

*Uzmanlık Tezleri Serisi No: 250*

# REKABET KURUMU

## HÂKİM DURUMUN KÖTÜYE KULLANILMASI İNCELEMELERİNDE EŞİT ETKİNLİKTEKİ RAKİP TESTİ

*FATMA ABAZ*

**HÂKİM DURUMUN  
KÖTÜYE KULLANILMASI  
İNCELEMELERİNDE  
EŞİT ETKİNLİKTEKİ  
RAKİP TESTİ**

*Fatma ABAZ*

Ankara 2026

©Bu eserin tüm telif hakları  
Rekabet Kurumuna aittir. 2026

Baskı, Nisan 2026  
Rekabet Kurumu-ANKARA

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

Bu tez, Rekabet Kurumu Başkan Yardımcısı Doç. Dr. Hakan BİLİR, Rekabet Kurumu Başkan Yardımcısı Ferhat TOPKAYA, Rekabet Kurumu Başkan Yardımcısı Haluk Recai BOSTAN, II. Denetim ve Uygulama Dairesi Başkanı Burak BÜYÜKKUŞOĞLU, Rekabet Kurumu Başkanışmanı Nazlı VAROL'dan oluşan Tez Değerlendirme Heyeti tarafından 03 Haziran 2024 tarihinde yürütülen Tez Savunma Toplantısı sonucunda yeterli ve başarılı kabul edilmiştir.

Tez yazarı Fatma ABAZ, 02.09.2024 tarihinde yapılan Yeterlik Sınavı ve 08.10.2024 tarihinde yapılan Sözlü Sınavda başarılı olmuş ve Başkanlık Makamının 28.03.2025 tarih ve 111444 sayılı onayı ile Rekabet Uzmanı olarak atanmıştır.

YAYIN NO

438

*“Canim Aileme”*

## İÇİNDEKİLER

<b>KISALTMALAR</b> .....	iii
<b>GİRİŞ</b> .....	1
<b>BÖLÜM 1</b>	
<b>DIŞLAYICI DAVRANIŞLARIN DEĞERLENDİRİLMESİNDE ALTERNATİF YAKLAŞIMLAR</b>	
1.1. DIŞLAYICI DAVRANIŞ KAVRAMI VE DÜŞÜNCE OKULLARININ AB REKABET HUKUKUNA ETKİLERİ .....	4
1.2. ALTERNATİF YAKLAŞIMLAR .....	7
1.2.1. Şekil Temelli Yaklaşım .....	8
1.2.2. Etki Temelli Yaklaşım .....	10
1.3. AB REKABET HUKUKUNDA DIŞLAYICI DAVRANIŞLARIN DEĞERLENDİRİLMESİ .....	13
1.3.1. Tartışma Metni Çerçevesinde ABİDA 102 Yaklaşımı .....	13
1.3.2. Rehber Çerçevesinde ABİDA 102 Yaklaşımı .....	15
<b>BÖLÜM 2</b>	
<b>DIŞLAYICI DAVRANIŞLARIN DEĞERLENDİRİLMESİNDE EŞİT ETKİNLİKTEKİ RAKİP TESTİ</b>	
2.1. ETKİN RAKİP İLKESİ İLE EERT ARASINDAKİ İLİŞKİ .....	18
2.1.1. AB İçtihadında Etkin Rakip İlkesi ve EERT .....	19
2.2. EŞİT ETKİNLİKTEKİ RAKİP TESTİNİN KAPSAMI .....	23
2.2.1. EERT’de Başvurulan Parametreler.....	25
2.2.1.1. Çekirdek Talep .....	25
2.2.1.2. Etkin Fiyat .....	27
2.2.1.3. Minimum Gerekli Pay .....	28
2.2.1.4. Alternatif Maliyet Ölçütleri .....	29
2.2.2. Intel Kararı Çerçevesinde Etki Temelli Yaklaşım ve EERT İncelemesi.....	31
2.3. FİYAT DIŞI DIŞLAYICI DAVRANIŞLAR BAKIMINDAN EERT’NİN UYGULANABİLİRLİĞİ.....	37

2.4. DİJİTAL PİYASALARDAKİ DIŞLAYICI DAVRANIŞLAR BAKIMINDAN EERT’NİN UYGULANABİLİRLİĞİ.....	40
2.5. ETKİ TEMELLİ YAKLAŞIM İÇİN EERT’NİN GEREKLİLİĞİ VE YETERLİLİĞİ.....	43

### **BÖLÜM 3**

#### **TÜRK REKABET HUKUKUNDA DIŞLAYICI DAVRANIŞLARIN DEĞERLENDİRİLMESİ**

3.1. İLGİLİ MEVZUAT VE UYGULAMA ALANI.....	49
3.1.1. Kılavuz Kapsamında Etki Temelli Yaklaşım.....	50
3.2. KURULUN GEÇMİŞ KARARLARI İŞİĞİNDE ETKİ TEMELLİ YAKLAŞIMIN TÜRK REKABET HUKUKUNDAKİ YERİ .....	53

### **BÖLÜM 4**

#### **AB REKABET HUKUKUNDA İKİNCİ REFORM SÜRECİ: ETKİ TEMELLİ YAKLAŞIMDA YENİ ARAYIŞLAR VE TÜRK REKABET HUKUKU İÇİN ÖNERİLER**

4.1. AB REKABET HUKUKUNDA İKİNCİ REFORM SÜRECİ .....	64
4.2. ETKİ TEMELLİ YAKLAŞIMA DAİR GÜNCEL TARTIŞMALAR.....	69
4.3. TÜRK REKABET HUKUKUNDA DIŞLAYICI DAVRANIŞLARIN DEĞERLENDİRME STANDARDINA İLİŞKİN ÖNERİLER.....	73
<b>SONUÇ</b> .....	76
<b>ABSTRACT</b> .....	80
<b>KAYNAKÇA</b> .....	82

### **ŞEKİL DİZİNİ**

Şekil 1: İndirim Sistemlerinde Çekirdek Talep ve Yarışılabilir Pay İlişkisi .....	26
Şekil 2: <i>Intel</i> (2009) Kararına İlişkin Süreç.....	31

### **TABLO DİZİNİ**

Tablo 1-İlân ile Değiştirilen Rehber’in İlgili Hükümleri .....	65
--	----

## KISALTMALAR

<b>AB</b>	: Avrupa Birliği
<b>ABAD</b>	: European Union Court of Justice (Avrupa Birliği Adalet Divanı)
<b>ABAD (2017)</b>	: Case C-413/14 P., EU:C:2017:632
<b>ABD</b>	: Amerika Birleşik Devletleri
<b>ABİDA</b>	: Avrupa Birliğinin İşleyişine Dair Anlaşma
<b>AGCM</b>	: Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (İtalya Rekabet Otoritesi)
<b>A.g.k.</b>	: Adı Geçen Kaynak/Karar
<b>AMD</b>	: Advanced Micro Devices
<b>Bkz.</b>	: Bakınız
<b>CCIA</b>	: Computer & Communications Industry Association
<b>EERT</b>	: Eşit Etkinlikteki Rakip Testi
<b>GM</b>	: General Court (Avrupa Birliği Genel Mahkemesi)
<b>GM (2014)</b>	: Case T-286/09, Intel Corp. V. European Commission, EU:T:2014:547
<b>GM (2022)</b>	: Case T-286/09 RENV, Intel Corp. V. European Commission, EU:T:2022:19
<b>Intel (2009)</b>	: Case COMP/C-3/37.990, Intel OJ (2009) C 227/13
<b>İlân</b>	: Rehber’de değişiklik yapıldığını duyuran ilân
<b>Kılavuz</b>	: Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Davranışlarına İlişkin Kılavuz
<b>Komisyon</b>	: AB Komisyonu
<b>Kurul</b>	: Rekabet Kurulu
<b>Kurum</b>	: Rekabet Kurumu
<b>MGP</b>	: Minimum Gerekli Pay
<b>No</b>	: Number (Sayı)
<b>ODM</b>	: Ortalama Değişken Maliyet
<b>UDOAM</b>	: Uzun Dönem Ortalama Artan Maliyet
<b>OKM</b>	: Ortalama Kaçınılabılır Maliyet
<b>OTM</b>	: Ortalama Toplam Maliyet
<b>para.</b>	: paragraf
<b>Rehber</b>	: Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Kötüye Kullanmalarında Komisyonun Avrupa Topluluğu Anlaşmasınının 82. Maddesini Uygulama Önceliklerine İlişkin Rehber

<b>RKHK</b>	: 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun
<b>s.</b>	: sayfa
<b>SCP</b>	: Structure-Conduct-Performance (Yapı-Davranış-Performans)
<b>TFEU</b>	: Treaty on the Functioning of the European Union (AB'nin İşleyişine Dair Anlaşma)
<b>vd.</b>	: ve diğerleri
<b>Vol</b>	: Volume (Cilt)

## GİRİŞ

Rekabet hukukunun üç sacayağından birini, hâkim durumdaki teşebbüslerin tek taraflı davranışlarına ilişkin düzenlemeler oluşturmaktadır. Hâkim durumdaki teşebbüslerin tek taraflı dışlayıcı davranışları<sup>1</sup> hem Avrupa Birliği (AB) hem de Türk rekabet hukukunda hâkim durumun kötüye kullanılması başlığı altında incelenmektedir. Tek taraflı davranışlar, genel olarak dışlayıcı, sömürücü ve ayırmacı davranışlar şeklinde üçlü tasnif ile ele alınmaktadır. Tez kapsamında dışlayıcı davranışlara odaklanılmaktadır. Tarihsel süreçte, çeşitli iktisadi düşünce okullarının da etkisi ile, rekabet otoriteleri<sup>2</sup> dışlayıcı davranışların incelenmesine ilişkin farklı yaklaşımlar geliştirmiştir. Söz konusu yaklaşımlar; şekil temelli ve etki temelli olarak ikiye ayrılmaktadır.

Dışlayıcı davranışlar, ağırlıklı olarak fiyat temelli davranışlar şeklinde kendini göstermektedir. Bu davranışların rekabet hukuku kapsamında incelenmesinde iktisadi bakış açısı ve buna paralel olarak etki temelli yaklaşım ön plana çıkmıştır. Bu çerçevede, ‘etkin rakip ilkesi’<sup>3</sup> ve ‘eşit etkinlikteki rakip testi’ (EERT)<sup>4</sup> dışlayıcı davranışların rekabet ihlali teşkil edip etmediğinin tespitine ilişkin tartışmaların merkezini oluşturmuştur.

Anılan ilkenin kökleri, ilk olarak 1970’lerin sonunda Amerika Birleşik Devletleri’nde (ABD) yıkıcı fiyatlamanın değerlendirildiği davalara dayanmaktadır. İlkenin AB’de uygulanması ise 1990’ların başına uzanmaktadır (Barbera vd. 2023, 3-4). Tezde, dışlayıcı davranışların değerlendirilmesine ilişkin söz konusu yaklaşımlar ülkemiz bakımından mehz nitelikte olan AB rekabet hukuku ekseninde ele alınmaktadır.

---

<sup>1</sup> Çalışmanın devamında, “hâkim durumdaki teşebbüslerin tek taraflı dışlayıcı davranışları” ifadesinin yerine “dışlayıcı davranış(lar)” ifadesi kullanılmaktadır. Ancak dışlayıcı davranış denilen her yerde kötüye kullanma/ihlal olan dışlayıcı davranış kastedilmemektedir.

<sup>2</sup> Tezde “rekabet otoriteleri” ifadesinin yerine “otorite(ler)” ifadesi kullanılmaktadır.

<sup>3</sup> Tezde “etkin rakip ilkesi” ve “eşit etkinlikteki rakip ilkesi” aynı anlama gelecek şekilde birbirini yerine kullanılmaktadır.

<sup>4</sup> Tezde “test” ve “EERT” ifadeleri birbirini yerine kullanılmaktadır.

EERT, özellikle, Avrupa Komisyonunun (Komisyon) 2009 yılındaki *Intel* kararından<sup>5</sup> sonra, pek çok tartışmaya konu olmuştur. *Intel* (2009) kararına ilişkin dava sürecinde, 2022 yılında Genel Mahkemenin (GM), EERT'nin hatalı uygulandığını gerekçe göstererek Komisyonun kararını iptal etmesi üzerine tartışmalar, özellikle etki temelli yaklaşımda dışlayıcı davranışların incelenmesinde EERT'nin rolü ve uygulanabilirliği üzerinde yoğunlaşmıştır.

Bu çerçevede, bu tezin temel sorusu, dışlayıcı davranışların değerlendirilmesinde etki temelli yaklaşımın tercih edildiğini gösteren bir ölçüt olarak EERT'nin ne denli gerekli olduğudur. Tez kapsamındaki konular, esas olarak bu soru etrafında şekillenmektedir. Ancak, EERT'nin gerekli görülmesi durumunda testin uygulanabilirliğini geliştirmeye yönelik öneriler de çalışma kapsamında yer bulmaktadır. Bununla birlikte, testin matematiksel pratiği çalışmanın sınırları dışında kalmaktadır.

EERT'nin etki temelli yaklaşımdaki gerekliliği ile ilintili sorgulamalara zemin oluşturması bakımından tezin birinci bölümünde, farklı okulların görüşleri ışığında AB'de benimsenen şekil temelli ve etki temelli yaklaşımların kavramsal çerçevesi ve bu yaklaşımlar kapsamında dışlayıcı davranışların değerlendirilmesinde dikkate alınan ölçütler hakkında bilgi verilmektedir. AB'de şekil temelli yaklaşımdan etki temelli yaklaşıma geçişin mevzuata ve uygulamaya ne şekilde yansdığına da bölüm kapsamında değinilmektedir.

İkinci bölümde; öncelikle, etkin rakip ilkesi ve EERT arasındaki ilişki açıklanmaktadır. Akabinde testin dikkate aldığı parametrelere ilişkin bilgi verildikten sonra, testin uygulanma yöntemi ve uygulanabilirliği açısından pek çok tartışmayı beraberinde getiren *Intel* (2009) kararı çerçevesinde teste değinilmektedir. İlaveten, fiyat temelli ve fiyat dışı dışlayıcı davranışların incelenmesinde EERT'nin rolü ele alınmaktadır. Akabinde, gün geçtikte yaygınlığı ve ekonomideki önemi artan dijital piyasalara yönelik incelemelerde ilkenin ve testin uygulanabilirliği tartışılmaktadır. Nihayetinde, etki temelli yaklaşım çerçevesinde EERT'nin gerekliliğine ilişkin genel argümanlar sunulmaktadır.

---

<sup>5</sup> Case COMP/C-3/37.990, Intel OJ (2009) C 227/13. Çalışma boyunca, anılan karar için "*Intel* (2009)" ifadesi kullanılmıştır.

Üçüncü bölümde; Türk rekabet hukukunda dışlayıcı davranışların değerlendirilmesinde esas alınan yaklaşım ve etkin rakip ilkesi ile test ilgili mevzuat ve Rekabet Kurulunun (Kurul) kararları ışığında irdelenmektedir. Ele alınan kararlarda Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Kötüye Kullanmalarında Komisyonun Avrupa Topluluğu Anlaşmasınının 82. maddesini<sup>6</sup> Uygulama Önceliklerine İlişkin Rehber<sup>7</sup> (Rehber) ile Rekabet Kurumu (Kurum) tarafından yayımlanan Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Davranışlarına İlişkin Kılavuz (Kılavuz) tarihleri referans alınmaktadır.

Dördüncü bölümde; Avrupa Birliğinin İşleyişine Dair Anlaşma'nın (ABİDA) 102. maddesinin uygulanmasına ilişkin güncel reform çalışmaları ile reform sürecinde etki temelli yaklaşımda etkin rakip ilkesinin ve testin rolüne ilişkin olarak gündeme gelen tartışmalar sunulmaktadır. Son olarak, AB'deki reform sürecinin Türk rekabet hukukuna muhtemel yansımalarına yer verilerek, Türk rekabet hukukunda dışlayıcı davranışın değerlendirilmesinde izlenebilecek yaklaşıma dair önerilerde bulunmaktadır.

---

<sup>6</sup> Tez boyunca söz konusu hüküm, "ABİDA 102" şeklinde anılmaktadır. Roma Anlaşması'nın iyileştirilmesini amaçlayan 19.10.2007 tarihli Lizbon Anlaşmasıyla birlikte, Roma Anlaşması yerini "Avrupa Birliğinin İşleyişine Dair Anlaşma'ya (*Treaty on the Functioning of the European Union-TFEU*)" bırakmıştır. 82. madde, ABİDA kapsamında 102. maddedir.

<sup>7</sup> Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings, 24.02.2009, 2009/C 45/02.

## BÖLÜM 1

# DIŞLAYICI DAVRANIŞLARIN DEĞERLENDİRİLMESİNDE ALTERNATİF YAKLAŞIMLAR

Dışlayıcı davranışlara ilişkin düzenlemeler, AB’de ABİDA 102’de, Türkiye’de 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un (RKHK) 6. maddesinde yer almaktadır. Her iki düzenlemede de dışlayıcı davranışların değerlendirilmesi bakımından doğrudan amaç veya etki vurgusu bulunmamaktadır.

Zaman içinde AB’nin dışlayıcı davranışların değerlendirilmesine ilişkin yaklaşımı değişiklik göstermiştir. Nitekim bu değişiklikler Türk rekabet hukukuna da yansımıştır. Bu yaklaşımlara geçmeden önce, rekabet hukukunda dışlayıcı davranış kavramına ve AB rekabet hukuku üzerinde etkili olan iktisadi düşünce okullarına değinilecektir.

### 1.1. DIŞLAYICI DAVRANIŞ KAVRAMI VE DÜŞÜNCE OKULLARININ AB REKABET HUKUKUNA ETKİLERİ

Dışlayıcı davranışlar, hâkim durumdaki teşebbüsün rakiplerine yönelik olarak giriştiği, temelde potansiyel ya da mevcut rakiplerin rekabet etme gücünü hukuka aykırı şekilde sınırlandıran, böylece hâkim durumdaki teşebbüsün pazar gücünü artırmasına yol açan, uzun vadede tekel olma hedefi içeren ve nihayetinde tüketici refahında dolaylı olarak kayba neden olan stratejik eylemlerdir (O’Donoghue ve Padilla 2013, 215; Gormsen 2013, 223; Karaman 2015, 71). Ancak, her dışlayıcı davranışın rekabete aykırı olduğu söylenemeyecektir. Zira ABİDA 102’nin işlevinin hâkim durumdaki teşebbüsten daha az etkin rakiplerin piyasada kalmasını sağlamak olmadığı kabul edilmektedir. Ayrıca dışlayıcı davranış ile meşru rekabetin birbirinden ayrılması da kolay değildir. Örneğin, düşük fiyat, rekabetin özü iken çok düşük fiyatlar dışlayıcı olabilmektedir. Meşru rekabet ve dışlayıcı davranış rakiplere zarar verebilecektir ancak ilkinde zarar, rekabetçi sürecin esas parçasıdır (O’Donoghue ve Padilla 2013, 215-217).

AB’de dışlayıcı davranışların değerlendirilmesinde benimsenen yaklaşım tarihsel süreçte değişiklik göstermiştir. Farklı yaklaşımları etkileyen çeşitli düşünce okullarından söz edilebilecektir. ABİDA 102’ye yönelik yaklaşımın nasıl geliştiğini anlamak bakımından en şekilci yaklaşım sunan Harvard Okulu ile liberal ve etki temelli yaklaşım sunan Şikago ve Post-Şikago Okulları önem arz etmektedir. İlaveten, AB rekabet hukukunda önemli etkiye sahip, rakiplerin meşru rekabet etme<sup>8</sup> özgürlüğünü koruma konusunda argümanlar ortaya koyan ve rekabetin ekonomik refah için önemli olduğunu söyleyen “Freiburg Okulu” olarak bilinen (Dhall 2008), Ordoliberal Okul da çalışma kapsamında dikkate değerdir. 1930'larda Almanya’da ortaya çıkan ordoliberal öğretiyeye göre, rekabet hukuku, rekabet koşullarını yaratmalı ve korumalıdır. Anılan Okul, rekabetin kendi başına bir değer olduğu, yalnızca verimlilik gibi salt ekonomik hedeflere ulaşmayı sağlayan bir araç olmadığı, pazar gücüne sahip teşebbüslerin etkin rekabet varmış gibi davranması gerektiği görüşüne dayanmakta olup hâkim durumdaki teşebbüslere yüklediği özel sorumluluk ile küçük ve orta ölçekli işletmelerin pazar gücüne sahip teşebbüsler karşısında korunmasını esas almaktadır. Bu bağlamda, iktisadi güce sahip teşebbüslerin, rakiplerinin pazara erişimini haksız şekilde sınırlayan davranışlarda bulunmaması gerektiğini vurgulamaktadır (Jones ve Sufirin 2011, 35; O’Donoghue ve Padilla 2006, 9).

AB rekabet hukukunu etkilemiş başka bir okul, 1950’lerde gündeme gelen yapı-davranış-performans (*Structure-Conduct-Performance-SCP*) olarak da adlandırılan Harvard Okuludur. Harvard Okulu, bir endüstrinin yapısı, performansı ve teşebbüsün davranışları arasındaki etkileşimi analiz etmekte ve teşebbüs davranışlarının endüstrinin performansını etkilediğini ileri sürmektedir (Jones ve Sufirin 2011, 22). Buna göre, devletin rekabet kuralları veyahut vergi mevzuatı yoluyla sektörün yapısına müdahalesi, sektörün ve teşebbüsün performansını doğrudan etkilemektedir (Tavşanoğlu 2009, 6). Bu Okul, piyasadaki yoğunlaşmaya olumsuz bakmakta, piyasanın performansı bakımından devlet müdahalesini gerekli görmektedir (Dhall 2008, 7).

Ayrıca anılan Okula göre, rekabet politikasında temel motivasyon, büyük ve küçük ölçekli teşebbüsler arasındaki güç dengesini sağlayarak rekabetçi süreci korumaktır (Sümer Özdemir 2015, 7). Harvard Okulu, AB rekabet hukukuna,

---

<sup>8</sup> *Competition on the merits.*

otoritelerin pazar payına odaklanması ve küçük ve orta ölçekli işletmeleri desteklemesi suretiyle etki etmiştir (Tavşanoğlu 2009, 7). Öte yandan, Harvard Okulunun yaklaşımında, pazar gücü bulunan büyük ölçekli teşebbüslerin tüketici yararına sonuç doğurabilecek ve daha düşük pazar payına sahip teşebbüsler için tamamen izin verilebilir olan rekabetçi davranışlarına yönelik aşırı müdahaleci bir tutum izlendiği söylenebilecektir (Piraino 2007, 350).

1960'larda gündeme gelen Şikago Okulunda, küçük ölçekli teşebbüslerin büyük ölçekli teşebbüsler karşısında korunmasına yönelik bir düşünce yoktur ve esas olan piyasaya güvenmektir (Jones ve Sufrin 2011, 23). Hovenkamp'ın (1985) belirttiği üzere, Şikago Okulu yaklaşımına göre, rekabet hukukunda denetim; davranışı, etkin sonuç vermediği durumda cezalandıracak ancak verimli olduğu sürece teşvik edecek şekilde tasarlanmalıdır. Harvard Okulunun müdahaleci tutumuna karşın, Şikago Okulu düşünürleri, piyasadaki rekabetçi dengesizliklerin otoritenin müdahalesi olmaksızın kendi kendine düzelebileceğini, rekabetçi sürece ancak kapsamlı bir incelemeden sonra -rekabete aykırı davranışların tüketici refahını tehdit ettiği durumlarda- müdahale edilebileceğini savunmuşlardır (Piraino 2007, 350). Dışlayıcı denilen davranışın yoğun rekabete ve yeniliğe bağlı gelişmesi halinde ihlal olarak nitelendirilemeyeceği ifade edilmiştir ve rakiplerin rekabete etkin şekilde dâhil olamadıkları için dışlandıkları varsayılmıştır (Hovenkamp 2005, 32).

1990'ların başında söz konusu Okulun etkisi ile, pek çok rekabetçi davranış türünün yasaya aykırı olduğu varsayımına katılmayan AB mahkemeleri ve otoriteler, teşebbüslerin davranışlarını yasaya aykırı bulmadan önce belirli rekabet karşıtı etkilerin kanıtlanması gerektiğini öne sürmüşlerdir. Bu bağlamda, rekabet karşıtı davranışta bulunduğu öne sürülen bir teşebbüsün yalnızca önemli bir pazar gücüne sahip olduğunun kanıtlanmasının yeterli olmadığı, davranışın fiyatları artırarak veya üretimi azaltarak tüketicilere zarar verdiğinin de iktisadi analiz ile ortaya konulması gerektiği belirtilmiştir (Piraino 2007, 350-351).

Dolayısıyla, Şikago Okuluna göre, rekabet hukuku kapsamında gözetilmesi gereken esas unsur tüketici refahıdır ve bu çerçevede ekonomik verimliliğin artırılması amaçlanmaktadır. Otoritenin bu doğrultudaki görevi, teşebbüs davranışının gerçek etkisine karar vermek için ayrıntılı iktisadi analize başvurmaktır. Dahası, saf tekel gücü dışındaki yüksek yoğunlaşma, tam rekabet

kadar etkilidir ve otoritenin asıl görevi, teşebbüslerin iş birlikçi davranışlarını kontrol etmek ve ortadan kaldırmak olmalıdır (Hildebrand 2002).

Harvard ve Şikago Okullarına alternatif bir yaklaşım getirme girişimi olan ve piyasalara devlet müdahalesini destekleyen Post-Şikago Okulu, AB rekabet hukuku üzerinde önemli etkileri olan bir diğer okuldur (Tavşanoğlu 2009, 8). Post-Şikago Okulu, belli piyasa yapılarının Şikago Okulunun öngördüğünün aksine, çok daha fazla rekabete aykırı sonuçlar doğurabileceğini savunmaktadır. Buna göre, eksik rekabet piyasalarında, rakipler arası bilgi asimetrisinin bulunduğu piyasalarda veyahut monopole yakınsayan piyasalarda otoritenin müdahalesine ihtiyaç duyulmaktadır (Piraino 2007, 364). Öte yandan, teşebbüslerin stratejik bir davranış türü olabilecek yıkıcı fiyatlama davranışı, Şikago Okuluna göre nadiren rasyonel bir davranışken, Post-Şikago Okuluna göre bazı durumlarda piyasaya yeni rakiplerin girmesini önlemek için rasyonel bir stratejidir. Dolayısıyla, Harvard ve Şikago Okullarının aksine Post-Şikago Okulu piyasa yapısının karmaşıklığını kabul etmekte ve rekabete aykırı olmadığı düşünülen davranışların aslında rekabeti azaltabileceğine ya da tam tersi duruma ilişkin argümanlar sunmaktadır (Jones ve Sufrin 2011, 30). Öte yandan, hem Şikago hem de Post Şikago Okulu, rekabet hukukunun merkezine ekonomik refahın ençoklaştırılmasını almaktadır. İki Okulu birbirinden ayıran, hedefleri değil, iktisata nasıl başvurulacağına dair vizyonlarıdır (Yoo 2020, 2160-2161).

Görüleceği üzere, dışlayıcı davranışların rekabeti kısıtlayıp kısıtlamadığının değerlendirmesinde Harvard Okulu için piyasa performansı önemli bir kriterken Şikago ve Post Şikago Okulları bakımından ekonomik refah öne çıkmaktadır. Anılan Okulların görüşleri, zaman içinde iktisadi analizin “*rekabet hukukunun kalbi olması*” gerektiği ortak paydasında buluşmuştur (Yoo 2020, 2152).

## **1.2. ALTERNATİF YAKLAŞIMLAR**

Dışlayıcı davranışların değerlendirilmesinde benimsenen yaklaşım, yukarıda yer verilen düşünce okullarının savları çerçevesinde farklılık göstermektedir. Esas alınacak yaklaşımın belirlenmesinde pazar gücü zayıf, küçük denilebilecek rakiplerin rekabet etmesini engelleyen bir davranışın mı, tüketici refahını azaltan bir davranışın mı rekabeti kısıtladığı sorusu ortaya çıkmaktadır. Söz konusu soru ışığında yürütülen tartışmalar, farklı yaklaşımları oluşturmuştur. Bu yaklaşımlardan biri dışlayıcı davranışın doğası gereği rekabeti kısıtladığını ileri

süren şekil temelli yaklaşım<sup>9</sup> iken, diğeri iktisadi analizin gerekliliğine vurgu yapan ve rekabetin amacını “tüketici refahı” ve “verimlilik” üzerine inşa eden etki temelli yaklaşımdır<sup>10</sup>. Ordoliberal Okul ile Harvard Okulunun küçük ölçekli rakibin korunmasına ilişkin vurgusunun şekil temelli yaklaşımı; Şikago ve Post Şikago Okullarının iktisadi refahı artırmaya ilişkin vurgusunun ise etki temelli yaklaşımı beslediği söylenebilecektir.

### 1.2.1. Şekil Temelli Yaklaşım

Dışlayıcı davranışların değerlendirilmesinde başvurulacak kuralları oluşturmanın çeşitli yolları vardır. Davranışın doğası gereği rekabete aykırı olduğu kabulü ile *per se* kurallara dayanan şekil temelli yaklaşım, hâkim durumdaki teşebbüsler gerçekleştirdiğinde kötüye kullanma şeklinde değerlendirilen ve dolayısıyla yasaklanan davranışları, *ex-ante* olarak belirlemektedir<sup>11</sup>. Bu kurallar, hâkim durumdaki teşebbüslerin belli davranışlarının, doğası gereği rekabeti kısıtladığı varsayımına dayanmaktadır. Şekil temelli yaklaşım kendi içinde “*per se yasallık*” ve “*per se yasaya aykırılık*” olarak kategorize edilebilmektedir (Papandropoulos 2008, 1). Lindeboom’a (2022, 3) göre kural esaslı karar vermek demek olan şekil temelli yaklaşım, Rey ve Venit’e (2015, 1) göre belli davranışlar için varsayımlara dayalı olarak hukuk kuralları oluşturulmasını ifade etmektedir.

*Per se* yasallık bakımından Şikago Okulunun argümanları karşımıza çıkmaktadır. Piyasalara müdahale edilmemesini, uzun vadede piyasaların kendi kendini düzeltebileceğini savunan Okula göre, dışlayıcı davranış, etkin rekabetin sonucu olabilecektir. *Per se* yasaya aykırılık bakımından ise pazar gücünün zararlı olduğunu ve yasaklanması gerektiğini ileri süren Harvard Okulunun (Sümer Özdemir 2015, 7) görüşlerinin etkili olduğu söylenebilecektir.

*Per se* yasaya aykırılık yaklaşımında, incelenen davranışın belli şekli koşulları taşınması halinde iktisadi bir analize ihtiyaç duyulmaksızın ihlâl değerlendirmesi yapılmaktadır. Bu çerçevede, hâkim durumdaki teşebbüsün öznel

---

<sup>9</sup> *Formalistic approach/form-based approach.*

<sup>10</sup> *Effects-based approach.*

<sup>11</sup> Davranışın şekline bağlı olarak doğası gereği rekabeti kısıtlayıcı nitelikte olduğu kabul edilen dışlayıcı davranış türleri; sadakat indirimleri, bağlama ve maliyet altı fiyatlamadır (Papandropoulos 2008, 1).

niyeti değil davranışın nesnel anlamı ve amacı sorgulanmakta, davranışın, şeklen rekabet üzerinde zararlı etkiye sahip olduğu varsayılmaktadır. Bu bakımdan, şekil temelli yaklaşımın benimsenmesi halinde Komisyon, ABİDA 102'yi uygularken davranışın etkilerini kanıtlamaya ihtiyaç duymaksızın salt zararlı etkilerin varlığı varsayımına dayanabilmektedir. Bu görüş çerçevesinde, rekabet fiilen kısıtlanmasa dahi, hâkim durumun güçlendirilmesi maksadıyla uygulandığında, davranışın cezasız kalmaması gerektiğine inanılmaktadır (Gormsen 2013, 228-229). Şekil temelli yaklaşım Petit (2009, 2) tarafından, Ferrari markalı otomobillerin satışının, sürücülerinin hız sınırlarına uymaması kuvvetle muhtemel olduğu için yasaklanmasına benzetilmektedir.

