

# REKABET DERGİSİ

## COMPETITION JOURNAL

Cilt/Volume: 14

Sayı/Number: 01

Ocak/January: 2013

- ◆ **Rekabet İhlallerinden Doğan Uyuşmazlıklara Uygulanacak Hukukun Tespiti / Determining The Applicable Law in Disputes Arising From Competition Infringements**  
Buket ARI
- ◆ **Demiryolu Taşımacılığında Serbestleştirme Açısından Almanya Örneği / The Liberalization in Rail Transport Market in The Framework of German Experience**  
Araş. Gör. Dr. Hasan KARAKILIÇ
- ◆ **Yesterday Microsoft, Today Google: Product Designs in High-Tech Markets and Challenges for Competition Law / Dün Microsoft, Bugün Google: Yüksek Teknoloji Sektörlerinde Ürün Tasarımları ve Rekabet Hukuku Açısından Sorunlar**  
Ahmet Fatih ÖZKAN  
Ayşem DİKER VANBERG

**14. YIL**  
**14th YEAR**  
2000'den beri yayında  
Published since 2000

ISSN 1302 - 552X

---

---

# REKABET DERGİSİ

## COMPETITION JOURNAL

---

---

**Cilt/Volume: 14**

**Sayı/Number: 1**

**Ocak/January 2013**

**Üç ayda bir yayımlanan hakemli dergi**  
*Refereed journal published quarterly*

**Rekabet Dergisi, EBSCO, Tübitak Ulakbim  
ve Asos Index veri tabanlarında  
dizinlenmektedir.**

*Competition Journal is indexed in the  
EBSCO, Tubitak Ulakbim and Asos Index  
databases.*

**YAYINCI REKABET KURUMU ADINA SAHİBİ**  
*OWNER ON BEHALF OF PUBLISHER TURKISH COMPETITION AUTHORITY*  
Prof. Dr. Nurettin KALDIRIMCI

**SORUMLU MÜDÜR**  
*MANAGING DIRECTOR*  
Akın ŞİMŞEK

**YAYIN KOMİSYONU**  
*EDITORIAL BOARD*  
Doç. Dr. Tahir SARAÇ  
Ali DEMİRÖZ  
Dr. Armağan ERDOĞAN  
Ömür PAŞAOĞLU

**DANIŞMA KURULU**  
*ADVISORY BOARD*  
Prof. Dr. Sabih ARKAN  
Prof. Dr. Ömer Faruk ÇOLAK  
Prof. Dr. Lale DAVUT  
Prof. Dr.ERCÜMENT ERDEM  
Prof. Dr. Celal GÖLE  
Prof. Dr. Erden KUNTALP  
Prof. Dr. Ergun ÖZSUNAY  
Prof. Dr. Güven SAK  
Prof. Dr. Turgut TAN  
Prof. Dr. Erol TAYMAZ  
Prof. Dr. Ünal TEKİNALP  
Prof. Dr. Bilgin TİRYAKİOĞLU  
Prof. Dr. Nahit TÖRE  
Prof. Dr. Ercan UYGUR  
Prof. Dr. Ejder YILMAZ  
Prof. Dr. İsmail KIRCA  
Prof. Dr. Canan GÜRZUMAR  
Doç. Dr. İzak ATİYAS  
Doç. Dr. Hasan ERSEL  
Doç. Dr. Ünal ZENGİNOBUZ

**EDİTÖRLER**  
*EDITORS*  
Yüksel KAYA  
H. Gökşin KEKEVİ  
Ali ARIÖZ

**YAYIN SEKRETERİ**  
*PUBLISHING SECRETARY*  
Özlem ERDOĞAN

**Rekabet Dergisi**, Rekabet Kurumu tarafından üç ayda bir yayımlanan hakemli bir dergidir. EBSCO, Tübitak Ulakbim ve Asos Index veri tabanlarında dizinlenen Rekabet Dergisi'nde, rekabet hukuku, politikası ve sanayi iktisadı alanlarındaki Türkçe veya İngilizce özgün makalelere, vaka yorumları ve benzeri görüşler ile haberlere yer verilmektedir. Yazılarda belirtilen düşünce ve görüşlerden yazarlar sorumludur; bu düşünce ve görüşler Rekabet Kurumu açısından bağlayıcılık teşkil etmez.

*Competition Journal is a refereed journal published quarterly by the Turkish Competition Authority. Competition Journal, indexed in the EBSCO, Tubitak Ulakbim and Asos Index databases, publishes original articles, case comments and news in Turkish and English in the field of competition law, policy and industrial organization. Any opinions expressed in the Competition Journal represent solely the views of contributing writers and not necessarily those of the Turkish Competition Authority.*

**Yönetim Yeri / Managing Office:**

Üniversiteler Mahallesi 1597. Cadde No: 9 06800  
Bilkent - Çankaya / ANKARA

**Telefon-Faks / Telephone-Fax:** (90) 312 291 44 44 - (90) 312 266 79 11

**E-posta/ E-mail:** [rekabetdergisi@rekabet.gov.tr](mailto:rekabetdergisi@rekabet.gov.tr)

**Web Adresi/ Web Address:** <http://www.rekabet.gov.tr/rekabetdergisi>

**Basımcı/ Printer:**

Motif Matbaacılık



**REKABET DERGİSİ**  
*COMPETITION JOURNAL*

Cilt/Volume: 14

Sayı/Number: 1

Ocak/January 2013

**İÇİNDEKİLER / CONTENTS**

- 1**      **MAKALELER /ARTICLES**
- 3**      **Rekabet İhlallerinden Doğan Uyuşmazlıklara Uygulanacak Hukukun Tespiti / Determining The Applicable Law in Disputes Arising From Competition Infringements**  
Buket ARI
- 41**     **Demiryolu Taşımacılığında Serbestleştirme Açısından Almanya Örneği / The Liberalization in Rail Transport Market in The Framework of German Experience**  
Araş. Gör. Dr. Hasan KARAKILIÇ
- 111**    **Yesterday Microsoft, Today Google: Product Designs in High-Tech Markets and Challenges for Competition Law / Dün Microsoft, Bugün Google: Yüksek Teknoloji Sektörlerinde Ürün Tasarımları ve Rekabet Hukuku Açısından Sorunlar**  
Ahmet Fatih ÖZKAN  
Ayşem DİKER VANBERG
- 213**    **YAYIN İLKELERİ VE MAKALE YAZIM KURALLARI / PUBLICATION POLICY AND NOTES FOR CONTRIBUTORS**



**MAKALELER**  
*ARTICLES*





## REKABET İHLALLERİNDEN DOĞAN UYUŞMAZLIKLARA UYGULANACAK HUKUKUN TESPİTİ

### DETERMINING THE APPLICABLE LAW IN DISPUTES ARISING FROM COMPETITION INFRINGEMENTS

Buket ARI\*

#### Öz

Rekabet ihlalleri gerek kamu hukuku gerekse özel hukuk alanında ciddi sonuçlar doğurmaktadır. Kamu hukuku alanında ihlallere milli hukukun uygulanacağı konusunda herhangi bir tartışma bulunmamakla birlikte özel hukuk alanındaki sonuçlar bakımından hangi hukukun uygulanacağı konusunda modern milletlerarası özel hukuk sistemlerinde yeni eğilimler ortaya çıkmıştır. Devletin ekonomi politikasını korumaya yönelik olduğu değerlendirilen rekabet kuralları klasik hukuk sistemlerinde doğrudan uygulanan hukuk kuralları arasında değerlendirilmekteyken bu alandaki son gelişmeler sayesinde rekabet kuralları kanunlar ihtilafı alanında yer bulmaktadır. Başta İsviçre ve Türkiye olmak üzere diğer devletlerin rekabet kurallarının da kendi hâkimlerince uygulanmasına imkân sağlayan iki yanlı ihtilaf kurallarını benimseyen devletler, bu yöntemle uluslararası toplumda ulaşılması güç bir bilince ulaşmış bulunmaktadır. Bu çalışmada yabancılık unsuru içeren rekabet ihlallerine uygulanacak hukuku tayin etmeye yarayan metotlar Türk, İsviçre ve Avrupa Birliği hukukları özelinde incelenmeye çalışılacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** 5718 sayılı MÖHUK m. 38, Rekabetin Engellenmesi, Uygulanacak Hukuk, Roma II Tüzüğü m.6, LDIP m. 137.

#### Abstract

Competition law violations have serious effects in both public and private law areas. While the application of national law for the public law violations is not open to debate, new trends regarding the determination of applicable law when those violations have private law consequences are on horizon in modern

\* Rekabet Uzman Yardımcısı, Rekabet Kurumu. Çalışmadaki görüşler Rekabet Kurumunu bağlayıcı değildir.

*international private legal systems. Such trends have their roots in recent perception of competition rules as being part of conflict of laws while classical law systems see competition rules as a guarding tool of state economic policy, thus as directly applicable legal rules. Those states, chiefly Turkey and Switzerland, who embrace conflict of laws bilaterally and allow application of other states' competition rules, have gained a tremendous consciousness in the international society. This study will attempt to analyze the methods of determining the applicable law to the competition law violations in the light of Turkish, Swiss and European Union legal systems.*

**Keywords:** *Law on International Private Law of Turkey art. 38, Restriction of Competition, Applicable Law, (CE) 864/2007 Regulation art. 6, Federal Law on International Private Law of Switzerland art. 137.*

## GİRİŞ

Türk hukukunda diğer hukuk dallarına nazaran daha yeni bir nitelik taşıyan rekabet hukuku, serbest piyasa sisteminin gelişmesi ve buna bağlı olarak ekonomik aktörlerin sayı ve niteliğinin artması ile hukuk düzenimizdeki yerini güçlendirmektedir. Rekabet hukuku, serbest piyasa düzeninin etkin rekabet kuralları çerçevesinde düzgün ve sağlıklı bir şekilde işlemlerini sağlamaya yönelik düzenleyici ve denetleyici kurallardan oluşur. Bu hukukun amacı esas olarak bireylerin menfaatlerinden ziyade devletin makro ekonomik çıkarlarını korumaktır. Bu nedenle rekabet hukuku aksi kararlaştırılmayan emredici nitelikteki kurallardan oluşmaktadır. Bu kurallar sayesinde her devlet kendi piyasasındaki işleyişi rekabet karşıtı eylemlere karşı korumayı amaçlamaktadır. 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da (RKHK)<sup>1</sup> mal ve hizmet piyasalarındaki rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı anlaşma, karar ve uygulamaların ve piyasaya hâkim olan teşebbüslerin bu hâkimiyetlerini kötüye kullanmalarının önlenmesi şeklinde ifade edilen bu amacın temeli 1982 tarihli Anayasamızın 167. maddesine dayanmaktadır. Buna göre, devlet, para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemlerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alır; piyasalarda fiilî veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önler. Piyasalardaki işleyişi rekabet kurallarına göre düzenlemek ve buna aykırı eylemleri denetlemek devletin anayasal görevleri arasında yer almaktadır.

<sup>1</sup> 13/12/1994 tarih ve 22140 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 07.12.1994 tarih ve 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun.

Milli sınırları aşır diğer ülkelerle bağlantılar sergileyen ticari ilişkilerin artması ve şirketlerin buldukları ülke topraklarından çıkarak dünyanın her kesiminde ticari ilişkiler kurabilmesi bu ekonomi aktörlerinin yürüttüğü faaliyetlerin de milli sınırlar dışında etki göstermesine yol açmaktadır. Bu kapsamda bir ülkede faaliyet gösteren teşebbüslerin fiilleri diğer bir ülkede rekabet karşıtı etkiler doğurabilmektedir. Bu noktada devletlerin kendi ekonomik menfaatlerini yabancılık unsuru içeren rekabet ihlallerine karşı korumak üzere çeşitli önlemler aldığı görülmektedir. Bu önlemlerin başında kuşkusuz, ilgili devletin piyasasını etkileyen veya etkileyebilecek rekabet ihlallerine o devletin rekabet kurallarının doğrudan uygulanması gelmektedir. Bu yöntemde uyuşmazlıklara, yabancılık unsuru içerseler bile, hâkimin hukuku uygulanmaktadır.

Ancak çağdaş milletlerarası özel hukuk sistemlerinde rekabet hukuku gibi kamusal alana yaklaşan hukuk dalları bakımından tek taraflı kuralların uygulanması yönteminden vazgeçilerek diğer devletlerin bu nevi kurallarına uygulama alanı tanıyan yeni metotlar benimsenmektedir. Bu yöntemler rekabet ihlallerinin özel hukuk alanındaki sonuçları bakımından geçerli olup idari nitelikli süreçlerde uygulanmamaktadır.

Bu kapsamda yabancılık unsuru içeren rekabet ihlallerinin özel hukuk alanındaki sonuçları bakımından 27.11.2007 tarihinde kabul edilerek yürürlüğe giren 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Kanunu'nun (MÖHUK)<sup>2</sup> 38. maddesi uygulama alanı bulmaktadır. Rekabet ihlallerinin özel hukuk alanındaki sonuçları hakkında yabancı ülke hukuklarının da Türk mahkemelerince uygulanmasına izin veren MÖHUK m. 38 ile dünyadaki pek çok devletin henüz ulaşamadığı bir uluslararası toplum algısına ulaşmıştır.

Bu çalışmamızda, ilk olarak milletlerarası özel hukuk alanında kullanılan bağlama yöntemleri, bağlama kuralları ve MÖHUK m. 34'te bulunan haksız fiiller için öngörülen genel bağlama kuralı hakkında kısaca bilgi verdikten sonra 5718 sayılı MÖHUK'un 38. maddesinde yer alan düzenlemenin uygulama alanına değinilecektir. Bu çerçevede hükümde yer alan bağlama unsurları ile tazminat yaptırımı ve bu yaptırımın miktarına ilişkin sınırlayıcı hüküm ele alınacaktır. Nihayet konu hakkında Avrupa Birliği ve İsviçre Hukuklarında yer alan düzenlemeler incelenmeye çalışılacaktır.

<sup>2</sup> 12/12/2007 tarih ve 26728 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 27.11.2007 tarih ve 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun.

## 1. KANUNLAR İHTİLAFI KURALLARININ YAPISI: BAĞLAMA KURALLARI

### 1.1. Yabancılık Unsuru

Bağlama kurallarının yapısına geçmeden önce yabancılık unsuru kavramına değinmek gerekmektedir. Yabancılık unsuru, dava konusu uyumsuzluğun ne cihetle yabancı hukukun uygulanmasına mahal vereceğinin tespit edilebilmesi bakımından önem taşımaktadır. Yabancılık unsuru tespit edildikten sonra, bağlama konusu o unsur üzerinden hareket edilerek belirlenen yabancı hukuka bağlanacaktır. 5718 sayılı MÖHUK'un kapsamını düzenleyen ilk maddesinde yabancılık unsuru taşıyan özel hukuka ilişkin işlem ve ilişkilerde uygulanacak hukukun bu Kanunla düzenlendiği belirtilmiş ama yabancılık unsurunun ne olduğu tanımlanmamıştır.

Genel olarak, kişilerin vatandaşlığı, ikametgâhı, mutad meskeni, işlemin yapıldığı ya da ifa edildiği yer, malların bulunduğu ya da vardığı yer veya fiilin ika edildiği yer yabancı unsur içerebilmektedir<sup>3</sup>.

Rekabet ihlallerinin, haksız fiilin özel bir görünümü olduğu dikkate alındığında<sup>4</sup> bu tür ihlallerin, bu sayılan unsurlar arasında öncelikle fiilin ika edildiği yer bakımından yabancılık unsuru içerdiği söylenebilecektir. Bunun yanında rekabet ihlaline taraf olanların tabiiyeti ve şirket gruplarının varlığının da uygulanacak hukukun tayininde rol oynayabileceği<sup>5</sup> söylenebilir. Ancak bu durum, bağlama noktasının bu esaslar çerçevesinde tayin edilmesi ihtimalinde söz konusu olabilecektir. Aşağıda detaylarına yer verilecek olan ve bağlama noktası olarak etkilenen piyasanın esas alındığı durumda bu unsurlar uygulanacak hukukun tespitinde dikkate alınmayacaktır.

<sup>3</sup> ÇELİKEL, A. ve B. ERDEM (2012), *Milletlerarası Özel Hukuk*, Yenilenmiş Onikinci Bası, Beta, s. 68 vd.; TEKİNALP, G. (2009), *Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları*, 12.10.2007 tarihli MÖHUK Uyarınca Güncelleştirilmiş 10. Bası, Beta, s.20 .

<sup>4</sup> Rekabet ihlallerinin özel hukuk alanında haksız fiil olarak nitelendirileceğine ilişkin açık bir kanun hükmü bulunmamakla birlikte, hukukumuzda borcun kaynakları sınırlı olarak sayıldığından bu nevi ihlaller haksız fiil olarak nitelendirilmekte ve bu ihlallere istinaden ileri sürülen tazminat talepleri de bu niteliğe dayandırılmaktadır. Ayrıca bkz. SANLI, K.C. (2007), *Haksız Fiil Hukukunun Ekonomik Analizi Hukuk ve Ekonomi Öğretisi*, Arıkan, İstanbul, s. 96.

<sup>5</sup> TİRYAKİOĞLU, B. (1997), *Rekabet Hukukundan Doğan Kanunlar İhtilafı*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No:515, Ankara, s.95, 96. Bu kaynakta, şirket gruplarının varlığından kasıt, söz konusu şirketin faaliyetlerinin milli pazarda etki doğurmasının yanı sıra söz konusu pazarda o şirketin yavru şirketinin bulunması olarak belirtilmektedir.

## 1.2. Tek Yanlı ve Çok Yanlı Bağlama Kuralları

Bilindiği üzere milletlerarası özel hukuk, ağırlıklı olarak, yabancı unsur barındıran bir olayda birden çok devlete ait özel hukuktan hangisinin uygulanacağını gösteren bağlama kurallarından meydana gelir. Dolayısıyla her kanunlar ihtilafı kuralında bir bağlama konusu ve bir bağlama noktası bulunur. Bağlama konusu, hâkimin önüne çözümlenmesi için getirilen ve o kanunlar ihtilafı kuralı uygulanarak çözümlenebilecek olan yabancılık unsuru içeren hukuki ihtilafın kendisidir. Bağlama noktası ise bağlama konularının yani yabancılık unsuru içeren ihtilafın belirli bir devletin hukukuna bağlanarak çözümlenmesini sağlayan maddi vakıalardır. Bağlama konuları, bağlama noktaları vasıtasıyla belirli bir devletin hukukuna bağlanır ve o devletin hukukunun uygulanması ile yabancılık unsuru içeren ihtilaf çözümlenir<sup>6</sup>.

Kanunlar ihtilafının konusuna giren olayların belli bir devlet hukukuna tabi olması, her kategori için bir bağlama sebebinin tespitini gerektirmektedir. Bu bağlama sebebi, her olay ve ilişkinin hukuki niteliğine göre değişiklik arz etmektedir. Uygulamada karşılaşılan en önemli bağlama noktaları, bir şahsın tabiiyeti, ikametgâhı, mutat oturma yeri, doğum yeri, ikamet yeri, bir tüzel kişinin merkezi, bir konunun bulunma yeri (*lex rei sitae*), bir fiilin yapıldığı yer (*lex loci actus*), bir mükellefiyetin yerine getirildiği yer (ifa mahalli), sicil yeri (deniz ve hava araçlarında), muhakeme usulünün yeri veya genel olarak üzerinde devlet otoritesi bulunan fiillerin yeri (*lex fori*) olarak belirtilebilir<sup>7</sup>.

Türk kanunlar ihtilafı sisteminde de her hukuk sisteminde olduğu gibi şahsın hukuku, aile hukuku konuları ile borçlar hukuku ve aynı haklarla ilgili uyumsuzluklar ayrı bağlama noktalarına bağlanmıştır<sup>8</sup>. Örneğin hak ve fiil ehliyeti ilgilinin milli hukukuna tabidir kuralında ehliyet konuyu, vatandaşlık bağlama sebebinin, milli hukuk ise uygulanacak hukuku gösterir<sup>9</sup>.

Buna karşılık milletlerarası özel hukukun sadece yabancı unsurlu bir olayda birden çok devletin özel hukukundan hangisinin uygulanacağını tespit eden kurallardan meydana geldiğine ilişkin tanım eksiktir. Çünkü milletlerarası özel hukuk sadece gösterici kurallardan meydana gelmez; istisnaen yabancı unsurlu ihtilafı doğrudan çözebilen kurallar da ihtiva edebilir. Bu noktada bağlama

<sup>6</sup> Çelikel ve Erdem 2012, s. 63.

<sup>7</sup> NOMER, E. ve C. ŞANLI (2010), *Devletler Hususi Hukuku*, Yenilenmiş Onsekizinci Bası, Beta, s.103-104.

<sup>8</sup> Çelikel ve Erdem 2012, s. 64 vd.

<sup>9</sup> Tekinalp 2009, s. 22.

kuralları esas olarak tek yanlı ve çok yanlı kurallar olarak bir ayrıma tabi tutulabilmektedir. Tek yanlı kurallar sadece kendi maddi hukuklarına göndermede bulunurken çok yanlı kurallar ise yabancı unsurlu ilişkiye hangi hukukun uygulanacağını bir bağlama sebebine dayanarak, fakat başka bir kısıtlama yapmaksızın belirtir<sup>10</sup>. Örneğin Türkiye’de bulunan taşınmazlar hakkında Türk hukukunun uygulanacağına ilişkin kural tek yanlı bir ihtilaf kuralıdır<sup>11</sup>.

### 1.3. Müdahaleci Normlar

Rekabet hukuku, hem kamu yararını hem de bireysel menfaatleri korumaya yönelik kurallar içermektedir. Kamu yararını korumaya yönelik kurallar daha ziyade kamu hukuku alanında yer almakta ve milletlerarası özel hukuk kapsamında değerlendirilmemektedir. Rekabet Kurulu tarafından RKHK m. 4, m. 6 ve m. 7’nin ihlali neticesinde verilen idari para cezaları buna örnek gösterilebilir. Bireylerin menfaatlerini korumaya yönelik olan hükümler ise özel hukuka ilişkin olup ihtilaf kurallarına konu olabilmektedir. Örneğin RKHK m. 56 vd.’da yer alan tazminat, geçersizlik, edimlerin iadesi gibi yaptırımlar bu türdendir. Kamusal menfaatleri koruyan kurallar denince karışımıza müdahaleci normlar adı verilen norm türü çıkmaktadır<sup>12</sup>.

Müdahaleci normlar, devletin ekonomik ve sosyal politikalarının etkinliğini sağlamak üzere kabul edilmiş olup bu alanda izlenen temel politikaların amacına ulaşmasını sağlamaya yönelik olarak konulmaktadır. Kamu hukuku kapsamında yer alan bu kurallar aracılığıyla, devlet, ekonomik veya sosyal bakımdan kendisine çizmiş olduğu birtakım hedefleri gerçekleştirmeye çalışır<sup>13</sup>. Bu hedeflere ulaşılabilmesi, herhangi bir yabancı kanun müdahalesi olmadan mutlak olarak uygulanmalarına bağlıdır<sup>14</sup>.

Devlet organizasyonu ile ilgili kuralların tümü doğrudan uygulanan kurallar

<sup>10</sup> Tekinalp 2009, s.23 vd..

<sup>11</sup> Çelikel ve Erdem 2012, s.73.

<sup>12</sup> Müdahaleci normların kamu düzeni müdahalesinden farklı olduğu, ilkinin Devletin toprakları üzerinde gerçekleşen ve özel önem attığı konularda söz konusu olduğu, ikincinin ise yabancı bir hukuk uyuşmazlığına somut olarak uygulandığında Devletin değerler sistemi ile uyuşmadığı durumlarda ortaya çıktığı ve fakat iki durumda da yabancı hukukun uygulanmadığı hakkında bkz. PERUZETTO, S.P. (2002), “Ordre Public et Lois de Police Dans l’Ordre Communautaire”, *Comité Français de Droit International Privé*, s.1.

<sup>13</sup> Çelikel ve Erdem 2012, s.15, 391.

<sup>14</sup> KOCASAKAL, H.Ö. (2001), *Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkisi*, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul, s.116 vd.

veya müdahaleci normlar olabilir. Sadece kamu hukukunun değil özel hukukun bazı kuralları da bu niteliktedir. Örneğin politik amaçlı ve ekonomi politikasına<sup>15</sup> ilişkin kanunlar yanında kamu sağlığına ilişkin hükümler bunlar arasında sayılabilir. Doktrinde müdahaleci normların üç kısımda incelendiği ileri sürülmektedir<sup>16</sup>. Bunlardan ilki sosyal politika kuralları olup özellikle tüketici hukuku ve iş hukukunda bulunan ve zayıf tarafın korunmasını amaçlayan kurallardır. İkinci kısım kurallar ekonomik düzeni korumaya yönelik kurallar olup ithalat ve ihracata ilişkin kurallar, ticaretin kontrol edilmesine dair yahut bankaların, finans piyasalarının ve borsaların gözetimini sağlayan kurallar olarak sayılmaktadır. Üçüncü kısımda ise insan onurunu, sağlığı, çevreyi ve kültürel varlıkları koruyan çeşitli amaçlı kurallar yer almaktadır<sup>17</sup>.

Müdahaleci normların işleyişine bakıldığında, bu normların devreye girdiği durumda yabancı unsurlu ilişkinin sanki bir iç hukuk ilişkisiymiş gibi ele alındığı ve hâkimin müdahaleci normları uyuşmazlığa doğrudan uyguladığı görülmektedir<sup>18</sup>.

Uzun yıllar müdahaleci normların uygulama alanı içerisinde değerlendirildikten sonra MÖHUK'un 38. maddesi ile rekabet ihlallerinin özel hukuk alanındaki sonuçları doğrudan uygulanan kuralların alanından çıkarılmıştır. Haksız fiillerin özel bir görünümü olan bu ihlaller için iki yanlı bir bağlama kuralı benimsenmiştir. Bu kuralın ayrıntılarına ileriki bölümlerde değinilecektir.

#### **1.4. Haksız Fiillere Uygulanacak Hukukun Tespitinde Kullanılacak Genel Bağlama Kuralı: MÖHUK m. 34**

Haksız fiillerin özel bir görünümü olan rekabet ihlallerine ilişkin bağlama kuralının yapısını daha iyi anlamak üzere öncelikle hukukumuzda haksız fiiller

<sup>15</sup> Örneğin rekabet kanunları devletin ekonomi politikasına ilişkin hükümler içermektedir. Nitekim İsviçre hukukunda rekabet kurallarının uzun yıllar müdahaleci norm olarak kabul edildiğine dair Bkz. DESSEMONTET, F. "Arbitrage, Propriété Intellectuelle et Droit de la Concurrence Perspective Suisse", <http://www.unil.ch/webdav/site/cedidac/shared/Articles/ASA%20Special%20Series.pdf>, Erişim Tarihi: 09.02.2011.

<sup>16</sup> KAUFMANN- KOHLER, G. ve A. BUCHER, "Droit International Privé, Contrat International, Droit Applicable", Fascicule 2, Université de Genève, Faculté de Droit, <http://www.unige.ch/droit/e-cours/documents/4864efd7ee79d.pdf>, Erişim Tarihi: 08.02.2012, s. 45 vd.

<sup>17</sup> NORTH, P. ve J.J. FAWCETT (1999), *Private International Law*, Thirteenth Edition, Oxford University Press, Oxford, s.650.

<sup>18</sup> MAYER, P. (2006), *Droit International Privé*, 5e Edition, Montchrestien, s.89 ve BATTIFOL H. ve P. LAGARDE (1993), *Traité de Droit International Privé*, Tome 1, 8e Edition, Paris, s.428.



için hangi bağlama kriterlerinin benimsendiğine ilişkin genel bağlama kuralına yakından bakmak gerekir.

5718 sayılı MÖHUK'ta haksız fiiller hakkında milletlerarası özel hukukun geleneksel kuralı haksız fiilin ika yeri hukuku (*lex loci delicti commissi*) prensip olarak benimsenmiş, fiil ile zarar farklı ülkelerde meydana geldiği takdirde zararın meydana geldiği yer hukuku tercih edilmiştir<sup>19</sup>. Nitekim MÖHUK m. 34/2'de bu husus açıkça düzenlenmiştir. Buna göre, haksız fiilin işlendiği ülke haksız fiil ile en yakın irtibatlı hukuk olmakla haksız fiiller fiilin işlendiği yer hukukuna tabi olacaktır. Ancak haksız fiilin işlendiği yer ile zararın meydana geldiği yerin farklı ülkelerde olması halinde, zararın meydana geldiği yer hukuku uygulanacaktır<sup>20</sup>.

Haksız fiilden doğan borç ilişkisi başka bir ülke ile daha sıkı ilişkili ise bu ülke hukuku uygulanacaktır. Bu kural köken olarak ilk kez 1963 yılında Amerikan hukukunda Babcock v. Jackson davasında<sup>21</sup> uygulanmıştır<sup>22</sup>. Olay, New Yorklu bir ailenin yine New Yorklu misafirlerini alarak Kanada'da yaptığı bir gezi sırasında vuku bulan bir trafik kazası ile ilgili olup mahkeme, kararını verirken haksız fiil yeri hukukunu uygulamamış ve fakat *lex fori* olan New York hukuku olayla en fazla irtibatlı hukuk olarak uyuşmazlığa uygulanmıştır. Bu karar Kara Avrupası milletlerarası özel hukuk sistemlerini de etkilemiştir. Nitekim sözleşme dışı borç ilişkilerine uygulanacak hukuka ilişkin (CE) 864/2007 sayılı Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanan Hukuka İlişkin Avrupa Konseyi Tüzüğü'nün (Roma II Tüzüğü)<sup>23</sup> 4. maddesinde, zarar meydana geldiği sırada tarafların ortak bir mutad meskeni varsa bu hukukun uygulanacağı hükmü yer almaktadır<sup>24</sup>.

Yine haksız fiiller bakımından 5718 sayılı MÖHUK ile getirilen bir diğer yenilik de taraflara hukuk seçme imkânı tanıyan 5. fıkradır. Haksız fiil meydana geldikten sonra yapılabilen hukuk seçimi açık olmalıdır. Roma II Tüzüğü'ndeki

<sup>19</sup> Çelikel ve Erdem 2012, s. 391, TEKİNALP, G., E. NOMER ve A.O. BOZTOSUN (2012), *Private International Law in Turkey*, Kluwer Law International, s.110. Nomer ve Şanlı 2010, s.345.

<sup>20</sup> Tekinalp 2009, s. 431, Doğan 2010, s.325, Nomer ve Şanlı 2010, s.343.

<sup>21</sup> Babcock v. Jackson 12 N.Y.2d 473, 240 N.Y.S. 2d 743, 191 N.E. 2d 279 (1963)

<sup>22</sup> HAY, P., P.J. BORCHERS ve S.C. SYMEONIDES (2010), *Conflict of Laws*, West, s.1081.

<sup>23</sup> Regulation (EC) No 864/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the law applicable to non-contractual obligations (Rome II), OJ L 199/40

<sup>24</sup> Çelikel ve Erdem 2012, s.400. Fiilin ika yeri ile sonuç yerinin farklı olması hallerine verilen diğer örnekler için bkz. Tekinalp 2009, s.431.

hüküm ile paralellik arz eden bu düzenleme zımni hukuk seçimine imkân tanımaması bakımından Tüzük'ten ayrılmaktadır<sup>25</sup>.

Haksız fiillere ilişkin olarak her ne kadar 5718 sayılı MÖHUK'un 34. maddesinde mülga MÖHUK'un 24. maddesinde olduğu gibi ika yeri ve daha yakın irtibatlı hukuk eksenine dayanan genel bir kurala yer verilmiş olsa da sadece 34. maddenin dahi yeni gelişmeleri yansıtmak üzere önemli değişiklikler içerdiği söylenebilir. 5718 sayılı MÖHUK'un 2. maddesinde kabul edilen kural Kanun'da yer alan neredeyse bütün bağlama kuralları üzerinde etkili olduğundan haksız fiiller bakımından da bir değişikliği temsil etmektedir. Söz konusu maddenin 3. fıkrasında atıf, kişinin hukuku ve aile hukuku alanı dışında reddedilmiş olduğundan 5718 sayılı Kanun'un 34. vd. maddelerinde yer alan haksız fiiller ile ilgili kurallar bakımından atıf ortaya çıkmayacaktır. Dolayısıyla haksız fiillerle ilgili bağlama kuralları hangi hukukun uygulanmasını gösteriyorsa o hukukun maddi hukuk kuralları uygulanacaktır<sup>26</sup>.

## **2. REKABET İHLALLERİNDEN DOĞAN UYUŞMAZLIKLARA UYGULANACAK HUKUKUN TESPİTİ**

### **2.1. 5718 Sayılı MÖHUK m. 38**

#### **2.1.1. Genel Olarak**

5718 sayılı MÖHUK'un en dikkat çekici özelliklerinden biri de genel olarak haksız fiillere uygulanacak hukuku belirleyen 34. maddesindeki bağlama kurallarının yanı sıra bazı özel haksız fiil türlerine uygulanacak hukuk ile ilgili özel bağlama kuralları kabul etmiş olmasıdır. Bu haksız fiil türleri kişilik haklarının ihlali, imalatçının akit dışı sorumluluğu, haksız rekabet ve rekabetin engellenmesidir. Yabancı unsurlu rekabet ihlallerinde uygulanacak hukukun tespitine ilişkin ihtiyacı ilk karşılayan ülke İsviçre olmakla birlikte Roma II Tüzüğü ve MÖHUK da bu ihtiyaca yönelik olarak özel hükümler benimsemiştir.

Her ne kadar MÖHUK m. 38'de "rekabetin engellenmesi" kavramı kullanılmışsa da, RKHK'da yasaklanan rekabet ihlalleri, rekabeti sınırlayıcı anlaşma, uyumlu eylem ve kararlar ile hâkim durumun kötüye kullanılması olarak sayılmıştır. RKHK m. 4/1'de ise rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte

<sup>25</sup> Çelikel ve Erdem 2012, s.403.

<sup>26</sup> TİRYAKİOĞLU, B. (2010), "Genel Olarak Haksız Fiillere, Haksız Rekabete ve Rekabetin Engellenmesine Uygulanacak Hukuk", *Koç Üniversitesi Avrupa'da Devletler Özel Hukuku ve Yeni Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un Akitler ve Ticaret Hukukuna İlişkin Hükümleri Tebliği* içinde, s. 216.

olan teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemlerinin yasaklandığı belirtilmiştir. Dolayısıyla, MÖHUK m. 38’de yer alan “rekabetin engellenmesi” kavramı geniş anlamda rekabet ihlali olarak yorumlanmalıdır<sup>27</sup>.

Rekabetin engellenmesi başlıklı 38. madde şöyledir:

**Madde 38-** (1) *Rekabetin engellenmesinden doğan talepler, bu engellemeden doğrudan etkilenen piyasanın bulunduğu ülkenin hukukuna tâbidir.*

(2) *Türkiye’de rekabetin engellenmesine yabancı hukuk uygulanan hâllerde, Türk hukuku uygulansaydı verilecek tazminattan daha fazla tazminata hükmedilemez.*

5718 sayılı MÖHUK’un 38. maddesi hükmü ile, bir olayda hangi rekabet kuralının uygulanacağıın tespiti yöntemi getirilmiştir. Bu sayede hukuku uygulanacak olan ülkenin rekabetin korunması, bozulmadan ve düzenli işletilmesinin sağlanması ve çeşitli kartel uygulamalarının önlenmesi amacı gerçekleştirilmiş olmaktadır<sup>28</sup>. Bu kurallar sayesinde kaynakların daha iyi dağıtılması, ekonomik etkinliğin artırılması, fiyatların düşmesi ve yeniliklerin artması amaçlanmaktadır<sup>29</sup>. Bu hüküm ekonomi hukuku denem bir bütünün parçası kabul edilen, kartel hukuku, rekabet hukuku ya da *antitrust* hukuku olarak bilinen hukuk alanı ile ilgilidir<sup>30</sup>. Engellemeden doğrudan etkilenen ülke hukuku, bu alanda en sıkı ilişkiyi temsil eden bağlama kuralı olarak kabul edilmektedir<sup>31</sup>. Madde ile rekabeti sınırlayıcı, engelleyici veya tamamen ortadan kaldıran eylemler, anlaşmalar ve uyumlu eylemler ile hâkim durumun kötüye kullanılması suretiyle ortaya çıkan zararlardan kaynaklanan taleplere uygulanacak hukuk düzenlenmiştir<sup>32</sup>.

Rekabet hukukunda haksız rekabet hukuku alanında olduğu gibi rakipleri birbirine karşı korumak hedeflenmemiştir; rekabet hukukunun amacı, rekabete dayanan serbest piyasa düzeninin korunmasıdır<sup>33</sup>. Amaç farklılığına rağmen

<sup>27</sup> Aynı doğrultuda bkz. Tekinalp vd. 2012, s.117; Çelikel ve Erdem 2012 s.420.

<sup>28</sup> TARMAN, Z.D. (2008), “Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanun (MÖHUK)’un Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Düzenlemesi (MÖHUK m.34-35-36-37-38)”, *Legal Hukuk Dergisi*, C.6 (72), s. 4044.

<sup>29</sup> Livre Blanc sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante, Bruxelles, le 2.4.2008 COM(2008) 165 final, s.3.

<sup>30</sup> Tiryakioğlu 2010, s.215.

<sup>31</sup> Çelikel ve Erdem 2012, s.420, RUHİ, A.C. (2008), *27.11.2007 Tarih ve 5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun*, Seçkin, Ankara, s.430.

<sup>32</sup> Çelikel ve Erdem 2012, s.420.

<sup>33</sup> Tiryakioğlu 2010, s. 216, Çelikel ve Erdem 2012 s.420, TOPÇUOĞLU, M. (2001), *Rekabeti*

birçok hukuk sistemi her ikisinde de dünya çapında çok uzun zamandan beri kabule mazhar olan ve varlığını sürdüren “etki kıstasını” kabul etmiş bulunmaktadır<sup>34</sup>. Herhangi bir etki veya dolaylı bir etkinin MÖHUK m. 38 hükmü anlamında rekabeti engelleyici bir etki olarak kabul edilemeyeceği ise yine 38. madde hükmünde “doğrudan etkilenme” tabiri ile ifade edilmiştir. Bu kriter ekonomik haksız fiiller alanında hem en sıkı ilişkili hukuku tespit etmekte hem de rekabetin korunmasına ilişkin düzenlemelerin amacı ile paralellik arz etmektedir. Zira bu düzenlemelerin amacı sadece rakipleri veya tüketicileri değil serbest pazar sistemini korumaktır. Yabancılaşma unsuru taşıyan olaylarda ise bu amaca etki kriteri ile ulaşıldığı kabul edilmekte ve rekabetin engellenmesinden doğrudan etkilenen pazarın bulunduğu devletin hukuku uygulanmaktadır<sup>35</sup>.

### 2.1.2. Rekabet İhlalinin Vasıflandırılması

Hâkim önüne gelen uyumsuzluğun hangi maddi hukuk kuralları uyarınca çözümleneceğini ve bu maddi kuralların hangi ihtilaf kurallarına göre belirleneceğini tespit etmek üzere söz konusu olayı ya da hukuki ilişkiyi vasıflandırmak durumundadır<sup>36</sup>. Bağlama konusunun hangi hukuka göre vasıflandıracağı konusunun uzun süren tartışmalara konu olduğu ve bu konuda farklı fikirler ortaya atıldığı ileri sürülmüştür<sup>37</sup>. En fazla taraftar kazanmış olan görüş, vasıflandırmada *lex fori*'nin kullanılması gerektiği yönündedir<sup>38</sup>. Buna göre, hâkim bağlama konusu olan hayat ilişkisini kendi hukuk nizamının yaptığı şekilde hukuki kalıp içerisine sokacak yani onu vasıflandıracaktır. Diğer vasıflandırma teorisi *lex causae*'ye dayanmakta ve söz konusu hayat ilişkisinin, bağlama konusunun esasına uygulanacak hukuka göre yapılmasını

---

*Kısıtlayan Teşebbüsler Arası İşbirliği Davranışları ve Hukuki Sonuçları*, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi, No: 7, Ankara, s.81-82, GÜVEN, P. (2008), *Rekabet Hukuku*, Genişletilmiş İkinci Baskı, Ankara, s. 41, SANLI, K.C. (2000), *Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği*, Ankara, s. 8-12, WHISH, R. (2009), *Competition Law*, Sixth Edition, Oxford University Press, Oxford, s.4-5.

<sup>34</sup> Tiryakioğlu 2010, s. 216.

<sup>35</sup> Çelikel ve Erdem 2012, s.420-421.

<sup>36</sup> Çelikel ve Erdem 2012, s.77; TEKİNALP, G. ve A. UYANIK ÇAVUŞOĞLU (2011), *Milletlerarası Özel Hukuk*, 11. Bası, İstanbul, s.42; DOĞAN, V. (2010), *Milletlerarası Özel Hukuk*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s.135.

<sup>37</sup> NOMER, E. ve C. ŞANLI (2010), *Devletler Hususi Hukuku*, Yenilenmiş Onsekizinci Bası, Beta, İstanbul, s.98 vd.

<sup>38</sup> NOMER, E. (2011), *Devletler Hususi Hukuku*, Ondokuzuncu Bası, Beta, İstanbul, s.101; Tekinalp ve Uyanık Çavuşoğlu 2011, s.42, Doğan 2010, s.137, Çelikel ve Erdem 2012, s.92.

öngörmektedir<sup>39</sup>. Nihayet üçüncü sistem, bağımsızlık teorisi olarak ifade edilmekte olup vasıflandırmanın bağımsız ve özel olarak kanunlar ihtilafı hukuku için teşkil edilmiş kavramlara göre yapılması gerektiğini söylemektedir<sup>40</sup>.

Rekabet ihlalleri bakımından vasıflandırmanın *lex causae*'ye göre yapılmasının daha uygun olduğunu savunan görüşler ileri sürülmektedir<sup>41</sup>. Bu görüşe göre, vasıflandırmada *lex causae*'nin benimsenmesi, rekabet hukuku ile devletin ekonomik düzeninin korunmasında ve özel hukuka ilişkin sonuçları bakımından hukuk güvenliğinin sağlanmasında önem taşımaktadır. Böylelikle milletlerarası özel hukuk menfaatlerinin daha iyi korunduğu belirtilmektedir<sup>42</sup>.

Hâkim, önüne gelen uyuşmazlığı *lex fori*'ye göre vasıflandırmak üzere RKHK'ya bakacaktır. Rekabet ihlalleri RKHK'nın 4. ve 6. maddelerinde düzenlenmiş olup bu haller örnekleyici şekilde sayılmıştır. Anılan hükümlere göre vasıflandırmanın hâkim tarafından ne şekilde yapılması gerektiğine dair çelişkili Yargıtay kararları mevcuttur. Yargıtay 19. Hukuk Dairesinin 06.11.2006 tarih ve 2006/10346 sayılı kararında<sup>43</sup> yerel mahkemece tek marka satma şartının etkin rekabetin oluşmasını engellediği yönünde Rekabet Kurulu kararının beklenmesi gerektiğine hükmedilmiştir. Yine aynı Dairenin 01.11.1999 tarih ve 1999/6364 sayılı kararında<sup>44</sup> RKHK'nın 57. maddesinde ifadesini bulan hâkim durumun kötüye kullanılması nedeniyle uğranılan tazminata hükmedilebilmesi için öncelikle Rekabet Kurulu tarafından hâkim durumun kötüye kullanıldığının saptanması gerektiğine hükmedilmiştir. Buna karşılık anılan Dairenin 29.11.2002 tarih ve 2002/7580 sayılı kararında<sup>45</sup> yerel mahkemenin kararı, dava konusu eylemin RKHK'ya aykırı olduğuna ilişkin hukuki değerlendirmede bulunan bilirkişi raporuna dayandırıldığı gerekçesiyle bozulmuştur.

Yukarıda yer verilen Yargıtay kararlarına bakıldığında, hâkimin önüne gelen bir uyuşmazlığın RKHK kapsamında bir rekabet ihlali olup olmadığını tespit ederken Rekabet Kurulu'nun bu yönde verdiği kararı mı esas alacağı yoksa olayı kendisinin mi vasıflandıracığı konusunda bir istikrar bulunmadığı anlaşılmaktadır. Bu durum, MÖHUK m. 38'in uygulanması aşamasına

<sup>39</sup> Nomer ve Şanlı 2010, s.99.

<sup>40</sup> Ibid, s.100.

<sup>41</sup> HUYSAL, B. (2012) "Yabancı Unsurlu Rekabet İhlallerinde Uygulanacak Hukuk", *Rekabet Dergisi*, No:13(2), s.74.

<sup>42</sup> Doğan 2010, s.137.

<sup>43</sup> [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), Erişim Tarihi: 28.09.2012.

<sup>44</sup> [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), Erişim Tarihi: 28.09.2012.

<sup>45</sup> [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), Erişim Tarihi: 28.09.2012.

geçilmeden önce bağlama konusunun vasıflandırılması açısından karmaşaya yol açabilecektir. Öyle ki, hâkim, uyuşmazlık konusunun RKHK’da düzenlenen rekabet ihlali olup olmadığını vasıflandırmadan MÖHUK m. 38’i uygulamaya geçemeyecektir.

Bu bağlamda, rekabet ihlallerinden doğan tazminat taleplerinde “*follow-on*” adı verilen uygulamaya değinmek yerinde olacaktır. Bu uygulamaya göre davacının Rekabet Otoritelerince tespit edilen ihlallere dayanarak açtığı davalarda, ilgili Rekabet Otoritesinin kararı aranmaktadır. “Bağlama etkisi” adı verilen bu uygulamaya özellikle Avrupa Birliği ülkelerinde<sup>46</sup> ve Amerika Birleşik Devletleri (ABD) hukukunda<sup>47</sup> rastlanmaktadır. Ancak hukukumuzda rekabet ihlallerinin özel hukuk alanındaki sonuçları kapsamında açılan dava sayısı oldukça az olduğundan “*follow-on*” uygulamasının henüz tartışılma imkânı bulamadığı söylenebilecektir.

Kanaatimizce, bir eylemin RKHK uyarınca rekabet ihlali olup olmadığının değerlendirilmesinde yetkili organ Rekabet Kurulu’dur. Bu nedenle, hâkim dava konusu eylemin bir rekabet ihlali teşkil edip etmediğini nitelendirirken Rekabet Kurulu’nun söz konusu eylem hakkında vereceği kesinleşmiş kararı beklemeli ve bundan sonra MÖHUK m. 38’in lafzı gereği rekabetin engellenmesi olarak nitelendirilen bağlama konusunun esasına uygulanacak maddi hukukun tespitine geçilmelidir. Bu aşamada karşımıza bağlama noktası olarak “etkilenen piyasa” kavramı çıkmaktadır.

### 2.1.3. Bağlama Noktası: Etkilenen Piyasa

Başbakanlık tarafından 07.07.2006 tarihinde TBMM’ye sunulan MÖHUK tasarısında<sup>48</sup>, 38. maddenin ilk fıkrasının getirilmesinde bu alanda en sıkı ilişkiyi temsil eden “engellemeden doğrudan etkilenen piyasa” kriterinin benimsendiği açıklanmıştır.

MÖHUK tasarısında gerek m. 37’de yer alan haksız rekabet bakımından

---

<sup>46</sup> WILS, W.P.J. (2009), “Relationship between Public Antitrust Enforcement and Private Actions for Damages”, *World Competition*, 132 (1), s.16.; Office of Fair Trading (2010), *Quick Guide To Private Litigation in Competition Cases*, OFT, UK, s.9, Avrupa Birliği Hukukunda tazminat davaları bakımından bu uygulamanın benimsenmesi hakkında bkz. Livre Blanc 2008, s.6.

<sup>47</sup> KAUPER, T.E. ve A.S. EDWARD (1988), “Private Antitrust Cases that Follow on Government Cases”, *Private Antitrust Litigation*, The Massachusetts Institute of Technology, s.333.

<sup>48</sup> T.C. Başbakanlık Kanunlar ve Kararlar Genel Müdürlüğü’nün 07.07.2006 tarih ve 3537 sayılı yazısı ile Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı’na gönderilen “Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun” ile gerekçesi.

gerek m. 38’de düzenlenen rekabet ihlalleri bakımından bağlama noktası olarak “*piyasası etkilenen*” kavramı kullanılmış iken uygulamadan gelen Meclis Komisyon üyelerinin önerisi ile bu bağlama noktası, “*piyasası doğrudan etkilenen*” şeklinde düzenlenmiştir<sup>49</sup>. Böylelikle herhangi bir etki ya da dolaylı bir etki m. 38 anlamında rekabeti engelleyici bir etki olarak kabul edilmemekte ve en sıkı ilişkili hukukun tespiti sağlanarak rekabetin korunmasına ilişkin düzenlemenin amacına ulaşması kolaylaştırılmaktadır<sup>50</sup>. Roma II Tüzüğü’nün aksine, her iki düzenlemenin de tek bir maddede toplanmayışının nedeni, m.38’deki tazminata ilişkin paragrafın haksız rekabet bakımından uygulanamayacak olmasıdır<sup>51</sup>.

Etkilenen piyasaya dayandırılan bağlama kuralı, piyasa ve etki kavramlarını aynı anda içinde barındırmaktadır. Bağlama kuralını anlayabilmek için bu iki kavramı somutlaştırmak gerekecektir. Piyasa, bir ekonomi aktörünün mallarını arza sunduğu, rakipleri ile mücadele ettiği ve şüphe halinde ilgili müşterilerin ikametgâhının bulunduğu yerdir. Piyasa kavramı, rekabet ilişkilerinin cereyan ettiği yer veya tüketici konumunda olan şahısların ortak menfaatlerinin etkilendiği yer olarak da tanımlanmaktadır. Bu tanıma göre rakip menfaatlerin çatıştığı yer etkilenen pazara işaret etmektedir<sup>52</sup>. Etki kavramına bakıldığında ise, piyasa üzerindeki etkinin esaslı ve doğrudan olması gerektiği anlaşılmaktadır. Dolayısıyla ikincil yan etkiler ve basit sonuçlar dikkate alınmayacaktır. Örneğin, Avrupalı bir şirketin New York borsasında hisselerinin değer kaybetmesi gibi basit bir zarar durumunda Amerikan Hukuku uygulanmayacaktır<sup>53</sup>. Dolayısıyla, *doğrudan etki* kavramı, *sonuç* kavramının ekonomik ifadesi olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu nedenle bu iki terim bağlama kıstası olarak kullanıldığı zaman birbirinden farklı olarak anlaşılmalıdır<sup>54</sup>. Doğrudan etkinin meydana geldiği yer ekonomik zararın ya da ekonomik menfaat ihlalinin hissedildiği yer olarak algılanmalıdır<sup>55</sup>. Yabancılaşma unsuru içeren uyuşmazlıklarda ise doğrudan etki,

<sup>49</sup> Tekinalp vd 2012, s.116.

<sup>50</sup> Çelikel ve Erdem 2012, s.420.

<sup>51</sup> Tekinalp vd 2012, s.116.

<sup>52</sup> GELGEL, G.Ö. (2006), *Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Avrupa Birliği Düzenlemesi*, Beta, İstanbul, s.204.

<sup>53</sup> La Conference De La Haye De Droit International Privé (2000) *Note Sur Les Conflits de Lois En Matière de Concurrence Deloyale: Rappel dt Mise à Jour, Bureau Permenant*, La Haye, s.26.

<sup>54</sup> Gelgel 2006, s.204. Ayrıca, İngiliz hukukunda ika yeri ile sonuç yeri farklı olan haksız fiillerde üçüncü bir metot olarak olayın bütününe bakılarak esasının nerede gerçekleştiğine dair bkz. COLLIER, J.G. (1987), *Conflict of Laws*, Cambridge University Press, s.197 vd.

<sup>55</sup> Tiryakioğlu 1997, s.84-85.

yabancı ülkede gerçekleştirilen rekabete aykırı eylemin milli pazarda ilk ve derhal hissedilen etkisi olarak tanımlanmaktadır<sup>56</sup>.

Bu yaklaşım her şeyden önce uygulanacak hukukun muhatapları için öngörülebilirlik sağlayacaktır. Piyasa üzerindeki etkinin öngörülebilir olması ise etki ilkesi için aranan bir diğer özellik olup eylemin zararlı etkiye sahip olacağına makul olarak öngörülebilmesi anlamına gelmektedir<sup>57</sup>. Bu şart, bilhassa ABD mahkemelerinin kararlarında önerilmiş olup doğrudan etki kıstasının mahiyeti itibarıyla öngörülebilirlik unsurunu da içerdiği ileri sürülmüştür<sup>58</sup>. Etkinin doğrudan ve öngörülebilir olmasının yanında esaslı olması da aranmaktadır<sup>59</sup>. Esaslı etki, ihlal edildiği iddia edilen normun kurucu unsuru olan, önemli, önde gelen rekabet karşıtı etki olarak ifade edilmiştir<sup>60</sup>. ABD hukukuna bakıldığında, ABD mahkemelerince kullanılan etki teorisinin ilk olarak 1982 tarihli Foreign Trade Antitrust Improvement Act'in (FTAIA) lafzında yer bulduğu anlaşılmaktadır. Bunun öncesinde ise ABD mahkemeleri uluslararası vakalardaki uygulama alanı hakkında pek az şey söyleyen Sherman Act'in etki alanını genişletmek için çaba göstermişlerdir<sup>61</sup>.

Bu hususta değinilmesi gereken ilk karar 1909 tarihli American Banana<sup>62</sup> kararıdır. Bu kararda yargıç Holmes, genel ve evrensel kuralın, bir eylemin hukuka uygun yahut aykırı olup olmadığının tamamen gerçekleştiği ülke hukukuna göre belirlenmesi olduğunu belirtmiştir.

Ancak, ABD Adalet Bakanlığı (Department of Justice) ABD rekabet kurallarının ülke dışında uygulanabilmesi için doğrudan, esaslı ve makul olarak öngörülebilir bir etkinin varlığını aramıştır. Nitekim Federal Mahkeme, ALCOA kararında<sup>63</sup> yabancı şirketlerin ABD topraklarında işlemedikleri eylemler bu

<sup>56</sup> FRIEDEL-SOUCHU, E. (1994); *Extraterritorialité du Droit de la Concurrence aux Etats-Unis et Dans la Communauté Européenne*, L.G.D.J, Paris, s.31.

<sup>57</sup> La Conference De La Haye De Droit International Privé 2000, s. 26., EROL, K. (2000), *Rekabet Kurallarının Ülke Dışı Uygulanması*, Ankara, s. 24.

<sup>58</sup> Tiryakioğlu 1997, s.87.

<sup>59</sup> Tiryakioğlu 1997, s.88 vd.

<sup>60</sup> Ibid, s.88-90, Gelgel 2006, s.203.

<sup>61</sup> OLSKY D. ve L.B. GREENFIELD (2006), "From Bananas to Vitamins: The Evolving Doctrine of the Extraterritorial Application of US Antitrust Law", [http://www.wilmerhale.com/files/Publication/29ff537f-7ac7-4cd9-a3b8-de6c2814314b/Presentation/PublicationAttachment/d05eb7a7-df27-4479-ac00-ef5eb197a3ce/Greenfield\\_Olsky.pdf](http://www.wilmerhale.com/files/Publication/29ff537f-7ac7-4cd9-a3b8-de6c2814314b/Presentation/PublicationAttachment/d05eb7a7-df27-4479-ac00-ef5eb197a3ce/Greenfield_Olsky.pdf), Erişim Tarihi: 28.03.2012, s.7.

<sup>62</sup> American Banana Co. v. United Fruit Co. (213 U.S. 347 (1909))

<sup>63</sup> United States v. Aluminium Co. of Am. (Alcoa), 148 F.2nd 416 (2d Cir. 1945)



topraklarda etki gösterdiği ölçüde bu eylemlere Sherman Act'in uygulanacağı yönünde oldukça geniş bir yorum tarzı benimsenmiştir<sup>64</sup>.

Continental Ore<sup>65</sup> davasına gelinceye kadar ABD Hukukunda ülke dışındaki eylem ve kararların ABD yargı yetkisine girebilmesi için ticareti hangi ölçüye kadar etkilemesi gerektiğine ilişkin kurallar belirgin olmamakla birlikte bu davada Federal Mahkeme etkinin doğrudan ve önemli olması gerektiğine işaret etmiştir<sup>66</sup>.

Timberlane Lumber Co v. Bank of America kararında<sup>67</sup> ALCOA kararında uygulanan prensiplerden kısmen uzaklaşarak “*Balancing Test*” adı verilen ve diğer ülkelerin olaydaki kamusal menfaatlerini karşılaştıran bir yöntem izlenmiş; bu yöntem etki teorisi ile desteklenmiştir. Bu kararda üç kısımdan oluşan bir analiz kullanılmıştır. İlk aşamada eylemin ABD uluslararası ticareti üzerinde sanal yahut gerçek herhangi bir etki doğurup doğurmadığına bakılmıştır. İkinci olarak bu etkinin ABD ticaretine önemli bir şekilde zarar vermek için yeterli derecede belirleyici olup olmadığına bakılmıştır. Son olarak da ABD menfaatlerinin ülke dışı bir uygulamayı haklı gösterecek derecede önemli olup olmadığı değerlendirilmiştir<sup>68</sup>.

Son dönemlerdeki kararlarda ABD mahkemelerinde etki teorisinin nasıl algılanması ve uygulanması gerektiğine dair bir fikir birliğine ulaşılamamıştır<sup>69</sup>. Ancak anılan davalarda kullanılan ölçütler etkinin esaslı olup olmadığının nasıl değerlendirileceğine ilişkin ipuçları içermektedir.

Avrupa Birliği uygulamalarına bakıldığında karşımıza ilk olarak Dyestuffs<sup>70</sup> olayı çıkmaktadır. Bu olayda, Avrupa Komisyonu, dördünün merkezi Avrupa Birliği dışında bulunan 11 teşebbüs hakkında ceza verirken üye ülkeler arasındaki rekabeti etkileyebilen ve amacı yahut sonucu Tek Pazar içindeki rekabeti

<sup>64</sup> ROBINET, I. ve P.J. THYS (1990), “The Extraterritorial Jurisdiction of U.S. Courts in Antitrust Cases”, *Int'l Bus. L.J.* 201 1990, [www.heinonline.org](http://www.heinonline.org), Erişim Tarihi: 02.02.2012, s.206 vd. , FOCSANEANU, L. (1964); “Les Pratiques Commerciales Restrictives et le Droit International”, *Annuaire Français de Droit International*, Vol:10 (10) s.273.

<sup>65</sup> Continental Ore Co. v. Union CARban & Charbide corp., 370 U.S. 690, 82. s. Ct. 1404, 8L. Ed. 2nd 777 (1962)

<sup>66</sup> EROL, K. (2000), *Rekabet Kurallarının Ülkedışı Uygulanması*, Doktora Tezi, Rekabet Kurumu, s. 23.

<sup>67</sup> Timberlane Lumber Co v. Bank of America: 749 F. 2d 1378 (9th Cir. 1984)

<sup>68</sup> Olsky ve Greenfield 2006, s.8.

<sup>69</sup> Robinet ve Thys 1990, s.206 vd.

<sup>70</sup> Case 48/69, ICI v. Commission (Dyestuffs) 1972.

önlemek, kısıtlamak ya da bozmak olan teşebbüsler arası bütün anlaşmaların yasak olduğunu belirtmiştir<sup>71</sup>.

Avrupa Komisyonu'nun bu tutumu Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) tarafından da benimsenmiştir. ABAD, Wood Pulp kararında<sup>72</sup> yabancı şirketler tarafından Topluluk dışında gerçekleştirilerek Tek Pazar içinde uygulanan uyumlu eylemlerde Avrupa Komisyonu'nun yetkisini kabul etmiştir<sup>73</sup>. Bu kararda ABAD, 81. maddedeki (yeni m.101) ihlallerin iki kısmından oluştuğunu, birinci kısımda rekabete aykırı anlaşma, karar ve uyumlu eylemin varlığının, ikinci kısımda ise bunların uygulanmasının bulunduğunu, uygulama aşamasının Topluluk bünyesinde gerçekleşmesi nedeniyle Avrupa Komisyonu'nun yetkili olduğunu vurgulamıştır<sup>74</sup>. Böylelikle, merkezi Avrupa Birliği dışında olan bir şirket, şubesi vasıtasıyla Tek Pazarda rekabeti ihlal ediyorsa yahut bu şirketin eylemleri Avrupa Birliğindeki satışlarını etkiliyorsa söz konusu şirket kendisine Avrupa Birliği rekabet kurallarının uygulanmasından kaçamayacaktır<sup>75</sup>.

Türk rekabet hukukunda etkilenen pazar, Rekabet Kurulu'nun çıkardığı Birleşme ve Devralmalarda İlgili Teşebbüs, Ciro ve Yan Sınırlamalar Hakkında Kılavuz'un<sup>76</sup> 27. ilâ 29. paragraflarında açıklanmıştır. Buna göre, etkilenen pazar, ilgili ürün pazarları arasındaki yatay veya dikey ilişkiye işaret etmektedir. Bu çerçevede, taraflardan en az birinin Türkiye'de faaliyette bulunması kaydıyla, tarafların faaliyetleri arasında yatay ya da dikey çakışma bulunan herhangi bir ilgili ürün pazarı mevcut ise, etkilenen pazar bulunma koşulu sağlanmış olacaktır. Esasen yoğunlaşmalar için benimsenmiş olan bu kriter rekabet ihlallerinden etkilenen pazarın tanımlanmasında da kullanılabilir.

Doktrinde, rekabet ihlallerinde, bağlama noktalarının *lex fori*'ye göre yorumlanmasının hukuku uygulanacak olan yabancı devletin hukuki gerçeklikleri ile örtüşmeyebileceği bu nedenle bağlama noktasının yorumunda *lex causae*'nin

<sup>71</sup> LAYTON A. ve A.M. PERRY (2004), "Extraterritorial Jurisdiction", *Houston Journal of International Law*, Vol.26, s.4.; SCHWARTZ I.E. (1995), "The International Antitrust Law of the European Community", *International Harmonization of Competition Laws*, Martinus Nijhoff Publishers, Netherlands, s.103.

<sup>72</sup> Wood Pulp (1985) OJ L85/1.

<sup>73</sup> GÜNDOĞDU, M. (2009) *Rekabet Hukuku Perspektifinden Havayolu Taşımacılığı Sektöründeki Stratejik İttifaklar*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No:249, Ankara, s.46.

<sup>74</sup> JONES, A. ve B. SUFFRIN (2008), *EC Competition Law*, Oxford University Press, Third Edition, Oxford, s. 1374-1377.

<sup>75</sup> NOONAN, C. (2008), *The Emerging Principles of International Competition Law*, Oxford University Press, Oxford, s.284.

<sup>76</sup> [www.rekabet.gov.tr](http://www.rekabet.gov.tr), Erişim Tarihi: 27.09.2012.

kullanılması gerektiği ileri sürülmüştür<sup>77</sup>. Bu görüşe göre, rekabet ihlalinin belirlenmesinde pazarın geniş ya da dar tanımlanması önemli olduğundan, pazarın, hukuku uygulanacak devletin kurallarına göre tanımlanması gerekmektedir. Bağlama noktalarının tespitinde kamusal çıkarların ve devletin egemenlik haklarının öne çıktığı konularda *lex causae*'nin uygulandığı, rekabet hukukunun kamusal ağırlığı düşünüldüğünde de pazar kavramının *lex causae*'ye göre tanımlanması gerektiği belirtilmiştir.

Birden fazla etkilenen piyasa bulunması durumunda hangi piyasanın bulunduğu ülke hukukunun uygulanacağı konusunda 5718 sayılı MÖHUK'ta açık bir hüküm bulunmamaktadır. Bu durum, doğrudan etkisi birden fazla ülke piyasasında hissedilen rekabet ihlallerinde hangi hukukun uygulanacağını tespitinde güçlük doğuracaktır. Bu halde öngörülebilir ve esaslı etkilerin ortaya çıktığı yer araştırılacaktır<sup>78</sup>. Öte yandan, rekabet ihlalden birden fazla doğrudan etkilenen piyasanın varlığı halinde "*mozaik etkisi*" adı verilen ve aynı uyuşmazlığa farklı devlet kanunlarının bir arada ve paylaştırmalı olarak uygulanması fikri ortaya atılmıştır<sup>79</sup>. Ancak bu uygulama, aynı olay için birbiriyle çelişen kararlar verilmesine yol açabileceği gerekçesiyle eleştirilmiştir<sup>80</sup>.

Buna karşılık, etkilenen pazarın birden fazla olması durumunda uygulanacak hukukun tespiti konusunda Roma II Tüzüğü'nün m. 6/3-b bendinde "*mozaik etkisi*" uygulamasından farklı bir hüküm öngörülmüştür<sup>81</sup>. Bu hükme göre, ihlalden birden fazla piyasa etkilenmişse yahut etkilenme ihtimali mevcutsa, davacı, talebini, davasının görüldüğü ve aynı zamanda davalının ikametgâhının bulunduğu ülke hukukuna dayandırabilecektir. Ancak bunun için, söz konusu ülke piyasasının, talebe dayanak teşkil eden ihlalden doğrudan ve esaslı şekilde etkilenmiş olması koşulu aranır<sup>82</sup>. Böylelikle yabancı bir hukukun uygulanması

<sup>77</sup> Huysal 2012, s.78.

<sup>78</sup> Tiryakioğlu 1997, s.93, La Conférence De La Haye De Droit International Privé 2000, s.30.

<sup>79</sup> Huysal 2012, s.83.

<sup>80</sup> Ibid, s. 83, Tarman 2008, MÖHUK, s.4044.

<sup>81</sup> Farklı görüş için bkz. STONE, P. (2010), *EU Private International Law*, Second Edition, Edward Elgar, s.402.

<sup>82</sup> Roma II Tüzüğü taslağında hüküm bulunmayışı karşısında, birden fazla ülkede etki doğuran rekabet ihlallerinde uygulanacak hukukun belirlenmesi açısından ortaya atılan görüşler için bkz. BASEDOW, J. (2007), "Jurisdiction and Choice of Law in the Private Enforcement of EC Competition Law", *Private Enforcement of EC Competition Law*, Kluwer Law International, Vol. 25, s.250-253.

nedeniyle ortaya çıkabilecek zorlukların ve masrafların üstesinden gelinebileceği ifade edilmiştir<sup>83</sup>.

Bu yöntem, Avrupa Komisyonu çalışma grubunun 2005 yılında çıkardığı raporda<sup>84</sup> da dile getirilmiştir. Etki teorisinin kabul edilmesi halinde rekabet ihlalden etkilenen birden çok ülke olduğunda ortaya çıkacak sorunlar nedeniyle, davacıya uygulanacak hukuklardan birini seçme imkânı getirilebileceği belirtilmiştir. Birden çok etkilenen piyasanın varlığında mutlak olarak *lex fori*'nin uygulanabileceği görüşü karşısında, davacıya seçim imkânı veren bu çözüm yolu, Roma II Tüzüğü'nün yukarıda açıklanan hükmüyle benimsenmiştir.

İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanununda da<sup>85</sup> (LDIP) benzer bir istisna hükmünün bulunduğu, birden fazla pazarın etkilendiği durumlarda “paylaştırmalı uygulama”<sup>86</sup> yapma imkânı bulunmadığında anılan Kanun'un 15. maddesindeki<sup>87</sup> genel istisna kuralı uyarınca İsviçre hâkiminin olaya en yakın irtibatlı hukuku uygulayacağı ileri sürülmektedir<sup>88</sup>.

#### 2.1.4 Tazminat

Bilindiği gibi rekabet hukuku kamu hukuku ile özel hukuk arasındaki gri bir çizgide yer almaktadır. Daha somut bir anlatım ile rekabet hukuku, rekabet ihlalinin ülke ekonomisine vermiş olduğu zarar bakımından kamu hukuku alanında, bireylerin gördüğü zarar bakımından ise özel hukuk kapsamında

<sup>83</sup> TARMAN, Z. D. (2008), “Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Avrupa Topluluğu Tüzüğü (Roma II)”, *AÜHFD*, C.57(2), s.209; Tarman 2008, *MÖHUK*, s.4045. Ayrıca Bkz. Avrupa Parlamentosunun Roma II Tüzüğü hakkındaki raporu A6-0257/2007, s. 9.

<sup>84</sup> COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES (2005), *Commission Staff Working Paper Annex to the Green Paper Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules*, EC, Brussels, s.70 vd.

<sup>85</sup> Loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé, RO 1988 1776

<sup>86</sup> Orijinal metinde “application distributive” olarak ifade edilen bu kavramın, “mozaik etkisi” uygulamasına karşılık geldiği düşünülmektedir.

<sup>87</sup> LDIP m. 15 uyarınca, dava konusu ile yabancı hukuk arasında sadece gevşek bir ilişkinin bulunduğu ve olayın başka bir hukuk ile çok daha sıkı bir ilişki içinde olduğu açık ise, LDIP'deki hükümler uyarınca belirlenen yabancı hukuk, olaya uygulanmayacaktır.

<sup>88</sup> Tiryakioğlu, 1997, s.160. Dağılımlı uygulamanın birbirine zıt hükümler doğurması karşısında uygulanacak hukuklardan birinin tercih edilmesi ve bunlar arasında mevcut ise hakim *lex fori*'yi uygulaması gerektiği konusunda bkz. RENOLD, M.A. (1991), *Les Conflits de Lois En Droit Antitrust*, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich, s.205 ve BASEDOW, J. (1997), “Souveraineté Territoriale et Globalisation des Marchés: Le Domaine d'Application des Lois Contre les Restrictions de la Concurrence”, *Recueil des Cours*, Vol. 264, s.43.

değerlendirilmektedir. Dolayısıyla, Rekabet Kurulu'nun sonuçlandırdığı rekabet ihlalleri kamu hukuku alanına dâhil olup Kurul'un RKHK'nın 16. ve 17. maddeleri uyarınca verdiği para cezaları da idari para cezası niteliği taşımaktadır.

Buna karşılık, RKHK'nın 56. vd. hükümleri uyarınca öne sürülecek talepler hakkındaki karar mercii hukuk mahkemeleridir. Mahkemeler, ileri sürülen iddialar hakkında verecekleri kararda özel hukuk hükümlerini uygulayacaktır. Bu usul bakımından, yabancılık unsuru içeren rekabet sınırlamalarında 5718 sayılı MÖHUK'a bakılacak ve m. 38'in koşulları oluştuğunda bu hüküm uygulama alanı bulacaktır.

Öte yandan diğer pek çok bağlama kuralı gibi 5718 sayılı MÖHUK m. 38 de esasa ilişkin bir hüküm değildir. Uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuku tespit etmeye yarayan gösterici bir bağlama kuralıdır. Hâkim önüne gelen bağlama konusunu vasıflandırdıktan sonra ileri sürülen taleplere hangi hukukun uygulanacağını tespit edecektir. RKHK'da düzenlenen talepler, özellikle, MÖHUK m. 38/2'de yer alan tazminata ilişkin sınırlayıcı hükmün yorumlanması bakımından önem taşımaktadır. Bu nedenle, rekabet ihlallerinin özel hukuk alanında doğurduğu sonuçlardan tazminat yaptırımına değinilecektir.

RKHK'nın 57. maddesi hükmüne göre, her kim bu Kanun'a aykırı olan eylem, karar, sözleşme veya anlaşma ile rekabeti engeller, bozar ya da kısıtlarsa yahut belirli bir mal veya hizmet piyasasındaki hâkim durumunu kötüye kullanırsa, bundan zarar görenlerin her türlü zararını tazmine mecburdur. Zararın oluşması birden fazla kişinin davranışları sonucu ortaya çıkmış ise bunlar zarardan müteselsilen sorumludur.

Zarar, teşebbüslerarası anlaşmalar yoluyla, teşebbüs birliği kararlarıyla ya da uyumlu eylemler yoluyla meydana gelebileceği gibi hâkim durumun kötüye kullanılması yoluyla ya da birleşme ve devralmalar yoluyla da meydana gelebilir<sup>89</sup>.

MÖHUK m. 38 kapsamında değerlendirilen tazminat taleplerinde, anılan hükmün hangi mahkeme tarafından uygulanacağını belirlebilmesi için görevli ve yetkili mahkemelerin nasıl tespit edileceğine kısaca değinmek gerekecektir. Tazminat taleplerinde görevli mahkeme 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK)<sup>90</sup> hükümleri uyarınca belirlenecektir. Bu Kanun'un Asliye Hukuk Mahkemelerinin görev alanını belirleyen 2. maddesi şöyledir:

<sup>89</sup> Güven 2008, s.738.

<sup>90</sup> 04/02/2011 tarih ve 27836 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 12.01.2011 tarih ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu.

*“Madde 2- (1) Dava konusunun değer ve miktarına bakılmaksızın malvarlığı haklarına ilişkin davalarla, şahıs varlığına ilişkin davalarda görevli mahkeme, aksine bir düzenleme bulunmadıkça asliye hukuk mahkemesidir.*

*(2) Bu Kanunda ve diğer kanunlarda aksine düzenleme bulunmadıkça, asliye hukuk mahkemesi diğer dava ve işler bakımından da görevlidir.”*

Buna göre, malvarlığına ilişkin taleplerden olan tazminat talepleri Asliye Hukuk Mahkemeleri nezdinde ileri sürülecektir. Ancak bazı durumlarda dava ticari konulardan doğmuş olabilir. Bu durumda Ticaret Mahkemelerinin maddî yetkisi söz konusu olacaktır. Haksız fiilden doğan davaların ticari dava sayılabilmesi için haksız fiil her iki tarafın ticari işletmesi ile ilgili olmalıdır. Rekabet ihlalleri bakımından eğer ihlal hem davalının hem de davacının ticari işletmesi ile ilgiliyse bu durumda ticaret mahkemeleri görevli olacaktır<sup>91</sup>. MÖHUK m. 38/2'nin uygulama alanı bulacağı dava süreci ele alındığında, yukarıda yer verilen hüküm, MÖHUK m. 38'in, tazminat talepleri bakımından, hangi görevli mahkeme tarafından uygulanacağını tespiti bakımından önem taşımaktadır.

Tazminat taleplerinin incelenmesinde önem taşıyan diğer bir usul konusu ise yer bakımından yetkili mahkemenin belirlenmesidir. Öyle ki MÖHUK m. 38'in uygulamasına geçilmeden önce yetkili mahkeme MÖHUK'ta yer verilen usuli hükümlere göre tespit edilecektir. Yetkili mahkemenin belirlenmesinde, tazminat talebinin dayandığı hukuki ilişkinin niteliği önem taşımaktadır. Bilindiği gibi rekabet ihlalleri özel hukuk açısından haksız fiil olarak vasıflandırılmaktadır. 6100 sayılı HMK'nın 6. maddesi genel yetki kuralını belirlemiş olup davalı gerçek veya tüzel kişinin davanın açıldığı tarihteki yerleşim yeri mahkemesini yetkili kılmıştır. Ancak anılan Kanun'un haksız fiillere ilişkin 16. maddesi bu genel kurala ek olarak haksız fiilden doğan davalarda, haksız fiilin işlendiği veya zararın meydana geldiği yahut gelme ihtimalinin bulunduğu yer ya da zarar görenin yerleşim yeri mahkemesini de yetkili kılmıştır.

Yabancılık unsuru içeren uyuşmazlıklarda yetkili mahkemenin tayini 5718 sayılı MÖHUK hükümlerine göre yapılacaktır. Kural olarak Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi, iç hukukun yer itibarıyla yetki kurallarına göre belirlenecek olup Kanun özel durumlar için farklı yetki kuralları belirlemiştir. Ancak, sigorta, tüketici ve iş sözleşmelerinden farklı olarak rekabet ihlallerine dair özel bir yetki kuralı benimsenmemiştir. Dolayısıyla yetkili mahkeme HMK kurallarına göre belirlenecektir.

<sup>91</sup> Güven 2008, s. 764.

Rekabet ihlallerinden doğan zarardan kimlerin sorumlu tutulacağı da RKHK m. 57'de sayılmıştır. Hükmün lafzından da anlaşıldığı gibi, zarardan sorumlu olan kimseler, RKHK'nın 4. veya 6. maddesine atıf yapmak suretiyle değil tazminat taleplerine meydan verebilecek eylemler sayılmak suretiyle gösterilmiştir. Ayrıca, tazminat talebinin muhatabı da teşebbüsler ya da teşebbüs birlikleri olarak belirtilmemiş "her kim" ifadesi ile daha geniş bir ifade tarzı tercih edilmiştir. Ancak yabancılik unsuru içeren bir rekabet ihlalinin varlığı tespit edildikten sonra kimlerin talep hakkını haiz olduğu *lex causae* uyarınca tespit edilecektir. Bu noktada talep hakkı sahiplerinin kimler olacağı konusunda uygulamada bir sorunla karşılaşılmamaktadır. Genellikle ihlalden etkilenen tüketiciler, alıcı konumundaki teşebbüsler ve diğer rakip teşebbüslerin hak sahibi olacağı düşünülmektedir<sup>92</sup>.

Türk hukukunda daha önce yer almayan üç kat tazminat kavramı da ilk kez RKHK m. 58/2 ile getirilmiştir. Bu yaptırım türü, Amerikan rekabet hukukundan esinlenerek hukukumuza girmiştir. Anılan maddede düzenlenen tazminat yaptırımının miktarı, tazmin edici niteliğinden ziyade cezalandırıcı olma noktasına yaklaşan bir düzenleme olduğundan Kara Avrupasında eleştirilen<sup>93</sup> ve fakat ABD düzenlemesiyle paralellik gösteren bir nitelik arz etmektedir. Cezalandırma amacına yaklaşan bu düzenlemenin koşullarının başında, bir zararın ortaya çıkması ile tarafların anlaşması ya da kararı veya ağır ihmalinin bulunması yer almaktadır. İradî unsurun en yoğun olduğu anlaşma ve kararlar ile ağır ihmal<sup>94</sup> durumlarında talep üzerine hâkim üç katı oranında tazminata hükmedebilir. Hükmün lafzından hâkime takdir yetkisi tanındığı, ABD Hukukundan farklı olarak üç katı oranında tazminat kararının tamamen hâkimin takdir yetkisine bırakıldığı anlaşılmaktadır<sup>95</sup>. 2008 yılında çıkarılan Beyaz Kitap'ta ise Avrupa Komisyonu, kusurun tazminat üzerindeki etkisinin tayini hususunda, ihlal bir kez saptandığında kusurun ispatının gerekmeyeceğini,

<sup>92</sup> Huysal 2012, s.80.

<sup>93</sup> Roma II Tüzüğü'nün girişinde bulunan 32. paragrafta da belirtildiği üzere tazmin edici niteliği aşan ve cezalandırıcı nitelik taşıyan tazminata hükmedilmesinin *lex fori*'nin kamu düzenine aykırılık teşkil edeceğine ve ayrıca tazminatın maruz kalınan zararın telafisi ile ölçülülük kriterlerine aykırı olacağına dair bkz. "Eurojuris International Groupe Ibero-Francophone 13ème Rencontre-Düsseldorf 08.05.2009", www.heinonline.org, Erişim Tarihi: 09.02.2012.

<sup>94</sup> Teşebbüslerin rekabete aykırılığa bilerek neden olmaları halinde kastları, amaçları piyasadaki rekabet düzenini ihlal etmek olmamakla birlikte anlaşmanın etkilerinin ihlale neden olması durumunda ise bu sonuçtan kaçınmak için iradelerini yeterli derecede kullanmadıkları için ihmallerinin söz konusu olmasına dair bkz. Güven 2008, s.755.

<sup>95</sup> FOER A.A ve J.W.CUNEO (2010), *The International Handbook on Private Enforcement of Competition Law*, Edward Elgar, Cheltenham, UK-Northampton, MA, USA, s.426.

davalının ancak mazur görülebilir bir hata yaptığında ispat yükünün yer değiştireceğini önermiştir. Mazur görülebilir hata ise yüksek derecede özenli makul bir insanın, kendi davranışının, rekabeti engelleyeceğini bilemeyeceği durum olarak açıklanmıştır<sup>96</sup>.

Hukukumuzdaki genel hükümlere bakıldığında, tazminat miktarının tayininde failin kusur derecesi başta olmak üzere Borçlar Kanunu'nda yer alan mağdurun rızası, mağdurun müterafik kusuru, mağdurun sorumlu olduğu diğer etkenler ile failin müzayakaya düşecek olması halleri nazara alınmaktadır. Tazminata esas alınacak zararın nasıl tespit edileceği ise yine RKHK m.58/2'de açıklanmıştır. Buna göre, hâkim, zarar görenlerin talebi üzerine, uğranılan maddi zararın ya da zarara neden olanların elde ettiği veya elde etmesi muhtemel olan kârların üç katı oranında tazminata hükmedebilecektir<sup>97</sup>. Hâkimin, herhangi bir talep olmaksızın re'sen üç kat oranında tazminata hükmetmesi mümkün değildir<sup>98</sup>.

