve Hançer 2007, 7).

3.2.4.5. Tartışma Metni'nin Şekilci Yaklaşımın İzlerini Taşdığı için Tutarsız Olduğu Yönündeki Eleştiriler

Tartışma Metni'ne getirilen temel eleştirilerin diğeri de, Tartışma Metni'nin görünüşte iktisadi/etki temelli yaklaşımı benimsediği, ancak hala şekilci yaklaşımın izlerini taşıdığı ve bu yüzden de bir tutarlılık sergilemediğidir (Dethmers & Dodoo 2006, 537)¹¹⁵.

Komisyon'un Tartışma Metni'nde şekilci yaklaşımını koruduğuna ilişkin yapılan eleştirilerin başında, kötüye kullanmanın tespiti için öncelikle hâkim durumun varlığının aranması gelmektedir (Akman 2006a, 2). 82. maddenin mevcut uygulamasında da kötüye kullanmanın tespiti için öncelikle hâkim durumun varlığının, daha sonra hâkim durumun kötüye kullanıldığına tespiti gerekmektedir. Tartışma Metni'ne dayanak olan EAGCP raporunda (2005, 14) ise iktisadi/etki temelli bir yaklaşımı benimsemenin gereği olarak, *de minimis* halleri dışında, ayrıca ve öncelikli olarak hâkim durumun varlığı ortaya konulmadan, sadece hâkim durumda olan bir teşebbüsün yaratabileceği bir zararın varlığının belirlenmesi, hâkim durum ve hâkim durumun kötüye kullanılmasının tespiti açısından yeterli görülmüştür. Ancak Komisyon EAGCP'nin görüşünden tamamen ayrılarak Tartışma Metni ile hâkim durumun varlığının öncelikli olarak tespit edilmesi gerekliliğini tekrar ederek mevcut şekilci yaklaşımını korumuştur¹¹⁶.

Bir diğeri eleştiri ise Tartışma Metni'nde dışlayıcı uygulamalar ile sömürücü uygulamaların birbirlerinden tamamen ayrı kategoriler altında değerlendirilmesidir (Akman 2006b, 9; Medef 2006, 3). Oysa etkileri

¹¹⁵Hukuki belirlilik ve uygulanabilirlik açısından Tartışma Metni'nin geleneksel yaklaşımını koruyor olması da ciddi bir kesim tarafından desteklenmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz dipnot 110, 111

¹¹⁶Bkz. dipnot 110, s.3-4.

bakımından aynı olan dışlayıcı uygulamalar ile dışlayıcı uygulamalar sonucunda gerçekleşen sömürücü uygulamaların iki ayrı kategori altında değerlendirilmemesi gerekmektedir.

Sonuç olarak Komisyon oldukça tartışılan konularda etki temelli yaklaşımı benimsediğini duyururken, Tartışma Metni'nde önerilen şekilci yöntemler ile tutarlı bir yaklaşım sergilememektedir¹¹⁷.

3.2.4.6. Tartışma Metni'nin Yeterince Açık Olmadığı Yönündeki Eleştiriler

Tartışma Metni boyunca tutarlı bir yaklaşım sergilenmemesinin yanı sıra benimsenen iktisadi/etki temelli yaklaşımın kapsamının açık olmadığı ve kötüye kullanımın tespitinde hangi iktisadi araçların kullanılacağına ilişkin yeterli bilgi sunulmadığı yönünde eleştiriler bulunmaktadır (Wurmnest 2006, 10). Bu eleştirilere paralel olarak Tartışma Metni'nde yer verilen testlerin olası uygulamalarına da ilişkin detaylı bilgi verilmemektedir. Bu nedenle "*tüketici refahını artırma aracı olarak rekabetin korunması*" amacının uygulamada neyi ifade ettiğinin açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Böyle bir açıklamanın bulunmaması dışlayıcı uygulamaların etkilerinin incelenmesinde son derece açık uçlu ve subjektif değerlendirmelere neden olabilecektir.

Ayrıca Tartışma Metni'nde, piyasadaki yeterli veri elde edilememesi nedeniyle testlerin uygulanmasının mümkün olamayacağı durumlarda, Komisyon'un genel prensiplere göre incelemesini yapacağı belirtilmiştir (Tartışma Metni, para. 56). Bu ifade, dışlayıcı uygulamaların tespitinde Komisyon'un hala geniş takdir yetkisine sahip olduğunu göstermektedir. Bunun da dışlayıcı uygulamaların tespitinde subjektif değerlendirmelere neden olması kaçınılmazdır.

3.3. AB HUKUKUNUN DEĞERLENDİRMESİ

Çalışmanın ilgili bölümünde de yer verildiği üzere ABD'nin 1970'li yıllardaki antitröst uygulamaları da, müdahaleci ve şekilci olduğu yönünde başta Chicago Okulu olmak üzere değişik akademisyenler tarafından eleştirilere maruz kalmıştır. Bu eleştirilerde söz konusu şekilci yaklaşımın pazar gücü yüksek firmaların yarattığı etkinlikleri göz ardı ettiği özellikle dile getirilmiştir. Bu eleştiriler üzerine uygulamadaki eksiklikleri gidermek amacıyla ABD'de iktisadi/etki temelli yaklaşım benimsenmiştir.

¹¹⁷Crowell & Moring (2006), "Comments on The DG Competition Discussion Paper On The Application of Article 82 EC of The Treaty To Exclusionary Abuses"

ABD'nin tecrübe ettiği bu eleştirilerin benzeri AB'deki günümüz rekabet uygulamalarına yöneltilmiştir. Komisyon da yayınlamış olduğu Tartışma Metni'nde, yöneltilen eleştirileri dikkate alarak iktisadi/etki temelli yaklaşımı benimsemiştir. Şüphesiz böyle bir Tartışma Metni dışlayıcı uygulamaların tespitinde AB ile ABD arasında uygulama birliğine katkı sağlayacaktır. Zira Komisyon resmi olarak ABD antitröst hukuku uygulamalarına yaklaşma amacını gütmese de edinilen tecrübeler göstermektedir ki kaçınılmaz sonuç bu yöndedir.

Tartışma Metni'nde ABD'de uygulanan “*eşit etkinlikteki firma testi*”, “*tüketici refahı testi*” ve “*kârdan feda testi*”nin yer alması da böyle bir yaklaşma olduğunu açıkça göstermektedir. Ancak, AB'de süreç henüz yeni olduğundan, Tartışma Metni'nde, ABD'deki dışlayıcı uygulamaların tespitine yönelik kapsamlı standart tartışmalarının sadece bir kısmına yer verilmiştir.

Diğer taraftan, Tartışma Metni'nde testlerin yetersiz kalması durumunda genel esaslara göre değerlendirme yapılacağı hususuna değinilmesi dikkat çekicidir. Kanımızca böyle bir hükme yer vererek, Komisyon uygulamadaki geniş takdir yetkisini korumak istemektedir. Nitekim fiyat temelli tüm dışlayıcı uygulamaların tespiti için eşit etkinlikteki firma testini tavsiye eden sözkonusu Metnin, “*eşit etkinliğin*” nasıl belirleneceği konusunda bir açıklama yapmaması da bu görüşümüzü destekler niteliktedir. Böyle bir uygulamanın, 82. madde uygulamalarına ilişkin reform çalışmalarının başarısına gölge düşüreceğini ve Komisyon için de reform çalışmaları açısından zaman kaybına neden olacağını ileri sürenler bulunmaktadır.

Bu noktada, diğer dikkat çekici bir unsur da, ABD'de DOJ'un uygulamalarında geniş yer bulan “*kârdan feda testine*” ve bu testin diğer bir versiyonu olan “*iktisadi açıdan anlamlı olmayan davranış testine*” Tartışma Metni'nde sınırlı bir şekilde yer verilmesidir. Bu testlere göre ulaşılabilecek sonuçlar sadece, yıkıcı fiyat uygulamalarında niyet unsurunun tespitinde kullanılabilir olan bulgular arasında sayılmıştır. Ancak, hangi bulgunun sonuçta daha etkili olacağı belirtilmemiştir. Burada da, tarafımızda, Komisyon'un kârdan feda testinin başarısı konusunda temkinli yaklaştığı düşüncesi oluşmaktadır. Zira, Tartışma Metni'nde, niyetin kârdan feda testine göre belirlenmesinin müdahaleden hatalı kaçınılabileceği bazı uygulamalar için ayrıca hasata da bakılması gerektiğinden bahsedilmesi böyle bir düşüncenin haklılığını ortaya koymaktadır.

AB'deki bu süreci ABD uygulamalarından ayıran bir diğer husus da Tartışma Metni'nde genel olarak yıkıcı fiyat uygulamalarının belirlenmesinde temel koşul olarak hasat unsurunun sayılmamasıdır. Bu şekliyle Komisyon yıkıcı fiyat uygulamalarının tespitinde geleneksel yaklaşımı korumak istemektedir. Diğer taraftan, Metin'de, hasat unsuruna yıkıcı fiyat

uygulamalarının belirlenmesinde yer vermeyerek, AB yıkıcı fiyat uygulamalarının, ABD uygulamalarında kabul gören Brooke testine yaklaşması bakımından büyük bir fırsatın da kaçırılmış olduğunu ileri sürenler bulunmaktadır.

