

BAHÇEŞEHİR ÜNİVERSİTESİ SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
SERMAYE PİYASASI VE TİCARET HUKUKU YÜKSEK LİSANS PROGRAMI

“REKABET HUKUKUNDA HAKİM DURUMUN KÖTÜYE KULLANILMASI”
KONULU TEZ ÇALIŞMASI



TEZ DANIŞMANI: Prof.Dr. Arif ESİN

ÇAĞRI SAVAŞ – 1605987

- HAKİM DURUMUN KÖTÜYE KULLANILMASI -

10.12.2018

KISALTMALAR

AB	Avrupa Birliği
ABAD	Avrupa Birliği Adalet Divanı
a.g.e.	Adı geçen eser
A.Ş.	Anonim Şirket
BM	BirleŐmiŐ Milletler
Böl.	Bölüm
DPT	Devlet Planlama Teşkilatı
Fak.	Fakülte
FAO	Gıda ve Tarım Teşkilatı (Food and Agricultural Organization)
GB	Gümrük Birliği
IMF	Uluslararası Para Fonu (International Monetary Fund)
KGVT	Kurumlar Vergisi Genel Tebliği
KVK	Kurumlar Vergisi Kanunu
LAR	Large Reseller
Ltd. Őti.	Limited Şirket
md. :	Madde
RKHK:	Rekabetin Korunması Hakkında Kanun
SerPK:	6362 Sermaye Piyasası Kanunu
s:	Sayfa
TBK:	Türk Borçlar Kanunu
TC	Türkiye Cumhuriyeti
Tic.	Ticaret
TTK:	6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu
vd. :	Ve devamı



T.C.
BAHÇEŞEHİR ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

TEZ SINAVI TUTANAK FORMU

3-1-2019

Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü'ne

Sosyal Bilimler Enstitüsü Semra Ay. ve Trüvet Hukuk Yüksek Lisans
Programına kayıtlı 16.05.98.7 öğrenci no'lu tez çalışmasını
sonuçlandırmış ve jüri önünde tezini savunmuştur. Sınav tutanağı aşağıdadır.
Gereğini bilginize arz ederim.

.....
YLP Koordinatörü

SINAV TUTANAĞI

Jürimiz 3-1-2019 tarihinde toplanmış ve yukarıda adı geçen öğrencinin
Rekabet Hukukunda Hukim Akıncı'nın Künye Kullanması
konulu tezini incelemiş ve yapılan sözlü sınav sonunda OYBİRLİĞİ/OYÇOKLUĞU ile
aşağıdaki kararı almıştır.

Başarılı (S)

Başarısız (*) (U)

Düzeltme (Yüksek Lisans 3 ay) (*) (PR)

(*): Düzeltme alan veya başarısız olan öğrenciler için jüri raporu eklenmelidir. Jüri raporunu tüm jüri üyeleri imzalamalıdır.

Tez Sınav Jürisi	Ünvanı, Adı Soyadı	İmza
Tez Danışmanı	Prof. Dr. Arif Esin	
Üye	Prof. Dr. Nesrin Özdemir	
Üye	Dr. Reti Ateş Türel	

ONAY

3-1-2019
Tarih

Doç. Dr. Burak KÜNTAY
Enstitü Müdürü



T.C.
BAHÇEŞEHİR ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

Sermaye Piyasası ve Ticaret Hukuku..... YÜKSEK LİSANS PROGRAMI

Tezin Adı: Rekabet Hukukunda hakim durumun kötüye kullanılması

Öğrencinin Adı Soyadı: Ar. Çağrı Savaş (1605987)

Tez Savunma Tarihi: 3 Ocak 2013

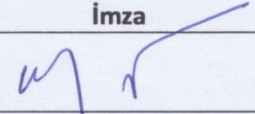
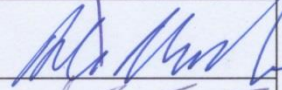

Bu tezin Yüksek Lisans tezi olarak gerekli şartları yerine getirmiş olduğu Sosyal Bilimler Enstitüsü tarafından onaylanmıştır.

Doç. Dr. Burak KÜNTAY
Enstitü Müdürü

Bu tezin Yüksek Lisans tezi olarak gerekli şartları yerine getirmiş olduğunu onaylarım.

Program Koordinatörü

Bu Tez tarafımızca okunmuş, nitelik ve içerik açısından bir Yüksek Lisans tezi olarak yeterli görülmüş ve kabul edilmiştir.

	Ünvan/Ad	İmza
Tez Danışmanı	Prof. Dr. Anıf ESİN	
Üye	Prof. Dr. A. Necip ÖRTAN	
Üye	Dr. Refiye Ates Tüzel	



ÖZET

REKABET HUKUKUNDA HAKİM DURUMUN KÖTÜYE KULLANILMASI

Çağrı SAVAŞ

Sermaye Piyasası ve Ticaret Hukuku Yüksek Lisans Programı

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Arif ESİN

Ocak 2019, 124 sayfa.

Rekabet Kanunlarının ve buna bağlı olarak hakim durumun kötüye kullanılmasına ilişkin mevzuatın ülkelerin piyasa yapılarına ve yasalara uygun hareket etme kültürü açısından farklılık gösterebilir. Bununla ilgili olarak öncülüğünü AB üye ülkelerinin ve ABD, Kanada gibi Kuzey Amerika ülkelerinin üstlenmiş olduğu bu disiplinin geçiş ekonomilerine uygulanırken dikkat edilecek hususların önemi hakkında biraz konuşmak gerekir. Ülkemiz gibi merkezi planlı ekonomilerden piyasa ekonomilerine geçiş yapan ülkeler, geçişi yönetmede özel sorunlarla karşı karşıyadır. Özelleştirme sürecini tamamlamak ve gerçekten rekabetçi, açık pazarların hedefine ulaşmak için önemli zaman alabilir. Kaçınılmaz olarak, birçok vatandaşın hayatında ciddi bir kesinti olacaktır ve sonuçta ortaya çıkan zorlukları hafifletecek önlemler alınacaktır.

Daha önce de tartışıldığı gibi, Rekabet Savunuculuğu, özelleştirme sürecinde, eski devlet tekellerinin tamamen rekabete maruz kaldığı rekabetçi piyasaların yaratılmasına karşı doğal bir direnç vardır. Bunun yerine, kamu tekellerini özel olanlara dönüştürmek için bir eğilim var. Rekabet kurumunun bu eğilime direnmek ve mümkün olan her yerde yeni ekonomide rekabetçi yapıları empoze etmek önemli bir işlevidir. Bununla birlikte, rekabet ajansı ve rekabet için diğer savunucular tam olarak başarılı olmayabilir. Bazı pazarların özelleştirmeden hemen sonraki dönemde hakimiyet ile karakterize olması muhtemeldir. Bazıları elbette doğal tekeller ya da sadece bir üretici olduğunda toplam arz maliyetlerinin en aza indirilebileceği pazarlar olabilir. Doğal tekellerin örnekleri su, elektrik ve doğal gazın dağıtımıdır. Bununla birlikte, diğer pazarlarda, doğal tekeller olmayan hakim firmalar olabilir. Bu firmalar "doğal olmayan" hakim olarak nitelendirilebilir. Bu doğal olmayan hakim firmaların ayırt edici özelliği, hükümet tarafından oluşturulmuş olmaları.

Rekabet ajansı doğal olmayanlarla nasıl baş etmeli? Rekabet uzmanlarının çoğu, ajansın onları, doğal bir tekel olmayan hakim bir firma olarak görmesi gerektiğini söylerdi. Firmanın hakimiyetini kötüye kullanması durumunda, ajans ülkenin rekabet hukuku kapsamında bir icra takibi başlatmalı ve bu fasılda açıklandığı gibi, bu fıkra hükmünü ihlal etmek için bir emirden menzile kadar bir para cezası uygulanacak olan yasaya göre uygun yaptırımını uygulamalıdır. Firma veya sorumlu bireyler, kısmi elden çıkarmalar gibi yapısal çözümlere veya firmanın aşırı, bölünme ve yeniden yapılanmasına kadar. Rekabet

deneylerinin çoğu, doğal olarak dominant olmayan firmaların yüksek fiyatlandırmasının, diğer hakim firmaların yüksek fiyatlandırmasından farklı bir şekilde muamele görmemesi, yani, hakimiyetin kötüye kullanılması olarak görülmemesi gerektiği fikrini alacaktır. Fiyatların rekabetçi seviyelere düşürülmesi için piyasa baskılarına güvenilmeli.

Birtakım otoriteler (politik liderler ve diğer alanlardaki uzmanlar dahil), geçiş ülkelerindeki bu durumun benzersiz olduğunu ve özel çareler gerektirdiğini söyleyebilir. Geçiş ülkelerinde, doğal olarak dominant olmayan firmalar sadece hükümet tarafından yaratılmış değil, aynı zamanda devlete girişte engeller koymuşlardır. Bu tür hükümet desteğinin diğer yönleriyle birleştiğine dair bazı gerekçelerle tartışılabilir.

Rekabetçi sermaye piyasaları gibi yeni rekabetin gelişmesini engelleyen geçiş ekonomilerinin, doğal olarak hakim olan bir firmanın uzun bir süre boyunca dayanılmaz bir şekilde sürmesi ve bu durumun ülkedeki tüketicilerin zarar görmesi ve zarar görmesi önemli ölçüde geciktirilecektir. Bu durumun, sınırlı bir süre için sınırlı fiyat kontrolleri ve doğal olarak dominant olmayan şirketleri bölme yeteneğinin genişletilmesi de dahil olmak üzere olağanüstü hukuk yollarının dayatılmasını gerektirdiği tartışılabilir.

Alternatif olarak ya da buna ek olarak, rekabet yasası, rekabet otoritesinin, kendi yaratılma ya da özelleştirme sürecini takiben birkaç yıl içinde doğal olarak dominant şirketleri parçalama yetkisine sahip olabileceğini, hatta şirketin kendi pozisyonunu kötüye kullandığını kanıtlamadığı halde bile sağlayabilir. Hakim firmaların ayrılmasının olağandışı telafisinin, firmanın hâkimiyetine erişmesine izin vermiş olabilecek verimliliklerin bir kısmını veya tamamını ortadan kaldırma riskini taşıdığı hatırlanacaktır. Ancak, bu risk doğal olarak dominant olmayan firmalarda daha az önemlidir. Bu firmalar piyasa performanslarını üstün bir performansla kazanamadılar devlet tarafından verilmiştir.

Bu anlamda kötüye kullanma değerlendirme yapılırken yapılacak hassasiyet yeni girişimlere cesaret verip tam rekabet ortamının sağlanmasına zemin hazırlayabileceği gibi adalet duygusunu tesis etmeye de katkı sağlayacaktır. İşbu çalışma tüm bu gri çizgilerle dolu Rekabet Hukukunu biraz daha anlaşılır hale getirilebilmesi amacıyla yerli ve yabancı kaynaklardan eşit oranlarda yararlanılarak hazırlanmıştır.

İÇİNDEKİLER

GİRİŞ.....	1
------------	---

BÖLÜM -1-

HAKİM DURUMLA İLGİLİ GENEL HUSUSLAR

TAM REKABET KAVRAMI.....	2
REKABET HUKUKUNUN TARİHSEL GELİŞİMİ VE AMACI.....	3
HAKİM DURUMUN TANIMI VE TÜRLERİ.....	17
HAKİM DURUM.....	17
BİRLİKTE HAKİM DURUM.....	23
SÜPER HAKİM DURUM.....	27
HAKİM DURUMUN TESPİTİ.....	28
HAKİM DURUMUN TESPİTİNE YARAYAN UNSURLAR.....	28

BÖLÜM -2-

KÖTÜYE KULLANMA

GENEL OLARAK.....	31
KÖTÜYE KULLANMANIN TANIMI.....	33
İŞ UYGULAMALARININ REKABET VE VERİMLİLİK AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ...	40
HAKLI GEREKÇELERİN VARLIĞININ KÖTÜYE KULLANMAYA ETKİSİ.....	41

BÖLÜM -3-

HAKİM DURUMUN TÜRLERİ VE HAKİM DURUMUN DİĞER DAVRANIŞLARDAN AYRIMI

REKABET KARŞITI UYGULAMALAR.....	45
ANTİTRÖSTLER.....	46
GİZLİ ANLAŞMALAR.....	46
SINIRLAYICI FİYATLAMA.....	51
PAZARIN TANIMI.....	51
MARKET GÜCÜ.....	52
ÜRÜN ÇEŞİTLENDİRMESİ (FARKLILAŞTIRMASI).....	54
KARŞILIKLILIK (MÜTEKABİLİYET).....	54
ÖNERİLEN VEYA TAVSİYE EDİLEN FİYAT.....	54
KARŞILIKLILIK (MÜTEKABİLİYET).....	54
SATIŞI REDDETME.....	54
BAĞLANMA ANLAŞMALARI.....	56
BİRLEŞME BÖLÜNME VE DEVRALMA DURUMLARINDA.....	56
MALİYETİN ALTINDA SATIŞ.....	57
STRATEJİK DAVRANIŞLAR.....	57
BAĞLI-İKİZ ŞİRKETLERİN DURUMU.....	57
RAKİPLERİN MALİYETLERİNİ YÜKSELTMEK (RAİSİNG RİVALS COSTS).....	58
FİYAT SIKIŞTIRMASI.....	58
YIKICI FİYATLAMA (PREDATORY PRİCİNG).....	61
İNDİRİM SİSTEMLERİ.....	66
MÜNHASIRLIK/TEK MARKA ANLAŞMALARI.....	75
BAĞLAMA VE PAKET SATIŞ.....	77
SÖMÜRÜCÜ KÖTÜYE KULLANMA.....	82
AŞIRI FİYATLAMA.....	83

FİYAT AYRIMCILIĞI	85
-------------------------	----

BÖLÜM -4-

KÖTÜYE KULLANMADAN DOĞAN SORUMLULUK

Tekelci Rehaveti İçerisinde Olmak ve Kötüye Kullanma Ayrımı.....	95
Hakim Durumdaki Teşebbüslerin Diğer Şirketlere Göre Konumu.....	96
KARTELEŞME.....	97
6. Maddenin İhlalinin Sonuçları.....	99
Para Cezaları.....	99
İhlale Son Verme / Tedbir Kararları.....	101
Geçersizlik.....	104
Tazminat Yükümlülüğü.....	104
Geçiş Ekonomilerine İlişkin Özel Hususlar.....	109
SONUÇ	112
KAYNAKÇA	114



GİRİŞ

Rekabet Hukuku içerisinde Hakim Durumun Kötüye kullanılması küresel şirketlerin gittikçe büyümesi ve bu şirketlerin ülkemizde faaliyet göstermesi ile birlikte uygulaması çoğalmış bu nedenle de önemi gün geçtikçe artmaktadır. Zamanında ABD, Birleşik Krallık gibi sanayi ve ekonomik yönden gelişmiş yabancı ülkelerin bir iç hukuku olarak temelleri atılan Rekabet Hukuku ve buna bağlı olarak gelişen “Hakim Durumun Kötüye Kullanılması” zaman içinde ülkelerin sınırlarını aşmış uluslararası statüde kabul gören kurallar haline gelmiş ve ülkemizin de bu doğal süreçten etkilenmesi günümüzde kaçınılmaz olmuştur.

Konuyla ilgili düzenlemelerin ülkemizde geç yapılmasının sebebi olarak ise öngörülebileceği üzere küresel çapta şirket sayısının azlığı gösterilebilir.

Ayrıca belirtmek gerekir ki Hakim Durumun Kötüye Kullanılması konusu son derece canlı ve değişken olup her gün ortaya çıkan yeni uygulamalarla şekillenmektedir, ayrıca temel hukuk kavramlarıyla açıklanması güç bir alan olması nedeniyle açıklamaların yanında örnek davalara başvurulması kaçınılmazdır. Bu nedenle de çalışmada bu tür örneklerle sıkça yer verilecektir.

Temelde sözleşme özgürlüğüne dayanan özel hukuk kavramları kaliteli ve etkin bir Rekabet Ortamını sağlamaya yetmeyebilir. Bu nedenle rekabet hukuku sistemine ve hakim durumun kötüye kullanılması kurallarına ihtiyaç duyulmuştur. Hatta hukuk dünyasındaki bir çok çevre Rekabet Hukuku’ndaki hukuka aykırılık kavramını anlamakta ve sindirmekte güçlük çektiğini dile getirir.

BÖLÜM -1-

HAKİM DURUMLA İLGİLİ GENEL HUSUSLAR

TAM REKABET KAVRAMI

Chamberlin ortaya atmış olduğu tam rekabet ortamı olmayan piyasa ile devam eden süreci incelerken aslında spesifik olarak olaylardan çok rekabet hukukunun arkasındaki ilkeye bakmak gerekir. Unutulmamalıdır ki piyasadaki tam rekabet koşulları hem üretim anlamında hem ülkenin katma değeri açısından hem de tüketici açısından hayati derecede önemli olup bir ülkenin sanayisinin ve medeni değerlerinin gelişmişlik göstergesidir de aynı zamanda.

Eksik rekabet fikrini, Chamberlin¹, “temelde, fiyat sisteminin böyle olduğu varsayılmıştır” - açıklanacak olan tüm olguların ya rekabetçi ya da tekeli olduğunu ve bu nedenle iki arıtılmış ve aşırılık türünün yararına olduğunu belirtmektedir. teori yeterlidir ”. Bazı durumlarda paradoksal sonuçlar, Clark² tarafından analiz edildiği gibi, “eğer tüm rakipler arasında herhangi bir kesintinin yapıldığı anda uygun olursa, her biri çıktıda ortaya çıkan artışların kontenjanını kazanırdı ve hiç kimse kazanamazdı. Önceki işinin bir tekelden daha büyük bir oranı, fiyatlardaki benzer bir düşüşle kazanacaktır. Böylece, fiyatların rekabetçi bir şekilde kesilmesi, rekabetin olmadığı yerde doğal olarak nerede duracaktır ”. Başka bir deyişle, “mükemmel rekabet - görünecektir - mükemmel tekelle aynı fiyatı verir”³. Ve bu perspektifle, Şövalye'nin (1921: 193), “her şeyden önce teorik olarak mükemmel bir rekabet fikrinde” belirli bir çelişki olduğu ve üstelik “hemen hemen her işin kısmi bir tekeli olduğu gerçeğini göz önünde bulundurarak ekonominin teorik tedavisinin tekeli ve mükemmel rekabeti tamamlayacak kadar önemli olduğu dikkat çekicidir ”¹. Bu yazıda, birden fazla rakibin bulunduğu (yani tekeli değil) çok geniş bir pazar koşuluna değindik, ancak bir firma (ya da bir grup firmanın değil, hepsinin) bir alaka düzeyine sahip oldu. mükemmel bir atomik rekabet ortamı değildir): Bizim görüşümüze göre piyasadaki iktidarın resmini temsil eden hakim konum. Bu pazar durumunu, tekeli rekabetin tuhaf bir durumu olarak görebiliriz, ya da genel pazar çıktısı, bireysel ve grup dengesinin bir birleşimidir. Özellikle - göstereceğimiz gibi - mükemmel (ya da saf) rekabet³ ya da tekeli teorisi ile ortaya çıkamayacak sonuçları ortaya çıkaracaktır; yani konumsal etkiler. Bu etkiler, kümülatif ve fiziki nedensellik, yani pazarın tekelleşmesini tetikleyebilir. Bu yaklaşımın - Chamberlin'in daha gerçekçi analiz talebiyle uyumlu olarak-, hakim konumlar üzerindeki normları anlamak ve özellikle uygulamak için yararlı bir araç olduğuna inanıyoruz.

¹ Chamberlin 1935: 3

² Clark 1923: 417

³ (Chamberlin, 1935: 4)

dayanan örneklere göz gezdirmemiz gerekir. Hakim durumun kötüye kullanılması çok eski tarihlerde görülmüşünün yanı sıra aynı tarihlerde farklı coğrafyalarda farklı şekillerde gelişim gösterdiği söylenebilir.

İlk karteller Japonya'da pamuk iplik endüstrisinde (1890 civarında) Japonya'da ve Rus-Japon Savaşı'ndan sonra (1904-1905) gübre, kağıt, şeker, kerosen ve un değirmenciliği endüstrilerinde ortaya çıktı. Keten dokumacılar ve bira fabrikalarının önemli bir birleşmesi de vardı. Bu faaliyetten sonra, Japon akademisyenler hem Amerika Birleşik Devletleri antitröst yasası hem de Alman kartel yasasını incelemeye başladılar. Amerikan muhalefetine “ticaretin kısıtlanmasına ilişkin herhangi bir sözleşme” (Sherman Yasası- *Sherman Act*-) için makul olsa da, ancak Japonların ekonomik durgunlukla mücadele konusundaki arzusuyla Alman yaklaşımına çok az ilgi gösterildi. Savaşlar arasındaki dönemde, kartellerin oluşumu, Japon Hükümetince, “idari rehberlik” (gyosei shido) ve 1925'te Japon Parlamentosu (Diyet) tarafından yasalar çıkarılarak, Avrupa Birliği tarafından teşvik edildi. Üyeleri ve bazı durumlarda üye olmayanlar ve stratejik ihracat endüstrileri ile ilgili kısıtlamalar getirme yetkisi. Karteller, hem Birleşik Devletler'de hem de Almanya'da egemen olan politikaların aksine “aşırı rekabet” le ve piyasa düzenlemesi araçlarıyla mücadele etmek için gerekli görüldü. Japonya 1931'den itibaren askeri genişlemeye başladıkça, endüstri giderek devlet kontrolüne girmeye başladı. Demircelik, taşıt ve havayolu endüstrilerinde yeni tekeller ortaya çıkmış ve zaibatsu (konglomeralar, aslında “mali eşikler”), devralma yoluyla pozisyonlarını büyük ölçüde genişletebilmiştir. Almanya'da, 1933'ten itibaren seferberlik, kartellerin “genel ekonominin ve kamu yararının ihtiyaçları doğrultusunda” devlet iktisadi politikasının araçları haline gelmesiyle zorunlu kartelleşmeye (Wirtschaftsgruppen veya “ekonomik gruplar”) yol açtı. Benzer şekilde, İtalya'da mevzuat, devleti karteller kurma konusunda yetkilendirmiştir (834/32 sayılı yasa). Birleşik Devletler'de bile, kartellerin bir bütün yasa tasarısı tarafından yasaya aykırı olduğu yerlerde bile, Ulusal Sanayi Kurtarma Yasası 1933, belirli durumlarda kurulmalarına izin verdi. Nitekim, savaşlar arasındaki dönemde, 109 ABD firması 179 uluslararası kartele katılmıştır. Bu bağlamda, 1882'de John D. Rockefeller'in holding şirketi Standard Oil Trust'ın kurulmasından bu yana Amerikan petrol şirketlerinin anti-tröst ihlali dikkat çekmesi, ABD hükümetinin diplomatik desteğiyle giderek daha fazla önem taşıyor. Çin-Japon Petrol Piyasası (Stanvac) için (Royal Dutch-Shell ile bir çiftliğin olduğu), Stanvac'ın Temmuz 1941'den itibaren Japonya'ya bir ambargo ambargosuyla birleşmesiyle birleşti. II. Dünya Savaşı'nın Pasifik'teki nedenleri. ”7 Tabi ki, Amerika Birleşik Devletleri antitröst yasası altında, ABD dışındaki Amerikan şirketleri ve ülke içinde gerçekleşen rekabete aykırı eylemler arasında, Japon pozisyonundan farklı olarak, her zaman bir ayırım yapıldı. .

Savaş yıllarında, kartellerin desteklenmesine yönelik resmi politika, 30 Ağustos 1940'ta Tokyo Yüksek Mahkemesi kararının, Tayvanlı Muz Toptancıları Birliği'ne tedarik edilmeyi reddetmesi yönündeki ilginç istisnasıyla devam etti. Mahkeme kararını Alman Reichsgericht'in bir dizi kararına dayandırarak, kartelin “toplumsal olarak kabul edilebilir olanı aşan hakim konumunu (bir şekilde) kötüye kullandığını” kabul etmiştir. Ancak, o zaman Tayvan yalnızca bir Japon sömürgesiydi ve savaş çabalarını desteklemek zorunda kaldı. 2. Dünya Savaşı'nın sonunda, en büyük dört zaibatsu, tüm Japon iş şirketlerinin yaklaşık dörtte birini, toplam 544 şirketi kontrol etti. 6 Kasım 1945'te, Müttefik Kuvvetler Yüksek Komutanı (SCAP), Japon Diyetinin zaibatsu'yu dağıtmak ve parçalamak, savaş kontrol örgütlerini eritmek ve keiretsu ortadan kaldırmak için yasaları geçirmesini gerektiren bir direktif⁸ yayınladı. ortaklık ilişkileri. Bu önlemler, “üretim araçlarının mülkiyetini mümkün olduğu kadar çok kişiye” (yani Japon ekonomisinin sözde demokratikleşmesine) aktarma yönündeki ABD politikasını ifade etmek için tasarlandı. Sony ve Honda gibi birçok önde gelen Japon şirketi varlığını SCAP politikalarına borçlu.

Ocak 1946'da Ticaret ve Sanayi Bakanlığı Genel İşler Dairesi (Uluslararası Ticaret ve Sanayi Bakanlığı'nın öncüsü), savaş öncesi mevzuatına yoğunlaşmış ve sonuç olarak SCAP tarafından reddedilen Ekonomik Organizasyon hakkında bir yasa tasarısı hazırladı. Aynı yılın Aralık ayında, Hakim P.T. SCAP Antitröst ve Cartel Division Kime, Japon Kabinesinin Antimonopoly Hukuk İnceleme Komitesi, 31 Mart 1947'de Diyet tarafından bazı değişiklikler yapıldıktan sonra, Özel Tekelleştirme ve Bakım Yasası ile ilgili uzun başlık Yasası ile kendi taslağını hazırladı.⁸

MONOPOL KARŞITI ANLAŞMA

Hakim durumun kötüye kullanılmasının tarihsel gelişimini analiz edebilmek için mukayeseli hukuk çalışması yapmak epey faydalı olacaktır. Örneğin 1947 yılında Japonya'da Yürürlüğe konulan Monopol Karşiti Yasa⁸, Amerika Birleşik Devletleri antitröst yasası⁸ tarafından güçlü bir şekilde etkilenmiştir. Yetkileri olmaksızın görev yapan genç Yeni Anlaşma danışmanları, diğerlerinin yanı sıra, özel tekeller ve ticareti sınırladığı tarafından, ekonomik gücün yanlış kötüye, holding şirketleri, rakiplerin ve rekabet fiyat belirleme de dahil olmak üzere uyumlu eylemlere ait bir dizi haksız yöntemlerinin birleşme ve devralmaların da, haddi zatında yasadışı olarak ilan edildi. bir Adil Ticaret Komisyonu (FTC), bu hükümleri hem kararlarını hem de Tokyo Yüksek Mahkemesi'ne temyiz etme hakkı ile yönetmek ve uygulamak için kurulmuştur. Ancak, Antimonopoly Yasası özellikle Japon halkı ile ilgili değildir. ve en başından itibaren iş çevreleri ve Internat Bakanlığı tarafından karşı çıkıldı. ional Ticaret ve Sanayi (MITI). Sadece dayanıldığı Birleşik Devletler mevzuatından daha katı değildi, aynı zamanda Japon koşullarına uygun değildi. Japonya, doğal kaynaklardan yoksun ve etkili bir şekilde ticaret yapan bir üretici ülke olarak üreticilerle ve ihracatçılarla ittifak kurmaya ihtiyaç duyuyordu. Japonya'daki duygu, ABD'nin Japon endüstrisini kendi avantajı için bastırmak istemesiydi. Yine de, ilk yıllarda FTC ve Tokyo Yüksek Mahkemesi, "Antimonopoly Yasası"nı sıkı bir şekilde uygulamaktadır. Takip eden aylarda bir dizi küçük değişiklik yapıldı

ve 1949'da, ilk büyük revizyon, büyük ölçüde keiretsu üzerindeki yasaklamaları, birleşme ve devralmaları ortadan kaldırarak⁸ meydana geldi.

Kore Savaşı Nisan 1952'de İşgal sonuna ile birleştiğinde, FTC Mart ayında Diyet için tadil eden mevzuat sunmak için izin, Japon sanayileşme (özellikle ağır sanayi), doğru ABD politikasında belirgin bir değişime ihtiyaç yükselişi, verdi 1953. 1 Eylül 1953'te⁸ çiftçi derneklerinin (sentetik gübre karteline karşı çıkan) muhalefetine ilişkin olarak kabul edilen revizyon, Ev Hanımları Federasyonu ve tüketici grupları (fiyat artışlarından korkan); Mevcut Antimonopoly Yasası'nın temeli. Yasakların çoğu kaldırıldı; Karteller, ticareti önemli ölçüde kısıtladıklarında sadece yasadışıydı. Daha sonra taslak Alman Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) (Rekabeti Kısıtlama Yasası) 'na dayanan yeni hükümler, üretim maliyetlerinin satışı aşması durumunda FTC' nin "depresyon kartelleri" ve "rasyonalizasyon kartelleri" ni onaylama yetkisi verdi. Özellikle atıkları azaltmak için fiyatları ve endüstrileri rasyonelleştirmek. Ekonomik gücün uygunsuz suistimali artık yasaklanmamıştı (1977'de değiştirilmiş bir şekilde yeniden tanıtılmış olmasına rağmen) ve büyük ölçüde rekabeti kısıtlamadıkça birleşme ve devralmaya izin verildi. Böyle defter ve kayıtları olarak telif öğeleri için Satış fiyatı bakım izin (ve daha sonra kozmetik, tuvalet, ilaç, alkol ve kameralar gibi günlük kullanım gibi diğer öğelere genişletilmiş) 0,14 Genel olarak yapıldı, Anti-tekelleştirme Yasası 1953 revizyon önemli zayıflamayı temsil O Japon ticari uygulamaları ve bu bağlamda .15 "Japon antitröst ve sanayi politikalarının arasındaki temel gerginlik" yansıyan Scap ve Japon (ve Almanca) elementlerin neticede güçlendirilmesi, dayattığı antitröst kurallarının, orijinal ifadenin yerine " "haksız ticaret uygulamaları" (fukosei na

torihiki hoho) terimiyle de haksız rekabet yöntemleri (fukosei na kyoso hoho), hakim durumun kötüye kullanılmasına karşı yasağın güçlendirilmesini temsil etmiştir. Bir bütün olarak Japon rekabet politikası MITI'nin ve FTC arasındaki gerginliğin etkilendi ise Anti-tekel yasası daha sonra diğer düzeltmeleri⁸ uğramıştır. MITI'nin rekabet yasasına karşı çıkması, ekonomik gelişmeyi yönlendirmek ve Japon uluslararası rekabeti için kesinlikle gerekli gördüğü büyük iş girişimlerini tercih etme isteğiyle güçlendi. Bununla birlikte, FTC'nin duruşu, Alman deneyiminden “serbest piyasa ekonomisi” ile etkilenen ve çeşitli çıkarlarla desteklenmektedir. MITI ile idari ve Başbakanlık bünyesinde bulunan FTC arasındaki ihtilaf, 1974 yılında özellikle “petrol krizi” sırasında MITI'nin “idari rehberlik” kullanımı üzerine yoğunlaşmıştır. “İdari rehberlik” (gyosei shido veya kankoku sotan) Alman Wirtschaftslenkung'a çok benzer olan (yönlendirme ekonomik kalkınma), idari makamlar tarafından talimatlar (shiji), talepler (yobo), uyarılar (keikoku), öneriler (kankoku) ve teşvik (kansho) yoluyla yasal olmayan etkinin kullanılmasıdır.

Eski MITI Bakan Yardımcısı Toshihiko Yano'nun tanımı oldukça öğreticidir: “Devlet ve sanayi arasındaki işbirliğini karşılıklı güvene dayalı olarak teşvik etmek ve sanayiye ikna etmek ve bu temelde anlayışını elde etmek için idari eylem.” Bu “rehberlik”, bununla birlikte, aslında her zaman tam olarak rıza göstermemesi dışında, rekabet karşıtı etkileri oldukça yüksektir. Dört temel “idari rehberlik” tipi vardır:

- Bakanlıkların fiyat sabitleme veya üretimde azalma sağlamak için “idari rehberlik” kullandığı durumlar
- Üye kuruluşlara ticaret derneklerinin “idari rehberlik” sağladıkları durumlar
- “idari rehberlik” in bir kartel oluşmadan rekabeti kısıtladığı durumlar
- “idari yönlendirme” nin resmi yasama eyleminden önce geldiği durumlar.

Petrol Karteli davasında, 20 MITI, “idari rehberlik” (petrol şirketlerinin herhangi bir fiyat artışının ilk% 10'unun yükünü üstlenmesini gerektiren fiyatlandırma kurallarının belirlenmesi) talebin kısıtlanması, enflasyonun kontrol altına alınması ve yabancıların önlenmesi için gerekli olduğunu belirtti. Japon pazarını kontrol etmek için sermaye. FTC'nin fiyat gözetleme rolüne sahip olmadığı ve genel ekonomi politikasını yönetme yetkisi verilmediği imaları, kararında Tokyo Yüksek Mahkemesi tarafından desteklenmemiştir. Ancak, temyiz başvurusunda, Tokyo Yüksek Mahkemesi 28 Şubat 1984 tarihinde MITI'nin petrol endüstrisinin Petrol Endüstrisi Yasası kapsamında kayda değer ölçüde önemli yetkilere sahip olduğunu, ancak fiyatların belirlenmesine hala izin verilmediğini ileri sürmüştür. Bununla birlikte, “petrol krizi” nin özel durumu, MITI'yi “idari rehberlik” kullanımını meşrulaştırmaktan kurtardı. Ayrıca, “idari rehberlik” yasal olmayan bir şekilde istihdam edilmiş olsa bile, MITI'ye itaat eden firmalar yasayı ihlal etmemişlerdir. Gelecekte, “idari rehberlik”, (a) Antimonopoly Yasası ile tutarlı olmak zorundaydı, (b) “kamu yararına” karşı değil ve (c) toplumsal olarak kabul edilebilir olarak kabul edildi.

17 Aralık 1997'de yürürlüğe giren Antimonopoly Yasası'nın⁸ son revizyonu altında, holding şirketlerine izin verildi. Bazı çeyreklerde, bunun ancak daha fazla ekonomik güce yol açacağına dair orijinal korkular, uzun zamandır sadece bir yeni holding şirketi kurulduğunda, süpermarket zinciri Daiei tarafından gerçekleştirildi. Bunun nedeni, yasal reformların çok kısıtlayıcı olmamasıdır. Aksine, holding şirketlerinin kurulmasının yasaklanması, bunun ekonomik gücün “aşırı yoğunlaşmasına” yol

açacak olursa, yeni oldukça belirsizdir. Japon vergi sisteminin işleyişinde, bir holding şirketinin bir bölümündeki zararların başka bir şirketteki karlara karşı mahsup edilmesine izin vermeyecek ve bu durumun işletmelerin varlıklarının değerine farklı bir şekilde sahip olduğu açıklanmaktadır. Diğer şirketler.²¹ Son 20 yılda, Japon rekabet politikası üç önemli gelişmeden etkilendi: NTT, Japan Railways ve finans sektörü gibi kamu iktisadi teşebbüslerinin özelleştirilmesi; Yapısal Engeller Girişimi ve daha genel olarak devam eden ABD-Japonya ticaret anlaşmazlığı; ve teknolojik ilerleme ile rekabet arasındaki ilişki.²² Bir ölçüde, bu konular, özellikle de özelleştirme, düzenleme ve rekabet arasındaki bağlar olmak üzere diğer ülkelerdeki rekabet otoriteleriyle karşı karşıyadır.

MONOPOL KARŞITI YASA (ÜÇ SÜTUN YASASI)

Antimonopoly Yasası üç tür davranış için geçerlidir:

- özel tekelleşme
- ticaretin makul olmayan kısıtlamaları
- haksız ticaret uygulamaları

Japon rekabet politikası, dış hakimın, ekonominin küreselleşmesinin ve yakınsamanın etkisi altında, sanayinin kalkınmasına ilişkin daha önceki vurgulamalardan uzaklaştıkça, düzenlemeye daha fazla dikkat edilmesi muhtemeldir.

Bu tür davranışların “Özel tekelleşme”, Antimonopoly Yasası'nda şöyle tanımlanmıştır:

Herhangi bir girişimcinin bireysel olarak veya diğer girişimcilerle ya da başka bir yolla komplo ile ya da başka herhangi bir şekilde, diğer girişimcilerin ticari faaliyetlerini dışlayan ya da kontrol eden ticari faaliyetler, kamu menfaatine aykırı bir şekilde, rekabetin önemli ölçüde kısıtlanmasına neden olur. belirli ticaret alanı. ²³ “Özel tekelleşme”, yani “kamu yararına aykırı”, “rekabetin önemli ölçüde kısıtlanması” ve “özel ticaret alanı” için gerekli olan üç unsurdan en sorunlu olanıdır. Üç temel okul vardır. “kamu yararına” uygulanacak anlam konusunda Japonya'da düşünce. Bir yandan, FTC “kamu yararı” nı rekabetin güvenceye alınmasıyla karşıladığını savunuyor. Öte yandan, MITI, Keidanren (Keizai Dantai Rengokai, Ekonomik Örgütler Federasyonu) ve diğer iş grupları, “kamu yararı” nın, üreticilerin de dahil olduğu makroekonomik menfaatleri kucakladığını düşünüyor. Üçüncü görüş, Petrol Karteli davasındaki Tokyo Yüksek Mahkemesi tarafından, “kamu çıkarını” Antimonopoly Yasası'nın amacına göre denkleştirdiği zaman dile getirilmiştir.²⁴ Bu akıl yürütme çizgisini takiben, Japonya'da “kamu yararı” nın kesinlikle bir FTC'nin inancından çok daha geniş bir anlam ifade etmektedir, çünkü Antimonopoly Act, aşağıdakileri içeren “ücretsiz ve adil rekabetin sağlanması” (ki, ki bu ilk amaçtır) tanıtımından başka birçok başka amaç da içermektedir:

- Girişimcilerin yaratıcı girişiminin teşvik edilmesi
- İşletmelerin ticari faaliyetlerinin teşvik edilmesi
- istihdam artışı
- Gerçek gelirlerin iyileştirilmesi

-
- ulusal ekonominin gelişiminin desteklenmesi
 - Tüketici çıkarlarını güvence altına almak.

“Ticareti makul olmayan bir kısıtlama”, Antimonopoly Yasası'na göre, herhangi bir girişimcinin, sözleşme, anlaşma veya diğer uyumlu eylemlerle, diğer girişimcilerin, ticari faaliyetlerini karşılıklı olarak kısıtlayan veya yöneten bir ticari faaliyettir. fiyatları düzeltmek, sürdürmek ya da arttırmak ya da üretimi, teknolojiyi, ürünleri, tesisleri ya da müşterileri veya malzemeleri sınırlamak, böylece kamu menfaatine aykırı olarak, belirli bir ticaret alanında rekabetin önemli ölçüde kısıtlanmasına yol açacak şekilde. Böylelikle, Kısım 45 Ticaret Uygulamaları Yasası 1974 (Cth) 'da “kısıtlayıcı ticaret uygulamaları” için geniş anlamda benzer bir anlamı vardır. Temel problemler, bir kartelin varlığını, fiziksel bir kanıtın (“kağıt izi”) olmadığı ve “kamu yararı”nın anlamını belirleyen bir toplumda varlığını kanıtlamaktır. Geniş bir kartel yelpazesi, halihazırda belirtildiği üzere, depresyon ve rasyonelleştirme kartellerinin yanı sıra ihracat ve ithalat kartelleri de dahil olmak üzere Antimonopoly Yasası'nın faaliyetinden muaftır. İthalat ve İhracat İşlemleri Yasası(299/1952 sayılı), Deniz Taşımacılığı Yasası (187/1949 sayılı) tarafından kabul edilen 26 adet nakliye konferansı, Küçük ve Orta Ölçekli İşletmeler Teşkilatı Yasası (No. 185/1957) tarafından yetkilendirilmiş küçük işletme kartelleri ve Sigorta Şirketleri Kanunu kapsamında yetkilendirilen sigorta sözleşmesi şartlarında tekdüzeliğe ulaşmak amacıyla sigorta şirketleri arasındaki anlaşmalar.²⁷ 231/1952 sayılı Havacılık Kanunundaki havayolları, doğal tekelleri (demiryolları, elektrik ve gaz dahil) diğer bazı alanlar da muaftır. kamu hizmetleri - ve “işlerin doğası gereği tekel oluşturan herhangi bir başka işletme”), özel mevzuat kapsamındaki faaliyetler (Yerel Demiryolları Yasası gibi), entelektüel faaliyetler kooperatiflerin veya kooperatiflerin federasyonlarının mülkiyet hakları ve belirli faaliyetleri.²⁸ Japonya elbette, belirli davranışları veya sektörleri rekabet yasalarının uygulanmasından muaf tutmakta tek başına değildir. Örneğin hem Portekiz hem de Birleşik Devletler, kamu işletmelerini muaf tutmaktadır ve Belçika, Fransa ve Almanya, küçük ve orta ölçekli işletmeleri muaf tutmaktadır. 11 Temmuz 1991 tarihinde, FTC, belirli bir ticaret alanında önemli bir rekabet kısıtlamasına yol açıyorsa, Antimonopoly Act ihlali olarak değerlendirilen faaliyetleri listeleyen Dağıtım ve Ticaret Uygulamaları Hakkında Yönetmelik yayınlamıştır. Bunların arasında, yeniden satış fiyatının garantisi altında olacak ve 1971 tarihli Ticari Uygulamalar Yasası'nın (CTH) hükümlerini boykot edecek olan bu tür uygulamalar yer alıyor. Bunlar, ABD ile SII görüşmelerinin etkisi altında. Fiyatların sabitlenmesi ve bir malın suni olarak sınırlandırılması ile ilgili olarak, bir dizi mahkeme kararı, FTC'nin tutumunu daha iyi anlamamıza katkıda bulunmuştur.

Özetleyecek olursak, Birleşik Devletler antitröst politikasının temel amacı rekabeti teşvik etmektir, oysa Avrupa Topluluğu, çeşitli Üye Devletlerin ulusal pazarlarının Ortak Piyasaya entegrasyonunu (Amerika Birleşik Devletleri'nde uzun zamandan beri elde edilen) tamamlarken, Aynı zamanda rekabeti koruyor. Bununla birlikte, rekabetin her zaman verimlilik sağlayamadığı kabul edilmelidir. Corones, “rekabetin ekonomik verimliliğe ulaşamaması durumunda, rekabete aykırı düzenlemelerin kamu yararı gerekçesiyle eğlendirilmesi gerekebileceği” Hilmer Raporu'nu tartışırken belirttiği gibi. Japon rekabet politikasının temel endişesi, Japon firmalarının büyüklüğe sahip olmasını sağlamaktır. ve uluslararası pazarlarda büyük ABD ve Avrupalı firmalarla rekabet etmek için rekabet avantajı. Bu, Antimonopoly Yasası'nın uygulanmasının hükümete ne kadar bağlı kaldığıdır, tabii ki kamu yararının ne olduğunu bilir. Her halükarda, politika kararları, kamu görevlileri ile etkilenen çıkar grupları arasında “müzakere konseyleri” (shingikai) olarak adlandırılan görüşmelerden sonra yapılır. Daha güçlü önlemler almak için FTC'ye baskı yapmak, yaklaşımdaki bu temel farklılıkları ve Japonya'daki politik gerçekleri göz ardı etmektir. FTC'nin Petrol Karteli davasında olduğu gibi mahkemelerde başarılı olduğu yerlerde bile, bir Prens zaferi oldu. Japon ve İngiliz akademisyenlerin

olsa da, ancak Japonların ekonomik durgunlukla mücadele konusundaki arzusuyla Alman yaklaşımına çok az ilgi gösterildi. Savaşlar arasındaki dönemde, kartellerin oluşumu, Japon Hükümetince, “idari rehberlik” (gyosei shido) ve 1925'te Japon Parlamentosu (Diyet) tarafından yasalar çıkarılarak, Avrupa Birliği tarafından teşvik edildi. Üyeleri ve bazı

yakın zamanda yaptıkları bir çalışma, FTC'nin “yaygın olarak reddedilen bir piyasa rekabeti modeline dayanan popüler olmayan yasaları uygulayan eşsiz ve savunmasız bir kurum” olduğu sonucuna varmıştır. [57] FTC'nin çalışanlarının birçoğu, çeşitli bakanlıklardan ve bakanlıklardan görevlendirilmiştir. personel değişim şeması (shukko), sadakatlerinin nerede olduğu konusunda da şüpheler var. Gerçek şu ki, her ikisi de FTC'nin iktidarındaki herhangi bir artışa karşı olan MITI ve Maliye Bakanlığı, Bakanlar düzeyinde bakanlıklar, 53 ülkenin “yan yana rekabet” in devam etmesini destekliyorlar (yokonarabi kyoso). 54) ve reform programlarının ganimeti (Posta ve Telekomünikasyon Bakanlığı'nın bölünmesi gibi) elde etme konusunda bir anlaşmaya vardığını iddia etmişlerdir. Bir yandan Amerika Birleşik Devletleri Adalet Bakanlığı ile Federal Ticaret Komisyonu ve diğer bir yandan da Japon FTC'si arasında yapılan görüşmelerde, 7 Ekim 1999 tarihinde yıllık Rekabet Etme ve Rekabeti Önleme Çalışmaları Konusunda Anlaşmanın imzalanması ile ilgili tüm yardımlar, 1994 tarihli Uluslararası Antitröst Zorluk Yardımı Yasası(15 USC §§ 6201-12), Amerika Birleşik Devletleri antitröst makamlarının, bir soruşturma “ABD'nin çıkarlarıyla tutarlı” olması durumunda yabancı meslektaşlarına yardımcı olmalarına izin verir. Tabii ki, Japon FTC, Adalet Bakanlığı tarafından yapılan bir talebin Japonya'nın “kamu yararı” na ters düşmesi durumunda misilleme yapabilir. Japonya, özellikle Amerika Birleşik Devletleri antitröst yasalarına aykırı yasaları engellememesine rağmen, Hukuk Usulü'nü yürürlüğe koyabilir. Kamu düzenine ya da iyi ahlak kurallarına aykırı olduğu düşünülen bir yargıya karşı hukuki yaptırımlar (treble damage) gibi bir hükmün uygulanması. Avrupa Komisyonu'nun 1998 yılında Japonya için düzenlediği deregülasyon paketini başlatan Sir Leon Brittan, etkin bir deregülasyonun herkes için bir seçenek olduğunu söyledi. Maliyetleri azaltacak, piyasaya erişimi artıracak ve Japonya'daki tüketici tercihini genişletecektir. Hem Asya'nın hem de dünya ekonomisinin ihtiyaçları ve Japonya'nın kendi çıkarları, Japonya'nın şu anda harekete geçmesini arzu etmektedir. Doğal olarak, Japon makamları, ne Avrupa Topluluğu ne de Amerika Birleşik Devletleri, Japonya'daki fiyatlar ya da yabancı tüketicilerin potansiyel alıcıları olmadıkça Japon tüketicilerin refahını gerçekten önemsiyor. Avrupa ülkelerinde, özellikle Almanya ve Hollanda'da birçok sanayi sektörü, Japon kartelleri ile aynı şekilde işlev görmektedir ve ekonomilerinin pek çok yönü tıpkı delinmezdir.

Hem MITI hem de Ekonomik Planlama Dairesi, Japon ekonomisinin deregülasyonunu (kisei kanwa) destekliyor, ancak gündemleri çok farklı; Deregülasyonun yeni iş alanları yaratacağını ve Japonya'da istihdamın artacağını kabul ediyorlar.⁵⁷ Ve düzenleyici reformlar yaşıyor; Antimonopoly Yasası'ndan zaten çok sayıda muafiyet kaldırılmıştır, diğerleri gözden geçirilmekte veya kapsamda bir azalma ile karşı karşıya kalmaktadır. Kaldırılanlar arasında balık avlama, işlenmiş meyve, ipek kozaları, sendikal faaliyetler ve limanları içeren eski karteller bulunmaktadır. Birleşik Devletler nakliyatçılarının, üye limanlarında navlun muamelesi prosedürlerine yönelik öngörülen değişikliklere ilişkin bildirimde bulunmalarını talep eden “önceki istişare” sistemini kaldırmış olan bu son imtiyaz, iki ülke arasındaki 1997 nakliye anlaşmazlığının merkezinde yer alması özellikle dikkat çekici ve önemli bir noktadır.

durumlarda üye olmayanlar ve stratejik ihracat endüstrileri ile ilgili kısıtlamalar getirme yetkisi. Karteller, hem Birleşik Devletler'de hem de Almanya'da egemen olan politikaların aksine “aşırı rekabet” le ve piyasa düzenlemesi araçlarıyla mücadele etmek için gerekli görüldü. Japonya 1931'den itibaren askeri genişlemeye başladıkça, endüstri giderek devlet kontrolüne girmeye başladı. Demir-çelik, taşıt ve havayolu endüstrilerinde yeni tekeller ortaya çıkmış ve zaibatsu (konglomeralar, aslında “mali eşikler”), devralma yoluyla pozisyonlarını büyük ölçüde genişletebilmiştir. Almanya'da, 1933'ten itibaren seferberlik, kartellerin “genel ekonominin ve kamu yararının ihtiyaçları doğrultusunda” devlet iktisadi politikasının araçları haline gelmesiyle zorunlu kartelleşmeye (Wirtschaftsgruppen veya “ekonomik gruplar”) yol açtı. Benzer şekilde, İtalya'da mevzuat, devleti karteller kurma konusunda yetkilendirmiştir (834/32 sayılı yasa). Birleşik Devletler'de bile, kartellerin bir bütün yasa tasarısı tarafından yasaya aykırı olduğu yerlerde bile, Ulusal Sanayi Kurtarma Yasası 1933, belirli durumlarda kurulmalarına izin verdi. Nitekim, savaşlar arasındaki dönemde, 109 ABD firması 179 uluslararası karteğe katılmıştır. Bu bağlamda, 1882'de John D. Rockefeller'in holding şirketi Standard Oil Trust'ın kurulmasından bu yana Amerikan petrol şirketlerinin anti-tröst ihlaline dikkat çekmesi, ABD hükümetinin diplomatik desteğiyle giderek daha fazla önem taşıyor. Çin-Japon Petrol Piyasası (Stanvac) için (Royal Dutch-Shell ile bir çiftliğin olduğu), Stanvac'ın Temmuz 1941'den itibaren Japonya'ya bir ambargo ambargosuyla birleşmesiyle birleşti. II. Dünya Savaşı'nın Pasifik'teki nedenleri. ”7 Tabi ki, Amerika Birleşik Devletleri antitröst yasası altında, ABD dışındaki Amerikan şirketleri ve ülke içinde gerçekleşen rekabete aykırı eylemler arasında, Japon pozisyonundan farklı olarak, her zaman bir ayırım yapıldı. .

Savaş yıllarında, kartellerin desteklenmesine yönelik resmi politika, 30 Ağustos 1940'ta Tokyo Yüksek Mahkemesi kararının, Tayvanlı Muz Toptancıları Birliği'ne tedarik edilmeyi reddetmesi yönündeki ilginç istisnasıyla devam etti. Mahkeme kararını Alman Reichsgericht'in bir dizi kararına dayandırarak, kartelin “toplumsal olarak kabul edilebilir olanı aşan hakim konumunu (bir şekilde) kötüye kullandığını” kabul etmiştir. Ancak, o zaman Tayvan yalnızca bir Japon sömürgesiydi ve savaş çabalarını desteklemek zorunda kaldı. 2. Dünya Savaşı'nın sonunda, en büyük dört zaibatsu, tüm Japon iş şirketlerinin yaklaşık dörtte birini, toplam 544 şirketi kontrol etti. 6 Kasım 1945'te, Müttefik Kuvvetler Yüksek Komutanı (SCAP), Japon Diyetinin zaibatsu'yu dağıtmak ve parçalamak, savaş kontrol örgütlerini eritmek ve keiretsu ortadan kaldırmak için yasaları geçirmesini gerektiren bir direktif⁹ yayınladı. ortaklık ilişkileri. Bu önlemler, “üretim araçlarının mülkiyetini mümkün olduğu kadar çok kişiye” (yani Japon ekonomisinin sözde demokratikleşmesine) aktarma yönündeki ABD politikasını ifade etmek için tasarlandı. Sony ve Honda gibi birçok önde gelen Japon şirketi varlığını SCAP politikalarına borçlu.

Ocak 1946'da Ticaret ve Sanayi Bakanlığı Genel İşler Dairesi (Uluslararası Ticaret ve Sanayi Bakanlığı'nın öncüsü), savaş öncesi mevzuatına yoğunlaşmış ve sonuç olarak SCAP tarafından reddedilen Ekonomik Organizasyon hakkında bir yasa tasarısı hazırladı. . Aynı yılın Aralık ayında, Hakim P.T. SCAP Antitröst ve Cartel Division Kime, Japon Kabinesinin

⁹ SCAPIN 244

Antimonopoly Hukuk İnceleme Komitesi, 31 Mart 1947'de Diyet tarafından bazı değişiklikler yapıldıktan sonra, Özel Tekelleştirme ve Bakım Yasası ile ilgili uzun başlık Yasası ile kendi taslağını hazırladı.¹⁰

MONOPOL KARŞITI ANLAŞMA

Hakim durumun kötüye kullanılmasının tarihsel gelişimini analiz edebilmek için mukayeseli hukuk çalışması yapmak epey faydalı olacaktır. Örneğin 1947 yılında Japonya'da Yürürlüğe konulan Monopol Karşiti Yasa¹¹, Amerika Birleşik Devletleri antitröst yasası¹² tarafından güçlü bir şekilde etkilenmiştir. Yetkileri olmaksızın görev yapan genç Yeni Anlaşma danışmanları, diğerlerinin yanı sıra, özel tekeller ve ticareti sınırladığı tarafından, ekonomik gücün yanlış kötüye, holding şirketleri, rakiplerin ve rekabet fiyat belirleme de dahil olmak üzere uyumlu eylemlere ait bir dizi haksız yöntemlerinin birleşme ve devralmaların da, haddi zatında yasadışı olarak ilan edildi. bir Adil Ticaret Komisyonu (FTC), bu hükümleri hem kararlarını hem de Tokyo Yüksek Mahkemesi'ne temyiz etme hakkı ile yönetmek ve uygulamak için kurulmuştur. Ancak, Antimonopoly Yasası özellikle Japon halkı ile ilgili değildir. ve en başından itibaren iş çevreleri ve Internat Bakanlığı tarafından karşı çıktı. İonal Ticaret ve Sanayi (MITI). Sadece dayanıldığı Birleşik Devletler mevzuatından daha katı değildi, aynı zamanda Japon koşullarına uygun değildi. Japonya, doğal kaynaklardan yoksun ve etkili bir şekilde ticaret yapan bir üretici ülke olarak üreticilerle ve ihracatçılarla ittifak kurmaya ihtiyaç duyuyordu. Japonya'daki duygu, ABD'nin Japon endüstrisini kendi avantajı için bastırmak istemesiydi. Yine de, ilk yıllarda FTC ve Tokyo Yüksek Mahkemesi, "Antimonopoly Yasası"nı sıkı bir şekilde uygulamaktadır. Takip eden aylarda bir dizi küçük değişiklik yapıldı

ve 1949'da, ilk büyük revizyon, büyük ölçüde keiretsu üzerindeki yasaklamaları, birleşme ve devralmaları ortadan kaldırarak¹³ meydana geldi.

Kore Savaşı Nisan 1952'de İşgal sonuna ile birleştiğinde, FTC Mart ayında Diyet için tadil eden mevzuat sunmak için izin, Japon sanayileşme (özellikle ağır sanayi), doğru ABD politikasında belirgin bir değişime ihtiyaç yükselişi, verdi 1953. 1 Eylül 1953'te¹⁴ çiftçi derneklerinin (sentetik gübre karteline karşı çıkan) muhalefetine ilişkin olarak kabul edilen revizyon, Ev Hanımları Federasyonu ve tüketici grupları (fiyat artışlarından korkan); Mevcut Antimonopoly Yasası'nın temeli. Yasakların çoğu kaldırıldı; Karteller, ticareti önemli ölçüde kısıtladıklarında sadece yasadışıydı. Daha sonra taslak Alman Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) (Rekabeti Kısıtlama Yasası) 'na dayanan yeni

¹⁰ Adil Ticaret Düzenlemesi 11. Bölüm [Antimonopoly Act vd]

¹¹ The Antimonopoly Act (AMA). Act on Prohibition of Private Monopolization and Maintenance of Fair Trade (Act No. 54 of April 14, 1947).

