

İNDİRİM SİSTEMLERİ: AB VE ABD UYGULAMALARI IŞIĞINDA TEST ÖNERİLERİ VE AB UYGULAMASINDAKİ SON GELİŞMELER

REBATES: TEST PROPOSALS IN THE LIGHT OF EU AND
THE USA EXPERIENCES AND NEW DEVELOPMENTS IN EU

Remzi Özge ARITÜRK*

Öz

Genelde tek taraflı eylemler özelde indirim sistemleri bağlamında hakkaniyetli rekabet kapsamındaki uygulamalar ile rekabet karşıtı uygulamaları birbirinden ayırt etmek rekabet hukukunun en tartışmalı alanlarından birisidir. Halihazırda indirim sistemleri bakımından ABD ve AB uygulamaları arasındaki temel farklılığın ve bu farklılıklar arasında kendine yer bulan yeni test önerilerinin varlığı, konuya ilişkin bir fikir birliğine henüz varılmadığının açık bir göstergesidir. Bu çerçevede, konuya ilişkin gereksinim duyulan yeni araştırma ve deneyimler doğrultusunda hatalı yaptırım riskinin minimize edilmesini temin edebilecek, etki bazlı bir yaklaşıma dayanan, açık, anlaşılır ve başarılı bir şekilde yönetilebilir bir test tüm tarafların makul bulabileceği bir çözüm getirebilecektir.

Bu bağlamda bu çalışmanın amacı, indirim sistemleri bakımından hakkaniyetli rekabet kapsamındaki uygulamalar ile rekabet karşıtı uygulamaları birbirinden ayırt edebilecek ölçütlere sahip uygun bir test bulmak adına, ABD ve AB uygulamalarını ele alarak söz konusu uygulamaları bu çerçevede değerlendirmektir. İki uygulama arasındaki farklardan beslenen ve öğretilere vücut bulan yeni test önerilerine, uygun bir testin olası eksikliklerinin anlaşılabilmesi bakımından bu çalışmada ayrıca yer verilmektedir. Çalışmada son olarak, AB uygulamasında yaşanan son gelişmeler, biçimsel bir yaklaşım benimsediği yönünde ciddi eleştiriler alan AB uygulamasının, biçimsel bir yaklaşımdan etki bazlı bir yaklaşıma geçiş sürecinin neresinde yer aldığını ortaya koymak bakımından ayrıca ayrıntılı bir şekilde incelenmektedir.

Anahtar Kelimeler: İndirim Sistemleri, Sadakate Yol Açan İndirimler, Maliyet Üstü Fiyatlama Yoluyla Dışlama, Eşit Etkinlikteki Rakibin Dışlanması, Talebin Rekabete Açık Olmayan ve Olan Kısmı.

* Rekabet Uzmanı, Rekabet Kurumu. Bu çalışmada ifade edilen görüşler yazarın şahsi görüşleri olup, Rekabet Kurumunu bağlamaz.

Abstract

Generally in respect of unilateral conducts and specifically in respect of rebates, to distinguish the practices competition on the merits from anticompetitive practices, is one of the most controversial subjects of competition law. The existence of the main difference between EU and the US experiences and the existence of new test proposals stemming from this difference are clear indications of the fact that there is no consensus regarding this subject yet. From this perspective, in the light of new researchs and experiences needed regarding this subject; a clear, apparent, easy to administrate and effects-based test assuring to minimize the risk of false enforcements can bring such solution all sides find plausible.

In this context, the purpose of this paper is, in the name of finding a proper test, including criteria which are capable of distinguishing the practices competition on the merits from anticompetitive practices in respect of rebates, to deal with the EU and the US experiences from the perspective abovementioned. New test proposals, being fed by the differences between these two experinces and appearing in the doctrine are also evaluated in this paper, in respect of comprehending the likely deficiencies of a proper test. Lastly, in this paper, in order to determine where EU practice, which is being criticised of adopting a formalistic approach, is in the process of transition from a formalistic approach to an effects-based approach; new developments in EU experince are discussed in detail.

Keywords: *Rebates, Loyalty-Inducing Rebates, Foreclosure By Pricing Above Costs, Foreclosure of As Efficient Competitor, Non-Contestable and Contestable Shares of Demand.*

GİRİŞ*

Hâkim durumun kötüye kullanılması bağlamında genelde tek taraflı eylemlerin özelde indirim sistemlerinin değerlendirilmesi hakkaniyetli rekabet kapsamındaki uygulamalar (*competition on the merits*) ile rekabet karşıtı

* Bu çalışmada yer verilen kararlarda ve metinlerde geçen yargı mercilerinin isimleri ile hukuki metinlerin isim ve hükümlerine ilişkin numaralar, kararların alındığı veya o hukuki metinlere atıf yapılan tarihlerdeki isim ve numaraları ile yer alacaktır. Avrupa Topluluğunu Kuran Antlaşma'nın (Roma Antlaşması) maddeleri ilk olarak 1999'da yürürlüğe giren Amsterdam Antlaşması ile, daha sonra da 2009 yılında yürürlüğe giren Lizbon Antlaşması ile yeniden numaralandırılmıştır. Lizbon Antlaşması öncesi hakim durumun kötüye kullanılmasını düzenleyen 82. madde, mevcut durumda "rekabet kuralları" başlığı altında 102. madde ile düzenlenmektedir. Lizbon Antlaşması ile aynı zamanda, Avrupa Toplulukları Adalet Divanı Adalet Divanı; İlk Derece Mahkemesi ise Genel Mahkeme olarak yeniden isimlendirilmiştir. Bu çalışmada, söz konusu madde ve mahkemeler, Lizbon Antlaşması öncesindeki adları ile anılacaktır.

uygulamaların birbirinden ayırt edilmesi bakımından oldukça güç ve tartışmalı bir konudur. Nitekim, konuya ilişkin tartışmaların henüz başında olunmasa bile en uygun değerlendirme ölçütünün belirlenmesi adına yapılacak çok şeyin olduğu, farklı rekabet hukuku uygulamaları arasındaki kayda değer yaklaşım farklarının ve öğretide bu farkları zaman zaman azaltan ya da artıran kimi zaman da başka yönlere çeken önerilerin varlığı karşısında anlaşılmaktadır.

Bu çerçevede, bu çalışmada, birinci bölümde genel olarak indirim sistemleri ve bu sistemlerin özellikle rekabet hukuku bakımından anlam ifade eden ölçütler bakımından sınıflandırılması yapılacaktır. Daha sonra rekabet hukukunda geniş inceleme alanı bulan sadakate yol açan indirim sistemlerinin rekabet karşıtı etkileri ve olumlu yanlarına yer verilecektir. İkinci bölümde, ABD uygulamasında indirim sistemlerinin değerlendirilmesinde kullanılan temel yaklaşımlara ve bu yaklaşımların rekabet karşıtı indirim sistemlerinin tespit edilmesindeki uygunluklarının değerlendirilmesine değinilecektir. Üçüncü bölümde ise “Komisyon’un 82. Madde’yi Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Kötüye Kullanmalarına Uygulamasındaki Önceliklerine İlişkin Rehber”¹ (Rehber) öncesindeki döneme ilişkin olarak AB uygulaması ışığında indirim sistemlerinin değerlendirilmesine yer verilecektir. Dördüncü bölümde, genel olarak ve özet bir şekilde ABD ve AB uygulamaları karşılaştırılması yapılacaktır. Beşinci bölümde, AB Komisyonu (Komisyon)’nun 82. madde’yi hâkim durumdaki teşebbüslerin dışlayıcı kötüye kullanmalarına uygulamasındaki önceliklerine ilişkin Kılavuz ele alınacak olup Rehber’de getirilenler doğrultusunda benimsenmesi öngörülen yaklaşım değerlendirilecektir. Altıncı bölümde, rekabet hukuku uygulamalarındaki eksiklikler ve hatalar doğrultusunda öğretide önerilen uygun testlere yer verilecektir. Son olarak ise, Komisyon’un *Intel* kararı özet bir şekilde ele alınacaktır.

1. GENEL OLARAK İNDİRİM SİSTEMLERİ VE İNDİRİM SİSTEMLERİNİN SINIFLANDIRILMASI

İndirim sistemleri, üretim veya dağıtım zincirinin herhangi bir aşamasındaki ticarete ya sağlayıcının tek taraflı davranışı ya da sağlayıcı ile alıcı arasındaki bir irade uyuşmasının sonucu olarak ortaya çıkmaktadır. İndirim sistemleri, verilen indirimin belirli koşula veya koşullara bağlanması dolayısıyla pazardaki/indirim veren sağlayıcının müşterilerinin bir kısmının indirimden yararlanırken diğer kısmının yararlanamama olasılığının bulunması nedeniyle sıradan fiyat indirimlerinden ayrılmaktadır. Söz konusu koşul veya koşullar ile genellikle sağlayıcının koyduğu bir yükümlülüğün alıcı tarafından yerine

¹ DG Competition (2009), “Guidance on its enforcement priorities in applying Article 82 (EC) to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings”, <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf>, Erişim Tarihi:10.01.2010.

getirilmesi ifade edilmekte ve alıcıların belirli bir şekilde davranması amaçlanmaktadır².

İndirim sistemleri ticari yaşamda çok farklı şekillerde ortaya çıkmakla birlikte söz konusu uygulamaları, rekabet karşıtı etkilere yol açabilme kapasitesi bağlamında birtakım ölçütler bakımından sınıflandırmak mümkündür. Bu anlamda indirim sistemleri öncelikle indirimin kapsamına göre sınıflandırılmaktadır.

Alıcıların, indirim koşulu olarak getirilen asgari alım miktarına denk gelen indirim hedefini yakalamaları veya bu hedefi geçmeleri halinde, sadece eşik niteliğindeki hedefin üzerinde kalan alımlarına yönelik indirim almalarında “*üst dilim (top slice) indirimleri*”nin, eşğin altında ve üstündeki tüm alımlara yönelik indirim almalarında ise “*geriye dönük/tüm birim (retroactive/all unit) indirimleri*”n varlığından söz edilmektedir. Geriye dönük indirimlerde alıcı belli bir dönemdeki talebinin küçük bir kısmını rakip sağlayıcı ya da sağlayıcılardan karşılama yoluna gitse dahi, indirim veren sağlayıcıdan yaptığı tüm alımlara yönelik indirimleri kaybetme riski ile karşı karşıya kalırken üst dilim indirimlerinde ise sadece hedefin üzerindeki olası alımlarına yönelik indirimleri kaybedecektir. Dolayısıyla rakipler, üst dilim indirimlerinde bir alıcının talebinin marjinal kısmı için indirim veren sağlayıcıdan daha uygun koşullarda teklif sunması halinde o alıcıya satış yapabilecekken, geriye dönük indirimlerde rakipler, müşterilere aynı zamanda alıcıların indirim hedefini geçmemeleri halinde kaybedecekleri indirim düzeyini telafi edecek kadar uygun koşullarda teklif sunmak zorundadır. Bu nedenle geriye dönük indirimler genel olarak, müşterilerin taleplerinin küçük kısımlarını alternatif sağlayıcılara kaydırmalarını, bu yöndeki tercihleri söz konusu indirimleri kaybetmelerine yol açacaksa, daha az çekici kılması nedeniyle pazarı önemli ölçüde kapatma potansiyeline sahiptir³.

İndirim sistemleri, alıcıların belli bir dönemde yapacakları alımlara yönelik olarak tek bir hedefin ve bu hedefe denk gelen tek bir indirim oranının belirlenmesi halinde “*sabit oranlı indirimler*”, birden fazla hedefin ve her bir hedefe denk gelen birden fazla indirim oranının belirlenmesi halinde “*artan oranlı indirimler*” olarak ikiye ayrılmaktadır. Artan oranlı indirim sistemleri tek bir referans dönem için farklı hedefler, farklı referans dönemler için farklı hedefler ve farklı pek çok referans dönemin her biri için farklı hedefler içerecek şekilde tasarlanabilmektedir. Artan oranlı indirimler, sabit oranlı indirimlerle karşılaştırıldığında, piyasada yer alan farklı talep büyüklüklerine, esnekliklerine

² KOCABAŞ B. (2008), “*İndirim Sistemleri ve Rekabet: Tek Taraflı Davranışlar Açısından Bir Değerlendirme*”, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi, No:90, Ankara, s.8.

³ Rehber, para. 42.

veya sürelerine sahip alıcılara dolayısıyla pazarın çok önemli bir kısmına hitap edebilecek niteliktedir.

İndirim sistemleri, tüm alıcılar için geçerli bir miktar hedefini içerecek şekilde, diğer bir deyişle, alıcıların taleplerinden bağımsız olarak belirlenmişse “**standart (miktar) hedefli indirimler**”in varlığından, her bir alıcının belirli bir dönem içerisinde öngörülen talebine göre belirlenmiş bir miktar, ciro yahut harcama payı hedefi içermesi durumunda “**kişiselleştirilmiş (individualised) (miktar/ciro/pazar payı) indirimler**”in varlığından söz edilebilecektir. Müşterilerin belirli bir dönem içinde sağlayıcıdan yaptığı alımları bir önceki döneme göre belli bir düzeyde artırması karşılığında verilen indirimler ise “**büyüme (growth) indirimleri**” olarak adlandırılmaktadır.

İndirim sistemleri, özellikle yukarıda yer verilen sınıflandırmalarda buldukları yere göre her bir alıcı bazındaki etkileri bakımından da sınıflandırılabilir. ⁴ Bu çerçevede sadece alım yapılan miktara bağlı olarak verilen ve tüm müşterilere eşit koşullarda ve objektif miktarlar için önerilen indirimler “**miktar indirimleri**” olarak; alıcının belli bir dönemdeki ihtiyaçlarının tamamını ya da önemli bir kısmını ya da artan orandaki bir kısmını indirim veren sağlayıcıdan sağlaması karşılığında verilen indirimler “**sadakat indirimleri**” (**loyalty rebates**) olarak tanımlanmaktadır. Bu anlamda, esasen büyüme indirimi işlevi gören ve alıcının sağlayıcı tarafından belli bir dönem için belirlenen hedefi gerçekleştirmesi karşılığında verilen “**hedef indirimleri**” (**target rebates**) ile alıcının tüm ihtiyaçlarını indirim veren sağlayıcıdan temin etmesi karşılığında verilen/rakip sağlayıcılardan alım yapmasını yasaklayan “**münhasırlık karşılığı verilen indirimler**” de sadakat indirimleri olarak sınıflandırılabilir.

Ayrıca yukarıda yer verilen indirim çeşitlerini içerebilen bir indirim uygulamasının, tek bir ürünü kapsamaması halinde **tek-ürün indirimlerinden (single-product rebates)** bir paket halinde birden fazla ürünü içermesi halinde **paket ürün indirimlerinden (multi-product rebates/bundled discounts)** söz edilebilecektir.

Bir indirim sisteminin, kişiselleştirilmiş indirim işlevi göstermesi, mevcut rakiplerin piyasa dışına itilmesi ya da marjinalleştirilmesi ⁵ veya pasifleştirilmesi ⁶ ve potansiyel rakiplerin pazara girişlerinin engellenmesi

⁴ Kocabaş (2008), s.10-13.

⁵ Marjinal firma, bir pazardaki başa-baş noktasında bulunan firmayı ifade etmesi dolayısıyla o pazarda varlığını sürdürebilen firmaların en sonuncusudur.

⁶ Bir firmanın pasifleştirilmesi ile kastedilen, söz konusu firmanın rekabetçi davranış adına piyasa dinamiklerinde kayda değer herhangi bir etki sunabilecek kapasitede bulunmamasıdır.

şeklinde rekabet karşıtı etkilere yol açması bakımından sahip olması gereken özelliklerin başında gelmektedir⁷.

İndirim sistemlerinin hâkim durumun kötüye kullanılmasında rekabet karşıtı etkileri dışlama ve ayrımcılık olmak üzere ikiye ayrılmakla⁸ birlikte, bu çalışmada indirim sistemleri ayrımcı etkileri bakımından ele alınmayacaktır.

Sadakat indirimlerinin karakteristik özelliğinin, üzerinde sadakat yaratılan müşteri veya müşteri grubu bazında kapama etkisi olduğu göz önünde bulundurulduğunda, indirim sistemleri de kapama veya dışlayıcı etki yaratma potansiyelleri bağlamında sadakat artırıcı etkiye sahip olup olmadıkları bakımından sınıflandırılabilir⁹.

Tablo - 1

İndirim Sistemlerinin Sadakat Artırıcı Etkileri Bakımından Sınıflandırılması

<i>İndirim Sistemi Türü</i>	<i>Sadakat Artırıcı Etkisi</i>	<i>Sadakat Artırıcı Etkisi Yüksek</i>	<i>Sadakat Artırıcı Etkisi Düşük</i>
Üst Dilim İndirimleri			✓
Geriye Dönük İndirimler		✓	
Sabit Oranlı İndirimler			✓
Artan Oranlı İndirimler		✓	
Standart Hedefli İndirimler			✓
Kişiselleştirilmiş İndirimler		✓	
Büyüme İndirimleri		✓	
Hedef İndirimleri		✓	

⁷ Standart hedefli bir indirim, örneğin karmaşık bir artan oranlı indirim yapısına sahip olunması durumunda, piyasadaki alıcıların çok büyük bir kısmının taleplerine hitap edebilecek bir çeşitliliğe sahip olarak dolaylı olarak kişiselleştirilmiş bir indirim niteliğine sahip olabilecektir.

⁸ Rekabet karşıtı etkilerden ilki olan birinci hat hasarı/etkisi (*primary line injury/effect*), hâkim durumdaki teşebbüs tarafından uygulanan indirim(ler)in söz konusu teşebbüs ile aynı pazarda bulunan rakipleri dışlayıcı (yatay) etkilerini; ikincil hat hasarı/etkisi (*secondary line injury*) ise, hâkim durumdaki teşebbüs tarafından uygulanan indirim(ler)in bu teşebbüs ile dikey ilişki içerisinde bulunan alıcıların bulunduğu pazarda, aynı durumdaki alıcılara farklı koşulların getirilmesi sonucu yarattığı ayrımcı etkileri ifade etmektedir.

⁹ Söz konusu sınıflandırma, esas itibarıyla hangi indirim sistemlerinin sadakat artırıcı etkilerin yüksek/düşük olma potansiyelleri hakkında fikir vermekle birlikte, mutlak bir nitelik arz etmemektedir.

2. SADAKAT İNDİRİMLERİNİN REKABET KARŞITI ETKİLERİ VE YARARLARI

Mal ve hizmet piyasalarındaki pek çok teşebbüs tarafından uygulanan sadakat indirimlerinin dışlama dışında pek çok rekabet karşıtı etkisi ve piyasadaki oyuncular bakımından yararı da bulunmaktadır.

2.1. Sadakat İndirimlerinin Rekabet Karşıtı Etkileri

Sadakat indirimlerinin rekabet otoriteleri ve mahkemeler bünyesinde soruşturulmasının asli nedeni pazarın rakiplere kapatılması, rakiplerin dışlanmasına yol açmak suretiyle rekabetin önemli ölçüde engellenmesidir. Bununla birlikte, sadakat indirimlerinin rekabet karşıtı etkileri pazarı kapama/dışlama etkileri ile sınırlı değildir. Müşterilerin, indirim sisteminin geçerli olduğu referans dönemin sonuna kadar, indirimlerden yararlanıp yararlanamayacağına ya da en azından ne kadarlık bir indirimden yararlanacağını net olarak bilememeleri, indirim verilen ürünlerin nihai fiyatlarına yönelik belirsizliklere yol açarak ve böylece rakip ürünlerin fiyatları ile düzgün bir karşılaştırma yapma olanağını engelleyerek markalar arası rekabeti sınırlandırmaktadır. İkinci olarak, indirimler yoluyla dağıtıcı/toptancı düzeyinde tesis edilen tam veya kısmi münhasırlıklar mağaza içi markalar arası rekabeti ve dolayısıyla indirim sunulan ürünlere yönelik olarak üreticiler tarafından algılanan talep esnekliğini azaltarak ve yine indirimler yoluyla yaratılan geçiş maliyetleri, müşterilerin talep esnekliklerini düşürerek piyasa fiyatlarında yükselişe neden olabilecektir.¹⁰ Son olarak, bir indirim sisteminin uygulamaya konulmasına, başlangıçtaki fiyat düzeylerinin yükselmesi, diğer bir deyişle, indirimi kazanmayı hak edemeyen müşterilerin, indirim sistemi öncesine göre daha yüksek fiyatlar ödemek zorunda bırakılarak cezalandırılması eşlik edebilir. Böyle bir durumun ise dağıtımda etkinlik ve tüketici refahı üzerinde etkileri belirsiz olacaktır.