Davranışın pazarda yarattığı ya da yaratabileceği etkiye dair iktisadi inceleme içermeyen şekil temelli yaklaşım, yaygın olarak birinci (*false positive*) ve ikinci (*false negative*) tip hatalar ve bunlarla bağlantılı olarak kuralların sırasıyla aşırı ve eksik kapsayıcılığı ile ilintilendirilmektedir (Lindeboom 2022, 38). Her ne kadar Lindeboom tarafından her iki hata tipine de vurgu yapılsa da şekil temelli yaklaşımın uygulamada yol açtığı sorunlarda birinci tip hata öne çıkmaktadır. Nitekim, Papandropoulos (2008, 1) da, çalışmasında birinci tip hataya vurgu yapmaktadır.

Birinci tip hata olarak ifade edilen hatalı müdahalede, fiilen ya da muhtemelen rekabete aykırı olmayan davranışlar yasaklanmaktadır (Jones ve Sufirin 2011, 59). Dolayısıyla, şekil temelli yaklaşım neticesinde dışlayıcı davranış gerçekte rekabetçiye yasaya aykırı olarak ele alınabilmektedir. Her ne kadar *per se* kuralların basitliği (örneğin hâkim durumdaki teşebbüsün sadakat indirimleri sunmasına, maliyet altı fiyat uygulamasına izin verilmemesi) teşebbüs açısından hukuki belirlilik, otorite açısından uygulama maliyetlerinin azaltılması şeklinde yarar sağlasa da *per se* kurallar altında belli davranış türleri yasaklandığında birinci tip hatalar ortaya çıkabilmekte, esasında rekabetçi olan davranışlar sonlandırılmakta ve cezalandırılmakta, böylece teşebbüslere verimli davranış tarzlarını benimsemekten caydırılabilecek istenmeyen sinyaller verilmektedir (Papandropoulos 2008, 2; Petit 2009, 2).

Komisyonun dışlayıcı davranışlara ilişkin erken dönem kararlarının iktisadi dayanaktan yoksun ve şekil temelli (O'Donoghue ve Padilla 2013, 220) olmasından hareketle, Komisyon ve mahkemeler, çoğu zaman bir dışlayıcı

davranışın piyasa üzerinde nasıl önemli etkileri olabileceğini gösterememekle, ikna edici iktisadi zarar teorisi ortaya koyamamakla yahut incelenen dışlayıcı davranışın piyasa üzerinde olumsuz etki doğuracağına ilişkin kanıt üretememekle eleştirilmiştir (Whish ve Bailey 2012, 199). İlâveten ABİDA 102’ye rekabetten ziyade, etkin olmayanlar da dâhil olmak üzere, rakipleri korumak için başvurulduğu, üstün etkinliğe sahip teşebbüsün faaliyetlerinin, daha az etkin olan teşebbüse rekabet arenasında yer açmak amacıyla kısıtlandığı, aslında tüketici refahını artırıcı nitelikteki davranışın yasaklandığı, Komisyonun hâkim durumdaki teşebbüslerin ticari faaliyetlerine önemli ölçüde müdahale ettiği de eleştiriler arasında yer almıştır (Whish ve Bailey 2012, 195; Tavşanoğlu 2009, 1).

Söz konusu eleştiriler ve AB’nin ortak hedeflerinden olan daha fazla pazar entegrasyonu düşüncesinin AB rekabet hukuku üzerindeki etkisinin zayıflatılması (Tavşanoğlu 2009, 20), dışlayıcı davranışların değerlendirilmesinde Gerber’in (2007) tabiri ile “önemli modernizasyon<sup>12</sup>” sürecini getirmiştir. Bu süreç iki bileşenden oluşmaktadır. Birinci bileşen, rekabet hukukunun hedeflerinin daraltılmasını içermektedir. Bu bağlamda, yeni rekabet hukuku anlayışının merkezi değişmiş ve rekabetçi süreci korumak ve Avrupa’da ekonomik entegrasyonu teşvik etmek hedeflerinin yerini, neo-klasik iktisadi düşüncenin<sup>13</sup> ışığındaki tüketici refahı almıştır. İkinci bileşen ise, neo-klasik iktisadi düşüncenin rekabet hukukunun sadece amaçlarını değil aynı zamanda standartlarını ve yöntemlerini de sağladığını içermektedir. Bu çerçevede, zaman içindeki değişimler neticesinde, neo-klasik iktisat, AB rekabet hukukunun amaçlarını ve yöntemlerini tanımlamak için merkezi bir araç haline gelmiş ve AB rekabet hukukunda normlar ve hedefler ortaya koymak ve bunların uygulanmasında temel yöntemler sağlamak bakımından “daha ekonomik yaklaşım” anlayışı ile yerini almıştır (Gerber 2007, 1247-1248). Bu anlayışın etkileri, 2000’lerin AB rekabet hukukunda pratikte ve mevzuatta daha görünür hale gelmeye başlamıştır.

### 1.2.2. Etki Temelli Yaklaşım

Şekil temelli yaklaşımın gerek uygulamada sebep olduğu hatalar gerek AB rekabet hukukuna yön veren anlayışta meydana gelen dönüşüm şekil temelli

---

<sup>12</sup> *The substantive modernization.*

<sup>13</sup> 1970-80’lerden itibaren neoliberalizm düşüncesi ile neo-klasik iktisat yükselişe geçmiştir.

yaklaşımına daha sorgulayıcı bakılmasına ve etki temelli yaklaşımın ön plana çıkmasına yol açmıştır.

Etki temelli yaklaşımı şekil temelli yaklaşımdan ayıran temel unsur dışlayıcı davranışın değerlendirilmesinde başvurulan yöntemdir. Şekil temelli yaklaşımda eylemin doğası gereği rekabeti kısıtladığı varsayılp iktisadi analize başvurulmazken etki temelli yaklaşım daha fazla iktisadi analizin kullanılmasını savunmaktadır ve genel tutum, Şikago Okulunun liberal anlayışına daha yakındır (Tavşanoğlu 2009, 20).

Etki temelli yaklaşım, hâkim durumdaki teşebbüslerin rekabetçi ve rekabet karşıtı davranışları arasında nasıl ayırım yapılacağına ilişkin soruyu gündeme getirmektedir. Bu noktada iki unsuru birbirinden ayırt etmede dikkate alınan parametre, tüketici refahı temelli testler/düşüncelerdir (Bishop ve Marsden 2006, 3). Bu çerçevede, anılan yaklaşımın temel prensipler barındırdığı görülmektedir. Bunlardan ilki, mantiken tutarlı bir tüketici zararı teorisinin varlığı, ikincisi ise teorisinin ampirik olarak doğrulanmasıdır. Ampirik doğrulama, zarar teorisinin altında yatan varsayımların olgusal gözlemler ile uyumlu olmasını (örneğin, ürünler teoriye uygun özellikte mi, söz konusu piyasa yapısında beklenen zararın ortaya çıkması muhtemel mi vb.) ve piyasa sonuçlarının teorisinin tahminleri ile dengeli olmasını (örneğin, rakiplerin tepkisi beklendiği gibi mi?) kapsamaktadır. Üçüncü prensip, davranışın getirdiği etkinlikler ile davranışın rekabetçi gerekçelerinin araştırılmasıdır (Papandropoulos 2008, 3).

Etki temelli yaklaşım, *tam*<sup>14</sup> ve *yapılandırılmış*<sup>15</sup> olarak ikiye ayrılmaktadır (Sümer Özdemir 2015, 14). Tam etki temelli yaklaşımda, davranış yalnızca etkisi üzerinden değerlendirilmekte ve davranış neticesinde tüketici zararı oluşup oluşmadığı vaka bazlı ele alınmaktadır. Anılan yaklaşım, teşebbüslerin bir davranışın rekabetçi ya da rekabete aykırı olup olmadığına ilişkin öngörüle bulunamamaları sebebiyle hukuki belirsizliğe neden olmaktadır (Papandropoulos 2008, 2). Yapılandırılmış etki temelli yaklaşımda ise, ihlal tespiti bakımından kötüye kullanma niteliğinin ortaya konması için bütün olarak yerine getirilmesi gereken çeşitli koşullardan söz edilmektedir (Gorecki 2006, 534). Güvenli liman

---

<sup>14</sup> *Unstructured*

<sup>15</sup> *Structured*

olarak tabir edilen bir koşul olarak ihlal tespiti bakımından “*eşit etkinlikteki rakiplerin dışlanması*” şartı aranmaktadır (Sümer Özdemir 2015, 16).

Genel itibarıyla, etki temelli yaklaşımda dışlayıcı davranışın incelenmesinde, davranışın pazarı rakiplere nasıl kapattığının ve bunun sonucunda pazarın yapısında meydana gelen değişikliğin nihai olarak tüketicilere ne şekilde zarar verdiğinin açıklanması gerekmektedir. Bu çerçevede, rakiplere zarar verilmesi olgusu, rekabet karşıtı zarar teorisinin gerekli fakat yeterli olmayan unsur olarak açığa çıkmaktadır (Bishop ve Marsden 2006, 3).

AB rekabet hukukunda etki temelli yaklaşımın benimsenip benimsenmediğinin tespiti, etki değerlendirmesinin ne şekilde yapılması gerektiğiyle ilintilidir (Gormsen 2013, 224). Etkiyi değerlendirmenin bir yolu, rekabet hukukunun temel amacına aykırı olması nedeniyle, davranışın fiili uygulamadan önce zararlı etkiye yol açabileceğini varsayan ve ortodoks yaklaşım olarak ifade edilebilecek zararlı etkiler karinesidir. İkincisinde, vaka bazlı iktisadi analiz yoluyla fiili veya muhtemel etkilerin tespiti ise analitik yaklaşım olarak ele alınmaktadır (Gormsen 2013, 225).

Tüketici refahına odaklanan etki temelli yaklaşımın AB’de öne çıkmaya başladığı 2000’li yılların başında, Komisyon tarafından Tartışma Metni<sup>16</sup> yayımlanmıştır. Anılan Metinde dışlayıcı davranışların değerlendirilmesinde benimsenen yaklaşım “*eşit etkinlikte rakip*” ilkesi üzerine inşa edilmektedir. Buna ilişkin test ise, dışlayıcı davranışın değerlendirilmesinde hâkim durumdaki teşebbüsün maliyetlerini referans alan bir çerçeve çizmektedir.

Dışlayıcı davranışa ilişkin değerlendirmede daha titiz ve iktisadi analize dayalı bir bakışa ihtiyaç duyan etki temelli yaklaşımı reçete olarak sunduğu söylenebilecek Tartışma Metninin yayımlanmasından sonraki süreç, Rehber’in yayımlanmasıyla neticelenmiştir<sup>17</sup>. 2023 yılı itibarıyla gündeme gelen ve ABİDA 102 kapsamında etki temelli yaklaşımın uygulanmasına ilişkin yürütülen, Rehber’de ilk değişikliklerin yapıldığı ikinci reform süreci ise devam etmektedir.

---

<sup>16</sup> DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, 19.12.2005. <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf>, Erişim Tarihi: 25.12.2023.

<sup>17</sup> Söz konusu süreç, birinci reform süreci olarak ifade edilebilecektir.

Bütünlük adına çalışmanın bu aşamasında, Tartışma ve Rehber ışığında birinci reform sürecine yer verilecektir.

### **1.3. AB REKABET HUKUKUNDA DIŞLAYICI DAVRANIŞLARIN DEĞERLENDİRİLMESİ**

Rekabetçi zararların doğrulanmasını gerektiren etki temelli yaklaşımda iktisadi argümanlar, 2000 yılından sonra Komisyon tarafından dışlayıcı davranış vakalarında denenmeye başlanmıştır. Bu bağlamda, AB rekabet hukuku, iktisadi teorilerde ifade edilen fikirler temelinde yeniden şekillenmiştir (Nihoul 2014, 521; Petit 2009).

ABİDA 102'nin uygulanmasına ilişkin politikanın iktisadi düşünce ışığında kapsamlı şekilde yeniden değerlendirilmesinin o zaman kadar hiç yapılmamış olması ve öngörülebilir kuralların önemine rağmen ABİDA 102'nin politika rehberliğinin çok az olduğu bir alan olması reform sürecine etki eden unsurlardandır. Ayrıca, ulusal otoritelerin ve mahkemelerin ABİDA 102'nin uygulanmasından daha fazla sorumlu hale gelmeleriyle<sup>18</sup> birlikte tutarlı uygulama sağlamak için ortak bir dizi temel prensip geliştirilmesi gerekli hale gelmiştir. Dahası, Komisyon, pek çok şirketin küresel ölçekte faaliyet gösterdiğinin farkına varmıştır ve diğer büyük yargı sistemlerinin rekabet politikalarına uyumlu politikalar benimsenmesi gerektiğini kabul etmiştir (O'Donoghue ve Padilla 2013, 70).

AB rekabet hukukunda birinci reform sürecindeki ilk adım olarak, dışlayıcı davranışların incelenmesinde, Tavşanoğlu'nun (2009, 1) ifadesiyle “*etki temelli ve iktisat dostu*” yaklaşım getirmeyi amaçlayan Tartışma Metni yayımlanmış ve paydaşların görüşlerine sunulurken ilgili alanda bir kamu istişaresi başlatılmıştır.

#### **1.3.1. Tartışma Metni Çerçevesinde ABİDA 102 Yaklaşımı**

Tartışma Metni, yıkıcı fiyat, tek marka anlaşmaları, indirim sistemleri, bağlama/paket satış, mal vermenin reddi şeklinde ortaya çıkan dışlayıcı davranışların iktisadi bakış açısıyla değerlendirilmesinde başvurulacak çerçeveyi

---

<sup>18</sup> Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty. Bkz. madde 22. [eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32003R0001](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32003R0001), Erişim Tarihi: 23. 02.2024.

genel hatlarıyla açıklamaktadır<sup>19</sup>. Buna göre, ABİDA 102'nin amacı bakımından tüketici refahını artırmak ve etkin kaynak dağılımını sağlamak için pazardaki rekabetin korunması esas alınmaktadır<sup>20</sup>. İlaveten, hâkim durum kavramı, dışlayıcı davranışın genel çerçevesi, fiyat temelli ihlallere ilişkin değerlendirmenin temel taşı olan EERT'ye ilişkin açıklamalar ve hâkim durumdaki teşebbüs tarafından sunulabilecek etkinlik savunması Metinde yer almaktadır.

Tartışma Metninde, ABİDA 102 kapsamında yasaklanan davranış, doğrudan ya da dolaylı olarak tüketiciye zarar veren, pazarda gerçekleşmiş veya gerçekleşmesi muhtemel rekabet karşıtı etkiler yaratan dışlayıcı davranış olarak betimlenmektedir<sup>21</sup>. Dışlayıcı davranışın değerlendirilmesinde üzerinde durulan temel kaygı, rekabeti kısıtlayan dolayısıyla tüketiciye zarar veren rekabet karşıtı pazar kapamadır. Bazı durumlarda belli davranışlar için uyarlanmış ayrıntılı ilkelere ve testlere başvurulurken, bunların uygulanmasının mümkün olmadığı durumlarda Komisyonun, temel kaygıyı göz önünde bulundurarak mevcut davranışı genel ilkeler ışığında analiz edeceğine değinilmektedir<sup>22</sup>.

Tartışma Metninde ele alınan dışlayıcı davranışların ortak özelliği, iddia edilen rekabet zararının rakiplere verilen zarar yoluyla ancak orta ila uzun vadede belirgin hale gelmesidir (Bishop ve Marsden 2006, 2). Anılan Metinde dışlayıcı davranışın, pazar kapama etkisinin ortaya konulmasında davranışın şeklinin değil hâkim durumdaki teşebbüsün davranışının pazardaki etkisinin de dikkate alınması gerektiğine vurgu yapılmaktadır<sup>23</sup>.

Tartışma Metni, etki temelli yaklaşımın ilk adımı gibi görünmektedir. Dahası, Metin, geçmiş deneyimlerin ve yapılan iktisadi analizlerin şekle dayalı yaklaşımın -en azından rekabetçi davranışları caydırmak suretiyle- tüketici refahını korumakta genellikle başarısız olduğunu göstermesi üzerine inşa edilmiştir. Ancak, Tartışma Metninin gerçekten etki temelli yaklaşımı mı içerdiği yoksa devam eden şekilciliği mi temsil ettiği literatürde tartışılan konulardan olmuştur<sup>24</sup>.

---

<sup>19</sup> Tartışma Metni, para. 51-52.

<sup>20</sup> Tartışma Metni, para. 54.

<sup>21</sup> Tartışma Metni, para. 55.

<sup>22</sup> Tartışma Metni, para. 56.

<sup>23</sup> Tartışma Metni, para. 59.

<sup>24</sup> Bkz. Tavşanoğlu (2009); Bishop ve Marsden (2006).

Ancak, çalışmanın odağı bakımından Tartışma Metninin içeriğinin gerçekten etki temelli yaklaşımı yansıtip yansıtmadığına değinilmesine gerek görülmemektedir. Nitekim, hâlihazırda yürütülen ikinci reform sürecindeki çalışmalar, etki temelli yaklaşımın parametrelerinin neler olabileceğini ve bunların nasıl anlaşılması gerektiğini sorgulamaya devam etmektedir.

### 1.3.2. Rehber Çerçevesinde ABİDA 102 Yaklaşımı<sup>25</sup>

Birinci reform süreci bakımından, dışlayıcı davranışın değerlendirilmesinde hangi yaklaşımın benimseneceğine ilişkin tartışmaların neticesi, 2009 yılında Komisyon tarafından yayımlanan Rehber'dir. Rehber, Tartışma Metnine paralel şekilde sadece dışlayıcı davranışlara yer vermiş, ayrımcı ve sömürücü uygulamaları kapsam dışı bırakmıştır.

Rehber, dışlayıcı davranışa yönelik analizin çerçevesini, davranışın rekabete aykırı fiili ve muhtemel etkisinin ayrıntılı olarak incelenmesini ve ilgili tüm koşulların dikkate alınmasını öngören etki temelli ve daha iktisadi bir yaklaşım çerçevesinde, şekle dayalı yaklaşımdan uzaklaştırmıştır (Batchelor 2023).

Rehber'in amacı, Komisyonun dışlayıcı davranış değerlendirmelerinde kullandığı genel analizin çerçevesine daha fazla açıklık ve öngörülebilirlik sağlamak, teşebbüslerin belirli davranışların ABİDA 102 kapsamında bir müdahaleye yol açıp açmayacağını daha iyi değerlendirmelerine yardımcı olmaktır<sup>26</sup>. Rehber, ABİDA 102 uygulamasında esaslı değişiklik gerçekleştirmeye yönelik olarak hayata geçirilmiştir (O'Donoghue ve Padilla 2013, 76).

Etki temelli yaklaşımda vurgulanan tüketici refahı, Rehber'in ilgili hükümlerine de yansımıştır. Nitekim Komisyonun, piyasaların düzgün işleyişini ve tüketicilerin rekabetin sağladığı etkinlikten ve verimlilikten faydalanmasını dikkate alacağına değinilmektedir<sup>27</sup>.

Diğer yandan, Rehber'de benimsenen “*rekabet karşıtı pazar kapama*<sup>28</sup>” kavramı, dışlayıcı davranış sonucunda fiili veya potansiyel rakiplerin dışarıda

<sup>25</sup> Bu başlık altında Rehber'e ilişkin sunulan bilgiler, 2023 yılındaki değişikliklerden önceki durumu yansıtmaktadır. Rehber'in 2023 değişikliklerinden önceki hali için bkz. [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52009XC0224\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52009XC0224(01)), Erişim Tarihi: 20.11.2023.

<sup>26</sup> Rehber, para. 2.

<sup>27</sup> Rehber, para. 5.

<sup>28</sup> *Anticompetitive foreclosure*.

bırakılması yoluyla hâkim durumdaki teşebbüsün tüketicilerin zararına olarak fiyatları kârlı bir şekilde artırabilecek bir konuma gelmesiyle sonuçlanabilecek durum olarak tanımlanmaktadır<sup>29</sup>. Rehber, Komisyonun hâkim durumdaki teşebbüsün rekabet karşıtı yolla rakiplerini dışlayarak rekabeti bozup bozmadığı hususuna odaklandığını açıkça bildirmektedir (Petit 2009, 4).

Rehber’de tüketici zararı değerlendirmesinde “*tüketici*” kavramına açıklık getirilmektedir. İlgili hükme göre, muhtemel tüketici zararının tespitinde, rekabet karşıtı pazar kapama etkisi ya ara kullanıcılar ya nihai tüketiciler ya da her ikisi bakımından ele alınmaktadır. Ara kullanıcıların hâkim durumdaki teşebbüsün fiili veya potansiyel rakipleri olduğu durumda yapılacak değerlendirmede, davranışın daha alt düzeydeki kullanıcılar üzerindeki etkilerine bakılmaktadır<sup>30</sup>. Bu konu “*rakipler mi tüketici refahı mı?*” tartışmasında önem kazanmaktadır. Çünkü, mal vermenin reddi ve marj sıkıştırması gibi dışlayıcı davranışlarda, ara seviyedeki alıcılar, hâkim durumdaki teşebbüsün alt pazardaki rakibi konumunda olabilecektir. Böyle bir durumda, rakip-alıcılar üzerindeki etkiye yapılan vurgu, davranışın nihai tüketiciler üzerindeki etkisine ilişkin yapılan analizi sekteye uğratabilecektir (Jones ve Sufirin 2011, 375).

Bu doğrultuda, Komisyonun dışlayıcı davranışa ilişkin etki temelli yaklaşımı benimsediği söylenebilecekse de Rehber’in dışlayıcı davranışın değerlendirilme usulüne keskin bir bakış getirdiği söylenemeyecektir. Nitekim Rehber’de, Komisyonun söz konusu davranışın tüketici zararına yol açmasının muhtemel olduğu sonucuna varmadan önce ayrıntılı bir değerlendirme yapmasının gerekli olmadığı durumların olabileceği belirtilmektedir<sup>31</sup>. Eğer ki davranış yalnızca rekabeti kısıtlıyor ve hiçbir etkinlik yaratmıyor ise, ayrıntılı bir etki analizine gerek duyulmaksızın dışlayıcı davranışın rekabete aykırı etkisi olduğu sonucuna varılabilecektir<sup>32</sup>. Dolayısıyla, etki temelli yaklaşım bakımından Rehber, dışlayıcı davranışın tamamıyla iktisadi analize dayalı değerlendirmesine cevaz vermemektedir.

---

<sup>29</sup> Rehber, para. 19.

<sup>30</sup> Bkz. a.g.k. para. 19, dipnot 2

<sup>31</sup> Rehber, para. 22.

<sup>32</sup> A.g.k.’de, hâkim durumdaki teşebbüsün distribütöre veya müşteriye rakibin ürününün piyasaya sürülmesini geciktirmesi için ödeme yapması davranışı örnek verilmektedir.

Rekabete aykırı davranışlara ilişkin olarak Rehber'den önceki ve sonraki değerlendirme arasındaki fark, söz konusu davranışın etkin rekabeti kısıtlama kabiliyetine sahip olup olmadığı değerlendirmek için kullanılan müdahale usulüne dayanmaktadır. Rehber, tüketici refahına yapılan güçlü vurgu ile Komisyonun *normalde yalnızca*<sup>33</sup> ilgili davranışın hâkim durumdaki teşebbüs kadar etkin olduğu düşünülen rakiplerin rekabetini engellediği veya engelleyebileceği durumlarda müdahale edeceğini işaret etmektedir. Netice itibarıyla, Gormsen'in (2013, 225) tespit ettiği üzere, Rehber, saf analitik ya da ortodoks yaklaşım yerine “*eşit etkinlikte rakip ilkesi*”ni ve bunun bir aracı olarak EERT’yi benimsemektedir.

Özetle, Komisyon, Rehber’de rekabet davalarında tüketici zararının ortaya konulmasını kolaylaştırmak için etki temelli yaklaşımın uzantısı olarak etkin rakip ilkesi etrafında şekillenen iktisadi bir yöntem önermiştir. Komisyon, 2009’dan bu yana dışlayıcı davranışlara ilişkin pek çok karar vermiş ve etki temelli yaklaşıma başvurmuştur. Ancak son dönemde, AB Mahkemelerince iptal edilen bazı Komisyon kararları orta ve uzun vadede etki temelli yaklaşımın uygulamadaki zorluklarını ve yaklaşım çerçevesinde iktisadi yöntemin gerekliliğine ilişkin tartışmaları beraberinde getirmiştir. Tartışmaların en görünür hale geldiği karar *Intel* (2009) kararıdır. Dolayısıyla, tezin ikinci bölümünde etki temelli yaklaşımda etkin rakip ilkesi ile EERT arasındaki ilişkinin yanı sıra, EERT’nin kapsamı ve gerekliliği hem teorik olarak hem de *Intel* (2009) kararına ilişkin dava süreci ışığında ele alınmaktadır.

---

<sup>33</sup> 2023 yılında yapılan değişiklik ile ilgili ifade “*genellikle*” olarak güncellenmiştir.

## BÖLÜM 2

# DIŞLAYICI DAVRANIŞLARIN DEĞERLENDİRİLMESİNDE EŞİT ETKİNLİKTEKİ RAKİP TESTİ

Etki temelli yaklaşım, dışlayıcı davranışların değerlendirilmesinde iktisadi bakış açısını getirmiştir. İktisadi bakışın uzantısı, etkin rakip ilkesine dayanan EERT'dir. Etkin rakip ilkesi etrafında şekillenen Rehber'in ve EERT'nin anlaşılabilirliği bakımından öncelikle etkin rakip ilkesi ile EERT arasındaki ilişkiye değinilmektedir.

### 2.1. ETKİN RAKİP İLKESİ İLE EERT ARASINDAKİ İLİŞKİ

İktisadi etkinlik ve özgürlük fikirlerinden esinlenen etkin rakip ilkesi, rekabetçi davranışlar ile tüketici refahını azaltan dışlayıcı davranışları birbirinden ayırmaya çalışmakta (Gaudin ve Mantzari 2022, 126) ve hâkim durumdaki teşebbüsün dışlayıcı kötüye kullanma davranışının meşru rekabetten ayırt edilmesine yardımcı olmaktadır<sup>34</sup>. Anılan ilke, daha az etkin rakibin korunmasının rekabetten ziyade rakipleri korumak gibi kaçınılmaz bir riski barındırdığı fikrini yansıtmaktadır. İlkenin uygulama yöntemi, EERT, meşru rekabetin hukuki boyutunun iktisadi olarak uygulanmasıdır (Gaudin ve Mantzari 2022, 126).

Lamadrid ve Ibáñez Colomo'un (2021) ifadesiyle, ilke farklı şekillerde uygulanabilecektir. Bu bağlamda, etki temelli yaklaşımda çatı kavram etkin rakip ilkesi iken, özellikle fiyat temelli dışlayıcı davranışların değerlendirilmesine uygun bir yöntem olan EERT, ilkenin matematiksel yansımasıdır. İlke, hâkim durumdaki teşebbüs ile etkin rakibin aynı maliyet yapısına sahip ve benzer taleplerle karşı karşıya olduğu varsayımına dayanan bir senaryo öngörmekte (Calzolari ve Denicolò 2020, 4), hâkim durumdaki teşebbüs ile eşit etkinlikte olduğu varsayılan rakibin, dışlayıcı davranış karşısında kârlı şekilde rekabet edip

---

<sup>34</sup> <https://www.concurrences.com/en/dictionary/aec-as-efficient-competitor-principle-and-test>, Erişim Tarihi: 18.02.2024.

edemediğini değerlendirmektedir (Barbera vd. 2023, 13). Netice itibarıyla, etki temelli yaklaşım, iktisadi analiz, etkin rakip ilkesi ve EERT'nin birbiriyle ilintili olduğu söylenebilecektir.

Prensip olarak, ilkenin geçerli olduğu bir durumda testin geçerli olmayacağını ifade etmek güçtür. Ayrıca, dışlayıcı davranışın değerlendirilmesinde EERT'nin uygulanabilir olmaması, ilkenin de geçerli olmadığı anlamına gelmeyecektir (Barbera vd. 2023, 13). Fiyat-maliyet testinin bir türevi olarak da ifade edilebilecek EERT (Calzolari ve Denicolò 2020, 1), etkin rakip ilkesini test edilebilir matematiksel önermeye soyutlamayı amaçlamakta ve incelenen davranışa bağlı olarak farklı şekilde formüle edilmektedir (Barbera vd. 2023, 13)<sup>35</sup>. Nitekim, EERT'nin temel parametrelerinden söz edilebilecekse de bunların nasıl formüle edileceği incelenen dışlayıcı davranışa göre değişmektedir. Dolayısıyla, EERT'nin, formüle edilmiş şekli bakımından farklı testler de içerebilen bir yöntemler bütünü olduğunu söylemek hatalı olmayacaktır.

Tüketici refahını ençoklaştırmak amacına hizmet eden ilkenin ve testin dışlayıcı davranışın değerlendirilmesinde AB içtihadına ne şekilde nüfuz ettiğini anlamak bakımından aralarındaki ilişkinin AB içtihadındaki yansımalarına kısaca değinilecektir.

### **2.1.1. AB İchtihadında Etkin Rakip İlkesi ve EERT**

ABİDA 102'nin değerlendirmesinde AB yaklaşımı zamanla etki temelli yaklaşımı önceleyerek değişiklik gösterse de EERT'nin detaylı şekilde uygulandığı sınırlı sayıda karar bulunmaktadır. Gerek EERT'nin gerek etkin rakip ilkesinin AB rekabet hukukuna ne şekilde nüfuz ettiğini anlamak bakımından kimi kararlar önem arz etmektedir.

Etkin rakip ilkesi, *Akzo*<sup>36</sup> kararından itibaren yıkıcı fiyatlamanın değerlendirilmesinde AB içtihadına yansımıştır. Marj sıkıştırmasının incelendiği

---

<sup>35</sup> Dışlayıcı davranış türlerinde EERT uygulaması için bkz. Barbera vd. (2023), s. 13.

<sup>36</sup> Case C-62/86, *AKZO Chemie BV v Commission* (1991) ECR1-3359. Karar, hâkim durumdaki teşebbüsün fiyatlarının, ortalama değişken maliyetlerinin altında kalması halinde dışlayıcı kötiye kullanma davranışı oluşacağına ilişkin tespit içermektedir. Bkz. a.g.k. para. 71.

pek çok mahkeme kararında (*Deutsche Telekom*<sup>37</sup>, *TeliaSonera*<sup>38</sup>, *Telefónica*<sup>39</sup>, *Slovak Telekom*<sup>40</sup>) da söz konusu ilke ve test yer bulmuştur (Gaudin ve Mantzari 2022, 128-129).

*Post Danmark I*<sup>41</sup> davasında ise Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) tarafından, her dışlayıcı etkinin mutlaka rekabete zarar vermediği, meşru rekabetin doğası gereği daha az verimli rakibin pazardan dışlanabileceği belirtilerek<sup>42</sup> etkin rakip ilkesine açıkça vurgu yapılmıştır. Dahası, davada, fiyatlardan bazılarının Post Danmark'ın ortalama toplam maliyetinin üzerinde olduğu için incelenen davranışın rekabete aykırı etkileri olduğunun kabul edilemeyeceği belirtilerek<sup>43</sup>, Gaudin ve Mantzari'nin (2022, 129) tabiriyle, EERT onaylanmıştır. *Post Danmark II*<sup>44</sup> kararında ise ABAD, indirim sisteminin kötüye kullanma teşkil ettiği tespiti bakımından ABİDA 102'nin her zaman EERT'ye başvurulmasına ilişkin yasal zorunluluk getirmediğini ve EERT'nin indirim sisteminin kötüye kullanılıp kullanılmadığını inceleme araçlarından biri olduğunu ifade etmiştir.

