

Uzmanlık Tezleri Serisi No: 125

# REKABET KURUMU

## TEK TARAFLI DAVRANIŞLARIN DEĞERLENDİRİLMESİNDE NİYET UNSURU

*HATİCE YAVUZ*

**TEK TARAFLI DAVRANIŞLARIN  
DEĞERLENDİRİLMESİNDE NİYET  
UNSURU**

*HATİCE YAVUZ*

ANKARA 2012

© Bu eserin tüm telif hakları  
Rekabet Kurumuna aittir. 2012

Baskı, Aralık 2012  
Rekabet Kurumu-Ankara

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

10/01/2012 tarihinde

Rekabet Kurumu Başkan Yardımcısı Vekili H. Erkan YARDIMCI  
Başkanlığında, II. Denetim ve Uygulama Dairesi Başkanı Ali DEMİRÖZ,  
Barış EKDİ, Dr. Ekrem KALKAN, Yrd. Doç. Dr. Hamdi PINAR'dan  
oluşan Tez Değerlendirme Heyeti önünde savunulan bu tez, Heyetçe yeterli  
bulunmuş ve Rekabet Kurulunun 12/01/2012 tarih ve 12-01/59 sayılı  
toplantısında "Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi" olarak kabul edilmiştir.

ISBN 978-605-5479-30-5

YAYIN NO

290

*eşime, aileme ve emeği geççenlere...*



## İÇİNDEKİLER

SUNUŞ .....	IX
KISALTMALAR.....	XI
GİRİŞ.....	1

### Bölüm 1

#### ABD'DE ve AB'DE TEK TARAFLI DAVRANIŞLARIN DEĞERLENDİRİLMESİNE İLİŞKİN STANDART ARAYIŞLARI ÇERÇEVESİNDE NİYET UNSURUNA YÜKLENEN ANLAMLAR

1.1. GİRİŞ .....	5
1.2. NİYET: TANIMI VE TÜRLERİ .....	8
1.2.1. İyi Niyet - Kötü Niyet Ayrımı .....	9
1.2.2. Subjektif Niyet - Objektif Niyet Ayrımı.....	10

### Bölüm 2

#### ABD VE AB UYGULAMALARI IŞIĞINDA TEK TARAFLI DAVRANIŞLARIN DEĞERLENDİRİLMESİNDE NİYET UNSURUNUN KULLANIMI ve BUNA İLİŞKİN YAKLAŞIMLAR

2.1. ABD ve AB İÇTİHADINDA NİYET UNSURUNUN KULLANIMI .....	16
2.1.1. ABD'deki Gelişim.....	16
2.1.2. AB'deki Gelişim.....	21
2.1.2.1. AB İctihadında Niyet Unsuru .....	21
2.1.2.2. Tartışma Metni ve Rehber'de Niyet Unsuru .....	25
2.1.2.3. Tartışma Metni'nde, Rehber'de ve Uygulamada Niyete Yönelik İspat Standartları .....	27
2.2. TEK TARAFLI DAVRANIŞLARIN DEĞERLENDİRİLMESİNDE NİYETİN KULLANIMINA İLİŞKİN YAKLAŞIMLAR .....	30
2.2.1. Niyete Yönelik Eleştiriler ve Niyetin Etkisiz Olduğu Yaklaşımı .....	30
2.2.2. Niyetin Dikkate Alınması Gerektiğini İleri Süren Yaklaşımlar.....	35
2.2.2.1. Niyetin Etkisi Belirsiz Davranışların Değerlendirilmesinde Dikkate Alınması Gerektiği Yaklaşımı .....	36

2.2.2.2. Niyetin Tek Taraflı Davranışların Değerlendirilmesinde Aranan Genel Şartlardan Biri Olması Gerektiği Yaklaşımı ..39	
2.2.3. Niyetin Kullanılmasına Yönelik Diğer Yaklaşımlar..... 41	
2.3. HAKİM DURUMUN KÖTÜYE KULLANILMASINDAN DOLAYI VERİLECEK CEZA VE NİYET İLİŞKİSİ ..... 42	

### **Bölüm 3**

#### **TEK TARAFLI DAVRANIŞLARIN DEĞERLENDİRİLMESİNDE ETKİ UNSURU ve AB'DEKİ GELİŞMELER**

3.1. TEK TARAFLI DAVRANIŞLARIN DEĞERLENDİRİLMESİNDE ETKİ STANDARDI: GERÇEKLEŞMİŞ ETKİ-MUHTEMEL ETKİ TARTIŞMASI ..... 46	
3.2. 102. MADDENİN MODERNİZASYONU KAPSAMINDA AB REKABET HUKUKU UYGULAMASINDA ETKİ YAKLAŞIMI..... 50	
3.3. ETKİYİ ORTAYA ÇIKARMADA YAŞANAN GÜÇLÜKLER VE ETKİNİN YETERLİLİĞİNE İLİŞKİN GETİRİLEN ELEŞTİRİLER..... 52	
3.4. NİYET ve ETKİ ARASINDAKİ ETKİLEŞİM..... 54	

### **Bölüm 4**

#### **TÜRK REKABET HUKUKU UYGULAMASINDA TEK TARAFLI DAVRANIŞLARIN DEĞERLENDİRİLMESİNDE NİYET UNSURU**

4.1. RKHK ÇERÇEVESİNDE HAKİM DURUMUN KÖTÜYE KULLANILMASI VE NİYET ..... 56	
4.2. KURUL ve DANIŞTAY İÇTİHADINDA NİYET ..... 58	
4.2.1. Biryay II Kararı ..... 58	
4.2.2. Karbogaz Kararı ..... 58	
4.2.3. Coca Cola ..... 59	
4.2.4. Frito Lay Kararı..... 60	
4.2.5. Türk Telekom kararı..... 61	
4.2.6. Solmaz Mercan Kararları ..... 62	
4.2.7. TNet Kararı ..... 63	
4.2.8. Turkcell Kararı ..... 64	

4.2.9. Doğan Kararı .....	65
4.2.10. Diğer Kararlar .....	67
4.3. KURUL KARARLARININ DEĞERLENDİRİLMESİ .....	71
4.4. TEK TARAFLI DAVRANIŞLARIN DEĞERLENDİRİLMESİNDE NİYETİN KULLANIMINA YÖNELİK ÖNERİLER .....	73
<b>SONUÇ</b> .....	77
<b>ABSTRACT</b> .....	80
<b>KAYNAKÇA</b> .....	81





## SUNUŞ

15 yılı aşkın bir süredir bağımsız bir idari otorite olarak faaliyetlerini sürdürmekte olan Rekabet Kurumu, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un uygulanmasını gözeterek, piyasalarda kartelleşme ve tekelleşmeyi engellemek yönünde önemli adımlar atmaktadır. Piyasa ekonomilerinde hayati bir role sahip olan rekabetin korunması ile tüketicilerin, yaşamın her alanında daha kaliteli ürünü, daha ucuza ve daha çok miktarda satın alabilmeleri sağlanmaktadır. Bu başarılar sayesinde de Rekabet Kurumu, yalnızca Türkiye'deki kurumlar arasında değil, dünyadaki rekabet otorileri arasında da hak ettiği yeri almaya başlamıştır. Nitekim Avrupa Birliği Komisyonu ilerleme raporları ile OECD gözden geçirme raporlarında bu durum ifade edilmekte ve Kurumun ulaşılmış olduğu idari kapasite ve mesleki düzeyle takdirle karşılanmaktadır.

Rekabet Kurumunun ulaşılmış olduğu bu idari kapasite ve mesleki düzeyin en önemli yansımalarından biri de uzmanlık tezleridir. Rekabet uzman yardımcıları, üç yılı aşan meslekî çalışmalarından elde ettikleri tecrübeleri, yoğun bilimsel araştırmalarla birleştirerek tez hazırlamaktadır. Rekabet hukuku, politikası ve sanayi iktisadı alanlarında hazırlanan ve gerek Rekabet Kurumuna gerekse diğer ilgililere yönelik önemli bir kaynak niteliğini haiz olan bu tezlerden bazılarında, rekabet hukuku ve politikasının temel konu başlıklarını içeren teorik hususlar derin analizlerle irdelenmekte, diğerlerinde ise rekabet hukuku uygulamaları bakımından önem arz eden sektörlerle ilişkin çalışmalar yer verilmektedir. Bu sayede daha önce ele alınmamış pek çok konuda değerli eserler ortaya çıkmaktadır.

Doktrine katkı sağlanması ve toplumun rekabet konusunda bilgilendirilmesi amacıyla bu eserlerin yayımlanması, rekabet otoritelerinin en önemli görevleri arasında yer alan rekabet savunuculuğunun bir parçasını teşkil etmektedir. Böylece Rekabet Kurumu, toplumu bilgilendirme hedefine yönelik rekabet savunuculuğu çerçevesinde, tek başına veya üniversiteler, barolar ve benzeri örgütlerle işbirliği halinde yürütmekte olduğu konferanslar, sempozyumlar, eğitim ve staj programları düzenlemek gibi faaliyetlerine ilave bir etkinlikte bulunmaktadır.

Bu bağlamda ele alınan konular bakımından kaynak olarak kullanılabilir yerli eserlerin son derece az olması nedeniyle değerleri bir kat daha artan tezlerini tamamlayan ve Rekabet Uzmanı unvanını alan bütün arkadaşlarımı gönülden kutluyor, başarılar diliyorum. Bu çerçevede, uzmanlık tezlerini, önemli bir başvuru kaynağı olacağı inancıyla ilgili kamuoyunun bilgisine sunuyoruz...

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

## KISALTMALAR

<b>AAD</b>	: Avrupa Adalet Divanı
<b>AB</b>	: Avrupa Birliği
<b>ABD</b>	: Amerika Birleşik Devletleri
<b>ABİDA</b>	: Avrupa Birliğinin İşleyişine Dair Anlaşma
<b>A.g.g</b>	: Adı geçen görüş
<b>A.g.k.</b>	: Adı geçen karar
<b>A.y.</b>	: Aynı yerde
<b>Bkz.</b>	: Bakınız
<b>dn.</b>	: dipnot
<b>DOJ</b>	: Department of Justice (Amerika Birleşik Devletleri Adalet Bakanlığı)
<b>FTC</b>	: Federal Trade Commission (Amerika Birleşik Devletleri Federal Ticaret Komisyonu)
<b>ICN</b>	: International Competition Network (Uluslararası Rekabet Ağı)
<b>Komisyon</b>	: Avrupa Komisyonu
<b>Kurul</b>	: Rekabet Kurulu
<b>No.</b>	: Numara
<b>ODM</b>	: Ortalama Değişken Maliyet
<b>OECD</b>	: Organization for Economic Cooperation and Development (Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Teşkilatı)
<b>OJ</b>	: Official Journal (AB Resmi Gazetesi)
<b>OKM</b>	: Ortalama Kaçınılabılır Maliyet
<b>OTM</b>	: Ortalama Toplam Maliyet
<b>para.</b>	: paragraf
<b>RA</b>	: Roma Antlaşması
<b>RKHK</b>	: Rekabetin Korunması Hakkında Kanun
<b>s.</b>	: sayfa
<b>vb.</b>	: ve benzeri
<b>vd.</b>	: ve diđerleri
<b>Vol.</b>	: Volume



## GİRİŞ

“Bir teşebbüsün, amacı rekabeti kısıtlamak olan bir davranışı fiilen uyguladığında, beklenen sonuca ulaşamamış olması 102. maddenin uygulanmasını engellemek için yeterli değildir.” (AB-Genel Mahkeme-Michelin II)

“Birinin rakiplerini ortadan kaldırma isteği tamamen rekabete uygundur ve bu genellikle rekabetin arkasındaki motivasyondur.” (ABD-7. Bölge Mahkemesi-Poultry Farms)

“...rekabet karşıtı amacı ve etkiyi göstermek bazı durumlarda tek ve aynı şeyi ifade eder.” (AB-Genel Mahkeme-Wanadoo)

“...bizim odağımız davranışın arkasındaki niyet değil, davranışın etkisidir. Niyete yönelik deliller sadece tekeli firmanın davranışının muhtemel etkisini göstermeye yardımcı olduğu ölçüde önemlidir.” (ABD-Temyiz Mahkemesi- Microsoft)

“...bir teşebbüsün eylemlerinin kötüye kullanma olarak addedilebilmesi için söz konusu eylemlerin rekabetin bozulmasını, sınırlandırılmasını ya da ortadan kaldırılmasını amaçlıyor olması gerekmektedir...” (Türkiye-Rekabet Kurulu-Türk Telekom)

“...hakim durumda olan teşebbüsün mutlaka rekabeti kısıtlama niyetinin olması gerekmemektedir. Eğer ilgili eylem ya da işlem rekabetin kısıtlanması etkisini doğuruyorsa bu, söz konusu davranışın yasaklanması için yeterlidir.” (Türkiye-Rekabet Kurulu- Karbogaz)

...

Avrupa Birliği (AB), Amerika Birleşik Devletleri (ABD) ve Türkiye rekabet hukuku uygulamalarından yapılan bu alıntılar, hakim durumun kötüye kullanılmasının tespitinde teşebbüslerin *niyetinin (intent)* araştırılıp araştırılmayacağı sorusuna yönelik çözüm bulma arayışlarını göstermektedir. Alıntıların işaret ettiği diğer bir husus ise uygulamada, *tek taraflı davranışların*

(*unilateral conduct*) değerlendirilmesinde niyetin rolünün ne olacağına ilişkin görüş birliğinin bulunmadığıdır.

Gerek rekabet otoritelerinin hatalı karar verme riskinin azaltılması gerekse teşebbüsler açısından yasal belirliliğin sağlanması amacıyla tek taraflı davranışların hangi durumlarda kötüye kullanma olarak görüldüğünün belirlenmesi önemlidir. Bu kapsamda, hakim durumda olan teşebbüslerin davranışlarının değerlendirilmesinde kullanılacak standartların neler olduğu, rekabet hukuku literatüründe sıkça tartışılan konulardan biridir. Son dönemlerde AB’de *iktisadi/etki temelli* bir yaklaşımı esas alan modernizasyon sürecinin başlaması da bu yöndeki standart arayışlarının göstergesi niteliğindedir. Kötüye kullanma bakımından teşebbüslerin *rekabet karşıtı (anti-competitive)* bir niyet taşımalarının gerekip gerekmediği ve ihlalin tespitinde niyetin nasıl bir rol oynaması gerektiği konuları uygulamanın yanı sıra bu alandaki akademik çalışmaların da odağı haline gelmiştir. Ancak kötüye kullanmaya yönelik değerlendirmede niyetin oynaması gerektiği rol ne etki temelli bir yaklaşımın benimsendiği ABD ne bu yönde bir modernizasyonun yaşandığı AB ne de Türkiye uygulamasında açıklığa kavuşmuş durumdadır.

Hem Rekabet Kurulu hem de teşebbüsler bakımından söz konusu olan bu belirsizliğin giderilmesine katkı sağlamak amacıyla, çalışma temel olarak, “*Tek taraflı davranışların değerlendirilmesinde niyet unsuru nasıl bir rol oynamalıdır?*” sorusuna teori ve uygulama çerçevesinde cevap aramaktadır. Bu soruyu cevaplandırabilmek amacıyla, çalışmanın birinci bölümünde tek taraflı davranışlar bağlamında niyet kavramının genel çerçevesi çizilerek ihlalin tespitinde bir standart olarak niyet unsurunun öneminin ortaya konulması hedeflenmektedir.

İkinci bölümde ise niyet unsurunun içtihatlar doğrultusunda şekillenen kullanımına ilişkin olarak ülkemiz adına anlamlı ve uygulanabilir sonuçlar çıkarılabilmesi amacıyla ana soruyla ilişki olarak “*ABD ve AB uygulamasında ve literatürde niyete nasıl yaklaşılmaktadır?*” yan sorusunun cevabı aranmıştır. Bu bağlamda ABD ve AB uygulamaları detaylı şekilde incelenmiş ve ardından niyetin kullanımına yönelik olarak literatürde ortaya çıkan yaklaşımlar ele alınmıştır.

Üçüncü bölüm, tek taraflı davranışların değerlendirilmesinde niyetin alternatifi veya tamamlayıcısı olabilecek etki unsurunun bir standart olarak kullanılmasındaki güçlüklerin, mehz teşkil eden AB hukukunda benimsenen yeni yaklaşıma göre etki unsurunun niyetin kullanılmasını tamamen dışlayıp dışlamadığının ve niyet ile etki unsurları arasındaki etkileşimin ele alındığı bölümdür. Bu çerçevede üçüncü bölüm temel olarak “*Etki genelgeçer bir*

*standart olabilecek nitelikte midir? AB'deki gelişmeler çerçevesinde etkiye nasıl yaklaşılmaktadır?" sorularını cevaplamaya yöneliktir. Bu bölümde, Türkiye'de başlatılabilecek olası bir iktisadi/etki temelli modernizasyona mehz teşkil edecek olan ve halihazırda benzeri bir süreç yaşayan AB mevzuatı ve uygulamasının etki unsuruna nasıl yaklaştığı konusuna ağırlık verilmiştir.*

Nihayet son bölümde niyet unsurunun Rekabet Kurulu kararlarında nasıl yer bulduğu analiz edilmekte ve ardından ikinci ve üçüncü bölümlerde ulaşılan sonuçlar çerçevesinde Türk rekabet hukuku uygulaması bakımından öneriler getirilmektedir.





## BÖLÜM 1

# ABD'DE ve AB'DE TEK TARAFLI DAVRANIŞLARIN DEĞERLENDİRİLMESİNE İLİŞKİN STANDART ARAYIŞLARI ÇERÇEVESİNDE NİYET UNSURUNA YÜKLENEN ANLAMLAR

### 1.1. GİRİŞ

Rekabet hukuku uygulamasında, hakim durumdaki teşebbüslerin rekabet karşıtı davranışlarının olumsuz sonuçlar doğuracağı teorik olarak iyi anlaşılmış ve genel kabul görmüş olsa da, bu alanda *meşru rekabetin (competition on merits)* rekabet karşıtı davranışlardan nasıl ayırt edileceği sorusu uzun süredir tartışılan konuların başında yer almaktadır. Zaman geçtikçe literatürde, tek taraflı davranışların değerlendirilmesine yönelik yeni ve farklı görüşler ortaya atılmış ve bu tür davranışlara yönelik getirilen kurallar, geçmişi 1890'lı yıllara dayanan ABD rekabet hukukunun yanı sıra AB hukukunda da değişimlere uğramış ve içtihatla farklı yaklaşımlar ortaya çıkmıştır (Berry 2001, 264).

ABD'de tekelleşmeye ilişkin getirilen yasaklamalar Sherman Yasası'nın ikinci kısmı altında düzenlenmiştir. Sherman Yasası'nın ikinci kısmı "*eyaletler arasındaki ya da diğer ülkelerle yapılan ticarete tekelleşmeyi ve tekelleşmeye teşebbüsü*" suç saymakta ancak, tekelleşmenin uygulamaya yönelik pratik bir tanımını yapmamaktadır. Buna karşın tekelleşme, çok değişik şekillerde elde edilen veya korunan bir nitelik taşımaktadır (Hovenkamp 2008b, 151). Bir uçta rakiplerin üretim tesislerini imha ederek pazarı ele geçirmek, diğer uçta ise var olan bir ürünün üretim veya dağıtım maliyetini düşürmek veya daha iyi bir ürün geliştirerek daha az maliyetle üretmek, tekelleşmenin elde edilmesi

veya korunması için kullanılan araçlar olabilmektedir (Meese 2005, 744). ABD rekabet hukukunda<sup>1</sup> tekelleşme kavramının tanımı ve tekelleşmenin nasıl değerlendirileceği içtihatlar ile şekillenmiştir, ancak ABD Yüksek Mahkemesi'nin kararlarında tekelleşmenin tespiti için kullanılan ölçütler arasında yeknesaklık ve tutarlılık bulunmamaktadır (Madan 2008, 6).

AB'de ise hakim durumun kötüye kullanılması, Avrupa Birliği'nin İşleyişine Dair Antlaşma'nın (ABİDA)<sup>2</sup> 102. maddesi<sup>3</sup> ile yasaklanmıştır. Söz konusu maddede hakim durumun kötüye kullanılmasının sınırlarını ortaya koyan bir tanım yapılmamış, örnek birtakım kötüye kullanma hallerinin sıralanması ile yetinilmiştir. Avrupa Adalet Divanı (AAD) 102. maddede geçen listenin sınırlayıcı olmadığını ortaya koymuştur<sup>4</sup> ve kötüye kullanmaya ilişkin genel ilkeler AAD ve Avrupa Komisyonu (Komisyon) kararları ile biçimlenmiştir (Öz 2000, 107).

AB'de, ABİDA'nın 101. maddesi uygulamalarına ve birleşme ve devralmalara ilişkin önemli reformlar gerçekleştirilmiştir. İktisadi/etki temelli bir yaklaşımı esas alan bu yenilikler, 102. maddenin yeteri derecede etki temelli olmadığı ve uygulamanın sağlam ekonomik temeller üzerine kurulmadığı, bunun yerine hala modası geçmiş ve şekilci prensiplerin esas alındığı yönündeki eleştirilere ivme kazandırmıştır (Niels ve Jenkins 2005, 605). Bu gelişmeler sonucunda AB mevzuatında, rekabet hukukundaki en tartışmalı alanı ihtiva eden tek taraflı davranışların değerlendirilmesine yönelik modernizasyon arayışları başlamıştır. Bu kapsamda, Komisyon önce 2005 yılında "82. Maddenin Modernizasyonu Hakkında Tartışma Metni"<sup>5</sup>ni (Tartışma Metni)<sup>5</sup>, ardından 2009

<sup>1</sup> ABD için yaygın kullanım *antitrost hukuku* (*antitrust law*) şeklinde olsa da kavram bütünlüğünü sağlamak amacıyla çalışma kapsamında *rekabet hukuku* terimi tercih edilmiştir. Benzer şekilde *hakim durumun kötüye kullanılması/kötüye kullanma* kavramları da çalışma kapsamında *tekelleşme* yerine kullanılmıştır.

<sup>2</sup> 1 Aralık 2009 tarihinde yürürlüğe giren Lizbon Antlaşması'nda yapılan revizyonla Avrupa Ekonomik Topluluğunu Kuran Antlaşma (Roma Antlaşması, RA), Avrupa Birliği'nin İşleyişine Dair Antlaşma (ABİDA) olarak anılmaya başlamıştır. Lizbon Antlaşması ile aynı zamanda Avrupa Toplulukları Adalet Divanı (ATAD), Avrupa Adalet Divanı (AAD); İlk Derece Mahkemesi (İDM) de Genel Mahkeme (GM) olarak yeniden isimlendirilmiştir. Çalışmada Lizbon Antlaşması sonrası kullanılan isimlere yer verilmiştir.

<sup>3</sup> RA'nın 86. maddesi 1999 yılında Amsterdam Antlaşması'yla yapılan düzenlemede 82. madde haline getirilmiş, Lizbon Antlaşması'yla yapılan revizyonla 102. madde olmuştur. Çalışmanın genelinde yeknesaklığın sağlanması adına kararların alındığı tarihteki numaralandırma değil ABİDA'nın son hali esas alınmıştır.

<sup>4</sup> *Continental Can v. Commission*, Case 6/72 [1973] ECR 215, para.26; *Compaigne Maritime Belge Transports SA and Others v. Commission* [2000] C-395/96 P, C-396/96 P ECR I-1365, para.112.

<sup>5</sup> "DG Competition Discussion Paper on the Application of the Treaty to Exclusionary Abuses", 2005. <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf>

yılında “Hakim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Kötüye Kullanmalarında 82. Madde Uygulama Önceliklerine İlişkin Rehber”i (Rehber)<sup>6</sup> yayımlamıştır<sup>7</sup>.

Hakim durumdaki bir teşebbüsün AAD’nin *United Brands* kararında<sup>8</sup> belirttiği gibi, rakiplerinden, müşterilerinden ve tüketicilerinden bağımsız hareket ederek piyasadaki etkin rekabeti engelleyecek güce sahip olduğu genel kabul görmüştür. Ancak hakim durumdaki bir firmanın etkin bir şekilde rekabet etme hakkı elinden alınmamalıdır. Bu bağlamda, *kötüye kullanma (abuse)* veya *tekelleşme (monopolization)* kavramları çok dar yorumlandığında hakim durumdaki bir firmanın rekabet sürecine veya tüketicilere zarar verme riski<sup>9</sup> ve buna karşın söz konusu kavramlar çok geniş yorumlandığında ise hakim durumdaki firmaları *rekabetten soğutma riski (chilling effect)*<sup>10</sup> ortaya çıkmaktadır (Østerud 2010, 2). Dolayısıyla hakim durumdaki firmalara yönelik sadece gereğinden az müdahale değil gereğinden fazla müdahale de rekabetin azalmasına yol açabilmektedir. Ayrıca Østerud (2010, 2-3), belirli bir davranış tarzının farklı şartlar altında farklı etkiler doğurabileceğine ve bunun da ötesinde aynı davranışın aynı durumlarda hem rekabetçi hem de rekabet karşıtı etkilere sahip olabileceğine dikkat çekmektedir. Sonuç olarak, bu kadar riski ve zorluğu barındıran tek taraflı davranış değerlendirmesinde özellikle en çok tartışılan alanlarda doğru ve tutarlı yaklaşımlar ortaya çıkarabilmek etkin bir rekabet politikası için büyük bir öneme sahiptir.

Teşvik edilmesi gereken rekabetçi davranışların, yasaklanması gereken rekabet karşıtı davranışlardan ayırt edilmesinde yaşanan zorluklar, gerek ABD gerekse AB içtihadında farklı ve çelişkili standartların doğmasına zemin hazırlamıştır<sup>11</sup>. Bu noktada, her iki rekabet hukuku sisteminde de kötüye kullanmanın tespitinde hakim durumdaki teşebbüslerin niyetinin araştırılmasının gerekip gerekmediği, diğer bir ifadeyle niyet unsurunun tek taraflı davranışların

<sup>6</sup> “Guidance on the Commission’s Enforcement Priorities in Applying Article 82 EC Treaty to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings”, 2009.

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

<sup>7</sup> İktisadi/etki temelli yaklaşımı benimseyenler yayımlanan Rehber’i bu yöndeki olumlu bir gelişme olarak görse de, bir kılavuzdan ziyade uygulama öncelikleri şeklinde düzenlenen Rehber’in beklenen katkıyı tam olarak sağlamadığı, etkinin değerlendirilmesine yönelik açık ve anlaşılır yöntemler sunmadığı şeklinde eleştiriler de ortaya atılmıştır. Genel olarak bkz. Gormsen (2010, 164-174), Gravengaard ve Kjaersgaard (2010, 285-286), Geradin (2010).

<sup>8</sup> *United Brands v. Commission*, Case 27/76 [1978] ECR 207, para.65.

<sup>9</sup> Söz konusu risk literatürde, rekabetin kısıtlandığı durumlarda rekabet otoritelerinin müdahale etmemesi şeklinde tanımlanan *müdahaleden hatalı kaçınma (false negative)* olarak adlandırılmaktadır.

<sup>10</sup> Söz konusu risk literatürde, rekabetin kısıtlanmadığı durumlarda rekabet otoritelerinin müdahale etmesi şeklinde tanımlanan *hatalı müdahale (false positive)* olarak adlandırılmaktadır.

<sup>11</sup> Bu yöndeki yorumlar için bkz. Elhague (2003, 255), Hylton (2005, 1-2), Schweitzer, (2007, 5) ve Bellamy ve Child (2008, 947).

değerlendirilmesinde bir ölçüt olup olmadığı hususunun belirlenmesi söz konusu standartların oluşturulması aşamasında elzem bir konu haline gelmiştir. Nitekim, niyetin kullanımına ilişkin öne sürülen yaklaşımlar, tek taraflı davranışların değerlendirilmesi amacıyla ortaya atılan testleri de etkilemiştir. Örneğin, genel anlamda niyeti esas alan *kârdan feda testinin (profit sacrifice test)*<sup>12</sup> yanı sıra incelenen davranışın etkisine odaklanan ve niyeti büyük oranda değerlendirme dışında tutan *tüketici refahı testi (consumer welfare test)*<sup>13</sup> ve *net etki testi (balancing test)*<sup>14</sup> gibi testler de ortaya çıkmıştır.

Gerek literatürde gerekse ABD ve AB uygulamalarında niyete verilmesi gereken önem ve niyetin tek taraflı davranışların değerlendirilmesindeki kullanımı hakkında bir fikir birliği bulunmamaktadır. Hakkında hararetli tartışmaların yaşandığı niyet unsuruna ilişkin olarak, niyetin tamamen göz ardı edilmesi gerektiğinden, tek taraflı davranışların değerlendirilmesinde etki ve niyet unsurlarının birlikte bulunması gerektiğine kadar uzanan farklı görüşlerin ortaya çıkması dikkat çekmektedir.

Çalışma kapsamında, tek taraflı davranışların değerlendirilmesinde niyetin rolünün ortaya konması bakımından söz konusu unsurun kavramsal çerçevesinin anlaşılması önem arz etmektedir. Aşağıda önce niyet kavramı tanımlanacak ve ardından rekabet hukuku bağlamında ortaya çıkmış olan niyet türlerine yer verilecektir.

## 1.2. NİYET: TANIMI VE TÜRLERİ

Kelime olarak bir şeyi yapmayı önceden isteyip düşünme anlamına gelen niyet kavramı, kişinin bir faaliyeti gerçekleştirirken sahip olduğu ruh halini belirleyen subjektif unsur olarak da tanımlanmaktadır (Nazzini 2011, 58). Rekabet hukuku açısından ise niyet kavramı, bir teşebbüsün piyasada gerçekleştirmeyi hedeflediği bir davranış biçimine karar verirken ve akabinde söz konusu davranışı gerçekleştirirken sahip olduğu motivasyon anlamına gelmektedir. Ayrıca Melicias (2010, 570)'a göre, tek taraflı davranışların değerlendirilmesinde niyet unsuru analiz edilirken, bir teşebbüs çalışanının işletmeye ilişkin bir kararı alırken sahip olduğu akli veya ruhsal saiki tespit etmek amaçlanmaktadır.

<sup>12</sup> Kârdan feda testine göre, hakim durumdaki bir firma tarafından uygulanan davranışın arkasında, uzun vadede rakipleri piyasa dışına itme amacı bulunmadığında davranışın kârlı olmadığı ve dolayısıyla firmanın rekabete engel olma saikiyle kısa vadede kârından vazgeçtiği durumda dışlayıcı uygulama söz konusu olmaktadır (Salop 2006, 319).

<sup>13</sup> Vickers (2005, 258-259) tüketici refahı testinin (diğer bir ifadeyle tüketici zararı testi), nihai olarak tüketiciye zarar veren veya tüketici refahını azaltan davranışları, yasaklanan dışlayıcı davranış olarak belirlediğini ileri sürmektedir.

<sup>14</sup> Net etki testinde davranışın rekabet karşıtı etkileri ile rekabeti artırıcı etkileri karşılaştırılarak, tüketiciler üzerindeki net etkisi analiz edilmektedir (Melamed 2006, 380).

Rekabet hukuku kapsamında niyetin iyi-kötü veya subjektif-objektif şeklinde sınıflandırıldığı görülmektedir. Aşağıda söz konusu kıstaslar çerçevesinde niyet unsuruna yüklenen anlamlar incelenecektir.

### 1.2.1. İyi Niyet - Kötü Niyet Ayrımı

İyi niyet, bir firmanın davranışı aracılığıyla rekabetçi sonuçlara ulaşma yönündeki amacı anlamına gelmektedir. Örneğin, hakim durumdaki bir firmanın piyasaya yeni ürün sunarak tüketici tercihlerini artırma, fiyatı düşürerek veya bir ürünü başka bir ürüne bağlayarak ürünün değerini yükseltme vb. amaçları firmanın iyi niyeti şeklinde değerlendirilmektedir (Melicias 2010, 570-571).

Öte yandan, Melicias (2010, 570) *kötü niyeti (bad veya malicious intent)* hakim durumdaki bir firmanın rekabeti kısıtlama, rakibi piyasa dışına itme veya bir rakibin agresif şekilde davranmasının önüne geçme vb. niyeti şeklinde tanımlamaktadır. Uygulamada ABD ve AB mahkemeleri ve Komisyon'un, kötü niyete ilişkin değişik terminoloji kullandığı görülmektedir. Örneğin AB uygulamasında, *dışlayıcı niyet*<sup>15</sup>, *bir rakibi dışlama amacı*<sup>16</sup>, *bir rakibi eleme niyeti*<sup>17</sup>, *eleme stratejisi*<sup>18</sup>, *elemeye yönelik niyet*<sup>19</sup>, *yıkıcı niyet*<sup>20</sup>, *rekabeti yok etme planı*<sup>21</sup>, *piyasayı ele geçirme stratejisi*<sup>22</sup>, *amacı rekabeti yok etme olan plan*<sup>23</sup>, *bir rakibi yok etme amacı taşıyan bir plan*<sup>24</sup> ve *rekabet karşıtı amaç*<sup>25</sup> gibi birçok farklı ifade rekabet hukuku bakımından kötü niyetin karşılığı olarak kullanım bulmuştur (Østerud 2010, 142). ABD uygulamasına bakıldığında ise benzer şekilde, *başkalarına zarar verme niyeti*<sup>26</sup>, *rekabet karşıtı niyet*<sup>27</sup>, *yıkıcı niyet*<sup>28</sup> gibi farklı ifadeler ile karşılaşılmaktadır.

<sup>15</sup> ECS/AKZO, IV/30.698, [1985] OJ L374/1, para.80.

<sup>16</sup> AKZO Chemie BV v. Commission, Case C-62/86 [1991] ECR I-3359, para.103-109.

<sup>17</sup> Tetra Pak International SA v. Commission, Case T-83/91 [1994] ECR II-755, para.151.

<sup>18</sup> A.y.

<sup>19</sup> Tetra Pak International SA v. Commission, Case C-333/94 P [1996] ECR I-5951, para.41.

<sup>20</sup> France Telecom SA v. Commission, Case T-340/03, (2007) ECR 00107, para.197-198.

<sup>21</sup> A.y.

<sup>22</sup> A.y.

<sup>23</sup> ITT Promedia v. Commission, Case T-111/96 [1998] ECR II-2937, para.55.

<sup>24</sup> France Telecom SA v. Commission, Case C-202/07 [2009], para.109.

<sup>25</sup> AstraZeneca O.J. [2006] L 332/24, COMP/A.37.507/F3, para.327.

<sup>26</sup> Standard Oil Co. v. United States 221 U.S. 1 (1911), s.52.

<sup>27</sup> Aspen Skiing Co.v. Aspen Highlands Skiing Corp., 472 U.S. 585 (U.S 1985), s.600.

<sup>28</sup> Utah Pie Co. v.Continental Baking Co., 386 U.S. 685 (1967) s.702-703.

### 1.2.2. Subjektif Niyet - Objektif Niyet Ayrımı

Birçok yazar rekabet hukuku bakımından subjektif niyet ile objektif niyet kavramları arasında bir ayrım yapmaktadır<sup>29</sup>. Niyetin tespitinde kullanılan yöntem, bu şekildeki bir sınıflandırmanın temel dayanak noktasını teşkil etmektedir. Niyetin tespiti, hakim durumdaki teşebbüsün iç belgelerinde yer alan ifadelere bakılarak subjektif şekilde (Lao 2005, 202); incelenen davranıştan veya davranışın gerçekleştirildiği ortamın şartlarından yapılan çıkarımlara bakılarak objektif bir şekilde yapılabilmektedir (Berry 2001, 321). O'Donoghue ve Padilla (2006, 249-251) niyete yönelik doğrudan delil ve dolaylı delil şeklinde bir ayrıma gitmekte ve dolaylı niyet delilinin daha objektif bir nitelik arz ettiğini savunmaktadır.

Niyetin tespitinde kullanılan delillere detaylı bir şekilde yer vermesi nedeniyle niyetin subjektif ve objektif şekilde ayrımı değerlendirilirken Tartışma Metni'nin incelenmesi önem arz etmektedir. Tartışma Metni'nin yıkıcı fiyatlamaya<sup>30</sup> ilişkin kısmında objektif niyet kavramı kullanılmış ancak söz konusu kavrama ilişkin doğrudan bir tanıma gidilmeden, objektif niyetin yıkıcı stratejiyi açık bir biçimde gösteren doğrudan deliller ve dolaylı deliller ile gösterilen niyet türü olduğuna işaret edilmiştir<sup>31</sup>. Dolayısıyla, doğrudan niyet delillerini subjektif niyet ile ilişkilendiren birçok yazardan farklı olarak Komisyon, belirli standartları sağlayan doğrudan delilleri de objektif niyet göstergesi olarak değerlendirmiştir. Bu tür bir yaklaşım, şirket belgelerinde yer alan ifadelerden çıkarılan niyetin subjektif ve yanıltıcı olduğu yönündeki yoğun eleştiriler karşısında, tek taraflı davranışların değerlendirilmesinde niyet unsuruna verilen önemi artırmaktadır.