Bunun yanında, Elhauge¹¹, etkinliğe yol açmayan indirim sistemlerinin hem indirimi sağlayan teşebbüsten alım yapan ve bu anlamda anılan teşebbüse sadakat sahibi alıcılar hem de bağımsız alıcılar için fiyatları rekabetçi düzeyin üzerine çıkardığını öne sürmüştür. Elhauge¹², sadakat indirimi veren teşebbüslerin bağımsız alıcılar bakımından rekabete girmek için yeterli güdüye sahip olmadıklarını, zira söz konusu alıcılara yönelik fiyat indirimlerinin sadakat sahibi alıcılara yönelik indirimlerde de artışa yol açacağını; buna bağlı

¹⁰ FAELLA, G. (2007), "The Antitrust Assessment of Loyalty Discounts and Rebates", <http://ssrn.com/abstract=1079504>, Erişim Tarihi: 10.01.2010, s.5.

¹¹ ELHAUGE, E. (2008), "How Loyalty Discounts Can Perversely Discourage Discounting", http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1275529, Erişim Tarihi: 10.01.2010, s.4.

¹² Elhauge (2008), s.4.

olarak da rakip firmaların, sadakat indirimi veren teşebbüsün fiyat indirimleri ile karşılaşamayan bağımsız alıcılara yönelik fiyat indirimine gitmelerine gerek duymadıkları bir durumun oluştuğunu, sonuç olarak sadakat indirimlerinin, sadece rakiplere piyasayı kapadığı ya da onların etkinliğini engellediği için değil aynı zamanda tam da indirim uygulamalarını caydırdığı için rekabet karşıtı etkilerinin olduğunu ortaya koymuştur.

2.2. Sadakat İndirimlerinin Yararları

Sadakat indirimleri, rekabet karşıtı etkilerinin yanı sıra sağlayıcılar ve müşteriler için pek çok etkinliğe de yol açabilmektedir. Nitekim, pazar gücü olmayan teşebbüsler tarafından da yaygın olarak uygulanan maliyet-ilişkisiz (*cost-irrelevant*)¹³ indirimlerin varlığı, bu indirimlerin kullanılmasının altında dışlayıcı olmayan pek çok saikin olduğuna işaret etmektedir.¹⁴

Alt pazardaki müşterilerin karşılaştıkları fiyatlarda düşüşe neden olabilecek fiyat indirimlerini tetikleyebilen sadakat indirimleri, ikinci olarak, özellikle yüksek sabit maliyetlerin geçerli olduğu yenilikçi piyasalarda ölçek ekonomilerinin¹⁵ sağlanmasıyla ortalama maliyetlerin ve satış fiyatlarının düşmesine yardımcı olabilecektir. Paket ürün indirimleri, alan ekonomilerinin¹⁶ oluşturulmasına ve işlem maliyetlerinin azaltılmasına yardımcı olabilecektir.

Sadakat indirimleri ayrıca, indirim sunan sağlayıcının yanı sıra alt pazardaki müşterilerin de pazar gücüne sahip olması halinde gerçekleşmesi olası çifte marjinalleşmenin¹⁷ (*double marginalization*) önlenmesine yardımcı olabilecektir. İndirim sunan teşebbüsün, müşterisi ile kurduğu dikey ilişkiye özgü gerekli yatırımları gerçekleştirmesi için güvence-teşvik unsuru niteliği

¹³ Söz konusu indirimler ile daha ziyade, miktar indirimleri gibi o indirimlerin verilmesi için yerine getirilmesi gereken koşulların gerçekleşmesi halinde ortaya çıkan maliyet tasarrufu karşılığında verilen indirimler kastedilmektedir.

¹⁴ THE OFFICE OF FAIR TRADING (2005), "Selective Price Cuts and Fidelity Discounts", Economic Discussion Paper, http://www.offt.gov.uk/shared_offt/reports/comp_policy/oft804.pdf, Erişim Tarihi: 10.01.2010, s.2.

¹⁵ Uzun dönem toplam maliyetin çıktı ile oransaldan daha az arttığı duruma, diğer bir deyişle, çıktı arttıkça uzun dönem ortalama maliyetin azalması durumuna ölçek ekonomisi (pozitif ölçek ekonomisi) denmektedir. ÜNSAL, E. (2000), "Mikro İktisat", 3. Baskı, İmaj Yayıncılık, Ankara, s.275-276.

¹⁶ Birden fazla çıktı üretmenin maliyetinin, her çıktının ayrı ayrı üretilmesi halinde söz konusu olacak maliyetlerin toplamından küçük olması durumuna alan ekonomileri (pozitif alan ekonomileri) denmektedir. Ünsal (2000), s.277.

¹⁷ Böyle bir durumda fiyatlar, indirimi sunan teşebbüsün dikey bütünleşik bir tekel olması halinde gerçekleşecek fiyatların da üzerinde olacaktır.

taşıyabilecek sadakat indirimleri ayrıca, müşterilerin sunmaları gereken tamamlayıcı hizmetleri sağlamaları için etkili bir teşvik oluşturabilecektir.¹⁸

Yukarıda yer verilen yararlarının yanı sıra, ciro/harcama payı şeklinde sunulan sadakat indirimleri, tüketicilerin taleplerinin önceden isabetli bir şekilde öngörülmesinin güç olduğu endüstrilerde, alıcıların kendi irade ve çabaları dışındaki nedenlerle indirim hedeflerini yakalayamama riskinin daha yüksek olduğu miktar bazlı indirim sistemlerine göre, sağlayıcı ile alıcı arasında risk paylaşımını bir mekanizma işlevi görmektedir ve alıcı üzerinde öngörülen talebin üzerindeki eşikleri yakalama baskısına ve buna ilişkin maliyetlere neden olmamaktadır.¹⁹

3. ABD UYGULAMASI İŞİĞİNDE İNDİRİM SİSTEMLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

ABD uygulamasında, tek ürün indirimlerine ilişkin analizlerin esas itibarıyla, AMC yaklaşımında yer verileceği üzere, yıkıcı fiyat analizleri üzerinde yoğunlaştığından ve bu konudaki görüş ayrılıklarının paket ürün indirimlerine ilişkin olduğundan bahsedilebilecektir. Bu kapsamda da bu başlık altında yer verilen yaklaşımların daha ziyade paket ürün indirimleri üzerinde yoğunlaştıklarından söz edilebilecektir.

3.1. Toplam Paket Maliyeti - Geliri (Total Bundle Cost-Revenue) Karşılaştırması

Paket ürün indirimleri bakımından ele alınan, *per se*²⁰ yasallık testi olarak da adlandırılabilir ve en az sınırlayıcı yaklaşım olarak kabul edilen bu yaklaşımda temel olarak, indirim sistemi kapsamındaki paketin, indirimli fiyatı ile ortalama kaçınılabilir maliyeti²¹ karşılaştırılmakta²² ve nihai fiyatın maliyetin altında çıkması halinde, ortaya çıkan zararın makul bir biçimde telafi edilip edilemeyeceği incelenmektedir. *Brooke Group*²³ kararında da paralel şekilde belirtilen bu yaklaşım, maliyet üstü fiyatlandırmaların hiçbir zaman rekabet karşıtı etkileri olmayacağını değil, söz konusu uygulamaların yasaklanmasından

¹⁸ GERADIN, D. (2008), "A Proposed Test for Separating Pro-Competitive Loyalty Rebates from Anti-Competitive Ones", http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1308484, Erişim Tarihi:10.01.2010, s.34.

¹⁹ Geradin (2008), s.35.

²⁰ Diğer bir deyişle, "mutlak" ya da "kesin".

²¹ Ortalama kaçınılabilir maliyet (*average variable cost - AVC*), bir teşebbüsün, üretmeyi planladığı ürünleri üretmemesi halinde yüklenmekten kaçınabileceği birim maliyeti ifade etmekte olup söz konusu ürünleri üretmeye yönelik değişken maliyetleri ve o ürün partisinin üretilmesi için gerçekleştirilmesi gereken sabit maliyetleri içermektedir

²² HOVENKAMP, H. (2005), "The Antitrust Enterprise: Principle and Execution", Harvard University Press, Cambridge, MA and London, s.172-173.

²³ Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Cor., 509 U.S.

kaynaklanan fiyat indirimlerinin yüksek oranda caydırılmasına bağlı tüketici zararının, bu yasaklamalardan elde edilmesi beklenen yarara baskın geleceğini savunmaktadır.

Lambert²⁴ ise, paket ürün indirimleri sunabilen teşebbüslerin daha az çeşit ürün grubuna sahip rakiplerini pazar dışına çıkarabileceği durumları tasavvur etmenin güç olmadığı varsayımı altında, maliyet üstü fiyatlandırma ile sonuçlanan tüm indirim sistemlerinin yaptırma tabi tutulmamasına yönelik bir yargıya varılması için henüz çok erken olduğunu belirtmiştir.

Economides²⁵, 1970'lerden itibaren telekomünikasyon sektöründen oldukça iyi anlaşıldığı üzere, bazı pazarlarda rekabetçi bir ortam belirginleşirken bazılarında ise tekelci konumun devam etmesine bağlı olarak bir paket içindeki ürünlerin bazılarının maliyetlerinin üzerinde bazılarının ise münferiden maliyetlerinin altında satılabileceğinin anlaşıldığını ifade etmektedir. Paketten elde edilen hasılat ile paketin maliyetinin karşılaştırılmasından ibaret olan bu yaklaşımın bağlama uygulamalarını genel itibarıyla *per se* yasal kılması büyük oranda kaçınılmaz olacaktır.

3.2. LePage Yaklaşımı

Davaya ilişkin olarak Üçüncü Daire²⁶, kararında, paket ürün indirimlerine ilişkin temel kaygıyı, satışını yaptığı çoklu ürün grubuna ilişkin paket ürün indirimi sunan teşebbüsün, kendisi kadar geniş bir ürün hattına sahip olmayan eşit etkinlikteki rakiplerinin işlerini ellerinden alabilecek olması olarak belirtmiştir. Çünkü böyle bir durumda, eşit etkinlikteki rakiplerin görece daha az sayıda bir ürün yelpazesine sahip olması nedeniyle, paket ürün indirimi sunan teşebbüsün sağladığı indirimi telafi etmek için başvurabileceği ürün yelpazesi dar, vazgeçebileceği marj²⁷ sayısı²⁸ ve toplam miktarı ise sınırlı olacaktır. Mahkeme paket ürün indirimi sunan teşebbüsün, indirim sunduğu paketin görece genişliğine odaklanmış ve indirim sunan teşebbüs, rakip tarafından satılmayan

²⁴LAMBERT, T. A. (2006), "Antitrust Analysis of Bundled Discounts", http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=948484, Erişim Tarihi:10.01.2010, s.3.

²⁵ ECOMOMIDES, N. (2009), "Loyalty/Requirement Rebates and the Antitrust Modernization Commission: What is the Appropriate Liability Standard?" http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1370699, Erişim Tarihi:10.01.2010, s.12-13.

²⁶ LePage's Inc. v. 3M, 324 F.3d 141 (3d Cir. 2003)

²⁷ Maliyet fiyatı ile satış fiyatı arasındaki fark.

²⁸ Marj sayısı ile kastedilen ise, paket ürün indirimine konu pakette yer alan ürün çeşidi ne kadar fazla ise o kadar çok ürün bakımından marjdan fedakârlık yapılabileceğidir.

bir ürün grubuna yönelik indirim yapmış ve rakibinin elinden işini almış ise söz konusu paket ürün indiriminin dışlayıcı olarak varsayılacağına hükmetmiştir.²⁹

Lambert³⁰, mahkemenin, iddia sahibi *LePage* tarafından, kendisinin veya eşit etkinlikteki varsayımsal bir rakibin maliyet altı fiyatlandırmaya gitmeden indirim veren teşebbüsün sağladığı paket ürün indirimlerini telafi edemeyeceğini kanıtlamasını istemediği bu kararın iki önemli sakıncasından söz etmektedir. Bunlardan ilki, mahkeme tarafından benimsenen yaklaşımın, şikayet sahibi rakibin etkinliğini sorgulamak yerine paket ürün indirimine konu ürün grubunun genişliğine odaklanarak daha az etkin nitelikteki rakiplerin paket ürün indirimleri yoluyla sağlanan fiyat rekabetinden korunmalarına ve tüketicilerin daha az etkin nitelikteki rakipleri sübvansetmelerine yol açabilecek olmasıdır. İkinci olarak, yine paket ürün indirimine konu ürün grubunun genişliğine odaklanan bu yaklaşım, etkinlik yaratabilen ve tüketicilere yarar sağlayan bir ticari uygulama niteliğindeki paket satış uygulamalarını azaltıcı bir etkiye yol açabilecektir.

3.3. Ortho Diagnostic Yaklaşımı

LePage yaklaşımı ile daha az etkin nitelikteki rakiplerin, rekabet hukukunu kullanarak paket ürün indirimlerinin yol açtığı fiyat rekabetinden korunmak için bir fiyat şemsiyesi yaratmalarını önlemek mümkün değildir. Bununla birlikte, *Ortho Diagnostic* davasında, maliyet üstü fiyatlandırmadan şikayet eden bir rakibin, paket ürün indirimine konu ürün grubu içinde yer alan ve rekabetçi bir pazara konu ürün bakımından paket ürün indirimi sunan teşebbüs ile eşit etkinlikteki bir üretici olduğunu kanıtlaması gerektiğine dair bir anlayış benimseyen mahkeme³¹, şikayet sahibi rakibin ya paket ürün indirimine konu ürün grubunun indirim sonrası fiyatının söz konusu paketin ortalama değişken maliyetinin altında olduğunu ya da kendisinin indirimine konu ürün grubu içinde yer alan rekabetçi pazara ait ürünün üreticisi olarak paket ürün indirimi sunan teşebbüs ile eşit etkinlikte olduğunu ancak indirim sunan teşebbüsün sunduğu paket ürün indirimleri nedeniyle kâra geçmek için fiyatları yeterince yukarı çekemediğini kanıtlaması gerektiğine hükmetmiştir.

Belli çekinceleri gidermeye yönelik olarak benimsenen söz konusu testin yönetilmesi ve yürütülmesinde, maliyetlerin belirlenmesi ve dahası bir başka teşebbüsün maliyetlerinin ortaya çıkarılması bakımından ciddi güçlükler bulunmaktadır. Bunlardan ilki, şikayetçi rakibin kendisinin ve paket ürün indirimi sunan teşebbüsün birim maliyetini göstermesi gerekliliği iken; ikincisi

²⁹ Mahkeme, indirim veren teşebbüsün, paket satıştan kaynaklanan maliyet tasarruflarının toplam indirim miktarına yaklaştığını kanıtlaması halinde dışlama varsayımını çürütebileceğini de eklemiştir.

³⁰ Lambert (2006), s.7-8.

³¹ Ortho Diagnostic Sys., Inc. V. Abbott Labs., Inc., 920 F. Supp. 455 (S.D.N.Y. 1996)

ise, ortak maliyetlerin geçerli olmasına bağlı olarak oldukça karmaşık bir işlem haline gelebilecek paket ürün indirimine konu ürün grubunun maliyetinin belirlenmesidir.³²

3.4. Antitrust Modernization Commission (AMC) Yaklaşımı

AMC, indirim sistemlerinin rekabet karşıtı etkilerinin değerlendirilmesi bağlamında açık, anlaşılır, başarılı bir şekilde yönetilebilir ve yürütülebilir bir testin geliştirilmesinin uygun bir fiyat-maliyet karşılaştırması içeren güvenli limanlar (*safe harbours*) kullanılması ile sürdürülebileceğini belirtmektedir.³³

Rakiplerin, paket ürün indirimine konu ürün grubunu oluşturmak suretiyle karşı bir paket satış gerçekleştirildiği durumlarda (*bundle to bundle*) AMC, paketin indirim sonrası fiyatının paketi oluşturan tüm ürünlere yönelik uygun nitelikteki birim maliyeti³⁴ aşmış olduğuna bakılmasını, diğer bir deyişle, tipik yıkıcı fiyat analizi yapılmasını önermektedir. AMC, rakiplerin paket ürün indirimine konu ürün grubunu makul bir biçimde oluşturabilmelerinin mümkün olmadığı-rakiplerin indirime konu paketin aynısını sunmadığı durumlarda ise, daha ziyade bağlama uygulamalarındaki benzer bir rekabetçi zararın ortaya çıkıp çıkmadığını belirlemek için tahsis edilmiş indirim güvenli limanlarının (*discount-allocation safe harbours*) kullanılmasını önermektedir. Buna göre, paket ürün indirimi sunan teşebbüsün, paket ürün indirimine konu ürün grubu içinde yer alan ve rekabetçi bir pazara konu ürüne yönelik uygun nitelikte birim maliyet ile bütün pakete yönelik sağlanan toplam indirimin söz konusu rekabetçi ürüne tahsis edilmesi sonucu oluşan fiyat karşılaştırılmaktadır. Rekabetçi ürünün indirim tahsisli fiyatının, söz konusu ürünün ortalama değişken maliyetinin altında kalması halinde paket ürün indirim uygulaması güvenli liman korumasından yararlanamayacaktır. AMC, paket ürün indirim uygulamalarının güvenli liman şemsiyesi altına giremediği bir durumda, rekabet karşıtı etkilerin varlığına dair bir sonuca, ancak, rekabetin gerçek ya da muhtemel anlamda zarar gördüğünün yeterli bir şekilde gösterilmesi karşılığında varılabileceğini belirtmektedir. Bu anlamda, paket ürün indirim uygulamasının rakiplerin marjinal maliyetlerini artırıp artırmadığı ve rakiplerin pazarda kalıp kalmadıklarının ya da kalmalarının olası olup olmadığının ortaya konulması gerekliliği, söz konusu indirimlerin yol açtığı zararların sağladığı faydaları ölçüsüz oranda aştığının ortaya konulması gerekliliği ile birlikte AMC tarafından

³² Lambert (2006), s.9.

³³ Antitrust Modernization Commission-AMC (2007), "Competition and Monopoly: Single Firm Conduct Under Section 2 of the Sherman Act",

<http://www.justice.gov/atr/public/reports/236681.pdf>, Erişim Tarihi: 10.01.2010, s.105.

³⁴ Ortalama değişken maliyet.

ifade edilmektedir.^{35,36} Bu anlamda, indirim uygulamasından kaynaklanan zararın telafi edilebileceğinin (*recoupment of losses*) ve rekabet karşıtı etkilerin varlığının gösterilmesi AMC testinin öngördüğü diğer iki koşuldur.

AMC, tek-ürün sadakat indirimlerine (*single-product loyalty discounts*) ilişkin olarak ise tipik yıkıcı fiyat uygulamasının, fiyat-maliyet güvenli limanı olarak kullanılmasını önermektedir. Zira tipik yıkıcı fiyat analizi açıklık, anlaşılabilirlik, başarılı bir şekilde yönetim ve yürütme bakımından pek çok avantaja sahip olmasının yanında teşebbüslere, erişimlerine açık verileri kullanarak davranışlarını hukuka uygun hale getirme yönünde belirlilik sağlamakta ve fiyat rekabetinin önünü kesici riskleri de azaltmaktadır.³⁷ Bununla birlikte AMC, bu testin tüm vakalar için uygun olduğu sonucuna varılmadan önce daha fazla araştırma yapılması gerektiğini düşünmektedir.

3.5. ABD Uygulaması Işığında Ortaya Çıkan Yaklaşımların Değerlendirilmesi

AMC tarafından benimsenen yaklaşımın tarafımızca merkezde kabul edildiği bu testlerdeki temel amaç, indirim sistemlerinin rekabetçi değerlendirilmesinde kullanılan testlerde benimsenen standartların, uyumsuzluğa konu indirim uygulamalarını gerçekleştiren teşebbüsler için, açık ve anlaşılır olması ve bu anlamda söz konusu standartların bu teşebbüslerin erişimlerine açık verileri içermesi ve böylece bu teşebbüslerin davranışlarını hukuka uygun hale getirme yönünde belirlilik sağlanması ile bu testlerin değerlendirme süreci boyunca rekabet otoriteleri ve mahkemeler tarafından düzgün ve başarılı bir şekilde yönetilip yürütülmesi ve bu sayede teşebbüslerin fiyat rekabetini azaltıcı bir etkisini olabildiğince azaltmasıdır. Ayrıca, fiyat-maliyet güvenli limanları tesis edilmesinin altında teşebbüslerin fiyatlandırma konusunda olabildiğince serbest bırakılması ve bu yöndeki davranışlarının rekabet karşıtı olarak değerlendirilmesinin olabildiğince kısıtlanması anlayışı yatmaktadır. Bununla birlikte Economides³⁸, özellikle paket ürün indirimleri bakımından, AMC testinin çok sayıda kusuru olduğunu öne sürmektedir.

