

## AVRUPA TOPLULUĞU VE TÜRK REKABET HUKUKUNDA FİYAT AYRIMCILIĞI EYLEMLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ SORUNU

*THE DIFFICULTY OF THE ASSESSMENT OF THE  
PRICE DISCRIMINATION CONDUCT IN THE COMPETITION LAW  
OF THE EUROPEAN COMMUNITY AND TURKEY*

Av. Ece Fatma Aslan\*

### Öz

*Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda, fiyat ayrımcılığı eylemlerinin değerlendirilmesi konusunda karışıklık olduğu düşünülmektedir. Şöyle ki, hakim durumdaki firmaların amacı ve etkisi itibarıyla, birbirinden farklı nitelikteki birçok eylemine ayrımcılık kuralları uygulanmaktadır. Bu durum, rekabet üzerindeki etkileri birbirinden değişik olan farklı eylem türlerinin, olayın şartlarına ve bünyelerine uygun analiz biçimleri çerçevesinde değerlendirilmesi yerine, yeknesak bir şekilde değerlendirilmesine neden olmaktadır. Böylece, aslında rakipleri dışlayıcı nitelikte olmayan ve rekabeti ihlal etmeyen eylemlerin, kötüye kullanma olduğuna karar verilebilmektedir. Ayrımcılık kurallarının her iki hukuk sisteminde de gerektirdiği ispat standardının düşük olması nedeniyle, ihlal tespitinde bulunulması kolaylaşmaktadır. Bir başka ifadeyle, değerlendirmelerde rakiplerin dışlanması yerine, alıcılardan bazılarının, diğerlerine göre rekabette dezavantajlı konuma düşmesi koşulunun aranması, ihlal tespitlerini kolaylaştırmaktadır.*

*Kanımızca karışıklık, fiyata dayalı dışlayıcı kötüye kullanma eylemlerinin önemli bölümünün, fiyat ayrımcılığı unsuru içermesinden kaynaklanmaktadır. Ancak ayrımcılık unsuru içeren her eylem biçiminin, fiyat ayrımcılığı adı verilen kötüye kullanma eylem türü kapsamına girmediği düşünülmektedir. Dolayısıyla fiyat ayrımcılığı unsuru içeren bütün dışlayıcı eylemlere, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 6 (b) veya mehz, Avrupa Birliği'nin İşleyişine İlişkin Anlaşma'nın (kısaca: ABİA) 102 (c) hükümlerinin uygulanmasının doğru olmadığı düşünülmektedir. Nitekim fiyat ayrımcılığı eylemlerinin, refah üzerindeki etkilerinin tartışmalı olması, ilgili hükümlerin*

\* Yazar Aslan Hukuk Bürosu avukatlarından olup, Kings College London'da doktora eğitimine devam etmektedir. Çalışmadaki görüşler Rekabet Kurumunu bağlayıcı değildir.

uygulama kapsamının fazla genişletilmemesi gerektiği iddiasını destekler niteliktedir.

**Anahtar Kelimeler:** Fiyat Ayrımcılığı, Birinci Seviye Zarar, İkinci Seviye Zarar, Dışlayıcı Eylemler, Sömürücü Eylemler, İndirim Sistemleri, Münhasır Dağıtım, Seçici Fiyatlama, Bağlama ve Paketleme, Mal Vermeyi Reddetme, Dikey Entegre Olmayan Hakim Durumdaki Firma.

### Abstract

*We opine that, there is confusion in the assessment of the price discrimination conduct in the Competition Law systems of the European Community and Turkey. The reason of the confusion is the application of the discrimination rules to conducts which differ from each other, regarding their objectives and their effects on the competition. This causes a uniform assessment, instead of a case by case approach and the application of the conduct specific tests. As a result of this, one may prohibit a conduct, which doesn't have exclusionary effects, accordingly doesn't restrict the competition. The low standard of proof that the discrimination rules requires, simplifies the determination of the infringement decisions in both of the law systems. In other words, the requirement of placing the trading parties at a competitive disadvantage, instead of the requirement of excluding the competitors, simplifies the infringement decisions.*

*We believe that, the confusion arose from the fact that, most of the price based exclusionary abuses includes some kind of a price discrimination element. However, we opine that the price discrimination, as an individual abuse type, doesn't include such conducts. Accordingly, the application of the Article 6 (b) of the Turkish Competition Act and its reference Article 102 (c) of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) to the all types of the price discrimination conducts may not be accurate. As a matter of fact, the controversy on the welfare effects of the price discrimination supports the argument that the application scope of the above mentioned articles shall not be expanded.*

**Keywords:** Price Discrimination, Secondary Line Injury, Primary Line Injury, Exclusionary Conduct, Exploitative Conduct, Rebates, Exclusive Dealing, Selective Pricing, Tying and Bundling, Non- Vertically Integrated Dominant Undertaking.

### GİRİŞ

Çalışmamızda öncelikle Topluluk Rekabet Hukukunda fiyat ayrımcılığı eylemlerinin ele alınması incelenmiştir. Bu çerçevede ayrımcılığın tanımı,

koşulları, refah üzerindeki etkileri ve yasaklanmasının hukuki dayanağı incelenmiştir. Ardından ABİA'nın 102 (c) hükmünün uygulandığı eylemler, doktrinindeki ayrıma paralel olarak birinci ve ikinci seviye zarara neden olanlar ile coğrafi fiyat ayrımcılığı adı altında üç grupta incelenmiştir. Çalışmamızın neticesinde, her üç grup bakımından da 102 (c) hükmünün uygun olmadığı, hükmün kapsamının sömürücü eylemlerle sınırlandırılması gerektiği kanaatine varılmıştır. Ardından konu Türk Rekabet Hukuku açısından ele alınmıştır. Bu çerçevede öncelikle ayrımcılığın Türk Rekabet Hukukundaki tanımı, koşulları ve refah üzerindeki etkileri incelenmiş ve bir önceki bölümle benzer sonuçlara ulaşılmıştır. Son bölümde ise, konuyla ilgili Rekabet Kurulu (kısaca: Kurul) kararları incelenerek çalışmamız tamamlanmıştır.

Kurul kararları, bir önceki bölümün sistematığına uygun olarak, 4054 sayılı Kanun'un 6 (b) maddesinin uygulandığı, birinci ve ikinci seviye zarara neden olan eylemler ile sömürücü eylemler başlıkları altında sınıflandırılarak incelenmiştir. Her iki bölümde de birinci seviye zarara neden olan eylemler altında indirim sistemleri ve münhasır dağıtım, seçici fiyatlama, bağlama ve paketleme eylemleri incelenmiştir. İkinci seviye zarara neden olan eylemler ise iki alt başlık altında değerlendirilmiştir. Bu çerçevede dikey entegre olan ve olmayan firmaların fiyat ayrımcılığı unsuru içeren eylemleri ayrı ayrı incelenmiştir. İlk bölümde coğrafi fiyat ayrımcılığı ayrı bir başlık altında incelenmiş olmasına rağmen, ilgili eylemler tek pazar hedefinin sağlanması amacı çerçevesinde yasaklandığı için, Türk Rekabet Hukukunda uygulama alanının bulunamayacağı düşünülmüş ve ikinci bölümde bu başlığa yer verilmemiştir. İkinci bölümde yer verilen sömürücü eylemlerin 6 (b) kapsamında değerlendirilmesi başlığına ilk bölümde yer verilmemiş olmasının sebebi ise, Topluluk kurumlarınca, 102 (c) hükmünün sömürücü eylemlere uygulandığı kararların bilginiz dahilinde olmamasıdır.

## **Ş I. AVRUPA BİRLİĞİ REKABET HUKUKUNDA FİYAT AYRIMCILIĞI**

### **1. FİYAT AYRIMCILIĞININ TANIMI, KOŞULLARI VE KAPSAMI**

#### **1.1. Giriş**

Fiyat ayrımcılığı birden fazla eylem tipini kapsamına girdiğinden dolayı hakim durumun kötüye kullanılması doktrininin en karmaşık konularından biridir. Uygulamada indirim sistemleri, bağlama ve paketleme, mal vermeyi reddetme gibi amaçları ve etkileri birbirinden farklı eylem çeşitlerinin de ayrımcılık

çerçevesinde incelendiği görülmektedir. Ancak ilgili eylem tiplerinin tutarlı ve analitik bir çerçevede sınıflandırılması gerektiği düşünülmektedir<sup>1</sup>.

İktisatçılar farklı çeşitlerdeki ayrımcı fiyatlama eylemlerinin refah etkilerinin belirsiz olduğunu belirtmektedirler. Buna göre belirli bir fiyat ayrımcılığı çeşidinin refahı arttırdığının veya azalttığıнын kesin bir biçimde ileri sürülmesi mümkün değildir. Çünkü fiyat ayrımcılığının refah üzerindeki etkileri hangi refah standardının (toplam refah veya tüketici refahı) seçildiğine bağlı olarak değişecektir.

Avrupa Birliği'nin İşleyişine İlişkin Anlaşma'nın (ABİA) fiyat ayrımcılığı ile ilgili 102'inci maddesinin (c) bendinin kapsamı belirsizdir. Komisyon ve Topluluk Mahkemeleri ilgili maddeyi birçok farklı eyleme uygulaya gelmişlerdir. Ancak kanımızca söz konusu hükmün çok daha sınırlı koşullar altında uygulanması gerekmektedir. Şöyle ki, 102 (c) kapsamında incelenen birçok eylemin aslında aynı maddenin (b) bendi çerçevesinde ele alınması daha doğru olacaktır<sup>2</sup>.

Kanımızca fiyat ayrımcılığına ilişkin kuralların rekabet hukukuna uygunluğu tartışmalıdır. Bu çerçevede bir eylemin hakim durumun kötüye kullanılması teşkil edip etmediği değerlendirilirken bir tek testin uygulanması yerine, eyleme özgü farklı testlerin uygulanmasının daha doğru olacağı düşünülmektedir. Bu çerçevede de fiyat ayrımcılığı unsuru içeren muhtelif eylem tiplerinin de, rekabet üzerindeki etkileri dikkate alınarak, kendi bünyelerine uygun düşen farklı testler çerçevesinde ele alınmaları önerilmektedir.

Nitekim doktrinde farklı yazarlar da ABİA'nın 102 (c) hükmünün uygulama kapsamının daha sınırlı olması gerektiğini ifade etmektedir<sup>3</sup>. Çalışmada ilgili maddenin kapsamının dikey entegre olmayan hakim durumdaki firmaların müşterilerine uyguladıkları fiyat ayrımcılığı eylemleri ile sınırlı tutulması önerilmektedir. Ancak ilerleyen bölümlerde de izah edileceği üzere, dikey entegre olmayan hakim durumdaki firmanın alt pazarda rakibi olmayan müşterilerine fiyat ayrımcılığında bulunmasının rekabeti sınırlandırıcı bir etkisi olmayacağından dolayı, söz konusu maddenin bir uygulama alanının oldukça sınırlı olduğu düşünülmektedir.

<sup>1</sup> GERARD, D. (2005), "Price Discrimination under Article 82 (c) EC: Clearing up the Ambiguities", *GCLC Research Papers on Article 82 EC*, *College of Europe Global Competition Law Centre (GCLC)*, s. 106.

<sup>2</sup> PETIT, N. ve GERADIN, D. (2005) "Price Discrimination Under EC Competition Law: The Need for a Case-by-Case Approach", *GCLC Working Paper 07/05*, *College of Europe Global Competition Law Centre (GCLC)*, Brugge, s. 2.

<sup>3</sup> GCLC Working Paper 07/05, s. 3.

İlgili çalışmada 102 (c) maddesinin hakim durumdaki firmanın rakiplerine zarar veren, bir diğer ifade ile birinci seviye zarara neden olan, eylemler bakımından uygulama kabiliyetinin bulunmadığı belirtilmektedir. Ayrıca tek pazarın ulusal sınırlar çerçevesinde paylaşılmasına neden olan eylemlere de 102 (c) hükmünün uygulanmaması gerektiği ifade edilmektedir. Çalışmaya göre, 102 (c) maddesinin bahsi geçen eylem çeşitlerine uygulanması, ilgili eylemlere hatalı testlerin uygulanmasına neden olmaktadır. Çalışmada, ilgili eylemlerin yasaklanması için ABİA'nın farklı hükümlerinin kullanılması önerilmektedir<sup>4</sup>.

Çalışmamızda fiyat ayrımcılığına ilişkin Rekabet Kurumu'nun uygulamasına geçmeden önce kavramın tanımlanması ve oluşması için gereken şartların ortaya koyulmasının uygun olacağı düşünülmektedir. Ardından çeşitli fiyat ayrımcılığı biçimleri izah edilecektir. Fiyat ayrımcılığının refah üzerindeki etkilerine değinildikten sonra da Komisyon'un ve Topluluk mahkemelerinin konuya yaklaşımı ele alınacaktır. Bu kapsamda ABİA'nın daha uygun kuralları mevcut olmasına rağmen niçin topluluk kurumlarının fiyat ayrımcılığı unsuru barındıran tüm eylem biçimlerine anlaşmanın 102 (c) maddesini uyguladıkları izah edilecektir. Ayrıca fiyat ayrımcılığı eylemleri üç gruba ayrılarak (birinci seviye zarara neden olan fiyat ayrımcılığı, ikinci seviye zarara neden olan fiyat ayrımcılığı ve coğrafi fiyat ayrımcılığı), her bir grubun kapsamına giren eylemler ele alınacak ve her bir konuyla ilgili topluluk kurumlarının oluşturulmuş içtihat incelenecektir.

## **1.2. Fiyat Ayrımcılığının Tanımı ve Koşulları**

ABİA'nın 102 (c) maddesinde fiyat ayrımcılığı tanımlanmamaktadır. İlgili maddede yalnızca "hakim durumdaki firmaların, ticaret partnerlerine, eşit işlemler için farklı koşullar uygulamaları ve bu nedenle ilgili ticaret partnerlerinin rekabette dezavantajlı duruma düşürülmelerinin" kötüye kullanma sayıldığı belirtilmektedir. Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) maddede belirtilen kötüye kullanma tanımını tersi durumları da kapsayacak şekilde genişletmiştir. Buna göre eşit olmayan işlemlere eşit şartlar uygulanması da ilgili madde çerçevesinde kötüye kullanma sayılmaktadır<sup>5</sup>. Görüldüğü gibi ilgili hüküm fiyat ayrımcılığının diğer işletme faaliyetlerinden ayrılması için açık bir iktisadi analiz yöntemi önermemektedir. Kanımızca fiyat ayrımcılığı tüm müşterilere yapılan satışların maliyeti aynı olmasına rağmen, aynı ürünü değişik müşterilere farklı fiyatlardan satmak olarak tanımlanabilir. Bu çerçevede fiyatın marjinal maliyete oranı her bir satışta farklı olacaktır. Doktrinde fiyat

<sup>4</sup> Ibid.

<sup>5</sup> Case (17.07.1963) 13-63, *Italian Republic v Commission*, 13-63, ECR-165 in the context of the ECSC Treaty.

ayrımcılığının başarılı olabilmesi için aşağıda sayılan koşulların tamamını sahip olması gerektiği ifade edilmektedir<sup>6</sup>.

1. Firmanın pazar gücüne haiz olması. Bir diğer ifade ile firmanın rekabetçi fiyatın üzerinde fiyat belirleyebilme kabiliyetinin bulunması.

2. Hakim durumdaki teşebbüsün, müşterilerinin her bir birim ürün için ödemek istediği fiyatı bilmesi.

3. Firmanın ilgili ürünlerin yeniden satışını (arbitraj) önleyebilmesi veya sınırlandırabilmesi<sup>7</sup>.

Doktrinde tüm fiyat ayrımcılığı biçimlerinin ortak amacının mümkün olan en fazla tüketici artığının üzerine konmak olduğu belirtilmektedir. Bu amaç farklı fiyat ayrımcılığı yöntemleri ile gerçekleştirilebilmektedir. Fiyat ayrımcılığı eylemleri genel olarak üç kategori altında incelenmektedir<sup>8</sup>.

Birinci derece fiyat ayrımcılığı, bir firmanın müşterilerini mükemmel biçimde ayırabildiği durumlarda gerçekleşmektedir. Bu kapsamda firma her müşteriye ödemek istediği fiyat üzerinden satış yapar. İktisatçılar firmaların müşterilerinin alım istekleri hakkında eksiksiz bilgiye sahip olmadıkları için birinci derece fiyat ayrımcılığının uygulamada görülmesi ihtimalinin düşük olduğunu belirtmektedirler<sup>9</sup>.

İkinci derece fiyat ayrımcılığı, bir firmanın müşterilerinin satın aldığı birim miktara göre değişen birim fiyat uyguladığında görülmektedir. Miktar indirimleri veya iki parçalı tarifeleri bu kapsamda değerlendirilmektedir. İki parçalı tarifelerde müşteriler satın aldıkları miktardan bağımsız olarak sabit ücret öderler ayrıca satın aldıkları miktara göre değişen bir ücret ödemeleri de söz konusudur<sup>10</sup>.

Üçüncü derece fiyat ayrımcılığı, firmaların farklı müşterilerine, talep esneklikleri doğrultusunda, farklı fiyatlar uyguladıklarında gerçekleşir. Bu çerçevede talep esnekliği yüksek olan müşterilere yüksek fiyat verilmesi söz konusudur<sup>11</sup>.

Fiyat ayrımcılığının türleri arasındaki bu farklılık, eylemin rekabet üzerindeki etkileri hakkında bir değerlendirme yapılmasına olanak

<sup>6</sup> POSNER, R. (2001) *Antitrust Law*, University of Chicago Press, Chicago, US, s. 79- 80.

<sup>7</sup> GCLC Research Paper, s. 107.

<sup>8</sup> Ibid, s. 108.

<sup>9</sup> Ibid.

<sup>10</sup> Ibid, s. 109.

<sup>11</sup> Ibid, s. 110.

tanımadığından dolayı, rekabet hukuku analizlerinde fazla önem arz etmemektedir<sup>12</sup>.

Bir eylemin ABİA'nın 102 (c) hükmü kapsamına girebilmesi için öncelikle eşit işlemlere eşit olmayan koşullar uygulanması gerekmektedir. İşlemlerin eşit olmaması ise maliyetlerinin aynı olmaması halinde mümkündür. Ayrıca satışların yapıldığı zamanın farklı olması maliyetlerde farklılığa neden oluyorsa, işlemlerin eşit sayılmamasına neden olabilecektir. Bu kapsamda uçak biletlerinin veya paket tatillerin fiyatının uçuşun veya tatilin gerçekleşeceği güne yaklaştıkça artması örnek gösterilebilir. Alıcıların fiyat elastikiyetleri ile ters oranlı olarak fiyat belirlenmesi, firmalarca arzı arttırmak amacıyla sıklıkla başvurulan bir yöntem olmakla birlikte, bu tip fiyatlamanın maliyetler üzerinde bir etkisi olmayabilir. Avrupa Birliği (AB) içtihadı incelendiğinde de konuya ilişkin açıklık olmadığı görülmektedir. Doktrinde Topluluk Mahkemelerinin ve Komisyonun iki işlemi eşit olup olmadığına fazla bir analiz yapmadan karar verdiği belirtilmektedir<sup>13</sup>.

Bir eylemin 102 (c) hükmü kapsamına girebilmesi için aranan bir diğer koşul ise hakim durumdaki firmanın eylemi nedeniyle, ticaret partnerlerinden bazılarının diğerlerine göre rekabette dezavantajlı konuma düşmesidir. Doktrinde hükmün lafzı itibarı ile yalnızca ikinci seviye zarara neden olan halleri kapsamına alabileceği, çünkü hakim durumdaki firmanın müşterilerini koruyacak biçimde kaleme alındığı ifade edilmektedir. Ayrıca maddenin lafzı nedeniyle ilgili müşterilerin arasında rekabet ilişkisi bulunması gerektiği, ancak Komisyonun ve Topluluk Mahkemelerinin bu hususu göz ardı ettiği belirtilmektedir. Bu çerçevede 102'inci maddenin (b) bendi yerine (c) bendinin sadakat indirimleri, seçici fiyatlama gibi birinci seviye zarara neden olan eylemlere uygulanması eleştirilmektedir. Coğrafi fiyat ayrımcılığının da 102 (c) kapsamında incelenmemesi gerektiği, keza ilgili eylemlerin 2. Seviye zarara neden olmadıkları belirtilmektedir<sup>14</sup>.

Doktrinde bir eylemin 102'inci maddenin doğru bendi kapsamında ele alınmasının önemli olduğu, çünkü farklı bentlerin gerektirdiği ispat standardının ve hukuki analiz yönteminin birbirinden farklı olduğu ifade edilmektedir. Özellikle 102 (c) hükmü çerçevesinde uygulanan ispat standardının oldukça düşük olması nedeniyle bir eylemin kötüye kullanma teşkil ettiği sonucuna varılmasının oldukça kolay olduğu ve bu durumun hatalı pozitiflere yol açtığı

<sup>12</sup> GCLC Working Paper, s. 5.

<sup>13</sup> VAN BAEL ve BELLIS (2005), *Competition Law of the European Community*, Fourth Edition, Kluwer Law International, The Netherlands, s. 915.

<sup>14</sup> GCLC Research Papers, s. 126.

ileri sürülmektedir. Şöyle ki, ilgili bent çerçevesinde yalnızca eşit işlemlere farklı koşullar uygulanıp uygulanmadığına dikkat edilmektedir<sup>15</sup>.

Ayrıca bazı ticaret partnerlerini diğerlerine göre rekabette dezavantajlı konuma düşürme kriterinin de yeterli olmadığı düşünülmektedir<sup>16</sup>. Çünkü söz konusu koşulun yerine gelmesi için, eylemin devam etmesi durumunda ilgili alıcıların pazardan çıkmak zorunda kalacaklarının gösterilmesi gerekmemektedir. Üstelik birçok olayda Komisyon ve Topluluk Mahkemelerinin bu şartı aramaksızın ihlal kararı verdiği belirtilmektedir<sup>17</sup>. Oysa ki 102 (b) hükmü kapsamında bir eylemin kötüye kullanma sayılabilmesi için eylemin dışlayıcı etkilerinin de ortaya koyulmasını gerekmektedir. Üstelik bir eylemin 102 (b) maddesi çerçevesinde yasaklanabilmesi için eylem nedeniyle tüketici zararı ortaya çıkması şartı da aranmaktadır. Ancak örneğin indirimler gibi bazı fiyat ayrımcılığı unsuru barındıran eylemlerin genellikle tüketici yararına olduğu görülmektedir. Dolayısıyla bu tip birinci seviye zarara neden olan eylemlerin 102 (b) hükmü kapsamında değerlendirilmesinin daha doğru olacağı düşünülmektedir<sup>18</sup>.

Kanımızca birinci seviye ve ikinci seviye zarara neden olan eylemlerin yalnızca fiyat ayrımcılığı bakımından değerlendirilmesi kötüye kullanma tespitinde bulunulması için yeterli değildir. Bu tip eylemlerin dışlayıcı etkilerinin de gösterilmesi gerekir. Nitekim doktrinde, ikinci seviye zarara neden olan ve fiyat ayrımcılığı unsuru içeren eylemlerin, genellikle hakim durumdaki teşebbüsün rakiplerini pazardan dışlayarak, arzı kısma stratejisi içerdiği belirtilmektedir.

### 1.3. Fiyat Ayrımcılığının Refah Üzerindeki Etkileri

Doktrinde fiyat ayrımcılığı eylemlerinin refah üzerindeki etkilerinin önceden kesin olarak bilinemeyeceği, bunların somut olayın şartlarına göre belirlenmesi gerektiği ifade edilmektedir. Birinci derece fiyat ayrımcılığının refah üzerinde önemli derecede etkisi bulunmamaktadır. Bu etkiler seçilen refah standardına göre değişmektedir. Bu durumda firma müşterilerine istediği fiyattan satabildiği için tüm tüketici artığının üzerine konar. Birinci derece fiyat ayrımcılığı nedeniyle tüketici refahı azalır ancak üretici refahı arttığı için toplam refahta artış gözlenir<sup>19</sup>.

<sup>15</sup> GCLC Working Paper 07/05, s. 8.

<sup>16</sup> GCLC Research Papers, s. 132.

<sup>17</sup> LANG J. T. ve O'DONOGHUE R. (2002), "Defining Legitimate Competition: How to Clarify Pricind Abuses Under Article 82 EC", *Fordham International Law Journal*, s. 115.

<sup>18</sup> GCLC Working Paper 07/05, s. 9.

<sup>19</sup> Ibid, s. 6.



İkinci derece ve üçüncü derece fiyat ayrımcılığının refah üzerindeki etkileri ise daha önemlidir. İlgili ayrımcılık sayesinde normal koşullarda satış yapılamayacak müşteri grubuna tedarikte bulunulabiliyorsa refah artışı ortaya çıkacaktır. Üçüncü derece fiyat ayrımcılığına örnek olarak tren ücretlerinin pik saatler ve pik olmayan saatler bakımından farklı belirlenmesi gösterilebilir. Buna göre, pik olmayan saatlerde tren biletleri daha ucuz olmasa, fiyata hassas tüketiciler tren hizmetinden yararlanamayacaklardır. İkinci derece fiyat ayrımcılığı örneği fiyat indirimleri sayesinde ise yeni müşteri kategorilerinin ürünleri alması sağlanır<sup>20</sup>.

Doktrinde fiyat ayrımcılığının refah etkilerinin, eylem neticesinde toplam çıktı miktarının artıp artmadığına bağlı olduğu belirtilmektedir. Buna göre, örneğin dışlayıcı etkileri olan indirimler talebi arttırmayacak, yalnızca mevcut pazar paylarını üreticiler arasında yeniden paylaşacaktır. İndirimlerin etkisi yıkıcı fiyatlamaya olduğunda ise hakim durumdaki teşebbüsün rakipleri pazardan çıkacak ve toplam çıktı miktarı azalacaktır. İndirimlerin seçici fiyatlamaya teşkil etmesi halinde de benzer bir durum söz konusudur. Ancak indirimler sayesinde, yeknesak fiyat uygulanması durumunda hizmet edilemeyen müşterilere hizmet edilebiliyorsa, bir başka ifade ile indirimler sayesinde toplam çıktı miktarı artıyorsa, fiyat ayrımcılığı refahı arttıracaktır. Bu çerçevede, indirimlerin ve diğer fiyat düşüşlerinin refah üzerindeki etkilerinin somut olaya göre farklı olacağı ifade edilebilir<sup>21</sup>.

Satıcının ortalama toplam maliyetlerinin düştüğü durumlarda fiyat ayrımcılığının çıktı miktarını arttırması söz konusu olacaktır. Fiyat ayrımcılığı uygulayarak çıktı miktarını arttırmak, sabit maliyetlerin amortismanı için önemli bir strateji olabilir. Örneğin ciddi boyutlarda yatırım yapmış firmalar gibi sabit maliyetleri yüksek olan teşebbüsler çıktı miktarlarını arttırarak maliyetlerini çok sayıda birime yayabilirler. Şebeke veya bilgi endüstrileri gibi marjinal maliyetlerin düşük olduğu durumlarda, fiyat ayrımcılığının yasaklanması sabit maliyetlerin etkin biçimde kurtarılmasını engelleyecek ve uzun dönemde yatırımlar üzerinde olumsuz etki gösterecektir<sup>22</sup>.

Coğrafi fiyat ayrımcılığının engellenmesinin, bir başka ifade ile tüm coğrafi bölgelerde yeknesak fiyat uygulanmasının, refah üzerindeki etkileri daha belirsizdir. Örneğin fiyat ayrımcılığının yasaklanması halinde, düşük fiyat uygulanan ülkedeki tüketicilerin durumu, yüksek fiyat uygulanan ülkelere göre kötü olacaktır. Firmanın bir ülkeden elde ettiği kazanç ile diğer bir ülkede uğradığı kayıp toplandığında toplam refah artıyor olabilir. Farklı ülkelerde farklı

---

<sup>20</sup> Ibid.

<sup>21</sup> Ibid.