Milletlerarası özel hukuk kuralları çerçevesinde konu ele alındığında, 5718 sayılı MÖHUK m. 38/2'de Türkiye'de rekabetin engellenmesine yabancı hukuk uygulanan hâllerde, Türk hukuku uygulansaydı verilecek tazminattan daha fazla tazminata hükmedilemeyeceği hükmü karşımıza çıkmaktadır.

Hâkim, uyuşmazlığa Türk hukukundan başka bir hukuk uygulanması gerektiğini tespit edip uyuşmazlığın esasına bu yabancı hukuku uyguladığında RKHK hükümlerine göre hesaplanacak tazminat oranından fazla bir tazminat miktarı ile karşılaşır, bu fazla olan kısım tenkis edilecektir. Öyle ki, bu bağlama kuralının lafzı, böyle bir durumda yabancı hukuk yerine Türk hukukunun uygulanacağından bahsetmemekte; Türk hukukuna göre hesaplanan tazminat miktarından fazlasına hükmedilemeyeceğini düzenlemektedir.

RKHK m. 58/2 kapsamında üç kat oranında tazminata hükmedilebilmesi için zararın “*tarafaların anlaşması ya da kararı veya ağır ihmalinin olduğu hallerden*” kaynaklanması gerekmektedir. Buna göre, hâkim *lex causae* olarak Türk hukukunun uygulanmasına karar veriyse, üç katı oranında tazminata hükmedebilmek için davalının anlaşma, karar yahut ağır ihmalden kaynaklanan

<sup>96</sup> Livre Blanc 2008, s.8, Ayrıca, ekonomik kontekste kusurun nasıl tayin edileceğine ilişkin bkz. Sanlı 2007, s.202 vd.

<sup>97</sup> Tazminatın hesaplanması konusunda daha detaylı bilgi için bkz.: ŞAHBAZ, A.U. (2008), *ABD Uygulaması Işığında Rekabet İhlallerinden Doğan Zararların Tayini ve Tazmini*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No:88, Ankara.

<sup>98</sup> Topçuoğlu 2001, s.308.



kusuru aranacaktır. Ancak, uygulanacak yabancı hukuk uyarınca tazminata hükmedilebilmesi için aranan koşullar RKHK'dan daha ağır olsa bile Türk yargıcı bu kuralları kamu düzenine aykırılık teşkil etmediği sürece uygulayabilecektir<sup>99</sup>.

Başbakanlık tarafından 07.07.2006 tarihinde TBMM'ye sunulan MÖHUK tasarısının madde gerekçesinde bu hüküm ile tazminat taleplerine yabancı hukukun uygulandığı hallerde aşırı tazminat taleplerini önlemek amacıyla bir üst sınır getirildiği belirtilmiştir.

Rekabet hukuku alanında uzun yıllar boyunca ABD'nin uyguladığı üç katına kadar tazminat sistemi dünyada pek çok ülkenin tepkisiyle karşılaşmış ve diğer devletler bunun önüne geçmek için değişik yollara başvurmuşlardır. ABD'nin kendi rekabet kanunları ile kabul ettiği bu sistem Kara Avrupasında rağbet görmemektedir<sup>100</sup>. Kara Avrupası ülkelerinin hukuk sistemlerinde tazminatın giderici olma yönü ağırlık taşımakta, tazminatın önleyici amacı genellikle bulunmamaktadır<sup>101</sup>. Hükmedilen tazminatın zararı gideren kısmının dışında kalan miktar tazminat olarak değerlendirilmeyip ceza olarak görülmektedir<sup>102</sup>. Kendi hukuk sisteminde üç katına kadar tazminatı kabul etmeyen bir ülke bakımından 5718 sayılı MÖHUK'un 38. maddesinin ikinci fıkrasındaki gibi engelleyici bir hükme yer vermek isabetli bir yaklaşım olarak değerlendirilebilir. Zira yabancı unsurlu olaylarda üç katına kadar tazminat öngören bir hukukun uygulanması sonucunda söz konusu ülkenin kendi sistemi içinde tutarsızlık ortaya çıkacaktır. Gerçekten de rekabetin engellenmesinden kaynaklanan taleplerde pazarı etkilenen ülke hukukunun uygulanması ve bu hukukun da üç katına kadar tazminat öngörmesi halinde, Avrupa ülkeleri bunu engelleyecek değişik mekanizmalar geliştirmiştir. Rekabeti engelleyen eylemlere uygulanacak hukuku düzenleyen ilk ülke olma özelliğini taşıyan, diğer bir deyişle bu konuda iki yanlı bağlama kuralını ilk kabul eden İsviçre, bu kuralı kabul ederken üç kat oranında tazminata özel bir hükümle engel olmuştur. Hükümün ayrıntılarına aşağıda değinilecektir. Türkiye 5718 sayılı MÖHUK ile İsviçre yaklaşımını kabul etmiştir. Bu durum göz önüne alınarak Türk rekabet hukukunda üç katı kadar tazminatı öngören bir maddi hukuk kuralı varken İsviçre hukukunda esas itibarıyla üç katına kadar tazminatı engellemek için getirilen hükme benzer bir

<sup>99</sup> Huysal 2012, s.81.

<sup>100</sup> Tiryakioğlu 2010, s.217, Çelikel ve Erdem 2012, s.421.

<sup>101</sup> Tiryakioğlu 2010, s. 217.

<sup>102</sup> Ibid. s. 217, üç kat oranında tazminat hükmünün bir ceza yaptırımı olduğu düşünüldüğünde tanıma ve tenfiz imkânının bulunmayışı hakkında bkz. Topçuoğlu 2001, s.307 vd.

kurala 5718 sayılı MÖHUK'ta yer vermek, bizim de katıldığımız görüşe göre, ilk bakışta çelişkili görünmektedir<sup>103</sup>. Bu çelişkili duruma rağmen Türk hukukunda böyle bir düzenlemeye yer vermek iki gerekçe ile isabetli bir yaklaşım olarak kabul edilebilir. İlk gerekçe, gelecekte bazı devletlerin hukuk sistemlerinde üç katına kadar tazminatın da ötesinde tazminat ödenmesine ilişkin bir hüküm yer alması ihtimaline dayanmaktadır. İkinci gerekçe ise RKHK'nın üç katına kadar tazminatı öngören 58. maddesinin ikinci fıkrasının, gelecekte kanun koyucu tarafından değiştirilerek, bu oranın daha aza indirilmesi, belli rekabet ihlalleri ile sınırlandırılması veya tamamen gerçek zararlarla sınırlandırılması ihtimalidir. Bu durumda da 5718 sayılı MÖHUK'un 38/2. maddesinde yer alan engelleyici hüküm anlam kazanmaktadır<sup>104</sup>.

Öte yandan, Türk hukukunda öngörülenden fazla bir tazminat miktarına hükmetmiş olan yabancı mahkeme kararında üç katı aşan tazminat miktarlarının tenfizinin de engellenebileceği ileri sürülmektedir<sup>105</sup>.

## 2.2. Yabancı Hukuk Sistemlerinde Yer Alan Düzenlemeler

### 2.2.1. Avrupa Birliği Hukukundaki Düzenleme: Roma II Tüzüğü

Sözleşme dışı borçlara uygulanacak hukuk konusunda ilk Avrupa düzenlemesi Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Avrupa Topluluğu Tüzüğü olarak adlandırılan (CE) 864/2007 sayılı Tüzüktür<sup>106</sup>. Sözleşmelerden doğan borçlara uygulanacak hukuka ilişkin olarak kabul edilen Roma I Tüzüğünden<sup>107</sup> sonra hazırlanan Roma II Tüzüğü, 11 Ocak 2009 tarihinde yürürlüğe girmiş olup, Birliğe üye ülkeler arasında akit dışı borçlardan doğan uyuşmazlıklara uygulanacak hukuk konusunda yeknesaklığı sağlamak amacını taşımaktadır. Böylece, üye ülkeler yabancılik unsuru barındıran rekabet ihlallerinden doğan uyuşmazlıklarda kendi müdahaleci normlarını uygulamayacak ve böylelikle mahkeme kararlarının Birlik içinde dolaşımı kolaylaşacaktır. Aynı zamanda ülkeler *lex fori* yerine artık karmaşık fiillerde bile zararın meydana geldiği yer ile örtüşen piyasanın etkilendiği yer hukuku

<sup>103</sup> Tiryakioğlu 2010, s.217.

<sup>104</sup> Tiryakioğlu 2010, s.216.

<sup>105</sup> Çelikel ve Erdem 2012, s. 421.

<sup>106</sup> Regulation (EC) No 864/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the law applicable to non-contractual obligations (Rome II), OJ L 199/40

<sup>107</sup> Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I), OJ L 177/6

uygulanacaktır<sup>108</sup>. Tüzük, Türk hukukundan farklı çeşitli bağlama kuralları getirmiştir.

Roma II Tüzüğünde yer verilen genel prensip, Tüzüğün evrensel bir uygulama alanına sahip oluşudur. Buna göre, uyuşmazlığa uygulanacak hukuk Avrupa Birliğine üye olmayan bir ülkenin hukuku olarak belirlense bile bu hukuk davada uygulama alanı bulacaktır<sup>109</sup>. Örneğin Avrupa Birliği sınırları dâhilinde açılan bir davada uygulanacak hukuk RKHK olarak tespit edildiğinde, uyuşmazlığa bu Kanun uygulanacaktır. Tüzüğün uygulama alanına bakıldığında ise, medeni ve ticari alanlarda yabancılık unsuru içeren uyuşmazlıklara uygulanacağı anlaşılmaktadır. Böylece üye ülke mahkemelerince Tüzük uyarınca belirlenecek yetkili hukuk aynı olacağından<sup>110</sup>, bu ülkeler arasında mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi bakımından da bir yeknesaklık sağlanmış olacaktır.

Akit dışı borçlara uygulanacak hukukun tespiti bakımından Tüzük çeşitli objektif bağlama kuralları ile bir de sübjektif bağlama kuralı<sup>111</sup> getirmiştir. Objektif bağlama kuralları bir genel kural ile birtakım özel bağlama kurallarından oluşmaktadır. Haksız fiiller bakımından genel bağlama kuralı, zararın meydana geldiği ya da meydana gelebileceği ülke hukukunun uygulanacağını öngörmektedir<sup>112</sup>. Zararı meydana getiren eylemin nerede gerçekleştiği önem taşımamaktadır. Bu yönüyle Tüzük, 1976 tarihinde ABAD'ın, Mines de potasse d'Alsace<sup>113</sup> kararında yer verdiği *lex loci delicti commissi* prensibinden

<sup>108</sup> PEIGNÉ, A., “L’article 6 du règlement communautaire ROME II apprécié sous l’angle du droit de la concurrence et du droit international privé”, <http://m2bde.u-paris10.fr/content/1%E2%80%99article-6-du-r%C3%A8glement-communautaire-rome-ii-appr%C3%A9ci%C3%A9-sous-l%E2%80%99angle-du-droit-de-la-concurre>, Erişim Tarihi: 06.02.2012, OPREA, A.(2010), “L’Integration Juridique Européenne et Les Methodes du Droit International Privé-uelques Observations”, *SUBB Jurisprudentia 115 2010*, [www.heinonline.org](http://www.heinonline.org), Erişim Tarihi: 06.02.2012, s.119.

<sup>109</sup> Bu kurala, Roma II Tüzüğü m. 3’te “*Evrensel Nitelik*” başlığıyla yer verilmiştir.

<sup>110</sup> GRAZIANO KADNER, T. (2008), “Le Nouveau Droit International Privé Communautaire en Matière de la Responsabilité Extracontractuelle”, *Revue Critique du Droit International Privé*, Vol:3, s.448-449.

<sup>111</sup> Sübjektif bağlama kuralı, Tüzüğün 14. maddesinde yer almakta olup, zarara sebep olan eylemin meydana gelişinden sonra taraflara uygulanacak hukuku açıkça ya da zımnî olarak seçme konusunda serbestlik tanımaktadır.

<sup>112</sup> LOOKOFSY, J. ve H. KETILBIORN (2009), *EU-PIL European Union Private International Law in Contract and Tort*, JurisNet, LLC, Copenhagen, s.122.

<sup>113</sup> Arrêt de la Cour du 30 novembre 1976, L’Affaire 21-76, Karar metni için bkz. [http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga\\_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&numdoc=61976J0021&lg=fr](http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&numdoc=61976J0021&lg=fr), Erişim Tarihi: 06.02.2012.

ayrılmaktadır. Zarar, eylemin doğrudan sonuçlarına ilişkin olup dolaylı zararlar nazara alınmamaktadır. Bu genel kuralın yanında Tüzük, uluslararası düzende en sık karşılaşılan haksız filler için birtakım özel bağlama kuralları getirmiştir. İşte, Tüzüğün 6. maddesi, rekabetin engellenmesinden doğan uyuşmazlıklara rekabet ihlalinin etkilenen ya da etkilenebilecek pazarın bulunduğu ülke hukukunun uygulanmasını öngörmüştür. Tüzüğün girişinde yer alan açıklamaların 21. paragrafında belirtildiği gibi 6. madde haksız fiillere ilişkin genel kurala bir istisna teşkil etmeyip onu açıklayıcı bir nitelik taşımaktadır. Anılan maddenin getirilme amacı, başta rakipler ve tüketicilerin korunması ile kamu düzeni ve piyasa ekonomisinin sağlıklı işleyişinin sağlanması olarak ifade edilmiştir. Tüzük'ün 6. maddesi uyarınca, rekabet ilişkilerinin yahut tüketicilerin ortak menfaatlerinin etkilendiği ülke hukukunun uygulanacak olması anılan amaçlara ulaşmayı kolaylaştırmaktadır<sup>114</sup>. Topluluk düzeyinde konulmuş olan rekabet kurallarına konu olan anlaşma, uyumlu eylem, teşebbüs birliği kararları, hakim durumun kötüye kullanılması gibi eylemlerin yanı sıra üye ülkelerin yahut ABD gibi üçüncü ülkelerin de rekabet kuralları ile yasaklanan eylemler anılan hükmün uygulama alanına girmektedir<sup>115</sup>.

Roma II Tüzüğü'nde rekabetin sınırlanması sonucunu doğuran işlemlere uygulanacak hukukun tespiti bakımından ana kriter, etkilenen ya da etkilenmesi muhtemel piyasanın bulunduğu ülke olarak belirlenmiştir<sup>116</sup>. Tüzük, 6. maddedeki düzenlemede coğrafi bir kriter benimsemiştir ve diğer metinlerden farklı olarak hükmün uygulama alanını genişleten “muhtemel etki” kavramına da yer vermiştir.

Mevcut ya da muhtemel bir rekabet kısıtlamasından bahsedebilmek için, öncelikle, tarafların birbirleriyle ya da diğerleriyle rekabet içinde olup olmadığını tespit edebilmek ve bu amaçla referans alınacak pazarı tanımlamak gerekecektir. Referans alınacak pazarın tanımlanması, ilgili ürünlerin ikame edilebilir olup olmadığı sorusuna bağlı olup ürün pazarının doğru olarak sınırlanabilmesi, bilhassa, hâkim durumun kötüye kullanılmasının tespiti bakımından daha önemlidir<sup>117</sup>.

<sup>114</sup> CRAWFORD, E.B. ve J.M. CARRUTHERS (2010), *International Private Law: A Scots Perspective*, Thomson Reuters, s.500.

<sup>115</sup> Stone 2010, s.402, MORRIS, J.H.C. (2009), *The Conflict of Laws*, Seventh Edition, Sweet&Maxwell, London, s.413.

<sup>116</sup> Ibid. s.402.

<sup>117</sup> BAEL, I. V ve J.-F.BELLIS (1991), *Droit de la Concurrence de la Communauté Economique Européenne*, Bruylant Bruxelles, s.60.

Avrupa Birliğinin İşleyişi Hakkında Anlaşma'nın 101. maddesinde (eski m. 81) "tek pazar içinde" üye devletler arasındaki ticareti etkilemesi muhtemel olduğu ölçüde rekabet kısıtlamaları yasaklanmakla coğrafî bakımdan ilgili piyasanın tespiti kolaylaştırılmıştır. Etkilenen piyasanın tespiti bakımından Continental Can<sup>118</sup> kararında, ABAD, Topluluğun üyesi bir ülkede kurulmuş olsun ya da olmasın, Topluluk içerisindeki piyasa koşullarını etkileyen eyleme Topluluk hukukunun uygulanacağını belirtmiştir<sup>119</sup>. Ancak bu uygulama, Roma II Tüzüğü kabul edilmeden önce benimsenmiş olup yabancı unsurlu rekabet ihlallerine uygulanacak hukukun tespitinde Roma II Tüzüğü'nün 6. maddesinde yer verilen etki kriterinden faydalanılacaktır.

Roma II Tüzüğü birtakım haksız fiiller için taraflara uygulanacak hukuku seçme imkânı tanımişken rekabet ihlallerine ilişkin uyuşmazlıklarda tarafların bu yetkisi ortadan kaldırılmıştır. Tüzüğün girişinde yer alan 21. paragrafta da belirtildiği gibi, 6. maddenin amacı rakipleri, tüketiciler ile genel olarak halkı korumak ve piyasa ekonomisinin işleyişini garanti altına almaktır. Dolayısıyla, hukuki borçlara dair bir düzenleme olarak Tüzüğün özel hukuk nitelikli ilişkilere değinmesi gerekirken şahsî menfaatlerin merkezî bir öneme sahip olmadığı görölmektedir. Çünkü rekabetin engellenmesi makroekonomik hususlara ilişkin olmakla, tarafların hukuk seçimi vasıtasıyla tek pazardaki rekabetin yeniden tesisini tehlikeye düşürmesi engellenmek istenmiştir<sup>120</sup>.

Tüzüğün 6. maddesinde dikkat çeken diğer bir husus da birden fazla etkilenen pazar bulunması durumunda uygulanacak hukukun tespitinde nazara alınacak kriterlerdir. Belli koşullar altında, birden fazla etkilenen piyasanın varlığı halinde uygulanacak hukuk farklılık arz edebilecektir. şayet dava, davalımın ikametgâh yerindeki mahkemede açılmış ise ve hâkimin bulunduğu ülke pazarı, ihlalden doğrudan ve esaslı olarak etkilenen pazarlar arasında sayılmaktaysa, 6. madde, davacıya talebini tek bir hukuka dayandırma imkânı vermektedir<sup>121</sup>. Roma II Tüzüğü m.6/f.3-b'ye göre zarar gören kişinin, birden fazla kişiye karşı, zarara neden olanlardan birinin mutad meskeninde dava açabilmesi, ihlalin, rekabeti sınırlayıcı eylemin davanın açıldığı yer pazarını doğrudan etkilemiş olmasına bağlıdır<sup>122</sup>. Örneğin, Fransız işletmesi A ile Alman işletmesi B yasak bir fiyat

<sup>118</sup> Europemballage et Continental Can v. Commission, 6/72, Rec. 1973, p.215 à la p. 249.

<sup>119</sup> MERCIER, P., O. MACH, H. GILLIERON ve S. AFFOLTER (1982), *Répertoire de Droit International Privé Suisse*, 1, Editions Staempfli&Cie SA, Berne, s:250.

<sup>120</sup> Peigné, s.4, LEGAL,H., "Les Restrictions Verticales à la Concurrence", *Electronic Journal of Comparative Law*, Vol 11, [www.ejcl.org](http://www.ejcl.org), Erişim Tarihi: 08.02.2012

<sup>121</sup> Peigné, s. 4, Stone 2010 s.402.

<sup>122</sup> Tarman, 2008, *Roma II*, s. 210, Stone 2010, s.402.

anlaşması yapar ve bu durum doğrudan Alman pazarını etkilerse bundan dolayı zarara uğrayan C, her iki işletmeye karşı B'nin merkezinin bulunduğu yer mahkemelerinde (Alman mahkemelerinde) zararının tazmini için dava açabilecektir. Bu durumda Tüzüğün aynı bendine göre, uygulanacak olan hukuk da Alman hukuku olacaktır<sup>123</sup>.

### 2.2.2. İsviçre Hukukundaki Düzenleme: LDIP m. 137

Rekabet ihlallerinden doğan ve yabancılik unsuru içeren uyuşmazlıklara uygulanacak hukuk konusunda iki yanlı metodu benimseyen ilk düzenleme İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu'nda<sup>124</sup> (LDIP) yer almaktadır.

Rekabetin engellenmesi başlıklı LDIP m. 137 hükmü şöyledir:

**Madde 137 - (1)** *Rekabetin engellenmesinden doğan talepler, engellenmenin zarar gören üzerinde doğrudan etkilerini doğurduğu piyasanın bulunduğu ülke hukukuna tabidir.*

*(2) Rekabetin engellenmesinden doğan taleplere yabancı hukuk uygulandığı takdirde, İsviçre'de, İsviçre hukuku uyarınca rekabetin engellenmesi için verilebilecek tazminattan fazlasına hükmedilemez.*

Bu hüküm, Türk hukukuna 2007 yılında 5718 sayılı MÖHUK ile getirilen düzenlemenin mehazı niteliğindedir. Her iki Kanun'daki hükümlerin gerek ilk fıkrası gerekse ikinci fıkrası benzerlik göstermektedir.

Rekabet hukuku gibi kamu hukuku ile özel hukuk arasındaki gri bir alanda tek yanlıcı metodun bir kenara bırakılarak iki yanlıcı metoda geçilmesi bu metodu benimseyen devlet için uluslararası toplumda önemli bir algı değişikliğini gerektirmektedir. Bu anlamda İsviçre hukuku, çağdaşı olan düzenlemelerden bir adım daha öne geçerek iki yanlıcı metodu benimsemiştir<sup>125</sup>. Öyle ki, iki yanlı bir bağlama kuralının kabul edilebilmesi için, öncelikle, yabancı hukuk ile *lex fori*'nin eşdeğer olduğunun kabul edildiği bir hukuki toplum oluşturulmalıdır. Öte yandan iki yanlıcı metodu kabul eden devletin rekabet kuralları diğer devletlerin koyduğu rekabet kuralları ile belli bir özdeşlik sağladığı takdirde, iki yanlı kuralı benimseyen bu ülke, kendi rızası hilafına bile olsa başka bir ülke hukukunu uygulamak durumunda kalmayacaktır. Bu şekilde, uygulanacak yabancı hukuk, hâkimin hukukundan çok farklı olmayacak ve bu metot hem bireylerin hem de devletlerin menfaatlerine uygun olacaktır. Bu şekilde iki yanlı bir kuralın

<sup>123</sup> Tiryakioğlu 2010, s.210.

<sup>124</sup> Loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé, RO 1988 1776.

<sup>125</sup> Basedow 2007, s.243.

benimsenmesi, ihtilafların çözümünde uluslararası boyutta bir harmonizasyon sağlayacak ve zarar gören davacının yarar sağlamayacağını bildiği bir yargı sürecini başlatmasını engelleyecektir. Aynı zamanda, iki yanlı bağlama kuralı sayesinde, davanın görüldüğü ülke, rekabet ihlalden doğrudan etkilenen ülke hukukunu uygulamakla bu yabancı ülkenin yasama amacını gerçekleştirmesine izin vermiş olacaktır. Böylece hâkimin ülkesi kendi rızasıyla önemli bir uluslararası işbirliği davranışında bulunmuş olacaktır<sup>126</sup>.

Bununla birlikte LDIP’de rekabet alanında yabancı hukukun uygulanmasını engelleyen bazı hükümler yer almaktadır. Örneğin LDIP m. 135/2’de<sup>127</sup> olduğu gibi İsviçre Kanun Koyucusu *lex causae*’nin uygulanmasını engelleyebilecek özel bir hüküm öngörmüş ve hâkimin İsviçre hukuku uyarınca hükmedilebilecek tazminattan fazlasına hükmetmesini yasaklamıştır. Burada Amerikan mahkemelerinin yerel hukuka göre hükmettikleri cezai nitelikli tazminatlar kastedilmiştir. Hüküm, aynı zamanda tazminatın niceliksel önemini de vurgulamaktadır. LDIP m. 137/2, aynı Kanun’un kamu düzeniyle ilgili olan 17. maddesinin<sup>128</sup> somut halidir. İsviçre ve Avrupa’da, ABD hukukunda yer alan ve cezai nitelik taşıyan üç katı tazminata asla hükmedilmemesi gerektiği düşünülmektedir. Buna rağmen doktrinde, kamu düzeni istisnasının, tespit edilen yabancı hukukun uygulanmasında, yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi hususlarında olduğu kadar sert uygulanmaması gerektiği, üç kat tazminat reddedilmeden evvel dava konusu ile İsviçre arasında yeterli derecede yakın irtibat bulunup bulunmadığının tespit edilmesi gerektiği ileri sürülmektedir<sup>129</sup>.

Kamu düzeni rezervinin ötesinde, kendine özgü uygulama alanı bulunan müdahaleci normlar dikkati çekmektedir. LDIP m. 18’de düzenlenen İsviçre müdahaleci normlarının uygulama alanı bulmasıyla, iki yanlı bağlama kuralı işlerliğini kaybedecektir. Müdahaleci normların genellikle devlet menfaatlerinin çatışması durumunda gündeme geleceği söylenebilir. Örneğin, İsviçre’de saat

<sup>126</sup> Renold 1991, s.197.

<sup>127</sup> Ürün sorumluluğuna ilişkin bu hükümde (Si des prétentions fondées sur un défaut ou une description défectueuse d’un produit sont régies par le droit étranger, on ne peut en Suisse accorder d’autres indemnités que celles qui seraient allouées pour un tel dommage en vertu du droit suisse.) İsviçre kanun koyucusu, ayıplı malların sorumluluğunda yabancı hukukun uygulanacağını öngörmüş, ancak böyle bir zarar için İsviçre hukuku uyarınca hükmedilecek tazminattan fazlasına hükmedilmesini yasaklamıştır.

<sup>128</sup> İsviçre kamu düzeniyle uyuşmayan sonuçlara yol açtığı ölçüde yabancı ülke hukuku hükümlerinin uygulanmasını engelleyen 17. madde. (Art. 17 L’application de dispositions du droit étranger est exclue si elle conduit à un résultat incompatible avec l’ordre public suisse.)

<sup>129</sup> Renold 1991, s.203.

sektörüne dair mevzuat bu niteliktedir<sup>130</sup> ve bu mevzuat hükümleri dava konusu olaya doğrudan uygulanarak iki yanlı bağlama kuralına göre saptanan yabancı hukukun uygulanmasını engeller<sup>131</sup>.

İsviçre hukukunda bağlama noktası olarak kabul edilen etki kıstası, İsviçre Federal Mahkemesince 21 Mart 1967 tarihli Hachette kararında<sup>132</sup> tartışılmıştır. Bu kararda Federal Mahkeme, hangi hallerde İsviçre Kartel Yasası olan LCart'ın<sup>133</sup> olaya uygulanacağını tespit etmeye çalışmıştır. Bu kararda, İsviçre uyruklu birer şirket olan ve Cenevre'de bulunan davacılar *La Société coopérative d'achat et de distribution des négociants en tabacs et journaux* ile *La Société J. ve M. Lupi*; Paris'te bulunan *La Librairie Hachette SA*, *Les Nouvelles Messageries de la Presse Parisienne* adlı iki şirket ile merkezi Bale'de bulunan *Schmidt-Agence* şirketini ve Cenevre'de bulunan *Naville et Cie SA* adlı şirketi kartel anlaşması yaptıkları gerekçesiyle dava etmiştir. Bu kapsamda davacılar, davalıların rekabeti engelleyen fiillerinin tespitini, rekabet ihlali teşkil eden davranışlarını sonlandırmalarına karar verilmesini, bunların İsviçre'de dağıtımını üstlendikleri bütün haftalık ve günlük gazetelerin dağıtımının davacılara verilmesine ve tazminat ödemelerine hükmedilmesini talep etmişlerdir. Davacıların iddiasına göre *Naville ve Schmidt* 28 Ocak 1959 tarihinde rekabeti engelleyecek şekilde bir anlaşma yapmıştır. Bu anlaşmaya göre bu şirketler İsviçre piyasasını belirli kurallara göre kendi aralarında paylaşmış ve paylaşım anlaşmasını engelleyebilecek her türlü yardımı ve dağıtımı, özellikle yeni dağıtım organlarının oluşumunu yasaklamışlardır. 1961 yılının mart ayında *Naville*'den ayrılan bazı tacirler, özellikle Fransız gazetelerinin İsviçre'de dağıtımını sağlamak üzere *La Société coopérative*'i kurmuşlardır. Fransız gazetelerinin İsviçre'de dağıtımını önceden beri sağlayan *Hachette* ve *Les Nouvelles Messageries*, *La Société coopérative*'e Fransız gazetelerini sağlamayı, dört İsviçreli yayım ajansı ile imzaladığı inhisar anlaşmasını ileri sürerek,

<sup>130</sup> İsviçre ekonomisinde saat üretimi önemli bir rol oynadığından bir saatin üzerinde onun İsviçre malı olduğunu gösteren menşe ve mahreç işaretlerinin kullanımı İsviçre yasaları ile koruma altına alınmıştır. 23 Aralık 1971 tarih ve 232.119 sayılı "Saatler İçin İsviçre Adının Kullanılmasını Düzenleyen Yönetmelik"te İsviçre saatinin ne olduğu tanımlanmış ve bu Yönetmelikte yer alan hükümlere aykırı olarak saatlerde *İsviçre* adını kullananlar hakkında cezai yaptırımlar öngörülmüştür. Bkz. [http://www.admin.ch/ch/fr/rs/232\\_119/index.html#fn2](http://www.admin.ch/ch/fr/rs/232_119/index.html#fn2)

<sup>131</sup> Renold 1991, s.204.

<sup>132</sup> Arrêt de la 1<sup>e</sup> Cour civile du 21 mars 1967, ATF 93 II 192

<sup>133</sup> Loi fédérale du 20 décembre 1962 sur les cartels et organisations analogues. İsviçre'deki ilk kartel yasası olan bu Kanun 15 Şubat 1964 yılında RO 1964 49 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiş, 20 Aralık 1985 yılında çıkarılan "Fiyatların Kontrolü Hakkında Federal Kanun" ile ilga edilmiştir.



reddetmiştir. Bu nedenle *La Société coopérative* bir süre, İsviçre-Fransa sınırından gazete temin etmek zorunda kalmıştır. Davacılar, dört İsviçreli dağıtıcıyı Fransız sağlayıcıya bağlayan inhisar anlaşmasının hem dikey hem de yatay nitelikte bir kartel anlaşması niteliğinde olduğunu ve her iki anlaşmanın da 20 Aralık 1962 tarihli LCart'a aykırı olduğunu iddia etmiştir.

Dosyayı inceleyen Federal Mahkeme, kararın 3. paragrafında LCart'ın uluslararası özellik gösteren uyuşmazlıklarda uygulanıp uygulanmayacağı konusuna açıklık getirmiştir. Federal Mahkeme, 20 Aralık 1962 tarihli LCart'ın, uluslararası alandaki şümulü konusunda sarıh bir hüküm içermese bile, aynı zamanda yabancı ülkelerde işlenip sonuçlarını İsviçre'de doğuran rekabeti engelleyici fiillere de uygulanacağını belirtmiştir<sup>134</sup>. Mahkeme, rekabet ihlaline ilişkin hükmün kapsamını sadece İsviçre'de kararlaştırılan rekabet ihlalleri bakımından sınırlamanın, maddenin neredeyse tüm pratik sonuçlarını ortadan kaldıracığını, bu durumda hükmün, üyeleri İsviçre'de ikamet etmeyen ancak burada rekabeti engellemeyi amaçlayan anlaşmalar yapılan kartellere uygulanmaması sonucu doğacağını ve böylece bu kartel üyelerinin yabancı bir ülkede anlaşma yaparak İsviçre yargısından kaçabileceğini belirtmiştir. Bu durum Kanun'un amacına aykırı olarak değerlendirilmiştir.

İsviçre Federal Mahkemesinin kararında görüldüğü gibi, LDIP'nin yürürlüğe girmesinden önce Mahkeme, 1967 yılında verdiği bu kararla etki kriterini benimsemiş ve 6 Ekim 1995 tarihinde yasalaşan LDIP'nin 137. maddesine ilham kaynağı olmuştur.

## SONUÇ

Rekabet hukuku hem kamu menfaatini korumaya yönelik hem de bireysel menfaatlerin korunmasına yönelik kurallar içermekle kamu hukuku ile özel hukuk arasında bir alanda yer almaktadır. Milletlerarası özel hukukta rekabet ihlallerinden doğan uyuşmazlıklara uygulanacak hukukun belirlenmesinde, korunan hukuki menfaatin niteliğine göre, birden fazla yöntem kullanılmaktadır. Bu yöntemlerin ilki, müdahaleci normlar olarak nitelendirilen ve doğrudan *lex fori*'nin uygulanmasına imkân tanıyan metottur. Bu metot, rekabet ihlalinden etkilenen devletin kendi ekonomik düzenini korumaya hizmet eden klasik yöntem olarak kullanılmaktadır.

<sup>134</sup> 6 Ekim 1995 tarihli LCart m. 2/II, (La présente loi est applicable aux états de fait qui déploient leurs effets en Suisse, même s'ils se sont produits à l'étranger.) yabancı ülkede gerçekleşmiş olsa bile etkileri İsviçre'de hissedilen durumlarda da LCart'ın uygulanacağına açıkça yer vermiştir.

Devletlerarası ekonomik ilişkilerin artması ve birden fazla pazarda faaliyet gösteren ekonomi aktörlerinin çoğalmasıyla beraber, diğer devletlerin rekabet ihlallerine ilişkin kanunlarının da uygulanması gündeme gelmiş ve kimi Avrupa ülkelerinde bu tür uyuşmazlıklarda yabancı ülke hukuklarının da uygulanmasına olanak sağlayan iki yanlıcı metotlar kabul edilmiştir. Bu yöntemi kabul eden sistemlerin başında İsviçre Milletlerarası Hukuk Kanunu yer almaktadır. Bu yeni metot sayesinde rekabet kuralları müdahaleci normların uygulama alanından çıkarılmış ve ihtilaf kurallarının sahasına dâhil edilmiştir. Sadece kendi hukukunun sınırlar ötesinde cereyan eden ihlallere uygulanmasını öngören sistemin de ötesinde bir yöntem olan iki yanlıcı metot, diğer devlet hukuklarına *lex fori* değeri tanıyan milletlerarası özel hukuk algısına yaklaşmıştır.

5718 sayılı MÖHUK da 38. maddesi ile yürürlüğe girdiği tarihte rekabet ihlallerine uygulanacak hukukun tespiti yöntemi bakımından Avrupa Birliği ve diğer pek çok devletin milletlerarası özel hukuk hükümlerinin de ilerisinde bir sisteme kavuşmuştur. Rekabet ihlallerinin yalnızca özel hukuk alanındaki sonuçları bakımından uygulanabilir olan bu hüküm, yabancı rekabet kurallarının Türk hâkimi tarafından uygulanmasına imkân vermekle, diğer devletlerin rekabet kurallarının kendi rekabet mevzuatına eşdeğer olduğunu tanımıştır.

MÖHUK m. 38 hükmünde yabancılık unsuru ihtiva eden rekabet ihlallerinde bu ihlalden piyasası etkilenen ülke hukuku uygulanacağı belirtilmiştir. Yetkili hukukun tayini için öncelikle dava konusu rekabet ihlalinin vasıflandırılması gerekmektedir. Vasıflandırmanın *lex fori*'ye göre mi yoksa *lex causae*'ye göre mi yapılacağı tartışmaları karşısında doktrinde vasıflandırmanın hâkimin hukukuna göre yapılması gerektiği görüşü ağır basmaktadır. Hükmün uygulamasında ikinci aşama, bağlama noktası olarak gösterilen etkilenen piyasanın tayin edilmesidir. 5718 sayılı MÖHUK tasarısında etkilenen piyasa ihlalden doğrudan etkilenen piyasa olarak tanımlanmıştır. Doğrudan olma ölçütünün yanı sıra etkinin öngörülebilir ve esaslı olması da ABD ve Avrupa Birliği hukukunda aranan kriterler arasında sayılmaktadır.

MÖHUK m. 38 kapsamında değerlendirilecek taleplerden biri de tazminat olup bunun miktarına ilişkin anılan maddenin ikinci fıkrasında özel bir düzenleme getirilmiştir. Buna göre, uyuşmazlığa yabancı hukukun uygulandığı hallerde, Türk hukuku uygulansaydı verilecek olan tazminattan daha fazlasına hükmedilmesi yasaklanmıştır. RKHK kapsamında üç katı oranında tazminata hükmetmek mümkünken böyle bir kısıtlamaya yer verilmesi, yabancı hukukun üç kattan daha fazla bir tazminat oranı öngörüyor olması yahut RKHK'da yapılacak bir değişiklikle tazminat oranının düşürülmesi ihtimali ile açıklanabilmektedir.

5718 sayılı MÖHUK'un yürürlüğe girişinden iki yıl sonra yürürlüğe giren (CE) 864/2007 sayılı Roma II Tüzüğü yabancılik unsuru içeren rekabet ihlallerine uygulanacak hukuk konusunda oldukça detaylı bir düzenleme getirmiş ve böylelikle Avrupa Birliği'ne üye ülkelerin milletlerarası özel hukuk uygulamalarında yeknesaklığı sağlamıştır. Bu sayede her üye devlet yabancılik unsuru barındıran rekabet ihlalleri bakımından kendi müdahaleci normlarına başvurmadan vazgeçmiş ve Birlik seviyesinde iki yanlı metodu kabul etmiştir. Böylelikle üye ülkelerde verilen kararların yeknesaklığı sağlanacak ve tenfizi kolaylaşacaktır.

İsviçre hukukunda ise ilk kez *Hachette* kararı ile benimsenen etki kriteri milletlerarası özel hukuk kodifikasyonunda dikkate alınarak rekabet ihlallerine uygulanacak hukukun tespiti yöntemine ilişkin 137. madde İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu'na dâhil edilmiştir.

Rekabet hukukundan doğan uyuşmazlıklara uygulanacak hukukun tespiti, uygulamada henüz kullanım alanı bulamamış bir kavram olsa bile ülkemizde faaliyet gösteren yabancı şirketlerin sayısının giderek artması ve faaliyet alanlarının genişlemesi ile önemi artabilecektir. Bu noktada yabancı unsurlu rekabet ihlallerinden etkilenerek özel hukuk yaptırımlarına başvuranların sayısı arttıkça mahkemeler, önlerine gelen uyuşmazlıklara uygulanacak hukukun tespitinde 5718 sayılı MÖHUK'un 38. maddesini kullanma imkânı bulabilecektir. Ancak bu maddenin kullanımını yaygınlaştırmak üzere rekabet ihlallerinin özel hukuk alanındaki sonuçları konusundaki toplum bilincini artırmak gerekmektedir. Bilhassa üç katı oranında tazminat yaptırımı öngören hüküm hukuk davalarının artmasında teşvik edici rol üstlenebilecektir. Bu noktada zarar görenlerin tazmin edilmesini sağlamak üzere özel davaların teşvik edilmesi yabancı unsurlu rekabet ihlallerinin mahkemeler önüne taşınmasına ve MÖHUK m. 38'in sıklıkla uygulanmasına imkân tanıyabilecektir.

**KAYNAKÇA**

AKSOY, M. N. (2004), *Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanuna Aykırılığın Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No:144, Ankara.

BAEL, I.V. ve J.-F.BELLIS (1991), *Droit de la Concurrence de la Communauté Economique Européenne*, Bruylant Bruxelles.

BASEDOW, J. (1997), "Souveraineté Territoriale et Globalisation des Marchés: Le Domaine d'Application des Lois Contre les Restrictions de la Concurrence", *Recueil des Cours*, Vol. 264.

BATTIFOL H. ve P. LAGARDE (1993), *Traité de Droit International Privé*, Tome 1, 8e Edition, Paris.

CRAWFORD, E.B. ve J.M. CARRUTHERS (2010), *International Private Law: A Scots Perspective*, Thomson Reuters.

COLLIER, J.G. (1987), *Conflict of Laws*, Cambridge University Press.

ÇELİKEL, A. ve B. ERDEM (2012), *Milletlerarası Özel Hukuk*, Onikinci Bası, Beta, İstanbul.

DESSEMONTET, F. "Arbitrage, Propriété Intellectuelle et Droit de la Concurrence Perspective Suisse", <http://www.unil.ch/webdav/site/cedidac/shared/Articles/ASA%20Special%20Series.pdf>, Erişim Tarihi: 09.02.2012.

DOĞAN, V. (2010), *Milletlerarası Özel Hukuk*, Seçkin Yayıncılık, Ankara.

EROL, K. (2000), *Rekabet Kurallarının Ülkedışı Uygulanması*, Doktora Tezi, Rekabet Kurumu.

Eurojuris International Groupe Ibero-Francophone (2009) "13ème Rencontre-Düsseldorf 08.05.2009", [www.heinonline.org](http://www.heinonline.org), Erişim Tarihi: 09.02.2012.

FOER A.A ve J.W. CUNEO (2010), *The International Handbook on Private Enforcement of Competition Law*, Edward Elgar, Cheltenham, UK-Northampton, MA, USA.

FRIEDEL-SOUCU, E. (1994), *Extraterritorialité du Droit de la Concurrence aux Etats-Unis et Dans la Communauté Européenne*, L.G.D.J, Paris.

GELGEL, G.Ö. (2006), *Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Avrupa Birliği Düzenlemesi*, Beta, İstanbul.

GRAZIANO KADNER, T. (2008), "Le Nouveau Droit International Privé Communautaire en Matière de la Responsabilité Extracontractuelle", *Revue Critique du Droit International Privé*, Vol:3.

GÜNDOĞDU, M. (2009), *Rekabet Hukuku Perspektifinden Havayolu Taşımacılığı Sektöründeki Stratejik İttifaklar*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi, No:249, Ankara.

GÜVEN, P. (2008), *Rekabet Hukuku*, Genişletilmiş İkinci Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara.

HAY, P., P.J. BORCHERS ve S.C. SYMEONIDES (2010), *Conflict of Laws*, West.

HUYSAL, B. (2012), “Yabancı Unsurlu Rekabet İhlallerinde Uygulanacak Hukuk”, *Rekabet Dergisi*, No:13(2).

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

KAUFMANN-KOHLER, G. ve A. BUCHER, “Droit International Privé, Contrat International, Droit Applicable”, Fascicule 2, Université de Genève, Faculté de Droit, <http://www.unige.ch/droit/e-cours/documents/4864efd7ee79d.pdf>, Erişim Tarihi: 08.02.201.

KAUPER, T.E. ve A.S. EDWARD (1988), “Private Antitrust Cases That Follow on Government Cases”, *Private Antitrust Litigation*, The Massachusetts Institute of Technology.

KOCASAKAL, H.Ö. (2001), *Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkisi*, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul.

La Conférence De La Haye De Droit International Privé (2000), *Note Sur Les Conflits de Lois En Matiere de Concurrence Deloyale: Rappel dt Mise à Jour*, Bureau Permenant, La Haye.

LAYTON A. ve A.M. PERRY (2004), “Extraterritorial Jurisdiction”, *Houston Journal of International Law*, Vol:26.

LEGAL, H., “Les Restrictions Verticales à la Concurrence”, *Electronic Journal of Comparative Law*, Vol 11.3, [www.ejcl.org](http://www.ejcl.org), Erişim Tarihi: 08.02.2012.

LOOKOFSY, J. ve H. KETILBIORN (2009), *EU-PIL European Union Private International Law in Contract and Tort*, JurisNet, LLC, Copenhagen.

MAYER, P. (2006), *Droit International Privé*, 5e Edition, Montchrestien.

MERCIER, P., O. MACH, H. GILLIERON ve S. AFFOLTER (1982), *Répertoire de Droit International Privé Suisse*, 1, Editions Staempfli&Cie SA, Berne.

MORRIS, J.H.C. (2009), *The Conflict of Laws*, Seventh Edition, Sweet&Maxwell, London.

NOMER, E. ve C. ŞANLI (2010), *Devletler Hususi Hukuku*, Yenilenmiş Onsekizinci Bası, Beta, İstanbul.

NOMER, E. (2011), *Devletler Hususi Hukuku*, Ondokuzuncu Bası, Beta, İstanbul.

NOONAN, C. (2008), *The Emerging Principles of International Competition Law*, Oxford University Press, Oxford.

NORTH, P. ve J.J. FAWCETT (1999), *Private International Law*, Thirteenth Edition, Oxford University Press, Oxford.

OLSKY D. ve L.B. GREENFIELD (2006), "From Bananas to Vitamins: The Evolving Doctrine of the Extraterritorial Application of US Antitrust Law", [http://www.wilmerhale.com/files/Publication/29ff537f-7ac7-4cd9-a3b8-de6c2814314b/Presentation/PublicationAttachment/d05eb7a7-df27-4479-ac00-ef5eb197a3ce/Greenfield\\_Olsky.pdf](http://www.wilmerhale.com/files/Publication/29ff537f-7ac7-4cd9-a3b8-de6c2814314b/Presentation/PublicationAttachment/d05eb7a7-df27-4479-ac00-ef5eb197a3ce/Greenfield_Olsky.pdf), Erişim Tarihi: 28.03.2012.

OPREA, A. (2010), "L'Integration Juridique Europeenne et Les Methodes du Droit International Privé-Quelques Observations", *SUBB Jurisprudentia 115 2010*, [www.heinonline.org](http://www.heinonline.org), Erişim Tarihi: 06.02.2012.

PEIGNÉ, A., "L'article 6 du règlement communautaire ROME II apprécié sous l'angle du droit de la concurrence et du droit international privé", <http://m2bde.u-paris10.fr/content/1%E2%80%99article-6-du-r%C3%A8glement-communautaire-rome-ii-appr%C3%A9ci%C3%A9-sous-1%E2%80%99angle-du-droit-de-la-concurre>, Erişim Tarihi: 06.02.2012.

PERUZETTO, S.P. (2002), "Ordre Public et Lois de Police Dans l'Ordre Communautaire", *Comité Français de Droit International Privé*, Paris.

RENOLD, M.-A. (1991), *Les Conflits de Lois En Droit Antitrust*, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich.

ROBINET, I. ve P.J. THYS (1990), "The Extraterritorial Jurisdiction of U.S. Courts In Antitrust Cases", *Int'l Bus. L.J. 201 1990*, [www.heinonline.org](http://www.heinonline.org), Erişim Tarihi: 02.02.2012.

RUHİ, A.C. (2008), *27.11.2007 Tarih ve 5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun*, Seçkin, Ankara.

SANLI, K. C. (2000), *Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun'da Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Kararların Geçersizliği*, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi, Ankara.

SANLI, K.C. (2007), *Haksız Fiil Hukukunun Ekonomik Analizi Hukuk ve Ekonomi Öğretisi*, Arıkan, İstanbul.

SCHWARTZ I.E. (1995), "The International Antitrust Law of the European Community", *International Harmonization of Competition Laws*, Martinus Nijhoff Publishers, Netherlands.

ŞAHBAZ, A.U. (2008), *ABD Uygulaması Işığında Rekabet İhlallerinden Doğan Zararların Tayini ve Tazmini*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No:88, Ankara.

TARMAN, Z. D. (2008), “Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Avrupa Topluluğu Tüzüğü (Roma II)”, *AÜHFD*, C.57(2).

TARMAN, Z. D. (2008), “Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanun (MÖHUK)’un Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Düzenlemesi (MÖHUK m.34-35-36-37-38)”, *Legal Hukuk Dergisi*, C.6 (72).

TEKİNALP, G. (2009), *Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları*, 12.12.2007 tarihli MÖHUK Uyarınca Güncelleştirilmiş Onuncu Bası, Beta, İstanbul.

TEKİNALP, G. ve A. UYANIK ÇAVUŞOĞLU (2011), *Milletlerarası Özel Hukuk*, Onbirinci Bası, İstanbul.

TEKİNALP, G., E. NOMER ve A.O. BOZTOSUN (2012), *Private International Law in Turkey*, Wolters Kluwer.

TİRYAKİOĞLU, B. (1997), *Rekabet Hukukundan Doğan Kanunlar İhtilafı*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No: 515, Ankara.

TİRYAKİOĞLU, B. (2010), “Genel Olarak Haksız Fiillere, Haksız Rekabete ve Rekabetin Engellenmesine Uygulanacak Hukuk”, *Koç Üniversitesi Avrupa’da Devletler Özel Hukuku ve Yeni Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un Akitler ve Ticaret Hukukuna İlişkin Hükümleri Tebliği* içinde s.211-218.

TOPÇUOĞLU, M. (2001), *Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüslerarası İşbirliği Davranışları ve Hukuki Sonuçları*, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi, No:7, Ankara.

WHISH, R. (2009), *Competition Law*, Sixth Edition, Oxford University Press, Oxford.

## DEMİRYOLU TAŞIMACILIĞINDA SERBESTLEŞTİRME AÇISINDAN ALMANYA ÖRNEĞİ

### THE LIBERALIZATION IN RAIL TRANSPORT MARKET IN THE FRAMEWORK OF GERMAN EXPERIENCE

Araş. Gör. Dr. Hasan KARAKILIÇ\*

#### Öz

*AB entegrasyonu esasen malların, hizmetlerin, sermayenin ve kişilerin serbest dolaşımının sağlandığı bir iç pazar hedefine dayanmaktadır. İç pazar hedefinin gerçekleşmesi açısından daha önceleri kamusal tekeller tarafından sunulan hizmetlerin serbestleştirme ile birlikte rekabet ortamında sunulması önem kazanmaktadır. Bu nedenle enerji ve telekomünikasyon gibi sektörlerde başlayan regülasyon ve serbestleştirme süreci son yıllarda demiryolu taşımacılığı pazarında devam etmektedir. Çalışmamızda da demiryolu taşımacılığında serbestleştirme konusu, bu alanda önemli bir yeri olan Almanya örneği çerçevesinde ele alınmıştır.*

*Demiryolu taşımacılığı genellikle dikey bütünleşik bir yapının olduğu bir pazardır. Dolayısıyla reform ve serbestleştirme çalışmaları açısından bu dikey bütünleşik yapının ayrıştırılması önem kazanmaktadır. Her ne kadar reform ve serbestleştirme açısından ayrıştırma bir zorunluluk olmasa da, ayrıştırmanın bu konuda bir yöntem olarak kullanıldığını söyleyebiliriz. Ayrıştırma ve rekabet açısından demiryolu altyapısı ile demiryolu taşıma faaliyetlerini yürüten teşebbüslerin farklı olması önemlidir. Bu durumda demiryolu raylarını da kapsayan demiryolu altyapı işletim hizmeti genellikle kamusal veya özel bir teşebbüs tarafından yerine getirilirken, üçüncü taraf demiryolu taşıma teşebbüslerinin de bu altyapıdan ayrımcı olmayan bir erişim hakkı kapsamında yararlanması öngörülmektedir.*

*Erişim yükümlülüğü kapsamında altyapı açısından ayrımcı olmayan bir erişim hakkı aynı zamanda serbestleştirme ile öngörülen etkin ve işleyen bir rekabet*

---

\* Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi. Bu çalışmanın temeli 2011 yılında, *Max-Planck-Institut für Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht (München-Almanya)*'de bulunduğum dönemde atılmıştır. Bu vesileyle, Enstitü Müdürü Prof. Dr. Josef DREXL'a sağladığı bu imkân için şükranlarımı sunarım. Ayrıca isimlerini bilmediğim sayın hakemlere de yapıcı görüş ve eleştirileri için teşekkür ederim.



*hedefinin gerçekleşmesi açısından da önem kazanmaktadır. Bu süreçte bir diğer önemli husus ise sektöre özel erişim hükümleri ile genel rekabet hukuku hükümleri arasındaki ilişkiler ve aynı zamanda sektör düzenleyici kurumlar ile rekabet otoritelerinin ilişkileridir.*

**Anahtar Kelimeler:** *Ayrıştırma, Ayrımcılık Yasağı, Demiryolu Taşımacılığı, Demiryolu Altyapısı, Erişim Hakkı.*

## **Abstract**

*As it is already known, European Union integration bases on the integral market concept aiming the free movement of persons, goods, services and capital. To provide the services which were previously provided by public monopolies, in a competitive environment become more important in realizing the integral market concept. Therefore the regulation and liberalization process commenced particularly in energy and telecommunication markets is still continuing with the rail transport market. This paper deals with the liberalization in rail transport market in the framework of German experience which took common attention and a leading position in this field.*

*Vertical integration is the structure of the rail transport market. For regulation and liberalization, it is important to separate the vertical integration structure as a former step. In this case while public oriented undertakings providing the infrastructure services including railway track construction, third party rail transport undertakings are predicted to use same infrastructure and relevant services regarding to right of access without any means of discrimination.*

*Practicing the right to access in anti-discriminatory way with in the scope of accession responsibility is also important to realize the active and effective competition aim predicted by liberalization. In this process another crucial issue is the relation between regulatory bodies and competition authorities, confusion deriving from the application priority between special provision for a particular sector and general provisions of competition law.*

**Keywords:** *Unbundling, Prohibition of Discrimination, Rail Transport, Railway Infrastructure, Right-of-way (Right of Access).*

## **GİRİŞ**

Avrupa Birliği (AB) entegrasyonu, “iç pazar” (Binnenmarkt) hedefinin gerçekleştirilmesi açısından temel ekonomik alanlarla bağlantılı sektörlerde bir serbestleştirmeyi de kaçınılmaz hale getirmektedir. Bu alanlarda daha önceleri kamusal nitelikli tekel tarafından sunulan hizmetlerin serbestleştirilmesi ve

rekabet ortamında bu hizmetlerin farklı teşebbüsler tarafından da verilmesi önem kazanmaktadır. Bu anlamda demiryolu taşımacılığı sektöründe yapılan serbestleştirmenin de bu açıdan değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu düşüncenin temelinde, demiryolu sektöründe reform ve serbestleştirme ile birlikte demiryolu taşımacılığının kapasitesinin yükseltilmesi ve aynı zamanda etkin bir rekabetin sağlanması da öngörülmektedir. Demiryolu teşebbüsleri arasındaki rekabet, aynı zamanda fiyat etkinliği yönündeki baskıyı da artıracadığından, maliyetlerde de düşme yönünde zorlayıcı bir etki yaratacaktır. Bu durum üretim ve kalite artışı yanında, yeni pazarlama ve sunum modelleri açısından da yenilikçi bir gelişme sağlayacaktır. Bu sonuçların gerçekteşmesi aynı zamanda demiryolu taşımacılığının diğer taşımacılık sektörleri karşısındaki rekabet yeteneğini de artıracaktır<sup>1</sup>. Bununla birlikte, demiryolu taşımacılığında serbestleştirme açısından rekabetin tek başına bir amaç olmadığı, serbestleştirme açısından kamu yararı düşüncesi de hesaba katılmak suretiyle demiryolu taşımacılığı pazarının güçlendirilmesi amacının da bulunduğu söylenebilir.

Öte yandan bu konuda asıl sorun rekabetçi ve etkin bir pazar yapısına nasıl ulaşılacağı veya bunun nasıl başarılacağıdır. Serbestleştirme ve reform çalışmaları bağlamında farklı ülkeler tarafından farklı yöntemlerin benimsenmesi mümkündür. Uygulamada ise ağırlıklı olarak dikey yapının ayrıştırılması veya dikey yapı korunmakla birlikte bu yapının kullanımının diğer taşımacılık teşebbüslerine de açılması ve bu şekilde rekabetin sağlanmaya çalışıldığı görülmektedir. Teorik açıdan bakıldığında ise mevcut demiryolu hatlarına alternatif hatlar da açılmak ve her özel hat münhasıran bir teşebbüse ait olmak ve onun tarafından işletilmek suretiyle de rekabetin sağlanması mümkündür. Bununla birlikte, böyle bir çözüm açısından mevcut hatlara paralel yeni demiryolu hatları açmanın hukuksal ve ekonomik açıdan çeşitli sorunlara yol açma ihtimali söz konusudur. Özellikle ekonomik açıdan olaya bakıldığında nüfus yoğunluğu ve coğrafi etkenler de hesaba katıldığı zaman, birçok yerleşim bölgesinde yeni demiryolu hatlarının getireceği yüksek ekonomik ve sosyal maliyetler nedeniyle, günümüz koşullarında bu işlevsel bir proje veya çözüm de olmayacaktır<sup>2</sup>.

Dolayısıyla bu konuda mevcut demiryolu alt yapısının geliştirilerek kapasitesinin artırılması ve taşımacılık faaliyetlerini yürütecek özel teşebbüslerin de erişimine açılması daha yerinde bir çözüm olacaktır. Bu tam dikey ayrışık bir

<sup>1</sup> HAFNER, P. (2011), *Entflechtung und Wettbewerb im Eisenbahnwesen*, Verlag Dr. Kovac, Hamburg, s. 6.

<sup>2</sup> Hafner 2011, s. 7.

yapı ile mümkün olabileceği gibi dikey erişim şeklinde de olabilir. Bununla birlikte dikey ayrıştırma reform ve serbestleştirme için bir zorunluluk olmayıp, sadece bu konuda uygulanan yöntemlerden birisidir. Nitekim çalışmamızda üzerinde durulan Almanya uygulaması da bu ayrışmanın dikey erişim şeklinde benimsenmesi suretiyle serbestleştirme ve rekabetin sağlanmaya çalışıldığı bir örnektir. Bu anlamda çalışmamız kapsamındaki değerlendirmelerin de bu model esas alınmak suretiyle yapıldığı göz önünde tutulmalıdır.

Bilindiği üzere, dünyanın birçok yerinde demiryolu taşımacılığı genellikle kamusal tekeller tarafından yerine getirilen bir hizmettir. Dolayısıyla kamusal bir hizmetin serbestleştirilmesi ile birlikte ortaya çıkabilecek çeşitli sorunlar yanında, bu yönde toplumda oluşan algının değiştirilmesi de ayrı bir konudur. Bu durumda demiryolu taşımacılığında reform bağlamında yapılacak serbestleştirme sonucunda beklenen genel toplumsal refah ve bunun tüketicilere yansıyan boyutu ayrı bir önem kazanmaktadır. Özellikle dikey erişimin benimsendiği serbestleştirme sürecinde ortaya çıkan yeni pazar yapısında, daha önceki kamusal tekellerin ve özellikle de altyapıyı işleten teşebbüslerin rekabet açısından birçok avantajı olacaktır. Dolayısıyla bunların rakip teşebbüslerin demiryolu altyapısına erişim hakkını ayrımcı veya dışlayıcı davranışlarla engellememesi, etkin bir rekabetin sağlanması açısından önemlidir. Öte yandan ilgili sektörde serbestleştirmeden beklenen sonuçların gerçekleşmesi ve bu anlamda pazarda etkin bir rekabetin sürebilmesi için sektör düzenleyici kurumlar yanında, bu kurumların rekabet otoriteleri ve diğer kurumlar ile işbirliği içinde çalışmalarını da ayrı bir önem kazanmaktadır.

## 1. DEMİRYOLU TAŞIMACILIĞINDA SERBESTLEŞTİRME BAĞLAMINDA BELİRLEYİCİ KAVRAMLAR

### 1.1. Demiryolu

Demiryolu taşımacılığında serbestleştirme ve reform çalışmaları bağlamında yapılan yasal düzenlemeler açısından belirleyici olan bazı kavramlar bulunmaktadır. Bu kavramların başında ise hiç şüphesiz “demiryolu” gelmektedir. Demiryolu kavramı, Alman demiryolu taşımacılığı düzenleyici hükümleri açısından belirleyici olan Genel Demiryolu Kanunu (*Allgemeines Eisenbahngesetz, AEG*)’nun bu konudaki uygulama ve geçerlilik alanı olarak da tanımlanmıştır<sup>3</sup>. AEG § 1(2) hükmüne göre Kanun, demiryolları bağlamında uygulama alanına sahiptir. Burada demiryolu kavramı ile anlaşılması gereken

<sup>3</sup> Bkz. HERMES, G. ve D. SELNER (2006), *Beck'scher AEG Kommentar, Allgemeines Eisenbahngesetz*, 1. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, § 1 Rdnr. 13 vd.

hususun ise genellikle tekerlek-ray teknik kombinasyonu ile karakterize edilen bir taşıma sistemi olduğu belirtilmiştir<sup>4</sup>.

AB yasal düzenlemeleri açısından bakıldığında ise “demiryolu” kavramı ile neyin anlaşılması gerektiği tartışmalıdır. Çünkü demiryolu kavramı, ilgili yasal düzenlemeler kapsamında açıkça tanımlanmış değildir. Bunun nedeni ise AB düzenlemelerinde üzerinde durulan asıl hususun, demiryolu taşımacılığında sınır aşan bir altyapıya erişim hakkı sağlamak için, ulusal sınırları geçen bir demiryolu taşımacılığının öne çıkmasıdır<sup>5</sup>. Başka bir anlatımla, diğer alanlarda olduğu gibi, demiryolu taşımacılığında da Transit Ağların (*Trans-European Networks*) oluşturulmasıdır. Bu anlamda yapılan faaliyetin niteliğinden çok bunun nasıl ve hangi amaçla yapıldığı önem kazanmaktadır. Demiryolları açısından böyle bir değerlendirme veya böyle bir sonuca ulaşılması ise ancak klasik anlamda demiryolu hatları ile mümkündür. Başka bir anlatımla, vagon tekerlerinin üzerinde hareket ettiği demir raylardan oluşan ve teknik açıdan özel demiryolu hatları ile de uyumlu olan eski ve devlete ait hatlardan oluşan demiryollarıdır. Dolayısıyla AB düzenlemeleri açısından demiryolu kavramının sadece bu klasik anlamındaki demiryolları kavramı ile belirtilen somut durumlar bağlamında ele alınması gerektiği söylenebilir. Bu nedenle, klasik demiryolu hatları ile uyumlu olmadığı için teknik olarak da daha farklı değerlendirilen demiryolu hatları bu düzenlemelerin kapsamında değildir. Bu türden demiryolu hatlarına örnek olarak tramvay (*Straßenbahn*), banliyö-şehir (*Stadtbahn*) ve dağ veya teleferik (*Bergbahn*) hatları veya fabrika alanları içindeki demiryolu hatları verilebilir<sup>6</sup>.

Öte yandan AB hukukunda “demiryolu” kavramının içeriği konusundaki sorunlu durumun Genel Demiryolu Kanunu (AEG) açısından da geçerli olduğu söylenebilir. AEG düzenlemeleri açısından “demiryolu” kavramından neyin anlaşılması gerektiği veya bu kavramın AB hukuku kaynaklı kavramları kapsayıp kapsamadığı da tartışmalıdır. AEG §1(2) cümle 1 hükmüne göre, AEG

<sup>4</sup> STAEBE E. ve T. SCHMITT (2010), “Rechtsgrundlagen der Eisenbahnregulierung”, T.Schmitt ve E. Staebe (der), *Einführung in das Eisenbahn-Regulierungsrecht* içinde, s. 35, Rdnr. 61.

<sup>5</sup> Bkz. EUROPÄISCHE KOMMISSION (1991), Richtlinie 91/440/EWG des Rates vom 29.7.1991 zur Entwicklung der Eisenbahnunternehmen der Gemeinschaft, ABl. 1991 L 237, S. 25, Nr. 9. Öte yandan bu Direktif ile birlikte 2001/11/EG sayılı Direktif de değişikliğe uğramıştır. Bkz. EUROPÄISCHE KOMMISSION (2007), Richtlinie 2007/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23.10.2007 zur Änderung der richtlinie 91/440/EWG des Rates zur Entwicklung der Eisenbahnunternehmen der Gemeinschaft sowie der Richtlinie 2001/14/EG über die zuweisung von Fahrwegkapazität der Eisenbahn und die Erhebung von Entgelten für die Nutzung von Eisenbahninfrastruktur, ABl. 2007 L 315, S. 44.

<sup>6</sup> Bkz. Hafner 2011, s. 24.

demiryolları (*Eisenbahnen*) için geçerlidir. Öte yandan kavramlar konusunda AEG §2'ye bakıldığında burada öncelikle paragraf 1'de demiryolu taşıma teşebbüsleri ve demiryolu altyapı işletim teşebbüsleri tanımlanırken, bu tanımlama açısından merkezi kavram demiryolu (*Eisenbahn*) olmasına rağmen, bu konuda açık bir tanımlamaya gidilmemiştir. Ancak AEG §1 paragraf 2 cümle 2 düzenlemesinde yer alan “*Schienebahnen*” (demiryolları) kavramına esasen “demiryolları” (*Eisenbahnen*) kavramının karşılık geldiği söylenebilir. Düzenlemeye göre *Schienebahnen* kavramı, “sıkı bir iz bırakarak geçip giden, ancak bununla birlikte bu sıkı iz veya belirtinin zemin veya yerde olmasının da bir zorunluluk olmadığı bütün demiryolları” anlamında anlaşılmalıdır. Aynı zamanda bu hükümde yer alan ve AEG'nin tramvay ve kendi inşa ve hareket tarzı olan demiryolu, teleferik ve diğer kendine özgü yapı şekli olan diğer demiryolları (*Schienebahnen*) kapsamadığı şeklindeki ifade de demiryolu kavramını, bu tanıma girmeyen örnekler üzerinden hareketle tanımlamak açısından önemlidir<sup>7</sup>.

Bununla birlikte, bütün bu tartışmalar açısından öğretilerdeki görüşlere göre, her şeye rağmen AEG anlamında genel olarak demiryolu kavramının AB hukuku bağlamında sahip olduğu içerikte ele alınıp bu şekilde kullanıldığı ve bu anlamda Alman hukuku ile AB hukuku düzenlemeleri açısından kavramsal açıdan bir birliktelik bulunduğu belirtilmektedir<sup>8</sup>.

## 1.2. Demiryolu Teşebbüsleri/Demiryolu Taşımacılığı Teşebbüsleri

Demiryolu teşebbüsleri kamu veya özel sektör teşebbüsleri olabilir. Bunlar aynı zamanda asıl faaliyet alanları demiryolu ile kişilerin veya malların taşınması olmak üzere faaliyet gösteren teşebbüsler (91/440/EWG m.3, 2001/14 m.2/k) olarak tanımlanmaktadır<sup>9</sup>. Bununla birlikte, taşımacılık hizmetlerinin sunumu açısından bir teşebbüsün hem yük hem de insan taşımacılığını da kapsayan bir ticari faaliyet alanının olması oldukça sık rastlanan bir durum olduğundan,

<sup>7</sup> Bkz. Hafner 2011, s. 24.

<sup>8</sup> Hermes ve Sellner 2006, AEG § 1, Rdnr. 15; Hafner 2011, s.24.

<sup>9</sup> Ancak demiryolu teşebbüsleri konusunda AB düzenlemelerinde yer alan tanımlama açısından “asıl faaliyet alanı” kavramı şeklinde bir sınırlamanın aynı zamanda bu konuda bir belirsizlik de oluşturduğu belirtilmektedir. Bu anlamda bir faaliyetin “asıl faaliyet” olup olmadığı konusunda neyin ölçüt alınacağı açık ve net değildir. Öte yandan bir diğer sorunlu nokta ise demiryolu teşebbüsü için yapılacak tanımlamada, demiryolu taşıma faaliyetlerinin asli olarak sunulması gereğidir. Ancak 91/440/EWG sayılı Direktifin m.6/2 hükmünde ise hem taşıma faaliyetlerinin demiryolu teşebbüsleri tarafından yerine getirilmesi ve hem de altyapı işletimi faaliyetinin aynı teşebbüsün faaliyet alanı içinde yerine getirilmesi de söz konusu olduğundan, bu durum bir çelişki olarak da değerlendirilmiştir. Bkz. Hafner 2011, s. 26.

demiryolu taşımacılığı açısından bir teşebbüsün asıl faaliyet alanı gibi bir durum da tartışmalı hale gelmektedir.

Bu durum karşısında, demiryolu ulaşımında ayrımcı davranışların önlenmesi ve rekabetin sağlanabilmesi hedefinin gerçekleştirilmesi açısından, bu tarz bir kavramsal sınırlamanın gerekliliği ise tartışmalı görünmektedir. Çünkü ayrımcılık potansiyeli, demiryolu taşımacılık hizmetlerini asıl faaliyet alanı çerçevesinde sunmayan teşebbüsler açısından da geçerlidir. Dolayısıyla bu teşebbüslerin de ayrıştırmayı düzenleyen hükümler kapsamında yer alan teşebbüsler ile aynı şekilde değerlendirilmesi zorunludur.

Bu değerlendirmeler kapsamında, demiryolu taşımacılık hizmetleri sunan her teşebbüsün, “asıl faaliyet alanı” kriteri olmadan dahi, AB hukuku düzenlemeleri karşısında demiryolu teşebbüsü olduğu varsayılabilir. Böyle bir sonuç için mantıklı bir gerekçe ise, düzenleme yapılırken kanun koyucu bir anlamda, eğer bir teşebbüs esasen demiryolu taşımacılık hizmetleri sunmakla birlikte, örneğin karada veya denizde malların taşınması suretiyle kargo veya lojistik faaliyeti de yürütüyor veya aynı zamanda demiryolu altyapısı işletimi ile de uğraşıyorsa, bu teşebbüsün de bir demiryolu taşıma teşebbüsü olduğunu açık bir şekilde vurgulama isteğidir.<sup>10</sup> Bu nedenle de demiryolu teşebbüsü kavramının, demiryolu altyapısı işleten teşebbüsleri de kapsayacak şekilde bir üst kavram olarak düşünülmemesi gerekmektedir. Ayrıca altyapı işleticisi ve demiryolu teşebbüsü arasındaki ayrım açısından, 2001/14/EG m.4/2 ve m. 14/2 düzenlemelerinde yer alan ifadeler de bu farklılığı açıkça göstermektedir. Eğer demiryolu işletimi ile uğraşan her teşebbüs, altyapı veya taşıma faaliyetleri sunma kriterinden bağımsız olarak, “demiryolu teşebbüsü” kavramı kapsamında değerlendirilseydi, bu durum karşısında hükmün getirdiği ayrımın da bir önemi kalmayacaktı<sup>11</sup>.

Demiryolu taşıma teşebbüsü ile demiryolu teşebbüsü arasındaki bu farklılığın Alman hukuku açısından da geçerli olduğu söylenebilir. AEG § 2(1)'e göre, demiryolları, demiryolu ulaşım faaliyetleri veya demiryolu altyapı hizmetleri sunan kamu veya özel teşebbüslerdir. AEG § 2(2)'ye göre ise demiryolu taşıma/ulaşım faaliyetleri kişilerin veya malların taşınmasından oluşmaktadır. Dolayısıyla AB hukuku kaynaklı demiryolu teşebbüsleri kavramı ile AEG'de yer alan demiryolu taşıma teşebbüsleri kavramlarının aslında aynı anlama geldiği ve bu şekilde anlaşılması gerektiği belirtilmiştir. Her iki düzenlemeye göre de söz

<sup>10</sup> Hafner 2011, s. 26.

<sup>11</sup> Hafner 2011, s. 27.

konusu teşebbüslerin faaliyet alanı, demiryolu ile kişilerin veya malların taşınmasından oluşan faaliyetlerinin sunulmasından ibarettir<sup>12</sup>. Dolayısıyla çalışmamız kapsamında da demiryolu teşebbüsü kavramı dikey ayrıştırmanın söz konusu olduğu bir pazar yapısında demiryolu taşımacılık faaliyetlerini yürüten teşebbüsler anlamında kullanılmıştır.

### 1.3. Demiryolu Altyapısı/Demiryolu Altyapı Teşebbüsleri

Demiryolu taşımacılığı alanındaki düzenleyici kurallar en başta “demiryolu altyapı işletim teşebbüsleri” açısından uygulama alanı bulacaktır. Bu nedenle demiryolu sektörü düzenleme kuralları ve bu konuda özel düzenleme olan AEG'nin merkezi önemdeki AEG § 14(1) cümle 1 hükmüne göre, bütün “demiryolu altyapı işletim teşebbüsleri, “demiryolu taşıma teşebbüsleri”nin kendi altyapılarına erişimlerini, yani bu altyapıdan yararlanmalarını ve bu altyapı işletenleri tarafından sağlanan hizmetleri, ayrımcılık yapmadan sunmak zorundadırlar. Öte yandan düzenleyici kuralların uygulama alanı aynı zamanda “demiryolu altyapısı” kavramı ile de önemli ölçüde bağlantılıdır. Bu durum aynı zamanda dikey yapının ayrıştırılması bağlamında da geçerlidir. AEG’de yer alan bu kurallar aynı zamanda kamusal altyapı işleticileri açısından da uygulama alanı bulacaktır.

91/440/EWG m.3 açısından demiryolu altyapısı kavramı, demiryolu ulaşım yolları (raylar) açısından söz konusudur. Ancak bakım atölyeleri, demiryolu işletme/tesis/fabrika atölyeleri veya lokomotif hangarları bu kapsamda değildir. Devamında da demiryolu altyapısı kavramı kapsamında değerlendirilen unsurlar da ayrıntılı olarak sayılmıştır. Demiryolu yapısının ayrılmaz parçaları olarak sinyalizasyon ve iletişim ekipmanları, yolcu peronları, yükleme rampaları, köprü veya tünel gibi yapılar yanında, yolcular tarafından kullanılan bağlantı erişim yolları dahil istasyonlara erişim yolları bu kapsamdadır. Demiryolu ulaşımı için gerekli enerjinin sağlandığı ekipmanların yanı sıra, hizmet binalarının ulaşım hizmeti sunan bölümleri ve bu anlamda klasik bilet satış yerleri veya gişelerin de buna dahil olduğu söylenebilir<sup>13</sup>. Bununla birlikte, 2001/14/EG sayılı direktife göre, altyapı işleticisi özellikle demiryolu altyapısının kurulması ve bakımı için yetkili olan kurum veya kuruluştur. Bu anlamda altyapı işletimi kontrol/sinyalizasyon sistemleri yanında, altyapı ulaşım/güvenlik sisteminin işletimini de kapsayabilir<sup>14</sup>.

<sup>12</sup> Hafner 2011, s. 27.

<sup>13</sup> Hafner 2011, s. 28.

<sup>14</sup> Hafner 2011, s. 56.

Alman hukuku açısından demiryolu altyapı hizmeti sunan teşebbüsler AEG § 2(1) hükmüne göre demiryolu altyapı faaliyeti ile uğraşan kamusal kuruluşlar veya özel teşebbüslerdir. AEG § 2(3) hükmüne göre “demiryolu altyapısı” kavramı demiryolu enerji iletim hatları da dahil olmak üzere demiryolu işletim tesislerini de kapsamaktadır<sup>15</sup>. Demiryolu işletiminde kullanılan tesis ve araç ve gereçler AEG § 3(c) hükmünde ayrıca servis hizmetleri kapsamında da belirtilmiştir. Servis hizmetleri kapsamında sayılan araç ve gereçler arasında ise binaları da dahil olmak üzere yolcu istasyonları, yük taşımacılığı için kullanılan istasyonlar, yakıt alma ekipmanları, bakım-onarım ekipmanları ile diğer teknik araç ve gereçler ile limanlardaki teknik ekipmanlar da bu kapsamdadır<sup>16</sup>.

AEG’deki hükümler açısından demiryolu işletim tesisleri ve demiryolu altyapısı açısından ayrıca gerekli enerjinin kesintisizliğini sağlayan sistemler de bu kapsamda değerlendirilebilir. Burada söz konusu olanların demiryolu işletimi için gereken ekipmanlar olduğu söylenebilir<sup>17</sup>. Bunlar ray veya hatlar üzerindeki havai hatlar yanında, doğrudan hatlara bağlı olan trafo veya enerji merkezlerini de kapsamaktadır. Ancak demiryoluna elektrik iletimi sağlayan hatlar bunlardan ayırt edilmelidir. Bunlar örneğin bir enerji santralinden demiryolu enerji iletim hattına elektrik sağlayan hatlardır<sup>18</sup>.

Bu konuda son olarak, Alman hukukunda yer alan hükümler ile AB hukuku düzenlemelerinin birbiri ile uyumlu olup olmadığı konusundaki sorunun yanıtının olumlu olduğunu belirtmek gerekir. Hatta bu konuda Alman hukukunda yer alan düzenlemelerin daha ayrıntılı olduğu ve bu anlamda AB hukuku düzenlemelerini de aştığı söylenebilir. Örneğin Alman hukukunda, AEG § 2 paragraf 3(c)’de demiryolu altyapısı kavramı kapsamında değerlendirilen bakım-onarım araçları ve demiryolu limanlarındaki teknik malzemeler AB hukuku düzenlemelerinde yer almamaktadır. Diğer yandan ise, AB düzenlemelerinde kullanılan demiryolu altyapısı kavramı ile yetersiz ilişkilendirildiğinden, demiryolu işletim araçları arasında sayılmayan tesisat veya unsurlar Alman hukukundaki düzenlemeler arasında yer almamıştır. Bu durum özellikle de demiryolu istasyonu alanlarına erişimi sağlayan ulaşım yolları bağlantıları için geçerlidir<sup>19</sup>.

<sup>15</sup> Bkz. LERCHE, C. (2010), “Anwendungsbereich der Regulierungsvorschriften”, T.Schmitt ve E. Staabe (der), *Einführung in das Eisenbahn-Regulierungsrecht* içinde, s. 38, Rdnr. 66.

<sup>16</sup> OVG Münster, Beschluss vom 22.02.2008, 13 B 68/08, *Netzwirtschaften und Recht*, 2008, s. 152; OVG Münster, Beschluss vom 19.11.2008, 18 L 1371/08, *Netzwirtschaften und Recht*, 2009, s. 68-69.

<sup>17</sup> KUNZ, W. (2006), *Eisenbahnrecht (Kommentar)*, Nomos Verlag, Baden-Baden, § 2, Rdnr. 11.

<sup>18</sup> Kunz 2006, § 2, Rdnr. 16.

<sup>19</sup> Hafner 2011, s. 28.



## 2. DEMİRYOLU TAŞIMACILIĞINDA SERBESTLEŞTİRME SORUNU

AB hukukunda daha önceleri enerji ve telekomünikasyon pazarlarında başlatılan serbestleştirme süreci ile ortaya çıkan tartışmalar son dönemde demiryolu taşımacılığı alanına kaymış durumdadır. Bu durum çoğu zaman AB organları ile üye ülkeler arasında yeni tartışmalara da neden olmaktadır<sup>20</sup>. Ancak demiryolu taşımacılığı bu alanda yapılan reformlar açısından belki de en zor sektörlerden birisi konumundadır. Çünkü demiryolu taşımacılığı eski ve yaygın olması yanında, ekonomik düzen açısından önem arz eden bir sektördür. Aynı zamanda demiryolu taşımacılığı açısından, sektörde altyapı ve üstyapı faaliyetleri arasında, diğer taşımacılık sektörlerine göre daha yüksek bir teknolojik bağımlılık bulunmaktadır<sup>21</sup>. Altyapı açısından ortaya çıkabilecek kapasite sorunları da düşünüldüğünde, bu alanda yapılacak bir serbestleştirme açısından pazar katılımcıları arasındaki koordinasyon ve etkileşimin sorunsuz devam edebilmesi önem kazanmaktadır.

Almanya örneği de benzer tartışma ve sorunların yaşandığı bir deneyimdir. Almanya'da demiryolu taşımacılığı gerek yolcu gerekse eşya/yük taşımacılığı alanında ülke ekonomisinde önemli bir yer tutmaktadır. Bu hem demiryolu ağlarının ve bu anlamda taşımacılığın yaygınlığı<sup>22</sup> hem de demiryolu ulaşımına atfedilen önem veya onun tüketiciler açısından sahip olduğu vazgeçilmezlik ile de ilgilidir. Demiryolu taşımacılığı diğer yaygın taşımacılık türleri olan hava ve karayolu taşımacılığı ile karşılaştırıldığı zaman ekonomik avantajları yanında, hem güvenli hem de çevreye daha duyarlı bir taşımacılık türüdür. Örneğin Nisan 2010'da İzlanda'da meydana gelen volkan faaliyeti nedeniyle Avrupa'da havayolu taşımacılığı sık sık durma noktasına gelirken, özellikle Almanya'da Deutsche Bahn AG yolcu taşımacılığında ortaya çıkan sorunların giderilmesi açısından önemli bir rol oynamıştır<sup>23</sup>.

<sup>20</sup> ENDE, K. ve J. KAISER (2004), "Wie ist die Liberalisierung der Schiene? Eine Bestandsaufnahme über die Marktöffnung im Eisenbahnsektor?", *Wirtschaft und Wettbewerb*, No:1, s. 26.