İlk olarak, paket ürün indirim uygulamalarında AMC testi, tam da hâkim durumdaki teşebbüsün rekabet karşıtı eylemlerinden dolayı görece daha yüksek olabilecek rakibin rekabetçi ürüne ilişkin maliyetlerini değil hâkim durumdaki

³⁵ Dokuzuncu Daire'nin *The Peacehealth* davasında (Cascade Health Solutions v. PeaceHealth, 515F3d 883 [Ninth Circuit 2008]) benimsediği yaklaşım ise AMC testinin sadece ilk aşamasından ibaret olup rekabetçi ürünün indirim tahsisli fiyatının, söz konusu ürünün ortalama değişken maliyetinin altında kalması halinde paket indirim uygulaması rekabet karşıtı olarak kabul edilecektir.

³⁶ AMC (2007), s.106.

³⁷ AMC (2007), s.116-117.

³⁸ Economides (2009), s.14-19.

teşebbüsün maliyetlerini dikkate almaktadır. Ancak, rekabetçi bir pazara konu ürünün üretim sürecinin örneğin, ölçüğe göre artan getiri niteliği taşıdığı ya da rakibin uzun dönem maliyet eğrisinin hâkim durumdaki teşebbüsünki kadar düşük olduğu bir durumda, hâkim durumdaki teşebbüsün uyuşmazlığa konu eylemlerinden dolayı rakibin maliyetlerinde önemli düşüşler sağlayacak ölçüğe yakalamasının önlenmesi, rakibin maliyetlerinin daha yüksek olmasına yol açabilecektir. İndirim uygulamasının olmadığı bir halde ise rakibin, söz konusu ölçüğe yakalayıp (eşit) etkin bir konumu yakalaması ile sonuçlanabilecek ve rakibin pazarın dışına çıkması gerçekleşmeyebilecektir.

İkinci olarak, fiyat-maliyet karşılaştırmalarını içeren testlere karşı olanlar, rekabetin zaten zayıflamış olduğu piyasalarda, daha az etkin olan rakiplerin (korunmasının) hâkim durumdaki teşebbüs üzerinde rekabetçi bir baskı yaratabileceğini ve düşük fiyatlardan kaynaklanan dağıtımda etkinliğin, rakipler tarafından yüklenen yüksek maliyetlerden kaynaklanan üretimde etkinlik kayıplarını aşması halinde tüketici refahını artırabileceğini öne sürmektedir.³⁹ Bunun yanında, halihazırda daha az etkin nitelikte olan ancak yakın gelecekte daha etkin olacak bir rakibin, hâkim durumdaki teşebbüsün indirim uygulamaları sonucu pazardan dışlanması da hâkim durumun kötüye kullanılması olarak kabul edilebilecektir. Bu konuya ilişkin olarak Heimler, belli özel koşullar altında⁴⁰, rakibin yakın gelecekte eşit etkinliği yakalayacağına dair doğrudan ve güçlü kanıtların bulunduğu hallerde, bir indirim sisteminin dışlayıcı olup olmadığının değerlendirilmesinin, hâkim durumdaki teşebbüsün rakibin satışlarında gerçekleşen küçük ama önemli artışlarla bağlantılı ortalama artan maliyeti esas alınarak yapılması gerektiğini öne sürmüştür.⁴¹ Nitekim Tartışma Metnin'de⁴² hâkim durumdaki teşebbüsün sahip olduğu ancak rakipler tarafından kabul edilebilir bir zaman aralığında, makul bir biçimde aynı şekilde karşılık verilemeyen ya da üstesinden gelinemeyen rekabetçi avantajların varlığı halinde, hâkim durumdaki teşebbüsün indirim sistemlerini kullanarak pazara

³⁹ FAELLA, G. (2009), "Foreclosure, Predation and Competition on the Merits: An Analysis of Bundled Discounts", http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1324607, Erişim Tarihi: 10.01.2010, s.14-15.

⁴⁰ Tarafımızca burada kastedilen durumun, esasen hâkim durumdaki teşebbüsün maliyet eğrisi ile aynı (ya da benzer nitelikte) maliyet eğrisine sahip bir rakibin, hâkim durumdaki teşebbüsün uyguladığı indirim sisteminin varlığı nedeniyle daha fazla üretim yapamamasının ortalama maliyetlerinde gerçekleşebilecek bir düşüşe yol açamaması durumu olduğu düşünülmektedir.

⁴¹ HEIMLER, A. (2008), "Fidelity Discounts And Rebates Not Justified By The Costs: In Which Cases Should A Dominant Enterprise Be Forbidden Such Practices?" www.wettbewerbszentrale.de/media/getlivedoc.aspx?ID=28384, Erişim Tarihi: 10.01.2010, s.19.

⁴² DG Competition (2005), "Discussion Paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses", Brussels, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2009:045:0007:0020:EN:PDF>, Erişim Tarihi: 10.01.2010, Para.165.

girişleri engelleyebileceği ya da giriş yapanları pazar dışına çıkarabileceği belirtilmiş ve eşit etkinlikte olmayan bir rakibin dışlanması anlamına gelen bu durumun da ek faktörlerin ortaya konulması karşısında kötüye kullanma olarak kabul edilebileceği belirtilmiştir.

Üçüncü olarak, Economides ve Lianos⁴³, fiyat-maliyet karşılaştırmalarında indirim sonrası fiyatın karşılaştırıldığı ortalama değişken maliyeti uygun maliyet ölçüsü olarak görmemektedirler. Zira teşebbüslerin faaliyetlerini sürdürmeleri için sabit maliyetlerini de karşılamaları gerekliliği karşısında ortalama toplam maliyet uygun birim maliyet ölçüsü niteliği kazanmaktadır. Rekabet kuralları, eşit etkinlikteki rakiplerin uzun dönemde varlıklarını sürdürmelerine izin vermeyen hâkim durumdaki teşebbüs tarafından sergilenen fiyatlama davranışlarına izin vermemelidir.⁴⁴

Dördüncü olarak, ürün farklılaştırmasının geçerli olduğu pazarlarda, indirim sistemlerinin değerlendirilmesinde hâkim durumdaki (eş etkinlikteki) teşebbüsün maliyetlerinin kullanılması, rakibin hâkim durumdaki teşebbüsün ürünlerinden çeşitlilik, nitelik ve kalite bakımından farklılıklar gösteren ürün(ler) ürettiği göz önünde bulundurulduğunda, pek bir anlam ifade etmemektedir.⁴⁵

Beşinci olarak, sadakat indirimleri ürünlerin nihai fiyatlarına ilişkin belirsizlik yaratmakta ve şeffaflığı azaltabilmektedir. Müşteriler bakımından dahi şeffaflığı bozan bir indirim sistemi karşısında rakip teşebbüsün, belli bir müşteriye hâkim durumdaki teşebbüs tarafından sunulan efektif fiyatı hesaplamakta ve dolayısıyla bu fiyata karşılık gelebilecek bir fiyat sunmakta güçlük yaşayabilmesi ve sonuç olarak fiyat rekabetinin sınırlanması AMC yaklaşımınca göz ardı edilen bir husustur.

Altıncı olarak, tek ürün indirimleri bağlamında, pek çok piyasada hâkim durumdaki teşebbüsün satışlarının belli bir kısmı, indirim sistemi olmasa da söz konusu teşebbüsün her halde gerçekleştirebileceği, diğer bir deyişle, rakiplerin rekabet edemeyeceği bir kısmı temsil etmektedir. Dolayısıyla, hâkim durumdaki teşebbüsün uyguladığı indirim sistemlerinin hedefi, karşılaştığı talebin bu kısmı değil rakiplerin rekabet edebildiği kısımdır. Bu nedenle, fiyat-maliyet karşılaştırmaları, bu karşılaştırmaların rekabetçi değerlendirmesi açısından varılacak sonuçta önemli değişikliklere yol açabilecek şekilde, indirime konu bir

⁴³ ECOMOMIDES, N. ve I. LIANOS (2009), "The Elusive Antitrust Standard on Bundling in Europe and in the United States in the Aftermath of the Microsoft Cases", http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1078932, Erişim Tarihi: 10.01.2010, s.42.

⁴⁴ Economides ve Lianos (2009), s., 42.

⁴⁵ Economides (2009), s.15-16.

ürünün tüm birimlerine değil sadece rekabete açık kısmına yönelik olarak yapılmalıdır.

Yedinci olarak, hâkim durumdaki teşebbüsün indirim uygulaması öncesi ve sonrası dönemlerinin karşılaştırılması bakımından zarar edip etmediğinin belirgin olmaması nedeniyle, AMC testinin ikinci koşulu olarak, indirim konu ürünün efektif fiyatının ortalama değişken maliyetinin altında kaldığı durumlarda ortaya çıktığı varsayılan zararın telafi edilmesinin mümkün olduğunun gösterilmesi gerekliliği alâkasız hale gelmektedir. Zira hâkim durumdaki teşebbüsün indirim sistemi kapsamı dışındaki fiyatının, indirim sistemi öncesi fiyatından yüksek olduğu bir durum rekabet karşıtı etkilerin varlığına işaret etmektedir.⁴⁶ İndirim sistemi kapsamı dışındaki fiyat (liste fiyatı) ile indirim sistemi kapsamı içindeki fiyat arasındaki fark, hâkim durumdaki teşebbüs indirim sistemini yürürlüğe koyarken liste fiyatını ve indirim konu paketin fiyatını birlikte yükseltebileceği ve yine bu indirim sistemi söz konusu teşebbüse bu eylemleri için daha fazla pazar gücü sağlayabileceği için, her zaman hâkim durumdaki teşebbüsün katlandığı bir zarara işaret etmeyecektir.

Sekizinci olarak, indirim sistemlerinin müşteriler tarafından kabul edilmiş olması her zaman daha yüksek bir tüketici fazlası anlamına gelmemektedir. Müşteriler bakımından, mahkûmların açmazı (*prisoner's dilemma*) benzeri bir durumun geçerli olduğu böyle bir halde, her bir müşterinin daha yüksek fiyatlar ödememek için bireysel olarak indirim sisteminden yararlanmak istemesi rasyonel olmakla birlikte, piyasadaki tüm müşterilerin bu şekilde davranması sonucunda hâkim durumdaki teşebbüsün indirim sistemi sonrası pazar gücünün artması nedeniyle tüm müşterilerin durumu aslında indirim sistemi öncesi döneme göre daha da kötüleşmektedir.⁴⁷

Dokuzuncu olarak, paket ürün indirimlerinin bizzat kendisi, hâkim durumdaki teşebbüs tarafından, pazara girişleri caydırıcı bir mekanizma olarak kullanılabilir. Paket ürün indirimleri, bir pazara giriş yapmayı düşünen rakipler için bu girişi, paket içindeki diğer bir ürünün pazarına eşanlı giriş olmadıkça kârlı olmaktan çıkarabilecektir.

Son olarak, fiyat-maliyet analizleri rakiplere, hâkim durumdaki teşebbüsün maliyetlerine ilişkin verileri elde etmek ve bu maliyetleri hesaplamak gibi ağır bir yük getirmektedir. Rakiplerin rekabet karşıtı dışlamaları kanıtlamak için tüketici zararını ortaya koymalarının yeterli görülmesi ve daha sonra hâkim durumdaki teşebbüsün bu iddiaları çürütecek

⁴⁶ ELHAUGE, E. (2009), "Tying, Bundled Discounts, and the Death of the Single Monopoly Profit Theory", http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1345239, Erişim Tarihi: 10.01.2010, s.55-56.

⁴⁷ Konuya ilişkin ayrıntılı açıklama için Bkz., Economides ve Lianos (2009), s.44-46.

etkinlik kazanımlarını göstermesinin beklenmesi daha uygun bir seçenek olarak görülmektedir.⁴⁸

Sonuç olarak AMC tarafından benimsenen yaklaşıma yönelik eleştirilerin iki ayrı noktada toplandığından söz edilebilir. Bunlardan ilki, ürün farklılaştırmasında olduğu gibi fiyatın rekabetin tek önemli unsuru olmadığı pazarların varlığı, bizzat indirim sistemleri ile fiyat rekabetini sabote eden belirsizliklerin yaratılması, maliyetlere ilişkin verilerin elde edilmesindeki ciddi güçlükler vb. durumlar için geçerli olmak üzere, fiyat-maliyet analizlerinin indirim sistemlerinin dışlayıcı olup olmadığının değerlendirilmesinde her zaman uygun bir değerlendirme ölçütü olamayacağı görüşüdür. İkincisi ise, fiyat-maliyet analizlerinin yapılmasının uygun ve mümkün olduğu durumlarda, söz konusu analizlerde izlenen yöntemeye yönelik eksiklikler bakımından getirilen alternatif yöntemleri içeren görüşlerdir.

4. AB UYGULAMASI IŞIĞINDA İNDİRİM SİSTEMLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

AB İçtihat Hukuku'nda paket ürün indirimleri ile tek-ürün indirimleri arasında bir ayrıma gidilmemekte, esas itibarıyla, varsayımsal olarak yasal kabul edilen miktar indirimleri ile pek çok durumda rekabet karşıtı olarak kabul edilen sadakat indirimleri arasında bir ayrıma gidilmekte ve hâkim durumdaki teşebbüsün indirimine konu (rekabetçi) ürünün indirim sonrası fiyatı söz konusu ürünün uygun bir birim maliyeti ile karşılaştırılmamaktadır.

Miktar indirimleri temel olarak, söz konusu indirimler alt pazardaki alıcılar arasında herhangi bir ayrımcılığa yol açmadığı sürece yasal kabul edilmektedir. Müşterilerin alımlarının tamamını ya da büyük bir kısmını hâkim durumdaki teşebbüsten karşılamasına yol açan sadakat indirimleri ise temel olarak rekabet karşıtı kabul edilmektedir. Bu anlamda bir pazarda hâkim durumda bulunan ve rakiplerine kıyasla önemli bir pazar payı üstünlüğü bulunan⁴⁹ bir teşebbüs tarafından görece uzun bir referans dönemi içinde uygulanan kişiselleştirilmiş, geriye dönük indirimler⁵⁰, söz konusu indirimleri nesnel bir biçimde iktisadi olarak temize çıkarabilecek savunmaların (*objective economics justifications*) yokluğu halinde, pazara girişleri daha güçleştirdiği ya da olanaksız hale getirdiği için kötüye kullanma olarak değerlendirilmiştir. Economides ve Lianos⁵¹,un, *LePage* yaklaşımına belli yönlerden benzettiği bir

⁴⁸ Economides ve Lianos (2009), s.49.

⁴⁹ Case 322/81, NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin v Commission [1983] ECR 3461; Virgin/British Airways, OJ 2000 L 30/1 ve Case T-219/99, British Airways plc v Commission [2003] ECR II-5917.

⁵⁰ Case 85/76, Hoffmann-La Roche and Co AG v Commission [1979] ECR 461.

⁵¹ Economides ve Liason (2009), s.20.

yaklaşım olarak kabul ettikleri bu yaklaşıma göre, hâkim durumdaki teşebbüse göre daha az etkin olan bir rakibin dışlanması kötüye kullanma olarak kabul edilebilmektedir.

Bunun yanında İlk Derece Mahkemesi (CFI), *Michelin II* kararında⁵², Michelin'in belli bir referans dönem için çok sayıda ürün ve hedefin yer aldığı bir sistem içinde, önceden belirlediği bir ciro hedefinin yakalanması halinde geriye dönük olarak bütün ciroya uyguladığı, esasen standart miktar indirimi benzeri indirim sistemini hedef indirimleri olarak tanımlamış ve söz konusu uygulamanın kötüye kullanma olduğuna hükmetmiştir. Geriye dönük indirimlerin, rakip teşebbüslerin müşterilerin taleplerinin geriye kalan kısmı üzerinde hâkim durumdaki teşebbüsten daha düşük bir fiyat sunmaları yanında, geriye dönük indirimleri de telafi etmeleri gerektiğine vurgu yapan CFI, söz konusu indirim sisteminin referans dönemin sonuna kadar belirsizlik yaratması nedeniyle müşteriler üzerinde, alımlarını Michelin'den karşılamaları yönünde bir baskı yarattığına ve müşterilerin tedarik kararlarını özgürce vermelerini engellediğine işaret etmiştir. CFI ayrıca, kötüye kullanmanın geçerli olduğu dönemde Michelin'in pazar payındaki azalmayı da, söz konusu indirim uygulaması olmasaydı anılan düşüşün daha büyük olacağını öne sürerek konu ile ilgili olmayan bir husus olarak değerlendirmiştir.

AB İçtihat Hukuku'nda temel olarak, hâkim durumdaki teşebbüs tarafından sunulan sadakate yol açan hedef indirimlerini de içerecek şekilde sadakat indirimleri, alıcıların tedarik kararlarını özgürce verebilmelerini sınırlandırdığı ya da bütünüyle ortadan kaldırdığı ve dolayısıyla pazara girişleri güçleştirdiği, rakiplerin pazar dışına çıkmalarına ya da marjinalize edilmelerine yol açtığı ya da açması olası oldukları için kötüye kullanma olarak kabul edilmektedir.

Bununla birlikte Avrupa Toplulukları Adalet Divanı (ATAD)'nın *British Airways* kararı⁵³ ile Komisyon'un *Tomra* kararı⁵⁴ indirim sistemlerinin rekabet karşıtı dışlayıcı etkilerini, söz konusu indirim sistemlerinin sağladığı etkinlikler ile karşılaştıran, Roma Antlaşması'nın 82. maddesi'ne yönelik öngörülen reform çerçevesinde atılan önemli adımlar olarak görülmüştür. ATAD, *British Airways* kararında, hâkim durumdaki teşebbüs tarafından uygulanan bir indirim sisteminin kötüye kullanma olup olmadığının değerlendirilmesinde üç aşamalı bir testin uygulanması gerektiğini belirtmiştir. Testin ilk aşamasına göre, indirim sisteminin dışlayıcı bir etki yaratıp yaratamayacağı ortaya konulmalıdır. İkinci aşamada ise indirim sisteminin

⁵² Manufacture Française des Pneumatiques Michelin v. EC (Michelin II), 2003 E.C.R. II-4071.

⁵³ Case C-95/04, *British Airways v. Commission*, 2007 E.C.R. I.

⁵⁴ Case COMP/E-1/38.113, *Prokent Tomra* [2006].

rakiplerin konumunu etkileme eğiliminde olup olmadığına bakılmalıdır.⁵⁵ Son olarak ise indirim sisteminin nesnel iktisadi savunmalar ile haklı çıkarılıp çıkarılmayacağına bakılmalıdır. Testin birbiri ile bağlantılı olduğu ilk iki aşamasında, indirim sisteminin rakipler için pazara girişi ve sonrasında müşterilerin de tedarik kaynakları arasında özgürce seçim yapmalarını güçleştirip güçleştirmedeği ya da olanaksız kılıp kılmadığı belirlenmektedir. ATAD, böylece, bir indirim sisteminin kötüye kullanma olarak kabul edilebilmesi için yalnızca sadakat yaratıcı etkiye sahip olmasının yeterli olmadığını, ayrıca dışlayıcı etkinin varlığının ortaya konulması gerektiğini ifade etmiştir.⁵⁶ Nitekim, Economides ve Lianos⁵⁷ bir indirim sisteminin pazar koşulları üzerindeki etkisine ve etkinlik kazanımı sağlayıp sağlamadığını araştıran söz konusu testin son iki aşamasından dolayı bu yaklaşımı, sadakate yol açan indirim sistemlerini hemen hemen per se ihlal (*quasi-per se illegal*) olarak kabul eden yaklaşımdan ziyade yapısalcı *rule of reason*⁵⁸ (*structured rule of reason*) yaklaşımına yakın olarak nitelendirmişlerdir.

