

Uzmanlık Tezleri Serisi No: 90

REKABET KURUMU

İNDİRİM SİSTEMLERİ VE REKABET:
TEK TARAFLI DAVRANIŞLAR
AÇISINDAN BİR DEĞERLENDİRME

BEKİR KOCABAŞ

İNDİRİM SİSTEMLERİ VE REKABET:
TEK TARAFLI DAVRANIŞLAR
AÇISINDAN BİR DEĞERLENDİRME

BEKİR KOCABAŞ

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.

11/6/2008 tarihinde
Rekabet Kurumu Başkan Yardımcısı Fevzi ÖZKAN Başkanlığında,
4 No'lu Daire Başkanı Y. Serdar YARAR, 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 978-975-8936-69-4

YAYIN NO

0224

*Canım Aileme ve
Sevgili Eşime...*

İÇİNDEKİLER

Sayfa No

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

Bölüm 1 **GENEL OLARAK İNDİRİM SİSTEMLERİ**

1.1. İNDİRİM SİSTEMLERİNİN TANIMI VE GENEL ÖZELLİKLERİ	5
1.2. İNDİRİM SİSTEMLERİNİN SINIFLANDIRILMASI VE KAVRAMSAL ÇERÇEVE	6
1.2.1. İndirimin Etkili Olduğu Pazar Sayısına Göre Sınıflandırma	6
1.2.2. İndirimin Kapsamına Göre Sınıflandırma	7
1.2.3. İndirim Oranına Göre Sınıflandırma	8
1.2.4. İndirim Hedeflerine Göre Sınıflandırma	9
1.2.5. İndirimin Her Bir Alıcı Bazındaki Etkilerine Göre Sınıflandırma	10

Bölüm 2 **İNDİRİM SİSTEMLERİNİN REKABET SÜRECİNE ETKİLERİ**

2.1. İNDİRİM SİSTEMLERİNİN REKABETÇİ OLDUĞUNU SAVUNAN GÖRÜŞLER: CHICAGO OKULU	14
2.2. İNDİRİM SİSTEMLERİNİN REKABETÇİ ETKİLERİ.....	18
2.2.1. Sabit Maliyetlerin Kurtarılması	18
2.2.2. Yeniden Satıcıların Teşvik Edilmesi	18
2.2.3. Bedavacılık Sorununun Çözülmesi	18
2.2.4. Çifte Tekelci Fiyatlamamanın (<i>Double Marginalisation</i>) Önlenmesi	19
2.2.5. Alt Pazarlarda Rekabetin Tesis Edilmesi	19
2.2.6. Koordinasyon İhtimalinin Azalması.....	20
2.2.7. Toplam Üretimin Artması ve Etkinlik Sağlanması	20
2.2.8. Tüketicilerin Daha Bilinçli Duruma Gelmesi.....	20
2.3. CHICAGO OKULU'NUN YAKLAŞIMLARINA GETİRİLEN ELEŞTİRİLER	20

2.4. İNDİRİM SİSTEMLERİNİN REKABET KARŞITI ETKİLERİ.....	23
2.4.1. Dışlama Etkisi	23
2.4.1.1. Tek Ürün İndirimlerinde Dışlama Etkisi.....	24
2.4.1.2. Paket İndirimlerinde Dışlama Etkisi.....	30
2.4.2. Ayrımcılık Etkisi	33

Bölüm 3

İNDİRİM SİSTEMLERİNE İLİŞKİN AB VE ABD UYGULAMALARI

3.1. AB REKABET HUKUKUNDA İNDİRİM SİSTEMLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ.....	36
3.1.1. İlgili Yasal Mevzuat	36
3.1.2. İndirim Sistemlerine İlişkin Komisyon ve Mahkeme Kararları.....	37
3.2. ABD ANTİTRÖST HUKUKUNDA İNDİRİM SİSTEMLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ.....	48
3.2.1. İlgili Yasal Mevzuat	48
3.2.2. Dava Hukuku.....	49
3.2.2.1. Tek Ürün İndirimlerine İlişkin Davalar	50
3.2.2.2. Paket İndirimlerine İlişkin Davalar	52
3.3. AB VE ABD UYGULAMASINA İLİŞKİN DEĞERLENDİRME.....	55

Bölüm 4

İNDİRİM SİSTEMLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİNDE İKTİSADİ YAKLAŞIM VE UYGULANABİLECEK TESTLER

4.1. İNDİRİM SİSTEMLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİNDE İKTİSADİ YAKLAŞIMIN ROLÜ VE ÖNEMİ	61
4.2. İNDİRİM SİSTEMLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİNDE ETKİ ODAKLI BİR YAKLAŞIMIN GENEL ÇERÇEVESİ	63
4.3. İNDİRİM SİSTEMLERİNİN DIŞLAMA ETKİSİNİN ORTAYA KONULMASINDA KULLANILABİLECEK TESTLER.....	65
4.3.1. Genel Nitelikteki Testler	65
4.3.1.1. Yıkıcı Fiyat Testi	65
4.3.1.2. Yıkıcı Kapama Testi (<i>Predatory Forecloseure Test</i>).....	66
4.3.1.3. Dışlayıcı Paketleme Testi (<i>Exclusionary Bundling Test</i>).....	66
4.3.2. Geriye Dönük İndirimlere İlişkin Testler	68
4.3.2.1. Komisyon Tarafından Önerilen Test.....	68
4.3.2.2. Komisyon'un Önerdiği Testin Eleştirisi Çerçevesinde Geriye Dönük İndirimlere İlişkin İdeal Bir Test için Çıkarımlar	71

4.3.2.3. Geriye Dönük İndirim Sistemlerinin Değerlendirilmesinde Kullanılabilecek Alternatif Test.....	76
---	----

Bölüm 5
TÜRK REKABET HUKUKU UYGULAMASINDA
İNDİRİM SİSTEMLERİ

5.1. GENEL OLARAK.....	80
5.2. İNDİRİM SİSTEMLERİNE İLİŞKİN REKABET KURULU KARARLARI VE DEĞERLENDİRME.....	81
SONUÇ	86
ABSTRACT	90
KAYNAKÇA	91

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

AB	: Avrupa Birliği
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
AT	: Avrupa Topluluğu
ATAD	: Avrupa Topluluğu Adalet Divanı
CVS	: Commercially Viable Share
ECLR	: European Competition Law Review
İDM	: İlk Derece Mahkemesi
OECD	: Organisation for Economic Co-operation and Development
OFT	: Office of Fair Trading
RA	: Roma Antlaşması
RQS	: Required Share
bkz.	: Bakınız
para.	: Paragraf
s.	: Sayfa
Vol.	: Volume

GİRİŞ

Günümüzde teknolojik gelişmeler ve ticaret politikalarındaki serbestleşme eğilimleri, bir yandan alıcılar ve satıcılar için pazarları genişletirken bir yandan da ürün miktarını, çeşitliliğini ve müşterilerin tercih seçeneklerini artırmıştır. Bu şartlar altında pazarda tutunabilmek ve satışlarını artırmak için daha farklı, daha kaliteli ve görece daha ekonomik ürün sunma arayışına giren firmalar, araştırma geliştirme faaliyetlerine yönelmişler; ancak bu çalışmalar da ürünlerin sabit maliyetlerini artırarak firmaların satış yapma ihtiyacını daha da elzem hale getirmiştir. Ticari faaliyetlerin her zamankinden daha stratejik bir nitelik kazandığı bu süreçte, satışların artırılmasının yanında yüksek satışların sürdürülebilirliği de önemli hale gelmiş ve geleneksel anlamdaki fiyat rekabetinin ötesinde farklı stratejik araçlar kullanılmaya başlanmıştır. Bu araçlardan birisi de “indirim sistemleri”dir.

Alıcının belirli şekilde davranması karşılığında verilen fiyat indirimlerini ifade eden “indirim sistemleri”, ticari hayatın hemen her alanında yaygın olarak kullanılmaktadır. Örneğin, herhangi bir çabuk servis lokantasında hamburger, kola ve patates kızartmasının menü halinde satılması, bir indirim sisteminin varlığını göstermektedir. Hava yolu şirketlerinin sık uçan yolcu programları kapsamında yolcularına uçuş mili kazandırması ve bu millerin karşılığında bedava uçuş imkânı sunması da bir tür indirim sistemidir. Benzer şekilde, üretici-bayi ilişkisi çerçevesinde bayının ilgili dönemdeki satış hedefini yakalaması karşılığında verilen ve genellikle “prim”, “geri ödeme” veya “promosyon” gibi farklı isimlerle anılan uygulamalar da bu kapsamda değerlendirilmektedir.

İndirim sistemlerinin rekabet hukukunun inceleme alanına girmesi, bu uygulamaların pazardaki etkileri nedeniyledir. İndirim sistemleri, tüketicilerin tercih seçeneklerini artırdığı, mal veya hizmetleri daha ucuza satın alabilmelerini sağladığı ve üretimi artırdığı ölçüde tüketici refahını ve toplumsal refahı artırmaktadır (OECD 2002, 26). Ne var ki, bu uygulamaların her zaman için refahı artırdığını söylemek mümkün değildir. İndirim sistemleri, bazı durumlarda müşterileri indirim veren firmaya bağlayarak fiilî bir münhasırlık yaratmakta, bazı durumlarda fiyatları düşürerek yıkıcı fiyat benzeri bir etki göstermekte, bazı durumlarda ise alıcılar arasında ayrımcılığa yol açarak alt

pazarlarda rekabetin bozulmasına yol açmakta ve böylece tüketici refahına zarar vermektedir. Rekabet hukukunun indirim sistemlerine müdahalesi de bu tür durumlarda gündeme gelmektedir.

Bununla birlikte, uygulamada rekabetçi bir indirim sistemi ile rekabeti bozucu bir indirim sisteminin ayırt edilmesi pek de kolay değildir. Bu durumun sebeplerinden birisi, işleyişi ve etkileri bakımından ayrımcılık, yıkıcı fiyat, bağlama ve münhasırlığa benzeyen indirim sistemlerinin tam anlamıyla bu uygulamalar çerçevesinde değerlendirilememesidir. İndirim sistemleri, ticari hayatın dinamizmi içerisinde çok farklı koşullarda ve oldukça karmaşık görünümde ortaya çıkabilmekte ve çok sayıda faktöre bağlı olarak aynı anda hem rekabetçi hem de rekabeti bozucu etkiye sahip olabilmektedir. Bu durum, indirim sistemlerinin tüketici refahı üzerindeki net etkisinin tespit edilmesini güçleştirmektedir. Ayrıca, rekabet hukukunun pek çok alanıyla karşılaştırıldığında, indirim sistemlerine ilişkin iktisadi ve hukuki çalışmaların oldukça geç başladığı ve henüz tam anlamıyla olgunlaşmadığı da bir gerçektir. Hâlihazırda, indirim sistemlerinin işleyişine ve pazardaki etkilerine ilişkin olarak önemli teoriler bulunmakla birlikte, bu teoriler uygulamaya kolaylıkla yansıtılabilir nitelikte değildir. Bütün bu hususlar, indirim sistemlerinin rekabet hukukunda incelenmesini zorlaştırmakta ve yapılan değerlendirmelerde hata riskini artırmaktadır.

İndirim sistemlerinin incelenmesindeki güçlük, bu konudaki rekabet hukuku uygulamalarına da yansımıştır. Öyle ki, rekabet hukuku uygulamasında iki köklü geleneğin temsilcisi olan ABD ve AB’de, hâlâ indirim sistemlerine ilişkin tutarlı ve tatmin edici bir içtihadın geliştirilebildiğini söylemek mümkün değildir. Dahası, iki hukuk sisteminin bu alandaki yaklaşımları, belki de rekabet hukukunun başka hiçbir alanında olmadığı kadar birbirine uzaktır. Nitekim, yakın geçmişteki *Virgin/British Airways (BA¹)* davasında, BA’nın sunduğu indirimler Avrupa Komisyonu (Komisyon) ve AT Mahkemeleri tarafından ihlal olarak değerlendirilmişken, ABD Mahkemeleri ihlal iddialarını reddetmiş ve bu indirimleri rekabetçi uygulamalar olarak kabul etmiştir.

Gelinen noktada, rekabet hukukunun aydınlatılmaya en fazla ihtiyaç duyulan alanlarından birisinin indirim sistemleri olduğunu söylemek mümkündür. Bu ihtiyacın bir sonucu olarak, son yıllarda bir yandan indirim sistemlerine ilişkin akademik çalışmalar artarken bir yandan da bu konu, rekabet otoritelerinin ve OECD gibi uluslar arası örgütlerin gündemini daha fazla meşgul etmeye başlamıştır. Örneğin Komisyon’un 2005 yılında yayımladığı “82. Madde’nin Dışlayıcı Kötüye Kullanmalara Uygulanmasına ilişkin Tartışma

¹ Komisyon: *Virgin British Airways* (2000) OJ L 30/1; İlk Derece Mahkemesi: Case T- 219/99 *British Airways v. Commission* (2004); ATAD: Case T-219/99, *British Airways v. Commission* (2004).

Metni'nde", en detaylı ve iktisadi açıdan en iddialı bölüm indirim sistemlerine ayrılmıştır. Birleşik Krallık Rekabet Otoritesi OFT ise aynı yıl indirim sistemlerini konu alan oldukça kapsamlı bir tartışma metni yayımlamıştır. OECD Rekabet Komitesi de, indirim sistemlerinin tartışıldığı 2002 yılındaki yuvarlak masa toplantısının ardından, 2008 yılının Haziran ayında yapılması planlanan toplantıyı yine bu konuya ayırmıştır.

Uluslar arası rekabet camiasında yaşanan bu gelişmelere rağmen, ülkemizde henüz indirim sistemlerine ilişkin spesifik bir çalışma bulunmamaktadır. İndirim sistemlerinin bu çalışmaya konu olarak seçilmesinde de büyük ölçüde bu alandaki ihtiyaç belirleyici olmuştur.

Bu çalışmanın amacı, indirim sistemlerinin tek taraflı davranışlar (hâkim durumun kötüye kullanılması) bağlamında incelenmesinin ekonomik ve hukuki unsurlarını belirlemektir. İndirim sistemlerinin çoğunlukla sağlayıcı ve alıcı arasındaki bir dikey anlaşma çerçevesinde ortaya çıktığı dikkate alındığında, bu uygulamaların rekabeti bozucu anlaşmalar/uyumlu eylemler çerçevesinde de incelenmesi mümkündür. Ancak iktisadi çalışmalar, indirim sistemlerinin rekabeti bozucu etkilerinin ortaya çıkabilmesi için indirim veren teşebbüsün pazar gücüne sahip olması gerektiğini ortaya koymaktadır. Bu açıdan ister anlaşmalar/uyumlu eylemler çerçevesinde yürütülsün isterse tek taraflı davranışlar bağlamında yürütülsün, indirim sistemlerine ilişkin bir rekabet hukuku incelemesinin, her şeyden önce indirim veren teşebbüsün pazar gücünü dikkate alması gerekmektedir. Bu gerekçeler ışığında çalışmanın kapsamı, indirim sistemlerinin tek taraflı davranışlar bağlamında değerlendirilmesi ile sınırlı tutulmuştur. Bununla birlikte, yukarıdaki açıklamalar ışığında çalışmanın büyük ölçüde indirim sistemlerine ilişkin rekabeti bozucu anlaşmalar/uyumlu eylemler bağlamında yapılacak incelemelere de ışık tutması beklenmektedir.

Bu çerçevede, çalışmanın ilk bölümünde, indirim sistemlerine ilişkin değerlendirmelere temel teşkil etmesi bakımından, indirim sistemlerinin farklı kriterlere göre sınıflandırması yapılacak ve böylece kavramsal bir çerçeve oluşturulmaya çalışılacaktır.

İkinci bölümde, öncelikle indirim sistemlerinin rekabetçi olduğunu savunan görüşler Chicago Okulu'nun yaklaşımları çerçevesinde ele alınarak indirim sistemlerinin rekabetçi etkilerinin bulunup bulunmadığı ve bunların neler olabileceği irdelenecektir. Ardından, Chicago Okulu'nun görüşlerinin eleştirisi çerçevesinde, indirim sistemlerinin rekabeti bozucu olabileceğini savunan görüşler sunulacak ve son olarak da indirim sistemlerinin rekabeti bozucu etkilerinden "dışlayıcılık" ve "ayrımcılık" etkisinin nasıl ortaya çıkabileceği bu alandaki iktisadi çalışmalar çerçevesinde ayrıntılı bir şekilde ortaya konulacaktır.

Üçüncü bölümde, indirim sistemlerinin değerlendirilmesine ilişkin Avrupa Komisyonu'nun, AT mahkemelerinin ve ABD mahkemelerinin yaklaşımları örnek kararlar çerçevesinde incelenerek iki hukuk sisteminin bu uygulamalara yaklaşımındaki farklılıklar ana hatlarıyla ortaya konulmaya çalışılacaktır.

Dördüncü bölümde, öncelikle indirim sistemlerinin değerlendirilmesine ilişkin ABD ve AB rekabet hukuku uygulamasındaki yaklaşım farkından ve eksikliklerden hareketle, bu uygulamaların değerlendirilmesinde iktisadi (etki odaklı) bir yaklaşımın rolü ve önemi tartışılacak, ardından indirim sistemlerinin incelenmesinde benimsenebilecek genel bir çerçeve önerilecektir. Bu bölümde ayrıca çalışmanın ikinci bölümünde ortaya konulan "dışlama senaryoları" çerçevesinde, dışlayıcı nitelikteki indirim sistemlerinin tespitinde uygulananan testler incelenerek alternatif bir test önerilecektir.

Son bölümde ise, indirim sistemlerinin ülkemiz rekabet hukukunda ele alınması, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ve Rekabet Kurulu Kararları ışığında değerlendirilecektir.

BÖLÜM 1

GENEL OLARAK İNDİRİM SİSTEMLERİ

1.1. İNDİRİM SİSTEMLERİNİN TANIMI VE GENEL ÖZELLİKLERİ

Pazarda satışa sunulan mal veya hizmetlerin fiyatlarının, satıcılar tarafından doğrudan ya da dolaylı yollarla düşürülmesine “fiyat indirimi” denilmektedir. Fiyat indirimleri, tüm müşteriler için geçerli olan liste fiyatlarının aşağı çekilmesi şeklinde ortaya çıkabileceği gibi, alıcıların belirli özelliklerine bağlı olarak verilen “seçici fiyat indirimleri”² ya da bu çalışmanın da konusunu oluşturan ve alıcıların belirli şekilde davranması karşılığında verilen “indirim sistemleri”³ şeklinde ortaya çıkabilirler.

İndirim sistemleri; üretim veya dağıtım zincirinin herhangi bir aşamasındaki ticarete, ya sağlayıcının tek taraflı iradesinin bir yansıması (tek taraflı davranış) olarak, ya da sağlayıcı ile alıcı arasındaki bir irade uyuşmasının (anlaşmanın/uyumlu eylemin) sonucu olarak ortaya çıkmaktadır. Alım satım ilişkisine “alıcı” sıfatıyla dahil olan herkesin indirim sistemlerinin muhatabı olması mümkündür.

İndirim sistemlerinin belirgin özelliği, indirimin koşullu olması ve böylece pazardaki müşterilerin bir kısmının indirimden faydalanırken diğer bir kısmının faydalanamama ihtimalinin bulunmasıdır. İndirimler, genellikle sağlayıcının koyduğu bir yükümlülüğün alıcı tarafından yerine getirilmesine

² Seçici fiyat indirimi terimi için bkz. (OFT 2005).

³ Rekabet hukuku yazınında “indirim” (discount) ve “prim” (rebate) terimleri genellikle birbirinin yerine geçecek şekilde kullanılmaktadır. Esasında “indirim”, satış esnasında bir ürünün liste fiyatı üzerinden yapılan iskonto anlamına gelmekteyken; “prim”, müşterinin belirli bir dönem içerisindeki alımlarına bağlı olarak verilen indirimlerin toplamı anlamına gelmektedir (Goyder 2003, 291; Kısa 2004, 46; Faull ve Nikpay 2007, 381). Bu çalışma kapsamında da yeri geldiğince birbirinin yerine geçebilecek şekilde “indirim sistemleri” ya da “indirim uygulamaları” terimleri kullanılacaktır.

bağlı olarak verilmekte⁴ ve böylece alıcıların belirli bir şekilde davranması amaçlanmaktadır. İndirim uygulamalarında alıcılara getirilen yükümlülük, herhangi bir ürüne ilişkin belirli bir miktarın sağlayıcıdan alınması şeklinde objektif bir koşul olabileceği gibi, belirli bir referans dönem içerisinde alıcının ihtiyaçlarının önemli bir kısmını sağlayıcıdan almasını öngören bir miktar, ciro ya da pazar payı hedefi, alıcının indirim sunan sağlayıcı dışındaki hiçbir sağlayıcıdan ürün almamasını öngören bir münhasırlık şartı ya da alıcının satış faaliyetlerine veya satış sonrası faaliyetlere katkı sağlaması gibi başka koşullar da olabilmektedir.

1.2. İNDİRİM SİSTEMLERİNİN SINIFLANDIRILMASI VE KAVRAMSAL ÇERÇEVE

İndirim sistemlerinin çok farklı görünümde ortaya çıkması, bu uygulamalara yönelik tutarlı bir yaklaşımın geliştirilmesine mani olmuştur (Hovenkamp 2006, 841). Bu tespitin anılan indirimlerin sınıflandırılması için de geçerli olduğunu söylemek mümkündür. Rekabet hukuku yazınında, indirim sistemlerinin sınıflandırılmasına ilişkin yazarlar arasında bir tutarlılık bulunmadığı gibi, yapılan sınıflandırmalarda hangi kriterlerin dikkate alındığı da açık değildir. Örneğin Ridyard (2002); indirim sistemlerini “miktar indirimleri”, “satış hedefi indirimleri”, “münhasırlık karşılığı verilen indirimler” ve “rakip sağlayıcıları hedef alan indirimler” şeklinde sınıflandırırken Kısa (2004, 45-57); “sadakat indirimleri”, “miktar indirimleri”, “hedef indirimleri” şeklinde bir sınıflandırmayı tercih etmiş; Görgülü (2003, 15-21) ise indirim sistemlerini “sadakat indirimleri”, “miktar indirimleri”, “hedef indirimleri”, “üst dilim indirimleri” ve “fonksiyonel indirimler” şeklinde sınıflandırmıştır. Öz (2000, 136) de “sadakat indirimi”-“hedef indirimi” ayırımına yer vermiştir.

İndirim sistemlerine yönelik olarak rekabet hukuku bağlamında bir değerlendirme yapılırken, öncelikle bu uygulamaların bir tasnifinin yapılması ve bu tasnif ışığında her bir indirim sistemi türünün niteliklerine uygun yaklaşımların geliştirilmesi gerekmektedir. Bu çerçevede, indirim sistemlerinin şu şekilde sınıflandırılması mümkündür:

1.2.1. İndirimin Etkili Olduğu Pazar Sayısına Göre Sınıflandırma

İndirim sistemlerinin incelenmesinde en temel ayırım, indirimin etkili olduğu pazar sayısına göre yapılmaktadır. İndirim sistemleri alıcının tek bir pazara ilişkin alım koşulunu yerine getirmesi şartına bağlanmışsa, bu tür

⁴ Ancak, alıcıların belirli “alım gücüne” sahip olmaları halinde, indirimler alıcıların baskısı sonucunda da verilebilmektedir. Alıcıların alım gücü için bkz. Erdoğan (2003).

indirimlere “tek ürün indirimleri” (*single unit discounts*) denilmektedir⁵. Alıcıya getirilen alım şartı birden çok ürün pazarını ya da coğrafi pazarı kapsıyorsa, bu durumda söz konusu indirimlere, “paket indirimleri”⁶ (*bundled discounts*) adı verilmektedir⁷ (Elhauge ve Geradin 2007, 572).

Paket indirimlerinin farklı görünümde ortaya çıkması mümkündür. Bu indirimlerin en basit şekli, birbirinden farklı iki veya daha fazla üründen oluşan bir pakete, paket içerisindeki ürünlerin bağımsız satış fiyatları toplamından daha düşük bir fiyatın uygulanmasıdır. Bu tür bir indirim uygulandığında, paket içerisindeki her bir ürün bağımsız satış fiyatı ile satılırken, bu ürünlerden oluşan paket, indirimli bir fiyatla satılmaktadır. Paket indirimlerinin nispeten daha karmaşık bir türü, alıcının farklı ürün gruplarının tamamında miktar, ciro ya da pazar payı şeklindeki belirli bir hedefi yakalaması karşılığında indirim yapılması şeklinde ortaya çıkmaktadır⁸ (Lambert 2005, 3). Farklı ürünlere yönelik alım şartı içeren indirimlerin yanında, aynı ürüne ilişkin birden fazla coğrafi pazarda alım şartı içeren indirimlerin de “paket indirim” olarak değerlendirilmesi mümkündür (Van Bael ve Bellis 2005, 931).

Çalışmanın ilerleyen bölümlerinde de görüleceği üzere, rekabet hukukunda indirim sistemlerine ilişkin olarak yapılan değerlendirmeler, indirim “tek ürün indirim” veya “paket indirim” olmasına göre değişmektedir.

1.2.2. İndirimin Kapsamına Göre Sınıflandırma

İndirim sistemlerinin değerlendirilmesinde önem arz eden bir diğer sınıflandırma, indirim kapsamına, yani indirim etkili olduğu alımlara göre yapılmaktadır. Alıcıların indirim hedefini aşmaları halinde hedefin altındaki ve üstündeki tüm alımları için indirim kazanabildiği indirim sistemlerine “tüm birim indirimleri” (*all unit discounts*) ya da “geriye dönük indirimler”

⁵ Örneğin, bir lastik bayisinin belirli bir lastik türünden yıllık belirli miktarda satış yapması karşılığında prim kazanması, bir tek ürün indirimidir.

⁶ Alıcıların paket içerisindeki ürünleri bağımsız satış fiyatları üzerinden ayrı ayrı ya da indirimli bir fiyat üzerinden paket halinde satın alma seçeneği ile karşı karşıya bırakıldığı bu tür uygulamalar, rekabet hukukunda “karışık paketleme” (*mixed bundling*) olarak da adlandırılmaktadır (O’Donoghue ve Padilla 2006, 500; Elhauge ve Geradin 2007, 623).

⁷ Örneğin, bir çabuk servis lokantasında hamburger, kola ve patates kızartmasının menü halinde satışa sunulması bir tür paket indirimidir. Benzer şekilde, bir otomobil bayisinin belirli bir markanın tüm modellerinde yıllık satış hedeflerini karşılaması şartıyla prim kazanması da bir paket indirimidir.

⁸ Örneğin, bir otomobil bayisine, belirli bir markanın tüm modellerinde aylık belirli miktarlarda satış yapması karşılığında prim verilmesi bir paket indirimidir. Çünkü bayi, primi kazanabilmek için, ilgili markanın tüm modellerinde belirlenen hedeflere ulaşmak zorundadır.

(*retroactive discounts*) denilmektedir⁹. Alıcıların sadece indirim hedefinin üzerindeki alımları için indirim alabildiği indirim sistemlerine ise, “üst dilim indirimleri” (*top slice rebates*) adı verilmektedir¹⁰.

Tüm birim indirimleriyle kıyaslandığında üst dilim indirimlerinde rakiplerin indirim veren firma ile rekabet edebilmesi daha kolaydır. Zira, tüm birim indirimlerinin uygulandığı durumlarda alıcılar ihtiyaçlarının çok küçük bir kısmını rakip sağlayıcılardan sağlasalar bile, hâkim durumdaki firmadan yaptıkları alımların tamamına yönelik indirim kaybettiği riski ile karşı karşıya kalabilir. Üst dilim indirimlerinde ise, müşterinin hâkim durumdaki teşebbüs kadar avantajlı bir teklif sunan rakipten alışveriş yapması halinde herhangi bir kaybı olmamaktadır. Diğer bir ifadeyle üst dilim indirimlerinin iktisadi etkisi, belirli bir miktar için daha düşük fiyattan öteye gitmemektedir. (O’Donoughe ve Padilla 2006, 388; Tatışma Metni 2005, 51).

1.2.3. İndirim Oranına Göre Sınıflandırma

İndirimlerin alıcının miktar, ciro ya da pazar payı cinsinden belirli bir alım hedefine ulaşması kaydıyla verilebileceğine yukarıda değinilmişti. İndirim sistemlerinde alıcıların ulaşması için konulmuş tek bir hedef olabileceği gibi birden fazla hedef de bulunabilir. Alıcılar için tek bir hedefin bulunduğu ve bu hedefe bağlı olarak tek bir indirim oranının uygulandığı indirim sistemlerine, “sabit oranlı indirim sistemleri” denilmektedir. Buna karşılık, indirim sistemi bünyesinde birden fazla hedefin ve bu hedeflere karşılık birden fazla indirim oranının bulunması durumunda ise, bu tür indirim sistemleri “artan oranlı indirim sistemleri” (*rebates with progressive rates*) olarak adlandırılmaktadır¹¹ (Gyselen 2003, 31).

Artan oranlı indirim sistemlerinde farklı referans dönemler için farklı hedefler belirlenebileceği gibi, tek bir referans dönem içerisinde miktar ya da pazar payı hedefleri, belirli bantlar içerisinde ifade edilerek her bir banda tekabül eden alımlar için farklı indirim oranlarının uygulanması da söz konusu olabilir¹².

⁹ Örneğin bir otomobil bayisine aylık en az 50 otomobil satması halinde %5 oranında bir prim verilmesi bir tür geriye dönük indirimdir. Zira, bayi, 50. otomobili satınca o ay içinde yapmış olduğu ve yapacağı tüm satışlar üzerinden %5 oranında bir prim kazanmaktadır.

¹⁰ Örneğin bir otomobil bayisine her ay 20 otomobilin üzerinde sattığı her otomobil üzerinden %5’lik bir prim verilmesi bir üst dilim indirimidir. Zira bu durumda bayi, ay içerisinde sattığı ilk 20 otomobilden prim kazanmamakta 21. otomobilden itibaren ise %5 prim kazanmaktadır.

¹¹ Heimler (2005, 8), birden fazla indirim hedefinin bulunduğu indirim sistemlerini “değişken ölçekli miktar indirimleri” (*sliding scale volu rebates*) olarak adlandırmaktadır.

¹² Örneğin, 100-500 birim için %1’lik indirim, 500-1000 birim için %1,5’luk indirim verilmesi gibi.

İndirim sisteminin “geriye dönük” olması durumunda ise, gerçekleştirilen tüm alımlar için, ulaşılan en yüksek hedefin tekabül ettiği indirim oranı uygulanır¹³.

Sabit oranlı indirimlerle karşılaştırıldığında artan oranlı indirimlerin, farklı talep yapılarına sahip alıcı gruplarını kapsayacak şekilde hedefler belirlemeye imkân verdiği için alıcıları indirim veren teşebbüse bağlama noktasında daha işlevsel olduğunu söylemek mümkündür (Heimler 2005, 8).

1.2.4. İndirim Hedeflerine Göre Sınıflandırma

İndirim sistemlerinde indirim hedefleri, alıcıların geleceğe yönelik tahmin edilen ihtiyaçlarına (taleplerine) göre belirlenebileceği gibi, alıcıların ihtiyaçlarından bağımsız olarak da belirlenebilmektedir. Alıcıların ihtiyaçlarından bağımsız bir şekilde, tüm alıcılar için geçerli bir miktar hedefini içeren indirim sistemlerine, “standart miktar hedefli indirimler” (*rebates linked to standardised volume targets*) denilmektedir¹⁴. İndirim sistemlerinin her bir alıcının ya da alıcı grubunun ihtiyaçlarına göre belirlenmiş miktar (ya da ciro) cinsinden hedefleri içermesi durumunda ise bu tür indirimlere, “kişiselleştirilmiş miktar hedefli indirimler” (*rebates linked to individualised volume targets*) denilmektedir¹⁵ (Gyselen 2003). İndirim sistemlerinde hedefler, miktar cinsinden değil de alıcıların yapacakları alımların belirli bir oranı şeklinde belirlenmişse bu tür indirim sistemlerine “pazar payı indirimleri” (*market share discounts*) denilmektedir¹⁶ (Kobayashi 2005; Mills 2004). Son olarak, alıcının sağlayıcıdan yaptığı alımları belirli bir referans döneme kıyasla artırması karşılığında verilen indirimlere ise “büyüme indirimleri” (*growth rebates*) denilmektedir¹⁷.

Pazar payı indirimleri, kişiselleştirilmiş bir hedef içermesi açısından kişiselleştirilmiş miktar hedefli indirimlere benzemektedir. Ancak bu indirimler, kullanılabilirlik açısından eşdeğer değildir. Her bir müşterinin toplam ihtiyacının tahmin edilemediği durumlarda pazar payı indirimlerinin, kişiselleştirilmiş miktar hedefli indirimlere kıyasla sağlayıcılar açısından daha kullanışlı olduğu

¹³ Örneğin, bir önceki döneme göre indirim sisteminin geriye dönük olması halinde, 750 birimlik ürün satın alan bir müşteri, yaptığı tüm alımlar için %1,5’luk indirim alacaktır.

¹⁴ Örneğin, bir otomotiv firmasının aylık 100 adet otomobil satışı yapan bayilerine %5 prim vereceğini ilan etmesi standart miktar hedefli bir indirimdir. Zira, her bir bayinin aylık satış kapasitesinden bağımsız olarak tüm bayiler için standart tek bir hedef konulmuştur.

¹⁵ Örneğin, bir otomotiv firmasının bayilerine aylık kapasitelerine göre hedefler belirleyip bu hedefleri yakalamaları halinde %5 prim vereceğini ilan etmesi, kişiselleştirilmiş miktar hedefli bir indirimdir.

¹⁶ Örneğin, bir deterjan firmasının perakendecilere aylık toplam deterjan satışlarının en az %30’unun kendi ürünlerinden oluşması kaydıyla prim vermesi bir pazar payı indirimidir.

¹⁷ Örneğin, bir otomotiv firmasının bir önceki aya göre satışlarını artıran bayilere %5 prim vereceğini ilan etmesi bir büyüme indirimidir.

söylenbilir (Greenlee ve Reitman 2005b, 7). Ne var ki, müşterinin rakip sağlayıcılardan da gizli bir şekilde mal temin etmesi halinde, pazar payı indirimleri yoluyla bunun tespiti güç olacaktır. Kişiselleştirilmiş miktar hedefli indirimlerde ise, indirim veren teşebbüsün yapacağı tek şey, alıcının kendisinden yaptığı alımları hesaplamak olduğu için sağlayıcılar açısından bu indirimlerin uygulanması ve takibi daha kolaydır (Kobayashi 2005, 1, dipnot 4).

Diğer taraftan kişiselleştirilmiş miktar hedefli indirimlerin ve pazar payı indirimlerinin, rakip firmalara geçiş yapabilecek müşterileri indirim veren teşebbüse bağlamak açısından standart miktar hedefli indirimlere kıyasla daha etkin araçlar olduğunu söylemek mümkündür. Zira bu indirimlerde, müşterinin talebinin esnek kısmı ile esnek olmayan kısmı ayırt edilerek, talebin rakip firmalara kayabilecek kısmı da indirim veren firmaya bağlanacak şekilde alım hedefleri konulabilmektedir. Diğer bir ifadeyle kişisel miktar hedefli indirimlerde ve pazar payı indirimlerinde, alıcının referans dönem içerisindeki toplam ihtiyacının tamamına veya önemli bir kısmına tekabül eden bir indirim hedefi/hedefleri konularak alıcının ihtiyaçlarının tamamını veya önemli bir kısmını indirim veren teşebbüsten sağlaması temin edilebilmektedir. Standart miktar hedefli indirimlerde ise, böyle bir durum ancak rastlantı sonucunda ortaya çıkabilecektir¹⁸.

1.2.5. İndirimin Her Bir Alıcı Bazındaki Etkilerine Göre Sınıflandırma

Öncelikle, “indirimin etkileri” yerine muğlâklığa yol açma pahasına da olsa “indirimin her bir alıcı bazındaki etkileri” şeklinde bir kriterin benimsenmesinin, bilinçli olarak tercih edildiğinin belirtilmesi gerekir. Bu tercih, özellikle indirim sistemlerinin “toplam etkisi” ile “her bir alıcı bazındaki etkisi”nin aynı olmamasından kaynaklanmaktadır. İndirim sisteminin “toplam etkisi” de diyebileceğimiz pazardaki etkisi, indirimin kendi niteliklerinin yanında indirimi veren teşebbüsün pazar gücü, pazarın yapısı vs. gibi dışsal bir takım faktörlere de bağlı iken (OECD 2002; Padilla ve Slater 2005, 87); indirimin her bir alıcı bazındaki etkisi, sadece indirimin kendi niteliklerine bağlıdır¹⁹.

¹⁸ Standart miktar hedefli bir indirim sistemi özellikle çok sayıda indirim hedefi içeriyorsa, bu indirim hedeflerinin pazardaki belirli müşterilerin veya müşteri gruplarının toplam ihtiyaçlarına veya toplam ihtiyaçlarının önemli bir kısmına tekabül etmesi imkân dahilindedir.

¹⁹ Örneğin, herhangi bir teşebbüs tarafından, alıcının ihtiyaçlarının %100’ünü kendisinden karşılaması karşılığında verilen bir indirim sisteminin indirim alan her bir alıcı bazındaki etkisi, alıcının münhasıran indirim veren firmaya bağlanması olacaktır. Bu etki, salt indirimin kendisine bağlı olup indirim veren teşebbüsten ya da diğer pazar koşullarından bağımsız bir etkidir. Oysa aynı indirimin pazardaki etkisinin araştırılması halinde, bu etki indirim veren teşebbüsün pazar gücüne ve pazarın yapısına göre değişebilecektir. Mesela, indirim veren teşebbüs %5 pazar payına

İndirimin her bir alıcı bazındaki etkilerine göre yapılacak bir sınıflandırmada temel ayırım, “sadakat indirimleri” (*loyalty discounts* veya *fidelity rebates*) ile “miktar indirimleri” (*quantity discounts*) arasında yapılabilir. Ancak bunların yanında, rekabet hukuku literatüründe ve uygulamasında “fonksiyonel indirimler” (*functional discounts*), “münhasırlık karşılığı verilen indirimler” ve “hedef indirimleri” (*target discounts*) gibi kavramlar da kullanılmaktadır.

“Sadakat indirimleri”nin kısaca, belirli bir referans dönem boyunca alıcının ihtiyaçlarının tamamının veya önemli bir kısmının, indirim veren teşebbüsten sağlanması şartına bağlı indirimler olarak tanımlanması mümkündür (OECD 2002, 44; Greenlee ve Reitman 2005b, 1). Sadakat indirimleri, bazen birim fiyattaki yüzdelik bir indirimden daha farklı şekillerde ortaya çıkabilmektedir. Örneğin, 20 lt’lik benzin alınması karşılığında bir futbol takımı oyuncularının heykelciklerinin verilmesi şeklindeki bir uygulama, eğer sınırlı bir süre için uygulanıyorsa, takım kadrosunu tamamlama isteği nedeniyle müşteriler üzerinde sadakat indirimi etkisi gösterebilecektir (OECD 2002, 20).

“Miktar indirimleri” ise müşterinin alımlarının maliyette yaratacağı tasarruf göz önüne alınarak sadece alınan miktara bağlı olarak verilen ve tüm alıcılar için objektif bir şekilde uygulanan indirimler olarak tanımlanmaktadır. Miktar indirimleri kimi durumlarda sağlayıcının bir teklifi şeklinde, kimi durumlarda ise alım gücüne sahip alıcıların baskısı sonucunda ortaya çıkmaktadır.