¹² (1890 Sherman Anti-Trust Yasası (15 USC §§ 1-8, Clayton Act 1914) (15 USC §§ 12-27 ve Federal Ticaret Komisyonu Yasası (15 USC

¹³ (No 214/1949)

¹⁴ (259/1953 sayılı)

hükümler, üretim maliyetlerinin satışı aşması durumunda FTC' nin "depresyon kartelleri" ve "rasyonalizasyon kartelleri" ni onaylama yetkisi verdi. Özellikle atıkları azaltmak için fiyatları ve endüstrileri rasyonelleştirmek. Ekonomik gücün uygunsuz suistimali artık yasaklanmamıştı (1977'de değiştirilmiş bir şekilde yeniden tanıtılmış olmasına rağmen) ve büyük ölçüde rekabeti kısıtlamadıkça birleşme ve devralmaya izin verildi. Böyle defter ve kayıtları olarak telif ögeleri için Satış fiyatı bakım izin (ve daha sonra kozmetik, tuvalet, ilaç, alkol ve kameralar gibi günlük kullanım gibi diğer öğelere genişletilmiş) 0,14 Genel olarak yapıldı, Anti-tekel Yasası 1953 revizyon önemli zayıflamayı temsil O Japon ticari uygulamaları ve bu bağlamda .15 “Japon antitröst ve sanayi politikalarının arasındaki temel gerginlik” yansıyan Scap ve Japon (ve Almanca) elementlerin neticede güçlendirilmesi, dayattığı antitröst kurallarının, orijinal ifadenin yerine “ “haksız ticaret uygulamaları” (fukosei na torihiki hoho) terimiyle de haksız rekabet yöntemleri (fukosei na kyoso hoho), hakim durumun kötüye kullanılmasına karşı yasağın güçlendirilmesini temsil etmiştir. Bir bütün olarak Japon rekabet politikası MITI'nin ve FTC arasındaki gerginliğin etkilendi ise Anti-tekel yasası daha sonra diğer düzeltmeleri¹⁵ uğramıştır. MITI'nin rekabet yasasına karşı çıkması, ekonomik gelişmeyi yönlendirmek ve Japon uluslararası rekabeti için kesinlikle gerekli gördüğü büyük iş girişimlerini tercih etme isteğiyle güçlendi. Bununla birlikte, FTC'nin duruşu, Alman deneyiminden “serbest piyasa ekonomisi” ile etkilenen ve çeşitli çıkarlarla desteklenmektedir. MITI ile idari ve Başbakanlık bünyesinde bulunan FTC arasındaki ihtilaf, 1974 yılında özellikle “petrol krizi” sırasında MITI'nin “idari rehberlik” kullanımı üzerine yoğunlaşmıştır. “İdari rehberlik” (gyosei shido veya kankoku sotan) Alman Wirtschaftslenkung'a çok benzer olan (yönlendirme ekonomik kalkınma), idari makamlar tarafından talimatlar (shiji), talepler (yobo), uyarılar (keikoku), öneriler (kankoku) ve teşvik (kansho) yoluyla yasal olmayan etkinin kullanılmasıdır.

Eski MITI Bakan Yardımcısı Toshihiko Yano'nun tanımı oldukça öğreticidir: “Devlet ve sanayi arasındaki işbirliğini karşılıklı güvene dayalı olarak teşvik etmek ve sanayiye ikna etmek ve bu temelde anlayışını elde etmek için idari eylem.” Bu “rehberlik”, bununla birlikte, aslında her zaman tam olarak rıza göstermemesi dışında, rekabet karşıtı etkileri oldukça yüksektir. Dört temel “idari rehberlik” tipi vardır:

• Bakanlıkların fiyat sabitleme veya üretimde azalma sağlamak için “idari rehberlik” kullandığı durumlar

• Üye kuruluşlara ticaret derneklerinin “idari rehberlik” sağladıkları durumlar

• “idari rehberlik” in bir kartel oluşmadan rekabeti kısıtladığı durumlar

• “idari yönlendirme” nin resmi yasama eyleminden önce geldiği durumlar.

Petrol Karteli davasında, 20 MITI, “idari rehberlik” (petrol şirketlerinin herhangi bir fiyat artışının ilk% 10'unun yükünü üstlenmesini gerektiren fiyatlandırma kurallarının belirlenmesi) talebin kısıtlanması, enflasyonun kontrol altına alınması ve yabancıların önlenmesi için gerekli olduğunu belirtti. Japon pazarını kontrol etmek için sermaye. FTC'nin

¹⁵ (No 63/1977, No 107/1992 ve No 87/1997)

fiyat gözetleme rolüne sahip olmadığı ve genel ekonomi politikasını yönetme yetkisi verilmediği imaları, kararında Tokyo Yüksek Mahkemesi tarafından desteklenmemiştir. Ancak, temyiz başvurusunda, Tokyo Yüksek Mahkemesi 28 Şubat 1984 tarihinde MITI'nin petrol endüstrisinin Petrol Endüstrisi Yasası kapsamında kayda değer ölçüde önemli yetkilere sahip olduğunu, ancak fiyatların belirlenmesine hala izin verilmediğini ileri sürmüştür. Bununla birlikte, “petrol krizi” nin özel durumu, MITI'yi “idari rehberlik” kullanımını meşrulaştırmaktan kurtardı. Ayrıca, “idari rehberlik” yasal olmayan bir şekilde istihdam edilmiş olsa bile, MITI'ye itaat eden firmalar yasayı ihlal etmemişlerdir. Gelecekte, “idari rehberlik”, (a) Antimonopoly Yasası ile tutarlı olmak zorundaydı, (b) “kamu yararına” karşı değil ve (c) toplumsal olarak kabul edilebilir olarak kabul edildi.

17 Aralık 1997'de yürürlüğe giren Antimonopoly Yasası'nın¹⁶ son revizyonu altında, holding şirketlerine izin verildi. Bazı çeyreklerde, bunun ancak daha fazla ekonomik güce yol açacağına dair orijinal korkular, uzun zamandır sadece bir yeni holding şirketi kurulduğunda, süpermarket zinciri Daiei tarafından gerçekleştirildi. Bunun nedeni, yasal reformların çok kısıtlayıcı olmamasıdır. Aksine, holding şirketlerinin kurulmasının yasaklanması, bunun ekonomik gücün “aşırı yoğunlaşmasına” yol açacak olursa, yeni oldukça belirsizdir. Japon vergi sisteminin işleyişinde, bir holding şirketinin bir bölümündeki zararların başka bir şirketteki karlara karşı mahsup edilmesine izin vermeyecek ve bu durumun işletmelerin varlıklarının değerine farklı bir şekilde sahip olduğu açıklanmaktadır. Diğer şirketler.21 Son 20 yılda, Japon rekabet politikası üç önemli gelişmeden etkilendi: NTT, Japan Railways ve finans sektörü gibi kamu iktisadi teşebbüslerinin özelleştirilmesi; Yapısal Engeller Girişimi ve daha genel olarak devam eden ABD-Japonya ticaret anlaşmazlığı; ve teknolojik ilerleme ile rekabet arasındaki ilişki.22 Bir ölçüde, bu konular, özellikle de özelleştirme, düzenleme ve rekabet arasındaki bağlar olmak üzere diğer ülkelerdeki rekabet otoriteleriyle karşı karşıyadır.

Antimonopoly Yasası üç tür davranış için geçerlidir¹⁷;

- özel tekelleşme
- ticaretin makul olmayan kısıtlamaları
- haksız ticaret uygulamaları

Japon rekabet politikası, dış hakimın, ekonominin küreselleşmesinin ve yakınsamanın etkisi altında, sanayinin kalkınmasına ilişkin daha önceki vurgulamalardan uzaklaştıkça, düzenlemeye daha fazla dikkat edilmesi muhtemeldir.

Bu tür davranışların “Özel tekelleşme”, Antimonopoly Yasası'nda şöyle tanımlanmıştır:

Herhangi bir girişimcinin bireysel olarak veya diğer girişimcilerle ya da başka bir yolla komplo ile ya da başka herhangi bir şekilde, diğer girişimcilerin ticari faaliyetlerini

¹⁶ *Antimonopoly Act bkz. yukarıda.*

¹⁷ *Nitekim bundan dolayı üç sütun yasası adı da verilmektedir.*

dışlayan ya da kontrol eden ticari faaliyetler, kamu menfaatine aykırı bir şekilde, rekabetin önemli ölçüde kısıtlanmasına neden olur. belirli ticaret alanı. 23 “Özel tekelleşme”, yani “kamu yararına aykırı”, “rekabetin önemli ölçüde kısıtlanması” ve “özel ticaret alanı” için gerekli olan üç unsurdan en sorunlu olanıdır. Üç temel okul vardır. “kamu yararına” uygulanacak anlam konusunda Japonya'da düşünce. Bir yandan, FTC “kamu yararı” nı rekabetin güvenceye alınmasıyla karşıladığını savunuyor. Öte yandan, MITI, Keidanren (Keizai Dantai Rengokai, Ekonomik Örgütler Federasyonu) ve diğer iş grupları, “kamu yararı” nın, üreticilerin de dahil olduğu makroekonomik menfaatleri kucakladığını düşünüyor. Üçüncü görüş, Petrol Karteli davasındaki Tokyo Yüksek Mahkemesi tarafından, “kamu çıkarını” Antimonopoly Yasası'nın amacına göre denkleştirdiği zaman dile getirilmiştir. Bu akıl yürütme çizgisini takiben, Japonya'da “kamu yararı” nın kesinlikle bir FTC'nin inancından çok daha geniş bir anlam ifade etmektedir, çünkü Antimonopoly Act, aşağıdakileri içeren “ücretsiz ve adil rekabetin sağlanması” (ki, ki bu ilk amaçtır) tanımından başka birçok başka amaç da içermektedir:

- Girişimcilerin yaratıcı girişiminin teşvik edilmesi
- İşletmelerin ticari faaliyetlerinin teşvik edilmesi
- istihdam artışı
- Gerçek gelirlerin iyileştirilmesi
- ulusal ekonominin gelişiminin desteklenmesi
- Tüketici çıkarlarını güvence altına almak.

“Ticareti makul olmayan bir kısıtlama”, Antimonopoly Yasası'na göre, herhangi bir girişimcinin, sözleşme, anlaşma veya diğer uyumlu eylemlerle, diğer girişimcilerin, ticari faaliyetlerini karşılıklı olarak kısıtlayan veya yöneten bir ticari faaliyettir. fiyatları düzeltmek, sürdürmek ya da arttırmak ya da üretimi, teknolojiyi, ürünleri, tesisleri ya da müşterileri veya malzemeleri sınırlamak, böylece kamu menfaatine aykırı olarak, belirli bir ticaret alanında rekabetin önemli ölçüde kısıtlanmasına yol açacak şekilde. Böylelikle, Kısım 45 Ticaret Uygulamaları Yasası 1974 (Cth) 'da “kısıtlayıcı ticaret uygulamaları” için geniş anlamda benzer bir anlamı vardır. Temel problemler, bir kartelin varlığını, fiziksel bir kanıtın (“kağıt izi”) olmadığı ve “kamu yararı” nın anlamını belirleyen bir toplumda varlığını kanıtlamaktır. Geniş bir kartel yelpazesi, halihazırda belirtildiği üzere, depresyon ve rasyonelleştirme kartellerinin yanı sıra ihracat ve ithalat kartelleri de dahil olmak üzere Antimonopoly Yasası'nın faaliyetinden muaftır. İthalat ve İhracat İşlemleri Yasası (299/1952 sayılı), Deniz Taşımacılığı Yasası (187/1949 sayılı) tarafından kabul edilen 26 adet nakliye konferansı, Küçük ve Orta Ölçekli İşletmeler Teşkilatı Yasası (No. 185/1957) tarafından yetkilendirilmiş küçük işletme kartelleri ve Sigorta Şirketleri Kanunu kapsamında yetkilendirilen sigorta sözleşmesi şartlarında tekdüzeliğe ulaşmak amacıyla sigorta şirketleri arasındaki anlaşmalar.²⁷ 231/1952 sayılı Havacılık Kanunundaki havayolları, doğal tekelleri (demiryolları, elektrik ve gaz dahil) diğer bazı alanlar da muaftır. kamu hizmetleri - ve “işlerin doğası gereği tekel oluşturan herhangi bir başka işletme”), özel mevzuat

kapsamındaki faaliyetler (Yerel Demiryolları Yasası gibi), entelektüel faaliyetler kooperatiflerin veya kooperatiflerin federasyonlarının mülkiyet hakları ve belirli faaliyetleri.²⁸ Japonya elbette, belirli davranışları veya sektörleri rekabet yasalarının uygulanmasından muaf tutmakta tek başına değildir. Örneğin hem Portekiz hem de Birleşik Devletler, kamu işletmelerini muaf tutmaktadır ve Belçika, Fransa ve Almanya, küçük ve orta ölçekli işletmeleri muaf tutmaktadır. 11 Temmuz 1991 tarihinde, FTC, belirli bir ticaret alanında önemli bir rekabet kısıtlamasına yol açıyorsa, Antimonopoly Act ihlali olarak değerlendirilen faaliyetleri listeleyen Dağıtım ve Ticaret Uygulamaları Hakkında Yönetmelik yayınlamıştır. Bunların arasında, yeniden satış fiyatının garantisi altında olacak ve 1971 tarihli Ticari Uygulamalar Yasası'nın (CTH) hükümlerini boykot edecek olan bu tür uygulamalar yer alıyor. Bunlar, ABD ile SII görüşmelerinin etkisi altında. Fiyatların sabitlenmesi ve bir malın suni olarak sınırlandırılması ile ilgili olarak, bir dizi mahkeme kararı, FTC'nin tutumunu daha iyi anlamamıza katkıda bulunmuştur.

Özetleyecek olursak, Birleşik Devletler antitröst politikasının temel amacı rekabeti teşvik etmektir, oysa Avrupa Topluluğu, çeşitli Üye Devletlerin ulusal pazarlarının Ortak Piyasaya entegrasyonunu (Amerika Birleşik Devletleri'nde uzun zamandan beri elde edilen) tamamlarken, Aynı zamanda rekabeti koruyor. Bununla birlikte, rekabetin her zaman verimlilik sağlayamadığı kabul edilmelidir. Corones, “rekabetin ekonomik verimliliğe ulaşamaması durumunda, rekabete aykırı düzenlemelerin kamu yararı gerekçesiyle eğlendirilmesi gerekebileceği” Hilmer Raporu'nu tartışırken belirttiği gibi. Japon rekabet politikasının temel endişesi, Japon firmalarının büyüklüğe sahip olmasını sağlamaktır. ve uluslararası pazarlarda büyük ABD ve Avrupalı firmalarla rekabet etmek için rekabet avantajı. Bu, Antimonopoly Yasası'nın uygulanmasının hükümete ne kadar bağlı kaldığıdır, tabi ki kamu yararının ne olduğunu bilir. Her halükarda, politika kararları, kamu görevlileri ile etkilenen çıkar grupları arasında “müzakere konseyleri” (shingikai) olarak adlandırılan görüşmelerden sonra yapılır. Daha güçlü önlemler almak için FTC'ye baskı yapmak, yaklaşımdaki bu temel farklılıkları ve Japonya'daki politik gerçekleri göz ardı etmektir. FTC'nin Petrol Karteli davasında olduğu gibi mahkemelerde başarılı olduğu yerlerde bile, bir Prens zaferi oldu. Japon ve İngiliz akademisyenlerin yakın zamanda yaptıkları bir çalışma, FTC'nin “yaygın olarak reddedilen bir piyasa rekabeti modeline dayanan popüler olmayan yasaları uygulayan eşsiz ve savunmasız bir kurum” olduğu sonucuna varmıştır. [57] FTC'nin çalışanlarının birçoğu, çeşitli bakanlıklardan ve bakanlıklardan görevlendirilmiştir. personel değişim şeması (shukko), sadakatlerinin nerede olduğu konusunda da şüpheler var. Gerçek şu ki, her ikisi de FTC'nin iktidarındaki herhangi bir artışa karşı olan MITI ve Maliye Bakanlığı, Bakanlar düzeyinde bakanlıklar, ülkenin “yan yana rekabet” in devam etmesini destekliyorlar (yokonarabi kyoso). ve reform programlarının ganimeti (Posta ve Telekomünikasyon Bakanlığı'nın bölünmesi gibi) elde etme konusunda bir anlaşmaya vardığını iddia etmişlerdir. Bir yandan Amerika Birleşik Devletleri Adalet Bakanlığı ile Federal Ticaret Komisyonu ve diğer bir yandan da Japon FTC'si arasında yapılan görüşmelerde, 7 Ekim 1999 tarihinde yıllık Rekabet Etme ve Rekabeti Önleme Çalışmaları Konusunda Anlaşmanın imzalanması ile ilgili tüm yardımlar, 1994 tarihli Uluslararası Antitröst Zorluk Yardımı Yasası (15 USC §§ 6201-12), Amerika Birleşik Devletleri antitröst makamlarının, bir soruşturma “ABD'nin çıkarlarıyla tutarlı” olması durumunda yabancı meslektaşlarına yardımcı olmalarına izin verir. Tabii ki,

Japon FTC, Adalet Bakanlığı tarafından yapılan bir talebin Japonya'nın "kamu yararı" na ters düşmesi durumunda misilleme yapabilir. Japonya, özellikle Amerika Birleşik Devletleri antitröst yasalarına aykırı yasaları engellememesine rağmen, Hukuk Usulü'nü yürürlüğe koyabilir. Kamu düzenine ya da iyi ahlak kurallarına aykırı olduğu düşünülen bir yargıya karşı hukuki yaptırımlar (treble damage) gibi bir hükmün uygulanması. Avrupa Komisyonu'nun 1998 yılında Japonya için düzenlediği deregülasyon paketini başlatan Sir Leon Brittan, etkin bir deregülasyonun herkes için bir seçenek olduğunu söyledi. Maliyetleri azaltacak, piyasaya erişimi artıracak ve Japonya'daki tüketici tercihini genişletecektir. Hem Asya'nın hem de dünya ekonomisinin ihtiyaçları ve Japonya'nın kendi çıkarları, Japonya'nın şu anda harekete geçmesini arzu etmektedir. Doğal olarak, Japon makamları, ne Avrupa Topluluğu ne de Amerika Birleşik Devletleri, Japonya'daki fiyatlar ya da yabancı tüketicilerin potansiyel alıcıları olmadıkça Japon tüketicilerin refahını gerçekten önemsiyor. Avrupa ülkelerinde, özellikle Almanya ve Hollanda'da birçok sanayi sektörü, Japon kartelleri ile aynı şekilde işlev görmektedir ve ekonomilerinin pek çok yönü tıpkı delinmezdir.

Hem MITI hem de Ekonomik Planlama Dairesi, Japon ekonomisinin deregülasyonunu (kisei kanwa) destekliyor, ancak gündemleri çok farklı; Deregülasyonun yeni iş alanları yaratacağını ve Japonya'da istihdamın artacağını kabul ediyorlar ve böylelikle düzenleyici reformlar yaşanıyor; Antimonopoly Yasası'ndan zaten çok sayıda muafiyet kaldırılmıştır, diğerleri gözden geçirilmekte veya kapsamda bir azalma ile karşı karşıya kalmaktadır. Kaldırılanlar arasında balık avlama, işlenmiş meyve, ipek kozaları, sendikal faaliyetler ve limanları içeren eski karteller bulunmaktadır. Birleşik Devletler nakliyatçılarının, üye limanlarında navlun muamelesi prosedürlerine yönelik öngörülen değişikliklere ilişkin bildirimde bulunmalarını talep eden "önceki istişare" sistemini kaldırmış olan bu son imtiyaz, iki ülke arasındaki 1997 nakliye anlaşmazlığının merkezinde yer alması özellikle dikkat çekici ve önemli bir noktadır.

Ülkemizde ise Türkiye Cumhuriyeti, Anayasası'nın 167. Maddesinde, devletin piyasalardaki rekabeti sağlıklı bir şekilde sağlamakla mükellef olduğunu belirtmiştir. Ay Md. 167 şu şekildedir; "Devlet, para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemelerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirler alır; piyasalarda fiili veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önler."

Anayasa'daki hüküm 1982'den beri geçerlidir fakat piyasalarda rekabetin tesisi ve bunun korunmasına yönelik 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un yürürlüğe girmesi 13.12.1994'ü bulmuştur. Fakat Rekabet Kurulunun Kurulması yine zaman almış ve personel ve ikincil mevzuatının hazır olması sonrasında ancak 05.11.1997'de faaliyete başlamıştır.

Rekabet Kanunu'nda ise temelde 4. Ve 6. Maddeler olmak üzere iki yasaklayıcı hüküm karşımıza çıkar. 4. Madde; rekabeti sınırlayıcı anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararlarına ilişkin yasak getirirken 6. Madde ise; hakim durumun kötüye kullanılmasını yasaklamıştır. Tüm bunlara ek olarak Kanun 7. Maddede, hakim durumu yaratan ya da var olan bir hakim durumu daha da güçlendiren yoğunlaşmaların engellenmesiyle ilgili hususlara değinmiştir.

Rekabet hukukunu kısaca tanımlayacak olursak, rekabetin korunmasına yönelik hukuk kurallarının bütününden oluşmaktadır diyebiliriz. Devletin rekabet piyasasını düzenlemesi bir zorunluluktur. Bu nedenle rekabet hukuku kamu hukuku niteliği bulunan bir hukuk dalıdır. Bunun yanında rekabetin bozulmasından dolayı zarar görenlerin, tazminat talep etme hakkı bulunduğundan özel hukuk yönü de bulunmaktadır.¹⁸

HAKİM DURUMUN TANIMI VE TÜRLERİ

HAKİM DURUM

Rek Kanununun 3.md sinde yapılan tanıma göre; “*Belirli bir piyasadaki bir veya birden fazla teşebbüsün, rakipleri ve müşterilerinden bağımsız hareket ederek fiyat, arz, üretim ve dağıtım miktarı gibi ekonomik parametreleri belirleyebilme gücü*” olarak tanımlanmıştır.¹⁹ Sözkonusu madde esas itibariyle AB yasalarından alınmış olup, madde, hakim durumun tanımını yapmamaktadır. Buna rağmen bir başka AB hukuk metni olan Ab topluluğu kömür ve çelik topluluğu 66/7 maddesinde bir tanım yapıldığını görmekteyiz.²⁰ Burada da hakim durumun tanımı etkin rekabeti engelleme gücüne sahip olma şeklinde yapılmıştır. Rek kanununda yer alan tanıma kaynaklık eden tanım ise ABAD nın United Brands kararında karşımıza çıkar. Anılan kararda hakim durumu şu şekilde tanımlandığını görmekteyiz; müşteriler, rakipler ve sağlayıcılardan önemli ölçüde bağımsız hareket edebilme gücü olarak.” tanımlanmış ve bu tanım bunun gibi daha bir çok davada sıkça görülmektedir.²¹²²Esas olarak bağımsız hareket edebilme gücü, mutlak bir bağımsızlık anlamına gelmemektedir.²³ Bu nokta “hakim durumun kötüye kullanılması” konusuna giriş seviyesinde yapılan araştırmalarda sıkça düşülen bir hatadır. Halihazırda şirketin yaşamsal gerçekleri doğrultusunda piyasadaki tamamen bağımsız eylemlerde bulunması imkan dahilinde değildir. Bağımsız hareket edebilme gücü ile anlatılmak istenen ciddi anlamda piyasayı domine eden, piyasayı yönlendirebilen ve fiyat farklılıklarından büyük ölçüde, etkilenme ihtimali bulunmayan bir konumda olması ihtimalidir. Daha derine incek olursak; bağımsız hareket etme imkanı hakim durumdaki şirketin, piyasa tercihlerinden ayrı olarak, piyasadaki diğer rakip şirketlerin, sözkonusu şirketin mevcut hakim durumunu tehdit edebilme ihtimalinden kaçınma gibi bir

¹⁸ ÖZTUNALI A. S. 36; GÜL, İ. (2000), Teşebbüsün Alıcılarına Ayrımcılık Yaparak Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara, s. 5.

¹⁹ Bkz: “Hakim durum” ve “Pazar gücü” anlam ayrımı; “Hakim durum” hukuki bir kavram iken “Pazar gücü” ekonomik bir kavramdır denilebilir.; ÖZTUNALI A. S. 36.

²⁰ Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) Article 102; (Avrupa Birliği’nin İşleyişine Dair Anlaşma); ÖZTUNALI A. S.36

²¹ 09.06.2003 tarih ve 03-40/432-186 sayılı Rekabet Kurulu Kararı.

²² ÖZTUNALI A. S.36

²³ European Community Coal and Steel Treaty (ECSC), ÖZTUNALI A. S.36.

zorunluluğunun bulunmaması anlamına gelmektedir.²⁴ Esas kanundaki “rakiplerden ve müşterilerden önemli derecede bağımsız hareket edebilme gücü.” hususu son yıllardaki AB’deki oturmuş kararlara göre mutlak bir kural değildir, bütünsel anlamda bir değerlendirme yapıldığında, piyasadaki tüm aktörleri, dikkate almama gibi imkan ve opsiyonunun bulunabilmesi o şirketin fiyatların müspet anlamda rekabetçi düzeylerin dışına çıkabilme ve orada da bu seviyede varlığını devam ettirebilme imkanının var olduğunu ifade etmektedir. Daha ileride detaylı şekilde inceleyeceğimiz “rekabetçi fiyatlar” ile anlatılmak istenen ise; eğer hakim durum, sözkonusu olmasa idi kendi doğal koşullarında meydana gelmiş olma durumundaki fiyat seviyesi şeklinde tanımlanabilir.²⁵ Bu tanım ise; genel mahkemenin 2010 yılında vermiş olduğu bir karar olan ASTA ZENECA kararında yer alır. Sözkonusu kararda; Mahkeme, “alışlagelmiş hakim durumun ve Pazar gücünün bilhassa yüksek fiyatların devam ettirilebilmesi suretiyle ortaya çıkabileceğini, hakim durumdan ise ancak bu şekilde bahsedilebileceğini bunun bir ön şart olduğunu” dile getirmiştir.²⁶

Avrupa Birliği Antlaşması'nın 82. maddesi (eski 86. Maddesi): “Ortak pazarda veya önemli bir kısmında hâkim durumdaki bir teşebbüsün herhangi bir kötüye kullanılması, ortak piyasa ile uyumsuz olarak yasaklanacaktır. Üye Devletler arasındaki ticareti etkileyebilir ”. 82. Maddenin ilk davalarından birinde, Avrupa Adalet Divanı olan Hoffmann-La Roche, günümüzde hâlâ kullanılan pazar hâkimiyetinin tanımını vermiştir: “hakim durum, bir teşebbüsün sahip olduğu ekonomik gücün bir pozisyonu ile ilgilidir. Bu sayede, rakiplerinden bağımsız olarak, müşterileri ve nihai olarak tüketicilerden bağımsız bir şekilde davranma gücü sağlayarak, ilgili pazarda etkin rekabetin sürdürülmesini engeller. Böyle bir pozisyon, bir tekel ya da yarı-tekel olduğu yerde yaptığı bazı rekabeti engellemez, ancak bunun altında yatan teşebbüsün, hangi şartlar altında en azından dikkate değer bir etkiye sahip olduğunu tespit etmese de, kâr etmesini sağlar. Rekabet gelişir ve her halükarda, bu tür davranışlar kendi aleyhine faaliyet göstermediği sürece büyük ölçüde ihmal edilir. ”

Hoffmann-La Roche aynı zamanda bir hakim durumun kötüye kullanılması kavramını, “ticari işletmecilerin işlemlerine dayanarak ürün veya hizmetlerdeki normal rekabeti düzenleyenlerden farklı yöntemlere başvurarak, bir etki olarak” tanımlamıştır.²⁷ Piyasada hâlâ var olan rekabet derecesinin veya bu rekabetin büyümesinin engellenmesi ”. Kötüye kullanma davranışı temel olarak dışlayıcı uygulamalardan⁶, yırtıcı fiyatlandırma, özel uğraş, tedarik etmeyi reddetme ve bağlama gibi unsurlardan oluşmaktadır. Avrupa hukukunun hakim pozisyonu kendi içinde değil, yalnızca kötüye kullanımını cezalandırdığını vurgulamakta

²⁴ ²⁴ NIELS GUNNAR ve diğerleri, (2011), Economics for Competition Lawyers, Oxford University Press, Oxford, s.121.; ÖZTUNALI A. S.37

²⁵ Blanco, L. ORTIZ, (2012), Market Power in EU Antitrust Law, Hart Publishing, Portland, s.47.; ÖZTUNALI A. S.37

²⁶ Case T-321/05 Astra Zeneca v Commission.; ÖZTUNALI A. S.37.

²⁷ Judgment of the Court of 13 February 1979. Hoffmann-La Roche & Co. AG v Commission of the European Communities. Dominant position. Case 85/76. *European Court Reports 1979 -00461* ECLI identifier: ECLI:EU:C:1979:36

fayda var. Ancak, Avrupa hukuku uygulamasında, hakim olmayan bir firmanın dominant olmayan firmalarla aynı uygulamalara girmesine izin verilmeyebilir. Aşağıdaki paragraflarda, hâkim durumun cezalandırılmamasının (yani, gücün piyasada belirleyebildiği Pareto-iyileştirme), kötüye kullanımın (konumsal ve kümülatif nedensellik etkilerinin bir sonucu olarak) nedenini inceliyoruz. ve özel sorumluluğun rolü, yani Hohfeld'in²⁸ sözlerini, bir karşı güç veya başışıklık biçimini ödünç alıyor.

Hakim bir konumun ya da tekelleşmenin kötüye kullanılması, hem gelişmiş hem de gelişmekte olan piyasalarda rekabet hukukunun en zorlu alanlarından biridir. Hakimiyetin kötüye kullanılmasını içeren durumlar, düşük teknoloji ürünler için (örneğin, endüstriyel atık toplama) izole yerel pazarlardaki firmaların, bir ağa erişimin rekabete aykırı amaçlarla kısıtlandığı yüksek teknoloji endüstrilerine olan yıkıcı davranışlarından kaynaklanabilir.

Hakim durumların kötüye kullanılması, geçiş ekonomilerinde özel bir öneme sahip olabilir. Örneğin, hâkimiyetin kötüye kullanılmasıyla ilgili rekabet hukuku hükümleri, eski devlet mülkiyetindeki tekel işletmelerini teşvik eden rekabete aykırı uygulamaların ele alınmasında önemli bir rol oynayabilir. Egemenlik hükümlerinin kötüye kullanılması, yerel pazarlardaki dağıtım sistemlerine erişim konusunda kısıtlamaların hafifletilmesi için de yararlı olabilir. Hakim durumun veya tekelciliğin kötüye kullanılmasını içeren durumlarda, yasanın uygulanmasının verimli iş uygulamalarını istemeyerek frenlememesini sağlamak önemlidir. Firmaların bir pazarda (örneğin, inovasyon, üstün üretim veya dağıtım yöntemleri veya daha fazla girişimcilik çabaları yoluyla) hâkim bir pozisyonda yasal bir konuma ulaşabileceğini kabul etmek önemlidir.

Dahası, rekabete aykırı görünen birçok uygulama (bağlama veya münhasır işlem şartları gibi dikey piyasa kısıtlamaları), bazı durumlarda meşru procompetitif amaçlara hizmet edebilir. Hakim durumun kötüye kullanılmasıyla ilgili rekabet hukuku hükümleri genellikle birkaç ortak unsur içerir. Öncelikle, yasa uygulanmadan önce olası kötüye kullanımın gerçekleştirildiği ilgili pazarı tanımlamak gerekir. İkincisi, bir firma ya da şirketler grubu tarafından hakim durumun varlığının tespit edilmesi gerekmektedir. Üçüncüsü, rekabete zarar verebilecek ve ilgili pazarlarda genel etkilerini değerlendirebilecek belirli uygulamaları tanımlamak önemlidir. Bu unsurların spesifik içeriği ve uygulaması ülkeler arasında önemli ölçüde değişebilir.

Örneğin, bazı ülkelerin yasaları, hakim durumun büyük ölçüde veya tamamen büyük bir pazar payına dayanarak çıkarılabileceğini belirtmektedir. Buna karşın, bazı ülkelerin tüzüğü, giriş koşullarının ve pazar paylarının yüksek olduğu pazar paylarına sahip firmaların yeteneğini etkileyen diğer faktörlerin dikkate alınmasını gerektirmektedir. Diğer bir önemli ayırım, bazı ülkelerde yüksek fiyatların ücretlendirilmesi veya diğer sömürü eylemlerinin yerine getirilmesinin istismar olarak görülebilmesidir. Diğerlerinde ise yasa rekabet sürecine zarar veren firmalar tarafından dışlayıcı davranışa odaklanmaktadır (yani, önleme yürütmektedir). rakip firmaların girmesi veya genişlemesinin engellenmesi rekabete zarar vermektedir.²⁹

²⁸ Hohfeld, 1919.

²⁹ 17.11.2011 tarih ve 11-57/1477-533 sayılı Rekabet Kurulu kararı

Pek çok - en çok kötüye kullanılan davalarda, para cezaları ve hapis cezaları, uygun bir hukuk yolu değildir, çünkü suçlu veya rekabete aykırı bir niyet yoktur. Aslında, suistimali gerçekleştiren firma davranışlarının tamamen meşru olabileceğini düşünmüş olabilir. Daha ziyade, uygun çözüm yolları, yasanın izin verdiği hallerde, hakim firmanın tacizi yerine getirme yeteneğini ortadan kaldırmak için, rekabet sürecini veya yapısal önlemleri engelleyen davranışları durdurmaya yönelik “davranışsal” emirler olacaktır. Şirketler antitröst otoritesinin kararına uymazsa, büyük bir para cezası veya başka bir ceza uygulanabilir.

Aşırı durumlarda, yerleşik firmaların potansiyel rakiplerin girişlerini engellemeye yönelik çabaları, doğrudan suçlu davranışlara (örneğin, bireylerin veya şirket tesislerinin güvenliğine yönelik tehditler, gasp, vb.) Uzanabilir. Ardından, rekabet ajansları, polis veya diğer yetkililerin suç duyurusunda bulunmaları için yardım talep etmelerini ciddi olarak düşünmelidir.³⁰

Hakim durumun kötüye kullanılması iddiası, bazen tekellerin, büyük ölçekli ekonomilerden dolayı, iki veya daha fazla bağımsız firmadan daha düşük maliyetle pazara tedarik edebilecekleri doğal tekeller olan endüstrilerle ilgili olabilir. Bu endüstriler arasında elektrik iletimi, doğal gaz dağıtımı ve muhtemelen telekomünikasyon ve ulaşım bölümleri yer alabilir. 2 Bu sektörlerde fiyatları düzenlemeye ihtiyaç olabilir. Bu tür bir düzenleme, ya belirli sektördeki davranışları denetlemek için kurulmuş uzman bir kuruluş tarafından ya da rekabet ajansının kendisi tarafından gerçekleştirilebilir. Ancak, etkili düzenleyici kontrollerin olduğu yerlerde bile, piyasa güçlerinin çalışmasının kapsamını en üst düzeye çıkarmada rekabet politikasının bir rolü olabilir ve düzenlenmiş firmaların düzenlemeleri yapılmamış pazarlarda rekabete aykırı uygulamalara girmemesini sağlar.³¹

HAKİM DURUMUNDAKİ ŞİRKETİN MEVCUT DURUMUNUN DEĞERLENDİRİLMESİ

Bir firmanın pazarda hakim bir pozisyonu kapsıyor olup olmadığını belirleme iki temel adımı içerir: ilgili ürün ve coğrafi pazarları tanımlamak ve pazardaki firma (lar) tarafından uygulanan hakimiyet derecesini değerlendirmek.

Suistimal vakalarında belirleyici markalar Rekabetçi davaların çoğunun geliştirilmesinde, ilgili ürün ve coğrafi pazarların belirlenmesi esastır (ayrıca bkz. Bölüm 1. Bu bölümde tartışılan konular hakkında ek bilgi için bkz. Anderson, Khosla ve Monteiro 1996). Analiz için temel oluşturan piyasaları tanımlamak, rekabetçi etkilerin değerlendirilmesinde doğrudan katkıda bulunur. Genellikle belirli tüzüklerin uygulanması ve bir davanın düzenlenmesi konusunda önemli bir dayanak vardır.

Bir piyasanın dar bir tanımı, genellikle piyasa gücünün oluşturulması ve dolayısıyla bazı iş uygulamalarının rekabete aykırı etkileri için önemli olan, yerleşik şirketler için daha yüksek pazar paylarına yol açacaktır.

Suistimal vakalarının çoğunda ilgili pazarın tanımı muhtemelen ürünün fonksiyonel özelliklerine ve tüketici davranışlarına dayanmaktadır. Bunlar, ürünün fiziksel özelliklerini,

³⁰ Carlton ve Perloff 2000

³¹ ÖZTUNALI A. S.40.

ürünün uygun kullanıldığı ürünleri ve alıcıların nispi fiyatlar değiştikçe bir prodüksiyondan diğerine geçme istekliliğine ilişkin kanıtları içerebilir. Değişirme maliyetleri ve ikame edilebilirliği gösteren paralel fiyat hareketleri gibi diğer faktörler de ilgili olabilir. Benzer şekilde, ilgili coğrafi pazarın tanımlanmasının, ürünlerin uzun mesafeler boyunca taşınabilme kolaylığını sınırlandıran nakliye maliyetleri ve bozulmazlık gibi faktörlere dayanması muhtemeldir.

Antitröst (özellikle birleşme) davalarında piyasalar bazen “muhtemel fiyat artışı” ya da “varsayımsal tekelci” yaklaşımı kullanılarak tanımlanmaktadır. Bu, tüketicilerin, fiyat artışıyla karşı karşıya kaldıklarında, alternatif bir ürüne veya başka bir tedarikçiye kolayca geçip geçmeyeceklerini sorgulanmalıdır. Cevabınız evet ise, o zaman alternatif ürün ve tedarik kaynağı ilgili pazarda yer almaktadır ve davaya bu hususlar dahil edilir.

Maliyet ve talep hakkında doğru ve zamanında bilgi edinmenin genellikle mümkün olmadığı ya da pahalı olduğu için, bir hakim firmanın ürün ya da hizmetlerin satışını üstlenmesi gerektiği "doğru" fiyatı tanımlamak neredeyse imkansızdır. Bu nedenle, rekabet ajansları bireysel firmaların fiyatlarını ne ölçüde düzenlediklerini en aza indirmeye çalışmalı ve hakim firmaların rekabeti tehdit eden dışlayıcı eylemlere girmelerini engellemeye odaklanmalıdır.

Bazı ülkeler, “aşırı fiyatların” belirlenmesinin bir istismar teşkil edebileceğini belirtmektedir, ancak rekabet kurumları, doğrudan fiyat düzenlemesine dahil olmalarını sınırlandırmaları halinde sağlıklı bir piyasa ekonomisini teşvik etme eğilimindedir. Ayrıca, eğer firmalar büyüyüp pazarın önemli bir bölümünü yakaladıklarında fiyatlarının düzenleneceğini ifade ederse, inovasyon ve yeni pazarlara girme teşvikleri azalacak ve uzun vadede tüketici refahına zarar verecektir. Dışlayıcı ihlaller de dikkat gerektiren analizleri gerektirir. Böylelikle, firmanın faaliyet gösterdiği rekabet ortamını dikkate alınmalıdır, çünkü potansiyel olarak kötü amaçlı bir uygulama (münhasır ticaret gibi) firmaların daha verimli bir şekilde rekabet etmesine yardımcı olabilir (örneğin, tüketicilere hizmet kalitesi). Bir hakim firma, rakiplerinden, diğerlerinin bir pazardan dışlanmasını engellemek için bir tehdide tepki olarak, agresif bir şekilde rekabet edebilir. Tüketici için önemli avantajlar sağlayacağından, bu tür davranışların kesinlikle kötüye kullanılması düşünülemez.

Endüstriyel ekonomilerde, potansiyel olarak kötüye kullanma davranışları için olası verimlilik rasyonellerinin değerlendirilmesi önemlidir, zira rekabet otoriteleri, firmaların agresif bir şekilde rekabet etmelerini engellememeli veya meşru yollarla başarılı olanları cezalandırmamalıdır. Bu endişe, hâkim durumların son dönemdeki özelleştirmelerin ve yeniden yapılanmaların sonucu olabileceği, uzun bir süre boyunca üstün bir performans göstermediği geçiş ekonomilerinde çok büyük olmayabilir.³²

Bununla birlikte, rekabet ajansları her zaman potansiyel olarak kötüye kullanma eylemlerinin, bazı durumlarda büyük pazar paylarına sahip olan şirketler için bile verimlilik

³² (Hakimiyetin kötüye kullanılmasıyla ilgili daha fazla tartışma için bkz; ÖZTUNALI A. S.42)

sağlayabileceğini bilmelidir. Bu nedenle, iş uygulamalarının rekabet etkilerini analiz ederken verimlilik hususları her zaman dikkate alınmalıdır. Aşırı fiyatlar

Fiyatlar, talepteki artışlar, yüksek birim maliyetleri ve piyasa gücü² de dahil olmak üzere birçok nedenden dolayı yüksek olabilir. Hakim bir firmanın pozisyonunu kötüye kullanmasını ve aşırı fiyatların yüklenmesini önlemek için, antitröst uygulayıcıları fiyatların kendilerinden daha yüksek fiyatlara ve kârlara yol açan nedenlerle daha fazla ilgilenmelidir. Bunun bir nedeni, bir devlet kurumunun bir firmanın maliyetlerini belirlemesi zor ve zaman harcamasıdır. Bu durum, fiyatların aşırı olup olmadığını ve “doğru” fiyatı belirleyip belirlemediğini yargılamakla bilinmelidir. Bir firma sadece bir veya birkaç ürün ürettiğinde maliyetleri belirlemek zor olabilir; Ayrıca, firmalar arasındaki fiyat farklılıkları, en azından kısmen, ürünler arasındaki kalite farklılıklarıyla açıklanabilir. Bu nedenle, belirli ürünler için ücretlendirilen fiyatların aşırı olduğu ve azaltılması gerektiği sonucuna varmak kolay değildir.³³

Düzenleyici fiyatlarla başka ciddi riskler vardır. Bir piyasada, ekonomideki kar kritik bir işleve hizmet eder: firmalar yüksek kârlar kazandıklarında, başkalarının sektöre girmeleri için bir teşvik oluştururlar. Firmalar nispeten düşük karlar kazandıklarında, çıkmak için bir teşvikleri var. Bu şekilde yanıt veren firmalar, yüksek oranda değer verilen mal ve hizmet üretme olasılıkları daha yüksektir.³⁴

Tüketiciler ve firmalar için verimi sağlamaya çalışan bu süreç, çoğunlukla fiyatların düzenlenmemesini gerektirir. Devlet kurumları fiyatları düzenlediğinde, kazançların giriş ve çıkışa teşvik sağlama konusunda oynadığı önemli rol iyi çalışmaz.

Tabii ki, bazı firmalar kârlar yüksek olsa bile piyasaya giremez veya giremez. Bu durum, çoğu kamu kuruluşunda olduğu gibi, firmaların hükümetin yasal tekeli sağladığı endüstrilerde sıklıkla söz konusudur. ”Ancak, ekonominin diğer birçok sektörü ağır bir şekilde düzenlenebilir. Piyasaya yeni ve daha etkin bir firma girmesi Rekabet kurumlarının önemli bir rolü, yasal engellerin kaldırılmasını savunmak olabilir. Yetişkin kurumlar, yasama organları ve diğer hükümet kurumlarına yasa ve yönetmelikler hakkında önerilerde bulunabilirler. rekabeti güçlendirmek ve verimliliği artırmak için değiştirilebilir. '

Bununla birlikte, pazara giriş için yasal engellerin olmadığı durumlarda bile tek bir firmayı destekleyebilecek bazı endüstriler vardır. Bu doğal tekeller, ölçek ekonomileri ya da kapsam ekonomileri (ya da her ikisi) o kadar güçlüdür ki, tek bir firma piyasayı tedarik ettiğinde üretim maliyetleri en düşük seviyededir.

Batı ekonomilerinde, doğal tekellerin fiyatları ve pratikleri çoğu zaman dilekçe veren ajansın yetkisi altında değil, düzenleyiciler tarafından gözden geçirilmektedir. Geçiş ekonomileri için de benzer bir yaklaşım düşünebilir.

³³ Gerardin ve Farrar 2012, s.188-189

³⁴ ÖZTUNALI A. S.40

Bir düzenleyici kurum bulunmadığı zaman, rekabet otoritesinin sektörün mümkün olduğunca rekabetçi bir şekilde kalmasını sağlamaktan sorumlu olacaktır. Mevcut konumda bulunması gerçekten doğal bir tekelse (yani, maliyet faktörleri sadece bir firmanın pazarı tedarik etmesi gerektiği açıkça belliyse), o zaman rekabet ajansı firmanın fiyatlarını ve uygulamalarını düzenlemeyi düşünebilir. Ancak fiyatları düzenlemenin zorluğu göz önünde bulundurulduğunda, bu tür bir eylemin, sadece pazarın doğal bir tekel olduğu ve bu girişin rekabetçi fiyatlandırmaya geri dönüşüme yardımcı olacağı beklenmediğinde alınmalıdır.³⁵

Son olarak, aşırı fiyatlar, hakim firmanın üstün verimliliğinden değil, istisnai olarak genişleme veya hakimiyet sürdürmeyi amaçlayan dışlayıcı uygulamalardan kaynaklanamaz. Örneğin, dikey olarak entegre edilmiş bir hakim firma, bazı ürünlerini diğer firmalara satmayı reddedebilir. Bu tür uygulamalar daha yüksek fiyatları teşvik edebilir. Örneğin, bir telefon şirketi aboneler hakkında bilgi satmayı reddedebilir, böylece bu bilgilerin en değerli olduğu pazarlarda tek sağlayıcı olabilir (örneğin, posta listesi hizmetleri, doğrudan pazarlama ve pazarlama araştırması). Bu pazarlarda rekabet daha sonra azaltılabilir. Eylemin en iyi yolu, rekabeti kısıtlayan uygulamalara son vermek ve firmanın aşırı fiyatlandırma kabiliyetini ortadan kaldırmaktır.³⁶

BİRLİKTE HAKİM DURUM

Az önce bahsedildiği gibi rekabet kanununun 3. maddesinde hakim durumun tanımı yapılmıştır buna göre; burada bir veya birden fazla teşebbüs ifadesi yer almaktadır. Bir teşebbüsün yalnız başına, başka bir firmayla paylaşmadan pazara hükmettiği duruma, tek başına hakim durum denilmektedir. Fakat bazı durumlarda birden fazla firma pazara hakim olabilir. Bu şekilde yalnızca bir teşebbüsün değil birden fazla teşebbüsün bir arada hakim durumda olması hali; “birlikte hakim durum” halidir. Birlikte hakim durum; Rekabet Kurulu’nun ULUSAL DOLAŞIM kararında şu şekilde tanımlanmıştır; “Pazarda faaliyet gösteren az sayıda şirketin davranışlarını koordine ederek, tek bir teşebbüs gibi davranma yeteneğine sahip olmaları” şeklinde tanımlanmıştır.³⁷ Bu karardan da anlaşılacağı üzere “birlikte hakim durum” sözkonusu olduğunda; hiçbir teşebbüs kendi başına hakim durumu elinde bulunduramamakla birlikte bilhassa belirli bazı özellikleri sayesinde birlikte hakim durumda olmaları halidir. Sözkonusu özelliklerden bahsetmek gerekirse bunlar; Pazardaki oyuncu sayısının azlığı, pazarın doygunluk seviyesine ulaşmış olması, ürünlerin homojenliği, pazara giriş engellerinin zorluğu olarak bahsedilebilir.

³⁵ O’Donoghue ve Padilla 2013, s. 148-149.; ÖZTUNALI A. S.43.

³⁶ EVANS, D.S. ve A.J. PADİLLA (2005), “Excessive Prices: Using Economics to Define Administrative Legal Rules”, *Journal of Competition Law and Economics*, 1(1), s. 119.

³⁷ 09.06.2003 tarih ve 03-40/432-186 sayılı Rekabet Kurulu Kararı

YATAY BİRLİKTE HAKİM DURUM

Madde 82, tek-firma görevi kötüye kullanımı ile sınırlı değildir. Kolektif veya ortak hakimiyet teorisi altında, birkaç firma hakim bir pozisyonu paylaşıp kötüye kullanabilir. Komisyon ilk olarak 82. Maddesini oligopoliye uygulamayı denediğinde, Asliye Mahkemesi bu iddiayı reddetmiştir (Mahkeme, 81. maddeye göre ihlal tespitini kısıtlayıcı bir anlaşma olarak kabul etmesine rağmen). Birkaç şirketin birlikte hakim bir pozisyonda olduğunu tespit etmek için mahkeme, firmaların birbirine bağlı fikri mülkiyet lisansları ağı gibi “ekonomik bağlantılar” tarafından “birleşik” olmasını talep etti. Bu şekilde, bu şirketler hakimiyette fiyatlandırma ve politika kararını dolaylı olarak senkronize ederler. Bu eylem, genellikle “örtük çarpışma” ya da “bilinçli paralellik” olarak adlandırılan bir eylemdir. Madde 82'nin uygulanması için atıfta bulunulan Birleşme Tüzüğü'nün egemenliği ile ilgili benzer dili uygulayan yargılamalar, üyelerin birbirlerini etkili bir şekilde izleyebilmeleri durumunda oligopole karşılıklı bağımlılığın toplu haklara sahip olabileceği anlamına gelir; Her üye, koordinasyonu sürdürmek için bir teşvikle ve müşteri ve tüketici yanıtları koordinasyonu zayıflatmazsa. Ortak egemenliğin analizi, bireysel hakimiyete oldukça benzerdir, ancak konumsal stratejilerin bir firmanın “kontrolü” altında değil, bir grup şirkette olması gerçeğidir. Anahtar nokta, konumsal olarak açıklanabilir; Pagano'ya göre, "n" bireylerin ekonomisinde üç konumsal stratejiyi ayırt edebiliriz.³⁸ İlk durumda, bir birey tarafından stratejinin kontrolü, yalnızca diğer bireylerin kontrolünde değildir; Bu iki konumlu stratejiye yol açabilir. İkinci durumda, bireyin stratejisinin kontrolü, diğer tüm (n "1) bireylerin kontrolü ile ilgilidir; bu, pan-pozisyonel stratejiye yol açabilir ve yukarıda analiz edilen bireysel hakim konumun kötüye kullanılmasının durumunu gösterir. Üçüncü vakada, bireyin stratejisi üzerindeki kontrolü, birden fazla (fakat hepsi değil) diğer bireyin kontrolü ile ilgilidir. Bu, çok konumlu bir stratejiye yol açabilir ve ortak hakimiyeti temsil eder. Gerçekte, ortak hakimiyette - bireysel bir hakimiyette olduğu gibi - Konumsal etkiler hakim kısım ve diğerleri arasında ortaya çıkar. Ama bireysel hakimiyetin aksine, ortak hakimiyetin ortak bir etkisi vardır, yani hakim grupta, ortak bir trajediyi bulduğumuz firmalar arasında. faydaları grubun hakimiyetinde tüketmesi gereken gerekli yatırımlar Örneğin, bir coğrafi pazarda ortak hakimiyette iki firma varsayalım, eğer güçlü bir yabancı rakip ise Bu coğrafi pazarda yer almak için küçük bir bölge firması ile birleşmek için yazışmalar, iki şirketin ortak hakimiyet stratejisi, güçlü rakiplerin bunu yapmadan önce bu küçük firmalara elini uzatmak olabilir. Bu noktada iki firma arasındaki koordinasyon, her firmanın diğerinin güçlü rakibin girişini engellemek için yatırım yapmasını tercih etmesi nedeniyle başarısız olabilir. Serbest hareket davranışının klasik örneğidir ve ortak hakimiyetin korunma maliyetini temsil eder.³⁹ Bu nedenle, ortak üstünlüğün sınırlarını, kazanımları arasındaki denge (yani, konumsal etkiler) ve onu koruma maliyeti (yani, serbest hareket davranışları) olarak tanımlayabiliriz. Ortak hakimiyeti koruma maliyetlerini azaltmanın bir yönteminin bir taahhülle yapılma nedenini açıklar. Bu taahhüt, pazarın şeffaflığı, hakimiyet içindeki firmalar arasındaki simetri derecesi ve bu firmaların her birinin hakimiyetin korunmasından her bir sapmaya karşı koyma yeteneği

³⁸ Pagano 1999

³⁹ Yatay Birleşme ve Devralmaların Değerlendirilmesi Hakkında Kılavuz, parag. 17. Anılan kılavuzun 18. Paragrafında ise hakim durumda bulunmanın alt sınırına ilişkin bilgi verilmekte ve bu çerçevede “Birleşik teşebbüslerin ilgili pazardaki payları toplamının %20'nin altında olması halinde, söz konusu birleşme işleminin rekabet bakımından etkilerinin, incelemenin derinleştirilmesini ve birleşmenin yasaklanmasını gerektirecek düzeyde olmadığı varsayılabilir.” Denilmektedir.; ÖZTUNALI A. S.41.

gibi faktörlerle devam ettirilebilir. Bu faktörler, ortak hakimiyetin ertelenmesini cesaretlendirir ve aslında, bunlar, her bir ortak hakimiyet durumunda analiz edilir.⁴⁰

DİKEY BİRLİKTE HAKİM DURUM (Vertical Restraints)

Firmaların yatay olarak - yani aynı ürün pazarında - (yatay) bir ortak hakimiyet oluşturmak için sözde ekonomik bağları oluşturabildiği kabul edilmekle birlikte, dikey ilişki için normale dönülemez ve normale dönülmez. . Bunun en önemli nedeni, hakim devlet üzerindeki normların ilgili pazarı, daha sonra aynı ürün pazarını dikkate alması, dikey ortak hakimiyetin ise en az iki farklı ürün pazarında yer almasıdır. Daha sonra, sadece ortak egemenlik normatifini uygulayamaz.

Düşey eklem hakimiyeti norm değilse bile, bunun anlamlı olmadığı anlamına gelmez. İlgisi, dikey rekabet kavramıyla sıkı sıkıya ilgilidir. Normalde, dikey rekabet olumsuz bir şekilde analiz edilir veya incelenmez. Gerçekten de, genel olarak, üretken ve tahsis edici verimlilik (çift marjinalleşme durumunda olduğu gibi) ya da haciz etkileri vurgulandığında, dikey rekabet esas olarak rekabet karşıtı ve fırsatçı davranışlar olarak tartışılmaktadır. Bu, dikey ilişkiler genellikle ajanlar arasında mükemmel tamamlayıcılık varsayarak çalıştığı gerçeğinden kaynaklanmaktadır.⁴¹

Bu şekilde, firmanın dikey ilişkide görece güçlü olanı değiştirmeye yönelik stratejileri, mavi bir ayda bir kez araştırılmaktadır. Bununla birlikte, bazı yazarlar refahı en üst düzeye çıkarmak için dikey rekabetin (alternatif olarak, sadece yatay rekabet için değil) önemini ortaya koymuştur. Bir kısım, dikey olarak ilişkili olan ajanlar arasındaki eksik sözleşmeler sorununda dış seçeneklerin rolünü vurgulamıştır ⁴²Galbraith'i (1956) ve onun karşıtı iktidar fikrini izleyen bir başka kısım, bu yarışın etkilerini büyük ölçüde açıklamaktadır. Bununla birlikte, bu teorilerin ana hatası muhtemelen karşı dengeleyici bir gücün kendiliğinden veya içsel olarak ortaya çıktığı varsayımdır. Buna rağmen, Antitröst otoriteleri birçok durumda dikey rekabet ilkesini dolaylı olarak uygulamaktadır. Gerçekten de dikey ortak hakimiyetin dikey rekabetin dejenerasyonunu temsil ettiği için, yatay hakimiyet yatay rekabetin dejenerasyonunu temsil eder. Ekonomik bağlantıların olduğuna inanmak için teorik bir neden yoktur.

Ortak bir hakimiyet oluşturmak, yalnızca dikey olarak değil de yatay ilişkilerle oluşturulabilir. Ardından, yatay rekabet hakimiyeti ile yatay rekabeti korumak için Antitröst Otoritesi çağrıldığından, dikey rekabeti dejenerasyonuyla koruyacaktır: dikey ortak hakimiyet. Bu nedenle, konumsal strateji ve tekelleşmenin kümülatif nedenselliği, hem dikey hem de yatay önleyici ve rekabete aykırı teşvikler dikkate alınarak daha geniş bir yaklaşımla analiz edilmelidir. Bununla birlikte, hâkim durumun kötüye kullanılması konusundaki antitröstün rolü, pazarın kusurlu olmasının, yani strateji kümeleri arasındaki asimetriklerle, yani konumsal stratejiler ve konumsal rekabet ile en çok amaçlanan davranışların analizi ve cezalandırılmasıdır.

⁴⁰ ÖZTUNALI A. S.40

⁴¹ O'Donoghue ve Padilla 2013, s. 148-149.; ÖZTUNALI A. S.43.

⁴² (Pantaleoni 1925 ve daha yakın zamanda Comics 1924 çalışmalarından çıkan Nicita 1999).