Tezin de çıkış noktasını oluşturan ve tezin devamında detaylarına yer verilecek olan, Intel'in, bilgisayar üreticilerine yönelik münhasırlık yaratan indirim sisteminin incelendiği *Intel* (2009)'da Komisyon EERT'ye ilişkin detaylı bir çalışma<sup>45</sup> yapsa da ihlal bulgusu doğrudan testin sonuçlarına dayandırılmamıştır. Kararda Komisyon, iddia konusu indirimlerin doğası gereği rekabeti kısıtladığına ve kötüye kullanmanın tespiti bakımından EERT'ye ihtiyaç olmadığına hükmetmiştir. Anılan kararın yargı sürecinde, ABAD'ın 2017 yılında

---

<sup>37</sup> Case C-280/08P, *Deutsche Telekom v Commission*, EU:C:2010:603.

<sup>38</sup> Case C-52/09 *Konkurrensverket v. Telia Sonera Sverige*, EU:C:2011:83. Kararda etkin rakip ilkesi, marj sıkıştırması davranışının tespitinde bir maliyet ölçütü elde etmek için uygulanmakla kalmamış rekabete aykırı etkilerin tespitinde basitleştirici araç olarak ele alınmıştır (Mandorff ve Sahl 2013, 11).

<sup>39</sup> Case T-336/07, *Telefónica and Telefónica de Espana v Commission*, EU:T:2012:172.

<sup>40</sup> Case C-165/19P, *Slovak Telekom v Commission*, EU:C:2021:239.

<sup>41</sup> Case C-209/10, *Post Danmark A/S v Konkurrenceradet*, EU:C:2012:172

<sup>42</sup> A.g.k. para. 22

<sup>43</sup> A.g.k. para. 36.

<sup>44</sup> Case C-23/14, *Post Danmark A/S v Konkurrenceradet*, EU:C:2015:651 (*Post Danmark II*), para. 61-62.

<sup>45</sup> Bkz. *Intel* (2009), para. 1002-1576.

verdiği kararda<sup>46</sup> ise ABİDA 102'nin amacının daha yüksek fiyatlı, daha az kaliteli ve daha az yenilikçi ürünler sunan etkin olmayan rakipleri korumak olmadığına vurgu yapılmıştır.

Koşullu indirimler ile ilintili olarak Komisyonun *Tomra* kararının dava sürecinde ise temyiz başvurusunda bulunanlar, Rehber'e atıfla dava konusu davranış bakımından iktisadi analize (fiyat-maliyet karşılaştırmasına) başvurulması gerektiğini belirtmişlerdir<sup>47</sup>. ABAD, Komisyon kararının Rehber'in yayımlanmasından önce olduğunu, dolayısıyla itiraz edilen kararın Rehber'in hukuki değerlendirmesi ile ilgisi olmadığını belirterek indirim uygulaması bağlamında fiyat-maliyet ilgisini reddetmiştir<sup>48</sup>.

Komisyonun *Google Android*<sup>49</sup> kararına ilişkin temyiz davasında GM, Google Android'in yaptığı anlaşmaların rekabete aykırı niteliğini göstermek için Komisyonun EERT'yi hatalı uyguladığına, testin parametrelerinin hesaplama hataları içerdiğine ve en az hâkim durumdaki teşebbüs kadar etkin rakiplere karşı rekabet karşıtı pazar kapama etkisinin bulunup bulunmadığına ilişkin tüm koşulların analiz edilmesi gerektiğine hükmetmiştir<sup>50</sup>.

Etkin rakip ilkesinin ve/veya EERT'nin tartışıldığı diğer kararlardan biri, Komisyonun 2018 yılında aldığı *Qualcomm*<sup>51</sup> kararıdır. Komisyon kararda, münhasırlık ödemelerinin<sup>52</sup> değerlendirilmesinde, eşit etkinlikteki rakibin dışlanıp dışlanmadığına ilişkin bir fiyat-maliyet testi yapılmasına gerek bulunmadığını

---

<sup>46</sup> Case C-413/14 P., EU:C:2017:632, para. 133-134. Karar tez kapsamında "ABAD (2017)" olarak anılmaktadır.

<sup>47</sup> Case C-549/10P, *Tomra Systems ASA and Others v Commission*, EU: C: 2012:221, para. 52.

<sup>48</sup> A.g.k. para. 81. Komisyonun, 2006 yılında aldığı kararda Rehber'de yer verilen iktisadi analiz ile tutarlı olmayan bir yöntem neticesinde kötüye kullanma kanaatine varılmıştır (Mandorff ve Sahl 2013). Tomra tarafından temyize taşınan kararda GM'nin, indirimlerin eşit etkinlikteki rakibi dışlayıp dışlamadığına ilişkin bir vurgusu olmamıştır.

<sup>49</sup> Case AT.40099, 18.07.2018. Bu kararda, Google'ın, sahibi olduğu Android uygulamalarını ve hizmetlerini edinmek isteyen orijinal ekipman üreticileri ve Google'ın özel uygulama ve hizmetlerini son kullanıcılara satılan cihazlara yüklemek isteyen mobil ağ operatörleri ile yaptığı, gelir paylaşımı içeren anlaşmalar incelenmiştir.

<sup>50</sup> Case T-604/18 ECLI:EU:T:2022:541 (*Google Android*), para. 798-799.

<sup>51</sup> Case AT.40220, 24.01.2018 (*Qualcomm*). Komisyon, ilgili kararda çipset pazarında hâkim durumda olan Qualcomm'un, 2011-2016 dönemindeki münhasırlık ödemelerini incelemiştir.

<sup>52</sup> *Exclusivity payments*.

belirtmiştir<sup>53</sup>. Anılan Karar, genel itibarıyla, incelemeye konu davranışın etkilerinin vakanın tüm olgusal koşulları ile birlikte değerlendirilmesi gerektiğine hükmedilerek GM tarafından iptal edilmiştir<sup>54</sup>.

Diğer yandan, İtalyan Rekabet Otoritesinin *Unilever* kararında<sup>55</sup>, Unilever'in hâkim durumunu kötüye kullandığı sonucuna varılması sonrasında dava sürecinde ABAD, ilgili otoritenin, Unilever tarafından sunulan ve münhasırlık tesis eden davranışlarının rekabet üzerinde olumsuz bir etkisinin olmadığını gösteren iktisadi kanıtları incelemesi gerektiğine hükmetmiştir<sup>56</sup>.

Yukarıda yer verilen karar örneklerine bakıldığında, dışlayıcı davranışların değerlendirilmesinde etki temelli yaklaşıma ve EERT'ye atfedilen önemin ve yapılan vurgunun arttığı söylenebilecektir. Ayrıca, etkin rakip ilkesinin ve EERT'nin, esas itibarıyla fiyat temelli<sup>57</sup> dışlayıcı davranışlarda uygulama alanı bulduğu ve fiyat ile bağlantılı olmakla birlikte fiyat temelli davranış türüne indirgenemeyecek diğer dışlayıcı davranış türlerinde (koşullu indirim sistemleri gibi)<sup>58</sup> de gündeme gelebildiği görülmektedir. Ancak Rehber'de ise fiyat dışı dışlayıcı davranış türleri olan; münhasırlık anlaşmalarına, bağlama/paket satış ve mal vermenin reddi davranışlarına ilişkin değerlendirmede etkin rakip ilkesine ve EERT'ye değinilmediği görülmektedir. Doğrudan fiyat temelli olan yıkıcı fiyat<sup>59</sup>, marj sıkıştırması<sup>60</sup> davranışlarının değerlendirilmesinde etkin rakip ilkesine vurgu yapılmaktadır<sup>61</sup>.

Netice itibarıyla, karar örnekleri ve Rehber dikkate alındığında, AB rekabet hukukunda EERT'nin Boutin ve Boutin'in (2018, 2) betimlemesiyle, şekil temelli yaklaşımın yalnızca fiyat-maliyet karşılaştırmasına dayanan farklı bir formu olmadığı, belirli dışlayıcı davranışlar sonucunda nasıl ve ne zaman etkin rakiplerin rekabete aykırı şekilde pazardan dışlanabileceğini açıklayan kapsayıcı bir ilke

---

<sup>53</sup> A.g.k. para. 533.

<sup>54</sup> Case T-235/18, ECLI:EU:T:2022:358. Bkz. a.g.k.para. 424-426.

<sup>55</sup> AGCM v. Unilever, 31.10.2017, No:A484. Söz konusu kararda Unilever'in distribütörlerinin ticari politikasına müdahale ederek, distribütörlerini münhasırlığa zorlaması incelenmiştir.

<sup>56</sup> Case C-680/20, EU:C:2023:33, 19.01.2023, para. 62.

<sup>57</sup> *Akzo, Deutsche Telekom, TeliaSonera, Telefónica* kararları.

<sup>58</sup> *Tomra, Intel* kararları.

<sup>59</sup> Bkz. Rehber para. 60.

<sup>60</sup> Bkz. değişiklik öncesi Rehber para. 75-82, değişiklik sonrası Rehber, para. 90.

<sup>61</sup> Rehber, para. 23.

olarak sunulduğu söylenebilecektir. Diğer yandan, indirim sistemlerinde maliyet üstü fiyatlama davranışının da dışlama yaratabileceğine yönelik rekabetçi endişe ışığında EERT, fiyat-maliyet arasındaki ilişkinin dışlayıcı kötüye kullanma davranışı ile bağlantısını kurmak bakımından detaylı bir analiz imkânı sunmaktadır.

Özetle, *Intel* (2009) ile yukarıda örnek verilen diğer kararlara ilişkin süreçte Mahkemelerin değerlendirmeleri testin uygulama ölçütlerindeki hatalara işaret ederek testin uygulamada ne denli karmaşık olduğunu ve ABİDA 102 değerlendirmesinde hataya yol açma riski barındırdığını göstermiştir. Dahası, anılan kararlar, EERT'nin etki temelli yaklaşım bakımından gerekliliğine, sınırlılıklarına ilişkin sorgulama sürecini ivmelendiren bir adım olmuştur. EERT'nin etki temelli yaklaşımda gerekli olduğu kabulünde dahi, testin sınırlılıkların anlaşılması ve aşılması için neler yapılabileceği de ayrıca gündeme gelmiştir.

## 2.2. EŞİT ETKİNLİKTEKİ RAKİP TESTİNİN KAPSAMI

Etkin rakip ilkesinin pratikteki uygulama yöntemi genellikle, ilkenin gözlemlenebilir kanıtlara dayalı bir teste nasıl dönüştürülebildiğine bağlıdır. Dışlayıcı davranışların değerlendirilmesinde uygulayıcıya yardımcı olması için davranışın türüne göre uyarlanan testler geliştirilmiştir (Barbera vd. 2023, 12). Uygulamada, EERT altında farklı matematiksel formüllere dayanan birden çok testten söz edilebilmektedir. Eşit derecede etkin rakibi dışarıda bırakmadığı durumda hâkim durumdaki teşebbüse güvenli liman sağlayan (Ridyad 2014, 125) ve esas itibarıyla fiyat temelli dışlayıcı davranışların incelenmesinde başvurulan bir yöntem olan EERT, ilk olarak Areeda ve Turner (1975) tarafından önerilmiştir<sup>62</sup>.

Fiyat temelli dışlayıcı davranışların yanı sıra fiyat ile ilintili olan koşullu indirimlerin değerlendirilmesi bakımından da EERT, fiyat-maliyet analizi ile güvenli liman oluşturulması gerekçesiyle etki temelli yaklaşıma uygun rekabet hukuku uygulaması gayreti ile gündeme gelmiştir (Ağvaz 2017, 32). Hâkim durumdaki teşebbüs tarafından sunulan indirimlerin (örneğin sadakat indirimleri vb.) değerlendirilmesinde, hâkim durumdaki teşebbüsün indirimler düşüldükten

---

<sup>62</sup> Eşit etkinlikteki rakip kavramının kökleri Posner (1973) ile Areeda ve Turner'a (1975) kadar uzanmaktadır (Barbera vd. 2023, 4).

sonraki fiyatlarının en az hâkim durumdaki teşebbüs kadar etkin rakip tarafından kârlı şekilde telafi edilip edilemeyeceği incelenmektedir. Bu çerçevede, hâkim durumdaki teşebbüs kadar etkin olduğu kabul edilen rakibin hâkim durumdaki teşebbüs ile aynı maliyet yapısına sahip olduğu varsayılmaktadır. Rakiplerin, hâkim durumdaki teşebbüsün indirim uygulamasına aynı şekilde karşılık verebilmeleri için sunmaları gereken etkin fiyatın hâkim durumdaki teşebbüsün (aslında varsayımsal eşit etkinlikteki rakibin) uygun birim maliyetleri ile karşılaştırılmasını içeren (Arıtürk 2011, 27) EERT, indirgemeci bir bakış ile fiyat-maliyet testi olarak görülebilecektir (Makhija vd. 2023, 1-3). Ancak, Boutin ve Boutin'in (2018, 2) de ifade ettiği gibi, Rehber, EERT'yi yalnızca fiyat-maliyet kıyasına dayanan şekil temelli yaklaşımın yeni bir formu gibi değil aksine, kapsayıcı ilkeler bütünü olarak ele almıştır.

EERT'nin kapsamına ilişkin önemli bir nokta da zarar teorisi kurgusuna ilişkindir. Etki temelli yaklaşım, tüketicilere yönelik zarar teorisi kurgusuna odaklanmaktadır. Elbette eşit etkinlikteki rakibe pazarın rekabet karşıtı şekilde kapatılıp kapatılmadığı EERT değerlendirmesinin özünü oluşturmaktadır. Ancak, farklı dışlayıcı davranış türlerinin nihayetinde eşit etkin rakibe ve dolayısıyla tüketiciye aynı zararı vermek bakımından ortak özelliği vardır (Bishop ve Marsden 2006, 2). Ayrıca, katı bir iktisadi perspektiften bakıldığında dahi hâkim durumdaki teşebbüsün rekabeti kısıtlayarak etkin rekabetten kaçınma olasılığı şeklinde ifade edilebilecek temel zarar teorisi tüm dışlayıcı davranış türleri için aynı şekilde geçerli olduğundan, EERT'nin tüm dışlayıcı davranış türleri için uygulanması aynı şekilde geçerli olabilecektir (Ridyard 2014, 141).

Etki temelli yaklaşımda ve EERT'de en az hâkim durumdaki teşebbüs kadar etkin rakibin pazardan dışlanıp dışlanmadığı önemlidir. Bu bağlamda EERT'nin, eşit etkinlikteki rakibe pazarı kapatan bir dışlayıcı davranışın daha az etkin rakibe pazarı kapatan dışlayıcı uygulamaya göre tüketicilere ve rekabete daha fazla zarar vereceği (Makhija vd. 2023, 1) kabulünden hareket ederek tüketici odaklı zarar teorisini dikkate aldığı çıkarımı yapılabilecektir. Netice itibarıyla, EERT'nin gerekliliğine ve uygulanabilirliğine ilişkin değerlendirmelerde tüketici refahı vurgusu dikkate alınmalıdır.

### 2.2.1. EERT’de Başvurulan Parametreler

EERT’nin uygulamada yol açtığı muhtemel sorunları anlayabilmek ve testin gerekliliğini tartışabilmek için öncelikle testte başvurulan temel parametrelerin neler olduğunun ve nasıl hesaplanabildiğinin ortaya konulması gerekmektedir. Ancak, tezin amacı bu parametrelerin hesaplanmasına kılavuzluk etmek olmadığından, EERT’nin pratikte yol açabileceği hesaplama hatalarının dışlayıcı davranışın değerlendirilmesinde yanlış çıkarımlara yol açarak, testi incelenen davranışın tüketici refahı üzerindeki orta ve uzun vadeli etkisini doğru tespit etmekten uzaklaştırabileceğini göstermek üzere, parametrelere ilişkin bilgilere kısaca yer verilecektir. EERT’de en karmaşık teste ihtiyaç duyulan *Intel* (2009) dava sürecinin de gösterdiği üzere, tartışmayı en çok alevlendiren alanın indirim sistemleri olması sebebiyle, tezin bu kısmında ele alınan parametreler, ağırlıklı olarak anılan davranış türüne ilişkin incelemeler özelindedir.

#### 2.2.1.1. Çekirdek Talep

EERT’de diğer parametrelerin doğru değerlendirilebilmesi bakımından en kritik parametre, çekirdek taleptir. Çekirdek talep, alıcının her halükârda hâkim durumdaki teşebbüsten satın alacağı miktarı, diğer bir deyişle alıcının toplam tedarikinin hâkim durumdaki teşebbüsten temin edilmesi beklenen kısmını ifade etmektedir<sup>63</sup>. Kavram, tedarikçinin, müşterinin talebinin bir kısmı için uygun ikamelerin olmamasından kaynaklı, garantili satış tabanı şeklinde de tanımlanabilecektir (Geradin 2008, 16).

Çekirdek talep, yarışılabilir (rekabet edilebilir) pay<sup>64</sup> ile ilintilidir. Hâkim durumdaki teşebbüs kadar etkin bir rakibin hâkim durumdaki teşebbüsün yarışılabilir pay için sunduğu fiyatı ve indirimleri kârlı şekilde karşılayıp karşılayamayacağını incelendiği EERT’de, hâkim durumdaki teşebbüsün rakiplerinin hâkim durumdaki teşebbüsün sunduğu ürünlerin bir alt kümesi olan yarışılabilir ürünler olarak ele alınan ürünler ile rekabet ettiği varsayımında bulunmaktadır (Makhija vd. 2023, 2). Bu bağlamda, bir müşterinin toplam sipariş tutarından zorunlu sipariş tutarı yani çekirdek talebinin çıkartılmasıyla talebin yarışılabilir kısmı için yapılan harcama elde edilmektedir.

---

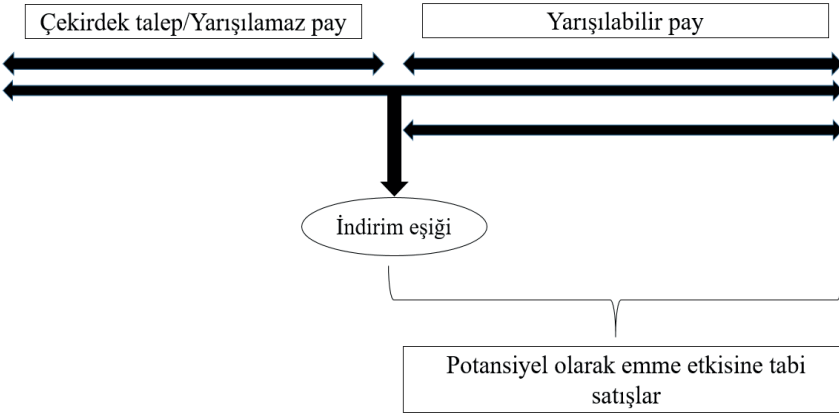
<sup>63</sup> Rekabet Terimleri Sözlüğü, s. 62, <https://www.rekabet.gov.tr/Dosya/geneldosya/rk-terimleri-sozlugu-2018-pdf>, Erişim Tarihi: 15.02.2024, Rehber, para. 39.

<sup>64</sup> *Commercially viable share*.

Arıttürk'ün (2011, 29) belirttiği üzere, teste yönelik itirazların ortak paydası, özellikle tek ürün indirimleri söz konusu olduğunda talebin yarışılabilir kısmının doğru tespit edilemediğine ilişkindir. Nitekim, talebi rekabete açık ve rekabete kapalı olarak ayırt edilebilecek paket ürün indirimlerinden ziyade tek ürün indirimlerinde, ürünün talebinin rekabete açık kısmını belirlemek için dikkate alınması gereken unsurların tespiti güçtür.

İndirim sistemleri özelinde, çekirdek talep ve yarışılabilir pay ilişkisi bir şekil yardımı ile aşağıda gibi gösterilebilecektir:

**Şekil 1:** İndirim Sistemlerinde Çekirdek Talep ve Yarışılabilir Pay İlişkisi



**Kaynak:** Geradin (2008, 16)

Alıcının hâkim durumdaki teşebbüsten yapacağı alımın bir kısmına uygulanan hedef indirimleri emme etkisi<sup>65</sup> nedeniyle rakibin alıcının yarışılabilir talebi için yaşadığı indirim kaybını da telafi etmek için yeterince düşük bir fiyat belirlemek zorunda kalmasına yol açacaktır (Barbera vd. 2023, 16). Nitekim hâkim durumdaki teşebbüs, alıcılarının çekirdek taleplerini, taleplerinin yarışılabilir kısmındaki fiyatı düşürmek için kaldıraç olarak kullanmaktadır<sup>66</sup>.

<sup>65</sup> Suction effect.

<sup>66</sup> Tartışma Metni, para. 153.

Özetle, çekirdek talebin doğru hesaplanmasının EERT'nin doğru sonuç üretebilmesi bakımından kritik koşul olduğu söylenebilecektir<sup>67</sup>. Ağvaz (2017, 33) tarafından da aktarıldığı üzere, EERT, talebin rekabete yarışılabilir ve yarışılmaz kısmının belirlenmesi gibi, yönetilebilirlik ve belirlilik bakımından endişe yaratan zorluklar içermektedir. Nitekim bu zorluklar, parametrelerin ölçümünde dikkate alınacak zaman dilimi ile de ilintilidir. Tezin “*Intel Kararı Çerçevesinde Etki Temelli Yaklaşım ve EERT İncelemesi*” başlığında bu konuya ilişkin detaylı argümanlara yer verilmektedir.

### 2.2.1.2. Etkin Fiyat

Çekirdek talebin doğru tespiti, “etkin fiyat” tespiti ile de ilişkilidir. Etkin fiyat, alıcıların taleplerini ele geçirebilmek amacıyla eşit etkinlikteki rakip tarafından sunulması gereken fiyattır. Rakibin uyması gereken etkin fiyat, hâkim durumdaki teşebbüsün ortalama fiyatı değil, ilgili zaman dilimi üzerinden ve müşterinin başka bir tedarikçiye geçtiğinde kaybedeceği indirim tutarı hariç tutularak hesaplanan liste fiyatıdır<sup>68</sup>. Dolayısıyla, testin uygulanmasında başvuru fiyat parametresinin hâkim durumdaki teşebbüs tarafından sunulan genel fiyatı değil, rekabet edilebilir pay için sunulan net fiyatı ifade ettiği söylenebilecektir.

Hâkim durumdaki teşebbüs tarafından yarışılabilir pay için sunulan fiyat (yarışılabilir pay için net fiyat)<sup>69</sup>, ele alınan maliyetten düşükse eşit etkinlikteki rakip, hâkim durumdaki teşebbüs tarafından sunulan fiyat ve indirimler ile rekabet edemeyecektir (Makhija 2023, 3). Bir başka deyişle, yarışılabilir paya ilişkin hesaplanan etkin fiyat, başvuru maliyetlerden düşükse, etkin rakip müşteriye

---

<sup>67</sup> *Intel* (2009)'un dava sürecinde 2022 yılında GM, Komisyonun çekirdek talebi yanlış hesapladığı sonucuna varmış ve maliyet analizine ilişkin iddiaların ayrıca incelenmesine gerek bulunmadığını ifade etmiştir. Bkz. Case T-286/09 RENV, *Intel Corp. v. European Commission*, EU:T:2022:19. para. 482.

Bu karar, tez boyunca “*GM* (2022)” olarak anılmaktadır.

<sup>68</sup> Rehber, para. 41.

<sup>69</sup> Söz konusu ifade “etkin fiyat” ifadesini karşılamaktadır.

kârlı şekilde satış yapamayacaktır (Lukacs 2010, 7). Yarışılabilir pay için net fiyat<sup>70</sup> aşağıdaki gibi hesaplanabilecektir<sup>71,72</sup>.

- Yarışılabilir pay için net fiyat = birim başına liste fiyatı<sup>73</sup> - yarışılabilir birim başına indirim<sup>74</sup>

EERT’de etkin fiyat, sürekli olarak uzun dönem ortalama artan maliyetin (UDOAM) üzerinde kalırsa EERT, etkin rakiplerin indirimine rağmen etkili şekilde rekabet edebileceklerini göstermektedir. Etkin fiyat, ortalama kaçınılabilir maliyetten (OKM) düşük kaldığında ise indirim sistemi eşit etkinlikteki rakibin rekabetini kısıtlayabilecektir (Boutin ve Boutin 2018, 6).

### 2.2.1.3. Minimum Gerekli Pay

İndirim sistemlerinin değerlendirilmesinde, etkin fiyatın hâkim durumdaki teşebbüsün ortalama toplam maliyetinden (OTM) büyük olması yani eşit etkinlikteki rakibin müşteriye tedarikten hala kâr elde etmesi için müşterinin talebinden en az ne kadar pay alması gerektiğinin, minimum gerekli payın (MGP) da hesaplanması gerekmektedir<sup>75</sup>.

Rakibin, yeterli satış hacmine eriştikten sonra maliyet üzerinde bir fiyat belirleyip hâkim durumdaki teşebbüsün sunduğu indirim seviyesi ile rekabet edebilmesi durumunda, MGP hesaplanmaktadır. MGP, müşterinin eşit etkinlikteki rakipten belli hacimde ürün satın almaktan doğan toplam maliyetinin, ürünlerin tamamını hâkim durumdaki teşebbüsten satın almanın maliyetinden daha düşük olacağı alım payı seviyesini temsil etmektedir<sup>76</sup>. Nihayetinde anılan parametre, maliyet üstü fiyatlandırma davranışının dahi kötüye kullanma teşkil edebileceği noktasında değerlendirme imkânı sunmaktadır.

---

<sup>70</sup> Rakibin, hâkim durumdaki teşebbüs tarafından sunulan fiyat ve indirim ile rekabet edebilmek için sunması gereken fiyattır (Makhija 2023, 4).

<sup>71</sup> Bkz. Makhija (2023, 3).

<sup>72</sup> Bir hesaplama örneği için bkz. Tartışma Metni, para. 154.

<sup>73</sup> Hâkim durumdaki teşebbüsün yarışılabilir pay için uyguladığı liste fiyatı.

<sup>74</sup> Yarışılabilir pay için uygulanan toplam indirim tutarının yarışılabilir birimlerin toplam sayısına bölünmesi ile elde edilmektedir. Bkz. Makhija (2023, 3).

<sup>75</sup> Tartışma Metni, para. 155.

<sup>76</sup> Bu paragraftaki bilgiler, Tartışma Metni, *Intel* (2009) kararındaki Komisyon değerlendirmeleri ışığında yazar tarafından derlenerek sunulmuştur.

EERT’de, hesaplanan MGP, yarışılabilir pay ile karşılaştırılmakta ve MGP’nin yarışılabilir paydan daha büyük olması durumunda eşit etkinlikteki rakibin dahi hâkim durumdaki teşebbüsün indirim uygulamasıyla rekabet edebilir konumda olmadığı değerlendirilmektedir.

Görüleceği üzere, anılan üç parametrenin tespiti, incelemeyi fiyat-maliyet analizinin ötesine taşımakta ve maliyet üstü fiyatlama davranışının dahi dışlayıcı kötüye kullanma olarak değerlendirilebilmesinin önünü açmaktadır.

#### **2.2.1.4. Alternatif Maliyet Ölçütleri**

Yukarıda değinilen üç parametre indirim sistemlerine özgülenebilecekken maliyet, fiyat temelli tüm dışlayıcı davranışlar bakımından başvuru bir değişken olarak ele alınmaktadır. Uygulamada farklı maliyet ölçütlerinden söz edilebilecektir. EERT’de seçilecek maliyet ölçütünün sektör bazlı farklılaşabileceği dikkate alındığında, burada referans gösterilen maliyet bilgilerinin tüm sektörlerde mutlaka geçerli olduğu söylenemeyecektir.

EERT’de farklı maliyet ölçütlerinden hangisinin kullanılacağına yönelik tartışmalar süregelmektedir. Ancak hangi maliyet türünün esas alınacağı belirlense dahi doğru veriye ulaşmanın güç olması, testin uygulanabilirliğini, güvenilirliğini ve teşebbüsler bakımından hukuki belirliliğini etkilemektedir.

En sık kullanılan maliyet ölçütleri: ortalama değişken maliyet (ODM), OKM, UDOAM ve OTM’dir<sup>77</sup>.

ODM, yarışılabilir talebe ilişkin çıktının değil toplam çıktının ortalama maliyetini ölçmektedir (Makhija vd. 2023, 5). Areeda ve Turner’a (1975) göre fiyat maliyet karşılaştırmasında dikkate alınabilecek en iyi maliyet kalemi, ODM’dir (Ağvaz 2017, 3). Başka bir görüşe göre, indirim sonrası fiyat karşılaştırması yapılan bir incelemede ODM, doğru bir ölçüt değildir. Çünkü, teşebbüsün uzun dönemde faaliyetine devam edebilmesi için sabit maliyetlerini de karşılayabiliyor olması gerekmektedir. Nitekim, Economides ve Lianos’un (2009, 42) ifadesiyle rekabet hukukunda, eşit etkinlikteki rakiplerin uzun dönemde faaliyetlerine devam etmelerine engel olan fiyatlama davranışlarına izin verilmemesi gerektiği söylenebilecektir.

---

<sup>77</sup> Maliyet ölçütlerine ilişkin detaylı bilgi için bkz. Özdemir (2009).

OKM, hem değişken maliyetler hem de ürüne özgü sabit maliyetler olmak üzere, hâkim durumdaki teşebbüsün, yarışılabilir payı gösteren çıktıyı üretmemiş olsaydı kaçınabileceği maliyetlerin ortalamasıdır. OKM'nin hesaplanmasında, dışlayıcı fiyatlama döneminden önce zaten batık olan tüm sabit maliyetler göz ardı edilmektedir (Makhija vd. 2023, 5). Ancak, OKM teşebbüsün söz konusu ürünlere ilişkin değişken maliyetlerini ve o ürün partisinin üretilmesi için gereken sabit maliyetlerini içermektedir<sup>78</sup>.

OTM, çıktının yarışılabilir kısmını üretmenin ortalama maliyeti olup söz konusu maliyetler iddia edilen dışlayıcı davranıştan önce gerçekleşmiş olsa dahi tüm sabit maliyetleri içermektedir (Makhija vd. 2023, 5; Özdemir 2009, 38). Tartışma Metninde fiyatın OTM'nin üstünde kaldığı durumda bu tür fiyatlandırmanın yalnızca daha az etkin rakibi dışlayacağı ve davranışın yol açtığı tüketici zararı gösterilmedikçe yıkıcı fiyat olarak değerlendirilemeyeceği belirtilmektedir<sup>79</sup>.

UDOAM, çıktının yarışılabilir kısmını üretmenin ortalama maliyetidir. OKM'den farklı olarak UDOAM, dışlayıcı davranıştan önceki batık maliyetler dâhil ürüne özgü tüm sabit maliyetleri içermektedir (Makhija vd. 2023, 5).

Sunulan bilgiler ışığında, EERT'de başvurulmuş maliyet ölçütünün hâkim durumdaki teşebbüs lehine olup olmadığı maliyet ölçütünün türüne göre farklılık arz edebilecektir<sup>80</sup>. Yukarıda yer verilen tüm maliyet ölçütleri EERT'nin etki temelli yaklaşımdaki rolüne ve gerekliliğine ilişkin çıkarımda bulunabilmek adına bütüncül olarak değerlendirildiğinde öncelikle söylenebilecek söz, her bir maliyet ölçütünün vaka bazlı farklı şekilde ele alınabilecek olmasıdır. Ayrıca, Makhija vd. (2023) tarafından da ifade edildiği üzere hâkim durumdaki teşebbüs, her zaman ODM, OKM, UDOAM ve OTM ölçütlerine karşılık gelen maliyet verilerini tutmayacak, bu durum EERT'de başvurulmuş maliyet ölçütündeki verilerin yanlış olmasına dolayısıyla EERT'nin yanlış şekilde uygulanmasına yol açabilecektir. Bu değerlendirmeler, EERT'nin uygulamada yaratacağı güçlüğü işaret etmekte ve sınırlılıkları bakımından testin etki temelli analiz çerçevesindeki rolünü sorgulatmaktadır.

---

<sup>78</sup> Arıtürk (2011), dipnot 21.

<sup>79</sup> Tartışma Metni, para. 127.