Komisyon, *Deutsche Post*²⁰ Kararında, Avrupa Topluluğu Adalet Divanı (ATAD)’ın içtihatları ışığında “miktar indirimi” ile “sadakat indirimi” arasındaki farkı ortaya koymuştur. Komisyon’a göre miktar indirimi, münhasıran sağlayıcıdan yapılan alımların miktarıyla ilgilidir. İndirim, objektif olarak alınan miktara göre belirlenmektedir ve tüm potansiyel alıcılara uygulanmaktadır. Sadakat indirimi ise, doğrudan müşterinin yaptığı alım miktarına göre değil, müşterinin ihtiyaçlarının önemli bir kısmını, indirim veren teşebbüsten alıp almadığına bağlı olarak verilmektedir (OECD 2002, 44).

Bu farklılığın doğal bir sonucu, indirim veren teşebbüsten aynı miktarda alım yapan iki teşebbüsün, miktar indiriminin uygulanması durumunda aynı indirimi alacakken sadakat indiriminin uygulanması durumunda farklı indirim

sahipse, indirimin etkisi pazarın küçük bir kısmının kapanması şeklinde olabileceken indirim veren teşebbüs %90 pazar payına sahipse bu etki pazarın tamamının kapanması şeklinde olabilecektir.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, bu başlık altındaki sınıflandırma indirimin pazardaki toplam etkisini yansıtmadığı için, diğer faktörlere bakılmaksızın tek başına bu sınıflandırmaya dayanarak herhangi bir indirimin rekabet ihlali teşkil edip etmeyeceği sonucuna ulaşmak mümkün değildir.

²⁰ *Deutsche Post* (2001) OJ L 125/27 para. 33.

almazdır. Bu yönüyle sadakat indirimlerinin ayrımcı yönünün miktar indirimlerine kıyasla daha belirgin olduğunu söylemek mümkündür. Ancak, hiç şüphesiz bu önerme, miktar indirimlerinin ayrımcılık yaratmayacağı anlamına da gelmemektedir. Örneğin, ilerde detaylı açıklanacak olan *Portuguese Airports*²¹ Kararında ATAD, miktar indirimlerinin sadece birkaç büyük alıcının ulaşabileceği yüksek eşikler içermesi ve böylece orantısız olması halinde ayrımcı olabileceğini belirtmiştir.

Bu sınıflandırma altında ele alınabilecek bir diğer indirim sistemi türü, “fonksiyonel indirimler”dir. Fonksiyonel indirimler, genellikle yeniden satıcıların belirli satış faaliyetlerini ve satış sonrası hizmetleri sunması karşılığında verilmektedir.

Bu kapsamda ele alınabilecek bir diğer indirim türü olan “münhasırlık karşılığı verilen indirimler”in, alıcının rakip sağlayıcılardan alım yapmasının mutlak olarak yasaklandığı indirimler olarak tanımlanması mümkündür. Esasında “sadakat indirimi” kavramına ilişkin olarak yukarıda sunulan tanım, “münhasırlık karşılığı verilen indirimleri” de kapsayacak genişliktedir²². Ancak “sadakat indirimleri”nin alıcının rakip sağlayıcılardan alım yapmasının mutlak olarak yasaklandığı indirimlerin yanında az da olsa alıcının rakip sağlayıcılardan alım yapabildiği indirimleri de kapsadığı için kimi yazarlar “münhasırlık karşılığı verilen indirimleri”, ayrı bir kategori olarak ele almaktadırlar²³. Bize göre de, “münhasırlık karşılığı verilen indirimler” bir “indirim sistemi” türü olarak kabul edilse bile bu uygulamaların “münhasır anlaşmalar”dan herhangi bir farkı bulunmamaktadır. Dolayısıyla bu tür indirimlerin rekabet hukukunda değerlendirilmesinde “münhasırlık” çerçevesinde bir değerlendirmenin yapılması daha uygundur.

İndirim sistemlerine ilişkin bir diğer kategori ise, sadece AB rekabet hukukuna özgü bir kavram olan “hedef indirimi (*target discount*)”dır²⁴. AB rekabet hukukunda “sadakat indirimi” kavramı, müşterinin belirli bir referans dönem için alımlarının tamamını veya büyük bir kısmını indirim veren teşebbüsten yapmayı taahhüt etmesi halinde verilen indirimler için kullanılmaktayken, “hedef indirimi” kavramı, alıcının belirli bir referans dönem için belirlenen indirim hedefini yakalaması veya aşması halinde verilen indirimleri ifade etmektedir (OECD 2002, 46, dipnot 27; Öz 2000, 136).

Hedef indirimi ile sadakat indirimi arasındaki bu ayrımın özellikle Kıta Avrupası ve ülkemiz rekabet hukuku yazınında da takip edildiğini söylemek

²¹ Case C-163/99 *Portugal v. Commission* (2001) ECR I-2613 para. 48-57.

²² Nitekim; Kobayashi (2005, 2) de münhasırlığın, pazar payı eşliğinin %100 olduğu bir pazar payı indirimi olarak da okunabileceğini belirtirken buna işaret etmektedir.

²³ Bkz. O'Donoghue ve Padilla 2006; Gyselen 2003.

²⁴ “Hedef indirimi” kavramı, ilk kez Avrupa Komisyonu'nun Michelin I kararında kullanılmıştır.

mümkündür²⁵. Ancak kanaatimizce “hedef indirimleri”, her bir alıcı bağlamındaki etkileri bakımından sadakat indirimlerinden farklı değildir. Bu indirimlerde indirim kazanmanın ön koşulu olarak belirlenen satış hedefleri, miktar indirimlerinde olduğu gibi maliyet tasarrufu sağlayan bir miktar düzeyini değil, her bir alıcının toplam talebinin önemli bir kısmını temsil etmektedir. Böylece, her bir müşterinin referans dönem için öngörülen talebinin tamamına veya önemli bir kısmına tekabül edecek kişiselleştirilmiş alım hedefleri konularak, bu müşterilerin indirim veren firmaya bağlanması sağlanmaktadır. Bu yönüyle, hedef indirimlerinde müşterinin alımlarının tamamını veya önemli bir kısmını indirim veren teşebbüsten almasına ilişkin açık bir taahhüt bulunmasa bile konulan hedefler, esasında indirim almak isteyen teşebbüslerin zımnen bu tür bir taahhüt altına girmesine neden olmaktadır. Şu halde indirim sistemlerinin incelemesinde, “sadakat indirimi” ile “hedef indirimi” arasında bir ayırım yapmanın kanaatimizce şekli bir ayırımdan öte hiçbir işlevselliği bulunmamaktadır. Nitekim ABD antitröst hukukunda bu şekilde bir ayırımın bulunmaması ve Avrupa Komisyonu tarafından yakın zamanda yayımlanmış olan Tartışma Metni’nde de bu tür bir ayırma yer verilmemiş olması bu görüşümüzü destekler niteliktedir.

²⁵ Bkz. Wish 2003; Jones ve Sufrin 2004; Faull ve Nikpay, 2007; Öz 2000, Aslan 2001, Kısa 2004, Şıramun 2005; Gül 2000, Görgülü 2003.

BÖLÜM 2

İNDİRİM SİSTEMLERİNİN REKABET SÜRECİNE ETKİLERİ

Bu bölümde öncelikle, indirim sistemlerinin rekabetçi uygulamalar olduğunu savunan Chicago Okulu'nun görüşleri sunularak, iktisadi çalışmalar ışığında indirim sistemlerinin rekabetçi etkilerine değinilecek; ardından da Chicago Okulu'nun yaklaşımlarına yöneltilen eleştirilere değinilerek indirim sistemlerinin rekabet karşıtı etkileri ve bu etkilerin hangi koşullarda ortaya çıktıkları ortaya konulmaya çalışılacaktır.

2.1. İNDİRİM SİSTEMLERİNİN REKABETÇİ OLDUĞUNU SAVUNAN GÖRÜŞLER: CHICAGO OKULU

Rekabet hukukunun indirim sistemlerine müdahalesinin arkasında bu uygulamaların ayrımcılık, yıkıcı fiyat, bağlama ya da münhasırlık benzeri uygulamalara yol açarak tüketici refahına ya da toplumsal refaha zarar verebileceği düşüncesi yatmaktadır (Hovenkamp 2006, 849; Kobayashi 2005, 8; Brennan 2007, 24). Bu noktadan hareketle aşağıda, indirim sistemlerinin rekabetçi olduğunu savunan görüşler, Chicago Okulu'nun yaklaşımları çerçevesinde ortaya konulmaya çalışılacaktır.

Chicago Okulu'nun indirim sistemlerine yaklaşımını sunarken bu okulun rekabet hukukunun amacına ilişkin görüşlerinden başlamak uygun olacaktır²⁶. Bilindiği üzere, rekabet hukuku yazınında ve uygulamasında, bu hukuk dalına atfedilen pek çok amaç bulunmaktadır. Ancak bu amaçlardan iktisadi anlamda genel olarak iki temel amaç ön plana çıkmaktadır: tüketici refahının artırılması ve toplumsal refahın artırılması²⁷. Bu noktada, Chicago Okulu'nun tercihi, rekabet hukukunun tek amacının iktisadi etkinliğin sağlanarak toplumsal refahın artırılması olması gerektiği yönündedir.

²⁶ Rekabet hukukunun amacına ilişkin detaylı bir çalışma için bkz. Gürkaynak 2003.

²⁷ Tüketici refahı kıstası ile toplumsal refah kıstası arasındaki ayırım için bkz. Atiyas (2000, 11).

Pek çok durumda, tüketici refahı ile üretici refahının paralellik arz ettiği (Bishop ve Walker 2002, 25-26) dikkate alındığında, Chicago Okulu'nun toplumsal refahı önceleyen yaklaşımın, tüketici refahını önceleyen bir rekabet hukuku anlayışı ile büyük oranda örtüşeceğini söylemek mümkündür. Ancak bunun her zaman için geçerli olmadığını da belirtmek gerekir. Tüketici refahı ile toplumsal refahın paralellik arz etmediği kimi durumlarda ve özellikle de tek taraflı eylemlerin yarattığı etkinliklerin paylaşılması noktasında iki yaklaşım arasında farklılıklar ortaya çıkabilecektir. Chicago Okulu'nun rekabet hukukuna atfettiği amaca göre, indirim sistemleri ancak toplumsal refahı olumsuz etkilemeleri halinde ihlal olarak kabul edilebilecektir. Ayrıca bu yaklaşıma göre pazarda rekabet karşıtı etkiler doğuran herhangi bir indirim sistemi iktisadi etkinlik de yaratıyorsa, bu uygulamanın rekabet hukuku yasaklamasından kurtulabilmesi için, söz konusu etkinliklerin rekabet karşıtı etkileri dengelemesi yeterli olacak ve bu etkilerin tüketicilere aktarılıp aktarılmadığı aranmayacaktır.

Chicago Okulu taraftarlarına göre indirim sistemleri fiyat ayrımcılığına yol açsa bile, bu tekelleşme sorununu ağırlaştıran bir durum değildir. Hatta Chicago Okulu'na göre bu uygulamanın tekelin yol açtığı refah kaybını azaltan bir yönü de bulunmaktadır. Şöyle ki, tekelci teşebbüsler fiyat ayrımcılığı sayesinde, esnek talep yapısına sahip müşterilere de ürünlerini satma imkânına kavuşmakta; müşteriler ise tekelci bir fiyatlandırma ile satın alamayacakları ürünleri fiyat ayrımcılığı sayesinde satın alabilir duruma gelmektedirler (Posner 1991, 195-197).

İndirim sistemlerinin ayrımcılık dışındaki rekabeti bozucu etkilerine ilişkin olarak ise Chicago Okulu'nun iki temel yaklaşımından bahsetmek gerekir. Bunlardan ilki, “tek tekelci kârı teoremi” (*single monopoly profit theorem*), ikincisi ise yıkıcı fiyatın rasyonel bir strateji olmadığını savunan görüştür.

Yukarıda da belirtildiği üzere, birbirinden farklı iki ya da daha fazla üründe önceden belirlenmiş olan satın alma hedeflerine ulaşılması şartına bağlı olarak verilen indirimlere “paket indirimi” ya da “karışık paketleme” denilmektedir. Paket indirimlerinin, pazar gücüne sahip teşebbüsler tarafından verilmesi halinde rekabetçi kaygı, indirim veren teşebbüsün pazar gücüne sahip olduğu ürünlerdeki hâkim durumunu, paket indirimi yoluyla diğer ürünlere (bağlanan ürünlere) de kaydırmasıdır. Rekabet hukukunda bu durum, “kaldıraç teorisi (*leverage theory*)” çerçevesinde ele alınmaktadır. Bu teoriye göre, herhangi bir pazarda tek el konumunda bulunan bir teşebbüsün bağlama uygulamaları vasıtasıyla bu konumunu komşu bir pazara aktarabileceği ve böylece ikinci bir pazarda da tek elci kârı elde edebileceği kabul edilmektedir (Ünlüsoy 2003, 25).

Kaldıraç teorisine en güçlü itiraz, Chicago Okulu'na mensup yazarlardan gelmiştir (Posner 1991). Bu yazarlar, iktisadi dayanaktan yoksun olmakla itham ettikleri kaldıraç teorisini, “tek tekeli kârı teoremi” ile çürütmeye çalışmışlar ve 1970’lerde ve 80’lerde adeta -kendi deyimleriyle- bu teorinin “ölümünü ilan etmişlerdir” (Langer 2007, 19). “Tek tekeli kârı teoremi”ne göre bağlayan ürün pazarında tekel konumunda bulunan bir teşebbüsün, bağlanan ürün pazarında da tekelleşmek suretiyle kârını artırması mümkün değildir. Hatta pazar şartlarına bağlı olarak, elde edilen kârın azalması bile söz konusu olabilecektir. Bu önermeyi bir örnek ile izah etmek gerekirse; A ürününde tekel konumunda bulunan bir teşebbüsün bu ürünü, tam rekabetçi bir pazardaki tamamlayıcı²⁸ B ürünü ile bağlayarak AB paketi halinde satışa sunduğunu farz edelim. Bu durumda teşebbüsün çift tekel karı elde edebilmesi için, paket içerisindeki B ürününün fiyatını artırması gerekmektedir. Ne var ki, B ürününün fiyatını marjinal maliyetin üzerine çıkartan her bir fiyat artışı, tüketicilerin gözünde AB paketinin fiyatındaki bir artış olarak algılanacak ve böylece tüketicilerin pakete ve dolayısıyla A ürününe ilişkin talebi azalacaktır. Bu durum karşısında kârını artırmak isteyen teşebbüsün başvurabileceği tek çare, tekrar B ürününün fiyatını düşürmek olacaktır. Dolayısıyla, hâkim durumdaki bir teşebbüsün, komşu pazarlarda tekelleşmek suretiyle kârını artırması mümkün değildir.²⁹ Bu sonuçtan hareketle Chicago Okulu taraftarları, hâkim durumdaki teşebbüsler tarafından verilen paket indirimlerinin amacının, bir başka pazarda tekelleşme olamayacağını; bu indirimlerin olsa olsa etkinlik sağlamak gibi rekabetçi amaçlar için verilmiş olabileceğini savunmaktadır (O’Donoghue ve Padilla 2006, 484, Langer 2007, 19-20).

İndirim uygulamalarının birim fiyatları maliyetlerin altına düşürmeleri durumunda “yıkıcı fiyat”³⁰ uygulamasına dönüşmeleri mümkündür. Bu açıdan, Chicago Okulu’nun “yıkıcı fiyat”a ilişkin görüşlerine de değinmek yerinde olacaktır. Chicago Okulu temsilcileri, “yıkıcı fiyat” uygulamalarını pek çok açıdan “irrasyonel ve başarısız olmaya mahkûm” (Kara 2003, 11) eylemler olarak görmekte ve kısa vadede tüketicilere fayda sağlayan bu eylemlerin yasaklanmasına karşı çıkmaktadırlar. Chicago Okulu’na mensup yazarlar, her şeyden önce, hâkim durumdaki teşebbüsün uyguladığı maliyet altı fiyatlamasının rakipleri pazar dışına çıkarıp çıkarmayacağı konusunda şüphe taşımaktadırlar. Bu yazarlar, yıkıcı fiyat uygulamasının pazar payının büyüklüğü nedeniyle en

²⁸ Ürünlerin tamamlayıcı olmaması halinde bağlama uygulaması hâkim durumdaki teşebbüsler için rasyonel olmayacaktır. Bunun gerekçesi için bkz. O’Donoghue ve Padilla 2006, 484.

²⁹ Ancak bu noktada, Chicago Okulu taraftarlarının hâkim durumdaki teşebbüslerin bağlama ya da paket indirimi uygulamayacağını ya da bağlama ya da paket indirimi ile daha fazla kâr elde edemeyeceğini savunmadıklarının vurgulanması gerekmektedir. Bu yazarların savunduğu tek şey, hâkim durumdaki teşebbüslerin, salt bir pazardaki tekel konumunu diğer bir pazara kaydırmak yoluyla kârını artırmayacağıdır (O’Donoghue ve Padilla 2006, 484).

³⁰ Rekabet Hukukunda yıkıcı fiyat uygulamalarına ilişkin bkz. Kara 2003.

fazla hâkim durumdaki teşebbüse zarar vereceğine dikkat çekmekte; buna karşın yıkıcı fiyata maruz kalan teşebbüsün, tek satıcıya mahkûm olmak istemeyen müşterilerden ya da yatırımcılardan destek bulmak suretiyle yıkıcı fiyata dayanabileceğini belirtmektedirler (McGee 1980, 295-298; Kara 2003, 12). Diğer taraftan maliyet altı fiyatlandırma yoluyla rakipler pazar dışına itilmiş olsa bile, Chicago Okulu temsilcilerine göre bu durum, hâkim durumdaki firmanın hasat elde edebileceği anlamına gelmemektedir. Zira, fiyatların yükseldiğini gören potansiyel rakipler tekrar pazara girecek ve hâkim durumdaki teşebbüsün hasat elde etmesini önleyeceklerdir (Schmidtt ve Rittaler 1989, 100).

İndirim sistemleri kimi durumlarda pazardaki müşterilerin önemli bir kısmının hâkim durumdaki teşebbüse bağlanmasına yol açarak münhasırlık benzeri bir sonuç doğurabilmekte ve böylece rekabete zarar verebilmektedir (Tom vd. 2000; Elhauge ve Geradin 2007). Chicago Okulu taraftarları ise, indirim sistemlerinin münhasırlığa yol açabileceğini kabul etmekle birlikte bu durumun rekabete zarar vereceği görüşüne iki açıdan itiraz etmektedirler. Chicago Okulu'nun ilk itirazı, "tek tekellerin kârın teoremi"nin farklı bir versiyonuna dayanmaktadır. Bu görüşe göre, normal koşullarda hiçbir dağıtıcı, kendi tedarik ağını kısıtlayan ve kendisini tek teşebbüse bağımlı kılan bir anlaşmaya imza atmak istemeyecektir. Dağıtıcıların münhasırlık anlaşmasını kabul etmesi, ancak bu anlaşmadan doğan zararlarının telafi edilmesine bağlıdır. Dolayısıyla hâkim durumdaki bir teşebbüs, herhangi bir dağıtıcı ile münhasırlık anlaşması yapmak istiyorsa, söz konusu dağıtıcıya normalde uygulayacağı fiyattan daha düşük bir fiyat sunmak suretiyle dağıtıcının rızasını satın almak zorundadır³¹. Bu durum, münhasırlığın hiçbir zaman dayatılmadığını, sağlayıcı tarafından satın alındığını göstermekte ve aynı zamanda sağlayıcının etkinlik kazanımı beklentisi olmaksızın bir maliyete katlanmak pahasına münhasırlık anlaşması yapmayacağını ortaya koymaktadır (O'Donoghue ve Padilla 2006, 353).

Chicago Okulunun ikinci itiraz noktası ise, etkinlik savunmasıyla ilgilidir. Münhasırlık tekelleşme aracı olamayacağına göre, bunun rekabetçi etkilerinin bulunması gerektiği savunulmuştur. Aşağıda da ele alınacağı üzere, indirim sistemlerinin; sağlayıcının üretim etkinliğinin artırılması, yeniden satıcıların desteklenmesi, bedavacılık sorununun çözülmesi gibi rekabetçi amaçlar için kullanılması mümkündür (Mills 2004, 28; O'Donoghue ve Padilla 2006, 354).

³¹ Münhasırlık karşılığında indirim verilmesi de bu tür telafi mekanizmalarından birisidir.

2.2. İNDİRİM SİSTEMLERİNİN REKABETÇİ ETKİLERİ

İktisat ve rekabet hukuku alanındaki çalışmalar, teşebbüslerin indirim sistemlerini uygularken pek çok rekabetçi amaç taşıyabileceklerini ortaya koymuştur. Bu amaçlar kısaca şu şekilde sıralanabilir:

2.2.1. Sabit Maliyetlerin Kurtarılması

Üretimin önemli sabit maliyetler içerdiği pazarlarda, uzun vadede üretimin sürdürülebilir olması için fiyatların marjinal maliyetlerin üzerinde belirlenmesi gerekmektedir. Bu durum ise, üretimin düşmesine neden olmakta ve böylece döngüsel olarak her bir müşteriye uygulanan fiyatın marjinal maliyetin belirgin şekilde üzerine çıkmasına yol açmaktadır. Sağlayıcıların bu ikilemden kurtulabilmelerinin bir yolu, talep esnekliğinin yüksek olduğu birimler (ya da müşteriler) için görece düşük fiyatlar; talep esnekliğinin düşük olduğu birimler (ya da müşteriler) içinse daha yüksek fiyatlar uygulamalarıdır. Böylece yüksek sabit maliyetlerle karşı karşıya olan sağlayıcılar, toplam satışlarında bir düşüş yaşamaksızın talebin esnek olmadığı birimlerden (ya da müşterilerden) yüksek kâr elde edebilecektir. (O'Donoghue ve Padilla 2006, 376; Padilla ve Slater 2005, 88, Faella 2007, 5).

2.2.2. Yeniden Satıcıların Teşvik Edilmesi

Kimi yazarlar, sadakat indirimlerinin dikey bir ilişki içerisinde sağlayıcılar ile yeniden satıcılar arasındaki menfaat çatışmasını azaltacağını, böylece bu indirimlerin yeniden satıcıların satış ve pazarlama gayretlerinin artırılmasında etkin bir araç olabileceğini ileri sürmektedir. Gerçekten de, yeniden satıcılar, herhangi bir ürün için yüksek bir kâr imkânına sahipse, söz konusu ürünün tanıtımı için daha fazla gayret sarf edeceklerdir. Ancak kâr beklentilerinin düşük olması durumunda bu motivasyonları nispeten zayıf olacaktır. Ayrıca, yeniden satıcıların pazarlama faaliyetlerine aktif katılımın sağlanması için sözleşmelerin hazırlanması ve bunlara uyulup uyulmadığının izlenmesi sağlayıcılar için oldukça zahmetlidir. Bu durumda sağlayıcılar için en kolay yol, aynı amaçları sağlayacak bir teşvik mekanizmasının kullanılmasıdır ki, sadakat indirimleri de bu yönde kullanılacak en etkin araçlardan biridir (O'Donoghue ve Padilla 2006, 377; Padilla ve Slater 2005, 88).

2.2.3. Bedavacılık Sorununun Çözülmesi

Yeniden satıcıların birden fazla sağlayıcı ile çalıştığı kimi durumlarda, herhangi bir sağlayıcının yeniden satıcıya yaptığı bir yatırım, sözkonusu satıcı tarafından diğer rakiplerin ürünlerinin pazarlanmasında da kullanılabilir.

Bedavacılık sorunu da denilen bu tür durumlar, sağlayıcıların yeniden satıcılara yatırım yapmasını önleyebilmektedir. Bu sorunun, yeniden satıcıların satışlarını yatırım yapan sağlayıcının ürünlerine yoğunlaştırma konusunda taahhüt vermeleri halinde aşılması mümkündür. Ne var ki bir kez yatırım yapıldıktan sonra bu tür bir taahhüdün tek başına önemi bulunmamaktadır. Zira, yeniden satıcılar her zaman için kendileri için daha avantajlı fiyat sunan sağlayıcıları tercih edeceklerdir. Bu noktada sağlayıcının başvurabileceği etkin bir seçenek, bir sadakat indirimi uygulamak ve böylece yeniden satıcının satışlarını kendi ürünlerine yoğunlaştırmasını temin etmektir. Böylece, sadakat indirimleri, sağlayıcıya ve yeniden satıcıya tamamlayıcı yatırımlar için teşvik sunmakta ve böylece etkinliği artırabilmektedir (O'Donoghue ve Padilla 2006, 378, Mills 2004, Faella 2007, 6).

2.2.4. Çifte Tekelci Fiyatlamamın (*Double Marginalisation*) Önlenmesi

Çifte tekelci fiyatlama, sağlayıcının ve yeniden satıcının pazar gücüne sahip olmaları durumunda söz konusu olmaktadır. Bir sağlayıcı pazar gücüne sahipse, bu sağlayıcının yeniden satıcıya uygulayacağı toptan satış fiyatı, tek el fiyat düzeyinde olacaktır. Eğer yeniden satıcı da ciddi pazar gücüne sahipse, toptan fiyatını maliyeti olarak alacak ve maliyete kendi tek elci kârını ekleyecektir. Bu tür bir fiyatlama, nihai satış fiyatlarını dağıtımın rekabetçi olduğu bir durumdan daha yükseğe taşıyacak ve böylece üretimi azaltacaktır. Geriye dönük indirimler, çifte tek elci fiyatlama probleminin hafifletilmesinde etkilidir. Zira bu indirimlerde yeniden satıcının indirim hedefini yakalamasıyla birlikte, aldığı her birim için satıcının toptan fiyatı tek elci fiyat seviyesinin altına düşmektedir³².

2.2.5. Alt Pazarlarda Rekabetin Tesis Edilmesi

Sadakat indirimlerinin büyük ve küçük teşebbüslerin aynı indirimden faydalanmalarını sağlaması nedeniyle rekabeti teşvik edeceği de ileri sürülmüştür (Padilla ve Slater 2005, 89; Kobayashi 2005, 6). Bu değerlendirmenin, özellikle pazar payı indirimleri ve kişiselleştirilmiş miktar hedefli indirimler için geçerli olduğunu belirtmek gerekir. Bu indirimler,

³²Kolay, Schaffer ve Ordovery (2004, 430); perakende sözleşmelerindeki geriye dönük indirimleri ve bunların refah etkilerini inceledikleri çalışmalarında, geriye dönük indirimlerin çifte tek elci fiyatlaması sorununu ortadan kaldırmak suretiyle Pareto'cu anlamda refahı artırdığını tespit etmişlerdir.

ayrımcılığa yol açsalar da küçük ve büyük alıcılara aynı oranda indirim elde etme imkânını sunmaları nedeniyle, alt pazarlarda rekabeti teşvik edebilecektir.

2.2.6. Koordinasyon İhtimalinin Azalması

Sadakat indirimlerinin, rekabeti bozucu koordinasyon ihtimalini de azalttığı ileri sürülmüştür. Gerçekten de, az sayıda alıcının bulunduğu durumda, sadakat indirimi ile özendirilen alımlara odaklanma, aldatmanın ortaya çıkartılmasını kolaylaştırabilmektedir. Herhangi bir sağlayıcının alıcısı, kendisine verilen gizli bir indirim sonucunda başka bir sağlayıcıya kayıyorsa, aldatılan sağlayıcıdan kayan miktar, alıcının tüm alıcılardan alım yaptığı durumdan daha büyük olacaktır. Bu durumda, aldatılan sağlayıcı bu kaybını normal bir durumdan daha ziyade aldatmaya bağlayacaktır ve böylece aldatmanın tespiti daha kolay olacaktır (OECD 2002, 22; Tom vd. 2000, 618).

2.2.7. Toplam Üretimin Artması ve Etkinlik Sağlanması

İndirim sistemlerinin, sağlayıcıların müşterilerin talep yapısına uygun şekilde ikinci derece fiyat farklılaştırmasına imkân verdiği için, toplam üretimi artıracığı ve böylece tüketici refahını ve toplumsal refahı artırabileceği ileri sürülmüştür (Tom vd. 2000; Faella, 2007).

Diğer taraftan sadakat indirimleri, tüm pazara yayılma eğiliminde ise, indirimler fiyatları marjinal maliyetlere yaklaştıracak ve daha etkin satıcılardan satın almaya odaklayacaktır. Böylece, sosyal refah kaybı (dara kaybı) azalarak dağıtım etkinliği sağlanacaktır. Ayrıca indirimler, yeni ürünlerin denenmesi konusunda alıcıları ikna etmek için kullanılabilmesi için dinamik etkinlikleri de artıracaktır (OECD 2002, 26).

2.2.8. Tüketicilerin Daha Bilinçli Duruma Gelmesi

Mills (2004); çalışmasında, perakendeciler düzeyinde sadakat indirimleri vasıtasıyla oluşturulan promosyon çalışmalarının, tüketicilerin daha bilinçli alım kararları vermelerini sağladığını, böylece daha fazla tüketicinin daha kaliteli ürün satın alması suretiyle refahın arttığını tespit etmiştir.

2.3. CHICAGO OKULU'NUN YAKLAŞIMLARINA GETİRİLEN ELEŞTİRİLER

1980'lerden itibaren "Chicago sonrası (*post-Chicago*)" görüşleri savunan bazı akademisyenler, Chicago Okulu'nun temel varsayımlarını sorgulamaya başlamışlar ve bu varsayımların değiştirilmesi halinde oluşacak

pazar yapılarının, Chicago Okulu'nun hiç de tahmin etmediği rekabet karşıtı sonuçlar doğurabileceğini ortaya koymuşlardır.

Öncelikle, fiyat ayrımcılığına yol açan uygulamaların rekabet sürecine etkileri, Chicago Okulu taraftarlarının ileri sürdüğü kadar olumlu değildir. İndirim sistemlerinin ayrımcılık etkisinin ele alındığı kısımda da belirtileceği üzere, fiyat ayrımcılığının müşterilerin talep esnekliklerini tam olarak yansıtan mükemmel bir fiyat ayrımcılığı olmaması halinde refah üzerinde olumsuz etkileri bulunabilmektedir. Nitekim, Chicago Okulu'nun önde gelen temsilcilerinden Posner (1991, 199) de iktisadi çalışmaların fiyat ayrımcılığının refah azaltıcı etkilerinin de bulunabileceğini gösterdiğine dikkat çekerek, Chicago Okulu'nun bu konudaki görüşlerinin eleştirilebileceğini kabul etmektedir.

Diğer taraftan, Chicago Okulu'nun “tek tek elci kârı teoremi”nin, iki temel varsayıma dayandığı ileri sürülmüştür. Bu varsayımlardan ilki, bağlanan ürün pazarının bağlama öncesinde tam rekabetçi olması; ikinci ise, bağlanan ürünlerin sabit oranlarda kullanılmasıdır (Bishop ve Walker 2002, 210).

Tek tek elci kârı teoreminin varsayım olarak kabul ettiği durumların gerçek hayatta geçerliliği oldukça sınırlıdır³³. Ayrıca bu varsayımların gevşetilmesi durumunda ulaşılan sonuçların da Chicago Okulu'nun önerdiğinin tam tersi olabileceği ileri sürülmüştür. Örneğin ilk varsayımı ele alalım. İktisadi çalışmalar bağlanan ürün pazarının tam rekabetçi olmaması durumunda bağlama uygulamasının rekabeti bozucu sonuçlar doğurabileceğini ortaya koymaktadır (Bishop ve Walker 2002, 210; Langer 2007, 20-21; O'Donoghue ve Padilla 2006, 486). Örneğin Whinston (1990), bağlanan ürün pazarında ölçek ekonomilerinin bulunması halinde bağlama yoluyla tek el konumunun bağlanan ürün pazarına genişletilmesinin kârlı bir strateji olacağını ileri sürmüştür. Nalebuff (2004) da oligopolist bir pazar ortamında, herhangi bir teşebbüsün pazar gücüne sahip olduğu iki ürünü paket halinde sunması durumunda her iki ürün pazarına yönelik girişleri engelleyebildiğini ortaya koymuştur.

Tek tek elci kârı teoreminin ikinci varsayımı için de aynı değerlendirmelerin geçerli olduğunu söylemek mümkündür. Chicago Okulu'na göre, bağlama uygulamasına konu iki ürünün sabit oranlarda kullanılması halinde, bu ürünler tüketiciler tarafından tek bir ürün gibi algılanacaktır. Dolayısıyla, ürünlerin biri üzerinde tek el konumuna sahip olunması iki üründen oluşan paket üzerindeki tek el konumunu da beraberinde getirecektir. Ancak gerçek hayatta ürünlerin sabit oranda kullanılmadığı pek çok durum söz konusudur. Bu gibi durumlarda, “tek tek elci kârı teoremi”nin geçerliliğini yitireceği ileri sürülmektedir (Bishop ve Walker 2002, 210; Langer 2007, 20-21).

³³ Örneğin “tam rekabet piyasası”na gerçek hayatta rastlanması neredeyse imkânsızdır.

Ayrıca paket indirimlerine ilişkin son dönemde yapılan çalışmalar, Chicago Okulu'nun varsayımları altında bile paket indirimlerinin dışlayıcı olabileceğini ortaya koymaktadır. Örneğin Nalebuff (2005); A ürünü üzerinde tekel konumuna sahip olan bir teşebbüsün, bu ürünü rekabetçi bir piyasada satılan tamamlayıcı B ürünü ile sabit oranlarda birleştirip bir paket halinde sunması halinde maliyetsiz bir "dışlayıcı paketleme (*exclusionary bundling*)"nın gerçekleşebileceğini ortaya koymuştur.

Chicago Okulu'nun münhasırlığa yol açan indirimlerin tekelleşme aracı olamayacağı yönündeki görüşlerinin de bir takım eksiklikleri bulunmaktadır. Örneğin, Chicago Okulu temsilcileri, pazarda ölçek ekonomilerinin bulunması halinde, hâkim durumdaki bir teşebbüsün pazardaki yeniden satıcıların tamamına değil sadece bir kısmına münhasırlık vermek suretiyle rakiplerini girişten caydırabileceğini göz ardı etmektedir. Ayrıca, hâkim durumdaki teşebbüslerin, alıcılar arasındaki koordinasyon eksikliğinden faydalanarak hiçbir firmanın zararını tazmin etmeden de münhasırlık anlaşması yapabileceği ileri sürülmüştür (Spector 2005; O'Donoughe ve Padilla 2006, 356). Dolayısıyla Chicago Okulu'nun münhasırlığa ilişkin görüşlerinin mutlak doğruyu yansıtmadığının belirtilmesi gerekmektedir. Kaldı ki zaten indirim sistemleri bağlamında son dönemde yapılan pek çok araştırma da, bu uygulamaların belirli koşullar altında rakiplerin dışlanmasına yol açabileceğini ve girişleri engelleyebileceğini ortaya koymaktadır³⁴.

Chicago Okulu'nun yıkıcı fiyat teorisine ilişkin en güçlü itiraz noktasını, pazara yeni girişler olabileceği için yıkıcı fiyat sonrasında hasadın yapılamayacağı tezi oluşturmaktadır. Chicago Okulu'na mensup yazarlar, fiyatların artması halinde potansiyel rakiplerin pazara girişte herhangi bir sorun yaşamayacaklarını kabul etmektedirler. Bu kabulün arkasında yatan gerekçenin söz konusu yazarların pazara giriş engellerini önemsiz görmeleri olduğu söylenebilir³⁵ (Schmidt ve Rittaler 1989, 100). Ne var ki, özellikle yeni

³⁴ Örneğin, indirim sistemlerinin dışlayıcı etkilerini iki satıcının ve tek alıcının bulunduğu iki dönemli bir model üzerinde araştırdıkları çalışmalarında Ordovery ve Shaffer (2007), perakendecilerin veya müşterilerin sağlayıcıların sundukları ürünlere yönelik bir dönemdeki değerlemeleri ile diğer dönemdeki değerlemeleri geçiş maliyetleri nedeniyle birbirine bağlıysa ve sağlayıcılardan en az birisi finansal kısıt altındaysa, dışlamanın tek denge sonucu olacağını tespit etmiştir. Yine, farklılaştırılmış ürünlerin bulunduğu dikey bir yapı içerisinde tüketicilerin bir kısmı tarafından ürünleri rakip ürünlere tercih edilen pazar gücüne sahip bir firmanın uyguladığı pazar payı indirimlerinin etkilerini iki farklı senaryo içerisinde inceleyen Mills (2004), ölçek ekonomilerinin bulunması halinde pazar payı indirimleri yoluyla rakiplerin dışlanabileceğini ve tekelleşmenin gerçekleşebileceği sonucuna ulaşmıştır.

³⁵ Chicago Okulu'na göre, yasal giriş engelleri dışında teşebbüslerin pazara girişini gerçek anlamda önleyen giriş engelleri mevcut değildir. Özellikle Harvard Okulu'na mensup yazarların giriş engeli olarak gördüğü tanıtım, dikey bütünlük, finansal kısıtlar gibi unsurların hepsi, Chicago Okulu'na mensup yazarlarca iktisadi etkinliğin bir sonucu olarak kabul edilmekte ve

ekonomünün özelliklerinden birisi olan “şebeke dışsallıkları (*network externalities*)” ve geçiş maliyetleri, pazara girişte firma etkinliğinin ötesinde dışsallıkların varlığına işaret etmektedir (Demiröz 2003, 16). Dolayısıyla, yıkıcı fiyat sonrasında fiyatların yükselmesi durumunda potansiyel rakiplerin pazara girişi, girseler bile hâkim durumdaki teşebbüsle ciddi bir rekabet içine girmeleri Chicago Okulu’nun öngördüğünden çok daha zor olabilecektir. Bu da yıkıcı fiyatın rasyonel bir strateji olabileceğine işaret etmektedir.

Sonuç olarak; Chicago Okulu’nun indirim sistemlerinin rekabet sürecine zarar vermeyeceği yönündeki görüşleri, oldukça yalın ve tutarlı olmakla birlikte belirli kısıtlara tabidir³⁶. Ancak bu görüşler, indirim uygulamalarının rekabetçi yönlerinin de olabileceğine dikkat çekmesi açısından önemlidir. Dolayısıyla, indirim sistemleri incelenirken, bu uygulamaları *per se* ihlal kabul eden bir yaklaşım yerine, indirimin rekabetçi etkilerini de göz önünde bulunduran bir *rule of reason* analizinin benimsenmesi uygun olacaktır.

2.4. İNDİRİM SİSTEMLERİNİN REKABET KARŞITI ETKİLERİ

İndirim sistemlerinin “dışlama” ve “ayrımcılık olmak üzere iki farklı rekabet karşıtı etkisinden söz etmek mümkündür (Sanlı 2000, 302, dipnot 203).

2.4.1. Dışlama Etkisi

İndirim uygulamalarının, tüketicilere zarar verecek şekilde rakiplerin veya potansiyel rakiplerin rekabet imkânlarını kısıtlamasına “dışlama etkisi” denilmektedir. Bu açıdan dışlama etkisinin, pazardaki mevcut rakiplerin pazar dışına itilmesi ya da pasifleştirilmesi ve pazara giriş yapabilecek potansiyel rakiplerin engellenmesi şeklinde iki yönlü bir işlevinin bulunduğunu söylemek mümkündür.

Dışlayıcı nitelikteki indirim sistemleri, belirli müşterileri veya müşteri gruplarını hedef alarak, bu müşteri veya müşteri gruplarının satın alma davranışlarında indirim veren teşebbüs lehine bir değişikliğe yol açarlar. İndirim sistemlerinin, müşterilerin satın alma davranışlarında böylesine bir değişikliğe yol açabilmesi, herşeyden önce indirim sisteminin “kişiselleştirilmiş” olmasına bağlıdır. Diğer bir ifadeyle, herhangi bir indirim sisteminin müşteri davranışları

dolayısıyla rekabetçi davranışın unsurları olarak algılanmaktadır. Bu bakımdan Chicago Okulu’nda giriş engellerinin etkinliğe indirildiğini söylemek mümkündür (Schmidt ve Rittaler 1989, 74-76).