Bu aktarılanlar ışığında, her ne kadar Tartışma Metni'nde doğrudan delillerin de niyeti objektif şekilde gösterebileceği yönünde bir yaklaşımın benimsendiği anlaşılrsa da bilhassa literatürde genel kabul görmüş olması nedeniyle, doğrudan delillere ispatsal niteliği açısından verilecek önemden bağımsız olarak, bu tür delillerden elde edilen niyetin, subjektif niyet şeklinde sınıflandırılması daha isabetli olacaktır.

Tartışma Metni'nde yıkıcı stratejiye ilişkin doğrudan deliller, “... *bir rakibi dışlamak, [piyasaya] girişi engellemek veya oluşan bir pazarı ele geçirmek için yıkıcı fiyatlama uygulanacağını gösteren detaylı bir plan veya yıkıcı davranışa*

<sup>29</sup> Söz konusu ayrım için bkz. Melicias (2010, 571), Lao (2005, 202), Salop ve Romaine (1999, 651), Eilmansberger (2005, 174).

<sup>30</sup> Yıkıcı fiyatlama, hakim durumdaki bir teşebbüsün rakiplerinin piyasadan çıkmasını sağlamak için kısa dönemde düşük fiyatlar uygulamasını ve bunu takiben rakiplerin dışlanmasının verdiği ilave pazar gücü sonucunda orta-uzun dönemde fiyatları artırmasını içeren strateji olarak tanımlanabilir (O'Donoghue ve Padilla 2006, 236).

<sup>31</sup> Tartışma Metni, para.112.

yönelik somut bir tehdidi gösteren deliller gibi hakim durumdaki teşebbüsün belgeleri ...” olarak tanımlanmıştır<sup>32</sup>. Bununla birlikte Tartışma Metni’nde, bu tür delillerin hakim durumdaki teşebbüsün rekabeti bozacağına dair sadece şirket içi genel ifadelerinden ziyade söz konusu teşebbüsün attığı belirli adımları ve yıkıcı stratejiyi açık bir biçimde göstermesi gerektiği belirtilmiştir<sup>33</sup>. Rehber’de ise incelenen davranışın *rekabet karşıtı kapamaya (anti-competitive foreclosure)*<sup>34</sup> yol açmasının muhtemel olup olmadığının değerlendirilmesinde (dışlayıcı bir stratejiye yönelik) doğrudan delillerin kullanılmasına olanak sağlandığı görülmektedir<sup>35</sup>. Bu şekilde, sadece yıkıcı fiyatlamanın değil, incelenen tüm dışlayıcı davranışların tespiti bakımından doğrudan delillerin kullanılmasının yolu açılmıştır.

Kötüye kullanmanın tespitinde niyet unsurunun incelendiği kararlarda subjektif niyetin kullanılması sıkça karşılaşılan bir durumdur. Genel Mahkeme’nin *Wanadoo (France Telecom)* kararı<sup>36</sup>, subjektif niyetin incelemenin esasını teşkil ettiği kararlara verilebilecek en iyi örneklerden biridir (Rousseau 2010, 157). Mahkeme teşebbüs yöneticilerinin pazarı ele geçirmeye yönelik ifadelerini niyeti göstermek için yeterli bulmuştur<sup>37</sup>.

Öte yandan, Tartışma Metni’nde niyete ilişkin doğrudan delillerin bulunmadığı durumlarda yıkıcı stratejiye yönelik dolaylı delillere başvurulabileceği belirtilmiş, olay bazında farklı öneme sahip olabilecek dolaylı deliller aşağıdaki gibi sıralanmıştır<sup>38</sup>:

- *fiyatlamının sadece yıkıcı bir stratejinin parçası olduğu durumda ticari açıdan anlamlı olması veya başka makul açıklamaların bulunmaması,*
- *fili veya muhtemel dışlayıcı etkilerin varlığı,*
- *düşük fiyatlamının ölçeği, süresi ve devamlılığı,*
- *hakim durumdaki firmanın kapasite artırımı gibi yeni girişlere engel olabilecek belirli maliyetlere gerçekten katlanması,*

<sup>32</sup> Tartışma Metni, para.113.

<sup>33</sup> A.y.

<sup>34</sup> Çoğunlukla *kapama etkisi* şeklinde kısaltılarak kullanılan, *rekabet karşıtı kapama* kavramı Rehber’de (para.19) hakim durumdaki bir firma tarafından mevcut veya potansiyel rakiplerin etkin bir şekilde kaynaklara erişiminin veya piyasalara girişinin zorlaştırılması veya engellenmesi olarak tanımlanmıştır.

<sup>35</sup> Rehber, para.20.

<sup>36</sup> Bkz. dn. 20.

<sup>37</sup> A.g.k. para.199-200.

<sup>38</sup> Tartışma Metni, para.115.



- belirli müşterilerin seçici şekilde hedeflenmesi,
- başka dışlayıcı uygulamaların eşzamanlı uygulanması,
- hakim durumdaki firmanın zararlarını diğer satışlarından elde ettiği kâr ile telafi etme olanağı ve ileride daha yüksek fiyatlar ile zararını öngörülebilir bir sürede hasat etme imkanı,
- bir pazardaki yıkıcı davranışın başka pazarlar üzerinde etkisinin olması (*reputation effect*),
- hedeflenen rakibin finansal açıdan dış kaynaklara bağımlılığı ve hedef rakibin karşı stratejilere sahip olması.

Dolayısıyla AB mevzuatında objektif niyetin sınırlarının oldukça geniş tutulduğu anlaşılmaktadır. Bunun yanı sıra AB uygulamasında da temel olarak incelenen davranıştan yapılan çıkarımlar yoluyla tespit edilen niyet türünün dikkate alındığı kararlar bulunmaktadır. Örneğin *AKZO* kararında AAD, *AKZO*'nun kendi müşterilerine ortalama toplam maliyetin<sup>39</sup> (OTM) üstünde fiyat uygularken, rakibinin müşterilerine söz konusu maliyetin altında fiyat sunmasını ve bundan dolayı uğradığı zararı kısmen de olsa kendi müşterilerine yaptığı satışlar ile telafi etmesini *AKZO*'nun niyetini tespit etmede kullanmıştır<sup>40</sup>.

*Tetra Pak II* kararı<sup>41</sup>, AB mahkemelerinin hakim durumdaki firmanın niyetini objektif kıstasları kullanarak tespit ettiği bir başka karardır. Genel Mahkeme'nin kararında, niyetin varlığına karine teşkil eden haller olarak zarara neden olan satışların miktarına ve süresine bakılmış ve bu tür bir davranışın rakipleri dışlama haricinde ekonomik açıdan herhangi bir makul açıklamasının olmadığı belirtilmiştir<sup>42</sup>. Ayrıca söz konusu kararda, yıkıcı fiyatlamının gerçekleştirildiği ülkelerden biri olan İtalya'da, *Tetra Rex* adlı karton ürününe ilişkin fiyatların diğer üye ülkelerde uygulanan fiyatlardan en az %20 ve genellikle %50 daha düşük olması da teşebbüsün dışlayıcı niyetinin göstergesi olarak kabul edilmiştir<sup>43</sup>. Diğer taraftan, kararda subjektif niyetin de dikkate alındığı vurgulanmalıdır<sup>44</sup>.

---

<sup>39</sup> OTM, "sabit ve değişken ayrımı yapılmaksızın doğrudan ilişkilendirilebilir maliyetlerin toplamı" olarak tanımlanmaktadır (Özdemir 2009, 38).

<sup>40</sup> Bkz. dn. 16, para.114-115.

<sup>41</sup> Bkz. dn. 17 ve 19.

<sup>42</sup> Bkz. dn. 17, para.189-190.

<sup>43</sup> A.g.k. para.151.

<sup>44</sup> A.y.

ABD uygulaması incelendiğinde ise, *Aspen*<sup>45</sup> ve *Kodak*<sup>46</sup> kararlarında incelenen davranışın değerlendirilmesinde objektif niyet unsuruna yer verildiği görülmektedir (Lao 2004, 202). Aspen'deki dört kayak tepesinden üçünü işleten ve bu nedenle yüksek pazar gücüne sahip olduğu kabul edilen Aspen Skiing Co., rakibine ve kendine ait tüm kayak tepelerinde geçerli olan tek bilet satışına son vermiştir. Ne var ki rakibi ile yürüttüğü söz konusu uygulama uzun yıllardır etkili bir şekilde devam etmiş ve tüketiciler tarafından da tercih edilmiştir. Yüksek Mahkeme, konuya ilişkin kararında Aspen Skiing Co.'nun davranışının haklı bir ticari gerekçeden yoksun bulunduğunu ve bu nedenle teşebbüsün niyetinin rakibi piyasa dışına iterek tekel gücünün ele geçirilmesi veya korunması olduğunu belirtmiştir<sup>47</sup>.

ABD Yüksek Mahkemesi *Kodak* kararında, Eastman Kodak Co.'nun, Kodak marka fotokopi makinelerinin yedek parçalarına rakiplerin erişimini engelleyerek satış sonrası pazarında rakiplerini dışladığı tespitinde bulunmuştur<sup>48</sup>. Eastman Kodak Co.'nun ileri sürdüğü ticari gerekçeleri yeterli bulmayan<sup>49</sup> Mahkeme, teşebbüsün tekelleşme niyetine sahip olduğu değerlendirmesini yapmıştır<sup>50</sup>.

Görüldüğü üzere, gerek AB mevzuatı ve uygulaması gerekse ABD uygulaması ışığında *objektif niyet* şeklinde bir kavramın oluştuğunu söylemek mümkündür. Rekabet hukuku uygulamalarındaki objektif niyetin tespitinde, temel olarak incelenen davranıştan yapılan çıkarımlardan elde edilen dolaylı delillerin göz önünde bulundurulduğu gözlenmektedir (OECD 2005a, 209). Diğer taraftan subjektif niyeti göstermek üzere kullanılan doğrudan niyet delilleri ise, en genel tanımıyla rakipleri piyasadan dışlamaya yönelik bir strateji veya planı gösteren şirket içi belgelerden oluşmaktadır (Melicias 2010, 570). Kanımızca niyetin analizinde, doğrudan ve dolaylı deliller birbirini destekleyecek şekilde kullanılabilir. Nitekim *Tetra Pak II* kararında *yakınsayan faktörler (convergent factors)*<sup>51</sup> olarak değerlendirilen doğrudan ve dolaylı delillerin niyetin tespitinde kümülatif bir şekilde dikkate alınmış olması, uygulamada bu tür bir kullanım şeklinin bulunduğunu göstermektedir.

Sonuç olarak tek taraflı davranışların değerlendirilmesine yönelik standart arayışları çerçevesinde, hakim durumdaki firmaların niyetinin ihlalin tespitinde

<sup>45</sup> Bkz. dn. 27.

<sup>46</sup> Eastman Kodak Co v. Images Technical Services Inc. 504 US 451 (1992).

<sup>47</sup> Bkz. dn. 27, s. 599.

<sup>48</sup> Bkz. dn. 46, s. 459.

<sup>49</sup> A.g.k. s. 482-486.

<sup>50</sup> A.g.k. s. 620.

<sup>51</sup> Bkz. dn. 17, para.151.

bir ölçüt olup olmayacağı sorusunun önemli bir yer edindiği anlaşılmaktadır. Bu bölümde niyete yönelik tartışmalara dikkat çekilmiş ve tek taraflı davranışlar açısından niyetin kavramsal çerçevesi incelenmiştir. Kötüye kullanmanın tespitinde niyetin rolünün ne olacağı temel sorusunun cevabını ararken söz konusu unsura uygulamada ve akademik çevrelerce nasıl yaklaşıldığının analiz edilmesi elzemdir. Bu bağlamda, ABD ve AB içtihadında ve literatürde niyetin nasıl ele alındığı takip eden bölümde izah edilecektir.

## BÖLÜM 2

# ABD VE AB UYGULAMALARI IŞIĞINDA TEK TARAFLI DAVRANIŞLARIN DEĞERLENDİRİLMESİNDE NİYET UNSURUNUN KULLANIMI ve BUNA İLİŞKİN YAKLAŞIMLAR

Gerek literatürde gerekse içtihatla, tek taraflı davranışların değerlendirilmesinde niyet unsurunun kullanımına ilişkin görüş birliği sağlanamamıştır. Konuya ilişkin yapılan tartışmaların bir ucunda, hakim durum analizinin tamamen rekabet karşıtı etkilerin ispatına dayanması gerektiğini iddia eden ve bunun sonucu olarak niyete yönelik kanıtları tamamen inceleme dışında tutan görüşler bulunmaktadır. Diğer uçta ise, niyetin rekabet analizlerinde öne çıkan bir rol oynaması ve teşebbüslerin ihlalden sorumlu tutulabilmesi için bir şart olması gerektiği görüşü bulunmaktadır. Bu iki uç görüş arasındaki diğer bir yaklaşım, niyetin tek taraflı davranışın muhtemel etkisini gösterme yoluyla ihlalin tespitine yardımcı olabileceği yönündedir (Melicias 2010, 571).

Niyet unsurunun kullanımına ilişkin olarak literatürde ortaya çıkan yaklaşımlar ele alınmadan önce konuya yönelik ilkesel sayılabilecek değerlendirmelerin yapıldığı ABD ve AB kararlarına bakmak isabetli olacaktır. Böyle bir çalışma aynı zamanda ABD'deki ve AB'deki gelişimin ve eğilimlerin, AB'de gerçekleştirilen reform çalışmalarının uygulamadaki yansımalarının anlaşılmasında yardımcı olacaktır.

## 2.1. ABD ve AB İÇTİHADINDA NİYET UNSURUNUN KULLANIMI

### 2.1.1. ABD'deki Gelişim

ABD rekabet hukukunda sadece *tekelleşme (monopolization)* değil *tekelleşmeye teşebbüs*<sup>52</sup> (*attempts to monopolization*) de suç sayılmaktadır. Kanun lafzının, tekelleşmenin tanımına ve buna ilişkin yapılacak müdahalenin kapsamına yönelik bir sınırlama getirmemesi nedeniyle, Sherman Yasası İkinci Kısım uygulamalarında belirsiz ve zaman zaman çelişkili yaklaşımların ortaya çıkması da şaşırtıcı bulunmamaktadır (Berry 2001, 266).

Bazı yazarlar, ABD'de tek taraflı davranışlara yönelik uygulama tarihindeki gelişmeleri, gözlenen eğilimleri dikkate alarak farklı dönemlere ayırmıştır. Bu yazarlardan Berry (2001, 267), Sherman Yasası ikinci kısım uygulamaları bakımından ortaya çıkan eğilimleri üç ana safhaya ayırmıştır. Bu safhalardan ilki tekellere yönelik müdahaleci bir politikanın uygulandığı ve niyet unsurunun tekellerin tespitinde asli bir ol oynadığı 1920'lere kadar uzanan dönemden oluşmaktadır. İkinci safha ise *Alcoa* kararının<sup>53</sup> alındığı 1945 yılından, *United Shoe* kararının<sup>54</sup> alındığı 1950'li yılların başına kadar devam eden ve genel olarak ihlalin tespitinde niyet unsuruna yer verilmediği dönemdir. Son safha ise *Grinnell* kararı<sup>55</sup> ile 1960'lı yılların ortasında başlamış ve bu dönemde niyet ile davranış arasındaki *nedensellik (causation)* ilişkisi önemli bir rol oynamıştır.

Hylton (2006, 7)'a göre ABD içtihadında, 1890-1945 yılları arasında geçen 55 yıllık sürede niyet testi uygulanmış, 1945 yılında *Alcoa* kararında net etki testinin uygulanmasıyla niyet unsuru değer kaybetmiş, ancak 1970'li yılların ortasından itibaren yıkıcı fiyatlama davaları ile birlikte niyet testi değişik şekillerde yeniden kullanılmaya başlamıştır.

Bu kapsamda alınan bazı kararlar ile birtakım dönemlere ayrıldığı savunulan ABD'deki sürecin anlaşılması açısından, uygulamada niyet hakkında önemli değerlendirmelere yer verilen kararlar incelenecektir.

ABD Yüksek Mahkemesi, *Swift & Co.* kararı<sup>56</sup> gibi Sherman Yasası'na göre incelenen ilk olaylarda, davalının niyetinin tekelleşmeye teşebbüs açısından

<sup>52</sup> Gerek literatür çalışmaları gerekse içtihadı göre tekelleşmeye teşebbüsün tespiti için; davalının *yıkıcı (predatory)* veya rekabet karşıtı bir davranışta bulunduğu, tekelleşmeye yönelik niyetinin ve tekel gücü kazanabileceğine yönelik yüksek bir ihtimalin varlığının kanıtlanması gerekmektedir (Kim ve Hutton 2006, 6).

<sup>53</sup> *United States v. Aliminum Co. (Alcoa)* 148 F.2d 416 (2nd Cir. 1945).

<sup>54</sup> *United States v. United Shoe Machinery Corp.*, 110 F. Supp. 295 (D. Mass. 1953).

<sup>55</sup> *United States v. Grinnell Corp.*, 384 U.S. 563 (S.C 1966).

<sup>56</sup> *Swift & Co. v. United States* 196 U.S. 375 (1905), s. 396.

önemli bir unsur olduğunu belirtmiştir (Quinn 1990, 613-614). Bununla birlikte, 11. Bölge Mahkemesi'nin *McGahee* kararında<sup>57</sup> da önceden alınmış birçok karara atıf yapılmış ve tekelleşmeye teşebbüs davalarında niyetin gerekli bir unsur olduğu ortaya konulmuştur. Dolayısıyla bu ihlal türü bakımından niyetin rolüne ilişkin nispeten netlik bulunmaktadır. Bu çerçevede mevcut çalışma kapsamında ABD uygulaması bakımından tekelleşmeye teşebbüs durumlarında değil tekelleşmede niyetin önemi araştırılacaktır.

Sherman Yasası'nın ikinci kısmının kapsamlı şekilde yorumlandığı ilk karar olarak bilinen ve 1911 yılında alınan *Standard Oil* kararında<sup>58</sup> tekelleşmenin sürdürülmesi ve nihai olarak rakiplerin dışlanması niyetine bakılmıştır (Areeda ve Hovenkamp 2004, 6-12). Bu tür bir yaklaşım *American Tobacco* kararı<sup>59</sup> ile devam ettirilmiş ve ihlalin varlığı için niyet aranmıştır. Ancak her iki karar da, niyet unsurunun nasıl ele alınması gerektiğini tam olarak açıklayamadığı yönünde eleştirilere maruz kalmıştır (Berry 2001, 268).

ABD rekabet hukukunda tekelleşmeye yönelik uygulanan sıkı politika 1945 yılında alınan *Alcoa* kararı ile değişikliğe uğramıştır. Dolayısıyla *Alcoa* kararı, tek taraflı davranış değerlendirmesinde niyete verilen önemin azaldığı bir karar olmuştur. *Alcoa* kararında 2. Bölge Mahkemesi;

“[Sherman Yasası] ikinci kısmın kapsamına girmesi için tekелci firma hem tekelleşme gücüne hem de tekelleşme niyetine sahip olmak zorundadır. Dolayısıyla bu yöndeki özel niyete bakmak bir anlam ifade etmemektedir, hiçbir tekел ne yaptığının bilincinde olmadan tekelleşemez.”

yorumunda bulunmuştur<sup>60</sup>. Yargıç Learned Hand'ın bu ifadesi *Standard Oil* kararında dikkate alınan niyet kriterinin, ihlalin tespitinde kullanılan bir unsur olmadığına işaret etmiştir. Yüksek Mahkeme, *Alcoa* kararı ile getirilen yaklaşımı, hemen ertesi yıl aldığı ikinci *American Tobacco* kararı<sup>61</sup> ile onaylamıştır (Areeda ve Hovenkamp 2004, 6-13).

ABD'nin, müdahaleci olarak nitelendirilebilecek ilk dönem uygulamalarında dikkate alınan niyet unsuru takip eden dönemlerde değer kaybetmiş olsa da, niyete getirilebilecek en uygun yaklaşıma yönelik arayışların

<sup>57</sup> *McGahee v. Northern Propane Gas Co.* 858 F. 2d 1487 (11th Cir. 1988).

<sup>58</sup> *Standard Oil Co. v. United States* 221 U.S. 1 (1911), s. 75.

<sup>59</sup> *United States v. American Tobacco Co.* 221 U.S. 106 (1911) s. 182. Söz konusu kararda teşebbüsün (objektif) niyeti birçok kasıtlı devralma, devralınan işletmelerin atıl bırakılması, sağlayıcılara getirilen rekabet etmeme yükümlülükleri v.d. gibi birbirinden bağımsız davranışlar ile gösterilmiştir.

<sup>60</sup> Bkz. dn. 53, s. 431-432.

<sup>61</sup> *United States v. American Tobacco Co.* 328 U.S. 781 (1946), s. 814.

uygulamada devam ettiği görülmektedir. Bu bağlamda, *Griffith* kararında<sup>62</sup> Mahkeme sadece tekelleşmeye teşebbüs olaylarında niyet unsuruna bakılması gerektiğini belirtmiştir (Hovenkamp 2008a, 18). Ancak aynı kararda yer alan “İstenildiğinde rekabeti bozabilme gücü, bu gücü kullanma yönündeki amaç veya niyet ile birleştirdiğinde [*Sherman Yasası*] ikinci kısmın ihlali gerçekleşmektedir.” ifadesi ile niyetin ihlalin gerçekleşmesi için gerekli şartlardan biri olduğunun vurgulanması, söz konusu unsurun *Sherman Yasası*’nın ikinci kısmının tamamı için geçerli olup olmadığı hakkında belirsizliğe yol açmıştır.

*Sherman Yasası* ikinci kısım kapsamındaki uygulamaların yukarıda anlatılan evveliyatına rağmen, Yüksek Mahkeme *Grinnell* kararında ABD içtihadında en yaygın kullanılan ve hala güncelliğini koruyan “...üstün ürün, iş akli, tarihi olaylar sonucunda ortaya çıkan büyüme ve gelişmeden farklı olarak tekel gücünün bilerek ve isteyerek elde edilmesi ya da korunması...” şeklindeki tekelleşme tanımını yapmıştır<sup>63</sup>. *Grinnell* kararı ile getirilen “bilerek ve isteyerek” standardı, belirsizliğe neden olduğu gerekçesiyle eleştirilmiştir. Elhauge (2003, 261-267) tekel gücünün bilerek ve isteyerek elde edilmesi ile üstün ürün veya iş akli sonucu ortaya çıkan büyüme ve gelişmenin karşılıklı olarak birbirini dışlayan unsurlar olmadığını belirtmiş, ihlal niteliğinde olan yıkıcı fiyatlama gibi bir davranışın da iş akli ile yapılabileceği ve ihlal sonucunda daha üstün bir ürünle rakibin dışlanabileceği şeklinde örnekler vererek söz konusu kıstası eleştirmiştir. Öte yandan, kararda yer alan “bilerek ve isteyerek” kıstası birçok yazar tarafından tekelleşmenin tespitinde niyet unsurunun gerekli olduğu şeklinde yorumlanmıştır<sup>64</sup>.

*Grinnell* kararına yakın tarihli *Utah Pie* kararı<sup>65</sup> ise Yüksek Mahkeme’nin *Robinson-Patman Yasası*<sup>66</sup> kapsamında aldığı, OTM altındaki yıkıcı fiyatlamamanın tespitinin fiyat ayrımcılığına ve dışlayıcı niyete dayandırıldığı ve davalı çalışanlarının yazılı veya sözlü ifadelerinin tekelleşme niyetine ulaşmada kullanıldığı bir karar olmuştur (Quinn 1990, 614).

<sup>62</sup> United States v. Griffith, 334 U.S. 100 (1948), s.105.

<sup>63</sup> Bkz. dn. 55, s. 570-571.

<sup>64</sup> Bu yöndeki yorumlar için bkz. Lao (2005, 163), Berry (2001, 274), Salop ve Romaine (1999, 651).

<sup>65</sup> Bkz. dn. 28, s.696-697.

<sup>66</sup> 1914 yılında temel olarak fiyat ayrımcılığına yönelik düzenlemelerin yapıldığı *Clayton Yasası*, 1936 yılında *Robinson Patman Yasası* ile değiştirilmiştir. *Robinson Patman Yasası*’nda ise temel olarak fiyatlamaya ilişkin olmak üzere rekabet hukuku alanında bir takım düzenlemeler yer almaktadır.

Tek taraflı davranışların değerlendirilmesinde niyet unsuru 1970'lerin sonlarında Şikago Okulu'nun<sup>67</sup> ve onun rekabet hukukundaki sıkı ekonomik/etki temelli yaklaşımının ortaya çıkması ile birlikte değer kaybetmiştir (Jacobs 1995, 258). Lao (2005, 178) da Şikago Okulu yaklaşımı ile, davranışın özellikle üretimin kısıtlanması gibi etkilere fiilen veya muhtemelen sahip olup olmadığı analizinin oldukça önem kazandığına ve böyle bir ampirik testte niyet delilinin anlamını büyük ölçüde kaybettiğine dikkat çekmiştir.

Şikago Okulu yaklaşımını en iyi yansıtan yorumlardan biri Yargıç Easterbrook tarafından *Poultry Farms* kararında<sup>68</sup> yapılmıştır. Bu olayda davalı, Rose Acre firması, ihtiyaç fazlası yumurtaları süpermarketlere üretim maliyetlerinin altında satan büyük ölçekli bir yumurta üreticisidir. Rose Acre'nin rakipleri olan davacılar, davalının fiyatlamasının yıkıcı olduğunu iddia etmiş ve yargılama sürecinde davalının yıkıcı niyetine ilişkin tanığa dayalı (sözlü) delil sunmuşlardır. Rose Acre'nin başkanı rakiplerden birini arayarak "*Sizi yumurta işinden dışlayacağız. Günleriniz sayılı.*" ifadesini kullanırken davalının mali işler sorumlusu, firmanın düşük fiyatlama politikasını "*bu uzun dönemde kazanmanın yoludur.*" şeklinde gerekçelendirmiştir. Davacılar tarafından öne sürülen niyete ilişkin delillere rağmen Yargıç Easterbrook niyetin uygun bir ölçüt olmadığını belirterek aşağıda yer verilen değerlendirmede bulunmuştur;

"Niyeti dayanak gösterme, hasadın mümkün olup olmadığını belirlemede mahkemeye yardımcı olamaz ve hasat tespit edilmedikçe en kötü niyet bile rekabetçi sisteme zarar veremez. ... Eğer mahkemeler açık ve agresif şeklindeki satış arayışını bir niyet delili olarak kullanırsa, rekabeti iten motivasyonu cezalandırma riskini göze almaktadır. ... birinin rakiplerini ortadan kaldırma isteği tamamen rekabete uygundur ve bu genellikle rekabetin arkasındaki motivasyondur."<sup>69</sup>

Buna göre niyetin tekelleşmeye yönelik bir yargılamada hiçbir faydalı rolünün olmadığı sonucuna açıkça ulaşılan *Poultry Farms* kararında, meşru rekabette rakibi dışlama niyetinin hukuka aykırı olmadığı ileri sürülmektedir. Ayrıca aynı kararda niyete yönelik delilin "*aydınlatmaya çalıştığı ekonomik veriden daha belirsiz*" olduğu belirtilmiştir<sup>70</sup>.

<sup>67</sup> Lao (2005, 178)'ya göre Şikago Okulu'na mensup yazarların temel görüşleri kısaca şu şekilde özetlenebilir: Piyasalar ekonomik şartlardaki değişikliklere karşı dirençlidir ve rekabete açıktır, tekelleşme sık gözlenen bir olgu değildir, tekelleşen piyasalar rekabet müdahalesi olmadığında kendiliğinden düzeler, piyasalara hatalı müdahale teşebbüslerin rekabetten ve yeniliklerden soğumasına neden olur ve müdahaleden hatalı kaçınmaya göre daha olumsuz etkiler doğurur. Şikago Okulu yaklaşımına göre Sherman Yasası ikinci kısım kapsamında incelenen olaylarda ise rekabet karşıtı etkilerin tespiti gerekmektedir.

<sup>68</sup> A.A. *Poultry Farms, Inc. v. Rose Acre Farms, Inc.* 881 F. 2d 1396 (7th Cir. 1989).

<sup>69</sup> A.g.k. s.1402-1403.

<sup>70</sup> A.y.



Buna karşın, *Poultry Farms* kararına yakın tarihli *Aspen*<sup>71</sup> ve *Kodak*<sup>72</sup> kararlarında yapılan değerlendirmelerde ise niyet unsuruna yer verilmesi dikkat çekmektedir. Birinci bölümde bahsedilen kararların kısaca özeti verilecek olursa, *Aspen Skiing Co.* firmasının mal vermeyi reddetme davranışını konu alan *Aspen* kararında, rakip ile uzun süredir birlikte ve etkin bir şekilde sürdürülen ticari ilişkiye son verilmesinin haklı sayılabilecek ticari gerekçeden yoksun olduğu ve dolayısıyla davalının asıl amacının rakibi piyasadan dışlamak olduğu sonucuna ulaşılmıştır. Şikago Okulu'nun etkisiyle tekelleşme olaylarında *laissez-faire* (*müdahaleden kaçınan*) bir eğilimin hakim olduğu dönemde alınan bu kararda niyete yapılan vurgu, söz konusu unsurun önemini koruduğunu ve niyetin rolüne ilişkin kesin bir yargıya varmanın zorluğunu göstermektedir.

Post-Şikago döneminin<sup>73</sup> başlangıcı olarak kabul edilen (Ardıyok 2007, 42) *Kodak* kararında ise davalının satış sonrası servis hizmetini fotokopi makinelerinin satışına bağlayarak, satış sonrası pazarına rakiplerinin girmesini engellediğine hükmedilmiştir. Davalının, inceleme konusu davranışına ilişkin makul ticari gerekçeler sunamaması nedeniyle asıl niyetinin rakiplerini dışlamak olduğu karara varılmıştır.

Yüksek Mahkeme'nin *Brooke Group* kararı<sup>74</sup> ise niyetin tekrar önemini yitirdiği diğer bir karar olmuştur. Yıkıcı bir davranışın tespitindeki temel standardın münhasıran objektif şartlara dayandırıldığı kararda Mahkeme aşağıdaki değerlendirmede bulunmuştur;

“...bir rakibin diğer bir rakibe karşı gerçekleştirdiği bir davranış tamamen kötü niyet taşısa dahi, [bu durum] tek başına federal antitröst hukuku kapsamında ihlal olarak düşünülemez; bu [antitröst] kurallar[ı] federal bir haksız fiil hukuku değildir ... haksız fiillere yaptırım uygulayamamaktadır.”<sup>75</sup>”

Bu yorumdan hareketle, Mahkemenin niyete sadece haksız fiil hukuku açısından bir sorumluluk unsuru olarak yaklaştığı görülmektedir. Dolayısıyla *Brooke Group* kararında niyet unsurunun, rekabet hukuku kapsamında değerlendirilen tek taraflı davranışların değerlendirilmesinde dikkate alınabilecek bir kıstas olmadığı kabul edilmiştir. Söz konusu kararda ayrıca yıkıcı fiyatlamının

<sup>71</sup> Bkz. dn. 27.

<sup>72</sup> Bkz. dn. 46.

<sup>73</sup> Cucinotta vd. (2002, 7), Şikago Okulu'nun etkisiyle değer kaybeden niyet unsurunun, piyasalar hakkında daha kompleks varsayımlarda bulunan ve rekabet karşıtı sonuçları daha olası karşılayan Post-Şikago Okulu ile yeniden eski önemini kazanmadığını belirtmiştir.

<sup>74</sup> *Brooke Group v. Brown & Williamson Tobacco Corp.* 509 U.S. 209 (1993).

<sup>75</sup> A.g.k. s. 225.

tespitinde, uygun bir maliyet ölçütünün altında fiyatlandırmanın ve *hasadın*<sup>76</sup> gerçekleşmesine dair *güçlü bir olasılığın (dangerous probability)* arandığı görülmektedir. Areeda ve Hovenkamp (2002, 406)'a göre *Brooke Group* kararında niyetin, tekelleşme veya hasat ihtimaline yönelik güçlü bir olasılığın objektif şekilde ispatına ikame olamayacağı açıklığa kavuşturulmuştur. Diğer bir ifadeyle karara göre delil ne kadar tutarlı ve açık olursa olsun, tek başına yıkıcı niyet, hasada yönelik makul beklentinin gösterilmesinin yerini tutamamaktadır<sup>77</sup> (Melicias 2010, 574)<sup>78</sup>.

Hukuk ve iktisat disiplininin<sup>79</sup> iç içe girdiği bir alan olan (Madan 2008, 8) rekabet hukuku uygulamalarının iktisat alanındaki gelişmelerden etkilenmesi kaçınılmazdır. Bu bağlamda, iktisat alanında yaşanan gelişmeler ABD uygulamasını da etkilemiş ve bunun sonucu olarak uygulamada tek taraflı davranışların değerlendirilmesi ve bununla ilişkili olarak niyet unsurunun oynadığı rol bakımından yeknesaklık oluşmamıştır. Dolayısıyla, ABD'deki tekelleşme davalarında niyet unsurunun rolü olay bazlı değerlendirmeler ile ortaya çıkan farklı prensiplere göre değişmiştir. Kanımızca rekabet hukuku incelemelerinde iktisadi yöntemlerin kullanımı arttığı sürece ve incelenen olaya ilişkin gerçeklerin bu yöntemler ile ortaya koyulabildiği ölçüde, niyetin ikinci planda kalmaya başladığını söylemek mümkündür. Zira ABD'deki mevcut eğilimin genel olarak niyetin rolünü minimize etme ve ihlalin tespitini olabildiğince iktisadi analize dayandırma yönünde olduğu anlaşılmaktadır.

## 2.1.2. AB'deki Gelişim

### 2.1.2.1. AB İçtihadında Niyet Unsuru

ABD uygulamasına benzer şekilde AB'de de tek taraflı davranışların değerlendirilmesinde kullanılacak kıstaslar içtihatlar ile şekillenmiştir. *United Brands* kararında<sup>80</sup> AAD, davranışın meşruluğunu hakim durumdaki teşebbüsün niyetine bağlayarak aşağıdaki açıklamada bulunmuştur:

<sup>76</sup> Yıkıcı fiyat uygulamasının nihai amacı olarak bilinen hasat, "fiyat kırarak rakipleri etkisizleştirdikten sonra fiyatları tekrar yükseltmek" şeklinde tanımlanmaktadır (Kara 2003, 5).

<sup>77</sup> Benzer bir yorum için bkz. Hovenkamp (2008, 20).

<sup>78</sup> Ne var ki davacının yıkıcı davranıştan sonra fiyatları önceki seviyesinin üstüne çıkarabileceğini ve yeterli bir süre boyunca bunu sürdürebileceğini göstermesi gerektiğine hükmedilen karar (bkz. a.g.k. s. 225), yıkıcı fiyat tespitini gereğinden fazla zorlaştırdığı gerekçesiyle eleştirilmiştir (Kovacic ve Shapiro 2000, 57).

<sup>79</sup> Ardiyok (2008, 4), *hukukun iktisadi analizi* olarak da adlandırılan *hukuk ve ekonomi öğretisinin* hukuk kurallarının ve hukuki kurumların "oluşumu, yapısı, işleyişi ve etkisinin incelenmesinde iktisadi teori ve ekonometrik metotlardan yararlanması" olarak tanımlamıştır.

<sup>80</sup> *United Brands v. Commission Case 27/76 [1978] ECR 207.*

“.. Bir teşebbüsün hakim durumda olması, saldırıya uğrayan ticari menfaatlerini koruma hakkını elinden almamakta ve hakim durumdaki teşebbüsler, korumaya çalıştıkları menfaatleri ile uygun olan makul adımları atma hakkına sahip olmaktadır. Fakat, asıl amacın (*actual purpose*) hakim durumu güçlendirmek ya da kötüye kullanmak olduğu hallerde böyle bir davranışa izin verilemez<sup>81</sup>.”

AAD’ın söz konusu yaklaşımı *United Brands* kararından sonra alınan birçok kararda da ilkesel olarak kabul edilmiştir<sup>82</sup>.

*Hoffmann La Roche* davasında<sup>83</sup> AAD’nin yaptığı “hakim durumun kötüye kullanılması” tanımı uygulamada genel kabul görmüştür. AAD’nin objektif bir kavram olarak yaklaştığı kötüye kullanmanın tanımı şu şekilde yapılmıştır<sup>84</sup>:

“Hakim durumun kötüye kullanılması kavramı, hakim durumdaki teşebbüsün varlığı ile doğrudan ilişkili olan ve normal rekabeti (normal competition) gerektiren yöntemlerden farklı yöntemleri uygulayarak piyasanın mevcut yapısını etkileyen ve bu doğrultuda piyasadaki rekabeti sınırlandıran veya rekabetin gelişmesini engelleyen her türlü davranışı ifade eden objektif bir kavramdır.”