Tartışma Metni'nde, ABD'deki hukuki standart arayışlarında yerini alan *per se* yasal testine yer verilmemesi de bu yaklaşmanın önündeki diğer bir engeldir. Kanımızca Metin'de; eğer *per se* yasal testine değinilmiş olsaydı, hâkim durumun kötüye kullanılmasının tespitine son derecede önemli bir katkıda bulunmuş ve teşebbüsler için de güvenli alanlar oluşturmuş olacaktı. Öyle ki, Tartışma Metni'nde böyle bir düzenlemenin yapılmamış olmasının teşebbüslerin önlerini görmeleri açısından önemli bir gelişmeyi de engellediği düşünülmektedir.

Bu bilgilere göre, böyle bir Tartışma Metni, 82. madde uygulamalarında ABD uygulamasına yaklaşma açısından önemli bir reforma işaret etse de sahip olduğu eksiklikler bu reformun henüz başlangıç safhasında olduğunu göstermektedir.

BÖLÜM 4

DIŞLAYICI UYGULAMALARIN TESPİTİNE YÖNELİK TÜRK REKABET HUKUKUNDAKİ STANDART TARTIŞMALARI ve AB REFORM ÇALIŞMALARININ ETKİLERİ

Bu çalışmanın önceki bölümlerinde, dışlayıcı uygulamaların¹¹⁸ tespitine ilişkin AB ve ABD’de yaşanan hukuki standart arayışlarına değinilmiştir. Bu bölümde ise konu, Türk rekabet hukuku uygulaması açısından ele alınacaktır.

Türk rekabet hukuku uygulamasında hâkim durumun kötüye kullanılması 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un (4054 sayılı Kanun) 6. maddesi ile yasaklanmıştır. 6. madde, RA’nın 82. maddesine paralel uygulama hükümleri içermektedir. Benzer şekilde 6. madde hükmünde de hâkim durumun kötüye kullanılmasının tanımı yapılmamış; tahdidi olmayan kötüye kullanma halleri sayılmakla yetinilmiştir. Dolayısıyla AB uygulamasında olduğu gibi hâkim durumun kötüye kullanılmasının tanımının yapılması rekabet hukuku içtihadına bırakılmıştır. Ayrıca Türk rekabet hukuku uygulamalarında ülkemiz mevzuatına mehzaz oluşturması ve sahip olduğu tecrübe nedeniyle AB içtihatlarından büyük oranda yararlanılmıştır. Bu nedenle 3. bölümde yer verilen AB rekabet hukuku uygulamalarında karşılaşılan sorunların Türkiye’de de yaşanması ve benzer eleştirilerin ortaya çıkması kaçınılmazdır.

Rekabet Kurulunun, AB uygulamalarında olduğu gibi ihlale konu davranışı, pazardaki etkilerine bakmaksızın, 4054 sayılı Kanun’un 6. maddesinde sayılan hallere uygun olup olmadığına göre dışlayıcı olarak kabul etmesi, şekilci bir uygulama olarak kabul edilmekte ve eleştirilere hedef

¹¹⁸AB rekabet hukuku uygulamalarına paralel olarak Türk rekabet hukukunda da hakim durumun kötüye kullanılması dışlayıcı uygulamalar ve sömürücü uygulamalar olarak iki gruba ayrılarak incelenmektedir. Çalışmanın kapsamı gereğince bu bölümde sadece dışlayıcı uygulamalar ele alınacaktır.

olmaktadır (İçöz & Hançer 2007, 31). Ayrıca, OECD Türkiye Gözden Geçirme Raporu (2005b, 40)'nda iktisadi analizlerin Kurul kararlarında yeterli düzeyde olmaması ve yoğunluklarının da kararlar arasında farklılıklar göstermesi ayrı bir eleştiri konusu olmaktadır. Bununla birlikte, Dokuzuncu Kalkınma Planı Rekabet Hukuku ve Politikaları Özel İhtisas Komisyonu Raporu (2007, 31)'na göre de, söz konusu 6. madde uygulamaları bakımından Rekabet Kurulu tarafından karara varılmış olan dosya sayısının çokluğu ve bu dosyaların birçoğunun kapsamlı incelemeye tabi tutulmuş olması, hâkim durumun kötüye kullanılmasının kapsamının ilgili çevrelerce olması gerekenden daha geniş algılanmasına neden olabilmektedir. Ayrıca söz konusu rapora göre bu durum, hâkim teşebbüslere özen borcundan daha da öte örneğin talep eden herkese mal verilmesi zorunluluğu gibi bazı sorumlulukların da yüklendiği algısına yol açmaktadır; bu da hukuki belirsizlik ortamı yaratmaktadır.

Yukarıda sayılan tüm eleştirilere rağmen, OECD Raporu (2005b, 23)'nda, Rekabet Kurulunun hâkim durumun kötüye kullanılması uygulamalarına ilişkin almış olduğu kararlarda, etkinlik sağlayan ve yenilik getiren firmalara hatalı müdahalelerde bulunulmaması gayretinde olduğu; bu nedenle de söz konusu uygulamalara ilişkin soruşturmalarda ihtiyatlı davrandığı belirtilmektedir.

Bu eleştiri ve görüşler çerçevesinde aşağıda, Rekabet Kurulunun, hâkim durumun kötüye kullanılmasının tespitinde birtakım prensipler sunan bazı kararlarına değinilecektir. Bu kararların birtakım prensiplere göre alınması, Türk rekabet hukuku uygulamalarında da Türk Rekabet Otoritesinin tıpkı ABD ve AB'de olduğu gibi dışlayıcı uygulamaların tespitinde bir hukuki standart arayışı içerisinde olduğunu göstermektedir.

4.1. REKABET KURULU KARARLARI

4.1.1. TTAŞ Kararı¹¹⁹

Rekabet Kurulunun, Türk Telekomünikasyon A.Ş.'nin (TTAŞ) kendisine ait olan “kablo TV şebekesini”, rakip internet servis sağlayıcılarının (İSS) kullanımına açmadığı yönündeki şikâyet üzerine vermiş olduğu kararında, “*kârdan feda testini*” açıkça kullandığı düşünülmektedir. Anılan kararda;

- ✓ TTAŞ'ın geniş bant hizmetlerinde hâkim durumda bulunduğu¹²⁰,

¹¹⁹21.8.2003 tarih ve 2004/04-12 sayılı karar

¹²⁰ Çevirmeli bağlantı üzerinden ulaşılabilen maksimum hız olan 56 kbps erişim hızındaki hizmetler dar bant, diğerleri ise geniş bant olarak tanımlanmıştır.

✓ Geniş bant hizmetlerinin “kablo TV şebekesi üzerinden internete erişim hizmeti” ve “DSL (Digital Subscriber Line-Sayısal Abone Hattı) hizmetlerinden” oluştuğu,

✓ İnternet kullanıcılarının internet uygulamalarını kullanmaları ve internete ulaşmalarının ancak bir İSS vasıtasıyla mümkün olduğu,

✓ Müşterilerine hizmet sağlayabilmesi için bir İSS’in öncelikle internet erişim hizmetlerinin sunulmasına olanak tanıyan bir altyapıya erişiyor (örn. *kablo şebekesine*) olması gerektiği,

✓ TTAŞ kendisine ait TNet ile bu hizmeti verdiği,

şeklindeki genel bilgilendirmelerden sonra;

✓ Öncelikle, TTAŞ’ın, soruşturma dönemindeki mevcut yasal düzenlemeler¹²¹ nedeniyle geniş bant hizmetleri ile ilgili altyapının kurulması ve oluşturulmasında tekel hakkına sahip olduğu,

✓ TTAŞ’ın bu alt yapı içinde yer alan kablo TV şebekesinin kurulması, onarımı genişletilmesi ile ilgili tüm işleri gelir ortağı (müteahhit) şirketlere yaptırdığı¹²²,

✓ TTAŞ’ın kendisine ait olan bu kablo TV şebekesini, rakip İSS kullanımına açmasının fazladan her hangi bir maliyete neden olmadığı, aksine ilave gelir getirdiği,

✓ Dolayısıyla da TTAŞ’ın rakip İSS’lere kablo TV şebekesini kullandırmamasından kaynaklı altyapı kullanım gelir kaybı (abone başına aylık 18.000.000 TL) ve kablo TV aboneliğinden elde edilecek gelir kaybı (abone başına aylık 7.000.000 TL) söz konusu olduğu,