Bununla birlikte, Faella⁵⁹, rakiplerin hâkim durumdaki teşebbüs tarafından uygulanan indirim sistemine aynı ya da yakın nitelikte bir karşılık verip veremeyeceklerinin dikkate alınmadığını ve herhangi bir fiyat-maliyet analizi yapılmadığını belirttikten sonra, her iki kararı da indirim sistemlerine yönelik geleneksel AB yaklaşımının sürdürülmesi olarak nitelendirmiştir.

AB İçtihat Hukuku'nda hâkim durumdaki teşebbüs tarafından uygulanan bir indirim sisteminin sadakate yol açıp açmadığının belirlenmesinde birtakım ölçütler bulunmaktadır. Bunlardan ilki, indirim sisteminin geçerli olduğu referans dönemin uzunluğudur. Referans dönem uzadıkça, geriye dönük bir indirim sisteminin varlığı halinde, alıcıların üzerinde hâkim durumdaki teşebbüsten alım yapma yönündeki baskı giderek artacaktır. Ancak kritik referans dönemin ne olduğu konusunda bir belirginlik yoktur. Söz konusu dönemin, her duruma uyan bir uzunluğa tekabül etmesinden ziyade, her bir indirim sistemi bazında, başta indirime konu ürüne ilişkin piyasa koşulları olmak üzere birçok ölçüt bakımından belirlenmesi uygun olacaktır.

İkinci olarak, indirim sistemini uygulayan hâkim durumdaki teşebbüs ile rakip teşebbüsler arasındaki asimetri ne kadar büyükse, rakip teşebbüslerin, rekabet edebileceği marjinal talebin küçüklüğü başta olmak üzere pek çok

⁵⁵ BACON, K. (2007), "European Court of Justice Upholds Judgment of the European Court of First Instance in the British Airways/Virgin Saga", http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1077127, Erişim Tarihi: 10.01.2010, s.232.

⁵⁶ Bkz. Dipnot 53, para.77.

⁵⁷ Economides ve Liason (2009), s.95.

⁵⁸ Diğer bir deyişle "haklı sebep".

⁵⁹ Faella (2007), s.17-18.

olanak bakımından kısıtlara tabi olması nedeniyle, indirim sisteminin sadakate yol açma eğilimi artacaktır. Nitekim Kallaugher⁶⁰, pazar payının belli bir eşğin üstünde olduğu süper hâkim durum⁶¹ (*super dominance*) için sadakat indirimlerinin rekabet karştı olduğuna dair *per se* bir kural getirilebileceğini önermektedir.

Üçüncü olarak, hâkim durumdaki teşebbüsün indirim sistemini uyguladığı dağıtıcı niteliğindeki müşterilerin marjlarının düşük olması halinde, geriye dönük bir indirim sistemi, kaybedilmesi göze alınamayacak kadar cazip bir nitelik kazanabilecektir.

Bununla birlikte referans dönemin uzunluğu olsun, hâkim durumdaki teşebbüs ile rakipler arasındaki asimetri olsun, indirimlere muhatap müşterilerin kâr marjlarının büyüklüğü olsun, iktisadi analizlere dayalı tespitlerin olmadığı durumlarda, kötüye kullanma değerlendirmelerinde başvurulacak önemli göstergeler olarak görülmektedir.

Dördüncü olarak, hâkim durumdaki teşebbüs tarafından uygulanan bir indirim sistemi ne kadar az şeffaf ya da söz konusu teşebbüse bu sistemi yürütmesinde ne kadar çok keyfiyet veriyorsa, müşterilerin bünyesinde o derece belirsizliğe yol açacak ve hem müşterilerin ürünün efektif fiyatı ile rakip ürünlerin fiyatını karşılaştırmasını önleyecek hem de dönem boyunca indirimleri kaybetmemek için alımların hâkim durumdaki teşebbüsten karşılanması yönünde baskı yapabilecektir. Bunun yanında, paket ürün indirimleri, geriye dönük bir indirim sisteminin sadakat yaratıcı etkisini, referans dönem için belirlenen eşğin yakalanamaması halinde birden fazla ürün üzerindeki indirimleri kaybetmeye yol açabilecek olması nedeniyle şiddetlendirebilecektir.

Ayrıca hâkim durumdaki teşebbüsün rakiplerini dışlama yönündeki bir niyetinin varlığı da uyguladığı indirim sisteminin kötüye kullanma olarak değerlendirilmesinde dikkate alınabilecek önemli bir ölçüttür.⁶²

AB İçtihat Hukuku'nda, hâkim durumdaki teşebbüs tarafından uygulanan indirim sistemlerine yönelik nesnel iktisadi savunmalar ancak, standart (miktar) indirimleri bakımından ve söz konusu indirimlerin maliyet tasarruflarına dayanması halinde kabul edilmektedir. AB İçtihat Hukuku, sadakate yol açan indirimlerin müşteriye özgü oldukları ve büyük siparişler ile

⁶⁰ KALLAUGHER, J. (2005), "Rebates Revisited (Again) – The Continuing Article 82 Debate" <http://www.coleurop.be/content/gclc/documents/Paper%20Kallauger.doc>, Erişim Tarihi: 10.01.2010, s.9.

⁶¹ Süper hâkim durum ile pazar payının oldukça yüksek olduğu ve tam bir monopole yakınsayan bir durum kastedilmektedir.

⁶² Faella (2009), s.11.

sağlanabilecek ölçek ekonomileri ile açıklanamayacağı görüşüne sahiptir. Bununla birlikte, Geradin ve Petit⁶³, AB yaklaşımı çerçevesinde, ancak maliyet tasarruflarına karşılık gelen indirimlerin yasal kabul edilmesi gerektiği görüşünün yanlışlığına dikkat çekmektedirler. Zira bilgi ve ağ endüstrileri başta olmak üzere pek çok endüstri için daha çok miktarda ürün satılması maliyetlerde tasarruflara yol açmamaktadır.⁶⁴ Ayrıca ölçek ekonomileri nadiren doğrusal bir nitelik arz etmekte ve etkinlik kazanımı anlamında bu ölçek ekonomilerine karşılık gelen maliyet tasarrufunun ispatı oldukça zor bir işlemdir.

AB yaklaşımında özellikle ATAD'ın *British Airways* kararı ile somutlaşan yöntemlere göre öncelikle, bir indirim sisteminin, pazarın yapısını değiştirmesinin muhtemel olup olmadığına ve ticari aktörlerin performanslarına dayalı mal ve hizmet piyasalarına ilişkin normal rekabeti tesis eden uygulamalardan farklı bir ticari yöntem oluşturup oluşturmadığına bakılarak söz konusu indirim sistemi, rekabet perspektifinden varsayımsal olarak rekabet yanlısı ya da karşıtı etkilere sahip olduğu ön tanısı koymak amacıyla soyut olarak sınıflandırılmaktadır. İkinci olarak ise yetkili otorite/mahkeme, gerçeklere dayalı analiz yapmak suretiyle indirim sisteminin rekabet karşıtı etkisinin varlığını araştırmaktadır.⁶⁵

AB İçtihat Hukuku'nun indirim sistemlerine ilişkin yaklaşımına, bu yaklaşımın dikkate almadığı hususlar çerçevesinde bakılacak olursa; öncelikle söz konusu yaklaşım, rakiplerin hâkim durumdaki teşebbüsün uyguladığı indirim sistemlerine aynı şekilde karşılık verip veremeyeceklerini, pazarda bir rakibin faaliyetlerini sürdürebilmek için gerekli minimum etkin ölçek ile indirim sistemi sonucu pazarın ne kadarlık bir kısmının rakiplere kapatıldığı değerlendirilmesini ve olası bir dışlamanın pazara giriş koşulları ve pazardaki diğer rakip teşebbüslerin rekabetçi konumları çerçevesinde pazardaki rekabet üzerindeki ve tüketici refahı üzerindeki etkisini dikkate almamaktadır.⁶⁶ Bunun yanında, AB yaklaşımı, sabit maliyetlerin oldukça yüksek olduğu endüstrilerde, indirim sistemlerinin üretimin artırılarak sabit maliyetlerin karşılanmasıdaki rolünü dikkate almamakta ve indirim sistemleri yoluyla tesis edilebilen fiyat farklılaştırmalarına getirilecek sınırlamaların hem tedarik hem de perakende düzeyinde örtülü anlaşmayı kolaylaştırıcı bir etki yapabileceğini göz ardı

⁶³ GERADIN, D. ve N. PETIT (2005) "Price Discrimination under EC Competition Law: The Need for a case-by-case Approach", <http://www.coleurop.org/content/gclc/documents/GCLC%20WP%2007-05.pdf>, Erişim Tarihi: 10.01.2010, s. 21-22.

⁶⁴ Geradin ve Petit (2005), s.22.

⁶⁵ Economides ve Lianos (2009), s.80.

⁶⁶ Faella (2007), s.14-15.

etmektedir.⁶⁷ Son olarak, sağlayıcı teşebbüsler, maliyet tasarruflarına denk gelmeyen indirimler yoluyla, müşterileri konumundaki dağıtıcılar düzeyinde dağıtım olanaklarının iyileştirilmesi ve geliştirilmesi için teşvik mekanizmaları oluşturabilmektedirler.

5. ABD VE AB YAKLAŞIMLARININ KARŞILAŞTIRILMASI

İndirim sistemlerinin tek taraflı eylemler bağlamında değerlendirilmesi ABD’de Sherman Kanunu’nun 2. kısmı altında tekelleşme başlığı altında; AB’de Roma Antlaşması’nın 82. maddesi altında hâkim durumun kötüye kullanılması başlığı altında gerçekleştirilmektedir. Bu çerçevede, ABD uygulamasında, bir indirim sisteminin hâkim durumda olmayan teşebbüsler tarafından da uygulanıyor olması, söz konusu indirim sisteminin tekel gücünü artırmak için kullanıldığı varsayımını zayıflatmaktadır. Bununla birlikte, hâkim durumdaki teşebbüslere ilişkin düzenleyici bir yaklaşım benimsediği öne sürülen AB yaklaşımında, pazardaki rekabetin korunması açısından özel sorumluluklar taşıyan hâkim durumdaki teşebbüs tarafından uygulanan bir indirim sisteminin pazarda yaygın olarak uygulanıyor olmasının hiçbir önemi yoktur.⁶⁸ Dahası, hâkim durumda olmayan bir teşebbüs ölçek ekonomisi gibi nesnel iktisadi savunmalara dayanmayan ve hatta söz konusu teşebbüsün hâkim durum elde etmesini sağlayabilecek nitelikteki bir indirim sistemini rahatlıkla uygulayabilirken hâkim durum eşiği geçildikten sonra anılan teşebbüs aynı indirim sistemini, nesnel iktisadi savunmalar ile aklamadıkça uygulayamayacaktır.

Paket ürün indirimleri bağlamında da, ABD uygulaması yıkıcı fiyat analizinin üzerinde değişiklik yapılmış halini kullanırken AB uygulaması rekabet karşıtı dışlama/piyasayı kapama ölçütünü kullanmakta ve paket ürün indirimlerinin etkileri bakımından bağlama uygulamalarına eş olduğunu kabul etmektedir.⁶⁹

Esas itibarıyla, ABD yaklaşımının merkezinde yer alan fiyat-maliyet analizlerinin benimsenmesi temel olarak rekabet kurallarının rakipleri değil rekabeti koruması gerektiği, indirim sistemlerinin nesnel savunmalar ile haklı çıkarılabileceği ve fiyat rekabetinin etkili bir biçimi olduğu görüşüne dayanmaktadır. AB yaklaşımının merkezinde bulunan ve herhangi bir maliyete dayalı güvenli limanlar tesis etmeden dışlama/piyasayı kapama ile rakibin maliyetlerini artırma analizlerinin benimsenmesi ise, temel olarak, pazarların açık tutulması, girişlerin ya da rakiplerin dışlanması veya marjinalize edilmesinin engellenmesi, indirim sistemlerinin rekabet karşıtı etkilerinin

⁶⁷ Geradin ve Petit (2005), s.22.

⁶⁸ Faella (2007), s.22-23.

⁶⁹ Case T-201/04, Microsoft Corp. V EC, 2007 E.C.R. II-3601, para. 908.

bunların sağladığı öne sürülen etkinlik kazanımlarına baskın geldiği ve yetkili otoritelerin/mahkemelerin fiyat-maliyet analizlerini düzgün bir şekilde yürütemeyeceklerine dair kaygıya dayandırılmaktadır.⁷⁰

İki yaklaşım arasındaki bir diğer fark ise ispat standardı açısından ortaya çıkmaktadır. AB yaklaşımında, bir indirim sisteminin sadakat artırıcı etkiye sahip olması ve dolayısıyla söz konusu sistemin dışlama etkisine yol açmasının olası olması yeterli görülebilirken ABD yaklaşımı ve fiyat-maliyet analizleri çerçevesinde daha ziyade gerçek etkilere bakılmaktadır.⁷¹

6. KOMİSYON'UN 82. MADDE'Yİ HÂKİM DURUMDAKİ TEŞEBBÜSLERİN DIŞLAYICI KÖTÜYE KULLANMALARINA UYGULAMASINDAKİ ÖNCELİKLERİNE İLİŞKİN REHBER (REHBER) VE REHBER'DE BENİMSENEN YAKLAŞIMIN DEĞERLENDİRİLMESİ

Sadakat indirimlerinin pazarı kapama/dışlama etkileri temel olarak iki şekilde gerçekleşebilmektedir. Bunlardan ilki, ilgili ürünün indirim sonrası fiyatının, ortalama birim maliyetinin altına düşmesidir. ABD uygulamasının merkezinde yer alan ve tipik bir yıkıcı fiyat vakasından farklı olmayan bu durum, hâkim durumdaki bir firma tarafından uygulanan bir indirim sisteminin rekabet karşıtı olarak kabul edilmesi için gerekli bir koşuldur.

Sadakat indirimleri tipik yıkıcı fiyatlamaya dışında, maliyet üstü fiyatlamaya yoluyla da dışlama etkileri doğurabilmektedir. Söz konusu dışlama etkileri, rakiplerin her bir müşterinin talebinin bütünü için, hâkim durumdaki teşebbüs ile eşit koşullarda rekabet edemediği durumlarda çok daha olasıdır. Böyle bir durumun varlığından, hâkim durumdaki teşebbüsün, bulundurulması zorunlu ürün (*must stock item*) niteliğinde bir ürüne-markaya sahip olması, müşterilerine uzun dönemli sözleşmelere bağlı yükümlülükler getirmiş olması, hâkim durumdaki teşebbüsün ürünlerini kullanmak için yapılan önemli düzeydeki yatırımlar gibi değişim maliyetlerini artıran unsurlar, işlem maliyetlerinin görece önemli bir pay tuttuğu piyasalarda tek tedarikçi ile çalışma gerekliliği ya da belli bir (esnek olmayan) kısmı bakımından kaçınılmaz ticari partner (*unavoidable trading partner*) konumunda bulunması halinde söz edilebilecektir⁷². Bu anlamda piyasadaki alıcıların talepleri; her halükarda (indirim uygulamasının olmadığı durumlarda dahi) taleplerinin belli bir kısmını

⁷⁰ Faella (2009), s.14.

⁷¹ International Competition Network (2009), "Report on the Analysis of Loyalty Discounts and Rebates Under Unilateral Conduct Laws", <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc357.pdf>.

Erişim Tarihi: 10.01.2010, s.13.

⁷² Rehber, para.36.

hâkim durumdaki teşebbüsten karşıladıkları, talebin yarışılabilir olmayan kısmı ve alıcıların alternatif sağlayıcıları tercih edebileceği ve onlardan alım yapabileceği, talebin yarışılabilir kısmı (talebin rekabete açık kısmı) olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Hâkim durumdaki teşebbüs tarafından verilen koşullu bir indirim, bu teşebbüse, talebin rekabete açık olmayan kısmını, talebin rekabete açık kısmı için ödenen fiyatları düşürmek için bir kaldıraç (*leverage*) olarak kullanma olanağı tanıyabilecektir. Zira hâkim durumdaki teşebbüs tarafından kullanılan sadakat artırıcı indirimler, rakiplerin yalnız talebin rekabete açık kısmı bakımından fiyat rekabetine girmesini değil aynı zamanda talebin rekabete açık olmayan kısmına yönelik verilen indirimleri telafi etmesini de gerektirmektedir.

Bir müşterinin gerçekçi olarak kaydırabileceği talep düzeyi anlamındaki talebin anlamlı aralığının (*relevant range*) (azami) düzeyi ise, ilgili müşterinin talebinin rekabete açık kısmına karşılık gelmektedir. Talebin anlamlı aralığı, müşterilerin görece hızlı bir şekilde (potansiyel) bir sağlayıcıya taleplerinin önemli bir kısmını kaydırabildikleri hallerde büyük, az bir kısmını kaydırabildikleri hallerde küçük olmaktadır. Bu anlamda, mevcut rakiplerin satışlarını artırabilme kapasitesi ve söz konusu satışlardaki (pazar paylarındaki) dalgalanmalar talebin anlamlı aralığı hakkında bir gösterge sağlayabilecektir.⁷³ Bununla birlikte, sadakat artırıcı indirim sunan hâkim durumdaki teşebbüsün her bir alıcı ve dolayısıyla toplam piyasa talebi bakımından sahip olduğu rekabete açık olmayan talebin oranı ne kadar büyükse, rakiplerin de rekabet edebileceği alan daralmakta ve bunun sonucunda rakipler alıcılara hâkim durumdaki teşebbüs tarafından sunulan toplam indirim miktarını telafi edebilmek için çok daha düşük düzeydeki bir satış tabanı üzerinden çok daha yüksek bir indirim yapmak durumunda kalacaktır.

Esasen hâkim durumdaki teşebbüs tarafından uygulanan indirim sistemi kapsamında belirlenen indirim eşiği ile toplam talep arasındaki fark arttıkça, rakibin teklif etmesi gereken minimum fiyatın artabileceği ve dolayısıyla işlem maliyetinin azalacağı varsayımını, Maier-Rigaud⁷⁴, ortalama alma yanılgısı⁷⁵ (*averaging fallacy*) olarak adlandırmaktadır. Zira rakibin böyle bir durumda, indirim eşiğinin hemen altına yönelik satış yapmak yerine indirim eşiğinin üzerindeki marjinal talebe yönelik satış yapmayı tercih etmesi, indirim bedeli kadar bir bedelin kendisi tarafından telafi edilmesi gerekliliğini ortadan kaldıracak olmasına bağlı olarak satış gelirini artıracak olması nedeniyle

⁷³ Rehber, para.42.

⁷⁴ MAIER-RIGAUD, F. P. (2006), "Article 82 Rebates: Four Common Fallacies", http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=910805, Erişim Tarihi: 10.01.2010, s.6-9.

⁷⁵ Konuya ilişkin ayrıntılı açıklama ve indirim sistemleri bağlamındaki diğer yanılgılar için Bkz. (Maier-Rigaud 2006)

rasyonel bir karar olacaktır. Nitekim Komisyon *Tomra* kararında⁷⁶, *Tomra* tarafından getirilen savunmayı benzer şekilde yanıtlamıştır. Bununla birlikte konuya ilişkin olarak *Kocabaş*, Komisyon'un indirim eşliğinin hemen altındaki birime odaklandığına ve rakibin talebin rekabete açık olmayan diğer birimlerine de yönelebileceğini göz ardı ettiğine dikkat çekmiştir.⁷⁷

Özetle, sadakat artırıcı etkiye sahip indirimler, alıcılar ve dolayısıyla hâkim durumdaki teşebbüsün rakipleri için önemli düzeyde değişim maliyetlerine yol açabilmektedir. Böyle bir durum, pazara yeni giriş yapan teşebbüslerin piyasa dışına itilmesine ya da mevcut rakiplerin niş alanlarda sıkıştırılarak marjinalize olmasına, hâkim durumdaki teşebbüs için maliyet altı fiyatlandırmayı gerektirmeden maliyet üstü fiyatlandırma yapmak suretiyle yol açabilmektedir.⁷⁸

Bu çerçevede, Rehber'e göre, hâkim durumdaki teşebbüs tarafından uygulanan bir indirim sisteminin rekabetçi değerlendirilmesinde benimsenen test, rakiplerin söz konusu indirim sistemine aynı şekilde karşılık verebilmeleri için sunmaları gereken efektif fiyatın hâkim durumdaki teşebbüsün (eşit etkinlikteki rakibin) uygun birim maliyetleri ile karşılaştırılmasını içermektedir.⁷⁹ Buna göre, paket ürün indirimlerinde, bütün pakete yönelik toplam indirim, paket içindeki rekabetçi ürünün rekabete açık kısmına atfedilmekte ve tek-ürün indirimlerinde ise söz konusu ürüne yönelik uygulanan toplam indirim sadece o ürüne yönelik talebin yarışılabilir kısmına atfedilmektedir. İndirim sonrası ortaya çıkan efektif fiyatın hâkim durumdaki teşebbüsün ortalama kaçınılabılır maliyetinin (*Average Avoidable Cost- AAC*) altında kalması halinde, söz konusu indirim sistemi kötüye kullanma olarak kabul edilebilecektir. Bunun yanında, rakibin sunması gereken efektif fiyatın, ortalama kaçınılabılır maliyet ile uzun dönem artan ortalama maliyet (*long run average incremental cost- LRAIC*) arasında olması halinde Komisyon, eşit etkinlikteki bir rakibin dahi, pazara giriş yapmasını ya da büyüyebilmesini etkileyen diğer faktörleri inceleyecektir. Bu bağlamda Komisyon, rakiplerin, örneğin talebin anlamlı aralığı için geçerli olan efektif fiyatı düşürmek için alıcıların taleplerinin yarışılabilir olmayan kısımlarını da kaldıraç olarak

⁷⁶ Bkz. dipnot no 54.