<sup>21</sup> KARAMANOĞLU, C. (2012), "Demiryolu Reformları", *Ulaştırma Sektöründe Serbestleştirme, Rekabet ve Rekabet Hukuku Sempozyumu*, Rekabet Kurumu Yayını, İzmir, <http://www.rekabet.gov.tr/dosyalar/etkinlikkitap/etkinlikkitap33.pdf>, Erişim Tarihi: 30.11.2011, s. 361.

<sup>22</sup> Örneğin Deutsche Bahn AG'nin verilerine göre, Avrupa'da yolcu taşımacılığı açısından Deutsche Bahn AG % 11,9 civarında bir pazar payı ile birinci sırada yer alırken, Fransız SNCF ise %10,02'lik pazar payı ile ikinci sıradadır. Bkz. DB WETTBEWERBSBERICHT 2011, [http://www.deutschebahn.com/file/2187402/data/wettbewerbsbericht\\_2011.pdf](http://www.deutschebahn.com/file/2187402/data/wettbewerbsbericht_2011.pdf), Erişim Tarihi: 30.09.2012, s. 12.

<sup>23</sup> Bkz. DB Wettbewerbsbericht 2011, s. 8.

Demiryolu taşımacılığı açısından, serbestleştirme öncesi demiryolu hatlarını işleten kamusal teşebbüsler aynı zamanda doğal tekel durumundadırlar. Çünkü entegre bir yapının olduğu demiryolu taşımacılığı pazarında, demiryolu altyapı işletimi ve demiryolu taşımacılığı gibi farklı faaliyetler aynı kamusal teşebbüsler tarafından yerine getirilmektedir. Dolayısıyla demiryolu taşımacılığı pazarında dikey ayırışma sonucunda etkin bir rekabetin sağlanabilmesi açısından, mevcut altyapının çok sayıda teşebbüsün erişimine eşit koşullarda açılması önem kazanmaktadır. Başka bir ifadeyle, mevcut hatların veya demiryolu altyapısının üçüncü tarafların erişimine açılması bu anlamda bir zorunluluktur. Bu durum aynı zamanda demiryolu altyapısı ve demiryolu taşımacılığı faaliyetinin aynı teşebbüs tarafından yerine getirildiği durumlar için bir gereklilik de olmaktadır<sup>24</sup>.

AB uygulamasına bakıldığında, demiryolu taşımacılığı alanındaki serbestleştirme sürecinde genellikle dikey yapının ayrıştırılması yönteminin tercih edildiği ortaya çıkmaktadır. Bu şekilde yapılan ayrıştırmada altyapı işletimi genellikle kamusal bir teşebbüse bırakılırken, demiryolu taşımacılığı yapan teşebbüslerin de altyapıya ayırıcı olmayan erişim hakkı bağlamında ulaşmaları yasal güvenceye kavuşturulmaktadır. Bu anlamda dikey ayrıştırmada genellikle “tam dikey ayırışık” ve “dikey erişim” olmak üzere iki model ortaya çıkmaktadır.

Tam dikey ayrıştırma yönteminde altyapı yöneticisi teşebbüsün genel anlamda demiryolu taşımacılığı, başka bir ifadeyle insan veya yük taşımacılığı bağlamında bir işletme faaliyeti söz konusu değildir. Dolayısıyla altyapı işletmecisi ile demiryolu taşıma teşebbüslerinin organik bir ilişkisi olmadığından, ayırıcı davranışların önlenmesi açısından bunun daha elverişli bir model olduğu da söylenebilir<sup>25</sup>. Fakat taraflar arasında güzergâh veya hat kullanımında çeşitli koordinasyon sorunlarına yol açma olasılığı, modelin en önemli dezavantajlarından birisidir. Örneğin bu yöntemi tercih eden İngiltere’de yaşanan bazı demiryolu kazaları serbestleştirmeyi tartışmalı hale getirdi. Gerçekten de “Britanya Demir Yolu” (*British Rail*) bir altyapı işleteni (*Railtrack*) ve farklı taşıma teşebbüslerine bölünürken, maddi anlamda da tamamen özelleştirildi. Fakat altyapı işletimi açısından serbestleştirme başarısız oldu. Özellikle de 2000 yılında meydana gelen *Hatfield* kazası demiryolu taşımacılığının serbestleştirilmesine yönelik eleştirileri yeniden gündeme getirdi. Altyapı işletmecisinin iflası ile birlikte, 2002 yılında *Network Rail*’in resmi işleten olarak yeniden devletleştirilmesi zorunluluğu ortaya çıktı<sup>26</sup>.

<sup>24</sup> GERSDORF, H. (2004), “Marktöffnung im Eisenbahnsektor”, *Zeitschrift für das gesamte Handels-und Wirtschaftsrecht*, No: 168, s. 576.

<sup>25</sup> Karamanoğlu 2012, s. 360.

<sup>26</sup> Bkz. SOLDNER, A. (2008), *Liberalisierung des Eisenbahnwesens: Zwischen Wettbewerb und Regulierung*, Peter Lang Verlag, Frankfurt, s. 268.

Bu konuda ikinci yöntem ise “dikey erişim” yöntemidir. Bu yöntemde, tam dikey ayrışık yöntemden farklı olarak, altyapı ve işletim faaliyetini bütünleşik olarak sunan yerleşik bir demiryolu teşebbüsü yanında, demiryolu taşıma teşebbüsleri de ilgili pazarda faaliyet gösterebilmektedir<sup>27</sup>. Ancak bu model açısından ortaya çıkan önemli bir dezavantaj altyapı işletmecisi ile yerleşik demiryolu teşebbüsü arasındaki fiili veya hukuksal ilişkilerin, üçüncü taraf teşebbüsler açısından ayrımcı davranışlara zemin hazırlamasıdır. Dolayısıyla demiryolu taşımacılığı pazarında etkin bir rekabet açısından belirleyici olan demiryolu altyapısının bağımsızlığı, bu konuda merkezi bir kavram olduğu gibi, asıl belirleyici husus olmaktadır<sup>28</sup>.

### 3. GENEL OLARAK AVRUPA DEMİRYOLU TAŞIMACILIĞI PAZARININ DURUMU

Demiryolu taşımacılığı pazarı açısından bakıldığında, bu pazar hem AB iç pazarı hem de üye ülkelerin ulusal pazarları açısından çok önemli bir role sahiptir. Avrupa Demiryolu Pazarında, 2006 yılında yaklaşık 632 teşebbüs faaliyet göstermekteydi<sup>29</sup>. Aynı zamanda AB üyesi 27 ülkeye ait bu teşebbüsler yıllık toplam 78 Milyar Euro’luk bir ciroya sahiptirler<sup>30</sup>. AB iç pazarında 2007 yılında demiryolu hatları kullanılarak yapılan yük taşımacılığı hizmetinin boyutu, ton-kilometre bazında yaklaşık 450 milyardır<sup>31</sup>. 1995 yılından bu yana taşımacılık hizmeti alanındaki pazar yaklaşık %17,1 oranında büyümüştür<sup>32</sup>. Öte yandan AB demiryolu yolcu taşımacılığı pazarının boyutu, 2007 yılı verilerine göre kişi/kilometre bazında yapılan analize göre yaklaşık 390 milyar kişi/kilometre olarak gerçekleşmiştir<sup>33</sup>. 1995 verileri ile kıyaslandığında, pazarın bu bölümünde ortaya çıkan artış %12,7 civarında gerçekleşmiştir<sup>34</sup>.

<sup>27</sup> Karamanoğlu 2012, s. 361.

<sup>28</sup> MONOPOLKOMMISSION (2009), 55. Sondergutachten, 21. 9. 2009, “Unabhängigkeit der Eisenbahninfrastruktur”, *Wirtschaft und Wettbewerb*, WuW/DE-V, No:1, s. 98.

<sup>29</sup> EUROPEAN COMMISSION (2006), Commission Staff Working Document, Annexes to the Communication on the implementation of the railway infrastructure package Directives (First Railway Package), 3.5.2006, COM (2006), 189 final, s. 56. Buradaki sayısal veriler 25 üye devlet baz alınarak hazırlanmıştır.

<sup>30</sup> EUROPÄISCHE KOMMISSION (2009), Generaldirektion Energie und Verkehr, EU energy and transport in figures, statistical pocketbook 2009, s. 101.

<sup>31</sup> EUROSTAT (2009), Statistics in Focus 11/2009, Inland Freight and Passenger Transport in the EU-27 up to 2007, s. 2. Öte yandan bu belgede yer alan veriler 27 üye devlet baz alınarak hazırlanmıştır.

<sup>32</sup> Europäische Kommission 2009, s. 108.

<sup>33</sup> Eurostat 2009, s. 4.

<sup>34</sup> Europäische Kommission 2009, s. 118.

Almanya demiryolu pazarı, hem AB içinde merkezi konumu nedeniyle hem de Avrupa kıtası çapındaki büyüklüğü göz önüne alındığında bu konuda belirleyici bir rol oynamakta olup, geçtiğimiz yıllar boyunca oldukça dinamik bir yapı sergilemiştir. Hâlihazırda 387 demiryolu teşebbüsü, demiryolu pazarında gözetim ve denetim makamı olan “Federal Demiryolu Kurumu” (*Eisenbah-Bundesamt*) tarafından verilen lisans kapsamında faaliyet göstermektedir<sup>35</sup>. 2007 yılında demiryolu taşımacılığının boyutu yaklaşık 115 milyar Euro ton/kilometre seviyesine ulaşmıştır<sup>36</sup>. 1995 yılı verileri ile karşılaştırıldığında ise bu yaklaşık %62,5 oranında bir artış anlamına gelmektedir<sup>37</sup>. Almanya örneği bağlamında, demiryolu ile yolcu taşımacılığı pazarına bakıldığında ise yine 2007 verilerine göre bu 80 milyar kişi/kilometre civarında gerçekleşmiştir<sup>38</sup>. Dolayısıyla 1995 verileri ile karşılaştırıldığında yaklaşık olarak % 11,8 oranında bir artıştan söz edilebilir<sup>39</sup>. Bu veriler bağlamında, demiryolu taşıma teşebbüsleri içinde yerleşik demiryolu teşebbüsü olan Deutsche Bahn AG’nin rakiplerinin payları da önemli oranda artmıştır. Yük taşımacılığı alanında Deutsche Bahn AG’nin rakiplerinin pazar payları gittikçe artan bir eğilim içinde olup, 2004 yılında %9,6 düzeyinde iken, 2008 yılında ise %21 olarak gerçekleşmiştir<sup>40</sup>. Deutsche Bahn AG’nin rakiplerinin uzak mesafe demiryolu yolcu taşımacılığı pazarındaki pazar payları ise marjinal bir düzeyde bulunmakla birlikte, yakın mesafe demiryolu yolcu taşımacılığı pazarında bu oran artış eğiliminde olup, bu alandaki pazar payları 2004 yılında %5,6 iken, 2008 yılında bu oran %10,1 olarak gerçekleşmiştir<sup>41</sup>. Almanya demiryolu pazarının en büyük altyapı işleticisi olan Deutsche Bahn Netz AG karşısındaki toplam faaliyet performansına bakıldığında ise, 2007’de % 14 olan bu oran 2008’de %16 olarak gerçekleşmiştir<sup>42</sup>.

<sup>35</sup> EISENBAHN-BUNDESAMT (2009), *Liste der öffentlichen Eisenbahnverkehrsunternehmen in Deutschland*, [www.eisenbahn-bundesamt.de](http://www.eisenbahn-bundesamt.de), Erişim Tarihi 23. 12. 2009.

<sup>36</sup> Eurostat 2009, s. 2.

<sup>37</sup> Krşl. Europäische Kommission 2009, s. 113.

<sup>38</sup> Eurostat 2009, s. 4.

<sup>39</sup> Krşl. Europäische Kommission 2009, s. 123.

<sup>40</sup> DEUTSCHE BAHN AG (2009), Wettbewerbsbericht 2009, [https://www.deutschebahn.com/de/presse/publikationen/wettbewerbsberichte/2237008/Wettbewerbsbericht\\_2009.html?start=0](https://www.deutschebahn.com/de/presse/publikationen/wettbewerbsberichte/2237008/Wettbewerbsbericht_2009.html?start=0), Erişim Tarihi: 10.09.2012, s. 11.

<sup>41</sup> Bkz. Deutsche Bahn AG 2009, s. 15. Sektörde bu dönemde performans açısından gerçekleşen verilere bakıldığında ise, Deutsche Bahn AG’nin rakiplerinin pazar payı da 2004 yılında %11,9 iken, artarak 2008 yılında %18,4 olarak gerçekleşmiştir.

<sup>42</sup> Deutsche Bahn AG 2009, s. 21.

#### 4. AB HUKUKU DÜZENLEMELERİ

Daha önceden de belirtildiği üzere, AB bütünleşmesinin esas hedefi öncelikle bir iç pazar hedefinin gerçekleştirilmesidir. Bu iç pazar hedefi, Avrupa Birliğinin İşleyişi Hakkında Anlaşma (*Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, AEUV*)'nın geneline yansıdığı gibi aynı zamanda AEUV m. 26 ve devamındaki hükümlerde ise bu hedef açıkça vurgulanmıştır. Öte yandan AEUV m. 90'da iç pazar hedefi bağlamında, bütün Avrupa çapında ortak ve birbiriyle uyumlu bir taşımacılık politikasının gerçekleştirilmesi vurgulanırken, devamında ise AEUV m. 91'den m. 101'e kadar olan hükümlerde iç pazar hedefinin gerçekleştirilmesi açısından Topluluk Kurumlarına bu konuda görev ve yetki verilmiştir.

İç pazar hedefi bağlamında demiryolu taşımacılığı konusunda yapılan düzenlemelerin başlangıcı 29 Haziran 1991 tarih ve 91/440/EWG sayılı Direktif<sup>43</sup> olup bu konuda Topluluk demiryolu teşebbüslerinin sınır ötesi demiryolu altyapısına erişiminin yasal yönden geliştirilmesi hakkında ilkelere yer verilmiştir. Direktif aynı zamanda Avrupa'da demiryolu taşımacılığı pazarında serbestleştirme yönünde yapılan yasal düzenlemeler açısından atılan ilk adımdır. Direktifin asıl amacı da iç pazarda güçlü bir entegrasyonun da ancak Topluluk taşımacılık pazarının da entegrasyonu ile anlamlı olabileceği şeklinde belirtilmiştir<sup>44</sup>. Direktif ile üye devletlere, kendi demiryolu teşebbüslerinin topluluk iç pazarı koşullarına uyumunu kolaylaştırmak ve daha etkin hale getirebilmek için dört temel öneri sunulmuştur: Birincisi, öncelikle yönetimin kamusal otoritelerin baskısından uzak tutulması, onlardan bağımsız hale getirilmesidir. İkincisi ise demiryolu altyapısı işletimi ile demiryolu işletim faaliyetlerinin organizasyonel ve kurumsal ayrımı üye ülkelerin tercihine bağlı olmakla birlikte, muhasebe bazında bir ayrımın yapılması gerekliliğidir. Üçüncüsü mali açıdan iyileştirmeye gidilmesi ve dördüncü olarak da demiryolu hatlarının üçüncü taraf teşebbüslere de açılmasıdır. Direktif ile öngörülen hedeflere ulaşılması açısından 1995 yılında iki direktif daha çıkarıldı. Bunlar demiryolu teşebbüslerine lisans verilmesi konusunda 95/18/EG sayılı Direktif<sup>45</sup>

<sup>43</sup> EUROPÄISCHE KOMMISSION (2007), *Richtlinie 2007/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23.10.2007 zur Aenderung der Richtlinie 91/440/EWG des Rates zur Entwicklung der Eisenbahnen der Gemeinschaft, ve bunun yanında; Richtlinie 2001/14/EG über die Zuweisung von Fahrwegkapazität der Eisenbahn und die Erhebung von entgelten für die Nutzung von Eisenbahninfrastruktur*, ABl. 2007 L 315, S. 44.

<sup>44</sup> Europäische Kommission 1991, *Richtlinie 91/440/EWG*, Nr. 1.

<sup>45</sup> EUROPÄISCHE KOMMISSION (1995), *Richtlinie 95/18/EG des Rates über die Erteilung von Genehmigungen an Eisenbahnenunternehmen*, ABl. EG 1995 L 143, S. 70.

ve demiryolu altyapı kapasitesinin tahsisi ile kullanım ücretlerinin belirlenmesi konusundaki 95/19/EG sayılı Direktiftir<sup>46</sup>.

Bu gelişmeleri takiben AB Komisyonu bu konuda yeni bir çalışma başlatarak daha önce yayınlanmış bulunana her üç yönergeyi de yeniden ele aldı ve geliştirdi. 2001 yılında yapılan bu çalışmalar aynı zamanda “birinci demiryolu paketi” (*erste Eisenbahnpaket*) olarak da adlandırılmıştır. Bunlar esasen demiryolu teşebbüslerine lisans verilmesi, demiryolu altyapı kapasitesinin tahsisi, demiryolu altyapısının ücretli kullanımı ve güvenlik standartları konusunda yapılan düzenlemelerdir<sup>47</sup>.

2004 yılındaki ikinci demiryolu paketi ve 2007/58/EG sayılı Direktif ile üçüncü demiryolu paketinin bir parçası olarak demiryoluna erişim hakkı genişletildi. Özellikle de erişim ve bu anlamda altyapıdan yararlanma hakkı için belirlenen ücretler ve yabancı altyapıdan yararlanma konusundaki kapasite kullanımı ile ilgili koşullar açık ve net bir şekilde belirlendi. Aynı zamanda düzenlemeler ulusal ağların sınır aşan ulaşımı konusunda birlikte çalışılabilirlik ve teknik açıdan bunların uyumluluğu hedefini de öngörmektedir. Yapılan bu yeni düzenlemeler ve getirilen önlemler ile AB Komisyonu hızlı bir şekilde bir Avrupa demiryolu alanı oluşturmaya çalışmaktadır<sup>48</sup>. Öte yandan aşağıda da görüleceği gibi AB hukukuna özgü bu düzenlemeler, daha sonra üye ülkelerden Almanya’da demiryolu taşımacılığının serbestleştirilmesi sürecinde çıkarılan AEG (Genel Demiryolu Kanunu) açısından da etkili olmuştur. Dolayısıyla konudaki yasal çalışmalar açısından, AB hukukundan kaynaklanan düzenlemelerinin büyük ölçüde belirleyici olduğu söylenebilir<sup>49</sup>.

## 5. ALMANYA’DA DEMİRYOLU TAŞIMACILIĞINDA SERBESTLEŞTİRME KONUSUNDA YASAL DÜZENLEMELER

Almanya’da yapılan demiryolu taşımacılığının serbestleştirilmesi çalışmaları aslında bir anlamda AB hukukundan kaynaklanan düzenlemelere uyum, başka bir

<sup>46</sup> EUROPÄISCHE KOMMISSION (1995), *Richtlinie 95/19/EG des Rates vom 19.6.1995 über die Zuweisung von Fahrkapazität der Eisenbahn und die Berechnung von Wegeentgelten*, ABLEG 1995 L 143, S. 75.

<sup>47</sup> EUROPÄISCHE KOMMISSION (2001), *Richtlinie 2001/12/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.2.2001 zur Aenderung der Richtlinie 91/440/EWG des Rates zur Entwicklung der Eisenbahunternehmen der Gemeinschaft*, ABLEG 2001 L 75, S. 1.

<sup>48</sup> Bkz. MONOPOLKOMMISSION (2007), *Wettbewerbs- und Regulierungsversuche im Eisenbahnverkehr, Sondergutachten der Monopolkommission gemäß § 36 AEG*, [http://www.monopolkommission.de/sg\\_48/text\\_s48.pdf](http://www.monopolkommission.de/sg_48/text_s48.pdf), Erişim Tarihi: 20.08.2012, s. 5, Nr. 1.

<sup>49</sup> Hafner 2011, s. 9.

ifadeyle de bu düzenlemelerin iç hukuka dahil edilmesi çabasıdır. Demiryolu taşımacılığının yeniden yapılandırılması çerçevesinde bu alandaki reform ve serbestleştirme çalışmalarının geçmişi 1990'lı yıllara kadar gitmektedir. Bu kapsamda daha önceleri devlet demiryolları alanında yetkili resmi kurumlar olan *Deutsche Bundesbahn*<sup>50</sup> ve *Deutsche Reichsbahn*<sup>51</sup> 1994 yılında Deutsche Bahn AG adı altında birleştirildi<sup>52</sup>. Demiryolu taşımacılığında yapılan reform çalışmalarının yasal dayanakları ise esasen 27.12.1993 tarihinde yürürlüğe giren ve bu konudaki beş farklı yasadaki oluşan *Eisenbahnneuordnungsgesetz* (ENeuOG)<sup>53</sup> adlı bir grup yasal düzenleme ile başladı. Bu tarihten sonra serbestleştirme çalışmaları kapsamında yapılan bazı kısmi düzenlemelerden sonra bu konudaki ulusal düzenlemeler ve yeni kurallar 2005 yılında yapılan esaslı bir reform hareketi ile birlikte yeniden düzenlenmiştir<sup>54</sup>.

### 5.1. Genel Demiryolu Kanunu (AEG)

91/440/EG sayılı Direktif bağlamında ortaya çıkan ortak yasal yükümlülükler bağlamında, yapılan düzenlemeler Almanya'da demiryolu reformunda ilk aşamayı oluşturmaktadır. Bu çerçevede yapılan yasal düzenlemeler, 20.12.1993<sup>55</sup> tarihli anayasa değişikliği ile ilgili düzenleme, 27.12.1993<sup>56</sup> tarihli "Demiryolu Yeniden Yapılandırma Kanunu" (*Eisenbahnneuordnungsgesetz*)'nda yapılan değişikliklerdir. Anayasal açıdan yapılan düzenlemeler açısından ise "Alman Anayasası" (*Grundgesetz, GG*), Art. 87(e) ile Federal Demiryolları yönetimi hakkındaki yeni yasal düzenleme önem kazanmaktadır. Art. 87(e) GG ile federal demiryollarının federal yönetim altında idari faaliyetleri düzenlenirken, aynı zamanda bu teşebbüslerin özel hukuk hükümlerine tabi olarak faaliyet gösteren iktisadi kuruluşlar olduğu da vurgulanmıştır. Federal demiryolu teşebbüslerinin kurumsal yönetim ve organizasyon yapısı açısından sorumluluğu da federal yönetim tarafından garantiye alındı<sup>57</sup>.

"Demiryolu Yeniden Yapılandırma Kanunu"nda değişiklikler ile 1993 yılında başlayan bu yasal değişiklikler, bir dizi başka yasal düzenleme ile

<sup>50</sup> Batı Almanya'daki demiryolları.

<sup>51</sup> Doğu Almanya'daki demiryolları.

<sup>52</sup> Gesetz über die Gründung einer Deutsche Bahn Aktiengesellschaft – Deutsche Bahn Gründungsgesetz (DBGRG) vom 27.12.1993 BGBl. 1993 I 2378, S. 2386.

<sup>53</sup> Eisenbahnneuordnungsgesetz (ENeuOG) vom 27.12.1993, BGBl. 1993 I, S. 2378.

<sup>54</sup> Staabe ve Schmitt 2010, s. 23, Rdnr. 43.

<sup>55</sup> Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 20.12.1993, BGBl. 1993 I, S. 2089.

<sup>56</sup> ENeuOG, 27.12.1993, BGBl. 1993 I, S. 2378.

<sup>57</sup> Schmitt ve Staabe 2010, s. 23, Rdnr. 44.

desteklendi. Bu yeni yasal düzenlemeler kapsamında, “Federal Demiryollarının Birleştirilmesi ve Yeniden Yapılandırılması Kanunu”<sup>58</sup> yanında, “Demiryolu Taşımacılığı Yönetimi Kanunu”<sup>59</sup>, “Deutsche Bahn AG Hakkında Kanun”<sup>60</sup>, “Yakın Mesafe Bölgesel Taşımacılık Hakkında Kanun”<sup>61</sup>, “Genel Demiryolu Kanunu”<sup>62</sup> ile birlikte 1.1.1994 tarihinde AB Hukukundan kaynaklanan yasal düzenlemeler ile birlikte iç hukuka aktarılmıştır.

AEG 1994’te başlatılan demiryolu reformunun bir parçası olarak tamamen yeni bir kanundur. Kanun öncelikle güvenli bir demiryolu taşımacılığını öngörmektedir (AEG §1 Nr. 1). Bununla birlikte, demiryolu taşımacılığının daha cazip hale getirilmesi yanında demiryolu taşımacılığı pazarında etkin ve bozulmamış bir rekabetin sağlanması için gerekli yasal güvencelerin oluşturulması da Kanun’un diğer önemli hedefleri arasında yer almaktadır. Öte yandan Kanun demiryolu güvenliği konusundaki kuralların yanında (AEG § 4), demiryolu taşımacılığında denetim/gözetim (AEG §§ 5 vd) ve demiryolu hatlarının onarımı ve yeniden planlaması açısından da önemli hükümler içermektedir (AEG § 9, AEG § 14, AEG § 18). Demiryolu sektöründe serbestleştirme bağlamında AEG § 9/1 bu anlamda demiryolu altyapısının işletilmesi ve demiryolu hizmetlerinin sağlanması alanında bir ayrıştırmayı öngörmektedir. Yasal düzenlemeler kapsamında öngörülen muhasebe kayıtlarının ayrıştırılması zorunluluğu nedeniyle, bir faaliyet alanından bir diğerine yapılacak çapraz sübvansiyonlar da kural olarak yasaklanmıştır.

Öte yandan AEG § 14(1) hükmü demiryolu altyapısının geliştirilmesi ve işletilmesi konusundaki faaliyetleri, ayrımcılık yasağı ilkesi temelinde, demiryolu altyapısını işleten teşebbüslere bırakmaktadır. Buna göre demiryolu altyapı işletenleri, sahip oldukları altyapıya erişimi, ilgili yasal düzenlemelerde ön görülen koşulları yerine getirmek suretiyle diğer teşebbüslere açmakla yükümlüdürler. AEG açısından demiryolu altyapısına erişim hakkından yararlananlar ulusal nitelikli kamu veya özel demiryolu teşebbüsleri yanında, AB üyesi ülkelerin demiryolu teşebbüsleri ve birlikleri de bu haktan yararlanabilecektir. Bunun yanında Avrupa Ekonomik Bölgesi Teşebbüsleri veya

<sup>58</sup> Gesetz zur Zusammenführung und Neugliederung der Bundeseisenbahnen.

<sup>59</sup> Gesetz über die Eisenbahnverkehrsverwaltung des Bundes (EVerkVerwG) vom 27.12.1993, BGBl. 1993 I, S. 2394.

<sup>60</sup> Gesetz über die Gründung einer Deutsche Bahn AktienGesellschaft – Deutsche Bahn Gründungsgesetz (DBGGrG), 27.12.1993, BGBl. 1993 I 2378, S. 2386.

<sup>61</sup> Gesetz zur Regionalisierung des öffentlichen Personennahverkehrs (Regionalisierungsgesetz) vom 27. 12. 1993, BGBl. 1993 I, S. 2395.

<sup>62</sup> Allgemeine Eisenbahngesetz (AEG) vom 27. 12. 1993, BGBl. 1993 I, S. 2378.



hükümetler arası anlaşmalar temelinde karşılıklılık esasına göre üçüncü ülke teşebbüsleri de erişim hakkından yasal düzenlemeler kapsamında yararlanabilecektir (AEG § 14/3). AEG § 14(4) hükmü de münferit bir sözleşme bağlamında altyapıya erişim hakkını düzenlemektedir. Buna göre; taraflar sisteme erişim açısından zaman ve sistemi kullanım süresi ve diğer kullanım ve yararlanma koşulları konusunda bir anlaşmaya varmak zorundadırlar. Tarafların bu konuda bir uzlaşmaya varamaması durumunda ise demiryolu denetim ve gözetim makamı olan *Eisenbahn-Bundesamt*, AEG § 14/5'e göre taraflardan birisinin başvurusu üzerine bu konuda bir karar verecektir<sup>63</sup>.

## 5.2. Demiryolu Altyapısına Erişim Yönetmeliği

Demiryolu taşımacılığında serbestleştirme alanındaki bu yasal düzenlemeleri bu konudaki ikincil mevzuat izledi. Bu konuda yapılan en önemli düzenleme ise, AEG § 26/1.6 ve AEG § 7/4.1'e dayanarak, 17.12.1997 yılında çıkarılan Yönetmeliktir<sup>64</sup>. Kısaca "Demiryolu Altyapısına Erişim Yönetmeliği" (*Eisenbahninfrastruktur-Benutzungsverordnung, EIBV*) olarak da adlandırılan bu Yönetmelik, öncelikle demiryolu altyapısına erişim hakkını, demiryolu hukuku bağlamında somutlaştıran düzenlemeler içermektedir (EIBV, § 3/1).

Yönetmelik de esasen ayrımcılık yasağı ilkesi bağlamında, demiryolu altyapısına erişimi düzenlemektedir. Demiryolu altyapısına erişim açısından ayrımcılık yasağı, her şeyden önce bu durumdan bir sözleşme bağlamında yararlanan tarafın, objektif haklı nedenler olmadığı sürece, bu sözleşme açısından farklı bir muameleye tabi tutulmamasını öngörmektedir. Öte yandan demiryolu altyapısına erişim hakkı, ancak demiryolu altyapısının kullanımı için gerekli teknik ve işlevsel (operasyonel) kapasite sorunları açısından ve genel işlem şartları bağlamında, ancak gerektiği ölçüde kısıtlanabilir.

## 5.3. AEG'de Yapılan 3. Değişiklik

Almanya'da demiryolu sektöründe serbestleştirme bağlamında 1993 yılında başlayan bu yasal düzenlemelerin uygulanma sürecinde ortaya çıkan aksaklık ve edinilen tecrübeler ışığında bazı yeni düzenlemelerin yapılması gereği ortaya çıkmıştır. Özellikle Deutsche Bahn AG'nin kurulması ve ticari bir şirket olarak faaliyete başlaması ile demiryolu sektöründe serbestleştirme açısından yapılan

<sup>63</sup> Staabe ve Schmitt 2010, s. 24, Rdnr. 45.

<sup>64</sup> Verordnung über die Diskriminierungsfreie Benutzung der Eisenbahninfrastruktur und über die Grundsätze zur Erhebung von Entgelt für die Benutzung der Eisenbahninfrastruktur vom 17.12.1997 (Eisenbahninfrastruktur- Benutzungsverordnung – EIBV), BGI. 1997 I, 3153.

düzenlemeler daha da önem kazandı ve demiryolu reformunda ikinci aşama başladı. Gerçekten de bu dönemde Deutsche Bahn AG'ye bağlı olarak yakın mesafe yolcu taşımacılığı, uzak mesafe yolcu taşımacılığı, eşya taşımacılığı ve araç taşımacılığı alanında üç farklı yavru şirket kuruldu. Kısa bir süre sonra ise demiryolu taşımacılığını düzenleyen kurallar için ikinci bir yasal değişiklik yapıldı<sup>65</sup>. AEG § 14/3a'nın yürürlüğe giren yeni haline göre Alman Demiryolu Kurumu (*Eisenbahn-Bundesamt*), demiryolu altyapısına erişimde ortaya çıkan ayrımcı uygulamaları yasaklama hakkına sahiptir. Bu aynı zamanda demiryolu taşımacılığında etkin ve sürekli bir rekabetin sağlanması açısından da önemli olan yasal düzenlemelerden birisiydi<sup>66</sup>. Düzenleme aynı zamanda özellikle genel anlamda altyapıya erişimden yararlanma koşulları yanında, teknik veya işletmesel (operasyonel) gereksinimlerden kaynaklanan ayrımcılık ile birlikte, altyapı erişim ücretlerinde ortaya çıkan ayrımcılığı da yasaklamaktadır.

Demiryolu taşımacılığı sektöründe yapılan düzenleyici çalışmalar bağlamında, AB Hukukundaki gelişmeler karşısında Alman Hukuku'nda yapılan temel bir değişiklik ise, 30.4.2005 tarihinde yürürlüğe giren, demiryolu hukuku düzenlemeleri konusunda 3. değişikliktir<sup>67</sup>. “Bu değişiklik paketi ile AEG yanında, demiryolu yönetimi yasası”<sup>68</sup> ve demiryolu altyapısını geliştirme konusundaki yasada<sup>69</sup> da bazı değişikliklere gidildi. Düzenleyici kurallar bağlamında, demiryolu altyapısı işletimi ve yönetiminin ayrıştırılması hedefi kapsamında yapılan hukuksal düzenlemeler açısından belirleyici olan da şüphesiz AB Hukukunda bu konuda yer alan düzenlemelerdir. Dolayısıyla bu düzenleme ile demiryolu sektörünün idari ve mali yapısı, demiryolu altyapı işleticileri ve demiryolu taşımacılığı yapan teşebbüsler arasındaki ilişkiler bağlamında, kapsamlı ve geniş bir şekilde gözden geçirilmiş olarak AEG §§ 9 ve 9a'da yer aldı.

Demiryolu altyapısına erişimde ayrımcılık yasağı bağlamında hizmet sunumu konusundaki yükümlülük, öncelikle AEG § 14 çerçevesinde “erişim hakkı sahiplerinin” yetki ve haklarını, görevli taşıyıcılar, ilgili makamlar ve taşıma şirketleri karşısında artırmıştır. Öte yandan bu düzenleme ile artık demiryolu

<sup>65</sup> Zweites Gesetz zur Änderung eisenbahnrechtlicher Vorschriften vom 21. 6. 2002, BGBl. 2002 I, S. 2191.

<sup>66</sup> Staebe ve Schmitt 2010, s. 25, Rdnr. 47.

<sup>67</sup> Drittes Gesetz zur Änderung eisenbahnrechtlicher Vorschriften vom 27. 4.2005, BGBl. 2005 I, S. 1138.

<sup>68</sup> Bundeseisenbahnverkehrsverwaltungsgesetz (BEVVG) vom 27.12.1993, BGBl. 1993 I, S. 2378.

<sup>69</sup> Bundesschienebauengesetz (BSWAG) vom 15.11.1993, BGBl. 1993 I, S. 1874.

hat/ray işletmecileri (*Betreibern der Schienenwege*) ile hat işletmecileri dışında kalan hizmet tesislerini işleten altyapı teşebbüslerinin faaliyetlerini ayırmaktadır. Demiryolu hat veya ray işletmecileri de aslında birer demiryolu altyapı teşebbüsüdür (AEG §2, Nr.3a). Demiryolu altyapı hizmeti sunan diğer teşebbüslerden ayıran husus ise bunların, hizmet tesisleri demiryolu hatları dışında kalan demiryolu hatlarının inşası ile bakım ve onarımı konusunda yetkili olmalarıdır.

Öte yandan demiryolu veya tren raylarının tahsisi ve bu hatlardan yararlanma ücretleri, çeşitli yasal düzenlemelerle ayrıntılı olarak verilmiştir. Dolayısıyla, altyapı işletmecilerinin ücret belirleme hak veya özgürlükleri ancak mevcut yasal düzenlemeler çerçevesinde gerçekleşmektedir<sup>70</sup>.

Demiryolu altyapısına erişimin gözetilmesi konusunda 1.1.2006 tarihinde “Elektrik, Gaz, Telekomünikasyon, Posta ve Demiryolu Federal Ağ/Şebeke Kurumu” (*Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnene, BNetzA*)<sup>71</sup> yetkili düzenleyici kurum olarak belirlendi (BEVVG, §4/1). Bu kurum idari açıdan, Federal Ulaştırma, İnşaat ve Kentsel Gelişim Bakanlığı’na bağlıdır. 31.12.2005 tarihine kadar bu tarz düzenleyici işlemler, Federal Demiryolu Kurumu (*Eisenbahn-Bundesamt*) tarafından yerine getirilmekteydi (BEVVG, § 4/7). Düzenleyici Kurum olarak *BNetzA* 1.1.2006 tarihinden itibaren aynı zamanda hukuksal açıdan *ex ante* müdahale yetkilerine sahip bir kurum haline geldi<sup>72</sup>.

#### 5.4. 2005 Tarihli Demiryolu Altyapısına Erişim Yönetmeliği

Genel Demiryolu Yasası (AEG) kapsamında yapılan değişiklikler aynı zamanda Demiryolu Altyapısı Erişim Yönetmeliği (*Eisenbahninfrastruktur-Benutzungsverordnung, EIBV*) üzerinde de kapsamlı bir değişiklik yapılması ihtiyacı doğurdu. Bu değişikliklerin yasal dayanağı AEG § 26(6) ve § 26(3) olup, yeni Yönetmelik<sup>73</sup> 1.8.2005 tarihinde yürürlüğe girdi. Yönetmelik aslında büyük ölçüde eski yönetmeliğin yenilenmiş hali olmakla birlikte eski yönetmelikten kalma birçok düzenlemeyi de içermektedir. Bu düzenlemeler arasında en önemlilerinden birisi, EIBV §§ 4 ve 10’da yer alan altyapıya erişim hakkının kullanımı ile ilgili düzenlemeler ve bu bağlamda özellikle demiryolu hattının

<sup>70</sup> Staabe ve Schmitt 2010, s. 26, Rdnr. 48.

<sup>71</sup> Bu Kurum, daha önceleri posta ve telekomünikasyon alanında düzenleyici kurum olarak görev yapmaktaydı.

<sup>72</sup> Staabe ve Schmitt 2010, s. 26, Rdnr. 50.

<sup>73</sup> Eisenbahninfrastruktur-Benutzungsverordnung (EIBV) vom 3. 6. 2005, BGBl. 2005 I, S. 1566.

kullanımı ile ilgili koşullar ve bu koşulların periyodik olarak yayınlanmasıdır. Hattın kullanımına dair koşullar konusunda yayınlanacak bu bilgiler arasında ilgili hattın yapısı hakkında asgari bilgiler, erişim koşulları, ücret belirleme ile ilgili temel ilke ve kurallarla birlikte, izlenecek güzergâh hakkında da asgari bilgiler yer almalıdır.

Güzergâh, yani hat tahsisi (*Trassenzuweisungsverfahren*) konusunda EIBV § 8 ve devamında yer alan düzenlemeler, önceki Yönetmelikte yer alan düzenlemelere göre daha ayrıntılıdır. Aynı zamanda EIBV § 9 kapsamında, bu yeni düzenlemeler arasında, altyapıya erişim hakkından yararlanma ile ilgili ortaya çıkabilecek çatışmalar konusunda verilecek kararlar hakkında, sınırlı ve nihai olmayacak şekilde bir kriterler katalogu da yer almaktadır. EIBV hatlardan yararlanma ile diğer demiryolu altyapısından yararlanma için ödenmesi gereken ücretler konusundaki koşulları da düzenlemektedir (EIBV §§ 20-23). Genel kural, altyapı işleticisinin bu konuda her zaman düzenleme yapma hakkına sahip olmakla birlikte, bu hakkın veya serbestinin de her durumda ayrımcılık yasağı ilkesi ile sınırlanmıştır<sup>74</sup>. Ancak hat kullanımı karşılığı belirlenecek olan kullanım koşulları ve ücretleri konusunda daha ayrıntılı düzenlemelere de yer verilmiştir. Bu bağlamda EIBV § 21(1) ilk defa yararlanma koşul ve ücretlerinin performans, yani verimlilik ile ilgili bileşenleri de içermesi gerektiğini belirtmektedir. Belirlenen bu yararlanma koşulları, demiryolu taşımacılık işletmeleri ile hat işletmecileri açısından ortaya çıkabilecek arıza ve aksaklıkları azaltıcı, aynı zamanda ağ performansını artırıcı yönde teşvik edici olmalıdır<sup>75</sup>.

<sup>74</sup> Staebe ve Schmitt 2010, s. 27, Rdnr. 52.

<sup>75</sup> Sonuç olarak, AEG üçüncü değişikliği ve aynı süreçte EIBV’de yapılan benzer yöndeki değişiklikler ile birlikte Almanya da demiryolu taşımacılığının serbestleştirilmesi ve regülasyonu konusundaki yasal çerçevenin mevcut haliyle geçici olarak tamamlandığı belirtilmektedir. Bununla birlikte, daha önceden “Federal Demiryollarının Yeniden Yapılandırılması İçin Yasal Süreç” (*Gesetzgebungsverfahren zur Neuorganisation der Eisenbahnen des Bundes*) ile başlatılan çalışmalar ile bağlantılı olarak, 2007 yılından bu yana, daha önce başlatılan düzenleyici yasal çalışmaların kapsamının genişletilmesi, bu çalışmaların yasal açıdan daha sıkı koşullara bağlanması yönünde daha fazla talep gelmektedir. Bu talepler daha çok özellikle sistem altyapısından yararlanma bağlamında, düzenleyici denetimin, yetkileri genişletilmiş bir kamusal otorite tarafından desteklenmesinin gerekliliği ve verimlilik odaklı bir yaklaşım geliştirilmesi çerçevesinde ortaya çıkmaktadır. Bu bağlamda önerilen yöntem, bundan böyle demiryolu hat işletmecilerinin belirlediği yararlanma ücretlerinin ortaya çıkan gerçek maliyetler açısından çok belirleyici bir ölçüt olarak ele alınmamasıdır. Aksine ekonomik bir hizmet sunumunun maliyetlerine ek olarak, makul bir getirinin de gerekli olduğu ve bu etkenlerin de dikkate alınması suretiyle bir uyarılmanın yapılması gerektiği yönündedir. Bu değişiklik talepleri açısından yasal dayanaklar ise AEG § 14(4) hükmü çerçevesinde öne sürülmektedir. Bu hususta bkz. Staebe ve Schmitt 2010, s. 27, Rdnrn. 52-53.

## 6. DEMİRYOLU TAŞIMACILIĞI ALANINDAKİ HUKUKİ DÜZENLEMELERİN KONUMU

### 6.1. Genel Olarak Rekabet Hukuku ile Bağlantısı

Almanya’da demiryolu taşımacılığı alanında ortaya çıkan bu düzenleyici kurallar aynı zamanda rekabet hukukunun bir parçası olarak da değerlendirilmektedir. Benzer kurallar özellikle doğal tekeller olarak da adlandırılan ve şebeke/ağ etkisinin olduğu örneğin enerji, telekomünikasyon veya posta gibi başka ekonomik sektörler kapsamında da ortaya çıkabilmektedir. Bu tarz düzenlemelerin koruyucu amacı açısından olaya bakıldığında ise, ilgili hükümleri öncelikle rekabet sınırlamalarına karşı getirilen genel hukuk düzenlemeleri kapsamında değerlendirmek gerekmektedir. Bu bağlamda demiryolu hukuku düzenleyici kurallarının “sektöre özgü düzenleyici hükümler” (*sektorspezifisches Kartellrecht*) olma özelliği söz konusudur. Özellikle altyapıya erişim hakkı konusundaki düzenlemeler, kendine has özelliği olan ve genel rekabet hukuku hükümleri arasına yerleştirilmiş veya konumlandırılmış kural ve ilkeler olarak da değerlendirilmektedirler<sup>76</sup>. Bu konudaki düzenlemelerin pozitif hukuktaki yansımaları hâkim durumun kötüye kullanılması yasağı bağlamında AB Hukuku’nda AEUV m. 102 ve “Alman Rekabet Kanunu” (GWB) açısından GWB § 19 hükmü yanında, “ayrımcılık yasağı, haksız engellemenin yasaklanması” açısından ise GWB § 20 hükümlerinde ortaya çıkmaktadır.

#### 6.1.1. Sektöre Özel Erişim Kuralları ile Genel Rekabet Hukuku Düzenlemeleri İlişkisi

Demiryolu taşımacılığı konusundaki düzenlemeler açısından üzerinde durulması gereken bir diğer husus ise sektöre özgü düzenleyici hükümler ile rekabet hukuku hükümlerinin yan yana uygulanabilirliği sorunudur. AEG §14b(2) hükmüne göre, kartel (rekabet) makamlarının GWB nedeniyle sahip oldukları görev ve yetkiler aynen kalmıştır. Dolayısıyla bu hükümden hareketle, AEG §14 hükmünde yer alan altyapıya erişim hakkı ile ilgili hükümlerin GWB hükümleri yanında, “paralel uygulamaya” (*parallele Anwendung*) konu teşkil eden hükümler olduğu sonucunun ortaya çıktığı belirtilmiştir<sup>77</sup>.

Bununla birlikte Berlin Landgericht Mahkemesi’nin 17.3.2009 tarihinde verdiği bir karar bu konuda yeniden bazı tartışmalara neden olmuştur. Mahkeme,

<sup>76</sup> Staabe ve Schmitt 2010, s. 29, Rdnr. 55.

<sup>77</sup> HOHMANN, H. (2001), *Die essential facility doctrine im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, s. 357.

AEG düzenlemeleri yanında, GWB’de yer alan rekabet hukuku düzenlemelerinin demiryolu altyapı teşebbüsleri ve demiryolu taşıma teşebbüsleri arasındaki ilişkiler açısından doğrudan uygulanamayacağını belirtmiştir. Mahkemeye göre AEG, taraflar arasında altyapı kullanımı konusunda yapılacak sözleşmeler için nihai, başka bir anlatımla kesin hükümler içermektedir<sup>78</sup>.

Uygulamada mahkemelerin bu konudaki yaklaşımına bakıldığında, altyapıdan yararlanma için gerekli olan koşulların belirlenmesi hususunda GWB §§ 19 ve 20 hükümleri ile bir kötüye kullanma denetiminden genellikle kaçınıldığı görülmektedir. Öte yandan GWB §19 hükmünde “hakim durumun kötüye kullanılması yasağı” düzenlenirken, GWB §20 hükmünde ise “ayrımcılık ile haksız engellenmenin yasaklanması” düzenlenmekte olup her iki hükümde de bu tarz rekabet ihlali oluşturabilecek haller oldukça ayrıntılı bir şekilde yer almıştır.

Bu konudaki genel yaklaşıma göre, uygulamada bu şekilde birbiriyile çelişen veya farklı kararlardan kaçınmak endişesiyle, erişimden yararlanma koşulları *Bundesnetzagentur (BNetzA)* tarafından AEG §§ 14e ve 14f hükümleri kapsamında da değerlendirildiğinden, doğrudan GWB hükümlerine başvurmak suretiyle bir denetimden kaçınılmaktadır. Ancak bu yaklaşımın genel olarak eleştiriyile karşılaştığı söylenebilir<sup>79</sup>. Dolayısıyla bu konuda ağırlıklı olarak öne çıkan görüş, GWB’de yer alan rekabet sınırlamaları ile ilgili genel hükümler ile AEG’de yer alan ve altyapıya erişim hakkını düzenleyen spesifik hükümlerin, somut olayın özelliğine göre, paralel uygulamaya konu teşkil eden hükümler olduğudur<sup>80</sup>.

Buna göre GWB §§ 19 ve 20’de yer alan hükümler, GWB § 130(2) hükmü nedeniyle esasen bu tarz bütün sektörler için geçerlidir. Gerçekten de anılan hükme göre, GWB, kendi uygulama alanı dışında gerçekleşse dahi, etkileri kendi geçerlilik alanında ortaya çıkan bütün rekabet sınırlamaları hakkında geçerlidir. Dolayısıyla GWB’nin yukarıda adı geçen hükmü karşısında, bu konudaki istisnai durumların ilgili yasal düzenlemelerde açıkça yer alması gerektiği belirtilmiştir<sup>81</sup>. Bu konuda bir diğer gerekçe ise GWB’nin enerji (elektrik ve gaz) pazarını düzenleyen (*Energiewirtschaftsgesetzes*) EnWG ile ilgili GWB §130 hükmünde 2005 yılında yapılan değişikliktir. Bu değişiklikten sonra yeni GWB §

<sup>78</sup> Bkz. LG Berlin, 17.3.2009, 98 O 25/08, *Wirtschaft und Wettbewerb*, WuW/E DE-R, s. 2561 “Eisenbahngesellschaft”.

<sup>79</sup> Bu konuda bir değerlendirme için bkz. BREMER, E. ve T. HÖPPNER (2009), “Zum Verhältnis von Kartellrecht und Eisenbahnrecht”, *Wirtschaft und Wettbewerb*, No:12, s. 1271-1273.

<sup>80</sup> Hohmann 2001, s. 357.

<sup>81</sup> Bremer ve Höppner 2009, s. 1271.

130(3) hükmüne göre, EnWG § 111 düzenlemesinde aksine bir hüküm yer almadığı sürece, EnWG hükümlerinin GWB §§§ 19, 20 ve 29'un uygulanmasına engel olmayacağı belirtilmiştir. Dolayısıyla yapılan bu yasal değişiklik ile iki yasal düzenleme ve iki resmi düzenleyici otorite arasındaki ilişki ve yetki paylaşımı daha açık bir hale getirilmiştir. Bu durum karşısından kanun koyucunun da yasal tercihini açıkça sektöre özgü düzenleyici hükümler yönünde ortaya koyduğu sonucuna ulaşılmakla birlikte, hem AEG hem de GWB'de demiryolu sektörü düzenleyici hükümleri konusunda bu tarz bir düzenlemeye gidilmemiş olması, öğretilerde savunulan “paralel uygulama” görüşü için bir diğer gerekçe olmuştur<sup>82</sup>.

Gerçekten de AEG hükümleri incelendiğinde bu konuda açık ve kesin bir ifade veya yasal hükümle GWB hükümlerinin bu konuda uygulanmasının engellendiği veya bertaraf edildiği şeklinde bir sonuç ortaya çıkmamaktadır<sup>83</sup>. Aksine, sistematik açıdan bakıldığında açıkça her iki yasada yer alan hükümlerin çoğu zaman paralel uygulanabileceği sonucunun ortaya çıktığı vurgulanmıştır<sup>84</sup>. Aynı zamanda AEG § 14b(2) cümle 1 hükmüne göre, kartel otoritelerinin bu konudaki görev ve yetkilerinin saklı kaldığı da açıkça ifade edilmektedir<sup>85</sup>. Başka bir ifadeyle, GWB'nin uygulama alanı konusunda bu tarz bir yasal sınırlamaya gidilmemiştir. Nihayetinde her iki yasanın koruyucu hedefinin etkin ve bozulmamış bir rekabetin sağlanması olduğu da söylenebilir. Böyle bir hedef ise haliyle hakim durumun kötüye kullanılmasına açıkça karşı olduğundan, bu durumda yasal düzenlemelerin koruyucu hedefi bağlamında aralarında bir paralellikten söz edilebilir<sup>86</sup>. Hatta bu anlamda GWB hükümlerinin, rekabet

<sup>82</sup> Hohmann 2001, s. 357; Bremer ve Höppner 2009, s. 1271.

<sup>83</sup> Benzer değerlendirmeler açısından bkz. KG Berlin, 26.6.2003, 2 U 20/02 Kart., *Wirtschaft und Wettbewerb*, WuW/E DE-R, s. 1321-1324-“Fahrplandaten”; OLG Düsseldorf, 19.03.2003, U (Kart) 20/02, IV-U (Kar) 20/02, *Wirtschaft und Wettbewerb*, WuW/E DE-R s. 1184-1188-“InfraCard-Tarif”; LG Berlin, 21.8.2008, 91 O 95/06, *Netzwirtschaften und Recht*, 2009, s. 70-72; Kühling ve Ernert 2006, s. 38.

<sup>84</sup> Bremer ve Höppner 2009, s. 1272.

<sup>85</sup> “Die Vorschriften des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen bleiben unberührt”.

<sup>86</sup> Sektöre özgü rekabet kuralları ile genel rekabet hukuku düzenlemeleri arasındaki ilişkiyi Telekomünikasyon sektörü açısından değerlendiren AMGWERD'e göre de bu düzenlemeler arasında tamamlayıcılık ilişkisi (komplementären Verhältnis) bulunmaktadır. Bu anlamda telekomünikasyon sektöründe yapılan serbestleştirme sürecinde rekabet hukukunun telekomünikasyon hukuku yanında önemli ve kendine has bir rolü olduğunu belirtmiştir. Bu nedenle de sektöre özel rekabet hukuku hükümleri ile genel rekabet hukuku hükümlerinin paralel uygulanmasının tartışmasız mümkün olduğunu belirtmektedir. Ancak yazara göre İsviçre Rekabet Komisyonu bugüne kadar ihtiyatlı bir yaklaşımla, özel hükümler olması nedeniyle

açısından kötüye kullanma teşkil eden davranışların denetimi açısından asgari bir standart oluşturmaya çalıştığı söylenebilir<sup>87</sup>.

Rekabet hukukuna özgü hakim durumun kötüye kullanılması ve ayrımcılık yasağı gibi genel kurallar karşısında, sektöre özgü erişim hükümleri bağlamında ortaya çıkan demiryolu altyapısına erişim hakkının özelliği açısından bir değerlendirme yapıldığında, sonuç olarak AEG ve EIBV'nin yanında, rekabet hukukunun temel hükümlerinin veya esaslarının bu konuda hiç uygulanmayacağı yönünde bir sonuç ortaya çıkmamaktadır. Sektöre özgü düzenleyici hükümler, düzenleyici hukuk normları olarak, rekabet hukukunun sadece daha belirgin veya somut bir ifadesi olarak da değerlendirilebilirler. Bu anlamda sektöre özgü düzenleyici hükümler ancak rekabet hukukunun daha açık veya somut bir şekilde tanımlanmış hali olarak açıklanabilir. Dolayısıyla rekabet hukukunun temel ilkeleri, somut düzenlemeler kapsamında açıkça başka türlü ortaya çıkmadığı veya izin vermediği sürece, bunlar esasen AEG ve EIBV uygulanmasında ve yorumlanmasında göz önünde bulundurulacak düzenlemelerdir. Aynı zamanda sektöre özgü düzenleyici hükümler özellikle regüle edilen pazarlarda rekabet hukuku düzenlemelerinin uygulanması hususunda belirli bir yayılma etkisi gösteren hükümler olarak da değerlendirilmektedir<sup>88</sup>. Ters durumda da, sektöre özgü düzenleyici hükümler “genel” rekabet hukuku hükümleri yanında, düzenleyici piyasalar bağlamında belli bir “yayılma etkisi” gösteren hükümlerdir. Nihayetinde bu konuda ortaya çıkabilecek kötüye kullanma nitelikli bir davranışın denetimi açısından, GWB hükümlerinin uygulanabilirliği konusunda herhangi bir engel bulunmadığı da belirtilmektedir<sup>89</sup>.

### 6.1.2. Zorunlu Unsur-Doktrini İle Bağlantısı

Enerji, telekomünikasyon, posta gibi sektörler yanında, demiryolu taşımacılığı da dikey bütünleşik bir yapının olduğu bir pazardır. Dolayısıyla bu tarz pazarlar açısından yapılan regülasyon ve serbestleştirme bağlamında, altyapıya erişim konusundaki yükümlülükler aynı zamanda zorunlu unsur doktrini ile de ilgilidir. Bu anlamda özellikle kamusal teşebbüs tarafından işletilen altyapıya erişim hakkının engellenmesi aynı zamanda hâkim durumun kötüye kullanılması yasağı

---

telekomünikasyon hukuku hükümlerine öncelik tanıma yönünde bir eğilim içinde olmuştur. Bu konuda daha ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. AMGWERT, M. (2008), *Netzzugang in der Telekommunikation*, Schulthess Juristischen Medien AG, Zürich, s. 241-243.

<sup>87</sup> VG Köln, 20.06.2005, 11 L 882/05, *Wirtschaft und Wettbewerb*, WuW DE/R, 2005, s.1508-1512.

<sup>88</sup> Staebe ve Schmitt 2010, s. 30, Rdnr. 56.

<sup>89</sup> Bremer ve Höppner 2009, s. 1273.



kapsamında da ortaya çıkabilir<sup>90</sup>. Rekabet hukuku literatüründe geleneksel olarak “zorunlu unsur doktrini” (*essential facilities-doctrine*) kavramı ile ifade edilen bu durum, aynı zamanda Alman Rekabet Kanunu (GWB) § 19(4) Nr. 4’te de yer almaktadır. Gerçekten de GWB § 19(4) Nr. 4 hükmüne göre, hakim durumdaki teşebbüsün faaliyet gösterdiği üst veya alt pazardaki girdiden eğer hukuki veya fiili nedenlerle diğer teşebbüs için ortak kullanım olmaksızın yararlanmak mümkün değilse, bu durumda uygun bir bedel karşılığında ilgili şebeke veya altyapıdan yararlanmak isteyen teşebbüsün bu talebinin reddedilmesi, hakim durumun kötüye kullanılması yasağı kapsamında değerlendirilmektedir. Ancak hâkim durumdaki teşebbüsün, ortak kullanımın işletmesel veya diğer nedenlerden dolayı mümkün veya beklenebilir olmadığını ispatladığı hallerde, hakim durumun kötüye kullanılmasından da söz edilemez<sup>91</sup>. Bu anlamda demiryolu altyapısına ayrımcı olmayan bir erişim sağlanması açısından, bu altyapının etkin bir şekilde üçüncü tarafların erişimine açılması önemli olup, zorunlu unsur doktrini de bu konuda belirleyici olmaktadır<sup>92</sup>.

Öte yandan somut her olay bağlamında, zorunlu unsur doktrininin olup olmadığı ve hangi hakların sağlanmasında önem taşıdığına tespitinden çok, AEG § 14(1) hükmü sektöre özgü özel bir norm olarak, genel rekabet hukuku düzenlemelerini, aynı zamanda ayrımcılık yasağı bağlamında demiryolu altyapısına erişim hakkının sağlanmasını da düzenlediği için, diğer hukuki düzenlemeler karşısında öncelikle uygulanma özelliğine sahiptir<sup>93</sup>. Bununla birlikte, Alman Rekabet Hukuku açısından, “özel yasal erişim hükmü” olarak GWB § 19(4) Nr. 4 ve ayrımcılık yasağı bağlamında GWB § 20 hükümleri aynı zamanda *lex specialis* düzenlemeler olarak, bu konuda önceliği olan hükümlerdir. Bu konuda rekabet hukuku düzenlemelerinin doğrudan uygulanabilmesi, somut olay bağlamında ortaya çıkan sorunun esasen demiryolu altyapısına erişimle ilgili olmayan bir husustan kaynaklanması durumunda söz konusu olabilir<sup>94</sup>. Bu yaklaşım, rekabet otoritelerinin görev ve sorumluluklarının bu düzenlemeden

<sup>90</sup> Zorunlu unsur doktrini ve sektöre özel erişim kuralları açısından rekabet otoriteleri ile regülasyon (düzenleyici) kuruluşların yetkileri konusunda daha ayrıntılı ve özgün değerlendirmeler açısından bkz. GÜRZUMAR, O. (2006), *Zorunlu Unsur Doktrinine Dayalı Sözleşme Yapma Yükümlülüğü*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s. 224 vd.

<sup>91</sup> Demiryolu taşımacılığı pazarı açısından zorunlu unsur doktrini konusunda daha ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. Hohmann (2001), s. 67 vd.

<sup>92</sup> GIUDICI, G. (2004), *Die Anwendbarkeit des essential-facilities-Doktrin auf die Immaterialgüterrechte*, Peter Lang, Frankfurt am Mein, s. 108.

<sup>93</sup> Staabe ve Schmitt 2010, s. 29, Rdnr. 56; Guidici 2004, s. 170.

<sup>94</sup> Staabe ve Schmitt 2010, s. 29, Rdnr. 56.

etkilenmeyeceğini belirten AEG 14b(2) cümle 1 hükmü ile de uyumludur. Öte yandan AEG § 14b (2)'ye göre düzenleyici kurumlar ve demiryolu düzenleyici kurumları ile Telekomünikasyon Yasası ve Enerji Piyasası Yasasına göre oluşturulan düzenleyici kurumlar da ilgili sektörde hem önemli konulardaki görevlerini yerine getirebilmek hem de işbirliği içinde hareket edebilmek için birbirlerini karşılıklı bilgilendirmeliler. Özellikle demiryolu altyapısına erişim bağlamında ortaya çıkan ve yasaklayıcı nitelikte olan ayrımcı veya kötüye kullanma nitelikli davranışlar ile ilgili kararlar konusunda ilgili kurumlar birbirlerini bilgilendireceklerdir. Bu konuda ilgili idari prosedür sona ermeden önce, bu makamlar birbirlerine, ilgili somut olay bağlamında değerlendirme yapabilmek veya görüş belirtebilmek için fırsat da tanınalıdır.

## 6.2. Anayasa Hukuku İle Bağlantısı

Demiryolu taşımacılığı alanındaki düzenlemelerin anayasal boyutu da bulunmaktadır. Bu konudaki tartışmalar özellikle de demiryolu taşımacılığının ayrıştırılması ve bu şekilde rekabetin sağlanmasının anayasal dayanakları olup olmadığı konusunda yoğunlaşmıştır. “Alman Anayasası” (*Grundgesetz, GG*) Art. 73(1) Nr.6a hükmü, tamamı veya çoğunluğu federal (*Bundes*) devletin mülkiyetinde olan demiryollarını, federal demiryolları<sup>95</sup> olarak tanımlamıştır. Almanya’da bu konudaki tartışmalar daha çok AB düzenlemeleri yanında GG Art. 87e hükmünün de demiryolu taşımacılığı konusunda idari ve işlevsel açıdan bir ayrıştırma öngörüp öngörmediği noktasında yaşanmıştır. Bu durum özellikle de demiryolu altyapısına ayrımcı olmayan erişim hakkı bağlamında ortaya çıkan tartışmalarda gündeme gelmiştir. Aynı zamanda GG Art 87e (3) cümle 1 hükmü federal demiryollarını, özel hukuk hükümleri bağlamında ekonomik temelde faaliyet gösteren bir teşebbüs olarak görmektedir. Bunun pratikteki anlamı ise hiç şüphesiz ticari temelde faaliyet göstererek özellikle kazanç elde etme ve aynı zamanda zarar etmekten de kaçınmanın teşebbüsün ticari politikasının merkezinde yer almasıdır<sup>96</sup>.

Anayasa hukuku açısından ortaya çıkan bir diğer sorun ise yabancı bir altyapıya erişim hakkı açısından, mülkiyet hakkı ve girişim veya mesleki faaliyet özgürlüğünün sınırlarının olup olmadığı veya bunun hangi ölçüde olacağıdır. Bununla bağlantılı bir diğer sorun ise anayasal açıdan, kendisine ait altyapıyı işleten teşebbüsün bunu üçüncü bir taraf ile birlikte kullanmaya zorlanmasının mülkiyet hakkı açısından kabul edilebilir olup olmadığıdır. Fakat öğretiyeye göre

<sup>95</sup> *Eisenbahnen des Bundes*.

<sup>96</sup> Hafner 2011, s. 162.

ortaya çıkan tüm bu sorunlar açısından, bugüne kadar herhangi bir görüş birliğine de ulaşılammıştır. Öte yandan bu yararlanmanın karşılığında bir tür garanti olarak ödenen ücretin ise, temel haklar konusundaki ihlalleri haklı gösterebilmek ve her durumda bunu yasal bir hak olarak görmek için yeterli olmayabileceği belirtilmiştir<sup>97</sup>.

Sonuç olarak, Alman öğretisinde bu konudaki görüşlere göre GG Art. 87e hükmünün asıl hedefinin federal demiryollarının finansal açıdan modernizasyonu olduğu, bu şekilde maddi anlamda federal demiryollarının özelleştirilmesine olanak sağladığı ve bu şekilde toplumsal refah açısından kamusal bir güvence öngördüğü belirtilmektedir. Aynı zamanda demiryolu taşımacılığında ayrımcı olmayan erişim yükümlülüğü ile rekabetin sağlanması da burada düzenlenmemiştir. Rekabet olgusu, bu konuda AB hukuku düzenlemeleri temelinde ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla bu hedef ile öngörülen altyapı ve işletim faaliyetlerinin ayrıştırılmasının anayasal yükümlülükler bağlamında ortaya çıkmadığı ve bu anlamda ayrıştırmanın anayasal bir yükümlülük olmadığı belirtilmiştir<sup>98</sup>.

## 7. DEMİRYOLU TAŞIMACILIĞINDA SERBESTLEŞTİRME AÇISINDAN AYRIŞTIRMA

### 7.1. Ayrıştırma Kavramı

Demiryolu taşımacılığında serbestleştirme açısından belirleyici olan bir diğer kavram ise ayrıştırma (*Unbundling*)'dir. Bir yandan altyapının düzenlenmesi ve diğer yandan ise ağ ekonomisinden yararlanma ilkesi açısından kurumsal ve işlevsel açıdan ayırma veya bölme süreci, yaygın olarak aynı başlık altında "ayrıştırma" kavramı ile tanımlanmaktadır<sup>99</sup>.

AB hukuku düzenlemelerine bağlamında, 91/440/EWG sayılı Direktif'in 6. maddesinin birinci paragrafı taşımacılık faaliyetleri ile demiryolu altyapısının

<sup>97</sup> Aynı zamanda kamusal teşebbüsler açısından bu tartışma ise ancak bunların hak ehliyeti (*Grundrechtsfähigkeit*) ve yetki alanları (*Grundrechtsberechtigung*) dışında kaldığı zaman söz konusu olabilir. Ancak hak ehliyeti koşulu açısından bakıldığında, dolaylı olarak Federal Devletler bazında neredeyse %100 oranında DB Netz AG en önemli ağ işletici olarak Almanya'da demiryolu hatlarının da ana işleticisi durumundadır. Bu durum karşısında bu tür kamu işletmeleri aynı zamanda kamusal otorite veya hükümetin de bir parçası olarak değerlendirildikleri zaman, temel haklar açısından da devlete karşı bir itiraz da söz konusu olmayacaktır. Bkz. Staebbe ve Schmitt 2010, s. 31, Rdnr. 58.

<sup>98</sup> Hafner 2011, s. 165.

<sup>99</sup> Hafner 2011, s. 17.

işletimi arasında muhasebe bazında bir ayrıştırma öngörmektedir. Direktif'in 6. maddesi ikinci fıkrasında ise üye ülkelere bu konuda bir seçenek sunulmaktadır: Buna göre üye ülkeler taşımacılık faaliyeti ile altyapı işletimini aynı teşebbüsün yetkisinde bırakabilirler. Ancak bu ihtimalde her iki faaliyetin ayrı birer işletme faaliyeti kapsamında sunulması gerekir. Böyle bir ihtimalde altyapı işletimini devralacak ayrı bir teşebbüsün kurulması da şüphesiz alternatif bir çözüm olarak değerlendirilebilir<sup>100</sup>.

Öte yandan 2001/14/EG sayılı Direktifin 4. maddesi birinci fıkrasına göre üye ülkeler açısından, kural olarak organizasyon veya işlevsel açıdan demiryolu pazarında herhangi bir ayrıştırma zorunluluğu söz konusu değildir. Üye ülkelere bu konuda bir seçim hakkının tanındığından bahsedilebilir. Bununla birlikte adı geçen Direktifin 4. maddesinin ikinci fıkrasında ise altyapı yönetiminin hukuki yapısı, organizasyon veya karar alma işlevlerinin herhangi bir demiryolu teşebbüsünden bağımsız olmaması durumunda, kapasite tahsisinin en azından bağımsız bir organ tarafından yapılması yükümlülüğü getirilmektedir.

Daha önceden de belirtildiği üzere, demiryolu taşımacılığında serbestleştirme sürecinde beklenen hedeflerin gerçekleştirilmesi büyük oranda altyapı ile ilgilidir. Altyapının rakip teşebbüslere ayrımcılık yasağı ilkesi bağlamında açılması ve bu konudaki yasal düzenlemeler sektörde etkin bir rekabetin sağlanması açısından önemlidir. Bu anlamda demiryolu taşımacılığı teşebbüsleri arasında rekabetin gerçekleşmesi hususunda demiryolu altyapısı vazgeçilmez bir girdi olduğundan, altyapının bağımsızlığı ilgili sektörde etkin bir rekabetin sağlanabilmesi bakımından merkezi bir önem taşımaktadır<sup>101</sup>. Ancak burada ayrıştırmanın temelinde altyapı kullanıcıları ile altyapı işleticileri arasında bir bağımsızlıktan ziyade, demiryolu teşebbüsleri yönetiminin kamusal veya devlet organlarının müdahalesinden uzak tutulması amacı bulunmaktadır<sup>102</sup>.

Alman hukuku açısından, AEG § § 9 ve 9a hükümleri, altyapıya erişim ve altyapının önceden belirlenmiş bir bedel karşılığında kullanılması hususunda yapılacak düzenlemeler açısından öncelikle ilgili yapının ayrıştırılmasını öngörmektedir. Ayrıştırma düşüncesinin temelinde ise dikey bütünleşik bir yapının olası kötüye kullanma potansiyelini ortadan kaldırmak veya en aza indirmektir. Bu konuda ayrıştırma gerekliliği veya zorunluluğu, dikey yapının olduğu bir ağ/şebeke ekonomisinde, bu dikey bütünleşik yapıya sahip teşebbüsün

<sup>100</sup> Hafner 2011, s. 30.

<sup>101</sup> Monopolkommission 2009, s. 99.

<sup>102</sup> Hafner 2011, s. 54.

hem altyapı işleticisi ve hem de altyapı yoluyla yapılan hizmetlerin sağlayıcısı olarak faaliyet gösterdiği durumlarda ortaya çıkmakta ve önem kazanmaktadır<sup>103</sup>.

Bu anlamda, AEG § § 9, 9a hükümlerinin muhatabı her durumda ya kendi başına demiryolu altyapısı işleten ya da bir demiryolu altyapısı işleten teşebbüs ile ticari anlamda hukuksal bir ilişki içinde olan teşebbüslerdir. Her türlü muhataplık durumu açısından öncelikle bir muhasebe ayrıştırması (*buchhalterischen Entflechtung*), bu anlamda özellikle demiryolu altyapı işletme faaliyeti ile demiryolu taşımacılık faaliyeti arasında, faaliyet alanı bağlamında bir muhasebe ayrıştırması geçerlidir. Bu ayrıştırma kamusal nitelikli demiryolu teşebbüsleri açısından da geçerlidir. Hatta muhasebe ayrıştırmasının ötesinde operasyonel açıdan bir ayrıştırma (*operationellen Entflechtung, Management Unbundling*) yükümlülüğü de bulunmaktadır. AEG § 9 paragraf 1'e göre, hem demiryolu taşıma teşebbüsleri (EVU) ve hem de demiryolu altyapı işleticileri demiryolu taşımacılık faaliyetleri ve demiryolu altyapı işletim faaliyetini yerine getirmek ve bu hizmetlerin sağlanması açısından da örgütsel anlamda ayrı faaliyet alanları (*organisatorisch getrennte Unternehmensbereiche*) kurmak zorundadırlar. Demiryolu altyapısına erişim ve bunun için ödenecek ücretlerin belirlenmesi hususundaki kararlar, demiryolu altyapısını işleten teşebbüsler tarafından verilecektir.

Operasyonel ayrıştırma bağlamında, AEG 9a(1), hat işletmecisi için başka bir bağımsızlık şekli olarak kurumsal ayrıştırma (*gesellschaftsrechtlichen Entflechtung, Legal Unbundling*) modeli de öngörmektedir. Bu düzenlemelerin nihai amacı ve hedefi konusunda ise öncelikle demiryolu altyapı işleticileri için demiryolu taşıma teşebbüslerinden somut ve sınırları belli objektif anlamda bir bağımsızlığın garantiye alınabilmesi kaygısı bulunmaktadır. Bir diğer etken ise altyapıya erişim açısından önem kazanan güzergâh tahsisi ve altyapı erişim koşullarının da ayrımcılık yasağı ilkesi bağlamında hakkaniyete uygun olarak belirlenmesidir. Dolayısıyla, hem demiryolu taşıma teşebbüsü hem de demiryolu altyapısı işletimi alanında faaliyet gösteren kamusal nitelikli teşebbüsler, AEG § 9a(1) cümle 2 Nr.1 hükmü nedeniyle, farklı uğraşı alanları bağlamında, her

<sup>103</sup> ERNERT, A. (2010), "Entflechtungsvorgaben (Unbundling), T. Schmitt ve E. Staebe (der), *Einführung in das Eisenbahn-Regulierungsrecht* içinde, s. 79, Rdnr. 137. Ayrıca bkz. KÜHLING, J. (2004), *Sektorspezifische Regulierung in den Netzwirtschaften*, Verlag C.H.Beck, München, s. 337 vd. Öte yandan bu konuyla ilgili düzenlemeler özellikle enerji ve telekomünikasyon sektöründeki yasal düzenlemeler bağlamında da çok sık ortaya çıkmaktadır. Örneğin bu konuda Alman hukukunda EnWG § § 6-10 arası veya TKG § 24 bağlamında yer alan düzenlemeler belirtilebilir.

durumda bu teşebbüsleri ayırma veya bunları tasfiye etmek durumundadırlar. Bu gereklilik, altyapı işleticiliği ile taşımacılık faaliyetini ayırştırmak suretiyle üçüncü tarafların altyapıdan yararlanırken ayrımcılığa uğramamaları açısından önemlidir<sup>104</sup>.

## 7.2. Ayırıştırma Açısından Yasal Çerçeve

Ayırıştırma yükümlülüğü kapsamında ortaya çıkan düzenlemelerin, aslında ilk bakışta muhatabı net bir şekilde anlaşılabilen hükümler olduğu da söylenebilir<sup>105</sup>. Burada kanun koyucu AEG §§ 9 ve 9a'da bütün kamusal teşebbüsler açısından geçerli olan genel çerçeve hükümler ile sadece kamusal nitelikli olup da aynı zamanda demiryolu hat işleticisi olan teşebbüsler için öngörülen özel hükümler arasında bir ayırım yapmaktadır. AEG § 9 paragraf 1 Nr.1'de yer alan düzenleme öncelikle hem demiryolu taşıma teşebbüsleri (EVU) hem de demiryolu altyapı işletimi (EIU) alanında faaliyet gösteren kamusal nitelikte dikey entegre demiryolu teşebbüsleri açısından uygulama alanı bulacaktır. Benzer şekilde bu durum sadece demiryolu taşıma teşebbüsü olarak faaliyet göstermekle beraber, ana bir teşebbüs üzerinden bir altyapı işletim teşebbüsü ile bağlantılı olan teşebbüsler için de geçerli olduğu gibi (AEG § 9 paragraf 1, cümle 1, Nr. 2/a), sadece demiryolu altyapı teşebbüsü olmakla beraber, kendisine bağlı bir demiryolu taşıma şirketi olan ana teşebbüse bağlı teşebbüsler için de geçerlidir (AEG § 9 paragraf 1, cümle 1, Nr. 2/b).

Yasal düzenlemeler açısından bakıldığında demiryolu taşıma teşebbüsleri ile demiryolu altyapı teşebbüsleri arasında bir konzern<sup>106</sup> ilişkisi ve bu anlamda bir

<sup>104</sup> Ernert 2010, s. 80, Rdnr. 139; Ende ve Kaiser 2004, s. 27. Öte yandan, demiryolu taşımacılığı pazarındaki yasal düzenlemeler açısından ayırıştırma gerekliliği ile ilgili düzenlemeler esasen AB Hukuku'ndan kaynaklanmaktadır. AB hukuku açısından bu konuda ortaya çıkan ilk düzenleme olan 91/440/EWG sayılı Yönerge (bu aynı zamanda "Demiryolu Çerçeve Yönergesi" olarak da adlandırılmaktadır) ve daha sonra yayımlanan 2001/12/EG sayılı Yönerge ve diğer farklı zamanlarda ortaya çıkan ve demiryolu altyapısı ile ilgili olan yasal düzenleme paketleridir. Söz konusu düzenlemeler demiryolu taşımacılığının AB sınırları içinde serbestleştirilmesi ve bu konuda ayrımcı olmayan bir erişim hakkının üçüncü taraflara sağlanması için üye ülkeleri yasal düzenlemeler yapmak hususunda hem teşvik eden ve hem de onlara yol gösteren düzenlemelerdir. Aynı zamanda bu düzenlemelerden, özellikle demiryolu altyapısı ile ilgili olarak, dikey entegre altyapı işletenler ile bu altyapıya erişim hakkından yararlanmak isteyen teşebbüsler arasındaki çıkar çatışmaları ile ilgili sorunların belirlenmesi dahil, ortaya çıkabilecek bu tarz önemli konularda yararlanılması da önerilmektedir. Bkz. Ernert 2010, s. 80, Rdnr. 140; Hafner 2011, s. 185.

<sup>105</sup> Ernert 2010, s. 107, Rdnr. 193.

<sup>106</sup> Birbirleri ile kanunda öngörülen tipte bir ilişki içerisine girmiş olan işletmeler, "bağlı işletme" (*verbundene Unternehmen*) sayılırlar. Alman Payılı Ortaklıklar Kanunu (*Aktiengesetz, AktG*) § 15

konzern olgusundan söz edilebilir. Bu durum karşısında ayrıştırma konusundaki yasal düzenlemeler, demiryolu taşıma veya demiryolu altyapı işletimi alanında bağlı (yavru) veya ana teşebbüs olarak kamusal bir teşebbüs ile ilişki içinde olan teşebbüsler için de uygulanacaktır (AEG § 9 paragraf 1, cümle 1, Nr. 3). Dolayısıyla demiryolu altyapısının işletimi ile ilgili ayrıştırma yükümlüğü kapsamında olan teşebbüslerin belirlenmesinde önemli olan husus; somut olay bağlamında söz konusu teşebbüsün tek başına mı demiryolu altyapısını işlettiği yoksa demiryolu taşımacılığı faaliyeti de yürüten bir teşebbüs ile konzern yapılanma bağlamında bir hukuki ilişki içinde olup olmadığıdır<sup>107</sup>.

Ayrıştırma yükümlülüğü konusunda bir diğer husus ise AEG § 9(1)d hükmünde yer almaktadır. Buna göre, ayrıştırma yükümlülüğü ile ilgili düzenlemeler, taşımacılık faaliyetleri kapsamında, hem yolcu taşımacılığı hem de eşya taşımacılığı alanında faaliyet gösteren demiryolu taşıma teşebbüsleri açısından da geçerlidir. Burada demiryolu taşıma teşebbüsleri açısından yatay bir entegrasyondan söz edilebilir. Bu nedenle, burada ayrıştırma konusundaki yasal zorunluluk ve bu anlamda yasal düzenlemeler, demiryolu altyapı işletiminden bağımsızdır<sup>108</sup>.

AEG § 9(1) Nr.1 bağlamında, dikey entegre demiryolu teşebbüsleri açısından tipik örnek yerleşik teşebbüs olan Deutsche Bahn AG'dir. Deutsche Bahn AG aynı zamanda Deutsche Bahn Konzern açısından üst veya holding (*Dachgesellschaft*) kuruluş konumunda olup, doğrudan veya dolaylı yoldan kendisine bağlı çok sayıda demiryolu teşebbüsü bulunmaktadır<sup>109</sup>. Konzern bir yapılanma bağlamında Deutsche Bahn AG ve bağlı teşebbüslere örnek olarak DB Netz AG<sup>110</sup> ve DB Stations & Service AG demiryolu altyapı işleticisi olarak,

---

hükmü, bağlı işletmeleri sayarken, bunlar arasında konzernlere de yer vermiştir. Konzern, bir veya birden fazla bağlı işletmenin, hakim işletmenin "tek elden yönetimi" altına girmesi ile oluşturdukları topluluğun adıdır (AktG § 18). Bununla birlikte tek elden yönetim kavramı tanımlanmamıştır. Fakat kanun gerekçesinde konzern, tek elden yönetilen iktisadi bir bütünlük olarak adlandırılmaktadır. Bu durum sözleşmesel bir konzern şeklinde ortaya çıkabileceği gibi, iki şirket arasında sözleşmeye dayanmaksızın bir hâkimiyetin tesis edildiği durumlarda fiili konzern şeklinde de ortaya çıkabilir. Ancak fiili konzernde, sözleşmesel konzernden farklı olarak, bağlı şirket, iktisadi bağımsızlığını bir ölçüde korumaktadır. Bu konuda daha ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. OKUTAN NILSSON, G. (2009), *Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Şirketler Topluluğu Hukuku*, 1. Bası, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, s. 31 vd.

<sup>107</sup> Ernert 2010, s. 107, Rdnr. 193.

<sup>108</sup> Ernert 2010, s.107, Rdnr. 194.

<sup>109</sup> Hafner 2011, s. 191.

<sup>110</sup> Öte yandan DB Net AG'ye bağlı bölgesel demiryolu altyapı işleticileri de DB RegioNetz Infrastruktur GmbH olarak faaliyet göstermektedirler. Bölgesel taşımacılık alanında faaliyet

bunun yanında DB ML AG ile DB Schenker Rail Deutschland AG<sup>111</sup>, DB Personenfernverkehrs AG ve DB Regio AG demiryolu taşıma şirketleri gösterilebilir<sup>112</sup>. Burada AEG § 9(1) cümle 1 Nr. 2a ve 2b hükmü açısından, demiryolu taşıma teşebbüsleri ve demiryolu altyapı işletenleri bağlamında bir Konzern ilişkisi söz konusudur<sup>113</sup>.