Tanımda yer alan objektif olma özelliği akademik çevrelerde tartışılmış ve bu kıstasın nasıl bir sınırlama getirdiğine ilişkin farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bu görüşlerden biri, hakim durumun kötüye kullanılmasında teşebbüsün niyetinin önemli olmadığıdır (Tekdemir 2003, 26; Bavasso 2005, 616). *BPB Industries*<sup>85</sup> ve *Deutsche Post*<sup>86</sup> kararlarında ise objektif kötüye kullanmanın tanımından 102. madde bağlamında *kusur (fault)* şartının aranmadığı sonucu çıkarılmıştır. Ancak, genel olarak firmanın gerçekleştirdiği davranışın hukuka aykırı olduğunu kavrayabilmesi anlamına gelen kusur ilkesi ile bir davranışın hukuka aykırı olmasının onun altında yatan niyete bağlı olması birbirinden farklıdır (Eilmansberger 2005, 146-147). Zira ihlalin tespitinde kusur şartının aranmadığı *BPB Industries* kararında rekabet karşıtı niyetin ihlale yol açacağı kabul edilmesi, kötüye kullanmanın objektif bir kavram olduğu belirtilen kararlarda da niyetin dikkate alındığını göstermektedir.

Kötüye kullanma kavramının objektif özelliğine ve buna ilişkin getirilen yorumlara karşın AB rekabet hukukunda niyetin önemli bir rol oynadığı gerçeği

<sup>81</sup> A.g.k. para.189.

<sup>82</sup> Örneğin bkz. *BPB Industries and British Gypsum v. Commission Case T-65/89* [1993] ECR II-389, para.69; *Compaigne Maritime Belge Transports SA and Others v. Commission T-24/93,T-25/93, T-26/93, T-28/93* (1996) ECR II-1201, para.107; *Irish Sugar v. Commission Case T-228/97* [1999] ECR II-313, para.112.

<sup>83</sup> *Hoffman La-Roche & Co. AG v. Commission, Case 85/76* (1979) ECR 461.

<sup>84</sup> A.g.k. para.91.

<sup>85</sup> *BPB Industries Plc and British Gypsum Ltd. v. Commission Case T-65/89* [1993] ECR II-389, para.70.

<sup>86</sup> *Deutsche Post AG Case COMP/35.141, O.J. 2001 L125/27, para.40.*

tartışılmazdır (Melicias 2010, 580; Bavasso 2005, 616). Nitekim belirsizliğe yol açan *Hoffman La Roche* kararından sonra alınan bazı kararlarda da hakim durumdaki teşebbüsün niyetinin dikkate alınmış olması bunu doğrular niteliktedir.

AAD'nin *AKZO* kararında belirli maliyet ölçütü altında fiyatlama ve yıkıcı niyet, yıkıcı fiyatlamanın tespitinde kullanılan asli testin (*AKZO testi*) unsurları olmuştur<sup>87</sup>. *AKZO* testine göre, hakim durumdaki firmanın ortalama değişken maliyeti (ODM) altındaki fiyatları, rakibi dışlama niyeti bakımından karine teşkil etmektedir. AAD, hakim durumdaki bir firmanın kasıtlı şekilde zarar etmesinin, daha sonra pazar gücünü kullanarak fiyatları yükseltme amacıyla rakiplerini piyasa dışına itmekten başka bir amacı olmayacağını ileri sürmüştür. Karara göre, eğer fiyatlar OTM'nin altında ancak ODM'nin üzerinde ise, davranışın kötüye kullanma olduğunu göstermek için yıkıcı niyetin ispat edilmesi gerekmektedir. Kararda yıkıcı niyet, fiyatların "*rakipleri piyasadan dışlama planının bir parçası olarak belirlendiğinin*" gösterilmesine bağlanmıştır<sup>88</sup>. Bununla birlikte, OTM'nin altındaki fiyatların, "*hakim durumdaki teşebbüsle eşit etkinlikte olan ancak daha kısıtlı finansal kaynaklara sahip olmaları nedeniyle kendilerine karşı yürütülen rekabete karşı koyamayan*" teşebbüsleri piyasa dışına itebileceği belirtilmiştir.

*AKZO* kararı ile getirilen kriterler AAD tarafından *Tetra Pak II* kararında<sup>89</sup> teyit edilmiştir. Kararda, belirli bir dönemde İtalya'da aseptik olmayan kartonların ODM'nin altında satıldığı ve bunun için yıkıcı niyetin gösterilmesine gerek olmadığı, ancak sonrasında ODM'nin üzerinde (OTM'nin altında) kalan fiyatların yıkıcı olup olmadığının değerlendirilmesinde niyete bakılması gerektiği belirtilmiştir<sup>90</sup>.

*Compagnie Maritime Belge (CMB)* kararı<sup>91</sup> AB uygulamasında hakim durumun kötüye kullanılmasının tespitinde niyete verilen önemi daha net bir biçimde ortaya koymaktadır. Bu kararda Komisyon, bir denizyolu işletmecileri konferansına (Central West Africa Lines-Cewal) üye teşebbüslerin fiyatlandırma politikalarını değerlendirmiş ve piyasadaki tek rakibi bertaraf etmek için ulaşım ücretlerini düşürerek takip ettikleri "*savaşçı gemiler*" (*fighting ships*) uygulaması nedeniyle ihlal sonucuna ulaşmıştır. Bu kararın en önemli özelliği, incelenen tarifelerin Cewal'in maliyetlerinin üzerinde belirlenmesi nedeniyle yıkıcı fiyatlamanın mutlak koşullarının karşılanmamış olmasıdır. Cewal rakip tarafından duyurulan fiyatlar ile aynı seviyede veya bu fiyatlardan daha düşük

<sup>87</sup> Bkz. dn.16, para.71-72.

<sup>88</sup> A.y.

<sup>89</sup> Bkz. dn. 19.

<sup>90</sup> A.g.k. para.41-42.

<sup>91</sup> Bkz. dn. 82.

fiyatlar uygulamıştır. Buna karşın kararda, incelenen seçici düşük fiyatlandırma, ayrımcı niteliğinden dolayı değil, rakibi piyasa dışına itme niyetiyle uygulanmış olmasından dolayı kötüye kullanma olarak görülmüştür (Melicias 2010, 584). Komisyon teşebbüsün niyetini tespit ederken Cewal içinde “*Özel Savaş Komitesi*” (*Special Fighting Committee*) kurulduğunu ve daha sonra Cewal’ın uygulanan fiyat politikası için “savaşan gemiler” ifadesini kullandığını gösteren görüşme tutanaklarını kullanmıştır. Genel Mahkeme ise dışlayıcı niyetin yeterli hukuki standartta ortaya konulduğunu belirtmiştir<sup>92</sup>.

Hakim durumdaki teşebbüsün uyguladığı indirim sisteminin incelendiği *Michelin II* kararında<sup>93</sup> ise Genel Mahkeme aşağıda yer verilen değerlendirmede bulunmuştur:

“Bir teşebbüsün, amacı rekabeti kısıtlamak olan bir davranışı fiilen uyguladığında, beklenen sonuca ulaşamamış olması 102. maddenin uygulanmasını engellemek için yeterli değildir.”<sup>94</sup>

Mahkeme bu yorumu ile, etkisine bakılmaksızın rekabeti kısıtlama niyeti taşıyan indirim sistemlerine kötüye kullanma hali olarak yaklaşmış ve bu yaklaşımın kapsamını diğer 102. madde ihlallerini de içine alacak şekilde genişletmiştir.

Komisyon’un *Wanadoo* kararında<sup>95</sup> da, ODM ve OTM arasındaki fiyatlamaya ilişkin bir yıkıcı fiyat iddiası üzerinde durulmuştur. Komisyon ADSL hizmeti veren Wanadoo Interactive’in Fransa’daki yüksek hızlı internet erişim piyasasını ele geçirme planının bir parçası olarak yıkıcı fiyatlamaya uyguladığını tespit etmiştir<sup>96</sup>. Teşebbüsün iç belgelerinde yer alan ifadelerden tespit edilen niyet, gerek Komisyon gerekse AB Mahkemeleri tarafından yapılan değerlendirmelerin esasını teşkil etmiştir.

Görüldüğü gibi, AB uygulamasında, hakim durumun kötüye kullanılması analizinde teşebbüslerin davranışları arkasındaki niyetin ne olduğu sorusu önemini korumuştur. Tekinalp (2000, 76) de niyet faktörünün özellikle AB mahkemelerinin ilk kararlarında önemli bir rol oynadığını vurgulamıştır. AB içtihadında tek taraflı davranışların değerlendirilmesi bakımından niyet unsuru çoğunlukla yıkıcı fiyatlamının tespitinde esas teşkil etmekle beraber söz konusu faktörün diğer 102. madde ihlalleri kapsamında da dikkate alındığı görülmektedir.

<sup>92</sup> Ag.k. para.147.

<sup>93</sup> Michelin v. Commission, Case T-203/01 (2003) ECR II-4047.

<sup>94</sup> A.g.k. para.245.

<sup>95</sup> Wanadoo Interactive, COMP / 38.233, (2003).

<sup>96</sup> A.g.k. para.110-124.

## 2.1.2.2. Tartışma Metni ve Rehber’de Niyet Unsuru

### 2.1.2.2.1. Tartışma Metni

Tartışma Metni’nde “Yıkıcı Fiyatlama” başlığı, niyet kavramının kapsamlı bir şekilde ele alındığı kısım olmuştur. Tartışma Metni’nde yıkıcı fiyatlamanın tespitinde temel olarak AKZO testine paralel bir yaklaşım benimsenmiş ve AKZO testinden farklı olarak ODM yerine ortalama kaçınılabılır maliyet (OKM)<sup>97</sup> ölçütü tercih edilmiştir<sup>98</sup>. Tartışma Metni’ne göre OKM’nin altındaki fiyatlar, hakim durumdaki teşebbüsün kaçınılabileceği bir zarara rakibini dışlama niyetiyle katlanması anlamına gelmektedir. Tartışma Metni’nde, OKM ve OTM arasındaki fiyatlamayı yıkıcı kılan niyetin tespiti için kullanılacak doğrudan veya dolaylı deliller açıklanmıştır. Doğrudan delil, hakim durumdaki teşebbüslerden elde edilen belgeler olarak tanımlanmıştır<sup>99</sup>. Dolaylı deliller ise çalışmanın birinci bölümünde belirtildiği üzere şu şekilde sıralanmıştır<sup>100</sup>: fiyatlamasının sadece yıkıcı bir stratejinin parçası olduğu durumda ticari açıdan anlamlı olması veya başka makul açıklamaların bulunmaması; fiili veya muhtemel dışlayıcı etkilerin varlığı; düşük fiyatlamasının ölçeği, süresi, ve devamlılığı; hakim durumdaki firmanın kapasite artırımı gibi yeni girişlere engel olabilecek belirli maliyetlere fiilen katlanması; belirli müşterilerin seçici şekilde hedeflenmesi; başka dışlayıcı uygulamaların eşzamanlı uygulanması; hakim durumdaki firmanın zararlarını diğer satışlarından elde ettiği kâr ile telafi etme olanağı ve ileride daha yüksek fiyatlar ile uğradığı zararı öngörülebilir bir sürede hasat etme imkanı; bir pazardaki yıkıcı davranışın başka pazarlar üzerindeki etkisi; hedeflenen rakibin finansal açıdan dış kaynaklara bağımlılığı ve karşı stratejilere sahip olmaması.

Ayrıca, Tartışma Metni’nde OTM’nin üzerindeki fiyatlamasının, önemli ölçüde tüketici zararına yol açtığı veya açacağı tespit edilen bazı istisnai durumlar haricinde, sadece daha az etkin rakipleri dışlayabileceği gerekçesiyle genel olarak yıkıcı olmadığı belirtilmiştir<sup>101</sup>. OTM’nin üzerindeki fiyatlamasının ihlal olabileceği durumlara iki örnek verilmiştir. Bunlardan ilki, *CMB* kararında olduğu gibi, birlikte hakim durumdaki teşebbüslerin bir rakibi dışlama veya disipline etmeye yönelik açık bir strateji izlemeleridir. İkincisi ise tek başına hakim durumda olan bir teşebbüsün önemli ölçüde yinelenemez avantajlara

<sup>97</sup> OKM, “bir firmanın faaliyetlerine son vermesi halinde katlanmayacağı ya da tasarruf edeceği maliyetler” olarak tanımlanmaktadır (Özdemir 2009, 51).

<sup>98</sup> Komisyon, hakim durumdaki bir firma yıkıcı davranışı gerçekleştirmek için kapasite artırma gibi sabit veya batık maliyetlere katlandığında bu maliyetleri de değerlendirmeye alabilmek için OKM’yi tercih ettiğini belirtmiştir. (Tartışma Metni, para.108.)

<sup>99</sup> Tartışma Metni para.113.

<sup>100</sup> Tartışma Metni para.115.

<sup>101</sup> Tartışma Metni para.127.

sahip olması veya ölçek ekonomilerinin büyük önem arz etmesi nedeniyle yeni giren firmaların ilk dönemde maliyet dezavantajı ile faaliyet göstermek zorunda kaldıkları durumdur. Her iki durumda da teşebbüslerin rakibi dışlamaya yönelik net bir stratejiye sahip olduklarının gösterilmesi şart koşulmuştur<sup>102</sup>. Bu gereklilik OTM üzerindeki fiyatlamanın ihlal sayılmasında da teşebbüsün niyetinin esas olduğunu göstermiştir.

Bununla birlikte, Tartışma Metni'nin "Olası Savunmalar" başlığı altında, davranışı 102. madde yasağı dışında tutabilen haklı gerekçeler düzenlenmiştir. Bu haklı gerekçelerden biri olan *rekabete karşılık verme gerekçesinin*<sup>103</sup> ileri sürülebilmesi, teşebbüsün rekabet karşıtı bir niyetinin olmaması şartına bağlanmıştır. Ayrıca, hakim durumdaki teşebbüsün niyetinin rakiplerini pazardan dışlamak olduğunun yazılı belgelerle gösterilmesi savunmayı geçersiz kılan hallere örnek olarak verilmiştir<sup>104</sup>. Bu bağlamda, dışlayıcı niyetin ortaya konulduğu davranışlar bakımından hakim durumdaki teşebbüslerin meşru ticari menfaatlerini savunabilmesi oldukça güçleşmiştir (Gündüz 2011, 14).

Tartışma Metni'nde tek taraflı davranışların değerlendirilmesi bakımından AB'deki modernizasyonun temelini oluşturacak esaslar tartışmaya açılmış ve bunun üzerine iletilen görüş ve değerlendirmeler doğrultusunda ulaşılan sonuçlar Rehber'e yansıtılmıştır. Bu kapsamda AB'deki modernizasyonun en önemli eseri olan Rehber, ihlalin tespitinde niyetin kullanılmasına ilişkin olarak Tartışma Metni'nden farklı yaklaşım benimsemiştir.

#### **2.1.2.2.2. Rehber**

Komisyon, iktisadi/etki temelli bir yaklaşım ile hazırlanan Rehber'de, 102. madde kapsamında incelenen dışlayıcı davranışların geneline yönelik olarak muhtemel rekabet karşıtı kapama etkisinin değerlendirilmesinde kullandığı araçları belirtmiştir<sup>105</sup>. Bu araçlardan biri, Tartışma Metni'ndeki yıkıcı niyetin tespiti kısmında yer verilen tanımına benzer şekilde, dışlayıcı stratejinin doğrudan delilidir. Dolayısıyla Rehber'de, teşebbüsün niyeti tüm dışlayıcı davranışlar açısından dikkate alınabilecek bir unsur haline gelmiştir. Ancak, niyetin davranışın muhtemel etkisi ile ilişkilendirilmesi, ihlalin tespitinde dolaylı bir kıstas olarak kullanılmasının öngörüldüğüne işaret etmektedir.

Niyet unsuru bakımından Tartışma Metni ve Rehber arasındaki önemli farklardan biri yıkıcı fiyatlamanın değerlendirilmesinde ortaya çıkmıştır. Rehber'de hakim durumdaki teşebbüsün (muhtemel) rakibi dışlamak amacıyla

<sup>102</sup> Tartışma Metni para.128-129.

<sup>103</sup> Gündüz (2011, 11) bu gerekçelendirme biçimini temel olarak, hakim durumda da olsa bir teşebbüsün meşru ticari menfaatlerini korumak hakkına sahip olması ilkesine dayandırmaktadır.

<sup>104</sup> Tartışma Metni para.81.

<sup>105</sup> Rehber para.20.



kasıtlı şekilde zarar etmesi veya kısa dönemde kârını feda etmesi, *feragat (sacrifice)* olarak tanımlanmıştır. Yıkıcı fiyatlamada OKM'nin altındaki fiyatlamasının, feragatin göstergelerinden biri olduğu kabul edilmiştir<sup>106</sup>. Ayrıca Komisyon, AKZO kararına atıfta bulunarak bazı durumlarda doğrudan delillerin de yıkıcı bir stratejiyi gösterebileceğini belirtmiştir<sup>107</sup>. Ancak bu tür delillerin hangi durumda kullanılabileceği konusunda bir açıklama yapılmamıştır.

Görüldüğü üzere Rehber, Tartışma Metni'ne göre niyet unsuruna daha mesafeli durmuş ve niyeti gösteren delilleri muhtemel kapama etkisini göstermek için bir araç olarak kullanmayı tercih etmiştir. Ayrıca Rehber'de niyet unsurunun içtihatla en belirgin şekilde kullanıldığı AKZO testine de tam anlamıyla yer verilmemiştir.

### 2.1.2.3. Tartışma Metni'nde, Rehber'de ve Uygulamada Niyete Yönelik İspat Standartları

Niyetin kötüye kullanmanın tespitinde dikkate alınıp alınmayacağı hususunun yanı sıra, niyet değerlendirmeye dahil edildiğinde, hangi nitelikte ve miktardaki delillerin niyeti göstermeye yeterli olacağı konusu da AB hukukunda tartışılmıştır. Buna ilişkin olarak, AKZO kararında da niyete yönelik getirilecek ispat standardının ne olacağı sorunu Komisyon ve AAD arasında görüş ayrılığına neden olmuştur. Komisyon teşebbüsün dışlama niyetini gösteren belgelere öncelik tanımış, bu tür belgelerin olmadığı durumda dışlayıcı niyeti tespit etmek için diğer şartların bütününe bakılması gerektiğini belirtmiştir<sup>108</sup>. Ayrıca Komisyon, hakim durumdaki teşebbüslerin de meşru şekilde rekabet etme hakkına sahip olduğunu ve rakiplerine üstün gelme niyetinin hukuka aykırı olmadığını savunmuştur<sup>109</sup>. Ancak Komisyon kararında hukuka aykırı olan niyetin bu tür bir niyetten nasıl ayırt edilebileceği açıklığa kavuşturulmamıştır. AAD ise AKZO'nun bir yöneticisi tarafından hazırlanan ve rakip firma ECS'nin pazara ürün satmaya devam etmesi durumunda ECS müşterilerine maliyetlerin altında satış yapılacağına dair ifadelerin yer aldığı belgelerin detaylı bir planı içerdiğini belirtmiştir<sup>110</sup>. Ancak AAD'nin, bu tespitinden sonra AKZO'nun ticari davranışlarını da analiz etmesi, bu belgelerin dışlayıcı niyeti göstermede yeterli olup olmadığına dair belirsizliğe neden olmuştur (Rousseva 2010, 152). AAD'nin kullandığı dolaylı niyet delilleri ise şu şekilde sıralanabilir:

- Uzun süre zararına satış,
- Buna ilişkin ticari bir gerekçenin yokluğu,

<sup>106</sup> Rehber para.63-64.

<sup>107</sup> Rehber para.66.

<sup>108</sup> Bkz. dn. 15, para.80.

<sup>109</sup> A.g.k. para.81.

<sup>110</sup> Bkz. dn. 16, para.78-82.



- Seçici düşük fiyatlandırma,
- Rakibin müşterilerine daha avantajlı ürün sunma,
- Rakip firmanın fiyat teklifini öğrenerek fiyat sunma.

Öte yandan, Komisyon dolaylı ve doğrudan delillere kümülatif bir bakış açısıyla yaklaşarak bu delillerin tek bir niyeti ve ihlali gösterdiğini savunmuştur. AAD ise AKZO'nun davranışına ilişkin delilleri ayrı ayrı değerlendirmiş ve bunlardan yola çıkarak farklı ihlaller tespit etmiştir (Rousseva 2010, 153).

Genel Mahkeme *Wanadoo* kararında<sup>111</sup> ise, dışlayıcı niyete ilişkin ispat standardı olarak söz konusu niyetin “*esaslı ve tutarlı*” (*sound and consistent*) delillerle ortaya konulması gerektiğini açıklamıştır. Ancak söz konusu kararda Komisyon ve mahkemeler niyete ilişkin farklı standartlar getirmiştir. İlgili Komisyon kararında<sup>112</sup> teşebbüsten elde edilen belgelerde yer alan “pazarı ele geçirme” ifadesi incelemenin ana kısmını oluşturmuştur. Buna karşın, Komisyon muhtemelen bu tür bir delilin yeterliliği hakkında duyduğu kaygı nedeniyle (Rousseva 2010, 156) pazarı ele geçirme niyetini destekleyecek ekonomik faktörler aramıştır<sup>113</sup>. Genel Mahkeme ise değerlendirmesini yalnızca niyete yönelik doğrudan deliller üzerinden yapmayı tercih etmiştir. *Wanadoo*'nun belgelerdeki ifadelerin bağlayıcı olmadığı şeklinde yaptığı itiraza karşılık Genel Mahkeme söz konusu ifadelerin yönetim seviyesindeki kişilere ait olması, şirketin resmi sunumlarında veya detaylı bir şekilde hazırlanmış çerçeve bir metinde yer alması gerekçeleriyle iddiayı reddetmiştir<sup>114</sup>. Öte yandan teşebbüs, Genel Mahkeme'nin sorgulamasını tamamen subjektif delillere dayandırdığı yönünde itirazda bulunmuştur. Komisyon konuya ilişkin olarak, niyetin doğası gereği subjektif olduğunu, rakipleri dışlama planının mutlaka objektif faktörler ile gösterilmesi yönünde bir içtihat bulunmadığını belirtmiştir. AAD ise pazarı ele geçirme stratejisinin “*teşebbüsün iç belgeleri gibi objektif faktörlerden*” çıkarıldığı yorumunda bulunarak gerek Komisyon'un gerekse teşebbüsün açıklamalarını reddetmiştir<sup>115</sup>. Buna karşın Mahkemenin belgelerdeki ifadelerin hangi durumlarda ve niçin objektif olarak algılanması gerektiği hakkında bir açıklamada bulunmaması doğrudan delillerin niteliğine yönelik karışıklığa neden olmuştur.

Tartışma Metni'nde de yıkıcı niyeti gösteren teşebbüs belgeleri doğrudan delil olarak kabul edilmiş ve doğrudan delillerin olmadığı durumlarda yıkıcı

---

<sup>111</sup> Bkz. dn. 20, para.197.

<sup>112</sup> Bkz. dn. 95, para.110-114

<sup>113</sup> A.g.k. para.284.

<sup>114</sup> Bkz. dn. 20, para.202.

<sup>115</sup> Bkz. dn. 24, para.98.

stratejiye yönelik dolaylı delillere bakılması gerektiği ileri sürülmüştür<sup>116</sup>. Dolayısıyla, hakim durumdaki teşebbüsten elde edilen bu dokümanlar, bir rakibi veya rakipleri bertaraf etme planını açıkça gösterdiği sürece yıkıcı stratejiyi açığa çıkarmada birinci dereceden ispatlama metodu olarak kullanılmaktadır. Tartışma Metni'nde doğrudan niyet delillerine yönelik birtakım ispat standartlarının da getirildiği görülmektedir. Bu kapsamda, hakim durumdaki teşebbüsün rekabeti yok edeceğine yönelik genel ifadeleri esasen yeterli olmamakta, yıkıcı fiyatlamanın bir rakibi dışlama, girişi engelleme, gelişmekte olan bir piyasayı ele geçirme niyetiyle gerçekleştirildiğine yönelik detaylı planlar veya yıkıcı stratejiyi ve teşebbüsün attığı belirli adımları gösteren açık ve kesin ifadeler gerekmektedir<sup>117</sup>. Bununla birlikte Tartışma Metni'nde dolaylı delillerin yeterliliğine ilişkin olarak da birtakım standartlar getirilmiştir. Buna göre fiyatlama davranışı sadece yıkıcı bir stratejinin parçası olduğunda ticari açıdan anlamlı oluyorsa ve başka makul bir açıklaması yoksa bu durum yıkıcı stratejiyi göstermek için yeterli olmaktadır, hakim durumdaki firma tarafından diğer dışlayıcı davranışların gerçekleştirilmesi durumunda ise kesinlik kazanmaktadır. Diğer tüm durumlarda en azından düşük fiyatlamanın ölçeği, süresi ve devamlılığı bakımından muhtemel kapama etkisinin olduğunun gösterilmesi gerektiği belirtilmiştir<sup>118</sup>.

Komisyon, Rehber'de ise muhtemel rekabet karşıtı kapamaya ilişkin analizini "*güçlü ve ikna edici*" (*cogent and convincing*) delillere dayandıracağını belirtmiştir. Tartışma Metni'nde yer alan niyet delillerinden dışlayıcı stratejiye yönelik belgeler, ihlalin süresi ve rakip müşterilerinin seçici şekilde hedef alınması gibi dolaylı delillere Rehber'de de yer verilmiş ancak bu deliller teşebbüsün niyeti ile açıkça ilişkilendirilmemiştir.

Komisyon uygulamaları ve AB mahkemelerinin içtihadı bazı yazarlar tarafından hakim durumdaki teşebbüslerin iç belgelerine açık bir kanıt üstünlüğü atfedildiği şeklinde yorumlanmıştır (Melicias 2010, 582). Buna karşın Lowe (2003, 3-4) dışlayıcı niyetin, teşebbüs belgelerinden ziyade yıkıcı fiyatlamanın başka dışlayıcı uygulamalar ile eş zamanlı yapılması veya davranışın süresi gibi faktörler ile daha açık şekilde gösterilebileceğini ileri sürmüştür. Moisejevas (2010, 330) ise Komisyon'un yıkıcı niyeti göstermek için dolaylı delillere başvurduğunu ancak bu tür delillerin de güvenilir olmadığını savunmuştur. Sonuç olarak, Tartışma Metni'nde dışlayıcı niyetin tespitine yönelik birtakım delil standartları getirilmiş olsa da, AB içtihadında ve literatürde niyeti göstermek için hangi nitelikteki ve miktardaki delilin yeterli olacağına dair tutarlı ve açık bir ispat standardı getirilmemiştir.

<sup>116</sup> Tartışma Metni para.115.

<sup>117</sup> Tartışma Metni para.113-114.

<sup>118</sup> Tartışma Metni para.116-117.

## 2.2. TEK TARAFLI DAVRANIŞLARIN DEĞERLENDİRİLMESİNDE NİYETİN KULLANIMINA İLİŞKİN YAKLAŞIMLAR

Gerek yukarıda yer verilen AB ve ABD içtihadında gerekse literatürdeki birçok çalışmada tek taraflı davranışların değerlendirilmesinde niyet unsuruna farklı önem ve işlevler atfedilmiştir. Niyetin rolüne ilişkin yaklaşımları temel olarak, niyeti tamamen işlevsiz gören yaklaşım ve niyetin dikkate alınması gerektiğini ileri süren yaklaşım olarak iki ana grupta toplamak mümkündür. Niyeti dikkate alan yaklaşımlarda ise niyetin nasıl bir rol üstleneceğine yönelik farklı fikirler ortaya atılmıştır. Bu bağlamda, niyetin etkisi belirsiz davranışların değerlendirilmesinde yardımcı unsur olduğu, sadece bazı şekil şartlarını sağlayan davranışlar ve pazarın yapısını etkileyen dışlayıcı davranışlar açısından ihlalin tespitinde aranan bir koşul olduğu şeklinde niyete farklı işlevler yükleyen görüşlerin de irdelenmesi önemlidir. Aşağıda, uygulamadan örnekler de kullanılarak söz konusu yaklaşımların detaylarına yer verilecektir.

### 2.2.1. Niyete Yönelik Eleştiriler ve Niyetin Etkisiz Olduğu Yaklaşımı

Tek taraflı davranışların değerlendirilmesinde niyet unsurunun nasıl bir rol üstleneceği temel sorusunun cevabını ararken, niyeti dikkate almayan yaklaşımın dayandığı gerekçelerin ve bu bağlamda niyet unsuruna yöneltilen eleştirilerin incelenmesi önem taşımaktadır.

Literatürde ve içtihadta niyete yönelik yapılan eleştirilerin başında rekabet etmeye yönelik iyi niyet ile rakibi dışlama yönündeki kötü niyet<sup>119</sup> arasında sağlıklı bir ayırım yapmanın güç olduğu gelmektedir. Areeda ve Hovenkamp (2004, 6-14), daha iyi bir ürünü daha düşük bir maliyetle üreterek rakiplerini bertaraf eden bir rekabetçi firmanın da rakipleri dışlama amacıyla bunu gerçekleştirdiğini belirterek bu güçlüğe dikkat çekmiştir<sup>120</sup>. Niyet unsuru bu yönüyle eleştirilirken Şikago Okulu önderlerinden Posner'in *Olympia* kararındaki<sup>121</sup> açık yorumu

<sup>119</sup> İyi niyet-kötü niyet ayırımı için bkz. Bölüm 1.2.1.

<sup>120</sup> Benzer bir yorum için bkz. Whish (2008, 731).

<sup>121</sup> *Olympia Equipment Leasing Co. and Others v. Western Union Tel. Co.*, 797 F.2d 370 (7th Cir. 1986), s. 27-28. Söz konusu olayda, Western Union hem teleks hizmeti sunmakta hem de teleks terminalleri sağlamaktadır. Western Union, terminal pazarından çıkmaya karar verdiğinde, satış ekibine abonelerin bağımsız ekipman sağlayıcılarına yönlendirilmesi ve bu amaçla abonelere sağlayıcı listesi sunulması talimatını vermiştir. Olympia ise bu yönlendirme politikasından ticari menfaat sağlayacak terminal sağlayıcılarından biridir. Ancak, Western Union bir süre sonra kendi teleks terminali envanterini çok yavaş tasfiye ettiğini fark ederek yönlendirme politikasını durdurmuştur. Sonuç olarak bağımsız teleks ekipmanı sağlayıcıları mağdur olmuştur. Olympia bazı müşterilerini Western Union ile olan kira sözleşmelerini iptal etmeye ikna etme amacıyla bir satış ekibi işe almıştır. Western Union (yetkilisi) bu çabalar karşısında öfkelenmiş ve davada kanıt olarak ileri sürülen belgede yer alan “*bu hindiler ... kızartılmalı*” ifadesini kullanmıştır. Olympia bir süre sonra iflas etmiştir.

en sık atıf yapılan örneklerden biri olmuştur. Posner rekabetin mutlaka bilinçli olması gerektiğini savunmuş ve aşağıdaki değerlendirmeyi yapmıştır:

“Eğer A firması, daha düşük fiyatla veya daha iyi bir ürünle rakibi B’yi piyasa dışına iterse, toplum açısından sonuç iyidir, bu A’nın ve B’nin birey oldukları ve A’nın, B’yi parası için öldürdüğü durumdan farklıdır. Her iki durumda da ‘saldırgan’ kurbanının malvarlığını ele geçirmeyi amaçlar, ancak ilk durumda toplum bir bütün olarak rekabetçi süreçten faydalandığı için bunu takdir ederiz. Western Union’un ‘bu hindileri kızartma’yı istemesi, davranışının hukuki niteliği bakımından bir anlam ifade etmemektedir. Birçok işadamı rakiplerini sevmez veya bu nedenle rekabeti de. ... Burada asıl sorun Western Union’un daha fazla para elde edebilmek için Olympia’nın zararına olacak şekilde sağlayıcı listesini çekmesi değildir, ki bunu yaptığı kesindir, asıl sorun bu davranışın objektif olarak rekabet karşıtı olup olmadığıdır.<sup>122</sup>”

Böylelikle Posner, hakim durumdaki firmanın agresif olan subjektif niyetinin ihlalin tespitinde bir rol oynamayacağı ve değerlendirmenin münhasıran davranış temelinde yapılması gerektiğini savunmuştur. Ayrıca, Posner’in bu yorumu teşebbüslerin rakiplerin aleyhine olabilecek birtakım ticari menfaatlere ulaşmak istemelerinin meşru rekabetin dinamiklerine uygun olduğuna işaret etmekte ve salt bir rakibi yok etme isteğinden yola çıkarak ihlalin gerçekleştirildiği sonucuna ulaşamayacağını göstermektedir.

Niyete yönelik diğer bir önemli eleştiri ise isnat problemidir. Isnat problemi, canlı bir varlık olmayan *teşebbüsün* rekabeti kısıtlamaya yönelik kötü niyetini tespit etme güçlüğüdür. Posner (2001, 214) niyetin ispatının “*çoğunlukla imkansız*” olduğunu savunmuştur. Bir bireyin sahip olduğu ruh halini tespit etmedeki güçlük, birçok insanın değişik motivasyonundan etkilenen teşebbüsün niyetini araştırırken katlanarak artmaktadır (Melicias 2010, 576)<sup>123</sup>. Bu çerçevede, niyetin etkisiz bir unsur olduğunu savunan görüşe göre bir veya birkaç kişinin niyetini tüm teşebbüsün niyeti olarak kabul etmek yanlıştır. Bu yöndeki kaygı, teşebbüs adına karar vermeye yetkili olmayan çalışanların ifadesinin teşebbüsün niyetini göstermedeki yetersizliğini de içermektedir.

Tek taraflı davranışların tespitinde niyetin kullanılmasına yönelik üçüncü bir eleştiri ise, teşebbüs yöneticilerinin her zaman doğru kararlar alamayabileceği veya aldıkları kararları uygulamada başarılı olamayacağı, bu nedenle niyete bakmanın yanıltıcı olabileceği yönündedir (Moisejevas 2010, 326)<sup>124</sup>. Bu görüşe

<sup>122</sup> Çalışma kapsamındaki alıntılar içerisinde yapılan vurgular sonradan eklenmiştir.

<sup>123</sup> Benzer yorumlar için bkz. Lopatka (2009, 814), McGowan (1999, 514-516), Cass ve Hylton (1999, 17), Sullivan (1982, 633).

<sup>124</sup> Benzer bir yorum için bkz. Manne ve Williamson (2005, 618).

göre, niyete yönelik deliller sadece teşebbüsün ne yapmak istediğini göstermekte ancak neyin gerçekleştiğini ve gerçekleşmesinin muhtemel olduğunu açıklamaya yetmemektedir (Lopatka 2009, 842). Konuya ilişkin olarak Manne ve Williamson (2005, 611), aynı davranışın ekonomik şartlara bağlı olarak istenen veya istenmeyen sonuçlara sahip olabileceğini vurgulamıştır. Ayrıca ekonomik bir alıştırma gerektiren rekabet hukukunun, mahkemelerin maddi suç unsurunu veya suç işleme niyetini göstermede geleneksel olarak belgelere dayalı kanıtları kullandığı diğer alanlardan farklı olduğu da anılan yazarlar (2005, 611) tarafından ileri sürülen diğer bir görüşür<sup>125</sup>.

Dördüncü olarak, Manne ve Williamson (2005, 610)'a göre teşebbüslerden elde edilen doğrudan deliller, işletme çalışanları tarafından iş amaçlı yazılmıştır ve onların işletme dilinden hukuka ve ekonomiye çevirisi makul değildir. Mahkemelerin ve düzenleyicilerin rekabet ihlallerini, işletme diline ve işletme belgelerindeki niyet ifadelerine dayanarak ispatlamasının uygun olmadığı ve bu belgelerin kullanılmasından kaynaklanan hata ihtimalinin oldukça yüksek olduğu belirtilmiştir. Öte yandan, yöneticilerin kullanabileceği agresif üslubun veya mecazların yanıltıcı çıkarımlara neden olabileceği de benzer bir diğer görüşür (Lao 2005, 204-205). Ayrıca, satış ve pazarlama müdürlerinin genellikle daha üst seviyedeki yöneticilere sundukları raporlarda kullandıkları ve rakiplerin yok edileceğine yönelik cesur ifadelerin rakibi dışlama niyeti ile oluşturulmayabileceği ileri sürülmektedir (Posner 2001, 214-215). Bu doğrultuda ABD 8. Bölge Mahkemesi, *Conoco* kararında<sup>126</sup> davalı teşebbüsün “*bölgedeki yağ işinin %100’ünü istiyoruz*” şeklindeki agresif ifadesinin kötü niyeti göstermek için yeterli olmadığı değerlendirilmesinde bulunmuştur.