Dikey sınırlamalar, bir üst işletmeci (örneğin, bir üretici veya toptancı), alt şirketi (örneğin bir perakendeci) üzerine yerleştirdiği kısıtlamalardır. Dikey kısıtlamalar özel bölgeleri içerir (alt perakendeci ürünü sattığı yeri sınırlamayı kabul eder); özel ticaret (perakendeci rakip ürünleri satmamayı kabul eder); ve yeniden satış fiyatının korunması (satıcı, üretici tarafından belirlenen fiyatların altında satılmayacağını kabul eder). Bazen birlikte kullanılırlar; Örneğin, münhasır bölgeler yeniden satış fiyatı ile birlikte kullanılabilir, Bu tür kısıtlamalar rekabete zarar verdiği zaman, genellikle standart bir yatay bağlamdadır.

Dikey sınırlamaların rekabete zarar verebileceği iki yol vardır. İlk olarak, anlaşmayı desteklemek için kullanılabilirler. İkincisi, rakiplerinin maliyetlerini artırabilir, böylece pazara giriş için engeller yaratabilir veya güçlendirebilirler. İkincisi, kötüye kullanım soruşturmalarıyla daha alakalı olsa da, ilk başvuru da uygulanabilir. Örneğin, hakim pozisyona sahip bir üst şirket, rakipleri ile çarpışabilir ve dikey kısıtlamalarını bir kartelin polislik araçları olarak kullanabilir. Aynı zamanda perakendeciler için rekabet ortamı da zayıflayacaktır.

Dikey kısıtlamalar, rakiplerin maliyetlerini yükselttiklerinde rekabete zarar verebilir. Dikey kısıtlamalar, rekabete aykırı sonuçların yanı sıra rekabete aykırı sonuçları da destekleyebildiğinden, rekabet otoritelerinin bu ayrımı yapması çok önemlidir. Örneğin, üreticinin dikey kısıtlamalarını tesis etmesi halinde, örneğin, daha iyi kontrol maliyetlerini daha iyi kontrol etmek ve daha küçük rakiplere göre satışları arttırmak için özel bir bayi ağı kurması halinde antitröst yasaları ihlal edilmeyecektir. Yüksek maliyetli rakipler bayi ağı tarafından dezavantajlı hale gelecektir, ancak (daha verimli) özel ağ antitröst yasalarının ihlali olarak değerlendirilmemelidir.

Dikey sınırlamaların rakiplerinin maliyetlerini artırabileceği ve rekabeti arttırabileceği bir başka yol aşağıdakilerdir: Bir üretim pazarında hakim bir firma, pazar gücüne sahiptir, ancak bir tekelci değildir, yani, diğer üreticilerin rekabetiyle karşı karşıyadır. üretici sepeti satıcılarını şarj eder. Farz edin ki, alt taraftaki satıcılar genellikle çok sayıda üst düzey üreticinin ürünlerini taşıyorlar. Son olarak, üreticinin aşağı yönlü bayi sözleşmeleriyle, dikey kısıtlamalar içeren özel sözleşme hükümleri ile görüşüğünü varsayalım. Rakipler alternatif satıcılar bulamazsa, üreticinin özel bayilik ağı rakiplerin ürünlerinin dağıtım maliyetlerini artırır. Bu nedenle, rakip ürünlere yönelik olarak tüketiciler tarafından ödenen fiyatlar artmakta ve üreticinin özel ağ ile toptan satış fiyatını özel bayilik ağına yükseltmesine izin vermektedir. Sonuç olarak tüketiciler zarar görüyor.

Bu dikey kısıtlama hakkında iki noktadan nokta yapılmalıdır. İlk olarak, bayi pazarına giriş için engeller olmalı. Bunun yerine, bir satıcı tarafından münhasır ağda sağlanan hizmetler, diğer bayiler tarafından kolayca çoğaltılabiliyorsa (yani, giriş engelleri düşüktür), o zaman hakim firmanın rakiplerinin maliyetleri artmayacak ve tüketicilere zarar gelmeyecektir.

İkincisi, rekabet ajansı, dışlayıcı bayilik ağını, üreticilerin rakiplerinin maruz kaldığı yüksek maliyetlerle ilişkilendirmek için çabalamalıdır. (Bazı yargı bölgelerinde kayıplar da göz önünde bulundurulmaktadır.) Bu zor olabilir, ancak dikey kısıtlamaların rekabete aykırı

kullanımını rekabete aykırı olanlardan ayırt etmek gerekir. Dikey kısıtlamanın rakipler üzerindeki etkilerine bakmanın yeterli olmadığını unutmayın. Şebekenin rekabete aykırı veya rekabete aykırı bir etkisi olup olmadığına bakılmaksızın, rakipler pazar payında düşüş yaşayacaktır.

Dikey kısıtlamalar, hakim bir firma tarafından kullanıldığında bile, verimliliği artırabilir. Bu tür kullanım, serbest sürüşün önlenmesidir. Örneğin, bir üretici, satıcıların ürününü piyasaya sürmelerini ve daha sonra rakiplerinin ürünlerini satmalarını önlemek için satıcıları özel olarak kullanabilir. Alternatif olarak, bir üretici, satıcılara, perakendecilere, tüketicilere önemli bir hizmet sunmalarını sağlamak için daha yüksek bir perakende fiyat belirleme veya talep güçlü olduğu takdirde tüketicinin ürünü bulamaması olasılığını azaltmak için ek envanter taşımalarını gerektirebilir. Son olarak, üst düzey üreticiler perakendecilerine ürünlerini tanıtmak için daha güçlü bir teşvik sağlamak için özel bölgeleri kullanabilirler ve böylece markalar arası rekabette ne pahasına olursa olsun (interbrand rekabeti) bir artış teşvik ederler.

SÜPER HAKİM DURUM

Süper hakim durum teriminin ilk kez kullanıldığı zamana bakacak olursak ; Advocate General Fannelly'nin *Compaigne Maritime Belge and Dafra-Lines v Comission* kararındaki görüşte tekele yakın çok kuvvetli hakim durum olarak tanımladıklarını görüyoruz. Ancak ne kaynak yasada ne de ülkemizdeki rekabet hukuku yasalarında hakim durum farklı klasmanları ve bu hakim durumlara yönelik farklı muamele gözetileceği yönünde bir düzenlemeye rastlanmamaktadır. Böyle olmasına rağmen rekabet kurulu kararlarından bazılarının hakim durumun derecesine değindiğini ve “güçlü hakim durum” kavramının kullanıldığını görmekteyiz. Örneğin TRAKYA CAM kararında; *“Yukarıda yer verilen değerlendirmelerin ışığında; %70’lerin üzerinde seyreden piyasa 430 payı; pazara giriş engellerinin varlığı; yedi float hattının sağladığı portföy gücü; Şişecam Grubunun parçası olmaktan kaynaklanan yüksek finansman kapasitesi; Isıcam markasının güçlü imajı ve grubun yıllardır piyasada tek üretici olmasının getirdiği güvenilirlik ile mevcut durumda yürürlükte bulunan dış ticaret sınırlandırmaları gibi unsurların etkisiyle Trakya Camın düz cam piyasasında güçlü bir biçimde hâkim durumda bulunduğu değerlendirilmektedir.”* denilmektedir.⁴³

Ekonomik açıdan değerlendirildiğinde bir şirketin bir düzeyden sonra süper hakim duruma evrilmesinin bir kaynağı bulunmamaktadır. Hakim durumun ve bunun arka planında yer alan pazar gücüne sahip olma ekseninde piyasada yalnızca bir adet satıcının bulunduğu tekelleri yapılanmalar ve fiyatlama gücüne sahip olduğu bir teşebbüsün yanında fiyat alıcı olarak faaliyet gösteren küçük rakiplerin yer aldığı pazar şekilleri değerlendirmeye alınır.

⁴³ ÖZTUNALI A. S.39

HAKİM DURUMUN TESPİTİ

Hakim durumu tespit edebilmek için incelenen teşebbüsün, rekabetin artması ve şirketi zorlayan durumlarda o teşebbüsün ne kadar bağımsız hareket edebildiğine bakmak gerekir. Teşebbüsün bu imkanının olup olmadığı da yalnızca ve yalnızca pazar gücüne sahip olup olmadığına bakılarak karar verilir. Rekabet Kurulu'nun ENRON kararında; pazardaki konsantrasyon oranları, pazara giriş engelleri ve ürün çeşitlendirilmesi gibi piyasadaki özellikler ve teknolojinin kullanılabilirliği, dikey bütünlük, indirim stratejileri gibi şirketin hareket özgürlüğüne ilişkin elinde bulundurduğu argümanlar hakim durumun tespit edilmesinde yapılan incelemede öne çıkan özelliklerdir.

HAKİM DURUMUN TESPİTİNDE YARARLANILAN HUSUSLAR

Hakim durumu tespit etmeyle ilgili bütünsel bir incelemenin ortaya konduğu DIŞLAYICI EYLEMLER KILAVUZU'nda 3 farklı durumun değerlendirmeye alınması şartından bahsedilir. Bunlar;

- a) İncelenen teşebbüsün ve pazardaki rakiplerinin durumu,
- b) pazara giriş ve pazardaki büyüme engelleri,
- c) alıcıların gücü

İncelenen Teşebbüsün Ve Pazardaki Rakiplerinin Durumu

İncelenen teşebbüsün ve pazardaki rakiplerinin konumunu irdelerken herşeyden önce pazar payının tespit edilmesi gerekir. Pazar payı bazen satış miktarı ele alınarak hesaplanabileceği gibi bazen de satış değeri(ciro) olarak hesaplanabilir. Genel itibariyle her iki kriter bize birbiri ile tutarlı sonuçlar vermesi beklentisi hakim olması gerekirken, her iki ihtimalde de *–miktar ve değer açısından yapılan değerlendirmelerde-* hesaplanmış pazar payları birbirinden ciddi ölçüde farklı olarak elde edilebilir. Söz konusu durum öncelikle pazardaki giriş fiyatlaması (*introductory price*) stratejisinin uygulanması durumunda gözlemlenebilir. Pazardaki yeni ürününün tutmasını isteyen şirket, rakiplerine nazaran daha düşük fiyatlarla pazara girer. Giriş fiyatlaması denilen bu hususu gerçekleştiren bu teşebbüs pazar payı miktar ve değer bakımından önemli ölçüde birbirinden farklı neticeler yansıtabilir. Daha sonra ise pazardaki ürünlerin birbirlerinden değişik niteliklerde bulunması halinde dahi pazar payları miktar ve değer olarak birbirine yakın sonuçlar göstermeyebilir. Pazar payını hesaplarken bazı durumlarda kapasite ve rezerv miktarlarına bakılması gerekebilir. Yasaya bakıldığında hangi pazar payının hakim durumu yansıtacağına kesin bir belirleme ve ölçüt getirilemediği görülmektedir. Fakat Rekabet Kurulu; MediaMarkt Kararında; “Hakim durumun en önemli göstergesi teşebbüsün ilgili pazardaki payıdır ve çoğu durumda %40'ın altındaki pazar payları hakim durum tespiti için yeterli olmamaktadır” demektedir.

Rekabet Kurulu'nun Pepsi Cola⁴⁴ ve Ege Tek⁴⁵ kararlarında ise; %40'lık pazar payına atıf yapılmaktadır. Dışlayıcı Kaynaklar Kılavuzu'nda ise; %40'ın altında pazar paya sahip teşebbüsler hakim durumda olma ihtimalini büyük ölçüde kaybetmektedir denilmekle birlikte“incelenen pazarın özellikleri de dikkate alınarak %40'ın altında bir pazar payına sahip olan bir teşebbüsün de hakim durumda olabileceği Kurul tarafından kabul edilmektedir.” Böylelikle Rekabet Kurulu Elektrik Dağıtım Özelleştirme kararında ise Piyasanın özelliklerini de hesaba katarak, %40'ın altındaki bazı paylar için de hakim durum tespitinde bulunulabileceğini söylemektedir.⁴⁶ Böylelikle Pazardaki hakim durumda bulunma ihtimalinin düşük olma ihtimalindeki kıstasın ise %30 olarak belirlendiği de söylenebilir. Bu yargıyla paralel bir düşünce yapısı ve özellik gösteren Yargıtay Birleşme ve Devralmanın Değerlendirmesi Hakkında Kılavuz'da; %40 pazar payının altında dahi hakim durum tespitinin yapılabileceği söylendiği gibi %40'ın üzerinde pazar payı bulunan teşebbüsler için de detaylı incelemelerin yapılması gerekmektedir. Bu hususla ilgili önem arz eden bir başka nokta ise rakip teşebbüs ve firmalar ve bunların piyasadaki paylarının değerlendirmede birer ölçüt olarak göz önüne alınmasıdır. İncelemeye alınan teşebbüsün pazar payı ne kadar yüksekse ve rakiplerinin pazar paylarıyla olan farkı ne kadar fazlaysa bu teşebbüsün hakim durumda olma ihtimali aynı oranda yüksektir.⁴⁷ Örneğin pazar payı %55 olan bir teşebbüsün pazar paylarının sırasıyla %40 ve %5 payları bulunan iki rakip teşebbüsün bulunduğu pazardaki gücü ile en yakın rakibinin ancak ve ancak %10 olabildiği ve çok sayıda küçük paylara sahip diğer teşebbüslerden oluşan firmaların pazardaki güçleri birbirlerinden bir hayli farklı olacaktır. Diğer özellikler de hesaba katıldığında ikinci pazar örneğimizde hakim durumda olma ihtimali yüksek olacakken ilk örnekte tek başına hakim durumda bulunma

⁴⁴ 05.08.2010 tarih ve 10-52/956-335 sayılı Rekabet Kurulu kararı.

⁴⁵ 30.09.2010 tarih ve 10-62/1286-487 sayılı Rekabet Kurulu kararı.

⁴⁶ O'Donogh ve Padilla kararında ise hakim durum göstergesine ilişkin pazar payı seviyelerini(Komisyon ve mahkemelerin kararları kapsamında) %70 üstü, %50-70 arası, %40-50 arası ve %40 altı şeklindeki gruplarda değerlendirmektedir. Buna göre %70 üstü pazar payı, istisnai durumlar hariç, hakim durumun tek başına kanıtıdır. Hoffman-La Roche kararında⁴⁶ farklı vitamin türleri için %70-90 arası pazar payları söz konusudur. Hilti kararında ise Avrupa Birliği Adalet Divanı, Komisyon'un %70-80 seviyesindeki pazar payını, başka bir unsura bakmaksızın, hakim durumun göstergesi kabul eden kararını onamıştır. Benzer durum %90 pazar payıyla Tetra Pak kararında⁴⁶ da söz konusu olmuştur. Yine Intel kararında⁴⁶ teşebbüsün x86 CPU pazarındaki %80 seviyesindeki payı, Komisyon tarafından çok yüksek olarak nitelendirilmiş ve hakim durumun göstergesi sayılmıştır

⁴⁷ “Hakim durum değerlendirmesinde ele alınan ilk ve belki de en önemli unsur teşebbüsün ilgili ürün pazarındaki payıdır. Her ne kadar mekanik bir test olarak birebir rakamlar üzerinden yapılacak değerlendirme her durumda mutlak bir yargıya varmayı mümkün kılmasa da çok düşük/yüksek pazar payları teşebbüsün ilgili pazardaki konumunu netleştirmede önemli rol oynamaktadır. Bu bağlamda, rekabet hukukunda %70 ve üzeri pazar payı teşebbüsün hakim durumda olduğuna ilişkin önemli bir işaret olarak kabul edilmektedir. %50-%70 arası pazar payları daha düşük bir olasılığa işaret ederken, %40-%50 arası pazar payına sahip teşebbüslerin hakim durumda oldukları tespiti genellikle pazarın diğer koşullarının detaylı analizi sonucu gerçekleşmektedir. %40 ve altı pazar payının ise nadir durumlar haricinde teşebbüsün hakim durumda bulunmayacağına işaret ettiği yine kabul edilen bir husustur.”, 05.08.2010 tarih ve 10-52/956-335 sayılı Rekabet Kurulu kararı

ihhtimali olası gözükmemektedir. Türkiye Komür İşletmeleri Kararında; üretilen parça kömürler olarak tanımlanan pazarda şirketin %90 pazar payına sahip olması hakim durumun tek başına göstergesi sayılarak hakim durumun tespitinde yeterli olmuştur. Bu kararda başkaca hiçbir kritere ve unsura bakılmadan, incelemesi yapılmadan %90'lık pazar payı hakim durum için kafi sayılmıştır. Rekabet Kurulu'nun Amadeus kararında ise; "Amadeus'un havacılık şirketinde bilgisayarlı rezervasyon sistemleri hizmetleri" pazarında %81 pay ile hakim durumda bulunduğu tespiti yapılmıştır. Kararda, bu denli yüksek pazar payının başka bir kritere bakılmasına gerek kalmaksızın hakim durumun göstergesi olduğu" tespiti yapılmıştır. Bu kararda bu oranda yüksek bir pazar payının diğer başka bir kritere ve hususa bakılmaya gerek olmaksızın hakim durumun varlığını yansıttığı savunulmuştur. Bu kararın doğruluğu tartışılabilir. Şöyle ki; kalan %19 paya sahip diğer bir şirket sadık müşteri kitlesi ve fiyat politikasıyla yüksek paya sahip şirketin çekinmesine yol açacak hamleler yapabilir. Bu durum da yüksek paya sahip şirketin piyasayı tek başına domine edemediğini yani diğer anlamda hakim durumu elinde bulundurmadığının bir göstergesi olabilir. Çünkü sözkonusu durumun varlığında, daha önce bahsettiğimiz "bağımsız hareket edebilme" kriteri açısından hiçbir değerlendirmenin yapılmadığını görüyoruz. Bu nedenle kanaatimce hakim durumun tespitinin; diğer unsurlara bakılmadan yalnızca pazar payından yola çıkılarak yapılması isabetli olmayacaktır ve Hakim Durumun Kötüye Kullanılması eyleminin yasaklanma amacına ters düşecektir.

b) AB Uygulamalarındaki Pazar Payı Kriteri

Alıcıların Gücü

Alıcıların gücü, OECD vasıtasıyla, alıcının ilgili ürünün alım koşullarına ilişkin sağlayıcı üzerindeki etkisi şeklinde tanımlanmıştır. Pazarın önemli ölçüdeki bir bölümünü temsil etmekte olan alıcıların olması hakim durum incelemesi yapılan tedarikçinin hakim durumda olmasına engel bir hal olduğu değerlendirmeye alınabilmekle birlikte bu ihtimal, Dışlayıcı Eylemler Kılavuzu'nda⁴⁸ şu kapsamda göz önüne alınmıştır;

"İncelenen teşebbüsün müşterileri görece büyük, alternatif temin kaynakları hakkında yeterince bilgili ve makul bir süre içerisinde başka bir sağlayıcıya geçmek ya da kendi arzını yaratmak imkanına sahip ise bu müşterilerin pazarlık gücüne, bir başka deyişle alıcı gücüne sahip olduğu söylenebilecektir"⁴⁹

Alıcıların gücünün etkili bir müşteri kitlesi için önem arz etmesi değerlendirmeye tabi tutulan teşebbüse dair ciddi bir baskı unsuru barındırmayacağı barındırabilir. Rekabet Kurulu Anılan örneklerde sözkonusu paradigmaları inceleyerek değerlendirmeye alınan teşebbüsün

⁴⁸ "Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings." OJ 2009 C45/7, parag. 14.; ÖZTUNALI A. S.43

⁴⁹ 102. Maddenin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz, parag 13.; ÖZTUNALI A. S.43.

hakim durumda olma ihtimalini tespit eder. Sözkonusu özelliklerde bir değişiklik olması durumunda bahsedilen şirketin hakim durumda olması da yine aynı oranda ve bu etkenlere bağlı olarak değişecektir.⁵⁰

BÖLÜM -2-

-KÖTÜYE KULLANMA-

GENEL OLARAK

Rekabet kanununda esas itibariyle iki tane temel yasaklayıcı müeyyide vardır bunlarda bir tanesi uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararlarını yasaklar diğeri ise rekabet bozucu anlaşmayı yasaklar bunlar rekabet kanununun 4. ve 6. maddeleridir. Diğer yandan 4. madde itibariyle her ne kadar yasaya aykırı olsa da birlikte bireysel muafiyet veya grup muafiyetine tabi olabilen durumlarda şartlar ne olursa olsun ayırım gözetilmeyecek olan ve en sert rekabet ihlali olan, kartelleşmeye kadar uzanan geniş bir spektrumda incelenir.

4. Maddede en az iki tarafın varlığı halinde sözkonusu olabilen anlaşma uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararları yer alırken 6. maddede tek taraflı davranışlar yer alır. Hakim durum esas olarak ciddi ölçüde bir pazar gücünü ihtiva eder. Böylelikle 6. madde ile birlikte hakim durumun varlığına dayanan pazarda hali hazırda belirli bir oranda azalmış olan rekabet iyice zedelenmesinin engellenmesi amaçlanır. Rekabet Kanunu'nun 6.maddesinin ilk fıkrasında;

“Bir veya birden fazla teşebbüsün ülkenin bütününde ya da bir bölümünde bir mal veya hizmet piyasasındaki hakim durumunu tek başına yahut başkaları ile yapacağı anlaşmalar ya da birlikte davranışlar ile kötüye kullanması hukuka aykırı ve yasaktır.”⁵¹

Şeklinde kötüye kullanmanın görüldüğü durumlar belirlenmiştir. Bu anlamda hakim durumda bulunmak değil bu durumu kötüye kullanan davranışlarda bulunulması kısıtlanmaktadır. 6. maddenin gerekçesinde de bu konu oldukça dar bir perspektifle

⁵⁰ O'Donough ve Padilla kararında hakim durum göstergesine ilişkin pazar payı seviyelerini(Komisyon ve mahkemelerin kararları kapsamında) %70 üstü, %50-70 arası, %40-50 arası ve %40 altı şeklindeki gruplarda değerlendirmektedir. Buna göre %70 üstü pazar payı, istisnai durumlar hariç, hakim durumun tek başına kanıtıdır. Hoffman-La Roche kararında⁵⁰ farklı vitamin türleri için %70-90 arası pazar payları söz konusudur. Hilti kararında ise Avrupa Birliği Adalet Divanı, Komisyon'un %70-80 seviyesindeki pazar payını, başka bir unsura bakmaksızın, hakim durumun göstergesi kabul eden kararını onamıştır. Benzer durum %90 pazar payıyla Tetra Pak kararında⁵⁰ da söz konusu olmuştur. Yine Intel kararında⁵⁰ teşebbüsün x86 CPU pazarındaki %80 seviyesindeki payı, Komisyon tarafından çok yüksek olarak nitelendirilmiş ve hakim durumun göstergesi sayılmıştır.

⁵¹ Dışlayıcı Davranışlar Kılavuzu, parag. 5.

incelendiği görülmektedir. Gereğede sınırlı sayı ilkesine tabi olmaksızın hakim durumun mevzuattan doğan haklarla sınırlanan haline atıf yapılmaktadır. Söz konusu durum gerçekte az da olsa yasal kaynaklarla elde edilen hakim durum ihtimalinde bu şirketlerin iyi niyetli yatırımı ve inovasyonlarının boşa gitmemesi ve şirketlerin ulusal sermayeye olan katkıları göz önüne alındığında motivasyonlarını kırmamak amacıyla, bu şirketlerin hakim durumda olmalarının bunu her vakada kötüye kullanıldığı şeklinde algılanmaması esas alan bir yaklaşım sergilenmelidir. Sonuç olarak piyasanın kendi iç dinamiğine bakılarak şikret eylem ve kararlarını değerlendirirken etik kurallara ne kadar uygun davrandığının tespiti gerekir.⁵²

Daha sonra anlatacağımız üzere kötüye kullanma kavramı Rekabet Kanunu 4. madde sınırlamalarından ayrı özellikler teşkil etmektedir. Şöyle ki pazarda hakim durumda bulunan bir şirket olduğunu düşünelim ve bu şirketin de kimi zaman çok daha iyi rekabet etmek için rakiplerine göre ticari açıdan çok daha iyi stratejik hamle ve eylemlerde bulunmakta fakat sonuç olarak da yasaya aykırı davranmış olabilir. Şirket bu kararları alırken yasaya aykırı davranma kastı olmamış, hatta hukuk düzeninde bu eyleme yaptırım uygulayacak bir hukuk kuralının varlığından haberi bile olmayabilir.⁵³ Böylelikle 6. madde konuları esas olarak iktisat odaklı bir yaklaşım profili çizmekte ve esas olarak hakim durumun tespiti ile başlayan süreçte kötüye kullanma incelemesine kadar uzanan süreçte iktisadi bakış açısının odak noktası olacaktır.⁵⁴ Şöyle ki bir olayın kötüye kullanma olup olmadığının tespiti, çoğunlukla iktisadi analiz yapılmadan belirlenemez.⁵⁵

Günümüze kadar süregelen Rekabet Kurulu Kararları esas alındığında iktisadi bakış açısının genellikle kararlara esas alınmadığı görülmektedir. Öyle ki OECD'nin Türkiye gözden geçirme raporu'nda Hakim durumun kötüye kullanılması tespiti yapılırken iktisadi bakış açısının kullanılmaması eleştirilmiştir. Bununla birlikte 07.04.2014 tarihinde dışlayıcı davranışlar kılavuzu yayınlanmıştır bu kaynak Türkiye'deki Rekabet Hukuku uygulamalarındaki ilk hakim durumun kötüye kullanılması ile ilgili kılavuz olduğu söylenilebilir. Şöyle ki bu kılavuz, daha önce bahsettiğimiz OECD'nin eleştirileri dikkate alınarak revize edilmiş bir kılavuzdur. Kılavuz, iktisadi bakış açısının önemini ve kararlara esas alınması gerektiğini; "Kurul'un incelemelerinde asıl olan, iktisadi bir bakış açısıyla Kanun'un 6. maddesinin ihlal edilip edilmediği olup, davranışın maddede sayılan hallerden birine bütünüyle uygunluk göstermesi aranmamaktadır." açıklamasıyla ortaya koymuştur.

⁵² ÖZTUNALI . S.133; O'Donoghue ve Padilla 2013, s.216-217.

⁵³ Bkz. "ekonomik profitability" ve "accounting profitability"

⁵⁴ Bazı yazarlara göre ise hakim durumdaki teşebbüslerin sadece sömürücü davranışları kötüye kullanma sayılmalıdır ÖZTUNALI A. S.133: Bkz. FOX, E. (2003), "We Protect Competition, You Protect Competitors", World Competition, Vol. 26(2). AKMAN, P. (2012), The Concept of Abuse in EU Competition Law, Hart Publishing, Portland.

⁵⁵ O'Donoghue ve Padilla 2013, s. 148-149.; ÖZTUNALI A. S.43.

AB UYGULAMALARINDA HAKİM DURUMUN KÖTÜYE KULLANILMASI

Hakim durumun kötüye kullanılmasına Avrupa Birliği uygulamalarında, ABİDA'nın 102. maddesinde değinilmektedir. Komisyonun tarihteki en sansasyonel kararlarının hakim durumun kötüye kullanılmasıyla ilgili kararlar olduğu gözlemlenmiştir. Dünya çapında geniş yankılar uyandıran bu kararların en önemlilerinden bazıları şunlardır; 497.000.000 Euro ceza verilen 2014'teki microsoft kararı, Mayıs 2009 tarihli 1.06 milyar Euro ile yaptırıma bağlanan Intel kararlarıdır. Komisyon bünyesinde müteakip yıllarda 102. maddenin uygulanması ile ilgili ciddi anlamda bir anlayış değişikliği mevcuttur. Bu esas olarak hem komisyonun hem de mahkemelerin hakim durumun kötüye kullanılması ile ilgili verilen kararlarda katı ve formalistik anlayışın yıllardır süregelen bir biçimde eleştirilmesinden ve artık daha önce hiç olmadığı kadar iktisadi bakış açısıyla değerlendirme eğiliminden kaynaklanmaktadır ve kanımca olumlu bir gelişmedir. Çünkü karar mekanizmalarının eleştirileri dikkate alarak bakış açılarını revize ettiklerini göstermektedir.

KÖTÜYE KULLANMANIN TANIMI

Rekabet Hukuku bünyesinde hakim durumda olmanın bir hukuka aykırılık oluşturmadığı fakat bu hakim durumun kötüye kullanılması halinin yasalara aykırı olduğunun genel kabul gören bir olgu olduğunu daha önce belirtmiştik. Kötüye Kullanma hakim durumdaki teşebbüslerin sahip oldukları pazar gücünün avantajından faydalanarak doğrudan ya da dolaylı olarak tüketici refahını azalması muhtemel davranışlar olarak tanımlamak mümkündür.⁵⁶

Hakim durumun kötüye kullanılmasının ihlal sayılmasının koruduğu hukuki yarar; Hakim durumun kötüye kullanılması yasal mevzuatta bir ihlal şeklinde düzenlenmesi esas anlamda rekabet hukukunun esas amacıyla paralellik gösterir. Burada dünya genelinde şu tartışma göze çarpar; *“rekabet mi yoksa rakipler mi koruması esas alınmalıdır?”*. Bu husus Rekabet Kanunu'nun 6. maddesiyle doğrudan ilgilidir. 6. Maddenin uygulanmasındaki amaç tartışmalarından bir tanesi ise maddenin pazardaki rekabeti mi yoksa rakipleri mi koruduğu meselesidir. Bu sorunun cevabını net bir şekilde vermek mümkün olmamakla birlikte vereceğimiz cevaba göre hakim durumdaki şirketler bakımından son derece farklı ve öncelik arz eden birtakım sonuçları olabilecektir. Hakim teşebbüs esas olarak rekabet ederken örnek olarak; yapmış olduğu indirimler sebebiyle Rekabet Kanunu'nun 6. maddesini ihlal etme olasılığı oluşabilir. Kötüye kullanmanın dar yorumlanması rekabetten çok rakiplerin korunduğu ortamda hakim durumdaki teşebbüslerin rekabet etmekten kaçınmasına sebep olabilir. Bu durum ise kaçınılmaz olarak sağlıklı ve gelişme eğilimi gösteren bir piyasanın temel dinamiklerinden olan rekabet ortamını ve bundan faydalanacak olan tüketicilere zarar verme özelliği gösterebilir. Esas alınan AB uygulamalarında son zamanlarında süregelen

⁵⁶ KROES, N. (2005), “Tackling Exclusionary Practices to Avoid Exploitation of Market Power: Some Preliminary Thoughts on the Policy Review of Article 82”, *Fordham International Law Journal*, Vol. 29(4), s. 598.; Dışlayıcı Davranışlar Kılavuzu, parag. 22.

ABİDA'nın 102. maddeyle ilgili uyuşmazlıklarda Rakipleri değil rekabet ortamını korumayı amaçladığı bunun hizmet ettiği grubun ise tüketicilerin olduğu, rekabet ortamından tüketicilerin faydalandığı, alınan kararlardan açıkça anlaşılmalıdır. Bu anlamda 6. madde ile ilgili Avrupa Birliği ve Türkiye'de verilen ilk kararlara baktığımızda Avrupa Birliği'nde verilen ilk kararın 1957 tarihli Roma Anlaşması'na dayanan komisyonun 1971 tarihli Gema JO161 kararıyla yapıldığını. Türkiye'deki duruma baktığımızda ise, ilgili madde ile alakalı TFF kararında CINE5'in aleyhine 49.387.577.457 TL ceza verildiğini görmekteyiz.⁵⁷ Bu her iki farklı bölgenin her iki farklı hukuk anlayışının, hakim durumun kötüye kullanılmasına ilişkin tavan sınırdan verilen ve piyasanın diğer aktörlerine bir ders niteliğinde olan ve referans teşkil eden kötüye kullanılmayla ilgili karar ve verilen cezalara baktığımızda ise AB komisyonunun verdiği en yüksek cezanın INTEL P64 kararında verildiğini görmekteyiz.⁵⁸ Komisyon Intel'e işlemci piyasasındaki hakim durumunu birtakım aranjmanlar vasıtasıyla yegane rakibi AMD'yi saf dışı bırakmak amacıyla kötüye kullandığına hükmetmiştir. Türkiye'de ise tavan cezanın TÜPRAŞ kararında verilmiş olan 412.015.412.015.081,24 TL lik idari para cezası olduğu göze çarpmaktadır.⁵⁹ Ceza sebebi aşırı fiyatlamaya ve sözleşmelerdir. Bu karar, kurulun bugüne kadar vermiş olduğu iki aşırı fiyatlamaya cezasından birisi olması itibarıyla da önemlidir.⁶⁰

Türkiye 'de yaygın olarak görülen kötüye kullanma türü için Rekabet Kanunu'nun 6/2 md. sindeki durumlara göz atmak gerekir.⁶¹ Bu maddede beş farklı kötüye kullanma türü vardır fakat bu ihtimaller sınırlı sayı ilkesine tabi değildir yani sayısı ve örneği artabilir, ileride ortaya çıkacak farklı uygulamaları da kapsamı altına alabilir.⁶²

Yukarıda saydığımız ihlal çeşitlerini daha iyi anlayabilmek adına öncelikle iki farklı kavram olan gerçek negatif ve gerçek olmayan pozitif kavramlarını anlayabilmemiz şarttır. Bu anlamda kötüye kullanma analizlerini yaparken daha hassas bir tespit yolu izlememiz

⁵⁷ Söz konusu kararın Danıştay 13. Dairesi tarafından iptal edilmesi üzerine 01.11.2007 tarih ve 07-83/1009-393 sayılı Rekabet Kurulu kararı alınmıştır.

⁵⁸ COMP/C-3/37.990 *Intel* (2009).

⁵⁹ Söz konusu ceza aynı zamanda kitabın yazıldığı tarih itibarıyla, Rekabet Kurulu tarafından tek bir teşebbüse verilen o güne kadarki en yüksek cezadır.

⁶⁰ Rekabet Kurulu'nun aşırı fiyatlamaya ilişkin ilk kararı BELKO dosyasında verilmiştir. (08.07.2009 tarih ve 09-32/703-163 sayılı Rekabet Kurulu kararı. Bu karar, aynı konuyla ilgili 06.04.2001 tarih ve 01-17/150-39 sayılı Rekabet Kurulu kararının Danıştay tarafından iptal edilmesi üzerine alınmıştır.)

⁶¹ Rekabet Kurulu'nun aşırı fiyatlamaya ilişkin ilk kararı BELKO dosyasında verilmiştir. (08.07.2009 tarih ve 09-32/703-163 sayılı Rekabet Kurulu kararı. Bu karar, aynı konuyla ilgili 06.04.2001 tarih ve 01-17/150-39 sayılı Rekabet Kurulu kararının Danıştay tarafından iptal edilmesi üzerine alınmıştır.)

⁶² Sanlı tarafından yapılan bir çalışmada⁶², Rekabet Kurulu'nun sonuca bağladığı dosyalar bakımından toplam 205 kararda 14 farklı tipte kötüye kullanma türü tespit edilmiştir; SANLI, K.C. (2011), "Rekabet Kurulu'nun Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 6. Maddesine İlişkin Yaptırım Politikası Hakkında Değerlendirme", *Hakim Durumun Kötüye Kullanılması - Sorunlar ve Çözüm Önerileri Sempozyumu 2010*, XII Levha Yayınevi, İstanbul.

mümkün olur. Böylelikle 4. maddede sayılan örneklerden ayrı olarak hakim durumdaki teşebbüs çoğunlukla asıl manada amacına uygun olarak rekabet etmekte olabilir. Bu anlamda satışların yükseltilmesi amacıyla belirlenen indirim ve kampanyalar gibi esas olarak rekabeti sağlaması için önemli enstrümanlarına ilişkin düzenlemeler ve önlemler sözkonusudur. Bu düzenleme, yasak ve cezaların yine daha önce bahsedildiği gibi piyasaki rekabet ortamının korunmasını amaçlamakta ve bu yaklaşım da yine rekabet ortamından faydalanacak müşteri kitlesinin lehine olmaktadır. Buna bağlı olarak 6. maddenin formel ve katı bir biçimde uygulanması durumu, esas olarak rekabetin yapısına uygun davranışların da engellenmesi ve hukuki müeyyideye bağlanması anlamını taşıyabilir. Buna rekabet hukukunda suçu olmasa dahi cezalandırılması örneğine benzer bir biçimde “false positive” yani Türkçesi “gerçek olmayan pozitif” adı verilir. Pozitif denilmesinin sebebi pozitif hukukun gerekçe ve şirketin içinde bulunduğu ekonomik ve diğer koşulların varlığından bağımsız bir şekilde olayın sırf kanundaki tipik örneğiyle uyduğu için uygulanmasıdır. Bunun anlamı sonuç olarak hakim teşebbüs aslında yasalara uygun bir şekilde rekabet etmesine rağmen öngöremediği bir şekilde yaptırımı maruz kalmış olmasıdır. 6. maddenin sığ bir perspektifle uygulanması ve herhangi bir kural ihlali yapmayan ve kötü niyeti bulunmayan teşebbüslerin ceza alması, yaptırımı maruz kalması rekabetin korunması açısından kamu güvenilirliğini de tüketiciler nezdinde olumsuz yönde etkileyebilir. Öte yandan belirli koşullarda aslen kanuna aykırı olan bir uygulamanın hukuka uygun bir şekilde değerlendirilmesi de mümkün olabilir. İşte bu duruma ise Rekabet Hukukunda “true negative” yani “gerçek negatif” ismi verilir. Esas olarak rekabet alanındaki yasa koyucular yasama görevlerini icra ederken bu iki kavram arasında bir öncelik konumlandırması yapmaktadırlar. Bu konuda akla davranışlarıyla ve eylemleriyle rekabete aykırılık teşkil etmeyen bir teşebbüsün amaç olarak yaptıklarının ihlal sayılıp sayılmayacağı sorusu gelmektedir. Konuyla ilgili cevabı bize Rekabet Kanunu’nun 4. maddesi vermektedir. Burada amaç yönünden (*restriction by object*) davranışların rekabete aykırı olması bu şirketin müeyyideye uğraması için oldukça yeterlidir. Fakat Rekabet Kurulu kararlarının 6. maddenin a bendinde bahsedilen amaç unsuru olmaksızın, piyasadaki etkileri esas alarak kötüye kullanma tespitini yapabileceği söylenmektedir. Bununla ilgili Doğan Yayın Holding kararında; “...kötüye kullanma aynı zamanda potansiyelden bağımsız, objektif bir kavramdır. Zira teşebbüsün niyeti rakipleri piyasa dışına itmek olmasa dahi, bu politikaları sonucunda rakiplerinin faaliyetlerinin zorlaştırılması veya söz konusu rakiplerin dışlanması 4054 sayılı Kanun bakımından ihlal olarak değerlendirilebilecektir. Bu bağlamda, kötüye kullanmanın varlığına amaç unsurundan bağımsız olarak doğrudan dışlama etkilerinin tespitiyle de ulaşılabilecektir.” denilmektedir. 6. Maddeye amaç olarak karşı gelinebileceği Rekabet Kurulu’nun vermiş olduğu Anadolu Cam Solmaz Mercan⁶³ Kararında; “..eylemin rekabet üzerinde kısıtlayıcı etkisinin olup olmamasının, cam ev eşyaları pazarında nihai tüketicilerin karşılaştığı fiyat kalite gibi unsurlarda meydana gelecek olumsuz nitelikli net bir etkilenmeye yönelik bir analiz sonucu ortaya konabileceği düşünülse bile 4054 sayılı Kanun’un 6. maddesinde kötüye kullanma hallerine örnek olarak tadadi bir biçimde sıralanan uygulamalardan (a) ve (d) bentlerinde ifade edilen “amaç” unsurunun, somut olay bağlamında varlığı açıktır.” şeklinde belirtilmiştir. 6. Madde anlamında aykırılığın olabilmesi için

⁶³ 05.06.2007 tarih ve 07-47/506-181 sayılı Rekabet Kurulu kararı.

piyasaya etki etmiş olmanın gerekliliği konusunu inceleyecek olursak da daha önce söylediğimiz gibi 6. Madde kapsamında bir ihlal sayılabilmesi için amaç ve etki unsurlarının oluşması gerekmektedir. Bu anlamda hakim durumda bulunana bir teşebbüsün piyasada rekabet koşullarını olumsuz olarak etkileyen eylemleri ancak kötüye kullanma sayılabilir. Fakat bunun için tamamı ile rekabetin ortadan kalkması veya bir rakibinin faaliyetlerinin son bulma noktasına gelmesi gerekmemektedir. İncelemeye alınan eylemlerin pazarda etki etme imkanına sahip olması ihlal tespitine yetebilir. Doğan Holding kararında, Doğan Medya Grubu Bünyesindeki Yayınların Reklam anlamında indirim gitmeleri ve diğer teşviklerle başka bir gazetenin piyasaya girmesini zorlaştırma şekliyle hakim durumunu kötüye kullandığı kararı verilmiştir. Kararda bu uygulamaların piyasada çarpıcı bir etki yaratmamış olmasına rağmen böylesine bir eylemin rekabeti zedeleme ihtimali olmasından ötürü, zarar oluşmamasına rağmen sırf zararın doğma ihtimali dahi ortaya çıktığından, sözkonusu davranış hakkında “kötüye kullanma” tespiti yapılmıştır.⁶⁴ Böylelikle “Doğan Medya Grubu indirim sistemleri ve uygulamaları, 4054 sayılı Kanun ’un 6. maddesinin; (a) bendinde “Ticarî faaliyet alanına başka bir teşebbüsün girmesine doğrudan veya dolaylı olarak engel olunması ya da rakiplerin piyasadaki faaliyetlerinin zorlaştırılmasını amaçlayan eylemler” şeklinde yer alan duruma uygunluk göstermekte ve hâkim durumun kötüye kullanılması olarak kabul edilmesi gerekmektedir.” Öte yandan Rekabet Kurulu, birtakım kararlarda pazardaki etkinin görülmesi, ortaya çıkmasını kötüye kullanmanın bir ön koşulu olarak ele almıştır. Nitekim solmaz/mercan kararında bu etkinin görülmemiş olması sebebiyle kötüye kullanmaya hükmedilmemiştir fakat bu karar Danıştay 13. Dairesi’nin 2007/13574 E., 2011/486 K. sayılı sayılı kararıyla bozulmuştur. Danıştay, Anadolu Cam ın bahsedilen faaliyetlerinin Rekabet Kanun’nun 6. maddesinin a) ve d) bentlerine muhalefet ettiğine hükmetmiş ve bunun üzerine Rekabet Kurulu yeni bir karara imza atarak Anadolu Cam’a kötüye kullanma nedeniyle para cezası vermiştir. Kararda amaca vurgu yapılarak, eylemin sonuçlarının piyasada gözlemlenmesi gerekmeden amaç unsuru gözetilmesinin yeterli olduğu hükme bağlanmıştır.⁶⁵

Avrupa Birliği’nde süregelen kararlarda amaç unsurunu inceleyecek olursak; hakim durumun kötüye kullanılmasının bilhassa 102. md nin uygulanmasına ilişkin kılavuzun formel olması yönüyle ve hayatın gerçeklerinden uzak olması gerekçesiyle eleştirilmiştir. Bu anlamda alınan kararlara göz gezdirildiğinde uygulamanın etkileri incelenmeksizin rekabet ve hakim durumun kötüye kullanılmasının tespiti açısından çok önemli yer tutan iktisadi

⁶⁴ .; ÖZTUNALI A. S.47.

⁶⁵ Kararda amaca vurgu yapılarak; “...eylemin rekabet üzerinde kısıtlayıcı etkisinin olup olmasının, cam ev eşyaları pazarında nihai tüketicilerin karşılaştığı fiyat kalite gibi unsurlarda meydana gelecek olumsuz nitelikli net bir etkilenmeye yönelik bir analiz sonucu ortaya konulabileceği düşünülse bile 4054 sayılı Kanun ’un 6. maddesinde kötüye kullanma hallerine örnek olarak tadadi bir biçimde sıralanan uygulamalardan (a) ve (d) bentlerinde ifade edilen “amaç ” unsurunun, somut olay bağlamında varlığı açıktır. ” denilmektedir; Danıştay 13. Dairesi’nin 2007/13574 E., 2011/486 K. sayılı kararı.

analizler yapılmadan karar verildiği görülmektedir. Böylelikle verilen kararlar incelendiğinde en fazla kötüye kullanma türünün amaç olarak rekabeti ihlal edici davranışların tespit edilmiş olduğu yorumu yapılabilir. Hatta davalarda bugün itibarıyla AB rekabet hukukunda karşılığı bulunmayacak bir tür olarak değerlendirilebilecek şahsına münhasır kötüye kullanma örnekleri karşımıza çıkmaktadır. Bununla ilgili Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın vermiş olduğu Hoffman-La Roche v Commission kararında: "Hakim durumdaki bir teşebbüsün alıcılarının - alıcıların talebiyle dahi olsa atımlarının tamamının ya da büyük bir bölümünün hakim durumdaki teşebbüsten yapılmasını sağlayan hüküm ya da koşullar, Anlaşma'nın 102. maddesi bağlamında, hakim durumun kötüye kullanılmasıdır." denilerek şirketin amaç olarak kötüye kullanma gerçekleştirdiği, Genel Mahkeme Michelin v Comission kararında ise; "Önceki kararlarla paralel şekilde, alıcısının tamamını ya da büyük bölümünü hakim durumdaki teşebbüse yönlendiren sadakat indirimi 102. maddeye aykırıdır." daha önceki kararlarla benzer gösterecek şekilde müşterilerini hakim durumda bulunmanın vermiş olduğu avantajla yönlendirmek suretiyle yapmış olduğu sadakat indirimi 102. maddeye aykırı bulunmuştur. Ancak her ne kadar 102. maddenin uygulanmasına ilişkin kılavuz öncesindeki dönemde verilen yaklaşım ve kararlar eleştirilmekte ise de, 102. maddenin uygulanmasına ilişkin kılavuz yayımlandıktan sonra büyük ölçüde daha isabetli kararların verildiği ve iktisadi yaklaşımın benimsenerek şirketlerin içinde bulunduğu ekonomik şartlardan dolayı kaçınılmaz olarak uygulamak zorunda olduğu için yapmış olduğu eylemlerin rekabet hukukunun ruhuna aykırı olarak müeyyideye bağlanmasının önüne geçilmiştir.

Kötüye kullanmaların engellenmesi amacıyla yayınlanan bu hukuk metninde esas itibarıyla iktisadi bakış açısı benimsetilmeye çalışılarak böylelikle hakkaniyete uygun olarak; her ne kadar kılavuz öncesi dönemde, hakim durumda bulunan teşebbüslerin eylemlerinden neredeyse hepsi dışlayıcı kötüye kullanma şeklinde değerlendirilirken bu yenilikle birlikte yalnızca anti rekabetçi piyasa kapamaya dair birtakım eylemler dışlayıcı kötüye kullanma olarak değerlendirilebilecektir. Özellikle bu anlamda rakiplerin zarar görmesinden çok sadece en az hakim durumda bulunan firma kadar piyasada aktif rol oynayan rakiplerin zarar görmesi engellenebilecektir.

102. maddenin uygulanmasına ilişkin kılavuzun iktisadi yaklaşımına karşın, birtakım değerlendirmeler etki odaklı yaklaşımdan sapabilecektir. Aktif anlamda herhangi bir etkinlik olarak değerlendirilemeyen yalnızca rakiplerinin engellenmesi suretiyle rekabete aykırılık teşkil eden eylemlere etki analizi yapılmayabilecektir. Örneğin kılavuza bakılacak olunursa, "hakim durumdaki teşebbüsün müşterilerinin rakip ürünlerini denemesine engel olması, rakip ürünleri denememeleri için müşterilerine finansal teşvik vermesi veya bir distribütörüne ya da müşterisine rakip ürünlerin pazara sunumunu geciktirmesi için ödemede bulunması" rekabeti sınırlayıcı etki göstermekle davranışa bakılarak karar verileceği belirlenmiştir. Bu tarz vakalar komisyonun mutlak sınırlama adı verilen ve yeni bir Rekabet Hukuku terminolojisi olan "çıplak sınırlandırma" (naked restriction) ile açıklanmaktadır.⁶⁶ Avrupa Birliği Mahkemeleri, komisyonun verdiği kararlara vereceği tepkilerin halen bir muamma olmasına rağmen son yıllarda verilen birtakım kararlar bizlere ışık tutabilecek nitelik göstermektedirler. Bu

⁶⁶ Case T-203/01 (2003) ECR 11-4071, (2004) 4 CMLR 923

anlamda Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın Deutsche Telekom⁶⁷ ve Telia Sonera⁶⁸ kararlarında görülmektedir ki fiyat sıkıştırmasıyla ilgili bir karar vermeden bunların potansiyel etkilerine bakması gerektiğini ifade eder. Benzer bir örnek ise Yüksek Mahkeme Post Denmark kararında 102. maddenin uygulanmasıyla ilgili kılavuzla paralellik gösterecek şekilde bir anlayışta olduğu gözlemlenebilir. Fakat göz önünde bulundurulmalıdır ki Avrupa Birliği'nin vermiş olduğu Post Denmark⁶⁹ kararında fiyat maliyet testlerinin göz önünde bulundurulması Rekabetin niteliğine aykırı görülmüş ve önemli anlamda formel anlayış hakim olmuş ve buna göre değerlendirme yapılmıştır. Hemen burada; “yaptırıma hükmetmek için hakim durum ve kötüye kullanmanın aynı pazarda görülmesi zorunlu mudur?” düşüncesi akla gelebilir. Bu sorunun cevabı ise şöyle açıklanabilir; hakim durumda bulunan teşebbüsün kötüye kullanma niteliğindeki ihlalleri değerlendirilirken yani hakim durumda bulunan teşebbüsün eylemleri kötüye kullanma süzgecinden geçirilirken bulunduğu pazar kötüye kullanma ihtimalinin görülebileceği pazarla olma ihtimali vardır. Bunun en belirgin özelliği; Rekabet Kanunu'nun 6. maddesinin 2. fıkrasında yer verilen ve sınırlı sayı ilkesine tabi olmayan kötüye kullanma örneklerine bakarak anlayabiliriz d) bendi; “Belirli bir piyasadaki hâkimiyetin yaratmış olduğu finansal, teknolojik ve ticari avantajlardan yararlanarak başka bir mal veya hizmet piyçasındaki rekabet koşullarını bozmayı amaçlayan eylemler” diyerek göstermektedir ki; hakim durumda bulunan pazar ile kötüye kullanmanın ortaya çıktığı pazarlar birbirlerinden tamamen farklı olabilir. Bu konuyla ilgili ilgili Dışlayıcı Kavramlar Kılavuzu; “teşebbüsüm hakim durumda olduğu pazarda ortaya çıkabileceği gibi, bu pazar ile ilişkili başka bir pazarda da ortaya çıkabilir düşüncesi hakimdir. Burada da görmekteyiz ki hakim durumda bulunan bir teşebbüs kötüye kullanma eyleminin etkileri kötüye kullanmanın gerçekleştiği pazarda ortaya çıkabileceği gibi kötüye kullanmanın gerçekleştirdiği pazarda değil de bir diğer hakim durumda bulunan pazarda ortaya çıksa dahi bu durumda da hakim durumun ihlali tespiti yapılabilir. Hakim durum tespiti yapılmaksızın kötüye kullanma olup olmayacağının değerlendirmesinde Rekabet Kurulu doğru olmamakla birlikte hakim durum analizi yapılmaksızın direkt olarak kötüye kullanma analizi yapmakta ve bunu tespit ettiği anda da cezai müeyyideye hükmederek dosyayı sonlandırma özelliği gösterebilmektedir.⁷⁰

⁶⁷.102. Maddenin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz, parag. 22.

Case C-280/08 P *Deutsche Telekom AG v Commission* (2010) ECR I-000, (2010) 5 CMLR 1495.

Case C-52/09 *Konkurrensverket v TeliaSonera Sverige AB* (2011) ECR I-000, (2011) 4 CMLR 982.

⁶⁹ Case C-209/10, *Post Denmark A/S v Konkurrenceradet* (2012) ECR I-nyr.

⁷⁰ “.....Kanun'un 6. maddesi çerçevesinde, bir teşebbüsün hakim durumunu kötüye kullanıp kullanmadığına ilişkin bir değerlendirme iki şekilde yapılabilmektedir. Birinci yöntem, teşebbüsün hakim durumda olduğunun saptanması, ardından hakim durumda olan teşebbüs tarafından gerçekleştirilen eylemin kötüye kullanma olup olmadığının analiz edilmesidir. İkinci yöntemde, teşebbüsün hakim durumda olup olmadığına ilişkin bir analiz yapılmaksızın teşebbüsün hakim durumda olduğu varsayılarak, söz konusu eylemin kötüye kullanma teşkil edebilecek bir eylem olup olmadığının analiz edilmesidir. Mevcut dosya özelinde, gerek başvurunun, gerekse eylemin niteliği göz önünde bulundurularak ilgili pazar tanımı yapılmamış, bu çerçevede ilgili analiz yöntemlerinden İkincisi benimsenmiştir. Buna göre, söz konusu tarafların hakim durumda olduğu varsayımı altında iddia konusu eylemin kötüye kullanma olup olmadığına ilişkin analizlere yer verilecektir..... ”

Kanaatimce yanlış olan bu uygulamaya karşın, Ankara 11. İdare Mahkemesi E. 2012/1727, K. 2013/1083 sayılı kararıyla, Rekabet Kurulu'nun 30.12.2011 tarih ve 11- 65/1692-599 sayılı THY Dosyasında⁷¹ Rekabet Kurulu tarafından hakim durumun tespiti yapılmadan kötüye kullanma analizi yapılamayacağı gerekçesiyle iptal edilmiştir.

Ankara 11. İdare Mahkemesi'nin 22/07/2003 tarihli yukarıda bahsedilen kararından daha sonra Rekabet Kurulu'nun 6. madde anlamında inceleyeceği dosyalarda her türlü husustan önce hakim durumun olup olmadığının araştırılması gerekeceği vurgulanmıştır. Fakat ne var ki; anılan mahkeme kararlarından sonra 07.04.2014 tarihinde yayınlanan dışlayıcı davranışlar kılavuzunda hakim durumun tespiti yapılmadan önce de kötüye kullanma olmadığının tespiti yeterli olacağı söylenmiş bu büyük anlamda bir çelişki oluşturmaktadır. Komisyonca durumla ilgili “ Kanun'un 6. maddesi kapsamında incelenen bir davranışın ihlal teşkil edebilmesi için davranışı gerçekleştiren teşebbüsün ilgili pazarda hakim durumda olması ve davranışın bir kötüye kullanma niteliği taşıması gerekmektedir. Kurul, bu iki temel unsurdan birinin bulunmadığının açıkça gösterilebildiği durumlarda diğer unsura ilişkin analize yer vermeyebilir.” denilmektedir. Piyasada hakim durumda bulunan teşebbüslerin, ekonomik açıdan oldukça güçlü olduğu ve bu anlamda fazlasıyla reklam yaptıkları göze çarpar. Hal böyle olmakla birlikte fazla reklamın kötüye kullanma sayılıp sayılmayacağı düşüncesini irdelemek gerekebilir. Fazla reklam yapmak gibi yeni kapasite yaratımı şeklindeki davranışlar ticari açıdan birer hamle olarak değerlendirilebilir. Bu tarz eylemler piyasaya henüz daha yeni girmiş bir firma veyahut ürün tanıtımı amacıyla olabileceği gibi, hali hazırdaki firmalar tarafından da da diğer firmalar için bir caydırıcılık teşkil etmesi ya da rakiplerinin eylemlerini zorlaştırmasına yönelik yapılabilir. Bu eylemlerin hakim durumun kötüye kullanılması kapsamında değerlendirilmemesi gerekir.⁷²

⁷¹ “.....4054 sayılı Kanun 'un 6. maddesi kapsamında bir ihlalden bahsedebilmek için teşebbüsün hakim durumda bulunması veyahut durumdaki bu teşebbüsün, hakim durumun kötüye kullanılması olarak kabul edilebilecek eylemlerinin bulunması gerekmektedir, dava konusu Kurul kararında ise Türk Hava Yolları A.O.'nın hakim durumda olup, olmadığının tespiti yapılmaksızın, doğrudan hakim durumun kötüye kullanılması sayılabilecek eylemlerinin bulunup bulunmadığının incelendiği ve bu yönde eylemlerinin bulunmadığı gerekçesi ile Kanun hükmünün ihlal edilmediğine karar verildiği, ancak teşebbüsün hakim durumda olup, olmadığının tespiti yapılmadan eylemlerinin değerlendirilmesi doğru sonuçlara varılmasını engelleyecektir.....”

⁷² “Rekabet hukuku doktrininde, özellikle ABD 'de, (stratejik eylemlerle girişi caydırma (strategic entry deterrence) ” ya da “rakiplerin maliyetlerini yükseltme (raising rivals ' costs) ” kavramları çerçevesinde aşırı ya da yıkıcı reklam, aşırı kapasite yatırımı, aşırı ürün farklılaştırması ve yıkıcı ürün inovasyonu gibi rekabete aykırı davranışların ortaya çıkabileceği belirtilse de, bu konuda özellikle AB 'de spesifik bir uygulama bulunmamaktadır. Ayrıca bu tür uygulamaların normal rekabetçi davranışlar mı yoksa kötüye kullanma mı

Reklamcılık, üreticilerin ürünlerini farklılaştırmasına yardımcı olur ve ürünler hakkında tüketicilere bilgi sağlar. Bilgi olarak, reklam tüketicilere birçok fayda sağlar. Fiyat reklamcılığı, örneğin, piyasa fiyatlarını düşürür. Tüketicilere yeni ürünlerin varlığını anlatan reklamlar, girişi kolaylaştırıyor. Öte yandan, ürün farklılaşmasına katkıda bulunarak, reklamcılık giriş engellerini arttırarak pazar gücü yaratabilir. Kesin sonuçlar olmadan, reklâmın rekabetçi etkileri hakkında çok fazla deneysel çalışma yapılmıştır.