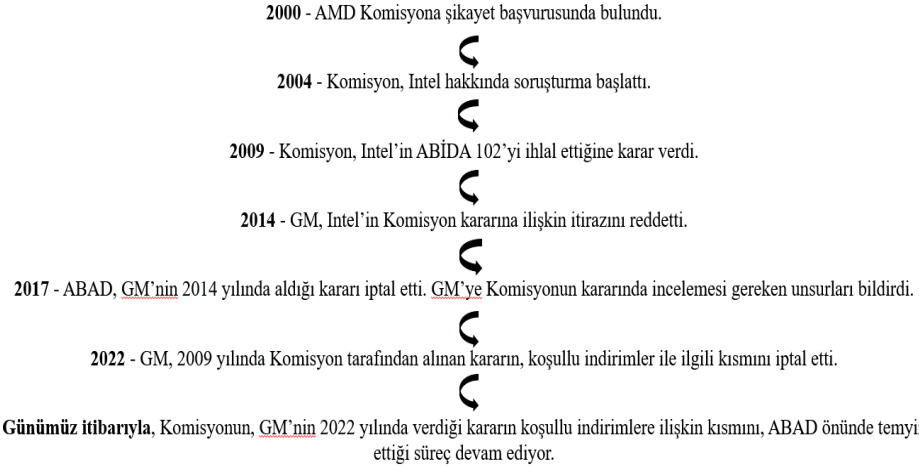
<sup>80</sup> Detaylı bilgi için bkz. Makhija (2023, 5).

Özetle, EERT'nin genel itibarıyla çekirdek talep, yarışılabilir pay, MGP, etkin fiyat ve alternatif maliyet ölçütleri temelinde değerlendirme içerdiği, uygulamada fiyat-maliyet karşılaştırması ön plana çıkmakla birlikte incelenen davranış türü bakımından diğer parametrelerin de en az hâkim durumdaki teşebbüs kadar etkin rakiplere pazarın rekabet karşıtı şekilde potansiyel olarak kapatılıp kapatılmadığının ve nihayetinde rekabeti kısıtlayıcı etki doğup doğmadığının ortaya konması bakımından önem arz ettiği söylenebilecektir.

### 2.2.2. Intel Kararı Çerçevesinde Etki Temelli Yaklaşım ve EERT İncelemesi

EERT'nin gerekliliğine ve sınırlılıklarına ilişkin sorgulamada Komisyonun *Intel* (2009) kararı kapsamında EERT'nin ve dolayısıyla teste parametrelerin nasıl ele alındığının da incelenmesi gerekmektedir. Nitekim, karar ve karara ilişkin yargı süreci hem EERT'ye ilişkin detaylı bir analiz sunmakta hem de testin etki temelli yaklaşım bakımından yaratacağı sorunlara ve EERT'nin gerekliliğine ilişkin sorgulamaya projeksiyon tutmaktadır. *Intel* (2009)'a ilişkin dava süreci bir şekil yardımı ile aşağıdaki gibi özetlenebilecektir.

#### Şekil 2: *Intel* (2009) Kararına İlişkin Süreç<sup>81</sup>



**Kaynak:** [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip\\_23\\_4570](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_23_4570) Erişim Tarihi: 24.02.2024.

<sup>81</sup> Komisyonun, GM'nin 2022 yılında verdiği kararın koşullu indirimlere ilişkin kısmını ABAD önünde temyiz ettiği süreç, tezin teslim tarihinden sonra sonuçlanmış; ABAD söz konusu başvuruyu reddederek GM kararını onamıştır.

*Intel* (2009)'da iki iddia ele alınmıştır. İlki, *Intel*'in bilgisayar üreticilerine, x86 tabanlı mikroişlemcilerinin tamamını ya da tamamına yakını *Intel*'den almaları koşuluyla indirim vermesi, ikincisi *Intel*'in bilgisayar üreticisi teşebbüslere Advanced Micro Devices (AMD) tabanlı ürünlerin pazarlanmasını geciktirmeleri, iptal etmeleri, kısıtlamaları için ödeme yapmasıdır<sup>82</sup>. EERT bakımından tezde üzerinde durulan davranış, ilk iddiaya konu indirimlerdir.

Komisyon, *Intel*'in uyguladığı koşullu indirimlere ilişkin incelemesinde EERT'yi detaylı şekilde uygulamıştır. Kararda, hâkim durumdaki teşebbüs tarafından karşılanan siparişlerin yarışılabilir kısmını elde etmeye çalışan etkin bir rakibin, müşterinin, münhasırlık koşulunda öngörülenden daha küçük bir kısmını hâkim durumdaki teşebbüsten satın alması halinde, kaybedeceği indirimi müşteriye tazmin etmesi gerektiği ön kabulünden yola çıkılarak *Intel*'in dışlayıcı davranışı incelenmiştir<sup>83</sup>.

Genel itibarıyla *Intel* (2009)'da EERT'de başvuru parametreleri;

- Her bir müşterinin talebinin bir kısmını *Intel*'den başka tedarikçiye kaydırduğunda vazgeçeceği *Intel* indirimlerinin toplam parasal tutarını,
- Varsayımsal eşit etkin bir rakibin, müşterilerin vazgeçtiği indirimleri telafi edecek, ancak yine de maliyetin üzerinde olacak bir fiyatla sunması gereken mikroişlemci sayısını (MGP),
- MGP'nin yarışılabilir mikroişlemci sayısından daha fazla olup olmadığını içermektedir (Boutin ve Boutin 2018, 7)<sup>84</sup>. İlâveten, etkin fiyat ile maliyetin kıyaslanmasına ilişkin değerlendirmelere de yer verilmektedir<sup>85</sup>. Özetle, *Intel*'in ekonomi danışmanı tarafından sunulan formül üzerinden hareket eden Komisyonun, müşterinin talebinin yarışılabilir kısmı, ilgili zaman dilimi<sup>86</sup>, etkin rakip için uygulanabilir ilgili maliyet ölçütü parametrelerine başvurduğu söylenebilecektir.

---

<sup>82</sup> *Naked restrictions*.

<sup>83</sup> Case T-286/09, *Intel Corp. v. European Commission*, EU:T:2014:547, para. 141 (Bu karar, tez boyunca “GM (2014)” olarak anılmaktadır.), GM (2022), para. 153.

<sup>84</sup> Detaylı bilgi için bkz. *Intel* (2009).

<sup>85</sup> Değerlendirme örneği için bkz. *Intel* (2009), para. 1564-1565.

<sup>86</sup> Yarışılabilir payın tespitinde müşterinin tedarikçisini değiştirip değiştirmeme kararını dayandırdıkları zaman aralığı.

Kararda Intel'in koşullu indirim uygulamasında, müşterinin talebinin yarışılabilir kısmını güvence altına almak için müşterinin talebinin yarışılmaz kısmını kaldıracağı olarak kullanıldığı belirtilmektedir<sup>87</sup>. Öte yandan, indirim seviyesi göz önünde bulundurularak, alıcının indirimden faydalanmasına izin verilmesi halinde, ilgili bir alım aralığında alıcı için etkin fiyatın ne olduğunu belirlemek gerekmiştir. Komisyon, genel kural olarak etkin fiyatın maliyet ölçütünün altında kalması halinde indirim sisteminin eşit etkinlikteki rakipleri pazardan dışlayacağı sonucuna varılabileceğini ifade etmiştir<sup>88</sup>.

Her ne kadar Komisyon tarafından detaylı EERT yapılmış olsa da ihlal tespiti EERT bulgularına dayandırılmamıştır. Netice itibarıyla, Intel'in mikroişlemci pazarındaki hâkim durumunu koşullu indirim sistemi ve bilgisayar üreticilerine AMD tabanlı bilgisayarların satışını geciktirmeleri, iptal etmeleri, kısıtlamaları maksadıyla yaptığı ödemeler aracılığıyla kötüye kullandığına hükmedilmiştir.

Akabinde, Intel, indirim sisteminin potansiyel pazar kapama etkisinin ortaya konulmasında EERT önemli ve tek kanıt olmasına rağmen, Komisyonun testin hukuki değerlendirmenin bir parçasını oluşturduğunu reddettiği, ayrıca EERT'yi hatalı uyguladığı iddiaları<sup>89</sup> ile GM'ye itirazda bulunmuştur. GM, içtihadattan verdiği örnekler ışığında<sup>90</sup> münhasırlık indirimlerinin potansiyel rekabet karşıtı etkilerinin EERT aracılığıyla gösterilmesinin kötüye kullanma tespiti bakımından gerekli olmadığına hükmetmiş<sup>91</sup> ve Intel'in itirazını reddederek Komisyonun kararını onamıştır.

GM (2014) kararının üzerine Intel konuyu ABAD'a taşımış, 2017 yılında ABAD, Intel'in itirazını kabul etmiş ve ABİDA 102'nin amacının etkin olmayan rakipleri korumak olmadığını belirterek<sup>92</sup> etkin rakip ilkesini kabul etmiştir. Kararda, hâkim durumdaki teşebbüsün, davranışının rekabet karşıtı pazar kapama yaratmadığına/rekabeti kısıtlamadığına ilişkin destekleyici delillere dayanarak beyanda bulunması halinde Komisyonun indirim sisteminin en az hâkim durumdaki teşebbüs kadar etkin rakibe pazarı kapatacak bir stratejinin parçası

---

<sup>87</sup> Intel (2009), para. 1005.

<sup>88</sup> Intel (2009), para. 1006.

<sup>89</sup> GM (2014), para. 140.

<sup>90</sup> A.g.k. para. 144.

<sup>91</sup> GM (2014), para. 146, 151.

<sup>92</sup> ABAD (2017), para. 133.

olup olmadığını değerlendirmesi gerektiği belirtilmiştir<sup>93</sup>. Ayrıca, kararda, GM'nin, Komisyonun pazar kapamaya ilişkin bulgularının geçerliliğini sorgulamaktan sorumlu olduğu ifade edilmiştir<sup>94</sup>. Nihayetinde ABAD, Komisyonun kararı incelendiğinde, indirim sisteminin etkin rakiplere yönelik rekabet karşıtı pazar kapama yaratıp yaratmadığının değerlendirilmesinde ihlal tespiti bakımından EERT'nin önemli bir rolü olduğunun anlaşıldığına hükmetmiş<sup>95</sup> ve *GM* (2014)'ü iptal etmiştir.

*ABAD* (2017)'nin dışlayıcı davranışın değerlendirilmesinde başvurulacak metoda ilişkin açıklık getirdiği söylenebilecektir. Karar, Rehber'in ortaya koyduğu EERT'yi dışlayıcı davranışların değerlendirilmesinde kapsayıcı şekilde sunmaktadır. Ayrıca, incelenen teşebbüsün, davranışının rekabeti kısıtlama ve özellikle de iddia edilen rekabet karşıtı pazar kapama etkisi yaratma kapasitesine sahip olmadığına ilişkin kanıt sunabileceğine ilişkin açıklık getirildiği görülmektedir (Boutin ve Boutin 2018, 1).

*ABAD*'ın kararı üzerine, 2022 yılında verdiği kararda *GM*, *Intel* (2009) kararında *Intel*'in sadakat artırıcı koşullu indirimlerinin pazar kapama etkisinin tespiti bakımından EERT'nin uygulama ölçütlerinde hatalar bulunduğu, dolayısıyla hatalı şekilde ihlal kanaatine varıldığına ve netice itibarıyla kararın *Intel*'in sadakat artırıcı koşullu indirimleri bakımından iptaline hükmetmiştir. *GM* (2022)'nin dayanak noktalarını anlayabilmek bakımından Komisyonun EERT'ye ilişkin argümanlarına ve *GM*'nin bu bağlamdaki değerlendirmelerine aşağıda yer verilmektedir.

Komisyon öncelikle, herhangi bir dönemde bir müşterinin siparişlerinin ne kadarının yarışılabilir paya aktarılacağını belirlemiştir. Ancak bu aşamada dikkat edilmesi gereken, müşterinin talebinin tamamının herhangi bir zamanda yarışılabilir olmamasıdır<sup>96</sup>. *Intel* (2009)'da *Intel*'in ekonomi danışmanı tarafından sunulan, yarışılabilir pay hesabı için zaman diliminin nerede başlatılacağına ilişkin değerlendirme içeren senaryolar<sup>97</sup>, EERT'de yarışılabilir payın doğru

---

<sup>93</sup> A.g.k. para. 138-139.

<sup>94</sup> A.g.k. para. 141.

<sup>95</sup> A.g.k. para. 143.

<sup>96</sup> Yarışılabilir pay ve müşterinin talebini etkileyen unsurlar arasındaki ilişki için bkz. *Intel* (2009), para. 1010.

<sup>97</sup> Konuya ilişkin detaylı bilgi için bkz. *Intel* (2009), para. 1216-1217.

hesaplanabilmesi bakımından zaman diliminin önemine işaret etmektedir. Bir müşterinin tedarikçisini değiştirip değiştirmeme konusundaki kararında dikkate alacağı ilgili zaman dilimi, yarışılabilir payın (dolayısıyla çekirdek talebin) belirlenmesi bakımından zaman kısıtı getirmektedir.

İlaveten, *Intel* (2009) bakımından dikkat çeken bir husus, müşterinin talebinin yarışılabilir kısmının tespitinde müşterinin alım politikasını etkileyecek indirimlerin, hâkim durumdaki teşebbüs tarafından ne zamandan itibaren kısılmaya başlandığıdır. Nitekim Komisyon, kararda yarışılabilir payın dikkate alınacak zaman dilimine bağlı olduğuna çünkü kısa vadede bir bilgisayar üreticisinin alımlarının büyük bir kısmı için tedarikçi değiştirmesini engelleyen bir dizi parametrenin daha uzun bir zaman diliminde nispeten daha az kısıtlayıcı olabileceğine vurgu yapmıştır<sup>98</sup>.

EERT’de Komisyon, Intel’in indirimlerinin dışlayıcı etkisini değerlendirmek için kıyaslama noktası olarak OKM’yi kullanmıştır. Dikkate alınan maliyet ölçütüne hangi verilerin dâhil edileceğine ilişkin çeşitli değerlendirmelere kararda yer verilmiştir<sup>99</sup>. Komisyonun ve Intel’in OKM’yi yansıtacak maliyet kalemleri bakımından farklı değerlendirmelerde bulunması, EERT’nin pratikteki zorluğuna, sağlıklı veri temini bakımından içerdiği sınırlılıklara işaret etmektedir.

Uygulanan maliyet ölçütü ile fiyatın karşılaştırması neticesinde yalnızca fiyatın maliyetin altında kaldığı durumda değil, üzerinde bir noktada gerçekleşmesi halinde de indirim sisteminin rekabet karşıtı pazar kapamaya/dışlayıcı etkiye yol açacağı söylenebilecektir. Nitekim, Intel’in ekonomi danışmanı da, OKM’yi aşan bir fiyatın belli koşullar altında pazar kapama etkisi yaratabileceğini vurgulamıştır<sup>100</sup>. Öte yandan, maliyet üstü fiyatlama davranışının değerlendirilmesine alan açan bir ölçüt olarak, Komisyon Kararda MGP’yi belirlemiş ve uygun zaman diliminde müşterinin

<sup>98</sup> *Intel* (2009), para. 1013.

<sup>99</sup> Bir teşebbüsün hangi maliyet kalemlerinin OKM olarak ele alınacağı kritiktir. Komisyon, Intel’in argümanlarının aksine OKM için satılan ticari malların maliyetini dikkate almıştır ve kaçınılabilir maliyet unsurlarının bazı kalemlerinin pazarlama, genel ve idare giderlerine dâhil edilebileceğini belirtmiştir. Bkz. *Intel* (2009), para. 1043. Intel ise OKM tahmininde doğrudan mikroişlemci üretimine atfedilebilecek harcamaların OKM’ye dâhil olduğunu ancak ar-ge, pazarlama ile genel ve idare giderlerinin dâhil olmadığını ifade etmiştir. *Intel* (2009), para. 1041. Detaylı bilgi için bkz. *Intel* (2009), para. 1036-1143.

<sup>100</sup> *Intel* (2009), para. 1038.

gereksinimlerinin ne kadarının yarışılabilir olduğuna ilişkin tahminle karşılaştırmıştır<sup>101</sup>.

Komisyunun EERT'ye ilişkin uygulama ölçütlerine değinildikten sonra bütünlük adına GM'nin 2022 yılında hangi gerekçe ile EERT'nin kusurlu uygulandığı sonucuna vardığına aşağıda kısaca yer verilmektedir. *GM* (2022)'de, *Intel* (2009)'da kusurlu uygulandığı iddia edilen EERT'de genel itibarıyla yarışılabilir pay, indirimlerin şarta bağlı kısmı ve maliyet kalemleri üzerinde durulmuştur.

GM, yarışılabilir payın hesaplanmasında Komisyunun başvurduğu yöntemin, Intel'in indirimlerinin ilgili dönem boyunca pazar kapama etkisi yaratabileceğini göstermediğini kabul etmiştir<sup>102</sup>. GM tarafından oldukça ayrıntılı değerlendirmeler<sup>103</sup> sunulmuş olmakla birlikte iptal kararında en kritik argüman, yarışılabilir payın yanlış tespit edildiğine ilişkin olmuştur. Nitekim, yarışılabilir paya ilişkin yaptığı değerlendirmeler ışığında GM, Komisyunun EERT'de yarışılabilir payı doğru tespit edemediğine, EERT'nin hatalar içermesi nedeniyle geçersiz olduğuna, dolayısıyla Intel'in maliyet kalemlerine ilişkin sunduğu itirazların değerlendirilmesine dahi gerek bulunmadığına, Intel'in, Komisyunun EERT'yi hatalı uyguladığına ilişkin itirazının kabul edilmesi gerektiğine hükmetmiştir<sup>104</sup>. Sonuçta Mahkeme, *Intel* (2009)'da EERT'nin kusurlu uygulandığına ilişkin değerlendirmeleri neticesinde kararın koşullu indirimlere ilişkin kısmını iptal etmiştir.

Özetle, *Intel* (2009)'un yargı sürecinde GM'nin argümanları, etki temelli yaklaşımda EERT'nin uygulamada yol açabileceği sorunlara yönelik gösterge niteliktedir. Yapılabilecek çıkarımlardan biri, yarışılabilir payın yanlış hesaplanmasının EERT uygulamasını temelden etkileyebileceğidir. Ayrıca, *Intel* (2009)'a özgülenmeksizin genel olarak, fiyat-maliyet kıyasında başvuru maliyet ölçütünün seçiminde ve hesaplanmasında yapılacak hatanın dışlayıcı

---

<sup>101</sup> Detaylı bilgi için bkz. *Intel* (2009), para. 1002-1576.

<sup>102</sup> *GM* (2022), para. 276.

<sup>103</sup> Kararda EERT'ye ilişkin Komisyunun ve başvuranın argümanlarına oldukça detaylı yer verilmektedir. Ancak, bu değerlendirmeler tezin kapsamını aştığından burada yalnızca GM'nin, EERT'nin kusurlu uygulandığına referans gösterdiği en kritik parametreye değinilmesi ile yetinilmiştir.

<sup>104</sup> *GM* (2022), para. 482.

davranışın rekabet karşıtı pazar kapama etkisini ve nihayetinde tüketici zararını ortaya koymak bakımından yanlış değerlendirmelere yol açabileceği söylenebilecektir. Dahası, maliyet ölçütünde dikkate alınacak kalemlerin ise uygulamada her zaman doğru tespit edilebilmesinin de çok güç olacağını söylemek hatalı olmayacaktır.

### 2.3. FİYAT DIŞI DIŞLAYICI DAVRANIŞLAR BAKIMINDAN EERT'NİN UYGULANABİLİRLİĞİ

2000'li yılların başından günümüze bir dizi vakada etkin rakip ilkesine değinilmekle birlikte, Rehber'de fiyat temelli ve fiyat dışı dışlayıcı davranışlar bakımından yapılan ayırım<sup>105</sup> ışığında, EERT yalnızca ilkinde uygulanmıştır<sup>106</sup> (Barbera vd. 2023, 18). Nitekim Tartışma Metninde de fiyat temelli ve fiyat dışı dışlayıcı davranışların benzer pazar kapama etkilerine yol açabileceği<sup>107</sup> belirtilmiş ancak fiyat dışı dışlayıcı davranışlar bakımından farklı bir teorik çerçeve geliştirilmiştir (Lianos 2009, 4).

Bu bağlamda, rekabetin kısıtlanmasında ve nihayetinde tüketici zararının ortaya çıkmasında Komisyon, incelemelerinde dışlanan rakibin niteliğine vurgu yapmakta ve fiyat-maliyet kıyası içeren EERT, bir etkinlik filtresi olarak işlemektedir (Lianos 2009, 1). İlk bakışta testin bir fiyat-maliyet kıyası içermesi nedeniyle fiyat dışı dışlayıcı davranışlar bakımından uygulanabilirliğinin güç olduğu söylenebilecekse de, Barbera vd.'nin (2023, 8) de ifade ettiği üzere, EERT'nin prensip olarak fiyat dışı dışlayıcı davranışlar (kendini kayırma<sup>108</sup>, paket satış vb.) bakımından da geliştirilmemesi için bir neden yoktur<sup>109</sup>. Diğer yandan, etki temelli yaklaşım bakımından öne çıkan hususun “*etkin rakip ilkesi*” olduğu gerçeğinde, fiyat dışı dışlayıcı davranışların değerlendirilmesinde etkin rakip ilkesinin matematiksel uzantısının her zaman EERT olmayabileceği söylenebilecek, dolayısıyla EERT'nin her zaman uygulanabilir olup olmadığı tartışılabilecektir.

---

<sup>105</sup> Söz konusu ayırım, Barbera vd. (2023, 6) tarafından “*yapay ayırım*” şeklinde betimlenmektedir.

<sup>106</sup> Bkz. Rehber (2009), para. 25-27.

<sup>107</sup> Tartışma Metni, para. 62.

<sup>108</sup> *Self-preferencing*

<sup>109</sup> Fiyat dışı dışlayıcı davranış olan kendini kayırmada etkin rakip ilkesine dayalı analiz, tezin “*DİJİTAL PİYASALARDAKİ DIŞLAYICI DAVRANIŞLAR BAKIMINDAN EERT'NİN UYGULANABİLİRLİĞİ*” başlığında ele alındığından konuya burada ayrıca yer verilmemiştir.

Bir fiyat dışı dışlayıcı davranış örneği olarak bağlama/paket satış uygulaması neticesinde, eşit etkinlikteki rakibin, pazardan dışlanıp dışlanmadığı sorusu, prensip olarak pakete dâhil edilen çeşitli ürünler için artan fiyatlar ile artan maliyetlerin karşılaştırılması yoluyla, değerlendirilebilecektir (Mandorff ve Sahl 2013, 15). Diğer yandan, bağlama/paket satış uygulamasında, paketteki tüm ürünleri üretmeyen bir rakibin eşit etkin rakip olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceğinin açık olmadığı durumlarda testin uygulanması sorun yaratabilecektir (Gaudin ve Mantzari 2022, 127).

Ancak, EERT'nin basit bir fiyat-maliyet kıyaslamasına indirgenemeyecek ölçekte olması ve farklı parametrelere daha önce yapılan vurgular dikkate alındığında, bağlama/paket satış uygulamasında başvurulabilecek yöntemin gerçekten EERT'yi yansıtıp yansıtmayacağı da sorgulamaya açıktır. Eşit etkinlikteki rakibe yönelik rekabet karşıtı pazar kapamanın ortaya çıkıp çıkmadığının tespitinde önemli bir parametre olarak çekirdek talebin tespiti, esasen rakip teşebbüsler için pazarın ne kadarlık kısmının yarışılabilir olduğunu göstermektedir. Dolayısıyla, bağlama/paket satış davranışının maliyet altı fiyat ortaya çıkarıp çıkarmadığına ilişkin değerlendirmeye geçmeden önce davranışın yarışılabilir pay üzerindeki etkisinin ortaya konulması önemlidir. Ayrıca, Mandorff ve Sahl'in (2013, 15) tespit ettiği üzere, bağlanmamış/paketlenmemiş ürünlerin fiyatını bilmek, bağlanmış/paketlenmiş ürünler için hesaplanacak artan fiyatı türetmek bakımından gereklidir. Ancak, söz konusu fiyatın ne olacağını ortaya koymanın bir yolu yoktur.

Fiyat dışı dışlayıcı davranışın bir örneği de münhasır anlaşmalardır. Münhasır satın alma yükümlülükleri ilke olarak, koşullu indirimlere benzer yöntemler ile değerlendirilebilecektir (Mandorff ve Sahl 2013, 15). Nitekim Rehber, münhasırlık veya koşullu indirimler yoluyla rakip teşebbüslerin ilgili müşterilere yani pazara erişimini engelleyebileceğine değinerek<sup>110</sup> anılan davranış tipleri arasındaki örtüşmeyi de vurgulamaktadır. Bu çerçevede, hâkim durumdaki teşebbüsün alıcılarına münhasır satın alma yükümlülüğü getirmesi neticesinde en az hâkim durumdaki teşebbüs kadar etkin rakibin hesaplanacak etkin fiyatlar karşısında kârlı şekilde ticaretine devam edip edemediği değerlendirilebilecektir. Bu bağlamda, ilgili fiyat dışı davranışlar bakımından ilkenin ve EERT'nin

---

<sup>110</sup> Rehber, para. 32.

uygulanması önünde engel bulunmamakla birlikte, doğru bir değerlendirme açısından yeterliliğinin tartışmalı ve yönetilebilir şekilde uygulanabilirliğinin zor olduğu (Mandorff ve Sahl 2013, 16) söylenebilecektir.

Bu çerçevede, söz konusu dışlayıcı davranışın koşullu indirimlere benzer yöntemler ile değerlendirilebilecek olması bakımından *Intel* (2009) ışığında bir tartışmaya yer verilebilecektir. Nitekim, Komisyonun şartlı indirimler bakımından başvurduğu EERT'nin uygulama ölçütlerindeki hatalar kararın iptaline yol açmıştır.

Testin ele alınan parametrelerinin çizdiği sınır ve güvenilir veri temini konusundaki kısıtları EERT'nin işler şekilde uygulanabilirliğini sekteye uğratabilmektedir. Benzer bir durum münhasır satın alma yükümlülükleri bakımından da görülebilecektir. Fiyat esaslı parametreler içeren testin fiyat temelli dışlayıcı davranış bakımından yönetilebilir şekilde uygulanmasında görülebilecek zorluğun fiyat dışı dışlayıcı davranışlar bakımından da ortaya çıkması riski çok yüksektir.

Mal vermenin reddi davranışında ise eşit etkinlikteki rakibi dışlama potansiyelinin bulunup bulunmadığını değerlendirmek mümkün olmakla birlikte etkin rakip ilkesi, hâkim durumdaki teşebbüsün rakiplerinin öngörülebilir bir gelecekte söz konusu unsuru etkin bir şekilde tekrar oluşturup oluşturamayacaklarının detaylı analiziyle ele alınabilecektir (Mandorff ve Sahl 2013, 16).

Fiyat dışı dışlayıcı davranışların değerlendirilmesinde testin uygulanabilirliğinden ziyade, etki temelli yaklaşımda ister fiyat temelli ister fiyat dışı olsun, dışlayıcı davranışlar bakımından ortak paydayı temsil eden etkin rakip ilkesinin nasıl işletileceği önem kazanmaktadır. Özetle, EERT'de başvuru kimi parametrelerin (çekirdek talep, yarışılabilir pay vb.) fiyat dışı dışlayıcı davranışlar bakımından nasıl ele alınacağını dahası ele alınıp alınmayacağını ortaya koyan bir çalışmanın yokluğunda, tez kapsamında aktarılan bilgiler ışığında etkin rakip ilkesinin fiyat dışı dışlayıcı davranışların değerlendirilmesinde uygulanabilir olduğu söylenebilecektir. Nitekim Akman'ın (2024, 24) da ifadesiyle, münhasırlık/sadakat indirimleri de dâhil olmak üzere, davranışın niteliği fiyat temelli olsun veya olmasın tüm dışlayıcı davranış türleri bakımından ihlal tespitinde, incelenen davranışın en az hâkim durumdaki teşebbüs kadar etkin

rakibe pazarı rekabete aykırı şekilde kapatıp kapatmadığının tespiti esastır. Dolayısıyla, fiyat dışı dışlayıcı davranışların değerlendirilmesinde de öne çıkan kavram etkin rakip ilkesidir. Ancak, EERT'nin fiyat dışı dışlayıcı davranış bakımından uygulamada işlevselliğinin yüksek olmadığı sonucuna ulaşılmaktadır.

#### **2.4. DİJİTAL PİYASALARDAKİ DIŞLAYICI DAVRANIŞLAR BAKIMINDAN EERT'NİN UYGULANABİLİRLİĞİ**

Gün geçtikçe yaygınlığı ve önemi artan ve rekabet hukuku uygulamalarına daha sık konu olan dijital ekonomi, piyasanın kendine özgü dinamiklerinden dolayı geleneksel düzenlemelerin ötesinde düzenlemeler gerektirmektedir. Nitekim dijital ekonomi, AB rekabet hukukunun uygulanmasında yeni zorluklar yaratmıştır (Botta ve Wiedemann 2019, 11). Ancak, bu zorluklar karşısında rekabet hukukunun hedeflerinin değil analitik araçlarının değiştirilmesi ile dijital çağın gerekliliklerine uyum sağlanması yönünde adımlar atılmıştır (Köhler 2021, 199).

Literatürde dijital piyasalar bakımından yapılacak kötüye kullanma değerlendirmesinde EERT'nin uygulanabilirliğini doğrudan konu alan bir çalışmadan bahsedilemese de, tezin bütünlüğünün sağlanması bakımından bu alandaki tartışmalara ve değerlendirmelere kısaca yer verilmiştir. Bu bağlamda, bazı kararlar ışığında konuya dair çıkarımlarda bulunulabilmektedir.

Literatürde dijital platformların sunduğu yeni iş uygulamalarının tüketicilerin refahı üzerindeki etkisi, iktisadi teoriler ekseninde analiz edilmektedir<sup>111</sup>. Dolayısıyla etki temelli yaklaşım dijital pazarlar için de geçerli olduğundan, dijital piyasalara yönelik ABİDA 102 incelemelerinde etkin rakip ilkesi ile EERT'nin rolüne değinilmesi gerekmektedir.

Dijital ekonomide dışlayıcı davranışların yarattığı rekabet karşıtı etkinin analizinde pazarın yapısı, dışlamanın ne şekilde ortaya çıkabileceği ve tüketici refahını nasıl etkilediği önemlidir. Ancak, söz konusu pazarlarda sürekli yeni zarar teorileri gündeme geldiğinden bu pazarlarda görülebilecek olası tüm dışlayıcı davranışlar bilinemeyecek olup, literatürdeki çalışmalar ve Komisyonun

---

<sup>111</sup> Bkz. Botta ve Wiedemann (2019).

güncel bir kararı ışığında, EERT'nin dijital piyasalarda uygulanabilirliğine ilişkin çıkarımlara yer verilmektedir.

Gün geçtikçe büyüyen veri ağı ile daha çok gündemde olan sosyal medya platformları, ABİDA 102 kapsamında davalara konu olmaktadır. EERT'nin uygulama ölçütleri dikkate alındığında söylenebilecek ilk söz, söz konusu platformlar tarafından gerçekleştirilen dışlayıcı davranışın kötüye kullanma teşkil edip etmediğinin tespitinde en az hâkim durumdaki teşebbüs kadar etkin rakibin tespitinin fiziki pazarlara kıyasla daha karmaşık olduğudur. Ayrıca, dışlayıcı davranışın incelenmesinde tüketici refahı bakımından zarar teorisinin nasıl ele alınacağı da ayrıca karmaşık ve önemli bir konudur.