Bunların yanı sıra, rekabet hukukunda gerekli bilgi ve tecrübeye sahip kişileri çalıştıran veya bu yönde danışmanlık hizmeti alan bilinçli firmaların kötü niyeti ifşa eden herhangi bir belgeyi üretme ihtimalinin düşük olduğu, dolayısıyla niyete bakmanın bu tür firmalar lehine ayrımcılığa neden olduğu yönünde eleştiriler de mevcuttur<sup>127</sup>. Buna göre, niyete yönelik delilleri ortadan kaldıran teşebbüslerin rekabet hukuku bağlamında sorumluluktan kurtulması etkin bir rekabet politikası ile bağdaşmamaktadır (Moisejevas 2010, 327).

Diğer bir görüşe göre, niyeti ispatlama amacıyla işletme belgelerinin toplanması, incelemeyi davalı (Manne ve Williamson 2005, 611) ve rekabet otoriteleri açısından büyük ölçüde külfetli hale getirmektedir (Moisejevas 2010,

<sup>125</sup> Benzer bir yorum için bkz. Hovenkamp (2008b, 51).

<sup>126</sup> *Conoco Inc. v. Inman Oil Co.* 774 F.2d 895, 905 (8th Cir. 1985).

<sup>127</sup> Bu yöndeki yorumlar için bkz. Moisejevas (2010, 327), (O’Donoghue ve Padilla 2006, 251), Posner (2001, 214), Lao (2005, 206-207), Cass ve Hylton (2001, 732).

329). Areeda (1986, 1506)<sup>128</sup> ise niyetin tespitine yönelik yapılan çalışmaları aşağıdaki gibi yorumlamıştır:

“...nietetin araştırılması rekabet davasını bitmez tükenmez hale getirmektedir. ... sisteme fazla yüklenme tehdidi oluşturan büyük çapta keşif... hatta görünüşte alakasız ifadeler, bir katkı sağlayabileceği umuduyla kullanılmaktadır.”

Bu değerlendirme ile, doğrudan niyet delilleri özelinde yapılacak araştırmanın zorluğunun yanı sıra, söz konusu delillerin ispat niteliğinin düşük olduğuna da dikkat çekilmektedir.

Bununla birlikte, niyete yönelik doğrudan delillerin *somut delil (smoking gun)* olarak kabul edilmesinin, rekabet otoritelerinin olay ile ilgili yeterli analiz yapmaktan imtina etmelerine neden olabileceği de ileri sürülmektedir (Berry 2001, 323). Manne ve Williamson (2005, 612-613) da doğrudan delillerin ekonomik veri sunma niteliğinin zayıf olmasına rağmen büyük ölçüde ikna edici olduklarını, dolayısıyla bu tür delillerin ekonomik analizin yerine geçerek yanlış uygulamalara yol açabileceğini savunmuştur.

Görüldüğü üzere, niyete yönelik getirilen eleştirilerin çoğu özellikle doğrudan deliller ile tespit edilen subjektif niyete yöneliktir. Ancak, bazı yazarlar sadece subjektif niyetin değil objektif niyetin<sup>129</sup> de ihlalin analizine katkı sağlamadığını ileri sürmektedir. Örneğin, niyetin oyalayıcı ve gereksiz olduğunu ileri süren Areeda ve Hovenkamp (2004, 6-15), Yüksek Mahkeme'nin *Standard Oil*<sup>130</sup> ve birinci *American Tobacco*<sup>131</sup> kararlarında, teşebbüsün davranışından tespit edilen (objektif) niyet ile ilişkilendirmeden sadece ekonomik açıdan davranışa bakılması durumunda, analizin aynı sonuca daha açık bir şekilde ulaşacağını belirtmiştir. Öte yandan Rousseva (2010, 158-159)'ya göre niyet bir davranışın arkasındaki motivasyonu veya bir planı açığa çıkarma amacıyla kullanıldığı sürece, hangi tür delilin dikkate alındığı niyetin subjektif olma özelliğini değiştirmemektedir. Bu nedenle yazara göre, objektif niyet şeklinde bir ayırım yapmak hatalı olmakta, niyet davranıştan yapılan çıkarımlar ile gösterildiğinde dahi subjektif olma niteliğini korumaktadır<sup>132</sup>.

Objektif niyete yönelik bu eleştirilere paralel şekilde, ABD 9. Bölge Mahkemesi *California Dental Ass'n* kararında<sup>133</sup>, niyetin ve özellikle objektif

<sup>128</sup> Manne ve Williamson (2005, 611-612)'dan alıntıdır.

<sup>129</sup> Subjektif niyet-objektif niyet ayrımı için bkz. Bölüm 1.2.2.

<sup>130</sup> Bkz. dn. 58.

<sup>131</sup> Bkz. dn. 59.

<sup>132</sup> Hawk (2008, 875), da objektif niyet kavramının yanıltıcı olduğunu ve niyetin analizine hiçbir katkısı bulunamayacağını savunmuştur.

<sup>133</sup> California Dental Ass'n v. FTC 224 F.3d 942 (9 th Cir. 2000).

niyetin *rule of reason* uygulamalarında kullanılmasının gereksiz olduğu yönünde aşağıdaki açıklamayı yapmıştır:

“...rekabeti kısıtlamaya yönelik niyete ilişkin ‘somut delil’ davalının davranışının rekabetçi sonuçlarını incelerken işe yarayabilir, belirsiz niyet göstergeleri sonuçları tahmin etmemizde fayda sağlayamaz ve bu nedenle mahkemenin nihai rolünün bu davranışların net etkisini belirlemek olduğu *rule of reason* analizinde bir öneme sahip değildir. Bu durumlarda *rule of reason* [analizi]ni, davalının niyetine yönelik faydasız bir araştırmaya girmeden uygulamaktayız.<sup>134</sup>”

Ayrıca, söz konusu kararda Areeda (1986, 1506)’ya atfı yapılarak “*Makul gerekçe (reasonableness) analizlerinde niyet, [kendisinin] çıkarıldığı davranışa bir katkı sağlamadığından genellikle gereksizdir.*” yorumuna yer verilmiştir<sup>135</sup>. Karardaki yaklaşımdan hareketle Mahkemenin, teşebbüsün davranışlarından yapılan çıkarımlar ile ulaşılan objektif niyete, doğrudan deliller yoluyla elde edilen subjektif niyetten daha temkinli yaklaştığı hatta çoğu durumda objektif niyete belirsiz olduğu gerekçesiyle karşı çıktığı anlaşılmaktadır.

Niyetin tek taraflı davranışların değerlendirilmesi bakımından uygun bir standart olmadığını savunan görüşler temel olarak niyetin hatalı müdahale riskini artırdığı ve bunun sonucunda hakim durumdaki teşebbüsleri rekabetten soğutma etkisine yol açacağı kaygısını da taşımaktadır. Bu anlayışa göre, dikkate alınması gereken tek ölçüt davranışın etkisidir ve özellikle tespiti oldukça zor olan ve güvenilir olmayan subjektif niyetin analize dahil edilmesi yanılma riskini artıracaktır.

Kanımızca her ne kadar niyetin tespiti veya kullanımına ilişkin birtakım zorluklar bulunsa da bu durum, niyetin tamamen işlevsiz olduğu ve değerlendirme dışında tutulması gerektiği anlamına gelmemelidir. Zira çalışmanın 2.1. kısmında yer verilen içtihat örnekleri niyetin ihlalin tespitinde kullanılan bir unsur olduğunu göstermektedir. Bu kapsamda, doğru bir sistematik ve mantık çerçevesinde kullanıldığında niyet unsurunun hakim durum analizine katkı sağlayacağı daha makul bir yaklaşımdır. Nitekim Uluslararası Rekabet Ağı (*International Competition Network-ICN*) tarafından yıkıcı fiyatlamaya ilişkin olarak hazırlanan Rapor’da<sup>136</sup>, katkı sağlayan 24 rekabet otoritesinin söz konusu davranışın değerlendirilmesinde niyeti dikkate aldığı, 7 otoritenin ise aksi yönde görüş bildirdiği belirtilmiştir (ICN 2008, 24). Bu durum, niyetin tek taraflı davranışların değerlendirilmesine olumlu bir katkı sağlayacağı yönündeki

<sup>134</sup> A.g.k. s.34.

<sup>135</sup> A.g.k. s.38.

<sup>136</sup> Report on Predatory Pricing.



düşüncenin ağır bastığını gösterir niteliktedir. Bu bağlamda, aşağıda ihlalin tespitinde teşebbüsün niyetinin dikkate alınması gerektiğini savunan yaklaşımlar incelenecektir.

### 2.2.2. Niyetin Dikkate Alınması Gerektiğini İleri Süren Yaklaşımlar

Niyet unsurunun, tek taraflı davranışların değerlendirilmesinde bir standart olarak kullanılmasına karşı çıkan yaklaşımın aksine niyetin bu değerlendirmede bir rolü olması gerektiğini savunan görüşler de bulunmaktadır. Kanımızca, ihlalin analizinde niyeti nasıl ele aldıklarına bakmadan önce, yukarıda yer verilen eleştiriler karşısında bu görüşlerin niyete ilişkin genel tutumlarının irdelenmesi daha isabetli olacaktır.

Niyeti bir standart olarak kabul eden yaklaşıma göre, niyetin güvenilirliği problemi objektif niyete bakıldığında büyük ölçüde ortadan kalkmaktadır. Lao (2004, 203) objektif niyeti gösteren delillerin herhangi bir diğer delilden daha az güvenilir olmadığını ileri sürmüştür. Zira, çalışmanın 2.1.1. ve 2.1.2.1. kısımlarında yer verilen ABD ve AB uygulamasında da objektif niyetin esaslı rol oynadığı kararların bulunduğu görülmektedir. Ayrıca Østerud (2010, 149), rekabet hukukuna ilişkin yeterli bilgi birikiminin bulunduğu teşebbüslerde, niyeti gösteren deliller elde edilmesine yönelik zorluğun objektif niyetin kullanılması ile ortadan kalkacağını belirtmiştir. Comanor ve Frech III (1993, 302-303) ise, niyet unsurunun subjektif bir ruh halinden ziyade bir plan veya tasarı anlamına geldiğini, dolayısıyla salt bir rakibi alt etme amacından daha geniş bir kapsama sahip olduğunu ileri sürmüştür.

Öte yandan, teşebbüslerin üst düzey yöneticilerinin ifadeleri ile orta kademedeki yöneticilerin karar almada yetkili oldukları sorumluluk alanlarına ilişkin ifadelerinin teşebbüsün niyetini göstermede yeterli oldukları belirtilmektedir (Lao 2004, 207)<sup>137</sup>. Khanna (2003, 1219) da, üst düzey yöneticilerin<sup>138</sup> teşebbüslerin davranışlarını önemli derecede etkileyeceği ve bu pozisyondaki kişilerin yapacakları hatadan dolayı teşebbüslerin cezalandırılabilmesi görüşündedir. Ayrıca, Khanna (2003, 1222) teşebbüslerin niyetinin, üst düzey yöneticilerin sahip olduğu niyet olduğunu da ileri sürmektedir.

<sup>137</sup> Benzer bir değerlendirme için bkz. Sullivan (1982, 634).

<sup>138</sup> Khanna (2003, 1219)'nın söz konusu çalışmasında üst düzey yöneticiler şu şekilde sıralanmıştır: genel müdür, finans müdürü, yönetim kurulu başkanı, yönetim kurulu başkan yardımcısı, teknik müdür. Kanaatimizce söz konusu unvanlar teşebbüslerin tercih ettiği yönetim ve organizasyon yapısına göre değişiklik gösterecektir.



Sullivan (1982, 633) ise, özellikle giriş engellerinin ve öğrenme etkilerinin yüksek olduğu ve bunların hakim durumdaki teşebbüs tarafından kötüye kullanılması ihtimalinin bulunduğu durumlarda, yapılacak incelemede teşebbüsün niyetinin önemli bir unsur olduğunu belirtmektedir. Ayrıca yazara (1982, 634) göre, kurumsal stratejik planlama ve karar alma alanındaki akademik gelişmeler sonucu, teşebbüsler bu araçları kullanarak strateji ve taktikler oluşturmakta ve bunlar da teşebbüsün niyetini doğru bir şekilde yansıtmaktadır<sup>139</sup>.

Bunların yanı sıra, teşebbüs çalışanlarının kullandıkları agresif ifadelerin veya işletme dilinin yanıltıcı olacağı endişesine karşın Lao (2004, 207-208) diğer hukuk alanlarında da niyetin tespiti için doğrudan deliller kullanıldığını, dolayısıyla bu tür bir yanlış anlama riskinin sadece rekabet hukuku açısından sorun teşkil etmediğini vurgulamıştır. Ayrıca rekabet otoriteleri ve mahkemelerin yapacakları değerlendirmede bu tür yanıltıcı nitelikteki belgeleri ayırt etmeye muktedir olduğu da belirtilmiştir<sup>140</sup>.

### 2.2.2.1. Niyetin Etkisi Belirsiz Davranışların Değerlendirilmesinde Dikkate Alınması Gerektiği Yaklaşımı

Hakim durumun kötüye kullanılması analizinde teşebbüsün niyetini dikkate alan görüşlerin başında, niyetin *belirsiz davranışların (ambiguous conduct)* değerlendirilmesinde incelenmesi gereken bir ölçüt olduğu gelmektedir. Bu bağlamda, belirsiz davranış ile neyin kastedildiği önemlidir. Literatürde belirsiz davranışın mutlak bir tanımı bulunmamaktadır. Ancak en yaygın şekliyle, yapılan ekonomik analiz sonucunda etkisi objektif olarak belirlenemeyen davranışların bu kavram altında değerlendirildiği görülmektedir (Lao 2004, 199). Bu tür davranışların belirsizliği, davranışın rekabet veya tüketiciler üzerindeki etkisinin tek başına ekonomik yöntemler ile tespit edilememesinden kaynaklanmaktadır (Melicias 2010, 578). Rekabet hukuku bağlamında, bir davranışın etkisini tespit etmede yaşanan güçlükler çalışmanın bir sonraki bölümünde yer verilecektir.

İhlalin tespitinde niyeti analize dahil eden birçok yazar, ekonomik araçlar belirsiz veya sonuçsuz bulgulara ulaştığında niyete yönelik delillerin kullanılabileceğini savunmaktadır<sup>141</sup>. ABD içtihadında da bu yönde kararların bulunduğu görülmektedir. Örneğin Yüksek Mahkeme'nin, *Chicago Board of Trade* kararında<sup>142</sup> niyetin "*gerçekleri yorumlamada ve sonuçları tahmin etmede*"

<sup>139</sup> Benzer bir değerlendirme için bkz. Waller (2001, 334).

<sup>140</sup> Bu yöndeki bir yorum için bkz. Bus. Elecs. Corp. v. Sharp elecs. Corp. 485 U.S. 717 (1988), s. 754. "...antitröste, diğer birçok hukuk alanında olduğu gibi, motivaston önemlidir ve araştırmacılar iyi niyeti kötü niyetten ayırmaya muktedirdir."

<sup>141</sup> Bu yöndeki görüşler için bkz. Elhauge ve Geradin (2007, 301), O'Donoghue ve Padilla (2006, 227), Melicias (2010, 578), Nazzini (2011, 63), Hovenkamp (2008a, 19), Berry (2001, 321), Lao (2005, 198), Bavasso (2005, 622).

<sup>142</sup> Chicago Board of Trade v. United States 246 U.S. 231 (1918), s. 238.

yardımcı olacağı belirtilmiştir<sup>143</sup>. Benzer şekilde, davranışın tamamen rakiplere maliyet yükleme niyeti ile yapıldığını ve tüketiciler lehine herhangi bir faydanın beklenmediğini gösteren doğrudan delillerin, söz konusu belirsiz davranışın rekabetçi bir sonuca ulaşmayacağını ortaya koyacağı savunulmaktadır (Lopatka 2009, 842).

Belirsiz davranış bakımından hakim durumdaki teşebbüsün niyetine büyük önem atfeden birçok yazar, niyetini uygulamaya geçiren teşebbüs yöneticilerinin davranışlarının rekabeti ne ölçüde etkileyeceğini rekabet otoriteleri çalışanlarından ve yargıçlardan daha iyi bileceği görüşünü paylaşmaktadır (Moisejevas 2010, 321)<sup>144</sup>. Bununla birlikte Moisejevas (2010, 321-322), şirket patronlarının teşebbüsün faaliyetlerine yönelik yaptıkları makul planlamalar gibi teşebbüsün niyetini ispatlayan delillerin, rekabet otoriteleri tarafından teşebbüsün verilerine dayanarak yapılan tahminlerden daha önemli olduğunu savunmuştur. Ayrıca Berry (2001, 321)'ye göre davranış belirsiz olduğunda niyete bakmaya yönelik zorunlu bir eğilim doğmakta ve bu gereksinim gerek subjektif gerekse objektif niyet kullanılarak karşılanabilmektedir.

ABD içtihadının bir diğer örneği olan *Microsoft* kararında<sup>145</sup> niyete ilişkin "...bizim odağımız davranışın arkasındaki niyet değil, davranışın etkisidir. Niyete yönelik deliller sadece tekeli firmanın davranışının muhtemel etkisini göstermeye yardımcı olduğu ölçüde önemlidir." açıklaması yer almaktadır<sup>146</sup>. Bunun üzerine, kararda teşebbüsün niyetini gösteren delillerin de bulunması dikkat çekmektedir. Lopatka (2009, 813) söz konusu kararda davacıların *Microsoft*'un davranışındaki belirsizliğe çözüm olarak niyete odaklandığını ve *Microsoft*'un rekabeti bozmaktan başka amacı olmayan uygulamalar tasarladığına dair birçok belge sunduğunu vurgulamıştır. Öte yandan karara ilişkin olarak akademik çevrelerce, kararda varılan sonucun tek başına ekonomik yöntemler ve etki unsuru ile açıklanamayacağı ileri sürülmektedir<sup>147</sup>. *Microsoft*'tan elde edilen belgelerden rakiplerin ürünleri olan Navigator ve Java'nın birer tehdit olarak görüldüğü anlaşılmıştır. Buna rağmen, incelenen davranışın uygulandığı sürenin kısa olması, şebeke dışsallıklarının etkisi ve karardan önce ve sonra rakip ürünlerin pazardaki konumlarında büyük bir değişimin olmaması nedeniyle

<sup>143</sup> Benzer bir yorumun yapıldığı diğer kararlar için bkz. Utah Pie, dn. 28, s. 696-697; Appalachian Coals, Inc. v. United States 288 U.S. 344 (1933), s. 372.

<sup>144</sup> Bu yöndeki benzer bir görüş için bkz. OECD (2007, 39), (Melicias 2010, 578), Lao (2004, 184).

<sup>145</sup> United States v. Microsoft Corp., 253 F. 3d 34 (D.D.Cir, 2001). Söz konusu kararda kişisel bilgisayar işletim sistemlerinde tekel gücüne sahip olan *Microsoft*'un, söz konusu pazarda rekabetçi olmayan davranışlar yoluyla bu gücünü kullanarak Sherman Yasasının ikinci kısmını ihlal ettiği sonucuna ulaşılmıştır.

<sup>146</sup> A.g.k. s.62.

<sup>147</sup> Bu yöndeki yorumlar için bkz. Lao (2004, 153-154,187-188), Melicias (2010, 578), Lopatka (2009, 841-842).

davranışın piyasadaki etkilerinin belirsiz olduğu ileri sürülmektedir (Lopatka 2009, 835,845). Görüldüğü üzere, *Microsoft* kararı niyete yönelik bulguların davranışların etkisini göstermek için kullanıldığı bir sistem öngörmüştür. Bu sisteme göre, bir davranışın arkasında, etkinlik yaratma yerine rakiplere zarar verme niyetinin bulunması bu davranışın rekabet karşıtı etkilere sahip olacağının bir işaretidir.

AB’de ise bu yaklaşım ile uyumlu bir tavır sergilendiği görülmektedir. İlk olarak, 102. maddenin modernizasyonu kapsamında hazırlanan Tartışma Metni’nde ve Rehber’de niyete yönelik doğrudan delillerin, incelenen davranışın muhtemel etkisini ortaya çıkarmada kullanılabilmesi öngörülmüştür. Tartışma Metni’nde yıkıcı niyetin davranışın muhtemel etkisini göstereceğine açıkça yer verilmiştir<sup>148</sup>. Rehber’de ise dışlayıcı stratejiye ilişkin doğrudan delillerin muhtemel rekabet karşıtı kapsamının analizinde dikkate alınacağı düzenlenmiştir<sup>149</sup>.

İkinci olarak, AB uygulamasına bakıldığında, Genel Mahkeme’nin *Michelin II*<sup>150</sup> ve *Irish Sugar*<sup>151</sup> kararlarında rekabet karşıtı niyetin ve etkinin bazı durumlarda aynı şeyi ifade ettiği belirtilmiştir. Bu yaklaşıma göre hakim durumdaki bir teşebbüsün davranışının arkasındaki rekabet karşıtı niyetin gösterilmesi, söz konusu davranışın bu yönde bir etkiye sahip olmaktan sorumlu tutulması için yeterli olmaktadır. Dolayısıyla AB bakımından, gerek uygulamada gerekse modernizasyon kapsamında etkinin belirsizliğine yönelik açık bir ifade kullanılmasa da, fiili bir etki aranmadan niyetin muhtemel etkiyi gösterdiği ve bu değerlendirmenin ihlalin varlığı için yeterli olabileceği bir sistem öngörülmüştür.

Kanımızca yapılan iktisadi analizlere rağmen incelenen davranışın etkisinin somut bir şekilde gösterilemediği ancak arkasındaki niyetin rekabet karşıtı olduğunun açık bir şekilde gösterildiği durumlarda niyet, davranışın muhtemel etkisini göstermede kullanılabilirdiği ölçüde değerlidir ve hakim durumun kötüye kullanılması analizine dahil edilmelidir. Ayrıca, bu şekildeki belirsiz davranışlarda somut ve fiili etkilerin oluşmasını beklemekten müdahaleden hatalı kaçınma riskini doğurmaktadır. Niyetin muhtemel etkiyi göstermeye yardımcı olduğu temel fikrine dayanan bu yaklaşımın uygulanabilirliğinin anlaşılması açısından muhtemel etki standardının ihlalini tespiti için yeterli olup olmadığına dair dellenmesi gerekmektedir. Buna ilişkin değerlendirmeye çalışmanın 3. bölümünde yer verilecektir.

<sup>148</sup> Tartışma Metni, para.112.

<sup>149</sup> Rehber, para.20.

<sup>150</sup> Bkz. dn. 93, para.241.

<sup>151</sup> Bkz. dn. 82, para.170.

### 2.2.2.2. Niyetin Tek Taraflı Davranışların Değerlendirilmesinde Aranan Genel Şartlardan Biri Olması Gerektiği Yaklaşımı

Hakim durumun kötüye kullanılmasında teşebbüsün niyetinin, etki unsurundan bağımsız olarak mutlaka aranması gerektiğini ileri süren yaklaşımlar da mevcuttur. Bu yaklaşımlardan ilki belirli şekil şartını yerine getiren davranışlarda niyetin belirleyici unsur olduğuna yöneliktir. Østerud (2010, 130), bu tür davranışları ikiye ayırmıştır: ODM ve OTM arasındaki yıkıcı fiyatlama ve rakibe zarar verme kastıyla açılan davalar. ODM ve OTM arasındaki fiyatlama halinde, davranışın (muhtemel) etkisine bakılmadan dışlayıcı niyetin ihlalin tespiti için yeterli olduğu literatürde büyük ölçüde kabul görmüştür. Çalışmanın 2.1.2.1. kısmında yer verilen *AKZO, Tetra Pak II* ve *Wanadoo* kararlarında da bu yaklaşımın benimsendiği görülmektedir. Bu tür bir ihlal için şekil şartı olan ODM ve OTM arasındaki fiyatlama yeterli olmamakta ve niyetin ortaya konulması koşulu da aranmaktadır.

İhlalin oluşması için şeklin ve niyetin arandığı bir diğer durumun ise rakibe zarar verme kastıyla açılan davalar (*vexatious/sham litigation*) olduğu kabul edilmektedir. Østerud (2010, 137) bu tür davaları, hakim durumdaki bir teşebbüsün rakiplerin maliyetlerini yükselterek onları piyasa dışına çıkarma veya piyasaya girişlerini engelleme amacıyla rakiplere karşı açtıkları davalar olarak tanımlamıştır. Bu tür bir davranış, bilinçli ve stratejik bir şekilde rekabet karşıtı amaçlar ile gerçekleştirildiğinde kötüye kullanma olarak görülmektedir. Konuya ilişkin olarak Genel Mahkeme'nin *ITT Promedia* kararında<sup>152</sup>, yasal bir kovuşturmanın 102. madde kapsamında kötüye kullanma olabilmesi için iki koşulun varlığı aranmıştır. Birinci koşul olarak, incelenen davranış hakim durumdaki teşebbüsün haklarını makul surette koruması olarak görülemeyecek ve bu bağlamda sadece karşı tarafı rahatsız edecek nitelikte olmalıdır. İkinci koşul ise, yasal kovuşturmanın rekabeti kısıtlama amacı taşıyan bir plan kapsamında tasarlanmasıdır. Benzer bir yaklaşım ABD Yüksek Mahkemesi'nin *Professional Real Estate Investors v. Columbia Pictures Industries* kararında<sup>153</sup> da kullanılmıştır. Mahkemenin kararda kullandığı ikili testin bir ayağı da hakim durumdaki teşebbüsün niyeti olmuştur.

Kanımızca belirli şekil şartını yerine getiren davranışların rekabet karşıtı niyet ile gerçekleştirildiğinde, bu yönde bir etki doğuracağı varsayımına dayanan bu tür bir anlayışa oldukça dikkatli yaklaşılması gerekmektedir. Bu doğrultuda, söz konusu davranışların şekil şartını taşımanın yanı sıra, pazarın özellikleri (piyasaya giriş engelleri, yatırım maliyetleri, ölçek ve kapsam ekonomileri, şebeke dışsallıkları vb.), tüketicilerin ve teşebbüslerin durumu da dikkate

<sup>152</sup> ITT Promedia v. Commission Case T-111/96 [1998] ECR II-2937, para.55.

<sup>153</sup> Professional Real Estate Investors v. Columbia Pictures Industries Inc. 508 U.S. 49 (1993), s.60.

alındığında, rekabet karşıtı niyet ile gerçekleştirildiğinde bu yönde bir etki doğuracağı sonucuna ulaşılabiliyorsa niyetin ihlalin tespitinde kullanılabilceği düşünülmektedir. Niyetin bu şekilde kullanılması, herhangi bir etkinlik doğurması beklenmeyen ve sadece rekabet karşıtı sonuçlara yol açacak bu tür durumlarda müdahaleden hatalı kaçınma riskini azaltmaya yarayacaktır.

İhlalin tespitinde niyeti bir koşul olarak kabul eden ikinci görüşün temelinde, gerek rekabetçi gerekse rekabet karşıtı davranışların aynı sonuca sahip olabileceği ve bu nedenle sadece rakiplerin engellenmesinin veya onların pazardaki payının ele geçirilmesinin kötüye kullanma için yeterli olmadığı kabulü bulunmaktadır. Eilmansberger (2005, 150) böyle bir davranışı yasaklamanın meşru rekabeti temel alan bir sisteme katkısı bulunmayacağını ve rakiplere hakim durumdaki teşebbüs tarafından yapılacak rekabetçi baskı karşısında güvenli liman sağlayacağını savunmaktadır. *Alcoa* kararında da 2. Bölge Mahkemesi hakim durumdaki teşebbüslerin de etkin bir şekilde rekabet etme hakkı olduğunu vurgulayarak, “*Rekabet etmeye zorlanan başarılı teşebbüsler kazandıkları zaman cezalandırılmamalıdır.*” yorumunda bulunmuştur<sup>154</sup>. Öte yandan, Eilmansberger (2005, 148-149)’e göre kötüye kullanma sayılabilmesi için bir davranışın arz-talep yapılarını değiştirerek pazarın yapısına yönelik etkiler (*market structure effects*) doğurması ve aynı zamanda buna ilişkin niyetin bulunması gerekmektedir<sup>155</sup>. Buna göre tek başına piyasadaki etkilere bakmak rekabet sürecinin değil rakiplerin korunduğu anlamına gelmektedir. Ayrıca, piyasanın işleyişini rakiplerin aleyhine olacak şekilde değiştirme niyeti bu anlayışa göre ihlal için bir koşuldur (Eilmansberger 2005, 150).

Pazarın yapısını etkileyen davranışlar açısından etkinin ve teşebbüsün niyetinin gösterilmesi gerektiğini ileri süren ve uygulamada ve literatürde geniş yer tutmayan bu yaklaşım, rekabet karşıtı ve rekabetçi olan davranışların benzer sonuçlara yol açabileceğini, bu nedenle kötüye kullanmanın tespitinde pazarın yapısını değiştirmeye yönelik niyetin de aranmasının bir koşul olduğunu öne sürmektedir. Ancak kanımızca açık bir şekilde rekabet karşıtı etkiler doğuran davranışlarda niyete yönelik delillerin bulunmaması müdahaleden kaçınmak için yeterli değildir. Zira teşebbüsün kötü niyetinin bulunmaması sorumluluktan kurtulmak için yeterli olamamaktadır (Cass ve Hylton 2001, 733). Nitekim, *Chicago Board of Trade* kararında<sup>156</sup> iyi niyetin ihlal niteliğindeki bir davranışı gerçekleştiren teşebbüsü sorumluluktan kurtaramayacağı açıkça belirtilmiştir.

<sup>154</sup> Bkz. dn. 53, s. 430.

<sup>155</sup> Arz yanlı etkiler, mevcut rakiplerin bertaraf edilmesi, pazar dışına itme tehdidi veya potansiyel rakiplerin piyasaya girişinin caydırılması; talep yanlı etkiler ise tüketicilerin talep eğilimlerinde kalıcı değişiklikler yaratmak olarak tanımlanmıştır (Eilmansberger 2005, 145).

<sup>156</sup> *Chicago Board of Trade v. United States* 246 U.S. 231 (1918), s.238.

### 2.2.3. Niyetin Kullanılmasına Yönelik Diğer Yaklaşımlar

Yukarıda yer verilen yaklaşımlar dışında, niyetin ihlalin tespitinde bir araç olarak kullanılmasından farklı olarak belirli davranışların rekabeti kısıtlama motivasyonu ile gerçekleştirildiği varsayımının yapıldığı içtihat örnekleri bulunmaktadır. Bu tür bir durumda niyetin veya etkinin gösterilmesi aranmamakta, davranışın varlığı niyete karine teşkil etmektedir. Öyle ki, teşebbüsün niyetine ilişkin bu karine davranışa yönelik meşru ticari menfaat savunmasını dahi geçersiz kılmaktadır (Gündüz 2011, 13). Uygulamada en sık karşılaşılan örnek ise ODM'nin veya OKM'nin altındaki yıkıcı fiyatlamadır. Nitekim, *AKZO* ve *Wanadoo* kararlarında da hakim durumdaki bir teşebbüsün ODM'nin altında fiyatlar uygulamasının daha sonra pazar gücünü kullanarak fiyatları yükseltme amacıyla rakiplerini piyasa dışına itmekten başka bir niyeti olmayacağı varsayılmıştır.

Østerud (2010, 154), niyetin sadece belirli bir davranış biçiminden çıkarıldığı diğer durumlara münhasır tedarik anlaşmalarını ve sadakat indirimlerini örnek olarak vermiştir. Örneğin *Hoffman La Roche* kararında AAD, münhasır sağlayıcılığın “*alıcının arz kaynaklarından mahrum bırakılması veya bu yöndeki seçeneklerinin kısıtlanması ve diğer üreticilerin pazara girişlerinin engellenmesi amacıyla tasarlanmış*” olduğunu ve etkin bir rekabetin amaçlarına uygun olmayacağını belirtmiştir<sup>157</sup>. *Michelin II* kararında ise sadakat indirimlerinin “*finansal avantajlar sunma yoluyla müşterilerin rakip tedarikçilerden mal alımlarını engelleme*” amacıyla tasarlandığı ve ihlale yol açacağı belirtilmiştir<sup>158</sup>. Dolayısıyla bu kararlarda, belirli davranışların *prima facie* rekabeti kısıtlama amacıyla yapıldığının varsayıldığı ve başka makul bir gerekçesi olamayacağının kabul edildiği bir yaklaşım benimsenmiştir. Benzer yaklaşım AB Mahkemelerinin *Michelin I*<sup>159</sup> ve *BPB Industries*<sup>160</sup> kararlarında da kullanılmıştır.

102. maddenin modernizasyonu yönündeki gelişmeler *per se* yasakların hakim olduğu bu tür şekilci yaklaşımdan, davranışın etkisinin inceleneceği etki temelli ve iktisadi bir yaklaşıma doğru bir eğilim göstermektedir (Lowe 2009, 3). Zira Rehber'de gerek münhasır tedarik anlaşmalarının gerekse sadakat indirimlerinin (muhtemel) rekabet karşıtı kapamaya yol açıp açmadığının değerlendirilmesi ve buna ilişkin daha detaylı analiz yapılması öngörülmüştür. Dolayısıyla kanaatimizce AB içtihadında yer bulan ve bazı davranışların rekabeti kısıtlama motivasyonu ile gerçekleştirildiği varsayımının yapıldığı, bu davranışlar açısından niyet ve etki analizine ihtiyaç duyulmadığı bu yaklaşım,

<sup>157</sup> Bkz. dn. 83, para.90.

<sup>158</sup> Bkz. dn. 93, para.56.

<sup>159</sup> *Michelin v. Commission Case 322/81 [1983] ECR 3461*, para.85.

<sup>160</sup> Bkz dn. 82, para.120.

yapılan iktisadi/etki temelli modernizasyon çalışmaları sonucunda sürdürülebilir değildir.

### 2.3. HAKİM DURUMUN KÖTÜYE KULLANILMASINDAN DOLAYI VERİLECEK CEZA VE NİYET İLİŞKİSİ

Niyetin rekabet hukukunda hakim durumun kötüye kullanılmasının tespitinde bir standart olarak kullanılması dışında cezanın verilip verilmeyeceği noktasında ve ceza miktarının tespitinde de dikkate alındığı görülmektedir. AB uygulamasında yer edinen bu kullanım şekli, kötüye kullanma değerlendirmesinde niyetin önemini artırmaktadır<sup>161</sup>.

AB hukukuna bakıldığında, 1/2003 sayılı Konsey Tüzüğü'nün<sup>162</sup> 23(2). maddesi uyarınca rekabet karşıtı davranışın cezalandırılabilmesi için ilgili teşebbüs tarafından “*kasten veya ihmal ile*” (*intentionally or negligently*) gerçekleştirilmiş olması gerekmektedir. Ceza hukukunun temel ilkelerinden biri olan “kusursuz ceza olmaz” (nulla poena sine culpa) şeklindeki ilke, ilgili teşebbüsün suçlu tutulabilirliği açısından kast veya en azından ihmalin aranmasını gerekli kılmaktadır (Melicias 2010, 580). Jones ve Sufrin (2008, 1214) kast veya ihmalin ilgili teşebbüsün rekabet kanunlarını ihlal ettiğinin farkında olmasını gerektirmediğine ve kast kavramının rekabetin kısıtlanması kastını ifade ettiğine dikkat çekmiştir<sup>163</sup>. Nitekim PVC kararında<sup>164</sup> Genel Mahkeme, ABİDA'da yer alan rekabet kurallarının kasten (*intentionally*) ihlal edilmesi için “*teşebbüsün bu kuralları ihlal ettiğini bilmesi gerekli değildir; teşebbüsün, davranışının rekabeti kısıtlamayı hedeflediğinden bihaber olmaması*

<sup>161</sup> ABD uygulamasında, ceza miktarının belirlenmesinde, ihlalden elde edilen kazanç veya ihlal sonucunda yaratılmış olan zarar dikkate alınmaktadır (Aygün 2008, 24). 2011 tarihli Ceza Rehberi'nde (2011 Federal Sentencing Guidelines Manual) sayılan ağırlaştırıcı unsurlar; tekrar, incelemenin engellenmesi, firmanın büyüklüğü, üst yönetimin katılması ve mahkeme kararlarının ihlalidir. Bu kapsamda, ABD uygulamasında niyetin dikkate alınan bir unsur olmadığı anlaşılmaktadır. (Bkz. [http://www.ussc.gov/guidelines/2011\\_Guidelines/Manual\\_HTML/8c2\\_5.htm](http://www.ussc.gov/guidelines/2011_Guidelines/Manual_HTML/8c2_5.htm))

<sup>162</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, Official Journal L1/1, 4.1.2003. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2003:001:0001:0025:EN:PDF>

<sup>163</sup> Benzer bir yorum için bkz. O'Donoghue ve Padilla (2006, 709).