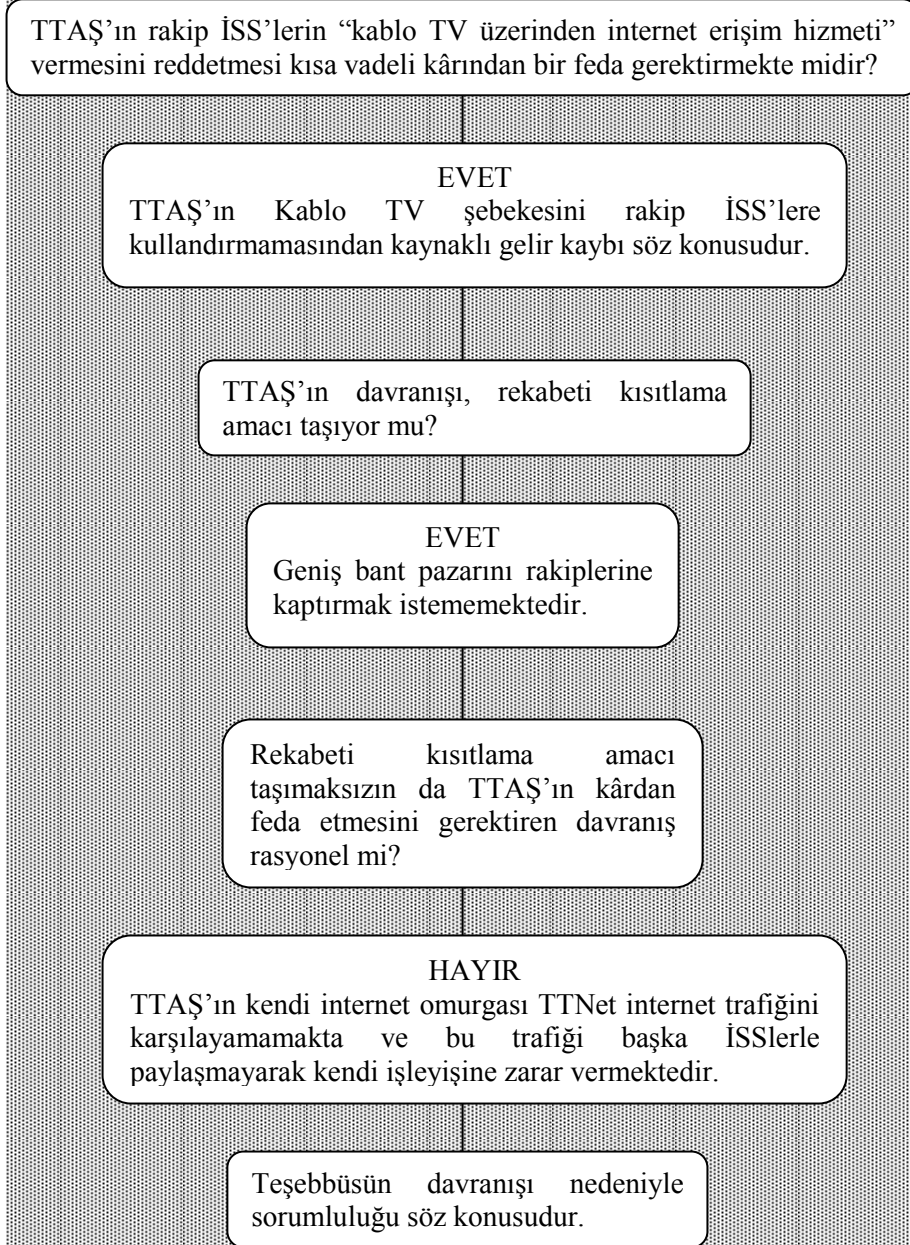
✓ TTAŞ’ın kendisine ait TNet’in internet trafiğini karşılayamadığı ve bu trafiği başka İSS’lerle paylaşmayarak kendi işleyişine zarar verdiği,

yönünde TTAŞ ile ilgili olarak belirlemeler yapılmış,

¹²¹ 31.12.2003 tarihi itibarıyla yapılan yasal bir düzenlemeyle TTAŞ’ın telekomünikasyon şebekeleri üzerinden sunulan ulusal ve uluslar arası ses iletimini ihtiva eden telefon hizmetlerindeki tekeli kalkmıştır.

¹²² TTAŞ’ın özelleştirilmesine ilişkin 21.7.2005 tarih ve 05-48/681-175 sayılı Kurul görüşünde, kablo TV altyapısının, bu alt yapıya ilişkin mülkiyet ve işleme dair tüm haklar ile birlikte ayrı bir tüzel kişilik haline getirilmesi ve bu tüzel kişiliğin kontrolünün devredilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır. İlgili bakanlık da Kurul’un bu görüşü doğrultusunda kablo TV altyapısını ayrıştırarak özelleştirmiştir.

Tablo 12 - TTAŞ Kararı ve Kârdan Feda Testi



Kaynak: Çalışmanın 2. bölümünde yer verilen tablo (2)'den yararlanılmıştır.

Bu bilgiler doğrultusunda Kurul TTAŞ'ın şikâyet konusu davranışının hâkim durumun kötüye kullanılması olup olmadığını açıkça “kârdan feda testinden” yararlanarak ortaya koymuştur. Tablo (12)'de de yer verildiği üzere TTAŞ'ın kablo TV şebekesini rakip İSSLere açmamasının,

✓ Rakiplerine geniş bant pazarına giriş engeli oluşturması nedeniyle, **TTAŞ'ın pazar gücünün korunmasına önemli katkı sağlaması,**

✓ Kendisine ait TNet'in internet trafiğini karşılayamarak kendi işleyişine zarar vermesi nedeniyle de **rasyonel bir gerekçesinin olmaması,**

✓ Altyapı kullanımından ve Kablo TV aboneliğinden elde edebileceği gelirin kaybına yol açması nedeniyle de **rekabetin ortadan kaldırılması ya da sınırlandırılmasına yol açmaktan başka ekonomik bir anlamının olmaması,**

koşullarını sağladığı tespit edilmiş ve sonuç olarak; TTAŞ'ın; gerek *öngördüğü ciddi finansal kayıplar* gerek yaşadığı teknik sorunlar çerçevesinde bu davranışının haklı bir ticari gerekçeye dayanmadığı, bu davranışını pazarda kendi hakim durumunu korumak ve geleceğe taşımak amacıyla gerçekleştirdiği ve bu davranışı nedeniyle 4054 sayılı Kanun'a aykırı hareket ettiği kararına ulaşılmıştır.

4.1.2. Karbogaz Kararı¹²³

Rekabet Kurulunun “*iktisadi açıdan anlamlı olmayan davranış testi*” üstü kapalı bir şekilde uygulamış olduğu ve şekilci yaklaşımdan daha çok etki temelli yaklaşımı benimsediği önemli kararlarından birisi, *Karbogaz Karbondioksit ve Kurubuz San. A.Ş.(Karbogaz)* kararıdır.

Likit karbondioksit pazarında faaliyet göstermekte olan Karbogaz hakkında, müşterileriyle uzun dönemli münhasırlık hükümleri içeren sözleşmeler akdettiği ve dolayısıyla ilgili pazarda rekabeti ortadan kaldırıcı faaliyetlerde bulunduğu yönünde Rekabet Kurumuna şikâyette bulunulmuştur.

Şikâyet üzerine yapılan incelemede, öncelikle Karbogaz'ın likit karbondioksit pazarında hâkim durumda bulunduğu ve yeni bir rakibin pazara girmek üzere olduğu bir dönemde, bilinçli olarak müşterileriyle yaptığı uzun süreli münhasır tedarik sözleşmeleriyle pazara giriş engeli yarattığı, bu yolla pazardaki rakiplerin faaliyetlerini zorlaştırdığı tespit edilmiştir. Bu tespitler neticesinde, ilgili ürün pazarında yapısal ve yasal giriş engeli olmamasına rağmen pazara çok az sayıda firmanın girmesinin ve muhtemelen de yeni firmaların girmek istememesinin en temel nedeninin, Karbogaz'ın müşterileriyle yapmış olduğu uzun süreli münhasır tedarik sözleşmelerine dayalı pazar

¹²³23.8.2002 tarih ve 02-49/634-257 sayılı karar

stratejisi olduğu anlaşılmıştır. Bu tespit ve belirlemeler ışığında, Karbogaz'ın sözleşme sürelerini uzatarak kendi iç dinamikleri sonucu elde ettiği pazar gücünü rekabetçi olmayan yöntemlerle sürdürme amacı taşıdığı sonucuna ulaşılmıştır.

Kurul, bu kararında Karbogaz'ın münhasır anlaşmalarının pazardaki kapama etkisini ayrıntılı bir şekilde göstererek dışlayıcı uygulamalarda şekilci davrandığı yönündeki eleştirileri de haksız çıkarmıştır. Ayrıca değerlendirmenin esas unsurunu oluşturmamasına rağmen kararda niyet unsuruna da bakılması bu hususu doğrular niteliktedir.

Kanaatimizce bu kararda, Kurul tarafından *iktisadi açıdan anlamlı olmayan davranış testi*, üstü kapalı bir şekilde uygulanmıştır. Nitekim kararda Karbogaz'ın müşterileri ile yapmış olduğu tedarik anlaşmalarındaki münhasırlık hükümlerinin ve süreye ilişkin hükümlerin *iktisadi açıdan anlamlı olup olmadığı* ayrıntılı bir şekilde sorgulanmıştır¹²⁴. Bu kapsamda yapılan değerlendirmede Karbogaz'ın sözleşmelerindeki münhasırlık hükmü üç gruba ayrılmıştır:

1. Müşterinin tesisindeki Karbogaz'a ait depolama sisteminin (tank) sadece Karbogaz tarafından kullanılmasını öngören tank münhasırlığı;
2. Müşterinin mevcut tesisinde sadece Karbogaz'ın tankını bulundurmasını öngören tesis münhasırlığı;
3. Müşterinin gelecekte kurulacak olan tesislerini de ilgilendiren münhasırlık.