İŞ UYGULAMALARININ REKABET VE VERİMLİLİK AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Hakim durum veya tekel davalarının kötüye kullanılmasında, kanunun, etkili iş uygulamalarının üstün verimliliğini ya da benimsenmesini istemediğini garanti etmek önemlidir. Firmalar, mükemmel bir şekilde uygun olan yöntemlerle ⁷³hakim bir konuma ulaşabilirler. Dahası, rekabete aykırı olduğu düşünülen pek çok uygulama⁷⁴ meşru rekabet önleyici (procompetitive) amaçlara hizmet edebilir.

Bu uygulamaların aslında, ister profesyonel yaşama uygun isterse de rekabete aykırı olup olmadığının belirlenmesi, durum bazında normal olarak çözülmesi gereken bir sorundur. Bu, firmaların hakim bir pozisyona sahip olduklarını ve rekabete aykırı eylemlerde bulduklarını ortaya koyan kanıtların ve bulguların tam anlamını gözden geçirmeyi içerecektir. Bu nedenle, incelenmekte olan bir firma, pazar payının yüksek olmasına neden olabilir ve normal olarak bir hakimiyet bulgusunu destekleyecek olan girişin önündeki önemli engeller olabilir. Bununla birlikte, nihai bir karara varmadan önce, rekabet otoritesi, bir endüstrinin doğal bir tekel niteliği olup olmadığı gibi, yapısal hakimiyet için alternatif açıklamaları dikkate almalıdır. Dahası, herhangi bir zamanda bir piyasada birden fazla, bağımsız tedarikçinin yokluğu, rekabeti baskılamının, giriş ve kanıtların asgari engelleri varsa, bireysel firmaların pazar konumunun zaman içinde değiştiğini gösteriyorsa, mutlaka

olduğunun ayrımının çok zor olduğu da kabul edilmektedir... Belirtilen bu nedenlerle, pazara girişin ilk yıllarında önemli olan kapsama alanı sorununun halihazırda pazarda faaliyet göstermek için kritik olmaktan çıktığı, şikâyet edilen reklamlarda Turkcell 'in yurtiçi ve dışında sahip olduğu kapsama seviyesinden kaynaklanan üstünlüğünü tanıtmasının normal bir rekabet yöntemi olduğu düşünülmektedir. Ayrıca daha önce değinildiği gibi, aşırı reklam yoluyla hakim durumun kötüye kullanılması konusunda doktrinde ve uygulamada örnek alınabilecek bir uygulama da bulunmamaktadır. ”

⁷³ İnovasyon, üstün üretim veya dağıtım yöntemlerinin benimsenmesi veya daha büyük girişimcilik çabaları.

⁷⁴ Bağlama veya münhasır ticaret şartları gibi dikey piyasa kısıtlamaları

bastırıldığını ima etmez. Daha ziyade, pazardaki rekabet potansiyel rekabet tarafından yerine getirilmiş olabilir.

Etkilenen tüketicilerin görüşleri, iş uygulamalarının etkisinin analizinde esastır. İstismar davalarında çözülecek husus (diğer antitröst davalarında olduğu gibi), incelenen uygulamaların kullanıcılar için mevcut olan seçimleri nasıl etkilediğidir.⁷⁵ Örneğin, bölgesel piyasa kısıtlamaları gibi bir uygulama tüketicilere daha iyi hizmet verilmesiyle sonuçlanırsa Serbest sürüşü önleyerek, davranış normalde rekabet edebilir olarak kabul edilir. Ancak, bir uygulama, alternatif tedarikçilerin, tüketiciler için avantajları mahsup etmeden pazara girmesini zorlaştırıyorsa, bu kesinlikle rekabete aykırıdır. Rakiplerin aksine, müşteriler, hakim firmanın maliyetlerini düşüren uygulamalar hakkında şikayette bulunmazlar, ancak müşteriler, hakim firmanın pozisyonunu kötüye kullandığını gayri resmi veya resmi olarak belirtmekten çekiniyor olabilirler. Başka bir yararlı analiz aracı, uygulamaların referansları ile etkilerini dikkate almaktır. Bir sektörün dinamikleri. Eğer uygulama verimliliği artırıyorsa, o zaman küçük firmaların yanı sıra büyük firmalar bunu benimsemeye teşvik edeceklerdir. Bu bağlamda sorulması önemlidir: Firma daha küçükken uygulamaya girmiş midir? Ya da, firma hiç küçük olmamışsa, daha küçük rakipleri uygulamaya giriyor mu? Ya da rekabet edecek aynı ölçüde firmalar yoksa, diğer ülkelerdeki (veya aynı ülkede benzer endüstrilerdeki) aynı sektördeki her büyüklükteki firmalar uygulamaya giriyor mu? Yakın zamanda yetiştirilen firmaların iddia edilen küfürlü uygulamayı kullandığını iddia et Eğer öyleyse, iddia edilen uygulama bu değişiklikler için önemli olabilir ve rekabet otoritelerinin müdahalede bulunmasının tersi olabilir.

HAKLI GEREKÇELERİN VARLIĞININ KÖTÜYE KULLANMAYA ETKİSİ

Hakim durumda bulunan, kötüye kullanma olarak değerlendirilebilecek eylemlerde bulunurken haklı gerekçenin bulunması hali kötüye kullanma ihlaline hükmedilmesine engel teşkil edebilir. Haklı gerekçenin birçok tanımı olmasına rağmen bugüne kadar kabul görmüş tek bir tanımının olduğu söylenemez. 6. Madde kapsamında haklı gerekçe BirYay kararında dile getirilmiştir. Rekabet kurulu bu kararda aysat'ın pazara giriş yapmaya çalışan dağıtım şirketinin piyasa girişini engellediği gerekçesiyle 6. maddenin ihlal edildiğinin tespitine varmıştır. Hal böyle olmakla birlikte haklı gerekçe Dışlayıcı Kaynaklar kılavuzu'nda nesnel gereklilik (objective necessity) ve etkinlik (efficiency) başlıkları altında incelenmek üzere bir sistematığe bağlanılmıştır.⁷⁶

⁷⁵ Pittman 1994

⁷⁶ “.....Hakim durumda bulunan bir teşebbüs, her zaman, kendi menfaatlerini korumak amacıyla makul tedbirler alabilir. Ancak bu tedbirlerin adil olması ve piyasaya girmek isteyen rakibin faaliyetlerini engeleyecek nitelikte olmaması gerekmektedir. Hakim

Kurul, malın reddine ilişkin kararlarının bir kısmının gerekçelendirilmesinin ihlalin varlığının bir koşulu olduğu kanaatindeyken, diğer ihlal türlerine ilişkin gerekçelendirme analizi AB uygulamasında olduğu gibi geçicidir. Esas olarak, hakim teşebbüsün meşru ticari menfaatini etkililik, rekabet ve nesnel gerekçeler çerçevesinde orantılılık ilkesine uygun olarak savunabildiği Kurulun içtihadında bir kabuldür.

6. maddeye göre, haklı nedenlerin ifade edildiği ilk soruşturma kararı Biryay'ın kararıdır.⁷⁷ Rekabet Kurulu, bu dosyada gazete dağıtım piyasasıyla birlikte yönetilen BBD'nin, Biryay ve Yaysat'ın piyasaya girmeye çalışan dağıtım şirketinin piyasaya girişini engellediği gerekçesiyle 6. Maddeyi ihlal ettiğini kararlaştırdı. Kararda aşağıdaki hususları açıklığa kavuşturabilecek niteliktedir.⁷⁸

Hakim bir teşebbüs her zaman çıkarlarını korumak için makul önlemler alabilir. Ancak, bu önlemler adil olmalı ve pazara girmek isteyen yarışmacının faaliyetlerini engellememelidir. Hakim bir teşebbüsün müşterisinin (satıcısı) rakip bir şirketle ya da potansiyel bir rakiple etkileşime girmesi, hakim bir tedarikçinin tüm tedarikin derhal askıya alınması veya müşteriye (satıcı) karşı misilleme yapılmasının bir nedeni olarak gösterilemez.

Bununla birlikte, gerekçe, Dışlayıcı Davranışlar Kılavuzu bir sistematik ile ilişkilendirilmiştir. Kılavuzdaki gerekçeler;

- i) nesnel gereklilik (objective necessity),
- ii) verimlilik (efficiency)

iki başlık altında incelenir.⁷⁹

Kurul, nesnel gerekliliğin dışında gelişen olaylara bağlanır. Bu konu, kılavuzun genel ilkeleri bölümünde ayrıntılı olarak ele alınmıştır.

durumda bulunan bir teşebbüsün müşterisinin (bayisinin), rakip bir şirketle veya potansiyel bir rakip ile ilişkiye girmesi, hakim durumda bulunan bir sağlayıcının, bütün tedarikçisini anında askıya alması veya müşteriye (bayaie) karşı misillemede bulunması için gerekçe olarak gösterilemez..... ”

⁷⁷ 14.12.2000 tarih ve 00-49/529-291 sayılı Rekabet Kurulu kararı. Bu kararın Danıştay 13. Dairesi tarafından iptal edilmesi üzerine Rekabet Kurulu 02.08.2007 tarih ve 07-63/777-283 sayılı kararı almıştır.

⁷⁸ Kararda; “Gazete ve dergi dağıtım piyasasındaki hakimiyetin yaratmış olduğu finansal, teknolojik ve ticari avantajlardan yararlanarak gazete ve dergi yayıncılığı piyasasındaki rekabet koşullarını bozmayı amaçlayan eylemlerde bulunmak” suretiyle Rekabet Kanunu'nun 6. maddesini ihlal ettikleri ifade edilmektedir.

⁷⁹ Dışlayıcı Davranışlar Kılavuzu, parag. 30.

Ülkemizin rekabet hukuku uygulamasında en yüksek karar alma yetkisi olma bağlamında Danıştay'ın rolü muazzamdır. Rekabet Hukuku'nun bir içtihat hukuku uygulamasında, hem Rekabet Kurulu hem de teşebbüsler açısından Danıştay kararlarının açıklayıcı ve yönlendirici olması ve konuyla ilgili içtihat hukukunun oluşturulması şarttır. yol. Ancak, Rekabet Kurumu'nun fiili olarak çalıştığı 05.11.1997 tarihinden itibaren Rekabet Yasası'nın 6. maddesi kapsamındaki konular için Danıştay'ın bir standart oluşturduğu söylenemez.⁸⁰

Danıştay'ın, incelemenin konusu olan Rekabet Kurulu kararının hukuka uygun olup olmadığının gerekçesinin genel olarak oldukça kısa olması dikkat çekicidir. Böylelikle, Rekabet Kurulunun hükümleri ile Rekabet Kanunu'nun 4054 sayılı Kanununun 6 ncı maddesinin ve özellikle de Rekabet Kurulunun kararlarına uygun olarak, Danıştay kararları resmen hazırlanmıştır. kanun. Kurul kararının yasal olup olmadığı değerlendirmesi birkaç paragrafı geçmez. Kuşkusuz, hukuki ya da hukuka aykırı sebeplerin gerekçesi, Danıştay kararının izlenmesi açısından önemlidir. Yine de, bu tür kısa gerekçeler, Danıştay'ın kararlarının uygulayıcılar ve teşebbüsler hakkındaki 6. Maddesinin uygulanmasında Danıştay'ın yaklaşımı hakkında çıkarımlarda bulunmayı ve dolayısıyla Danıştay kararlarının yol gösterici olmasını beklemektedir.⁸¹

Temyiz merciinin yetkili idare mahkemesi olarak Rekabet Kurulu kararlarına karşı değiştirilmesiyle, AB uygulamalarına benzer bir yapı oluşturulmuştur. Ancak, bu konudaki son değişiklik, bu alanda Ankara İdari Mahkemelerinin sınırlı kararlarıyla sonuçlanmıştır. Her ne kadar böyle olsa da, 11.07.2013 tarihli Ankara 11. İdare Mahkemesinin THY kararının önemli olduğu düşünülmektedir. İlgili kararda, THY'nin Pegasus'a karşı dışlayıcı uygulamalar yoluyla hakim durumları istismar ettiği iddiası incelenmiştir. Rekabet Kurulu'nun 30.12.2011 tarihli ve 11-65 / 1692-699 sayılı kararının bu nedenle cezaya gerek olmadığı sonucuna varılmıştır. Bu karar Pegasus tarafından Ankara 11. İdare Mahkemesi önünde açılan davaya itiraz edilmiştir. Ankara 11. İdare Mahkemesi, Rekabet Kurulunun kararını iptal etti ve kararın gerekçesinde bizler için önemli olan bazı hususları vurguladı. Bu konuları adli inceleme ve istismar için olmak üzere iki grupta toplamak mümkündür. Mahkemenin yargı

⁸⁰ ÖZTUNALI A. S.129; DEMİRÖZ, A. ve TUNÇEL, Ç. (2012), “Tek Taraflı Davranışların Değerlendirilmesine Yönelik Standart Arayışında Danıştay Kararlarının Yol Göstericiliği, *Rekabet Hukuku ile İlgili Kurul ve Yargı Kararları Sempozyumu Bildiriler - Tartışmalar*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, s. 158.

⁸¹ 05.07.2012 tarihli Rekabet Kanunu'nun 55'inci maddesinde yapılan değişiklikle, davaların Kurul kararlarına aykırı yeri yetkili idare mahkemesine değiştirilmiştir. Buna göre, Rekabet Kurulu kararlarına karşı ilk derece temyiz mahkemeleri Ankara İdari Mahkemeleridir (İdare Mahkemesi kararları İdari Usul Kanunu'nun 46. maddesi uyarınca temyiz edilir). Bundan önce, Danıştay 13. Dairesinde ilk derece mahkemesi olarak ve 01.01.2005 tarihinden önce, bu ihtilaflarla ilgili davalar Danıştay 10. Dairesi'nde tartışılmıştır.

denetimine ilişkin olarak, Kurulun hakim durumun varlığını değerlendiremeyeceği ve teşebbüs teşebbüsünün hakim olup olmadığı belirlenmelidir. Mahkeme'nin bu konudaki görüşü aşağıdaki gibidir.

“.....görülmedir 4054 sayılı Kanun'un 6 ncı maddesine göre ihlalden söz edebilmek için, teşebbüsün hâkim durumda olması ve hakim durumun kötüye kullanılması olarak değerlendirilebilecek bu hâkim durumdaki eylemler olmalıdır. Hakim durumun kötüye kullanılması olarak değerlendirilebilecek eylemlerin bulunup bulunmadığının belirlenmesi ve bununla ilgili herhangi bir eylemin bulunmaması durumunda, Kanun hükmünün ihlal edilmediği, ancak Teşebbüsün hakim olup olmadığını belirlemek doğru sonuçları engelleyecektir.”⁸²

Mahkeme ayrıca, pazarın tanımıyla ilgili konuları da vurgulamıştır. Öte yandan, doktrindeki son yaklaşıma paralel olarak, ekonomik analizin detaylı verilerle önemi vurgulanmaktadır. Benzer şekilde, istismar analizi ile ilgili olarak, Türk Hava Yolları'nın durumunu ortaya çıkarmak için kapsamlı fiyat çalışmalarının yapılmadığı eleştirilmektedir.⁸³

Buna göre, mahkemelerin Rekabet Yasası'nın 6. maddesi ile ilgili standart, niteliksel ve niceliksel tatmin edici kararlara sahip olmadığı söylenebilir.

Son zamanlarda; kötüye kullanma incelemesi (Counterfactual Analysis) açısından rekabet hukuku uygulamalarına etki / ekonomi odaklı yaklaşım daha önemli hale gelmiştir. Genel anlamda, bu analiz, sorulan soruya verilen cevaba dayanmaktadır. Konu ile ilgili bir durumun ne tür bir uygulama yapılmamıştır? Bu. Bu bağlamda, birleşme ve satın almalar, bir ön analiz gerektirirken, daha sonra, hakim durum ve anlaşmaların kötüye kullanımını içeren davalarda, eskiden bir yaklaşım esas alınmaktadır. Hakim durum dosyalarında bir karşı-

⁸² Rekabet Kurulu'nun 30.12.2011 tarihli ve 11-65 / 1692-699 sayılı kararı

⁸³ Kararın ilgili bölümü; “Bunun yanında gerek hakim durumun gerekse de eylemlerin hakim durumun kötüye kullanılması olup olmadığının tespiti için gerekli ve yeterli verilerin elde edilmesi ve elde edilen bu verilerle geniş çaplı analizlerin yapılması gerekmekte olup, somut olayda ise şikayetçi Pegasus 'un, yalnız Sabiha Gökçen Havaalanından uçuş gerçekleştirmesi ve THY'nin ise bu Havaalanı ile birlikte Atatürk Havaalanından da uçuş gerçekleştirmesi nedeniyle, her iki havaalanından da uçuş gerçekleştiren THY'nin, buralardan yapılan uçuşları birbirine ikame olarak kullanılıp, kullanılmayacağı kullanılabilirse her iki havaalanının birbirine ne derece ikame olduğunun ortaya konulması ve THY (Anadolu Jet markası ile), Sabiha Gökçen Havaalanında faaliyet göstermeden önce ve sonra Pegasus tarafından uygulanan fiyat politikalarının analizi yapılması gerekirken, dava konusu Kurul kararı tesis olurken dayanak alınan soruşturma raporunda bu konuda analiz yapılmadığı gibi THY'nin ortalama fiyat verilerine ilişkin analizlerinde yetersiz olduğu sonucuna varılmıştır. Bu durumda, eksik inceleme ve araştırmaya dayalı soruşturma raporu esas alınarak ve Türk Havayolları A. O. 'nın hakim durumda olup, olmadığı hususunda bir tespit de yapılmaksızın tesis olunan Kurul kararında hukuka uyarlık görülmemiştir.” şeklindedir.⁸³

olgusal analizin kullanımı, alternatif bir tarihin yaratılmasını gerektirir. Buna göre, istismarın olmadığı durumlarda, sonuçlar fiili sonuçlarla karşılaştırılmaktadır. Bu şekilde incelenen zarar teorisinin anlamlı olup olmadığı test edilebilir. Bu bağlamda, 102. Maddenin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz İlkelerin 21. Fıkrasının 21. Fıkrası, bu değerlendirme, ilgili pazardaki fiili veya gelecekteki olası durumun (teşebbüsün inceleneceği piyasa) diğer olası senaryoların bulunduğu bir piyasa veya gerçekçi bir ticarettir. uygulanan sözleşmeler karlılık ile yapılır. Ekip Mevaz pratiği açısından bile çok yeni bir kavram olan karşı durum analizi temelinde Rekabet Kurulu kararı bulunmamaktadır. Ancak, bu yöntemeye dayanan kararların yakın gelecekte bulunabileceği düşünülmektedir. Bu yöntemin uygun koşulların varlığına bağlı olarak kullanılması nedeniyle çok pratik ve sonuç odaklı kararlar verilebilir.

BÖLÜM -3-

HAKİM DURUMUN TÜRLERİ VE HAKİM DURUMUN DİĞER DAVRANIŞLARDAN AYRIMI

REKABET KARŞITI UYGULAMALAR

Bir firma ya da şirketler grubunun, daha düşük bir maliyetle ya da daha yüksek kalitede mal ve hizmet sağlamaya gerek kalmaksızın, göreceli pazar konumunu ve kârlarını korumak ya da arttırmak için şirket içi rekabeti kısıtlamak amacıyla çalışabilecekleri çok çeşitli iş uygulamalarını ifade eder. . Rekabetin özü, firmaların rakipleri karşısında avantaj elde etme girişimlerini gerektirmektedir. Bununla birlikte, firmalar rekabet avantajları üzerinde çok fazla bir şey yapmamakla birlikte rekabeti suni bir şekilde sınırlandırmaya, ancak rakiplerinin, müşterilerinin ve tedarikçilerinin daha yüksek fiyatlar, azalan çıktılar gibi dezavantajlı ya da zarar verici etkilerinden yararlanmalarına izin verirse, kabul edilebilir iş uygulamalarının sınırı aşılabilir. Daha az tüketici tercihi, ekonomik verimlilik kaybı ve kaynakların (veya bunların kombinasyonlarının) yanlış tahsis edilmesinin muhtemel olması muhtemeldir.⁸⁴

Hangi tür iş uygulamalarının rekabete aykırı olarak yorumlanacağı ve eğer rekabet yasasının ihlal edilmesi durumunda yargı yetkisine ve duruma göre duruma göre değişiklik göstereceği tahmin edilmektedir. Bazı uygulamalar yasa dışı olarak görülebilirken, diğerleri uygulama sebebi olabilir. Örneğin, yeniden satış fiyatının korunması, çoğu yargı sisteminde yasadışı olarak görülüyor, oysa özel işlem, akıl yürütme kuralına tabi olabilir. Bir iş uygulamasının yasa dışı olup olmadığını belirleme standartları da farklılık gösterebilir. Amerika Birleşik Devletleri'nde fiyat sabitleme anlaşmaları yasalara aykırı iken Kanada'da anlaşma pazarın önemli bir bölümünü kapsamalıdır. Bu uyarılar göz önünde bulundurulduğunda, çok sayıda ülkede rekabet yasaları incelemekte ve genellikle rekabeti kısıtlayan çok çeşitli iş uygulamalarını önlemeye çalışmaktadır. Bu uygulamalar genel olarak

⁸⁴ Dışlayıcı Davranışlar Kılavuzu, parag. 52.

iki gruba ayrılır: rekabet üzerindeki yatay ve dikey kısıtlamalar. İlk grup, karteller, gizli anlaşma, komplo, birleşmeler, yıkıcı fiyatlandırma, fiyat ayrımcılığı ve fiyat sabitleme anlaşmaları gibi spesifik uygulamaları içermektedir. İkinci grup, münhasır ticaret, coğrafi pazar kısıtlamaları, anlaşma / satmayı reddetme, yeniden satış fiyatının korunması ve bağlı satış gibi uygulamaları içerir. Genel olarak, rekabet konusundaki yatay kısıtlamalar, öncelikli olarak pazardaki diğer rakipleri içerirken dikey kısıtlamalar, tedarikçi-dağıtımçı ilişkileri gerektirmektedir. Bununla birlikte, rekabetteki yatay ve dikey kısıtlamalar arasındaki ayrımın her zaman net bir şekilde kesilmediği ve bir türün uygulamalarının diğerini etkileyebileceğine dikkat edilmelidir.⁸⁵ Örneğin, firmalar rekabeti engellemek için stratejik davranışları benimseyebilirler. Önemli hammadde tedarik veya dağıtım kanallarının temin edilmesi yoluyla tesislerin ön-boşaltma yoluyla, mevcut girdilerin ya da kapasitelerin satın alınması için uzun vadeli sözleşmelere girerek ve özel işlemlere ve diğer uygulamalara girişerek bunu yapmaya çalışabilirler. Bu uygulamalar, mevcut firmaların piyasaya girmesi ve piyasaya girişini engeller ve / veya rekabete aykırı düzenlemeleri kolaylaştırır.

ANTİTRÖSTLER

Antitröstler, tekel ve tekelleci uygulamalarla uğraşan bir ekonomi politikası ve yasaları alanına işaret eder. Antitröst hukuku veya antitröst politikası, başta Amerika Birleşik Devletleri'nde kullanılmaktadır, diğer birçok ülkede ise rekabet hukuku veya politikası kullanılmaktadır. Bazı ülkeler Adil Ticaret veya Monopolle Mücadele yasasını kullanmıştır. Antitröst iktisadı ya da politikasının entelektüel temeli, farklı piyasa yapısı koşullarında faaliyet gösteren firmaların davranışlarından kaynaklanan sorunları ve bunun ekonomik performans üzerindeki etkisini ele alan endüstriyel örgüt ekonomisinin alt alanıdır. Antitröst ya da rekabet yasalarının çoğu, birleşmeler, tekel, hakim pazar konumu ve yoğunlaşma gibi yapının yanı sıra, gizli anlaşma, fiyat sabitleme ve yıkıcı fiyatlandırma gibi davranışlarla ilgili hükümlere sahiptir.

GİZLİ ANLAŞMALAR

Kartel kavramından farklı olarak, gizli anlaşma, üyeler arasında ister kamu ister özel olsun, resmi bir anlaşma gerektirmez. Bununla birlikte, anlaşmanın ve kartelin ekonomik etkilerinin aynı olduğu ve çoğu zaman terimlerin birbirinin yerine geçecek şekilde kullanıldığı belirtilmelidir. Fiyatların yükseltilmesi veya düzeltilmesi ve üretimi azaltması için firmalar arasındaki anlaşmazlık, çoğu yetkili tarafından rekabet yasalarının en ciddi ihlali olarak görülüyor. İhtilafli düzenlemelerin, insanın hayal gücünün kendisi kadar çeşitli şekillerde varıldığı ve zorlandığı bilinmektedir. Farklı ülkelerden alınan davalar, karşılıklı saygı, sosyal sözleşme ve kişisel bağlantılar ve bağlantıların, üyeler tarafından mutabık kalınan fiyatlara ve ilgili iş uygulamalarına uyulmasını sağlamak için yeterli bir temel sağladıkları gayri resmi baylar sözleşmelerinden anlaşılabilir. Satıcılar az sayıda olduğunda ve homojen ürünler

⁸⁵ Dışlayıcı Davranışlar Kılavuzu, parag 53.

ürettiklerinde, karışma genellikle daha kolay olsa da, karmaşık ürünlerin satışında fiyat sabitleme komploları da ortaya çıkmıştır. Bunun bir örneği, Amerika Birleşik Devletleri'ndeki türbin jeneratörleri, transformatörler, şalt dişlileri, izolatörler, kontroller ve kondenserler gibi çeşitli teknik ürünleri satan 29 farklı şirketin yer aldığı elektrikli ekipman endüstrisidir. Benzer şekilde, ürün şartnamesi ayrıntıları ve standartları konusunda mutabakata varıldığında, Amerikan çelik üreticileri bir süre için başarıyla çarpışmayı başardılar. Bir teklif arma rekoru kıran firmalar, "ayın safhaları" nı sıralamak için kullandılar ve aralarından hangisinin kontratları kazanmak için "düşük" teklif vereceğini belirlediler. Diğer dava türlerinde ise, gizli anlaşma pazar paylaşımı anlaşmalarını gerektirdi. İtiraf, mutlaka şirketler arasında açık bir anlaşma veya iletişimi içermesi gerekmemektedir. Oligopolistik endüstrilerde, firmalar fiyatlama ve çıktı kararlarında birbirlerine bağımlı olma eğilimindedirler, böylece her firmanın eylemleri diğer firma (lar) tarafından ters tepkili olur ve buna karşı bir karşı tepkiye neden olur. Bu durumda oligopolistik firmalar, rakiplerinin eylemlerini hesaba katabilir ve eylemlerini açık ya da açık bir anlaşma olmadan kartelmiş gibi koordine edebilirler. Bu tür koordine davranışlar genellikle gizli bir anlaşma veya bilinçli paralellik olarak adlandırılır. Çeşitli faktörler fiyat sabitleme komplolarının oluşumunu kolaylaştırabilir.

Bu faktörler şunlardır;

a) Endüstri fiyatını yükseltme ve sürdürme becerisi. Giriş engelleri düşükse veya ikame ürünler mevcutsa, gizli anlaşma başarılı olmayacaktır ve firmaların fiyat komplolarına girme veya katılma yönünde bir teşviği olmayacaktır.

b) Firmalar, aldatmanın kolayca tespit edileceğini veya ciddi bir şekilde cezalandırılmasını beklemez. Böyle bir durum söz konusu olduğunda, kar dağıtımından elde edilen kazançlar, cezaların maliyetinden ve firmaların itibar kaybından önemli ölçüde daha yüksek olabilir.

c) Organizasyon maliyetleri düşüktür. Firmalar arasındaki müzakereler devam ederse ve komploun uygulama ve izleme maliyetleri yüksekse, bir kombinasyon oluşturmak zor olabilir.

d) Homojen veya çok benzer ürünler üretilir. Ürünler kalite ve dayanıklılık gibi özelliklerde farklılık gösteriyorsa, tekdüze fiyat anlaşmalarına kolayca ulaşamaz. Bu gibi durumlarda firmaların satışlardaki değişikliklerin alıcı tercihlerini değiştirip değiştirmediğini veya firmaların gizli fiyat kesintileri şeklinde aldatma yapıp yapmadığını tespit etmesi zorlaşır.

e) Endüstri çok yoğunlaşmış ya da birkaç büyük firma ürünün büyük bölümünü sağlıyor. Firma sayısı az olduğunda, gizli anlaşma düzenleme maliyetleri düşük olacaktır. Ayrıca, sabit fiyatlara uymayan şirketlerin tespiti olasılığı da buna göre daha yüksek olacaktır.

f) Bir sanayi veya ticaret birliğinin varlığı. Dernekler, ekonomik faaliyetlerin koordine edilmesi ve anlaşmayı kolaylaştıracak bilgi alışverişi için bir temel sağlama eğilimindedir. Ayrıca kombinasyonun organizasyonel ve izleme maliyetlerini de azaltabilirler. Belirli bir pazarda yukarıda belirtilen faktörlerin hepsinin veya bir kısmının varlığında kolleksiyon zorunlu olarak ortaya çıkmaz. Ek olarak, anlaşmayı sınırlandırabilecek bir dizi faktör vardır.

Bu faktörler arasında ürün heterojenliği, firmalar arası maliyet farkları, döngüsel iş koşulları, karmaşık müşterinin varlığı, teknolojik değişim, sık olmayan ürün alımları, firmaların farklı beklentileri ve fiyatların gizlice kesilmesi ve pazar payının artırılması için teşvikler sayılabilir. Bunların sonuncusu, firmalar arasındaki anlaşmazlığın zamanla parçalanmasına neden olmasının özellikle önemli bir sebebidir.⁸⁶

JOİNT VENTURE AÇISINDAN

Bir ortak girişim, belirli bir iş projesini üstlenmek üzere oluşturulmuş şirket veya bireylerin birliğidir. Bir ortaklığa benzer, ancak belirli bir proje ile sınırlı (belirli bir ürünü üretmek veya belirli bir alanda araştırma yapmak gibi). Ortak girişimler, rakip firmalar tarafından kurulduğunda rekabet politikası için bir sorun haline gelebilir. Ortak girişimler genellikle belirli projenin riskli olduğu ve büyük miktarlarda sermaye gerektirdiği gerekçesiyle haklı çıkarılır. Böylece, sermaye maliyetlerinin yüksek olduğu ve arıza olasılığının da yüksek olduğu kaynak çıkarma sektörlerinde ortak girişimler yaygındır. Ortak girişimler artık yeni teknolojilerin geliştirilmesinde daha yaygın hale geliyor. Rekabet politikası açısından sorun, rekabet riskini azaltmak, sermaye maliyetlerini paylaşmak ve bilgiyi yaymak gibi potansiyel risklere karşı rekabeti azaltmaktır. Şu anda, birçok ülkede araştırma ortak girişimlerinin rekabet hukuku kapsamına girmesi gerektiği konusunda önemli tartışmalar vardır.⁸⁷

FİKRİ MÜLKİYET AÇISINDAN

Rekabet politikası ve fikri mülkiyet hakları (patentler, ticari markalar, telif hakları, tescilli endüstriyel tasarımlar ve entegre devreler dahil) politika yapıcılardan giderek daha fazla ilgi görmektedir. Batı yargı alanlarındaki bazı yeni rekabet hukuku davalarında entelektüel mülkiyet hakları önemli ölçüde anlaşılmıştır. 9 Bu fenomenin çeşitli nedenleri vardır. Birincisi, bilgi tabanlı endüstrilerin artan önemi ve bu sektörlerdeki teknolojinin rolü. İkincisi, dünya küçülürken ve farklı ulusal pazarlar kavramı ticari gerçekleri daha az yansıtıyorken, piyasa kontrolünü kolaylaştırmak için fikri mülkiyet haklarına giderek daha fazla odaklanılıyor gibi görünüyor.

Çoğu durumda fikri mülkiyet haklarının kullanılması rekabet politikasının amaçları ile tutarlıdır. Bu tür haklar, yeni ürün ve üretim süreçlerinin geliştirilmesi ve üretilmesi için teşvikler sağlayarak uzun vadede rekabeti genel olarak güçlendirir. Çoğu durumda, fikri mülkiyet hakları ile korunan ürünler için piyasada bir takım ikame maddeleri bulmak

⁸⁶ Daha detaylı bilgi için bkz: D.W. Carlton and J.M. Perloff, *Modern Industrial Organization*, Scott, Foresman/Little Brown. Glenview, Il., 1990, Ch. 9; F.M. Scherer and D. Ross, *Industrial Market Structure and Economic Performance*, Houghton Mifflin Co., Boston, 1990, Chs. 7 and 8; G.J. Stigler, "A Theory of Oligopoly," *Journal of Political Economy*, 1964, Vol. 72(1), pp. 44-61.

⁸⁷ Bkz: Haksız Rekabet Politikası ve Joint Venture, OECD, Paris, 1990.

mümkündür.⁸⁸ Sonuç olarak, bu tür hakların varlığı ve kullanılması genellikle antitröst otoritelerinin bir endişe kaynağı olmamalıdır.

Bununla birlikte, bu hakların edinimi ve kullanımasındaki suistimaller, bazı durumlarda rekabet yetkilileri için meşru bir endişe olabilir. Rekabet konularını gündeme getirebilecek uygulamalar üç ana kategoriye ayrılmaktadır: patentlerin alınması, teknolojinin lisanslama düzenlemeleri yoluyla transferi ve inovasyon şirketleri arasındaki işbirlikçi düzenlemeler. Bu uygulamalar, pazara girmeyi dışlayarak, yeniliği bastırarak pazar gücünü genişletme girişimleri oluşturduklarında kaygılarını artırmaktadır. Aynı zamanda, bu uygulamalar aynı zamanda meşru, verimlilikle ilgili amaçlara da hizmet edebilir.⁸⁹

Lisans anlaşmaları, özellikle uluslararası bağlamda, firmalar arasında teknoloji transferinin önemli bir aracıdır. Bu tür sözleşmeler genellikle karmaşıktır ve teknoloji hibe destekleri, bağlar, bölgesel(teritorial) piyasa kısıtlamaları ve teknoloji lisans sözleşmelerinde kullanım alanı kısıtlamaları da dahil olmak üzere lisans sahibi üzerinde bir dizi dikey ve diğer kısıtlamalar içerir. Geniş anlamda, rekabete aykırı lisanslamadan rekabete aykırı davranışı ayırt etmede dikkate alınması gereken faktörler, diğer rekabete aykırı uygulamalar ile ilgili olanlarla aynıdır.

1995 yılında ABD antitröst yetkilileri, Fikri Mülkiyet Ruhsatı için yeni Antitröst Rehberi yayınladılar. Kılavuzlar, lisanslama düzenlemelerinin uygulanmasının, ilgili firmalar arasındaki ilişkilerin öncelikle yatay veya dikey olup olmadığına bağlı olduğunu vurgular. Firmalar yatay olarak ilgilendiklerinde rekabetin daha fazla zarar görmesi muhtemeldir (yani, ya da lisansın olmaması durumunda, rakipler). Bu durumda, ruhsatlandırma düzenlemesi mevcut bir pazardaki fiyatları artırarak ya da inovasyon hızını azaltarak rekabete zarar verebilir. Ancak lisans düzenlemesinin olası verimlilik artırıcı etkileri de dikkate alınmalıdır.

Kılavuzda, lisanslama düzenlemelerinin normal olarak zorlanmayacağı bir antitröst güvenlik bölgesi belirlenmiştir. Bunlar, kendi başına kuralların bulunmadığı ve lisansör ile lisans sahiplerinin birlikte, ilgili pazarın veya pazarların yüzde 20'sinden fazlasını oluşturmayanları içerir.

Güvenlik bölgelerinin dışında kalan düzenlemeler çeşitli faktörlere bağlıdır:

* Piyasa yapısı, fiyatlandırmanın veya çıktıların koordinasyonu ve girdilere erişimin iptali.

* Münhasırlıklarını ne ölçüde uyguladıkları. Kılavuz, iki spesifik türe atıfta bulunmaktadır: lisans verenlerin başkalarını lisanslama haklarını kısıtlayan veya teknolojiyi (veya her ikisini birden) kullanabilecekleri özel lisanslar; ve münhasıran ticaret, yani bir lisans alanın, rakip teknolojilerin kullanımını kısıtlaması durumunda.

* Rekabetin tarihi ve pazarlardaki inovasyon hızı etkilendi.

⁸⁸ (bakınız, örneğin, McGrath 1984, 355-65)

⁸⁹ (OECD 1989).

* Düzenlemeden kaynaklanan verimlilikler. Bunlar, rekabete aykırı etkilerden daha ağır basarsa, düzenlemelere genel olarak itiraz edilmeyecektir.⁹⁰

Geçmişte, gelişmekte olan ülkeler, uluslararası teknoloji lisans sözleşmelerinde kısıtlayıcı lisanslama uygulamalarının (örneğin, bağlama gereklilikleri, özel bölgeler, özel geri ödeme hükümleri veya kullanım alanı kısıtlamaları) kullanımıyla özellikle ilgilenmiştir.

Rekabet uygulaması, duruma göre bu tür uygulamaları ele almalıdır. Sıkı bir yaklaşımın kendini yenmesi olasıdır. Uluslararası lisans sözleşmelerinde kısıtlayıcı uygulamaların süpürme yasağı, teknoloji sahiplerinin gönüllü düzenlemelere girmesi için maliyetleri artıracak veya teşvik edici (veya her ikisini de) azaltacaktır. Gönüllü düzenlemeler, ev sahibi ülkenin zorunlu tedbirleri teşvik etmek yerine teknolojik ilerlemesini teşvik etme eğilimindedir; Fikri mülkiyet hakları ile korunan bilgileri etkin bir şekilde kullanmak için gerekli olan patentli olmayan know-how ve sermaye yatırımlarının transferi ile birlikte olma olasılıkları daha yüksektir.

a) Lisans Sözleşmelerinin Değerlendirilmesi

Bir ürün üretmek gibi bir şey yapmak için yasal izin vermeyi ifade eder. Lisans, kişinin veya firmanın daha önce sahip olmadığı bir hak tanımaktadır. Bazı lisanslar ücretsiz olarak verilir, ancak çoğu ödeme gerektirir. Lisanslar, lisansın nasıl kullanıldığıyla ilgili kısıtlamalar içerebilecek yasal sözleşmelerdir. Rekabet politikasına uygun iki geniş lisans durumu vardır. Bunlardan ilki, hükümetler tarafından belirli sektörlerdeki katılımcılara verilen lisanslardır. Birçok iletişim endüstrisinde (radyo ve T.V. yayın), meslekler (doktorlar) ve hizmetlerde (bankacılık, içki fabrikaları) lisanslama sistemleri bulunmaktadır. Lisans koşulları değişebilir, ancak genellikle firmanın çeşitli kısıtlamalarına eşlik ederler. Bu kısıtlamalar (veya düzenlemeler) fiyat, kalite veya hizmet miktarı için geçerli olabilir. Devlet lisansı, bu sektörlerle giriş için önemli bir engeldir. Lisansın ikinci kullanımı patent, telif hakkı ve ticari marka davalarında olup, bu suretle (bir lisans şeklinde), mal sahibinin, ürünü yapmak, çoğaltması, satın alması veya satması için başka bir tarafa verilmesidir. Telif hakkı, ticari marka ve patent sahipleri, başkalarının, genellikle sabit bir ödeme ve telif ücreti karşılığında, malları kullanmalarını veya üretmelerini lisanslayabilir. Çoğu durumda, patent sahibi, lisanslama ve lisanslama ücretleri ödemesi yoluyla getirisini en üst düzeye çıkarabilmesi nedeniyle kendi buluşunu kendisinin üretmesi arasında bir tercihi yoktur. Bununla birlikte, patent sahiplerinin, teknolojilerini kullanmaları veya lisanslamaları gerekmemektedir. Dolayısıyla, girişe bir engel olarak da işlev gören bir teknoloji yayılımı kısıtlaması olabilir. Birçok ülkede, patentin kullanım dışı veya ruhsatsız rekabete aykırı kısıtlamalarla kötüye kullanıldığı kanıtlandığında, patentlerin iptal edilmesi veya zorunlu lisans verilmesi için bir hüküm bulunmaktadır. Uygulamada, zorunlu lisanslama nadiren kullanılır.

⁹⁰ (ABD Adalet Bakanlığı ve Federal Ticaret Komisyonu 1995, 18-22).

b) Patent Açısından

Patentler, buluş sahiplerinin, buluşun belirli bir süre için özel kullanımına ilişkin mülkiyet haklarını verir. Patentten kaynaklanan karlar, sosyal olarak yararlıdır çünkü yaratıcı faaliyeti teşvik ederler. Patentlerin yokluğunda, rekabetçi endüstriler çok az icat üretebilir. Buluş niteliğindeki faaliyetlere yapılan yatırımlar, batık maliyetlerdir ve mucitlerin bu yatırımları telafi etmesine izin vermek için patentlerin korunması olmadan, buluş aktivitesi muhtemelen düşecektir.⁹¹

SINIRLAYICI FİYATLAMA

Sınırlayıcı fiyat koyma durumu, firmaların girişini veya genişlemesini engellemek veya engellemek için yerleşik firma (lar) tarafından yapılan fiyatlandırmayı ifade eder. Sınırlayıcı fiyat, kısa vadeli kâr maksimizasyon fiyatının altında ancak rekabet seviyesinin de üstündedir. Sınırlı fiyatlandırma modelleri ve firmaların bu tür davranışlarda bulunmalarının gerçekten karlı olup olmadığı konusunda önemli bir tartışma modeli vardır. Limit fiyatlandırması, firmaların girişi engellemek ve gelecekteki karları kazanmak için mevcut karları feda ettiklerini ima eder. Bu stratejinin her zaman güncel fiyatların (ve kazançların) daha yüksek olduğu bir durumdan üstün olup olmadığı, ancak giriş gerçekleştikçe zaman içinde azalmayacağı açık değildir. Sınırlı fiyatlandırma ile ilgili erken literatürde, yerleşiklerin bu tür fiyatları belirleme kabiliyeti, girişe yönelik yapısal engellerin varlığına bağlanmıştır. Bununla birlikte, bu durum, özellikle görevdekilerin giriş karşısında çıktıkları koruyacakları ve bu tehdidin potansiyel girişimciler tarafından inanıldığına inananların davranışları hakkında oldukça katı varsayımlar gerektirmektedir. Son zamanlardaki literatür, giriş yapanların girişe katılamayacaklarını ikna etmek için alabilecekleri eylemlere, özellikle de girişe yönelik stratejik engeller üzerinde odaklanmıştır.

PAZARIN TANIMI

Hakim durumun kötüye kullanılmasının tespitinde pazar gücünün önemini daha önce belirtmiştik. Pazar gücü kavramını daha iyi anlayabilmemiz için öncelikle bir pazar tanımı yapmamız gerekmektedir. Bununla birlikte pazar; alıcıların ve satıcıların belirli mal ve hizmetlerin alışverişi için iş yaptıkları ve bu mal ve hizmetler için fiyatların eşitliğe yöneldiği bir alandır. Bir piyasanın "berrak" veya düzgün bir şekilde işleyebilmesi için, talep edilen ve sağlanan mal ve hizmetlerin miktarı belirli bir fiyatta eşit olmalıdır. Zaman içinde belirli bir noktada, toplam arzın toplam talebe eşit fiyatta eşit olup olmamasına bağlı olarak piyasalar "denge" veya "dengesizlik" olabilir. Pazarlar yerel, bölgesel, ulusal veya uluslararası kapsamda olabilir ve alıcıların ve satıcıların birbirleriyle doğrudan buluşması veya iletişim kurmasını zorunlu kılmaz. İş, aracılardan kullanımı yoluyla da gerçekleştirilebilir.

Herhangi bir rekabet analizinde başlangıç noktası "ilgili" pazarın tanımıdır. Pazar tanımının iki temel boyutu vardır:

⁹¹ Ayrıca Bkz: F.M. Scherer and D. Ross, *Industrial Market Structure and Economic Performance*, 3rd edition, Houghton Mifflin, Boston, 1990, Ch. 17.

(i) ürün piyasası, yani hangi ürünlerin bir araya getirileceği ve (ii) coğrafi pazar, yani hangi coğrafi alanların bir araya toplanması. Pazar tanımı hem talep hem de tedarik hususlarını dikkate alır. Talep tarafında, ürünlerin alıcının bakış açısıyla değiştirilmesi gerekir. Arz tarafında, ürünleri ilgili ürüne ya da yakın ikamelere üreten ya da kolayca değiştirebilen satıcılar dahil edilmelidir. Pazar tanımı genellikle fiili ve potansiyel satıcıları, yani fiyatın garanti ettiği takdirde ikame ürünleri tedarik etmek için üretim süreçlerini hızlı bir şekilde değiştirebilen firmaları içerir. Bunun mantığı, bu firmaların piyasadaki mevcut firmaların rekabet seviyesinin üzerinde fiyat yaratma kabiliyetini azaltma veya azaltma eğiliminde olmalarıdır. Alıcının ve satıcıların konumu, coğrafi pazarın yerel, bölgesel, ulusal veya uluslararası olup olmadığını belirleyecektir. Pazarlar, ürün veya coğrafi açıdan çok dar tanımlanmışsa, anlamlı bir rekabet analizden hariç tutulabilir. Öte yandan, ürün ve coğrafi pazarlar çok geniş olarak tanımlanırsa, rekabet derecesi abartılabilir. Çok geniş veya çok dar pazar tanımları, pazar payını ve yoğunlaşmasını azaltıcı veya aşırıya kaçmasına yol açmaktadır. Örneğin, ABD Adalet Bakanlığı ve Kanada Rekabet Politikası Birleşme Rehberi Bürosu, tüketicilerin rekabete aykırı fiyat artışına olan muhtemel talep yanıtına dayanan ilgili ürün ve coğrafi pazarları tanımlamak için bir paradigma sağlamaktadır. Bir ürün, bir ürün veya ürün grubu ve satıldığı bir coğrafi alan olarak tanımlanır; öyle ki, bu alandaki ürünlerin tek satıcısı olan varsayımsal, kâr maksimizasyonu yapan bir firma, fiyatları küçük ama önemli ve olmayan geçerli düzeylerin üzerinde (transitory) miktardır. Bu paradigmanın uygulanmasının sonucu, bir tekelci gibi davranmak için eylemlerini mükemmel bir şekilde koordine edebildikleri takdirde, satıcıların bir grup ürünü ve pazar gücünü kullanabilecekleri bir coğrafi alanı tanımlamaktır.⁹²

MARKET GÜCÜ

Bir firmanın (veya bir grup firmanın) rekabete hâkim olan seviyenin üzerinde fiyat koyma ve tutma yeteneği, piyasa veya tekel gücü olarak adlandırılır. Piyasa gücünün kullanılması, azaltılmış üretim ve ekonomik refah kaybına yol açar. Piyasa gücünün kesin bir ekonomik tanımı ortaya konabilirse de, piyasa gücünün gerçek ölçümü kolay değildir. Önerilen bir yaklaşım, Lerner Endeksidir, yani fiyatın marjinal maliyeti aşmasıdır. Bununla birlikte, marjinal maliyetin ampirik olarak ölçülmesi kolay olmadığı için, bir alternatif ortalama değişken maliyetin yerini almaktır. Diğer bir yaklaşım ise, firmanın fiyat-maliyet (kâr) marjı ve fiyatını artırma yeteneği ile ilgili olduğu için, bir firmanın karşı karşıya olduğu talebin fiyat esnekliğini ölçmektir. Ancak, bu önlemin hesaplanması da zordur. Piyasa gücünün fiili veya potansiyel kullanımı, rekabetin önemli ölçüde azaltılmasının olup olmadığının veya meydana gelmesinin muhtemel olup olmadığını belirlemek için kullanılır. Amerika Birleşik Devletleri ve Kanada'da birleşme politikasının yönetiminde benimsenen bir yaklaşım, birleşme sonrası, tarafların, belirli bir eşik seviyesinin üzerinde (% 5 veya yüzde 10), üzerinde değişiklik gösterecek şekilde, değişmeyen bir fiyat artışı oluşturup oluşturamayacağını tahmin etmeyi amaçlamaktadır. yeni firmaların girişini çekmeden veya ikame ürün üretmeden. Bu fiyat eşliğini koruma veya aşma kabiliyetleri, niceliksel ve niteliksel piyasa yapısının ve firma davranış faktörlerinin detaylı incelenmesi ile değerlendirilir.

⁹² Ayrıca Bkz: G. Werden, "Market Delineation and the Justice Department's Merger Guidelines," *Duke Law Review*, June, 1983, pp. 514-579.

MONOPOLCÜ REKABET VE MONOPOLCÜ PİYASA

Tekelci rekabet, hem tekel hem de mükemmel rekabet unsurlarını birleştiren bir endüstri yapısını tanımlar. Mükemmel rekabette olduğu gibi, birçok satıcı var ve giriş ve çıkış nispeten kolaydır. Ancak, mükemmel rekabet koşullarından farklı olarak, ürünler biraz farklılaşmaktadır. Sonuç olarak, her bir firma aşağıya doğru eğimli bir talep eğrisi ile karşı karşıya kalmaktadır. Bu anlamda firma, talep eğrisi, tekeliinkinden daha esnek olmasına rağmen, bir tekeli gibidir (talebin esnekliğine bakınız). Özünde, ürün farklılaştırılmış olmasına rağmen, firmanın karşı karşıya olduğu talep eğrisinin, benzer ürünleri üreten rakiplerin fiyatlarına bağlı olacağı şekilde ikame maddeleri bulunmaktadır. Tekelci rekabet, özellikle hizmet endüstrilerinde muhtemelen en yaygın pazar yapısıdır. Tekelci rekabetin Pareto'nun verimsiz olduğu, ancak denge fiyatının marjinal maliyeti aştığı gösterilse de, bu verimsizlik çeşitli ürünlerin üretilmesinin sonucudur. Birçok firma ve serbest giriş / çıkış olduğu için, tekeli rekabet genellikle rekabet politikası için bir sorun olarak görülmemektedir. Denge, tekeli rakipler sıfır veya düşük ekonomik kar elde ederler. Monopolleşme aslında hakim durumdaki bir firma veya nispeten büyük firmalardan oluşan bir grubun, yıkıcı fiyatlandırma, tesislerin emilimini önleme ve rekabetin iptali gibi çeşitli rekabete aykırı uygulamalar yoluyla piyasa kontrolünü sürdürmek veya arttırmak için içinde buldukları girişimlerin tamamını ifade eder.

Tekel, pazarda tek bir satıcının bulunduğu bir durumdur. Geleneksel ekonomik analizde, tekel davası, kusursuz rekabetin tam tersi olarak alınır. Tanım gereği, tekeli karşı karşıya olan talep eğrisi aşağı doğru eğimli olan sanayi talep eğrisidir. Böylelikle, tekeli, suçladığı fiyat üzerinde önemli bir güce sahiptir, yani, bir fiyat alıcıdan ziyade bir fiyat belirleyici olmaktadır. Tekel ve mükemmel rekabetçi sonuçların karşılaştırılması, tekelinin daha yüksek bir fiyat belirleyeceğini, daha düşük bir çıktı üreteceğini ve normal kârların (bazen tekel kiralrı olarak anılacaktır) üzerinde kazanç sağlayacağını ortaya koymaktadır. Bu, tüketicilerin daha yüksek bir fiyatla karşı karşıya kalacağını ve bunun da ölümcül bir refah kaybına yol açacağını göstermektedir. Ayrıca, gelir tüketicilerden tekel şirketine devredilecek. Önceki argümanlar doğası gereği tamamen statiktir ve tekelden kaynaklanan olası zararın sadece bir kısmını oluşturur. Rekabetçi baskılardan büyük ölçüde bağımsız olan tekellerin, maliyetleri en aza indirecek ya da teknolojik değişimi üstlenecek uygun teşviklere sahip olmayacağı bazen tartışılmaktadır. Üstelik, kaynaklar tekeli bir konuma ulaşma çabalarında harcanabilir. Ancak, bir karşı argüman ileri sürüldüğünde, inovasyon için teşvikler yaratmak amacıyla daha yüksek kar elde etmek için bir tekel gücünün gerekli olduğudur. Tekel, piyasa gücünden ayrılmalıdır. İkincisi, firmaların aşağı doğru eğimli talep eğrileriyle karşı karşıya kaldıkları tüm durumları ifade eden ve rekabetçi seviyenin üzerinde fiyat artışı sağlayan bir terimdir. Piyasa gücü sadece tekel olduğunda değil, aynı zamanda oligopol, tekeli rekabet veya hakim bir firma olduğunda da ortaya çıkabilir. Tekeller, ancak giriş engelleri varsa var olmaya devam edebilir. Tekelleri koruyan engeller, genellikle patentler ve tekeli imtiyazlar yoluyla oluşturulan yasal koruma ile ilişkilidir. Bununla birlikte, bazı tekeller stratejik davranış veya ölçek ekonomileri aracılığıyla yaratılır ve sürdürülür. İkincisi, genellikle dik bir şekilde azalan eğrinin ortalaması ve marjinal maliyetlerle karakterize edilen doğal tekellerdir ve piyasanın boyutu, tek bir firmanın mevcut ölçek ekonomilerinden yararlanması için bir alan olduğu şekildedir. Rekabet hukuku ve politikasının amaçları için, tekel bazen% 100 pazar payından daha azına sahip bir firma olarak tanımlanabilir. Farklı yetki alanları, pazar payı kriterlerine bağlı olarak farklı şekillerde "tekel" e yaklaşmaktadır.

ÜRÜN ÇEŞİTLENDİRMESİ (FARKLILAŞTIRMASI)

Ürünlerin, rakip bir firmanın ürününden daha fazla tercih edilmesini sağlamak için alıcılar tarafından gerçek veya algılanabilecek fiziksel farklılıklar veya nitelikler olduğunda farklılaştığı kabul edilir. Ürünler, daha yüksek fiyatlar ve / veya artan satışlar elde etmek için firmalar tarafından farklılaştırılmaktadır. Fiziksel görünüm, kalite, dayanıklılık, yardımcı hizmetler (ör. Garantiler, satış sonrası hizmetler ve bilgi), görüntü ve coğrafi konum açısından farklılaşma meydana gelebilir. Firmalar, ürünlerini farklılaştırmak için reklam ve satış promosyonu faaliyetlerine sıklıkla katılırlar. Ürün farklılaştırması, giriş engelleri doğurabilir, ancak daha sonra, alıcıların mevcut olanları tercih edebileceği ürünlerle pazarların pazara girişini ve girmesini kolaylaştırabilir. Farklılaşmış ürünlerin heterojen ürünler ile karıştırılmaması gerektiğine dikkat edilmelidir. İkincisi genellikle farklı ve kolay bir şekilde ikame edilemeyen ürünlere atıfta bulunurken, farklılaşmış ürünler arasında bir dereceye kadar ikame edilebilirlik söz konusudur.

KARŞILIKLILIK (MÜTEKABİLİYET)

Firmalar arasında, birbirlerinin lehine ya da başkalarının dışlanmasına elverişli terimler vermek ya da satmak için iki taraflı (ya da çok taraflı) düzenlemenin bir biçimi olarak, rekabeti sınırlandırma ve / veya firmaların belirli pazarlara girmesini önleme etkisine sahip olabilir. Karşılıklı düzenlemeler konusundaki kaygılar özellikle konglomeralar bağlamında gündeme gelmiştir. Yan kuruluşların, farklı pazarlarda alıcı veya satıcı olarak sık sık birbirleriyle karşılaştıkları ileri sürülmektedir. Karşılıklılık, sözleşmenin yerine getirilmesini sağlayarak veya gizli fiyat kesimini kolaylaştırarak firmalara fayda sağlayabilir.

ÖNERİLEN VEYA TAVSİYE EDİLEN FİYAT

Daha çok bilinen adıyla tavsiye edilen satış fiyatı; birçok sektörde, tedarikçiler bir ürünün satılabileceği fiyatı önerebilir veya önerebilir. Bazı durumlarda satıcı, perakendecilerin fiyatlarının kendi marjlarını artırmak ve böylece toplam satışlarını azaltmak için teşvik etmemesi için ürünün "maksimum" fiyatını belirtebilir. Yeniden satış fiyatının korunmasına karşı yasaların ihlal edilmemesi için bu tür uygulamalar kabul edilebilir. Ürünler için "minimum" fiyatların belirlenmesi ve uygulanmaya teşebbüs edilmesi birçok ülkede yasa dışıdır.