³⁶ Pek çoğu oyun teorisinin modellemelerine dayanan post-Chicago Okulu’nun görüşlerinin de en az Chicago Okulu’nun görüşleri kadar hassas varsayımlara sıkışmış durumda olduğunun belirtilmesi gerekmektedir (Hovenkamp 2001).

üzerinde bir etki gösterebilmesi için, herşeyden önce indirim sistemindeki indirim hedeflerinin, indirime muhatap müşteri veya grubunun referans dönem içerisindeki toplam ihtiyacını yansıtacak şekilde belirlenmiş olması gerekmektedir. Aksi taktirde, indirim sisteminin hedef müşteri kitlesinin davranışları üzerinde herhangi bir etkisi olmayacaktır. Örneğin, bir müşterinin yıllık toplam talebi 20.000 adet ise, indirim hedefi 150.000 adet olan bir indirim sisteminin bu müşteriyi indirim sunan teşebbüsten daha fazla alım yapmaya teşvik etmesi mümkün değildir. Çünkü, müşteri daha fazla alım yapsa bile indirim hedefini yakalayamayacaktır. Yine, indirim veren teşebbüsten yaptığı yıllık alımlar 200.000 adet olan bir müşteri için de söz konusu indirimin bir etkisi olmayacaktır. Zira, bu müşteri her halukarda indirim hedefini karşıladığı için daha fazla alım yapma yönünde bir motivasyon içerisinde olmayacaktır. Şu halde, herhangi bir indirim sisteminin dışlayıcı etki göstermesi için, indirim hedeflerinin pazardaki müşterilerin önemli bir kısmı için “kişiselleştirilmiş” olması gerekir.

İndirim sistemlerinin dışlama etkisine ilişkin olarak temel koşul bu şekilde ortaya konulduktan sonra aşağıda, indirim sistemlerinin dışlamaya yol açabileceğini savunan görüşler ele alınacak ve bu uygulamaların hangi koşullarda dışlamaya yol açacağı ayrıntılı bir şekilde ortaya konulmaya çalışılacaktır.

2.4.1.1. Tek Ürün İndirimlerinde Dışlama Etkisi

Tek ürün indirimlerinde dışlama etkisinin, “üst dilim indirimleri” ve “geriye dönük indirimler” başlıkları altında incelenmesi mümkündür. Üst dilim indirimlerinde dışlama etkisi, sadece maliyet altı fiyatlama ile gerçekleşebilmektedir. Geriye dönük indirimlerde ise, hem maliyet altı fiyatlama yoluyla hem de maliyet üstü fiyatlama yoluyla dışlamanın ortaya çıkabileceği kabul edilmektedir.

i. Üst Dilim İndirimlerinde Dışlama Etkisi

İndirimin sadece indirim hedefinin üzerindeki birimlere uygulandığı üst dilim indirimlerinde dışlama etkisi, sadece maliyet³⁷ altı fiyatlama sonucunda ortaya çıkabilmektedir. Bunun da iki şekilde gerçekleşmesi mümkündür. Birincisi, alınan ürünlerin tamamının ortalama birim fiyatlarının maliyetlerinin altına düşmesidir. Ürünlerin fiyatlarını maliyetlerinin altına düşüren indirim

³⁷ AB rekabet hukukunda, ortalama değişken maliyetlerin altına düşen fiyatlar ile yıkıcı niyetin de bulunması koşuluyla ortalama toplam maliyet altında kalan fiyatlar, “yıkıcı” olarak nitelenebilmektedir. Bu bölümde de “maliyetler” kavramı ile genel olarak “ortalama değişken maliyetler” ve “ortalama toplam maliyetler” kastedilmektedir.

uygulamalarının “yıkıcı fiyat” benzeri bir işlev görerek dışlamaya yol açması mümkündür. Bu tür bir indirim uygulamasının sıradan bir “yıkıcı fiyat” uygulamasından herhangi bir farkının bulunmadığı söylenebilir.

Üst dilim indirimlerinde, ortalama birim fiyatlarının maliyetlerin altına düşüp düşmediğinin tespiti için, eşğin üzerindeki birimlere uygulanan indirimin, satın alınan toplam miktara dağıtılarak ortalama birim fiyatlarının ortaya çıkartılması gerekmektedir.

Üst dilim indirimlerinde maliyet altı fiyatlama yoluyla dışlamanın gerçekleşebileceği ikinci bir durum ise, ortalama birim fiyatları maliyetlerin üzerinde kalırken, indirim hedefinin üzerindeki birimlerin (indirim uygulanan birimlerin) fiyatlarının maliyetlerin altında düşmesi durumudur³⁸. Sadece üst dilim indirimlerinde görülebilecek bu tür bir durumda, eşğin üzerindeki birimlerin indirimli fiyatları maliyetlerin altında kaldığı için, talebin bu kısma yönelik bir “yıkıcı fiyat” değerlendirmesi yapılmasının mümkün olduğu ileri sürülmektedir (Komisyon 2005, 51). Ayrıca bu tür bir durumda, eşik üzerindeki birimler için uygulanan düşük fiyatların, eşik altındaki birimlere uygulanan yüksek fiyatlar ile sübvans edilmesi de mümkündür.

ii. Geriye Dönük İndirimlerde Dışlama Etkisi

İndirim hedefine ulaşılması halinde, yapılan tüm alımlara yönelik indirimin kazanıldığı geriye dönük indirimlerde dışlamanın iki şekilde ortaya çıkması mümkündür. İlki, indirim neticesinde ürünlerin ortalama birim fiyatlarının maliyetlerinin altına düşmesidir. Klasik bir yıkıcı fiyat uygulamasından farklı olmayan bu tür bir durumda dışlamanın gerçekleşebileceği konusunda yazarlar arasında genel bir fikir birliği bulunmaktadır (Elhauge ve Geradin 2007, Kobayashi 2005, Hovenkamp 2006, O’Donough ve Padilla 2006). İkincisi ise, çok daha tartışmalı ve karmaşık olan maliyet üstü fiyatlama yoluyla dışlamanın gerçekleşmesidir ki bu durum, indirim sistemlerini “yıkıcı fiyat” uygulamalarından farklılaştırmaktadır.

Geriye dönük indirimlerin maliyet üstü fiyatlama yoluyla dışlamaya yol açabilmesi için iki temel koşulun mevcut olması gerektiği ileri sürülmektedir. Bu koşullardan ilki, pazarda ölçek ekonomiklerinin ya da şebeke dışsallıklarının bulunmasıdır. Böylece, rakiplerin pazarda varlıklarını sürdürebilmeleri için “minimum etkin ölçeğe” sahip olmaları gerekecektir. İkincisi ise indirim uygulayan teşebbüs ile rakipleri arasında bir “*esaslı asimetri (significant*

³⁸ Örneğin ortalama maliyeti 5 TL olan A ürünün liste fiyatının 8 TL olduğunu farz edelim. Toplam ihtiyacı 10 birim olan bir müşteriye sağlayıcının en az 7 birim ve üzerindeki alımlar için 4 TL’lik indirim vereceğini açıklaması durumunda, ilk altı birimin fiyatı 8 TL olurken, 7, 8, 9 ve 10. birimlerin fiyatı 4 TL’ye düşecektir.

assymetry)³⁹”nin bulunmasıdır⁴⁰ (Komisyon 2005, 44; OECD 2002, 21; Ordover ve Schaffer 2006; Heimler 2005,5; Spector 2005, 104). Bu asimetri, bazı yazarlar tarafından finansal kaynaklara erişimdeki farklılıklar olarak ele alınmaktayken; çoğunluğu oluşturan yazarlar, bu asimetrinin indirim uygulayan teşebbüsün rakiplerinin sahip olmadığı bir “çekirdek satış (*assured base of sales*)”a sahip olmasından kaynaklandığını kabul etmektedir. Buna göre ikinci koşulun (çekirdek satış koşulunun) gerçekleşmesi için, indirim öncesinde de pazardaki toplam talebin belirli bir (inelastik) kısmının indirim sunan teşebbüse bağımlı olması gerekmektedir⁴¹. İndirim sunan teşebbüsün pazar gücüne sahip olmasını gerektiren bu tür bir durum, ilgili teşebbüsün marka imajından, ürün ve servis kalitesinden kaynaklanabileceği gibi, belirli müşterilerin bulunduğu bölgeye yakın konumda başka bir rakip sağlayıcının mağazasının ya da servis hizmetlerinin bulunmamasından da kaynaklanabilir (Tom vd. 2002; Elhauge 2003, Komisyon 2005).

Geriye dönük indirimlerin münhasırlık benzeri bir dışlamaya yol açabilmesi için, yukarıda sayılan iki koşul da önemlidir. Zira, ilk koşulun bulunmaması halinde, hâkim durumdaki teşebbüs pazardaki müşterilerin %99’unu kendisine bağlamış olsa bile diğer rakipler geriye kalan %1’lik müşteri kitlesine satış yaparak hâkim durumdaki teşebbüs ile rekabet edebilecektir. Oysaki, pazarda herhangi bir teşebbüsün varlığını sürdürebilmesi için en az %20’lik bir pazar payına sahip olması gerekiyorsa, hâkim durumdaki teşebbüs sadakat indirimleri yoluyla pazardaki müşterilerin %81’ini kendisine bağlamak suretiyle rakiplerini dışlayabilecektir. İkinci koşulun bulunmaması durumunda ise, hâkim durumdaki teşebbüsün verdiği indirimler, birim fiyatlarını maliyetlerin altına düşürmediği sürece tüm rakipler müşterilerin ihtiyaçlarının tamamı için rekabet edebileceklerdir.

Geriye dönük indirimlerde dışlama etkisi, “soğurma etkisi (*suction effect*)” olarak adlandırılan bir tür geçiş maliyeti yoluyla ortaya çıkmaktadır. Bu etkiyi bir örnek yardımı ile anlatmak gerekirse, bir dağıtıcının bir yıl içerisinde toplam 10 adet monitör ihtiyacının olduğunu ve monitörün maliyetinin 110 TL, birim başına liste fiyatının ise 120 TL olduğunu farz edelim. Buna ilaveten, müşterilerin marka tercihinin bir sonucu olarak, dağıtıcının hitap ettiği müşteri

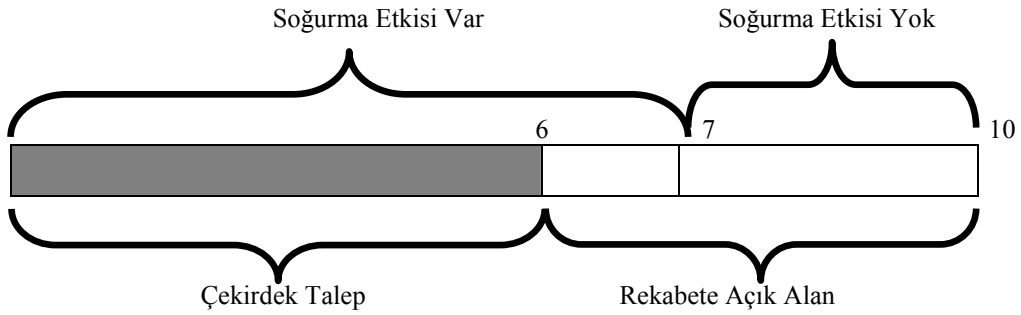
³⁹ Bkz. OECD 2002.

⁴⁰ Genel yaklaşımdan farklı olarak Erutku (2006); indirim veren teşebbüs lehine herhangi bir esaslı asimetri ya da ölçek ekonomisi bulunmasa bile, indirim veren teşebbüsün yeni giriş yapan teşebbüslerden önce alıcılara bir teklif sunması halinde, toptan ödeme (*lump sum payment*) şeklinde verilen sadakat indirimleri yoluyla alıcıları münhasırlığa ikna edebileceğini ileri sürmektedir.

⁴¹ Örneğin, A marka otomobiller için yedek parça satışı yapan bir yeniden satıcının satışlarının her koşulda belirli bir kısmını, söz konusu otomobil için “orijinal yedek parça” olarak kabul edilen markadaki yedek parçalar oluşturacaktır. Bu durumda, orijinal yedek parça üreticisi bir teşebbüsün, ilgili pazarda belirli bir “çekirdek talebe” sahip olduğunu söylemek mümkündür.

kitlesinin %60'ının A marka monitörler için elastik olmayan bir talebe (çekirdek talep) sahip olduğunu, ayrıca dağıtıcının yaptığı alımlar için geriye dönük olarak %5 oranında indirim alabilmesi için ihtiyacının en az %70'ini A'dan alması gerektiğini varsayalım.

Şekil 1 - Geriye Dönük İndirimlerde Dışlama Etkisi



Bu durumda, tüketicilerin “çekirdek talebini”, satıcı konumundaki A firmasının ise “çekirdek satışlarını” oluşturan ilk altı birimde A firması tekel konumundadır⁴². Rakiplerin A firması ile rekabet edebildiği altı ile onuncu birimler ise tüketici talebinin rekabete açık kısmını oluşturmaktadır. Böylece A firmasının, monitör satışlarında rakiplerine karşı bir “esaslı asimetriye” sahip olduğunu söylemek mümkündür.

Tablo 1 - Geriye Dönük İndirimlerde Tüketici Algılaması ve Soğurma Etkisi

	A MARKA MONİTÖRLERİN FİYATI (TL) Ortalama ve Marjinal Maliyet: 110 TL
1-6 Birimlerin Nominal Fiyatı	120
1-7 Birimlerin Nominal Fiyatı	114 (Birim başına 120 TL'den %5 düşük fiyat) (Toplam indirim: 42 TL)
7. Birimin Etkin Fiyatı ⁴³	78 (120-42=78 TL)
8-10 Birimlerin Nominal Fiyatı	114

*Kaynak: Tom vd. (2000,629)'nin verdiği örnekten esinlenerek hazırlanmıştır.

⁴² Talep esnekliği diğer birimlerden farklı olan ilk altı birimin diğer birimlerden farklı bir ürün gibi kabul edilmesi halinde, “geriye dönük indirimlerin” esasında dışlama etkisi aşağıda incelenecek olan “paket indirimleri” ile benzerlik taşıdığı görülecektir.

⁴³ Etkin fiyat, herhangi bir ürünün (veya birimin) tüketiciler tarafından algılanan fiyatıdır. Bu yönüyle etkin fiyat, rakiplerin tüketiciyi kendilerine çekmek için sunmak zorunda oldukları maksimum fiyat olarak da kabul edilmesi mümkündür.

Yukarıdaki tablodan da görüldüğü üzere, dağıtıcının sağlayıcıdan yaptığı alımları sadece altı monitörle sınırladığını kabul edersek, dağıtıcının karşılaşacağı monitör başına birim fiyat 120 TL olacaktır. Ancak yedinci monitör için A sağlayıcısı ile rakip sağlayıcılar arasında karar verme aşamasında bulunan bir dağıtıcı, bu ihtiyacını da A'dan almak yönünde büyük bir motivasyon içerisinde olacaktır. Zira, sağlayıcı bu monitörü de A'dan alması halinde daha önce yaptığı tüm alımlar için %5'lik bir indirim kazanacaktır. Bu durumda sağlayıcı, yedinci birimi de A'dan alması halinde kazanacağı indirimi, her bir monitör başına liste fiyatı olan 120 TL üzerinden 6 TL'lik bir indirim olarak algılamaktan ziyade, sadece yedinci birim için toplam 42 TL'lik bir indirim olarak algılayacaktır. Böylece rakip sağlayıcı, rekabete açık dört birim (7.,8, 9. ve 10 birimler) için dağıtıcıya, dağıtıcının ihtiyacının tamamını A'dan karşılaması halinde elde edeceği 60 TL'lik indirimi telafi edecek bir fiyat teklifi sunamazsa sağlayıcı en azından yedinci birimi de A'dan almayı tercih edecektir. Yukarıdaki örnekte dağıtıcının yedinci birimi de A sağlayıcısından alma yönünde hissettiği baskının bir tür "geçiş maliyeti" olarak kabul edilmesi mümkündür. Rekabet hukuku yazınında "soğurma etkisi (*suction effect*)" olarak tanımlanan bu etki, sadakat indirimlerinin maliyet altı fiyatlamaya yol açmaksızın da dışlamaya yol açmasını sağlayan temel unsurdur.

Yukarıdaki örnekte, geriye dönük indirimlerdeki teşvik mekanizmasının basit bir şekilde görülebilmesi bakımından soğurma etkisi, sadece hedefe ulaşılan birimde ortaya çıkmış gibi gösterilmiştir. Alıcıların rakip teşebbüslerden alım yapmasını maliyetli hale getiren bu etki, esasında indirim hedefinin altındaki tüm birimlerde hissedilmektedir. Soğurma etkisi, alıcının indirim veren teşebbüsten yaptığı her alımla birlikte artmakta ve indirim hedefinin tekabül ettiği birimde doruk noktasına ulaşmaktadır. Soğurma etkisi nedeniyle, rakip sağlayıcıların indirim veren teşebbüsten alım yapmakta olan alıcıları kendilerine çekmek için sunmak zorunda oldukları fiyat düzeyi (etkin fiyat) indirim hedefine kadar giderek düşmektedir. Bu fiyat en düşük halini ise, indirim hedefinin tekabül ettiği birimde almaktadır. Böylece alıcının indirim veren teşebbüsten yaptığı alım miktarı arttıkça, rakip teşebbüslerin indirim uygulamasına karşı koymaları daha da güçleşmektedir (Maier-Rigaud 2005, Faella 2007).

Yukarıda da belirtildiği üzere, geriye dönük indirimlerde indirim sunan teşebbüsün tüketicilerin toplam talebinin önemli bir kısmında "çekirdek satış"a sahip olması, rakip teşebbüslerin rekabet edebileceği alanı daraltmakta (Faella 2007, 3-4; RBB 2007) ve rakip teşebbüsleri, alıcılara sunulan toplam indirimi telafi edebilmek için çok daha sınırlı bir satışta çok daha fazla indirim yapmaya zorlamaktadır. Bunun bir sonucu olarak, rakip teşebbüslerin uygulamak zorunda

kaldığı indirimli fiyatlar, indirim veren teşebbüsün maliyetlerinin altında kalması halinde, eşit etkinlikteki rakipler pazardan dışlanabilecektir.⁴⁴

İndirim uygulamalarının dışlama etkisinin ölçülebilmesi bakımından, indirim sunan teşebbüsün “çekirdek satışlara”, buna bağlı olarak da alıcıların da “çekirdek talebe”⁴⁵ sahip olduğu bir durumda, rakip sağlayıcıların talebin rekabete açık kısmında rekabet edebilmek için sunmak zorunda oldukları fiyatın şu şekilde hesaplanması mümkündür:

Tablo 2 - Geriye Dönük İndirimlerde, Rakip Teşebbüslerin İndirim Sistemine Karşı Koyabilmek İçin Uygulamak Zorunda Kalacakları Fiyata İlişkin Formül

- p; liste fiyatını,
 - P(Dm); rakip sağlayıcıların talebin rekabete açık kısmında rekabet edebilmek için sunmaları gereken fiyatı (etkin fiyatı),
 - Dm; müşterinin toplam talebinin rekabete açık kısmını (Çekirdek talebin dışındaki kısmını),
 - Dc; “çekirdek talep”i
 - R; indirim oranını ifade etmek üzere;
- $$P(Dm) = p.[Dm - R.(Dm + Dc)] / Dm$$

*Kaynak: Faella (2007, 4)

Bu durumda, [P(Dm)]'nin indirim uygulayan teşebbüsün maliyetinin altında kalması durumunda, eş etkin rakiplerin söz konusu müşteriye satış yapamayacağını söylemek mümkündür (Faella 2007, RBB 2007). Bu formül, yukarıdaki monitör örneğine uygulandığında, P(Dm)=105 TL bulunmaktadır.⁴⁶ İndirim sunan teşebbüsün maliyetinin de 110 TL olduğu dikkate alındığında, uygulamanın eş etkinlikteki rakipler için dışlayıcı olduğu sonucuna ulaşılabilecektir. Görüldüğü üzere indirim sonucunda gerçek fiyatlar maliyetin

⁴⁴ Bu tür bir dışlamanın pazarda ölçek ekonomilerinin yeterince büyük olması halinde de geçerli olacağını söylemek mümkündür. Örneğin yukarıdaki monitör örneğinde, esasında rakiplerin 8, 9 ve 10. birim monitörler için 114 TL fiyat uygulayarak rekabet edebilmeleri mümkündür. Ancak pazarda minimum etkin ölçeğin sağlanabilmesi için en az 5 birim monitör satılması gerekiyorsa, uygulama sonrasında dışlamanın gerçekleşmesi beklenebilecektir.

⁴⁵ “Çekirdek talep” kavramı, indirim sunan teşebbüsün “çekirdek satışlarını” oluşturan ve herhangi bir alıcının toplam talebinin her halukarda indirim veren teşebbüsten temin edilecek kısmını ifade etmektedir. Bu yönüyle çekirdek talep, alıcının talebinin elastik olmayan kısmını oluşturmaktadır.

⁴⁶ $P(Dm)=120.[4 - 0,05.(4+6)]/4 = 105$ TL bulunacaktır. Gerçekten de yukarıdaki örnekte 7. birime yansıtılmış olan toplam soğurma etkisi; talebin rekabete açık kısmı olan 7, 8, 9 ve 10. birimlere dağıtıldığında her bir birimin ortalama etkin fiyatının 105 TL olduğu görülmektedir [(78+3.114)/4=105 TL].

altına düşmese bile, indirimın “geriye dönük” olmasının bir sonucu olarak uygulama dışlayıcı olabilmektedir.

Bununla birlikte, etkin fiyat olan $P(Dm)$ 'nin indirim uygulayan teşebbüsün maliyetinin altında kaldığı durumlarda dahi belirli koşulların varlığı halinde dışlamanın gerçekleşmeyebileceğine dikkat çekmek gerekir. Özellikle alıcının toplam talebi indirim hedefinin üzerinde ise, indirim sunan teşebbüs kadar etkin konumdaki rakipler, indirimın doğurduğu soğurma etkisine rağmen, alıcının indirim hedefinin üzerindeki ihtiyaçlarına satış yaparak pazarda tutunabileceklerdir. Ancak müşterilerin salt indirim hedefinin üzerindeki ihtiyaçlarına satış yapmak, pazardaki ölçek ekonomileri, ağ etkileri vs. gibi nedenlerle rakip sağlayıcıların pazarda varlıklarını sürdürmeye yeterli olmuyorsa, ya da müşterinin ihtiyaçlarının sadece bu bölümüne satış yapılması rakiplerin rekabet kapasitesini önemli ölçüde azaltıyorsa uygulama yine dışlamaya yol açabilecektir (Faella 2007, 4)⁴⁷.

Dikkat edileceği üzere, geriye dönük indirimlerin dışlama etkisine ilişkin olarak buraya kadar yapılan açıklamalar, indirim sisteminin tek bir alıcının ya da benzer talep yapısına sahip bir alıcı grubunun toplam talebi üzerindeki etkisini ortaya koymaktadır. Dolayısıyla, herhangi bir indirim uygulamasının pazarda dışlamaya yol açıp açmayacağına değerlendirilebilmesi için, diğer bir ifadeyle indirim sisteminin pazar düzeyindeki etkisinin ortaya konulabilmesi için, uygulamanın pazardaki yaygınlığının ve diğer müşteri ya da müşteri grupları üzerindeki etkilerinin de dikkate alınması gerekmektedir. Bu yönüyle indirim sistemlerinin pazardaki etkilerine ilişkin olarak yapılacak bir analiz, parçadan bütüne giden bir değerlendirmeyi gerekli kılmaktadır.

2.4.1.2. Paket İndirimlerinde Dışlama Etkisi

Paket indirimlerinin ortak özelliği, paketin indirimli fiyatının paket içerisindeki ürünlerin bağımsız satış fiyatlarının toplamından düşük olmasıdır. Böylece müşterilerin ürünleri ayrı ayrı almak yerine paket halinde almaları teşvik edilmektedir. Paket indirimlerinin iki farklı şekilde dışlamaya yol açabileceğini söylemek mümkündür.

Birincisi, paketin indirimli fiyatının, paketin toplam maliyetinin altında kalması durumudur. Bu tür bir durumun, klasik bir yıkıcı fiyat uygulamasından hiçbir farkı bulunmamaktadır.

⁴⁷ Oldukça soyut nitelik arz eden bu bölümdeki teorik açıklamaların daha iyi anlaşılabilmesi ve somutlaşması bakımından, çalışmanın dördüncü bölümündeki “4.3.2.2. Komisyon’un Önerdiği Testin Değerlendirilmesi Çerçevesinde Geriye Dönük İndirimlere İlişkin İdeal Bir Test için Çıkarımlar” başlıklı bölümdeki değerlendirmelerin faydalı olabileceği düşünülmektedir.

İkinci bir durum ise, paketin fiyatı toplam maliyetin üzerinde olmakla birlikte, toplam indirim ürünlerden herhangi birine atfedilmesi halinde elde edilen etkin fiyatın⁴⁸, söz konusu ürünün maliyetinin altında kaldığı durumdur.

İktisat ve rekabet hukuku yazınında paket indirimlerinin rakipleri pazar dışına itmesine ilişkin farklı modeller geliştirilmiştir. Örneğin Rubinfeld (2005, 252), paket içerisindeki ürünlerin bağımsız satış fiyatlarının önce suni olarak artırıldığı ardından da paketin fiyatının söz konusu ürünlerin indirim öncesindeki bağımsız satış fiyatları toplamına kadar düşürüldüğü bir durumda “sözleşmesel bağlama (*contractual tying*)⁴⁹”nın ortaya çıkacağını belirtmekte ve bu uygulama sonucunda A ürününü tekeli teşebbüsten alan müşterilerin B ürününü de aynı teşebbüsten almayı tercih edeceklerine dikkat çekmektedir.

Benzer şekilde, Nalebuff (2005, 324-327) da satış fiyatı m olan A ürünü üzerinde tekel konumuna sahip olan bir teşebbüsün, bu ürünü rekabetçi bir piyasada c fiyatına satılan tamamlayıcı B ürünü ile sabit oranlarda birleştirip bir paket halinde sunması halinde iki şekilde maliyetsiz bir “dışlayıcı paketleme”nin (*exclusionary bundling*) gerçekleşebileceğini ortaya koymuştur. İlk durum, A ürününün tek başına satış fiyatının artırılarak ($m+e$), B ürününün fiyatının azaltılarak ($c-e$) yapılması ve iki ürünün birlikte ($m+c$) fiyatına satılmasıdır. Bu tür bir durumda, tekeli firma, B ürünüde bir kayba uğramakla birlikte bu kaybını A ürünüde telafi etmekte ve toplamda hiçbir kayba uğramamakta ve kâr maksimizasyonunu böylece sağlamaktadır. Tam rekabetçi bir piyasa faaliyet gösteren rakipler ise bu uygulama sonucunda, c fiyatından aşağı satış yapamadıkları için pazar dışına itilmektedirler. Ancak yazar bu tür bir durumda tüketiciler aynı fiyatı ödeyecekleri için tüketici refahında bir kaybın olmayacağını; ayrıca kısa vadede tekelinin bu kapamadan bir kazancının olmayacağını ancak uzun vadede A pazarına girmek isteyen potansiyel rakiplerin aynı paketi sunmak durumunda kalmaları halinde tamamlayıcı B ürünü sunan bir sağlayıcı bulamayacakları için dezavantajlı duruma düşeceklerini ve böylece bu durumun tekeli teşebbüsün A pazarındaki tekeli korumasına katkı sağlayacağını belirtmekte; ayrıca B pazarına giriş maliyetli ise ve özellikle pazar dışına itilmiş rakipler A firmasının kendilerini aynı uygulama ile yine pazar dışına itebileceğini düşünüyorlarsa A firmasının B pazarında da güç kazanabileceğini ileri sürmektedir⁵⁰.

⁴⁸ Örneğin A ürünün normalde satış fiyatının P_a , maliyetinin C_a ; B ürününün normalde satış fiyatının P_b , maliyetinin C_b olduğunu; A ve B ürünlerinden oluşan paketin indirimli fiyatının ise Y olduğunu kabul edersek, B ürününün etkin fiyatı, ($P_b = Y - P_a$) olacaktır.

⁴⁹ Bu tür bir uygulama, AMC (2005, 96) tarafından “fiili bağlama” (*de facto tying*) olarak adlandırılmaktadır.

⁵⁰ Greenlee, Reitman ve Sibley (2006,7) ise, aynı varsayım altında ürünlerin bağımsız satış fiyatlarının sırasıyla ($m-e$) ve ($c+d$) yapılması halinde bağlamanın Pareto’cu anlamda refah artırıcı olabileceğini ortaya koymuşlardır.

Nalebuff (2005, 324-327)'in modelindeki ikinci durum ise, tekelci teşebbüsün tüketicileri, B ürününü de kendisinden almamaları halinde A ürününün fiyatını artırmakla tehdit etmesidir. Böylece B ürün pazarındaki rakipler tekelci firmadan daha etkin olmadıkları sürece pazar dışına itileceklerdir. Ancak ilk durumda olduğu gibi yine B pazarından rakiplerin dışlanması, A ve B pazarlarına girişleri zorlaştıracak ve tekelci teşebbüsün B pazarında da tekele sahip olmasına yol açabilecektir.

Paket indirimlerinin dışlamaya yol açmasını bir örnek üzerinde incelemek gerekirse⁵¹; A firmasının hem şampuan hem de saç kremi ürettiğini, rakip B firmasının ise sadece şampuan ürettiğini farz edelim. A firmasının saç kremi üretim maliyeti 5 TL olsun. Şampuan üretiminde ise, A firmasının maliyeti 3 TL, B firmasının maliyeti 2,5 TL olsun. A firmasının tek başına şampuanı 4 TL'ye, saç kremi ise 8 TL'ye sattığını; ancak iki ürünü birlikte 10 TL'ye sattığını kabul edelim. Bu durumda, paketin indirimli fiyatı olan 10 TL, A'nın şampuan ve saç kremi üretimine ilişkin toplam maliyetinden yüksek bir fiyattır. Ancak pakete ilişkin toplam 2 TL'lik indirim, sadece şampuanın fiyatına uygulandığı kabul edilirse, paket içerisindeki şampuanın etkin fiyatı 2 TL'ye düşmektedir. Bu fiyat, gerek A firmasının gerekse A'dan daha etkin konumdaki B firmasının şampuan üretim maliyetinin altında kalan bir fiyattır:

Tablo 3 - Paket İndirimlerinde Dışlama Etkisine Örnek

	A Üreticisi		B Üreticisi
	Şampuan	Saç kremi	Şampuan
Ortalama Değişken Maliyet	3 TL	5 TL	2,5 TL
Bağımsız Fiyat	4 TL	8 TL	4 TL
Paket Fiyatı	10 TL		Paket imkânı yok. Rekabetçi olmak için şampuanın fiyatı en fazla 2 TL olmalı

*Kaynak: Lambert (2005, 7)'de sunulan örnekten esinlenerek hazırlanmıştır.

Görüldüğü üzere, bu şartlar altında daha etkin olan B firması, 2,5 TL'ye mal ettiği şampuanı ancak 2 TL'den daha düşük bir fiyata satması halinde müşteriyi kendisine çekebilecektir. Ne var ki bu fiyat, daha etkin bir üretici olan

⁵¹ Bu örnek Lambert (2005, 7)'in modelinden esinlenerek hazırlanmıştır. Modelde, alıcının hem şampunaan hem de saç kremine ihtiyaç duyduğu varsayılmaktadır.

B firmasının maliyetinin altında olduğu için paket indirimi sonucunda B firmasının pazardan dışlanması mümkün olabilecektir⁵².

Bununla birlikte, indirim veren teşebbüsün sunduğu paketin aynısının eşit etkinlikteki rakipler tarafından da sunulabilmesi halinde, müşteriler paketi ayrı bir ürün olarak algılayacak ve paket üzerinden bir rekabet söz konusu olacaktır. Bu tür bir durumda, paketin toplam fiyatı maliyetinin altına düşmediği sürece herhangi bir dışlama söz konusu olmayacaktır (Hovenkamp 2006, Lambert 2005). Örneğin yukarıdaki örnekte A firmasının paket indirimine karşı B firması, A firmasından veya saç kremi üreten bir başka firmadan uygun koşullarda saç kremi tedarik edip şampuan ve saç kreminden oluşan alternatif bir paket sunabilseydi, A firmasının bu uygulaması paketin fiyatını maliyetinin altına düşürmediği için, dışlayıcı bir uygulama olarak kabul edilmez, aksine rekabetçi bir fiyat indirimi olarak değerlendirilirdi.

2.4.2. Ayrımcılık Etkisi

Genel olarak ayrımcılık etkisi, “eşit durumdaki alıcılara eşit hak, yükümlülük ve edimler için farklı şartların ileri sürülmesi” halinde ortaya çıkmaktadır. Ayrımcılık, eşit durumdaki alıcılara aynı işlem için farklı fiyatların uygulanması (fiyat ayrımcılığı⁵³) şeklinde olabileceği gibi; eşit durumdaki alıcıların bir kısmına fiyat dışında ilave bir takım yükümlülüklerin konulması şeklinde de olabilir. Standart miktar hedefli indirimlerde daha nadir olmak üzere, indirim sistemlerinin tüm türlerinde ayrımcılık etkisinin görülebileceğini söylemek mümkündür⁵⁴.

Dışlama etkisinden farklı olarak ayrımcılık etkisi, her zaman için rekabete zararlı bir etki değildir. Bu etkinin rekabet karşıtı olabilmesi için esasında son tahlilde bir “dışlama” etkisinin doğması gerekmektedir.

Rekabet hukuku yazınında ayrımcılığın rekabet karşıtı etkisinin iki farklı düzeyde ortaya çıktığı kabul edilmektedir. Bunlardan birincisi, ayrımcı uygulamanın gerçekleştirildiği pazardaki etkidir ki; “birincil düzey zarar” (*primary line injury*) olarak da adlandırılan bu etki, ayrımcı davranışın bir

⁵² Dikkat edileceği üzere paket indirimlerinde, paketin fiyatı paket içerisindeki ürünlerin toplam maliyetinin altına düşmediği sürece indirim veren teşebbüs toplamda herhangi bir zarara katlanmamaktadır. Dolayısıyla, paket indirimlerinde uygulamanın “bağlama” niteliğinin, “yıkıcı fiyat” niteliğinden daha belirgin olduğunu söylemek mümkündür (Nalebuff 2005, 327; AMC 2007, 98; Kobayashi 2005, 10).

⁵³ Fiyat ayrımcılığı ve türleri için bkz. Görgülü 2003.

⁵⁴ Esasında standart miktar hedefli indirimlerde, aynı durumdaki tüm alıcılar aynı indirim aldıkları için esasında bir ayrımcılık etkisinden bahsetmek mümkün değildir. Ancak Portogese Airports Kararında ATAD, miktar indirimlerinin sadece birkaç büyük alıcının ulaşabileceği yüksek eşikler içermesi ve böylece orantısız olması halinde ayrımcı olabileceğini belirtmiştir.

sonucu olarak, aynı pazardaki rakiplerin pazardan dışlanması şeklinde ortaya çıkmaktadır. Ayrımcılığın bir diğer rekabet karşıtı etkisi ise, “ikincil düzey zarar” (*secondary line injury*) olarak adlandırılmakta olup bu etki, ayrımcı uygulama sonucunda rakipleri ile rekabette dezavantajlı duruma düşen alıcıların faaliyet gösterdiği pazardan (alt pazardan) dışlanması şeklinde ortaya çıkmaktadır. Ancak ayrımcı bir uygulama sonucunda bu zararların ortaya çıkmasının, her şeyden önce ayrımcı uygulamada bulunan teşebbüsün belirli bir pazar gücüne sahip olmasına bağlı olduğunun belirtilmesi gerekmektedir (Lang ve O’Donoghue 2002-2003, 19-20; O’Donoghue ve Padilla 2006, 204).

İndirim sistemlerinin özellikle “fiyat ayrımcılığı” niteliği belirgin olup⁵⁵ bu uygulamalar, tüketicilere farklı fiyat seçeneklerinden birini tercih etme imkânını sunduğu için genel olarak “ikinci derece fiyat ayrımcılığı” olarak kabul edilmektedir⁵⁶ (OFT 2005, 42).

İktisat ve rekabet hukuku yazınında ikinci derece fiyat ayrımcılığının refah etkilerine ilişkin farklı görüşler bulunmaktadır. Ancak genel olarak fiyatların marjinal maliyete eşit olduğu optimum durumla karşılaştırıldığında, fiyat ayrımcılığının iki açıdan refahı azalttığı ileri sürülmektedir. Birincisi, fiyat ayrımcılığında fiyatların marjinal maliyete eşit olmaması dağıtım etkinliğinin tam olarak sağlanamamasına yol açmaktadır. Ancak; zaten fiyatların marjinal maliyetlere eşit olduğu durumlara gerçek hayatta oldukça ender rastlandığı da bir gerçektir. Fiyat ayrımcılığının refahı azalttığı ikinci bir durum ise, farklı müşteri gruplarına farklı fiyatlar uygulanıyorsa, yüksek fiyat uygulanan gruptaki bazı müşterilerin, ödediklerinden daha az ödemek istedikleri ya da daha az ödeyen müşteriler kadar ödemeye hazır oldukları halde ürünü alamadıkları durumda ortaya çıkmaktadır. Fiyat ayrımcılığının refah etkilerine ilişkin olarak iktisatçıların mutabık olduğu görüş ise, bu uygulamaların toplam satışları artırması haline tüketici refahını artırdığıdır. Bu durum özellikle tek fiyatın uygulanması halinde ürün satın almayacak olan müşterilerin uygulanan fiyat ayrımcılığı ile söz konusu ürünü satın alması halinde gerçekleşmektedir. Bu çerçevede fiyat ayrımcılığının, yüksek sabit maliyetlerin, düşük marjinal maliyetlerin bulunduğu endüstrilerde genellikle refahı artırdığı kabul edilmektedir. Zira, marjinal maliyetler sifıra yakınken, pozitif herhangi bir fiyat, sabit maliyetlerin kurtarılmasına katkıda bulunacaktır. Bu durumda, firma mümkün olduğunca çok satış yapmak için fiyat ayrımcılığını tercih edecektir (Bishop ve Walker 2002, 196-200; OECD 2002, 24).

⁵⁵ Nitekim Gül (2000, 64) de; indirim sistemlerinin dolaylı fiyat ayrımcılığı olduğunu belirtmektedir.

⁵⁶ Fiyat ayrımcılığına ilişkin bu sınıflandırma ünlü iktisatçı Pigou tarafından yapılmış ve yaygın kabul görmüştür. Buna göre, müşterilerin kendilerine uygun fiyat seçeneğini tercih etmelerini sağlayacak şekilde aynı ürünün farklı gruplarının satışında farklı fiyatlar uygulanmasına “ikinci derece fiyat ayrımcılığı” denilmektedir.