Alman Rekabet Otoritesinin, Facebook'un üçüncü taraf kaynaklardan kişisel verileri toplamak suretiyle hâkim durumunu kötüye kullandığını değerlendiren kararında<sup>112</sup> Facebook'un davranışının rekabete aykırı etkilerinin değerlendirilmesinde ABİDA 102 çerçevesinde dışlayıcı etkilerin ortaya konulması gerekip gerekmediği tartışmaya konu olmuştur<sup>113</sup>. Bu bağlamda, Köhler'e (2021, 208) göre, teşebbüsün hâkim durumu, reklam pazarında rekabeti ortadan kaldıracı fiyatlar veyahut **etkin bir rakibin** rekabetini ortadan kaldıracı nitelikteki hizmetler nedeniyle, hâkim durumdaki teşebbüse sunabileceği miktarda ve kalitede veri toplamasına olanak sağlıyorsa, rakibin veriye erişiminin kısıtlanması kötüye kullanma olarak nitelendirilebilecektir.

Etkin rakip ilkesi ve potansiyel olarak test, dijital ekonomide karşılaşılan ve kendini kayırma<sup>114</sup> olarak ifade edilebilecek fiyat dışı dışlayıcı davranışa uygulanabilecektir (Barbera vd. 2023, 19). Bu bağlamda, Komisyonun Google'ın arama hizmetlerine yönelik *Google Shopping*<sup>115</sup> kararına ilişkin dava süreci yol göstericidir.

---

<sup>112</sup> Case B6-22/16, German Competition Authority, 06.02.2019.

<sup>113</sup> Detaylı bilgi için bkz. Köhler A. (2021).

<sup>114</sup> Genellikle dijital platformların sahip olduğu pazar gücüyle ilişkilendirilen yeni bir tür kötüye kullanma davranışı olan "*Self-preferencing*", hâkim durumdaki teşebbüsün hâkim durumda olduğu pazardaki pazar gücünü kullanarak, hâkim durumda olmadığı pazarda kendi ürününe ilişkin, ayrıcalıklı muamelesini ifade etmektedir.

<https://www.concurrences.com/en/dictionary/self-preference-111802> Erişim Tarihi: 22.02.2024.

<sup>115</sup> Case AT.39740, 27.07.2017.

*Google Shopping* kararının yargı sürecinde GM, esasa dayalı rekabetin, daha az etkin olan rakiplerin dışlanması yol açabileceğini ve her dışlayıcı etkinin mutlaka rekabete zarar vermediğini belirterek<sup>116</sup> etkin rakip ilkesine vurgu yapmıştır. Ancak, EERT’de dikkate alınan rakibin ilke olarak etkinliği değerlendirilebilecek gerçek bir rakip olmadığı, fiyat ve maliyet karşılaştırması içeren EERT’nin kullanılmasının *Google Shopping* kararı bakımından bir anlam ifade etmediği, kararda tespit edilen sorunun fiyatlama davranışı ile ilgili olmadığı, dolayısıyla EERT’ye başvurulmasının anlamlı olmadığı belirtilmiştir<sup>117</sup>. Söz konusu kararda başvuru sahibi CCIA<sup>118</sup>, Komisyonun, Google’ın alışveriş hizmetleri pazarındaki rakibinin Google kadar etkin olduğunu veya fiyatlar ve inovasyon üzerinde önemli bir rekabetçi baskı oluşturduğunu göstermediğini, iddia edilen dışlayıcı davranış fiyatla ilgili olmasa dahi bu kanıtın gerekli olduğunu öne sürmüştü<sup>119</sup> ancak, GM, Komisyonun bunu kanıtlamak zorunda olmadığına ilişkin savunmasını haklı bulmuştur<sup>120</sup>. Sonuç olarak, GM, Komisyonun kararına büyük çoğunlukla katılmış ancak, ihlal tespitinin 13 ülkedeki genel arama hizmetlerine yönelik ulusal pazarlardaki etkisi temelinde yapılmış olması nedeniyle Komisyon kararının kısmen iptaline hükmetmiştir<sup>121</sup>.

Görüldüğü üzere, dijital piyasalar bakımından örnek olarak sunulan kararda etki temelli yaklaşım bakımından etkin rakip ilkesi öne çıkmış, EERT’nin ise uygulanabilir olmadığı kanaatine varılmıştır. Öte yandan etkin rakip ilkesi bakımından dahi Komisyonun söz konusu rakibin etkinliğini somut olarak kanıtlaması gerekmediği GM tarafından onaylanmıştır.

Diğer yandan, Gaudin ve Mantzari (2022) tarafından ortaya konulan ve Barbera vd. (2023, 19) tarafından etkin rakip ilkesinin prensip olarak matematiksel bir teste dönüştürülmesinin önünde engel bulunmadığını gösterir nitelikte bulunan bir çalışmada, fiyat dışı dışlayıcı davranış bakımından EERT ele alınmış ve testin uygulanabilirliği kendini kayırma davranışı bakımından analiz edilmiştir. Bu bağlamda, dijital platformlarda arama sonuçlarında rakiplerinin

---

<sup>116</sup> Case T-612/17, *Google and Alphabet v Commission*, EU:T:2021:763, para. 144.

<sup>117</sup> A.g.k.para. 539.

<sup>118</sup> Computer & Communications Industry Association.

<sup>119</sup> A.g.k. para. 514.

<sup>120</sup> A.g.k. para. 538.

<sup>121</sup> A.g.k. para. 703.

görünürlüğünü azaltan veya alt pazarda sistematik olarak kendini öne çıkaran<sup>122</sup> davranışlar bakımından yapılacak etki değerlendirmesinde teste başvurulabileceği savunulmaktadır.

Özetle, dijital piyasalarda dışlayıcı davranışın tespitinde etkin rakip ilkesi nazara alınabilecekken bir yöntem olarak EERT'ye başvurulması her zaman mümkün değildir. Bu çıkarım her şeyden önce testin, fiyat temelli dışlayıcı davranışlar bakımından başvurulabilir olması ile ilintilidir. Ayrıca, EERT'nin oldukça karmaşık olduğu ve kuvvetle muhtemel ölçüm hatalarına yol açtığı (Salop 2017, 406) dikkate alındığında, incelenen davranış fiyat temelli olsa dahi dijital piyasaların kendine özgü koşullarının ve yapısının karşılaşılabilecek ölçüm hatalarını artırabileceği söylenebilecektir. Örneğin, maliyet kalemlerinin, dijital piyasada faaliyet gösteren teşebbüsler bakımından doğru şekilde belirlenebilmesi uygulamada oldukça zor olabilecektir.

## 2.5. ETKİ TEMELLİ YAKLAŞIM İÇİN EERT'NİN GEREKLİLİĞİ VE YETERLİLİĞİ

Dışlayıcı davranışın incelenmesinde kötüye kullanma niteliğinin ortaya konulabilmesi için EERT'nin gerekliliği sorgulanabilecektir. EERT'nin gerekliliğine ilişkin sorgulamalar, literatürde farklı şekillerde argümanlar doğurmuştur. EERT'nin reddi, kimi yazarlarca etki temelli yaklaşımın reddi olarak ele alınmıştır. Nihoul (2014, 521), EERT'nin reddini “*Avrupa Rekabet Hukukunda Etki Temelli Yaklaşımın Sonuna Doğru*” şeklinde betimlerken; Venit (2014, 203), “*Tüm adımlar geriye dönük, ileri adım yok*” ifadesini kullanmıştır.

Bu çerçevede, EERT'ye başvurulmamasının etki temelli yaklaşımın reddi anlamına gelip gelmeyeceği yahut Komisyonun çizdiği yasal standardın uygulanması bakımından EERT'nin mutlaka gerekli olup olmadığı, testin etki temelli yaklaşımın benimsendiğini gösterir bir ölçüt olup olmayacağı bakımından önem kazanmaktadır.

Öncelikle, etki temelli yaklaşımın benimsenmesinin her vakada EERT'nin de yapılmasını gerektirmediği söylenebilecektir. Vakanın tüm koşulları dikkate alındığında incelenen davranışın tüketici zararına yol açmayacağı açıkça, EERT'ye başvurmadan da ihlal iddiası reddedilebilecektir (De Coninck 2018, 76).

---

<sup>122</sup> *Buy box*. Kendini kayırma, rakibe yönelik talebi azaltırken hâkim durumdaki teşebbüse yönelen talebi artırmaktadır.

Öte yandan, EERT'nin gerekliliği, EERT'nin uygulamada getirdiği zorluklar ve ölçüm hataları çerçevesinde de ele alınabilecektir.

Tezin önceki bölümleri ışığında ilk olarak, EERT'nin, gerekli parametrelerin doğru şekilde saptanabilmesine ve nihayetinde ilgili parametreler arasında doğru bir karşılaştırma yapılarak sonuca ulaşılmasına ilişkin zorluklar içerdiği söylenebilecektir. Ancak, diğer yandan EERT, dışlayıcı davranışların değerlendirilmesinde Komisyon için güçlü bir disiplin mekanizması sağlamaktadır. EERT'nin geniş bir zarar teorisi kapsamında kullanılması ise, De Coninck'e (2018, 75) göre, ihlal tespitinde pazar kapama ve tüketici zararı konularına doğru şekilde odaklanılmasını da sağlayacaktır. Dahası, Barbera vd.'ye (2023, 5) göre test, rekabet hukukunun uygulanmasında öngörülebilirliği artırması ve çizdiği analitik çerçeve sayesinde öz değerlendirme yoluyla yasaya uyumu kolaylaştırması nedeniyle teşebbüsler için de avantaj sağlamaktadır.

Ancak, *GM* (2014)'te, ABİDA 102 kapsamında ihlal tespiti için EERT'nin uygulanmasının gerekli olmadığını, böyle bir testin aynı zamanda hâkim durumdaki teşebbüsün herhangi bir ihlali ortadan kaldırayabileceği güvenli bir araç da sağlamayacağını belirtilmiştir<sup>123</sup>. Benzer bir değerlendirme, *Post Danmark II* kararında ABAD'ın yorumunda karşımıza çıkmaktadır<sup>124</sup>. Öte yandan, *ABAD* (2017)'de<sup>125</sup>, en az hâkim durumdaki teşebbüs kadar etkin olan rakipleri piyasadan dışlamayı amaçlayan bir stratejinin olası varlığının da değerlendirilmesi gerektiğine yapılan vurgu, EERT'yi ihlal tespiti bakımından başvurulması gerekli bir parametre olarak öne çıkarmıştır.

Dışlayıcı davranışın etkisinin değerlendirilmesinde EERT'nin mutlak gerekli olmadığını, ancak kimi durumda dışlayıcı etkiyi ortaya koymak ya da reddetmek için yeterli olabileceğini söylemek, etki temelli yaklaşımın ve EERT'nin yaklaşımdaki yerinin göz ardı edildiği anlamına gelmemektedir (de Ghellinck 2016, 544). Esasen sorgulanması gereken ise etki temelli yaklaşımda EERT'nin uygulanmasına dönük bir zorunluluk bulunup bulunmamasından ziyade, testin tüketici zararı teorisini ortaya koymak noktasında katkısının bulunup bulunmadığıdır. Bu bağlamda, rekabet karşıtı pazar kapamanın etkin rekabet

---

<sup>123</sup> *GM* (2014), para. 1604.

<sup>124</sup> Bkz. *Post Danmark II*, para. 72, 75.

<sup>125</sup> A.g.k. para. 139.

koşulları ve nihayetinde tüketici refahı üzerinde yaratacağı etkilerin anlaşılmasında, sağlıklı verilerin temini ile doğru değerlendirmelerin yapılabilmesi mümkün ise, EERT'nin zorunlu olmasa bile ilgili vaka bakımından gerekli ve yeterli olduğu söylenebilecektir. Nitekim, de Ghellinck (2016), güvenilir verilerin varlığında ve test doğru şekilde uygulandığında, geriye dönük indirimlerin kötüye kullanma niteliğini tespit etmek için hataları en aza indirmek bakımından EERT'nin yararlı bir araç olduğunu ileri sürmektedir. Ancak EERT'nin ölçüm parametrelerinin hesaplanmasındaki zorluklar ve ölçüm hatalarının yol açtığı sorunlar nedeniyle EERT'nin dezavantajlarının da yüksek olduğunu söylemek hatalı olmayacaktır.

Diğer yandan, marj sıkıştırması ile düşük fiyat uygulamalarına ilişkin vakalarda mahkemeler tarafından uygulanmış ve onaylanmış olan EERT için GM'nin genel tutumu, fiyat temelli davranışların incelenmesinde bir fiyatın diğer fiyatlarla ve maliyetler ile kıyaslanmaksızın davranışın kötüye kullanma olup olmadığının değerlendirilmesinin mümkün olmadığı ve EERT'nin fiyat temelli dışlayıcı davranışların değerlendirilmesinde gerekli olduğu şeklindedir (Marinova 2016, 394). Ancak indirim sistemlerine dair incelemede EERT'ye başvurulması, görece basit fiyat-maliyet kıyasının dışında farklı parametreler ışığında daha “üst segment” denilebilecek uygulama standardı gerektirmektedir. Büyük oranda ölçüm hatası riski barındırması da değerlendirmenin sonucunu etkilemekte, dolayısıyla tespitin doğruluğunu zedelemektedir. Bu bakımdan EERT'nin söz konusu davranış türü için gerekliliğini öne sürmek, etki temelli yaklaşımın “dogmatik” olarak tabir edilebilecek tutumda ele alınmasına yol açacaktır.

İndirim sistemleri bakımından Whish'in (2015, 2) ifadesiyle sorunun özü fiyat değil münhasırlıktır. Bu bağlamda, hâkim durumdaki teşebbüsün fiyatı, başvuru maliyet ölçütünün üstünde kalsa dahi, söz konusu davranışın rekabet karşısı pazar kapama etkisi çok güçlüdür (Marinova 2016, 394). Dolayısıyla, EERT'nin kritik farkının, maliyet üstü fiyatlandırma durumunda dahi rekabete aykırı etkinin ortaya konulabilmesine elverişli araçlar sunması olduğu söylenebilecektir. Ancak, de Ghellinck'e (2016, 548) göre ise iktisadi açıdan bakıldığında dahi, tek başına EERT, standartlaşmış geriye dönük indirim uygulamalarının rekabete aykırı etkilerinin incelenmesinde yeterli değildir. Çünkü birden çok etkin fiyat; rekabete aykırı etkilerin değerlendirmesine katkı

sunacak ilave parametreler olan indirimlerin kapsamı, rakibe kapatılan müşterilerin göreceli önemi gibi göstergelerin bütüncül olarak ele alınmasını gerektirecektir. Dolayısıyla, indirim sistemleri bakımından yapılacak değerlendirmede, doktrinde EERT'nin yeterli olmamakla birlikte gerekli olabileceğine yapılan vurgu dikkate değerdir.

Bu çerçevede, EERT'nin gerekliliğine ilişkin sorgulamada fiyat temelli ve fiyat dışı dışlayıcı davranışlar bakımından bir ayırım olduğu çıkarımı yapılabilecektir. İndirim sistemlerine ilişkin *Intel (2009)* ve *Post Danmark II* kararlarında EERT'nin gerekliliği sorgulanırken fiyat temelli dışlayıcı davranışların ele alındığı kararlar bakımından esasen EERT'nin uygulanmasının bir noktada zorunlu görüldüğü söylenebilecektir.

Etki temelli yaklaşım bakımından EERT'nin gerekliliği, eşit etkinlikteki rakip ilkesiyle de ilintilidir. Dolayısıyla, EERT'nin gerekliliği, daha az etkin rakiplerin korunmasının sağlayacağı faydalar çerçevesinde de tartışılabilecektir. Şöyle ki; 'Rekabet karşıtı pazar kapama etkisini değerlendirirken eşit etkinlikteki rakibi odağa alan EERT, daha az etkin rakibi dikkate almayarak etki temelli yaklaşımın tüketici refahını ençoklaştırmak amacını göz ardı mı ettirmektedir?' sorusu akla gelebilecektir. Bu bağlamda, incelenen davranış fiyat temelli olsun ya da olmasın, en az hâkim durumdaki teşebbüs kadar etkin rakibe yapılan vurgunun daha az etkin rakibin dışlanması gerektiği gibi bir sonuca ulaştırıp ulaştıramayacağını öncelikle tartışılması gerekmektedir. Ancak tüm dışlayıcı davranışlara uygulanabilecek tek standardın yokluğunda eşit etkinlikteki rakip ilkesi, daha az etkin rakiplerin korunması neticesinde meşru rekabet yerine rakipleri koruma riskinin bertaraf edilebilmesini sağlayabilecektir (Mandorff ve Sahl 2013, 18).

Fakat, tüketici odaklı ve nitel/nicel kanıtlar içeren etki temelli analiz açısından Rehber'de eşit etkinlikteki rakibin dışlanması esas alınsa da rekabet karşıtı dışlayıcı davranışın tespiti bakımından daha az etkin rakibin dışlanmasının analiz edilmesini engelleyecek bir düzenleme de bulunmamaktadır (Lianos 2009, 1). Nitekim, AB mevzuatı kimi durumda daha az etkin rakibin dışlanmasına da vurgu yapmaktadır. Hâkim durumdaki teşebbüs kadar etkin olmayan rakiplerin de korunması tüketici refahı bakımından gerekli olabilmektedir<sup>126</sup>. Ancak hangi

---

<sup>126</sup> Tartışma Metni, para. 67.

durumda daha az etkin rakiplerin korunacağına ilişkin bir açıklık bulunmamakla birlikte (Madan 2008, 66), ölçek ekonomisinin veya piyasaya ilk girenlerin sahip olduğu avantajların bulunduğu pazar koşullarında, daha az etkinlikteki rakiplerin dışlanmamasının tüketicilerin refahı için gerekli olduğu belirtilmektedir<sup>127</sup>.

Daha az etkin rakibe pazarın kapatılmasının tüketici refahına olası etkileri, daha az etkin rakiplerin hâkim durumdaki teşebbüse rekabetçi baskı kurabilme ihtimali ile ilgilidir. Dışlayıcı davranış neticesinde rekabetçi baskı kurabilme gücü bulunan teşebbüslerin pazar dışına itilmesi, hâkim durumdaki teşebbüs üzerindeki rekabetçi baskıyı ortadan kaldırarak hâkim durumdaki teşebbüsün fiyatları arttırmasına ve tüketici fazlasını azaltmasına yol açarsa, tüketici zararı ortaya çıkacaktır.

Daha az etkin rakibin konumunun ise hâkim durumdaki teşebbüsün dışlayıcı davranışı öncesinde yahut sonrasında oluşması dışlayıcı davranışın değerlendirilmesinde kritik bir ayrıma işaret etmektedir. Örneğin, hâkim durumdaki teşebbüsün sadakat indirimi uygulaması neticesinde rakibin daha az etkin hale gelmesi mümkün olup EERT'nin bu durumu göz ardı etme riskini barındırdığı söylenebilecektir (Lianos 2009). Dolayısıyla, etkin rakip ilkesinin uygulanmasında eşit etkinlikteki rakip yahut daha az etkin rakip standardında rakibin konumunun hâkim durumdaki teşebbüsün davranışı neticesinde oluşup oluşmadığına ilişkin ayırımın doğru şekilde yapılması gerekmektedir. Ayrıca, daha az etkin rakibin dikkate alınacağı bir değerlendirmede nasıl bir matematiksel yöntem izleneceği, testin parametrelerinin ne şekilde ele alınacağı da önemli olacaktır.

Özetle, etki temelli yaklaşımın hedeflediği tüketici refahı bakımından kimi durumda daha az etkin rakibin pazardaki varlığı önemli olabilmektedir. Salop'un (2006, 328) da belirttiği gibi, daha az etkin rakiplerin pazara potansiyel girişinin tüketici refahını artırma olasılığı bulunmaktadır. Dahası, bazen gerçek rekabet hâkim durumdaki teşebbüsten daha az etkin olan rakiplerden gelebilecektir (Mccallum vd. 2023, 5). Nitekim bu düşünceden hareketle, Rehber'de, fiyat temelli davranışın rekabet karşıtı pazar kapamaya yol açıp açmadığının

---

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

değerlendirilmesinde belli durumlarda daha az etkin rakibin de dikkate alınması gereken bir kısıt olabileceğine değinilmiştir<sup>128</sup>.

Nihayetinde, etki temelli yaklaşımda EERT'nin gerekliliğine yahut yeterliliğine ilişkin değerlendirmeler, incelenen davranışın niteliğine göre dahi farklılaşabilmektedir. Diğer yandan, her ne kadar EERT'ye yapılan vurgu bakımından *GM* (2022) bir gösterge olsa da, ileride değinileceği üzere, anılan karar sonrasında AB'de başlayan ikinci reform sürecinde EERT'nin gerekliliğine ilişkin tartışmalar dikkate alınmış ve zorunluluk yumuşatılmıştır.

Özetle, EERT'nin, etkin rakip ilkesinin pratikte nasıl ele alınacağına ilişkin yöntemler/testler bütünü olduğu söylenebilecektir. Ayrıca, EERT'nin reddinin, tüm dışlayıcı davranışlar bakımından etki temelli yaklaşımın reddi anlamına gelmeyeceği, testin fiyat temelli dışlayıcı davranışlar bakımından uygulamaya elverişli olduğu ancak ölçüm parametrelerinin hesaplanmasının güçlüğü hatta kimi vakalarda imkânsızlığı nedeniyle fiyat dışı dışlayıcı davranışların değerlendirilmesinde etkili bir yöntem olmayabileceği sonucuna ulaşılmaktadır. Öte yandan, Rehber'de en az hâkim durumdaki teşebbüs kadar etkin olan rakibe vurgu yapılsa da daha az etkin rakibe pazarın kapatılması sonucunu doğuracak dışlayıcı davranışların kötüye kullanma teşkil edebileceğine yönelik değerlendirmenin önünde engel bulunmadığı anlaşılmaktadır.

Nihayetinde EERT'nin, dışlayıcı davranışların değerlendirilmesinde yararlı bir araç olduğunu söylemek hatalı olmayacaktır. Ancak, gerek testin uygulanmasında yaşanabilecek güvenilir veri sorunu, gerek uygulamada yaratabileceği kısıtlar, EERT'nin külfetleri ve nimetleri arasındaki dengenin oldukça önemli olduğu gerçeğini gün yüzüne çıkarmaktadır. Nitekim, etki temelli yaklaşımda elde edilmesi hedeflenen rekabetçi faydaların sağlayıcısı rolünde öne sürülen EERT'nin külfetlerinin ağırlıkta olması halinde nihayetinde testten beklenen faydaya ulaşamayacaktır.

---

<sup>128</sup> Rehber, para. 24.

## BÖLÜM 3

# TÜRK REKABET HUKUKUNDA DIŞLAYICI DAVRANIŞLARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

Mehaz mevzuat olan AB rekabet hukuku mevzuatında ve AB uygulamasında dışlayıcı davranışların nasıl değerlendirildiği, Türk rekabet hukukunun aynı konuya ilişkin yaklaşımını etkilemektedir. Tezin bu kısmında Türk rekabet hukukunda dışlayıcı davranışın mevzuatta ve içtihadta ne şekilde yer aldığına değinilecektir.

Dışlayıcı davranışın değerlendirilmesinde başvuru parametreler, genel itibarıyla Kurulun şekil veya etki temelli yaklaşım tercihine ilişkin sinyaller vermektedir. Elbette bu sinyaller Kurulun kararları ışığında anlaşılabilir. Ancak Kurulun konuya yaklaşımının ele alınmasında, AB'nin ilgili mevzuatındaki düzenlemeler kısımlı noktaları olarak görülebilecektir. Bu bağlamda, Kurulun dışlayıcı davranışların değerlendirilmesine ilişkin yaklaşımı incelenirken, 2009 yılında Komisyon tarafından yayımlanan Rehber öncesi ve sonrası kararlar ele alınmakta ayrıca 2009 sonrası dönemde Türk rekabet hukuku bakımından önemli bir kilometre taşı olan Kılavuz'un yayımlanması dikkate alınarak bu bağlamda 2014 sonrası kararlara ayrıca mercek tutulmaktadır.

### 3.1. İLGİLİ MEVZUAT VE UYGULAMA ALANI

Türk rekabet hukukunda hâkim durumun kötüye kullanılması, RKHK'nin 6. maddesinde düzenlenmekte olup kötüye kullanma hallerine tadadi olarak yer verilmektedir.

Şekil veya etki temelli yaklaşım ayrımı ışığında ilk bakışta, anılan Kanun çerçevesinde sayılan haller arasında (a), (d) ve (e) bentlerinde yer alan sırasıyla;

Ticarî faaliyet alanına **başka bir teşebbüsün** girmesine doğrudan veya dolaylı olarak engel olunması ya da **rakiplerin** piyasadaki faaliyetlerinin zorlaştırılmasını **amaçlayan eylemler**; Belirli bir piyasadaki hâkimiyetin yaratmış olduğu finansal, teknolojik ve ticarî avantajlardan yararlanarak başka bir mal veya hizmet

piyasasındaki **rekabet koşullarını bozmayı amaçlayan eylemler; Tüketicinin zararına olarak** üretimin, pazarlamanın ya da teknik gelişmenin kısıtlanması ifadelerinin<sup>129</sup> dikkate çektiği söylenebilecektir. Bentlerde yer alan “rakip”, “rekabet koşulları” ve “amaç” ifadelerine yapılan vurgular nazara alındığında, dışlayıcı davranışların kötüye kullanma olarak nitelendirilmesinde yalnızca şekil temelli veyahut yalnızca etki temelli yaklaşım benimsendiği çıkarımı yapılamamaktadır (Sümer Özdemir 2015, 57). Ayrıca, 6. madde kapsamında dışlayıcı davranışa ilişkin incelemede davranışın amaç ve/veya etki bakımından ele alınması söz konusudur. Elbette, bu çıkarım ikincil mevzuattaki konuya ilişkin düzenlemeler ve Kurul kararları ile desteklenmeye ihtiyaç duymaktadır.

Bu bağlamda, Türk rekabet hukukunda, Kurulun uygulamaları bakımından şeffaflığı artıran ve hukuki belirlilik sağlamak noktasında önemli bir düzenleme olan Kılavuz kapsamında Kurulun dışlayıcı davranışların değerlendirmesine ilişkin yaklaşımı açıklanmaktadır.

### **3.1.1. Kılavuz Kapsamında Etki Temelli Yaklaşım**

AB rekabet hukukunda ABİDA 102'nin uygulanmasına ilişkin etki temelli yaklaşımı resmileştiren birinci reform süreci sonunda 2009 yılında yayımlanan Rehber'in birikimi, Türk rekabet hukukunda da ikincil mevzuata yansımıştır (Özkan 2013, 315). Dolayısıyla, Kılavuz'un, Rehber ile büyük ölçüde paralellik arz ettiği söylenebilecektir.

Hâkim durumun kötüye kullanılması halleri; dışlayıcı, sömürücü ve ayrımcı nitelikte üçlü tasnif ile sınıflandırılmakta<sup>130</sup> ancak Kılavuz kapsamında temel olarak dışlayıcı davranışlara ilişkin değerlendirmelerde esas alınacak kıstaslara yer verilmektedir. Bu noktada, aşağıda, değerlendirme kıstasları bakımından etki temelli yaklaşımın Kılavuz'a ne şekilde yansıdığına değinilecektir.

İlk olarak, etki temelli yaklaşımın nüvesi iktisadi bakış açısı, aşağıdaki ifadeler ile Kılavuz'a açıkça yansıtılmıştır:

---

<sup>129</sup> Tezin bu kısmında mevzuat hükümlerindeki ve kararlardaki vurgular yazar tarafından eklenmiştir.

<sup>130</sup> Kılavuz, para. 5.

Kurul'un incelemelerinde asıl olan, **iktisadi bir bakış açısıyla** Kanun'un 6. maddesinin ihlal edilip edilmediği olup, davranışın maddede sayılan hallerden birine bütünüyle uygunluk göstermesi aranmamaktadır<sup>131</sup>.

Öte yandan, Kılavuz'da yer alan;

Dışlayıcı kötüye kullanmalar pazardaki etkin rekabeti olumsuz etkilemekte ve bu suretle **tüketici refahının** azalmasına neden olmaktadır<sup>132</sup>. Dışlayıcı davranışlara yönelik değerlendirmede incelenen davranışın **kendine özgü koşullarının** yanı sıra, **pazardaki fiili veya muhtemel etkileri** de göz önünde bulundurulmaktadır.

ifadelerinden,<sup>133</sup> davranışın belli şekli unsurları taşımasının yeterli olmadığı, incelenen davranışın rekabet karşıtı pazar kapama etkisi yaratıp yaratmadığının da dikkate alınacağı anlaşılmaktadır. Kılavuz kapsamında sunulan açıklamaların muhakkak uygulanması gerekmediği, ancak Kurum ve teşebbüsler bakımından yol gösterici mahiyette olduğu dikkate alındığında Kılavuz'un lafzının öneri niteliğinde olduğu, uygulayıcı bakımından sınırlandırıcı olmadığı düşünülmektedir.

Fakat, "...davranışın kendine özgü koşullarının yanı sıra..." ifadesi, uygulamada mutlak bir etki temelli yaklaşımdan ziyade, bütünlük adına hem incelenen davranışa ilişkin belli şekilsel şartların arandığını hem de davranışın pazardaki olası etkilerinin değerlendirme bakımından önem taşıdığını gösterir niteliktedir. Öte yandan tüketici refahına yapılan vurgunun, tüketici odaklı zarar teorisi bakımından etki temelli yaklaşımın yansımaları olduğu söylenebilecektir.

Etki temelli yaklaşım, daha önce de belirtildiği üzere, yalnızca EERT'nin uygulanması olarak ele alınamayacaktır. Nitekim, davranışın kötüye kullanma olup olmadığının değerlendirilmesinde; Hâkim durumdaki teşebbüsün ve rakiplerinin konumu, ilgili pazar koşulları, incelenen davranışın kapsamı, süresi, fiili pazar kapamaya ilişkin olası deliller vd. unsurlar<sup>134</sup> da önem arz etmektedir.

Ancak, AB mevzuatına paralel şekilde etki temelli yaklaşım, EERT'ye yapılan vurgu ile belirgin olarak Türk mevzuatına yansımıştır. Bu çerçevede, hâkim durumdaki teşebbüslerin **fiyatlama davranışına ilişkin** yapılacak değerlendirmede, **varsayımsal eşit etkinlikteki rakibin** incelenen davranış

<sup>131</sup> Kılavuz, para. 5.

<sup>132</sup> Kılavuz, para. 23.

<sup>133</sup> Kılavuz, para. 24.

<sup>134</sup> Kılavuz, para. 26.

sonucunda pazardan dışlanması muhtemel olup olmadığının araştırılacağı belirtilmiştir.<sup>135</sup>

Yine Rehber'e benzer şekilde etkin rakip ilkesine yapılan vurgu hâkim durumdaki teşebbüslerin fiyatlama davranışlarına ilişkindir. Yıkıcı fiyat analizinde davranış sonucunda eşit etkinlikteki rakibe karşı rekabet karşıtı pazar kapamanın olup olmadığının araştırılması<sup>136</sup>, fiyat-maliyet karşılaştırmasının esasını oluşturmaktadır. Benzer şekilde indirim sistemlerine yönelik yapılacak değerlendirmede,

Kurul'un geriye dönük indirimlere ilişkin incelemesinin temelini, indirim uygulaması karşısında **eşit etkinlikteki rakiplerin ilgili müşterinin talebinin rekabete açık kısmı için hâkim durumdaki teşebbüsle etkin bir şekilde rekabet edemeyeceklerinin araştırılması** oluşturmaktadır<sup>137</sup>.

denilerek, incelenen davranış sonucunda, yarışılabilir talep bakımından eşit etkinlikteki rakiplerin rekabet edebilirliğine ilişkin etki analizi ön plana çıkarılmaktadır.

Diğer yandan, fiyat/marj sıkıştırmasında, fiyatlar arasındaki marjın tespitinde dikkate alınan ölçüt bakımından “...üst pazarda **hakim durumda bulunan teşebbüs kadar etkin bir rakibin alt pazarda kâr elde edemeyecek ve kalıcı şekilde faaliyet gösteremeyecek kadar düşük olması...**” ifadesine yer verilerek etkin rakip ilkesi, analize dâhil edilmektedir. Öte yandan, EERT'nin ölçüm parametreleri olan etkin fiyat ve alternatif maliyet ölçütleri de Kılavuz kapsamında fiyat temelli dışlayıcı davranışın değerlendirilmesinde başvurulabilecek parametreler olarak sunulmuştur<sup>138</sup>.