Kararda tank münhasırlığının, tanka hangi sağlayıcının gazının konulduğunun bilinmesi açısından *iktisadi açıdan rasyonel bir uygulama* olduğu ve bunun rekabeti kısıtlayıcı bir uygulama olarak değerlendirilmesinin mümkün olmadığı belirtilmiştir. Diğer yandan tesise ikinci sağlayıcının tankının kurulmasının engellenmesi, nihai üründe gazdan kaynaklı sorun olması durumunda, sorunun hangi gazdan kaynaklandığının teknik açıdan belirlenmesinin mümkün olmadığı durumlar için *iktisadi açıdan rasyonel* bulunmuştur. Tedarik sözleşmelerinde yer alan müşterinin sonradan kuracağı tesisleri de kapsayan münhasırlık hükümlerinin getirilmesinin ise *makul bir gerekçesi olmadığı*, yani *iktisadi açıdan rasyonel olmadığı*, değerlendirmesi yapılmıştır.

Diğer taraftan, söz konusu münhasırlık sözleşmeleriyle müşteri tesisine kurulan tankların müşteri özelinde bir yatırım olup olmadığı incelenmiştir. Bu inceleme neticesinde sözleşmelerin sürelerinin, Karbogaz tarafından tanklara yapılması planlanan yatırımların maliyetinin karşılanabilmesi gerekçesiyle, 1 yıldan 3-5 yıla kadar uzatılması, iktisadi açıdan anlamlı olup olmadığı

¹²⁴Agk, s.30-35

değerlendirmesine tabi tutulmuştur. Değerlendirme sonucunda müşteri tesisine kurulan tankların sözleşme sonunda sökülerek bir başka müşteri tesisinde kullanılmasının mümkün olduğu, Karbogaz tarafından müşteri tesisinde depolama sistemi kurulmasıyla Karbogaz-müşteri arasında sadece bir mal sahibi-kiracı ilişkisi olduğu sonucuna ulaşılmıştır. Dolayısıyla tanklara yapılan yatırımın müşteri özelinde bir yatırım olmadığı gerekçesiyle sözleşmelerin münhasırlık sürelerinin uzatılması *iktisadi açıdan rasyonel* bulunmamıştır. Tüm bu gerekçelerle kararda, müşteriler ile uzun süreli münhasır sözleşme imzalanmasının, mevcut ve potansiyel rakiplerin pazar dışına itilmesi haricinde makul bir gerekçesi bulunmamış ve bu nedenle Karbogaz A.Ş'nin 4054 sayılı Kanun'a aykırı hareket ettiğine karar verilmiştir.

4.1.3. Yemek Sepeti Kararı¹²⁵

Rekabet Kurulunun Yemek Sepeti Elektronik İletişim Tanıtım Pazarlama Gıda Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti. (Yemek Sepeti) ile ilgili kararı, çalışmanın önceki bölümlerinde ele alınan testlerden "*eşit etkinlikteki firma testinin*" örtülü olarak uyguladığı karardır.

Online paket servisi pazarında faaliyette bulunan Yemek Sepeti'nin üye restoranlarla yapmış olduğu münhasır anlaşmalar, 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesi gerekçesiyle şikâyet konusu olmuştur. Rekabet Kurulu, söz konusu şikâyet üzerine yapmış olduğu inceleme neticesinde aldığı kararda, Yemek Sepeti'nin online paket servisi hizmetini İstanbul'da ve Türkiye'de ilk sunan firma ve İstanbul'un ticari prestij ve bilinirlik elde edilmesinde en uygun il olduğu tespitine yer vermiştir. Kararda söz konusu hizmetin ağ etkisi yaratma özelliği bulunduğu da belirtilerek, tüm bu gerekçelerle Yemek Sepeti'nin pazarda "ilk giren" avantajına sahip olduğu ve henüz 6-7 aylık geçmişi olan rakiplerine göre görece üstünlüğü bulunduğu tespiti yapılmıştır. Bu belirlemeye dayanarak, Yemek Sepeti'nin bu türdeki anlaşmalarının kendisinden daha az etkinlikte kabul edilen rakiplerinin pazara girişini engellediği sonucuna ulaşılmıştır.

Görüleceği üzere söz konusu kararda, görece etkinliği esas alan eşit etkinlikte firma testinin izleri bulunmaktadır. Komisyon yayımlamış olduğu Tartışma Metni'nde de, eşit etkinlikteki firma testi uygulanırken, ölçek ekonomisi ve ilk giren avantajları gibi özellikli pazar koşullarında, az etkinlikteki teşebbüslerin korunması gerektiğini belirtmiştir (para.67). Kurulun anılan kararı Tartışma Metni ile bu yönden paralellik arz etmektedir. Burada önemli olan diğer bir husus Kurul'un, hem Yemek Sepeti hem de Karbogaz kararlarının daha Tartışma Metni yayınlanmadan önce verilmiş olmasıdır. Bu

¹²⁵2003-3-117 tarih ve 04-22/231-48 sayı

durum, Kurulun bu kararlarının ABD ve AB’de henüz tartışılmakta olan bu alanda ne kadar isabetli bir yaklaşımı olduğunu ortaya koymaktadır.

4.1.4. Coca Cola Kararı¹²⁶

“*Kârdan feda testinin*” uygulanmasının tartışılabileceği önemli bir karar da, Cola Satış ve Dağıtım A.Ş. (Coca Cola) hakkında iddia edilen yıkıcı fiyat uygulaması ile ilgili olarak verilen karardır.

Bu kararda şekilci yaklaşım yerine kârdan feda testinin tercih edilmesinin daha doğru bir yaklaşım olacağı gösterilmeye çalışılacaktır. Rekabet Kurulu kolalı ve gazlı içecekler sektöründe hâkim durumda olan Coca Cola’nın sade gazoz alt pazarındaki fiyatlandırma stratejisini, 4054 sayılı Kanun’un 6. maddesi gereği yıkıcı fiyat uygulaması kapsamında soruşturmaya tabi tutmuştur. Rekabet Kurulu değerlendirmesinde yıkıcı fiyat uygulamasından bahsedebilmek için iktisadi üstünlük, olağan dışı düşük fiyat, niyet ve hasat olmak üzere dört koşulun karşılanması gerektiğini belirtmiştir. Ayrıca Kurul niyet unsurunun varlığına, hasat unsurunun varlığından daha çok ağırlık verdiğini ifade etmiştir. Kurulu böyle bir tercihte bulunmaya iten ise başarı ile gerçekleşmemiş olsa bile yıkıcı fiyat uygulamasının, uygulama süresince üretici refahından tüketici refahına gerçekleşen transfer sonucunda kaynakların etkinsiz kullanımına neden olmasıdır (OECD 2005a, 193)¹²⁷.

Kararda bu koşullardan birisi olan yıkıcı niyet unsurunu ortaya koyan bir belgeye ulaşılamaması nedeniyle yıkıcı fiyat uygulamasının oluşmadığı sonucuna ulaşılmıştır. Ancak, bu noktada dikkat çeken husus kârdan feda testine başvurulmamış olmasıdır. Söz konusu olayda, yıkıcı niyet unsuruna ilişkin herhangi bir belgeye ulaşılmamış olsa bile, kârdan feda testinin uygulanması ile yıkıcı fiyat uygulamasının varlığının tespit edilebilmesidir. Bu test ile Coca Cola’nın gazoz alt pazarındaki kısa vadeli kârından vazgeçme pahasına uygulamış olduğu fiyat politikasının, rakiplerinin faaliyetlerini zorlaştırma niyeti dışında rasyonel olup olmadığının sorgulanması gerekirdi. Bu şekilde niyet unsurunun varlığını ortaya koyan bir belgeye ihtiyaç duyulmaksızın niyet unsuru iktisadi olarak tespit edilebilinirdi. Kanımızca kararın dayanağı niyet unsurunu ortaya koyan bir belgenin olmaması değil de Coca Cola’nın gazoz alt pazarındaki kısa vadeli kârından vazgeçme pahasına uygulamış olduğu fiyat politikasının, rakiplerinin faaliyetlerini zorlaştırma niyeti dışında rasyonel gerekçelerinin bulunması oluşturmalıydı. Belki de bu gözle yapılan bir değerlendirme sonucunda, diğer koşulların da sağlanması şartıyla, söz konusu uygulama yıkıcı fiyat uygulaması olarak kabul edilecekti.

¹²⁶23.1.2004 tarih ve 04-07/75-18 sayılı karar

¹²⁷Kurulun bu kararında tüketici refahı yerine toplam refahı esas aldığını görmekteyiz.

4.1.5. Frito Lay Kararı¹²⁸

Rekabet Kurulunun hâkim durumun kötüye kullanılıp kullanılmadığının değerlendirilmesinde testlere başvurduğu örnek kararlarından birisi de Frito Lay Gıda Sanayi ve Ticaret A.Ş. (Frito Lay) ile ilgili olan karardır. Bu kararda, etkinliği esas alan “*Elhaug testinin*” işaretlerini görmekteyiz.