BÖLÜM 3

İNDİRİM SİSTEMLERİNE İLİŞKİN AB VE ABD UYGULAMALARI

Çalışmanın ikinci bölümü'nde ortaya konulduğu üzere, piyasada pazar gücüne sahip teşebbüsler tarafından verilen indirimler, kimi durumlarda pazardaki müşterilerin önemli bir kısmının pazar gücüne sahip teşebbüse bağlanmasına ve böylece rakiplerin dışlanmasına ve pazarın kapanmasına yol açabilmektedir. Bazı durumlarda ise indirim uygulamaları ürünlerin fiyatlarını maliyetlerin altına düşürerek fiyatlamının “yıkıcı” nitelik kazanmasına ya da birbirinden farklı iki veya daha fazla ürünü fiilen birbirine bağlayarak rakiplerin dışlanmasına yol açabilmektedir. İndirim uygulamalarının, indirim veren teşebbüsün faaliyet gösterdiği pazarda yarattığı bu tür “dışlayıcı etkiler”, rekabet hukukunun bu uygulamalara müdahalesini gerekli kılmaktadır.

Rekabet hukuku'nun indirim uygulamalarına müdahalesini gerektiren diğer bir durum ise, bu uygulamaların alıcıların faaliyet gösterdiği pazarlardaki (alt pazarlardaki) rekabeti bozmasıdır. İndirimlerin pazar gücüne sahip teşebbüsler tarafından ayrımcı bir şekilde verilmesi, bazı alıcıların rakiplerine karşı rekabette dezavantajlı duruma düşmesine neden olmakta ve hatta bu durum, söz konusu alıcıların pazardan dışlanmasına bile yol açabilmektedir. İndirim uygulamalarının alt pazarlarda yol açtığı bu etkiler, rekabet hukukunda “ayrımcılık” başlığı altında yasaklanmaktadır.

İndirim sistemleri ya tek teşebbüs iradesinin bir yansıması (tek taraflı davranışlar) olarak ya da birden fazla teşebbüsün irade uyuşmasının (anlaşmanın) bir sonucu olarak ortaya çıkmaktadır. Rekabet hukukunun indirim sistemlerine müdahalesi ise, indirimin ortaya çıkış şekline ve incelemenin yürütüldüğü ülkenin hukuk sistemine bağlı olarak; “rekabeti bozucu anlaşmalar”ın, “hâkim durumun kötüye kullanılması”nın, “tekelleşme⁵⁷”nin ya

⁵⁷ Burada genel olarak “tekelleşme” ifadesi kullanılmış olsak da, Sherman Yasası'nın 2. Bölümünde esasında “tekelleşme (*monopolise*)”, “tekelleşmeye teşebbüs (*attempts to*

da “ayrımcılık”ın yasaklanması çerçevesinde gerçekleşmektedir. İndirim sistemlerinin “rekabeti bozucu anlaşmaların yasaklanması” kapsamında değerlendirilmesi bu çalışmanın kapsamı dışında olduğu için bu bölümde, AB rekabet hukuku ve ABD antitröst hukukunda tek taraflı davranışlar bağlamında indirim sistemlerinin değerlendirilmesi irdelenecektir.

3.1. AB REKABET HUKUKUNDA İNDİRİM SİSTEMLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

3.1.1. İlgili Yasal Mevzuat

AB Rekabet Hukuku’nda Roma Antlaşması (RA)’nın 81. maddesinde genel olarak rekabeti bozucu anlaşmalar, 82. maddesinde ise “hâkim durumun kötüye kullanılması” çerçevesinde rekabeti kısıtlayıcı nitelikteki tek taraflı davranışlar yasaklanmaktadır. İndirim sistemlerinin her iki madde bağlamında da değerlendirilmesi mümkündür. Ancak indirim sistemlerinin 81. madde bağlamında değerlendirilmesi bu çalışmanın kapsamı dışındadır.

Hâkim durumun kötüye kullanılması bağlamında dışlayıcı indirim sistemleri, genellikle “tüketicinin zararına olacak şekilde üretimin, pazarlamanın ya da teknik gelişmenin sınırlandırılması”nın kötüye kullanma olarak kabul edileceğini belirten 82. maddenin ikinci fıkrasının (b) bendi kapsamında yasaklanmaktadır. Ancak, paket indirimlerinin bir tür bağlama uygulaması da olduğu dikkate alındığında bu uygulamaların “sözleşmelere, ticari teamül ve nitelikleri gereğince bu tür sözleşmelerin konusu ile ilgili olmayan ek yükümlülüklerin kabulü şartının getirilmesi”nin yasaklandığı 82. maddenin ikinci fıkrasının (d) bendi kapsamında da yasaklanması mümkündür.

Ayrımcı nitelikteki indirim sistemleri ise, 82. maddenin ikinci fıkrasının (c) bendi kapsamında yasaklanmaktadır. Ancak söz konusu maddede, “eşdeğer anlaşmalarda, diğer taraflara onları rekabette dezavantajlı hale getirecek şekilde farklı şartların uygulanması”nın yasak olduğu belirtilerek maddenin kapsamı, ayrımcı uygulamaların “ikincil düzey etkileri” ile sınırlandırılmaktadır. Buna göre, AB Rekabet Hukuku’nda herhangi bir indirim sisteminin ayrımcı nitelikte bir kötüye kullanma olarak kabul edilebilmesi için, eşit durumdaki alıcılara farklı koşulların ileri sürülmesi tek başına yeterli olmayıp bu uygulama sonucunda alıcılar arasındaki rekabetin bozulması da gerekmektedir.

monopolise)” ve “tekelleşmeye yönelik danışıklılık (*conspiracy to monopolise*)” yasaklanmaktadır.

3.1.2. İndirim Sistemlerine İlişkin Komisyon ve Mahkeme Kararları

AB rekabet hukukunda indirim uygulamalarının ele alındığı ilk karar, *European Sugar Cartel Kararı*⁵⁸’dir. Avrupa’daki şeker üreticilerinin kurmuş olduğu bir kartele ilişkin olan bu kararda, Komisyon sözkonusu üreticilerden biri olan Südzucker (SZV)’in yıllık alımlarının tamamını kendisinden alan müşterilerine alımlarının %0.3’ü oranında indirim vermesini de ele almıştır. Münhasırlık karşılığında verilen bir indirim sistemi olarak tanımlanabilecek bu uygulamayı ele aldığı Kararı’nda Komisyon, özellikle uygulamanın ayrımcı niteliğine yoğunlaşmış ve alınan miktara bağlı olmadan sadece yıllık alımların münhasıran SZV’den yapılıp yapılmadığına bağlanan indirimlerin, SZV dışındaki sağlayıcılardan da mal temin eden alıcılara yönelik “objektif gerekçeden yoksun bir ayrımcılık” olduğuna karar vermiştir. Uygulamanın sadakat artırıcı yönü ise, Komisyon’un ikinci itiraz noktasını oluşturmuş ve Komisyon, indirim oranı çok düşük olsa bile indirimler, alıcının indirim hedefinin üzerindeki cirosu yerine yıllık cirosu üzerinden hesaplandığı için, rakiplerin bu indirimlere karşı koymasının çok zor olacağını ileri sürmüştür. Komisyon’un bu kararı ATAD⁵⁹ tarafından da onaylanmıştır.

İndirim sistemlerinin ele alındığı diğer bir karar, *Hoffmann La Roche Kararı*⁶⁰’dır. Karar, Roche’un müşterilerinin yıllık vitamin ihtiyaçlarına yönelik tahminlerde bulunması ve buna bağlı olarak, belirli bir referans dönem boyunca on üç farklı vitamin grubundaki ihtiyaçlarının tamamını ya da büyük çoğunluğunu kendisinden alan müşterilere, yıllık ciroları üzerinden hesaplanan sabit oranlı ya da artan oranlı (%1,5 ile %3 arasında değişen) indirimler sunmasına ilişkindir. Uygulamanın belirgin özelliği, indirimin tüm vitamin gruplarındaki alımlara bağlanmasıdır. Bu yönüyle Roche’un sunduğu indirimin bir tür paket indirimi olduğu anlaşılmaktadır⁶¹.

Roche’un bu uygulamaları, Komisyon tarafından hâkim durumun kötüye kullanılması olarak değerlendirilmiştir. Komisyon’un kararını onaylayan ATAD⁶² ise öncelikle, hâkim durumdaki teşebbüslerin müşterileri kendilerine bağlayan münhasır alım anlaşmaları yapmalarının ya da müşterilerin ihtiyaçlarının tamamını ya da büyük çoğunluğunu kendilerinden almaları karşılığında sadakat indirimi sunmalarının, “kötüye kullanma” olarak kabul edileceğini belirtmiş⁶³ ve böylece AB rekabet hukukunda sadakat indirimlerinin *per se* ihlal olarak kabul edilmesinin yolunu açmıştır (Jones ve Sufirin 2004,

⁵⁸ *European Sugar Cartel* (1973), OJ L 140/17.

⁵⁹ Case 114/73, *Cooperative Verening ‘Suiker Unie’ UA v. Commission* (1975), ECR 1663.

⁶⁰ *Hoffmann-La Roche* (1976), OJ L 223/27.

⁶¹ Benzer bir karar için bkz. *Deutsche Post* (2001) OJ L 125/27.

⁶² Case 85/76, *Hoffmann-La Roche & Co AG v. Commission* (1979), ECR 461.

⁶³ *Ibid.* para. 89.

435). Kararında “sadakat indirimleri” ile “miktar indirimleri” arasındaki farka da dikkat çeken ATAD, “sadakat indirimleri”nin;

Salt ilgili sağlayıcıdan yapılan alım miktarı ile ilişkili olan miktar indirimlerinden farklı olarak birtakım finansal imkânlar sunulmak suretiyle müşterilerin ihtiyaçlarını rakip sağlayıcılardan almasını önleyecek şekilde oluşturulduğunu⁶⁴

belirtmiş ve Roche’un sunduğu indirimlerin, yıllık toplam alımlara bağlı olarak verilmesi bakımından ilk bakışta “miktar indirimleri”ne benzemesine rağmen esasında, müşterilerin yıllık ihtiyaçlarının tamamını ya da büyük çoğunluğunu hâkim durumdaki teşebbüsten almasını sağlayacak şekilde oluşturulduğu için, “sadakat indirimi” olarak kabul edileceğini belirtmiştir.

ATAD, Roche’un sunduğu indirimlerin “kişiselleştirilmiş” olması ve dolayısıyla “müşterilerin hareket özgürlüğünü sınırlaması” dışında, bu indirimlerin sadakat artırıcı diğer özelliklerine de değinmiştir. Bunlardan ilki, indirimlerin “artan oranlı” olmasıdır. Mahkemeye göre, müşterilerin ihtiyaçlarının Roche’dan karşılanan kısmı arttıkça indirim de artması, müşteriler üzerinde ihtiyaçların mümkün olduğu kadar fazlasının Roche’dan karşılanması yönünde güçlü bir teşvik oluşturmaktadır. Ayrıca indirimlerin, müşterilerin tüm vitamin gruplarındaki alımlarına bağlı olarak verilmesine de dikkat çeken ATAD, daha dar bir vitamin grubunda faaliyet gösteren rakiplerin Roche’un verdiği indirimi karşılamakta güçlük çekeceğini belirtmiş⁶⁵ ve bu nedenle indirim sisteminin, bağlamayı yasaklayan 82. maddenin ikinci fıkrasının (d) bendini de ihlal ettiğini ifade etmiştir. Ayrıca ATAD, Roche’un, ‘indirimlerin müşterilerin talebi üzerine verildiği’ yönündeki savunmasını reddetmiştir⁶⁶.

AB’de indirim sistemleri’nin ele alındığı diğer bir karar, Michelin’in Hollanda’daki bağlı şirketi’nin dağıtıcılarına uyguladığı indirim sistemlerinin ele alındığı *Michelin I Kararı*⁶⁷’dir. Michelin; kamyon, otobüs ve binek lastiklerinin satışında yıllık olarak belirlenen alım hedefine ulaşan dağıtıcılarına, yıllık ciroları üzerinden belirlenen bir indirim sunmaktadır. Bu hedefleri belirlemek için Michelin’in, *Hoffman-La Roche*⁶⁸’da olduğu gibi her bir dağıtıcının satış potansiyelini tahmin ettiği anlaşılmaktadır. Alım hedefleri yıllık olarak belirlenmekte ve herhangi bir yıla ilişkin alım hedefi genellikle bir yıl önceki alımlardan daha yüksek olmaktadır. Michelin’in dağıtıcıları sadece yıllık

⁶⁴ Ibid. para. 90.

⁶⁵ Benzer bir değerlendirme *BPB Industries Kararı*’nda Komisyon tarafından da yapılmıştır (*BPB Industries plc* (1989) OJ L10/50, para. 148,152)

⁶⁶ Ibid. para. 89.

⁶⁷ *Michelin I* (1981) OJ L 353/33.

⁶⁸ Bkz. dipnot 60.

hedeflerden sözlü olarak haberdar edilmekte; bunun dışında dağıtıcılar Michelin'in indirimleri hangi kritere göre belirlediğini bilmemektedir. Dolayısıyla dağıtıcılar belirli bir yılda ne kadar indirim alacaklarını da kesin olarak tahmin edememektedirler.

Komisyon'un Michelin'in uygulamalarının “kötüye kullanma” teşkil ettiği yönündeki kararını ele aldığı kararında ATAD⁶⁹ öncelikle Michelin'in indirim sisteminin açık bir şekilde dağıtıcıların tüm ürünlerini Michelin'den alma zorunluluğu taşımadığına dikkat çekmiş⁷⁰ ve bu yönüyle Michelin tarafından sunulan indirimlerin *Hoffmann-La Roche*⁷¹ ve *European Sugar Cartel*⁷² davalarında (*per se*) yasaklanan sadakat indirimleri ile yasal miktar indirimleri arasında konuşlandığını belirtmiştir⁷³. Bu noktadan hareketle ATAD, Michelin'in indirim sisteminin “kötüye kullanma” teşkil edip etmediğinin tespit edilebilmesi için uygulamanın;

Tüm yönleriyle incelenmesi ve indirimin alıcıların seçme özgürlüklerini kısıtlayıp kısıtlamadığının ve rakip satıcıların da pazara girişlerini engelleyip engellemediğinin detaylı bir şekilde araştırılması gerektiğini

belirtmiştir.⁷⁴ Bununla birlikte ATAD, Michelin'in sunduğu indirimlerin yasal bir “miktar indirimi” olduğu yönündeki iddiasını da baştan reddetmiştir.

Kararda “hedef indirimleri”ne ilişkin olarak ATAD;

Görece uzun bir referans dönem boyunca satılan miktara bağlı olarak indirimin verildiği tüm indirim sistemlerinin; bu sürenin sonunda, indirimi kazanmak ya da bütün bir döneme ilişkin indirimi kaybetmemek için gerekli olan satış hedefine ulaşma yönünde, alıcılar üzerinde artan bir baskı doğurduğunu⁷⁵

ortaya koymuş ve bu bağlamda Michelin'in indirim sisteminde indirim oranı küçük olsa bile, müşterilerin hedefe ulaşmaları halinde kazandıkları bu indirimin bütün bir yıl boyunca yapılan alımlardaki etkisi dikkate alındığında müşterilerin toplam kâr majlarında ciddi farklılık yarattığını ve dolayısıyla müşterilerin Michelin'e bağlanması yönünde ciddi bir baskı oluşturduğunu belirtmiştir. ATAD'ın bu tespiti, indirim sistemlerinin değerlendirilmesinde “referans dönem”in uzunluğunu dikkate alması bakımından önemlidir.

⁶⁹ Case 322/81, *Nederlandsche Banden-Industrie Michelin NV v. Commission* (1983) ECR 3461.

⁷⁰ Ibid. para 72.

⁷¹ Bkz. dipnot 60.

⁷² Bkz. dipnot 58.

⁷³ *Deutsche Post* Kararında ise Komisyon, münhasır alım şartına bağlı indirimlerle kişiselleştirilmiş alım hedefine bağlı indirimleri arasında “maddi anlamda bir farkın bulunmadığını” belirtmiştir.

⁷⁴ Ibid. para 73.

⁷⁵ Ibid. para 81.

Kararda ATAD, “referans dönemin uzunluğu” dışında müşterilerin sadakatini artıran diğer unsurlara da değinmiştir. Bunlardan ilki, Michelin’in ve başlıca rakiplerinin yıllık ciroları arasındaki farktır. Michelin’in rakipleri benzer bir indirim sistemi sunsalar bile, bayilerin yıllık ciroları düşük olacağı için kazanacakları indirimin de nispeten az olacağı belirtilmiştir⁷⁶. Uygulamanın sadakat artırıcı bir diğer yönü ise, Michelin’in indirim sistemindeki belirsizliktir. Mahkeme, uygulanan indirim sisteminde kuralların referans dönem içerisinde Michelin’in tek taraflı iradesi ile değişebildiğini, ayrıca alıcıların hedefe ulaşmalarının ya da ulaşamamalarının etkisinin ne olacağı konusunda büyük bir belirsizlik içerisinde bırakıldığını ve bütün bu faktörlerin, müşterilerin sağlayıcılarını serbestçe seçmesine engel olarak pazara girişi zorlaştırdığını tespit etmiştir⁷⁷. Ayrıca ATAD, Michelin’in daha fazla üretme isteğinin ve üretimi yaygınlaştırma isteğinin müşterilerin seçim özgürlüğünü kısıtlayan bu tür bir sınırlamayı meşru kılamayacağını belirtmiştir⁷⁸.

Dikkat edileceği üzere, yukarıdaki kararların tamamı “geriye dönük indirimler”e ilişkin kararlardır. AB Rekabet Hukuku’nda “üst dilim” indirimleri ise, *Soda Ash/ICI*⁷⁹ ve *Soda Ash/Solvay*⁸⁰ Kararları’nda ele alınmıştır. ICI, İngiltere soda tozu pazarı’nda, Solvay ise Almanya soda tozu pazarında hâkim durumda bulunan iki teşebbüstür. Her iki teşebbüs, ABD’den ithalat yapan rakiplerle karşı karşıyadırlar. Her iki teşebbüsün de uyguladığı indirimin ortak noktası, müşterilerin her halukarda kendilerinden aldığı “çekirdek satışlar”ın üzerinde bir hedef belirleyerek müşterilerin “çekirdek talebi”nin üzerindeki alımları için bir “üst dilim indirimi” uygulamalarıdır. Ancak bunun yanında Solvay, yıllık ihtiyaçlarının tamamını ya da tamamına yakını kendisinden alan müşterilerine yıllık ciro üzerinden bir “geriye dönük indirim” de sunmaktadır. Diğer bir ifadeyle çekirdek talebin üzerindeki ihtiyaçlarını rakip bir teşebbüsten alan bir müşteri sadece Solvay’in “üst dilim indirimi”ni değil, “geriye dönük indirimi”ni de kaybedebilmektedir.

Komisyon öncelikle “sadakat indirimleri”nin 82. madde kapsamına girebilmesi için, satış koşullarının, müşterilerin münhasıran indirim sunan teşebbüsten satın almasını çekici kılmasının yeterli olduğuna dikkat çekmiştir⁸¹. Bu yaklaşım, Komisyon’un hâkim durumdaki teşebbüsler tarafından sunulan indirim sistemlerinin ihlal olarak nitelenmesi için, bu indirimlerin müşteriler üzerinde sadakat artırma potansiyeline sahip olmasının yeterli olduğunu ortaya koymaktadır.

⁷⁶ Ibid. para. 82.

⁷⁷ Ibid. para. 83-84.

⁷⁸ Ibid. para. 85.

⁷⁹ Soda Ash/ICI (2003) OJ L10/33.

⁸⁰ Soda Ash-Solvay (2003) OJ L10/10

⁸¹ Ibid. para. 153.

Solvay ve ICI'nın sunduğu indirimlere ilişkin olarak Komisyon, bu indirimlerin çekirdek talebin üzerindeki fiyatları rakip teşebbüslerin “anti-dumping” kurallarından ötürü uygulayamayacakları fiyat düzeylerine düşürdüğüne dikkat çekmiştir. Komisyon ayrıca ihlal tespitini oluştururken teşebbüslerin rakiplerini dışlama niyetini ortaya koyan şirket içi dokümanları da kullanmıştır.

Solvay'ın indirim sistemine ilişkin olarak ise Komisyon; bu teşebbüsün “üst dilim indirim”nin ve “geriye dönük indirim”in maliyetini satışını yaptığı tüm birimlere dağıtabildiğini; bunun bir sonucu olarak da toplamda sattığı ürünlerin ortalama fiyatlarının, çekirdek talebin üzerindeki ürünlerin marjinal fiyatlarından hayli yüksek oluştuğunu belirtmiş; rakip sağlayıcıların müşterilerin çekirdek talebin üzerindeki ihtiyaçlarına satış yapabilmesi için, müşterilerin Solvay'den yaptıkları tüm alımlara yönelik kaybedecekleri indirim telafi etmek zorunda kaldıklarına dikkat çekmiş ve bunun da müşterilerin ikinci bir sağlayıcıdan ürün alma motivasyonunu, rakip sağlayıcıların da müşterilere satış yapma motivasyonunu minimuma indirdiğini ifade etmiştir⁸².

AB'de indirim sistemlerinin ele alındığı bir diğer karar, Irish Sugar ve bu teşebbüsün dağıtım şirketi SDL'nin İrlanda perakende sektöründeki uygulamalarının ele alındığı *Irish Sugar Kararı*⁸³'dir. Bu dosya kapsamında iki farklı indirim ele alınmıştır. İlki, Fransa'dan ithal edilen 1 kg'lık Eurolux markalı şeker ile mücadele etmek amacıyla Irish Sugar tarafından müşterisi ADM'ye verilen ve ADM'nin satın aldığı miktarı azaltması halinde yürürlükten kalkacağı kararlaştırılan indirimdir. İkincisi ise, 1994 yılının belli dönemlerinde uygulanan indirimdir. Bu indirim, toptancıların 1 kg'lık Siucra marka şekerde önceki altı aylık dönem içerisindeki (Nisan-Eylül 2003) haftalık ortalama satış miktarlarını aşmaları halinde verilmekteydi. Bu yönüyle ikinci indirimin bir tür “büyüme indirim” olduğunu söylemek mümkündür.

Komisyon, ilk indirim uygulamasının normal bir miktar indiriminden ziyade, müşterileri hâkim durumdaki teşebbüse bağlama etkisine sahip bir “hedef” ya da “sadakat indirim” niteliğini taşıdığını ortaya koymuş ve bu uygulamayı ihlal olarak değerlendirmiştir. Komisyon'un bu kararı, İDM⁸⁴ ve ATAD⁸⁵ tarafından da onaylanmıştır.

İkinci indirimle ilişkin olarak ise Komisyon; büyük oranda Michelin I Kararı'na dayanarak, “indirimlerin belirli bir miktar hedefine ulaşılmasına bağlı olarak verilmesinin bu uygulamaları miktar indiriminde halinde getirmediğine” dikkat çekmiştir. Komisyon ayrıca miktar indirimlerinin “sağlayıcının elde ettiği

⁸² Ibid. para. 64-66.

⁸³ Irish Sugar (1997) OJ L 258/1.

⁸⁴ Case T-228/97 Irish Sugar plc v. Commission (1999).

⁸⁵ Case C-497/99 *Irish Sugar plc v. Commission* (2001) ECR I-5333.

maliyet tasarrufunun bir karşılığı olarak, müşterinin belirli bir dönem içerisindeki alımlarından bağımsız bir şekilde her bir sipariş bazında verildiğini” belirtmiş ve Irish Sugar tarafından haftalık, aylık ve yıllık hedeflere bağlı olarak verilen indirimlerin miktar indirimi olarak kabul edilemeyeceğini ifade etmiştir⁸⁶. Dikkat edileceği üzere, *Michelin I*⁸⁷ Kararı’nda “referans dönem”in uzunluğu, indirimin sadakat artırıcı etkisinde belirleyici bir unsur olarak dikkate alınmışken, bu kararda referans dönemin uzunluğu dikkate alınmamış ve indirimin alımların artırılmasına bağlı olarak verilmesi, başlı başına sadakat artırıcı bir unsur olarak değerlendirilmiştir.

Ayrıca *Irish Sugar* Kararı’nda indirimlerin müşterilerin toplam alımları yerine alımlarındaki artış oranına bağlı olarak verilmesi, Komisyon’un indirimleri 82. madde kapsamında “ayrımcılık” olarak değerlendirmesine de yol açmıştır⁸⁸.

Dikkat edileceği üzere *European Sugar Cartel*⁸⁹ Kararı’ndan başlamak üzere “miktar indirimleri”, Komisyon kararlarında ve dava hukukunda yasal olarak kabul edilmiştir. Miktar indirimlerine tanınan bu “yasallık karinesi”nin ilk kez sorgulandığı karar; *Portugese Airports* Kararı⁹⁰’dır. Soruşturma konusunu, Portekiz Havalimanları Otoritesi (ANA)’nin; havayolu şirketlerine Portekiz’deki havalimanlarına yaptıkları iniş sayısına bağlı olarak sunduğu “artan oranlı” indirim sistemi oluşturmaktadır. Komisyon; kararında ANA’nın sunduğu indirim sisteminin bir “miktar indirimi” olup olmadığına değinmeksizin, indirim sisteminde indirim oranının yapılan iniş sayısına göre orantılı bir şekilde artmadığını, aylık ikiyüz ve üzerinde iniş yapan iki Portekiz havayolu şirketinin (TAP ve Portugalia) diğer şirketlere göre oransal olarak toplamda çok daha fazla indirim kazanabildiğini belirtmiş ve bu yönüyle uygulamanın RA’nın 82/c maddesi kapsamında “ayrımcı” bir uygulama olduğuna karar vermiştir. ATAD⁹¹ ise konuya ilişkin olarak;

Miktar indirimlerinde en büyük alıcıların en fazla indirim almasının, bu uygulamalarının doğası gereği olduğunu,...ayrıca kimi müşterilerin yaptıkları alım miktarına bağlı olarak diğerlerinden daha büyük oranda indirim aldıklarını; ancak bunun uygulamanın ayrımcı olarak değerlendirilmesi için yeterli olmadığına⁹²

dikkat çekmiş ve haklı gerekçenin bulunmaması halinde,

⁸⁶Bkz. dipnot 84, para. 153.

⁸⁷ Bkz. dipnot 67.

⁸⁸ Bkz. dipnot 84, para. 154.

⁸⁹ Bkz. dipnot 58.

⁹⁰ *Portugese Airports* (1999), OJ L 69/31.

⁹¹ Case C-163/99, *Portugal v. Commission* (2001) ECR I- 2613.

⁹² Ibid. para. 51.

Herhangi bir indirim sisteminde, sadece birkaç alıcının ulaşabileceği yüksek indirim eşiklerinin bulunmasının ya da miktar indirimlerinin artışında doğrusal bir ilerlemenin bulunmamasının ayrımcılığın delili olabileceğini⁹³

belirtmiştir. Bu bağlamda ATAD, ANA'nın uyguladığı indirimlerde, en yüksek indirime sadece iki havayolu şirketinin ulaşabildiğini, ayrıca en üst banttaki indirim oranı artışının daha düşük bantlardaki indirim oranından daha büyük olduğuna dikkat çekerek Komisyon'un ihlal kararını onaylamıştır.

AB Rekabet Hukuku'nda miktar indirimlerinin ele alındığı diğer bir karar, *Michelin II Kararı*⁹⁴'dir. Bu davada Michelin'in 1980 ile 1997 yılları arasında Fransa lastik pazarında uyguladığı çok sayıda indirim sistemi ele alınmıştır. Bunlardan Michelin'in Fransa'daki profesyonel dağıtıcılara uyguladığı "genel fiyat koşulları (*general price conditions*)"; bir liste fiyatı ve oldukça karmaşık bir grup indirim sisteminden oluşmaktadır. Bu indirimlerden en önemlileri; yıllık belirli ciro rakamlarının yakalanmasına bağlı olarak verilen "artan oranlı miktar indirimleri" ve alıcının geçmiş performansına ve geleceğe ilişkin tahminlere göre belirlenen bir hedefe ulaşılması kaydıyla verilen "gelişme indirimleri (*progress bonus*)"dir. Ancak 1997 yılında bu indirimler kaldırılarak, miktar indirimlerinin yerine "fatura indirimleri (*invoice rebates*)"; "gelişme indirimleri"nin yerine ise "ulaşmış hedef indirimleri (*achieved target rebates*)" getirilmiştir. Bütün bu indirimlerden; "miktar indirimleri" dışındakiler kişiselleştirilmiş yıllık miktar hedeflerine bağlı olarak verilmektedir. Ancak müşteriler kendileri için geçerli olacak alım hedefini bir önceki yıldaki alımlarına, geçmiş iki ya da üç yıldaki alım ortalamalarına bağlı olarak seçebilmektedir. Öte yandan kazanılan indirimler, 1997 yılına kadar bir sonraki yılın şubat ayında verilmiştir.

Komisyon; "gelişme indirimleri"ne ilişkin olarak öncelikle, 'hâkim durumdaki teşebbüslerin müşterilerinin alımlarını önceki yıllara kıyasla artırmalarını isteyemeyeceği' yönündeki ATAD'ın Michelin I'deki içtihadını hatırlatmış ve Michelin'in sunduğu "gelişme indirimleri"nin bu kategoriye girdiğini belirtmiştir⁹⁵. Komisyon; ayrıca bu indirimlerin her ne kadar anlaşmalarla belirlenmiş hedefler içeriyor gibi görünse de esasında Michelin tarafından tek taraflı dayatılan hedefler içermesi nedeniyle ve aynı miktarda alım yapan müşterilerin farklı indirim alması sebebiyle ayrımcı ve "haksız" olduğunu⁹⁶, ayrıca sadece Michelin'in Fransa'daki şirketinden yapılan alımlar

⁹³ Ibid. para.

⁹⁴ Michelin II (2001) OJ L 58/25.

⁹⁵ Dikkat edileceği üzere, Michelin'in uyguladığı "gelişme indirimleri" (*progress bonus*) bir tür "büyüme indirimi" (*growth rebate*)'dir.

⁹⁶ Ibid. para. 265-266.

dikkate alındığı için pazar ayırıştırıcı olduğunu⁹⁷ ileri sürmüştür. Komisyon'un bu indirimleri yasaklamasının esas gerekçesini ise, Michelin I'de olduğu gibi indirimin kişiselleştirilmiş olması ve görece uzun bir referans dönemin bulunması oluşturmaktadır⁹⁸. Komisyon "fatura indirimleri"nin sadakat artırıcı etkisini de benzer şekilde ortaya koymuştur⁹⁹.

Yukarıda belirtildiği üzere, *Michelin II*'deki "miktar indirimi" olarak adlandırılan indirimler, kişiselleştirilmiş miktar hedefleri yerine standart miktar hedeflerine dayanmaları nedeniyle o güne kadar yasaklanmış diğer indirim sistemlerinden ayrılmaktadır¹⁰⁰. İndirimler, alıcının yıllık cirosunun bir yüzdesi olarak (geriye dönük) verilmektedir ve yıl boyunca alınan miktara bağlı olarak artmaktadır.

Komisyon, Michelin'in miktar indirimlerini değerlendirirken öncelikle, ATAD kararlarına atıf yaparak;

Önceki pek çok davada ATAD'ın; hâkim durumdaki bir teşebbüs tarafından üç aydan fazla bir süre için verilen miktar indirimlerini, bu uygulamalar normal rekabet ile uyumlu olmadığı için yasakladığını... ayrıca mahkemenin herhangi bir indirimin ancak, ölçek ekonomisini sağlaması halinde izin verilebileceğini ortaya koyduğunu¹⁰¹

belirtmiştir. Komisyon'un, Michelin'in standart miktar indirimlerine itirazı da bu uygulamaların, haksız olduğu, sadakat artırıcı olduğu ve pazar ayırıştırıcı olduğu görüşüne dayanmaktadır¹⁰². Komisyon'a göre indirimin sadakat artırıcı etkisi, temel olarak indirimin "geriye dönük" olmasından ve "görece uzun bir referans dönem"e sahip olmasından kaynaklanmaktadır¹⁰³. Ancak Komisyon; bu etkiyi destekleyen diğer unsurlara da dikkat çekmiştir. Bunlardan ilk üçü, indirimlerin "haksız" olarak da nitelendirilmesine neden olan faktörlerdir. Bunlardan ilki, indirimlerin geriye dönük olması ve alımdan yaklaşık bir yıl sonra hesaplanması nedeniyle müşterilerin son siparişi vermeden önce ürünlerin net birim fiyatlarını

⁹⁷ Ibid. para. 271.

⁹⁸ Ibid. para. 267-270.

⁹⁹ Ibid. para. 286-295.

¹⁰⁰ Michelin'in sunduğu miktar indirimleri her ne kadar tüm alıcılar için geçerli standart miktar hedefleri içerse de, indirim sisteminde çok sayıda indirim hedefinin bulunması (bazı indirimlerde yaklaşık altmış ayrı indirim hedefi bulunmaktadır), uygulamada indirim sisteminin kişiselleştirilmiş indirim hedefi içeren bir indirim sistemi gibi işlev görmesine yol açmış olabilir (O'Donoughe ve Padilla 2006, 387).

¹⁰¹ Ibid. para. 216.

¹⁰² O'Donoughe ve Padilla (2006, 387); Michelin II'deki artan oranlı miktar indiriminde çok sayıda (18-54 arasında değişen sayıda) indirim hedefinin bulunmasının; bu indirimin fiilen kişiselleştirilmiş miktar hedefli bir indirim olarak algılanmasına neden olabileceğine dikkat çekmektedir.

¹⁰³ *Michelin II*. para 226-239.

bilmemesidir. İkincisi sektördeki kâr marjının düşük olması ve indirim kazanana kadar Michelin'in dağıtıcılarının zararına satış yapmasıdır. Üçüncüsü ise, yine bunlarla bağlantılı olarak indirimlerin çok geç verilmesi suretiyle alıcıların Michelin karşısındaki pazarlık gücünün zayıflatılmasıdır¹⁰⁴. Komisyon ayrıca, indirimlerin sadece Michelin'in Fransa'daki şirketinden yapılan alımlara verilmesinin de müşterilerin paralel ticaret yollarını kullanarak lâstik tedarik etmelerini önlediğine ve pazarın ayrıştırılmasına yol açtığına dikkat çekmiştir¹⁰⁵.

Komisyon'un "üç aydan fazla süren miktar indirimlerine ATAD'ın karşı çıktığı yönündeki" değerlendirmesinin gerçeği yansıtmadığını belirten İDM¹⁰⁶, bunun dışında Komisyon'un tüm görüşlerini onaylamıştır. Bu bağlamda, İDM'nin kararındaki birkaç nokta özellikle dikkate değerdir. Öncelikle İDM; "miktar indirimlerinin sağlayıcının maliyetlerini düşürmek zorunda olduğunu"¹⁰⁷ ve yine miktar indirimlerinin "iktisadi olarak haklı görülebilir bir yarar sağlamadıkça kötüye kullanma olarak değerlendirileceğini"¹⁰⁸ vurgulayarak miktar indirimlerinin yasallığını etkinlik sağlamalarına bağlamıştır (Jones ve Sufrin 2004, 439). İDM'nin 82. madde kapsamında bir ihlal tespitinin yapılabilmesi için,

İlgili uygulamanın mutlaka gerçek etkilerinin ortaya çıkmış olmasına gerek bulunmadığı, uygulamanın bu etkileri doğurma imkânına sahip olmasının yeterli olduğu¹⁰⁹

yönündeki görüşü de indirim sistemlerinin değerlendirilmesi bakımından oldukça önemlidir. Rekabet hukuku çevrelerince yoğun bir şekilde eleştirilen bu yaklaşıma göre, herhangi bir indirimin kötüye kullanma olarak kabul edilebilmesi için, bu uygulamanın pazardaki etkilerine bakılmaksızın sadakat artırma potansiyelinin ortaya konulması yeterli olacaktır. Böylece uygulamanın ihlal teşkil etmediğinin ispatı büyük oranda hâkim durumdaki teşebbüse yüklenmektedir¹¹⁰ (Jones ve Sufrin 2004, 440).

AB rekabet hukukunda indirim sistemlerine ilişkin olarak en çok tartışma yaratan kararlardan birisi de *Virgin/British Airways (BA) Kararı*¹¹¹, dır. BA, Birleşik Krallıkta bulunan seyahat acentalarına üç farklı indirim sistemi uygulamıştır. Bu indirimlerden "pazarlama anlaşmaları" olarak da adlandırılan

¹⁰⁴ Ibid. para 218-225.

¹⁰⁵ Ibid. para. 242-247.

¹⁰⁶ Case T-203/01, Manufacture Française Des Pneumatiques Michelin v. Commission (2004).

¹⁰⁷ Ibid. para. 58.

¹⁰⁸ Ibid. para. 59.

¹⁰⁹ Ibid. para. 239.

¹¹⁰ Karar'ın bir başka bölümünde yer alan "82 madde bakımından 'rekabet karşıtı amaç' ile 'rekabet karşıtı etki'nin aynı olduğu" yönündeki ifadenin de aynı doğrultuda değerlendirilmesi mümkündür.

¹¹¹ Virgin British Airways (2000) OJ L 30/1

ilk indirim türü, acentaların sattıkları bilet satış cirosunu, bir önceki yıla göre artırmaları karşılığında verilmektedir. “Performans Ödüllerindirme Sistemi (PÖS)” olarak adlandırılan ikinci grup indirimlerde ise, acentaların her ay, bir önceki yılın ilgili ayında elde ettikleri cironun %95’ini elde etmeleri şart koşulmaktadır. BA’nın dünya çapındaki satışlarına ilişkin olarak üç seyahat acentası ile imzaladığı “Global Anlaşmalar” kapsamında ise referans dönem üç aydır ve yine acentaların bir önceki yılda aynı dönemdeki ciroları hedef olarak belirlenmektedir. Her üç indirim türünde de miktar hedefleri kişiselleştirilmiştir ve indirimler, acentaların toplam ciroları üzerinden verilmektedir. PÖS’de diğerlerinden farklı olarak, uluslar arası ve yerel biletler farklı ödüllendirilmektedir. Müşteriler hedefi tutturmuşlarsa uluslararası biletlerin %3’ü oranında, yerel biletlerin ise %1’i oranında indirim almaktadır; ancak miktar hedefleri uluslar arası biletler ve yerel biletler şeklinde ayrılmamıştır.

BA’nın indirim sistemlerini değerlendirirken Komisyon öncelikle *Hoffmann La Roche*¹¹² ve *Michelin I*¹¹³ Kararları’na atıf yaparak bu davalarda, hâkim durumdaki teşebbüslerin etkinliğe ilişkin indirimler verilebileceğinin benimsendiğine dikkat çekmiş; ancak BA’nın sunduğu indirimlerin bu kategoride değerlendirilemeyeceğini belirtmiştir¹¹⁴. Komisyon bu argümanını, BA’nın indirim sisteminde, küçük bir acentenin satışlarını artırarak yüksek bir indirim oranı kazanırken BA’nın ölçeğine ciddi katkı sağlayabilecek büyük bir acentenin daha fazla satış yapmasına rağmen aynı indirim alamadığı tespitine dayandırmıştır. Bu tespit aynı zamanda BA’nın indirim sistemlerinin Komisyon tarafından “ayrımcı” olarak nitelenmesinde de gerekçe olarak kullanılmıştır¹¹⁵.

Komisyon değerlendirmesinde, referans dönemin uzunluğuna atıf yapmaksızın indirim sistemlerinin “geriye dönük” olması ve BA’nın Birleşik Krallık havayolu pazarlarında çok büyük bir “çekirdek satış”a sahip olması üzerinde durarak indirim eşiklerinden herhangi birisine yakın bir acentenin birkaç tane daha fazla BA bileti satmasının, bu acentanın geliri üzerindeki etkisine dikkat çekmiş; buna karşılık rakip bir havayolu şirketinin BA’nın müşterilerinin %1’ini kendisine çekmek için BA’dan çok daha fazla indirim vermek zorunda olduğunu ortaya koymuştur¹¹⁶. Ancak Komisyon, BA’nın indirim sistemini değerlendirirken, rakip teşebbüslerin müşterilerin talebinin rekabete açık kısmında rekabet edip edemeyeceğini ya da BA’nın uyguladığı fiyatın maliyet altı bir fiyatlama olup olmadığını, diğer bir ifadeyle rakip teşebbüslerin kârlı bir şekilde BA’nın indirim sistemine karşı koyup koyamayacaklarını araştırmamıştır.