Kılavuz her ne kadar en az hâkim durumdaki teşebbüs kadar etkin rakibe vurgu yaparak değerlendirme ölçütünü belirlese de dışlayıcı uygulamanın değerlendirilmesinde, daha az etkin rakibin incelenen davranış sonucunda pazardan dışlanması da kötüye kullanma tespitinde önem atfedilen hususlardandır.

---

<sup>135</sup> Kılavuz, para. 27.

<sup>136</sup> Kılavuz, para. 51.

<sup>137</sup> Kılavuz, para. 76.

<sup>138</sup> İndirim sistemlerine ilişkin değerlendirmede etki temelli yaklaşımın göstergesi niteliğindeki parametreler için bkz. Kılavuz, para. 77.

Nitekim hâkim durumdaki teşebbüsten daha az etkin rakiplerin şebeke veya öğrenme etkisi gibi avantajlar ile zaman içinde hâkim durumdaki teşebbüs üzerinde rekabetçi baskı kurabilecek konuma gelebileceği belirtilerek<sup>139</sup> hâkim durumdaki teşebbüsün fiyatlama davranışının söz konusu rakipler bakımından muhtemel etkilerinin de değerlendirilebileceğine değinilmiştir.

Kılavuz'a dair açıklamalar ışığında, dışlayıcı davranışların tespitinde Kurulun iktisadi yaklaşıma önem verdiği görülmektedir. Ancak, etki bazlı yaklaşımın bir göstergesi niteliğindeki EERT'nin pratiğe ne kadar yansıdığını görmek üzere dışlayıcı davranışlara ilişkin Kurul kararları incelenmiştir.

### **3.2. KURULUN GEÇMİŞ KARARLARI IŞIĞINDA ETKİ TEMELLİ YAKLAŞIMIN TÜRK REKABET HUKUKUNDAKİ YERİ**

Etki temelli yaklaşımın Türk rekabet hukukuna ilk ne zaman yansıdığına ilişkin kesin bir tarih verilememek ile birlikte 2009'da Rehber'in yayımlanması, Komisyon uygulamalarının ülkemize yansımalarını anlamak bakımından bir eşik niteliğindedir. Ancak, her ne kadar 2009 bir eşik olsa da, 2009 öncesi dönemde Türk rekabet hukukunda dışlayıcı davranışın değerlendirilmesinde etki temelli yaklaşımdan kesinlikle bahsedilemeyeceği gibi bir çıkarım yapmak mümkün değildir. Nasıl ki AB uygulamasında etki temelli yaklaşımın Tartışma Metniyle gündeme gelmesinden çok önceki kararlarda etkin rakip ilkesine atıf yapılmışsa, Türkiye'de de benzer şekilde bu tartışmaların başlamasından çok önce etkin rakip ilkesine değinen yahut etki temelli yaklaşıma işaret eden bazı kararlardan söz edilebilecektir. 2009 öncesi döneme ait *Yemek Sepeti*<sup>140</sup>, *Karbogaz*<sup>141</sup> ve *Frito Lay*<sup>142</sup> kararları bu duruma örnek teşkil etmektedir.

Madan (2008, 78) tarafından tespit edildiği üzere, *Yemek Sepeti* kararı, EERT'nin örtülü olarak uygulandığı bir karardır. Kararda, “online paket servisi hizmetleri” olarak tanımlanan pazarda faaliyet gösteren *Yemek Sepeti*'nin münhasırlık yoluyla rakipleri pazardan dışlayıp dışlamadığına ilişkin yapılan değerlendirmede teşebbüsün, söz konusu hizmeti İstanbul'da ve Türkiye'de sunan ilk firma olmasından kaynaklı ilk giren avantajına sahip olduğu tespit edilmiştir.

---

<sup>139</sup> Kılavuz, para. 29.

<sup>140</sup> 04-22/231-48 sayılı karar.

<sup>141</sup> 05-80/1106-317 sayılı karar.

<sup>142</sup> 06-24/304-71 sayılı karar.

Rakip teşebbüslerin ise anılan sektörde 7-8 aylık geçmişleri bulunduğu, Yemek Sepeti'nin ilk giren olarak, söz konusu hizmeti rakipsiz bir ortamda sunma avantajı ile restoran ve kullanıcı ağına ulaştığı ve marka bilinirliği elde ettiği belirtilmiştir<sup>143</sup>. Karar, incelenen teşebbüsün rakiplerine kıyasla görece üstünlüğüne, dolaylı olarak da daha az etkin rakibe vurgu yapmaktadır.

*Karbogaz* kararında, likit karbondioksit pazarında hâkim durumda bulunan *Karbogaz*'ın müşterileri ile akdettiği uzun vadeli münhasırlık sözleşmeleri ile pazara giriş engeli yarattığı ve bu yolla rakiplerinin faaliyetini zorlaştırdığı tespit edilmiştir. Söz konusu kararı salt şekilci yaklaşımdan kurtardığı söylenebilecek husus ise münhasırlık anlaşmalarının pazardaki kapama etkisine ilişkin etki değerlendirmesi yapılmış olmasıdır<sup>144</sup>. Aslında söz konusu kararda etki temelli yaklaşımın sinyallerine rastlansa da, kararın çalışma kapsamında odaklanılan etkin rakip ilkesine veya EERT'ye ilişkin emareler içerdiğini söylemek mümkün değildir<sup>145</sup>.

Dışlayıcı davranışın etkilerine odaklanan başka bir karar *Frito Lay* kararıdır. Kararda, paketlenmiş çips pazarında hâkim durumda olduğu belirtilen *Frito Lay*'in satış noktaları ile münhasır ticari ilişki kurmak suretiyle rakibi pazar dışına ittiği iddiasına ilişkin ayrıntılı değerlendirmeler yapılmıştır. Nitekim kararda,

(...) eylemlerin gerçekten kötüye kullanma olup olmadığını ortaya koymak için sadece “zorlaştırma niyeti” olduğunun ortaya konulması yeterli değildir. Bu bağlamda doğru değerlendirme yapmak için, bu eylemlerin gerçekleştiğinin ve sonucunda pazardaki rekabetçi süreç üzerinde olumsuz olarak fiili veya potansiyel etkiler gösterdiğinin ortaya konulması gerekmektedir<sup>146</sup>.

---

<sup>143</sup> *Yemek Sepeti* kararı, s. 10-11.

<sup>144</sup> Kararda incelenen münhasırlık sözleşmelerinin, süresi bakımından pazarda gösterdiği etki çerçevesinde amacını aşacak şekilde rekabeti kısıtlayıcı olduğuna değerlendirilmiştir. Bkz. *Karbogaz* kararı, s. 43.

<sup>145</sup> Anılan karar, Madan'ın (2008, 76) tespit ettiği üzere, esasen Kurulun “*iktisadi açıdan anlamlı olmayan davranış testini*” üstü kapalı bir şekilde uyguladığı ve şekilci yaklaşımdan daha çok etki temelli yaklaşımı benimsediği bir karardır. Tezde, Türk rekabet hukukunda Rehber öncesi dönemde dışlayıcı davranışın tespitine ilişkin yaklaşıma dair çıkarımlar yapabilmek bakımından örnek mahiyetinde yer verilmiştir.

<sup>146</sup> *Frito Lay* kararı, s. 57.

denilerek etki bazlı inceleme yaklaşımı kabul edilmiştir. Dahası, “...hiçbir ayrıma gidilmeksizin teşebbüslerin hakim durumlarını sürdürmelerinin ve hatta güçlendirmelerinin “*per se*” bir yaklaşım içerisinde yasaklanması yerinde bir uygulama olmayacaktır<sup>147</sup>.” değerlendirmesi Kurulun, etki temelli yaklaşımı öncelediğini göstermektedir.

Yukarıda yer verilen örnek kararlar 2009 öncesi dönemde dışlayıcı davranışın değerlendirilmesinde, salt şekil temelli yaklaşım benimsenmediğini göstermektedir. Ancak etki temelli yaklaşımın pratik uygulaması bakımından EERT’nin kararlarda yer bulduğunu söylemek güçtür. Elbette, EERT’nin yokluğu doğrudan etki temelli analizin yokluğu olarak yorumlanamayacaktır.

2009 öncesi Kurul kararlarına bakıldığında dışlayıcı davranışın etkisine ilişkin zarar teorisi bakımından pek çok kararda dışlayıcı davranışın tüketici üzerindeki etkisinden ziyade rakip üzerindeki etkisine odaklanıldığı görülmektedir<sup>148</sup>. Dahası, 2008 yılında verilen bir kararda<sup>149</sup> “...kapama etkisini, bağlama/paket satış uygulamaları sonucunda, talebin rakiplerden hakim konumdaki teşebbüse (ya da iştirakine) geçmesi/kayması olarak tanımlamak mümkündür.” ifadesine yer verilmekte, dışlayıcı davranışın pazardaki etkileri hâkim durumdaki teşebbüs ve rakip teşebbüsler üzerinden ele alınmaktadır.

RKHK’nin 6. maddesi kapsamında gözetilen nihai amacın tüketici refahının artırılması olduğuna vurgu yapan ve aslında zarar teorisi bakımından tüketiciyi odağa alan Kurul kararlarından da elbette söz edilebilecektir. *Neveksan Ekmek*<sup>150</sup> kararında,

Rekabetin doğası gereği, piyasaya zaman içinde daha kaliteli ve daha ekonomik çözümler sunamayan teşebbüsler, rekabetçi diğer teşebbüsler tarafından piyasa

---

<sup>147</sup> *Frito Lay* kararı, s. 53.

<sup>148</sup> 05-80/1106-317 sayılı *Karbogaz II* kararı. Karbogaz’ın münhasır tedarik sözleşmeleri ile yapısal ya da yasal giriş engeli olmayan söz konusu ilgili ürün pazarında giriş engeli yaratarak gerçek ya da potansiyel rakiplerin pazardaki faaliyetini zorlaştırdığına hükmedilmiştir. Bkz. a.g.k. para. 2830.

Örnek kararlar için bkz.06-24/304-71, 07-13/101-30, 08-65/1055-411, 09-07/128-39, 09-39/949-236 sayılı kararlar.

<sup>149</sup> 08-57/912-363 sayılı karar, para. 280.

<sup>150</sup> 05-49/702-190 sayılı karar.

dışına çıkarılırlar. Önemli olan piyasada küçük ya da büyük teşebbüslerin korunması değil, rekabetin korunmasıdır<sup>151</sup>.

denilerek dolaylı olarak, hâkim durumdaki teşebbüs kadar etkin olmayan rakibin pazar dışına itilmesinin dışlayıcı kötüye kullanma olarak değerlendirilemeyeceği yönünde bir yaklaşım sunulmuştur. Nitekim en az hâkim durumdaki teşebbüs kadar etkin rakibe yaptığı vurgudan dolayı, anılan kararda etkin rakip ilkesine dayalı iktisadi analizin emarelerinin bulunduğu söylenebilecektir. *Hilal Ekmek Fabrikası* kararında da benzer şekilde, “...etkin olmayan teşebbüslerin pazar dışında kalması son derece doğal bir durumdur.” ifadeleri<sup>152</sup> ile rekabet sonucu etkin olmayan rakibin pazardan dışlanması kötüye kullanma olarak ele alınamayacağı belirtilmiştir.

2009 öncesine ait anılan kararlar incelendiğinde Türk rekabet hukukunun, AB’de benzer tarihlerdeki gelişmeleri en erken şekilde yakaladığı ve pratiğe kısmi de olsa yansıttığı söylenebilecektir. Nitekim bu durum, dikkate değer ilerici bir adım olarak değerlendirilebilecektir.

Öte yandan, Sümer Özdemir (2015, 59) tarafından tespit edildiği üzere, etki standardı bakımından rakiplerin dikkate alınmasının ötesinde dışlama etkisinin tespitinde yalnızca varsayım ile yetinilen, herhangi bir analizin yapılmadığı kararlar da bulunmaktadır. *Anadolu Cam* kararında, cam ambalaj pazarında teşebbüsün sahip olduğu “*ezici üstünlük*”e vurgu yapılarak rakip teşebbüsün piyasadaki faaliyetinin zorlaştırıldığı belirtilmiştir<sup>153</sup>. Kararda etkinin tespitine ilişkin bir analiz yapılmaksızın şekli unsurların tespiti ile yetinilerek nihayetinde tüketici zararının ortaya çıkacağı ifade edilmiştir.

Özetle, 2009 öncesi kararlarda her ne kadar etki temelli yaklaşıma ilişkin sinyallere rastlansa da doğrudan eşit etkinlikteki rakibe vurgu yapan, EERT’yi dikkate alan bir karardan söz edilemeyecektir<sup>154</sup>. Fakat, EERT’nin yokluğunun, etki temelli yaklaşımın reddi olarak algılanamayacağı da söylenebilecektir.

---

<sup>151</sup> A.g.k. para. 70.

<sup>152</sup> 09-48/1193-301 sayılı karar. Bkz. para. 300.

<sup>153</sup> 09-35/877-206 sayılı karar, para. 840.

<sup>154</sup> *Yemek Sepeti* kararında ise EERT’den ziyade yalnızca daha az etkin rakibe dolaylı olarak yapılan vurgu dikkate çekmektedir.

2009 sonrasında EERT kapsamında ele alınabilecek bir karar, *Kale Kilit*<sup>155</sup> kararıdır. Anılan karar kapsamında,

...yasal fiyat rekabeti ile yıkıcı fiyatlama özelinde ihlal niteliğindeki fiyatlama uygulamalarının birbirinden ayrılmasına ilişkin analizin açık, anlaşılabilir ve öngörülebilir bir şekilde tesis edilmesini teminen **eşit etkinlikteki rakip testi benimsenmektedir.**

ifadeleri ile EERT'nin açıkça benimsendiği görülmektedir<sup>156</sup>. Maliyet altı fiyatlama davranışına ilişkin olarak Kale Kilit'in (fiyat ve) maliyetleri esas alınmış, bu kapsamda incelemeye konu pazarların niteliği gereği<sup>157</sup> OKM ve UDOAM'ın artan maliyet ölçütü olduğu ve söz konusu maliyet ölçütleri arasında bir ayrıma gidilmediği ifade edilmiştir<sup>158</sup>. EERT çerçevesinde yapılan tespitler, Kurulun hâkim durumdaki teşebbüsün yıkıcı fiyatlama davranışı karşısında, tüketici refahını odağa alan bir yaklaşım ile hareket ettiğini gösterir niteliktedir.

EERT'ye ilişkin olarak değinilebilecek diğer bir karar *UN Ro-Ro* kararıdır<sup>159</sup>. Kararda, "Ro ro taşımacılığı hizmetleri" olarak tanımlanan pazarda hâkim durumda olduğu tespit edilen UN Ro-Ro'nun eylemlerinin yıkıcı fiyatlama çerçevesinde değerlendirilmesinde EERT'ye başvurulduğu, ancak dosyanın özellikleri bakımından **daha az etkin rakiplere yönelik** rekabet karşıtı pazar kapama olup olmadığı hususlarının da dikkate alındığı ifade edilmiştir<sup>160</sup>. İlâveten, kararda EERT çerçevesinde, mevcut rakiplerin yanı sıra potansiyel rakiplerin dışlanıp dışlanmadığına önem atfedilerek, incelenen davranışın tüketici refahını olumsuz etkilediği değerlendirilmiştir<sup>161</sup>.

Hâkim durumdaki teşebbüsün eylemlerinin kötüye kullanma niteliği taşıyıp taşımadığının değerlendirmesinde etkin rakip ilkesine dayalı iktisadi analize

---

<sup>155</sup> 12-62/1633-598 sayılı karar.

<sup>156</sup> A.g.k., para. 35.

<sup>157</sup> EERT'de ölçüm kriteri olarak dikkate alınacak maliyet kaleminin tespiti tezin ikinci bölümünde ifade edildiği üzere farklılık arz edebilmektedir. Kararda yer alan değerlendirmeler bu savı destekler niteliktedir.

<sup>158</sup> A.g.k. para. 36.

<sup>159</sup> 12-47/1413-474 sayılı karar.

<sup>160</sup> A.g.k. para. 141.

<sup>161</sup> A.g.k. para. 217.

açıkça vurgu yapan diğer kararlar ise *Türk Telekom*<sup>162</sup>, *Türk Telekom II*<sup>163</sup>, *Turkcell/Superonline/Vodafone*<sup>164</sup> ve *Port Akdeniz*<sup>165</sup> kararlarıdır<sup>166</sup>. Doğrudan etkin rakip ilkesine dayalı iktisadi analize vurgu yapmamakla birlikte, fiyat maliyet kıyaslaması ile iktisadi analize başvuran ve dolayısıyla mevcut ya da potansiyel rakiplerin dışlanma ihtimalini dikkate alan kararlardan<sup>167</sup> da söz etmek mümkündür.

Ancak 2009 sonrası süreci ele alırken esasen dikkat edilmesi gereken zaman, Kılavuz'un yayımlandığı 2014 yılı ve sonrasıdır. Nitekim, Kılavuz'un etki temelli yaklaşım, dahası EERT bakımından kararlara etkisi, 2014'ten sonraki kararların dikkate alınması ile anlaşılacaktır.

2014 sonrasına ait olan ve değinilmesinde fayda görülen bir karar, *THY*<sup>168</sup> kararıdır. Kararda, THY'nin Pegasus'un yeni hatlara girmesine engel olmak ve Pegasus'un hâlihazırda faaliyet gösterdiği hatlarda seçici fiyatlandırma uygulamak suretiyle rakibinin faaliyetlerini zorlaştırmaya yönelik eylemleri incelenmiştir. THY'nin fiyatlandırma davranışının, eşit etkinlikteki rakibi dışlayıp dışlamadığına ilişkin analiz yapılmıştır. Bu kapsamda, Pegasus'un fiyatları THY'nin ilgili hatlardaki seferleri ile kıyaslanmıştır<sup>169</sup>. Havayolu ile yolcu taşımacılığı pazarında faaliyet gösteren firmaların etkinlikleri veri zarflama analizi tekniği<sup>170</sup> ile ölçülmüştür<sup>171</sup>. Kararda etki temelli yaklaşım bakımından iktisadi analizin dikkate alındığı ve etkin rakip ilkesine vurgu yapıldığı görülmektedir. Analizde, tez boyunca ifade edilen EERT parametrelerinin yer almamış olması etkin rakip ilkesine dayalı iktisadi analize başvurulmadığı şeklinde yorumlanamayacaktır.

---

<sup>162</sup> 14-04/81-34 sayılı karar.

<sup>163</sup> 16-15/254-109 sayılı karar.

<sup>164</sup> 20-08/82-49 sayılı karar.

<sup>165</sup> 22-11/169-68 sayılı karar.

<sup>166</sup> Anılan kararlarda, fiyat temelli/fiyat ile ilintili dışlayıcı davranışlar incelenmektedir.

<sup>167</sup> 12-38/1085-344, 13-27/372-173, 13-27/371-172, 13-71/974-420, 13-49/711-300, 14-54/932-420, 16-01/12-5, 17-34/537-228, 19-40/645-272, 19-20/286-122 sayılı kararlar.

<sup>168</sup> 14-54/932-420 sayılı karar.

<sup>169</sup> A.g.k. para. 174.

<sup>170</sup> Veri zarflama analizi ile teşebbüslere yıllık bazda "0" ile "1" arasında değişen bir etkinlik skoru verilmekte ve etkinlik skoru "1" olan teşebbüsler etkin kabul edilmektedir. Bkz. a.g.k. para. 392.

<sup>171</sup> A.g.k. para. 392.

Hedefe bağılı indirimlerin incelendiği *Luxottica*<sup>172</sup> kararında indirim sistemlerinin maliyet altı fiyatlamaya yol açabileceği, yıkıcı fiyatlama ihlali ortaya çıkabileceği belirtilerek, hâkim durumdaki teşebbüsün toptan satış fiyatları ile toptan maliyetlerinin kıyaslandığı, uygulanan indirim sisteminin, maliyet altı fiyatlama yaparak rakipleri pazarın dışına çıkaracak bir boyutunun olamayacağıının değerlendirildiği görülmektedir<sup>173</sup>. Dahası, *Luxottica*'nın davranışın pazar kapama etkisi bakımından talebin yarışılabilir kısmı üzerinden de değerlendirildiği<sup>174</sup> görülmektedir.

Dikkat çeken başka bir karar *TTNET*<sup>175</sup> kararıdır. Bu kararda, *TTNET*'in paketli satış uygulamaları ile hâkim durumunu kötüye kullanıp kullanmadığı incelenmiştir. Kararda yapılan değerlendirmeler etkin rakip ilkesine dayalı fiyat-maliyet kıyaslaması içermektedir. Nitekim kararda Kılavuz'daki, "...*etkin fiyat, ilgili ürüne ilişkin UDOAM'den daha düşükse eşit etkinlikteki rakiplerin indirim uygulaması karşısında rekabetten dışlandığı değerlendirilmektedir*"<sup>176</sup> açıklamasına atıfta bulunulmakta ve EERT'ye vurgu yapılmaktadır.

Sunulan kararlar bakımından genel itibarıyla, bilhassa fiyat-maliyet kıyası bakımından EERT'nin değerlendirmeye konu edildiği söylenebilecekse de, *Intel* (2009) kapsamında etraflıca yer verildiği üzere teşebbüslerin indirim uygulamalarına yönelik incelemeler bakımından da EERT önem arz etmektedir. Ancak, AB'ye paralel şekilde Türk rekabet hukukunda da EERT'ye başvuru kararların indirim sistemleri dışındaki fiyatlama davranışlarına ilişkin olduğu görülmektedir. Ayrıca söz konusu kararlarda kullanılan fiyat-maliyet kıyasının, EERT'ye ilişkin yalnızca fiyat-maliyet odaklı indirgemeci bir yaklaşımı yansıttığı da söylenebilecektir. Fakat bu noktada hatırlatılması gereken ise, EERT'nin her bir vaka bazında tezin ikinci bölümünde yer verilen tüm parametreler çerçevesinde güvenilir veri temini ile uygulanabilmesinin son derece güç olduğudur.

---

<sup>172</sup> 17-08/99-42 sayılı karar.

<sup>173</sup> A.g.k. para. 253.

<sup>174</sup> Bkz. a.g.k. para. 287.

<sup>175</sup> 18-29/497-238 sayılı karar.

<sup>176</sup> Kılavuz, para. 80.

Hâkim durumdaki teşebbüsün indirim sisteminin incelendiği yakın tarihli bir karar, *Unilever*<sup>177</sup> kararıdır. Unilever'in çeşitli uygulamalar yoluyla nihai satış noktalarında rakip ürünlerin satışını engelleyerek fiili münhasırlık tesis edip etmediğine ilişkin inceleme yürütülmüştür. Söz konusu karar iktisadi analiz çerçevesinde oldukça kapsamlı bir çalışmayı yansıtmakla beraber değerlendirmede EERT'ye yer verilmediği görülmektedir. Dosya kapsamında *Unilever* tarafından EERT'nin yokluğuna ilişkin yapılan savunmalara cevaben kararda,

Soruşturma konusu dosya bakımından farklı büyüklükteki çok sayıda noktada yine çok sayıda ve farklı fiyatlı ürünlerin bulunmasının rekabete açık talebin, minimum geçiş payının ve rakibin teklif etmesi gereken etkin fiyatın belirlenmesini özellikle geleneksel kanalda yapılacak değerlendirmede güçleştirdiği, bunlar belirlense dahi, ilgili test kullanılarak sağlıklı bir sonuca ulaşılmasını engelleyeceği değerlendirilmektedir.

denilmektedir<sup>178</sup>. Dahası, anılan kararda, İtalyan Rekabet Otoritesinin *Unilever* kararına atıfta bulunulmuş ve Otoritenin Unilever'in ticaret politikasının EERT'yle veya benzeri ekonomik analizler ile ölçümlenemeyecek kadar karmaşık uygulamalara dayandığı argümanına referansla anılan Otoritenin de EERT'yi geçerli kabul etmediği belirtilmiştir<sup>179</sup>. Söz konusu Kurul kararı, RKHK'nin 6. maddesi kapsamındaki davranışın incelendiği her dosyada EERT'nin kullanılmak zorunda olmadığına ve hâkim durumun kötüye kullanılmasına ilişkin değerlendirmelerin, her bir vaka bazındaki gerekliliklere uygun olarak, farklı yöntemler ile yapılabileceğine işaret etmektedir<sup>180</sup>.

Türk rekabet hukukunda dijital pazarlara ilişkin değerlendirmelerde EERT'nin kullanımına ilişkin bir araştırma yapıldığında, Kurul kararlarında fiyat kaynaklı davranışların değerlendirilmesi bakımından EERT'ye kapsamlı şekilde başvurulduğunu söylemek güçtür. Bu bağlamda, Trendyol Yemek Hizmeti ile ilgili olarak yıkıcı fiyatlamanın incelendiği *Trendyol*<sup>181</sup> kararı örnek verilebilecektir. Kararda, yıkıcı fiyatlamanın ihlal teşkil etmesi için eşit

---

<sup>177</sup> 21-15/190-80 sayılı karar.

<sup>178</sup> A.g.k. para. 407.

<sup>179</sup> A.g.k.

<sup>180</sup> A.g.k. para. 473.

<sup>181</sup> 23-01/2-2 sayılı karar.

etkinlikteki rakibe pazarın kapanmasının muhtemel olması gerektiği belirtilerek, Trendyol Yemek'in çevrim içi yemek siparişi-servisi pazarındaki maliyet altı fiyatlamasının potansiyel ve/veya fiili olarak rakipleri dışlayıcı etki yaratıp yaratmadığı araştırılmaktadır<sup>182</sup>. Bu çerçevede, gelir-maliyet (kârlılık) analizine ve fiyat-maliyet kıyaslamasına başvurulmuş ancak genel olarak rakiplere ve -karara ilişkin karşı oyda yer verildiği üzere<sup>183</sup>- eşit etkinlikte olarak kabul edilen *Getir*'e yönelik rekabet karşıtı pazar kapamayı gösterir bir bulguya erişilememiştir.

Dijital pazarlara ilişkin Kurul kararlarına bakıldığında, fiyat dışı dışlayıcı davranışlar bakımından yapılan değerlendirmelerde EERT'ye rastlanmamaktadır<sup>184</sup>. Nitekim, Komisyonun *Google Shopping* kararında da, esasen fiyat-maliyet kıyası içeren testin uygulanmasının söz konusu karardaki dışlayıcı davranışa ilişkin değerlendirme bakımından anlam ifade etmediği hatırlatılabilecektir. Bu çerçevede, Türk rekabet hukukunda RKHK'nin 6. maddesine ilişkin değerlendirmelerde EERT'ye, bilhassa dijital pazarlar bakımından, yer verilmediği ve bu durumun Komisyonun ve AB mahkemelerinin yaklaşımı ile paralellik arz ettiği söylenebilecektir.

Yalnızca dijital pazarlara özgülenmeksizin, fiyat dışı dışlayıcı davranışların tespiti bakımından EERT'ye ihtiyaç bulunmadığına değinen *Enerjisa* kararına<sup>185</sup> değinilebilecektir. Kararda incelenen uygulamanın fiyat dışı dışlayıcı kötüye kullanma niteliğinde olduğu, buna karşın EERT'nin fiyatla ilişkili dışlayıcı davranışlarda başvurulmuş bir yöntem olduğu belirtilerek analizde EERT'ye başvurulmadığı ancak EERT'ye başvurulmamasının etki analizinin reddi anlamına gelmeyeceği ifade edilmiştir<sup>186</sup>.

Etki temelli yaklaşım ve EERT'nin Kurul içtihadına ne kadar nüfuz ettiği önemli olmakla birlikte bütünlük adına kararların mahkeme süreci de önem arz etmektedir. Nitekim bu bağlamda, konuya ilişkin ele alınan Kurul kararlarının mahkeme süreci incelendiğinde Kurulun yaklaşımından farklılaşan bir değerlendirmenin bulunmadığı tespit edilmiştir.

<sup>182</sup> Bkz. a.g.k. para. 100-131.

<sup>183</sup> A.g.k. s. 64.

<sup>184</sup> Bkz. 22-48/706-299 sayılı; 22-23/366-155 sayılı kararlar.

<sup>185</sup> Bkz. 18-27/461-224 sayılı karar.

<sup>186</sup> A.g.k. para. 1060.

Yukarıda yer verilen örnek Kurul kararları çerçevesinde özetle şu çıkarımlar yapılabilecektir. Türk rekabet hukukunda RKHK'nin 6. maddesine ilişkin değerlendirmelerde mutlak şekil temelli veya etki temelli yaklaşım benimsendiği söylenemeyecektir. Ancak, 2009 öncesi dönemde alınan kimi kararlarda etki temelli yaklaşımın sinyallerine rastlanması dikkate değerdir. 2009 sonrası dönemde ise Kurulun yaklaşımı terazinin etki temelli kısmına doğru kaymakta ve bu yöndeki Kurul kararı sayısında artış görülmektedir. Nitekim söz konusu yaklaşım ikincil mevzuata yansımış ve Kılavuz kapsamında etki analizine vurgu yapılmıştır. Bu bağlamda, her ne kadar 2014 yılından sonraki kararlarda etki analizine değinilse de, EERT'nin açıkça ve detaylı şekilde uygulandığı bir karara rastlanmamaktadır.

Türk rekabet hukukunda dışlayıcı davranışların değerlendirildiği kararların genel itibarıyla, daha çok etkin rakip ilkesi üzerine kurgulanmış iktisadi bakış açısını yansıtan kararlar olduğu söylenebilecektir. Ancak, EERT'ye başvurulmamasının etki analizinin reddi olarak kabul edilemeyeceği açık olduğundan, Kılavuz'un içtihadı yansımadığı değerlendirilemeyecektir. Bu doğrultuda yapılabilecek çıkarım ancak EERT'nin kararlardaki zayıflığına yahut hiç yer bulmayışına ilişkindir.

EERT'nin, bilhassa yıkıcı fiyatlamayı, marj sıkıştırmasını konu alan incelemelerde, fiyat-maliyet karşılaştırması şeklinde ele alındığı ve nihayetinde fiili ve/veya potansiyel rakiplere yönelik rekabet karşıtı pazar kapama etkisinin bulunup bulunmadığına ilişkin tespitler yapıldığı görülmektedir. Ayrıca, münhasırlık kurgusu içeren indirim sistemlerine ilişkin incelemelerde *Intel* (2009)'da Komisyon tarafından başvuru ölçüm parametrelerine (etkin fiyat, minimum gerekli pay vb.) başvurulmak suretiyle EERT'nin benimsendiği söylenemeyecektir.

Bu çerçevede, Türk rekabet hukukunda EERT'nin bilhassa münhasırlık indirimleri bakımından görece zayıf kaldığına ilişkin bir çıkarım yapılabilmektedir. Nitekim anılan kararlar çerçevesinde, rekabet karşıtı pazar kapama etkisi doğup doğmadığına ilişkin olarak vakanın gereklilikleri bazında ve başka yöntemler ışığında -ağırlıklı olarak- detaylı etki analizleri yapıldığı ifade edilebilecektir.

Görüldüğü üzere Türk rekabet hukukunda da dışlayıcı davranışlar bakımından değerlendirmenin yasal standardında AB'ye paralel olarak etki analizi ve fiyatlama ihlalleri bakımından ilke ve test benimsenmiş ama uygulamada test etkin şekilde işletilememiştir. Bu durum AB bakımından testin gerekliliğine ilişkin zorlukların ve tartışmaların Türkiye açısından da geçerli olduğunu göstermektedir. Bu kapsamda AB'nin ikinci reform sürecinin, Türkiye'nin RKHK'nin 6. maddesine ilişkin değerlendirmelerinde atacağı adımlar bakımından da önemli olduğu düşünülmektedir.

