

**T.C.  
ANKARA ÜNİVERSİTESİ  
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ  
AVRUPA BİRLİĞİ VE ULUSLARARASI  
EKONOMİK İLİŞKİLER  
ANA BİLİM DALI (HUKUK)**

**AB REKABET HUKUKU PERSPEKTİFİNDEN  
TÜKETİCİ REFAHI STANDARDI**

**DOKTORA TEZİ**

**Zeynep AYATA**

**Ankara-2014**

**T.C.  
ANKARA ÜNİVERSİTESİ  
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ  
AVRUPA BİRLİĞİ VE ULUSLARARASI  
EKONOMİK İLİŞKİLER  
ANA BİLİM DALI (HUKUK)**

**AB REKABET HUKUKU PERSPEKTİFİNDEN  
TÜKETİCİ REFAHI STANDARDI**

**DOKTORA TEZİ**

**Zeynep AYATA**

**TEZ DANIŞMANI  
Yrd. Doç. Dr. Gamze ÖZ**

**Ankara-2014**

T. C.  
ANKARA ÜNİVERSİTESİ  
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ  
AVRUPA BİRLİĞİ VE ULUSLARARASI EKONOMİK İLİŞKİLER  
(HUKUK)  
ANABİLİM DALI

AB REKABET HUKUKU PERSPEKTİFİNDEN  
TÜKETİCİ REFAHI STANDARDI

Doktora Tezi

Tez Danışmanı Yrd. Doç. Dr. Gamze ÖZ

Tez Jürisi Üyeleri

**Adı ve Soyadı**

Prof. Dr. Belgin AKÇAY  
Prof. Dr. Şebnem AKİPEK ÖCAL  
Prof. Dr. Sanem BAYKAL  
Doç. Dr. Galip YALMAN  
Yrd. Doç. Dr. Gamze ÖZ

**İmzası**



Tez Sınavı Tarihi: 03 Haziran 2014

**TÜRKİYE CUMHURİYETİ**  
**ANKARA ÜNİVERSİTESİ**  
**SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE**

Bu belge ile, bu tezdeki bütün bilgilerin akademik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplanıp sunulduğunu beyan ederim. Bu kuralve ilkelerin gereği olarak, çalışmada bana ait olmayan tüm veri, düşünce vesonuçları andığımı ve kaynağımı gösterdiğimi ayrıca beyan ederim. (.25./06../20.14..)

**Tezi Hazırlayan Öğrencinin**  
**Adı ve Soyadı**

T. ZEYNEP AYATA

**İmzası**

.....  


## ÖNSÖZ

Fransa'da başlayan Doktora tez çalışmalarım, zorlu bir süreç neticesinde 2014 yılında Ankara Üniversitesinde son buldu. Bu süreç boyunca, akademik camia ve dışından bana destek olan pek çok kişiye teşekkür borçluyum. Burada isimleriyle tek tek sıralamam mümkün olmayan, doktora çalışmalarına devam ettiğim yıllar boyunca bana yardımları dokunan, pek çok mesai arkadaşım, dostum ve aile fertlerimize teşekkür ederim.

Bunun yanı sıra, tezimin yazım aşamasında verdiği katkılardan dolayı Rafet Uçkan'a, doktora eğitimim boyunca manevi desteklerini esirgemeyen Prof. Dr. Fethi Açikel, Doç. Dr. Taşansu Türker ve Yrd. Doç. Dr. İlke Göçmen'e, ve zor günlerimde hep yanımda olan mesai arkadaşım ve dostum Serap Sarıdaş'a teşekkür ederim.

Öncelikle, tezin hazırlanmasının her aşamasında bana yol göstererek önemli katkıları olan değerli hocam ve Tez Danışmanım Yrd. Doç. Dr. Gamze ÖZ'e teşekkürlerimi sunarım. Bunun yanı sıra, tüm manevi desteği ve bana olan güveni için Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı Prof. Dr. Bertil Emrah Oder'e, ve doktora eğitimimin her aşamasında verdiği manevi destekle, akademik kariyerimi mümkün kılan Ankara Üniversitesi AB Hukuku Anabilim Dalı Başkanı Prof. Dr. Sanem Baykal'a sonsuz minnet ve teşekkürlerimi sunarım. Benim için, tıpkı sevgili annem gibi, rol modeli olan kadın akademisyenlerle birlikte çalışmış olmaktan gurur duyuyor ve kendimi çok şanslı hissediyorum.

Son olarak, tez çalışmama maddi ve manevi desteklerini esirgemeyen, tüm eğitim hayatımda ve bugünlere gelmemde büyük emekleri olan sevgili annem Prof. Dr. Ayşe Ayata ve sevgili babam Prof. Dr. Sencer Ayata'ya sonsuz teşekkürlerimi sunarım. Bu tez onlara ithaf edilmiştir.

## İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ.....	i
İÇİNDEKİLER .....	iii
KISALTMALAR .....	vi
GİRİŞ .....	1

### BİRİNCİ BÖLÜM

#### BİR İKTİSADİ KRİTER OLARAK TÜKETİCİ REFAHI STANDARDININ TANIMI VE REKABET POLİTİKASI ALANINDA GELİŞİMİ

1. REFAH İKTİSADİ (WELFARE ECONOMICS) .....	26
2. TÜKETİCİ REFAHININ İKTİSAT TEORİSİNDE TANIMI .....	30
3. REKABET POLİTİKASINDA TÜKETİCİ REFAHI STANDARDI.....	34
3.1. Tüketici Refahının Rekabet Politikasının Amaçları Çerçevesinde Tanımlanması.....	34
3.2. Rekabet Hukuku Uygulamasında En Uygun İktisadi Refah Standardı: Tüketici Refahının Toplam Refah Olarak Tanımlanması ve Uygulanması Sorunu .....	40

### İKİNCİ BÖLÜM

#### TÜKETİCİ REFAHI STANDARDININ AMERİKAN ANTİTRÖST POLİTİKASI VE HUKUKUNA GİRİŞİ VE GELİŞİMİ

1. TARİHİ VE TEORİK GELİŞİM .....	52
1.1. Chicago Okulu ve Bork'un Rekabet Hukuku Teorisi .....	52
1.2. Chicago Okulu ve Bork'un Teorisine Getirilen Teorik Ve Kavramsal Eleştiriler .....	58

2.ABD ANTİTRÖST HUKUKU UYGULAMASINDA TÜKETİCİ REFAHI STANDARDI.....	68
2.1. ABD Rekabet Hukukunda Dikey Anlaşmalar Kapsamında Tüketici Refahı Standardının Uygulanması .....	75
2.2. ABD Rekabet Uygulamasında Bağlama ( <i>Tying</i> ) - <i>Hyde</i> Kararı .....	106
2.3. ABD Rekabet Hukukunda Yoğunlaşmaların Denetlenmesi Kapsamında Tüketici Refahı Standardının Uygulanması .....	113

## ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

### AB REKABET HUKUKUNDA TÜKETİCİ REFAHI STANDARDI

1. AT REKABET POLİTİKASININ GELİŞİMİ VE AMAÇLARI.....	125
1.1. AT Rekabet Hukukunun Tarihi ve Gelişiminde Rol Oynayan Ulusal Yaklaşım Ve Mevzuatlar.....	126
1.2. AT Rekabet Politikasının İktisadi Temelleri.....	135
2. AT DÖNEMİNDE REKABET UYGULAMASI.....	152
2.1. Komisyonun Yaklaşımı.....	152
2.2. AT Rekabet Hukuku İçtihadında ‘Ortak Pazarın Oluşturulması ve İşleyişi’ Amacı .....	158
2.2.1. AT Rekabet Hukuku İçtihadında Dikey Anlaşmalar - <i>Grundig- Consten</i> Kararı .....	161
2.2.2. AT Rekabet Hukukunda İçtihadında Hakim Durumun Kötüye Kullanılması – <i>Continental Can</i> Kararı .....	166
2.2.3. AB’ye Geçiş ve Modernleşme Süreci İle Birlikte Rekabet Hukukunda Tüketici Refahı Standardı.....	172
3. AB REKABET POLİTİKASINDA GÜNCEL EKONOMİK TARTIŞMALAR.....	176
3.1. Ordo-Liberalizmin Güncel Eleştirileri .....	176
3.2. AB Rekabet Hukuku Literatüründe Güncel Tüketici Refahı Tartışmaları .	180



3.3. AB Rekabet Hukukunda Yoğunlaşmaların Denetlenmesi Alanında ‘Daha Ekonomik Yaklaşım Krizi’ .....	194
3.4. Komisyonun Tüketici Refahı Standardına Yaklaşımı.....	201
3.5. AB Rekabet Hukuku İçtihadında Daha Ekonomik Yaklaşım Ve Tüketici Refahı Standardı.....	213
3.5.1. AB Rekabet Hukukunda İçtihadında Dikey Anlaşmalar - <i>Glaxosmithkline</i> Kararı .....	213
3.5.2. AB Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması – <i>Microsoft</i> Kararı.....	220
3.5.3. AB’de 139/2004 Sayılı Tüzükten Sonra Yoğunlaşmaların Denetlenmesi – <i>Ryanair</i> Kararı.....	224
4. LİZBON ANTLAŞMASI ÇERÇEVESİNDE REKABET HUKUKU VE “REKABETÇİ SOSYAL PAZAR EKONOMİSİ” KAVRAMI .....	228
4.1. Lizbon Antlaşmasında Rekabet Hukukunun Yeri ve Amacı .....	228
4.2. Lizbon Antlaşmasında “Rekabetçi Sosyal Piyasa Ekonomisi” .....	230
<b>SONUÇ</b> .....	<b>243</b>
<b>KAYNAKÇA</b> .....	<b>269</b>
<b>ÖZET</b> .....	<b>297</b>
<b>ABSTRACT</b> .....	<b>298</b>

## KISALTMALAR

<b>AB</b>	: Avrupa Birliği	
<b>ABA</b>	: Avrupa Birliği Antlaşması	
<b>ABAD</b>	: Avrupa Birliği Adalet Divanı	
<b>ABİHA</b>	: Avrupa Birliğinin İşleyişı Hakkında Antlaşma	
<b>ABD</b>	: Amerika Birleşik Devletleri	
<b>AET</b>	: Avrupa Ekonomik Topluluğu	
<b>AT</b>	: Avrupa Topluluğu	
<b>ATAD</b>	: Avrupa Topluluğu Adalet Divanı	
<b>ATS</b>	: Avrupa Tek Senedi	
	<b>FTB</b>	:
Economic Advisory Group for Competition Policy	Federal Ticaret Bürosu	
	<b>EAGP</b>	:

## GİRİŞ

Avrupa Birliği'nin (AB) oluşum sürecinin başından itibaren rekabet kuralları Kurucu Antlaşmalarda yerini almıştır (Paris Antlaşması madde 65: 1951; Roma Antlaşması madde 85 ve 86: 1957). Hatta Roma Antlaşmasından bu yana, rekabete ilişkin maddi hukuk hükümleri hiç değişmemiştir (z, 2012). Dolayısıyla maddi hukuk bakımından, AB Rekabet hukukun gerçek bir süreklilik gösterdiğini söylemek mümkündür. Rekabet kurallarını düzenleyen bu maddeler, rekabet hukukunu ortak pazarda rekabetin bozulmaması hedefi çerçevesinde değerlendirmiş ve bu hedef AB rekabet hukukunun gelişimi boyunca belirleyici bir ereve oluşturmuştur (Heide-Jrgensen ve diğerleri, 2003). Zira bu amaç, entegrasyon sürecinin temel bir parçasıdır.

Ancak maddi hukuk bakımından neredeyse hiç değişmemiş olan rekabet hukuku, 2004 yılında yürürlüğe giren önemli bir kurumsal değerikliik geçirmiştir (1/2003 sayılı Konsey Tüzüğü ve 2004 Modernleşme Paketi). “Modernleşme” süreci olarak adlandırılan bu süreç, rekabet hukukunun uygulamasında ve usulünde önemli değerikliikler getirmiştir.

Modernleşme paketi sonrasında, kurumsal çerçevede, Komisyon AB rekabet hukukunu uygulamakta yetkili tek kurum olmaktan çıkmıştır. Yeni sistemde ulusal mahkemeler ve ye devlet rekabet örgütleri de AB rekabet hukukunu uygulayacaktır. Bu nedenle artık merkezi değeril, ademi merkeziyetçi bir sistemden bahsetmek mümkündür. Diğer yandan aynı paket, sadece kurumsal açıdan değeril, aynı zamanda usul ve uygulama bakımından da önemli bir değerikliik getirmiştir. Modernleşme paketi ile birlikte örneğin 101. maddeye aykırı sayılabilecek anlaşmaların Komisyona bildirilmesi zorunluluğu

kaldırılmıştır. Ayrıca 101(3). madde kapsamında verilen muafiyetlerin de aynı şekilde Komisyon denetimi dışında ulusal mahkeme ve rekabet örgütleri tarafından da uygulanabilmesi mümkün olmuştur. Özetle, 2004'te gerçekleşen bu reformlar sonucunda, AB rekabet hukuku ademi merkezi olarak da uygulanabilen ve özel hukuk yaptırımları da olan bir sistem haline gelmiştir.

Modernleşme paketinin usul ve kurumsal açısında getirdiği değişiklikler aşıkardır. Bu reformlar maddi hukuk açısından da önemli bir yenilik getirmiştir (Gerber, 2008). Daha ekonomik bir yaklaşım olarak ifade edilen bu anlayış zaten 2000'li yılların başında filizlenmekteydi (Monti, 2002). Bu söylem de, aynı usule yönelik kurallarda olduğu gibi, rekabet politikasında ve hatta uygulamada önemli değişiklikler olabileceğine dair bir sinyaldir.

“Daha ekonomik bir yaklaşımın” rekabet hukukunda neyi ifade veya temsil ettiğini anlamak için öncelikle rekabet politikasında hukuk ve ekonomi ilişkisine bakmak gerekir. Piyasanın dolaylı olarak düzenlenmesini öngören rekabet hukukunda, kural ve yaptırımların ekonomik boyutu, etkileri ve hatta analizi elzem bir yer tutar. Rekabet politikası ise piyasanın bu yolla düzenlenmesinde güdülecek amaçları belirler.

Rekabetin tahsis edilmesi veya korunması rekabet hukukunun, ekonomisinin ve de politikasının en genel amacıdır. Esasında rekabet politikasının, rekabetin tahsisinin ve korunmasının neden önemli olduğunu açıklaması gerekir. Bu; rekabetin piyasada nasıl daha iyi bir iktisadi durumu sağlayacağını, neden bu politikanın piyasa oyuncularını başkalarından daha olumlu etkileyeceğinin açıklanmasıdır. Dolayısıyla rekabet hukukunun en önemli sorunsallarından birisi, piyasanın düzenlenmesini ve devletin

müdahalesini doğrulayacak hedefleri belirlemektir. Devletin piyasaya müdahalesinin meşru gerekçesi ve açıklaması da tam anlamıyla siyasi bir tercihlere bağlıdır. Aynı şekilde, bu hedeflere ulaşılmasını sağlayacak yollar da rekabet yetkililerinin sorumluluğu dahilindeki seçimlerdir. Zira rekabet hukuku, bu tür ekonomi politikası tercihlerinin son derece de önemli olduğu hukuk alanlarından biridir (Gürkaynak, 2003).

Rekabet Hukukunun ekonomik boyutu belki de ilk olarak, 1950’li yıllarda ABD’de ortaya çıkmıştır. Bilindiği üzere piyasada rekabeti düzenleyen ilk mevzuat<sup>1</sup> 1890 yılında kabul edilen Sherman Yasasıdır. Ancak Sherman Yasasının idare ve mahkemeler tarafından nasıl yorumlanması gerektiği sorunu uzun bir süre tartışılmıştır (Sagers, 2011). Bu tartışma da, Sherman Yasasının uygulandığı ilk yıllarda Yüce Mahkeme dahil olmak üzere, Amerikan yargısının, ticareti kısıtlayan her eylemi rekabet aykırı olarak yorumlayıp, katı olarak nitelendirilebilecek kararlar almasına yol açmıştır (Kovacic & Shapiro, 2000). Bu dönemin bitişini sağlayan en önemli gelişme ise, Chicago Üniversitesinin önde gelen hukukçu ve iktisatçıların öncülüğünü yaptığı hukukun iktisadi analizinin oluşmasıdır (Priest, 2012).

Chicago ekolünün öncüleri Aaron Director ve Ronald Coase, piyasanın kendi kendini düzenleme kapasitesinin siyasi müdahaleden üstün olduğunu ve siyasi müdahalenin sonuçta özgürlüğü kısıtladığı ve toplumsal refahı azalttığını savundukları bir yaklaşım geliştirmişlerdir (Priest, 2012). Bu anlayışa göre piyasada en temel mesele iktisadi etkinliğin artırılmasıdır. O halde piyasada faaliyet gösteren özel teşebbüsler

---

<sup>1</sup> Daha öncesinde özellikle İngiltere’de rekabet hukukuna ilişkin mahkeme kararları, Avusturya’da yasa tasarıları, ve bazı Avrupa ülkelerinde ceza hukuku kapsamında karteller ile mücadele örnekleri görmek mümkündür (bkz 3. Bölüm). Ancak doğrudan ve yalnızca rekabet hukukunu düzenleyen ilk mevzuat ABD’de 1890 yılından kabul edilen Sherman Yasasıdır.

kadar, piyasaya müdahale eden devlet ve yasa koyucunun da etkinliği arttırmayı bir amaç olarak benimsemelidir. Yani mikro veya makro düzeyde piyasada etkisi olacak her mevzuat bunu hedeflemelidir. Bu yaklaşım, fikri ve sınai haklar hukuku, sermaye piyasaları hukuku, mülkiyet hukuku ve hatta usul hukukunda<sup>2</sup> bile çok etkili olmuştur. Fakat şüphesiz bu anlayışın ilk ve en etkili olduğu alan rekabet hukukudur.

Chicago Okulunun etkisiyle rekabet hukukunda özellikle 1960'lı yıllardan itibaren hem idarenin hem de mahkemelerin yaklaşımına yansıyan bir rekabet politikası gelişmiştir (Kovacic & Shapiro, 2000). Bu politika piyasaya siyasi otoritenin müdahale etmesine toplumsal refahı azalttığı gerekçesiyle karşı çıkar. Zira piyasa kendi haline bırakıldığında, yani diğer bir deyişle Adam Smith'in 'görünmez eli' piyasayı düzenlendiğinde, etkinlik artacak ve hatta bu etkinliğin doğru şekilde tahsisi de doğal olarak sağlanacaktır (Priest, 2012). Dolayısıyla, idarenin veya yargının, piyasaya sosyal adaleti sağlamak için dahi olsa müdahale etmesi yersizdir.

Bu anlayışa göre piyasada siyasi iradenin olduğu kadar, özel teşebbüslerin davranışlarının yerindeliği de ürettikleri etkinlik doğrultusunda ölçülmelidir (Cooter & Ulen, 2014). Yani etkinliği artıran davranışlar rekabete uygun olarak kabul edilmelidir. Bu yaklaşımın bir başka önemli özelliği de hukukun temeline iktisadi kriterleri yerleştirmesidir. Bu anlayışta iktisadın normatif bir bilim olduğu ve dolayısıyla doğrulanabilir, objektif sonuçlar verebileceği düşüncesi hakimdir. Bu yöntem uygulandığında idarenin ve yargının sosyal ve siyasi etkenlerle değil, makul ve ölçülebilir kriterlerle hareket etmesi mümkün olacaktır.

---

<sup>2</sup> Dava yolları ve davalar ve hatta itilaf çözümlerinin en fazla iktisadi tasarruf sağlayacak şekilde tasarlanması gerektiği fikri.

Chicago Okulu elbette zaman içinde 1960'lı yıllardan sonra bazı değişimler geçirmiştir. Ancak bu iki temel ilkesi rekabet bu okulun rekabet anlayışında hep belirleyici olmuştur. Bu ilkelerin rekabet hukukuna tesir etmesi yine Chicago Okulunun bir üyesi sayılan Bork ile olmuştur (Bork, 1978). Daha sonraki bölümlerde detaylı olarak açıklanacağı üzere Bork rekabet hukukunda esas ölçütün piyasanın ürettiği etkinlik olması gerektiğini savunmuştur. Bork'un savının temel özelliği, Sherman Yasasının aslında bu amaca yönelik bir düzenleme tasarladığını iddia etmesidir. Yüce Mahkemenin ilk dönemlerinde geliştirdiği yapısal yaklaşımı eleştirerek, yargının da iktisadi kriterleri kullanarak daha objektif kararlar alabileceği görüşünü savunmuştur.

Bork ile birlikte rekabet hukukunda tüketici refahı bir amaç olarak sadece literatürde yerini almamış, aynı zamanda idare ve mahkeme kararlarında da, özellikle 1970'li yıllardan itibaren etkisini göstermeye başlamıştır (Kovacic & Shapiro, 2000). Chicago okulu ve refah ekonomisi teorisinin önerdiği etkinlik savunmaları doğrultusunda ilerleyen bu anlayış, tüketici refahını piyasa etkinliği, yani toplam etkinlik üzerinden ölçme eğiliminde olmuştur. ABD rekabet hukukunda tüketici refahı, 2000'li yıllara dek etkisini devam ettiren, toplam refahın artırılmasını hedefleyen bir amaç olarak önemli bir yer tutmuştur. Şüphesiz her idare veya yargı kararında aynı amaca ağırlık verilmemiş olabilir. Ancak önemli bazı kararlar incelendiğinde yargının dahi kabul ettiği bir biçimde tüketici refahının, bir toplam etkinlik standardı olduğu anlaşılmaktadır.

Bu şekilde uygulanan bir tüketici refahı standardının özel olarak, ve Chicago Okulunun etkisiyle giderek 'ekonomikleşen' rekabet hukukunun genel olarak en önemli

getirisi, artık ABD’de belirgin bir biçimde, rekabet hukuku uygulamasının temelini ve esasının iktisat teorisine dayanır hale gelmesidir. Chicago Okulu, savunduğu tüketici refahının objektif ve ölçülebilir bir iktisadi kriter olduğunu ileri sürmektedir. Aslında tüketici refahının, bu bağlamda ne kadar objektif bir iktisadi kriter olarak kullanıldığı tartışmalıdır. Ancak burada esas sorun, tüketici refahı standardının kendisinden değil, iktisat biliminin bu algılanışındadır. İktisat bilimi de, elbette, farklı siyasi akımlar doğrultusunda gelişir ve evrilir, ve hatta bu akımların temsilcisi haline de gelebilir. Daha sonra değinileceği üzere, tüketici refahı standardının uygulanışı da ABD rekabet hukukunda, iddia edildiği gibi apolitik ve objektif bir uygulama olmaktan uzaktır (Lande, 1988). Fakat, rekabet hukukunda, ve hatta hukukun başka alanlarında, iktisadi, ölçülebilir ve nispeten objektif sayılabilecek kriterler kullanılması konusunda bu yaklaşımın yadsınamaz bir öncülüğü ve katkıları da olmuştur (Cooter & Ulen, 2014).

ABD’deki bu gelişmelerin AB rekabet hukukunda da yansımaları olmuştur. Gerber, AB rekabet hukukunda görülen modernleşme süreci ve ‘daha ekonomik bir yaklaşım’ arayışının, aslında bu amaca tekabül ettiğini iddia etmektedir (Gerber, 2008). Yani AB’de modernleşme sürecinde açıkça yer alan, idari ve usul değişikliklerinin yanı sıra, maddi hukuka yönelik değişiklikler de getirilmek istenmiştir. Gerber’a göre bu ‘ekonomik reformun’ nedeni 2004’de AB’nin tarihinin en önemli genişlemesini gerçekleştirecek olmasıdır<sup>3</sup>. Bu da tabii olarak AB Kurumlarının yükünü artacağı beklentisini getirmekteydi. Komisyon ve Mahkemelerin en önemli iş yükü alanlarından bir tanesi rekabet hukuku alanında alınan kararlardır. Modernleşme sürecinden sonra AB

---

<sup>3</sup> 2004 yılında on eski doğu bloku ülkesi AB’ne tam üye olmuş, hemen sonrasında yine aynı coğrafyadan iki ülkenin katılması ile AB 2007 yılında toplam 27 üye ülke sayısına ulaşmıştır (son olarak 2013’de Hırvatistan’ın katılmasıyla bu sayı 28’e yükselmiştir).



rekabet hukukunu uygulayan bu kararların sadece Komisyon ve Mahkemeler tarafından değil, aynı zamanda ulusal idareler ve mahkemeler tarafından da uygulanması sağlanmıştır. Ancak ademi merkezi bu uygulama sisteminde doğal olarak yeknesak yorumun sağlanabilmesi sorunu ortaya çıkmıştır (Gerber, 2008). ‘Daha ekonomik bir yaklaşım’ tam da bu amaca hizmet edebilir diye öngörülmüştür. Yani Chicago Okulu ve geleneğinin önerdiği anlamda, ölçülebilir ve objektif sonuçlar sağlayan, normatif bir bilim olarak iktisadın kullanımı, farklı aday ülkelerde daha yeknesak bir yorumu da mümkün kılacaktır (Schweitzer & Patel, 2013, s.229). Dolayısıyla bir görüşe göre, maddi hukuk hükümlerinde bir değişiklik olmamasına rağmen, modernleşme süreci rekabet hukuku uygulamasında bu açıdan önemli bir reform getirmektedir. Bu süreç neticesinde, ABD’de olduğu gibi, AB’de rekabet hukuku uygulamasında normatif bir bilim olarak kullanılacaktır.

AB’de 2000’li yılların başında gelişen ‘daha ekonomik bir yaklaşım’ arayışına getirebilecek bir başka açıklama daha vardır. Bu ikinci bakış açısı, AB’nin ortak pazarı kurup, işleyişi sağladıktan sonra, bir pazarın gerekli temel unsurlarını barındıran bir diğer alanlarda olabileceği gibi, rekabet hukukunda da bir politika geliştirme ihtiyacını hissedebileceği varsayımından hareket eder.

Fox rekabet politikasının belirlenmesinde önemli bir etkenin siyasi iktidar veya idarelerin tercihleri olduğunu ve hatta rekabet politikasının amaçlarını ülkenin ekonomik yapısı ve siyasi iradeye göre değişim gösterebileceğini öne sürmektedir (Fox, 2002).

Buna göre Fox rekabet politikasının güdebileceği amaçları sekize ayırmıştır<sup>4</sup>. Ortaya koymuş olduğu sıralama sadece farklı amacalar göre bir ayırım yapmakla yetinmeyip ayrıca devletin piyasaya yapması arzulanan müdahalenin derecesine göre de değişmektedir. Fox aynı zamanda bu kategorilerin söz konusu ülke ekonomisinin gelişmişlik düzeyiyle paralel olduğunu da ileri sürmektedir. Buna göre bir ülkede genel olarak piyasa ekonomisi ne kadar gelişmiş ve oturmuş ise o kadar az müdahale ihtiyacı olacağını söylemek mümkündür (Fox, 2002). Bu durumda rekabet politikası düzeyinde müdahaleye daha az yatkınlık gösterecektir.

Fox ileri sürdüğü kategorilerden bir tanesi aslında AB Rekabet Politikasına özel bir kategori olarak kaşımıza çıkmaktadır: pazar entegrasyonu amacı. Diğer kategoriler hemen hemen her ülkede ve piyasada uygulanabilecekken bu kategori aslında sadece AB özelinde bir anlam ifade etmektedir. Bu sonuç aslında son derecede doğaldır, zira AB’nde oluşturulmaya çalışılan ortak pazarın bir başka örneği yoktur. Ancak birden fazla ulus devletin bir araya gelerek serbest piyasa ekonomisini temel alarak bir ortak pazar oluşturduğu tek örnek AB’dir. Rekabet politikası bu ortak pazarın bir parçasıdır ve hatta rekabet politikası olmadan ortak pazarın oluşturulamayacağı ve işleyemeyeceği

---

(1)“Küçük ekonomik aktörlere adalet veya medeni nedenlerle küçük aktörleri korumak; bazen ‘ekonomik demokrasi’ olarak adlandırılır (2) Ticaret serbestisi – liyakate bağlı olarak piyasaya katılma hakkı; bazen ekonomik fırsat veya piyasa giriş olarak adlandırılır (3) Oyunun kurallarını belirleyerek tüm piyasa oyuncularına adalet ve çerçeve sağlamak (4) Hakimiyeti düzenlemek için hakim durumdaki teşebbüslerin baskı kurması ve gaspı daha dahil olmak üzere, seçici bir adalet kuralı (5) Diğer adalet amaçları, örneğin daha önce dışlanmış olan önemli bir insan sayısını ana akım ekonomiye dahil etmek gibi (6) Pazar entegrasyonu (AB), topluluğu derinleştirmek için; bu amaç vatandaşlık bazında ayrımcılıktan yoksun olmak, ticaret serbestisi, ekonomik refah ve barış için daha iyi bir şans gibi bir çok başka amacı da içerebilir (7) Etkinlik, yol gösterici olarak (örneğin) ulusal tüketici refahını, şirket etkinliğini veya ulusal pazar etkinliğini kullanarak. (8) Amaç olarak sınırlayıcı ilkeler. Rekabet Hukuku var olduğuna göre: (a) bazıları kişisel/iş dünyası görüşünü korumak amacıyla rekabet müdahalesini asgariye indirme amacını benimserler; (b) ulusal sanayi politikası bir başka kısıtlayıcı ilkedir: uluslar yukarıdaki nedenlerin herhangi birinden dolayı uygulama yanlısı amaçları olabilir, ancak uygulama olmaması ulusal bir şampiyon gücü yaratmak veya istihdamı korumak gibi ulusal sanayi politikalarına hizmet uygulamayı kısıtlayabilirler” (Fox, 2002).

bilinci AT'nun ilk yıllarından itibaren gözlemlenebilir. Bu durumda AB açısından düşündüğümüzde ayrı ve farklı bir rekabet politikası amacının varlığı ve uygulanması doğal bir sonuç olarak görülebilir.

Daha önemlisi Fox'un farklı amaçların aynı zamanda söz konusu ülke ekonomisinin serbest piyasa bakımında gelişmişlik düzeyini de yansıtabileceğini ileri sürmesidir. Aslında AB rekabet politikasının amacını değerlendiren bazı siyaset bilimciler bu nedenle, dönüşüm noktasının Avrupa Tek Senedi ile başladığını iddia ederler (McGowan & Wilks, 1995). Zira bu dönemde, ortak pazarın oluşturulması için kararlı adımlar atılmıştır ve buna bağlı olarak rekabet politikasının da önemli bir ivme kazandığı da söylenebilir. Bu açıdan ele aldığımızda AB rekabet politikasının tarihi gelişimi içinde 1990'lı yılların sonu, iç pazarın artık tam anlamıyla işlevsel bir serbest piyasa ekonomisi olduğunu söylemek mümkündür. O halde bu gelişimini tamamladıktan sonra, artık yalnızca bu amaca yönelik ilkeler üzerinde durmak değil, aynı zamanda kapsamlı bir politika geliştirmek gerekli hale gelmiştir. Bu anlamda kapsamlı ve sistematik bir politika arayışı içinde AB'nin özellikle ABD gibi rekabet politikası ve hukukunda her zaman öncül rolü olan bir sisteme dönüp, bu sistemde yer alan ve uygulanan amaçlardan esinlenmesi de doğaldır.

Özetle, AB'de 1990'lı yıllardan itibaren en azından Komisyon yetkililerinin söyleminde gözlenen 'daha ekonomik bir yaklaşım' arayışı modernleşme süreci ve ademi merkezi uygulamaya dönük bir yenilik, ya da iç pazarın işlevsel hale gelmesi sonucunda daha kapsamlı bir politika olarak başlamıştır. Literatürde yer almış bu öneriler dışında farklı açıklamalar getirmekte elbette mümkündür. Zaten bu iki

açıklamanın birbiriyle uyumlu olduğu ve her ikisinin de esasen daha kapsamlı ve aktif bir rekabet politikasını hedeflediği de söylenebilir (Monti 2013). Ekonomik yaklaşım gerekçesinin dışında, yine yetkililerin söyleminde eşzamanlı olarak göze çarpan bir başka vurgu da tüketici refahıdır. Bir başka deyişle, daha ekonomik yaklaşım tartışmaları AB’de hep tüketici refahı ve etkinlik savunmaları çerçevesinde olmuştur.

Bu tezin iki temel savı vardır. Birincisi AB rekabet hukukunda 2000’li yıllardan itibaren, daha ekonomik bir yaklaşım belirleme çalışmaları kapsamında tartışılan tüketici refahı kavramını incelemek ve değerlendirmek. Bu kavram, hukukun iktisadi analizi kapsamında ABD’de Chicago Okulunun etkisiyle ortaya çıkmıştır ve elli seneyi aşkın bir süredir rekabet hukukunda bir standart olarak uygulanmaktadır. Tüketici refahı standardının uygulamasında muhakeme kuralı ve etkinlik savunmalarının birlikte kullanılmaktadır. ABD’de iktisat ve hukuk literatürü, rekabet hukuku mevzuatı ve bu alanda alınmış olan kararlar ortaya koymuştur ki tüketici refahı standardının uygulanması muhakeme kuralı aracılığıyla toplam etkinlik savunmasının gerçekleştirilmesi demektir. Dolayısıyla tüketici refahı aslında doğrudan tüketiciyi değil, toplam iktisadi etkinliği ölçüt alan bir standarttır. Bu standardın kullanılması, belli bir piyasa düzeni ve ekonomi anlayışına dayanır. Bu nedenle, tamamen objektif veya nötr bir standart olmaktan da uzaktır.

İkincisi, AB kuruluşundan bu yana, farklı ulus devletlerin bir ekonomik birlik çatısında bir araya gelmesi ve kendi aralarından bir serbest piyasa ekonomisi oluşturmaları ideali üzerine kurulmuştur. Bu nedenle, rekabet politikası da dahil olmak üzere tüm ekonomik ve hatta sosyal politikalar her şeyden önce piyasa entegrasyonu

amacı hedeflenerek şekillenmiştir. Bu amaç, yalnızca mevzuat ve Kurumların yaklaşımlarına değil, çok açık bir şekilde AB Mahkemelerinin kararlarına da yansımıştır. 1990’lı yıllardan itibaren pek çok farklı sebeple, AB Komisyonu yeni ve kapsamlı bir rekabet politikası oluşturma çabasına girmiştir. Bu arayış ‘daha ekonomik bir yaklaşım’ arayışı olarak ifade edilmiş, ve bu kapsamda AB rekabet hukukunda tüketici refahının bir amaç olarak kabul edilmesi yönünde tartışmalar başlamıştır. Bu çerçevede, Komisyonun yaklaşımında ve mevzuatta daha fazla iktisadi etkinlik vurgusu yapılmaya başlamıştır. Ancak AB Mahkemeleri ve özellikle ABAD, bu yaklaşımı benimsememiştir. Zira bu yaklaşımın AB Kurucu antlaşmaları ve AB Mahkemelerinin içtihadıyla ne kadar uyumlu olduğu tartışmalıdır. Diğer taraftan, Lizbon Antlaşması sonrasında 2. maddeye eklenen “rekabetçi sosyal piyasa” kavramı da toplam etkinliğin artırılması amacıyla uyumlu değildir. Tüm bu ektenler AB rekabet hukukunda tüketici refahı standardının uygulanmasının ve tek amaç olarak kabul edilmesinin yerinde bir politika tercihi olmayacağını göstermektedir.

Son olarak bu tezde, daha ekonomik bir yaklaşım benimsenmesi için tüketici refahına alternatif olabilecek iki yaklaşım önerilmektedir: tüketici yararı kriteri ve davranışsal iktisat. Bu yaklaşımlar da, tıpkı tüketici refahı gibi ABD’de ortaya çıkmıştır. Her ikisi de tüketici refahı yani toplam etkinlik savunmalarının bir eleştirisi olarak gelişmiştir. Bu iki yaklaşımın en önemli özelliği toplam etkinliği değil, tüketicinin iyi halini gözeten politikalar olmalıdır. Bu nedenle, bu anlayışların tüketici refahı standardından farklı olarak sosyal piyasa anlayışıyla daha uyumlu iktisadi yaklaşımlar olabileceği ortaya koyulacaktır.

Tüketici refahı rekabet hukuku uygulamasında ABD’de Chicago Okulunun etkisiyle yer almıştır. Chicago Okulu iktisatta refah teorileri olarak bilinen akımdan esinlenir. O nedenle, **birinci bölümde** rekabet hukukunda nasıl uygulandığını incelemeden önce, tüketici refahı öncelikle iktisat bilimi çerçevesinden tanımlanmalı ve tartışılmalıdır.

Refah iktisadının iki temel ilkesi olduğunu söyleyebiliriz. Öncelikle klasik liberal anlayışla uyumlu olarak, piyasanın kendi kendini düzenlemesi ve devlet müdahalesinin asgariye indirilmesidir. İkincisi ise mikro iktisat ve makro iktisat seviyesinde, her piyasanın amacı ekonomik verimliliği sağlamak ve artırmaktır. Bu da ancak piyasanın kendi dinamiklerini belirlemesi ve işlevselliği sağlaması ile mümkündür. Piyasayı etkileyen her politika bu iki temel ilkeyi göz önünde bulunduran bir denge oluşmasını hedeflemelidir. Şayet böyle bir denge oluşursa, piyasada üretilen etkinliğin adil bir dağıtımı da yine kendiliğinden sağlanacak ve böylelikle toplumsal refah tesis edilmiş olacaktır. Refah iktisadı bu dengenin, daha sonra açıklanacak olan Pareto optimum adı verilen bir noktada sağlandığını savunurlar. Bu noktaya ulaşıldığında piyasadaki hiç bir aktörün daha iyi bir duruma getirilmesi mümkün değildir. Dolayısıyla bu noktada toplumsal refah maksimize edilmiş olacaktır.

Refah iktisadında toplumsal refahı oluşturan ana unsur esasen iktisadi etkinliktir. Toplumsal refah, yani toplam refah, üretici refahı yan, üretici etkinliği ve tüketici refahı yani tüketici etkinliğinden oluşur. Refah iktisadının gerçek anlamda piyasada esas aldıkları kriter toplam refah yani toplam etkinliktir. Sadece üretici etkinliği değil, aynı zamanda tüketici etkinliğini de kapsayan bir kriter ile hareket etmesi nedeniyle sosyal

boyutu da olan bir anlayış olarak yorumlanmıştır. Ancak tüketici refahı denildiğinde de aslında, doğrudan tüketicinin elde ettiği etkinlik değil, toplam refah esas alınır. Bunun en önemli nedeni her durumda tüketicinin doğrudan elde ettiği etkinliğin hesaplanmasının mümkün olamamasıdır.

Rekabet politikasında teorik düzeyde tüketici refahını esas alan önerilerin toplam etkinliği esas aldığı görülmektedir. Bununla birlikte, rekabet politikası ve hukukunda tüketici refahının kesin bir tanımı ve yeknesak bir uygulaması olduğunu söylemek de mümkün değildir. Buna rağmen, ağırlıklı olarak toplam etkinlik olarak nitelendirilen bir tüketici refahı standardı, hukukun, Chicago Okulunun öngördüğü anlamda ölçülebilir ve objektif kriterlere dayalı iktisadi kavramlarla analiz edilen hukuk hedefine hizmet etmektedir. Bu nedenle, Chicago Okulu ve etkisinde oluşturulan rekabet politikaları tüketici refahı adı altında toplam etkinliği standart olarak benimsemişlerdir.

Tüketici refahı bir rekabet hukuku standardı olarak ilk kez ve hatta ağırlıklı olarak ABD’de kullanılmıştır. **İkinci bölümde**, incelendiği üzere rekabet hukuku açısından tüketici refahının ne anlama geldiğini, ne şekilde yorumlandığını ve uygulandığını incelemek için, ABD örneğine bakmak şarttır.

ABD rekabet hukukuna tüketici refahı bir kavram ve sonrasında bir standart olarak, Chicago Okulunun etkisiyle girmiştir. Bilindiği üzere, Chicago Okulu, hukukun iktisadi analizini pek çok alanda savunmuştur. Bu anlayışın en fazla etkili olduğu alan da rekabet hukukudur. Director ve Coase gibi teorisyenlerin, hukuka getirmek istedikleri bu yeni bakış açısının, rekabet hukukunda bu denli etkili olmasında şüphesiz en önemli rolü ‘*The Antitrust Paradox*’ eseri ile Bork oynamıştır (Bork, 1978).

Bork'un ana tezi tüketici refahını artırmanın Sherman Yasasını kabul eden Amerikan yasa koyucusunun gerçek amacı olmasıdır. Bu nedenle Sherman Yasasını uygulayan idare ve mahkemeler de piyasada rekabete aykırı olabilecek davranışları değerlendirirken tüketici refahını ölçüt almalıdırlar. Bu anlayışa göre, şayet bir davranışın sonunda tüketici refahı azalıyorsa, o davranış rekabet aykırı olarak yasaklanmalıdır. Bork da tüketici refahını toplam etkinlik olarak alır. O halde bir davranış toplam refahı artırıyorsa rekabet mevzuatı, idare veya mahkemeler bu davranışı yasaklamalıdır. Bu yaklaşım çerçevesinde, rekabet hukukun uygulanması, tamamen davranışın piyasadaki etkilerine bakarak gerçekleştirilmelidir. Bunun mümkün olabilmesi ise per se ihlal uygulaması yerine muhakeme kuralı uygulamasının (rule of reason) yaygınlaşmasından geçmektedir. Bu nedenle Bork, ve Chicago Okulunun diğer temsilcileri muhakeme kuralının uygulandığı alanların genişlemesini de savunmuşlardır. Nitekim, tüketici refahı standardı ve genel olarak etkinlik savunmalarının ABD rekabet hukukunda yerleşmesi ile muhakeme kuralının uygulanması hep uyumlu ve paralel bir gelişim göstermiştir.

ABD'de özellikle 1970'li yıllardan itibaren alınan pek çok kararda bu anlayışın etkisini açıkça görmek mümkündür. Belki bu etkinin en iyi gözlemlenebileceği alan dikey anlaşmalardır. Dikey anlaşmalar kapsamında fiyat ve diğer koşulların belirlenmesi, Sherman Yasasının uygulandığı ilk yıllarda per se ihlal sayılırken, 1970'ten itibaren her bir unsuru farklı kararlarla muhakeme kuralı kapsamına alınmış, son olarak 2007'de dikey kısıtlamalarda muhakeme kuralı esas kılınmıştır. Bu kararların her birinde Yüce Mahkeme tüketici refahı standardını kullanmış ya da en azından



kararlarında bu amaç ve analize yer vermiştir<sup>5</sup>. Son olarak *Leegin* (2007) kararında Yüce Mahkeme, toplam etkinlik olarak tanımladığı tüketici refahını esas aldığını ortaya koymuştur.

Elbette aynı etkiyi rekabet hukukun diğer alanlarında da görmek mümkündür. Örneğin Sherman Yasasının 2. bölümünde yasaklanan monopolleşme kapsamında değerlendirilen bağlama eyleminin ele alındığı *Hyde* (1987) kararında da Yüce Mahkeme tüketici refahı standardını kullanarak kararında iktisadi etkinliği esas almıştır. Dikey anlaşmalara benzer bir gelişim yoğunlaşmaların denetlenmesi alanında da gözlenebilir. Birleşme ve devralmalar kapsamında Yüce Mahkeme, 1970'li yıllara kadar devam ettirdiği yapısal yaklaşımını 1974 yılında aldığı *General Dynamics* (1974) kararı ile bozmuştur. Bu kararda Mahkeme Chicago Okulunun en fazla üzerinde durduğu konulardan birisi yoğunlaşma ile ilgili olarak açıkça etkinlik savunmalarını ön plana çıkarmıştır. Bu yeni yaklaşımın ağırlığı daha sonra yürürlüğe giren mevzuata da<sup>6</sup> yansımış ve genel olarak 2010 yılına kadar devam etmiştir.

ABD rekabet hukuku içtihadında yapılan incelemeler göstermektedir ki, ABD rekabet hukuku genel olarak iktisadın normatif kullanımına olduğu kadar, güncel ekonomik tartışmalara ve farklı yaklaşımlara da açıktır. Bu yaklaşımlar genellikle farklı dönemlerde rekabet hukukunu uygulayan idare ve mahkemeler üzerinde etkili olmuşlardır. Bu etkiyi mümkün kılan en önemli faktör, ABD'de özellikle Yüce

---

<sup>5</sup> Pek çok kararda Bork ve diğer Chicago Okulu temsilcilerine doğrudan atıf da yapılmıştır bkz. *Continental T. V. Inc v. GTE Sylvania*, 433 US 36 (U.S. Supreme Court June 23, 1977)., *Leegin Creative Leather Products, Inc v. PSKS, Inc dba Kay's Kloset Kay's Shoes*, No. 06-480 551 US 877, 168 L. Ed.2d 623 (U.S. Supreme Court June 28, 2007).

<sup>6</sup> 1982 ve 1990 yılında kabul edilen Yatay Birleşme ve Devralmalar Kılavuzlarında yapısal yaklaşımların yerini etkinlik savunmalarının aldığını görmek mümkündür. Bkz. 2. Bölüm

Mahkemeye yapılan atamaların siyasi boyutudur. Daha sonra da açıklanacağı üzere, ABD’de farklı Okulların mahkeme kararlarında bu denli yer almasında, atanan yargıçların siyasi yaklaşımlarının da payı vardır. Diğer yandan, ABD’de Avrupa geleneğinden farklı olarak rekabet hukukunda idari yaptırım ve kararların olmaması da bu gelişimde önem taşır. ABD mahkemeleri tarafların sunduğu farkı ekonomik analizleri tartarak değerlendirme yaptıkları için<sup>7</sup> farklı yaklaşımların gelişmesi ve yerleşmesine daha elverişlidir.

**Üçüncü bölümde** incelendiği gibi, AB’nin oluşum sürecinden itibaren rekabet kuralları Kurucu Antlaşmalarda yer almış (Roma Antlaşmasınının 85 ve 86. maddeleri), hatta rekabet hukukuna ilişkin hükümler hiç denecek kadar az değişime uğramıştır. Bu açıdan rekabet hukuku Avrupa Topluluğu (AT) ve sonrasında AB politikalarında önemli bir rol oynamıştır. Hatta o dönemde AT’nin münhasır yetkisinde olan rekabet politikası belki de ilk uluslararası politika örneğidir (McGowan & Wilks, 1995). Pek çok üye devletin henüz rekabet hukukuna ilişkin bir mevzuatı yokken AT rekabet hukuku tam anlamıyla kapsamlı model bir sistem teşkil etmiştir.

AT’nin ilk adımları atıldığında, serbest rekabete ilişkin hükümler ortak pazarın ayrılmaz bir parçası olarak antlaşmalarda yerini almıştır. Rekabet politikasına da mevzuatta yer alan bu vurgu yansımış, AT’de rekabet hukuku ortak pazarın kurulması ve oluşturulması amacı ekseninde gelişmiştir. Daha önce de açıklandığı üzere, bu amaç AT’ye özgü bir amaçtır. Bir ulus devletten farklı serbest piyasa ekonomisini sıfırdan

---

<sup>7</sup> Daha önce de açıklandığı üzere bu uygulama için muhakeme kuralı şarttır.

oluşturmaya çalışan üye devletlerin ekonomik birliğinin en önemli unsuru da bu ortaklıktır.

AT'nin kuruluşu olarak adlandırabileceğimiz, ortak pazarın oluşturulması amacının en açık bir şekilde hissedildiği bu dönemde, Ordo-liberal iktisat akımı Topluluğun rekabet politikasında çok etkili olmuştur (Gerber, 1998). Bu etkinin iki temel açıklaması vardır. Bunlardan ilki teorik düzeydedir: Ordo-liberal anlayışın “ekonomik anayasası” (Willgerodt & Peacock, 1989). Ekonomik anayasa kavramı aslında genel bir fikri ortaya koyar: yasal düzenleme yoluyla ekonomik politikaların belirlenmesi gerektiği anlayışı. Bu anlayışa göre hem devletin gücüne hem de özel ekonomik güce karşı bireylerin ekonomik özgürlüğü korunmalıdır (Gerber, 1998). Kötüye kullanmaya açık bu gücün her ikisinin de sınırlandırılması gerekmektedir. Bu sınırlandırmada ancak yasalarla mümkündür. Dolayısıyla bu görüşe göre oluşturulmak istenen piyasa düzeni yasal düzenlemeye doğrudan bağlı ve hatta muhtaçtır. Ekonomik anayasa anlayışı, ileride detaylı olarak tartışılacağı üzere, AT'nin ortak pazarın oluşturulması amacına çok uygundur. AT entegrasyon süreci, yasal düzenlemelerin (Kurucu Antlaşmalar ve diğer hukuk normları) öncülüğünde ekonomik birlik oluşturmayı amaçlar. Bu nedenle Ordo-liberal teori bu amaca çok uygun bir teorik dayanaktır.

Ordo-liberal teorilerin AT rekabet politikasında bu kadar etkili olmasının bir başka sebebi de kurucu üyelere biri olan Almanya'nın Komisyonun özellikle ilk yıllarında ekonomik politikalarda oynadığı roldür. Komisyonun ilk başkanı da dahil olmak üzere, rekabette sorumlu Komisyon üyelerinin Alman kökenli olması bu akımın

Komisyon nezdinde etkili olmasına zemin oluşturmuştur. Buna ek olarak, Almanya'nın o dönemde Avrupa'da kapsamlı bir rekabet hukuku sistemine sahip tek ülke olmasının da altı çizilmelidir. Bu nedenle hem görüş hem de mevzuat ve esnek hukuk normlarında (soft law) Ordo-liberal etki görülmüştür.

Bu akımın Mahkemelerin içtihadına ne kadar yansıdığını ölçmek elbette ki daha zordur. Genele AB Mahkemelerinin içtihadında siyasi etkiler ya da farklı yaklaşımların tesirini görmek özellikle ABD Mahkemelerine oranla güçtür (Schweitzer & Patel, 2013). Bu nedenle Mahkemelerin kararlarında siyasi veya iktisadi akımların etkisini açıkça tespit etmek de güçtür. Bununla beraber AB Mahkemelerinin içtihadına baktığımızda ortak pazarın entegrasyonu amacının her zaman var olduğu ve hatta çoğunlukla en önemli amaç olarak görüldüğünü söylemek mümkündür (*Consten Grundig* 1966, *Continental Can* 1973, *GlaxoSmithKline* 2009). Bu amacın Ordo-liberal düşünce yapısıyla en azından teorik düzeyde uyumlu olduğu düşünülürse, mahkeme kararlarında bu akımın etkili olduğuna dair yorumlara da açıklık getirmek mümkündür (Ahlborn, Evans & Padilla, 2001), (Ahlborn & Grave, 2007). Fakat içtihadta bu anlayışın yerleşmiş olmasına, Kurucu Antlaşmalardan başlayarak tüm birincil hukuk kaynaklarında ortak pazarın oluşturulması ve işleyişi amacının ön plana çıkmasıyla daha doğru bir açıklama getirilebilir.

Bilindiği üzere 1970'li yıllardan itibaren AT bir duraksama dönemi yaşamıştır. Özellikle ortak pazarın oluşturulmasına yönelik bazı adımların atılmasında gecikilmiş ve bu duruma çare olarak bir Antlaşma olmayan Avrupa Tek Senedi kabul edilmiştir (Craig & Búrca, 2011). 1990'lı yıllardan itibaren, ve özellikle AB'yi kuran Antlaşma ile

birlikte artık iç pazar kavramı kullanılmaya başlamıştır. Bu dönemden itibaren artık ortak pazarın kuruluşundan ziyade iç pazarın sağlıklı işleyişi hedefinden söz edebiliriz. Dolayısıyla, aralarında tek bir pazar ve serbest piyasa ekonomisini yaratmak isteyen üye ülkeler bu hedeflerinde görece başarılı olmuş, artık işleyen bu iç pazar içinde kapsamlı ekonomik ve aynı zamanda sosyal politika geliştirmeye başlamışlardır (Monti, 2013).

Bu dönemde AB rekabet politikasında da önemli değişiklikler olmuştur. Bu değişiklikleri tetikleyen üç etken tespit etmek mümkündür. Birincisi, yukarıda değindiğimiz ortak pazara ilişkin kazanımlardır. Artık ortak pazarın oluştuğu, serbest piyasa kurallarına uygun bir ticaret anlayışın geliştiği iç pazar döneminde böyle bir pazarın oluşturulması amaç olmaktan çıkmıştır. Serbest piyasa sisteminde her ulusal pazarda olduğu gibi ekonomik ve sosyal alanda yön verici politikalar geliştirilmesi gerekmiştir. Diğer taraftan, tarihi boyunca coğrafi düzeyde genişleyen AB, 1990'lı yıllardan 2000'li yıllara kadarki dönem, toplam on beş ülkenin adaylık ve üyelik süreciyle karşı karşıya kalmıştır. Rekabet hukukunun uygulanması alanında bu genişlemenin de önemli etkileri olmuştur. Zira Komisyonun rekabet hukukunun uygulanmasında münhasır yetkili olduğu bir sistem iş yükü bakımından fazla ağır gelmeye başlamıştır. Bu nedenle, daha önce açıklanan, ademi merkezi sistem getirilmiş ve üye ülke örgüt ve mahkemelerinin de AB rekabet hukukunu uygulaması sağlanmıştır. Ancak bu yeni sistem beraberinde yeknesak uygulama ve yorum sistemi sorununu da getirmiştir. Son olarak, Komisyonun birleşme ve devralmaların kontrolü alanında aldığı üç kararın Genel Mahkeme tarafından aynı gerekçeyle bozulması (*Schneider* 2002, *Tetra Laval* 2002, *Airtours* 2002) Komisyonu yeni bir arayışa yönelten üçüncü bir etken

olmuştur. Zira her üç kararda da Mahkeme Komisyonun iktisadi analizleri yeterince kullanmadığına karar vermiştir. Bu ‘kriz’ sonrasında, 139/2004 sayılı Konsey Tüzüğü ile yoğunlaşmaların denetlenmesi alanında yeni bir mevzuat oluşturulmuş ve yeni bir ekonomik testin uygulanmasına olanak sağlanmıştır.

Yeni politika arayışına zemin oluşturan bu üç etkenin hepsi aynı doğrultuda hareket edilmesine neden olmuştur: “daha ekonomik bir yaklaşım”. Bu arayışla birlikte, özellikle Komisyon üst düzey yetkililerinin söylem ve demeçlerinin neticesinde, AB rekabet hukukunda tüketici refahı kavram ve standart olarak tartışılmaya başlanmıştır. Öncelikle literatürde görülen bu tartışmalar, ABD rekabet hukukundan da etkilenerek, AB’de refah iktisadi ve etkinlik savunmalarını uygulamak gerektiğini savunmuştur (Ahlborn, Evans & Padilla, 2001; EAGCP raporu, 2005). Bu yaklaşım mevzuat ve özellikle esnek hukuk normlarına da yansımış, etkinlik savunmaları ve en azından lafzi olarak tüketici refahı pek çok normda yerini almıştır. Ancak bu normlarda tüketici refahı daha ziyade bir amaç olarak yer almış, kapsamlı bir tanımlaması da yapılmamıştır. Etkinliğin pek çok yerde vurgulanmıştır ancak hangi etkinliğin (toplam etkinlik, dağıtım etkinliği) bir ölçüt olarak benimseneceği de belirtilmemiştir.

Diğer taraftan AB Mahkemelerinin rekabet hukukun farklı alanlarında aldığı kararlarda yeni bir ekonomik yaklaşımın kabul edildiğini söylemek mümkün değildir. Dikey kısıtlamalar, hakim durumun kötüye kullanılması (marj sıkıştırması ve bağlama) ve yoğunlaşmaların denetlenmesi alanında alınan kararlar incelendiğinde (*Microsoft*, 2007; *GlaxoSmithKline*, 2009; *TeliaSonera* 2011; *Ryanair*, 2011), AB Mahkemelerinin aslında kendi içtihadıyla son derecede tutarlı ancak yeni iktisadi yaklaşımlara da kapalı

denebilecek bir pozisyon benimsediği görülmektedir. AB rekabet hukuku içtihadında etkinlik savunmaları ve tüketici refahının bir amaç veya araç olarak ön plana çıktığı bir karar henüz görülmemiştir (Monti, 2013, s.46-47), (Schweitzer & Patel, 2013, s.220-226). Buna karşılık, Mahkemenin tüketici refahının ve etkinliğin artırılmasının rekabet hukukunun tek amacı olduğunu reddettiği kararlar (*Microsoft*, 2007; *GlaxoSmithKline*, 2009; *TeliaSonera* 2011) vardır. Diğer taraftan iktisadi analiz ve gerekçelerin rekabet hukukunda bir üstünlüğü olabileceği kabul edilmemiştir (*Ryanair* 2011). Dolayısıyla AB rekabet hukukunda daha ekonomik bir yaklaşım çerçevesinde tüketici refahı ve etkinlik savunmaları uygulamasının yerleşmediğini ve hatta Mahkemelerin içtihadına bakarak yerleşmesinin zor olduğunu söylemek mümkündür.

**Dördüncü bölümde** tartışıldığı gibi, modernleşme sürecinden sonra, AB rekabet hukuku alanında ilk önemli değişiklikler Lizbon Antlaşması ile gelmiştir. Antlaşma yine maddi hukuk hükümlerinde hiç bir değişiklik yapmamıştır. Ancak konumuz bakımından önemli olan Birliğin amaçlarına yönelik bir değişiklik gelmiştir. Serbest rekabetin sağlanması bir amaç olmaktan çıkarılmıştır<sup>8</sup>. Buna karşılık, “rekabetçi sosyal piyasa ekonomisinin” oluşturulması ABA’nın 2. maddesi kapsamında Birliğin amaçları arasında yer almıştır. Piyasa ekonomisinin “sosyal” boyutunun ne olacağı yine literatürde tartışılan bir konudur.

Bu noktada AB’nin tüm ekonomik ve sosyal politikalarını etkileyen bir değişime değinmekte fayda vardır. AB politikalarında soğuk savaş ve sosyalizmin çöküşünden itibaren neoliberal akımların daha fazla etkisi altında kalmıştır (Akçay, 2007). Bu

---

<sup>8</sup> Bununla birlikte AB’nin rekabet alanındaki yetkilerinde hiç bir değişiklik olmamıştır. Bkz. ABİHA madde 3

dönemde AT'nun benimsemiş olduğu sosyal pazar modellerinden uzaklaşmış ve tek pazar hedefi bu yönde şekillenmiştir. Bu eğilim AB toplumunda bir tepkiyi de beraberinde getirmiştir. AB'nin her zaman eksik görülen sosyal bacağı daha da eksik hale gelmiş ve politikalar eleştirilmiştir (Joerges ve Rödl, 2009). Lizbon Antlaşması ile gelen 'sosyal piyasa ekonomisi' bu tepki ve eleştiriler karşısında AB'nin sosyal pazar anlayışına geri dönmek istediği yönünde de yorumlanabilir.

Ağırlıklı görüşe göre, 'sosyal piyasa ekonomisinin' kökeni Ordo-liberal teorilerdir (Joerges ve Rödl, 2004; Ramirez Perez ve Van de Scheur, 2013; Monti, 2013). Bu anlayışa göre, rekabet hukukunun ve hatta piyasa doğrudan veya dolaylı devlet müdahalelerinin tek amacı etkinliğin artırılması olamaz, bu müdahalelerin mutlaka bir sosyal boyutu ve amacı da olmalıdır (Monti, 2013). Eğer Lizbon Antlaşmasında yer alan, sosyal piyasa ekonomisi kavramı, böyle bir anlayışa tekabül ediyorsa Chicago Okulunun önerdiği etkinlik savunmaları ve tüketici refahı ile uyumlu olması mümkün değildir. Ancak bu kavramın açıklamaları veya yorumları henüz literatürdeki tartışmalarla sınırlı kalmış, Komisyon veya Mahkemelerden bir katkı olmamıştır.

Son olarak, bu tezde sosyal piyasa ekonomisi kavramıyla (en azından tüketici refahı standardına göre) daha uyumlu olabilecek, aynı zamanda daha ekonomik bir yaklaşım gereksinimi de karşılayabilecek iki yaklaşım önerilecektir: tüketici yararı kriteri ve davranışsal iktisat teorileri. Her iki yaklaşımda ABD'de hem literatürde, hem de mevzuat<sup>9</sup> ve mahkeme kararlarında<sup>10</sup> yer almıştır. Bu yaklaşımların önerilmelerinin

---

<sup>9</sup> ABD 2010 Yatay birleşme ve devralmalar Kılavuzu



nedeni, bir yandan iktisadi kavram ve temeller üzerine kurulmuş olmaları, diğeryandan da doğrudan tüketiciyi ve tüketicinin ekonomik durumunu politikanın merkezine oturtmalarıdır. AB’de tüketici politikaları ve tüketicinin korunmasının önem kazandığı bir dönemde (Öcal, 2012), hem politikalarda bütünlük sağlanması hem de rekabet politikalarına gerçek bir sosyal boyut kazandırılması açısından bu yaklaşımlar daha doğru tercihler teşkil edebilir.

---

<sup>10</sup> Kathleen R. Reiter v. Sonotone Corporation, 442 US 330 (U.S. Supreme Court June 11, 1979).

## **BİRİNCİ BÖLÜM**

### **BİR İKTİSADİ KRİTER OLARAK TÜKETİCİ REFAHI STANDARDININ TANIMI VE REKABET POLİTİKASI ALANINDA GELİŞİMİ**

Tüketici refahı özellikle rekabet hukukunda kullanılan iktisadi bir kriterdir. İktisat biliminin hukuk alanındaki kullanımı 1960'lı yıllardan itibaren ABD'de gelişmiştir (Cooter & Ulen, 2014, s.1). Bu anlayış ilk olarak rekabet hukukunda kendi göstermiştir. Rekabet hukuku, ekonomi ve hukukun neredeyse eşit oranda kullanıldığı karma bir hukuk alanı olması nedeniyle bu yaklaşımın en fazla ve en görünür şekilde etki ettiği hukuk dalı olması doğaldır (Aslan, 2010). Ancak bu yaklaşım, rekabet hukuku ve fikri sınai haklar hukuku gibi iktisatla tanım gereği etkileşim içinde olan alanlar dışında da etkili olmuş, ceza hukuku, borçlar hukuku gibi hukukun en temel alanlarında da etkisini göstermiştir (Cooter & Ulen, 2014, s.1).

Kısaca değinecek olursak, hukukun iktisadi analizi ekonominin normatif bir bilim olarak kullanılabilmesi anlayışına dayanır (Gerber, 2008). Ekonomi, yasal cezaların yol açacağı sonuçları ortaya koyabilen ve hatta önceden kestirebilecek bir bilimdir (Cooter & Ulen, 2014, s.5). Rekabet hukukundan bir örnek verecek olursak, azami fiyatın belirlenmesini yasaklayan bir kuralın piyasada fiyatlar açısından ne tür sonuçlara yol açacağını iktisadi olarak ortaya koymak mümkündür. Böyle bir analiz yapılması ise, yasa koyucu ve idareye, getirilen kuralların ekonomik sonuçları konusunda bilimsel bir bakış açısı sağlayabilir. Böyle bir katkı sağlandığında, yasa

koyucu belirleyeceği yasak ve kuralları iktisadi verimliliği artıracak şekilde <sup>11</sup> tasarlayabilir. Bu anlayışla geliştirilen politikaların ise, kaynakların doğru ve etkin tahsisine yol açacağı savunulur.

“Tüketici refahı” kavramının, rekabet politikası ve hukukunda bir ölçüt olarak kullanılması da bu anlayışa tekabül eder. Yani rekabet politikası oluşturulurken ya da rekabet hukuku uygulanırken, iktisadi bir ölçüt olarak tüketici refahı, politika veya uygulamaların doğruluğunu ve yerindeliğini, iktisadi etkinlik üzerinde ölçmeyi sağlar. Tüketici refahı özellikle ABD’deki uygulamalarda yer alan bir kavram olmakla birlikte, iktisat teorisinde, bilhassa “refah iktisadi” olarak bilinen bir akımla beraber ortaya çıkmış ve kullanılmaya başlanmıştır (Buttigieg, 2009, s.6-7). Tüketici refahı standardı da, esasen hukuk teorisi alanında ortaya çıkmış bir kriter değildir. Tüketici refahı kavramı, hukuk bilimi ve özellikle rekabet hukuku çerçevesinde kullanılan bir iktisadi standart olarak incelenmelidir. Dolayısıyla, bu kavramın hukuk teorisi ve uygulaması alanında kullanılmasını ve bu suretle gelişimini anlamak için, kavramın, iktisat bilimi tarihi içerisindeki yeri ve rekabet hukuku alanında nasıl ele alındığı birlikte değerlendirilmelidir (Gerber, 2010).

Tüketici refahı, her şeyden önce, iktisat biliminde bir analiz kriteri veya standardı olarak doğmuştur. Bu bakımdan tüketici refahı kriteri konusunda iki tespitte bulunmak mümkündür. Birincisi, her iktisadi veya siyasî ekolde söz konusu olabileceği gibi, bu kriter de belirli bir piyasa düzenlemesi anlayışı ve dolayısıyla politika tercihi çerçevesinde anlaşılmalıdır (Knight, 1933). Diğer taraftan tüketici refahı, interdisipliner

---

<sup>11</sup> Yasa koyucu iktisadi verimliliği artırmak ister zira politika geliştirirken tasarruf ve zararları göz önünde bulundurmak ve en verimli olacak politikayı tercih etmek gerekir. (Cooter & Ulen, 2014, s. 4)

kullanımı olan bir kriter olarak da değerlendirilmelidir. Yani bu kriterin, uygulamada, piyasayı düzenleme veya ona müdahale etme niteliği olan pek çok alanda kullanımı söz konusudur.

Rekabet uygulaması da bu alanlardan biridir; ancak rekabet uygulamasında bu kavramın kullanımını tartışmadan önce, onun iktisat teorisindeki yerini tanımlamak gerekmektedir. Bu bağlamda, bu standardın öncelikle bir iktisadi kavram olarak incelenmesi, rekabet hukuku alanındaki yerinin daha iyi anlaşılmasını sağlayacaktır. Dolayısıyla bu ilk bölümde asıl amaç, tüketici refahı kriterinin iktisat teorisinde ne şekilde ele alındığını ortaya koymaktır. Böylelikle, kriterin rekabet politikasındaki yeri ve etkisine de açıklık getirmek mümkün olacaktır. Ayrıca bu yolla, tüketici refahı standardının, ABD ve dünyadaki tarihi gelişimini kavramak da mümkün olacaktır. Bu şekilde, kriterin teori ve uygulamasında oluşan piyasa tercihleri de, kriteri kavramak açısından gerekli bir çerçeve çizecektir.

Tüketici refahı kavramı, rekabet hukukuna Chicago Okulu'nun etkisiyle girmiştir; ancak, yukarıda da belirttiğim gibi, bu kavram refah ekonomisi olarak bilinen geniş bir teorik akımının etkisiyle ortaya çıkmıştır. Bu nedenle kavramın, içinde geliştiği refah iktisadının temel prensiplerine de kısaca değinmek gerekirse, öncelikle “tüketici refahı” veya “toplam refah” gibi standartların daha geniş bir düşünce sisteminin parçası olduğu belirtilmelidir.

## **1. REFAH İKTİSADI (WELFARE ECONOMICS)**

Ekonomi teorileri, devletin veya özel sektörün karar veya davranışlarının muhtemel veya var olan sonuçlarını analiz ederek, uygulanması gereken politikaları

belirler. Her teorinin, belli iktisadi kavram ve standartlara dayanan, tutarlı bir sistemin içinde bulunması beklenir. Bu nedenle her iktisadi teori veya akım, iktisadi aktörlerin kullanması gereken ekonomik standartlar bağlamında, bir iddia geliştirmek, önerilerini gerekçelendirmek ve bunları doğrulamak zorundadır. Bu standartların ve sistemlerin uygulanması sonucunda gerçekleşmesi beklenen hedefler ise, politika tercihlerinin temelini oluşturur.

Yukarıda belirtilenlere paralel olarak, refah iktisadının da temel amacı, politika tercihlerini oluşturmak ve değerlendirmek için birtakım standartlar ve kriterler ortaya koymaktır. Bu sistem, temel olarak, bir toplumdaki her tür eylem veya kararın, o toplumdaki etkinliği (verimliliği) artırmayı amaçlaması gerektiğini iddia eder (Johansson, 1991, s.11). Bununla beraber, refah iktisadı bu amacı gerçekleştirmeye yarayacak sistemi, önemli başka bir görüş ile harmanlamaktadır. Bu görüşe göre, piyasaya müdahale edilmemesi halinde, piyasa kendi kendini düzenleyebilecektir. Adam Smith'in "görünmez el"ine (invisible hand) dayanan bu görüş, piyasanın kendi haline bırakılması gerektiğini (laissez-faire) ve devletin regülasyonunun olmaması durumunda, piyasanın kendi dengelerini oluşturulabileceğini savunur. Refah iktisadı, Adam Smith'den bu yana liberal ekonomik teorilerin yapı taşı haline gelmiş olan bu savı kabul eder (Boadway, 1984, s.12). Dolayısıyla refah iktisadının temel yaklaşımı bağlamında dile getirilmesi gereken öncelikli saptama, bu yaklaşımın, serbest piyasa ekonomisinin kendini düzenleyebileceği görüşünü, önerdiği sistemin temeline yerleştirdiğidir.

Bununla birlikte, refah iktisadına göre piyasada, bir iktisadi aktörün durumundaki iniş ve çıkışlar birbirinden ayrı ve bağımsız olarak ölçülemez (Johansson, 1991, s.11).