<sup>22</sup> Ibid.

fiyatlar uygulaması, firmanın her iki pazarda da faaliyet göstermesini sağlıyor olabilir. Uygulamada bir ülkedeki talebin diğer bir ülkedekine göre düşük olduğu durumlarda, ilgili teşebbüsün bu ülkeler arasında fiyat ayrımcılığı uygulaması yasaklanmış ise, firma talebin düşük olduğu ülkeye tedarikte bulunmaktan vazgeçebilecektir. Böyle bir durumda talebin düşük olduğu ülkedeki tüketiciler daha fazla hizmet alamayacağı veya ilgili ürünlerden mahrum kalacağı için refah kaybı ortaya çıkacaktır. Bu sebeplerden dolayı üye devletler arasında coğrafi fiyat ayrımcılığının yasaklanmasının haklı bir gerekçesinin bulunmadığı düşünülmektedir<sup>23</sup>.

Özetle, fiyat ayrımcılığının *per se* yasaklanmasının iktisat teorisi çerçevesinde haklı gösterilemediği, somut olayın şartlarına göre bu eylemlerin refah artırıcı etkilerinin mevcut olabileceği düşünülmektedir<sup>24</sup>.

## 2. FİYAT AYRIMCILIĞI UNSURU İÇEREN EYLEMLERİN YASAKLANMASININ HUKUKİ DAYANAĞI

### 2.1. Birinci Seviye Zarara Neden Olan ve Fiyat Ayrımcılığı Unsuru İçeren Eylemler

Daha önce de belirtilmiş olduğumuz gibi, 102 (c) hükmü, lafzı nedeniyle, yalnızca ikinci seviye zarara neden olan eylemleri kapsamına alabilmektedir. Bu sebepten dolayı ilgili hükmün birinci seviye zarara neden olan eylemlere uygulanmaması gerekmektedir. Ancak Topluluk Kurumlarının ilgili maddeyi sıklıkla birinci seviye zarara neden olan eylemlere de uyguladığı gözlenmektedir. Bu çerçevede indirim sistemleri, seçici fiyatlama, bağlama ve paketleme eylemlerine 102 (c) hükmünün uygulandığı anlaşılmaktadır.

102 (c) hükmünün lafzı incelendiğinde, hakim durumdaki teşebbüsün müşterileri arasında uyguladığı ayrımcılık eylemlerinin kastedildiği anlaşılmaktadır. Ancak bu açık ifadeye rağmen topluluk kurumlarının ilgili hükmü için birinci seviye zarara sebep olan dışlayıcı eylemlere de uyguladığı bazı yazarlarca ortaya koyulmuştur<sup>25</sup>.

Buna göre, Avrupa Kömür Çelik Anlaşması'nın (AKÇA) ayrımcılıkla ilgili hükümleri birinci ve ikinci seviye zarar ayrımı gözetmediği için 1960'larda 102 (c) hükmünün birinci seviye zarara neden olan eylemlere de uygulanması gerektiğine ilişkin görüşler ortaya çıkmıştır<sup>26</sup>. Ayrıca ABAD tarafından verilen kararlar nedeniyle, Komisyon'un hakim durumun kötüye kullanıldığını kanıtlaması gereği ortadan kalkmıştır. Örneğin *Continental Can* kararında,

<sup>23</sup> Ibid, s. 7.

<sup>24</sup> GCLC Research Papers, s. 111.

<sup>25</sup> Ibid, s. 18.

<sup>26</sup> GCLC Research Papers, s. 113.

ABAD, Avrupa Topluluğu (AT) Anlaşmasında sayılan kötüye kullanma hallerinin sınırlı sayıda olmadığını belirtmiştir. İlgili kararın fiyat ayrımcılığının geniş yorumlanmasının önünü açtığı belirtilmektedir<sup>27</sup>. *Hoffman-La Roche* kararında ise ABAD, fiyat ayrımcılığı tespitinde bulunulabilmesi için, 102 (c) hükmünde belirtilen sıkı koşulların uygulanmasına gerek olmadığını belirtmiştir<sup>28</sup>. *Corsica Ferries* kararında ise<sup>29</sup> Genel Savcı, topluluk içtihat hukukunda alıcılardan bazılarının diğerlerine göre rekabette dezavantajlı konuma düşmesi şartının sıkı bir şekilde uygulanmadığını, bu nedenden dolayı ilgili koşulun uygulanmasına gerek olmadığını veya alıcının fiilen rekabette dezavantajlı konuma uğramış olması gerekmediğini belirtmiştir<sup>30</sup>. Böylece kötüye kullanma tespitinde bulunulabilmesi için ikinci seviye zararın mevcut olması koşulunun 102'inci maddenin (c) bendinden çıkarıldığı ifade edilmektedir. Bu durum birinci seviye zarara neden olan birçok eylemin Komisyon tarafından ayrımcılık kuralları çerçevesinde yasaklanmasına neden olmuştur. Ayrıca Topluluk Mahkemelerinin *Tetra Pak II* gibi farklı kararları ile Komisyon'un söz konusu yaklaşımını sağlamlaştırdığı ileri sürülmektedir<sup>31</sup>. Topluluk Mahkemelerinin ilgili kararlarında, kötüye kullanmanın kanıtlanması için eylemin rekabete aykırı etkilerinin gösterilmesine gerek bulunmadığı belirtilmektedir.

İlgili yazarlara göre 102 (c)'nin kapsamının genişletilmesinin bir diğer nedeni de birinci seviye zarara neden olan eylemler bakımından kötüye kullanma tespitinde bulunulabilmesi için dışlayıcılığın kanıtlanmak zorunda olmasıdır. Bu durumun özellikle maliyet üstü seçici fiyat indirimleri bakımından geçerli olduğu belirtilmektedir. İçtihat hukukunun ilgili eylemleri yasaklamak için rakipleri elimine etme niyetinin varlığını yeterli bulduğu görülmektedir. İlgili kararlarda 102 (c) hükmünün uygulanmasının nedeninin, kötüye kullanma tespitinde bulunabilmek için maddenin diğer hükümlerinin gerektirdiği ispat standardını azaltmak olabileceği belirtilmektedir. Örneğin *Irish Sugar* kararında ayrımcı fiyat uygulanmış olması, iç pazardaki şeker üreticilerinin rekabetten korunması politikasının bir unsuru olarak gösterilmiştir<sup>32</sup>.

Kötüye kullanma teşkil eden birçok eylemin aslında fiyat ayrımcılığı unsuru içerdiği belirtilmektedir. Dolayısıyla ilgili eylemlerin ayrımcılık kuralları

<sup>27</sup> Case 6-72, *Europemballage Corporation and Continental Can Company Inc. v Commission*, ECR [1973]-215.

<sup>28</sup> Case 85/76, *Hoffmann- La Roche v. Commission*, ECR [1979]- 461.

<sup>29</sup> Case C-18/93, *Corsica Ferries Italia Srl v Corpo dei Piloti del Porto di Genova*, ECR [1994] I-1783.

<sup>30</sup> Van Bael ve Bellis 2005, s. 917.

<sup>31</sup> Case T-83/91, *Tetra Pak International SA v. Commission (Tetra Pak II)*, ECR [1994] II-755.

<sup>32</sup> Case 97/624, *Irish Sugar plc.*, OJ [1997] L 258.

çerçevesinde yasaklanmalarının yalnızca kötüye kullanma tespiti gerektirdiği ispat standardını azaltmayacağı, bu durumun aynı zamanda Komisyon'un iki farklı ihlal sebebiyle uyguladığı cezayı da arttırmasına neden olacağı ifade edilmektedir. Örneğin *Irish Sugar* ve *British Airways* kararlarında Komisyon bir dışlayıcı eylem ile bir fiyat ayrımcılığı eylemini eşleştirmiştir<sup>33</sup>.

Söz konusu yazarlara göre, maddenin uygulama alanı Komisyon tarafından genişletilmemiş olsaydı, 102 (c) ölü bir hüküm olarak karşımıza çıkacaktı. Çünkü iktisadi açıdan dikey entegre olmayan sağlayıcılar, alt pazardaki rekabeti sınırlandırmak istemeyeceklerdir. Dikey entegre olmayan bir sağlayıcının, dağıtıcılarını pazardan dışlamasının iki olumsuz sonucu olacağı belirtilmektedir. Bunlardan ilki, distribütörlerin ilgili ürünün dağıtımını için daha az rekabet etmesidir. İkincisi ise distribütörler seviyesindeki yoğunlaşmanın, üst pazardaki sağlayıcının alt pazardaki pazarlık gücünü azaltarak karlılığını olumsuz etkilemesidir. Bu nedenlerden dolayı Komisyon'un yalnızca ikinci seviye zarara neden olan fiyat ayrımcılığı ile ilgilenmemiş olabileceği ve ilgili hükmü birinci seviye zarara neden olan eylemleri yasaklamak bakımından aktif bir politika aracı olarak kullanmış olabileceği belirtilmektedir. Ancak hükmün uygulama alanının genişletilmesi eleştirilmekte ve bu durumun birinci seviye zarara neden olan eylemlere hatalı bir testin uygulanmasına sebep olduğu iddia edilmektedir. İlgili çalışmada, birinci seviye zarara neden olan dışlayıcı eylemlerin 102'inci maddenin (b) bendi kapsamında değerlendirilmesinin daha doğru olduğunu belirtmektedir<sup>34</sup>.

## 2.2. İkinci Seviye Zarara Neden Olan Eylemlerin ve Fiyat Ayrımcılığı Unsuru İçeren Eylemler

102 (c) maddesi kapsamında incelenen, fiyat ayrımcılığı unsuru içeren ve ikinci seviye zarara neden olan eylem biçimleri, hakim durumdaki firmanın dikey entegre olup olmamasına göre iki grup altında incelenebilir. Daha önce de ifade edildiği gibi 102 (c) maddesinin lafzı incelendiğinde, hükmün açıkça ikinci seviye zarara neden olan eylemleri kapsamına aldığı, birinci seviye zarara neden olan eylemler bakımından uygulama alanının bulunmadığı düşünülmektedir. Ancak dikey entegre olmayan firmalar tarafından müşterilerine ayrımcı davranılmasına ilişkin eylemlerin pek çoğunun vatandaşlık temelinde ayrımcılık unsuru taşımaları nedeniyle ilgili madde çerçevesinde değerlendirilmelerinin uygun olmadığı düşünülmektedir<sup>35</sup>.

<sup>33</sup> Case 2000/74, *Virgin/British Airways*, OJ [2000] L 30/1.

<sup>34</sup> GCLC Research Papers, s. 127.

<sup>35</sup> O'DONOGHUE R. ve PADILLA J. A. (2006), *The Law and Economics of Article 82 EC*, Hart Publishing, Portland, USA, s. 572- 600. İlgili çalışmada vatandaşlık veya ikametgah temelinde ayrımcılık eylemleri, ikinci seviye zarara neden olan, vatandaşlık temelinde, paralel ticareti

Bu nitelikli pek çok olayda, hakim durumdaki firmanın arzusu yerli işletmeciler lehine davranmaktadır. Hakim durumdaki firmanın müşterilerine vatandaşlıkları veya ikametgahları nedeni ile farklı davranması bazen ekonomik açıdan rasyonel olmayabilmektedir, ancak AT mahkemeleri söz konusu uygulamaları, ekonomik olarak rasyonel olmasa dahi, tek pazar hedefine aykırı bularak 102'inci maddenin (c) bendinin ihlal edildiğine karar vermişlerdir. Bu halde ekonomik olarak dezavantajlı konuma düşürme kriteri aranmamaktadır<sup>36</sup>. Kanımızca ilgili eylemlerin ABİA'nın ayrımcılığı yasaklayan 18'inci maddesi gibi diğer hükümleri çerçevesinde değerlendirilmesinin daha doğrudur<sup>37</sup>. Sonuç olarak vatandaşlık temelinde ayrımcılık eylemlerinin ABİA'nın serbest dolaşım hükümleri çerçevesinde incelenmesi gerektiği düşünülmektedir<sup>38</sup>.

Her ne kadar bazı yazarlar hakim durumdaki teşebbüsün kontrolündeki zorunlu unsura erişimde müşterilerine ayrımcı koşullar uygulaması halinde, ilgili eylemin 102 (c) kapsamına gireceğini iddia etmekteyse de<sup>39</sup>, kanımızca dikey entegre firmaların ayrımcı eylemlerinin 102 (c) hükmü çerçevesinde incelenmesi hatalı sonuçlara neden olmaktadır. Çünkü birinci seviye zarara neden olan eylemler gibi, bu eylemler de hakim durumdaki firmanın rakiplerini pazardan dışlamayı hedeflemektedir. Aradaki tek fark ikinci seviye zarara neden olan eylemler bakımından, dışlanan rakiplerin alt pazarda faaliyet göstermesidir. Dolayısıyla ilgili eylemlere 102'inci maddenin (b) bendinin uygulanmasının daha doğru olacağı düşünülmektedir<sup>40</sup>.

### 2.3. Coğrafi Fiyat Ayrımcılığı

Doktrinde 102 (c) hükmünün coğrafi fiyat ayrımcılığının değerlendirilmesi bakımından doğru bir hukuki temel teşkil etmediği belirtilmektedir. Buna göre

---

engelleyen (coğrafi fiyat ayrımcılığı), en çok kayırlan firma ve kıtlık zamanında ayrımcılık olarak beş başlık altında incelemektedir. Vatandaşlık temelinde ayrımcılık da doğrudan ve dolaylı olarak ikiye ayrılarak sınıflandırılmaktadır. Çalışmada 82(c) maddesinin vatandaşlık temelinde ayrımcılık eylemlerine uygulanmasının temelinin eski AKÇA Anlaşmasının 60(1)'inci maddesi olduğu belirtilmektedir. Buna göre, diğer ayrımcılık formlarının aksine vatandaşlık temelinde ayrımcılık eylemlerinin rekabete etkisinin gösterilmesine gerek bulunmamaktadır. Çünkü olumsuz etkilerin ortaya çıkacağı karinesi mevcuttur. Vatandaşlık temelinde doğrudan ayrımcılığa örnek olarak 1998 Football World Cup, GVL, Corsica Ferries II kararları gösterilmektedir. Case 00/12, 1998 Football World Cup, OJ [2000] L 5/55. Case 81/1030, GVL, OJ [1981] L 370/49. Case C- 18/93, Corsica Ferries Italia Srl v Corpo dei Piloti del Porto di Genova, ECR [1994] I- 1783. Dolaylı ayrımcılıkla ilgili verilen örnekler şunlardır: Deutsche Bahn, Portuguese Airports, 1998 Football World Cup. Case T- 229/94, Deutsche Bahn AG v Commission, ECR [1997] II-1689. Case C- 163/99, Portugal v Commission, ECR [2001] I-2613.

<sup>36</sup> Van Bael ve Bellis 2005, s. 959.

<sup>37</sup> GCLC Working Paper 07/05, s. 32. GCLC Research Papers, s. 124.

<sup>38</sup> GCLC Research Papers, s. 131.

<sup>39</sup> Ibid, s. 129.

<sup>40</sup> Ibid, s. 33.

farklı pazarlarda faaliyet gösteren ve birbirleri ile rekabet ilişkisi içerisinde olmayan alıcılardan bazılarının diğerlerine göre rekabette dezavantajlı konuma düşmesi koşulu yerine gelmediğinden dolayı, *UBC*<sup>41</sup> ve *Tetra Pak II*<sup>42</sup> kararlarında 102 (c) hükmü hatalı bir şekilde uygulanmıştır. Doktrinde coğrafi fiyat ayrımcılığının yasaklanmasının aslında tek pazar hedefine aykırı olduğu dile getirilmektedir. Şöyle ki, Üye Devletler arasındaki fiyat farklılıkları sayesinde paralel ticaret gerçekleşebilmekte ve Avrupa genelinde fiyatlar düşebilmektedir. Ancak paralel ticaretin gerçekleşebilmesi ve bunun sonucunda fiyatların düşebilmesi için gerekli olan koşul, Üye Devletler arasında yeniden satışın mümkün ve karlı olmasıdır<sup>43</sup>. Dolayısıyla rekabet politikasının bölgesel fiyat farklılıkları ile ilgilenmemesi gerektiği ifade edilmektedir. Bu kapsamda asıl ilgilenilmesi gereken konuyu, paralel ticaretin suni biçimde engellenip engellenmediğidir<sup>44</sup>.

Firmaların suni biçimde Üye Devletler arası ticareti sınırlandırmayı amaçlayan eylemlerinin de ABİA'nın farklı maddeleri çerçevesinde ele alınması önerilmektedir. Örneğin bu gibi eylemlere Anlaşmanın 101'inci maddesi ve Dikey Anlaşmalara ilişkin Komisyon Tüzüğü<sup>45</sup> uygulanabilecektir. Her ne kadar Topluluk Kurumları firmaların anlaşma veya uyumlu eylem aracılığı ile paralel ticareti engellemelerini 101'inci madde kapsamında değerlendirmekteyse de, sağlayıcı ile perakendeciler arasında bir anlaşma bulunmayan durumlarda paralel ticareti sınırlandıran eylemlerin 101'inci madde çerçevesinde incelenmesi mümkün değildir.

<sup>41</sup> Case 27/76, *United Brands Company v. Commission*, ECR [1978]- 207.

<sup>42</sup> Case T-83/91, *Tetra Pak International SA v. Commission*, ECR [1994] II-755.

<sup>43</sup> O'Donoghue ve Padilla 2006, s. 580- 585. Paralel ticaretin önlenmesinin özellikle ilaç sektörü açısından önemli olduğu belirtilmektedir. Buna göre ülkeler arası regülasyondan kaynaklanan fiyat farklılıkları önemli derecede paralel ticaret imkanı sağlamaktadır. Ancak ilaç sektöründe paralel ticaretin üreticinin ar-ge güdüsü üzerinde olumsuz etkileri olabileceği ifade edilmektedir. Bu çerçevede Syfait kararındaki Genel Savcının görüşü örnek gösterilmektedir. Opinion of Advocate General Jacobs in Case C-53/03, *Synetairismos Farmakopoion Aitolias & Akarnanias (Syfait) and Others v GlaxoSmithKline AEVE*, ECR [2005] I-4609.

Paralel ticaretin önlenmesine, bir diğer ifade ile coğrafi fiyat ayrımcılığına ilişkin gösterilen diğer örnekler ise *United Brands*, *British Leyland*, *Tetra Pak II* ve *Micro Leader*. Case 27/76, *United Brands Company v Commission* ECR [1978]- 207. Case 226/84, *British Leyland Plc. v Commission*, ECR [1986] 3263. Case T-83/91, *Tetra Pak International SA v. Commission (Tetra Pak II)*, ECR [1994] II-755. Case T- 198/98, *Micro Leader Business v Commission*, ECR [1999] II-3989.

<sup>44</sup> Ibid, s. 41.

<sup>45</sup> Commission Regulation on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to categories of vertical agreements and concerted practices, OJ [2010] L 102/1-7.

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2010:102:0001:0007:EN:PDF>,

Erişim Tarihi: 09.12.2010

Hakim durumdaki bir firmanın paralel ithalatı engellemeyi hedefleyen bir eyleminin 102'inci madde kapsamında yasaklanması mümkündür. Böyle bir eylem perakendecilere haksız ticaret koşulları uygulanmasına neden olacağından dolayı 102'inci maddenin (a) bendi çerçevesinde değerlendirilebilecektir. Eylem, hakim durumdaki teşebbüsün, pazarın bölünmüş yapısını korumak amacıyla, perakendecilerine mal vermeyi reddetmesine neden oluyorsa, 102'inci maddenin (b) bendi kapsamında değerlendirilebilecektir. 102 (c) hükmü de coğrafi seviyede fiyat farklılığının sağlanması amacıyla Üye Devletler arasındaki ticaretin akışını sınırlayan eylemlere uygulanmaktadır<sup>46</sup>.

Fiyat ayrımcılığının amaçlanmadığı durumlarda, değişik coğrafi bölgelerdeki fiyat farklılığının nedeni, bu bölgelerdeki rekabet koşullarının aynı veya benzer olmamasıdır. Bir başka ifade ile böyle bir durumda farklı coğrafi pazarlar söz konusudur ve 102 (c) hükmünün uygulanmaması gerekir. Çünkü ilgili hüküm yalnızca aynı pazar dahilindeki fiyat ayrımcılığı eylemlerine uygulanabilir.

### **3. FİYAT AYRIMCILIĞI UNSURU İÇEREN EYLEMLERİN REFAH ÜZERİNDEKİ ETKİLERİ**

#### **3.1. Birinci Seviye Zarara Neden Olan ve Fiyat Ayrımcılığı Unsuru İçeren Eylemler**

Topluluk kurumları tarafından hukuki temellerine dikkat edilmeksizin birinci seviye zarara neden olan eylemlere aşırı sınırlandırıcı yaklaşıldığı düşünülmektedir. Özellikle indirim sistemlerinin yalnızca maliyetlerde etkinlik yaratması durumunda 102'inci maddeye uyumlu olduğu yaklaşımı eleştiri konusudur. Şöyle ki satış miktarı arttığında hangi koşullarda maliyet tasarrufu ortaya çıkacağı belirsizdir ayrıca birçok endüstride bu durumun gerçekleşmeyeceği düşünülmektedir. Örneğin bilişim endüstrilerinde 500 adet *software* lisansı satılması yerine 100 adet satılması önemli maliyet avantajı yaratmayacaktır. Benzer bir durum şebeke endüstrileri açısından da geçerlidir. Böyle durumlarda ek satışlar nedeniyle yapılan indirimler haklı gösterilemeyecektir. Ayrıca ölçek ekonomileri nadiren doğrusaldır. Bu nedenle bir müşteriye daha fazla satış yapılmasıyla ortaya çıkan maliyet tasarrufu doğrusal biçimde indirime yansıtılamayacaktır. Dolayısıyla bir indirimin maliyet tasarrufuna dayandığının gösterilmesi pratikte zordur çünkü hakim durumdaki teşebbüsün bunun için hakim durumdaki teşebbüsün maliyet yapısının bilinmesi gerekmektedir<sup>47</sup>.

<sup>46</sup> Ibid, s. 43.

<sup>47</sup> Ibid, s. 21.

Ayrıca Topluluk Kurumlarının yüksek sabit maliyetleri olan endüstrilerin, maliyetlerini amorti etmek için fiyat ayrımcılığı uygulamasını görmezden geldiği düşünülmektedir. Önemli derecede yatırım yapan firmaların fiyatlarını marjinal maliyetlerin üzerinde belirlemesi gerekecektir. Bu durumdaki firmalar, ürüne olan talebi fazla olan müşteriye marjinal maliyet üstünde, az olan müşteriye ise marjinal maliyetlerin altında fiyat vermektedirler. İlgili fiyatlama sayesinde, firma sabit maliyetlerini amorti edeceği ve böylece yatırım yapma güdüsü korunacağı için refah artışı gerçekleşecektir. Ayrıca ürüne olan talebi düşük olan müşterilerin fiyatların standart olması durumunda alamayacakları ürünlere kavuşmaları söz konusu olacağı için de refah artışı gözlenecektir<sup>48</sup>.

Fiyat ayrımcılığının yasaklanmasının hem perakende seviyede, hem de arz seviyesinde danışıklılığa neden olabileceği düşünülmektedir<sup>49</sup>. Ayrımcılık kuralları, oligopol pazarlarda firmaların paralel fiyatlama yapmalarına da neden olabilir. Şöyle ki, birlikte hakim durumda olan firmalara standart fiyatlardan sapmalarını gerektirecek meşru bir neden verilmiş olmaktadır. Komisyon da en çok kayırılan müşteri kaydının (“*most favoured customer clause*”) rekabeti sınırlandırabileceğini belirterek aslında ayrımcılığın yasaklanmasının rekabet sorunlarına neden olabileceğini kabul etmiş bulunmaktadır<sup>50</sup>.

Perakende seviyesinde, dağıtıcıların birbirlerinin fiyatlama politikalarını anlayarak benzer fiyatlar uygulamaları durumunda, sağlayıcının fiyat ayrımcılığı uygulamasının yasaklanması, perakende seviyede danışıklı dengenin kurulmasına yardımcı olabilir. Ayrıca yeknesak fiyatlama, dağıtıcıların maliyetlerini de yakınlaştıracaktır. Bu da perakendecilerin fiyatlama politikalarını yakınlaştırmaları için temel teşkil edebilir. Ayrıca bu durum, girdinin maliyetlerin önemli bölümünü teşkil etmesi sebebiyle, perakendecilerin koordine edilmiş fiyatlardan sapmalarını engelleyebilir. Sonuç olarak, alt pazarın oligopol yapı gösterdiği durumlarda, bazı müşterilerin rekabette avantajlı konuma getirilmesi, alt pazardaki rekabeti arttırabilir<sup>51</sup>.

Oligopol pazarlarda fiyat ayrımcılığının yasaklanması arz seviyesinde de bir dizi sebepten dolayı (yüksek sabit maliyetler, ölçekte artan geri dönüş ve doğal kapasite sınırları gibi) danışıklılığa sebep olabilir. Örneğin, yeknesak fiyat uygulanması, belirlenmiş fiyatlardan rakiplerin sapıp saptığını izlemek için

<sup>48</sup> Ibid, s. 22.

<sup>49</sup> GCLC Research Papers, s. 125.

<sup>50</sup> O'Donoghue ve Padilla 2006, s. 575, 587, dn. 95. Tedarik sözleşmelerindeki en çok kayırılan firma şartına İngiliz hükmü de denilmektedir. Bu nitelikli şartların rekabete aykırı görülerek yasaklandığı en önemli karar *Hoffman- La Roche*'tur. Case 85/76, *Hoffman-La Roche v Commission*, ECR [1979]- 461.

<sup>51</sup> Ibid, s. 22.



bir mekanizma olarak kullanılabilir. Böyle bir durumda, fiyat ayrımcılığının yasaklanması nedeniyle, belirlenen fiyattan saparak düşük fiyat sunan hakim durumdaki teşebbüsün, bu fiyatı tüm müşterilerine yayması gerekecektir. Tüm müşterilere daha düşük fiyatlar uygulanması da diğer firmalarca hemen fark edilebilecektir. Ayrıca, fiyat ayrımcılığının yasaklanması nedeniyle ortaya çıkan bu durum, firmaların pazarda rakiplerince uygulanan fiyatları daha kolay bir şekilde izlemelerine olanak tanımaktadır. Bir başka ifade ile rakiplerin pazarda uygulanan fiyatları izleme maliyetlerini düşürmektedir. Şöyle ki, bir firmanın müşterileriyle gerçekleştirdiği tüm işlemleri izlemektense, yalnızca bir dağıtıcıya sunulan fiyatların takip edilmesi, sağlayıcılardan birinin koordine edilmiş fiyatlardan saptığının belirlenmesi için yeterli olacaktır<sup>52</sup>.

Ayrıca sağlayıcılar genellikle fiyatlama politikalarıyla distribütörlerinin dağıtım faaliyetlerine yatırım yapmasını veya yenilikçi dağıtım sistemlerini tanıtmalarını sağlamayı hedeflemektedirler. Ancak bu gibi durumlar maliyet tasarrufu ile izah edilememektedir. Bu konudaki topluluk içtihadının da önemli derecede sınırlandırıcı olduğu düşünülmektedir. Örneğin *Michelin II* kararında, firma tarafından dağıtıcılarına uyguladıkları hizmet standardını geliştirmeleri karşılığında sunulmuş olan servis bonusları, subjektif oldukları ve dağıtıcılar arasında ayrımcılığa neden oldukları gerekçesiyle Genel Mahkeme tarafından yasaklanmıştır<sup>53</sup>. Her ne kadar bonus uygulamasında dikkate alınan kriterlerin büyük bölümü objektif olsa da, ne mahkeme ne de Komisyon iddia edilen subjektivitenin ayrımcılık potansiyelini haiz olup olmadığını değerlendirmemiştir. Bu durum, pazardaki diğer rakip teşebbüslerin aksine, hakim durumdaki teşebbüslerin hizmet kalitesini arttıran dağıtıcılarını ödüllendirme imkanını ellerinden almaktadır<sup>54</sup>.