¹¹² Bkz. dipnot 62.

¹¹³ Bkz. dipnot 69.

¹¹⁴ Ibid. para. 101-102.

¹¹⁵ Ibid. para. 108-109.

¹¹⁶ Ibid. para. 29-30.

Komisyon'un kararını olduğu gibi onaylayan İDM¹¹⁷, *Michelin II*'deki kararına benzer şekilde,

82 madde kapsamında bir kötüye kullanmanın ortaya konulması için söz konusu kötüye kullanmanın ilgili pazarda somut bir etkisinin bulunduğunun gösterilmesine gerek bulunmadığını, kötüye kullanma eyleminin rekabeti sınırlama potansiyeline sahip olduğunun gösterilmesinin ihlal tespiti için yeterli olduğunu¹¹⁸

belirtmiştir. İndirim sisteminin uygulandığı dönemde BA'nın pazar payının düştüğü yönündeki savunmayı ise İDM, indirim sistemi uygulanmasaydı pazar payının daha fazla düşebileceği gerekçesiyle reddetmiştir¹¹⁹. Ayrıca İDM, *Michelin II*¹²⁰, de maliyet tasarrufu gibi iktisadi haklı gerekçeleri, sadece miktar indirimleri bağlamında kabul ederken, BA'da sadakat artırıcı indirimlerin de etkinlik yaratması halinde rekabetçi olarak kabul edilebileceğini belirtmiştir.

Komisyon'un ve İDM'nin *Michelin II* ve *Virgin/BA* davalarındaki kararları, uygulamaların pazardaki etkilerinin araştırılmadığı ve salt şekli bir değerlendirme ile yetinildiği gerekçesiyle rekabet hukuku çevrelerinin yoğun eleştirilerine maruz kalmıştır. 82. madde bağlamındaki diğer görüşlerle birlikte bu eleştiriler, AB'de daha önce anlaşmalar ve yoğunlaşmaların kontrolü alanlarında başlatılmış olan iktisadi yaklaşımın, hâkim durumun kötüye kullanılması alanına da genişletilmesi yönünde ciddi bir baskı oluşturmuş ve bunun sonucunda Komisyon, 2005 yılında, "82. Madde'nin Dışlayıcı Kötüye Kullanmalara Uygulanmasına İlişkin Tartışma Metni (Tartışma Metni)"ni kamuoyuna duyurarak bu alandaki çalışmalarını resmen başlatmıştır.

Söz konusu Tartışma Metni, dikkatlerin ATAD'ın *Virgin/BA* Davası'na ilişkin vereceği karara çevrilmesine neden olmuş ve ATAD'ın Kararı¹²¹ 2007 yılının Mart ayında açıklanmıştır. Beklentilerin aksine söz konusu karar'da ATAD, İDM'nin kararında uygulamanın kapama etkisine ilişkin tüm faktörlerin dikkate alındığını belirterek kararı onaylamıştır. ATAD'ın bu kararı, Mahkeme'nin 82. madde kapsamında yürütülen incelemelerde iktisadi analizlere daha fazla yer verilmesini ve böylece ihlal tespitinde ispat yükünün ağırlaştırılmasını Komisyon kadar elzem görmediği şeklinde yorumlanmıştır (Faella 2007, 19). Ancak yine de, kararın bir bölümünde Mahkeme'nin indirim sistemlerinde kötüye kullanmanın tespiti için, salt sadakat artırıcı etkinin yeterli

¹¹⁷ Case T- 219/99 *British Airways v. Commission* (2004)

¹¹⁸ *Ibid.* para. 293.

¹¹⁹ *Ibid.* para. 298.

¹²⁰ Bkz. dipnot 87.

¹²¹ Case C-95/04, *British Airways v. Commission* (2007).

olmayacağını; kapamaya ilişkin etkinin de bulunması gerektiğini¹²² belirtmesi dikkat çekicidir.

AB rekabet hukuku'nda indirim sistemlerine ilişkin olarak değinilebilecek son karar, Komisyon'un indirim sistemlerine ilişkin Tartışma Metni'nden sonraki ilk kararı olan *Prokent/Tomra* Kararı¹²³ dır. Karar, kullanılmış içecek kutularının toplanmasında kullanılan geri dönüşüm makinelerinin (*reverse vending machines*) ve yan ürünlerinin satışını yapan Tomra'nın uyguladığı bir dizi geriye dönük indirim ele almaktadır. Söz konusu kararında Komisyon, Tartışma Metni'nde sunduğu detaylı testi¹²⁴ uygulamamış; sadece Tomra'nın indirim sistemine karşı koyabilmek için herhangi bir rakibin uygulamak zorunda olduğu fiyatları tahmin ederek rakiplerin indirim eşliğinin altındaki birimler için çok düşük, hatta bazen negatif fiyatlar sunmak zorunda olabileceklerine dikkat çekmiş ve indirim istemlerinin pazardaki etkilerini ortaya koymak için yıllara göre Tomra'nın ve rakiplerinin pazar paylarındaki değişimi delil olarak sunmuştur. En kötü senaryoda dahi rakip teşebbüslerin maliyet altı bir fiyatlamaya yapmak zorunda olmadığı yönündeki savunmayı ise Komisyon, teorik olarak çok da güçlü olmayan gerekçelerle reddetmiştir¹²⁵.

3.2. ABD ANTİTRÖST HUKUKUNDA İNDİRİM SİSTEMLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

3.2.1. İlgili Yasal Mevzuat

ABD antitröst hukukunda indirim sistemleri, dışlama etkileri nedeniyle Sherman Yasası'nın 2. Bölümünde¹²⁶ ve Clayton Yasası'nın 3. Bölümü'nde¹²⁷, ayrımcılık etkileri nedeniyle de Robinson Patman Yasasının 2(a) Bölümünde¹²⁸ ele alınmaktadır.

Sherman Yasası'nın 2. Bölümünde,

Federe devletler arasındaki ya da onlarla yabancı devletlerin arasındaki ticaretin herhangi bir bölümünde tekelleşen, tekelleşmeye teşebbüs eden ya da tekelleşmek amacıyla başkaları ile gizli sözleşmeler yapan herkes cürüm işlemiş sayılarak cezalandırılacaktır.

¹²² Ibid. para 77.

¹²³ Case COMP E-1/38.113- Prokent/Tomra (Karar resmi olarak henüz yayımlanmadı)

¹²⁴ Söz konusu test, ayrıntılı bir şekilde çalışmanın dördüncü bölümünde ele alınmıştır.

¹²⁵ Tomra'nın savunmasına ve Komisyon'un bu savunmaya ilişkin cevabına çalışmanın dördüncü bölümünde ayrıntılı olarak yer verileceği için bu bölümde detaya girilmeyecektir.

¹²⁶ 15 U.S.C.A. § 2

¹²⁷ 15 U.S.C.A § 14.

¹²⁸ 15 U.S.C.A. § 15.

hükmü yer almaktadır. Dikkat edileceği üzere yasada, “tekelleşme” eyleminin yanında “tekelleşmeye teşebbüs etme” ve “tekelleşmeye yönelik danışıklılık” da yasaklanmaktadır.

Clayton Yasası’nın 3. Bölümü’nde ise, satıcı ya da kiralayan tarafından bir malın satımı ya da kiralanmasında ve bununla ilgili olarak belli bir fiyat ya da indirim uygulamasında, alıcı ya da kiracının rakip malları kullanmama ya da satmama koşuluna bağlı olarak yapılan ve rekabeti önemli derecede azaltabilecek ya da ticaretin herhangi bir alanında tekel yaratılmasına yol açabilecek nitelikteki sözleşme, anlaşma, uzlaşma ya da benzer durumların hukuka aykırı olduğu belirtilmiştir.

Fiyat ayrımcılığına yol açan indirim uygulamaları, ABD antitröst hukukunda Robinson Patman Yasası’nın 2(a) Bölümü’nde yasaklanmıştır. Ancak bu yasanın temel özelliği sadece malları kapsamasıdır. Herhangi bir indirim uygulamasının Robinson Patman Yasası kapsamında yasaklanması için, benzer ölçü ve kalitedeki ürünleri federe devletler arasında iki alıcıya satan bir satıcının ayrımcı uygulamasının rekabete esaslı bir zarar vermesi gerekmektedir. Robinson Patman Yasası’nda birincil düzey zararlara ilişkin davalarda ispat yükü, hemen hemen Sherman Yasası’nın 2. Bölümü’ndeki ile aynıdır¹²⁹. İkincil düzey zararlarda ise, “erişebilirlik (*availability*)” büyük önem arz etmektedir. Eğer bir indirim belirli tüm alıcılara açıksa ve indirime ulaşmak alıcının kontrolü altındaki bir eyleme bağlıysa erişilebilirliğin bulunduğunu söylemek mümkündür ve ayrımcılık söz konusu olmayacaktır. İndirim sistemleri bağlamında ikincil düzey zarara ilişkin bir dava bulunmamakla birlikte, genel olarak mahkemelerin konuya yaklaşımı, alıcının kendi iradesi ile rakip şirketin ürünlerini tercih etmesi durumunda, Robinson Patman Yasası kapsamında bir ayrımcılıktan söz edilemeyeceği yönündedir (Bruckmann 2001).

3.2.2. Dava Hukuku

İndirim sistemlerine ilişkin olarak ABD Antitröst Hukuku’nda bugüne kadar herhangi bir kamu davası açılmamıştır. Aşağıda incelenecek olan davaların tamamı, özel hukuk davasıdır. ABD mahkemelerinin “paket indirimleri” ile “tek ürün indirimleri”ne yaklaşımında ciddi farklılıkların bulunması nedeniyle bu bölümde öncelikle tek ürün indirimlerine ilişkin davalar, ardından da paket indirimlerine ilişkin davalar ele alınacaktır.

¹²⁹ Sadece “hasat imkânı”nın ispatlanması noktasında Sherman Yasası’ndan daha hafif bir ispat yükü kabul edilmektedir (Bruckmann 2001, 260).

3.2.2.1. Tek Ürün İndirimlerine İlişkin Davalar

ABD antitröst hukukunda tek ürün indirimlerine ilişkin az sayıdaki davadan birisi, *Barry Wright v. ITT Grinnel*¹³⁰ dir. Davanın taraflarından Grinnel, nükleer santrallerin boru tesisatını inşa eden bir şirkettir. Pasifik firmasının nükleer santrallerin boru tesisatının yapımında kullanılan mekanik söndürücülerin tek yerel üreticisi olmasından rahatsız olan Grinnel, Barry Wright Corporation'la bir anlaşma yaparak Barry Wright'ın kendi mekanik söndürücülerini geliştirmesine katkıda bulunma ve 1977-78 yıllarını kapsayan iki yıl boyunca mekanik söndürücü ihtiyacını Barry Wright'dan karşılama hususunda bir taahhütte bulunmuştur. Bir süre sonra, Grinnel'in kendisine alternatif kaynak geliştirmeye çalıştığını farkedenden Pacific, söndürücü ihtiyacının tamamını kendisinden temin etmesi karşılığında Grinnel'e küçük söndürücüler için %30, büyük söndürücüler içinse %25 indirim vermeyi teklif etmiştir. İlk başta Grinnel bu teklifi reddetmiş ancak bir süre sonra Barry Wright taahhütlerini aksatınca, teklifi kabul etmiştir. Bunun üzerine pazardan çekilen Barry Wright, %30 ve %25 oranındaki indirimlerin makul olmayan derecede düşük olduğu gerekçesiyle, Grinnel ve Pacific'in Sherman Yasasının 1. ve 2. bölümlerini, Clayton Yasasının 3. Bölümünü ihlal ettiği gerekçesiyle dava açmıştır.

İndirimlerin fiyatları ortalama toplam maliyetlerin altına düşürmediği gerekçesiyle davacının iddiaları hem Bölge Mahkemesi hem de Temyiz Mahkemesi'nin 1. Dairesi tarafından reddedilmiştir. Pacific'in ortalama toplam maliyetin üzerindeki fiyatların da dışlamaya yol açabileceği noktasındaki iddiasına ilişkin olarak ise Temyiz Mahkemesi, bir kısım iktisatçıların teorik olarak maliyet üstü fiyatlamaya yol açan uygulamaların da rekabeti bozabileceğini otaya koyduklarını kabul etmiş; ancak mahkemelerin iktisatçıların tartışmalı durumdaki her türlü görüşünü kararlarına yansıtması durumunda antitröst hukukunun iktisadi amaçlarının tam tersi sonuçların doğabileceğini belirterek bu iddiayı reddetmiştir (OECD 2002, 185; Kobayashi 2005, 15).

ABD'de tek ürüne ilişkin indirimlerin ele alındığı bir diğer dava, *Brooke Group Ltd. V. Brown & Williamson Tobacco Corp.*¹³¹ dur. Bu dava, B&W ve Liggett ünvanlı iki sigara üreticisi arasındaki rekabete ilişkindir. 1980'lerin ortalarına kadar her iki firma da markalı sigara üretmişlerdir. 1980'de küçük bir üretici olan Liggett, markalı sigaralardan %30 düşük bir fiyata piyasaya markasız ürünler sürmüştür. Bunun üzerine 1984 yılında %12'lik pazar payıyla sektörde üçüncü büyük üretici olan B&W de markasız ürün pazarına girmiş ve

¹³⁰ 724 F. 2d 227 (1983)

¹³¹ 509 U.S. 209 (1993).

iki firma arasında fiyat savaşı başlamıştır.¹³² Savaş tarafların birbirlerinin toptancılarına miktar indirimleri sunmaları yoluyla gerçekleşmiştir. Ancak Liggett'in çabalarına rağmen B&W her seferinde daha büyük indirimler sunabilmiş ve sonuçta Liggett'in toptancı indirimlerini kesmesi ve markasızların fiyatını markalılara yaklaştırmasıyla savaş sona ermiştir. Ancak Liggett, fiyat savaşı sırasında B&W'nin ayrımcı fiyat indirimlerinin rekabete önemli ölçüde zarar verdiğini ve bu sebeple Robinson Patman Yasası'nın (RPY) ihlal edildiğini ileri sürerek dava açmıştır (Kara 2003, 18).

Bu davada, B&W'nin miktar indirimleri, standart miktar indirimlerinden farklı bir takım nitelikler taşımaktadır. Birincisi, en yüksek indirimler halihazırda Liggett'in ürünlerini satan toptancılara verildiği için ayrımcıdır. Ayrıca indirimler düşüldükten sonra oluşan fiyatlar, üretimin ortalama değişken maliyetinin altında kalmaktadır. Üstelik indirimlerle oluşturulan teşvikler çoğunlukla fiilî bir münhasırlığa yol açmıştır. Ancak bu münhasırlığın B&W'nun koyduğu eşiklerden kaynaklanıp kaynaklanmadığı hususu belirsizdir. Miktar indirimlerinin ve jenerik sigaraların farklılaşmadığı bu ortamda, dağıtıcılar çoğunlukla tüm markasız sigara taleplerini tek bir sağlayıcıdan karşılamaktadır (Kobayashi 2005, 8.16.2).

Davayı inceleyen Yüksek Mahkeme, öncelikle RPY kapsamında birincil düzey zararların, Sherman Yasası 2. Bölüm kapsamındaki yıkıcı fiyat zararları ile aynı nitelikte olduğunu ortaya koymuş ve RPY kapsamında bir ihlalin ortaya konulabilmesi için şikayetçi tarafından i) fiyatın uygun bir maliyet ölçüsünün altında olduğunun ii) davacı rakibin maliyet altı fiyata ilişkin zararlarını telafi etmek için makul bir beklentisinin, ya da Sherman Yasası anlamında tehlikeli bir ihtimalinin bulunduğu ispatlanması gerektiğini belirtmiştir. Bu noktadan hareketle Mahkeme, B&W'nin miktar indirimleri sonucundaki net fiyatlarının ilgili maliyet ölçüsünün altında olduğuna ve anti rekabetçi niyetin varlığına ilişkin delillere rağmen, davacının antirekabetçi bir zararı ortaya koyamadığı gerekçesiyle davacının iddiasını reddetmiştir (Kobayashi 2005, 17).

Tek ürün indirimlerine ilişkin bir diğer dava, *Concoard Boat Corporation v. Brunswick Corporation*¹³³'dir. Bot motoru üretimi yapan Brunswick, 1983 yılında %75 pazar payına sahiptir. 1984 yılından başlayarak Brunswick, yıllık motor ihtiyacının %80'ini Brunswick'ten alan bot üreticilerine %3'lük, %70'ini alanlara %2'lik, %60'ını alanlara ise %1'lik bir geriye dönük pazar payı indirimi sunmuş ve uygulama 1997 yılına kadar devam etmiştir. 1995 yılında bot üreticileri Brunswick'e bir rekabet davası açmışlar ve Brunswick'in pazar payı indirimlerinin Sherman Yasası'nın 1. ve 2. Bölümü'nü ihlal ettiğini ileri sürmüşlerdir (OECD 2002, 186; Kobayashi 2005, 18).

¹³²Bu sırada Liggett'in markasız ürünler pazarındaki payı %97'dir

¹³³ 207 F 3d 1039 (2000)

Davayı inceleyen Temyiz Mahkemesi, öncelikle *Brooke Group*¹³⁴ kararının, maliyet üstü fiyat indirimlerinin meşru olduğuna ilişkin genel kuralı yansıttığını belirtmiş ve diğer motor üreticilerinin daha yüksek düzeyde indirim sunarak Brunswick'in fiyatlarına karşı koyabileceklerine dikkat çekerek davacıların iddiasını reddetmiştir (OECD 2002, 186; Kobayashi 2005, 18).

ABD antitrust hukukunda tek ürün indirimlerine ilişkin olarak değinilebilecek son dava, *Virgin Atlantic Airways, LTD v. British Airways PLC.*,¹³⁵ dir. Dava konusu indirimler, AB rekabet hukuku'nda da ele alınmış ve RA 82. Maddesi'nin ihlal ettiğine karar verilmiştir. BA'nın indirim sisteminin detaylarına AB rekabet hukukuna ilişkin kısımda değinildiği için burada tekrar edilmeyecektir¹³⁶. Şikayetçi taraf olan Virgin, BA'nın indirim uygulamalarının Sherman Yasası'nın 1. ve 2. Bölümlerini ihlal ettiğini iddia etmiştir. İkinci Bölüm'ün ihlaline ilişkin olarak Virgin'in iktisat uzmanı, maliyet altı fiyatlamayı ispatlayabilmek için BA'nın indirim sistemi sayesinde elde ettiğini varsaydığı ilave uçuşların maliyeti ile, bu uçuşlardan elde edilen geliri karşılaştırmıştır¹³⁷. Ancak gerek Bölge Mahkemesi gerekse Temyiz Mahkemesi, maliyet altı fiyatlamaya ilişkin delillerin varsayım dayandığı gerekçesiyle Virgin'in iddialarını reddetmiştir. Benzer şekilde paket indirimi iddiasına ilişkin olarak da mahkemeler, teorinin tek başına yeterli olmadığını, iddianın somut delillerle ispat edilemediğini belirterek iddiayı reddetmişlerdir.

3.2.2.2. Paket İndirimlerine İlişkin Davalar

ABD antitröst hukukunda paket indirimlerine ilişkin Sherman Yasasının 2. Bölümü kapsamında ihlal tespit edilen davalardan birisi, *SmithKline Corp. v. Eli Lilly & Co.*¹³⁸ Davasıdır. Davalı taraf Lilly, etken maddesi cephalosporin olan Keflin, Keflex (cephalexin), Loridine (cephaloridine), Kafocine (cephaloglycin), ve Kefzol (cefazolin) isimli antibiyotikler üzerinde sahip olduğu patent hakları sayesinde ABD pazarında 1964 - 1973 yılları arasında tekel olarak faaliyet göstermiştir. Ne var ki, 1973 yılından itibaren SmithKline, Kefzol'e rakip olarak Ancef isimli ürünü sunmuştur. Bunun üzerine Lilly, hastanelere tekel konumuna sahip olduğu Keflin ve Keflex'in yanında Kefzol'ün de alınması karşılığında %3 indirim sunmuştur (Kobayashi 2005, 2).

Davayı inceleyen Mahkeme, Lilly'nin üç üründe %3'lük indirimine karşı koyabilmek için Smith Kline'nın hastaneye göre değişecek şekilde %16 ila %35

¹³⁴ Bkz dipnot 131.

¹³⁵ 257 F. 3d 256 (2001)

¹³⁶ Ancak BA'nın sunduğu indirimlerin paket indirimi yönünün de bulunduğu belirtilmesi gerekir.

¹³⁷ Bu test, çalışmanın dördüncü bölümünde ele alınan "artan maliyet-artan gelir testi"dir.

¹³⁸ 575 F. 2d 1056

arasında bir indirim sunmak zorunda kaldığını; Smith Kline'nın maliyetlerini Lilly'nin seviyesine düşürmüş olsa bile vermek zorunda olduğu indirimler nedeniyle satışlarından zarar edeceğini tespit etmiş ve dolayısıyla Lilly'nin Keflin ve Keflex'deki tekel konumunu Kefzol pazarından rakibi dışlamak için kullandığına karar vermiştir (Kobayashi 2005, 2; OECD 2002, 187).

Benzer bir paket indirimi, *Ortho Diagnostic Systems v. Abbott Labs, Inc.*,¹³⁹ davasında ele alınmıştır. Davalı Abbott, kandaki virüslerin tespitinde kullanılan beş testi satmaktadır ve bu testlerin dördünde yaklaşık %80-90 oranında pazar payına sahiptir. Ortho ise dört test satmakta, ancak bunlardan birisi çok az kabul görmektedir. Dolayısıyla Abbott, beş testten ikisinde tekel konumundadır. Dava konusu olay, Abbott'un Toplum Kan Merkezleri Konseyi (Council of Community Blood Centers-CCBC) ile yaptığı sözleşmede sunduğu indirimdir. Söz konusu sözleşmede, CCBC'nin iki, üç ve beş testi Abbott'tan alması halinde uygulanacak fiyatlar ayrı ayrı belirlenmiştir. Dikkat çekici husus, beş testin tamamının Abbott'tan alınması halinde ödenecek toplam fiyattan üç testin alınması halinde ödenecek toplam fiyattan daha düşük olmasıdır. Ortho, bu uygulamanın Sherman Yasası'nın 2. Bölümü kapsamında değerlendirilmesi gerektiği iddiasıyla dava açmıştır.

Mahkeme öncelikle indirim sonrasında oluşan nihai fiyatların maliyet üstünde olduğu gerekçesiyle uygulamanın per se yasal kabul edilmesi yönündeki iddiayı reddetmiş ve

Ürettiği ürünlerden bir veya bir kaçında tekel konumunda; diğerlerinde rekabet halinde bulunan bir teşebbüsün, bu ürünleri paket halinde maliyet üstü bir fiyata satarak da eş etkin rakipleri dışlayabileceğini¹⁴⁰

belirtmiştir. Dolayısıyla mahkeme; paket fiyatlamalarında, ortalama değişken maliyetin altındaki fiyatlamaların yanında, rekabetçi ürününün üretimini yapan eş etkin bir rakibin, söz konusu ürünü kârlı bir şekilde üretmesine engel olan fiyatlamaların da yasaklanabileceğini kabul etmiştir.¹⁴¹ Ancak Ortho bu davada Abbott'un fiyatlarının eş etkin bir rakibin dışlanmasına yol açacağını ileri sürmemiştir. Kaldı ki zaten Abbott'un fiyatları da, mahkemenin sunduğu teste göre eş etkin bir rakibi dışlayacak düzeyde değildir.

Davada Ortho'nun iddiası ise farklı bir teste dayanmaktadır¹⁴². Buna göre; Abbott'un uyguladığı indirim, ancak ilave iki test daha satılarak elde

¹³⁹ 920 F. Supp. 455 (1996)

¹⁴⁰ Ibid. para. 467.

¹⁴¹ Mahkeme tarafından sunulan test, esasında çalışmanın dördüncü bölümünde incelenen "dışlayıcı paketleme" testinin bir versiyonudur.

¹⁴² Ortho'nun testi ise, çalışmanın dördüncü bölümünde tek ürün indirimlerine ilişkin olarak incelenen "yıkıcı kapama testi"nin paket indirimlerine uygulanmasıdır.

edilecek gelirin, üç testin fiyatında indirim yapılarak kaybedilen gelirden daha fazla olması halinde yasal kabul edilecektir. Mahkeme, bu testi ne kabul etmiş ne de reddetmiştir. Ancak Ortho testi Abbott'un fiyatlamasına uygularken sadece uygulanan fiyatlara yoğunlaşmış; indirimli fiyatlarla artacak satışları dikkate almamıştır. Dolayısıyla Ortho, Abbott'un uygulamasının testi geçemeyeceğini ispat edememiştir. Bu nedenle mahkeme, Ortho'nun iddiasını reddetmiştir¹⁴³.

Paket indirimlerine ilişkin olarak değinilebilecek bir diğer dava, *Le Page's v. 3M*¹⁴⁴ Davasıdır. Sağlık bakım ürünleri, evsel ürünler, ofis ürünleri gibi farklı alanlarda faaliyet gösteren 3M, Scotch markasıyla ABD'de "şeffaf bant" pazarında ciddi bir pazar gücüne sahiptir. Ancak Le Page's başta olmak üzere 1980'lerden itibaren pazara giren birtakım firmalar, büyük perakendecilere fason üretim yaparak 3M'in Scotch marka ürününün pazardaki konumunu tehdit eder duruma gelmiştir. Bunun üzerine 3M, kendi ürettiği altı farklı ürün kategorisinde perakendecilere özel kişiselleştirilmiş miktar hedeflerinin bulunduğu bir indirim sistemi sunmuştur. Bu sistemde, kazanılacak indirimin büyüklüğü, müşterinin hedefi yakaladığı ürün kategorisi sayısına göre belirlenmektedir ve en fazla indirim altı ürün kategorisinin tamamında hedefin yakalanması halinde kazanılmaktadır. Bu uygulamadan zarar gördüğünü ileri süren (pazar payının %14,4'ten %9,5'a gerilediği gerekçesiyle) Le Page's, 3M'in indirim sisteminin Sherman Yasası'nın 2. Bölümünü ihlal ettiği iddiasıyla dava açmıştır.

Davayı inceleyen juri, 3M'nin uygulamasının "tekül konumun yasal olmayan yollarla devamı" olduğuna karar vermiştir. 3M'nin '*Smith Kline* kararına göre şikayetçinin 3M kadar etkin olduğunu göstermesi gerektiği ancak gösteremediği' yönündeki iddiasına rağmen Bölge Mahkemesi, juri kararını bozmamıştır. Temyizde ise, üç hâkimden oluşan heyet 3M'nin savunması doğrultusunda karar vererek şikayetçinin uygulama sonucunda eşit etkinlikteki rakibin dışlanacağını göstermesi gerektiğini belirtmiş; ayrıca şikayetçinin 3M'nin maliyet altında fiyatlama yaptığını ortaya koyamadığına dikkat çekerek Bölge Mahkemesi'nin kararını bozmuştur. İtiraz üzerine dava Temyiz Mahkemesinin 3. Dairesi'nin Genel Kurulu'nda ele alınmış ve Genel Kurul kararı değiştirerek juri kararını onaylamıştır.

Rekabet hukuku çevrelerinden hayli tepki toplayan kararında Temyiz Mahkemesi'nin 3. Daire Genel Kurulu, önceki kararlarının aksine, şikayetçiden 3M kadar etkin bir teşebbüs olduğunu ve maliyet altı fiyatlandırma yapmadan 3M'nin indirimine karşılık veremeyeceğini ispat etmesini istememiştir. Mahkememe özetle;

¹⁴³ Ibid. para. 471.

¹⁴⁴ 324 F. 3d 141(2003)

- a. İndirim uygulayan teşebbüs rakiplerinin sunamadığı ürünleri bağlıyorsa ve rakibinden pazar payı çalıyorsa paket indiriminin karine yoluyla hukuka aykırı olacağını,
- b. İndirim uygulayan teşebbüs uyguladığı indirimin, toplam indirime yakın bir maliyet tasarrufu sağladığı şeklinde bir savunma getirebilirse, bu karinenin çürütülebileceğini

belirtmiştir (Lambert 2005, 32). Yüksek Mahkeme ise, davayı görmeyi reddetmiştir.

3.3. AB VE ABD UYGULAMASINA İLİŞKİN DEĞERLENDİRME

İndirim sistemlerine ilişkin Komisyon ve mahkme kararları, AB rekabet hukukunda indirim sistemlerinin değerlendirilmesine ilişkin genel geçer çıkarımlar yapılmasına imkân tanımamaktadır. Bu durumun sebeplerinden birisi, Komisyon ve mahkeme kararlarında ihlâl teşkil eden ve etmeyen indirim sistemleri konusunda bir tutarlılığın ve açıklığın bulunmamasıdır. Örneğin, Komisyon'un ve mahkemelerin ilk dönemlerdeki kararlarında, "miktar indirimleri" yasal kabul edilmişken, *Portuguese Airport*¹⁴⁵ Kararı'nda bu indirimlerin "ayrımcılığa" yol açmaları halinde ihlal teşkil edeceği belirtilmiş; *Michelin II*¹⁴⁶ Kararı'nda ise daha da ileri gidilerek bu indirimler dışlayıcı kabul edilmiştir. Diğer taraftan *Hoffmann-La Roche*¹⁴⁷ Kararı'nda sadakat indirimleri münhasır alım anlaşmaları ile eş tutularak adeta *per se* ihlal olarak değerlendirilmişken, *Virgin/BA*¹⁴⁸ Kararı'nda bu indirimlerin iktisadi açıdan haklı gerekçelerle savunulmaları halinde ihlal teşkil etmeyeceği belirtilmiştir. AB rekabet hukukunda genel geçer çıkarımlar yapılmasını güçleştiren bir diğer husus ise, indirim sistemlerinin değerlendirilirken farklı davalarda farklı faktörlerin dikkate alınmış olması ve bu konuda iktisadi bakımdan anlamlı bir testin bulunmamasıdır.

Genel olarak ifade etmek gerekirse, indirim sistemlerine ilişkin AB rekabet hukuku uygulamalarında iktisadi bir yaklaşımın eksikliği dikkati çekmektedir. Komisyon ve mahkemelerin yakın zamana kadarki uygulamalarında, herhangi bir indirim sisteminin alıcıların indirim veren teşebbüsten daha fazla alım yapmasını sağlama kapasitesine sahip olması ya da farklı müşterilere farklı uygulamalara yol açması, ihlal tespiti için yeterli görülmemiştir. Diğer bir ifadeyle, ihlal tespitinde, pazar koşulları ışığında indirimin "gerçek" ya da "gerçekleşmesi muhtemel" etkileri araştırılmış; sadece

¹⁴⁵ Bkz. dipnot 90.

¹⁴⁶ Bkz. dipnot 94, 106.

¹⁴⁷ Bkz. dipnot 60, 62, 63.

¹⁴⁸ Bkz. dipnot 111,117,121.

indirim yapısına bakılarak ulaşılan “potansiyel etkiler” yeterli görülmüştür. İktisadi gerçekliklerden uzak olan bu yaklaşımın, rekabetçi pek çok davranışın yasaklanmasına yol açabileceği kuşkusuzdur. Komisyon’un Tartışma Metni’ndeki değerlendirmeleri ve 2006 yılında almış olduğu *Prokent/Tomra*¹⁴⁹ Kararı ise, önümüzdeki dönemde indirim sistemlerinin değerlendirilmesinde iktisadi bir yaklaşımın ağırlık kazanacağını işaretlerini sunmaktadır. Ancak bu yaklaşımın mahkemelerce de benimsenip benimsenmeyeceği hususu ise hâlâ kuşkuludur.

İndirim sistemlerine ilişkin Komisyon ve mahkemelerin kararları incelendiğinde, AB rekabet hukuku’nda indirim sistemlerinin;

- a. Sadakat artırıcı olmaları (alıcının indirim veren firmadan daha fazla alım yapmasını teşvik etmeleri),
- b. Ayrımcılığa yol açmaları,
- c. Haksız olmaları (adil olmamaları)
- d. Ortak pazarın bölümlere ayrıştırılmasına neden olmaları

nedeniyle “kötüye kullanma” olarak kabul edildikleri anlaşılmaktadır (Faella 2007).

İndirim sistemlerinin “sadakat artırıcı” olup olmadığı değerlendirilirken farklı davalarda değişik faktörler dikkate alınmıştır. Örneğin indirimin geriye dönük olarak verilmesi bunlardan birisidir. Komisyon ve mahkeme kararlarında, indirimlerin geriye dönük olarak verilmesinin, müşterilerin indirim veren teşebbüsten kazandığı toplam indirimi artırdığı, müşterileri kendilerine çekmek isteyen rakip firmaları daha fazla bir indirim uygulamaya zorladığı ve böylece rakiplerin rekabet etmesini zorlaştırdığı kabul edilmiştir. Geriye dönük indirimlere yönelik bu genel yaklaşımın yanında, üst dilim indirimlerinin değerlendirildiği *ICI*¹⁵⁰ ve *Solvay*¹⁵¹, kararlarında ise, indirim hedefinin yeterince yüksek olduğu ve hâkim durumdaki teşebbüsün “çekirdek satışları”na dayanarak müşterinin talebinin rekabete açık kısmı için rakip teşebbüslerin ekonomik olarak sunamayacağı bir fiyat uyguladığı ileri sürülerek, üst dilim indirimlerinin de dışlamaya yol açacağı kabul edilmiştir.

İndirim sistemlerinin “sadakat artırıcı” olarak değerlendirilmesinde dikkate alınan bir diğer faktör, “referans dönemin uzunluğu”dur. Ancak referans dönemin uzunluğu’na ilişkin olarak Komisyon ve mahkeme kararlarında bir tutarlılığın bulunduğunu söylemek mümkün değildir. Zira, bazı davalarda bu faktör dikkate alınmışken¹⁵² bazılarında hiç dikkate alınmamıştır¹⁵³. Ayrıca, ne

¹⁴⁹ Bkz. dipnot 123.

¹⁵⁰ Bkz. dipnot 79.

¹⁵¹ Bkz. dipnot 80.

¹⁵² Bkz. Michelin I, Michelin II.

kadarlık bir sürenin “görece uzun bir süre” olduğu ve sadakat artırıcı etki doğurduğu da açık değildir. Örneğin *Michelin I*¹⁵⁴, de bir yıllık bir süre “görece uzun bir süre” olarak kabul edilmişken, Komisyon’un *Michelin II*¹⁵⁵ Kararında, üç aydan uzun süreli referans döneme sahip indirim sistemlerinin sadakat artırıcı olarak kabul edileceğini belirtilmiş; ancak bu değerlendirme İDM tarafından kabul edilmemiştir. Coca Cola’nın indirim sistemlerine ilişkin uzlaşma ile sonuçlanan bir incelemede ise, Komisyon üç aylık bir referans döneme rıza göstermiştir (Jones ve Sufrin 2004, 432).

İndirim sistemlerinin değerlendirilmesinde referans dönemin uzunluğunun dikkate alınıp alınmaması hususunda rekabet hukuku yazınında da bir mutabakatın bulunduğunu söylemek mümkün değildir. Bu noktada Gyselen (2003, 47), indirim sistemlerinin değerlendirilmesinde referans dönemin uzunluğunun önemli olduğunu vurgulayarak herhangi bir indirimdeki referans dönemin “görece uzun” olup olmadığını değerlendirilmesinde endüstrideki normal sipariş döngüsünün dikkate alınmasını önerirken, Maier-Rigaud (2005, 29), indirim sistemlerinin yarattığı geçiş maliyetinde “referans dönemin uzunluğu”nun belirleyici bir faktör olmadığını; dolayısıyla indirim sistemlerinin değerlendirilmesinde bu unsurun dikkate alınmasının gereksiz olduğunu belirtmektedir. Bizim de katıldığımız Faella (2007, 25-26)’nın görüşüne göre ise; referans dönemin uzunluğu, indirim sistemlerinin dışlama etkisinin değerlendirilmesinde doğrudan bir faktör olmamakla birlikte, dolaylı bir faktördür. Geriye dönük indirimlerde referans dönem süresince hâkim durumdaki teşebbüsten yapılmış olan alım miktarı, geçiş maliyetinin (soğurma etkisinin) hesaplanmasında belirleyici bir faktör olduğu için¹⁵⁶ zamanın geçmesi, dolaylı olarak geçiş maliyetini ve böylece indirimin potansiyel dışlama etkisini artırabilecektir.¹⁵⁷

AB rekabet hukukunda indirim sistemlerinin sadakat artırıcı etkisini güçlendirdiği kabul edilen diğer faktörler;

- İndirimlerin paket indirimi niteliğini taşıması¹⁵⁸,

¹⁵³ Bkz. Irish Sugar, Virgin /BA.

¹⁵⁴ Bkz. dipnot 67, 69, 75.

¹⁵⁵ Bkz. dipnot 94.

¹⁵⁶ Çalışmanın ikinci bölümünde de belirtildiği üzere, herhangi bir indirim sistemindeki geçiş maliyeti (soğurma etkisi); indirim veren teşebbüsten halihazırda yapılan alımlara ve indirim oranına bağlıdır.

¹⁵⁷ Ne var ki, referans dönem süresince yapılan alımlar ancak müşterinin çekirdek talebini aşması halinde geçiş maliyetini artıracığı için; müşterinin toplam talebinin çok büyük bir kısmı “çekirdek talep”ten oluşuyorsa, referans dönem boyunca yapılan alımlar önemli olmayacaktır. Buna karşılık müşterinin talebinin büyük bir kısmı rekabete açık ise; referans dönemin uzunluğu, geçiş maliyetinin düzeyinin belirlenmesinde bir gösterge olabilecektir (Faella 2007, 26).

¹⁵⁸ Bkz. *Hoffman-La Roche, Michelin I*.

- İndirimin müşterileri belirsizlik içerisinde bırakması¹⁵⁹,
- Pazardaki kâr paylarının düşük olması ve dolayısıyla indirimlerin müşterilerin kârlılığında önemli bir değişiklik yaratması¹⁶⁰ ve
- Hâkim durumdaki teşebbüsün rakiplerine oranla portfolyo ya da pazar payı üstünlüğüne sahip olmasıdır¹⁶¹ (Gyselen 2003).

İndirimlerin ayrımcılığa yol açması noktasında ise, Komisyon ve mahkemelerin salt farklı müşterilere farklı uygulama yapılmasına yoğunlaştıkları ve indirimlerin alt pazardaki rekabete zarar verip vermediğini araştırmadıkları dikkati çekmektedir. Oysaki, çalışmanın ikinci bölümünde de ortaya konulduğu üzere, ayrımcı uygulamalar, bazı durumlarda üretimi ve tüketici refahını artırabilmektedir. Bunun tespiti ise, ancak bu uygulamaların etkilerinin ayrıntılı olarak değerlendirilmesi ile mümkündür.

*Michelin II*¹⁶² Davasında Komisyon ve İDM, inceleme konusu indirim uygulamasının, şeffaf olmaması ve hâkim durumdaki teşebbüse keyfi uygulama imkânı vermesi nedeniyle haksız olduğunu ileri sürmüştür. Ancak; indirim sistemlerinin haksız uygulamaya yol açması, esasında 82. madde kapsamında ayrı bir ihlal teşkil etmemekte daha çok uygulamanın dışlayıcı ve ayrımcı niteliğini pekiştirmektedir.