Bu teorik çerçevede, örneğin tüketicinin karşılaştırmalı olarak her durumda bir diğerinden daha iyi olup olmadığı ölçülmelidir. Ancak üretim veya tüketici açısından Pareto optimal durum ölçülebilir, bunu yaratacak ve sürdürecektir politika tercihleri ve kurumsal yapı oluşturulabilir. Dolayısıyla, tüm politika tercihlerinde belirleyici unsur da ölçülebilir durumda olmalıdır. Bu çerçevede, karar vericilerin ölçmesi gereken şey, iktisadi verimlilik yani etkinliktir (efficiency). “Pareto optimumu koşulları” olarak adlandırılan üç tür iktisadi verimlilik vardır: mübadele verimliliği, üretim verimliliği ve toplam verimlilik (Boadway, 1984, s.12). Pareto optimumun sağlanması, toplumun tüm kaynaklarının etkin bir biçimde kullanılmasıyla gerçekleşir. Dolayısıyla bu üç tür verimlilik açısından, kimsenin daha iyi bir duruma getirilemeyeceği, yani toplam verimliliğin artırılmayacağı denge, “mükemmel” piyasa dengesi sayılacaktır. Başka bir deyişle, eğer bir politika değişikliğiyle kimse daha iyi bir duruma gelemiyorsa, optimal denge sağlanmış demektir (Bilgili, 2013, s.680). Refah iktisadında “mükemmel” piyasa ekonomisi, Pareto optimumun sağlandığı ekonomidir. Dolayısıyla daha önce açıklanan pazarın başarısızlığı durumu da Pareto optimumun oluşmadığı durumdur.

Mükemmel piyasa ekonomisinin koşullarının, piyasanın kendini düzenlemesi sonucunda oluş(a)madığı ve serbest piyasanın başarısız olduğu hallerde, bir başka düzenleyicinin müdahalesi meşru hale gelir. Zaten refah iktisadında, Pareto kriterlerinin bütün bir sosyal düzeni sağlayamayacağını da kabul etmektedir (Boadway, 1984, s.103-104). Piyasadaki aktörlerin bilgi asimetrisi veya bilgi edinmek amacıyla yanlış yatırımlar yapmaları nedeniyle, piyasa başarısız olabilir. Piyasanın başarısızlığına yol açacak bir başka önemli nedense, fiyatın piyasa koşullarından bağımsız olarak belirlenmesine

neden olabilen tekeller veya kartellerdir. Bu durumlarda, piyasada istenen denge kendiliğinden oluşmazsa, devletin, kaynakların tahsisinde aktif rol üstlenmesi gerekebilir. Bu aktif rol, devletin daha doğru tercihler yapacağı varsayımına dayanmamaktadır ve devletin müdahalesi bilginin tahsisini sağlamak şeklinde de olmamalıdır. Refah iktisadı, devletin ancak düzeltici ya da “onarıcı” bir rol oynamasının kabul edilebilir olduğunu savunur. Buna göre, örneğin devletin “düzeltici” vergi uygulaması veya piyasada istenmeyen etki yaratabilecek bazı davranışları yasaklaması mümkün olabilir (Boadway, 1984, s.130). Devlet, bu şekilde, kaynakların daha etkin bir biçimde yeniden dağıtılmasını sağlayabilir.

Pareto optimumun sağlanması, “birinci tercih” veya “en iyi durum” olarak da adlandırılır (Johansson, 1991, s.13). Piyasanın başarısız olduğu durumlar içinse, etkinlik amacının uygulanması devreye girer. Adını Meade’den alan bu “ikinci en iyi durum”, Pareto optimumun mümkün olmadığı durumlarda oluşturulması gereken politika hedeflerini belirler (Boadway, 1984, s.113). Yani refah iktisadında devlet eliyle verimliliği artırmayı amaçlayan politikalar, yalnızca Pareto optimumun sağlanamadığı durumlarda uygulanmalıdır. Tabii ki bu durumlarda devletin uygulayabileceği tek politika etkinliği artırıcı politikalarıdır. Buna göre, devlet, piyasanın kendini düzenleyemediği durumlarda, sadece etkinliği artıracak şekilde müdahalelerde bulunup, ortaya çıkan bu etkinliğin daha iyi tahsisini sağlamalıdır.

Bu durumda refah iktisadı, devlet müdahalesinin asgari düzeye indirildiği ve hatta tercihen hiç olmadığı bir yaklaşım olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu tespit, yani refah iktisadının sunduğu politika tercihinin açıklanması, bu iktisat akımının getirdiği

standartların ve uygulamaların analizinde önemlidir. Zira bu kriterlerin uygulanması belli bir piyasa ve ekonomi politikası anlayışını da beraberinde getirecektir. Öyleyse refah iktisadından ortaya çıkan uygulamaların, piyasaya mümkün olduğunca az müdahale etmeye dayanacağını, hatta mümkünse hiç müdahalede bulunmayacağını söylemek mümkündür. Ayrıca, bir o kadar önemli başka bir tespit ise, bu akımların piyasanın amacını iktisadi etkinliği artırmak olarak tanımlaması ve bundan hareketle piyasadaki aktörlerin başarılarını, ürettikleri iktisadi etkinlikle ölçmeleridir<sup>12</sup>. Buna rağmen, yine burada da refah iktisadının bir politika tercihi olarak iktisadi etkinliği artırmayı amaçladığını görmekteyiz. Özetle, tüketici refahı standardının uygulanmasının, daha geniş ve kapsamlı bir iktisadi akımın parçası olduğu ve bu uygulamanın, beraberinde belli bir piyasa anlayışı ve iktisadi politika tercihini de getirdiği dikkate alınmalıdır. Tüketici refahı tek bir kriter olarak değil, geniş bir politika tercihinin parçası olarak tanımlanmalı ve analiz edilmelidir. Zaten ABD'deki uygulamasının incelemesinden bu sonuç açık bir şekilde ortaya çıkacaktır.

## **2. TÜKETİCİ REFAHININ İKTİSAT TEORİSİNDE TANIMI**

Tüketici refahı, tanımı yapılması, sınırları çizilmesi zor bir kavramdır; ancak refah iktisadının bir parçası olan bu kriterde en önemli ölçüt iktisadi etkinliktir (Gürkaynak, 2003, s.64-65). Tüketici refahı açısından sorun, hangi iktisadi etkinliğin baz alınacağı ve bu etkinliği piyasadaki hangi aktörün sağlaması gerektiğidir. Diğer sorun, toplam verimlilik, üretici etkinliği ve doğrudan tüketiciye ulaşan etkinlik arasında

---

<sup>12</sup> Buna alternatif olabilecek kriterler örneğin piyasada adil dağılım veya bazı zayıf kesimlerin korunması olabilir. Bknz Scherer, 2008.



yapılabilecek tercihlerdir. Aşağıdaki tartışmalarda da görüleceği üzere iktisatçılar arasında her iki sorun açısından da bir uzlaşma veya yeknesak tanımlama sağlanamamıştır.

Per-Olov Johansson, refah iktisadı çerçevesinde kullanılan sosyal refah fonksiyonlarının, aslında bireysel bazda gözlemlenebilir veya ölçülebilir olmadıklarını ifade etmektedir (Johansson, 1991, s.41). Örneğin, bir ürünün fiyatının düşüşünün, bir haneye nasıl yansıdığını ölçmek mümkün değildir. Bu nedenle Johansson refah değişikliklerini ölçmek için dolaylı yollar kullanılması ve tüketici refahının ölçümünde tüketicinin davranışının baz alınması gerektiğini ifade etmektedir.

Bu yolla, yani tüketici davranışını gözlemleyerek, Johansson tüketici fazlasını önce bireysel düzeyde, sonra toplam olarak hesaplamayı hedeflemektedir. Johansson öncelikle bir tüketicinin bir ürün için vermeyi kabul edeceği azami fiyatı belirlemektedir. Bu fiyatı baz alarak ve onu azar azar düşürerek, yine her düşüş için tekrar tüketicinin vermeyi kabul edeceği azami fiyatı belirlemektedir. Tüketicinin vermeyi kabul edeceği asgari fiyat ile bundan daha düşük olan gerçek fiyat arasındaki fark, tüketicinin elde ettiği faydayı temsil etmektedir. Bu tanıma göre, fiyattaki her düşüş tüketici artısının artması anlamına gelmektedir; fakat Johansson'un da ifade ettiği üzere, aslında tüketicinin artısı olarak tanımladığımız, elde edilen bu fayda gözlemlenemez bir kazançtır; ancak bu şekilde, yani somut fiyata dönüştürülüp para birimi olarak tanımlandığında ölçülebilir bir hale gelmektedir. Bu ölçümün, sürekli alımı olan ve buna bağlı olarak tüketicinin tercih ve davranışlarının sürekli olarak ölçülebildiği bir ürün üzerinden yapılması şarttır.

Johansson ayrıca bu tanıma göre tüketici artısının toplamını hesaplamının da oldukça zor olduğunu ifade etmektedir. Zira bir para ünitesinin (örneğin bir doların) her hane için sağladığı fayda farklı olabilmektedir. Farklı olabileceği gibi, elde edilen faydanın değeri sıfır veya negatif de olabilecektir. Johansson'a göre, bu nedenle, toplam sosyal refahtaki değişiklikle, toplam tüketici artısı aynı yönde olmayabilir. Diğer bir deyişle bir gösterge negatif iken, diğerinin pozitif olması mümkündür. Bu sonucun tek istisnası, Johansson'a göre, toplam sosyal refahın maksimize edilmesidir (Johansson, 1991, s.41). Bu durumda gelirin marjinal faydası hanelerde eşitlenmiş olacağından, toplam tüketici artısındaki değişiklik de pozitif olacaktır. Bununla birlikte Johansson, fayda değişikliklerinin ölçümünde kullanılacak tam doğru yöntemler olmadığını ve tek çözümün para birimleri üzerinden hesaplama yapmak olduğunu ifade etmektedir. Bu yöntemler, eksik olsa da en azından sağlam mikro ekonomik yöntemlere dayanmaktadır.

Bir başka tartışma konusu da etkinliğin hangi unsurlardan oluştuğu ve buna bağlı olarak tüketici refahının bileşenlerinin neler olması gerektiğidir. Evans, tüketici refahının tanımlanmasında bu standarda yakın başka kavramlara veya onun parçası olan kavramlara bakılmasını önerir (Evans, 2007). Bu açıdan bakıldığında, tüketici davranışı ve tüketici faydası kavramlarının incelenmesi yararlıdır. Evans, her şeyden önce, "tüketici refahı" kavramının özellikle mikro iktisat (Evans, 2007) alanında neye tekabül ettiğine açıklık getirilmesinin zaruri olduğunu vurgulamaktadır. Bu alanda tüketici refahının belirleyicileri, Evans'a göre arz, talep ve fiyattır. Yani tüketici refahındaki değişikliklerin değerlendirilmesinde ekonomistler bu üç kriteri dikkate alan testler uygulamalıdır. Yine de bu testler fiyattan bağımsız etmenler incelenmek istendiğinde

yetersiz olacaktır. “Basit Aritmetik Tepki” adı verilen test (*Simple Arithmetic Answer Test*) bu değerlendirme için daha uygun görülebilir. Çünkü rekabet, kurumların her hareketi veya hareketsizliği karşısında tüketicilerin kazanç ve kayıplarını öngörmeye yardımcı olur; ancak bu test de toplam sonuçlar üzerinde bilgi verir, azınlık veya çoğunlukların durumunu detaylandırmaz.

Tüketici refahının temel unsurları fiyat, kalite ve yenilik (inovasyon) olarak da tanımlanabilir. Hatta “tercih” de bu listede yerini bulabilir; ancak Evans için genel olarak “tercih”, fiyat ve kalite arasındaki alışverişin bir sonucudur. Yani başlı başına bir öge ya da ayrı bir belirleyici değildir. Evans’a göre, tüketicinin refahını arttırmak için politika geliştiren otoriteler öncelikle fiyat ve kaliteyi dikkate almalı, ardından tüketicilerin seçimlerinin nasıl yenilik yarattığını incelemelidir. Bu aşamalar tamamlandıktan sonra piyasaya giriş ve piyasa koşullarını iyileştirmeye ilgili sorunlar incelenebilir.

Bu görüşlerden de anlaşılacağı gibi, tüketici refahının, refah iktisadı bağlamında iktisadi tanımı çeşitli sorunlar barındırmaktadır. Bazı görüşlere göre bu kriterin genel bir yöntemle tanımlanması mümkün değildir (Johansson, 1991, s.41). Bu nedenle para birimine çevrilmeli ve bu şekilde uzun süreli davranışa bağlı ölçümler yapılmalıdır. Diğer taraftan başka görüşler de tüketici refahının hesaplanmasında dahil edilmesi gereken unsurlara karar verilmesindeki güçlükleri dile getirmektedir (Evans, 2007). Örneğin fiyat ve kalite daha bariz unsurlar olarak karşımıza çıkarken, yeniliğin de dahil edilmesi söz konusu olabilir. Ancak yenilik, özellikle kısa vadede, diğerlerine göre ölçülmesi çok daha zor bir unsur olabilir. Bu yorumlardan da anlaşılacağı üzere tüketici

refahı, bağımsız ve yeknesak bir standart olarak algılanmamalıdır. Aslında tanımı konusunda görüş ayrılıkları olduğu gibi unsurları ve ölçülebilirliği de tartışmalıdır.

### **3. REKABET POLİTİKASINDA TÜKETİCİ REFAHI STANDARDI**

Tüketici refahı, esasen iktisat alanında doğmuş olmasına karşın, rekabet hukukunda da önemli bir rol oynamakta ve bu alanda pek çok önemli tartışmanın parçası olarak karşımıza çıkmaktadır (Gürkaynak, 2003, s.64-65). Bununla beraber, tüketici refahı standardı, genel iktisat teorisi ve refah iktisadı çerçevesinde de görmüş olduğumuza benzer bir şekilde, rekabet hukukunda da açık ve net bir tanım ve uygulamaya sahip değildir. Diğer bir deyişle tüketici refahı standardının rekabet hukukundaki tanımı ve uygulaması konusunda pek çok farklı görüş vardır. Bu nedenle bu bölümde bu farklı görüşlerin ortaya koyulması amaçlanmıştır.

#### **3.1. Tüketici Refahının Rekabet Politikasının Amaçları Çerçevesinde Tanımlanması**

Diğer alanlarda olduğu gibi, rekabet hukukunda da tüketici refahı standardının uygulanması belli bir piyasa anlayışı ve politika tercihi yansıtmaktadır. Rekabet hukukunda refah iktisadı tartışmaları, 1960'lı yıllardan itibaren neo-liberal politikaların etkisiyle yer almaya başlamıştır (Salop, 2005). Rekabet politikası, hukuk ve ekonomi teorilerinin birleşiminden oluşmaktadır. Bilhassa, devletin piyasaya müdahalesi bağlamında bir çerçeve çizmeye çalışan iktisadi teorilerin ve yaklaşımların, rekabet politikasında rol oynaması son derece doğaldır. Refah iktisadı da bu teorik akımlardan biridir. Refah iktisadının Pareto optimumu sağlamayı ve verimi artırmayı amaçlayan politikaları, rekabet politikasında Chicago Okulu'nun etkisiyle "tüketici refahı"

kavramıyla kendini göstermiştir (Rubinfeld, 2008, s.52-53); fakat rekabet politikasındaki yeri ve evrimini incelemeden önce iktisadi teoride, tüketici refahına dair farklı tanımları açıklamak faydalı olacaktır.

Aslında tüketici refahına, rekabet hukukunda ve daha genel olarak rekabet politikalarında önem atfedilmesi, görece yeni bir durumdur (Fox, 2008). Günümüzde rekabet otoriteleri, bazen genel refahı ön plana çıkarabilir ve kamu yararını sağlamak için, tüketici refahını düşürmek pahasına, etkin veya verimli olmayan şirketleri koruyan politikalar izleyebilir. Refah iktisadi bağlamında, tüketici refahının mı yoksa genel ya da toplam refahın mı ön plana çıkarılacağını ve hangi verimlilik kriterinin uygulanması gerektiğini sorgulayan tartışma, temel tartışmaların başında gelir. Daha sonra göreceğimiz gibi, Bork'un öncüsü olduğu Chicago Okulu'nun rekabet politikasındaki yansımalarında, her ne kadar lafzi olarak tüketici refahı standardı üzerine bir sistem bina edilmişse de, gerçekte önerilen kriter toplam refahıdır (Bork, 1978). Yine de, hem teoriye hem de uygulamaya yönelik olarak hangi kriterin rekabet politikasının temelini oluşturması gerektiği konusunda zengin bir tartışma da vardır.

Bir görüşe göre genel olarak, rekabet uygulayıcıları yalnızca fiyat ve kaliteyle ilgilendirler. Örneğin Evans, tüketici refahı kavramının, rekabet hukuku uygulayıcıları tarafından çok dar şekilde tanımlandığını ifade etmektedir (Evans, 2007). Uygulayıcılar, tüketici refahıyla ilgili diğer sorunlara, yani yenilik ve tüketici davranışlarının yeniliklere nasıl katkı sağladığı konularına yeterince önem vermezler. Bu ihmal, rekabet hukukunu ve rekabet uygulayıcılarını zayıflatır. Evans'a göre, sadece tüketici refahına dayalı; ama bu kavramı günümüzde olduğundan daha geniş şekilde tanımlayacak bir

yaklaşımı kabul edilmelidir. Kaldor-Hicks yaklaşımına göre, bir rekabet politikası eğer kaybedenlerin kayıpları, kazananlar tarafından tamamen telafi edilirse başarılı sayılır (Evans, 2007). Yani bu yaklaşım iki tarafın çıkarları arasında bir denge kurma çabası içerisindedir; fakat Evans'a göre, ticaret politikasının aksine, rekabet hukuku böyle bir hedef veya politika içermez.

Yine tüketici refahının hangi unsurlardan oluştuğu konusunda çalışan Pittman'a göre tüketici refahı, tüketici fazlasına denktir. Pittman, Amerikan rekabet hukuku doktrininin, neoklasik iktisadi analizlerin etkisiyle, son dönemde toplam refah standardının uygulanmasını tercih etme eğilimine girdiğini iddia eder (Pittman, 2007). Bu standart, idare tarafından sıkça kullanılır; çünkü zenginlik transferi açısından bakıldığında tarafsız ve hatta kayıtsız görünür. Yani bu yaklaşım zenginlik transferinden faydalananlara yönelik bir tarafsızlığı savunur. Başka bir deyişle, bu zenginliği toplumun özel bir kesimine, mesela tüketicilere, dağıtmak gibi bir amacı yoktur. Pittman bu bakış açısını reddeder ve tüketici fazlasının rekabet hukuku için en uygun standart olduğunu savunur. Pittman, özellikle tüketici fazlası standardının yatay yoğunlaşmalar<sup>13</sup> çerçevesinde kullanılması konusuna odaklanmaktadır. Bu alanda temel düşünce şudur: toplumsal kayıp (deadweight loss) ya da verimliliği aşan bazı yatay yoğunlaşmalar, geriletici bir eğilim yaratır. Bu tür yoğunlaşmalarda oluşan, tüketicilerden teşebbüslere doğru gerçekleşen gelir transferleri, ara malı piyasasına veya son tüketiciye etki edebilir. Yani toplam refah, tüketici fazlası veya refahını düşürmek pahasına artar. Pittman'a

göre, bu konudaki deneyimlerin de gösterdiği gibi, yeniden gelir dağıtımını politikaları dahi oluştuktan sonra bu sorunu düzeltemez.

Rekabet hukukunun temel amacı, Adams ve Brock'a göre, rekabetçi serbest piyasa ekonomisini sağlamak olmalıdır (Adams & Brock, 1987). Bunun yanında iktisadi etkinlik ve tüketici refahı, ancak ikincil amaçlar olabilir. Yazarlara göre, rekabet hukuku, her şeyden önce "rekabet sürecine" odaklanmalıdır. Chicago Okulu ve savunucularının iddiasının aksine, rekabet politikasının amacını sonuçlar değil süreç belirlemelidir. Temel hedef, rekabet politikasının özel sektörde ekonomik gücün yoğunlaşp serbest piyasa koşullarını etkilemesini ve bozmasını engellemek olmalıdır. Merkezileşmiş ve büyük işletmelerin elinde toplanmış güç, serbest piyasa sürecinin oluşmasına engel olacaktır. Rekabet politikası, teşebbüslerin eylem ve işlemlerinin sonuçlarına değil, rekabet sürecinin pazar koşullarını nasıl etkilediğine odaklanmalıdır. Bu şekilde devlet, rekabet politikası vasıtasıyla, her şeyden önce serbest piyasa ekonomisinin işlemlerini sağlayacaktır.

Literatürde, ağırlıklı olarak Chicago Okulu savunucuları arasında, büyük işletmelerin, yeniliğe (inovasyona) daha fazla katkı sağlayacağı görüşü yaygındır. Aynı yaklaşım, birleşmelerin ve dolayısıyla piyasada yoğunlaşmanın faydalı olacağını, daha fazla etkinlik yaratacağını da savunur. Zaten daha fazla etkinlik getirmeyecek olan bir birleşme işlemi, yatırım teşviki açısından da cazip olmayacaktır ve bu nedenle işletmeler, böyle bir işlemi gerçekleştirmeyecektir. İşletmeler, esas olarak, birleşmenin iktisadi etkinliği artıracığını düşünerek bu tür yatırımlar yapar. Bu işlemler, uzun vadede tüketiciye fayda sağlayan sonuçlar doğurur. Şayet birleşme iktisadi etkinliği

artırmıyorsa, piyasa bu oluşumun başarısızlığını kendiliğinden ortaya koyacaktır ve tüketicinin zarar görmesine engel olacaktır (Riggs & Dorminey, 1986).

Salop ise “gerçek” tüketici refahı standardını tanımlamak için toplam refah standardıyla kıyaslama yoluna gitmektedir (Salop, 2005). Toplam refah standardı, rekabet hukukunun tüketiciyi koruması gerektiğini söyleyen yaklaşımla uyumlu değildir. Bu standart, müteşebbislerin ve rekabetçilerin kazanç ve kayıplarıyla, tüketicilerin kazanç ve kayıplarına aynı önemi verir. Genel refahın düşmesi durumunda bile bu politika devam etmektedir; çünkü bu kurumlar tüketici refahı standardını çok net şekilde tercih etmektedir (Salop, 2005). Böylesi bir politika izlemek, rekabet hukukunun modern doktrinlerine ters düşer. Ekonomik etkinlik konusuna gelince, Salop, genel olarak, ekonomik verimliliğin, tüketici refahına nazaran, genel refaha daha çok odaklandığını kabul eder. Ancak Pareto optimumu (Pareto efficiency) rekabet hukuku hedeflerine daha uygundur; çünkü bu kavramın amacı, ekonominin bazı oyuncularının/aktörlerinin zenginlik artışının, diğerlerinin zenginlik kaybına sebep olmasına engel olmaktır. Bu düşünce sistemi, ekonomik değişimlerin dağılım etkilerini de dikkate alabilme potansiyelini taşır. Bu açıdan bakıldığında, tüketici refahı standardıyla ve dolayısıyla rekabet politikasıyla uyumludur.

Bu yargıyı oluşturduktan sonra Salop, toplam refah standardı ile ilgili olası bir problemi irdeler (Salop, 2005). Eğer rekabet politikası, toplam refah standardını esas alırsa, rekabet hukukunun uygulayıcıları, üreticilere yararlı fakat tüketicilere zararlı sonuçlar doğurabilecek bir takım davranışlara müsaade eden bir pozisyona düşebilir. Salop’a göre bu kuralları uygulayan idare için böylesi bir durumu düzeltmek, yani



yeniden gelir dağıtımını yapmak, daha zor ve masraflı olur. Öte yandan toplum, zenginliğin uzun vadede yeniden dağıtılması için yeniliğe, piyasa dinamizmine ve diğer doğal piyasa süreçlerine her zaman güvenemez. Böylesi bir yeniden dağıtım çok yavaş ve eksik olma riskiyle karşı karşıyadır. Dolayısıyla genel ekonomik verimlilik ve Pareto optimumu aynı sonuçları vermez. Bu iki düşünce sistemi arasındaki fark sarihtir. Ayrıca Salop'a göre, toplam refah standardı uygulandığında, rakipler ve rekabet üzerindeki olumsuz etkilerin, yoğunlaşmaların kontrolü çerçevesinde de ele alınmaları gereklidir (Salop, 2005). Yani rakiplerin, daha doğrusu hissedarlarının yaşadığı her kayıp, bir şirket birleşmesine izin verilmesi veya verilmemesi için bir neden oluşturabilir. Dolayısıyla birleşmeye giden bir şirketin rakipleri, birleşmeye konu olan şirketlerin verimsiz olması veya bu birleşmenin tüketiciye faydalı olacak olması durumunda bile böylesi bir yoğunlaşmaya karşı çıkma hakkına sahip olurlar.

Daha sonra tartışılacağı üzere, rekabet politikasında belirleyici unsur amaçtır. Uygulanacak iktisadi yaklaşımda hedeflenen amaçla uyumlu olmak ve bu amaca hizmet etmek zorundadır. Salop'un görüşüne göre, ABD'de kurulduğu ve uygulandığı şekliyle rekabet hukukunun amacı tüketicileri korumak ve onların refahını maksimize etmektir. Yazara göre, toplam refah standardı her şeyden önce rekabet hukukunun gerçek hedefleriyle uyumsuzdur. Bu standardın uygulanması, rekabet hukuku uygulayıcılarının son kararlarında tüketicilerden ziyade ya da tüketicilerin dışında, rakipleri, üreticileri ve rekabeti de dikkate aldığı bir sistemin oluşmasına sebebiyet verir. Dolayısıyla bu sistem, rakiplerin değil rekabetin korunmasını esas alır. Öte yandan toplam refah standardı daha

genel ve karmaşık bir sistem olduğu için, yetkililere, uygulama alanında zorluklar çıkarır.

### **3.2. Rekabet Hukuku Uygulamasında En Uygun İktisadi Refah Standardı: Tüketici Refahının Toplam Refah Olarak Tanımlanması ve Uygulanması Sorunu**

Literatürde görebileceğimiz bazı görüşler ise, rekabet politikasında toplam refahın standardının uygulanmasının daha uygun ve doğru olduğunu savunur. Örneğin Heyer, yoğunlaşmaların kontrolü çerçevesinde piyasanın bütün oyuncularını dikkate aldığı için, “tüketici refahı standardına” karşı, “toplam refah standardını” savunur (Heyer, 2006). Tüketici refahı standardı, bir şirket birleşmesi neticesinde sadece tüketicilerin durumlarının daha iyiye gitmesini hedeflerken, toplam refah standardı tüm piyasa aktörlerinin durumunu dikkate alır. Toplam refah standardında esas alınan, “toplam fazla/artı”dır (total surplus). “Toplam artı” ise, tüketicilerin takdir ettiği üretim değeri ile bu üretimin şirket için maliyetleri arasındaki farka tekabül eder. Tüketici refahı hedefi açısından bakınca, rekabet hukuku bu fazlanın tüketiciye aktarılmasını sağlamalıdır; ancak toplam tüketici standardı, bu fazlanın sadece tüketicilere değil, üreticilere de dağıtılmasını öngörür.

Birçok nedenle Heyer, bu “toplam refah standardının” uygulanabileceğini, hatta uygulanması gerektiğini ileri sürmektedir (Heyer, 2006). Bu görüşün temelinde yatan argümanlara odaklandığımızda, karşımıza ilkin, 1914’de kabul edilen ve yoğunlaşmaların denetlenmesinde önemli rol oynayan Clayton Yasası (1914) çıkacaktır. Heyer, Clayton Yasasının yukarıda anılan amaca yöneldiğini savunur. Clayton Yasası bu değişimi sağlar; çünkü hiçbir noktada tüketici refahına özel bir atıfta bulunmaz. Böyle

olmakla beraber, toplam fazla standardı, ne idare için ek bir maliyet çıkarır, ne de rekabet kurumu ekonomistlerinin çalışmalarını zorlaştırır. Buna karşın “tüketici refahı standardı”, uygulama açısından kolay değildir. Bu standardın uygulanmasında karşılaşılan önemli zorluklardan birisi, ara oyuncular, yani ara tüketicilerdir. Buna karşın, tüketici refahı standardı, yalnızca son tüketiciyi dikkate alma eğilimindedir. Oysa bir şirket yoğunlaşması, ara kullanıcı veya ara tüketicileri de etkileyebilir. Bir teşebbüsün devralınması işleminin bu araçlar üzerindeki etkisini ölçmek ise kolay değildir. Ayrıca tüketicilerin düşünceleri, tüketici refahı standardının uygulanması için faydalı bir araç sunmaz.

Heyer’e göre ekonomik etkinlik, piyasada zaten var olan birtakım ürünlerin üretim maliyetlerini düşürebilir ya da yeni ürünlerin yaratılmasını tetikleyebilir. “Dinamik” sıfatıyla tanımlanan bazı verimlilikler de işletmeleri yeni ürünlere kaynak aktarmaya teşvik eder ve sabit maliyet tasarrufu sağlar (Heyer, 2006). Bu tip verimlilikler, tüketici refahına, en azından doğrudan etki etmez; çünkü şirketin, kârını maksimize ettiği fiyat ya da üretim düzeyinde değişiklik yaratmaz; ancak dinamik ekonomik verimlilikler, toplam refah düzeyinde artışa neden olur. Yani genel olarak ekonomi üzerinde olumlu etkileri vardır. Fakat tüketici refahı standardı, bir yoğunlaşmanın yaratabileceği böylesi bir faydayı değerlendirebilmek noktasında, fazlasıyla dar bir tanıma sahiptir<sup>14</sup>.

---

<sup>14</sup> Heyer’a göre Tüketici refahı standardının sorunlu başka bir yanı da, yoğunlaşmaların piyasa fiyatlarını düşürdüğü durumlarda gözlemlenir. bu tip yoğunlaşmalarda, tüm tüketicilerin durumu daha iyiye gitmez. Dar bir tüketici refahı tanımı, sadece “bazı” tüketicilerin refahının arttığı durumları dikkate almaz. Etkin bir birleşme bazı şirketleri piyasadan çıkmaya itebilir. Birleşme sonucu ortaya çıkan yeni şirket, fiyatlarını düşürebilecek kapasiteye sahip olur ve bu da onun ürünlerini alan tüketicilerin durumunu iyiye götürür. Bununla beraber, birleşme öncesi rakip şirketlerin ürününü alan tüketiciler -ve aslında söz konusu

Salop ve Heyer'in makalelerini incelediği çalışmasında Woodbury, Heyer'in toplam refah arayışının, şirketlerin yoğunlaşma kararlarını, tüketici refahı dışındaki kriterlere dayandırmaya teşvik ettiğini, bununsa Heyer'in yaklaşımında tartışmaya en açık olan yön olduğunu söylemektedir (Page & Woodbury, 2006). Toplam refah arayışı çerçevesinde, tüketicilerden çok, piyasadaki üreticilere fayda sağlayacak birleşmeler gerçekleştirmek doğrulanabilir. Dolayısıyla etkinliği artırmaktan çok, piyasa gücünü artırmayı hedefleyen birleşmelerin gerçekleşmesi kaçınılmaz olacaktır. Woodbury, iktisatçıların çoğunun toplam refah standardını tercih etme eğilimde olduğunu iddia eder. Bunun nedeni, Woodbury'ye göre, bu standardın diğer tüm iktisadi politika alanlarında kullanılıyor olmasıdır; fakat bu standardın kullanılması, yoğunlaşmaların kontrolünü bugün olduğundan "daha zor ve spekülatif" hale getirir. Ayrıca bir şirketin, "dinamik verimlilik" sağlamak gayesiyle, tüketicilerden üreticilere doğru bir zenginlik transferine neden olduğu bir sistem de kabul edilebilir değildir. Dolayısıyla Woodbury'nin, tıpkı Salop gibi, rekabet hukuku açısından tüketici refahı standardını, toplam refah standardına tercih ettiği görülmektedir.

Crandall ve Winston da, rekabet hukukunun, tüketici refahı kavramı çerçevesinde kurulması ve amacının da tüketici refahının maksimizasyonu olması gerektiğini reddetmez (Crandall & Winston, 2003). Çalışmalarında var olan sistemin ve bu sistemin

---

piyasanın tüm tüketicileri- daha az sayıda seçenikle karşı karşıya kalır. Ayrıca bazı şirketlerin piyasayı terk etmek zorunda kalması da ne rekabet için ne de ekonominin geneli için tercih edilebilir bir durumdur. Bu tür örnekleri sıralayarak, yoğunlaşmaların kontrolü için, toplam refah standardının daha uygun bir kriter olacağını altını çizer. Asıl hedefi, piyasanın tüm oyuncularının dikkate alındığı daha genel bir standarda başvurmanın, rekabet hukuku açısından daha faydalı olacağını ortaya koymaktır. Bu çabasına karşın, ortaya koyduğu yaklaşımın, birtakım olumsuz eleştirilere maruz kalmış zayıf yönleri bulunmaktadır. Heyer, K. "Welfare Standard and Merger Analysis: Why not the Best?" in *Economic Group Analysis Group Discussion Paper*, 2006 March

yetkililerce uygulanmasının nasıl ve neden tüketici refahını hep artıracak sonuçlar doğurmadığını irdeler. Crandall ve Winston'a göre, Amerikan Yüce Mahkemesi'nin tekelleşmelerle ilgili sembolik hale gelmiş kararlarının çoğu (*Standard Oil*, 1911; *American Tobacco*, 1911; *United Shoe Machinery*, 1918; *Alcoa*, 1945; *Paramount*, 1948) tüketiciler için doğrudan bir fayda veya gelişme sağlamamıştır. Bu sonucun birçok nedeni vardır. Söz konusu ihtilafların, genellikle çok uzun bir zaman dilimine yayılıyor olması, nedenlerin ilkidir. Yani çözümler uygulanmaya başlandığında, söz konusu piyasa ya da sanayiler, bu çözümleri etkisiz hale getirecek temel değişikliklere maruz kalmış olmaktadır (*Standard Oil*, 1911; *Alcoa*, 1945; *Microsoft*, 2007). İkinci neden, çözümlerin verimsizliğidir (inefficiency). Bu kararların siyasi açıdan popülerlik kazandığı doğrusu da, bunların tüketiciler üzerinde olumlu etkileri olduğuna dair çok az kanıt vardır. Yoğunlukla rekabet karşıtı olarak algılanan gizli anlaşmalara gelince, yine aynı şekilde, fiyat artışı neticesinde tüketicilerin zarar gördüğünü ispat edebilecek deliller sınırlıdır. Yoğunlaşmalar genelde verimliliğe dair bir kanaatten istifade eder; ancak yetkililer tarafından engellenen birleşmelerin çoğu, sistematik olarak tüketici refahını güçlendirmiş ya da artırmış değildir<sup>15</sup>.

---

<sup>15</sup> Özetlemek gerekirse, Crandall ve Winston'a göre rekabet hukukunun verimsizliğini, tüketici refahının desteklenmesi ve güçlendirilmesi bağlamında açıklayan temel olarak altı neden vardır<sup>15</sup>: (i) tekelleşme ihtilaflarının uzun sürmesi, (ii) etkin çözümler bulmanın zorluğu, (iii) tüketiciler için tehlikeli olma potansiyeline sahip yoğunlaşma durumlarını belirlemenin zorluğu, (iv) yeni ekonominin dinamik ve yenilikçi yapısına uygun rekabet politikaları yaratmanın güçlüğü, (v) denetlenmesi gereken şirketleri belirleyen siyasi güçler, (vi) şirketlerin davranışlarının rekabete aykırı etkilerini gizleyen piyasa gücü. Söz konusu çalışma, tüketici refahının önemini tartışmaya açmayan, daha ziyade deneysel bir araştırmadır. Aksine, Crandall ve Winston tüketici refahının rekabet hukukunun nihai hedefi olduğunu teyit ederler. Onların gayesi, daha ziyade, pozitif rekabet hukukunun neden bu hedefe etkin bir şekilde ulaşamadığını ortaya çıkarmaktır. Bununla beraber, analizimiz açısından önemli olan husus, yazarların, rekabet hukuku uygulamasında, belki de yeterince tüketicinin refahı veya gelir kaybına değil de başka unsurlara göre hareket ediliyor olduğu görüşünü doğrulamalarıdır. Örneğin bazı durumlarda toplam refah, bazı durumlarda başka iktisadi ölçülere göre hareket ediliyorken, tüketicinin uğradığı doğrudan gelir kaybı

Werden ise Crandall ve Winston'ı iki yönden eleştirmektedir (Werden, 2003). İlk olarak Werden'e göre, Crandall ve Winston'ın yaklaşımında, kartel faaliyetlerine ilişkin cezai kovuşturmalardan bir bakıma kaçınılmaktadır. Crandall ve Winston, karteller konusunda, sadece Sproul'un fiyat artışı etkileri üzerine yaptığı bir araştırmanın bazı sonuçlarına atıfta bulunmaktadır. Bu araştırmaya göre, Amerikalı yetkililer tarafından 1972-1983 yılları arasında görülen kartel davaları neticesinde, söz konusu piyasalarda fiyat artışları gözlemlenmiştir. Ancak Sproul'un araştırması, böyle bir analize uygun değildir; çünkü bu araştırma, piyasanın diğer öğelerini, yani kartel etkisi dışındaki öğeleri, dikkate almamaktadır. Werden'e göre bazı kartel kovuşturmalarının, fiyatlarda düşüşe yol açtığı dahi görülmüştür.

Yatay yoğunlaşmalar açısından bakıldığında, Crandall ve Winston'a göre yoğunlaşmaların kontrolü, rekabeti korumaktan ziyade verimli yoğunlaşmaları kısıtlamaktadır (Crandall, 2003). Werden'e göre bu yazarlar düşüncelerini dayandırdıkları birtakım deneysel araştırmalara oldukça seçici bir şekilde yaklaşmaktadır (Werden, 2003). Ayrıca dayanak olarak kullanılan bu araştırmalar iki anlamda tartışmalıdır. Öncelikle, bir yoğunlaşmanın engellenmesi, prensip olarak söz konusu piyasanın var olan yapısını muhafaza eder; bu bağlamda fiyatlar, maliyetler ve kârlar üzerinde bir etkisi olamaz. Öte yandan, maliyetler verimsiz yoğunlaşma durumlarında artabilir de. İkinci olarak, Crandall ve Winston'ın kullandıkları deneysel araştırmalar fazlasıyla geneldir ve detaylı verilere dayanmaz. Yazarlar bunu bir sorun olarak görmemekte ve bu tip araştırmaların yalnızca ölçülen etkileri biraz seyrelttiğini,

---

veya zarar üzerinde yeterince durulmamaktadır. Crandall, R.W. and Winston, C. *Does Antitrust Policy Improve Consumer Welfare? Assessing the Evidence*, Journal of Economic Perspectives – Vol. 17, Nb 4 Fall 2003 p 3-26

muğlaklaştırdığını düşünmektedir; ancak Werden'a göre bu tehlikeli bir kanıdır, zira araştırmanın, incelenen etkileri ne derece erozyona uğrattığını bilmemiz mümkün değildir.

Öte yandan, Pittman'a göre, bir şirket bir birleşme veya devralma işlemi önerdiği zaman, bu yoğunlaşmanın verimli olacağını, üretici fazlasını ve buna bağlı olarak toplam refahı artıracığını varsaymak yanlıştır (Pittman, 2007). Birçok araştırma göstermektedir ki yoğunlaşmalar, satın alan şirketin hissedarlarına değil, daha ziyade satın alınan şirketin hissedarlarına fayda sağlamaktadır. Yani bu tür bir yoğunlaşmadan çıkacak toplam verimlilik, genelde oldukça sınırlıdır. Ayrıca bir şirketin yarattığı verimlilik, büyük ölçüde yöneticilerine, bu yöneticilerin, birleşmeden ortaya çıkan yeni kaynakları idare etme becerisine bağlıdır. Yani sonuç olarak rekabet uygulayıcıları, bir yoğunlaşma talebinin bir şirketin yöneticilerinden gelmesinden hareketle, birleşme işleminin bir şirkete fayda sağlayacağını varsaymamalıdır. Pittman'a göre, bu tür bir yaklaşım, neoliberal iktisadın, birleşmelere dair sahip olduğu verimlilik kanısına dayanır.

Oysa son dönemde gerçekleştirilen bazı çalışmalar birleşmelerin her koşulda ve otomatik olarak etkinliği artırmadığını ortaya koymuştur. Bu çalışmalar, özellikle "konglomera" (conglomerate) pazarlarda, birleşmelerin daha fazla etkinlik getirmediğini göstermektedir. 80'li yılların başında ABD'de konglomera pazarlarda gerçekleşmiş olan birleşmeler, büyük ölçüde başarısız olmuş; hatta çoğu ayrılmayla sonuçlanmıştır (Adams & Brock, 1987, s.1119). Başka bir çalışma, İngiltere'de benzer konglomera birleşmelerin sonucunda iktisadi etkinliğin bazı durumlarda değişmezken, bazı

durumlarda azaldığını; arttığı durumlardaysa, bu artışın beklenen hızla gelişmediğini ortaya koymuştur (Cowling ve diğerleri, 1980). Aynı çalışma, birleşmelerin, uluslararası rekabetin veya ihracatın gelişmesine hiçbir katkıda bulunmadığını da ifade etmektedir.

Ayrıca Adams ve Brock, birleşme ve devralmaların işletme ve işlem masraflarının çok yüksek olduğuna dikkat çekmektedir. İşlemler için yapılan masraflar, araştırma ve geliştirme veya yenilik gibi alanlara yöneltilmediği için, piyasa koşullarında iyileşme yaratmaktan uzak kalınırken, aslında sosyal maliyeti yüksek ve verimliliği çok düşük bir bilanço ortaya çıkmaktadır (Adams & Brock, 1987, s.1121). Bu durumda tüketici refahının artmadığı ve kollanmadığı da açıktır.

Adam ve Brock, tekelleşme ve hakim durumda olmaktan öte, bir teşebbüsün büyük olmasının da rekabet açısından yeterince önemli bir sorun olduğunu savunmaktadır (Adams & Brock, 1987, s.1121). Bu görüş, sadece Chicago Okulu'na değil; aynı zamanda Lande gibi, neoliberal görüşlere eleştirel bakanlar açısından da terstir. Bir teşebbüsün büyüklüğü, o teşebbüse, hem devletin sosyal kontrolünden hem de piyasanın koşullarından sıyrılması için yeterli güç sağlayabilir. Dolayısıyla böyle bir gücün yalnızca hakim durumla geldiğini düşünmek yanlış olacaktır. Dev şirketlerin, holdinglerin, sanayi devlerinin piyasada rekabete aykırı davranabilmesi için iktisadi etkinlik performansının yüksek olması gerekmez. Bu tür güce sahip olan şirketler iktisadi verimlilik üretmeden ve yenilik yapmadan da piyasayı manipüle edebilir. Büyük şirketler, hakim durumda olmasalar bile, pazarda gizli işbirliği yaratarak rekabeti bozabilir. Özellikle pazarda veya söz konusu sektörde yoğunluk fazlaysa, sanayi devlerinin rekabetten sıyrılması daha kolay hale gelecektir. Adam ve Brock'e göre bu



güç, devletin aktörlerinin hareket alanını da sınırlayan bir hale gelebilir. Bu yapı, bir bütün olarak, söz konusu şirketlerin iktisadi etkinlik üretmek için teşviki ve hatta üzerlerinde oluşabilecek baskıyı tamamen ortadan kaldıracaktır. Dolayısıyla rekabet politikası bu büyüklükte şirketlerin varlığına izin vererek, sanılanın aksine, etkinliği teşvik etmiş olmayacaktır. Adams ve Brock, büyük ölçekli şirketlerin, aslında etkinliği ve üretkenliği kısıtladığını ve sonuçta tüketicilerin refahına da zarar verdiğini iddia etmektedir.

Oysa pek çok yeni çalışma, aslında birleşme ve devralmalar sonrasında pazarda meydana gelen fiyat artışı veya oynamalarının, tek başına yoğunlaşmaya taraf teşebbüsler tarafından değil; pazardaki tüm teşebbüsler tarafından çoklu olarak yaratıldığını ortaya koymaktadır (Vickers, 2003, s.99). Bu da esasen zımni bir işbirliğinin ve genel olarak koordine davranışların daha muhtemel olduğunu göstermektedir. Bu çalışmalar göstermiştir ki aslında sadece hakim durum yaratılması değil, işbirliğinin kolaylaşması da rekabeti kısıtlayan veya bozan bir etkiye neden olabilecektir. Bu durumda birleşme ve devralmaların kontrolünde rekabetin önemli ölçüde azalması testi, hakim duruma dair tespit kadar ve hatta belki de ondan daha önemlidir. Şayet birleşme veya devralma işlemi, pazarda danışıklı hareket etmeyi kolaylaştırıyorsa, rekabetin önemli ölçüde azalabileceğini savunmak mümkün olacaktır. Oysa sadece hakim duruma bakarak birleşme ve devralmaların denetlenmesi halinde bu tür sonuçların önlenmesi mümkün olmayacaktır.

Vickers'a göre birleşme ve devralmalar hakikaten de tüketicilere bazı faydalar sağlayabilir (Vickers, 2003, s.100). Rekabet politikası, tüketici açısından olumlu iktisadi

etkinlik yaratabilecek bu tür işlemleri yasaklamamalıdır. Vickers, bu tür sonuçların özellikle rekabetin önemli ölçüde kısıtlanması testini geçebilen birleşme ve devralmalarda görülebileceğini ileri sürmektedir<sup>16</sup>. Bazı birleşme ve devralmalar daha fazla rakip ve rekabet yaratırken, bazıları daha az rakip olmasına yol açmalarına rağmen yine de iktisadi etkinlik doğuracaktır. Vickers, ikinci durum söz konusu olduğunda, her ne kadar birleşme veya devralma işlemi, rekabetin önemli ölçüde azalması testini geçemediyse de, yine, yarattığı iktisadi etkinlik sayesinde işleme izin verilmesi gerektiğini savunmaktadır. Vickers, bunun çok nadiren rastlanacak bir durum olsa da, mümkün olduğunu ifade etmektedir.

Adams ve Brock (1987), özellikle, zaten büyük olan şirketler söz konusu olduğunda, birleşme ve devralmalara, ancak ilgili teşebbüslerin iktisadi etkinliği, yeniliği ve uluslararası rekabeti artıracığına dair güvenilebilir veriler sağlayabilmesi halinde izin verilmesi gerektiğini savunmaktadır. Adams ve Brock, aynı zamanda, tarafların sağlanacak etkinliğin başka bir işlem veya politika ile sağlanamayacağını da kanıtlamaları gerektiğini de iddia etmektedir (Adams & Brock, 1987). Bu şekilde, rekabet politikası, gerçek anlamda daha fazla iktisadi etkinlik ve tüketici refahı sağlamış olacaktır. Daha önemlisi, bu politika sayesinde gücün daha az merkeziyetçi ve pazarların

---

<sup>16</sup> Rekabetin önemli ölçüde azalması testinin hakim durum testine göre bir başka önemli avantajı, kolektif hakim durumun tespitidir. Hakim durumun yaratılması veya güçlendirilmesi testi en çok payı kriterine (en çok, pay kriterine göre?) göre hareket eder ve işleme taraf teşebbüslerin işlem sonrasında hakim duruma gelmesi veya sahip olduğu hakim durumu güçlendirmesini değerlendirerek karar verir. Ancak işleme taraf teşebbüsler hakim durumda olmasalar dahi yeni pazar koşullarında diğer teşebbüslerle birlikte “kolektif hakim durum” yaratmaları mümkün olabilir. Bu durumda rekabetin önemli ölçüde azalması testi daha etkili olacaktır. Tek bir teşebbüsün hakim durumda olmadığı hallerde bile, “kolektif hakim durum” yaratılarak pazardaki rekabet ciddi biçimde etkilenecektir. İkinci test bu durumun da önlenmesi için gereklidir. Gizli işbirliği olmadan da teşebbüsler pazarda rekabeti azaltabilir veya ortadan kaldıracaktır. Birleşme ve devralmaların tabi olduğu testin bu tür sonuçları da önleyebilmesi gerekir. (Vickers, 2003, s.101-102)

daha az yoğun olduğu bir piyasada, gerçek anlamda ekonomik serbestlik yerleŒecektir. Bu sonuç rekabet politikasının asli amacıdır.

**Sonuç olarak** tüketicici refahı standardı hem iktisat teorisine hem de rekabet politikasına, “refah iktisadı” olarak adlandırılan iktisadi teori sayesinde girmiştir. Refah iktisadı, ekonomi politikasında karar alıcıların iktisadi verimlilik ölçülerine göre hareket etmeleri gerektiğini ve her türlü iktisat politikasının amacının, iktisadi verimliliğini artırmak olduğunu savunur. Tüketicici refahı standardı da özünde bu temel ilkeye dayanır.

Ancak, gördüğümüz üzere, tüketicici refahı standardı ile ilgili iki temel sorun karşımıza çıkmaktadır. Bunlardan birincisi tüketicinin verimliliğinin, üretici verimliliğinden farklı olarak tanımlanmasının zor olmasıdır. Tüketicici verimliliğinin farklı bileşenleri gibi, tüketicinin gelirini hangi öğelerin etkilediği ve tüketicici refahının tüketicici artı değerinden farkı gibi önemli konularda henüz iktisat literatüründe dahi bir görüş birliği yoktur. Diğer taraftan refah iktisadı, piyasadaki aktörlerin birbirlerinden ayrı ve bağımsız olarak refah ya da verimlilik düzeylerinin ölçülemeyeceği; ancak toplam refah üzerinden bir değerlendirme yapılabileceği savına dayanır. Bu durumda aslında tüketicici refahı standardı ya da tüketicinin doğrudan refahı üzerinden değil, toplam refah üzerinden hareket ederek karar alınır. Bu durum çeşitli görüş ayrılıklarına yol açmakta ve pek çok iktisatçı ve hukukçu açısından tüketicici refahı standardını meşru veya istenilen bir kriter olmaktan çıkarmaktadır. Bu nedenlerden dolayı, tüketicici refahı standardı tartışmalı bir kriterdir. Rekabet politikasında uygulanması, hem iktisadi açıdan hem de farklı siyasî yaklaşımlar açısından sorun teşkil edebilir.

Tüketici refahı standardının, rekabet politikasında bugünkü yerini almasında ise özellikle Chicago Okulu önemli rol oynamıştır. Chicago Okulu da aslında ileride göreceğimiz gibi, tüketici refahını değil, toplam refahı esas alan bir rekabet politikası önermektedir. Bununla beraber, bu okulun rekabet politikasına en önemli etkisi, ölçülebilir iktisadi kriterlere dayalı bir karar sistemi geliştirmeyi amaçlarken, rekabet politikası ve hukukunda köklü bir değişikliğe yol açması olmuştur. Bu değişim, Amerikan rekabet politikasıyla somut olarak başlamış ve daha sonra AB rekabet politikasını da, daha iktisadi bir yaklaşım geliştirilmesi düşüncesi altında etkilemiştir. Buna rağmen, tüketici refahı standardının aslında iktisat alanında hala tartışmalı bir kavram olduğunu akılda tutmakta yarar vardır. Bu nedenle, tüketici refahı standardının, rekabet hukukunda, daha sonra da açıklanacağı gibi, ölçülebilirlik ve hukuki öngörülebilirlik getirdiği iddiaları sorunludur (Shughart II, 2000).

## **İKİNCİ BÖLÜM**

### **TÜKETİCİ REFAHI STANDARDININ AMERİKAN ANTİTRÖST POLİTİKASI VE HUKUKUNA GİRİŞİ VE GELİŞİMİ**

Amerikan iktisat ve hukuk teorilerinin, “refah” iktisadi yaklaşımını ortaya çıkarmakla kalmayıp, uzun bir dönem bu kavramın gelişimine önemli katkılar sağladığı muhakkaktır. ABD rekabet hukukunun 100 yılı aşan bir mazisi vardır. Bu konuda çıkan ilk kanun, 1890 tarihli ünlü Sherman Yasasıdır. Roma Anlaşması’nın kabulünün 1957 olduğu düşünüldüğünde, Amerikalı yasa koyucuların, rekabetçi bir piyasanın işlemlerini sağlamanın gerekli olduğunu, AT yetkililerine göre çok daha erken fark ettiğini söylemek mümkündür. Tabii AT çatısı dışında Avrupa ülkelerinin de ayrı rekabet gelenekleri oluşmuştur. Ancak uygulamaya baktığımızda tüm bu ülkeler bu alanda ABD’den daha geri planda kalmışlardır. Bununla beraber, Amerikan rekabet hukukunun amaçlarının ve yorumlanışının, anılan kanunun çıktığı tarihten bugüne kadar değişime uğradığı da göz önünde bulundurulmalıdır.

Amerikan rekabet uygulayıcılarının -en azından söylemde- rekabet politikasının amacı konusunda bir görüş birliğine ulaştığını iddia etmek mümkünse de (FTC at 100, 2009 s.14), doktrinde günümüzde dahi Amerikan rekabet hukukunun nihai amacı etrafında geniş bir fikir birliğine veya tam bir mutabakata ulaşıldığını söylemek mümkün değildir. ABD’de kabul gören rekabet hukukunun olası amaçları bağlamında, ilk olarak, ABD’de son 40 yılda ortaya çıkmış iktisat ve rekabet hukuku okullarını ele almak ve açıklamak elzemdir.

## 1. TARİHİ VE TEORİK GELİŞİM

### 1.1. Chicago Okulu ve Bork'un Rekabet Hukuku Teorisi

Bu noktada başvurmamız gereken ilk ve belki de en önemli okul, Chicago Okulu'dur (Chicago School)<sup>17</sup>. Bu okulun önemi, her şeyden evvel, tüketici refahı ile bu refahın rekabet hukuku çerçevesindeki rolünü açık şekilde birbirine eklemleyen ilk okul olmasından kaynaklanmaktadır. Amerikan antitröst hukukunda tüketici refahı kavramının temellerini ve gelişimini daha iyi anlayabilmek için, her şeyden evvel Bork'un teorilerini incelemek gerekir. Bork, kuşkusuz, tüketici refahı kavramını açık şekilde rekabet politikasının merkezine yerleştiren ilk kişidir. Aynı zamanda Bork'un teorisi, Chicago Okulu'nun rekabet hukuku alanına ilk girişi olarak da görülebilir.

Bork'a göre, rekabet hukukunun amacı, rekabet mevzuatı tarihinin en başından beri, tüketici refahının ilerlemesi olmuştur (Bork, 2006). Dönemin yasa koyucuları, rekabetçi bir piyasanın eksikliğinin, tüketiciye zarar verebileceği konusunda ikna olmuştu. Aynı zamanda, rakiplerini piyasayı terk etmeye iten büyük şirketlerin, tüketici refahı adına tehlike oluşturduklarını düşünüyorlardı. Bu bakımdan Bork'a göre, rekabet hukukunun amacı, kesinlikle tüketici refahını maksimize etmektir ve bu amaç ancak farklı iktisadi yaklaşımlara göre değişim gösterebilen "muhakeme kuralı" sayesinde dinamik hale getirilebilirdi. Yani kanun mevzuat, mahkemeler ve antitröst yetkililerinin

---

<sup>17</sup> Diğer önemli akım olan Harvard İktisat Okulu, Chicago Okulu'na nazaran daha yapısalcı bir yaklaşım sergileyer. Bu okul, özellikle Fransız iktisatçı Augustin Cournot'dan esinlenmiştir ve temelde, piyasaların yapısını ve bu yapının şirketlerin davranışları üzerindeki belirleyici etkisini ön plana çıkarmaktadır. Yapı-davranış-performans paradigmasına göre belli bir piyasa yapısı, belli tipte davranışlara sebebiyet verir ve bu davranışlar performansı belirler. Yani piyasa yapısı, rekabet karşıtı endüstriyi yaratan bazı davranışları kaçınılmaz kılar. Bu yargı, özellikle ağır bir yapısalcılık içeren "Ortodoks Harvard Okulu" olarak da anılan eski Harvard Okulu'nda yaygındır. 70'li yıllarda bu okul gözle görülür bir değişim yaşamıştır. Bu değişim, özellikle D.F. Turner'ın *Antitrust Law* eserinde yansıtılmıştır. Bu kitap, Chicago Okulu'yla olan mesafeyi muhafaza etmekle beraber, eski Harvard Okulu'nun yapısalcı söylemini yumuşatmıştır.

karar almalarında ve kanunu uygulanmalarında, yalnızca tüketici refahı hedefi tarafından yönlendirilmesini öngörmekteydi.

Bork'a göre, rekabet hukukunun tek hedefi tüketici refahı ise, o zaman rekabet kavramı, tüketici refahının hukuki bir müdahaleyle daha iyiye götürülemeyeceği bir durum olarak tanımlanmalıdır. Bu mantık daha önce açıklanmış olan Pareto optimum kavramıyla uyumludur (Bork, 1978). Yani rekabet alanında "mükemmel denge" ancak hiç kimsenin durumunun daha iyi olamayacağı durumdur. Bu durumda rekabet, sadece tüketicilere etkili bir fayda sağlarsa verimli olarak değerlendirilebilir. Anlaşılacağı gibi, Bork, bir teşebbüsün iktisadi faaliyetleri üzerinde herhangi bir engel olmaması, arz ve talebin elastikiyetinin sonsuz olması veya parçalanmış çok sayıda küçük şirketten oluşan piyasa yapısının mevcut olması gibi rekabetin diğer tanım ve amaçlarını kabul etmemektedir (Bork, 1978). Bork'a göre kabul edilecek tek tanım, tüketici refahını ve bunun ilerlemesini antitröst hukukunun merkezine koyan tanımdır. Bu tanım, yalnızca antitröst hukukunun iktisadi ve sosyal rolüyle değil, aynı zamanda Amerikalı yasa yapıcının amacıyla da uyumludur.

Bork'a göre, yasa yapıcının amacı, Sherman Yasasının öncesinde gerçekleşen tartışmalarda çok rahat şekilde görülmekteydi<sup>18</sup>. Bork'un düşüncesine göre, öngörülen yasalar, rekabet hukukunun tüm alanlarında piyasaya yapılacak müdahalelerin yalnızca tüketici refahı hedefi ile temellendirilebileceğini savunmaktaydı. Yasama dili, yalnızca iş dünyasına ve ticarete atıf yaptığı ve açık şekilde tüketici refahından söz etmediği için

---

<sup>18</sup> Bork'a göre aslında yasa yapıcılar, sadece tüketicinin korunması meselesine değil, günümüzde rekabet kanunu çerçevesinde kullandığımız ekonomik kavramlara da önem veriyordu. Fiyat artışlarından rahatsız oluyorlar ve üretimin sınırlanmasını engellemek istiyorlardı. Bork, (1978)

tarafsız ya da nötr olarak algılanabilir; ancak, Bork'a göre, eğer belli bir rekabet tanımını kabul ediyorsak, rekabeti koruyan bir yasanın hedefinin, tüketici refahını maksimize etmek olması gerektiği aşikardır (Bork, 1978). Bu amaç, Sherman Yasasını takip eden Clayton Yasası (1914) ve Robinson-Patman Yasası (1936) çerçevesinde daha da açık olarak görülmektedir.

Ayrıca, yine Bork'a göre, kanunlarda ya da Kongre tartışmalarında rekabet hukukunun tüketici refahından ziyade küçük ve orta ölçekli şirketleri ön planda tuttuğuna dair hiçbir ibare bulunmamaktadır (Bork, 2006). Bork'un reddettiği bu yaklaşım, hakim Brandeis'in özellikle *Chicago Board of Trade* (1918) kararında görülmekteydi. Bu kararda Brandeis, rekabet hukuku uygulayıcılarının, küçük ve orta ölçekli şirketlerin faaliyetlerini sınırlayan ekonomik aktiviteleri dikkate almaları gerektiği yargısını öne sürmüştü (Bork, 2006). Bork'a göre, Brandeis bu yaklaşımla tüketici refahına alternatif teşkil edecek bir hedef ortaya koymak istemiştir: üretici refahı. Bu yaklaşım, Bork tarafından birçok defa reddedilmiştir; fakat Brandeis'in bu görüşü daha sonra görüleceği üzere Hovenkamp'ın yaklaşımı (Hovenkamp, 2005, s.42-45) üzerinde etkileri olmuştur.

Ancak, daha önce de belirttiğimiz gibi, Bork, Sherman Yasasını yazarların amacının tüketici refahını korumak olmadığını iddia eden bir yaklaşımı, ne pahasına olursa olsun reddetmektedir (Bork, 2006). Bork, bütün yaklaşımını, tüketici refahı kavramı ve gelişimi ekseninde kurmaktadır. Ona göre rekabet hukuku, rekabet süreci veya küçük işletmelerinin korunmasından ziyade, tüketici refahını sağlamaya dönük



uygulamalara odaklanmalıdır. Tüketici refahı üzerindeki bu odaklanmanın beş temel avantajı bulunmaktadır (Bork, 1978).

Bu avantajlardan birincisi, şirketlere ve piyasanın veya rekabet hukukunun diğer oyuncularına Bork'un "adil uyarı" diye adlandırdığı mesajı vermektedir. Bu durumda tüketici refahı hedefi, rekabet hukukunda öngörülebilirliği güçlendiren bir araç olarak görülebilir. Kanunun ve yetkili kurumların amaçları hakkında bilgi sahibi olan piyasa oyuncuları, verimliliklerini tüketici refahına zarar vermeyecek şekilde artırmak zorunda olacaklardır. İkincisi, tüketici refahının desteklenmesi, siyasi ve yasal kararların hakimler tarafından değil, Kongre tarafından uygulanmasını garanti altına alır. Bork, Amerikan rekabet hukukunun yasal tarihi boyunca, hakimlerin birçok defa tüketici refahı dışındaki hedefleri gözettiklerini ifade eder. Oysa mahkemeler, bir kanunun hedefleri arasında bu çeşit bir siyasi tercih yapmaya uygun kurumlar değildir. Bu tercih, yasa yapıcılara bırakılmalıdır. Üçüncü avantaj, tüketici refahı hedefinin, yasal sürecin bütünlüğünün korunmasına katkıda bulunmasıdır. Bork'a göre, yasa yapıcının temel amacının tüketici refahını gözetmek olduğu sarihdir (Bork, 1978). Dolayısıyla, ideal olan, bu hedefi rekabet hukukunun uygulanış aşamalarının tümünde, baştan sona dek takip etmektir. Dördüncüsü, tüketici refahı hedefi, uygulanamaz veya mantıksız iktisadi ayrımlara engel olmayı sağlar. Bork'a göre, tüketici refahı ortak hedefi, hakimler tarafından dikkate alınmazsa, hakimler bu hedefi başka ekonomik standartlarla ikame etme eğiliminde olacaktır. Böyle bir durumda, diğer kriterler gerçekdışı olur; çünkü Bork'a göre, rekabet hukukunun gerçek amacının parçası değildirler. Son olarak, Bork, tüketici refahı standardını uygulamayan mahkemelerin, esnek olmayan, keyfi ve tüketici

karşıtı kurallar uygulama eğiliminde olacaklarını ifade eder. Bu çeşit kurallara engel olmak için hakimlerin tüketici refahı standardını uygulamaya açık şekilde teşvik edilmeleri gereklidir.

Tüketici refahı kriterinin uygulanmasını gerektiren nedenleri sıraladıktan sonra Bork, ana teorisini ortaya koyar (Bork, 1978). Bork, rekabeti ticari davranışların etkileri çerçevesinde ele alır. Burada söz ettiği, tüketicilerin davranışlarının tüketiciler üzerindeki etkileridir. Bu ilişkiler ancak iktisat teorileri çerçevesinde ele alınabilir; çünkü bu teoriler, tüketici refahının durumunu tanımlar. Tüketici refahı maksimizasyonu, tüm iktisadi kaynaklar tüketicilerin tüm ihtiyaç veya arzularını tatmin edecek şekilde ve var olan teknolojik sınırlamalar içerisinde dağıtıldığı zaman gerçekleşmiş olur. Bu anlamda, tüketici refahı, toplumun zenginliklerinden birini teşkil eder. Tüketici refahı kavramı, tamamen iktisadi bir kavramdır. Rekabet hukuku, tüketicilerin koruyucusu pozisyonunda olmalıdır ve şirketleri, iktisadi tercihleri aracılığıyla, tüketici refahını korumaya, iyileştirmeye ve güçlendirmeye teşvik etmelidir (Bork, 1978).

Toplumun zenginliği ve tüketicinin refahı iki çeşit verimlilik kavramı çerçevesinde belirlenir: dağıtım verimliliği ve üretim verimliliği. Bunların ilki, yani dağıtım verimliliği, kaynakların, tüketicilerin sunulan ürün ve hizmetleri satın alma kapasite ve isteklerini dikkate alarak dağıtılmasına ilişkindir. Üretim verimliliği ise bir ürünün mümkün olan en düşük fiyata üretilmesi ve dağıtılmasıdır (Fox, 2008). Bork'a göre, rekabet hukukunun ana işlevi, dağıtım verimliliğini, üretim verimliliğine zarar vermeyecek şekilde iyiye götürmektir. Bu görevse, basit ekonomik analizlerin

uygulaması vasıtasıyla gerçekleştirilmelidir. Bork'un yaklaşımında, dağıtım ve üretim verimlilikleri arasındaki bu ayrıma dayalı uygulama, rekabet hukukunun hedefleri için en uygun olanıdır.

Bork eserinde, Williamson'un değiştirme temelli "naif modelini" de eleştirir. Williamson'un bu modeline göre, bir yoğunlaşmanın dağıtım verimliliği, söz konusu şirketin büyük bir piyasa gücüne sahip olması ve fiyatları fark edilir şekilde artırması durumunda negatif olur (Williamson, 1968). Williamson'a göre, gelir dağılımına ilişkin sorunlar da rekabet hukuku çerçevesinde ele alınmalıdır. Bork bu düşünceyi reddederken, rekabet hukukunun, piyasaların yarattığı verimliliklerle ve özellikle dağıtım ve üretim verimliliğiyle ilgilenmesi gerektiğini tekrarlamaktadır. Bork'a göre, gelir dağılımı meselesi rekabet kanununun ilgi alanının tamamen dışında kalmalıdır. İleride de bahsedileceği gibi, Bork'un bu yaklaşımı kendisini gerçek anlamda tüketiciler odaklı bir politikadan uzaklaştırmış ve toplam refah kriterine ağırlık vermeye yönelmiştir (Bork, 1978).

Daha evvel de belirtildiği gibi, Bork'un teorisi, tüketiciler refahı kavramını rekabet hukukunun merkezine oturtmaktadır. Bork için tüketiciler refahı, rekabet hukukunun nihai hedefi değildir sadece. O, aynı zamanda bu kavramı dışlayan bir rekabet tanımının kabul edilemez olduğunu da savunur (Bork, 1978). Öte yandan Bork'un eseri Chicago Okulu'nun rekabet politikasındaki etkisinin en somut örneğidir, çünkü rekabet hukukunun iktisadi analizlere ve verimlilik kriterine dayandırılmasını savunur. Eserinde, tüketicilerin refahını ölçmenin ve değerlendirmenin tek yolunun en uygun iktisadi analizlerin kullanılması olduğunu tekrarlar. Fakat ekonomik (toplam) verimlilik

kavramı, Bork'un yaklaşımında tüketici refahı kavramıyla eşdeğer bir role sahiptir. Bork, esasında, tüketici refahının ya da daha genel olarak rekabet hukukunun, ekonomik etkinlik ölçüsüyle değerlendirilmesi gerektiğini savunur. Bu durumda amaç, iktisadi verimliliği maksimize etmek ve bu şekilde -neredeyse doğal bir şekilde- tüketici refahını azami düzeye ulaştırmaktır (Bork, 1978). Burada Bork'un artırılmasını savunduğu verimlilik, doğrudan veya özel olarak tüketiciye yansıyan verimlilikten ziyade, piyasanın tümünü etkileyen toplam verimliliğidir.

Özetle Bork'un teorisi iki ana argümana dayanır. Öncelikle ABD'de Sherman Yasası ile başlayan rekabet politikası ve hukuku oluşum ve gelişim süreci boyunca aslında tüketici refahının maksimize edilmesini savunmuştur (Bork, 2006). Yasa koyunun başka amaçlar güdebilmiş olacağı savını Bork tamamen reddeder. Zaten Bork, rekabet hukukunun genel olarak amacına uygun olabilecek tek hedefin de tüketici refahı olduğunu iddia eder. İkincisi, Bork tüketici refahının ölçülebilir bir standart olması nedeniyle diğer sosyal ağırlıklı amaçlardan daha uygulanabilir, daha kesin ve piyasaya daha uygun bir standart getirdiğini savunur. Bu avantaj sayesinde, rekabet politikası daha öngörülebilir ve nesnel bir temele oturtulabilir. Diğer taraftan Bork tüketici refahının tanımını net bir şekilde toplam etkinlik olarak alır. Dolayısıyla rekabet hukukunda nihai amaç her zaman için toplam etkinliğin artırılması olmalıdır.

## **1.2. Chicago Okulu ve Bork'un Teorisine Getirilen Teorik Ve Kavramsal Eleştiriler**

Bork'un tüketici refahını savununa teorisinin yukarıda sıralanan tüm unsurları literatürde tartışılmış ve eleştirilmiştir. Bazı görüşleri, ABD'de rekabet politikasının

tüketici refahı veya genel anlamda iktisadi etkinliğin artırılması gibi bir hedefin olmadığını savunur ve başka hedefler üzerinde durur. Diğer taraftan, kuvvetli bir başka eleştiri ise, Chicago Okulu ve beraberinde Bork'un teorisinin sadece bir siyasi görüşle bağdaşan, bu görüşün iktidarda olmasına bağlı olarak gelişen bir yaklaşım olduğu yönündedir. Bu bakış açısına göre, ABD'de mahkemeler farklı dönemlerde farklı yaklaşımları yansıtan kararlar vermiştir ve tüketici refahı standardı da bunlardan yalnızca biridir. Tüketici refahı standardının ABD'deki gelişimini incelemek için, bu görüşlere değinmekte fayda vardır.

Tarihi sürece bakan Cini ve McGowan, Amerikan yasa yapıcılarının Sherman Yasasını çıkarırken her şeyden önce küçük ve orta boy işletmelerin korunmasını hedef aldığını savunan anlayışla hemfikirdir (Cini & McGowan, 2008). Yazarlara göre tüketici refahının maksimizasyonu, Chicago Okulu'nun eleştirisi ile nihai hedef olarak ortaya çıkmıştır. Bu okula göre, devletin rekabeti korumak adına piyasaya müdahalesinin tek geçerli sebebi tüketici refahının maksimizasyonuydu. Bu okulun etkisiyle rekabet sistemi, ekonomik verimliliklere odaklanmıştır. Yazarlara göre, bu iktisadi eğilimler, her ne kadar nihai hedef -yani tüketici refahının maksimizasyonu hedefi- tartışma konusu olsa da hala ABD'deki rekabet sistemini tanımlar.