Topluluk kurumlarının indirim sistemlerine yaklaşımı incelendiğinde, miktar indirimlerinin maliyet etkinlikleri ile izah edilebildikleri durumlarda rekabete aykırı olmadıklarına karar verildiği görülmektedir<sup>55</sup>. Ancak bu yaklaşımın önemli derecede sınırlandırıcı olduğu ve fiyat ayrımcılığının niçin uygulandığını açıklamak konusunda yetersiz kaldığı düşünülmektedir. Kanımızca miktar indirimleri alıcının pazar gücüne dayalı olduklarında ikinci seviye zarara neden olabilir. Bir veya daha fazla büyük alıcının, hakim durumdaki sağlayıcıyı bu tip indirimler için zorlaması durumunda, daha küçük

<sup>52</sup> Ibid, s. 23.

<sup>53</sup> Case T-203/01, *Manufacture française des pneumatiques Michelin v Commission, (Michelin II)*, ECR [2003] II-4071.

<sup>54</sup> Ibid, s. 23.

<sup>55</sup> Case 322/81, *NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin v. Commission*, ECR [1983]- 3461.

ölçekli rakip alıcıların pazardan dışlanması mümkündür. Böyle bir durumda miktar indirimi 102 (c) hükmü kapsamında yasaklanabilecektir<sup>56</sup>.

Topluluk Kurumlarınca sadakat ve hedef indirimlerine ise, dışlayıcı etkileri sebebiyle, *per se* bir yaklaşım uygulandığı ifade edilebilir. Bu yaklaşımın da aşırı sınırlandırıcı olduğu düşünülmektedir. Sadakat ve hedef indirimlerinin pazardaki etkilerinin somut olayın şartlarına göre ele alınması gerektiği düşünülmektedir. Bu indirimlerin *per se* yasaklanması birinci tip hataya neden olmaktadır<sup>57</sup>. Rekabeti arttırıcı ve azaltıcı indirimlerinin birbirinden ayırt edilebilmesi için doktrinde önerilen test, bunların toplam çıktı miktarını arttırıp arttırmadığının analiz edilmesidir. Buna göre toplam çıktı miktarını arttıran indirimler genellikle rekabeti arttırıcı olmakla birlikte, toplam çıktı miktarını arttırmayan indirimlerin de *per se* rekabete aykırı olduklarının ileri sürülmemesi gerekmektedir<sup>58</sup>.

Nitekim Adil Ticaret Ofisi (*Office of Fair Trading- OFT*) tarafından tartışmaya açılan rehberde de, yüksek sabit maliyetler içeren endüstrilerde indirimlerin veya fiyat ayrımcılığı unsuru içeren diğer eylem tiplerinin, toplam çıktı miktarını arttırmaları halinde, kötüye kullanma sayılmaması gerektiği belirtilmektedir<sup>59</sup>. Ayrıca ilgili rehberde toplam çıktı miktarını arttırmayan indirimler de *per se* yasaklanmamaktadır. Kanımızca bu tip indirimlerin kötüye kullanma sayılabilmesi için rekabeti sınırlandırıcı etkilerinin ortaya koyulması

<sup>56</sup> Ibid, s. 24.

<sup>57</sup> WHISH R. (2009), *Competition Law*, Sixth Edition, Oxford University Press, New York, US, s.190. Competition and Monopoly: Single Firm Conduct Under Section 2 of the Sherman Act, U.S. Department of Justice (2008), s. 16. <http://www.justice.gov/atr/public/reports/236681.pdf>, Erişim Tarihi: 09.12.2010. 2. Bölüm Raporu 11.05.2009 'da geri çekilmiştir. Geri çekilme gerekçeleri için VARNEY (2009), Vigorous Antiitrust Enforcement in this Challenging Era, U.S. Department of Justice, s. 2- 5. <http://www.justice.gov/atr/public/speeches/245777.htm>, Erişim Tarihi: 09.12.2010

Belirlenecek ideal hukuk standardının hatalı kararların maliyetini ve idari maliyetleri minimize etmesi gerekmektedir. Karar teorisi iki tip hata maliyeti öngörmektedir. Bunlar hatalı pozitifler, bunlara birinci tip hata da denilmektedir ve ikinci tip hata da denilen hatalı negatiflerdir. Hatalı pozitif, aslında rekabete ve tüketicilere faydalı olan bir eylemin, aşırı kapsayıcı veya belirsiz kurallar nedeniyle yanlışlıkla cezalandırılması olarak tanımlanmaktadır. Hatalı pozitiflerin maliyetinin sadece ilgili taraflar olmadığı, aynı zamanda diğer teşebbüslerin de dava korkusu ile azalan rekabetçi eylemlerinin maliyetini de içerdiği ifade edilmektedir. Hatalı negatif, aslında rekabete ve tüketicilere zarar veren bir eylemin yanlışlıkla temize çıkarılması olarak tanımlanmaktadır. Birinci tip hatalardaki gibi ikinci tip hatalarda da sorun sadece belirli bir teşebbüsün eyleminin cezalandırılmaması değildir. İkinci tip hata nedeniyle diğer firmaların da rekabete aykırı davranışları caydırılmamış olmakta ve dolayısıyla rekabetçi zarar ve tüketici zararı ortaya çıkmaktadır.

<sup>58</sup> Ibid, s. 24.

<sup>59</sup> OFT 414a (2004), Assessment of Conduct, Draft Competition law guideline for consultation, para. 3.6.

gerekmektedir. Ancak Genel Mahkeme *British Airways* kararında, 102'inci madde kapsamında bir ihlalin mevcut olduğunun ortaya koyulabilmesi için, eylemin pazarda açıkça rekabeti sınırlandırıcı etkilerinin bulunduğu kanıtlanmasına gerek olmadığını belirtmiştir<sup>60</sup>. Buna göre, eylemin yalnızca rekabeti sınırlandırma potansiyelini haiz olduğunun gösterilmesi yeterlidir. Genel Mahkeme bu yaklaşımını *Michelin II* kararında da sürdürmüş ve hakim durumdaki firmanın pazar payı ve fiyatları ilgili dönemde düşmüş olmasına rağmen ihlal tespitinde bulunmuştur. Ayrıca ilgili dönemde pazara yeni teşebbüsler girmiş ve mevcut rakipler de pazar pozisyonlarını güçlendirmişlerdir<sup>61</sup>.

Bunun yanı sıra pazarda negatif etkilerin mevcut olduğu durumlarda da, örneğin rakip teşebbüslerin pazar payları düştüğünde, bu etkilerin hakim durumdaki firmanın uyguladığı indirimlerden kaynaklanıp kaynaklanmadığının da incelenmesi gerekmektedir. Rakiplerin pazar payı kayıpları indirimler dışında, malların veya hizmetlerin kalitesi gibi, farklı birçok nedenden kaynaklanıyor olabilir. Bu çerçevede 102 (c) hükmünün eşit ölçüde etkin olmayan rakipleri korumak amacıyla kullanılmaması gerektiği düşünülmektedir<sup>62</sup>.

### 3.2. İkinci Seviye Zarara Neden Olan ve Fiyat Ayrımcılığı Unsuru İçeren Eylemler

Doktrinde, hakim durumun kötüye kullanılması doktrininin, esas itibarıyla markalar arası rekabeti olumsuz etkileyen eylemleri konu edinmesi gerektiği ifade edilmektedir. Buna göre, tek bir sağlayıcının marka içi rekabeti önlemesi eylemlerinin 102'nci madde çerçevesinde değerlendirilmemesi gerekir. Çünkü ayrımcılık unsuru içeren bir çok eylem bakımından, hakim durumdaki teşebbüsün müşterilerine farklı davranmasının geçerli bir nedeni mevcuttur. Ayrıca bir sağlayıcının müşterilerinden birinin konumunu diğerine nazaran zayıflatmasında genel bir menfaati bulunmamaktadır. Sağlayıcının menfaati, sadece müşterilerinin mümkün olduğunca çok satış yapmasının sağlanmasıdır. Bu nedenle sağlayıcı alt pazardaki rekabetin bozulmasından bizzat olumsuz etkilenecektir. Ayrıca katı ayrımcılık kurallarının uygulandığı ülkelerde, bu uygulamanın sonuçlarının tüketiciler üzerinde olumsuz etkileri olduğu ve mevzuattan sadece rakiplerin yararlandığı ifade edilmektedir. Özetle farklı

<sup>60</sup> Case 2000/74, *Virgin/British Airways*, OJ [2000] L 30/1.

[http://www.ofc.gov.uk/shared\\_ofc/business\\_leaflets/competition\\_law/ofc414a.pdf](http://www.ofc.gov.uk/shared_ofc/business_leaflets/competition_law/ofc414a.pdf).

Erişim Tarihi: 09.12.2010

<sup>61</sup> Case T-203/01, *Manufacture française des pneumatiques Michelin v Commission, (Michelin II)*, ECR [2003] II-4071.

<sup>62</sup> GCLC Working Paper 07/05, s. 25.

fiyatlar ve satış koşulları üzerine getirilen sınırlamaların daha yüksek standart fiyatlara neden olduğu ve satış koşullarını kötüleştirdiği belirtilmektedir<sup>63</sup>.

Gerçekten de hakim durumdaki teşebbüslerin müşterilerine farklı fiyatlar vermelerinin önlenmesi halinde müşterilerin daha iyi koşullar ve düşük fiyatlar için pazarlık etme imkanlarının önüne geçilmiş olunur. Ayrıca bu durum hakim durumdaki teşebbüsün bir müşterisine yüksek fiyat vermesi durumunda diğer müşteriler bakımından ilgili fiyatın taban teşkil etmesine neden olacaktır. Bu da ayrımcılık kurallarının, hakim durumdaki teşebbüsler tarafından, fiyatların artırılması amacıyla kullanılması riskini taşımaktadır<sup>64</sup>.

Dikey entegre olmayan hakim durumdaki firmaların alt pazardaki müşterilerinden bazılarını diğerlerine göre rekabette dezavantajlı konuma düşürmek konusunda bir isteklerinin bulunamayacağı düşünülmektedir. Dikey entegre firmaların ise, alt pazardaki yavru şirketlerinin rakiplerini rekabette dezavantajlı konuma düşürmek bakımından daha güçlü bir motivasyonları vardır<sup>65</sup>.

Dikey entegre olmayan firmaların ayrımcılık yapmak konusunda menfaatinin bulunmadığı düşünülmektedir. Şöyle ki üst pazarda faaliyet gösteren firma, kendi mallarının dağıtımı bakımından alt pazardaki rekabetten faydalanacaktır. Sağlayıcı tarafından bazı müşterilerine rekabetçi fiyat avantajı sunulması, ilgili dağıtıcıların ürünleri daha etkin satması için kısa dönemde motivasyon sağlayacaktır. Ancak uzun dönemde, dağıtıcının rekabetçi baskıdan yalıtılması, ürünlerin dağıtımındaki etkinliği olumsuz etkileyebilecektir. Ayrıca sağlayıcının alıcılarından birine rekabetçi fiyat avantajı sunması, pazara riskli bir sinyal gönderecektir. Çünkü diğer alıcılar, ayrımcılığa uğrama riski nedeniyle, gelecekte aynı satıcıdan ürün almak konusunda isteksizleşebileceklerdir. Belirtilenlerin dışında, bazı müşterilere rekabetçi avantaj sağlanması, ayrımcılığa uğrayan alıcıların dışlanmasına neden olabilir ve alım pazarındaki yoğunlaşmayı artırabilir. Bu durum satıcının alt pazardaki dağıtıcılarının alım gücünü artırarak, sağlayıcının pazar gücünün sınırlandırılmasına neden olacaktır<sup>66</sup>.

Doktrinde ikinci seviye zarara neden olan fiyat ayrımcılığının, alım gücü yüksek müşteri lehine ayrımcılık yapılması durumunda ortaya çıkabileceği belirtilmektedir. Buna göre güçlü alıcı rekabetçi seviyenin üzerinde fiyat ödemekten kurtulacağı, zayıf alıcı ise rekabetçi seviyenin altında fiyat ödeyeceği için toplam çıktı miktarı azalacak, bu da rekabetin bozulmasına neden olacaktır.

<sup>63</sup> O'Donoghue ve Padilla 2006, s. 601, 602.

<sup>64</sup> O'Donoghue ve Padilla 2006, s. 575.

<sup>65</sup> Ibid, s. 33.

<sup>66</sup> Ibid, s. 34.

Güçlü alıcılara rekabetçi seviyenin altında fiyat verilmesi halinde, sağlayıcının tedarikte bulunma motivasyonu azalacağı için çıktı miktarının düşmesi beklenir. Benzer şekilde rekabetçi seviyenin üzerinde fiyat verilmesi durumunda zayıf alıcıların alım yapma motivasyonu alacağından dolayı çıktı miktarı azalacaktır. Ancak böyle durumlarda sağlayıcıya değil, pazar gücünü kötüye kullanan ve rakiplerini dezavantajlı konuma düşüren güçlü alıcılara yaptırım uygulanması gerektiği belirtilmektedir. Buna göre, böyle durumlarda rekabet otoritelerinin hedefinde fiyat ayrımcılığı uygulayan firma değil, ayrımcılıktan yararlanan firma olması gerektiği belirtilmektedir<sup>67</sup>.

İkinci seviye zarara neden olan fiyat ayrımcılığının ortaya çıkabileceği ikinci senaryoda ise alıcıların faaliyet gösterdiği alt pazarın oligopol nitelikli olmasıdır. Bu alıcılar üst pazarda rekabetçi seviyenin altında fiyat almak, alt pazarda rekabetçi seviye üzerinde fiyat vermek için danışıklılık halinde olabilirler. Bu durumda üst pazardaki sağlayıcının oligopolistlerden bazılarına rekabetçi avantaj sağlamak konusunda motivasyonu bulunabilir. Çünkü girdi fiyatının alıcılardan biri için indirilmesi, alt pazardaki danışıklı dengenin bozulmasını sağlayabilecek ve perakende seviyedeki tüm firmaların çıktılarını arttırmasına neden olabilecektir. Çıktıların artması da sağlayıcıya verilen siparişlerin artması sonucunu doğuracaktır. Doktrinde böyle durumlarda fiyat ayrımcılığı çıktı miktarını ve tüketici refahını arttırdığı için yasaklanmaması gerektiği belirtilmektedir<sup>68</sup>.

Dikey entegre firmaların kendi yavru şirketleri lehine fiyat ayrımcılığında bulunmakta daha fazla menfaati olabilir<sup>69</sup>. Ancak bu gibi durumlarda otomatik olarak eylemin rekabete aykırı etkilerinin bulunduğu ve cezalandırılması gerektiği sonucuna varılmaması gerekir. Şöyle ki, dikey entegre firma tarafından alt pazara sunulan girdinin ikamesi mevcutsa veya üst pazarda piyasaya giriş engelleri bulunmamağaysa, pazarın kapanması veya rakiplerin dışlanması ihtimali düşüktür. Örneğin alternatif ürünlerin mevcut olması durumunda, müşterilere rakiplerin tedarikte bulunması yerine hakim durumdaki teşebbüs bizzat tedarikte bulunmayı tercih edecektir<sup>70</sup>.

Ayrıca fiyat ayrımcılığı uygulayan dikey entegre firmanın daha sonra perakende seviyede fiyat arttırma olasılığının olup olmadığı da incelenmelidir. Eğer böyle bir olasılık mevcut değilse, fiyat ayrımcılığının amacının alt pazardaki rakipleri dışlamak olamayacağı düşünülmektedir. Çünkü hakim durumdaki firmanın eylem neticesinde fiyatlarını arttırma olasılığının mevcut

<sup>67</sup> Ibid, s. 34.

<sup>68</sup> Ibid, s. 35.

<sup>69</sup> GCLC Research Papers, s. 129.

<sup>70</sup> Ibid, s. 36.

olmadığı durumlarda, eylemin tek etkisi firmanın alt pazardaki rakiplerine tedarikte bulunmak suretiyle elde edeceği karı kaybetmesi olacaktır. Kanımızca bu gibi durumlarda fiyat ayrımcılığının farklı bir haklı gerekçesinin mevcut olup olmadığının incelenmesi gerekir<sup>71</sup>.

Belirtilenlerin dışında, hakim durumdaki firmanın kendi yavru şirketi lehine ayrımcılıkta bulunmasının engellenmesi halinde, firmanın dikey entegrasyondan kaynaklanan etkinliğinin olumsuz etkilenmesi söz konusu olabilir. Böyle bir durumda yasaklamanın birinci tip hataya neden olabileceği düşünülmektedir. Çünkü yasaklama nedeniyle, dikey entegrasyon işlem maliyetlerinin azalması, çifte marjinalizasyonun engellenmesi gibi etkinlikler doğuracak olsa dahi, firmaların entegrasyona gitme motivasyonları azalacaktır<sup>72</sup>.

Fiyat ayrımcılığının yasaklanmasının bir diğer olumsuz etkisi de, yasaklamanın alt pazardaki tüm firmalara mal verme zorunluluğu ortaya çıkararak, mecburi tek fiyat uygulamasına dönüşmesidir. Yasaklama nedeniyle alt pazardaki firmalara yeknesak tedarik koşulları uygulanacaktır. Bu durum özellikle oligopol pazarlarda, firmaların maliyetlerinde simetriye neden olacağı için sorun teşkil edebilir, çünkü maliyetlerin yaklaşması danışıklılık riskini arttıracaktır. Yeknesak veya benzer tedarik koşulları aynı zamanda alt pazardaki fiyat rekabetini de azaltacaktır. Hakim durumdaki firmaya, tüm alıcılarına aynı fiyatları uygulama yükümlülüğü getirilmesi, firmanın karını üst pazara kaydırmasına neden olabilir. Bir başka ifade ile firma alt pazardaki rakiplerine ve kendi yavru şirketine indirim yapmak yerine fiyatlarını en üst seviyeden belirlemeyi tercih edebilir<sup>73</sup>.

Topluluk kurumları dikey entegre firmalar tarafından uygulanan ikinci seviye zarara neden olan fiyat ayrımcılığı eylemlerini sert bir şekilde cezalandırmaktan kaçınmıştır. Konuyla ilgili örnekler incelendiğinde, bir darboğaza sahip olan firmanın hakim durumunu açıkça alt pazara genişletmek istediği durumlarda 102 (c) hükmünün uygulandığı görülmektedir.

### 3.3. Coğrafi Fiyat Ayrımcılığı

Doktrinde coğrafi fiyat ayrımcılığının serbest ticareti ve pazar entegrasyonunu sağladığı dolayısıyla cezalandırılmaması gerektiği belirtilmektedir. *UBC*<sup>74</sup> ve *Tetra Pak II*<sup>75</sup> kararlarında farklı fiyatlar uygulanmasının da yasaklanmış olması eleştiri konusudur. Çünkü aslında pazarı parçalayan eylem farklı fiyat

<sup>71</sup> Ibid, s. 36.

<sup>72</sup> Ibid, s. 36.

<sup>73</sup> Ibid, s. 37.

<sup>74</sup> Case 27/76, *United Brands Company v. Commission*, ECR [1978]- 207.

<sup>75</sup> Case T-83/91, *Tetra Pak International SA v. Commission*, ECR [1994] II-755.

uygulanması değil, dağıtıcıların Üye Devletler arasında arbitraj imkanının engellenmesidir. Ancak ilgili kararlarda, yeniden satışın engellenmesinin, farklı fiyat uygulanmasının etkisini arttıran bir unsur olduğu değerlendirilmesinde bulunulmuştur<sup>76</sup>.

Bir firmanın, bir ürünü, farklı ülkelerdeki talebin durumuna göre, farklı fiyatlar belirleyerek satması durumunda, coğrafi fiyat ayrımcılığının yasaklanması, dağıtımda arzu edilmeyen sonuçlar doğurabilecektir. Tek fiyat uygulanması yükümlülüğü, fiyatların düşük olduğu ülkelerde fiyatların yükselmesine neden olacaktır. Yeknesak fiyat uygulanması zorunluluğu ürünlerin ucuza satıldığı ülkede yaşayan fakir tüketicilerden, ürünlerin pahalı satıldığı ülkede yaşayan zengin tüketicilere doğru refah transferine neden olacaktır. Ayrıca hakim durumdaki firmanın, böyle bir yükümlülük getirilmesi nedeniyle, düşük fiyatların uygulandığı ülkedeki tüketicilere tedarikte bulunmaktan tamamen vazgeçerek, yüksek fiyatların uygulandığı ülkelere yoğunlaşmaya karar vermesi daha olumsuz sonuçlar doğuracaktır<sup>77</sup>.

Sonuç olarak coğrafi fiyat ayrımcılığının değerlendirilmesinde dikkat edilmesi gereken husus arbitrajın engellenmesidir<sup>78</sup>. Daha önce de ifade edilmiş olduğu gibi tek pazar entegrasyonunun gerçekleşebilmesi için müşterilerin malları birbirlerine yeniden satabilmeleri gereklidir. Hakim durumdaki teşebbüslerin farklı ülkelerde uyguladıkları farklı fiyatları sürdürebilmek için arbitrajı engellemesi durumunda ise eylemin rekabet hukuku kapsamında yasaklanması gereklidir. Doktrinde, arbitrajın engellenmesinin kamu hukukuna dayanan nedenleri olması durumunda ise eylemin ABİA'nın malların serbest dolaşımı hükümleri çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği belirtilmektedir<sup>79</sup>.

#### **4. ABİA'NIN 102(C) HÜKMÜ UYGULANAN ÖRNEK TOPLULUK KARARLARI**

##### **4.1. Birinci Seviye Zarara Neden Olan Eylemler**

##### **4.2. İndirim Sistemleri**

İndirim sistemleri genellikle fiyat ayrımcılığı unsuru içerir çünkü indirim alan müşteri diğerlerine göre daha düşük fiyat ödeyecektir. Miktar indirimlerinde alım miktarına göre indirim yapılır. Topluluk Kurumları maliyet etkinliği sağlayan miktar indirimlerinin, daha fazla ürün satılmasına neden olduğu için, ayrımcı olmadığını belirtmiştir. Buna göre tam tersine, farklı miktarlarda

<sup>76</sup> GCLC Working Paper 07/05, s. 44.

<sup>77</sup> Ibid.

<sup>78</sup> GCLC Research Papers, s. 132.

<sup>79</sup> GCLC Working Paper, s. 45.

yapılan alımların aynı şekilde fiyatlandırılması ayrımcılık teşkil edebilecektir. Genel Mahkeme de etkinliklere dayanmayan miktar indirimlerinin ayrımcı olduğunu belirtmiştir.

Bir müşterinin alımlarının tamamını veya önemli bir kısmını hakim durumdaki teşebbüsten yapmayı taahhüt etmesi durumunda sadakat indirimi söz konusudur. Sadakat indirimlerinin amacı hakim durumdaki teşebbüsün yatay düzlemdeki rakiplerini pazardan dışlamaktır. Ancak Topluluk Kurumlarının bu tip eylemleri 102 (c) kapsamında yasakladığı ve analizlerinde bazı müşterilerin diğerlerine göre rekabette dezavantajlı konuma düşmüş olması koşulunu aramadığı görülmektedir.

Örneğin Komisyon, *Hoffmann- La Roche* kararında sözleşmelerin yatay etkileri olduğunu ve rakipler açısından rekabeti bozduğunu belirttikten sonra eylemin, eşit işlemlere farklı koşullar uygulandığı için, dışlayıcı olduğuna karar vermiştir<sup>80</sup>. ABAD'a göre sadakat indirimleri, eşit işlemlere farklı koşullar uygulanmasına sebep olur, çünkü müşteriler alımlarını münhasıran hakim durumdaki teşebbüsten yapıp yapmadıkları çerçevesinde aynı miktar ürün için farklı fiyatlar ödemek durumunda kalırlar. Mahkeme ilgili kararda ayrımcılığı yasaklamış ancak alt pazardaki rekabetçi durumun ne olduğu üzerinde durmamıştır. *Hoffmann- La Roche* savunmalarında indirimlerin müşterilerden bazılarını diğerlerine göre rekabette dezavantajlı konuma düşürmediğini iddia etmişse de mahkeme, hakim durumda bir teşebbüsün varlığı sebebiyle zaten rekabetin zayıflamış olduğu bir pazarda 102'inci madde kapsamında rekabetçi yapının daha fazla zayıflatılmasının hakim durumun kötüye kullanılması teşkil edebileceğini belirtmiştir. Ancak ABAD ilgili kararda hakim durumdaki teşebbüsün faaliyet gösterdiği pazarda, yani eylem birinci seviye zarara sebep olduğu için, ayrımcılığa yaptırım uygulamıştır.

Topluluk Kurumlarının sadakat indirimlerine ilişkin bazı kararlarında hem birinci hem de ikinci seviye zararı incelediği görülmektedir. Örneğin Fransa ve İspanya'dan gelen ithalat rekabeti ile karşılaşan *British Plasterboard Ind. (BPB)* Kuzey İrlanda'da ithalat yapan müşterilerinin indirimlerini kesmiş ayrıca münhasıran kendisinden alım yapacak müşterilere ek indirimler vermiştir<sup>81</sup>. Genel Mahkeme, ithalat yapan müşterilerin cezalandırılması nedeniyle eylemin ayrımcılık amacı taşıdığına karar vermiştir. Kararda 102 (c) hükmü açıkça zikredilmemişse de açıklamalar bölümünde eylemin hem birinci hem de ikinci seviye zarara neden olan iki farklı etkisinin bulunduğu belirtilmektedir.

<sup>80</sup> Case 85/76, *Hoffmann- La Roche v. Commission*, ECR [1979]- 461.

<sup>81</sup> Case T-65/89, *BPB Industries plc and British Gypsum Ltd. v. Commission*, ECR 1993 II-389.



*British Airways (BA)* kararında da hem birinci hem de ikinci seviye zarar dikkate alınmıştır<sup>82</sup>. Kararın konusu *BA*'dan aynı miktarda bilet alan acentelerin farklı miktarda indirim almasıdır. İndirimlerdeki bu farklılık, acentelerin bir önceki sene satmış oldukları farklı miktarlardaki *BA* biletine dayanmaktadır. Kararda *BA*'nın eylemi ile rakip havayolları arasındaki rekabeti engellediği ayrıca alt pazardaki acenteler arasındaki rekabeti sınırlandırdığı belirtilmiştir.

Önceki alımlardan daha yüksek bir hedefin tutturulması koşuluyla tanınan indirimlere hedef indirim adı verilmektedir. *Michelin I* kararının konusu firmanın yıllık satış hedefini tutturana bayilerine bonus vermesidir<sup>83</sup>. Ancak hedefler bir önceki senenin alımlarından yüksek belirlenmiştir. Ayrıca firma her bir bayiye uygulayacağı bonusu bireysel ve seçici belirlemiştir. Eylemin bayileri *Michelin*'e bağladığına, bu nedenle firmanın rakiplerinin pazardan dışlandığına ve eylemin 102 (c)'ye aykırı ayrımcılık teşkil ettiğine karar verilmiştir. Kararda ayrıca bonusların maliyet etkinliğine değil, sadakate dayalı olduğu belirtilmiştir. Kararda Komisyon 102 (c) hükmünün tüm koşullarını uygulamamış ve indirimlerin yalnızca yatay etkilerini incelemiştir. Bu nedenden dolayı ABAD ilgili kararı bozmuş ve bayilere farklı davranılmasının birçok farklı ticari gerekçesi olabileceğini ve bu farklılığının ayrımcılık sayılmayacağını belirtmiştir.

*Irish Sugar* kararında ise indirimler artan alım miktarına göre değil, alım miktarının artış oranına göre belirlendiği için, hakim durumdaki teşebbüs tarafından sunulan hedef indirimlerinin ayrımcı olduğuna karar verilmiştir<sup>84</sup>. Eylem sayesinde alım miktarı düşük olan ancak bir önceki seneye göre daha fazla satış yapmış müşterilere, alım miktarı fazla olan ancak satışlarını bir önceki seneye göre arttırmamış müşteriler kadar indirim verilmiştir. Kararda Komisyon indirim sisteminin ayrımcı niteliği ile fazla ilgilenmemiş, yalnızca indirimler nedeniyle rakiplerin pazarda tutunmalarının zorlaştığını ve bu durumun yerli şeker üreticilerini rekabetten koruyan bir politikanın parçası olduğunu belirtmiştir. İlgili kararda da Komisyonun eylemin birinci seviye etkilerine odaklandığı anlaşılmaktadır.