Frito Lay Gıda Sanayi ve Ticaret A.Ş. (Frito Lay), Türkiye’de paketlenmiş cips pazarında hâkim durumda faaliyet göstermektedir. Rakip firma Kar Gıda Sanayi ve Ticaret A.Ş., kendi dağıtıcılarına yönelik olarak sistematik bir şekilde caydırıcı ve yıldırıcı eylemlerde bulunduğu ve satış noktalarıyla münhasır sözleşmeler imzalamak suretiyle de hâkim durumunu kötüye kullandığı iddiasıyla Frito Lay hakkında Rekabet Kuruluna başvurmuştur.

Kurul kararında, hâkim teşebbüse yüklenen özel sorumluluk nedeniyle bu teşebbüslerin rakipleri zora sokan pek çok davranışının kötüye kullanma olarak değerlendirilmesi olasılığı karşısında inceleme sürecinin ne kadar önemli olduğunun altı çizilmiştir.

Söz konusu kararda Kurul hâkim durumun kötüye kullanılmasının tespitinde iki husus üzerinde durmuştur. Kurul’a göre,

1. Teşebbüsün o davranışı için bir haklı gerekçesinin bulunup bulunmadığının ve/veya *davranışın teşebbüsün iç etkinliği ile ilişkili olup olmadığı* belirlenmesi gerekmektedir. Yapılması için teşebbüsün haklı gerekçeleri olan ve/veya kendi iç etkinliği ile ilişkilendirilebilen davranış, rakipler aleyhine rekabet şartlarını bozuyor olsa bile kötüye kullanma olarak değerlendirilmemelidir.

2. Dışlayıcı olduğu iddia edilen davranış için teşebbüsçe ileri sürülen haklı gerekçe ile davranış arasında bir orantılılık olmalıdır. Bir mal veya hizmet pazarında hâkim durumda olan teşebbüsün, müşterilerine hiçbir etkinlik kazancı olmayan ve doğrudan sadece rakibin o pazardan çıkmasına neden olan münhasır ilişkiler kurması, teşebbüsün var olan *hâkim durumunu kendi iç etkinliğinden bağımsız şekilde güçlendirmesi* şeklinde değerlendirilebilecektir. Bu nedenle kendi iç etkinliğinden bağımsız bir şekilde hâkim durumunu güçlendirme, kötüye kullanma olarak nitelendirilebilecektir.

Kurul bu hususları dikkate alarak, hâkim durumdaki Frito Lay’in satış noktalarıyla yapmış olduğu münhasır anlaşmalar, orantılılık ilkesine uyması, haklı gerekçelere dayanması ve söz konusu anlaşmaların pazarda sınırlı etkiye sahip olması nedeniyle Frito Lay’in hâkim durumunu kötüye kullanmadığına karar vermiştir.

¹²⁸4.5.2004 tarih ve 04-32/377-95 sayılı karar

Yukarıda yer verilen değerlendirmeler ışığında, bu kararda Elhauge etkinlik testinden yararlanıldığı düşünülmektedir. Nitekim bu teste teşebbüsün pazar gücünün kendi iç etkinliğindeki artış neticesinde mi, yoksa rakiplerinin etkin faaliyette bulunmalarını engelleyen davranışları sonucunda mı arttığının, dolayısıyla da davranışın haklı gerekçesinin olup olmadığının araştırılması bu düşünceyi destekler niteliktedir.

4.2. AB REFORM ÇALIŞMALARININ TÜRK REKABET HUKUKU UYGULAMALARI BAKIMINDAN ETKİLERİ

Önceki bölümlerde değinildiği üzere ABD uygulamalarının nihai amacı iktisadi etkinliğin sağlanması suretiyle tüketici refahının artırılmasıdır. Son dönemde AB'deki reform çalışmaları ile bu amaç AB'de de genel kabul görmüştür. Ayrıca düne kadar rekabet hukuku uygulamalarında sınırlı düzeyde iktisadi analizleri kullanan AB de, hâkim durumun kötüye kullanılmasını yasaklayan 82. madde uygulamaları bakımından, iktisadi bir yaklaşım getirme çabası içindedir. 4054 sayılı Kanun'un mehzazının AB rekabet kuralları olması nedeniyle AB'de yaşanan bu reformun Türk rekabet hukukunu da yansıması bu noktada kaçınılmaz bir hal almaktadır. Nitekim bir kısmı yukarıda yer alan değişik Rekabet Kurulu kararlarında adı konulmamış olsa da, ABD ve AB'de tartışılan birçok standarttan yararlanmış olması bu yansımanın olacağına açık bir göstergesidir. Bununla birlikte 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesi uygulamalarında yer alan bu standartların, tıpkı ABD ve AB uygulamalarında olduğu gibi sistematik bir şekilde ele alınması hem Rekabet Kuruluna hem de hâkim teşebbüslerin uygulamalarına yol gösterici olacağı düşünülmektedir.

Bu çerçevede AB reform uygulamalarına paralel bir yaklaşım benimsenmesi için öncelikli olarak Türk rekabet hukuku uygulamalarında da hangi amacın hedeflendiğinin gözden geçirilmesi ve net bir şekilde belirlenmesi gerekmektedir. Çünkü 4054 sayılı Kanun'un gerekçesinde rekabeti kısıtlayıcı davranışların tespitinde hangi amacın esas alınacağına yönelik olarak pek çok amaç sayılmaktadır¹²⁹. Ayrı ayrı birçok amacın sayılması, uygulayıcı ve karar vericiler açısından bazı farklı uygulamalara neden olabilmektedir. Bu açıdan, AB'de son dönemlerde esas alınan iktisadi etkinliğin sağlanması yoluyla tüketici refahının artırılması yönündeki tek ve net bir amacın Türk rekabet hukukunda da ele alınmasının faydalı olacağı düşünülmektedir. Nitekim 4054 sayılı Kanun'da yer alan hükümlerde de bu amacın izlerini görmek mümkündür¹³⁰. Bu amaç

¹²⁹4054 sayılı Kanun'un gerekçesinde tüketici refahı ve toplumsal refah, küçük teşebbüslerin korunması, enflasyonla mücadele ve girişimciliğin teşvik edilmesi gibi pek çok amaç sayılmaktadır.

¹³⁰Örnek vermek gerekirse, 4. madde kapsamında rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalar, 5. maddede belirtilen diğer koşullarla birlikte tüketiciler açısından yarar sağlıyorsa, bu anlaşma 4. madde

doğrultusunda Rekabet Kurulunun uygulama önceliklerini belirleyerek rekabetin en çok bozulduğu ve tüketicilerin en çok zarar gördüğü uygulamalara ağırlık vermesinin faydalı olacağına inanılmaktadır.

Bir diğer husus ise, son dönemdeki AB rekabet hukuku uygulamalarında olduğu gibi, Türk rekabet hukuku uygulamalarında da rekabet ihlali incelemelerinde iktisadi analizlere daha çok yer verilmesi gerektiğidir. Bu amaçla Rekabet Kurumu bünyesinde, sanayi iktisadı alanındaki uzmanlık kapasitesinin hızla artırılmasına ihtiyaç duyulmaktadır.

yasağından muaf tutulabilecektir. Yine benzer olarak, Kanun'un 57-59. maddelerinde Kanun'un 4. ve 6. maddelerinin ihlali neticesinde fiyatlarda bir artış meydana gelmişse, tüketicilerin bu artış nedeniyle uğradıkları zararlarını telafi edebilmeleri imkanı getirilmiştir.

SONUÇ

Yüzyıllı aşkın bir geçmişe sahip olan rekabet mevzuatı, dışlayıcı uygulamaların net bir tanımını yapmakta günümüz dünyasında da yetersiz kalmaktadır. Bugüne kadar söz konusu kavramın genel çerçevesi, daha ziyade içtihatlarla şekillenmiştir. Ancak kavramın içtihat yoluyla geniş yorumu hatalı müdahalelere, dar yorumu ise müdahaleden hatalı kaçınmalara neden olabilmektedir. İctihadın bu şekilde değişken ve bir standarttan yoksun oluşu, bugüne kadar getirilen eleştirileri de haklı kılmaktadır. Tüm bu gerekçelerle, hem ABD’de hem de AB’de dışlayıcı uygulamaların nasıl ele alınacağı konusu son yılların en çok tartışılan konularından birisi haline gelmiştir.