<sup>164</sup> Limburgse Vinly Mij Nv and others v. Commission Cases T-305-7, 313-16, 318, 328-9 ve 335/94 [1999] 5 CMLR, para.1111.



yeterlidir.” açıklamasını yapmıştır<sup>165</sup>. Benzer bir açıklamaya *Miller*<sup>166</sup>, *IAZ*<sup>167</sup> ve *Volkswagen*<sup>168</sup> kararlarında da yer verilmiştir. Bu çerçevede, 1/2003 sayılı Tüzük’te yer alan *intentionally* ifadesi ile teşebbüsün rekabet karşıtı niyetine atıf yapıldığı anlaşılmaktadır. AAD’nin *United Brands* kararı<sup>169</sup> ise teşebbüsün ihmaline yönelik değerlendirme yapılan kararlara örnek olarak verilebilir. Mahkeme uzun süredir ticaret ile uğraşan *United Brands Company*’nin fiyat ayrımcılığı, sipariş miktarından daha az teslimat vb. gibi faaliyetleri ile rekabete zarar verdiğini bildiğini veya bilmesi gerektiği kabul etmiştir.

Her ne kadar uygulamada rekabet ihlallerine ceza verilebilmesi için teşebbüsün rekabeti kısıtlamaya yönelik kastı veya ihmali aransa da literatürde kast veya ihmalin kapsamına yönelik farklı fikirler de ortaya atılmıştır. AB Genel Mahkemesi Eski Başkanı Vesterdorf (2011) belirli bir kanun uyarınca cezanın tatbiki için kanun lafzının açık ve anlaşılır olması gerektiğini belirtmiş ve 102. maddenin söz konusu açıklıkta olmadığını ve teşebbüslerin hangi davranışlarının ihlal olabileceği sorusuna açık ve objektif bir cevap veremediğini savunmuştur<sup>170</sup>. Bu çerçevede Vesterdorf (2011, 579)’a göre Komisyon, yeterince hukuki kesinlik sağlamayan madde uyarınca ceza verebilmek için, incelenen teşebbüsün hakim durumda olduğunu ve davranışının ihlale yol açacağını bildiğini (kast) veya en azından bilmesi gerektiğini (ihmal) ispatlamalıdır.

İkinci olarak, rekabeti kısıtlamaya yönelik niyetin ispatı Komisyon tarafından teşebbüse verilecek ceza miktarı hesaplanırken ihlalin ağırlığını belirlemede dikkate alınmaktadır (Aygün 2008, 37). Komisyon *Tomra* kararında<sup>171</sup> teşebbüsün “*rakipleri bertaraf etme veya en azından piyasaya girişi ve rakiplerin gelişmesini engelleme*” niyeti taşıyan davranışlarının, dışlayıcı bir politika çerçevesinde bilinçli şekilde gerçekleştirildiğini belirtmiş ve bunu

<sup>165</sup> Bu yöndeki diğer kararlar için bkz.: *IAZ v. Commission*, Case 96/82 [1983] ECR 3368 para.43-45, *Volkswagen v. Commission*, Case T-62/98 [2000] ECR II-2707 para.334, *Miller International Schallplatten GmbH v. Commission*, Case 19/77 [1978] ECR 131. Örneğin *Miller* kararında davalı, davranışı ile Roma Antlaşması’nın 85. maddesini (ABİDA’nın 101. maddesine karşılık gelmektedir) ihlal ettiğini bilmediğini ve hatta yasal danışmanın söz konusu davranışa ilişkin görüşünde de bu yönde bir uyarının yer almadığını ileri sürerek takdir edilen cezanın iptali veya düşürülmesini talep etmiştir. Mahkeme ise sorumluluğun doğması için davalının Antlaşma’yı ihlal ettiğinin bilmesinin gerekli olmadığını ve yasal danışmanın düşüncesinin hafifletici unsur olamayacağını belirtmiştir (para.17-18).

<sup>166</sup> *Miller International Schallplatten GmbH v. Commission*, Case 19/77 [1978] ECR 131, para.18.

<sup>167</sup> *IAZ v. Commission*, Case 96/82 [1983] ECR 3368 para.43-45.

<sup>168</sup> *Volkswagen v. Commission*, Case T-62/98 [2000] ECR II-2707 para.334.

<sup>169</sup> *United Brands v. Commission* Case 27/76 [1978] ECR 207, para.298-301.

<sup>170</sup> Aksi yönde bir yorum için bkz. *Dethmers ve Engelen* (2011, 97).

<sup>171</sup> *Prokent-Tomra* Case COMP/E-1/38.113 (2006) para.412.



cezanın takdirinde ağırlaştırıcı unsur olarak kullanmıştır. *Wanadoo* kararında<sup>172</sup> da benzer şekilde hakim durumdaki teşebbüsün yeni gelişen bir pazarı ele geçirme niyeti, ağırlaştırıcı unsur olarak kabul edilmiştir. Bununla birlikte, ihlalin yalnızca ihmal ile veya kamu otoriteleri veya mevzuatın yetki vermesi/teşviki ile gerçekleşmiş olması Komisyon'un 2006 Rehberi<sup>173</sup> kapsamında hafifletici unsur olarak sayılabilmektedir (Melicias 2010, 580-581). *Telefonica* kararında<sup>174</sup> fiyat sıkıştırması nedeniyle ceza verilirken ihlalin ihmal ile gerçekleştirildiği kabul edilmiş ve bu durum hafifletici unsur olarak kullanılmıştır.

Bu aktarılanlar ışığında, AB içtihadının niyet unsurunu sadece hakim durumun kötüye kullanılmasının tespitinde bir standart olarak değil, aynı zamanda cezanın verilmesinde ve verilecek cezanın miktarının tespitinde de dikkate aldığı anlaşılmaktadır.

Bu bölümde ABD ve AB rekabet hukuku ve uygulamasında niyetin nasıl ele alındığı incelendikten sonra uygulamada ve literatürde niyete yönelik ortaya atılan görüşler belirli bir sistematik içinde sınıflandırılmıştır. Tek taraflı davranışların değerlendirilmesinde niyet için getirilecek en uygun kullanım yolları araştırılırken niyetin alternatifi veya tamamlayıcısı olabilecek etki unsurunun da irdelenmesi gerekmektedir. Uygulamada ve literatürde davranışın etkisine ne ölçüde ağırlık verildiği, mehzaz niteliğindeki AB rekabet hukukunda ne tür gelişmeler yaşandığı, etki analizinin uygulanabilirliği ve buna ilişkin karşılaşılan güçlüklerle takip edilen bölümde yer verilecektir.

<sup>172</sup> Bkz. dn. 95, para.399.

<sup>173</sup> Guidelines on the method of setting fines imposed pursuant to Article 23(2)(a) of Regulation No 1/2003, Official Journal C 210/02, 1.9.2006, para.29.

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2006:210:0002:0005:EN:PDF>

<sup>174</sup> *Wanadoo España v. Telefónica*, Case COMP /38.784 [2007], para.765.

## BÖLÜM 3

# TEK TARAFLI DAVRANIŞLARIN DEĞERLENDİRMESİNDE ETKİ UNSURU ve AB'DEKİ GELİŞMELER

İkinci bölümde yer verilen uygulama örnekleri, tek taraflı davranışların değerlendirilmesinde niyet ve etki unsurlarının birbirlerinin alternatifi veya tamamlayıcısı olarak kullanıldığını göstermektedir. Bu çerçevede, hakim durum analizinde niyetin rolünün ne olduğu ana sorusunun cevabını ararken, niyetin alternatifi olabilecek etki unsurunun nasıl ele alındığının ve uygulamadaki zorlukların genel resmini çizmek oldukça önemlidir. Etki konusu gerek büyük bir evrim geçiren ve halihazırda etkinliğin ön planda tutulduğu ABD hukukunda, gerekse etki/iktisadi temelli bir yaklaşıma yelken açan ve bu yönde bir modernizasyon süreci yaşayan AB hukukunda birçok açıdan hararetli tartışmaların yaşandığı bir alandır. Çalışmanın bir sonraki bölümünde aktarılacağı üzere, Türkiye'de de AB'deki gelişmelere paralel bir modernizasyon beklentisi oluşmuştur. Bu doğrultuda etki konusu incelenirken özellikle, Türkiye'de başlatılacak olası bir etki temelli modernizasyona mehz teşkil edecek olan ve benzer bir süreç geçiren AB uygulamasının etki unsuruna nasıl yaklaştığı üzerinde durulacaktır. Böylelikle, oldukça geniş bir alana sahip olan etki konusunun çalışmanın amaçları kapsamında en verimli şekilde daraltılarak incelenmesi hedeflenmektedir.

Tek taraflı davranışlarda etki değerlendirmesine ilişkin, rekabet sürecine olan etkinin mi yoksa tüketiciler üzerindeki etkinin mi değerlendirilmesi gerektiği, etkinin nasıl tespit edileceği ve uygulamada yeterince analiz edilip edilmediği, AB'deki modernizasyon çalışmalarının etkinin analizine ilişkin uygulamaya dönük yöntemler sunmada yeterli olup olmadığı, hangi pazardaki etkinin dikkate alınacağı vb. hususların açıklığa kavuşturulması amacıyla uygulamacılar ve

akademik çevreler tarafından yoğun çaba sarfedilmektedir. Bu bölümde kötüye kullanma analizinde etki için getirilen standardın ne olduğu, mehz niteliğindeki AB hukukunda gerçekleştirilen modernizasyon çerçevesinde ve iktisadi temelli yaklaşımın esas alındığı kararlarda etkiye ne ölçüde ağırlık verildiği, bir kötüye kullanma ölçütü olarak etkinin tespitinde yaşanan güçlükler ve etki ile niyet unsurları arasındaki etkileşim ele alınacaktır.

### **3.1. TEK TARAFLI DAVRANIŞLARIN DEĞERLENDİRİLMESİNDE ETKİ STANDARDI: GERÇEKLEŞMİŞ ETKİ-MUHTEMEL ETKİ TARTIŞMASI**

Çalışmanın 2.2.2.1. kısmında yer verildiği üzere, niyetin etkisi “*belirsiz davranış*”ların değerlendirilmesinde dikkate alınması gerektiğine yönelik yaygın bir görüş bulunmaktadır. Bu görüşün temelinde niyetin, davranışın muhtemel etkisini gösterebileceği fikri yatmaktadır. Bu çerçevede, tek taraflı davranışların değerlendirilmesinde *muhtemel etkinin (likely effect)* yeterli olup olmadığı veya *gerçekleşmiş etkinin (actual effect)* aranıp aranmadığı sorusu cevaplandırılmaya muhtaçtır.

Hatalı müdahaleden kaçınma ilkesinin temel alındığı ABD uygulamasına bakıldığında, tekelleşmeye ilişkin davalarda muhtemel etkinin yeterli olabileceği kabul edilmiş görünmektedir. Yüksek Mahkeme, ikinci *American Tobacco* kararında<sup>175</sup>, bir davranışın Sherman Yasası’na göre tekelleşme suçu sayılabilmesi için mevcut veya potansiyel rakiplerin piyasadan filen dışlandığının ispatlanmasına gerek olmadığını belirtmiştir. Bununla birlikte, 1. Bölge Mahkemesi ise *Town of Concord v. Boston Edison Co.* kararında<sup>176</sup> dışlayıcı kötüye kullanmanın tespitindeki geleneksel prensibin, “*incelenen davranışın muhtemel rekabet karşıtı etkileri ile potansiyel haklı ticari gerekçeleri*”nin karşılaştırılması olduğuna hükmetmiştir. Areeda ve Hovenkamp (2002, 79), bir davranışın Sherman Yasasının ikinci kısmı kapsamında ihlale yol açabilmesi için tüketicilere zarar vermesi veya buna yönelik bir tehdidin bulunması gerektiğini belirtmiştir.

AB uygulamasına bakıldığında, bir tarafta münhasır sözleşmelere yönelik detaylı bir etki analizinin yapıldığı *Van der Bergh Foods*<sup>177</sup> gibi kararlar mevcuttur, diğer tarafta rekabeti kısıtlama niyeti ile hayata geçirilmiş

<sup>175</sup> Bkz. dn. 61, s.810.

<sup>176</sup> *Town of Concord v. Boston Edison Co.* 915 F. 2d 17 (1 st Cir. 1990) , s.16.

<sup>177</sup> *Van den Bergh Foods Ltd. v. Commission Case T-65/98 [2003] ECR II-4653.* Söz konusu kararda dondurma üretiminde bulunan Van den Bergh Foods firmasının müşterileri ile imzaladığı sözleşmelerde yer alan ve müşterilerine ücretsiz sağladığı buzdolaplarında sadece kendi ürünlerinin satılmasına ilişkin getirilen münhasırlık hükümlerinin pazardaki kapama etkisi incelenmiştir.

bir davranışın etki doğurmasının aranmadığı *Michelin II*<sup>178</sup> gibi aynı mahkeme tarafından alınan başka bir karar ile karşılaşmak mümkündür. Dolayısıyla, uygulamada etki unsuruna ilişkin genel kabul görmüş bir standardın oluşmadığı görülmektedir (O’Donoghue ve Padilla 2006, 217). Genel Mahkeme tarafından da onaylanan *Deutsche Telekom*<sup>179</sup> kararında Komisyon, fiyat sıkıştırmasının varlığını ortaya koymayı, kötüye kullanma için yeterli görmüştür. Bu kapsamda, söz konusu kararda fiyat sıkıştırması uygulandığı tespitinin ardından, incelenen davranışın etkilerinin araştırılmasına gerek olmadığı şeklinde bir yaklaşım benimsenmiştir (O’Donoghue ve Padilla 2006, 219). Bununla birlikte, Genel Mahkeme’nin *British Airways* kararında<sup>180</sup>, ihlalin tespitinde somut bir etkinin şart olmadığı belirtilerek davranışın “*rekabeti kısıtlama eğiliminde olmasının veya diğer bir ifadeyle ... bu tür bir etki doğurmaya muktedir olmasının veya [bu tür bir etkiye] muhtemelen sahip olabileceğinin*” gösterilmesi yeterli görülmüştür. Ayrıca, *British Airways*’in temyiz talebi üzerine alınan AAD kararına ilişkin görüşünde Kanun Sözcüsü Kokott<sup>181</sup>,

“Hakim durumdaki bir teşebbüsün davranışının, sadece pazarın bireysel aktörleri olan rakipler ve tüketiciler üzerinde somut etkilere sahip olduğunda, 102. madde bağlamında kötüye kullanma olduğu düşünülemez. Bundan ziyade iç pazardaki rekabeti koruma amacına ters düştüğü an, hakim durumdaki teşebbüsün hareket tarzı kötüye kullanma olacaktır. Çünkü ... hakim durumdaki bir teşebbüs davranışı ile ortak pazardaki etkin ve bozulmamış rekabeti sağlama özel sorumluluğuna sahiptir.”

Buna göre Kokott, kötüye kullanma için etkinin gerçekleşmiş olma koşulunun bulunmadığına dikkat çekmiş ve bunu hakim durumdaki teşebbüslerin özel sorumlulukları<sup>182</sup> ile ilişkilendirmiştir.

<sup>178</sup> Bkz dn. 93.

<sup>179</sup> Deutsche Telekom AG, COMP/C-1/37.451, 37.578, 37.579, OJ 2003 L 263/9, para.180.

<sup>180</sup> British Airways v. Commission Case T-219/99 [2003] ECR II-5917, para.293.

<sup>181</sup> Opinion of A.G. J. Kokott, C-95/04 P British Airways plc v. Commission of the European Communities (2006), para.69.

<sup>182</sup> *Özel sorumluluk (special responsibility)* ilkesi, hakim durumdaki teşebbüslere ortak pazardaki rekabetçi sürece zarar vermeme yükümlülüğü getirmektedir. Østerud (2010, 34), söz konusu ilkenin temelini 1930-1950 yılları arasında etkisini gösteren ordoliberal akıma dayandırmaktadır. Rousseva (2010, 72) ise ordoliberal yaklaşımın “*gücü olanın özgür olmaya hakkı yoktur; özgür olmak isteyen güce sahip olmamalıdır*” şeklinde bir prensip benimsediğini belirtmiştir. *Michelin I* kararı AAD’in hakim durumdaki teşebbüslerin özel sorumluluğa sahip olduğunu dile getirdiği ilk karardır. (Bkz. dn. 159, para.57) Söz konusu ilke, daha sonra gerek Komisyon gerekse Birlik Mahkemeleri tarafından alınan birçok kararda, kötüye kullanmayı meşru davranıştan ayırırken kullanılmıştır (Østerud 2010, 34).

AB Komisyonu, Tartışma Metni'nde ve Rehber'de kötüye kullanmanın tespitinde muhtemel etkinin yeterli olacağına dair tercihini açıkça ortaya koymuştur. Tartışma Metni'nde Komisyon'un, 102. madde uygulamalarında “pazardaki muhtemel etkileri temel alan bir yaklaşım” benimseyeceği ifade edilmiştir<sup>183</sup>. Ayrıca, 102. maddenin “muhtemel veya gerçekleşmiş rekabet karşıtı etkiler doğuran dışlayıcı davranışları” yasakladığı belirtilmiştir<sup>184</sup>. Öte yandan Rehber'de “rekabet karşıtı kapamaya yol açması muhtemel” davranışlara müdahale edileceği düzenlenmiştir<sup>185</sup>.

Muhtemel etkinin tek taraflı davranışların değerlendirilmesinde en uygun standart olduğunu savunan bazı yazarlar temel olarak, gerçekleşmiş etki gibi daha dar bir standart kullanıldığında, uygulamada gecikmelerin yaşanması, ortaya çıkan etkilerin tafisi için daha güçlü tedbirlerin gerekmesi, yeniliklerin engellenmesi, pazara giriş fırsatlarının ortadan kalkması ve bunun sonucunda kötüye kullanma halinin daha kârlı hale gelmesi gibi problemlerin ortaya çıkabileceğini ileri sürmektedir (Balto ve Nagata 2000, 322-323)<sup>186</sup>. Bununla birlikte Petit (2009, 93), 102. maddenin sadece düzeltici bir rol değil, aynı zamanda önleyici bir rol üstlenmesi gerektiğini ileri sürmekte ve bu açıdan muhtemel etkinin kullanılmasının uygun olduğunu belirtmektedir.

Öte yandan, gerçekleşmiş bir etkinin aranmadığı durumlarda kötüye kullanmanın tespiti için muhtemel olmanın sınırlarının ne olacağını belirlenmesine yönelik zorluklar ortaya çıkmaktadır (Sinclair 2004, 496). Bu bağlamda, AB içtihadında rekabete zarar verme yönünde ne ölçüde bir olasılığın yeterli olabileceğine ilişkin tutarlı bir standart oluşmamıştır (Østerud 2010, 204). Uygulamada *muhtemel (likely)*, *mümkün (probable)*, *potansiyel (potential)*, *eğilimli (tend to)*, *riskli (risk)*, *muktedir (capable)*, *olası (possible)* ve *niteliğinde (such as to)* gibi farklı standartların benimsendiği, hatta bir standarda açıkça yer verilmeyen kararların da alındığı görülmektedir.

*Bronner* kararında<sup>187</sup>, mal vermenin reddi niteliğindeki davranışın pazardaki tüm rekabeti bertaraf etmesinin *muhtemel* olup olmadığı, *Commercial Solvent* kararında<sup>188</sup> ise bu yönde bir *olasılığın* varlığı aranmıştır. AAD'nin *IMS*

<sup>183</sup> Tartışma Metni, para.4.

<sup>184</sup> Tartışma Metni, para.55.

<sup>185</sup> Rehber, para.20.

<sup>186</sup> Komisyon'un rekabetten sorumlu eski üyesi Neelie Kroes, davranışın piyasada fiili bir etki yaratmasını beklemenin piyasada kalıcı ve düzeltilemez sonuçlara neden olabileceğine dikkat çekmiş ve müdahaleden hatalı kaçınma riskinin ortaya çıkabileceğini belirtmiştir. Kroes'in konuşması için bkz. Exclusionary Abuses of Dominance-The European Commission's Enforcement Priorities Preliminary Thoughts on Policy Review of Art 82, Speech/08/457, (25.09.2008).

<sup>187</sup> Oscar Bronner v. Mediaprint Case C-7/97 [1998] ECR I-7791, para.41.

<sup>188</sup> Commercial Solvents v. Commission 7/73 [1974] ECR 223, para.25.

*Health* kararında<sup>189</sup> ise fikri mülkiyet hakkı kapsamında lisans verilmesinin reddi olarak incelenen davranışın ikincil pazardaki rekabeti bertaraf edebilecek *nitelikte*<sup>190</sup> olması ve yine aynı kararda pazardaki tüm rekabeti yok etmeye *muktedir*<sup>191</sup> olması incelenmiştir. Genel Mahkeme ise *Clearstream* kararında<sup>192</sup> hakim durumdaki teşebbüs davranışının “*rekabeti kısıtlamaya eğilimli diğer bir ifadeyle ... bu yönde bir etkiye sahip olmaya muktedir*” olup olmadığını incelenmesi gerektiği belirtilmiştir<sup>193</sup>. Aynı kararın ilerleyen kısımlarında ise pazardaki etkin rekabetin tamamının yok edilmesinin *muhtemel* olup olmadığı ölçütü getirilmiştir. Görüldüğü gibi, söz konusu kararlarda pazardaki rekabetin tamamının ortadan kalkmasına yönelik farklı düzeydeki olasılıklar aranmıştır<sup>194</sup>. Genel Mahkeme’nin *Microsoft* kararında<sup>195</sup> ise, teşebbüsün Komisyon’un pazardaki rekabetin tamamının bertaraf edilmesinin muhtemel olduğunu göstermediğine ilişkin itirazı üzerine, ihlalin tespiti bakımından bu yönde bir koşulun aranmadığı belirtilmiştir<sup>196</sup>. Ayrıca kararda, rekabete zarar verme riski veya ihtimali gibi bir ölçüt getirilmesinin, kötüye kullanmanın tespitinde gerçekleşmiş bir etkinin beklenmesine gerek olmadığı anlamına geldiği açıklaması yapılmıştır<sup>197</sup>.

Sonuç olarak Birlik Mahkemelerinin, ihlalin tespitinde etkiye yönelik farklı kapsayıcılıkta standartlar kullandığı açıktır. Loewenthal (2005, 469) Komisyon’un ve Mahkemelerin, sadece pazarın yapısını etkilemeye yönelik bir eğilim yerine, rekabet karşıtı etki ihtimalini ispatlayan bir testi temel alması gerektiğini savunmuştur. Zira, Komisyon’un gerçekleşmiş etkinin bulunmadığı durumlarda hatalı müdahale riskini aşgariye indirmek için Rehber’de *muhtemel olma (likely)* ölçütünü kabul ettiği görülmektedir. Salt bir olasılığa göre daha dar bir kapsama sahip olan muhtemel olma ölçütü, etkinin henüz somut şekilde hayata geçmediği ancak gelecekte gerçekleşmesinin beklendiği durumu anlatmaktadır (Østerud 2010, 207).

Bu aktarılanlar ışığında, ABD ve AB uygulamasında ihlalin tespiti için **muhtemel etkinin yeterliliği** yönünde genel bir eğilimin bulunduğu ve bu tür bir etki standardının etkin bir rekabet politikası açısından son derece önemli olduğu anlaşılmaktadır.

<sup>189</sup> IMS Health v. NDC Health Case C-418/01 [2004] ECR I-5039.

<sup>190</sup> A.g.k. para.38.

<sup>191</sup> A.g.k. para.47.

<sup>192</sup> Clearstream v. Commission Case T-301/04 [2009] ECR II-3155.

<sup>193</sup> A.g.k. para.144.

<sup>194</sup> A.g.k. para.148.

<sup>195</sup> Microsoft v. Commission Case T-201/04 [2007] ECR II-3601.

<sup>196</sup> A.g.k. para.561.

<sup>197</sup> A.y.

### 3.2. 102. MADDENİN MODERNİZASYONU KAPSAMINDA AB REKABET HUKUKU UYGULAMASINDA ETKİ YAKLAŞIMI

102. maddenin modernizasyonunda, belirli davranışların gerçekleştirilmesini ayrı bir etki değerlendirmesi yapmaksızın ihlal olarak gören *şekilci (form-based)* yaklaşım yerine, kötüye kullanmanın tespitinde davranışın rekabet sürecine ve tüketicilere olan etkilerinin esas alındığı bir yaklaşım benimsenmiştir. AB'deki iktisadi/etki temelli bu yeniliklerle birlikte, tek taraflı davranışların incelenmesinde tüketici refahını olumsuz etkileyecek rekabet karşıtı kapamaya odaklanılmıştır<sup>198</sup>. Rehber'de rekabet karşıtı kapama, mevcut veya muhtemel rakiplerin arz kaynaklarına veya pazarlara ulaşımının zorlaştırılması veya engellenmesi anlamında kullanılmıştır<sup>199</sup>. Rekabet karşıtı kapamanın tüketicileri, yüksek fiyat veya düşük kalite ve tercihlerin kısıtlanması gibi başka şekillerde etkileyeceği belirtilmiştir<sup>200</sup>. Buna karşın, ne düzeydeki kapamanın müdahale etmek için yeterli olduğuna ilişkin bir açıklama yapılmamıştır (Petit 2009, 489).

Rehber'de birtakım hallerin etki temelli yaklaşımın dışında bırakılabileceği de vurgulanmıştır. Sadece rekabete engel olabilecek ve herhangi bir etkinlik doğurmayacak nitelikte olduğu belirtilen bu durumlara aşağıdaki örnekler verilmiştir:

“...hakim durumdaki teşebbüsün müşterilerinin rakiplerin ürünlerini denemelerini önlenmesi, müşterilerine bu ürünleri denememeleri koşuluyla finansal teşvikler sağlanması ya da bir dağıtıcısına veya müşterisine rakibinin bir ürününün tanıtımını/piyasaya sunumunu ertelemesi için ödemede bulunması halleri.”<sup>201</sup>

Bu durumlarda kötüye kullanmanın ortaya konulması bakımından ayrı bir etki değerlendirmesine gerek görülmemiş ve rekabet karşıtı etkilerin bizzat davranıştan çıkarılacağı varsayılmıştır. Bu bağlamda, modernizasyonun ruhunu yansıtan Rehber'de şekilci yaklaşımın izlerine rastlamanın mümkün olduğu görülmektedir. Ayrıca Rehber'de dışlayıcı stratejiyi gösteren doğrudan deliller de, muhtemel etkilerin tespit edilmesinde dikkate alınan faktörler arasında sayılmaktadır. Kroes (2008, 3) ise, muhtemel etkilerin teşebbüsün iç belgelerinden çıkarılabileceğini belirtmiş ve doğrudan delillerin bulunmadığı durumda ispat yollarının davranış, piyasa ve rakiplerin durumu dikkate alınarak genişletileceğini

<sup>198</sup> Rehber, para.19.

<sup>199</sup> A.y.

<sup>200</sup> A.y.

<sup>201</sup> Rehber, para.22.

belirtmiştir<sup>202</sup>. Rehber’de muhtemel tüketici zararının değerlendirilmesinde niteliksel delillerin ve “*mümkün ve uygun olması durumunda*” niceliksel delillerin esas alınacağı da belirtilmektedir<sup>203</sup>. Niteliksel delillerin tanımı yapılmamakla birlikte, tüketici zararının değerlendirilmesi açısından da ekonomik analizin dışına çıkılabileceği anlaşılmaktadır.

Komisyon’un *Wanadoo*<sup>204</sup>, *Microsoft*<sup>205</sup> ve *Telefónica*<sup>206</sup> kararlarında iktisadi/etki temelli yaklaşımın kullanıldığı belirtilmiştir<sup>207</sup>. Ancak bu kararlar etki temelli yaklaşım ile şekilci yaklaşım arasında kaldıkları gerekçesiyle eleştirilmektedir (Petit 2009, 499). *Wanadoo* kararında Genel Mahkeme etki temelli yaklaşımdan uzaklaşarak aşağıdaki değerlendirmeyi yapmıştır:

“...rekabet karşıtı amacı ve etkiyi göstermek bazı durumlarda tek ve aynı şeyi ifade eder. Hakim durumdaki bir teşebbüsün davranışı ile güdülen amacın rekabeti kısıtlama olduğu gösterildiğinde, söz konusu davranış aynı zamanda bu yönde bir etkiye sahip olmaktan sorumlu tutulacaktır. ... Hakim durumdaki bir teşebbüs, amacı bir rakibi dışlamak olan bir davranışı fiilen gerçekleştirildiğinde, beklenen sonuca ulaşılmamış olması, [davranışın] 102. madde kapsamında hakim durumu kötüye kullanma olmasını engellemek için yeterli değildir.”<sup>208</sup>

Bu açıklamadan hareketle kararda, tek başına rekabet karşıtı niyetin ihlalin tespiti açısından yeterli görüldüğü anlaşılmaktadır. Dolayısıyla etki temelli bir yaklaşımın kullanıldığı belirtilen kararda, etki bulunmasa dahi ihlalin tespitinin mümkün olduğu kabul edilmiş ve niyet unsuru etkiye kıyasla ön planda tutulmuştur.

Son olarak Komisyon, *Telefónica* kararında aşağıdaki değerlendirmeyi yapmıştır:

“Kapama etkilerinin ortaya çıkması rakiplerin pazarın dışına itildiği anlamına gelmemektedir: rakiplerin dezavantajlı duruma düşürülmesi ve sonuç olarak agresif şekilde rekabet etmelerine engel olunması [kapamadan bahsedebilmek için] yeterlidir.”<sup>209</sup>

<sup>202</sup> Bkz. dn. 186.

<sup>203</sup> Rehber para.19.

<sup>204</sup> Bkz. dn. 95.

<sup>205</sup> Microsoft COMP/ 37.792 [2004] OJ L32.

<sup>206</sup> Bkz. dn. 174, para.586.

<sup>207</sup> 03.12.2008 tarih ve IP/08/1877 sayılı Basın Bildirisi. (Bkz. <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/08/1877&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>)

<sup>208</sup> Bkz. dn. 20, para.195-196.

<sup>209</sup> Bkz. dn. 174, para.586.



Kararda, rakiplerin dezavantajlı duruma düşürülmesi durumunun sınırları hakkında bir açıklamaya yer verilmemiştir. Petit (2009, 489), rakibin dezavantajlı konuma düşürülmesinin tek başına ihlalin tespiti için uygulanabilir bir ölçüt olmadığına dikkat çekmiştir. Ayrıca söz konusu kararda, *Wanadoo* kararına paralel şekilde, pazardaki fiili etkilerin gösterilmesine gerek olmadığı ve rakibi dışlama amacı ile yapılan davranışların bu yönde bir etkisi olmasa dahi ilgili teşebbüsün rekabet hukuku bakımından sorumlu tutulabileceği belirtilmiş ve bu açıklamanın ardından incelenen davranışın rekabet üzerindeki muhtemel etkileri değerlendirilmiştir<sup>210</sup>. Dolayısıyla kararda her ne kadar muhtemel etki değerlendirmesi yapılmış olsa da, ihlalin tespiti için bu tür bir analizin zorunlu olmadığı ve tek başına rekabet karşıtı niyetin yeterli olacağı kabul edilmiştir.

Görüldüğü üzere, AB'deki son dönem rekabet uygulamalarında iktisadi etkinlik ve tüketici refahı gibi hedefler ön planda tutulsa da, kötüye kullanmanın tespitinde etki analizinin katıksız bir şekilde uygulanmadığı anlaşılmaktadır. Bu konuda Rosch (2009, 10-11), sadece AB'de değil ABD'de de birçok kararda kompleks ekonomik analizlerin yapılmadığına dikkat çekmiştir<sup>211</sup>. Bununla birlikte AB'de iktisadi temelli yaklaşımın esas alındığı bu ilk uygulama örneklerinde niyetin **önemini koruduğu** ve **hatta öne çıkan bir rol oynadığı** ortadadır.

### 3.3. ETKİYİ ORTAYA ÇIKARMADA YAŞANAN GÜÇLÜKLER VE ETKİNİN YETERLİLİĞİNE İLİŞKİN GETİRİLEN ELEŞTİRİLER

Hakim durumdaki bir teşebbüsün davranışının kötüye kullanma olup olmadığının sorgulanmasında, etkiyi tek ölçüt olarak kabul eden eğilim karşısında etkinin tek başına uygun bir ölçüt olmayacağına yönelik eleştiriler de bulunmaktadır. Bu eleştirilerin ilki yapılan ekonomik analizlerin etkiyi ortaya çıkarmadaki yeterliliğine ilişkindir. Jacobs (1995, 258-259), gerek Şikago Okulu gerekse Post-Şikago Okulu bakımından tek başına ekonomik araçların, davranışın piyasadaki etkilerini ölçmede yeterli olmadığını savunmuştur. Lao (2005, 192), dışlayıcı davranışın üretim seviyesinde bir düşüşe neden olup olmadığını analiz etmek için Şikago Okulu tarafından kabul gören *çıkıtı testinin (output test)*<sup>212</sup> detaylı bir veriye ihtiyaç duyduğunu ve dış faktörlerin üretime olan etkisinin testin

<sup>210</sup> A.g.k. para.543.

<sup>211</sup> FTC Komisyon Üyesi J. Thomas Rosch'un 19.06.2009 tarihli ve "Observations on Evidentiary Issues in Antitrust Cases" konulu konuşması için bkz. <http://www.ftc.gov/speeches/rosch/090619antitrustcases.pdf>

<sup>212</sup> Şikago Okulu yaklaşımına göre tüketicilere daha iyi ürün veya hizmet sunma gerekçesi taşımayan bir davranış *çıkıtı/üretim (output)* seviyesini düşürmedikçe müdahale edilmesine gerek görülmemektedir (Lao 2004, 165; Rouseva 2010, 40). Bu anlamda, çıkıtı testine göre ihlalin varlığı çıkıtı/üretim seviyesindeki düşüş ile gösterilmektedir.

doğruluğunu azalttığını belirtmiştir. Lopatka (1996, 33), ise testin kullandığı verinin çoğunlukla ulaşılamaz olduğunu savunmuştur.

Öte yandan, Post-Şikago Okulu ile ortaya çıkan ekonomik teoriler ise daha gerçekçi olmalarına rağmen karmaşık modeller içermektedir (Jacobs 1995, 225). Bu kapsamda, piyasa aksaklıkları, rakiplerin maliyetlerini artırma, oyun teorisi ve benzeri teoriler temelde rekabet karşıtı etkileri ortaya çıkarmak amacıyla kullanılsa da, bu teorilerin davranışa yönelik ticari gerekçeleri değerlendirmede yeterli olmadıkları ileri sürülmektedir (Lao 2004, 156). Bununla birlikte Lao (2004, 156), bu iktisadi teorilerin, belirli varsayımlara dayanan modellere bağlı kaldığını ve gerçek durum, varsayımlardan çok az saptığında dahi doğru sonuçlar veremediğini savunmuştur.

Manne ve Williamson (2005, 619), ekonomik modellerin fiili durumu tam olarak yansıtamayacağını ve ekonomik analiz için gerekli bilgilerin toplanmasının süreci uzattığını ifade etmiştir. Benzer şekilde Werden (2006, 61), rekabet hukuku açısından etki değerlendirmesini “*son derece karmaşık ve uzun bir ekonomik araştırma*” olarak nitelendirmiştir. Bu konuda Fox (2006, 740) ise rekabetin bir iktisadi alan değil hukuki alan olduğunu ve bu nedenle, yönetilebilir, uygulanabilir ve işletmelere yol gösterecek kuralları gerektirdiğini belirtmiştir.

Etki analizine yönelik diğer bir eleştiri ise özellikle şebeke dışsallıklarının<sup>213</sup> ve yenilik temelli rekabetin ön planda olduğu yeni teknoloji piyasalarında, hakim durumdaki firmanın herhangi bir yeniliğe engel olup olmadığını veya ne ölçüde engel olduğunu ekonomik olarak ölçmenin mümkün olmadığı yönündedir (Melicias 2010, 578). Nitekim Lao (2004, 181) da yüksek fiyatlar ve düşük üretim yerine yeniliklerde rekabetin engellenmesinin asıl kaygı olduğu yeni ekonomide, katıksız bir etki analizinin daha yetersiz olduğunu savunmuştur. Bu görüşe göre, yeniliğe yönelik etki analizi, yeniliğin yapılmadığı piyasalarda dışlayıcı davranış olmasaydı daha iyi alternatiflerin sunulabileceğinin gösterilmesini gerekli kıldığından oldukça güçtür.

Öte yandan Østerud (2010, 202) rekabet karşıtı etkilerin pazardaki mevcut rekabetin kısıtlanması yönünde olabileceği gibi *Hoffman La Roche* kararında<sup>214</sup> belirtildiği üzere rekabetin gelişmesinin engellenmesi şeklinde de ortaya çıkabileceğini belirtmiş, pazarda fark edilebilir değişikliklerin yaşanmayacağı bu durumda etki analizinin sonuç vermeyeceğini savunmuştur.