Aynı davada Komisyon, indirim sistemi kapsamında sadece Michelin'in Fransa'daki şirketinden yapılan alımlar dikkate alındığı için uygulamanın ortak pazarın bölümlere ayrılmasına yol açtığını ve üye devletlerden yapılacak ithalatı engellediğini belirtmiştir. Bu değerlendirme AB rekabet hukukunun tüketici refahının (ya da toplam refahın) artırılması gibi iktisadi bir amacın ötesinde tek pazarın sağlanması gibi siyasi bir amaç da taşıdığını göstermektedir (Faella 2007, 15).

AB rekabet hukukunda indirim sistemlerinin değerlendirilmesine ilişkin olarak belirtilebilecek son husus, bu uygulamaların iktisadi bakımdan haklı gerekçelerle savunulabilmesinin prensip olarak kabul edildiği; ancak pratikte Topluluk Organları'nca bunun dikkate alınmadığıdır. Bu bağlamda özellikle kişiselleştirilmiş miktar ya da pazar payı hedefli indirimlerin, ayrımcı yönlerinin belirgin olması nedeniyle, ölçek ekonomileri ile savunulmalarının neredeyse imkânsız olduğunu söylemek mümkündür (Gyselen 2003, 48).

İndirim sistemlerine ilişkin ABD'deki dava hukuku ile AB'deki Komisyon ve yargı kararları karşılaştırıldığında, en başta ABD uygulamasında iktisadi analizlere AB uygulamasındakinden çok daha fazla yer verildiği dikkat

¹⁵⁹ Bkz. *Michelin I*.

¹⁶⁰ Bkz. *Michelin II*

¹⁶¹ Bkz. *Michelin II, BA/Virgin*

¹⁶² Bkz. dipnot 77, dipnot 87.

çekmektedir. İhlalin tespitinde de ABD'deki ispat yükünün AB'dekinden çok daha ağır olduğunu söylemek mümkündür. AB'de indirim sistemlerinin ihlal olarak değerlendirilmesinde, söz konusu uygulamaların “dışlama etkisi doğurmaya eleverişli olması” yeterli görülürken, ABD uygulamasında eylemin dışlama etkisi göstermesinin imkân dahilinde olması yeterli görülmemekte; adeta uygulamanın “gerçek” etkilerinin ortaya konulması istenmektedir. Buna bağlı olarak, AB'de ispat yükü büyük oranda hâkim durumdaki teşebbüse yüklenmişken, ABD'de tam tersi şikayetçiye yüklenmiştir. İspat yüküne ilişkin olarak iki hukuk sistemi arasındaki farklılığın en somut örneğini *BA/Virgin* Dosyasında görmek mümkündür. *Virgin*'in AB rekabet hukukunda “ihlal” olarak değerlendirilen iddiaları, ABD mahkemelerince “yeterli delilden yoksun” olarak nitelendirilmiştir. Kanaatimizce iki hukuk sisteminin ihlalin tespiti noktasındaki yaklaşımları iki uç noktayı temsil etmektedir ve iki yaklaşım da pazardaki etkin rekabetin korunması açısından sakıncalar içermektedir. Bir tarafta, hâkim durumdaki teşebbüslerin her türlü indirim uygulamasını kötüye kullanma olarak değerlendirmeye meyilli, etkinlikleri dikkate almayan AB uygulaması, diğer tarafta da ispat yükünü bütün bütün şikayetçiye yükleyerek şikayetçinin rakibin maliyet yapısını bilmesini ve buna bağlı olarak indirimin rekabeti bozucu etkilerini somut bir şekilde ortaya koymasını bekleyen ABD uygulaması. İlk yaklaşım, pek çok rekabetçi davranışın yasaklanmasına yol açabilecek ve böylece rekabetçi davranışları ürkütebilecektir (hatalı müdahale). İkinci yaklaşım ise, rekabeti bozucu pek çok davranışa göz yumulması riskini barındırmaktadır (müdahaleden hatalı kaçınma). Bu noktada, etkin bir rekabet hukuku uygulamasının öncelikle iki hukuk sisteminin temsil ettiği uç noktalar arasında bir denge kurması gerektiği düşünülmektedir.

Diğer taraftan indirim sistemlerinin değerlendirilmesinde ABD mahkemelerinin vizyonunun Komisyon ve AT mahkemelerinden çok daha net olduğu görülmektedir. Bu durum özellikle tek ürün indirimlerinde daha belirgindir. ABD uygulamasında, maliyet altı fiyatlamaya yol açmayan tek ürün indirimleri *per se* yasal olarak kabul edilmektedir. Maliyet altı fiyatlamaya yol açan tek ürün indirimlerinde ise, “yıkıcı fiyat” testi uygulanmaktadır. AB uygulamasında ise, yukarıda belirtildiği üzere tablo bu kadar net değildir. Ancak bu değerlendirmelerden, ABD mahkemelerinin tek ürün indirimlerine ilişkin yaklaşımının kusursuz olduğu sonucunun da çıkartılması gerekir. Zira ABD uygulamasında, tek ürün indirimlerinin maliyet üstü fiyatlama yoluyla dışlamaya yol açabileceği gözardı edilmekte ve bu konudaki incelemeler adeta “yıkıcı fiyat” analizine indirgenmektedir. Oysaki, çalışmanın ikinci bölümünde de ortaya konulduğu üzere iktisadi çalışmalar, geriye dönük indirimlerin maliyet altı fiyatlamaya yol açmadan da dışlamaya yol açabileceğini ortaya koymaktadır. Bu açıdan, indirim sistemlerine ilişkin ABD yaklaşımının da iktisadi gerçeklikleri yansıtmada sorunlu olduğunu söylemek mümkündür. Hatta

Komisyon'un Tartışma Metni'ndeki yaklaşımı dikkate alındığında, iktisadi bulguların uygulamaya yansıtılması açısından son dönemdeki AB yaklaşımının ABD uygulamasından daha önde olduğunu dahi söylemek mümkündür.

Paket indirimlerinde ise, ABD uygulamasında paketin fiyatını maliyetinin altına düşürmeyen indirimlerin de dışlamaya yol açabileceği kabul edilmektedir. Bu bağlamda, 3M¹⁶³ kararına kadar dava hukukunda, eş etkin rakiplerin maliyet altı fiyat uygulamadan paket içerisindeki ürünlerle rekabet edip edemeyeceğini araştıran bir yaklaşımın hâkim olduğu; 3M kararında ise, paket indirimlerinin yasaklanması için adeta rakip teşebbüslerin paket içerisindeki ürünlerin tamamını üretmiyor olmalarının yeterli görüldüğü anlaşılmaktadır. Ancak rekabet hukuku çevrelerinden yoğun eleştiriler alan 3M kararının ABD'de bundan sonraki davalar için emsal teşkil edeceği kuşkuludur. Nitekim paket indirimlerine ilişkin olarak son dönemde bölge mahkemelerince ve Temyiz Mahkemesi'nce verilen pek çok kararda 3M'deki içtihadın aksi yönünde kararların verildiği görülmektedir¹⁶⁴ (Auricchio 2007, 17). Bu noktada özellikle yakın tarihli bir karar olması bakımından Temyiz Mahkemesi'nin 9. Dairesi'nin *Cascade Health Solutions v. Peace Health*¹⁶⁵ Davası önem taşımaktadır. Söz konusu davada Mahkeme;

Herhangi bir paket indiriminin Sherman Yasası'nın 2. Bölümü kapsamında dışlayıcı veya yıkıcı olduğunun ispat edilebilmesi için, paketin tamamına sunulan indirimin rekabetçi ürünlere atfedilmesi halinde davalının söz konusu ürünü maliyeti altında satıyor olması gerekir

hükmüne yer vermiştir. Temyiz Mahkemesi tarafından ileri sürülen bu test, 3M kararından bir geriye dönüşe işaret etmektedir.

¹⁶³ Bkz. dipnot 144.

¹⁶⁴ Bu kararların birkaçı: *JBDL v. Wyeth-Ayerst Laboratories* (485 F. 3d 880 - 2007); *Invacare Corp. v. Respironics Inc.* (2006 WL 3022968-2006); *Cascade Health Solutions v. Peace Health* (479 F 3d. 726, 727-2007) (Auricchio 2007,15-17).

¹⁶⁵ 479 F 3d. 726, 727 (2007)

BÖLÜM 4

**İNDİRİM SİSTEMLERİNİN
DEĞERLENDİRİLMESİNDE
İKTİSADİ YAKLAŞIM VE
UYGULANABİLECEK TESTLER**

**4.1. İNDİRİM SİSTEMLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİNDE
İKTİSADİ YAKLAŞIMIN ROLÜ VE ÖNEMİ**

Bir önceki bölümde, indirim sistemlerine ilişkin ABD ve AB uygulamaları arasında çok ciddi yaklaşım farklılıklarının bulunduğu dikkat çekilmişti. Bu farklılığın kısmen iki hukuk sistemi arasındaki mevzuat farklılığına atfedilmesi mümkündür. Ancak; “ayırışma” derecesine varan bu farklılıkların salt mevzuat farklılığı ile açıklanması da mümkün değildir. Son yıllarda rekabet hukuku yazınındaki tartışmalara da damgasını vuran bu farklılaşmanın, temelde “şekilci (yapısalcı)” (*form based*) bir rekabet hukuku anlayışı ile, “etki odaklı (iktisadi)” bir rekabet hukuku anlayışı arasındaki ayırışmadan kaynaklandığını söylemek mümkündür.

İndirim sistemlerine ilişkin AB uygulamasında dikkati çeken ve kaynağını Harvard Okulu’nun “yapı-davranış-performans” paradigması ile özellikle Alman Ordoliberal Okul’un¹⁶⁶ görüşlerinden alan şekilci yaklaşımın temelinde, iktisadi etkinliğin artırılması gibi kaygılardan ziyade, pazardaki

¹⁶⁶ Ordoliberal Okul’un temsilcilerinden Profesör Peter Ulmer, Alman rekabet hukukunda kötüye kullanmanın belirlenmesi için iki aşamalı bir test önermiştir. Buna göre, herhangi bir uygulamanın kötüye kullanma olarak kabul edilebilmesi için, öncelikle uygulamanın rakiplerin rekabet imkanlarını belirgin şekilde etkilemesi ve ayrıca uygulamanın bir “performans rekabeti” olmaması gerekmektedir (Kallaugher ve Sher 2004, 269). Hangi uygulamaların “performans rekabeti” olduğu hususunda ise, ordoliberal yazarlarca değişik sınıflandırmalar yapılmıştır. Buna göre, kalitedeki artışlar, fiyatlardaki düşüşler (yıkıcı ve ayrımcı olmadıkları sürece), satış sonrası hizmetlerdeki gelişmeler “performans rekabeti” olarak kabul edilmektedir. Sadakat indirimlerinin verilmesi ise ilk dönemlerden itibaren ordoliberallerce “performans rekabeti” olarak kabul edilmemiştir (Gerber 1994, 53). Alman Ordoliberal Okulu’nun temel özellikleri ve AB Rekabet Hukuku’ndaki Etkileri için bkz. Gerber 1994; Kallaugher ve Sher, 2004.

küçük ve orta ölçekli teşebbüslerin pazar gücüne sahip büyük teşebbüslerden korunması amacına kadar uzanan bir “iktisadi özgürlük” anlayışı yatmaktadır (Gerber 1994; Kallaugher ve Sher 2004). Bu yaklaşıma göre, belirli nitelikleri taşıyan indirim sistemleri, bu uygulamaların pazardaki etkilerine bakılmaksızın ihlal olarak değerlendirilmelidir.

Buna karşılık, özellikle Chicago Okulu’nun ve Chicago sonrası görüşlerin etkisiyle ortaya çıkan “etki odaklı yaklaşım”, rekabet hukukunda indirim sistemlerinin değerlendirilmesinde şekilci bir yaklaşımı reddetmektedir. Bu uygulamaların *per se* yasaklanması yerine, “*rule of reason*” analizine tabi tutulması gerektiğini savunan bu yaklaşım, indirim sistemlerinin rekabetçi ve rekabeti bozucu etkilerinin tartışılarak, bu uygulamaların rekabet üzerindeki net etkisinin ortaya konulması gerektiğini ileri sürmektedir.

“Şekilci” ve “etki odaklı” yaklaşımın temel özellikleri böylece belirtildikten sonra, indirim sistemlerinin değerlendirilmesinde “şekilci” bir yaklaşım ile “etki odaklı” bir yaklaşım arasındaki tercihin her zaman için bir alternatif maliyeti barındırdığını belirtmek gerekir. Şekilci bir yaklaşımın uygulanması, genellikle “etki odaklı” bir yaklaşımdan daha kolaydır. Ayrıca bu tür bir yaklaşım, genellikle uygulayıcılara ve pazardaki teşebbüslere daha fazla “hukuki belirlilik” sağlamaktadır. Bununla birlikte, şekilci yaklaşımın en büyük sakıncası, rekabetçi davranışlarla rekabeti bozucu davranışları ayırt etmede “etki odaklı yaklaşım” kadar hassas olamamasıdır. Özellikle, rekabetçi davranış ile rekabeti bozucu davranış arasındaki sınırın çok belirgin olmadığı indirim sistemleri gibi fiyata ilişkin uygulamalarda, şekilci bir yaklaşımın benimsenmesi önemli riskleri beraberinde getirmektedir. Dolayısıyla bu tür uygulamalarda, etki odaklı bir yaklaşımın benimsenmesinin daha uygun olacağı düşünülmektedir. İndirim sistemlerine ilişkin olarak son yıllarda rekabet otoriteleri ve uluslar arası örgütler tarafından yapılan çalışmalar da¹⁶⁷, önümüzdeki dönemde bu uygulamaların değerlendirilmesinde iktisadi yaklaşımın ön plana çıkacağına işaret etmektedir.

¹⁶⁷ Örneğin indirim sistemlerine ilişkin 2002 yılında OECD bünyesinde yapılan yuvarlak masa toplantısında, indirim sistemlerine ilişkin iktisadi bir yaklaşımın önemine vurgu yapılmıştır. Bunu takiben 2005 yılında Komisyon 82. maddenin değerlendirilmesine ilişkin Tartışma Metni’ni yayımlayarak indirim sistemlerine ilişkin ayrıntılı bir iktisadi yaklaşım önermiştir. Komisyon’un Tartışma Metni’ne yönelik görüşleri değerlendirme çalışmaları devam etmektedir. Yine 2005 yılında, OFT’nin indirim sistemlerinin değerlendirilmesine ilişkin hazırladığı Tartışma Metni’nde, bu uygulamalara yönelik iktisadi bir yaklaşımın önemi vurgulanmış ve buna yönelik bir çerçeve sunulmuştur. ABD’de ise, antitröst hukuku’nun modernizasyonuna yönelik olarak kurulan Antitröst Modernizasyon Komisyonu (AMC), 2007 yılının Mart Ayı’nda raporu’nu Kongre’ye sunmuş ve yine indirim sistemlerine ilişkin iktisadi bir yaklaşımın önemine vurgu yapmıştır.

4.2. İNDİRİM SİSTEMLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİNDE ETKİ ODAKLI BİR YAKLAŞIMIN GENEL ÇERÇEVESİ

Rekabet hukukunun nihai amacının tüketici refahını artırmak olduğu kabul edilirse, indirim sistemlerinin değerlendirilmesine ilişkin etki odaklı bir yaklaşımın temel referansı, inceleme konusu indirimin tüketici refahı üzerindeki etkisi olacaktır. Bu çerçevede etki odaklı bir yaklaşım, her şeyden önce rakiplere zarar veren uygulamalar ile tüketici refahına zarar veren uygulamalar arasında bir ayırım yapmak durumundadır. Bu da, herhangi bir indirim sisteminin rakiplere zarar verip vermediğinin ötesinde, inceleme konusu uygulamanın hâkim durumdaki firma kadar etkin rakipleri dışlayıp dışlamayacağına araştırılmasını gerekli kılmaktadır. Ancak bu araştırma yapılırken, indirim sistemlerinin tüm olası (potansiyel) etkilerinden (*potential effects*) ziyade, gerçekleşmiş (*actual effects*) ya da en azından gerçekleşmesi muhtemel etkilerinin (*likely effects*) dikkate alınması önem arz etmektedir (Komisyon 2005, 41; OFT 2005; AMC 2007, 99; O'Donoughe ve Padilla, 2006, 220; Motta 2006, 33). Ayrıca etki odaklı bir yaklaşımın, indirim uygulamalarının rekabeti bozucu etkilerinin yanında, rekabetçi etkilerini ve objektif haklı gerekçelerini de dikkate alması gerekmektedir (Loewenthal 2005, Komisyon 2005).

İndirim sistemlerinin dışlamaya yol açıp açmayacağına tespiti ancak bu uygulamaların pazar düzeyindeki etkilerinin ortaya konulması ile mümkündür. Bu açıdan etki odaklı bir yaklaşım, bir yandan indirim sistemlerinin tek tek müşteri veya müşteri grupları üzerindeki etkisini ortaya koyarken bir yandan da tümevarım yoluyla bu uygulamaların pazara yansımalarını ortaya koymalı ve aynı zamanda pazarın yapısının ve niteliklerinin dışlamaya elverişli olmadığını araştırmalıdır.

İndirim uygulamalarının etki odaklı bir yaklaşım çerçevesinde değerlendirilmesini savunan yazarlardan birisi olan Motta (2006, 17), indirim uygulamalarının iktisadi bir analizi için dört aşamalı bir yaklaşım önermektedir: Buna göre birinci aşamada, firmanın hâkim durumda bulunup bulunmadığının belirlenmesi gerekmektedir. İkinci aşamada, pazar yapısı, uygulamanın niteliği ve yaygınlığı gibi hususlar ışığında, uygulamanın rekabeti bozucu etkilerinin ortaya çıkmasının muhtemel olup olmadığının araştırılması ve firmanın stratejisine ilişkin tutarlı ve bütüncül bir hipotezin oluşturulması gerekmektedir. Üçüncü aşamada, uygulamanın rekabetçi ve rekabeti bozucu etkilerinin ortaya konulması gerekmektedir. Dördüncü ve son aşamada ise, uygulamanın rekabetçi ve rekabeti bozucu etkilerinin karşılaştırılarak uygulamanın tüketici refahına net etkisinin ortaya konulması gerekmektedir. Benzer bir yaklaşımın Komisyon'un Tartışma Metni'nde (2005, 39-54) de benimsendiği görülmektedir.

İndirim sistemlerinin değerlendirilmesine ilişkin çok daha ayrıntılı ve kapsamlı bir çerçeve sunan OFT'nin Tartışma Metni (OFT 2005, 151- 155) ise, indirim sistemlerinin değerlendirilmesinde sırasıyla şu soruların cevaplanmasını önermektedir:

- İndirim uygulayan teşebbüs hâkim durumda mıdır?
- Rakip sağlayıcılar açısından indirimden etkilenen nihai tüketiciler (ya da yeniden satıcılar) dışında pazara giriş imkânı var mıdır? Varsa, bunlar rakip sağlayıcının minimum etkin ölçeğe ulaşmasını sağlayabilir mi?
- İndirim sisteminin, alıcıların rakip sağlayıcılardan ürün temin etme güdüsü üzerindeki etkisi nedir? (İndirim sistemindeki alım hedefleri kişiselleştirilmiş hedefler midir? İndirimin büyüklüğü nedir? Hedef müşterilerin indirim hedeflerine ulaşması mümkün müdür?, indirim etkilediği müşteriler pazara giriş için olmazsa olmaz müşteriler midir?)
- İndirim toplamda fiyatları (ortalama birim fiyatlarını) maliyetlerin altına düşürmekte mi? (İndirim yıkıcı fiyata yol açmakta mı?)
- Satışların rekabete açık kısmında (çekirdek talebin dışındaki kısmında) herhangi bir maliyet altı fiyatlama söz konusu mu?
- Rakibin indirim sistemine karşı alternatif stratejiler geliştirme imkânı mevcut mu?
- Rakibin zarar gördüğüne ilişkin herhangi bir delil mevcut mu?
- Uygulanan indirim sistemine ilişkin olarak ne tür ticari haklı gerekçeler ileri sürülebilir?
- Tüketicilere verilen zararın teorik açıklaması nasıldır? Hangi mekanizmalarla fiyatlar yükselmektedir ya da kalite, hizmetler ve yenilik kısıtlanmaktadır?
- Teorik açıklamalar hangi varsayımlara dayanmaktadır? (örn. ölçek ekonomileri, şebeke dışsallıkları, esaslı sabit maliyetler, ürün farklılaştırması imkânının bulunmaması)
- Nihai olarak uygulamanın rekabetçi ve rekabet karşıtı yönlerinin değerlendirilmesi sonucunda hangi taraf ne derece ağır basmakta?

İndirim sistemlerinin değerlendirilmesinde iktisadi bir yaklaşımın benimsenmesi halinde, OFT'nin Tartışma Metni'nde sunulan sistematığın kullanışlı olabileceği düşünülmektedir. Böylece, bir yandan rekabetçi indirim sistemlerinin nispeten genel bir değerlendirme ile incelemenin ilk aşamalarında ayırt edilmesini mümkün olacak; bir yandan da rekabet sürecine zararlı olabilecek indirim sistemlerinin, müşteriler ve pazar düzeyindeki etkilerinin bütüncül bir bakış açısı çerçevesinde ele alınması mümkün olabilecektir. Ancak hiç şüphesiz OFT'nin Tartışma Metni'nde sunulan yaklaşım, incelemenin genel

çerçevesini çizmektedir. Bu noktada, özellikle indirimün müşteriler ve müşteri grupları üzerindeki etkilerinin ayrıntılı olarak ortaya konulabilmesi için, çalışmanın ikinci bölümünde sunulan teorik görüşlerin ışığında aşağıda tartışılacak olan iktisadi testlerin faydalı olabileceği düşünülmektedir.

4.3. İNDİRİM SİSTEMLERİNİN DIŞLAMA ETKİSİNİN ORTAYA KONULMASINDA KULLANILABİLECEK TESTLER

Çalışmanın ikinci bölümünde ortaya konulduğu üzere, iktisat ve rekabet hukuku yazınında indirim sistemlerine ilişkin pek çok dışlama teorisi geliştirilmiştir. Ancak bunlardan en karmaşık ve rekabet hukuku bağlamında incelenmesi de en zor olanı hiç şüphesiz, geriye dönük indirimlerde maliyet üstü fiyatlandırma yoluyla dışlamanın gerçekleşmesidir. Bu noktadan hareketle, bu bölümde testler iki kısımda incelenecektir. İlk kısımda indirim sistemlerine ilişkin olarak rekabet hukuku yazınında ileri sürülen ve daha çok bu uygulamaların “yıkıcı fiyat” ve “bağlama” niteliğini öne çıkaran testler ana hatlarıyla ele alınacak; ikinci kısımda ise, geriye dönük indirimler özelinde Komisyon’un Tartışma Metni’nde önerilen test ayrıntılı bir şekilde değerlendirilerek bu konuya ilişkin alternatif bir test önerilecektir.

4.3.1. Genel Nitelikteki Testler

4.3.1.1. Yıkıcı Fiyat Testi

Yıkıcı fiyat testi, indirim sistemlerine ilişkin olarak yürütülecek bir incelemede, en başta uygulanması gereken bir testtir. Paket indirimlerinde, paketin indirimli fiyatının paket içerisindeki ürünlerin toplam maliyetinin altında kalması durumunda; tek ürün indirimlerinde ise, satılan tüm birimlerin ya da sadece indirim hedefinin üzerindeki birimlerin ortalama fiyatlarının maliyetin altında kalması durumunda yıkıcı fiyat testi dışlama etkisinin tespiti için kullanışlı olabilecektir.

Dikkat edileceği üzere, yıkıcı fiyat testi, indirim sistemlerine ilişkin tüm dışlama senaryolarını kapsamamaktadır. Dolayısıyla bu testi geçen bir indirim sisteminin mutlak anlamda rekabetçi olduğunu söylemek mümkün değildir.

4.3.1.2. Yıkıcı Kapama Testi (*Predatory Forecloseure Test*)

Yıkıcı fiyat testinin “daha rafine bir versiyonu” (Kobayashi 2005, 7) olarak kabul edilebilecek “yıkıcı kapama testi”¹⁶⁸, indirim hedeflerindeki artışların, kısa dönem kâr maksimizasyonu amacının dışında rekabeti bozucu bir amaca hizmet edip etmediğini ortaya koymaktadır. Buna göre, herhangi bir indirim sisteminde indirim hedefi artırılarak yeni bir indirim sistemi oluşturulmuşsa ve bunun sonucunda ilave satışlardan elde edilen kâr yeni indirim sistemi kapsamında ödenen ilave indirimi aşyorsa, yeni indirim sisteminin rekabeti bozucu olduğu kabul edilecektir (Greenlee ve Reitman 2005a, 448-449; Greenlee ve Reitman 2005b; Kobayashi 2005, 7).

Yıkıcı kapama testi'nin tek ürün indirimlerinde ve ürünlerin farklılaştırılmış olması koşuluyla paket indirimlerinde kullanılabilmesi ileri sürülmüştür (Greenlee ve Reitman 2005a, 457). Ancak, indirim hedefindeki artışlara yoğunlaşan bu testin, ilk kez sunulan indirimlerden ziyade, indirim hedefinin zaman içerisinde değiştiği indirim sistemleri için daha uygun olduğu da belirtilmelidir (Greenlee ve Reitman 2005a, 452).

4.3.1.3. Dışlayıcı Paketleme Testi (*Exclusionary Bundling Test*)

Dışlayıcı paketleme testi, sadece paket indirimlerinde kullanılabilen bir testtir. Çalışmanın ikinci bölümünden de hatırlanacağı üzere; paket indirimlerinin dışlamaya yol açtığı durumlardan birisi, paketin indirimli fiyatının paket içerisindeki ürünlerin maliyetleri toplamının üzerinde kaldığı ancak paketin toplam indiriminin ürünlerden birine atfedilmesi halinde elde edilen etkin fiyatın söz konusu ürünün maliyetinin altında kalması halidir. Paket indirimlerinde görülen bu tür bir dışlamanın “yıkıcı fiyat” yoluyla dışlamadan farklı olduğuna dikkat çeken Nalebuff (2005); “dışlayıcı paketleme testi”nin bu tür dışlayıcı paket indirimlerinin tespitinde kullanışlı olabileceğini ileri sürmektedir. Dışlayıcı paketleme testine göre öncelikle, paketin toplam indirimi, paket içerisindeki ürünlerden sadece birine yapılmış gibi kabul edilerek söz konusu ürünün etkin fiyatı bulunacaktır¹⁶⁹. Bu etkin fiyat paket indirimini sunan teşebbüsün söz konusu ürünü üretmesi için katlandığı “uzun dönem ortalama değişken maliyeti (LAVC)”nin altında kalıyorsa, eşit etkin bir rakibin

¹⁶⁸ Bu test ABD’de *Virgin/BA Davası*’nda Virgin’in iktisat uzmanı Douglas Bernheim tarafından kullanılmıştır (Greenlee ve Reitman 2005b,24). Testin paket indirimlerine uygulanması, *Ortho Diagnostics Davası*’nda da Ortho tarafından da kullanılmıştır.

¹⁶⁹ Örneğin iki ürünlü bir pakette, A ürününün maliyeti C_a , bağımsız satış fiyatı P_a ; B ürününün maliyeti C_b bağımsız satış fiyatı P_b olduğunu; ve iki ürününün birlikte P fiyatına satıldığı kabul edilirse, A ürününün etkin fiyatı, $P_e = P - P_b$ olacaktır. Görüldüğü üzere, paket içerisinde B ürünü adeta bağımsız satış fiyatı ile pakete dahil edilmiş gibi kabul edilerek paket indiriminin tamamı A ürününe atfedilmekte ve böylece A ürününün etkin fiyatı tespit edilmektedir.

dışlanacağı sonucuna ulaşılabilecektir. Bu durumda paket indiriminin dışlayıcı bir uygulama olarak değerlendirilmesi mümkündür. Ayrıca yazar, bu testte paket indirimi uygulayan teşebbüsün herhangi bir zarara katlanması söz konusu olmadığı için, “yıkıcı fiyat” testinden farklı olarak “hasat imkân”ın aranmasına gerek bulunmadığını belirtmektedir (Nalebuff 2005, 365).

Nalebuff (2005)’un “dışlayıcı paketleme testi” olarak tanımladığı testin farklı versiyonları, rekabet hukuku yazınında ve uygulamasında yaygın kabul görmüştür. Örneğin Hovenkamp (2006); paket indirimlerinde dışlamanın tespiti için “dışlayıcı paketleme testi”ni önermekte; ancak ürünlerin etkin fiyatının “ortalama değişken maliyetinin (ODM)” altında kalmasının dışlamanın gerçekleşmesi için tek başına yeterli olmadığını; uygulamanın dışlayıcı olabilmesi için rakiplerin tek başına ya da pazardaki diğer teşebbüslerle işbirliği yaparak aynı paketi sunamayacak durumda olmaları gerektiğini belirtmektedir.

Komisyon’un Tartışma Metni’nde (2005, 55) ise, paket indirimlerinin¹⁷⁰ dışlayıcı kabul edilebilmesi için;

- a. Paketi sunan teşebbüsün, bağlayan ürün pazarında hakim durumda bulunması gerektiği,
- b. Bağlayan ve bağlanan ürünlerin iki farklı ürün olması gerektiği,
- c. Uygulamanın pazarı kapatma etkisi göstermesinin muhtemel olması gerektiği,
- d. Uygulamanın haklı gerekçelerle ya da etkinliklerle savunulmasının mümkün olmaması gerektiği ifade edilmektedir.

Esasında bu koşullar, Komisyon’un bağlama uygulamalarına ilişkin etki odaklı yaklaşımının genel çerçevesini çizmektedir. Paket indiriminin pazardaki kapama etkisinin ortaya konulmasına (üçüncü koşul) ilişkin olarak ise Komisyon (2005, 56-57); paket içerisindeki her bir ürünün etkin fiyatının “uzun dönem artan maliyetini” (*long run incremental cost*¹⁷¹) karşılayıp karşılamadığının ve uygulamanın pazardaki yaygınlığının araştırılması gerektiğini ifade etmektedir. Komisyon’un bu yaklaşımı; paket içerisindeki her bir ürünün etkin fiyatının ilgili maliyet ölçüsü ile karşılaştırılması bakımından “dışlayıcı paketleme testi” ile benzerlik arz etmektedir.

Dışlayıcı paketleme testi, kimi yazarlar tarafından refah etkilerini tam olarak yansıtmadığı (Greenlee ve Reitman 2005a, 460; Kobayashi 2005, 8;

¹⁷⁰ Tartışma Metni’nde paket indirimleri bağlama uygulamaları başlığı altında ele alınmakta ve “karışık paketleme (mixed bundling)” olarak tanımlanmaktadır.

¹⁷¹ Uzun dönem ortalama ilave maliyet (LAIC), belirli bir ürünün ya da ürün grubunun üretilmesine özgü değişken ve sabit maliyetleri içermektedir. Ortalama toplam maliyet (ATC), tüm sabit ve değişken maliyetleri dikkat alırken, LAIC sadece ürüne özel sabit ve değişken maliyetleri kapsamaktadır. Bu nedenle LAIC genellikle ATC’nin altında gerçekleşmektedir.

Greenlee, Reitman ve Sibley 2006,31) gerekçesiyle eleştirilmiştir. Bu noktada; paket indirimlerinde “yıkıcı kapama testi”nin ve “dışlayıcı paketleme testi”nin refah etkilerini ayırt etmedeki sorunlarına dikkat çeken Greenlee ve Reitman (2005a, 461), alternatif bir test önermektedir. Buna göre; paket indirimine katılmayan müşterilere tekeli ürün için uygulanan bağımsız fiyat, paket öncesindeki tekeli fiyatı aşmıyorsa tüketici refahı azalmayacağı sonucuna ulaşılabilecektir. Tersinden ele alındığında ise paket indirimindeki indirimli fiyat indirim öncesindeki tekeli fiyattan yüksekse tüketici refahının azalacağı sonucuna ulaşılabilecektir. Kobayashi (2005, 11) ise, bu tür bir testin, paket indirimlerinin tüketici refahına etkisini tespit etmede işlevsel olduğunu; ancak testin indirim öncesindeki denge tekel fiyatlarının tahminini gerekli kıldığı için uygulanmasının oldukça zor olduğunu belirtmektedir.

4.3.2. Geriye Dönük İndirime İlişkin Testler

İndirim sistemlerinin “yıkıcı fiyat” uygulamalarından ayrıştığı noktalardan birisi, “geriye dönük indirimler”in ortaya çıkardıkları “soğurma etkisi” sayesinde, maliyet altı fiyatlamaya yol açmadan da dışlamaya yol açabilmesidir. Ancak bu tür bir durumun rekabet hukukunda tespit edilmesi oldukça güçtür. Yukarıda sunulan testlerden “yıkıcı fiyat testi” ve “dışlayıcı paketleme testi”, bu tür bir dışlama senaryosu için kullanışlı değildir. “Yıkıcı kapama testi”nin kullanımı ise, yukarıda da belirtildiği üzere indirim hedefinde değişiklik olan indirimler ile sınırlıdır.

Yakın zamana kadar rekabet hukuku yazını ve uygulamasında maliyet üstü fiyatlamaya yoluyla dışlamaya yol açan “geriye dönük indirimler”in tespit edilmesine ilişkin herhangi bir test önerilmemiştir¹⁷². İlginçtir ki, bu alandaki ilk ciddi adım da indirim sistemlerine yönelik kararlarıyla, iktisadi bir bakış açısından uzak olmakla eleştirilen Komisyon’dan gelmiştir.

4.3.2.1. Komisyon Tarafından Önerilen Test

Komisyon’a (2005, 17) göre, 82. madde’nin nihai amacı, tüketici refahının artırılması ve kaynakların etkin dağılımının sağlanmasıdır. Bu amaca yönelik olarak Komisyon (2005, 18); pazarda rekabeti bozucu etki doğurma potansiyeline sahip tüm indirim sistemlerinin yasaklanması yerine, sadece gerçek ya da en azından gerçekleşmesi muhtemel (*likely*) rekabet karşıtı etkilere

¹⁷² Kanaatimizce bu durumun en önemli sebeplerinden birisi, ABD antitröst hukuku çevrelerine hâkim olan maliyet altı fiyatlamaya yol açmayan indirim sistemlerinin yasaklanmaması gerektiği yönündeki düşüncedir. Örneğin; Areeda ve Hovenkamp 2000, Hovenkamp 2006, Kobayashi 2005.

yol açan ve böylece tüketicilere doğrudan ya da dolaylı olarak zarar veren¹⁷³ indirim sistemlerinin yasaklanması gerektiğini kabul etmektedir¹⁷⁴. Bu ön kabullerden hareketle Komisyon (2005), Tartışma Metni'nde geriye dönük indirimlerin tespitine yönelik oldukça detaylı ve karmaşık bir test sunmuştur.

Bu testte, hâkim durumdaki firma ile aynı etkinliğe sahip herhangi bir rakip teşebbüsün, hâkim durumdaki firma tarafından uygulanan indirim karşısında rekabet edip edemeyeceği değerlendirilmektedir. Tartışma Metni'ndeki ifadelerden testin aşamaları çok belirgin değildir; ancak testin bütünü dikkate alındığında şu şekilde bir seyrin takip edilebileceği anlaşılmaktadır¹⁷⁵:

Öncelikle her bir müşteri ya da müşteri grubunun toplam ihtiyaçlarının her hâlükarda hâkim durumdaki teşebbüse yönelecek kısmı (çekirdek talep) ile rekabete açık olan kısmının ayrıştırılarak indirim sistemindeki alım hedefinin çekirdek talebin altında kalıp kalmadığı araştırılacaktır. Alım hedefi çekirdek talebin altındaysa, indirim sisteminin müşteri davranışlarını etkilemesi mümkün değildir. Dolayısıyla, dışlayıcı etki de doğmayacaktır. Alım hedefinin çekirdek talebin üzerinde olması durumunda ise, hedefin müşteriler üzerinde bir sadakat artırıcı etkisinin bulunduğu kabul edilecek ve bu etkinin eşit etkinlikteki rakiplerin dışlanmasına yol açıp açmayacağına tespiti için ikinci aşamaya geçilecektir (Komisyon 2005, 45).

İkinci aşamada, pazarda tutunabilmek için “ticari anlamda varlığın sürdürülebilmesi için gerekli pazar payına” (*commercially viable share-CVS*) sahip olmak zorunda olan eş etkinlikteki bir rakibin, müşterinin alım hedefinin hemen altındaki ihtiyaçları (soğurma etkisinin en yüksek olduğu birimler) için rekabet edip edemeyeceği araştırılacaktır (Komisyon 2005, 46)¹⁷⁶. Buna göre, indirimin tamamının hedefin hemen altındaki birimlere atfedilmesi halinde CVS için oluşan “etkin fiyat”, söz konusu birimlerin “ortalama toplam maliyeti (ATC)”nin altında kalıyorsa, indirimin dışlayıcı olduğu sonucuna ulaşılabilecektir (Komisyon 2005, 46). Ancak Komisyon bu sonuca ulaşırken şu adımların takip edilmesini önermektedir:

¹⁷³ Bu noktada, aracı konumundaki alıcılara verilen zararın nihai tüketicilere yansdığı varsayılmaktadır.

¹⁷⁴ Ancak Komisyon, indirim uygulamasının süresi uzadıkça, muhtemel etkilerden ziyade gerçek etkilere daha fazla ağırlık verileceğini de vurgulamaktadır.

¹⁷⁵ Testin açıklanmasında, RBB'nin (2006, 37) takip ettiği sistematik benimsenmiştir.

¹⁷⁶ Örneğin indirim sistemindeki alım hedefi 100 birim, pazardaki herhangi bir teşebbüsün varlığını sürdürülebilmesi için sahip olmak zorunda olduğu pazar payı (CVS) % 20 ise, eş etkinlikteki bir rakibin indirim sisteminin alım hedefinin hemen altındaki 20 birim (81-100. birimler) için rekabet edip edemeyeceği değerlendirilecektir.

İlk adım olarak, “zorunlu payın (*required share-RQS*)” hesaplanması gerekmektedir. Zorunlu pay (RQS); indirim sonrasındaki etkin fiyatın hâkim durumdaki teşebbüsün ortalama satış maliyetine eşit olması için, müşterinin ihtiyacının eşit etkinlikteki bir rakip tarafından karşılanması gereken kısmını ifade etmektedir. Buna göre, zorunlu payın hesaplanması, öyle bir noktanın tespit edilmesini gerektirmektedir ki, bu noktadan sonra müşterinin indirim hedefine ulaşana kadar yapacağı alımlardaki birim başına harcaması ATC’ye eşit olsun. Tartışma Metni’nde “zorunlu pay”ın hesaplanması için şu formülün kullanılabileceği belirtilmektedir:

Tablo 4 - Zorunlu Pay’ın Hesaplanmasına İlişkin Formül

R; hedefe ulaşılması halinde elde edilen indirim oranı,
P; liste fiyatı (indirimsiz fiyat),
ATC; ortalama değişken maliyet olmak üzere;
 $RQS = R \times P / (P - ATC)$ ’dir.
Örneğin; R, %5, P 100 ve ATC 75 ise,
 $RQS = \%5 \times 100 / (100 - 75) = \%20$ olacaktır.

*Kaynak: Komisyon (2005, 47)

Komisyon’un “zorunlu pay” ifadesini kullanmasının sebebi, rakip teşebbüsün rekabet edebilir duruma gelmek için en azından müşterinin ihtiyaçlarının bu kadarlık bir kısmına satış yapmak zorunda olmasıdır. Dolayısıyla, değerlendirmenin ilk adımını, RQS ile rakiplerin belirli bir müşterinin ihtiyaçlarının karşılanmasındaki mevcut payının karşılaştırması oluşturmaktadır. Buna göre, rakiplerin belirli bir müşterinin ihtiyaçlarının karşılanmasındaki mevcut payı, RQS’yi aşıyorsa, uygulamanın dışlayıcı olmadığı sonucuna ulaşılabilecektir. Ancak bu pay RQS’nin altındaysa bu durumda ikinci adıma geçilmesi gerekecektir.