ABD’de dışlayıcı uygulamaların tespiti açısından belirli bir hukuki standart tespit etme çabası, uzun süredir yoğun bir şekilde akademik tartışmalarla süregelmektedir. Bu tartışmalar ışığında, dışlayıcı uygulamaların tespitinde kullanılacak belirli bir hukuki standart arayışının sonucu olarak farklı testler geliştirilmiştir. Değişik akademisyenler tarafından geliştirilen bu testleri şu şekilde sıralayabiliriz:

- Tüketici faydasını esas alan “tüketici refahı testi”
- Maliyet odaklı olan “Brooke testi”
- Kârlılığı esas alan “kârdan feda testi ”
- Kârdan feda testinin diğer bir versiyonu olan “iktisadi açıdan anlamlı olmayan davranış testi ”
- Firma etkinliğine odaklı “eşit etkinlikteki firma testi”
- Rakiplerin etkinliğine odaklanan “Elhauge etkinlik testi”
- “Per se yasal testi”

Uygulamada görülen bazı eksiklikleri tamamlayıcı olarak geliştirilen bu testlerin her biri, diğer testlere göre daha üstün olduğu iddiasıyla ortaya atılmıştır. Eleştirdiği testin eksikliklerini gidermeye yönelik olarak ortaya atılan her bir test, aynı şekilde yeni eleştirilere maruz kalmış ve bu şekilde akademisyenler arasında hukuki standart belirleme arayışı süregelmiştir. Bütün bu tartışmalarda henüz nihai bir sonuca ulaşılamamış olup mahkemeler de her

bir olayın nev-i şahsına münhasır olmak üzere değişik testlerden faydalanagelmşlerdir.

Bu testlerden tüketici refahı testi, doğrudan tüketici refahı üzerindeki etkilere odaklanması nedeniyle diğer testlere göre belirli bir üstünlüğe sahiptir. Ancak bu test, uygulanmasının zaman alması ve taraflara yüksek ispat yükü getirmesi nedeniyle rekabet otoritelerince tercih edilmemektedir. Tüketici refahı üzerindeki dolaylı etkileri esas alan diğer testler ise tüm dışlayıcı uygulamalar için kullanılabilecek genel bir test olma özelliğinden yoksundur. Ancak birbirlerine göre hatalı müdahale/müdahaleden hatalı kaçınma risk düzeyleri farklı olan bu testler içerisinden rekabet otoriteleri, politika seçimine ve ihlalin türü ve ağırlığına bağlı olarak uygun testi seçme imkânına sahiptir. Dışlayıcı uygulamanın çeşidine göre değişen müdahalenin aşırı caydırıcı ya da az caydırıcı olma endişesi, hangi testin seçileceği konusunda belirleyici olmaktadır. Bir diğer deyişle, müdahaleci bir yaklaşım sergilenmek isteniyorsa daha müdahaleci testler seçilecek aksine daha az müdahaleci bir politika benimsenmişse daha esnek testler tercih edilebilecektir.

Konuyu AB uygulamaları açısından değerlendirecek olursak; dışlayıcı uygulamaların tespitinde ihtiyaç duyulan standart tartışmaları açısından ABD'deki sürecin henüz ilk safhalarında olan AB, ABD'nin rekabet kurallarını uygularken tüketici refahını temel aldığı kabul ederek rekabet politikasında bu çerçevede reform çalışmalarını sürdürmektedir.

Söz konusu reform kapsamında RA'nın 82. maddesi uygulamalarında şekilci ve müdahaleci bir yaklaşım sergilediği ve iktisadi analizler açısından zayıf kaldığı yönünde uzun yıllardır eleştiri alan Komisyon, iktisadi/etki temelli yaklaşım benimseyen Tartışma Metni'ni yayımlayarak kamuoyunun görüşüne açmıştır. Tartışma Metni genelinde aslen bir davranışın hangi koşullarda kötüye kullanma olarak tanımlanacağı sorusuna yanıt aranmaktadır. Bu amaçla RA'nın 82. maddesi uygulamalarında göz önüne alınması gereken genel prensiplerin yanında, bağlama anlaşmaları, yıkıcı fiyat, indirim ve sözleşme yapmayı reddetme uygulamaları gibi en sık rastlanan dört dışlayıcı uygulamanın tespitinde kullanılmak üzere özel prensipler ortaya konulmaya çalışılmıştır. Bu prensiplerle birlikte ABD'dekilere benzer bir şekilde, "eşit etkinlikteki rakip testi" ile "tüketici refah testi" ve yıkıcı fiyat uygulamalarında kısmen kullanılan "kârdan feda testi" Tartışma Metni'nde yer bulmuştur. Bu reform çalışmalarının, AB ile ABD arasındaki uygulama farklılıklarının giderilmesine katkı sağlayacağı hususunda şüphe bulunmamaktadır.

Bununla birlikte Komisyon'un, yıkıcı fiyat uygulamalarının tespitinde başarılı olan ve ABD literatüründe önemli yer edinen "kârdan feda testine" ve bu testin diğer bir versiyonu olan "iktisadi açıdan anlamlı olmayan davranış testine" Tartışma Metni'nde çok sınırlı bir şekilde yer vermesi dikkat çekicidir. Söz

konusu Metin’de kârdan feda testine, yıkıcı fiyat koşullarından biri olan niyet unsurunun tespitinde yer verilmiştir. Bu testin müdahaleden hatalı kaçınma riski taşıdığı farkında olan Komisyon, Tartışma Metni’nde kârdan fedanın tespiti ile doğrudan niyet unsurunun tespit edilemediği durumlarda hasata bakılabileceğini belirtmiştir. Bu şekilde de olsa ABD’deki Brooke testi ile geleneksel AB yıkıcı fiyat uygulaması arasındaki temel fark olan hasat unsuruna Tartışma Metni’nde yer verilmesi, AB-ABD uygulamasının yakınlaşması açısından memnuniyet vericidir. Bununla birlikte yıkıcı fiyat uygulamalarının tüm analizlerinde hasat unsurunun şart koşulmaması, bu yakınlaşma açısından büyük bir fırsatın kaçmasına yol açtığı eleştirisine de neden olmuştur.

Ancak AB rekabet uygulamalarının ABD antitröst uygulamalarına yakınlaştığı göz önüne alındığında, ABD’de tartışılan ancak Tartışma Metni’nde yer verilmeyen bu testlerin AB’de de önümüzdeki günlerde gündeme taşınması kaçınılmazdır. Kimi akademisyenlerin, Tartışma Metni’nde yer verilmeyen bu testler üzerine Komisyon’un bir çalışma başlatmayı planladığını belirtmesi de bu görüşümüzü destekler niteliktedir.

ABD ve AB açısından yapmış olduğumuz yukarıda belirtilen değerlendirmelerden sonra, Türk rekabet hukuku açısından da aşağıdaki değerlendirmelere ulaşmak mümkündür.

ABD ve AB’de olduğu gibi Türk rekabet hukukunda da “*hâkim durumun kötüye kullanılmasının tanımı*” konusunda net bir şey söylenememiştir. Bu nedenle dışlayıcı uygulamaların tespitinde ABD’de geliştirilen ve AB’de son zamanlardaki reform çalışmaları ile örnek alınan testlerin, Türk rekabet hukuku uygulamalarında da esas alınması ve bu amaçla gerekli çalışmaların başlatılması önem arz etmektedir. Bu çalışmalar kapsamında öncelikle Türk rekabet hukuku uygulamalarında hangi amacın hedeflendiğinin gözden geçirilmesi ve net bir şekilde belirlenmesi gerekmektedir.

Bu doğrultuda tüketicilere en çok zarar veren davranışlara öncelikle müdahale edilmesi yerinde olacaktır. Daha sonra Kurum bünyesinde sanayi iktisadı alanında ihtiyaç duyulan uzmanlık kapasitesinin hızla artırılması ve iktisadi yaklaşımların kararlarda daha aktif yer edinmesi gerektiği düşünülmektedir. Son olarak Kurul’un birçok kararında açıkça ya da üstü kapalı şekilde faydalandığı standartların, AB ve ABD’deki standart tartışmaları da göz önüne alınarak sistematik bir şekilde tekrar ele alınması, bundan sonraki Rekabet Kurulu kararlarının daha tutarlı bir yaklaşım sergilemesi adına faydalı olacaktır. Böyle bir çalışma aynı zamanda, hâkim durumun kötüye kullanılmasının tespitine ilişkin ihtiyaç duyulan kılavuz hazırlıklarına da zemin teşkil edecektir.

ABSTRACT

Notwithstanding a century of litigation, the scope of and meaning of exclusionary conduct remain poorly defined. Wrongly labeling conduct as exclusionary, false positive can chill the very conduct the antitrust laws are designed to protect. Therefore enforcement agencies on both sides of the Atlantic are actively engaged in discussions aimed at clarifying competition on policy toward exclusionary conduct by single competitors.

In US, scholars, economics and notable practitioners have advanced numerous proposed general definition of “exclusionary conduct”. These tests include: (1) assessing net effects on “consumer welfare” (2) determining if the defendant’s conduct involved a “profit-sacrifice” or made “no economic sense” absent maintaining or enhancing market power (3) assessing whether the defendant’s conduct excluded “equally efficient” rivals (4) applying rules of “per se legality” (5) assessing whether rivals are being excluded because the dominant firm is impairing the efficiency of its rivals

In EU, DG Competition of The European Commission published its discussion paper on the application of Art. 82 EC., exclusively on exclusionary conduct. The discussion paper is a comprehensive study arguing for a shift to effect based approach and changing for the limited use of quantitative techniques. In addition, discussion paper includes “consumer welfare test”, “equally efficient rivals” and “profit-sacrifice”. The modernization of Art. 82 EC contributes to transatlantic convergence.