SATIŞI REDDETME

Bir ürünün bir alıcıya, genellikle bir perakendeci veya toptancıya verilmesini reddetme veya reddetme pratiği. Bir perakendecinin yeniden satış fiyatının sürdürülmesine (RPM) girmesi, yani söz konusu ürünün indirgenmemesi veya diğer alıcılarla yapılan özel bir anlaşma düzenlemesinin desteklenmesi veya ürünü sadece belirli bir ürüne satması için uygulama yapılabilir. müşteri veya coğrafi bölge sınıfı. Alıcının kötü bir kredi riski taşıması, yeterli bir envanter bulundurmaması, yeterli satış hizmeti vermemesi, ürün reklamcılığı ve sergilemesi vb. Durumlarda, anlaşma / satmayı reddetmesi de ortaya çıkabilir. Genel olarak anlaşma / satmayı reddetmenin rekabetçi etkileri üzerinde durulmalıdır.

Rekabet hukuku genellikle firmalara rakiplerle işbirliği yapma yükümlülüğü getirmez. Bir firma (hakim olanı bile olsa), dikey bir ilişkiye sahip olduğu başka bir firma ile uğraşmayı reddettiğinde, sonuç rekabete aykırı olmayabilir. Örneğin, bir dominant boru hattının bir petrol üreticisi ile uğraşmayı reddetmesi, çeşitli proaktif mantıkları yansıtabilirdi: petrol üreticisinin zayıf bir şekilde saygınlığı, verimli yönetim sorunları veya en yoğun yük sorunları. Bu örnekte, ek bir müşteri ile uğraşmayı reddetmenin rekabete aykırı olacağı durumlar vardır. Bu durum, mevcut müşterilerin güçlü bir grubunun başka bir şirkete erişim izni vermesi halinde, boru hattı sahibini başka bir boru hattı inşa edecekleri tehdidiyle karşı karşıya bırakmış olacaktır.

Hakim bir firmanın, hakim firmanın da faaliyet gösterdiği bir alt pazarda faaliyet göstermek için gerekli olan kıt bir girdiyi üreten bir firmaya erişim vermeyi reddetmesi bir istismar olabilir. Kıt girdinin fiyatı düzenlendiğinde ve firma dikey olarak ilişkili (ancak düzenlenmemiş) piyasada hakim konumunu uzatmaya çalıştığında bu durum ortaya çıkabilir. Tekelci, rakip bir rakiple başa çıkmama konusunda kârlı olduğunu düşünüyor çünkü rakibi dışarıda tutarak ve hizmetin kendisini sağlayarak kazanç üzerindeki düzenleyici kısıtlamaların üstesinden gelebiliyor. Kârlar, düzenlenmiş piyasada değil, rekabetçi (düzensiz) durumda kazanılacaktır. Bu davranış, özellikle bazı piyasaların rekabete açık olduğu, ancak diğerlerinin hala yasal tekel olduğu, deregüle edilmemiş sektörlerde özellikle yaygındır.

De Montis Catering Roma v. Aeroporti Roma, Roma havaalanı kontrol ve bakım ve yer hizmetleri, havayolu catering için bir hizmet rekabet etmek isteyen bir şirkete havalimanı tesislerine engellendi erişim sağlamak için özel bir lisansa sahip bir devlet şirketi olarak hangi ehliyenin fiili bir tekel olduğu, ancak münhasır hakları kapsamında olmadığı anlaşılmıştır. İtalyan Antitröst Kurumu Roman ilgili pazarındaki tekel gücünü genişletmek için çalışırken nedeniyle daha yüksek fiyatlar ve havaalanı tarafından sağlanan hizmetlerin düşük kaliteli ikram hizmetlerinin rekabet ve zarar verici kullanıcıları engelleyen suçlandı ret ve Aeroporti di için nojustification bulundu hava Yolları.

Genel olarak, anlaşmayı reddetme durumlarında kötüye kullanımı değerlendirmek için aşağıdakilere bakmak gerekir: Firmanın piyasa gücü, reddedilme nedeni ve sonuçta oluşan rekabet zararı. Her zaman olduğu gibi, ilgili pazarları doğru bir şekilde tanımlamak çok önemlidir. Eğer ilgili downst: Eğer piyasaya çıkış piyasası, kapanış firmasının reddi tersine çevirebileceği ve hala bir rakip olabileceği şekilde, anlaşma yapmayı reddetmek rekabete aykırı olamaz. Bu mümkün olmadığında bile, tesisin makul bir sürede makul maliyetle çoğaltılabilir.

Özellikle davaların reddedilmesinde, rekabet eden kurumlar, bireysel rakiplerin yaralanmasıyla rekabete zarar vermemek konusunda dikkatli olmamalıdır. O: “zorunlu” tesislere zorunlu erişim sağlamak için firmalara ihtiyaç duyan firmalar, yalnızca bu tür bir erişimin sağlanmasının faydalarının maliyetlerden daha ağır basması durumunda aranmalıdır. Bu nedenle rekabet otoriteleri aşırı derecede geniş bir “temel tesis doktrini” ni benimsemekten kaçınmalıdırlar. Bu da, rakipleri ile rekabet edebilecek, ancak rekabet etmeyen rakiplerle uğraşmak için rutin olarak firmaları zorlamaktadır.16 Aslında, büyük firmalara düzenli olarak

dayatılan rekabet ajansları Rakipler, firmaların yeni mal ve hizmetlere yatırım yapmalarını cesaretlendirmek için yeterli bir getiri elde edemeyecekleri korkusuyla ciddi bir risk altındadır.

BAĞLANMA ANLAŞMALARI

Bir malın satışının başka bir malın satın alınmasıyla şartlandığı durumları ifade eder. Bir varyant, bir satıcının, yalnızca belirli bir ürünle ağırlıklı olarak ilgilenen bir alıcıya tam bir ürün serisini bastığı (veya kuvvetlendirdiği) tam çizgi zorlamasıdır. Bağlı satış bazen fiyat ayrımcılığının bir aracıdır. Rekabet ile ilgili endişeler, bağlamanın diğer firmaların ilgili ürünleri satma fırsatlarını önleyebileceği ya da tam bir ürün grubu sunmayanlara giriş engellerini artırabileceği yönündedir. Bunun tersi bir bakış açısı, bu uygulamaların verimlilik odaklı olmasıdır, yani, ürün hattının üretilmesi ve dağıtılması maliyetlerini azaltmak ve satılan ürünlerin tamamlayıcısı olarak kaliteli ürünlerin kullanılmasını sağlamak için kullanılır. Örneğin, bir bilgisayar üreticisi, daha düşük kaliteli disklerin kullanılmasıyla ekipmanının hasar görmesini veya performansının düşük olmasını önlemek için disk satın almayı gerektirebilir. Farklı piyasa koşullarına bağlı olarak, bağlı satış düzenlemelerinin geçerli bir işletme mantığına sahip olabileceği yönünde artan bir artış vardır. Rekabet politikasının yönetiminde, artan sayıda iktisatçı bağlı satışa bir akıl yürütme yaklaşımı benimsemeyi önermektedir.

BİRLEŞME BÖLÜNME VE DEVRALMA DURUMLARINDA

Bir şirketin kontrolünün bir başkası tarafından veya bazen bir kişi veya bir grup yatırımcı tarafından devralınması. Alımlar genellikle mevcut fiyatlar üzerinden bir "prim" de hisse satın alınarak oluşturulur ve nakit ödeme ve / veya satın alan şirketin hisseleri de dahil olmak üzere çeşitli şekillerde finanse edilebilir. Birleşme, satın alma ve devralma terimleri sıklıkla birbirinin yerine kullanılırken, aralarında ince farklar vardır. Devralma tam veya kısmi olabilir ve edinilen ve edinilen firmaların faaliyetlerini birleştirmeyi gerektirmeyebilir. Ortak mülkiyetin ve kontrolün bir devralma işleminden kaynaklanabileceği gerçeği, şirketlerin ortak kazançları en üst düzeye çıkarabileceğini ve bunun da rekabet otoriteleri için bir kaygı kaynağı olabileceğini ima etmektedir.

İki veya daha fazla firmanın mevcut bir firmaya birleştirilmesi veya birleştirilmesi veya yeni bir firma kurulması. Birleşme, firmaların büyüklüklerini artırabilecekleri ve mevcut ya da yeni ekonomik faaliyetlere ve pazarlara genişleyebildikleri bir yöntemdir. Birleşme için çeşitli nedenler bulunabilir: ekonomik verimliliği artırmak, pazar gücünü elde etmek, çeşitlendirmek, farklı coğrafi pazarlara yayılmak, finansal ve Ar-Ge sinerjilerini izlemek vb. Birleşme üç çeşit olarak sınıflandırılır:

Yatay Birleşme: Aynı ürünleri üreten ve satan firmalar arasında, yani rakip firmalar arasında birleşme. Yatay birleşmeler, eğer büyüklükte ise, bir pazardaki rekabeti azaltabilir ve çoğu zaman rekabet otoriteleri tarafından gözden geçirilir. Yatay birleşmeler, bir pazardaki veya pazarlardaki firmaların yatay entegrasyonu olarak görülebilir.

Dikey Birleşme: Üretimin farklı aşamalarında faaliyet gösteren firmalar arasında, örneğin hammaddeden bitmiş ürünlere, dağıtımdan, birleşme. Bir örnek, bir demir cevheri üreticisi ile birleşen bir çelik üreticisi olabilir. Dikey birleşmeler genellikle ekonomik etkinliği artırır, ancak bazen rekabete aykırı bir etkiye sahip olabilirler.

Konglomera Birleşmesi: Bir otomobil üreticisi ve bir gıda işleme firması arasında, örneğin ilişkisiz işlerde firmalar arasında birleşme.

MALİYETİN ALTINDA SATIŞ

Bir firmanın rakiplerini ortadan kaldırmak ve / veya pazar payını arttırmak için üretim veya satın alma maliyetinden daha azında ürün sattığı bir uygulama. Bu uygulama kısmen, diğer ürünlerin satışından elde edilen karları kullanarak derin cepler veya çapraz sübvansiyon nedeniyle ortaya çıkabilir. Maliyetleri neyin oluşturduğuna dair bir takım ölçüm sorunları ortaya çıkmaktadır, ancak genellikle fiyat marjinal maliyetin veya ortalama değişken maliyetin altında ise uygulama ortaya çıkacaktır. Bir ürünün maliyetlerin altında satılıp satılmayacağı, firmanın potansiyel kar kaybı şeklinde yüksek maliyetlere yol açabileceğinden, uzun bir süre boyunca ekonomik olarak uygulanabilir olup olmadığı da bir sorudur.

STRATEJİK DAVRANIŞLAR

Stratejik davranışlar, firmaların rekabet ettikleri piyasa ortamını etkilemeyi amaçlayan eylemlerin genel terimidir. Stratejik davranışlar, ortak kazanç sağlamak amacıyla işbirlikçi olarak hareket etmek için rakipleri etkilemeye yönelik eylemlerin yanı sıra, şirketin karlarını rakiplerin pahasına yükseltmek için kooperatif olmayan eylemleri de içerir. Çeşitli türden gizli işbirliği, işbirlikçi stratejik davranış örnekleridir. Kooperatif dışı stratejik davranış örnekleri, tesislerin ön-emilimini, fiyatın ve fiyat dışı fiyatlandırmanın ve girişe yapay engellerin yaratılmasını içerir. Stratejik davranışların, az sayıda alıcı ve satıcıya sahip sektörlerde meydana gelme olasılığı daha yüksektir.⁹³

BAĞLI-İKİZ ŞİRKETLERİN DURUMU

Başka bir şirket tarafından kontrol edilen bir şirket. Kontrol, kontrol eden şirketin ortak hisselerin yüzde 50'sinden daha fazlasına sahip olduğunda gerçekleşir. Ana ortaklığın% 100'üne sahip olduğunda, bağlı kuruluşun tamamen sahip olduğu söylenir. Bağlı kuruluş farklı bir ülkede faaliyet gösterdiğinde, yabancı bir yan kuruluş olarak adlandırılır. Kontrol eden şirkete bir holding şirketi veya veli denir. Bir yan kuruluş kendi tüzüğüne sahip bir şirkettir ve kontrol eden şirketin bir bölümü değildir.

⁹³ Bkz: D.W. Carlton and J.M. Perloff, *Modern Industrial Organization*, Scott, Foresman/Little Brown, Glenview, Il., 1990, Ch. 13.

RAKİPLERİN MALİYETLERİNİ YÜKSELTMEK⁹⁴

Rakiplerin maliyetlerini artırmak, rakip firmanın karlarını doğrudan azaltmaya ihtiyaç duymayabileceğinden, piyasadaki rakipleri hariç tutma aracı olarak yıkıcı fiyatlandırmadan daha az maliyetli olabilir. 1961'de Pennington davası genellikle klasik bir örnek olarak anılır. 8 Bu dava, hakim bir firma tarafından toplu pazarlık düzenlemelerinin stratejik kullanımını içermektedir. Sanayide yüksek ücretlerin, büyük üreticiler tarafından ABD kömür madenciliği endüstrisindeki daha küçük, marjinal firmaların maliyetlerini artırmaları için aktif olarak teşvik edildiği iddia edildi. Sanayide, yüksek bir ücret seviyesi, sermaye yoğun şirketlere fayda sağladı, çünkü maliyetleri daha küçük, emek-yoğun rakiplerinkinden çok daha küçük bir etkisi vardı.⁹⁵ Ancak, hâkim bir firmanın çalışanlarına sadece rakiplerinin maliyetlerini yükseltmek için yüksek ücret aldığı kanıtlamak oldukça güçtür.

Küçük bir rakibin maliyetini yükseltmenin diğer örnekleri, davaya bakmakla yükümlüdür (sabit maliyetler küçük bir bütçeyle daha fazla tartılır), ya da küçük rakipler ve potansiyel girenler için batık maliyetli yatırımlar doğuracak kadar stratejik bir şekilde reklam verir. Bununla birlikte, reklam ile, bu tür harcamalar firmanın itibarına daha uygun bir yatırım olarak değerlendirilmelidir. Üstelik, bir firmanın itibarı, reklamın yönlendirildiği pazarla sınırlı olmayabilir. Böylece bir itibar kazanmış birçok firma i: hiçbir piyasa bunu farklı bir pazara girmek için kullanmaz. Örneğin, moda endüstrisinde yüksek duruş sergileyen firmalar, parfüm veya ayakkabı gibi diğer pazarlara geçmek için itibarlarını kullandıkları görülmüştür.

FİYAT SIKIŞTIRMASI

Fiyat sıkıştırması, hakim teşebbüsün toptan satış fiyatı ile perakende fiyat arasındaki farkın, rakiplerin çalışmasını sağlayamayacak kadar küçük ya da çok küçük olduğu durumdur. Rekabet Kurulu'nun TTNET kararında; "...dikey bütünleşik ve üst (toptan) pazarda hâkim durumda bulunan bir teşebbüsün, bu pazarda üretimini kontrol ettiği girdinin toptan fiyatı ve bu girdiden üretilen alt pazar (perakende pazar) ürününün fiyatı arasındaki marjı, bu fiyatların düzeyinde değişiklikler yaparak kısıması' olarak açıklanır.⁹⁶

Bu tanımlamalar çerçevesinde fiyat rekabeti, rekabeti önlemek için, bir üretim / hizmet zincirinin hem üst (toptan) hem de alt (perakende) pazarında faaliyet gösteren dikey bir

⁹⁴ (RAISING RIVALS COSTS)

⁹⁵ (William-son 1968)

⁹⁶ 19.11.2008 tarih ve 08-65/1055-411 sayılı Rekabet Kurulu kararı.

entegre işletme ve pazarda yüksek bir piyasa gücüne sahip. Üst pazar, rakiplerini alt pazarda dışlayan, piyasa güçlerini kısıtlayan bir fiyatlandırma stratejisi olarak görülebilir. Hakim teşebbüs, üst piyasa fiyatını artırarak ve / veya düşük piyasa fiyatını düşürerek ya da her ikisini aynı anda yaparak fiyat sıkıştırmasını gerçekleştirebilir. Alt pazardaki mevcut veya potansiyel rakipler bu taahhüt kadar etkili olsa bile, bu daraltma marjına karşı bu girişimle kârlı bir şekilde rekabet etmek imkansızdır.⁹⁷ Bu eşitsizliğin ortaya çıkması, fiyat sıkıştırmanın gerçekleştiği anlamına gelmektedir.⁹⁸

Doktrinde hakim durumun kötüye kullanılması olarak tanımlanan fiyat sıkıştırması örneklerinin, telekomünikasyon gibi sektörlerde dereregülasyondan sonraki dönemde yoğunlaştığı söylenebilir. Örneğin, AB'de, Komisyon ve üye devletler tarafından kararlaştırılan 41 fiyat sıkıştırma vakasının% 71'i, telekomünikasyon sektöründe 2003 ve 2012 yılları arasında görülmüştür.⁹⁹

Rekabet Kurulu'nun fiyat sıkıştırmasına ilişkin kararlarının son derece düşük olduğunu ve arazinin pratiğiyle paralel olarak telekomünikasyon sektörüyle ilgili olduğunu söylemek mümkündür. Bu bağlamda, fiyat sıkıştırması talebinin incelendiği ilk karar, ilk Türk Telekom Öğrenci - Öğretmen Kampanyası kararıdır.¹⁰⁰ Olayda, Türk Telekom'un ilk, orta ve yüksek öğrenim kuramları, öğrencileri, öğretmenleri, diğer çalışanlar ve bu kurumlardan emekli olanlar 21.06.2005 - 15.10.2005 arasında 256 Kbps limit veya sınırsız ADSL uygulaması ADSL bağlantı ücreti, bir aylık kullanım ve 256 Kpbs limitli abonelikler şeklinde aylık kota gecikme ücreti şeklinde değerlendirilmek üzere tasarlanan kampanyada şikayete konu olmuştur. Şikayetin kapsamındaki ana iddia, 256 Kpbs sınırsız ADSL erişiminde diğer maliyetler dışında kalan sadece% 1,5'lik bir marjın bulunması ve 256 Kpbs limit erişiminde marjın olmamasıdır. fiyat sıkıştırma ile hakim durum. İncelemede, söz konusu kampanyanın Telekomünikasyon Konseyi'nin izni ile gerçekleştirilmesi nedeniyle şikayet, ayrıntılı bir fiyat sıkıştırma incelemesi olmaksızın reddedilmiştir.

Rekabet Kurulu'nun Turkcell Kurumsal Tarifeler¹⁰¹ kararında, Turkcell'in GSM hizmetleri pazarında hakim olduğunu ve teorik müşteriler için uyguladığı bazı kampanyalarla fiyat bastırma yoluyla hakim konumunu kötüye kullandığını iddia etmiştir. İddialar, Turkcell'in fiyatlarını diğer operatörlere dayattığı arabağlantı ücretlerinin altına indirmesiyle şekillendi. Bu dosyada Rekabet Kurulu, alt pazarda Turkcell'in perakende fiyatları ile bu pazardaki etkin işletmecilerin maliyetleri arasındaki marjın yeterli olduğu gerekçesiyle şikayeti reddetmiştir.

⁹⁷ Rekabet Terimleri Sözlüğü s. 44.

⁹⁸ KAYA, Ş. D. (2009), Fiyat Sıkıştırması Ekonomik ve Hukuki Açından Bir Değerlendirme, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara, s. 33.

⁹⁹ VELJANOVSKI, C., "Margin Squeeze: An Overview Of EU And National Case Law", e-Competitions, No 46442, www.concurrences.com (Erişim Tarihi: 03.12.2013).

¹⁰⁰ 08.09.2005 tarih ve 05-55/833-226 sayılı Rekabet Kurulu kararı.

¹⁰¹ 04.07.2007 tarih ve 07-56/634-216 sayılı Rekabet Kurulu kararı.

Rekabetçi fiyatlandırma bağlamında Rekabet Kurulu'nun TTNET hakkında vermiş olduğu “Yaz Fırtınası” kararı¹⁰² en önemli kararlarından biridir. Bu bağlamda, 04.07.2007 tarihinde ADSL internet erişim hizmetinde TTNET'in yaz mevsiminde hizmete girmesi, yeni abonelere ücretsiz modem, tüm tariflerde% 50 indirim olarak değerlendirildi. kampanya. Bu kapsamda, 4.6.2007 tarihinde başlayan ve 31.8.2007 tarihinde sona eren “Yaz Fırtınası Kampanyası”nın maliyet yapısı örneklendirilmiştir. Buna göre, kampanya kapsamında tüketicilere 24 ayda bir dağıtılan veya 48 aya kadar dağıtılan tesislerin maliyeti, kampanya kapsamında sağlanan gelirle karşılanamaz. Sonuç olarak, TTNET'in şikayeti şikayete tabidir. Yaz Fırtınası kapsamında erişim paketlerine yönelik mali şartları karşılayamadığı görüldü. TTNET'in kampanya kapsamında incelenen diğer kampanyalarda son kullanıcılara sağlanan ADSL hizmetinin fiyatı açısından çok düşük veya negatif marjlarla (maliyetin altında) çalıştığı gerçeği, 4054 sayılı Kanunun 6 ncı maddesi kapsamındadır. Bir şirketin ya da hizmet pazarında bir şirketin ya da diğerlerinin hakim durumunun bir ya da daha fazla kötüye kullanılması, ya da başkaları ile koordinasyon yoluyla, yahut ticari bir işletmenin doğrudan ya da dolaylı olarak ticari teşebbüs hizmetinin bir örneği olarak yasaklanmıştır. ya da pazardaki rakiplerin faaliyetlerini engellemeyi veya karmaşıklaştırmayı amaçlayan eylemleri dolaylı olarak etkilersiniz. "

Sonuç olarak, TTNET'in fiyat sıkıştırması, Yaz Kampanyası ve perakende satış fiyatı olarak düşünülebilecek tüm kampanyaların durdurulması ya da TTNET'in ilgili hizmet maliyetlerinin altında olmayacak şekilde yeniden düzenlenmesinin gerektiğine karar verildi.

Hakim durumun fiyat sıkıştırması ile kötüye kullanılmasının belirlenmesi, bazı kısıtlayıcı koşulların varlığını gerektirir. Bunlardan en önemlisinin, üst pazarda dikey olarak entegre bir işletmenin varlığı olduğu söylenebilir. TTNET¹⁰³ kararında;

Girişim, birleşik bir üst ve alt pazar (toptan ve perakende pazar) ile dikey olarak bütünleşmiş bir yapıda bir üretim / hizmet zincirine entegre edilir ve tek bir ekonomik bütünlük oluşturur.

- Söz konusu teşebbüsün, toptan satış pazarındaki girdinin üretim / sunumunda hakim bir konuma sahip olması ve piyasanın bir tekel ile gücüne sahip olması;

- Toptan satış piyasasında, teşebbüsün kendisi ve rakiplerinin perakende pazarında üretip rekabet edebilmeleri mümkün değildir, başka bir deyişle, üst pazarda yakın ikame (alternatif) bulunması ve üretilmemesi mümkün değildir. Düşük bir maliyetle kısa bir süre,

- Toptan ve perakende fiyat arasındaki marjın belirlenmesi, işletme veya teşebbüs kadar düşüktür, böylece bir rakip, alt pazarda kar edemez ve uzun vadede piyasada kalamaz; faaliyete geçememek

- Perakende pazarında rekabetin kısıtlanmasına yol açan davranışların sonunda

- Fiyat daralmasına neden olan fiyat politikası için objektif bir gerekçe yoktur -

¹⁰² 11.07.2007 tarih ve 07-59/676-235 sayılı Rekabet Kurulu kararı.

¹⁰³ 19.11.2008 tarih ve 08-65/1055-411 sayılı Rekabet Kurulu kararı.

şeklinde belirtilmiştir.

Tüm bu kararlar Rekabet Kurulu'nun, özellikle telekomünikasyon sektörüne dahil olan fiyat sıkıştırma dosyalarında sektörel düzenleyici otoritenin tam düzenlenmesi durumunda müdahale etmemesi söylenebilir.

Dışlayıcı Davranışlar Kılavuzununun 26. paragrafında belirtilen hususlara ek olarak, fiyat sıkıştırması konusuyla ilgili olarak aşağıdaki unsurların dikkate alınması gerektiği belirtilmektedir.¹⁰⁴

- Teşebbüsün yapısı: Girişim, bir üretim zincirinde birbirine bağlı üst ve alt pazarlarda faaliyet göstermeli, başka bir deyişle, dikey olarak bütünleşmiş bir yapıda olmalı ve tek bir ekonomik bütünlük oluşturmalıdır.

- Ürünün niteliği: Alt pazarda faaliyet göstermek için üst piyasa ürünü vazgeçilmez olmalıdır.

- İşletmenin ilgili pazar (lar) a pozisyonu: Teşebbüs üst pazarda hakim durumda olmalıdır. Öte yandan, alt pazarda hâkim durumun varlığı dikkate alınmaz, ancak bu, fiyat sıkıştırma davranışının kısıtlayıcı etkilerini arttıran bir özellik olarak düşünülür.

- Fiyatlar arasındaki marj: Üst ve alt piyasa ürünleri arasındaki marj, üst piyasada hakim olan teşebbüs kadar düşük olmalıdır, bu nedenle rakip pazarda kar elde edemez ve kalıcı olarak yapamaz. kar. Eşit derecede etkili bir rakibin maliyetinin belirlenmesinde, genellikle üst pazarda hakim olan teşebbüsün alt pazar ürünü için kullanılır. "

Bu konular esas olarak önceki Yönetim Kurulu kararları¹⁰⁵ ile uyumludur. Fiyat sıkıştırmasında en önemli yeniliklerden birinin gerekçelendirme ile ilgili olduğu söylenebilir. Bu kapsamda Kurul, talebin uygulanmasının neden olduğu piyasa koşulları ve üst piyasa arzındaki ve alt pazardaki talep koşullarındaki değişiklik nedeniyle marjın daraltılması gibi konuları dikkate alabilir.

YIKICI FİYATLAMA (PREDATORY PRICING)

Her ne kadar terim birliği açısından “yıkıcı fiyatlama kavramını kullanmayı tercih etmiş olsam da, “yıkıcı fiyatlama” kavramı hukukumuzda İngilizce kaynaklardan geçtiği için ve İngilizcede “predatory” yırtıcılık anlamına geldiği için, “yırtıcı fiyatlama” daha doğru olabilirdi. Her ne kadar “Yırtıcılık” kavramı beraberinde başka kavramları da çağrıştırabileceğinden veya dilimizde daha çok doğa kavramları için kullanılan bir kavram

¹⁰⁴ Dışlayıcı Davranışlar Kılavuzu, parag. 62.

¹⁰⁵ 19.11.2008 tarih ve 08-65/1055-411 sayılı Rekabet Kurulu kararı. Dışlayıcı Davranışlar Kılavuzu, parag.63.

olduğu için tercih edilmemiş olabilecek ise de şahsen zaman zaman “yırtıcı fiyatlama” kavramını kullanacağım. Yıkıcı fiyatlama, teşebbüsün, mevcut veya potansiyel rakiplerin elden çıkarılması gibi belirli bir dönemde (kısa vadede) belirli bir süre içinde maliyetinin altına bir satış fiyatı belirleyerek kaybetmeyi kabul ettiği bir rekabete aykırı fiyatlandırma stratejisi olarak tanımlanabilir.¹⁰⁶ Piyasa dinamikleri ve özellikle disiplin açısından Kurul, TMO¹⁰⁷ kararında, fiyat düşürme, disipline etme veya piyasaya girişten cayma yoluyla gerçek veya potansiyel rakiplerini ortadan kaldırarak bir firmanın piyasa gücünü elde etme stratejisini uygulam olarak tanımlar.

Rekabet Kurulu'nun Tesco - Kipa¹⁰⁸ kararında, yıkıcı fiyatlandırmanın tanımıyla ilgili aşağıdaki ifadeler bulunmaktadır;

“Yıkıcı fiyat, üzerinde anlaşma sağlanan genel kabul görmüş bir tanımı olmamakla birlikte, rekabetin elimine edilmediği veya en azından kısıtlanmadığı durumda, kârlı olmayan fiyat olarak ifade edilmektedir. Bu nedenle yıkıcı fiyatlama yapan teşebbüsün daha sonra fiyatlarını rekabetçi seviyenin üzerine çıkararak zararını telafi etmeyi amaçladığı kabul edilmektedir. Dolayısıyla yıkıcı fiyat uygulaması genellikle maliyet altı fiyat olarak ortaya çıkmaktadır.”

Yıkıcı fiyatlandırma, kısa vadede düşük fiyatlara yol açabilir, ancak orta ve uzun vadede, artan fiyatlar, azalan seçenekler ve kalite, olumsuz durumlara yol açabilir.

Yıkım fiyatlandırmasının ekonomik mantığı U.N. Ro Ro¹⁰⁹ kararında şu şekilde açıklanmaktadır.

Yıkıcı fiyatın ekonomik temelleri, bu uygulama ile statik bir çerçevede ilgilenen ve uzun vadeli kar kararını hedef alan güçlü bir şirket, birden fazla pazarda faaliyet göstermekte ve bu pazarların bazılarında şirket belirleyebilmektedir. Fiyatın üstünde maliyet, dolayısıyla normalin üzerinde bir kazanç elde etmek. Tekel rakiplerinin küçük rakiplerin rekabeti nedeniyle elde edemediği bir model üzerinde geliştirilen “Klasik Yıkıcı Fiyat Teorisi” ne (Deep Pocket Theory) dayanmaktadır. Bu varsayımlar altında, hakim firma, fiyatını marjinal maliyetinin altında bir fiyatla rekabet edebilecek bir piyasada fiyatını belirleyebildiğinde ve tahrip edici fiyatın uygulandığı süreçte ortaya çıkar ve bu halde güçlü şirket ve rakipleri piyasanın geri kalanına zarar verir.

Yıkıcı fiyatlandırma sürecinde üç aşama vardır. Bunlar, yıkıcı fiyatın (kâr) başlangıcından önceki dönemdir, yeni bir rakibin pazara girmesini engelleyen yıkıcı fiyatın

¹⁰⁶ Rekabet Terimleri Sözlüğü, s. 106

¹⁰⁷ 10.10.2012 tarih ve 12-49/1435-486 sayılı Rekabet Kurulu kararı. 17.06.2010 tarih ve 10-44/772-254 sayılı Rekabet Kurulu kararı.

¹⁰⁸ 10.10.2012 tarih ve 12-49/1435-486 sayılı Rekabet Kurulu kararı. 17.06.2010 tarih ve 10-44/772-254 sayılı Rekabet Kurulu kararı.

¹⁰⁹ 01.10.2012 tarih ve 12-47/1413-474 sayılı Rekabet Kurulu kararı.

(kayıp / kayıp) süresi (veya piyasadaki mevcut rakiplerin kaldırılması) Rakipleri pazardan uzaklaştırmak (hasat) sonucunda uygulanan yüksek fiyat dönemi.).¹¹⁰

Teşebbüsler birçok sebepten ötürü düşük (indirimli) bir fiyattan satabilirler. Bu tür fiyat ayarlamaları, küçülen piyasadaki talebi canlandırmak, kalan stokları eritmek, herhangi bir rakip firmanın fiyat indirimini karşılamak, yeni bir ürün piyasaya sürmek gibi nedenlerden kaynaklanabilir. Çoğu zaman, rakibin pazar dışlanması amacının açıkça bulunacağı net değildir. Bu nedenle rekabet karşıtı yıkıcı fiyatlandırma analizleri çok dikkatli yapılmalıdır. Aksi takdirde, tüketicinin ve toplumun yararına bir başvuru tamamen resmi bir değerlendirme için cezalandırılabilir.

Bu bağlamda fiyat düşüşleri rekabet hukukunda en çok talep edilen ve beklenen durumlardır. Bu ikilem rekabet hukuku uygulayıcılarının yıkıcı fiyatlar yapmasını ve karar vermesini zorlaştırmaktadır. Bunu yaparken, uygulayıcılar rekabetçi davranışlarını, etkili işleyişlerini ve masum pazarlama ve satış politikalarını cezalandırmakta hassastırlar.¹¹¹

Yıkıcı fiyat analizindeki bir diğer önemli nokta, maliyet unsurunun değerlendirmede temel alınacağıdır. Bir işletme, özellikle idari kararlarına ışık tutmak açısından çok çeşitli maliyet kalemlerini hesaplayabilir. Örneğin; tüm maliyet unsurlarının karşılandığı toplam maliyet, sadece üretim ile orantılı olarak değişen değişken maliyetler ve bunların ortalamaları dikkate alınan maliyetlerin bir kısmıdır. Yıkıcı fiyatlandırma analizinde ne tür maliyetler alınmalıdır. Kurulun bazı kararlarında, maliyetin yıkıcı fiyatlandırma olarak değerlendirileceği ve bu nedenle yanlış kullanım olarak fiyatlandırılacağı ve diğer bazı kararlarda daha fazla detay olmaksızın sadece maliyetsiz maliyet fiyatlandırması koşulu aranmıştır.

Yıkıcı fiyat değerlendirmelerinde, bazı maliyet kalemleri genellikle Rekabet Kurulu tarafından sınır olarak belirlenir ve buna göre uygulanan fiyatların altında olup olmadığı belirlenir. Bu bağlamda, Fritolay¹¹² kararında yıkıcı fiyat analizinin başlangıç noktasının ODM olması ve fiyatların ODM'nin altında olması durumunda, yıkıcı fiyatın fiyata ortaya çıkacaktır. Ayrıca, hakim teşebbüsün, rakiplerini piyasanın dışına itmeyi ve faaliyetlerini yoğunlaştırmayı amaçlaması durumunda istismarla sonuçlanacağı da belirtilmektedir. Bu karar, somut bir maliyet kalemine işaret etmek açısından önemlidir.

Ele alınması gereken bir diğer önemli karar ise Coca-Cola¹¹³ kararıdır. Söz konusu kararda, maliyet kalemleri üzerinden somut bir sistem sunulmuştur. Buna göre, fiyatların ODM ve OTM arasında olması durumunda, dışlayıcı niyetin varlığına bağlı olarak yıkıcı fiyat ve istismarın söz konusu olabileceği belirtilmektedir. Maliyetlere ek olarak, Coca Cola dış

¹¹⁰ ÖZTUNALI A. S.144; ELHAUGE, E. ve D. GERADIN (2011), Global Competition Law and Economics, Hart Publishing, Second Edition, Portland, s. 199.

¹¹¹ 14.08.2008 tarih ve 08-50/750-305 sayılı Rekabet Kurulu kararı.

¹¹² 29.02.2000 tarih ve 00-9/89-44 sayılı Rekabet Kurulu kararı.

¹¹³ 23.01.2004 tarih ve 04-07/75-18 sayılı Rekabet Kurulu kararı.

dışlama niyetine de başvuruldu. Niyetin tespit edilmediği için ihlal olmadığı sonucuna varılmıştır.

Rekabetçi otoritelerin yetkililerinin, 1980'lerde ABD ve AB'deki deregülasyon dönemi ile havayolu sektöründe görülmeye başlandığını söylemek yanlış olmayacaktır. Ağırlıklı olarak birçok pazarda (uçuşlar arası iki nokta) kamuya açıklanan mevcut havayolu şirketine ek olarak, özel ve düşük maliyetli taşıyıcılar küçük ve ucuz fiyatlarla faaliyete başlamıştır. süreç, sektördeki tipik yıkıcı fiyatlama (crackdown) vakalarının başlangıcıdır.

Dışlayıcı Davranış Kılavuzunda ise rekabete aykırı fiyatlandırma konusu, rekabete aykırı piyasa kapanışı bağlamında tartışılmakta ve fiyat temelli bir kötüye kullanım için eşit derecede etkili bir rakip testin kullanılabileceği belirtilmektedir.

Bu kapsamda yapılacak değerlendirmede öncelikle, hakim teşebbüsün incelenmesi sonucunda kısa vadede feragat olup olmadığı incelenir. Feragatt'tan anlaşılması gereken şey, hâkim durumdaki teşebbüsün, üretim miktarının tamamı veya bir kısmı için çok düşük bir fiyat kullanmasıdır. Feragat değerlendirmesinde, hakim teşebbüsün OCM seviyesi bir başlangıç noktası olarak alınabilir.

Bu noktada, Dışlayıcı Davranışlar Kılavuzu'nda "niyet" ögesinden bahsedilmektedir ve iç raporlar ve planlar gibi doğrudan kanıtların, rakiplerin pazara girmesini engellemek ya da pazara girmelerini engellemek için kullanılabileceği belirtilmektedir.

Kılavuz, yıkıcı fiyatlandırma değerlendirmeleri durumunda, rakiplerin piyasadaki fiilen çıkmalarına gerek olmadığını belirtmektedir. Çünkü, bazı durumlarda, hakim teşebbüs rakipleri disipline etmek için yıkıcı fiyatlandırma stratejisini kullanabilir. Bu tür davranışlar, rakiplerin piyasanın dışına itilmesi, varlıklarını düşük fiyatlarla satma ve piyasada düşük maliyetli yeni bir rakip haline girme riskini azaltabilir.

Kurul, hakim teşebbüsün geçerli fiyatın üzerinde harekete geçmeden önce geçerli fiyattan yararlanabileceği durumda müdahale etmeyecektir. Çünkü, bazı durumlarda, başka bir fiyat hareketini önlemek için tahrip edici fiyatlandırma uygulanabilir. Bu nedenle, bunun engellenmesi veya ertelenmesi, tüketici zararının belirlenmesi için Kurul tarafından yeterli görülecektir.

Kılavuzdaki haklı gerekçeyle ilgili olarak, tahribat fiyatlandırmasının bir faaliyet yaratmasının mümkün olmadığı belirtilmekle birlikte, piyasa ekonomisinin büyümesi ile ilgili düşük fiyatlama ve verimlilik ile ölçek ekonomisine ulaşma ile ilgili argümanların olabileceği belirtilmektedir. Kılavuzun 32. paragrafındaki koşulların yerine getirilmesi şartıyla değerlendirilmelidir.¹¹⁴

Yırtıcı fiyatlandırma, rakiplerinden bir piyasayı rakipsiz bir şekilde piyasaya sürmek, yeni girişi engellemek ve piyasayı başarılı bir şekilde tekelleştirerek düşük fiyatlarda ürünlerini satan bir hakim şirketin uygulamasıdır. Maliyet yüksek olabilir, ancak bir yırtıcı,

¹¹⁴ Dışlayıcı Davranışlar Kılavuzu, parag. 60., Dışlayıcı Davranışlar Kılavuzu, parag. 29.

gelecekteki indirgenmiş karların mevcut kayıplara ve git gide artan karlara ağır basmasını bekler. Firmanın birden fazla pazarda faaliyet göstermesi halinde, bazı pazarlardaki ürününü maliyetler altındaki fiyatlardan satmak, yüksek fiyatlarda piyasanın fiyatlarına daha fazla yönlendirilebilmesine rağmen, diğer ülkelerde yüksek kartel fiyatlarının korunmasına yardımcı olabilir.

Yıkıcılık (predasyon) artık daha düşük fiyatlarla sonuçlandığından değil, gelecekte daha düşük fiyatlara ve daha yüksek fiyatlara yol açacağı için kınanıyor. Bunun gerçekleşmesi için diğer firmaların zayıf olması, piyasaya yeniden girmenin önündeki engeller olmalı, dolayısıyla mevcut rakiplerin çıkmasından sonra rekabetin yeniden kazanılması mümkün olmamakta ve bu süreçte kazanılacak karlar tüm kayıplardan daha ağır basmak zorunda kalmaktadır. Bununla birlikte, bu koşullar normal olarak mevcut değildir, ancak sağlıklı bir piyasa ekonomisinde ve gerçek yırtıcı fiyatlandırma örnekleri nadirdir.

Bazı ülkeler, fiyatların sadece marjinal maliyetin altında kalması halinde yırtıcı olabileceğini düşünüyorlar. Bununla birlikte, ortalama değişken maliyetin altında (ve marjinal maliyetin altında) fiyatlar, sıkıntı zamanlarında rasyonalize edilebilir. Marjinal maliyetin hesaplanması zor olduğu için, antitröst işlemlerinde ana kural, marjinal maliyeti ortalama değişken maliyete yaklaştırmaktır; bu da, ölçülmesi ya da tahmin edilmesi için daha kolay (ama hiç de basit değildir). Bunu yapmanın bir tehlikesi aşırı kapasiteye sahip endüstrilerden kaynaklanmaktadır. Bunlar için, ortalama değişken maliyet, marjinal maliyetten çok daha yüksek olabilir ve fiyatlar, kabaca marjinal maliyetlere eşit olsa bile, bir firma yıkıcı fiyatlandırma ile suçlanabilir. Her halükarda, rakiplerin marjinal maliyetinin (limit fiyatlandırması) hemen altında ücretlendirme fiyatları dışlayıcı olabilir, ancak fiyatın firmanın marjinal maliyetini aşması durumunda fiyatlandırma yırtıcı sayılmaz. Ortalama toplam maliyetin üzerindeki fiyatlar asla yırtıcı olarak görülmemelidir. Ortalama toplam maliyet ile ortalama değişken maliyet arasındaki fiyatlar, promosyon yatırımını temsil edebilir (uzun vadede sürdürülebilir değildir).

Piyasaya girişin kolay olması halinde, fiyatların gelecekte fiyatların artmasını sağlayamayacağı için yıkıcı fiyatların gerçekleştiğini iddia etmek neredeyse imkansızdır.¹¹⁵ Bazı rakipler zarar görse de, bunlar piyasadaki düşük fiyatlardan (tüketicilerin yararına) dolaydır ve pazardaki tekelleşme girişimi sırasında hakim firmanın uğradığı zararlar telafi edilmeyecektir. Birçok ülke, hakim durumun (Predasyonun) uygulanabilir bir strateji oluşturması için giriş veya yeniden girişe yeterli engellerin bulunup bulunmadığının incelenmesini ilk bakışta yıkıcı fiyatlandırma iddialarını değerlendirirken faydalı bulmaktadır.

Genellikle hakim durumda bulunan bir firma tarafından, çok düşük fiyatlar belirleyerek ya da firmanın çıktı üretme maliyetinin altında satış yaparak (çoğu zaman ortalama değişken maliyetlerle pratik amaçlar için eşittir) pazardaki rakipleri tahrik eden bilinçli bir strateji. Avcı, mevcut rakipleri başarılı bir şekilde ortadan kaldırdıktan ve yeni firmaların girişini engelledikten sonra fiyatları artırabilir ve daha yüksek karlar elde edebilir. Yırtıcı fiyatlandırmanın rasyonalitesi ve etkinliği konusundaki ekonomik literatür, bir akış

¹¹⁵ (Joskow ve Klevorick 1979).

durumundadır. Birçok iktisatçı, yıkıcı fiyatlandırmanın rasyonelitesini şu nedenlerle sorguladı: en azından kurbanla ilgili olarak avcıya pahalıya mal olabilir; nispeten verimli sermaye piyasaları varsayarsak, predasyon hedefleri kolayca sürülmez; ve engellerin yokluğunda firmalara piyasaya giriş veya yeniden giriş, firmanın hakim durumda bulunduğu dönemde meydana gelen kayıpları telafi etme şansını azaltır. Ancak, diğer iktisatçılar, gelecekteki satın almalar için rakipleri “yumuşatmak” amacıyla gerçekleştirildikleri takdirde ya da potansiyel yatırım hedeflerinin ya da sermaye kaynaklarının avcılara göre maliyet ve piyasa talebi hakkında daha az bilgiye sahip olmaları halinde fiyatların ön seçiminin mümkün olabileceğini öne sürmüşlerdir.¹¹⁶

İNDİRİM SİSTEMLERİ

Teşebbüsler sundukları ürün / hizmetler için müşterilerine doğrudan indirimli teklifler sunabilir ve belirli koşullara dayalı indirimler sunarak bu fiyat seviyelerine inebilir. Alıcılar için işyerlerini listelemek için indirimler (veya primler) verilmesi, satışları arttırmanın ve müşteri memnuniyetini sağlamanın en önemli yöntemlerinden biridir. Bu şekilde fiyatların düşürülmesi, en azından kısa vadede pazarda rekabetin artmasına neden olabilir. Kuşkusuz fiyatlardaki düşüş ve kalite / ürün çeşitliliğindeki artış, rekabetin getireceği en önemli sonuçlardır.

Alıcının belirli bir şekilde davranması için verilen fiyat indirimleri genellikle “geri ödeme sistemleri” ya da “koşullu indirimler” olarak adlandırılmaktadır. İndirim sistemlerinde alıcılara karşı yükümlülük; herhangi bir ürünün belirli bir miktarının satıcıdan veya belirli bir referans dönemi içinde satın alınması için objektif bir koşul olabilir; Alıcının ihtiyaçlarının önemli bir bölümünü elde etmesi için alıcı için önceden belirlenmiş bir miktar, ciro veya pazar payı hedefi, alıcının satıcıdan başka bir satıcıdan ürün almaması veya münhasır olarak, alıcı tarafından münhasırlık şartı gibi farklı koşullardan kaynaklanabilir. Satış faaliyetlerine veya satış sonrası faaliyetlere katkıda bulunan alıcı. Genel olarak, dikey anlaşmalar çerçevesinde ortaya çıkan indirim sistemleri, hakim teşebbüsler tarafından uygulandıklarında, müşterilerin tümünün veya önemli bir kısmının, indirimler yapan teşebbüslere bağlanmasını ve böylece rakiplerin piyasadan dışlanmasını sağlayabilir. Ayrıca, bazı durumlarda, indirim sistemleri de eşit statüdeki alıcılar için ayrımcı uygulamalara yol açabilir. İndirim sistemlerinin rekabete aykırı etkileri olduğu için, bu uygulamalar rekabet kurallarında rekabetin yasaklanması veya rekabetin hakim durumunun kötüye kullanılması anlamına gelebileceği için rekabet hukukunda yasaklanabilir.¹¹⁷ Bu çalışmada, Rekabet Kanunu'nun 6. maddesi kapsamındaki indirim sistemlerinin durumu tartışılmıştır.

Rekabet hukuku kapsamında önemli olan indirimlerin “sadakati azaltan Rekabet” olduğu söylenebilir. Bir alıcının, bir indirimi veren teşebbüsten belirli bir referans dönemi içinde ihtiyaçlarının önemli bir bölümünü satın alması halinde verilen indirimlere sadakat

¹¹⁶ Bkz: *Predatory Pricing*, OECD, Paris, 1989

¹¹⁷ Rekabet Terimleri Sözlüğü, s. 54-55.

indirimi adı verilir.¹¹⁸ Bu bağlamda, sağlayıcı tarafından açıkça talep edilmese bile, sadakat teşvik edici etki ve sadakat azaltma sadakat azaltma olarak kabul edilir. Farklı indirimlerin sadakat yaratıcı etkileri farklı olabilir.

Bu çerçevede, geriye dönük olarak uygulanan kişiselleştirilmiş, büyüme temelli, hedefe yönelik indirimlerin artan oranı, yüksek sadakat artırıcı etkiye sahiptir. Hakim teşebbüsün özelliklerine ve diğer bazı koşullara bağlı olarak, bu özellikleri içeren indirimlerin piyasayı rakiplere kapatması daha olasıdır.

Rekabet mevzuatındaki hakim teşebbüslerin indirim sistemlerine dikkatlice yaklaşmak için ekonomik gerekçenin, bu indirimlerin alıcıya büyük miktarda veya alıcı üzerindeki tüm alımları yönlendirmesi ve böylece piyasayı rakiplerine özetlemesidir. Bu da indirim sistemlerinin kötüye kullanma sayılmasının iktisadi gerekçesini oluşturur.

İndirim sistemlerine yönelik AB uygulamalarına bakacak olur isek de temelde iki dönemde incelememiz doğru olacaktır.

Bu süreler, Madde 102'nin Uygulanması Hakkında Rehberlik öncesi ve sonrası olarak tanımlanabilir. İlk dönemde, hem Komisyon hem de mahkeme (Genel Mahkeme ve AB) indirim sistemleri konusuna çok sert bir tutum sergilemiştir. sadakatleri. Bu çerçevede, sadakatin azaltılmasının ana nedenlerinden biri olan Suiker davasında¹¹⁹ tek tedarik sözleşmelerinin yasadışı olduğunu, çünkü alıcıların diğer tedarikçilerden mal alımını engellediğini, piyasaları tüketicileri aleyhine sınırlandırdığını ve hakim konumunu güçlendirdiğini belirtti. sağlayıcının Hoffman La-Roche¹²⁰ davasında, Genel Mahkeme, bir tek satın alma yükümlülüğünün sağlanması ile çeşitli indirim sistemleri aracılığıyla bir sözleşme hükmünün sağlanması arasında bir fark olmadığını belirtmiştir. Aynı davada AB, alternatif tedarik kaynaklarının sınırlandırılması ve diğer sağlayıcıların pazara girişi nedeniyle sadakat azaltımlarının alıcıların suiistimalleri olduğu sonucuna varmıştır. Bu durumda savunmanın tüm argümanları reddedildi. ECJ, kararnameyi belirledi ve indirimin miktarının az ya da çok olduğuna, alıcılar tarafından yapılan indirimlere olan talebin, alıcının çok güçlü bir durumda olduğu ve Sadakat indirimleri yasa dışıdır. Benzer yaklaşımlar Komisyon, Genel Mahkeme ve Avrupa Adalet Divanında BPB Industries¹²¹, İrlanda Şeker¹²² davalarında tekrarlandı.

¹¹⁸ Rekabet Terimleri Sözlüğü, s. 82.

¹¹⁹ *Case 40/73-48/73, Cooperative Vereniging Suiker Unie U A v Commission (1975) ECR 1663.*

¹²⁰ *Case 85/76 Hoffman La-Roche & Co AG V Commission (1979) ECR 461.*

¹²¹ Judgment of the Court of First Instance (Third Chamber) of 7 October 1999. - Irish Sugar plc v Commission of the European Communities. - Article 86 of the EC Treaty (now Article 82 EC) - Dominant position and joint dominant position - Abuse - Fine. - Case T-228/97.

¹²² Commission IP/97/405 Irish Sugar and its subsidiary Sugar Distributors Limited(SDL), Brussels, 14th May 1997.

Michelin¹²³ davasında, sadakat azaltma kavramı, hedef indirimleri içerecek şekilde genişletildi. Bu durumda, Michelin tarafından uygulanan kişiselleştirilmiş hedef indirimlerin, alıcıların alternatiflerini sınırlandırabileceği ve piyasa kapanışına ve dolayısıyla tacizin sadakat indirimleri olarak etkisine sahip olabileceği sonucuna varılmıştır. Karar, sözleşmenin uzun süresinin, nispeten küçük rakiplerin, piyasada Michelin'in pozisyonunun, yanlış kullanımın gerekli olmamasına ve böyle bir indirim sisteminin hukuka aykırı sayılmasının gerekip gerekmediğine işaret etmiştir. British Airways davası¹²⁴, sadakat azaltma etkisi nedeniyle hedef indirimlerin istismar olarak değerlendirildiği başka bir durumdur. Bu durumda, Michelin'iden farklı olarak, önceden yazılı olarak indirim yapılır. Buna ek olarak, indirimler tüketiciler için değil, British Airways biletlerini satan ajanslar içindir. Bu şekilde, British Airways tarafından uygulanan ve tüm satın alma bedeline uygulanan hedef iskonto yasası olduğu tespit edildi. Mevcut davada, ECJ, sadakat indirimlerinin analizinde iki adımlı bir metodu uygulamaya koymuştur. Buna göre, verilen indirimlerin sadakat yaratan bir etkisi olup olmadığı ve daha sonra bu indirimlerin ekonomik nedenleri olup olmadığı değerlendirilmektedir. İngiliz Havayolları (British Airways) davası, hedef indirimlerin sadakat olarak açıkça ifade edildiği ilk durumdur. Ayrıca, bir sadakat azaltımı olsa bile, ekonomik nedenler varsa bunun tolere edileceğini bulmak çok önemlidir. Ancak, bu sadece hem Komisyon hem de mahkemeler açısından geçerli olmakla birlikte, bu ve benzeri davalardaki teşebbüslerin önerdiği ekonomik nedenler kabul edilmemiştir.¹²⁵ Bu davanın bir diğer önemli özelliği de, British Airways'in indirimli uygulamalarına rağmen rakiplerinin pazar payındaki artışıdır.

Kılavzudan önceki dönem için sadakat indirimlerinde ulaşılan son nokta, Michelin¹²⁶ davası sonucunda alınan kararlardır. Söz konusu dava, bu konuda en çok tartışılan ve eleştirilenlerden biri olmuştur. Bu durumda, sadakat azaltma kavramı standart miktar azaltımlarını içerecek şekilde genişletildi. Komisyon, Michelin tarafından uygulanan (bir yıllık süreyi kapsayan ve tüm bölgeye ulaşılan barajdaki oranı uygulayan) istismar olarak uygulanan standart artışları dikkate almaktadır. Karar Genel Mahkeme ve Avrupa Adalet Divanı tarafından onaylandı. Genel Mahkeme, Komisyon kararını geri alırken, referans süresini bir yıl olarak ve sadakati teşvik edici bir etkinin bir işareti olarak tüm satın alımlara iskonto oranının uygulanmasını kabul etmiştir. Buna ek olarak, mahkeme sadakatin hangi tür endeksler olacağı konusunda bir açıklama yapmıştır. Miktarda Azaltmalar; Alt ve üst engellere karşılık gelen iskonto oranları arasındaki fark önemlidir ve referans dönemi bir yıldır ve ilgili iskonto oranı tüm alımlar için geçerlidir. AB Komisyonu ve mahkemelerinin

¹²³ Case 322/81 *Michelin NV v Commission* (1983) ECR 3461.

¹²⁴ Case T 219/99 *British Airways v Commission* (2003) ECR 11-5917.

¹²⁵ Genel Mahkeme British Airways davasında, ödenen primlerle sağlandığı iddia edilen ölçek ekonomisiyle arasında direkt bağlantı bulunmadığı gerekçesiyle savunmanın argümanını kabul etmemiştir.

¹²⁶ Case 203/01 *Manufacture Française des Pneumatiques Michelin v Commission* (2003) ECR II-4071.

indirim sistemlerine yönelik bu biçimlendirici yaklaşımı, büyük eleştirinin hedefi olmuştur. Bu eleştirilere yanıt olarak, Komisyon 2009 yılında yayınlanan 102. Maddenin Uygulanması için bir Etki Kılavuzunu ve indirim sistemleri dahil olmak üzere dışlayıcı davranışa etki / ekonomi odaklı bir yaklaşım benimsemiştir.

Önceki dönemde, herhangi bir rakibin sadakat azaltımı yoluyla piyasayı kapatması yeterli görülmüştür. Bu bağlamda, rakiplerin, hatta çok etkisiz çalışanların bile, rekabet güdüsü ile korunmaları, rakiplerin rekabetten ziyade rakiplerin korunmasıyla ilgili tartışmalara yol açmıştır. Bu durum, yeni dönemde en az hakim olan teşebbüs kadar etkili olan uygulamaların değerlendirilmesine yol açmıştır. Bu analizde, hakim teşebbüsün kendi verileri en az etkili yarışmacı testine dayanmaktadır. Komisyon daha sonra hakim teşebbüsün küçültülmesini, piyasanın en etkin çalışan rakiplere (rekabetin açık olduğu kısım) en az hakim konuma kapalı olup olmadığını görmek için inceler. Aktif rakiplerin, piyasanın rekabetçi kısmındaki talebi çekmek için alıcıya sunması gereken fiyat, alıcının hakim teşebbüsün miktarını diğer tarafa kaydırmasına izin vermek için yeterli olmalıdır. (Bu bağlamda, pazarın tartışmasız ve tartışmalı kısımları belirlenmelidir.) Bu fiyat seviyesi, 102. Maddenin Uygulanmasına İlişkin Kılavuzda etkili fiyat olarak tanımlanmıştır. Etkin fiyat, uzun dönem ortalama artan maliyetten (UDOAM) daha büyükse hakim teşebbüs, rekabet sorunlarının ortaya çıkmayacağı varsayılmaktadır. Etkin fiyat (OCP)'ninkinden düşükse, en az etkili rakibin hakim teşebbüsle rekabet edemeyeceği varsayılır. Öte yandan, eğer etkili fiyat ortalama kaçınılabilir maliyetin (OKM) ve UDOAM arasındaysa, rakiplerin buna karşı stratejileri olup olmadığı gibi diğer bazı sorunlar, hakim teşebbüsün niyeti göz önünde bulundurulmalıdır.

İskonto sistemleriyle ilgili olarak, formalist bir perspektiften etki odaklı bir yaklaşıma geçiş süreci oldukça sorunludur. Münhasırlık anlaşmalarında olduğu gibi, Komisyon'un indirim sistemlerine yönelik bir tür bilimsel yaklaşım sunduğunu söyleyebiliriz. Bu süreçte Komisyon, bir yandan Tomra¹²⁷ kararında Tartışma Yaklaşımı'nın bir versiyonunu uygularken, diğer yandan Intel kararında 102. Maddenin Uygulanması Rehberinde belirtilen prensipleri göz önünde bulundurmaktadır. Yine Intel kararında bu ilkelerin içtihat hukuku üzerinde bağlayıcı olmayacağı kararını (Karar - paragraf 916 - kılavuzda yayınlanmadan önce kılavuzda belirtilen kılavuzun uygulanmadığını, ancak kılavuzun kılavuzda verilen fiyat-maliyet testlerini kullanan kılavuz.) ve ayrıca AB Mahkemeleri nezdinde dikkate alınmasının gönüllü olduğunu savundu.