İkinci adımda, “ticari anlamda varlığın sürdürülebilmesi için gerekli pazar payının” (CVS) hesaplanarak¹⁷⁷ bu pazar payının “zorunlu pay (RQS)” ile karşılaştırılması yapılacaktır. Tartışma Metni’nde tanımlandığı şekilde CVS; müşterinin ihtiyaçlarının, makul koşullarda “eşit etkinlikteki” bir rakip tarafından karşılanması beklenen ve indirim sisteminin de etkisini gösterdiği kısımdır. Buna göre; CVS’nin RQS’den küçük olması halinde indirim uygulamasının “dışlama etkisi göstermesinin muhtemel olduğu” sonucuna

¹⁷⁷ Tartışma Metni’nde; CVS’nin hesaplanmasına ilişkin herhangi bir formül sunulmuş değildir. Ancak Komisyon; CVS’nin hesaplanmasında öncelikle pazardaki minimum etkin ölçeği dikkate alacağını; minimum etkin ölçeğin CVS’nin altında çıkması halinde pazara girişin daha maliyetli olup olmadığını araştırarak CVS’yi tespit edeceğini belirtmektedir.

ulaşılabilir (Komisyon 2005, 47-48). Bu analizi, etkin fiyat-ortalama toplam maliyet (ATC) ilişkisi bağlamında ifade etmek gerekirse;

Tablo 5 - Etkin Fiyatın ATC Karşısındaki Durumuna İlişkin Çıkarımın Yapılması

<p>CVS = RQS ise, $CVS = R \times P / (P - ATC)$ yani $Pe = ATC$'dir. CVS < RQS ise, $CVS < R \times P / (P - ATC)$ yani $Pe < ATC$'dir. CVS > RQS ise, $CVS > R \times P / (P - ATC)$ yani $Pe > ATC$'dir.</p>

*Kaynak: Komisyon (2005).

Komisyon, herhangi bir geriye dönük indirim uygulamasının dışlayıcı olup olmadığına karar verirken, yukarıdaki değerlendirmelerin yanında indirimin kişiselleştirilmiş bir hedef içerip içermediğini¹⁷⁸, müşterilerin indirim eşiği ve alacakları indirim konusunda belirsizlik içerisinde olup olmadıklarını¹⁷⁹, referans dönemin çok kısa ya da uzun olup olmadığını, indirim uygulamasının pazardaki yaygınlığını ve en nihayetinde indirimin dışlayıcı etki göstermediğini ortaya koyan açık delillerin bulunup bulunmadığını da dikkate alacağını ifade etmektedir (Komisyon 2005, 48-50).

4.3.2.2. Komisyon'un Önerdiği Testin Eleştirisi Çerçevesinde Geriye Dönük İndirime İlişkin İdeal Bir Test için Çıkarımlar

Komisyon'un Tartışma Metni'nde önerdiği test, uzun yıllardır şekilcilikle itham edilen AB Rekabet Hukuku'nda indirim sistemlerinin değerlendirilmesine yönelik iktisadi bir bakış açısı sunması yönüyle rekabet hukuku çevrelerinde memnuniyetle karşılanmıştır. Bununla birlikte test, özellikle uygulanmasındaki güçlükler ve dayandığı varsayımlar nedeniyle eleştirilere de maruz kalmıştır.

Testin ilk dikkati çeken yönü, çok detaylı ve bir o kadar da karmaşık olmasıdır. Dolayısıyla pratikte testin uygulanmasının çok zor olduğu ileri sürülmüştür (Ahlborn vd. 2006; Van Bael ve Bellis 2006; RBB 2006). Testin uygulanmasını zorlaştıran unsurlardan ilki, her bir müşteri ya da müşteri grubu bazında "çekirdek talebin" hesaplanmasındaki güçlüktür (Ahlborn vd. 2006).

¹⁷⁸ İndirim sistemi'nin "kişiselleştirilmiş bir miktar hedefli bir indirim" ya da "pazar payı indirimi" olması durumunda indirim uygulamasının sadakat artırıcı etkiye sahip olacağı; buna karşılık "standart miktar hedefli" indirim olması durumunda sadakat artırıcı etkinin ortaya çıkmasının muhtemel olmadığı belirtilmektedir (Komisyon, 2005, 48)

¹⁷⁹ Müşterilerin indirim eşiği ve/veya alacakları indirim miktarı konusunda belirsizlik içerisinde olmasının sadakat etkisini artıracığı belirtilmektedir. Bu etki, özellikle indirimin çok yüksek olduğu ve indirim kazanılmadan satışların karlı olamadığı durumlarda önemli bir rol oynamaktadır (Komisyon 2005, 49).

Ancak indirim sistemlerinin etkilerinin ortaya konulabilmesi için müşteri bazında değerlendirme yapılması kaçınılmazdır. Zira, bu indirimler genellikle kişiselleştirilmiş hedefler içermektedir ve dolayısıyla farklı müşteri ya da müşteri grupları üzerindeki etkileri de farklı olabilmektedir. Ayrıca indirim sisteminin müşteri üzerinde teşvik yaratıp yaratmayacağını ve yaratacaksa da indirim sistemine rakiplerin karşı koyup koyamayacağını değerlendirilebilmesi için, müşterinin talebinin rekabete açık kısmı ile “çekirdek” kısmının ayrıştırılması gerekmektedir. Bu hususlar dikkate alındığında Komisyon’un testine yöneltilen bu eleştirinin haklı olduğunu söylemek mümkün değildir.

Testin uygulanmasını zorlaştıran bir diğer husus ise, CVS’nin hesaplanmasındaki güçlüktür. Tartışma Metni’nde CVS’nin nasıl tespit edileceğine ilişkin aydınlatıcı bir bilgi bulunmamaktadır. Bu konuda sunulan tek bilgi, CVS’nin hesaplanmasında öncelikle “minimum etkin ölçek” dikkate alınacağı, minimum etkin ölçek’in RQS’nin altında kalması halinde ise, pazara girişin daha maliyetli olup olmadığının araştırılacağıdır (Komisyon, 2005, 48). Ancak Tartışma Metni’nde minimum etkin ölçeğin hesaplanmasında hangi faktörlerin dikkate alınacağına ilişkin de herhangi bir açıklama bulunmamaktadır. Dolayısıyla, CVS’nin hesaplanmasının Tartışma Metni’nde büyük oranda açık bırakıldığını söylemek mümkündür (Ahlborn vd. 2006; Van Bael ve Bellis 2006; Faella 2007, 15).

Diğer taraftan, kimi yazarlarca “minimum etkin ölçek”in, CVS’nin hesaplanmasında uygun bir ölçüt olmayacağı da ileri sürülmüştür. CVS; müşterinin ihtiyaçlarının, makul koşullarda “eşit etkinlikteki” bir rakip tarafından karşılanması beklenen kısmı olduğuna göre, “minimum etkin ölçek”in uygun bir ölçüt olabilmesi için, “minimum etkin ölçekle” giriş yapan bir teşebbüsün hâkim durumdaki teşebbüs kadar etkin olması gerekmektedir. Oysaki, gerçek hayatta bunun nadiren mümkün olduğu, hâkim durumdaki teşebbüslerin genellikle “minimum etkin ölçekteki” teşebbüslerden daha etkin olduğu, dolayısıyla minimum etkin ölçekteki bir teşebbüsün sahip olduğu pazar payının CVS için ölçüt alınmasının, CVS’nin olduğundan daha düşük hesaplanmasına yol açacağı ileri sürülmüştür (Van Bael ve Bellis 2006, 15). Benzer şekilde, Ahlborn vd. (2006, 37) de, dinamik rekabetçi endüstrilerde CVS’nin hesaplanmasının neredeyse imkânsız olduğuna dikkat çekmişlerdir.

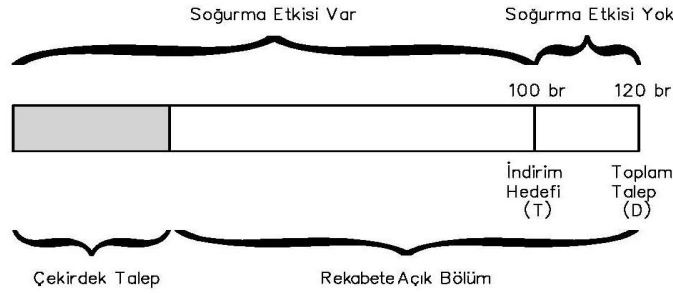
CVS’nin doğru bir şekilde hesaplanması, Komisyon’un önerdiği testin sağlıklı bir sonuç vermesi açısından hayati bir öneme sahiptir. Zira CVS’nin normalden düşük hesaplanması halinde, rekabetçi pek çok davranış yasaklanabileceken normalden yüksek hesaplanması halinde, rekabeti bozucu uygulamalara izin verilebilecektir. Ancak yukarıda da belirtildiği üzere, halihazırda CVS’nin hesaplanmasına ilişkin objektif bir yöntem bulunmamaktadır. Komisyon’un sunduğu tek somut öneri olan “minimum etkin

ölçek” yaklaşımının da yukarıda belirtildiği şekilde hatalı sonuçlara yol açma riski bulunmaktadır. Bu durum, şekilci yaklaşımın sakıncalarına karşı ileri sürülen bu testin de subjektif değerlendirmelerin etkisine açık olduğunu göstermekte ve dolayısıyla testin güvenilirliğine gölge düşürmektedir.

Komisyon’un önerdiği testin güvenilirliğini zedeleyen daha yapısal bir sorun ise, testin teorik altyapısından kaynaklanmaktadır. Dikkat edileceği üzere; testte RQS-CVS karşılaştırmasından hareketle, “etkin fiyat”ın “ortalama toplam maliyet” karşısındaki durumuna ilişkin çıkarım yapılmaktadır. Ancak bu çıkarımın nasıl yapıldığı Tartışma Metni’nde açıklanmış değildir. Bu noktada, “etkin fiyat”ın formülünden yola çıkan Elhauge (2006, 7-12) testte sunulan RQS-CVS karşılaştırmasına dayanan önermenin, ancak indirim hedefinin müşterinin ihtiyaçlarının tamamına tekabül ettiği durumlarda geçerli olacağını ortaya koymuştur. Bu tespit, Komisyonun önerdiği testin mevcut haliyle uygulanabilirliğinin sadece pazar payı (ya da miktar) hedefinin %100 olduğu indirim sistemleri ile sınırlı olduğunu göstermektedir¹⁸⁰.

Testin teorik kısıtını bir örnek üzerinde incelememiz gerekirse; hâkim durumdaki bir teşebbüsün satışını yaptığı A ürününün liste fiyatının 1 TL, maliyetinin 0.4 TL olduğunu; müşterinin 100 birim ve üzerinde A ürünü alması durumunda ise yaptığı tüm alımlara yönelik %10 indirim kazandığını farz edelim (Bkz. Şekil 2).

Şekil 2 - Geriye Dönük İndirimin Herhangi Bir Müşteri Üzerindeki Etkisi



*Kaynak: Maier-Rigaud ve Vigauskaite (2006)’nin verdiği örnekten faydalanılmıştır.

Müşterinin toplam ihtiyacı 100 birim ise, Komisyon’un sunduğu test, indirim sisteminin dışlayıcı olup olmadığını tespitinde kullanışlı olabilecektir. Ancak müşterinin toplam ihtiyacının indirim hedefinden yüksek olması

¹⁸⁰ Bu noktada Elhauge (2006, 12); Komisyon’un önerdiği testi geçen bir indirim uygulamasının her halukarda rekabetçi olacağını; bu yönüyle söz konusu testin bir “güvenli liman (safe harbour)” testi olarak kullanılabileceğini belirtmektedir.

durumunda (örneğin 120 birim); eşit etkinlikteki bir rakip, soğurma etkisinin etkili olduğu ilk 100 birime hiç satış yapmadan sadece 0.9 TL fiyatla müşterinin ihtiyaçlarının 101-120. birimlerine satış yapmayı tercih edebilecektir. Pazardaki minimum etkin ölçek yeteri kadar düşükse ya da müşterinin toplam talebi indirim hedefinin belirgin şekilde üzerindeyse bu tür bir strateji ile eşit etkinlikteki rakiplerin pazarda faaliyetlerine devam etmesi mümkün olacak ve fiyatlar da düştüğü için tüketiciler indirim sisteminden fayda da sağlayacaklardır. Ne var ki, Komisyon'un önerdiği test bu tür bir durumu göz ardı etmekte ve pazarda tutunabilmek için 20 birimlik satış yapmak zorunda olan (CVS=20) bir rakibin bu ölçüğü, müşterinin toplam talebi içerisinde soğurma etkisinin en yüksek olduğu 81-100. birimleri kendisine çekerek elde edeceğini varsaymaktadır.

Komisyon'un varsayımının iktisadi bakımdan anlamlı olup olmadığını tespit etmek için; eşit etkinlikteki potansiyel rakibin, soğurma etkisinin bulunduğu bölüme de satış yapmak zorunda olduğunu varsayalım. Yukarıdaki örnekten hareket edersek, rakip teşebbüsün pazarda tutunabilmek için 20 birimden fazla satış yapmak durumunda olması halinde, yaptığı satışların bir kısmını soğurma etkisinin bulunduğu kısımda gerçekleştirmesi gerekecektir. Ancak sağlayıcının indirim eşiğinin altında bir birim dahi satış yapması halinde alıcı, hâkim durumdaki teşebbüsten elde edeceği tüm indirimi kaybedecektir. Bu durumda rakip teşebbüsün indirim eşiğinin altında satış yapmasının tek yolu, alıcının kendisinden almakla kaybettiği indirimi telafi edecek bir karşı indirim vermesidir. Bu durumda, rakip sağlayıcı için en kötü senaryo, alıcının ihtiyaçlarının 21 birimini kendisinden, 99 birimini hâkim durumdaki teşebbüsten almasıdır¹⁸¹. Zira bu durumda rakip sağlayıcı, alıcının 99 birime yönelik kaybettiği indirimi sadece 21 birimlik satışla telafi etmek zorunda kalacak ve müşteriyi ikna edebilmek için en düşük fiyatı sunmak zorunda kalacaktır. Sağlayıcının müşteriye 21 birimden daha fazla satış yapması durumunda ise, bir yandan hâkim durumdan kaybedilen indirim azalacak bir yandan da telafi edilmesi gereken toplam indirim daha fazla satışa yayılacağı için, birim fiyat gittikçe artacaktır.

Bu noktada, rakip teşebbüsün en kötü senaryoda uygulamak zorunda olduğu fiyat, hâkim durumdaki teşebbüsün maliyetinin üzerinde ise, eşit etkinlikteki bir rakip, kârlı bir şekilde indirim karşılığında koyabilecektir (Federico 2005, 480). Yukarıdaki örnekte, rakip satıcının en kötü senaryoda sunmak zorunda kaldığı ortalama fiyat, 0,43 TL'dir ve dikkat edileceği üzere bu fiyat, maliyetin üzerindedir. Dolayısıyla indirim uygulamasının dışlayıcı olduğundan söz etmek mümkün değildir. Ne var ki, benzer bir örnek, yakın zamandaki

181 Zira, alıcının 99 birim için kaybettiği indirimi toplam indirimi, 21 birimlik satışla telafi etmesi gerekmektedir.

*Prokent/Tomra*¹⁸² soruşturması'nda Tomra tarafından savunma olarak sunulmuş; ancak bu savunma Komisyon tarafından kabul edilmemiştir

Komisyon'un reddetme gerekçesi, rasyonel bir teşebbüsün 20 birim satmak yerine 21 birim satmayı tercih etmeyeceği savına dayanmaktadır. Zira, rakip teşebbüs 20 birime yönelik satış yaparken 18 TL kâr elde ederken, bir birim daha satması halinde toplam kârı yaklaşık 9 TL'ye düşmektedir. Dolayısıyla Komisyon, Tomra'nın en kötü senaryoya dayanan savunmasının, teşebbüs rasyonelitesini göz ardı ettiğini ileri sürmüştür (Maier-Rigaud ve Vaigauskaite 2006).

Komisyon'un değerlendirmesi, esasında önemli bir noktaya işaret etmektedir. Gerçekten de rakip teşebbüsler, kendileri için kâr maksimizasyonu sağlamadıkça eşiğin altındaki birimlere yönelik satış yapmak istemeyeceklerdir. Ancak bu noktada Komisyon, sadece eşiğin altındaki tek birime odaklanarak rakip teşebbüslerin çekirdek talebin üzerindeki tüm birimler için rekabet edebileceklerini gözden kaçırmaktadır. Rakip teşebbüsler satışlarını arttırdıkça müşteriyi ikna etmek için katlandıkları birim başı maliyet azalmaktadır. Dolayısıyla her bir satışla birlikte, birim fiyat artmakta ve bir noktadan sonra teşebbüs için kârlı da olabilmektedir. Örneğin, yukarıda sunulan indirim sisteminde, 20 yerine 21 birim satış yapılması, rakip teşebbüsün kârını azaltmaktadır. Ancak aynı teşebbüs 20 yerine 38 birim satması durumunda kârını da artırabilmektedir¹⁸³. Şu halde, Komisyon'un varsayımının iktisadi açıdan anlamlı olduğunu söylemek mümkün değildir.

Yukarıda sunulan değerlendirmeler ışığında, geriye dönük indirim sistemlerinin değerlendirilmesine ilişkin bir testin şu özellikleri taşımasının uygun olacağı düşünülmektedir (Federico 2005, Elhauge 2006, RBB 2006, Faella 2007, Ahlborn vd. 2006):

- a. Uygulanması nispeten kolay olmalı,
- b. Subjektif değerlendirmelere olabildiğince az bir alan bırakmalı,
- c. İndirim sistemlerinin işleyişini ve rasyonel firma davranışlarını yansıtmalı (teorik varsayımları gerçekçi ve tutarlı olmalı),
- d. İndirim hedefinin hemen altındaki birimlere odaklanmak yerine, müşterinin talebinin rekabete açık kısmının bütününe odaklanmalı,

¹⁸² Bkz. dipnot 104.

¹⁸³ Alıcının talebinin rekabete açık kısmı 38 birim ise bu durumda, çekirdek talep 82 birim olacaktır. İndirim oranının da %10 (0,1), maliyetin ise 0,4 TL olduğu dikkate alınırsa; yukarıda sunulan formüle göre;

$P(Dm)=1x[82 - 0,1x(82+38)]/82= 0,85$ TL olacaktır. Rakip teşebbüs, 38 birim satınca, $(38x0,85=32,3$ TL) gelir elde ederken, bu satıştan, $[32,3-(0,4x38)= 17,1$ TL] kâr elde edecektir. Rakibin 0,9 TL birim fiyattan sadece 20 birim satması durumunda ise kârı; $[(20x0,9)-(0,4x20)= 10$ TL] olmaktadır. Bu durumda rakibin 20 birim yerine 38 birim satma motivasyonu olacaktır.

e. Mükünse “güvenli limanlar (*safe harbour*)” sunarak rekabet karşıtı olmayan indirim uygulamalarının detaylı incelemeye gerek kalmadan tespit edilebilmesini sağlamalı.

4.3.2.3. Geriye Dönük İndirim Sistemlerinin Değerlendirilmesinde Kullanılabilecek Alternatif Test

Bu çalışmada yapılan tespit ve değerlendirmelerden hareketle bu bölümde, geriye dönük indirim sistemlerinin değerlendirilmesine ilişkin olarak alternatif bir test önerilecektir. Buna göre, herhangi bir indirim sisteminin dışlama etkisine yol açıp açmayacağıın tespit edilebilmesi için şu aşamalardan oluşan bir analiz benimsenebileceği düşünülmektedir¹⁸⁴:

1. İlk aşamada, indirim uygulayan teşebbüsün ilgili pazarda hâkim durumda olup olmadığı araştırılacaktır. İndirim sunan teşebbüs hâkim durumda değilse, indirim uygulamasının rakipleri dışlamasının mümkün olmadığı sonucuna ulaşılabilecektir. İndirim sunan teşebbüs hakim durumda ise ikinci aşamaya geçilmesi gerekmektedir.

2. İkinci aşamada, pazarın koşullarının ve indirim sisteminin pazardaki yaygınlığının dışlamaya imkân verip vermeyeceğinin araştırılması gerekmektedir. Dışlama etkisinin ortaya çıkmasına ilişkin olarak çalışmanın ikinci bölümünde sunulan açıklamalar ışığında, ilgili pazarda ölçek ekonomileri, şebeke dışsallıkları veya ciddi giriş engelleri bulunmuyorsa, uygulamanın dışlamaya yol açmasının mümkün olmadığı sonucuna ulaşılabilecektir. Benzer şekilde, indirim uygulaması pazarın sadece küçük bir kısmında uygulanıyorsa veya hissedilir bir etki gösteremeyecek kadar kısa süreli uygulanıyorsa, yine indirim uygulamasının dışlamaya yol açmayacağı sonucuna ulaşılabilecektir. Ayrıca rakip teşebbüsler açısından pazardaki mevcut müşteriler dışında pazara giriş kanallarının bulunup bulunmadığının araştırılması da bu aşamada işlevsel olabilecektir. Örneğin, yeniden satıcıları hedef alan bir indirim sistemi söz konusu ise ve rakip teşebbüslerin ciddi bir maliyete katlanmaksızın kendi dağıtım ağlarını kurarak pazara girmeleri mümkünse bu durumda yine uygulanan indirim sisteminin dışlamaya yol açmayacağı sonucuna ulaşılabilecektir.

Pazar koşullarının ve indirim sisteminin pazardaki yaygınlığının dışlama için elverişli olduğu sonucuna ulaşırsa, üçüncü aşamaya geçilmesi gerekmektedir.

¹⁸⁴ Bu testin oluşturulmasında, özellikle OFT (2005), Federico (2005), RBB (2007), Maier-Rigaud ve Vaigauskaite (2006) ve Faella (2007)'nin görüşlerinden faydalanılmıştır.

3. Üçüncü aşamada, indirim sonrasındaki “ortalama birim fiyatların (Po)”, “ortalama toplam maliyetin (*average total cost-ATC*¹⁸⁵)” altına düşüp düşmediği araştırılacaktır. $Po < ATC$ ise, uygulamanın “yıkıcı fiyat” çerçevesinde değerlendirilmesi mümkündür. $Po > ATC$ ise ya da indirim “yıkıcı fiyat” testini geçmişse, uygulamanın maliyet üstü fiyatlamaya yoluyla dışlamaya yol açıp açmadığının tespiti için dördüncü aşamaya geçmek gerekecektir.

4. Herhangi bir indirim sisteminin maliyet üstü fiyatlamaya yoluyla dışlamaya yol açması için öncelikle indirim sistemindeki indirim hedeflerinin, indirime muhatap müşteri veya müşteri grubunun referans dönem içerisindeki ihtiyaçlarını veya indirim sunan teşebbüsten yaptığı alımlarını yansıtmaları gerekmektedir¹⁸⁶. Bu koşulun gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespitine yönelik iki basamaklı bir değerlendirme yapılmalıdır.

a. İlk basamakta, indirim sistemindeki indirim hedefinin/hedeflerinin herhangi bir müşterinin veya müşteri grubunun referans dönem içerisindeki ihtiyacının çok üzerinde olup olmadığı araştırılacaktır. İndirim hedefi/hedefleri müşterinin toplam ihtiyacının makul olmayan derecede üzerindeyse, indirimin sadakat artırıcı bir etkisinin ortaya çıkması mümkün değildir. Dolayısıyla detaylı bir değerlendirmeye girmeksizin indirimin dışlamaya yol açmayacağı sonucuna ulaşılabilecektir. İndirim hedefi, müşterinin referans dönemdeki toplam ihtiyacının çok altındaysa bu durumda ikinci basamağa geçilmesi gerekmektedir.

b. Bu basamakta, indirim hedefinin/hedeflerinin “çekirdek talep” karşısındaki durumu değerlendirilecektir. Bunun için öncelikle her bir müşteri ya da müşteri grubu bazında çekirdek talebin tespit edilerek, müşterinin ihtiyaçlarının rekabete açık kısmı ile kapalı kısmı ayırt edilecektir¹⁸⁷. Ardından, indirim sistemindeki indirim hedefinin/hedeflerinin çekirdek talebin altında olup olmadığı değerlendirilecektir. İndirim hedefi/hedefleri, çekirdek talebin altındaysa uygulamanın sadakat artırıcı etkisinin olmayacağı sonucuna

¹⁸⁵ ATC, üretimin bir biriminin üretiminde katılan toplam maliyetleri ifade etmektedir.

¹⁸⁶ Diğer bir ifadeyle indirim hedeflerinin “kişiselleştirilmiş” hedefler olması gerekmektedir.

¹⁸⁷ “Çekirdek talep”in tespit edilmesinin zor olduğu durumlarda, sağlayıcının ilgili müşteri veya müşteri grubunun toplam alımlarındaki mevcut payı, “hipotetik çekirdek talep” olarak kabul edilebilir. Alıcının sağlayıcıdan yaptığı mevcut alımlar, her hâlukârda “çekirdek talep”ten küçük olmayacağı için, bu tür bir yöntemle belirlenen “hipotetik çekirdek talep”, “gerçek çekirdek talep”ten küçük olmayacaktır. Dolayısıyla, “hipotetik çekirdek talep”ten hareketle yapılan analizde uygulamanın rekabetçi olduğu tespit edilirse, gerçek çekirdek talebin tespit edilmesine gerek duyulmaksızın uygulamanın rekabetçi olduğu sonucuna ulaşılabilecektir. Bununla birlikte, hipotetik çekirdek talep”ten hareketle yapılan analizde uygulamanın rekabeti bozucu olduğu tespit edilirse, bu tespit gerçekte uygulamanın rekabeti bozucu olduğu sonucuna ulaşılmaması için yeterli değildir. Bu yönüyle, “hipotetik çekirdek talep” yönteminin bir “güvenli liman” olarak kullanılması mümkündür.

ulaşılacaktır¹⁸⁸. Ancak indirim hedefi/hedefleri çekirdek talebin üzerindeyse, beşinci aşamaya geçilmesi gerekmektedir.

5. Beşinci aşama dört adımdan oluşmaktadır:

a. Öncelikle eş etkinlikteki bir rakibin alıcının indirim hedefinin üzerindeki ihtiyaçlarının bir fazlasına satış yaptığı dikkate alınarak, en kötü senaryoda uygulamak zorunda kaldığı fiyat (“Pe”) tespit edilecektir.

b. Rakibin müşterinin sadece indirim hedefinin üzerindeki ihtiyaçlarına satış yapması halinde elde edeceği toplam kâr (R1) bulunacaktır.

c. Rakibin müşterinin müşterinin ihtiyaçlarının rekabete açık kısmının tamamına satış yapması halinde elde edeceği toplam kâr bulunacaktır (R2).

d. $R2 > R1$ ise, müşterinin soğurma etkisinin hissedildiği indirim eşiğinin altına satış yapma motivasyonunun bulunduğu sonucuna ulaşılacaktır. Bu durumda, rakibin en kötü senaryoda uyguladığı fiyat hâkim durumdaki teşebbüsün söz konusu birimleri sunmak için katlanacağı “ortalama kaçınılabilir maliyet (*average avoidable cost AAC*¹⁸⁹)” ile karşılaştırılacaktır. $R2 > R1$ ve “Pe” > AAC ise, indirim uygulamasının rakipleri dışlamasının mümkün olmadığı sonucuna ulaşılacaktır. Ancak, “Pe” < AAC ise altıncı aşamaya geçilmesi gerekecektir.

6. Altıncı aşamada;

a. Öncelikle rakip sağlayıcıların, müşterinin talebinin rekabete açık kısmında rekabet edebilmeleri için sunmak zorunda oldukları ortalama fiyat [“P(Dm)”] bulunacaktır. [“P(Dm)”]’nin çalışmanın ikinci bölümünde sunulan şu formülle bulunması mümkündür: $P(Dm) = p \cdot [Dm - R \cdot (Dm + Dc)] / Dm$ ¹⁹⁰

b. $R2 > R1$ ve “P(Dm)” > AAC ise indirim uygulamasının rakipleri dışlamasının mümkün olmadığı sonucuna ulaşılacaktır. “P(Dm)” < AAC olması durumunda ise, indirim uygulamasının dışlayıcı olduğu sonucuna ulaşılacaktır.

¹⁸⁸ Müşteriler, indirim sistemi olmaksızın da “çekirdek talep” kadar olan ihtiyaçlarını indirim sunan teşebbüsten temin ettikleri için, çekirdek talebin altında belirlenen bir indirim hedefinin, müşterileri daha fazla alım yapmaya sevkmesi imkânsızdır.

¹⁸⁹ AAC, herhangi bir teşebbüsün belirli miktar ürünü üretmeyi bırakması halinde birim başına katlanmaktan kurtulacağı maliyeti ifade etmektedir. AAC batık maliyetleri içermemekle birlikte duruma göre sabit maliyetleri içerebilmektedir (Jones ve Sufriin 2004, 388)

¹⁹⁰ - p; liste fiyatını,

- Dm; müşterinin toplam talebinin rekabete açık kısmını (Çekirdek talebin dışındaki kısmını),

- Dc; “çekirdek talep”i

- R; indirim oranını ifade etmektedir.

c. Ancak, " $P(Dm) > AAC$ " olmasına rağmen $R2 < R1$ ise, rakip teşebbüsün faaliyetlerinin indirim eşiğinin üstü ile sınırlı olduğu sonucuna ulaşılabilecektir. Bu durumda son aşamaya geçilmesi gerekmektedir.

7. Son aşamada;

a. Öncelikle eş etkinlikteki rakibin, pazarda tutunabilmek için sahip olması gereken pazar payı (S) tespit edilecektir.

b. Ardından müşterinin indirim eşiğinin üzerindeki ihtiyaçları (Dx) tespit edilerek S ile karşılaştırılacaktır. $S < Dx$ ise, rakip teşebbüsün müşterinin indirim eşiğinin üzerindeki ihtiyaçlarına satış yaparak pazarda varlığını sürdürmesinin mümkün olduğu sonucuna ulaşılabilecektir. Ancak, $S > Dx$ ise, indirim uygulamasının dışlayıcı olduğu sonucuna ulaşılabilecektir.

Yukarıda sunulan testin, eş etkinlikteki rakibin, pazarda tutunabilmek için sahip olması gereken pazar payı (S)'nin hesaplanması noktasında aynen Komisyon'un testindeki "ticari anlamda varlığın sürdürülebilmesi için gerekli pazar payı (CVS)"nin hesaplanmasında olduğu gibi subjektif değerlendirmeye açık olduğu gerekçesiyle eleştirilmesi mümkündür. Ancak dikkat edileceği üzere testte S'nin hesaplanmasına ancak son aşamaya gelinmesi halinde başvurulmaktadır. Dolayısıyla, subjektif değerlendirmeye yol açabilecek durumun test içerisinde en aza indirgenmeye çalışıldığı söylenebilir.

BÖLÜM 5

TÜRK REKABET HUKUKU UYGULAMASINDA İNDİRİM SİSTEMLERİ

5.1. GENEL OLARAK

Türk rekabet hukuku uygulamasında indirim sistemleri, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un rekabeti bozucu anlaşmaları yasaklayan 4. maddesi kapsamında ya da hâkim durumun kötüye kullanılmasını yasaklayan 6. maddesi kapsamında incelenebilmektedir. İndirim sistemlerinin 4. madde kapsamında değerlendirilmesi, bu uygulamaların genellikle dikey anlaşmalar çerçevesinde ortaya çıkmasından kaynaklanmaktadır. Ancak bu çalışmanın ikinci bölümünde de vurgulandığı üzere rekabet hukuku ve iktisadi alanındaki çalışmalar, indirim sistemlerinin rekabet karşıtı etkilere yol açması için her şeyden önce indirim sunan teşebbüsün pazar gücüne sahip olması gerektiğini ortaya koymaktadır. Dolayısıyla, indirim sistemlerinin değerlendirilmesinde, indirim veren teşebbüsün pazar gücüne odaklanan 6. madde daha uygun bir araç olarak ortaya çıkmaktadır¹⁹¹.

4054 sayılı Kanun'un 6. maddesi'nde doğrudan indirim sistemlerine ilişkin bir ibare bulunmamasıyla birlikte, maddenin ikinci fıkrasında örnek niteliğinde sayılan ihlal türleri incelendiğinde, indirim sistemlerinin bu ihlal

¹⁹¹ Dikey bir anlaşma çerçevesinde uygulamaya konulan bir indirim sisteminin hâkim durumun kötüye kullanılması bağlamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceğinin belirlenmesi için, diğer hususların (alıcıların alım gücü, sağlayıcının alıcılar karşısındaki pazarlık gücü vs.) yanında; kanaatimizce indirim veren teşebbüsün hâkim durumu ile uygulamadan doğan zarara ilişkin bir illiyet bağı testinin uygulanması yol gösterici olacaktır. Bu noktada sorulacak soru, indirim veren teşebbüs hâkim durumda bulunmasa idi, ilgili zararın ortaya çıkıp çıkmayacağıdır. Eğer zararın ortaya çıkması, indirim veren teşebbüsün hâkim durumda bulunmasının bir sonucu olduğuna karar verilirse, kanaatimizce indirim uygulaması iki teşebbüs arasındaki bir anlaşma kapsamında yürürlüğe konulmuş olsa bile, uygulamanın hâkim durumun kötüye kullanılması bağlamında değerlendirilmesi mümkündür. Bu tür bir yaklaşımın, hâkim durumdaki teşebbüslerin rekabete zarar vermeme noktasında "özen borcu" altında bulunduğu vurgu yapan rekabet hukuku içtihadı ile de uyumlu olacağı düşünülmektedir.

türlerinin tamamının kapsamına girebileceği anlaşılmaktadır. Ancak indirim sistemleri 6. madde kapsamında değerlendirilirken, maddenin iktisadi bir yaklaşımla yorumlanması önem arz etmektedir¹⁹². Bu noktada; 6. madde kapsamında dışlayıcı nitelikteki kötüye kullanmanın unsurlarını en iyi yansıtan ve ikinci fıkranın (a), (c) ve (d) bentlerinin yorumlanmasında da esas alınması gereken hükmün, (e) bendindeki; “tüketicinin zararına olarak üretimin, pazarlamanın ya da teknik gelişmenin kısıtlanması” olduğu düşünülmektedir¹⁹³. Buna göre herhangi bir indirim uygulamasının dışlayıcı nitelikteki bir kötüye kullanma olarak kabul edilebilmesi için iki koşulun sağlanması gerekmektedir. Birincisi, uygulama sonucunda üretimin, pazarlamanın ya da teknik gelişmenin kısıtlanması; ikincisi ise, bu uygulamalardan tüketicilerin zarar görmesi.

İndirim sistemlerinin 6. madde kapsamında değerlendirilmesine ilişkin olarak belirtilmesi gereken ikinci bir husus ise; indirim sistemlerinin “ayrımcı” olup olmadığı değerlendirilirken 4054 sayılı Kanun’un 6/2(b) maddesinin lafzi yorumunun yeterli görülmeyip, maddenin yorumlanmasında RA’nın 82(c) maddesine uygun şekilde, “uygulama sonucunda alıcılar arasındaki rekabetin bozulması”nın da aranması gerektiğidir. Aksi taktirde, tüm fiyat farklılaştırmaları ihlal olarak nitelenebilecek ve böylece “rekabeti hiçbir şekilde etkilemeyen uygulamaların da yasaklanması söz konusu olabilecektir” (Aslan 2001, 238).

5.2. İNDİRİM SİSTEMLERİNE İLİŞKİN REKABET KURULU KARARLARI VE DEĞERLENDİRME

Rekabet Kurulu Kararları içerisinde, hâkim durumun kötüye kullanılması bağlamında indirim sistemlerinin ele alındığı karar sayısı giderek artmaktadır.

Rekabet Kurulu’nun bu alandaki en önemli kararlarından birisi, Frito Lay Gıda San. ve Tic. A.Ş.’nin münhasırlık karşılığı indirim sunmasının 4054 sayılı Kanun’u ihlal edip etmediğinin değerlendirildiği *Frito Lay*¹⁹⁴ soruşturması nihai karardır. Söz konusu kararda Rekabet Kurulu, münhasırlık karşılığı sunulan indirimlerin *per se* yasaklanması yerine uygulamaların pazardaki etkisinin değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir¹⁹⁵. Bu doğrultuda Kurul, Frito

¹⁹² Nitekim Gürzumar (2006,33-39) da 6. maddenin “genel norm” niteliğine dikkat çekmekte ve maddenin “normatif olgu unsurları”nın iktisadi bir perspektifi de barındıran içtihatlarla doldurulacağını belirtmektedir.

¹⁹³ Nitekim 4054 sayılı Kanun’a mehz teşkil eden RA’nın 82. maddesinde de; 6/2(a) maddesinin karşılığı olan bir madde hükmü bulunmamaktadır. Dolayısıyla AB rekabet hukukunda dışlayıcı eylemlerin değerlendirilmesi, 4054 sayılı Kanun’daki 6/2(e) maddesine mehz teşkil eden 82(b) çerçevesinde gerçekleştirilmektedir (O’Donoughe ve Padilla 2006, 197).

¹⁹⁴ 6.4.2006; 06-24/304-71

¹⁹⁵ Ibid. s. 67.

Lay'ın münhasırlık karşılığında sunduğu indirimleri değerlendirirken uygulamanın kısa süreli olması, pazarın tamamına yayılmamış olması, rakip teşebbüslerin Frito Lay kadar etkin olmaması gibi faktörleri dikkate alarak uygulamanın pazardaki etkisinin rakip teşebbüsün dışlanmasına yol açacak düzeyde olmadığını değerlendirmiş ve dolayısıyla uygulamanın ihlal teşkil etmeyeceğine karar vermiştir.

Frito Lay soruşturması kapsamında incelenen indirim uygulaması, münhasırlık karşılığı verilmesi nedeniyle oldukça basit ve indirim sistemlerinin karmaşık yapısını yansıtmaktan uzak bir indirim sistemidir. Ancak karar, indirim sistemlerinin hâkim durumun kötüye kullanılması bağlamında değerlendirilmesinde, Rekabet Kurulu tarafından şekli bir yaklaşımın benimsenmesi yerine, uygulamanın pazardaki etkilerinin çok yönlü bir şekilde incelendiği etki odaklı bir yaklaşımın benimsenmesi açısından son derece önemlidir. Bu yönüyle karar, indirim sistemlerinin değerlendirilmesine ilişkin önümüzdeki dönemdeki kararlara emsal teşkil edebilecek niteliktedir.

Ancak *Frito Lay* Soruşturması'ndaki etki odaklı yaklaşımın, Kurul'un indirim sistemlerinin değerlendirildiği önaraştırma ve muafiyet kararlarında da benimsendiğini söylemek mümkün değildir. Bu kararlardan birisi, *Microsoft* Kararıdır¹⁹⁶. Önaraştırma sonucunda alınan söz konusu kararda Rekabet Kurulu, uygulanan indirim sisteminin rekabeti bozucu etkisinin tespit edilememesi nedeniyle soruşturma açılmasına gerek görmemiştir.