<sup>213</sup> Şebeke dışsallıkları, “*bir ürünün tüketilmesinden elde edilen faydanın, söz konusu ürünü kullanan kişilerin sayısına bağlı olması*” durumunda ortaya çıkmaktadır (İnceoğlu ve Park 2010, 2). Ayrıca Yenişen (2003, 8) şebeke dışsallıklarının, bir ürünün değerinin pazar dışı etkenlerle belirlenmesine veya diğer bir ifadeyle pazar mekanizması aracılığıyla belirlenmemesine yol açtığını belirtmiştir.

<sup>214</sup> Bkz. dn. 83, para.91.

Bunların yanı sıra, Eilmansberger (2005, 137) uygulamacıların ve hakimlerin ekonomik karmaşıklık karşısında yapabileceklerinin sınırlı olduğunu ileri sürmüştür<sup>215</sup>. Piraino (2004, 41-42) da, ekonomistlerin birçok işletme davranışının ekonomik etkisi hakkında görüş birliği içerisinde olmadığına dikkat çekerek, “*Şayet ekonomistler belirli uygulamaların piyasaya etkisini etkin bir şekilde değerlendiremezlerse, yargıç ve jürilerin bunu yapması elbette beklenemez.*” değerlendirmesinde bulunmuştur.

Görüldüğü üzere, hakim durum ihlallerinin tespitinde belirli bir uygulamanın rekabet ve tüketiciler üzerinde olumsuz etki yaratıp yaratmayacağına analizine ilişkin eleştiriler, temel olarak doğru ekonomik analiz ile etkiyi ortaya koymadaki güçlüğü ve rekabet hukukunu uygulayan ve uygulamayı denetleyen tarafların bu tür analizi yapmada yeterli olamayacağına ilişkindir. Sonuç olarak, niyete yönelik belirsizliklere karşı önerilen etki unsurunun da birtakım pratik sorunları bünyesinde barındırdığı görülmektedir. Bu doğrultuda, etki analizinin uygulanamayacağı veya uygulandığında doğru sonuç vermeyeceği durumların da bulunduğu anlaşılmakta ve etkinin bu özelliği ihlalin tespitinde genelgeçer bir standart olamayacağına işaret etmektedir.

### 3.4. NİYET ve ETKİ ARASINDAKİ ETKİLEŞİM

Çalışmanın önceki kısımlarında da yer verildiği üzere uygulamada ve literatürde kötüye kullanmanın tespitinde niyetin etkiyi gösterebileceğine dair sık sık atıfta bulunulmuştur. Shapiro (2005, 4) “*Niyete ilişkin deliller muhtemel etki hakkında bilgilendirici olduğu ölçüde önemlidir.*” yorumunda bulunmuştur<sup>216</sup>. ICN’nin sözleşme yapmanın reddine ilişkin raporunda da, katılım sağlayan birçok rekabet otoritesi, bu tür bir kötüye kullanmanın tespitinde niyetin bir koşul olarak aranmadığını ancak davranışın rekabet karşısı etkilere yol açtığı yönündeki bulguları desteklemek amacıyla kullanılabilirliğini belirtmiştir (ICN 2010, 14).

Bu noktada, niyetin etki ile ilişkili olarak iki farklı şekilde kullanılabilirliği anlaşılmaktadır. Bunlardan ilki, çalışmanın 2.2.2.1. kısmında da belirtildiği üzere etkisi tespit edilemeyen davranışlar açısından niyetin muhtemel etkiyi göstermede kullanılmasıdır. İkinci ve daha ihtiyatlı olarak niyet, etkisi tespit edilen davranışlar açısından bulguları destekleyici şekilde kullanılabilir.

<sup>215</sup> Demiröz (2009, 329), de sözleşme yapmayı reddetme uygulamaları açısından etkinin tespitine ilişkin yaşanan bu yöndeki güçlükler dikkat çekmiştir.

<sup>216</sup> Carl Shapiro’nun 29.09.2005 tarihli ve “Exclusionary Conduct Testimony Before the Antitrust Modernization Commission” konulu konuşması için bkz. <http://faculty.haas.berkeley.edu/shapiro/amcexclusion.pdf>

Tartışma Metni'nde ve Rehber'de de niyete yönelik doğrudan delillerin incelenen davranışın muhtemel etkisini ortaya çıkarmada kullanılabilmesi öngörülmüştür. Diğer taraftan Tartışma Metni'nde yıkıcı niyete yönelik dolaylı deliller arasında *fili veya muhtemel dışlayıcı etkilerin varlığı* da yer almaktadır<sup>217</sup>. Dolayısıyla, Tartışma Metni'nde niyet ve etki unsurları arasında çift taraflı bir etkileşim olduğu kabul edilmiştir.

Etki unsuru hakkında yukarıda aktarılanlar ışığında, kötüye kullanmanın tespitinde gerçekleşmiş etki yerine muhtemel etki standardının kabul edildiği ve bu durumun muhtemel etkiyi göstermek üzere kullanılabilen niyetin önemini artırdığı anlaşılmaktadır. Ayrıca etki analizine yönelik karşılaşılan pratik zorluklar ve etki temelli yaklaşımın benimsendiği AB uygulama örneklerinde niyet unsurunun kullanılmaya devam etmesi ihlalin tespitinde niyete verilmesi gereken önemin altını bir kez daha çizmektedir.

Bu bölümde uygulamada etki için getirilen standart, AB'deki etki temelli modernizasyonun etki unsurunu ne şekilde ele aldığı ve uygulamaya olan yansımaları, etki ölçütü kullanıldığında karşılaşılan sorunlar ve etki ile niyet arasındaki etkileşim ele alınmıştır. Sonuç itibariyle, bu bölümde etki ile ilgili yapılan tespitler ve incelenen örnekler niyet unsurunun hakim durum analizinde dikkate alınması gerektiği görüşünü destekler niteliktedir. Tek taraflı davranışların değerlendirilmesinde Türkiye açısından niyet unsurunun nasıl ele alındığının incelenmesi, niyete verilmesi gereken rolün tespiti açısından önem arz etmektedir. Bu kapsamda konunun Türkiye bakımından incelenmesi müteakip bölümde yapılacaktır.

---

<sup>217</sup> Tartışma Metni para.115.

## BÖLÜM 4

# TÜRK REKABET HUKUKU UYGULAMASINDA TEK TARAFLI DAVRANIŞLARIN DEĞERLENDİRİLMESİNDE NİYET UNSURU

Önceki bölümlerde açıklandığı üzere, ABD’de ve son dönemlerde AB’de tek taraflı davranışların değerlendirilmesinde ekonomik kuramlara daha fazla yer verme yönünde gelişmeler yaşanmıştır. Özellikle Türk rekabet hukuku mevzuatına ve uygulamasına mehzaz oluşturan AB’deki gelişmeler, Türkiye’de de bu konuda modernizasyon arayışlarının ortaya çıkacağı yönünde beklentileri artırmaktadır. Zira, son yıllarda yayımlanan pek çok akademik çalışmada 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un (RKHK) hakim durumun kötüye kullanılmasını yasaklayan 6. maddesine ilişkin uygulamalarda yeknesaklık bulunmadığı yönünde eleştiriler ortaya atılmıştır<sup>218</sup>. Bu yöndeki değerlendirmeler 6. madde açısından modernizasyona ihtiyaç duyulduğu fikrini destekler niteliktedir. Bu bağlamda, daha öngörülebilir ve etkin bir politika oluşturma adına başlatılabilecek olası bir süreçten önce tek taraflı davranışların değerlendirilmesinde oldukça tartışmalı bir konu olan niyet unsurunun Türkiye uygulamasında nasıl ele alındığı yakından incelenmelidir.

### 4.1. RKHK ÇERÇEVESİNDE HAKİM DURUMUN KÖTÜYE KULLANILMASI VE NİYET

Türkiye’de hakim durumun kötüye kullanılması, RKHK’nın 6. maddesi ile yasaklanmıştır. AB’deki mevzuata benzer şekilde, 6. madde kapsamında hakim durumun kötüye kullanılmasına ilişkin bir tanıma yer verilmemiş ve sınırlayıcı olmayan birtakım kötüye kullanma halleri beş bent halinde sayılmıştır. Ayrıca AB ve ABD uygulamasına benzer şekilde ülkemizde 6. madde uygulamaları Rekabet Kurulu’nun (Kurul) ve Danıştay’ın kararları ile şekillenmiştir.

<sup>218</sup> Örneğin, bkz. Demiröz ve Tunçel (2011), Özdemir (2009, 74), Madan (2008, 72).

6. maddede örnek kötüye kullanma halleri sayılırken, bazı davranışlar açısından *amaca* vurgu yapıldığı dikkat çekmektedir. Söz konusu hallere aşağıda yer verilmektedir;

- a) Ticarî faaliyet alanına başka bir teşebbüsün girmesine doğrudan veya dolaylı olarak engel olunması ya da rakiplerin piyasadaki faaliyetlerinin zorlaştırılmasını amaçlayan eylemler, ...
- b) Belirli bir piyasadaki hâkimiyetin yaratmış olduğu finansal, teknolojik ve ticarî avantajlardan yararlanarak başka bir mal veya hizmet piyاسasındaki rekabet koşullarını bozmayı amaçlayan eylemler, ...”

Bu bentlerde yer alan amaç ifadeleri Boztosun (2010, 147,149) tarafından, hakim durumdaki bir teşebbüsün anılan davranışları gerçekleştirdikten sonra, bu yönde bir niyetinin olmadığını ispatlayarak sorumluluktan kurtulabileceği ve bu bentler açısından etki ölçütünün değerlendirmeye dahil edilemeyeceği şeklinde yorumlanmıştır. Ayrıca Boztosun (2010, 147), (a) bendindeki hükmü örnek vererek hakim durumdaki bir teşebbüse rakiplerinin işini zorlaştırmama gibi bir yükümlülük getirilmesinin, bu tür bir zorlaştırmanın meşru rekabet sonucu da ortaya çıkabileceği gerekçesiyle rekabet hukukunun amacına uygun olmadığını savunmuştur. Sanlı (2000, 264) da (a) bendinde yer alan amaç hükmünün yıkıcı fiyat uygulamalarının tespitinde, teşebbüsün niyetinin dikkate alınması ile benzer bir nitelik teşkil ettiğini belirtmiş ve değerlendirmeyi objektiflikten uzaklaştırdığı ve sonuca ulaşmayı güçleştirdiği gerekçesiyle niyete bakılmasını eleştirmiştir.

Diğer taraftan, 6. maddenin gerekçesinde “ ... *piyasada hâkim duruma gelen teşebbüslerin bu durumlarını ülkemizdeki rekabeti kısıtlamak, engellemek veya bozmak amacıyla veya bu etkiyi doğuracak şekilde kötüye kullanmaları yasaklanmıştır.*” şeklinde bir açıklamaya yer verilmiştir. Buna göre, rekabet karşıtı amaç veya etkiden birinin varlığı kötüye kullanma için yeterli görülmüştür.

Her ne kadar mevzuat bakımından teşebbüsün niyetine açıkça yer verildiği görülse de Kurul uygulamasında niyetin kullanımına yönelik farklı ve hatta çelişkili yaklaşımlar ortaya çıkmıştır. Aşağıda öncelikle Kurul içtihadında niyetin nasıl ele alındığı değerlendirilecek ve bu değerlendirmede Kurul’un herhangi bir eğilim içerisinde olup olmadığını anlaşılabilmesi için çalışmanın 4.2.1. ve 4.2.9. kısımları arasında ele alınan kararlara kronolojik sıra ile yer verilecek ve ardından ülkemiz bakımından niyetin kullanılmasına ilişkin öneriler sunulacaktır. Kurul kararları incelenirken *amaç* kavramının niyet yerine kullanıldığı görülecektir. Kanaatimizce içtihadta, salt bir istekten daha geniş bir kapsama sahip olan niyet kavramının kullanılması daha yerinde olacak ve kavramsal bütünlüğün sağlanmasına da katkı sağlayacaktır.

## 4.2. KURUL ve DANIŞTAY İÇTİHADINDA NİYET

### 4.2.1. Biryay II Kararı<sup>219</sup>

*Biryay II* kararında duopol bir nitelik gösteren gazete ve dergi dağıtım pazarında faaliyette bulunan teşebbüslerin piyasaya yeni giren dağıtım şirketine ait ürünün satılmasına engel olmak amacıyla sürekli mal tedarik ettikleri son satıcılara mal vermeyi keserek veya bu yönde tehditte bulunarak hakim durumlarını kötüye kullandığı tespit edilmiştir.

Kararda, incelenen teşebbüslerden elde edilen belgelerdeki ifadeler niyete yönelik doğrudan delil olarak kullanılmıştır. Hakim durumdaki teşebbüslerin davranışı sonucu bayiler ve tüketiciler üzerinde olumsuz etkiler doğduğu şeklindeki değerlendirmenin yanı sıra teşebbüsün niyetine de açıkça atıfta bulunulmuştur. Teşebbüslerin “...*Gazete ve dergi dağıtım piyasasındaki hakimiyetin yaratmış olduğu finansal, teknolojik ve ticari avantajlardan yararlanarak gazete ve dergi yayıncılığı piyasasındaki rekabet koşullarını bozmayı amaçlayan eylemlerde bulunmak*” suretiyle Kanun’un 6. maddesi ihlal ettikleri belirtilmiştir.

Ayrıca kararda sadece ihlalin tespitinde değil cezanın takdirinde de teşebbüslerin niyetinin dikkate alındığı görülmektedir. Cezanın takdirinde dikkate alınan unsurlar Danıştay<sup>220</sup> tarafından da onanmış ancak niyetin ağırlaştırıcı bir unsur olabileceği açıkça zikredilmemiştir.

### 4.2.2. Karbogaz Kararı<sup>221</sup>

Kurul’un *Karbogaz* kararı ise ihlalin tespitinde niyet unsurunun aranmadığının açıkça dile getirildiği bir karar olarak dikkat çekmektedir. Bu kararda, *Karbogaz*’ın piyasaya yeni bir rakibin gireceğine yönelik ciddi sinyaller alması nedeniyle uzun süreli ve münhasırlık hükümleri içeren sözleşmeler imzalamasının, potansiyel rakiplerin piyasaya girişlerini ve mevcut rakiplerin faaliyetlerini zorlaştırdığı sonucuna ulaşılmıştır. Kurul, söz konusu kararda niyete ilişkin aşağıdaki değerlendirmeyi yapmıştır:

<sup>219</sup> 00-49/529-291 sayılı karar. Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu (İDDK) tarafından usul bakımından incelenerek kararın iptal edilmesi üzerine Kurul, aynı konuya ilişkin olarak 07-63/777-283 sayılı ile yeniden karar almıştır.

<sup>220</sup> Danıştay 13. Dairesi’nin 13.12.2011 tarihli ve 2007/15785 E., 2010/8418 K. sayılı kararı.

<sup>221</sup> 02-49/634-257 sayılı karar. Danıştay 13. Dairesi tarafından kararın iptal edilmesi üzerine Kurul, aynı konuya ilişkin olarak 05-80/1106-317 sayılı ile yeniden karar almıştır. Ancak Danıştay, Kurul’un 6. maddeye yönelik değerlendirmelerini onamıştır.

“Rekabet Hukuku uygulamalarında kötüye kullanma objektif bir kavram olarak değerlendirilmektedir. Dolayısıyla, hakim durumda olan teşebbüsün mutlaka rekabeti kısıtlama niyetinin olması gerekmemektedir. Eğer ilgili eylem ya da işlem rekabetin kısıtlanması etkisini doğuruyorsa bu, söz konusu davranışın yasaklanması için yeterlidir.”

Kurul bu açıklaması ile, niyet unsurunun ihlalin tespitinde bulunması gereken bir koşul olmadığı, etkinin tek başına yeterli olabileceği yönünde bir tavır almıştır. Buna karşın Kurul’un, niyetin tamamen göz ardı edilmesi gerektiğini veya işlevsiz olduğunu ima ettiği şeklinde bir çıkarım yapmak mümkün görünmemektedir. Zira, kararın ilerleyen bölümlerinde, incelenen davranışların 6. maddenin (a) bendinde yer verilen hüküm çerçevesinde “*arkasında var olduğu düşünülen niyet ve pazardaki gösterdiği etki bakımından*” kötüye kullanma olduğu belirtilmiştir.

Kanımızca *Karbogaz* kararında niyet, kötüye kullanmanın varlığı için bir koşul olarak görülmesi de dikkate alınan bir unsurdur. Bununla birlikte kararda niyet, davranıştan yapılan çıkarımlar ile tespit edilmiştir. Örneğin, kararda teşebbüsün bir müşterisi ile imzaladığı sözleşme kapsamında mal tedarikinin bir kısmını başka kaynaklardan temin etme serbestisi tanınmasına rağmen, bu ihtiyacın ancak yurtdışından karşılanabileceğinin hükme bağlanmış olması hususunda Kurul, bu hükmün herhangi bir etkinlik gerekçesine dayanmadığını ifade ederek “*müşterinin yerli üreticilerle iş yapma imkanını kısıtlama amacını*” taşıdığı ve teşebbüsün rakipleri dışlama politikasının bir parçası olduğu kanaatine varmıştır.

#### 4.2.3. Coca Cola<sup>222</sup>

Coca-Cola A.Ş.’nin gazlı alkolsüz içecekler pazarına yönelik fiyatlandırma stratejisini konu edinen kararda Kurul, yıkıcı fiyatlamının tespitinde iktisadi üstünlük, olağandışı düşük fiyat ve niyet unsurlarının dikkate alınması gerektiğini belirtmiştir. Kararda, diğer iki unsur sağlanmasına rağmen yıkıcı niyet tespit edilemediğinden hareketle ihlalin oluşmadığına karar verilmiştir.

*Coca Cola* kararında hakim durumdaki bir teşebbüsün belirli şekil şartlarını taşıyan davranışları açısından niyetin belirleyici unsur olduğu bir yaklaşım esas alınmıştır. Bu kapsamda, AB uygulaması kısmında yer verilen *AKZO*, *Tetra Pak II* ve *Wanadoo* kararlarında olduğu gibi, *Coca Cola* kararındaki şekil şartı da ODM ve OTM arasındaki fiyatlamadır. Kararda niyete yönelik doğrudan delillerin bulunmadığı tespitinin ardından değişik senaryolar kullanılarak yıkıcı niyetin her bir senaryo için makul olup olmadığı değerlendirilmiştir. Dolayısıyla bu kararda, eldeki deliller kullanarak niyetin varlığının ispat edilmesi yerine, olaya ilişkin

<sup>222</sup> 04-07/75-18 sayılı karar.



yapılabilecek varsayımlar altında yıkıcı bir niyetin bulunmasının makul olmadığı ve bu bağlamda niyetin yokluğu gösterilmiştir.

Kanımızca *Coca Cola* kararı, özellikle yıkıcı fiyatlama açısından Kurul'un niyete verdiği önemi açıkça ortaya koymaktadır. ODM ve OTM arasındaki fiyatlamının tespit edilebildiği ancak niyetin açığa çıkarılmadığı bir durumda ihlalin olmadığı kabul edilmiş, davranışın pazardaki etkilerinin incelenmesine gerek görülmemiştir. Karardaki yaklaşıma benzer şekilde Aslan (2001, 234) da yıkıcı fiyatlamının tespitinde maliyet altında fiyatlamının yanı sıra teşebbüsün niyetinin dikkate alınması gerektiğini savunmuştur.

#### 4.2.4. Frito Lay Kararı<sup>223</sup>

*Frito Lay* kararı niyet unsuruna yönelik ilkesel nitelikte değerlendirmelerin yapıldığı bir karar olması nedeniyle önemlidir. Kararda, Kanun'un 6. maddesinin (a) bendinde yasaklanan “*rakiplerin faaliyetlerinin zorlaştırılmasını amaçlayan eylemler*” bakımından, rakip faaliyetlerinin meşru rekabet sonucu zorlaşması ile hakim durumdaki teşebbüsün rekabetçi olmayan birtakım eylemlerinden kaynaklanan zorlaşma arasında bir ayrıma gidilmiştir. Hatalı müdahale riskini azaltmak amacıyla “zorlaştırma” kavramının tamamıyla iktisadi gerçeklere uygun olarak dar yorumlanması ve ancak rakiplerin fiilen rekabet edebilme imkanını önemli ölçüde azaltan veya tamamen ortadan kaldıran durumların anılan kavram altında değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiştir.

Öte yandan *Frito Lay* kararında Kurul, niyete ilişkin iki temel hususta görüşünü açıkça ortaya koymuştur. Bunlardan ilki kötüye kullanmanın tespiti için niyetin aranan bir kıstas olmadığıdır. Kurul'a göre:

“...kötüye kullanma objektif bir kavramdır ve eğer ilgili eylem ya da işlem rekabetin kısıtlanması etkisini doğuruyorsa bu, söz konusu davranışın yasaklanması için yeterlidir. Hakim durumdaki bir teşebbüsün kötüye kullanma niyeti olmasa bile, eğer gerçekleştirdiği eylem ve işlemler pazarda onun hakim durumundan kaynaklanan bir şekilde sınırlı olan rekabeti daha da sınırlandırıyorsa, bu durumda söz konusu eylemlerin kötüye kullanma olarak kabul edilip rekabet kuralları çerçevesinde yasaklanması gerekmektedir. Niyet ise cezanın takdirinde dikkate alınabilecek bir unsurdur.”

Bu yorumdan hareketle Kurul'un, etkiyi tek başına kötüye kullanma için yeterli bulduğu anlaşılmaktadır. İkinci olarak Kurul, açıkça tespit edildiği durumlarda dahi niyeti dikkate almayacaktır. Çalışmanın 2.2.1. kısmında yer

<sup>223</sup> 04-32/304-71 sayılı karar. Danıştay 13. Dairesi tarafından kararın usul bakımından incelenerek iptal edilmesi üzerine Kurul, aynı konuya ilişkin olarak 06-24/304-71 sayı ile yeniden karar almıştır.

verilen *Olympia* kararındaki yaklaşıma benzer bir yorum Kurul tarafından aşağıdaki gibi dile getirilmiştir:

“Hakim durumdaki teşebbüs rekabetçi olmayan yöntemler ile rakip ... faaliyetlerini zorlaştırmayı ve bu yolla o rakibi piyasa dışına çıkarmayı amaçlayıp, bu amacına dönük olarak bazı eylemlerde bulunabilir. Hatta mevcut soruşturma çerçevesinde Frito Lay’in eylemlerini Kar Gıda odaklı olarak yapması buna örnek olarak verilebilir. ... doğru değerlendirme yapmak için, bu eylemlerin gerçekleştiğinin ve sonucunda pazardaki rekabetçi süreç üzerinde olumsuz olarak fiili veya potansiyel etkiler gösterdiğinin ortaya konulması gerekmektedir.”

Ayrıca kararda, bütün teşebbüslerin pazarda tek ve en iyi olmayı amaçladığı ancak hakim durumdaki teşebbüse ait bu tür bir amacın etkinlikten bağımsız olan yöntemlerle rakipleri dışlayarak gerçekleştirilmesinin yasaklandığı belirtilmiştir.

Karardan aktarılanlar ışığında, Kurul’un tamamıyla etkinlik odaklı bir yaklaşım benimsediği ve kötüye kullanmanın tespitinde fiili veya potansiyel etkiyi temel ölçüt olarak kabul ettiği anlaşılmaktadır. Nihai olarak Kurul, Frito Lay’in “geçmiş dönemlerde rakip faaliyetlerinin zorlaştırılması amacına yönelik olarak bazı bölgelerde münferit eylemler” gerçekleştirdiğini kabul etmiş olsa da “bu eylemlerin etkilerinin sınırlı olması ve Frito Lay’in anılan faaliyetlerinin kapsamlı bir uygulama alanı bulamaması” gerekçesiyle incelenen davranışların bir kötüye kullanma olmadığı sonucuna varmıştır.

Kanımızca karar, 6. maddenin özellikle (a) bendi gibi amaç unsurunun açıkça zikredildiği hükmüne dayanıp, ardından tamamen iktisadi bir yaklaşım ile sonuca varması nedeniyle, bu hükmün esas alındığı diğer birçok karardan büyük ölçüde farklılaşmıştır. Bu bakımdan, Kurul içtihadında niyete ilişkin ortaya konulan yaklaşımlardaki yeknesaklık sorunu *Frito Lay* kararı ile açıkça görülmektedir. Karara ilişkin karşı oy yazısında<sup>224</sup> dile getirilen düşünce de bunu destekler niteliktedir:

“Hakim durumda bulunan bir teşebbüsün, ... pazara girmek, pazar payını artırmak, rakiplerine göre mevcut konumunu sağlamlaştırmak gibi amaçlarla birtakım tavır ve davranışlar içine girmesi; yaygın ve yoğun şekilde, saldırgan denebilecek dağıtım, satış ve promosyon politikaları benimsemesi iş ahlakı ve sosyal sorumluluk ilkelerine olduğu kadar rekabet hukukuna da aykırıdır.”

<sup>224</sup> Prof. Dr. Nurettin KALDIRIMCI’ya ait karşı oy yazısı.

#### 4.2.5. Türk Telekom kararı<sup>225</sup>

ADSL hizmetleri pazarında hakim durumda olduğu belirtilen Türk Telekom'un düzenlediği kampanya kapsamında ADSL modemlerini de bu hizmetle birlikte sunmasının, modem satış ve pazarlama faaliyetlerinde bulunan diğer teşebbüsleri zor duruma soktuğu veya pazarın dışına çıkardığı iddiası değerlendirilmiştir. Kararda kötüye kullanmanın tespitinde niyetin gösterilmesi bir koşul olarak getirilmiş ve bu koşulun kapsamı tüm 6. madde ihlallerini içine alacak şekilde genişletilmiştir. Kurul, kararda ihlalin varlığı için zikredilen tek kıstas olan niyet hakkında aşağıdaki yorumda bulunmuştur:

“Rekabet Kurulu'nun günümüze kadar olan içtihadı göstermektedir ki bir teşebbüsün eylemlerinin kötüye kullanma olarak addedilebilmesi için söz konusu eylemlerin rekabetin bozulmasını, sınırlandırılmasını ya da ortadan kaldırılmasını amaçlıyor olması gerekmektedir, aksi takdirde piyasa aktörlerin[in] ekonomik olarak rasyonel olduğu kabul edilen davranışlarını rekabet hukuku açısından açıklamak mümkün olmayacaktır.”

Bu bağlamda Kurul'un rekabet karşıtı niyet taşımayan herhangi bir davranışın ihlal olamayacağı yönünde bir yaklaşıma sahip olduğu görülmektedir. Kararda bu yönde bir niyetin bulunmadığı gerekçesiyle kötüye kullanmanın oluşmadığı sonucuna ulaşılmıştır.

Kanımızca Kurul'un *Türk Telekom* kararındaki yorumu, niyetin tüm 6. madde ihlalleri açısından aranan bir şart olduğunu belirttiği istisnai değerlendirmelerinden biridir. Bu bakımdan karar, niyete ilişkin Kurul'un genel yaklaşımını göstermekten uzaktır.

#### 4.2.6. Solmaz Mercan Kararları

Kurul *Solmaz Mercan I* kararında<sup>226</sup>, cam ambalaj pazarında hakim durumda olan Anadolu Cam'ın, cam ev eşyaları pazarında faaliyet gösteren ve aynı zamanda bu pazarda rakibi konumunda bulunan Solmaz Mercan'a mal tedarikini azaltmasının ve istenen miktarda mal vermemesinin hakim durumun kötüye kullanılması olmadığını tespit etmiştir. Kurul bu tespitinde mal vermenin reddi bağlamında davranışın rekabeti kısıtlayıcı etkiye sahip olmasını bir koşul olarak aramıştır. Kararda, Anadolu Cam tarafından sağlanan mal tedarikinin Solmaz Mercan'ın taleplerini tam olarak karşılayamaması nedeniyle teşebbüsün olumsuz etkilendiği ifade edilmiş ancak, mal vermenin kesilmesi eyleminin ihlal olarak değerlendirilebilmesi için ilgili teşebbüsün uğramış olduğu zararların

<sup>225</sup> 07-18/165-55 sayılı karar.

<sup>226</sup> 07-47/506-181 sayılı karar.

yanında, ilgili pazarda doğrudan tüketiciye yansıyan, fiyat ve ürün kalitesi gibi hususlarda hissedilir bir etkinin de ortaya çıkması gerektiği belirtilmiştir. Kararda söz konusu eylem neticesinde, fiyatlandırmaya ilişkin hususlarda piyasaya yansıyan net bir etkiden söz edilemediği sonucuna ulaşılmıştır.

Danıştay ilgili kararında<sup>227</sup>, Kurul'un hakim durumdaki teşebbüsün davranışını değerlendirirken dikkate aldığı unsurları sorgulamamış (Demiröz ve Tunçel 2011), ancak Kurul'un söz konusu unsurlardan biri olan rekabeti kısıtlama etkisinin ortaya çıkmadığı gerekçesiyle ihlalin gerçekleşmediği sonucuna ulaşmasını yerinde görmeyerek, kararı iptal etmiştir. Danıştay ayrıca, incelenen eylemin 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesinin (a) ve (d) bentlerini ihlal ettiğini de belirtmiştir.

Bunun üzerine Kurul tarafından alınan *Solmaz Mercan II* kararında<sup>228</sup>:

“...eylemin rekabet üzerinde kısıtlayıcı etkisinin olup olmamasının, cam ev eşyaları pazarında nihai tüketicilerin karşılaştığı fiyat kalite gibi unsurlarda meydana gelecek olumsuz nitelikli net bir etkilenmeye yönelik bir analiz sonucu ortaya konabileceği düşünülse bile 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesinde kötüye kullanma hallerine örnek olarak tadadi bir biçimde sıralanan uygulamalardan (a) ve (d) bentlerinde ifade edilen “amaç” unsurunun, somut olay bağlamında varlığı açıktır.”

değerlendirmesinin ardından, Anadolu Cam'ın Kanun'un 6. maddesini ihlal ettiğine ve idari para cezası verilmesine hükmedilmiştir. Ancak, kararda amaç unsurunun ne şekilde ortaya çıkarıldığına yönelik açıklamaya yer verilmediği görülmektedir.

*Solmaz Mercan* kararları, 6. maddenin (a) ve (d) bentleri kapsamında incelenen davranışlar açısından niyet unsurunun arandığı, etkinin ise bir koşul olmadığı ve dolayısıyla tek başına yeterli olmayacağı görüşünü (Boztosun 2010, 149) destekleyen kararlar olması nedeniyle önemlidir. Zira bu kararlar, konuya ilişkin ilerleyen dönemlerde alınan bazı kararlara da örnek niteliği teşkil etmiştir.

#### 4.2.7. TNet Kararı<sup>229</sup>

*TNet* kararında Kurul, Türk Telekom ve TNet ekonomik bütünlüğünün perakende genişbant internet erişim hizmetleri pazarında maliyetlerini karşılayamayacak düzeydeki fiyatlama ile rakiplerinin faaliyetlerini zorlaştırmak

<sup>227</sup> Danıştay 13. Dairesi'nin 07.02.2011 tarih ve 2007/13574 E., 2011/486 K. sayılı kararı. Danıştay 13. Dairesi'nin kararı, İDDK'nın 2011/1093 E., 2011/670 K. sayılı kararı ile onanmıştır.

<sup>228</sup> 09-39/949-236 sayılı karar.

<sup>229</sup> 08-65/1055-411 sayılı karar.

amacıyla fiyat sıkıştırması uyguladığını tespit etmiştir. Kararda her ne kadar, fiyat sıkıştırması bakımından niyetin tespit edilmesinin zorunlu olmadığı belirtilmişse de niyete ilişkin önemli açıklamalara yer verilmiştir.

Kurul, *TTNet* kararında 6. maddenin (d) bendini “... bir pazarda hâkim durumda bulunan teşebbüsün faaliyette bulunduğu diğer bir pazarda bu gücünü rekabeti bozmak amacıyla kötüye kullanmasının yasaklanmış olduğu anlaşılmakta ve teşebbüsün bu yönde bir eylemi amaçlamasının bile 6. maddenin ihlali anlamına gelebileceği görülmektedir.” şeklinde yorumlamıştır<sup>230</sup>. Diğer yandan Kurul, RKHK’nın gerekçesine atıfta bulunarak bu yorumunu güçlendirmiştir. AB Genel Mahkemesinin *Michelin II* kararındaki yorumuna benzer şekilde, *TTNet* kararında da incelenen davranışların rekabet karşıtı etki yaratması veya teşebbüslerin bu yönde bir amacının olması, bu davranışların ihlal sayılması için yeterli görülmüştür.

Türk Telekom ve *TTNet* yetkililerinin şirket içi sunumlardaki ve aralarında yaptıkları yazışmalardaki ifadeleri, belirlenen amaçlara ulaşabilmek için rakiplerin faaliyetlerinin zorlaştırılması veya pazardan dışlanması yönündeki niyetlerinin göstergesi olarak değerlendirilmiştir. Ayrıca, Türk Telekom’un kendi birimleri tarafından söz konusu uygulamanın RKHK’ya aykırı olabileceği şeklindeki görüşlerini dikkate almaksızın uygulamayı gerçekleştirmesi, soruşturma açılmasına rağmen yüksek maliyetli kampanyaların artırılarak sürdürülmesi ve alınan tedbir kararına rağmen benzer etkideki kampanyaların yürürlüğe konması da dışlayıcı niyetinin bir başka göstergesi olarak dikkate alınmıştır. Dolayısıyla kararda subjektif ve objektif niyetin birlikte kullanıldığı anlaşılmaktadır.

#### 4.2.8. Turkcell Kararı<sup>231</sup>

2010 yılında alınan *Turkcell* kararı ise Kurul’un fiyat sıkıştırması ve yıkıcı fiyatlama iddialarını incelediği ve etki analizi yaptığı bir karar olarak dikkat çekmektedir. Kararda fiyat sıkıştırmasına ilişkin belirlenen kıstaslar arasında niyete yer verilmemekte ancak, yıkıcı fiyatlama bağlamında niyet bir koşul olarak yer almaktadır<sup>232</sup>. Buna karşın, her iki ihlal türü için yapılan değerlendirmelerde teşebbüsün niyetine atıfta bulunulmuştur. Ayrıca Kurul, *Turkcell* kararı ile niyetin tespitinde kullanılacak delillere ilişkin olarak Tartışma Metni’ni esas aldığını açıkça ortaya koymuştur<sup>233</sup>:

<sup>230</sup> Kurul benzer bir yorumu *Mey İçki* kararında da yapmıştır (bkz. 09-27/575-135 sayılı karar).

<sup>231</sup> 10-21/271-100 sayılı karar.

<sup>232</sup> Kararda yıkıcı fiyatlama için belirlenen dört kıstas; hakim durum, maliyet altı fiyatlama, niyet ve hasattır.

<sup>233</sup> Kurul’un *Türk Telekom/Avea* kararında da Tartışma Metni’nde yer verilen niyet delilleri dikkate alınmıştır (bkz. 09-52/1253-318 sayılı karar).

“Teşebbüsün nihai olarak ilgili piyasada rekabeti bozma niyetinin olup olmadığına tespiti, yıkıcı fiyatlama iddialarının değerlendirilmesi için oldukça önem taşımaktadır. ... Söz konusu amacın ortaya konulması; yazılı deliller, rakibin pazar dışına çıkarılma ihtimali, fiyat indiriminin kapsamı, süresi ve devamlılığı, diğer dışlayıcı eylem ve uygulamaların varlığı, zararların gelecekte telafi edilebilirliği ihtimali gibi objektif faktörlerin değerlendirilmesini gerektirmektedir. Teşebbüsün amacının değerlendirilmesi, sayılan bu faktörler çerçevesinde yapılmalıdır.” (Tartışma Metni’ne atıfta bulunulmuştur.)

Tartışma Metni’nden farklı olarak kararda, niyete ilişkin doğrudan deliller ile anılan dolaylı delillerin kullanılmasının bir gereklilik olarak yer aldığı görülmektedir. Daha önce de belirtildiği üzere Tartışma Metni’nde, niyetin doğrudan deliller kullanılarak tespit edilebildiği durumlarda dolaylı delillere ayrıca bakılmasına ihtiyaç duyulmamaktadır<sup>234</sup>.

Diğer taraftan kararda dikkat çeken bir diğer nokta ise, rekabet karşıtı niyetin hakim durumdaki teşebbüslerin özel sorumlulukları açısından değerlendirilmesidir. Buna göre, özel sorumluluk ilkesine dayanarak ihlalin tespitinde niyeti, dikkate alınması gereken bir unsur olmaktan çıkaran aşağıdaki değerlendirme yapılmıştır:

“... hâkim durumdaki bir teşebbüsün rakiplerini dışlama niyeti olmasa bile, gerçekleştirdiği eylem ve işlemler pazardaki rekabeti sınırlandırıyor, bu durumda söz konusu eylemlerin kötüye kullanma olarak kabul edilip rekabet kuralları çerçevesinde yasaklanması gerekmektedir.”