The aim of this thesis is to examine the debate over legal test for exclusionary conduct in comparative perspective. To achieve this purpose, the debate over legal test in effect in EC, U.S and Turkish jurisdiction and judgment will be analyzed in a comparative manner and inferences will be made to give a perspective for Turkish competition policy.

KAYNAKÇA

- AKMAN, P. (2006a), "Article 82 Reformed? The EC Discussion Paper on Exclusionary Abuses", *Journal of Business Law*, December, 816-829
- AKMAN, P.(2006b), "The EC Discussion Paper on the Application of Article 82"
(<http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/art82/contributions.html>)
- Allen & Overy (2006), "Comments on the DG Competition Discussion Paper on the Application of Article 82 of the Treaty to Exclusionary Abuses"
(<http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/art82/contributions.html>)
- The American Antitrust Institute (2006), "Response to Public Consultation on the European Commission Directorate General for Competition Discussion Paper on the Application of Article 82 of the Treaty to Exclusionary Abuses"
(<http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/art82/contributions.html>)
- Antitrust Modernization Commission Hearings (2005), "Exclusionary Conduct"
(http://www.amc.gov/commission_hearings/exclusionary_conduct.htm)
- AREEDA, P.ve H., HOVENKAMP (2002), "Antitrust Law", 651a (2d ed. 2002), Aspen Publishers, New York
- AREEDA, P. ve D., TURNER (1975), "Predatory Pricing and related practices under section 2 of the Sherman act", *Harvard Law Review*, vol:88, no:4, 697-733
- AREEDA, P. ve D.,TURNER (1978), "Antitrust Law: An Analysis Of Antitrust Principles And Their Application", *Harvard Law Review*, vol:93, no:3, 618-632
- ATİYAS, İ. (2000), "Rekabet Politikasının İktisadi Temelleri Üzerine Düşünceler", *Rekabet Dergisi*, Sayı 1,Rekabet Kurumu, Ankara
- BISHOP, S. & MARSDEN P. (2006), "The Article 82 Discussion Paper: A Missed Opportunity", *European Competition Journal*, Vol:2 No:1
- BORK, R.H. (1978), "The Antitrust Paradox:A Policy At War With Itself", Basic Boks, Inc., Publishers, New York

CASS, R., A.& K. N. HYLTON (1999), "Preserving Competition: Economic Analysis, Legal Standards and Microsoft", *Boston University School of Law Working Paper Series, Law & Economics Working Paper No:99-1*

Commission Notice on the definition of relevant market Official Journal C 372, 9/12/1997

Commission Regulation on the application of Article 81(3) of the Treaty to categories of vertical agreements and concerted practices
No 2790/1999, OJ L336/21, 29.12.1999

Council Regulation on the control of concentrations between undertakings (the EC Merger Regulation)
No:139/2004, OJ L24/1, 29.1.2004

Council Regulation on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty
Council Regulation 1/2003: [2003] O.J.L.1

Crowell & Moring, "Comments On The Dg Competition Discussion Paper On The Application Of Article 82 Of The Treaty To Exclusionary Abuses"
(<http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/art82/contributions.html>)

DETHMERS, F. ve N., DODOO. (2006), "The Abuse of Hoffmann-La Roche: The Meaning of Dominance Under EC Competition Law", *European Competition Law Review*, 10, 537-549

DG Competition Discussion Paper on The Application of Article 82 of Treaty to Exclusionary Abuses, (2005)
(<http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf>)

DPT, Dokuzuncu Kalkınma Planı Rekabet Hukuku Ve Politikaları Özel İhtisas Komisyonu Raporu (2007)
(www.dpt.gov.tr)

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

EDLİN A. S. ve J. FARRELL (2002), "The American Airlines Case: A Chance To Clarify Predation Policy"
(<http://works.bepress.com/aaron.edlin/26>)

ELHAUGE, E. (2003), "Defining Better Monopolization Standards", *Stanford Law Review*, Vol:56 (2)

- European E&M Consultants (2006), “*Competition Competence Report, More Economics Based Approach in Article 82 EC Treaty: New Test Procedures*”, 15
- GANSLANDT, M. (2006), “New Rules For Dominant Firms in Europe”, *The Research Institute of Industrial Economics, Policy Paper*, No:2
- GAVIL, A. I. (2004), “Exclusionary Distribution Strategies By Dominant Firms: Striking A Better Balance”, *Antitrust Law Journal*, Vol:72, No:3
- GIANNI, ORIGONI, GRIPPO&PARTNERS (2006), “Comments On The Dg Competition Discussion Paper On The Application Of Article 82 Of The Treaty To Exclusionary Abuses”
(<http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/art82/contributions.html>)
- GLAZER, K. L. ve A. B., LİPSKY (1995), “Unilateral Refusals to Deal Under Section2 of the Sherman Act”, *Antitrust Law Journal* 63749
- GCLC Research Papers on Article 82 EC(2005), “The Concept of an Exclusionary Abuse under Article 82 EC”, Global Competition Law Centre”
(<http://gclc.coleurop.be>)
- GORMSEN, L. L. (2006), “Article 82 EC: Where are coming from and where are we going to?” *TheCompetition Law Review*, Vol:2 Issue:2
- FIEBIG, A. (2004); “Modernization of European Competition Law as a Form of Convergence”, *Jean Monnet/Robert Schuman Paper Series*, Vol:4, No:6
- FTC/DOJ Hearings on Section 2 of the Sherman Act: Single Firm Conduct as Related to Competition
(<http://www.ftc.gov/opa/2006/06/section2.htm>)
- GILBERT, R. (2007) “Holding Innovation to Antitrust Standard”, *Competition Policy on International*, Vol:3, No:1
- GÜRZUMAR, O. B.,(2006), “Zorunlu Unsur Doktrinine Dayalı Sözleşme Yapma Yükümlülüğü Hakim Durumun Rakiple Anlaşma Yapmaktan Kaçınmak Suretiyle Kötüye Kullanılması”, Seçkin Yayınevi
- HEIMLER, A.(2007), “Viewpoint: Recent Evolutions in Antitrust Enforcement: A Comparative Perspective”, ECCP Publication, May
- HOVENKAMP, H. (2006), “Signposts of Anticompetitive Exclusion: Restraints On Innovation and Economies of Scale”, *International Antritrust Law&Policy*: Fordham Competition Law Institute, 33
- HOVENKAMP, H. (2005), “Exclusion and The Sherman Act” *72.U.Chi. L.Rev.*147

International Competition Network (ICN)

(<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/index.php/en/newsroom/2006/05/5/2>)

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

JACOBSON, J. M ve S. A SHER (2006), “No Economic Sense ‘Makes No Sense For Exclusive Dealing”, *Antitrust Law Journal*, Vol:73, No:3

Joint Working Party of the Bars and Law Societies of the United Kingdom (2006)

“Response to DG Competition Discussion Paper on the Application of Article 82 to Exclusionary Abuses”

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

KARA, A. F.(2003), “Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Aracı Olarak Yıkıcı Fiyat Uygulaması ABD ve AT Uygulamalarından Dersler”,Uzmanlık Tezi, Rekabet Kurumu, Ankara

19.12.2005 tarihli Komisyon’un Bilgi Notu

(<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/05/1626&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>)

KOVACIC, W. E. (2007), “The Intellectual DNA of Modern U.S. Competition Law For Dominant Firm Conduct: The Chicago /Harvard Double Helix”, *Columbia Business Law Review*, No:1:1

KOVACIC, W. E. ve C. SHAPIRO (2000), “Antitrust Policy: A Century of Economic and Legal Thinking”, *Journal of Economic Perspectives*, Vol:14, No:1

KRATTENMAKER, T. G. ve SALOP, S. C.(1986), “Anticompetitive Exclusion: Raising Rivals’ Costs to Achieve Power over Price”, 96 Yale L.J.209, 213

LANG J. T. ve O’DONOGHUE R. (2005), “The Concept of an Exclusionary Abuse under Article 82 EC”, *GCLC Research Papers on Article 82 EC*

LAO, M. (2006), “Defining Exclusionary Conduct Under Section 2: The Case For Non-Universal Standart”, *International Antitrust Law & Policy*, Barry Hawk, ed.,Ch. 19, 481-516

MAIER, F ve VAIGAUSKAITIE, R. D.(2006) “Prokent/Tomra, a textbook case? Abuse of dominance under perfect information”,*Competition Policy Newsletter*, Number 2,