### 4.3. Seçici Fiyatlama

Rakip bir firmaya geçiş yapabilecek müşterilere, maliyet altı olmayan, seçici fiyat indirimlerinde bulunulurken, diğer müşterilere yüksek fiyat uygulanması eylemleri de fiyat ayrımcılığı unsuru içermektedir. Komisyon bu tip eylemlere

<sup>82</sup> Case 2000/74, *Virgin/British Airways*, OJ [2000] L 30/1.

<sup>83</sup> Case 322/81, *NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin v. Commission*, ECR [1983]-3461.

<sup>84</sup> Case 97/624, *Irish Sugar plc.*, OJ [1997] L 258 .

102 (c) hükmünün uygulanması bakımından daha dikkatli davranmaktadır. *ECS/ AKZO* kararında Komisyon, müşterilere seçici biçimde yıkıcı fiyat uygulanmasını yasaklamıştır<sup>85</sup>. Karar incelendiğinde, eylemin yıkıcı doğasına odaklanıldığı ve 102 (c) hükmünün uygulanmadığı görülmektedir. Kararda eylemin rekabete aykırı etkisinin müşterilere zarar verilmesinden kaynaklanmadığı, aksine eylem dışlayıcı olduğu için tedarik seviyesinde önemli etkilerinin bulunduğu belirtilmiştir.

Komisyon *Eurofix- Bauco v. Hilti* kararında da 102 (c) hükmünü uygulamamıştır<sup>86</sup>. Hilti rakiplerinin büyük müşterileri lehine seçici fiyat indirimlerinde bulunmak suretiyle müşterilerine ayrımcı davranmıştır. Komisyona göre ilgili eylem rakiplerin pazara girişini zorlaştırmak amacıyla gerçekleştirilmiştir bu nedenden dolayı karar birinci seviye zarar gerekçelendirmesi içermektedir.

*Irish Sugar*'da ise seçici fiyat indirimlerinin aynı zamanda ayrımcılığa neden olduğuna karar verilmiştir<sup>87</sup>. İlgili kararda hedef indirimlerinin büyüklüğü ilgili müşteriye göre değiştiği için bunların seçici fiyatlamaya neden olduğu belirtilmiştir. Bu çerçevede firmanın rakip şeker üreticilerinin müşterilerine daha fazla indirim yaptığı tespit edilmiştir. Komisyon kararında hedef indirimlerinin seçici ve ayrımcı fiyatlamaya neden olduğuna karar verilmiştir. Ancak kararın etki analizi bölümünde yalnızca birinci seviye zararın ele alındığı görülmektedir.

*Compagnie Maritime Belge* kararında da 102 (c) maddesi uygulanmıştır. *CEWAL* isimli lineer konferans üyesi firmaların birlikte hakim durumda olmaları söz konusudur<sup>88</sup>. İlgili konferans rekabet edebilmek için rakibi ile aynı günlerde ancak aynı veya daha düşük fiyatlarla hizmet vermeye başlamıştır. Komisyon *CEWAL*'in tek rakibini pazardan dışlamaya çalıştığı gerekçesiyle eylemin birinci seviye zarara neden olduğuna karar vermiştir. Ayrıca kararda eylemin 102 (c) hükmünü de ihlal ettiği belirtilmiştir. Buna göre, rakip firmayla aynı günlerde daha ucuza hizmet sunulması, diğer günlerde hizmet alan müşteriler aleyhine ayrımcılık teşkil etmektedir. Kararın temyizinde ise hakim durumdaki firma ayrımcılığın mevcut olmadığını iddia etmişse de Genel Mahkeme ve ABAD, fiyat ayrımcılığını önemsemeksizin, eylemin dışlayıcı etkilerini göz önünde bulundurarak kötüye kullanma tespitinde bulunmuştur.

Doktrinde, hakim durumdaki firmanın rakibinin müşterilerine farklı fiyat uygulamasının, bir başka ifade ile farklı fiyat elastikiyeti olan müşterilere

<sup>85</sup> Case C-62/86, *AKZO Chemie BV v Commission*, ECR [1991] I-3359.

<sup>86</sup> Case 88/138, *Eurofix-Bauco v. Hilti* OJ [1988] L 65.

<sup>87</sup> Case 97/624, *Irish Sugar plc.*, OJ [1997] L 258.

<sup>88</sup> Case 93/82, *Cewal*, OJ [1993] L 34.

farklı fiyat uygulanmasının, etkinlik artırıcı olabileceği ancak topluluk kurumlarının konuyla ilgili net bir yaklaşımının bulunmadığı belirtilmektedir<sup>89</sup>.

#### 4.4. Bağlama ve Paketleme

Bağlama ve paketleme eylemleri de fiyat ayrımcılığı unsuru içermektedir. Şöyle ki, firmalar bazı durumlarda müşterilerine iki farklı ürünü birlikte almaları koşuluyla indirim yapabilmektedir. *Eurofix-Bauco v. Hilti* kararında Komisyon *Hilti*'ye, kartuş ve çivilerin bir arada alınması durumunda indirimde bulunması ve sadece kartuş alan müşterilere indirim yapmayı reddetmesi nedeniyle para cezası vermiştir<sup>90</sup>. İlgili eylem fiyat ayrımcılığı unsuru barındırmaktaysa da, Komisyon kararında 102 (c) hükmüne dayanmamıştır. Kararda yalnızca eylemin müşterilerin sömürülmesine neden olduğu ayrıca eylem nedeniyle *Hilti*'nin rakiplerinin pazardan dışlandığı belirtilmiştir. Benzer şekilde *Napier Brown* kararında da 102(c) hükmü uygulanmamıştır<sup>91</sup>. Hakim durumdaki *British Sugar*'ın teslimat talep eden ve etmeyen müşterilerine aynı fiyatı uygulaması söz konusudur. Komisyon kararında yalnızca eylem nedeniyle, komşu pazarda (şeker teslimat pazarı) dışlayıcı etkilerin meydana geldiğini belirtmiştir.

*Digital* kararında, *software* bakım hizmetleri ve diğer *hardware* hizmetleri sunan firmanın ayrımcı eylemleri ve bağlı satışları nedeniyle hakim durumunu kötüye kullandığına karar verilmiştir<sup>92</sup>. *Digital*, müşterisinin aynı zamanda *hardware* alması durumunda ayrımcı fiyat uygulamıştır. Komisyon birinci seviye zarar argümanına dayanmıştır. Kararda, eylemin amacının, bağımsız hizmet sağlayıcılarının *Digital* ile bakım hizmetleri ve *Digital* bilgisayarlarının *hardware* hizmetleri pazarında rekabet etmesinin engellenmesi olduğunu belirtmiştir.

*Van den Bergh Foods* kararında ise 102(c) maddesine açık bir atıf bulunmamakla birlikte, ilgili hükmün uygulandığı anlaşılmaktadır<sup>93</sup>. İrlanda'da faaliyet gösteren hakim durumdaki bir dondurma üreticisi dondurma ile buzdolabı satışlarını paketlemiş ve buzdolabı talep eden ve etmeyen tüm müşterilerine aynı fiyattan dondurma satmıştır. Karara göre, bu durum kendi dolabı olan perakendeciler aleyhine ayrımcılığa neden olmuştur. Komisyon kararında benzer durumda olmayan müşterilere aynı koşullar uygulanması suretiyle ayrımcılık yapıldığını belirtmiştir. Buna göre dolap talep etmeyen

<sup>89</sup> GCLC Working Paper 07/05, s.17.

<sup>90</sup> Case 88/138, *Eurofix-Bauco v. Hilti* OJ [1988] L 65.

<sup>91</sup> Case 88/518, *Napier Brown/ British Sugar*, OJ [1988] L 284/41.

<sup>92</sup> XXVIIth Report on Competition Policy (1997), §69.

[http://ec.europa.eu/competition/publications/annual\\_report/1997/broch97\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/publications/annual_report/1997/broch97_en.pdf)

Erişim Tarihi: 09.12.2010

<sup>93</sup> Case 98/531, *Van den Bergh Foods Limited*, OJ [1998] L 246.

müşteriler yararlanmadıkları bir hizmeti sübvans etmek zorunda bırakıldıkları için bu hizmetten yararlanan müşteriler karşısında rekabette dezavantajlı konuma düşürülmüştür. Firmanın dolap fiyatlarını da içeren fiyatlama politikasına son vermesi, aynı zamanda dolap almayan perakendecilere dolap satış fiyatını ve bakım ücretini içeren götürü meblağı iade etmesi ile dosya kapanmıştır.

## 5. İkinci Seviye Zarara Neden Olan Eylemler

### 5.1. Dikey Entegre Olmayan Firmaların Müşterilerine Yönelik Fiyat Ayrımcılığı Unsuru İçeren Eylemleri

Topluluk kurumlarının, özellikle taşımacılık sektöründe faaliyet gösteren ve devlet tarafından zorunlu bir unsurun işletilmesi için münhasırlık tanınmış, dikey entegre olmayan firmalar hakkında verdiği kararlar genellikle ikinci seviye zarara neden olan ve ayrımcılık unsuru içeren eylemlerle alakalıdır. İlgili kararların pek çoğu vatandaşlık temelinde ayrımcılıkla veya ulusal faaliyetler lehine ayrımcılıkta bulunulmasıyla ilgilidir<sup>94</sup>.

*Corsica Ferries II* kararında Cenova limanı kaptanlarınca kurulmuş bir şirkete kamu otoritelerince zorunlu pilotaj hizmetini sağlamak üzere münhasır hak tanınması söz konusudur<sup>95</sup>. Şirket tarafından belirlenen pilotaj tarifeleri, bakanlık tarafından onaylanmıştır. Firma tarafından İtalyan limanları arasında faaliyet gösteren ve İtalyan bayrağı taşıyan gemilere daha düşük bir tarife uygulanmıştır. ABAD kararında, ulusal otoritelerin kendi vatandaşları lehine ayrımcılıkta bulunmasının 102 (c) hükmü tarafından yasaklandığını belirtmiştir.

Havaalanı faaliyetleri ile ilgili pek çok Topluluk kararının da, satıcıların belirli teşebbüslere ayrıcalıklı uygulamalarda bulunması ile ilgili olduğu görülmektedir. Örneğin, Belçika mevzuatı tarafından Brüksel havaalanında daha fazla trafik hacmi olan havayolu şirketleri lehine iniş ücretlerinin kademeli biçimde belirlenmesi ile ilgili *Brussels National Airport* kararı böyledir<sup>96</sup>. Mevzuat tarafından belirlenmiş eşikler neticesinde, diğer Topluluk havayollarının aleyhine, indirimlerden yalnızca ilgili havaalanında faaliyet gösteren taşıyıcılar yararlanabilmiştir. Komisyon ilgili kararında, hakim durumdaki teşebbüsün aynı ülkede faaliyet gösteren farklı bir şirkete öncelik tanınmasının 102 (c) hükmünü ihlal ettiğini belirtmiştir. Ayrıca ilgili olayda devletin sahip olduğu bir şirketin uçak iniş ve kalkış hizmetlerini münhasır

<sup>94</sup> GCLC Working Paper 07/05, s. 27.

<sup>95</sup> Case C-18/93, *Corsica Ferries Italia Srl v Corpo dei Piloti del Porto di Genova*, ECR [1994] I-1783.

<sup>96</sup> Case 95/364, *Brussels National Airport*, OJ [1995] L 216/8.

biçimde yürütmesi ve ulusal kamu teşebbüsü niteliğinde olan bir havayolu şirketi lehine ayrımcılıkta bulunması söz konusudur.

İniş ücretlerinin ulusal havayolu şirketleri lehine belirlenmesi eylemini konu alan *Porteguese Airports* kararı da yukarıda kısaca belirtilen karar ile aynı yöndedir<sup>97</sup>. İlgili olayda ulusal ve uluslararası uçuşlar için farklı iniş ücretleri uygulanmıştır. Karara göre havaalanlarınca sunulan iniş ve kalkış hizmetleri, hizmetten yararlanan havayolu şirketinin vatandaşlığına bağlı olmaksızın, tüm havayolu şirketleri için aynı olduğu için ilgili eylem 102 (c) hükmünü ihlal etmektedir.

*Alpha Flight/ Aeroports de Paris* kararı da Paris havaalanı yönetiminin iki farklı yer hizmeti veren firmaya elde ettikleri ciroya göre farklı ücret uygulaması söz konusudur<sup>98</sup>. Soruşturmada kamu tüzel kişisi niteliğindeki Paris havaalanı yönetimi tarafından, tüm işletmecilere sunulan hizmetin aynı olmasına rağmen, fiyatların yine kamu tüzel kişisi niteliğindeki yer hizmeti sağlayan firma lehine olacak biçimde ayrımcı belirlendiği, ayrıca kendi yer hizmetlerini kendisi gören havayolu şirketlerinden çok daha düşük ücret talep edildiği anlaşılmıştır. Komisyona göre, aynı havaalanı içerisinde farklı müşterilere farklı fiyatlar uygulanması, yer hizmeti veren firmalar arasındaki rekabeti bozmuştur ve eylem 102 (c) hükmüne aykırılık teşkil etmektedir.

## **5.2. Dikey Entegre Firmaların Müşterilerine Yönelik Fiyat Ayrımcılığı Unsuru İçeren Eylemleri**

Zorunlu girdileri kontrol eden hakim durumdaki firmaların, alt pazardaki yavru şirketleri lehine düşük fiyat uygulamalarına ilişkin Topluluk Kurumlarınca verilmiş bir dizi karar bulunmaktadır. Örneğin *Deutsche Bahn* kararında, hakim durumdaki firmanın, deniz yolu ile konteynır taşımacılığı pazarında faaliyet gösteren yavru şirketi lehine, tren rayı altyapısına ulaşma konusunda farklı fiyat uygulaması söz konusudur<sup>99</sup>. İlgili eylemin, eşit hizmetlere farklı şartlar uygulanmasına neden olduğu için, 102 (c) hükmüne aykırı olduğuna karar verilmiştir. Genel Mahkeme ise farklı fiyat uygulanmasının maliyetlerdeki farklılığa dayanmıyor olduğunu ve farklı taşımacılık yöntemleri nedeniyle ortaya çıkan rekabetin farklı fiyat uygulanmasının nedeni olamayacağını belirtmiştir<sup>100</sup>. Aksine ortaya çıkan rekabetin deniz taşımacılığındaki fiyatların düşmesine neden olacağı ifade edilmiştir.

<sup>97</sup> Case 1999/199, *Porteguese Airports*, OJ [1999] L 69.

<sup>98</sup> Case, 98/153, *Alpha Flight Services/ Aeroports de Paris*, OJ [1998] L 230.

<sup>99</sup> Case 94/210, *HOV-SVZ/MCN*, OJ [1994] L 104.

<sup>100</sup> Case T-229/94, *Deutsche Bahn AG v. Commission*, ECR [1997] II-1689.

*ITT Promedia* saga kararı da benzer yöndedir<sup>101</sup>. Yavru şirketi aracılığı ile telefon rehberi basan, Belçika ulusal telekomünikasyon işletmecisinin verilerine ulaşmak ve telefon rehberi pazarında faaliyet göstermek isteyen *ITT Promedia* isimli firmaya, ilgili verilerin daha pahalıya tedarik edilmesi söz konusudur. Karar neticesinde hakim durumdaki firma ciro üzerinden fiyat belirleme sistemini sona erdirerek, toplam yıllık maliyet temelli fiyatlandırma sistemine geçmiştir.

*Deutsche Post* kararında ise Almanya'daki hakim durumdaki firmanın, İngiltere'den gelen sınır ötesi postalara yüksek fiyat uygulaması söz konusudur<sup>102</sup>. Firmanın ilgili fiyatlandırmadaki amacı postaların yeniden gönderilmesini engellemektir. Çünkü Alman müşterilerin de yurt içi postalarını, İngiltere üzerinden göndermesi söz konusudur. Komisyon, firmanın eşit işlemlere farklı koşullar uyguladığı gerekçesiyle eylemin 102 (c) hükmüne aykırı olduğuna karar vermiştir. Kararda firmanın eyleminin İngiltere'de giden sınır ötesi postalar pazarında (*outgoing cross-border mail*), *British Post Office* aleyhine ayrımcılık yaratmak suretiyle, ikinci seviye zarara neden olduğu belirtilmiştir. Ayrıca aynı eylemin, Almanya'da gönderilen ve alınan sınır ötesi postalar pazarındaki (*forwarding and delivery of cross-border mail*) hakim durumun, İngiltere'deki giden sınır ötesi postalar pazarına (*outgoing cross-border mail*) kötüye genişletilmesi anlamına geldiği ve bu nedenle dışlayıcı olduğu ifade edilmiştir.

*Clearstream* kararı da benzer yöndedir<sup>103</sup>. Almanya'da menkul kıymetlere takas ve uzlaşma hizmeti veren (*clearing and settlement services*) hakim durumdaki bir merkezi menkul kıymet depolama (*Central Securities Depositories- CSD*) firması olan *Clearstream AG* ilgili hizmetleri hem diğer *CSD*'lere hem de uluslararası merkezi menkul kıymet depolama firmalarına (*International Central Securities Depositories- ICSD*) sunmaktadır. Avrupa'da yalnızca iki adet *ICSD* bulunmakta olup, bunlardan biri *Clearstream AG*'nin iştirakidir. Firma, rakip uluslararası merkezi menkul kıymet depolama firmasına yüksek fiyatlar uygulamıştır. Komisyon ilgili fiyatlamının ayrımcı olduğuna ve maliyet farklılığı gibi bir haklı gerekçesi bulunmadığına karar vermiştir.

*BdKEP* kararında ise, Alman posta hukukunun bazı hükümlerinin *Deutsche Post AG*'ye (*DPAG*) 102 (c) maddesine aykırı bir şekilde ayrımcı

<sup>101</sup> Press Release, (11.04.1997), IP/97/292, "Settlement reached with Belgacom on the publication of telephone directories- ITT withdraws complaint."

<sup>102</sup> Case 2001/892, *Deutsche Post AG- Interception of cross-border mail*, OJ [2001] L 331.

<sup>103</sup> Case COMP/38.096, *Clearstream*, OJ [2009] C 165.

davranma yetkisi tanınması söz konusudur<sup>104</sup>. İlgili hükümler sebebiyle büyük gönderici firmalara diğer ticari göndericilere kıyasla daha fazla indirim yapılmıştır. Komisyona göre aynı miktarda gönderisi bulunan firmalara farklı fiyatlar uygulanması ayrımcılık teşkil etmektedir. Ancak büyük göndericilerin ve diğer ticari göndericilerin aynı pazarda faaliyet göstermiyor olmaları sebebiyle, ilgili eylemin ikinci seviye zarara neden olup olmadığı açık değildir. Soruşturma neticesinde DPAG'nin büyük göndericilere iki farklı posta hazırlama hizmeti sunduğu anlaşılmıştır. Bu çerçevede firma ticari hazırlayıcı firmalarla aynı pazarda faaliyet göstermektedir. Ayrımcı indirimler nedeniyle, diğer posta hazırlayıcı firmalar miktara dayalı indirimlerden faydalanamamışlar ve bu durum onları DPAG ile kıyasla rekabette dezavantajlı konuma düşürmüştür. Çünkü diğer hazırlayıcı firmaların müşterilerinin postadan ettiği tasarrufu tedarik imkanı bulunmamağayken, DPAG'nin böyle bir imkanı bulunmaktadır. DPAG temel posta hizmetlerindeki hakim durumunu posta hazırlama hizmetleri pazarına genişlettiği için eylemin aslında dışlayıcı bir yönü de bulunmaktadır.

## 6. Coğrafi Fiyat Ayrımcılığı

Topluluk Kurumları 102 (c) hükmünü pek çok coğrafi fiyat ayrımcılığı eylemine uygulamıştır. Ancak doktrinde, ilgili hükmün bu tip eylemlerin yasaklanması bakımından doğru bir hukuki temel teşkil etmediği belirtilmektedir. Coğrafi fiyat ayrımcılığına ilişkin en önemli kararlardan biri *United Brands Company (UBC)* kararıdır<sup>105</sup>. UBC'nin maliyetlerinde bir farklılık yaratmamasına rağmen farklı üye devletlerde farklı fiyatlardan muz satışı yapması söz konusudur. Kararda eylemin üye devletlerarası ticaretin engellenmesine ve ulusal pazarların paylaşılmasına neden olduğu belirtilmiştir. Bu durumun farklı üye devletlerdeki dağıtıcıları diğerlerine nazaran rekabette dezavantajlı konuma düşürdüğü ifade edilmiş ayrıca eylem malların serbest dolaşımı ilkesine aykırı görülmüştür. Doktrinde, ilgili eylemin farklı üye devletlerdeki dağıtıcılar arasındaki rekabeti tamamen engellediği dolayısıyla üye devletlerden birinin diğerine göre rekabette dezavantajlı konuma düşürülme kriterinin yerine gelmediği ifade edilmektedir<sup>106</sup>.

Coğrafi fiyat ayrımcılığıyla ilgili bir diğer karar da *Tetra Pak II* dir<sup>107</sup>. Sıvı içeceklerin ambalajlanması amacıyla kullanılan aseptik makine ve karton pazarında faaliyet gösteren hakim *durumdaki Tetra Pak*'ın farklı üye devletlerde

<sup>104</sup> Case COMP/38.745, *BdKEP/ Deutsche Post AG and Bundesrepublik Deutschland*, 20.10.2004.

<sup>105</sup> Case 72/76, *United Brands Company v. Commission*, ECR [1978]- 207.

<sup>106</sup> GCLC Working Paper 07/05, s. 38.

<sup>107</sup> Case T-83/91, *Tetra Pak International SA v. Commission*, ECR [1994] II-755.

kartonlar ve makineler için farklı fiyat uygulaması söz konusudur. Kararda Üye Devletlerarası fiyat farklılığının taşıma maliyetleri ile izah edilemediği belirtilmiştir. Topluluk kurumları farklı fiyatlandırma uygulamasının, hakim durumdaki firmanın pazar parçalama stratejisinin bir ürünü olduğu kanaatine varmıştır. Doktrinde 102 (c) hükmünün ilgili eyleme uygulanmasının problemleri olduğu belirtilmektedir. Çünkü hakim durumdaki firmanın müşterilerinden bazılarının eylem nedeniyle rekabette dezavantajlı konuma düşüp düşmediği araştırılmamıştır. Ayrıca Topluluk Kurumları, firmanın sözleşmelerinde bulunan pek çok hüküm aracılığı ile pazarı parçaladığı ve bu durumun kötüye kullanma teşkil ettiği sonucuna varmıştır. Firmanın sözleşme hükümlerini değiştirmesinin coğrafi fiyat ayrımcılığının sona erdirilmesi için yeterli olduğu belirtilmektedir. Dolayısıyla coğrafi fiyat ayrımcılığının ayrı bir kötüye kullanma tipi olarak cezalandırılmasına gerek olmadığı ifade edilmektedir<sup>108</sup>.

*British Leyland (BL)* kararında ise İngiltere pazarına Metro araçlarının ithal edilmesinin engellenmesi söz konusudur<sup>109</sup>. Metro firması, *BL*'nin farklı ülkelerde satışa çıkardığı araçları İngiltere'ye ithal etmiştir. Hakim durumdaki firma, İngiltere'de satışa sunduğu sağdan direksiyonlu araçlar için yüksek, diğer Avrupa ülkelerinde satışa sunduğu soldan direksiyonlu araçlar için daha düşük fiyat uygulamıştır. Metro isimli firma Avrupa'daki düşük fiyatlı araçları İngiltere'ye ithal etmiş ve düşük bir maliyetle direksiyonun yerini değiştirerek satışa sunmuştur. *BL* ise aynı zamanda kişisel amaçla İngiltere'de kullanılmak üzere ithal edilen araçlar dışındaki tüm ithal araçların kaydını ve trafiğe uygunluk sertifikalarını düzenlemektedir. İngiliz mevzuatı uyarınca firmanın ilgili sertifikaların verilmesi konusunda tekel hakkı bulunmaktadır. Firma kendi ürettiği araçları İngiltere'deki dağıtım ağı aracılığı ile satmaktadır. Bunun yanı sıra Metro'nun Belçika'dan getirdiği soldan direksiyonlu *BL* araçları da daha düşük fiyata İngiltere'de satılmaya başlanmıştır. Bunun üzerine *BL* yerli dağıtıcılarını korumak için, Avrupa'dan ithal edilen soldan direksiyonlu araçlara daha yüksek fiyattan trafiğe uygunluk belgesi vermeye başlamıştır. Komisyon bu uygulamanın ayrımcı olduğuna ve hakim durumun kötüye kullanılması teşkil ettiğine karar vermiştir. Kararda eylemin paralel ticareti ve malların serbest dolaşımını engellediği belirtilmiştir<sup>110</sup>.

*Irish Sugar* kararında ise Kuzey İrlanda sınırına yakın yerlerdeki müşteriler lehine ayrımcı sınır indirimleri uygulanması söz konusudur<sup>111</sup>. Kararda indirimlerin amacının ithalatın engellenmesi, pazarların bölünmesi ve

<sup>108</sup> GCLC Working Paper 07/05, s. 39.

<sup>109</sup> Case 84/379, *BL*, OJ [1984] L 207. Case 226/84, *British Leyland plc.v Commission*, ECR [1986]-3263.

<sup>110</sup> GCLC Working Paper 07/05, s. 40.

<sup>111</sup> Case 97/624, *Irish Sugar plc.*, OJ [1997] L 258.



rakiplerin dışlanması olduğu belirtilmiş ve eylemin tek pazar hedefine aykırı olduğu belirtilmiştir. *Irish Sugar* ve *BL* kararlarında 102 (c) hükmü sıkı bir şekilde uygulanmamıştır. Ancak ilgili kararlar belirli bir coğrafi pazarın farklı Üye Devletlerden gelen ithalattan korumak amacıyla uygulanan fiyat ayrımcılığına ilişkindir. Ayrıca ilgili eylemler farklı bölgelerde farklı fiyatların uygulanmasına neden olmuştur.

## **7. Değerlendirme**

Fiyat ayrımcılığı unsuru içeren pek çok eylem bulunmaktadır. Esasen, tüm fiyatlama eylemlerinin bir şekilde ayrımcılık unsuru içerdiği ileri sürülebilecektir. ABİA'nın fiyat ayrımcılığını yasaklayan 102 (c) hükmünün, aslında fiyat ayrımcılığı unsuru içeren, ancak ayrımcılık nedeniyle değil, bir başka nedenle rekabete zarar veren pek çok farklı eylem biçimini de kapsayacak şekilde uygulama alanının genişletildiği görülmektedir. 102 (c) hükmünün indirim sistemleri, seçici fiyatlama, bağlama ve paketleme, mal vermeyi reddetme ve coğrafi fiyat ayrımcılığı gibi eylem biçimlerine uygulanması doktrinde de eleştiri konusudur. İlgili hükmün uygulama alanının bu denli genişlemiş olması birden fazla nedenden kaynaklanmaktadır. Bunlardan biri, 102 (b) hükmüne göre, (c) bendinin daha düşük bir ispat standardı gerektiriyor olmasıdır.

Kanımızca 102 (c) hükmünün uygulama alanı son derece sınırlıdır ve ilgili hükmün dışlayıcılık unsuru içeren hiçbir eyleme uygulanmaması gerekmektedir. Dikey entegre olmayan hakim durumdaki firmanın alt pazardaki müşterilerine ayrımcı davranması halinde de 102 (c) hükmünün uygulanamayacağı kanaatindeyiz. Yalnızca ayrımcılıktan faydalanan müşterilerin alım güçlerinin yüksek olması ve ayrımcılığın ilgili müşterilerin alım gücü nedeniyle ortaya çıkması durumunda ilgili maddenin işletilebileceği, ancak bu halde de hakim durumdaki firmaya değil, ayrımcılıktan faydalanan müşteriye ceza verilmesi gerektiği biçiminde görüşler bulunsa da biz bu görüşlere katılmamaktayız. Kanımızca, belirtilen husus oldukça istisnai durumlarda ortaya çıkabilecek nitelikte olduğundan dolayı, uygulaması yok denecek kadar azdır. Dolayısıyla söz konusu hükmün, dışlayıcı kötüye kullanma eylemleri bakımından uygulama alanının bulunmadığının ifade edilmesi hatalı olmayacaktır. İlerleyen bölümlerde de belirtileceği üzere, ayrımcılık kurallarının sömürücü eylemler bakımından uygulanması gerektiği düşünülmektedir. Bir başka ifade ile fiyat ayrımcılığının dışlayıcı değil, sömürücü bir kötüye kullanma biçimi olduğu kanaatindeyiz.