Rekabet Kurulu ise Microsoft¹²⁸ kararında; Microsoft ürünlerine uygulanan indirim sisteminin rekabete aykırı etkisi ile ilgili ön araştırmanın sonucu olarak bir soruşturma başlatılması gerekli görülmemiştir. Microsoft Corporation satış kanalları Türkiye'de, kutu ürün (lisans-perakende) satış ve önceden kurulmuş (ön-yükleme) kişisel bilgisayarlar için lisans satışlarından oluşmaktadır. Perakende kutu satıcıları, yetkili distribütörler (endeks, Arena ve Logosoft - bu distribütörler satın aldıkları kutuya kendi satıcı ağına satmaktadırlar)

¹²⁷ *Case C-549/10 P, Tomra Systems ASA and others v Commission (2012) ECR I-nyr.*

¹²⁸ 01.09.2005 tarih ve 05-53/809-209 sayılı kararı Rekabet Kurulu kararı

ve büyük sistem satıcıları (Meteksan, Probil, Koçsistem, Datamarket, HP, Enter). Belli marka markalı PC satıcılarına ve yetkili distribütörlere (endeks, Arena ve Logosoft) lisans satışları yapılmaktadır. Karar metni söz konusu olduğunda, Microsoft şirketler ile iş yapmaya kendini adanmıştır. Microsoft'un, 1) *miktar indirimi*, 2) *profesyonel ürün satış indirimi*, 3) *MS Club üyeliği*, 4) *promosyon*, 5) *pazarlama destekleri* olmak üzere 5 çeşit indirimi mevcuttur.

Kurul kararında indirim sistemleri ile ilgili detaylı ve açıklayıcı bir değerlendirme bulunmamaktadır. Ancak, kararda, hakim firmanın uyguladığı indirimler ve destekler, araçların, bu indirimleri sağlayan hakim şirketin ürünlerini satmaya teşvik ettiğinde, amaç ve etki durumunda istismar olarak kabul edilebilmesi açısından önemlidir. Çünkü bu ifadeyle, indirim ve desteğin etkisinin de değerlendirilmesi gerektiği vurgulanmaktadır. Rekabet Kurulu tarafından yapılan değerlendirmede, indirim sistemlerine katılımın ve koşulların açık ve nesnel olması nedeniyle istismar olarak tanımlanabilecek bir konu bulunmadığı belirtilmektedir.

Fritolay kararı Fritolay Gıda San. ve Tic. (Fritolay), münhasırlık indirimi kesintisinin olup olmadığının soruşturulması kararı. Bu araştırmada, Fritolay tarafından nihai satış noktaları ile yapılan münhasır sözleşmelere ve fiili münhasırlığa yol açan uygulamalara son verilmesine karar verilmiştir. Çözümüne göre, Fritolay'ın sözleşmelerinde, faturada müşteriden belirli bir indirim uygulanıyor ında Fritolay ürünleri dışında herhangi bir cips ürünü satmıyoruz, herhangi bir tatlandırıcı, ürün numunesi dağıtımı, piyango vb. Güven ve iyi niyet gibi herhangi bir faaliyete katılma "gerçek münhasırlığın kanıtı olarak gösterilir. Bu kararda Kurul, münhasırlık için sunulan indirimlerin yasaklanmasından ziyade, bu uygulamaların pazar üzerindeki etkisini araştırmaya ihtiyaç duyduğunu vurgular. Bu bağlamda, Rekabet Kurulu tarafından, Fritolay'ın, uygulamaların kısa süreli olması, uygulamanın pazarın bir kısmını içermesi gibi nedenlerle rakip teşebbüslerin hariç tutulmasıyla sonuçlanan sonuçlar üretmediği değerlendirilmiştir. münhasırlık için sunulan indirimleri değerlendirirken pazarın tamamı. Fritolay kararının prim sistemlerinin detaylı bir şekilde incelendiği bir karar olmamasına rağmen, teşebbüslerin piyasa üzerindeki etkilerinin göz önünde bulundurulması gerektiğini akılcı kararlardan biri haline getirmektedir. Karar esas olarak, nihai satış noktalarında hakim bir teşebbüs tarafından doğrudan veya fiili bir münhasırlık uygulaması (münhasırlık prim uygulamaları dahil) ile hakim durumun kötüye kullanılması ile ilgilidir.

Ülker Grubu pazarlama şirketlerinin bilgisi dahilinde, Ülker Grubu ve / veya distribütörleri, Özel Durum Müşterisi (ÖSM) sözleşmeleriyle bir sözleşme imzalamıştır. Ülker Grubu tarafından üretilen ürünler Ülker Grubu tarafından 5 bağımsız pazarlama şirketine dağıtılmakta olup, bu distribütörler bu ürünleri satış elemanlarına veya nihai satış noktalarına satmaktadır. ÖSM sözleşmeleri bağımsız distribütörler ile nihai tüketiciler arasında yapılır ve belirli kriterleri vardır. Sözleşmelerde münhasırlık şartı olmamasına rağmen, Rekabet Kurulu tarafından, sözleşmedeki bazı koşulların fiili takdir yetkisine yol açabileceği düşünülmüştür. Kararda öncelikle ÖSM sözleşmeleri 2002/2 sayılı Tebliğ hükümleri çerçevesinde değerlendirilmiş ve söz konusu grup muafiyetinden yararlanılarak sözleşmelerin faydalandığı tespit edilmiştir. (Bu kısımda incelenen konulardan biri genel ciro primlerinin statüsüdür. Bu azalışın hedef indirgeme olduğu ve alıcının alıcının stokunun tamamını veya çoğunluğunu Ülker ürünlerini ve dolayısıyla, fiili rekabet etmeme

yükümlülüğünü ve diğer ilgili hükümleri (piyasada satılacak olan Ülker ürünlerinin tanımlanması ve gösterilmesi ile ilgili hükümler) ve rekabet etmeme sonucunu doğurabilir. 2002/2 'ye ulaşılmış ve daha sonra bu konudaki hakim durumun kötüye kullanılması konusunda tartışılmış, Atlas Gıda Pazarlama San. Ve Tic. A.Ş. tarafından dağıtılan bisküvi, çikolata ve çikolata kaplı ürünlerin pazarında hakim olduğu belirlenmiştir. kararında, Atlas Gıda'nın alıcıların ihtiyaçlarının önemli bir kısmını Ülker'den elde etmek için miktar değişikliklerinden ibaret olmadıkça düzenlenmesi zor olduğu belirtilmektedir. Her ÖSM'nin ihtiyaçlarına göre yapılandırılmış kira indirim sistemleri. 2002/2 sayılı Tebliğ hükümlerine göre değerlendirilen bu ifadenin birinci bölümünde, yukarıda belirtilen ifadelerle çeliştiği düşünülmektedir. Sonucun doğurduğu söylenebilir. Öte yandan, egemen devlet teşebbüslerinin kararının, hakim konumunun rakiplerin dışlama etkisine yol açacak nitelikli sadakat azaltmalarla kaldırılması olduğunu düşünmek önemlidir. Yapılan incelemeler sonucunda istismar olarak değerlendirilebilecek bir eylem olmadığı ve bu nedenle soruşturmanın gerekli olmadığı sonucuna varılmıştır.

Yukarıda belirtilen Müsabaka Kumlu kararları, Kurum'un indirimler ve kırmızı çizgiler hakkında nasıl bir perspektife sahip olduğunu açıkça göstermemektedir. Ancak, hemen hemen her kararda, piyasada uygulanan indirimlerin etkilerinin üzerinde durulduğu görülmektedir. Ayrıca, bu indirimlerle münhasıran yaratılıp yaratılmadığı, Kuml'un dikkati çeken konulardan biri olmuştur. Ancak burada dikkat edilmesi gereken önemli noktalardan biri, bu kararların Rekabet Yasası'nın 4. maddesi bakımından yapılmasıdır.

Rekabet Amadeus¹²⁹ kararında, münhasırlık için verilen algıların, hakim olan dumanın kötüye kullanılması olduğu sonucuna varılmıştır. Sonuç olarak, münhasırlık verilen kurum sayısının sadece beş olduğu ve pazarın küçük bir bölümünü kaplamak ve başvuru sahiplerinin acente talebi ile başlatılması gibi nedenlerle açılmaya ihtiyaçları olmadığına karar verilmiştir. Kararın ilgili bölümünde bu konuya; "...teşviklerin rakip bilgisayarlı rezervasyon sistemi kullanılmaması şartına bağlanmasına ilişkin hükmün yer aldığı sözleşmelerin 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesine aykırılık teşkil etmesi nedeniyle, sonlandırılması gerektiği değerlendirilmektedir." değinilmiştir. 4054 sayılı Kanunun 6 ncı maddesinin ihlali nedeniyle, teşvik edilen bilgisayarlı rezervasyon sistemini kullanmadığı gerekçesiyle teşviklerin hükümsüz kılınmasının gerektiği anlaşılmaktadır. Münhasırlık için verilen indirimlerin tek başına ihlal edildiğine dair yanlış yönlendirilmiş bir yaklaşımdır.¹³⁰

İzocam¹³¹ kararında, İzocam'ın Rekabet Yasası'nın 6 (b) ve (e) maddelerini münhasır bayilik ve indirim sistemleri ile ihlal ettiği kararına rağmen, gerekçeli karar, indirim sistemleri ile ilgili rehberlik ve açık açıklamalar sağlamamaktadır. .

Kalekim, Saint-Gobain Weber, KYK, Eczacıbaşı-Koramic, Entegre, Fixkim¹³² 'in kararında, incelenen firmaların prim sistemleri Kanun'un 6. maddesi açısından incelenmiştir.

¹²⁹ 03.01.2008 tarih ve 08-01/06-05 sayılı Rekabet Kurulu kararı.

¹³⁰ ÖZTINAI I A S 150- KOCARAS B (2008), *İndirim Sistemleri ve Rekabet: Tek Taraflı Davranışlar Açısından Bir Değerlendirme*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara, s.83-84.

¹³¹ 08.02.2010 tarih ve 10-14/175-66 sayılı Rekabet Kurulu kararı.

¹³² 12.01.2011 tarih ve 11-03/42-14 sayılı Rekabet Kurulu kararı.

Gerekçeli kararda yeni bir bakış açısı belirlenmemiştir; Kararda, aşağıdaki ifadeler daha önceki Yönetim Kurulu kararlarına referansla kullanılmıştır:

“Rekabet Kurulu geçmiş kararlarında indirim/prim sistemlerinin, 4054 sayılı Kanunun 6. maddesi bakımından değerlendirilmesinde, esas itibarıyla pazardaki etkilerine bakılması gerektiği ve bu anlamda değerlendirmelerin rakiplerin dışlanması suretiyle rekabetin engellenmesine yönelik analizler üzerinde yoğunlaşması gerektiğine, indirim sistemlerinin dışlayıcı bir niyete işaret edip etmediğine ve de bu yönde bir etkisinin var olup olmadığına bakılması gerektiğine hükmetmiştir. ”

Ardından, incelenen indirimlerin sadakat yaratan etkileri; sözleşmenin süresi, standart olup olmadığı, iskonto oranının büyüklüğü, şeffaflık, piyasa özellikleri, iskonto ortaklarının büyüklüğü ve cevap verenlerin sayısı, rakiplerin konumu ve karşı stratejiler tartışılmaktadır. Sonuç olarak, bu tür uygulamaların sadakatsizliği ve dışlayıcı etkileri nedeniyle bir soruşturma başlatılmasına gerek olmadığı kararlaştırılmıştır. Bu karar, sadakat azaltımının piyasa üzerindeki etkilerinin incelenmesi gerektiğini açıkça belirtmektedir.

Doğan Yayın Holding¹³³ kararının, indirim sistemleri konusunda bugüne kadar yapılan en kapsamlı gözden geçirme çalışması olduğu söylenebilir. Ayrıca, Dışlayıcı Davranış Kılavuzunun o tarihte yayınlanmamasına rağmen, rehber ilkelere karşılık gelen 102. Maddenin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz'a atıfta bulunarak, buradaki ilkelerin esas alındığı unutulmamalıdır. literatürde. Habetürk Gazetesi'nin şikâyeti üzerine başlatılan soruşturmada, Doğan Yayın Holding bünyesinde yer alan gazetelerin (Hürriyet, Milliyet, Posta, Vatan, Radikal, Fanatik) ihracı ve reklamların yerlerinde hakim konumlarının kötüye kullanılması indirim sistemleri ve medya planlama / satın alma (MPSA) şirketleri ile sözleşmeler. İncelendi. İncelemede, sadakat artırıcı bir unsur olup olmadığına ve indirim sistemleri açısından rekabete aykırı bir piyasa kapanmasının olup olmadığı değerlendirilmiştir. Bu çerçevede yapılan bulgular şu şekilde özetlenmiştir;

- Doğan Medya Grubu, günlük gazete reklam alanı pazarında hakimdir ve reklam verenler ve MPSA'lar için zorunlu bir ticari ortaktır.

- Bu zorunlu ticari bölümün doğası, sadakat artırıcı niteliği ve geriye dönük indirimlerin hariç tutulma potansiyelini artırır.

- Uygulanan indirimler, Doğan Yayın Grubu'nun hakim konumunu daha da güçlendirerek, rakipleri ve rakiplerini hariç tutarak pazarda istikrarı sağlamak veya kapatmaktır.

¹³³ 30.03.2011 tarih ve 11-18/341-103 sayılı Rekabet Kurulu kararı

Ayrıca, Doğan Yayın'ın, alıcıların işlerini rakiplerle mutlak olarak yasakladığı için indirimler sunulduğu da belirtilmektedir. Rakiplerle çalışmayan durumun, hak ettiği indirim seviyesinde önemli bir değişken olduğu da vurgulanmaktadır.¹³⁴

Değerlendirme sonucunda Doğan Yayın Grubu gazeteleri (her gazetenin uyguladığı indirim türleri değişebilir ve bu fark aynı gazetede farklı dönemlere de uygulanabilir.)

- kişiselleştirilmiş
- yüksek oran,
- uzun referans süresi,
- geriye dönük olarak

sadık, yaratıcı ve pazara yakın olması ve dolayısıyla Rekabet Yasası'nın 6. maddesini ihlal etmesi sonucuna kanaat getirilmiştir.. Bu karar Habertürk'ün yayın hayatına başladığı anda bir şikayette bulunmasına ve ertesi yıl önemli bir pazar payına sahip olmasına rağmen yapıldı.¹³⁵ Bu noktadan hareketle, Doğan Yayın Grubu'nun ihlal olduğu düşünülen uygulamalarının piyasa üzerinde bir etkisi olmadığı göz önünde bulundurulmalıdır. Bu yüzden. Potansiyel etki “ilgili kararda belirtilebilir. Nitekim, bu durum kararda;

“ Yukarıda yer verilen bilgi ve değerlendirmeler ışığında, inceleme konusu indirim sistemleri ve uygulamalarının, Doğan Medya Grubu tarafından yüksek düzeyde sadakat yaratıcı nitelikte ve rakipleri dışlama potansiyeline sahip olacak şekilde tasarlandığı, uygulandığı, Doğan Medya Grubu 'nun ilgili pazardaki mevcut hâkim durumunu en azından stabilize etme ya da rakipleri dışlama/piyasayı kapama ve bu suretle mevcut hâkim durumunu daha da güçlendirme niyetini yansıttığı ve söz konusu indirim sistemleri ve uygulamaları ile rekabet karşıtı dışlama/kapama etkisinin gerçekleşmesinin kuvvetle muhtemel olması bağlamında rekabet karşıtı

¹³⁴ Bu kapsamda kararda, “Doğan Medya Grubu tarafından gerçekleştirilen indirim sistemleri ve uygulamalarının pek çoğunun başta geriye dönük olmak üzere artan oranlı ve kişiselleştirilmiş nitelikteki indirimler içerdiği dikkate alındığında, söz konusu uygulamalar için geçerli referans dönemin (bu referans dönemin etkisini pekiştiren alt referans dönemler ile birlikte) bir yıl gibi yeterince uzun bir süreyi kapsayabilmesi, müşteriler ve dolayısıyla rakipler için telafi edilmesi gereken geçiş maliyetlerini çok yüksek düzeylere çıkarmaktadır.” denilmektedir.

¹³⁵ Habertürk'ün Mart 2009'da yayın hayatına başlamasından bir yıl kadar sonra ulaştığı pazar payı bilgisi gerekçeli kararda karartılarak verilmiş olmakla birlikte, karardaki “Gerçekten, Habertürk, Doğan Medya Grubu tarafından gerçekleştirilen indirim sistemleri devam ederken Mart 2009 tarihinde piyasaya girmesine rağmen çok kısa bir sürede %(.....) yaklaşan bir pazar payına ulaşmıştır. Habertürk gazetesinin reklam gelirleri piyasaya giriş yaptığı ilk 3 ayda (Mart-Nisan-Mayıs 2009) ortalama yaklaşık (.....) TL iken son üç ayda ortalama (Nisan-Mayıs-Haziran 2010) (.....) TL'ye sıçrayarak (.....) katından fazla bir düzeye çıkmış ve bu dönem boyunca sürekli bir artış eğilimi göstermiştir. Yine Habertürk, ortalamada yüzde %(.....) oranla en çok Hürriyetten pazar payı kapmıştır. Dikkat çeken bir başka husus ise, iki dönem arasında Doğan Medya Grubu gazetelerinin ortalama toplam pazar payının %(.....) oranında azalmasıdır. Diğer bir deyişle, Habertürk'ün hâlihazırdaki %(.....)'lük pazar payının %(.....) (%(.....) bir düzeyi) Doğan Medya Grubu'ndan aldığı paydır. Habertürk'ün girişi sonrasında ortalamada Sabah'ın pazar payı ise çok az miktarda artmıştır (.....) Rekabet ihlalinin yaşandığı süreçte piyasaya bir çok giriş ve çıkışın olduğu dosya içeriği bilgilerden anlaşılmaktadır.” şeklindeki ifadelerden, şikayetçinin (Habertürk) iddia konusu uygulamalara rağmen, herhangi bir zorlukla karşılaşmadan kayda değer bir pazar payına ulaştığı anlaşılmaktadır.

dışlama/kapama potansiyeline sahip olmasının 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesine aykırılık teşkil ettiği sonucuna varılmıştır.”

Olarak ifade edilir. İncelenen teşebbüsün yaptığı savunmalarda, ihlal kapsamındaki bazı indirimlerin uygulanmadığı söylenmektedir. Bu iddiaların hükümleri ve savunma tarafından dile getirilen bazı diğer hususların tam olarak incelenmediğine inanılmaktadır. Bize göre bu karar, rekabet hukuku teorisi açısından sınırları zorlamaktadır.

İndirim Sistemlerinin Kötüye Kullanma Açısından Değerlendirilmesi

İndirim sistemleri, Tüketici Davranışları Kılavuzu'nda belirli bir satın alma işlemi için müşterilere sunulan fiyat düşüşleri olarak tanımlanmıştır. Kurul rehberlikte indirim sistemlerinin sınıflandırılmasına odaklanmakta ve bu bağlamda bazı örnekler verilmektedir. Buna göre; Eğer satın alma tek bir ürünün satın alınmasına tabi ise, “tek ürün indirimi, birden fazla ürünün satın alınmasıyla bağlantılıysa bir ünite indirimi m'dir.

Paket ürün indirimleri durumunda, pakete dahil olan ürünler ayrı olarak satın alınabilir, ancak ayrı olarak satın alındığında toplam fiyat, paket alımından daha yüksektir. Kılavuzda ifade edilen diğer bir sınıflandırma, alımların hangi kısmının indirimin verildiği ile ilgilidir. Hedef karşılanırsa, tüm satın alımlara verilen iskontolar geriye dönük iskonto olarak isimlendirilir ve hedefin üzerindeki kısma verilen iskontoya, isminin üst dilim indirim Hedefi denir. Ayrıca, indirimler standart veya kişiselleştirilmiş olup olmadıklarına göre gruplandırılabilir. Standart indirimler tüm müşteriler için aynı olsa da, kişisel alıcılar alıcının durumuna göre her alıcı için farklı şekilde düzenlenebilir. Bununla birlikte, standart bir indirim, belirli müşteriler için kişiselleştirilmiş bir satın alma hedefi ile aynı işleve sahipse, bu müşteriler için kişiselleştirilmiş olarak kabul edilir. Görüşümüze göre, bu gerçek, bir veya birkaç alıcı için daha iyi şartlar sağlamak amacıyla, diğerlerinin gerçekte gerçekleştiremeyeceği hedefler belirleyerek sistemin bir standart olarak değerlendirilmesini engellemek istediği yönündeki kılavuzda açıkça belirtilmektedir. hakim işletmenin

Kurul, hakim teşebbüsün uyguladığı indirimleri, kılavuzun 26. paragrafındaki ilkelere uygun olarak değerlendirir. Ancak, indirgenmiş ürün tek ürün indirimi veya paket indirimi olarak kabul edilir.

Tek Ürün İndirimleri: Bu kapsamda değerlendirilen indirimler, belirli bir referans dönemi nedeniyle tek ürün indirimleridir. Kurul, alıcının alternatif ürünlere herhangi bir zamanda geçebilmesi nedeniyle, belirli bir referans dönemine dayanmayan indirimleri, yıkıcı fiyat ilkelerine dayanarak inceler.

Tek ürün indirimleri için geriye dönük indirimler; Kişiselleştirilmiş, iskonto oranı ve hedef, tüketicinin referans dönemindeki toplam talebin önemli bir bölümünü karşılaması ve piyasanın belirli bölümlerinin rekabete kapalı olması halinde rekabet karşıtı piyasa kapanmasına yol açması daha olasıdır. Bu bağlamda Kurul, öncelikle rakiplerin tüm talepleri için hakim teşebbüsle rekabet edip edemeyeceklerini gözden geçirecektir. Talebin bir kısmı hâkim durumdaki teşebbüs tarafından herhangi bir rekabete maruz kalıyorsa, rakiplerin

pazarın rekabetçi kısmı için daha fazla çaba göstermeleri gerekecektir. Bu durum, en az etkili rakiplerin bile çalışmasını zorlaştırıyor.

Kapalı etkin fiyat "açık veya kapalı pazar derecesine bağlı olarak hesaplanır. Etkin fiyat, rakip teşebbüs tarafından sunulan geri dönüşler karşısında müşterilerin taleplerinin rekabetçi kısmını rekabetçi bir yüzeye yönlendirmek için rakiplerin sunacağı fiyattır. Kurul, hesaplanan efektif fiyatı, hakim teşebbüsün kendi maliyet kalemleriyle karşılaştırarak bir sonuca varabilir. Bu doğrultuda, etkili fiyat hakimiyeti olan teşebbüsün, rakip müşterilerle eşit verimlilikteki hakim teşebbüsü ile etkin bir şekilde rekabet edebileceği sonucuna varılabilir. Bu durumda incelenen indirimlerin başka bir öğeye bakmaksızın (kılavuzun 29 uncu paragrafı istisnası hariç) yanlış kullanılmadığı söylenebilir.

Üst segment indirimleri için (sadece satışların belirli bir kısmının uygulandığı fiyatlandırma stratejisi), eşitliğin, iskonto hedefinin üzerindeki birimler için piyasadan hariç tutulduğu, el kitabının 77. paragrafı esaslarına uygun olarak incelenir.

Paket İndirimleri: Paket indirimlerinin değerlendirilmesinde, rakip teşebbüs tarafından sunulan pakete karşı benzer paketler sunarak rakiplerin durumu değerlendirilir. Bazı durumlarda, paket için indirim paket içindeki tek bir ürüne atfedilebilir. Böyle bir durumda, indirime atfedilen ürün için elde edilen efektif fiyat (etkin fiyat, tüm paket için indirim tek başına üründen çıkararak bulunur).

Kurul, hâkim durumdaki teşebbüsün indirim sistemleri ile ilgili olarak getireceği fiyatları düşürme, çıktı düzeyini ve ürün çeşitliliğini artırma, işlem maliyetlerini düşürme ve serbest ticareti önleme gibi haklı talepleri değerlendirir.

Görüşümüze göre, dışlama davranışı el kitabında indirim sistemlerinde ele alınan pazarın rekabetçi / açık kısımlarını hesaplamak ve etkin fiyat vermek son derece zordur. Burada her şeyden önce, pazarın rekabete ne kadar kapalı olduğu hakkında çok ciddi varsayımlar olacaktır. Bu varsayımlar yanlış ise, hesaplanacak etkin fiyat da yanlış olacaktır.

MÜNHASIRLIK/TEK MARKA ANLAŞMALARI

Münhasırlık, yalnızca sağlayıcının (ürün) büyük ölçüde (ya da büyük ölçüde) ile çalışmak zorunda olduğu durumları ifade eder. Sağlayıcı, sözleşmede bir hüküm getirerek ve indirgeme, bağlantı kurma gibi uygulamalarla fiili bir münhasırlık olarak erteleyerek, veya hukuki münhasırlık şeklinde yapabilir.¹³⁶

Özel sözleşmeler hakim teşebbüsler tarafından yapıldığında, Rekabet Yasası'nın 6. maddesine aykırı durumlar olabilir. Buradaki temel endişe, münhasır anlaşmalarla pazarın rakiplere kapatılmasıdır. Bununla birlikte, münhasır anlaşmaların serbest kiralama sorununun çözümü, alıcıya özel yatırım yapan tedarikçi gibi pazar rekabeti üzerinde, alıcının tek

¹³⁶ Dışlayıcı Davranışlar Kılavuzu, parag. 75.

markasına odaklanarak daha etkili satış / tanıtım faaliyetlerinde bulunma ve markalar arasındaki rekabeti arttırmak gibi olumlu etkilere sahip olabilir.¹³⁷

Rekabet Kurulu, hâkim durumdaki teşebbüslerin münhasırlığına göre hakim durumun kötüye kullanılmasıyla ilgili bir takım kararlara sahiptir. Rekabet Kurulu'nun bazı kararlarında, mehzada bulunan United Brands¹³⁸ kararında olduğu gibi, hakim durumda bulunan sağlayıcı, rakiplerinin rakiplerini piyasadan dışlamak için rakip ürünleri rakiplerine satmamasını talep edebilir, bu durum ise 6.madde anlamında kötüye kullanma sayılacaktır.¹³⁹

Bununla birlikte, Kurulun hakim bir teşebbüsün münhasır anlaşmalarına yarı-yasak bir yaklaşımı bulunmamaktadır. Her olay kendi özel durumlarında değerlendirilir. Bu bağlamda, münhasırlık statüsü, hakim teşebbüsün durumu (pazar payı, marka bilinirliği, vb.), Rakiplerin durumu (rakiplerin pazar payı, piyasa gücü, vb.), Süresi ve kapsamı dikkate alınarak incelenir. Münhasırlık, ticaret seviyesi, piyasaya giriş engelleri. Kapanış kalitesi değerlendirilir. Yüksek piyasa kapanma etkileri olan istisnalar, Rekabet Kanunu'nun 6. maddesine aykırı sayılır. Bu bağlamda, hakim durumdaki pazar payının, rakiplerin pazar payının, piyasaya giriş engellerinin, süre ve münhasırlığın kapsamı gibi önemli konuların listelenmesi mümkündür.

Rekabet Kurulu'nun Karbogaz¹⁴⁰ kararında, piyasaya bir rakibin girmesi ve pazara girişinin güçlendirilmesinden sonra, sıvı karbondioksit piyasasında hakim olan Karbogaz, özel sözleşme sürelerini 3 ila 5 yıl için uzatmıştır.¹⁴¹

Söz konusu kararda, uzun vadeli münhasır sözleşmeleri haklı çıkarabilecek haklı serbest yatırımlar konusu da değerlendirilmiştir. Kararda, alışılmış ticari gerekliliklerin ötesinde yatırımlar da dahil olmak üzere, başka herhangi bir yerde kullanılmamak gibi, yalnızca bir müşteriye ilişki olarak nitelendirmek için bir yatırım yapılması gerektiği gibi

¹³⁷ Dışlayıcı Davranışlar Kılavuzu, parag 77.

¹³⁸ *Case 27/76, United Brands Company and United Brands Continental BV v Commission, (1978) ECR 207.*

¹³⁹ ASLAN, E. (2011), "Türk Rekabet Hukukundaki Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Doktrininde Ayrımcılık Eylemlerinin Sınıflandırılması", *Hakim Durumun Kötüye Kullanılması - Sorunlar ve Çözüm Önerileri Sempozyumu 2010*, XII Levha Yayınevi, İstanbul, s. 282.

¹⁴⁰ 01.12.2005 tarih ve 05-80/1106-317 sayılı Rekabet Kurulu kararı.

¹⁴¹ "Karbogaz'ın müşterileriyle yapmış olduğu sözleşmelere ilişkin Tespitler bölümünde yapılan açıklamalardan hatırlanacağı üzere, 1996 yılı sonu ve 1997 yılı başında pazara girmeye hazırlanan ve bu konuda hakkındaki sözleşmelerin süreleri genellikle 1 yıl iken, yeni bir rakibin pazara girdiği 1997 yılı ve sonra-sında yapılan sözleşmelerin çoğunlukla 1 yıldan daha uzun ve genellikle 3-5 yıl süreli yapıldığı görülmektedir. Ayrıca 1997 yılında ve bu yıldan sonraki yıllarda sona eren sözleşmelerin sürelerinin kısa protokollerle 3 ila 5 yıl aralığında uzatıldığı anlaşılmıştır. Yeni bir rakibin pazara girmek üzere olduğu bir dönemde, Karbogaz A.Ş.'nin sözleşme sürelerini uzatma konusunda gösterdiği çaba, yeni rakibe karşı stratejik olarak izlediği kendi konumunu koruma ve rakibi dışlama politikası olarak değerlendirilmiştir. Bu politika esas olarak müşterilerle yapılan uzun süreli münhasır sözleşmelere dayanmaktadır. Bu politikanın en temel sonucu ise, sözleşmeyi akteden müşterilerin alternatif sağlayıcılarla iş yapma özgürlüklerinin ortadan kalkması ve bunun sonucunda pazarın bu müşteriler bakımından rekabete tamamen kapanmasıdır."

kriterler aranmıştır. Bu bağlamda, Karbogaz tarafından kurulan tesislerin müşteri tesislerine yüklenen depolama sistemlerinin, sektörde faaliyet gösteren işletmeciler tarafından işletilmesi gereken bir yatırım olduğu ve müşteriye ilave bir kolaylık sağlanamadığı belirtilmektedir. ve başka bir yerde (müşteri) kullanılabilmesi tespitlere karşı uzun vadeli özel bir anlaşma yapmak için gerekçe, Kurul tarafından gerekçelendirilmemiştir.

Öte yandan, Fritolay'ın kararında, Fritolay'ın ana nihai satış noktalarında fiili münhasırlık yaratmak için Buldozer Kampanyası'nın kısa vadeli olması ve istismarın etkileri sınırlıydı. Bu karar, ihlali gösterse bile, alınan eylemin sınırlı etkisini değerlendirmek açısından önemlidir.

Hakim teşebbüslerin alıcıya getirdiği münhasırlık şartlarına ilişkin AB uygulamaları, üç farklı dönemde incelenmelidir. Birincisi, münhasırlığın bir anlamda yasaklandığı dönemdir. Burada hem yasal hem de fiili münhasırlık, Komisyon ve mahkemeler tarafından sıkı bir şekilde benimsenmiştir. Suiker Unie, kararında ABAD'ın şartlı iskontoları kötüye kullandığını belirtti. Hoffmann-La Roche'un benzer bir yaklaşımla aldığı kararda, şartlı veya koşulsuz olarak yapılan alımların büyük bir kısmının ya da büyük bir kısmının (% 75-80) Roche'a yönlendirilip yönlendirilmediğine bakılmaksızın, bu durumun alıcının isteği.

Özel anlaşmalara yönelik bu resmi-katı tutumun Van den Bergh Foods vakasına kadar devam ettiği söylenebilir. Durumda, İrlanda endüstriyel dondurma pazarında hakim olan teşebbüsün, satış noktalarına başka bir marka dondurma koymaması koşuluyla serbest dondurma dolabı vermesi değerlendirildi. Komisyon, bu tür bir münhasırlık başvurusunu WBS'nin 102. Maddesine göre değerlendirmek ve özellikle bunların rekabetçi yapı üzerindeki etkilerini göstermek için tüm değişkenleri ele alma gereğini vurgulamıştır. Komisyonun konuyla ilgili yaklaşımının tekrarlandığı ve piyasanın% 40'ının münhasır anlaşmalar ile kapatıldığı ve kuruluşun pazar payının, marka sadakatinin gerekçesiyle 101 ve 102'nin ihlal edildiği sonucuna varılmıştır. ve piyasadaki az sayıda rakip. Bu karar, AB kurumlarının münhasır anlaşmalarına bir tür mantık kuralı yaklaşımının getirilmesi açısından farklı bir dönemin başladığını göstermektedir.

Bu bağlamda, devam etmekte olan son dönemin, 102. Maddenin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz ilkeler ile başladığını söylemek mümkündür. Kılavuzda, hakim teşebbüslerin münhasır sözleşmelerinin ancak Pazarın anti-rekabetçi piyasa kapanmasına neden olması durumunda kötüye kullanılmalıdır.

BAĞLAMA VE PAKET SATIŞ¹⁴²

Rekabet hukuku içerisinde bağlayıcı, bir teşebbüsün bir satıcı olarak, bir alıcının, bir Rekabet ürününün satışından ayrı bir ürün alması koşuluyla bağlanması olarak tanımlanabilir. Yapıştırma uygulamalarında ayrıca bir bağlanma (örneğin ürün A) ve bir bağlanmış ürün (ör., Ürün B) bulunur. Bu durumda, ürün A sadece ürün B ile satılmaktadır. Satışların satış

¹⁴² Paket satışın bir çeşit bağlama olduğu söylenebilir. Paket satış konusuna ilişkin açıklamalar, İndirim Sistemleri başlığı altında yer almaktadır.

şeklindeki temel amacının, bağlı ürüne olan talebin yaratılmasına bağlanan ürünün kullanımı olduğu söylenebilir. Paketteki iki ürünün satışı söz konusudur. Nalebuff¹⁴³, satışları aşağıdaki gibi bağlayan ve paketleyen kavramları tanımlar.

Saf Paket Satış (Pure Bundling): Saf pakette, A ve B olmak üzere iki ürün sadece birlikte satın alınabilir. Bir çörek veya B dini tek başına alınmaz. Ek olarak, saf paket satış uygulamalarında, ürünler belirli bir oranla (örneğin, bir direksiyon simidi ve bir aracın parçası olarak dört tekerlek) ilişkilidir.

Karma Paket Satış (Mixed Bundling): A ve B ürünleri birlikte veya ayrı olarak satın alınabilir. Ancak, eğer ürünler bir araya getirilirse, alımın toplam fiyatına göre ayrı olarak indirim yapılır.

Bağlama (Tying): Bağlama iki tiptir, statik ve dinamik bağlanmadır. Karma bir paket, statik bağlamaya dayalı bir tür satıştır. Bu bağlamda, A ürününü satın almak isteyen müşteri de B ürününü almalıdır. Öte yandan, A'nın ürününü neden bağlayıcı olduğunu belirtmeksizin A'yı almak mümkündür. Bu nedenle, B tek başına alınabilir veya A-B, statik bağlamda birlikte alınabilir.

Dinamik bağlamda, A ürününü satın almak isteyen müşteri, B ürününü ve ayrıca statik bağlamayı almalıdır. Bununla birlikte, B ürününün miktarı sabit değildir, müşteriye göre değişebilir. Bu bağlamda, satın alınabilecek alternatifler A-B, A-2B, A-3B, ...

Bir sonraki bölümde, rekabet hukuku, paket satışlarından daha özel bir ihlal biçimi olarak kabul edilebilecek bağlayıcı konuya odaklanacaktır. Üretim ve dağıtımda ortaya çıkabilecek maliyet avantajlarından yararlanmak, kalite güvence ve kontrolü sağlamak, açık artırmada verimlilik kaybını ortadan kaldırmak ve yeni ürünler üretmek amacıyla ekonomik faydalar nedeniyle bağlayıcı uygulamalar tercih edilebilir. entegrasyon. Bağlama uygulamaları, bazı işletmelerin piyasaları bölmek, fiili fiyatı saklamak veya fiyat algılarını yönetmek gibi amaçlar için de kullanılabilir.

Öte yandan, bağlayıcı, hakim teşebbüsler tarafından uygulanırsa, bağlı ürün pazarında rekabete aykırı etkiler olabilir. Bu noktada ana konu bağlı ürün pazarını diğer rakiplere kapatmaktır. İstisnanın bağlayıcı uygulama yoluyla gerçekleşmesi için, bağlantı ürün pazarında uygulamayı üstlenen teşebbüsün hâkim durumda olması gerekmektedir. Bağlama yoluyla bağlanan ürün pazarında, rakiplerin hariç tutulması veya pazarın kapanması söz konusu olabilir.

Chicago Okulu, bağlayıcı uygulamaların rekabete zarar vermeyeceğini savunuyor. Bu görüş esas olarak tek tekli kar teorisine bağlıdır. Tek şirket teorisine göre, bir pazardaki piyasa gücü şirketi onu diğer pazarlara genişletemez, böylece tekeli kâr yalnızca bir kez elde edilebilir. Bu nedenle, bağlanma yoluyla ek kazanç elde etmek mümkün değildir. Bununla

¹⁴³ ÖZTUNALI A. S.144; NALEBUFF, B. (2003), "Bundling, Tying, and Portfolio Effects", DTI Economics Paper

birlikte, bazı yazarlara göre rakipleri hariç tutmak ve pazardaki bağlı ürün pazarında kapatmak mümkündür.¹⁴⁴

Bağlama uygulamaları, hem Rekabet Yasası'nın 4. maddesi ve 6. maddesi kapsamında değerlendirilebilir. Rekabet Yasası;

“Anlaşmanın niteliği veya ticarî teamüllere aykırı olarak, bir mal veya hizmet ile birlikte diğer mal veya hizmetin satın alınmasının zorunlu kılınması veya aracı teşebbüs durumundaki alıcıların talep ettiği bir malın ya da hizmetin diğer bir mal veya hizmetin de alıcı tarafından teşhiri şartına bağlanması ya da arz edilen bir mal veya hizmetin tekrar arzına ilişkin şartların ileri sürülmesi ”

şeklindeki 4/f bendiyle bağlama uygulamalarını 4. maddeye aykırı örneklerden birisi olarak sıralarken aynı Kanun'un 6.2/c maddesi bağlama uygulamalarını hakim durumun kötüye kullanılmasını şu gerekçeyle saymaktadır;

“Bir mal veya hizmetle birlikte, diğer mal veya hizmetin satın alınmasını veya aracı teşebbüsler durumundaki alıcıların talep ettiği bir malın veya hizmetin, diğer bir mal veya hizmetin de alıcı tarafından teşhiri şartına bağlanması ya da satın alınan bir malın belirli bir fiyatın altında satılmaması gibi tekrar satış halinde alım satım şartlarına ilişkin sınırlamalar getirilmesi”

...hukuka aykırıdır. Rekabet ile ilgili bugüne kadar Rekabet Kurulu kararlarının önemli bir kısmı, 4. ve 6. maddeler açısından incelenen bankacılık-sigorta sektörüne yöneltilmiştir.¹⁴⁵ Bu kararlarda, bankalar tarafından verilen kredilerin sigortalılarının kendi sigorta şirketlerinden kredi veren banka tarafından yapılması talepleri değerlendirilmektedir. Rekabetin kısıtlandığı bir anlaşmanın olmaması ve hakim durumun bulunmaması nedeniyle 6. Maddenin ihlal edilmemesi nedeniyle, Rekabet Kurulu Madde 4'ü dikkate almamıştır.

Digiturk¹⁴⁶ kararında, Türkiye Futbol Federasyonu Ligi tarafından bir ihale kazandı 1 futbol maçında bir pazara giren Digiturk, dokuz maçla diğer televizyon kanallarıyla kıyasla hakim bir durumda olduğu ve bunu kötüye kullandığına hükmedilmiştir.. İlgili kararda konu, paket satış kavramı çerçevesinde tartışılmış ve hâkim durumun kötüye kullanılması olarak değerlendirilmek üzere üç şartın satışının talep edildiği belirtilmiştir. Bu şartlar:

- Ayrı ürünlerin varlığı,
- bağlantı ürünleri
- teşebbüsün hakim konumu

¹⁴⁴ NALEBUFF, B. (1999), “Bundling”, Yale ICF Working Paper No:99-14.)

¹⁴⁵ 20.05.1999 tarih ve 99-24/211-124 sayılı; 06.07.2004 tarih ve 04-45/74-138 sayılı; 20.05.2009 tarih ve 09-23/492-118 sayılı; 05.08.2009 tarih ve 09-34/786-191 sayılı Rekabet Kurulu kararları.

¹⁴⁶ 07.09.2006 tarih ve 06-61/822-237 sayılı Rekabet Kurulu kararı.

Şeklinde. Karar, bağlayıcıya bağlanan ve bağlanan ürünlerin ayrı ürünler olması gerektiğini vurgulamakta ve bunu yapabilmek için, ürünlerin tüketicinin gözünde bir analiz ile bireysel olarak satılabileceğinin altını çizmek gerekmektedir.

Bu bağlamda Kurul ayrıca incelenen ürünlerin özelliklerinin, birbirinin işlevlerinin ve kullanılma şekillerinin inceleneceğini belirtmektedir.

Öte yandan, bu üç şartın gerekliliğinin yanı sıra, uygulamanın pazardaki etkilerinin de önemli olduğu kararında belirtilmiştir. Karardaki ilgili bölüm aşağıdaki gibidir.

“Bu çerçevede “paket satışın” yayıncılık sektörüne etkisi ve bu sektörde faaliyet gösteren kuruluşların faaliyetlerini zorlaştırıp zorlaştırmadığının ve ortaya konan bu satış tavrının rasyonel ekonomik gerekçesinin bulunup bulunmadığının açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. ”

Bu ifadelerden, Rekabet Kurulu'nun kapsamının Rekabet Kanunu'nun 6. maddesi bağlamında değerlendirilebilmesi için yukarıda sıralanan üç şartın yanı sıra başvurunun kısıtlayıcı etkilerinin araştırılması gerektiği sonucuna varılmıştır. Kurul ayrıca başvurunun rasyonel gerekçesine de bakar. Coca Cola¹⁴⁷, DIPOS¹⁴⁸ ve Akınsoft¹⁴⁹ kararlarında pazardaki bağlamanın etkisi, en çok aranan istismar maddeleri arasında sayılmıştır.

Bağlayıcı anlaşmalar esas anlamda, alıcının başka bir ürünü (bağlı iyi) satın alması koşuluyla, bir ürünün (bağlanan malın) satışındır. Genel olarak, böyle bir davranış, firmanın bağlayıcılığa sahip bir piyasada pazar gücüne sahip olmaması durumunda, kötüye kullanım olarak kabul edilmemelidir. Firmanın yaptığı zaman bile, bir bağlantının kötüye kullanıldığını tespit etmek, bağlayıcının ve piyasa içeriğinin amacının ayrıntılı bir analizini gerektirir.

Bazen iki ürün dikey olarak ilişkilidir, diğerinin üretiminde iyi bir girdi vardır. Eğer öyleyse, rekabet ajansı, bağlamanın nedenlerini anlamaya çalışmalıdır. Genel olarak, ürünlerin sabit oranlarda (endüstriyel bir süreçte de olduğu gibi) kullanılıyorsa, kötüye kullanım tarafından motive edilemez: hakim firma, bağlama piyasasında yeterince yüksek bir fiyat talep ederek karı maksimize edebilecekse de bağlama uygulamaları karın artmasına yeterli olmayabilir.

Bağlama genellikle firmanın kalite veya ürün güvenilirliği konusundaki itibarını koruma veya arttırma isteğiyle motive olur. Bu, verimliliği ve piyasa talebini arttırdığından, kötüye kullanım olarak görülmemelidir. Örneğin, hakim bir firmanın ürününün bağımsız bir şirket tarafından kötü bir şekilde kullanılması, hakim firmanın itibarını olumsuz etkileyebilir ve daha düşük satışlarla sonuçlanabilir. Bunu önlemek için hakim firma, ürün ve hizmetlerini bir sözleşme ile birlikte satabilir. Yine de, hakim firmanın meşru amacının itibarını korumak ya da arttırması, kalite kontrol süreçlerinin iyileştirilmesi gibi daha az kısıtlayıcı araçlarla sağlanıp sağlanmadığına bakmaya değer.

¹⁴⁷ 23.01.2003 tarih ve 03-06/59-21 sayılı Rekabet Kurulu kararı.

¹⁴⁸ 11.09.2008 tarih ve 08-52/791-320 sayılı Rekabet Kurulu kararı.

¹⁴⁹ 05.03.2009 tarih ve 09-09/192-59 sayılı Rekabet Kurulu kararı.

Bağlama, doğru tanımlanmış bir pazarda supranormal karların yapılmasına izin verdiği zaman rekabet politikasıyla ilgili endişeleri ortaya çıkarmaktadır. Bu, bağlayıcı uygulamaların rakiplere giriş engellerini artırdığı ve bağlı piyasada piyasa gücünün kullanılmasını mümkün kıldığı durumlarda ortaya çıkabilir. Bağlama, fiyatlandırma düzenlemesinden kaçınmak için kullanılırsa, bir istismar da olabilir. Bir hakim firmanın birincil ürününde pazar gücü olduğunu varsayalım. Hakim firmanın fiyatının düzenlendiğini ve herhangi bir düzenleme olmasaydı, teknelci karların tümünü kazanmasını etkili bir şekilde önlediğini varsayalım. Hakim firma, başka bir ürünün satın alındığı (fiyatı düzenlenmeyen) ve daha sonra düzenlenmiş maldaki tüm teknel karlarını yakalamak için paketin fiyatını belirlemesi koşuluyla, düzenlenmiş ürününü satmak için bir teşvike sahip olacaktır.

Tüketicileri istismar etmek için orta derecede rekabetçi pazarlarda bazı bağlantılar kullanılabilir. Özellikle, nispeten pahalı dayanıklı bir mal satın almış olan tüketiciler, herhangi bir kilitlenme etkisi olarak adlandırılan yedek parça veya servis gerektiğinde üreticiye gitmek için makul bir seçeneğe sahip olmayabilirler. Birincil ürün piyasası rekabetçi olduğunda bile, satıcı, halihazırda ürünü satın almış olan ve yedek parçalar için çok fazla alternatifi olmayan tüketicilerden yararlanabilecektir. Ancak, geleceğin tüketicileri bu uygulama hakkında bilgilendirildiyse de, satın aldıkları parçaların orijinal fiyatı değerlendireceklerdir. Bu durumda, üretici de orijinal ürün için rekabetle karşı karşıya kalıyorsa, kilitli tüketicileri istismar etme kabiliyeti ortadan kaldırılmazsa azaltılır.

Rekabet kurumunun, rekabete aykırı bir şekilde bilinçsizce kilitlenmiş tüketiciler için gerekli koşulların, rekabete ilişkin kaygıları arttırmak için yeterli önlemlerde mevcut olan zayıf verimlilik açıklamalarının olup olmadığını tespit etmesi gerekmektedir. Örneğin, yedek parçaların maliyeti, dayanıklı bir malın fiyatı ile ilgili olarak, örneğin, bir motorlu araç ile ilgili olarak önemliyse, yedek parça piyasası, uygun bir şekilde tanımlanmış ilgili bir pazar teşkil etmeyecektir. Tüketiciler yedek parça pazarında teknel fiyatları talep etmeleri halinde farklı bir arabaya geçecekti. Başka bir deyişle, tüketiciler, belirli bir ürünü satın almakla yükümlü oldukları tüm maliyetler hakkında bilgilendirildiyse, o zaman, birincil pazardaki rekabet firmaya yeterli disiplini sağlayabileceğinden, antitröst makamları için kravat endişe verici değildir.

Elbette, tüketiciler, bir ürünün kullanımıyla ilgili tüm masrafları tahmin edemeyebilir ve olası bir bilgi asimetrisinden yararlanmaya çalışan hakim bir firma tarafından kötü niyetli davranışlara maruz kalabilir. Böyle bir durum mısır olmayabilir. Genel olarak, nadiren satın alınan ürünlere atıfta bulunur ve sömürünün, firmanın ürünü için gelecekteki talebi önemli ölçüde etkilemeyeceği anlamına gelir. Genel olarak, tüketiciler deneyimden öğrenirler. Bağlantılı bir sözleşmeyle sömürdükleri ve birincil pazarda rekabet varsa, tedarikçileri kolayca değiştirme yetileri kötüye kullanımı engelleyebilir.

SÖMÜRÜCÜ KÖTÜYE KULLANMA

Hakim teşebbüsün alıcıları başvuru sonucunda zarar görürse sömürünün istismar edilmesi söz konusu olabilir. İstismarın istismarları, tüketici refahında doğrudan bir kayba yol açan fiyatlandırma veya diğer uygulamalardır. Bu tür ihlallerde hakim teşebbüs, pazardaki gücün avantajını kullanır ya da tüketicilerin bir baskı unsuru elde edememesi için tüketicilerden avantaj elde ederler.¹⁵⁰

ABD'deki tekelleşme yasağının uygulanması, teşebbüslerin tek taraflı davranışına dönüştü ve teşebbüslerin sömürücü nitelikleri yasal kabul edildi. AB'de egemen teşebbüslerin istismar ve sömürücü tek taraflı davranışları, hakim durumun kötüye kullanılması yasağı çerçevesinde ele alınmaktadır.¹⁵¹

Rekabet Kanunu'nda, AB'nin AB mevzuatından farklı olarak, “adil olmayan satın alma ve satış fiyatlarının uygulanması veya istismarcı istismarın önemli bir unsuru olan haksız ticari şartlar doğması” için bir hüküm yoktur (Madde ABIDA 102).

Nitekim, uygulamada, bu hükmün eşdeğeri sayılabilecek fiyatlandırma ile ilgili çeşitli örnekler Rekabet Kurulu ve Danıştay tarafından sömürücü kötüye kullanma olarak değerlendirilmiştir.

Bu anlamda BELKO¹⁵² kararındaki;

“Rekabet Kurumu, gerek sömürücü gerekse dışlayıcı sonuçlar doğursun hakim durumdaki teşebbüslerin bu tür uygulamaları karşısında önlem alma zorunluluğunda olan yegane Kurum olarak karşımıza çıkmaktadır. ”

Rekabet Kurulu'nun sömürücü davranışlara da müdahale edebileceğini açıkça belirtmektedir. İstismarî kavram yanılığlarının öncelikle aşırı derecede iptal edilmesi ve “Sözleşme'nin haksız olarak hazırlanması” şeklinde şekillendiği söylenebilir.

¹⁵⁰ Rekabet Terimleri Sözlüğü s. 82.

¹⁵¹ ÖZTUNALI A S 154- TÜNALI C (2011) “Rekabet Hukukunda Tek Taraflı Sömürücü Davranışlar”, *Hakim Durumun Kötüye Kullanılması - Sorunlar ve Çözüm Önerileri Sempozyumu 2010*, XII Levha Yayınevi, İstanbul.

¹⁵² 08.07.2009 tarih ve 09-32/703-163 sayılı Rekabet Kurulu kararı. Bu karar, aynı konuyla ilgili 06.04.2001 tarih ve 01-17/150-39 sayılı Rekabet Kurulu kararının Danıştay tarafından iptal edilmesi üzerine alınmıştır.

AŞIRI FİYATLAMA

Aşırı fiyatlandırma, bir ürünün ekonomik değeri ile hakim durumun kötüye kullanılması sonucu fiyatı arasındaki makul olmayan fark olarak tanımlanmaktadır.¹⁵³ Burada önemli olan, maliyet ve ürünün fiyatı arasındaki fark değildir. Çünkü hakim firma bir çok nedenden dolayı, fiyat yüksek olsa bile, yüksek maliyetler yüzünden ve hatta bir kayıp bile olmayabilir.

Doktrinde piyasa ekonomisinde piyasaya hakim olan teşebbüslerin, her teşebbüs gibi karı artırmaya çalıştıklarını ve bu nedenle de rekabete aykırı olarak yüksek kazançların hiçbir şekilde gerçekleştirilmemesi gerektiğini düşünmek doğaldır. Bir pazarda sektördeki diğer işletmeleri çekecek ve piyasa rakipleri için cazip hale geliyor. Rekabeti arttıracığı düşüncesiyle rekabeti arttıracığı gerekçesiyle fiyatlara müdahale etmemeyi savunan ve fiyat tespiti yanında, fahiş fiyatların da Kanunun kapsamına alınması gerektiğini savunanlar var. anlaşmalar yoluyla ve böylece hakim durumun kötüye kullanılması.^{154 155}

Ancak, asıl davada, aşırı derecede iptal, tüketicileri normal koşullarda olması gerekenden daha yüksek fiyatlar ödemeye mahkum edilmek suretiyle kötüye kullanım ve istismar olduğu düşünülebilir.¹⁵⁶

Her ne kadar aşağıda belirtildiği gibi, bazı nedenlerden dolayı, aşırı kalkınma sorunu, rekabet otoritelerinin çok fazla müdahale etmek istemediği bir alandır. Aşırı ödemeye müdahale için bazı unsurların varlığı gereklidir. Bu bağlamda, Evans ve Padilla¹⁵⁷;

a. Hakim teşebbüsün tekele yakın bir pazar konumu olmalı ve giriş engelleri çok yüksek bir seviyede olmalıdır.

b. Hakim teşebbüsün uyguladığı fiyatlar, ortalama toplam maliyetin çok üzerinde olmalıdır.

¹⁵³ Rekabet Terimleri Sözlüğü, s. 19.

¹⁵⁴ ÖZTUNALI A. S.155; Öz 2000, s. 171.

¹⁵⁵ ÖZTUNALI A. S.155; AKINCI, A., Rekabetin Korunması Hakkında Kanun üzerine Eleştirisel Bir Bakış, Rekabetin Korunması Hakkından Kanun'un Küçük ve Orta Ölçekli İşletmelere Etkisi, *TES-AR Yayınları, No:20, s.51-68. Ayrıca* Akıncı rekabet hukuku aracılığıyla fiyatlara müdahale edilmemesi gerektiğini savunmakta, aksi durumun liberal ekonominin ruhu ile çelişeceğini söylemektedir.

¹⁵⁶ Akıncı, rekabet hukuku aracılığıyla fiyatlara müdahale edilmemesi gerektiğini savunmakta, aksi durumun liberal ekonominin ruhu ile çelişeceğini söylemektedir. Ancak kanaatimce fiili durumda aşırı fiyatlandırma, tüketicileri normal koşullarda olması gerekenden daha yüksek fiyat ödemeye mahkum etmesi bakımından “sömürücü” olma niteliğiyle kötüye kullanma sayılabilmektedir.

¹⁵⁷ ÖZTUNALI A. S.155; EVANS, D.S. ve A.J. PADİLLA (2005), “Excessive Prices: Using Economics to Define Administrative Legal Rules”, *Journal of Competition Law and Economics*, 1(1), s. 119.

c. Bu yüksek fiyatlar, komşu pazarlarda yeni mal ve hizmetlerin kullanılmasını engellemelidir.

Listelenen üç unsur durumunda, aşırı fiyatlandırmadan bahsedilebileceği söylenebilir.

Diğer taraftan Rekabet Kurulu, rekabet otoriteleri tarafından aşırı fiyatlandırmanın kötüye kullanma sayılmasının gerekli olup olmadığının tartışıldığı alanlardan biridir. Bunun başlıca nedenleri, aşırı ödeme tespitinin zorluğu, otoritelerin fiyat düzenleyici bir görüşe başvurmama arzusu ve piyasaların fazladan ödemeyi kendiliğinden düzeltebileceği beklentisi olarak sıralanabilir. Bu nedenlerden dolayı, sadece BELKO¹⁵⁸ ve Tüpraş¹⁵⁹ kararlarında Rekabet Kurulu tarafından, yapılan ihlaller nedeniyle cezalandırılmıştır.