Dolayısıyla Almanya’da demiryolu taşımacılığı alanında, Deutsche Bahn AG hem altyapı hem de taşımacılık faaliyeti ile uğraştığından, dikey entegre bir Konzern niteliğindedir. Öte yandan bu durumun serbestleştirme açısından “dikey erişim” modelinin tercih edilmesinin ve aynı zamanda Deutsche Bahn AG’nin pazarda yerleşik teşebbüs olmasının da bir sonucudur. Öğretide Deutsche Bahn AG’nin bu Konzern yapısı, özellikle AEG §9a hükmünde yer alan düzenlemelere aykırı olduğu gerekçesiyle, eleştirilmiştir<sup>114</sup>. AEG §9a hükmü, kamusal nitelikli altyapı işleticilerinin kapasite tahsisi ve altyapıya erişim ücretleri konusundaki kararları açısından hukuki yapı, organizasyon ve karar alma işlevleri açısından demiryolu taşıma teşebbüslerinden bağımsızlığını öngörmektedir. Demiryolu altyapı işletimi ile taşımacılık hizmetinin faaliyet alanları farklı teşebbüsler tarafından sunulmasını öngören AEG §9a(1)1 hükmü ise bu anlamda hukuksal bağımsızlığı sağlamaya yöneliktir.

Ancak böyle bir yapılanmanın aynı zamanda ayrımcı davranışlar için de oldukça elverişli olduğu bir ortam hazırladığı söylenebilir. Nitekim uygulamada da somut olaylar bağlamında ayrımcı davranışlar konusunda çok sayıda şikâyet ortaya çıkmıştır. Örneğin DB AG’nin bağlı şirketi ve aynı zamanda demiryolu ağ işleteni olan DB AG Netz, altyapıya erişim için yüksek fiyatlar belirlemek suretiyle, bu tarz ayrımcı davranışlara kolayca başvurabilmektedir. Her ne kadar Deutsche Bahn AG Konzern’e bağlı diğer demiryolu taşıma teşebbüslerinin de bu

---

gösteren DB RegioNetz Verkehrs GmbH de DB Regio AG’ye bağlı teşebbüslere örnek gösterilebilir. Deutsche Bahn AG’nin Konzern yapısı açısından bkz. DB Geschäftsberichte 2009, s. 264.

<sup>111</sup> DB Schenker Rail Deutschland AG ise Deutsche Bahn Konzern’e bağlı ve halen yük taşımacılığı ile işigal eden teşebbüstür. Bkz. Hafner, s. 13.

<sup>112</sup> DEUTSCHE BAHN AG (2008), *Geschäftsbericht 2008*, [http://www.deutschebahn.com/site/shared/de/dateianhaenge/berichte/geschaeftsbericht\\_2008\\_konzern.pdf](http://www.deutschebahn.com/site/shared/de/dateianhaenge/berichte/geschaeftsbericht_2008_konzern.pdf), Erişim Tarihi: 25.5.2012, s. 5.

<sup>113</sup> Demiryolu taşımacılığında Konzern yapı konusunda bir diğer örnek teşebbüs ise *Veolia-Verkehr GmbH* olarak verilebilir. Bu teşebbüs ise daha önceki *DEG GmbH* olarak demiryolu altyapısı ile ilgili alanlarda faaliyet gösterirken, aynı zamanda insan ve yük taşımacılığı alanında da faaliyet göstermekteydi. Bkz. Ernert 2010, s. 108, Rdnr. 196.

<sup>114</sup> Hafner 2011, s. 194-195.



fiyatları ödemek zorunda oldukları düşünülse de, bu durum DB Netz AG açısından ortaya çıkan maliyet artışları açısından bir anlamda ek gelir olmaktadır. Dolayısıyla bu konuda Konzern açısından sonuç pek de farklı olmayacaktır. Çünkü böyle bir davranış, bir anlamda “sol cepten sağ cebe” aktarma olarak da değerlendirilebilir<sup>115</sup>.

Bu konuda tartışmalı bir diğer husus ise demiryolu taşımacısının, taşımacılık faaliyetleri yanında aynı zamanda atölye, yani tamir-bakım hizmeti ile uğraşmasının da dikey entegre yapı içinde değerlendirilip değerlendirilemeyeceğidir. Bu konuda yapılacak değerlendirme, her durumda şimdiye kadar tartışmalı olan ve ilgili işletmesel tesislerin demiryolu altyapı faaliyetleri kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği hususuna bağlıdır<sup>116</sup>. Bu durum Münster OVG (*Oberverwaltungsgericht*) tarafından yakın zamanda hızlı taşımacılık konusunda verilen bir geçici karara konu olmuştur. Mahkeme somut olay açısından atölyelerin de demiryolu altyapısı kapsamında değerlendirilmesi gerektiği sonucuna ulaştı<sup>117</sup>.

### 7.3. Muhasebe Kayıtlarının Ayrıştırılması

AEG § 9 kapsamında yer alan bütün muhataplar, AEG 9(1)'de yer alan yükümlülüklerin yerine getirilebilmesi için faaliyet alanlarına göre muhasebe kayıtlarının da ayrıştırılması yükümlülüğü altındadırlar. Bu kapsamda faaliyet gösteren teşebbüsler her sene esaslı bir finansal tablolar analizi ve faaliyet-yönetim raporu da hazırlayıp yayınlamak zorundadırlar. Öte yandan dikey entegre demiryolu teşebbüsleri AEG § 9(1)'e göre büyük sermaye şirketleri için, Alman Ticaret Kanunu (*Handelsgesetzbuch, HGB*) §§ 264 ve devamında öngörülen düzenlemeler çerçevesinde yıllık bir ayrıntılı bilanço ve faaliyet raporu hazırlayıp, bunu gerekli açıklama ve değerlendirmelerle birlikte yayınlamak zorundadırlar. Bu durumda, Deutsche Bahn gibi bir konzern yapılanması altında faaliyet gösteren teşebbüsler de AEG § 9(1)'de yer alan düzenleme ve bu bağlamda ortaya çıkan yükümlülüklerle tabidirler. Fakat yatay seviyede gerçekleşen birleşme veya entegrasyonlar açısından bu kurallar geçerli değildir<sup>118</sup>.

<sup>115</sup> GERSDORF, H. (2004), “Marktöffnung im Eisenbahnsektor”, *Wirtschaft und Wettbewerb*, 168/2004, s. 584; Hafner 2011, s. 12.

<sup>116</sup> Ernert 2010, s. 108, Rdnr. 197.

<sup>117</sup> OVG Münster, 19. 11. 2008, 13 B 1543/08, *Netzwirtschaften und Recht*, 2009, s. 68. Ancak bu konuda doğru ve haklı sebepler bir yana, yargılamanın henüz sonuçlanmamış olması nedeniyle, bu tarz bir değerlendirme yapmak ve böyle bir çıkarıma ulaşmak açısından daha ihtiyatlı davranılması gerektiği belirtilmiştir. Bkz. Schmitt ve Staebe 2010, s. 108, Rdnr. 197.

<sup>118</sup> Ernert 2010, s. 109, Rdnr. 199.

#### 7.4. Operasyonel (İşletmesel) Ayrıştırma

İşletmesel (*Operationelle*) açıdan yapılacak ayrıştırmalar açısından yasa koyucu, hat işletmeciliği bağlamında genel yükümlülükler ve özel hükümler açısından farklılıklar öngörmektedir. Genel yükümlülükler açısından, AEG § 9(1)c hükmüne göre, dikey entegre demiryolu teşebbüsleri, demiryolu taşıma faaliyetleri ve demiryolu altyapı işletimi faaliyetlerini yürütebilmek için, bu faaliyetlerin işletmesel açıdan ayrı faaliyet alanları şeklinde organize edildiği bir yapılanmaya gitmek zorundadırlar. Çünkü demiryolu altyapısına erişim ve bu konuda belirlenecek ücretler açısından verilecek kararlar, demiryolu altyapısı ile uğraşan teşebbüsler açısından söz konusu olabilecektir. Bu nedenle AEG § 9(1)c hükmünün asıl amacı, özellikle de demiryolu altyapısına erişim açısından erişim ve kullanım ücretlerinin birbirinden bağımsız olarak belirlenebilmesi konusunda yasal bir güvence sağlamaktır. Aynı zamanda, işletme veya faaliyet alanı açısından ortaya çıkacak tartışmalar da, bu tarz işletmesel iş birliği içinde olan teşebbüsler açısından söz konusu olabilecektir<sup>119</sup>.

Demiryolu hat işleticileri, işletmesel açıdan yapılacak ayrıştırma konusunda da, bazı özel yükümlülükler altındadırlar (AEG § 9a(1) cümle 2 Nr. 1-5). Bu düzenlemeler açısından da kanun koyucu burada, kamusal nitelikli hat işleticilerinin demiryolu taşıma teşebbüsleri için hat kullanım zaman çizelgesi ve tren yollarının tahsisi konusundaki diğer kurallar ile kullanım ücretleri ve bu konuda verecekleri kararlar açısından dikkat edilmesi gereken hususları somut hükümler ile netleştirmeye çalışmıştır<sup>120</sup>.

### 8. DEMİRYOLU ALTYAPISINA ERİŞİM HAKKI

#### 8.1. Genel Olarak

Demiryolu taşımacılığında serbestleştirme ve bu kapsamda yapılan reform açısından düzenleyici kuralların özünü, AEG § 14(1)'de de somut bir şekilde vurgulandığı üzere, üçüncü taraf teşebbüslerin ayrımcılık yasağı ilkesi bağlamında demiryolu altyapısına erişiminin sağlanması oluşturmaktadır<sup>121</sup>. Bu

<sup>119</sup> Ernert 2010, s. 112, Rdnr. 207.

<sup>120</sup> Hafner 2011, s. 196; Ernert 2010, s. 112, Rdnr. 208. Öte yandan AEG § 9a(1) cümle 2 Nr. 5 hükmünde geçen ilgili teşebbüsler ise Deutsche Bahn AG ve ona bağlı yavru şirketler yanında, demiryolu altyapı teşebbüsleri ve demiryolu taşıma teşebbüsleridir. Burada "hat işleticisi" ile belirtilen teşebbüsler ise DB Netz AG ve DB RegioNetz Infrastruktur GmbH'dir. Bkz. Hafner, s. 197.

<sup>121</sup> FÖRSTER, S. ve M. KARDETZKY (2010), "Infrastrukturzugang", T. Schmitt ve E. Staebe (der), *Einführung in das Eisenbahn-Regulierungsrecht* içinde, s. 133, Rdnr. 250; Ende ve Kaiser 2004, s. 34.

nedenle demiryolu altyapısı işleten teşebbüsler, AEG § 14 (2) ve (3)'te yer alan hükümler çerçevesinde bahsedilen “erişim yetkilileri”, işlettikleri demiryolu altyapısını ayrımcılık yapmadan üçüncü tarafların erişimine açmak ve bu kapsamda gerekli altyapı hizmetlerini de yine ayrımcılık yapmadan sağlamakla yükümlüdürler. Altyapıyı kullanım karşılığı belirlenen ücret ödeme ile ilgili düzenlemeler ise AEG § 14(4) ve (5)'te yer almaktadır. Altyapıya erişim ile ilgili ayrıntılar, özellikle erişim zamanı ve süresi yanında bu kapsamda ödenecek ücret ve diğer başka kullanım koşulları, AEG § 14(6)'da yer alan esaslar çerçevesinde erişimden yararlanmak isteyen teşebbüs ve kullanılacak demiryolu altyapısını işleten teşebbüs arasında AEG § 14(1)'de yer alan düzenlemeler esas alınmak suretiyle yapılacak münferit bir sözleşme ile belirlenecektir.

Altyapıya ayrımcı olmayan erişim hakkı AEG § 1(1) cümle 1'de yer alan düzenleme bağlamında mutlak bir hedef olup, demiryolu taşımacılık hizmetleri ve demiryolu altyapısı işleten teşebbüsler tarafından, raylar üzerinde etkin ve bozulmamış bir rekabetin sağlanmasına yönelik önemli bir ilkedir. Dolayısıyla rekabet sürecinin asıl can alıcı noktasının da esasen “raylar” bağlamında ortaya çıktığı söylenebilir. Bu anlamda pazar katılımcıları bir yandan ray/hat işletmecisi olurken, diğer yandan ise altyapıya erişim hakkına sahip olan kişiler kapsamında hat kullanıcısı olarak demiryolu taşıma şirketleridir<sup>122</sup>.

Demiryolu hat işleticileri açısından olaya bakıldığında ise başta 34.000 kilometrelik hat işletmeciliğinden sorumlu olan DB Netz AG öne çıkmaktadır. Ancak DB Netz AG ile birlikte ayrıca otuzdan fazla hat işleten başka teşebbüs de bu alanda faaliyet göstermektedir. Öte yandan bütün bunlarla birlikte bu konuda hesaba katılmayacak düzeyde önemsiz olan ve genelde diğer hatlarla bağlantılı yerel veya bölgesel ağ işleticileri de söz konusudur<sup>123</sup>. Demiryolu hat işleticileri de erişim hakları açısından aynı yükümlülüklerine tabi olup, bunlar kendi pazar paylarından bağımsız olarak aynı düzenleyici kontrol mekanizmasına tabidirler<sup>124</sup>.

<sup>122</sup> Öte yandan Almanya'da demiryolu hatlarının hâlihazırda üç yüzden fazla demiryolu taşıma şirketi tarafından kullanıldığı tahmin edilmektedir. Bu bağlamda demiryolu ile yük ve insan taşımacılığı yapan teşebbüsler hem ülke içinde ve hem de ülke dışından ortaklarıyla bu faaliyetlerini sürdürürken, aynı zamanda sanayi/endüstri demiryolu hatları, federal devlet demiryolları, orta ölçekli özel demiryolları (*mittelständische Privatbahnen*), yerel ortak tren hatları (*Kommunale Bahnen*), sanayi/endüstri demiryolu hatları (*Industriebahnen*) ve müze demiryolu (*Museumsbahnen*) hatları olmak üzere farklı kullanım özellikleri olan demiryolu hatları da bulunmaktadır. Bu hususta bkz. Förster ve Kardetzky 2010, s. 133, Rdnr. 251.

<sup>123</sup> Hafner 2011, s. 192.

<sup>124</sup> Förster ve Kardetzky 2010, s. 133, Rdnr. 251; Ende ve Kaiser 2004, s. 35.

## 8.2. Altyapı Erişim Hakkı Sahibi ve Erişim Yüklümlüsü

Altyapıya erişim hakkı açısından belirleyici olan hususlar altyapı işleticisi kavramının anlamı ve içeriğidir. Bu konuda 2001/14/EG sayılı Direktif'te yer alan altyapı işleticisi (*Betreibers des Infrastruktur*) kavramının, AEG §9a'da yer alan demiryolu altyapısı işleticisi (*Betreibers der Schienenwege*) kavramı kadar kapsayıcı olduğu belirtilmiştir. Bu kavramlar sadece demiryolu altyapısını kapsamamakta, aynı zamanda bakım/onarım gibi hizmet tesislerini de kapsamaktadırlar<sup>125</sup>.

Demiryolu altyapısına erişim açısından ayrımcı olmayan bir erişimi sağlamakla yüklümlü olanlar, AEG § 14(1) bağlamında bütün demiryolu altyapı işletmecileridir. Bunlar aynı zamanda AEG § 2(1) ve (2)'de yer alan yasal tanım kapsamında, demiryolu altyapısını işleten teşebbüslerdir<sup>126</sup>. Demiryolu altyapısına erişim yüklümlülüğü demiryolu hatlarını (AEG § 2 paragraf 3a), bazı belli başlı servis hizmetlerini (AEG § 2 paragraf 3c) ve bunlarla birlikte diğer başka demiryolu altyapısı hizmetlerini de kapsamaktadır<sup>127</sup>.

### 8.2.1. Demiryolu Hatları İşletenleri

Demiryoluna erişimi konusundaki yüklümlülüklerin önemli bir bölümü demiryolu hatlarının işletimi ile ilgilidir (AEG § 2 paragraf 1). Burada demiryolu altyapısını işleten teşebbüsler söz konusu olup, bunlar aynı zamanda demiryolu altyapısı bakım ve inşası konusunda da yetkilidirler. Demiryolu altyapı işleticileri olarak DB Netz AG ve ona bağlı DB RegioNetz Infrastruktur GmbH gibi şirketler görevlidir. Demiryolu hat işleticileri, pek çok açıdan diğer demiryolu altyapısı işletenlerine göre daha sıkı denetim ve gözetim şartlarına tabi olarak faaliyet göstermektedirler (AEG § 14 paragraf 1 cümle 3, EIBV §§ 4 vd). Bu konudaki yasal yüklümlülüklerden muafiyet veya istisnai durumlar, ancak yerel veya bölgesel hat işletmecileri için mümkündür. AEG § 14(1) cümle 1-5 hükmüne

<sup>125</sup> Bununla birlikte, her demiryolu altyapısı işleticisi aynı zamanda bir demiryolu altyapı teşebbüsü de olmakla birlikte, her demiryolu altyapı teşebbüsünün aynı zamanda bir demiryolu altyapı işleticisi de olma zorunluluğu bulunmamaktadır. Dolayısıyla altyapı işleticisi kavramı demiryolu altyapı teşebbüsleri kavramına göre daha özel bir anlam taşımaktadır. Bu anlamda demiryolu altyapı teşebbüsleri kavramı bir üst kavram olarak ortaya çıkmaktadır. Bu ayırım konusundaki esas neden ise altyapı işleticisinin kendi teşebbüsünün yapısı ve özellikle de altyapıya veya ağa erişim açısından bazı özel yüklümlülükler taşımasıdır. Bu hususta bkz. Hafner 2011, s. 51.

<sup>126</sup> Hermes ve Sellner 2010, § 14 Rdnr. 29.

<sup>127</sup> Förster ve Kardetzky 2010, s. 137, Rdnr. 260.

göre, bu konuda lisans vermeye yetkili makamlar EIBV'de yer alan hükümler kapsamında muafiyet talebine ilişkin konularda da söz sahibidirler<sup>128</sup>.

### 8.2.2 Hizmet Tesislerini İşletenler

AEG § 2 (3c) hükmü, servis tesisleri veya araç gereçlerini işletenlerin (*Betreiber von Serviceeinrichtungen*) işlettiği demiryolu hizmet tesislerinin söz konusu olduğu durumlarda, bunları da erişim yükümlülüğüne tabi olan demiryolu altyapı teşebbüsleri arasında değerlendirmektedir. Erişim yükümlülüğü bağlamında tek istisnai durum ise AEG § 14(1) cümle 4 kapsamında demiryolu altyapı işleteni olup da AEG § 2(3b) hükmüne göre münhasıran kendi eşya taşımacılığı ile uğraşanlardır. Bu durum aynı zamanda “endüstriyel demiryolu ayrıcalığı” (*Werksbahnprivileg*) olarak da tanımlanmaktadır<sup>129</sup>. Ancak endüstriyel demiryolu ayrıcalığı, terminal veya limanlarda birden çok nihai yararlanıcı veya kullanıcıya hizmet sunulan demiryolu hizmetlerinin söz konusu hata erişimi konusunda geçerli değildir<sup>130</sup>.

Bir diğer tartışmalı husus ise, demiryolu altyapı teşebbüslerinin kendi atölye veya fabrikalarının işleteni olarak, bu yerleri servis hizmetleri sunan teşebbüslerin erişimine açma yükümlülüğü altında olup olmadığıdır. Bu konuda ağırlıklı olan görüş atölye veya fabrikaların erişim yükümlülüğü kapsamında görülmeyeceğidir. Çünkü demiryolu altyapısı düzenleyici hükümleri kapsamında ne atölye ne de fabrikalar açısından böyle bir durum söz konusu değildir<sup>131</sup>.

### 8.3. Altyapıya Erişim Hakkı Bağlamında Ayrımcılık Yasağı

AEG § 14(1) cümle 1 ve Demiryolu Altyapı İşletimi Yönetmeliği (EIBV) § 3(1) bağlamında erişimin sağlanması ile öncelikle, bu erişimden yararlanacak olanların demiryolu altyapısını ayrımcı bir uygulamaya tabi olmadan kullanmaları ve bu kullanımla bağlantılı olarak EIBV Ek 1 Nr.2'de tanımlanan hizmetlerden yararlanmalarına olanak sağlanması hedeflenmektedir<sup>132</sup>.

<sup>128</sup> Bu tarz bir muafiyet için gerekli olan koşullar ise, yerel veya bölgesel demiryolu hattının başka demiryolu hatlarıyla bağlantılı olmaması ve aynı zamanda rekabeti sınırlayıcı bir durumun da ortaya çıkmamasıdır. Fakat uygulamada böyle bir muafiyet bugüne kadar somut bir olay bağlamında da ortaya çıkmamıştır. Bkz. Förster ve Kardetzky 2010, s. 138, Rdnr. 261.

<sup>129</sup> WEYERS, U. (2009), “Der Anwendungsbereich des Werksbahnprivilegs-Muss jedes Eisenbahninfrastrukturunternehmen Zugang zu seiner Eisenbahninfrastruktur gewähren?”, *Netzwirtschaften und Recht*, No:4, s. 241.

<sup>130</sup> Förster ve Kardetzky 2010, s. 139, Rdnr. 262.

<sup>131</sup> Förster ve Kardetzky 2010, s. 139, Rdnr. 263.

<sup>132</sup> Förster ve Kardetzky 2010, s. 143, Rdnr. 273.

Ancak genel olarak ayrımcılık yasağı ve bu kapsamda ayrımcı olmayan erişim (*diskriminierungsfreien Zugang*) demiryolu taşımacılığı konusundaki düzenleyici hukuk kuralları bağlamında merkezi öneme sahip bir kavram olarak görülmektedir<sup>133</sup>. AEG § 14(1) cümle 1'e göre, demiryolu altyapı işletenleri, kendi işlettikleri altyapı hizmetlerinin, bu hizmetlerden yararlanmak isteyen tarafların kullanımına, çerçevesi EIBV kapsamında belirlenen somut koşullar altında, ayrımcılık yapmadan sunmakla yükümlüdürler. Bununla birlikte ayrımcılık yasağı ne AEG'de ne de EIBV'de açıkça tanımlanmış bir kavram değildir. Münster OVG Mahkemesi'nin daha önce de bahsedilen kararında, AEG § 14(1) cümle 1 bağlamında bir ayrımcılık söz konusuydu. Buna göre altyapı hizmetlerinden yararlanmak isteyen teşebbüs, altyapıya erişim hakkı bağlamında, objektif açıdan haklı bir neden olmaksızın farklı bir muameleye tabi tutuluyorsa, bu bir ayrımcılık olarak değerlendirilmiştir<sup>134</sup>. Ayrımcılık olmadan demiryolu erişiminden yararlanma ile ilgili kavramın bu şekilde anlaşılması, AEG'nin öngördüğü rekabetçi bir pazar hedefi ile de uyumludur. Bu hedef doğrultusunda, demiryolu taşımacılığı pazarında etkin ve sağlam bir rekabet ancak demiryolu taşımacılık hizmetleri ve demiryolu altyapı işletimi çerçevesinde mümkün olup, bu konuda gerekli yasal güvencelerin sağlanması gerekmektedir. Bu yasal güvenceler de hem AEG §§ 9(1) cümle 2, 10(3) cümle 2 hem de EIBV § 13(8)'de yer almaktadır.

Öte yandan ayrımcılık kavramının içeriği somut olay bağlamında değişebilir. Örneğin en başta haklı bir hukuki gerekçe olmadan, aynı maddi olgular karşısında açıkça farklı davranışlara tabi tutulmak da ayrımcılık kapsamında değerlendirilebilir. Bu şekli bir ayrımcılık (*formelle Diskriminierung*) olarak da tanımlanmaktadır. Bu durum aynı zamanda örtülü, başka bir ifadeyle ilk bakışta anlaşılabilen eşit olmayan bir davranış (*versteckte Ungleichbehandlung*) olarak, maddi bir ayrımcılık (*materielle Diskriminierung*) olarak nitelenebilecek bir şekilde de ortaya çıkabilir. Bu tarz bir ayrımcılık açısından, şekli anlamda eşit bir muameleye rağmen, sonuçta bireysel erişim hakları aslında hiç de istenmeyen bir

<sup>133</sup> Monopolkommission 2009, s. 99.

<sup>134</sup> Ayrımcılık ve ayrımcılık kavramının değerlendirildiği bazı kararlar için bkz. OVG Münster, 5. 6. 2003, 20 B 113/03, *Neu Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 2004, s. 339; OVG Münster, 16. 2. 2006, 20 B 758/05, *Wirtschaft und Wettbewerb*, WuW/E DE-R, s. 1673; OVG Münster, 26.3.2007, 13 B 2592/06, *Netzwirtschaften und Recht*, 2007, s.124-128; OVG Münster, 28.1.2008, 13 B 2014/07, *Netzwirtschaften und Recht*, 2008, s. 102; OVG Münster, 19.11.2008, 13 B 2092/07, *Netzwirtschaften und Recht*, 2009, s. 270-272. Öte yandan bu konuda bir değerlendirme için bkz. LAU, U. (2009), "Die Rechtsprechung des OVG Münster zum Eisenbahnregulierungsrecht", *Netzwirtschaften und Recht*, 2009, s. 43.

şekilde engellenmiş olmaktadır<sup>135</sup>. Bununla birlikte, maddi ve şekli anlamda ayrımcılık yasağı açısından eşit davranış veya işlem gerektiren genel koşullar dışında, haklı bir gerekçe olmadan ortaya çıkan eşit olmayan bir davranış, ayrımcılık yasağı kapsamında değerlendirilemez<sup>136</sup>.

Alman öğretisinde bu konuda savunulan bazı görüşlere göre<sup>137</sup> demiryolu hukuku düzenlemeleri açısından, Federal Anayasa Mahkemesinin Kararına da konu olan ve Alman Anayasası (*GG*)’nın 3. Maddesi 1. paragrafına dayalı olarak geliştirilen “genel eşitlik ilkesi” (*allgemeinen Gleichheitsatz*) anlamında herhangi bir eşitlik içermemektedir<sup>138</sup>. Demiryolu düzenlemeleri bağlamında ortaya çıkan ayrımcılık yasağı kavramı, daha çok genel olarak rekabet hukuku (örneğin *GWB* § 20’de yer alan ayrımcılık yasağı) düzenlemeleri ve Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) tarafından AB Hukuku açısından geliştirilen ve kullanılan “ayrımcılık yasağı” kavramına<sup>139</sup> benzemekte olup, genellikle de bu düzenlemeler bağlamında anlaşılmakta ve uygulanmaktadır.

Bu anlamda bir demiryolu altyapı işleticisi, demiryolu erişiminden yararlanmak isteyen bir teşebbüse karşı, altyapıya erişim hakkından yararlanan bir başka teşebbüs ile karşılaştırıldığı zaman, haklı bir hukuki gerekçe olmadan, açık veya gizli farklı bir davranış içinde bulunuyorsa, sadece bu durumda dahi ortada bir ayrımcılık bulunmaktadır. Öte yandan bir demiryolu altyapı işleteni, demiryolu altyapısından yararlanmak konusunda, bütün erişim hakkı sahipleri veya yararlanıcıları için genel geçer düzenlemeler öngördüğü zaman dahi, bu bazı durumlarda, somut olay bağlamında neredeyse bir ayrımcılık gibi düşünülebilir. Bununla birlikte, kapasite tahsisi açısından uyulması gereken yasal kuralların belirlenmesi, bu konuda bazı çalışma teknik ve şartnamelerinin hazırlanması ve tek bir yönetim altında yapılacak düzenlemeler, yani belirli bir altyapıdan yararlanma için geçerli olan her şey, kural olarak *AEG* § 14(1) cümle 1 anlamında bir ayrımcılık değildir<sup>140</sup>. Ancak belirli bir hat veya şebekeden yararlanmak için

<sup>135</sup> Bkz. OVG Münster, 28.01.2008, 13 B 2025/07, *Netzwirtschaften und Recht*, 2008, s. 102.

<sup>136</sup> Aynı doğrultuda “görüş” belirten bir karar için bkz. BNetzA, 6. 4. 2009, Az. 10.050-F-08-611, s. 5. Erişim bedelinde indirim ile ilgili olarak aynı şekilde bkz. 12.11.2007 tarihli Karar, Az. 10.030-F07-301, s. 12; Fakat OVG Münster bugüne kadar, gereksiz/sebepsiz eşit muamele durumlarında dahi bir ayrımcılık olabileceği görüşündeydi. Krşl. OVG Münster, 20. 8. 2009, Az. 13 B 922/09, s. 10.

<sup>137</sup> Förster ve Kardetzky 2010, s. 144, Rdnr. 275.

<sup>138</sup> Fakat aksi yönde, ancak kesinleşmemiş bir mahkeme kararı için bkz. VG Köln, 21. 8. 2009, 18 K 2722/07.

<sup>139</sup> Krşl. EuGH, 7. 6. 2005, Rechtssache C-17/03, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2005, s. 697, Nr. 48.

<sup>140</sup> Förster ve Kardetzky 2010, s. 145, Rdnr. 276.

gerekli olan koşulun, bir yararlanıcı tarafından yerine getirilmesi objektif açıdan gerçekten de mümkün değilse, bu durumda da örtülü veya gizli bir ayrımcılıktan söz edilebilir<sup>141</sup>.

Demiryolu taşımacılığında serbestleştirme açısından altyapıya ayrımcı olmayan erişim hakkının sağlanması, sistemin işleyişi ve başarısı açısından belirleyicidir. Fakat ayrımcılığın somut olaylar bağlamında farklı şekillerde de ortaya çıkması her zaman mümkündür. Özellikle konzern yapılanmanın olduğu durumlarda hem altyapıyı işleten, hem de bu altyapıdan yararlanan teşebbüslerin rakip teşebbüsleri rekabet açısından dezavantajlı konuma düşüren ve bu şekilde kendilerine pazarda bir koruma sağlayan davranışlara başvurmaları olasıdır.

Bu nedenle de ayrımcı davranışların sadece açık bir biçimde eşit davranmama şeklinde ortaya çıkması da gerekli değildir. Bazı durumlarda görünüşte şekli anlamda eşit bir davranışa rağmen, gerçekte ise özellikle yabancı teşebbüslere karşı dezavantajlı bir durum ortaya çıkmak suretiyle, başka bir ifadeyle örtülü bir ayrımcılık nedeniyle rekabet fiilen sınırlanabilir<sup>142</sup>. Örneğin bu şekilde bütün altyapı kullanıcılarını eşit etkilemesine rağmen ekonomik açıdan farklı ağırlıkta etkileri ortaya çıkabilen ray ile vagon tekerleri arasındaki teknik uyumsuzluk, altyapı ile sürüş materyali açısından ortaya çıkacak teknik veya mekanik problemler de bu tarz dolaylı ayrımcılık halleridir. Bu konuda somut bir örnek ise, %40 eğimli Frankfurt-Köln bağlantısı, Paris-Brüksel güzergâhından Frankfurt/M.'ne gidecek *Thalys* trenleri için teknik açıdan elverişli olmadığından, engelleyici bir sonuç doğurmuştur<sup>143</sup>.

Öte yandan altyapıdan yararlanma için yüksek ücretler belirlenmesi ve güzergâh dağıtımında sınırlı kapasite nedeniyle yapılan haksız uygulamalar da esasen ayrımcı etkileri olan davranışlardır. Benzer şekilde, farklı iki kullanıcının aynı hat üzerinde, aynı zaman diliminde bir sefer yapmak istemelerine rağmen, sadece bir seferin yapılabildiği veya hattın tek yönlü olması nedeniyle ancak bir trenin seyahat edebildiği durumlarda da aslında örtülü bir ayrımcılık söz konusudur<sup>144</sup>.

Hat kullanımı nedeniyle ortaya çıkan çatışmaların temelinde ise esasen hat kapasitesinin sınırlı olması gerçeği yatmaktadır. Dolayısıyla bir hat üzerinden, belirli bir zaman diliminde ancak bir tane tren seyahat edebilir. Gelecekteki olası

<sup>141</sup> LG Berlin, 12.10.2004, Az. 16 O 465/04 (Kart), IR 2005, s.16-18.

<sup>142</sup> OVG Münster, *Neu Zeitschrift für Verwaltungsrecht-RR*, 2009, s. 920.

<sup>143</sup> Hafner 2011, s. 10.

<sup>144</sup> Hafner 2011, s. 11.



hat kullanımı ile ilgili zaman çizelgelerinin hazırlanmasında, yeni başvurulara karşı daha önceki programda var olanlara öncelik tanınması da ayrımcılık yasağı açısından çeşitli şikâyet ve suçlamalara neden olacaktır. Bu durum karşısında yeni gelen demiryolu taşıma işletmeleri dezavantajlı bir konuma düşebilir. Bu sonuç karşısında özellikle bir demiryolu Konzern'ine bağlı demiryolu taşıma işletmelerinin bu durumdan yararlanacağı veya bu tarz durumlar karşısında rakiplere göre daha avantajlı olacakları da söylenebilir. Örneğin Deutsche Bahn AG ve Deutsche Bahn Netz AG ilişkisinde olduğu gibi<sup>145</sup>. Almanya örneğinde bu konuda bir diğer eleştiri ise Deutsche Bahn Netz AG'nin, Deutsche Bahn-Konzern'in taşımacılık yapan yavru şirketine, rakiplerine ait ticari sırları vermek suretiyle onlara pazarda avantaj sağlanmasıdır. Bu bilgi avantajının olası etkilerinden birisi de, Konzern içinde bulunan ve yük taşımacılığı yapan teşebbüsün, malların taşınması konusunda rakiplerin fiyatlarına rekabetçi fiyatlar ile karşılık verebilmesi ve bu durum karşısında, rakip demiryolu taşıma şirketlerinin müşterilerine verdiği fiyatların daima düşük gerçekleşme tehlikesidir<sup>146</sup>.

Sonuç olarak, sadece altyapıya erişim hakkının sağlanması ile sınırlı veya bu hakkı korumaya odaklı bir yasal düzenleme ve bu yönde bir serbestleştirme stratejisinin, ayrımcı olmayan erişim hakkı karşısında işlevsiz kalma tehlikesi de bulunmaktadır. Altyapıya erişim hakkının yasal anlamda güvenceye kavuşturulması yanında, aynı zamanda bu hakkın kurumsal çerçevesini garantiye alan yapısal değişikliklerin de tamamlanması ve bu anlamda gerekli olan koşulların sağlanması önem kazanmaktadır. Dolayısıyla bu alanda faaliyet gösterebilmek için belki de milyonlarca dolarlık bir yatırım yapan bir girişimci dahi, pazara erişim açısından "politik koşulların" tüm katılımcıları için eşit ve adil olduğu konusunda emin olmak zorundadır.

#### **8.4. Erişim Koşullarının Düzenlenmesi Açısından Yasal Durum**

AEG § 14(1) cümle 1 hükmü altyapıya erişim hakkından yararlanacak olanlara, doğrudan herhangi bir yasal erişim hakkı tanımamaktadır. Ağ erişiminden yararlanmak esasen somut olay bağlamında bu konuda taraflar arasında varılacak bir anlaşmaya istinaden gerçekleşebilir<sup>147</sup>. AEG § 14(6) bu konuda altyapı

<sup>145</sup> MONOPOLKOMMISSION (2007), *Wettbewerbs- und Regulierungsversuche im Eisenbahnverkehr, Sondergutachten der Monopolkommission gemäß § 36 AEG*, Monopolkommission, Bonn, s. 65, Nr. 174-176.

<sup>146</sup> Hafner 2011, s. 13.

<sup>147</sup> Kunz 2006, § 14 AEG, Rdnr. 7.

işleticisi ve erişimden yararlanacak kişi arasında, özel hukuk hükümlerine tabi bir sözleşmenin yapılmasını öngörmektedir. Bu sözleşme aynı zamanda ilgili erişim hakkı bağlamında erişim zamanı, erişim süresi, kullanım bedeli ve diğer altyapı kullanımı ile ilgili sair koşullar yanında altyapı işletim güvenliği ile ilgili koşulları da içermelidir. Dolayısıyla demiryolu altyapısına erişim hakkı bağlamında ortaya çıkan bu hak, ancak somut olayda taraflar arasında altyapının kullanımı konusunda yapılacak tam ve geçerli bir sözleşmesinin kurulması ile mümkündür<sup>148</sup>.

Bununla birlikte, demiryolu altyapı işleticileri ile demiryolu taşıma teşebbüsleri arasında önceden çerçeve anlaşmalar (*Rahmenverträge*) yapılması da mümkündür (AEG §14a). Ancak periyodik olarak hazırlanan hat hareket planını ile belirlenen süreleri aşan çerçeve sözleşmelerin de AEG §14(1) hükmünde öngörülen düzenlemeler çerçevesinde yapılması mümkün olmakla birlikte, beş yılı aşan bir zaman dilimini öngören çerçeve sözleşmeler açısından, AEG § 14a(2) hükmü düzenleyici kurumun onayını öngörmektedir.

Taraflar arasında yapılacak altyapıdan yararlanma sözleşmesi bağlamında, altyapı işleten teşebbüsler öncelikle AEG ve EIBV’de öngörülen düzenlemeler ile bağlıdırlar. Bu konuda getirilen düzenlemeler aslında sözleşme serbestisi ilkesi bakış açısıyla da değerlendirilebilir. Her iki yasal düzenleme açısından da sadece belirli birkaç nokta ile ilgili hükümlere yer verilmiştir. Bunlar özellikle altyapı kullanım koşullarının içeriği ve bunların düzenlenmesinden oluşmaktadırlar. Bu nedenle de demiryolu altyapısına erişim hakkının kullanılması kapsamında AEG ve EIBV’de yer alan hükümler bu konuda nihai veya kesin düzenleyici kurallar olarak anlaşılmalıdır. Dolayısıyla ilgili düzenlemeler dışında kalan alanlarda altyapı işletim teşebbüslerinin, genel anlamda sözleşme özgürlüğü ilkesi ve sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğü ile bağlı oldukları söylenebilir<sup>149</sup>.

OVG Münster bir kararında, altyapı işleten teşebbüsler ile erişimden yararlanmak isteyen teşebbüsler arasındaki sözleşme ilişkilerine genel özel hukuk kurallarının uygulanmasını ancak AEG ve EIBV’de bu konuda özel hükümler bulunmama koşuluyla kabul etmektedir. Bu şu anlama gelmektedir; bu tarz sözleşmesel ilişkiler açısından, BGB §§ 273, 320 anlamında hizmet sunmayı reddetme hakkı bulunmaktadır. Bu bağlamda demiryolu altyapı işletenleri, daha önce hattın kullanımı nedeniyle ortaya çıkan ve ödenmeyen alacakları için bu kapsamda aynı zamanda bir hapis hakkı nedeniyle de hizmetin ifasından

<sup>148</sup> Förster ve Kardetzky 2010, s. 148, Rdnr. 282.

<sup>149</sup> Förster ve Kardetzky 2010, s. 149, Rdnr. 283.

kaçınabilirler<sup>150</sup>. Bu olay açısından da bir demiryolu taşıma şirketine, geçmiş dönem borçları nedeniyle altyapı hizmeti sunulmamıştı. OVG Münster, DB Netz AG'nin geçmiş dönem borçları nedeniyle taşıma şirketine hizmet vermeyi reddetme hakkı bulunduğu karar verdi. Aslında bu durum BGB § 242'de ifadesini bulan dürüstlük kuralına dayanmaktadır. Dolayısıyla sözleşmeye bağlı kalan taraf, aynı zamanda sözleşmenin karşı tarafının da ilgili sözleşmeye bağlı kalacağı hususunda ona güvenmelidir<sup>151</sup>. Somut olayda Mahkeme bu konuda özel hukuk genel kurallarının geçerliliğini de, şayet bunlar sektöre özgü düzenleyici hükümler tarafından açık ve net bir şekilde bertaraf edilmemişlerse, kabul etmiş oldu. Burada yeri gelmişken vurgulamak gerekir ki, bu konuda özel hukuk genel kurallarının uygulanmasını red veya bertaraf eden bu tarz spesifik bir düzenleme ne AEG ne de EIBV'de yer almamaktadır.

Öte yandan demiryolu altyapı işleticisi, önceden belirlediği altyapıdan yararlanma koşulları çerçevesinde, altyapıya erişim hakkından yararlanacak olan teşebbüsten güvenlik ile ilgili bazı hususların da yerine getirilmesini talep edebilir. Bu durumda demiryolu taşıma şirketi söz konusu güvenlik koşullarını yerine getirmediği sürece, altyapı işleticisi, hattı ilgili teşebbüse kullandırmaktan kaçınabilir. Burada da altyapının kullanılması çerçevesinde sözleşmenin kurulması konusunda örnek kabilinde sayılan hükümler yanında, özel hukuk alanında sözleşmenin kurulması aşamasında icap ve kabul ile sözleşmenin sona ermesi bakımından geçerli olan özel hukuk genel hükümleri de geçerliliğini koruyacaktır<sup>152</sup>.

### 8.5. Altyapı Erişim Ücretleri

AEG § 14(1) ve yine AEG § 14 (4) ve (5) altyapı kullanım koşulları bağlamında ödenecek ücretler ile ilgili hükümler içermektedir. Bu düzenlemeler ilgili yönetmelik (EIBV) ile de somutlaştırılmıştır. Demiryolu altyapısının değişik kategorileri için farklı düzenlemeler söz konusudur. Burada yasa koyucu hat işletmecisi için geçerli olan ücretler (*Entgelte der Betreibers der Schienenwege*, “*Trassenpreise*”) ile diğer demiryolu altyapı işletenleri için geçerli olan kurallar arasında bir ayrıma gitmiştir<sup>153</sup>.

<sup>150</sup> OVG Münster, 16. 2. 2006, Az. 20 B 758/05, *Wirtschaft und Wettbewerb*, WuW/E DE-R, s.1673.

<sup>151</sup> OVG Münster, 16. 2. 2006, Az. 20 B 758/05, *Wirtschaft und Wettbewerb*, WuW/E DE-R, s.1673.

<sup>152</sup> Förster ve Kardetzky 2010, s. 150, Rdnr. 285.

<sup>153</sup> STAEBE, E. (2010), “Infrastrukturnutzungsentgelte”, T.Schmitt ve E. Staebe (der), *Einführung in das Eisenbahn-Regulierungsrecht* içinde, s. 209, Rdnr. 424. Bu konuda daha ayrıntılı bir çalışma için bkz. KÜHLING, J., G. HERMEIER ve U. HEIESHOFF (2007), *Entgeltregulierung im Eisenbahnrecht*, Münster, s. 5.

Hatlardan yararlanma ile ilgili koşullar AEG § 14(4)'te yer almaktadır. Buna göre, demiryolu hatlarını işleten teşebbüs, bu hatlardan yararlanmak isteyenlerin ödemesi gereken ücretleri başta AEG § 26(1) Nr. 6-7 ve EIBV'de yer alan koşullar çerçevesinde belirleyebilir. Öte yandan belirlenen ücretler günün koşullarına göre, gerektiğinde her zaman gözden geçirilebilir. Belirlenecek olan bu ücretin, hat işleticisinin toplamda en azından bu hizmeti sağlarken yerine getirmesi gereken yükümlülükler için gereken masrafları karşılamaya yetecek düzeyde ve trenlerin işletilmesi sonucu doğrudan oluşacak maliyetler de dikkate alınarak pazar koşullarında ulaşılabilir nitelikte ek bir gelir olması da gerekir. Esasen bu fiyat düzenlemesi bağlamında, işletici açısından ücret ayrımcılığı yasağına uymak ve AEG § 14(4) cümle 2 - 4'e ve EIBV §§ 20-23 arasındaki düzenlemelere uymak koşuluyla bir "düzenleme serbestisi"nden dahi söz edilebilir<sup>154</sup>.

AEG § 14(4) cümle 2'ye göre işletmeci, işletim nedeniyle ortaya çıkan doğrudan artışları bu maliyetlere yansıtabilir. Bu anlamda farklı ulaştırma hizmetleri kapsamında (örneğin yakın ve uzak mesafe yolcu taşımacılığı, yük taşımacılığı gibi) veya farklı pazar bölümlerine göre, bu taşımacılık hizmetleri çerçevesinde bir fiyat farklılaştırmasına gidilebilir. Fakat bu konuda her durumda dikkat edilmesi gereken asıl husus, bu durumun özellikle sınır aşan yük taşımacılığı ve farklı ulaştırma hizmetleri bağlamında taşımacılık alanında rekabet yeteneğini sınırlamamasıdır<sup>155</sup>. AEG § 14(4) cümle 3 kapsamında dikkat edilmesi gereken bir diğer konu ise, pazar bölümlerine göre yapılacak bu fiyat farklılaştırması sonucu ortaya çıkan yararlanma ücretlerinin, her durumda demiryolu taşımacılığının doğrudan bir gereği olarak ortaya çıkan maliyetleri aşamayacağıdır.

Yasal düzenlemelerin tamamlanması bağlamında kanun koyucu, EIBV §§ 20-23 arasında da erişim ücretleri konusunda başka düzenlemelere de yer vermektedir. EIBV § 21(1)'e göre, taşımacılığının çevresel etkileri, belirlenecek bu erişim ücretleri maliyetlerine kısmen yansıtılabilir. Öte yandan EIBV § 21'e göre, bir ulaşım hizmeti diğer ulaşım hizmetleri karşısında yüksek maliyetlere neden oluyorsa, bu maliyetler sadece bu taşıma hizmeti için dikkate alınır. Servis hizmetleri işleticisi ücretleri için öngörülen kurallar AEG § 14(5)'te yer almaktadır. Buna göre kullanım ücretleri bir yandan da erişim hakkı sahibinin pazarda rekabet olanaklarını kısıtlamamalıdır. Diğer yandan ise bu ücretler

<sup>154</sup> Staebe 2010, s. 209, Rdnr. 424.

<sup>155</sup> Staebe 2010, s. 209, Rdnr. 425.

ayrımcılık yapılmadan tahsil edilmelidir. Erişim ücretleri hakkındaki kuralların uygulanması ve yorumlanması konusunda öğretilerde bir görüş birliği yoktur<sup>156</sup>.

Öte yandan uygulamada bu konuda somut yasal standartlara ulaşılması ve bu şekilde pazarda etkin bir kontrolün de sağlanması yönünde gittikçe artan bir talep söz konusudur. Demiryolu sektörü şu anda halen diğer şebeke ekonomileri tarafından da yıllardır yakından ve dikkatle izlenen bir gelişme içindedir. Son zamanlarda BNetzA çeşitli vesilelerle DB Station&Service AG'nin istasyon fiyatlandırma sistemi<sup>157</sup> ve DB Netz AG'nin de hat/güzergâh kullanım ücret sistemini (*Trassenpreissystem*)<sup>158</sup>, bu sistemlerin münferit unsurlarının özelliklerini de dikkate almak suretiyle incelemeye almıştır<sup>159</sup>. Bu konuda taraflar arasında kapsamlı bir uzlaşma ve yasal düzenlemeye ulaşılması hedeflenmektedir<sup>160</sup>. BNetzA'nın 2009 Faaliyet Raporu'nda, altyapı erişim hakkı konusundaki düzenlemelerin Kurum'un en önemli faaliyet alanı olduğu vurgulanmıştır. Özel hukuk alanıyla ilgili birçok uyuşmazlık bağlamında hukuk mahkemeleri demiryolu altyapısına erişim ile ilgili düzenlemeleri ve bu alandaki yasal kontrolün hukuka uygunluğunu AEG ve EIBV yanında, BGB ve GWB açısından da değerlendirmektedirler<sup>161</sup>. Tartışmalı yasal düzenlemeler dikkate alındığında, tartışmalı hususlar yeniden değerlendirilmek suretiyle, bu konuda daha açık ve net düzenlemelere gidilmesi gerektiği savunulmaktadır<sup>162</sup>. Bu reform çalışmalarında, halen mevcut yasal düzenlemeler bağlamında ortaya çıkan önemli tartışma noktalarının açıklığa kavuşturulması da gerekmektedir. Aksi

<sup>156</sup> Bkz. STAEBE, E. (2006), "Grundfragen der Trassenpreisregulierung nach der dritten AEG-Novelle", *Wirtschaft und Wettbewerb*, No:5, s. 492.; KOENIG, C., A. NEUMANN ve M. SCHELLBERG (2006), "Neue Spielregeln für den Zugang zur Eisenbahninfrastruktur als Voraussetzung für chancengleichen Wettbewerb auf der Shiene", *Wirtschaft und Wettbewerb*, No:2, s. 139.; Gersdorf 2004, s. 577 vd.

<sup>157</sup> BNetzA, 10.12.2009 tarihli karar, Az. 705-07 038 – Stationspreissystem der DB Station&Service AG. BNetzA bu kararı ile DB Station & Service AG'nin 2010 yılı için belirlediği ücretlerin geçersiz olduğuna karar vermiştir.

<sup>158</sup> BNetzA, 10.03.2009 tarihli karar, Az. 10.050 F 07-607 – Trassenpreissystem der DB Netz AG.

<sup>159</sup> BNetzA, Az. 10.010 F 08-801 – Regionalfaktoren; Az. 10.050 F 08-901 – Stornierungsentgelte.

<sup>160</sup> Bkz. Özellikle BNetzA, 10. 12. 2009 tarihli Karar, Az. 705-07 038 –Stationspreissystem. Benzer şekilde 6. 4. 2009 tarihli Karar, Az. 10.050 F 08-611 – Minderungsregeln. Bu kararlara; <http://www.bundesnetzagentur.de/media/archive/16061.pdf>, adresinden ulaşılabilir. AyrıcaVG Köln, 16. 6. 2009, Az. 18 L 637/09, *Netzwirtschaften und Recht*, 2009, s. 272-276 ve OVG Münster, 20. 8. 2009, Az. 13 B 922/09.

<sup>161</sup> Bu konuda bkz. BREDT, S. (2009), "Zivilgerichtliche Prüfung von Eisenbahninfrastrukturnutzungsentgelten", *Netzwirtschaften und Recht*, 2009, No:4, s. 235-236.

<sup>162</sup> KÜHLING, J. (2009), "Die Zukunft der Eisenbahntgeltregulierung", *Netzwirtschaften und Recht*, No:1, s.36.

takdirde gelecekte ortaya çıkacak düzenlemelerin dahi, halen mevcut düzenlemeler bağlamında yaşanan sorunlarla ilgili bir çözüm getirememe tehlikesi ile karşı karşıya olduğu belirtilmektedir<sup>163</sup>.

## 9. SEKTÖREL DÜZENLEYİCİ KURUMLAR İLE REKABET OTORİTELERİNİN İLİŞKİLERİ

### 9.1. Sektöre Özgü Düzenleyici Kurumlar

#### 9.1.1. Düzenleyici Makam Olarak *Bundesnetzagentur*

Almanya’da demiryolu taşımacılığı pazarındaki düzenleyici kurumların görev ve yetkileri AEG § 14 vd hükümlerinde düzenlenmiştir. Daha önceleri *Eisenbahn-Bundesamt*’a bağlı olan düzenleyici kurumların görev ve yetkileri 1 Ocak 2006 tarihi itibarıyla *Bundesnetzagentur* (*BNetzA*)’a geçmiştir. Dolayısıyla demiryolu taşımacılığı sektöründe düzenleyici makam, şebeke özelliği olan elektrik, gaz, telekomünikasyon ve posta gibi sektörlerde olduğu gibi, BEVVG § 4(1) hükmüne göre *BNetzA*’dır. Özerk bir idari kurum olan *BNetzA*’nın merkezi Bonn’da olup, ilişkili olduğu bakanlık ise Federal Ulaştırma, İnşaat ve Kentsel Gelişim Bakanlığıdır. Kurum idari açıdan ise Federal Ekonomi ve Teknoloji Bakanlığına bağlıdır. *BNetzA* esas işlevi regüle edilen sektörlerde etkin bir rekabetin sağlanması konusunda gerekli gözetim ve denetimi sağlamaktır. Demiryolu taşımacılığı alanında ise bu görev ve yetkiler öncelikle demiryoluna ayrımcı olmayan bir erişimin sağlanması olarak ortaya çıkmaktadır.

Düzenleyici makamın demiryolu taşımacılığı alanındaki en önemli görevi şüphesiz araştırma konusundaki yasal düzenlemelerin etkin uygulanmasını denetlemektir. Bununla birlikte düzenleyici makam, AEG §§ 34 ve 35’te yer alan hükümler bağlamında özellikle altyapıya erişim konusundaki sorunlarda diğer yetkili kurumlarla ve GWB hükümlerine göre oluşturulan tek el komisyonu (*Monopolkommission*)<sup>164</sup> ile istişare ve işbirliği içinde bulunmakla

<sup>163</sup> Staebe 2010, s. 209, Rdnr. 428.

<sup>164</sup> *Monopolkommission* rekabet politikası ve düzenleme (regülasyon) konusunda federal hükümet için danışmanlık yapan bağımsız bir kuruldur. Kurul’un beş üyesi federal hükümetin önerisi ve federal cumhurbaşkanı tarafından atanmaktadır. Kurul’un görev alanı konusundaki bilgilendirme yükümlülükleri GWB § 44’te düzenlenmiştir. Öte yandan AEG § 36 hükmüne göre de enerji ve telekomünikasyon pazarlarında olduğu gibi, demiryolu taşımacılığı pazarında da her iki yılda pazarın durumu konusunda özel bir uzmanlık raporu yayınlamakla yükümlüdür. Bu şekilde demiryolu pazarında mevcut durumun belirlenmesi yanında, rekabetin gelişimi konusundaki olası tahminlerin yapılması da mümkündür. Özellikle de AEG §1 hükmü ile demiryolu taşımacılığı için öngörülen etkin ve bozulmamış bir rekabetin sağlanması hedefi daha somut bir şekilde değerlendirilecektir. Raporun bir diğer yararı ise demiryolu pazarında rekabet politikası

yükümlüdür<sup>165</sup>. Öte yandan *BNetzA*'nın düzenleyici makam olarak görevli olduğu posta ve telekomünikasyon pazarlarından farklı olarak, demiryolu taşımacılığı pazarında simetrik bir regülasyon söz konusudur. Başka bir ifadeyle, tüm kamu demiryolu altyapı teşebbüsleri de pazar konularından bağımsız olarak, *BNetzA* tarafından yapılan regülasyona tabidirler<sup>166</sup>.

Düzenleyici makamın demiryolu taşımacılığındaki diğer görevleri ise AEG § 14b ve devamındaki hükümlerde yer alan ve özellikle demiryolu altyapısına erişim konusundaki hükümlerin uygulanmasını gözetmektir. Bu kapsamda hat yararlanma çizelgeleri ve bununla bağlantılı güzergâh tahsisi konusunda ortaya çıkan sorunlar açısından da nihai karar merciidir. Aynı zamanda AEG §§ 14 ve 14f hükümleri kapsamında altyapı ve servis hizmetlerine erişim yanında, ücretlendirme konusundaki esaslar ve belirlenen ücretlerin düzeyi gibi kullanım koşulları açısından da düzenleyici makamdır<sup>167</sup>. Düzenleyici makam bu anlamda AEG § 14(2) 2 hükmünde belirtilen durumlarda demiryolu altyapısına erişim konusunda belirlenen ücret ve yararlanma koşullarını inceleme ve uygun bulmadığı durumlarda bunları reddetme hakkına da sahiptir.

Düzenleyici makam *BNetzA* demiryolu erişimi konusundaki sorunlarda aynı zamanda Almanya genelinde yetkili bir kurumdur. Bu anlamda federal hükümete ait demiryollarına erişim konusunda olduğu gibi, federal yapıya ait olmayan demiryolları konusunda da düzenleyici kurum olarak yetkilidir<sup>168</sup>. Bununla birlikte düzenleyici kurumun ilişkili olduğu bakanlığın aynı zamanda Deutsche Bahn AG yönetiminde de söz sahibi olması tartışmalı bir durum olarak değerlendirilmiştir. Çünkü federal bir kurum olan Deutsche Bahn AG aynı zamanda konzerne bir yapı olup, bünyesinde demiryolu taşımacılığı faaliyeti yürüten teşebbüsler yanında altyapı işleticisi olan teşebbüsler de bulunmaktadır. Dolayısıyla finansal açıdan hak sahibi olan federal yönetim açısından Deutsche Bahn AG'nin ekonomik olarak iyi durumda olması konusunda çıkarları da

---

konusundaki mevcut sorunlar ve yasal düzenlemelerin uygulanması açısından daha yerinde değerlendirmelere olanak tanınmasıdır. Bkz. SCHMITT, T. (2010), "Behördliches und gerichtliches Verfahren, T.Schmitt ve E. Staabe (der), *Einführung in das Eisenbahn-Regulierungsrecht* içinde, s. 299, Rdnr. 619.

<sup>165</sup> Schmitt 2010, s. 294, Rdnr. 605; Hafner 2011, s. 158.

<sup>166</sup> [http://www.bundesnetzagentur.de/cln\\_1931/DE/Sachgebiete/Eisenbahnen/eisenbahnen\\_node.html;jsessionid=77308F8376749D55E1DAB14F2036E6B5](http://www.bundesnetzagentur.de/cln_1931/DE/Sachgebiete/Eisenbahnen/eisenbahnen_node.html;jsessionid=77308F8376749D55E1DAB14F2036E6B5), Erişim Tarihi: 30.12.2012.

<sup>167</sup> Staabe 2010, s. 261, Rdnr. 536-537.

<sup>168</sup> Schmitt 2010, s. 295, Rdnr. 608.

bulunmaktadır<sup>169</sup>. Bu durum diğer rakip teşebbüsler ile olan ilişkiler açısından sorunlu bir husus olmaktadır.

### 9.1.2. Denetim ve Gözetim Makamı Olarak *Eisenbahn-Bundesamt*

Alman hukukunda demiryolu taşımacılığında sektöre özgü denetim ve gözetim makamı ise *Eisenbahn-Bundesamt* olup, AEG § 14b Nr.1 hükmü ise denetim ve gözetim makamının görev alanını düzenlemektedir. Denetim makamı öncelikle demiryolu taşımacılığı alanındaki yasal düzenlemelerin ve bu anlamda da özellikle AEG hükümlerinin uygulanmasını gözetlemekle yükümlüdür. Bir diğer önemli görevi ise demiryolu taşımacılığı pazarında faaliyet göstermek isteyen teşebbüsler için gerekli olan ruhsat veya yetki belgelerini düzenlemektir. *Eisenbahn-Bundesamt* BEVVG<sup>170</sup> § 2(1) hükmüne göre özerk bir federal üst kuruluş olup, idari açıdan ise Federal Ulaştırma, İnşaat ve Kentsel Gelişim Bakanlığına bağlıdır. *Eisenbahn-Bundesamt* demiryolu taşımacılığı alanında aynı zamanda eyalet düzenleyici kurumlarının da üst kuruluşu olan bir sektöre özgü denetim ve gözetim makamı konumundadır<sup>171</sup>.

Hem federal hem de eyalet düzenleyici kurumlarının önemli görevlerinden bir diğeri ise demiryolu taşımacılığı pazarını ortaya çıkarabilecek rekabet karşıtı davranışlara karşı korumak ve demiryolu taşımacılığı faaliyetleri açısından tehlike arz eden bu tarz müdahaleleri soruşturmadır (Bkz. AEG §5 paragraf 2 cümle 2). Öte yandan düzenleyici kurumların özellikle de demiryoluna erişim konusunda dikkat edecekleri bazı hususlar AEG § 14b(1)'de yer almıştır. Bunlar özellikle demiryolu altyapısına erişim hakkı bağlamında güzergâh tahsisi için gereken koşulları da içeren ağ ulaşım planları, zorunlu yükümlülükler de dahil olmak üzere güzergah tahsisi konusunda verilen kararların denetlenmesi, bu konuda gerekli yükümlülükler de dahil olmak üzere demiryolu altyapısı hizmet

<sup>169</sup> Bu durumda olası bir tehlike ise ilgili bakanlığın düzenleyici kurum üzerinde DB AG Konzern'e bağlı demiryolu taşıma teşebbüslerinin tercih edilmesi yönünde yönlendirici davranışlarda bulunmasıdır. Böyle bir davranış ise rakip teşebbüsler, yani Deutsche Bahn AG'ye bağlı demiryolu teşebbüsleri ile rekabet halinde olan diğer teşebbüsler açısından bir anlamda ayrımcılık olacaktır. Bkz. KÜHLING, J. ve A. ERNERT (2006), "Das neue Eisenbahnwirtschaftsrecht – Hochgeschwindigkeitstrasse für den Wettbewerb?", *Neu Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, No:1, s. 38.

<sup>170</sup> *Bundeseisenbahnverkehrsverwaltungsgesetz*.

<sup>171</sup> AEG § 5(1a) Nr.1 hükmüne göre, demiryolu taşımacılığı konusundaki görev ve yetkilerini *Eisenbahn-Bundesamt*'a henüz devretmemiş olan eyalet düzenleyici kurumları varlığını koruyacaktır. Bu istisnai hükümden yararlanan eyaletler ise Berlin, Hamburg ve Niedersachsen olarak belirtilmiştir. Bkz. Schmitt 2010, s. 296, Rdnr. 610; Ende ve Kaiser 2004, s. 33.



tesislerine erişim hususu, yararlanma koşulları, ücretlendirme konusunda esaslar ile ücretlerin düzeyi ile birlikte sınır aşan yolcu taşımacılığı hizmetleri için teşebbüslerin erişim haklarının gözetilmesidir<sup>172</sup>.

## 9.2. Sektör Düzenleyici Kurumun Rekabet Otoriteleri İle İşbirliği

AEG § 14b(2) hükmüne göre, kartel makamlarının (*Kartellbehörden*)<sup>173</sup> Alman Rekabet Kanunu (GWB) kapsamında sahip oldukları görev ve yetkiler açısından herhangi bir değişiklik veya sınırlama söz konusu değildir<sup>174</sup>. Bu durum karşısında, kartel otoritelerinin bu alanda sahip oldukları görev ve yetkiler açısından, demiryolu taşımacılığına özgü düzenleyici hükümlerle herhangi bir sınırlama getirilmediği sürece, başka bir sınırlamanın da söz konusu olmadığı sonucu ortaya çıkmaktadır<sup>175</sup>.

Öte yandan demiryolu gözetim ve denetim kurumu (*Eisenbahn-Bundesamt*) yanında, kartel otoriteleri ile birlikte Telekomünikasyon Yasası ve Enerji Yasasına göre oluşturulan düzenleyici makamlar da, ilgili sektörde kendi görevlerini yerine getirirken önemli konularda sahip oldukları bilgileri karşılıklı olarak paylaşmak suretiyle işbirliği halinde çalışacaklardır. Sektörel düzenleyici kurumlar özellikle de AEG § 14b (2) cümle 2 hükmünde yer alan ve demiryolu altyapı teşebbüsleri için yasaklanan ayrımcı veya kötüye kullanma nitelikli davranışlar bağlamında verilecek kararlar hakkında, karşılıklı olarak birbirlerini bilgilendirmek zorundadırlar. Bu şekilde ilgili düzenleyici kurumun başlattığı soruşturma süreci tamamlanmadan önce, ilgili makamlar AEG§ 14b (2) cümle 4 hükmüne göre karşılıklı olarak görüş bildirme fırsatı tanınmalıdır<sup>176</sup>.

Sektörel düzenleyici kurumlar için getirilen bu bilgi değişimi yükümlülüğü, farklı sektörlerde faaliyet gösteren kurumlar arasında, rekabet hukuku açısından yeknesak kararlar verilmesi ve bu şekilde birbiriyle zıt veya tamamen çelişen kararların önüne geçilmesi bakımından önem kazanmaktadır<sup>177</sup>. Bu durum sadece düzenleyici kurumlar ve rekabet otoritelerinin sorumlulukları açısından da

<sup>172</sup> Schmitt 2010, s. 296, Rdnr. 611.

<sup>173</sup> GWB § 48/1 hükmü, kartel makamlarının, Federal Kartel Otoritesi (*Bundeskartellamt*), İktisat Bakanlığı ve eyalet hukuklarına göre ilgili eyaletlerin bu konuda yetkili olan en üst mercileri olduğunu belirtmektedir.

<sup>174</sup> Hohmann 2001, s. 357.

<sup>175</sup> Schmitt 2010, s. 297, Rdnr. 613.

<sup>176</sup> Ancak kanun koyucu, kurumlar arasındaki bu karşılıklı bilgilendirme yükümlülüğünü düzenlerken, bu konuda bilgilendirmenin muhatabı makam konusunda, şekli anlamda zorlayıcı bir görüş veya düşünce belirlemekten kaçınmıştır. Bkz. Hermes ve Sellner 2010, AEG § 14e, Rdnr. 33.

<sup>177</sup> Schmitt 2010, s. 297, Rdnr. 613.

geçerli değildir. Çünkü demiryolu düzenleme ve gözetim makamlarının ayrıştırma düzenlemeleri konusundaki sorumlulukları nedeniyle ortaya çıkan tehlike, benzer olgular konusunda erişim denetimi veya gözetimi konusunda düzenleyici makamların hem de AEG §§ 9, 9a hükmüne göre demiryolu düzenleyici makamını ilgilendiren bir durumun ortaya çıkmasıdır. AEG § 14b(2) cümle 2-4 arasında yer alan bu bilgi değişimi yükümlülüğünün temelinde de, düzenleme ve denetim makamları açısından ortaya çıkabilecek ve bir anlamda çift başlı bir düzenleme nedeniyle etkin olmayan sonuçlara yol açmaktan kaçınma düşüncesi bulunmaktadır<sup>178</sup>.

Öte yandan Federal Ağ/Şebeke Kuruluşu (*BNetzA*) ve Federal Demiryolu Kurumu (*Eisenbahn-Bundesamt*)'nun AEG § 14b(3) hükmüne göre, AB'deki diğer düzenleyici kurumlar ile de bilgi değişimi kapsamında yasal yükümlülükleri bulunmaktadır. Bu kurumlar kendi çalışmaları, bu konuda verdikleri kararların gerekçesi ve somut olaylardaki uygulamaları konusunda sahip oldukları bilgileri de ilgili makamlara iletmek zorundadırlar. Böyle bir bilgi paylaşımı gerekliliği, diğer düzenleyici kurumların başvuru veya taleplerinden bağımsız düzenlenmiştir. Bununla birlikte somut kararlar açısından bu tarz bir bilgilendirme yükümlülüğü öngörülmemiştir. Bu düzenleme aynı zamanda ilgili kurumlar arasında bilgi değişiminde bir süreklilik sağlanmak suretiyle, AB uygulamasında ortaya çıkan kararlar arasında bir eşgüdüm sağlamayı da hedeflemektedir<sup>179</sup>.

## 10. REKABET AÇISINDAN SORUNLAR

Demiryolu taşımacılığının serbestleştirilmesi açısından belirleyici olan altyapıya ayrımcı olmayan erişim hakkı konusunda asıl sorun, daha önceleri kendi hatlarını münhasır kullanan kamusal nitelikli teşebbüslerin şimdi rekabet ortamında kendi hatlarından yararlanılmasına göz yummak zorunda kalmalarında yatmaktadır. Daha önceleri dikey bütünleşik bir yapının olduğu bu alanda hem demiryolu altyapısını hem de demiryolu taşımacılık hizmetlerini sağlayan teşebbüs veya daha genel bir ifadeyle Konzern'ler, genellikle rakip teşebbüslerin de bu alana girmelerini sağlamak ve bu anlamda rekabet ortamında faaliyet göstermek konusunda genellikle pek istekli davranmayacaklardır. Aksi yönde bir davranış aslında onların çıkarlarına da uygun olmadığından, rekabet baskısı karşısında bu normal bir davranış olarak da değerlendirilebilir. Çünkü rekabet hukuku açısından bakıldığında her teşebbüs pazarda rakiplerine göre önde veya üstün

<sup>178</sup> Schmitt 2010, s. 297, Rdnr. 613.

<sup>179</sup> Hermes ve Sellner 2010, AEG § 14e, Rdnr. 33.

olmak ister. Bu anlamda hem altyapı üzerinde hak sahibi olan hem de bu altyapıyı bizzat işleten bu teşebbüslerin varlığı nedeniyle ortaya çıkan bir diğer sorun ise rakip diğer demiryolu teşebbüslerine karşı, kendi münhasır taşıyıcı olma konumunu devam ettirmek için ayrımcı davranışlara başvurmaktır<sup>180</sup>.

Öte yandan ayrımcı davranışlar doğrudan fiyat veya altyapı kullanımından kaynaklanabileceği gibi dolaylı olarak teknik veya diğer altyapıya özgü farklılıklardan da kaynaklanabilirler. Almanya örneği açısından bakıldığında, ortaya çıkan belli başlı rekabet sorunları bazı somut olaylar açısından değerlendirilebilir.

### 10.1. Yüksek Erişim Ücretleri

Demiryolu taşımacılığı alanında ortaya çıkan rekabet ihlalleri farklı olmakla birlikte bu ihlallerden en önemlisi şüphesiz altyapı işleticileri tarafından rakip teşebbüsler için belirlenen yüksek erişim ücretleridir. Bu durum ilgili pazarda etkin bir rekabetin gerçekleşmesi önünde ciddi bir tehlike oluşturmaktadır. Özellikle Konzern tarzı bir yapılanmanın olduğu durumlarda, altyapıyı işleten ve Konzern içinde yer alan teşebbüsün güzergâh ücretlerini yüksek belirlemesi rakiplerin rekabet yeteneklerini önemli ölçüde azaltmak suretiyle pazarda rekabeti de esaslı şekilde sınırlayabilir. Bu anlamda ayrımcı nitelikli davranışların veya bu yöndeki çabaların genellikle güzergâh veya hat kullanımı konusunda ortaya çıktığı da söylenebilir<sup>181</sup>.

1999 yılı Ekim ayında Federal Rekabet Otoritesi (*BKartA*) Deutsche Bahn AG'ye karşı, kendi kuruluşu olan DB Netz AG'nin yüksek erişim fiyatları nedeniyle soruşturma başlattı. *BKartA*'a göre, demiryolu altyapı yönetmeliğinin yürürlüğe girmesi ile yenilenen erişim ücretleri hattın kullanımı ile kazanılan indirim sistemi nedeniyle Deutsche Bahn Konzern içinde yer alan ve DB Netz AG'nin "kardeş nakliye şirketine" yaramaktaydı. Bu sonuç ayrımcılık ve engelleyici nitelikte bir kötüye kullanma davranışı konusundaki şüphelerden kaynaklanmaktaydı. Bu yaklaşım aynı zamanda altyapıya ayrımcı olmayan bir erişim açısından, demiryolu taşımacılık faaliyeti ile altyapı işletiminin ayrıştırılmasının önemi açısından da geçerlidir. 2000 yılının sonuna kadar *BKartA* ve *Eisenbahn-Bundesamt* tarafından yüksek ücretler veya diğer engelleyici davranışlar ile altyapıya erişim hakkının engellenmesi konusunda en az sekiz adet soruşturma açılmıştır<sup>182</sup>. Daha sonra 2001 yılı hat ücretleri

<sup>180</sup> Hafner 2011, s. 10; Ende ve Kaiser 2004, s. 35.

<sup>181</sup> Hafner 2011, s. 13.

<sup>182</sup> Ende ve Kaiser 2004, s. 35.

konusunda da, ayrımcı etkileri nedeniyle yapılan şikâyetler karşısında mahkemeler birçok defa bu tarz fiyat tespitlerini ayrımcılık olarak değerlendirdiler<sup>183</sup>.

Uygulamada gözlenen bir diğer sorun ise, DB Netz AG tarafından, Deutsche Bahn Konzern'e dahil olanlar ile diğer bütün demiryolu taşıma teşebbüslerine karşı, şekli anlamda dahi olsa, tam bir eşit davranma olgusunun gerçekleşmemesidir. Bu anlamda örneğin 1998 yılı hat fiyatları üzerinden sağlanan ve indirim hak kazanmanın hattan yararlanma oranına bağlı olduğu miktar indirimlerini kazanabilmek için, gerekli olan yararlanma oranlarına sadece Deutsche Bahn Konzern'e bağlı demiryolu taşıma şirketleri ulaşabildi<sup>184</sup>.

## 10.2. Bağlama Uygulamaları

Almanya örneği açısından, demiryolu taşımacılığında serbestleştirme sürecinde geçen zaman diliminde sık sık ortaya çıkan bir diğer sorun ise Deutsche Bahn AG ve yakın mesafe banliyö taşımacılığı konusunda yükümlü olan Federal Devletler (*Bundesländern*) arasında ortaya çıkan ve rekabet hukukunda “bağlama uygulamaları” (*tying, Kopplungsgeschäfte*) olarak da tanımlanan ve genellikle rekabet karşıtı etkileri olan davranışlardır<sup>185</sup>. Deutsche Bahn AG, Federal Devletlerin taşımacılık hizmetlerini rakip teşebbüsler yerine kendi hukuki bütünlüğü içindeki taşımacılık şirketlerinden almaları halinde, gerekli altyapı yatırımlarına hazır olduğunu belirtiyordu. Deutsche Bahn AG entegre bir teşebbüs olmanın verdiği ve rakip teşebbüslerin sahip olmadığı pazar gücü ve büyük işletme avantajlarını rakiplerine karşı bir baskı aracı olarak kullanabiliyordu. Bu durum karşısında ilgili eyaletler bu hizmetleri Deutsche Bahn AG'den almayı tercih ettiklerinden, rakiplerin dışlanması sonucunda alternatif hizmet sunan teşebbüs sayısının yokluğu veya yetersizliği nedeniyle pazarda etkin bir rekabetin gerçekleşmesi de zorlaşmaktadır.

Öte yandan uygulamada ortaya çıkan sorunlar, kısmen de olsa DB-Konzern ile ilgili yapısal sorunlardan kaynaklanmakla birlikte, DB-Konzern'in aslında genelde ayrımcılık potansiyeli olmayan bir entegrasyon olarak da yönetilmesinin mümkün olduğu şeklinde görüşler de savunulmuştur<sup>186</sup>. Örneğin “Elektrik, Gaz,

<sup>183</sup> Bu yönde bazı mahkeme kararları için bkz. LG Berlin, 9.8.2005 tarihli karar, Az: 102 O 19/05 (Kart); OLG Düsseldorf, 07.02.2007 tarihli karar, Az: VI-U (Kart) 3/06, IR, 2007, s. 91-92; OLG Frankfurt/a.M., 10.10.2006 tarihli karar, Az: 11 U 46/05 (Kart).

<sup>184</sup> Hafner 2011, s. 14. Ayrıca bkz. Ende ve Kaiser 2004, s. 35.

<sup>185</sup> Bu konuda daha ayrıntılı değerlendirmeler için ayrıca bkz. Hafner 2011, s. 239-240.

<sup>186</sup> Hafner 2011, s. 14.

Telekomünikasyon, Posta ve Demiryolu Federal Ağ Kuruluşu” (*Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahn*) bu türden ayrımcı uygulamaları tespit ederken aynı zamanda Deutsche Bahn AG’nin yavru şirketi Deutsche Bahn Netz AG’den bu konuda sık sık çözüm önerileri de istemektedir<sup>187</sup>. Hatta bu konuda yapılan değerlendirmelerin yasal dayanakları ile ilgili kısmı, kısmen de olsa bir mahkeme kararında da yer almak suretiyle kabul edilmiştir<sup>188</sup>.

### 10.3. Altyapıya Erişim Sorunları Açısından “Sylt-Strecke Hattı Olayı”

Bu konuda ayrımcılık olarak değerlendirilen somut bir olay ise DB Netz AG’nin hat işletiminden sorumlu olduğu Hamburg-Westerland (Sylt) güzergâhında meydana geldi. Bölgesel taşımacılığı bu hat üzerinde yürüten Nord-Ostsee-Bahn (NOB), kısa süren inşaat faaliyetleri sırasında, ortaya çıkan büyük sefer gecikmelerini ortadan kaldırıp müşterilerin mağduriyetlerini giderebilecek tedbirleri zamanında almakta ve uygulamakta başarısız oldu.

Bu hat (Sylt-Strecke), Hamburg’dan başlayan ve Hindenburgdamm üzerinden Kuzey Denizi Adaları (Nordseeinsel Sylt)’na ulaşan ve yıllık yaklaşık 5,5 milyon yolcu ve bunun yanında 850.000 ağır ve hafif ticari aracın taşındığı, Deutsche Bahn AG için oldukça kârlı bir güzergâhtır. Deutsche Bahn AG’nin karşı koymasına rağmen, onun önemli rakiplerinden birisi olan Connex’e bağlı Nord-Ostsee-Bahn 2002 yılından bu yana bu hat üzerinden, Deutsche Bahn AG’nin fiyatlarına göre daha düşük bir fiyatla gidiş-geliş 77 Euro olacak şekilde, günlük beş adet araba-treni seferi düzenlemek konusunda talepte bulunmuştur. Ancak bu talep karşısında DB Autozug kendi yükleme rampalarını rakip teşebbüse kullandırmaktan kaçınmak suretiyle rekabeti engellemiştir. DB Autozug, yükleme ekipmanlarının kullanımının rekabet açısından bir yükümlülük olmadığını belirtmiştir<sup>189</sup>. Fakat burada asıl sorun farklı trenler için ayrı bir araba yükleme rampasının inşasının pratikte mümkün olmamasıdır. *BNetzA*, DB Netz AG tarafından başvuru bu tarz davranışları AEG § 14(1) kapsamında haksız bir engelleme olarak değerlendirdi<sup>190</sup>. Gerçekten de bu hükme göre, demiryolu altyapısını işleten teşebbüsler, üçüncü tarafların ağa erişim talepleri karşısında, ayrımcı olmayan bir erişim sağlamakla yükümlüdürler.

<sup>187</sup> Bkz. DB AG, Wettbewerbsbericht 2008, s. 45.

<sup>188</sup> OVG Münster, 28.01.2008 tarihli karar, 13 B 2025/07, *Netzwirtschaften und Recht*, 2008, s. 102; OVG Münster, 28.01.2008 tarihli karar, 13 B 2014/07, *Netzwirtschaften und Recht*, 2008, s. 94.

<sup>189</sup> Ende ve Kaiser 2004, s. 36.

<sup>190</sup> Hafner 2011, s. 15.

#### 10.4. Erişim Planlaması Bilgileri Konusunda Ortaya Çıkan Sorunlar

Bazı durumlarda altyapı erişim hakkı sahibi teşebbüslerin kullanacakları hat ve seferler konusundaki bilgilerin şeffaflığı da önemli bir rekabet sorunu haline gelebilmektedir. Uygulamada Deutsche Bahn AG'nin bu konuda pazarda sahip olduğu hakim durumunu kötüye kullandığı şüphesiyle bazı soruşturmalar da açılmıştır. Rakip teşebbüslerden Connex pazara girmeden önce Deutsche Bahn AG uzak mesafe yolcu taşımacılığı konusunda tek teşebbüs durumundaydı. Connex'in pazara girmesi ile birlikte Federal Rekabet Otoritesi (BKartA) Deutsche Bahn AG'nin rakibin rekabet yeteneklerini, objektif haklı gerekçeler olmadan hakim durumun kötüye kullanılması suretiyle esaslı bir şekilde sınırlayıp sınırlamadığını da incelemeye başlamıştır.

Bu konuda somut bir olay 2003 yılında Deutsche Bahn AG'nin en önemli rakiplerinden birisi olan Connex tarafından kullanılan ve o zamanlar henüz yeni faaliyete geçirilen Rostock-Berlin-Halle-Kassel-Köln uzak mesafe hattında taşımacılık yapan Connex trenleri açısından ortaya çıkmıştır. Deutsche Bahn AG bu hatta yapılan "Interconnex" tarifeleri kendi ulaşım planına almaktan kaçınarak, rakibinin faaliyetlerini zorlaştırmaya çalıştı.

Somut olayda üzerinde durulan husus; DB AG'nin hareket planları konusundaki bilgi sistemine, yakın mesafe yolcu taşımacılığı yapan diğer teşebbüslerin kesinleşmiş hareket planı verilerini de özellikle ekleyerek, bu durumu özellikle Connex'ten gelecek başvuruları reddetmek, başka bir ifadeyle onun hareket planları konusundaki bilgilerini sistemine eklememek amacıyla kasıtlı olarak kullandığı şüphesine dayanmaktadır<sup>191</sup>. Bu durumu değerlendiren dönemin Federal Rekabet Kurumu başkanı Ulf Böge; "*demiryolu müşterileri açısından alışıldık bir sistem olan Deutsche Bahn AG'nin hareket planı konusundaki bilgi sisteminde, yeni bir teşebbüsün seyahat zamanı ve ücretlerini gösteren hareket planı verilerine yer verilmediği zaman, bu durumda demiryolu taşımacılığının serbestleştirilmesi amacı açısından vazgeçilmez olan pazarın daha çok teşebbüse açılması hedefinin tehlikede olduğunu*"<sup>192</sup> belirtmiştir.