Nitekim *Neelie Kroes*, 82'inci maddenin gözden geçirilmesine ilişkin ön değerlendirmelerini dile getirdiği bir konuşmasında bu konuya da değinmiş ve sömürücü kötüye kullanmalar başlığı altında aşırı fiyatlama ve ayrımcılık

eylemlerinin ele alındığını ifade etmiştir. İlgili konuşmada dışlayıcı eylemler ile sömürücüler arasında kesin bir sınır çekilmiş ve ayrımcılık eylemlerinin hem dışlayıcı hem de sömürücü olabileceğine ilişkin tartışmalara açıklık getirilmiştir<sup>112</sup>.

Benzer bir durum Komisyon tarafından yayınlanmış olan “Dışlayıcı Kötüye Kullanmalar Hakkında Rehber” (Komisyon Rehberi) açısından da geçerlidir<sup>113</sup>. İlgili Komisyon Rehberinin 7’inci dibacesinde, doğrudan tüketicilerin sömürülmesine neden olan aşırı fiyatlama eylemlerine ve tek pazar hedefine aykırı eylemlere de Komisyon’un müdahale edebileceği, ancak ilgili rehberin bu tip eylemlerle ilgili değil, dışlayıcı eylemlerle ilgili Komisyon’un uygulama önceliklerini gösterdiği belirtilmektedir. Bir diğer ifade ile sömürücü eylemler aşırı fiyatlama ve tek pazar hedefine aykırı eylemler olarak iki sınıfa ayrılmış ve bunlarla dışlayıcı eylemler arasında bir set çekilmiştir. Bize göre tek pazar hedefine aykırı eylemler ifadesi ile aslında 102 (c) kapsamında incelenen ayrımcılık eylemleri işaret edilmektedir.

Kanımızca tek pazar hedefine aykırı eylemler ifadesini kullanarak Komisyon, ayrımcılık eylemlerine yaklaşımı konusunda, yukarıda kısaca özetlemiş olduğumuz, doktrinsel eleştirileri dikkate aldığını ortaya koymuştur. Bu çerçevede 102 (c) hükmü lafzı gereği birinci seviye zarara neden olan dışlayıcı eylemlere uygulanamayacaktır. 102 (c) her ne kadar doğru bir hukuki dayanak teşkil etmese de, Topluluk mahkemelerinin yerleşik içtihadı nedeni ile 2’inci seviye zarara neden olan eylemlerden yalnızca vatandaşlık temelinde ayrımcılık eylemlerine sınırlı bir şekilde uygulanmaya devam edebilecektir. Ancak bu durumda eylemin ikinci seviye zarara neden olmasından çok, tek pazar hedefine aykırı olması sebebiyle yasaklanması söz konusu olacaktır. Nihayet, coğrafi fiyat ayrımcılığı eylemleri bakımından da 102 (c)’nin uygun bir hukuki temel teşkil etmese de, uygulanmaya devam edileceği anlaşılmaktadır.

Avrupa Topluluğu Rekabet Hukukunda ayrımcılık kurallarının uygulama alanı belirlendikten sonra, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun (4054 sayılı Kanun)’un 6 (b) maddesinin çerçevesi belirlenmeye çalışılacaktır. Bu kapsamda, çalışmamızın ikinci kısmında, öncelikle ayrımcılığın Türk Rekabet Hukukundaki tanımına ve unsurlarına yer verilecektir. Ardından, 4054 sayılı Kanun’un 6 (b) hükmü uyarınca ayrımcılığın

<sup>112</sup>Speech/05/537, Neelie Kroes, Preliminary Thoughts on Policy Review of Article 82, s. 3. <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/05/537>, Erişim Tarihi: 09.12.2010

<sup>113</sup> Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings, OJ (2009) C 45, s. 7–20. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2009:045:0007:0020:EN:PDF>, Erişim Tarihi: 09.12.2010

koşulları ele alınacaktır. Nihayet ayrımcılık eylemlerinin dışlayıcı mı yoksa sömürücü mü olduğu incelenecek ve ardından konuyla ilgili Rekabet Kurulu kararlarının incelenmesine geçilecektir.

## **Ş II. TÜRK REKABET HUKUKUNDA FİYAT AYRIMCILIĞI**

### **1. FİYAT AYRIMCILIĞININ TANIMI, KOŞULLARI VE KAPSAMI**

#### **1.1. Giriş**

Rekabet Kurulu'nun fiyat ayrımcılığına ilişkin kararlarının genel itibarıyla oldukça çelişkili olduğu düşünülmektedir. Birinci ve ikinci seviye zarara neden olan dışlayıcı eylemlerin pek çoğunun fiyat ayrımcılığı çerçevesinde değerlendirildiği görülmektedir. Bu çerçevede özellikle mal vermeyi reddetme eylemleri genellikle 4054 sayılı Kanun'un 6'ncı maddesinin (b) bendi kapsamında ele alınmaktadır.

Münhasır dağıtım ve indirim sistemlerine ilişkin kararlarda da benzer bir durum söz konusu olup, eylemin birinci seviye dışlayıcı etkilerinden ziyade, alıcılar nezdinde ayrımcılığa neden olması sebebiyle yasaklandığı görülmektedir<sup>114</sup>. Bazı seçici fiyatlama kararlarında da kötüye kullanma teşkil eden eylemin, birinci seviye zarara neden olan dışlayıcılığa neden olması yerine, alıcılar arasında ayrımcılığa sebep olması nedeniyle yasaklanması söz konusudur<sup>115</sup>.

Nihayet, dikey entegre olmayan hakim durumdaki teşebbüsün, alıcılarına mal vermeyi reddetmesi veya farklı satış koşulları sunması durumunda, Rekabet Kurulu'nun ilgili eylemi alıcılar arasında ayrımcılığa neden olması sebebiyle yasakladığı görülmektedir<sup>116</sup>. Bu husus hakim durumdaki teşebbüsün rekabeti bozmamak konusundaki özel sorumluluğuna dayandırılmaktadır. Kurula göre bu sorumluluk sözleşme yapma özgürlüğünün istisnasıdır ve rakip olmayan müşterilere ayrımcı davranılmamasını gerektirir. Çünkü özel sorumluluk alt pazardaki rekabeti bozacak faaliyetlerde bulunmamayı da kapsar.

Kanımızca sadece dikey entegre bir hakim durumdaki firmanın, ikinci seviye zarara neden olan eylemleri alıcılar arasındaki rekabeti sınırlandırabilir.

<sup>114</sup> ASLAN İ. Y. (2007), *Rekabet Hukuku*, Ekin Kitabevi, Bursa, s. 483, 489. SANLI K. C. (2000), *Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun'da Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği*, Rekabet Kurumu Yüksek Lisans Tezleri Serisi, Ankara, s. 266. Rekabet Kurulu'nun 02-46/564-230 sayılı, 01.08.2002 tarihli ve 01-35/347-95 sayılı, 20.07.2001 tarihli kararları.

<sup>115</sup> Aslan 2007, s. 528.

<sup>116</sup> Aslan 2007, s. 526- 528. Rekabet Kurulu'nun 05-36/453-106 sayılı, 26.05.2005 tarihli ve 09-16/374-88 sayılı 20.04.2009 tarihli kararları.

Bu çerçevede dikey entegre olmayan firmanın müşterilerine ayrımcı davranmasının rekabet üzerinde sınırlandırıcı bir etkisi olmadığı düşünülmektedir<sup>117</sup>. Bu tip eylemlerin yasaklanmasının, hakim durumdaki teşebbüsün ticari özgürlüğü üzerinde sınırlayıcı sonuçları olabilecektir. Böyle durumlarda Rekabet Kurulu'nun, daha ziyade bir düzenleyici otorite gibi davranarak, ticari ilişkinin taraflarını ve kapsamını belirlemesi, kanımızca eleştiri konusudur.

Doktrinde ikinci seviye zarara neden olan fiyat ayrımcılığı yerine, fiyat farklılaştırması ifadesinin de kullanıldığı görülmekte ve bu eylemlerin yasaklanmasındaki amacın aslında küçük ölçekli teşebbüslerin hakim durumdaki teşebbüsler karşısında korunması ve bu sayede kaynakların etkin dağılımının sağlanması ve üretimin artırılması olduğu ifade edilmektedir. Ancak fiyat ayrımcılığının üretimi arttırsa dahi yasaklanması gerektiği, aksi takdirde küçük teşebbüslerin pazardan dışlanacağı ve kısa süre içinde büyük teşebbüslerin pazarı ele geçireceği ifade edilmektedir. Pazarda daha etkin rekabetin sağlanması için küçük teşebbüslere büyük teşebbüslerle rekabette fırsat eşitliği sağlamanın gerekli olduğu çünkü rekabetin kaynakların etkin kullanımını sağlayacağı ileri sürülmektedir<sup>118</sup>.

KOBİ'lerin korunması hedefi, rekabet hukukunun amaçları arasında yer almadığından dolayı, yukarıda izah edilen yaklaşımın yerinde olmadığı düşünülmektedir<sup>119</sup>. Bu yaklaşım sebebi ile 6 (b) hükmünün, ikinci seviye zarara neden olan dışlayıcı eylemlere de uygulanabileceği ve ilgili hükmün 6 (a, d, e)'ye göre düşük bir ispat standardı gerektirmesi nedeniyle, bu tip eylemlerin kolaylıkla yasaklanabileceği kanaatindeyiz. Kanımızca bu durum, birinci tip hataların artmasına ve aşırı caydırıcılık sorununun ortaya çıkmasına neden olabilecektir.

4054 sayılı Kanun'un fiyat ayrımcılığına ilişkin 6 (b) hükmünün, tıpkı mehaz ABİA'nın 102'nci maddesinin (c) bendi gibi, kapsamının belirsiz olduğu ve Rekabet Kurulu tarafından çok çeşitli eylem biçimlerine uygulanabileceği düşünülmektedir. Ancak ilgili hüküm daha sınırlı koşullar altında uygulanmalıdır. Çünkü 6 (b) kapsamında değerlendirilmekte olan eylemlerin

<sup>117</sup> O'Donoghue ve Padilla 2006, s. 601, 602.

<sup>118</sup> GÜL İ. (2000), *Teşebbüsün Alıcılara Ayrımcılık Yaparak Hakim Durumunu Kötüye Kullanması*, Rekabet Kurumu Yayınları, Lisansüstü Tez Serisi No:2, Ankara, s. 74

<sup>119</sup> International Competition Network (ICN) (2007), Report on the Objectives of Unilateral Conduct Laws Assessment of Dominance/ Substantial Market Power and State-Created Monopolies, s. 17, 21.

<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc353.pdf>

Erişim Tarihi: 09.12.2010 OECD (2005), Policy Roundtables, Competition on the Merits, s. 21.

<http://www.oecd.org/dataoecd/7/13/35911017.pdf>, Erişim Tarihi: 09.12.2010

önemli bir kısmının, aslında 6 (a, d, e) çerçevesinde incelenmesi gerekmektedir. Ayrıca, farklı eylem türlerinin 6 (b) kapsamında ele alınması nedeniyle, eyleme özgü testlerin gelişmesi engellenmekte ve eylemin rekabete uygunluğu konusunda hatalı sonuçlara ulaşılabilmektedir.

Her ne kadar doktrinde konuya ilişkin farklı görüşler olsa da, kanımızca fiyat ayrımcılığını yasaklayan 6 (b) hükmünün birinci ve ikinci seviye zarara neden olan dışlayıcı eylemler bakımından uygulanmaması gerekmektedir. İlgili maddenin yalnızca sömürücü fiyat ayrımcılığı eylemleri bakımından uygulanabileceği düşünülmektedir.

## **1.2. Ayrımcılığın Tanımı ve Unsurları**

Türk Rekabet Hukukunda ayrımcılık, hakim durumdaki teşebbüsün karını maksimize etmek amacı ile müşterilerine farklı fiyatlar vermesi olarak tanımlanmaktadır. Burada kötüye kullanma teşkil eden eylem fiyat ayrımcılığıdır. Bazı müşterilere ucuz bazılarına pahalı satılarak hakim durumdaki firma tüketici artığının veya tekel israfının üzerine konar. Böylece tek ve ortalama bir fiyat vererek satabileceği ürün miktarından fazla ürün satar<sup>120</sup>.

Türk Rekabet Hukukunda, 6 (b) maddesi nedeniyle, doğrudan ve dolaylı fiyat ayrımcılığı kavramlarının mevcut olduğu görülmektedir. Doktrinde dolaylı fiyat ayrımcılığının indirim sistemleri (sadakat, miktar ve üst dilim indirimleri) ve diğer ödemeler suretiyle gerçekleştiği belirtilmektedir. Doğrudan fiyat ayrımcılığı ise hakim durumdaki firmanın müşterilerine, indirimler veya ödemeler olmaksızın, doğrudan farklı fiyatlar vermesi olarak tanımlanmaktadır.

Buna göre doğrudan ayrımcılık eylemleri üç grup altında incelenmektedir. 1. derece fiyat ayrımcılığında hakim durumdaki firma, ürünü müşterinin vereceği fiyattan satar. Bu durumda müşteri sayısı kadar ve müşterilerin alım güçleri ile orantılı olarak farklı fiyat ortaya çıkar. İkinci derece fiyat ayrımcılığında hakim durumdaki firma ürünü miktara göre fiyat belirleyerek satar ama tüm alıcılardan sabit bir ücret alır. Üçüncü derece fiyat ayrımcılığında ise hakim durumdaki firma farklı alım gücüne sahip müşteri grupları için farklı fiyatlar belirler. Bu durumda genellikle bir indirimli, bir de tam olmak üzere iki fiyat olacaktır. Kanımızca farklı müşteri gruplarına veya bölgelere farklı fiyat uygulanmasının kötüye kullanma teşkil edebilmesi için,

<sup>120</sup> GÖRGÜLÜ Ü. (2003), *Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Kapsamında Fiyat Ayrımcılığı Uygulamaları*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi, No: 32, s. 11.

söz konusu müşteriler veya bölgeler arasındaki arbitraj imkanının engellenmiş olması gerekmektedir<sup>121</sup>.

Doktrinde ayrımcılığın hem birinci seviye hem de ikinci, üçüncü ve dördüncü seviye zarara neden olduğu ifade edilmektedir. Birinci seviye zarara neden olan ayrımcılık örneği olarak yıkıcı veya seçici fiyatlamayla indirim sistemleri gösterilmektedir. Buna göre ayrımcı fiyatlama nedeniyle hakim durumdaki teşebbüsün rakipleri pazardan dışlanmaktadır. İkinci ve müteakip seviye zarara neden olan ayrımcılıktan da hakim durumdaki teşebbüsün müşterilerine farklı fiyatlar vererek bunların arasındaki rekabeti bozması anlaşılmaktadır. Böyle bir eylem nedeniyle alıcılar arasındaki rekabet bazılarının avantajına olacak şekilde bozulmakta ve avantajlı koşullarla alım yapamayan müşteriler pazardan dışlanmaktadır<sup>122</sup>.

### 1.3. 6 (b) Kapsamında Fiyat Ayrımcılığının Koşulları

4054 sayılı Kanun'un 6 (b) hükmü incelendiğinde, ayrımcılık tanımının ortaya koyulmadığı görülmektedir. İlgili madde yalnızca "*eşit durumdaki alıcılara aynı ve eşit hak, yükümlülük ve edimler için farklı şartlar ileri sürerek, doğrudan veya dolaylı olarak ayrımcılık yapılmasını*" yasaklamaktadır.

Bir fiyat ayrımcılığı eyleminin 6 (b) kapsamında değerlendirilebilmesi için iki koşul olduğu görülmektedir. Bunlar, alıcıların ve işlemlerin eşit olması ve alıcılara eşit işlemler için farklı şartlar ileri sürülmesidir. Ancak uygulamada, Avrupa Topluluğu kararları dikkate alınarak, uygulanan farklı koşullar nedeniyle alıcılardan bazılarının diğerlerine nazaran rekabette dezavantajlı konuma düşürülmesi ve eylemin objektif haklı gerekçelerinin bulunmaması şartlarının da göz önünde bulundurulduğu görülmektedir<sup>123</sup>.

Rekabet Kurulu'na göre, fiyat ayrımcılığı, piyasada rekabet ortamı üzerinde satıcı seviyesinde veya alıcı seviyesinde etkide bulunabilir. Bir teşebbüsün rakipleri üzerinde olumsuz etkiler yaratacak şekilde ayrımcılık yapması halinde, eylemin satıcı seviyesinde rekabet ihlali oluşturması söz konusudur. Öte yandan fiyat ayrımcılığının alıcıların faaliyet gösterdiği alt pazardaki rekabet koşullarını olumsuz etkilemesi halinde, bu durumun ikinci seviyede zarara neden olan fiyat ayrımcılığı teşkil ettiği ifade edilmektedir<sup>124</sup>.

Rekabet Kurulu, eylemin alıcılar seviyesinde fiyat ayrımcılığına neden olarak rekabeti sınırlandırmış olup olmadığını incelediği bir kararda, ayrımcılık uygulamasından bahsedilebilmesi için üç şartın bulunması gerektiğini

<sup>121</sup> Görgülü 2003, s. 11- 15.

<sup>122</sup> Görgülü 2003, s. 10- 28.

<sup>123</sup> Rekabet Kurulu'nun 99-46/500-316 sayılı, 11.10.1999 tarihli kararı.

<sup>124</sup> Rekabet Kurulu'nun 05-36/453-106 sayılı, 26.05.2005 tarihli kararı.

belirtmiştir. Bunlar, ayrımcı uygulamada bulunan teşebbüslerin birbirinin rakibi olması, eşit ticari işlemlere farklı fiyat uygulanması ve uygulamanın alıcı konumundaki rakiplerden birinin diğerine karşı rekabette dezavantajlı konuma getirilmesidir<sup>125</sup>.

Kurul kararları incelendiğinde, alıcıların veya işlemlerin eşit olması için bunların hakim durumdaki firma üzerindeki maliyetlerinin eşit olması gerektiği anlaşılmaktadır. Ancak Kurul'un işlemlerin eşit olup olmadığına yeterince analiz yapmaksızın karar verdiği düşünülmektedir<sup>126</sup>.

Alıcılardan bazılarının diğerlerine göre rekabette dezavantajlı konuma düşmesi şartının da aranması nedeniyle, aslında 6 (b) hükmünün uygulama alanı ikinci seviye zarara neden olan eylemler ile sınırlı olmaktadır ve farklı koşullar uygulanan alıcıların arasında rekabet ilişkisi olması gerekmektedir. Nitekim Rekabet Kurulu bir kararında 6 (b) hükmünün birinci seviye zarara neden olan eylemleri değil, yalnızca ikinci seviye zarara neden olan eylemleri kapsamına aldığını belirtmiştir<sup>127</sup>. Ancak Kurul'un bu hususu tüm kararlarında göz önünde bulundurmadığı ve 6 (b) hükmünü birinci seviye zarara neden olan eylemlere de uygulayabilmektedir<sup>128</sup>. Nihayet rekabette dezavantajlı konuma düşme şartının ise, diğer koşulların mevcut olması durumunda, otomatik olarak yerine geldiğinin varsayıldığı görülmektedir. Şöyle ki Kurul diğer şartlar yerine geldiğinde, eylemin etkilerini yeterince incelemeksizin, eylem nedeniyle alıcılardan bazılarının diğerlerine nazaran rekabette dezavantajlı konuma düştüğü sonucuna varmaktadır<sup>129</sup>.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, rekabette dezavantajlı konuma düşme şartı, 6 (a, d, e) çerçevesinde ortaya koyulması gereken pazardan dışlanma şartına göre daha düşük bir ispat standardı gerektirmektedir. Dolayısıyla, 6 (b) hükmünün birinci ve ikinci seviye zarara neden olan dışlayıcı eylemlere uygulanması durumunda, aslında kötüye kullanma teşkil etmeyen bir eylemin yasaklanması söz konusu olabilecektir.

Yukarıdaki açıklamalardan da görüleceği üzere Rekabet Kurulu fiyat ayrımcılığı eylemlerinin kötüye kullanma teşkil etmesi için, alıcılar arasındaki arbitraj imkanının sınırlandırılmış olmasını ayrı bir koşul olarak göz önünde bulundurmamaktadır. Bu güne kadar yalnızca bir kararda, örtülü bir şekilde arbitraj imkanının engellenmiş olmasının ihlal kararı verilmesinde etkili olduğu

<sup>125</sup> Ibid.

<sup>126</sup> Rekabet Kurulu'nun 09-16/374-88 sayılı, 20.04.2009 tarihli kararı.

<sup>127</sup> Rekabet Kurulu'nun 08-61/996-388 sayılı, 30.10.2008 tarihli kararı.

<sup>128</sup> Örneğin Rekabet Kurulu'nun 01-35/347-95 sayılı, 20.07.2001 tarihli kararı.

<sup>129</sup> Örneğin Rekabet Kurulu'nun 09-16/374-88 sayılı, 20.04.2009 tarihli kararı.

görülmektedir<sup>130</sup>. Oysa, daha önce de belirtmiş olduğumuz üzere, fiyat ayrımcılığı eylemlerinin kötüye kullanma teşkil edebilmesi için alıcılar arasındaki arbitraj imkanının engellenmiş olması gerekmektedir.

#### 1.4. Fiyat Ayrımcılığının Refah Üzerindeki Etkileri

Genellikle Rekabet Kurulu kararlarında fiyat ayrımcılığının refah üzerindeki etkilerine ilişkin değerlendirmeler bulunmamakla birlikte, Kurul kararlarından birinde -bizim de çalışmamızda faydalandığımız, *Geradin ve Petit* 'in makalesine atıfta bulunarak- konuya ilişkin açıklamalarda bulunulmuştur<sup>131</sup>. Buna göre, fiyat ayrımcılığı amaçları ve rekabet üzerindeki etkileri farklı, çok çeşitli eylem biçimleri olarak karşımıza çıkabilmektedir.

Rekabet hukuku analizlerinde bu tür eylemlerin rekabete aykırı etkilerinin sınıflandırılmasının kolay olmadığı belirtilmektedir. Ayrıca, kararda fiyat ayrımcılığının refah üzerindeki etkilerinin belirsiz olduğu ifade edilmektedir. Buna göre, fiyat ayrımcılığı, bazı durumlarda, toplam çıktı miktarını artırarak toplumsal refahı arttırabilmektedir. Ayrıca sağlayıcının fiyat ayrımcılığı uygulamalarının *per se* yasaklanmasının, alt pazardaki alıcıların rekabetçi davranışlarının koordinasyonuna da yol açabileceği belirtilmektedir. Bu nedenle, fiyat ayrımcılığının, kesin bir şekilde refahı artırdığının veya azalttığının peşinen söylenemeyeceği belirtilmektedir. Diğer yandan fiyat ayrımcılığı analizlerinde tüketici refahı standardının mı, yoksa toplam refah standardının mı seçilmesi gerektiği konusunda mevcut belirsizliğin, kesin yargılara varılmasını daha da zorlaştırdığı ifade edilmektedir. Buna göre, 4054 sayılı Kanun da konuya ilişkin açıklık getirmemektedir.

Karara göre, 4054 sayılı Kanun, mehz ABİA'nın 102 (c) maddesinden farklı olarak, rekabette dezavantajlı konuma düşürme şartını aramamaktadır. Ancak, bu durumun yalnızca eşit durumdaki alıcılara, farklı fiyat uygulanmasının ihlal için yeterli olduğu anlamına gelmediği ifade edilmektedir. Bu çerçevede ayrımcılık eylemlerinin hangi durumlarda rekabeti sınırlandıracağına ortaya koyulması gerektiği belirtilmektedir.

Kararda, dikey entegre olmayan hakim durumdaki sağlayıcıların, alt pazardaki rekabeti bozma veya bir alıcıyı diğerine göre avantajlı duruma getirme motivasyonunun bulunmadığına dikkat çekilmiştir. Buna göre, alt pazardaki etkin rekabet için doğası gereği sağlayıcının da lehinedir. Çünkü ancak bu durumda ürünler etkin olarak dağıtılacak ve azami satış miktarına ulaşılabilecektir. Yapılan ayrımcılık sonucunda bazı oyuncuların pazar dışına itilmesi veya suni olarak pazar gücü elde etmesi, bu pazarda artık daha düşük yoğunlukta bir

<sup>130</sup> Rekabet Kurulu'nun 99-46/500-316 sayılı, 11.10.1999 tarihli kararı.

<sup>131</sup> Rekabet Kurulu'nun 08-61/996-388 sayılı, 30.10.2008 tarihli kararı.



rekabet olacağı anlamına gelecektir. Bunun yanında, alt pazarda yaşanacak bir yoğunlaşma, sağlayıcının alıcılar karşısındaki pazarlık gücünü düşürebilecektir. Kurul'a göre bu durum, aslında Avrupa Birliği Komisyonu'nun ikinci seviye fiyat ayrımcılığına müdahale etmekteki isteksizliğinin nedenini de ortaya koymaktadır. Kararda Komisyon ve Topluluk mahkemelerinde konuya ilişkin kararların çoğunun, gerçek anlamda fiyat ayrımcılığı sayılmayan, vatandaşlık temelinde ayrımcılığa veya ulusal pazarları, uluslar arası ve/veya yerel olmayan pazarlar karşısında avantajlı konuma getirmeyi hedefleyen eylemlere ilişkin olduğu belirtilmektedir.

Kararda zorunlu unsur sahibi dikey entegre firmaların ikinci seviye fiyat ayrımcılığında bulunmak konusunda daha fazla motivasyonlarının bulunabileceği dile getirilmiştir.

Buna göre dikey entegre firmalar, alt pazarda faaliyet gösteren kendi yavru şirketleri lehine ayrımcılıkta bulunarak, alt pazardaki rakiplerini pazardan dışlama eğilimi gösterebilirler. Ancak Kurula göre, bu gibi durumlarda dahi, ayrımcı uygulamaların per se biçimde rekabete aykırı etkilerinin mevcut olduğu iddia edilemez. Dolayısıyla somut olayın şartları göz önünde bulundurularak eylemin pazardaki etkilerinin araştırılması gerekir.

Yine aynı kararda fiyat ayrımcılığı unsuru içeren eylemin birinci seviye zarara neden olduğu gerekçesiyle yasaklanabilmesi için sadece eşit alıcılara farklı koşullar uygulandığının ortaya koyulması yeterli değildir. Ayrıca, eylem nedeniyle rakiplerin pazardan dışlandıklarının, bir başka ifade ile eylemin dışlayıcı etkilerinin mevcut olduğunun, gösterilmesi gerekmektedir. İlgili kararda alıcıların birbirleriyle ve hakim durumdaki firma ile rekabet ilişkisi içerisinde olmadıkları, bu nedenle eylemin herhangi bir pazarda, bir başka deyişle, birinci veya ikinci seviye zarara neden olan, rekabeti sınırlayıcı etkilerinin mevcut olmadığı ifade edilmiştir.

### **1.5. Rekabete Aykırı Fiyat Ayrımcılığı Eylemleri** **Dışlayıcı mıdır Yoksa Sömürücü mü?**

6 (b) hükmünün lafzı incelendiğinde, mehaz 102 (c)'nin aksine, farklı koşullar uygulanan alıcıların aralarında açıkça bir rekabet ilişkisinin aranmadığı görülmektedir. Dolayısıyla ilgili maddenin doğrudan tüketicileri hedefleyen, sömürücü eylemler bakımından uygulanmasının önünde herhangi bir engel bulunmadığı düşünülmektedir. Nitekim doktrinde, doğrudan fiyat ayrımcılığına ilişkin verilen örnekler incelendiğinde, bunların nihai tüketicilere sunulan fiyatlarla ilgili olduğu görülmektedir.