BELKO¹⁶⁰ kararı, aşırı fiyatlamayla ilgili ilk (ve uzunca bir süre tek karar) olması itibarıyla önemlidir. Dosya kapsamında inceleme yapılan dönemde, Ankara Büyükşehir Belediyesi'nin Ankara mücavir sınırları içerisinde kömür satışı İl Sağlık Müdürlüğü'nün kararıyla sadece BELKO tarafından yapılabilmektedir. Bir başka deyişle, Ankara'da kömür satışında BELKO yasal tekel niteliğindedir. Rekabet Kurulu'nun yukarıda verilen kararıyla BELKO'nun aşırı fiyatlama yoluyla hakim durumunu kötüye kullandığı sonucuna ulaşılmış ve BELKO'ya 41.023TL idari para cezası verilmiştir. Aşırı fiyatlama yoluyla kötüye kullanma olduğuna, BELKO'nun fiyatlarının (184 USD/Ton) ürünün ekonomik değeriyle (Aynı cins kömürün Ankara'ya 75 km. mesafedeki komşu pazarlardaki fiyatı 124 USD/Ton'dur.) en yakın pazardaki değerinin karşılaştırılması sonucu ulaşılmıştır. Kararda, BELKO'nun aşırı fiyat uygulamasına rağmen zarar eden bir şirket olduğunun tespiti de ayrıca önemlidir. Buradan özellikle BELKO gibi yasal tekel niteliğindeki şirketlerin çok yüksek fiyatlarla bile satış yapsalar, yasal tekel olmanın getirdiği rehavetle zarar etmesi durumunda dahi Rekabet Kanunu'nun 6. maddesini ihlal edebilecekleri görülmektedir.¹⁶¹

¹⁵⁸ 08.07.2009 tarih ve 09-32/703-163 sayılı Rekabet Kurulu kararı. Bu karar, aynı konuyla ilgili 06.04.2001 tarih ve 01-17/150-39 sayılı Rekabet Kurulu kararının Danıştay tarafından iptal edilmesi üzerine alınmıştır.

¹⁵⁹ 17.01.2014 tarih ve 14-03/60-24 sayılı Rekabet Kurulu kararı.

¹⁶⁰ Nitekim bu durum BELKO kararında; "...tekelci fiyatın tespitinde esas olan kriterlerden en önemlisi "ürünün ekonomik değeri"nin analizidir. Başka bir ifadeyle, emsal ürünlerin pazar özellikleri itibarıyla karşılaştırılabilir olan nispeten rekabetçi diğer coğrafi pazarlardaki fiyatının söz konusu fiyatla kıyaslanması, tekelci fiyat uygulamalarının tespitinde en önemli aşamayı oluşturmaktadır. Bununla birlikte, ürün maliyetinin net ve kesin olarak hesaplanabildiği durumlarda maliyet-fiyat ilişkisi de önem kazanmaktadır." şeklinde ifade edilmektedir.

¹⁶¹ Rekabet Kurulu'nun Roche İlaç¹⁶¹ kararında aşırı fiyatlamayla ilgili aşağıdaki açıklamalar yapılmıştır: "Kurul, makul fiyat düzeyinin ve dolayısıyla aşırı fiyatın tespit edilmesinin zorluğu,

FİYAT AYRIMCILIĞI

Ayrımcılık, Rekabet Sözlüğü'nde, tarafların işlemlere ilişkin kurallara eşit olmayan kurallar uygulayarak, onları Yarışma Ayrımı'nda bir dezavantaja sokan bir unsur olarak tanımlanmıştır.¹⁶² Rekabet Kurumunun rekabette işlem taraflarının ayrımcılığa uğraması sonucu hazırlanan sözlükteki ayrımcılığın bir sonucu olarak, tanımın bir kısmı yapılmıştır. Ancak, bu koşul, daha sonra açıklandığı gibi, birçok Rekabet Kurulu kararında ayrımcılık koşullarından biri olarak kabul edilmiştir.¹⁶³ Fakat, teşebbüslere farklı pozisyonlarda uygulanacak hakim durumdaki bir teşebbüsün fiyatı da fiyat ayrımcılığı olarak değerlendirilmektedir.¹⁶⁴ Avrupa Birliği AD Mevzuatı yasası, İtalyan Cumhuriyeti v. Komisyonun kararıyla¹⁶⁵, ayrımcılık olarak eşit olmayan işlemlere eşit şartların uygulanmasına atıfta bulunmuştur. Buna göre, işlemlerin eşit olmaması durumunda, taraflar eşit olsa dahi, aynı koşulların uygulanması ayrımcılık olarak kabul edilir.

Bir ayrımcılık ihlali tanımı durumunda, alıcılar ve işlemler eşit statüsünde olmalıdır. Alıcılar eşit değilse, farklı uygulamalar bu alıcılara veya alıcılara eşit olsa bile, ticari işlemler eşit olmasa bile, farklı uygulamalar, bu tür bir ayrımcılık aracı olarak kabul edilmeyecektir. Bu nedenle, hakim durumun kötüye kullanılması yoluyla kötüye kullanılması analizinin, işin en önemli aşamasını oluşturması, ilgili alıcıların ve ticari işlemlerin eşit olup olmadığını belirlemektedir.

Eşit bir alıcının konusunu açıklığa kavuşturmak için, Rekabet Yasası'nın 6. maddesine aykırı bir ayrımcılık durumu için eşit statüye sahip alıcılara farklı bir başvuru yapılmalıdır. Alıcıların eşit şartlarda olup olmadığının belirlenmesinde kullanılan kriter, alıcının gözünde kullanılır. Kum Eti Holding kararında rekabette, Türkiye'de Eti Holding'in bor üretiminin tekeli elinde bulundurduğu niteliğindeki hukuki statüsünü koruduğunu belirten kararda¹⁶⁶

teşebbüslerin fiyatlama davranışlarına müdahalenin piyasanın işleyişine engel olarak orta ve uzun vadede piyasaya girişleri caydırarak zararlı etkiler doğurabileceği endişesi, fiyat düzenlemesine ihtiyaç duyulan sektörlerde rekabet otoritesince yapılacak müdahalenin etkin olmayacağı ve kalıcı sonuçlar vermeyeceği öngörüsüyle aşırı fiyatlama ile ilgili müdahale alanını daraltmıştır. Bu çerçevede Kurul genel olarak piyasada yasal ya da doğal tekel niteliğinde bir teşebbüs varsa ve ilgili piyasada fiyata ilişkin bir düzenleme yoksa aşırı fiyatlama rekabet hukuku çerçevesinde müdahale edilebileceği görüşünü benimsemiştir. ”

¹⁶² Rekabet Kurulu'nun 03.03.2005 tarih ve 05-12/137-50 sayılı kararında, ayrımcılığın hem dışlayıcı hem de sömürücü nitelikte olabileceğini belirtilmiştir.

¹⁶³ Rekabet Kanunu'nun 6.2/b maddesiyle, “eşit durumdaki alıcılara aynı ve eşit hak, yükümlülük ve edimler için farklı şartlar ileri sürerek, doğrudan veya dolaylı olarak ayrımcılık yapılması” yasaklanmaktadır.

¹⁶⁴ tarih ve 05-36/453-106 sayılı Rekabet Kurulu kararı.

¹⁶⁵ Case (17.07.1963) 13-63, *Italian Republic v. Commission*

Eti Holding'in Ceytaş'a, konsantre kolomanitin adı verilen hammadde sağlamayı reddetmesini, denekler arasında ayırım yapmadığını, yurt dışında da yurt içinde alıcı ile değerlendirildiğini belirtmiştir. İlk gözden geçirme kararında kötüye kullanım bulunmadığı ve ön araştırmanın başlatılmasının gerekli olmadığı sonucuna varılmıştır. Bu kararın kilit yönü, alıcıların eşit olup olmadığının belirlenmesinde bir önlemin konulmasıdır.¹⁶⁷

Ayrımcılık, hâkim durumun kötüye kullanılmasına, bazı dışlayıcı yönlerin sömürülmesinin bazı yönlerine yol açabilir ve kötüye kullanım analizinin en karmaşık sorunlarından birini oluşturur. Rekabet Kurulu'nun Coca-Cola¹⁶⁸ kararında, rakiplerin rakipler üzerinde olumsuz bir etkisi varsa, alıcıların alt pazardaki rekabet koşullarını olumsuz yönde etkilemesi halinde ilk hasar seviyesinin ikinci bir seviye kaybına yol açacağı belirtilmektedir. içinde faaliyet gösterir. İkinci kayıp düzeyinde, hakim durumdaki teşebbüs alt pazarda faaliyet gösteremez (dikey entegrasyon) ve kayıp, hakim teşebbüsün alıcılarında olabilir. Buna "saf ikinci seviye hasar" denir.

Ayrımcılık, hakim teşebbüsün, eşit alıcılar üzerinde, aynı zamanda, malların reddedilmesi¹⁶⁹, fiyatlandırma¹⁷⁰, indirim sistemleri ve bağlam gibi dolaylı biçimler yoluyla doğrudan farklı koşullar yaratması gerçeğinden kaynaklanabilir. Konu, ayrı bir bölümde ve esas olarak bizim çalışmamızda bir fiyat ayırımı bağlamında incelenmiştir.

Türkiye Kömür İşletmeleri'nin (TKİ) Rekabet Kurulu kararı¹⁷¹, TKİ'ye Tarım Kredi Kooperatifleri için TKİ'lerin sattığı iddia edilen ayrımcılığa karşı kömür satıcısı daha avantajlı fiyatla araştırıldı. İncelemede, TKİ'den aldıkları kömür satışında tarımsal kredi kooperatiflerinin çok farklı nitelikleri olduğu ve kuruluş amacının kâr elde etmek olduğu sonucuna varılmıştır.

¹⁶⁶ 21.12.2000 tarih ve 00-50/533-295 sayılı Rekabet Kurulu kararı.

¹⁶⁷ "Birbirini ikame eden alıcılar eşit durumda kabul edilmelidir. Alıcıların birbirini ikame edebilmesi, alıcıların hakim durumda bulunan teşebbüsle ilişkilerinde karşılıklı olarak yer değiştirmeleri durumunda bir uygunsuzluğun ortaya çıkmaması anlamına gelmektedir. Alıcıların birbirini ikame edebilirliği hakim durum bulunan teşebbüs gözüyle değil, alıcılar gözüyle değerlendirilmelidir. Aksi düşünce yanlış sonuçlara götürebilir. Buna göre, yurt dışındaki alıcılarla yurt içindeki alıcıların birbirinin yerine kolaylıkla geçemeyeceği görülmektedir. "

¹⁶⁸ 26.05.2005 tarih ve 05-36/453-106 sayılı Rekabet Kurulu kararı.

¹⁶⁹ Kurul'un Türkiye Kömür İşletmeleri kararında (03.03.2005 tarih ve 05-12/137-50 sayılı Rekabet Kurulu kararı) mal vermeyi reddetme eyleminin, aynı zamanda alıcılar arasında ayrımcılığa yol açabileceği ifade edilmiştir.

¹⁷⁰ Kurul'un Roche kararında (30.10.2008 tarih ve 08-61/996-388 sayılı Rekabet Kurulu kararı) aşırı fiyatlama ile ayrımcılık arasındaki ilişki değerlendirilmiştir.

¹⁷¹ 01.07.2010 tarih ve 10-47/854-292 sayılı Rekabet Kurulu kararı.

Rekabet Kurulu'nun vermiş olduğu Erdemir¹⁷² kararında, az miktarda satın alan firmaların büyük miktarlarda alım yapanlara eşit olmadığı, dolayısıyla farklı miktarlarda satın alan müşterilere farklı uygulamaların ayrımcılık olarak değerlendirilemeyeceği belirtilmektedir.¹⁷³

Rekabet Kurumunun DHMİ kararının, Devlet Hava Meydanları İşletmesi Genel Müdürlüğü'nün (DHMİ) 2005 yılı öncesi ve sonrasındaki havalimanlarındaki konut sahiplerine karşı ayrımcılık yaptığı kararı DHMİ hakkında verilen kararında¹⁷⁴ incelenmiştir. ve DHMİ için yerine tahsis edilen bir teşebbüsün herhangi bir özellik nedeniyle diğer teşebbüslerden farklı olmaması, şikayetçinin ve diğer kiracıların eşit şartlarda olduğunun bir göstergesi olarak kabul edilir.¹⁷⁵

¹⁷² 01.07.2010 tarih ve 10-47/854-292 sayılı Rekabet Kurulu kararı.

¹⁷² 04.07.2007 tarih ve 07-56/668-231 sayılı Rekabet Kurulu kararı.

¹⁷³ “4054 sayılı Kanun'un 6. maddesinin (b) bendinde yer alan ayrımcılık ey-lemine, ancak eşit durumdaki alıcılara aynı eşit hak, yükümlülük ve edimler için farklı şartlar ileri sürülmesi halinde kötüye kullanma olacağı hususu gözönüne alındığında, stok satışları yapılan Cihan Metal firmasının, yukarıda yer verilen satış koşullarındaki farklılıklar nedeniyle, küçük miktarlarda sipariş alımları yapan firmalarla eşit konumda olmadığı, hatta Estaş gibi büyük miktarlarda sipariş alımları yapan firmalarla da eşit konumda bulunmadığı ortadadır. ”

¹⁷⁴ 12.06.2001 tarih ve 01-27/260-74 sayılı Rekabet Kurulu kararı.

¹⁷⁵ Buna göre; “Eşit durumdaki alıcıya aynı ve eşit hak, yükümlülük ve edimler için farklı şartlar ileri sürerek, doğrudan veya dolaylı olarak ayrımcılık yapılması” hakim durumun kötüye kullanılması olarak değerlendirilir. Rekabet Kurulu'nun ayrımcılıkla ilgili kararlarına bakıldığında, konunun çelişkili bir şekilde ele alındığı ve ağırlıklı olarak “fiyat ayrımcılığı” kapsamında değerlendirildiği görülmektedir. Kurul, hem dikey bütünleşik hem de dikey bütünleşik olmayan hakim teşebbüslerin ayrımcı uygulamalarını kötüye kullanma olarak değerlendirmektedir. Bu kapsamda, dikey bütünleşik olmayan teşebbüslerin, mehzaz uygulamanın aksine zorunlu unsur niteliğinde bir kamu kaynağını ayrımcı uygulamalarla kullandırması ya da hiç kullandırmaması hususu bir değişken olarak ele alınmamaktadır. Bir başka anlatımla, üst pazarda hakim durumda bulunan teşebbüs alt pazarda faaliyette bulunmuyorsa ve bu teşebbüs devlet tarafından verilen bir münhasır yetkiye dayalı zorunlu unsur niteliğine haiz bir faaliyeti sağlamıyorsa dahi alt pazarda ayrımcı uygulamalarla Rekabet Kanunu'nun 6.2/b maddesini ihlal edebilir. Kurul'un ayrımcılıkla ilgili kararlarının pek çoğunda, konu aynı zamanda mal vermenin reddi, aşırı fiyatlama ya da indirim sistemleri gibi diğer kötüye kullanma örnekleriyle birlikte değerlendirilmiştir. Bu durumun işin doğası gereği olduğu söylenebilir. Çünkü ayrımcılık, eşit durumdaki alıcılara doğrudan farklı şartlar ileri sürülmesi şeklinde ortaya çıkabileceği gibi, indirim sistemleri ya da mal vermenin reddi gibi uygulamalarla dolaylı olarak da söz konusu olabilmektedir.

Rekabet Kurulu'nun Coca-Cola¹⁷⁶ kararında fiyat ayrımcılığının incelendiği ve rakiplere karşı ayrımcılık teşebbüslerinin birbirinin yarışmacıları olduğu düşünülmektedir. Kararda ayrımcılık yapıldığını iddia eden Coca-Cola alıcıları, birbirleri karşısında fast food restoran ve hipermarketlerini tanımladılar (her iki kanalda da Coca-Cola tüketicilere satıldı). (Bu durum, alıcıların birbirlerine karşı dezavantajlı olmaları gerçeğiyle ilgilidir, ancak bu bağlamda, alıcılar rakip olsalar bile, gözden geçirme uygulamasıyla birbirleri için dezavantajlı olmayabilirler.)¹⁷⁷

Bu noktada, sorunun cevabı “Alıcının dezavantajı ne ölçüde birbirine karşı dezavantajlı olmalıdır? Bu önemli. Örneğin, hakim durumdaki sağlayıcı 100 \$ birim tutar için bir alıcı ise. Fiyatı uygularken rakibi diğer 75 TL'ye eşittir. öyleyse, bu durumda, ilk alıcı, alıcıdan% 25 daha ucuz girdi sağlayan ikinci alıcıya kıyasla bir dezavantaja sahip midir? Konunun bakış açısına göre, diğer tüm değişkenlere bakılmaksızın, bu sorunun cevabı dan evet âde olacaktır. Bu nedenle, söz konusu girdinin birimin üretim maliyetinin% 0.001'lik bir bölümünü oluşturması halinde, bu girdiden% 25 daha ucuza alıcıya önemli bir avantaj sağlıyor mu? Bize göre, ilgili ürün, alıcının toplam maliyeti içinde önemsiz bir miktara tekabül ediyorsa, alıcıların, uygulanan farklı fiyatın bir sonucu olarak birbirlerine karşı dezavantajlı hale gelmeleri mümkün olmayacaktır. Nitekim, bu yaklaşım Kanunun mantığı ile uyumludur. Çünkü, prensip olarak, her fiyat farklılaşması, diğerlerine kıyasla nispeten yüksek bir fiyat dezavantajı satın alan alıcılar yapar. Bununla birlikte, bunun kapsamı önemlidir. Nitekim, Rekabet Kurulu'nun Coca-Cola kararı “rekabetçi dezavantajlı konunun” anlamını ayrıntılı olarak açıklamıştır.

Bu nedenle, rekabette dezavantajlı bir konuma ulaşmak için, yüksek fiyatı üstlenen teşebbüsün bu nispeten yüksek maliyet girdisi nedeniyle rekabete geri düşmesi gerekmektedir. Bu durum, söz konusu girdinin, söz konusu ürünün maliyetinde önemli bir payı temsil etmesi ve fiyat farkının önemli olması durumunda söz konusu olabilir.

Bu kararda kullanılan diğer bir kriter ise mali tablolarda yansıtılan karlılık oranlarıdır. Kurul, Burger King'in (TAB Food), McDonalds'tan daha yüksek işletme karı ile çalışmasının, rekabetin bir dezavantajı olmadığını bir başka göstergesi olarak değerlendirdi.

Bize göre Rekabet Kurulu ayrımcılık getirdi; Ayrımcı alıcıların rakip olmaları ve birbirlerine karşı dezavantajlı olmaları, ikincil zarara neden olan eylemlere ayrımcılık sorununu sınırlandırmaktadır. Bu durumda, Rekabet Yasası 6 / b. Maddenin birinci seviye

¹⁷⁶ 26.05.2005 tarih ve 05-36/453-106 sayılı Rekabet Kurulu kararı.

¹⁷⁷ Kurul'un Roche¹⁷⁷ kararında bu konuyla ilgili şu açıklamalar yapılmıştır; “4054 sayılı Kanun açısından mehz mevzuattan farklı olarak, eşit dürüm-dakilere farklı muamele yapılması kötüye kullanma için yeterli sayılmıştır. Ancak farklı muamele sonucunda ilgili piyasada rekabetin bozulmasının ya da kısıtlanmasının aranması, özelde ilgili hükmün ve genelde Kanun'un amacına uygun olacaktır. Yani yalnızca eşit dürümdakilere farklı fiyattan satılarak fiyatın farklılaştırılması ihlal için yeter şart olmamalıdır. ”

hasara neden olan ayrımcı eylemlere uygulanması mümkün olmamalıdır. Nitekim Roche¹⁷⁸ kararında, fiyat ayrımcılığının ikinci zarar seviyesine uygulanacağı söylendi. Söz konusu kararda, dikey olmayan entegre teşebbüslerin alt pazarda ayrımcılık yapması için rasyonel bir gerekçe olmayacağı belirtilmiştir.¹⁷⁹

Bu karara göre, dikey olarak bütünleşik olmayan taşeron alıcıların ayrımcı uygulamaları, Rekabet Yasası'nın 6.2 / b maddesine aykırı değildir. Bize göre bu yaklaşım doğru olmaz. Çünkü hakim teşebbüslerin alt pazardaki hem rakipleri hem de alıcıları için özel sorumlulukları vardır. Ayrıca, 6. Maddenin ruhunun, esas olarak, alıcılara karşı hakim teşebbüsün istismar edilmesini önleme amacına yönelik olduğu söylenebilir. Bu durum, ilgili makalede listelenen davranışlar olmaksızın emsallerin doğasından anlaşılabilir.¹⁸⁰

Sanofi Aventis¹⁸¹ kararında ise, ilk kez, dikey olarak entegre olmuş bir girişimin, alıcılarına farklı uygulamalara sahip olması nedeniyle ceza verildi. Bazı aktif maddeler açısından hakim olduğu belirlenen Sanofi Aventis, 2008 yılında tüm ecza depolarına satış koşullarını aynı şekilde değiştirildi ve aylık alım miktarı 250 milyar TL'nin altında olanların ödeme süresini kısaltıldı. Şikayet üzerine başlatılan soruşturmada, farklı vade uygulamalarının

¹⁷⁸ 30.10.2008 tarih ve 08-61/996-388 sayılı Rekabet Kurulu kararı

¹⁷⁹ “ ...hakim ya da tekel konumunda bulunan dikey olarak bütünleşmemiş bir sağlayıcı alt pazardaki rekabeti bozma veya bir alıcıyı diğerine göre avantajlı teşebbüsü rekabette dezavantajlı konuma getirebilecektir. Ancak her fiyat farklılaşması bu şartı sağlamayabilir. Bir başka deyişle bu şart fiyat ayrımcılığının doğal sonucu olarak ortaya çıkmaktadır. Yukarıda ayrıntılı bir şekilde belirtildiği üzere hızlı servis istasyonları pazarında yer alan Burger King ve rakipleri arasında fiyat ayrımcılığı söz konusu değildir. Ayrıca CCT'nin ortak reklam harcamalarına göre hesaplanan fiyat farklılaşması (%...) bir an için fiyat ayrımcılığı olarak düşünülse bile, söz konusu farkın Burger King'i McDonalds karşısında rekabette dezavantajlı duruma getirmesi söz konusu olmayacaktır. Zira 11 numaralı bulguda yer verilen Burger King in ana ürünü olan Whooper menü maliyet hesaplarından görüleceği üzere, şurup maliyetinin en yüksek düzeye çıktığı dönemde bile bu maliyet bir menü maliyetinin sadece % (...) İni oluşturmaktadır. Menü maliyetinin içinde yer almayan, ancak TAB Gıda 'mn maliyetlerinin önemli bir bölümünü oluşturan kira, işçilik, lisans bedeli (royalty) gibi diğer maliyet kalemleri de dikkate alındığında bu oran daha da düşecektir. ”

¹⁸⁰ ...hakim ya da tekel konumunda bulunan dikey olarak bütünleşmemiş bir sağlayıcı alt pazardaki rekabeti bozma veya bir alıcıyı diğerine göre avantajlı konuma sokma güdüsüne sahip olmayacaktır. Diğer bir ifadeyle alt pazardaki etkin rekabet için doğası gereği sağlayıcının da lehinedir. Çünkü ancak bu durumda ürünleri etkin olarak dağıtılacak ya da pazarlanacak ve sonuçta azami satış miktarına ulaşılabilecektir. Yapılan ayrımcılık sonucunda bir veya birkaç oyuncunun pazar dışına itilmesi ya da bazı oyuncuların suni olarak pazar gücü elde etmesi, bu pazarda artık daha düşük yoğunlukta bir rekabet olacağı anlamına gelecektir. Bunun yanında, pazar yapısının konsolide olma riski sağlayıcının alıcılar karşısındaki pazarlık gücünü de düşürecektir. ”

¹⁸¹ 20.04.2009 tarih ve 09-16/374-88 sayılı Rekabet Kurulu kararı

eşit depolarda ayrımcılığa yol açabileceği ve eşik altındakilerin piyasadan çıkışa yol açabileceği sonucuna varılmıştır. Kararda, ilaç üretim ve dağıtım zincirinde farklı miktarlarda satın alınan depoların alım hacminin nihai talebi etkilemediği değerlendirilmiştir.

Kararı birçok yönden eleştirmek mümkün. Bu bağlamda, kararın sadece faaliyet aramadan ziyade küçük ve orta büyüklükteki depoların korunması şeklinde kabul edildiği görülmektedir. Bu yaklaşımın ordoliberalizm izlerini taşıdığını söylemek mümkündür.¹⁸²

Fiyat ayrımcılığı, farklı pazar segmentlerindeki müşteriler aynı mal veya hizmet için maliyetlerden bağımsız nedenlerden dolayı farklı fiyatlarda ücretlendirildiğinde ortaya çıkar. Fiyat ayrımcılığı, müşterilerin malları veya hizmetleri diğer müşterilere kârlı olarak satamazsa gündeme gelir. Fiyat ayrımcılığı, farklı yaş grupları, farklı coğrafi konumlar ve farklı kullanıcı türleri (örneğin, konut ve ticari amaçlı elektrik kullanıcıları) için farklı fiyatlar belirlemek gibi çeşitli biçimlerde olabilir. Alt pazarların tanımlanabildiği ve bölümlere ayrılabilirdiği durumlarda, firmaların talebin daha az esnek olduğu pazarlarda daha yüksek fiyatların belirlenmesi için karlı bulabilecekleri gösterilebilir (bkz. Talebin Esnekliği). Bu, daha yüksek toplam çıktıya, rekabet edebilir bir etkiye yol açabilir. Fiyat ayrımcılığı da rekabete aykırı sonuçlar doğurabilir. Örneğin, hakim firmalar, güçlü yerel rakipleri ortadan kaldırmak için belirli pazarlardaki fiyatları düşürebilir. Bununla birlikte, fiyat ayrımcılığının gerçekten de rekabeti kısıtlamanın bir aracı olup olmadığı konusunda önemli tartışmalar vardır. Fiyat ayrımcılığı, farklı zaman aralıklarında (pik yük fiyatlandırması) farklı fiyatların ücretlendirilmesinin veya yüksek hacimli kullanıcılar için daha düşük fiyatların (blok fiyatlandırması) ücretlendirilmesinin yaygın olduğu ortak sektörlerde de geçerlidir.¹⁸³

¹⁸² Bu düşünce Aslan¹⁸² tarafından da desteklenmekte ve söz konusu kararın atipik olduğu belirtilmektedir. Yazar tarafından anılan kararla ilgili olarak; “*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 atipik gösterdiği düşünülmektedir. Sanofi Aventis kararının atipik 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. Karardam yalnızca, dikey entegre olmayan hakim durumdaki bir teşebbüsün, bütün müşterilerine eşit davranması gerektiği, aksi takdirde müşteriler arası rekabetin zarar gördüğü gerekçesiyle eylemin yasaklanabileceği anlaşılmaktadır.*”denilmektedir; ÖZTUNALI A. S.160; ASLAN, E. F. (2011), “Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Fiyat Ayrımcılığı Eylemlerinin Değerlendirilmesi Sorunu”, *Rekabet Dergisi*, No: 12(1), s. 55-121.

¹⁸³ Bkz: L. Philips, *The Economics of Price Discrimination*, Cambridge University Press, Cambridge, UK, 1983; and F.M. Scherer and D. Ross, *Industrial Market Structure and Economic Performance*, Houghton Mifflin, Boston, 1990, Ch. 13.

Ayrımcılık, hâkim durumun kötüye kullanılmasına, bazı dışlayıcı yönlerin sömürülmesinin bazı yönlerine yol açabilir ve kötüye kullanım analizinin en karmaşık sorunlarından birini oluşturur.¹⁸⁴ Rekabet Kurulu'nun Coca-Cola kararında¹⁸⁵, rakiplerin rakipler üzerinde olumsuz bir etkisi varsa, alıcıların alt pazardaki rekabet koşullarını olumsuz yönde etkilemesi halinde ilk hasar seviyesinin ikinci bir seviye kaybına yol açacağı belirtilmektedir. içinde faaliyet gösterir. İkinci kayıp düzeyinde, hakim durumdaki teşebbüs alt pazarda faaliyet gösteremez (dikey entegrasyon) ve kayıp, hakim teşebbüsün alıcılarında olabilir. Buna “saf ikinci seviye hasar” denir.

Ayrımcılık, hakim teşebbüsün, eşit alıcılar üzerinde, aynı zamanda, malların reddedilmesi¹⁸⁶, aşkın fiyatlandırma¹⁸⁷, indirim sistemleri ve bağlam gibi dolaylı biçimler yoluyla doğrudan farklı koşullar yaratması gerçeğinden kaynaklanabilir. Konu, ayrı bir bölümde ele alınmış ve esas olarak bizim çalışmamızda bir fiyat ayrımcılığı bağlamında incelenmiştir.

Ayrımcılık, Rekabet Sözlüğü'nde, tarafların işlemlere ilişkin kurallara eşit olmayan kurallar uygulayarak, onları “*Yarışma Ayrımı*”nda (rakiplerin avantajını kırmak suretiyle) bir dezavantaja sokan bir unsur olarak tanımlanmıştır.¹⁸⁸ Rekabet Kurumunun rekabette işlem taraflarının ayrımcılığa uğraması sonucu hazırlanan sözlükteki ayrımcılığın bir sonucu olarak, tanımın bir kısmı yapılmıştır. Ancak, bu koşul, daha sonra açıklandığı gibi, birçok Rekabet Kurulu kararında ayrımcılık koşullarından biri olarak kabul edilmiştir.¹⁸⁹ Ancak, teşebbüslere farklı pozisyonlarda uygulanacak hakim durumdaki bir teşebbüsün fiyatı da fiyat ayrımcılığı olarak değerlendirilmektedir.¹⁹⁰ Avrupa Birliği AD Mevzuatı, İtalyan Cumhuriyeti v. Komisyonun kararıyla¹⁹¹, ayrımcılık olarak eşit olmayan işlemlere eşit şartların uygulanmasına atıfta bulunmuştur. Buna göre, işlemlerin eşit olmaması durumunda, taraflar eşit olsa dahi, aynı koşulların uygulanması ayrımcılık olarak kabul edilir.

Bir ayrımcılık ihlali tanımı durumunda, alıcılar ve işlemler eşit statüsünde olmalıdır. Alıcılar eşit değilse, farklı uygulamalar bu alıcılara veya alıcılara eşit olsa bile, ticari işlemler eşit olmasa bile, farklı uygulamalar, bu tür bir ayrımcılık aracı olarak kabul edilmeyecektir. Bu nedenle, hakim durumun kötüye kullanılması yoluyla kötüye kullanılması analizinin, işin en önemli aşamasını oluşturması, ilgili alıcıların ve ticari işlemlerin eşit olup olmadığını belirlemektedir.

¹⁸⁴ Rekabet Kurulu'nun 03.03.2005 tarih ve 05-12/137-50 sayılı kararında, ayrımcılığın hem dışlayıcı hem de sömürücü nitelikte olabileceğini belirtilmiştir.

¹⁸⁵ 26.05.2005 tarih ve 05-36/453-106 sayılı Rekabet Kurulu kararı.

¹⁸⁶ Kurul'un *Türkiye Kömür İşletmeleri* kararında (03.03.2005 tarih ve 05-12/137-50 sayılı Rekabet Kurulu kararı) mal vermeyi reddetme eyleminin, aynı zamanda alıcılar arasında ayrımcılığa yol açabileceği ifade edilmiştir.

¹⁸⁷ Kurul'un *Roche* kararında (30.10.2008 tarih ve 08-61/996-388 sayılı Rekabet Kurulu kararı) aşırı fiyatlandırma ile ayrımcılık arasındaki ilişki değerlendirilmiştir.

¹⁸⁸ Rekabet Terimleri Sözlüğü, s.20.

¹⁸⁹ Rekabet Kanunu'nun 6.2/b maddesiyle, “*eşit durumdaki alıcılara aynı ve eşit hak, yükümlülük ve edimler için farklı şartlar ileri sürerek, doğrudan veya dolaylı olarak ayrımcılık yapılması*” yasaklanmaktadır.

¹⁹⁰ tarih ve 05-36/453-106 sayılı Rekabet Kurulu kararı.

¹⁹¹ Case (17.07.1963) 13-63, *Italian Republic v. Commission*

Eşit bir alıcının konusunu açıklığa kavuşturmak için, Rekabet Yasası'nın 6. maddesine aykırı bir ayrımcılık durumu için eşit statüye sahip alıcılara farklı bir başvuru yapılmalıdır. Alıcıların eşit şartlarda olup olmadığının belirlenmesinde kullanılan kriter, alıcının gözünde kullanılır. Kurum, Eti Holding kararında rekabette, Türkiye'de et tekelinin bor üretiminin hukuki niteliğini koruduğunu belirten Ceytaş, kolomanitin hammadde sağlamayı reddetmesini, denekler arasında ayırım yapmadığını, yurt dışında da yurt içinde alıcı ile değerlendirildiğini belirtmiştir. İlk gözden geçirme kararında kötüye kullanım bulunmadığı ve ön araştırmanın başlatılmasının gerekli olmadığı sonucuna varılmıştır. Bu kararın kilit yönü, alıcıların eşit olup olmadığının belirlenmesinde bir önlemin konulmasıdır.¹⁹²

Fiyat ayrımcılığı, farklı profillerin müşterinin profiline göre ücretlendirilmesi ve farklı fiyatları haklı çıkarabilecek kayda değer maliyet farklılıklarının olmaması durumunda uygulanan bir uygulamadır. Ayrımcı bir strateji, aynı fiyatı müşterilere tedarik etmeyi de gerektirebilir, ancak bunları sağlamak için farklı maliyetler olsa bile. Fiyat ayrımcılığıyla, bir firma tüm tüketicilere tek bir fiyat (net maliyet) yüklediğinden daha yüksek karlar kazanabilir. Bazı ekstra karlar artan satışlardan gelebilir; Böylece fiyat ayrımcılığı bir firmanın toplam üretimini artırabilir.

Fiyat ayrımcılığı, bir firmanın farklı fiyatları ödemeye istekli farklı tüketicileri tanımlamasını gerektirir. Firma ayrıca, arbitrajı önleyebilmeli, yani, dezavantajlı tüketicilerin ürünü satın alan tüketiciden uygun bir fiyata satın almasını engellemelidir. Teoride, arbitrajın mümkün olmadığı az sayıda pazar vardır, ancak uygulamada arbitraj karmaşık sözleşmeler gerektirebilir veya tüketiciler ataleti, belirsizliği ve istikrarsızlığı ya da her ikisini aşabilir. Bu nedenle rekabet ajansları, ayrımcı uygulamaların gerçekleşmeyeceği çok çabuk sonuçlandırmak için teorik argümanlar kullanmamalıdır.

Başarılı bir fiyat ayrımcılığının şartlarının, bir firmanın bir araya gelmesi için çok kolay olduğunu da düşünmemeleri gerekir.

Fiyat ayrımcılığının tüketicilere zarar verdiğini göstermek zor olabilir. Birçok durumda fiyat farkı, farklı tüketicilere hizmet verme maliyetlerindeki farklılıklar ile açıklanabileceği için ayrımcı olmayabilir. Örneğin, daha yüksek sigorta primleri veya daha yüksek faiz oranları ödeyen tüketiciler, daha düşük ücretler ödeyen tüketicilere göre daha riskli ve dolayısıyla daha maliyetli olabilirler. Diğer durumlarda aynı ürün gibi görünen fiyat farklılıkları kalite farklılıklarıyla açıklanabilir. Bu tür maliyet tabanlı ya da talep temelli

¹⁹² “Birbirini ikame eden alıcılar eşit durumda kabul edilmelidir. Alıcıların birbirini ikame edebilmesi, alıcıların hakim durumda bulunan teşebbüsle ilişkilerinde karşılıklı olarak yer değiştirmeleri durumunda bir uygunsuzluğun ortaya çıkmaması anlamına gelmektedir. Alıcıların birbirini ikame edebilirliği hakim durum bulunan teşebbüs gözüyle değil, alıcılar gözüyle değerlendirilmelidir. Aksi düşünce yanlış sonuçlara götürebilir. Buna göre, yurt dışındaki alıcılarla yurt içindeki alıcıların birbirinin yerine kolaylıkla geçemeyeceği görülmektedir. ”
21.12.2000 tarih ve 00-50/533-295 sayılı Rekabet Kurulu kararı.

açıklamaları dışlamak için, rekabet ajanslarının bir firmanın maliyetlerini tahmin etmesi gerekir. Ancak, böyle bir analizin zaman alıcı ve belirsiz olabileceği iyi bilinir. Bu nedenle, fiyat ayrımcılığı soruşturmaları yüksek öncelikli yapılmamalıdır,

Teoride, hakim bir firma, alıcıları diğer tedarikçilere geçme olasılığı daha düşük olan bir firmanın fiyatını düşürdüğü zaman dışlayıcı olabilir. Bununla birlikte, bu uygulamayı, bir firmanın satışından, sadece daha düşük bir bedel ödemeye ve ayırt edici olmayan fiyatı ödemek isteyen müşterilere satmak zor. Bu uygulama (üçüncü dereceden fiyat ayrımcılığı olarak ekonomik literatürde atıfta bulunularak), daha fazla müşterinin tedarik edilmesine, herkes için tek bir fiyatla olacağından daha fazla sonuç verebilir. Genel olarak, eğer ayrımcı bir strateji satılan miktarın artmasına yol açıyorsa, o zaman bu, rekabet edebilir olarak düşünülmelidir.

Müşteriler arasında ayırım yapmanın bir başka yolu da indirim planları oluşturmaktır. İndirimler genellikle, bazı ölçek ekonomilerinin (örneğin nakliye sırasında) toplam birim maliyetinde bir azalmaya yol açtığı büyük tekli siparişlere işaret eder. Bir müşteri tarafından belirli bir dönemde, örneğin bir yıl içinde verilmiş olan toplam siparişler ile ilgili olarak diğer indirim türleri verilir. Böyle bir etki, hakim bir firmanın birçok ürün satması ve iskonto şemasının, satın alınan her bir ürünün miktarından bağımsız olarak tüm satışlar için faaliyet göstermesi durumunda büyük ölçüde artmaktadır.

Özellikle uzun vadeli sözleşmelerle yüklendiğinde giriş maliyetlerini artırabilecek olsalar da, indirim planları güçlü bir rekabet aracıdır ve normal olarak tüketicilere fayda sağlar. Üstelik, bir firmanın müşterilere önemli ölçüde maliyet düşürme yapmasına izin vermelerinden ötürü, verimlilik nedenleriyle gerekçelendirilebilir.

İndirimler, yalnızca diğer rakiplerden satın almayı kabul etmeyen müşterilere verilirse, böylece giriş engellerini arttıran, özel sözleşmelere benzer hale gelirse kısıtlayıcı olabilir. Ancak bu durumda, önemli olan, bu tür sözleşmelerin münhasır yönüdür (ne kadar bağlayıcı ve ne kadar uzlaşmazlık münhasırlık maddesidir). Aslında, indirim şemalarının kısıtlılığı, duruma göre analiz edilmeli ve yeni girenlere ve tüketicilerin uğradığı dezavantajlara bağlı oldukları maliyetlere göre değerlendirilmelidir.

Ayrımcılığın Tespitinde Tarafların Önemi

Bu incelemenin sebebi satıcılar ile satıcı¹⁹³ ve müşteri¹⁹⁴ arasındaki ilişkiler arasındaki ayırmadan bahsetmektir. Yukarıda belirtildiği üzere, Rekabet Kanunu'nun 6.2 / b maddesinde, ayrımcılığın ayrımcılığa uğraması için alıcıların birbirleriyle rekabetçi bir şekilde kötüye kullanılması gerekmemektedir. Bu çerçevede, sonuç hem Kılavuz'un 102 / c maddesinin hem de Rekabet Yasası'nın 6.2 / b maddesinin uygulanmasının, sadece alıcılar iştirak edildikleri ve

¹⁹³ Business-to-Business. (B2B)
¹⁹⁴ Business-to-Consumer. (B2C)

işlemlerin B2B olduğu durumlarda suiistimal konusu olabileceğidir. Başka bir deyişle, tüketici ayırıcı uygulamaları kapsam dışıdır). Son tüketiciler birbirleriyle rekabet etmedikleri için, bu anlamda ayırıcı uygulamalarla birbirlerine karşı dezavantajlı olamazlar.¹⁹⁵ Bu kapsamda Komisyon 1998 Football World Cup¹⁹⁶ kararındaki ayırıcılık; futbol seyircilerinin birbirlerine karşı rekabet etmeleri sözkonusu olmadığı geçerli olmaz.¹⁹⁷

BÖLÜM -4-

KÖTÜYE KULLANMADAN DOĞAN SORUMLULUK

HAKİM DURUMDAKİ TEŞEBBÜSLERİN DİĞER ŞİRKETLERE GÖRE KONUMU

Rekabet hukuku bağlamında, hâkim durumdaki teşebbüsler, başkalarına yüklenmeyen bazı özel sorumluluklara tabi olabilir. Bu durum, hakim durumun mevcudiyetine bağlı olarak ilgili pazarda rekabeti azaltmayı önlemeye yönelik tedbirler olarak düşünülebilir. Rekabet Kurulu'nun Karbogaz¹⁹⁸ kararı aşağıdaki tespit ve ifadeleri içermektedir;

“Karbogaz A.Ş. bu stratejisini hayata koyduğu 1997 yılında tekele yakın bir konumdadır. Daha sonra pazar payında azalmalar meydana gelmişse de pazardaki hakim durumunu sürdürebilmiştir. Bu çerçevede, her ne kadar önemli ölçüde kendi iç etkinliği ile bu pazar gücünü elde etse dahi, hakim durumdaki teşebbüslerin taşımaları gereken “özel sorumluluk ” bağlamında pazarda kendi iç etkinliği dışında eylem ve işlemlerle zaten sınırlı olan rekabet koşullarını daha da sınırlandırmamak Karbogaz A.Ş. üzerine düşen önemli bir sorumluluktur. ”

¹⁹⁵ Aksi görüş ve konuyla ilgili detaylı açıklamalar için bkz. AKMAN, P., “To Abuse or not to Abuse: Discrimination between Consumers”, *CCP Working Paper*, 06-18, s. 14.

¹⁹⁶ 1998 World Football Cup, OJ 2000 L 5/55.

¹⁹⁷ ÖZTUNALI; “Ancak AB Komisyonu'nun bazı kararları nihai tüketicilere yönelik ayırıcı uygulamaları ihlal kabul ederek çelişkili bazı durumlar ortaya çıkarmaktadır. Bu kapsamda Komisyon 1998 Football World Cup¹⁹⁷ kararında, Fransız Futbol Otoritesi'nin Fransa dışından gelen seyirciye yönelik ayırıcı uygulamaları kötüye kullanma sayılmıştır. Bu olayda, futbol seyircileri teşebbüs olmayıp, birbirlerine karşı rekabette dezavantajlı konuma gelmeleri söz konusu değildir. Komisyon her ne kadar kararda, 102/a (eski 82/a) ve 102/b (eski 82/b) maddelerine yönelik bir durumdan söz etmiş olsa da, konunun etkileri bakımından Fransa dışında ikamet eden seyircilere yönelik bir ayırıcılık ortaya çıkmıştır. Anılan kararın temyiz edilmemiş olması dolayısıyla mahkemelerin konuya yaklaşımı bilinmemektedir.”

¹⁹⁸ 01.12.2005 tarih ve 05-80/1106-317 sayılı Rekabet Kurulu kararı.

Danışmanın sorumluluğunu üstlenen teşebbüslerin özel sorumluluğu bakımından Danıştay kararının Cine5¹⁹⁹ kararı;

“Yasa ile rekabeti bozucu davranışların yasaklanması amaçlandığından, hakim durumdaki işletmenin kendisine yarar sağlamamasına karşın, doğrudan rekabeti sınırlayıcı davranış içine girmesi Yasa kapsamı içinde kötüye kullanma kabul edilebilecektir. Bu itibarla rekabet kuralları ile genelde hakim durumdaki teşebbüslerin faaliyetleri kontrol altına alınmakta ve bu teşebbüslerin serbest rekabetin gereklerine uygun davranmaları sağlanmaktadır. Bu bağlamda, Rekabet Kurulu piyasadaki hakim gücü yasaklamamakta, ancak sahip oldukları ekonomik güç nedeniyle hakim durumda bulunan teşebbüslere rekabetin sınırlanmamasına yönelik olarak özel sorumluluk yüklemektedir.”

ifadeleri bulunmaktadır.

TEKELCİ REHAVETİ İÇERİSİNDE OLMAK VE KÖTÜYE KULLANMA AYRIMI

Rekabet Kanunu'nun 6.2 / e maddesinde, üretimin, pazarlamanın veya teknik gelişmenin tüketicinin zararına kısıtlaması, hakim durumun kötüye kullanılması örneklerinden biri olarak kabul edilir. Tekelci piyasa yapısına yaklaşırken, piyasadaki üretim miktarının azalması, fiyatların artması. Bu şüphesiz tüketicinin zararındır. Bazı durumlarda, teşebbüsler rakip pazarların aksine yeni teknolojiler geliştirmek ve kullanmak konusunda isteksiz olabilirler. Bu durumun en tipik örneği, sözde et tekeli kısıtlama Bu'da görülebilir. Öte yandan, Schumpeter'e göre²⁰⁰, teknolojik yenilikler piyasa gücüne sahip firmalar ve özellikle tekeli pazar yapılarında görülebilir. Yazar bu durumu, tekeli karın bu yönde kullanılacak kaynakları yarattığı gerçeğine bağlamıştır. Çünkü rekabetin yüksek olduğu pazarlarda faaliyet gösteren şirketler daha az kar marjına sahiptir.

Hakim durumun kötüye kullanılması olarak düşünülebildiği ölçüde, tekeli piyasa yapısının özelliklerinden ayırt edilmesinin çok zor olacağı düşünülmektedir, ancak Rekabet Kurulu'nun üretim / pazarlama kısıtlaması. Öte yandan, tekeli piyasalarda görülebilecek yeni teknolojilerin geliştirilmesi ve kullanılması konusundaki isteksizliğe müdahale etmek çok tartışmalı bir konudur. Çünkü, bu durumda, bir işletme piyasa koşullarına göre hangi teknik standartların kullanılacağına karar verebilmelidir. Bir bakıma, müdahale, müdahalenin ötesinde fiyatta görülebilir. Ancak, bizim düşüncemizdeki hakim teşebbüsün, bilinçli olarak

¹⁹⁹ 2001/E., 2003/4245 K. sayılı karar.

²⁰⁰ SCHUMPETER, J. A. (1942), *Capitalism, Socialism, and Democracy*, Harpers & Bro, New York.

kullandığı teknolojilerle çağın çok gerisinde kalması halinde, teknik süreçleri ve iş süreçlerinde ilerlemeyi içermez (bu durum piyasanın tek el veya çok keskin olması durumunda olabilir). Doğal tek el). 6.2 / e çalıştırılabilir. Ancak, görüşümüze göre, çok hassas eylemler yapılmalıdır. Türkiye'de bu uygulama hakkında net bir karar olmamasına rağmen, AB'de genel uygulama örneklerinde tek elci kayıtsızlığın cezalandırılması için yol açmaktadır. ABAD, Höfner & Elser ve Afecrato²⁰¹ kararında, Alman Federal İstihdam Bürosu'nun üst düzey yöneticilerin işe alınmasına ilişkin yasal bir tek el olmasına rağmen, bunu doğru bir şekilde yapamadıkları takdirde bir suiistimal olarak değerlendirilebileceğini belirtildi. Benzer şekilde, Mercı Convenzionali Porto di Genova ve Siderúrgica Gabriel li kararında²⁰² ulusal yasaların sağladığı tek elin tek elinde modern teknolojilerin kullanılmasının reddedilmesi, ABAD tarafından kötüye kullanım örneklerinden biri olarak kabul edilmiştir. Bu bağlamda son zamanlardaki Microsoft²⁰³ kararında, Komisyon, yeniliğin tüketicinin Microsoft'un hareket etmeyi reddetmesine zarar vermesiyle sınırlı olduğu sonucuna varmıştır.²⁰⁴

²⁰¹ Case C-41/90, (1991) ECR I-1979, (1993) 4 CMLR 306.

²⁰² Case C179/90, (1991) ECR 5889.

²⁰³ Microsoft, OJ 2007 L 32/23. Case T-201/04, Microsoft v Commission (2007) ECR II-3601.

²⁰⁴ (İlk yorum için Temmuz 1994 tarihli rıza kararname) Microsoft durumunda, U.J.S. Adalet Bakanlığı ve M: icrosoft, Microsoft'un antitröst yasalarını ihlal ettiği yönündeki iddiaları, bilgisayar üreticilerinin ABD hukuku, "dolandırıcılık pozisyonunu kötüye kullanma" hükmünü ihlali içermese de, bu soruşturma bu kategoriye girecektir, çünkü Microsoft, izin anlaşmasına varıldığı sırada kişisel bilgisayar işletim sistemlerinin lider sağlayıcısıdır.

Departman tarafından yapılan merkezi iddia, Microsoft'un kişisel bilgisayarı (PC), Microsoft'un yalnızca işletim sistemlerini içeren bilgisayarları sattıklarında değil, aynı zamanda Microsoft'a ödeme yapmak zorunda kaldıkları, rekabete aykırı, uzun vadeli lisanslar üretmesini sağlayan tek elci gücü kullanmasıydı. Microsoft dışındaki işletim sistemlerini içeren bilgisayarları sattıklarında. Bu rekabete aykırı uzun vadeli lisanslar, Microsoft'un tek elini korumasına yardımcı oldu. Rekabet eden işletim sistemlerinin bilgisayar üreticilerine erişimini engelleyerek, Microsoft'un dışlayıcı lisansları yeniliği yavaşlatır, fiyatları artırır ve rakip PC işletim sistemlerinde tüketicileri etkili bir seçimden mahrum eder. ²⁰⁴

Kısacası, Microsoft soruşturması çok yönlü olmasına rağmen, merkezi iddialar Microsoft'un işletim sistemleri için pazarda pazar gücüne sahip olduğu; Microsoft, bilgisayarların aslında bir Microsoft işletim sistemi içerip içermediğine bakılmaksızın, üreticinin gönderdiği her bilgisayarda Microsoft'un işletim sistemi için ödeme yapmasını gerektiren imalatçılarla uzun süreli sözleşmeler yaptı; bu sözleşmeler işletim sistemi pazarında Microsoft rakiplerinin maliyetleri; ve sonuçta meydana gelen etki rekabeti azalttı. Onay anlaşması, Microsoft'un bu tür sözleşmelere girmesini yasaklar.

ABD antitröst topluluğunda, Microsoft'un uygulamalarının ekonomik etkileriyle ilgili bazı tartışmalar var. Microsoft'un antitröst yasalarını ihlal etmediği sonucuna varanlar, diğer

Tekel bağlantısı kapsamında ele alınabilecek bir diğer konu ise ecek verimsizliktir. Rekabet Kumlu uygulamalarda, yalnızca verimsizliğe dayalı herhangi bir istismar konusunda karar bulunmamaktadır. Ancak, yukarıda bahsedilen BELKO kararında, teşebbüsün herhangi bir kazanç elde etmemesine rağmen, yüksek fiyat uygulamasının kötüye kullanılması olarak değerlendirilmiştir. TEDAS²⁰⁵ kararında, kurum, hakim mankenlerdeki teşebbüsün maliyetlerindeki verimsizliğe bağlı olarak ortaya çıkabilecek aşırı fiyatların, maliyetlerin azaltılması mekanizmalarının geliştirilerek çözülebileceğini vurgulamıştır.

KARTELEŞME

Kartel, oligopolistik bir endüstride şirketler arasında resmi bir anlaşmadır. Kartel üyeleri, fiyatlar, toplam sanayi üretimi, pazar payları, müşterilerin tahsisi, arazilerin tahsisi, teklif arzı, ortak satış acentelerinin kurulması ve bunların kar dağıtımı veya bunların kombinasyonu gibi konularda hemfikir olabilirler. Kartel, bu geniş anlamda “açık” gizli anlaşma biçimleriyle eş anlamlıdır. Karteller, üye firmaların karşılıklı yararı için oluşturulmuştur. "Kooperatif" oligopol teorisi, kartellerin oluşumunu ve ekonomik etkilerini analiz etmek için bir temel oluşturur. Genel olarak bakıldığında, karteller ya da kartel davranışı, sanayi üretimini kısıtlayarak, daha yüksek karlar elde etmek için fiyatları yükselterek ya da sabitleyerek, tekelleşmeye çalışır. Kamu ve özel karteller arasında bir ayırım yapılmalıdır. Kamu kartelleri durumunda, hükümet fiyatlar, çıktılar ve diğer konularla ilgili kuralları kurabilir ve uygulayabilir. Karteller ve nakliye konferansları ihraç etmek kamu kartellerinin örnekleridir. Birçok ülkede, fiyat ve üretim istikrarı gerektirdiği düşünülen endüstrilerde ve / veya sanayi yapısının ve aşırı kapasitenin rasyonelizasyonuna izin vermek için depresyon kartellerine izin verilmiştir. Örneğin Japonya'da, çelik, alüminyum eritme, gemi inşaatı ve çeşitli kimyasal endüstrilerde bu tür düzenlemelere izin verilmiştir. 1930'lardaki depresyonda Birleşik Devletler'de kamusal karteller de izinliydi ve II. Dünya

şeylerin yanı sıra Microsoft'un sözleşme uygulamalarının hiçbir şey yapmadığını iddia etmektedir.

Daha büyük miktarlarda alım yapmaya istekli alıcılar için daha düşük fiyat belirlenir. Hacim indirimleri daha düşük fiyatlara yol açtığı için, bunlar genellikle rekabet karşıtı (antitröst) yasalarının ihlal edildiği anlamına gelmez. Microsoft'un uygulamaları üzerindeki davalar, bu “rıza” kararnamesinin yürürlüğe girmesinden sonra devam etti. 1998 yılında Adalet Bakanlığı, şirkete karşı yeni suçlamalar açtı.

²⁰⁵ 30.04.2002 tarih ve 02-26/262-102 sayılı Rekabet Kurulu kararı.

Savaş'ndan sonra kömür madenciliği ve petrol üretimi gibi sektörlerde bir süre devam etti. Savaş karşıtı dönemde karteller de Alman ekonomisinde büyük rol oynamışlardır. Kahve, şeker, teneke ve daha yakın zamanda petrol (OPEC: Petrol İhraç Eden Ülkeler Organizasyonu) gibi ürünleri kapsayan uluslararası emtia sözleşmeleri, farklı ulusal hükümetler arasında kamuoyu ile anlaşmaya varılmış uluslararası kartellerin örnekleridir. Kriz kartelleri ayrıca, hükümetler tarafından farklı ülkelerdeki çeşitli sanayi veya ürünlere yönelik olarak, fiyatları ve rasyon üretimini ve akut kıtlık dönemlerinde dağıtımını sağlamak amacıyla organize edilmiştir. Buna karşılık, özel karteller, üyelerin karşılıklı yarar sağladıkları ancak dışarıdan taraflarca bilinmediği veya tespit edilemediği şartlar ve koşullar hakkında bir anlaşmayı gerektirir. Çoğu yargı alanındaki özel karteller yasadışı ve antitröst yasalarını ihlal ediyor olarak görülüyor. Başarılı karteller, ister kamu ister özel olsun, üyeler arasında “mutabakat”, “koordinasyon” ve “uyum” gerektirir. Bu, kartel üyelerinin, bir sözleşmenin ihlal edildiği zaman anlaşmayı tespit edebilmesi ve anlaşmayı ihlal edenlere karşı yaptırımlar uygulayabilmesi gerektiği anlamına gelir. Bu koşullar kolayca karşılanmamaktadır ve bu genellikle kartellerin neden zaman içinde parçalanmaya eğilimli olduğunu açıklamaktadır.²⁰⁶

Ülkemizde, Türkiye Cumhuriyeti, Anayasanın 167. Maddesi, piyasadaki rekabet durumunun sağlıklı bir şekilde sağlanmasının gereğini belirtmiştir. Ay Md 167 aşağıdaki gibidir; “Devlet, para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemlerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirler alır; piyasalarda fiili veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önler.”

Anayasa hükmü 1982'den beri geçerli olmakla birlikte, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun yürürlüğe girmesi ve pazarlardaki rekabetin korunması 13.12.1994 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Ancak, Rekabet Kurulu'nun kurulması zaman alıcıdır ve ancak personel ve ikincil mevzuat hazır olduktan sonra 05.11.1997 tarihinde faaliyete geçmiştir.

Rekabet Hukuku'nda, öncelikli olarak 4 ve 6'ncı Maddeler olmak üzere iki engelleyici madde ortaya çıkmaktadır. 4 madde; Rekabet, 6. Maddeyi düzenlerken, rekabeti, uyumlu eylemi ve dernek kararlarına getirilen yasağı kısıtlamaktadır; Hakim durumun kötüye kullanılması yasaktır. Bütün bunlara ek olarak, Madde 7, hâkim durum yaratan veya mevcut hâkim durumu güçlendiren konsantrasyonların önlenmesi ile ilgili konuları ele almaktadır.