## BÖLÜM 4

# AB REKABET HUKUKUNDA İKİNCİ REFORM SÜRECİ: ETKİ TEMELLİ YAKLAŞIMDA YENİ ARAYIŞLAR VE TÜRK REKABET HUKUKU İÇİN ÖNERİLER

27 Mart 2023'te Komisyon, hâkim durumun kötüye kullanılmasına ilişkin değerlendirmede etki temelli yaklaşımı şekillendirecek ikinci reform sürecini başlatmıştır.

Süreç, etkin rakip ilkesinin ve EERT'nin etkiye dayalı yaklaşımdaki rolünün nereye evrileceğini görmek bakımından projeksiyon niteliğindedir. Komisyon, ilk olarak Rehber'de değişiklik yapıldığını duyuran ilân<sup>187</sup> (İlân) ile Rehber'in bazı hükümlerinde revizyon gerçekleştirmiştir. Tezin bu bölümünde öncelikle ilgili değişikliklere yer verilecek, akabinde literatürdeki tartışmalar aktarılarak, reform süreci ve tartışmalar ışığında Türk rekabet hukukuna ilişkin öneriler sunulacaktır.

### 4.1. AB REKABET HUKUKUNDA İKİNCİ REFORM SÜRECİ

Komisyonun dışlayıcı davranışların değerlendirilmesine ilişkin yaklaşımındaki güncel reform çalışmalarına ve bu kapsamdaki değişikliklere geçmeden önce, reform sürecinin geri planında yatan dinamikleri ve neden böyle bir reform sürecine ihtiyaç duyulduğunu anlamak bakımından dışlayıcı davranışlara ilişkin olarak Avrupa Mahkemeleri tarafından 2008'den bu yana alınan bazı kararlara kısaca değinilmesinde fayda görülmektedir.

Bu kapsamda, *Intel* (2009) kararına ilişkin dava sürecinde 2022 yılında alınan GM kararı, en kritik karardır. *GM* (2022)'de, Komisyon kararında EERT'nin kusurlu olduğu ve Intel'in indirim uygulamalarının rekabeti kısıtlayıcı etkilerinin ortaya konması bakımından gerekli yasal standardın sağlanmadığı ifade edilmiştir (Batchelor 2023, 2). Nitekim, bu dava sürecinde ABAD da, incelenen dışlayıcı

---

<sup>187</sup> Bkz. [https://competition-policy.ec.europa.eu/antitrust-and-cartels/legislation/application-article-102-tfeu\\_en](https://competition-policy.ec.europa.eu/antitrust-and-cartels/legislation/application-article-102-tfeu_en), Erişim Tarihi: 12.02.2024.

davranışa ilişkin değerlendirmede EERT'nin uygunluğunu nispeten daha güçlü ifadelerle kabul etmiş ve etkiye dayalı yaklaşımı dikkate almıştır (Apakan ve Vossen 2023, 1).

Öte yandan, tezin “*AB İçtihadında Etkin Rakip İlkesi ve EERT*” başlığında sunulan *Qualcomm, Google Android, Unilever* kararları da ikinci reform sürecini tetikleyen dikkate değer kararlar arasında yer almaktadır. Gerek Komisyonun gerek çeşitli rekabet otoritelerinin dışlayıcı davranışlara ilişkin kararlarının dava süreçlerinde etki temelli analizin eksikliğine vurgu yapıldığı görülmektedir. EERT'ye başvurulmaması veya testin ilgili parametrelerinin doğru tespit edilememesi *Qualcomm* ve *Google Android* kararlarının iptalini tetiklemiştir.

Bu noktada akla gelen bir soru ise etki analizinin kapsamının yalnızca eşit etkinlikteki rakip ilkesi ve yöntem olarak EERT ile sınırlandırılmasının incelenen davranışın olası rekabet karşıtı veya rekabet yanlısı etkilerinin anlaşılmasında dar bir çerçeve çizip çizmeyeceğidir.

Bu çerçevede Komisyon, ABİDA 102'nin uygulanmasına ilişkin ikinci reform sürecine girmiştir. Bu doğrultuda yeni kılavuz ilkeleri kabul edilinceye kadar, İlan ile etki temelli yaklaşım bakımından Rehber'in kimi bölümlerini değiştirmiştir. Bu çerçevede, Komisyonun ilk değişikliklerine aşağıdaki tabloda yer verilmektedir.

**Tablo 1-İlan ile Değiştirilen Rehber'in İlgili Hükümleri**<sup>188, 189</sup>

İlgili Paragraf	Değişiklik öncesi	Değişiklik sonrası
19. paragraf	Rekabet karşıtı pazar kapama, hâkim durumdaki teşebbüsün davranışları sonucunda <b>fiili ya da potansiyel rakiplerin</b> tedarik ya da arz kaynaklarına etkin erişiminin engellenmesi ya da ortadan kaldırılması ve böylece	Rekabet karşıtı pazar kapama, hâkim durumdaki teşebbüsün <b>etkin bir rekabet yapısını</b> <sup>190</sup> <b>olumsuz yönde etkilediği</b> , teşebbüsün örneğin, mal veya hizmetlerin fiyatı, üretimi, yeniliği, çeşitliliği veya

<sup>188</sup> Tabloda yer verilen hükümlerdeki vurgular yazara aittir.

<sup>189</sup> Komisyonun, Rehberde yaptığı değişiklikler yalnızca tabloda verilenler ile sınırlı olmayıp ayrıca mal vermenin reddi ve marj sıkıştırması eylemlerine ilişkin açıklamalar ayrı başlıklar altında ele alınmıştır. Ancak çalışmada Komisyonun ikinci reform sürecinde etki bazlı yaklaşımı dikkate alındığından, tabloda yalnızca buna ilişkin değişikliklere yer verilmiştir.

<sup>190</sup> Değişiklik çerçevesinde etkin rekabet yapısı betimlemesi için *Unilever* kararı, para. 36 referans gösterilmiştir. Bkz. a.g.k. dipnot (1a).

	hâkim durumdaki teşebbüsün tüketicinin zararına olacak şekilde fiyatları kâr amaçlı artırabilecek konuma ulaşması olarak tanımlanmaktadır.	kalitesi gibi rekabetin çeşitli parametrelerini kendi lehine ve tüketicilerin aleyhine olarak etkilediği bir durum şeklinde tanımlanmaktadır <sup>191</sup> .
23. paragraf <sup>192</sup>	Komisyon, rekabete aykırı dışlamayı önlemek için <b>normalde yalnızca</b> ilgili davranışın hâlihazırda hâkim durumdaki teşebbüs kadar etkin olduğu düşünülen rakiplerin rekabetini engellediği veya engelleyebileceği durumlarda müdahale edecektir.	Komisyon, rekabete aykırı dışlamayı önlemek için <b>genellikle</b> ilgili davranışın hâlihazırda hâkim durumdaki teşebbüs kadar etkin olduğu düşünülen rakiplerin rekabetini engellediği veya engelleyebileceği durumlarda müdahale edecektir.
24. paragraf <sup>193</sup>	<b>Ama</b> Komisyon, belirli durumlarda daha az etkin bir rakibin, belirli bir fiyata dayalı davranışın rekabet karşıtı pazar kapamaya yol açıp açmadığını değerlendirirken dikkate alınması gereken bir kısıtlama uygulayabileceğini de kabul etmektedir.	<b>Aynı zamanda</b> Komisyon, belirli durumlarda daha az etkin bir rakibin, belirli bir fiyata dayalı davranışın rekabet karşıtı pazar kapamaya yol açıp açmadığını değerlendirirken dikkate alınması gereken bir kısıtlama uygulayabileceğini de kabul etmektedir.
25. paragraf <sup>194</sup>	Komisyon, <b>hâkim durumdaki teşebbüs kadar etkin olan</b> varsayımsal bir rakibin bile söz konusu davranış nedeniyle dışlanmasının muhtemel olup olmadığını belirlemek için,	Komisyon, <b>maliyetler açısından hâkim durumdaki teşebbüs kadar etkin olan</b> varsayımsal bir rakibin bile söz konusu davranış nedeniyle

<sup>191</sup> *Google Android* kararı para. 281 referans gösterilmiştir.

<sup>192</sup> Etkin rakip kavramı için referans verilen kaynaklar; *ABAD* (2017), para. 134; *Unilever* kararı, para. 37. Bkz. a.g.k. dipnot (1).

<sup>193</sup> Rekabet karşıtı pazar kapama tanımı için referans verilen kaynaklar; *Post Danmark II*, para. 59-60; 19.01.2023, *Unilever* kararı para. 57. Bkz. a.g.k. dipnot (1a).

<sup>194</sup> Anılan hüküm kapsamında maliyet altı fiyatlandırma davranışı için, referans verilen kaynaklar; *Post Danmark II*, para. 61; *ABAD* (2017), para. 141; 14.09.2022, *Google Android* kararı, para. 643; 19.01.2023, *Unilever* kararı para. 57, 58, 62. Bkz. a.g.k. dipnot (1b).

	maliyet ve satış fiyatlarına ilişkin ekonomik verileri ve özellikle hâkim durumdaki teşebbüsün maliyetin altında fiyatlandırma yapıp yapmadığını <b>inceleyecektir.</b>	dışlanmasının muhtemel olup olmadığını belirlemek için maliyet ve satış fiyatlarına ilişkin ekonomik verileri ve özellikle hâkim durumdaki teşebbüsün maliyetin altında fiyatlandırma yapıp yapmadığını <b>inceleyebilir.</b>
27. paragraf <sup>195</sup>	Veriler, eşit derecede etkin bir rakibin hâkim durumdaki teşebbüsün fiyatlandırma davranışıyla etkin bir şekilde rekabet edebileceğini açıkça gösteriyorsa, Komisyon, ilke olarak, hâkim durumdaki teşebbüsün fiyatlandırma davranışının etkin rekabet ve dolayısıyla tüketiciler üzerinde olumsuz bir etkisi olmayacağı sonucuna varacak ve bu nedenle müdahale etme olasılığı düşük olacaktır. <b>Aksine, veriler hâkim durumdaki teşebbüsün uyguladığı fiyatın eşit derecede etkin rakiplere pazarı kapatma potansiyeline sahip olduğunu gösteriyorsa, Komisyon bunu rekabete aykırı pazar kapamanın genel değerlendirmesine dâhil edecek ve ilgili diğer nicel ve/veya nitel kanıtları dikkate alacaktır.</b>	Komisyon, eşit derecede etkin bir rakibin hâkim durumdaki teşebbüsün fiyatlandırma davranışıyla etkin bir şekilde rekabet edip edemeyeceğini değerlendirmek için verileri analiz ederken, <b>diğer ilgili nicel ve/veya nitel kanıtları da dikkate alarak, bu analizi rekabete aykırı pazar kapamanın genel değerlendirmesine entegre edecektir.</b>
<p><b>Kaynak:</b><a href="https://competition-policy.ec.europa.eu/document/download/a4724f81-3d9f48e7-b3deefdcbb9b08a4_en?filename=guidance_paper_article_102_redline_post_amending_communication.pdf">https://competition-policy.ec.europa.eu/document/download/a4724f81-3d9f48e7-b3deefdcbb9b08a4_en?filename=guidance_paper_article_102_redline_post_amending_communication.pdf</a>, Erişim Tarihi: 15.02.2024.</p>		

<sup>195</sup> Söz konusu hüküm kapsamında referans verilen kaynaklar; 30.01.2020, *Generics (UK) and Others*, C-307/18, EU:C:2020:52, para. 154; *Telefónica*, para. 175; *Deutsche Telekom*, para. 175; 17.02.2011, *TeliaSonera* para. 28. Bkz. a.g.k. dipnot (4).

İlân ile Rehber’de yapılan değişiklikler hâkim durumun kötüye kullanılmasına ilişkin incelemelerde EERT’ye yapılan vurguyu yumuşatmıştır. Nitekim, 23. paragrafta yapılan değişiklik ile Komisyonun rekabet karşıtı pazar kapamayı engelleyebilmek için **genellikle** ilgili davranışın eşit etkinlikteki rakibin rekabet edebilmesini engellediği veya engelleyebileceği durumlarda müdahale edeceği ifade edilmiştir. Yapılan bu değişiklik ile etki temelli yaklaşım çerçevesinde dahi EERT’nin mutlaka başvurulması gereken bir yöntem olmadığına dolaylı olarak vurgu yapıldığı görülmektedir. Öte yandan, Komisyon, etkin rakip ilkesine dayanan analiz kapsamında yalnızca en az hâkim durumdaki teşebbüs kadar etkin rakipten ziyade belli koşulların varlığında daha az etkin rakibin de dikkate alınmasına ilişkin tutumunu korumuş sadece Rehber’in 24. paragrafındaki hükmün lafzında bir değişikliğe gitmiştir.

Rehber’in 25. paragrafındaki değişiklik neticesinde öncelikle varsayımsal rakibin hangi ölçüm kriteri bakımından hâkim durumdaki teşebbüs ile eşit etkinlikte olduğuna, “**maliyetler açısından...**” ibaresi ile açıklık getirilmektedir. Dahası, değişiklik sonrasında maliyet altı fiyatlandırma davranışı bakımından maliyete ve satışa ilişkin verilerin Komisyon tarafından **incelenebileceği** belirtilerek EERT<sup>196</sup> bakımından Komisyona esneklik tanınmaktadır. Bu kapsamda, Komisyonun incelenen davranışın rekabet karşıtı pazar kapamaya yol açıp açmayacağına ilişkin değerlendirmesinde EERT’nin zorunluluğu konusunda kısmi de olsa geri adım attığı söylenebilecektir.

Diğer yandan Rehber’in 27. paragrafında yapılan değişiklik ile hâkim durumdaki teşebbüsün fiyatlandırma davranışı karşısında eşit etkinlikteki rakibin rekabet edip edemeyeceğine ilişkin iktisadi analizde vakanın diğer ilgili nicel/nitel kanıtlarının da dikkate alınması ve genel değerlendirmeye ilgili parametrelerin entegre edilmesi gerektiği belirtilmiştir. Böylece, değişiklik öncesinde EERT’de başvuru verilerin yalnızca, hâkim durumdaki teşebbüsün fiyatlandırma davranışının eşit etkinlikteki rakibe pazarı kapatma potansiyeline sahip olduğunu göstermesi durumunda Komisyonun bu analizi rekabete aykırı pazar kapamanın genel değerlendirmesine dâhil edeceğine ilişkin hüküm, ayrıma gitmeksizin

---

<sup>196</sup> Hükümde yer alan eşit etkinlikteki rakip ilkesi iktisadi analiz bakımından EERT’yi işaret ettiğinden, çıkarım EERT’ye ilişkin yapılmıştır.

genele yayılarak, verilerin analizinin nitel ve nicel diğer tüm kanıtlar ile bütüncül şekilde ele alınacağına vurgu yapılmıştır.

Şekil temelli yaklaşım, aşırı müdahale riski taşıırken, etkiye dayalı yaklaşım da müdahale bakımından çitayı aşırı derecede külfetli, hatta imkânsız hale getirecek bir seviyeye taşımaktadır. Dolayısıyla, fiyatlama davranışı bakımından genel bir gösterge olarak etkin rakibe pazarın kapatılması kavramsal olarak haklı olsa da, standardın aşırı katı ve dogmatik bir şekilde uygulanmasından kaçınılması önemli görülmektedir (Mccallum vd. 2023, 4-5). Bu bağlamda, ikinci reform süreci dışlayıcı davranışın değerlendirilmesinde EERT'nin gerekliliğine farklı bir bakış kazandırmıştır.

Öte yandan, Barbera vd.'nin (2023, 9) yorumuyla, Rehber, etkin rakip ilkesini hâkim durumdaki teşebbüsün kendi değerlendirmesi için “yumuşak güvenli liman” olarak sunmaktadır. Dolayısıyla, etki standardı bakımından etkin rakip ilkesinin gerekli olduğu ancak EERT'nin bir zorunluluk olmadığı söylenebilecektir.

Yukarıda yer verilen tüm değerlendirmeler dikkate alındığında Komisyonun dışlayıcı davranışları değerlendirme kriterlerinde EERT'nin gerekliliğinin yumuşatıldığı görülmektedir. ABİDA 102'nin değerlendirilmesinde Rehber'de yapılacak değişikliklere ilişkin ikinci reform süreci devam etmektedir<sup>197</sup>. Bu çerçevede, gerek *Intel* (2009) sonrasında gerek Komisyonun ikinci reform sürecinin başlatılması akabinde ABİDA 102'ye ve etki temelli yaklaşımın geleceğine ilişkin olarak literatürde ileri sürülen argümanlara aşağıda yer verilmektedir.

#### **4.2. ETKİ TEMELLİ YAKLAŞIMA DAİR GÜNCEL TARTIŞMALAR**

Padilla (2023) tarafından aktarıldığı üzere, Nilausen ve Sangha (2023), *GM* (2022)'deki EERT değerlendirmelerini desteklemekte ve *GM*'nin yaklaşımının dışlayıcı davranışa ilişkin inceleme kriterleri bakımından düzenleyici otoriteler için çitayı yükseltirken bir yandan da vakadaki değerlendirme belirsizliğini tutarlı

---

<sup>197</sup> Komisyon, Rehber ilkelerinin bir taslağını 2024 yılının ortasına kadar halkın katılımına açık şekilde yayımlayacaktır. Hazırlanacak yeni Rehber'in 2025 yılında kabul edilmesi planlanmaktadır. Bkz. [https://competition-policy.ec.europa.eu/antitrust-and-cartels/legislation/application-article-102-tfeu\\_en](https://competition-policy.ec.europa.eu/antitrust-and-cartels/legislation/application-article-102-tfeu_en), Erişim Tarihi: 04.03.2024.

ve titiz şekilde davacı lehine giderdiğini ifade etmektedir. Buehler's ve Hervé (2023) ise GM'nin kararının indirim sistemlerinin değerlendirmesinde EERT'yi vazgeçilmez kılacağını düşünmekte ancak testin ikinci tip hata riskini artırabileceğini ifade etmektedir. Öte yandan, GM (2022) kararının münhasırlık indirimlerinin değerlendirilmesinde yanlış bir emsal oluşturabileceği de söylenebilecektir (Padilla 2023, 145).

EERT sonucunda rekabet karşıtı pazar kapama etkisi ortaya konulmadığında dahi ihlal söz konusu olabilecektir. Nitekim tüm rekabetçi davranışlar birbirine benzese de her ihlal davranışı kendine özgü bir şekle sahiptir. Dolayısıyla, EERT, rekabet karşıtı pazar kapamanın olmadığını gösterdiğinde dahi incelenen davranışın ihlal teşkil edip etmediği Komisyonun zarar teorisine bağlı olarak değişebilecektir (Padilla 2023, 146).

Yukarıda yer verilen görüşler, Komisyonun dışlayıcı davranışa ilişkin içtihadın Rehber'e yeni ilkeler olarak yansıtılmasını amaçlayan girişimi (McCallum vd. 2023, 2) ile birlikte düşünüldüğünde, hâkim durumdaki teşebbüsün davranışının rekabeti kısıtlayıcı etkilere sahip olup olmadığına ilişkin değerlendirmede Komisyonun ilgili tüm koşulları dikkate alması gerektiği yönündeki yaklaşımın ağırlıkta olduğu görülmektedir. Nitekim, Mart 2023'te Komisyon tarafından yayımlanan Politika Özetinde<sup>198</sup> ABİDA 102'nin yorumlanmasında esas itibarıyla hükmün anlamlı şekilde uygulanmasına olanak tanıyan, münferit piyasaların ve sektörlerin özelliklerine uyum sağlayabilen dinamik ve uygulanabilir bir yaklaşımın benimsendiği belirtilmiştir.

Whish ve Bailey (2012, 175) tarafından ifade edildiği gibi, ABİDA 102'nin dışlayıcı davranışlara uygulanması konusunda iktisadi ve etkiye dayalı yaklaşım lehine fikir birliği olsa da, bu durum Komisyonu ABİDA 102'nin uygulanmasını “işlevsel hale getirme” konusunda zorlu bir sorunla karşı karşıya bırakmıştır. Günümüzde aynı zorluk karşısında çözüm üretme arayışları devam etmektedir. Nitekim, bu duruma Barbera vd.'nin (2023, 20) çalışmasında da değinilmiş ve etkin rakip ilkesine başvurulduğu durumlarda ABİDA 102'nin uygulanmasının **işlevsel hale getirilmesi bakımından** zorluklar bulunduğu, EERT'nin yararlı bir araç olup olmadığı ve hangi tür dışlayıcı davranışın değerlendirilmesinde yararlı

---

<sup>198</sup> Bkz. McCallum vd. (2023), [https://ec.europa.eu/competition\\_policy/publications\\_en](https://ec.europa.eu/competition_policy/publications_en), Erişim Tarihi: 12.02.2024.

olabileceği sorularına verilen cevabın içtihat hukuku ve yeni iktisadi düşünceyle birlikte evrim geçirdiği ifade edilmiştir. Literatürdeki bu çalışmaların tarihleri dikkate alındığında, ABİDA 102'nin uygulanmasındaki iktisadi bakış açısına ilişkin optimal çözüm arayışının devam ettiği görülmektedir.

İkinci reform sürecinde EERT, genel rekabet değerlendirmesinde başvuru unsurlardan yalnızca biri olarak kalmakta ve EERT'nin sonucunun analizde ele alınan tüm ilgili diğer koşullar ile birlikte dikkate alınması yönünde bir yaklaşım benimsemektedir (McCallum vd. 2023, 7). Bu doğrultuda, EERT'nin uygulamada ispat standardı bakımından rolünün “yönetilebilirlik” zemininde şekillendiği söylenebilecektir. İkinci reform sürecinde, hâkim durumdaki teşebbüslerin ihlal isnadına ilişkin görüşlerini sunmalarına imkân tanıyan yeterli yasal garanti sağlayan ve davranışın rekabet yanlısı/karşıtı etkilerine ilişkin argümanlara değer atfedilmektedir. Dahası, idari otoritenin dışlayıcı davranışa ilişkin değerlendirmesinde yönetilebilir bir rejim, ABİDA 102'nin etkili şekilde uygulanmasına gereksiz yere müdahale etmeyen rejim olarak anlaşılabilir (Ibáñez Colomo 2023, 611)<sup>199</sup>.

Etki temelli yaklaşım çerçevesinde EERT eksik müdahaleye yol açabilmektedir. Dahası, EERT'de uygulama hatası riski, hukuki açıdan bir endişe kaynağıdır. Ancak bu noktada Ibáñez Colomo'un (2023, 613) ifade ettiği üzere, GM'nin bakış açısında önemli olan, uygulama hatalarının en aza indirilmesi için maddi (delil niteliğinde) standartların nasıl oluşturulabileceğidir.

*Intel* (2009)'a ilişkin dava süreci, ABİDA 102'ye ilişkin incelemelerde, mahkemelerin anılan hükmün daha çok etki odaklı okumasını benimsemesine etki etmiştir. Nitekim *ABAD* (2017)'de sunulan kriterler<sup>200</sup> Komisyonun ihlal tespitinde yüksek ispat yükümlülüğüne sahip olacağını göstermektedir (Apakan ve Vossen 2023, 6). Ayrıca *Intel* (2009)'a ilişkin kararında *ABAD*, EERT'yi daha az etkin rakip kavramından ayırmış eşit etkinlikteki rakibe vurgu yapmıştır. EERT, doğrudan fiyatlandırma uygulamaları ile sınırlı olsa da genel itibarıyla

---

<sup>199</sup> Esnek ve etkili uygulamanın yönetilebilirlik ve hukuki belirlilik ile ilişkisi için bkz. a.g.k. s. 612.

<sup>200</sup> Hâkim durumdaki teşebbüsün pazardaki büyüklüğü, iddia konusu uygulamanın pazardaki kapsayıcılığı, indirimlerin verilmesine ilişkin özel koşullar ve bu koşulların süresi ile en az hâkim durumdaki teşebbüs kadar etkin rakibi dışlamayı amaçlayan bir stratejini olası varlığı. Bkz. a.g.k. s. 4.

dışlayıcı davranışların değerlendirilmesinde geniş bir yelpaze sunmaktadır (Auer ve Radic 2022, 6).

Bu çerçevede, ABİDA 102 uygulamasının geleceğine ilişkin yapılabilecek bir çıkarım, EERT'ye başvurulsun ya da başvurulmasın Komisyonun dışlayıcı davranışlara ilişkin değerlendirmesinde etkin rakibe yapılan vurgunun devam edecek olduğudur. Rehber'de yapılan ilk değişiklik neticesinde Komisyonun etkin rakip ilkesine yaptığı vurgunun devam etmesinin ancak EERT'ye ilişkin yaklaşımının yumuşamasının yukarıda sunulan argümanlar ile tutarlı olduğu söylenebilecektir. Ancak iktisadi yaklaşımın tek yönteminin EERT olmadığı kabulünde, Komisyonun etki temelli yaklaşım kapsamında iktisadi analize yaptığı vurgunun zayıfladığını söylemek hatalı bir çıkarım olacaktır.

Literatürde Neven (2023, 1) tarafından yapılan çalışmanın bulguları da, ABİDA 102'nin, dahası etkin rakip ilkesine dayalı analiz bağlamında dışlayıcı davranış değerlendirmesinde aranan yasal standardın anlaşılması bakımından dikkate değer argümanlar içermektedir. Neven'e (2023) göre, ilke, etkin rakibe pazarı rekabet karşıtı şekilde kapatan dışlayıcı kötüye kullanma davranışının tespiti bakımından yeterli bir koşul olarak kırmızı çizgi oluşturmaktadır. Öte yandan, EERT'de *Intel* (2009) vd. kararlar çerçevesinde ele alınan kusurlar, ampirik çalışmanın doğasına ilişkin yanlış bir çıkarıma yol açtığından endişe verici görünmektedir. Bu doğrultuda, dikkate alınması gereken, testin kilit parametrelerinin nokta tahmini etrafındaki güven aralığıdır. Dahası, ilke ve test özel bir zarar teorisinden türetilmemiştir. Bu bağlamda, koşullu indirimler, marj sıkıştırması gibi davranışlara özgülünen zarar teorileri birinci tip hataya neden olabilecektir. Diğer yandan, yalnızca ilkeye ve teste dayanarak dışlayıcı davranışın değerlendirilmesi ikinci tip hatalara yol açabilecektir. Dolayısıyla, dışlayıcı davranışların değerlendirilmesinde etkin rakip ilkesinin uygulanması ve testin ampirik sonuçlarının araştırılan zarar teorisine bağlı olarak şekillenmesi gerektiği söylenebilecektir. Bu bağlamda, Ibáñez Colomo (2023, 622) tarafından ifade edildiği üzere, dışlayıcı kötüye kullanma davranışına ilişkin içtihadın yönü net görünmemekte ve etki analizinin tam olarak ne kadar gerekli olduğu konusunda şüpheler bulunmaktadır. Etki temelli yaklaşımının ana kavramı olan “*etki*”den ne anlaşılması gerektiği ise bugüne değin tam olarak ortaya

konulamamıştır. Dolayısıyla, hâlihazırda Komisyonun ikinci reform girişiminin arka planındaki esas unsur etki kavramı ile neyin kastedildiğine ilişkindir.

Özetle, tüm bu argümanların esasen dışlayıcı davranışların incelenmesinde nasıl bir yaklaşım sergilenmesi gerektiği hakkında net bir reçete sunmadığı görülmektedir. Bu noktada sorgulanması gereken, her bir ihlal türü kendine özgü koşullar barındırıyor ise değerlendirme için tek reçete sunmanın ne denli doğru olacağıdır. Elbette, hukuki öngörülebilirlik açısından içtihatla benimsenecek net bir yaklaşım yol gösterici olacaktır ancak etki temelli yaklaşımda her zaman EERT'ye başvurulması gerektiğini söylemek rekabet otoriteleri ve teşebbüsler bakımından güvenli liman algısının ötesine geçerek kısıtlayıcı ve dar bir perspektife yol açabilecektir. Nitekim, Ibáñez Colomo'un (2023, 623) da belirttiği gibi, ABİDA 102 kapsamındaki etkilerin değerlendirilmesi, vakanın bağlamına özgü olmalı ve yalnızca ileride zarar meydana gelebileceği ihtimaline dayandırılmamalıdır. Yani bir uygulamanın fiili veya potansiyel etkisinin analizi salt bir formalite haline gelmemelidir.

Görüleceği üzere, ABİDA 102 kapsamında yapılan değerlendirmelerde nasıl bir yaklaşım sergileneceği, ilgili mevzuat ve içtihat çerçevesinde ve literatürdeki tartışmalar etrafında şekillenmektedir. Mevzuata dair mevcut tartışmaların ve Komisyonun ikinci reform sürecinin, Türk rekabet hukukunda dışlayıcı davranışların değerlendirilmesine ilişkin yaklaşıma nasıl etki edebileceğine ve RKHK'nin 6. maddesi kapsamında yapılacak değerlendirmelerde dikkate alınabilecek önerilere bir sonraki başlıkta yer verilmektedir.

### **4.3. TÜRK REKABET HUKUKUNDA DIŞLAYICI DAVRANIŞLARIN DEĞERLENDİRME STANDARDINA İLİŞKİN ÖNERİLER**

AB rekabet hukukunda ABİDA 102 kapsamına giren dışlayıcı davranışların tespitine ilişkin yasal standart arayışının tetiklediği ikinci reform sürecinin Türk rekabet hukukunu ne şekilde etkileyeceği, Türk rekabet hukuku uygulamalarında hangi amacın benimsendiği ile ilintilidir.

Bu doğrultuda RKHK'nin gerekçesinde yer alan,

“Piyasa ekonomisinin sağlıklı bir şekilde işleyebilmesi için, rakip teşebbüsler arasında dinamik bir rekabet sürecinin var olması ve bu süreçte **güçlü olanın değil, başarılı olanın kendini kabullendirmesi gerekir.**”, “(...) rekabet düzeni pazara

giriş engellerini ortadan kaldırarak **küçük işletmelerin korunmasına** yardımcı olmaktadır.”, “Rekabet sürecinin korunması (...) **tüketicilerin ve toplumun tümünün refah düzeyinin artması sonucunu doğuracaktır**”.

ifadelerinden Türk rekabet hukukunda rakipler arasında etkin ve daha az etkin ayrımı gözetilmeksizin rekabetçi sürecin esas alındığı ve bu doğrultuda tüketici refahına olumlu katkı sunan rakiplerin pazarda kalması gerektiğine ilişkin bir tutum izlendiği söylenebilecektir.

İlaveten, Kılavuz kapsamında yer verildiği üzere, dışlayıcı davranışın tespitinde iktisadi bir bakış açısının benimsendiği, etkin rakip ilkesine dayalı iktisadi analizin öngörüldüğü, bu bağlamda ağırlıklı olarak etki temelli yaklaşımdan yana bir anlayışa sahip olunduğu da görülmektedir.

Söz konusu bakış açısı çerçevesinde dışlayıcı davranışlara ilişkin değerlendirmelerin yapıldığı Kurul kararlarında, tek bir yöntemden söz edilememektedir. Rehber’in ve dahası 2014 yılında Kılavuz’un yayımlanması sonrasında ise etki temelli yaklaşımın ağırlık kazandığı ve iktisadi analizlerin arttığı görülmektedir. Ancak, EERT’nin fiyat-maliyet kıyaslaması ile sınırlı kaldığını söylemek mümkündür. Bu çerçevede EERT’nin kritik parametrelerine ilişkin doğru tespitlerin dışlayıcı davranışın kötüye kullanma teşkil edip etmediğine ilişkin analizler bakımından daha etkili sonuçlar doğurabileceği, dolayısıyla buna ilişkin vaka bazlı çalışmalar yürütülmesinin yerinde olabileceği düşünülmektedir.

Ancak, EERT’nin karmaşıklığı ve parametrelerinin doğru tespitinde ihtiyaç duyulan sağlıklı veri temini testin uygulanmasında sorun yaratmaktadır. Dolayısıyla, Kurumun bu alanda daha fazla kaynağa ihtiyaç duyduğu açıktır. Bu çerçevede, dışlayıcı davranışın incelenmesinde benimsenecek iktisadi analiz ağırlıklı yaklaşım Kurum nezdinde ilgili birimin daha da geliştirilerek, uzmanlaştırılması ihtiyacını doğurmaktadır. Ancak bunun sağlanması durumunda dahi EERT’nin, veri temini noktasında yaratabileceği sorunlar, nihai olarak değerlendirmenin sağlıklı şekilde yapılabilmesini ve varılacak kanaati etkileyecektir.