Küçük bir kasabada, hastalarının alım gücüne göre fiyat veren bir doktor veya fiyatlarını bireysel pazarlık yöntemi ile oluşturan yol kenarında meyve

satan esnaf birinci derece fiyat ayrımcılığına örnek verilmektedir. İkinci derece fiyat ayrımcılığına ise kamu hizmetleri örnek gösterilmektedir. Bu çerçevede, tüketicilerin elektriği alım miktarlarına göre bedellendirilmesi ve yüksek miktarlarda alım yapan tüketicilere indirim yapılması örnek verilmektedir. Yine süpermarketlerde aile boyu ürünlerin, normal boy ürünlere kıyasla daha ucuza satılması ikinci derece fiyat ayrımcılığı örneğidir. Öğrenciler için indirimli tiyatro bileti satılması, yaşlılar ve öğrenciler için toplu taşıma ücretlerinin düşük olması, süreli yayınların kütüphaneler ve bireysel müşteriler için farklı üyelik ücretleri uygulaması gibi uygulamalar ise üçüncü seviye fiyat ayrımcılığı örnekleri olarak ortaya koyulmaktadır<sup>132</sup>.

Tüm bu örneklerin ortak noktası, hakim durumdaki teşebbüsler tarafından doğrudan tüketicilere yapılan satışlarla ilgili olmalarıdır. Kanımızca bu durum, 6 (b)'nin doğrudan tüketicileri hedefleyen sömürücü fiyat ayrımcılığı eylemlerine de uygulanabileceği biçiminde yorumlanmalıdır. Aksi takdirde ilgili hükmün herhangi bir uygulama alanının bulunmadığı sonucuna varılacaktır. Şöyle ki, 6 (b) kapsamına dışlayıcı eylemler girmediğine göre, yalnızca geriye kalan sömürücü eylemler bu kapsamda incelenebilecektir. Ancak hakim durumdaki firmanın alıcılarının nihai tüketiciler olmaması durumunda ise alıcıların rekabet ilişkisi içerisinde olmaları şartının aranması gerektiği düşünülmektedir.

Nitekim Rekabet Kurulu bir kararında ayrımcılık eylemlerinin hem dışlayıcı hem de sömürücü olabileceğini ifade etmiştir<sup>133</sup>. Doktrinde de ayrımcılığın hem dışlayıcı hem de sömürücü kötüye kullanmaya neden olabileceği belirtilmekte ancak dışlayıcılık etkisinin daha önemli olduğu ifade edilmektedir. Sömürücü kötüye kullanmalar esas olarak rekabeti bozucu olmayan kötüye kullanmalar olarak nitelendirilmektedir. Buna göre sömürücü eylemlerle aslında pazardaki rekabetçi yapıya zarar verilmemektedir. Bu eylemler yasaklanarak, hakim durumdaki firmanın sağlayıcılarına ve tüketicilere zarar vermesi önlenmeye çalışılmaktadır. Sömürücü eylemlere örnek olarak aşırı fiyat, farklı fiyat ve haksız şartlar uygulanması gösterilmektedir. Sömürücü eylemlerin kötüye kullanma olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceğinin bir politika tercihi olduğu belirtilmektedir. Ayrıca bu nitelikli eylemlerin normal piyasa işleyişinden kaynaklanması durumunda kötüye kullanma olarak nitelendirilmemesi gerektiği ifade edilmektedir. Bir başka ifade ile, sadece hakim durumdaki teşebbüsün fiyat ayrımcılığı yapabilmek için piyasayı suni

<sup>132</sup> GCLC Research Papers, s. 108- 110.

<sup>133</sup> Rekabet Kurulu'nun 05-12/137-50 sayılı, 03.03.2005 tarihli kararı.

biçimde yeniden düzenlenmesi durumunda eylemin ihlal kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmektedir<sup>134</sup>.

Yukarıda ifade edildiği gibi sömürücü kötüye kullanma eylemlerinin değerlendirilmesi rekabet politikasının sorunudur ve rekabet hukukunun amaçlarıyla ilintilidir. Kanımızca rekabet hukukunun nihai amacının rakipliğin veya rekabetçi sürecin korunması olduğu durumlarda dışlayıcı kötüye kullanma eylemlerinin daha ağır ihlaller olduğu ileri sürülebilir. Oysa rekabet hukukunun nihai amacının tüketici refahının artırılması olarak benimsenmesi halinde, sömürücü kötüye kullanmaların daha ağır ihlaller olduğunun kabulü gerekir. Keza sömürücü eylemler doğrudan tüketici refahının azalmasına neden olmaktadır.

Kanımızca dışlayıcı eylemler, sömürücü eylemlere kıyasla rekabete ve dolayısıyla tüketici refahına daha az zarar vermektedir. Şöyle ki aslında her dışlayıcı eylem rakipleri dışlayarak pazarda tek firma hakimiyetini oluşturmak ve tekel karı elde edebilmek amacıyla gerçekleştirilmektedir. Bu da fahiş fiyat uygulamasıyla veya fiyat ayrımcılığı yoluyla tüm tüketici artışının tekelci teşebbüse aktarılması anlamına gelmektedir. Nitekim Komisyon'un da dışlayıcı eylemlere öncelik vermesinin sebebi, rekabet uygulamasının önleyici etkisiyle izah edilebilir. Komisyon'a göre rekabet kurallarının pazardaki rekabet tam olarak bozulmadan devreye sokulması önemlidir, çünkü bir kez rekabet ortadan kalktığında tekrar canlandırılması oldukça zor ve maliyetlidir. Bir başka ifade ile Komisyon dışlayıcı eylemlere müdahale ederek, hakim durumdaki teşebbüslerin tekel veya süper dominant hale gelmelerini ve sömürücü eylemlerde bulunmalarını önlemeye çalışmaktadır<sup>135</sup>. Dolayısıyla doktrindeki ayrımcılık eylemlerinin dışlayıcı etkilerinin, sömürücü etkilerine nazaran daha önemli olduğu görüşüne katılmamaktayız.

İlerleyen bölümlerde 6 (b) maddesinin uygulandığı Kurul kararlarından örnekler incelenecektir. Çalışmamız sistematiği çerçevesinde, öncelikle birinci seviye zarara neden olan eylemlerle ilgili kararlar, ardından ikinci seviye zarara neden olan eylemlerle ilgili kararlar ve son olarak sömürücü eylemlerle ilgili kararlar ele alınacaktır. Nihayet çalışmamız, kısa bir değerlendirme bölümü ile sona erecektir.

<sup>134</sup> Görgülü 2003, s. 37- 40.

<sup>135</sup> Speech/05/537, Neelie Kroes, Preliminary Thoughts on Policy Review of Article 82, s. 3. <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/05/537>, Erişim Tarihi: 09.12.2010

## 2. 4054 SAYILI KANUN'UN 6 (b) HÜKMÜNÜN UYGULANDIĞI ÖRNEK KURUL KARARLARI

### 2.1. Birinci Seviye Zarara Neden Olan Eylemler

### 2.2. İndirim Sistemleri

İndirim alan müşterilerin diğerlerine göre daha düşük fiyat ödemesi nedeniyle, indirim sistemlerinin fiyat ayrımcılığı unsuru içerdiği görülmektedir. Topluluk uygulamasında maliyet etkinliği yaratan ve daha fazla ürün satılmasını sağlayan indirimlerin ayrımcı sayılmayacağı belirtilmekteyse de, Rekabet Kurulu'nun indirimlerin maliyet etkinliği yaratıp yaratmadığını tüm kararlarında göz önünde bulundurmadığı görülmektedir. Genellikle Kurul'un, indirim sisteminin ayrımcı olup olmadığına karar verirken, indirim şartlarının objektif olup olmadığını ve tüm alıcılara eşit bir biçimde uygulanıp uygulanmadığını göz önünde bulundurduğu anlaşılmaktadır. Nitekim Rekabet Kurulu bir kararında, sadakat indirimlerinin yatay seviyede dışlayıcı etkileri nedeniyle rekabete aykırı olduğunu belirttiği halde, bunların aslında bir fiyat ayrımcılığı türü olduğunu belirtmiştir<sup>136</sup>. Kanımızca bu tür eylemlerin fiyat ayrımcılığı olduğunun değil, fiyat ayrımcılığı unsuru içerdiklerinin belirtilmesi daha doğrudur.

Kurul *Microsoft* kararında uygulanan indirim sisteminin rekabeti bozucu etkisinin tespit edilememesi nedeniyle soruşturma açılmasına gerek görmemiştir<sup>137</sup>. Kararda yer alan bilgilerden, *Microsoft* firmasının müşterilerine beş farklı indirim sunduğu anlaşılmaktadır ancak bu indirimlere ilişkin ayrıntılı bilgi ve değerlendirme bulunmamaktadır. Kararda sisteme katılım şartlarının açık ve objektif olması nedeniyle miktar indiriminin kötüye kullanma olarak değerlendirilemeyeceği belirtilmiştir. Diğer indirimlere ilişkin de sisteme katılımın serbest olması, ürünlerinin satılmasında destekleyici olarak kullanılması, indirim sadece kendi ürünlerini satan alıcılara ödenmemesi ayrıca baskı aracı olarak kullanılmaması nedenleriyle sistemin ihlal teşkil etmediğine karar verilmiştir. Söz konusu kararda "indirim sistemlerine katılım şartlarının açık ve objektif olması sebebiyle" eylemin kötüye kullanma teşkil etmediği belirtilmiştir. Bu durum kanımızca indirim sisteminin müşterilere ayrımcı uygulanmaması sebebiyle ihlal niteliği bulunmadığı sonucuna varıldığına işaret etmektedir.

Bir diğer karara göre, *Ülker*'in uyguladığı artan oranlı indirim sisteminde tüm ürün grupları için tek bir indirim uygulanması yerine, her bir ürün grubu için ayrı indirim uygulanmıştır<sup>138</sup>. Kurul bu durumun, bir pazardaki

<sup>136</sup> Rekabet Kurulu'nun 03-06/59-21 sayılı, 23.01.2003 tarihli kararı.

<sup>137</sup> Rekabet Kurulu'nun 05-53/809-219 sayılı, 01.09.2005 tarihli kararı.

<sup>138</sup> Rekabet Kurulu'nun 05-38/487-116 sayılı, 02.06.2005 tarihli kararı.

pazar gücünün diğer pazara aktarılmasını engelleyeceğine, dolayısıyla indirim sisteminin dışlayıcı etkisini azalttığına karar vermiştir. Ülker'in pazar payının yüksek olduğu ürünlerde standart indirim hedeflerinin bulunduğu ve ayrıca alıcıların daha fazla Ülker ürünü satmak yönünde bir baskı hissetmedikleri gerekçesiyle sistemin kötüye kullanma olmadığına hükmedilmiştir<sup>139</sup>. İlgili kararda uygulanan indirimlerin tüm dağıtıcılar için aynı oranda belirlenmiş olmasının, yani ayrımcı olmamasının, sistemin rekabete aykırı bulunmamasında dikkate alınan en önemli kriter olduğunu düşünmekteyiz.

*Amadeus* kararında ise ilgili firmanın acentelerine münhasırlık karşılığı indirim vermesi söz konusudur<sup>140</sup>. İndirim sisteminin pazarın küçük bir bölümünü kapsadığı, ayrıca acentelerin bu durumu kendi istekleriyle kabul ettikleri gerekçeleriyle Kurul soruşturma açılmasına gerek görmemiştir. Kurul'a göre eylem *Amadeus*'un pazardaki rakiplerinin faaliyetlerini zorlaştırmamakta ayrıca mevcut acenteler arasında ayrımcılığa neden olmamaktadır. Ancak karara göre eylem nedeniyle potansiyel rekabetin sınırlandırılması riski bulunmaktadır. Bu nedenle münhasırlık karşılığı verilen teşviklerin Kanun'un 6. maddesine aykırı olduğuna ve sözleşmeden çıkarılması gerektiğine hükmedilmiştir. Bu kararda münhasırlık karşılığı verilen indirimleri "per se" ihlal kabul edilmesi doktrinde eleştiri konusudur<sup>141</sup>. Benzer bir yaklaşıma Kurul'un dikey anlaşmalara ilişkin muafiyet kararlarında da rastlandığı ifade edilmektedir<sup>142</sup>. Söz konusu kararlarda da münhasırlık karşılığı verilen indirimlerin fiili münhasırlık olarak değerlendirildiği ve bu tür teşvikler içeren anlaşmaların bireysel muafiyetten yararlandırılmadığı belirtilmektedir<sup>143</sup>. Kanımızca bu tür indirimlerin "per se" yasaklanması yerine pazardaki etkilerinin araştırılması daha doğrudur. İlgili karardan da anlaşıldığı üzere Kurul indirim sistemlerinin rekabete aykırı olup olmadığını değerlendirirken uygulamanın aynı zamanda müşteriler arasında ayrımcılığa neden olup olmadığını da incelemektedir.

### 2.3. Münhasır Dağıtım

Rekabet Kurulu bazı kararlarında, tıpkı *United Brands* kararında olduğu gibi, hakim durumdaki bir sağlayıcının, rakiplerini pazardan dışlamak amacı ile bayilerine rakip ürün satmama şartı getirmesini, rakip ürün satan bayilerini cezalandırmak için söz konusu bayiler ile sözleşmelerini feshetmesini veya

<sup>139</sup> KOCABAŞ, B. (2008), *İndirim Sistemleri ve Rekabet: Tek Taraflı Davranışlar Açısından Bir Değerlendirme*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No:90, Ankara, s. 83, 84.

<sup>140</sup> Rekabet Kurulu'nun 08-01/6-5 sayılı, 03.01.2008 tarihli kararı.

<sup>141</sup> Kocabaş 2008, s. 84.

<sup>142</sup> Rekabet Kurulu'nun 07-70/864-327 sayılı, 10.09.2007 tarihli ve 07-70/863-326 sayılı, 10.09.2007 tarihli kararları.

<sup>143</sup> Kocabaş 2008, s. 85.

farklı caydırıcı metotlar uygulamasını 6'ncı madde kapsamında kötüye kullanma olarak değerlendirmiştir.

Örneğin Kurul, *Birleşik Basın Dağıtım AŞ, Biryay ve Yaysat*'ın bayilerinin rakip bir dağıtım şirketi aracılığı ile dağıtılan *Star Gazetesi*'ni satmalarını engellemesini, *Star Gazetesi* satan bayileri ile ilişkilerini sona erdirmesini ve söz konusu bayilere dağıtımını yaptıkları yayınları vermeyi kesmelerini 6'ncı maddenin ihlali olarak değerlendirmiştir<sup>144</sup>. Kurul, söz konusu kararda bayilere mal verilmesinin kesilmesi veya fiyat ayrımcılığında bulunulması nedeni ile değil, eylem neticesinde pazara rakip bir dağıtım şirketinin girmesinin engellenmesi sebebiyle ilgili teşebbüslerin cezalandırılmasına karar vermiştir<sup>145</sup>.

Kurul, bir başka kararında ise, *Turkcell*'in düzenlediği kampanyalar çerçevesinde cep telefonu distribütörleri ile münhasır çalıştığı ve bunları kendisine bağımlı konuma getirdiği, bu distribütörlerin rakip Telsim ile benzer kampanyalar yapmasını ve distribütörlere ait cihazların rakip operatör hattı ile satılmasını engellediği, dolayısıyla *Telsim*'in piyasadaki faaliyetlerini zorlaştırdığı, bu nedenle eylemin Kanun'un 6. maddesinin (a) bendinde aykırı olduğuna hükmetmiştir.

Ayrıca Kurul'a göre *Turkcell*, kendisi ile münhasır çalışan distribütörler lehine ayrımcılıkta bulunarak, rakip ürün (*Telsim*) satan distribütörlerin satış destek primlerini kaldırmış ve bunların rekabette dezavantajlı konuma gelmelerine neden olmuştur. Kararda bu durumun Kanun'un 6. maddesinin (b) bendini ihlal eden bir fiyat ayrımcılığı olduğu belirtilmektedir.

Nihayet *Turkcell*, *GSM* hizmetleri pazarındaki hakim durumunu, kendisi ile ekonomik birlik içinde olan *KVK Mobil Telefon Sistemleri AŞ*'nin *GSM* cep telefonu pazarındaki durumunu güçlendirmek için kullanarak ve bu pazarda *KVK*'nın rakibi durumunda olan distribütörler aleyhine rekabeti kısıtlayarak, Kanun'un 6. maddesinin (d) bendini ihlal etmiştir.

Görüldüğü gibi kararda, *Birleşik Dağıtım AŞ, Biryay ve Yaysat* kararından farklı olarak, *Turkcell*'in *Telsim*'i piyasadan dışlamak için bayilerine rekabet yasakları getirmesi ve *Telsim* ürünleri satan bayilerin satış destek primlerini kesmek sureti ile cezalandırması hakim durumun fiyat ayrımcılığı ve

<sup>144</sup> DEMİRÖZ A. (2009), "Sözleşme Yapmayı Reddetme Bağlamında Hakim Durumdaki Teşebbüslere Getirilen Yükümlülüklerin Sınırları", *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu VII*, s.366. <http://www.rekabet.gov.tr/dosyalar/belgeler/belge439/erciyes.pdf>, Erişim Tarihi: 09.12.2010

<sup>145</sup> ASLAN, E. F. (2009), "AB 82. Madde Reform Çalışmaları Işığında Mal Vermeyi Reddetme ve Benzeri İhlallerden Ayrılması", *Legal Fikri ve Sınai Haklar Dergisi*, Sayı:16, s. 885- 887.

mal vermenin reddi sureti ile kötüye kullanılması olarak değerlendirilmiştir. Söz konusu değerlendirme yapılırken *United Brands* kararının göz önünde bulundurulduğu görülmektedir. Ancak Kurul ilgili kararda, ABAD'ın *United Brands* kararında oldukça eleştirilen yaklaşımını tekrarlamıştır. Buradaki kötüye kullanma eyleminin mal vermenin reddi değil, bayilerin münhasırlığa zorlanması yolu ile piyasanın rakip teşebbüse kapatılması olduğu düşünülmektedir<sup>146</sup>.

Kararda mal vermenin reddi ile karıştırılabilecek nitelikte olan eylemin, *Turkcell*'in kendi ekonomik bütünlüğü içerisinde olan dağıtım şirketi lehine ayrımcılıkta bulunarak, diğer *Turkcell* dağıtıcıları ile arasındaki rekabet ilişkisini bozması olduğu kanısındayız. Şöyle ki, *Turkcell* hem üst pazar olan GSM hat üretimi pazarında, hem de alt pazar olan söz konusu hatların dağıtım pazarında faaliyet göstermektedir. Ayrıca firma hat talep eden alt pazardaki rakiplerine, ilgili ürünleri daha dezavantajlı koşullarla (deprem vergisini de içerdiğinden daha pahalı) sağlamıştır. Kanımızca *Turkcell*'in bu tutumu zımni red olarak değerlendirilebilecektir. Ancak dağıtıcı şirketlerin pazarda faaliyet gösterebilmeleri için, *Turkcell* hatlarının tek alternatifleri olmaması, dolayısıyla söz konusu hatların dağıtıcılar için vazgeçilmez olmaması nedeniyle, ilgili eylemin mal vermeyi reddetme suretiyle hakim durumun kötüye kullanılması sayılmaması gerektiği kanaatindeyiz<sup>147</sup>.

Benzer bir değerlendirmeye *Siemens* kararında da rastlanmaktadır. İlgili kararda hakim durumdaki firmanın müşterilerini servis hizmetini kendisinden alanlar ve almayanlar biçiminde iki gruba ayırdığı ve servis hizmetini rakip sağlayıcılardan temin eden alıcılarına yüksek fiyattan yedek parça satışında bulunarak ayrımcılıkta bulunduğu ifade edilmiştir. Rekabet Kurulu uygulamanın müşterilerin sömürülmesine neden olduğuna ve en çok kullanılan yedek parçaların fiyatlarının internette yayınlanması gerektiğine karar vermiştir.

Kurul'a göre ilgili eylem ve talep edildiği halde rakip servis sağlayıcılarına (bağımsız servisler) da yedek parça fiyatlarının bildirilmemesi, alt pazardaki rakip bağımsız servisler aleyhine ayrımcılık teşkil etmektedir ve ilgili firmaların pazardan dışlanmasına neden olmaktadır. Bu nedenden dolayı Kurul, rakip servis sağlayıcılarına, talepleri halinde, üç iş günü içerisinde, ilgili yedek parça fiyatlarının bildirilmesi gerektiğine karar vermiştir.

Kararda müşterilere farklı fiyatlar uygulanmasının ihlal teşkil etmediği belirtilmektedir. Buna göre rekabete aykırı eylem, *Siemens*'in bağımsız servis sağlayıcılarının müşterilerine, sırf bu nedenle farklı fiyat uygulamasıdır. Bir

<sup>146</sup> Demiröz 2009, s. 368.

<sup>147</sup> Rekabet Kurulu'nun 01-35/347-95 sayılı, 20.07.2001 tarihli kararı.

başka ifade ile teknik servis hizmetini rakip firmadan alan müşterilerin caydırılması veya cezalandırılmasıdır. Ancak kararda ayrımcılık eyleminin rekabeti sınırlandırabilmesi için sistematik olması gerektiği, olayda bu şart yerine gelmediği için eylemin ihlal teşkil etmediği belirtilmiştir.

Kanımızca ilgili eylemin, dikey entegre firmanın, ikinci seviye zarara neden olan, dışlayıcı nitelikli bir fiyat ayrımcılığı olduğu tespiti isabetli değildir. Şöyle ki, hakim durumdaki firma müşterileri arasında ayrımcılıkta bulunmaktadır, bir başka ifade ile firmanın servis sağlayıcı rakiplerine yönelik ayrımcı bir eylemi bulunmamaktadır. İlgili olayda da tıpkı, diğer örneklerde olduğu gibi, rakiplerin pazardan dışlanması amacıyla, alıcıların münhasırlığa zorlanmasının söz konusu olduğu düşünülmektedir<sup>148</sup>.

#### 2.4. Seçici Fiyatlama

Seçici fiyatlama eylemleri de ayrımcılık unsuru içermeleri nedeniyle zaman zaman fiyat ayrımcılığı kuralları çerçevesinde değerlendirilebilmektedir. Ancak Kurul konuya yaklaşımının, tıpkı Komisyon'un ki gibi daha temkinli olduğu görülmektedir. Bir başka ifade ile seçici fiyatlama eylemlerinin 6 (b) kapsamında değerlendirildiği fazla sayıda Kurul kararı bulunmamaktadır. Kurul'un bir kararında, *Turkcell* tarafından *Vodafone* müşterileriyle ilgili elde edilen ve trafik verilerinin işlenmesiyle sağlanan bilgilerin, tele-pazarlama yönteminde kullanılarak, *Turkcell* aboneleri karşılığında, *Vodafone* müşterilerine, belirli bir süre için, düşük fiyat tarifesi teklif edilmesi, ücretsiz cep telefonu verilmesi gibi uygulamaların, aboneler arasında ayrımcılığa ve seçici fiyatlamaya neden olduğu belirtilmiştir. Kurul, Telekomünikasyon Kurumu'nun ilgili teşebbüslere sektöre özgü mevzuattan kaynaklanan yükümlülükleri uyarınca bu eylemlerine son vermeleri gerektiği bildirmiş olması sebebiyle şikayeti reddetmiştir<sup>149</sup>. İlgili karar Kurul'un sektör spesifik regülasyon bulunan durumlarda eyleme müdahale etmeme yaklaşımını yansıması bakımından da önem taşımaktadır.

#### 2.5. Bağlama ve Paketleme

Bağlama ve paketleme eylemlerinin de fiyat ayrımcılığı unsuru içermeleri nedeniyle, Topluluk Kurumları tarafından, 102 (c) hükmü kapsamında

<sup>148</sup> Rekabet Kurulu'nun 10-23/326-114 sayılı, 16.03.2010 tarihli kararı.

<sup>149</sup> Rekabet Kurulu'nun 08-34/453-159 sayılı, 20.5.2008 tarihli kararı. Temyiz sürecinde ilgili kararın Danıştay 13. Dairesi tarafından yürütmesi durdurulmuş, Kurul tarafından yapılan itiraz da Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu tarafından reddedilmiştir. Bunun üzerine Kurul aynı konuya ilişkin yeni bir karar almıştır. Ancak BTK tarafından işletmecilerin telekomünikasyon mevzuatından kaynaklanan yükümlülükleri uyarınca bu eylemlerine son vermeleri gerektiğini bildirdiği için şikayet reddedilmiştir. Danıştay İDDK, E.2009/152 E. Sayılı, 25.06.2009 tarihli kararı. Rekabet Kurulu'nun 09-45/1136-286 sayılı, 08.10.2009 tarihli kararı.



değerlendirilebildikleri görülmektedir. Her ne kadar doktrinde bağlama anlaşmalarının, fiyat ayrımcılığını kolaylaştırmak amacıyla, bir araç olarak kullanılabileceği belirtilmekteyse de<sup>150</sup>, Rekabet Kurulu'nun konuya yaklaşımının daha temkinli olduğu görülmektedir. Kurul kararları incelendiğinde, bağlama ve paket satış uygulamalarının, bağlanan ürünün içerisinde yer aldığı pazarı rakiplere kapaması veya rakipleri bu pazardan dışlaması nedeniyle rekabete aykırı olduğunun belirtildiği anlaşılmaktadır<sup>151</sup>. Ayrıca kararların önemli bir bölümünde, ilgili eylemlerin aynı zamanda 6 (b) çerçevesinde ayrımcılık niteliği taşıyıp taşımadığının değerlendirme kapsamına dahil edilmediği görülmektedir.

Kurul kararlarından birinde, *Türkiye 1. Profesyonel Futbol Ligi* karşılaşmalarının yayın hakkını alan *Digitürk* ve *Atlas* yayıncılığın kurmuş olduğu ortak girişimin, haber amaçlı maç görüntüsü talep eden kanallara, devrede yayınlanacak 9 maçın tamamının 3'er dakikalık görüntülerinin paket olarak satın alınması şartı getirmesi, 6'ncı maddeye aykırı bir paket satış olarak değerlendirilmiştir<sup>152</sup>. Bir diğer ifade maç görüntüleri üzerinde münhasır yayın hakkı olan kuruluşun, diğer kanalların talebi halinde daha az sayıda maçın veya maçlara ilişkin üç dakikadan kısa görüntülerinin tedarikini reddetmesi söz konusudur.

Ayrıca ihaleyi kazanan ortak girişimin *Türkiye Futbol Federasyonu* ile arasındaki sözleşme uyarınca, diğer kanallara haber amaçlı görüntülerin, en geç 45 dakika içerisinde ulaştırılması gerekmektedir. Ortak girişim, diğer kanallara 3'er dakikalık görüntüleri 45 dakikada ulaştırdığı halde, yakın ilişkili olduğu *Show TV*'ye 3 dakikadan uzun maç görüntülerini, 45 dakikadan kısa süre içinde tedarik etmiştir. Her iki kanal arasındaki yakın ilişkinin, *Show TV*'de yayınlanan *Maraton* isimli spor programının, aynı anda ortak girişime ait *Lig TV*'de de yayınlanması olduğu anlaşılmıştır. Kararda bu durumun *Show TV* lehine ayrımcılık teşkil ettiği belirtilmiştir.

İlk bakışta hakim durumdaki ortak girişimin rekabeti ihlal eden iki farklı eylemi varmış gibi görünmekteyse de, kararın değerlendirmeler kısmında, paket satış eyleminin amacının hem piyasaya giriş engeli yaratılması ve dekoder satışlarının arttırılması, hem de yakın ilişkili olunan teşebbüsler lehine rekabetçi avantaj sağlanması olduğu belirtilmiştir. Daha açık bir ifadeyle, kararda paket satış eyleminin amacının alıcılar arasında ayrımcılık yapılması olduğu

<sup>150</sup> ÜNLÜSOY, K. (2003), *Rekabet Hukukunda Bağlama Anlaşmaları*, Rekabet Kurulu Uzmanlık Tezleri Serisi, Ankara, s. 37.

<sup>151</sup> Bkz. Rekabet Kurulu'nun 08-57/912-363 sayılı, 09.10.2008 tarihli ve 09-09/192-59 sayılı, 05.03.2009 tarihli kararları.

<sup>152</sup> Rekabet Kurulu'nun 06-61/822-237 sayılı, 07.09.2006 tarihli kararı.

belirtilmiştir. İlgili karar, yukarıda kısaca izah edilen doktrin görüşüne paraleldir, ancak Kurul'un bu yönde bir başka kararının mevcut olmadığı görülmektedir.