Hovenkamp, 1890 dönemindeki yasa yapıcıların temel endişesinin, agresif piyasa stratejileri izleyen büyük şirketler tarafından zarar gören küçük ve orta büyüklükteki şirketlerin korunması olduğunu iddia eder (Hovenkamp, 2005, s.42-45). Bu görüşe istinaden özellikle, *Sugar Trust* (1895) ve *Standard Oil Company* (1911) kararlarına göndermede bulunur. Bu endişe, 1890 mevzuatında sıklıkla "tekellere" ve "tekeller"

oluşumuna mahal verebilecek davranışlara atıfta bulunulmasının da kaynağıdır. Bu mevzuat, ticari ilişkilerin, piyasanın ve elbette rekabetin önemini vurgulamaktadır. Amaç, açık şekilde, monopoller ve “ticari kısıtlamaları” engellemektir. Hovenkamp’a göre kanunda uygulanan yasal dil, her şeyden önce Ticaret Kanunu’nda kullanılan dile benzemektedir ve burada sıklıkla “ticaret” ve “rekabet” terimleri kullanılmaktadır. Ayrıca kanun metni, hiçbir noktada tüketici, tüketicinin korunması ve tüketici refahına atıfta bulunmamaktadır. Bununla beraber, metin, rekabetçilerin, yani küçük ve orta ölçekli işletmelerin korunmasına yönelik açık bir amaç da içermemektedir. Hovenkamp’ın bu son yargısı makul görünmekle beraber, söz konusu kanun metni hukukçulara bu konuda farklı anlamlar çıkarma olanağı vermektedir. Daha açık ifade etmek gerekirse, yasanın kendisi, rekabet hukukunun açık amacını veya bu çerçevede korunması amaçlanan piyasa oyuncularını/aktörlerini belirtmediği için, sadece yasayı yapanların niyetleri üzerinde değil, aynı zamanda rekabet hukukunun asıl amacına dair, dönemin iktisadi ve sosyal yaklaşımları çerçevesinde birbirinden farklı yargılara varılması mümkündür.

Rekabet hukukunun tarihi hedefinin küçük ve orta boy şirketlerin korunması olduğunu savunan yaklaşımın dışındaki teorilere göre, tüketici refahı kavramı konusunda iki çeşit anlayışı ayırt etmek mümkündür. Bir yanda Chicago Okulu, özellikle bu konudaki temsilcisi Bork aracılığıyla, tüketici refahının ancak dağıtım verimliliğinin maksimizasyonu ile ilerleyebileceğini ve bu maksimizasyonun üretim etkinliğini kısıtlamadan gerçekleşmesi gerektiğini savunur. Öte yandan başka yazarlar ve özellikle de Lande, tüketici refahını belli bir ekonomik verimliliğe indirgeme eğilimi

olan bu bakış açısına karşı çıkar (Lande, 1982). Bu tartışmalar özellikle yasama tarihi, yasa yapıcıların amaçları ve Chicago Okulu'nun etkileri konularına odaklanır.

Kirkwood ve Lande, rekabet politikasının yasal tarih açısından yorumlanmasında Bork'un bakışından farklı bir yaklaşım sergilemektedir (Kirkwood & Lande, 2008). Yazarlara göre, dönemin yasa yapıcıları Sherman Yasasını hazırlarken, esasında “*grand trust*”lardan oluşan ve yeterince etkin şekilde işleyen bir sanayi organizasyon sistemini değiştirmiştir. Yani gayelerinin, var olan piyasalarda ekonomik etkinliği maksimize etmek olmadığı aşikardır. Bu bağlamda yazarlar da, tıpkı Bork gibi, Amerikan rekabet hukukunun kurucularının tüketicilerin korunmasını hedeflerinin temeline oturttuğunu kabul eder. Söz konusu olan, esasen, tüketicilerden üreticilere, özellikle büyük şirketlere ve “trust”lara doğru haksız bir gelir transferinin önüne geçmektir. Buna karşın bu yazarların yaklaşımı, Bork'unkiyle temelden ayrışır; çünkü tüketici refahını maksimize etmenin tek geçerli yolunun ekonomik etkinliği maksimize etmek olmadığını savunurlar. Kirkwood ve Lande, Bork'u, önerdiği rekabet politikası teorisi çerçevesinde tüketici refahı hedefini, ekonomik verimlilik kavramına indirmediği için eleştirir (Kirkwood & Lande, 2008). Onlara göre, ekonominin genel verimliliği tüketici refahının maksimizasyonunu sistematik olarak sağlayamaz; bunun, yalnızca genel refahı sağladığı söylenebilir. Dolayısıyla ekonomik verimlilik üzerine yoğunlaşmak, analizi gerçek tüketici refahı hedefinden uzaklaştırır.

Zaten Lande, daha genel olarak, Amerikan rekabet hukuku bağlamında tüm yasa yapıcıların ekonomik verimliliği değil, tüketiciyi koruma prensibini esas aldıklarını savunur (Lande, 1982, s.65). Buna göre, yasa yapıcıların temel amacı, tüketicileri, faal

oldukları sanayi sektörlerine hükmeden büyük şirketlerden korumaktır. Ekonomik verimlilik alanındaki endişeleri, bu büyük şirketlerin, daha küçük ve orta ölçekli şirketlerin piyasada eşit bir şansa sahip olmalarına engel olmaları sorunu çerçevesinde şekillenir. Yani o dönemde binlerce işgücünü ve milyonlarca dolarlık malvarlığını kontrol eden büyük şirketlere karşı bir memnuniyetsizlik gözlenebilir. Bu şirketler önemli ölçüde toplumsal rahatsızlıklara neden olabilecek bir güce sahipti. Bu yüzden, dönemin yasa koyucusu rekabetle ilgili kanunları çıkardığında bu adaletsizliği önlemek veya düzeltmek amacını güdüyordu. Kongre, bir anlamda, tüketicilerden üreticilere doğru haksız zenginlik transferlerine mani olmak istiyordu. Piyasa gücünün yarattığı verimli dağıtım konusu, o dönemde kesinlikle önemsenen bir mesele değildi. Bu bağlamda Lande, Bork'un savunduğu, rekabet hukukunun tüketici refahını dağıtım verimliliği aracılığıyla sağlaması gerekliliğine dayanan yaklaşıma tamamen karşıdır (Lande, 1982). Lande'ye göre, Kongre'nin ekonomik verimlilikten yana olduğu doğrudur; ancak dağıtım verimliliği, rekabete ilişkin tartışmaların merkezinde değildi. Amaç ekonomik etkinliği güçlendirmektir; fakat bu, rekabet hukukunun nihai hedefi değildi. İktisadi verimlilikler, ancak yarattıkları kazançlar tüketicilere transfer edildiği sürece önemli sayılıyordu.

Lande, Bork'un Sherman Yasasını tarihi ve yasa koyucunun başlangıçtaki niyetleri konusunda son derecede tek taraflı bir görüş sergilediğini iddia etmektedir (Lande, 1982, s.65). Lande'ye göre Sherman Yasasının Kongre'de tartışıldığı dönemin tutanakları, Bork'un argümanlarının aksine yasa koyucunun toplam iktisadi etkinlik veya toplam geliri değil tüketiciyi korumayı amaçladığını ortaya koyar. Bork'a göre bu



amaç, başından beri, toplam etkinliğin/verimliliğin artırılmasıdır. Oysa Lande, Bork'un Sherman Yasasına giden yolda yasa koyucunun niyetini yanlış okuduğunu iddia etmektedir. Lande'ye göre Bork, modern ekonomik teorileri kullanarak adına tüketici refahı dediği ve aslında tüketiciyi korumakla ilgisi olmayan bir kriteri rekabet politikasının merkezine oturtmaya çalışmaktadır. Lande'nin yaklaşımı, Sherman Yasasının kabul edildiği dönemde, yasa koyucunun gerçekten tüketiciyi koruma kaygısını taşıdığını ve toplam gelir, refah veya etkinlikten ziyade tüketicinin gelirini düşündüğünü savunmaktadır. Oysa Bork'un ve hatta Orwell'in teorilerinin, tüketicinin gelir kaybına hiç ilgi göstermediği gibi tüketici ile ara kullanıcı veya üretici arasında pek fazla fark gözetmediği de anlaşılmaktadır (Lande, 1982). Zira Bork'a göre, gerçek veya son tüketicinin ödemek zorunda olduğu yüksek fiyatın toplam etkinlik arttığı sürece bir önemi yoktur. Lande, bu yaklaşımın sadece kartel veya tekellere fayda sağlayacağını savunmakta ve bunu eleştirmektedir.

Bork'un teorisindeki iktisadi etkinliğin önemi meselesiyle ilgili olarak Fox da benzer bir fikir geliştirir. O da rekabet hukukunun amacının, Bork ve Chicago Okulu'nun da etkisiyle, ekonomik verimlilik haline geldiğini kabul eder (Fox, 2008). Ayrıca bu yaklaşımın hukukçular arasında genel bir kanının oluşmasına neden olduğunu savunur. Bu kaniya göre, piyasanın ve iş dünyasının ürünleri genel olarak verimlidir; buna karşın rekabet hukukunun yetkililer tarafından uygulanması verimli değildir. Başka bir deyişle, nihai hedef, rekabetin korunmasını zedelemek pahasına, verimliliğin maksimizasyonu haline gelir. O zaman genel görüş, rekabetin etkin işletmeler ve piyasalar doğuracağı yönündedir. Şirket ve piyasaların verimliliği, toplam refah veya

tüketici refahı ölçüleriyle değerlendirilebilir. Bununla beraber, Fox'a göre tüketici refahını gözeten kararlar bile nadiren tüketici fazlası konusyla ilgilendirir; daha ziyade tüketicileri yatırıma ve yeniliğe iten teşvikleri konu alır. Yani söz konusu olan kriterler gerçekten de tüketici refahına bağlı değildir (Fox, 2008).

Lande'ye göre, Bork'un tarihi argümanını kabul etmeyen görüşler için bile etkinlik kriterinin sağladığı idari avantaj sarihdir. Zira, sağlanan toplam etkinliğe göre karar vermek, teşebbüslerin "büyüklüğüne" göre bir değerlendirme yapmaktan çok daha kolaydır<sup>19</sup>. Bu da, tarihi argüman kabul edilmese bile, yasa koyucunun, öngörülebilir bir kriter uyarınca değerlendirme yapılmasını isteyeceğini düşünenler için inandırıcı ve etkili bir savunmadır. Bu nedenle iktisadi etkinlik savunması, netlik ve öngörülebilirlik sağladığı için tercih edilebilir. Bork'un eleştirdiği yaklaşım, temelde rekabet politikasının, teşebbüslerin ölçüğüne göre, yani fazla 'büyük' veya tekel olması nedeniyle cezalandırılması prensibine dayandırılması gerektiğini savunur (Bork, 1978). Bork, bu kriterlerin yeterince net ve güvenilir olmadığını, hem iş dünyasının hem de uygulayıcının öngörülebilir sonuçlara göre hareket etmesini imkansız kıldığını iddia etmektedir<sup>20</sup>. Hangi teşebbüsün, hangi pazarda ve koşullarda "büyük" sayılacağına dair kaygılara göre karar vermek, her seferinde farklı bir amaç gütmekle eşdeğerdir. Bu nedenle, rekabet hukukunun tek amacı olduğunu kabul etmek, net olabilmeyi sağlayacaktır.

---

<sup>19</sup> Örneğin Baxter'e göre, rekabet politikası açısından iktisadi etkinlik kriteri "işlemsel olarak tek uygulanabilir" standarttır. . Bu standart, sadece rekabet politikasını geliştiren ve uygulayan otorite açısından değil, rekabet hukukunu uygulayan hakim için de güvenilir bir değerlendirme kriteridir. Baxter, *Responding to the reaction: The Draftman's View*, 71 Calif. Law. Rev. 618 (1983)

<sup>20</sup> Lande, Bork'un geliştirdiği etkinlik bazlı tüketici refahı standardının, "netlik ve öngörülebilirlik" gibi avantajlar sağlaması nedeniyle hem iş dünyasına hem de doktrine cazip geldiğini ifade etmektedir. Lande, 1988, *The Rise and the (Coming) Fall of Efficiency as the Ruler of Antitrust*, 33 Antitrust Bull. 429, 433, n.17

Reagan döneminin ana yaklaşımını temsil eden Chicago Okulu, tüketici refahını, tüm rekabet politikalarının varoluş nedeni olarak kullanmasına rağmen, ortaya konmak istenen asıl şey müdahalesiz bir piyasa savunusudur. Fox'a göre, piyasalar ve teşebbüslerin davranışları, özellikle hakim durumlar ve yoğunlaşmalar çerçevesinde oluşmuş bir verimlilik varsayımından faydalanıyordu. Rekabet kanununun temel hedefi kartellerle mücadele etmektir. Nihai hedef olarak gösterilen tüketici refahı, esasen tüketici fazlası kavramına indirgenmişti (Fox, 2003). Lande, Bork'un 60'lı yıllarda geliştirdiği, rekabet politikası ve amaçlarına yönelik teorinin, Reagan'ın başkanlık döneminde, yani 80'li yıllardan itibaren Amerikan antitröst hukukunda vücut bulduğunu ifade etmektedir (Lande, 1982, s.65). Bu açıdan bakıldığında, rekabet hukukunun tüketici toplam fazlası azalmadıkça sessizliğini koruması gerektiği savunuluyordu. Yani gerçek amaç, her türlü üretim sınırlamasına engel olmaktır. Tüketici refahı kavramına verilen önem ya da ona yüklenen anlam, rekabet kurumları yetkililerinin asıl politikasını yansıtmıyordu.

Warren döneminde Amerikan Yüce Mahkemesi'nin antitröst kararlarına, sosyal ve siyasi kaygılar damgasını vurmuştur. Bu dönemde, bireylerin ekonomik özgürlüğü, küçük ve orta ölçekli firmaların korunması gibi bazı amaçlar da mahkeme kararları aracılığıyla rekabet politikasında yerini almıştır. Reagan'ın başkanlık döneminde ise, rekabet hukuku otoritelerinin sergilediği duruş ve Yüce Mahkeme'ye yapılan atamalarla birlikte, uygulamada, Chicago Okulu'nun etkisi çok daha belirgin hale gelmiştir. Örneğin Lande, başta Bork olmak üzere Chicago Okulu'nun, rekabet hukukuna sözde daha öngörülebilir ve daha kolay idare edilebilen bir amaç getirdiğini, bununla Chicago

Okulu'nun getirdiği en büyük avantaj olduğunu düşünmektedir (Lande, 1988). Lande de gerçekten tketic refahı standardı olarak adlandırılan bu iktisadi etkinlik kriterinin, Warren döneminde uygulanan bazı sosyal ve siyasi amaçlara göre bu tür avantajları olduğunu kabul etmektedir (Fox, 1981). Zaten Lande, literatürde Warren Mahkemesi döneminde izlenen politika ve amaçlara geri dönülmesi gerektiğini savunan bir okul veya görüş olmadığını ifade etmektedir (Lande, 1988). Literatürdeki genel algı, bu dönemde uygulanan politikanın fazla müdahaleci olduğunu yönündedir (Fox, 1981). Lande bu dönemde uygulanan politikanın, tam da bu nedenle muhafazakar görüşlere davetiye çıkardığını ve Chicago Okulu'nun ykseliş ve etkisinde önemli bir rol oynadığını savunmaktadır.

Sonuç olarak, Chicago Okulunun bu okulun iktisadi refah kavramını rekabet hukukunun merkezine yerleştirmiş olduğu muhakkaktır. Bu sayede rekabet hukuku artık, daha iktisadi terimlerle kendini ifade etmektedir ve daha sağlam temellere oturmaktadır. Yine bu okul sayesinde, rekabet hukukunun tek hedefi iktisadi refah olmuştur (Schmalensee, 2008). Fakat rekabet hukuku literatürüne bakılırsa, bu okulun bir tketic refahı hedefi veya kriterini gerçekten yerleştirmiş olup olmadığı yeterince net değildir. Öte yandan, bu okulu eleştiren yazarlar da rekabet hukukunun kurucularının fikirleri ve endişeleri konusunda ortak bir yol izlememişlerdir. Kimilerine göre, tarihi süreçte kkk ve orta boyutlu işletmelerin yararına bir yasa söz konusu iken, kimilerine göre de tüketicileri adaletsiz bir kaynak transferinden korumak söz konusuydu.

Bununla beraber, eleştirenler de Chicago Okulu'nun tketic refahına verdiği gerçek önem üzerindeki kuşku konusunda hemfikirdir. Özellikle Bork'un teorisine göre,

rekabet hukukunun nihai hedefi ekonomik verimlilikler olmuştur (Bork, 1978). Her şeyden önce bu amaç, tüketiciyi ve onun refahını korumak için fazla genel görünmektedir. Ayrıca, tüketici refahını maksimize etmenin en iyi yolunun, piyasalar ve işletmeler açısından ekonomik verimliliğin ne pahasına olursa olsun artırılması olduğu kesin bir yargı değildir. Yani Bork, teorik açıdan bakıldığında tüketici refahına fayda edecek bir yaklaşım geliştirmiştir; ancak, öne sürdüğü argümanların, pratikte bu hedefe ulaşmanın en doğrudan ve etkin yolu olduğu kesin değildir. Bu durumda, tüketici refahı hedefinin bu teorinin yüzeyinde veya retoriğinde kaldığı söylenebilir. Söz konusu teori, iktisadi açıdan önemli ilerlemeler sağlamış olmasına rağmen, savunduğu hedefi gerçekleştirmek için gerekli kriterleri oluşturamamıştır. Başka bir deyişle, tüketici refahı, ekonomik verimlilik kavramının gölgesinde kalmıştır.

Diğer taraftan ABD rekabet politikalarının başlangıç noktasıyla ilgili devam eden bir tartışma olduğu açıktır. Literatürdeki önemli teorisyenlerin bir bölümü, başlangıçtan itibaren o ya da bu kavram altında bir tüketici koruma amacı güdüldüğünü savunmaktadır (Bork, 1978). Bu yazarlara göre “tüketicilerden şirketlere doğru kaynak transferi” kavramı, rekabete ilişkin ilk kanunların kabul edilışinden beri vardır. Başka yazarlar ise, rekabet hukukunun başlangıçtaki asıl endişesinin, tekel gibi hareket etme gücüne sahip büyük şirketlere karşı, küçük ve orta ölçekli şirketlere rekabet açısından avantajlar sağlamak olduğunu savunmaktadır (Hovenkamp, 2005, s.42-45). Tüketici refahının korunması ve geliştirilmesi, ekonomik ve sosyal fikirlerin gelişiminin olduğu kadar, rekabet hukukunun yeni gerekliliklere karşı verdiği tepkilerin de bir sonucu olarak görülebilir. Ancak tüketici standardını refah iktisadının bir parçası olarak

görmemiz gerekir. Bu çerçevede düşünüldüğünde, tüketici refahının rekabet hukukunda kullanılması yönünde yapılan bir tercih aynı zamanda politik bir tercihtir. Daha önce de anlatıldığı gibi, tüketici refahı ve genel olarak refah iktisadi, neoliberal politikaların bir parçasıdır. Bu nedenle tüketici refahının rekabet hukukunda uygulanması da bu yönde bir siyasi tercihi ortaya koymaktadır. Daha sonra da açıklanacağı gibi, Amerikan idaresindeki siyasi değişiklikler, rekabet hukukunda yapılan tercih ve alınan kararları da bu yönde etkilemiştir.

## **2.ABD ANTİTRÖST HUKUKU UYGULAMASINDA TÜKETİCİ REFAHI STANDARDI**

Bilindiği gibi, Bork, ABD’de 1890’da Sherman Yasasının kabul edilmesinde dahi yasa koyucunun, tüketici refahını korumak amacıyla hareket ettiğini iddia etmektedir (Bork, 1978). Bununla beraber, hem Bork hem de Chicago Okulu’nun diğer temsilcileri ABD’de rekabet uygulayıcılarının her zaman bu amaç veya standarda uygun hareket etmediğini ifade etmektedir. Rekabet politikasının nihai amacının veya kullanacağı iktisadi kriterlerin ne olması gerektiği konusundaki tartışmalar bir yana, rekabet uygulamasının hem tarihi hem de kuramsal olarak nasıl geliştiği de AB’de var olan uygulamayla karşılaştırmak açısından incelemeye değerdir.

ABD Rekabet sistemini, AB ile karşılaştıracak olursak, Federal Ticaret Bürosunun (FTB) AB Komisyonu’na benzer bir rol üstlendiğini söyleyebiliriz. Zira FTB bir devlet organıdır ve örneğin kılavuz niteliğindeki pek çok mevzuat kaynağını oluşturur. Diğer taraftan, FTB aynı zamanda birleşme ve devralma işlemlerini değerlendiren ve buna izin verme yetkisi bulunan kurumdur. Ancak ABD’de rekabet

uygulaması hep özel hukuk mahkemeleri kapsamında gerçekleşir<sup>21</sup>. Yargı yolunun son ve en üst mecrası da elbette Yüce Mahkemedir. Bu açıdan Yüce Mahkeme, AB sisteminde Genel Mahkeme ve ABAD'inkine benzer bir pozisyona sahiptir. Bu nedenle, ileride, AB ile karşılaştırılmak üzere bu iki kurumun aldığı kararlar ve bu kararlarda belirginleşen politika tercihlerinin analizi yapılacaktır. Öncelikle rekabet uygulamasının tarihi anlamda nasıl bir gelişim gösterdiğine kısaca değinilecek, ardından rekabet hukukunun farklı alanlarındaki uygulamalar incelenecektir.

Konumuz açısından önemli olan iktisadi analizler, ABD'deki rekabet uygulamasında daha ziyade son 30 yılda artan bir şekilde önem kazanmıştır (Mayer, 2002, s.9). Uygulamadaki bu değişiklik, rekabetçi piyasaların hem daha fazla verimlilik hem de daha fazla gelir artışı sağladığı algısına dayanmaktadır (Vickers, 2003, s.95). Rekabet uygulamasında, başından itibaren iktisadi analiz ve özellikle verimlilik kriterinin temel alındığını iddia etmek mümkün değildir.

Kovacic ve Shapiro (Kovacic & Shapiro, 2000, s.43), ABD'deki antitröst uygulamasını 5 aşamaya ayırmaktadır:

1. Sherman Yasasının ilk yılları: 1890-1914
2. Muhakeme kuralının yükselişi: 1915-36
3. Pazar yapısı ve "per se" kuralların vurgulanması: 1936-72
4. Chicago Okulu'nun yükselişi: 1973-91
5. Post-Chicago senteze doğru: 1992 ve sonrası

---

<sup>21</sup> FTB birleşme ve devralmalara izin vermesi halinde yargıya başvurmak zorunda değildir. Ancak izin verilmemesi gerektiği yönünde görüş oluşması halinde, yine yargı yoluna başvurulması şarttır.

İlk dönemde belirgin bir politikaya veya hakim bir görüşe rastlanmazken, mahkemenin içtihat geliştirmekte olduğu da bir gerçektir. *Standard Oil* veya *Dr. Miles* gibi bazı önemli kararlar bu ilk dönemde alınmıştır. 1914'te Clayton Yasasının kabul edilmesi ve Federal Ticaret Komisyonu'nun kurulması, rekabet hukukuna bir ivme kazandırmıştır. Bu dönemden itibaren mahkeme ve diğer makamların politika geliştirme ve uygulama çabalarında bir artış olmuştur. Bu dönem, yazarlara göre, muhakeme kuralının belirgin bir şekilde uygulandığı dönemdir. Daha sonraki dönem, muhakeme kuralının ağırlığından uzaklaşıp, “per se” ihlal yaklaşımının daha fazla uygulandığı dönemdir. Bu dönemde pazarın yapısının esas alınması veya daha genel anlamda yapısal yaklaşımın belirginlik kazanması, Harvard Okulu'nun, rekabet politikası üzerinde daha etkin olduğunu göstermektedir. Bu dönemde, Bain gibi, Harvard Okulu'nu temsil eden iktisatçıların, yapı, davranış ve performans merkezli yaklaşımlarının daha hakim olduğu bazı kararlar göze çarpmaktadır. Bununla beraber, üçüncü dönemde, birinci döneme nazaran daha katı bir yaklaşımın olduğunu söylemek mümkündür. Bugün “per se” ihlal olarak değerlendirilmeyen ve hatta etkinliği artırdığı düşünülen dikey anlaşmalar ve hakim durumdaki teşebbüslerin bazı uygulamaları, bu dönemde “per se” ihlal olarak değerlendirilmiştir. Bu yaklaşım neticesinde, rekabet davalarında ve verilen cezalarda bir artış olduğu da gözlenmiştir. 1973-91 yılları arasındaki dördüncü döneme geldiğimizde, Yüce Mahkeme'nin, eskisinden farklı bir yaklaşımı benimsediğini söyleyebiliriz. Bu bağlamında, Chicago Okulu'nun etkisiyle, örneğin dikey anlaşmaların değerlendirilmesinde önemli gelişmeler olmuştur. Anılan yaklaşım farklılığını yansıtan kararların ilki, Chicago Okulu'nun etkisinin en belirgin göstergesi olarak da kabul edilen *Sylvania* (1977) kararıdır.



İlgili kararlar birlikte dikey anlaşmaların rekabetçi sonuçlarının da olabileceği ifade edilmiş ve dikey anlaşmalarda fiyata ilişkin olmayan unsurlar (münhasırlık anlaşmaları da dahil olmak üzere) “per se” ihlal uygulamasının kapsamından çıkarılmıştır. Kovacic ve Shapiro, 1980’li yıllardan itibaren bir sentez dönemine girdiğini iddia etmektedir (Kovacic & Shapiro, 2000, s.43). Bugün artık iki farklı veya birden fazla iktisat okulunun çekiştiği bir dönem değil, yine hararetli tartışmaların yaşanabildiği ancak uygulamada farklı ekonomik teorilerin sentezlendiği bir dönem yaşanmaktadır.

Bu değerlendirmeden de anlaşılacağı gibi, Amerikan rekabet hukukunun uygulanmasında karşımıza çıkan en önemli mesele, “per se” ihlal uygulaması ile “muhakeme kuralı” arasındaki ayırım ve hatta bazen çatışmadır (Sagers, 2011, s.95). “Per se” ihlal, bir eylem, davranış veya kararın, pazarın veya teşebbüsün koşulları ve piyasadaki etkisi ne olursa olsun rekabet ihlali sayılması durumudur. Bu nedenle “per se” ihlal, adeta bir karine teşkil etmektedir. Diğer taraftan, “muhakeme kuralı” uygulaması, her eylemin, kararın veya davranışın, her teşebbüsün ve piyasanın durumu ve şartları göz önünde bulundurularak ve ortaya çıkan sonuçlar açısından değerlendirilip, buna göre yargılanması prensibine dayanır. Bu iki uygulamanın mahiyeti, ispat yükümlülükleri ve gerektirdikleri kriterler, birbirinden oldukça farklıdır. ABD rekabet hukukunda hiçbir zaman, tamamen ve yalnızca bu kurallardan birinin uygulanıp diğerinin reddedilmesi söz konusu olmamış, neredeyse yüz yılı aşkın rekabet hukuku tarihinde her zaman bu kurallardan birine veya ötekine başvurulmuştur. Böyle olmakla beraber, rekabet uygulayıcılarının, iki kural arasında tercih yapmak zorunda olduğu ve

bazı dönemlerde bir kuralın diğer kurala göre daha sık uygulandığı, daha fazla ağırlık kazandığı da muhakkaktır. İşte bu hareketlilik ve değişkenlik, tam anlamıyla, uygulayıcıların politika tercihlerini yansıtmaktadır.

Yüce Mahkeme kararlarında kemikleşmiş bir içtihadı göre, “per se” ihlaller, “zararlı etkileri ve telafî edecek erdemlerinin yoksunluğundan ötürü” rekabete kesin olarak aykırı olduğu varsayılan ve bu nedenle makul ve yasal olmayan eylemlere tekabül eder (*Sylvania*, 1977). Diğer taraftan, yine mahkemenin kemikleşmiş içtihadına göre, muhakeme kuralı, elde bulunan verilere göre “davaya konu olan eylemin tüm sonuçlarının tartılarak, kısıtlayıcı bir uygulamanın, rekabeti makul olmayan biçimde kısıtlaması nedeniyle yasaklanması” olarak tanımlanır (*Sylvania*, 1977). Bu tanımdan da anlaşılacağı gibi, muhakeme kuralı, “etki savunması” olarak da bilinen, bir eylemin rekabet hukuku açısından ihlal olup olmadığını değerlendirmek için piyasadaki etkilerine bakılması gerektiğini öne süren yöntemdir. Chicago Okulu esas olarak, rekabet politikasının, rekabet hukuku ve uygulamasının, bu yönetime başvurması gerektiğini savunur.

“Per se” ihlal uygulaması hukukçu gözüyle değerlendirildiğinde, muhakeme kuralına göre daha güvenilir olabilir (Schmalensee, 2008, s.19-20). Bu tespitin, aslında sadece hukukçular açısından değil, teşebbüsler ve pazardaki diğer aktörler açısından da geçerli olduğu savunulabilir. Bunun nedeni, “per se” ihlal uygulamasının, bir eylem veya anlaşmanın rekabet ihlali sayılıp sayılmayacağını öngörmeyi mümkün kılmasıdır. Muhakeme kuralı uygulamasında, bir teşebbüs, bir eylemi gerçekleştirmeden önce onun etkilerini tahmin etmeye çalışmak veya hesaplamak zorunda kalacaktır. Oysa “per se”

ihlal uygulamasında, bir teşebbüs, “per se” ihlal kategorisinde olan bir eylemden –bu eylemin rekabet açısından doğurabileceği muhtemel sonuçlara bakmaksızın- kaçınacak ve rekabeti ihlal etmediğinin bilincinde olarak hareket edebilecektir. Bu bağlamda “per se” uygulamasının, aynı zamanda caydırıcı etkisi olacağını söylemek de mümkündür. Kısacası “per se” ihlal uygulaması yasal güvenilirliği beraberinde getirir ve bu nedenle hem piyasadaki aktörler hem de hukukçular için muhakeme kuralına tercih edilebilecek bir uygulamadır.

Yine de, “per se” ihlal uygulamasının, her olay ve kararda iktisadi etkilerin araştırılması ve ölçülmesini engellediği de akılda tutulmalıdır. Muhakeme kuralından farklı olarak, “per se” ihlal sayılan bir eylem gerçekleştirildiğinde, davalının, bu eylemin rekabet açısından olumlu etkilerinden hareketle kendini savunması oldukça güç hale gelecektir. Dolayısıyla, her pazarın farklı koşulları ve her eylemin farklı sonuçları olabileceği gerçeğini ihmal ediyor olması nedeniyle iktisatçılar “per se” ihlal uygulamasını tehlikeli bulabilirler (Schmalensee, 2008, s.35). Zira, belli pazar yapılarında olumlu rekabet sonuçları getirecek ve daha da önemlisi piyasada etkinliği artırabilecek bazı anlaşma veya eylemler, “per se” ihlal testini geçemeyecekleri için hiç gerçekleştirilmeyecek veya yasaklanacaktır. Dolayısıyla hukukçu gözüyle değerlendirdiğimizde öngörülebilirlik sağlayan “per se” ihlal uygulaması, iktisatçı gözüyle değerlendirdiğimizde piyasanın elde edebileceği potansiyel etkinliği azaltma veya ortadan kaldırma riskini taşımaktadır.

Sherman Yasasının lafzına dikkat çekerek, Wilson, Patel ve Robson yasa koyucunun burada, ticaretin “makul olmayan” şekilde kısıtlanmasını yasakladığını ve

kanunun lafzına göre, bu makullük ölçüsünün de, mahkemeler tarafından belirlenmesi gerektiğini söylemektedir (Wilson, Patel, Robson, 2010). Gerçekten de burada, kanunun lafzında, “makul olmayan” (unreasonable) kavramına yer verilmiş olması, bunun aslında değişken bir durum olabileceği fikrini destekleyebilir. Kanun, makul olan ve olmayan eylem ve anlaşmaları tahdidi olarak dahi olsa sıralamadığına göre burada, mahkemelere veya rekabet hukukunu uygulayan otoritelere takdir payı bıraktığı açıktır. Değerlendirmeyi gerçekleştirecek makamlar, rekabetin ne derecede kısıtlandığına karar vermek için elbette olayın ve pazarın koşullarına bakmak durumundadır. O halde Sherman Yasasının lafzının, “muhakeme kuralının” uygulanmasını kolaylaştırdığını söylemek mümkündür. Zira, rekabetin ne ölçüde kısıtlandığını tespit etmek için en uygun yollardan birinin, piyasadaki etkilere bakmak olduğu açıktır. Doğurduğu sonuçlar itibarıyla rekabeti makul olmayan derecede kısıtlayan eylemler yasaklanacaktır. Wilson, bu nedenle, yargıçların iktisadi ölçülere göre hareket etmeleri gerektiğini savunmaktadır. Tabii bununla birlikte mahkemeler de içtihat oluşturarak deneyim kazanacak ve bu birikimi de değerlendirmelerine yansıtacaktır.

Chicago Okulu ve “tüketici refahı” kavramı aracılığıyla refah iktisadı, rekabet hukukunun “per se” ihlal ve muhakeme kuralı uygulamalarına yeni bir boyut kazandırmıştır. Bu akım, rekabet hukukunda her şeyden önce verimliliğin maksimize edilmesini amaçlayan politikaların uygulanmasını savunur. Ancak bir eylemin, verimliliği artırdığı veya azalttığını anlayabilmek için, o eylemin sonuçlarını değerlendirmek gerekir. Bu nedenle Chicago Okulu ve genel anlamda verimlilik kriterini temel alan tüm politika tercihleri, “muhakeme kuralı” uygulamasını savunur (Boadway

& Bruce, 1984). Bu nedenle, “per se” ihlal yaklaşımı esas alınarak verilen kararlar veya bu uygulamanın ağırlıkta olduğu dönemler, bu akım tarafından eleştirilir. O halde, şu değerlendirmeyi yapmak mümkündür: Verimlilik gibi iktisadi kriterleri esas alan politikaların uygulanabilmesi, muhakeme kuralının, “per se” ihlal kuralına tercih edilmesine bağlıdır. Bu nedenle, hangi iktisadi kritere ne şekilde öncelik verilmesi gerektiği tartışmasına girmeden önce, bu kriterlerin uygulanabilmesinin zemini oluşturan “muhakeme kuralı”nın tercih edilmesi şarttır (Boadway & Bruce, 1984). ABD rekabet hukukunda bu ayırım, önemli politika tercihlerini ve hatta ideolojik yaklaşımları yansıtmaktadır.

## **2.1. ABD Rekabet Hukukunda Dikey Anlaşmalar Kapsamında Tüketici Refahı Standardının Uygulanması**

ABD’de dikey anlaşmalar bağlamında tüketici refahı standardının uygulanması süreci, 1911 yılında başlayan, “per se” ihlal kuralı ve “muhakeme kuralı” arasındaki çekişmeyle şekillenmiştir. Buna paralel olarak, dikey anlaşmaların konu edildiği davalarda, etkinlik savunmalarına yer verilmesi, 1911 yılında başlayan ve 2007’ye kadar devam eden bu evrim sürecinin bir çıktısıdır. Yüce Mahkeme’nin, verdiği bazı kararlar gerçekleştirdiği köklü içtihat değişikliklerini de göz önünde bulunduracak olursak, aslında bu sürecin, bazı noktalarda devrim niteliğindeki atılımlarla ilerlediğini söylemek mümkündür. Neredeyse doksan yıllık bu sürecin sonucunda, “per se” ihlal kuralının esas alındığı bir noktadan, tamamen muhakeme kuralının geçerli kılındığı bir noktaya gelinmiştir.

Bu süreç, yukarıda da ısrarla vurguladığım gibi, 1911 yılında alınmış olan *Dr. Miles* (1991) kararıyla başlar (Aşçıoğlu Öz, 2009 s.7). Dr. Miles, kendi markası altında ürettiği ilaçların doğrudan ve perakende satış fiyatlarını, dikey anlaşmalar vasıtasıyla belirlemektedir. Satıcılardan bir tanesi, Dr. Miles'ın söz konusu ürünlerinin indirimli fiyatlardan satılması için, pek çok doğrudan satıcı ve perakendeciyi teşvik etmiştir. Yüce Mahkeme'nin önüne kadar gelen davada, “per se” ihlal ve “muhakeme kuralı” ikilemi açısından belirleyici bir sonuç çıkmıştır. Mahkeme, somut olayın iktisadi sonuçlarından ziyade anlaşmanın niteliğini değerlendirerek, fiyat belirleyen dikey anlaşmaların “per se” ihlal sayılması gerektiğine hükmetmiştir.

Mahkeme, bu karardan sonra, dikey kısıtlamaları ilgilendiren tüm kararlarda ve özellikle 60'lı yıllardan sonra almış olduğu *Sylvania* (1977) gibi kararlarda, bu sert uygulamayı yumuşatma olarak da yorumlanabilecek bir dizi karara imza atmıştır (Prud'homme, 2010). Süreç içerisinde, “per se” ihlal kuralının uygulama alanı gittikçe daralırken, “muhakeme kuralı” uygulamasının alanı genişlemiştir. İleride açıklanacağı gibi, *Leegin* (2007) kararı “per se” kuralının -mahkemenin kendi ifadesi ile- tamamen iptali ve dolayısıyla sürecin son adımıdır.

***Sylvania* kararı** (1977) literatürde yaygın olan görüşe göre, ABD Yüce Mahkemesi kararlarında, etkinlik/verimlilik ölçüsünün açık olarak görüldüğü ilk karardır<sup>22</sup>. Mahkemenin Bork'a doğrudan atıf yapması, bu kararın Chicago Okulu etkisinde alınmış bir karar olduğu görüşünü desteklemektedir (*Sylvania*, 1977). Kararda,

---

<sup>22</sup> Zira, daha önce de belirtildiği gibi, mahkeme, *Sylvania* kararında dikey anlaşmaların markalar arası rekabeti artırabileceğini açıkça kabul etmiştir. 70'li yıllarda başlayan Chicago Okulu'nun etkisinin, Reagan döneminden sonra giderek azaldığı ve düşüşe geçtiği de öne sürülmektedir; fakat, mahkemenin yine etkinlik savunmaları bazında aldığı başka bir karar olan *Leegin* kararı bu sözde düşüşü sorgulamamıza sebep olmaktadır.

mahkeme, etkinlik savunmasının ve “muhakeme kuralının” antitröst hukukunda hakim uygulama olması gerektiğini açıkça ifade etmektedir (*Sylvania*, 1977). Mahkemenin etkinlik savunmasına ne şekilde ve ne kadar yer verdiğini incelemek açısından kararda yer alan olay ve atıf yapılan diğer kararlara da değinmekte fayda vardır.

Şüphesiz ki, *Sylvania* (1977) kararının en önemli getirisi, mahkemenin bu kararla birlikte ekonomik analiz ve “muhakeme kuralının” rekabet uygulamasında geçerliliği konusunda yaptığı öncülüktür. Bu nedenle konumuz açısından büyük önem taşımakta ve daha derin bir analiz gerektirmektedir. *Dr Miles* (1919) kararından sonra getirilen “per se” kuralının uygulanmasında ilk büyük kopuş, *Sylvania* (1977) kararıyla olmuştur. Bu kararı dikey anlaşmalar açısından değerlendirilecek olursak, bu sefer mahkemenin, açıkça, fiyat dışı kısıtlamaların “per se” ihlal teşkil etmediğini ve muhakeme kuralına tabi tutulmaları gerektiğini kabul ettiğini de görürüz<sup>23</sup>.

*Sylvania* (1977) kararının konusu bir dikey anlaşmadır. Dolayısıyla mahkemenin, bir dikey anlaşmanın rekabet kısıtlamasına yol açıp açmadığı sorusuna cevap vermesi gerekmektedir. Bu hususun altını çizmekte fayda var; zira mahkeme, etkinlik savunmasına açıkça yer verdiği bu ilk kararda, örneğin rakipler arasında bir fiyat belirleme anlaşması şeklinde bir yatay anlaşmayla karşı karşıya değildir. Mahkemenin analizi değerlendirildiğinde, bu tür bir anlaşmanın “per se” ihlal sayılacağı konusunda bir şüphe uyanmamaktadır. Bu nedenle bu karara bakarak, mahkemenin etkinlik savunmalarına her koşulda yer vereceği sonucuna varılmamalıdır.

---

<sup>23</sup> Zaten Prud’homme’a göre bu karardan sonra *Dr. Miles* kararının geçerliliği ciddi şekilde sarsılmıştır. Bununla beraber, yazarın da ifade ettiği gibi Yüce Mahkeme’nin “dikey anlaşmalarda fiyatı kontrol eden” ve “fiyat dışı unsurları kontrol eden” koşullar şeklinde bir ayırım yapması, en azından fiyat belirleyici dikey anlaşmalarda, bir süre, daha doğrusu *Leegin* kararına kadar, “per se” ihlal kuralının devam etmesine neden olmuştur. Prud’homme, 2010

Sylvania, televizyon ve ev içi eğlence eşyaları olarak kullanılan başka elektronik ürünler üreten ve satan bir teşebbüstür. 1962 yılında daha iyi bir pazarlama sistemi geliştirmek amacıyla, daha önce sözleşme yaptığı dağıtıcılarla ticari ilişkilerini kesmiş ve bir marka temsilciliği sistemi (franchise) uygulamaya başlamıştır. Bu uygulama kapsamında Sylvania, her bölgede sınırlı sayıda satıcıyla çalışmaya ve bu satıcılara Sylvania dışındaki markaları satmayı yasaklamaya başlamıştır. Getirilen bu yeni sistemde, satıcıların sayısını belirlemekte tek yetkili Sylvania'dır .

Dava ise, Sylvania'nın, San Fransisco'daki bir satıcının satış performansından memnun olmaması nedeni ile, bu satıcıyla daha evvel yapılan anlaşmayı bozmasından çıkmıştır. Bu şirketle anlaşmasının bozmasından hemen sonra Sylvania başka bir şirketle anlaşmıştır; ancak bu şirket zaten Sylvania ile çalışan ve satışları çok yüksek olan bir başka şirkete olan Continental'e sadece bir mil uzaklıkta bulunmaktadır. Söz konusu satıcı Continental, kendi satışlarını etkileyecek olması gerekçesi ile Sylvania'ya dava açmıştır. Burada rekabet hukuku açısından sorgulanmak istenen, Sylvania'nın uyguladığı dağıtım ve satış sistemidir. Davacının iddiası, Sylvania'nın uyguladığı satış ve dağıtım sisteminin satıcıyı yalnızca Sylvania ürünleri satmaya zorlamasının ve daha da önemlisi hangi şirketlerin satıcı olacağına da Sylvania'nın tek başına karar vermesinin, Sherman Yasasının 1. maddesine aykırı olduğu yani rekabeti ve ticareti kısıtladığıdır.

Mahkeme iddiayı değerlendirirken, ilkin daha önce alınmış bir karar olan *Schwinn* (1965) kararını incelemektedir. Mahkemenin bu detaylı incelemeye yer vermesinin atlında iki amaç yatmaktadır. *Schwinn* kararı, gerçekten de anlaşma türü ve



olay açısından *Sylvania* ile önemli benzerlikler göstermektedir. *Schwinn* kararının analizinin nedeni, bu kararın dikey anlaşmalarla getirilen kısıtlamaların mahkeme kararlarınca nasıl değerlendirildiğine dair iyi bir örnek teşkil etmesidir. Her iki olayda da seçici satış ve dağıtım sistemleri söz konusudur ve üretici teşebbüsün hem coğrafi hem de ürün satışı bazında sınırlamalar getirdiği görülmektedir. Mahkeme'nin bu kararı incelemesinin ve önüne gelen bu yeni davada bu karara yer vermesinin bir diğer nedeni de, *Schwinn* kararında Mahkeme'nin "muhakeme kuralını" uygulamamış olması ve bunun yerine söz konusu sistemi "per se" ihlal kapsamında değerlendirmiş olmasıdır. Yani *Scwinn* kararı, Dr. Miles içtihadının hâlâ geçerli olduğu bir karardır. Gerçekten de *Schwinn* kararında Mahkeme, Sherman Yasasının 1. maddesine göre bir rekabet ihlali bulunduğu, söz konusu dikey kısıtlamanın pazardaki etkilerini değerlendirmeden karar vermiştir. Mahkeme, *Schwinn* kararında getirilen standardın, *Sylvania* kararında uygulanmaması gerektiğini savunur; çünkü *Schwinn* davasında karar verilirken, dikey kısıtlamaların rekabet açısından olumlu etkileri göz ardı edilmiştir. Mahkemeye göre, *Schwinn* kararından sonra dikey anlaşmalara yönelik kurallar açısından bir belirsizlik ortaya çıkmıştır; çünkü Mahkeme, söz konusu kararda, bu tür anlaşmalara uygulanması gereken standartları yeterince açık bir şekilde belirtmemiştir. *Sylvania* kararı bu nedenle ayrıca önemlidir.

Dikkat çekici olan bir başka husus da, Mahkeme'nin, *Schwinn* kararında, önceki bazı kararlarına yönelik getirdiği tanımlama ve yorumlardır. Mahkeme, örneğin *Standard Oil* (1911) kararında, ki bu karar antitröst alanında alınmış ilk önemli karar olarak nitelendirilebilir, "muhakeme kuralının" uygulanması gerekliliğinin ve hatta bu

uygulamanın üstünlüğünün görülebileceğini belirtmektedir (*Sylvania*, 1977). Bu durumda Amerikan antitröst hukukunun temel amacının, başından beri, etkinliği/verimliliği artırmak olduğunu ve uygulamada etki savunmalarına ağırlık verilmesi gerektiği tezinin bu kararda açık bir şekilde öne çıktığını söyleyebiliriz. Bunun yanında Mahkeme'nin gerekçelendirmesinde, *Standard Oil* kararından daha önemli olarak karşımıza çıkan bir başka karar da *Northern Pac.* (1958) kararıdır. *Schwinn* kararından önce alınmış olan bu kararda, Mahkeme bazı uygulamaların rekabete verdiği zararın anlaşılması için uygulamanın gerçek etkisi konusunda bilgiye ihtiyaç olduğunu ileri sürmüştür. Başka bir deyişle, bir uygulamanın rekabeti kısıtlayıp kısıtlamadığını tespit etmek için uygulamanın içeriğine veya türüne değil, rekabet ve piyasa üzerindeki etkilerine bakmanın gerekli olduğu söylenmiştir.

Mahkeme, bu kararlara değindikten sonra, *Northern Pac* kararında benimsenen yaklaşımın neden *Schwinn* kararında benimsenen yaklaşımdan daha doğru olduğunu ortaya koymaktadır. Buna göre dikey anlaşmalar marka içi rekabeti kısıtlarken, markalar arası rekabeti tetikleyici etkiler taşıyabilir (*Sylvania*, 1977). *Northern Pac* kararında Mahkeme açıkça bu yaklaşımı benimsemiştir. Oysa *Schwinn* kararında Mahkeme, anlaşmanın, satıcıların markalar arası rekabetini nasıl etkilediğini göz ardı ederek, anlaşmayı yalnızca dağıtımıcılar arasında marka içi rekabetin sınırlandırılması açısından değerlendirmiştir. Yani Mahkeme'nin kendi deyişiyle “tüm kısıtlamalar ‘per se’ ihlal olarak” değerlendirilmiştir (*Schwinn*, 1965). Mahkeme burada dikey kısıtlamaların marka içi rekabet açısından çok belirgin bir şekilde “yıkıcı” olduğu ve bu nedenle makul olandan daha fazla münhasırlığa yol açacağı sonucuna varmıştır. Oysa bir başka açıdan

bakıldığında, dikey kısıtlamalar, markalar arası rekabetin artması açısından çok büyük bir potansiyel taşımaktadır. Söz konusu *Schwinn* kararında Mahkeme, bu iki görüşü analitik olarak değerlendirmekte başarısız olmuştur.

Oysa Mahkeme, *Sylvania* kararında dikey anlaşmaların “muhakeme kuralı” uygulamasına tabi tutularak, yarattıkları markalar arası rekabet ve etkinlikler açısından değerlendirilmesi gerektiğine karar vermiştir (*Sylvania*, 1977). Burada özellikle iktisatçıların öne sürdüğü etkinlik teorilerine atıfta bulunmuştur (*Sylvania*, 1977). Daha önce de belirtildiği gibi, Mahkeme’nin doğrudan atıfta bulunduğu eserler arasında, Bork’un “per se” ihlal ve “muhakeme kuralı” ayrımı üzerinde durduğu bir makale de yer almaktadır (*Sylvania*, 1977). Sonuçta, *Sylvania* kararında Mahkeme, dikey anlaşmaların “per se” ihlal sayılmayacağını, bu tür anlaşmaların piyasadaki etkilerine göre değerlendirilmesi ve rekabet ihlalinin tespitinde olumlu ve olumsuz etkilerin tartılması gerektiğini vurgulamıştır. Dolayısıyla Mahkeme, *Schwinn* kararında uygulanan ilke ve standartları açıkça geçersiz kılarak, en azından dikey anlaşmaların fiyata ilişkin olmayan unsurlarının değerlendirilmesinde ve yargılanmasında muhakeme kuralının yani etki ölçüsünün kullanılması gerektiğini açıkça ortaya koymuştur.

***Sylvania* (1977) kararı ile *Leegin* (2007) kararı arasındaki dönemde**, Yüce Mahkeme kendisinin de ifade ettiği gibi, önce almış aldığı pek çok kararla, fiyat belirleyici dikey anlaşmaları “per se” ihlal olmaktan çıkarmıştır. Aslında bir ölçüde *Colgate* (1919) kararı ve kesin olarak *Sylvania* (1977) kararı ile başlayan bu süreç, bu tür anlaşmaların farklı unsurlarını teker teker “per se” ihlal olmaktan çıkarmış ve zamanla “muhakeme kuralı” öne çıkmıştır (Prud’homme, 2010). *Leegin* kararı aslında son

unsura, yani asgari fiyat belirlemeye yöneliktir. Ancak son unsur olması nedeniyle, bu karardan sonra Dr. Miles uygulamasının hiçbir geçerliliği kalmayacağı için mahkeme bu kararı hükümsüz bırakmak zorunda kalmıştır.

*Colgate* (1919) kararında Yüce Mahkeme, Dr. Miles kararından hemen sonra tek taraflı olarak perakende fiyatlarını belirleyen bir üreticinin bu uygulamasının, Sherman Yasası kapsamında dikey anlaşma olarak tanımlanamayacağına karar vermiştir. İlginç olan, mahkemenin, bu tür uygulamalar dahilinde üreticinin aynı zamanda satmayı veya sağlamayı reddetme hakkına da sahip olduğuna karar vermiş olmasıdır. Böylece karar, münhasırlık anlaşmalarını, rekabet kapsamı dışında tutan bir uygulamanın da yolunu açmıştır. Burada mahkeme, olayın bir dikey anlaşmanın unsurlarını taşımadığını ve bu uygulamayı gerçekleştiren teşebbüsün tekelleşme eğilimi olmadığı sürece, söz konusu uygulamanın rekabet ihlali sayılmayacağını savunmuştur (*Colgate*, 1919). Yani söz konusu uygulama aslında fiilen dikey anlaşma kapsamında ele alınabilecekken, Mahkeme bunu tekelleşme bağlamında değerlendirmiştir. Oysa burada dikey bir ilişki ve fiyat belirleme olduğu açıktır; fakat Mahkeme, anlaşma kavramını dar olarak tanımlamayı tercih etmiştir.

Kısa bir süre sonra, Yüce Mahkeme, *Beech Nut* (1922) kararında bu sefer de dikey ilişkilerde fiyat dışı koşulları üreticinin kontrol edebileceğine hükmetmiştir. Mahkeme bu fiyat dışı politika uygulamalarını “dağıtıcıların ve müşterilerin işbirliğini” (*Beech Nut*, 1922) sağlayacak yöntemler olarak tanımlamıştır. Mahkeme, bu tür uygulamaları üreticinin tek taraflı olarak belirleyebileceğine karar vermiştir. *Parke Davis* (1960) kararında ise Yüce Mahkeme bir adım daha atmış ve üreticinin bu

işbirliğini sağlamak için, tek taraflı olarak bir politika belirlemekten öteye giderek politikasının uygulanmasını sağlamak amacı ile somut adımlar da atabileceğine hükmetmiştir.

*Sylvania* kararının, Amerikan antitröst uygulamasında etkinlik savunmalarının öne çıkması bağlamında son derece önemli bir karar olduğu ve hatta bu yönde atılan ilk adım olduğu açıktır. Bununla beraber, üzerinde durulması gereken hususların başında kararın, dikey bir anlaşmaya yönelik olması gelir. Zira, bu karardan hareketle, burada başvurulan yöntemin, yatay anlaşmalar için de geçerli olacağı sonucunu çıkarmak mümkün değildir. Aslında Mahkeme'nin, "per se" ihlal sayılabilecek eylemlerin varlığını tamamen inkar etmediği, kararın başından beri ortadadır (*Sylvania*, 1977). Mahkeme'nin bu kararda atıfta bulunduğu ve rekabet hukuku içtihadı açısından önem teşkil eden diğer kararlar da (*Schwinn* ve *Northern Pac.* kararları) yatay değil dikey anlaşmaların söz konusu olduğu kararlardır. Bu durumda, *Sylvania* kararı, etki savunmalarına yatay değil dikey anlaşmalarda yer verilmesi gerektiğinin açık ve güçlü bir göstergesidir.

Gerçekten de dikey anlaşmaların rekabet açısından olumlu etkileri kadar olumsuz etkileri de olabileceği aşıkardır. Bu nedenle pek çok sistemde, AB'de olduğu gibi belli koşulları yerine getirmeleri kaydıyla dikey anlaşmalar için muafiyet koşulları öngörülmüştür. Hovenkamp, Chicago Okulu'nu eleştirdiği bir makalesinde, mahkemelerin antitröst davalarında ekonomik teorileri uygulamada zorluk çekebileceğine değinirken üç örnek sıralamıştır: dikey anlaşmalar, yıkıcı fiyat uygulaması, tek teşebbüsün dışlayıcı uygulamaları (Hovenkamp, 1986). Bunların hepsi,

piyasanın farklı aktörleri açısından olumlu etkiler taşıyabileceği gibi olumsuz etkiler de taşıyabilmektedir. Ancak, daha önce verdiğimiz bir örnek olarak fiyat belirleme amaçlı bir yatay anlaşma, “per se” ihlal olarak değerlendirilebilir.

Yüce Mahkeme kendisinin de ifade ettiği gibi, *Leegin* (2007) kararından önce almış aldığı pek çok kararla, fiyat belirleyici dikey anlaşmaları “per se” ihlal olmaktan çıkarmıştır. Aslında bir ölçüde *Colgate* (1919) kararı ve kesin olarak *Sylvania* (1977) kararı ile başlayan bu süreç, bu tür anlaşmaların farklı unsurlarını teker teker “per se” ihlal olmaktan çıkarmış ve zamanla “muhakeme kuralı” öne çıkmıştır (Prud’homme, 2010). *Leegin* kararı aslında son unsura, yani asgari fiyat belirlemeye yöneliktir. Ancak son unsur olması nedeniyle, bu karardan sonra Dr. Miles uygulamasının hiçbir geçerliliği kalmayacağı için mahkeme bu kararı hükümsüz bırakmak zorunda kalmıştır.

*Colgate* (1919) kararında Yüce Mahkeme, Dr. Miles kararından hemen sonra tek taraflı olarak perakende fiyatlarını belirleyen bir üreticinin bu uygulamasının, Sherman Yasası kapsamında dikey anlaşma olarak tanımlanamayacağına karar vermiştir. İlginç olan, mahkemenin, bu tür uygulamalar dahilinde üreticinin aynı zamanda satmayı veya sağlamayı reddetme hakkına da sahip olduğuna karar vermiş olmasıdır. Böylece karar, münhasırlık anlaşmalarını, rekabet kapsamı dışında tutan bir uygulamanın da yolunu açmıştır. Burada mahkeme, olayın bir dikey anlaşmanın unsurlarını taşımadığını ve bu uygulamayı gerçekleştiren teşebbüsün tekelleşme eğilimi olmadığı sürece, söz konusu uygulamanın rekabet ihlali sayılmayacağını savunmuştur (*Colgate*, 1919). Yani söz konusu uygulama aslında fiilen dikey anlaşma kapsamında ele alınabilecekken, Mahkeme bunu tekelleşme bağlamında değerlendirmiştir. Oysa burada dikey bir ilişki ve

fiyat belirleme olduğu açıktır; fakat Mahkeme, anlaşma kavramını dar olarak tanımlamayı tercih etmiştir.

Kısa bir süre sonra, Yüce Mahkeme, *Beech Nut* (1922) kararında bu sefer de dikey ilişkilerde fiyat dışı koşulları üreticinin kontrol edebileceğine hükmetmiştir. Mahkeme bu fiyat dışı politika uygulamalarını “dağıtıcıların ve müşterilerin işbirliğini” (*Beech Nut*, 1922) sağlayacak yöntemler olarak tanımlamıştır. Mahkeme, bu tür uygulamaları üreticinin tek taraflı olarak belirleyebileceğine karar vermiştir. *Parke Davis* (1960) kararında ise Yüce Mahkeme bir adım daha atmış ve üreticinin bu işbirliğini sağlamak için, tek taraflı olarak bir politika belirlemekten öteye giderek politikasının uygulanmasını sağlamak amacı ile somut adımlar da atabileceğine hükmetmiştir.

*Dr. Miles* kararından sonra dikey anlaşmalarda etkinlik savunmalarının uygulanması açısından *Sylvania* kararını değerlendirdiğimizde, Mahkeme'nin bu kararla önemli bir ayrımı ortaya koyduğunu görebiliriz. *Dr. Miles* kararında dikey anlaşmaların tüm unsurları “per se” ihlal olarak değerlendirilirken, *Sylvania* kararı ile fiyata ilişkin olmayan unsurlar “per se” ihlal olmaktan çıkarılmıştır. Bu açıdan *Sylvania* kararı, 1991'de getirilen “per se” ihlal uygulamasıyla açıkça çelişmektedir. Diğer taraftan Mahkeme, “per se” ihlal uygulamasını tamamen sonlandırmak yerine, dikey anlaşmaların farklı unsurlarını birbirinden ayırmış ve farklı uygulamalar yapılmasının yolunu açmıştır. Bu sefer de, hangi unsurların ne şekilde değerlendirilmesi gerektiği ve hatta dikey anlaşmaların ve unsurlarının tanımlarına dair çelişkiler ortaya çıkmıştır.

Bu çelişkiler *Sylvania* kararından sonra da devam etmiştir. Bu durumu örneğin *Monsanto* (1984) kararında görmek mümkündür. Bu davada üretici, dağıtıcılardan biriyle olan anlaşmasını, bu dağıtıcı indirimli ürün sattığı için tek taraflı olarak sonlandırmıştır. Bunun üzerine, söz konusu dağıtıcı, üretici ile birlikte diğer dağıtıcılara da dava açmıştır. Mahkeme burada, üreticinin fiyata ilişkin olmayan “bağımsız eylemi ve uyumlu eylemi” ile fiyata ilişkin kısıtlamaları arasında fark gözetilmesi gerektiğini belirtmiş ve *Colgate* ile *Sylvania* kararlarını hatırlatarak, fiyata ilişkin kısıtlamaların, “per se” ihlal sayılacağını ifade etmiştir (*Monsanto*, 1984). Davaya konu olan eylemde, üreticinin satıcıyla olan anlaşmayı sonlandırma gerekçesi de aslında fiyatla ilgilidir; oysa Mahkeme, karar verirken, söz konusu eylemi fiyata ilişkin bir kısıtlama olarak değil, *Colgate* ve *Sylvania* davalarında olduğu gibi, fiyat dışı bir unsura yönelik eylem olarak değerlendirmiştir. Prud’homme’a göre, bu “manevraya”, Chicago doktrini ile *Dr. Miles* kararı arasındaki “gerilimi” çözmek için başvurulmuştur. Yazar bu kararda, Mahkeme’nin anlaşma kavramının tanımını darlaştırdığını da savunmaktadır (Prud’homme, 2010, s.556).

*Business Electronics* (1988) kararında da aynı yaklaşım devam etmiştir. Söz konusu davanın konusu, üreticinin, indirim uygulayan bir dağıtıcıya ürün sağlamayı kesmesidir. Mahkeme bu davada, bir kez daha, davaya konu olan eylemin, fiyat dışı bir unsurla alakalı olduğunu ve ortada gerçek bir anlaşma bulunmadığını ileri sürerek *Monsanto* ve *Colgate* kararlarını uygulamıştır. Prud’homme, Mahkeme’nin bu davada karar verirken anlaşma kavramını yine dar olarak yorumladığını ifade etmektedir (Prud’homme, 2010). Oysa bu kararlarda sadece anlaşma kavramı değil; fiyat unsuru da



Yüce Mahkeme tarafından dar olarak tanımlanmıştır. Yani Mahkeme, doğrudan fiyatı belirleyen anlaşmalar dışındaki anlaşmalara, *Sylvania* kararını uygulamıştır. Mahkeme, aslında *Kahn* (1997) kararına kadar, fiyat uygulaması yüzünden tek taraflı olarak ürün tedarik etmeyi kesen üreticilerin, bu uygulama ile fiilen fiyat belirlediklerini kabul etmemiştir. Oysa bu tür bir uygulama, azami veya asgari bir fiyat empoze etmemekle birlikte, dağıtıcı veya perakendecinin fiyat belirleme özgürlüğünü kısıtlamaktadır. Dolayısıyla bu tür eylemler, aslında fiyat dışı bir unsura yönelik eylemler olarak değerlendirilmemelidir; ancak Mahkeme, *Dr. Miles* kararına sadık kalmak için “fiyat dışı” ve “fiyata ilişkin” ayrımına gitmiş, sonra da bu ayrımı çok dar şekilde yorumlamıştır.

*Dr. Miles* kararı uygulamasına *Sylvania* kararından sonra getirilen en önemli değişiklik, aslına *Kahn* (1997) kararıdır. Söz konusu kararda Yüce Mahkeme, azami fiyat uygulamasında, “per se” ihlal kuralına başvurulamayacağına ve azami fiyat uygulamasının “muhakeme kuralına” tabi tutulacağına karar vermiştir. Burada “muhakeme kuralı” uygulamasının fiyat belirleyici unsurları kapsayacak şekilde genişletildiği açıktır. Dolayısıyla *Kahn* kararından sonra *Sylvania* kararındaki ayırım da ortadan kalkmıştır. Diğer taraftan *Dr. Miles* kararı, artık sadece asgari fiyat uygulaması getiren dikey anlaşmalara uygulanabilecektir. Bu son unsur da *Leegin* kararı ile birlikte muhakeme kuralı uygulaması kapsamına girecektir.

***Leegin* kararı** (2007) Amerikan antitröst uygulaması tarihinde gerçekten de çok önemli bir yer tutmaktadır. Bu karar, hem iktisadi standartların Mahkeme tarafından algılanışı ve uygulanışını, hem etki savunmalarının oynayabileceği rolü, hem de

antitröst hukukunun neredeyse bir asırlık gelişimini ortaya koymak açısından adeta bir dönüm noktası olarak yorumlanmıştır. Daha önce de belirttiğimiz gibi *Sylvania* kararı, doktrinde, tüketici refahı standardı ve Chicago Okulu'nun etkisiyle alınmış ilk karar olarak da kabul görmüştür. Ancak şüphesiz ki *Leegin* kararı, iktisadi etkinlik savunmalarının en belirgin ve yoğun şekilde uygulandığı karardır. Yüce Mahkeme'nin bu karar için 22 iktisatçıdan görüş almış olması, bu durumun en açık göstergesidir. Bu noktada Lande'nin 1980'li yılların sonunda etki savunmalarının düşüş döneminin başladığına yönelik savının geçerliliğinin, 2007 yılında alınmış bu kararla sorgulanması da gereklidir.

Leegin, Brighton markası adı altında deri ürünleri ve aksesuarları üreten bir teşebbüstür. Firma, izlediği satış politikası gereği, hizmet kalitesini ve müşteri memnuniyetini artırmak amacıyla, ürünlerinin, sadece küçük butiklerde satılmasını tercih eder. Bu yöntemle satış yapan yaklaşık 5000 perakendeci ile anlaşması vardır. 1997 yılında açıkladığı yeni bir politika ile Leegin, tavsiye edilenden daha fazla indirim yapan perakendecilerde Brighton markasının satışını yasaklamaya karar verir. Üretici firma, bu yeni uygulamanın nedeninin, markanın imaj ve itibarının zedelenmesini engellemek olduğunu ileri sürer. Leegin 2002 yılında, bu yeni politikayı uygulamayı reddeden ve öngörülen fiyatın altında satış gerçekleştiren bir perakendeciye ürün sağlamayı durdurur. İlgili perakendeci, PSKS antitröst mevzuatının ihlal edildiğini öne sürerek, Leegin'e dava açar. Davacının iddiası, *Dr. Miles* kararına da dayanarak Leegin'in dikey anlaşmalarda fiyat belirlemesinin per se ihlal oluşturduğu yönündedir.

Burada Yüce Mahkeme'nin kararının en başından getirdiği bazı tanım ve yorumlar çok çarpıcı ve önemlidir. Mahkeme, daha önce de olduğu gibi, “bir eylemin, 1. maddenin ihlali kapsamındaki ticari kısıtlamalardan biri olup olmadığının tespit edilebilmesi için, ‘muhakeme kuralı’na başvurulması gerektiğini” ifade etmiştir. (Leegin, 2007) Yine Mahkeme, *Sylvania* kararına atıf yaparak, bir eylemin rekabet ihlali olup olmadığının değerlendirilmesinde bu kuralın uygulanmasının, eldeki tüm verilerin ve söz konusu eylemin yarattığı tüm sonuçların incelenmesine bağlı olduğunu belirtmiştir.

Ancak *Leegin* kararında Mahkeme, yeni bir boyut ekleyerek, bu uygulamada amacın “tüketiciye zarar verici eylemler” ile “tüketicinin en iyi faydasını sağlayacak eylemler”in birbirinden ayırt edilmesi olduğunu da ifade etmiştir (Leegin, 2007). Burada “tüketici refahı” yerine “faydası” ifadesinin kullanılması dikkat çekicidir. Mahkeme, nihai amacın genel anlamda (faydayı da içerecek şekilde) tüketicilerin korunması mı yoksa piyasada iktisadi etkinliğin artırılması mı olduğu yönünde bir tartışmaya yol açabilecek bir yorum getirmektedir. Bu tartışmaya cevap vermek için kararın devamında uygulanan iktisadi standardı incelemek gerekmektedir.

Mahkeme, gerekçelendirmesinin devamında yine önemli bir kavramsal yorum getirmektedir. “Per se” ihlallerin varlığının yadsınamayacağını ve bu tür ihlallerin yasaya aykırılığının bir karine olduğu gerçeğini yinelemektedir. Yani “per se” ihlal kuralı, hemen her zaman ve koşulda rekabeti kısıtlayan eylemler için uygulanan bir karine veya bir yöntemdir. Ancak burada çarpıcı olan, daha önce incelediğimiz, örneğin *Sylvania* kararı gibi kararlarda karşımıza çıkanlardan farklı bir “per se” ihlal tanımı

getirilmiş olmasıdır. Mahkeme, bu kararda “per se” ihlallerin, mahkemelerin deneyimlerine dayalı bir karine olduğunu ileri sürmektedir (*Leegin*, 2007). Böyle bir tanım daha önceki “per se” ihlal ve “muhakeme kuralı” ayrımlarında yer almamıştır. Yüce Mahkeme bu tanımı aşağıdaki şekilde ifade etmektedir:

“Sonuç olarak, ‘per se’ kuralı, sadece mahkemelerin söz konusu eylem ile önemli ölçüde deneyimi olması ve sadece mahkemelerin emin bir şekilde söz konusu eylemin muhakeme kuralı uygulaması tarafından her veya hemen hemen her koşulda hükümsüz kılınacağını öngörebilecekleri durumlarda uygundur” (*Leegin*, 2007 paragraf 6).

Bu yeni tanımdan şu anlam çıkmaktadır: antitröst hukukunda aslında sadece “muhakeme kuralı” yöntemi uygulanır. Diğer bir deyişle, rekabet otoriteleri ve mahkemeler, yalnızca eylemlerin sonuçlarına bakarak ihlal tespitinde bulunurlar. Şayet “muhakeme kuralı”na göre değerlendirilen bir anlaşma veya eylemin hemen her defasında bir ihlale neden olduğu tespit ediliyorsa ve bu eylem veya anlaşma türüne dair bu doğrultuda alınmış belli sayıda karar varsa, bunların “per se” ihlal kapsamına alınmasını öngören karine oluşturulur. Eğer böyle bir karine oluşmuşsa, mahkemeler “muhakeme kuralını” uygulayarak söz konusu eylemin sonuçlarını tartma yöntemine gitmeden, bu eylemin ihlal olduğu sonucuna varabilecektir.