⁷⁷ *Kocabaş* (2008), s.75.

⁷⁸ O'Donoughe, R. ve A. J. Padilla (2006), *The Law and Economics of Article 82 EC*, Hart Publishing, Oxford and Portland, s.379.

⁷⁹ Bu anlamda, söz konusu yaklaşım, AMC yaklaşımında rakiplerin hâkim durumdaki teşebbüsün paket ürün indirimlerine aynı paketi sağlama (*bundle to bundle*) olanaklarının olmadığı halde benimsenen ve pakete yönelik toplam indirimin rekabetçi ürüne atfedilmesini benimseyen yaklaşımın, tek-ürün indirimlerine, toplam talebin rekabete açık olmayan ve olan kısımları olarak ikiye ayrılmasını ve ürüne yönelik toplam indirimin yalnızca o ürüne yönelik talebin rekabete açık birimlerine atfedilmesi şeklinde uyarlanmasıdır.

kullanma kapasiteleri gibi gerçekçi ve etkin karşı stratejilere sahip olup olmadıklarını ya da ne derece bu olanaklara sahip olduklarını ele alacaktır.⁸⁰ Rakiplerin bu tip karşı stratejilerin ellerinde olmaması halinde ise Komisyon, inceleme konusu indirim sisteminin eşit etkinlikteki bir rakibi dışlama kapasitesinde olduğuna hükmedecektir.

Bu çerçevede, Tablo-2’de Rehber’de benimsenen testin, talebi yarışılabilir ve yarışılabilir olmayan şekilde iki segmente ayrılan bir ürün için, bu segmentlerin talebin farklı oranlarını oluşturduğu farklı varsayımlar halinde rakibin sunması gereken efektif fiyata ve talebin yarışılabilir kısmı üzerinde hissedilen indirim oranlarına yer verilmektedir.⁸¹

Örnekte, tek-ürün indirim sistemi kapsamındaki ürüne yönelik toplam talep 100 adet, ürünün liste fiyatı 10 TL ve indirim eşiği geçilmesi halinde alıcıya toplu olarak götürü şeklinde verilecek indirim miktarı ise 100 TL olarak kabul edilmiştir.

Tablo - 2
Tek Ürün İndirimlerinde Talebin Rekabete Açık Olmayan Kısmının
Toplam Talep Üzerindeki Oranın Rakibin Sunması Gereken
Efektif Fiyat Üzerindeki Etkisini Gösteren Tablo

Talebin Rekabete Açık Kısmı (Adet)	İndirime Hak Kazanmak için Konulan Eşik (Adet)	Talebin Yarışılabilir Kısmı Üzerindeki Etkin Fiyat	Talebin Yarışılabilir Kısmı Üzerindeki İndirim Oranı (%)
80	20	8,75	12,5
50	50	8	20
30	70	6,7	33
20	80	5	50
10	90	0	100
5	95	-10	200

Tablodan da görüldüğü üzere, talebin yarışılabilir olmayan kısmı büyüdükçe, alıcı tarafından talebin yarışılabilir olmayan kısmına yönelik algılanan indirim oranı artmakta ve dolayısıyla rakibin sunması gereken efektif fiyat düşmektedir. İndirimin, geriye dönük olacak şekilde tüm birimlerin liste fiyatına belli bir oranın uygulanması şeklinde değil de götürü şekilde verildiği

⁸⁰ Rehber, para. 44.

⁸¹ Söz konusu örnek Economides (2009) s.22-24’ten uyarlanmıştır.

basit örnekte, örneğin, talebin yarışılabilir olmayan kısmının toplam talebin yarısını oluşturması halinde algılanan indirim oranı %20, %80'ini oluşturması halinde ise %50'dir. Söz konusu götürü indirimin artması halinde, bu rakamlarda da önemli değişiklikler gerçekleşecektir.

Rehber'de benimsenen testte, eşit etkinlikteki bir rakibin, hâkim durumdaki teşebbüs tarafından uygulanan bir indirim sistemine aynı şekilde karşılık verip veremeyeceğinin değerlendirilmesinde, indirim konu ürünün tüm birimleri yerine söz konusu ürüne yönelik talebin rekabete açık kısmı üzerindeki efektif fiyatın dikkate alınması, Komisyon'un, güvenli liman niteliğindeki fiyat-maliyet karşılaştırmalarının koruması altında olduğu halde dışlayıcı nitelikteki indirimleri kaçırmayacak bir kapsam oluşturma kaygısından kaynaklanmaktadır. Nitekim AMC de, bir indirim sisteminin (tüm birimler üzerinden) maliyet üstü fiyatlamaya yoluyla da dışlama etkisi doğurabileceğini kabul etmekte, itirazını ise bunu ortaya koyabilecek bir testin açık, anlaşılabilir olamayabileceği ve başarılı bir şekilde yönetilemeyebileceği noktasında yoğunlaştırmaktadır.⁸²

Bu çerçevede, Rehber'de benimsenen teste yönelik itirazların odak noktasını indirim sistemine konu ürünün talebinin yarışılabilir kısmı ya da yarışılabilir olmayan kısmının doğru bir şekilde belirlenemeyeceği hususu oluşturmaktadır. Bu anlamda itirazların merkezinde, kapsamındaki rekabetçi olan ve olmayan ürünlerin birbirinden görece kolaylıkla ayrılabilmesi paket ürün indirimleri değil, tek-ürün indirimleri yer almaktadır. Zira talebi bu şekilde ikili bir karaktere sahip olan bir ürünün talebinin rekabete açık kısmını belirlemede dikkate alınması gereken ve tam da bu ikili yapının varoluş nedenleri olarak kabul edilebilecek faktörlerin ve bu faktörlerin etki derecesinin belirlenmesi oldukça güç bir iş olarak görünmektedir.

Geradin⁸³, rakiplerin hâkim durumdaki teşebbüsün uyguladığı indirim sisteminin üstesinden gelmek için başvurabileceği karşı stratejilerin, talebin rekabete açık kısmının belirlenmesinde dikkate alınması gereken ve bu tespiti daha da güçleştiren bir unsur olduğunu dile getirmiştir.

Talebin yarışılabilir kısmının belirlenmesindeki güçlükler göz önünde bulundurulduğunda, söz konusu kısmın hesaplanmasında öncelikle indirim sistemi uygulaması öncesinde, hâkim durumdaki teşebbüsün ve rakiplerin talebin ne kadarlık bir kısmını karşıladıkları, rakiplerin pazar paylarındaki düşüşler başta olmak üzere pazar paylarındaki dalgalanmalar, indirimin büyüklüğünü ortaya koymak adına indirimin birim başına liste fiyatına oranı ve

⁸² AMC (2007), s.117.

⁸³ Geradin (2008), s.23.

rakiplerin indirimine konu ürünlerden olup da artık üretmediği ürünlerin varlığı gösterge olarak kabul edilebilecektir.^{84,85}

Geradin⁸⁶, talebin hâkim durumdaki teşebbüs ve rakipler arasındaki dağılımının, rakiplerin ürünlerinin yüksek fiyatlı, yetersiz kalitede olması ya da hâkim durumdaki teşebbüsün ürünlerin kalitesinin iyileşmesi gibi diğer pek çok nedeni olabileceğini belirtip talebin yarışılabilir kısmı ve söz konusu göstergeler arasında gerçekçi bir ilişkinin kurulamayacağına dikkat çekmiştir.

Talebin yarışılabilir kısmının belirlenmesinde ayrıca, hâkim durumdaki teşebbüsün iş planları, müşterilerin alım eğilimlerini gösteren raporlar gibi içsel dökümanları, müşterilerin farklı tedarik seçeneklerinin değerlendirilmesine ilişkin içsel analizleri ve rakip teşebbüslerin değişim maliyetlerini ve hâkim durumdaki teşebbüse karşılık verebilecekleri stratejileri değerlendirdikleri içsel çalışmaları başvurulması olası kaynaklar arasında yer almaktadır. Ancak talebin rekabete açık kısmının yalnızca bu kaynaklara dayandırılarak hesaplanması, söz konusu dökümanlara erişim olanağı bulunmayan hâkim durumdaki teşebbüsün, eyleminin hukukiliğini değerlendirmesine olanak vermeyecektir. Dahası, söz konusu dökümanlar, bilinçli ya da bilinçsiz olarak, yetkili rekabet otoritesinin ele geçirilmesi⁸⁷ ile benzer sonuçlara neden olabilecektir. Yanlış yönlendirme veya birbirleri ile tutarsızlık sergileyebilecek bu dökümanların içeriklerinin yetkili otorite tarafından sorgulanması ve temel analizin yalnızca bu kaynaklara dayandırılmaması gerekmektedir.

Bu çerçevede, Rehber’de benimsenen test, ikili karakter sahibi taleplerin yarışılabilir kısımlarının belirlenmesi bakımından taşıdığı ciddi güçlükler nedeniyle açık, anlaşılır ve başarılı bir şekilde yönetilebilir görülmemektedir. Nitekim, talebin rekabete açık kısmının belli düzeyde bir kesinlik ile belirlenmediği durumlarda en iyi seçeneğin (tüm birimler üzerinde) tipik yıkıcı fiyat analizi yapmak olduğunu öne sürülmektedir.⁸⁸

Belirlilik bakımından Rehber’de benimsenen teste yönelik olumlu eleştirilerden birisi ise, rakibin sunması gereken efektif fiyatın, hâkim durumdaki teşebbüsün uzun dönem artan maliyetinin sürekli üzerinde çıkması

⁸⁴ Rehber, para.42.

⁸⁵ Bk. Dipnot 42, para. 164.

⁸⁶ Geradin (2008), s.24.

⁸⁷ Düzenleyiciyi ele geçirme (*regulatory capture*), rekabet otoritesinin, kurumsal-uzmanlık kapasitesi açısından kaynak kısıtı ve inceleme konusu rekabet karşıtı uygulama ile ilgili sınırlı/asimetrik veri seti nedeniyle inceleme konusu uygulamaya ilişkin olarak, bu uygulamanın taraflarından ve özellikle rakiplerden elde ettiği bilgiler, raporlar ve araştırma sonuçlarına dayanarak kritik kararlar vermesi durumunda ortaya çıkabilecektir.

⁸⁸ AMC (2007), s.111-112.

halinde, inceleme konusu indirim sisteminin dışlayıcı nitelikte kabul edilmeyeceğidir. Bu anlamda Rehber, teşebbüslere, eylemlerini değerlendirebilecekleri bir güvenli liman da sunmuş olmaktadır.⁸⁹

Rehber’de benimsenen teste yönelik olarak getirilen farklı yöndeki bir eleştiri ise, daha az etkin nitelikteki bir rakibin de belli pazar koşullarında rekabetçi bir baskı yaratabilecek olduğu ortadayken fiyat-maliyet karşılaştırmasında rakibin kendi maliyetleri yerine hâkim durumdaki (eşit etkinlikteki) teşebbüsün maliyetlerinin dikkate alınmasıdır.⁹⁰ Ayrıca Economides ve Lianos⁹¹, fiyat rekabeti kadar yatırımların artırılmasını sağlayıcı nitelikteki kalite ve çeşitlilik üzerine kurulan rekabetin de önemli olması nedeniyle yalnızca fiyat-maliyet karşılaştırmasını standart olarak benimseyen testleri eleştirmektedirler. Ayrıca, AMC testine benzer şekilde bu test de ürün farklılaştırmasının geçerli olduğu ve dolayısıyla rakibin hâkim durumdaki teşebbüs ile aynı ürünü üretmediği pazarlar bakımından uygun bir değerlendirme ölçütü sunmamaktadır.

Fiyat-maliyet analizlerine yönelik olduğu için AMC testi için de evleviyetle geçerli olabilecek bir başka eleştiri noktası ise, indirim sistemlerinin tüketici hâkimiyetini⁹² zedeleyici nitelikte olmasıdır. Buna göre, hâkim durumdaki teşebbüs tüketici tercihlerine ürettiği ürünün niteliklerini iyileştirme üzerinden yanıt vermemekte, nihai tüketici olmayan araçları rakip ürün ya da hizmetleri bütünüyle ya da büyük ölçüde reddetmeleri yönünde zorlayarak ya da yönlendirerek ve dolayısıyla nihai tüketicilerin kendi tercihlerine göre pazar seleksiyonu sürecine müdahale etmesini önleyerek tüketici hâkimiyetini zayıflatmaktadır.⁹³ Economides ve Lianos⁹⁴, araçların, en azından pasif düzeyde desteğini içeren ve bu anlamda markalar arası rekabeti sınırlandırıcı dikey bir anlaşma olarak tanımlanabilecek bu tip bir uygulamanın, tüketici hâkimiyetini sınırlandırıcı bir doğası olması nedeniyle eşit etkinlikteki rakip ya da yıkıcı fiyat analizi gibi bir değerlendirmeye tabi tutulmasının uygun olmadığını ifade etmişlerdir.

⁸⁹ Economides ve Lianos (2009), s.31.

⁹⁰ Economides (2009), s.21.

⁹¹ Economides ve Lianos (2009), s.37-38.

⁹² Tüketici hâkimiyeti AB yaklaşımında, tüketicilerin kendi tercihleri doğrultusunda fiyat, kalite, çeşitlilik ve dolayısıyla rekabetçi süreci koruyabilme kapasitesi olarak tanımlanmakta ve hâkim durumdaki teşebbüsün pazarın rekabetçi sürecinin korunması yönünde taşıdığı özel sorumlulukların altında yatan gerekçe olarak tanımlanmaktadır Economides ve Lianos (2009), s.88.

⁹³ Economides ve Lianos (2009), s.90-91.

⁹⁴ Economides ve Lianos (2009), s.91.

7. İNDİRİM SİSTEMLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİNDE UYGUN TEST ÖNERİLERİ

Bu testler, temelde, eleştirilerin odağına ABD veya AB uygulamasını yerleştirerek ve diğer yaklaşımın eksikliklerini de gidermek suretiyle iyileştirilmiş bir değerlendirme önerisi getirmektedir.

7.1. Areeda-Hovenkamp (Gözden Geçirilmiş) Yaklaşımı

Areeda-Hovenkamp yaklaşımına göre, öncelikle paket ürün indirimine yönelik toplam indirim, paket içinde yer alan rekabetçi ürüne atfedildikten sonra ortaya çıkan fiyatın, indirimi sunan hâkim durumdaki (varsayımsal olarak eşit etkinlikteki) teşebbüsün maliyetinin altında olup olmadığı incelenmektedir. İndirim sonrası fiyatın varsayımsal olarak eşit etkinlikteki rakibin maliyetinin altında olması halinde rakibin, indirim uygulamasına aynı şekilde karşılık veremeyeceğinin ortaya çıktığı ikinci aşamada, indirim uygulamasından muzdarip rakipten başka, pazarda söz konusu indirim uygulamasına aynı şekilde karşılık verebilecek önemli bir rakibin olup olmadığına bakılmaktadır. Böyle bir rakibin varlığı halinde, tüketicilerin tedarik kararlarını özgürce vermeleri önemli ölçüde sınırlandırılmış olmayacaktır. Pazarda hâkim durumdaki teşebbüsün indirim uygulamasına aynı şekilde karşılık verebilecek bir rakibin yokluğu halinde ise testin üçüncü aşamasına geçilmekte ve söz konusu indirim sistemine ilişkin nesnel iktisadi savunmaların olup olmadığına bakılmaktadır⁹⁵.

7.2. Lambert Yaklaşımı

İndirim sistemlerine yönelik önerilen testleri fazla ya da yetersiz düzeyde kısıtlayıcı veya yönetilmesi güç olarak nitelendiren Lambert⁹⁶, dışlanan ya da dışlanması olası olan rakibin tüm rekabetçi seçeneklere başvurarak bu seçenekleri tüketmesi, rakibin (minimum etkin ölçeğin yakalanması halinde) en az hâkim durumdaki teşebbüs kadar etkin bir üretici olması (olacağı) ve rakibin dışlandığı iddia edilen pazarın giriş engellerinin varlığı nedeniyle yapısal olarak tekelleşmeye uygun olduğunun gösterilmesi halinde inceleme konusu indirim sisteminin yaptırımı tabi tutulması gerektiğini belirtmiştir. Söz konusu yaklaşım, rekabetçi bir rakibin dışlanmasına işaret eden görece yönetilebilir delillerle maliyet üstü fiyatlamaya aracılığıyla dışlamanın ortaya konulabilmesine olanak tanımaktadır.

⁹⁵ Aktaran Lambert (2006), s.11; AREEDA P. E. ve H. HOVENKAMP, "Antitrust Law" 749, s. 341-42 (2006).

⁹⁶ Lambert (2006), s.12-14.

7.3. Faella ya da Geradin Yaklaşımı

Gerek Faella⁹⁷ gerek Geradin⁹⁸ tarafından hemen hemen aynı sistematığın benimsendiği bu yaklaşımda ilk olarak, indirim sisteminin eşit etkinlikteki bir rakibin rekabetçi kapasitesini sınırlandırma ya da bu rakibi dışlayabilme gücü ele alınmaktadır. Bu aşamada önce, indirim sisteminin eşit etkinlikteki rakibin söz konusu indirim sisteminin kapsamındaki müşterilere erişimini engelleyebilme kapasitesi incelenmektedir. Talebin yarışılabilir ve yarışılabilir olmayan kısımları olarak ikiye ayrıldığı ve yine tüm indirimlerin talebin yarışılabilir kısmına atfedildiği bu yaklaşımda, talebin yarışılabilir kısmının hesap edilmesi oldukça kritik bir noktayı oluşturmaktadır. Bu anlamda, talebin yarışılabilir kısmının hesap edilmesinin oldukça karmaşık, belirsiz ve güç olduğu hallerde, indirim sisteminin uygulamaya konulmasından sonraki gerçekçi dışlayıcı etkilere ilişkin göstergeler, indirimin kayda değer büyüklüğü, alıcıların çok büyük bir bölümünün indirim sisteminin kapsamına girmesi rakibin, hâkim durumdaki teşebbüsün uyguladığı indirim sistemine aynı şekilde karşılık veremediği anlamına gelebilecektir. Bu aşamada ayrıca, fiyat-maliyet analizi için uygun birim maliyetin (ortalama kaçınılabilir ya da ortalama değişken maliyet) seçilmesi ve hesaplanması gerekmektedir. Bunun yanında, indirim sisteminin geçerli olduğu referans dönemin uzunluğu, söz konusu indirim sisteminin dışlayıcı karakteri üzerinde belirleyici bir nitelik arz etmektedir. Zira, hâkim durumdaki teşebbüsten referans dönem boyunca zaten gerçekleştirilen alımlar, değişim maliyetlerinin düzeyini ve bu alımların talebin yarışılabilir olmayan kısmını aşması halinde, Rehber'de talebin anlamlı aralığı olarak da nitelendirilen talebin yarışılabilir kısmının gerçekleşen büyüklüğünü etkilemektedir.⁹⁹ Bu aşamada ikinci olarak, eşit etkinlikteki rakibin, hâkim durumdaki teşebbüs tarafından uygulanan indirim sistemine aynı şekilde karşılık verememesi halinde, pazarı kapamanın büyüklüğünü ölçmek adına indirim sisteminin, pazarın ne kadar önemli bir kısmına erişimi engellediği ve pazara giriş ya da rakiplerin büyümeleri önündeki engellerini ne derece artırdığına bakılmaktadır.