#### 10.5. Hat Kullanımından Kaynaklanan Atık Sorunları

Uygulamada bir diğer sorun ise hattın kullanımı sırasında ortaya çıkan trenlerdeki atıklardır. Örneğin yukarda bahsi geçen olayda DB AG, Rostock-Berlin-Halle-

<sup>191</sup> Ende ve Kaiser 2004, s. 36.

<sup>192</sup> BUNDESKARTELLAMT (2003), *Pressemeldung des Bundeskartellamtes vom 17.2.2003*, [http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/archiv/PressemeldArchiv/2003/2003\\_02\\_17.php](http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/archiv/PressemeldArchiv/2003/2003_02_17.php),

Erişim Tarihi: 20.10.2012

Kassel-Köln uzak mesafe hattında taşımacılık faaliyetleri yürüten Connex trenlerinin tuvalet temizliği ve dış yüzey temizliği nedeniyle ortaya çıkan atıkların Rostock'ta 12,3 milyon Euro'ya mal olan atık ve temizleme tesisine kabul etmek istemedi. Bu yeni tesiste geceleri öncelikle sadece Deutsche Bahn AG'nin trenlerinin temizliği yapıldığından, işletmesel nedenlerden dolayı, "Interconnex" trenlerinin dış temizliği ve diğer atıklarının alınması mümkün olmuyordu. Fakat bu davranışın rekabete aykırılığı tartışmalı bulunmuştur. Deutsche Bahn AG yetkilileri açısından bu tarz demiryolu hizmetleri açısından rakiplerin bir hak talebi söz konusu değildir. Tesisin bulunduğu Mecklenburg-Vorpommern Eyalet Ulaştırma Bakanlığına göre, ilgili tesisin maliyetinin yaklaşık %75'ini eyalet hükümeti karşılamakla birlikte, yatırım projesinden rakip teşebbüslerin de yararlanması yönünde herhangi bir açık hüküm bulunmamaktadır. Bu durum karşısından Connex'e karşı dışlayıcı bir davranıştan söz edilemeyeceği belirtilmiştir<sup>193</sup>.

## 11. TÜRKİYE ÖRNEĞİ

### 11.1. Genel Demiryolu Kanunu Tasarısı

Demiryolu taşımacılığının serbestleştirilmesi Türkiye'nin de gündemindedir. Bu konuda yapılan çalışmalar açısından 14.07.2008 tarihli Genel Demiryolu Kanunu Tasarısı<sup>194</sup> (GDKT)'nin üzerinde durmak gerekmektedir. Genel gerekçeye göre GDKT, AB demiryolu mevzuatına uyum kapsamında, demiryolu taşımacılığındaki mevcut tekelin kaldırılmasını ve sektörün serbestleştirilmesini sağlamaktadır. Öte yandan demiryollarının özellikle karayolu ile rekabet edebilir bir konuma gelebilmesi için alınması gerekli önlemlerin başında demiryolu sektöründeki tekelin kaldırılması, serbest, şeffaf ve adil rekabetin sağlanmasının gerektiği belirtilmiştir.

Genel gerekçe de GDKT ile sektörde bir dikey ayrıştırmanın öngörüldüğü sonucu ortaya çıkmaktadır. Buna göre *“demiryolu altyapısının demiryolu işletmelerine tahsisi ile altyapının kullanım ücretlerinin belirlenmesi konusunda tam bir şeffaflık ve tarafsızlık sağlanmalıdır. Ayrım yapılmaksızın, şeffaf ve adil bir şekilde demiryolu altyapısının tahsis edilmesini, altyapı kullanım ücretlerinin belirlenmesini ve tahsil edilmesini sağlamak üzere, demiryolu altyapı yönetimi ile taşımacılık hizmeti verecek demiryolu işletmeleri arasındaki ilişki, hukuki yapı, yönetim ve hesapların ayrılması bakımından tanımlanmaktadır. Bu amaçla,*

<sup>193</sup> Ende ve Kaiser 2004, s. 36.

<sup>194</sup> Genel Demiryolu Kanun Tasarısı (2008), <http://www.tcdd.gov.tr/Upload/Files/ContentFiles/2010/demiryolu-kanunu/kanuntasarisi.pdf>, Erişim Tarihi: 30.11.2012

demiryolu altyapısının idaresinden sorumlu altyapı yönetimlerinin tahsis ve ücretlendirme yapabilmesi için demiryolu taşımacılık hizmetlerini sunan demiryolu işletmelerinden bağımsız, farklı tüzel kişilikler olması şartı getirilmektedir”<sup>195</sup>.

Kurumsal açıdan ilgili pazarda iki makamın öngörüldüğü ortaya çıkmaktadır. Birincisi “demiryolu emniyetini düzenleyen genel yapıyı oluşturmak ve denetlemek, demiryolu işletmeleri ile altyapı yönetimlerine lisans ve ilgili emniyet belgelerini vermek üzere öngörülen Demiryolu Emniyet Makamı”dır (GDKT m.4). İkinci kurum ise, sektörde rekabet açısından gerekli düzenlemelerin yapılmasını sağlamak ve uygulamaları denetlemek üzere bağımsız bir Demiryolu Rekabetini Düzenleme Makamıdır. Buna göre, “demiryolu pazarına serbest, şeffaf ve ayrımcı olmayan bir şekilde erişilmesini düzenlemek, denetlemek ve demiryolu işletmeleri ile altyapı yönetimleri arasındaki ihtilafları çözümlmek üzere, işlevsel olarak Demiryolu Emniyet Makamından bağımsız Demiryolu Rekabetini Düzenleme Makamı Kurulur” denmektedir (GDKT m.5(1)).

Bununla birlikte genel gerekçede ilgili cümlede “haksız rekabetin önlenmesi için...” bu kurumun oluşturulduğu belirtilmektedir. Oysa bu düzenleme açısından üzerinde durulması gereken husus rekabeti sınırlayıcı davranışların önlenmesidir. Her ne kadar rekabet ve haksız rekabet hukuku hükümleri serbest piyasa ekonomisinde rekabetçi düzenin sağlanması ve işleyişi bakımından birbirini tamamlar nitelikte düzenlemeler olarak tanımlansalar da, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun (RKHK) düzenlemeleri anti rekabetçi davranış ve oluşumların önüne geçerek, bozulmamış bir rekabet piyasasının oluşumunu hedeflerken, haksız rekabet hükümleri ise piyasada faaliyet gösteren tacirlerin rekabet ederken tabi oldukları davranışsal sınırları belirlemektedirler<sup>196</sup>. Bu bağlamda rekabet hukuku ile haksız rekabet hukuku hükümleri arasında amaç yönünde bir paralellik olmakla birlikte, terminolojik açıdan demiryolu taşımacılığının serbestleştirilmesi açısından rekabeti sınırlayıcı davranışların engellenmesi belirleyicidir. Başka bir ifadeyle, serbestleştirme sonucunda yerleşik teşebbüs veya özellikle de demiryolu altyapısını işleten teşebbüslerin rekabeti sınırlayıcı nitelikte ayrımcı davranışlara başvurmalarının engellenmesi gerekmektedir.

<sup>195</sup> Genel Demiryolu Kanunu Tasarısı Genel Gerekeçe (2008), <http://www.tcdd.gov.tr/Upload/Files/ContentFiles/2010/demiryolu-kanunu/kanuntasarisi.pdf>, Erişim Tarihi: 30.11.2012, s. 22

<sup>196</sup> POROY R. ve H. YASAMAN (2012), *Ticari İşletme Hukuku*, 14. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, s. 360.



Serbestleştirme açısından etkin bir rekabetin ortaya çıkması ilgili pazarda çok sayıda rakip teşebbüsün demiryolu altyapısına erişimi ile desteklenmelidir. Bu teşebbüslerin ayrımcı olmayan bir erişim hakkı kapsamında faaliyet gösterebilmesi için gerekli yasal güvencelerin de sağlanması gerekmektedir. Bu anlamda, GDKT'nin "Eşitlik" yan başlığını taşıyan 4. maddesi bu hususu düzenlemektedir. Hükme göre, "*altyapı yönetimleri, asgari erişim paketine dahil hizmet tesislerine hat erişimini adil ve ayrımcı olmayan bir şekilde demiryolu işletmelerine sunmakla yükümlüdür*". Ancak bu maddenin başlığının "eşitlik" yerine, "eşit davranma yükümlülüğü" veya "ayrımcılık yasağı" şeklinde düzenlenmesi daha isabetli olabilir. Çünkü burada esasen eşitlikten çok, demiryolu altyapısına ayrımcı olmayan bir erişim hakkı bağlamında objektif nedenler dışında "ayrımcılık yasağı" öne çıkmaktadır.

Tasarı, altyapı yönetimini "*demiryolu altyapısının tesisi, bakımı ve onarımı ile trafiğin sevk ve idaresi dahil yönetiminden sorumlu kurum, kuruluş veya işletme*" olarak tanımlamaktadır. Bu tanımlama ile kamusal veya özel bir teşebbüsün mü öngörüldüğü belli olmamakla birlikte, ayırıştırma sonucunda altyapı işletiminin kamusal bir kurum veya kuruluşun hâkimiyetinde bırakılması daha yararlı olabilir. Bu anlamda kamusal bir kurum veya kuruluşun taraflar arasındaki olası çıkar çatışmaları konusunda "kamu yararı" düşüncesinden hareketle daha hakkaniyete uygun çözümler bulması ve taraflara eşit mesafede durması düşünülebilir. Aksi durumda, altyapı işleticisinin mevcut TCDD'nin bünyesinde yer alan bir kuruluş olması ve sonuçta bir "konzern" yapılanmanın ortaya çıkması durumunda, Almanya örneğinde de görüldüğü üzere, rakip teşebbüsler açısından çeşitli rekabet sorunları ortaya çıkabilir. Böyle bir yapı sonucunda özellikle hat tahsis ve ücretler konusunda ortaya çıkabilecek ayrımcı davranışlardan ziyade, rakip demiryolu taşıma teşebbüslerinin hat kullanımı ve taşımacılık faaliyeti konusundaki ticari sırlarının bir anlamda konzern yapı nedeniyle yerleşik teşebbüs tarafından da öğrenilebilme ihtimalidir. Bu tarz sorunların üstesinden gelebilmek açısından etkin idari ve yasal önlemlerin ikincil mevzuat ile düzenlenmesi önem kazanmaktadır.

Öte yandan altyapı işleticisi ve mevcut TCDD'nin aynı ekonomik ve hukuksal bütünlük içinde yer alması idari açıdan da sorunlu olacaktır. Her iki kuruluşun Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığının idari denetiminde olması ihtimalinde, özellikle altyapı işleticisi için bağımsız karar alma sorununun ortaya çıkması muhtemeldir. Bu durum karşısında altyapı işleticisinin başka bir bakanlığa bağlı olması daha yerinde bir çözüm olabilir.

Bu konuda bir diğer olası sorun ise sektöre özel rekabet kuralları ile RKHK hükümleri arasında, ilgili idari makamları da kapsayacak şekilde çeşitli yetki

sorunlarının nasıl çözüleceğidir. Bu konuda Rekabet Kurulu'nun “genel rekabet hukuku hükümleri” olarak RKHK m.4 ve m.6 hükümleri bağlamında sahip olduğu görev ve yetkileri şüphesiz devam edecektir. Ancak yapılacak yasal düzenlemeler çerçevesinde özellikle ayrımcılık yasağı ve altyapıya erişim hakkı bağlamında daha somut ve çerçevesi belirlenmiş yasal düzenlemelerin yapılması da gerekmektedir. Fakat bu noktada rekabeti sınırlayıcı davranışlar açısından Rekabet Kurumu ve sektör düzenleyici kurum olarak Demiryolu Rekabetini Düzenleme Makamı arasındaki işbirliği önem kazanmaktadır.

RKHK m.1 hükmü Kanun'un amacını; “*mal ve hizmet piyasalarındaki rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı anlaşma, karar ve uygulamaları ve piyasaya hakim olan teşebbüslerin bu hakimiyetlerini kötüye kullanmalarını önlemek, bunun için gerekli düzenleme ve denetlemeleri yaparak rekabetin korunmasını sağlamak*” olarak açıklamaktadır. Bununla birlikte daha öncede bahsedildiği gibi, “Alman Rekabet Kanunu” (GWB) § 130'da yer aldığı gibi, genel rekabet düzenlemeleri ile sektöre özgü rekabet kuralları arasındaki ilişki ve bu anlamda ilgili makamların görev ve yetkilerini somut bir şekilde belirleyen bir hüküm bulunmamaktadır. Bu konuda olası bir çözüm önerisi olarak, ilgili makamlar arasında bir işbirliği protokolü önerilebilir<sup>197</sup>. Rekabet Kurumu sektör düzenleyici kurumlar olarak Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu (BTK)<sup>198</sup> ve Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu (BDDK)<sup>199</sup> ile daha önceden bu

<sup>197</sup> Nitekim sorunu enerji sektörü açısından ele alan bir çalışmada, Rekabet Kurumu ile Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu (EPDK)'nin ortak alanında kalan hususlara ilişkin olarak, kurumlar arası eşgüdüm ve sürekli iletişimle, konuların ortaklaşa takip edilmesi, bu açıdan iki kurum arasında imzalanacak bir protokol ile düzenli aralıklarla temas ve bilgi değişimini sağlayan mekanizmaların öngörülmesinin önemli olduğu belirtilmiştir. Bu konuda öne çıkan gerekçeler ise kısaca; rekabet hukuku ve politikası konusunda uzmanlaşmış rekabet otoritesinin sektörel düzenleyici kurumlara kıyasla, sektöre özgü teknik bilgi ve becerilere, sektörel gelişmelere uzak olması, rekabet otoritesinin sektöre özgü bilgi ve becerilere sektörel düzenleyici kurum kadar hakim olmasının mümkün olmadığı gibi, asıl işlevinin geri planda kalmaması bakımından (bunun) istenir de olmadığı, bu bakımdan Rekabet Kurumu ile EPDK arasında etkin bir işbirliği mekanizmasının çalıştırılmasının, Rekabet Kurumunun sektörel bilgi ihtiyacının, sektörde uzmanlaşmış kurum tarafından sağlanmasını sağlama yönüyle de önemli olduğu belirtilmiştir. Bu hususta daha ayrıntılı değerlendirmeler açısından bkz. ŞAHİN, S.Y. (2010), “Türk Enerji Sektöründe Rekabet Kurumu ile Sektörel Düzenleyici Kurum Arasındaki İlişki, *Rekabet Dergisi*, Cilt: 11, Sayı: 4, s.49-50.

<sup>198</sup> Bilgi Teknolojileri ve İletişim Grubu ile Rekabet Kurumu arasındaki İşbirliği Protokolü konusunda bkz. [http://www.btk.gov.tr/basin\\_bultenleri/dosyalar/Basin-bulteni-BTK-RK-Protokolu.pdf](http://www.btk.gov.tr/basin_bultenleri/dosyalar/Basin-bulteni-BTK-RK-Protokolu.pdf), Erişim Tarihi: 2.12.2012

<sup>199</sup> Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu ile Rekabet Kurumu Arasında İşbirliği ve Bilgi Paylaşımı Protokolü, <http://www.rekabet.gov.tr/dosyalar/images/file/Basin/RK-BDDK.pdf>, Erişim Tarihi: 2.12.2012

tarz işbirliği protokolleri imzalamış bulunmaktadır. Esasen bu tarz işbirliği protokolleri taraflar arasında bilgi değişimi ve bu anlamda ilgili sektörlerde rekabet sorunlarının izlenmesi açısından faydalı olmakla birlikte, yasal anlamda bağlayıcılıkları ve bu konuda etkin bir çözüm üretmeleri de tartışmalıdır. Aynı zamanda çok sayıda sektöre özgü düzenleyici kurumun bulunduğu Türkiye’de, her kurum ile bu tarz protokoller yapılması da bir diğer sorundur.

Bilindiği gibi düzenleme ve denetleme yapma görev ve yetkileri belirli piyasalarla sınırlanmış olan sektörel düzenleyici kurumların aksine, Rekabet Kurumu, kural olarak, herhangi bir sektörel sınırlandırma olmaksızın, tüm mal ve hizmet piyasalarında rekabet kurallarını uygulamakla görevlidir. Bu durum RKHK’nın amaç başlıklı m.1 ve kapsam başlıklı m.2 hükmünde de açıkça yer almıştır. Öte yandan sektöre özgü düzenlemeler, rekabet politikalarının aksine, geçici bir işleve sahiptirler. Bu anlamda rekabet hem teşebbüslerin maliyetlerini düşürmelerini teşvik eden hem de bu maliyet düşüşlerinin doğrudan tüketicilere de yansımaları sağlayan bir süreç olarak da değerlendirildiğinden, regülasyona kıyasla daha üstün bir kaynak dağıtım mekanizması olarak da görülmektedir<sup>200</sup>.

Dolayısıyla bu konuda Rekabet Kurumu’nun müdahale yetkisi ayrı bir önem kazanmaktadır. Kanaatimizce RKHK m.1 ve m.2 hükümleri bir yana, RKHK’nın uygulama alanı dışında meydana gelse dahi, etkileri RKHK’nın uygulama alanında ortaya çıkan bütün rekabeti sınırlayıcı davranışlar konusunda RKHK hükümlerinin uygulanacağı belirten açık bir hükmün RKHK’ya eklenmesi yerinde olacaktır. Öte yandan eklenecek bu hükümde, diğer sektörel düzenleyici kanunlarda bu konuda aksine bir açık ve net hüküm olmadığı sürece, özellikle RKHK m. 4, 6 ve 7 hükümlerinin bu sektörler için de geçerli olduğunun açıkça vurgulanması yerinde olacaktır. Böyle bir düzenleme bir yandan Rekabet Kurumu’nun rekabeti sınırlayıcı davranışlara etkin ve yerinde müdahaleler yapmasını kolaylaştırırken, diğer yandan ise sektörel düzenleyici kurumlar ile yaşanabilecek çeşitli yetki sorunlarının ve nihayetinde benzer konularda çelişen kararların önüne geçilmesi de mümkün olabilecektir.

Daha önceden Almanya örneği açısından belirtildiği gibi, AEG §14b(2) hükmünde rekabet makamları ile sektöre özgü demiryolu düzenleyici kurumlarının işbirliği düzenlenirken, kartel (rekabet) makamlarının GWB’den kalan görev ve yetkilerinin saklı kaldığı vurgulanmıştır. Aynı zamanda düzenleyici kurum ile demiryolu gözetim ve denetim kurumu yanında ayrıca rekabet makamlarının ve telekomünikasyon kanunu ile enerji piyasası kanununa

<sup>200</sup> Şahin 2010, s. 25.

göre oluşturulan yetkili makamların da görevlerini yerine getirirken söz konusu düzenleyici makamların önemli görevlerini yerine getirebilmeleri açısından önemli olabilecek konularda karşılıklı olarak birbirlerini bilgilendirecekleri belirtilmiştir. Özellikle de demiryolu altyapı teşebbüsleri için yasaklanabilecek nitelikte kötüye kullanma veya ayrımcı davranışlara ilişkin kararlar konusunda, düzenleyici kurumlara karşılıklı olarak bilgilendirme yükümlülüğü getirilmiştir.

Türkiye örneği açısından yeniden olaya dönülecek olursa, GDKT'ye ilgili kurumlar arasındaki işbirliği açısından bu yönde bir açık hüküm eklenmek suretiyle de bu sorunun çözülmesinin mümkün olabileceği düşünülmektedir.

## 11.2. Demiryolu Düzenleme Genel Müdürlüğü

Demiryolu taşımacılığının serbestleştirilmesi çalışmaları kapsamında Türkiye'de yapılan çalışmalardan birisi de 655 sayılı Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile oluşturulan Demiryolu Düzenleme Genel Müdürlüğü'dür. Müdürlüğün önemli görev alanlarından birisi de *“demiryolu altyapı işletmecisi ve demiryolu tren işletmecileri ile demiryolu taşımacılığı alanında organizatör, acente, komisyoncu, gar veya istasyon işletmecisi ve benzeri faaliyette bulunanların hizmet esasları, mali yeterlik ve mesleki saygınlık şartlarını belirlemek, bunları yetkilendirmek ve denetlemek”* olarak belirtilmiştir.

Genel Müdürlüğün bir diğer önemli görevi ise demiryolu altyapısı kullanımı, tahsisi, erişimi ve ücretlendirmeye ilişkin olarak demiryolu altyapı işletmecileriyle demiryolu tren işletmecileri arasında oluşan ihtilafların çözümüne yönelik karar almaktır. Aynı zamanda, demiryolu ulaşımını geliştirmek ve serbest, adil, sürdürülebilir bir rekabet ortamı sağlamak amacıyla sınırlı olmak üzere; demiryolu altyapı kullanım ücretleri ile taşımacılık faaliyetlerine ilişkin gerektiğinde taban ve tavan ücret tespit etmek ve uygulamasını denetlemek de genel müdürlüğün görevleri arasında sayılmıştır.

## SONUÇ

Almanya örneğinde demiryolu taşımacılığında serbestleştirme açısından geçen zaman dilimi de göz önünde bulundurulduğunda, rekabetin henüz istenen seviyede olmadığı belirtilmiştir. Bu değerlendirme aynı zamanda bu konudaki ilk AB düzenlemesinin üzerinden 15 yıldan fazla bir zaman geçtiği halde yapılmaktadır. Bu sonuç aslında genel olarak AB demiryolu pazarı açısından da geçerlidir. Demiryolu taşımacılığında kalite ve yüksek verimlilik ilkeleri açısından öngörülen Avrupa demiryolu pazarının entegrasyonu hedefi, geçen

zaman diliminde teknik engeller yanında, üye devletlerin bu konuda yavaş hareket etmeleri yanında farklı çıkar gruplarının dirençleri nedeniyle de tam anlamıyla gerçekleşmemiştir<sup>201</sup>.

Öte yandan Almanya örneği açısından demiryolu taşımacılığının serbestleştirilmesi sürecinde rekabet açısından ortaya çıkan yetersizliğin önemli bir nedeni olarak yerleşik teşebbüs olan Deutsche Bahn AG'nin konzern yapısı nedeniyle Almanya'da demiryolu taşımacılığı hizmetlerini sunmak için gerekli olan demiryolu altyapı sistemi üzerindeki güçlü konumudur<sup>202</sup>. Gerçekten de yakın mesafe (şehir merkezleri ve büyükşehirlerde banliyöler dahil) demiryolu yolcu taşımacılığında Deutsche Bahn AG'nin pazar payı 2004 verilerine göre %91 üzerinde gerçekleşmiştir. Uzak mesafe yolcu taşımacılığında ise bu oran neredeyse %99 civarında gerçekleşirken, yük taşımacılığında ise %94 civarında gerçekleşmiştir<sup>203</sup>.

Bu konuda olası bir kapsayıcı çözüm önerisi ise Deutsche Bahn Konzern'e bağlı demiryolu taşıma teşebbüslerinin devri olarak öne çıkmaktadır. Buna göre Deutsche Bahn Konzern'e bağlı demiryolu taşıma teşebbüslerinin hisselerinin çoğunluğu devredilmelidir. Bu konuda hala %25 olarak öngörülen bu devir oranının yeterli olmayacağı da belirtilmiştir. Ancak bu durumda Deutsche Bahn AG ile onun altyapı şirketlerinin tamamen federal devletin mülkiyetinde kalması söz konusudur. Öte yandan bu çözüm önerisinin aynı zamanda Deutsche Bahn AG'ye bağlı demiryolu taşıma teşebbüslerinin özelleştirme ile borsada halka arzı için bir avantaj olarak da değerlendirilmektedir<sup>204</sup>.

Bu konuda ikinci bir çözüm önerisi ise Deutsche Bahn AG'nin mevcut yapısı korunmakla birlikte, kapasite tahsisinin başka bir kuruluş tarafından yapıldığı bir yapılanmayı önermektedir. Bu öneri aynı zamanda 2001/14/EG sayılı Direktif'in 4. maddesinin 2. ve 14. maddesinin 2. fıkraları ile öngörülen düzenlemelerle de uyumlu değerlendirilmektedir. Adı geçen direktif esasen altyapı yönetiminin hukuki yapısı, organizasyon ve karar alma fonksiyonlarının herhangi bir demiryolu teşebbüsünden bağımsız olmaması durumunda, kapasite tahsisinin bağımsız bir organ tarafından yapılmasını öngörmektedir. Bu öneri açısından söz

<sup>201</sup> Ende ve Kaiser 2004, s. 36.

<sup>202</sup> Fakat Monopolkommission'un 2009 Demiryolu Özel Raporuna göre rekabetçi açıdan şimdiye kadar ortaya çıkan sonuçlar olumlu yöndedir. Özellikle yakın mesafe yolcu taşımacılığında doğrudan bağlantılar, yoğunluğun olduğu bu pazarda tüketicilerin de istediği bir sonuç olarak, daha kaliteli hizmet sunumu konusunda önemli avantajlar sağlamıştır. Bkz. Monopolkommission 2009, s. 99.

<sup>203</sup> Gersdorf 2004, s. 578.

<sup>204</sup> Hafner 2011, s. 223.

konusu olan özellikle kamusal nitelikte ve bağımsız bir kuruluşun varlığıdır. Ancak somut öneri açısından demiryolu pazarında Deutsche Bahn AG'nin konzern yapısı da devam ettiğinden, sektörde faaliyet alanlarının tam ayrıştırıldığı bir modele göre daha az rekabetçi bir öneri olarak da değerlendirilmiştir<sup>205</sup>.

Bu konuda bir diğer eleştiri konusu ise demiryolu taşımacılığı pazarında yetkili kurumlar olan *Eisenbahn-Bundesamt* ve *Bundesnetzagentur*'un idari denetimi altında oldukları Federal Taşımacılık-İnşaat ve Kentsel Gelişim Bakanlığının aynı zamanda devlete ait Deutsche Bahn AG'nin yönetiminde de bulunmasıdır. Dolayısıyla idari açıdan ortaya çıkan bu hiyerarşik yapı karşısında, demiryolu taşıma teşebbüslerinin bağımsızlığı da tartışmalı olmaktadır. Federal yönetime ait Deutsche Bahn AG'ye bağlı demiryolu taşıma teşebbüsleri de bulunduğundan, düzenleyici kurumların bu teşebbüslerin davranışları karşısında her durumda bağımsız davranmaları şüphe götürmektedir. Bu durum karşısında düzenleyici idari makamların da tam anlamıyla bağımsız olmadığı belirtilirken, farklı bakanlıklara dağıtılmış bir idari denetim ve pazar yapısının oluşturulması da bir diğer olası çözüm önerisidir<sup>206</sup>.

Almanya örneği açısından Deutsche Bahn AG'nin pazarda hala hakim durumda olduğu ve kurumsal açıdan Deutsche Bahn Konzern için şimdiye kadar yeterli bir ayrıştırma da gerçekleştirilmediğinden, Deutsche Bahn AG'nin demiryolu taşımacılığı pazarındaki hakim durumunun devam edeceği öngörülmektedir. Öte yandan bu tarz bir pazar yapısı ile birlikte ortaya çıkan ayrımcılık potansiyelinin pazardaki olası sonuçları ise diğer demiryolu taşıma şirketlerinin pazara girişinin engellenmesidir. Çünkü işlevsel bir rekabetin sağlanabilmesi açısından ayrıştırma önemli bir husustur. Nitekim AB Komisyonu da, Almanya'nın birinci demiryolu paketi ile öngörülen hedeflerin gerçekleştirilmesi konusunda isteksiz davrandığı ve bu konudaki çalışmaların yetersiz kaldığına karar verdi. AB Komisyonu bu konuda ayrıca Avrupa Birliği Adalet Divanı önünde Almanya'nın da aralarında bulunduğu 13 üye devlete karşı davacı oldu<sup>207</sup>.

Deutsche Bahn AG bünyesinde yer alanlar dışında Almanya'da yüzden fazla demiryolu taşıma şirketi bulunmaktadır. Fakat yukarda genel hatlarıyla

<sup>205</sup> Hafner 2011, s. 224.

<sup>206</sup> Hafner 2011, s. 248.

<sup>207</sup> Bkz. EUROPÄISCHE KOMMISSION (2010), Pressemitteilung der Europäischen Kommission vom 24.06.2010, IP/10/807, [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-10-807\\_de.htm?locale=en](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-10-807_de.htm?locale=en), Erişim Tarihi: 30.08.2012

bahsedilen rekabet sorunları bu teşebbüsler açısından da geçerlidir. Bu durum karşısında Deutsche Bahn-Konzern'e ait altyapıya erişim ekonomik açıdan daha büyük önem kazanmaktadır. Öte yandan Almanya'da çok sayıda bölgesel demiryolu taşımacılığı yapan teşebbüs de bulunmaktadır<sup>208</sup>. Deutsche Bahn AG'nin 2011 Rekabet Raporu'na göre, bölgesel taşımacılık pazarının büyüklüğü, demiryolu reformunun başladığı yıl olan 1994 ile karşılaştırıldığında %26 oranında artmıştır<sup>209</sup>. Bölgesel demiryolu taşımacılığı pazarının büyüklüğü 1994 yılında 500 milyon tren/kilometreden 2010 yılında 630 milyon tren/kilometreye ulaşmıştır. Bu durum karşısında demiryolu taşımacılığı da olumlu yönde gelişmiştir. 1994'te 30,3 milyar yolcu/kilometreden, 2010'da 47 milyar yolcu/kilometre'ye ulaşılırken, artış oranı yaklaşık %55 civarında gerçekleşmiştir. 2010 yılında taşıyıcı iş miktarı 62 milyon tren/kilometre yük olurken, Deutsche Bahn Regio AG bu miktarın 38,5 milyon tren/kilometrelik kısmını almıştır. Bu da %62 oranında bir pazar payı anlamına gelmektedir. Bununla birlikte bölgesel taşımacılık açısından son zamanlarda yaşanan olumlu gelişmeler sonucunda rakiplerin pazar payı %21,6 oranına ulaşmıştır. 2010 yılında %7'lik bir artışla 137 milyon tren/kilometre oranına ulaşmıştır<sup>210</sup>.

Almanya'da genel olarak taşımacılık sektörü, yük/eşya taşımacılığı açısından 2010 yılında, 2009 kriz yılının ardından % 11 oranında büyümüştür. Bununla birlikte diğer taşımacılık sektörleri ile karşılaştırıldığında, Almanya'da demiryolu taşımacılığının pazar payı 2010 yılında %17,2 civarında gerçekleşmiştir<sup>211</sup>. Demiryolu taşımacılığı açısından Deutsche Bahn-Schenker Rail'in taşıdığı yük miktarı 80,4 milyar ton/kilometre olurken, rakip teşebbüslerin taşıdıkları yük miktarı oranları ise 26,9 milyar ton/kilometre olmuştur. Rakip teşebbüslerin pazar payı oranı ise %25,9 civarında gerçekleşmiştir. Rakip teşebbüslerin pazar payı oranları 1994 yılında %1,2, 2006 yılında %16,4 ve 2008 yılında ise %21,2 olmak üzere<sup>212</sup> sürekli artış yönünde gerçekleşmiştir.

Bununla birlikte Almanya örneği açısından bir diğer önemli eleştiri de teknik açıdan ayrımcılık yasağına karşı, yasal açıdan yeterli önlemlerin öngörülemediğidir. Bu konudaki görüşler Deutsche Bahn Konzern'in her açıdan

<sup>208</sup> Bu bölgesel demiryolu taşımacılığı yapan teşebbüslere örnek olarak özellikle Baden-Württemberg Eyaleti'nde faaliyet gösteren Hohenzollerische Landesbahn AG veya Albtal-Verkehrs-Gesellschaft mbH gösterilebilir. Bkz. Hafner 2011, s. 16.

<sup>209</sup> Bkz. DB Wettbewerbsbericht 2011, s. 10.

<sup>210</sup> Bkz. DB Wettbewerbsbericht 2011, s. 10.

<sup>211</sup> Bkz. DB Wettbewerbsbericht 2011, s. 15.

<sup>212</sup> Bkz. DB Wettbewerbsbericht 2011, s. 17.

rakiplerini teknik, işletmesel, organizasyon, bilgi veya iletişim bakımından zorluklar çıkarmak suretiyle mağdur edebilecek olanaklara sahip olduğu ve bu Şekilde etkin bir rekabeti de engelleyebileceği yunindedir<sup>213</sup>. Sonuç olarak, demiryolu reformu hedefi bağlamında demiryolu taşımacılığında serbestleştirme ve rekabet için “raylar üzerinde çok sayıda taşıt” hedefinin henüz risk altında olduğu belirtilmektedir.

---

<sup>213</sup> Gersdorf 2004, s. 576.



**KAYNAKÇA**

AMGWERD, M. (2008), *Netzzugang in der Telekommunikation*, Schulthess Juristischen Medien AG, Zürich.

BREDT, S. (2009), “Zivilgerichtliche Prüfung von Eisenbahninfrastrukturnutzungsentgelten”, *Netzwirtschaften und Recht*, No:4, s.235-241.

BREMER, E. ve T. HÖPPNER (2009), “Zum Verhältnis von Kartellrecht und Eisenbahnrecht”, *Wirtschaft und Wettbewerb*, No:12, s.1271-1273.

BUNDESKARTELLAMT (2003), *Pressemeldung des Bundeskartellamtes vom 17.2.2003*, [http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/archiv/PressemeldArchiv/2003/2003\\_02\\_17.php](http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/archiv/PressemeldArchiv/2003/2003_02_17.php), Erişim Tarihi: 20.10.2012.

DEUTSCHE BAHN AG (2008), *Geschäftsbericht 2008*, [http://www.deutschebahn.com/site/shared/de/dateianhaenge/berichte/geschaeftsbericht\\_2008\\_konzern.pdf](http://www.deutschebahn.com/site/shared/de/dateianhaenge/berichte/geschaeftsbericht_2008_konzern.pdf), Erişim Tarihi 25.5.2012.

DEUTSCHE BAHN AG (2009), *Wettbewerbsbericht 2009*, [https://www.deutschebahn.com/de/presse/publikationen/wettbewerbsberichte/2237008/Wettbewerbsbericht\\_2009.html?start=0](https://www.deutschebahn.com/de/presse/publikationen/wettbewerbsberichte/2237008/Wettbewerbsbericht_2009.html?start=0), Erişim Tarihi: 10.09.2012.

DEUTSCHE BAHN AG (2011), *Wettbewerbsbericht 2011*, [http://www.deutschebahn.com/file/2187402/data/wettbewerbsbericht\\_2011.pdf](http://www.deutschebahn.com/file/2187402/data/wettbewerbsbericht_2011.pdf), Erişim Tarihi: 30.09.2012.

EISENBAHN-BUNDESAMT (2009), *Liste der öffentlichen Eisenbahnverkehrsunternehmen in Deutschland*, [www.eisenbahn-bundesamt.de](http://www.eisenbahn-bundesamt.de), Erişim Tarihi: 23.12.2009.

ENDE, K. ve J. KAİSER (2004), “Wie ist die Liberalisierung der Schiene? Eine Bestandsaufnahme über die Marktöffnung im Eisenbahnsektor”, *Wirtschaft und Wettbewerb*, No: 1, ss. 26-37.

ERNERT, A. (2010), “Entflechtungsvorgaben (Unbundling)”, T. Schmitt ve E. Staebe (der), *Einführung in das Eisenbahn-Regulierungsrecht* içinde, s.79-126.

EUROPÄISCHE KOMMISSION (2009), *Generaldirektion Energie und Verkehr, EU energy and transport in figures, statistical pocketbook*, 2009.

EUROPEAN COMMISSION (2006), *Commission Staff Working Document, Annexes to the Communication on the implementation of the railway infrastructure package Directives* (“First Railway Package), 3. 5. 2006, COM (2006).

EUROSTAT (2009), *Statistics in Focus 11/2009*, Inland Freight and Passenger Transport in the EU-27 up to 2007.

FÖRSTER, S. ve M. KARDETZKY (2010), “Infrastrukturzugang”, T. Schmitt ve E. Staeb (der), *Einführung in das Eisenbahn-Regulierungsrecht* içinde, s.133-207.

GERSDORF, H. (2004), “Marktöffnung im Eisenbahnsektor”, *Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht*, No: 168, s. 576-612.

GIUDICI, G. (2004), *Die Anwendbarkeit des essential-facilities-Doktrin auf die Immaterialgüterrechte*, Peter Lang , Frankfurt am Mein.

GÜRZUMAR, O.B. (2006), *Zorunlu Unsur Doktrinine Dayalı Sözleşme Yapma Yükümlülüğü*, Seçkin Yayıncılık, Ankara.

HAFNER, P. (2011), *Entflechtung und Wettbewerb im Eisenbahnwesen*, Verlag Dr. Kovac, Hamburg.

HERMES, G. ve D. SELLNER (2006), *Beck’scher AEG Kommentar, Allgemeines Eisenbahngesetz*, 1. Auflage, Verlag C. H. Beck, München.

HOHMANN, H. (2001), *Die essential facility doctrine im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden.

KARAMANOĞLU, Canan (2012), “Demiryolu Reformları”, *Ulaştırma Sektöründe Serbestleştirme, Rekabet ve Rekabet Hukuku Sempozyumu*, İzmir.

KOENIG, C., A. NEUMANN ve M. SCHELLBERG (2006), “Neue Spielregeln für den Zugang zur Eisenbahninfrastruktur als Voraussetzung für chancengleichen Wettbewerb auf der Schiene”, *Wirtschaft und Wettbewerb*, No: 2, s.139-149.

KUNZ, W. (2006), *Eisenbahnrecht (Kommentar)*, Nomos Verlag, Baden-Baden.

KÜHLING, J. (2004), *Sektorspezifische Regulierung in den Netzwirtschaften*, Verlag C.H.Beck, München.

KÜHLING, J. (2009), “Die Zukunft der Eisenbahntgeltregulierung”, *Netzwirtschaften und Recht*, No:1, s.36-43.

KÜHLING, J. ve A. ERNERT (2006), “Das neue Eisenbahnwirtschaftsrecht – Hochgeschwindigkeitstrasse für den Wettbewerb?”, *Neu Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, No:1/25, s.33-39.

KÜHLING, J., G. HERMEIER ve U. HEIESHOFF (2007), *Entgeltregulierung im Eisenbahnrecht*, Münster.

LAU, U. (2009), “Die Rechtsprechung des OVG Münster zum Eisenbahnregulierungsrecht”, *Netzwirtschaften und Recht*, Nr:1, s.43-47.

LERCHE, C. (2010), “Anwendungsbereich der Regulierungsvorschriften”, T. Schmitt ve E. Staeb (der), *Einführung in das Eisenbahn-Regulierungsrecht*, içinde, s.33-78.

MONOPOLKOMMISSION (2007), “Wettbewerbs- und Regulierungsversuche im Eisenbahnverkehr”, *Sondergutachten der Monopolkommission gemäß § 36 AEG*, [http://www.monopolkommission.de/sg\\_48/text\\_s48.pdf](http://www.monopolkommission.de/sg_48/text_s48.pdf), Erişim Tarihi: 20.08.2012, Bonn

MONOPOLKOMMISSION (2009), “Unabhängigkeit der Eisenbahninfrastruktur”, 55. Sondergutachten-Bahn 2009, 21. 9. 2009, *Wirtschaft und Wettbewerb*, WuW/DE-V, No:1, s.98-104.

OKUTAN NILSSON, G. (2009), *Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Şirketler Topluluğu Hukuku*, Birinci Bası, XII Levha Yayıncılık, İstanbul.

POROY R. ve H. YASAMAN (2012), *Ticari İşletme Hukuku*, Ondördüncü Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul.

SCHMITT, T. (2010), “Behördliches und gerichtliches Verfahren”, T. Schmitt ve E. Staebe (der), *Einführung in das Eisenbahn-Regulierungsrecht* içinde, s.291-330.

SOLDNER, A. (2008), *Liberalisierung des Eisenbahnwesens: Zwischen Wettbewerb und Regulierung*, Peter Lang Verlag, Frankfurt.

STAEBE, E. ve T. SCHMITT (2010), “Rechtsgrundlagen der Eisenbahnregulierung”, T. Schmitt ve E. Staebe (der), *Einführung in das Eisenbahn-Regulierungsrecht* içinde, s.1-32.

STAEBE, E. (2006), “Grundfragen der Trassenpreisregulierung nach der dritten AEG-Novelle”, *Wirtschaft und Wettbewerb*, No: 5, s.492-501.

STAEBE, E. (2010), “Infrastrukturnutzungsentgelte”, T. Schmitt ve E. Staebe (der), *Einführung in das Eisenbahn-Regulierungsrecht* içinde, s. 209-290.

ŞAHİN, S.Y. (2010), “Türk Enerji Sektöründe Rekabet Kurumu ile Sektörel Düzenleyici Kurum Arasındaki İlişki”, *Rekabet Dergisi*, Cilt: 11, Sayı: 4, s.7-57.

WEYERS, U. (2009), “Der Anwendungsbereich des Werksbahnprivilegs – Muss jedes Eisenbahninfrastrukturunternehmen Zugang zu seiner Eisenbahninfrastruktur gewähren?”, *Netzwirtschaften und Recht*, No: 4, s.241-247.

## **MAHKEME KARARLARI**

BNetzA, 10.03.2009 tarihli karar, Az. 10.050 F 07-607 – Trassenpreissystem der DB Netz AG.

BNetzA, 10.12.2009 tarihli karar, Az. 705-07 038 – Stationspreissystem der DB Station&Service AG.

EuGH, 7.6.2005, Rechtssache C-17/03, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2005, s.695-697.

KG Berlin, 26.6.2003, 2 U 20/02 Kart., *Wirtschaft und Wettbewerb*, WuW/E DE-R, s. 1321-1324-“Fahrplandaten”.

LG Berlin, 9.8.2005 tarihli karar, Az: 102 O 19/05 (Kart).

LG Berlin, 21.8.2008, 91 O 95/06, *Netzwirtschaften und Recht*, 2009, s.70-72.

LG Berlin, 17.3.2009, 98 O 25/08, *Wirtschaft und Wettbewerb*, WuW/E DE-R, s. 2561-“Eisenbahngesellschaft”.

OLG Düsseldorf, 19.03.2003, U (Kart) 20/02, IV-U (Kar) 20/02, *Wirtschaft und Wettbewerb*, WuW/E DE-R ss.1184-1188-“InfraCard-Tarif”.

OLG Düsseldorf, 07.02.2007 tarihli karar, Az: VI-U (Kart) 3/06, IR, 2007, s.91-92.

OLG Frankfurt/a.M, 10.10.2006 tarihli karar, Az: 11 U 46/05 (Kart).

OVG Münster, 5.6.2003, 20 B 113/03, *Neu Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 2004, s.339.

OVG Münster, 16.2.2006, 20 B 758/05, *Wirtschaft und Wettbewerb*, WuW/E DE-R, s.1673.

OVG Münster, 26.3.2007, 13 B 2592/06, *Netzwirtschaften und Recht*, 2007, s.124-128.

OVG Münster, 28.1.2008 tarihli karar, 13 B 2025/07, *Netzwirtschaften und Recht*, 2008, s. 102.

OVG Münster, 28.1.2008, 13 B 2014/07, *Netzwirtschaften und Recht*, 2008, s.102.

OVG Münster, Beschluss vom 22.02.2008, 13 B 68/08, *Netzwirtschaften und Recht*, 2008, s.152-154.

OVG Münster, 19.11.2008, 13 B 1543/08, *Netzwirtschaften und Recht*, 2009, s.68-70.

OVG Münster, 19.11.2008, 13 B 2092/07, *Netzwirtschaften und Recht*, 2009, s.270-272.

OVG Münster, Beschluss vom 19.11.2008, 18 L 1371/08, *Netzwirtschaften und Recht*, 2009, s.68-70.

OVG Münster, *Neu Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 2009, s. 920.

VG Köln, 20.06.2005, 11 L 882/05, *Wirtschaft und Wettbewerb*, WuW DE/R, 2005, s.1508-1512.

VG Köln, 16.6.2009, Az. 18 L 637/09, *Netzwirtschaften und Recht*, 2009, s.272-276.



**YESTERDAY MICROSOFT, TODAY GOOGLE:  
PRODUCT DESIGNS IN HIGH-TECH MARKETS  
AND CHALLENGES FOR COMPETITION LAW**

*DÜN MİCROSOFT, BUGÜN GOOGLE:  
YÜKSEK TEKNOLOJİ SEKTÖRLERİNDE ÜRÜN TASARIMLARI  
VE REKABET HUKUKU AÇISINDAN SORUNLAR*

**Ahmet Fatih ÖZKAN\***  
**Ayşem DİKER VANBERG\*\***

**Abstract**

*High-tech markets differ markedly from most of the industries in which modern competition law and policy emerged. In these markets, firms often operate globally and their products can virtually be found all over the world. Although the markets may be global and free from national borders, applicable competition laws are mostly national or regional, meaning that high-tech firms might be subject to different jurisdictions pursuing potentially different objectives. In contrast to the prohibition of cartels and merger control, where there is a growing global convergence, there is substantial divergence on the appropriate scope of control that should be placed upon unilateral conduct. Ironically, most competition cases or investigations in high-tech markets involving global high-tech giants, such as IBM, Microsoft, Google, Intel and Rambus, deal with unilateral conduct and allegations of abuse of market power. In the area of unilateral conduct, a more pressing concern arises when the conduct in question relates to how dominant high-tech firms design their products. Product designs appear to be the most controversial type of unilateral conduct to be challenged under competition law. Competition authorities and courts should not lose sight of the presence of actual consumer harm when ruling product designs as anti-competitive.*

---

\* LL.M. (Law and Economics, Bilkent University), PhD Candidate (Competition Law, University of Sussex-United Kingdom), F.Ozkan@sussex.ac.uk.

\*\* LL.M. (European and International Law, Universität Bremen), PhD Candidate (Competition Law, University of Essex-United Kingdom), adiker@essex.ac.uk.

**Keywords:** *Unilateral Conduct, Abuse of Dominance, Product Designs, High-Tech Markets, New Economy*

## Öz

*Yüksek teknoloji sektörleri, modern rekabet hukuku ve politikasının doğduğu diğer endüstrilerden belirgin şekilde farklılıklar arz etmektedir. Söz konusu sektörlerde teşebbüsler genellikle dünya çapında faaliyet göstermekte olup, üretilen ürünler hemen hemen dünyanın her yerinde bulunabilmektedir. Her ne kadar pazarlar uluslararası ve ülke sınırlarından bağımsız olsa da, uygulanacak rekabet hukuku kuralları genellikle ulusal ya da bölgesel olmakta, bu nedenle de yüksek teknoloji ürünleri üreten teşebbüsler birbirinden farklı amaçlar izleyebilen farklı hukuk sistemlerine tabi olabilecektir. Artan bir uluslararası yakınsamanın görüldüğü kartellerle mücadelenin ve yoğunlaşmaların kontrolünün aksine, tek taraflı davranışların kontrolü noktasında dünya genelinde belirgin görüş ayrılıkları bulunmaktadır. İşin garip yanı ise yüksek teknoloji sektörlerinde IBM, Microsoft, Google, Intel ve Rambus gibi dünya devleri aleyhine açılan rekabet davaları veya soruşturmalarının büyük çoğunluğunun, tek taraflı davranış sonucu pazar gücünün kötüye kullanılmasına yönelik iddiaları konu edinmesidir. Tek taraflı davranışlar alanında çözüm bekleyen bir husus ise tek taraflı davranışın teşebbüslerin ürünlerini nasıl tasarladıklarına yönelik olması halinde ortaya çıkmaktadır. Ürün tasarımları rekabet hukuku altında ele alınabilecek en tartışmalı tek taraflı davranış olarak öne çıkmaktadır. Ürün tasarımlarını rekabete aykırı olarak değerlendirme hususunda rekabet otoriteleri veya mahkemeleri mevcut tüketici zararının varlığı hususunu gözden kaçırmamalıdır.*

**Anahtar Kelimeler:** *Tek Taraflı Davranışlar, Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması, Ürün Tasarımları, Yüksek Teknoloji Sektörleri, Yeni Ekonomi*

## INTRODUCTION

Today we live in a world in which innovation and advances in technology are at the centre of economic activities. Economies of the world have increasingly become interrelated and the business context of our century has radically changed. New markets together with brand-new products have emerged. One of the most noted developments in the last decades is the rise of the “new economy” and high-tech markets. High-tech markets differ from traditional markets in terms of network effects, “winner-takes-all” market models, quick shifts of dominance,

dynamic competition, intellectual property rights, high rates of innovation, and so on.

The implementation of competition law is unlikely to remain intact vis-à-vis advances in technology and radical changes on the way firms do business. Indeed, new concepts, rules and reasonings have been injected into the theory and practice of competition law as a result of its interaction with the realm of technology. In contrast to traditional markets, which are more mature, stable and non-dynamic; the nature of competition in high-tech markets is relatively different and this suggests that the application of competition law rules might differ in these markets. This is aggravated by the global market phenomenon in high-tech markets as high-tech firms are often subject to different competition law systems, pursuing potentially different objectives.

In this changing competitive landscape, high-tech giants are being increasingly targeted by competition authorities and courts, not just in the European Union (EU) and the United States (US), but also in other jurisdictions such as Japan, South Korea, India and Brazil. The biggest ever fine of 1.06bn Euros was imposed on the high-tech giant Intel by the European Commission (Commission) in 2009 for Intel's exclusionary rebate scheme and other exclusionary practices. A then record fine of 497m Euros was levied against another high-tech giant and almost a worldwide monopolist Microsoft in 2004 by the Commission as a result of its product bundling, and this was followed by a further fine of 899m Euros for the company's lack of compliance with the remedies. Currently, the leading online search engine, Google, is subject to investigations in several jurisdictions.

Most competition law cases and investigations in high-tech markets involving global high-tech giants, such as IBM, Microsoft, Google, Intel, and Rambus, deal with unilateral conduct and allegations of abuse of market power. Ironically, there is substantial divergence among different competition law systems on the appropriate scope of control that should be placed upon unilateral conduct, in contrast to the prohibition of cartels and merger control where there is a growing global convergence. It becomes even more challenging when the unilateral conduct at hand relates to how dominant high-tech firms design their products, as products are essentially designed through innovative research and development. Product designs appear to be the most controversial type of unilateral conduct to be challenged under competition law.

It is against this background that the purpose of this article is to explore and



discuss the application of competition law rules on the prohibition of abusive unilateral conduct in the context of product designs in high-tech markets. This article is divided into four parts. Part 1 introduces high-tech markets and their unique features, discusses the role of competition law in high-tech markets and addresses the difficulties experienced in this respect. Part 2 deals with the Microsoft saga in the US and the EU, and analyses antitrust cases against Microsoft. This part asserts that despite being found anti-competitive in some cases, arguably the tying of media players and web browsers with operating systems can be regarded as innovative product designs for the benefit of consumers. Part 3 is concerned with the ongoing antitrust investigations in the EU and the US of Google and its allegedly anti-competitive conduct of designing its algorithms in a way that favours its own services over those of its competitors. In this part, it is stressed that Google's conduct can merely be a product design which seems *prima facie* anti-competitive, but may equally be pro-competitive as it enhances consumer welfare more than it generates anti-competitive effects. Finally, Part 4 outlines the authors' critical assessments of the cases examined in previous parts and draws conclusions.

## 1. COMPETITION LAW AND HIGH-TECH MARKETS

### 1.1. Introduction

Compared to the existence of competition law rules, the interaction of competition law with the realm of technology is relatively new, dating back to the 1970s, in which significant technological advances began to take place. The earliest case in which competition law rules faced the realm of technology is the US case against IBM in 1973 where IBM was accused of tying its central processing units (CPU) with main memory in its "System 370" mainframe computers, but the District Court held that the product was an integrated product and technologically superior to the non-integrated version.<sup>1</sup> In 1984, IBM was alleged to have tied its operating system, "MVS", to a software programme, "DFDSS", which was being supplied by one of its competitor; however, the District Court concluded that this was "a lawful package of technologically interrelated products."<sup>2</sup> This was the year in which IBM faced allegations of

---

<sup>1</sup> *Telex Corp. v IBM Corp.*, 367 F.Supp. 258 (N.D. Okla. 1973) reversed in part in *Telex Corp. v IBM Corp.*, 510 F.2d 894 (10<sup>th</sup> Cir. 1975).

<sup>2</sup> *Innovation Data Processing, Inc. v IBM*, 585 F.Supp. 1470 (D.N.J. 1984), para.1476. Several lawsuits were filed against IBM during the 1970s and 1980s on the ground of IBM's allegedly unlawful tying of certain features to its certain products. See *ILC Peripherals Leasing Corp. v IBM Corp.*, 448 F.Supp. 228 (N.D. Cal 1978); *California Computer Products Inc. v IBM Corp.*, 613 F.2d

unlawful tying also on the other side of the Atlantic and eventually came to a settlement with the Commission.<sup>3</sup>

The landmark case, however, is the US case against Microsoft, which is widely known as “a novel antitrust venture carrying the law deep into concerns about technology and innovation”.<sup>4</sup> Filed in the late 1990s and ruled in the early 2000s; it was held, among other things, that Microsoft had illegally prevented computer manufacturers from uninstalling its web browser, “Internet Explorer” (IE), from its operating system, “Windows 95” and “Windows 98”, and further removing it from the “Add/Remove Programs” utility of Windows.<sup>5</sup> On the other side of the Atlantic, the Commission decided, among other things, that Microsoft illegally tied its media player, “Windows Media Player” (WMP) to its operating system, “Windows XP”, with a view to strengthening its dominance in the operating system market by foreclosing competition in the media player market.<sup>6</sup> In a similar case to that in the US, the Commission alleged that Microsoft tied its IE to its operating system, “Windows Vista”, before it settled the case.<sup>7</sup>

As a result of all of these cases, the implementation of competition law experienced brand-new relevant product markets that are unique in its history. In addition to dealing with new products such as “mainframe computers”, “operating systems”, “web browsers”, “media players” and “online search engines”, it would appear that new concepts, rules and reasonings have been

---

727 (9<sup>th</sup> Cir. 1979); *Memorex Corp. v IBM Corp.*, 636 F.2d 1188 (9<sup>th</sup> Cir. 1980) and *Transamerica Computer Co. v IBM Corp.*, 698 F.2d 1377 (9<sup>th</sup> Cir. 1983). However, in none of these cases was there any ruling that IBM had engaged in unlawful tying.

<sup>3</sup> Case IV/30.849 *IBM Personal Computers* [1984] OJ L 118/24. Similar to *Telex Corp. v IBM Corp.* in the US, IBM was alleged to have abused its dominant position by, among other things, not offering its CPUs in System 370 without a capacity of main memory included in the price and without the basic software included in the price. See EUROPEAN COMMISSION (1985), 14<sup>th</sup> Report on Competition Policy, Brussels, p.78.

<sup>4</sup> HOVENKAMP, H. (2008), *The Antitrust Enterprise: Principle and Execution*, Harvard University Press, USA, p.296.

<sup>5</sup> *United States v Microsoft Corp.*, 87 F.Supp. 2d 30 (D.D.C. 2000), reversed in part in *United States v Microsoft Corp.*, 253 F.3d 34 (D.C. Cir. 2001) cert. denied, 534 U.S. 952 (2001) (“*Microsoft III*”). It should be noted that this case is actually the third case against Microsoft in the US, where the first case was settled with a consent decree and the second case, which was actually related to Microsoft’s alleged infringement of that consent decree, was dismissed by the US Court of Appeals. See *infra* “2. The Microsoft Saga”.

<sup>6</sup> Case COMP/C-3/37.792 — *Microsoft* [2004] OJ L 32/23 upheld in Case T-201/04 *Microsoft v Commission* [2007] ECR II-3601 (“*Microsoft WMP*”).

<sup>7</sup> Case COMP/39.530 — *Microsoft (Tying)* [2009] (unpublished) (“*Microsoft IE*”).

injected into the theory and practice of competition law. To illustrate this, for decades, the practice of tying of certain products to other products was interpreted as a per se illegal restraint of trade (restriction of competition).<sup>8</sup> However, it has been interpreted under the rule of reason doctrine, since *Microsoft III* in which US Court of Appeals explicitly endorsed that “[t]here being *no close parallel in prior antitrust cases*, simplistic application of per se tying rules carries a serious risk of harm.”<sup>9</sup> As rightly argued, the most important legacy of this case is likely to be, not its impact on Microsoft’s monopoly, but rather its impact on antitrust enforcement.<sup>10</sup> Indeed, much of the attention paid to tying stems from the cases in high-tech markets against IBM in the 1970s and 1980s, and against Microsoft in the 1990s.<sup>11</sup>

Likewise, tying has become a broad category rather a single type of behaviour and begun to comprise “technological (or technical) tying” and “contractual (or classical) tying”.<sup>12</sup> In *Microsoft WMP*, the Commission acknowledged that

<sup>8</sup> In the mid-20<sup>th</sup> century, the US Supreme Court held that “[t]ying agreements serve hardly any purpose beyond the suppression of competition” and therefore regarded them as a per se restraint of trade. *Standard Oil Co v United States*, 337 U.S. 293 (1949), para.305. However, along with the interaction of technology with competition rules towards the end of 20<sup>th</sup> century, the reasoning behind some of the competition law rules had changed and those rules began to be implemented in a different way. In *United States v Microsoft Corp.*, 253 F.3d 34 (D.C. Cir. 2001), the US Court of Appeals reversed the District Court’s judgment and carved out what can be called as “technology exception” to the per se rule. JACOBSON, J. and QURESHI, A. (2001), “Did the Per Se Rule on Tying Survive ‘Microsoft’?”, <http://www.ftc.gov/opp/intellect/020514jacobson2.pdf>, Date Accessed: 20.12.2012, p.1. Here the Court made a distinction between “platform software products” and other products, and adopted a new legal standard by concluding that “platform software products” should be assessed under the rule of reason, whereas other products such as wheat, televisions and cigarette would still be subject to the per se rule. It should be noted that the US Supreme Court has not yet had its final say on this “exception” to the existing tying doctrine.

<sup>9</sup> *Microsoft III*, para.84 (emphasis added). Similarly it has been argued that prior to its Microsoft decision in 2004, the Commission’s formal approach to tying and bundling could be characterised as “a modified *per se* illegality standard”. O’DONOGHUE, R. and PADILLA, J. (2006), *The Law and Economics of Article 82 EC*, Hart Publishing, Great Britain, p.499.

<sup>10</sup> FOX, E. M. and CRANE, D. A. (2007), *Antitrust Stories*, Thomson West Foundation Press, USA, p.302. See also MANNE, G. A. and J. D. WRIGHT (2010), “Innovation and the Limits of Antitrust”, *Journal of Competition Law and Economics*, No: 6(1), p.178 (“Few endeavors have had as large an impact on the history and future of antitrust as the case against Microsoft.”).

<sup>11</sup> CARLTON, D. W. and M. WALDMAN (2002), “The Strategic Use of Tying to Preserve and Create Market Power in Evolving Industries”, *The RAND Journal of Economics*, No: 33(2), p.197.

<sup>12</sup> Mostly after the cases in high-tech markets, a distinction has begun to be made between contractual tying and technological tying based on whether the tied products are tied together contractually or physically. As a general observation, a more lenient approach is adopted towards

Microsoft's practices could not be characterised as "classical tying" and that there were "*good reasons* not to assume without further analysis that tying WMP constitute[d] conduct which by its very nature [was] liable to foreclose competition."<sup>13</sup> The Commission takes this issue further in the Guidance Paper by removing the element of "coercion" from the constituent elements in the former tying and bundling cases when setting out its enforcement priorities in applying Article 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU). It is stated that:

"The Commission will normally take action under Article [102] where an undertaking is dominant in the tying market and where, in addition, the following conditions are fulfilled: (i) the tying and tied products are distinct products, and (ii) the tying practice is likely to lead to anti-competitive foreclosure"<sup>14</sup>

From this expression, it can be seen that there has been a change in the Commission's practice after *Microsoft WMP* in 2004, since the earlier decisions on tying required the element of "coercion", where the consumers should be forced to buy the tied product together with the tying product.<sup>15</sup> Whereas in *Microsoft WMP*, the Commission decided that "inasmuch as tying risks foreclosing competitors, it is immaterial that consumers are not forced to "purchase" or "use" WMP".<sup>16</sup> It seems to have regarded "coercion" as "a lack of consumer choice" about whether or not to obtain WMP from Microsoft.<sup>17</sup> Some

---

technological tying which is thought to yield significant efficiency gains, whereas contractual tying arrangements tend to be subjected to a more restrictive treatment as they are traditionally regarded as tools to leverage the market power in the tying market to the tied market often to the detriment of competition and consumers. This distinction is now broadly accepted in formal and informal competition law related documents in both the EU and the US. See Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct [2009] OJ C 45/7, paras.47-59 (Guidance Paper) and US DOJ (2008), *Competition and Monopoly: Single-firm Conduct under Section 2 of the Sherman Act*, [www.usdoj.gov/atr/public/reports/236681.htm](http://www.usdoj.gov/atr/public/reports/236681.htm), Date Accessed: 20.12.2012, p.77-90.

<sup>13</sup> *Microsoft WMP*, para.989 (emphasis added).

<sup>14</sup> Guidance Paper, para.50 (citations omitted).

<sup>15</sup> Case IV/30.787 *Eurofix-Bauco v Hilti* [1988] OJ L 65/19 ("[The tying of the sale of Hilti-compatible nails to the sale of Hilti-compatible cartridge strips, together with other] policies leave the consumer with no choice over the supply of his nails and as such abusively exploit him.") upheld in Case T-30/89 *Hilti AG v Commission* [1990] ECR II-163 and a further appeal was dismissed in Case C-53/92P *Hilti AG v Commission* [1994] ECR I-666. See also Case IV/31.043 *Tetra Pak II* [1992] OJ L 72/1, upheld in Case T-83/91 *Tetra Pak II v Commission* [1994] ECR II-755 and Case C-333/94 P *Tetra Pak v Commission* [1996] ECR I-5951.

<sup>16</sup> Case COMP/C-3/37.792 — *Microsoft* [2004] OJ L 32/23, para.833.

<sup>17</sup> The General Court held that for this condition to be fulfilled, it was irrelevant whether consumers

commentators have reported other remarkable changes which have occurred in the reasoning of the Commission regarding “essential facilities” after it mandated Microsoft to disclose its interoperability information.<sup>18</sup> One could argue that *Microsoft WMP* and similar cases show that dealing with technology under competition law involves to a certain extent some difficulty. Challenges to competition law enforcement in high-tech markets must have been influential on the Commission to start seeking expert input to help support its antitrust, merger and state aid cases in telecom, media, information technologies, and consumer electronics markets, and in cases related to the use of internet.<sup>19</sup>

In the early years of the interaction of competition law with the realm of technology, particularly towards the end of 20<sup>th</sup> century, the role of competition law was initially questioned and there were doubts as to whether the traditional tools of competition law could be effectively used or easily adapted to analyse competition issues in the new economy. New economy markets, including high-tech markets, “differ markedly from most of the industries in which modern antitrust doctrine emerged”.<sup>20</sup> The defining feature of new economy markets is a dynamic competitive process where firms compete *for the market* usually through research and development (R&D) to develop the “killer” product that will confer market leadership and thus diminish or eliminate rivalry.<sup>21</sup> By contrast, static price or output competition *in the market* is less important.<sup>22</sup> All those differences naturally raised doubts as to whether concepts and analytical paradigm of traditional competition law and policy could be used in high-tech markets. This

---

did not need to pay a price for the tied product or they were not coerced to use the tied product. *Microsoft WMP*, paras.967 and 970

<sup>18</sup> See *infra* “2.4. Microsoft WMP”.

<sup>19</sup> CROFTS, L. (2011a), “EC Seeks IT, Media Experts for Competition Cases”, MLex 24 January 2011, <http://www.mlex.com/Content.aspx?ID=128531>, Date Accessed: 20.12.2012.

<sup>20</sup> POSNER, R. (2000), “Antitrust in the New Economy”, John M. Olin Law and Economics Working Paper No.106, [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=249316](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=249316), Date Accessed: 20.12.2012, p.2. For a good assessment of competition law and policy in the new economy and how new economy markets differ from traditional markets in terms of cost structures, profit levels, network effects, dynamic competition, intellectual property, dominance, market definition and so on, see AHLBORN, C., D. EVANS and J. PADILLA (2001), “Competition Policy in the New Economy: Is European Competition Law Up to the Challenge?”, *European Competition Law Review*, No: 22(5), p.156-167.

<sup>21</sup> EVANS, D. and R. SCHMALENSSEE (2002), “Some Economic Aspects of Antitrust Analysis in Dynamically Competitive Industries”, *Innovation Policy and the Economy*, No: 2, p.1-2 (emphasis original).

<sup>22</sup> *ibid* (emphasis original).

made some authors to even regard competition law as “a 19<sup>th</sup> Century discipline [that] addresses 21<sup>st</sup> Century problems”.<sup>23</sup>

The foremost criticism of the role of competition law in high-tech markets is that “these are fast-moving industries in which today’s technology is quickly outmoded, opening the way for new competitors to overturn the dominance of incumbents.”<sup>24</sup> Firms may be thought of as “fragile monopolists” since they can only retain their market position provided that they continue to innovate.<sup>25</sup> The traditional objections against market power as indicating an increase in price or a reduction in output are hardly relevant in these markets, where “standard anti-competitive behaviour turning into a chancy strategy if a new industry paradigm shift can completely annihilate established standards.”<sup>26</sup> Therefore, not even a dominant firm can effectively prevent competition and there is always the possibility of potential competitors entering the market or brand-new products becoming a successor of former products.

There seems to be no objection to the prohibition of hard-core restrictions of competition and control of restrictive mergers among high-tech firms.<sup>27</sup> However, the same cannot be said in the area of abusive unilateral conduct. There is divergence on the implementation of competition law to challenge unilateral

---

<sup>23</sup> PITOFSKY, R. (1999), “Antitrust Analysis in High-Tech Industries: A 19<sup>th</sup> Century Discipline Addresses 21<sup>st</sup> Century Problems”, Section of Antitrust Law’s Antitrust Issues in High-Tech Industries Workshop, Arizona February 25-26, [http://www.ftc.gov/speeches/pitofsky/hitch.shtm#N\\_2](http://www.ftc.gov/speeches/pitofsky/hitch.shtm#N_2), Date Accessed: 20.12.2012.

<sup>24</sup> BAER, W. J. and D. A. BALTO (1999), “Antitrust Enforcement and High-Technology Markets”, 5 *Michigan Telecommunications and Technology Law Review*, No:73, p.75.

<sup>25</sup> Ahlborn et al 2001, p.160. The authors further stress the Commission’s understanding of dominance as the heavy reliance on market shares, and maintain that equating high market shares with dominance in the case of these “fragile monopolists” is potentially very damaging to innovation and competition and prevents firms with high market shares to compete vigorously on an equal footing with their competitors. *ibid* at p.162.

<sup>26</sup> CAMESASCA, P. D. (2000), “Mayday or Hayday? Dynamic Competition Meets Media Ownership Rules after Premiere”, *European Competition Law Review*, No:21(2), p.82.

<sup>27</sup> (“Except for price fixing and other per se violations, competition law should leave such markets alone...”) Baer and Balto 1999, p.75; (“We really don’t know what the effect of applying antitrust principles to the new economy will be, except when they are applied just to stop horizontal price-fixing or mergers of major competitors in highly concentrated markets.”) Posner 2000, p.11; (“There are many things, such as price-fixing, merger to monopoly, or foreclosure of distributional channels, that new-economy companies with substantial market power could in principle do to reduce competition. Such conduct is and should be illegal, as it is in traditional industries.”) Evans and Schmalensee 2002, p.34.

conduct which fosters innovation and yields efficiency gains, but at the same time excludes competitors from the market. This poses problems in high-tech markets where most firms have considerable market power and operate throughout the world, meaning that they are subject to different jurisdictions pursuing potentially different objectives in the area of abusive unilateral conduct. Indeed, most competition law cases and investigations in high-tech markets deal with the allegations of abuse of market power and involve multinational high-tech firms such as IBM, Microsoft, Google, Intel and Rambus.

It is against this background that some commentators argue that competition law rules (on the prohibition of unlawful unilateral conduct) should not apply where innovation and dynamic competition are at stake due to potential chilling effects on innovators.<sup>28</sup> Any effort to create or exercise market power could quickly be corrected by market forces, and thus there is no need for the intervention of competition law.<sup>29</sup> By contrast, other commentators contend that competition law infringements are even more likely to stifle innovation and cause consumer harm in the new economy, and therefore enforcers should be “especially active” in high-tech markets.<sup>30</sup>

Former European Competition Commissioner Monti sums up well the role of competition law in high-tech markets as follows:

“The general nature of the competition rules gives them an important advantage over most other legal rules, because they apply to the factual circumstances of a particular case, no matter how quickly industries develop or change. This allows to keep pace with technological developments. The rules stay the same, but the application of these rules is remarkably adaptable to changing circumstances... arguments against intervention include the difficulty of keeping up with market developments and the possibility that market failures in high technology sectors are far less likely to be enduring than market failures in other, more traditional, industries... keeping up with technical developments is certainly difficult. However,

---

<sup>28</sup> SPULBER, D. F. (2008), “Unlocking Technology: Antitrust and Innovation”, *Journal of Competition Law and Economics*, No:4(4), p.915-966 cited in Manne and Wright 2010, p.156. See also O’Donoghue and Padilla 2006, p.523 (“Due to huge benefits of innovation to the competitive structure of the markets, innovation should be praised by competition rules. It is probably the most valuable form of procompetitive activity and an enforcement policy that runs even a remote risk of stifling such activity can cause enormous harm to consumer welfare.”).

<sup>29</sup> Baer and Balto 1999, p.75.

<sup>30</sup> SHAPIRO, C. (1999), “Exclusivity in Network Industries”, *7 George Mason Law Review* 673 cited in Manne and Wright 2010, p.156.

just because something is difficult cannot provide a basis for not intervening where necessary.”<sup>31</sup>

The high-tech markets of today present legal and economic challenges that go far beyond the issues that were raised in the past.<sup>32</sup> There is now, however, broad consensus that neither the high rate of innovation in high-tech markets, nor other differentiating features make these markets immune from competition problems or constitute a valid ground for competition law to turn a blind eye to anti-competitive practices.<sup>33</sup> Special characteristics of high-tech markets should be taken into account just as the special characteristics of every industry, but none of those characteristics “justifies a complete or even substantial exemption.”<sup>34</sup> Careful, mainstream and vigorous enforcement of competition law in high-tech markets is important so as to provide consumers with the benefits of innovation.<sup>35</sup> Most US courts now appear to have endorsed such conclusions.<sup>36</sup>

---

<sup>31</sup> MONTI, M. (2000), “Competition and Information Technologies”, Conference “Barriers in Cyberspace” Kangaroo Group, Brussels 18 September 2000, <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/00/315&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>, Date Accessed: 20.12.2012.

<sup>32</sup> GAL, M. S. and S. W. WALLER (2012), “Antitrust in High-Technology Industries: A Symposium Introduction”, *Journal of Competition Law and Economics*, No:8(3), p.449.

<sup>33</sup> Ahlborn et al 2001; Evans and Schmalensee 2002; Posner 2000; Pitofsky 1999. The Antitrust Modernisation Commission (AMO), which is a body established by the US Congress in order to make recommendations for better antitrust law, also addressed the role of competition law in high-tech markets and came to the conclusion that there was “no need to revise the antitrust laws to apply different rules to industries in which innovation, intellectual property, and technological change are central features”. AMO (2007), *Report and Recommendations*, [http://govinfo.library.unt.edu/amc/report\\_recommendation/amc\\_final\\_report.pdf](http://govinfo.library.unt.edu/amc/report_recommendation/amc_final_report.pdf), Date Accessed: 20.12.2012, p.9.

<sup>34</sup> Pitofsky 1999, p.3. In a comprehensive report on the role of competition law and policy in new economy markets, The Office of Fair Trading (OFT) has come to the conclusion that “[t]here is a general consensus that competition policy and its active enforcement should be pursued in industries of the new economy but with some caution.” OFT (2002a), *Innovation and Competition Policy: Part 1 – Conceptual Issues*, Report Prepared for the Office of Fair Trading, [http://www.oft.gov.uk/shared\\_oftr/reports/comp\\_policy/oft377part1.pdf](http://www.oft.gov.uk/shared_oftr/reports/comp_policy/oft377part1.pdf), Date Accessed: 20.12.2012, p.15.

<sup>35</sup> Baer and Balto 1999, p.90.

<sup>36</sup> “This is a case dealing with technology, and the Court recognizes the need to promote pro-competitive conduct in the technology world. Indeed, technological innovation is an important defense in defending antitrust allegations... antitrust law has developed for good reason, and just as courts have the potential to stifle technological advancements by second guessing product design, so too can product innovation be stifled if companies are allowed to dampen competition by unlawfully tying products together and escape antitrust liability by simply claiming a ‘plausible’ technological advancement”. *Caldera, Inc. v Microsoft Corp.*, 72 F.Supp. 2d 1295 (D.Utah 1999),



## 1.2. The Changing Nature of Cases

As the Greek philosopher Heraclitus once said well, “everything flows, nothing stands still” and “the only constant is change”, this is certainly the case with the technology. It is self-evident that the most important characteristic of technology is that it is rapidly changing. If people were to say just one word about the concept of technology, it would probably be about its dizzyingly high pace. This is because of innovation as the driving source in high-tech markets where what matters for winning business is not the mere product itself, but the ability to further innovate, since an innovation at one point may be rendered obsolete by competitors’ better innovations. To sell new products, a high-tech firm must bring new products to the market or else it may lose its customers to other suppliers who may be offering better products.<sup>37</sup>

Without saying more, the following statement of the former Assistant Attorney General for the Antitrust Division of the Department of Justice (DOJ) on the changing nature of the cases in high-tech markets is highly illuminating:

“Microsoft is so last century. They are not the problem. I think we’re going to continually see a problem potentially with Google, who I think so far has acquired a monopoly in internet, online advertising lawfully...”<sup>38</sup>

This statement verifies that, in accordance with the title of this study, yesterday the target was Microsoft, but now it is Google, which “has become the most discussed antitrust target.”<sup>39</sup> In fact Microsoft, which faced significant allegations itself for decades on both sides of the Atlantic, is now an official complainant in the Commission’s *Google* investigation.<sup>40</sup> Microsoft was long the

---

para.1323. However, the same cannot be said for the EU Courts as they seem to have been less concerned with the dynamic nature of markets and the need to protect innovation. This is evident from the General Court’s *France Telecom* judgment where the Court held that “[t]he fact that there is a fast-growing market also cannot preclude application of the competition rules, in particular Article [102], especially where the undertaking in question has always held a market share much greater than that of its number one competitor, which is a valid indicium of a dominant position, and where it itself considers potential competition to be limited.” Case T-340/03 *France Telecom SA v Commission* [2007] ECR II-207, para.6. Therefore, the US authorities and EU authorities do not show the same level of concern for the nature of competition in high-tech markets.

<sup>37</sup> TEECE, D. J. and M. COLEMAN (1998), “The Meaning of Monopoly: Antitrust Analysis in High-Technology Industries”, *43 Antitrust Bulletin* 801, p.830.

<sup>38</sup> Manne and Wright 2010, p.154-155.

<sup>39</sup> *ibid* at p.154.

<sup>40</sup> For some of Microsoft’s allegations against Google, see Microsoft’s Vice President and Deputy General Counsel’s statement at —, “Company Statement: Microsoft - Competition Authorities and Search”, MLex 1 March 2011, <http://www.mlex.com/Content.aspx?ID=91044>, Date Accessed: 20.12.2012.

“enfant terrible” of EU competition law, but now it complains that it is “obviously difficult for competing search engines to gain users when nearly every search box is powered by Google.”<sup>41</sup> It must be ironic for Microsoft to lodge a complaint, as the company has often criticised the European authorities’ handling of competition cases and most of the time blamed them for being considerably influenced by complaints from competitors.<sup>42</sup>

The pace of technology can be seen from some competition law cases involving *technological products*, *technological means* or even *the whole market dynamics*. The changing nature of the cases involving technological elements may make them look older than they really are. For example in the IBM case, the Commission dealt with the IBM’s anticompetitive practices concerning its “System 370 mainframe computers”. Today, this product may seem weird to the majority of people born in the aftermath of that decision dated 1984.<sup>43</sup> Although the case does not date back far from the present due to the relevant product market, it appears older than it really is.

On the contrary, although it dates back almost 10 years before the IBM case, in *United Brands* the European Court of Justice identified the relevant product market as “bananas” holding that:

“[B]ananas are integral part of the fresh fruit market, because they are reasonably interchangeable by consumers with other kinds of fresh fruit such as apples, oranges,

---

<sup>41</sup> CROFTS, L. (2011b), “Microsoft Files Complaint against Google with EC”, MLex 31 March 2011, <http://www.mlex.com/EU//Content.aspx?ID=138469>, Date Accessed: 20.12.2012. It is ironic that when Microsoft was dominating the market and Google did not have a high degree of market power in 2006 as it has today, it complained to both the US and the EU authorities that Microsoft would tie IE Version 7.0 with Windows Vista and set the MSN search engine as the default. The vice-president for search products at Google Mayer stated that “[t]he market favours open choice for search, and companies should compete for users based on the quality of their search services” and went on to state that “[w]e don’t think it’s right for Microsoft to just set the default to MSN. We believe users should choose.” MARSON, I. (2006), “Google Claims IE 7 is Anti-competitive”, ZDNET 3 May 2006, <http://www.zdnet.com/google-claims-ie7-is-anti-competitive-3039266736/>, Date Accessed: 20.12.2012. As an official complainant, Microsoft now seems to repeat what Google was complaining before.

<sup>42</sup> WATERS, R. and M. WATKINS (2011), “Microsoft Turns to Brussels in Google Complaint”, Financial Times 31 March 2011, <http://www.ft.com/cms/s/2/7dd1c7a4-5b61-11e0-b965-00144feab49a.html#axzz1ImHCovvS>, Date Accessed: 20.12.2012.

<sup>43</sup> “Five years after the case, the alleged dominance of IBM sunk under a welter of new products, innovations, PCs, desktops, laptops, etc.” VELJANOVSKI, C. (2001), “EC Antitrust in the New Economy: Is the EU Commission’s View of Network Economy Right?”, *European Competition Law Review*, No:22(4), p.117.

grapes, peaches, and strawberries, etc... The banana has certain characteristics, appearance, taste, softness, seedlessness, easy handling, a constant level production which enable it to satisfy the constant needs of an important section of the population consisting of the very young, the old and the sick.”<sup>44</sup>

Due to its unchanging nature, the relevant product market for banana is still the same, even almost half a century later. The banana of yesterday is no different to the banana of today; unless a ground-breaking achievement is occurred, such as its colour or size is altered by intervening with its genes. It should also be noted that in this situation, a genetically altered banana may be of less use and be completely replaced by another banana (as the case with technological products), which is far superior in terms of taste or portability. A new product may not be “just a vastly better version” leading to the demise of the old product; it may be “an entirely different product that eliminates the demand for the old product”.<sup>45</sup> This hypothetical example illustrates that with the advance of technology, today’s relevant product markets cases may not mean much to next generations.<sup>46</sup>

Over time the technological means, to which firms resort when restricting competition or abusing their market power, are unlikely to remain unaffected by the advance of technology and dynamic competition. To take but one example, as a widespread practice, mobile phone manufacturers equip their mobile phones with the technology of Subscriber Identity Module (SIM) locking as desired by the GSM operators. SIM locks in a mobile phone basically do not allow its possessor to use SIM cards of other GSM operators.<sup>47</sup> Constrained by the GSM

---

<sup>44</sup> Case 27/76 *United Brands Co. v Commission* [1978] ECR 207, paras.12 and 31.

<sup>45</sup> Evans and Schmalensee 2002, p.17. The authors give the example of Microsoft Windows 95 which largely eliminated the demand for MS-DOS. Under the current state of technology, it is virtually impossible to effectively use Microsoft Windows 95.