Bu yeni tanım veya yorum aslında oldukça ilginçtir. Öncelikle, Mahkeme’nin, etkinlik savunmalarına yer verdiği daha önceki kararlarında ortaya koyduğu tanımların, idarenin deneyimlerini değil eylemin niteliğini esas aldığını belirtmek gerekir. Diğer taraftan bu yeni tanımın bazı çarpıcı sonuçlara yol açması da mümkündür. Örneğin, Yüce Mahkeme’nin, “per se” ihlal ve “muhakeme kuralı” tartışmalarında sürekli olarak

kullandığı, yatay anlaşmalarda fiyat belirleme durumunu ele alalım. Mahkeme, bu tür anlaşmaların “per se” ihlal teşkil ettiğini, bunları dikey anlaşmalarla kıyaslayarak, hemen her seferinde yinelemektedir (*Leegin*, 2007). Ancak *Sylvania* ve benzeri diğer kararlarında Mahkeme, bu anlaşmaları “per se” ihlal olarak nitelendirirken, doğası gereği rekabeti kısıtlayan ve bu nedenle mevzuata aykırı olan anlaşmalar olarak ortaya koymaktadır. Oysa bu yeni tanıma göre fiyat belirleyen yatay anlaşmaların, Mahkeme’nin önceki kararlarında piyasada olumsuz etkileri olan anlaşmalar olarak tespit edilmiş olması ve bu nedenle “per se” ihlal karinesi kapsamına girmiş olması gerekir. Bu tanımın devamında Mahkeme, “per se” ihlal kuralını uygulamak ve yaygınlaştırmak konusundaki çekincesini ifade ederken, dikey anlaşmalarla ilgili daha önceki kararlara yer vermiş; ancak yatay anlaşmalarla ilgili bir tartışmaya girmemiştir. Bu tanımın dikey anlaşmalara uygulanması birçok açıdan daha doğru ve uygun olabilir; ancak “per se” ihlal sayılan her eylem için bu tanıma uygun bulgular bulunabileceği, Mahkeme’nin kendi örneklendirmelerinde de anlaşılacağı gibi şüphelidir.

Wilson, Patel ve Robson, Yüce Mahkeme’nin *Leegin* kararında verdiği tanıma uygun bir şekilde, yine başka bir karara atıfta bulunarak, “per se” ihlal kuralının, rekabete aykırı olduğu, piyasadaki etkisine bakmaya gerek kalmayacak kadar bariz olan eylemler için geçerli olduğunu ifade etmektedir (Wilson, Patel ve Robson, 2010). “Per se” ihlal kategorisine giren bir eylem söz konusu değilse, haliyle “muhakeme kuralı” uygulanması gerekecektir. Ancak Wilson’a göre büyük ölçüde, muhakeme kuralının “hızlı” bir versiyonu uygulanmaktadır. Wilson bu yaklaşımı şu şekilde özetlemektedir: İlk etapta davacı, eyleme şüphayle bakılması gerektiğini kanıtlamalıdır; ardından, davalı,

eylemin rekabeti kısıtlamadığına dair inandırıcı gerekçeler sunmalıdır; son olarak, davalı rekabeti kısıtlayan etkileri ortaya koymalıdır. Mahkeme, karar verme aşamasında, iki tarafın sunmuş olduğu bu gerekçeleri, yani eylemin sağladığı faydaları veya neden olduğu kısıtlamaları tartmakla yükümlüdür.

*Leegin* kararında Yüce Mahkeme, bir nevi özeleştiriyi yaparak *Dr. Miles* kararının şekilsel (“formalistic”) bir hukuk doktrinine dayalı olduğunu belirtmektedir (*Leegin*, 2007). Söz konusu kararda Mahkeme, “kanıtlanabilir iktisadi etkiye” bakmamış ve dikey fiyat belirleme anlaşmalarının ticari sebep ve sonuçlarını tartışmamıştır (*Leegin*, 2007). Mahkeme burada açıkça antitröst hukukunun neredeyse yüz yıl önceki uygulamalarının değil, “Amerikan ekonomisinin” bugünkü durumunun belirleyici olması gerektiğini vurgulayarak, anakronik bir yaklaşımın yanlış olduğunu iddia etmektedir. Mahkeme, *Sylvania* örneğinde de görülebileceği gibi, daha sonraki kararlarında bu yaklaşımı benimsememiş ve dikey kısıtlamaların önce bazı unsurlarına “per se” ihlal nitelendirmesi yapmamıştır. Bu gelişime Mahkeme kendisi de dikkat çekerek, *Dr. Miles* kararında fiyat belirleyen dikey anlaşmalar ile yatay anlaşmalara aynı şekilde yaklaşıldığını; ancak bu görüşün daha sonraki Mahkeme kararlarında devam ettirilmediğini ifade etmektedir (*Leegin*, 2007). Mahkeme, *Dr Miles* kararındaki gerekçelendirmenin “per se” ihlal karinesini meşrulaştırmadığını, bu nedenle bu kararda Mahkeme’nin bu uygulamayı yeniden değerlendirerek, “muhakeme kuralının” uygulanmasının daha uygun olup olmadığını sorgulaması gerektiği sonucuna varmaktadır.

*Leegin* kararının bu bölümü, “per se” ihlal ve “muhakeme kuralı” ayrımı bağlamında, hem kuramsal tartışmalar hem de politika tercihleri bakımından değerlendirildiğinde, çok zengin bir tartışma zemini sağlamaktadır. Daha önce de belirtildiği gibi, Mahkeme “per se” ihlal kuralına yeni bir boyut getirerek, aslında bu kuralın tanımını değiştirmektedir. Ancak Mahkeme’nin örneklerini ve içtihat atıflarını dikey anlaşmaların değerlendirilmesine yönelik kararlarla sınırlandırarak, yatay anlaşmalar veya hakim durumda bu kuralın geçmişte nasıl uygulandığına yer vermemiştir. Aslında bu, Mahkeme’nin pozisyonunu zayıflatan bir eksiklik; zira Mahkeme’nin, “per se” ihlaller ile ilgili getireceği her kuramsal boyut ve tartışmanın, rekabet hukukunun geneline uygulanabilecek kapsamda olması gerekir.

Diğer taraftan ilgili kararda karşımıza çıkan şekliyle Yüce Mahkeme’nin, politika tercihi bağlamında, Chicago Okulu ve etkinlik savunmalarına yakın durduğu çok açıktır. Burada Mahkeme “per se” ihlallerin bile altında aslında bir verimlilik savunması pratiği yattığını savunmaktadır. O halde rekabet politikası açısından geçerli tek yöntemin etkinlik savunması olduğu, “per se” ihlal kuralınınsa bu yöntemin zaman içerisinde ortaya çıkardığı doğal bir sonuç olduğu anlaşılmaktadır. “Per se” ihlal kuralı istisna haline gelirken, “muhakeme kuralı” esas olarak alınmalıdır. Dolayısıyla Mahkeme, *Dr. Miles* kararının erken ve bir ölçüde yanlış bir karar olduğunu ve o zamandan bu yana alınan diğer dikey kısıtlama kararlarının da göz önünde bulundurularak, iktisadi analize dayalı yeni bir karar alınması gerektiğini savunmaktadır.

*Leegin* kararında Yüce Mahkeme pek çok akademik araştırma ve görüşe atıfta bulunarak fiyat belirleyici dikey anlaşmaların olumlu etkilerini sıralamaktadır. Bu

noktada aralarında Bork ve Hovenkamp'ın da bulunduğu pek çok rekabet hukukçusu ve iktisatçısına da yer verilmiştir (*Leegin, 2007*). Mahkeme genel anlamda bu kez “tüketici refahı” ifadesini tercih ederek, fiyat kontrolünün sağlandığı dikey anlaşmaların, markalar arası rekabeti ve buna bağlı olarak verimliliği arttırdığını belirtmektedir. Mahkeme bu konuda daha eleştirel düşünen akademisyenlerin bile bu olumlu etkileri kabul ettiklerini, hatta bir kıyaslamaya gidildiğinde, bu olumlu etkilerin, olumsuz etkilerle muhtemelen eşit çıkacağını düşündüklerini ifade etmektedir (*Leegin, 2007*). Ayrıca bu görüşlerin varlığı ve sayıca çokluğu “per se” ihlal uygulamasının geçerliliğine de gölge düşürmektedir.

Kısaca yer vermek gerekirse, fiyat belirleyici dikey anlaşmaların, Mahkeme tarafından öne sürülen muhtemel olumlu etkileri, markalar arası rekabeti artırmaları ve hatta bir ölçüde sağlamaları, pazara başka teşebbüslerin girmesini teşvik etmeleri ve perakendeci açısından ticari güvence ve öngörülebilirlik sağlamaları olarak sıralanmaktadır (*Leegin, 2007*). Mahkeme, bu anlaşmaların muhtemel olumsuz sonuçlarının ise, üreticiler veya perakendeciler arasında kartel oluşumuna yol açmak veya hakim durumdaki teşebbüslere sömürü olanağı yaratmak olduğunu belirtmektedir (*Leegin, 2007*). Bununla birlikte, bu konuda çok fazla veri olmasa da, Federal Ticaret Komisyonu'nun 1965 ve 1982 yılları arasında açmış olduğu soruşturmalar incelendiğinde, dikey anlaşmaların olumlu etkilere neden olması ihtimalinin daha yüksek olacağı da görülmektedir. Son olarak, Mahkeme'nin gerekçelerinden birine göre, fiyat belirleyici dikey anlaşmaların refah etkileri tam olarak bilinemez ve hem olumlu hem de olumsuz sonuçlar doğurabilir. Neticede, Yüce Mahkeme bu muhtemel etkiler



değerlendirildiğinde fiyat belirleyici dikey anlaşmaların her zaman ve koşulda rekabeti kısıtlayıcı olumsuz iktisadi etkiler doğuracağı sonucuna varmanın mümkün olmadığını belirtmektedir. Dolayısıyla bu tür anlaşmalar söz konusu olduğu zaman, esas belirleyici ve yön gösterici etkenler, anlaşmanın ve pazarın koşulları olmalıdır.

Mahkeme'nin, "tüketici refahı" ifadesini kararın bir yerinde kullanmış (*Leegin*, 2007) olmakla birlikte, aslında dikey anlaşmaların doğrudan tüketicileri etkileyen sonuçlarına ağırlık vermediğini söylemek mümkündür. Kararın en sonunda Mahkeme, "tüketiciler ucuz ürünler istediği sürece, dikey kısıtlamaların muhakeme kuralı kapsamında yargılanması, piyasanın bunu onlara sağlamasına mani olmayacaktır" yorumunu getirmektedir (*Leegin*, 2007). Buradan da anlaşılacağı gibi, iktisadi etkinliğin doğrudan tüketiciye fayda sağlaması, Mahkeme tarafından öngörülen veya şart koşulan bir gereklilik değildir. Böyle bir fayda ancak piyasa koşullarının doğal bir sonucu olarak ortaya çıkıyorsa gerçekleşecektir; ancak rekabet mevzuatı ve uygulamamasının amacı, bu sonucu yaratmak veya teşvik etmek değildir. Mahkemenin kararda, artırılmasının olmazsa olmaz gerekliliğini defalarca vurguladığı iktisadi etkinlik, tüketicinin 'cebine giren' verim değil, piyasada sağlanan toplam etkinliktir (*Leegin*, 2007). Bu açıdan değerlendirildiğinde, Mahkeme'nin yaklaşımının, Chicago Okulu'nun ve özellikle Bork'un savunduğu toplam iktisadi etkinlik anlayışıyla örtüştüğünü söylemek mümkündür.

Son olarak, Mahkeme'nin önceki içtihadın hükümsüzlüğü açısından ileri sürdüğü gerekçelere rekabet politikası açısından bakmakta fayda vardır. Burada Yüce Mahkeme, özetle, *Dr. Miles* kararının neden hükümsüz kılınması gerektiğini anlatmaktadır (*Leegin*,

2007). Mahkeme burada, daha önce incelediğimiz *Sylvania* (1977) kararında yapmış olduğu gibi yasa koyucunun esas niyet ve amacına referansla bir argüman geliştirememiştir. Zira *Dr. Miles* kararı neredeyse bir asır boyunca geçerli sayılmış ve uygulanmış bir karardır ve dolayısıyla bu kararın, yasa koyucunun belirlediği amaçlara ters olmasına rağmen bu denli uzun bir süre boyunca uygulanmasını savunmak mümkün değildir. Onun yerine Yüce Mahkeme, güncel ekonomik şartlara adapte olunması gerektiğini öne sürmüştür. Burada Mahkeme yine doktrindeki ağırlıklı görüşün, “per se” kuralının bu tür anlaşmalara uygun olmadığını yansıttığını ve bu nedenle “geleneksel muhakeme kuralının” uygulanmasının daha doğru olduğunu ifade etmektedir (*Leegin*, 2007). Bu nokta da *Dr. Miles* kararının hükümsüz olması gerektiği savını desteklemektedir.

Diğer taraftan *Dr. Miles* kararı, Yüce Mahkeme'nin rekabet hukuku alanında çok fazla “deneyiminin” olmadığı bir dönemde alınmış ve Mahkeme daha sonraki yıllarda aldığı dikey sınırlamaları ilgilendiren kararlarında bu çerçevede “muhakeme kuralı” uygulamasının daha uygun olduğunu ortaya koymuştur (*Sylvania*, 1977; *Khan*, 1997). Aslında *Leegin*'e kadar geline nokta, içtihatla bir uyumsuzluk ve tutarsızlık yaratılmış olduğundan bahsetmek bir ölçüde mümkündür. Bu kararlar içinde belki de en kayda değer *Khan* (1997) kararıdır. Bu kararda Yüce Mahkeme, 29 senelik bir içtihadı hükümsüz kılmış ve dikey anlaşmalar ile azami fiyat belirlenmesinin “per se” ihlal sayılmaması gerektiğine hükmetmiştir. Bu karardan da anlaşılacağı gibi, aslında *Leegin* kararına kadar asgari fiyat belirleme dışında dikey anlaşmalarda, her türlü fiyat belirleme “per se” ihlal olmaktan çıkmıştır. Bu kalan son unsurun da “per se” ihlal

olmaktan çıkması halinde *Dr. Miles* hükmünün geçerliliğinin kalması mümkün değildir; zaten *Leegin* kararı, bu eğilimi tamamlayan son karardır.

Diğer taraftan, Mahkeme, yasa koyucunun bu tür anlaşmalara uygulanabilecek kurallarda öngörmüş olduğu amaçlar, yasalar ve değişiklikleri de değerlendirmektedir (*Leegin*, 2007). Nitekim yasama organı, 1937'den bu yana bu alanda bazı kısıtlamalar getirmiş; ancak 1975 yılında iki yasayı iptal ederek Yüce Mahkeme kararlarını tek geçerli hukuk kaynağı haline getirmiştir. Mahkeme, Sherman Yasasında yer alan “ticaretin kısıtlanması” ifadesinin kapsamının, ilk günden beri geniş olarak yorumlandığını ve hatta bu ifadeye getirilen yorumların değişken olduğunu bildiğini ifade etmektedir. Mahkemeye göre, şayet yasa koyucu bir esneklik tanımak istemeseydi, *Dr. Miles* kararında öngörülen katı kural ve uygulamayı yasalaştırıp, Mahkeme içtihadının daha sonraki gelişimine mani olabilirdi. Mahkeme, yasa koyucunun böyle bir müdahale yapmaktan çekinmiş olmasını, dikey anlaşmalar alanındaki içtihat gelişimini onaylaması ve bu konuda yargıçlara bir esneklik tanımak istemesine bağlamaktadır.

Son olarak, Yüce Mahkeme “öngörülebilirlik” ve “menfi ziyan” iddialarına cevap vermektedir (*Leegin*, 2007). Mahkeme, bu endişelerin haklı olabileceğini; ancak bu çekincelerle hareket ederek, Mahkeme'nin, etkinliği azaltan bir içtihadı devam ettirmesinin yanlış olacağını ifade etmektedir. Diğer taraftan Mahkeme, fiyat belirleyici dikey anlaşmaların, *Dr. Miles* içtihadına rağmen, pek çok eyalette 1975 yılından beri yasal olduğunu ve bu nedenle hukukun ve uygulamanın bütünlüğü açısından da içtihadın değişmesi gerektiğini belirtmektedir.

Bu son bölümdeki argümanlar Mahkeme kararlarının iktisadi doktrine ne kadar önem verdiğini ortaya koymaktadır. İlgili kararda Yüce Mahkeme, Amerika gibi, içtihadı dayalı bir hukuk ülkesinde neredeyse bir asırlık bir kararı ve ona bağlı içtihadı hükümsüz kılmış ve bunu da temelde güncel ekonomik koşullar ve iktisadi teorilere dayandırmıştır. Bunu, menfi ziyan ve hukuki öngörülebilirlik gibi bazı temel hukuk ilkeleri ile ilgili kaygılara rağmen gerçekleştirmiştir. Mahkemenin içtihadın hükümsüz kılınmasına yönelik ortaya koymuş olduğu argümanların da hukuki değil, siyasi ve - belki de daha ziyade- iktisadi olması dikkat çekicidir. Bu nedenle, bu kararı -başta Yüce Mahkeme olmak üzere- Amerikan mahkemelerinin rekabet uygulaması kapsamında iktisadi savlara ne kadar açık, duyarlı ve bağlı olduğunun bir başka göstergesi olarak yorumlamak yanlış olmayacaktır.

*Leegin* kararının en önemli sonuçlarından birisi, “muhakeme kuralı” uygulamasını genel olarak tüm dikey anlaşmalara uygulanabilir hale getirmesidir. Yani “muhakeme kuralının” uygulama alanı, büyük ölçüde genişlemiştir. *Kahn* (1997) kararından önce Mahkeme, aslında sadece fiyat dışındaki unsurlara kısıtlama getiren uygulamalara “muhakeme kuralını” uygulamıştır. Bununla beraber, geçmişte aslında fiyata yönelik olan pek çok uygulama da, bu ayrıma göre fiyat dışı unsur olarak tanımlanmış ve bunlarda “muhakeme kuralı” esas alınmıştır (*Colgate*, 1919; *Monsato*, 1984). *Kahn* (1997) kararıyla birlikte Mahkeme azami fiyat uygulamasının, “per se” ihlal olmadığına hükmetmiştir. Son olarak *Leegin* kararından sonra dikey anlaşmalar ile ilgili olarak, “per se” ihlal teşkil eden ve “muhakeme kuralına” tabi olmayan hiçbir unsur kalmamıştır. Yüce Mahkeme’nin, *Dr. Miles* kararından sonra almış olduğu tüm bu

kararlar, Chicago Okulu'nun etkisi olarak yorumlanmıştır. Şüphesiz “per se” ihlal uygulamasına adım adım son verilmesi ve bunun yerine “muhakeme kuralı” uygulamasının giderek genişlemesi ekonomik ölçü ve standartların öneminin giderek arttığını ve hatta bundan sonra en azından dikey kısıtlamalar kapsamında sadece bu analizlerin kullanılacağını ortaya koymaktadır (Prud'homme, 2010, s.560).

**Literatürde yer alan *Leegin* kararına yönelik tartışmalar** Chicago Okulunun etkisi ve tüketici refahı standardını uygulanışına da ışık tutmaktadır. Wilson, Patel ve Robson'a göre, Yüce Mahkeme'nin *Leegin* kararının rekabet uygulaması açısından üç önemli sonucu olmuştur (Wilson, Patel & Robson, 2010). Bu sonuçlardan ilk ikisi uygulama açısından çok önemlidir; zira, az sonra bahsedeceğim bu sonuçlar, fiyat belirleyici dikey anlaşmalarda ispat yükümlülüğünün tamamen değiştiğini göstermektedir. Öncelikle, davacı artık ilgili ürün pazarını tanımlamak ve kanıtlamak zorundadır. “Per se” ihlal söz konusu olduğunda davacının yerleşmiş bir karineden faydalanması mümkünken; “muhakeme kuralı” uygulamasında davacı makul olmayan bir rekabet kısıtlaması olduğunu, davaya konu olan eylemin pazardaki etkilerini ve ortaya çıkan olası verimlilik değişikliklerini baz alarak kanıtlamak zorundadır. Yazarlara göre böyle bir savunmanın başlangıç noktası ilgili ürün pazarının doğru şekilde tanımlanması olmalıdır (Wilson, Patel & Robson, 2010). Keza yazarlar, *Leegin* kararından sonra, ilgili ürün pazarını doğru tanımlayamadıkları için şikayeti reddedilen davacı örneklerine de değinmektedir (Wilson, Patel & Robson, 2010, s.600). Bu örneklere bakıldığında, özellikle pazarın fazla dar tanımlanmasından ötürü alt mahkemelerin davacıya hak vermediği görülmektedir. Bununla birlikte pazarın doğru

olarak tanımlandığı *Babyage* (2008) kararına bakarak, pazarın dar tanımlanmasının davacının haklı görülmesine engel olmadığını söylemek de mümkündür. Bu kararda davacı ilgili ürün pazarını SNIPP testini kullanarak tanımlamış ve mahkeme bu tanıma kabul etmiştir. Burada yine, iktisadi ölçülerin ne kadar ağırlıkta olduğunun altını çizmek gerekmektedir.

Diğer taraftan “per se” ihlal karinesinden faydalanamamanın bir başka sonucu da, bir davaya konu edilen rekabet ihlalinin varlığının, davacı tarafından ispatlanacak olmasıdır (Wilson, Patel & Robson, 2010). Daha açık ifade etmek gerekirse, bir davacı, rekabet hukukunun ihlal edildiği ve bu durumdan kendisinin zarar gördüğü gerekçesiyle açtığı bir davada, iddia ettiği gibi zarara uğrayıp uğramadığını iktisadi etkinlik temelinde ve muhtemelen iktisadi ölçüleri kullanarak kendisi kanıtlamak zorundadır. Yazarlar bu sonucun doğrudan *Leegin* kararında Yüce Mahkeme’nin kullanmış olduğu iktisadi akıl yürütmeye bağlı olduğunu ileri sürmektedir.

Daha önce de açıklanan ekonomik gerekçeye, burada yeniden, kısaca değinmek faydalı olabilir. Söz konusu argümana göre, perakende satışlarının yüksek olması, aslında, üretici için daha kârlı değildir (Wilson, Patel & Robson, 2010). Bu nedenle, üreticinin müdahale etmesi için, perakende satışlarının fiyat uygulaması neticesinde, kendisi açısından oluşmuş veya oluşabilecek negatif bir etkiyi azaltmak gibi bir kaygısı olması gerekir. Perakende fiyatlarındaki artıştan kaynaklanan gelir, üreticinin değil, perakendecinin lehinedir. Dolayısıyla üretici, ancak toptan satış fiyatlarını yükseltirse kendisi için fazladan kazanç sağlayabilir. Oysa perakende satış fiyatlarının yüksek olması üreticinin rekabet gücünü düşürür ve üreticiye zarar verir. Bu durumda üretici,

ancak hizmetin geliştirilmesi sonucu artan talep, “perakende satış fiyatlarının yüksek olmasından kaynaklanan olumsuz etkiyi” telafi etmekle kalmayıp, perakende satışları kendisi açısından daha kârlı olacak hale getireceğinde bu fiyatlara müdahale edecektir. Sadece fiyat üzerindeki etkilere dayanarak rekabetin kısıtlandığını ispatlamak mümkün değildir. Yani üreticinin, fiyat üzerinde bir alt veya üst limit belirlemesi, rekabetin kısıtlandığını göstermez. Bu argümanı Yüce Mahkeme kabul etmiş ve dikey anlaşmalarla fiyat belirlemenin her zaman rekabeti kısıtlamadığının önemli bir kanıtı olarak ileri sürmüştür.

Wilson, Patel ve Robson'un da değindiği gibi bu gerekçelendirmeden çıkan belki de en önemli sonuç, üreticinin dikey anlaşmalarla fiyat belirlemesinin piyasada her durumda olumsuz bir etki yaratmayacağı gibi rekabeti artırıcı sonuçlarının da olabileceği görüşünün benimsenmiş olmasıdır (Wilson, Patel & Robson, 2010). Bu durumda fiyat belirleyici bir dikey anlaşmanın rekabeti kısıtladığını ispatlamak, bunun aksini iddia eden perakendeciye, yani davacıya düşmektedir. İspat yükümlülüğünün bu şekilde değişmesi, davacı açısından zor bir durum yaratmaktadır. Zira davacı hem pazar tanımını yaparken hem de uğradığı zararı yani rekabet ihlalinin ispatlarken, aslında sadece iktisadi ölçülere başvurabilecektir. Bunun yanı sıra, perakendeci, fiyat belirleyici dikey anlaşmaların rekabeti ihlal ettiğini ispatlamak için, sadece fiyat üzerindeki etkiyi değil, çoğu zaman pazarda rekabeti kısıtlayıcı sayılabilecek başka ekonomik etkileri de göstermek zorunda kalacaktır. Son olarak Wilson, Patel ve Robson, *Twombly* (2007) kararı ile birleştiğinde *Leegin* kararı sonrasında davacının aynı zamanda, anlaşmanın makul olmayan rekabet sonuçlarına dair daha fazla veri de sunması gerektiğine dikkat

çekmektedirler (Wilson, Patel & Robson, 2010). Yüce Mahkeme, daha önceki kararlarında davacının hiç veri sunamaması halinde rekabet ihlalinin doğan zararı ispatlayamadığı sonucuna varırken, *Twombly* kararında davacının “inandırıcı derecede” veri sun(a)maması halinde zararı ispatlayamamış sayılacağını kabul etmiştir. Sonuç olarak *Leegin* kararından sonra ispat yükümlülüğü davacıya geçmiştir ve davacı, zararını ispatlamak için Mahkeme’ye, ikna edici veriler sunmak zorundadır. Tabii, yukarıda da belirtildiği gibi, bu verilerin, iktisadi ölçülerle pazarda oluşan etkinlikleri ortaya koyan veriler olması gerekmektedir.

*Dr Miles* kararından başlayarak, Amerikan Yüce Mahkemesi tarafından verilen kararlarda, giderek “muhakeme kuralları” uygulaması kapsamına giren dikey kısıtlamalarla ilgili en önemli unsur, fiyatı belirleyen unsurlardır. *Dr Miles* kararından sonra Yüce Mahkeme, önce fiyat belirleyen unsurları diğerlerinden ayırmış; ancak *Kahn* kararına kadar bu fiyat belirleyen anlaşmaları “per se” ihlal olmaktan çıkarmamıştır. Önce *Kahn* kararıyla azami fiyat belirleme, daha sonraysa *Leegin* kararıyla asgari fiyat belirleme “per se” ihlal olmaktan çıkmıştır.

*Prud’homme*, *Leegin* kararının, Chicago Okulu’nun etkisinin artışını açıkça ortaya koyan bir karar olduğunu savunmaktadır (Prud’homme, 2010). Bu karar perakende satış fiyatlarında üretici veya sağlayıcının her türlü fiyat kontrolü uygulamasına “muhakeme kuralının” uygulanmasını öngörmektedir. Dolayısıyla fiyatı kontrol eden veya fiyat dışı unsurları (bkz. *Sylvania* kararı) belirleyen dikey anlaşmalar artık tamamen muhakeme kuralı testine tabi olacaktır. Bu noktada önemli olan soru, alt mahkemelerin ne tür bir “muhakeme kuralı” testi uygulamaları gerektiği sorusudur.



Bu kararda da daha önce açıklanmış olan “per se” ihlal ve “muhakeme kuralı” uygulaması arasındaki ikilem, rekabet hukuku literatüründe farklı görüş ve tartışmalara yol açmıştır. Fletcher, Giovannetti ve Stallibrass’a göre, perakende satışlarda fiyat belirleyen uygulamalar, rekabeti bozan bazı sonuçlara yol açabilirse de, çok önemli etkinlik menfaatlerini de beraberinde getirebilir (Fletcher, Giovannetti ve Stallibrass 2010). Hukukçular öngörülebilirlik sağlamak açısından “per se” ihlal kuralının kapsamının geniş olmasını tercih etseler bile iktisatçıların etkinlik vurgusu göz ardı edilmemelidir. Yazarlar, perakende satışlarda getirilebilecek fiyat uygulamalarının “per se” ihlal kuralı bağlamında mı yoksa muhakeme kuralı çerçevesinde mi değerlendirilmesi gerektiği tartışmasını, iktisatçılar ve hukukçuları ikiye ayıran bir tartışma olarak sunmaktadır.

Gippini Fournier ise, iş dünyasının da “ex ante” yani önceden belirlenmiş kurallara göre hareket etmeyi tercih edeceğini ifade etmektedir (Gippini-Fournier, 2009). Bu durumda sadece hukukçular değil aynı zamanda piyasa aktörlerinin de “per se” ihlal uygulamasından faydalanabileceğini savunmaktadır. Fournier, öngörülebilirlik ve kesinlik gibi hukuk ilkelerine verilen öneme bağlı olarak AB’de, ABD’ye oranla “ex ante” kuralların daha fazla tercih edildiğini ifade etmektedir. Buna örnek olarak da, grup muafiyeti sistemini göstermektedir. Gerçekten de muafiyet sistemi piyasadaki tüm aktörlerin tabi oldukları kuralları önceden bilmelerini sağlamaktadır. “Per se” yasal olan bir anlaşmayı, muafiyet sistemi kapsamında bilmek ve uygulamak, piyasa aktörleri açısından daha az riskli şartlarda faaliyet göstermeyi mümkün kılar. Gippini Fournier’ye göre, AB’de iş dünyası ex ante kuralları tercih etmekle kalmayıp aynı zamanda talep de

etmektedir. Oysa muhakeme kuralının esasında, hukuk temelleri bulmak zordur. Bu nedenle Gippini Fournier de tıpkı Fletcher gibi bu iki uygulama arasındaki tartışmanın bir iktisat ve hukuk tartışması olduğu görüşündedir (Gippini-Fournier, 2009).

Bu açıdan ABD Yüce Mahkemesi'nin *Leegin* kararında ortaya koymuş olduğu bir tezi hatırlamakta fayda olabilir. Mahkeme *Leegin* kararında, antitröst hukukunda muhakeme kuralı uygulamasının esas olduğuna ve bir uygulamanın “per se” ihlal sayılabilmesi için, zaman ve deneyimle o uygulamanın etkilerinin her zaman için ihlal teşkil ettiği sonucuna varılmış olması gerektiğini belirtmiştir. Dolayısıyla “per se” ihlal uygulaması ayrı bir uygulama olmaktan ziyade, muhakeme kuralı uygulamasının bir sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır.

Gippini-Fournier (2009), perakende satışlarda fiyat belirleyici anlaşmaların aslında tüketiciler açısından olumsuz sonuçları olabileceğini, zira bu türden anlaşmaların, tüketicilerin bir ürünü daha düşük fiyattan satın almasını engellediğini ileri sürmektedir. Bu durumda tüketici, fiyat bazında tercih yapamayacaktır ve dolayısıyla tüketici açısından en önemli unsur olan seçim özürlüğü kısıtlanmış olacaktır.

Fletcher, Giovannetti ve Stallibrass perakende satış fiyatlarının belirlenmesini sağlayan anlaşmaları iktisadi etkinlik açısından değerlendiren çalışmaların aslında oldukça ilerlemiş ve yerleşmiş olduğunu savunmaktadır (Fletcher, Giovannetti ve Stallibrass, 2010). Bu çalışmalar fiyat belirleyen dikey anlaşmaların markalar arası rekabeti artırdığını açıkça ortaya koymaktadır. Bu rekabet artışı özellikle üretici veya sağlayıcı düzeyinde görülmektedir. Zira üreticiler, perakendecilere, ürünlerini sattıkları için avantajlar sağlamaktadır. Dolayısıyla üreticiler, perakendecileri kendileriyle

çalışmaya ikna edebilmek için, onlara daha fazla avantaj sunmak ve diğer üreticilerle daha fazla rekabet etmek zorunda kalmaktadır. Yazarlar bu durumda, tüketicinin daha fazla fayda sağladığını düşünmenin de mümkün olduğunu eklemektedir. Her kadar seçici dağıtım sistemi veya münhasır dağıtım sistemi gibi alternatif kanallar olsa da, bu kanalların perakende satış fiyatlarının kontrolü kadar etkinlik sağlayacağı şüphelidir. Fletcher, Giovannetti ve Stallibrass hem tüketici hem de üretici açısından en fazla etkinlik sağlayacak olan uygulamanın perakende satış fiyatlarının denetlemesi olduğunu savunmaktadır. Bu görüşün yanı sıra, perakende satış fiyatlarının üretici tarafından belirlenmesinin, rekabeti kısıtlayan sonuçlarını ortaya koyan çalışmalar da mevcuttur (Fletcher, Giovannetti ve Stallibrass, 2010). Bu çalışmalar, perakende satış fiyatlarının kontrolünün, hem üst pazarda hem de alt pazarda danişıklı hareket edilmesine yol açabileceğini göstermektedir. Yanı sıra, böyle bir uygulama, yalnızca alt pazarda danişıklı hareket edilmesine değil, pazarın yeni dağıtıcı ve sağlayıcılara tamamen kapatılmasına ve yeni teşebbüslerin pazara girişinin engellenmesine de neden olabilir. Bu tür eylemler, özellikle üreticinin yüksek pazar gücü olması halinde daha olası ve tehlikeli hale gelebilecektir. Yazarlar, böyle bir pazar gücü olmaksızın fiyat belirleyici anlaşmaların rekabeti kısıtlayıcı etkileri olmasının zor olduğunu, aksine bu anlaşmaların etkinliği arttıracığını savunmaktadır (Fletcher, Giovannetti ve Stallibrass, 2010).

**Sonuç olarak,** *Leegin* kararı, ABD antitröst hukukunda pek çok farklı düzeyde etkisi olmuş bir karardır. Bu kararı etkinlik savunmaları açısından değerlendirdiğimizde iki farklı sonuç ortaya çıkmaktadır. Öncelikle *Dr Miles* kararıyla başlayan dikey anlaşmalara yönelik bir içtihat, bu kararla tamamen hükümsüz hale gelmiştir. Başka bir

deyişle, *Leegin* kararıyla beraber, tamamen “per se” ihlal uygulamasından, tamamen “muhakeme kuralı” uygulamasına geçilmiştir. Özellikle *Sylvania*, *Kahn* ve *Leegin* gibi kararlarda Mahkeme’nin yaptığı atıflar, gerekçelendirme ve iktisadi analiz incelendiğinde Chicago Okulu’nun, verilen kararlar üzerindeki etkisi çok açıktır. Yüce Mahkeme söz konusu kararlarda etkinlik savunmalarının uygulanmasının gerekliliği bağlamında çok önemli vurgular yapmıştır. Chicago Okulu’nun yadsınamaz etkisi bir başka açıdan daha gözlemlenebilir. Yüce Mahkeme, ne *Sylvania* ne de *Leegin* kararında tüketicinin doğrudan gelir kaybı veya zararı üzerinde durmuştur. Hatta mahkeme tüketicinin gelir kaybı veya zararının ispatlanmasının gerekli olmadığını dahi ifade etmiştir (*Leegin*, 2007). O halde Yüce Mahkeme, Bork’un yaklaşımına paralel şekilde, toplam etkinlik kriterini benimsemiştir. Bu iki açıdan değerlendirildiğinde ABD anti-röst hukukunda dikey anlaşmalara ilişkin uygulama, bir anlamda, Chicago Okulu’nun zaferi olarak karşımıza çıkmaktadır.

## **2.2. ABD Rekabet Uygulamasında Bağlama (*Tying*) - *Hyde* Kararı**

Chicago Okulu’nun ve dolayısıyla etki savunmalarının hakim olduğu düşünülen bir başka karar da, Yüce Mahkeme’nin 1984 yılında almış olduğu *Hyde* (1987) kararıdır. Bu karar, dikey kısıtlamalarla alakalı olmaması hasebiyle, *Sylvania* (1977) ve *Leegin* (2007) gibi daha önce incelemiş olduğumuz kararlardan farklıdır. Dikey kısıtlamaların rekabet açısından olumlu etkilerinin de olabileceği ve sonuçta iktisadi etkinliği artırabileceği hemen hemen tüm sistemlerde kabul gören bir görüştür. *Hyde* kararında ise bağlama, yani bir ürünü alan kişiyi diğer bir ürünü de almak mecburiyetinde bırakma söz konusudur. Bağlama eylemi, her sistemde rekabet açısından olumsuz etkileri olduğu

kadar olumlu etkileri de olabilecek bir eylem olarak değerlendirilmez. Bağlama kararlarının rekabet açısından sakıncalı olabileceği görüşü, özellikle AB sisteminde ağırlık kazanmıştır (*Microsoft, 2007*). Ancak karar, Yüce Mahkeme'nin doğrudan tüketicinin durumu açısından yaptığı değerlendirmeler nedeniyle, sadece toplam refah kriterinin göz önünde bulundurulmadığı bir karar olarak da karşımıza çıkmaktadır. Bu nedenle bu kararda Yüce Mahkeme'nin yapmış olduğu gerekçelendirme incelemeye değerdir.

*Hyde* davasında, Jefferson Parish Hastanesi'nin, anestezi servisi sağlayan bir klinikle yapmış olduğu münhasır hizmet anlaşmasının yol açabileceği rekabet ihlali söz konusudur. Anlaşmadan ötürü, hastanede çalışmak isteyen anestezi Hyde'ın başvurusu reddedilmiş, bu nedenle Hyde dava açmıştır. Yüce Mahkeme, davada, anılan hizmet anlaşmasını, bağlama eylemi olarak tanımlamaktadır; çünkü, bu anlaşma nedeniyle, anılan hastanenin müşterileri, anestezi hizmetini sadece anlaşmalı sağlayıcıdan alabilmektedir. Bu demektir ki, hastanenin anestezi gerektiren bir hizmetini satın alan her tüketici, kliniğin hizmetini de almak zorundadır.

Söz konusu anlaşmanın bağlama olarak nitelendirilmesi nedeniyle, ilk derece mahkemeleri hastanenin pazarda hakim durumda olup olmadığını incelemiştir. İlk mahkeme ilgili ürün pazarını ve coğrafi pazarı, dar olarak tanımlamış ve bu pazarda sağlık hizmeti almak isteyen tüketicilerin %70'inin diğer hastanelere başvuruyor olması nedeni ile hastanenin pazar gücünün oldukça düşük olduğunu ileri sürmüştür (*Hyde, 1987*). Bu inceleme sonunda mahkeme, hastanenin önemli bir pazar gücü olmadığına ve anlaşmanın hasta bakımı açısından bir iyileştirme getirdiğine dikkat çekmiş ve davaya

konu olan anlaşmanın, rekabet ihlali teşkil edecek bir anlaşma olmadığına karar vermiştir. İstinaf Mahkemesi ise %30'luk bir pazar payının hakim durum teşkil edebileceğini ve bu durumda teşebbüsün sahip olduğu pazar gücünden ötürü, söz konusu anlaşmanın “per se” ihlal olduğuna ve etkilerine bakılmaksızın yasaklanması gerektiğine hükmetmiştir (*Hyde*, 1987).

Yüce Mahkeme bu kararda, yine bir “per se” ihlal ve “muhakeme kuralı” uygulaması tartışması yapmaktadır. Mahkemeye göre bazı anlaşmaların getirdiği kısıtlamalar, karakteristik özelliklerinden yani esasından ötürü yasaya aykırı sayılır. Bu tür eylemlerin yarattığı kısıtlamaların vasfı, eylemin rekabet açısından makul olmadığı yargısına ulaşmak için yeterlidir. Yani anlaşma veya eylemin –yarattığı sonuçlara bakmaksızın- ihlal olarak değerlendirilebileceğini söylemek mümkündür. Bu değerlendirme, Yüce Mahkemenin *Sylvania* kararında yapmış olduğu gerekçelendirme ile tam olarak örtüşmektedir. Oysa daha sonra göreceğimiz gibi, *Leegin* (2007) kararında Mahkeme, “per se” ihlal kavramına farklı bir boyut getirmektedir. Mahkeme, *Hyde* kararında, bazı bağlama anlaşmalarının da “per se” ihlal yani makul olmayan bir rekabet kısıtlaması olarak nitelendirilebileceğini ve bu yönde pek çok karar bulunduğunu da kabul etmektedir (*Salt*, 1947). Hatta Mahkeme, bu tür anlaşmaların, yasa koyucunun gözünde de önemli bir rekabet kısıtlaması olduğunun, Kongre'nin tutaklarından anlaşıldığını ifade etmektedir (*Hyde*, 1987).

Ancak hemen arkasından Mahkeme, her bağlama anlaşmasının ve hatta iki farklı ürünü ayrı satmayı reddeden her anlaşmanın, her zaman ve koşulda rekabeti kısıtlayıcı olarak nitelendirilemeyeceğini ifade etmekte ve bağlama anlaşmalarının “per se” ihlal

olarak kabul edilmeden önce, neden etki bazında da değerlendirilmesi gerektiğini ortaya koymaktadır (Hyde, 1987). Buna göre, “Eğer söz konusu olan ürünler, rekabetçi bir pazarda ayrı satın alınabiliyorsa ve özellikle diğer satıcılar bu ürünleri bir arada ya da ayrı satmakta özgürse, bir satıcının bunları paket olarak satma kararı, pazarda makul olmayan bir kısıtlamaya” (Hyde, 1987) neden olmuyordur. Bu gerekçeyi Mahkeme, *Sylvania* (1977) kararında da pek çok kez atıfta bulunduğu *Northern Pac.* (1958) kararına dayandırmaktadır. Mahkeme, tüketicilerin veya genel anlamda alıcıların, bazı durumlarda bu tür paketleri daha cazip bulduklarını ve hatta bu uygulamaların rekabeti artırabileceğini de ileri sürmektedir. Burada belirleyici olan, satıcının bu ürünü alıcıya dayatıp dayatmadığıdır. Şayet alıcı, almak istemediği bir ürünü almaya mecbur bırakılıyorsa veya başka bir yerden almayı tercih edeceği bir ürünü, belli bir yerden almaya zorlanıyorsa, o zaman rekabeti ihlali sayılabilecek bir durum söz konusudur; zira alıcının seçim veya tercih hakkı ortadan kalkmaktadır (Hyde, 1987). Bir satıcının, bir alıcıyı bu şekilde, tercihlerine aykırı davranmaya mecbur bırakabilmesi için, o satıcının önemli bir pazar gücüne sahip olması gerekir. Eğer bu pazar gücü, bir alıcının daha düşük kalitedeki bir ürünü almaya zorlanması için kullanılıyorsa, rekabet yasaları ihlal edilmiş sayılmalıdır. Bu tür bir eylemin sonucunda, sadece rakipler olumsuz etkilerle karşılaşmayacak, aynı zamanda pazar gücünün sosyal maliyeti de artacaktır. Öte yandan, bağlanan ürünü satın almaya mecbur bırakılan ve ürünlerin maliyetlerini ayrı ayrı değerlendirme şansı elinden alınan tüketici, satın alma özgürlüğünden olacaktır (Hyde, 1987). Eğer bu şekilde bir “zorlama” söz konusu ise, o zaman “per se” ihlalin gerçekleştiğini söylemek mümkündür. “Per se” ihlal uygulamasına başvurulabilmesi için kuvvetli bir ihtimalden söz edebilmek şarttır. Mahkeme, devamında, ticaretin önemli bir

kısının sınırlanmadığı durumlarda “per se” ihlal tespiti yapmaktan kaçındığı kararları hatırlatmaktadır (*Hyde*, 1987). Bu tür bir zorlama olabilmesi için pazar gücüne ihtiyaç olduğuna göre, Mahkeme’nin gerekçelendirmesinden çıkarılacak ilk sonuç, ancak önemli bir pazar gücüne sahip olan -yani ancak hakim durumda olan- bir teşebbüs davalı olduğunda “per se” ihlal kuralına başvurulmasının anlamlı olabileceğidir. Zaten Mahkeme de, böyle bir eylemin, bir tekelin büyütülmesine yönelik bir çaba olarak nitelendirilebileceğini ve “per se” ihlal sayılabileceğini ifade etmektedir.

Bununla beraber, Mahkeme, eylemin niteliği aynı olsa da, teşebbüsün pazarda hakim durumda olmadığı vakalarda, katı kuralların uygulanmasının yersiz olduğunu da savunmaktadır (*Hyde*, 1987). Bu durumda eylemin pazarda makul olmayan bir rekabet kısıtlaması yaratıp yaratmadığına, yani etkisine bakılmalıdır. Anlaşmanın kendisi ve niteliğinden çok, ilgili ürünün veya ürünlerin pazarda yarattığı iktisadi etkiler bu noktada daha önemlidir.

Üzerine konuşmakta olduğumuz somut örnekte, *Hyde* davası örneğinde, anestezi hizmeti ile diğer hastane hizmetlerinin birbirlerine bağlanması söz konusudur. Mahkeme bu hizmetlerin ayrı pazarlar oluşturduğunu ve dolayısıyla hastanenin, tüketicileri, normalde ayrı alınabilecek iki ürünü, bir arada almaya mecbur bıraktığını öne sürmektedir (*Hyde*, 1987). Mamafih, bu bulgu, yukarıda da belirtildiği gibi, rekabet ihlalinin tespiti için tek başına yeterli değildir. Böyle bir ihlalin olduğunu iddia edebilmek için, suçlanan teşebbüsün, faaliyet gösterdiği pazarda hakim durumda olması ya da önemli bir pazar gücüne sahip olması gereklidir.



Yüce Mahkeme, İstinaf Mahkemesi'nden farklı olarak, ilgili coğrafi pazardaki hastaların yalnızca %30'unun gittiği bir hastanenin pazar gücünün, bu anlamda bir hakim durum yaratabilecek -veya önemli sayılabilecek- bir pazar gücü olmadığını savunmaktadır; zira bu durum, hastaların büyük çoğunluğunun diğer hastaneleri tercih ettiğini göstermektedir (*Hyde*, 1987). Yüce Mahkeme, bu tespitten sonra söz konusu anlaşmayı daha fazla incelemeye gerek olmadığını ifade etmektedir; zira, hakim durumda olmayan bir teşebbüsün, yukarıda açıklandığı şekilde bir 'zorlama' yapması mümkün değildir.

Bununla birlikte, Mahkeme, etkinlik değerlendirmesini teşebbüsün gücü ile sınırlı tutmayıp, aynı zamanda tüketici açısından da bir değerlendirmeye yer vermektedir. Tüketicileri, normal şartlarda satın almayacakları bir ürünü almaya mecbur bırakan bağlama anlaşmaları da, yine, rekabeti kısıtlayıcı olarak nitelendirilmektedir. Fakat Yüce Mahkeme, bir fiyat veya kalite rekabeti olmamasının da bu tür bir zorlama sayılamayacağını savunmaktadır (*Hyde*, 1987). Mahkemeye göre, fiyat konusunda bilinçli olmasalar bile tüketiciler -yani somut olayda hastalar- başka bir hastaneye gitmekten ve başka bir anestezi hizmeti talep etmekten caymayacaklardır. Diğer taraftan, eğer tüketiciler anestezi hizmetlerinin kalitesi konusunda bilgi sahibi değilse, onların, aldıkları anestezi hizmeti konusundaki tercihleri olumlu veya olumsuz yönde etkilenmeyeceğinden, bu bağlama anlaşmasının varlığı da önemini yitirecektir. Bu durumda, pazardaki bazı eksiklikler tüketiciler açısından belirleyici olmayacağından, bağlama anlaşmasının, tüketicilerin tercih hakkını gerçek anlamda kısıtlandığını iddia etmek mümkün olmayacaktır.

Tabii söz konusu anlaşmada etkilenen bir başka kesim de, anestezi hizmeti sunan ve ilgili klinikle çalışmayan doktorlardır. Zaten davacı da, başvurusu münhasırlık anlaşması yüzünden reddedilmiş olan bir doktordur. Mahkeme, somut olayda “per se” ihlal uygulamasını gerektirecek unsurların oluşmamış olması nedeniyle, farklı bir pazarda rekabet üzerindeki etkilere bakılması gerektiğini belirtmektedir (*Hyde*, 1987). Bu pazar, hastane hizmetlerinden daha dar; ancak anestezi hizmetlerinde de daha geniş bir pazar olmalıdır. Bununla beraber, Mahkeme’ye göre kesin gözüyle bakılması gereken şey, bu pazarda (ilgili coğrafi pazar yerel veya ulusal olarak da tanımlansa) söz konusu anlaşmanın rekabeti önemli ölçüde kısıtladığına dair yeterince delil olmadığıdır (*Hyde*, 1987). Aksine, bu tür münhasırlık anlaşmaları, rekabeti teşvik edici ve artırıcı bir etki de yaratabilir. İlginçtir, Yüce Mahkeme’ye göre, hastaların çoğunun söz konusu klinik yerine diğer doktorların sunduğu anestezi hizmetlerini tercih ediyor olması bile, rekabetin kısıtlandığını kanıtlamamaktadır; zira hiçbir hastanın, yeterince bilinçli olarak hareket ettiği ve böyle bir seçim yaptığı gösterilememiştir. Mahkeme aynı zamanda, klinikle hastane arasındaki münhasırlık anlaşmasının bulunmaması durumunda bile, anestezi hizmeti sağlayan pazarın doğal sınırlarından dolayı, hastaların/müşterilerin, fazla tercih şansı olmadığını ifade etmektedir. Davacının ilgili hastanede çalışma hakkı elinden alınmış olsa bile, pazarın bütününe etkileyen bir olay gerçekleşmemiştir. Bu açıdan değerlendirildiğinde de rekabet makul olmayan bir biçimde sınırlandırılmış olmamaktadır.

**Sonuç olarak,** *Hyde* kararının incelemiş olduğumuz gerekçelendirmesinden de anlaşılacağı gibi, *Sylvania* ve *Leegin* kararlarından farklı olarak, tüketicinin geliri veya

kazanacağı verimlilik gibi ölçülebilir iktisadi bulgulara bu kararda yer verilmese de, Mahkeme'nin, tüketicinin tercihinin kısıtlanması meselesine önem verdiği açıktır. Bu bakımdan *Hyde* kararında karşımıza çıkan değerlendirme, Salop'ın tanımına uygun olarak tüketicinin refahının unsurları sayılabilecek bazı kavramları ön plana çıkarmaktadır (Salop, 2005). Chicago Okulu'nun toplam verimlilik vurgusu bu kararda, en azından net olarak karşımıza çıkmamaktadır. Bununla beraber, “muhakeme kuralı”nın bağlama anlaşmalarına da uygulanmasına hükmetmesi açısından bu karar da, “per se” ihlal uygulamasının kapsamını daraltan bir karardır. Ancak net bir şekilde etkinlik savunmaları ve toplam refah kriterlerinin karşılığını bulmak daha zordur.

### **2.3. ABD Rekabet Hukukunda Yoğunlaşmaların Denetlenmesi Kapsamında Tüketici Refahı Standardının Uygulanması**

Yoğunlaşmaların denetlenmesi, dikey anlaşmalarda olduğu gibi, Chicago Okulu'nun önemli rol oynadığı alanlardan birisidir. “Antitrust Paradox” adlı eserinde Bork, açık bir şekilde, birleşme ve devralmaların tekellere yol açmadığı sürece yasaklanmaması gerektiğini ifade etmiştir (Bork, 1978). Bork, bu savın daha tartışmalı olan yatay pazarlar için de geçerli olması gerektiği görüşündedir. Tabii yine, rekabet hukuku uygulayıcılarının, değerlendirme yaparken iktisadi etkinlik açısından ortaya çıkan sonuçları dikkate almaları gerektiğini de savunmuştur.

ABD’de yatay pazarlarda birleşme ve devralmalara ilişkin uygulama, dikey anlaşmalar kapsamında incelemiş olduğumuz eğilime benzer şekilde gelişmiştir. Yoğunlaşmalar alanında yapılan denetimin tabiatının farklı olması nedeniyle, tam olarak bir “per se” ihlal kuralı ve “muhakeme kuralı” ikileminden bahsetmek, en azından

kararların lafzı açısından mümkün değildir. Bununla beraber, neredeyse aynı şekilde, karineler ve etkinlik savunmaları arasında tercihler yapılması söz konusudur.

İktisadi teoride, yatay birleşme ve devralmaların hakim durum yaratması veya var olan hakim durumu güçlendirmesi sonucunda, ilgili teşebbüsün pazarda tek taraflı ve bağımsız olarak hareket etme gücünün artacağı ve işlem sonrasında pazarda fiyat uygulamasını kendisi açısından daha karlı hale getirmesinin mümkün olacağı görüşü mevcuttur. Bu şekilde bir birleşme veya devralma işleminin, pazarda gizli veya açık işbirliğini artırabileceği varsayılır. Bu görüş daha ziyade Harvard Okulu tarafından benimsenen bir görüştür. Buna göre, pazarda hakim durum yaratabilen birleşme ve devralmalar, tek taraflı olarak fiyat artırabilecek ve rekabeti bu şekilde bozabilecektir.

***Philadelphia National Bank kararı*** (1963) ABD'deki uygulamada Harvard Okulunun etkisi olarak karşımıza çıkan ve uzun süre geçerliliğini korumuş olan “yapısal karinenin” (structural presumption) ortaya koyulduğu karardır. Önce, Yüce Mahkeme *Brown Shoe* (1962) kararında, yasa koyucunun Clayton Yasasını kabul ederken en önemli kaygısının, birleşme ve devralmaların “pazarın yoğunlaşmasına” neden olmaları olduğunu ifade etmiştir. Daha sonra Harvard Okulu'nun etkili olduğu. Yüce Mahkeme söz konusu kararda “ilgili pazarda, aşırı bir pazar payını kontrol edebilen bir teşebbüs yaratan ve pazardaki teşebbüslerin yoğunlaşmasında önemli bir artışa neden olan herhangi bir birleşme, tabiatı gereği pazardaki rekabeti bozmaya o kadar yatkındır ki, eğer böyle bir birleşmenin rekabeti bozan sonuçlar doğurmayacağına dair açık kanıtlar yoksa, bu birleşme yasaklanmalıdır” (*Philadelphia National Bank*, 1963) görüşünü

ortaya koymuştur. Bu karine literatürde yapısal karine olarak adlandırılmaktadır (Baker & Shapiro, 2008).

Karine, Harvard Okulu'nun savunduğu temel prensip olan yapı-davranış-performans kriterlerine dayalıdır. Bu yaklaşım, pazarda yoğunlaşmayı artıran birleşme ve devralmaların -bunlar tekelleşmeye yol açmasalar bile- rekabete aykırı olduğunu savunur. Bu yaklaşım, yatay pazarlardaki yoğunlaşmaların denetiminde Chicago Okulu'nun etkisi hissedilene kadar devam etmiştir. Hatta bu dönemde hemen hiçbir yatay birleşme ve devralmaya izin verilmemiştir (Baker & Shapiro, 2008). Bu karinenin etkisiyle alınan başka bir karar olan *Von's Grocery* (1966) kararında Yüce Mahkeme, pazardaki payları birleşme sonrasında %7.5 olan iki süpermarket zincirinin birleşme işlemine, pazardaki diğer teşebbüslerin hiçbirinin %8'den fazla pazar payı olmaması nedeniyle, pazarda toplam 3500 süpermarket olmasına rağmen izin vermemiştir.

**General Dynamics kararı** (1974) ile 1974 yılında, yine Chicago Okulu'nun etkisiyle alındığı varsayılan “yapısal karinenin” uygulanması, son bulmuştur. Bu karar tüketici refahı standardını temel alan veya buna atıfta bulunan bir karar değildir; ancak kararın, *Philadelphia National Bank* ve *Von Grocery's* gibi kararlara Bork'un getirdiği eleştirilere duyarlı ve Chicago Okulu'nun sahip olduğu yaklaşımdan etkilenmiş bir karar olduğu da açıktır. Zaten bu cevap verme niteliği Mahkemenin söz konusu kararlara atıfta bulunarak getirmiş oldukları uygulamanın değişmesi gerektiğini savunması ile de netlik kazanmaktadır. Bu bakımdan *General Dynamics* kararı, yapısal yaklaşımın geride bırakıldığı ve yine toplam etkinlik savunmalarının rol oynadığı bir karar olarak

karşımıza çıkmaktadır. Nitekim Bork, bu kararın, “önceki kararların yarattığı zararı” geri alan bir karar niteliğinde olduğu ifade etmiştir (Bork, 1978).

Somut olayda, kömür pazarında faaliyet gösteren General Dynamics, yine aynı pazarda faaliyet gösteren Electric Coal Companies’in hisse senetlerini satın alarak, bu şirketi zamanla devralmıştır. Adalet Bakanlığı “yapısal karinenin” uygulanması gerektiği fikrinden hareketle, bu devralmanın, az sayıdaki büyük üreticilerden oluşan pazarda yoğunlaşmanın artmasına neden olacağı gerekçesiyle, Eyalet Mahkemesi’ne itirazda bulunmuştur. Eyalet Mahkemesi ise, pazarda zaten doğal bir eğilim olarak yoğunlaşmanın artıyor olmasını gerekçe göstererek, bu devralmanın pazarda rekabeti azaltmadığını söylemiş ve Clayton Yasasının 7. maddesinin ihlal edilmediğine kanaat getirmiştir.

Yüce Mahkeme, kararında, öncelikle ilgili coğrafi pazarın doğru tanımlanması ve ilgili ürün pazarının özellikleri ile ilgili savunmaları değerlendirmektedir (*General Dynamics*, 1974). Konumuz açısından önemli olan, Mahkeme’nin yanıtlamak durumunda olduğu üçüncü soru, devralmanın ilgili ürün pazarında yoğunlaşmaya neden olup olmadığı ve bu sebeple yasaklanmasının gerekip gerekmediği sorusudur.

Yüce Mahkeme bu soruyu cevaplamak için, öncelikle *Philadelphia National Bank* ve *Von’s Grocery* kararlarında Mahkeme’nin esas gayesinin “yoğunlaşmada en ufak bir artışı” önlemek olduğunu ifade etmektedir. Ancak Yüce Mahkeme, bu karinenin, aslında yoğunlaşmada çok az bir artış olacağı durumlarda dahi, rekabet uygulayıcısının birleşme ve devralmaya izin vermemesini sağlamak için oluşturulduğunu belirtmektedir (*General Dynamics*, 1974). Hemen bu savdan

çıkabilecek bir sonuç, aslında bir karine değil istisnai durumlarda uygulanabilecek bir prensip yönünde bir değişikliğe gidileceğidir. Mahkemenin de belirttiği gibi, pazarda zaten bir yoğunluk veya yoğunlaşma eğilimi varsa, yoğunlaşmada artışa neden olacak bir birleşme veya devralmanın rekabeti kısıtladığı yönünde bir karine olduğunu ileri sürmek yersiz olacaktır (*General Dynamics*, 1974). Dolayısıyla somut olayda esas olan, pazarda zaten bir yoğunlaşmanın mevcut olduğunu ispatlamaktır. Ancak bu gerekçelendirmeden çıkarılması gereken sonuç, Mahkeme'nin yapısal bir yaklaşımdan uzaklaşarak, yatay pazarlarda birleşme ve devralmaların yoğunlaşmayı artırmaları durumunda dahi bu birleşme ve devralmalara izin verilebileceği savına yaklaşmış olmasıdır.

Aslında Yüce Mahkeme, gerekçelendirmesinin devamında bir adım daha ileri giderek, aynı zamanda *Brown Shoe* kararına atıf yaparak, pazar payının ve yoğunluğun önemli olmakla beraber kati kriterler olmadığını, yani bunların tek başına ihlal unsuru sayılmayacağını ifade etmektedir (*General Dynamics*, 1974). Burada, pazarın yapısı, eğilimi ve tarihi gibi farklı faktörlere de dikkat edilebileceği ileri sürülmektedir. Mahkeme, haliyle, kömür pazarının karardan önceki yıllarda göstermiş olduğu düşüş, kaynaklardaki azalma ve kömürün farklı pazarlardaki farklı kullanımları ile ilgili olarak da değerlendirmelerde bulunmaktadır. Ancak burada esas dikkat çekici olan, Yüce Mahkeme'nin somut olay ile ilgili olarak sunduğu bir gerekçedir. Mahkeme, devralınan United'ın aslında kaynaklarının sınırlı olduğunu, var olan kaynakların zaten vadeli olarak satılmış olduğunu ve uzun vadeli satış anlaşmalarının olmadığını ifade etmektedir. Buna ek olarak United, sahip olduğu kaynakları, alım yoluyla artıracak ve

buna bağlı olarak büyüyecek güce de sahip değildir. O halde United'ın pazarda var olan ve olabilecek etkisi son derecede sınırlıdır. Bu nedenle de devralınmasının pazarda rekabetin bozulmasına yol açma ihtimali oldukça düşüktür.

Burada, Mahkeme'nin açıkça ifade etmese de bir verimlilik değerlendirmesi yaptığı kesindir. Verimlilik üretmeyen bir teşebbüsün başka bir teşebbüs tarafından satın alınması, toplam verimliliği azaltmayacak, hatta belki de devralma sonrasında artırabilecek bir işlemdir. Mahkemenin antritröst uygulamasının ilk yıllarında karşımıza çıkan 'büyüklük' kriterine, burada yer verilmediği çok açıktır. Diğer taraftan, verimli bir teşebbüsün verimsiz bir teşebbüsü devralmasına -bu işlem tekele yol açmadığı sürece- izin verilmesi gerektiği iddiası, Bork'un, yatay pazarlarda yoğunlaşma hakkındaki, toplam verimlilik temeli üzerine bina edilmiş teorileriyle tamamen örtüşmektedir (Bork, 1978). Ayrıca tüketicinin geliri veya refahının burada doğrudan bir etkisinin olmadığını söylemek de mümkündür.

Chicago Okulu'nun birleşme ve devralmalarla ilgili teorilerinin etkisinin görülebildiği bu karar, daha fazla ekonomik analiz gerektirmesi nedeni ile olumlu bir değişiklik olarak da yorumlanmıştır (Baker & Shapiro, 2008, s.238-239); ancak diğer taraftan yine aynı okulun etkisiyle alındığı söylenebilecek *Philedelphia National Bank* kararıyla, yatay pazarlarda birleşme ve devralmalara neredeyse hiç izin verilmezken bu karardan sonra tam anlamıyla zıt yönde, hiç müdahale etmeme yönünde bir eğilim de oluşmuştur (Baker & Shapiro, 2008, s.240).

**ABD'de 1982'de yeni Birleşme ve Devralmalar Kılavuzu** özellikle General Dynamics gibi yapısal karineyi bozan kararların da etkisiyle kabul edilmiştir. Bu kılavuz



yoğunlaşmaların denetlenmesinde önemli değişiklikler getirmiştir. Söz konusu kılavuzda yine Chicago Okulu'nun etkisini görmek mümkündür. Zira Chicago Okulu, yoğunlaşmalara şüpheli bir gözle bakan Harvard Okulu'na karşı, birleşme ve devralmaların pazarda etkinliği artırabileceğini savunmaktadır.

**Allied kararı** (1982) bu kılavuzun kabul edilmesinden hemen sonra toplam iktisadi etkinlik gözetilerek alınan önemli bir karardır. *Allied* kararı, Federal Ticaret Komisyonu'nun (FTC) değerlendirdiği bir birleşmeye ilişkindir. Bu karar, Reagan hükümeti döneminde alınmıştır. FTC'nin bu dosya için atadığı iktisatçı Dr. Kelly'nin bulgularına göre, söz konusu birleşme, ilgili sanayi asitleri pazarındaki fiyatlarda %10'luk bir artışa neden olacak bir işlemdir. Buna rağmen, talebin hiç esnek olmaması nedeniyle, birleşmenin neticesinde iktisadi etkinliğin azalması mümkün değildir. Yani fiyatlarda %10'luk bir artış olsa bile, satışlarda azalma olmayacağı için toplam etkinlikte azalma olmayacaktır. Bu nedenle birleşmeye izin verilmiştir.

Lande'ye göre izin verilmiş olan *Allied* birleşmesi, tüketiciden üreticiye doğru gelir kaybına neden olan, ancak toplam etkinlikte değişiklik yaratmayan işlemlere çok iyi bir örnek teşkil etmektedir. Bu örnekte fiyatlardaki artış nedeniyle ara kullanıcı ve tüketici gelir kaybına uğrayacaktır; ancak, pazarda elde edilen toplam etkinlikte düşüş olmayacağı için, iktisadi etkinlik savunmalarına göre, bu birleşmeye izin verilmesi gerekir. Nitekim Reagan döneminin Chicago Okulu etkisi altındaki Federal Ticaret Komisyonu (FTC), fiyatlardaki olası artışa rağmen birleşmeye izin vermiştir. Hatta Reagan tarafından atanan Başkan Miller “sadece gelir aktarımının”, birleşmelerin denetlenmesinde kayda alınmaması gerektiğini ve esasta sadece sağlanan net iktisadi

etkinliğin değerlendirmeye alınması gerektiğini ifade etmiştir. Oysa Başkan Carter döneminde atanmış olan Komisyon yeleri buna itiraz etmiş, bu tür “gelir aktarımlarının engellenmesinin” rekabet politikasının amaçlarından biri olduğunu ifade etmiştir. Bu karada Komisyon’un kendi yeleri arasında yaşanan tartışma, Chicago Okulu’nun siyasi boyutunu da ortaya koymaktadır. Lande bu etkiyi, Reagan hükümeti döneminde neoliberal politikaların yükselişine bağlamaktadır (Lande, 1989). Demokrat hükümet döneminde atanan üyeler bu standardı her koşulda kabul etmeyi reddederken, Cumhuriyeti hkmete yakın olan üyeler iktisadi etkinlik savunmalarını esas almaya daha yaktın olmuştur. Bu yatkınlığın nedeni, iktisadi etkinlik kriterinin daha az müdahaleci olması ve serbest piyasanın i dinamiklerinin kendi kendine belirlenmesi gerektiği fikriyle uyumlu çalışmasıdır.

**1992’de kabul edilen Yatay Birleşme ve Devralmalar Kılavuzunda** da aynı yaklaşımın benimsendiğini görmek mümkündür (Filippelli, 2013). Kılavuz etkinlik savunmaları ve batan firma savunması gibi Chicago Okulun vurgu yaptığı konulara yer vermiştir. Diğer taraftan örneğin zımni anlaşmalar konusunda, yapısal etkenler kadar yapısal olmayan etkenlerin de değerlendirileceği de belirtilmiştir. Kılavuzda en önemli iktisadi kriterin piyasada yoğunlaşmanın artışının denetlenmesi olduğunu söylemek mümkündür. Hem tek taraflı hem de koordine edilmiş etkiler, piyasada yoğunlaşmanın artmasıyla daha muhtemel hale gelmektedir. Bu nedenle Kılavuz idare ve mahkemelere, piyasaya bir bütün olarak bakma ve yoğunlaşma düzeyine göre karar verme olanağını sağlamaktadır (Baker & Shapiro, 2008, s.238-239).

**Heinz/Beech-Nut kararı (2001)** bu kılavuzun etkinlik savunmalarına verdiği önemi en iyi yansıtan kararlardan biridir. Bebek mamaları pazarında faaliyet gösteren en büyük ikinci ve üçüncü teşebbüsün birleşmesine Federal Ticaret Komisyonu, pazarda teşebbüs sayısının azalacağı ve yoğunlaşmanın artacağı gerekçesiyle izin vermemiş ve Eyalet Mahkemesine başvurmuştur. Ancak ilgili kararda Mahkeme davalının etkinlik savunmalarını kabul etmiş, yoğunlaşmanın artacak olmasına rağmen birleşmenin rekabeti “muhtemelen” artıracığına karar vermiştir. Bu kararda Mahkeme özellikle fiyatların düşmesi ve daha iyi dağıtım sağlanması gibi olasılıkları göz önünde bulundurmıştır. Bu kararda da yine yapısal karinenin uygulanmadığını ve etkinlik savunmalarının nihai kararda çok etkili olduğunu görmek mümkündür.

**Özetle**, birleşme ve devralmaların kontrolünde de, dikey kısıtlamalara benzer bir şekilde, yapısal yaklaşımlar giderek terk edilmiş ve etkinlik savunmalarının uygulama alanı ise genişlemiştir. Birleşme ve devralmaların kontrolü tamamen iktisadi analize dayalı bir denetim olduğu için bu alanın farklı iktisadi yaklaşımlardan etkilenmesi de doğaldır. Chicago Okulu birleşme ve devralmaların rekabete etkinliği artırarak genel anlamda olumlu etki edeceği ve bu nedenle fazla müdahale edilmemesi gerektiğini savunur. Bu alandaki etkinlik savunmaların genişlemesi şeklindeki tarihi gelişim Chicago Okulunun ve öngördüğü iktisadi analizlerin etkisini önemli ölçüde ortaya koymaktadır.

**Sonuç olarak** Tüketici refahı standardı, Chicago Okulu sayesinde Amerikan rekabet doktrininde ve uygulamasında kendini göstermiş ve günümüzde de devam eden tartışmaların odağı olmuştur. Rekabet hukuku doktrininde Bork'un önemli eseriyle ortaya çıkan standart halen bu kriterin uygulaması gerekliliği, kriterin tanımı ve nasıl uygulanması gerektiği konularında görüş birliğine ulaşamamıştır. Ancak en azından söylemde ve daha sonra göreceğimiz üzere AB'den farklı olarak rekabet hukuku ile ilgili kararlarda bu kriterin var olduğunu söyleyebiliriz.

ABD rekabet uygulamasında tüketici standardı, daha fazla ölçülebilir iktisadi kriter kullanılması gerektiği görüşünün ortaya çıkışıyla örtüşmektedir. Aynı zamanda çarpıcı bir şekilde bu tartışma, “per se” ihlal uygulaması ve daha iktisadi kriterlerin uygulanmasına zemin hazırlayan “muhakeme kuralı” uygulaması ikilemiyle de tam anlamıyla örtüşür. Dolayısıyla şöyle bir denklem kurmak mümkündür: tüketici refahı standardı daha ekonomik bir yaklaşım gereksinimini karşılamaktadır ve bu uygulama ancak muhakeme kuralı ile mümkündür. Bu nedenle Bork'un da üzerinde durduğu gibi ölçülebilir iktisadi kriterlere dayalı bir karar sistemi “per se” ihlal uygulaması ile değil ancak muhakeme kuralı uygulaması ile mümkündür. Bu nedenle ABD rekabet uygulamasında tüketici refahı standardını uygulanması aynı zamanda muhakeme kuralının uygulanmasıyla birlikte olmuştur.

Bilindiği gibi Bork, rekabet hukukunda başvurulması gereken iktisadi kriterin tüketici refahı standardı olduğunu savunur. İncelenen kararlardan da anlaşılacağı gibi, ABD Yüce Mahkemesi de tüketici refahını, rekabet hukukunda uygulanabilecek bir amaç ve kriter olarak kabul etmiştir. Buna paralel olarak, “tüketici refahı” terimini

Mahkeme kararlarında görmek de mümkündür. Bununla beraber, yine yukarıda yapılan değerlendirmeler ışığında, Yüce Mahkeme'nin, tüketici refahını en azından iktisadi bakımdan toplam refah yani toplam verimlilik ile eşdeğer tuttuğu söylenebilir. Bu da yine, Chicago Okulu ve Bork'un temel yaklaşımlarıyla uyumludur. Mahkeme'nin, yalnızca *Hyde (1987)* kararında tüketicinin durumu veya uğradığı zararı göz önünde bulundurduğunu söyleyebiliriz. Bununla beraber, incelemiş olduğumuz diğer kararlarda Mahkeme'nin, tüketici refahı standardını uygularken aslında toplam etkinliğin artışını esas aldığını görebiliriz. Özellikle *Leegin (2007)* kararında Mahkeme, açıkça, bazı durumlarda tüketicinin zarara uğrayabileceğini; ancak buradan hareketle, ortada rekabeti mutlaka kısıtlayan bir uygulama olduğu sonucuna varılmayacağını ifade etmiştir.