Araştırmalarımız çerçevesinde bağlama ve paket satış eylemlerine ayrımcılık kurallarının uygulandığı herhangi bir karara rastlanılmamıştır. Kanımızca bu durum, ilgili kötüye kullanma biçimi bakımından, Rekabet Kurulu'nun, Topluluk Kurumları'na kıyasla daha doğru bir yaklaşım sergilediğini göstermektedir.

### 3. İkinci Seviye Zarara Neden Olan Eylemler

#### 3.1. Dikey Entegre Olmayan Firmaların Müşterilerine Yönelik Fiyat Ayrımcılığı Unsuru İçeren Eylemleri

Topluluk uygulamasında, devlet tarafından zorunlu bir unsurun işletilmesi için münhasır yetki tanınmış hakim durumdaki firmalar tarafından gerçekleştirilen ayrımcılık eylemlerinin 102 (c) hükmü kapsamında değerlendirildiğini daha önce belirttilmiştir. Bu çerçevede özellikle hakim durumdaki teşebbüslerin, yerli müşterileri lehine ayrımcılıkta bulunması yasaklanmaktadır. İlgili eylemlere vatandaşlık temelinde ayrımcılık da denilmekte olup, doktrinde böyle uygulamaların 102 (c) kapsamında değerlendirilmesi tartışma konusudur. Buna göre ilgili eylemlerin 102 (c) yerine, ABİA'nın serbest dolaşım ile ilgili hükümleri kapsamında değerlendirilmesi daha doğrudur. Rekabet Kurulu'nun ise, hakim durumdaki teşebbüsün bir zorunlu unsur işletmek bakımından münhasır yetkili olup olmadığını dikkate almaksızın, 4054 sayılı Kanun'un 6 (b) maddesini uyguladığı görülmektedir. Ancak Kurul'un konuya temkinli yaklaştığı ve bu tip eylemler bakımından kolaylıkla ihlal kararı vermediği gözlenmektedir.

Konuyla ilgili önemli Kurul kararlarından biri *Coca Cola* kararıdır. Söz konusu kararda *Coca Cola*'nın *post mix* şuruplarının, *Burger King*'e, *Mc Donalds*'a nazaran, daha pahalıya satılması eyleminin kötüye kullanma teşkil edip etmediğidir. Şikayetçi *Burger King*'e göre ilgili eylem ayrımcılık teşkil etmektedir. Kurul'a göre, her iki firmaya yapılan satışlar arasındaki fiyat farkı alım miktarları arasındaki farklılıktan ve ilgili firmaların *Coca Cola*'ya verdikleri reklam hizmetinin bedelinin şurup satışlarından mahsup edilmesinden kaynaklanmaktadır. Kararda, *Mc Donalds*'a alım miktarına ve verdiği reklam hizmetine dayalı daha fazla indirim yapılması nedeniyle ticari işlemlerin eşit olmadığı sonucuna varılmıştır. Ayrıca ilgili dönemde *Burger King*'in karlılığının, *Mc Donalds*'a nazaran daha yüksek olması nedeniyle, eylemin ilgili firmayı rekabette dezavantajlı konuma getirmediği sonucuna ulaşılmıştır.

Buna göre *Mc Donalds*, *Burger King*'e nazaran daha fazla *Coca Cola* reklamı yaptığı için, *Coca Cola* tarafından bu hizmet karşılığı verilen indirim de daha fazla olmaktadır. Kararda, alım miktarları bahsi geçen iki firmadan az olduğu için, diğer *fast food* restoranlarının eşit konumdaki alıcılar niteliğinde sayılmayacakları belirtilmiştir. Ancak yine de *Coca Cola* tarafından bu firmalara verilen fiyatlar da incelenmiş ve *Burger King*'e uygulanan fiyatlardan çok daha yüksek olduğu sonucuna ulaşılmıştır. Ayrıca, *Coca Cola*'nın özel müşterisi niteliğinde olan *Mc Donalds* ve *Burger King* satışlarından elde ettiği kazanç da incelenmiş ve firmanın her iki restorana yaptığı satışlar nedeniyle sürekli zarar etmekte olduğu belirtilmiştir. *Coca Cola*'ya göre zararına satışların nedeni her iki firmada bulunmanın firmanın tanıtımı ve reklamı bakımından çok önemli olmasıdır. Kurul sayılan gerekçelerle *Burger King*'in şikayetini reddetmiştir<sup>153</sup>.

Kurul konuyla ilgili bir başka kararında şikayetçi *Cine 5*'in, *Digitürk*'ün platformunda kendisine yer vermemesi eyleminin ayrımcılık teşkil ettiği, eylem nedeniyle A ve B grubu izleyicilerin çoğu *Digitürk* kullandığı için, kendisinin bu platformda yer almamasının pahalı reklamları alamamasına ve rekabette dezavantajlı konuma düşmesine neden olduğuna ilişkin şikayetlerini reddetmiştir. Kararda *Digitürk*'ün hakim durumda olup olmadığı veya eylemin ayrımcılık teşkil edip etmediği değerlendirilmemiştir. Bunun yerine eylemin piyasadaki etkileri çerçevesinde kötüye kullanma teşkil edip etmediği değerlendirilmiştir. Bu çerçevede uygulamanın *Cine5* açısından etkileri değerlendirilmiştir ve sonuca ulaşılmıştır. Kararda hakim durum analizi veya *Cine5*'in talebinin *Digitürk* tarafından reddedilmesinin nedenlerine ilişkin herhangi bir açıklama ve değerlendirme bulunmamaktadır. Kurul, *Digitürk* platformunda olmamasına rağmen karasal, uydu, kablo TV aracılığı ile toplam izleyicilerin yaklaşık %90'ına ulaşılabilmesi, A ve B grubu izleyicilerin toplam reklam harcamaları ve izlenme payı içerisinde çok önemli bir oran teşkil etmemesi (yaklaşık % 20), *Digitürk* platformunda yer alınmamasına rağmen A ve B grubu izleyicilerin diğer uydu platformlarında yer alması nedeniyle yaklaşık % 70'ine erişilebilmesi, eylem nedeniyle şikayetçinin faaliyetlerin sürdürülememesinin söz konusu olmaması, *Digitürk*'ün karasal, uydu ve kablo TV aracılığı ile iletilebilen ulusal bir kanal için zorunlu kabul edilmemesi nedenleriyle şikayeti reddedilmiştir<sup>154</sup>.

*Türkiye Kömür İşletmeleri (TKİ)* kararında ise Kurul, mal vermeyi reddetme eyleminin, aynı zamanda müşteriler arasında ayrımcılığa neden olması sebebiyle de rekabete aykırı olabileceğini belirtmiştir. İlgili karar *TKİ*'nin Kanun'la kurulmuş bir iktisadi devlet teşekkülü olması bakımından da önem

<sup>153</sup> Rekabet Kurulu'nun 05-36/453-106 sayılı, 26.05.2005 tarihli kararı.

<sup>154</sup> Rekabet Kurulu'nun 08-35/466-166 sayılı, 27.05.2008 tarihli kararı.

taşımaktadır. Yukarıda belirtmiş olduğumuz üzere Topluluk kurumlarınca dikey entegre olmayan firmaların ayrımcılık eylemlerine 102 (c) hükmü, hakim durumdaki firmanın devlet tarafından zorunlu bir unsurun tedariki için münhasır yetkili kılınmış olması durumunda uygulanmaktadır. Ancak karardan anlaşıldığı üzere, ısınma amaçlı kömür zorunlu bir unsur niteliğinde değildir.

*TKİ* alım talebinde bulunan tüm teşebbüslere mal vermekten, satış politikasını değiştirerek, sadece bayileri aracılığı ile kömür satmaya karar vermiştir. Kararda *TKİ*'nin bayilik teşkilatını kurarken ayrımcı davranıp davranmadığı incelenmiştir. Buna göre, *TKİ* bayilerini ihale sistemi ile objektif bir biçimde seçmiştir, dolayısıyla ihaleyi kazanamayan firmalara mal verilmemesi ayrımcılık teşkil etmemektedir. Kararda bayilik sistemine alınmayan müşterilere mal tedarik edilmemesi eyleminin kötüye kullanma olup olmadığı ayrıca mal vermeyi reddetme testi çerçevesinde de değerlendirilmiştir. Buna göre, mal tedarikinin kesilmesi eyleminin kötüye kullanma olarak değerlendirilmesi için, üst pazarda hakim durumda olan firmanın, alt pazardaki müşterileri ile aynı zamanda rakip olması gerekmektedir. Ancak, olayda dikey entegrasyon mevcut olmadığı için, eylemin kötüye kullanma olarak değerlendirilemeyeceği ifade edilmiştir<sup>155</sup>.

*TKİ*'ye ilişkin bir başka kararında ise Kurul, farklı bayilere farklı miktarlarda kömür tahsis edilmesi eyleminin ayrımcılık teşkil edip etmediğini değerlendirmiştir. Kararda ayrımcılık eylemlerinin rakipleri dışlamak veya müşterileri sömürmek amacıyla gerçekleştirilmesi durumunda kötüye kullanma sayılması gerektiği belirtilmektedir. Eylemin *TKİ*'nin rakiplerini dışlamadığı ve bayilere farklı miktarlarda kömür tahsis edilmesinin, bayilerin ticari çıkarlarını etkilemesine rağmen, alt pazardaki rekabeti sınırlandırmadığı belirtilmiştir. Bir başka ifade ile *TKİ* dikey entegre olmadığı için ayrımcı uygulamalarının 6 (b) hükmünü ihlal etmeyeceği belirtilmiştir<sup>156</sup>.

*TKİ*'nin *Tarım Kredi Kooperatiflerine* bayilik ağı dışında, daha ucuza satış yapmasının ayrımcılık teşkil edip etmediğinin değerlendirildiği bir kararda ise, kamu kuruluşu niteliğindeki kooperatiflerin ticari amaçlarla kömür satın almadığı, bu kuruluşlara yapılan satışın toplumsal niteliğinin daha fazla olduğu, dolayısıyla bayiler ile kooperatiflerin eşit alıcılar sayılamayacağı belirtilmiştir<sup>157</sup>.

2008 yılında *Sanofi Aventis*'in ecza depolarına tüm ilaçlar bakımından uygulamakta olduğu satış koşullarını değiştirmesi ve belirli bir alım eşliğinin

<sup>155</sup> Rekabet Kurulu'nun 04-66/949-227 sayılı, 19.10.2004 tarihli kararı.

<sup>156</sup> Rekabet Kurulu'nun 05-12/137-50 sayılı, 03.03.2005 tarihli kararı.

<sup>157</sup> Rekabet Kurulu'nun 10-47/854-292 sayılı, 01.07.2010 tarihli kararı.

altında kalan depolara kısa vadeler, üzerindeki depolara ise uzun vadeler uygulamaya başlaması firma hakkında soruşturma açılmıştır. Şikayetler, *Sanofi Aventis*'in farklı vade uygulamasının eşit konumdaki depolar arasında ayrımcılığa neden olarak depolar arası rekabet şartlarını bozduğu ve eşik altı kalan depoların pazardan dışlandığı, ayrıca firmanın eyleminin eşik altı depolar bakımından mal vermeyi reddetme teşkil ettiğine ilişkindir. *Sanofi Aventis*'in satış koşullarını değiştirmesi eyleminin mal vermeyi reddetme olduğu ve eylemin objektif haklı gerekçeleri olmadığı ayrıca depolar arasında ayrımcılığa neden olarak rekabeti bozduğu iddia edilmiştir.

Kararda, *Sanofi Aventis*'in uygulamasının ecza depoculuğu alanında rekabeti bozduğu, bu ürünlere ulaşamayan depolar bakımından ileride pazardan çıkmaya kadar varabilecek olan önemli zararlar doğurduğu tespit edilmiştir. Bunun yanında, uygulamanın başka üreticiler tarafından takip edilmesi riski bulunduğu için, eylemin görünen zararından çok daha fazlasını potansiyel olarak içinde barındırdığı ifade edilmiştir. *Dilek Ecza Deposu* kararına<sup>158</sup> rağmen, benzer sonuçlara sahip ve Rekabet Kanuna aykırılığı Kurul kararıyla sabit bir uygulamanın farklı yöntemlerle hayata geçirilmesi nedeniyle, *Sanofi Aventis*'in eyleminin kasit unsuru taşıdığı sonucuna ulaşılmış ve firmaya para cezası verilmiştir<sup>159</sup>.

Öncelikle belirtilmelidir ki, *Sanofi Aventis* kararına kadar, dikey entegre olmayan bir teşebbüsün bazı müşterilerine mal vermeyi reddetmesi eyleminin ihlal teşkil ettiğine karar verilmemiştir. Kurul bu güne kadar konuyla ilgili bir çok şikayeti reddetmiştir. Ancak şikayetler farklı hususlar göz önünde bulundurularak reddedilmiştir. Kurul'un öncelikle taraflar arasında uzun süreli bir sözleşme ilişkisinin bulunup bulunmadığını ve söz konusu sözleşme ilişkisinin kesilmesinin haklı gerekçelere dayanıp dayanmadığını göz önünde bulundurduğu görülmektedir<sup>160</sup>. Bazı kararlarda, isabetli bir şekilde, hakim durumdaki teşebbüs ile müşterisi arasında rekabet ilişkisi bulunmadığı gerekçesi ile eylemin kötüye kullanma teşkil etmediğine karar verilmiştir<sup>161</sup>. Ancak bazı kararlarda ise rekabet ilişkisi hiç dikkate alınmamıştır<sup>162</sup>. Mal vermenin reddinin ayrımcılık teşkil edip etmediğine odaklanılan kararlar da

<sup>158</sup> Rekabet Kurulu'nun 07-63/774-281 sayılı, 02.08.2007 tarihli kararı.

<sup>159</sup> Rekabet Kurulu'nun 09-16/374-88 sayılı, 20.04.2009 tarihli kararı.

<sup>160</sup> Rekabet Kurulu'nun 01-56/554-130 sayılı, 20.11.2001 tarihli ve 04-66/949-227 sayılı, 19.10.2004 tarihli kararları.

<sup>161</sup> Rekabet Kurulu'nun 08-25/261-88 sayılı, 20.03.2008 tarihli, 06-90/1146-340 sayılı, 14.12.2006 tarihli kararları.

<sup>162</sup> Rekabet Kurulu'nun 05-06/48-20 sayılı, 18.01.2005 tarihli, 07-30/302-115 sayılı, 05.04.2007 tarihli, 06-90/1142-338 sayılı, 14.12.2006 tarihli, 04-66/946-224 sayılı, 19.10.2004 tarihli kararları.

bulunmaktadır. Bu çerçevede rekabet ilişkisine veya tedariki reddedilen malın, alıcının pazardaki faaliyeti için vazgeçilmez olup olmadığına bakılmaksızın, eylemin ayrımcılık olarak nitelendirilebileceği belirtilmektedir<sup>163</sup>. Ayrıca Kurul'un hakim durumdaki teşebbüsün bayileri dışındaki müşterilere mal vermeyi reddetmesinin ayrımcılık olmayacağına yönelik kararları da bulunmaktadır<sup>164</sup>.

Kanımızca küçük ve orta ölçekli teşebbüslerin korunması amacının gözetilmesi, ihlal kararının verilmesinde etkili olmuştur. Şöyle ki, kararda yer alan, “depoların pazardan çıkması halinde, pazarın sadece büyük grup depolara kalacağına” ilişkin ifadeler, ilgili politika tercihini kanıtlar niteliktedir. Ancak, KOBİ'lerin korunmasının rekabet hukukunun amaçları arasında yer almadığı, bu hedefin gözetilmesi nedeniyle kararın a-tipik nitelik gösterdiği düşünülmektedir.

*Sanofi Aventis* kararının a-tipik olmasının bir diğer nedeni, hakim durumdaki teşebbüsün müşterilerine uygulamakta olduğu vadelerin kısaltılması eyleminin hangi kötüye kullanma tipi çerçevesinde değerlendirildiğinin açık olmamasıdır. Gerçekten eylem açıkça mal vermeyi reddetme veya fiyat ayrımcılığı çerçevesinde değerlendirilmemiştir. Üstelik kararda, ilgili eylemin niçin kötüye kullanma sayıldığı yeterince izah edilememiştir. Karardan yalnızca, dikey entegre olmayan hakim durumdaki bir teşebbüsün, bütün müşterilerine eşit davranması gerektiği, aksi takdirde müşteriler arası rekabetin zarar gördüğü gerekçesiyle eylemin yasaklanabileceği anlaşılmaktadır.

Kararda değişik bir değerlendirmede bulunularak, farklı miktarlarda alım yapan depoların eşit alıcılar oldukları iddia edilmiştir<sup>165</sup>. Oysa kural olarak, alım miktarı farklı olan dağıtıcılara daha çok indirim yapılması, farklı ödeme, teslimat koşulları getirilmesi, ayrımcılık teşkil etmemektedir. Çünkü farklı miktarlarda alım yapan dağıtıcılar eşit alıcı olarak değerlendirilmemektedir<sup>166</sup>.

<sup>163</sup> Rekabet Kurulu'nun 06-84/1069-311 sayılı, 15.11.2006 tarihli kararı.

<sup>164</sup> Demiröz 2009, s. 379. Rekabet Kurulu'nun 08-25/261-88 sayılı, 20.03.2008 tarihli kararı.

<sup>165</sup> Kararda farklı miktarda alım yapan dağıtıcıların eşit alıcı olarak değerlendirilmemesinin temel nedeninin, bunların satış ve talep artırıcı fonksiyonu olduğu belirtilmiştir. Karara göre, ilgili pazarda talebi depolar belirlemediği için (Talebi doktorların, reçetede ilacın muadilini satabilen eczanelerin- muadilli ilaçlar bakımından- ve geri ödeme kuruluşlarının belirlediği ifade edilmiştir.) *Sanofi Aventis*'in bir depoya daha fazla veya daha az ürün satıyor olması veya satış yaptığı depo sayısının değişmesi toplam talebi etkilemeyecektir. Bu nedenle depoların farklı miktarlarda alım yapmalarının pratik önemi ortadan kalkmaktadır ve sadece dağıtım işlevi gören depoların miktardan bağımsız biçimde eşit olmaları sonucunu doğurmaktadır.

<sup>166</sup> Bilindiği gibi bir müşterinin tek işlevi dağıtım olsa da, müşteri promosyon gibi ek hizmetler ve yararlar sunduğu sürece, işlem maliyetlerinin farklı olması nedeniyle alıcılara farklı koşullar uygulanması kötüye kullanma teşkil etmeyecektir. Satış koşullarının satış artırıcı etkisinin olmaması, bir başka ifade ile satış koşullarının amacının dağıtımda etkinlik ve sürat sağlamak

Ancak kararda daha çok alım yapan depoya daha uzun vade verilmesine gerek olmadığına hükmedilmiştir. Bu karar, Kurul'un önceki kararları ile çelişkilidir. Üstelik Kurul'un daha fazla alım yapan veya alım gücü fazla olan ecza depolarının diğerleri ile eşit sayılamayacağına ilişkin bir kararı da mevcuttur<sup>167</sup>.

Ayrıca kararda yeni satış koşullarının maliyet düşürücü etkisi bulunmadığı iddia edilmiştir. Kanımızca birden fazla müşteriden gelen küçük siparişleri organize etmektense, az sayıda müşteriden gelen düzenli ve büyük miktarlı siparişlerin alınması işlem maliyetlerini düşürebilecek niteliktedir. Bu sayede hakim durumdaki firma, kendi faaliyetini rahatlıkla planlayabilecek ve ölçek ekonomilerinden faydalanabilecektir<sup>168</sup>. Ancak kararda bu hususlar göz ardı edilmiştir. Kanımızca, firmanın eylemi fiyat ayrımcılığı olarak değerlendirilse dahi, depolar arasındaki arbitraj imkanı engellenmediği için, eylemin kötüye kullanma teşkil etmediğine karar verilmesi daha doğru olurdu.

### **3.2. Dikey Entegre Firmaların Müşterilerine Yönelik Fiyat Ayrımcılığı Unsuru İçeren Eylemleri**

Topluluk Kurumlarının genellikle dikey entegre olan ve zorunlu bir unsuru ellerinde bulduran firmaların, alt pazarda faaliyet gösteren kendi yavru şirketleri lehine ayrımcılıkta bulunması halinde 102 (c) hükmünü uyguladığı görülmektedir. İlgili hakim durumdaki firmaların ise çoğunlukla devlet kuruluşları olduğu anlaşılmaktadır. Rekabet Kurulu kararları incelendiğinde ise, hakim durumdaki firmanın devlet kuruluşu olması veya zorunlu bir girdiyi elinde bulundurması şartının aranmadığı gözlenmektedir. Ayrıca Kanun'un 6 (a, d, e) bendleri çerçevesinde değerlendirilen mal vermeyi reddetme eylemlerinin aynı zamanda 6 (b) kapsamında ayrımcılık teşkil edip etmediğinin de göz önünde bulundurulduğu görülmektedir. Ancak bu nitelikli eylemlerin ayrımcılık kuralları ışığında değil, doğrudan mal vermeyi reddetme kapsamında ele alınmasının daha doğru olacağı düşünülmektedir.

Dikey entegre firmaların fiyat ayrımcılığı unsuru içeren eylemlerine ilişkin Kurul kararlarından biri, *Türk Telekomünikasyon A.Ş. (TTAŞ)- Aycell* kararıdır. *Turkcell* ve *Telsim*, TTAŞ'ın kiralık hatlarında fahiş fiyat uyguladığı, alıcılar arasında *Aycell* lehine ayrımcılık yaptığı ve tarifelerinde uyguladığı indirimleri belirli koşullara bağladığı gerekçesiyle şikayette bulunmuşlardır. OECD ülkelerinin kiralık hat tarifelerinin, TTAŞ tarifeleri ile karşılaştırılması sonucunda firmanın fiyatlarının aşırı olmadığı sonucuna ulaşılmıştır.

olması, halinde satışta etkili ve becerikli olan dağıtıcılar lehine davranılabilecektir. Van Bael ve Bellis (2005), s. 920, 961.

<sup>167</sup> Rekabet Kurulu'nun 08-01/13-10 sayılı, 03.01.2008 tarihli ve 04-60/866-205 sayılı, 20.9.2004 tarihli kararları.

<sup>168</sup> WHISH, R. (2005), *Competition Law*, Oxford University Press, New York, US, s. 717.

*TTAŞ*'ın mobil telekomünikasyon hizmetleri pazarında faaliyet gösteren *Aycell*'e sahip olması nedeniyle ilgili firmaya hatların ucuza kiralandığına, bu durumun *Aycell* lehine ayrımcılık teşkil ettiğine ve *TTAŞ*'ın yasal tekelinin olduğu pazarlardaki gücünü, rekabete açık *GSM* hizmetleri pazarında kötüye kullanmasına neden olduğuna ilişkin şikayetçi iddiaları ise; *Aycell*'den alınan kiralık devre ücretlerinin diğer *GSM* operatörlerinden farklı olmaması nedeniyle reddedilmiştir. Kurul, bu çerçevede *TTAŞ*'tan *Aycell*'in aldığı hizmetlere yönelik faturaları incelemiştir<sup>169</sup>. Kurul'un *Tümevişavea* kararında da benzer bir değerlendirmeye yer verilmektedir. Kararda ilgili kampanyanın, *Avea* tarafından, Türk Telekom'a çağrı sonlandırma ücreti ödmeden veya düşük bir ücret ödenerek gerçekleştirilip gerçekleştirilmediği incelenmiştir. Türk Telekom tarafından işletmecilere yönelik ücretlerde ayırım gözetilmediği ve *Avea*'ya indirim uygulanmadığı faturalar incelenerek ortaya koyulmuştur. Bu nedenden dolayı, Türk Telekom'un kendi iştiraki niteliğindeki *Avea* lehine ayrımcılıkta bulunmadığına karar verilmiştir<sup>170</sup>. Kanımızca ilgili kararların mal vermeyi reddetme veya fiyat sıkıştırması çerçevesinde sınıflandırılması daha doğru olurdu. Şöyle ki hakim durumdaki firma dikey entegredir ve firmanın alt pazarda hem müşterisi hem de rakibi konumunda bulunan iki alıcısına daha yüksek fiyattan girdi temin ettiği bu nedenle alt pazardaki rakiplerinin maliyetlerini arttırdığı ve bunları pazardan dışlamak istediği iddia edilmektedir.

Konuyla ilgili bir diğer karar ise, *Eti Holding* kararıdır. Firma, Türkiye'de bor madeni çıkartan, temizleyen ve pazarlayan tek teşebbüstür. *Ceytaş* isimli bir teşebbüs, *Eti Holding*'den temizlenmiş bor cevheri satın almak istemektedir. *Ceytaş* satın aldığı bor cevherlerini öğütürerek ara mamul olarak (cam, seramik, deterjan üreticilerine) satmayı amaçlamaktadır. İlgili ürün pazarı, her üç alt pazarı da kapsayacak biçimde tanımlandığı için, mal verilmesi reddedilen teşebbüsün, *Eti Bor* ile üst pazarda (kaynak pazarında) rekabet etmek amacı ile tedarik talebinde bulunduğu, oysa hakim durumdaki firmanın alt pazardaki alıcısına tedariki reddetmesi durumunun kötüye kullanma teşkil edeceği belirtilmiştir. Dolayısıyla mal vermeyi reddetme eyleminin kötüye kullanma sayılması için gereken şartın mevcut olmaması sebebiyle, eylemin rekabeti sınırlandırmayacağı ifade edilmiştir. Kurul'a göre, *Ceytaş* bor madenini öğütüp satmak yerine, bor madenini kullanarak cam, seramik veya deterjan gibi bordan farklı bir nihai ürün üretiyor olsa idi o zaman *Eti Holding*'in eylemi (alt pazar- üst pazar ilişkisi olması bakımından) rekabeti sınırlandırabilirdi<sup>171</sup>.

<sup>169</sup> Rekabet Kurulu'nun 02-27/291-119 sayılı, 07.05.2002 tarihli kararı.

<sup>170</sup> Rekabet Kurulu'nun 08-57/912-363 sayılı, 09.10.2008 tarihli kararı.

<sup>171</sup> Rekabet Kurulu'nun 00-50/533-295 sayılı, 21.12.2000 tarihli kararı.



Karardan *Eti Holding*'in *Ceytaş*'a mal vermeyi reddetmesinin nedeninin, Türkiye'de ögütölmüş bor pazarına (bor çıkarma pazarının alt pazarı) kendisi ile rekabet edecek bir firmanın girmesini önlemek olduğu açıkça anlaşılmaktadır. Şöyle ki kararın verildiği tarihte *Eti Holding* yurt dışında bor ögütme faaliyeti ile iştigal eden firmalara bor cevheri tedarikinde bulunmakta, ancak Türkiye'de aynı işi yapmak isteyen firmaya tedarikte bulunmayı reddetmektedir. *Ceytaş* bu durumun 6'ncı maddenin (b) bendi anlamında ayrımcılık teşkil ettiğini iddia etmişse de, Kurul yurt içindeki ve yurt dışındaki alıcıların eşit konumda kabul edilemeyecekleri gerekçesi ile iddiayı reddetmiştir<sup>172</sup>.

#### 4. Sömürücü Eylemler

Birinci derece, ikinci derece ve üçüncü derece fiyat ayrımcılığının dışlayıcı değil, sömürücü olduğu düşünölmektedir. Fiyat ayrımcılığı eyleminin müşterilerin sömürölmesine neden olabilmesi içinse, farklı fiyatlardan satış yapılan müşteriler arasındaki arbitraj imkanının engellenmiş olması gerektiği kanaatindeyiz. Nitekim Rekabet Kurulu da *TKİ*'ye ilişkin bir başka kararında ayrımcılık eylemlerinin sömürücü olabileceğini belirtmiştir. Karara göre miktar ayrımcılığının sömürücü olabilmesi için eylem ile hakim durumdaki teşebbüsün karını arttırmayı hedeflemiş olması gerekmektedir. Ancak, *TKİ*'nin yerli kömür fiyatlarını düşürmeye çalışması ve sözleşmelerinde azami satış fiyatı belirlemiş olması nedeniyle böyle bir amacının bulunmadığına hükmedilmiştir<sup>173</sup>. Kanımızca eylemin sömürücü olup olmadığı değerlendirilirken, arbitraj imkanının engellenip engellenmediğinin incelenmesi daha doğru olurdu.