Rekabet hukuku kısaca tanımlanırsak, rekabetin korunması için tüm yasal kurallardan oluştuğunu söyleyebiliriz. Devletin rekabetçi piyasayı düzenlemesi bir zorunluluktur. Bu sebeple rekabet hukuku, kamu hukuku niteliğinde bir hukuk dalıdır. Ayrıca, rekabetin

²⁰⁶ Ayrıca Bkz.: G.J. Stigler, "A Theory of Oligopoly," Journal of Political Economy, Vol. 72(1), February, 1964, pp. 44-61; D.K. Osborn, "Cartel Problems," American Economic Review, Vol. 66, September, 1976, pp. 835-844; and F.M. Scherer and D. Ross, Industrial Market Structure and 20 Economic Performance, Houghton Mifflin Co., Boston, 1990, Chs. 7 and 8.

bozulmasından mağdur olanların tazminat talebinde bulunma hakları olduğu için özel bir yasal yön bulunmaktadır.²⁰⁷

6. Maddenin İhlalinin Sonuçları

Hakim teşebbüslerin hâkim durumların kötüye kullanılması, hem Rekabet Kurulu hem de özel hukuk için önemli sonuçlar doğurabilir. Rekabet Kurulundan önce karşılaşılabilecek en önemli sonuç, egemen tüzüğü kötüye kullanan teşebbüslere verilecek idari para cezasıdır. Sonuç İhlal kabiliyetinin sona ermesi bu bağlamda ortaya çıkabilecek bir başka sonuç olarak düşünülebilir. Özel hukukun sonuçları, malın geçersizliği “ve” tazminat yükümlülüğüdür. Bu konular Rekabet Yasası'nın 56 - 59. maddeleri ile düzenlenmiştir.

Para Cezaları

Rekabet Kanunu'nun 16. maddesine göre, Rekabet Kurulu, hâkimleri kötüye kullanan teşebbüs kararları tarihinden itibaren bir önceki mali yılın cirosunun yüzde onuna kadar idari para cezası verir. Metnin ilgili bölümü şöyledir;

“Bu Kanunun 4, 6 ve 7’nci maddelerinde yasaklanmış davranışlarda bulunanlara, ceza verilecek teşebbüs ile teşebbüs birlikleri veya bu birliklerin üyelerinin nihai karardan bir önceki mali yıl sonunda oluşan veya bunun hesaplanması mümkün olmazsa nihai karar tarihine en yakın mali yıl sonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayri safi gelirlerinin yüzde onuna kadar İdarî para cezası verilir. ”

şeklindedir.

Ceza hükmünün hesaplanmasında, 2 nci maddesinde basıldıktan sonra yürürlüğe giren hâkim durumun kötüye kullanılması durumunda verilecek olan Rekabet Kısıtlamaları, Uyumlu Faaliyetler ve Kararlar ile Cezalar Hakkında Yönetmelik hükümleri 14 (tarih Ceza Yönetmeliği Ver). 15.02.2009 tarihli ve 27142 sayılı Resmi Gazete, esas alınacaktır. Temel paragraf 4 ve 5. Maddelere uygun olarak hesaplanır. Temel ceza, her davranış için ayrı ayrı birden fazla bağımsız davranış piyasa, kalite ve kronolojik süreç olarak belirlenirse hesaplanır.²⁰⁸

Hakim durum ihlalleri için temel para cezaları, cironun yüzde beşiyle üçü arasında belirlenir. Temel ceza oranını belirledikten sonra, ağırlaştırıcı ve hafifletici faktörler dikkate alınarak ceza oranı artırılabilir veya azaltılabilir.

²⁰⁷ ÖZTUNALI A. S. 36; GÜL, İ. (2000), Teşebbüsün Alıcılarına Ayrımcılık Yaparak Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara, s. 5.

²⁰⁸ <http://www.rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT%2fDocuments%2fY%25c3%25b6netmelik%2fyonnetmelik9.pdf>.

Ağırlaştırıcı unsurlar, Ceza Kanunu'nun 6. Maddesinde aşağıdaki şekilde belirtilmiştir.

“ 1) Temel para cezası,

a) İhlalin tekerrürü halinde, her bir tekrar için,

b) ...yarısından bir katına kadar artırılır.

2) Temel para cezası,

a) Kanunun 4,üncü veya 6'ncı maddeleri kapsamında ortaya çıkan rekabet sorunlarının giderilmesine yönelik olarak verilen taahhütlere uyulmaması halinde, yarısından bir katına kadar,

b) İncelemeye yardımcı olunmaması halinde yarısına kadar,

c) Diğer teşebbüslerin ihlale zorlanması gibi hallerde dörtte bire kadar artırılabilir.

Mevzuatın önceki ihlallere özel dikkat gösterilmesi ve her bir önceki ihlal için temel cezanın en az yarısının en fazla yarısı kadar artırılması öngörülmektedir. Kurulun bu bağlamda temel para cezasını artıracak herhangi bir takdiri bulunmamaktadır. Ancak, Ceza Yönetmeliği 6/2. Madde 2'deki ağırlaştırıcı hususlar bakımından Kurulun arttırmadığı bir takdir yetkisi bulunmaktadır. Ceza Tüzüğü'nün 7. Maddesi hafifletici unsurları içermektedir. Bu bağlamda, belirli koşullar taşınırsa, oran azaltılabilir. Madde 7 aşağıdaki şekilde yazılmıştır.

“ (1) Temel para cezası, yasal yükümlülüklerin yerine getirilmesi haricinde incelemeye yardımcı olunması, ihlalde kamu otoritelerinin teşvikinin veya diğer teşebbüslerin zorlamasının bulunması, zarar görenlere gönüllü olarak tazminat ödenmesi, diğer ihlallere son verilmesi, ihlal konusu faaliyetlerin yıllık gayri safi gelirler içerisindeki payının çok düşük olması gibi haller ilgili teşebbüs veya teşebbüs birliği tarafından ispatlanırsa, dörtte bir ile beşte üç arasında indirilebilir.

(2) ...

(3) Diğer ihlalleri gerçekleştiren teşebbüs veya teşebbüs birliklerinin ihlallerini kabul ederek, aktif işbirliğinde bulunmaları halinde, para cezası altıda bir ile dörtte bir arasında indirilir. ”

İskonto oranları ile ilgili olarak, birinci fıkrada belirtilen hususların mevcudiyetinde bir azaltma yapıp yapılmayacağı Kurulun inisiyatifine bırakılmışsa, suiistimal şeklinde bir ihlalin varlığının tek bir kişi tarafından azaltıldığı düşünülmektedir. hakim durumdaki teşebbüsler için bire altıdan dörtte bir orana kadar.

Ceza Kanunu'ndaki temel ceza oranları incelendiğinde, en ağır suç türünün bakıl kartel Ceza olduğu görülmektedir. Bu nedenle, kartellere uygulanacak temel ceza

oranının asgari düzeyi yüzde iki olarak belirlenir. Öte yandan, hakim durumun kötüye kullanılması da dahil olmak üzere tüm diğer ihlal biçimleri için asgari ceza oranı binde beştir.

Rekabet Kurulu tarafından Madde 6'nın ihlali ile ilgili verilen ilk cümle Cine 5 kararında verilmiştir. Söz konusu karar ile, Cine 5'in kötüye kullanma gerekçesiyle hakim durumun kötüye kullanılması 49.387.577.457 TL. idari para cezaları.

Hakim pozisyonun kötüye kullanılması için verilen en yüksek ceza 412.015.081,24 TL olup, 2013 yılında şirketin cirosunun% 1'ine tekabül eden Tüpraş²⁰⁹ kararına karşılık gelmektedir.

İhlale Son Verme / Tedbir Kararları

Rekabet Kurulu'nun hakim durumun kötüye kullanılması ile ilgili olarak alınabilecek bir başka karar ise Rekabet'in ihlali sona erdirilmesi ile ilgilidir. Kurul, Rekabet Kurulu'nun Yönetim Kurulu'na atanır. Kanunun 9 uncu maddesi aşağıdaki gibidir.

M Kurul, bu Kanunun 4, 6 ve 7. maddelerinin ihlali, şikayet veya Bakanlık talebi üzerine ihlal edildiğini tespit ederse, ilgili teşebbüs veya teşebbüsler Dördüncü Madde hükümleri çerçevesinde yürütülür. İhlalden önce, rekabetin tesis edilmesi ve durumun korunması için bu Yasanın Bölümü. veya kaçınılması gereken davranışları kapsayan bir karar.

Meşru bir ilgisi olan gerçek ve tüzel kişiler şikayette bulunabilir. İlk fıkraya uyarınca karar almadan önce Kurul, yazılı olarak taahhütlü veya teşebbüslere yazılı olarak görüş bildirir.

Kurul, ihlalden önceki durumun korunacağına ve nihai karara kadar ciddi ve telafisi mümkün olmayan zararların meydana gelebileceği durumlarda nihai kararın kapsamını aşmayacak şekilde geçici tedbirler alabilir.

Yukarıdaki hüküm uyarınca, Rekabet Kurulu ihlalleri sona erdirmek için teşebbüslere her türlü davranışsal yükümlülükleri yükleyebilir.

Bu bağlamda Kurul, hâkim durumdaki teşebbüslerin, bağlayıcı veya münhasırlık gibi yasaklama uygulamaları ve teşebbüslere getirilen yükümlülükler gibi düzenleyici önlemler olarak kullanımını yasaklayarak yasaklayıcı önlemlere başvurabilir.

²⁰⁹ 17.01.2014 tarih ve 14-03/60-24 sayılı Rekabet Kurulu kararı.

Rekabet Kurumu'nun, ihlalin durdurulması için herhangi bir davranışsal önlem üzerinde karar verme yetkisine sahip olduğuna kuşku yoktur. Ancak, Kurul, Yönetim Kurulunun, şirketin yapısı gibi, piyasa yapısını etkileyebilecek yapısal önlemleri uygulama yetkisine sahip olup olmadığı konusunu açık bir şekilde açıklamadığı halde, Yönetim Kurulu TTAŞ (ISS) ²¹⁰ hakkında verilen kararda aşağıdaki ifadeyi almıştır.

“Davranış, Kanunun 9 uncu maddesinin birinci fıkrasında, Yönetim Kurulu ... eğer işbu Yasanın ihlal edildiğini tespit ederse ... yerine getirilmesi veya önlenmesi için davranışları içeren bir karar bildirmektedirler. Rekabet Kurulu, yapısal önlemleri almaya tamamen yetkilidir. ”

İfade biçiminde, Konsey ayrıca gerekirse yapısal önlemlere de başvurabilir. Ancak, bu durumun Kanunda açıkça tanımlanmış bir otorite olmaması ve dahası, yapısal önlemlerin uygulanmasındaki zorluklar, yapısal önlem konusunu tartışmalı hale getirmektedir.²¹¹

Rekabet Kurulu'nun yapısal önlem almaya yetkili olmadığı iddia edilmektedir. Ayrıca Boztosun²¹², Rekabet Kurulu'nun varlıkların bölüştürülmesi veya varlıkların devredilmesi gibi konularda üçüncü şahıslara da rekabet edip etmediğinin tartışmalı olduğunu ve bu tür meselelerin mülkün korunması ve korunmasıyla ilgili genel hukuk ilkeleri ışığında çözülmesi gerektiğini düşünmektedir. kamu düzeni ve Anayasanın ilgili hükümleri.

Ancak, Rekabet Kanunu'nun 7. Maddesi uyarınca izin verilen birleşme ve devralma süreci²¹³, kaygıları bir şekilde dile getirebilir. Hakim durumun

²¹⁰ tarih ve 02-60/755-305 sayılı Rekabet Kurulu kararı. Bu kararın Danıştay tarafından iptal edilmesi üzerine alınan 05.01.2006 tarih ve 06-02/47-8 sayılı Rekabet Kurulu kararı alınmıştır.

²¹¹ Nitekim, Rekabet Kurulu'nun İç Anadolu-Akdeniz Marmara Çimento kararı; “...*(yapısal tedbir) işletmelerdeki hisselerinizi satın veya işletmeleri paylaşın demektir. İşte böyle bir yapısal tedbiri almaya veya böyle bir sonuca götürecektir kararı vermeye 4054 sayılı Yasa imkan tanımamaktadır. Böyle bir sonuç, Rekabet Kurumunun yetkisi olmadığı halde, şirketleri parçalama...gibi yasalarda bulunmayan bir yetkiyi kullanması anlamına gelir ki, bunun rekabet açısından olumsuz etkisi olacağını söylemek zor değildir.* ”

²¹² ÖZTUNALI A. S.165; BOZTOSUN, N. A. (2002), *Fikri Mülkiyet Hukuku ile Rekabet Hukukunun Teknolojik Yenilikleri Teşvikteki Rolü*, Seçkin Yayınevi, Ankara, s.297.

²¹³ Bununla ilgili; Birleşme / Devralma Prosedürlerinde Kabul Edilebilir Çözümler Rehberi; 2011’de yayımlanan kılavuza; <http://www.rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT%2fDocuments%2fKilavuz%2fkilavuz15.pdf> adresinden ulaşılabilir.

güçlendirilmesi, Rekabet Kurulunun tarafların önerdiği teklifler kapsamında mal varlıklarının mal varlıklarının elden çıkarılması şeklinde yapısal önlemler alabileceği ifade edilmektedir. Görüşümüze göre, tarafların henüz ileriye dönük bir bakış açısı olarak görülmeyen birleşme ve devralmalarda önerilmesine rağmen, Yönetim Kurulu kararı ile uygulanabilecek yapısal önlemler bulunmaktadır.²¹⁴

Rekabet Kurulu'nun yapısal önlem almaya yetkili olmadığı iddia edilmektedir. Boztosun²¹⁵, ayrıca, Rekabet Kurulu'nun varlıkların bölüştürülmesi veya varlıkların devredilmesi gibi konularda üçüncü şahıslara da rekabet edip etmediğinin tartışmalı olduğunu ve bu tür meselelerin mülkün korunması ve korunmasıyla ilgili genel hukuk ilkeleri ışığında çözülmesi gerektiğini düşünmektedir. kamu düzeni ve Anayasanın ilgili hükümleri.

Bununla birlikte, Rekabet Yasası'nın 7. Maddesi kapsamında, Rekabet Edebilirlik Rekabetçiliği Çözümleri Kılavuzu'nda 2011 yılında yayınlanan bir birleşme ve devralma prosedürü, Rekabet Edebilirlik Sözleşmesi'nde Kabul Edilebilir Çözümler Hakkında Bir Yönerge: Hakim bir pozisyonu güçlendirecek şekilde, Rekabet Kurulu'nun tarafların önerdiği teklifler kapsamında malvarlığı tarafından tarafların elden çıkarılması gibi yapısal önlemler alabileceği belirtilmektedir.²¹⁶ Görüşümüze göre, henüz gerçekleşmemiş birleşme ve devralmalarda taraflarca önerilmesine rağmen, Kurul kararıyla uygulanabilecek yapısal önlemlerin uygulanması nispeten kolaydır. Bu, 7. Madde bağlamında belirli bir dereceye kadar açıklığa kavuşturulmuş olsa da, Rekabet Kurulu'nun Kanunun 4 ve 6. Maddelerine uygun olarak yapısal

²¹⁴ “Kanun'un 9. maddesinin birinci fıkrasında ‘Kurul...bu Kanunun ihlal edildiğini tespit ederse...yerine getirilmesi ya da kaçınılması gereken davranışları kapsayan bir kararı bildirir. ’ şeklinde açıkça yer verildiği üzere Rekabet Kurulu yapısal tedbirler alma konusunda tam yetkili kılınmıştır. ” İfade biçiminde, Konsey ayrıca gerekirse yapısal önlemlere de başvurabilir. Ancak, bu durumun Kanunda açıkça tanımlanmış bir otorite olmaması ve dahası, yapısal önlemlerin uygulanmasındaki zorluklar, yapısal önlem konusunu tartışmalı hale getirmektedir. Nitekim, Rekabet Kurulu'nun İç Anadolu-Akdeniz-Marmara Çimento kararında bir karşı oylamada; “ ...(yapısal tedbir) işletmelerdeki hisselerinizi satın veya işletmeleri paylaşın demektir. İşte böyle bir yapısal tedbiri almaya veya böyle bir sonuca götüreceğiz kararı vermeye 4054 sayılı Yasa imkan tanımamaktadır. Böyle bir sonuç, Rekabet Kurumunun yetkisi olmadığı halde, şirketleri parçalama...gibi yasalarda bulunmayan bir yetkiyi kullanması anlamına gelir ki, bunun rekabet açısından olumsuz etkisi olacağını söylemek zor değildir. ”

²¹⁵ ÖZTUNALI A. S.166; BOZTOSUN, N. A. (2002) *Fikri Mülkiyet Hukuku ile Rekabet Hukukunun Teknolojik Yenilikleri Teşvikteki Rolü*, Seçkin Yayınevi, Ankara, s.297.

²¹⁶ Yoğunlaşmalarda Çözümler Kılavuzu, s. 7-10.

<http://www.rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT%2fDocuments%2fKilavuz%2fkilavuz15.pdf>.

önlemler alabileceği ve nasıl uygulanabileceği tartışmalıdır. Bunun temel nedeni, varlıkların devri veya şirket parçalanmasına ilişkin yapısal önlemlerin, Madde 7'nin aksine, 6 (ve 4) Maddesi bakımından mevcut bir yapıdan uygulanması zor olduğu düşünülmektedir.

Geçersizlik

Rekabet Kanunu'nun 56/1. Madde, "Bu Kanunun 4 üncü maddesine aykırı herhangi bir eylem geçersizdir, teşebbüs birliklerinin kararı icra edilemez. Madde 64. aykırı Rekabet Yasasının 4. maddesine aykırı hüküm ve kararlar geçersizdir.

56. madde, Kanunun 4 üncü maddesine aykırı sözleşmelerin geçersiz olduğunu ve hakim durumun kötüye kullanılması ile ilgili hüküm bulunmadığını belirtir. 6. maddeye aykırı uygulamaların geçersiz olup olmadığı konusunda belirsizlik vardır.²¹⁷ Sanlı, 6. Maddenin kamu düzenini korumayı amaçladığını ve bu hükmün aksine hukuki düzenlemelerin geçersiz olacağını belirtmektedir.²¹⁸ Ancak metinden çıkarılan anlama göre, 6. maddeye aykırı herhangi bir işlemi tersine çevirmiştir; ve geçersizliğin idari açıdan maliyetli olması amacıyla etkisiz kalması gündeme gelir.^{219 220}

Tazminat Yükümlülüğü

Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK)²²¹ 49. Maddesi, herhangi bir hukuka aykırı veya kusurlu ihlali olan veya ihmal eden herhangi bir kimsenin bu zararı telafi etmek zorunda

²¹⁷ İşlemin geçersiz olması o işlemin hukuki sonuç doğurmasını getirir (TBK. m. 27). Rekabet Kanunu'nun Geçersizlikle ilgili bölümünde (m. 56), Kanun'un 5. maddesine ilişkin herhangi bir husus bulunmamaktadır. Kanımızca bu durum bir eksikliktir. Çünkü 4. maddeye aykırı bir anlaşmanın bir grup muafiyeti tebliği kapsamında olması ya da 5. maddede belirtilen bireysel muafiyet şartlarını taşıması durumunda, anlaşma hukuki olarak geçerli olacaktır.

²¹⁸ ÖZTUNALI A. S.168; SANLI, K. C. (2013), "Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları: Genel Bakış ve Sorunlar" *Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları Sorunlar ve Çözüm Önerileri Sempozyumu*, XII Levha, İstanbul, s. 30-31.

²¹⁹ Benzer şekilde Aksoy, 6'ncı maddeye aykırı işlemlerin geçersiz kılma rejimine tabi olabileceğini belirtmektedir. Konuyla ilgili olarak, yazar, "Kanunun geçersizliğiyle ilgili 6. Maddeye ilişkin bir düzenleme bulunmasa bile, kanunun 6 ncı maddesi uyarınca bir yasal prosedürle ihlal edildiği takdirde, yaptırım uygulanırdı ve Aslında, yasal gözüken bu işlem, geçersiz olurdu." denilmektedir.

²²⁰ Aslan; hukuki bir hareketin hakim durumun kötüye kullanılması konusunda adil bir yaptırım olamayacağını düşünmektedir, bu da işlemin diğer tarafına daha fazla ceza anlamına gelebilir.

²²¹ 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK), 14.02.2011 tarih ve 27836 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.

olduğunu belirtir. Genel anlamda Hük, diğer taraf ile karşılıklı bir ilişkide karşılıklı bir ilişkide kusurlu bir hasarda, hasarın hasarı karşılması gereken zararın belirlenmesi şarttır. Genel hüküm bu şekilde olsa da, Rekabet Yasası 57-59. Hasar ve tazminat konusu özel bir şekilde düzenlenir. Bu bağlamda, Kanunun 57. Maddesi, bu Yasağa aykırı eylem, karar, sözleşme veya anlaşma ile rekabeti engelleyen, ihlal eden veya kısıtlayan veya belirli bir pazarda mallar için hakim durumları kötüye kullanan veya hizmetleri, mecburidir. ”. Hem TBK'nın hem de Rekabet Kanunu'nun 57. Maddesinde atıfta bulunulan zarara konu, esas olarak 'haksız fiillere has sorumluluk yükümlülüğünden' kaynaklanmaktadır. ²²²

Yasa, hangi şartların yerine getirileceğine dair bir hüküm sunmamıştır. Bu kapsamda genel hükümler uygulanacaktır. Buna göre, sorumluluk dört koşulun varlığında doğar: kayıp, kusur, nedensellik ve yasadışı. Diğer bir deyişle, Rekabet Kanunu'nun kusurlu bir şekilde ihlal edilmiş teşebbüsleri veya teşebbüsleri, sebep oldukları zararları tazmin etme yükümlülüğü altındadır. Kanun, doğrudan zarar gören veya dolaylı olarak zarar gören kişilerin zarar görmesini engellemek için tazminat hakkı öngörür. ²²³ Bu bağlamda, son kullanıcılar, tedarikçiler, alıcılar ve hatta son kullanıcı ihlali nedeniyle bile tazminat hakkına sahip olabilir.

Utku, Polat ve Deniz²²⁴, doğrudan alıcılar, dolaylı alıcılar, tüketiciler (son kullanıcılar), potansiyel müşteriler, rakipler, ilgili pazardaki satıcılar ve tedarikçiler de dahil olmak üzere yedi grupta değerlendirilmekte ve rekabet ihlallerine riayet ederek tazminat almaya hak kazanmaktadır. Bununla birlikte, yaralı tarafların bazıları için bunu kanıtlamak çoğu zaman kolay değildir.

Tazminat ile ilgili olarak, Rekabet Kanunu'nun 57. Maddesi, Tazminat Yasası'nın 58. Maddesi ve ispat yükü hakkında 59. madde düzenlenmiştir. Madde 58 uyarınca, ağır bir kusur veya kast olduğu sürece üç kata kadar bir sorumluluk söz konusu olabilir. 58/2. Madde ebilir Elde edilen zararlar, tarafların anlaşmasından veya kararından veya ağır ihmalden kaynaklanıyorsa, hâkim, etkilenen kişilerin talebi üzerine, tazminatın neden olduğu zararın veya tazminatın neden olduğu zararın kapsamına tazminat verebilir. Hasar görenlerin sebep olduğu. Şeklinde. Bu kural, etkilenen davacının gelişmesine izin vererek tazminat kanunundaki genel kuralın istisnasını sağlar. Türk hukuk sisteminde üç katlık tazminat konusu ABD yasalarından alınmıştır. ²²⁵

Hakim durumun kötüye kullanılması, Rekabet Yasası ihlali davalarının daha genel şartlarının Türkiye'ye yönelik uygulamalarda erken safhası nedeniyle teminat konusu olmuştur. Halen, uygulama ile ilgili önemli belirsizlikler ve zorluklar bulunmaktadır. Başlangıçta, tam olarak tazminat hakkı, ihlal ve zarar arasında nedensel bağın nasıl kurulacağı, oluşan zararın hesaplanması, yargının bu yüksek teknik alanda yetkinliği gibi konular vardır. Bizim görüşümüze göre, rekabet ihlallerinden muzdarip olanların zararlarının

²²² Haksız fiil konusu TBK m. 49-76 arasında düzenlenmektedir.

²²³ Sanlı 2013, s. 37.

²²⁴ UTKU, H., B. POLAT ve S. DENİZ (2012), “Rekabet Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Davalarında Usul Sorunları”, *Rekabet Dergisi*, 13(1), s. 107.

²²⁵ Sanlı 2013, s. 80-81.; Sanlı 2000, s. 240.

tazmini konusunda harekete geçmek, rekabet mevzuatının daha etkin bir şekilde uygulanmasını sağlayacaktır.²²⁶

Geniş anlamda, rekabet yasaları firmaların hükümet kararlarına uyguladığı uygulamalara uygulanır. Bununla birlikte, (yürürlükte olan) bir yasa veya yönetmelik rekabeti gereksiz yere sınırlarsa da, bir rekabet ajansı, mevzuatta rekabete dayalı değişimin savunulmasında önemli bir rol oynayabilir. Bu bağlamda, firmaların ihtiyari gücünün bir tür hiyerarşisini tanıtmak yararlıdır. Herhangi bir kamu müdahalesinden bağımsız olarak kararlar alırsa, bir firma uygulamalarından açıkça sorumludur. Aynı durum, hükümetin firmaları belirli yönlere göre hareket ettirmeye teşvik etmesi, ancak belirli uygulamaları takip etmelerini gerektirmemesi durumunda da geçerlidir. Ayrıca, bir düzenleme müdahalesi olsa bile ve firmanın birtakım takdir yetkisi çeşitlendirme eylemi olsa bile, firmalar makul bir şekilde seçilen eylemden daha az kısıtlayıcı bir eylemde bulunabilirdiye, antitröst kurallarını ihlal edebilir.

Hükümet kararından kaynaklanan bir uygulamanın hâlâ antitröst işlemlerine tabi olabileceği riskleri vardır. Örneğin, Amerika Birleşik Devletleri'nde Devlet Eylemi Bağımsızlığı doktrini, devlet ve yerel yönetimlerin düzenleyici eylemleriyle antitröst yasaları uyarınca sorumluluktan korunmuş olabilecek davranışlara ilişkin sınırlamalar getirmektedir. Düzenleyici müdahaleye tabi firmaların davranışları, ancak, söz konusu davranışın "açıkça açıkça ifade edilmiş ve olumlu bir şekilde ifade edilen" bir devlet politikası uyarınca üstlenilmesi ve devlet tarafından "aktif olarak denetlenmesi" durumunda, yasadan muaf tutulur.

Antitröst yasasının, bazı yasal olarak bağlayıcı kural veya yönetmeliklerden kaynaklanan özel davranışlara uygulanmasının Avrupa Birliği'nde daha da güçlü olması ihtimali de vardır. Hukuk tarafından yorumlandığı gibi, Roma Antlaşması, üye devletlere, anlaşmalardakiler de dahil olmak üzere, antlaşmadaki diğer hükümlerle çatışmayı önlemek için özel ve münhasır haklara sahip şirketler sağlama imkânını sınırlar. Özellikle, hükümetin rekabet kurallarına aykırı olan özel firmaların davranışlarına yol açması halinde AB kurallarına göre itiraz edilebilir.

Dolayısıyla, kamusal tekeller veya özel ve münhasır hakların lisanslanması, hakim durumunun tüketicilerin dezavantajına kötüye giden bir şirkete yol açması durumunda yasa dışı kabul edilir. Bir vakada, Avrupa Komisyonu, bir telekomünikasyon servisi sağlayıcısının, büyük bir tedarikçi olduğu telekomünikasyon ekipmanı standartlarını belirleme yetkisi verilemeyeceğine karar verdi. Rakiplerinin ürünlerinin belirli pazarlara girip giremeyeceğine karar verebileceğinden, böyle bir yetki kaçınılmaz olarak hizmet sağlayıcı tarafından kötüye kullanılacaktır.

²²⁶ Detaylı bilgi için bkz. GÜNDÜZ, H. ve T. KOYUNCU (2013), "ABD, AB ve Türk Rekabet Hukukunda Tazminat Davalarının Önündeki Usuli Engeller", *Rekabetin Korunması Hakkında Ka- nun'un Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları Sorunlar ve Çözüm Önerileri Sempozyumu*, XII Yayınevi, İstanbul.

Avrupa Adalet Mahkemesi tarafından geliştirilen istismar kavramı, hükümet eyleminin bir pazara girmeyi uygunsuz bir şekilde kısıtladığı durumlarda daha geniş uygulamalara uzanmaktadır. Hofner ve Elser'in²²⁷ Avrupa Komisyonu'ndaki davası ve Avrupa Adalet Divanı, Federal Almanya Cumhuriyeti'nin, bir istihdam ajansına münhasır haklar tanıyarak Roma Antlaşması'nın 90. maddesine aykırı olduğunu doğrulamıştır. 21 Avrupa Komisyonu, ajansın Tüketici talebini yerine getiremediği için hakim konum, sadece piyasaya girişin yasalar tarafından yasaklanması nedeniyle var olabilecek bir istismar. Suistimali ortadan kaldırmak için mahkeme pazarın rekabete açılacağına karar verdi.

Çoğu yargı alanında, düzenleyici müdahalenin veya yasaların gerektirdiği özel davranışlar, antitröst çözümlerine tabi değildir; sadece firmaların seçim özgürlüğünden yararlandıkları durumlarda bu uygulamalar sınırlıdır. Özel veya münhasır haklardan yararlandıkları piyasanın dışındaki düzenlenmiş firmalar tarafından yürütülen davranışlar büyük oranda antitröst incelemesine tabi olacaktır. Düzenlenmiş tekellerin, hakim olmayan tekeli kazanç elde etmek için hâkim durumlarını dışlayıcı uygulamalarla diğer pazarlara genişletme yönünde bir teşviki vardır.

Telsystem v. Sip'de²²⁸, kamu anahtarlı ağ üzerinde yasal bir tekeli olan İtalyan ulusal telekomünikasyon şirketi, bir Avrupa direktifi altında liberalleştirilen kapalı kullanıcı grupları hizmetleri sağlama konusunda rekabet etmek isteyen daha küçük bir şirkete hat kiralamayı reddetti. Erişimin reddi, kayıplara neden oldu ve pazarın potansiyel rakibine kapatılarak tüketicilere de hizmet verilmemesi. İtalyan Antitröst Kurumu, gerekçesiz reddin, monopol durumda bulunan şirketin münhasır haklarına sahip olmasından farklı olarak, ilgili bir pazardaki hakim durumun korunmasını hedeflediğine hükmetti. Otorite, bu tür davranışların hakim bir konumun kötüye kullanılması olduğuna karar verdi.

Devlete ait şirketlere tanınan münhasır haklara ilişkin bir başka dava olan Sign v. Stet-Sip²²⁹, abonelere bilgi servisi için piyasadaki rakiplerin bir liste tarafından telefon abonelerinin listelerine erişim ile ilgilidir. İtalya'da, diğer birçok ülkede olduğu gibi, ulusal telekomünikasyon şirketi abonelerin listelerinin üretimi ve dağıtımını konusunda münhasır haklara sahiptir ve bu listeleri tüketicilere ve işletmelere hizmet satmak için kullanan aşağı akışlı faaliyetlerde hakim konumlara sahiptir. Abonelerin listelerini CD-ROM'da satmayı reddetmek veya çevrimiçi veritabanına potansiyel yeni girenlere erişim sağlamak, İtalyan Antitröst Kurumu tarafından hakim durumun kötüye kullanılması olarak değerlendirilmiştir. Yetki, tek bir şirketin veritabanını çoğaltmasına ve bilgileri piyasaya satmasına izin verilemeyeceğini gözlemledi. Şirketin sahip olduğu yasal tekeli, bu nedenle herkesle başa çıkmak için bir görev yapmak olarak yorumlanabilir.

²²⁷ Judgment of the Court (Sixth Chamber) of 23 April 1991. Klaus Höfner and Fritz Elser v Macrotron GmbH. Reference for a preliminary ruling: Oberlandesgericht München - Germany. Freedom to provide services - Exercise of public authority - Competition - Executive recruitment consultants. Case C-41/90. *European Court Reports 1991 I-01979*, ECLI identifier: ECLI:EU:C:1991:161

²²⁸ Court of Appeal of Milan, 26 November 1996, Telsystem vs Sip case

²²⁹ Sign vs Stet-Sip quoted at <http://www.oecd.org//daf/clp/Roundtables/ess05.htm>, p 4

Uygun bir çözüm bulunup bulunmadığının düşünülmesi, bir vakanın, önemli kamu kaynaklarına ithaf edilmeden önce dikkati vermesinin gerekip gerekmediğini belirlemek için yararlı bir yoldur. Görünür bir kötüye kullanım için pratik bir çare bulunmuyorsa²³⁰ bu durumda davanın izlenmesi için bir nokta olmayabilir.

Uygun bir çözüm yolunun belirlenmesinde ilk adım, bir olgunun önceden planlanmış, arsız rekabete aykırı davranışların (potansiyel olarak saldırganlara karşı şiddet veya tehdit tehdidi) bulunup bulunmadığını veya sadece gereksiz yere kısıtlı rekabetin söz konusu olduğunu, ancak ahlaki açıdan rahatsız edici olmadığını veya normalin ötesinde olmadığını düşündürmektedir. İş davranışının standartları. Birincisi ise, ilgili mevzuatın bu tür hukuk yollarına izin vermesi halinde para cezaları veya diğer cezai yaptırımlar aramak uygun olabilir. Tamamen ceza gerektiren davranışlarda, rekabet eden kurumlar polisin veya diğer yetkili makamların yardımını talep etmeyi ve uygun cezai suçlamalar getirmeyi düşünmelidir.

Eğer bir vaka rekabete aykırı bir niyet içermiyorsa; veya böyle bir niyetin kanıtı yoksa, para cezası veya hapis cezası uygun değildir. Daha ziyade, rekabete aykırı etkileri tersine çevirmenin en etkili yolunu bulmak sorundur. Çoğu durumda, uygun önlem, firma veya iddia edilen davranışa girmeyi durdurmalarını gerektiren bir engelleyici düzen olacaktır. Mevzuatın izin verdiği ölçüde, ajans, teknolojinin zorunlu lisanslanmasını veya bastırılmış olduğu pazarlarda rekabeti tesis etmek için gerekli tesislere erişimin sağlanması gibi proaktif fakat temelde davranışsal bir çözüm arayışını düşünebilir. Veya ajans, şirketi gerçekten kırarak yapısal önlemler isteyebilir

Bu iyileştirici önlemlerin tasarlanmasında ve uygulanmasında, rekabete aykırı davranıştan kaynaklanan maliyetlerden daha fazla maliyet getirmekten kaçınmak için özen gösterilmelidir. Örneğin, bir pazarda rekabeti kurmanın en etkili yolu, hakim bir firmayı parçalamak olabilir. Eğer bu çare ezici ekonomilerin gerçekleştirilmesini engelleyecekti, ancak, o zaman herhangi bir ajansın aradığı sorumlu bir çare olamazdı. Benzer şekilde, bir soruşturma dikey piyasa kısıtlamalarının (örneğin, satış veya münhasıran ticaret gibi) yeni rakipler tarafından piyasaya yararlı bir girişi engellediğini belirleyebilir. Bununla birlikte, dikey piyasa kısıtlamaları, serbest sürüşün önlenmesi gibi meşru procompetitive amaçlara da hizmet edebilir. Bu gibi davalarda telafiler, rekabete aykırı davranışları engellemeye çalışmalı, aynı zamanda da gerçek verimlilik sağlayan sözleşme kısıtlamalarına izin vermelidir.

Kötüye kullanma vakalarında olası çarelerin bir kontrol listesi aşağıdakileri içerir:

** Kötüye kullanma davranışını durdurma emri. Bu, ihlal devam ederse genellikle bir para cezasıyla birleştirilecektir.*

** Firmada para cezası uygulanması. Para cezalarının sabitleştirilmesi ile ilgili kriterler arasında, ihlalin ağırlığı, ihlalin süresi, ihlalin etkisi, ihlalin uygulanmaması,*

²³⁰ Yani, durumu açıkça geliştiren ve aşırı izleme maliyetleri gerektirmeyen bir çare bulunmazsa.

zor piyasa koşulları, teşebbüsün büyüklüğü ve karlılığı, teşebbüsün işbirliği durumu sayılabilir.

a) yasa, tekrarlanan ihlal, devam

b) ihlali sonrası ihlal

c) Kanun, hükümet baskısı ve ihlalden yasadışı kar tutarı.

* Hükümet kaynaklı hakimiyetin özel durumu. Devlet tarafından hâkim olunca ya da devletin sahibi olduğu zaman, başka şeyler de devreye girebilir. Birçok ülkede devlet şirketleri ve devlet kurumları, iktisadi faaliyetten etkilenmişlerse, hukuk yollarından muafiyet kazanmazlar. Bununla birlikte, sorunun devletin zorlaması altında gerçekleşip gerçekleşmediği sorusu ortaya çıkabilir (sonuç: şirketin sorumluluğu yoksa, ancak devlet sorumlu olabilir) veya değil bu durumda dava şirketin tüm sorumluluğu ile sonuçlanır.

GEÇİŞ EKONOMİLERİNE İLİŞKİN ÖZEL HUSUSLAR

Rekabet Kanunlarının ve buna bağlı olarak hakim durumun kötüye kullanılmasına ilişkin mevzuatın ülkelerin piyasa yapılarına ve yasalara uygun hareket etme kültürü açısından farklılık gösterebilir. Bununla ilgili olarak öncülüğünü AB üye ülkelerinin ve ABD, Kanada gibi Kuzey Amerika ülkelerinin üstlenmiş olduğu bu disiplinin geçiş ekonomilerine uygulanırken dikkat edilecek hususların önemi hakkında biraz konuşmak gerekir. Ülkemiz gibi merkezi planlı ekonomilerden piyasa ekonomilerine geçiş yapan ülkeler, geçişi yönetmede özel sorunlarla karşı karşıyadır. Özelleştirme sürecini tamamlamak ve gerçekten rekabetçi, açık pazarların hedefine ulaşmak için önemli zaman alabilir. Kaçınılmaz olarak, birçok vatandaşın hayatında ciddi bir kesinti olacaktır ve sonuçta ortaya çıkan zorlukları hafifletecek önlemler alınacaktır.

Daha önce de tartışıldığı gibi, Rekabet Savunuculuğu, özelleştirme sürecinde, eski devlet tekellerinin tamamen rekabete maruz kaldığı rekabetçi piyasaların yaratılmasına karşı doğal bir direnç vardır. Bunun yerine, kamu tekellerini özel olanlara dönüştürmek için bir

eğilim var. Rekabet kurumunun bu eğilime direnmek ve mümkün olan her yerde yeni ekonomide rekabetçi yapıları empoze etmek önemli bir işlevidir. Bununla birlikte, rekabet ajansı ve rekabet için diğer savunucular tam olarak başarılı olmayabilir. Bazı pazarların özelleştirmeden hemen sonraki dönemde hakimiyet ile karakterize olması muhtemeldir. Bazıları elbette doğal tekeller ya da sadece bir üretici olduğunda toplam arz maliyetlerinin en aza indirilebileceği pazarlar olabilir. Doğal tekellerin örnekleri su, elektrik ve doğal gazın dağıtımıdır. Bununla birlikte, diğer pazarlarda, doğal tekeller olmayan hakim firmalar olabilir. Bu firmalar "doğal olmayan" hakim olarak nitelendirilebilir. Bu doğal olmayan hakim firmaların ayırt edici özelliği, hükümet tarafından oluşturulmuş olmaları.

Rekabet ajansı doğal olmayanlarla nasıl baş etmeli? Rekabet uzmanlarının çoğu, ajansın onları, doğal bir tekel olmayan hakim bir firma olarak görmesi gerektiğini söylerdi. Firmanın hakimiyetini kötüye kullanması durumunda, ajans ülkenin rekabet hukuku kapsamında bir icra takibi başlatmalı ve bu fasılda açıklandığı gibi, bu fıkra hükmünü ihlal etmek için bir emirden menzile kadar bir para cezası uygulanacak olan yasaya göre uygun yaptırımını uygulamalıdır. Firma veya sorumlu bireyler, kısmi elden çıkarmalar gibi yapısal çözümlere veya firmanın aşırı, bölünme ve yeniden yapılanmasına kadar. Rekabet deneylerinin çoğu, doğal olarak dominant olmayan firmaların yüksek fiyatlandırmasının, diğer hakim firmaların yüksek fiyatlandırmasından farklı bir şekilde muamele görmemesi, yani, hakimiyetin kötüye kullanılması olarak görülmemesi gerektiği fikrini alacaktır. Fiyatların rekabetçi seviyelere düşürülmesi için piyasa baskılarına güvenilmeli.

Diğerleri (politik liderler ve diğer alanlardaki uzmanlar dahil), geçiş ülkelerindeki bu durumun benzersiz olduğunu ve özel çareler gerektirdiğini söyleyebilir. Geçiş ülkelerinde, doğal olarak dominant olmayan firmalar sadece hükümet tarafından yaratılmış değil, aynı zamanda devlete girişte engeller koymuşlardır. Bu tür hükümet desteğinin diğer yönleriyle birleştiğine dair bazı gerekçelerle tartışılabilir.

Rekabetçi sermaye piyasaları gibi yeni rekabetin gelişmesini engelleyen geçiş ekonomilerinin, doğal olarak hakim olan bir firmanın uzun bir süre boyunca dayanılmaz bir şekilde sürmesi ve bu durumun ülkedeki tüketicilerin zarar görmesi ve zarar görmesi önemli ölçüde geciktirilecektir. Bu durumun, sınırlı bir süre için sınırlı fiyat kontrolleri ve doğal olarak dominant olmayan şirketleri bölme yeteneğinin genişletilmesi de dahil olmak üzere olağanüstü hukuk yollarının dayatılmasını gerektirdiği tartışılabilir.

Fiyat kontrolleri ile ilgili zorluklar bu bölümde ele alınmıştır. Rekabet mümkün olduğunda fiyat kontrolleri rekabetin altındadır. Bununla birlikte, fiyat kontrolleri için güçlü bir kamu desteği olabilir, ancak rekabetin teorik olarak mümkün olduğu fakat önemli bir süre için pratikte olmadığı geçiş ülkelerindeki durumlarda. Geçiş bağlamında, doğal olarak dominant olmayan firmaların fiyatları üzerinde kontrolün üstlenilmesi halinde, rekabet kurumu aşağıdaki önlemlerin de benimsenmesini teşvik etmelidir:

* Fiyat kontrolleri, başka herhangi bir çözümün uygun olmadığı durumlarda yalnızca ayrı durumlarda ve son çare olarak uygulanmalıdır. Örneğin, fiyat kontrolleri ancak rekabet

ofisinin bir şirketin dayanıklı bir hâkim konuma sahip olduğu sonucuna varmasından sonra verilebilir.

* Belirli bir endüstride doğal bir tekel olmayan fiyat kontrol yetkisi, birkaç yılı aşmamak için zaman içinde açıkça sınırlandırılmalıdır.

* Fiyat kontrol yetkisi, rekabet ofisinin dışında bulunmalıdır. Bu işlevi rekabet uygulamasından ayrı tutmak en az iki önemli sonuç sağlar:

Kanımcı Rekabet Kurumu, mevzuatın yeniden düzenlenmesi görüşünde olmamalı ve, düzenleme yapılmasının aksine rekabetin savunucusu olarak hareket etmek için bağımsızlığını verdiği kararlar aracılığıyla sürdürmelidir.

Alternatif olarak ya da buna ek olarak, rekabet yasası, rekabet otoritesinin, kendi yaratılma ya da özelleştirme sürecini takiben birkaç yıl içinde doğal olarak dominant şirketleri parçalama yetkisine sahip olabileceğini, hatta şirketin kendi pozisyonunu kötüye kullandığını kanıtlamadığı halde bile sağlayabilir. hakimlik. Hakim firmaların ayrılmasının olağandışı telafisinin, firmanın hâkimiyetine erişmesine izin vermiş olabilecek verimliliklerin bir kısmını veya tamamını ortadan kaldırma riskini taşıdığı hatırlanacaktır. Ancak, bu risk doğal olarak dominant olmayan firmalarda daha az önemlidir. Bu firmalar piyasa performanslarını üstün bir performansla kazanamadılar devlet tarafından verilmiştir.

Hâkim durumun kötüye kullanıldığının kanıtı olmadığında doğal olarak dominant firmaların yeniden yapılandırılmasına izin veren bir hukuk yolu sağlayan bir yasa aşağıdaki unsurlara sahip olmalıdır:

* Yalnızca, geleneksel hâkimiyet standardını karşılayan ve hakimiyeti doğrudan devlet mülkiyetinden kaynaklanan firmalara uygulanmalıdır.

* Rekabet kanununun yürürlüğe girmesinden birkaç yıl sonra güç sona ermelidir.

* Yeniden yapılanma sonucunda ortaya çıkan firmalar ekonomik olarak uygulanabilir olmalı ve yeniden yapılandırma şirketi, sonuçta ortaya çıkan firmaların maliyetlerindeki artışları en aza indirecek şekilde tasarlanmalıdır.

SONUÇ

Hakim bir pozisyonun iddia edilen suiistimallerinin araştırılması, bir rekabet ajansı için en zorlu ve zor görevler arasında olabilir. Bunun nedeni, kötüye kullanım olarak nitelendirilebilecek uygulamaların (yırııcı fiyatlar, bağlar, dikey kısıtlamalar) verimliliği artırabilmesidir. Sonuç olarak, hakim durumun iddia edilen suiistimallerinin araştırılması, olası etkinlik yararlarına karşı olası rekabet karşıtı zararların tartılabildiği dikkatli bir kurallı analiz gerektirir.

İddia edilen bir istismar davasıyla ilgili soruşturmalarda, görevler diğer soruşturmalardakilerle aynıdır: ilgili pazarları tanımlayın, iddia edilen suistimal eylemlerinin rekabete nasıl zarar verebileceğini açıklayın ve uygulamadan olası faydaları araştırın. İkinci görev genellikle "davanın teorisini ortaya koymak" olarak adlandırılır. Kilit sorular şunlardır: Uygulama rekabete nasıl zarar verir? Girişi engeller mi yoksa önler mi? Firmanın ve rakiplerinin agresif olarak rekabet etmesini teşvik edecek mi? Hakim firmalara fiyat yükseltmek için ek kapasite sağlayacak mı? Uygulama, hakim firmanın, pazarlarının bir veya daha fazlasında fiyat düzenlemesinden kaçınmasına izin verecek mi? Olası etkinliklerin (yani, rekabete aykırı etkilerin muhtemel olması) değerlendirilmesi gerektiğinde, rekabet ajansı, hakim firmanın söz konusu uygulamanın verimliliği nasıl artırdığını açıklayabilmesini beklemelidir.

Daha iyi hizmet sağlamak için teşvikler üretiyor mu? Tanıtım veya reklam miktarını arttırıyor mu? Tüketiciler daha düşük fiyatlardan mı yoksa daha fazla ürün kullanılabiliirliğinden mi yararlanıyor?

Hak ihlalinde bulunduğu iddia edilen bir soruşturmanın araştırılmasında, rekabet ajansı aşağıdakileri içeren çeşitli kaynaklardan bilgi edinmelidir: hakim firmanın müşterileri, hakim firmanın rakipleri, hakim firmanın davranışının bazı yönlerini düzenleyen hükümet yetkilileri, diğer ülkelerdeki rekabet yetkilileri ve yetkililer hakim firmayı temsil eder. Rakiplerin görüşleri elbette bazı şüphecilikle ele alınmalıdır çünkü çıkarları rekabetçi pazarların hedefi ile tutarlı olmak zorunda değildir ve rakiplere zararı zarara uğratarak zararı eşitlememek önemlidir. Bu bakımdan müşteri görüşleri daha güvenilirdir. İddia edilen

uygulamanın etkilerini nasıl değerlendiriyorlar? Uygulamalar fiyatları ve maliyetleri düşürüyor mu, artırıyor mu veya teşvikleri artırıyor mu?

Herhangi bir etki yaratma mantığı olmadan giriş ve genişleme engellerini artırmaya mı meyilli? Bu konulara dikkat çekmek, hakimiyet hükümlerinin kötüye kullanılmasının, rekabet piyasasının sağlıklı ve hareketli bir piyasa ekonomisini desteklemede etkili bir araç olmasını sağlayacaktır.

Rekabet Hukukunun kendisine has yapısı ve kurallarıyla değerlendirmek ve yaklaşmak gerekir. Genel anlamda sermaye şirketlerine has kurallar ve yaklaşımlarla Rekabet Hukuku hakkındaki bir uyumsuzluğu çözmek hata olacaktır.

Son yıllarda görülmektedir ki küreselleşmenin getirmiş olduğu gelişmeler teknolojik ilerlemelere, sınırların ortadan kalkmasına ve ulusal ve uluslararası alanda rekabetin artmasına neden olmuş, başarılı ve güzel örnekler ortaya çıkarmıştır. Bundan dolayı devlet ve çok uluslu şirketler, bir işi tek başlarına yüklenmek yerine, riski paylaşmak, diğer teşebbüslerin kaynaklarından, personelerinden, teknolojik imkânlarından veya ticari itibarlarından faydalanmak amacıyla nüfuzlarını arttırmak istemektedirler. Ve bu nüfuz artırımını da zamanla serbest piyasanın kaçınılmaz sonuçlarından biri olan hakim durum meydana gelebilmektedir. Rekabet Hukuku kurallarının önceden bilinmesi şirketleri büyük ve riskli projelere girme konusunda cesaretlendirdiği görülmektedir.

Kanun, sorumluluğun kurulmasında hangi şartların gerçekleşmesi gerektiğine dair hükümlerde kurula takdir yetkisi bırakmıştır. Bu çerçevede tamamen genel hükümler uygulama alanı bulacaktır. Buna göre sorumluluk, zarar, kusur, nedensellik ve hukuka aykırılık olmak üzere dört şartın varlığı halinde doğacaktır. Yani Rekabet Kanunu'nu kusurlu olarak ihlal ederek başkasına zarar veren teşebbüsler veya teşebbüs birlikleri, verdikleri zararları tazmin etme borcu altındadırlar. Kanun'da kullanılmak doğrudan zarar görenler veya dolaylı zarar gören ayrımı yapılmadan zarar gören herkes için tazminat hakkı öngörülmüştür. Bu kapsamda ihlalden zarar gören rakipler, sağlayıcılar, alıcılar ve hatta nihai kullanıcılar için dahi tazminat hakkı söz konusu olabilecektir.

Yine değinilen hususların dışında Kanundan ve Kılavuzdan kaynaklanan tartışmalı birçok husus olduğunu ve bu tür meselelerin, mülkiyeti koruyan ve kamu düzenini gözeten genel hukuk ilkeleri ve ilgili Anayasa hükümleri ışığında somut olayın koşulları değerlendirilerek çözülmesi gerektiğini düşünmekteyiz.

KAYNAKÇA

AKINCI, Ateş, Rekabetin Yatay Kısıtlanması, Ankara 2001, s. 261.

ASLAN, E. (2011), "Türk Rekabet Hukukundaki Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Doktrinde Ayrımcılık Eylemlerinin Sınıflandırılması", *Hakim Durumun Kötüye Kullanılması - Sorunlar ve Çözüm Önerileri Sempozyumu 2010*, XII Levha Yayınevi, İstanbul, s. 282. ; "Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Fiyat Ayrımcılığı Eylemlerinin Değerlendirilmesi Sorunu", *Rekabet Dergisi*, No: 12(1), s. 55-121.

ÖZTUNALI, Aydın, Rekabet Hukuku'nda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, Seçkin Yayınları, Ağustos 2014.

BÜLBÜL, Mustafa Oğuzcan, (2012), "Adanalı İmparator Zeno ve Rekabet Hukuku Düzenlemeleri".

BOZTOSUN, N. A. (2007) *Fikri Mülkiyet Hukuku ile Rekabet Hukukunun Teknolojik Yenilikleri Teşvihteki Rolü*, Seçkin Yayınevi, Ankara, s.297.

CHAMBERLIN 1935: 3

CLARK 1923: 417

CARLTON ve **PERLOFF**; **CARLTON** D.W. and **PERLOFF** J.M., *Modern Industrial Organization*, Scott, Foresman/Little Brown, Glenview, Il., 1990, Ch. 13

DEMİRÖZ, A. ve **TUNÇEL**, Ç. (2012), "Tek Taraflı Davranışların Değerlendirilmesine Yönelik Standart Arayışında Danıştay Kararlarının Yol Göstericiliği, *Rekabet Hukuku ile İlgili Kurul ve Yargı Kararları Sempozyumu Bildiriler - Tartışmalar*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, s. 158.

ELHAUGE, E. ve D. **GERADIN** (2011), *Global Competition Law and Economics*, Hart Publishing, Second Edition, Portland, s. 199.

EVANS, David. ve **PADİLLA**, Jorge (2005), "Excessive Prices: Using Economics to Define Administrative Legal Rules", *Journal of Competition Law and Economics*.

EWKING, K.P., (2003), *Competition Rules for the 21st Century: Principles from America's Experience*, The Hague: Kluwer Law International.; **ÖZTUNALI** Aydın (2014), *Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması*, Seçkin Yayınları, İstanbul.

FOX, E. (2003), "We Protect Competition, You Protect Competitors", *World Competition*, Vol. 26(2). **AKMAN**, P. (2012), *The Concept of Abuse in EU Competition Law*, Hart Publishing, Portland.

GERARDİN, Christopher Brown ve **FARRAR**, Layne; *Petit EU Competition Law and Economics* 2012, s.188-189

GÜL, İ. (2000), *Teşebbüsün Alıcılarına Ayrımcılık Yaparak Hakim Durumun Kötüye Kullanılması*, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara.

GÜNDÜZ, H. ve **KOYUNCU**, T. (2013), “ABD, AB ve Türk Rekabet Hukukunda Tazminat Davalarının Önündeki Usuli Engeller”, *Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları Sorunlar ve Çözüm Önerileri Sempozyumu*, XII Yayınevi, İstanbul.

HOFFİELD, Wesley Newcomb, *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning and Other Legal Essays in LAW JOURNAL*. Vol. XXVIII JUNE 1919.

KAYA, Ş. D. (2009), *Fiyat Sıkıştırması Ekonomik ve Hukuki Açıdan Bir Değerlendirme*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara, s. 33.

KOCARAS B (2008), *İndirim Sistemleri ve Rekabet: Tek Taraflı Davranışlar Açısından Bir Değerlendirme*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara, s.83-84.

KROES, N. (2005), “Tackling Exclusionary Practices to Avoid Exploitation of Market Power: Some Preliminary Thoughts on the Policy Review of Article 82”, *Fordham International Law Journal*, Vol. 29(4), s. 598.

Mc GRATH 1984.

NIELS GUNNAR, (2011), *Economics for Competition Lawyers*, Oxford University Press, Oxford, s.121.

ORTIZ, Blanco, L. (2012), *Market Power in EU Antitrust Law*, Hart Publishing, Portland, s.47

O'DONOGHUE, Robert ve **PADİLLA**, Jorge 2013.

PAGANO 1999

SANLI, K.C. (2011), “Rekabet Kurulu'nun Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 6. Maddesine İlişkin Yaptırım Politikası Hakkında Değerlendirme”, *Hakim Durumun Kötüye Kullanılması - Sorunlar ve Çözüm Önerileri Sempozyumu 2010*, XII Levha Yayınevi, İstanbul.

PITTMAN 1994

STIGLER, G.J., "A Theory of Oligopoly," *Journal of Political Economy*, 1964, Vol. 72(1), pp. 44-61. "A Theory of Oligopoly," *Journal of Political Economy*, Vol. 72(1), February, 1964, pp. 44-61; D.K. Osborn, "Cartel Problems," *American Economic Review*, Vol. 66, September, 1976, pp. 835-844; and F.M. Scherer and D. Ross, *Industrial Market Structure and 20 Economic Performance*, Houghton Mifflin Co., Boston, 1990, Chs. 7 and 8.

SCHERER F.M. and **ROSS**, D., *Industrial Market Structure and Economic Performance*, 3rd edition, Houghton Mifflin, Boston, 1990, Ch. 17.

NALEBUFF, B. (2003), "Bundling, Tying, and Portfolio Effects", DTI Economics Paper; (1999), "Bundling", Yale ICF Working Paper No:99-14.)

PHILIPS L., *The Economics of Price Discrimination*, Cambridge University Press, Cambridge, UK, 1983; and F.M. Scherer and D. Ross, *Industrial Market Structure and Economic Performance*, Houghton Mifflin, Boston, 1990, Ch. 13.

SANLI, K. C. (2013), "Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları: Genel Bakış ve Sorunlar", *Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları Sorunlar ve Çözüm Önerileri Sempozyumu*, XII Levha, İstanbul, s. 30-31.

SCHUMPETER, J. A. (1942), *Capitalism, Socialism, and Democracy*, Harpers & Bro, New York.

ÜNAL, C. (2011) "Rekabet Hukukunda Tek Taraflı Sömürücü Davranışlar", *Hakim Durumun Kötüye Kullanılması - Sorunlar ve Çözüm Önerileri Sempozyumu 2010*, XII Levha Yayınevi, İstanbul.

UTKU, H., **POLAT**, B ve **DENİZ** S. (2012), "Rekabet Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Davalarında Usul Sorunları", *Rekabet Dergisi*, 13(1), s. 107.

VELJANOVSKI, C., "Margin Squeeze: An Overview Of EU And National Case Law", e-Competitions, No 46442, www.concurrences.com (Erişim Tarihi: 03.12.2013).

WERDEN, G., "Market Delineation and the Justice Department's Merger Guidelines," *Duke Law Review*, June, 1983, pp. 514-579.