Bu çerçevede, öncelikle Kılavuz’un lafzında düzenlemeye gidilerek etki temelli yaklaşımda Kurulun değerlendirmesi bakımından ilkenin ve testin rolü netleştirilebilecektir. Bu bağlamda, dışlayıcı davranışların değerlendirilmesinde

Kurulun yasal standart bakımından ilkeye ve teste ne ölçüde bağlı kalacağına ilişkin bir düzenleme getirilebilecektir. Dışlayıcı davranışın değerlendirilmesinde EERT'nin reddinin etki temelli yaklaşımın reddi anlamına gelmeyeceği açıklığa kavuşturulabilecektir. Ayrıca, EERT'nin parametrelerine ilişkin kriterler oluşturulabilecektir. Örneğin, indirim sistemlerine ilişkin yapılacak değerlendirmede analiz kapsamında dikkate alınan indirimlerin pazardaki kapsayıcılığına ilişkin kritik bir eşik getirilebilecektir. Ancak söz konusu eşik sektörden sektöre değişebileceğinden sektör bazlı ayrıma gidilmesi de faydalı olacaktır. Dahası, alternatif maliyet ölçütü bakımından sektör bazlı yapılacak çalışmalar neticesinde hangi maliyet ölçütünün ne tür alt kısımları içermesi gerektiğine ilişkin saptamalar yapılarak mevzuata yansıtılabilecektir. Nitekim, bu tür bir çalışma, EERT kapsamında başvuru maliyet unsuruna ilişkin daha sağlıklı veri temin edebilmeyi kolaylaştıracak, Kurum bakımından öngörülebilirlik sağlayacak niteliktedir. Ayrıca, anılan çalışma, hâkim durumdaki teşebbüsün *ex-ante* olarak istenen şekilde veri tutmasına rehberlik edebilecektir.

Ancak tüm bu değerlendirmeler ve öneriler esasen, dışlayıcı davranışın değerlendirilmesinde EERT'nin zorunlu olup olmadığına ilişkin soruya verilecek yanıt neticesinde şekillenmektedir. Komisyonun etkin rakip ilkesini dikkate alan fakat iktisadi analiz konusunda EERT'ye karşı yumuşayan yaklaşımı şüphesiz Türk rekabet hukuku bakımından da gösterge niteliğindedir.

Bu doğrultuda, Türk rekabet hukuku bakımından olası bir endişe, dışlayıcı davranışın incelenmesinde, incelemeye konu sektörün dinamiklerinin göz ardı edilmemesi gerektiğine yöneliktir. Elbette, değerlendirmelerin belli bir standart içinde yapılması gerekmektedir. Fakat belirlenecek standartta Kurumun, Ibáñez Colomo'un (2023, 623) ifadesiyle, hukuki belirlilik ve esneklik arasında bir denge kurması esas olmalıdır. Böylece, dışlayıcı davranışın kötüye kullanma teşkil edip etmeyeceği noktasında hem idari otorite hem de teşebbüsler için öngörülebilirlik artacak idari otorite ve teşebbüsler paralel bir zeminde hareket edebilecektir. Öte yandan değerlendirmede katı bir tutum izlenmemesi ile hem sektörlerin taleplerine cevap verilebilecek hem de piyasanın işleyişine dengeli şekilde müdahale edilebilecek, aslında rekabetçi olabilecek bir davranışa karşı hatalı müdahale riski azaltılabilecektir.

## SONUÇ

AB’de dışlayıcı davranışların değerlendirilmesinde ibre, tarihsel süreç içerisinde, şekil temelli yaklaşımdan etki temelli yaklaşıma kaymıştır. Bu doğrultuda, belli kurallar ışığında davranışın yasaya uygun ya da aykırı olduğu sonucuna varılan şekil temelli yaklaşımın yerini, tüketici refahını merkeze alan ve dışlayıcı davranışların pazardaki etkilerini ampirik analiz ile doğrulamaya çalışan etki temelli yaklaşım almıştır.

Ancak hâkim durumdaki teşebbüs ile eşit etkinlikteki rakibin dışlanması, tüketici refahını azaltabileceği kabulünden hareketle etkin rakip ilkesi benimsenmiştir. Anılan ilkenin uygulama yöntemi olan EERT, Tartışma Metninde ve Rehber’de fiyat temelli dışlayıcı davranışların değerlendirilmesinde başvurulabilecek yöntem olarak sunulmuştur.

EERT, hâkim durumdaki teşebbüsün verilerinin esas alındığı fiyat-maliyet karşılaştırmasına dayanmakla birlikte özellikle indirim sistemleri bakımından üst segment bir değerlendirme standardı getirmektedir. Nitekim, literatürdeki çalışmalardan, sadakat indirimlerinde, maliyet üstü fiyatlandırma davranışının dahi kötüye kullanma niteliğinin ortaya konulabilmesinde EERT’ye başvurulduğu görülmüştür.

EERT’nin ölçüm parametrelerine ilişkin potansiyel hata riskinin ve testin uygulamada yol açabileceği sorunların görünür hale gelmesi bakımından Komisyonun Intel’in koşullu indirim uygulamalarını değerlendirerek ihlal tespit ettiği kararının temyiz sürecinde 2022 yılındaki GM kararı kritik bir eşığı temsil etmektedir. Karar, EERT’nin etki temelli yaklaşımdaki gerekliliğine ve uygulanabilirliğine ilişkin bir dizi sorgulamayı beraberinde getirmiştir. Dışlayıcı davranışların değerlendirilmesinde EERT’nin gerekliliği fiyat temelli ve fiyat dışı dışlayıcı davranışlar bakımından farklı ele alınabilecektir.

Bu bağlamda, incelenen akademik çalışmalar ve karar örnekleri EERT’nin fiyatla ilintili dışlayıcı davranış türleri bakımından başvurulabilir olduğunu göstermektedir. Testin parametrelerinin fiyat unsurları ile ilişkili olması da bu durumu destekler niteliktedir. Fiyat dışı dışlayıcı davranışların

değerlendirilmesinde ise etkin rakip ilkesi elverişliyse, EERT'nin uygulanabilirliğinden söz etmek oldukça güçtür. Literatürdeki çalışmalar da söz konusu dışlayıcı davranışlar bakımından testi uygulamanın imkânsız olmadığını fakat yönetilebilirliğinin zor olduğunu ortaya koymaktadır. Dijital sektörde görülen kendini kayırma davranışı bakımından ise, akademik kaynaklar, etkin rakip ilkesinin matematiksel olarak ele alınmasında bir engel olmadığına ve dijital piyasalarda ortaya çıkan dışlayıcı davranışların incelenmesinde EERT'ye başvurulabileceğine işaret etmektedir.

Öte yandan, iktisadi analizi “*rekabet hukukunun kalbine koyan*” etki temelli yaklaşımda EERT'nin mutlak bir zorunluluk olmadığı söylenebilecektir. Dahası, değerlendirmeye konu davranışın türünün farklı olması dahi, her durumda EERT'ye başvurulması zorunluluğunu bertaraf etmektedir. Ayrıca, vaka özelinde başvurulabilecek muhtelif iktisadi analizler tüketici refahını gözeten etki temelli yaklaşımın amacına hizmet edebilecektir. İlâveten, bu çalışmadaki değerlendirmeler ışığında EERT'nin pratikte yol açabileceği sorunlar dikkate alındığında testin değerlendirmenin doğruluğu açısından da yeterli olmayabileceği sonucuna ulaşılmıştır.

Etki temelli yaklaşımda, EERT'nin mutlak gereklilik olarak ele alınamayacağı, hâkim durumdaki teşebbüsten daha az etkin rakip kavramı ile de ilintilidir. Literatürdeki çalışmalar, asıl rekabetçi baskının hâkim durumdaki teşebbüsten daha az etkin rakipten de gelebileceğini, dolayısıyla dışlayıcı davranışların değerlendirilmesinde etkin rakip ilkesine dayalı iktisadi analizin gerekli olmayabileceğini göstermektedir. AB ve Türk rekabet hukukunda da dışlayıcı davranışın değerlendirilmesinde kimi durumda daha az etkin rakip dikkate alınmaktadır.

Etki temelli yaklaşımın ve EERT'nin geleceğine ilişkin projeksiyon sağlaması bakımından Komisyonun 2023'te başlattığı ikinci reform süreci önemlidir. Anılan sürecin ilk yansıması Rehber'de değişiklik yapan İlân ile Komisyonun müdahalesindeki yasal standardın yalnızca etkin rakip ilkesine dayalı iktisadi analiz olmadığı şeklinde dolaylı olarak kendini göstermiştir. Dolayısıyla, Komisyon, dışlayıcı davranışın değerlendirilmesinde EERT'nin gerekliliğini zayıflatmıştır. Komisyonun tutumu, ABİDA 102'ye ilişkin değerlendirmelerde etki temelli yaklaşım bakımından yönetilebilirlik,

uygulanabilirlik ve Komisyona görece esnek bir müdahale alanı tanıyan iktisadi bakış açısı ile hareket etmek üzerine kurgulanmıştır.

Dışlayıcı davranışların değerlendirilmesinde Türk rekabet hukukunun yaklaşımını anlamak, konuya ilişkin öneriler geliştirebilmek bakımından hem uygulayıcılar hem de teşebbüsler için oldukça önemlidir. Nitekim, bu çalışma en nihayetinde Türk rekabet hukukunda dışlayıcı davranışların değerlendirilmesine ilişkin öneriler sunmayı hedeflemiştir. Bu bağlamda, Türk rekabet hukukunda dışlayıcı davranışların değerlendirilmesi bakımından söylenebilecek ilk söz, etkin rakip ilkesinin ve EERT'nin açıkça mevzuata yansıdığıdır. Ayrıca, 2014'te Kılavuz yayımlanmadan önce dahi salt şekil temelli yaklaşım benimsenmemiş, iktisadi bakış açısı sınırlı da olsa kararlarda yer bulmuştur. 2014'ten sonraki kararlarda eşit etkinlikteki rakip ilkesine dayalı iktisadi analiz artış göstermiştir. Nihayetinde, tezde ele alınan kararların, daha çok etkin rakip ilkesi üzerine kurgulanmış, iktisadi bakış açısına sahip kararlar olduğu söylenebilecektir. Ayrıca, incelenen kararların mahkeme sürecinde, etki bazlı yaklaşım ve EERT bakımından Kurulun yaklaşımından farklılaşan bir değerlendirme bulunmamaktadır.

Tezde sunulan tüm bilgiler ve tartışmalar ışığında, Türk rekabet hukukunda dışlayıcı davranışların değerlendirilmesinde, EERT'nin daha uygulanabilir ve yönetilebilir hale getirilmesinde Kurumun iktisadi analiz konusunda güçlendirilmesi gerekebilecektir. Ayrıca, Kılavuz'da yapılacak revizyon ile öncelikle etkin rakip ilkesinin ve EERT'nin Kurulun müdahalesi bakımından konumu netleştirilerek, EERT'ye başvurulmasının bir zorunluluk olmadığına ve dışlayıcı davranışların değerlendirilmesinde EERT'ye başvurulmamasının etki temelli yaklaşımın reddi olarak ele alınamayacağına ilişkin açıklamalara yer verilebilecektir. Bu açıklamalar dışında ayrıca, testin uygulama standardında öngörülebilirliğini artırmak bakımından testin ölçüm parametrelerine ilişkin kriterler getirilebilecektir. Bu bağlamda, EERT'nin uygulanmasında başvuru olan ölçüm parametrelerinden biri olan alternatif maliyet ölçütlerinin hesaplanmasında esas alınacak maliyet kalemleri ayrı bir düzenlemede tespit edilebilecektir. Nihayetinde tüm bu düzenlemeler testin uygulayıcıları açısından faydalı olabilecektir.

Son söz olarak, dışlayıcı davranışların değerlendirilmesinde ve nihayetinde Kurulun müdahalesinde hukuki belirlilik ve esneklik arasında dengenin kurulmasının ve EERT'nin gerekliliğinin bu anlayış ışığında ele alınmasının faydalı olacağı söylenebilecektir.

## ABSTRACT

The aim of this thesis is to question the necessity and applicability of the equally efficient competitor test, which is an application criterion of the effects-based approach in evaluating the unilateral exclusionary conduct of dominant undertakings. As a matter of fact, the litigation process regarding the Commission's Intel decision in 2009 increased this questioning. Within the scope of the test, the efficient competitor principle is adopted with the acceptance that the exclusion of the dominant undertaking and the equally efficient competitor may negatively affect consumer welfare. The applicability of the principle and test in question differs in terms of price-based and non-price exclusionary conducts. While the literature indicates that the efficient competitor principle is applicable to both types of conduct, the test's applicability to non-price exclusionary conduct is quite weak. On the other hand, the literature shows that there is no obstacle to mathematically considering the efficient competitor principle in terms of self-preferencing conduct seen in the digital market.

Studies in the literature and evaluations made throughout the thesis reveal that testing isn't an absolute necessity in terms of the effects-based approach. Moreover, considering the problems that the test may cause in practice, it can be said that it is not sufficient in terms of the accuracy of the evaluation. Discussions regarding the test triggered the second reform process that the Commission launched in 2023. In this process, firstly, the role of testing in terms of the Commission's intervention threshold in assessing exclusionary conduct has been softened.

In Turkish competition law, the role of economic analysis, which is the heart of the effect-based approach, in the evaluation of exclusionary conduct has increased after 2014. The analyzes in question in the Board's decisions do not predominantly refer to the equally efficient competitor test, but are analyzes based on the efficient competitor principle and have an economic perspective. However, it was concluded that not applying the said test in decisions doesn't mean rejection of the effects-based approach. The role of testing in the adoption of the effects-based approach will be clarified with the revisions to be made in the Turkish

competition legislation and within the Competition Authority. This situation can bring about a process that is feasible, manageable, and balanced between legal certainty and flexibility in terms of authorities and undertakings.

## KAYNAKÇA

AĞVAZ, B. (2017), Hâkim Durumun Kötüye Kullanılmasında Maliyet Üstü Fiyatlama, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi, Ankara.

AKMAN, P. (2024), “A Critical Inquiry into ‘Abuse’ in EU Competition Law”, *Oxford Journal of Legal Studies*, s. 1-33.

APAKAN, H.T. ve R. VOSSEN (2023), “Intel and the Role of Less Efficient Competitors”, Competition Economists Group, <https://www.ceg-global.com/insights/intel-and-the-role-of-less-efficient-competitors>, Erişim Tarihi: 15.02.2024.

ARITÜRK, R.Ö. (2011), “İndirim sistemleri: AB ve ABD Uygulamaları Işığında Test Önerileri ve AB Uygulamasındaki Son Gelişmeler”, *Rekabet Dergisi*, Vol:12, No:1, s.3-53.

AUER, D. ve L. RADIC (2022), “The Growing Legacy of Intel”, *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol:14, No:1, s. 1-9.

BARBERA, A., N. F. ACOSTA ve T. KLEIN (2023), “The Role of the AEC Principle and Tests in a Dynamic and Workable Effects-Based Approach to Abuse of Dominance”, *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol:8, No:14, s. 1-29.

BATCHELOR, B. (2023), “European Commission Clarifies Effect-Based Enforcement of Exclusionary Conduct by Dominant Companies” Skadden Publication, <https://www.skadden.com/insights/publications/2023/04/european-commission-clarifies>, Erişim Tarihi: 06.01.2024.

BISHOP, S. ve P. MARSDEN (2006), “The Article 82 Discussion Paper: A Missed Opportunity”, *European Competition Journal*, Vol:2, No:1, s.1-7.

BOUTIN, A. ve X. BOUTIN (2018), “The As Efficient Competitor Test-Back to Facts”, *CLPD*, Vol:4, No:51, s. 1-17.

BOTTA M. ve K. WIEDEMANN (2019), “To Discriminate or not to Discriminate? Personalised Pricing in Online Markets as Exploitative Abuse of Dominance”, *European Journal of Law and Economics*, s. 1-24.

CALZOLARI, G. ve V. DENICOLÒ (2020), “Loyalty Discounts and Price-Cost Tests”, *International Journal of Industrial Organization*, Vol:73, No:102589, s. 1-14.

DE CONINCK, R. (2018), “The As-efficient Competitor Test: Some Practical Considerations Following the ECJ Intel Judgement”, *Competition Law and Policy Debate*, Vol:4, No:2, s. 73-80.

DE GHELLINCK, E. (2016), “The As-efficient-competitor Test: Necessary or Sufficient to Establish an Abuse of Dominant Position?”, *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol:7, No:8, s. 544-548.

DHALL, V. (2008), "Competition Law and Consumer Protection-Insights into Their Interrelationship", The Effects of Anti-competitive Business Practices on Developing

- Countries and Their Development içinde, New York ve Geneva: United Nations Conference on Trade and Development, s. 3-42.
- ECONOMIDES, N. ve I. LIANOS (2009), “Elusive Antitrust Standard on Bundling in Europe and in the United States in the Aftermath of the Microsoft Cases”, *Antitrust Law Journal*, Vol:76, No:483, s. 1-123.
- GAUDIN, G., ve D. MANTZARI (2022), “Google Shopping and the As-Efficient-Competitor Test: Taking Stock and Looking Ahead”, *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol:13, No:2, s. 125-135.
- GERADIN, D. (2008), “A Proposed Test for Separating Pro-competitive Loyalty Rebates from Anti-competitive Ones”, Tilburg University TILEC Discussion Paper içinde.
- GERBER, D. J. (2007), “Two Forms of Modernization in European Competition Law”, *Fordham International Law Journal*, Vol:31, No:5, s. 1235-1265.
- GORECKI, P. K. (2006), “Form-Versus Effects-Based Approaches to the Abuse of a Dominant Position: The Case of Ticketmaster Ireland”, *Journal of Competition Law and Economics*, Vol:2 No:3, s. 533-548.
- GORMSEN, L. L. (2013), “Are Anti-competitive Effects Necessary for an Analysis under Article 102 TFEU?”, *World Competition Law and Economic Review*, Vol:36, No:2, s. 223-245.
- HILDEBRAND, D. (2002), “The Role of Economic Analysis in the EC Competition Rules”, Kluwer Law International, 2. Baskı, The Hague/London/New York, 2002.
- HOVENKAMP, H. (2005), “The Design of Antitrust Rules”, *The Antitrust Enterprise: Principle and Execution*, Harvard University Press, s. 31-50, Londra.
- HOVENKAMP, H. (1985), “Antitrust Policy After Chicago”, *Michigan Law Review*, Vol: 84, No:213, s. 213-284.
- IBÁÑEZ COLOMO, P. (2023), “The (second) Modernisation of Article 102 TFEU: Reconciling Effective Enforcement, Legal Certainty and Meaningful Judicial Review”, *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol:14, No:8, s. 608-623.
- JONES, A. ve B. SUFRIN (2011), *EC Competition Law*, 4. Baskı, Oxford University Press, New York.
- KARAMAN, D. (2015), “Avrupa Birliğinin İşleyişine Dair Anlaşmanın 102 ve Türkiye'nin 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanununun 6. Maddeleri Açısından Bağlama Anlaşmaları”, *Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, No: 34, s. 63-73.
- KOHLER A. (2021), “Online Advertising and the Competition for Data: What Abuse are We Looking For?”, *World Competition Law and Economics Review*, Vol:44, No:2, s. 199-226.
- LAMADRID A. ve P. IBÁÑEZ COLOMO (2021), “As Efficient Competitors in Case T-612/17, Google Shopping: The Principle and the Conflations”, <https://chillingcompetition.com/2021/11/19/as-efficient-competitors-in-case-t%E2%80%91612-17-google-shopping-the-principle-and-the-conflations/>, Erişim Tarihi: 05.03.2024.

- LIANOS, I. (2009), “The Price/Non Price Exclusionary Abuses Dichotomy: a Critical Appraisal”, *Concurrences Review*, Vol:2, s. 1-6.
- LINDEBOOM, J. (2022), “Formalism in Competition Law”, *Journal of Competition Law & Economics*, Vol:18, No:4, s. 1-49.
- LUKACS, P. (2010), “Effects Analysis under Article 102 after Tomra”, [https://www.competitionlawassociation.org.uk/docs/article102\\_slides\\_peter\\_lukacs\\_03-11-10.pdf](https://www.competitionlawassociation.org.uk/docs/article102_slides_peter_lukacs_03-11-10.pdf), Erişim Tarihi: 16.01.2024.
- MADAN, Z. (2008), ABD ve AB Perspektifinden Dışlayıcı Uygulamaların Tespitine Yönelik Standart Tartışmaları, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi, Ankara.
- MAKHIJA, H. R., J. MANASSE-BOETANI, M. GARIBOTTI ve D. B. ZASTROW (2023), “A Practical Guide to the Implementation of the As-Efficient-Competitor (AEC) Test”, Analysis Group: <https://www.analysisgroup.com/globalassets/insights/publishing/2023-a-practical-guide-to-the-implementation-of-the-aec-test.pdf>, Erişim Tarihi: 19.02.2024.
- MANDORFF, M. ve J. SAHL (2013), “The Role of the 'Equally Efficient Competitor' in the Assessment of Abuse of Dominance”, *Competition Law Journal*, Swedish Competition Authority, Vol:12, No:221, s. 1-20.
- MARINOVA M. (2016), “Should the Rejection of the “As Efficient Competitor” Test in the Intel and Post Danmark II Judgements Lead to Dismissal of the Effect-based Approach?”, *European Competition Journal*, Vol:12, No:2-3, s. 387-408.
- MCCALLUM L., vd. (2023), “A Dynamic and Workable Effects Based Approach to Abuse of Dominance”, Competition Policy Brief, <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/ef8f0a39-cf77-11ed-a05c-01aa75cd71a1/language-en/format-PDF/source-291879209>, Erişim Tarihi: 12.02.2024.
- NEVEN, D. J. (2023), “The As-Efficient Competitor Test and Principle. What Role in the Proposed Guidelines?”, *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol:14, No:8, s. 1-50.
- NIHOUL, P. (2014), “The Ruling of the General Court in Intel: Towards the end of an Effect-based Approach in European Competition Law?”, *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol:5, No:8, s. 521-530.
- O'DONOGHUE, R. ve J. PADILLA (2013), *The Law and Economics of Article 102 TFEU*, 2. Baskı, Hart Publishing, Oregon.
- O'DONOGHUE, R. ve J. PADILLA (2006), *The Law and Economics of Article 82 EC*, Hart Publishing, Oregon
- ÖZDEMİR, Ü.N. (2009), Fiyatlamaya İlişkin Tek Taraflı Davranışların Değerlendirilmesinde Kullanılan Maliyet Ölçütleri, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi, Ankara.
- ÖZKAN, A.F. (2013), “Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Kötüye Kullanma Niteliğindeki Davranışlarının Değerlendirilmesine İlişkin Kılavuz Taslağı'nın Eleştirisel Bir Değerlendirmesi”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Vol:4, No:1, s. 311-350.
- PADILLA, J. (2023), “The AEC Test Today and in the Future”, *Competition Law & Policy Debate*, Vol:7, No:4, s. 144-146.

PAPANDROPOULOS, P. (2008), "Implementing an Effects-based Approach under Article 82", *Concurrences* N° 1-2008, Art. N° 15434, <https://www.concurrences.com/en/review/issues/no-1-2008/droit-eteconomie/implementing-an-effects-based-approach-under-article-82-ec>, Erişim Tarihi: 05.12.2023.

PETIT, N. (2009), "From Formalism to Effects? The Commission's Communication on Enforcement Priorities in Applying Article 82 EC", *World Competition Law and Economic Review*, Vol:32, Sayı:4, s. 1-19.

PIRAINO JR, T. A. (2007), "Reconciling the Harvard and Chicago Schools: a new antitrust approach for the 21st Century", *Indiana Law Journal*, Vol:82, No: 2, s. 345-410.

REY, P. ve J. S. VENIT (2015), "An Effect-Based Approach to Article 102: A Response to Wouter Wils", *World Competition Law and Economics Review*, Vol:38, No:1, s. 1-16.

RIDYARD, D. (2014), "Interpreting the As-Efficient Competitor Test in Abuse of Dominance Cases", *The Competition Law Review*, Vol:10, No:2, s. 125-143.

SALOP, S. C. (2017), "The Raising Rivals' Cost Foreclosure Paradigm, Conditional Pricing Practices, and the Flawed Incremental Price-Cost Test", *Antitrust Law Journal*, Vol:81, No: 2, s. 371-421.

SÜMER ÖZDEMİR, N. (2015), *Rekabete Aykırı Dışlayıcı Uygulamaların Tespitinde Etki Temelli Yaklaşım ve Etki Standartları*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara.

TAVŞANOĞLU, S. (2009), "The "Effects-Based" Approach of the Commission to the Application of Article 82 to Exclusionary Abuses: Is the New Approach Really Economics Friendly?", Yüksek Lisans Tezi, Faculty of Law Lund University.

WHISH, R. (2015), "Intel v Commission: Keep Calm and Carry on!", *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol:6, No:1, s. 1-2.

WHISH, R. ve D. BAILEY (2012), *Competition Law*, 7. Baskı, Oxford University Press, New York.

VENIT, J. S. (2014), "Case T-286/09 Intel v Commission-the Judgment of the General Court: All Steps Backward and No Steps Forward", *European Competition Journal*, Vol:10, No: 2, s. 203-230.

YOO, C. S. (2020), "The Post-Chicago Antitrust Revolution: A Retrospective", *University of Pennsylvania Law Review*, Vol:168, Sayı:2145, s. 2145-2169.

#### **Diğer Kaynaklar:**

EUROPEAN COMMISSION (2003), "Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty", Brüksel, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32003R0001>, Erişim Tarihi: 23.02.2024.

EUROPEAN COMMISSION (2005), "DG Competition Discussion Paper on the Application of Article 82 of the Treaty to Exclusionary Abuses", Brüksel, <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf>, Erişim Tarihi:25.12.2023.

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

Brüksel, [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52009XC0224\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52009XC0224(01)), Erişim Tarihi: 20.11.2023.

Global Dictionary of Competition Law, Concurrences, <https://www.concurrences.com/en/dictionary/aec-as-efficient-competitor-principle-and-test>, Erişim Tarihi: 18.02.2024.

Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Davranışlarına İlişkin Kılavuz.

Intel (2009) Kararına İlişkin Süreç Hakkında Bilgi, [https://ec.europa.eu/commission/press-corner/detail/en/ip\\_23\\_4570](https://ec.europa.eu/commission/press-corner/detail/en/ip_23_4570), Erişim Tarihi: 24.02.2024.

İlân ile Değiştirilen Rehber Hükümleri Hakkında Bilgi, [https://competition-policy.ec.europa.eu/document/download/a4724f81-3d9f48e7-b3deefdcbf9b08a4\\_en?filename=guidance\\_paper\\_article\\_102\\_redline\\_post\\_amending\\_communication.pdf](https://competition-policy.ec.europa.eu/document/download/a4724f81-3d9f48e7-b3deefdcbf9b08a4_en?filename=guidance_paper_article_102_redline_post_amending_communication.pdf), Erişim Tarihi: 15.02.2024.

Komisyonun Rehber’de Değişiklik Yapan İlânı Hakkında Bilgi, [https://competition-policy.ec.europa.eu/antitrust-and-cartels/legislation/application-article-102-tfeu\\_en](https://competition-policy.ec.europa.eu/antitrust-and-cartels/legislation/application-article-102-tfeu_en), Erişim Tarihi: 12.02.2024.

Rehber’deki Değişiklik Hakkında Bilgi, [https://competition-policy.ec.europa.eu/document/download/a4724f81-3d9f48e7-b3deefdcbf9b08a4\\_en?filename=guidance\\_paper\\_article\\_102\\_redline\\_post\\_amending\\_communication.pdf](https://competition-policy.ec.europa.eu/document/download/a4724f81-3d9f48e7-b3deefdcbf9b08a4_en?filename=guidance_paper_article_102_redline_post_amending_communication.pdf), Erişim Tarihi: 15.02.2024.

Rekabet Terimleri Sözlüğü, <https://www.rekabet.gov.tr/Dosya/geneldosya/rk-terimleri-sozlugu-2018-pdf>, Erişim Tarihi: 15.02.2024.

#### **Avrupa Birliği Komisyonu Kararları:**

Case COMP/C-3/37.990, Intel OJ (2009) C 227/13 (*Intel* (2009))

Case AT.39740, 27.07.2017 (*Google Shopping*)

Case AT.40220, 24.01.2018 (*Qualcomm*)

Case AT.40099 18.07.2018 (*Google Android*)

#### **Avrupa Birliği Genel Mahkeme Kararları:**

Case T-336/07, *Telefónica and Telefónica de Espana v Commission*, EU:T:2012:172-*(Telefonica)*

Case T-286/09, Intel Corp. V. European Commission, EU:T:2014:547 (*GM* (2014))

Case T-612/17, Google and Alphabet v Commission, EU:T:2021:763 (*Google Shopping*)

Case T-286/09 RENV, Intel Corp. v. European Commission, EU:T:2022:19 (*GM* (2022))

Case T-235/18, ECLI:EU:T:2022:358 (*Qualcomm*)

Case T-604/18 ECLI:EU:T:2022:541 (*Google Android*)

#### **Avrupa Birliği Adalet Divanı Kararları**

Case C-62/86, *AKZO Chemie BV v Commission* [1991]ECR1-3359 (*Akzo*) Case C-280/08P, *Deutsche Telekom v Commission*, EU:C:2010:603. (*Deutsche Telekom*)

Case C-52/09, *Konkurrensverket v. Telia Sonera Sverige*, EU:C:2011:83 (*Teliasonera*)

Case C-209/10, *Post Danmark A/S v Konkurrencerådet*, EU:C:2012:172 (*Post Danmark I*)

Case C-23/14, *Post Danmark A/S v Konkurrencerådet*, EU:C:2015:651 (*Post Danmark II*)

Case C-165/19P, *Slovak Telekom v Commission*, EU:C:2021:239 (*Slovak Telekom*)

Case C-549/10P, *Tomra Systems ASA and Others v Commission*, EU: C: 2012:221  
(*Tomra*)

Case C-413/14 P, EU:C:2017:632 (*ABAD* (2017))

Case C-680/20, EU:C:2023:33, 19.01.2023 (*Unilever*)

**İtalya Rekabet Otoritesi (AGCM) Kararı**

AGCM v. Unilever, 31.10.2017, No:A484

**Alman Rekabet Otoritesi Kararı**

Case B6-22/16, German Competition Authority, 06.02.2019.

**Rekabet Kurulu Kararları**

04-22/231-48 sayılı karar

05-80/1106-317 sayılı karar

05-49/702-190 sayılı karar

06-24/304-71 sayılı karar

07-13/101-30 sayılı karar

08-65/1055-411 sayılı karar

08-57/912-363 sayılı karar

09-07/128-39 sayılı karar

09-39/949-236 sayılı karar

09-48/1193-301 sayılı karar

09-35/877-206 sayılı karar

12-62/1633-598 sayılı karar

12-47/1413-474 sayılı karar

12-38/1085-344 sayılı karar

13-27/372-173 sayılı karar

13-27/371-172 sayılı karar

13-71/974-420 sayılı karar

13-49/711-300 sayılı karar

14-04/81-34 sayılı karar

14-54/932-420 sayılı karar

16-15/254-109 sayılı karar

16-01/12-5 sayılı karar

17-34/537-228 sayılı karar

17-08/99-42 sayılı karar

18-29/497-238 sayılı karar

18-27/461-224 sayılı karar

19-40/645-272 sayılı karar

19-20/286-122 sayılı karar

20-08/82-49 sayılı karar

21-15/190-80 sayılı karar

22-11/169-68 sayılı karar

22-48/706-299 sayılı karar

22-23/366/155 sayılı karar

23-01/2-2 sayılı karar



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