Sömürücü fiyat ayrımcılığı ile ilgili *Cine 5* kararında, firmanın müşterilerine haber amaçlı futbol maçı görüntülerini alım güçlerine göre satması ve müşteriler arasındaki arbitraj imkanını sözleşme ile engellemesi söz konusudur<sup>174</sup>. Kararda arbitraj imkanının sınırlandırılmış olması da göz önünde

<sup>172</sup> GÜVEN, P. (2008), *Rekabet Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, s. 353- 359. Yazar *Eti Bor* kararında yurt içi ve yurt dışı alıcıların eşit sayılamayacağı tespitine katılmaktadır. Ayrıca çalışmada üst pazarda faaliyet gösteren hakim durumdaki teşebbüsün alt pazarda da faaliyet gösterdiği durumlarda alt pazardaki rakiplerine mal vermeyi reddetmesinin, kendi üretiminde kullandığı hammaddeyi başkalarına satmak istemeyeceği gerekçesiyle haklı sebep olarak tespit eden bir mahkeme kararına da yer verilmektedir. Ankara 7. Asliye Ticaret Mahkemesi, E.1997/99-K.1998/732, T. 17.09.1998. İlgili karar Yargıtay tarafından tazminata hükmedilebilmesi için öncelikle Rekabet Kurulu'nun ihlal kararı bulunması gerektiği gerekçesi ile bozulmuştur. Yargıtay 19. HD. E. 1999/3350- K. 1999/6364, T. 01.11.1999.

<sup>173</sup> Rekabet Kurulu'nun 05-12/137-50 sayılı, 03.03.2005 tarihli kararı.

<sup>174</sup> Rekabet Kurulu'nun 99-46/500-316 sayılı, 11.10.1999 tarihli kararı. İlgili karar uyarınca ayrımcılığın koşulları farklı müşteriler arasındaki arbitraj imkanının sınırlandırılması, alıcılara farklı şartlar sunulması, şartlar nedeni ile bazı alıcıların rekabette dezavantajlı konuma düşmeleri, alıcıların veya işlemlerin eşit olması ve eylemin haklı gerekçelerinin olmamasıdır.

bulundurulacak eylemin kötüye kullanma teşkil ettiği belirtilmiştir. Mamafih Danıştay ilgili kararı bozmuştur. Bir başka ifade ile Danıştay'ın fiyat ayrımcılığını kötüye kullanma olarak değerlendirmedeği iddia edilebilecektir<sup>175</sup>.

Danıştay, piyasaya sunulan hizmetin durumu, hitap ettiği kesim ve kamu yararı kavramları açısından bir değerlendirme yapılması gerektiğini; fiyat farklılığının hitap edilen tüm kesimlere müsabakaların ulaştırılması amacıyla toplumun yararına hareket edilmesinden kaynaklandığını; bu bağlamda fiyatlandırmanın objektiflikten uzak olarak belirlenmesinden ve ayrımcılık yapılmasından söz edilemeyeceğini; fiyatlar tespit edilirken, yayın kuruluşlarının daha çok ekonomik durumlarının ve hitap ettikleri kitlenin dikkate alındığını; farklı yayın kuruluşlarından talep edilen fiyatlar arasındaki farkın fahişliğinden söz edilemeyeceğini ve *Cine 5* tarafından belirlenen en yüksek miktarın, sözleşme (Türkiye Futbol Federasyonu - *Cine 5* arasındaki yayın sözleşmesi) ile belirlenen tutarın altında kaldığını; belirterek Kurul kararını iptal etmiştir. Kurul, ilgili kararı temyiz etmiştir ancak Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu (İDDK), Kurul kararının şeklen hukuka uymaması nedeniyle bozulması gerektiğine hükmetmiş ve sonucu itibarı ile 10. Dairenin kararını onamıştır. İDDK'nın kararı üzerine Kurul aynı konuya ilişkin olarak iptal kararına uyma kararı vermiştir<sup>176</sup>.

Konuyla ilgili olarak *Devlet Hava Meydanları İşletmesi* kararı da önem arz etmektedir. *Devlet Hava Meydanları İşletmesi Genel Müdürlüğü'nün (DHMİ)* hava alanlarında yer tahsis hizmetlerine ilişkin olarak 2006 yılında yayınladığı tarifinin eşit durumdaki alıcılara yönelik ayrımcılık teşkil ettiği sonucuna ulaşmıştır. *DHMİ* söz konusu tarife değişikliği ile 31.12.2005 tarihinden sonra hava alanında arazi veya tesis kiralayan teşebbüslere önce kiralayanlara nazaran dört kat fazla fiyat vermeye başlamıştır. Uygulamanın gerekçesi olarak İstanbul Atatürk Hava Limanı'ndaki arazi sıkıntısı gösterilmiştir. Buna göre *DHMİ* yeni taleplerin caydırılması için böyle bir uygulamaya gitmiştir. Ancak söz konusu değişiklik sadece Atatürk Hava Limanı'na ilişkin değildir, ayrıca Türkiye'de farklı illerdeki muhtelif hava limanlarını da kapsamaktadır. Kurul'a göre uygulama eşit konumdaki alıcılar arasında ciddi maliyet farklılıklarına neden olmakta ve 2006 yılından önce yer kiralayanlar lehine ayrımcılığa neden olmaktadır. Kurul *DHMİ'nin* tarifelerini alan büyüklüğü veya kira süresi temelinde belirlemesinin daha makul olacağını belirtmiştir. Bu çerçevede ilgili firmaya uygulamasının hakim durumun kötüye kullanılmasına neden olabileceği ve tariflerini 2008 yılından itibaren tüm

<sup>175</sup> Danıştay 10. Dairesinin E. 2001/355- K. 2003/4245 sayılı, 04.11.2003 tarihli kararı.

<sup>176</sup> Danıştay İDDK, E. 2004/1188- K. 2007/864. Rekabet Kurulu'nun, 07-831/1009-393 sayılı, 01.11.2007 tarihli kararı.

alıcılar için standart hale getirmesi gerektiği aksi halde hakkında soruşturma açılacağı şeklinde bir uyarı yazısı gönderilmesine karar verilmiştir<sup>177</sup>. Kanımızca ikinci seviye zarar yerine, eylemin sömürücü olup olmadığının araştırılması daha doğru olurdu. Kanımızca eylemin ikinci veya üçüncü derece fiyat ayrımcılığı çerçevesinde incelenmesi mümkündür.

Ayrımcılık konusuyla ilgili *Büyük İstanbul Otobüs İşletmeleri AŞ (BİÖİ)* kararı da önem arz etmektedir. İlgili firma Uluslararası Anadolu ve Trakya Otobüscüler Derneği tarafından Esenler Otogarını işletmek amacıyla kurulmuştur. Söz konusu firma 2000 yılında yeni bir dernek ve şirket kurmuş, yönetim kurulu kararıyla terminal kalkış ücretlerini yeni şirkete katılan firmalar için sabit tutup, katılmayan firmalar için önce on katı, kararın iptali için açılan özel hukuk davası kazanıldıktan sonra da farklı bir kararla beş katı fazla belirlemiştir. Firma farklı fiyat uygulamasının amacının Esenler Otogarını kullanan tüm şehirlerarası karayolu ile yolcu taşıyan şirketlerin katılımını sağlamak olduğunu açıkça belirtmiştir. Kurul, Esenler Otogarının İstanbul'da alternatifinin bulunmaması sebebiyle hakim durumda olan firmanın ilgili eyleminin ayrımcı uygulama ve karar niteliğinde olduğuna ve 6'ncı maddenin (b) bendi çerçevesinde hakim durumun kötüye kullanılması teşkil ettiğine karar vermiştir<sup>178</sup>. Kanımızca, dosya konusu eyleme 6'ncı madde yerine 4'üncü maddenin uygulanması mümkündür. Olayda hakim durumdaki şirketi aslında otobüs firmalarının üye olduğu bir derneğin kurması ve yönetmesi söz konusudur. Dolayısıyla aslında eylem teşebbüs birliği kararı veya uyumlu eylem olarak değerlendirilebilecek niteliktedir. 6'ncı madde kapsamında yapılacak bir değerlendirmede ise, eylemin sömürücü niteliğinin araştırılması gerektiği düşünülmektedir. Bu kapsamda, eylemin fahiş fiyatlama veya üçüncü derece fiyat ayrımcılığı çerçevesinde incelenmesinin mümkün olduğu kanaatindeyiz.

Konuyla ilgili önemli bir diğer karar da *Mesam* kararıdır. Şikayetçi radyo yayın kuruluşları, komşu hak sahiplerinin ve yorumcuların kanun gereği kurmuş oldukları meslek birliklerinin TV ve radyo yayın kuruluşlarına aralarında yaptıkları anlaşma sonucunda yüksek fiyatlar uyguladıklarını, yayıncılar arasında farklı fiyatlar ve ödeme koşulları çerçevesinde ayrımcılıkta bulduklarını iddia etmektedirler<sup>179</sup>. Kararda, meslek birliklerinin ayrı ayrı uyguladıkları tariflerin aşırı fiyatlama olup olmadığı incelenmiştir<sup>180</sup>. Ardından

<sup>177</sup> Rekabet Kurulu'nun 07-56/668-231 sayılı, 04.07.2007 tarihli kararı.

<sup>178</sup> Rekabet Kurulu'nun 05-60/893-242 sayılı, 23.09.2005 tarihli kararı.

<sup>179</sup> Rekabet Kurulu'nun 02-27/290-118 sayılı, 07.05.2002 tarihli kararı.

<sup>180</sup> Kararda müzik eserlerinin diğer ürünlerden farklı nitelikte olmaları nedeniyle bunların maliyetlerinin tespit edilemeyeceği belirtilmektedir. Kurul'a göre fikir ve sanat eserlerinin değeri eseri yaratan kişilerce subjektif olarak tayin edilmektedir. Dolayısıyla talep edilen fiyatların fahiş olduğu iddiasında bulunulamaz. Kanımızca Kurul burada üretim maliyetlerini dikkate alarak fahiş

da tarifelerin ayrımcı olup olmadığı değerlendirilmiştir. Ancak, haklarında soruşturma yürütülen tarafların iddia ettiği gibi, yayıncının reklam geliriyle artan oranlı tarifeler hazırlanmasının yurt dışında da standart bir uygulama olup olmadığı belirlenmesi amacıyla herhangi bir çalışma yapılmamıştır.

Her ne kadar tarifeler açıkça reklam gelirine ve müzik eserini yüksek oranda kullanmaya bağlı olarak belirlenmişse de, fiyat ayrımcılığının sömürücü nitelikli olup olmadığı değerlendirilmemiştir. İlgili tarifeler incelendiğinde, TV ve radyo yayıncılarının yani alıcıların ulusal genel, ulusal haber, ulusal müzik, bölgesel Marmara, bölgesel müzik Marmara ve bölgesel diğer adı altında farklı gruplara bölüdüğü ve her gruba farklı miktarda sabit ücret uygulandığı görülmektedir. En yüksek ücretler ulusal kanallar ile ulusal müzik kanallarına uygulanmaktadır. Radyolar içinde de en yüksek ücretlerin ulusal yayın yapanlardan talep edildiği görülmektedir. Her iki grupta da ulusal yayıncıları, Marmara bölgesi yayıncıları takip etmektedir. *Meslek Birlikleri*, yayıncılardan sadece aylık veya yıllık sabit ücret değil, aynı zamanda aylık bazda brüt reklam gelirlerinin de belirli bir yüzdesini talep etmektedir. Yüzdeler incelendiğinde, sabit ücretlere benzer bir durumun söz konusu olduğu görülmektedir.

*Meslek Birlikleri*, müşteri gruplarına göre farklı fiyatlandırma yapılmasının gerekçesi olarak, yayıncıların en önemli girdisinin müzik eserleri olmasını, müzik eserlerinin özellikle radyoların reklam geliri elde etmesinde belirleyici bir unsur olmasını ve ücretin yayıncının geliriyle orantılı belirlenmesinin hakkaniyete uygun olmasını göstermektedir. Buna göre, parça başına ücret talep edilmesi durumunda, reklam geliri yüksek olmayan yerel radyolar rekabette dezavantajlı konuma düşeceklerdir. Kurul da söz konusu açıklamaları kabul etmiş ve kararda, radyo ve televizyon yayınlarında büyük ölçüde müzik eseri kullanma gerekliliğinin yayıncıların gelirlerinin oluşmasında büyük rol oynadığını, dolayısıyla kullanılan eserler için yayıncının geliri ile orantılı bir bedel tespit edilmesinin gerekli olduğunu belirtmiştir.

Kanımızca ilgili eylemin sömürücülük kapsamında değerlendirilmesi daha doğru olurdu. Bu çerçevede de eylemin ikinci veya üçüncü derece fiyat ayrımcılığı teşkil ettiği düşünülmektedir. Ayrıca ürünün niteliği gereği arbitraj imkanının bulunmaması da bu fiyatlamanın amacına ulaşmasına yardımcı olmaktadır. İlgili fiyatlama sisteminin sömürücü bir kötüye kullanma olarak değerlendirilmesinin ve tarifelerin tıpkı diğer sektörlerde olduğu gibi artan alım veya kullanım miktarlarına bağlı olarak azalan oranlı belirlenmesi gerektiğini kanımsındayız. Ayrıca hakim durumdaki sağlayıcılar konumundaki meslek birliklerinin küçük ve orta ölçekli alıcılarını koruma görevi bulunmaması

---

fiyat doktrinini eksik uygulamıştır. Meslek birliklerince talep edilen bedellerin emsal olabilecek ülkelerde talep edilenlerle kıyaslanarak sonuca varılmasının daha doğru olacağı düşünülmektedir.

gerekçesiyle, reklam geliri düşük yerel radyoların, farklı bir fiyatlandırma sisteminde, pazardan dışlanmalarının söz konusu olabileceği yönündeki savunmaların yerinde olmadığı kanaatindeyiz.

Kurul sektöre özgü düzenlemeler veya farklı bir politika tercihi nedeniyle eylemin rekabeti ihlal etmediğine karar vermiş olabilir. Örneğin yayınlar kamu hizmeti olarak değerlendirilmiş ve mümkün olduğunca fazla yayıncının pazarda faaliyet gösteriyor olması tüketicinin menfaatine görülmüş olabilir. Ancak kararın alınmasında farklı bir politika tercihinin rol oynaması durumunda, konuya ilişkin açıklama yapılmasının daha doğru olacağı düşünülmektedir.

Söz konusu kararda, ayrımcılık iddiası sadece mevcut tarifelerin aynı gruptaki alıcılara eşit biçimde uygulanıp uygulanmadığının değerlendirilmesi şeklinde ele alınmıştır. Ayrıca, *Meslek Birlikleri'nin* aynı gruptaki farklı alıcılara değişik satış koşulları (taksit, vade gibi) uygulayıp uygulamadıkları incelenmiştir. Aynı gruptaki farklı yayıncılara, aynı fiyatların ancak farklı satış koşullarının uygulanmasına ilişkin alıcıların kredibilitelerinin ve tercihlerinin farklı olduğu gerekçesiyle eylem kötüye kullanma olarak değerlendirilmemiştir.

## **SONUÇ**

4054 sayılı Kanun'un 6 (b) hükmünün çerçevesinin, AT Rekabet Hukukundaki ayrımcılık kurallarına kıyasen şekillendirilebileceği düşünülmektedir. Ancak, Türkiye AB'ye üye olmadığı için, tek pazar hedefinin sağlanması Türk Rekabet Hukuku amaçları arasında yer almamaktadır. Dolayısıyla üçüncü Devletler ve Türkiye arasındaki fiyat farklılıklarını inceleme konusu edinen coğrafi fiyat ayrımcılığının Türkiye piyasalarındaki rekabeti sınırlandırmayacağı ifade edilebilir. Önceki bölümlerde belirtmiş olduğumuz üzere, coğrafi fiyat ayrımcılığının refah üzerinde olumlu etkileri olabilmektedir. Dolayısıyla, Türkiye sınırları dahilinde, farklı coğrafi bölgelere farklı fiyatların uygulanmasının da, ilgili bölgeler arasında arbitraj imkanı engellenmediği müddetçe, rekabeti sınırlandırmayacağı düşünülmektedir.

Sonuç olarak 4054 sayılı Kanun'un 6 (b) hükmünün birinci seviye zarara neden olan dışlayıcı eylemlere lafzı nedeniyle, ikinci seviye zarara neden olan eylemlere ve ülkeler arası coğrafi fiyat ayrımcılığına ise tek pazar hedefinin korunması amacının Türk Rekabet Hukukunda gözetilmiyor olması nedeniyle uygulanamayacağı düşünülmektedir. Sayılan sebeplerle, ilgili hükmün kapsamına yalnızca sömürücü ayrımcılık eylemlerin girebileceği kanaatindeyiz. Nitekim, 6 (b) hükmünün lafzı, mehzaz 102 (c)'ye göre farklı olup, eşit durumdaki alıcıların mutlaka rekabet ilişkisi içerisinde olması gerekmektedir. Dolayısıyla söz konusu hükmün, doğrudan tüketicilere yönelik sömürücü

eylemler bakımından da uygulanması mümkün olduğu kanısındayız. Nihayet, bir eylemin 6 (b) kapsamında sömürücü ayrımcılık teşkil edebilmesi için mutlaka hakim durumdaki firma tarafından arbitraj imkanının engellenmesi gerektiğini düşünmekteyiz.

## KAYNAKÇA

ASLAN, E. F. (2009), “AB 82. Madde Reform Çalışmaları Işığında Mal Vermeyi Reddetme ve Benzeri İhlallerden Ayrılması”, *Legal Fikri ve Sınai Haklar Dergisi*, Sayı:16.

ASLAN, İ. Y. (2007), *Rekabet Hukuku*, Ekin Kitabevi, Bursa.

DEMİRÖZ, A. (2009), “Sözleşme Yapmayı Reddetme Bağlamında Hakim Durumdaki Teşebbüslere Getirilen Yükümlülüklerin Sınırları”, *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu VII*.

<http://www.rekabet.gov.tr/dosyalar/belgeler/belge439/erciyes.pdf>,

Erişim Tarihi: 09.12.2010

GERARD, D. (2005), “Price Discrimination under Article 82 (c) EC: Clearing up the Ambiguities”, *GCLC Research Papers on Article 82 EC*.

GÖRGÜLÜ, Ü. (2003), *Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Kapsamında Fiyat Ayrımcılığı Uygulamaları*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi, No: 32, Ankara.

GÜL, İ. (2000), *Teşebbüsün Alıcılara Ayrımcılık Yaparak Hakim Durumunu Kötüye Kullanması*, Rekabet Kurumu Yayınları, Lisansüstü Tez Serisi No:2, Ankara.

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

INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK (2007), Report on the Objectives of Unilateral Conduct Laws Assessment of Dominance/ Substantial Market Power and State- Created Monopolies.

<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc353.pdf>,

Erişim Tarihi: 09.12.2010

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

LANG J. T. ve O'DONOGHUE R. (2002), “Defining Legitimate Competition: How to Clarify Pricing Abuses Under Article 82 EC”, *Fordham International Law Journal*.

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

OECD (2005), Policy Roundtables, Competition on the Merits.

<http://www.oecd.org/dataoecd/7/13/35911017.pdf>, Erişim Tarihi: 09.12.2010

OFT (2004), Assessment of Conduct, Draft Competition law guideline for consultation.

[http://www.offt.gov.uk/shared\\_offt/business\\_leaflets/competition\\_law/oft414a.pdf](http://www.offt.gov.uk/shared_offt/business_leaflets/competition_law/oft414a.pdf), Erişim Tarihi: 09.12.2010

PETIT, N. ve D. GERADIN (2005), “Price Discrimination Under EC Competition Law: The Need for a case-by-case Approach”, GCLC Working Paper 07/05, *College of Europe Global Competition Law Centre (GCLC)*, Brugge.

POSNER, R. (2001), *Antitrust Law*, University of Chicago Press, Chicago, US

SANLI, K. C. (2000), *Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun'da Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği*, Rekabet Kurumu Yüksek Lisans Tezleri Serisi, Ankara.

ÜNLÜSOY, K. (2003), *Rekabet Hukukunda Bağlama Anlaşmaları*, Rekabet Kurulu Uzmanlık Tezleri Serisi, Ankara.

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

VARNEY, C. (2009), Vigorous Antiitrust Enforcement in this Challenging Era, U.S. Department of Justice.

<http://www.justice.gov/atr/public/speeches/245777.htm>,

Erişim Tarihi: 09.12.2010

WHISH, R. (2005), *Competition Law*, Oxford University Press, New York, US

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

### **Komisyon Kararları**

Case 84/379, *BL*, OJ [1984] L 207/11.

Case 88/138, *Eurofix-Bauco v. Hilti* OJ [1988] L 65.

Case 88/518, *Napier Brown/ British Sugar*, OJ [1988] L 284/41.

Case 93/82, *Cewal*, OJ [1993] L 34.

Case 94/210, *HOV-SVZ/MCN*, OJ [1994] L 104.

Case 95/364, *Brussels National Airport*, OJ [1995] L 216/8.

Case 97/624, *Irish Sugar plc.*, OJ [1997] L 258.

Case 98/153, *Alpha Flight Services/ Aeroports de Paris*, OJ [1998] L 230.

Case 98/531, *Van den Bergh Foods Limited*, OJ [1998] L 246.



Case 1999/199, *Porteguese Airports*, OJ [1999] L 69.

Case 2000/74, *Virgin/British Airways*, OJ [2000] L 30/1.

Case 00/12, *1998 Football World Cup*, OJ [2000] L 5/55.

Case 2001/892, *Deutsche Post AG- Interception of cross-border mail*, OJ L 331 of 15 December 2001.

Case COMP/38.745, *BdKEP/ Deutsche Post AG and Bundesrepublik Deutschland*, 20.10.2004.

Case COMP/38.096, 02.06.2004, *Clearstream*, OJ [2009] C 165.

#### **Genel Mahkeme Kararları**

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

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

Case T-229/94, *Deutsche Bahn AG v. Commission*, ECR [1997] II-1689.

Case T-198/98, *Micro Leader Business v Commission*, ECR [1999] II-3989.

Case T-203/01, *Manufacture française des pneumatiques Michelin v Commission, (Michelin II)*, 30.09.2003.

#### **ABAD Kararları**

Case 13- 63, *Italian Republic v Commission*, ECR-165 in the context of the ECSC Treaty, 17.07.1963.

Case 6-72, *Europemballage Corporation and Continental Can Company Inc. v Commission*, ECR [1973]-215.

Case 27/76, *United Brands Company v. Commission*, ECR [1978]- 207.

Case 85/76, *Hoffmann- La Roche v. Commission*, ECR [1979]- 461.

Case 322/81, *NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin v. Commission*, ECR [1983]-3461.

Case 81/1030, *GVL*, OJ 1981 L 370/49.

Case 226/84, *British Leyland plc.v Commission*, 11 November 1986, ECR [1986]-3263.

Case C-18/93, *Corsica Ferries Italia Srl v Corpo dei Piloti del Porto di Genova*, ECR [1994] I-1783.

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

Case C-163/99, *Portugal v Commission*, ECR [2001] I-2613.

Opinion of Advocate General Jacobs in Case C-53/03, *Synetairismos Farmakopoion Aitolias & Akarnanias (Syfait) and Others v GlaxoSmithKline AEVE*, ECR [2005] I-4609.

### **Rekabet Kurulu Kararları**

Rekabet Kurulu'nun 99-46/500-316 sayılı, 11.10.1999 tarihli kararı.  
Rekabet Kurulu'nun 00-50/533-295 sayılı, 21.12.2000 tarihli kararı.  
Rekabet Kurulu'nun 01-35/347-95 sayılı, 20.07.2001 tarihli kararı.  
Rekabet Kurulu'nun 01-56/554-130 sayılı, 20.11.2001 tarihli kararı.  
Rekabet Kurulu'nun 02-46/564-230 sayılı, 01.08.2002 tarihli kararı.  
Rekabet Kurulu'nun 02-27/290-118 sayılı, 07.05.2002 tarihli kararı.  
Rekabet Kurulu'nun 02-27/291-119 sayılı, 07.05.2002 tarihli kararı.  
Rekabet Kurulu'nun 03-06/59-21 sayılı, 23.01.2003 tarihli kararı.  
Rekabet Kurulu'nun 04-60/866-205 sayılı, 20.9.2004 tarihli kararı.  
Rekabet Kurulu'nun 04-66/949-227 sayılı, 19.10.2004 tarihli kararı.  
Rekabet Kurulu'nun 04-66/946-224 sayılı, 19.10.2004 tarihli kararı.  
Rekabet Kurulu'nun 05-06/48-20 sayılı, 18.01.2005 tarihli kararı.  
Rekabet Kurulu'nun 05-12/137-50 sayılı, 03.03.2005 tarihli kararı.  
Rekabet Kurulu'nun 05-36/453-106 sayılı, 26.05.2005 tarihli kararı.  
Rekabet Kurulu'nun 05-38/487-116 sayılı, 02.06.2005 tarihli kararı.  
Rekabet Kurulu'nun 05-53/809-219 sayılı, 01.09.2005 tarihli kararı.  
Rekabet Kurulu'nun 05-60/893-242 sayılı, 23.09.2005 tarihli kararı.  
Rekabet Kurulu'nun 06-61/822-237 sayılı, 07.09.2006 tarihli kararı.  
Rekabet Kurulu'nun 06-84/1069-311 sayılı, 15.11.2006 tarihli kararı.  
Rekabet Kurulu'nun 06-90/1146-340 sayılı, 14.12.2006 tarihli kararı.  
Rekabet Kurulu'nun 06-90/1142-338 sayılı, 14.12.2006 tarihli kararı.  
Rekabet Kurulu'nun 07-30/302-115 sayılı, 05.04.2007 tarihli kararı.  
Rekabet Kurulu'nun 07-56/668-231 sayılı, 04.07.2007 tarihli kararı.  
Rekabet Kurulu'nun 07-63/774-281 sayılı, 02.08.2007 tarihli kararı.  
Rekabet Kurulu'nun 07-70/864-327 sayılı, 10.09.2007 tarihli kararı.  
Rekabet Kurulu'nun 07-70/863-326 sayılı, 10.09.2007 tarihli kararı.  
Rekabet Kurulu'nun 07-831/1009-393 sayılı, 01.11.2007 tarihli kararı.  
Rekabet Kurulu'nun 08-01/13-10 sayılı, 03.01.2008 tarihli kararı.  
Rekabet Kurulu'nun 08-01/6-5 sayılı, 03.01.2008 tarihli kararı.

Rekabet Kurulu'nun 08-25/261-88 sayılı, 20.03.2008 tarihli kararı.  
Rekabet Kurulu'nun 08-34/453-159 sayılı, 20.05.2008 tarihli kararı.  
Rekabet Kurulu'nun 08-35/466-166 sayılı, 27.05.2008 tarihli kararı.  
Rekabet Kurulu'nun 08-57/912-363 sayılı, 09.10.2008 tarihli kararı.  
Rekabet Kurulu'nun 08-61/996-388 sayılı, 30.10.2008 tarihli kararı.  
Rekabet Kurulu'nun 09-09/192-59 sayılı, 05.03.2009 tarihli kararı.  
Rekabet Kurulu'nun 09-16/374-88 sayılı, 20.04.2009 tarihli kararı.  
Rekabet Kurulu'nun 09-45/1136-286 sayılı, 08.10.2009 tarihli kararı.  
Rekabet Kurulu'nun 10-23/326-114 sayılı, 16.03.2010 tarihli kararı.  
Rekabet Kurulu'nun 10-47/854-292 sayılı, 01.07.2010 tarihli kararı.

#### **Mahkeme Kararları**

Danıştay 10. Dairesinin E. 2001/355- K. 2003/4245 sayılı, 04.11.2003 tarihli kararı.  
Danıştay İDDK, E. 2004/1188- K. 2007/864 sayılı kararı.  
Danıştay İDDK, E.2009/152 E. sayılı, 25.06.2009 tarihli kararı.  
Ankara 7. Asliye Ticaret Mahkemesi'nin E.1997/99- K.1998/732 sayılı, 17.09.1998 tarihli kararı.  
Yargıtay 19. HD. E. 1999/3350- K. 1999/6364 sayılı, 01.11.1999 tarihli kararı.