<sup>46</sup> *United Brands* is still widely cited under the market definition section of most of the textbooks on EU competition law. See WHISH, R. and D. BAILEY (2012), *Competition Law*, Seventh Edition, Oxford University Press, Great Britain; JONES, A. and B. SUFRIN (2010), *EC Competition Law: Text, Cases and Materials*, Fourth Edition, Oxford University Press, Great Britain and KORAH, V. (2007), *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice*, Ninth Edition, Hart Publishing, Great Britain. One could argue that the case is likely to guide future market definition cases on other fruits, such as the ones explicitly mentioned in the case. However, the same is unlikely to happen with the future market definition of, say “cloud computing”, whether that is in the same relevant product market with IBM’s “System 370 mainframe computers”.

<sup>47</sup> Mobile phone users can normally change GSM operators simply by changing the SIM card while retaining their phone. Some operators, however, appear to have blocked this by limiting the use of phone only with a single SIM card (usually issued by them). This practice is known as “SIM locking”. This is done because the price of mobile phones is typically subsidised with revenues from subscriptions when customers obtain their mobile phones through contracts with GSM

operator's services, the possessor cannot use another SIM card of different GSM operators in that mobile phone, at least for a certain period of time. In this way, GSM operators are able to prevent substitutions to SIM cards of other GSM operators by the use of such technological mean.

In this respect, a possible future scenario would be that mobile phones might be designed in a way that the SIM card functionality of a mobile phone is integrated as a built-in function, meaning that consumers cannot use alternative SIM cards but only the services provided by the manufacturer of that mobile phone. This situation is likely to occur in the form of extending market power in one market into the other where a dominant firm does not have market power (leveraging), and in this respect a dominant mobile phone manufacturer might decide to enter the GSM operator market by technologically tying its mobile phones with the services of a GSM operator. This will certainly generate exclusionary effects on GSM operators, but it is not unequivocal whether such practice harms consumers.<sup>48</sup>

Apple, the manufacturer of *iPhone* which has been listed as one of the 1001 inventions that changed the world,<sup>49</sup> is claimed to have planned to produce its new generation mobile phone with a technology which, upon purchase, allows its users to sign up for a service on Apple's website and start using it immediately, without the need to subscribe to services of GSM operators.<sup>50</sup> It is reported that any decision by Apple to introduce a new version of *iPhone* with a SIM

---

operators, GSM operators simply try to avoid subsidising their competitors' mobiles. As a result of SIM locks, consumers are deprived of the choice to switch to different GSM operators, even if they offer better or cheaper products. In Australia, Canada, Europe and the United States, many GSM operators lock the mobile phones they sell. Source: <http://unlockedcellphone.blogspot.com/2007/12/what-is-sim.html>, Date Accessed 20.12.2012.

<sup>48</sup> “[W]here leveraging involves innovation... antitrust authorities are presented with the problem of deciding whether the benefits to consumers of the innovation itself outweigh the anti-competitive effects of leveraging.” FISHER, M. F. (2001), “Innovation and Monopoly Leveraging”, J. Ellig (ed.), in *Dynamic Competition and Public Policy: Technology, Innovation, and Antitrust Issues*, p.138.

<sup>49</sup> CHALLONER, J. (2009), *1001 Inventions: That Changed the World*, Cassell Illustrated, China, p.936.

<sup>50</sup> Obviously this would involve huge investment costs, such as building the infrastructure, base stations and satellites as well as advertisement costs to advertise the brand new product. Apple's strategy might be becoming a mobile virtual network operator (MVNO), since under this model, companies buy wholesale mobile telephony services from the existing GSM operators and subsequently resell under their own names. Therefore, it might be theoretically possible to leverage market power into another market with the use of a technological measure.

embedded would undermine the operators' relationship with their customers and such a move could prove to be the first step in a process in which the mobile operators cede customer control to mobile phone manufacturers like Apple, which is objected to by some of Europe's leading GSM operators.<sup>51</sup>

Even the whole market dynamics sometimes show a tendency to change and give way to a different market structure. This is especially the case with markets based on certain standards such as DVD, Blu-Ray, VHS, mp3, pdf and so on. Before a competition authority comes to a conclusion, a completely or partly new standard may come out and totally or partly replace the older standard. Whereas in other industries, which are not based on technological progress and dynamic competition, such as the sugar market, there are hardly any changes in terms of market structure, except some new entrants exerting competitive pressure on incumbents. Therefore, cases in high-tech markets may last for so long relative to the changing conditions of the industry and thus become irrelevant or ineffective at the end.<sup>52</sup> Even when a case is well handled, "the legal wheels turn far too slowly."<sup>53</sup>

In home entertainment markets, frequent and radical changes occur in the market dynamics. Having replaced the older Betamax standard, VHS standard lagged behind in the market and is eventually replaced by DVD standard, which is now on the verge of being replaced by Blu-Ray standard that won the "format war" with HD DVD couple of years ago. Even before a competition authority begins to investigate certain anti-competitive behaviour in this market such as the regional restrictions in DVDs due to a "region code" embedded in DVDs which does not allow the user to play DVDs if their DVD players are equipped with a different region code,<sup>54</sup> the whole market structure might lose its popularity in the eye of consumers.

Another example is the video games market. This market is characterised by significant "technology waves" in that in every three or four years, a new

<sup>51</sup> PARKER, A. (2010a), "Apple Warned over Built-in Sim Cards" Financial Times 18 November 2010, <http://www.ft.com/cms/s/0/db917464-f344-11df-a4fa-00144feab49a.html#axzz1CjsbEeN8>, Date Accessed: 20.12.2012; see also PARKER, A. (2010b), "In-built Sim for Apple's iPhone 5 Ruled out", Financial Times 22 November 2010, <http://www.ft.com/cms/s/2/fb627cb8-f662-11df-846a-00144feab49a.html#axzz1CjsbEeN8>, Date Accessed: 20.12.2012.

<sup>52</sup> Posner 2000, p.9.

<sup>53</sup> Hovenkamp 2008, p.299.

<sup>54</sup> For more information, see ÖZKAN, A. F. (2011), "AB Rekabet Kuralları Karşısında DVD Bölge Kodu Koruması: Teknik, Ekonomik ve Hukuki Bir İnceleme", *Rekabet Dergisi*, No:12(2), p.165-228.

technology platform is introduced to the market.<sup>55</sup> Video game consoles do not generally offer backward compatibility and often consumers, who are tired of old games, switch quickly and rapidly to newer and/or better games.<sup>56</sup> A new technology can completely “leap-frog” the market position of existing firms and then quickly attract customers.<sup>57</sup> In 1994, the UK Monopolies and Mergers Commission (now Competition Commission) conducted a market investigation into the UK video games market and found certain anti-competitive practices.<sup>58</sup> Some firms that are referred in this investigation exited the market notwithstanding their very high market shares and technological products that are defined in the relevant market are now superseded by the state-of-the-art ones.<sup>59</sup>

### 1.3. Public Awareness

Special attention is being paid to competition cases involving widely-used technological products and well-known high-tech multinational firms as the world’s economies are becoming increasingly interrelated. A technology-related competition investigation into or a ruling against well-known multinational high-tech firms attracts the attention of not just competition economists or lawyers, but millions of consumers worldwide. Headlines highlighting news about the launch of such investigation into or findings against certain anti-competitive practices of such firms attract remarkable attention.

---

<sup>55</sup> OFT (2002b), *Innovation and Competition Policy: Part 2 – Case Studies*, Report Prepared for the Office of Fair Trading, [http://www.oft.gov.uk/shared\\_oftr/reports/comp\\_policy/oft377part2.pdf](http://www.oft.gov.uk/shared_oftr/reports/comp_policy/oft377part2.pdf), Date Accessed: 20.12.2012, p.25.

<sup>56</sup> *ibid.*

<sup>57</sup> Pitofsky 1999, p.3. Sega’s success with 16-bit video games, quickly surpassing Nintendo’s 8-bit format, demonstrates this point. *ibid.*

<sup>58</sup> By the time of the investigation, supply was dominated by two firms, namely Sega and Nintendo, both of which operated worldwide and supplied 99 percent of all consoles in the UK. They found to have established a discriminatory pricing scheme for game consoles and games which resulted in prices for games that were excessive compared to prices for consoles, controlled the supply of third party games through the conditions included in licence agreements, incorporated technical features in game consoles and games (similar to region codes in DVDs), some of which also introduced territorial segmentation and so on. OFT 2002b, p.20.

<sup>59</sup> Although Sega was the leading supplier with 60 percent by value of total trade sales of game consoles, at present it does not produce game consoles but only engages in the market for video games themselves. Likewise, the most up to date game consoles at the time of the investigation were 16-bit consoles (fourth generation consoles), which were then quickly replaced by 32-bit and 64-bit ones. *ibid* at p.19. At the time of writing, the leading manufacturers of video consoles are Sony with *Playstation3*, Nintendo with *Nintendo Wii* and Microsoft with *Xbox 360* (the seventh generation of consoles).

It has been commented that there are not many competition cases that “receive global coverage and are known outside of the small world of competition economists and lawyers”, and the Microsoft case is one of those, being perhaps one of the most interesting and controversial antitrust cases.<sup>60</sup> “By now, nearly every living person on earth has heard about” the US Microsoft decision.<sup>61</sup> Fox and Crane refer to this issue as follows:

“There is no doubt that, from the public’s perspective, U.S. v Microsoft was the antitrust case of the 1990s and perhaps for decades before that. The investigation, the trial, and its aftermath received wide press coverage throughout. A number of the major actors in the drama became household names, as much as a result of the public relations battle among the parties as of the litigation itself.”<sup>62</sup>

One can argue that the reason for such attention is the global availability of the products in question. As will be explained below, the relevant geographic market for technological products is vastly international. Such products globally address a vast number of consumers and can virtually be found in the markets of all countries. This is absolutely natural as well, since around 90 percent of global consumers use Microsoft Windows as their client operating system,<sup>63</sup> and are most probably interested in what is happening to this company. Likewise, over 70

---

<sup>60</sup> O’Donoghue and Padilla 2006, p.496.

<sup>61</sup> MORSE, H. (2001), “Antitrust Issues in High-Tech Industries: Recent Developments”, The Antitrust Review of the Americas 2002, [http://www.global-competition.com/spl\\_rpts/main\\_fs.htm](http://www.global-competition.com/spl_rpts/main_fs.htm), Date Accessed: 20.12.2012.

<sup>62</sup> Fox and Crane 2007, p.288. US Microsoft case is even regarded as “the case of the century”. See PARDOLESI, R. and A. RENDA (2004), “The European Commission’s Case Against Microsoft: Fool Monti Kills Bill?”, LE Lab Working Paper AT-08-04, [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=579814](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=579814), Date Accessed: 20.12.2012, and RENDA, A. (2004), “Catch Me If You Can! The Microsoft Saga and the Sorrows of Old Antitrust”, *Erasmus Law and Economics Review*, February-1, p.3.

<sup>63</sup> Once regarded as a “vast empire” in the eyes of the critics, Microsoft now faces fierce competition. Microsoft is losing market shares to Apple after this company’s successful innovations regarding both its laptop computers and tablet computers that work with “iOS” as the operating system developed by Apple. It has been observed that Google is also developing its own operating system which will be quite different from Microsoft’s Windows and Apple’s “iOS”. According to initial announcements by Google, this operating system is designed to be internet-based and is going to provide a cheaper alternative to today’s computers: “[t]he Chrome OS laptop marks the culmination of Google’s efforts to build a PC that draws entirely on the information and computing power on the web, rather than running “native” software made by Microsoft or other traditional software companies.” WATERS, R. (2010), “Google Challenge to Microsoft Software Empire”, Financial Times 8 December 2010, <http://www.ft.com/cms/s/2/1b38a448-0263-11e0-ac33-00144feabdc0.html#axzz18BhQICM4>, Date Accessed: 20.12.2012.

percent of consumers use iPod as their portable music player<sup>64</sup> (or more than just a music player, when its new integrated features are taken into account), and are thus more or less familiar with its producer, Apple. Such high market shares coupled with global availability of technological products triggers a very high public awareness.<sup>65</sup>

However, for example, cases on other products, such as animal phosphates or oxygen peroxide, may not be that interesting to many people, including laymen and to a certain extent even scholars. The number of people that are familiar with operating systems, online search results or social network tweets far outweighs those that are into animal phosphates or oxygen peroxide. According to a study conducted by a business intelligence company, in every single minute of a day, Google receives over 2.000.000 search queries, Facebook users share 684.000 pieces of content, Twitter users send over 100.000 tweets and Apple's AppStore receives 47.000 application downloads.<sup>66</sup> Those statistics unequivocally point out to the vast use of technological products and services, and the level of familiarity with some high-tech and innovative firms.

Due to such a high level of public awareness, it appears that consumers appear to somehow take a stance in favour of or against the company in question, depending on the level of satisfaction or dissatisfaction they get from its products. For example, after the announcement of the Commission's investigation into Google,<sup>67</sup> numerous consumer comments have been made in favour of or against

---

<sup>64</sup> HAYS, T. (2006), "Apple's Massive Market Bite", *European Lawyer*, No:63, p.38.

<sup>65</sup> Sometimes competitors also play an active role in creating a public awareness campaign against firms that have often outdone them in the market place with a view to winning business against those firms by attacking their popularity. For example, Microsoft has started a campaign to inform internet users that Google's privacy policies make them vulnerable to advertisers. It alleges that Google, which makes 96 percent of its revenues from advertising, collects users' information both from their search results and by reading through their personal Gmail accounts, and then sells it to advertisers for billions of US dollars. Consequently, those users unwittingly become specific targets for advertisers. Source: — —, "Microsoft warns people that Google is indeed spying on your every move", *WorldPress Blog* 1 February 2012, <http://googleexposed.wordpress.com/2012/02/01/microsoft-warns-people-that-google-is-indeed-spying-on-your-every-move/>, Date Accessed: 20.12.2012. Microsoft with Internet Explorer and Google with Chrome compete in the market for web browsers. Microsoft's Bing, which entered the market in 2009, also competes with Google, which has been running its services since 1998, in the market for online search engines.

<sup>66</sup> JOSH, J. (2012), "How Much Data Is Created Every Minute?", *DOMO Blog* 8 June 2012, <http://www.domo.com/blog/2012/06/how-much-data-is-created-every-minute/>, Date Accessed: 20.12.2012.

<sup>67</sup> Press Release, "Antitrust: Commission probes allegations of antitrust violations by Google", *IP/10/1624*, 30 November 2010. See *infra* "3. The Google Dilemma".



this investigation. Majority of the consumers took a stance against the Commission and expressed their comments as follows: “*Google has built up its dominant share by providing an awe-inspiringly brilliant search service. The idea that Google is going to start sullyng its reputation by fiddling the results of travel fare searches is simply not credible*”, “*Google is one of the world’s best search engines for a reason... government’s intervention is frankly speaking really ‘stupid’ and against the fundamentals of capitalism*”, “*Google is apparently good at what it does – brin[g]ing out sites relevant for us users.*” and “*the EU is typically going after those high-profile multi-billion dollar foreign firms with no good reason at all other than to get some money*”.

Some consumers even levelled harsh criticism against the Commission implying that it is acting “ignorantly”: “*dear European Commission, did you know that you can just type “www.yahoo.com” in your browser at any time and you get a whole different search engine?*” and “[i]f the EU must do something, if it thinks that it is imperative that they interfere in Google’s (or anyone else’s) web products, let it be in this form: a link somewhere such that when the user clicks, it is led to an EU web site that explains how the Internet works.” Furthermore, one of the consumers accused the Commission of selecting the cases which it wants to be deal with and sarcastically meant that the Commission itself abuses its dominant position in investigating competition infringements: “*Seriously, does the EU ever go after high-profile European firms? ...they never went after Porsche/VW, never went after Tesco or Carrefour... I wonder if Google, MS, Intel, Oracle couldn’t bring a case against the Commission in the ECJ for selective enforcement of anti-trust law.*” Few consumers account for the Commission’s investigation as follows: “[i]t’s a legitimate case. Most internet users use Google as their gateway to the digital world, so fair competition is key” and “[e]ven if no evil is being done, Google’s dominant position demands a closer look.”<sup>68</sup>

---

<sup>68</sup> All of those comments are taken from — —, “Engine Trouble for Google”, The Economist 30 November 2010, [http://www.economist.com/blogs/babbage/2010/11/google\\_and\\_european\\_commission?page=1](http://www.economist.com/blogs/babbage/2010/11/google_and_european_commission?page=1), Date Accessed: 20.12.2012. It should be stressed that such consumer comments should not be taken seriously as these are not scholarly works and most of those consumers are probably laymen, and therefore not knowledgeable about what competition law is about. In this respect, one consumer expressed that “*if Google changes its search results to favor its own products, that’s fair game, since it is their algorithm and they can tune it as they please (e.g., perhaps because they believe that their products are really superior)*”, without being aware of the principle that dominant firms have a special responsibility not to impair undistorted competition as set out by the Court of Justice of the European Union in Michelin. Case 322/81 NV *Nederlandsche Banden Industrie Michelin v Commission* [1983] ECR 3461, para.57. For more information on this

On the enforcement side, public awareness might lead to increases in both public enforcement and private enforcement of cases involving ubiquitous technological products of transnational companies. The reason for an increase in public enforcement is due to the fact that a competition authority might not remain silent and thus feel the need to launch an investigation into a transnational company, when much is being said in the press or among consumers against that company. It can be argued that this fact may put pressure on competition authorities and courts and thus may give rise to “false positives” (or Type 1 errors) or “false negatives” (or Type 2 errors).<sup>69</sup> Faced with a high-tech company increasing its market shares rapidly, a competition authority might be willing to challenge its certain prima facie anti-competitive business strategy, although the same authority might not have done so in the absence of such a situation, which might lead to an unnecessary prohibition of an “innocent” behaviour and vice versa.<sup>70</sup>

Both types of errors seem to be costly: in the context of false positives, the costs are efficiencies that are foregone, and in the context of false negatives, the cost is consumer harm.<sup>71</sup> However, the probability of false positives and their

---

subject, see McMAHON, K. (2009), “A Reformed Approach to Article 82 and the Special Responsibility not to Distort Competition”, in A. Ezrachi (ed.), *Article 82 EC: Reflections on its Recent Evolution*, Hart Publishing, Great Britain, p.121-145. On the other hand, such comments show customer feedback of Google’s services and may be taken into account as a parameter when analysing the effects of the alleged anti-competitive practices of Google on consumers. For some consumer comments on the Commission’s settlement with Microsoft regarding the unbundling of IE and Windows see KOMAN, R. (2009), “MSFT: EU Would Force Users to Pick Browser”, ZDNet 28 January 2009, <http://www.zdnet.com/blog/government/msft-eu-would-force-users-to-pick-browser/4306>, Date Accessed: 20.12.2012.

<sup>69</sup> False positives mean the wrongful condemnation of conduct that benefits competition and consumers, whereas false negatives indicate the mistaken exoneration of conduct that harms competition and consumers. POPOFSKY, M. S. (2006), “Defining Exclusionary Conduct: Section 2, the Rule of Reason, and the Unifying Principle Underlying Antitrust Rules”, *73 Antitrust Law Journal* 435, p.448.

<sup>70</sup> “[E]mpirical evaluation of business practices in high tech-markets is incredibly complex partly because these cases involve conduct that can theoretically prove either pro-competitive or anticompetitive, because regulators must act or forbear in light of the “false positives” which can chill innovation, and because distinguishing pro-competitive from anticompetitive conduct in a technologically advanced setting is particularly difficult.” WRIGHT, J. D. (2011a), “Does Antitrust Enforcement in High Tech Markets Benefit Consumers? Stock Price Evidence from *FTC v. Intel*”, George Mason University Law and Economics Research Paper Series No.11-02, [http://ssrn.com/abstract\\_id=1739786](http://ssrn.com/abstract_id=1739786), Date Accessed: 20.12.2012, p.27.

<sup>71</sup> AHLBORN, C., D. BAILEY and H. CROSSLEY (2005), “An Antitrust Analysis of Tying: Position Paper”, D. Geradin (ed.), in *GCLC Research Papers on Article 82 EC*, p.200.

social costs are both higher as innovation would at stake.<sup>72</sup> The social costs of false positives are higher because, when competition law is applied in a situation involving innovation and technological advance, where it should not have been applied, this can stifle further innovation and disincentivise the innovator firm, which would obviously have undesirable social costs. Indeed, false positives are more costly than false negatives, because self-correction mechanisms mitigate false negatives but not false positives, and errors of both types are in fact inevitable.<sup>73</sup> While cases against high-tech giants grab headlines; pursuing them, however, may not always lead to “high-profile conclusions” for competition authorities and courts.<sup>74</sup>

As for the private enforcement, public awareness may also lead to an increase in the number of private actions. What is being continuously written in the press and spoken among consumers is likely to incentivise consumers to take an action against the high-tech firm in question and claim for the harm they suffered, if any. In addition, given the widespread use of the products of that company, this might even lead to a “snowball effect” in the number of private actions based on both “follow-on” claims and “stand-alone” claims. After knowing that the company is found to have violated competition rules in a country, a consumer in another country might want to file a stand-alone claim against the company in that

---

<sup>72</sup> Manne and Wright 2010, p.153; “[T]he risk of over-enforcement (Type I errors) should be preferable to under-enforcement (Type II errors), at least when discussing dynamic markets in general and in the absence of sector regulation.” GALLOWAY, J. (2010), “Driving Innovation: A Case for Targeted Competition Policy in Dynamic Markets”, [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1763676](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1763676), Date Accessed: 20.12.2012, p.8 (citations omitted) (emphasis original).

<sup>73</sup> EASTERBROOK, F. H. (1984), “The Limits of Antitrust”, *63 Texas Law Review* 1 quoted in Manne and Wright 2010, p.157. In light of this, there is almost always a room for self-correction mechanisms with the advances in technology. This might be in the form of product differentiation or a completely new product or, as this is mostly the case, the use counter-technological means. For instance, if the DVD content providers opt for the use of a region code in their DVDs, which basically limits the use of that DVD to a certain region, the playback of these DVDs are not allowed in the DVD players having a different region code. No matter how lawfully the consumers obtain these DVDs, they are still not allowed to play them if they have a DVD player whose region code does not match with their DVDs. Although this practice seems to harm consumer welfare, there may not be a need for the intervention of competition law, since the outcome can easily be mitigated by the use of “region killer software”. These counter technological means allow consumer to play any DVD they have bought irrespective of its region code. See Özkan 2011, p.177-181.

<sup>74</sup> CROFTS, L. and R. McLEOD (2010), “MLex Comment: Almunia Faces Tough Choices over Hi-tech Sector Abuse Complaints”, *MLex* 23 March 2010, <http://www.mlex.com/Content.aspx?ID=94079>, Date Accessed: 20.12.2012.

country and make use of the findings of the court of the first country.<sup>75</sup> It was observed in the aftermath of US Microsoft case that the case spurred numerous private lawsuits that Microsoft settled at substantial costs, and the case encouraged government actions in the EU, Korea and elsewhere that have been, at the very least, burdensome and costly for Microsoft.<sup>76</sup>

#### 1.4. Global Markets and Jurisdictional Problems

With domestic markets increasingly opening up to foreign trade, there have been tremendous increases in global trade thanks to industrialisation, globalisation, advanced transportation, multinational companies, as well as international bilateral or multilateral agreements between various states. As national borders disappear and the world increasingly transforms into a global market place, companies are seeking out several ways to sell their products in different markets, and thereby addressing vast amounts of consumers. As globalisation has brought competition to the international arena,<sup>77</sup> firms have to vigorously compete not only with their competitors in national markets, but also with other firms in foreign markets to win business.<sup>78</sup>

Compared to most goods, technological products are globally available and can virtually be found in the market place of all countries. The same smart phones, software, DVDs, portable music players, USB-powered webcams and so on can all be found across the US, Europe, Australia, Japan and many other markets, sometimes only with some minor product differentiations.<sup>79</sup> In

---

<sup>75</sup> It has been observed that sometimes even competition authorities or courts and the undertaking(s) in question tend to make cross-references to the findings, arguments or defences in decisions or judgments from other jurisdictions. See both the Commission's and Microsoft's references to the previous US cases and settlements on Microsoft in *Microsoft WMP*, paras.51-58, 201, 663, 672-673, 687, 703, 947, 959, 973-974, and 1011 (especially paras.893, 902, 972, 1022 and 1363).

<sup>76</sup> Fox and Crane 2007, p.301.

<sup>77</sup> Economically speaking, globalisation is the world's becoming a single market with the gradual removal of trade barriers among countries.

<sup>78</sup> "In the old economy, fixed assets, financing, and labor were principal sources of competitive advantage for firms. But now, as markets fragment, technology accelerates, and competition comes from unexpected places, learning, creativity, and adaptation are becoming the principal sources of competitive advantage in many industries." ATKINSON, R. D. and R. H. COURT (1998), "The New Economy Index: Understanding America's Economic Transformation", Progressive Policy Institute, Technology Innovation and New Economy Project, <http://www.dlc.org/documents/ACFACVCViGNa.pdf>, Date Accessed: 20.12.2012, p.6.

<sup>79</sup> Sometimes national laws and regulations bound companies to comply with them in producing their goods for use in that country. These can be in the form of safety standards, health regulations

*Microsoft WMP*,<sup>80</sup> the Commission noted that a worldwide market existed for client PC operating systems, work group server operating systems and streaming media players, and found that multinational computer manufacturers enter into worldwide licence agreements and sell computers globally.

Not only have new products emerged,<sup>81</sup> but also the way how business is made has also changed. With its increasing use and thus growing role in international trade, internet has enabled the sale of products to longer distances easily and quickly without the presence of seller and buyer at the time of transaction. Within this context, internet enables some technological products to be bought and used instantly even without the need of actual delivery. Consumers have the option to buy software, download copyrighted music and film instantly, without waiting for these items to be delivered to their doors. Therefore, those kinds of technological products have become only “one click” away from consumers which leads them to be more and more globalised.<sup>82</sup> Indeed, the internet has changed the basic economics of many sectors of the economy.

Although the markets may be global and free from national borders, competition laws are mostly national or regional as the case with EU. When the same kinds of products are available in different markets but produced and exported by the same companies (either parent or subsidiary), jurisdictional problems are likely to arise. These can be in the form of *extra-territoriality* or *achieving different outcomes in different jurisdictions* leading to inconsistent decisions or rulings. After all, the belief that anti-competitive behaviour is also

---

or other requirements. The use of three-pin adapter as the power source in the UK is a typical example for safety standards leading to product differentiations. Besides, national classification (rating) criteria and age restrictions for films in DVD format have to be complied with, if DVDs are to be commercially sold in the UK market. Within this respect, in every DVD cover the logo of “British Board of Film Classification” has to be shown together with a number or a letter (such as U, PG, 12, 18) specifying the age groups for which the content of that DVD is suitable and to which persons it can be sold.

<sup>80</sup> *Microsoft WMP*, paras.23-29.

<sup>81</sup> “[Today] what we produce is increasingly a line of computer code or a gene sequence rather than an ingot of iron or a barrel of oil or a bushel of wheat.” Morse 2001.

<sup>82</sup> The development of e-commerce poses important questions in the context of competition law, especially with regard to permissible distribution systems. There has been an interest in regulating the internet sales within exclusive and selective distribution systems in the EU with the adoption of the Guidelines on Vertical Restraints [2010] OJ C 130/1 (see paras.51-54). On the role of internet in EU competition law see GAHNSTROM, A. and C. VAJDA (2000), “EC Competition Law and the Internet”, *European Competition Law Review*, No:21(2), p.94-106.

contrary to the public good depends on the acceptance of a certain set of economic and political beliefs.<sup>83</sup>

As an example of a dispute over extra-territoriality, in the context of DVD region codes, the world has been divided into six different regions by Hollywood based film studios and DVD player manufacturers, and each region has been given a specific region code, which should be matched with the player's embedded region code. Examining this practice, the Australian Competition and Consumer Commission's (ACCC) head stated that if the companies agreed on those restrictions, this would look like an "off-shore" anti-competitive agreement breaching not only Australian law but the laws in other countries and in practice and it may or may not be easy to enforce the law against overseas countries.<sup>84</sup> He further concluded that there were jurisdictional issues and ACCC would make recommendations to the Parliament in a few months, which include forcing the DVD industry to change its ways by international co-operation or legislation to declare Australia a market that would only sell multi-region DVD players.<sup>85</sup>

When companies, resident within a country, export their products and sell them in different countries, extra-territoriality issue gains importance. This is often the case with high-tech companies since they tend to sell their products across different parts of the world, and thus are subject to different competition law regimes. Indeed technological product giants like Microsoft, Google, Apple, IBM and many others usually have a large global portfolio of customers. "Enforcers came to realise that the transnational character of the competition cases of today clashes with the traditionally territorial scope of domestic antitrust rules."<sup>86</sup> To overcome disputes over jurisdiction, more and more countries are

<sup>83</sup> Jones and Sufrin 2010, p.1227.

<sup>84</sup> FITZSIMMONS, C. (2001), "Restricting DVD's illegal: ACCC", The Australian 27 March 2001, <http://www.consensus.com.au/ITWritersAwards/ITWarchive/ITWentries02/C1CaitlinFitzsimmons.htm>, Date Accessed: 20.12.2012.

<sup>85</sup> *ibid.* In a press statement ACCC "advised consumers to exercise caution when purchasing a DVD video player because of the restrictions that limit their ability to play imported DVDs." ACCC (2000), "Consumers in Dark about DVD Imports", <http://www.accc.gov.au/content/index.phtml/itemId/87605>, Date Accessed: 20.12.2012 (emphasis added). It would appear that both the recommendations that were to be made to the Parliament and the wordings in the press release point out to jurisdictional problems as a result of which the case was closed and consumers were only left with an "advice".

<sup>86</sup> MONTI, M. (2001), "Competition in the New Economy", 10<sup>th</sup> International Conference on Competition, Bundeskartellamt, Berlin 21 May 2001, <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/01/232&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>, Date Accessed: 20.12.2012.

now increasingly making use of international co-operation agreements.<sup>87</sup> Within this context, an international harmonisation movement has been led by the EU and the US.<sup>88</sup> As the former Assistant Attorney General for the Antitrust Division of the DOJ stated, cooperation is particularly important given the global nature of many markets, including in the high technology sector.<sup>89</sup>

Another issue in jurisdictional problems is that competition authorities and courts might achieve different outcomes in different jurisdictions which in return lead to inconsistent rulings, when the effects of the alleged anti-competitive behaviour are the same or similar. This situation is very likely given the global availability of technological products in different jurisdictions and the divergence in the applicable laws of the countries where such products are being sold. In fact, this is one of the most highlighted concerns when referring to different handling of anti-competitive behaviour, in particular unilateral conduct,<sup>90</sup> and different outcomes between the US and EU authorities. This transatlantic divide is caused by different views on how antitrust should protect the market.<sup>91</sup>

---

<sup>87</sup> For a good list of bilateral competition-specific agreements between different countries, see DABBAH, M. M. (2010), *International and Comparative Competition Law*, Cambridge University Press, Great Britain, p.532-540.

<sup>88</sup> See Agreement between the Government of the United States of America and the Commission of the European Communities regarding the application of their competition laws [1995] OJ L 95/47, and Agreement between the European Communities and the Government of the United States of America on the application of positive comity principles in the enforcement of their competition laws [1998] OJ L 173/28.

<sup>89</sup> Source: [http://www.justice.gov/atr/public/press\\_releases/2007/226070.pdf](http://www.justice.gov/atr/public/press_releases/2007/226070.pdf), Date Accessed: 20.12.2012.

<sup>90</sup> In contrast to the prohibition of cartels and merger control, where there is a growing global convergence, there is substantial divergence both within the EU and worldwide as to the appropriate scope of control that should be placed upon unilateral conduct of firms with market power. Article 101 TFEU in the EU and Section 1 of the Sherman Act 1890 in the US appear to be quite similar to each other, compared to Article 102 TFEU and Section 2 of the Sherman Act 1890. Article 102 TFEU forbids the “abuse of a dominant position” by one or more undertakings, whereas Section 2 of the Sherman Act prohibits “monopolization”, “attempted monopolization” and “conspiracy to monopolize”. In addition to the differences in their wording, it seems that the real difference centres on the application of those corresponding provisions which has become highly visible after the cases against high-tech firms based on similar facts in both sides of the Atlantic. Cf. Case COMP/38.636 — *Rambus* [2010] OJ C 30/17 and *Rambus Inc. v FTC*, 522 F.3d 456 (D.C.Cir 2008).

<sup>91</sup> MARSDEN, P. (2010), “Some Outstanding Issues from the European Commission’s Guidance on Article 102 TFEU: Not-so-faint Echoes of Ordoliberalism”, F. Etro and I. Kokkoris (eds.), in *Competition Law and the Enforcement of Article 102*, p.54.

US officials have begun to raise growing concerns on the way the Commission handles competition cases against US-based high-tech companies. Herb Kohl, a US Senator, lucidly expressed that “[c]omplying with the antitrust laws of different countries, which often have differing substantive and procedural rules, is increasingly becoming a burden on US businesses” and further stressed that “[o]ver the past several years, foreign and in particular European regulators have been aggressive in their review of American companies’ business practices.”<sup>92</sup> Likewise, Philipp Verweer, an executive officer at the US State Department, stated that “in Europe there has been a significant antitrust and competition regime that has had significant effects on the way US companies operate.”<sup>93</sup> Similar statements can also be found in the press and some blogs.<sup>94</sup>

An obvious example is Microsoft’s tying of WMP to Windows, which was held as an abuse of dominance in EU, but nothing has yet been ruled against Microsoft in US with regard to media players, although Windows is the same in both jurisdictions. The Commission ordered Microsoft to offer Windows without a WMP tied thereon (more technically, to eliminate Windows’ code-commingling with WMP), but Microsoft retained the right to continue selling Windows with WMP. That remedy not only caused Microsoft to incur additional costs for unbundling WMP from the Windows, but also forced Microsoft to redesign specific operating systems for the EU Internal Market based on the meticulous dictations of the Commission.<sup>95</sup> Although this product was globally

<sup>92</sup> CROFTS, L. (2011c), “US Senate Panel to Look into EU Antitrust Treatment of American Multinationals”, MLex 11 March 2011, <http://www.mlex.com/EU/Content.aspx?ID=135140>, Date Accessed: 20.12.2012.

<sup>93</sup> FRANKLIN, M. (2011), “US Official Cautions against Antitrust Intervention in ‘Dynamic Markets’”, MLex 9 February 2011, <http://www.mlex.com/EU/Content.aspx?ID=130295>, Date Accessed: 20.12.2012.

<sup>94</sup> See — —, “Is Microsoft Ruling an Example of EU Protectionism?”, European Voice Blog 29 January 2009, <http://www.europeanvoice.com/article/imported/is-microsoft-ruling-an-example-of-european-protectionism-/63776.aspx>, Date Accessed: 20.12.2012. The differences in the way competition rules are being implemented is also emphasised in this source. This is evident from the question as to whether “things really look so different in the EU from the way they look to the rest of the world.”

<sup>95</sup> The response of Microsoft to the Commission is worth mentioning in this respect: According to Microsoft’s General Counsel, “the code-removal approach that the [C]ommission pursued today is an approach that in our view will help a small number of competitors ... it’s worth noting that the same competitors that have sought this outcome in Europe also sought it in the United States ... [but] the District Court ... rejected the precise code-removal remedy that the Commission has endorsed.” Pardolesi and Renda 2004, p.13. Likewise, IBM had also undertaken to offer its mainframe computers in a way that was tailored to the EU Internal Market (either without memory devices or with the minimum capacity required for testing) as a result of the settlement with the Commission.



available in its original form which included the WMP, it had to be redesigned in order to be sold in the EU Internal Market.<sup>96</sup> It would be controversial to have two different outcomes on the same product in different jurisdictions, although the rules are similar in certain, but not all, respects. The relationships between the American and European competition laws are becoming increasingly matters of concern to governments and to business communities throughout the world.<sup>97</sup>

A problem is that jurisdictional rules developed in the 19<sup>th</sup> century may not be particularly well suited to the business context or the information technology of the 21<sup>st</sup> century.<sup>98</sup> The scope for conflicts could increase as more states adopt their own codes of competition law and business becomes increasingly international.<sup>99</sup> Competition laws are now a global phenomenon; however, ideas for international competition regimes are unrealistic and overambitious compared to bilateral agreements and co-operative relations between authorities, which seem a better way ahead.<sup>100</sup> As emphasised by enforcers, the inherently global nature of many of the cases involving technology requires effective international co-operation amongst antitrust authorities.<sup>101</sup>

## 2. THE MICROSOFT SAGA

Part 2 deals with the Microsoft saga and analyses the cases against Microsoft on both sides of the Atlantic during the last two decades. Emphasis is on the product designs of Microsoft and their implications for the implementation of competition law rules on the prohibition of unlawful exclusionary conduct. This part asserts that despite being found anti-competitive in some cases, arguably the tying of media players and web browsers with operating systems can be regarded as innovative product designs for the benefit of consumers.

### 2.1. Microsoft I

Microsoft's market power has led to a series of antitrust challenges on both sides of the Atlantic, and in some Far East countries such as Korea, Japan and

---

<sup>96</sup> The Commission's remedy was limited to the EU; however, its substantive findings were based on a relevant market for streaming media players that was worldwide in scope. O'Donoghue and Padilla 2006, p.731-732.

<sup>97</sup> GIFFORD, D. J. and R. T. KUDRLE (2003), "European Union Competition Law and Policy: How Much Latitude for Convergence with the United States?", *48 Antitrust Bulletin* 727, p.731.

<sup>98</sup> Whish and Bailey 2012, p.490.

<sup>99</sup> *ibid.*

<sup>100</sup> Jones and Sufrin 2010, p.1264.

<sup>101</sup> Monti 2001.

Taiwan.<sup>102</sup> The Microsoft saga began with *Microsoft I*.<sup>103</sup> In the early 1990s, the DOJ began investigating Microsoft's acquisition and maintenance of monopoly power in the market for operating systems contrary to the Section 2 of the Sherman Act 1890. In 1994, it filed a complaint against Microsoft concerning the company's anti-competitive practices with original equipment manufacturers (OEM). According to the DOJ, the following practices of Microsoft were exclusionary:<sup>104</sup>

- i. Using contract terms requiring OEMs to make "per processor" payments for each computer they sell regardless of the installation of Windows,
- ii. Executing long-term contracts that exacerbated the anti-competitive effects of the "per processor" payment requirements,
- iii. Imposing overly restrictive non-disclosure requirements that precluded certain independent application developers (software vendors) from working with competitors.

The major anti-competitive practice of Microsoft was the use of contract terms which required OEMs to make "per processor" payments. OEMs manufacture computers by assembling components some of which are purchased from other sellers, install an operating system and subsequently retail those computers under their brand. Though every computer needs an operating system, that operating system does not have to be Microsoft's Windows. In practice, OEMs also use other operating systems.

However, Microsoft imposed contract terms on OEMs which required them to pay Microsoft a licence fee (royalty) for each and every computer they sell

---

<sup>102</sup> In February 2006, the Korean Fair Trade Commission denied Microsoft's arguments on efficiency gains in distribution and decided that Microsoft abused its "significant market dominant position" by tying Windows Media Server, Windows Media Player and Messenger with its client operating system, thereby excluding competitors and also harming consumers. CHOI, Y. S. (2010), "Analysis of the Microsoft, Intel and Qualcomm Decisions in Korea", *European Competition Law Review*, No:31(11), p.471. Microsoft was mandated to distribute a new version of Windows Server 2003 without such tie-ins, which provides download links to rivals' products through "Media Center" and "Messenger Center" to original equipment manufacturers and system builders in 2006. *ibid* at p.472. Likewise in Japan, the Japanese Fair Trade Commission found Microsoft's tying of Microsoft Word, Excel and Outlook to Windows unlawful and ordered Microsoft to stop engaging in the anti-competitive practice. CHO, J. W. (2007), *Innovation and Competition in the Digital Network Economy: A Legal and Economic Assessment on Multi-tying Practice and Network Effects*, Kluwer Law International, The Netherlands, p.33.

<sup>103</sup> *United States v Microsoft Corp.*, 56 F.3d 1448 (D.C. Cir. 1995) ("*Microsoft I*") (all references are made to the judgment of the US Court of Appeals).

<sup>104</sup> *Microsoft I*, paras. 6-7.

regardless of whether Microsoft's operating system is included in that computer.<sup>105</sup> This licensing practice had the effect of increasing the costs of rival operating systems, since any other operating system would be an additional cost for OEMs and thus be a disadvantage. Consequently, OEMs were incentivised to install Windows because they have already paid a "per processor" licence fee, rather than a "per Windows" licence fee.

In order to reinforce "per processor" payments, Microsoft engaged in executing long-term contracts with major OEMs that exacerbated their anti-competitive effects. Under those contracts, Microsoft opted for minimum commitment requirements and credited unused balances to future contracts, and thus practically created a room for longer contracts. Those practices hindered innovation by suppressing the opportunities of smaller rivals who were placed at a competitive disadvantage to have their own operating systems installed on new computers.<sup>106</sup> As for the abovementioned third practice, the DOJ did not contend that it was of crucial significance to the case.<sup>107</sup>

The DOJ and Microsoft settled the case by entering into a consent decree which was refused by the District Court but approved by the US Court of Appeals. The consent decree prohibited Microsoft from requiring OEMs to make "per processor" payments and other related arrangements such as minimum requirements and lump-sum payments, executing contracts that exceed one year unless the customer renews the contract for another year, and imposing unduly restrictive non-disclosure requirements on application developers. It has been observed that despite the consent decree, by that time "the damage was already done"; IBM's alternative operating system, OS/2, was "virtually dead and never recovered".<sup>108</sup>

The consent decree was mainly concerned with the anti-competitive way how Microsoft commercialised its operating system; however, for the purposes of our study, it has one important aspect related to the use of technology in designing products in a way that breaches competition law rules on the prohibition of unlawful exclusionary conduct: that is, the anti-bundling provision. Pursuant to § IV (E) of the consent decree:

---

<sup>105</sup> "As a result, if the computer was to have a different operating system than Windows, the license fee for that system would have to be paid on top of the Windows fee, thus making any computer with a non-Windows operating system more costly than a Windows-based system." Hovenkamp 2008, p.266.

<sup>106</sup> *ibid* at p.267.

<sup>107</sup> *Microsoft I*, para.8.

<sup>108</sup> Hovenkamp 2008, p.299.

“Microsoft shall not enter into any License Agreement in which the terms of that agreement are expressly or impliedly conditioned upon: (i) the licensing of any other Covered Product, Operating System Software product or other product (provided, however, that this provision in and of itself shall not be construed to prohibit Microsoft from developing integrated products); (ii) or the OEM not licensing, purchasing, using or distributing any non-Microsoft product.”<sup>109</sup>

This provision prohibited Microsoft from bundling other software with its operating system under its contracts with OEMs.<sup>110</sup> However, Microsoft was allowed to develop new functions for its operating systems and integrate them with its current and future operating systems. Put differently, the sale of products on condition to the sale of other products (contractual tying) was prohibited, but the design of integrated products in a way that customers only obtain one product together with another (technological tying) was allowed.<sup>111</sup> “It seems to be in retrospect clear that the integrated product caveat would eventually lead to conflict, given the inherent difficulties of determining whether a bundle is one integrated product or two bundled items.”<sup>112</sup> This paved the way for *Microsoft II* as discussed immediately below.

## 2.2. Microsoft II

*Microsoft II* judgment<sup>113</sup> examines Microsoft’s alleged violation of the 1995 consent decree as the DOJ claimed that Microsoft unlawfully bundled its web

---

<sup>109</sup> Final Judgment, Civil Action No. 94-1564.

<sup>110</sup> The consent decree also prohibited Microsoft from discriminating among OEMs by using price or other terms to retaliate against OEMs who decide to install non-Microsoft products. See *ibid* at § IV(G)(iii).

<sup>111</sup> “Microsoft has expanded over the years before and after the 1995 consent decree the functionality included in Windows, leading to the elimination of some stand-alone add-ons markets. For example, Microsoft included a disk defragmenter in Windows 1995 and the market for defragmenters promptly died. Similarly, when hard disk compression was included in Windows 1995, the market for disk compression software died”. ECONOMIDES, N. (2001), “United States v. Microsoft: A Failure of Antitrust in the New Economy”, Stern School of Business, New York University, <http://www.stern.nyu.edu/networks/UWLA.pdf>, Date Accessed: 20.12.2012, p.6. In accordance with this observation, the Commission observes in the Guidance Paper that “[t]he risk of anti-competitive foreclosure is expected to be greater where the dominant undertaking makes its tying or bundling strategy a lasting one, for example through technical tying which is costly to reverse.” Guidance Paper, para.53.

<sup>112</sup> LANGER, J. (2007), *Tying and Bundling As a Leveraging Concern under EC Competition Law*, Kluwer Law International, The Netherlands, p.77.

<sup>113</sup> *United States v Microsoft Corp.*, 980 F. Supp. 537 (D.D.C. 1997) reversed in *United States v Microsoft Corp.*, 147 F.3d 935 (D.C. Cir 1998) (“*Microsoft II*”) (all references are made to the judgment of the US Court of Appeals).

browser, IE Version 4.0, with its operating system, Windows 95. Microsoft released the first three versions of IE on the same disc with Windows 95, but Version 4.0 was initially distributed on a separate disc and sold to the users of other operating systems as well. Microsoft's Windows 95 licence agreements required OEMs to install IE and prohibited them from removing any features. The DOJ became concerned that this practice violated § IV(E)(i) by effectively conditioning the licence for Windows 95 on the licence for IE 4.0, creating in its view what antitrust law terms a "tie-in" between the operating system and the browser.<sup>114</sup>

On appeal to the Court of Appeals, Microsoft stressed the "integrated product" exemption in § IV(E)(i) defending that adding any feature to an operating system, as by simply putting the disc containing a compatible application in the same box with the operating system and requiring OEMs to install both, creates an integrated product unless Microsoft also licenses the feature on a stand-alone basis to OEMs.<sup>115</sup> It defined an "integrated product" as a product that "combines" or "unites" functions that although capable of functioning independently, undoubtedly complement one another and insisted that Windows with IE constituted such a product. In short, Microsoft argued that it had simply integrated the products as allowed by the consent decree by pre-installing IE on Windows.

It is evident from the judgment that the US Court of Appeals had to deal with the meaning of "integration" and when a product is "integrated". This is because the 1995 consent decree contained "a critical ambiguity in that it could not be construed to prohibit Microsoft from developing integrated products."<sup>116</sup> Interpreting the decree, the court held the view that an integrated product "combines functionalities (which may also be marketed separately and operated together) in a way that offers advantages unavailable if the functionalities are bought separately and combined by the purchaser."<sup>117</sup> It concluded that the

---

<sup>114</sup> *Microsoft II*, para.12.

<sup>115</sup> *Microsoft II*, para.18.

<sup>116</sup> ROWLES, D. (2001), "Is It a Tie-in or an Integration? U.S. v. Microsoft Weighs In", Boston University School of Law, <http://www.bu.edu/law/central/jd/organizations/journals/scitech/volume6/rowles.pdf>, Date Accessed: 20.12.2012, p.4.

<sup>117</sup> *Microsoft II*, para.56 (emphasis original). Based on its definition, the Court laid down the two limbs of the test by requiring the integrated product to be "different from what the purchaser could create from the separate products on his own" and "better in some respect." *ibid* at para.59. This case illustrates that the cases where integration of products offers some non-trivial gain to consumers above what they could achieve on their own by combining the different products were

Windows 95 and IE package was a “genuine integration” and § IV(E)(i) of the consent decree did not bar Microsoft from offering it as one product.<sup>118</sup> In doing so, the Court of Appeals rightly focused on the technological aspect of the case, from which the case actually sprang, rather than dealing with Microsoft’s contractual arrangements with OEMs regarding their purchase of IE Version 4.0 as a condition of licensing Windows 95. Consequently, the case was remanded to the District Court. This was, according to some authors, a major victory for Microsoft.<sup>119</sup>

### 2.3. Microsoft III

Compared to the aforementioned earlier cases, *Microsoft III* judgment was the most important challenge against Microsoft’s abusive practices in the US.<sup>120</sup> In 1998, the DOJ and the Attorneys General of twenty states brought antitrust lawsuits against Microsoft. The DOJ asserted that Microsoft violated Section 1 and Section 2 of the Sherman Act 1890: by tying IE to Windows and other exclusionary practices, Microsoft monopolized the operating system market to maintain its market power (unlawful maintenance of monopoly power) and it attempted to monopolize the web browser market (attempted monopolization).<sup>121</sup> The case was settled in 2002.<sup>122</sup>

---

then exempt from the tying prohibition. HYLTON, K. N. and SALINGER, M. (2001), “Tying Law and Policy: A Decision-Theoretic Approach”, *69 Antitrust Law Journal* 469, p.484.

<sup>118</sup> *Microsoft II*, para.68. The Court’s reasoning was not shared by some commentators. Stating that the combination of Windows and IE did not confer advantages unobtainable by their combination by buyers because Microsoft actually had its buyers combine the separate disks, Elhauge argues that Windows and IE should not have been deemed a single integrated product. ELHAUGE, E. (1998), “The Court Failed My Test”, *The Washington Times* 10 July 1998, [http://www.law.harvard.edu/faculty/elhauge/pdf/court\\_failed\\_test.pdf](http://www.law.harvard.edu/faculty/elhauge/pdf/court_failed_test.pdf), Date Accessed: 20.12.2012.

<sup>119</sup> Langer 2007, p.78.

<sup>120</sup> *United States v Microsoft Corp.*, 87 F.Supp. 2d 30 (D.D.C. 2000) affirmed in part, reversed in part in *United States v Microsoft Corp.*, 253 F.3d 34 (D.C. Cir. 2001) cert. denied, 534 U.S. 952 (2001) (“*Microsoft III*”) (all references are made to the judgment of the US Court of Appeals).

<sup>121</sup> Section 2 of the Sherman Act 1890 establishes three offences, namely “monopolization,” “attempted monopolization” and “conspiracy to monopolize”. Monopolization occurs when the firm in question possesses monopoly power and has willfully acquired or maintained that power as distinguished from growth or development as a consequence of a superior product, business acumen, or historic accident. Whereas, elements of attempted monopolization comprise predatory or anti-competitive conduct, a specific intent to monopolize and a dangerous probability of achieving monopoly power. The mere possession or exercise of monopoly power is not an offence; the law addresses only the anti-competitive acquisition or maintenance of such power and certain related attempts. For more information, see US DOJ 2008.

<sup>122</sup> Final Judgment, Civil Action No. 98-1232 and 98-1233.

As discussed above, in *Microsoft II*, the Court of Appeals held that the bundle of IE with Windows was an integrated product and thus legal under the 1995 consent decree. To overcome this interpretation of the law, the DOJ argued that Microsoft's bundling of IE with Windows and its attempt to eliminate one of its major competitors in the browser market, Netscape, went beyond simply adding functionality to Windows and resulted in a series of add-on software manufacturers being driven out of the market.<sup>123</sup> According to the DOJ, Netscape had become a significant threat to Microsoft's operating system by developing a web browser, Navigator. Netscape would pose a threat to Microsoft if it allowed application programmes to run on all the operating systems that work with Netscape because that would erode the advantage that Windows had of having more application programmes than other operating systems.<sup>124</sup>

Understanding of the capabilities of Navigator is crucial in understanding the background of the DOJ's case against Microsoft. As a browser, Navigator was naturally designed to allow users to visit web sites. However, the bottom line is that it offered more than mere web browsing. As Hovenkamp expresses, Netscape offered "a kind of software-generated "shadow" operating system sitting on top of the computer's existing operating system."<sup>125</sup> Microsoft feared that Netscape's new technology would tilt the operating system market by lessening dependence to Windows and sooner or later pose a great threat to its quasi-monopoly position. At first, Microsoft tried to convince Netscape not to release a version of its browser that would act as an applications platform.<sup>126</sup> Upon the refusal of Netscape, Microsoft decided to stifle this technology by adopting an exclusionary strategy involving a wide range of practices.

In its defence, Microsoft first pointed out to the ruling of the Court of Appeals in *Microsoft I* and argued that the bundle of IE and Windows was legal under the 1995 consent decree with a view to refuting the anti-competitive tying allegation. Second, it challenged its alleged monopoly power in the market for operating systems. Third, it argued that consumers have benefited from its free IE and affordable Windows, and its innovations were thus welfare-enhancing. Lastly, it contended that it was competing vigorously against Netscape in a way that was legal under the Sherman Act.<sup>127</sup>

---

<sup>123</sup> Economides 2001, p.7.

<sup>124</sup> CARLTON, D. W. and J. M. PERLOFF (2005), *Modern Industrial Organization*, Pearson Addison Wesley Press, Fourth Edition, USA, p.374.

<sup>125</sup> Hovenkamp 2008, p.294-295.

<sup>126</sup> Langer 2007, p.79.

<sup>127</sup> *Microsoft III*, paras. 51, 58, 61, 67 and 98.

The District Court first found that Microsoft enjoyed a large and stable market share of more than 95 percent in the market for operating systems for Intel-compatible computers which showed “application barriers to entry” due to the abundance of applications running on Windows.<sup>128</sup> Such a vast array of applications for Windows made it appealing for users to choose Windows and a greater number of users choosing Windows eventually spurred developers to write programmes for that operating system.<sup>129</sup> Netscape attempted to lower those application barriers to entry and Microsoft engaged in a series of conduct.

Starting with the allegation of unlawful monopolization, the District Court condemned a number of provisions in Microsoft’s licence agreements with OEMs as Microsoft’s imposition of those provisions served to reduce the usage share of Navigator and thus to protect its monopoly in the operating systems market. In particular, it condemned the provisions prohibiting OEMs from:

- i. Removing IE’s desktop icons, folders, or “Start” menu entries,
- ii. Modifying the initial boot sequence,
- iii. Otherwise altering the appearance of the Windows desktop.<sup>130</sup>

The District Court observed that Microsoft believed those contractual restrictions on OEMs were not sufficient; therefore, it set out to bind IE more tightly to Windows as a technical matter. It centred upon three specific practices in this respect:

---

<sup>128</sup> *Microsoft III*, paras.54-56. The application barriers to entry to the market for operating systems created by the vast number of applications running on Windows appear to have played an important role in this case. During *Microsoft II*, an expert opined that “[b]ecause of the nature of the barriers to entry created by network effects, the most likely long-term threat to Microsoft’s monopoly power does not come directly from other operating systems, but rather from the spread of cross-platform technologies, that can serve (like Microsoft’s operating system) as a platform to which application developers write... [A]lthough browsers may never develop into full-fledged operating systems, browsers can serve as a platform to which application developers write.” In a clear and consistent manner, he explained that “[s]hould application vendors use a browser platform other than the Windows platform, the applications barrier to entry that protects Microsoft’s monopoly could be diminished, and competition in the PC operating system market created.” SIDAK, G. J. (2001), “An Antitrust Rule for Software Integration”, *18 Yale Journal on Regulation 1*, p.13-14 (emphasis original). His testament clearly explains the whole story behind *Microsoft III*.

<sup>129</sup> PAGE, W. H. and S. J. CHILDERS (2012), “Antitrust, Innovation and Product Design in Platform Markets: Microsoft and Intel”, *78 Antitrust Law Journal 363*, p.369.

<sup>130</sup> *Microsoft III*, para.60. The Court of Appeals upheld those contractual restrictions as unlawful maintenance of monopoly power with just one exception concerning the restriction prohibiting automatically launched alternative interfaces. *ibid* at para.64.



- i. Excluding IE from the “Add/Remove Programs” utility in Windows 98 with a view to discouraging the use of competing browsers,
- ii. Designing of Windows in a way that in some circumstances overrides the user’s choice of a default browser other than IE,
- iii. Commingling browser and operating system codes so that any attempt to delete the files containing IE would concurrently deteriorate the operating system.<sup>131</sup>

Microsoft’s agreements and dealings with internet service providers (ISP) with regard to the distribution of IE were also condemned by the District Court. Microsoft monopolized the operating system by:

- i. Offering IE free of charge to ISPs,
- ii. Offering ISPs a bounty for each customer the ISP signs up for service using the IE browser,
- iii. Developing the IE Access Kit and offering it free of charge to ISPs,
- vi. Providing easy access to ISPs’ services from the Windows desktop in return for their agreement to promote IE exclusively and to keep shipments of internet access software using Navigator under a specific percentage.<sup>132</sup>

The District Court further condemned Microsoft for its agreements with independent software vendors (ISV) and Apple. According to the court, by granting ISVs free licences to bundle IE with their offerings, and by exchanging other valuable inducements for their agreement to distribute, promote and rely on IE rather than Navigator, Microsoft directly induced developers to focus on IE rather than Navigator so that web-based applications would rely on the

---

<sup>131</sup> *Microsoft III*, para.65. The Court of Appeals upheld two of those three actions as unlawful maintenance of monopoly power with the exception of Microsoft designing of Windows in a way that overrides the user’s choice of a browser other than IE as the default browser. *ibid* at paras.66-67.

<sup>132</sup> *Microsoft III*, para.68. The District Court did not, however, assign liability for offering IE free of charge (predatory pricing). The Court of Appeals held that neither Microsoft’s predatory pricing, nor development of products was unlawful, but affirmed the district court’s judgment holding that Microsoft’s exclusive contracts with ISPs violated Section 2. The Court of Appeals agreed with the reasoning of the district court that Microsoft did not completely excluded Netscape, but it substantially excluded Netscape from the most efficient distribution channels, namely the pre-installation by OEMs and promotion by ISPs. By doing so, Microsoft relegated Netscape to more costly and less effective methods such as mass mail ing its browser on a disk or offering it for download over the internet. *ibid* at para.70.

technology of Windows.<sup>133</sup> Microsoft also pressured Apple by threatening to withdraw support for Mac Office, a programme which was vital for Apple to stay in the market amid the then steep decline of its business. Microsoft and Apple consequently reached an agreement under which Microsoft would continue to release up-to-date versions of “Mac Office” and in return Apple would bundle IE with Apple’s operating system, “Mac OS”, and make IE the default browser.<sup>134</sup>

One of the key points of the judgment centres on the manipulation of a particular technology, Java. Java was itself “middleware”<sup>135</sup> and included a programming language, but the bottom line was that it allowed cross-platform uses between different operating systems meaning that users would be less dependent to Windows as their operating system since Java compatible applications could run directly on a browser installed in any supported operating system. This technology was developed by Sun Microsystems Inc. (Sun) and Netscape agreed to distribute a copy of Java with Navigator. Microsoft also agreed to promote Java technologies, but at the same time it developed its own Java Virtual Machine (JVM) which was incompatible with the one Sun had already developed for Windows. The District Court found that Microsoft took the following four steps to prevent Java from being developed as a viable cross-platform:

- i. Designing a JVM which run faster but was incompatible with the one developed by Sun,
- ii. Entering into contracts with major ISVs inducing them to promote Microsoft’s JVM exclusively,
- iii. Deceiving Java developers about the Windows-specific nature of the tools it distributed to them by causing them to produce Windows-dependent Java applications that they believed would be cross-platform,

---

<sup>133</sup> *Microsoft III*, para.72. By way of illustration, a 2002 Evans Data Corporation report covering both client PCs and servers found that 75 percent of ISVs wrote applications for the Windows platform, the next popular operating system being Linux and Solaris with 6.7 percent and 5.2 percent respectively. KORAH, V. (2006), *Cases and Materials on EC Competition Law*, 3<sup>rd</sup> Edition, Hart Publishing, Great Britain, p.158.

<sup>134</sup> *Microsoft III*, para.73. The Court of Appeals upheld those findings of the District Court.

<sup>135</sup> Middleware is a term used for programmes which have their own operating system capabilities and therefore offer their users more than a mere application programme. “If the same middleware applications are provided on different operating systems, then applications that interact with that middleware can also run those different operating systems. If middleware, and programs that run on it, become widespread that makes it easier for users to move to competing operating systems.” COATES, K. (2011), *Competition Law and Regulation of Technology Markets*, Oxford University Press, Great Britain, p.248.

vi. Coercing Intel to stop aiding Sun in improving the Java technologies.<sup>136</sup>

In addition to condemning Microsoft for unlawful maintenance of monopoly power in the market for operating systems for the abovementioned practices, the District Court also held that Microsoft attempted to monopolize the browser market. The Court of Appeals reversed this part of the judgment on the grounds that the plaintiffs simply relied upon Microsoft's liability for monopolization of the market for operating systems as a presumptive indicator of attempted monopolization of an entirely different market.<sup>137</sup> Likewise, some commentators have been sceptical about the DOJ's theory of harm with regard to the attempted monopolization in the browser market.<sup>138</sup>

As for the tying allegation,<sup>139</sup> the District Court held that Microsoft's contractual and technological tying of Windows 95 and Windows 98 with IE was per se unlawful.<sup>140</sup> The Court of Appeals, however, stressed that the rule of reason, rather than per se analysis, should govern the legality of tying arrangements involving "platform software products". Therefore, it overturned the District Court's finding and remanded the case for an evaluation under the rule of reason.<sup>141</sup> As discussed in Part I, the Court came to the conclusion that "[t]here being no close parallel in prior antitrust cases, simplistic application of per se tying rules carries a serious risk of harm."<sup>142</sup>

<sup>136</sup> *Microsoft III*, para.74. The Court of Appeals reversed the imposition of liability for Microsoft's development and promotion of its JVM, but upheld Microsoft's exclusive dealings with ISVs, deception of Java developers and threat to Intel as unlawful exclusionary practices.

<sup>137</sup> *Microsoft III*, paras.80-81.

<sup>138</sup> "The Antitrust Division effectively made a prediction in the Microsoft suit: if Microsoft is allowed to bundle Internet Explorer and undermine Netscape, it will obtain a monopoly and be able to raise prices in the future. That prediction has been falsified... despite Microsoft's continued zero pricing of IE, other browsers have been able to enter and achieve substantial usage shares... Websites have not become locked in to any proprietary aspects of Microsoft's browser standards." PAGE, W. H. (2010), "Microsoft and the Limits of Antitrust", *Journal of Competition Law and Economics*, No:6(1), p.48.

<sup>139</sup> For a good critical analysis of the tying allegation in this case, see CHIN, A. (2005), "Decoding Microsoft: A First Principles Approach", *Wake Forest Law Review*, No:40(1), p.1-157.

<sup>140</sup> The facts underlying the tying allegation under Section 1 of the Sherman Act substantially overlapped with those discussed above in the context of Microsoft's exclusive dealings with OEMs as the basis for unlawful maintenance of monopoly power under Section 2 of the Sherman Act.

<sup>141</sup> On the meaning of and difference between per se and rule of reason rules, see BLACK, O. (1997), "Per Se Rules and Rules of Reason: What Are They?", *European Competition Law Review*, No:18(3), p.145-161.

<sup>142</sup> *Microsoft III*, para.84.

Microsoft disputed and the court doubted whether the “separate product” element in (contractual) tying test<sup>143</sup> was properly applicable to technological tying cases, when two products are technologically integrated, but also available separately. The court took the view that that the facts of the case poorly fit with the separate product element<sup>144</sup> and eventually opposed to the test being per se applied as it may not give newly integrated products a fair shake.<sup>145</sup> The court came to the conclusion that “wooden application of per se rules in this litigation may cast a cloud over platform innovation in the market for PCs, network computers and information appliances.”<sup>146</sup> The DOJ dropped the tying claim and since the case was settled, this issue was not thoroughly discussed.

The last issue in *Microsoft III* was the remedy that the District Court adopted: among other things, Microsoft shall be divested into two companies, with one continuing Microsoft’s operating system business and the other undertaking application and software operations. During the trial, Microsoft’s CEO emphasised that Microsoft was not the result of mergers or acquisitions and thus always had been a unified company without free-standing business unit. The Court of Appeals remanded the case to the District Court for the determination of the specific remedy for the limited ground of liability which it upheld.<sup>147</sup> When the case was settled, Microsoft undertook to provide OEMs and consumers the choice of using rival middleware in addition to or instead of its own products.

---

<sup>143</sup> The constituent elements of the modified tying test were laid down by the US Supreme Court as (1) the tying and tied goods are two separate products; (2) the defendant has market power in the tying product market; (3) the defendant affords consumers no choice but to purchase the tied product from it; and (4) the tying arrangement forecloses a substantial volume of commerce. *Jefferson Parish Hospital District No 2 v Hyde*, 466 U.S. 2 (1984). See also *Eastman Kodak Co. v Image Technical Servs., Inc.*, 504 U.S. 451 (1992). For a detailed analysis of the development of tying and tying cases in US and EU law, see AHLBORN, C., D. EVANS and J. PADILLA (2004), “The Antitrust Economics of Tying: A Farewell to Per Se Illegality”, *49 Antitrust Bulletin* 287, and EKDI, B. (2011), “Ürün Bağlama ve Paket Satışlar Yoluyla Hakim Durumun Kötüye Kullanılması”, K.C. Sanlı (ed.), in *Hakim Durumun Kötüye Kullanılması: Sorunlar ve Çözüm Önerileri Sempozyumu*, p.460-480.

<sup>144</sup> “...the separate-products test is a poor proxy for net efficiency from newly integrated products.” *Microsoft III*, para.92.

<sup>145</sup> “...judicial “experience” provides little basis for believing that, “because of their pernicious effect on competition and lack of any redeeming virtue,” a software firm’s decisions to sell multiple functionalities as a package should be “conclusively presumed to be unreasonable and therefore illegal without elaborate inquiry as to the precise harm they have caused or the business excuse for their use.” *Microsoft III*, paras.90-91 (citations omitted).

<sup>146</sup> *Microsoft III*, para.95.

<sup>147</sup> *Microsoft III*, para.107.

## 2.4. Microsoft WMP

The case against on the other side of the Atlantic began in 1998 when Sun filed a complaint with the Commission claiming that Microsoft had refused to licence information that Sun deemed necessary for its server software to work with Microsoft's client PC operating system in order to compete in the work group server operating system market. The complaint was based on Microsoft's refusal of interoperability information, but the Commission later extended the scope of its investigation on its own initiative to the integrated media functionality of Windows. This time Microsoft was accused of unlawful tying of WMP to Windows, quite similar to the tying of IE with Windows in the US.<sup>148</sup> The decision was adopted in 2004 after 6 years and largely upheld by the General Court in 2007.<sup>149</sup> A fine of 497 million Euros was imposed on Microsoft.<sup>150</sup>

The Commission found that Microsoft's market share in the market for client PC operating systems was over 90 percent and it enjoyed stable and continuous market power in the relevant market.<sup>151</sup> The market share of Microsoft in the market for work group server operating systems was at least 60 percent and Microsoft competed against three competing products, namely Novell, Linux and UNIX. Close commercial and technological associative links between those two markets were found.

The first abusive conduct in which Microsoft is found to have engaged was the refusal to supply interoperability information<sup>152</sup> (communication protocols)

<sup>148</sup> On the similarities and differences between *Microsoft III* and *Microsoft WMP*, see APON, J. (2007), "Cases against Microsoft: Similar Cases, Different Remedies", *European Competition Law Review*, No:28(6), p.327-336.

<sup>149</sup> Case COMP/C-3/37.792 — *Microsoft* [2004] OJ L 32/23, upheld in Case T-201/04 *Microsoft v Commission* [2007] ECR II-3601 ("*Microsoft WMP*") (all references are made to the judgment of the General Court). See also Press Release, "Commission Concludes on Microsoft Investigation, Imposes Conduct Remedies and a Fine", IP/04/382, 24 March 2004.

<sup>150</sup> This was a huge sum in absolute terms, but actually it roughly equaled to only two weeks of Microsoft's profits by then. Coates 2011, p.219. In the aftermath of the Commission's decision, there have been several disagreements between Microsoft and the Commission in relation to the accuracy of the interoperability information and its pricing, which in 2008 led to a further fine of 899 million Euros imposed on Microsoft for the period between 21 June 2006 and 21 October 2007.

<sup>151</sup> *Microsoft WMP*, para.31.

<sup>152</sup> "Interoperability generally arises in high-tech markets where software producers may be dependent on interface information concerning the operation of other software (such as platform operating systems) in order to produce products (such as applications) which are compatible". HOWARTH, D. and K. MCMAHON (2008), "'Windows has performed an illegal operation': the Court of First Instance's Judgment in *Microsoft v Commission*", *European Competition Law Review*, No:29(2), p.117 (emphasis original).

to its competitors in the work group server operating systems market. Microsoft defended that the interoperability information, which it was required to disclose to its competitors, was protected by intellectual property rights (IPR). A requirement that it disclose such information would interfere with the free exercise of its IPRs and with its incentive to innovate.<sup>153</sup> Furthermore, it argued the relevant criteria established in the case law which determine when a dominant firm could be required to grant a licence to a third party were not satisfied in this case.<sup>154</sup>

According to the Commission, by refusing to disclose interoperability information, Microsoft aimed to leverage its quasi-monopoly position from the client PC operating system market to the adjacent work group server operating system market. The Commission contended, among other things, that it was essential that Microsoft's competitors have access to indispensable information relating to interoperability with the Windows domain architecture in order for them to be able to remain viably on the market and to develop work group server operating systems capable of achieving a required degree of interoperability when the servers on which they are installed are added to a Windows work group server.<sup>155</sup> If Microsoft's competitors had access to the interoperability information that Microsoft refuses to supply, they could use the disclosures to make the advanced features of their own products available for consumers.<sup>156</sup>

The Commission went on to state that even though the interoperability information was not "indispensable", Microsoft retained a "significant competitive importance" in terms of interoperability by its refusal which discouraged its competitors from developing and marketing work group server operating systems with innovative features, to the prejudice of consumers.<sup>157</sup> As the Commission argued, Microsoft's refusal created a risk of stifling competition on the work group server operating system market and led to restriction of consumer choice. Although the refusal did not prevent the appearance of a "new product", it did hamper innovation and for this reason, an increasing number of consumers were locked into Windows at the level of work group server operating

---

<sup>153</sup> This plea was overturned by the Commission through an incentive balance test: "[A] detailed examination of the scope of the disclosure at stake leads to the conclusion that, on balance, the possible negative impact of an order to supply on Microsoft's incentives to innovate is outweighed by its positive impact on the level of innovation of the whole industry (including Microsoft)". *Microsoft WMP*, para.706 (emphasis original).

<sup>154</sup> *Microsoft WMP*, paras.108-112 and 312.

<sup>155</sup> *Microsoft WMP*, para.106.

<sup>156</sup> *Microsoft WMP*, para.654.

<sup>157</sup> *Microsoft WMP*, paras.381 and 653.

systems.<sup>158</sup> UNIX, for example, offered more functions such as reliability, availability and security, compared to Microsoft's server operating system. The Commission's decision has been widely debated.<sup>159</sup>

The second abusive conduct, which is more relevant for the purposes of our study, was Microsoft's tying its WMP to Windows. The Commission decided that Microsoft's conduct in making the availability of Windows conditional on the simultaneous acquisition of WMP constituted an abusive tied sale.<sup>160</sup> The Commission considered that Microsoft's conduct satisfied the conditions for a finding of an unlawful tying for the purposes of Article 102 TFEU:<sup>161</sup> (1)

<sup>158</sup> *Microsoft WMP*, para.650. Geradin insists that the Commission seemed to have overlooked or at least insufficiently examined the issue of emergence of a new product for which there is an unsatisfied consumer demand (*Magill*), but also adds that the new product element is itself "absurd" and leads to "undesirable consequences". GERADIN, D. (2005), "Limiting the Scope of Article 82 of the Treaty: What Can EU Learn from the US Supreme Court's Judgment in *Trinko* in the Wake of *Microsoft*, *IMS* and *Deutsche Telekom*?", *Common Market Law Review*, No:41, p.1537. Pardolesi and Renda argue that contrary to other EU cases on refusal to license intellectual property rights, Microsoft's refusal to supply interoperability operation did not prevent the emergence of a new product, or a new market for which there was sufficient consumer demand. Consequently, Microsoft's competitors enjoyed costless and perfect interoperability. Pardolesi and Renda 2004, p.50. Analysing the case law, Komninos and Czapracka observe that although the ECJ had confirmed in *IMS Health* the principles in its earlier judgments, including *Magill* and *Bronner*, in *Microsoft* the General Court significantly relaxed the *IMS Health* test and lowered the threshold for antitrust intervention. KOMNINOS, A. P. and K. A. CZAPRACKA (2010), "IP Rights in the EU *Microsoft* Saga", F. Etro and I. Kokkoris (eds.), in *Competition Law and the Enforcement of Article 102*, p.92.

<sup>159</sup> Czapracka notes that the Commission imposed a duty to disclose interoperability information which was more than access to an essential facility, since it required disclosing as to create "full interoperability", a level playing field between the dominant firm and its competitors. CZAPRACKA, K. A. (2008), "Antitrust and Trade Secrets: The U.S. and the EU Approach", *24 Santa Clara Computer & High Tech. Law Journal* 207, p.269. Andreangelli claims that the General Court showed a 'benevolent' attitude in favour of Microsoft's competitors. ANDREANGELLI, A. (2009), "Interoperability as an "Essential Facility" in the *Microsoft* Case: Encouraging Competition or Stifling Innovation?", *European Law Review*, No:34(4), p.597. Larouche suggests that the European authorities simply assumed that "competition on the market" was preferable to "competition for the market" and breakthrough innovation. LAROUCHE, P. (2008), "The European *Microsoft* Case at the Crossroads of Competition Policy and Innovation", *75 Antitrust Law Journal* 601, p.610.

<sup>160</sup> *Microsoft WMP*, para.814. Unlike the web browsers in *Microsoft III*, media players were not regarded as cross-platform applications posing a threat to Microsoft's dominance in operating systems market in *Microsoft WMP*.

<sup>161</sup> The constituent elements of the tying analysis were listed by the Commission as (1) the tying and tied goods are two separate products; (2) the undertaking concerned is dominant in the market for the tying product; (3) the undertaking concerned does not give customers a choice to obtain the

Microsoft had a dominant position on the client PC operating systems market; (2) media players and client PC operating systems were two separate products; (3) Microsoft did not give consumers the choice of obtaining Windows without WMP; and (4) the tying foreclosed competition in the market for media players. The Commission added that Microsoft failed to demonstrate that its conduct was objectively justified.<sup>162</sup> The General Court held that the Commission's analysis of the constituent elements of tying abuse was correct and consistent both with Article 102 TFEU and with the case law.

Most of the analysis of the Commission was devoted to the second and fourth elements. The first condition, the finding of dominance, was quite easily satisfied and was not very much disputed by Microsoft. On the second condition, the separate products issue, the Commission observed that there were independent manufacturers of media players and thus there was a distinct market for the tied product.<sup>163</sup> Second, a significant number of users chose to obtain media players separately from operating systems. Third, by contrast, some users did not need or want a media player meaning that there was material demand for operating systems without media players. Lastly, Microsoft itself developed and distributed versions of WMP for other operating systems, and engaged in promotions of WMP independent of Windows.<sup>164</sup> According to Microsoft, the Commission

---

tying product without the tied product; and (4) the tying in question forecloses competition. *Microsoft WMP*, para.842. These elements are almost a carbon copy of the four conditions of the modified per se tying test in *Jefferson Parish Hospital*, which was not found applicable to "platform software products" in *Microsoft III*.

<sup>162</sup> *Microsoft WMP*, paras.853-858.

<sup>163</sup> Albeit controversial in the context of high-tech markets, in *Microsoft WMP* the Commission seems to have remained faithful to its earlier assessment of tying in the Guidelines on Vertical Restraints [2000] OJ C 291/1, which was then in force. According to para.216 of that Guidelines, "[t]wo products are distinct if, in the absence of tying from the buyers' perspective, the products are purchased by them on two different markets." As an example, the Commission states that "the sale of shoes with laces is not a tying practice' since *customers want to buy shoes with laces, it has become commercial usage* for shoe manufacturers to supply shoes with laces" (emphasis added). This analysis, together with the example, has been carried through into the new Guidelines on Vertical Restraints [2010] OJ C 130/1 as well (para.215). In our view, there is no reason that prevents the very same analysis to apply to WMP and Windows; it has become commercial usage for operating system manufacturers to supply operating systems with media players as this is the case with Apple, Linux and IBM, and consumers want to buy Windows with WMP. There is no meaningful demand on the part of consumers for an operating system without a media player even if there is a separate and additional demand for different media players. Therefore, the Commission's analysis of separate products in *Microsoft WMP* seems to be flawed and in particular, does not fit to the nature of competition in high-tech markets.

<sup>164</sup> *Microsoft WMP*, paras.873-882. The General Court found that (1) the operating system and



tended to punish dominant firms which improve their products by integrating new features in them, when it required that such features be made removable whenever a firm markets a standalone product that provides the same or similar functionalities.<sup>165</sup>

With regard to the third condition, the coercion of users, Microsoft contended that the fact that it integrated WMP in Windows did not entail any coercion or supplementary obligation on users and emphasised they paid nothing extra for the media functionality of Windows.<sup>166</sup> Users were neither obliged to use that functionality, nor prevented from installing and using other media players. In fact, users had strong incentives to use more than a single media player: as more formats were flourishing each day, this would necessitate users to install other media players at some point in the future. The Commission found that the coercion was applied primarily to OEMs as it was impossible for OEMs to obtain a licence on Windows without WMP, and it then passed on to consumers. Uninstalling WMP was not found technically possible either. The Court endorsed that OEMs were deterred from pre-installing a second media player and consumers had an incentive to use WMP at the expense of competing media players.<sup>167</sup>

As for the fourth condition, foreclosure of competition, the Commission observed that Windows was pre-installed on more than 90 percent of client PCs shipped worldwide, so that, by bundling WMP with Windows, Microsoft ensured that its media player was as ubiquitous as Windows on client PCs. Neither the Internet, nor other distribution channels could thus offset the ubiquity of WMP. Such a ubiquity in turn incentivised the vast majority of software developers and content providers to choose the WMP format, and this gave Microsoft a competitive advantage unrelated to the intrinsic qualities or merits of its product.<sup>168</sup> Implying its speculative nature, Microsoft responded that the Commission's theory was based on a presumption that competition might be

---

media player clearly differed in terms of functionalities; (2) there were other manufacturers who supply media players independently of operating systems; (3) Microsoft itself developed and marketed versions of WMP for other operating systems; (4) WMP was downloadable over the Internet independently of Windows; and (5) a significant number of users were acquiring media players from Microsoft's competitors. *Microsoft WMP*, paras.926-932.

<sup>165</sup> *Microsoft WMP*, para.888.

<sup>166</sup> *Microsoft WMP*, para.960.

<sup>167</sup> *Microsoft WMP*, para.971.

<sup>168</sup> *Microsoft WMP*, paras.980-988.

foreclosed at some unidentified point in the future as a result of the future conduct of third parties over which Microsoft had no control.<sup>169</sup>

The General Court noted that OEMs who pre-install WMP were a key distribution channel, as the great majority of sales of Windows client PC operating systems (approximately 75 percent) are made through OEMs.<sup>170</sup> For this reason, no other media player could achieve such a level of market penetration without having the advantage in terms of distribution that WMP enjoyed.<sup>171</sup> According to the Court, OEMs were reluctant to pre-install another media player(s) as this would occupy additional hard-disk capacity, create a risk of confusion on the part of users and increase their customer support and testing costs of each additional player, since they generally operated on thin profit margins.<sup>172</sup> Therefore, the option of entering into agreements with OEMs was a less efficient and a less effective way for other media player manufacturers to obtain media player distribution in the face of Microsoft's tying.

As the Commission identified, there were various channels through which media players may be distributed to users. First of all, media players may be pre-installed on computers by OEMs under agreements between OEMs and software developers. Second, users may download them to their computers over the Internet. Third, they may be sold in retail outlets or distributed with other software products. However, the tying of WMP to Windows allowed Microsoft to obtain an unparalleled advantage with respect to the distribution of WMP, ensured the ubiquity of WMP on client PCs throughout the world, and thus provided a disincentive for users to make use of other media players and for OEMs to pre-install such players on client PCs.<sup>173</sup> The widespread distribution of WMP was also found liable to compel content providers to encode their content in WMP format, which would have the effect of excluding competing media players from the market and would then indirectly compel consumers to use only WMP.<sup>174</sup>

---

<sup>169</sup> *Microsoft WMP*, para.1022. However, the Commission furthered submitted that the industry data which it used invariably revealed a tendency for the market to tip in favour of the use of WMP and WMP formats to the detriment of the main competing media players, namely RealNetworks and Apple.

<sup>170</sup> *Microsoft WMP*, para.1038.

<sup>171</sup> *Microsoft WMP*, para.1039.

<sup>172</sup> *Microsoft WMP*, paras.1044-1045.

<sup>173</sup> *Microsoft WMP*, para.1054.

<sup>174</sup> *Microsoft WMP*, paras.1067-1069.