Bu yorumun devamında ise dışlayıcı bir davranışın değerlendirilmesinde etki analizinin temel alınması gerektiği belirtilmiş ve bu gerekliliğin kapsamına fiyat sıkıştırmasının yanı sıra yıkıcı fiyatlama da dahil edilmiştir.

Kanımızca bu karar, Kurul içtihadında ihlalin tespitinde niyete nasıl yaklaşılması ve ne ölçüde bir ağırlık verilmesi gerektiğine ilişkin net bir yaklaşımın belirlenmediğini bir kez daha ortaya koymaktadır.

#### 4.2.9. Doğan Kararı<sup>235</sup>

*Doğan* kararı Kurul’un, kötüye kullanmanın tespitinde niyete yönelik güncel görüşünü ortaya koyması açısından oldukça önemlidir. 2011 yılında alınan *Doğan* kararında, Doğan Medya Grubu bünyesinde günlük gazete reklam yeri pazarında faaliyet gösteren ekonomik bütünlüğün günlük gazete reklam yeri fiyatlarının oluşumunda uyguladığı indirim sistemleri ve medya planlama

<sup>234</sup> Tartışma Metni, para.114.

<sup>235</sup> 11-18/341-103 sayılı karar.

satın alma ajanslarına yönelik prim uygulamaları incelenmiştir. Karara konu indirim sistemlerinin ve uygulamaların, “yüksek düzeyde sadakat yaratıcı nitelikte ve rakipleri dışlama potansiyeline sahip olacak şekilde tasarlanmış” olduğu ve bunun ilgili pazardaki mevcut hakim durumu en azından koruma ya da rakipleri dışlama/piyasayı kapama ve bu suretle hakim durumu daha da güçlendirme niyetine açıkça işaret ettiği belirtilmiştir. Ayrıca teşebbüslerden elde edilen doğrudan deliller kullanılarak Doğan Medya Grubu’nun, gerçekleştirdiği söz konusu indirim sistemleri ve uygulamalarının, ciddi düzeyde dışlama potansiyeline sahip olduğunun ve rakipleri dışlama/piyasayı kapama niyet ve tasarısının bir ürünü olduğunun farkında olduğu belirtilmiştir.

Kararda AB Rehberi’ne de atıfta bulunulmuş ve Doğan Medya Grubu tarafından %100 çalışma koşulunun yerine getirilmesine veya rakipler ile çalışılma(ma)sına bağlı olarak uygulanacak indirim sistemlerinin Rehber’de<sup>236</sup> yer verilen ve kötüye kullanmanın tespitinde rekabet karşıtı etkilerin ayrıca değerlendirilmesine gerek görülmediği durumlara uygunluk gösterdiği belirtilmiştir. Ancak bu yöndeki bir açıklamanın ardından, ihlalden bahsedilebilmesi için incelenen davranışların sonucunda rekabet karşıtı etkinin fiilen gerçekleşmesinin veya kuvvetle muhtemel olmasının veya bu davranışların piyasada rekabetin engellenmesi riski yarattığının ortaya konulmasının gerektiği ifade edilmiştir. Bunun üzerine incelenen davranışların ilgili pazarda etki doğurduğunun tespit edilemediği sonucuna ulaşılmıştır.

Kararda teşebbüsün, tek başına dışlayıcı etki potansiyelinin kötüye kullanma için yeterli olmadığı ve bu yönde gerçekleşmiş etkinin gösterilmesi gerektiği, sırf amaç nedeniyle cezalandırılmanın şekilci bir yaklaşıma neden olduğu yönündeki savunmasına da yer verilmiştir. Buna karşın Kurul, indirim/prim sistemlerinin hem dışlama potansiyelinin hem de doğrudan rekabet karşıtı dışlayıcı etkilerin varlığı bakımından ayrıntılı bir şekilde incelendiğini ileri sürmüştür. Buna göre, çalışmanın 3.1. kısmında yer verilen ve muhtemel etki standardının benimsendiği içtihat örneklerine benzer şekilde, Kurul inceleme konusu indirim sistemleri ve uygulamalarının “rekabet karşıtı dışlama/kapama etkisinin gerçekleşmesinin kuvvetle muhtemel olması bağlamında rekabet karşıtı dışlama/kapama potansiyeline” sahip olduğu gerekçesiyle 4054 sayılı Kanun’un 6. maddesine aykırılık teşkil ettiği sonucuna varmıştır.

Kararda dikkati çeken diğer bir husus ise, niyete ilişkin olarak aşağıdaki şekilde yapılan açıklamadır:

---

<sup>236</sup> Rehber para.22.



“... kötüye kullanma aynı zamanda potansiyelden bağımsız, objektif bir kavramdır. Zira teşebbüsün niyeti rakipleri piyasa dışına itmek olmasa dahi, bu politikaları sonucunda rakiplerinin faaliyetlerinin zorlaştırılması veya söz konusu rakiplerin dışlanması 4054 sayılı Kanun bakımından ihlal olarak değerlendirilebilecektir. Bu bağlamda, kötüye kullanmanın varlığına amaç unsurundan bağımsız olarak doğrudan dışlama etkilerinin tespitiyle de ulaşılabilecektir.”

Kurul’un bu yorumu niyet ve fiili etki unsurlarının ihlalin tespitinde birbirinin alternatifi olarak görüldüğü şeklinde anlaşılmalı birlikte, niyetin tek başına yeterliliği bakımından netlikten uzak bir yorumdur. Bu anlayışa benzer şekilde Güven (2005, 274) de, indirim veya prim sistemlerinin kötüye kullanma olarak değerlendirilebilmesi için rekabeti ihlal etme niyeti ile yapılması veya niyet olmaksızın bu tür bir etki doğurması gerektiğini ileri sürmüştür.

Bir yandan *Solmaz Mercan* kararlarına da atıfta bulunarak teşebbüsün niyetinin açıkça incelendiği, diğer yandan davranışın etkilerinin analiz edildiği ve muhtemel etkilerin ortaya konulduğu kararda niyete tam olarak nasıl bir rol verildiği sorusu akla gelmektedir. Kanımızca kararda, üstü örtülü olarak niyetin potansiyel etkiye ulaşmada kullanıldığı bir yaklaşım öngörülmüştür. Bu yaklaşım her ne kadar kararda açıkça dile getirilmese de Kurul, incelenen davranışların “*dışlama potansiyeline sahip olduğuna ve dışlama niyeti içerdiğine*” ilişkin tespitlerde bulunurken, bu iki unsuru genellikle birlikte kullanmış ve bunlara ilişkin yapılan değerlendirmede birkaç kritere münferit şekilde değil, “*birbirini tamamlayan*” çok sayıda ilgili kritere kümülatif şekilde dayandığını ifade etmiştir.

#### 4.2.10. Diğer Kararlar

Yukarıda yer verilen kararların dışında, Kurul’un hakim durumun kötüye kullanılmasında niyet unsurunu değerlendirdiği kararlara ilişkin verilebilecek örnekleri çoğaltmak mümkündür. Niyete yönelik yapılan değerlendirmelerin yukarıda aktarılan kararlara göre daha az yer tuttuğu diğer bazı kararlara aşağıda kısaca yer verilecektir.

*İzocam* kararında<sup>237</sup> AB uygulaması ve literatürü de dikkate alınarak 6. madde kapsamında yıkıcı fiyat, seçici fiyat ve aşırı fiyat incelemesi yapılmıştır. Seçici fiyatlandırma için belirlenen kıstaslardan biri “*Rakibin dışlanmasına yönelik bir niyetin saptanıp saptanmadığı, eğer saptanmışsa bu niyetin dışlama amacıyla oluşturulan genel bir planın bir parçası olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği*” olmuştur. Kararda dikkat çeken diğer bir açıklama ise

<sup>237</sup> 10-14/175-66 sayılı karar.



seçici fiyatlamaya değerlendirmesinde dikkate alınması gereken “rakibi dışlamaya yönelik niyetin varlığı” şeklindeki kıstasın salt bir dışlama niyetinin ötesinde, bu yönde planlı bir strateji olarak benimsenmesi gerektiğine ilişkindir. İzocam’ın incelenen uygulamalarının seçici fiyatlamaya olarak nitelendirilemeyeceğine karar verilirken niyetin yanı sıra dışlayıcı niyete eşlik ettiği iddia edilebilecek başka uygulamaların varlığına da bakılmıştır.

*Anadolu Cam* kararında<sup>238</sup> cam ambalaj pazarında hakim durumda bulunan teşebbüsün bir ihaledeki fiyat politikası incelenmiştir. Seçici fiyat değerlendirmesi yapılan kararda rakip teşebbüsün piyasadaki faaliyetinin zorlaştırılması amacıyla eylemlerde bulunularak hakim durumun kötüye kullanıldığı tespit edilmiştir. Yapılan analizde “teşebbüsün rakibinin piyasadaki faaliyetini zorlaştırma amacını gösteren deliller”in bulunması seçici fiyatlamaya açısından bir koşul olarak getirilmiştir. Bu kapsamda, Anadolu Cam’dan elde edilen belgeler niyeti gösteren deliller olarak kullanılmıştır.

*Gölcük Belediyesi/Batıçim* kararında<sup>239</sup> Batıçim’in, Gölcük Belediyesi’nin hudutları içerisindeki alana hazır beton sağlayamaması mal vermenin reddi çerçevesinde incelenmiştir. İncelenen davranışın mal vermenin reddi kapsamında kötüye kullanma sayılabilmesi için dört koşul belirlenmiştir. Bu koşullardan biri ise “mal vermeyi kesmenin rekabeti kısıtlayıcı amacı olup olmadığı” şeklindedir<sup>240</sup>. Kararda teşebbüsün bu yönde bir amaç taşıdığına dair herhangi bir bulguya ulaşılamadığı belirtilerek, haklı gerekçelerin de bulunması nedeniyle şikayet reddedilmiştir.

*British American Tobacco* kararında<sup>241</sup> Kurul, bir davranışın mal vermeyi reddetme şeklinde bir kötüye kullanma olduğunu değerlendirebilmek için “teşebbüsün amacının rakiplerinin faaliyetlerini zorlaştırmak olduğunun ve objektif bir gerekçesi olmadığı” ispatlanmasını zorunlu kılmıştır. Kararda dolaylı deliller kullanılarak hakim durumdaki teşebbüsün dışlama niyetinin bulunmadığı sonucuna ulaşılmış ve şikayet reddedilmiştir. Benzer şekilde Reckitt Benckiser A.Ş. hakkında alınan kararda<sup>242</sup> dışlama niyetinin bulunmadığı gerekçesiyle ihlalin doğmadığı sonucuna ulaşılmıştır. Ancak, mal vermenin reddi incelemesinin yapıldığı söz konusu kararda bu tür bir

<sup>238</sup>04-76/1086-271 sayılı karar. Danıştay 13. Dairesi tarafından kararın usul bakımından incelenerek iptal edilmesi üzerine Kurul, aynı konuya ilişkin olarak 09-35/877-206 sayı ile yeniden karar almıştır.

<sup>239</sup>06-90/1142-338 sayılı karar.

<sup>240</sup> Rekabet Kurulu’nun mal vermenin reddi incelemesi yaptığı *Türkiye Taşkömürü İşletmeleri* (bkz. 04-66/949-227 sayılı karar) ve *Aysan/Elkamet* (bkz. 09-50/1238-312 sayılı karar) kararlarında da aynı kıstas kullanılmıştır.

<sup>241</sup>10-18/199-75 sayılı karar.

<sup>242</sup>10-63/1320-496 sayılı karar.

davranışın değerlendirilmesinde dikkate alınacak kıstaslar arasında niyete yer verilmemiştir.

Benzer şekilde Kurul, Microsoft'un kişisel bilgisayar işletim sistemi pazarında rakibi olan şirkete zarar verme kastıyla dava açtığı (*vexatious/sham litigation*) iddiasını incelediği kararda<sup>243</sup> ise, AB Genel Mahkemesi'nin *ITT Promedia* kararındaki yaklaşımı ile paralel olarak, hakim durumdaki teşebbüsün rakibinin faaliyetini engelleme niyetinin bulunmadığı gerekçesiyle iddiayı reddetmiştir.

Feniks'in yıkıcı fiyat uyguladığı iddiasının incelendiği Kurul kararında<sup>244</sup> niyet, yıkıcı fiyata yönelik dört koşuldandır<sup>245</sup> birini oluşturmaktadır. Bu yöndeki bir diğer kararda<sup>246</sup> ise yıkıcı fiyatın, ODM'nin altındaki fiyatlama ve rakipleri piyasa dışına itme veya faaliyetlerini zorlaştırma niyetinin bulunması durumunda ortaya çıkabileceğine hükmedilmiştir. Kurul, yıkıcı fiyat incelemesi yaptığı *Habaş* kararında<sup>247</sup> ise örtülü olarak AKZO testini kullanmıştır. Kararda ODM ve OTM arasındaki fiyatlamasının yıkıcı olabilmesi için niyet bir koşul olarak görülmüştür<sup>248</sup>.

GSM altyapı hizmetleri pazarında hakim durumda bulunduğu tespit edilen Türk Telekom'un, GSM hizmetleri pazarında kendisi ile aynı ekonomik bütünlük içerisinde bulunan Aycell lehine ayrımcılık yaptığı ve bu pazarda rakip teşebbüslerin faaliyetlerini zorlaştırdığı yönündeki iddiaların değerlendirildiği kararda<sup>249</sup> ise Kurul, teşebbüsün bu yönde bir amacının bulunmadığını da dikkate alarak ihlalin gerçekleşmediği sonucuna ulaşmıştır.

Bunların yanı sıra Kurul'un niyet ve etki unsurlarının her ikisini de incelediği kararlar da mevcuttur. Turkcell'in GSM hizmetleri ve mobil pazarlama hizmetleri pazarlarındaki münhasırlık faaliyetlerinin ve uyguladığı indirim sistemlerinin incelendiği kararda<sup>250</sup> Kurul, incelenen davranışların rakipler üzerinde dışlayıcı bir etki doğurduğunu tespit etmiştir. Bunun yanı sıra hakim durumdaki bir teşebbüsün kötüye kullanma niyeti olmadığında dahi, pazardaki

<sup>243</sup> 00-46/488-266 sayılı karar.

<sup>244</sup> 07-67/815-310 sayılı karar.

<sup>245</sup> Kararda yıkıcı fiyata ilişkin olarak getirilen koşullar; iktisadi üstünlük, olağandışı düşük fiyat, niyet ve hasattır. Söz konusu koşullar *ASKİ* (bkz. 02-47/587-240 sayılı karar), *Toprak Mahsulleri Ofisi* (bkz. 08-50/720-280 sayılı karar), *Goldaş* (bkz. 07-29/259-90 sayılı karar) ve *Koç Holding* (bkz. 07-16/145-46 sayılı karar) kararlarında da kullanılmıştır.

<sup>246</sup> 00-9/89-44 sayılı *Uzay Gıda* kararı.

<sup>247</sup> 06-66/887-256 sayılı karar.

<sup>248</sup> *İSBAK* kararında da aynı ölçütler esas alınmıştır (bkz. 06-35/444-116 sayılı karar).

<sup>249</sup> 01-41/411-105 sayılı karar.

<sup>250</sup> 09-60/1490-379 sayılı karar.

rekabeti sınırlandıran eylemlerinin yasaklandığı belirtilse de kararda niyetin dikkate alındığı anlaşılmaktadır. Niyeti göstermek için teşebbüsün iç belgelerindeki ifadeler kullanılmıştır<sup>251</sup>. Turkcell'in incelenen davranışları gerçekleştirmedeki amacının “*kâr sağlamak değil rakiplerini dışlamak*” ve “*rakiplerin pazara girmesine engel olmak*” olduğu belirtilen kararda, 6. maddenin (a) bendine dayanarak ihlalin varlığı tespit edilmiştir.

*Tekhnelogos* kararında<sup>252</sup> ise hakim durumdaki teşebbüsün kötü niyetinin olmaması, rekabet karşıtı etkinin sınırlı düzeyde kaldığını göstermede bir kıstas olarak kullanılmıştır. Ayrıca beyaz eşya sektöründe mal vermenin reddi incelemesinin yapıldığı bir diğer kararda<sup>253</sup> ise niyetin, davranışın etkilerini değerlendirmede **destekleyici** bir unsur olduğu belirtilmiştir<sup>254</sup>.

Kurul, Petrol Ofisi A.Ş.'nin *ligh wax* adlı hammadde pazarında mal vermeyi reddetme niteliğinde bir uygulamada bulunmadığı tespitine ulaştığı kararında<sup>255</sup> söz konusu ihlal türü bakımından teşebbüsün rekabeti kısıtlayıcı amacı olmasını da bir koşul olarak aramıştır. Ayrıca detaylı bir etki analizine yer verilmeyen kararda davranışın rekabeti kısıtlayıcı etkisi ve amacı bulunmadığı sonucuna ulaşılmıştır.

*Migros* kararında<sup>256</sup> ise yıkıcı fiyatlamanın tespitinde diğer birtakım koşulların yanı sıra davranışın “*piyasadaki diğer teşebbüsleri piyasa dışına çıkarma amacı taşıması ya da piyasada bu tür bir etki yaratması*” gerektiği belirtilmiştir. Buna göre Kurul, niyet ve etki unsurlarının birbirlerinin yerine kullanılabildiği bir yaklaşım benimsemiştir<sup>257</sup>.

Yapı kimyasalları sektöründe indirim ve prim sistemlerinin incelendiği bir diğer kararda<sup>258</sup> dışlayıcı niyete ve pazardaki etkilere bakılması gerektiği dile getirilmiştir<sup>259</sup>. Öte yandan niyetin doğrudan rakiplere ilişkin çalışma koşulları içeren indirim/prim tekliflerinden ve teşebbüsün iç belgelerinden tespit edilebileceği belirtilmiştir.

<sup>251</sup> *Ülker* kararında ise Kurul, teşebbüsün “*sahip olduğu pazar gücünü diğer firmaları bu pazarlardan dışlamak için kullandığına yönelik hiçbir somut belgenin*” elde edilememiş olmasını ihlalin gerçekleşmediğini göstermede kullanmıştır (bkz. 03-40/436-187 sayılı karar). IBM Türk Ltd. Şti. hakkında alınan kararda ise doğrudan delillerin bulunmadığı gerekçesiyle niyetin tespit edilemediği sonucuna ulaşılmıştır (bkz. 05-07/62-27 sayılı karar).

<sup>252</sup> 08-52/791-320 sayılı karar.

<sup>253</sup> 11-43/942-306 sayılı Arçelik A.Ş. vd. kararı.

<sup>254</sup> Benzer bir değerlendirmenin yapıldığı kararlar için bkz. 10-45/813-27 sayılı Vizyon Asansör kararı ve 10-44/771-253 sayılı Samsung kararı.

<sup>255</sup> 01-56/554-130 sayılı karar.

<sup>256</sup> 10-19/214-95 sayılı karar.

<sup>257</sup> Benzer bir yaklaşıma *BİM* kararında da yer verilmiştir (bkz. 08-41/568-216 sayılı karar).

<sup>258</sup> 11-03/42-14 sayılı Seramik Yapıştırıcıları kararı.

<sup>259</sup> Türk Telekomünikasyon A.Ş. hakkında alınan diğer bir kararda da niyet ve etki birlikte dikkate alınmıştır (bkz. 03-28/347-147 sayılı karar).

### 4.3. KURUL KARARLARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

Yukarıda aktarılan kararlar ışığında, 6. madde kapsamında incelenen birçok ihlal türü bakımından niyetin, Türkiye uygulamasında kötüye kullanma analizinde önemli bir unsur olarak yer aldığı anlaşılmaktadır. Ayrıca Kurul içtihadında, doğrudan deliller ile tespit edilen subjektif niyetin yanı sıra davranıştan yapılan çıkarımlar yoluyla gösterilen objektif niyetin de kullanıldığı görülmektedir. Buna karşın, Kurul'un hakim durumun kötüye kullanılmasına yönelik incelemelerinde niyet unsuruna ilişkin değerlendirmelerin sistematik biçimde yapıldığını veya belirli bir eğilim içinde olduğunu belirtmek mümkün görünmemektedir. Kurul içtihadında niyet, bir uçta tüm 6. madde ihlallerinin tespiti açısından bir koşul olarak aranmakta iken, diğer uçta ise açıkça gösterilebildiği durumlarda dahi dikkate alınmaması gereken bir unsur olarak görülmektedir. Bununla birlikte, Kurul'un 6. maddenin amaca açıkça yer veren bentlerine dayanılarak aldığı kararlar arasında da niyet bakımından farklı görüşler ile karşılaşılmaktadır.

Kurul uygulamasında, kötüye kullanmanın tespitinde niyet ve etki unsurlarına yönelik olarak ortaya çıkan farklı kullanım şekilleri çalışmanın 4.2.1. ve 4.2.9. arasındaki kısımlarında aktarılan kararlar dikkate alınarak hazırlanan aşağıdaki şekil yardımıyla özetlenebilir:

**Şekil 1:** Kurul Uygulamasında Niyet ve Etki Unsurlarının Kullanımı

		ETKİ DEĞERLENDİRMESİ	
		+	-
NİYET DEĞERLENDİRMESİ	+	<i>Biryay II</i> <i>Karbogaz</i> <i>TTNet</i> <i>Turkcell</i> <i>Doğan</i>	<i>Coca-Cola</i> <i>Türk Telekom</i> <i>Solmaz Mercan II</i>
	I	<i>Frito-Lay</i> <i>Solmaz Mercan I</i>	-

Şekilde yer verildiği üzere, ihlalin tespitinde niyet ve etkinin kullanımı açısından yeknesaklık bulunmadığı ve söz konusu unsurlardan sadece birinin veya her ikisinin incelendiği içtihat örneklerinin mevcut olduğu görülmektedir.

Danıştay kararlarına bakıldığında ise, genel anlamda 6. maddeye ilişkin esas bakımından detaylı incelemelerin yapıldığı kararların azlığı göze çarpmaktadır. Danıştay'ın kararlarında incelediği davranışın hangi hallerde kötüye kullanma olarak değerlendirileceğine ilişkin genel bir çerçeve çizmeyerek bütüncül değerlendirmelerden uzak durduğu görülmektedir (Demiröz ve Tunçel 2011). Bu doğrultuda, 6. madde uygulamalarında niyetin nasıl ele alınması gerektiğine yönelik Danıştay'ın yaklaşımı ile ilgili net çıkarımlarda bulunabilecek bir kararın varlığından bahsetmek mümkün görünmemektedir. Her ne kadar Danıştay, Kurul'un *Solmaz Mercan I* kararını sadece etkiye bakılarak ihlalin gerçekleşmediği sonucuna varmanın mümkün olmadığı gerekçesiyle iptal etmişse de, niyetin kötüye kullanmanın tespitinde bir koşul olarak değerlendirilmesi gerektiği yönünde açık bir ifadeye yer vermemiştir.

Kötüye kullanmanın tespitinde niyetin dikkate alındığı kararlara bakıldığında, çoğunlukla yıkıcı fiyatlama ve mal vermenin reddi bağlamında yapılan değerlendirmelerde niyet unsurunun kullanıldığı görülmektedir. Bununla birlikte genel olarak 6. maddenin (a) ve (d) bentlerine dayanılarak yapılan ihlal değerlendirmelerinde teşebbüsün niyetinin çoğunlukla araştırıldığı anlaşılmaktadır. Zira yıkıcı fiyatlama ve mal vermenin reddi uygulamaları da (a) bendi kapsamında incelenmektedir (Güçer 2005, 106-107).

Kurul içtihadında niyetin kullanılmasına yönelik ortaya çıkan yaklaşımlar da incelenmesi gereken diğer bir konudur. Bu kapsamda, yukarıda incelenen kararlar dikkate alındığında, çalışmanın 2.2. kısmında yer verilen yaklaşımların tümünün Türkiye uygulamasında da yer edindiği görülmektedir. Bu yaklaşımlardan, niyeti tamamen inceleme dışında bırakan görüş hariç olmak üzere, niyeti değerlendirmeye alan görüşlerin birbirini dışlayıcı nitelikte olmadığı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla kanımızca birçok farklı durumu kapsayan *tek taraflı davranış* değerlendirmesinde niyetin oynayacağı role yönelik makul ve pratik birden fazla çözüm ortaya çıkabilmektedir.

Diğer taraftan Kurul'un uygulamalarında kötüye kullanmanın tespitinde etki unsurunun da kullanıldığı görülse de, bu yöndeki kararların tamamında detaylı bir etki analizi yapıldığından bahsetmek mümkün görünmemektedir. Buna ilişkin olarak Kurul'un 6. madde uygulamalarında iktisadi analizlerin kullanımının karardan karara büyük ölçüde değişebildiği ve yeterli derecede iktisadi analize yer verilmediği yönünde eleştiriler ortaya atılmıştır (OECD 2005b, 40)<sup>260</sup>. Ardiyok (2007, 44) da rekabet hukukçularının, iktisadi yaklaşımları hukuk uygulamasına doğru bir şekilde yansıtılabilmek için pozitif (ampirik) çalışmalara daha çok yönelmesi gerektiğini savunmuştur.

<sup>260</sup> Benzer bir eleştiri için bkz. İçöz ve Hançer (2007, 165).

Kurul içtihadının genel analizi hakim durumun kötüye kullanılması hususunda temel bazı prensipleri göstermeye yardımcı olsa da, tek taraflı davranışların değerlendirilmesinde birtakım standartların ancak olay bazında olduğu görülmektedir. Meşru rekabete ilişkin OECD Raporu'na Türkiye'nin yaptığı katkıda, pazarın özellikleri, davranışın niteliği ve arkasındaki niyet, piyasadaki etkiler gibi birçok parametrenin olay bazında yapılacak detaylı bir analizin parçası olabileceği ifade edilmiştir (OECD 2005, 197). Buna karşın Türkiye uygulamasına geniş bir açıdan bakıldığında niyet unsurunun ihlalin tespitinde önemli ölçüde kullanıldığı şeklinde bir sonuç çıkarmak mümkündür. Bu bağlamda Türkiye, ABD ve AB uygulaması arasında bir karşılaştırma yapıldığında ise, Türkiye uygulamasının, niyetin yaygın şekilde kullanım bulduğu AB uygulamasının özellikle modernizasyon öncesi dönemine daha yakın olduğu anlaşılmaktadır.

Son olarak, çalışma kapsamında Kurul tarafından 6. madde uyarınca yürütülen soruşturmalara ilişkin alınan kararlar<sup>261</sup> incelenmiştir. Toplam 38 soruşturmanın<sup>262</sup> 19'unda incelenen teşebbüsün niyetinin incelemeye dahil edildiği görülmüştür. Her ne kadar söz konusu 19 kararın tamamında niyete yönelik detaylı bir araştırmanın yapıldığını söylemek mümkün olmasa da çalışma kapsamında yapılan bu değerlendirmenin, niyetin tek taraflı davranışlara ilişkin olarak Türkiye uygulamasında yer edinmiş olan bir unsur olduğu sonucunu pekiştirdiği düşünülmektedir.

#### **4.4. TEK TARAFLI DAVRANIŞLARIN DEĞERLENDİRİLMESİNDE NİYETİN KULLANIMINA YÖNELİK ÖNERİLER**

Genel anlamda niyet kolay bir ispat aracı olarak görülmesine rağmen hakim durum analizlerinde niyetin kullanılması birtakım zorlukları beraberinde getirmektedir. Bu zorluklardan biri, hakim durumda dahi olsa teşebbüslerin rakiplerinin aleyhine olacak şekilde pazar payı elde etme ve büyüme isteğinin rekabetçi sürecin dinamiklerine uygun olmasına ilişkindir. Teşebbüslerin bu güdüsü çoğunlukla pazarı daha yenilikçi hale getirmekte ve rekabet süreci ekonomik büyümeye katkı sağlamaktadır. Dolayısıyla rekabet otoriteleri böyle bir durumu istemekle kalmamakta aynı zamanda teşvik etmektedir. Bu çerçevede teşebbüs yetkililerinin rakiplerini sevmemesi veya onların aleyhine birtakım

<sup>261</sup> 15.12.2011 tarihine kadar gerekçeli kararı yayımlanmış olan soruşturmalar incelemeye alınmıştır.

<sup>262</sup> Bu soruşturmaların üçünde incelenen teşebbüsün hakim durumda bulunmadığı gerekçesiyle, diğer birinde ise daha ziyade 4. madde kapsamında değerlendirme yapılarak kötüye kullanmaya ilişkin detaylı incelemeye yer verilmemiştir. Ayrıca Danıştay tarafından esastan incelenerek iptal edilen diğer iki karara ilişkin olarak Kurul yeniden karar alırken niyeti dikkate almıştır. Dolayısıyla niyetin incelendiği karar sayısı 21'e çıkmıştır.

başarılar elde etmeyi istemesi de makuldür. Bu tür istekler teşebbüsün iç belgelerine de yansiyabilmektedir, hatta belki de tuhaf olan teşebbüs belgelerinde bu tür bir isteğin olmamasıdır. Hakim durumdaki teşebbüslere meşru rekabet hakkı tanınmasına rağmen, bu teşebbüslerin hakim durumlarını kötüye kullanarak rekabete zarar vermeleri yasaklanmıştır. Bu bağlamda, tek taraflı davranışların değerlendirilmesinde bir standart olarak niyete bakılırken şu sorunun cevabı aranmaktadır: Hakim durumdaki teşebbüsün incelenen davranışının arkasındaki motivasyon (rakiplerin aleyhine de olsa) meşru rekabet yoluyla kazanç elde etmek midir, yoksa rekabet sürecine zarar vererek rakipler veya tüketiciler aleyhine olacak sonuçlara yol açmak mıdır? Kanuna aykırı yolların kullanıldığı ikinci durumda da hakim durumdaki teşebbüsün ticari bir beklentisi veya kazancı olacağı kesindir. Dolayısıyla incelenen niyet, salt bir istek değil, mevcut bir davranışın hangi saikle gerçekleştirildiğidir.

Bu noktada kanımızca doğrudan deliller ile ulaşılan subjektif niyete ilişkin dikkat edilmesi gereken husus yeterli ispat standartlarının oluşturulmasıdır. Yukarıda da yer verildiği üzere ihlalin tespitinde niyete bakarken, salt rakibin yok edileceğine yönelik ifadeler yerine teşebbüs adına politika belirlemeye yetkili kişilerin, kendi yetki alanları çerçevesinde oluşturdukları bir planda veya daha detaylı stratejilerde yer alan niyete yönelik göstergelerin kullanılmasının daha uygun olacağı düşünülmektedir.

Diğer taraftan, teşebbüsün niyeti davranışlardan yapılan çıkarımlar ile daha objektif bir şekilde ortaya çıkarılabilmekte ve çalışmanın 1.2.2. kısmında da belirtildiği üzere AB ve ABD uygulamasında bu tür bir niyetin dikkate alındığı örnekler bulunmaktadır. Niyetin analizi objektif delillere dayandırıldığında subjektif niyete yönelik pratik zorluklar ortadan kalkmaktadır. Ancak kanaatimizce bu durum subjektif niyetin değersiz olduğu anlamına gelmemektedir. Ayrıca, doğrudan ve dolaylı delillerin, teşebbüsün niyetini tespit etmede birbirini destekleyecek şekilde kullanılabilmesinin de vurgulanması gerekmektedir.

Niyet unsuruna verilen ağırlık, ne ölçüde müdahaleci veya yetinmeci bir rekabet politikası uygulanacağına bağlı olarak piyasaya daha fazla müdahale için gerekçe olabilir veya tam tersi için bir filtre işlevi sağlayabilir. Kanımızca Kurul tarafından 6. madde kapsamında yapılacak değerlendirmelerde inceleme konusu olayın özellikleri de göz önünde bulundurularak niyet unsurunun kullanımına ilişkin, aşağıdaki yaklaşımların esas alınması faydalı olacaktır.

Öncelikle karar vermedeki hataların minimize edilmesi ve piyasaya yanlış sinyaller gönderilmesinin engellenmesi bakımından mümkün olduğunca



eldeki objektif verilere başvurulması gerektiği düşünülmektedir. Bu zeminde, davranışın etkilerinin araştırılması sağlıklı bir sonuca ulaşılması için elzem görülmektedir. Ancak çalışmanın 3.3. kısmında yer verildiği üzere davranışın etkilerini tespit etmede birtakım güçlükler ile karşılaşılabilen ve bu tür bir analiz sonuçsuz kalabilmektedir. Bu durumda fiili bir etkisi tespit edilemeyen davranışlar bakımından teşebbüsün açık bir şekilde ortaya konulmuş olan niyeti davranışın muhtemel etkisini göstermede kullanılabilir. Ayrıca çalışmanın 3.1. kısmında incelendiği üzere muhtemel etki standardının ihlalin tespitinde yeterli olduğu kabul görmüştür. Muhtemel etkiye bu şekilde ulaşılabilirdiği bir durumda müdahaleden kaçınma, hakim durumdaki teşebbüslere niyetlendikleri ve uygulamaya geçirdikleri ancak ileride gerçekleşmesi beklenen amacın fiilen tam olarak elde edilmediği davranışları açısından sorumluluktan kurtulabileceği yönünde bir mesaj iletilmiş olur ki, bunun etkin bir rekabet hukuku politikası ile örtüşmeyeceği vurgulanmalıdır.

Bazı şekil şartlarını taşıyan davranışların, incelenen olayın koşulları (pazarın özellikleri, tüketicilerin ve teşebbüslerin durumu, vb.) çerçevesinde kötüye kullanma niyeti ile gerçekleştirildiğinde rekabet karşıtı bir etki doğuracağı sonucuna kesin bir şekilde ulaşıyorsa, teşebbüsün niyetinin analize dahil edilmesi yerinde olacaktır. Zira bu yaklaşım niyetin, muhtemel etkiyi gösterebileceğinin öngörüldüğü ve yukarıda önerilen diğer kullanım şekliyle de uyumludur. Ancak bu ikinci durumda bazı şartları taşıyan kötü niyetli davranışların rekabet karşıtı etkiler doğuracağı bir karine teşkil etmekte ve bu davranışlar açısından ayrı bir etki değerlendirmesine ihtiyaç duyulmamaktadır. Kurul'un tecrübeleri de dikkate alınarak, oldukça dikkatli şekilde yaklaşılması gereken bu şekil şartları, önceki bölümlerde aktarıldığı üzere çoğunlukla ODM ve OTM arasındaki yıkıcı fiyatlama ve Türkiye uygulamasında nadir olarak görülen rakibe zarar verme kastıyla açılan davalar olabilmektedir<sup>263</sup>.

<sup>263</sup> Ayrıca çalışmanın 3.2. kısmında yer verildiği üzere, AB Rehberi'nde sadece rekabete engel olabilecek ve herhangi bir etkinlik doğurmayacak nitelikte olduğu belirtilen bazı davranışlar belirlenmiş ve bu davranışlar açısından ayrı bir etki değerlendirmesine gerek görülmemiştir (para.22). Bu davranışlar, müşterilerin rakip ürünlerini denemelerinin engellenmesi, müşterilerine bu ürünleri denemeleri koşuluyla finansal teşvikler sağlanması ya da bir dağıtıcıya veya müşteriye rakibin ürününün tanıtımını/piyasaya sunumunu ertelemesi için ödemedeki bulunma olarak tanımlanmıştır. Kanımızca bu davranışlar objektif bir dışlama niyeti taşımaktadır. Dolayısıyla, bu davranış şekillerini de niyetin ve bazı şekil şartlarının ihlalin tespitinde birbirinin tamamlayıcısı olarak kullanıldığı duruma verilebilecek örnekler arasına almanın mümkün olduğu düşünülmektedir.



Bunların yanı sıra niyetin, kötüye kullanma tespitinden sonra cezanın takdirinde dikkate alınmasının faydalı olacağına inanılmaktadır<sup>264</sup>. Çalışmanın 2.3. kısmında yer verilen mehaz niteliğindeki AB uygulamasına benzer şekilde, bir davranışın rekabet karşıtı bir niyet ile gerçekleştirilmesinin, cezayı ağırlaştırıcı bir unsur olarak görülmesi yerinde olacaktır. Bu tür bir düzenlemenin verilecek cezanın caydırıcılığını artıracığı düşünülmektedir.