Söz konusu yaklaşımda ikinci olarak, indirim sisteminin pazardaki genel rekabet düzeyi ve hâkim durumdaki teşebbüsün pazar gücü üzerindeki etkisi incelenmektedir. Bu anlamda, hâkim durumdaki teşebbüsün pazar gücü büyüklüğü, bu uygulamadan etkilenen rakiplerin dayanıklılığı, hâkim durumdaki teşebbüs üzerinde önemli bir rekabetçi baskı oluşturabilecek başka rakiplerin varlığı ve pazara giriş ve rakiplerin büyümeleri önündeki engellerin büyüklüğü

⁹⁷ Faella (2007), s.21-29.

⁹⁸ Geradin (2008), s.14-35.

⁹⁹ Faella (2007), s.26.

incelenmektedir. Zira sadakate yol açan bir indirim sistemi ancak (potansiyel) rakiplerin kayda değer bir rekabetçi baskı yaratabilmelerini engellediği ve böylece fiyatların yükselmesine, kalitenin ve yenilikçiliğin azalmasına, üretimin veya tüketici tercihlerinin sınırlandırılmasına yol açabileceği zaman kötüye kullanma olarak nitelendirilmelidir.

Bu yaklaşımda da son olarak, hâkim durumdaki teşebbüsün uyguladığı indirim sistemini nesnel iktisadi olarak savunabileceği belirtilmektedir.

7.4. Economides Yaklaşımı

Economides¹⁰⁰ yapısalcı *rule of reason* yaklaşımı olarak nitelendirdiği bu testin, esas itibarıyla tüketici fazlasına odaklandığını ve bu nedenle rakiplerin pazara girişinin ya da faaliyetlerini büyütmelemlerinin tüketici refahı üzerindeki etkisinin fiyat-maliyet analizleri ile ortaya konulamayacak olması dolayısıyla bu analizlere dayanan güvenli limanlar tesis edilmesine gerek olmadığını belirtmiştir. Tüketici fazlasını merkeze oturtan ve homojen ürünler için tasarlanan teste göre; talebin yarışılabilir kısmı üzerindeki efektif fiyatın hâkim durumdaki teşebbüsün kaçınılabilir sabit maliyetlerini de içerecek şekilde artan (*incremental*) maliyetlerinin altında olması halinde indirim sistemi açık bir şekilde kötüye kullanma olarak değerlendirilebilecektir.

Talebin yarışılabilir kısmı üzerindeki efektif fiyatın rakip teşebbüsün kaçınılabilir sabit maliyetlerini de içerecek şekilde artan maliyetlerinin altında olması halinde ise, söz konusu rakibin dışlanması pazarındaki rekabeti ve tüketici fazlasını azaltacağına gösterilmesi gerekmektedir. Rakibin eşit etkinlikte olması halinde testin bu ayağı birinci ayağına dönüşecektir. Rakibin daha az etkin nitelikte olması halinde ise, rakibin hâkim durumdaki teşebbüs ile aynı maliyet eğrisine/fonksiyonuna sahip olup olmadığına ve ardından rakibin eşit etkinliğe ulaşması için gerekli ölçüğü yakalayamamasının nedeninin hâkim durumdaki teşebbüsün uyguladığı indirim sisteminden kaynaklanıp kaynaklanmadığına bakılmalıdır. Rakibin maliyet eğrisinin hâkim durumdaki teşebbüsünkinden daha yüksek olması halinde, indirim sisteminin, uygulama öncesinde tüketicilerin menfaatlerini azaltma ya da ortadan kaldırma yönünde bir etkisinin olup olmadığına bakılmaktadır.

Son olarak, hâkim durumdaki teşebbüsün indirim sistemine konu ürünün indirim uygulaması sonrasındaki liste fiyatının indirim uygulaması öncesi fiyatından yüksek olması, tüketici fazlasının azalmasına dair açık bir işaret olarak kabul edilecek ve uygulama kötüye kullanma olarak nitelendirilecektir.

¹⁰⁰ Economides (2009), s.26-28.

7.5. Brennan Yaklaşımı

Brennan¹⁰¹, esas olarak, AMC yaklaşımının ve bu yaklaşımın benimsediği fiyat-maliyet analizine dayalı üç aşamalı testin, pek çok uyumsuzluk konusu indirim sisteminin nihai tüketicilere değil aracı konumundaki profesyonel alıcılara yönelik olması nedeniyle, hatalı olduğunu öne sürmektedir.

Bu yaklaşıma göre, pazara giriş engelleri pazarın içinde değil dışında yer almaktadır. Rakibin dışlanması ya da maliyetlerinin artırılması, temel olarak indirim konu ürün pazarının dışındaki bir pazarda; dağıtım, perakende satış hizmetleri ya da bu ürünü tamamlayıcı nitelikteki herhangi başka bir girdi pazarında pazar gücünü gerektirmektedir. Bir teşebbüsün, indirim konu ürün pazarında dışlamaya yol açabilmesi için, bu ürünü tamamlayıcı nitelikteki ürün veya hizmetin¹⁰² fiyatında örtülü ya da açık fiyat artışlarına yol açması gerekmektedir. Dolayısıyla dışlama uygulaması, indirim sistemini uygulayan teşebbüsün, indirim konu ürün pazarında pazar gücüne sahip olmasına değil, bu ürünü tamamlayıcı nitelikteki ürün pazarında, fiyatları kayda değer biçimde artıracak pazar gücü elde etmesine dayanmaktadır.

Brennan'ın¹⁰³ tamamlayıcı ürün pazarının tekelleştirilmesi (*complement market monopolization-CMM*) olarak adlandırdığı bu yaklaşımın temel hareket noktası, indirim sistemlerine muhatap olanların genellikle nihai tüketiciler olmadığı ya da bunların nihai tüketicilerin vekili gibi davranmadığı halde, bu hususun dikkate alınmamasıdır. Dağıtım piyasası gibi herhangi bir tamamlayıcı ürün piyasasının oldukça yoğunlaşmış olduğu ve her bir dağıtıcının belli bir grup son kullanıcı üzerinde tekeli güce sahip olduğu bir durum dışında, bu alıcıların nihai tüketicilerin vekili gibi davranmaları beklenmeyecektir. Zira, tamamlayıcı ürün sağlayıcılarının rekabet etmesi demek, bu alıcıların, nihai tüketicilerin aksine pazar dışına çıkmalarının ya da pazara giriş yapmalarının söz konusu olduğu anlamına gelmektedir. Bu durum ise, alıcıların çıkarlarının nihai tüketicilerin yararlarından farklılaşmasına yol açmaktadır. Zira bu alıcılar, birbirleri ile rekabet ettikleri için, talepleri birbirine bağımlı nitelikte olup, birisinin talebi, diğeri için ödendiği fiyattan etkilenmektedir.

¹⁰¹ BRENNAN, T. J. (2007), "Bundled Rebates as Exclusionary, Not Predatory",

http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=992907, Erişim Tarihi: 10.01.2010, s.12-23.

¹⁰² Burada "tamamlayıcı ürün veya hizmet" ile iktisat yazınında geçerli olan ve "çay-şeker" veya "otomobil-lastik" gibi klasik tamamlayıcı üründen ziyade dağıtım hizmetleri gibi malların sunulmasına ilişkin girdi niteliğinde bir ürün veya hizmet kastedilmektedir. Bu anlamda söz konusu analiz, özü itibarıyla müşterilerin ya da yeniden satıcıların rakiplere kapatılmasından (*foreclosure*); rakiplerin yeterli satış noktasına ulaşmalarının önlenmesinden farklı değildir.

¹⁰³ Brennan (2007), s.14.

Bu çerçevede, bir indirim sistemine yönelik incelemenin odak noktasını, söz konusu indirim sisteminin daha önceden (daha) rekabetçi olan tamamlayıcı ürün pazarının tekelleşmesine, bu pazara erişimin sınırlandırılmasına yol açıp açmadığı oluşturmaktadır. Özetle, bir indirim sistemi, rakiplerin, örneğin perakende satış hizmetleri gibi tamamlayıcı ürün için ödemeleri gereken sınırdaki fiyatların (*prices at the margin*) artmasına yol açması halinde rekabet karşıtı etkilere neden olacaktır. Tamamlayıcı ürün pazarının tekelleştirilmesi kaynaklı söz konusu rekabet karşıtı etkiler, tamamlayıcı ürün pazarındaki marjinal fiyatları artırmak suretiyle, indirim konu ana ürünün nihai fiyatının yükselmesine ve satışlarda etkisiz bir düşüşe neden olacaktır.¹⁰⁴ Bu anlamda, rakiplerin temin etmesi gereken tamamlayıcı ürünün fiyatını artıran bir indirim sistemi, söz konusu rakipler eşit etkinlikte olmasalar da rekabet karşıtı olacaktır. Zira indirim sisteminin değerlendirilmesindeki temel nokta, asıl ürün pazarındaki giriş olanaklarını kapatmanın yolunun, bu pazarda fiyatları yükseltmek değil tamamlayıcı ürün pazarında, girdi niteliğindeki ürünler üzerinde kontrol sahibi olmak olduğu dikkate alındığında, tamamlayıcı ürün pazarında (yatay) bir pazar gücü elde edilmesine yol açılıp açılmadığıdır.

Bu çerçevede, indirim sistemlerinin rekabetçi değerlendirilmesi iki aşamalı bir test ile yapılabilecektir. İlk olarak, uygulanan indirim sistemi yoluyla, tamamlayıcı ürün pazarının ne kadarlık bir bölümünün kapsama alındığı ortaya konulmalıdır. Zira, rekabet karşıtı etkilerin varlığı için tamamlayıcı ürün pazarında yeni bir pazar gücünün yaratılması ya da mevcut pazar gücünün artırılması gerekmektedir. Bu doğrultuda, indirim uygulamasının rekabetçi açıdan kayda değer bir risk taşıması için ilgili pazarın yeterli bir kısmını kapsamına alıp almadığını ortaya koymak amacıyla, indirim sistemi kapsamı içindeki tamamlayıcı ürün-hizmet sağlayıcıları birleşmiş gibi bir değerlendirme yapılacaktır. Bu bağlamda, tamamlayıcı ürün pazarına yönelik ayrıntılı bir analiz yapılması ya da doğrudan SSNIP testi altında tamamlayıcı ürün pazarının ne kadarlık bir kısmının kapsama alınması gerektiği, uygun seçenekleri oluşturmaktadır. Bu aşamada indirim konu asıl ürün pazarının özellikleri, tamamlayıcı ürün pazarındaki sağlayıcıların birbirlerinin yakın rakibi olup olmadığının ve bu pazardaki rakip teşebbüslerin, tamamlayıcı ürün pazarı için potansiyel rakip niteliği taşıyıp taşımadığının belirlenmesi bakımından önem arz edebilecektir. İkinci olarak, uygulanan indirim sisteminin, tamamlayıcı ürün pazarındaki fiyat düzeyini ne derece etkilediğinin ortaya konulması gerekmektedir. Zira dışlamanın düzeyi, rekabet etmek için gerekli tamamlayıcı ürüne erişim fiyatının artırılması yoluyla rekabetin engellenmesine dayanmaktadır.

¹⁰⁴ Brennan (2007), s.16.

Bu çerçevede, hâkim durumdaki teşebbüsün tek taraflı eylemlerinin tümünün altında aynı nitelikteki rekabetçi zararın olmadığı dikkate alındığında, indirim sistemlerinin fiyat-maliyet analizi içeren yıkıcı fiyat testleri altında değil, tamamlayıcı ürün pazarlarına ilişkin yoğunlaşma analizleri altında dışlama uygulamaları başlığı altında değerlendirilmesi uygun olacaktır.¹⁰⁵

7.6. Padilla - O'Donoughe Yaklaşımı

Etki-bazlı yaklaşıma yakınsama gerekliliğini benimseyen bir yaklaşımda başta gelen amaç, sadakate yol açan indirimlerin eşit etkinlikteki rakiplerden kaynaklanan rekabeti engelleyip engellemediğini ve düşük kalite ve yüksek fiyatlar şeklinde gerçekleşen tüketici zararına yol açıp açmadığını değerlendirmek olacaktır. Her ne kadar her bir olay kendi içindeki olgular, vakalar ve ilgili pazardaki arz-talep dinamikleri çerçevesinde değerlendirilecek olsa da, Padilla ve O'Donoughe¹⁰⁶ her bir indirim sisteminin değerlendirilmesinde ele alınması gereken ve aşağıda sayılan ana faktörleri belirlemektedir. Böyle bir değerlendirme ayrıca, indirim sisteminin, fiyatların hâkim durumdaki teşebbüsün ortalama kaçınılabılır maliyetinin altına düşmesine yol açmadığı ya da bunu tespit etmenin çok güç olduğu hallerin mevcut olduğu varsayımı altında yapılmaktadır.

i) İndirim Sisteminin Pazarı Kapsama Büyüklüğü

Bir indirim sisteminin her bir alıcı bazındaki etkisi ile pazardaki etkisi her zaman birbirine paralel olmamaktadır. Zira alıcı bazında rakipleri mutlak olarak dışlayan/münhasırlık karşılığı verilen indirimlerin, rakipleri pazardan dışlama/marjinalize edebilme sonucu doğurup doğurmayacağı, öncelikle bu tip bir indirim sisteminin pazardaki yaygınlık derecesine, diğer bir deyişle, hâkim durumdaki teşebbüsün sadakat indirimleri aracılığıyla pazardaki talebin ne kadarlık bir kısmını kendisine bağladığına bağlıdır. Nitekim ATAD tarafından *Hoffmann-La Roche*¹⁰⁷ ve CFI tarafından da *British Plasterboard*¹⁰⁸ kararlarında, hâkim durumda bir teşebbüsün varlığının söz konusu olduğu pazarlarda rekabet düzeyinin zaten yeterince zayıf olduğu, bu nedenle alıcılara taleplerini münhasıran hâkim durumdaki teşebbüsten karşılaması şeklinde getirilen yükümlülüklerin hâkim durumun kötüye kullanılması olarak kabul edilebileceği belirtilmiştir.

Sadakat indirimlerine ilişkin pek çok halde, hâkim durumdaki teşebbüs tarafından bağlanan pazar talebinin düzeyi, söz konusu teşebbüsün pazar payı ile

¹⁰⁵ Brennan (2007), s.34-35.

¹⁰⁶ Padilla ve O'donoughe (2006), s.390-393.

¹⁰⁷ Case 85/76, Hoffmann-La Roche and Co AG v Commission [1979] ECR 461, para. 117-120.

¹⁰⁸ Case T-65/89, BPB Industries ple and British Gypsum Ltd v Commission [1993] ECR II-389.

örtüşmektedir. Böyle bir durum ise rakiplerin müşterilere ulaşabilecek etkili alternatif yollarının olmaması halinde, piyasadan dışlanmasına yol açabilecektir. Bu nedenle, hâkim durumun düzeyi, sadakat indirimlerinin dışlayıcılık özelliği üzerinde önemli bir etkiye sahiptir.¹⁰⁹ CFI, *Van den Bergh Foods*¹¹⁰ kararında, hâkim durumdaki teşebbüs tarafından ilgili pazarın %40'ının kendisine bağlanmasının hâkim durumun kötüye kullanılması teşkil edeceğini ifade etmiştir.

ii) İndirim Sisteminin Sadakat Artırıcı Niteliği

Bir indirim sisteminin kişiselleştirilmiş ve geriye dönük indirimler içermesi söz konusu sistemin sadakat artırıcı niteliğini doğrudan belirlemektedir. Zira hem biçimsel hem de işlevsel açıdan standart indirimlerin hedefleri, istisnai durumlar dışında, alıcıların taleplerinin bütününe ya da önemli bir kısmına karşılık gelmemektedir. Bununla birlikte kişiselleştirilmiş indirimler, müşterilerin taleplerinin rekabete kapalı kısmı ile rekabete açık kısmı arasında ayırım yaparak müşterilerin taleplerinin rakip teşebbüslerden karşılayabileceği kısmını da hâkim durumdaki teşebbüse bağlanmasına olanak tanımaktadır. Böylece indirim eşiklerinin, alıcıların taleplerinin bütününe ya da önemli bir kısmına denk gelmesi hâkim durumdaki teşebbüs tarafından bilinçli bir şekilde sağlanmaktadır.

Hâkim durumdaki teşebbüs tarafından uygulanan bir indirim sisteminin, yıkıcı fiyatlandırmaya yol açmadan, maliyet üstü fiyatlandırma yoluyla dışlayıcı etki gösterebilmesi, esas itibarıyla, o indirim sisteminin geriye dönük indirimler içermesine ve böylece müşterilerin taleplerinin marjinal kısmını ikinci-üçüncü bir sağlayıcıdan karşılamasını engelleyecek nitelikte bir caydırma mekanizması işlevinde önemli geçiş maliyetlerine yol açabilmesine bağlıdır. Nitekim Avrupa Topluluğu İçtihat Hukuku'nda, indirim sistemlerinin kötüye kullanma olarak değerlendirilmesindeki temel endişe alanları indirim sistemlerinin kişiselleştirilmiş hedefler ve geriye dönük indirimler içerip içermediği hususunda yoğunlaşmıştır. Bunun dışında hâkim durumdaki teşebbüs tarafından uygulanan büyüme indirimleri de, müşterilerin taleplerinin giderek daha büyük bir kısmını kendisinden karşılamalarını sağlamak yönünde bir başka sadakat artırıcı etkiye yol açabilmekte, rakipler için rekabetçi hareket alanı konumundaki marjinal talep düzeylerini daha da düşürebilmektedir.

iii) Münhasırlık Karşılığı Verilen İndirimler

Sadakat indirimleri içinde de kabul edilebilen münhasırlık karşılığı verilen indirimler/münhasırlık uygulamalarının, dışlayıcı etki doğurma kapasiteleri, az

¹⁰⁹ O'Donoghue ve Padilla (2006), s.371.