- MARSDEN, P.(2006), “Article 82 Review”, *Competition Law Insight*
- MCDERMOTT. W. & EMERY (2006), “Response To: Dg Competition Discussion Paper On The Application Of Article 82 Of The Treaty To Exclusionary Practices”
(<http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/art82/contributions.html>)
- MELAMED, A.D. (2006), “Exclusive Dealing Agreements and Other Exclusionary Conduct-Are There Unifying Principles?”, *Antitrust Law Journal*, Vol:73, No:2, 375-412
- MELAMED, A. D. (2005), “Exclusionary Conduct Under Antitrust Laws: Balancing, Sacrifice, and Refusal to Deal”, 20 Berkeley Tech. L.J. 1247, 1255
- MESSINA, M. (2006), “Article 82 and the New Economy: Need for Modernisation?”, *The Competition Law Review*, Vol:2, Issue:2
- Merger Guidelines DOJ & FTC Horizontal Merger Guidelines
<http://www.usdoj.gov/atr/merger/11251.pdf>
- MONTI, M. (2001), “The Future for Competition Policy in the European Union”, Merchant Taylor’s Hall, London
- Nellie Kroes’in 23 Eylül 2005 tarihinde Fordham Corporate Law Institute, New York’ta yaptığı konuşma.
(<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/05/537&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>)
- NIELS, G.ve H. JENKINS (2005) “Reform of Article 82: Where The Link Between Dominance and Effects Breaks Down” *European Competition Law Review*, 26/11
- OECD (2005a), “Competition on The Merits”, June 2005
(<http://www.oecd.org/dataoecd/7/13/35911017.pdf>)
- OECD (2005b), “Competition Law and Policy in Turkey”, Peer Review Report, 14-18 November
(<http://www.oecd.org/dataoecd/26/7/34645128.pdf>)
- ORDOVER, J. A. & R. D. WILLIG (1981), “An Economic Definition of Predation:Pricing and Product Innovation”, *91 Yale L.J*
- PATE, H. (2003), “The Common Law Approach and Improving Standards For Analyzing Single Firm Conduct”
(<http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/202724.pdf>)
- PATTERSON, M.(2003), “The Sacrifice of Profits in Non-Price Predation”, *Fordham University Research Paper 45*

- PERA, A. ve V. AURICCHIO (2005), “Consumer Welfare, Standart of Proof and the Objectives of Competition Policy”, *European Competition Journal*, Vol:1 No:1
- PLATT, D. (2006), “The Consumer Reigns: Using Section 2 to Ensure a ‘Competitive Kingdom’”, FTC/DOJ Hearing on Section 2 of the Sherman Act (<http://www.ftc.gov/opa/2006/06/section2.htm>)
- POPOFSKY, M. S. (2006), “Defining Exclusionary Conduct: Section 2, The Rule of Reason and The Unifying Principle Underlying Antitrust Rules”, *Antitrust Law Journal*, Vol:73, 435-482
- ROSCH, J.T.(2007), “I am Monopoly, You Say Dominance: The Continuing Divide on the Treatment of Dominant Firms, is it the Economics?”, International Bar Association antitrust Section Conference
- POSNER, R. A. (2001), “Antitrust Law: An Economic Perspective” (2d ed. 2001), The University of Chicago Press, Chicago
- ROYALL ,S. (2004), “Standard Setting and Exclusionary Conduct: The Role Antitrust in Policing Unilateral Abuses of Standards-Setting Processes”, *Antitrust Magazine*, Spring
- SALOP, S. C. (2006a), “The Controversy over the Proper Antitrust Standard for Anticompetitive Exclusionary Conduct”, *International Antitrust Law & Policy: Fordham Competition Law Institute*, 33
- SALOP, S. C. (2006b), “Exclusionary Conduct Effect on Consumers and Flawed Profit-Sacrifice Standard” , *Antitrust Law Journal*, Vol:73, 311
- SANLI, K. C. (2000), “Rekabet Hukukunda Tekelci Fiyatlandırma”, Perşembe Konferansı, Rekabet Kurumu, Ankara
- SCHWEITZER, H. (2007), “Parallels and Differences in the Attitudes towards Single-Firm Conduct: What are the Reasons? The History, Interpretation and Underlying Principles of Sec.2 Sherman Act and Art.82 EC”, *EUI Working Papers Law*, 32
- SHAPIRO, C. ve J. HAYES (2007), “Comments On The European Commission’s Discussion Paper On the Application Of Article 82” (<http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/art82/contributions.html>)
- SHER, B. ve KALLAUGHER, J. (2004), “Rebates Revisited: Anti-Competitive Effects and Exclusionary Abuse Under Article 82”, *European Competition Law Review*, ABA Antitrust Section
- SIMMONS&SIMMONS (2006), “DG Competition Discussion Paper on the Application of Article 82 to Exclusionary Abuses”

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

SİREL, E. (2001), “Rekabet Hukuku Uygulamalarında Ekonomik Analiz”, Perşembe Konferansı, Rekabet Kurumu, Ankara

ŞİRAMUN, S. (2005), “Avrupa Birliği Rekabet Hukuku’nda Kötüye Kullanma Kriterleri”, Vedat Yayımevi, İstanbul

UNCTAD (2005), “Role of Economic Analysis in Competition Law and Enforcement: Country Experience –Turkey”

VİCKERS, J. (2005), “Abuse of Market Power”, *The Economic Journal*, F244-F261, 115

WERDEN, G. J. (2006)., “Identifying Exclusionary Conduct Under Section 2: The No Economic Sense Test”, *Antitrust Law Journal*, No:73, 413-433

WERDEN, G. J. (2007), “Identifying Single-Firm Exclusionary Conduct: From Vague Concepts to Administrable Rules”, Fordham Corporate Law Institute Fordham University School of Law, 33rd Annual Conference on International Antitrust Law & Policy 509-540

WURMNEST, W. (2006), “The Reform of Article 82 EC in the Light of the “Economic Approach”, Workshop on Competition Law, Max Planck Institute for Intellectual Property
(<http://www.mpipriv-hh.mpg.de/deutsch/Mitarbeiter/WurmnestWolfgang.html>)

Rekabet Kurulu Kararları

Rekabet Kurulunun Karbogaz Kararı ,23.8.2002 tarih ve 02-49/634-257

Rekabet Kurulunun Coca Cola Kararı ,23.1.2004 tarih ve 04-07/75-18

Rekabet Kurulunun Yemek Sepeti Kararı, 2003-3-117 tarih ve 04-22/231-48 sayı

Rekabet Kurulunun Frito Lay Kararı ,4.5.2004 tarih ve 04-32/377-95

Rekabet Kurulunun Telekomünikasyon Kararı 21.8.2003 tarih ve 2004/04-12 sayılı karar

ABD Mahkemeleri

American Tobacco Co. v U.S. 221 U.S. 106,107 (1911)

AMR Corp. V. U.S. 335 F.3d 1109 (10th Cir. 2003)

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

Brooke Group Ltd. v. Brown & Williams Tobacco Corp, 509 U.S 209 (1993)

Consolidated Rail Corp. v. Delaware & Hudson Ry. Co., 500 U.S. 928 (1991)

Metronet Servs. Corp. v. Qwest Corp., 383 F.3d. 1124,1134 (9th Cir.2004)
Colgate&Co. 250,U.S.300,307 (1919)
Covad Communications Co. v. Bell Atl.Corp., 398 F.3d 666,673,675-76 (D.C.Cir.2005)
Detsply, Int'l. v. United States.,399 F.3d 181 (3rd Cir.2005)
Eastman Kodak Co. v. Image Technical Servs.,Inc., 504 U.S. 451 (1992)
Greyhound Computer Corp. v. IBM, 559 F.2d 488, 492 (9th Cir. 1977).
Griffith v. United States, 334 U.S.100,107 (1948)
Grinnell Corp. v. United States 384 U.S.563, 570-71 (1966)
Hecht v. Pro-Football, Inc., 570 F.2d 982, 991 (D.C. Cir. 1977);
Kartell v. Blue Shield of Mass., Inc. 749 F.2d 922, 930 (1st Cir. 1994) (Breyer, J.)
LePage's inc.v. 3M Co .324 F. 3d 141 (3d Cir.2003)
Microsoft Corporation. v. U.S., 253 F.3d 34 (D.C. Cir. 2001)
Microsoft Corporation v. U.S. 87 F. Supp. 2 d 30 (D.C. Cir. Conclusions of Law
Standard Oil Co. of N. J. v. United States, 221 U.S. 1 (1911)
SteamfittersLocal Union No. 420 Welfare Fund v. Philip Morris, Inc., 171 F.3d 912, 925 n.7 (3d Cir. 1999)
United Shoe Machinery Corp. v. United States, 258 U. S. 451 (1922).
Verizon Communications, Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP, 540 U.S.398 (2004)
Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP, 124 S. Ct. 872 (2004)
Virgin Atlantic Airways Ltd v. British Airways, 257 F.3d 256 (2d Cir. 2001)

Avrupa Topluluk Mahkemeleri Kararları

Case C-62/86 Akzo v. EC Commission (1991) ECR I 3359 (CJ), 5 CMLR 215
Case T-219/99 British Airways v. EC Commission (2003), OJ C 71
Case C-95/04 P British Airways v. EC Commission (2007), OJ C 106
Case C-85/76 Hoffman La-Roche v. EC Commission (1979) ECR 461, (1979) 3 CMLR 211
Case 322/81 Michelin v. EC Commission (1983) ECR 3461, (1985) 1 CMLR 282
Case T-203/01 Michelin v. EC Commission (2003), OJEC, 97

Zeynep MADAN

Case T-65/98 Van den Bergh Foods Ltd. v. EC Commission (2003) ECR II 4653 (CFI), 4 CMLR 1 (2004)

Case COMP e-1/38.113-Prokent/Tomra (Henüz gerekçeli kararı yayımlanmamıştır.)