Özetle ABD rekabet hukukunun çeşitli konu başlıklarının tartışıldığı alanlarındaki kararların, tüketici refahı standardının daha ekonomik bir yaklaşım ve buna bağlı olarak muhakeme kuralı ve büyük ölçüde toplam verimlilik ölçütünün uygulanması olarak karşımıza çıktığını söylemek mümkündür. ABD Rekabet Hukukundaki öncül rolünü de göz önünde bulundurursak bu tespitin daha ekonomik bir yaklaşım ve tüketici refahı kriterini benimsemek isteyen AB rekabet uygulaması için önemli bir değerlendirme aracı oluşturması da doğaldır.

## **ÜÇÜNCÜ BÖLÜM**

### **AB REKABET HUKUKUNDA TÜKETİCİ**

### **REFAHI STANDARDI**

Roma Antlaşmasından (1957) itibaren AT Kurucu Antlaşmaları rekabeti öncelikle ortak pazar çerçevesinde değerlendirir, hatta ortak pazarın bileşeni olarak ele alır. Yani serbest rekabetin sağlanması, bu pazarın oluşturulabilmesi bağlamında son derece gerekli ve kritiktir. Ortak Pazar'la beraber serbest rekabete dayalı açık bir piyasa ekonomisinin inşa edilmesi, AT'nin temel ekonomik hedeflerinin başında gelmektedir (Öz, 2012). AT hukuku çerçevesinde izlenen politikalar, AT'ye üye ülkelerdeki gelişmiş teorilerden beslenen ekonomik yaklaşımlar kadar ABD kökenli büyük teorilerden de etkilenmiştir; ancak hemen bu noktada belirtilmelidir ki tüketici refahı kavramının ve konudaki tartışmaların Amerika ve Avrupa sistemlerindeki gelişimleri birbirinden farklı olmuştur. ABD'de bu kavram, Chicago Okulu tarafından iktisat bilimine kazandırılmış ve Bork sayesinde rekabet hukukuna etki etmiştir. Bununla beraber, AT çerçevesinde rekabet hukuku üzerindeki ilk etkiler, daha ziyade Avrupa kökenli iktisat teorileri kaynaklıdır. Bu yüzden tüketici refahı standardının AT rekabet hukukuna 1990'lı yılların sonunda girişi daha farklı etkiler yaratmıştır.

Doktrinde ağırlık kazanan görüşe göre, AB rekabet politikasının iki döneme ayrılması gerekir: Avrupa Topluluğu dönemi ve Avrupa Birliği dönemi (Gerber, 2010), (Gerber, 1998), (Fox, 2002), (Dabbah, 2003). Schweitzer ve Patel bu görüşe karşı çıkarak aslında AB rekabet politikasında hiçbir zaman tamamen iktisadi bir akım veya siyasi görüşün hâkim olmadığını ve bu politikanın her zaman için bir değişim ve

süreklilik arz ettiğini savunmaktadır (Schweitzer & Patel, 2013). Ancak, daha sonra göreceğimiz gibi, “daha ekonomik bir yaklaşımın” ve tüketici refahı standardının uygulanmasının gerekliliği söylemini ele aldığımızda bu ayrım anlamlı hale gelmektedir. Bu ayrım, aynı zamanda, Avrupa Topluluğu’ndan Avrupa Birliği’ne geçişi sağlayan Maastricht Antlaşması’nın kabul edilip yürürlüğe girdiği döneme denk gelmektedir. Bu örtüşmenin tesadüfi olmadığı, aksine rekabet politikasındaki bu söylem değişikliğinin, Ortak Pazar’ın oluşturulması ve işleyişinde elde edilen büyük başarı ve iç pazara geçişe de bağlanabileceği savı da ayrıca tartışılacaktır (Fox, 2002). Diğer taraftan, rekabet hukukunun modernleşmesi süreci de aynı döneme denk gelmektedir (Gerber, 2002). Dolayısıyla bu iki dönemi birbirinden ayırmak rekabet politikasının gelişimini incelemek için anlamlıdır. Tüm bu nedenlerle, tüketici refahı standardı kavramının AB rekabet politikasındaki yerini iyi değerlendirmek bakımından, AB rekabet politikasının öncelikle 90’lı yıllara kadarki gelişimi incelemekte, daha sonraysa yeni söylemlere ve yapılan değişikliklere eğilmekte fayda vardır.

## **1. AT REKABET POLİTİKASININ GELİŞİMİ VE AMAÇLARI**

Doktrindeki (özellikle iktisat teorisi çerçevesinde) ağırlıklı görüşe göre (Fox, 2002), (Dabbah, 2003), (Gerber, 2010), (Gerber, 1998), (Mestmäcker, 2010), Avrupa Topluluğu’nda rekabet politikası ve hukukunun gelişim sürecine Alman kökenli Orda-liberal teoriler damgasını vurmuştur. AB rekabet politikasının, Roma Antlaşması’ndan itibaren şüphesiz en önemli amacı ve hatta varlık sebebi, Ortak Pazar’ın kurulması, entegrasyonu ve sağlıklı bir biçimde işlemesi olmuştur. Bununla birlikte, bu amaca ulaşmak için kullanılan temel veya destekleyici iktisadi teoriler, amacın kendisi kadar

belirleyici olabilirler. İncelememiz sonunda göreceğimiz üzere AB Rekabet Politikasının gelişiminde bu tür bir etkiden söz etmek mümkündür.

Bu bölümde, öncelikle, AT rekabet politikası, hukuku ve uygulamasında etkili olan üye devletlerin ulusal rekabet politikalarının bu konuya yaklaşımı ele alınacaktır. Bu bağlamda, AT rekabet politikasının ilk döneminde etkili olan farklı üye devletlerin rekabet veya ticaret hukuku gelenekleri kadar, ABD anti-tröst hukukunun etkilerine de yer verilecektir. Ardından, Ortak Pazar'ın oluşturulması amacının Komisyon kararlarında ne derecede görünürlük kazandığı ve bu amacın sağlanmasına dönük olarak uygulanan farklı teorik çerçeve ve görüşlere yer verilecektir. Son olarak Mahkeme kararlarının kabul ettiği amaç ve iktisadi yaklaşımlar ele alınacaktır.

### **1.1. AT Rekabet Hukukunun Tarihi ve Gelişiminde Rol Oynayan Ulusal Yaklaşım Ve Mevzuatlar**

Bir önceki bölümde de belirtildiği gibi, kapsamlı ve uzmanlaşmış rekabet hukuku ve uygulaması dünyada ilk olarak ABD'de ortaya çıkmıştır. Buna rağmen bazı yazarlar Avrupa'da -ve kuruluşuyla birlikte Avrupa Birliği'nde- gelişen rekabet hukukunun, aslında ABD'den ziyade Avrupa'da gelişen bazı iktisat okullarından etkilendiğini savunmaktadır (Gerber, 1998, s.1-2-3). Bu nedenle, AT rekabet hukukunun farklılıklarını daha iyi anlamak amacıyla, hali hazırda Avrupa Birliği üyesi olan devletlerdeki rekabet hukuku anlayışı ve geleneklerine de yer vermekte fayda vardır. Zira her ne kadar ABD kapsamlı bir rekabet hukuku uygulamasının ilk örneği kabul



edilse de, Avrupa'da da bir rekabet hukuku anlayışı ve rekabet politikası en azından gelenek olarak adlandırılabilir düzeyde oluşmuş ve gelişmiştir<sup>24</sup>.

Gini ve McGowan'a göre, rekabet hukuku alanında Avrupa'da öncü sayılabilecek ülke İngiltere'dir ve ilk İngiliz yasaları 1920'li yıllarda ortaya çıkmıştır (Cini & McGowan, 2008). ABD'ye kıyasla uluslararası rekabete daha açık olan İngiliz sisteminde, başlangıçta kartel ve yoğunlaşmalara toleranslı davranılmıştır (Cini & McGowan, 2008). Savaş sonrası dönemde, tekel sorunları ve ortaya çıkan diğer sosyal sorunlar, rekabeti korumak için etkin bir yasanın yürürlüğe koyulmasını gerekli kılmıştır. 2000'li yıllarda yapılan reformlara kadar bir ölçüde geçerli kalan bu sistem, hukuki olmaktan ziyade idari olduğu gerekçesiyle ve kamu yararı kavramına fazla önem atfetmesi nedeniyle eleştirilmiştir. Günümüzde Birleşik Krallık'ta uygulanan rekabet hukuku sistemi AB sistemiyle elbette uyumludur; ancak özellikle uygulanan yaptırımlar konusunda Amerikan sistemiyle de bir yakınlık arz etmektedir.

Gerber ise AB'de öncü sayılabilecek başka bir ülkeye, daha doğrusu başka bir iktisadi akıma dikkat çekmektedir (Gerber, 1998, s.6). İktisat teorisi tarihinde önemli bir yeri olan bu akım Viyana Okulu'dur. Viyana'da 1890'lı yıllarda -yani ABD'de rekabet tartışmaları ve mevzuatıyla eşzamanlı olarak- gelişen bu akım neticesinde neredeyse bir rekabet mevzuatı oluşturulmuştur (Gerber, 1998, s.7). 19. yüzyılın ikinci yarısında ekonomik ve sosyal sermayeyi elinde tutan Avusturyalı-Alman üst-orta sınıflar, piyasa

---

<sup>24</sup> Almanya kökenli rekabet teorilerinin, esas olarak ordo-liberal teorilerin etkisi detaylı olarak tartışılacaktır. Ancak Almanya dışında yer verilen diğer iki Avrupa ülkesi, İngiltere ve Avusturya'nın AB'nin farklı aşamalarında, özellikle de günümüzde, daha fazla etkisi olduğu söylenebilir. Bu iki ülkenin ABD'de dahi etkili olduğu düşüncesi de vardır. Özellikle Viyana Okulunun daha önce tartışılan Chicago Okuluna çok yakın olduğu, ve bu açıdan önemli olabileceği de söylenir. Bu nedenlerle Almanya dışında bu iki örneğe kısaca yer verilecektir.

anlayışları ve ekonomik özgürlüklere verdikleri önem nedeniyle “liberaller” olarak adlandırılmaya başlanmıştır. Liberaller, devletin piyasaya müdahalesini azaltmakta oldukça başarılı olmuş ve bu sayede ülkenin ekonomik performansında önemli iyileşme görülmüştür (Gerber, 1998, s.48-49). Bununla beraber, 1873 yılında yaşanan ekonomik buhran ülkede çok etkili olmuş ve krizin faturası büyük ölçüde liberal politikalara kesilmiştir. Oysa aynı dönemde ve hatta 1890’lı yıllara kadar ülkede karteller giderek güçlenmiş ve bunlar ülkedeki önemli sanayi kollarında üretim ve fiyatları kontrol eder hâle gelmiştir. Aslında o dönemde kartelleri yasaklayan yasalar mevcut olmakla birlikte, bu yasaların etkin olarak uygulanmasının söz konusu olmadığına dikkat çekilmelidir (Gerber, 1998, s.51-52).

Uygulamayı daha etkin hâle getirmek için Avusturya’da o dönemde yeniden rekabet mevzuatına ilişkin çalışmalara öncelik verilmiştir. Bu dönemde, görüşleri aslında o yıllar için yenilikçi sayılabilecek nitelikte olan Adolf Menzel isimli bir hukukçu ön plana çıkmıştır (Gerber, 1998, s.55). Menzel de, kendi döneminin ve hatta günümüzün tüm rekabet uzmanları gibi, kartellerin, fiyatları yükseltmede çok etkili olabileceklerini ve bu nedenle bunların topluma zarar verebileceklerini savunmaktaydı. Bununla beraber, Menzel bazı kartellerin olumlu etkilerinin de olabileceğini düşünmekteydi. Bu doğrultuda, yasal düzenlemelerin, zarar veren kartelleri yasaklarken, olumlu etkileri olan kartellere izin verecek şekilde yapılması gerektiğini savunmaktaydı. Ayrıca Menzel, kartellerin ve diğer özel ekonomik güçlerin, fiyatları tek taraflı olarak yükseltmesinin sonucunda kendi kendini yok edeceği görüşüne de karşı çıkmaktaydı<sup>25</sup>.

---

<sup>25</sup> Bu görüş günümüzde Chicago Okuluyla özdeşleştirilmektedir. (Gerber,1998, s. 56)

Bu nedenle dönemin diğer liberalleri gibi, Menzel de kartellerle mücadele ve genel olarak rekabet mevzuatının uygulanması için özel bir idari otorite oluşturulmasını önermekteydi. Buna rağmen, Avusturya’da o dönemdeki tüm çabalara rağmen, rekabet mevzuatı kabul edilememiştir.

Avusturya’da 19. yüzyılın ortalarından sonra yaşanan bu gelişmeler, Avrupa’da rekabet hukukunun ve hatta bir “Avrupa rekabet hukuku geleneğinin oluşumu açısından önemlidir (Gerber, 1998). Zira Viyana Okulu, Avrupa’da ABD’den bile önce gelişen bir liberal piyasa anlayışını ve bu çerçevede ele alınan bir rekabet politikasını ortaya koymaktadır. Ayrıca Viyana Okulu’nun liberal bir anlayışı benimserken, Amerikan sistemine açıkça karşı çıkan yaklaşımı, Avrupa’nın kendine has bir rekabet sisteminin oluşturulması bağlamında bir nevi model olmuştur. Avrupa’da, 20. yüzyıl öncesi Avusturya’ya dayanan, rekabet konusunda uzmanlaşmış bir idari otoritenin yetkili kılınması ve rekabet hukukunun uygulamasını üstlenmesi anlayışı gelişmiştir. Her ne kadar Avusturya, Avrupa Birliği’nin kurucu ülkelerinden değilse de, bu anlayış, Alman Ordo-liberal akımının ve beraberinde Almanya’daki ilk rekabet mevzuatı alt yapısının oluşmasında ve daha sonra AT Kurucu Antlaşmalarında etkili olmuştur.

Alman sistemi, klasik liberalizm öğelerini sosyal demokrasiyle harmanlamaya çalışan Ordo-liberal okul tarafından kurulmuştur. Bu okulun etkisiyle, sosyal piyasa ekonomisi çerçevesinde rekabet, serbest bir piyasa ekonomisinin en önemli ögesi olmuştur. Doktrinde yer alan ağırlıklı görüşe göre AT rekabet hukukunu en çok etkileyen akım veya okul Ordo-liberal Alman Okuludur (Lovdahl-Gormsen, 2010),

(Schweitzer & Patel, 2013). Bu nedenle AT rekabet politikasında iktisadi etki ve temeller açısından bu okul, diğer akımlara nazaran daha detaylı olarak da incelenecektir.

İngiliz, Alman ve Avusturya sistemlerinin hepsi, farklı dönemlerde ulusal sistemlerinde meydana gelen gelişmelere paralel olarak, bir şekilde AT rekabet hukukunun temel felsefesini etkilemiştir. Bu üç sistemde kullanılan farklı yaklaşım ve hedefler, aynı zamanda rekabet sistemlerinin ve organizasyonlarının çeşitliliğinin de nedenini oluşturur. Bu sistemler iktisat okullarının veya yasal doktrinlerin etkisiyle farklı amaçlara hizmet edebildikleri gibi, ekonomik ve sosyal konjonktüre bağlı olarak da değişime ve reforma uğrayabilmektedir.

Gini ve McGowan'a göre Jean Monnet Memorandumu, Sherman Yasası (1890) ile gözle görülür benzerlikler içermektedir. Demir ve Çelik Birliği'nin kurulması aşamasında Amerikan hukukunun etkisini ölçmek tabii ki mümkün değildir. Bununla beraber, şunu söylemek mümkündür: katı olarak tanımlanabilecek bir düzenleme demir-çelik sektöründe yürürlüğe sokulmuştur ve bu düzenleme Amerikan sistemine çok uzak değildir (Cini & McGowan, 2008). Kuruluşunu takiben Komisyon ve rekabet politikası alanında etkisi olan AKÇT (1951) yetkililerinin Amerikan eğitimi almış olmaları da bu etkiye katkıda bulunmuştur (Schweitzer & Patel, 2013). Buna ek olarak altı çizilmesi gereken başka bir husus ise Paris Antlaşması'nın (1951) Roma Antlaşması'ndan (1957) farklı olarak birleşme ve devralmaları da içermesidir. Burada Clayton Yasasının (1914) etkisinden de bahsetmek mümkündür. O dönemde önce sadece demir ve çelik sektörünü ilgilendiren rekabet hukuku ile ilgili maddeler AT'nin kurulmasıyla daha geniş uygulama alanlarına yayılmıştır. Bununla beraber, Roma Antlaşması ve diğer Kurucu

Antlaşmalar, Paris Antlaşması'ndan farklı olarak, birleşme ve devralmalara yönelik rekabet düzenlemeleri öngörmemiştir.

**1960'lı yıllarda** Mahkemenin rekabet hukuku alanındaki rolü, rekabet hukuku alanında yaptığı yorumlar vasıtasıyla kuralların uygulanmasını sağlamak olmuştur. AB rekabet politikasının en belirgin unsuru rekabeti kısıtlayıcı uygulamaların *ex post* denetlenmesidir (Schweitzer & Patel, 2013). Bu dönemde tekel meseleleri ve devlet yardımları rekabet politikası kapsamında fazla önemli olmamıştır. Hatta yatay ve dikey anlaşmalar üzerine oldukça ağır bir politik düzenleme olmasına rağmen, yoğunlaşmaların denetlenmesi yok denilebilecek kadar geri planda kalmıştır.

McGowan ve Gini'ye göre 60'lı yılların rekabet otoritesi daha çok tüketici yanlısı bir yaklaşımı tercih etmiştir (Cini & McGowan, 2008). Bu ilginç bir noktadır; çünkü yazarlara göre bu anlayış, daha sonraları AT tarafından sıkça vurgulanarak uygulanacak olan tüketici temelli rekabet yaklaşımından çok farklıdır. Öncelikle bu politikada, tüketiciye odaklanmaya sebebiyet veren “kamu yararı” boyutu çok açık şekilde görülmektedir. Öte yandan, aynı dönemde, Komisyon da kartellere veya güçlü sanayilere karşı tüketiciyi ön plana çıkarmaktadır. Yazarlara göre bu yaklaşım, dönemin AT rekabet hukuku üzerindeki Amerikan popülizminin etkisinin bir kanıtıdır (Cini & McGowan, 2008). Böyle olmakla birlikte, bu eğilim, rekabet politikasına tüketici refahı standardı yani etkinlik savunmalarının uygulanması şeklinde yansımamıştır. Aslında hem tüketiciyi koruma politikası hem de rekabet politikasının aynı idari kurum (Komisyon) tarafından yönetiliyor olması da, tüketicilerin faydasını gözetmenin, rekabetin birinci hedefi olarak görüldüğünü göstermektedir. Bu yaklaşımın temelinde de,

o dönemdeki genel anlayışa uygun olarak, serbest rekabetin sağlanmasının tüketicinin korunması için yeterli bir politika olarak görülmesi yatmaktadır (Cini & McGowan, 2008). Yani serbest rekabetin etkilerinin -bu fayda açık bir hedef olarak belirtilmesi dahi- her şekilde tüketiciye fayda sağlayacağı anlayışı yerleşiktir. Bu anlayışın özünde, zayıf olan tarafı, yani tüketiciyi, güçlü ekonomik oyunculara, yani rekabeti etkileyebilecek büyüklükte olan şirketlere karşı korumak hedefinin olduğu söylenebilir.

**1960'lı yılların sonu**, Komisyonun yenilik meselesine eğildiği, bilim ve teknoloji konularında çalışmaya ve bir araştırma politikası oluşturmaya başladığı dönemdir (Schweitzer & Patel, 2013). Komisyon yine bu dönemde sınırlar arası yoğunlaşmalara ve araştırma/geliştirme sanayilerine, istihdamı artırmak amacıyla destek vermiştir. Bununla beraber, o yıllarda yürütülen politikaların temel amacı, hâlâ, Ortak Pazar'ın oluşturulması ve işleyişinin sağlanmasıdır. Sonuç olarak 70'li yıllara kadar AT hukuku rekabet ve tüketici yanlısı bir karaktere sahip olmuştur.

**1970'li yıllarda** patlak veren petrol krizi, farklı bir ekonomik çerçeve yaratmış ve rekabet politikası da bundan etkilenmiştir. Bu dönemde, devlet yardımlarında önemli bir artış görülmüştür. Bununla beraber, rekabet politikasındaki esas gelişme, hakim durumdaki teşebbüslere verilen önem ve kötüye kullanma sayılan davranışlar ile mücadelede sergilenen kararlılık olmuştur (*Continental Can*, 1973). AB rekabet hukukunda sembolik önemi olan *Continental Can* (1973) kararı bu dönemde alınmıştır. Kurucu Antlaşmaların lafzında yer almamasına rağmen, yoğunlaşmaların

denetlemesinin 82. Madde kapsamında mümkün olduğu ilkesi bu alanda özel düzenleme yürürlüğe girene kadar<sup>26</sup> uygulanmıştır.

**1970’li yılların ikinci yarısında**, rekabet kurallarının devlet yardımları alanında müdahale araçları olarak kullanılması konusunda çeşitli tartışmalar ortaya çıkmıştır. Gini ve McGowan’a göre Komisyon, bu dönem boyunca devlet yardımları alanındaki kuralları yeterince katı bir şekilde uygulamamıştır (Cini & McGowan, 2008). Bunun sonucunda arka arkaya tutarlı olmayan kararlar verilmiş ve bu kararlar 80’lerin ortasına kadar güdülen politikaları olumsuz yönde etkilemiştir. Bu sorunlara rağmen, 80’lere kadar rekabet hukukunun uygulama alanı genişlemiş ve mevzuat da giderek daha ayrıntılı hâle gelmiştir.

**1970’lerin sonunda** AT rekabet politikası, fazlasıyla merkezi, verimsiz ve siyasi baskılar karşısında çok zayıf olduğu yönünde ciddi eleştirilere maruz kalmıştır. Wilkes ve McGowan (Wilkes & McGowan, 2006), 80’lerden itibaren iktisadi politikalarda görülen değişimi üç gelişme ile açıklamaktadır: i) neoliberal yeni iktisat politikası, ii) daha dinamik bir siyasi idare, iii) Komisyonun deneyim birikimi ve yasal düzenleme yapma yetkilerinin artması. Bu gelişmelerden belki de en önemlisi Komisyonun deneyim birikimidir. Çünkü Komisyon, bu deneyimi sayesinde daha yenilikçi, daha proaktif ve daha bilinçli politikalar yürütebilmiştir. Konumuz açısından altı çizilmesi gereken husus, 80’li yıllardan itibaren, muhtemelen sadece Amerika’da değil, AT üyesi devletlerin de hükümetlerinde ağırlık kazanan ideolojik eğilim sonucunda Avrupa Topluluğu’nda neoliberal bir etki gözlemlenmenin mümkün olmasıdır. Bununla beraber,

---

<sup>26</sup> Yoğunlaşmaların Denetlenmesine ilişkin ilk mevzuat olan 4064/89 Sayılı Konsey Tüzüğü 1989’da kabul edilmiştir.

ileride de görüleceği gibi, aynı eğilimin rekabet hukukuna ilişkin Mahkeme kararlarına yansımadağı ve daha da önemlisi ABD'deki düzeyde bir tüketici refahı standardı ve muhakeme kuralı uygulamasına yol açmadığı da bir gerçektir.

**1980'li yıllar,** AT rekabet hukukunun uygulama alanının genişlemesi bağlamında önemli bir dönemdir. Devlet yardımları ve yoğunlaşmaların kontrolü meseleleri, bu dönemde AT politikası çerçevesinde bir öncelik teşkil etmiş; yoğunlaşmaların kontrolü konusu, 80'lerin sonuna doğru rekabet politikasında iyice merkezi bir konuma oturmuştur (Schweitzer & Patel, 2013). Bu yönelimin iki ana nedeni vardır. İlk olarak, ekonomik bütünleşme ve Ortak Pazar öyle bir seviyeye ulaşmıştır ki Topluluk düzeyinde bir kontrol mekanizmasının kurulması gereklilik haline gelmiştir. İkinci olarak da ATAD *Philip Morris/Rothmans* kararında (1987) Roma Antlaşması'nın 81. maddesi çerçevesinde de olası bir yoğunlaşma kontrolünü kabul etmiştir. Ayrıca bu dönemde AT'de, yoğunlaşmaların kontrolüne özel, ortak bir mevzuatın belirlenmesi konusunda da fikir birliği ortaya çıkmıştır (Cini & McGowan, 2008). Tartışmalar, daha ziyade, bu kontrolün nasıl yapılacağı konusuna odaklanmıştır. Cini ve McGowan'a göre, yoğunlaşma kontrolüyle ilgili 1989'da çıkan ilk düzenleme, güçlü bir rekabet politikasını savunan görüşler için bir zafer teşkil etmektedir. Bunun yanında, devlet yardımları alanında görülen değişiklik ise, önceki politikaların eksikliklerinin ve hatalarının bilincine varılmasından ibarettir. Bu alanda rekabet hukuku uygulamasının yöntemlerinin daha etkin olması gereği ortaya atılmıştır (Cini & McGowan, 2008). 80'lerin sonuna doğru Komisyon, rekabet politikasının uygulanmasında, genel olarak, mevzuatın daha etkin şekilde ve ulusal mahkemelerin de



dâhil edilmesiyle ve Komisyonun daha önce münhasır olan yetkilerinin paylaşılmasıyla merkeziyetçilikten daha uzak uygulanması için çaba göstermiştir.

**Sonuç olarak,** Avrupa Topluluğunun kuruluşundan önce ve sonra gelişen ulusal rekabet hukuku yaklaşımlarının Topluluk hukuku üzerinde etkili olduğunu söylemek mümkündür. En önemli etki, rekabet hukukunun uygulama ve denetiminin bağımsız idari kurumlar tarafından yapılması gerektiği görüşünün Topluluk ve üye devletlerde kabul edilmesidir. Bu unsur halen AB rekabet hukuku sistemi ile ABD rekabet hukuku sistemi arasındaki en önemli farklardan birini oluşturmaktadır. Diğer taraftan AT rekabet hukukuna ABD rekabet mevzuatı kadar Avrupa kökenli iktisat ekollerinin de katkısı olmuştur.

## **1.2. AT Rekabet Politikasının İktisadi Temelleri**

Avrupa Topluluğu'nun oluşumundan itibaren rekabet politikası ve hukuku, ABD'de bu konuya öteden beri verilen öneme eşdeğer şekilde önem kazanmıştır (Gerber, 1998). Roma Antlaşması'na kadar uzanan AT rekabet politikasının en önemli amacı, Ortak Pazar'ın kurulması ve işler hâle gelmesidir. Kurucu Antlaşmalar 'da rekabet politikası, önce Ortak Pazar'ın, sonra iç pazarın işleyişinin ayrılmaz bir parçası olarak görülmektedir. Anılan amaç, AT döneminde doktrinde olduğu kadar, mahkeme kararlarında da ön plana çıkmaktadır.

**Ordo-liberal teori** doktrinde ağırlık kazanan görüşe göre (Fox, 2002), (Dabbah, 2003), (Gerber, 2010), (Mestmäcker, 2010), (Lovdahl-Gormsen, 2010), Avrupa Topluluğu'nun özellikle kuruluş yıllarında rekabet politikasının iktisadi temellerini oluşturmuştur. 1930'lu yıllarda Almanya'da ortaya çıkan bu akımın Avrupa

Topluluğu'nun oluşumu safhasında rekabet hukuku üzerinde farklı nedenlerle önemli etkileri olmuştur. Bu nedenlerden biri, daha sonra da göreceğimiz gibi AT'nin kuruluşunda rekabet hukukunun uygulanmasında rol oynayan Komisyon yetkilileri olmuştur. Bu noktada incelenmesi gereken bir başka neden ise, Avrupa'da rekabet hukuku geleneği olarak görülebilecek en önemli teorinin, Alman kökenli bu okula dayanmasıdır. Bu sav, özellikle Gerber tarafından ortaya koyulmuştur (Gerber, 1998, s.2-3, 263-265). Gerber, Avrupa rekabet hukukunun temelinde Viyana ve Freiburg gibi Avrupa kökenli iktisat ve hukuk okullarının bulunduğunu ileri sürmektedir. Aksine Gini ve McGowan'a göre, Alman hukuku çerçevesinde rekabet kanunu, 2. Dünya Savaşı'nın hemen ertesinde, Amerikan etkisi altında ortaya çıkmıştır. ABD, Almanya'da kurulacak bir serbest rekabet sistemini, sadece serbest piyasanın tesis edilmesine dönük bir adım olarak değil, aynı zamanda demokrasinin gelişmesini sağlamak ve nasyonal sosyalizmin yeniden canlanmasını engellemek için gerekli bir sistem olarak görmüştür (Cini & McGowan, 2008). Bununla beraber, bu yaklaşım özellikle bir açıdan pek tatmin edici değildir. Freiburg'da gelişen bu iktisadi akım, dönemin koşulları ile birlikte değerlendirilirse Gini ve McGowan'ın iddia ettiği kadar özgün bir akım olarak karşımıza çıkmaktadır. 1930'ların Almanya'sında gelişen akım, öncelikle Nazi Almanya'sı ve nasyonal sosyalizme bir tepki olarak doğmuştur. Bu okul esasen liberal bir iktisat teorisini esas almakla birlikte, klasik liberalizmden farklı bir ekonomik sistem önermektedir. Nasyonal sosyalizme karşı bireyin ekonomik özgürlüğünü savunan akım, bir taraftan da Anglo-Sakson liberalizm anlayışına karşı devletin denetleyeceği bir ekonomik sistemi öngörmektedir.

Ayrıca başka bir görüşe göre Ordo-liberal teorinin en önemli özelliği, ekonomik sistem ile yasal ve siyasî sistem arasında kurduğu bağlantıdır. Bu akım “ekonomik anayasa” kavramı altında, istenilen ekonomik sistemin kurulması için doğru ve güvenilir yasal ve siyasal zeminin mevcut olmasının gerekli olduğunu savunur. Bu açıdan ele alındığında Ordo-liberal teoriler, pazar ekonomisi üzerine inşa edilmekte olan yeni bir topluluk için son derecede uygun bir rekabet sistemi önermektedir (Gerber, 1998, s.264).

Ordo-liberal teori, özellikle serbest bir piyasa için gereken anayasal ve hukuki şartlarla ilgilenir. Temel hedef, bireylerin iktisadi özgürlüğünü garanti altına alan bir ekonomik ve yasal sistemin kurulmasıdır (Willgerodt & Peacock, 1989). Böyle olmakla birlikte, Gerber’in de belirttiği gibi, Ordo-liberal akım açısından en belirleyici unsur, bu akımın ortaya çıktığı dönemin ekonomik ve siyasi şartlarıdır (Gerber, 1998, s.240). Bu bağlamda Ordo-liberal düşünce, ekonomiyi, insan odaklı bir bilim olarak algılar. Öne sürülen teoriler, aynı zamanda özgürlüğün verimlilik sağladığı varsayımına dayanmaktadır. Bu nedenle özgürlük ögesi o kadar önemlidir ki, açıkça verimsiz olsa dahi desteklenmesi gerekir. Bunun yanı sıra, Ordo-liberaller için verimlilik, bireyler için seçim olanaklarının mevcut olması ve bu olanakların devamlılık arz etmesi anlamına da gelmektedir. Bu bakış açısı, mesela, tekellerin etkin olsalar dahi neden engellenmesi gerektiğini de açıklar.

Ordo-liberaller için özel sektörün gücü aslında tehlikeli değildir. Willgerodt ve Peacock’un Ordo-liberal düşünceye ilişkin yaklaşımlarına göre, bu güç, yalnızca devlet tarafından muhafaza edildiğinde veya savunulduğunda sorunlu hale gelir. Yani devlet tarafsız olmalı ve devletin yapacağı müdahaleler de akılcı olmalıdır. Kartellere karşı

koymak ve tekelleri kontrol altında tutmak adına, uzmanlaşmış rekabet kurumlarının kurulması bu düşünceyi yansıtır. Bu şartlar altında, yani devletin uzmanlaşmış kadrolar eliyle müdahalelerde bulunduğu ve özel ekonomik güçler üzerinde devlet korumasının olmadığı durumda, şirketlerin rekabet özgürlüklerinden faydalanabilmelerini sağlayacak, öngörülebilir ve sağlıklı bir rekabet politikası oluşturmak mümkün olabilecektir.

Ordo-liberalizm için rekabet politikasının asıl hedefi, ekonomik özgürlüğü muhafaza etmektir (Page, 2008). Bu özgürlük kaygısının kökeninde, Weimar Almanya'sı kartellerinin ekonomik gücü ve nasyonal sosyalizmin kamu gücünü aşırı kullanması deneyimleri vardır. Bu teori, bireyin ekonomik gücünün ne pahasına olursa olsun her türlü kötüye kullanmaya karşı korunması gerektiğini savunmaktadır. Ekonomik verimlilik bu teori içinde bir bakıma ima edilmektedir; ancak kuşkusuz bu, nihai hedef değildir (Page, 2008). Bu anlamda ekonomik verimlilik ancak ekonomik özgürlük hedefinin bir yan unsuru veya türevi olabilir.

Ordo-liberal akımın en önemli teorisyenlerinden Böhm'e göre serbest piyasanın en önemli ögesi, fiyatların serbest şekilde belirlenmesidir (Böhm, 1989). Fiyatlar, kamu kurumları tarafından belirlenirse, talep, kalitenin iyileştirilmesi yönünde hiçbir teşvik olmaksızın, yapay şekilde yukarı çekilir. Arz tarafında ise, temel sanayi kolları sermaye birikimi için yatırım yapamaz; çünkü ürünler nihai ürün üreticileri arasında dağıtılır. Bu yüzden piyasayı serbest rekabete açmak kaçınılmazdır. Bununla beraber, piyasanın korunmaya ihtiyacı vardır. Böhm kamu tarafından yapılan her türlü müdahale veya kontrole karşı değildir. Serbest piyasanın sağlıklı olarak işleyişine ve kendi düzenine etki edebilecek yasal düzenleme ya da idari kararlardan kaçınılmalıdır. Bu tür önlemler

yalnızca serbest rekabetin düzgün işlemlerini sağlamak için uygulanabilir. Esasında Böhm, kartellerin ve tekellerin kontrolünün, mahkemelerin incelemesine tabi tutulacak bir rekabet kurumu tarafından gerçekleştirilmesini savunur.

Böhm özellikle “ekonomik anayasa” ile Weimar Dönemi Almanya’sının pozitif anayasası arasında bir ayırım yapar. Bu pozitif anayasa, Böhm’e göre, ekonomi için merkezi bir planlama öngörmektedir. Bu durumda ekonomik özgürlükler yasal çerçevede gerçek anlamda korunmamaktadır. Halbuki Böhm’e göre, ekonomik anayasanın yapılması için kullanılacak esas yasal araç, özel hukuk olmalıdır. Yani, esasen, Böhm rekabet hukukunu özel hukukun bir parçası gibi algılar. Buna göre, rekabet hukuku, bireylerin ekonomik hak ve özgürlüklerini özel hukuk kuralları çerçevesinde korumayı amaçlamaktadır. Böylelikle Böhm, meseleyi özel hukukun sorunları alanına dâhil etmektedir.

Böhm ve ordo-liberal başka yazarlar, devletin piyasaya müdahalesi konusuna yönelik olarak kendi çözümlerini geliştirmiştir. Bireysel özgürlüklere vurgu yapan bir teori için, bu özgürlüğün sınırlarını çizmek kaçınılmazdır. Ordo-liberaller için bu iktisadi gücün, gerekirse devlet kontrolünde de olsa, sınırlandırılması önemlidir. Bu fikir özellikle Eucken’in yaklaşımında öne çıkar. Eucken “bırakınız yapsınlar” (*laissez-faire*) yaklaşımını eleştirir ve devlet yönetimini dışlamayan farklı bir rekabet politikası tasavvur eder.

Ordo-liberal hareketin en önemli savunucuları arasında olan Eucken, kuşkusuz kendi döneminin yazarlarının eleştirilerine de atıfta bulunarak, “bırakınız yapsınlar” ekonomik anlayışının çok daha ciddi şekilde eleştirilmesi gerektiğini savunur (Eucken,

2006). Bu yaklaşıma dayanan, piyasaya müdahale yokluğunun neredeyse otomatik şekilde serbest rekabete yol açacağı görüşünü reddeder. Eucken'e göre teşebbüsler serbest rekabet etmekten ziyade, tekelleşmeye eğilimli olmuştur. Bunun nedeni de, çok basit şekilde, bir teşebbüs için tekel durumunun daha kârlı olmasıdır. Öte yandan "bırakınız yapsınlar" yaklaşımı, uygun politika eksikliğinden dolayı mali istikrarsızlığa neden olmuş; bu da ekonomik krizlere ve toplumsal gerginliklere yol açmıştır. Bu yüzden devletler şu ya da bu şekilde piyasaları düzenlemek zorunda kalmış ve artık sıfır müdahaleden söz etmek imkânsız hale gelmiştir. Eucken'e göre bütün bunlardan, piyasanın kendi yöntemleriyle bir düzen kurmasının imkânsız olduğu sonucunu çıkarmamız gerekir. Böylelikle Eucken, genelde Adam Smith'e atfedilen "piyasanın gizli eli" teorisini reddeder.

Eucken'in teorisinin temelinde, tam rekabet piyasasının hüküm sürdüğü ekonomik düzen yatar. Buna göre, gerçekten rekabet olabilmesi için hem arz hem talep açısından rekabet olmalıdır. Tüm iktisadi politikalar, özellikle de rekabet politikası, bu görüş üzerine kurulmalıdır. Rekabet politikası, ekonomik temelleri tüm piyasalarda düzen sağlayan bir sistem olmalıdır. Ancak böyle bir düzen oluşturulduğu takdirde piyasalar faydalı şekilde işleyebilirler. Burada söz konusu olan, tüm iktisadî oyuncuların tamamen serbest şekilde, yani müdahale olmaksızın seçimlerini yaptıkları bir "bırakınız yapsınlar" sistemi değildir. Şirketler istedikleri faaliyeti gerçekleştirmekte özgürdür; yani onların sözleşme ve hareket özgürlükleri vardır. Tüketiciler de kendilerine sunulan ürün ve hizmetlere göre kendi seçimlerini yapmakta özgürdür. Böyle olmakla birlikte, tüketicilere verilen bu seçim hakkı, hiçbir şekilde iktisadi sürecin şeklinin belirlenmesi

konusunda bir özgürlük ya da hak teşkil etmez. Tüm iktisadi faaliyetler devlet gözetimine tabidir.

Tam rekabetin en önemli unsuru açık piyasadır. Eucken'e göre, ticaret, piyasaya giriş ve yatırım konularında kısıtlamaların olmadığı bir açık piyasa çerçevesinde, tekeller ve oligopollerin muhafaza edilmesi zordur. Fiyatın gerçekten rekabet sürecinde belirlenebilmesi için, hem arz hem de talep tarafında açılımlar yapılmalıdır. Bu durumda, tam rekabeti "bırakınız yapsınlar" ekonomisinin öngördüğü piyasadan ayıran en temel unsur, bir denetim sisteminin gerekliliğine yapılan vurgudur. Öte yandan tam rekabetçi piyasalar, tekellerden farklıdır. Eucken'e göre yarı tekeller ya da oligopolcü piyasalarda, rakip firmalar üzerinde daima kısıtlamalar vardır. Tam rekabet durumundaysa bu tür kısıtlamalar yoktur.

Bununla birlikte, Eucken tam rekabet çerçevesinde dahi tekeller şeklinde hakim durumda olacak güç pozisyonların oluşmasının mümkün olduğunu itiraf eder. Demiryolları veya sağlık hizmetleri alanında görülebilecek bu tür tekeller gerçek bir maliyet faydası temelinde kurulur. Eucken'e göre bu tür monopoller kamu gözetimi ya da kontrolü yoluyla engellenmelidir. Bu tekellerin devletleştirilmesi de bir çözüm olarak görülemez. Bu durumda tek çözüm, bu tekellerin denetiminden sorumlu bir kamu kurumu oluşturmaktır.

Bu noktada Eucken, bu doktrin çerçevesinde her zaman tartışmalara konu olmuş bir fikri savunur. Eucken'e göre tekellerle ilgili mevzuatın ve tekelleri denetleyen kurumun amacı, rekabeti engelleyen kısıtlamaları kaldırmak değildir sadece. Bu kurum aynı zamanda, tekellerin, piyasada tam rekabet "varmış gibi" davranmasını sağlamalıdır.

Yani tekellerin davranışları, rekabete uygun olmalıdır. Burada amaç, esasen rekabetçi olmayan bir piyasada tam rekabet altında doğabilecek bir durum yaratmaktır.

Eucken'e göre tam rekabet, bir ülkede uygulanacak tüm ekonomik politikaların başlangıç noktası ve alınacak tüm ekonomik önlemlerin asıl kriteri olarak, sistemin merkezine yerleştirilmelidir. Bu anlayış, "ekonomik anayasanın" en temel ilkesini oluşturur. Modern iktisat, her şeyden önce, bir "birbirine bağımlılıklar" sistemidir. O halde, alınacak tüm ekonomik önlemlerin birbiriyle tutarlı olması gerekir. Bunun sağlanması ise ancak ekonomik anayasa prensibinin, ekonominin istisnasız tüm alanlarında uygulanması halinde mümkün olur. Böyle bir sistemin yaratılması ise tamamen hem iktisadi hem de hukuki anlamda bir bütünlük sağlayacak olan ekonomik anayasanın oluşturulmasına bağlıdır.

"Ekonomik anayasa" kavramı, Avrupa rekabet doktrininde önemli tartışmalara neden olmuştur. Mestmäcker'a göre ordo-liberal akım, yakın zamanda AT rekabet hukuku, özellikle rekabet politikasının modernizasyonu ve daha ekonomik olan yeni yaklaşım çerçevesinde yeni bir anlam kazanmıştır (Mestmäcker, 2010). Böyle olmakla birlikte, yazara göre bu akıma yöneltilen eleştirilerin kaynakları, özellikle de Gerber'in bu konudaki yaklaşımı, Ordo-liberal düşüncüyü doğru ve tüm dönemsel koşulları dikkate alacak şekilde algılayamamaktadır (Gerber, 1998). Gerber, Ordo-liberalizmin büyük olasılıkla müdahaleci bir ekonomik sisteme doğru gideceğini iddia etmektedir. Onun, bu sonuca varmasındaki esas neden, "ekonomik anayasa" kavramıdır. Böhm ve Eucken, hatta genel olarak Ordo-liberaller, teorilerini bu kavramın üzerine kurarlar. Bu kavram, Mestmäcker için, açık ve rekabetçi piyasayı temel alan bir ekonomik sistem anlamına



gelir (Mestmäcker, 2010). Yazar için ekonomik anayasanın amacı, yetkili kamu kurumlarının kamu gücünü kullanırken, sahip oldukları görev ve yetkileri suistimal etmelerini ve piyasa üzerinde gereksiz müdahalelerde bulunmalarını engelleyecek bir rekabet hukuku sistemi oluşturmaktır.

Gerber'e göre ordo-liberaller, aslında, rekabetçi bir piyasanın, ülkenin özgürleşmesi ve kalkınması için gerekli -hatta olmazsa olmaz- bir unsur olduğunu savunurlar. Bununla birlikte bireysel ekonomik özgürlüklerin uygulanmasının doğurduğu doğal koordinasyondan ibaret bir rekabet sistemi öngörmezler (Gerber, 1998). Ona göre, söz konusu olan, rekabet serbestliğinden çok rekabet görevi veya ödevidir. Yani ordo-liberaller rekabet hukukunu, rekabetin gerçekleştiği koşulları belirleyen bir yasal çerçeve olarak ele alırlar. Bu şartlar, tam rekabet modelinde gerçekleşebilir. Mestmäcker bu yaklaşımı reddeder ve ordo-liberaller için özel ekonomik gücün rekabet hukukunun yapısını belirlemediğini savunur. Bu yapı, rekabet kısıtlamalarının yasal ve ekonomik özellikleri dikkate alınarak karşılaştırılmalıdır. Yani esas amaç serbestliği garanti altına almaktır ve bu, her türlü kısıtlamanın kaldırılmasıyla gerçekleştirilebilir. Bu serbestlik tasarımı bazıları tarafından “negatif serbestlik” olarak tanımlanır ve liberal düşüncenin temelini oluşturur.

**Ordo-liberalizmin AT Rekabet Hukuku üzerindeki etkisi** literatürde zengin tartışmalara konu olmuştur. Bazı görüşlere göre ordo-liberalizm ve tüketici refahı standardı, rekabet hukukuyla ilgili, birbiriyle uzlaşmayan ekonomik yaklaşımlardır. Ordo-liberalizmin AT rekabet hukuku üzerinde önemli bir etkisinin olması ve tüketici refahı standardınınsa Komisyon tarafından rekabet politikasının modernizasyonu

çerçevesinde öne sürülen ekonomik yaklaşımın merkezinde yer alması nedeniyle, bu ikisi arasında bir kıyaslama yapılabilir.

Daha önce de belirtildiği gibi, Ordo-liberal teori temel olarak, toplumun ihtiyacı olan ekonomik sistemin oluşturulabilmesi için öncelikle bütün ekonomi politikalarını kapsayacak şekilde bir yasal çerçeve yani ekonomik anayasa oluşturulmasını savunmaktadır. Bu nedenle, Ordo-liberalizm, 20. yüzyılın ilk yarısında Avrupa’da var olan en önemli rekabet teorisi olmasının dışında, bu temel anlayış nedeniyle AT’nin kuruluş yıllarında rekabet politikası için en elverişli teori olarak nitelendirilmektedir (Gerber, 1998, s.264-265). Bilindiği gibi, uzun bir süre Avrupa Topluluğu’nun amacı sadece ekonomik bütünleşme yaratmak olmuş, dahası, siyasi entegrasyon denemeleri de başarısızlığa uğramıştır. “Avrupa Ekonomik Topluluğu” olarak kurulan bu oluşumun asıl amacı, engellerin olmadığı bir serbest ticaret ortamı yaratmak olmuştur. Çıkış noktası ekonomik entegrasyon olan bu yeni Topluluk, Kurucu Antlaşmalar’da esasen ekonomik sistemin kurallarını öngören bir yasal mevzuat oluşturmuştur. Bu anlayış, ordo-liberal teorilerin önerileri ile tam anlamıyla örtüşmektedir.

Gerber, Roma Antlaşması’nın öngördüğü rekabet kurallarının ordo-liberal teoriden etkilendiğini savunmaktadır (Gerber, 1998, s.264-265). Bu görüşe göre Antlaşmanın 85. ve 86. maddeleri, Avrupa’da başka ülkelerde görülen hiçbir rekabet mevzuatına benzememektedir ve burada Ordo-liberal Okulun ve Almanya’nın etkisi açıktır<sup>27</sup>. Aynı görüşü savunan Ahlborn ve Grave de ordo-liberal okulun AT rekabet

---

<sup>27</sup> Cini ve McGowan’ın doğrudan *Sherman Yasasının* neredeyse kopyalanmış olduğu iddiasının<sup>27</sup> aksine Gerber, anılan maddelerin kartellerle mücadele alanında ABD’dekine benzer bir yaklaşıma sahip

mevzuat ve uygulamasındaki önemli etkilerini ortaya koyar (Ahlborn & Grave, 2006). Yazarlar ordo-liberalizmi esas olarak sosyalizmin planlı ekonomisi ile “bırakınız yapsınlar” ekonomisi arasında bir “üçüncü yol” olarak tanımlamaktadırlar. Yazarlara göre bu akım, hukukçu olan Böhm ve Grossman-Doerth ile ekonomist olan Eucken tarafından ortaya atılmıştır. Ahlborn ve Grave özellikle Eucken’in geliştirdiği ekonomik teoriyi ele alarak, onu, tüketici refahı standardıyla kıyaslamaktadır. Yazarlara göre ordo-liberalizmin AT rekabet hukuku alanındaki etkisi dört öge çerçevesinde vücut bulur: (i) piyasada hakim durumdan söz etmek için belirlenen düşük eşik, (ii) hakim durumdaki şirketlerin özel sorumlulukları, (iii) tek taraflı davranışlara karşı neredeyse *per se* yani şekilci (formalist) bir yaklaşım, (iv) hakim durumun kötüye kullanılmasının yasaklanması.

Ahlborne ve Grave’e göre makro iktisat açısından bakıldığında, ordo-liberallerin geliştirdiği birtakım fikirlerin günümüzde dahi çok geniş kabul gördüğü söylenebilir.<sup>28</sup> Avrupa rekabet hukuku geleneğinde, önce Viyana Okulu ve sonrasında Ordo-liberal Freiburg Okulu’nun etkisiyle, rekabet uygulamasının uzmanlaşmış ve bağımsız bir idari kurum tarafından yapılması gerektiği anlayışı artık adeta kemikleşmiştir. Yazarlara göre ordo-liberalizm mikro iktisat alanında daha az iz bırakmıştır. Ordo-liberal yaklaşıma göre tam rekabet piyasası hiçbir şirketin tekel olmadığı veya hakim bir durumda bulunmadığı piyasadır. Bununla beraber, tam rekabet piyasasından söz edebilmek için,

---

olduğunu kabul etmekle birlikte, özellikle hakim durumun kötüye kullanılmasını yasaklayan maddenin tamamen ordo-liberalizmin etkisiyle ortaya çıktığını ifade etmektedir<sup>27</sup>. (Gerber, 1998, s.264-265

<sup>28</sup> İşlem piyasalarının planlı piyasalardan üstün oldukları veya serbest rekabet altında piyasanın ürün fiyatlarını kendi belirlemesi gerektiği gerçeği bu alanda verilebilecek örneklerdir. Daha da önemli bir örnek, rekabetin özel bir düzenleme ve uzman bir kurum tarafından korunması gerekliliğidir. Yani bağımsız olarak hareket edebilecek şekilde oluşturulan rekabet kurumu, varlığını büyük ölçüde ordo-liberal yaklaşıma borçludur. (Ahlborn & Grave, 2006)

böylesi bir durumun kaçınılmaz olduğu bir piyasada dahi, hakim durumdaki şirketler de dahil olmak üzere, piyasanın tüm oyuncularının “tam rekabet varmış gibi” hareket etmesi gerekmektedir. Albohrn ve Grave’e göre bu bakış açısı piyasanın dinamik yapısını inkâr etmektedir. Daha da önemlisi, piyasa gücünün yeniliğin kaynağı olabileceği gerçeği, bu yaklaşımda dikkate alınmamaktadır. Halbuki bu iki kavram, yani dinamizm ve yenilik, tüketici refahı veya faydası için ve genel olarak piyasanın gelişmesi için son derecede önemlidir.

Ordo-liberalizmin başka bir tartışmalı yanı da yapısalcılığıdır. Bu akım, tam rekabeti sağlamak adına oligopollerin ne pahasına olursa olsun engellenmesi gerektiğini savunmaktadır. Oysa bazı piyasalar, örneğin yüksek teknoloji piyasası veya farmakoloji piyasası oligopolistik yapılara doğru eğilim gösterir. Günümüzde teşebbüs davranışlarıyla piyasanın verimliliği arasında kesin bir korelasyon olması gerektiği fikri büyük ölçüde kabul görmektedir. Hatta rekabet politikası açısından bakıldığında, tercih edilmeyen bazı yapıların aslında verimli ekonomik sonuçlar doğurabildiği de kabul edilmektedir. Öte yandan eğer ekonomik özgürlük hedefine verimsiz etkiler pahasına öncelik verilirse tüketicilerin zarar görmesi riski ortaya çıkacaktır.

**Ordo-liberalizm ile tüketici refahı standardının karşılaştırılması** da iki iktisat okulunun ne kadar farklı rekabet politikalarına yol açacağını ortaya koyabilir. AB rekabet politikası açısından böyle bir karşılaştırma yapılması anlamlıdır. Bu karşılaştırma, şayet Ordo-liberalizm Topluluğun rekabet hukukunda etkili olduysa, tüketici refahı standardının uygulanması halinde ortaya çıkabilecek uyumsuzlukları da tespit etmemize yardımcı olacaktır.

ABD rekabet hukuku incelemesinde ortaya koyulduğu üzere tüketici refahı rekabet politikasının ana hedefinin iktisadi etkinliği artırmak olduğu ilkesine dayanır. Bu yaklaşım bu noktada Ordo-liberal teoriden ayrışır. Yani bu iki yaklaşım öncelikle amaçları açısından farklıdır. Ordo-liberalizm her şeyden önce ekonomik özgürlüğu, rekabet ve tam rekabet özgürlüğünü korumayı amaçlamaktadır. Tüketici refahının ise doğrudan doğruya ekonomik bir hedefi vardır: tüketici refahının maksimize edilmesi. Yazarlara göre, iktisadi serbestlik ordo-liberalizmin nihai hedefi olsa dahi, bu yaklaşımda ekonomik özgürlüğün teknolojik gelişme ve özellikle dağıtım verimliliği sağlayacağı varsayımını bulmak mümkündür. Bu durumda sorulması gereken asıl soru, iktisadi özgürlüğün korunmasının sadece bu verimliliği değil, tüketici refahını da sağlayıp sağlayamadığıdır.

Ahlborn ve Grave'e göre ordo-liberalizmin bir çok temel unsuru, tüketici refahı yaklaşımıyla bağdaşmamaktadır. Ahlborn ve Grave bir ekonomik yaklaşım olarak tüketici refahı standardının aslında ordo-liberalizmindeki gibi gelişmiş bir iktisadi teori oluşturmadığını kabul eder. Söz konusu olan, sadece, tüketici refahını rekabet politikasının ana hedefi olarak kabul etmektir. Bu durumda devletin bir düzenleme yapması veya müdahalede bulunması, yalnızca tüketicilerin zarar gördüğu bir durum varsa doğrulanabilir. Dolayısıyla etkiler temelinde kurulmuş bir yaklaşımdan söz edilebilir. Yani bu durumda genel olarak, *per se* veya doğal olarak rekabete aykırı uygulamalar bulmak daha zordur.

Ordo-liberalizm ve tüketici refahı yaklaşımı arasında bir kıyaslama yapılırken, bu kıyaslamanın tarihsel boyutu da ihmal edilmemelidir. Ordo-liberalizm, Alman doktrini

tarafından 1930'larda geliştirilmiştir. Tüketici refahı ise Chicago Okulu tarafından ileri sürülmekle birlikte, oyun teorisinden de ilham alan bir yaklaşımdan gelişmiştir. Tüketici refahı, günümüzde rekabet politikasının arkasındaki ana düşünceyi oluşturur. Oysa bu yargının reddedilmesi gerekir, çünkü ordo-liberalizm de, günümüz Almanya'sının rekabet politikasını belirleyen ideolojidir (Ahlborn & Grave, 2006). Bu durumda bu teorinin doğuşundan beri değişikliğe uğramadığını varsaymak pek gerçekçi olmaz.

**AT rekabet hukukunda amaç tartışması**, rekabet politikalarına yön veren olmuş farklı iktisadi akımların da etkisinde kalmıştır (Gürkaynak, 2003). Bu tartışmalara baktığımız zaman literatürde Ordo-liberal akım dışındaki bazı iktisadi akımlara da yer verildiğini görmek mümkündür. Ancak daha sonra yapacağımız incelemede, Komisyonda mevzuatı oluşturulan yetkililerin yaklaşımlarına ve mahkeme kararlarına en fazla tesir eden iktisat okulunun Ordo-liberal okul olduğu görülecektir.

Literatürde AT döneminde rekabet politikasında görülen amaçlar tespiti ve gruplanmasında farklı görüşler ortaya çıkmıştır. Bu bölümde bunlardan sadece bazılarını kısaca yer verilecektir. Ahlborn ve Padilla (2007), esas olarak Gerber'in<sup>29</sup> görüşlerinden hareketle, dört unsurdan oluşan bir hedefler bütünü önerir: (i) rekabetin ve rekabet sürecinin korunması, (ii) ekonomik özgürlüğün korunması ve ekonomik gücün kısıtlanması, (iii) eşitlik, (iv) refah ve verimlilik<sup>30</sup>. İlk hedefle, yani rekabet ve rekabet sürecinin korunması ile ilgili olarak, yazarlar, AT rekabet hukukunun bu hedefi öne

---

<sup>29</sup> Gerber'e göre, AT rekabet hukukunda rekabetin korunması dört farklı hedefe yönelmektedir: (i) verimlilik ve refahın korunması, (ii) ekonomik özgürlüğün korunması, (iii) iktisadi değişimin teşvik edilmesi ve (iv) ekonomik gücün kısıtlanması. Supra note 28

<sup>30</sup> Son hedef ise, Ahlborn ve Padilla'ya göre, günümüzde en çok kabul gören hedefdir. Yetkililerin ve doktrinlerin çoğuna göre, rekabet, şirketlerin tek taraflı veya kolektif uygulamalarından tüketicilerin zarar görmesini engellemelidir. (Ahlborn & Padilla, 2007).

çıkardığı fikrini tamamen reddeder. Söz konusu olan sadece şudur: yetkililer ve AT mahkemeleri, rekabetin rakipler olmadan mümkün olmadığını düşünür; ancak bu düşünce hiçbir şekilde bu oyuncuların başka gruplardan korunacaklarını ima etmez. Buna karşın, yazarlara göre ikinci hedefin, yani ekonomik özgürlüğün korunması ve iktisadi gücün kısıtlanmasının, AT rekabet hukuku geleneğinde yeri vardır. Rekabet çoğu zaman özel ekonomik gücün kötüye kullanılmasına karşı bir mücadele aracı olarak görülür. Üçüncü hedef, yani eşitlik hedefi, küçük ve orta büyüklükteki şirketleri koruyan politikalar vasıtasıyla vücut bulur. Buradaki amaç, piyasa gücüne sahip şirketleri sanki rakipleri kendileri kadar güçlüymüş gibi davranmaya zorlamaktır.

Bu hedeflerden sonuncusu hariç hepsi, Ordo-liberal akımın, daha önce ortaya koyduğumuz ilkeleriyle bağdaşmaktadır. Özellikle ekonomik güce karşı ekonomik özgürlüğün korunması hedefi Ordo-liberal düşüncede önemli bir yer tutmuştur. Diğer taraftan Ahlborn ve Padilla'nın tanımladığı haliyle eşitlik hedefi de, Eucken'in güçlü şirketlerin özel bir sorumluluğu olması ve diğer şirketlerle aynı güce sahipmiş gibi davranması gerektiği anlayışına tekabül eder (Eucken, 2006). Bu nedenle, yazarların tespit etmiş oldukları hedeflerin Ordo-liberal etkisinin belirgin olduğu savını güçlendirir nitelikte olduğunu söyleyebiliriz.

Literatürde, AT rekabet politikasında ordo-liberalizmin aslında sanıldığı kadar etkili olmadığını veya en azından bu alandaki hâkim yaklaşımın ordo-liberalizm olmadığını savunan pek çok görüş de vardır (Perez & Scheur, 2013). Bu görüşler çerçevesinde, genellikle, AT rekabet politikasının temel amacının Ortak Pazar'ın entegrasyonu olduğu kabul edilerek, ordo-liberal teori gibi başka yaklaşımların ikincil

olduğu ve hepsinin uygulamada dönem dönem veya farklı zamanlarda yer aldığı savunulmaktadır. Buna göre amaç tektir ve bu amaç ortak pazarın entegrasyonudur. Uygulamada ise farklı iktisadi yaklaşımlara rastlamak mümkündür. Bu farklı yaklaşımlar, örneğın Keynezyen politikalar ya da sanayi politikaları olabileceğı gibi, bazı görüşlere göre iktisadi verimliliğın artırılması bile AT'nin ilk yıllarında Topluluk gündeminde yer almış politikalarındandır (Sauter, 1997). Buch-Hansen gibi bazı yazarlar ise ordo-liberal etkinin neo-merkantilist yaklaşımlarla dengelendiğini ileri sürmektedir. Yazar aynı zamanda ABD'de olduğı gibi şirketlerin ölçeğı yani büyük şirketlerle küçük ve orta büyüklükteki şirketler arasındaki rekabeti gözeten politikalara da rastlamann mümkün olduğunu ifade etmektedir.

Örneğın Ramirez Perez ve Van de Scheur, AT rekabet politikasının ilk 30-40 yılın Ordo-liberal yaklaşımın başarılı bir uygulaması olarak değerlendiremeyeceğini savunmaktadır (Perez & Scheur, 2013). Yazarlara göre, bunun en temel nedeni, farklı kişi ve aktörlerin getirmiş olduğı farklı yaklaşım ve tartışmaların hemen hemen hepsinin AB rekabet politikasında gözlenebilir olmasıdır ve Ordo-liberal yaklaşımın ise bunların arasında baskın olduğunu iddia etmek mümkün değildir. Ramirez ve Van de Scheur'a göre Ordo-liberal yaklaşıma rakip olarak AT'nin ilk 30 yılında sürekli olarak Keynezyen yaklaşımın savunucuları olmuştur. Başka bir deyişle, Keynezyen politikalar Ordo-liberal politikalara pek çok kez alternatif oluşturmuştur. Yazarlar bu yaklaşımın üç temel özelliğini şu şekilde özetlemektedir:

- *“sadece rekabetin korunmasına odaklanmaktansa kamu yararı değerlerine vurgu yapılması (sanayi ve sosyal politikalar)*



- *kartel ve devlet yardımlarına yönelik Ordo-liberal yaklaşımın katı yasakları ile karşılaştırıldığında daha toleranslı bir yaklaşım*
- *yoğunlaşmaların lehine bir yaklaşım, yoğunlaşmaların sadece rekabete etkileri üzerinden değerlendirilmeleri yerine sınırlar arası yoğunlaşmaların kolaylaştırılması” (Perez & Scheur, 2013, s.21).*

Komisyunun rekabet politikası uygulamasında aynı zamanda müdahaleci yaklaşımlar ile daha liberal olarak adlandırılabilir yaklaşımlar arasında da gelgitler yaşanmıştır. Ancak yazarların Keynezyen olarak adlandırdığı bu anlayış (Perez & Scheur, 2013, s.21), daha sonra göreceğimiz üzere en azından Mahkeme kararlarına pek fazla yansımamıştır. Komisyonun oluşturduğu mevzuatta ise doğrudan böyle bir etkiye rastlamak mümkün değildir.

**Özetle,** Ordo-liberal teorinin iki önemli kavramı vardır: ekonomik özgürlük ve ekonomik anayasa. Liberal bir teori olan Ordo-liberalizmin ana akım liberal yaklaşımlardan en önemli farkı ekonomik özgürlüğe yaptığı vurgudur. Bu çerçevede Ordo-liberalizm bir taraftan piyasaya müdahalenin asgariye indirilmesi gerektiğini savunurken, diğer taraftan yasal düzenlemelerin bireyin ekonomik özgürlüğünü devlet ve ekonomik güce karşı koruması gerektiğini savunur. Bununla bağlantılı olarak, Ordo-liberalizm, istenilen piyasa düzeninin oluşturulması için önce gerekli yasal düzenlemelerin yapılması daha sonra piyasanın kendi kendine işler hale gelebilmesi gerektiğini savunur. Bu anlayış ise ekonomik anayasa kavramında vücut bulur.

Daha sonra Komisyon ve Mahkeme kararlarının incelenmesinde de görüleceği üzere, AT rekabet hukukunda en fazla ortak pazarın oluşturulması ve işleyişi amacı öne

çıkmiştir. Ordo-liberal okulun bu denli etkili olmasında bu ‘üstün ve nihai’ amacın rolü çok büyüktür. Zira daha önce de ifade edildiği üzere, Ordo-liberal anlayışın ekonomik anayasa kavramı, ekonomi üzerine inşa ederek bir birlik sağlanması fikriyle çok uyumludur. Bu nedenle, her şeyden önce ekonomik entegrasyonun hedeflendiği Topluluk için geliştirilen politikalara elverişli bir teorik zemin oluşturmuştur ve belki de bu nedenle rekabet hukukunu uygulamakla yükümlü kurumlar tarafından büyük ölçüde benimsenmiştir.

## **2. AT DÖNEMİNDE REKABET UYGULAMASI**

### **2.1. Komisyonun Yaklaşımı**

AT'nin kuruluş döneminde AB kurumlarının hemen hepsinin rekabet politikasının temellerini oluşturmada etkisi olmuştur. Bir yandan -gecikerek de olsa- Konsey, 17/62 sayılı Tüzüğü kabul ederken, diğer yandan ATAD entegrasyon amacına daha fazla vurgu yaparak AB rekabet politikasının ana hatlarını ortaya koymuştur. Roma Antlaşması'nın 87. maddesinde rekabet kurallarının uygulamasının Konsey kararı ile belirleneceğini öngörülmüştür. Konsey belki biraz gecikerek de olsa söz konusu sistemi, 1962 yılında kabul edilen 17/62 sayılı Tüzük ile oluşturmuştur. Uzun yıllar yürürlükte kalan bu sistem, Komisyonu, AB rekabet uygulaması alanında tek başına yetkili kılmıştır. Bu sistemde Komisyon hem soruşturma hem de uygulama yetkilerini tek başına yerine getirmekteyken, Komisyonu denetleme görevi de ATAD'a aitti.

Doktrindeki hâkim görüşe göre, bu dönem hem Komisyon hem de Adalet Divanı açısından bir ekonomik entegrasyon dönemidir (Perez & Scheur, 2013), (Weitbrecht, 2008), (Weiler, 1991). Hatta Weitbrecht, bu dönemde rekabet politikasının

entegrasyonun “motoru”, yani itici gücü olduğunu ifade etmektedir. Rekabet politikasının uluslar üstü politikaların en önemli veya belki tek örneği olması nedeniyle bu denli önemli bir rol oynadığını söylemek mümkündür (Cini & McGowan, 2008). Burada asıl amaç rekabetin bozulmasını engellemek değil; ortak pazarın entegrasyonunu sağlayacak bir rekabet ortamı yaratmaktır (Weitbrecht, 2008). Temelde üye devletler arasında ticaretin serbestleşmesi ve buna engel teşkil edebilecek unsurların ortadan kaldırılması amaçlanmaktadır. Weitbrecht’e göre Roma Antlaşmasının oluşumunda rekabet hukukunun açık bir şekilde ABD’deki yaklaşımların da etkisiyle önemli bir ekonomik müdahale aracı olarak öngörüldüğünü iddia etmektedir. Bununla beraber, Roma Antlaşması’yla getirilen kurallarda en fazla etkisi olan iktisadi akımın Freiburg Okulu yani Ordo-liberal teori olduğu açıktır<sup>31</sup>. Ordo-liberal teorisyenler için rekabet hukuku, sözleşme serbestisi ve mülkiyet hakkı gibi “ekonomik anayasanın” bir parçasıdır. Bu unsurlar, kişilerin veya işletmelerin ekonomik özgürlüğünün bileşenleridir. Roma Antlaşması’nın kabul edildiği dönemde, üye devletler arasında rekabet mevzuatı olan tek ülke olması nedeniyle Almanya’nın ve rekabet anlayışının, AT ve daha sonra AB üzerindeki etkisi uzun yıllar devam etmiştir.

AT rekabet politikasında etkili olan yaklaşımları değerlendirmekte başka bir araç da bu döneme yön veren bürokratların siyasi yaklaşımlarını incelemektir. Bu değerlendirme, Avrupa Topluluğu yargıçlarından ziyade Komisyon görevlileri düzeyinde yapılmalıdır. Zira daha sonra açıklanacağı gibi, AB’nin gelişimi boyunca

---

<sup>31</sup> Hatta Weitbrecht, Paris Antlaşması’nda yer alırken Roma Antlaşması’nda AB’nin yer almayan birleşme ve devralmaların denetlenmesinin Alman ordo-liberal yaklaşım ile açıklanabileceğini ifade etmektedir. Zira aynı dönemde kabul edilen Alman rekabet mevzuatı, bu alanda bir denetlemeye gereksinim duymamış ve bu alanı rekabet politikasının dışında bırakmıştır. (Weitbrecht, 2008).

rekabet hukuku uygulamasında yargıçlar siyasi yaklaşımlara açık bir şekilde yer vermemiş, bu alanda da uluslar üstü bir hukuk oluşturma çabasına ağırlık vermiştir. Bununla beraber Komisyon sadece rekabet ihlallerinin tespit eden ve yargılayarak karar alan bir kurum değil aynı zamanda Antlaşma hükümlerinin nasıl uygulanması gerektiğine dair pek çok mevzuatı oluşturan ve hatta bazılarını kabul edip yürürlüğe koyan kurumdur. Bu nedenle politika geliştirilmesi ve rekabet hukukunun uygulanmasına yön verilmesi bakımında en belirleyici kurum Komisyondur. Dolayısıyla Komisyon yetkililerinin yaklaşımları rekabet politikası tercihlerine de etkili olmuştur.