¹¹⁰ Case T-65/98, *Van den Bergh Foods Ltd v Commission* [2003] ECR II-4653, para.160.

da olsa alıcıların rakiplerden alım yapmalarına izin veren sadakat indirimlerinin aksine, rakiplerden alım yapılmasını mutlak olarak yasakladıkları için maksimum düzeydedir.

iv) Rakipleri Hedefleyen İndirimler

Hâkim durumdaki teşebbüs tarafından uygulanan sadakat artırıcı etkiye sahip indirimler, doğası gereği, söz konusu teşebbüse kendi ve rakiplerinin pazar paylarını kontrol etme olanağı sunmaktadır. Bununla birlikte, indirim sistemi uygulaması itibarıyla, hâkim durumdaki teşebbüsün rakipleri dışlama/pazarı kapama niyetini ortaya koymak açısından, doğrudan rakiplere ilişkin çalışma koşulları içeren indirim teklifleri, rekabet hukuku değerlendirmeleri açısından önem arz etmektedir. Nitekim, Rehber'de¹¹¹, tüketici zararı ile sonuçlanması muhtemel olduğu yönünde ayrıntılı bir değerlendirme yapılmasının gerekmediği belli durumlar sayılmaktadır. Hâkim durumdaki teşebbüs tarafından müşterilerin rakip ürünleri denemesinin engellenmesi ya da rakibin ürününün piyasaya sürülmesi/tanıtılmasının geciktirilmesi için dağıtıcılara ödemeler yapılması bu durumlara örnek olarak gösterilmektedir.

v) İndirim Hedefinin (Eşiğinin) Seviyesi

Bir indirim sisteminin sadakat artırıcı bir niteliğe sahip olması bakımından, indirim hedef(ler)inin alıcıların gerçekleşen taleplerine yakınlığı önem arz etmektedir. Alıcıların talebin yarışılabilir olmayan kısmı içerisinde ya da gerçekleşen taleplerinin çok üzerinde yer alan indirim hedefleri, alıcıların davranışlarında sadakate yol açacak herhangi bir değişikliğe neden olmamaktadır. Dolayısıyla rekabetçi endişeler, ancak söz konusu indirim hedefleri, başta talebin yarışılabilir olmayan kısmı üzerinde olmak kaydıyla, alıcıların gerçekleşen taleplerinin hemen altında, hemen üzerinde ya da aynı düzeyde olmalarına bağlıdır. Sonrasında, indirim hedeflerinin artış şekli ve her bir indirim oranına denk gelen eşik düzeyi, söz konusu hedefler arasında büyük farkların var olup olmaması noktasında önemlidir. Bu açıdan müşterilerin taleplerinin referans dönem içindeki (olası) tüm gelişimlerini yakından takip edebilmeye olanak tanıyacak biçimde tasarlanan artan oranlı bir indirim sistemi, müşterilerin taleplerinin marjinal kısımlarını da indirim veren teşebbüse kaydırmalarına neden olabilecektir.

vi) İndirim Oranının Büyüklüğü

Özellikle geriye dönük indirimlerde, çok düşük indirim oranları dahi mutlak olarak büyük indirim rakamlarının elde edilmesini sağlayabilmektedir. İndirim oranları, rakiplerin telafi etmek zorunda oldukları geçiş maliyetlerinin temel

¹¹¹ Rehber, para.22.

parametresi olarak büyük önem arz etmektedir. Zira bu oran doğrudan rakip teşebbüslerin, müşterileri, taleplerinin rekabete açık kısmını karşılamaya ikna etmeleri için sunmaları gereken maksimum indirim oranını etkilemektedir.

vii) Referans Dönemin Uzunluğu

Müşterilerin hâkim durumdaki teşebbüs ile mutabık kaldıkları geriye dönük indirim sisteminin uygulandığı referans dönemin uzunluğu, rakiplerin karşılaştığı geçiş maliyetleri üzerinde belirgin bir etkiye sahiptir. Görece uzun referans dönemleri, söz konusu dönemin sonuna yaklaştıkça geçiş maliyetlerini giderek artırmak suretiyle alıcıların taleplerinin marjinal kısmını da hâkim durumdaki teşebbüsün kendisine bağlamasına yol açabilmektedir. Görece kısa referans dönemleri ise, rakiplerin her alım bazında yeniden fiyat teklifleri sunmasına olanak sağlayarak, birikimli bir geçiş maliyeti oluşum etkisini hafifletebilmektedir.

viii) İndirim Sisteminin Şeffaflığı

İndirim sistemlerinin şeffaf olması, müşterilerin referans dönemin başından sonuna kadar her aşamada, ne kadarlık bir indirim hak ettiklerini/edeceklerini öngörebilmeleri ve böylece hâkim durumdaki teşebbüs tarafından uygulanan indirim sistemi nezdindeki konumlarını bilebilmeleri açısından belirginlik sağlayarak, marjinal taleplerini alternatif sağlayıcılara kaydırmaları halinde karşılaşacakları geçiş maliyetlerini hesaplayabilmelerine ve rakiplerin de, böyle bir kapasitelerinin olması halinde, bu maliyetleri telafi edebilecek teklifler sunabilmelerine olanak sağlayabilecektir.

ix) Endüstrinin Maliyet ve Talep Yapısı

Pazarda yer alan teşebbüslerin maliyet yapıları, endüstrinin genel maliyet yapısı ile birlikte önem arz etmektedir. Sabit maliyetlerin yüksek ve değişken maliyetlerin düşük olduğu bir pazarda rakipler, müşterilerin karşılaşılabilecekleri geçiş maliyetlerini telafi edebilecek derecede düşük indirim oranları teklif etmek yönünde istekli olabilirler ki böyle bir uygulama genel giderlerin/sabit maliyetlerin telafi edilmesine katkı sağlayacaktır.

Ayrıca pazarın gelişme eğilimi, diğer bir deyişle pazar talebinin büyüyüp büyümediği, sadakat indirimlerinin dışlayıcılığa yol açıp açmaması üzerinde etkili olacaktır. Talebin büyüdüğü bir pazarda sadakat indirimleri pazarı genişletici bir etki doğururken, talebin durağan olduğu ya da daraldığı pazarlarda ise rakiplerin talebin marjinal kısmına erişimini önemli ölçüde sınırlandırabilecektir. Zira, rakiplerin marjinalize bir şekilde pazarda varlıklarını sürdürmesinden ziyade hâkim durumdaki teşebbüse belli bir düzeyde rekabetçi tehdit oluşturabilecek arz olanağına sahip olmaları, bir pazarda rekabetin

varlığından söz edilmesi için gerekli bir koşuldur. Bu anlamda, sadakat artırıcı indirim sistemlerinin dışlayıcı etkisi, bu uygulamalardan muzdarip olan teşebbüsün mevcut rakiplerden ziyade pazara henüz giriş yapmış/yapma amacıyla olan bir teşebbüs olması veya zamanlar arası ölçek ekonomisinin önemli olması ve piyasadaki mevcut alıcıların taleplerinin halihazırda kontratlarla bağlanmış olması durumunda çok daha olasıdır.¹¹²

x) Diğer Hususlar

Pazarın diğer koşulları da indirim sistemlerinin rekabet karşıtı etki doğurma kapasitesi üzerinde belirleyici olabilecektir. Örneğin alıcıların görece büyük veya yoğunlaşmış olmasına bağlı olarak alım gücüne sahip olduğu durumlarda, alıcılar taleplerini geçiş maliyetlerine katlanmadan ya da daha düşük düzeylerde katlanarak alternatif sağlayıcılar arasında dağıtabileceklerdir. Bunun yanında, indirim veren teşebbüs tarafından etkinlikler bağlamında öne sürülen gerekçeler de her bir vaka özelinde değerlendirilmelidir. Ancak söz konusu etkinlikler esas itibarıyla, işlem maliyetleri bakımından elde edilen maliyet tasarrufları bağlamında makul bir gerekçe olarak kabul edilmektedir.

8. KOMİSYON'UN INTEL KARARI

Komisyon, 13 Mayıs 2009 tarihli kararında¹¹³, Intel'in "x86 mikroişlemci" pazarındaki hâkim durumunu kötüye kullanarak 82. maddeyi ihlal ettiğine hükmetmiş ve Intel'e şimdiki kadar kesilen en büyük cezayı (1.06 milyar Avro) kesmiştir.¹¹⁴ Komisyon, Intel'in indirim sistemi uygulamaları aracılığıyla;

- Orijinal ekipman üreticileri¹¹⁵ (Original Equipment Manufacturer) olarak da bilinen bilgisayar üreticilerine, x86 mikroişlemci alımlarının tamamını ya da tamamına yakını kendisinden karşılamaları koşuluyla, resmi sözleşmelerde yer almayan ancak Komisyon'un soruşturma sürecinde elde ettiği delillerden varlığına ulaştığı, diğer bir deyişle, tamamen ya da kısmen gizli indirimler sunduğunu,

- 2002-2007 arasında, en az bir tane büyük çaplı Avrupa kökenli perakende elektronik mağazasına, MediaMarkt'a, faaliyette bulunduğu tüm mağazalarında, münhasıran Intel mikroişlemcilerini içeren kişisel bilgisayarlar (PCs) satması koşuluyla ödemeler yaptığını,

¹¹² O'Donoghue ve Padilla (2006), s.356.

¹¹³ COMP/37-990, Provisional Non-Confidential Version of the Commission Decision of 13 May 2009.

¹¹⁴ Komisyon, Intel'in indirim uygulamalarını incelemeye 2000 yılında Advanced Micro Devices, Inc. (AMD)'in şikayeti üzerine başlamıştır.

¹¹⁵ OEM'ler mikroişlemci ve bilgisayarın diğer parçalarını bir araya getirip toplayarak nihai ürün haline getiren teşebbüslerdir.

- OEM'lere, AMD mikro işlemcilerini içeren spesifik bilgisayarları piyasaya sürmelerini ertelemeleri ya da iptal etmeleri koşuluyla ödemeler yaptığını tespit etmiştir.¹¹⁶

Komisyon'un kararı, bu kararın AB İçtihat Hukuku'nun genelde hâkim durumun kötüye kullanılması özelde indirim sistemleri bağlamında biçimsel/*per se* (*formalistic/ per se*) yaklaşımdan etki bazlı yaklaşıma (*effects-based*) doğru giden sürecin neresinde yer aldığı belirlenmesi bakımından önem arz etmektedir. Karar soruşturma sürecinin, 82. maddeye ilişkin reform tartışmalarının başlatıldığı tarihten önce başlaması ve nihai kararın Rehber'in yayımlanmasından sonra verilmesi bakımından da ayrı bir özellik arz etmektedir. Bu bakımdan kararın, Rehber öncesi içtihat hukuku ve Rehber ile benimsenen yeni yaklaşım ışığında değerlendirilmesi, AB İçtihat Hukuku'nun halihazırda reform sürecinin neresinde yer aldığı ortaya konulabilmesi açısından da yararlı olacaktır.

Bu çerçevede Komisyon'un kararının, düzgün bir etki-bazlı yaklaşım için gerekli bir değerlendirme sistematiği içinde ele alınması uygun olacaktır¹¹⁷.

1) Intel İlgili Pazarda Esaslı Pazar Gücüne Sahip/Hâkim Durumda mıdır?

Komisyon Intel'in, giriş engelleri ile nitelendirdiği x86 mikroişlemci pazarında sahip olduğu yüksek pazar paylarına dayanarak hâkim durumda olduğuna karar vermiştir. Zira 2000-2008 arasında, Intel'in masaüstü PCs, mobil PCs ve sunucu segmentlerinin her birindeki pazar payı %75 'in üzerindeyken; Dell, HP ve IBM gibi büyük çaplı OEM'ler bakımından ortalama pazar payı ise %90'a yakındır.¹¹⁸

Komisyon ayrıca sektördeki fiyat düşüşlerine ilişkin savunmalara da, “*bir pazardaki fiyat düşüşlerinin, hâkim durumun varlığı ile tutarlı olmayan bir ilişkisi olmayacağı*” ve “*inceleme konusu endüstrinin özelliği bakımından bu fiyat düşüşlerinin için bir özellik arz ettiği*” yanıtını vermiştir.¹¹⁹

¹¹⁶ 2005 yılında Japon Adil Ticaret Komisyonu, Intel'in beş OEM'e indirimler ve pazar geliştirmesi fonları adı altında ödemeler yaparak rakip mikro işlemcileri kullanmalarını yasakladığına hükmetmiştir. 2008 yılında Kore Adil Ticaret Komisyonu da Intel'in, yerel OEM üreticilerine, AMD mikro işlemci satın almamaları karşılığında çeşitli indirimler sağlayarak, AMD'yi pazar dışına çıkarmaya çalıştığına karar vermiştir.

¹¹⁷ WILLIG, R. D ve J. M. ORSZAG ve G. LEVIN (2009) ,“An Economic Perspective On The Antitrust Case Against Intel”, <http://www.cciagnet.org/CCIA/files/ccLibraryFiles/Filename/00000000290/Willig-Orszag-Levin.pdf>, Erişim Tarihi: 10.01.2010, s.7.

¹¹⁸ Söz konusu değerlendirme sistematiğinin oluşturulmasında büyük ölçüde Willig vd. (2009)'den yararlanılmıştır.

¹¹⁹ COMP/37-990, para. 908.

Bununla birlikte, Geradin¹²⁰, büyük çaplı sağlayıcıların indirim sistemlerini tek başına belirlediklerine ve bu uygulamalarını bu sistemlere ekledikleri koşullarla birlikte müşterilerine kabul ettirdiklerine dair bir anlayışın çok fazla sayıda küçük çapta müşterilerin olduğu piyasalar bakımından geçerli olabileceğini ancak, OEM pazarı gibi büyük çaplı müşterilerin olduğu pazarlarda bu müşterilerin, sağlayıcılarından indirimler talep ettiğini ve bu indirimlerin risk paylaşım mekanizması işlevi olarak kullanılmak amacıyla taraflar arasında karşılıklı olarak belirlendiğine dikkat çekmiş ve bunun pazar gücünün varlığını sorgulayıcı bir husus olduğunu belirtmiştir.

Bir indirim sisteminin sağlayıcı ve müşteri arasındaki belli düzeydeki müzakere sonucunda belirlenmesi, o indirim sisteminin sadakat artırıcı etkisini destekleyecek şekilde kişiselleştirilmesine yardımcı olmasının yanında, indirim sistemlerinin bu şekilde belirlenmesi, daha önce de belirtildiği gibi, esasen hâkim durumdaki teşebbüsün tüketici hâkimiyetine müdahale etme girişimine, aracı niteliğindeki müşterilerin en azından pasif destek sağlamasını ifade edebilecektir. Böyle bir durumda ise, uyumsuzluğa konu indirim uygulaması ayrıntılı ve karmaşık etki bazlı araştırmaları gerektirmeden, markalar arası rekabeti sınırlayan dikey sınırlamalar bağlamında değerlendirilebilecektir.

2) İndirim Sistemi Uygulaması, Talebin Yarışılabilir Kısmının Önemli Bir Bölümünü Rakibin Erişimine Kapatıyor mu?

Komisyon, kararında, inceleme konusu indirim sisteminin dışlayıcı etkiye sahip olup olmadığını belirlemek için eşit etkinlikteki rakip (*As Efficient Competitor-AEC*) testi uygulasa da, Rehber'in, soruşturma sürecinin başlamasından sonra yayımlanması nedeniyle bu kararda uygulanmadığını belirtmiştir.¹²¹ Kararda, ATAD ve CFI'nın geçmiş kararlarına sık sık yapılan referanslar ile birlikte yer alan "AEC testi, AB İçtihat Hukuku'na göre 82. maddenin ihlalini ortaya koymak için kaçınılmaz bir nitelik arz etmese de, Intel'in indirim sistemi uygulamasının rekabet karşıtı dışlamaya yol açma kapasitesine sahip olup olmadığını ya da açmasının olası olup olmadığını göstermenin mümkün olan yollarından birisi olduğu"¹²² ifadesi ve "Intel'in sadakat indirimlerinin OEM'lerin seçme özgürlüğünü sınırlandırdığı" tespiti, AEC testinin hâkim durumdaki teşebbüsler için güvenli liman oluşturabileceğine dair kuşkuları gündeme getirmiştir. Bu bakımdan Komisyon'un kararı, AB İçtihat Hukuku'nun

¹²⁰ GERADIN, D. (2009), "The Decision Of The Commission Of 13may 2009 In The Intel Case: Where Is The Foreclosure And Consumer Harm?"

http://www.intel.com/pressroom/legal/docs/Damian_paper.pdf, Erişim Tarihi: 10.01.2010, s.7-8.

¹²¹ COMP/37-990, para. 916.

¹²² COMP/37-990, para. 925.

biçimsel *per se* yaklaşımının bir örneği olarak nitelendirilmekte¹²³ ve Rehber'in varlığı karşısında kısıtlayıcı yaklaşımı temsil etmesi nedeniyle geriye adım olarak görülmektedir.

Bununla birlikte, Komisyon, her ne kadar biçimsel yaklaşım eleştirilerinden kurtulmak için böyle bir yolu seçtiğine dair eleştirilse de¹²⁴ dışlayıcı etkinin varlığını ortaya koymak amacıyla Rehber'e paralel olarak AEC testini uygulamıştır. Zira, Intel bakımından, x86 mikroişlemci talebinin yarışılabilir kısmı için bir kârdan vazgeçiş (fiyatların daha düşük olmasına yol açan rakibin rekabet edebilme gücünün yokluğu halinde Intel, talebin bu kısmı için fiyatları artıracak şekilde) söz konusu ise, indirim sistemi dışlayıcı bir nitelik arz edebilecektir.¹²⁵ Ancak Lande¹²⁶, Intel'in, indirim sistemi öncesi fiyatları hemen yükseltip daha sonra tekrar düşürmesi anlamında sahte indirimler yaparak ve böylece herhangi bir kârdan vazgeçmeyerek de eşit etkinlikteki rakibini dışlayabileceğini öne sürmektedir. Komisyon, Intel'in OEM'ler için kaçınılmaz ticari partner özelliği taşıdığını, uyguladığı indirim sisteminin kendisine, talebin yarışılabilir olmayan kısmını, talebin yarışılabilir olan kısmı için geçerli fiyatları düşürmek için kaldıraç olarak kullanma olanağı sağladığını ifade etmiştir.¹²⁷

Bu çerçevede, AEC testi için kritik önem arz eden aşama, talebin yarışılabilir kısmının hesaplanmasıdır. Komisyon'un bu aşamada vardığı sonuçlar, başta Intel'in müşterilerinin/OEM'lerin mikroişlemci alımlarının belli bir kısmını AMD'ye kaydırmaları halinde kaybedecekleri orantısız indirim miktarını ortaya koyan raporlar¹²⁸ olmak üzere içsel dökümanlarına dayanmaktadır.

Komisyon'un söz konusu analizi, öncelikle müşterilerin sağlayıcıları ile olan ilişkilerine dayanarak oluşturdukları kendi algılarına göre şekillendirildiği için, söz konusu dökümanların çapraz sorgusu dahil geçerliliği sorgulanmadığı müddetçe kurgusal olarak nitelendirilmiştir.¹²⁹ Ayrıca hâkim durumdaki teşebbüsün eylemlerinin hukukiliğini, kendi erişimine açık olmayan dökümanlara göre belirlemesini beklemek de hakkaniyete uygun

¹²³ PEARSON, H. (2009), "Headline-Grabbing Intel Fine Hides Article 82 EC Enforcement Concerns", <https://www.competitionpolicyinternational.com/file/view/6014>,

Erişim Tarihi: 10.01.2010, s. 6.

¹²⁴ Geradin (2009), s.10.

¹²⁵ Willig vd. (2009), s.18.

¹²⁶ LANDE, R. H. (2009), "The Price of Abuse: Intel and the European Commission Decision ", http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1434985 , Erişim Tarihi: 10.01.2010, s.3-4.

¹²⁷ COMP/37-990, para. 1005.

¹²⁸ COMP/37-990, para. 234, 268, 306.

¹²⁹ Geradin (2009), s.10-15.

görünmemektedir. Bu nedenle tarafımızca, oldukça karmaşık ve güç olan talebin yarışılabilir kısmının hesaplanması aşamasında yalnızca rakiplerin veya müşterilerin içsel dökümanları ile yetinilmemesi gerektiği, söz konusu dökümanların doğruluğunun ve nesnel değerlendirmesinin çapraz sorgu vb. yöntemlerle yapılması gerektiği ve hâkim durumdaki teşebbüsün kendi erişimine açık dökümanların daha büyük önem arz etmesi nedeniyle esasen bu teşebbüs bünyesindeki dökümanlardan yararlanılmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

Bununla birlikte, Willig vd.¹³⁰ tarafından ortaya konulduğu üzere, AMD'nin kapasite kısıtı altında olması, Intel'in talep tarafında oluşturduğu marka imajı nedeniyle bir anlamda mutlaka bulundurulması zorunlu marka niteliğinde olması, sektörün dolaylı ağ etkileri özelliğinin Intel'in konumunu koruması ve hâтта güçlendirmesi, değişim maliyetlerinin varlığı ve Intel'in endüstri standardını belirleyen bir marka olduğu algısının talebe olan etkisi x86 mikroişlemci talebinin yarışılabilir olan kısmının oldukça dar olmasının nedenlerini oluşturmaktadır.¹³¹

Bunun yanında, hâkim durumdaki teşebbüsün, alımlarının belli bir kısmını kendisinden değil de rakiplerinden karşılamaya görece daha fazla eğilimli olan müşterilerine odaklanması bir indirim sisteminin dışlayıcı özelliğini, söz konusu teşebbüsün dışlama niyetini açıkça ortaya koymasının yanında, şiddetlendirecektir de. Zira, Maier-Rigaud¹³²,un kapsama yanığı (coverage fallacy) olarak adlandırdığı bir durumda, bir indirim sistemi, kilit nitelikteki müşterileri kapsamına alarak görece çok daha düşük genel kapsama oranına karşın dışlayıcı bir nitelik arz edebilecektir. Nitekim, Intel de kurumsal müşterilerin talep ettiği kar marjı yüksek ürünlerin satışını gerçekleştiren, endüstri standardının oluşturulmasında, gelecek döneme yönelik teknoloji tercihlerinin belirlenmesinde ve ağ etkilerinin oluşturulmasında ya da güçlendirilmesinde büyük önemi bulunan büyük çaplı OEM'ler ile perakende elektronik mağazalarına odaklanmıştır.¹³³

Her ne kadar aynı analizi kendisi de uygulayan Intel, Komisyon ile zit sonuçlara varmış¹³⁴ olsa da Komisyon uyguladığı AEC testi sonucunda Intel'in uyguladığı indirim sisteminin eşit etkinlikteki rakibi dışlayıcı nitelikte olduğu¹³⁵

¹³⁰ Willig vd. (2009), s.20-23.