Kurul kararında yer alan bilgilerden; Microsoft firmasının, kendisi ile iş yapan firmalara “miktar indirimleri (rebate)”, “profesyonel ürün satış indirimi”, “MS Club üyeliği”, “promosyon” ve “pazarlama destekleri” başlıkları altında beş farklı indirim sunduğu anlaşılmaktadır. Kurul kararında, Microsoft'un indirim sistemlerine ilişkin olarak ayrıntılı bilgi ve değerlendirme bulunmamaktadır. Kararda, Microsoft'un sunduğu “miktar indirimi”ne ilişkin olarak sisteme katılım şartlarının “açık ve objektif” olduğu, dolayısıyla söz konusu indirim kötüye kullanma olarak değerlendirilemeyeceği belirtilmiştir¹⁹⁷. Ancak karardaki bilgilerden bu çıkarımın yapılması güçtür. “MS Club” uygulamasına ilişkin olarak da, sisteme katılımın serbest olduğu (iş ortaklarına bırakılmış olması) ve Microsoft'un ürünlerinin satılmasında destekleyici olarak kullanıldığı tespiti dışında herhangi bir değerlendirme yapılmamıştır. Pazarlama desteklerine ilişkin olarak ise, indirim sadece kendi ürünlerini satan üreticilere ödendiği ya da bir baskı aracı olarak kullanıldığı yönünde bir delilin bulunmadığına dikkat çekilmiştir. Oysaki indirim sistemlerinin doğası gereği zaten uygulamaya katılım müşterilerin tercihine bağlıdır. Müşteriler üzerindeki baskı ya da yaptırım ise, indirim kaybedilmesi

¹⁹⁶ 1.9.2005; 05-53/809-219

¹⁹⁷ Ibid. s. 13.

riskidir. Dolayısıyla indirim sistemlerinin müşteri üzerinde fiilî bir zorlama oluşturmadan da dışlamaya yol açması mümkündür. Kararda ayrıca; Linux'tan ürün almak müşterilere önemli maliyet avantajı sunabilecekken müşterilerin Microsoft'u tercih etmesinin salt indirim ve reklam destekleriyle açıklanmasının mümkün olmadığı belirtilmiş; ancak müşterilerin Microsoft'u tercih etmelerinin asıl gerekçesinin ne olabileceği konusunda da herhangi bir değerlendirme yapılmamıştır. Rekabet Kurulu'nun Microsoft Kararı, inceleme konusu indirim sistemine ve Kurul'un görüşüne ilişkin ayrıntılı değerlendirme yapmaya elverişli bir karar değildir. Zira; indirim sistemine ilişkin olarak kararda sunulan bilgiler oldukça kısıtlıdır.

Rekabet Kurulu'nun hâkim durumun kötüye kullanılması bağlamında indirim sistemlerini ele aldığı bir diğer karar, *Ülker*¹⁹⁸ Kararı'dır. Öneri araştırma sonrasında alınmış olan söz konusu kararda, diğer hususların yanında, Ülker Grubu'nun dağıtım şirketleri tarafından uygulanan artan oranlı indirim sisteminin 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesi kapsamında kötüye kullanma teşkil edip etmeyeceği de değerlendirilmiştir¹⁹⁹. Kararda öncelikle Ülker'in uyguladığı indirim sisteminde tüm ürün grupları için tek bir indirim uygulanmak yerine, her bir ürün grubu için ayrı indirimin uygulandığına dikkat çekilmiş ve bu durumun bir pazardaki pazar gücünün diğer pazara aktarılmasına mani olduğu için indirim uygulamasının dışlayıcı etkisini azalttığı belirtilmiştir. Kararda ayrıca, Ülker'in pazar gücüne sahip olduğu ürün gruplarına ilişkin indirimlerde, standart (kişiselleştirilmemiş) indirim hedeflerinin bulunduğuna dikkat çekilerek ve ayrıca yapılan görüşmelerde alıcıların daha fazla Ülker ürünü satmak yönünde bir baskı hissetmediklerini ifade ettikleri belirtilerek, bu uygulamanın kötüye kullanma olarak değerlendirilemeyeceği sonucuna ulaşılmıştır.

Kurul'un Ülker Kararı'ndaki tüm indirim gruplarında tek bir indirimin uygulanmasının dışlama etkisini azaltacağı yönündeki değerlendirmesi, yanlış anlamalara yol açabilecek niteliktedir. Gerçekten de Ülker'in pazar gücüne sahip olduğu ürün grupları ile diğer ürün gruplarını bağlayacak şekilde bir paket indirimi sunması, bir pazardaki pazar gücünün diğer bir pazara aktarılmasına yol açacaktır. Ancak bu tür bir paket indirimi oluşturulmasının yolu, Kurul Kararı'nda belirtildiği gibi tüm ürün gruplarını kapsayan tek bir indirim sisteminin uygulanması değil; indirimin, her bir ürün grubunda ayrı ayrı alım hedeflerine ulaşılması karşılığında verilmesidir. Böylece müşteriler her bir ürün grubundan belirli miktarda alım yapmak zorunda olacakları için, bir pazardaki pazar gücünün diğer bir pazara aktarılması söz konusu olabilecektir.

¹⁹⁸ 2.6.2005; 05-38/487-116

¹⁹⁹ Bununla birlikte, inceleme konusu "sözleşmelerin rekabeti kısıtlayıcı potansiyel etkilerinin varlığı nedeniyle ilgili daire tarafından izlenmesi gerektiği" Karar'da yer almıştır.

Diğer taraftan, Ülker'in pazar gücüne sahip olduğu ürün gruplarında uyguladığı artan oranlı indirim sistemi değerlendirilirken, anılan indirimlerin standart miktar hedefli olmasının ve müşterilerin indirim sistemi altında daha fazla Ülker ürünü satma yönünde baskı hissetmedikleri yönündeki ifadelerinin dayanak olarak kullanılması, indirim sistemlerinin etkisine ilişkin bir yargıya varmada yanıltıcı olabilecektir. Zira; *Michelin II*²⁰⁰ dosyasında görüldüğü gibi, kimi durumlarda standart miktar hedefli indirim uygulamaları, özellikle de inceleme konusu indirim sisteminde olduğu gibi birden fazla indirim hedefi içeriyorsa (artan oranlıysa) farklı müşteri gruplarının ihtiyaçlarını yansıtabilmekte ve böylece aynen kişiselleştirilmiş miktar ya da pazar payı hedefli indirim sistemleri gibi bir işlev görebilmektedir. Dolayısıyla artan oranlı indirim sistemlerinde bu tür bir durumun varlığının araştırılması gerekmektedir. Ancak Kurul Kararında, uygulamanın artan oranlı olduğu belirtilmekle birlikte indirim hedeflerinin değişik müşteri gruplarının referans dönem içerisindeki yaklaşık ihtiyaçlarını yansıtmayı yansıtmadığı konusunda herhangi bir bilgi ve değerlendirme bulunmamaktadır. Ayrıca indirimin müşteriler üzerindeki etkileri değerlendirilirken müşterilerin ifadelerinden ziyade, indirim öncesindeki ve sonrasındaki Ülker ürünü satışlarının karşılaştırılması, iktisadi açıdan daha anlamlı olabilirdi.

Rekabet Kurulu tarafından yakın zamanda alınan bir diğer karar ise, *Amadeus*²⁰¹ Kararıdır. Söz konusu kararda Rekabet Kurulu, Amadeus'un beş acentasına münhasırlık karşılığı verdiği indirim sisteminin, uygulamanın pazarın küçük bir bölümünü kapsadığı, ayrıca acentelerin bu durumu kendi istekleriyle kabul ettikleri gerekçesiyle soruşturma açılmasına gerek görmemiş; ancak verilen teşviklerin Kanun'un 6. maddesi'ne aykırılık teşkil ettiği gerekçesiyle uygulamanın sonlandırılması yönünde ilgili teşebbüse bildirimde bulunulması yönünde karar vermiştir.

Rekabet Kurulu'nun bu kararında münhasırlık karşılığında verilen indirimleri *per se* ihlal kabul etmesi, Kurul'un *Frito Lay* kararındaki yaklaşımı ile çelişmektedir. Malesef benzer bir yaklaşıma Kurul'un dikey anlaşmalara ilişkin muafiyet kararlarında²⁰² da rastlamak mümkündür. Söz konusu kararlarda da münhasırlık karşılığı verilen indirimler, fiilî bir münhasırlık olarak değerlendirilmiş ve bu tür teşvikleri içeren anlaşmaların bireysel muafiyet alamayacağı belirtilmiştir. Münhasırlık karşılığında verilmiş olsalar bile, bu tür indirimlerin *per se* yasaklanması yerine pazardaki etkilerinin araştırılmasının uygun olacağı düşünülmektedir. Örneğin, dikey bir anlaşmada verilmiş olan

²⁰⁰ Bkz. dipnot 77.

²⁰¹ 3.1.2008; 08-01/6-5

²⁰² Örneğin; Coca Cola muafiyet geri alınması kararı (10.9.2007 tarih ve 07-70/864-327); Mey İçki muafiyet geri alınması kararı (10.9.2007; 07-70/863-326).

münhasırlık karşılığı bir indirim geriye dönük olarak verilmişse, indirim veren teşebbüsün pazar gücüne bağlı olmak üzere dışlama etkisi görtermesi muhtemeldir. Ancak aynı indirim üst dilim indirimi şeklinde verilmişse, bunun etkisi indirim hedefinin üzerindeki birimler için rekabetin daha da artması olacak ve benzer indirimi sunan rakiplerin de müşteriye satış yapması mümkün olabilecektir. Oysaki bu indirimlerin *per se* yasaklanması durumunda, müşteriler alımlarının en azından küçük bir kısmında elde edecekleri indirimden de mahrum kalacaklardır.

İndirim sistemlerine ilişkin Rekabet Kurulu kararları incelendiğinde, *Frito Lay* dışındaki kararlarda indirim sistemlerinin pazardaki etkilerinin araştırılmadığı dikkati çekmektedir. Ayrıca bazı kararlarda inceleme konusu indirim sisteminin işleyiş şeklinin ve rakipleri dışlayabilecek yönlerinin de dikkate alınmadan sonuca gidildiği görülmektedir.

İndirim sistemlerine ilişkin değerlendirmelerde iktisadi açıdan anlamlı bir sonuca ulaşılabilmesi bakımından çalışmanın dördüncü bölümünde genel çerçevesi sunulan etki odaklı yaklaşım çerçevesinde incelemelerin yürütülmesi ve yürütülen incelemelerde her şeyden önce inceleme konusu indirim sisteminin niteliklerinin dikkate alınması önem arz etmektedir. Ancak şu da bir gerçek ki, bazı durumlarda çeşitli nedenlerle bütünüyle iktisadi bir yaklaşımın uygulanması mümkün olmayabilmektedir. Bu durumda, en azından indirim sistemlerinin niteliklerinin detaylı bir şekilde araştırılarak etki odaklı bir yaklaşımın genel çerçevesinden çok fazla sapmadan değerlendirilmelerin yürütülmesi ve bu değerlendirmeler sonucunda ulaşılan sonuçların pazar gerçeklikleri ile sağlamlasının yapılmasının, yürütülen incelemelerdeki hata payını en aza indirebileceği düşünülmektedir.

SONUÇ

Alıcının belirli şekilde davranması karşılığında verilen fiyat indirimlerine rekabet hukukunda “indirim sistemi” denilmektedir. Tanımdan da anlaşılacağı üzere “indirim sistemi” kavramı, standart ve homojen bir indirim uygulamasından ziyade, ticari hayatın dinamik koşulları altında farklı görünümde ortaya çıkabilen ve indirimin koşullu olması dışında yapıları, işleyişleri ve etkileri bakımından çeşitlilik arz eden uygulamaları ifade etmektedir.

İndirim sistemlerinin farklı kriterlere göre sınıflandırılması mümkündür. Bunlardan rekabet hukuku bağlamında yapılacak değerlendirmeler açısından en işlevsel olanı; indirimin etkili olduğu pazar sayısına göre yapılan sınıflandırmadır. Bu sınıflandırmaya göre, tek bir pazara ilişkin alım koşulunun bulunduğu indirim sistemlerine “tek ürün indirimleri”; birden fazla pazara ilişkin alım koşulunun bulunduğu sistemlerine ise “paket indirimleri” denilmektedir. İndirim sistemlerinin değerlendirilmesi açısından önemli olan bir diğer sınıflandırma ise, indirimin kapsamına göre yapılan sınıflandırmadır. Buna göre, alıcının indirim hedefine ulaşması halinde hedefin altındaki ve üstündeki tüm alımları için indirim kazanabildiği indirim sistemlerine “tüm birim indirimleri”(“geriye dönük indirimler”); alıcının sadece indirim hedefinin üzerindeki alımları için indirim kazanabildiği indirim sistemlerine ise, “üst dilim indirimleri” adı verilmektedir. Bu kavramların yanında; “sadakat indirimleri”, “miktar indirimleri” ve “hedef indirimleri” gibi kavramlar da uygulamada yaygın olarak kullanılmaktadır. Belirli bir referans dönem boyunca alıcının ihtiyaçlarının tamamını veya önemli bir kısmını indirim veren teşebbüsten karşılamasına bağlı olarak verilen indirimlere “sadakat indirimleri” denilirken; müşterinin alımlarının maliyette yaratacağı tasarruf göz önüne alınarak sadece alınan miktara bağlı olarak verilen ve tüm alıcılar için objektif bir şekilde uygulanan indirimlere “miktar indirimleri” denilmektedir. “Hedef indirim” kavramı ise AB rekabet hukukuna özgü bir kavram olup, indirimin alım hedeflerine bağlandığı indirim sistemlerini ifade etmektedir. Bu yönüyle “sadakat indirim” kavramının esasında “hedef indirimlerini” de kapsadığını söylemek mümkündür.

İndirim sistemleri, ticari hayatta yaygın olarak kullanılan satış politikası araçlarındandır. Hâkim durumdaki teşebbüsler kadar pazar gücüne sahip olmayan teşebbüslerin de indirim sistemlerini kullanması, bu uygulamaların kullanılmasında rekabeti bozma amacının dışında birtakım motivasyonların da bulunabileceğine işaret etmektedir. Nitekim, indirim sistemlerine ilişkin iktisadi çalışmalar, bu uygulamaların; sabit maliyetlerin kurtarılması, fiyatların marjinal maliyetlere yaklaşması (dağıtım etkinliğinin sağlanması), ölçek ekonomilerinin yakalanması (üretim etkinliğinin sağlanması), alt pazarlarda rekabetin artırılması, çifte tekelci fiyatlamanın önlenmesi ve yeniden satıcıların teşvik edilmesi gibi çok sayıda rekabetçi etkisinin bulunduğunu göstermektedir.

Rekabet hukukunda indirim sistemlerine müdahale edilmesi, bu uygulamalara yönelik iki temel kaygıdan kaynaklanmaktadır. Bunlardan birincisi, pazar gücüne sahip (hâkim durumdaki) bir teşebbüs tarafından indirim sisteminin uygulanması sonucunda, pazardaki müşterilerin tamamının veya önemli bir kısmının indirim sunan teşebbüse bağlanması ve böylece rakiplerin pazardan dışlanması; ikincisi ise indirim sistemi yoluyla alıcılar arasında ayrımcılık yapılması ve böylece alt pazarlardaki rekabetin bozulmasıdır.

İndirim sistemlerinin tek taraflı davranışlar bağlamında değerlendirilmesine ilişkin ABD antitrust hukuku uygulaması incelendiğinde, ABD mahkemelerinin tek ürün indirimleri ile paket indirimleri arasında bir ayrıma gittiği ve tek ürün indirimlerine yıkıcı fiyata yol açmadıkça müdahale etmediği görülmektedir. Paket indirimlerine ilişkin davalarda ise, genellikle indirim uygulayan teşebbüs kadar etkin olan rakiplerin indirime karşı koyup koyamayacağını araştıran bir yaklaşımın benimsendiği görülmektedir. Bu çerçevede, ABD uygulamasında paket indirimlerine uygulanan test (dışlayıcı paketleme testi), pakete uygulanan toplam indirimin paket içerisindeki ürünlerden sadece birine uygulanmış gibi kabul edilerek ilgili ürünün indirimli fiyatının tespit edilmesi ve bu fiyatın söz konusu ürünün maliyeti ile karşılaştırılması şeklindedir.

İndirim sistemlerine ilişkin ABD uygulamasına getirilebilecek en büyük eleştiri, bu hukuk sisteminde tek ürün indirimlerine ilişkin değerlendirmelerin yıkıcı fiyat analizine indirgenmesidir. Oysaki çalışmanın ikinci bölümünde de belirtildiği üzere, tek ürün indirimlerinin bir alt kategorisi olan “geriye dönük indirimler”de, belirli koşulların varlığı halinde maliyet üstü fiyatlama ile de dışlama ortaya çıkabilmektedir.

İndirim sistemlerine ilişkin AB rekabet hukuku uygulaması incelendiğinde ise, ilk bakışta bu hukuk sisteminde indirim sistemlerine karşı ABD’ye kıyasla çok daha müdahaleci bir yaklaşımın benimsenmiş olduğu görülmektedir. Ancak Komisyon’un ve Topluluk mahkemelerinin kararları derinlemesine analiz edildiğinde, indirim sistemlerinin pazardaki etkisi yeterince

analiz edilmeden “şekilci” (*form based*) bir yaklaşımla (indirim yapısından hareketle) ihlal tespitinin yapıldığı dikkat çekmektedir. Ayrıca, indirim yapısından hareketle yapılan değerlendirmelerin de iktisadi gerçekliklerle uyuştuğunu söylemek mümkün değildir.

Komisyon’un ve Topluluk mahkemelerinin indirim sistemlerini “kötüye kullanma” olarak değerlendirirken genellikle şu dört gerekçeden birine veya birkaçına dayandığı görülmektedir: (a) indirim ortak pazarın bölünmesine yol açması, (b) indirim haksız olması, (c) indirim ayrımcı olması, (d) indirim sadakat artırıcı olması. Yukarıdaki gerekçelerden ilk ikisinin, “tüketici refahının artırılması” amacıyla doğrudan bir ilgisi bulunmamaktadır. İlki, ortak pazarın korunması amacının bir ürünüken, ikincisi ancak büyük teşebbüsler karşısında küçük teşebbüslerin ve tüketicilerin korunması şeklinde formüle edilebilecek bir amaçla ilişkilendirilebilecektir. İndirim sistemlerinin ayrımcı olup olmadığı noktasında ise Komisyon’un ve mahkemelerin, bu uygulamaların alt pazardaki rekabeti bozup bozmadığına bakmaksızın ihlal tespitinde buldukları görülmektedir. Bunun sonucunda da indirim sistemlerinin hemen hemen tamamının ayrımcı kabul edilmesi şeklinde bir sonuç ortaya çıkmaktadır. Yukarıda belirtilen son gerekçeye ilişkin olarak ise Komisyon ve mahkemelerin herhangi bir indirim sisteminin “sadakat artırıcı” olup olmadığını değerlendirirken farklı kriterler kullandıkları görülmektedir. Bu kriterlerden birisi, indirim sisteminin bir “geriye dönük indirim” olmasıdır. Komisyon ve mahkeme kararlarının büyük çoğunluğunda, “geriye dönük indirimler”, rakiplerin indirimine karşı koymasını zorlaştırdığı için *per se* ihlal olarak değerlendirilmiştir. Oysa ki, çalışmanın ikinci bölümünde de dikkat çekildiği üzere, geriye dönük indirimlerin her durumda rakiplerin dışlanmasına yol açacağını söylemek mümkün değildir. Benzer şekilde bazı kararlarda indirim paket indirimi şeklinde olması, indirim sisteminin ihlal olarak değerlendirilmesi için yeterli görülmüştür. Ne var ki, paket indirimlerinin *per se* ihlal olarak değerlendirilmesinin iktisadi herhangi bir dayanağı bulunmamaktadır. Aksine iktisadi çalışmalar bu uygulamaların pek çok durumda rekabetçi olduğunu ortaya koymaktadır. Yine pek çok kararda “referans dönemin” görece uzun olması, bu uygulamaların ihlal olarak değerlendirilmesi için yeterli görülmüştür. Ancak indirim sistemlerine ilişkin iktisadi çalışmalar, referans dönemin uzunluğu ile indirim sisteminin dışlama etkisi arasında doğrudan bir ilişkinin bulunmadığını ortaya koymaktadır. Kaldı ki bazı kararlarda bu faktör dikkate alınmışken bazılarında hiç dikkate alınmamıştır. Ayrıca, ne kadarlık bir sürenin “görece uzun bir süre” olduğu ve sadakat artırıcı etki doğurduğu da açık değildir. AB rekabet hukukunda indirim sistemlerinin “sadakat artırıcı” olarak değerlendirilmesinde dikkate alınan diğer faktörler; indirim müşterileri belirsizlik içerisinde bırakması, alıcıların pazardaki kâr marjlarının düşük olması ve dolayısıyla indirimlerin müşterilerin kârlılığında önemli bir değişiklik

yaratması ve hâkim durumdaki teşebbüsün rakiplerine oranla portfolyo ya da pazar payı üstünlüğüne sahip olmasıdır.

Komisyon'un ve Topluluk mahkemelerinin indirim sistemlerine yönelik müdahaleci yaklaşımı, indirim sistemlerinin rekabetçi etkilerini gözardı ettiği ve dolayısıyla rekabetçi uygulamaların yasaklanmasına yol açtığı gerekçesiyle eleştirilmektedir. Komisyon'un Tartışma Metni'ndeki değerlendirmeleri ve 2006 yılında almış olduğu *Prokent/Tomra* Kararı ise, önümüzdeki dönemde indirim sistemlerinin değerlendirilmesinde etki odaklı bir yaklaşımın ağırlık kazanacağını göstermektedir. Bununla birlikte, Komisyon'un bu yaklaşımın mahkemelerce de benimsenip benimsenmeyeceği hâlâ kuşkuludur.

İndirim sistemlerine ilişkin Rekabet Kurulu kararları incelendiğinde, *Frito Lay* kararı dışındaki kararlarda, indirim sistemlerinin pazardaki etkilerinin neredeyse hiç araştırılmadığı dikkati çekmektedir. Ayrıca bazı kararlarda inceleme konusu indirim sisteminin işleyiş şeklinin ve rakipleri dışlayabilecek yönlerinin bütünüyle gözardı edilerek sonuca gidildiği de görülmektedir.

İndirim sistemlerine yönelik rekabet hukuku analizlerinde indirim pazardaki etkisine bakılmaksızın “şekilci” bir yaklaşımın benimsenmesi, uygulamada bir takım kolaylıklar sağlasa da rekabetçi pek çok davranışın bizzat rekabet hukuku eliyle yasaklanması sonucunu doğurabilecektir. Dolayısıyla, indirim sistemlerine ilişkin değerlendirmelerde, uygulanmasındaki zorluğa rağmen “etki odaklı” bir yaklaşımın benimsenmesi tercih edilmelidir.

İndirim sistemlerinin değerlendirilmesinde benimsenebilecek “etki odaklı” bir yaklaşım, indirim sistemlerinin tek tek alıcılar veya alıcı grupları üzerindeki etkisini araştıran mikro düzeyde bir analizin yanında, bu uygulamaların alıcılar üzerindeki etkilerinin pazar koşullarında değerlendirilmesini içeren makro düzeyde bir analizi de gerektirmektedir.

Bu çerçevede, çalışmanın dördüncü bölümünde sunulan analitik yaklaşımın ve bu bağlamda önerilen testlerin, indirim sistemlerinin etki odaklı bir yaklaşımla değerlendirilmesine yönelik bir yol haritası sunması ve yapılacak analizleri kolaylaştırmak adına pek çok “güvenli liman” içermesi nedeniyle kullanışlı olabileceği düşünülmektedir.

ABSTRACT

Granting of discounts and rebates is a common practice of commercial life and a major tool for price competition. Manufacturers offer discounts and rebates to their customers for mainly two reasons: to increase their sales in favor of their competitors and to encourage retailers to promote their products.

These practices increase welfare and thus serve for the objects of the competition policy as they lower prices, increase production and diversify consumer preferences. In some cases however, discounts and rebates may take the form of “predatory pricing”, “de-facto tying”, “exclusive dealing” or “discrimination” and therefore may lower consumer surplus or total surplus. The fact that discounts and rebates may generate competitive effects as well as anticompetitive ones; a competition inquiry necessitates the examination of the impacts that these practices have on market dynamics. On the other hand, since rebates and discounts arise in many forms and varieties, it is generally complicated and problematic to analyze them in a comprehensive and coherent way.

This study attempts to explain the different points of views in competition law, for the assessment of rebates and discounts as a unilateral act by covering the theoretical approaches and practical applications. To this end, first a conceptual framework is developed. Second, theoretical approaches regarding competitive and anticompetitive effects of these practices are analyzed. The EU and US case-law regarding discounts and rebates are dealt with in the third chapter. An economic approach regarding the assessment of discounts and rebates is discussed in the fourth chapter in the light of the analysis given in the second chapter. The rest of the study is devoted to the explanation and analysis of Turkish Competition Law applications regarding rebates and discounts.

KAYNAKÇA

- AHLBORN, C., V. DENICOLO ve D. GERADIN (2006), “DG Comp’s Discussion Paper on Article 82: Implications of the Proposed Framework and Antitrust Rules for Dynamically Competitive Industries”, <http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/art82/contributions.html>
- AREEDA, E. P. ve H. HOVENKAMP (2000), *Antitrust Law: An Analysis of Antitrust Principles and Their Application*, Volume IIIA, Second Edition, Aspen Publishers, New York.
- ASLAN, İ. Y. (2001), *Rekabet Hukuku: Teori, Uygulama, Mevzuat*, Genişletilmiş 2. Baskı, Ekin Kitabevi, Ankara.
- ATİYAS, İ. (2000), “Rekabet Politikasının İktisadi Temelleri Üzerine Düşünceler”, *Rekabet Dergisi*, Cilt 1, Sayı 1, s. 25-47.
- AURICCHIO, V. (2007), “Discount Policies in US and EU Enforcement Policies: Protecting Competition, Competitors or Consumer Welfare?”, <http://www.side-isle.it/ocs/viewabstract.php?id=48>
- BISHOP, S. ve M. WALKER (2002), *The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement*, 2nd Edition, Sweet&Maxwell, London.
- BRENNAN, T. J. (2007), “Bundled Rebates as Exclusionary, Not Predatory”, <http://ssrn.com/abstract=992907>.
- BRUCKMANN, B. O. (2001), “Discounts, Discrimination and Exclusive Dealing: Issues Under The Robinson – Patman Act”, *Antitrust Law Journal*, Vol: 68, s.253-296.
- DEMİRÖZ, A. (2003), *Yeni Ekonomide Rekabet Kuralları*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi, No:20, Ankara.
- ELHAUGE, E. (2003), “Defining Better Monopolization Standards”, *Stanford Law Review*, Vol: 56, s. 253-344.

- ELHAUGE, E. (2006), "Comments of Professor Elhauge on DG Competition Discussion Paper on Exclusionary Abuses", <http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/art82/contributions.html>
- ELHAUGE, E. ve D. GERADIN (2007), *Global Competition Law and Economics*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon.
- ERDOĞAN, T. (2003), *Rekabet Hukuku Açısından Perakende Sektöründe Alım Gücü*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi, No:3, Ankara.
- ERUTKU, C. (2006), "Rebates as Incentives to Exclusivity", *Canadian Journal of Economics*, Vol: 39, No: 2, s.477-492.
- FAELLA, G.(2007), "The Antitrust Assessment of Loyalty Discounts and Rebates" <http://ssrn.com/abstract=1079504>
- FAULL, J.ve A. NIKPAY (2007), *The EC Law of Competition*, 2nd Edition, Oxford University Pres, New York.
- FEDERICO, G. (2005), "When Are Rebates Exclusionary?" *ECLR*, Vol: 26, Issue: 9, s.477- 480.
- GERBER, D. J. (1994), "Constitutionalizing the Economy: German Neo-liberalism, Competition Law and The New Europe", *American. Journal of Comparative Law*, Vol: 25 s. 25-84.
- GOYDER, D. G. (2003), *EC Competition Law*, Oxford EC Law Library 4th Edition, Oxford University Pres, New York.
- GÖRGÜLÜ, Ü. (2003), *Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Kapsamında Fiyat Ayrımcılığı Uygulamaları*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi, No:32, Ankara.
- GREENLEE, P. ve D. REITMAN (2005a), "Distinguishing Competitive and Exclusionary Uses of Loyalty Discounts", *The Antitrust Bulletin*, Vol: 50, No: 3, s. 441- 464.
- GREENLEE, P. ve D. REITMAN (2005b), "Competing with Loyalty Discounts", US Department of Justice EAG Discussion Paper 04-2, 4 February 2005. <http://ssrn.com/abstract=502303>
- GREENLEE, P., D. REITMAN ve S. SIBLEY (2006), "An antitrust analysis of Bundled Loyalty Discounts" US Department of Justice Econ. Analysis Group Discussion Paper 30.10.2006, <http://ssrn.com/abstract=600799>.
- GÜL, İ.(2000), *Avrupa Birliği ve Amerika Birleşik Devletleri Mahkeme İçtihatları Işığında Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun Açısından*

Teşebbüsün Alıcılarına Ayrımcılık Yaparak Hâkim Durumunu Kötüye Kullanması, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi, Ankara.

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

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

GYSELEN, L.(2003), “Rebates: Competition on Merits or Exclusionary Practice?”, C. D. Ehlermann ve I. Atanasiu (der.), *2003 European Competition Law Annual – What is an Abuse of A Dominant Position?* içinde, Hart Publishing, 2006.

http://ec.europa.eu/comm/competition/speeches/text/sp2003_017_en.pdf

HEIMLER, A. (2005), “Pricing Below Cost and Loyalty Discounts: Are They Restrictive And If So When?” 1 (2) *Competition Policy International* 149.

HOVENKAMP, H. (2001), “Post Chicago Antitrust: A Review and Critique”, *2001 Columbia Business Law Review*, Vol: 257, s.257-337.

HOVENKAMP, H. (2006), “Discounts and Exclusion”, *2006 Utah Law Review*, s. 841-861.

JONES, A. ve B. SUFRIN (2004), *EC Competition Law: Text, Cases and Materials*, 2nd Edition, Oxford University Pres, Oxford.

KALLAUGHER, J., ve B. SHER (2004), “Rebates Revisited: Anti-Competitive Affects and Exclusionary Abuse Under Article 82”, *E.C.L.R.* Issue: 5, s.263-285.

KISA, S. U. (2004), *Avrupa Topluluğu Rekabet Hukukunda Hâkim Durumun Rekabet Karşısı Eylem ve İşlemlerle Kötüye Kullanılması*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara.

KARA, A. F. (2003), *Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Aracı Olarak Yıkıcı Fiyat Uygulaması: ABD ve AT Uygulamalarından Dersler*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No:18, Ankara 2003.

KOBAYASHI, B. H. (2005), "The Economics of Loyalty Discounts and Antitrust Law in the United States", *Competition Policy International*, Vol:1, No:115, Autumn. <http://ssrn.com/abstract=794944>.

KOLAY, S., G. SHAFFER ve J. ORDOVER (2004), “All Unit Discounts in Retail Contracts”, *Journal of Economics & Management Strategy*, Vol: 13, No: 13, s. 429 - 459.

KOMİSYON (2005), “European Commission DG Competition Discussion Paper on the Application of Article 82 of the Treaty to Exclusionary Abuses: Public Consultation”, Brussels, December 2005.

LAMBERT, T. A.(2005), “Evaluating Bundled Discounts”, *Minnesota Law Review*, Vol: 89, s. 1688-1756, <http://ssrn.com/abstract=650326>.

LANG, J. T. ve R. O’DONOUGHE (2003), “Defining Legitimate Competition: How to Clarify Picing Abuses Under Article 82 EC”, *Fordham International Law Journal*, Vol: 26, s.83-162

LANGER, J. (2007), “Tying and Bundling as a Leveraging Concern Under EC Competition Law”, Kluwer Law International, International Competition Law Series Volume 30, The Netherlands, 2007.

LOEWENTHAL, P. J. (2005), “The Defence of Objective Justification in the Application of Article 82 EC”, *World Competition*, Vol:28, No:4, s. 455-477.

MAIER – RIGAUD, F. P. (2005), “Switching Costs in Retroactive Rebates – What’s Time Got To Do With It?”, *ECLR*, 2005, Vol:26, No:5, s.272-276, http://www.coll.mpg.de/pdf_dat/2005_3online.pdf

MAIER-RIGAUD, F. ve F. VAIGAUSKAITE (2006), “Prokent/Tomra, a Textbook Case?: Abuse of Dominance Under Perfect Information”, *Competition Policy Newsletter*, Number 2, Summer 2006.

MCGEE, J. (1980), "Predatory Pricing Revisited", *The Journal of Law and Economics*, Vol:23, No:1, s.289-330.

MILLS, D. E. (2004), “Market Share Discounts”, University of Virginia Department of Economics, 12 May 2004.

<http://www.virginia.edu/economics/Workshops/Theory/Market%20Share%20Discounts.pdf>

MOTTA, M.(2006), “Michelin II – The treatment of Rebates”,

http://www.iue.it/Personal/Motta/Papers/Michelin_II.pdf

NALEBUFF, B.(2004), “Bundling as an Entry Barrier”, *The Quarterly Journal of Economics*, Vol: 119, No:1, s. 159-187. 29 Haziran 2003 tarihli versiyonu için;<http://eurequa.univ-paris1.fr/membres/tropeano/pdf/polconc/ventesliees/Nalebuff.pdf>

NALEBUFF, B.(2005), “Exclusionary Bundling”, *The Antitrust Bulletin*, Vol: 50, No: 3, s. 321-369.

O’DONOUGHE, R. ve A. J. PADILLA (2006), *The Law and Economics of Article 82 EC*, Hart Publishing, Oxford and Portland.

- OECD (2002), “Loyalty and Fidelity Discounts and Rebates”, <http://www.oecd.org/competition>.
- OFT (2005), “Selective Price Cuts and Fidelity Discounts”, Economic Discussion Paper, July 2005, www.oft.gov.uk.
- ORDOVER, J. ve G. SHAFFER (2007), “Exclusionary Discounts”, UK Economic&Social Research Council (ESCR) Centre For Competition Policy (CCP) Working Paper 07-13 ISSN 1745-9648. <http://ssrn.com/abstract=995426>.
- ÖZ, G. A. (2000), *Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması*, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara.
- PADILLA, J. ve D. SLATER (2005), “Rebates as an Abuse of Dominance Under Article 82 EC”, GCLC Research Papers on Article 82 EC, s.84-104.
- POSNER, R. A. (1991), “The Chicago School of Antitrust Analysis”, E. Thomas Sullivan (der.), *The Political Economy of the Sherman Act: The First One Hundred Years* içinde, Oxford University Press, New York, s.193-209.
- RBB, (2006), “The Response of RBB Economics to 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>
- RBB (2007), “Tomra: rolling back form-based analysis of rebates?”, RBB Economics Brief, 21 February 2007.
- http://www.rbbecon.com/publications/downloads/rbb_brief21.pdf
- RIDYARD, D. (2002), “Exclusionary Pricing and Price Discrimination Abuses Under Article 82-An Economic Analysis”, *ECLR*, Vol: 23, No:6, s. 286-303
- SANLI, K. C. (2000), *Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun'da Öngörülen Yasaklayıcı Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararları'nın Geçersizliği*, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi-3, Ankara.
- RUBINFIELD, D. L. (2005), “3M's Bundled Rebates: An Economic Perspective”, *University of Chicago Law Review*, Vol: 72, s. 243-264.
- SCHMIDT, I. L. O. ve J. B. RITTALER (1989), *A Critical Evaluation of Chicago School of Antitrust Analysis*, Kluwer Academic Publishers, London.
- SPECTOR, D.(2005), “Loyalty Rebates: An Assessment of Competition Concerns and A Proposed Rule of Reason”, *Competition Policy International*, Vol:1, No:2, Autumn.

ŞİRAMUN, S.(2005), *Avrupa Birliği Rekabet Hukuku'nda Kötüye Kullanma Kriterleri*, Vedat Kitapçılık, İstanbul.

TOM K., D. A. BALTO ve N. W. AVERITT (2000), “Anticompetitive Aspects of Market Share Discounts and other Incentives to Exclusive Dealing”, *Antitrust Law Journal*, Vol: 67 s.616-639

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

VAN BAEL, I. ve L. F. BELLIS (2006), “Comments by Van Bael ve Bellis on the Discussion Paper published by the European Commission”. <http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/art82/contributions.html>

WHINSTON, M. (1990), “Tying, Foreclosure, and Exclusion”, *The American Economic Review*, Vol: 80, No: 4, s. 837-859.

WHISH, R. (2003), *Competition Law*, Fifth Edition, Lexis Nexis, London.

Avrupa Komisyonu Kararları

BPB Industries plc (1989) OJ L10/50

Deutsche Post (2001) OJ L 125/27

European Sugar Cartel (1973), OJ L 140/17.

Hoffmann-La Roche (1976), OJ L 223/27.

Irish Sugar (1997) OJ L 258/1.

Michelin I (1981) OJ L 353/33.

Portuguese Airports (1999), OJ L 69/31.

Soda Ash/ICI (2003) OJ L10/33

Soda Ash-Solvay (2003) OJ L10/10

Michelin II (2001) OJ L 58/25

Virgin British Airways (2000) OJ L 30/1

Prokent/Tomra (Case COMP E-1/38.113) (Henüz yayımlanmadı)

Avrupa Topluluğu Adalet Divanı ve İlk Derece Mahkemesi Kararları

British Airways v. Commission (Case T- 219/99) (2004)

British Airways/Commission (Case C- 95/04) (2007)

Cooperative Verening ‘Suiker Unie’ UA v. Commission (Case 114/73),(1975), ECR 1663

Hoffmann-La Roche & Co AG v. Commission (Case 85/76) (1979) ECR 461.
Irish Sugar plc v. Commission (Case C-497/99) (2001) ECR I-5333.
Irish Sugar plc v. Commission (Case T-228/97) (1999).
Manufacture Française Des Pneumatiques Michelin v. Commission (Case T-203/01) (2004)
Nederlandsche Banden-Industrie Michelin NV v. Commission (Case 322/81)(1983) ECR 3461
Portugal v. Commission (Case C-163/99) (2001) ECR I- 2613.
Manufacture Française Des Pneumatiques Michelin v. Commission (Case T-203/01) (2004).

ABD Mahkeme Kararları

Barry Wright v. ITT Grinnel, 724 F. 2d 227 (1983)
Brooke Group Ltd. V. Brown & Williamson Tobacco Corp. 509 U.S. 209 (1993).
Cascade Health Solutions v. Peace Health (479 F 3d. 726, 727) (2007)
Concoard Boat Corporation v. Brunswick Corporation 207 F 3d 1039 (2000)
Invacare Corp. V. Respiroics Inc. 2006 WL 3022968 (2006)
JBDL v. Wyeth-Ayerst Laboratories 485 F. 3d 880 (2007)
Le Page's v. 3M324 F. 3d 141(2003)
Ortho Diagnostic Systems v. Abbott Labs, Inc., 920 F. Supp. 455 (1996)
SmithKline Corp. v. Eli Lilly & Co. 575 F. 2d 1056
Virgin Atlantic Airways, LTD v. British Airways PLC. 257 F. 3d 256 (2001)

Rekabet Kurulu Kararları

“Frito Lay Kararı”, 6.4.2006 tarih ve 06-24/304-71 sayılı Karar.
“Microsoft Kararı”, 1.9.2005 tarih ve 05-53/809-219 sayılı Karar.
“Ülker Kararı”, 2.6.2005 tarih ve 05-38/487-116 sayılı Karar.
“Amadeus Kararı”, 3.1.2008 tarih ve 08-01/6-5 sayılı Karar
“Coca Cola Muafiyet Geri Alma Kararı”, 10.9.2007 tarih ve 07-70/864-327 sayılı Karar.
“Mey İçki Muafiyet Geri Alma Kararı”, 10.9.2007 tarih ve 07-70/863-326 sayılı Karar.