Ordo-liberal yaklaşımın rekabet politikasına tesir etmesinde, politika üreten Komisyon yetkililerinin görüşleri de rol oynamıştır. Zira bu yetkililer program, kılavuz vb. politika araçlarının oluşturulmasına yön verirler. Gerber'e göre, AT'nin temellerinin atıldığı dönemde Alman Komisyon Başkanı Hallstein'in ve birlikte çalıştığı Alman ekibin, Ordo-liberal yaklaşımın yerleşmesinde çok etkisi olmuştur (Gerber, 1998). Bunun yanı sıra, Hallstein'den de etkili olduğu söylenebilecek başka bir isim, rekabetten sorumlu ilk Komisyon üyesi olan Von der Groeben'dir. Komisyon üyesi Groeben'in 1961'de hazırlattığı program –programın “adil rekabete” yaptığı atıflardan da anlaşılacağı gibi- Ordo-liberal yaklaşımın temel öğelerini barındırmaktaydı (Von der Groeben, 1961). Programda Ortak Pazar'da rekabetin sağlanması için bir taraftan devletin adil rekabeti engelleyebilecek müdahalelerinin ortadan kaldırılması, diğer taraftan da özel teşebbüslerin davranışlarının etkin rekabetle uyumlu hale getirilmesinin gerekliliğine vurgu yapılmaktadır. Bu alanların her ikisinde de aktif bir biçimde politika geliştirilmesini savunan Von der Groeben, aynı gerekçeyle Rekabet Genel

Müdürlüğünün tekeller, karteller, devlet tasarrufları ve devlet yardımları olmak üzere dört birimden oluşması gerektiğini ileri sürmüştür. Diğer yandan karteller ile mücadelenin rekabet politikasında başı çekmesi gerektiği anlayışı da yine Van der Groeben'in Ordo-liberal yaklaşımdan ne kadar etkilendiğini ortaya koymaktadır. Groeben, aynı zamanda yoğunlaşmalarda da denetimin gerekliliğini ve rekabeti kısıtlayan birleşme ve devralmaların yasaklanmasını savunmuştur.

Diğer yandan aynı dönemde Genel Müdürlüğün başında bulunan VerLoren van Themaat Ordo-liberal yaklaşımın bazı görüşlerine katılsa bile, tamamen Ordo-liberal çizgide durmayan bir bürokrattır. Hatta Ramirez Perez ve Van de Scheur'e göre Themaat, aksine Keynezyen politikaları birçok açıdan savunmaktadır<sup>32</sup>. VerLoren van Themaat, rekabet yetkililerinin, sanayiciler, sendikalar ve tüketicilerle sürekli iletişim halinde olması gerektiğini savunmuştur. Keynezyen olduğu bilinen Van Themaat, devlet müdahaleleri konusunda daha esnek bir yaklaşım benimsemiştir. Böyle olmakla birlikte, Komisyondaki bu görüş farklılıklarına rağmen, dönemin en önemli kararı olan *Consten/Grundig* (1966) kararında Ordo-liberal yaklaşımla özdeşleştirilen bir yorum benimsenmiştir.

Rekabet politikasının, Weitbrecht'in "güç deneme" olarak adlandırdığı ikinci döneminde, Freiburg Okulunun etkisi net bir şekilde görülmektedir (Weitbrecht, 2008). Weitbrecht için bu dönem 1970 ile 1989 yılları arasına tekabül etmektedir. Bu dönem, AB'nin ilk kez birleşme ve devralmaların denetlenmesini sağlayan bir sistemi kabul

---

<sup>32</sup> Örneğin Seidel'e göre Van Themaat, ordo-liberal politikaları tümüyle reddetmiş ve Fransız yaklaşımı ile Alman yaklaşımı arasında bir ortak nokta bulunması gerektiğini düşünmektedir Seidel 'DG IV and the Origins of the Supranational Competition Policy

etmesiyle bitmektedir. Bununla birlikte, 80’li yılların sonu ve 90’lı yılların başı Avrupa Topluluğu’nun sona erip, Avrupa Birliği’nin kurulduğu yıllardır. Bu dönemde Komisyonun aktif bir şekilde rekabet politikası üretip belki de yetkilerini en çok genişlettiği dönemdir. Weitbrecht’a göre, bu dönemde ordo-liberalizmin etkisiyle ekonomik anayasanın korunması ve serbest ticaretin sağlanması amacıyla bir rekabet politikası uygulanmaktaydı. Weitbrecht’e bu dönemde göre hard-core karteller ve amacı rekabeti kısıtlamak olmayan rekabete aykırı diğer eylemler arasında pek fazla fark gözetilmiyordu.

Bu dönemde Komisyonun kadrosunda da değişiklikler olmuştur. 1967 yılında Van der Groeben, Komisyonda “Ortak Pazar’dan Sorumlu Komisyon Üyesi” olurken; Rekabet, Hollandalı Sassen’e bağlanmıştır. Daha önce EURATOM’da (Avrupa Atom Enerjisi Topluluğu) görev yapmış olan Sassen, Hollanda’da Keynezyen politikalara yakınlığı ile bilinen bir kişidir<sup>33</sup>. Ordo-liberal teorilere mesafeli olan Sassen, rekabet sürecinin korunmasının bir politika amacı olarak hedeflenmesine karşıdır ve Van Themaat gibi, kartellerle mücadelenin rekabet politikasının öncelliği olması gerektiğini savunur (Perez & Scheur, 2013). *Per se* ihlal uygulamasına karşı çıkarak, etki savunmalarını olmasa da, pazarın derin analizinin yapılması gerektiğini vurgulamıştır. O dönemde Avrupalı şirketler arasında yoğunlaşmalara büyük ilgi olmasına karşın Sassen, bu durumun etkin rekabeti etkilememesi ve eğer etkiliyorsa Komisyonun derhal “hâkim durumun kötüye kullanılması” kapsamında müdahalede bulunması gerektiğini ileri sürmüştür (Sassen, 1969).

---

<sup>33</sup> [http://www.parlement.com/id/vg09ll6u3zym/e\\_m\\_j\\_a\\_maan\\_sassen](http://www.parlement.com/id/vg09ll6u3zym/e_m_j_a_maan_sassen)

Komisyon bu dönemde *Continental Can* kararı ile hem Ortak Pazar'ın entegrasyonu hedefini güçlendirmiş, hem de birleşme ve devralmaların denetlenmesini sağlayan ayrı bir sistemin yokluğunda, hakim durumun kötüye kullanılmasına ilişkin mevzuatı bu nitelikteki işlemlere uygulayarak 86. maddenin kapsamını genişletmiştir. Bu dönem aslında kartellerle mücadelenin belirgin olduğu; ancak verilen cezaların genelde düşük olduğu bir dönemdir (Weitbrecht, 2008). Ayrıca aynı dönemde dikey anlaşmalarla ilgili önemli bir gelişme olmuş ve Komisyon ilk kez grup muafiyeti sistemini getirmiştir. Hakim durumun kötüye kullanılması açısından önemli Komisyon ve Adalet Divanı kararlarının bir çoğu bu döneme denk gelmektedir (*Commercial Solvents*, 1974; *United Brands*, 1978 ; *Hoffman La Roche*, 1979). Komisyon 86. madde kapsamında pazar tanımı, hakim durumun tespiti gibi temel unsurlar konusunda bugün hâlâ geçerli olan belirleyici kararlar almış ve bunların önemli bir kısmı Divan tarafından onaylanmıştır.

*Continental Can* kararından sonra, 4064/89 sayılı Tüzük ile 1989 yılında yoğunlaşmaların denetlenmesi için ilk kez Roma Antlaşması'nın dışında ayrı bir düzenleme yapılarak, Komisyonun yetkileri birleşme ve devralmaları kapsayacak şekilde genişletilmiştir. Böyle olmakla beraber, getirilen ilk denetleme sistemi Alman etkisinden kurtulamamış ve denetleme kriteri olarak Alman mevzuatında ve ekonomik yaklaşımında bulunan “hakim durumun yaratılması veya güçlendirilmesi” kriteri getirilmiştir (Weitbrecht, 2008).

**Özetle**, yayınlanan esnek hukuk normları ve alınan kararlarda bu farklı Komisyon yetkililerinin görüşlerin izlerini görmek mümkündür. Bu görüşlerde, özellikle

Komisyunun ilk yıllarında, genel olarak Alman etkisi ve Ordo-liberal akımın etkilerinin altı çizilebilir. Bu etki hem esnek hukuk normlarına hem de kararlara yansımıştır. Fakat AT döneminde rekabet hukuku içtihatları incelendiğinde aynı şekilde farklı yaklaşımlar görülmemektedir.

## **2.2. AT Rekabet Hukuku İctihadında ‘Ortak Pazarın Oluşturulması ve İşleyişi’ Amacı**

Avrupa Topluluğu Antlaşmalarında rekabet, açık bir şekilde AT’nin daha genel bir amacı olan Ortak Pazar’ın oluşturulması ve işleyişinin bir unsuru olarak yer alır. Roma Antlaşması’nın 2. maddesi “ortak bir pazarın kurulmasını” AT’nin bir “görevi” olarak tanımlarken; 3. maddesi “Ortak Pazar içinde rekabetin bozulmamasını sağlayacak bir sistemin kurulmasını” AT’nin amaçlarından birisi olarak belirler. Yani AET’yi oluşturan Antlaşmada rekabet, Ortak Pazar’ın oluşturulması için gerekli bir araç olarak karşımıza çıkar. Zira Antlaşmada görev ve amaç olarak nitelendirilen, aslında Ortak Pazar’ın inşasıdır. Rekabet, hedeflenen Ortak Pazar’ın kurulmasına hizmet eden bir araçtır. Bununla birlikte bu araç, yani rekabet, o kadar gereklidir ki rekabetin bizzat kendisi bir amaca da dönüşür. Ortak Pazar, her zaman için bir serbest piyasa ekonomisi olarak tasarlanmıştır. Serbest rekabet için böyle bir piyasa anlayışı için *sine qua non* bir gereklilik teşkil eder. Bu nedenle serbest rekabeti oluşturmak ve onun bozulmasını engellemek AB için başlı başına bir amaç haline gelecektir. Böyle olmakla beraber, Antlaşma’nın, rekabeti ortak pazarın bir parçası ve buna bağlı bir araç olarak gördüğü kesindir.



Bu nedenle Antlaşmaları yorumlamakla yükümlü olan ATAD'ın, rekabeti, Ortak Pazar'ın parçası olarak değerlendirmesi ve rekabet hukukunun amacını Ortak Pazar'ın oluşturulması ve işleyişine hizmet etmek olarak nitelendirmesi doğal ve hatta kaçınılmazdır. Bunun yanı sıra Mahkeme kararları Komisyona yansımış olan farklı siyasal tercihleri de yansıtmamaktadır. Ramirez Perez ve Van de Scheur'un görüşüne göre, Komisyonun aksine Mahkeme tüm içtihadını iki temel amaç üzerine kurmuştur: ekonomik entegrasyon ve rekabetin bir süreç olarak korunması. Bu amaçların her ikisi de Mahkeme tarafından doğrudan Kurucu Antlaşmalar'dan esinlenerek kabul edilmiştir. Ramirez Perez ve Van de Scheur, özellikle 1970'li yıllardan itibaren alınan kararlarda pazarın entegrasyonu amacının, rekabetin korunması hedefinin "dercedilmiş" hale geldiğini, bu nedenle daha sonraki içtihadta aslında tek bir amacın yani "Ortak Pazar'da etkili rekabetin korunması" amacının var olduğunu savunmaktadır (Perez & Scheur, 2013, s.21).

Ramirez Perez ve Van de Scheur, AT Mahkemelerinin kararlarında Komisyonda gözlemleyebileceğimiz türden siyasi akım ve tartışmalara rastlanmadığını öne sürmektedir (Perez & Scheur, 2013). Yazarlara göre Mahkeme, AT'nin kuruluşundan beri iki amaç benimsemiştir: ekonomik entegrasyon ve rekabetin korunması. Bu istikrar Mahkemenin yargı denetimindeki rolünü artırmıştır. Böylece Mahkeme, siyasi tartışmalardan sıyrılarak rekabet hukuku uygulamasında süreklilik sağlanmasına katkıda bulunmakla kalmayıp, aynı zamanda AT düzeyinde uluslararası hukukun oluşturulmasını da desteklemiştir.

İnceleyeceğimiz kararlardan da anlaşılacağı gibi, bu argüman doğrudur. AT Mahkemeleri, rekabet kararlarında, farklı görüş ve ideolojilerin genel olarak dışında kalmıştır. Bu açıdan karşılaştırıldığında, AT Mahkemeleri, Amerikan Yüce Mahkemesinden çok farklıdır. Amerikan Yüce Mahkemesinin yargıçları hem atanma süreçleri, hem de Mahkemenin tarihi süreci gereği farklı siyasi akım ve eğilimlere her zaman daha açık olmuş ve bu durum içtihadı da yansıtmıştır. ATAD'ın – ve tabii ki sonrasında ABAD'ın – farklı olmasının en önemli nedeni, AB'nin bu anlamda bir hükümet ve siyasi yapısının olmamasıdır. AT ve AB Mahkemelerine atanan yargıçlar aynı türden bir siyasi süreçten geçerek seçilmezler. Ayrıca, Avrupa yargıçları görevlerini AB'nin üstün çıkarları doğrultusunda hareket ederek, Kurucu Antlaşmaların verdiği yetkiler kapsamında bu Antlaşmaları yorumlamak olarak algırlar. Bu nedenle Avrupa Birliği Mahkemelerinde, siyasi tartışmaların üstünde bir anlayış veya en azından siyasi tercihleri doğrudan yansıtmayan bir yargılama kültürü gelişmiştir.

**Sonuç olarak,** en azından rekabet hukuku alanındaki mahkeme kararları, farklı siyasi eğilimleri gözle görülür biçimde ortaya koymamıştır. Mahkeme kararlarının çoğu, Kurucu Antlaşmaların yorumlarını yansıtmaktadır. Bununla birlikte mahkemeler diğer alanlarda da olduğu gibi Antlaşmaları katı değil esnek şekilde yorumlamış, yargı denetimi yapmaktan çekinmemiştir. Bu nedenle içtihat, rekabet hukukunun oluşmasında çok önemli bir rol oynamıştır. Bununla beraber, rekabet hukukunun amacı söz konusu olduğunda, içtihat gerçekten de Antlaşma'nın temel ilkelerine bağlı kalmıştır.

Rekabet hukuku alanında Mahkemenin ön plana çıkardığı bu Ortak Pazar'ın entegrasyonu için rekabetin korunması amacını ortaya koyan iki karar incelenecektir.

Bunlardan ilki 85. madde (101. madde) kapsamında alınmış *Grundig-Consten* kararı, ikincisi ise 86. madde (102. madde) kapsamında alınmış *Continental Can* kararıdır. Bunlardan ikincisi, hakim durumun kötüye kullanılması kapsamında alınmış bir karar olmakla birlikte, aslında Topluluk tarihinde ilk kez yoğunlaşmaların da bu kapsamda denetlenmesini sağlayan karardır.

### **2.2.1. AT Rekabet Hukuku İçtihadında Dikey Anlaşmalar - *Grundig-Consten* Kararı**

1966 tarihli *Grundig-Consten* kararı, münhasır dağıtım anlaşmasını konu edinen bir dava sonucunda verilmiştir. Weitbrecht AT döneminin en önemli kararlarından birinin *Consten/Grundig* kararı olduğunu ifade etmektedir (Weitbrecht, 2008). Bu kararda Komisyon bölgesel münhasırlık getiren bir anlaşmayı yasaklamış ve sonrasında ATAD bu kararı onaylamıştır. Hatta bu dönemde Komisyonun aldığı önemli kararların birçoğunun ATAD tarafından iptal edilmeyerek kabul edildiğini söylemek de mümkündür. *Consten/Grundig* kararında Komisyonun bölgesel münhasırlığa izin vermeyerek üye devletler arasında ticaretin kısıtlanmasını engellemeye çalıştığı açıktır. Bu dönem aynı zamanda uygulamada rekabetin kısıtlanmasının amaç ve etki olarak ikiye ayrıldığı dönemdir ve Adalet Divanı burada yine Komisyonun politikasını desteklemiştir.

Söz konusu anlaşma ile Grundig, Consten'e Fransa'da tüm ürünlerini münhasır olarak satma yetkisi vermiş, bunun karşılığında da Consten'in başka markaların satışını tamamen bırakmıştır. Bunun yanı sıra Grundig, diğer üye devletlerdeki dağıtıcılarına sağladığı tedariki kısıtlamayı da taahhüt etmiştir. Bu şekilde, diğer üye devletlerden

yapılabilecek paralel ticaret ile Consten'in Fransa'daki satışları kısıtlanmamış olacaktır. Son olarak tam bir münhasırlık sağlamak için Grundig markası Fransa'da Gint olarak Consten adına tescillenmiştir. Böylece, Consten'in, Fransa'da bölgesel düzeyde tam münhasırlığı garanti edilmiştir. Komisyon bu dikey anlaşmanın amacının rekabeti bozmak olduğuna ve bu nedenle de bu anlaşmanın 85. maddeyi ihlal ettiğine karar vermiştir.

İlgili davada görüş bildiren Hukuk Sözcüsü Roemer ise Komisyon kararını eleştirmiş ve Mahkemenin farklı bir yorum yapmasını önermiştir (Roemer, 1966). Roemer doğrudan Amerikan antitröst hukukunu örnek göstererek, anlaşmanın ekonomik etkilerine de bakılması gerektiğini savunmuştur. Yani Roemer *per se* ihlal nitelendirmesine karşı çıkmıştır. Hukuk Sözcüsüne göre, bir hükme varılmadan önce pazarın somut (*in concreto*) şekilde değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu şekilde, yapılan anlaşmanın, hem olumlu hem de olumsuz etkileri ortaya çıkacaktır. Roemer'e göre, anlaşmanın rekabeti kısıtlayıp kısıtlamadığı ancak bu yolla ortaya çıkabilecektir. Hukuk Sözcüsü, Komisyonun, rekabetin kısıtlanmasına dayandırdığı kararının "fazla dar" bir yorumlamanın çıktısı olduğunu ifade ederek, böyle bir karar verilmeden önce pazarın yapısı, anlaşmanın içeriği ve objektif amacı, teşebbüslerin piyasadaki davranışları gibi faktörlerin de değerlendirilmesi gerektiğini savunmuştur. Roemer'e göre bu gibi faktörler dikkate alınmadan anlaşmanın amacının rekabeti kısıtlamak olup olmadığını anlamak mümkün değildir.

Amerikan antitröst hukukuna yaptığı atıftan da anlaşılacağı gibi, Hukuk Sözcüsü Roemer, ilgili kararda -ve hatta genel olarak AT rekabet hukukunda- "muhakeme

kuralı”nın uygulanmasını önermektedir. Bilindiği gibi, bu uygulamaya göre her eylem pazardaki somut etkileri göz önüne alınarak değerlendirilmeli ve bu somut etkiler ışığında rekabet açısından sakıncalı bir durumun ortaya çıkıp çıkmadığına karar verilmelidir. Komisyon, anılan kararda anlaşmanın amacının rekabeti kısıtlamak olduğuna karar vererek *per se* ihlal uygulamasına başvurduğu için, anlaşmanın pazardaki etkilerinin değerlendirilmesinin gerekli olmadığını savunmuştur. Roemer ise, daha evvel de belirtildiği gibi, *per se* ihlal uygulaması yerine “muhakeme kuralı” yoluyla anlaşmanın somut etkilerinin değerlendirilmesi gerektiğini iddia etmiştir. Roemer’in bu görüşü anlaşmanın yatay değil dikey anlaşma olmasından kaynaklanmaktadır. Daha önce ABD örneğinde gördüğümüz tüketici refahı ve muhakeme kuralı uygulaması da aynı şekilde dikey anlaşmalar kapsamında alınmış kararlardır (*Sylvania*,1977; *Colgate*, 1919; *Kahn*, 1997; *Leegin*, 2007). Bu bağlamda Komisyonun uygulamasına karşın, Roemer’in “muhakeme kuralı” uygulamasının gerekliliğini savunmuş olması tabii ki kayda değerdir. Bununla beraber, Roemer etkiler bazında değerlendirme yapılmasını önerirken, iktisadi verimliliği kıstas alan bir standarda işaret etmediğini de belirtmek gerekir. Roemer, yalnızca “muhakeme kuralı” uygulaması ve somut etkilere göre bir karar verilmesi gerektiğini savunmuştur.

Mahkeme ise ilgili kararında, Roemer’in önerisini benimsememiş, bunun yerine Komisyonun kararını onamıştır. Yani Mahkeme de ilgili anlaşmanın amacının rekabeti kısıtlamak olduğunu kabul etmiş ve dolayısıyla somut etkilerin değerlendirilmesini gerekli görmemiştir.

Mahkeme her şeyden önce 85. maddenin (101. madde) yatay anlaşmalara olduğu kadar dikey anlaşmalara da uygulanabileceğini söylemiştir (*Consten/Grundig* 1966, paragraf 331). Dolayısıyla, rekabet hukuku bakımından bu iki tür anlaşmaya uygulanacak kuralların aynı olduğuna hükmedilmiştir. İlgili davada Consten ve Grundig, Komisyon kararına karşı, yukarıda anılan maddenin esas hedefinin kartellerle mücadele olduğunu, bu nedenle bu maddeye yatay anlaşmalar söz konusu olduğunda başvurulması gerektiğini savunmuştur. Yani davacılar ilgili anlaşmanın dikey distribütörlük anlaşması olması nedeniyle 85. maddenin kapsamının dışında kaldığını iddia etmiştir. Bu iddianın arkasındaki en önemli etken, o dönemde üye devletlerin ulusal mevzuatlarının ağırlıkla “kartel” olarak nitelendirilen yatay anlaşmalar ile mücadele edilmesini öngörmesidir (Gerber, 1998, s.354). Her şeye rağmen, yukarıda da belirtildiği gibi, yapılan savunma Mahkeme tarafından reddedilmiştir. Mahkeme, “Ortak Pazar’da rekabeti bozan tüm anlaşmaların” bu anılan madde kapsamında yer aldığını ifade etmiştir.

Dikey anlaşmaların rekabeti bozma potansiyelinin olduğu kadar, artırma potansiyelinin de olduğu göz önünde tutulduğunda, Mahkemenin yaptığı yorumun üzerinde durulması gerekir. Zira ilgili karar döneminde AT’de henüz grup muafiyeti uygulaması bulunmamaktadır. Bu nedenle dikey anlaşmaların rekabeti artıran etkilerinin göz ardı edilerek, bu anlaşmaların yasaklanması riski vardır. Zaten Roemer, bu tür anlaşmaların somut etkilerine bakılarak hüküm verilmesini savunurken, tam olarak bu noktadan hareket etmektedir. Buna rağmen Mahkeme, bu yaklaşımı benimsemiştir. Ramirez Perez ve Van de Scheur’a göre, Mahkemenin bu kararı, Komisyonun grup muafiyeti vermesini sağlayan Konsey kararını tetikleyen karar olmuştur (Perez &

Scheur, 2013, s.29). Grup muafiyeti sistemi, dikey anlaşmaların rekabete etkisinin her zaman olumsuz yönde olmayacağı, bunların rekabeti olumlu olarak da etkileyebileceği görüşüne dayanmaktadır. Bu sistemde, olumlu etkiler doğuracağı varsayılan bazı anlaşma veya hükümler, yasak kapsamı dışına tutulur. Mahkemenin, anılan 85. maddenin tüm anlaşmalara uygulanacağı görüşü şüphesiz yerindedir. Bununla birlikte, ilgili kararda sergilediği katı yaklaşım, bugün artık her sistemde kabul gören, dikey anlaşmaların olumlu etkilerinin de olabileceği anlayışına ters düşmektedir.

Yukarıda belirtilenlere rağmen, AB hâlâ, “amacı rekabeti kısıtlamak olan eylemler” ve “etkileri rekabeti kısıtlayıcı olan eylemler” ayırımına başvurmaktadır. Mahkemenin ilgili kararda ortaya koyduğu bu ilke geçerliliğini yitirmemiştir. O halde ilgili kararda önemli olan, anlaşmanın amacının rekabeti kısıtlamak olduğuna, bu anlaşmadaki hangi unsura bakılarak karar verildiğinin ortaya koyulmasıdır. Mahkeme ilgili kararda bunu çok açık bir şekilde ifade etmektedir. Mahkemeye göre anlaşma, Fransız Pazarı’nı diğerlerinden ayırarak “Ortak Pazar’ın içinde bir ulusal pazar” oluşturmaktadır (*Consten/Grundig* 1966, paragraf 331). Yalnızca bu neden, anlaşmanın Ortak Pazar’da rekabeti bozduğu yargısına varmak için yeterlidir. Burada Mahkemenin temel gerekçesi açıktır: anlaşma rekabeti bozan bir anlaşmadır çünkü ortak pazarın ekonomik entegrasyonunu engellemektedir. Zira bu anlaşma, kaldırılmak istenen ulusal pazarlar ve sınırlamaları, bu ürün pazarı için yeniden inşa etmektedir.

Bu gerekçede ekonomik entegrasyonun sağlanması amacı ile rekabetin korunması amacının ne denli iç içe geçtiğini görmek mümkündür. Geber’e göre, Roma Antlaşması’nın ilk yirmi yılında Komisyon, yatay anlaşmalardan ziyade, dikey

anlaşmalara karşı “agresif” bir tutum takınmış ve Komisyonun bu tutumu ATAD tarafından desteklenmiştir (Gerber, 1998, s.355). Weitbrecht bu dönemi AT rekabet hukukunun ilk dönemi olarak adlandırmakta ve bu dönemde dikey anlaşmalar kapsamında alınan ve “sert” olarak nitelendirilebilecek kararlara dikkat çekmektedir (Weitbrecht, 2008). O dönemde böyle bir yaklaşımın gelişmesini Gerber, dikey anlaşmaların yatay anlaşmalardan farklı olarak münhasırlık getirerek Ortak Pazar’ın içinde bölünmeler yaratma potansiyelinin var olması ile açıklar. O dönemde teşebbüsler, marka ve patentlerini, belli bölgelerde paralel ticareti engellemek için kullanmıştır. Bunu da distribütörleri ile münhasırlık anlaşmaları yaparak sağlamış ve dolayısıyla Topluluğun ortadan kaldırmaya çalıştığı ulusal pazarları güçlendirmişlerdir. Komisyon ve Mahkeme, bu eğilimi Ortak Pazar’ın ve ekonomik entegrasyonun karşısında önemli bir tehdit olarak görmüştür. Burada, rekabetin korunması ve ekonomik entegrasyonun sağlanması tek amaç haline gelmiştir. Zira ilgili kararda olduğu gibi, ekonomik entegrasyonu olumsuz etkileyebilecek her anlaşma veya eylem rekabete aykırı sayılarak 85. madde kapsamında yasaklanabilmektedir. Buradan hareketle varılabilecek sonuç, rekabetin amacının ekonomik entegrasyonu sağlamak olduğudur. Bu kararla Mahkeme pazar entegrasyonunu 85. maddenin (101. madde) “doğrudan amacı” haline getirmiştir (Perez & Scheur, 2013, s.40).

### **2.2.2. AT Rekabet Hukukunda İctihadında Hakim Durumun Kötüye Kullanılması – *Continental Can* Kararı**

*Continental Can* kararı, Weitbrecht’in AB rekabet hukukunda “güç deneme dönemi” olarak adlandırdığı üçüncü dönemde alınmıştır. Kararı incelemeyen önce bu



dönemin ekonomik özelliklerine değinmekte fayda vardır. Bilindiği gibi, 1970’li yılların ortalarında yaşanan petrol krizi tüm dünyayı ve tabii AT’yi derinden etkilemiştir. Öncesinde sürekli olarak büyüme kaydeden AT’ye üye devletler, ağır bir ekonomik kriz ile karşı karşıya kalmıştır. Bu dönemde işsizliğin artmasıyla birlikte üye devletlerin ulusal düzeyde korumacı politikalara yönelmesi söz konusu olmuş ya da en azından bu yönde talepler oluşmuştur (Gerber, 1998, s.359). Bununla birlikte aynı dönemde Avrupa Topluluğu’na yeni üyeler katılmıştır. Bu iki etken nedeniyle AT’nin, iktisadi politikaları koordine etmesi ve uyumlaştırması daha zor hale gelmiştir.

70’li yılların sonu ve 80’li yılların başında Topluluk bir duraklama dönemi yaşamış ve pek çok hedefini gerçekleştirememiştir. Ekonomik entegrasyon yavaşlamış ve Ortak Pazar için atılması gereken pek çok adımda geri kalınmıştır. Weiler bu dönemde Konsey ve Komisyonun, siyasi tartışmalar nedeniyle “aksadığını”, bu nedenle ekonomik entegrasyonu ilerletme görevinin ATAD’a düştüğünü ifade etmektedir (Weiler, 1991). Rekabet hukuku da bu açıdan bir istisna olmamıştır. Mahkeme bu dönemde, Topluluğun, hedefleri yönünde ilerlemesi için rekabet hukukunu da bir bütünleşme aracı olarak görmüştür (Weitbrecht, 2008). Hatta Gerber’e göre Mahkeme, ekonomik entegrasyonu ilerletmek için en çok rekabet hukukunu kullanmıştır (Gerber, 1998, s.360). *Continental Can* kararı bu bağlamda iyi bir örnektir.

*Continental Can*, metal paketleme malzemeleri ve bunların üretim makinelerini üreten bir Amerikan firmasıdır. Bunun yanısıra bu firma, 1969’da, Alman menşeli SLW firmasının hisselerinin %85’ine sahip olmuştur. Aynı yılda, *Continental Can*, Londra merkezli MB firması ile Avrupa’da Hollanda ve Fransa merkezlerinden işlem yürütecek

olan TDV ve Carnaoud firmalarının da iştirak edeceği bir Avrupalı holding kurmayı tasarlar. 1977'de Europemballage isimli bir firmanın kurulmasını sağlayan anlaşmayı TDV ile imzalar. Anlaşmaya göre, Continental Can bu firmaya SLW'deki tüm hisselerini devredecek ve bu yolla TDV ve Carnaud ile bu holdinge ortak olacaktır. İmzalanmış anlaşmanın ardından Europemaballage kurulur ve TDV Europemballage diğer firmalardan devraldığı hisseleri duyurur.

Komisyon bu işlemin 86. maddeye (102. madde) aykırı olduğunu iddia eder ve teşebbüslere bir uyarı gönderir. MB'nin işlemde çekilmesine rağmen, Europemballage aracılığıyla Continental Can, TDV'deki hisselerini %91'e çıkarır. 9 Nisan 1970'de Komisyon, Continental Can ve onun Avrupa'daki şubesi Europemballage'a karşı soruşturma başlatır. Komisyona göre, Continental Can et, tavuk ve balık paketleme pazarında ve metal kapak pazarında hakim durumdadır ve bu nedenle 86. madde (102. madde) kapsamında soruşturmaya tabi tutulması mümkündür. İlgili kararında Komisyon, Continental Can'ın TDV'nin hisselerinin %80'ini Europemballage eliyle satın almış olmasının, hakim durumun kötüye kullanılması olduğunu savunmuştur. Böylece Komisyon, bir devralma işleminin hakim durumdaki bir teşebbüs için 86. madde (102. madde) bağlamında kötüye kullanma halini teşkil edebileceğini savunmuştur.

Bilindiği gibi, rekabet hukukunda birleşme ve devralmaların kontrolü, anlaşma ve uyumlu eylem ve hakim durumun kötüye kullanılmasından farklı bir denetleme ile uygulanır. Bu sistem diğer yasaklar gibi *ex post* olarak yani işlem gerçekleştiğinden sonra değil; *ex ante* olarak yani işlem gerçekleşmeden önce bir denetleme yapılmasını

öngörür. Günümüzde bu kontrol AB hukukunda 139/2004 sayılı Konsey Tüzüğü ile uygulanır. Bununla birlikte, yoğunlaşmaların kontrolü alanında Roma Antlaşması, Paris Antlaşması'ndan farklı olarak, hiçbir sistem öngörmemiştir. Bu nedenle Komisyonun bu kararı oldukça tartışmalı bir karardır.

Mahkeme ise Komisyonun bu tartışmalı kararını onamıştır. Mahkemenin karardaki temel gerekçe, Komisyonun böyle bir denetlemeyi Ortak Pazar'ın entegrasyonu için yapması gerektiğidir. ATAD'a göre 86. madde (101. madde), Antlaşma'nın 3. maddesi ile birlikte yorumlanmalıdır. 3. madde, Ortak Pazar'da rekabetin bozulmamasını sağlamayı, Topluluğun faaliyetlerinden biri olarak kabul eder (*Continental Can*, 1973, paragraf 23-4). Dolayısıyla rekabet hukuku, 2. ve 3. maddelerde öngörülen amaçların gerçekleşmesi için gereklidir (*Continental Can*, 1973, paragraf 25). Topluluk'ta rekabetin azalması Ortak Pazar'ın amaçlarına ters düşecektir. Bu nedenle rekabetin azalmaması veya bozulmaması zaruridir. Rekabetin etkilenmemesini sağlamak ve dolayısıyla Ortak Pazar'ın amaçlarını yerine getirmek için Komisyonun, rekabeti her durumda koruması gereklidir. O halde 86. maddede (102. madde) açıkça var olmayan yoğunlaşmaların denetlenmesi dahi, bu amaçların yerine getirilmesi için Komisyonun yetki alanına girmelidir.

Mahkemenin bu yorumu doktrinde teleolojik olarak nitelendirilmiştir(Gerber, 1998, s.360). Mahkemenin, Kurucu Antlaşma'nın öngörmediği bir yetkiyi Komisyona tanıdığı açıktır. Gerber'in görüşüne göre birleşme ve devralmaların denetlenmesi Paris Antlaşması'nda yer aldığına göre, Roma Antlaşması'nda aynı kurallara yer verilmemesi ancak bilinçli bir tercih olabilir (Gerber, 1998, s.361). O halde Mahkeme, bu kararla üye

devletlerin Antlaşma'da öngörmediği bir yetkiyi Komisyona vermiştir. Gerber, iki antlaşma arasındaki bu farklılığa bakarak tarihi bir yorum ile Mahkemenin vardığı sonucun isabetli olmadığını altını çizmektedir.

Aynı şekilde bu sonuca daha hukuki bir yorum ile ulaşmak da mümkün değildir. Antlaşma'nın 86. maddesinin (102. madde) geniş şekilde yorumlanmasıyla dahi, hakim durumun kötüye kullanılmasının aynı zamanda yoğunlaşmaların denetlemesini kapsadığı sonucuna varılamaz. Zira "hakim durumun kötüye kullanılması", hakim durumda olan bir teşebbüsün eylem veya davranışının kötüye kullanma sayılması halinde ortaya çıkar. Dolayısıyla ilgili madde, hakim durumun kendisini değil; bu durumun kötüye kullanılmasını yasaklamaktadır. Ayrıca yasak *ex post* bir kontrol getirir; çünkü kötüye kullanma ancak davranış meydana geldikten sonra tespit edilebilecektir. O halde 86. madde (102. madde) kendi içinde ele alındığında yoğunlaşmaların *ex ante* ve kötüye kullanma olmaksızın denetlenmesini ve yasaklanmasını öngörmemektedir.

Bu nedenle Mahkemenin *Continental Can* kararındaki yorumu teleolojik olarak nitelendirilmiş ve eleştirilmiştir. Gerber bu kararda ortaya koyduğu görüşün, ileride ATAD ve bu dönemdeki içtihadının küçümsenmesine yol açtığını ifade etmektedir (Gerber, 1998, s.360). Oysa Mahkeme bu kararla, Ortak Pazar'da ekonomik entegrasyonun sağlanması amacının ne kadar önemli ve öncelikli olduğunu ortaya koymuştur. Mahkeme bu kararla, rekabet politikası ve hukukunun Antlaşma'nın genel amaçlarının gerçekleşmesinde ne kadar gerekli olduğunu, diğer taraftan da rekabet hukukunun da tamamen bu Antlaşma'nın esaslarına uygun şekilde uygulanması gerektiğinin altını çizmiştir (Lovdahl-Gormsen, 2010, s.63). Bu durumda, Lovdahl

Gormsen'in de ifade ettiği gibi, rekabet "kendi içinde bir amaç değildir": Başta Ortak Pazar'ın oluşturulması ve ekonomik entegrasyon olmak üzere Antlaşma'nın diğer genel amaçlarının gerçekteştirilmesi için kullanılan bir araçtır (Lovdahl-Gormsen, 2010, s.63).

**Sonuç olarak** AT, kuruluşundan AB olarak yeniden yapılanmasına kadar, tüm ekonomik politikalarında ortak pazarın entegrasyonunu hedefleyen bir Topluluk olmuştur. Bu amaç rekabet hukukuna da farklı düzeylerde damgasını vurmuştur. AB rekabet politikalarının teorik temellerine bakıldığında, en fazla Alman Ordo-liberal akımın etkisini görmekteyiz. Bu akımın bu denli etkili olmasında en önemli sebep, yasama yoluyla piyasa düzenlemesi, yani ekonomik anayasa kavramına göre oluşturulan siyasi iktisadı savunmasıdır. Ekonomik anayasa kavramı, ekonomik bir birliği antlaşmalar yoluyla oluşturmayı hedefleyen bir Topluluk için çok uygun bir teorik zemin oluşturmuştur. Diğer taraftan, AT rekabet politikasına yön veren Komisyon Ordo-liberal piyasa anlayışından etkilenmiştir. Bu etki Komisyonun Topluluğun kuruluş yıllarında kabul ettiği ve uyguladığı esnek hukuk normlarına da yansımıştır. Son olarak, Mahkeme içtihadında, açıkça Ordo-liberal yaklaşım benimsenmemiş olsa da, rekabet politikası amacı olarak sadece ortak pazarın entegrasyonu kabul edilmiştir. Mahkemelerin Ordo-liberal yaklaşımdan ne kadar etkilendiğini ölçmek mümkün değildir. Ancak içtihadta kabul gören amacın, Ordo-liberal anlayış ile uyumlu olduğu söylenebilir. Dolayısıyla AT döneminde, rekabet politikasının teorik çerçeve, amaçlar ve içtihat bakımında uyumlu bir şekilde ortak pazarın entegrasyonun sağlanması amacını hedeflediği görölmektedir.

### **2.2.3. AB'ye Geçiş ve Modernleşme Süreci İle Birlikte Rekabet Hukukunda Tüketici Refahı Standardı**

AT'nin en önemli amacı her zaman için Ortak Pazar'ın oluşturulması olmuş, bu bakımdan Topluluk öncelikle ekonomik bir birlik olmuştur. Bu amaç, özünde, farklı bir ekonomik sistemden veya sıfırdan bir pazar oluşturup, serbest piyasa ekonomisine geçişe benzetilebilir. AT, üye devletler arasında serbest ticaret, serbest dolaşım ve serbest rekabeti oluşturarak, adeta serbest piyasa ekonomisi olan, yalnızca bu bakımdan da olsa bir ülkeyi andıran, yeni bir yasal varlık oluşturmuştur. 1990'lı yılların başına gelindiğinde artık Ortak Pazar'ın hedefleri gerçekleştirilmiş, her ekonomide olabileceği gibi bazen sorunlar yaşansa da, kendi dinamikleriyle işleyen bir "İç Pazar" meydana gelmiştir. Bununla birlikte, serbest piyasa ekonomisi kendi içinde bir politika teşkil etmez, aslında bir sistemdir (Monti, 2013, s.37). Örneğin planlı ekonomi sisteminden, serbest piyasaya geçiş siyasi bir tercihtir. Oysa serbest piyasa, bir kere işler hale geldikten sonra bu anlamda bir amaç olmaktan çıkar. İşleyen bir serbest piyasa içinde izlenebilecek farklı politikalar vardır. Maastricht Anlaşması ile birlikte işleyen bir serbest piyasa ekonomisine sahip AB, artık serbest piyasa ekonomisine yön verecek bir iktisadi politika geliştirmek zorunda kalmıştır. Elbette iç pazar ekonomisinin diğer unsurları ile birlikte bu politika, rekabet politikasını da belirleyecektir.

AB rekabet politikasında "daha ekonomik bir yaklaşım" benimsenmesi gerektiği söylemi, tam olarak böyle bir döneme denk düşmektedir. AB'nin politikalarını oluşturan ve bu politikalara yön veren Komisyon artık yalnızca Ortak Pazar'ın oluşturulması amacının üzerine kurulu bir rekabet politikasının geçerli olmayacağını fark etmiş olacak

ki, bu alanda iktisadi analize dayalı alternatif politikalar üzerinde çalışmaya başlamıştır. Bu noktada ABD’de 1960’lı yıllardan beri var olan, Chicago Okulunun yön verdiği verimlilik üzerine kurulu tüketici refahı standardı, hem akademik hem de Komisyon nezdindeki tartışmalara damgasını vurmuştur. AT dönemine hâkim olduğu düşünülen ordo-liberal teoriler eleştirilirken, iktisadi verimliliği temel alması nedeniyle refah politikaları ve uygulamada kullanacak standart olarak tüketici refahı standardı savunulmuştur. Weitbrecht’e göre, bu dönemde politika geliştirirken Komisyon ilk defa Amerikalı uzmanların desteğini almıştır. Aslında AB rekabet hukukunda Chicago Okulunun etkisi ve tüketici refahı standardının AB rekabet hukukuna girişi, bu mevzuatın hazırlanmasıyla olmuştur. Bununla birlikte, Weitbrecht bu dönemde uygulanan yaklaşımın Komisyonun “kendi tüketici refahı yaklaşımı versiyonu” olduğunu ifade etmektedir. Yani ekonomik anayasa ve Ortak Pazar’ın entegrasyonu gibi ilkelerden uzaklaşıp, tüketici refahı veya toplam refahın korunması gibi amaçlara yönelmeye başlanmıştır.

Gini ve McGowan’a göre, Amsterdam Anlaşması’nı takip eden dönemde, rekabet politikası açısından dört eğilim çıkmıştır: (i) Avrupalılaşıma, (ii) çağdaşılaşma/modernleşme, (iii) adem-i merkeziyetçilik ve (iv) liberalleşme. Çağdaşılaşma boyutu, Komisyonun 2003’te yaptığı “kartel reformu” ile özümsemiştir. Bununla birlikte, çağdaşılaşma, esas itibarıyla tek bir reformun ötesinde bir politikadır: Çok merkezlilik ve liberalleşme gibi, politikanın tüm diğer eğilimlerini de kapsayan bir yaklaşımdır. Rekabet politikalarının merkezine iktisadi analizi oturtma amacı da, rekabet politikasının modernleşmesi bağlamında değerlendirilmesi gereken bir unsurdur.

Komisyonunda ilk kez bir “Baş Ekonomist” pozisyonunun açılması da bu modernleşme amacının açık bir göstergesidir. Öte yandan Genel Müdürlük, görev veya sektör açısından uzman birimler yaratacak şekilde yeniden yapılandırılmıştır. Burada Avrupalılaşıma ile kastedilen şey, politikaların Topluluk ve üye ülkeler çapında -her ne kadar reformlar her ülkede aynı şekilde yapılmadıysa da- eşgüdümlü hâle gelmesidir. Çok merkezlilik ise, AB’nin 2007’de genişlemesiyle beraber, bir gereklilik hâlini almıştır. Burada söz konusu olan, politikanın değil, hukukun çok merkezli olmasıdır. Bu açıdan bakıldığında AB müktesebatına (*acquis*) kağıt üzerinde uyum sağlamış 27 üye ülkenin, rekabet kurallarını uyumlu şekilde uygulayıp uygulamayacağı önemli bir sorudur. Weitbrecht’e göre, üçüncü döneminin en önemli değişikliklerinden bir tanesi de rekabet mevzuatının uygulanmasında reform getiren 1/2003 sayılı Tüzük’ün kabul edilmesidir. 60’lı yıllardan beri Komisyonun tekelinde olan rekabet uygulamasının artık üye devletlerin ulusal rekabet otoriteleri ve mahkemeleri tarafından da uygulanabilecek olması, rekabet politikası bağlamında şüphesiz çok köklü bir değişikliktir. Bu reform, AB hukukunun üye devletlerin hukuku üzerindeki üstünlüğüne halel getirmeyecek şekilde uygulanacaktır. Bu açıdan reform, tamamen, “yetki dağılımı” çerçevesinde anlaşılmalıdır. Buna göre, Komisyon kadar, ulusal otorite ve mahkemeler de AB rekabet mevzuatının uygulanmasında aktif hale gelmiştir. Liberalleşmeye gelince, burada söz konusu olan, asıl olarak, şirketlerin veya kamu hizmetlerinin ve özellikle de AB hukuku tabiriyle “genel ekonomik çıkar hizmetlerinin” serbestleştirilmesidir.

Diğer taraftan AB rekabet hukukunun modernleşmesi süreci kapsamında ademi merkezi uygulama ile birlikte bir başka temel sorun da ortaya çıkmıştır: üye devletlerin



ulusal örgüt ve yargılarının AB rekabet hukukunu nasıl yorumlayacağı ve uygulayacağı sorunu. O dönemde çok sayıda yeni ülkenin katılacağı AB, genişleme sonrasında Komisyonun ve Mahkemelerin iş yükünün de azaltılması için, 1/2003 sayılı Tüzük kabul edilmiş, bu kurumların AB rekabet hukukundaki bazı münhasır yetkilerini ulusal örgüt ve mahkemelerle paylaşılır hale getirmiştir. Ancak bu yeni uygulama sonrasında, her üye ülkede farklı bir yorum yapılması riski de haliyle doğmuştur. Daha ekonomik bir yaklaşım gereksiniminin bir açıklaması da, farklı üye devletlerde rekabet hukukunun daha yeknesak biçimde uygulanmasını sağlamak kaygısı olabilir (Gerber, 2002). Daha önce de açıklandığı üzere, hukukun iktisadi analizi, iktisadın normatif kullanılmasının daha objektif ve ölçülebilir sonuçlara yol açacağını iddia eder (Cooter & Ulen, 2014, s.5). Dolayısıyla bu anlayışa göre üye devletlerin rekabet örgütleri ve mahkemeleri de iktisadi kriterlere göre karar alırsa, daha yeknesak bir uygulama elde edilmesi de mümkün olacaktır.

Bu bölümde Maastricht Antlaşması'nın kabulünden Lizbon Antlaşması'na kadar rekabet politikasında önemli bir yer tutan bu yeni yaklaşımın, AB rekabet hukukunda, politika, mevzuat ve içtihatlarında ne kadar etkili olduğu incelenecektir. Bunun için öncelikle, AB rekabet hukuku literatüründe, bu yeni yaklaşıma yönelik tartışmalara yer verilecektir. Daha sonra Komisyonun söylemlerinde açık bir biçimde yer alsa dahi, bu yaklaşımın henüz Komisyon ve Mahkemelerin kararlarına tesir etmediği ortaya konulacaktır.

### 3. AB REKABET POLİTİKASINDA GÜNCEL EKONOMİK TARTIŞMALAR

#### 3.1. Ordo-Liberalizmin Güncel Eleştirileri

Komisyonun yeni politika arayışları ve bunun AB’de iç pazarın geldiği seviyeyle ilgisi bir yana, başta iktisatçılar olmak üzere akademik ve profesyonel çevrelerde AT’nin benimsediği veya benimsediği düşünülen Ordo-liberal yaklaşımlar çok eleştirilmiştir. Rekabet hukukunda ekonomik yaklaşım, testler ve iktisadi delillerin yeterince kullanılmaması bu okulun etkisiyle özdeşleştirilmiştir. Bu nedenle pek çok çalışma yeni ve farklı bir yaklaşım geliştirmek arayışında olmuştur. Bu bölümde rekabet politikasını etkileyen ya da belirleyen iktisadi yaklaşımlar incelenecektir.

Rekabet politikasında hangi iktisadi yaklaşımın uygulanacağı aslında rekabetin amacını ortaya koyan bir tercihi yansıtır. Rekabet politikası piyasada pek çok farklı amacı yerine getirmeyi hedef alabilir. Esasen rekabet politikaları aynı sistem içerisinde birden fazla amaç güdebilmektedir (Cini & McGowan, 2008). Gini ve McGowan, özellikle AT rekabet politikası bakımından şu amaçları sıralamaktadır: (i) tüketici refahı, (ii) tüketicinin korunması, (iii) zenginliğin yeniden dağıtımı, (iv) küçük ve orta ölçekli şirketlerin korunması, (v) sosyal, bölgesel ve sınai hedefler, (vi) piyasa entegrasyonu, (vii) verimliliğin teşvik edilmesi. Yazarlar, bir ülkede veya bir rekabet hukuku sisteminde rekabet politikası için tek bir hedeften söz edilemeyeceğini savunmaktadır. Rekabet otoriteleri/kurumları, teşebbüslerin rekabeti engelleyici veya kısıtlayıcı faaliyetleriyle mücadele için en uygun hedefleri takip etmenin yanısıra, söz konusu

piyasanın yapısını da dikkate almalıdır<sup>34</sup>. Gini ve McGowan bu durumda rekabet politikasında yeterince açık ve net olduğu iddia edilebilecek tek hedefin şirketlerin rekabete aykırı faaliyetlerine yasaklar koyarak rekabetin korunması olduğunu savunmaktadır. Yani bu, birtakım faaliyetleri teşvik eden bir politikadan ziyade bir önlem politikası olmalıdır. Gelişmiş rekabet politikası olan ülkelerde bu prensibin büyük ölçüde kabul gördüğü söylenebilir. Ancak Gini ve McGowan’a göre tüketici refahı rekabet hukukunda tek hedef değildir (Cini & McGowan, 2008).

Bazı yazarlar ise rekabet politikasının en azından günümüzde tek bir hedefi olduğunu iddia etmektedirler: iktisadi refahın maksimizasyonu<sup>35</sup>. Bu anlayış, yani ekonomik refahın artırılmasının rekabet hukukunun nihai hedefi olarak ele alınması, Chicago Okulundan kaynaklanmaktadır. O zaman sorulması gereken soru, bu amacın, rekabet politikası çerçevesinde alınan tüm karar ve önlemleri yönlendiren “doğrudan hedeflerden” birisi olup olamayacağıdır. Ordo-liberallere göre rekabet politikasının

---

<sup>34</sup> Bu görüşe göre, rekabet politikasının konuları kısıtlayıcı uygulamalar, tekel, oligopol ya da yoğunlaşmalar olsa dahi, rekabet mevzuatı kapsamında nelerin olması gerektiği yeterince açık değildir. Bu durumda tek bir rekabet politikasından ve bu politika için tek bir hedeften söz etmek sağlıklı olmaz. Birçok hedef rekabetin korunması için uygun ve geçerlidir. AB rekabet politikasının temel amacı rekabetin korunması olsa da, bu hedef farklı yollardan elde edilebilir; ancak Gini ve McGowan’a göre bu politikayı doğrulayan faktörün rekabetin kendisi mi ya da rekabetin sonucu mu olduğu açık değildir. Tam rekabet kavramını merkezine oturtan neo-klasik teori, piyasanın ulaşabileceği farklı verimlilikler üzerine odaklanır ve tüketici refahının maksimize edilmesini savunur. Hâlbuki yazarlara göre günümüzde piyasalar değerlendirilirken tam rekabet değil, “işleyebilir” (workable) rekabet kriteri olarak tercih edilmektedir. Oysa rekabet politikası çerçevesinde bu kavram da yeterince açık veya tanımlanmış değildir. (Cini & McGowan, 2008)

<sup>35</sup> Ahlborn & Padilla AT rekabet hukukuyla ilgili olarak, rekabet politikasının hedeflerini üç başlık altında ele alır: (i) eşitlik, (ii) refah ve verimlilik, (iii) piyasada entegrasyon. Bu görüşe göre başından beri AT rekabet politikası bu hedeflerin hepsini aynı anda içermektedir. Amerikan rekabet hukukunda ise başlangıçta hedef, rekabetin ve küçük ve orta ölçekli şirketlerin korunması olmuştur. Chicago Okuluyla birlikte tüketici refahının maksimizasyonu nihai ve tek hedef olarak kabul edilmiş ve günümüze kadar bu konumunu korumuştur. AB’de son birkaç yıldır refah temelli ekonomik yaklaşıma doğru bir eğilim gözlemlenmekle beraber refah, henüz açık şekilde tek hedef olarak telaffuz edilmemektedir. (Ahlborn & Padilla, 2007).

doğrudan hedefi ekonomik özgürlüğün ve tam rekabetin korunmasıdır. Bu hedef iktisadî refahın maksimizasyonunu sağlayabilir; ancak bu bağlantı ekonomik açıdan kanıtlanmamıştır. Bu ekol açısından refah verimlilikle eşdeğerdir ve her türlü rekabet politikası için bir referanstır.

Ordo-liberal yaklaşım, daha önce de ifade edildiği üzere, AT'nin ortak pazarın ekonomik entegrasyonu amacına çok uygun bir teorik zemin oluşturmuştur. AT'de uzun yıllar boyunca etkili olabilmesinde, özellikle Mahkemenin bu amacı sürekli olarak öne çıkarması ve derinleştirmesi de etkili olmuştur. Ahlborn ve Padilla'ya göre piyasa entegrasyonu hedefi, verimlilik temelli ekonomik yaklaşımlar açısından olumsuz sonuçlar doğurmuştur (Ahlborn & Padilla, 2007). Komisyonun rekabet hukuku alanında, tıpkı sınırlar arası ticaret üzerindeki kısıtlamaları engellemeyi amaçlayan *per se* kurallar örneğinde olduğu gibi, çok katı kurallar uygulama eğilimi olmuştur. Komisyon tüketici refahını rekabet için ortak bir hedef olarak ele almamış ve bu nedenle, ortaya koyulan bazı değerlendirmeler verimlilik hedefine uygun sonuçlar ortaya koyamamıştır.

Bu çerçevede, Ordo-liberalizmin etkilerini değerlendirmek için Eucken'in yaklaşımına bakmak gerekir. Eucken, “bırakınız yapsınlar” ekonomisinin uygulanmasının yol açtığı sorun ve krizlere karşı, tam rekabetin tesis edilmesinin gerekli olduğunu savunmuştur (Eucken, 2006). Bazı görüşlere göre bu kavram, tam rekabetle eşanlamlıdır; çünkü bu, poli-oligopolistik (çok oligopol) bir piyasa varsayımı üzerine kurulmuştur (Ahlborn & Grave, 2006), (Ahlborn & Padilla, 2007). Ana amaç piyasada çok merkezli bir yapıyı garanti altına almaktır. Ordo-liberaller aynı zamanda “hak etme” prensibi üzerine kurulu bir rekabeti savunur ve bu bağlamda yüksek piyasa

gücüne sahip şirketler genel olarak tehlikelidir. Buna göre, bu tür şirketlerin, piyasada tam rekabet varmış gibi hareket etmeye zorlanması gerekir. Bu amacı gerçekleştirmeye yönelik siyasi ve yasal bir yapı aracılığıyla, güçlü bir koruma sağlamak zaruridir. Ayrıca Ordo-liberaller için, alınan tüm ekonomik önlemler rekabet temeli üzerine oturmalıdır; zira iktisadın genel olarak amacı tam rekabetin gerçekleşmesini sağlamaktır.

**Özetle**, genel olarak Ordo-liberalizmi inceleyen yazarlar, bu akımın, AT rekabet politikası üzerinde oldukça önemli bir etkisi olduğunu kabul ediyor görünmektedir (Ahlborn & Grave, 2006), (Mestmäcker, 2010), (Ahlborn & Padilla, 2007), (Gerber, 2001). Bu etkinin elbette – rekabet kurumlarının kurulması gibi – olumlu sonuçları olmuştur; ancak ordo-liberalizmi eleştiren ve tüketici refahı yaklaşımını savunan yazarlarda AT rekabet politikasının gelişimini karikatürize etme eğilimi görülmektedir. Esasen tüketici refahı yaklaşımının daha ekonomik olduğunu iddia eden yaklaşım, fazla basit bir görüş sergilemektedir.

Ordo-liberalizm, rekabet hukukunda ekonomik teorinin önemine vurgu yapan bir harekettir. Öte yandan, yalnızca hukukçulardan oluşan bir akım da değildir. Eucken gibi ekonomistler de ordo-liberalizmin oluşumunda önemli bir rol oynamıştır. Ayrıca ordo-liberalizmin fazla şematize edilmemesi gerekir. Bu akım da, Chicago Okulunununkiye benzer bir gelişim sergilemiştir<sup>36</sup>. Bunun dışında, belki de vurgulanması gereken en önemli nokta, Ordo-liberalizmin AT hukuku üzerindeki etkisinin yeni bir yaklaşımın gelmesiyle silinemeyecek olmasıdır. Pozitif hukuk, yalnızca rekabet kurumlarının uygulamalarını değil, mahkeme içtihatlarını da içeren ve AB'nin rekabetten sorumlu

---

<sup>36</sup> Chicago Okulu, Harvard Okulu tarafından eleştirilmiş ve bu eleştiriye post-Chicago okulu olarak yanıt vermiştir.

idaresinin tümü üzerinde bağlayıcı etkisi olan bir bütündür. Eğer yasal ve ekonomik bir teori olarak Ordo-liberalizmin, mahkemelerin büyük kararları üzerinde bir şekilde etkisi olmuşsa, bu içtihadın başka bir ekonomik yaklaşım çerçevesinde ve hâkimlerin kararlaştırdığı prensipleri dikkate almayacak şekilde geri döndürülmesi mümkün değildir. Bu durumda tüketici refahı yaklaşımını savunan ekonomistlerin, içtihadın bu bağlayıcılığını dikkate alması şarttır. Son olarak, bu yaklaşım da, AT düzeyinde ekonomik ve hukuki alanda eleştirilere maruz kalmıştır.

### **3.2. AB Rekabet Hukuku Literatüründe Güncel Tüketici Refahı Tartışmaları**

Tüketici refahını savunan iktisat teorileri, ekonomik birer yaklaşım olarak ele alınsa da, bunlar aynı zamanda hukuki özelliğe sahip bir alanda, yani rekabet politikası alanında rol oynamaktadır. Komisyonun yeni bir yaklaşım geliştirme arayışları çerçevesinde hazırlanan EAGCP (2005) raporu bu noktada detaylı bir inceleme yapmaya değerdir. Zira bu rapor Komisyonun inisiyatifiyle hazırlanmıştır ve Komisyonun daha sonraki yaklaşımına ışık tutmuş olması beklenebilir.

EAGCP raporunun yazarlarına göre, etkinlikler üzerine odaklanmış böylesi bir yaklaşım önemli yasal avantajlar sağlamaktadır (EAGCP, 2005). Bu yaklaşım şirket davranışlarını biçimsel açıdan değil, bu davranışların pazarda yarattığı etkiler açısından ele aldığı için, şirketlerin rekabet hukukunu ihlal etmeleri daha güçtür. Başka bir deyişle, şekil odaklı bir sistemde şirketler, hedefledikleri ticari sonuçlara ulaşmak için yasadışı ve rekabet karşıtı uygulamaları gerçekleştirmek için daha çok “imkâna” sahip olurlar.

Öte yandan tüm uygulamalar aynı yasal kuralara tabi tutulur, yani piyasa oyuncuları daha sağlam, kesin ve öngörülebilir bir çerçeveden istifade ederler.

Daha önce de belirtildiği gibi, bu yaklaşımlar Amerikan iktisadi rekabet teorilerine göre farklı bir tarihi gelişim izlemiş ve farklı bir yasal çerçeve içinde gelişmiştir. EAGCP'nin raporu bu farklılıkları vurgulamak için güzel bir örnektir; çünkü sıklıkla Ortak Pazar'ın ve AB ekonomisinin özgüllüklerine atıfta bulunur. Patrick Rey'in yönetiminde hazırlanan EAGCP raporu, her şeyden önce, AB rekabet hukuku konusunda daha ekonomik bir yaklaşımı savunur. Raporun ana argümanına göre, rekabet politikası alanında biçimden ziyade etkiler üzerine odaklanan bir yaklaşım benimsenmelidir. Bu durum, özellikle 82. maddeyle (102. madde) ilgilidir. Bununla beraber, bu rapora göre, anılan madde rekabet hukuku genel politikası açısından ilginçtir; çünkü bu madde, "iyileştirilmiş" bir tüketici refahını savunmaktadır. Daha ekonomik bir yaklaşım, her şeyden önce tüketici ihtiyaç ve çıkarlarını ön plana çıkaran bir yaklaşımdır. Yazarlara göre bu ihtiyaçlar fiyat, kalite ve çeşitliliktir; ancak listenin kapsamı bunlarla sınırlı değildir. Ayrıca sistem, zaman içerisinde, tüketicilerin çıkarlarına verimli şirketlerin daha verimsiz olanların yerini almasına, uyum sağlamalıdır.

EAGCP ekonomistlerinin 82. madde çerçevesinde önerdiği şey, tüketiciye verilen zararlar da ölçülebilir olan genel bir "rekabet zararı" kavramı çerçevesinde yapılandırılmış bir sistemdir. Tüm şirketlerin, yarattıkları verimlilikleri temel alarak kendilerini savunma imkânlarının olması gerekir. Burada önerilen sistem, rekabet hukukunun diğer tüm alanlarında bir rehber görevi görebilir. Bu durumda, her

uygulamanın ekonomik etkilerini ölçmek için üç farklı aşama takip edilmelidir: (i) şirketlerin rol ve stratejilerinin dikkate alınması, (ii) piyasaya giriş kısıtlamalarının ve piyasanın genel durumunun dikkate alınması, (iii) refah –özellikle de “tüketici refahı”- analizinin yapılması. Sonuç olarak rapor, AT rekabet politikası konusundaki eski ya da geleneksel yaklaşımın fazla yapısalcı olduğunu savunur. Yeni yaklaşım, tüketicinin gerçek zararının ölçülmesini ve bu bağlamda etkilerin ve özellikle verimliliklerin iktisadi analizinin yapılmasını gerekli kılar.

Daha ekonomik bir yaklaşım çerçevesinde şirketlerin ticari uygulamaları, piyasa üzerindeki etkilerine göre değerlendirilmelidir. Yani rekabet yetkililerinin inceledikleri şey, uygulamanın biçimi ya da kendisi değil, yarattığı etkilerdir. Bu durumda yaklaşım daha ekonomik bir hal alır; çünkü etkilerin analizi, iktisadi kanıtlar üzerine inşa edilmiş bir ekonomik sistemi gerekli kılar. Bu argüman, bizi rekabet politikasının çok önemli bir uygulaması olan “muhakeme kuralı” uygulamasına götürür. Muhakeme kuralında tüm uygulamalar, içinde buldukları ekonomik ortam ve özellikle yarattıkları etkiler dikkate alınarak incelenir. Bu mantık *per se* kuralın karşıtıdır; çünkü *per se* kural bazı uygulamaları, bunların yaratacağı etkileri dikkate almadan, rekabet karşıtı ilan eder. Yani bu davranışlar, doğaları gereği yasadışı sayılır. Elbette böyle bir yaklaşım, iktisadi kural ve prensiplerle tam olarak bağdaşmaz. Ortaya çıkardığı sorun, şekillerine rağmen verimlilik yaratabilen bazı uygulamaların yasaklanmasıdır. Bir ticari uygulamanın farklı birçok etkisi olabilir ve bu uygulama piyasada az veya çok verimlilik yaratabilir. Birçok ekonomiste göre rekabet kurumlarının *per se* kurallar uygulaması durumunda, aslında verimlilik yaratabilecek kimi uygulamaların yasaklanması kaçınılmazdır; çünkü bu tür



kurallar uygulamanın etkilerini dikkate almazlar (EAGCP, 2005), (Ahlborn & Padilla, 2007). Verimlilikler yalnızca uygulamaların etkileri yoluyla ölçülebileceğinden, verimli ve dinamik bir piyasa sağlamak için akıl kurallarının kabul edilmesi gereklidir.

EAGCP ekonomistlerine göre de rekabet politikası alanında iktisat bilimine dayalı bir yaklaşımın benimsenmesi, doğal olarak “muhakeme kuralının” uygulanmasına neden olur. Bu durumda bu prensibin müdahaleci olmayan ve tüketicilerin zararları üzerine odaklanan, verimsizliklerden ve detaylı mevzuattan kaçınan bir yaklaşımla birlikte uygulanması gerekir. Yazarlar aynı zamanda piyasaya giriş engelleri üzerine yoğunlaşmanın önemine işaret ederler. Buna göre, 82. madde çerçevesinde rekabete zarar verebilecek dışlayıcı davranışlar konusuna ağırlık verilmelidir. Bu durumda, rekabet yetkililerinin görevi, rekabet karşıtı etkileri ve rekabete verilen gerçek zararları ispat etmektir. Öte yandan egemen şirketin de 82. madde çerçevesinde inanılır verimlilik argümanları sunması gerekir. Böylece rekabet yetkililerinin yapacağı müdahale ve izleyeceği politika daha etkin hale gelir. Bu nokta aynı zamanda Ortak Pazar’da ekonomik büyümeye de katkıda bulunur. Yani üzerine konuşmakta olduğumuz rapor, en çok, yapısalcı analizlerin meydana getirdiği sınırlamalara karşı etki savunmalarını ileri sürmektedir.

Komisyounun politikaya yön vermesi için hazırlattığı EAGP raporunda net bir şekilde AB rekabet hukukunda etkinlik savunmalarının benimsenmesi gerektiğini savunmuştur. Komisyonun bu yönde attığı bölümler daha sonra incelenecektir. Literatüre bakıldığında ise, EAGP raporuna benzer bir şekilde etkinlik savunmaları ve tüketici refahı standardının uygulanması gerektiğini savunan başka yazarlar da olduğu

görülmektedir (Ahlborn & Padilla, 2007), (Etro, 2006), (Motta, 2004). Ancak pek çok hukukçu ve iktisatçı da, AB rekabet hukukunda bu yaklaşımları izlenmesini eleştirmiştir (Kerber, 2009), (Schweitzer, 2009), (Zäch, 2009). Bu bölümde literatürdeki bu farklı görüş ve tartışmalar incelenecektir.

Yapısalcı analizlerin yol açtığı sorunları inceleyen Etro birçok iktisat bilimi çalışmasının, egemen konumda bir şirketin varlığından ötürü yoğunlaşmış yapıya sahip piyasaların da, verimli şekilde işleyebileceğini ispatladığını savunur (Etro 2006). Hâlbuki geleneksel yaklaşımlar, bu “egemen konum” kavramını, egemen konumdaki şirketlerin uygulamalarının pratikteki yansımalarını pek dikkate almayan yapısalcı analizlere tabi tutarlar. Ayrıca, post-Chicago Okulunun aksine, bu yeni çalışmalar, iç piyasalarda agresif fiyat belirlemelerin sıklıkla rekabet yanlısı etkiler yarattığını iddia eder. Bu etkiler, dağıtım verimliliğinin ve hatta tüketici refahının iyileşmesi aracılığıyla gerçekleşir. Bu tür analizler, rekabet politikasının hedefinin “tüketici refahının maksimizasyonu” olarak belirlenmesi durumunda, etkiler üzerine kurulmuş yaklaşımların tercih edilmesinin önemini ortaya koyar.

Rekabet yetkililerinin birçok nedenden ötürü, rekabet politikasının nihai hedefi olarak tüketici refahını benimsememeleri gerektiğini savunan bir başka yazar da Motta’dır (Motta, 2004). İlk olarak, tüketici refahı, şirketlerin elde ettikleri kârları hesaba katmaz. Hâlbuki günümüzde birçok tüketici, doğrudan ya da dolaylı şekilde şirketlerin sahipleridir. Ayrıca Motta’ya göre tüketici refahının maksimize edilmesi, ekonomik anlamda fiyatların marjinal maliyetlere eşitlenmesiyle olur. Bu durum, şirketleri ya piyasayı terk etmeye ya da varlıklarını sabit maliyetlerini karşılamak için

sürdürmeye iter. Son olarak düşük fiyatlar, şirketlerin yenilik ve yeniliğe yatırım yapma, dolayısıyla yeni ürünler üretme şevklerini kırar. Bu son nokta, Motta için, tüketici refahının uygulanmasına karşı en önemli yargıdır. Sonuç olarak, tüketici refahının maksimizasyonunun kısa vadede olumlu etkileri olacaktır; ancak Motta'ya göre, uzun vadede ortaya çıkan etkiler tüketicilerin kendilerine bile zarar verir nitelikte olabilir.

AB'de ivme ve ağırlık kazanan tüketici refahı ve genel anlamda verimlilik yaklaşımına ciddi eleştiriler getiren Kerber gibi iktisatçılar da olmuştur. Kerber çözümlemesine, Komisyonun da rekabet politikasının merkezine koyduğu “refah iktisadi” kavramını inceleyerek başlar (Kerber, 2009). Yazara göre, bu “daha ekonomik” olduğu söylenen ve tüketici refahını maksimize etmeyi amaçlayan yaklaşım<sup>37</sup> esasında üç tip verimlilik üzerine kurulmuştur. İlki, statik verimliliktir. Statik verimlilikte ana fikir şudur: Eğer tam rekabet şartları mevcutsa, piyasa oyuncularının bağımsız davranışları tüm ekonomiyi verimli bir dağıtımına yönlendirir. Bu durumda Pareto kriteri, herhangi bir devlet müdahalesi olmadan, otomatik şekilde gerçekleşir. Piyasanın başarısız olması -en azından teorik açıdan bakıldığında- tam rekabette bir sapma olması, bunun dağıtım verimsizliği yaratması ve müdahaleyi gerekli kılmasıyla gerçekleşir. İkinci tip verimlilik, daha basit bir kavram olan “üretim verimliliği”dir. Burada söz konusu olan, üretimin asgari miktar girdiyle veya üretim faktörüyle gerçekleştirilmesi,

---

<sup>37</sup> Kerber, Alman rekabet hukukunun en önemli hedefinin, rekabet serbestliği olduğunu kabul eder. Bu ilke, tüm iktisadi endişelerin ve sorunların üstündedir. Tüketici özgürlüğü, farklı tedarikçiler arasında seçim yapabilmektir. Buna göre, tüketicinin serbest seçim hakkı vardır; ancak refahının maksimizasyonu doğrudan bir hedef değildir. Buna karşın yazar aynı zamanda bu iktisadi özgürlük kavramının, her ne kadar iktisadi özgürlük önemli ve arzu edilir olsa da, bir ekonomik rekabet analizi içerisine dâhil edilmesinin zor olduğunu kabul eder. Bunun nedeni de iktisadi özgürlüğün saf ekonomik bir açıdan bakıldığında kavramlaştırılabilir olmamasıdır. Bu yüzden iktisadi özgürlük, çoğunlukla, verimlilik kriterinin gerisinde kalır. Verimliliğin bu durumdaki üstünlüğü, salt ekonomik bir kavram olması ve ölçülebilir olmasından kaynaklanır.

yani maliyetin minimum seviyeye indirilmesidir. Bu verimlilik tipi açısından piyasada çıkabilecek sorun, şirket yöneticilerinin kâr maksimizasyonundan başka bir amaca yönelmesi durumudur. Yazarın öne sürdüğü son verimlilik türü, teorik açıdan daha az gelişmiş olan “dinamik verimlilik”tir. Bu verimlilik, yenilikten ve şirketlerin yenilik yaratmasından ibarettir. Kerber’e göre üretim verimliliği ve dağıtım verimliliği aynı düzeyde iki hedef olarak görülmemelidir (Kerber, 2009). Üretim verimliliği, dağıtım verimliliğinin gerçekleşmesi için gereklidir. Bu durumda dağıtım verimliliği, nihai hedeftir. Bunun dışında Kerber, ekonomik refah yaklaşımlarının ekonomik denge analizlerinde yeniliklerin ya da dinamik verimliliğin ve yenilik ve geliştirme genel sorununun yeterince dikkate alınmadığını savunmaktadır.