As for the most controversial part of the case, the appropriate remedy,<sup>175</sup> the Commission decided that the best remedy would be technological unbundling.<sup>176</sup> Despite Microsoft's argument that the removal of media functionality from Windows would harm the integrity of other functionalities and result in degrading Windows, the Commission required Microsoft to redesign its Windows by removing the code-commingling of WMP from Windows, and offer an unbundled version which ought to be well-functioning and of quality.<sup>177</sup> However, Microsoft retained the right to continue offering a version of Windows bundled with WMP. The remedy applied to Windows licensed directly to end users (home users via retail and corporate customers) and licensed to OEMs for sale in the European Economic Area (EEA).

## 2.5. Microsoft IE

Following the complaint by Opera, the Norwegian Internet browser maker, in December 2007, the Commission initiated investigations and sent a Statement of Objection to Microsoft in January 2009, for an alleged violation of Article 102 TFEU by unlawfully bundling its web browser IE to its dominant client PC operating system Windows.<sup>178</sup> Not even a decade later *Microsoft WMP*, the Commission again alleged that Microsoft's conduct harmed competition between web browsers, undermined product innovation and eventually reduced consumer choice.<sup>179</sup>

---

<sup>175</sup> For a critique of the remedy in this case, see *infra* "4. Comments and Conclusion".

<sup>176</sup> During the discussions between the Commission and Microsoft with regard to the remedy, Microsoft first offered "mandatory versioning" as an alternative to bundling in that it would include rival media players in a CD to be supplied when buying a new PC. This remedy was overturned by the Commission on the grounds that less-informed users would simply ignore such CDs and even knowledgeable ones might not want to spend time on installation. Later, Microsoft and the Commission discussed the option of pre-installing rival players in addition to WMP, but this remedy suffered some disadvantages too (such as taking too much hard drive size). It would not also solve the underlying problem that WMP was to be distributed with Windows. Finally, Microsoft and the Commission agreed on the removal of software codes for the media playback functionality. Langer 2007, p.167-168.

<sup>177</sup> *Microsoft WMP*, para.1137. Microsoft maintained that the remedy was internally inconsistent and impossible for it to comply with, because it was required to remove important functionality from Windows and at the same time ensure that the degraded version of Windows was not less performing than the version with WMP. There was also no discussion on the cost to Microsoft of developing the unbundled version.

<sup>178</sup> Press Release, "Antitrust: Commission confirms sending a Statement of Objections to Microsoft on the tying of Internet Explorer to Windows", MEMO/09/15, 17 January 2009.

<sup>179</sup> Press Release, "Antitrust: Commission statement on Microsoft Internet Explorer announcement", MEMO/09/272, 12 June 2009.

Citing *Microsoft WMP*, the Commission took the preliminary view that the criteria for illegal tying were fulfilled: (i) Microsoft did not contest that it holds a dominant position on the client PC operating system market with its Windows operating system; (ii) IE and Windows were provisionally considered as separate products; (iii) before Windows 7 was released, computer manufacturers and end users could not technically and legally obtain Windows without IE. Neither for OEMs, nor for end users was it technically possible to remove IE from Windows, and licensing agreements prevented OEMs from selling Windows without IE; and (iv) the tying was provisionally found as liable to foreclose competition on the merits between web browsers.<sup>180</sup>

Quite similar to WMP in *Windows WMP*, IE was provisionally found to have enjoyed “an artificial distribution advantage” that other web browsers were unable to match and downloading web browsers from the Internet did not “offset the artificial distribution advantage” of IE resulting from the alleged tying.<sup>181</sup> The Commission also preliminarily considered that, in addition to reinforcing Microsoft’s position on the market for client PC operating systems, the tying of IE to Windows created “artificial incentives” for web developers and software designers to optimise their products primarily for IE.<sup>182</sup> This is because in practice, many content providers, as well as software developers write first and foremost for the web browser which has the highest usage share with the hoping of obtaining the most cost-effective exposure of their products.<sup>183</sup>

The case does not provide a detailed analysis of whether Microsoft’s tying of IE to Windows could be objectively justified by distribution or technical efficiencies. However, Microsoft argued at the time of *Microsoft WMP* that it should be allowed to pre-install separate software products with Windows because the operating system and its applications constituted a uniform platform, an argument that was subsequently rejected by the General Court.<sup>184</sup> The Commission only preliminarily concluded that as a result of the tying, IE’s market share remained much higher than that of competing browsers, “although

---

<sup>180</sup> Case COMP/39.530 — *Microsoft (Tying)* [2009] (unpublished) (“*Microsoft IE*”), para.36.

<sup>181</sup> *Microsoft IE*, paras.39 and 45.

<sup>182</sup> *Microsoft IE*, para.37.

<sup>183</sup> DOLMANS, M., T. GRAF and D. R. LITTLE (2010), “Microsoft’s Browser Choice Commitments and Public Interoperability Undertaking”, *European Competition Law Review*, No:31(7), p.270.

<sup>184</sup> *ibid* at p.271.

it could not be considered as a superior product compared to its main competitors.”<sup>185</sup>

Microsoft undertook not to bundle IE with Windows 7 (code removal) in the system to be sold in Europe. However, this proposal was not seen sufficient by the Commission. As a remedy, Microsoft proposed a ballot screen (browser choice screen)<sup>186</sup> to provide users in the EEA with links to download rival web browsers. In addition, OEMs would be free to pre-install any web browser(s) of their choice on computers they ship and set it as default web browser and Microsoft would not circumvent the commitments by any means and shall not retaliate against OEMs for installing competing web browsers.<sup>187</sup>

The case was settled in December 2009, roughly within a year after Microsoft first received the Commission’s Statement of Objections, in accordance with Article 9 of the Regulation 1/2003.<sup>188</sup> Microsoft’s proposal was approved by the Commission, which concluded that there were no grounds for further action, but required legally binding commitments by Microsoft to report at six-month intervals in its conformity with the commitments.<sup>189</sup> The implementation of the ballot screen started in March 2010<sup>190</sup> and the ballot screen will be available in the EEA for five years.<sup>191</sup> It should be noted that the Commission recently announced that Microsoft has acted contrary to Microsoft IE and failed to comply with its commitments to offer users the browser choice screen.<sup>192</sup>

---

<sup>185</sup> *Microsoft IE*, para.54.

<sup>186</sup> The full text of the commitments offered by Microsoft including the ballot screen proposal is available at [www.microsoft.com/presspass/presskits/eu-msft/docs/07-24-09Commitment.doc](http://www.microsoft.com/presspass/presskits/eu-msft/docs/07-24-09Commitment.doc), Date Accessed: 20.12.2012.

<sup>187</sup> *Microsoft IE*, para.60.

<sup>188</sup> Council Regulation (EC) No 1/2003 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty OJ L 1/1.

<sup>189</sup> *Microsoft IE*, para.111. See also Press Release, “Antitrust: Commission welcomes Microsoft’s roll-out of web browser choice”, IP/10/216, 2 March 2010.

<sup>190</sup> According to this proposal, within the EEA users who receive automatic updates for Windows and have Microsoft’s browser set as default are being invited to choose from several rival web browsers, namely *Apple Safari*, *Google Chrome*, *Mozilla Firefox* and *Opera* which will be prominently displayed alongside with IE; *Avant Browser*, *Flock*, *Green Browser*, *K-Meleon*, *Maxthon*, *Sleipnir* and *Slim Browser* will be displayed if the user scrolls sideways.

<sup>191</sup> *Microsoft IE*, para.112.

<sup>192</sup> The Commission took the preliminary view that Microsoft has failed to roll out the browser choice screen with its Windows 7 Service Pack 1, which was released in February 2011. According to the Commission, from February 2011 until July 2012, millions of Windows users in the EU may not have seen the choice screen. See Press Release, “Antitrust: Commission sends Statement of

## 2.6. Summary

As a result of the aforementioned Microsoft cases on both sides of the Atlantic, competition law interacted with the realm of technology, and the way Microsoft designed and commercialised its products was subject to antitrust scrutiny. The analysis of product designs under the light of competition law was far from being straightforward and the courts showed obvious hesitation as to whether the product designs in question amounted to anti-competitive tying, whether they could or should be handled differently from contractual tying arrangements, which had been known as the only form of tying arrangements for more than half a century, and lastly whether they were ties at all if they in fact constituted integrated products.

The Microsoft Saga began with *Microsoft I* which, though not directly, dealt with Microsoft's design of its web browser and operating system as "integrated products". The case was settled with a consent decree in 1995, pursuant to which Microsoft's sale of products on condition to the sale of its other products was prohibited, but the design of integrated products in a way that consumers only obtain one product together with another was left outside of the scope of the consent decree. Design of products as "integrated products", albeit not specially defined and elaborated, was held legal under the 1995 consent decree, as it was not explicitly prohibited in contrast to the situation where Microsoft designs and ties two different and separate products contractually. It can be argued that an integrated product was then thought to be better than the sum of the previously separated products.

The "integrated product" exemption of the 1995 consent decree was analysed in more detail few years later in *Microsoft II*. For the first time, the Court of Appeals set out a definition of "integrated products"<sup>193</sup> and came to the conclusion that Microsoft's product design was in line with the consent decree. The Court appeared to have favoured a permissive approach into technological tying, but it left open the question whether its interpretation was the appropriate test in general. Some authors have argued that the Court even created a rule of per se legality for products characterised as an "integrated product",<sup>194</sup> after it held

---

Objections to Microsoft on non-compliance with browser choice commitments", IP/12/1149, 24 October 2012. See also Press Release, "Antitrust: Commission opens proceedings against Microsoft to investigate possible non-compliance with browser choice commitments", IP/12/800, 17 July 2012.

<sup>193</sup> See *Microsoft II*, para.56.

<sup>194</sup> Rowles 2001, p.5. The Court referred to the views of some commentators against the intervention of competition law to technologically integrated products and product designs by

that courts were “ill equipped to evaluate the benefits of high-tech product design”.<sup>195</sup> The Court in fact refrained from the dangerous task of judging the justifiability of technological integration. The Court’s permissive approach did not, however, last for long and in the same year (in fact one month before *Microsoft II*), *Microsoft III* was filed by the DOJ.

Up until *Microsoft III*, the courts had not gotten too much embroiled in analysing technological tying practices, but with *Microsoft III* those practices somehow lost their “antitrust immunity”.<sup>196</sup> *Microsoft III* judgment was the most important challenge against Microsoft’s abusive practices in the US. Among other things, the Court of Appeals examined the design of Microsoft’s product, and held that excluding IE from the “Add/Remove Programs” utility in Windows with a view to discouraging the use of competing browsers and commingling the browser code with the operating system code so that any attempt to delete the files containing IE would eventually deteriorate Windows were anti-competitive, while the design of Windows in a way that in some circumstances overrides the user’s choice of a default browser other than IE was not.<sup>197</sup> On the prohibition of technological tying, it held the view that the separate products test was a poor proxy for integrated products<sup>198</sup> and remanded the case to the District Court for an evaluation under the rule of reason.

In fact, *Microsoft III* is not all about the product design of Microsoft. It illustrates that Microsoft almost undertook an anti-competitive campaign with a view to protecting its quasi-monopoly position in the operating system market against the threat posed by Netscape. Technological tying was like “the tip of the iceberg” compared to Microsoft’s other exclusionary tactics; Microsoft entered into a variety of exclusive dealing agreements, pressurised OEMs, forced Intel, threatened Apple and finally suppressed a computer language with a view to protecting its quasi-monopoly in the operating system market. Had the only practice been technological tying, the outcome might have been different. Lacking any redeeming virtue and pro-competitive justification, majority of those

---

stressing that “scholars have long recognized the undesirability of having courts oversee product design, and any dampening of technological innovation would be at cross-purposes with antitrust law”. *Microsoft II*, para.55.

<sup>195</sup> *Microsoft II*, para.70.

<sup>196</sup> Ekdi 2011, p.465-468. See also Hylton and Salinger 2001, p.473 (“The splintering of legal rules created by the *Microsoft III* decision casts a cloud of uncertainty over technological integration.”).

<sup>197</sup> *Microsoft III*, paras.66-67.

<sup>198</sup> *Microsoft III*, para.92.

practices led to the condemnation of Microsoft without elaborate discussions on technological tying. After all, many efficiency claims could have been put forward for technological tying, but obviously not for threat or economic force.<sup>199</sup> Those practices reinforced the suppression of Netscape which was no longer an alternative to IE when the case was settled.<sup>200</sup>

On the other side of the Atlantic, the Commission issued one infringement decision (*Microsoft WMP*) and settled one case (*Microsoft IE*), both of which dealt with, inter alia, how Microsoft designed its products. Even though *Microsoft WMP* was the first decision on technological tying in the EU considering the fact that 1984 IBM case was a settlement, it actually failed to provide satisfactory guidance as to the features of anti-competitive technological tying. It has been argued that the General Court's reluctance to offer guidance on weighing up the benefits of technical integration against its exclusionary effects is highly unsatisfactory and all the more disappointing given the dearth of precedent on technical integration as an abuse of dominance.<sup>201</sup> The lack of consumer harm, protection of competitors and the ineffective remedy were the highlights of this case. The case should have been *a fortiori* dismissed, considering the fact that there was no threat of middleware in the context of media players unlike browsers in *Microsoft III* and Microsoft did not resort to any other exclusionary practices (Microsoft's refusal to supply interoperability information was not related to the tying claim) unlike the ones in *Microsoft III*. It should be borne in mind that the US Court of Appeals did not directly regard technological tying as unlawful notwithstanding those two findings.

The last action taken against Microsoft to date ended with a settlement in *Microsoft IE*. The issue was similar to that in *Microsoft III*: the tying of IE to Windows. It was not a prohibition decision; however, the preliminary findings of the Commission, and especially how the Commission assessed them, indicated a

---

<sup>199</sup> See *infra* "Figure 1 – The Spectrum of Different Types of Anti-Competitive Unilateral Conduct".

<sup>200</sup> Statics show a sharp decline in the user demand for Netscape. The usage share of Netscape was at around 80 percent in 1996. It dropped down to around 60 percent when the lawsuit was filed in 1998 and was less than 5 percent when the case was settled in 2002. Netscape subsequently exited the market in 2004. See DUNHAM, W. R. (2006), "The Determination of Antitrust Liability in United States v. Microsoft: The Empirical Evidence the Department of Justice Used to Prove Its Case", *Journal of Competition Law and Economics*, No:2(4), p.549-671.

<sup>201</sup> BATCHELOR, B. (2008), "The Fallout from Microsoft: the Court of First Instance Leaves Critical IT Industry Issues Unanswered", *Computer and Telecommunications Law Review*, No:14(1), p.21.



likely prohibition decision had the case was not settled. The Commission followed a similar line of analysis that it employed in *Microsoft WMP*, and came to the preliminary conclusion that the design of IE in a way that is technologically tied to IE generated anti-competitive effects. The decision was not much of a surprise after the Commission's restrictive approach to the technological tying of WMP to Windows in *Microsoft WMP* and in *Microsoft IE*, IE simply replaced WMP. In contrast to the *Microsoft IE* settlement (which is approximately 40 pages long), the *Microsoft WMP* judgment (which is approximately 160 pages long) seems to offer more analysis and findings for the existing case law on technological tying, as well as more predictability for other stakeholders in the long run. However, Microsoft's browser choice screen commitment in *Microsoft IE* was much more effective and consumer-friendly compared to the unbundling remedy in *Microsoft WMP*.

### 3. THE GOOGLE DILEMMA

Search engines are crucial for locating and accessing the vast amount of digital content and they have been subject to close scrutiny by the media, governments and scholars.<sup>202</sup> As the leading search engine provider, Google has recently been at the centre of a great deal of controversy particularly in the field of the trademark, privacy and competition law. Part 3 addresses the competition law aspects of the issue. It explores whether Google has market power in online search or online advertising, and examines the ongoing antitrust investigations in both the EU and the US by focusing on the allegations against Google. The main argument of this part is that Google's alleged anti-competitive practices in fact serve consumer welfare in the long run notwithstanding the harm to competitors.

#### 3.1. Is Google a Dominant Player in Online Search?

While no definitive findings have been made as to the relevant product market in relation to the market that Google operates in, there are strong indications in the

---

<sup>202</sup> A fast growing number of scholars have written and are writing about the regulation of search engines and other legal issues in relation to search engines. See VAN EJK, N. (2009), "Search Engines, the New Bottleneck for Content Access", B. Preissl, J. Haucap and P. Curwen (eds.), in *Telecommunication Markets: Drivers and Impediments*, Springer, p.141-156; GRIMMELMAN, J. (2007), "The Structure of Search Engine Law", New York Law School Legal Studies Research Paper No.06/07-23, <http://ssrn.com/abstract=979568>, Date Accessed: 20.12.2012; PASQUALE, F. A. and O. BRACHA (2008), "Federal Search Commission? Access, Fairness and Accountability in the Law of Search", *93 Cornell Law Review* 1149, and GASSER, U. (2006), "Regulating Search Engines: Taking Stock and Looking Ahead", *9 Yale Journal of Law & Technology* 124.

Commission's Microsoft/Yahoo Search Business concentration<sup>203</sup> which suggest that Google can be perceived as a dominant company on several product markets including online search and search advertising.<sup>204</sup> Furthermore, as pointed out by Cave and Williams, decision in relation to the relevant product market in the case of Google seems to be moving in the direction of a market for online search advertising.<sup>205</sup>

In its investigation in relation to the Microsoft/Yahoo Search Business concentration, the Commission cited data showing that Google has more than 90 percent market share in online search in Europe.<sup>206</sup> According to a February 2011 study by comScore,<sup>207</sup> nine out of ten Europeans use Google for online search, making it an undisputed dominant player in online search in Europe.<sup>208</sup> In the past, the Commission and the European courts have relied on market shares as a good indication of market power and based on its market shares, Google can be perceived as a dominant player in the market for online search. However, relying solely on market share as a proxy for market power may not be an appropriate way of dealing with online search as the main product in online search is information. Furthermore, in information markets, rivals may be able to respond quickly and easily, and dominant positions may be highly transitory as evidenced in the case of Yahoo losing its dominant position to Google in online search.

Prior to investigating whether Google has abused alleged its dominance one should assess whether Google has market power. In other words, in the context of online search advertising, can Google act independently of its customers,

---

<sup>203</sup> Case COMP/M.5727 — *Microsoft/Yahoo! Search Business* [2010] OJ C 20/32.

<sup>204</sup> WOOD, D. (2011), "EU Competition Law and the Internet: Present and Past Cases", *Competition Law International*, No:7(1), p 44.

<sup>205</sup> CAVE, M. and H. WILLIAMS (2011), "The Perils of Dominance: Exploring the Economics of Search in the Information Society", Initiative for a Competitive Online Marketplace, [http://www.i-comp.org/en\\_us/resources/resources/download/1043](http://www.i-comp.org/en_us/resources/resources/download/1043), Date Accessed: 20.12.2012, p.15.

<sup>206</sup> Case COMP/M.5727 — *Microsoft/Yahoo! Search Business* [2010] OJ C 20/32. According to this decision, the probability that users run a search on a search engine within a month in the EU is 90-100 percent for Google, 20-30 percent for Microsoft's Bing and 10-20 percent for Yahoo.

<sup>207</sup> comScore is an independent digital marketing service. With approximately 2 million worldwide consumers under continuous measurement, the comScore panel is designed to accurately measure people and their behaviour in the digital environment. Source: [http://www.comscore.com/About\\_comScore](http://www.comscore.com/About_comScore), Date Accessed: 20.12.2012.

<sup>208</sup> comScore Report: Europe Digital Year in Review 2010, February 2011, available upon registration at [http://www.comscore.com/layout/set/popup/Request/Presentations/2011/2010\\_European\\_Digital\\_Year\\_in\\_Review\\_PDF\\_Request](http://www.comscore.com/layout/set/popup/Request/Presentations/2011/2010_European_Digital_Year_in_Review_PDF_Request), Date Accessed: 20.12.2012.

competitors and ultimately of consumers? Hence to determine whether Google has market power in online advertising and online search markets, it is suggested that competitive restraints exerted on Google and switching costs at both sides of the platform ought to be considered. As noted by Van Loon, Google is under constant threat of other general search engines that are trying to catch up with Google as recently evidenced in the Microsoft/Yahoo Search Business concentration, as well as of other companies, such as Apple, that operate in different but related markets.<sup>209</sup> Therefore, it might be argued that Google is subject to competitive restraints and under the threat of potential new entry.

Concerning switching costs, as often argued by Google, competition from other search providers is only one click away.<sup>210</sup> However, as noted by Patterson,<sup>211</sup> the ease of clicking another online search provider does not necessarily demonstrate that Google has no market power. Considering the fact that Google is a two-sided platform, one should examine both sides of the platform, namely the internet users and the advertisers. In order to switch to another search provider, internet users must be convinced that the other search engine in question offers the same quality as Google. Furthermore, in order to switch from one provider to another, consumers must also be well informed and know what to expect from their search query. Even if they run the search on a different search engine provider, such as Bing or Yandex, and obtain very different results, they may not be able to assess the quality of the search.

As an example, if a consumer runs a straightforward search for “Oxford University”, he/she knows more or less what to expect from the search result. But if the search is conducted on an academic subject such as “essential facilities

---

<sup>209</sup> VAN LOON, S. (2012), “The Power of Google: First Mover Advantage or Abuse of a Dominant Position”, A. Lopez-Tarruella (ed.), in *Google and the Law: Empirical Approaches to Legal Aspects of Knowledge-Economy Business Models*, p.2-27.

<sup>210</sup> See Testimony of Eric Schmidt, Executive Chairman, Google Inc., Hearing on “The Power of Google: Serving Consumers or Threatening Competition?” Subcommittee on Antitrust, Competition Policy and Consumer Rights, Committee on the Judiciary, U.S. Senate, September 21, 2011, <http://searchengineland.com/figz/wp-content/uploads/2011/09/Eric-Schmidt-Testimony.pdf>, Date Accessed: 20/12/2012, p.7. (“[I]f consumers don’t like what one website is providing them, they can switch to another website with just one click. Using Google is a choice (and a free one), and there are no barriers to consumers navigating to [www.kayak.com](http://www.kayak.com), [www.nextag.com](http://www.nextag.com), [www.bing.com](http://www.bing.com), [www.yelp.com](http://www.yelp.com), [www.expedia.com](http://www.expedia.com), or any other website.”) (emphasis original).

<sup>211</sup> PATTERSON, M. (2012), “Google and Search Engine Market Power”, Fordham Law Legal Studies Research Paper No. 2047047, [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2047047](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2047047), Date Accessed: 20.12.2012, p.2.

doctrine” and if the user has no background information on the subject matter, he/she may not be able to determine the quality of results in different search engine providers. Arguably, with regard to advertisers, switching costs are remarkably higher as a result of the network effects. Advertisers need to attract as many Internet users as possible and given the prominent market share of Google in Europe and elsewhere, it seems to be the best online platform to target online users. The more online users use Google’s online search engine, the more crucial it becomes for advertisers.

To sum up, in our view, although market shares in themselves are not enough to infer that a company holds a dominant position in a relevant market; market shares coupled with high switching costs particularly on the advertisement side of the platform suggest that Google has market power and thus can be perceived as a dominant player in several online markets including online search and online advertising.

### **3.2. The European Investigation into Google<sup>212</sup>**

On November 30, 2010, the Commission launched a formal antitrust investigation into Google based on the allegations that Google has abused a dominant position in online search in violation of Article 102 TFEU.<sup>213</sup> The investigation itself does not necessarily mean that Google has abused its alleged dominance in online search and online advertising markets, but it certainly exhibits an image change that Google has undergone.<sup>214</sup> Rather than being regarded as an innovative new start-up company, Google is currently being perceived as “a new Microsoft” with the potential to abuse its dominance in online search and online advertising markets.

As pointed out by the European Competition Commissioner Almunia, “understanding the dynamics of web based services is a complex task due to innovative business models that change persistently”<sup>215</sup> and Google sets a good

---

<sup>212</sup> This part borrows extensively from the following article that one of the authors published elsewhere: DÍKER VANBERG, A. (2012), “From Archie to Google-Search Engine Providers and Emergent Challenges in Relation to EU Competition Law”, *European Journal for Law and Technology*, No:3(1), p.1-18.

<sup>213</sup> Press Release, “Antitrust: Commission probes allegations of antitrust violations by Google”, IP/10/1624, 30 November 2010.

<sup>214</sup> Van Loon 2012, p.9.

<sup>215</sup> ALMUNIA, J. (2010), “Competition in Digital Media and the Internet”, UCL Jevons Lecture, London 7 July 2010, <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/10/365>, Date Accessed: 20.12.2012.

example as it shows that “timely intervention is crucial in fast-moving high-tech markets, which often feature network and lock-in effects.”<sup>216</sup>

### 3.3. The Highlights of the European Investigation

In February 2010, *Foundem* (a UK price comparison website), *Ciao* (a German shopping site owned by Microsoft) and *ejustice.fr* (a French legal search engine) filed a complaint before the Commission. These three complaints focused on abuse of dominance: that Google used its dominant search engine and its “Universal Search Service”<sup>217</sup> to promote its own services, whilst discriminating as well as demoting the search rankings of competing websites and other specialised (vertical) search engines<sup>218</sup> among its unpaid and paid search results.<sup>219</sup>

In addition to the first complaint in relation to the manipulation of search rankings, in the scope of its investigation the Commission is also investigating;<sup>220</sup>

---

<sup>216</sup> ALMUNIA, J. (2011), “New Challenges in Mergers and Antitrust”, IBA Annual Competition Conference, Florence 16 September 2011, <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/11/581&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>, Date Accessed: 20.12.2012.

<sup>217</sup> Universal Search Service was introduced by Google in 2007. When one uses Google, Universal Search returns more than just the traditional text results. As an example, when one searches for Micheal Jackson, it not only brings information about Micheal Jackson, but also brings images, news, local listings, shopping, video, blog posts and so on. Google calls this service as blending, whilst others call it bundling as Universal Search places Google’s own services such as YouTube results and Google News at prominent positions in search results. See Google’s own blog on Universal Search <http://googleblog.blogspot.co.uk/2007/05/universal-search-best-answer-is-still.html>, Date Accessed: 20.12.2012.

<sup>218</sup> According to PC Magazine Encyclopedia, specialised search engines, also known as vertical search engines, are web-based search engines that classify content specialised by location (local venues and activities), by subject, typically for consumers, or by industry. Instead of returning thousands of links from a query, as is common on a general purpose search engine such as Google and Bing, vertical search engines deliver more relevant and specific search results to the user. A typical example of a specialised search engine is *Expedia* that only returns results on travel deals such as flights, hotels and holidays. Source: <http://www.pcmag.com/encyclopedia/>, Date Accessed: 20.12.2012.

<sup>219</sup> Google’s search engine provides two types of results; the first one is “unpaid” search results which are sometimes also referred to as “natural”, “organic” or “algorithmic” search results, and the second one is “paid third party advertisements” shown at the top and/or at the right hand side of Google’s search results page often referred to as “paid” search results or “sponsored links”.

<sup>220</sup> Press Release, “Antitrust: Commission probes allegations of antitrust violations by Google”, IP/10/1624, 30 November 2010.

- i. Whether Google has imposed exclusivity obligations on advertising partners, hindering them from placing certain types of competing adverts on their web sites, as well as on computer and software vendors with the aim of foreclosing competition for competing search tools,
- ii. Whether Google has restricted the portability of online advertising data to competing online advertising platforms, and
- iii. Whether Google uses third party content, mainly competing websites content on its offerings, whilst reducing competitors' incentives to invest in creating original content to the detriment of consumers.

The investigation was broadened in December 2010, when complaints by three additional companies were added to the file as the *Bundeskartellamt*, the German Competition Authority, transferred to the Commission a part of its investigation that overlapped with that of the Commission. The complaints to the *Bundeskartellamt* were made by *BDVZ* and *VDZ*, two newspaper and magazine publisher associations, and the online mapping company *Euro-cities*. Among other things, these complaints were mainly centred on the preferential treatment of Google's own services.<sup>221</sup>

On March 30, 2011, Microsoft issued a formal complaint with the Commission.<sup>222</sup> In its complaint, Microsoft alleged that:

- i. Google uses technical measures to stop Microsoft's search engine from indexing content on YouTube, which is owned by Google,
- ii. Google blocks Microsoft smart phones from operating with YouTube,
- iii. Through Google Books, Google controls access to online copies of out of copyright books,
- iv. Google limits the ability of advertisers to move their own advertising data to competing advertising platforms, and
- v. Google contractually hinders leading websites in Europe from distributing competing search boxes.

In April 2012, online travel sites *Expedia* and *TripAdvisor* joined the

---

<sup>221</sup> — —, "Verleger schalten Kartellamt gegen Google ein", Spiegel Online 16 January 2010, <http://www.spiegel.de/netzwelt/netzpolitik/0,1518,672343,00.html>, Date Accessed: 20.12.2012.

<sup>222</sup> Microsoft's allegations in relation to Commission's investigation can be found at: [http://blogs.technet.com/b/microsoft\\_on\\_the\\_issues/archive/2011/03/30/adding-our-voice-to-concerns-about-search-in-europe.aspx](http://blogs.technet.com/b/microsoft_on_the_issues/archive/2011/03/30/adding-our-voice-to-concerns-about-search-in-europe.aspx), Date Accessed: 20.12.2012.

bandwagon of complainants claiming that Google's preferential treatment of its own services places rival competing travel websites at a competitive disadvantage and forecloses competition in the online travel market.<sup>223</sup>

On May 21, 2012, the European Competition Commissioner Almunia stated that the Commission has reached preliminary conclusions in its Google investigation and identified four main areas of concern in relation to the alleged anti-competitive practices:<sup>224</sup>

- i. The first concern of the Commission is unsurprisingly in relation to manipulation of search results and whether Google favours its own vertical services differently than it does for its rivals' links,
- ii. The second concern is in relation to Google copying content from third party websites, mainly competing vertical services, using this content in its own offerings. The Commission is of the view that by copying material from the rivals' websites, Google undermines the benefits of its competitors, and thus reduces their incentives to invest in creating original content to the detriment of consumers,
- iii. The third concern is in relation to the exclusivity deals between Google and partners, on the websites of which Google delivers search advertisements. Those exclusivity deals contain provisions that force Google's partners to obtain all or most of their advertisement from Google, thereby foreclosing competing providers of search advertising intermediation services, and
- iv. The fourth concern is in relation to data portability and the restrictions that Google placed in relation to the advertising campaigns from its platform *AdWords*.<sup>225</sup>

---

<sup>223</sup> WHITE, A. (2012), "TripAdvisor Files Antitrust Complaint against Google with EU", Bloomberg 3 April 2012, <http://www.bloomberg.com/news/2012-04-03/tripadvisor-files-antitrust-complaint-against-google-with-eu.html>, Date Accessed: 20.12.2012.

<sup>224</sup> ALMUNIA, J. (2012), "Statement of VP Almunia on the Google Antitrust Investigation", Brussels 21 May 2012, <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/12/372>, Date Accessed: 20.12.2012.

<sup>225</sup> AdWords is Google's keyword advertising platform, in which an advertiser bids for several keywords related to their business and chooses a short line text ad which is shown on Google's search results when the keywords match up with the search enquiry of the internet user. It should be noted that with AdWords advertisers undertake to pay only if someone clicks on their ad and lands on their website, not when their ad is displayed. For more information, see Google's website <http://adwords.google.com>, Date Accessed: 20.12.2012. See also RATLIFF, J. D. and D. L. RUBINFELD (2010), "Online Advertising: Defining Relevant Markets", *Journal of Competition Law and Economics*, No:6(3), p.658-659.

### 3.3.1. Harming Downstream Rivals by Manipulating Search and by Giving Preferential Treatment to its Own Services

This is the most commonly heard and arguably the most intricate complaint brought against Google. A group of complainants, including specialised search engines such as *Foundem*, claim that Google downgrades them both on its organic and paid results as it gives preferential treatment to its own products and services.<sup>226</sup> Put in a different way, they claim that due to Google's downgrading of their companies and products, some online markets are foreclosed to rivals and new entrants, as consumers hardly look beyond the first few pages of search results, and this ultimately leads to less choice for consumers in other online markets.

*Foundem* gave concrete examples from two different markets where it was allegedly adversely affected by Google's preferential treatment to its own services. The first market is the online map market: within two years after the Google's introduction of Universal Search, *Map Quest*, a leading US based online mapping service provider, lost its leading position in this market as the traffic to its website significantly diminished, whilst the traffic to Google Maps increased significantly.<sup>227</sup> The second market is the product comparison market: again after the introduction of Universal Search, Google's market comparison product, which had been largely unsuccessful up to that time, started to grow rapidly.<sup>228</sup> At the same time, visitors to UK's leading product comparison websites decreased dramatically as well.<sup>229</sup> *Foundem* submits that Google's conduct in relation to those markets is anti-competitive as it has a foreclosure effect on rivals, and reduces consumer choice and welfare.

In relation to the above complaint, there are two central issues that have to be discussed. The first issue is whether Google's practices can be perceived as anti-competitive tying. The second issue is whether appearing in Google's first result page is crucial for a website. It can be argued that as Microsoft bundled WMP

<sup>226</sup> SWENEY, M. (2010), "EU to Launch Google Search Investigation", The Guardian 30 November 2010, <http://www.guardian.co.uk/technology/2010/nov/30/google-search-eu-investigation>, Date Accessed: 20.12.2012.

<sup>227</sup> See comments of Foundem before the Federal Communications Commission, which outlines the adverse of effects of Google's preferential treatment to its own services, [http://regmedia.co.uk/2010/02/24/universal\\_search\\_submission\\_to\\_fcc.pdf](http://regmedia.co.uk/2010/02/24/universal_search_submission_to_fcc.pdf), Date Accessed: 20.12.2012, p. 5-9.

<sup>228</sup> *ibid*

<sup>229</sup> *ibid*



with and tied IE to its dominant Windows operating system to monopolize other related markets, Google is also tying its own products and services to its dominant search engine to extend its existing dominance to other online markets.<sup>230</sup> As stated by Adam Raff from *Foundem*, Google can leverage its “search engine monopoly” into virtually any market of its choosing, such as mapping, video, price comparison, travel search, financial search, property search, music downloads, and books.<sup>231</sup>

Some prominent examples of potentially anti-competitive tying in the context of online search are;

- i. *Google Maps*. If a user searches for an address in Google, the result will be shown in Google Maps which seems to have been set as default.
- ii. *Google Chrome*. The search feature “Instant Pages” is tied directly to the Google’s own web browser, Google Chrome.<sup>232</sup>
- iii. *Google+*. Google’s “Search Plus Your World” blends information such as photos, comments and news posted on Google’s own social network, *Google+*, into users’ search results.<sup>233</sup>

According to the Guidance Paper, the Commission will consider tying as an enforcement priority, if the following three conditions are present:<sup>234</sup>

- i. The undertaking should hold a dominant position in the market for the tying product,
- ii. The tying and the tied products should be two distinct products,

<sup>230</sup> METZ, C. (2010a), “We Probe the Google Anti-trust Probe: Vigorously Schmidt’s Mighty Tool Can Penetrate Any Market He Likes”, *The Register* 1 December 2010, [http://www.theregister.co.uk/2010/12/01/google\\_eu\\_investigation\\_comment/](http://www.theregister.co.uk/2010/12/01/google_eu_investigation_comment/), Date Accessed: 20.12.2012.

<sup>231</sup> Source: [http://regmedia.co.uk/2010/02/24/universal\\_search\\_submission\\_to\\_fcc.pdf](http://regmedia.co.uk/2010/02/24/universal_search_submission_to_fcc.pdf), Date Accessed: 20.12.2012, p.3.

<sup>232</sup> See WILCOX, J. (2011), “Google’s Antitrust Defense Sounds like Microsoft’s”, *Betanews* (date not specified), <http://betanews.com/2011/06/25/google-s-antitrust-defense-sounds-like-microsoft-s/>, Date Accessed: 20.12.2012. In his blog, Wilcox argues that this could be seen as a product improvement but might as well be perceived as attempt to leverage monopoly from one market into another.

<sup>233</sup> GUYNN, J. (2012), “Google Likely to Face FTC Complaint over Search Plus Your World”, *Los Angeles Times* 11 January 2012, <http://latimesblogs.latimes.com/technology/2012/01/google-likely-to-face-ftc-complaint-over-search-plus-your-world.html>, Date Accessed: 20.12.2012. According to this article; Rotenberg, a Google critic, stated that “Google is an entrenched player trying to fight off its challenger Facebook by using its market dominance in a separate sector.” *ibid*.

<sup>234</sup> Guidance Paper, para.50.

iii. The tying practice is likely to lead to anti-competitive foreclosure.

Within this context, the abovementioned three conditions could be deemed to be satisfied in the case of Google;

- i. As Google is dominant in online search market (the tying product market),
- ii. As online search and Google's other products such as *Goople Maps*, *Google Chrome* and *Google+* can be regarded as distinct products, and
- iii. As argued by Google's competitors, Google's practice can lead to anti-competitive foreclosure in other online markets.

However, as noted earlier, the General Court confirmed in *Microsoft WMP* that the additional criterion to be satisfied for anti-competitive tying is whether the dominant undertaking gives consumers the choice to obtain the tying product without the tied product (coercion).<sup>235</sup> Arguably, this does not seem to be the case with Google, since Google's main product is its online search engine and the usage of this engine has not been made conditional on using Google's other online products or services, and vice versa.

Search engines claim that they strive to provide the most relevant search results without any bias or manipulation. They often maintain that there is no human intervention to their algorithms as they have an automated algorithm. However, it is well established that search results can be manipulated by search engines themselves as well as by information providers.<sup>236</sup> In the context of search results, one must bear in mind that even the most automated search engine is a result of human work and beyond every algorithm, there is a programmer giving specific instructions to the computer.<sup>237</sup>

It seems straightforward to establish whether a search engine favours its own services. For example, if Google shows only the results from YouTube, which is owned by Google, when a user types a search term such as "video", he/she may conclude that Google is favouring its own (its affiliates') results. However, given the secrecy surrounding algorithms, it may be difficult to establish whether such ranking is unfairly favouring a search engine's own websites or is entirely fair -

---

<sup>235</sup> *Microsoft WMP*, paras.864 and 962.

<sup>236</sup> INTRONA, L. D. and H. NISSENBAUM (2000), "Shaping the Web: Why the Politics of Search Engines Matters", *The Information Society*, 16(3), p.141. See generally GOLDMAN, E. (2006), "Search Engine Bias and the Demise of Search Engine Utopianism", *8 Yale Journal of Law & Technology* 188, p.188-200.

<sup>237</sup> GRIMMELMANN, J. (2009), "The Google Dilemma", *53 New York Law School Law Review* 939, p. 944.

one website could simply be of a higher quality or better promoted. Some scholars suggest that just like retailers that allocate their shelves to their own-brand products, search engines should be able to favour their own products and services, as this is a part of the normal competitive process until proven otherwise.<sup>238</sup> Furthermore, as recently argued by Bork and Sidak, appearing in the top results of a search engine is not an “essential facility”, as there are several ways for websites to obtain traffic, through other general search engines, vertical search engines, consumers and even through offline advertising.<sup>239</sup> However, as Marsden points out, this is a problem if such preferential treatment (favouritism) is not done transparently.<sup>240</sup> If search results are based on anything but quality, then this should be clearly communicated to the user, as it is with paid search results and own-brand products of retailers in the real world.<sup>241</sup>

Arguably, there are two significant complexities in relation to the manipulation of search results in the antitrust context. First, given the secrecy around algorithms, it seems very difficult to establish with clarity whether such manipulation has taken place with the aim of discriminating rivals. Secondly, even if the existence of such bias could be proven, finding an adequate remedy that does not affect the competitive structure of the industry seems challenging. A commitment by search engines to provide more objective results will maintain the *status quo*, whilst more interventionist measures such as regulating and monitoring search results with a view to ensuring objectivity may well reduce their quality. Furthermore, even if it is decided that regulating and monitoring search results is a viable option, the scope and objectives of such regulation and monitoring, as well as the determination of the authority that will be in charge of this job, seem to be highly contestable.

### **3.3.2. Harming Other Search Engines by Denying Access to Content and Data**

Other allegations against Google focus on denying or limiting rivals access to its own content, thereby adversely affecting rival search engines’ ability to provide

<sup>238</sup> See WRIGHT, J. D. (2011b), “From: Truth on the Market, Antitrust Remedies”, <http://journaloflaw.us/5%20The%20Post/1-1/JoL1-2,%20TP1-1,%20Wright.pdf>, Date Accessed: 20.12.2012, p.432.

<sup>239</sup> See BORK, R. H. and G. J. SIDAK (2012), “What Does the Chicago School Teach About Internet Search and the Antitrust Treatment of Google?”, *Journal of Competition Law and Economics*, 8(4), p.679-682.

<sup>240</sup> MARSDEN, P. (2011), “Online Search: “Antitrust””, *Competition Law Insight*, July, p.18.

<sup>241</sup> *ibid.*

the quality of results that Google can provide. Unlike its early days, today Google is not only a search engine provider; it owns a considerable amount of content as diverse as online books, video, music, travel and social media. It can be problematic, if other search engines cannot access or receive limited access to this content. In this respect, Microsoft's general counsel Brad Smith alleges that Google is restricting competitors from accessing search inputs, in particular video content in YouTube and scanned books in Google Books,<sup>242</sup> and goes on to claim that this is "preventing competing search engines from returning relevant results", as well as "raising [their] costs and hampering their ability to offer competitive services."<sup>243</sup>

The following analogy can be drawn between *Microsoft WMP* and the Google investigation: Microsoft's refusal to provide communication protocols that would have enabled rival server operating systems to interoperate with Windows client and server operating systems was found as an abuse of dominance.<sup>244</sup> In the same vein, despite not being dominant in the online content market, it can be argued that the walling of access to content and data by Google can be perceived as an abuse of dominance, if such conduct is likely to hinder Google's rivals from providing quality search results, and consequently from competing with Google on an equal footing. However, in our view, such argument is a bit far-fetched as it is not sufficiently clear how critical Google's content is for rival search engines to compete with Google and ultimately it must be noted that competition law is not concerned with the protection of rivals.

If Google is to be found to abuse its dominance in the content market, a key challenge again will then be the finding of the appropriate remedy. If it is established that Google's denial to grant access to its own content has a substantial effect on rivals' offerings, thereby eliminating consumer choice, the Commission may decide to intervene and mandate access in favour of rivals, as evidenced in its past decisions in a number of industries such as telecommunications, transport and financial services.<sup>245</sup> However, if such a

---

<sup>242</sup> Source: [http://blogs.technet.com/b/microsoft\\_on\\_the\\_issues/archive/2011/03/30/adding-our-voice-to-concerns-about-search-in-europe.aspx](http://blogs.technet.com/b/microsoft_on_the_issues/archive/2011/03/30/adding-our-voice-to-concerns-about-search-in-europe.aspx), Date Accessed: 20.12.2012. Brad Smith also alleges that Google has "put in place a growing number of technical measures to restrict competing search engines from properly accessing [YouTube] for their search results". *ibid.*

<sup>243</sup> *ibid.*

<sup>244</sup> See *supra* "2.4. Microsoft WMP".

<sup>245</sup> For a discussion of cases in transport and financial services sector which may provide some guidance in relation to Google investigation, see Wood 2011, p.44-49.

remedy is foreseen by the Commission, the viability and scope of such mandatory access will be highly disputed, since such access to Google's content and platform might give its rivals access to strategic assets (such as social network member data), insights in relation to its inner workings and even to its protected algorithms. After all, if a dominant firm has engaged in high risk investment and come up with product(s) as a result of its success, superior skill and entrepreneurship, mandatory access claims should be treated with caution.<sup>246</sup>

### 3.3.3. Harming Competition through Exclusivity Deals

One of the allegations against Google is the fact that it has imposed exclusivity agreements on its contracting partners in the online advertising market which restrict them from placing their advertisements to different providers at the same time.<sup>247</sup> By entering into such exclusivity contracts, Google is alleged to have denied its competitors the scale which is necessary for them to compete with Google on an equal footing.<sup>248</sup> As demonstrated by the established case law in the EU, exclusivity contracts that ties customers – even if they do so at their request – to obtain only the dominant company's products, as well as loyalty contracts (rebates) requiring customers to buy its all or most of supply exclusively from the dominant undertaking are generally ruled as an abuse of dominance.<sup>249</sup> To this end, hindering its partners from advertising with other companies that also provide online advertising services can be deemed as abusive, if Google is to be perceived as an unavoidable trading partner in the relevant market.<sup>250</sup>

In this regard, it seems straightforward to establish whether Google places exclusivity obligations on its partners. However, it must be noted that exclusivity in itself may not necessarily generate anti-competitive effects. Exclusivity agreements can be tolerated as long as they enhance efficiency and their exclusionary effects do not deny rivals market access for too long.<sup>251</sup> Hence in

---

<sup>246</sup> OFT 2002a, p.98.

<sup>247</sup> Press Release, "Antitrust: Commission probes allegations of antitrust violations by Google", IP/10/1624, 30 November 2010.

<sup>248</sup> Scale enables a search engine to deliver the most relevant results to a user query; the more users use a search engine in relation to a search query, the better results that search engine provides.

<sup>249</sup> See in particular Case 85/76 *Hoffmann-La Roche & Co. AG v Commission* [1979] ECR 461, Case C-497/99 *Irish Sugar plc v Commission* [2001] ECR I-5333, Case T-203/01 *Manufacture française des pneumatiques Michelin v Commission* [2003] ECR II-4071 and Case T-65/98 *Van den Bergh Foods Ltd v Commission* [2003] ECR II-4653.

<sup>250</sup> Van Loon 2012, p.32.

<sup>251</sup> Marsden 2011, p.18. For a good assessment of exclusive dealing agreements under competition law, see MELAMED, D. (2006), "Exclusive Dealing Agreements and Other Exclusionary Conduct: Are There Unifying Principles?", *73 Antitrust Law Journal* 375, p.375-412.

this context, critical questions that need to be addressed are whether such exclusivity deals have a substantial effect on competition and consumer welfare, and whether there are efficiencies brought about by such exclusivity agreements which could outweigh their potential foreclosure effects. The Commission's approach towards efficiencies, its definition of what constitutes foreclosure in online advertisement market, and its determination as to the length of tolerating such foreclosure will obviously determine the answers to these questions. In this respect, without assessing the term and conditions and effects of the alleged exclusivity contracts on consumer welfare, it is hard to predict the outcome of the Commission's assessment.

### **3.3.4. Harming Competitors by Copying Third Party Content for Free**

The complaint made by the German publisher associations relates to the use of third party content by Google in order to generate advertising revenue, without paying any remuneration to third parties. According to several media reports, this relates to Google's display of "snippets"<sup>252</sup> third party content in Google News.<sup>253</sup> Google News shows hyperlinks to news messages from third parties websites, along with the first two or three lines of the messages concerned. The content publishers are concerned that by copying their content for free, Google earns money from their offerings without offering them any share of the remedy.

Arguably this complaint is more related to infringement of IPRs than possible abuse of dominance. If Google has the right to show the third party content under the relevant intellectual property laws, the lack of payment to the publishers should not be perceived as an abuse of dominance.<sup>254</sup> As pointed out by several scholars if the content is in the public domain, every user can view it for free, hence it is not sufficiently clear why Google, can be obliged to share its advertising revenue with the third parties for using it for free.<sup>255</sup>

## **3.4. The Developments in Relation to the EU Investigation**

In the preliminary decision, in May 2012, the Commission gave a strict deadline

---

<sup>252</sup> A snippet means a small piece of something. In the context of search results, Google provides a few short "snippets" of the texts of articles and copyrighted books in a way that responds the searched keyword(s).

<sup>253</sup> PFANNER, E. (2010), "An Antitrust Complaint for Google in Germany", *The New York Times* 18 January 2010, <http://www.nytimes.com/2010/01/19/technology/19antitrust.html?adxnml=1&adxnmlx=1347963350-qBl/rnbjsB/WqXBDAj0uAA>, Date Accessed: 20.12.2012.

<sup>254</sup> Van Loon 2012, p.34.

<sup>255</sup> See eg *ibid.*

to Google to propose remedies addressing the concerns in a short time frame.<sup>256</sup> In July 2012, Google proposed remedies to address the abovementioned four areas of concern.<sup>257</sup> Terms and conditions of Google's proposals have not been made public, but commentators suggest that if a settlement is to be reached between Google and the Commission, Google's search results and its ranking decisions would be subject to important changes globally which would affect both desktop computers as well as the fast growing mobile platforms.<sup>258</sup>

According to Nicolas Petit, an EU competition law professor at the University of Liege in Belgium, the willingness of the Commission to settle the case without sending the formal statement of objections demonstrates that the Commission did not have a strong case against Google in the first place,<sup>259</sup> whilst other commentators suggest that Google's willingness to settle the case as quickly as possible can also be seen as an admission of guilt.<sup>260</sup> Arguably, the willingness of Google to settle the case should not be seen as admission of any wrongdoing. As a technology company Google has surely learned lessons from the Microsoft saga and will probably do everything to avoid the cost of a long battle which might cost it up to 10 percent of its worldwide total turnover, if the case was to be resolved in its disadvantage. Furthermore, such a negative decision is very likely to have an adverse affect in other jurisdictions where Google is operating and facing antitrust complaints.<sup>261</sup>

At the time of writing no settlement has been reached between Google and the Commission, but the increasing reliance of the Commission on settlement procedures and several news reports<sup>262</sup> stating that Google and the Commission

---

<sup>256</sup> ALMUNIA, J. (2012), "Statement of VP Almunia on the Google Antitrust Investigation", Brussels 21 May 2012, <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/12/372>, Date Accessed: 20.12.2012.

<sup>257</sup> ARTHUR, C. (2012), "Google Offers to Settle EU Antitrust Case", The Guardian 2 July 2012, <http://www.guardian.co.uk/technology/2012/jul/02/google-eu-antitrust-case>, Date Accessed: 20.12.2012. See also KANTER, J. (2012), "Google Moves to Head off E.U. Antitrust Charges", International Herald Tribune 3 July 2012, p.17.

<sup>258</sup> Arthur (2012).

<sup>259</sup> PUZZANGHERA, J. (2012), "Europe's Antitrust Chief Urges Google to Settle Allegations", Los Angeles Times 22 May 2012, <http://articles.latimes.com/2012/may/22/business/la-fi-google-europe-20120522>, Date Accessed: 20.12.2012.

<sup>260</sup> Arthur 2012.

<sup>261</sup> See *supra* "1.3. Public Awareness".

<sup>262</sup> See GEITNER, P. (2012), "Google Moves toward Settlement of European Antitrust Investigation", New York Times 24 July 2012, <http://www.nytimes.com/2012/07/25/technology/eu-nears-settlement-of-google-antitrust-investigation.html>, Date Accessed: 20.12.2012.

has reached a level of understanding in relation to the four areas of concern mentioned above, suggest that the European investigation in relation to Google's alleged anti-competitive practices will most probably not proceed to an infringement decision.

The European probe in relation to Google's anti-competitive practices is not the only one. It has been reported that South Korean, Argentinean,<sup>263</sup> Indian<sup>264</sup> and Brazilian competition authorities,<sup>265</sup> as well as the US Federal Trade Commission (FTC), have also started investigations in relation to the alleged anti-competitive practices of Google. The investigations in the US will be discussed briefly below.

### **3.5. The Investigation in the United States**

In June 2011, the FTC launched an investigation in relation to Google.<sup>266</sup> Similar to the EU investigation, the FTC's investigation mainly focuses on whether Google unfairly ranks search results to favour its own services and increases advertising rates for competitors to place them at a competitive disadvantage.<sup>267</sup> The FTC is also examining whether Google is using its control of the Android mobile operating system to discourage smart phone makers from using rivals'

---

<sup>263</sup> FOSSUM, M. (2012), "South Korean, Argentinian Google Antitrust Probes Nothing New", *WebProNews* 1 May 2012, <http://www.webpronews.com/south-korean-argentinian-google-antitrust-probes-nothing-new-2012-05>, Date Accessed: 20.12.2012.

<sup>264</sup> LARDINOIS, F. (2012), "India Launches Antitrust Investigation Against Google", *TechCrunch* 13 August 2012, <http://techcrunch.com/2012/08/13/google-antitrust-india/>, Date Accessed: 20.12.2012.

<sup>265</sup> A case (Case No 583.00.2012.131958-7) was brought against Google by the parent of the Brazilian shopping comparison site Buscapé. The case was very similar to the cases and claims against Google around the world and centred on the argument that Google favours its own services at the expense of its rivals. The 18<sup>th</sup> Civil Court of the State of Sao Paulo decided in favour of Google. The Court first declared that Google is not a monopoly as there were several search engine providers at the disposal of websites and advertisers. Secondly, the Court decided that Google is allowed present search results in whatever order or manner it deems appropriate. An English version of the decision on the merits is available at:

<http://www.scribd.com/doc/105502055/BUSCAPE%CC%81-vs-Google-Summary-Judgment-ruling>, Date Accessed: 20.12.2012.

<sup>266</sup> See Google's public policy blog confirming the FTC's investigation, available at: <http://googleblog.blogspot.co.uk/2011/06/supporting-choice-ensuring-economic.html>, Date Accessed: 20.12.2012.

<sup>267</sup> GARSIDE, J. (2011), "Google confirms FTC's antitrust probe", *The Guardian* 24 June 2011, <http://www.guardian.co.uk/technology/2011/jun/24/google-confirms-ftc-antitrust-probe>, Date Accessed: 20.12.2012.



applications, such as Windows operating systems by foreclosing competition in the mobile market.<sup>268</sup> This has not been a central discussion in the EU, however in our opinion it is likely to be addressed in the potential settlement between the EU and Google.

According to various sources, the FTC also expanded its antitrust probe to deal with competition issues raised by *Google+*.<sup>269</sup> In December 2011, Google announced a new search feature entitled “Search Plus Your World” which allows Google to pull data from users’ connections in *Google+*. Accordingly, for *Google+* users, search results will now be customised to their particular interests and will include photos and comments from their *Google+* connections. Google markets its new search feature as an improved search method that will provide tailored results for each individual.

In January 2012, the Electronic Privacy Information Center (EPIC) issued a letter of complaint with the FTC raising concerns about privacy and adverse effects of the new features on rival web services.<sup>270</sup> In addition to EPIC, social media websites including Twitter voiced their concerns regarding Google’s practice stating that as a result of Google’s changes finding information on the web would be harder which will have an adverse affect on people, publishers, news organisations and Twitter users.<sup>271</sup> However, Google responded to these claims stating that there are technical limitations that hinder it from including competitors’ content in “Search Plus Your World”.<sup>272</sup> Google in the past had an alliance with Twitter that allowed it to feature tweets in its search results which

---

<sup>268</sup> FORDEN, S. (2012), “FTC Said Poised to Finish Google Antitrust Probe in Weeks”, Bloomberg 30 August 2012, <http://www.bloomberg.com/news/2012-08-30/ftc-said-poised-to-finish-google-antitrust-probe-in-weeks.html>, Date Accessed: 20.12.2012.

<sup>269</sup> FORDEN, S. and B. WOMACK (2012), “FTC Said to Expand Antitrust Probe of Google to Social Networking Service”, Bloomberg 13 January 2012, <http://www.bloomberg.com/news/2012-01-13/google-s-social-networking-service-said-to-be-added-to-ftc-antitrust-probe.html>, Date Accessed: 20.12.2012.

<sup>270</sup> The letter of EPIC can be found at: <https://epic.org/privacy/EPIC-FTC-Google-Search-letter.pdf>, Date Accessed: 20.12.2012.

<sup>271</sup> MCGEE, M. (2012), “Twitter: Google+ Integration In Google Search Is “Bad” For Everyone”, MarketingLand 10 January 2012, <http://marketingland.com/twitter-google-integration-in-google-search-is-bad-for-everyone-3091>, Date Accessed: 20.12.2012.

<sup>272</sup> Google’s response to Twitter’s claims is available at Google+’s own blog: <https://plus.google.com/+google/posts/24uqWqvALud#+google/posts/24uqWqvALud>, Date Accessed: 20.12.2012.

ended in July 2012<sup>273</sup> and for this reason it cannot crawl the said specific content from Twitter.

In September 2011, Google's Executive Chairman, Eric Schmidt, was invited to testify before the US Judiciary Subcommittee on Antitrust, Competition Policy and Consumer Rights, in relation to the potential anti-competitive conduct claims.<sup>274</sup> In his testimony, he mainly focused on the innovative and extremely competitive nature of online search and asserted that consumers have a variety of options to access information. He maintained that if Google fails to deliver the best results, they can readily switch to other search providers while dismissing the fact that Google favours its own services at the expense of its rivals.<sup>275</sup>

On Dec 19, 2011, the bipartisan leadership of the US Senate Antitrust Committee Chairman Herb Kohl and Ranking Member Mike Lee wrote a letter expressing support for the FTC's ongoing investigation into Google's business practices.<sup>276</sup> They argued that in order to preserve the openness, competitiveness and innovative nature of the Internet, it is crucial for the FTC to determine whether Google's actions violate antitrust law or substantially harm consumers and competition in the online environment.

It has been reported by several commentators that the FTC has recently hired an experienced outside prosecutor to potentially bring a solid antitrust case against Google.<sup>277</sup> In addition to the concerns raised by the Commission, the US investigation also deals with Google's potential to lock down its search and other

---

<sup>273</sup> FIVEASH, K. (2011), "Google shuts Realtime Search after Twitter deal expires Tweet firehose still spraying into Bing, Yahoo", *The Register* 5 July 2011, [http://www.theregister.co.uk/2011/07/05/google\\_realtime\\_search\\_twitter/](http://www.theregister.co.uk/2011/07/05/google_realtime_search_twitter/), accessed 20/12/2012.

<sup>274</sup> Source: <http://searchengineland.com/figz/wp-content/uploads/2011/09/Eric-Schmidt-Testimony.pdf>, Date Accessed: 20.12.2012.

<sup>275</sup> *Ibid.*

<sup>276</sup> The letter addressed to the US Senate Committee on the Judiciary written by Herb Kohl and Mike Lee can be found at <http://www.fairsearch.org/wp-content/uploads/2011/12/Google-FTC-Letter-12-19-11.pdf>, Date Accessed: 20.12.2012.

<sup>277</sup> STREITFELD, D. and E. WYATT (2012), "U.S. Escalates Google Case by Hiring Noted outside Lawyer", *New York Times* 26 April 2012, [http://www.nytimes.com/2012/04/27/technology/google-antitrust-inquiry-advances.html?\\_r=4](http://www.nytimes.com/2012/04/27/technology/google-antitrust-inquiry-advances.html?_r=4), Date Accessed: 20.12.2012. See also STERLING, G. (2012), "US FTC Hires Formidable Outside Litigator For Possible Antitrust Case Against Google", *Marketing Land* 27 April 2012, <http://marketingland.com/us-ftc-hires-formidable-outside-litigator-for-possible-antitrust-case-against-google-10860>, Date Accessed: 20.12.2012.

applications on smart phones that run its operating system, Android.<sup>278</sup> At the federal level, several states also started full scale investigations in relation to Google's alleged anti-competitive practices. Texas was the first state in this respect. The investigation started in 2010 is still ongoing at the time of writing.<sup>279</sup> Subsequently, the Attorneys General in New York, California, Ohio, Mississippi and Oklahoma also initiated investigations. The antitrust investigation against Google in Ohio was dismissed in September 2011 as the District Court stated that the complainant had only proved harm to itself and failed to show harm to competition.<sup>280</sup>

At the time of writing, the FTC and the remaining federal states have not reached any conclusion in relation to the alleged anti-competitive practices of Google. Due to the similarities between the EU and the US investigations, it is expected that there will be some parallels in relation to the outcome of the investigations. Despite the divergent approaches in the area of unilateral conduct in the EU and US,<sup>281</sup> it is likely that the FTC investigation will also result in a settlement, requiring Google to address competition concerns particularly in relation to its search algorithms which allegedly favour its own services at the expense of its rivals.

### 3.6. Summary

Irrespective of the outcome, the Google investigation highlights the tension between high-tech firms and competition authorities and courts, as well as the rapidly changing nature of the competition landscape in relation to high-tech markets. The case shows that innovative and successful companies are more likely to be subject to antitrust intervention. The lengthy and controversial nature of the Microsoft cases and the ongoing Google cases clearly demonstrate the need

---

<sup>278</sup> KANG, C. (2012), "Pity Google? Patent Case Loss to Apple Could Spell Relief in Antitrust Probe, Analyst Says", *The Washington Post* 28 August 2012, [http://www.washingtonpost.com/blogs/post-tech/post/pity-google-patent-case-loss-to-apple-could-spell-relief-in-antitrust-probe-analyst-says/2012/08/28/c608f58e-f0fb-11e1-adc6-87dfa8eff430\\_blog.html](http://www.washingtonpost.com/blogs/post-tech/post/pity-google-patent-case-loss-to-apple-could-spell-relief-in-antitrust-probe-analyst-says/2012/08/28/c608f58e-f0fb-11e1-adc6-87dfa8eff430_blog.html), Date Accessed: 20.12.2012.

<sup>279</sup> METZ, C. (2010b), "Google Faces Antitrust Investigation in Texas: EU Complaint Echoed in US", *The Register* 3 September 2010, [http://www.theregister.co.uk/2010/09/03/google\\_antitrust\\_investigation\\_in\\_texas/](http://www.theregister.co.uk/2010/09/03/google_antitrust_investigation_in_texas/), Date Accessed: 20.12.2012.

<sup>280</sup> The claimant *MyTriggers.com*, an Ohio-based shopping comparison search website, accused Google of giving preferential treatment in its search results to Google's own service and thereby placing its competitors at a competitive disadvantage.

<sup>281</sup> See *supra* "1.4. Global Markets and Jurisdictional Problems".

for antitrust policies adequately to address challenges in such dynamic industries, particularly in the area of unilateral conduct. In this respect, particular attention should be given to product design which also includes tying, as the potential benefits of such conduct may outweigh its potential anti-competitive effects and the condemnation of such conduct might result in aiding less efficient rival firms rather than enhancing consumer welfare.

In our view allegations in relation to Google involving exclusivity agreements and copying third party content are less controversial in nature and not to the same degree unique to high tech markets. However, for the purposes of this article, Google's alleged tying practice or product design choices are very relevant. The approach of antitrust agencies and courts will be the ultimate test for them in assessing product designs with a particular focus on consumer welfare in high tech industries. The outcome of the cases on both sides of the Atlantic will be highly dependent on whether they regard Google's vertically integrated services as a major innovation and as such beneficial for consumers or whether they perceive such product as another abusive conduct that limits consumer choice. As noted by Edelman and Wright, "Google is not merely a URL finder. Consumers demand more than that and competition forces search engines to deliver."<sup>282</sup> So at the end of the day, the question remains what serves consumers welfare in the long run? If consumers demand more vertically integrated products such as Google's online search engine, such conduct should not be condemned as anti-competitive merely for causing harm to some competitors.

#### **4. COMMENTS AND CONCLUSION**

Today we live in a world in which innovation and advances in technology are at the centre of economic activities. Compared to traditional markets at the implementation of competition law, high-tech markets show some unique characteristics. Technological products are mostly available all over the world and their producer high-tech firms are most of the time dominant, if not monopolist, in the relevant market. Firms operating in traditional markets, such as a cheese producer, operate either locally or even if they operate globally, they hardly hold a dominant position in the relevant market. Because of this global market phenomenon, high-tech firms are often subject to different competition law systems, whose economic development may be very different from one another. Inevitably, a competition law system, which is more concerned with the

---

<sup>282</sup> EDELMAN, B. G. and J. D. WRIGHT (2012), "Debate on Antitrust Scrutiny of Google", <http://journaloflaw.us/5%20The%20Post/2-1/JoL2-2,%20TP2-1,%20Edelman%20and%20Wright.pdf>, Date Accessed: 20.12.2012, p.459.

protection of competitors, especially small- or middle-sized local firms, is inclined to intervene in the market rather than to leave the alleged anti-competitive conduct to be corrected by market dynamics. After all, in a competitive environment where competition is primarily innovation driven, it is not surprising that most of the allegations about anti-competitive conduct relate to practices that threaten to tilt the playing field in favour of the dominant firm.<sup>283</sup> Active competition in high-tech markets may look like anti-competitive conduct in other markets; a dominant software or hardware platform owner's efforts to enhance its platform by design choices, such as integration of new functionalities, may harm firms producing complementary products for that platform by reducing the price of those functionalities or by partially excluding their products from the platform.<sup>284</sup>

There appears to be hardly any problem in high-tech markets with prohibiting hard-core violations, such as a high-tech firm forming a cartel with its competitors to fix prices or share markets, or restrictive mergers such as a merger to monopoly between the only two high-tech firms in the relevant market. However, the same cannot be said in the area of unilateral conduct where there seems to be some degree of divergence between different competition law regimes pursuing different objectives. Even among the types of anti-competitive unilateral conduct, some potentially anti-competitive practices raise no or little controversy, such as predatory pricing, exclusive dealing and conditional rebates. When Intel, *inter alia*, granted rebates to OEMs on the condition that they buy all or virtually all of their CPUs from Intel but not from Advanced Micro Devices (AMD), this was found anti-competitive by the Commission.<sup>285</sup> The outcome would have still been the same if a dominant tyre manufacturer had engaged in the same anti-competitive conduct *vis-à-vis* automobile manufacturers, except perhaps with less discussion on cost structure in high-tech markets which tend to have high initial investment costs and low marginal production costs in contrast to most traditional markets.

---

<sup>283</sup> OFT 2002a, p.42. See also Ahlborn et al., p.167 ("In new economy industries, where corporate success often means failure for rivals, innovators who succeed in the marketplace will often face all sorts of complaints for anti-competitive behaviour. Hopefully, the competition authorities will analyse these complaints keeping in mind that competition policy is about protecting competition and not competitors.") On this point, it can be argued that competition authorities and courts should be more concerned with false positives. The bulk of cases and allegations against high-tech firms are brought and made by their competitors who seemed to have (ab)used competition law rules to provide a shelter to them against aggressive competition on the part of the dominant firm.

<sup>284</sup> Page and Childers 2012, p.376.

<sup>285</sup> Case COMP/C-3 /37.990 — *Intel* [2009] OJ C 227/13.

In the area of unilateral conduct, a more pressing concern arises when the conduct in question relates to how dominant high-tech firms design their products, and especially when some anti-competitive effects are generated as a result of their product designs.<sup>286</sup> Product designs often manifest themselves in the form of tying; however, an equally ubiquitous example of a potentially anti-competitive product design can be the introduction of brand-new or improved products to the market. One of the key issues the IBM and Microsoft cases on both sides of the Atlantic was their allegedly anti-competitive product designs. Currently Google is being accused of, among other things, designing its search algorithms in a way that manipulates search results and favours its own vertical services at the expense of those of its rivals. At some point in the future, Apple may be accused of designing the way how *iTunes* works with its own *iPods* and portable music players of other companies, as a result of which Apple might leverage its significant market position in the portable music player market into the market for the sale of digital music.<sup>287</sup>

---

<sup>286</sup> Even though this article limits itself to product design in the context of unilateral conduct of firms with market power, competitive concerns with regard to how firms design their products may also arise in the context of merger control. One good and recent example of this is the acquisition of McAfee by Intel. Although it can be prima facie perceived as a conglomerate merger as the CPU producer Intel proposed to acquire the antivirus software developer McAfee, theories of harm with regard to Intel's post-merger product designs were not speculative. There were concerns as to whether Intel could develop algorithms for its CPUs that optimise the use of McAfee and hold this critical information back from rivals, or only share it selectively with some of them. NELSON, D. (2010), "EC's Intel, McAfee Probe Finely Balanced as Complex Third-party Concerns Emerge", MLex 17 December 2010, <http://www.mlex.com/Content.aspx?ID=124195>, Date Accessed: 20.12.2012. Furthermore, another concern was that Intel could differentiate its CPUs by designing chips that speed up the security scans typically performed by McAfee or creating technology that makes gadgets less vulnerable to attacks by hackers. FINKLE, J. and FELIX, B. (2011), "Intel Offers Concessions to EU on McAfee", Reuters 6 January 2011, <http://www.reuters.com/article/idUSTRE7053DD20110106>, Date Accessed: 20.12.2012. Alternatively, it was believed that Intel could use its CPUs to launch advertisement, pop-ups or even discounts promoting the use of McAfee; however, this was not likely to result in consumer harm. Notwithstanding those concerns, the Commission cleared the operation after Intel offered several commitments to alleviate the concerns on potentially anti-competitive product design (Case COMP/M.5984 — *Intel/McAfee* [2011] OJ C 98/1). See Press Release, "Mergers: Commission clears Intel's proposed acquisition of McAfee subject to conditions", IP/11/70, 26 January 2011. This case shows that concerns over product designs come to the fore even in the context of conglomerate mergers, which do not normally lead to any competition concerns at all in the majority of circumstances.

<sup>287</sup> Apple's commercial strategy was the creation of a virtual tie-in which required the users of iPods to purchase digital music from Apple's online digital music store, iTunes. Although users had the option of using and uploading to their iPods unprotected music, usually in MP3 format; if they wanted to download digital songs from iTunes, those were used to be DRM-protected (digital rights

**Figure 1 – The Spectrum of Different Types of Anti-Competitive Unilateral Conduct**

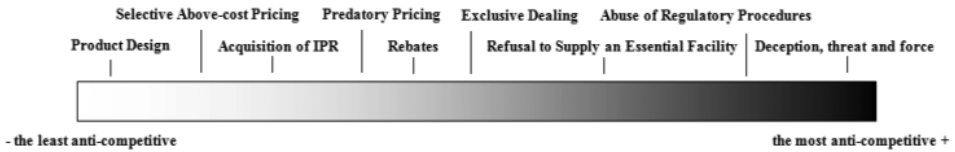


Figure 1 shows the spectrum of different types of anti-competitive unilateral (exclusionary) conduct ranging from the least to the most anti-competitive according to which product design is the closest to a genuine pro-competitive practice; whereas deception, threat and force are nakedly anti-competitive and have no redeeming features or efficiency gains.<sup>288</sup> Different standards apply to

management), usually in AAC format, and thus not playable on other portable music players apart from iPods. There was no requirement on the part of users to purchase any digital music at all, but the only digital music had to come from only iTunes. LIEBOWITZ, S. F. and S. E. MARGOLIS (2008), “Bundles of Joy: The Ubiquity and Efficiency of Bundles in New Technology Markets”, *Journal of Competition Law and Economics*, No:5(1), p.30. Considering the fact that Apple had 83 percent market share in the market for the sale of digital music (see Hays 2006, p.39), it could be thought that the company might have been the next target of competition authorities or courts, in particular in the EU, as the competing digital music retailers, such as Amazon.com, eMusic and Rhapsody, would be practically placed at a competitive disadvantage. In this case, iTunes seems to be integrated into iPods by way of software and it can be only used by the users of iPods. Such a product design initially attracted attention and in March 2006, the French Senate passed a law requiring Apple to disclose its DRM-protection method in an attempt to liberalise the online digital music retail market. KIRK, E. (2006), “Apple’s iTunes Digital Rights Management: “Fairplay” under the Essential Facilities Doctrine”, *Communications Law*, No:11(5), p.161. However, since January 2009, Apple has stopped selling tightly DRM-protected digital music, which means that users now have the option of playing the DRM-free digital music they have bought from iTunes on other portable music players as well. Source: <http://www.apple.com/pr/library/2009/01/06Changes-Coming-to-the-iTunes-Store.html>. Date Accessed: 20.12.2012. Nevertheless, as DRM-free availability does not apply to video clips and films available on iTunes, it remains to be seen whether a competition investigation will still be launched into the company on the basis a lack of interoperability as abuse of market power.

<sup>288</sup> It has been contended that if conduct harms the competitive opportunities of rivals, has no cognisable efficiencies, is reasonably capable of harming competition and implemented with the sole or overwhelmingly predominant intent of causing competitive harm, then “no more should be required to establish a prima facie abuse”. NAZZINI, R. (2011), *The Foundations of European Union Competition Law: The Objective and Principles of Article 102*, Oxford University Press, Great Britain, p.60. The author gives the example of a dominant firm obtaining a patent by perpetrating fraud on the relevant patent office or inducing the government to erect or maintain barriers to entry by bribery or deception. Similarly, Melamed states that some practices can be “unambiguously anticompetitive” and gives the example of a dominant firm destroying its rival’s factory or paying its suppliers of inputs not to do business with its rivals who also need the same

each category of practice depending on the risks false positives and over-deterrence. Generally speaking, the standards become more lenient towards the left end of the spectrum and more restrictive towards the right end.<sup>289</sup> Even though the order at the middle of the spectrum can be disputed and there may be divergence on both sides of the Atlantic in this respect, the opposite ends of the spectrum remain largely free from controversy and tend to exhibit profound differences. In our view, product design (which also includes technological tying) denotes the least anti-competitive (but not per se lawful) unilateral conduct among a spectrum of different types of conduct in the enforcement of the prohibition of unlawful unilateral conduct. Product design represents the most controversial type of unilateral conduct to be challenged under competition law and to attach competition law liability to dominant high-tech firms.<sup>290</sup>

Some commentators have argued in favour of a per se legality for product designs in the form of introduction of brand-new products. Manne and Wright propose “a rule of per se legality for new product introductions”. The authors insist that even the rule of reason analysis does not survive a cost-benefit analysis that incorporates the potential for error costs of wrongful condemnation.<sup>291</sup> In our view, a rule of per se legality may arguably be appropriate for competition law systems that do not employ sound economic analysis in distinguishing between

---

input. Melamed 2006, p.377. The author actually implies that such conduct is rare and not worth commenting on in detail, since according to the author “most conduct that excludes rivals, however, provides some efficiency benefits that must be taken into account to determine whether the conduct, on balance, is anticompetitive.” *ibid.*

<sup>289</sup> “As the risks and costs of false convictions and over-deterrence increase, the [standard] becomes more lenient for the dominant undertaking and a competition authority or claimant is required to meet a higher threshold to make out a prima facie case.” Nazzini 2011, p.164.

<sup>290</sup> “Certainly, it is not always the case that an exclusionary innovation is necessarily anticompetitive and even an innovation that might be anticompetitive *sometimes* will be unlikely to be anticompetitive *all the time*. Thus, a key critique of the modern industrial organization literature and its possibility theorems involving anticompetitive behavior has been that it fails to consistently produce testable implications.” Manne and Wright 2010, p.172 (emphasis original).

<sup>291</sup> Manne and Wright 2010, p.196. Similarly, Temple Lang contends that “[w]holly new products are procompetitive”, and therefore dominant firms “should not be discouraged from introducing them”. Also product innovations or improvements by dominant firms in markets where there is no significant effect on complementary products “should be legal”. However, he goes on to state that the situation where the conduct has effects on complementary products (this should also include related markets) is “more complicated”. TEMPLE LANG, J. (2008), “The Requirements for a Commission Notice on the Concept of Abuse under Article 82 EC”, Centre for European Policy Studies Special Report, <http://www.ceps.eu/ceps/dld/1588/pdf>, Date Accessed: 20.12.2012, p.33 (emphasis added).



legitimate competitive conduct and unlawful exclusionary conduct. The analysis could be flawed in such a system, due to a possible lack of a clear, consistent, sound and administrable rule. Nevertheless accepting such a rule, and thus an absolute antitrust immunity, in other jurisdictions which are instead grounded on sound economic analysis may raise concerns about under-inclusiveness and false negatives. As the US Court of Appeals pointed out in *Microsoft III* that as a general rule, courts should be sceptical about claims that competition has been harmed by a dominant firm's product designs; however, judicial deference to product innovation does not mean that a dominant firm's product design decisions are per se lawful.<sup>292</sup>

In high-tech markets, the rules on the prohibition of unlawful exclusionary conduct, especially with regard to product designs, should be implemented in a way that is unlikely to "punish" high-tech firms that often work so hard to innovate.<sup>293</sup> In other words, competition authorities and courts should if/when possible refrain from discouraging future incentives to innovate. In our view, competition authorities and courts should not lose sight of the presence of actual (not likely) consumer harm when deciding whether the product design in question is anti-competitive; the focus should remain upon consumers and thus consumer harm should not be assumed from harm to the structure of the market or to competitors. Much has been written emphasising the analysis of consumer harm and even the titles of some articles or books themselves explicitly ask whether there was consumer harm in the relevant case.<sup>294</sup> Strict and formalistic implementation of competition law rules on the prohibition of genuinely competitive product design raises concerns as to the objective of competition law and may lead to confusion about what it aims to protect in general: competition or competitors. *Microsoft WMP* was criticised on the fact that the Commission had focused on preserving rivalry rather than on efficiency and wanted to keep competitors in the game, even if it made Windows a less reliable and versatile

---

<sup>292</sup> *Microsoft III*, para.65.

<sup>293</sup> "Antitrust law enforcement would have undesired consequences if major actors were penalized merely for successful innovation and superior efficiency. For legal instruments to benefit consumers in the long run, they must get the balance right..." GLADER, M. (2006), *Innovation Markets and Competition Analysis: EU Competition Law and US Antitrust Law*, Edward Elgar Publishing, USA, p.170.

<sup>294</sup> See EVANS, D., A.L. NICHOLS and R. SCHMALENSEE (2005), "United States v. Microsoft: Did Consumers Win?", *Journal of Competition Law and Economics*, No:1(3), p.497-539, and EVANS, D., F. M. FISHER, D. L. RUBINFELD and R. SCHMALENSEE (2000), *Did Microsoft Harm Consumers? Two Opposing Views*, Aei Press, USA.

platform.<sup>295</sup> On the very same day that the General Court issued *Microsoft WMP*, the former Assistant Attorney General for the Antitrust Division of the DOJ, Barnett, stated in a press release that “[i]n the United States, the antitrust laws are enforced to protect consumers by protecting competition, not competitors.”<sup>296</sup> His message could hardly be clearer.

On the other hand, if one is to understand how markets work in the real world, one must look at all aspects. Such a thorough analysis can provide insights for the determination of consumer harm. In some cases, the relevant market may show the characteristics of two- or multi-sided markets, which will then have a bearing on the competitive assessment. The Commission considered the effect of Microsoft’s tying WMP to Windows not only in the market for media players, but also in adjacent markets.<sup>297</sup> It has been argued that since understanding the pro- and anti-competitive effects of any conduct requires an assessment of effects on multiple markets and an observation of long term impact of those effects, static analysis of individual markets will eventually generate misleading results.<sup>298</sup> Within this context, by giving away WMP, Microsoft sought to generate new

---

<sup>295</sup> Apon 2007, p.8. See also ART, J. Y. and G. S. McCURDY (2004), “The European Commission’s Media Player Remedy in Its Microsoft Decision: Compulsory Code Removal Despite the Absence of Tying or Foreclosure”, *European Competition Law Review*, No:25(11), p.707 (“Unfortunately, the Commission has lost sight of its mission to protect consumers and competition and instead has focused on how to improve the already significant the distribution channels of particular competitors by attempting to reengineer complex technical products and determine particular market outcomes.”); McMahon 2009, p.137 (“[The General Court in *Microsoft WMP*] too readily found a breach of Article [102] by conduct which distorted structure, rather than undertaking a more focused examination of the effect on [competition] and consumer welfare... [The Court] seemed to equate consumer detriment with disadvantage to competitors.”) and ETRO, F. and I. KOKKORIS (2010), “Toward an Economic Approach to Article 102 TFEU”, F. Etro and I. Kokkoris (eds.), in *Competition Law and the Enforcement of Article 102*, p.32 (“[T]here seemed to be no actual consumer harm or predatory purpose from bundling from bundling the Media Player with Windows.”). Cf. KELLEZI, P. (2009), “Rhetoric or Reform: Does the Law of Tying and Bundling Reflect the Economic Theory?”, A. Ezrachi (ed.), in *Article 82 EC: Reflections on Its Recent Evolution*, p.161 (“[*Microsoft WMP*] is] a very welcome development in EC competition law and suggests that not only is the Commission fully committed to the move to a more economic approach, but also that it has begun to develop the tools to implement it.”).

<sup>296</sup> Press Release, “Assistant Attorney General for Antitrust, Thomas O. Barnett, Issues Statement on European Microsoft Decision”, 07-725, Washington 17 September 2007.

<sup>297</sup> The Commission found that Microsoft enjoyed ubiquity by virtue of the bundle of WMP and Windows, which had effects on adjacent markets, such as media players on wireless information devices, set-top boxes, DRM solutions and on-line music delivery. *Microsoft WMP*, para.1076. Accordingly, WMP was a gateway to a range of those adjacent markets.