¹³¹ Bu konuda ayrıntılı analiz için Bkz. (Willig vd. 2009)

¹³² Maier-Rigaud (2006), s.11-13.

¹³³ Willig vd. (2009), s.23-25.

¹³⁴ Intel Corporation (2009), "Intel Response to the EC's Provisional Non-Confidential Version of the Commission Decision of 13 May 2009",

http://www.intel.com/pressroom/legal/docs/Intel_Response_to_Redacted_Decision.pdf.

Erişim Tarihi: 10.01.2010, s.11-13.

¹³⁵ Bkz dipnot 113 para.1002.

sonucuna varmıştır. Nitekim kararda, AMD'nin OEM'lerden birisinin yarışılabilir talebinin belli bir kısmını elde etmek amacıyla bir milyon mikroişlemciyi bedelsiz olarak vermeyi önerdiği ancak, söz konusu OEM'nin (HP) bu teklifi kabul etmesi halinde Intel'den yapmış olduğu pek çok milyon mikroişlemciye ilişkin indirimleri kaybedecek olması nedeniyle AMD'den sadece 160.000 adet mikroişlemci kabul ettiği belirtilmiştir.¹³⁶

3) İndirim Sistemi, Pazarın Önemli Ölçüde Kapanmasına Yol Açıyor mu?

Komisyona, hâkim durumdaki teşebbüsün uyguladığı indirim sisteminin kendisine, talebin yarışılabilir olmayan kısmını, talebin yarışılabilir olan kısmı için geçerli fiyatları düşürmek için kaldıraç olarak kullanma olanağı sağlayabileceğini ve böylece kendisi ile eşit etkinlikteki hâтта kendisinden daha etkin bir rakibini, kendi maliyetleri rakibinin maliyetlerinden daha yüksek olsa bile dışlayabileceğini ifade etmiş ve böyle bir uygulamanın fiyat, tüketici tercihi ve inovasyon bakımından hem kısa dönemde hem de uzun dönemde tüketici zararına olduğunu eklemiştir.¹³⁷

Bununla birlikte Komisyon, AMD'nin inceleme döneminde daha muteber bir rakip olduğunu da belirtmekle birlikte, inceleme konusu indirim sisteminin AMD üzerindeki etkilerini ayrıntılı şekilde ele almamıştır. Ancak Rehber'de, AEC testine göre eşit etkinlikteki rakibin dışlanma durumunun söz konusu olması halinde, rekabet karşıtı dışlamanın varlığının ortaya konulması için niteliksel ve niceliksel bulguları göz önünde bulunduran genel bir değerlendirme yapılması gerektiği ifade edilmektedir.¹³⁸

Willig vd.¹³⁹ ise, Intel'in talebin yarışılabilir olmayan kısmının, kendisine, uyguladığı indirim sistemini kaldıraç olarak kullanma olanağı vermesinden yararlandığına ve sektörün araştırma-geliştirme (ar-ge) faaliyeti yoğun ve büyük çaplı ölçek ekonomisi niteliği taşıdığına vurgu yaparak AMD'nin yeterli düzeyde ar-ge faaliyetleri yürütmek için gereksinim duyduğu nakit akışı sağlayacak ve maliyet tasarrufu sağlayacak ölçek ekonomisi avantajından yararlanmak için gerekli satış tabanına erişemediğini belirtmiştir. Yüksek sermaye yoğun bir piyasa özelliği arz eden ve yüksek giriş engelleri ile nitelendirilen bu pazarda, Intel'in tek rakibi AMD'nin ar-ge faaliyetlerini yürütmek ve maliyet tasarrufu sağlamak için yeterli satış tabanına ulaşamamasına yol açan Intel'in uyguladığı indirim sisteminin, Intel'in pazar gücünde önemli bir artış sağlayacağı ve ilgili pazarda rekabetin önemli ölçüde sınırlandıracağı açıktır.

¹³⁶ A.g.k. para. 956-957.

¹³⁷ A.g.k. para.1612.

¹³⁸ Rehber, para. 27.

¹³⁹ Willig vd. (2009), s.25-30.

4) Tüketici Zararının Ortaya Konulması ve Etkinlik Değerlendirilmesi

Komisyon, Intel'in, her bir OEM için özel olarak tasarlanan çeşitli indirim uygulamaları aracılığıyla sadakate yol açan bir indirim mekanizması uyguladığını ve böylece tüketici tercihlerini sınırlayarak rakiplerin pazara erişimlerini engellediğini belirtmiştir.¹⁴⁰

Komisyon'un, AEC testi kapsamında, Intel'in eşit etkinlikteki rakibini ve tek rakibini dışlayabilme kapasitesine sahip bir indirim sistemini uyguladığını ortaya koyması, uzun dönemde tüketici tercihlerinin ve inovasyonun sınırlanacağı anlamına gelmektedir. Zira, tek rakip AMD'nin ilgili pazardan dışlanması sonucunda Intel'in, rekabetçi bir baskı ile karşılaşmayacağını ve dolayısıyla pazar gücünde oldukça büyük bir artış olacağını, bunun sonucunda fiyatların, böyle bir dışlamanın olmadığı duruma göre, yükselebileceğini, inovasyonun azalacağını ve müşteri tercihlerinin sınırlanacağını ve sonuç olarak tüketici zararının oluşacağını ifade etmesi kurgusal bir yaklaşımın ötesine geçmektedir. Geradin¹⁴¹ ise, Komisyon'un uyguladığı AEC testinin, dayanakları itibarıyla kusurlu olduğunu ve AMD'nin Intel üzerinde rekabetçi baskı yaratabilme bakımından faaliyetlerini sürdürdüğünü ifade etmiştir.

Etkinlikler bağlamında ise, Rehber'de benimsenen etkinlik savunmalarının ortaya konulmasının oldukça zor bir nitelik taşıdığı kabul edilmelidir. Zira, söz konusu etkinlikleri elde etmenin daha az kısıtlayıcı bir alternatifinin olmadığını ortaya koymak güç bir iştir.

Sonuç olarak, Komisyon'un Intel kararı, biçimsel yaklaşımın izlerini taşıması, ilgili pazarın rakiplere kapatılması ve tüketiciler üzerindeki etkileri bakımından yüzeysel değerlendirmeler içerdiği nedeniyle eleştirilmektedir.¹⁴² Ancak söz konusu karar, yarışılabilir talebin hesaplanmasında yararlanılan dayanakların ciddi biçimde eleştirilmesine ve içtihat hukukuna yapılan atıfların sıklığının AEC testinin, bir tür güvenli liman olarak kabul edilip edilmeyeceğine dair oluşturduğu kaygılara karşın, Rehber'de benimsenen AEC testinin uygulandığı bir karar olarak Komisyon'un biçimsel yaklaşımdan etki bazlı bir yaklaşıma geçiş sürecindeki önemli, hızlı ve sert olmasa da görece yavaş ve kararlı bir adımını temsil ediyor görünmektedir. Komisyon'un, birleşmelerin değerlendirilmesinde gerçekleştirdiği reform sürecinde de, önceki içtihat

¹⁴⁰ COMP/37-990, para.1598.

¹⁴¹ Geradin (2009), s.19-20.

¹⁴² FEDERICO, G. (2009), "The Intel Decision: Some Economic Remarks"

https://www.esmt.org/fm/312/03_Federico_Intel.pdf, Erişim Tarihi: 10.01.2010, s.14.

hukukunu bir anda bir tarafa bırakmama yönündeki eğiliminin¹⁴³ bir benzeri olarak benimsediği düşünülen bu yaklaşımın izlerini kararda görmek mümkündür. Nitekim Komisyon, soruşturma sürecinin başladığı tarihin, 82. maddenin reform sürecinden önce olduğunu belirtmesine karşın, eşit etkinlikteki rakibin dışlanıp dışlanmadığına ilişkin fiyat-maliyet analizine başvurmuştur. Dolayısıyla *Intel* kararını, Komisyon'un indirim sistemlerine yönelik etki bazlı yaklaşımın daha net bir biçimde görülebileceği sonraki kararların habercisi olarak görmek uygun olacaktır.

SONUÇ

İndirim sistemlerinin değerlendirilmesinde gerek ABD ve AB uygulamaları ışığında kullanılan yaklaşımlara ve bu yaklaşımların içerdiği testlere gerek öğretide önerilen testlere bakıldığında; bu testlerin genel bir ortak paydasından bahsedilebileceği gibi esasen her bir yaklaşımın, diğer bir ya da birçok yaklaşımın bir şekilde ihmal ettiği, göz ardı ettiği veya önem vermediği hususları ele alacak şekilde tasarlandığı görülmektedir. Her testten beklenen temel husus, o testin indirim sistemlerine genel olarak hangi bakış açısını temsil ediyorsa etsin, aşırı ya da eksik yaptırım riskini minimize edecek ölçütler içermesi olacaktır. Bununla birlikte, bir testin yanlış yaptırım risklerini en iyi şekilde minimize edecek şekilde tasarlanması, söz konusu testin açıklık, anlaşılabilirlik, başarılı bir şekilde yönetilme ve yürütülme ölçütleri bakımından yetersiz, eksik ya da hatalı tasarlanma riskini içermektedir.

Bu çerçevede, indirim sistemlerini genel olarak fiyat rekabetinin bir unsuru olarak gören ABD yaklaşımı, bu sistemlere yönelik bir testin özellikle aşırı yaptırım riskini minimize etmesini teminen açıklık, anlaşılabilirlik, başarılı bir şekilde yönetilme ve yürütülme koşullarını da karşılaması gerektiği düşüncesini temsil etmektedir. Bu anlamda ABD yaklaşımı, halihazırda indirim sistemlerini fiyat-maliyet analizleri merkezli yıkıcı fiyat analizleri kapsamında değerlendirmeyi tercih etmektedir.

Ordoliberal Okul'un görüşleri çerçevesinde pazarların açık tutulmasına, rakiplerin büyümesi ya da pazara girişlerin önündeki potansiyel engellerin yaratılmasından kaçınılması gerekliliğine vurgu yapan AB yaklaşımı ise, indirim sistemlerini, diğer tek taraflı eylemler gibi hâkim durumdaki teşebbüsün doğrudan tüketici hâkimiyetini etkileyen rekabetçi süreci korumasına yönelik özel sorumluluğu doğrultusunda ele almaktadır. Bu çerçevede, AB yaklaşımı, özellikle eksik yaptırım riskini minimize etmeyi teminen, rekabetçi süreci

¹⁴³ ARITÜRK, R. Ö. (2008), "Birleşmelerin Kontrolünde Kullanılan Esasa İlişkin Test AB Deneyimi ve Türkiye için Çıkarımlar", Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi, No: 91, Ankara, s..60-61.

sınırlandıran, sınırlandırma olasılığı bulunan dışlayıcı nitelikteki indirim sistemlerini kötüye kullanma olarak nitelendirmektedir. Esas itibarıyla, indirim sistemine konu ürünü tamamlayıcı nitelikteki ürün pazarında (dağıtım pazarı) sadakate yol açmak suretiyle rakiplere, tamamlayıcı ürün pazarına erişimi kapatan ya da bu pazara erişimin maliyetlerini önemli ölçüde artıran bir indirim sistemi, AB İçtihat Hukuku tarafından rekabet karşıtı olarak nitelendirilecektir. Farklı çevrelerce biçimsel *per se* yaklaşımı olduğu şeklinde eleştirilen bu yaklaşıma yönelik reform faaliyetleri sonucunda, 2009 yılında Rehber yayımlanmıştır. Rehber’de eşit etkinlikteki rakibin dışlanması bağlamında, fiyat-maliyet analizi yanında söz konusu analiz akabinde dışlama uygulamasının pazar üzerindeki nihai etkisinin ortaya konulmasını öngören bir yaklaşımın indirim sistemlerinin değerlendirilmesine sokulması, Komisyon nezdinde etki bazlı bir yaklaşıma geçiş niyetinin açık bir göstergesidir. Buna ek olarak, Komisyon’un *Intel* kararında, böyle bir analiz yapmak zorunda olmadığını belirtmesine karşın, eşit etkinlikteki rakip testini uygulaması, Komisyon’un biçimsel yaklaşımdan etki bazlı yaklaşıma geçiş niyetinin açık bir tezahürü olarak algılanabilecektir.

Komisyon’un, ABD uygulamasından farklı olarak, fiyat-maliyet analizlerini tipik yıkıcı fiyat uygulaması doğrultusunda değil de, 6. bölümde ele alındığı üzere, indirime konu ürüne ilişkin talebin bütünü yerine söz konusu ürüne yönelik talebin rekabete açık kısmı bakımından geçerli olan efektif fiyat-maliyet analizi doğrultusunda gerçekleştirme iradesi, başka sorunlarla yüzleşmek pahasına, güvenli liman niteliğindeki fiyat-maliyet karşılaştırmalarının koruması altında olduğu halde dışlayıcı nitelikteki indirimleri kaçırmayacak bir kapsam oluşturma kaygısına, özet bir ifadeyle, eksik yaptırım riskini minimize etme tercihine işaret etmektedir. Nitekim, Komisyon, indirim sistemi kapsamındaki ürün talebinin yarışılabilir ve yarışılabilir olmayan kısmı şeklinde ikili bir karakter özelliği sergileyebileceğini hesaba katarak indirim sistemlerine yönelik fiyat-maliyet analizlerini, tipik yıkıcı fiyat uygulamaları gibi tüm birimler üzerinden değil, rakiplerin hâkim durumdaki teşebbüs ile rekabet edebileceği, talebin yarışılabilir olan kısmı üzerinden gerçekleştirmektedir. Zira söz konusu test, hâkim durumdaki teşebbüsün yalnızca maliyet altı (yıkıcı) fiyatlamaya yoluyla değil aynı zamanda maliyet üstü fiyatlamaya yoluyla da dışlama/pazarı kapamaya yol açan uygulamalarını kapsayabilecek niteliktedir. Eksik yaptırım riskinin minimize edilmesi anlamına gelen böyle bir getirinin, talebin yarışılabilir olan kısmını hesaplama gibi oldukça karmaşık ve güç bir aşamayı içermesine bağlı başarılı ve doğru bir şekilde yürütülme riski gibi bir götürüsü de bulunmaktadır. Komisyon’un bu getiri-götürü dengesini ne kadar başarılı bir şekilde yürütebileceği, Rehber’de yer alan ve *Intel* kararında tezahür eden açık

niyeti karşısında, bundan sonraki indirim sistemlerine yönelik kararlarında görülebilecektir.

KAYNAKÇA

ANTITRUST MODERNIZATION COMMISSION (2007), “Competition and Monopoly: Single Firm Conduct Under Section 2 of the Sherman Act”, <http://www.justice.gov/atr/public/reports/236681.pdf>, Erişim Tarihi: 10.01.2010

ARITÜRK, R. Ö. (2008), “Birleşmelerin Kontrolünde Kullanılan Esasa İlişkin Test AB Deneyimi ve Türkiye için Çıkarımlar”, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi, No:91, Ankara.

BACON, K. (2007), “European Court of Justice Upholds Judgment of the European Court of First Instance in the British Airways/Virgin Saga”, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1077127, Erişim Tarihi: 10.01.2010

BRENNAN, T. J. (2007), “Bundled Rebates as Exclusionary, Not Predatory”, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=992907, Erişim Tarihi: 10.01.2010

COMMUNICATION FROM THE COMMISSION (2009), “Guidance on its enforcement priorities in applying Article 82 (EC) to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings”, <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf>, Erişim Tarihi: 10.01.2010

DG COMPETITION (2005), “Discussion Paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses”, Brussels, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2009:045:0007:0020:EN:PDF>, Erişim Tarihi: 10.01.2010

ECOMOMIDES, N. (2009), “Loyalty/Requirement Rebates and the Antitrust Modernization Commission: What is the Appropriate Liability Standard?” http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1370699, Erişim Tarihi: 10.01.2010

ECOMOMIDES, N. ve I. LIANOS (2009), “The Elusive Antitrust Standard on Bundling in Europe and in the United States in the Aftermath of the Microsoft Cases”, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1078932, Erişim Tarihi: 10.01.2010

ELHAUGE, E. (2008), “How Loyalty Discounts Can Perversely Discourage Discounting”, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1275529, Erişim Tarihi: 10.01.2010

ELHAUGE, E. (2009), “Tying, Bundled Discounts, and the Death of the Single Monopoly Profit Theory”,
http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1345239,
Erişim Tarihi: 10.01.2010

FAELLA, G. (2007), "The Antitrust Assessment of Loyalty Discounts and Rebates", <http://ssrn.com/abstract=1079504>, Erişim Tarihi: 10.01.2010

FAELLA, G. (2009), “Foreclosure, Predation and Competition on the Merits: An Analysis of Bundled Discounts”,
http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1324607,
Erişim Tarihi: 10.01.2010

FEDERICO, G. (2009), “The Intel Decision: Some Economic Remarks”
https://www.esmt.org/fm/312/03_Federico_Intel.pdf , Erişim Tarihi: 10.01.2010

GERADIN, D. (2008), “A Proposed Test for Separating Pro-Competitive Loyalty Rebates from Anti-Competitive Ones”,
http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1308484,
Erişim Tarihi: 10.01.2010

GERADIN, D. (2009), “The Decision Of The Commission Of 13may 2009 In The *Intel* Case: Where Is The Foreclosure And Consumer Harm?”
http://www.intel.com/pressroom/legal/docs/Damian_paper.pdf,
Erişim Tarihi: 10.01.2010

GERADIN, D. ve N. PETIT (2005) “Price Discrimination under EC Competition Law: The Need for a case-by- case Approach”,
<http://www.coleurop.org/content/gclc/documents/GCLC%20WP%2007-05.pdf> ,
Erişim Tarihi: 10.01.2010

HEIMLER, A. (2008), “Fidelity Discounts And Rebates Not Justified By The Costs : In Which Cases Should A Dominant Enterprise Be Forbidden Such Pratices?” www.wettbewerbszentrale.de/media/getlivedoc.aspx?ID=28384,
Erişim Tarihi: 10.01.2010

HOVENKAMP, H. (2005), “The Antitrust Enterprise: Principle and Execution”, Harvard University Pres, Cambridge, MA and London.

INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK (2009), “Report on the Analysis of Loyalty Discounts and Rebates Under Unilateral Conduct Laws“,
<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc357.pdf>,
Erişim Tarihi: 10.01.2010

KALLAUGHER, J. (2005), “Rebates Revisited (Again) - The Continuing Article 82 Debate”

<http://www.coleurop.be/content/gclc/documents/Paper%20Kallauger.doc>,
Erişim Tarihi: 10.01.2010

KOCABAŞ, B. (2008), “*İndirim Sistemleri ve Rekabet: Tek Taraflı Davranışlar Açısından Bir Değerlendirme*”, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi, No: 90, Ankara

LAMBERT, T. A. (2006), “Antitrust Analysis of Bundled Discounts”,
http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=948484,
Erişim Tarihi: 10.01.2010

LANDE, R. H. (2009), “The Price of Abuse: Intel and the European Commission Decision”,
http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1434985,
Erişim Tarihi: 10.01.2010

MAIER-RIGAUD, F. P. (2006), “Article 82 Rebates: Four Common Fallacies”,
http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=910805,
Erişim Tarihi: 10.01.2010

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

PEARSON, H. (2009), “Headline-Grabbing Intel Fine Hides Article 82 EC Enforcement Concerns”,
<https://www.competitionpolicyinternational.com/file/view/6014>,
Erişim Tarihi: 10.01.2010

THE OFFICE OF FAIR TRADING (2005), “Selective Price Cuts and Fidelity Discounts”, Economic Discussion Paper,
http://www.offt.gov.uk/shared_offt/reports/comp_policy/oft804.pdf,
Erişim Tarihi: 10.01.2010

ÜNSAL, E. (2000) “Mikro İktisat”, 3. Baskı, İmaj Yayıncılık, Ankara.

WILLIG, R. D ve J. M. ORSZAG ve G. LEVIN (2009), “An Economic Perspective On The Antitrust Case Against Intel”,
<http://www.ccianet.org/CCIA/files/ccLibraryFiles/Filename/000000000290/Wilig-Orszag-Levin.pdf>, Erişim Tarihi: 10.01.2010