Rekabetin statik ve dinamik etkileri yalnızca tüketicilerin seçim veya tercihleri kıstas alınarak ölçülebilir. Kerber, “refah” kavramının genel olarak tüketicilerin tercihlerinin gerçekleşmesi anlamına geldiğini savunur. “Refah” eğer bu şekilde tanımlanıyorsa, refahın, dağıtım verimliliği ve yenilikçi verimliliklerin her ikisinin de sağlanmasıyla gerçekleştiği sonucu çıkarılabilir. Bu durumda bu fikir, düşük fiyatlar, yüksek kaliteli ürünler ve yeniliklerle vücut bulan verimli rekabet düşüncesiyle uyumludur. Bütün bu sayılan öğeler tüketicilerin tercihlerini yansıtmaktadır. Kerber, bir süredir rekabet yetkililerinin benimsedikleri refah yaklaşımı uyarınca, daha çok “dağıtım verimliliği” üzerindeki kısa vadeli etkilerle ilgilenildiğini, “dinamik verimlilik” üzerindeki uzun vadeli etkilerinse ihmal edilme riski taşıdığını savunmaktadır<sup>38</sup>.

---

<sup>38</sup> Örneğin, yoğunlaşmaların kontrolü bağlamında tüketici refahı yaklaşımının benimsenmesi durumunda sorulacak soru, yoğunlaşma sonrasında tüketici fazlasının, yoğunlaşma öncesine göre daha yüksek bir

Tüketici refahı standardını savunmak için kullanılan ortak argümanlardan biri, tüketicilerin çoğunun şirketlerin hissedarları olduğudur (Kerber, 2009). Dolayısıyla üretici fazlasını da hesaba dâhil ederek, toplam refahı dikkate almaya gerek yoktur. Kerber bu fikrin toplum içerisinde, ekonomistlerin genel olarak göz ardı ettikleri bir zenginlik dağılımı varsayımı üzerine kuruludur. Öte yandan bazı ekonomistler, tüketici refahı standardının üreticilerin avantajlarını, mesela tüketicilerin ulaşamadıkları bilgilere sahip olmalarını ya da lobicilik gibi faaliyetlerle vücut bulan ekonomik güçlerini telafi etmeye yarayabilir.

Tüketici refahı yaklaşımı konusunda dikkate değer başka bir eleştiri de Zäch tarafından yapılmıştır (Zäch, 2009). Zäch, refah konusuna ekonomik yaklaşımı bir hukukçunun bakış açısıyla eleştirir ve rekabet hukukunun ekonomiden ayrı tutulamayacağını, yasa yapıcının da bu gerçeğin farkında olması gerektiğini savunur. Zäch, tüketici refahı yaklaşımını, verimliliğin ekonomik kriteri olarak görür. Yasa yapıcının görevlerinden biri muhakkak ki yasal bir alanın özgüllüğüne hâkim olmaktır. Bunun dışında, yasal öngörülebilirlik gibi başka birtakım yasal prensipleri sağlamak da yasa yapıcıya düşer. Rekabet politikası kapsamında yasa koyucu veya genel olarak yetkililerin iki temel hedefi olmalıdır: rekabetin serbestliğini sağlamak ve ekonomik ve sosyal refahı gözetmek. Aslında rekabet serbestliğinin ekonomik refahı sağlayacağı varsayılır; ancak bu noktada Zäch, bu hedeflerden birinin doğrudan takip edilmesinin yaratacağı etki ve sonuçların, öteki hedefi takip etmekle elde edileceklerden farklı olacağını savunur. Başka bir deyişle, yasa yapıcı rekabet serbestliği hedefinin ya da

---

düzeyde olup olmayacağı sorusudur. Bu durumda fiyatlar üzerindeki uzun vadeli etkiyi incelemek gerekemeyebilir. (Kerber, 2009).

rekabet sürecinin kendisinin, neticede tüketiciye refah ya da en azından kazanç sağlayacağını savunur; oysa hukuki açıdan bakıldığında doğrudan doğruya tüketici refahının hedeflenmesi, dolaylı olarak hedeflenmesine göre farklı etki ve sonuçlar doğurur. Her durum farklı kriterlerle analiz edilir. Zäch'e göre rekabet özgürlüğü kriteri şimdiye kadar rekabet yetkilileri tarafından uygulanmıştır ve hâkimler de, AT kapsamında, üzerinde işlem yapılabilecek bir kavram olduğunu ispatlamıştır.

Son olarak Zäch, ekonomik refahın rekabet politikası hedefi olarak kullanılmasına karşı kendi argümanlarını tartışırken, ilk olarak bu hedefin, birçok üye ülkede anayasal bir hak olan ve rekabet serbestliğini de içeren “ticaret özgürlüğünü” dikkate almadığını ifade eder. Zäch'e göre, sosyal ve ekonomik refah çok genel bir terimdir ve bir hukukçu için hukuki kesinlik açısından sorunlar çıkarır; çünkü hukukun belirliliği ilkesini zedeleyebilir. Bu kavram ayrıca rekabet otoriteleri ile mahkemelerin olası ekonomik sonuçları öngörebileceklerini varsayar. Son olarak, bu kavramın uygulanması, rekabet kısıtlamaları kriterinin uygulama alanını daraltır. Refah yaklaşımının savunucuları genel olarak müdahale olmamasından yanadır. Zäch'a göre yetkililerin müdahale etmemesi her zaman, tarafsız/nötr bir davranış değildir, çoğu zaman bir rekabet politikası tercihini ortaya koyar; ancak müdahale olmaması her zaman tüketicilerin avantajına bir durum da sağlamaz.

Rekabet politikasının modernizasyonu Schweitzer'a göre, hepsi refahın ekonomik yaklaşımına bağlı üç aşamadan oluşur (Schweitzer, to be published). İlki, toplam refahı ya da tüketici refahını, temel politika ya da tek rekabet politikası olarak kullanmaktır. Bu anlayış rekabet kurallarının uygulanmasında değişiklikler yapılmasını

gerektirir. Buna bağlı olarak ikinci aşama, rekabet kurallarının; alınan önlemlerin veya başvuru alan uygulamaların refah üzerindeki etkisini olumlu yönde geliştirecek şekilde yorumlanmasını ve uygulanmasını öngörür. Bu ikinci aşama, bizi her davada etkilerin analizinde verimlilikler üzerine kurulu bir savunmayı kabul etmeye iter. Üçüncü aşama, bir şirketin, veya yetkililerin olası bir önleminin yarattığı verimlilik ve verimsizlikler üzerinde bir denge testi yapmaktan ibarettir.

Schweitzer, daha ekonomik olduğu söylenen bu yaklaşımı savunanların, bu yaklaşımın temel iddiaları konusunda hemfikir olmadıklarını söyler. Buna göre, bir yandan bazı ekonomistler ve hukukçular hangi tip refahın (toplam refah ya da tüketici refahı) benimsenmesinin daha uygun olduğunu tartışırken; öte yandan tüketici refahını savunanlar arasında bu kavramın tanımı hakkında bir fikir birliği yoktur. Son olarak da, etkiler ve verimliliklerle ilgili testlerin nasıl uygulanması gerektiğine dair de herkesin mutabık kaldığı bir görüş yoktur. Bu çerçevede, ya bir tüketicinin uğradığı zararın ispatlanmasının gerekli ve yeterli olduğu savunulabilir ya da refah üzerindeki kantitatif etkiler ölçülebilir.

Ordo-liberalizmin AT rekabet hukuku üzerindeki etkisine vurgu yapan Ahlborn ve Padilla gibi yazarların aksine Schweitzer, Chicago Okulu ve Bork'un düşüncesini, Hayek'in felsefesiyle karşı karşıya getirir (Hayek, 1984). Hayek temel olarak, piyasadaki rakiplerin eylemlerine ilişkin bilgi yetersizliği olduğunu, yani rakiplerin davranışlarını önceden bilmenin mümkün olmadığını savunmaktadır. Bu durumda

rekabet, hakkında önceden bilgi sahibi olunamayacak bir süreçtir<sup>39</sup>. Rekabetten bekleyebileceğimiz tek sonuç, onu uygulayan toplumların hedeflerine, uygulamayan toplumlara göre daha çok yaklaşmalarıdır. Rekabet, Hayek'e göre özel durumların keşfidir. Ancak bilim genel gerçekleri ve olayların düzenliliklerini belirlemeye çalışır. Genel iktisat biliminin aksine, rekabet ekonomisinde özel gerçekleri öngörmek mümkün değildir. Öngörülebilecek tek şey genel şema ya da oluşacak düzenin soyut boyutudur<sup>40</sup>.

Açık şekilde tüketici refahından söz etmese de Hayek, rekabetten faydalanan ve faydalanması gerekenlerin tüketiciler olduğunu kabul etmişe benzer. Buna karşın, bu olumlu sonucu elde etmek adına rekabet kurumlarının piyasaya müdahalede bulunmasına veya piyasayı etkilemesine karşı çıkar. Hayek ayrıca bazı grupların korunmasının, piyasa düzenini yok etmeden gerçekleştirilemeyeceğini de iddia eder. Bazılarının korunması, başkalarının payının haksız bir şekilde düşürülmesine yol açar. Schweitzer'e göre Hayek, refah ekonomisini reddeder ve Hayek'in yaklaşımı refah ekonomisi düşüncesine karşı tek gerçek muhalefeti teşkil eder. Aslında burada söz

---

<sup>39</sup> Yukarıda da belirtildiği gibi, Hayek için, rekabet çerçevesinde gerçek belirleyici faktör, bu bilgi eksikliğidir. Böylesi bir eksiklikten söz edilebilir; zira bireylerin veya piyasa oyuncularının işbölümü üzerine kurulu günümüz toplumlarında ürün ve hizmetlere ilişkin özel durumları bilmek mümkün değildir. Piyasa, doğallık/spontanlık özelliğine sahiptir ve bu nedenle bir belirlenmiş hedefler düzenine hizmet edemez. Bir keşif/öğrenme sürecinin sonuçları, bu sürecin doğası gereği, önceden tahmin edilemez. Ancak yine de, başarı şanslarını artırmak adına, oyuncuların faaliyet gösterdikleri koşulları iyileştirmek uygundur. Bununla birlikte, Hayek, bizzat bu bilgisizlik ortamının rekabete değerini veren şey olduğunu söyler. Elde edilen sonuçlar, çoğunlukla hedeflenen sonuçlardan farklıdır. Zaten rekabetin etkilerinden birisi de, bazılarının niyetlerinin ya da beklentilerinin gerçekleşmemesi olmalıdır. (Hayek, 1984).

<sup>40</sup> Tıpkı Ordo-liberaller gibi, Hayek de ekonomiyi ve özellikle de piyasayı incelerken, "denge" teriminden çok, "düzen" terimini kullanmanın daha uygun olduğunu savunur. Bu seçimin ana nedeni şudur: Düzen, bir değişiklik sürecinde muhafaza edilebilirken; denge, Hayek'e göre, ulaşılamaz bir ideal standardı hedeflediği için var olamaz. Bu anlamda piyasanın başarılarını bu idealin ışığında incelemek haksızlık olur. Bu bağlamda Hayek, yetkililerin piyasaya müdahalelerinin sıklıkla olumsuz bir etki yarattığını savunur; çünkü müdahale ile piyasa ve rekabetin doğal yolunda gelişimi engellenir. Bu etkiyi anlatmak için Hayek, tüketicilere daha ucuz ve kaliteli ürün sunmayı sağlayacak yolların arandığı bir durumu örnek gösterir. Rekabetin düzenlenmesi bu durumda herkesten önce tüketicilere fayda sağlayacak yöntemlerin araştırılmasını engeller. (Hayek, 1984).



konusu olan “temel” olarak tanımlanabilecek bir reddiyedir. Çünkü Hayek’e göre rekabet kurallarının, sadece refah üzerindeki etkilere göre belirlenmesi, rekabet terimine dair “yanlış bir kanı”dan kaynaklanmaktadır. Hayek’e göre bu yaklaşım, rekabetin, tüketici refahının yükseltilemeyeceği bir iktisadi durum olduğunu varsayar. Hayek ise rekabeti özel bir süreç olarak tanımlamayı tercih eder. Bu süreç, içerisinde yenilik yöntemleri, maliyet tasarrufları ve tüketici seçimleri konusunda gerçek bir bilgi eksikliğini barındırır. Rekabet, bu çok merkezli bilginin piyasa çapında yeni bir bilgi üretmek için kullanıldığı bir süreçtir ve dolayısıyla statik bir dengeye veya bir hedefin gerçekleştirilmiş olduğu bir duruma tekabül edemez.

Schweitzer’in yorumuna göre Hayek, rekabetin toplam refahı veya tüketici refahını artırma potansiyeline sahip olduğunu reddetmez; fakat bu refah artışını gerçekleştirebilmek için, rekabet sürecini akışına bırakmak gerektiğini savunur (Schweitzer, 2013). Rekabet dolayısıyla doğal, spontan bir düzen olmalıdır. Varılan hedefler, piyasa oyuncularının özel hedefleridir. Bu hedefler mutlak değildir ve her biri diğerine zıt bile olabilir. Rekabet, ekonomik refah yaratabilir; ama refah, önceden belirlenmiş ve rekabet kurallarını da belirleyen bir hedef olarak ele alınmamalıdır. Tek ve mutlak bir hedefi olan herhangi bir rekabet politikasını savunmak, rekabet sürecini belirlemesi gereken piyasa oyuncularının şahsi hedeflerini yok saymak anlamına gelir. Rekabet politikasının tek amacı, çok merkezli bilginin kamusal ve özel önlemlere karşı bir üretim faktörü olarak kullanıldığı bu doğal süreci korumak olmalıdır.

Yukarı anlatılanlardan da anlaşılacağı gibi Hayek, kamu müdahalesi konusunda da Ordo-liberallerden ayrılmaktadır. Ordo-liberallerin hemen hepsi rekabeti korumak

amaçlı bir yasal yapının olmasından yanayken, Hayek minimum müdahaleyi savunur ve piyasanın daha fazla güveni hak ettiğini iddia eder<sup>41</sup>. Kamu müdahalesi konusunda Hayek de Bork kadar isteksiz ve minimalisttir; ancak bu iki yazarın rekabet hukukuna ilişkin başka temel konularda zıt düştükleri de belirtilmelidir. Bork sonuçlar ve etkiler üzerine kurulu bir rekabet politikasını savunurken, Hayek rekabetin özel bir süreç olarak korunması gerektiğini düşünür.

Schweitzer'a göre Hayek'in önerilerinin bu yönü, rekabet politikalarının Almanya ve ABD'deki gelişimleri arasındaki farkları anlamak için gereklidir (Schweitzer, 2013). Rekabet politikasında iki farklı eğilim arasındaki bu ayrım, iki Alman ekonomist arasında önemli bir tartışmaya konu olmuştur. Bir yanda Kantzenbach, rekabet politikasının bazı piyasa türlerini desteklemesi gerektiğini, çünkü bunun rekabet açısından optimal sonuçlar vereceğini savunur (Schweitzer, 2013). Ona göre optimal piyasa yapısı oligopolistik olandır; çünkü bu tür piyasalar yoğun rekabet için ciddi bir teşvik yaratır. Diğer yanda Hoppman, rekabet politikasının belli bir piyasa türünü dayatmaktan kaçınması gerektiğini savunur (Schweitzer, 2013). Hoppman'a göre, rekabet politikası temel olarak serbest rekabeti, yani şirketlerin ve tüketicilerin rekabet sürecine serbest katılımını desteklemelidir. Hoppman, bu bağlamda, rekabet çerçevesinde bireylerin ekonomik hak ve özgürlüklerine vurgu yapar (Schweitzer, 2013). Bu noktada AT düzeyindeki tüm iktisadi politikaların tutarlılığı konusu da ele alınabilir. Antlaşmanın maddeleri, genel olarak tutarlı bir ekonomik politika öngörür.

---

<sup>41</sup> Ayrıca özel gücün ya da daha spesifik olarak güçlü şirketlerin, rekabet yetkililerince alınan önlemlere nazaran piyasa için daha az tehlike arz ettiğini söyler. Bu düşünce, faal bir rekabet kurumunun piyasalar için zaruri olduğunu savunan ordo-liberal yaklaşıma zıttır. Bu açıdan bakıldığında Hayek, "bırakınız yapınlar" ekonomisinin savunucularına ve neo-liberallere yakın görülür. (Hayek, 1984).

Yani ekonominin değişik alanlarında yürütölen farklı politikalar yalnızca Antlaşmayla değil, aynı zamanda birbirleriyle de uyumlu olmalıdır. Dolayısıyla eğer tüketici refahı iç piyasa için bir hedef olamazsa, rekabet politikası için de bir hedef olamaz. Bu tespit, tüketici refahı hedefinin iç piyasa politikası ile uyumlu olmadığını ima etmez. Burada vurgulanması gereken, Sözleşme'nin öngörülerinin bu seviyede bir uyumsuzluğa müsaade etmeyeceğidir.

Schweitzer tüketici refahı yaklaşımına ilişkin iki temel zorluk tespit eder. Birincisi, refah üzerindeki olumlu ve olumsuz etkilerin incelenmesi kolay değildir. Böyle bir inceleme, ciddi miktarda varsayımsal öğe içerir. Ayrıca piyasa üzerindeki etkiler, mevzubahis olan verimlilikler konusu olsa dahi, her zaman ölçülebilir değildir. Yapılacak çalışmanın sonuçlarının hassas ve hatta keyfi olması riski vardır. İkinci zorluk, uzun vade etkilerine ilişkindir. Yazara göre bu yaklaşımın kısa vadeli statik etkilere odaklanma eğilimi vardır. Buna karşın, daha çok uzun vadede görölen dinamik etkilerin ölçümü daha zordur ve bu etkiler tüketici refahı için daha önemsiz değildir. Bu noktada yazar, Kerber'in eleştirisindekine (Kerber, 2009) benzer bir düşünce ileri sürer. Bu iki zorluğun birleşimi, tüketici refahı yaklaşımının şirketlerin kendi olası davranışlarına ilişkin yasal öngörülebilirlik sorunları çıkaracağını ima eder.

**Sonuç olarak,** göröldüğü gibi, rekabet politikasının nihai hedefi olarak tüketici refahının kabul edilmesi, yapısalcı yaklaşımlarla ve etki ve verimlilik konularını dayanak olarak alan ekonomik yaklaşımlar üzerinde yapılan tartışmalarla ilgili sorular doğurur. Tıpkı ABD'de olduğu gibi, Avrupa'da da etkiler üzerine kurulu bir yaklaşımın uygulanmasını savunan ekonomistler vardır; ancak bu ekonomistler de, toplam refah

kriterini tüketici refahına tercih ederler. Mesela Motta'ya göre, toplam refah ve tüketici refahı uygulamaları birbirinden çok farklı sonuçlar vermez (Motta, 2008). Yazara göre, ekonomistlerin çoğu az ya da çok toplam refah standardını öne çıkarırlar. Zaten uygulamada, yetkililerin toplam refahı mı yoksa tüketici refahı standardını mı kullandığını ayırt etmek zordur. Bununla birlikte, rekabet yetkilileri tüketici refahını ön plana çıkaran bir yaklaşım, hatta bir politika geliştirmiştir. Sözleşme'nin 81.(3) maddesi ve yoğunlaşmaların kontrolü mevzuatının 2.1. maddesi, en azından AB rekabet mevzuatı çerçevesinde, tüketici refahına dönük bir eğilim sergiler; ancak Motta'nın da belirttiği gibi, bu eğilimler mahkemenin hukuki kararlarında gözlemlenemez. Bu ayrışma ileri safhalarda detaylı olarak incelenecektir.

### **3.3. AB Rekabet Hukukunda Yoğunlaşmaların Denetlenmesi Alanında 'Daha Ekonomik Yaklaşım Krizi'**

AB rekabet uygulamasında daha ekonomik kriterlere yer verilmesi ihtiyacı, öncelikle birleşme ve devralmalar alanında ortaya çıkmıştır. Özellikle 2000'li yıllarda Komisyonun almış olduğu bazı kararların Mahkeme tarafından incelemesi sürecinde, ekonomik analiz arayışının giderek arttığını söylemek mümkündür. Hatta Mahkemenin, kullanılan ekonomik analizleri onaylamayarak Komisyon kararını bozduğu örnekler bile vardır. AB'de rekabet hukuku alanında eskiye nazaran daha ekonomik bir yaklaşım benimsenmesinin mahiyetini anlamak için birleşme ve devralma kararlarını inceleyerek başlamak doğru olacaktır.

*Continental Can* kararından sonra Avrupa Topluluğu'nda yoğunlaşmaların daha etkili bir biçimde denetlenmesi gerekliliği ortaya çıkmış; ancak bu denetimi sağlayacak

bir sistemin getirilmesi neredeyse yirmi yıl almıştır. AT’de yoğunlaşmaların ayrı bir sistemle denetlenmesi konusu, ilk kez 1989’da kabul edilen ve 21 Eylül 1990’da yürürlüğe konulan 4064/89 sayılı Konsey Tüzüğü ile mevzuata girmiştir. Weitbrecht’e göre bu sistemde, Alman Ordo-liberal Okulunun etkisiyle hakim durumun yaratılması veya güçlendirilmesi kriteri benimsenmiştir. Sistem, dünyada genel olarak geçerli olan onaya bağlı *ex ante* bir kontrol sistemidir. Buna göre, belli ciro eşiği veya payını aşan teşebbüsler, birleşme, devralama ve ortak girişim gibi işlemlerden önce rekabet otoritesinden izin almak durumundadır. AB sisteminde de teşebbüsler işlemlerini gerçekleştirmeden önce Komisyondan izin alırlar. Weitbrecht AB’de birleşme ve devralmaların denetlenmesini “karışık başarılar” olarak nitelendirmektedir (Weitbrecht, 2008). Komisyon bir taraftan bu alanda yetkilerini genişletmiş ve kendine has bir politika geliştirmiş; ancak diğer taraftan Genel Mahkeme ve Adalet Divanı, Komisyonun almış olduğu bazı kararları iptal ederek, geliştirilen bu politikaları benimsememiştir. Aslında Komisyon 4064/89 sayılı ilk Tüzük’ün kabul edilmesinden sonra çok önemli ölçekte beş birleşmeye izin vermeyerek, katı bir birleşme ve devralma politikası izlemiştir (*Boeing/McDonell*, 1997, *GE/Honeywell*, 2000, *Schneider/Legrand* 2002, *Tetra Laval/Sidel* 2002, *Airtours/First Choice* 2002). Bu kararlardan belki de en önemlisi ABD’de izin alırken AB’de Komisyonun iznini alamayan *GE/Honeywell* kararıdır. Daha sonra Genel Mahkeme, Komisyonun izin vermediği üç birleşmeden ikisine ilişkin kararı bozmuştur.

1990’da yürürlüğe giren “Yoğunlaşmaların denetlenmesi” uygulamasının onuncu yılından sonra adeta bir krize girmiştir (Vranas-Liveris, 2008). Bu krizin kaynağı

Komisyonun 2002 yılında almış olduğu yoğunlaşmalara ilişkin üç karardır: *Schneider/Legrand* kararı, *Tetra Laval/Sidel* kararı ve *Airtours/First Choice* kararı. Bu kararların ortak noktası, her üçünün de açılan davalar sonucu Genel Mahkeme tarafından iptal edilmiş olmasıdır. Mahkemenin kararları ise AB rekabet hukukunda ekonomik standartların uygulanması açısından son derece önemlidir.

Bu üç kararın öncesinde öncelikle 1997 yılında *Boeing MacDonell/Douglas* kararıyla ve sonra 2000 yılında *General Electric/Honeywell* kararında Komisyon, ABD’de koşulsuz olarak izin verilen bu işlemlere ya izin vermemiş ya koşullu olarak izin vermiştir. Bu kararlar başta Amerikan yetkilileri tarafından çokça eleştirilmiştir. *GE/Honeywell* birleşmesinde Komisyon, ABD’li yetkililer ile tam anlamıyla zıt bir sonuca varmış ve işlemin gerçekleştirilmesine izin vermemiştir. İlgili pazarın da küresel olarak tanımlanmış olması nedeniyle söz konusu karar daha da tartışmalı hale gelmektedir. Zira sadece AB değil ABD’yi de kapsayan bir pazar tanımından sonra, ABD’de izin verilen işlemlerin AB’de sorunla karşılaşmasını anlamlandırmak daha zor hale gelmektedir. Weitbrecht, bu sonucun, Komisyon ve özellikle birleşme ve devralmaların denetlenmesi alanında ABD’nin ve Amerikan ekonomik yaklaşımlarının çok etkisinde kalınmış olmasına rağmen alındığını ifade etmektedir. Oysa bu karar sonrasında varılması gereken sonuç, Komisyonun bu alanda iddia edildiği kadar Amerika kökenli yaklaşımların etkisinde olmadığı şeklinde olmalıdır.

Daha sonra, 2001 yılında Komisyon mevzuatta bazı değişiklikler öneren bir “Yeşil Kitap” yayımlamıştır. Bu belgeyle Komisyon, bir taraftan başvuru eşikleri ile ilgili bir revizyon önermiş, diğer taraftan daha sonra kabul edilen “rekabetin önemli

derecede azalması testi”nin (SLC) hakim durum yaratılmasına ek olarak mevzuata eklenmesini önermiştir. Buna rağmen, bu yeniliklerin kabulü ve uygulanması söz konusu bile olmadan, Komisyonun çalışmalarını gölgede bırakan, yukarıda andığımız üç mahkeme kararı, yalnızca yoğunlaşmaların kontrolü alanında değil daha geniş anlamda rekabet hukukunda ciddi sonuçlar doğurmuştur (Levy, 2004).

**Schneider/Legrand kararında**, Fransız konglomerası Schneider, Legrand’ı devralmak için Komisyona Şubat 2001’de başvurmuştur. Komisyon henüz kararını açıklamadan Schneider halka arz yoluyla Legrand’ın %98’ini satın almıştır. Komisyon bu işlemde sonra 10 Ekim 2001’de devralmaya izin vermeyen kararını açıklamış ve ikinci bir kararla Schneider’e hisselerini elden çıkarmak için dokuz aylık bir süre tanımıştır. Schneider’in itirazı sonucu İlk Başvuru Mahkemesi, her iki kararı da iptal etmiştir (*Schneider*, 2002).

**Tetra Laval/Sidel kararında** ise aseptik karton paketleme pazarında tartışmasız şekilde hakim durumda olan Tetra Laval teşebbüsü, PET türü paketleme malzemesi ve makinası üreten Fransız firması Sidel’i devralmıştır. Bu iki firma, aslında farklı ürün pazarlarında faaliyet gösteren firmalardır. Sidel’in ürettiği malzeme, paketlemenin sadece bir parçasıdır ve bu malzemenin satıldığı pazarda ne Sidel ne de Tetra Laval hakim durumdadır. Komisyon aynı ürün pazarında, yani yatay pazarda gerçekleşmeyen bu devralmaya izin vermemiştir. Ne yatay ne de dikey ve dolayısıyla konglomera pazarda gerçekleşecek olan bu devralmaya izin vermeyen karar çok tartışma yaratmıştır. Tetra Laval’in dava açması üzerine Komisyon’un kararı iptal edilmiştir.

*Airtours/First Choice* kararının ise yalnızca yoğunlaşmaların denetlenmesi değil, aynı zamanda birlikte hakim durum ve zımnî anlaşma konularında da önemli sonuçları olmuştur. Airtours 1999 yılında First Choice firmasını devralmak için yapılan anlaşmaya izin almak amacıyla Komisyona başvurmuştur. Her iki firma da tur operatörlüğü ve seyahat acenteliği pazarında faaliyet göstermektedir. İki firmanın da pazarda hakim durumda değildir. Komisyon bu devralmayı pazarın yapısı göz önünde bulundurulduğunda ileride birlikte hakim duruma yol açacağı gerekçesiyle reddetmiştir. Yukarıdaki örneklere benzer şekilde, İlk Başvuru Mahkemesi ilgili kararı iptal etmiştir.

Söz konusu kararların hepsinde Mahkeme, Komisyonun yeterli veya doğru iktisadi kanıtlar sunmadığına karar vermiştir. Özellikle *Airtours* kararında bu tespit oldukça çarpıcıdır. İlgili kararda Mahkeme, devralma işleminden sonra zımnî danışıklığın oluşacağını Komisyonun kanıtlayamadığı kararına varmıştır. Mahkeme pazarın yapısına yönelik bazı analizlerin yapılmasının şart olduğuna karar vermiş, ayrıca bu durumda hangi kriterlere bakılması gerektiğini sıralamıştır.

Mahkemenin, daha sonra 102. madde kapsamında da kullanılan ve “Airtours testi” olarak ifade edilen bu testinin üç ana unsuru vardır: Birincisi Komisyon, pazarda şeffaflık olduğunu kanıtlamak zorundadır. İlgili kararda, satışların iki aşamalı ve karmaşık bir şekilde yapılıyor olması nedeniyle Mahkeme, bu şartın yerine gelmediği tespitini yapmıştır. Yine bir zımnî danışıklık kararı olan *Impala* kararında (2006) Mahkeme, aynı gerekçe ile Komisyonun kararını iptal etmiştir. İkinci şart, pazardaki koordinasyonun uzun süreli olacağını kanıtlanmasıdır. Üçüncü şart ise, tüketicilerin



veya rakiplerin öngörülebilir tepkilerinin koordinasyonu bozacak nitelikte olmamasıdır. Mahkeme Komisyonun bu şartları kanıtlayamadığına hükmederek kararı iptal etmiştir.

Genel Mahkemenin iptal ettiği birleşme kararlarından biri olan *Airtours* kararı Weitbrecht'e göre Komisyonun oligopolistik pazarlarda danışıklı eylemler konusundaki müdahale yetkisinin sorgulanmasına yol açmıştır. Weitbrecht, bu kararların hemen sonrasında AB rekabet hukukunda başlayan hakim durumun yaratılması veya güçlendirilmesi kriterine dair tartışmaların esas nedeninin bu karar olduğunu iddia etmektedir (Weitbrecht, 2008). Bu kriterin, pazarda etkili rekabetin ne kadar etkileneceğinin ölçülmesinde yetersiz olduğu yönünde pek çok görüş ortaya çıkmıştır. 139/2004 sayılı Tüzük ile, birleşme ve devralmaların denetlenmesinde yeni bir kriter getirilmiş ve artık sadece hakim durum yaratılması veya güçlendirilmesi değil, rekabetin önemli ölçüde kısıtlanması da bir kriter olarak kullanılabilir olmuştur.

*Schneider* ve *Tetra Laval* kararlarında da (2002) Mahkeme, Komisyonun yeterince ekonomik kriterlerle hareket etmediğine hükmetmiştir. *Schneider* kararında (2002) Mahkeme Komisyonun ilgili ürün pazarını doğru tanımlamadığını ileri sürmüştür. Komisyonun yaptığı analiz sonucunda ürün pazarı, üye devletler bazında dar tanımlanırken AB bazında geniş tanımlanmıştır. Bu nedenle analiz tutarsız olarak nitelendirilmiştir. *Tetra Laval* kararında (2002) sorun, ilgili işlemin, hem Tetra Laval'ın hem de onun devraldığı Sidel'in, hakim durumda olmadığı bir pazarda gerçekleşiyor olmasıdır. Mahkeme, Komisyonun, Tetra Laval'in farklı bir pazardaki hakim durumunun, ne yatay ne de dikey olan bir pazarda rekabeti bozacak etki yaratabileceğini kanıtlayamadığına karar vermiştir. Komisyon, Tetra Laval'in bir pazardaki hakim

durumunu konglomera bir pazarda baskı yapmak için kullanabileceğini savunmuştur. Mahkeme ise bunun teoride mümkün olduğunu kabul ederken, ilgili kararda Komisyonun, bu argümanı somut verilerle yeterince destekleyemediğine karar vermiştir. Aynı sorun Komisyon'un *GE/Honeywell* kararında (2001) da yaşanmıştır. Kararda AB yetkilileri konglomera pazarda oluşacak baskıdan endişe ederken, ABD yetkilileri bu tür bir potansiyel etkinin ölçülemez ve fazla müphem olması nedeniyle işleme koşulsuz izin vermiştir. AB Mahkemelerinin bu tür bir etkinin teorik olarak mümkün olduğunu ileri sürmeleri iki sistem ve yaklaşım arasındaki önemli bir farklılığı göstermektedir.

Üç kararda da esas olarak ön plana çıkan sorun, Komisyonun iktisadi yaklaşımı ve kanıtları değerlendirme şeklidir (Vranas-Liveris, 2008, s.1505). Vrenas-Liveris'in de ifade ettiği gibi Mahkeme, Komisyonun "şeffaflık konusundaki yetersizliğini ve hatalı iktisadi mantığını" eleştirmiştir. *Airtours* kararında (2002) Mahkeme, Komisyonun yetersiz kaldığı gerekçesiyle, yapılması gereken analizleri kendisi belirlemiştir; fakat Mahkemenin iktisat uzmanlığına soyunması ve yapılması gereken iktisadi analizleri belirlemesi de tartışmaya yol açmıştır (Vranas-Liveris, 2008, s.1505). Bu kararlar ile en azından birleşme ve devralmalar alanında Komisyonun iktisadi analiz kapasitesini artırması ve iktisadi analizlere ağırlık vermesi gerekliliği çok net bir biçimde ortaya çıkmıştır (Filippelli, 2013). Zaten dönemin Komisyon üyesi Mario Monti'nin bu kararlardan sonra yaptığı açıklamalardan da bu gereksinim anlaşılmaktadır. Monti mevcut sistemin sorunlarını kabul ederken, yapılacak değişiklikler sonrasında, gelecek kararların somut kanıtları ve "ekonomik teorinin soğuk metali"ni temel alacağını ifade etmiştir (Monti, 2002). Weitbrecht'e göre Mahkemenin ardı ardına iptal ettiği kararlar,

Komisyonu bu açıklamayı yapmaya yani reforma itmiştir (Weitbrecht, 2008). Açıklamasında Monti, Komisyonda özellikle birleşme ve devralmaların denetlenmesinde daha fazla şeffaflık ve savunma hakkı sağlanması gibi önemli adımlardan söz etmiştir (Monti, 2002). Bunların yanısıra, bu dönemde yapılan belki de en önemli ve anlamlı reform, yine Monti'nin konuşmasında yer alan "Baş Ekonomist" in atanmasıdır. Bu atanmanın anlamı, Komisyonun değerlendirme yaparken bundan böyle iktisadi kriterleri daha fazla göz önünde bulunduracağıdır. En azından, Komisyon bu yöndeki niyetini somutlaştırmıştır. Weitbrecht, o zaman açıklanan ve hâlâ uygulanmakta olan bu reformların genel olarak Komisyonun politikası üzerinde olumlu etkileri olduğunu savunmaktadır.

**Neticede**, bu üç karardan hemen sonra Komisyon, yoğunlaşmaların denetlenmesi alanında kapsamlı bir paket açıklamıştır. Bu çalışmaların sonucunda 2004 yılında rekabetin önemli derecede azalması testi, Konsey tarafından kabul edilen yeni Tüzük'te yer almıştır. Bununla beraber, bu "üçleme" nin yalnızca yoğunlaşmaların denetlenmesi alanında değil, aynı zamanda AB rekabet hukukunun genelinde önemli sonuçlar doğurduğu belirtilmelidir (Vranas-Liveris, 2008, s.1507). Bu kararların ardından Komisyon, ekonomik analiz kapasitesini geliştirmek için bir çalışmaya girmiş ve hatta bu nedenle uzmanları ile birlikte bir "Baş Ekonomist" atanmıştır.

#### **3.4. Komisyonun Tüketici Refahı Standardına Yaklaşımı**

**Komisyon yetkililerinin bakış açısından tüketici refahı** AB rekabet hukukunda daha ekonomik bir yaklaşım gereksinimi karşılayabilecek bir standarttır. Komisyonun daha ekonomik bir yaklaşım arayışına girmesi, 1990'lı yılların ikinci

yarısında başlamıştır. Maastricht Antlaşması'nın yürürlüğe girmesinden hemen sonra Komisyon, dikey anlaşmalar kapsamında önce 1996, sonra 1999 ve 2000 yıllarında politika değişikliğinin sinyallerini ortaya koyan raporlar, değerlendirmeler, esnek (soft law) hukuk belgeleri yayınlamış<sup>42</sup> ve bunları takiben iki Tüzük yürürlüğe konmuştur<sup>43</sup>. Daha iktisadi bir bakış açısının ivme kazanması ise şüphesiz 2000'li yıllardan itibaren olmuştur. Doktrindeki bazı görüşlere göre, bu ivmenin sebebi birleşme ve devralmalar alanında Komisyonun aldığı üç kararın, Genel Mahkeme tarafından “iktisadi yaklaşımların ve kullanımlarının yetersizliği ve yanlışlığı” nedeniyle iptal edilmesidir (Schneider, 2002; Tetra Laval, 2002; Airtours, 2002).

Bu kararlar gerçekten bu bakış açısının hızlanması ve yaygınlaşmasında önemli rol oynamıştır. Kararlardan hemen sonra dönemin Komisyon üyesi Monti'nin yaptığı açıklamalarda da daha ekonomik bir yaklaşımın benimseneceği açıkça ifade edilmektedir (Monti, 2002). Bununla beraber, aynı Komisyon üyesinin yaptığı açıklamalardan, Komisyonun daha da öncesinden bu tür bir arayış içinde olduğu ve çareyi tüketici refahı ve iktisadi verimlilik testlerinde gördüğü anlaşılmaktadır. Monti, 2001 yılında yoğunlaşmaların denetlenmesine yönelik olarak bir konuşmasında şöyle demiştir:

*“Rekabet politikasının amacı, tüm unsurlarıyla, Ortak Pazar'da yüksek düzeyde rekabeti sağlayarak tüketici refahının korunmasıdır. (...) Bu noktada açıkça belirtmeliyim ki, daha verimli firmalar yaratan birleşmelere karşı değiliz. Bu*

---

<sup>42</sup> Dikey Anlaşmalara ilişkin Yeşil Kitap COM (96) 721

<sup>43</sup> Dikey Kısıtlamalara ilişkin Komisyon Tüzüğü ve 2000 yılında Antlaşmanın 81(3). Maddesinin Uygulanmasına ilişkin Komisyon Tüzüğü

*birleşmeler, artan rekabet nedeniyle rakipler zorluk çekse de, tüketiciler için faydalıdır. Ancak, verimlilik yaratmayan, rakipler için rekabetin çitasını yükseltip, sonunda tüketicinin refahının azalmasına neden olan birleşmelere karşıyız” (Monti, 2001).*

Görüldüğü gibi, Genel Mahkemenin aldığı kararlardan önce, yoğunlaşmalar alanında daha ekonomik bir yaklaşımın benimseneceğinin işaretleri verilmiştir.

Bu yöndeki çalışmalar 2002’den sonra daha da hızlanmıştır. Öncelikle Komisyon yetkililerinin çeşitli açıklamalarında rekabet politikasının tek amacının tüketici refahı olduğu görüşü yaygınlaşmıştır. Komisyoner Nellie Kroes, 2005 yılında yaptığı bir konuşmada politikalarını şu şekilde açıklamıştır:

*“Amacımız basittir: Tüketici refahını artırmanın bir yolu olarak pazarda rekabeti korumak ve kaynakların etkin dağılımını sağlamaktır. Sağlam iktisadi temellere dayanan, etki odaklı bir yaklaşım, bireylerin rekabetçi ve dinamik bir pazarın faydalarını hissetmelerini sağlar” (Kroes, 2005).*

Kroes’ün bu ifadelerinden de anlaşılacağı gibi kendisinin yönetimindeki Komisyon da tüketici refahını rekabet politikasının merkezine oturtmak niyetindedir.

Bu çerçevede vurgulanması gereken başka bir konuşma da Rekabet Genel Müdürü Philip Lowe’ün 2007 yılında yaptığı, “Tüketici Refahı ve Verimlilik – Rekabet Politikasının Yeni Yön Verici İlkeleri?” başlıklı konuşmadır (Lowe, 2007) . Başlıktan da anlaşılacağı gibi, Genel Müdür’ün amacı, AB rekabet politikasında tüketici refahının yerini tanımlamaktır.

Konuşmada Lowe, öncelikle, daha önce Komisyon ve Mahkemelerin Ordo-liberal teorilerden etkilendiğini, bu bağlamda ekonomik verimlilik yerine ekonomik özgürlüğü ön plana çıkardıklarını kabul etmektedir (Lowe, 2007). Hatta eski Komisyoner Brittain'a atıfta bulunarak o dönemde ABD'de uygulanan politikaların AT ile uyumsuz olduğunu ifade etmektedir. Dahası, Brittain açıkça Chicago Okulunun AT politikalarıyla uyumlu olmadığını, zira Chicago Okulunun zaten var olan ve işleyen bir piyasaya hitap ettiğini, oysa AT'nin asıl amacının tek bir pazar oluşturmak olduğunu söylemiştir. Burada yine kaydedilmesi gereken bir nokta da, Lowe'in yine açıkça, tüketici refahının kaynağının Chicago Okulu olduğunu kabul etmesidir (Lowe, 2007). Bu görüşten, AB rekabet hukukunda uygulanacak olan tüketici refahı standardının Chicago Okulunun önerdiği standart ile uyumlu olacağı beklentisi doğmaktadır.

Lowe, 1990'lı yıllardan itibaren bu anlayışın revize edilmesi gerekliliğinin ortaya çıktığını ve bu bağlamda rekabet sürecinin sonucunun refahı artırmak olması gerektiğini ve bu nedenle rekabetin amacının ekonomik refah olduğunu söylemektedir (Lowe, 2007). Burada Lowe, Genel Mahkemenin iki kararına atıfta bulunarak, bu görüşün Mahkeme tarafından da benimsendiğine işaret etmektedir. Oysa daha sonra açıklanacağı gibi, ilgili kararlardan *GlaxoSmithKline* kararında (2009) ABAD, daha sonra Genel Mahkemenin bu yorumunu kabul etmemiş ve kararı bozmuştur. *British Airways* kararında (2007) ise, iktisadi verimlilikten ziyade tüketici zararı esas alınmıştır. Lowe, sonuç olarak bu kararlardan sonra iktisadi verimliliğe ağırlık verilebileceğini iddia etmiştir.

Lowe, konuşmasının devamında, aşağıda açıklanan esnek hukuk kaynaklarında yapılan politika değişikliklerine yer vermekte, rekabet hukukunun ayrı konularını düzenleyen 81. ve 82. maddeleri ve yoğunlaşmaların denetlenmesi alanında tüketici refahının bir amaç olarak nasıl tasarlandığına dikkat çekmektedir (Lowe, 2007). Burada Lowe tarafından kayda değer bir görüş 101 ve 102. madde kapsamında ileri sürülmüştür. Lowe, 102. madde kapsamında yapılan değişikliklerin diğer alanlara göre biraz daha geriden geldiğini ve artık 2007 itibarıyla diğer alanlarla uyumlu olduğunu ifade etmektedir. Bununla birlikte, Lowe tamamen etki analizine dayalı savunmalarda standardın, 102. madde kapsamında uygulanmasının zorluğunu da kabul etmektedir (Lowe, 2007). Komisyon, pratikte bu alandaki soruşturmalarda verimlilik ölçümü yapmasının diğer alanlara göre çok daha güç olduğunu itiraf etmektedir. Diğer taraftan bu kapsamda Lowe, tüketici refahını neredeyse tamamen tüketici zararı olarak tanımlamaktadır. Oysa daha önce de açıklandığı gibi, ABD'deki uygulamalarda tüketici refahı tamamen bir verimlilik testi olarak karşımıza çıkmaktadır. Bununla birlikte, örneğin Leegin kararında Yüce Mahkeme, tüketicinin kısa ve orta vadede zarar ettiği hallerde bile, toplam verimliliğin artmasının rekabet açısından ihlal sayılmaması için yeterli olduğunu savunmuştur. O halde Lowe'ün en azında 102. Madde kapsamında aslında tüketici zararını dikkate alan bir politikadan söz ettiği anlaşılmaktadır ve bu bakımdan Chicago Okulu ve ABD uygulaması ile farklılaşmaktadır (Lowe, 2007). Daha sonra göreceğimiz gibi, Komisyon ve Mahkemelerin uygulaması da bu savı doğrulamaktadır.

Sonuç olarak, farklı Komisyon yetkileri de pek çok kez tüketici refahı ve verimliliğin, rekabet politikasının yegâne amacı olduğunu ifade etmiştir. Bu bağlamda, daha ekonomik bir yaklaşımın nasıl şekilleneceği açıktır. Bu söylemin mevzuata da pek çok yansımaları olmuştur. Komisyonun bu alandaki reformlarını özellikle esnek\_hukuk kaynakları bakımından incelemekte fayda vardır.

**Tüketici refahının Komisyonun oluşturduğu AB esnek hukuk normlarına ve mevzuatına yansımaları,** yetkililerin bu yaklaşımın benimsenmesi gerektiğini ifade etmesinden hemen sonra net bir şekilde görülmüştür. Weitbrecht'e göre, 1990'lı yıllardan itibaren hard core karteller, Komisyonun rekabet uygulamasının önceliği haline gelmiştir (Weitbrecht, 2008). 1996'da kabul edilen uyum programları, Weitbrecht'e göre, ABD'yi örnek alarak hazırlanmış, kartellerle mücadele programlarıdır. Bu programlar sayesinde rekabet uygulaması daha etkili ve güçlü hale gelmiştir. Diğer taraftan, Komisyonun verdiği cezalarda da 1990'lı yılların sonlarında önemli değişiklikler olduğunu söylemek mümkündür. Komisyon, 90'lı yılların sonuna kadar genellikle cironun %5 ila %8'i arasında değişen cezalar uygularken, 2000'li yıllardan itibaren ceza oranları %10 ila %20 arasında seyretmeye başlamıştır.

**101. maddeye yönelik uygulamalar** kapsamında mevzuattaki ilk değişiklik, 1996 yılından yayınlanan "Dikey Kısıtlamalara ilişkin Yeşil Kitap"tır. Komisyon, bu kitapta dikey kısıtlamaların artık *per se* ihlal sayılmayacağını altını çizmiştir. Daha da önemlisi Komisyon, yine aynı belgede, daha ekonomik bir yaklaşım benimsenmesinin faydalarından bahsetmiş, dikey kısıtlamaların sağlayabileceği etkinlik artışına değinmiştir.



Bu Yeşil Kitap'ın hemen ardından 1999 yılında “Dikey Kısıtlamalara İlişkin Komisyon Tüzüğü” ve 2000 yılında “Antlaşma'nın 81(3). Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Komisyon Tüzüğü” kabul edilmiştir. Bu tüzüklerde Komisyon tüketici refahını ve iktisadi verimliliğini, açıkça, rekabet hukukun tek amacı olarak görmektedir. “81(3). Maddeye İlişkin Tüzük”ün 13. paragrafında, “81. maddenin amacı, tüketici refahını artırmak ve kaynakların verimli dağılımını sağlamak için pazarda rekabeti korumaktır” ifadesi yer almaktadır.

Bu yaklaşım ve ifadeler aynı şekilde 2003'de kabul edilen 81. ve 82. maddede öngörülen rekabet kurallarının uygulanmasını ilişkin Konsey Tüzüğünde de yerini almıştır. Gippini Fournier, Grup Muafiyeti Tüzüğü'nü *per se* hukuka aykırı olarak sayılmayacak davranışların çerçevesini belirleyen bir yasal dayanak olarak tanımlamaktadır (Gippini-Fournier, 2010). Başka bir deyişle, bir anlaşma anılan Tüzük'te rekabet ihlali kapsamına alınmamış ise, o anlaşma tanım gereği yasaldir. Bu uygulamayı Gippini Fournier, bir tür *per se* yasallık olarak adlandırmaktadır. Diğer taraftan, Komisyon görevlisi, Tüzük'ün hangi uygulamanın yasal olmadığını değil hangi uygulamanın yasal olduğunu belirler. Dolayısıyla *per se* ihlalleri belirlemek, anılan Tüzük'ün mantığına aykırıdır. Buna göre, “Muafiyet Tüzüğü” kapsamında muaf sayılmayacak bir eylem söz konusu olduğu takdirde, 101. maddenin uygulamasına geçilmelidir. Bu uygulamaya bakarak, AB rekabet hukukun aslında sanıldığı gibi tersine katı *per se* ihlallerin tanımlanması yerine, anlaşmaları muafiyet kapsamında ihlal olmaktan çıkararak daha yumuşak bir yaklaşım benimsemediği gibi bir genellemeye

varmak yanlış olacaktır. Bu sonuca varmak için, anlaşmaların/uygulamaların muafiyet kapsamına girip girmeyeceğine ne şekilde karar verildiğini incelemek gerekir.

Zaten Gippini Fournier de, genel kanaatin aksine AB rekabet hukukunda ve özellikle de 101. madde kapsamında “*per se* ihlal” olmadığını savunmaktadır (Gippini-Fournier, 2010). Bu konuda 2004 yılında 101. maddenin (eski 81. madde) uygulanması konusunda yapılan reformların büyük etkisi olmuştur. Daha önceleri, Komisyon dışındaki makamlar, yani esas olarak Mahkemeler, 81. madde kapsamında çok fazla iktisadi analize yer vermediğinden, piyasalardaki etkiye yönelik değerlendirmelere, Komisyon kararları dışında pek fazla rastlanmamaktaydı. Oysa 101. maddeyi uygulama yetkisinin Komisyonun tekeline çıkarılarak, üye devletlerin rekabet otoriteleri ve mahkemelerine de verilmesi, bu alanda gerçekten de önemli değişikliklere yol açmıştır. Bu değişiklikle, artık bu yetkiye sahip olan diğer makamların da iktisadi etkileri değerlendirme olanağının olması beklenmekteydi. Gippini Fournier’ye göre, AB’de 2005 reformu öncesinde dahi perakende satış fiyatlarını belirleyen dikey anlaşmalar konusunda ABD’deki düzeyde hararetli tartışmalar olmamıştır. Bunun en önemli sebebi, AB’de 101. madde kapsamında *per se* ihlal uygulamasının hiç olmamasıdır (Gippini Fournier, 2010). AB’de *per se* ihlal uygulaması olmadığı için muafiyet kapsamı dışında kalan anlaşmalarda bile, her zaman için savunma ve anlaşmanın rekabeti bozmadığını ispatlama olanağı taraflara açıktır. Bu nedenle zarar veya faydayı kanıtlayabilen taraf, ilgili soruşturmanın sonucunu etkileyebilecektir. O halde kendilerine böyle bir olanak sunulan piyasa aktörlerinin mevzuata ve uygulamaya hararetle karşı çıkmaları için bir sebep de olmayacaktır. Gippini Fournier bu nedenle AB’de, 101. madde kapsamında

dramatik tartışma ve zıtlıkların yaşanmadığını ileri sürmektedir. Fournier, bu yaklaşımın gelişime daha açık olduğunu da savunmaktadır; ancak perakende satışlarda fiyat belirleyen anlaşmaların 101(3). maddeden yararlanarak muafiyet kapsamına girme ihtimalinin de düşük olduğunu ileri sürmektedir.

**102. maddeye yönelik uygulamalar** kapsamında tüketici refahı standardı ve etkinlik söylemi, diğer alanlara göre daha geç gelmiştir. Komisyonun bu alanda politika geliştirmesi 2000’li yılların ortasını bulmuştur. 82. madde kapsamında Komisyon, 2005 yılında “Tartışma Kitabı”nı yayınlamıştır<sup>44</sup>. Bu belgede Komisyon, rekabet hukukun yegâne amacının tüketici refahını sağlamak olduğunu yine açıkça ifade etmiştir. Daha sonra Komisyon, 2008 yılında, yine 82. maddenin uygulanmasına yönelik olarak “İlkeler Kılavuzu”nu yayınlamıştır<sup>45</sup>. Bu belgenin “Objektif Gereklilik ve Verimlilik” başlıklı bölümünde ise Komisyon, hakim durumdaki teşebbüslerin dışlayıcı davranışlarının rekabet üzerindeki etkilerinin ölçümünde, tüketici refahı üzerindeki olumsuz etkilerin ve en genel anlamıyla iktisadi verimliliğin baz alınacağını ifade etmiştir. Buna rağmen, doktrindeki bazı görüşlere göre bu belge, “Tartışma Kitabı”ndan farklı olarak, tüketici refahını rekabet hukukun yegâne amacı olarak değil; Komisyonun önceliği olarak ortaya koymaktadır (Lovdahl-Gormsen, 2010, s.161). Yine de, Komisyon bu belgede de iktisadi etkinlik ve tüketici refahını vurgulamaktadır. Bu açıdan “İlkeler Kılavuzu”, o dönemde yürürlükte olan diğer belgelerle uyumludur.

---

<sup>44</sup> DG COMP’s Discussion Paper on the Application of Article 82 of the Treaty to Exclusionary Abuses, December 2005

<sup>45</sup> OJ (2009) C45/7 Guidance on the Commission’s Enforcement Priorities in Applying Article 82 EC Treaty to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings

Komasyon on yılı aşkın bir zaman (1996-2008) içerisinde kabul ettiği ve yayınladığı belgelerle, izlenecek politikalarda daha ekonomik bir yaklaşıma olan gereksinimi ve bu alandaki kararlılığını ortaya koymaya çalışmıştır; fakat aslında bu politikaları uygulamaya yansıtmakta çok yetersiz kalmıştır. Bunun önemli bir nedeni, Komasyonun politikalarını belirlemede kullandığı bu esnek hukuk kaynaklarının normlar hiyerarşisindeki yeridir. Buna göre, bu kaynaklar kendisinden üstün olan Mahkeme içtihadını değiştiremez<sup>46</sup>. Bu nedenle Komasyon, oluşturmaya çalıştığı tüm politikaya rağmen, başta ABAD olmak üzere, mahkemelerin kabul ettiği prensipler kapsamında hareket etmek ve kararlarında bu içtihadı uymak zorunda kalmıştır.

**Yoğunlaşmaların denetlemesi alanında** daha önce incelenmiş olan *Schneider*, *Tetra Laval* ve *Airtours* kararlarından sonra AB’de Konsey tarafından yeni bir Tüzük kabul edilmiş ve Komasyon yeni Kılavuzlar yayınlamıştır. Bu yeni mevzuatın eski sistemden farkı yoğunlaşmaların kontrolünde hakim durumun yaratılması ve güçlendirilmesi kriteri ile birlikte, rekabetin önemli derece azalması testini de öngörmesidir. Reform tartışmaları sırasında hakim durum testini tamamen kaldırılması savunanlara karşın Amerikan antitröst hukukunda etkilenen bazı iktisatçılar ise sadece rekabetin önemli derecede azalması testinin uygulanması gerektiğini savunmuştur (Witt, 2013). Sonuçta iki teste de yer veren sistemde mutabakat sağlanmıştır.

139/2004 sayılı Tüzük 101. madde ve 102. madde kapsamında var olan mevzuattan farklı olarak tüketici refahını bir amaç olarak kabul etmemektedir. Hatta Tüzükte veya Kılavuzlarda tüketici refahı ifadesi yoktur. Tüzük aslında daha sonra

---

<sup>46</sup> Hukuk Sözcüsü Kokott’un Görüşü, Case C-95/04P *British Airways plc. v Commission* (2007) ECR I-2331, 23 Şubat 2006

açıklanacak olan, tüketici faydası anlayışa daha yakın bir şekilde, tüketicinin doğrudan zararını hedefleyen bir anlayış getirmiştir. Bağlayıcı olmasa dahi Tüzüğün girişinin (recital) 29. paragrafı “tüketiciye zarar potansiyeli” taşıyan yoğunlaşmaların yasaklanmasını öngörmektedir. Diğer taraftan Yatay Birleşme ve Devralmalar Kılavuzuna göre Komisyonun:

“tüketicileri rekabetin faydalarından, yani düşük fiyat, yüksek kalite ürünler, geniş bir ürün ve hizmet yelpazesi ve yenilikten mahrum bırakan birleşmeleri”

engellemesi gerekmektedir. Bu tanım Chicago Okulu ve Amerikan antitröst hukuku anlamında bir tüketici refahı standardı değildir. Zira daha önce detaylı olarak açıklandığı üzere bir verimlilik testidir. Bu Kılavuzda verimlilik testi değil, tüketici faydası testi öngörülmüştür. Bu unsurlar tüketicin doğrudan gelir kaybına uğrayıp uğramadığını ölçen unsurlardır. Özellikle toplam refah, yani toplam etkinlik, bu ölçütlerden bazıları negatif iken artıyor olabilir. Örneğin *Leegin* kararında (2007) Amerikan Yüce Mahkemesi kısa ve orta vadede fiyatların artmasına neden olan ve dolayısıyla tüketicinin zararına olan bir anlaşmanın aslında rekabeti artırarak verimliliği yükseltebileceğini ve bu nedenle rekabet aykırı sayılmaması gerektiğini söylemiştir. O halde bu unsurlar doğrudan tüketiciyi etkileyen ancak verimlilik testlerinde belirleyici olmayabilen unsurlardır. Diğer taraftan Genel Mahkeme *Deutschland* kararında (2013), 139/2004 sayılı Tüzüğün amacının “ortak pazarda etkin rekabetin önemli derecede engellenmesine neden olacak pazar yapıların oluşturulması veya güçlendirilmesini” engellemek olduğunu ifade etmiştir. O halde bu yoğunlaşmaların kontrolüne ilişkin

mevzuat en azından lafzında tüketici refahının kullanımı açısından diğer alanlardaki mevzuattan farklıdır.

Diğer taraftan sistemin reformunda bir başka önemli öge de verimlilik savunmaları olmuştur. Daha önceki sistemde etkinlik savunmalarına neredeyse hiç yer verilmemiştir. Rekabet hukukunun diğer alanlarında daha ekonomik bir yaklaşımın asıl temeli verimlilik savunmaları olarak görülmektedir ve doğal olarak yoğunlaşmalar alanından da aynı beklenti olmuştur. Nitekim yeni sistemde verimlilik savunmaları önemli bir yer tutmuştur. Fakat bu değişiklik Tüzüğün ana maddelerinde değil bağlayıcı olmayan giriş (recital) bölümündeki ifadelerde kabul edilmiştir. Bu bölümdeki ve Dikey kısıtlamalara ilişkin kılavuzdaki anlayışa göre: “yoğunlaşmanın getirdiği etkinlikler rekabet üzerindeki (negatif) sonuçlarını” etkisizleştirebilirler. Yani verimlilik savunmaları yoğunlaşmaların denetlenmesinde tek standart değildir ama en azında teşebbüsler bu savunmaya da başvurabileceklerdir.

Son olarak Komisyonun, 2009 yılından beri tüketici refahının ve etkinliğin, rekabet politikasının tek amacı olarak nitelendirildiği herhangi bir belge yayınlamadığını belirtmek gerekir. Daha önce kabul edilmiş olan mevzuat ve esnek hukuk kaynaklarının bazıları, hâlâ yürürlüktedir; ancak Komisyon bu alanda yayınladığı son kılavuz olan Dikey kısıtlamalara ilişkin Kılavuz'da (2010) tüketici refahı ve bu anlamda etkinlik savunmalarına yer vermemiştir. Bu değişimde, Mahkemenin bu yaklaşımları benimsememesi kadar, Lizbon Antlaşması ile birlikte kabul edilen “rekabetçi sosyal pazar ekonomisi” anlayışının da etkisinin olduğu söylenebilir. Henüz nasıl tanımlanması

ve uygulanması gerektiği konusunda kesin bir görüş birliği olmayan bu yeni düzen, şüphesiz Komisyonun politikalarında da önemli değişikliklere yol açacaktır.

### **3.5. AB Rekabet Hukuku İctihadında Daha Ekonomik Yaklaşım Ve Tüketici Refahı Standardı**

Maastricht Antlaşmasının yürürlüğe girmesinden (1993) Lizbon Antlaşmasının yürürlüğe girdiği döneme kadar AB Mahkemeleri rekabet hukukun farklı alanlarında aldıkları kararlarda yine iç pazarda serbest rekabetin sağlanması amacını ön plana çıkarmışlardır. İctihat daha ekonomik bir yaklaşım çerçevesinde etkinlik savunmaları ve tüketici refahını bir standart olarak kullanmamıştır. Aksine, iktisadi analizlerin, diğer gerekçelerden üstün olmadığı yönünde bir yaklaşım dahi görülmektedir (*Ryanair, 2011*).

#### **3.5.1. AB Rekabet Hukukunda İctihadında Dikey Anlaşmalar - Glaxosmithkline Kararı**

AB hukukunda 101. madde kapsamında hem yatay hem de dikey anlaşmalar değerlendirilmektedir. Teoride, özellikle fiyat belirleyici nitelikte olan veya bölge paylaşımı getiren yatay anlaşmaların, rekabeti engellediği varsayılmaktadır. Bu tür anlaşmalar hemen her sistemde yasaktır. Bununla birlikte, dikey anlaşmaların, rekabete olumsuz etkileri olabileceği kadar olumlu etkileri de olabileceği yine teoride ve pratikte kabul görmüştür. Daha önce incelediğimiz kararlardan da anlaşılacağı gibi, ABD’de dikey anlaşmalarda fiyat belirlenmesinin dahi verimliliği artırabileceği savunulmaktadır. Yüce Mahkeme icthadında da bu sav etkili olmuştur. AB hukukunda ise bu anlayışla, bir “muafiyetler sistemi” getirilmesi öngörülmüştür. Bu sistemde marka içi rekabeti kısıtlamakla birlikte markalar arası rekabet açısından olumlu sonuçlar doğuran

anlaşmalara muafiyet tanınması söz konusudur. Kısaca, dikey anlaşmalar verimlilik testlerine en yatkın anlaşmalardır. Oysa AB hukuku örneğinde, daha ekonomik bir yaklaşımın ve tüketici refahı standardı yaklaşımının benimsenmesi gereken dönemde, aksi yönde kararlar alınmıştır. Sonunda Komisyon bu alanda politika değişikliğine gitmiştir.

AB’de bir anlaşmanın amacının rekabeti kısıtlamak olabileceği anlayışı mevcuttur. AB mevzuatı, anlaşmaları, “amacı rekabeti kısıtlamak olan” ve “amacı rekabeti kısıtlamak olmamakla birlikte etkileri itibarıyla rekabeti kısıtlayan” anlaşmalar olarak ikiye ayırmaktadır. Wahl, amacı rekabeti kısıtlamak olan anlaşmalar söz konusu olduğunda, sistemin doğal sonucunun etkilere bakılmaya gerek olmaksızın karar verilmesi olduğunu ifade etmektedir (Wahl, 2010). Bu, en azından AB mahkemelerinde ortaya çıkan uygulamadır. Bununla birlikte, taraflar anlaşmanın muafiyet kapsamına girmesi gerektiğini savunduğu takdirde, Komisyon ve mahkemelerin, anlaşmanın etkilerini değerlendirmeye alması söz konusu olur. Zira ilgili makamlar anlaşmanın olumlu ve olumsuz etkilerini görmek ve tahlil etmek durumunda kalırlar. Wahl, bu tür iktisadi analizlerinin bazı durumlarda sadece Komisyon soruşturmalarında değil aynı zamanda Genel Mahkemenin önündeki davalarda da çok detaylı ve uzun bir şekilde incelenebildiğini ifade etmektedir.

Gippini Fournier, 101. madde kapsamındaki içtihadı baktığımızda kararların büyük bir kısmında mahkemelerin, en çok, rekabetin bir süreç olarak nasıl etkilendiğine baktığını göreceğimizi iddia etmektedir (Gippini Fournier, 2010). Bu içtihat, rekabetin kısıtlanmasının, daha ziyade rakip düzeyinde rekabetin ortadan kalkması veya rekabet



sürecinin etkilenmesi olarak tanımlandığını ortaya koymaktadır. Neven ise bu yaklaşımın, aslında etkinliğe bakmadan, “tanım gereği rekabeti bozan anlaşmalar” veya “etki bazında rekabeti bozan anlaşmalar” ayrımını devam ettirmekten farksız olduğunu savunmaktadır (Neven, 2010). Burada her eylem veya anlaşma için iktisadi etkinliği ölçmekten ziyade, bu tür anlaşmaların genellikle neden olduğu sonuçların dikkate alınması ve değerlendirmenin de buna göre yapılması söz konusudur. Bu da tam anlamıyla bir etkinlik ölçüsü ile değerlendirme yapmaktan uzak bir sistem ortaya koymaktadır.

***GlaxoSmithKline kararı*** dikey anlaşmalar kapsamında AB içtihatlarının gelişimini izlemek bakımından iyi bir örnektir. Dünya çapında bir ilaç devi olan GlaxoSmithKline (GSK), İspanya’daki toptancıları için yeni bir uygulama tasarlar ve 101(3). madde kapsamında muafiyet elde etmek amacıyla bu uygulamayı Komisyona bildirir. Bu sisteme göre, GSK’nın toptancıları yerel pazarda daha ucuza, diğer üye devletlere satışlarda ise daha pahalıya ilaç satabilecektir. Komisyon bu uygulamayı dikey anlaşma olarak nitelendirmiş ve rekabete aykırı bulmuştur (*GlaxoSmithKline*, 2009). Komisyon, kararında, özellikle içtihatla yer alan “amacı rekabeti bozmak olan anlaşmalar” ile “etkisi itibarıyla rekabeti bozan anlaşmalar” ayrımına değinmiş ve ilgili kararda GSK’nın getirmek istediği yeni uygulamanın, amacı rekabeti bozmak olan anlaşmalar kapsamında ele alınması gerektiğini ileri sürmüştür. Amacı rekabeti bozmak olan anlaşmalar 101(3). madde kapsamında muafiyetten faydalanamadığı için, ilgili anlaşmaya da muafiyet tanınmamıştır. Diğer taraftan Komisyon, söz konusu anlaşmanın İspanya ile diğer üye devletler arasında farklı uygulamalar getiriyor olması nedeniyle,

yine AB mahkemelerinin geçmiş içtihadına da değinerek, bunun, üye devletlerarası ticareti etkiler nitelikte olan ve ortak pazarda rekabeti bozan bir anlaşma olduğuna karar vermiştir.

GSK, Komisyonun kararına itiraz etmiştir. Yapılan itiraz sonucunda Genel Mahkeme, Komisyonun kararını iptal etmiştir. Bu karar, gerçekten de AB hukukunda daha ekonomik bir yaklaşım geliştirilmesi bakımından son derecede önemlidir. Kararda Mahkeme, Komisyonun ana savının “prensipte” doğru olduğunu vurgulamıştır. Zira bu Komisyonun görüşü AB mahkemelerinin daha önceki içtihadını yansıtmaktadır ve zaten Komisyonun kararı bu içtihada dayanmaktadır. Bu görüşe göre, paralel ticareti yasaklayan veya kısıtlayan anlaşmalar, özellikle bu uygulama üye devletler arasındaki ticareti etkiliyorsa, amacı rekabeti kısıtlamak olan anlaşma olarak nitelendirilir. Bu prensip ilk kez daha önce incelemiş olduğumuz *Consten/Grunding* kararında ortaya koyulmuştur. Tüm bunlara rağmen, Genel Mahkeme anlaşmaların amacı ve etkisi arasındaki ayrıma, Komisyondan farklı bir yorum getirmiştir. Aslında bu gerekçe, daha ekonomik bir yaklaşım geliştirmek açısından önemli bir adımdır, zira Mahkeme burada Komisyonun ekonomik kontekste ve mevzuata bakmadan karar vermesinin yanlış olduğunu söylemiştir. Hatta Mahkeme bununla da kalmayarak, bu prensibin, ancak ilgili anlaşmanın tüketicileri elde edecekleri avantajlardan mahrum bırakmadığı sürece uygulanması gerektiğini ileri sürmüştür. Mahkemeye göre anlaşma, amaç bakımından değil etki bakımından rekabeti kısıtlayıcıdır. Bu durumda Komisyonun, anlaşmayı 101(1). madde kapsamında değil 101(3). madde kapsamında değerlendirmesi gerekmektedir. Muafiyet değerlendirmesi için ise, Komisyon marka içi rekabetin

azalmasının markalar arası rekabette artış sağlayıp sağlamadığını iktisadi verimlilik açısından ölçmelidir. Bu görüşten de anlaşılacağı gibi, ilgili kararda Mahkeme hem 101(1). hem de 101(3). madde kapsamında daha ekonomik bir yaklaşım ve iktisadi verimlilik ölçütlerinin uygulanmasını istemiştir. Burada ilginç olan husus, kararın alındığı yılda daha ekonomik yaklaşım, verimlilik ve tüketici refahı söyleminin gelişmiş ve Komisyonun da bunları bazı düzenlemelerine yansıtması olmalıdır. Bu tür bir yaklaşım, daha önce de ifade edildiği gibi, 1996'da yayınlanan Yeşil Kitap'ta, 1999'da kabul edilen Komisyon Tüzüğü'nde ve aynı yıl yayınlanan Modernizasyon Beyaz Kitabı'nda mevcuttur. Buna rağmen ilgili kararda Komisyon, daha ekonomik bir yaklaşım uygulamayı tercih etmemiştir. 2002 birleşme ve devralma kararları üçlemesinde olduğu gibi, daha ekonomik bir yaklaşım benimsenmesi bağlamında Genel Mahkeme, bir kez daha, Komisyondan daha cesur ve kararlı davranmıştır. Buna rağmen, ABAD'a yapılan itiraz sonucunda, Komisyonun benimsediği geleneksel yaklaşıma geri dönmüştür.