<sup>298</sup> Coates 2011, p.247.

revenue streams from web content providers who wished to provide streaming audio and video services, and therefore deliberately altered their commercial choice by installing WMP in every copy of Windows and thereby making it an ubiquitous programme requiring no additional downloads on the part of users.<sup>299</sup>

Indeed, the market for media players, like the market for online search, is a two-sided market benefiting from “network effects”<sup>300</sup> in that as more users begin to use a certain media player, more benefits are provided to content providers who develop their content compatible with the format of that media player, and as more content providers begin to develop contents for a certain media player, more benefits are provided to users in return. This ultimately tips the market in favour of that media player. Therefore, when analysing Microsoft’s product design and giving away of WMP in the light of the theory of two-sided markets, a mere lack of consumer harm no longer appears to be the only decisive factor. However, this raises a very significant question as to whether the market tips in favour of WMP because of Microsoft’s business acumen, foresight and efficiency, or because of Microsoft’s tying of WMP with Windows. It depends on how one interprets the concept of network effects; the Commission and the General Court affirming on appeal<sup>301</sup> appear to have regarded it as a barrier to entry rather than the reward of Microsoft’s efficiency and successful business acumen.<sup>302</sup> Even if the perception of a risk of tipping were supported by the facts, this does not necessarily mean that a beneficiary of tipping should be penalised

---

<sup>299</sup> *ibid* at p.249.

<sup>300</sup> Network effects are a demand side phenomenon associated with the value to the customer in that customer’s valuation of particular product is enhanced when it is employed in a system: the more users on a system, the valuable it is. Teece and Coleman 1998, p.814. It has been argued that an overall assessment of the effects of high tech product integration is not complete without a careful examination of the role of network effects. GRIMES, W. S. (2002), “The Antitrust Tying Law Schism: A Critique of Microsoft III and A Response to Hylton and Salinger”, *70 Antitrust Law Journal* 199, p.224.

<sup>301</sup> According to the reasoning of the Commission, Windows provided Microsoft with a more efficient distribution system for WMP than was available to its rivals. Such an advantage led content providers and software designers to adopt the WMP format. Due to strong network effects, this ultimately led the market to tip towards WMP and eliminate competing media players. *Microsoft WMP*, paras.1049-1090. Grimes argues that on the relation of network effects with efficiency, the US Court in *Microsoft III* cited disagreements in the literature, but drew no definitive conclusions. Grimes 2002, 224.

<sup>302</sup> This, however, has led to a significant number of views expressed in favour of Microsoft in the literature: (“[T]he European Commission saw the existence of network effects as signs of a malfunctioning market.”) GIFFORD, D. J. and R. T.KUDRLE (2011), “Antitrust Approaches to Dynamically Competitive Industries in the United States and the European Union”, *Journal of Competition Law and Economics*, No:7(3), p.719; (“[T]he Commission... appeared to consider

under competition law.<sup>303</sup> It is true that competitors need to offer a number of applications upon entry to match the high quality of the Windows package and create their own network effects, but the cost of offering these applications is unlikely to be prohibitive compared to the global size of this market.<sup>304</sup>

In the assessment of consumer harm, there is one concept that has to be taken into account before coming to a conclusion: that is, the right remedy. Designing an appropriate remedy for an innovative market is like “trying to shoe a galloping horse”.<sup>305</sup> If an allegedly anti-competitive practice generates long-term detrimental effects, but benefits consumer in the short term, then there is a risk that the remedy may preclude short term consumer benefits for the sake of future benefits, the occurrence of which may not be certain.<sup>306</sup> Despite the WMP and Windows bundle, competitors may still enter the market with superior technology and replace WMP. Trying not to make the same mistake twice, the Commission is now, in a way, asking Google about what could be the best remedy to address the allegations made against the company. In *Microsoft WMP*, the Commission’s remedy was the unbundling of the media streaming function of Windows and Microsoft was therefore ordered to release a version of Windows without WMP, in addition to the version with WMP. However, the version of Windows without WMP (also known as “Windows XP-N”, where “N” is the abbreviation for “naked”)<sup>307</sup> sold virtually no copies.<sup>308</sup> Demand for this product has been

---

network effects mainly as a barrier to entry, thus failing to recognise that they constitute a major source of consumer value.”) Ahlborn et al 2001, 166; (“[T]he Commission’s decision misinterprets the role of the network effects.”) O’Donoghue and Padilla 2006, p.498; (“If the Commission seriously believes that network effects are pervasive and pernicious, it confronts the paradox that monopoly is achieved by increasing consumer welfare – better products at lower prices.”) Veljanovski 2001, p.117 and (“The decline in market shares of competitors... could be attributed to a number of other sources... including the superior efficiency of Microsoft products...”) McMahon 2009, p.137.

<sup>303</sup> Art and McCurdy 2004, p.699-700.

<sup>304</sup> ETRO, F. (2007), *Competition, Innovation and Antitrust: A Theory of Market Leaders and Its Policy Implications*, Springer, Germany, p.224.

<sup>305</sup> *New York v Microsoft Corp.*, 224 F.Supp. 2d 76, (D.D.C. 2002).

<sup>306</sup> Cf. EKLÖF, D. (2009), “The Microsoft Case – at the Heart of the IP/Antitrust Intersection”, A. Ezrahi (ed.), in *Article 82 EC: Reflections on Its Recent Evolution*, p.105 (“The crucial welfare issue is not short-term product involvement, but rather what preserved rivalry or credible threat of entry means for the medium- and long-term rate of innovation in a sector.”)

<sup>307</sup> There was even a dispute over the name of this version between Microsoft and the Commission: Microsoft wanted to name it “Windows XP Reduced Media Edition”, but the Commission objected to this as such a title would discourage sales and mislead users. Langer 2007, p.168.

<sup>308</sup> Retailers bought 1,787 copies which amounted to less than 0.005 percent of the copies of all

virtually zero in the EU, a likely sign that Microsoft's bundling strategy was at least not hurting consumers.<sup>309</sup> The product was doomed right from the start: it was placed on the market alongside with the bundled version and sold at the same price.<sup>310</sup> The remedy was in reality "a failure".<sup>311</sup>

In fact, bundling WMP with Windows arguably did not foreclose the market to competing media player manufacturers or drive them out of the market. Even if WMP was there on the Windows desktop, nothing forced consumers to use it. In other words, there was no physical or even technical coercion. Without prejudice to WMP, they still had the option of installing other available media players, some of which were free of charge as well. Even though the Commission and the General Court did not share this view,<sup>312</sup> but there was no evidence that integrated software packages in any way prevented access to other, free standing applications available for purchase or for free over the Internet.<sup>313</sup> In today's world, almost every software is available online and just one click away from users with a broadband connection. For instance, Microsoft does not produce separate CDs for its Windows service packs or updates; Windows notifies them to users so that they can download directly and install immediately. Unlike the years in which the Commission's investigation took place, broadband connection

---

sales of Windows XP sold at retail level in Europe. AHLBORN, C. and D. EVANS (2009), "The Microsoft Judgment and Its Implications for Competition Policy towards Dominant Firms in Europe", 75 *Antitrust Law Journal* 887, p.922. Consumers do not seem to be pleased with the version without WMP and in this respect one consumer expressed his/her dissatisfaction as follows: "they forced Microsoft to release a version of Windows without a media player and guess what, Europeans didn't WANT IT! They bought the full-blown version of Windows instead!" Koman 2009.

<sup>309</sup> Etro 2007, p.235.

<sup>310</sup> Larouche 2008, p.625.

<sup>311</sup> Coates 2011, p.273. See also Etro and Kokkoris 2010, p.33 ("...Microsoft was forced to commercialize a new operating system without its WMP, which, by the way, no one purchased.")

<sup>312</sup> The Commission dismissed the argument other distribution methods, especially the internet, was as efficient as pre-installing WMP on Windows: "First, while it is true that downloading via the Internet enables suppliers to reach a large number of users, it is less effective than pre-installation by OEMs... Second, downloading, unlike using a pre-installed product, is seen as complicated by a significant number of users. Third... a significant number of download attempts... are not successfully concluded... Fourth, users will probably tend to consider that a media player integrated in the client PC which they have bought will work better than a product which they install themselves... Fifth and last, in most undertakings employees cannot download software from the Internet as that complicates the work of the network administrators..." *Microsoft WMP*, para.1050.

<sup>313</sup> EVANS, D., J. PADILLA and M. POLO (2002), "Tying in Platform Software: Reasons for a *Rule-of-Reason* Standard in European Competition Law", *World Competition*, No:25(4), p.514.

is widely available today. It used to take more than an hour to download WMP through a dial-up connection before, but now the same only lasts for a couple of minutes with a broadband connection. This is a clear sign of the would-be correction of allegedly anti-competitive conduct by the market dynamics.<sup>314</sup> It is doubtful whether the mandatory release of Windows without WMP was worth the prohibition decision and the imposition of the then record fine of 497 million Euros.

Furthermore, the Commission's vision of consumers was equally unconvincing. The Commission treated consumers as if they were keen on using or even addicted to WMP and Microsoft exploited this by bundling it with Windows. It is worth noting that consumers might find WMP unsatisfactory or even "good-for-nothing". One of the authors has observed elsewhere that a user attempting to watch a DVD film on a DVD-ROM by using WMP is affected by the region code restrictions, in that if the region code of that DVD does not match with the region code of that DVD-ROM, the user encounters with an error message and consequently cannot play that DVD in that DVD-ROM, even if he/she bought it completely legally. Whereas if the same user attempts to watch the same DVD on the same DVD-ROM by using "VLC Media Player", he/she remains totally unaffected by the region code restrictions and can therefore play any DVDs regardless of whether their region codes match with the region code of his/her DVD-ROM.<sup>315</sup> Being aware of this crucial difference and attaching importance thereto, that user is thus highly likely to use the "VLC Media Player" irrespective of whether WMP comes pre-installed with Windows. This then refutes the General Court's cursory observation that consumers had an incentive to use WMP at the expense of competing media players even if they were of

---

<sup>314</sup> This view was again not shared by the Commission in *Microsoft IE*. Even if it was issued 5 years after *Microsoft WMP*, the Commission appears to have relied on and in a way "recycled" the same findings of *Microsoft WMP* regardless of advances in the use of Internet and growing availability of broadband connection. For instance, only one in six households in Europe with Internet access had broadband connection in 2002. *Microsoft WMP*, para.1050. Now this rate is almost 100 percent. However, according to the Commission: "[d]ue to the development of broadband access, it has become easier over recent years to download software products, including web browsers. However, for various reasons, the Commission reached the preliminary conclusion that the downloading of web browsers from the internet does not provide a sufficiently effective distribution alternative." *Microsoft IE*, para.46 (emphasis added). Some commentators disagree with the Commission that IE could have been substituted with another browser in a few seconds and freely even before the introduction of the choice screen with *Microsoft IE*. Etro and Kokkoris 2010, p.34.

<sup>315</sup> Özkan 2011, p.181-182, fn.19.

better quality.<sup>316</sup> Indeed, studies show that consumers frequently install and use multiple media players due to the diversity of features they offer and formats they support.<sup>317</sup>

The same can be said for IE as well; IE may not be superior in the eyes of consumers. Other web browsers may offer new add-ons, a higher compatibility with web pages, better security or faster downloads. To illustrate this, in 2011 Microsoft issued a critical security alert which could affect about 900 million users of Windows operating system. Although the problem was with the operating system, it affected the way IE handles some web pages in that users could be fooled into downloading malicious scripts which might collect user information.<sup>318</sup> Other web browsers such as *Firefox*, *Chrome* and *Safari* remained unaffected by this threat, since they did not support “MHTML” files.<sup>319</sup> Consumers whose first expectation is enhanced security may thus opt for other web browsers as they may be safer compared to IE. Within this respect, Google’s *Chrome* has a unique feature called “sandboxing” which is said to isolate web browser commands from the operating system, and other applications and data; therefore, this makes it harder for hackers to infect users with suggested malware and spyware.<sup>320</sup> These two examples thus show that neither in *Microsoft WMP*, nor in *Microsoft IE* was there a coherent theory on consumer harm. The fact that the most efficient distribution channel was foreclosed cannot be necessarily equated with consumer harm as long as all distributions channels are not foreclosed.

The Commission’s analysis is also flawed from a different point of view. A Windows with WMP was found to have amounted to a technological tie. The same should then be true for a Windows with IE. Despite the same type of “infringement”, the Commission’s remedies in *Microsoft WMP* and *Microsoft IE* were quite different. In the former, the Commission ordered Microsoft to

---

<sup>316</sup> *Microsoft WMP*, para.971.

<sup>317</sup> Art and McCurdy 2004, p.699.

<sup>318</sup> FOSTER, A. (2011), “Security Flaw Opens Windows to Data Thieves”, London Evening Standard 1 February 2011, p.13.

<sup>319</sup> *ibid.* From a different perspective, the appearance of Firefox, Chrome and Safari shows that even though the Windows and IE bundle (this is also true for Windows and WMP) reduced the average prices of browsers and media players, this did not lead to any entry deterrence. Etro 2007, p.232.

<sup>320</sup> PERT, J. (2010), “Internet Explorer vs Google Chrome: 3 Reasons to Choose Chrome”, Product Reviews 5 May 2010, <http://www.product-reviews.net/2010/05/05/internet-explorer-vs-google-chrome-3-reasons-to-choose-chrome/>, Date Accessed: 20.12.2012.

unbundle WMP from Windows and release an unbundled version of Windows. Whereas, in the latter Microsoft agreed to include a browser select screen, under which users could download the browser they want to use. The same remedy could have been imposed in *Microsoft III*, but the unbundling of IE from Windows was not a viable option in *Microsoft IE*; users could not download a different browser without using IE first. WMP and IE were both functionalities of Windows, but because of the nature of the market their unbundling brought about different outcomes. The unbundling of these functionalities severely interfered with the design of Windows and provided hardly any consumer benefit.<sup>321</sup> When a few US states which objected to the settlement in the aftermath *Microsoft III* applied for a stricter remedy of code removal of IE from Windows, the District Court rightly found that “the forced removal of software code from the Windows operating system will disrupt the industry, harming both ISVs and consumers.”<sup>322</sup> The Commission’s unbundling remedy can thus be regarded as “mistakenly wielding the antitrust hammer”<sup>323</sup> against an innovative firm; it fails to appreciate the benefits of bundling in high-tech markets.<sup>324</sup>

The tying of IE to Windows was not, however, found unlawful in itself in the US; the Court of Appeals remanded that claim to the District Court for reconsideration. Microsoft was mainly condemned for carrying out a systematic anti-competitive campaign, under which the tying of IE to Windows had only a small part. As Hovenkamp summarises well, the history of *Microsoft III* shows far more; including efforts to pressure OEMs to deny access to alternative operating systems, to force Intel not to develop chips that would process Java multiplatform language effectively, to quash Internet access technology that

---

<sup>321</sup> “Adding new functions to existing products will inevitably lead to exclusion of vendors of products providing only the standalone function. But generally such additional functions are pro-competitive innovations that benefit consumers, notwithstanding short-term harm to standalone vendors.” Batchelor 2008, p.21.

<sup>322</sup> *New York v Microsoft Corp.*, 224 F.Supp. 2d 76 (D.D.C. 2002), para.184 (V\B).

<sup>323</sup> Manne and Wright 2010, p.155.

<sup>324</sup> “Consider Nokia’s integration of music players, games, and most recently cameras into their handsets... Consider IBM’s integration of storage memory into its mainframe computers. Consider Intel’s progressive integration of the functionality of previously stand alone products like math coprocessors and multimedia chips into its core CPU chips for PCs. Consider PC OEMs integration of modems, CD and DVD burners, graphics accelerators, and similar components into the off-the-shelf PC. Should they be regarded as tying simply because such functionality can also be supplied by stand-alone products? Clearly not... It is both in the nature and the commercial usage of these products to be integrated to the great benefit of providing consumers increasingly useful and innovative products.” Art and McCurdy 2004, p.698 and 706.



would have served to link multiple operating systems together, and to suppress a computer language that would have permitted developers to write software that would run on multiple operating systems.<sup>325</sup> Had the only practice been the tying of IE to Windows, the outcome might have been different.<sup>326</sup> Whereas Microsoft also resorted to deceptions and threats, which constitute the most anti-competitive practices as shown in Figure 1 above. The Court seems to have revealed its reluctance to condemn the technological tying of IE to Windows when it held that “not all ties are bad”.<sup>327</sup> It is worth reminding at this stage that in none of the lawsuits filed against IBM during the 1970s and 1980s in the United States on the ground of IBM’s allegedly unlawful tying of certain features to its certain products was there any ruling that IBM had engaged in unlawful tying.<sup>328</sup>

If the attitude of competition authorities or courts towards product designs remains the same regardless of any of these criticisms, more cases will highly likely be brought against high-tech firms. It should be noted that applications running on Windows do not confine to IE and WMP. There are actual and potential competitors in the markets for many other applications that come up with Windows such as Messenger, Photo Viewer, Fax and Scan, Notepad, Paint and Calculator. Microsoft risks facing potential worldwide tying allegations concerning those products, if it continues to offer those products pre-installed on Windows.<sup>329</sup> It has been observed that because of competition law concerns, Microsoft’s latest operating system, Windows 7, does not include a number of applications that consumers have come to expect from a full-featured operating system: “out of fear of antitrust headaches, Microsoft has stripped Windows 7 of

---

<sup>325</sup> Hovenkamp 2008, p.296.

<sup>326</sup> It has been suggested that the various activities challenged in *Microsoft III* might appear legal under a clear rule, but that when all of the multiple exclusionary practices are put together, it can be seen why the conduct (tying of IE to Windows) was really problematic. ADKINSON, W. F., K. L. GRIMM and C. N. BRYAN (2008), “Enforcement of Section 2 of the Sherman Act: Theory and Practice”, Staff Working Papers on Section 2, US Federal Trade Commission, <http://www.ftc.gov/os/sectiontwohearings/docs/section2overview.pdf>, Date Accessed: 20.12.2012, p.30, fn.166.

<sup>327</sup> *Microsoft III*, para.87.

<sup>328</sup> “Courts refused to apply the tying prohibition, generally on the ground that innovation is too important to the competitive process to subject to judicial second-guessing.” Hylton and Salinger 2001, p.480.

<sup>329</sup> As discussed above, the Korean Fair Trading Commission decided that Microsoft abused its “significant market dominant position” by tying, among other things, Windows Messenger with its client operating system, thereby excluding competitors and also harming consumers. See *supra* fn.102. Those two products have not been addressed by the Commission in the EU so far.

some important accessory programs. Believe it or not, software for managing photos, editing videos, reading PDF documents, maintaining a calendar, managing addresses, chatting online or writing e-mail doesn't come with Windows 7."<sup>330</sup> This massively important observation suggests that in a way, consumers might be using an inferior operating system because of historical competition law action. But is it what consumers could want? Google's search algorithms are now at stake; up to now Google "has zealously guarded those formulas in much the same manner as Coca-Cola Co. protects the recipe for its signature drink or KFC guards the ingredient mix for its chicken."<sup>331</sup> Interference with its product design in a way that may adversely increase the ranking of websites which are low-value add for users or have no original content would unlikely to offer benefits to consumers.<sup>332</sup> Therefore, efforts to base competition law liability on product design involve a high risk of interfering with ordinary, and often efficiency-enhancing, practices of high-tech firms.

All in all, competition law rules condemning product designs and technological ties present a particularly serious threat of chilling innovation and, moreover, raise severe remedial difficulties.<sup>333</sup> Remedying anti-competitive product designs and technological ties appropriately can often be difficult, requiring courts to make judgments about unusually complicated, forward-looking business issues and thereby heightening the risk that a remedy will hurt, rather than help, consumers.<sup>334</sup> Competition authorities and courts are likely to

---

<sup>330</sup> POGUE, D. (2009), "State of the Art - Windows 7 Keeps the Good, Tries to Fix Flaws", The New York Times 21 October 2009, [http://www.nytimes.com/2009/10/22/technology/personaltech/22pogue.html?\\_r=5&](http://www.nytimes.com/2009/10/22/technology/personaltech/22pogue.html?_r=5&), Date Accessed: 20.12.2012. See also Adkinson et al 2008, p.26, fn.147 ("...concerns about potential liability under section 2 have led Microsoft not to include new product features and to raise prices.")

<sup>331</sup> Source: —, "EU probe delves into heart of Google's business", Associated Press 30 November 2010, [http://www.cleveland.com/business/index.ssf/2010/11/eu\\_probe\\_delves\\_into\\_heart\\_of.html](http://www.cleveland.com/business/index.ssf/2010/11/eu_probe_delves_into_heart_of.html), Date Accessed: 20.12.2012.

<sup>332</sup> Under pressure to improve the quality of its search results from smaller rivals, Google has changed its formula to penalise "low-quality" content. The company announced without giving details that it was trying to reduce the rankings in websites which are low-value add for users, copy content from other websites or websites that are just not very useful. MENN, J. (2011), "Google Changes its Search Formula", Financial Times 26 February 2011, <http://www.ft.com/cms/s/2/69bb5514-413a-11e0-bf62-00144feabdc0.html#axzz1GXf8Uew6>, Date Accessed: 20.12.2012.

<sup>333</sup> US DOJ 2008, p.87.

<sup>334</sup> *ibid* at p.88. The Commission, however, did not seem to share this when it stated in a press release that as a result of the unbundling remedy in *Microsoft WMP*, the configuration of a bundle of an operating system and a media player by OEMs would "reflect what consumers want, and not

make serious errors if they endeavour to second-guess design decisions of innovators in regimes of rapid technological change and/or product redefinition.<sup>335</sup> Compared to traditional markets, the nature of competition in high-tech is different, particularly when it is related to product designs. It should be borne in mind that dynamic innovative markets often compete by adding desirable functions into new versions of existing products<sup>336</sup> and the margin of innovation in many high-tech products is the addition of new functionalities.<sup>337</sup> For this reason; economists, lawyers, competition authorities and courts must approach product designs in high-tech markets with caution, and reassess their methods and tests in determining both market power and abuse of market power.

---

what Microsoft imposes.” Press Release, “Commission Concludes on Microsoft Investigation, Imposes Conduct Remedies and a Fine”, IP/04/382, 24 March 2004. It appears that the Commission itself imposed Microsoft the requirement to offer an unbundled version for which there has been no apparent consumer demand.

<sup>335</sup> Teece and Coleman 1998, p.842. The authors rightly observe that “[d]etermining the right answer likely requires significant technological detail, and understanding of consumer preferences are inherently uncertain. Enforcement agency personnel are not likely to be capable of making the technical distinctions and would have to rely on industry personnel who may have divergent views and special agendas. This indicates the need for extreme caution.” *ibid* at p.845-846. See also Etro 2007, p.235 (“...attempts of antitrust authorities to stop or delay the evolution of OS through additional features, as browsers and media players, appear quite dangerous: while it is difficult to verify in which moment it would be optimal to bundle secondary products in an evolving primary product, it is not clear why antitrust authorities should have a better guess than market driven firms.”)

<sup>336</sup> Batchelor 2008, p.19.

<sup>337</sup> Liebowitz and Margolis 2008, p.22. See also Etro 2007, p.234 (“If supply of media player functionalities was inefficient through bundling a few years ago, and it was mostly left to specific add-ons; improvements in hardware processing power, in the cost of hard disk storage and random access memory, and in the streaming technology made it simple and efficient to bundle media player functionality within current OSs... while a few years ago an OS and a media player could be regarded as separate goods whose union could be associated with a bundling strategy, nowadays an OS must incorporate media player functionalities (as it must incorporate a browser) so that we cannot even talk of a traditional form of bundling.”) (emphasis original).

## **BIBLIOGRAPHY**

ACCC (2000), *Consumers in Dark about DVD Imports*, <http://www.accc.gov.au/content/index.phtml/itemId/87605>, Date Accessed: 20.12.2012.

ADKINSON, W. F., K. L. GRIMM and C. N. BRYAN (2008), "Enforcement of Section 2 of the Sherman Act: Theory and Practice", Staff Working Papers on Section 2, US Federal Trade Commission, <http://www.ftc.gov/os/sectiontwohearings/docs/section2overview.pdf>, Date Accessed: 20.12.2012.

AHLBORN, C., D. BAILEY and H. CROSSLEY (2005), "An Antitrust Analysis of Tying: Position Paper", D. Geradin (ed.), in *GCLC Research Papers on Article 82 EC*, p.166-216.

AHLBORN, C. and D. EVANS (2009), "The Microsoft Judgment and Its Implications for Competition Policy towards Dominant Firms in Europe", *75 Antitrust Law Journal* 887.

AHLBORN, C., D. EVANS and J. PADILLA (2001), "Competition Policy in the New Economy: Is European Competition Law Up to the Challenge?", *European Competition Law Review*, No:22(5), p.156-167.

AHLBORN, C., D. EVANS and J. PADILLA (2004), "The Antitrust Economics of Tying: A Farewell to Per Se Illegality", *49 Antitrust Bulletin* 287.

ALMUNIA, J. (2010), "Competition in Digital Media and the Internet", UCL Jevons Lecture, London 7 July 2010, <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/10/365>, Date Accessed: 20.12.2012.

ALMUNIA, J. (2011), "New Challenges in Mergers and Antitrust", IBA Annual Competition Conference, Florence 16 September 2011, <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/11/581&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>, Date Accessed: 20.12.2012.

ALMUNIA, J. (2012), "Statement of VP Almunia on the Google Antitrust Investigation", Brussels 21 May 2012, <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/12/372>, Date Accessed: 20.12.2012.

AMO (2007), *Report and Recommendations*, [http://govinfo.library.unt.edu/amc/report\\_recommendation/amc\\_final\\_report.pdf](http://govinfo.library.unt.edu/amc/report_recommendation/amc_final_report.pdf), Date Accessed: 20.12.2012.

ANDREANGELLI, A. (2009), "Interoperability as an "Essential Facility" in the Microsoft Case: Encouraging Competition or Stifling Innovation?", *European Law Review*, No:34(4), p.584-611.

APON, J. (2007), "Cases against Microsoft: Similar Cases, Different Remedies", *European Competition Law Review*, No:28(6), p.327-336.

ARGENTON, C. and J. PRÜFER (2012), “Search Engine Competition with Network Externalities”, *Journal of Competition Law and Economics*, No:8(1), p.73-105.

ART, J. Y. and G. S. McCURDY (2004), “The European Commission’s Media Player Remedy in Its Microsoft Decision: Compulsory Code Removal Despite the Absence of Tying or Foreclosure”, *European Competition Law Review*, No:25(11), p.694-707.

ARTHUR, C. (2012), “Google Offers to Settle EU Antitrust Case”, *The Guardian* 2 July 2012, <http://www.guardian.co.uk/technology/2012/jul/02/google-eu-antitrust-case>, Date Accessed: 20.12.2012.

ATKINSON, R. D. and R. H. COURT (1998), “The New Economy Index: Understanding America’s Economic Transformation”, Progressive Policy Institute, Technology Innovation and New Economy Project, <http://www.dlc.org/documents/ACFACVCViGNa.pdf>, Date Accessed: 20.12.2012.

BAER, W. J. and D. A. BALTO (1999), “Antitrust Enforcement and High-Technology Markets”, *5 Michigan Telecommunications and Technology Law Review* 73.

BATCHELOR, B. (2008), “The Fallout from Microsoft: the Court of First Instance Leaves Critical IT Industry Issues Unanswered”, *Computer and Telecommunications Law Review*, No:14(1), p.17-22.

BLACK, O. (1997), “Per Se Rules and Rules of Reason: What Are They?”, *European Competition Law Review*, No:18(3), p.145-161.

BORK, R. H. and G. J. SIDAK (2012), “What Does the Chicago School Teach About Internet Search and the Antitrust Treatment of Google?”, *Journal of Competition Law and Economics*, No:8(4), p.663-700.

CAMESASCA, P. D. (2000), “Mayday or Hayday? Dynamic Competition Meets Media Ownership Rules after Premiere”, *European Competition Law Review*, No:21(2), p.76-93.

CARLTON, D. W. and J. M. PERLOFF (2005), *Modern Industrial Organization*, Pearson Addison Wesley Press, Fourth Edition, USA.

CARLTON, D. W. and M. WALDMAN (2002), “The Strategic Use of Tying to Preserve and Create Market Power in Evolving Industries”, *The RAND Journal of Economics*, No:33(2), p.194-220.

CAVE, M. and H. WILLIAMS (2011), “The Perils of Dominance: Exploring the Economics of Search in the Information Society”, Initiative for a Competitive Online Marketplace, [http://www.i-comp.org/en\\_us/resources/resources/download/1043](http://www.i-comp.org/en_us/resources/resources/download/1043), Date Accessed 20.12.2012.

CHALLONER, J. (2009), *1001 Inventions: That Changed the World*, Cassell Illustrated, China.

CHIN, A. (2005), "Decoding Microsoft: A First Principles Approach", *Wake Forest Law Review*, No:40(1), p.1-157.

CHO, J. W. (2007), *Innovation and Competition in the Digital Network Economy: A Legal and Economic Assessment on Multi-tying Practice and Network Effects*, Kluwer Law International, The Netherlands.

CHOI, Y. S. (2010), "Analysis of the Microsoft, Intel and Qualcomm Decisions in Korea", *European Competition Law Review*, No:31(11), p.470-475.

COATES, K. (2011), *Competition Law and Regulation of Technology Markets*, Oxford University Press, Great Britain.

CROFTS, L. and R. McLEOD (2010), "MLex Comment: Almunia Faces Tough Choices over Hi-tech Sector Abuse Complaints", Mlex 23 March 2010, <http://www.mlex.com/Content.aspx?ID=94079>, Date Accessed: 20.12.2012.

CROFTS, L. (2011a), "EC Seeks IT, Media Experts for Competition Cases", MLex 24 January 2011, <http://www.mlex.com/Content.aspx?ID=128531>, Date Accessed: 20.12.2012.

CROFTS, L. (2011b), "Microsoft Files Complaint against Google with EC", MLex 31 March 2011, <http://www.mlex.com/EU//Content.aspx?ID=138469>, Date Accessed: 20.12.2012.

CROFTS, L. (2011c), "US Senate Panel to Look into EU Antitrust Treatment of American Multinationals", MLex 11 March 2011, <http://www.mlex.com/EU//Content.aspx?ID=135140>, Date Accessed: 20.12.2012.

CZAPRACKA, K. A. (2008), "Antitrust and Trade Secrets: The U.S. and the EU Approach", *24 Santa Clara Computer & High Tech. Law Journal* 207.

DABBAH, M. M. (2010), *International and Comparative Competition Law*, Cambridge University Press, Great Britain.

DÍKER VANBERG, A. (2012), "From Archie to Google-Search Engine Providers and Emergent Challenges in Relation to EU Competition Law", *European Journal for Law and Technology*, No:3(1), p.1-18.

DOLMANS, M., T. GRAF and D. R. LITTLE (2010), "Microsoft's Browser Choice Commitments and Public Interoperability Undertaking", *European Competition Law Review*, No:31(7), p.268-275.

DUNHAM, W. R. (2006), "The Determination of Antitrust Liability in United States v. Microsoft: The Empirical Evidence the Department of Justice Used to Prove Its Case", *Journal of Competition Law and Economics*, No:2(4), p.549-671.

- EASTERBROOK, F. H. (1984), “The Limits of Antitrust”, *63 Texas Law Review* 1.
- ECONOMIDES, N. (2001), “United States v. Microsoft: A Failure of Antitrust in the New Economy”, Stern School of Business, New York University, <http://www.stern.nyu.edu/networks/UWLA.pdf>, Date Accessed: 20.12.2012.
- EDELMAN, B. G. and J. D. WRIGHT (2012), “Debate on Antitrust Scrutiny of Google”, <http://journaloflaw.us/5%20The%20Post/2-1/JoL2-2,%20TP2-1,%20Edelman%20and%20Wright.pdf>, Date Accessed: 20.12.2012.
- EKDİ, B. (2011), “Ürün Bağlama ve Paket Satışlar Yoluyla Hakim Durumun Kötüye Kullanılması”, K.C. Sanlı (ed.), in *Hakim Durumun Kötüye Kullanılması: Sorunlar ve Çözüm Önerileri Sempozyumu*, p.443-505.
- EKLÖF, D. (2009), “The Microsoft Case – at the Heart of the IP/Antitrust Intersection”, A. Ezrachi (ed.), in *Article 82 EC: Reflections on Its Recent Evolution*, p.99-119.
- ELHAUGE, E. (1998), “The Court Failed My Test”, *The Washington Times* 10 July 1998, [http://www.law.harvard.edu/faculty/elhaug/pdf/court\\_failed\\_test.pdf](http://www.law.harvard.edu/faculty/elhaug/pdf/court_failed_test.pdf), Date Accessed: 20.12.2012.
- ETRO, F. (2007), *Competition, Innovation and Antitrust: A Theory of Market Leaders and Its Policy Implications*, Springer, Germany.
- ETRO, F. and I. KOKKORIS (2010), “Toward an Economic Approach to Article 102 TFEU”, F. Etro and I. Kokkoris (eds.), in *Competition Law and the Enforcement of Article 102*, p.1-36.
- EUROPEAN COMMISSION (1985), *14<sup>th</sup> Report on Competition Policy*, Brussels.
- EVANS, D., A. L. NICHOLS and R. SCHMALENSSEE (2005), “United States v. Microsoft: Did Consumers Win?”, *Journal of Competition Law and Economics*, No:1(3), p.497–539.
- EVANS, D., F. M. FISHER, D. L. RUBINFIELD, and R. SCHMALENSSEE (2000), *Did Microsoft Harm Consumers? Two Opposing Views*, Aei Press, USA.
- EVANS, D., J. PADILLA and M. POLO (2002), “Tying in Platform Software: Reasons for a Rule-of-Reason Standard in European Competition Law”, *World Competition*, No:25(4), p.509-514.
- EVANS, D. and R. SCHMALENSSEE (2002), “Some Economic Aspects of Antitrust Analysis in Dynamically Competitive Industries”, *Innovation Policy and the Economy*, No:2, p.1-49.
- FINKLE, J. and B. FELIX (2011), “Intel Offers Concessions to EU on McAfee”, *Reuters* 6 January 2011, <http://www.reuters.com/article/idUSTRE7053DD20110106>, Date Accessed: 20.12.2012.

FISHER, M. F. (2001), "Innovation and Monopoly Leveraging", J. Ellig (ed.), in *Dynamic Competition and Public Policy: Technology, Innovation, and Antitrust Issues*, p.138-159.

FITZSIMMONS, C. (2001), "Restricting DVD's illegal: ACCC", The Australian 27 March 2001, <http://www.consensus.com.au/ITWritersAwards/ITWarchive/ITWentries02/C1CaitlinFitzsimmons.htm>, Date Accessed: 20.12.2012.

FIVEASH, K. (2011), "Google shuts Realtime Search after Twitter deal expires Tweet firehose still spraying into Bing, Yahoo", The Register 5 July 2011, [http://www.theregister.co.uk/2011/07/05/google\\_realtime\\_search\\_twitter/](http://www.theregister.co.uk/2011/07/05/google_realtime_search_twitter/), Date Accessed: 20.12.2012.

FORDEN, S. (2012), "FTC Said Poised to Finish Google Antitrust Probe in Weeks", Bloomberg 30 August 2012, <http://www.bloomberg.com/news/2012-08-30/ftc-said-poised-to-finish-google-antitrust-probe-in-weeks.html>, Date Accessed: 20.12.2012.

FORDEN, S. and B.WOMACK (2012), "FTC Said to Expand Antitrust Probe of Google to Social Networking Service", Bloomberg 13 January 2012, <http://www.bloomberg.com/news/2012-01-13/google-s-social-networking-service-said-to-be-added-to-ftc-antitrust-probe.html>, Date Accessed: 20.12.2012.

FOSSUM, M. (2012), "South Korean, Argentinian Google Antitrust Probes Nothing New", WebProNews 1 May 2012, <http://www.webpronews.com/south-korean-argentinian-google-antitrust-probes-nothing-new-2012-05>, Date Accessed: 20.12.2012.

FOSTER, A. (2011), "Security Flaw Opens Windows to Data Thieves", London Evening Standard 1 February 2011, p.13.

FOX, E. M. and D. A. CRANE (2007), *Antitrust Stories*, Thomson West Foundation Press, USA.

FRANKLIN, M. (2011), "US Official Cautions against Antitrust Intervention in 'Dynamic Markets'", MLex 9 February 2011, <http://www.mlex.com/EU/Content.aspx?ID=130295>, Date Accessed: 20.12.2012.

GAHNSTROM, A. and C. VAJDA (2000), "EC Competition Law and the Internet", *European Competition Law Review*, No:21(2), p.94-106.

GAL, M. S. and S. W. WALLER (2012), "Antitrust in High-Technology Industries: A Symposium Introduction", *Journal of Competition Law and Economics*, No:8(3), p.449-457.

GALLOWAY, J. (2010), "Driving Innovation: A Case for Targeted Competition Policy in Dynamic Markets", [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1763676](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1763676), Date Accessed: 20.12.2012.



GARSDIE, J. (2011), "Google confirms FTC's antitrust probe", *The Guardian* 24 June 2011, <http://www.guardian.co.uk/technology/2011/jun/24/google-confirms-ftc-antitrust-probe>, Date Accessed: 20.12.2012.

GASSER, U. (2006), "Regulating Search Engines: Taking Stock and Looking Ahead", *9 Yale Journal of Law & Technology* 124.

GEITNER, P. (2012), "Google Moves toward Settlement of European Antitrust Investigation", *New York Times* 24 July 2012, <http://www.nytimes.com/2012/07/25/technology/eu-nears-settlement-of-google-antitrust-investigation.html>, Date Accessed: 20.12.2012.

GERADIN, D. (2005), "Limiting the Scope of Article 82 of the Treaty: What Can EU Learn from the US Supreme Court's Judgment in *Trinko* in the Wake of *Microsoft*, *IMS* and *Deutsche Telekom*?", *Common Market Law Review*, No:41, p.1519-1553.

GIFFORD, D. J. and R. T. KUDRLE (2003), "European Union Competition Law and Policy: How Much Latitude for Convergence with the United States?", *48 Antitrust Bulletin* 727.

GIFFORD, D. J. and R. T. KUDRLE (2011), "Antitrust Approaches to Dynamically Competitive Industries in the United States and the European Union", *Journal of Competition Law and Economics*, No:7(3), p.695-731.

GLADER, M. (2006), *Innovation Markets and Competition Analysis: EU Competition Law and US Antitrust Law*, Edward Elgar Publishing, USA.

GOLDMAN, E. (2006), "Search Engine Bias and the Demise of Search Engine Utopianism", *8 Yale Journal of Law & Technology* 188.

GRIMES, W. S. (2002), "The Antitrust Tying Law Schism: A Critique of *Microsoft III* and A Response to Hylton and Salinger", *70 Antitrust Law Journal* 199.

GRIMMELMAN, J. (2007), "The Structure of Search Engine Law", *New York Law School Legal Studies Research Paper No.06/07-23*, <http://ssrn.com/abstract=979568>, Date Accessed: 20.12.2012.

GRIMMELMANN, J. (2009), "The Google Dilemma", *53 New York Law School Law Review* 939.

GUYNN, J. (2012), "Google Likely to Face FTC Complaint over Search Plus Your World", *Los Angeles Times* 11 January 2012, <http://latimesblogs.latimes.com/technology/2012/01/google-likely-to-face-ftc-complaint-over-search-plus-your-world.html>, Date Accessed: 20.12.2012.

HAYS, T. (2006), "Apple's Massive Market Bite", *European Lawyer*, No:63, p.38-39.

HOVENKAMP, H. (2008), *The Antitrust Enterprise: Principle and Execution*, Harvard University Press, USA.

HOWARTH, D. and K. MCMAHON (2008), "Windows has performed an illegal operation": the Court of First Instance's Judgment in Microsoft v Commission", *European Competition Law Review*, No: 29(2), p.117-134.

HYLTON, K. N. and M. SALINGER (2001), "Tying Law and Policy: A Decision-Theoretic Approach", *69 Antitrust Law Journal* 469.

INTRONA, L. D. and H. NISSENBAUM (2000), "Shaping the Web: Why the Politics of Search Engines Matters", *The Information Society*, No:16(3), p.169-185.

JACOBSON, J. and QURESHI, A. (2001), "Did the Per Se Rule on Tying Survive 'Microsoft'?", <http://www.ftc.gov/opp/intellect/020514jacobson2.pdf>, Date Accessed: 20.12.2012.

JONES, A. and B. SUFRIN (2010), *EC Competition Law: Text, Cases and Materials*, Fourth Edition, Oxford University Press, Great Britain.

JOSH, J. (2012), "How Much Data Is Created Every Minute?", DOMO Blog 8 June 2012, <http://www.domo.com/blog/2012/06/how-much-data-is-created-every-minute/>, Date Accessed: 20.12.2012.

KANG, C. (2012), "Pity Google? Patent Case Loss to Apple Could Spell Relief in Antitrust Probe, Analyst Says", The Washington Post 28 August 2012, [http://www.washingtonpost.com/blogs/post-tech/post/pity-google-patent-case-loss-to-apple-could-spell-relief-in-antitrust-probe-analyst-says/2012/08/28/c608f58e-f0fb-11e1-adc6-87dfa8eff430\\_blog.html](http://www.washingtonpost.com/blogs/post-tech/post/pity-google-patent-case-loss-to-apple-could-spell-relief-in-antitrust-probe-analyst-says/2012/08/28/c608f58e-f0fb-11e1-adc6-87dfa8eff430_blog.html), Date Accessed: 20.12.2012.

KANTER, J. (2012), "Google Moves to Head off E.U. Antitrust Charges", International Herald Tribune 3 July 2012, p.17.

KELLEZI, P. (2009), "Rhetoric or Reform: Does the Law of Tying and Bundling Reflect the Economic Theory?", A. Ezrachi (ed.), in *Article 82 EC: Reflections on Its Recent Evolution*, p.147-167.

KIRK, E. (2006), "Apple's iTunes Digital Rights Management: "Fairplay" under the Essential Facilities Doctrine", *Communications Law*, No:11(5), p.161-166.

KOMAN, R. (2009), "MSFT: EU Would Force Users to Pick Browser", ZDNet 28 January 2009, <http://www.zdnet.com/blog/government/msft-eu-would-force-users-to-pick-browser/4306>, Date Accessed: 20.12.2012.

KOMNINOS, A. P. and K. A. CZAPRACKA (2010), "IP Rights in the EU Microsoft Saga", F. Etro and I. Kokkoris (eds.), in *Competition Law and the Enforcement of Article 102*, p.83-98.

KORAH, V. (2006), *Cases and Materials on EC Competition Law*, Third Edition, Hart Publishing, Great Britain.

KORAH, V. (2007), *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice*, Ninth Edition, Hart Publishing, Great Britain.

LANGER, J. (2007), *Tying and Bundling As a Leveraging Concern under EC Competition Law*, Kluwer Law International, The Netherlands.

LARDINOIS, F. (2012), "India Launches Antitrust Investigation Against Google", TechCrunch 13 August 2012, <http://techcrunch.com/2012/08/13/google-antitrust-india/>, Date Accessed: 20.12.2012.

LAROUCHE, P. (2008), "The European Microsoft Case at the Crossroads of Competition Policy and Innovation", *75 Antitrust Law Journal* 601.

LIEBOWITZ, S. F. and S. E. MARGOLIS (2008), "Bundles of Joy: The Ubiquity and Efficiency of Bundles in New Technology Markets", *Journal of Competition Law and Economics*, No:5(1), p.1-47.

MANNE, G. A. and J. D. WRIGHT (2010), "Innovation and the Limits of Antitrust", *Journal of Competition Law and Economics*, No:6(1), 153-202.

MARSDEN, P. (2010), "Some Outstanding Issues from the European Commission's Guidance on Article 102 TFEU: Not-so-faint Echoes of Ordoliberalism", F. Etro and I. Kokkoris (eds.), in *Competition Law and the Enforcement of Article 102*, p.53-72.

MARSDEN, P. (2011), "Online Search: "Antitrust", *Competition Law Insight*, July, p.17-19.

MARSON, I. (2006), "Google Claims IE 7 is Anti-competitive", ZDNET 3 May 2006, <http://www.zdnet.com/google-claims-ie7-is-anti-competitive-3039266736/>, Date Accessed: 20.12.2012.

McMAHON, K. (2009), "A Reformed Approach to Article 82 and the Special Responsibility not to Distort Competition", A. Ezrachi (ed.), in *Article 82 EC: Reflections on its Recent Evolution*, p.121-145.

MELAMED, D. (2006), "Exclusive Dealing Agreements and Other Exclusionary Conduct: Are There Unifying Principles?", *73 Antitrust Law Journal* 375.

MENN, J. (2011), "Google Changes its Search Formula", Financial Times 26 February 2011, <http://www.ft.com/cms/s/2/69bb5514-413a-11e0-bf62-00144feabdc0.html#axzz1GXf8Uew6>, Date Accessed: 20.12.2012.

METZ, C. (2010a), "We Probe the Google Anti-trust Probe: Vigorously Schmidt's Mighty Tool Can Penetrate Any Market He Likes", The Register 1 December 2010, [http://www.theregister.co.uk/2010/12/01/google\\_eu\\_investigation\\_comment/](http://www.theregister.co.uk/2010/12/01/google_eu_investigation_comment/), Date Accessed: 20.12.2012.

METZ, C. (2010b), "Google Faces Antitrust Investigation in Texas: EU Complaint Echoed in US", *The Register* 3 September 2010, [http://www.theregister.co.uk/2010/09/03/google\\_antitrust\\_investigation\\_in\\_texas/](http://www.theregister.co.uk/2010/09/03/google_antitrust_investigation_in_texas/), Date Accessed: 20.12.2012.

MONTI, M. (2000), "Competition and Information Technologies", Conference 'Barriers in Cyberspace', Kangaroo Group, Brussels 18 September 2000, <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/00/315&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>, Date Accessed: 20.12.2012.

MONTI, M. (2001), "Competition in the New Economy", 10<sup>th</sup> International Conference on Competition, Bundeskartellamt, Berlin 21 May 2001, <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/01/232&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>, Date Accessed: 20.12.2012.

MORSE, H. (2001), "Antitrust Issues in High-Tech Industries: Recent Developments", *The Antitrust Review of the Americas* 2002, [http://www.global-competition.com/spl\\_rpts/main\\_fs.htm](http://www.global-competition.com/spl_rpts/main_fs.htm), Date Accessed: 20.12.2012.

NAZZINI, R. (2011), *The Foundations of European Union Competition Law: The Objective and Principles of Article 102*, Oxford University Press, Great Britain.

NELSON, D. (2010), "EC's Intel, McAfee Probe Finely Balanced as Complex Third-party Concerns Emerge", *MLex* 17 December 2010, <http://www.mlex.com/Content.aspx?ID=124195> Date Accessed: 20.12.2012.

O'DONOGHUE, R. and J. PADILLA (2006), *The Law and Economics of Article 82 EC*, Hart Publishing, Great Britain.

OFT (2002a), *Innovation and Competition Policy: Part 1 – Conceptual Issues*, Report Prepared for the Office of Fair Trading, [http://www.offt.gov.uk/shared\\_offt/reports/comp\\_policy/oft377part1.pdf](http://www.offt.gov.uk/shared_offt/reports/comp_policy/oft377part1.pdf), Date Accessed: 20.12.2012.

OFT (2002b), *Innovation and Competition Policy: Part 2 – Case Studies*, Report Prepared for the Office of Fair Trading, [http://www.offt.gov.uk/shared\\_offt/reports/comp\\_policy/oft377part2.pdf](http://www.offt.gov.uk/shared_offt/reports/comp_policy/oft377part2.pdf), Date Accessed: 20.12.2012.

ÖZKAN, A.F. (2011), "AB Rekabet Kuralları Karşısında DVD Bölge Kodu Koruması: Teknik, Ekonomik ve Hukuki Bir İnceleme", *Rekabet Dergisi*, No:12(2), p.165-228.

PAGE, W. H. (2010), "Microsoft and the Limits of Antitrust", *Journal of Competition Law and Economics*, No:6(1), p.33-50.

PAGE, W. H. and S. J. CHILDERS (2012), "Antitrust, Innovation and Product Design in Platform Markets: Microsoft and Intel", *78 Antitrust Law Journal* 363.

PARDOLESI, R. and A. RENDA (2004), "The European Commission's Case Against Microsoft: Fool Monti Kills Bill?", LE Lab Working Paper AT-08-04, [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=579814](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=579814), Date Accessed: 20.12.2012.

PARKER, A. (2010a), "Apple Warned over Built-in Sim Cards" Financial Times 18 November 2010, <http://www.ft.com/cms/s/0/db917464-f344-11df-a4fa-00144feab49a.html#axzz1CjsbEeN8>, Date Accessed: 20.12.2012.

PARKER, A. (2010b), "In-built Sim for Apple's iPhone 5 Ruled out", Financial Times 22 November 2010, <http://www.ft.com/cms/s/2/fb627cb8-f662-11df-846a-00144feab49a.html#axzz1CjsbEeN8>, Date Accessed: 20.12.2012.

PASQUALE, F. A. and O. BRACHA (2008), "Federal Search Commission? Access, Fairness and Accountability in the Law of Search", *93 Cornell Law Review* 1149.

PATTERSON, M. (2012), "Google and Search Engine Market Power", Fordham Law Legal Studies Research Paper No. 2047047, [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2047047](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2047047), Date Accessed: 20.12.2012.

PERT, J. (2010), "Internet Explorer vs. Google Chrome: 3 Reasons to Choose Chrome", Product Reviews 5 May 2010, <http://www.product-reviews.net/2010/05/05/internet-explorer-vs-google-chrome-3-reasons-to-choose-chrome/>, Date Accessed: 20.12.2012.

PFANNER, E. (2010), "An Antitrust Complaint for Google in Germany", The New York Times 18 January 2010, <http://www.nytimes.com/2010/01/19/technology/19antitrust.html?adxnnl=1&adxnnlx=1347963350-qBl/rnbjsB/WqXBDAj0uAA>, Date Accessed: 20.12.2012.

PITOFISKY, R. (1999), "Antitrust Analysis in High-Tech Industries: A 19<sup>th</sup> Century Discipline Addresses 21<sup>st</sup> Century Problems", Section of Antitrust Law's Antitrust Issues in High-Tech Industries Workshop, Arizona February 25-26, [http://www.ftc.gov/speeches/pitofsky/hitch.shtm#N\\_2](http://www.ftc.gov/speeches/pitofsky/hitch.shtm#N_2), Date Accessed: 20.12.2012.

POGUE, D. (2009), "State of the Art - Windows 7 Keeps the Good, Tries to Fix Flaws", The New York Times 21 October 2009, [http://www.nytimes.com/2009/10/22/technology/personaltech/22pogue.html?\\_r=5&](http://www.nytimes.com/2009/10/22/technology/personaltech/22pogue.html?_r=5&), Date Accessed: 20.12.2012.

POPOFSKY, M. S. (2006), "Defining Exclusionary Conduct: Section 2, the Rule of Reason, and the Unifying Principle Underlying Antitrust Rules", *73 Antitrust Law Journal* 435.

POSNER, R. (2000), "Antitrust in the New Economy", John M. Olin Law and Economics Working Paper No.106, [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=249316](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=249316), Date Accessed: 20.12.2012.

PUZZANGHERA, J. (2012), "Europe's Antitrust Chief Urges Google to Settle Allegations", Los Angeles Times 22 May 2012, <http://articles.latimes.com/2012/may/22/business/la-fi-google-europe-20120522>, Date Accessed: 20.12.2012.

RATLIFF, J. D. and D. L. RUBINFELD (2010), "Online Advertising: Defining Relevant Markets", *Journal of Competition Law and Economics*, No:6(3), p.653-686.

RENDA, A. (2004), "Catch Me If You Can! The Microsoft Saga and the Sorrows of Old Antitrust", *Erasmus Law and Economics Review*, February, p.1-22.

ROWLES, D. (2001), "Is It a Tie-in or an Integration? U.S. v. Microsoft Weighs In", Boston University School of Law, <http://www.bu.edu/law/central/jd/organizations/journals/scitech/volume6/rowles.pdf>, Date Accessed: 20.12.2012.

SHAPIRO, C. (1999), "Exclusivity in Network Industries", *7 George Mason Law Review* 673.

SIDAK, G. J. (2001), "An Antitrust Rule for Software Integration", *18 Yale Journal on Regulation* 1.

SPULBER, D. F. (2008), "Unlocking Technology: Antitrust and Innovation", *Journal of Competition Law and Economics*, No:4(4), p.915-966.

STERLING, G. (2012), "US FTC Hires Formidable Outside Litigator For Possible Antitrust Case Against Google", Marketing Land 27 April 2012, <http://marketingland.com/us-ftc-hires-formidable-outside-litigator-for-possible-antitrust-case-against-google-10860>, Date Accessed: 20.12.2012.

STREITFELD, D. and E. WYATT (2012), "U.S. Escalates Google Case by Hiring Noted outside Lawyer", New York Times 26 April 2012, [http://www.nytimes.com/2012/04/27/technology/google-antitrust-inquiry-advances.html?\\_r=4](http://www.nytimes.com/2012/04/27/technology/google-antitrust-inquiry-advances.html?_r=4), Date Accessed: 20.12.2012.

SWENEY, M. (2010), "EU to Launch Google Search Investigation", The Guardian 30 November 2010, <http://www.guardian.co.uk/technology/2010/nov/30/google-search-eu-investigation>, Date Accessed: 20.12.2012.

TEECE, D. J. and M. COLEMAN (1998), "The Meaning of Monopoly: Antitrust Analysis in High-Technology Industries", *43 Antitrust Bulletin* 801.

TEMPLE LANG, J. (2008), "The Requirements for a Commission Notice on the Concept of Abuse under Article 82 EC", Centre for European Policy Studies Special Report, <http://www.ceps.eu/ceps/dld/1588/pdf>, Date Accessed: 20.12.2012.

US DOJ (2008), *Competition and Monopoly: Single-firm Conduct under Section 2 of the Sherman Act*, [www.usdoj.gov/atr/public/reports/236681.htm](http://www.usdoj.gov/atr/public/reports/236681.htm), Date Accessed: 20.12.2012.

VAN EJK, N. (2009), "Search Engines, the New Bottleneck for Content Access", B. Preissl, J. Haucap and P. Curwen (eds.), in *Telecommunication Markets: Drivers and Impediments*, p.141-156.

VAN LOON, S. (2012), "The Power of Google: First Mover Advantage or Abuse of a Dominant Position", A. Lopez-Tarruella (ed.), in *Google and the Law: Empirical Approaches to Legal Aspects of Knowledge-Economy Business Models*, p.9-36.

VELJANOVSKI, C. (2001), "EC Antitrust in the New Economy: Is the EU Commission's View of Network Economy Right?", *European Competition Law Review*, No:22(4), p.115-121.

WATERS, R. (2010), "Google Challenge to Microsoft Software Empire", Financial Times 8 December 2010, <http://www.ft.com/cms/s/2/1b38a448-0263-11e0-ac33-00144feabdc0.html#axzz18BhQICM4>, Date Accessed: 20.12.2012.

WATERS, R. and M. WATKINS (2011), "Microsoft Turns to Brussels in Google Complaint", Financial Times 31 March 2011, <http://www.ft.com/cms/s/2/7dd1c7a4-5b61-11e0-b965-00144feab49a.html#axzz1ImHCovvS>, Date Accessed: 20.12.2012.

WHISH, R. and D. BAILEY (2012), *Competition Law*, Seventh Edition, Oxford University Press, Great Britain.

WHITE, A. (2012), "TripAdvisor Files Antitrust Complaint against Google with EU", *Bloomberg* 3 April 2012, <http://www.bloomberg.com/news/2012-04-03/tripadvisor-files-antitrust-complaint-against-google-with-eu.html>, Date Accessed: 20.12.2012.

WILCOX, J. (2011), "Google's Antitrust Defense Sounds like Microsoft's", *Betanews* (date not specified), <http://betanews.com/2011/06/25/google-s-antitrust-defense-sounds-like-microsoft-s/>, Date Accessed: 20.12.2012.

WOOD, D. (2011), "EU Competition Law and the Internet: Present and Past Cases", *Competition Law International*, No:7(1), p.44-49.

WRIGHT, J. D. (2011a), "Does Antitrust Enforcement In High Tech Markets Benefit Consumers? Stock Price Evidence from *FTC v. Intel*", George Mason University Law and Economics Research Paper Series No.11-02, p.27, [http://ssrn.com/abstract\\_id=1739786](http://ssrn.com/abstract_id=1739786), Date Accessed: 20.12.2012.

WRIGHT, J. D. (2011b), "From: Truth on the Market, Antitrust Remedies", <http://journaloflaw.us/5%20The%20Post/1-1/JoL1-2,%20TP1-1,%20Wright.pdf>, Date Accessed: 20.12.2012.

— —, "Company Statement: Microsoft - Competition Authorities and Search", MLex 1 March 2011, <http://www.mlex.com/Content.aspx?ID=91044>, Date Accessed: 20.12.2012.

— —, “Engine Trouble for Google”, *The Economist* 30 November 2010, [http://www.economist.com/blogs/babbage/2010/11/google\\_and\\_european\\_commission?page=1](http://www.economist.com/blogs/babbage/2010/11/google_and_european_commission?page=1), Date Accessed: 20.12.2012.

— —, “EU probe delves into heart of Google’s business”, *Associated Press* 30 November 2010, [http://www.cleveland.com/business/index.ssf/2010/11/eu\\_probe\\_delves\\_into\\_heart\\_of.html](http://www.cleveland.com/business/index.ssf/2010/11/eu_probe_delves_into_heart_of.html), Date Accessed: 20.12.2012.

— —, “Is Microsoft Ruling an Example of EU Protectionism?”, *European Voice Blog* 29 January 2009, <http://www.europeanvoice.com/article/imported/is-microsoft-ruling-an-example-of-european-protectionism-/63776.aspx>, Date Accessed: 20.12.2012.

— —, “Microsoft warns people that Google is indeed spying on your every move”, *WorldPress Blog* 1 February 2012, <http://googleexposed.wordpress.com/2012/02/01/microsoft-warns-people-that-google-is-indeed-spying-on-your-every-move/>, Date Accessed: 20.12.2012.

— —, “Verleger schalten Kartellamt gegen Google ein”, *Spiegel Online* 16 January 2010, <http://www.spiegel.de/netzwelt/netzpolitik/0,1518,672343,00.html>, Date Accessed: 20.12.2012.

<http://adwords.google.com>, Date Accessed: 20.12.2012.

[http://blogs.technet.com/b/microsoft\\_on\\_the\\_issues/archive/2011/03/30/adding-our-voice-to-concerns-about-search-in-europe.aspx](http://blogs.technet.com/b/microsoft_on_the_issues/archive/2011/03/30/adding-our-voice-to-concerns-about-search-in-europe.aspx), Date Accessed: 20.12.2012.

<https://epic.org/privacy/EPIC-FTC-Google-Search-letter.pdf>, Date Accessed: 20.12.2012.

<http://googleblog.blogspot.co.uk/2007/05/universal-search-best-answer-is-still.html>, Date Accessed: 20.12.2012.

<http://googleblog.blogspot.co.uk/2011/06/supporting-choice-ensuring-economic.html>, Date Accessed: 20.12.2012.

[http://regmedia.co.uk/2010/02/24/universal\\_search\\_submission\\_to\\_fcc.pdf](http://regmedia.co.uk/2010/02/24/universal_search_submission_to_fcc.pdf), Date Accessed: 20.12.2012.

<http://searchengineland.com/figz/wp-content/seloads/2011/09/Eric-Schmidt-Testimony.pdf>, Date Accessed: 20.12.2012.

<http://unlockedcellphone.blogspot.com/2007/12/what-is-sim.html>, Date Accessed: 20.12.2012.

<http://www.apple.com/pr/library/2009/01/06Changes-Coming-to-the-iTunes-Store.html>, Date Accessed: 20.12.2012.

[http://www.comscore.com/About\\_comScore](http://www.comscore.com/About_comScore), Date Accessed: 20.12.2012.



[http://www.comscore.com/layout/set/popup/Request/Presentations/2011/2010\\_European\\_Digital\\_Year\\_in\\_Review\\_PDF\\_Request](http://www.comscore.com/layout/set/popup/Request/Presentations/2011/2010_European_Digital_Year_in_Review_PDF_Request), Date Accessed: 20.12.2012.

<http://www.fairsearch.org/wp-content/uploads/2011/12/Google-FTC-Letter-12-19-11.pdf>, Date Accessed: 20.12.2012.

[http://www.justice.gov/atr/public/press\\_releases/2007/226070.pdf](http://www.justice.gov/atr/public/press_releases/2007/226070.pdf), Date Accessed: 20.12.2012.

<http://www.microsoft.com/presspass/presskits/eu-msft/docs/07-24-09Commitment.doc>, Date Accessed: 20.12.2012.

<http://www.pcmag.com/encyclopedia/>, Date Accessed: 20.12.2012.

### **Decisions and Judgments (in alphabetical order)**

#### **US District Court**

*Caldera, Inc. v Microsoft Corp.*, 72 F.Supp. 2d 1295 (D.Utah 1999)

*ILC Peripherals Leasing Corp. v IBM Corp.*, 448 F.Supp. 228 (N.D. Cal 1978)

*Innovation Data Processing, Inc. v IBM Corp.*, 585 F.Supp. 1470 (D.N.J. 1984)

*New York v Microsoft Corp.*, 224 F.Supp. 2d 76 (D.D.C. 2002)

*Telex Corp. v IBM Corp.*, 367 F.Supp. 258 (N.D. Okla. 1973)

*United States v Microsoft Corp.*, 87 F.Supp. 2d 30 (D.D.C. 2000)

*United States v Microsoft Corp.*, 980 F.Supp. 537 (D.D.C. 1997)

#### **US Court of Appeals**

*California Computer Products Inc. v IBM Corp.*, 613 F.2d 727 (9<sup>th</sup> Cir. 1979)

*Memorex Corp. v IBM Corp.*, 636 F.2d 1188 (9<sup>th</sup> Cir. 1980)

*Rambus Inc. v FTC*, 522 F.3d 456 (D.C.Cir 2008)

*Telex Corp. v IBM Corp.*, 510 F.2d 894 (10<sup>th</sup> Cir. 1975)

*Transamerica Computer Co. v IBM Corp.*, 698 F.2d 1377 (9<sup>th</sup> Cir. 1983)

*United States v Microsoft Corp.*, 56 F.3d 1448 (D.C. Cir. 1995)

*United States v Microsoft Corp.*, 147 F.3d 935 (D.C. Cir 1998)

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

#### **US Supreme Court**

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

*Jefferson Parish Hospital Distict No 2 v Hyde*, 466 U.S. 2 (1984)

*Standard Oil Co v United States*, 337 U.S. 293 (1949)

### **European Commission**

- Case IV/30.787 *Eurofix-Bauco v Hilti* [1988] OJ L 65/19  
Case IV/30.849 *IBM Personal Computers* [1984] OJ L 118/24  
Case COMP/C-3 /37.990 — *Intel* [2009] OJ C 227/13  
Case COMP/M.5984 — *Intel/McAfee* [2011] OJ C 98/1  
Case COMP/C-3/37.792 — *Microsoft* [2004] OJ L 32/23  
Case COMP/39.530 — *Microsoft (Tying)* [2009] (unpublished)  
Case COMP/M.5727 — *Microsoft/Yahoo! Search Business* [2010] OJ C 20/32  
Case COMP/38.636 — *Rambus* [2010] OJ C 30/17  
Case IV/31.043 *Tetra Pak II* [1992] OJ L 72/1

### **General Court**

- Case T-340/03 *France Telecom SA v Commission* [2007] ECR II-207  
Case T-30/89 *Hilti AG v Commission* [1990] ECR II-163  
Case T-203/01 *Manufacture française des pneumatiques Michelin v Commission* [2003] ECR II-4071  
Case T-201/04 *Microsoft v Commission* [2007] ECR II-3601  
Case T-83/91 *Tetra Pak II v Commission* [1994] ECR II-755  
Case T-65/98 *Van den Bergh Foods Ltd v Commission* [2003] ECR II-4653

### **Court of Justice of the European Union**

- Case C-53/92P *Hilti AG v Commission* [1994] ECR I-666  
Case 85/76 *Hoffmann-La Roche & Co. AG v Commission* [1979] ECR 461  
Case C-497/99 *Irish Sugar plc v Commission* [2001] ECR I-5333  
Case 322/81 *NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin v Commission* [1983] ECR 3461  
Case C-333/94 P *Tetra Pak v Commission* [1996] ECR I-5951  
Case 27/76 *United Brands Co. v Commission* [1978] ECR 207

### **Press Releases (in chronological order)**

Press Release, “Commission Concludes on Microsoft Investigation, Imposes Conduct Remedies and a Fine”, IP/04/382, 24 March 2004

Press Release, “Assistant Attorney General for Antitrust, Thomas O. Barnett, Issues

Statement on European Microsoft Decision”, 07-725, Washington 17 September 2007

Press Release, “Antitrust: Commission confirms sending a Statement of Objections to Microsoft on the tying of Internet Explorer to Windows”, MEMO/09/15, 17 January 2009

Press Release, “Antitrust: Commission statement on Microsoft Internet Explorer announcement”, MEMO/09/272, 12 June 2009

Press Release, “Antitrust: Commission welcomes Microsoft’s roll-out of web browser choice”, IP/10/216, 2 March 2010

Press Release, “Antitrust: Commission probes allegations of antitrust violations by Google”, IP/10/1624, 30 November 2010

Press Release, “Mergers: Commission clears Intel’s proposed acquisition of McAfee subject to conditions”, IP/11/70, 26 January 2011

Press Release, “Antitrust: Commission opens proceedings against Microsoft to investigate possible non-compliance with browser choice commitments”, IP/12/800, 17 July 2012

Press Release, “Antitrust: Commission sends Statement of Objections to Microsoft on non-compliance with browser choice commitments”, IP/12/1149, 24 October 2012

## YAYIN İLKELERİ VE MAKALE YAZIM KURALLARI / PUBLICATION POLICY AND NOTES FOR CONTRIBUTORS

### 1. YAYIN İLKELERİ

1. Yayın hayatına 2000 yılında başlayan Rekabet Dergisi, Rekabet Kurumu tarafından üç ayda bir yayımlanan hakemli bir dergidir. Dergide, rekabet hukuku, politikası ve sanayi iktisadı alanlarındaki Türkçe veya İngilizce özgün makalelere, vaka yorumları ve benzeri görüşler ile haberlere yer verilmektedir.

2. Rekabet Dergisi'nde yayımlanmak üzere [rekabetdergisi@rekabet.gov.tr](mailto:rekabetdergisi@rekabet.gov.tr) adresine gönderilen yazılar daha önce başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Yazarlar, yazılarıyla birlikte, iletişim adresi, telefon ve elektronik posta bilgilerini sunmalıdır. Gönderilen yazılar, Editörler tarafından, içerik ve "Makale Yazım Kuralları" başlığı altında belirtilen kurallara uygunluk bakımından değerlendirilir. Ardından, yazarın ismi gizlenerek, konu hakkında uzman iki hakeme gönderilir. Hakemlerden gelecek raporlar doğrultusunda yazının basılmasına, reddedilmesine veya yazardan düzeltme istenmesine karar verilecek ve bu durum yazara en kısa sürede bildirilecektir. Gerekli durumlarda üçüncü bir hakemin görüşüne başvurulabilir.

3. Rekabet Kurumu, Rekabet Dergisi'nde yayımlanacak her bir yazı karşılığında yazarına, telif ücreti olarak, **net 500 TL** öder. Ayrıca 10 adet dergi yazara ücretsiz olarak gönderilir.

### 2. MAKALE YAZIM KURALLARI

1. İlk sayfada şu bilgiler yer almalıdır:

- Yazının Türkçe ve İngilizce başlığı (Siyah ve tümü büyük harf karakterinde),
- Yazarın adı ve çalıştığı kuruluş (Yazı başlığının hemen altında, sayfanın sağına yanaştırılmış olarak yazar adı belirtilmeli ve soyadın sonuna bir yıldız konulmalıdır. Yıldızlı dipnotta ise, yazarın çalıştığı kuruluş ile unvanı belirtilmelidir),
- 200 kelimeyi aşmamak üzere Türkçe ve İngilizce özet,
- Türkçe ve İngilizce olarak beş anahtar kelime.

2. Yazılar, kaynakça bölümü dahil olmak üzere çift aralıklı olarak 12 punto Times New Roman karakteri ile yazılmalıdır. Dipnot ve tablolarda ise 10 punto harf büyüklüğü kullanılmalıdır. Dipnotlar numara sırasıyla sayfa altında gösterilmelidir. Tablo ve şekillere numara verilmeli; başlıkları üstünde, kaynakları ise altında yer almalıdır.

3. Kısaltılacak isim ilk defa kullanıldığında, kısaltılmadan ve parantez içinde kısaltması belirtilerek kullanılmalıdır.

4. Metin içerisinde kullanılan yabancı kelimeler italik olarak belirtilmelidir.
5. Metin içerisindeki başlıklar, “Giriş” ve “Sonuç” hariç olmak üzere, harf ya da Roma rakamı kullanılmaksızın aşağıdaki şekilde düzenlenmelidir:

## 1. KALIN VE TÛMÛ BÛYÛK HARF

### 1.1. Kalın ve Sadece İlk Harfler Büyük

#### 1.1.1 Kalın ve Sadece İlk Harfler Büyük

6. Kaynaklara göndermeler dipnotlarla yapılmalıdır. Dipnotlar ise numara sırasıyla sayfa altlarında yer almalıdır. Metin içinde gönderme yapılan bütün kaynaklar, Kaynakça başlığı altında gösterilmelidir. Kaynakça alfabetik sıraya göre hazırlanmalıdır. Bir yazarın birden çok eserine başvurulmuşsa, bu durumda yakın tarihli eser sonra gösterilmelidir. Bir yazarın aynı tarihli birden çok eseri varsa, yayın tarihleri sonuna “a”, “b”, “c” gibi harfler eklenmelidir. Gönderme yapılırken ve kaynakça düzenlenirken uyulması gereken biçim kurallarına aşağıda yer verilmiştir:

#### a) Tek Yazarlı Kitap:

**Metin içindeki ilk göndermede:** WHISH, R. (2009), *Competition Law*, Sixth Edition, Oxford University Press, New York, US, s.72.

**Diğer göndermelerde:** Whish 2009, s.173.

**Kaynakçada:** WHISH, R. (2009), *Competition Law*, Sixth Edition, Oxford University Press, New York, US.

#### b) Tek Yazarlı Makale:

**Metin içindeki ilk göndermede:** WILS, W.P.J. (2005), “Is Criminalization of EU Competition Law the Answer?”, *World Competition*, No:28(2), s.1 17.

**Diğer göndermelerde:** Wils 2005, s. 130.

**Kaynakçada:** WILS, W.P.J. (2005), “Is Criminalization of EU Competition Law the Answer?”, *World Competition*, No:28(2), s.1 17-159.

#### c) İki Yazarlı Eser:

**Metin içindeki ilk göndermede:** JONES, A. ve B. SUFRIN (2004), *EC Competition Law Text, Cases, and Materials*, Second Edition, Oxford University Press, New York, US, s.819-820.

**Diğer göndermelerde:** Jones ve Sufrin 2004, s. 130.

**Kaynakçada:** JONES, A. ve B. SUFRIN (2004), *EC Competition Law Text, Cases, and Materials*, Second Edition, Oxford University Press, New York, US.

#### d) Üç ve Üçten Fazla Yazarlı Eser:

**Metin içindeki ilk göndermede:** NEVEN, D., P. PAPANDROPOULOS ve P. SEABRIGHT (1998), *Trawling for Minnows European Competition Policy and Agreements Between Firms*, Centre for Economic Policy Research, Great Britain, s.61.

**Diğer göndermelerde:** Neven vd. 1998, s.61.

**Kaynakçada:** NEVEN, D., P. PAPANDROPOULOS ve P. SEABRIGHT (1998), *Trawling for Minnows European Competition Policy and Agreements Between Firms*, Centre for Economic Policy Research, G'reat Britain.

**e) Derleme İçinde Makale:**

**Metin içindeki ilk göndermede:** GUERRIN, M. ve G. KYRIAZIS (1992), “Cartels: Proof and Procedural Issues”, B.E. Hawk (der.), *Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute International Antitrust Law and Policy* içinde, s.773.

**Diğer göndermelerde:** Guerrin ve Kyriazis 1992, s.813.

**Kaynakçada:** GUERRIN, M. ve G. KYRIAZIS (1992), “Cartels: Proof and Procedural Issues”, B.E. Hawk (der.), *Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute International Antitrust Law and Policy* içinde, s.773-843.

**f) Yazarı Belli Olmayan Yayınlar, Raporlar vb.:**

**Metin içindeki ilk göndermede:** OECD (2005), *Competition Law and Policy in Turkey*, OECD, Paris, s.24.

**Diğer göndermelerde:** OECD 2005, s.42.

**Kaynakçada:** OECD (2005), *Competition Law and Policy in Turkey*, OECD, Paris.

**g) İnternette Alınan Kaynaklar:**

**Metin içindeki ilk göndermede:** HAMMOND, S.D. (2006), “The U.S. Model of Negotiated Plea Agreements: A Good Deal With Benefits For Ali”, OECD Competition Committee Working Party No.3, Paris, France,  
<http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/219332.pdf>.

Erişim Tarihi: 08.01.2009, s.5.

**Diğer göndermelerde:** Hammond 2006, s.8.

**Kaynakçada:** HAMMOND, S.D. (2006), “The U.S. Model of Negotiated Plea Agreements: A Good Deal With Benefits For Ali”, OECD Competition Committee Working Party No.3. Paris. France,

<http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/219332.pdf>,

Erişim Tarihi: 08.01.2009.

**h) Tezler:**

**Metin içindeki ilk göndermede:** KAYIHAN, L. (1999), *An Analysis of Vertical Restraints and Green Paper Implications*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Katholike Üniversiteit Leuven, Leuven, s. 12.

**Diğer göndermelerde:** Kayihan 1999, s. 15.

**Kaynakçada:** KAYIHAN, L. (1999), *An Analysis of Vertical Restraints and Green Paper Implications*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Katholike Üniversiteit Leuven, Leuven.

**YAYIN İLKELERİ VE MAKALE YAZIM KURALLARI /**  
**PUBLICATION POLICY AND NOTES FOR CONTRIBUTORS**

**1. PUBLICATION POLICY**

1. Competition Journal, which started its life in 2000, is a refereed journal published quarterly by the Turkish Competition Authority. The journal publishes original articles, case comments and news in Turkish and English in the field of competition law, policy and industrial organization.

2. Articles submitted to the [rekabetdergisi@rekabet.gov.tr](mailto:rekabetdergisi@rekabet.gov.tr) address for publication in the Competition Journal must be neither previously published in nor submitted for publication to other journals. Authors should provide their contact addresses, telephone and electronic mail information alongside their articles. Articles sent are first checked by Editors for their compliance with the rules stated under the heading “Publication Policy” and “Notes for Contributors”. Afterwards, they are sent anonymously to two referees who are expert on the subject. According to the reports of the referees, a decision will be made on whether to publish or reject the article or request corrections from the author, and this decision will be notified to the author as soon as possible. If deemed necessary, the opinion of a third referee may be requested.

3. Turkish Competition Authority shall pay **net TL 500** as the copyright fee to the author of each article published in the Competition Journal. Also, 10 copies of the journal shall be sent to the author, free of charge.

**2. NOTES FOR CONTRIBUTORS**

1. The first page of the article should include the following information:

- a) Title of the article in Turkish and English (With bold and all caps fonts),
- b) Name of the author and the organization s/he works in (Name of the author should be indicated directly below the title of the article, aligned right, and an asterisk should be inserted after the surname. The relevant footnote should indicate where the author works and his/her title),
- c) An abstract of maximum 200 words in Turkish and English,
- d) Five keywords in Turkish and English,

2. Articles, including the bibliography section, should be written with a 12 point Times New Roman font, double-spaced. Footnotes and tables should use 10 point fonts. Footnotes should be included in numerical order at the bottom of each page. Tables and figures should be numbered; their titles should be indicated over the figure/table and the sources should be indicated below.

3. For its first instance, an abbreviated name should be used in its full form, with the abbreviation included in parenthesis.

4. Foreign terms used in the text should be in italics.

5. Headings, with the exception of “Introduction” and “Conclusion”, should be arranged without letters or Roman numerals as follows:

**1. BOLD AND ALL CAPS**

**1.1. Bold and Only First Letters in Caps**

**1.1.1 Bold and Only First Letters in Caps**

6. References to sources should be done in footnotes. Footnotes should be included in numerical order at the bottom of each page. All sources to be referenced in the text should be indicated under the heading Bibliography. Bibliography should be arranged in alphabetical order. If more than one title by an author is referenced, recent titles should be listed later. In case an author has more than one title with the same date, letters such as "a", "b", "c" should be appended to the date of publication. Formatting rules to follow in references and in the bibliography are listed below:

**a) For Books with one Author:**

**For the first reference in the text:** WFIISH, R. (2009), *Competition Law*, Sixth Edition, Oxford University Press, New York, US, p.72.

**For other references:** Whish 2009, p.173.

**In the bibliography:** WHISH, R. (2009), *Competition Law*, Sixth Edition, Oxford University Press, New York, US.

**b) For Articles with one Author:**

**For the first reference in the text:** WILS, W.P.J. (2005), “Is Criminalization of EU Competition Law the Answer?”, *World Competition*, No:28(2), p.1 17.

**For other references:** Wils 2005, p. 130.

**In the bibliography:** WILS, W.P.J. (2005), “Is Criminalization of EU Competition Law the Answer?”, *World Competition*, No:28(2), p.1 17-159.

**c) For Books and Articles with Two Authors:**

**For the first reference in the text:** JONES, A. and B. SUFRIN (2004), *EC Competition Law Text, Cases, and Materials*, Second Edition, Oxford University Press, New York, US, p. 819-820.

**For other references:** Jones and Sufrin 2004, p. 130.

**In the bibliography:** JONES, A. and B. SUFRIN (2004), *EC Competition Law Text, Cases, and Materials*, Second Edition, Oxford University Press, New York, US.

**d) For Books and Articles with Three or More Than Three Authors:**

**For the first reference in the text:** NEVEN, D., P. PAPANDROPOULOS and P. SEABRIGHT (1998), *Trawling for Minnows European Competition Policy and Agreements Between Firms*, Centre for Economic Policy Research, Great Britain, p.61.

**For other references:** Neven et al. 1998, p.61.



**In the bibliography:** NEVEN, D., P. PAPANDROPOULOS and P. SEABRIGHT (1998), *Trawling for Minnows European Competition Policy and Agreements Between Firms*, Centre for Economic Policy Research, Great Britain.

**e) For Articles in Edited Publications:**

**For the first reference in the text:** GUERRIN, M. and G. KYRIAZIS (1992), “Cartels: Proof and Procedural Issues”, B.E. Hawk (ed.), in *Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute International Antitrust Law and Policy*, p.773T

**For other references:** Guerrin and Kyriazis 1992, p.813.

**In the bibliography:** GUERRIN, M. and G. KYRIAZIS (1992), “Cartels: Proof and Procedural Issues”, B.E. Hawk (ed.), in *Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute International Antitrust Law and Policy*, p.773-843.

**f) For Publications, Reports, etc. without an Author:**

**For the first reference in the text:** OECD (2005), *Competition Law and Policy in Turkey*, OECD, Paris, p.24.

**For other references:** OECD 2005, p.42.

**In the bibliography:** OECD (2005), *Competition Law and Policy in Turkey*, OECD, Paris.

**g) For Sources from the Internet:**

**For the first reference in the text:** HAMMOND, S.D. (2006), “The U.S. Model of Negotiated Plea Agreements: A Good Deal With Benefits For All”, OECD Competition Committee Working Party No.3, Paris, France,

<http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/219332.pdf>.

Date Accessed: 08.01.2009, p.5.

**For other references:** Hammond 2006, p.8.

**In the bibliography:** HAMMOND, S.D. (2006), “The U.S. Model of Negotiated Plea Agreements: A Good Deal With Benefits For All”, OECD Competition Committee Working Party No.3, Paris, France,

<http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/219332.pdf>.

Date Accessed: 08.01.2009.

**h) For Thesis:**

**For the first reference in the text:** KAYIHAN, L. (1999), *An Analysis of Vertical Restraints and Green Paper Implications*, Unpublished Graduate Thesis, Katholieke Universiteit Leuven, Leuven, p. 12.

**For other references:** Kayihan 1999, p. 15.

**In the bibliography:** KAYIHAN, L. (1999), *An Analysis of Vertical Restraints and Green Paper Implications*, Unpublished Graduate Thesis, Katholieke Universiteit Leuven, Leuven.



Üniversiteler Mahallesi  
1597. Cadde No: 9  
06800 Bilkent / ANKARA

<http://www.rekabet.gov.tr/rekabetdergisi>

ISSN 1302 - 552x