Uygulamaya yönelik yukarıda yer verilen önerilerin haricinde, niyet unsurunun iktisadi yöntemler ile etkisi açıkça ortaya konulabilen davranışlar bakımından ek bir ispat aracı olarak kullanılmasının önünde hiçbir engel olmadığı düşünülmektedir. Bu şekilde kullanıldığında niyet, yapılan kötüye kullanma tespitini tamamlayan ve kuvvetlendiren bir rol üstlenebilir. Özellikle olası bir hatalı müdahalenin teşebbüsler ve tüketiciler üzerindeki olumsuz etkilerinin yüksek olacağı durumlarda niyetin ihlale yönelik diğer bulguları destekleyici şekilde kullanılması daha anlamlı olacaktır. Diğer taraftan niyetin ek bir ispat aracı olarak dikkate alınması durumu, cezanın tespitinde ağırlaştırıcı bir unsur şeklinde kullanılabilmesine de olanak sağlayacaktır.

Buna karşın, niyetin tek başına ihlalin tespiti bakımından yeterli olabileceği şeklinde bir yaklaşımın kabul edilmemesi gerektiği düşünülmektedir. Çünkü, hatalı müdahale riskini oldukça artıran bu tür bir yaklaşımın maliyeti teşebbüslerin kalite, fiyat veya yenilik yoluyla rekabet etme güdüsünü azaltmak olacaktır. Bu bakımdan, kanaatimizce belirli şekil şartını taşıyan davranışların, rekabet karşıtı bir niyet ile gerçekleştirildiğini kabul ederek bu davranışları *per se* ihlal olarak gören yaklaşım uygun değildir. Bu yaklaşım bir taraftan rekabet otoriteleri açısından ihlalin analizini kolaylaştıracak ve idari masraflardan tasarrufa katkı sağlayabilecek iken diğer taraftan hatalı müdahale ile soğutma etkisi yaratma ve rekabet sürecinin dinamiklerini engelleme riskini barındırmaktadır.

<sup>264</sup> Niyet unsuru RKHK'nın idari para cezalarına ilişkin 16. maddesinde ve 15.02.2009 tarih ve 27147 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren "Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik"te ağırlaştırıcı şartlardan biri olarak zikredilmemiştir. Ancak Kanun'un 16. maddesinde 2005 yılında yapılan değişiklik öncesinde "*kastın varlığı*" para cezasının tespitinde dikkate alınan unsurlar arasında yer almıştır.

## SONUÇ

Tek taraflı davranışlara yönelik incelemelerde kullanılacak kıstasların ne olacağı konusu rekabet hukukunun uzun yıllardır tartışılan konularının başında yer almaktadır. Söz konusu kıstasların tespiti daha ziyade içtihatlarla bırakılmışsa da, içtihatların sunduğu çözüm önerileri netlikten ve yeknesaklıktan uzaktır. Tek taraflı davranışların değerlendirilmesine yönelik standart arayışları çerçevesinde, ihlalin tespitinde teşebbüsün niyetinin bir öneme sahip olup olmadığı ve niyetin bu değerlendirmede dikkate alınması durumunda nasıl bir rol üstlenmesi gerektiği konuları hakkında hararetli tartışmalar yaşanmaktadır. Rekabet hukuku bağlamında, bir teşebbüsün gerçekleştireceği davranış biçimine karar verirken ve akabinde söz konusu davranışı gerçekleştirirken sahip olduğu motivasyon olarak tanımlanması mümkün olan niyet, teşebbüslerden elde edilen belgeler veya incelenen davranışlardan yapılan çıkarımlar ile ortaya konulabilmektedir.

Niyet unsuruna ilişkin teorik çalışmalar ile ABD, AB ve Türkiye uygulamaları incelendiğinde, niyetin tek taraflı davranışların değerlendirilmesinde kullanılıp kullanılmayacağına ve ne şekilde kullanılması gerektiğine ilişkin olarak, üzerinde fikir birliğine varılmış bir yaklaşımın bulunmadığı görülmektedir. Rekabet hukukunda yüzyılı aşkın bir geçmişi olan ABD uygulamasının ilk dönemlerinde tek taraflı davranışların değerlendirilmesinde müdahaleci bir yaklaşım benimsenmiş ve niyet unsuru kötüye kullanmanın tespitinde çoğunlukla dikkate alınmıştır. Ancak sonraki dönemlerde, Şikago ve Post-Şikago okullarının iktisadi/etki temelli yaklaşımlarının da etkisiyle tekelleşmenin tespiti bakımından niyet unsuru değer kaybetmiştir. Dolayısıyla müdahale hatalarından kaçınma ilkesinin esas alındığı son dönem ABD uygulamaları açısından tek taraflı davranışların değerlendirmesinde genel olarak niyetin rolünü minimize etme ve ihlalin tespitini olabildiğince iktisadi analize dayandırma yönünde bir eğilimin bulunduğu anlaşılmaktadır.

Buna karşın, AB uygulamasında hakim durumun kötüye kullanılmasının tespitinde teşebbüsün niyetine büyük ölçüde önem atfedildiği ve içtihatla niyetin esaslı bir rol oynadığı görülmektedir. Ancak, 102. madde uygulamalarında

şekilci bir yaklaşımın benimsendiği ve iktisadi/etki temelli yeniliklerin gerisinde kaldığı yönündeki eleştirilerin yoğunlaşması, Komisyon'un öncülük ettiği bir modernizasyon sürecine zemin hazırlamıştır. Bu süreçte yayımlanan Tartışma Metni'nin ve Rehber'in niyet unsuruna bakışı arasında ise önemli farklar oluşmuştur. İncelenen davranışın rekabet karşıtı etkileri üzerinde yoğunlaşan Rehber, niyete yönelik delillerin muhtemel etkiyi göstermede kullanılabileceği bir sistem öngörmüş ve niyet unsuruna oldukça temkinli yaklaşmıştır.

AB hukukunda niyetin, kötüye kullanmanın tespitinde dikkate alınıp alınmayacağı hususunun yanı sıra, niyet değerlendirmeye dahil edildiğinde, hangi standartlardaki delillerin niyeti göstermeye yeterli olacağı konusu da tartışılmıştır. Tartışma Metni'nde yıkıcı niyeti gösteren teşebbüs belgeleri doğrudan delil olarak kabul edilmiş ve doğrudan delillerin olmadığı durumlarda teşebbüsün davranışlarından yıkıcı stratejiye yönelik yapılan çıkarımlar yoluyla elde edilen dolaylı delillere bakılması gerektiği ileri sürülmüştür. Tartışma Metni'nde dışlayıcı niyetin tespitine yönelik birtakım delil standartları getirilmiş olsa da Rehber'de, AB içtihadında ve literatürde niyeti göstermek için hangi nitelikteki ve miktardaki delilin yeterli olacağına dair tutarlı ve açık bir ispat standardı oluşturulmamıştır.

Teşebbüsün birçok insanın değişik motivasyonundan etkilenen niyetinin tespit edilmesinin ve rekabet hukuku bağlamında iyi ve kötü şeklinde ayrımının yapılmasının güç olduğu, bilinçli teşebbüslerin niyeti ifşa eden belgeler üretmeyerek sorumluluktan kurtulabileceği, niyetin araştırılmasının incelemeyi külfetli hale getirdiği, teşebbüs çalışanlarının aldıkları kararları uygulamada başarılı olamayabileceği, vb. gerekçeler ile ihlalin tespitinde niyetin kullanılması eleştirilmektedir. Buna karşın, uygulamada ve literatürde niyetin ihlalin tespitinde dikkate alınması gerektiğini savunan görüşler değerlendirildiğinde, niyetin nasıl bir role sahip olacağı konusunda farklı yaklaşımların ortaya çıktığı görülmektedir. Bu yaklaşımları etkisi belirsiz davranışlar, belirli şekil şartını taşıyan davranışlar ve pazarın yapısını etkileyen davranışlar açısından niyeti değerlendirmeye alan yaklaşımlar olarak sınıflandırmak mümkündür. Bunların yanı sıra belirli şekil şartını taşıyan davranışların doğası gereği rekabet karşıtı bir niyetle gerçekleştirildiği de bir diğer görüştür.

Kötüye kullanmanın tespitinde niyetin alternatifi olarak kullanılan etki unsuru incelendiğinde ise doğru ekonomik analiz ile etkiyi ortaya koymanın güç olduğu ve rekabet hukukunu uygulayan ve uygulamayı denetleyen tarafların bu tür analizi yapmada yeterli olamayabileceği etkinin kullanılmasına yöneltilen eleştiriler arasındadır. Bu kapsamda, ihlalin tespitinde bir standart olarak kullanılan etki unsurunun da birtakım eksikliklere sahip olduğu düşünülmektedir.

ABD ve AB uygulamasında kabul gören muhtemel etki standardı kullanıldığında, etki analizine ilişkin bazı pratik zorlukların üstesinden gelinebilmektedir. Bu tür bir etki standardı, niyetin muhtemel etkiyi göstermede kullanılarak ihlalin tespitine yardımcı olacağı yönündeki yaygın görüş ile birlikte ele alındığında, tek taraflı davranışların değerlendirilmesi açısından niyetin önemini artırmaktadır. Nitekim AB hukukunun iktisadi/etki temelli yaklaşımın benimsendiği son dönem uygulamalarında, etki analizi katıksız bir şekilde uygulanmamış ve teşebbüsün niyeti de incelemeye dahil edilmiştir.

Ülkemiz uygulamaları değerlendirildiğinde hakim durumun kötüye kullanılmasını düzenleyen 6. madde açısından ve özellikle amaç unsuruna açıkça yer verilen (a) ve (d) bentlerine dayanılarak yapılan ihlal değerlendirmelerinde niyet unsurunun yaygın bir şekilde kullanıldığı görülmektedir. Bu bakımdan Türkiye uygulamasının, bilhassa modernizasyon öncesi dönemdeki AB uygulamasına paralel olduğu anlaşılmaktadır. Ancak, niyet unsuruna ilişkin değerlendirmelerin sistematik biçimde yapıldığını veya Kurul'un net bir eğilim içinde olduğunu belirtmek mümkün görünmemektedir.

Çalışma kapsamında varılan önemli sonuçlardan biri, belirli bir sistematik dahilinde kullanıldığında niyet unsurunun tek taraflı davranışların değerlendirilmesinde rekabet otoriteleri için önemli bir araç olabileceğidir. Arka planda bu tespitin bulunduğu bir zeminde, *“Tek taraflı davranışların değerlendirilmesinde niyet unsuru nasıl bir rol oynamalıdır?”* temel sorusuna cevap verirken birbirini destekleyen birden fazla yaklaşım önerilmiştir. Bu kapsamda, incelenen davranışın etkilerinin iktisadi yöntemler kullanılarak tespit edilemediği durumlarda niyet unsurunun muhtemel etkiyi gösterebildiği ölçüde değerlendirmeye alınmasının yerinde bir yaklaşım olduğu sonucuna ulaşılmıştır. Buna paralel şekilde incelenen olayın koşulları dikkate alındığında, bazı şekil şartlarını taşıyan davranışların kötüye kullanma niyeti ile gerçekleştirildiğinde rekabet karşıtı bir etki doğuracağı sonucuna kesin bir şekilde ulaşıyorsa teşebbüsün niyetinin analize dahil edilebileceği düşünülmektedir. Öte yandan, niyetin her halükarda etkisi nedeniyle kötüye kullanma olduğu tespit edilen davranışlar açısından ek bir ispat aracı olarak dikkate alınabileceği vurgulanmalıdır. Ayrıca hakim durumdaki teşebbüslerin rekabet karşıtı bir niyet taşımalarının, ihlal tespitinin ardından verilecek cezanın miktarını belirlerken bir ağırlaştırıcı unsur olarak görülmesi, cezanın caydırıcılığı açısından yerinde olacaktır.

## **ABSTRACT**

It is well known that there is long debate about the appropriate standards to evaluate the unilateral practices of dominant undertakings. The role and importance of intent in this assessment has also become an especially controversial issue. The internal documents of the undertakings and the inferences from the conduct itself can be used as evidences of intent.

The scrutiny of US, EU and Turkish case law and literature shows that there are different approaches about the role of the intent element in the evaluation of the abusive nature of the conduct. On the one end of the spectrum it is argued that intent inquiry should play no role at all in abuse of dominance cases and the sole focus of analysis should rest on a pure effect analysis. On the other end, intent is assumed to play a prominent role and it is seen as a requirement for antitrust liability.

Both sides of the Atlantic have not been consistent with regard to the relevance of intent in dominance cases. In US, intent played an important role in the early jurisdictions under Section 2 of Sherman Act. However a tendency to disregard intent has emerged as a result of the Chicago and Post-Chicago schools' strict focus on the economics in competition policy. In EU, intent has been used as substantial part of the analysis for finding abuse. Intent remains relevant even in the recent cases which pursue an effect-based approach as a result of modernization process regarding the abuse of dominance in EU. The use of intent in Turkey seems to have similarities with the EU.

The aim of this study is to discuss whether intent should be given any role in abuse investigations and in the affirmative, what appropriate roles should be given. In this regard, US, EU and Turkish case law and the relevant literature on the issue of intent has been explored and accordingly some proposals have been made about the use of intent in abuse of dominance cases.

## KAYNAKÇA

ARDIYOK, Ş. (2008), “Türk Hukukunda Yeni Bir Yaklaşım: Hukuk ve Ekonomi Öğretisi”, İnceoğlu, M. (der.), *Uğur Alacakaptan’a Armağan* içinde, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, Cilt 2, s. 27-51.

[http://www.actecon.com/PDF/ardiyok\\_hukuk&ekonomi.pdf](http://www.actecon.com/PDF/ardiyok_hukuk&ekonomi.pdf)

ARDIYOK, Ş. (2007), “Rekabet Hukukunda Satış Sonrası Pazar Teorileri ve Yeni Motorlu Taşıtlar Tebliği’nin Ampirik Analizi”, *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-V* içinde, Rekabet Kurumu-Erciyes Üniversitesi, s. 41-123.

AREEDA, P. E. ve H. HOVENKAMP (2004), *Fundamentals of Antitrust Law*, Third Edition, Aspen Law & Business, New York.

AREEDA, P. E. ve H. HOVENKAMP (2002), *Antitrust Law An Analysis of Antitrust Principles and Their Application*, Volume III, Second Edition, Aspen Law & Business, New York.

ASLAN, Y. (2001), *Rekabet Hukuku*, 2. Baskı, Etkin Kitabevi, Bursa.

AYGÜN, E. (2008), *Rekabet Hukukunda Para Cezaları: Teori ve Uygulama*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara.

BALTO, D.A. ve E.A. NAGATA (2000), “Proof of Competitive Effects in Monopolization Cases: A Response to Professor Muris”, *Antitrust Law Journal*, Vol.68, s. 309-323.

BAVASSO, A. (2005), “The Role of Intent Under Article 82: from “Flushing The Turkeys” to “Spotting Lionesses in Regent’s Park””, *European Competition Law Review*, Vol. 26(11), s. 616-623

BELLAMY, C.W. ve G.D. CHILD (2008), “*European Community Law of Competition*”, P.R. QC ve V. ROSE (der), Sixth Edition, Oxford University Press, Newyork.

BERRY, M.N. (2001), “The Uncertainty of Monopolistic Conduct: A Comparative Review of Three Jurisdictions”, *Law and Policy In International Business*, Vol. 32, s. 263-330

BOZTOSUN, A.O. (2010), “Tek Yanlı Davranışlara Nasıl Yaklaşalım?”, *Rekabet Dergisi*, Vol.11, No: 3 s. 131-176.

CASS, R.A. ve K.N. HYLTON (2001), “Antitrust Intent”, *Southern California Law Review*, Vol.8, s. 657-745.

CASS, R.A. ve K.N. HYLTON (1999), “Preserving Competition: Economic Analysis, Legal Standards and Microsoft”, *George Mason Law Review*, Vol.8, s. 1-40.

COMANOR, W.S. ve H.E. FRECH III (1993), “Predatory Pricing and the Meaning of Intent”, *The Antitrust Bulletin*, Vol. 38, s. 293-308.

CUCINOTTA, A., R. PARDOLESİ ve R. VAN DEN BERGH (2002), *Post Chicago Developments in Antitrust Law*, Edward Elgar Publishing, İngiltere.

DEMİRÖZ, A. (2009), “Sözleşme Yapmayı Reddetme Bağlamında Hâkim Durumdaki Teşebbüslere Getirilen Yükümlülüklerin Sınırları”, *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-VII* içinde, Rekabet Kurumu-Erciyes Üniversitesi, s. 317-385.

DEMİRÖZ, A. ve Ç. TUNÇEL (2011), “Tek Taraflı Davranışların Değerlendirilmesine Yönelik Standart Arayışında Danıştay Kararlarının Yol Göstericiliği”, Yayımlanmamış Tebliğ, *Rekabet Hukuku ile İlgili Kurul ve Yargı Kararları Sempozyumu-II*, Rekabet Kurumu-Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü.

DETHMERS, F. ve H. ENGELN (2011), “Fines under Article 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union”, *European Competition Law Review*, Vol. 32, s. 86-98.

EILMANSBERGER, T. (2005), “How to Distinguish Good from Bad Competition under Article 82 EC: In Search of More Coherent Standarts for Anticompetitive Abuses” *Common Market Law Review*, Vol:42, s. 129-177.

ELHAUGE, E. (2003), “Defining Better Monopolization Standarts”, *Stanford Law Review*, Vol:56, s.253-344.

ELHAUGE, E. ve D. GERADIN (2007), *Global Competition Law and Economics*, Hart Publishing, ABD.

EUROPEAN COMMISSION (2009), “Guidance on Its Enforcement Priorities In Applying Article 82 (EC) To Abusive Exclusionary Conduct By Dominant Undertakings”

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2009:045:0007:020:EN:PDF>

EUROPEAN COMMISSION (2005), “DC Competition Discussion Paper on the Application of Article 82 of the Treaty to Exclusionary Abuses”, Brussels, 2005. <http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf>

FOX, E.M. (2006), “Monopolization, Abuse of Dominance and the Intederminacy of Economics: The U.S./E.U. Divide”, *Utah Law Review Society*, s.725-740.

GERADIN D. (2010), “Is the Guidance Paper on the Commission’s Enforcement Priorities in Applying Article 102 TFEU to Abusive Exclusionary Conduct Useful”, Tilburg University - Tilburg Law and Economics Center (TILEC).

[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1569502](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1569502)

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

GRAVENGAARD, M. ve N. KJÆRSGAARD (2010), “The EU Commission Guidance on Exclusionary Abuse of Dominance-And Its Consequences in Practice”, *European Competition Law Review*, Issue: 7, s. 285-305.

GÜÇER, S. (2005), *Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Çerçevesinde Sinaî Mülkiyet Hakları*, Rekabet Kurumu, Ankara.

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

GÜVEN, P. (2005), *Rekabet Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara.

HAWK, B.E. (2008), “Article 82 and Section 2: Abuse and Monopolizing Conduct”, *2 Issues in Competition Law and Policy* içinde, Fordham Competition Law Institute, s.871-893.

HOVENKAMP, H. (2008a), “The Antitrust Standard For Unlawful Exclusionary Conduct”, *The University of Iowa Legal Studies Research Paper*, No: 08-28

HOVENKAMP, H. (2008b), *The Antitrust Enterprise Principle and Execution*, Harward University Press, İngiltere.



HYLTON, K. (2006), "Section 2 and Article 82: A Comparison of American and European Approaches to Monopolization Law", *Boston University School of Law-Working Paper Series*, No: 06-11

ICN (2010), "Report on the Analysis of Refusal to Deal with a Rival Under Unilateral Conduct Laws".

<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc616.pdf>

ICN (2009), "International Competition Network Unilateral Conduct Working Group Questionnaire-Refusal to Deal".

<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/questionnaires/uc%20refusals/turkey.pdf>

ICN (2008), "Report on Predatory Pricing".

<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc354.pdf>

İÇÖZ, H. ve H. HANÇER (2007), "Roma Anlaşması'nın 82. Maddesinde Öngörülen Revizyon Hakkında Bir Değerlendirme ve Türk Rekabet Hukuku Bakımından Etkileri", *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-V* içinde, Rekabet Kurumu-Erciyes Üniversitesi, s. 125-167.

İNCEOĞLU, F. ve M. Park (2010), "Diffusion of a New Product under Network Effects: The U.S. DVD Market", *Sabancı Üniversitesi Araştırma Veritabanı*, [http://research.sabanciuniv.edu/14671/1/applied\\_economics\\_inceoglupark\\_31\\_05\\_2010.pdf](http://research.sabanciuniv.edu/14671/1/applied_economics_inceoglupark_31_05_2010.pdf)

JACOBS, M.S. (1995), "An Essay on The Normative Foundations of Antitrust Economics" *North Carolina Law Rev*, Vol.74, s. 219-266

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

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

KHANNA, V.S. (2003), "Should The Behavior of Top Management Matter?", *Georgetown Law Journal*, Vol. 91, s. 1215-1256.

KIM S. ve C. HUTTON (2006), "Cowboys or Gentlemen? Approachs of The US and EC to Unilateral Conduct", *57. Annual Oil & Gas Conference*, Institute for Energy Law of the Center for American and International Law, Texas.

KOVACIC, W.K. (2007), "The Intellectual DNA of Modern US Competition Law

for Dominant Firm Conduct: The Chicago/Harvard Double Helix”, *Columbia Business Law Review*, Vol: 2007, Issue: 1, s. 1-80.

KOVACIC, W.K. ve C. Shapiro (2000), “Antitrust Policy: A Century of Economic and Legal Thinking”, *Journal of Economic Perspectives*, Vol: 14, No: 1, s. 43-60.  
<http://faculty.haas.berkeley.edu/shapiro/century.pdf>

LAO, M. (2005), “Aspen Skiing and Trinko: Antitrust Intent and Sacrifice”, *Antitrust Law Journal*, Vol. 73, No:28, s.171-208.

LAO, M. (2004), “Reclaiming A Role For Intent Evidence In Monopolization Analysis”, *American University Law Review*, Vol.54, s. 151-213.

LOEWENTHAL, P. J. (2005), “The Defence of ‘Objective Justification’ in the Application of Article 82 EC”, *World Competition*, Vol.28, s 455-477.

LOPATKA, J.E. (2009), “Assessing Microsoft From A Distance”, *Antitrust Law Journal*, Vol. 75, No. 3, s. 811-845.

LOPATKA, J.E. (1996), “Exclusion Now and in the Future: Examining Chicago School Othodoxy”, *Mississippi College Law Review*, Vol.17, s. 27-36.

LOWE, P. (2003), “EU Competition Practice On Predatory Pricing- Introductory Address to The Seminar ‘Pros and Cons of Low Prices’”, Stockholm.  
[http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2003\\_066\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2003_066_en.pdf)

MADAN, Z. (2008), *ABD ve AB Perspektifinden Dışlayıcı Uygulamaların Tespitine Yönelik Standart Tartışmaları*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara.

MANNE, G.A. ve E. M. WILLAMSON (2005), “Hot Docs vs. Cold Economics: The Use and Misuse of Business Documents In Antitrust Enforcement and Adjudication”, *Arizona Law Review*, Vol. 47, s. 609-654.

MCGOWAN, D. (1999), “Networks and Intention In Antitrust and Intellectual Property”, Symposium: Intellectual Property Rights and Federal Antitrust Policy, *The Journal of Corporation Law*, Vol 24., s. 485-525.

MEESE, A.J. (2005), “Monopolization, Exclusion and The Theory of The Firm”, *Minnesota Law Review*, Vol.89, s.743-847.

MELAMED, A.D. (2006), “Exclusive Dealing Agreements and Other Exclusionary Conduct-Are There Unifying Principles?”, *Antitrust Law Journal*, Vol.73, s. 375-412.

MELICIAS, M.J. (2010), “The Use and Abuse of Intent Evidence in Antitrust Analysis”, *World Competition - Law And Economics Review*, Vol. 33, No. 4, s. 569-594

MOISEJEVAS, R. (2010), “The Importance of Intent in Predatory Pricing Cases”, *Jurisprudencija*, 4(122), s. 319-334

NAZZINI, R. (2011), *The Foundations of European Union Competition Law-The Objective and Principles of Article 102*, Oxford University Press, New York.

NIELS, G. ve H. JENKINS (2005), “Reform of Article 82: Where the Link Between Dominance and Effects Breaks Down”, *European Competition Law Review*, Vol. 26, s. 605-610.

O’DONOGHUE, R. ve A. J. PADILLA (2006), *The Law and Economics of Article 82 EC*, Second Edition, Hart Publishing, Oregon.

OECD (2007), “Refusal to Deal”, <http://www.oecd.org/dataoecd/44/35/43644518.pdf>

OECD (2005a), “Competition on The Merits”, <http://www.oecd.org/dataoecd/7/13/35911017.pdf>

OECD (2005b), “Turkey - Peer Review of Competition Law and Policy”, <http://www.oecd.org/dataoecd/26/7/34645128.pdf>

ØSTERUD, E. (2010), *Identifying Exclusionary Abuses by Dominant Undertakings under EU Competition Law*, Kluwer Law International BV, The Netherlands.

ÖZ, G. (2000), *Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötiye Kullanılması*, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara.

ÖZDEMİR, Ü.N. (2009), *Fiyatlamaya İlişkin Tek Taraflı Davranışların Değerlendirilmesinde Kullanılan Maliyet Ölçütleri*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara.

PETIT, N. (2009), “From Formalism to Effects”, *World Competition Journal*, Vol. 32, s. 485-503.

PIRAINO, T.A. (2004), “Regulating Oligopoly Conduct Under The Antitrust Laws”, *Minnesota Law Review*, Vol. 89, s. 9-70.

POSNER, R.A. (2001), “Antitrust Law”, Second Edition, The University of Chicago Press, Chicago.

QUINN, M.C. (1990), "Predatory Pricing Strategies: The Relevance of Intent Under Antitrust, Unfair Competition and Tort Law", *Saint John's Law Review*, Vol. 64, s. 607-628.

ROUSSEVA, E. (2010), *Rethinking Exclusionary Abuses in EU Competition Law*, Hart Publishing, Oregon, ABD.

SALOP, S. C. (2006), "Exclusionary Conduct, Effect on Consumers, and the Flowed Profit-sacrifice Standart", *Antitrust Law Journal*, Vol:73, s. 311

SALOP, S.C. ve R.C. ROMAINE (1999), "Preserving Monopoly: Economic Analysis, Legal Standards, and Microsoft", *George Mason Law Review*, Vol. 7, s. 617-671

SANLI, K.C. (2000), *Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun`da Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği*, Rekabet Kurumu Lisans Üstü Tez Serisi, No:3, Rekabet Kurumu, Ankara.

SCHWEITZER, H. (2007), "Parallels and Differences in the Attitudes towards Single Firm Conduct: What are the Reasons? The History, Interpretation and Underlying Principles of Sec.2 Sherman Act and Art.82 EC", *EUI Working Papers Law*.

<http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/7626/LAW-2007-32.pdf?sequence=3>

SINCLAIR, D. (2004), "Abuse of Dominance at a Crossroads: Potential Effect, Object and Appreciability under Article 82 EC", *European Competition Law Review*, Vol:25, s. 491-501.

SULLIVAN, L.A. (1982), "Monopolization: Corporate Strategy, The IBM Cases and The Transformation of The Law", *Texas Law Reviews*, s. 587-644.

TEKDEMİR, Y. (2003), *AT Rekabet Hukukunda Anlaşma Yapmayı Reddetme Sorunu ve Zorunlu Unsur Doktrini: Anlaşma Yapma Yükümlülüğü ve Sözleşme Serbestisinin Sınırları*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara.

TEKİNALP, Ü. (2000), *ATAD Kararları Işığında Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halleri*, Perşembe Konferansı, Rekabet Kurumu, Ankara.

VESTERDOF, B. (2011), "Article 102 TFEU and Sanctions: Appropriate When?", *European Competition Law Review*, Vol. 32, s. 573-579.

VICKERS, J. (2005), “Abuse of Market Power”, *The Economic Journal*, Vol.115, s. 244-261.

WALLER, S.W. (2001), “The Language of Law and The Language of Business”, *Case Western Reserve Law Review*, Vol.52, s. 283-338.

WERDEN, G.J. (2006), “Competition Policy on Exclusionary Conduct Toward an Effects-Based Analysis”, *European Competition Journal*, Vol. 2 (Special Issue), s. 53-67.

WHISH, R. (2008), *Competition Law*, Sixth Edition, Oxford University Press, New York.

YENİŞEN, D. (2003), “Şebeke Dışsallıkları ve Rekabet”, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara.

### **ABD Bölge Mahkemeleri ve Yüksek Mahkeme Kararları**

Appalachian Coals, Inc. v. United States 288 U.S. 344 (1933)

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

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

Bus. Elecs. Corp. v. Sharp elecs. Corp. 485 U.S. 717 (1988)

California Dental Ass’n v. FTC 224 F.3d 942 (9 th Cir. 2000)

Chicago Board of Trade v. United States 246 U.S. 231 (1918)

Conoco Inc. v. Inman Oil Co. 774 F.2d 895, 905 (8th Cir. 1985)

Eastman Kodak Co. v Images Technical Services Inc. 504 US 451 (1992)

Megahee v. Northern Propane Gas Co. 858 F. 2d 1487 (11th Cir. 1988)

Olympia Equipment Leasing Co. and Others v. Western Union Tel. Co., 797 F. 2d 370 (7 th Cir. 1986)

Poultry Farms, Inc. v. Rose Acre Farms, Inc. 881 F. 2d 1396 (7th Cir. 1989)

Professional Real Estate Investors v. Columbia Pictures Industries Inc. 508 U.S. 49 (1993)

Swift & Co. v. United States 196 U.S. 375 (1905)

Standard Oil Co. v. United States 221 U.S. 1 (1911)

United States v. Alimunum Co. (Alcoa) 148 F.2d 416 (2nd Cir. 1945)

United States v. American Tobacco Co. 221 U.S. 106 (1911)

United States v. American Tobacco Co. 328 U.S. 781 (1946)

United States v. Griffith, 334 U.S. 100 (1948)

United States v. Grinnell Corp., 384 U.S. 563 (S.C 1966)

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

United States v. United Shoe Machinery Corp., 110 F. Supp. 295 (D. Mass. 1953)

Utah Pie Co. v.Continental Baking Co., 386 U.S. 685 (1967)

### **Avrupa Komisyonu Kararları**

AstraZeneca O.J. [2006] L 332/24, COMP/A.37.507/F3

Deutsche Post AG Case COMP/35.141, O.J. 2001 L125/27

Deutsche Telekom AG, COMP/C-1/37.451, 37.578, 37.579, OJ 2003 L 263/9

ECS/AKZO, IV/30.698, [1985] OJ L374/1

Microsoft COMP/ 37.792 [2004] OJ L32

Prokent-Tomra Case COMP/E-1/38.113 (2006)

Wanadoo España v. Telefónica, COMP/38.784 [2007]

Wanadoo Interactive, COMP / 38.233, (2003)

### **Genel Mahkeme ve AAD Kararları**

AKZO Chemie BV v. Commission, Case C-62/86 [1991] ECR I-3359

BPB Industries Plc and British Gypsum Ltd. v Commission Case T-65/89 [1993] ECR II-389

British Airways v. Commission Case T-219/99 [2003] ECR II-5917

Clearstream v. Commission Case T-301/04 [2009] ECR II-3155

Commercial Solvents v. Commission 7/73 [1974] ECR 223

Compaigne Maritime Belge Transports SA and Others v. Commission [2000] C-395/96 P, C-396/96 P ECR I-1365

Compaigne Maritime Belge Transports SA and Others v. Commission T-24/93,T-25/93, T-26/93, T-28/93 (1996) ECR II-1201

Continental Can v Commission, Case 6/72 [1973] ECR 215

France Télécom v. Commission Case C-202/07 P [2009]

France Télécom v. Commission Case T-340/03 [2007] ECR II-107

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

IAZ v. Commission, Case 96/82 [1983] ECR 3368

IMS Health v. NDC Health Case C-418/01 [2004] ECR I-5039

Irish Sugar v. Commission Case T-228/97 [1999] ECR II-313

ITT Promedia v. Commission, Case T-111/96 [1998] ECR II-2937

Limburgse Vinly Mij Nv and others v. Commission Cases T-305-7, 313-16, 318, 328-9 ve 335/94 [1999] 5 CMLR

Michelin v. Commission, Case T-203/01 (2003) ECR II-4047

Michelin v. Commission Case 322/81 [1983] ECR 3461

Microsoft v. Commission Case T-201/04 [2007] ECR II-3601

Miller International Schallplatten GmbH v. Commission, Case 19/77 [1978] ECR 131

Oscar Bronner v. Mediaprint Case C-7/97 [1998] ECR I-7791

Tetra Pak International SA v. Commission, Case C-333/94 P [1996] ECR I-5951

Tetra Pak International SA v. Commission, Case T-83/91 [1994] ECR II-755

United Brands v Commission Case 27/76 [1978] ECR 207

Volkswagen v Commission, Case T-62/98 [2000] ECR II-2707

### **Rekabet Kurulu Kararları**

00-49/529-291 sayılı Biryay II kararı

02-49/634-257 sayılı Karbogaz kararı

04-07/75-18 sayılı Coca-Cola kararı

04-32/304-71 sayılı Frito Lay kararı

04-76/1086-271 sayılı Anadolu Cam kararı

07-18/165-55 sayılı Türk Telekom kararı

07-47/506-181 sayılı Solmaz Mercan I kararı

08-65/1055-411 sayılı TTNNet kararı

09-27/575-135 sayılı Mey İçki kararı

10-21/271-100 sayılı Turkcell kararı

09-52/1253-318 sayılı Türk Telekom/Avea kararı

11-18/341-103 sayılı Doğan kararı

10-14/175-66 sayılı İzocam kararı

06-90/1142-338 sayılı Gölcük Belediyesi/Batıçim kararı

04-66/949-227 sayılı Türkiye Taşkömürü İşletmeleri kararı

09-50/1238-312 sayılı Aysan/Elkamet kararı

10-18/199-75 sayılı British American Tobacco kararı

10-63/1320-496 sayılı Reckitt Benckiser A.Ş. kararı

00-46/488-266 sayılı Microsoft Corporation kararı

07-67/815-310 sayılı Feniks kararı

- 00-9/89-44 sayılı Uzay Gıda kararı  
02-47/587-240 sayılı ASKİ kararı  
08-50/720-280 sayılı Toprak Mahsulleri Ofisi kararı  
07-29/259-90 sayılı Goldaş kararı  
07-16/145-46 sayılı Koç Holding kararı  
06-66/887-256 sayılı Habaş kararı  
06-35/444-116 sayılı İSBAK kararı  
01-41/411-105 sayılı Türk Telekom/Aycell kararı  
09-60/1490-379 sayılı Turkcell/ Mobil Pazarlama kararı  
03-40/436-187 sayılı Ülker kararı  
08-52/791-320 sayılı Tekhnelogos kararı  
11-43/942-306 sayılı Arçelik A.Ş. vd. kararı  
10-45/813-27 sayılı Vizyon Asansör kararı  
10-44/771-253 sayılı Samsung kararı  
01-56/554-130 sayılı Petrol Ofisi kararı  
10-19/214-95 sayılı Migros kararı  
08-41/568-216 sayılı BİM kararı  
11-03/42-14 sayılı Seramik Yapıştırıcıları kararı  
03-28/347-147 sayılı Türk Telekom kararı

### **Danıştay Kararları**

- 13.D. 13.12.2011 tarih ve 2007/15785 E., 2010/8418 K. sayılı kararı  
13.D. 07.02.2011 tarih ve 2007/13574 E., 2011/486 K. sayılı kararı

### **Diğer Kaynaklar**

Carl Shapiro'nun 29.09.2005 tarih ve "Exclusionary Conduct Testimony Before the Antitrust Modernization Commission" konulu konuşması.

<http://faculty.haas.berkeley.edu/shapiro/amcexclusion.pdf>

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, Official Journal L1/1, 4.1.2003. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2003:001:0001:0025:EN:PDF>



Guidelines on the method of setting fines imposed pursuant to Article 23(2)(a) of Regulation No 1/2003, Official Journal C 210/02, 1.9.2006.

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2006:210:0002:0005:EN:PDF>

J. Thomas Rosch'un "Observations on Evidentiary Issues in Antitrust Cases" konulu konuşması, (19.06.2009)<http://www.ftc.gov/speeches/rosch/090619antitrustcases.pdf>

Neelie Kroes'in "Exclusionary Abuses of Dominance-The European Commission's Enforcement Priorities Preliminary Thoughts on Policy Review of Art 82" konulu konuşması, Speech/08/457, (25.09.2008).

<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/08/457&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>

Opinion of A.G. J. Kokott, C-95/04 P British Airways plc v. Commission of the European Communities (2006).

2011 Federal Sentencing Guidelines Manual.

[http://www.ussc.gov/guidelines/2011\\_Guidelines/Manual\\_HTML/8c2\\_5.htm](http://www.ussc.gov/guidelines/2011_Guidelines/Manual_HTML/8c2_5.htm)



Üniversiteler Mahallesi  
1597. Cadde No: 9  
06800 Bilkent/ANKARA  
ISBN 978-605-5479-30-5  
<http://www.rekabet.gov.tr>