Genel Mahkeme kararından sonra hem GSK hem de Komisyon ABAD'a itirazda bulunmuştur. Yapılan itiraz neticesinde ABAD, Genel Mahkemenin kararını bozmuş ve daha ekonomik bir yaklaşımın benimsenmesi yönünde atılan bir adımı da boşa çıkarmıştır (Heide-Jørgensen, 2013). Mahkeme, öncelikle amaç ve etki bakımında rekabetin kısıtlanması ayırımının kümülatif olarak değil ayrı ayrı uygulanması gerektiğinin altını çizmektedir. Buna göre, eğer bir anlaşmanın rekabet bakımından doğuracağı sonuçlar, ekonomik bağlam ile birlikte değerlendirildiğinde anlaşılamiyorsa,

anlaşmanın etkileri üzerinden bir değerlendirme yapılmalıdır. Yani ABAD, burada, Komisyonun yapmış olduğu uygulamayı doğrulamaktadır.

Sonrasında Mahkeme, *Consten/Grundig* kararından beri içtihadta yer alan prensibini yinelemiştir: “paralel ticareti engelleyen veya kısıtlayan anlaşmaların amacı, rekabeti kısıtlamaktır” (*GlaxoSmithKline*, 2009, paragraf 55). Bilindiği gibi, *Consten/Grundig* kararı 1966’da alınmıştır. 2009 yılında alınan *GlaxoSmithKline* kararında Mahkeme, yine aynı prensibi uygulamaktadır. ABAD burada, Genel Mahkemenin aksine, hem muhakeme kuralı uygulamasını hem de etkinlik ve tüketici refahı standardını tamamen reddetmektedir. Heide-Jørgensen, bu yaklaşımın, entegrasyon yaklaşımı ile ekonomik yaklaşım arasındaki gerilimin devam ettiği ve ikincisinin benimsenmediği yönünde bir gösterge olduğu görüşündedir (Heide-Jørgensen, 2013). Diğer taraftan, daha önce incelenen ABD Yüce Mahkeme’nin dikey anlaşmalarda fiyat belirlenmesi konusunda aldığı kararlara bakıldığında ABAD, değişime daha az açık bir mahkeme gibi görünmektedir. Bu durum olumlu olarak da yorumlanabilir. Zira Mahkemenin, Yüce Mahkemedan farklı olarak, siyasi eğilimlerden daha az etkilendiği sonucuna da varılabilir. Şayet ABAD daha objektif ve siyasi yaklaşımlardan görece uzak bir tutum benimsiyorsa, bu durum olumlu karşılanmalıdır. Buna rağmen, bu Mahkemenin daha ekonomik bir yaklaşıma uzak olduğu da açıktır ve bu açıdan da eleştirilmiştir.

Nitekim Mahkeme, kararın devamında, tüketici refahının rekabet hukukunun farklı amaçlarından yalnızca birisi olabileceğini ifade etmektedir (*GlaxoSmithKline*, 2009, paragraf 63). Genel Mahkemenin görüşüne karşı çıkararak, mevzuatta, tüketicilerin,

kendilerine sağlanacak bazı avantajlardan geri kalmasına yönelik hiçbir hüküm olmadığına dikkat çekmektedir. Hemen ardından “101. maddenin amacının yalnızca rakipleri ve tüketicileri değil, aynı zamanda pazarın yapısını ve bu şekilde rekabetin kendisini” korumak olduğunu eklemektedir. Dolayısıyla son tüketici açısından bazı dezavantajların tespit edilmesi, anlaşmanın amacının rekabeti kısıtlamak olduğunu ispatlamak için kesinlikle yeterli değildir. Özetle, Mahkeme ekonomik etkinlik analizi yerine, iç pazarın entegrasyonuna yönelik ilkeleri tercih etmiştir. Mahkeme aynı zamanda daha şekilci bir yaklaşım tercih etmiş, etki savunmalarına yer vermemiş ve hatta verilmesini de gerekli görmemiştir (Ezrachi, 2012).

*GlaxoSmithKline* kararından (2009) bir yıl sonra kabul edilen, Komisyonun, “Dikey Kısıtlamara İlişkin İlkeler Kılavuzu”nda (2010) tüketici refahı ve etkinlik terimleri tamamen ortadan kalkmıştır. Komisyon tarafından daha önce kabul edilen belgelerde, bu standartlara açıkça yer verilip, bunlar rekabet hukukun tek amacı olarak gösterilirken, bu defa farklı bir tutumun benimsenmiş olması çarpıcıdır. *GlaxoSmithKline* kararının bu değişiklikte etkisini ölçmek mümkün değildir; ancak şüphesiz ki ABAD’ın dikey anlaşmalarda bu standartlara sıcak bakmamasının ve içtihatla değişikliğe gitmemesinin sonuçları olmuştur. Diğer taraftan, ilgili kararda zaten daha ekonomik olarak adlandırabileceğimiz bir yaklaşımı Komisyonun kendisi de uygulamamıştır. Dolayısıyla Komisyon kendi politika belgeleri ile çelişkiye düşmüştür. Yalnızca Genel Mahkeme ekonomik standartların uygulanmasını şart koşmuştur. Bununla birlikte, Genel Mahkemenin bu kararı, yoğunlaşma kararları üçlemesinden farklı olarak, Komisyonun uygulamasında bir değişikliğe yol açamamıştır. Şüphesiz,

burada belirleyici olan etken, ABAD'ın Genel Mahkemenin kararını iptal etmiş olmasıdır. Bu durumda, özellikle Komisyona İlkeler Kılavuzu'ndan sonra dikey anlaşmalarda tüketici refahı standardına ağırlık verilmesinin ve hatta daha ekonomik bir yaklaşımın bir ölçüde de olsa önü kapanmıştır.

### **3.5.2. AB Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması – *Microsoft Kararı***

AB rekabet hukukunda daha ekonomik bir yaklaşımın benimsenmesi ve bunun beraberinde getirdiği tüketici refahı standardı, hakim durumun kötüye kullanılmasına alanın diğer alanlara göre daha geç gelmiştir. Komisyon ilk olarak 2005 yılında bir "Tartışma Kitabı" ve 2008 yılında bir "İlkeler Kılavuzu" yayınlamıştır. Bu Kılavuz hâlâ geçerlidir. Elbette Mahkeme içtihadı, bu Kılavuz'da öngörülen normatif yapıdan üstündür ve Komisyon kararları nihai olarak içtihadı uygun olmak zorundadır. Yine de, Komisyonun bu alanda çıkarmış olduğu Kılavuz'un, 101. madde kapsamında yayınladığı Kılavuz'a göre Mahkeme nezdinde daha geçerli ve uyumlu olduğunu söylemek mümkündür. Öncelikle Kılavuz öncesinde alınmış bir karar olan *Microsoft* kararında (2007), Mahkemenin yaklaşımını inceledikten sonra inceleyeceğimiz ikinci bir kararla, ne Komisyonun ne de Mahkemenin Kılavuz'dan sonra da tüketici refahı standardını tam anlamıyla benimsemediğini göreceğiz.

***Microsoft kararı*** (2007), AB Komisyonu ve mahkemelerinin aldığı kararlar arasından en çok bilinen ve tartışılan karar olmuştur. İlgili kararda neredeyse süper hakim durumda olan Microsoft, iki farklı davranışından dolayı Komisyonun rekabet soruşturması açmasına neden olmuştur. Microsoft öncelikle inter işlem bilgilerini

rakipleriyle paylaşmayı reddetmiş ve bu şekilde rakiplerinin pazara girmelerine engel olmuştur. Diğer taraftan kendi işletim sistemiyle Windows Media Player ürününü bağlamıştır. Bu davranışları sonucunda Microsoft, hakim durumunu kötüye kullanarak “media player” pazarında rekabetin ciddi ölçüde zayıflamasına neden olmuştur. Komisyon verdiği kararda, Microsoft içerisinde “Windows Media Player” olmayan bir işletim sistemi kurmasını istemiştir. Microsoft’un itirazı üzerine Komisyonun kararını inceleyen İlk Başvuru Mahkemesi, Komisyonun bağlama konusundaki analizlerinin doğru olduğuna karar vermiştir. Mahkeme, Komisyonun görüşüne katılarak, Microsoft’un, ilgili ürün pazarında (media player pazarı) hakim durumda olduğuna ve soruşturmaya konu olan davranışının kötüye kullanma sayılması gerektiğine hükmetmiştir.

Karar yine Microsoft’un itirazı üzerine, ABAD’da görülmüştür. Microsoft AB mahkemeleri önündeki savunmasında, bağladığı ürün için tüketicilerin ayrıca bir ücret ödemediklerini, yani bu ürünü ücretsiz olarak elde etmiş olduklarını ifade etmiştir. Bu durumda tüketicilerin sömürülmediğini söylemek mümkündür (Lovdahl-Gormsen, 2010, s.125). Yine de bu gerekçe, hem Komisyon hem de ilgili mahkemeler tarafından reddedilmiştir. Mahkemelerin uyguladığı bu ilke, *Hoffmann-La Roche* içtihadına (1979) dayanmaktadır. O halde mahkemeler, Microsoft’un davranışının tüketicilerin üzerindeki etkisine bakmamıştır. Komisyon ve mahkemelerin burada esas aldığı kriter, rekabetin yapısında oluşan veya oluşabilecek etkidir. Mahkeme tüketicilerin durumunu göz önünde bulundurarak, verimlilik değil, zarar gerekçesini -analizi detaylandırmasa da- kabul etmiş veya en azından bunu reddetmemiştir Söz konusu zarar, tüketicilerin tercihi

üzerinde olumsuz etkiler oluşmasıdır. Bununla birlikte, fiyat üzerindeki olumlu etkilerle bir dengeleme değerlendirmesine de gidilmemiştir. Daha önce değinilen bir noktayı, burada hatırlamanın faydası olacaktır. İktisatçı Kerber, Alman rekabet hukukunun en önemli hedefi olan rekabet serbestliğinin tüketiciye yansımaları, farklı tedarikçiler arasında seçim yapabilmek olarak tanımlar (Kerber, 2009). Yani bu teoride tüketicinin serbest seçim hakkı vardır; ancak refahının maksimizasyonu doğrudan bir hedef değildir. *Microsoft* kararında (2007) Mahkemenin ve hatta Komisyonun, tüketici zararını yalnızca tercih unsuru üzerinden değerlendirmesi aslında Ordo-liberal düşünce ile bağdaşmaktadır. Buna göre verimliliğin değil, bir hak olarak tüketicinin tercihinin esas alınması gerekir. Bu görüş, Komisyonun uygulamayı hedeflediği yeni yaklaşımdan oldukça uzaktır.

ABAD'ın kabul ettiği anlamda rekabet ihlali, aslında bir pazara girişi engelleme ve pazarın dışına itme davranışıdır (*Microsoft*, 2007 paragraf 1058-1059). Mahkeme, Komisyonun, bağlama ve bilgi vermeyi reddetme yoluyla *Microsoft*'un rakiplerini pazarın dışında bırakacak davranışlarda bulunduğu dair tespitini kabul etmiştir. O halde bu davranışın asıl etkisi, pazarın yapısı üzerinde görülmektedir. Aslında Komisyon, ilgili kararında bunu açıkça ifade etmektedir. *Michelin II* (2003) ve *British Airways* (2007) kararlarında Mahkemenin de kabul ettiği yaklaşımı tekrar eden Komisyon, bu görüşü şöyle açıklamıştır:

*“Windows Media Player'in (WMP) bağlanmasına ilişkin bazı koşullar, gerçekten de bu soruşturmada bağlamanın rekabet üzerinde etkisini daha yakından incelemeyi gerektirmektedir. Klasik bağlama davalarında, Komisyon ve Mahkeme, rakip*



*satıcıların üzerindeki etkisi bakımından, hakim durumdaki üründen ayrı bir ürünün bağlanmasını, pazarın kapatılmasının yeterli kanıtı olarak kabul edilir, ancak ilgili soruşturmada, kullanıcılar başka satıcılardan media player ürünlerini alabilmekte ve bazen bedavaya almaktadırlar. Bu nedenle WMP'nin bağlanmasının, doğası gereği pazarı kapatan bir davranış olduğunu varsaymamak için iyi sebepler vardır” (Microsoft, 2007)*

Bu tespitten sonra Komisyon, diğer “media player” üreticilerinin, Windows kullanıcılarına satış yapabilmek için, programlarının içeriğini tamamen Windows ile uyumlu hale getirmek zorunda kalacağını ileri sürmüştür. Zira Windows PC, işletim sistemlerinde hakim durumdadır ve diğer “media player” üreticileri, satacakları ürünleri en çok satın alınan bu programla uyumlu yapmak zorunda kalacaktır. Bu mümkün olmayacağına göre, diğer üreticiler pazarın dışında kalacaktır. Böylece, rakiplerin ekonomik özgürlükleri kısıtlanacak ve pazarın yapısı değişecektir. Pazardan hiçbir rakibin çıkmaması halinde tüketiciler, şüphesiz daha fazla tercihe sahip olacaktır. Bununla birlikte, ücretsiz olarak aldıkları bir ürüne para vermek zorunda kalarak, gelir kaybı da yaşayacaklardır. Ayrıca Komisyon bu bağlamda Microsoft’un ileri sürdüğü dağıtım verimliliğini de kabul etmemiştir. Microsoft burada tüketicilerin ücretsiz olarak alabilmeleri sayesinde piyasadaki etkinliklerin daha adil bir şekilde dağıtıldığını ileri sürmüştü; fakat Komisyon tarafından bu savunma kabul edilmemiştir. Lovdahl-Gormsen, Komisyonun bu kararda hiçbir verimlilik savunmasını kabul etmediğini ve soruşturmayı tamamen ekonomik özgürlükler açısından ele aldığını savunmaktadır (Lovdahl-Gormsen, 2010, s.128). Komisyon kararından sonra her iki mahkeme kararında da 82.

maddede bağlama üzerine doğrudan bir hüküm bulunmasa dahi, ilgili davranışın hakim durumu kötüye kullanma sayılabileceğine hükmedilmiştir. Mahkeme Komisyonun yaklaşımını destekleyerek, bağlamanın *per se* ihlal olmadığını, ancak var olan etkilerine bakıldığında, pazarın kapatılması yoluyla rekabeti ihlal ettiğini kabul etmiştir. O halde ilgili kararda belirleyici olan unsur, rakiplerin pazardan dışlanabilecek olması ve buna bağlı olarak pazar yapısının bozulmasıdır.

### **3.5.3. AB’de 139/2004 Sayılı Tüzükten Sonra Yoğunlaşmaların Denetlenmesi – *Ryanair* Kararı**

Daha önce de açıklandığı üzere, AB’de daha ekonomik bir yaklaşım gereksinimi ilk kez birleşme ve devralmaların kontrolü kapsamında ortaya çıkmış, Komisyon Genel Mahkemenin art arda aldığı bozma kararlarında sonra mevzuatın öngördüğü ekonomik testlerde değişikliğe gitmiştir. Bu nedenle daha ekonomik bir yaklaşımın benimsendiğini en fazla yoğunlaşmaların denetlenmesi alanında görmemiz beklenebilir. Ancak uygulamaya baktığımızda etki savunmalarının efektif olarak kullanmadığını ve hatta daha ekonomik bir yaklaşımın dahi benimsenmediğini görmekteyiz.

***Ryanair* kararı** (2011) bu soruna iyi bir örnek teşkil eder zira, yeni Tüzüğün kabulünden sonra alınan bu kararda Genel Mahkeme ekonomik delilerin nasıl kullanılabilceği sorununa açıklık getirmiştir. Bu yaklaşıma açıklık getirilmeden önce kararı kısaca özetlemekte fayda vardır.

Ryanair 2006 yılında Air Lingus’un tamamını satın almak için teklif vermiştir. Komisyon bu satın almanın ilgili ürün pazarında bir hakim durum yaratacağını ve sağlayacağı verimliliğin neden olacağı rekabet kısıtlamalarını etkisizleştirmeyeceği

nedeniyle işleme izin vermemiştir. Ryanair karara itiraz etmemiştir. Genel Mahkeme ise Komisyonun kararını onamıştır.

Etkinlik savunmaları açısından Mahkeme Komisyonu görüşüne katılarak, Ryanair'in oluşacağını savunduğu etkinliklerin "doğrulanabilir" olmadığına hükmetmiştir (*Ryanair*, 2011, paragraf 393). Ryanair işletme modelini devralmadan sonra AirLingus'a transfer edeceğini ve bu nedenle daha etkin bir şekilde çalışan şirketlerin hem tüketiciye hem de piyasaya daha fazla verimlilik getireceğini ileri sürmüştür. Mahkeme bu argümanları fazla belirsiz bulmuş ve Ryanair'in işlemin gerçekleşmemesi halinde bu sonuçların olmayacağı konusunda ikna edici olmadığını ifade etmiştir (*Ryanair*, 2011, paragraf 424). Oysa yoğunlaşmaların kontrolünde kesin sonuçlar elde etmek, kontrolün ex ante olması, yani yapısı gereği mümkün değildir. Diğer taraftan Komisyon ve Mahkemelerin etkinlik savunmalarında çok yüksek standartlar uygulaması bu savunmaları etkisiz hale getirecektir (Witt, 2013, s.26-27). Nitekim Tüzüğün kabul edildiği yıldan 2014 yılına kadar Komisyonun izin vermediği hiç bir yoğunlaşmada teşebbüslerin etkinlik savunmaları kabul edilmemiştir.

Diğer taraftan *Ryanair* kararında aynı zamanda Komisyonun Tüzükte öngörülen testleri uygulamasına yönelik sorunlar vardır. Komisyon bu kararda yine oldukça yapısal bir yaklaşım benimsemiş ve bu nedenle ekonomik yaklaşımdan uzaklaştığı iddiasıyla eleştirilmiştir (Witt, 2013, s.20). Yatay birleşmelere yönelik Kılavuz birleşen teşebbüslerin toplam pazar payının %50'den fazla olması halinde tek taraflı davranmalarının çok kolay olacağını ve hakim durum olduğunu varsaymak için yeterli olacağını ifade etmektedir (*Ryanair*, 2011, paragraf 17, 27). Ancak burada bir başka

önemli unsurda iki teşebbüsün ürettikleri ürün arasındaki farklılaşmadır (Gore ve diğerleri, 2013, s.161). Eğer ürünler ikame edilebilir ürünler ise ve iki teşebbüs arasında çok fazla rekabet var ise o zaman birleşme sonrasında rekabetin ciddi biçimde azalması mümkün olacaktır. Komisyon ilgili kararda, Ryanair'in itirazına rağmen ürünlerin ve teşebbüslerin arasında yoğun bir rekabet olduğuna kanaat getirmiştir. Ancak bundan da önemlisi Komisyon iki teşebbüsün toplam pazar payının "büyük" olacağı nedeniyle hakim durum yaratacağına karar vermiştir. Mahkeme de Komisyonun bu görüşünü onaylamış ve Komisyonun bu yüksek pazar paylarını göz ardı edemeyeceğini ifade etmiştir. Mahkemeye göre bu pazar payları tek başına hakim durum yaratılacağını ispatlamaya yeterlidir (Ryanair, 2011, paragraf 54). Komisyon kararında birleşmenin pazara muhtemel etkisinden bahsederken rekabetin azalacağını ve dolayısıyla tüketicinin zarar göreceğini söylemiştir. Burada Komisyonun, tıpkı rekabet hukukun diğer alanlarında olduğu gibi, pazarın yapısına gelecek zararın tüketiciye de zarar anlamına geleceği yönündedir. Yani Komisyon, yapısal bir analizi tercih etmektedir. Oysa daha ekonomik yaklaşımdan iktisadi etki analizinin kullanılması beklenirdi. Komisyon aslında elindeki verileri yapısal analizlerini desteklemek için kullanmaktadır ve Mahkeme bu yaklaşımı bu kararda desteklemiştir.

Diğer taraftan belirtilmelidir ki Genel Mahkeme ilgili kararda ekonomik gerekçelerin uygulamadaki değerine de açıklık getirmiştir. Mahkemenin yorumuna göre, ekonomik deliller elbette ki ispat araçları olarak Komisyon tarafından kullanılmalıdır. Ancak kararda ekonomik delillerin, diğer delillerden yani, yasal gerekçelerden üstün olmadıkları ifade edilmiştir (Ryanair, 2011, paragraf 134-136). Mahkeme aslında deliller

arasında bir hierarşiye gerek olmadığına hükmederek (*Ryanair*, 2011, paragraf 135), ekonomik analize dayalı gerekçelerin üstünlüğünü de reddetmiştir. Öncelikle şunu ifade etmek gerekir ki, Genel Mahkemenin böyle bir görüş belirtmesi, Tüzük değişikliğinden önceki kararlar göz önünde bulundurulduğunda şaşırtıcıdır (*Schneider*, 2002; *Tetra Laval*, 2002; *Airtours*, 2002). Zira bu kararları yeterince ekonomik bir yaklaşım benimsenmediği için bozan Mahkeme yine Genel Mahkemedir. Ancak reform sonrasında aynı Mahkeme ekonomik analizin bir üstünlüğünün olmadığını ifade etmektedir.

Diğer taraftan Mahkemenin bu yaklaşımı etkinlik savunmaları açısından da sorun teşkil etmektedir. Etkinlik savunmaları, her davranışın rekabet açısından sonuçlarına iktisadi etkinliklere göre karar verilmesini öngörür. Tüketici refahı da bu savunmaların toplam etkinliği ölçüt olarak uygulanmasıdır. Fakat bu savunmaların uygulanması, toplam refahtaki değişimleri gösteren bulguların her şeyden üstün tutulmasını gerektirir. Bu nedenle *Ryanair* kararında (2011) Mahkemenin böyle bir görüş benimsemesi etkinlik savunmalarına engel teşkil edebilecek, Komisyonu daha yapısal yaklaşımlar benimsemeye itebilecek niteliktedir.

**Sonuç olarak**, 2000'li yılların başında itibaren hem literatürde hem de politika ve mevzuatta tüketici refahı standardı açısından önemli tartışmalar gelişmiştir. Bu tartışmalar neticesinde, politika düzeyinde bazı değişiklikler olmuştur. Etkinlik savunmaları, özellikle esnek hukuk normlarında yerini almış ve uygulanması yönünde adımlar atılmıştır. Ancak, AB mahkemeleri bu yaklaşımı kabul eder yönde kararlar almamıştır. İçtihadın geneline baktığımızda ortak pazarın oluşturulması amacından sonra

iç pazarda rekabetin sağlanmasına vurgu yapıldığı ve ekonomik entegrasyon amacından uzaklaşmadığı anlaşılmaktadır. Mahkeme kararlarının kesin ve belirleyici rolü göz önünde bulundurulduğunda, bu duruşun etkinlik savunmaları ve tüketici refahı standardının uygulanmasını zorlaştırdığı açıktır. AB mahkemeleri, hiç bir zaman için iktisadi veya siyasi akımların açıkça etkisi altında olmamış ve farklı görüşleri net bir şekilde yansıtmamıştır. Ordo-liberal akımın etkili olduğu düşüncesi de aslında bu yaklaşımın ortak pazarın oluşturulması amacına çok elverişli olmasından kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla içtihat incelendiğinde ortaya çıkan yaklaşımın gerçekten Ordo-liberal etki altında olup olmadığını da ölçmek mümkün değildir. Zira Ordo-liberal akımın temel savları Kurucu Antlaşmaların zeminini oluşturan fikir ve görüşlerle büyük ölçüde örtüşmektedir. Ancak Lizbon Antlaşmasının kabulünden sonra Ordo-liberal akımın etkisi daha fazla görülür hale gelmiştir.

#### **4. LİZBON ANTLAŞMASI ÇERÇEVESİNDE REKABET HUKUKU VE “REKABETÇİ SOSYAL PAZAR EKONOMİSİ” KAVRAMI**

##### **4.1. Lizbon Antlaşmasında Rekabet Hukukunun Yeri ve Amacı**

2007 de imzalanan Lizbon Antlaşması AB'nin yapısında birçok değişikliğe gittiği bilinmektedir. Bu Antlaşma ile birlikte rekabet hukukuna ilişkin maddi hukuk maddelerinde hiç bir değişiklik olmamakla birlikte, rekabet hukukunun amaçlarına yönelik hükümlerde bazı değişiklikler olmuştur (Öz, 2012). Rekabet hukukunun amaçları ABA (AC) değil ABİHA 3/1(b) de yer almış ve buna karşılık ilgili 27. Protokol yürürlüğe girmiştir. Bu değişiklikle birlikte serbest rekabet AB'nin amaçlarının

sıralandığı ABA 2. maddede yer almamıştır. Diğer taraftan rekabet politikası Birliğin münhasır yetkilerinin dışında bırakılmamıştır.

Bilindiği üzere Lizbon Antlaşması ile birlikte AB'nin yetkilerinin yeniden düzenlenmesi söz konusu olmuş, ancak sonuçta getirilen yeni yetki kategorilerinin fiilen hiç bir değişikliğe yol açmadığı ve aslında eski şekli düzenlemelerin devam ettiği ileri sürülmüştür (Baykal, 2008, s.235-236). Bununla beraber bu değişikliklerin yetki dağılımının daha anlaşılır ve açık olması amacına da hizmet etmediği görüşü literatürde yer almıştır (Craig & de Búrca, 2011). Ancak Lizbon Antlaşmasının rekabet alanında bir yetki değişikliğine gitmemiştir ve bu da aslında rekabet hukukun 'önem' kaybetmediğinin bir göstergesidir.

Diğer taraftan serbest rekabetin sağlanmasının, bir amaç olarak ABA'da yer almaması, literatürde bazı tartışmalara yol açmıştır (Monti, 2013). Bu amaç Antlaşmadan çıkarıldıktan sonra 27. Protokol'ün 3. maddesinde yer almıştır (Öz, 2012). Değişiklikten sonra, *TeliaSonera* (2011) kararında, Mahkeme bu konuya şöyle bir yorum getirmiştir: 27. Protokol uyarınca ABA'nın 3(3) maddesinde yer alan iç pazarın oluşturulması amacı serbest rekabet sisteminin sağlanmasını gerektirir. Yani Mahkeme, Antlaşmanın ilgili maddesi ile Protokolü birlikte yorumlayarak, hem Antlaşma ile Protokolü eşdeğer tutmuş, hem de iç pazarın bir unsuru olarak rekabetin bozulmaması amacının baki kaldığını kabul etmiştir. Bu nedenle gelen değişikliğin rekabet hukukunun yeri, önemi ve amacı açısından bir yenilik getirmediğini söylemek mümkündür. Ancak ABA'nın 3. maddesine "rekabetçi sosyal piyasa ekonomisi" ifadesinin eklenmiş olması

rekabet hukukunun amacında bir değişiklik olup olmadığını sorgulamamız için daha ciddi bir neden teşkil edebilir.

#### **4.2. Lizbon Antlaşmasında “Rekabetçi Sosyal Piyasa Ekonomisi”**

ABA'nın 3. maddesi şöyle demektedir:

“Birlik bir iç pazar kurar. Birlik, dengeli ekonomik büyümeye ve fiyat istikrarına, tam istihdamı ve sosyal gelişmeyi hedefleyen rekabet edebilirliği yüksek bir sosyal pazar ekonomisine ve çevre kalitesinin yüksek düzeyde korunmasına ve iyileştirilmesine dayalı olarak, Avrupa'nın sürdürülebilir kalkınması için çalışır. Birlik, bilimsel ve teknolojik ilerlemeyi destekler.”

Bu maddenin getirmiş olduğu, AB mevzuatında yeni olarak kabul edilen bir kavram olan “sosyal piyasa ekonomisi”, pek çok tartışmaya yol açmıştır. Sosyal pazar ekonomisi kavramı, Lizbon Antlaşması ile Avrupa Birliği Kurucu Antlaşmalarına girmeden önce Avrupa Anayasası'nın oluşturulması için çalışmalar yürüten Konvansiyon tarafından gündeme alınmıştır. Bu değişiklikte AB üye ülkelerini Birlik düzeyinde artan bir biçimde sosyal meselelere ağırlık vermesinin payı vardır (Monti, 2013, s.30). Bununla birlikte, bu kavramın kökeninin, 2. Dünya Savaşı sonrasında - özellikle de 1958'den itibaren- hem teoride hem de uygulamada Almanya'nın ekonomisine damgasını vurmuş ve daha sonra da günümüz Alman Anayasası'nda da yerini almış olan “sosyal piyasa ekonomisi” ve “sosyal devlet” anlayışına dayandığı ileri



sürülmekte ve bu kavramların da özünde Almanya’da Ordo-liberal Freiburg Okulunun etkisiyle (Gerber, 1998, s.266) oluştuğu görüşü savunulmaktadır<sup>47</sup>.

“Sosyal pazar ekonomisi” kavramı, Ordo-liberal akımdan etkilenmiş olan ancak tam olarak Freiburg Okulunun mensubu olmayan Alman ekonomist Alfred Müller-Armack tarafından 1946 yılında ortaya atılmıştır (Joerges & Rödl, 2004)<sup>48</sup>. Müller-Armack’ın piyasa düzeni anlayışında da Ordo-liberal teoride karşımıza çıkan ana ikilem yer almıştır. Bu ikilem, bir taraftan klasik liberalizmin “laissez-faire” yaklaşımında sosyal vurgunun neredeyse hiç yer almaması ile nasyonal sosyalizm ve Sovyet iktisadının planlamacı ekonomisi arasında bir piyasa teorisi geliştirmek ile ilgilidir. Daha önce de açıklandığı gibi, Ordo-liberal teoriler piyasada sosyal adaletin devlet tarafından gözetilmesinin gerekliliğini savunurlar (Gerber, 1998, s.232). Bu görüş, aynı zamanda, ekonomik özgürlüklerin yasalar ile garantiye alınması gerektiğini; bununla birlikte yalnızca devletin gücünün değil, piyasadaki aktörlerin elde edeceği ekonomik gücün de kötüye kullanılmasına karşı bireylerin korunmasını öngörür. Yine de, Müller-Armack, Ordo-liberalilerin piyasa düzenlemesi olarak öngördüğü yasal çerçevenin yetersiz olduğunu iddia etmiştir (Monti, 2013). Müller-Armack’ göre, Ordo-liberalizmin

---

<sup>47</sup> Sosyal pazar ekonomisi kavramı üzerinde etkili görüşleri olan bir başka iktisatçı da Hayek’dir. Hayek, Alman iktisat teorisi ve daha önce değinilen Viyana Okulu üzerinde önemli etkileri olmuş bir iktisatçıdır. Bilindiği gibi Hayek, serbest rekabetin olumlu sonuçlarını vurgular. Özellikle yenilik olabilmesi için serbest rekabet ortamının bulunması şarttır. “Kurumsal” veya “anayasal ekonomi” olarak da bilinen bu yaklaşıma göre, serbest rekabet olan piyasalarda olumlu sosyal etkiler kendiliğinden doğacaktır; ancak bu etkileri yaratmak için dahi olsa devlet müdahalesi olmamalıdır. Mark Skousen, Vienna and Chicago: Friends or Foes; A Tale of Two Schools of Free-Market Economics, Capital Press, 2005

<sup>48</sup> Müller-Armack daha sonra Ludwig Erhard’ın Ekonomi Bakanlığı döneminde Bakanlık Müsteşarı olarak görev yapmış ve Alman ekonomisinin o dönem yarattığı “mucizenin” baş mimarı olarak kabul edilmiştir<sup>48</sup>. Hatta Müller-Armack Roma Antlaşması’nın oluşum sürecinde Alman Federal Devleti’nin baş müzakereciliğini yapmıştır. Bu görevde olduğu sırada, Spaak Raporu üzerinde çok etkili olduğu da bilinmektedir. Sigfrido M. Ramirez Perez and Sebastian van de Scheur “The Evolution of the Law on Articles 85 and 86 EEC (Articles 101 and 102 TFEU) Ordoliberalism and its Keynesian Challenge” in Kiran Klaus Patel and Heike Schweitzer *The Historical Foundations of EU Competition Law*, OUP 2013

öngördüğü piyasa düzenine ek olarak, devletin mutlaka bazı sosyal değerleri piyasa düzenine “işlemesi” gerekir. Bu sosyal değerler, karşımıza, devletin gerçekleştirmesi gereken “görevler” olarak çıkmaktadır (Joerges & Rödl, 2004, s.15). Devletin bu şekilde hem serbest piyasa ekonomisini ve ekonomik özgürlükleri sağlaması hem de “sosyal bir denge” oluşturması beklenmektedir (Joerges & Rödl, 2004, s.16).

Monti ile Joerges ve Rödl, Lizbon Anlaşması’yla birlikte AB mevzuatında yer alan sosyal pazar ekonomisi kavramının ordo-liberal akıma yakın olan ve özellikle Müller-Armack tarafından geliştirilen anlayışa çok yakın olduğu görüşündedir (Monti, 2013, s.30), (Joerges & Rödl, 2004). Monti bu savın ABA’nın ilgili 3(3). maddesi ve diğer maddeleriyle birlikte analiz edildiğinde netlik kazandığını savunmaktadır (Monti, 2013, s.17). Antlaşmanın 3(3). maddesi “dengeli ekonomik büyüme”, “tam istihdam”, “fiyat istikrarı”, “çevre kalitesi”, “bilimsel ve teknolojik ilerleme” gibi sosyal pazar ekonomisinin ve AB’nin parçası olması gereken bazı hedefleri sıralamıştır<sup>49</sup>. Bunun dışında AB’nin İşleyişi Hakkında Antlaşma’nın 7. maddesi ayrımcılıkla mücadeleyi, 8. maddesi kadın erkek eşitliğini, 9. ve 10. maddeleri istihdam, sosyal korunma, eğitim, sağlık gibi konuların AB politikalarının oluşturulmasında dikkate alınmasını, AB’nin faaliyetlerinde belirleyici unsurlar olarak sıralar. Konumuz açısından önemli bir başka unsur da 11. ve 12. maddelerde yer alan, tüketicinin korunması zorunluluğudur.

Bu amaçların içinde şüphesiz rekabet hukuku açısından en fazla önem teşkil edebilecek amaç tüketicinin korunmasıdır. Genellikle rekabet hukukunun varlığı da tüketicinin korunması olarak tanımlanır. Ancak farklı politikaların bu korumayı

doğrudan ne kadar sağladığı tartışmalıdır. AB mevzuatı ve özellikle 2011/83 sayılı Konsey Direktifi tüketiciyi ticari, iş veya profesyonel amaçlar dışında sözleşme yapan tüm gerçek kişiler olarak tanımlamaktadır. Hizmet veya ürünlerin nihai alıcısı olan bu gerçek kişiler amaçları itibariyle üretici, dağıtıcı, satıcı gibi aktörlerden ayrışır ve ticari amaç gütmedikleri için piyasanın ‘sosyal’ boyutunu oluştururlar. Rekabet politikası istihdamı artırmak, sosyal hak ve güvenliği güçlendirmek gibi hedefleri doğrudan sağlayacak araçlara sahip olmadığı için, daha sosyal olabilmek adına tüketiciyi korumak zorundadır. Zira tüketici piyasada yalnızca faal değildir, aynı zamanda rekabetin oluşmasında belirleyicidir. Bu nedenle rekabet politikasında daha sosyal bir yaklaşım için tüketicinin göz önünde bulundurulması gereklidir.

Monti, tüm bu unsurları da göz önünde bulundurarak bir inceleme yapıldığında, sosyal pazar kavramının Ordo-liberal akım tarafından ortaya koyulmuş ve Müller-Armack tarafından geliştirilmiş piyasa anlayışıyla aynı olduğunu ileri sürmektedir (Monti, 2013, s.22). Monti’ye göre bu anlayış bir taraftan serbest bir piyasa önererek ekonomik refahı artırmayı hedeflerken, diğer taraftan da sosyal adaleti sağlamayı amaçlamaktadır. Bu nedenle bu anlayış, AB’nin açık pazar anlayışı ile de ters düşmemektedir (Monti, 2013, s.23). Bu şekilde daha kapsamlı bir sosyal refah devleti anlayışının da yerleşmesi beklenmektedir. Monti bu yaklaşımla, belki de doktrinde süregelen AB’ye yönelik önemli bir eleştirinin de karşılık bulacağını ifade etmektedir. Joerges ve Rödl ve Scharpf gibi bazı hukukçu ve iktisatçılar, çok fazla ekonomi ve piyasa vurgusu ve kaygısı içinde hareket eden AB yetkililerinin, sosyal değerleri politika geliştirmede yeterince vurgulamadığını ifade etmektedir (Scharpf, 2010).

AB'nin entegrasyon süreci boyunca karşılaşmış olduğu bir “demokrasi eksikliği” gibi bir de “sosyal eksikliği” sorunundan söz etmek mümkündür (Joerges & Rödl, 2004, s.2-3). Bu görüş, aslında, Müller-Armack geliştirmiş olduğu sosyal pazar anlayışıyla da uyumludur. Zira Müller-Armack, Ordo-liberal teorileri tam da bu açıdan eleştirir ve geliştirir. Bilindiği gibi, Ordo-liberal teoriler ekonomik düzenin yasal kurallarla oluşturulması gerektiğini savunur ve klasik liberalizmden farklı olarak ekonomik düzenlemelerin bireysel özgürlükler kadar sosyal adaleti de gözetmesi gerektiğini vurgular. Müller-Armack bu teoriyi kabul etmekle birlikte, yetersiz bularak devletin, sosyal adaleti, piyasaya sınırlı olarak da olsa müdahale ederek işlemesi gerektiğini savunur. Bu durumda günümüzde AB'nin piyasa anlayışının fazla “ekonomik” olduğu ve yeterince “sosyal” olmadığı eleştirisi Müller-Armack'in geliştirdiği sosyal pazar anlayışı ile karşılanabilecektir. Daha önce de belirtildiği gibi Ordo-liberal teoriler, AT oluşum sürecinde ve Ortak Pazar'ın kuruluşunda çok etkili olmuştur. AT siyasi ve sosyal bütünleşmeden ziyade ekonomik bütünleşme ile ilerleyen bir topluluk olmuştur. Ordo-liberal teorilerin öncelikleri de böyle bir oluşuma çok uygundur. Bununla birlikte, tıpkı günümüzde AB'ye yöneltilen eleştirilerde olduğu gibi, Müller-Armack da sosyal adaletin sağlanması için ekonomik özgürlüklerin garantiye alınmasının yeterli olmayacağını, devletin bu yönde doğrudan müdahalede bulunması gerektiğini savunur. Bu bakımdan AB için öngörülen yeni piyasa düzeni, sosyal adaleti sağlayan ve bunu tüm sosyal politikalara yansıtan bir çerçeve gerektirmektedir.

Literatürde yer alan bazı görüşlere göre refah iktisadı ve bu iktisadın öngördüğü politikalar, sosyal pazar ekonomisi ile uyumlu değildir. Refah iktisadına yönelik bu

yönde önemli bir eleştiri Amartya Sen'den gelmiştir (Sen, 1987). Sen'e göre, bireylerin ekonomik özgürlüklerinin önemini vurgulayan görüş, refah ekonomisi teorisyenleri tarafından ihmal edilmiştir. Yazara göre refah ekonomisi, bireysel hakların korunması konusunda ekonominin oynayabileceği aracı rol üzerine yeterince odaklanmaz (Sen, 1987). Ekonomi, bireylerin hareket etme ve davranış sergileme imkanını bulduğu bir alan olarak da algılanmalıdır. Bu hareket, piyasaya dinamik sıfatını verir. İktisat politikaları piyasanın bu yönünü de desteklemeye çalışmalıdır. Oysa refah ekonomisi yaklaşımı, yalnızca ekonomik sonuçları belirleme fikrine odaklıdır. Vurgu, bireylerin eylemleri ve hareket etme özgürlüklerinin üzerinde değil, davranışlarının yarattığı faydanın üzerindedir.

Dolayısıyla refah iktisadının sosyal boyutu zayıftır; hatta yoktur<sup>50</sup>. Buna göre, refah ekonomisi, bireylerin toplumdaki sosyal durumlarını iktisadi analizin parçası haline getirmez. Bu nedenle, bu teorilerin rekabetçi bir sosyal pazar ekonomisi içinde uygulanması sorunludur. Komisyonun son dönem aldığı bazı kararlar, Komisyonun da bu yaklaşımı benimsediğine ve hatta politika değişikliğine gittiğine dair işaretler sayılabilir<sup>51</sup>. Mahkeme kararlarında zaten refah iktisadının ile tam uyumlu bir tutum hiç olmamıştır. Bununla birlikte, *TeliaSonera* kararında yer alan, rekabetin kamu çıkarlarını koruması gerektiği söyleminde, bu yeni yaklaşımın etkisi olmuş olabilir. O halde,

---

<sup>50</sup> Yalnızca üretici refahını değil aynı zamanda tüketici refahını da kapsayan toplam refahı artırmayı amaç haline getirmesi sosyal bir boyutu olduğu yorumuna neden olabilir. Ancak burada irdelenen sosyal boyut, sosyal politikaların göz önünde bulundurulması ve sosyal ve ekonomi politikalarının ile birlikte oluşturulmasıdır.

<sup>51</sup> GlaxoSmithKline, *TeliaSonera* ve *Ryanair* gibi kararlara baktığımızda Komisyonun yaklaşım, analiz ve amaçlarının toplam refah amacına yönelmekten ziya, Mahkemelerin içtihadında rastladığımız amaçlarla uyumlu olduğunu görüyoruz. Bu üç kararda Mahkemenin Komisyonunun kararını bozmamış olması da bu uyumun bir göstergesi olarak kabul edilebilir.

verimlilik savunmalarından uzaklaşarak, AB rekabet politikasında sosyal pazar ekonomisi ile uyumlu bir yaklaşım ve uygulama benimsenmelidir.

**TeliaSonera kararı**, Lizbon Antlaşmasının yürürlüğe girmesinden sonra, ABAD'ın rekabet hukukunun yeri amacı tartışmalarına açıklık getirdiği bir karar olarak karşımıza çıkmaktadır. İlgili karar ABAD'a, bir ön karar sorusu kapsamında gelmiştir. Ulusal mahkeme ABAD'a hakim durumda marj sıkıştırması (margin squeeze) halinde, kötüye kullanmayı tespit etmek için uygulanması gereken kriteri sormuştur.

Komisyon ABAD'ın 2007'de aldığı *Microsoft* kararından (2007) bir yıl sonra, 2008'de, hakim durumdaki teşebbüslerin dışlayıcı davranışları ile ilgili bir Kılavuz kabul etmiştir. Komisyon yine bu Kılavuz'da, rekabetin amacının tüketici refahını artırmak ve ekonomik verimliliği sağlamak olduğunu açıkça ifade etmiştir. Fakat diğer kılavuzlardan farklı olarak, bu alanda Komisyon yeni bir test ileri sürmüştür. Bu teste göre, hakim durumdaki bir teşebbüsün davranışlarının dışlayıcı olduğuna karar vermek için, bu davranışların aynı derece verimli bir rakibin pazarda kalmasına engel teşkil edebilecek olması gerekir. Yani test, verimli olmayan rakiplerin pazarın dışına itilmesine neden olan davranışın, dışlayıcı olmadığı varsayımına dayanmaktadır.

Mahkeme *TeliaSonera* kararında, doğrudan Komisyonun uyguladığı "aynı derecede verimli testi"ne değinmiştir (*TeliaSonera*, 2011, paragraf 32). Mahkeme, öncelikle, aynı derecede etkili teşebbüslerin de dışlayıcı davranışlar karşısında pazarı terk etmek veya kar marjlarını düşürmek zorunda kalabileceklerini ifade etmektedir. Daha sonra Mahkeme, kötüye kullanmayı tespit etmek için toptan veya perakende satış fiyatların kötüye kullanıldığını kanıtlamaya gerek olmadığını açıklar. Mahkemenin

görüşüne göre kötüye kullanmayı meydana getiren şey, dışlayıcı etkidir. Mahkeme daha sonra, şayet rakiplerin durumu üzerinde bir etki söz konusu değilse, o zaman hakim durumdaki teşebbüsün davranışın dışlayıcı sayılmayacağını söylemektedir (*TeliaSonera*, 2011, paragraf 70). Yani Mahkeme burada yine, Microsoft kararında olduğu gibi rakiplerin ve pazarın durumunu vurgulamaktadır. Son olarak Mahkeme, kötüye kullanmanın tespitinde testin kullanabileceğini; ancak, hakim durumdaki teşebbüs, davranışını ekonomik nedenlerle meşrulaştırabiliyorsa, ilgili davranışın ihlal olarak nitelendirilmeyebileceğine dikkat çekmektedir. Mahkemeye göre, bunun olabilmesi için, ilgili davranışın ya tüketicilere ya da pazara bir fayda sağlıyor olması gerekir. Eğer bu avantajları sağlamak için gerekli olanın ötesinde bir dışlama söz konusu ise, ihlal sayılmalıdır, yani bir tür ölçülülük aranmalıdır (*TeliaSonera*, 2011, paragraf 98-100). Mahkeme burada yine sadece tüketici üzerindeki etkilere değil pazar üzerindeki etkilere de bakılması gerektiği görüşünü benimsemektedir. Mahkemenin, verimlilik ifadesini de zaman zaman kullanmakla birlikte “tüketici veya pazarın avantajı” gibi kavramlara yer vermesi de ayrıca kayda değerdir.

En az hakim durumdaki teşebbüs kadar verimli testi, her ne kadar içinde etkinlik kavramını barındırsa da aslında tam anlamıyla bir etkinlik testi değildir. Bilindiği gibi, etkinlik testleri bir teşebbüsün rekabeti kısıtlayıcı davranışlarda bulunduğu durumlarda, eğer piyasadaki verimlilik artıyorsa, o davranışın ihlal olarak nitelendirilmemesi anlamına gelir. Oysa bu testte, pazarın yapısındaki etkilerin tespit edilmesi amaçlanmaktadır. Bu bakımda bu test, Ordo-liberal teorinin, hakim durumdaki teşebbüsün rekabet varmış gibi hareket etmesini öngören yaklaşımını daha fazla

anımsatmaktadır. Zaten Mahkeme ilgili kararda, Ordo-liberal teorilerde olduğu gibi, hakim durumdaki teşebbüslerin özel bir sorumluluklarının olduğunu, bunların hem tüketicilere zarar verecek davranışlardan hem de rekabete doğrudan olumsuz yönde etkileyecek davranışlardan kaçınmaları gerektiğini ifade etmektedir (*TeliaSonera*, 2011, paragraf 24). Yani analiz, iktisadi olmakla birlikte, hem etkilere dayanmakta ve bazı durumlarda etkinliği de kullanmakta hem de mesele karşısında oldukça yapısal bir yaklaşım benimsemektedir.

Bu kararda daha da çarpıcı olan unsur, Mahkemenin kararın en başında sergilediği görüştür. Kararda Mahkeme rekabet kurallarının amacının “kamu yararı, bireysel teşebbüsler ve tüketicilerin zararına” olacak şekilde rekabetin bozulmasını engellemek ve bu şekilde AB’nin iyi halini sağlamak olduğunu belirtmektedir (*TeliaSonera*, 2011, paragraf 22). Yani mahkeme Komisyonun o dönemdeki pek çok belgesinde yer alan, tüketici refahının, rekabetin tek amacı olduğu yaklaşımını reddetmektedir. Hatta mahkeme burada refah kavramını hiç kullanmamıştır. Tüketici, rekabet kurallarının korunması gereken kesimlerden yalnızca biridir. Monti bu yorumu Mahkemenin içtihadında pek fazla değişiklik olmadığının bir göstergesi olarak kabul etmekte ve tüketici refahı amacının içtihada tesir etmediğini ileri sürmektedir (Monti, 2013). Diğer yandan Mahkeme, pek çok kararında pazar yapısı, rekabet süreci gibi başka unsurların korunması gerektiğini ifade etmiştir; ancak kamu yararı bu açıdan Mahkeme içtihadında sıkça rastlanamayan bir başka amaç olarak karşımıza çıkmaktadır.

Sosyal pazar ekonomisi kendi içinde bir amaç teşkil etmez. Bu kavram daha ziyade piyasa düzenlemesindeki öncelikler bakımından bir çerçeve çizer. Daha önce de



ifade edildiği gibi, sosyal pazar anlayışı, devletin veya idarenin serbest piyasa koşullarında sosyal dengeyi gözetmesi ve sosyal adaletin sağlanması için tedbirler almasına dayanır. AB’de Lizbon Antlaşması ile birlikte sosyal pazar ekonomisi kavramı, Kurucu Antlaşmalar’ın bir parçası haline gelmiştir. Buna göre, AB iç pazarı bundan böyle sosyal pazar ekonomisi anlayışına uygun olarak düzenlenecektir. Bununla birlikte, bu tür bir piyasanın oluşabilmesi için uygun sosyal hedefler de Antlaşmada yerini almıştır.

Ulaşılması gereken bu sosyal hedeflerden bazıları, konumuz açısından önemlidir. Şüphesiz, tüketicinin korunması hedefi, rekabet politikası açısından da önemli olabilecek hedeflerin başında gelmektedir. ABİHA’nın 12. maddesi şöyle der: “Tüketicinin korunmasına ilişkin gereklilikler, Birliğin diğer politika ve tedbirlerinin belirlenmesinde ve uygulanmasında göz önünde tutulur.” Buna ek olarak 114. maddeye göre, “Komisyon, sağlık, güvenlik, çevrenin korunması ve tüketicinin korunması alanlarında, 1. paragraf uyarınca verdiği önerilerinde, özellikle bilimsel bulgulara dayanan tüm yeni gelişmeleri göz önünde tutarak, yüksek düzeyde bir koruma sağlamayı temel alır. Avrupa Parlamentosu ve Konsey de, kendi yetkileri çerçevesinde bu amacı gerçekleştirmek için çaba gösterir.”

Bu maddeler AB Antlaşması’nın 3(3). maddesi ile birlikte incelendiğinde, Avrupa Birliği’nin tüm politikalarında tüketicinin korunmasının gerekli olduğu ortaya çıkmaktadır. Daha önce Komisyonda aynı kapsamda ele alınan rekabet ve tüketici politikaları, bilindiği gibi Komisyon nezdinde ayrılmıştır. Tüketici politikalarının artık

tamamen ayrı birimler tarafından geliştiriliyor ve yürütülüyor olması da bu konunun ne denli önemli olduğunu göstermektedir.

**Sonuç olarak,** AB rekabet hukukunda, tüketici refahı standardı daha ekonomik bir yaklaşım geliştirilmesi çerçevesinde tartışılmış ve hatta mevzuatı oluşturan bazı esnek hukuk normlarında yer almıştır. Bu tartışma ve hukuk normlarında, etkinlik savunmaları bir amaç ve ölçüt olarak ön plana çıkmıştır. Ancak ne Komisyonun ne de Mahkemelerin kararlarında bu yaklaşım uygulanmamıştır. Komisyon politikaya yön veren kurum olarak, bu amacın ve standardın rekabet hukukunda uygulanabilmesi için alt yapı değişiklikleri, raporlar ve kılavuzlar oluşturmak gibi pek çok çalışma yapmıştır. Ne var ki, Komisyonun kararlarında, iktisadi gerekçelere göre hukuki veya yapısal gerekçelerin ağırlık kazandığını söylemek mümkün değildir. Daha da önemlisi, bu yaklaşım özellikle ABAD tarafından kabul edilmemiştir (Schweitzer & Patel, 2013). ABAD kararlarının kesinliği ilkesi göz önünde bulundurulduğunda bu tespitin önemi artmaktadır. Zira AB hukukunda uygulanacak normları ABAD içtihadı belirler. Bu durumda, ABAD'ın reddettiği bir amaç veya standardın, AB hukukunda uygulanabilir olduğunu söylemek mümkün değildir. ABAD Lizbon Antlaşmasının yürürlüğe girdiği döneme kadar aldığı kararlarda, AB rekabet hukukunda yine iç pazarın çıkarlarının gözetilmesi ve rekabetin bir süreç olarak korunması gerekliliğine vurgu yapmıştır. Kararlarında iktisadi etkinliğin artırılmasını bir amaç olarak kabul etmemiştir. Mahkemenin bu direnci daha ekonomik bir yaklaşım benimsemesi konusundaki arayışları kısıtlayıcı niteliktedir. Buna ek olarak, Lizbon Antlaşmasının kabul ettiği

sosyal piyasa ekonomisi kavramı da bu politikanın nasıl şekillenmesi gerektiğinde belirleyici rol oynayacaktır.

Diğer taraftan, sosyal pazar ekonomisi anlayışına dönecek olursak, iç pazarın bileşenlerinin sosyal dengeyi gözetmesi gerekliliği yine Antlaşma'nın bir parçası olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu durumda iç pazarın ve herhangi bir serbest piyasa düzenin olmazsa olmaz unsurlarından olan rekabet politikası ve hukuku da, aynı şekilde, sosyal pazar ekonomisini sağlamak durumundadır. Bu kapsamda sosyal dengenin sağlanması, yani piyasaya Avrupa Birliği'nin parçası olan sosyal değerlerin yansıtılması için, tüketiciyi koruyan politikalarla birleştirilmesi gereklidir (Akipek-Öcal, 2012, s.493). Zira rekabet hukukunda rekabet sürecinin, rakiplerin veya teşebbüslerin korunması, sosyal adaletin sağlanması gibi bir amaca hizmet edemeyecektir. Dolayısıyla, AB'de rekabet politikasının, zayıf veya mağdur konumda olabilecek kesimlerin korunmasına hizmet etmesi için sadece üreticiyi veya piyasadaki toplam verimliliği değil, tüketiciyi de dahil etmesi gerekir.

AB Antlaşması'nın 3(3). maddesi, tüketicinin korunmasını açıkça sosyal pazar ekonomisinin bir parçası olarak da kabul etmektedir. Aynı madde ayrıca fiyat istikrarlılığının sağlanmasına da yer vermektedir. O halde Kurucu Antlaşmalarda tüketicinin korunmasına yapılan bu vurgunun ve sosyal pazar ekonomisinin sağlanmasının rekabet hukukundaki doğal yansıması da, tüketiciyi doğrudan gözetilen politikaların ve uygulamaların yerleşmesi ile olacaktır.

Bu bakımdan tüketici refahı standardı, doğrudan tüketicinin elde ettiği verimliliği ve hatta kazancı öne çıkarmak yerine, aslında çoğunlukla toplam refahı esas alması

nedeniyle AB Kurucu Antlaşmalarının ruhuyla uyumsuz hâle gelmektedir. AB mevzuatı artık açıkça, tüketicinin korunması amacının, her tür politika alanında gözetilmesi ve uygulanmasını öngörmektedir (Akipek-Öcal, 2012, s.494). Oysa tüketici refahı standardı, bu ilkenin her durumda uygulanmasını sağlamayacaktır. Diğer bir deyişle, tüketici refahı standardı bu ilkeye bazı durumlarda sadık kalırken, birçok durumda tüketiciyi korumak yerine piyasadaki genel verimliliğin artmasını esas alması nedeniyle, teşebbüslerin eylemlerine izin verecek veya bunları yasaklamayacaktır.<sup>52</sup> Ancak böyle bir yaklaşım, AB'nin temel amaçlarıyla örtüşmeyecektir.

Ayrıca sosyal pazar ekonomisi anlayışının AB Antlaşmaları'nda yer alması, AB'nin temel politikalarının, geçmişte olduğu gibi, sosyal refah politikalarından ve daha da spesifik olarak Ordo-liberal akımdan uzaklaşmadığını göstermektedir. Şüphesiz sosyal pazar ekonomisini sağlamak için tek başına Ordo-liberal piyasa düzeni yeterli değildir. Daha önce de ifade edildiği gibi, sosyal piyasanın sağlanması için Ordo-liberal düzene ek olarak yasa koyucunun ve idarenin sosyal değerleri öne çıkararak ve bunların doğrudan uygulanmasını sağlayan politikalar geliştirmesi gerekmektedir. Bununla birlikte, bu düzenin sadece piyasadaki etkinliğe odaklanarak devlet müdahalesini asgariye indiren bir politika ile sağlanması da mümkün olmayacaktır. Bu nedenle, tüketici refahı standardının, iktisat teorisinde ve ABD uygulamasında karşımıza çıkan haliyle AB mevzuatıyla uyumlu olabileceğini ve sosyal pazar ekonomisine katkıda bulunabileceğini iddia etmek mümkün değildir.

---

<sup>52</sup> Nitekim ABD'de uygulandığı şekliyle tüketici refahı standardı, tüketicinin kısa veya orta vadede zararına yol açmasına rağmen, toplam refahı artırması nedeniyle teşebbüslerin eylemlerine izin verilmesine neden olmuştur. *Leegin Creative Leather Products, Inc v. PSKS, Inc dba Kay's Kloset Kay's Shoes*, No. 06-480 551 US 877, 168 L. Ed.2d 623 (U.S. Supreme Court June 28, 2007).

## SONUÇ

Bu tezin birinci ve ikinci bölümlerinde tartışıldığı gibi, tüketici refahı bir kavram ve standart olarak ABD’de ortaya çıkmıştır. Esasen refah iktisadı olarak adlandırılan bir iktisat teorisinin ortaya koyduğu bir kavramdır (Johansson, 1991, s.11), (Boadway & Bruce, 1984, s.12). Bu kavram, aslında iktisat teorileri kökenli hukukta kullanılan tüm kaynaklar gibi, hukukun iktisadi analizi anlayışına dayanmaktadır. Bu anlayış hukuk norm ve kurallarının belirlenmesinde öncelikle yaptırımların iktisadi etkilerine bakılması gerektiğini savunur (Cooter & Ulen, 2014, s.3). Bu iddiaya göre en etkin ve verimli iktisadi sonuca yol açacak yasal düzenleme de haliyle en doğru tercih olacaktır.

Tüketici refahının iktisatta tanımı ve kullanımı ise iktisadi etkinliği temel alır: aslında refah iktisadında refah; iktisadi etkinlik demektir. Ancak hemen bu noktada şöyle bir “tüketici etkinliği” sorunu karşımıza çıkmaktadır; zira üretici etkinliğinden farklı olarak tüketici etkinliğini tanımlamak ve ölçmek çok güçtür (Evans, 2007). Bu nedenle refah iktisadında tüketici refahının bir standart olarak uygulanması aslında toplam refahın ölçüt alınmasına yol açmaktadır. Zira doğrudan tüketicinin geliri, kaynakları ve artısını hesaplamak oldukça güçtür ve iktisat teorisinde bu hesaplamanın ne şekilde ve hangi kriterlere göre yapılması gerektiği konusunda bir uzlaşma yoktur (Salop, 2005).

Tüketici refahının rekabet hukukunda bir amaç ve standart olarak yer alması ise refah iktisadının ABD’de rekabet politikasına tesir etmesiyle olmuştur. İktisadi etkinliği temel alan refah iktisadının 1950’li yıllardan itibaren Chicago Okulunun etkisiyle sadece iktisat alanında değil hukuk alanında da etkili olmuştur (Hovenkamp, 2005). Bu etki

sayesinde, hukukun iktisadi analizinin ilk ve etkili olduğu alan rekabet hukuku olmuştur. Rekabet hukuku piyasanın dolaylı olarak regüle edildiği bir alandır. Bu nedenle rekabet hukukunda yer alan norm ve yaptırımların piyasada ölçülebilir bir iktisadi etkisi vardır. Bu açıdan bakıldığında rekabet hukuku hukukun iktisadi analizine çok yakın bir hukuk dalıdır.

Chicago Okulu da rekabet hukukunu bu bakış açısıyla inceler. Chicago Okulunun ve tabii ki refah iktisadının temel savı, piyasanın kendi kendini regüle etme kapasitesinin olduğu ve devlet müdahalesine gerek olmadan tüm işlevlerini yerine getirebileceğidir (Knight, 1933). Diğer taraftan yine bu okulun temelinde piyasaların hem mikro iktisat hem makro iktisat düzeyinde en önemli ve hatta tek amacının iktisadi etkinlik üretmek ve artırmak olduğu düşüncesi vardır (Posner, 2001). Bu iki ana fikir bir araya geldiğinde piyasaya devlet müdahalesinin ancak etkinliğin sağlanmadığı durumlarda veya etkinliğin sağlanması için yapılmasının meşru olabileceği sonucuna varmak mümkündür.

Rekabet hukuku alanında da Chicago Okulu etkin bir piyasa doğrudan veya dolaylı müdahale edilmemesi gerektiğini savunur (Bork, 1978). Bu nedenle ABD rekabet hukukunda yer alan *per se* ihlal uygulamasına karşı çıkar. Bilindiği üzere bu uygulamada bazı davranışlar tek başına ihlal unsuru sayılır. Yani bu uygulamada davranışın piyasadaki etkisine bakılmaz. Chicago Okulu, bazı istisnalar dışında rekabet hukukunda tamamen muhakeme kuralı uygulaması yapılmadı gerektiğini savunur (Posner, 2001; Hovenkamp, 2005). Bu uygulamada ise her davranışın rekabete uygunluğu veya aykırılığı piyasada yarattığı etkiler temelinde ölçülür. Chicago Okulu bu uygulamayı etkinlik savunmasıyla birleştirek piyasada bir davranış etkinliği artırıyor

rekabete uygun, azaltıyorsa rekabet aykırı olarak değerlendirilmelidir görüşünü savunur (Bork, 1978; Posner, 2001). Burada ölçüt olarak alınan etkinlik tüketici refahı yani toplam refahtır, zira Chicago Okulu temsilcileri de toplam refahın kullanılması gerektiğini kabul eder (Lande, 1988).

İkinci bölümde tartışıldığı gibi Chicago Okulu ABD rekabet hukukunda belli dönemlerinde hayli etkili olmuştur. Özellikle 1970li yıllardan itibaren ABD rekabet hukukunda iki eğilim gözlenebilir. Bunlarda ilki muhakeme kuralı uygulamasının kapsamının genişlemesi ve rekabet hukukunun farklı alanlarında uygulanır hal gelmesi. Bu süreci şüphesiz en iyi ortaya koyan alan dikey kısıtlamalardır. Bu alanda neredeyse yüz yıllık bir süreçle dikey anlaşmalarda fiyat ve diğer koşulların belirlenmesine ilişkin unsurlar Yüce Mahkeme tarafından per se ihlal olmaktan çıkarılmış ve muhakeme kuralı uygulamasına tabi tutulmuştur (*Dr. Miles*, 1919; *Sylvania*, 1977; *Khan*, 1997; *Leegin*, 2007). İkinci eğilim ise tüketici refahı standardı adı altında etkinlik savunmalarının uygulanmasıdır. Uygulamaya baktığımızda da, teorik çerçevede olduğu gibi, mahkeme kararlarında da tüketici refahının toplam etkinlik ile özdeşleştirildiğini söylemek mümkündür (*Leegin*, 2007; *General Dynamics* 1972).

ABD rekabet hukukunda farklı iktisadi analizlerin etkili olduğu karar (*Reiter*, 1979, *AT&T*, 2011) ve dönemlerden <sup>53</sup> söz etmek elbette mümkündür. Farklı yaklaşımların iktisatta bu denli etkili olmasının çeşitli nedenleri olabilir. Bunlardan ilki şüphesiz ABD’de yalnızca idarenin değil, aynı zamanda yargının da iktisadi analize açık

---

<sup>53</sup> Örneğin birleşme ve devralmaların kontrolünde 1982’de kabul edilen Kılavuz ve General Electrics kararında önce yapısal analizlerin hakim olduğu bir dönemden söz etmek mümkündür. Bkz. Philadelphia National Bank kararı

olmasıdır. Bilindiği üzere ABD’de rekabet hukuku uygulaması da idari kararlarla değil, özel hukuk mahkemelerinde gerçekleşmektedir. ABD yargı sisteminde, ifşa ve ispat ilkeleri Kıta Avrupası geleneğinden farklıdır. ABD sistemi, tarafların savlarının jüri veya hakim önünden ‘çatışması’ ve bu sürecin sonunda haklı olan tarafın kazanması anlayışına dayanır. Rekabet hukukunda ise tarafların mahkemeye sunduğu ekonomik analizler bu anlamda delil teşkil eder (Gerber, 2008). Amerikan rekabet hukuku içtihadının ilk yıllarında bu anlayış gelişmemiş, katı denilebilecek hukuk kuralları uygulanmıştır (Weitbrecht, 2008). Ancak hukukun iktisadi analizi yaklaşımın ortaya çıkmasıyla, daha ekonomik bir yaklaşım gelişmiştir (Cooter & Ulen, 2014, s.3). Aynı dönemde Özel hukuk mahkemelerinde de, taraflar rekabet hukukuna aykırı davranmadıklarını ispatlamak için iktisadi analizleri kullanmaya başlamışlardır. Dolayısıyla, ekonomik analize dayalı bir rekabet hukuku anlayışı, Amerikan hukuk sistemi ile bağdaşır.

Diğer taraftan, ABD’de, özellikle Yüce Mahkemeye yapılan atamalarda, dönemin siyasi iktidarın etkisi olur<sup>54</sup>. Siyasi iktidarlar Yüce Mahkemeye kendi görüşlerine yakın duran yargıçları önerebilirler ve yine onamayı yapacak olan Senato da yargıçların siyasi yaklaşımlarını göz önünde bulundurarak karar alabilir. Bu nedenle Yüce Mahkemenin yaklaşımları, dönemin siyasi iktidarını birebir takip etmese dahi, farklı yaklaşımları yansıtabilir. Rekabet hukuku alanında alınan kararlarda bu eğilime bir istisna değildir. Bu nedenle, yargının farklı iktisadi akımlardan etkilenebileceği fikrini irdelerken, bu iktisadi akımların farklı görüş ve ideolojileri temsil edebileceğini de göz

---

<sup>54</sup> Amerikan Anayasasının II. maddesine göre Yüce Mahkeme yargıçları Amerikan Cumhurbaşkanı tarafından önerilir ve Senato onayından sonra atanır.



önünde bulundurmak gerekir. Yani başka bir deyişle, refah iktisadı ve Chicago Okulunun rekabet hukuku alanındaki yargı kararlarındaki etkisi, aynı zamanda bu okulların temsil ettikleri siyasi görüş ve ideolojilerin de etkisidir (Lande, 1988). Dolayısıyla, tüketici refahını, AB kapsamında tartışırken ABD rekabet hukukunun bu boyutları da göz önünde bulundurulmalıdır.

AB rekabet hukuku geleneği ise, ABD sisteminden farklı bir anlayışa dayanır. AB sistemi önce Avusturya gelişen Viyana Okulu, daha sonra Almanya'da gelişen Ordo-liberal Freiburg Okulunun yaklaşımından etkilenecek, rekabet hukuku kurallarının uygulanmasının öncelikle kamu idaresi tarafından sağlanması gerektiğine dayalıdır. Kıta Avrupa'sında yaygın olarak görülen bu anlayış, rekabet hukuku gibi doğrudan veya dolaylı olarak piyasaya müdahale eden 'düzenleyici kurumlar' bağımsız idari otoriteler olarak işlev görmelidir. Bu kurumların her biri ayrı alanlarda düzenleme ve değerlendirme yapmaktan sorumludurlar.

Bu sistem özellikle Ordo-liberal teoride görülebilir. Ordo-liberal anlayışa göre rekabet hukuku özel bir idari otoritenin kurulmasını ve uygulamada belirleyici rol oynaması gerektiğini savunur (Gerber, 1998). Bu sistem biraz da Ordo-liberal düşüncenin öngördüğü yasal düzenleme-piyasa ekonomisi ilişkisinden kaynaklanır. Ordo-liberal akım, hem devletin hem de piyasadaki ekonomik aktörlerin gücünün ve etkisinin sınırlandırılması gerektiğine inanır. Devletin piyasaya müdahale yetkisini sınırlamayı istemesi nedeniyle liberal bir düşünce olarak adlandırılmıştır. Diğer taraftan, Ordo-liberal akım, istenilen piyasa ve ekonomik sistemin yasa ile oluşturulması gerektiğini savunan bir akımdır (Monti, 2013; Gerber, 1998). Bu anlayış, ekonomik

anayasa kavramı çerçevesinde ifade edilir. Ekonomik anayasa, piyasaya doğrudan veya dolaylı müdahale teşkil edebilecek tüm alanlarda, kapsamlı ve bir bütünlük içinde bir yasal düzen geliştirilmesini amaçlayan bir politikadır. Zira yasal normlar ve ekonomik sistem birbirine “bağımlıdır” (Eucken, 2006).

AB rekabet hukukunda bu teori, çeşitli nedenlerle, özellikle kuruluş döneminde çok etkili olmuştur. Bu etkide ilk ifade edilmesi gereken neden, Almanya'nın kurucu devletler arasında kapsamlı bir rekabet hukukuna sahip tek üye ülke olmasıdır (Cini & McGowan, 2008), (McGowan & Wilks, 1995), (McGowan, 2006). Buna ek olarak, Komisyonun ilk yıllarında Alman kökenli yetkililer rekabet alanında önemli rol oynamıştır (Schweitzer, 2008), (Schweitzer & Patel, 2013). Rekabet hukukunun uygulanmasında ve politika geliştirmekte önemli bir yeri olan esnek hukuk normlarının oluşturulmasında bu yetkililerin yaklaşımları belirleyici olmuştur. Dolayısıyla, özellikle Topluluğun ilk yıllarında rekabet hukuku ve politikasına yön verenlerin Ordo-liberal düşünceye yakın kişiler olması bu teorinin etkisini açıklayan nedenlerden biridir.

Ancak belki de değinilmesi gereken daha önemli bir neden bu anlayışın AT'nin oluşum sürecine çok uygun bir teorik çerçeve sağlamasıdır. Bilindiği üzere, AB'de entegrasyon süreci her şeyden önce ekonomik bir birlik ile başlamış ve hatta Topluluğun ilk yıllarında sosyal veya siyasi birlik oluşturma çabaları başarısız olmuştur. Bu ekonomik birliğin nasıl oluşturulduğunu inceleyecek olursak, her zaman için önce yasal düzenlemenin, yani Antlaşmaların kabul edildiğini, sonra ekonomik düzeyde mevzuatta öngörülen normların hayatta geçirildiğini görmekteyiz. Sürecin her zaman için bu şekilde ilerlemesi son derecede doğaldır, zira AB sadece üye devletlerin kendisine

devrettiği yetkiler dahilinde karar alabilir, yetki devri ise ancak Antlaşmalarla mümkündür (Baykal, 2008). AB'nin yapısından gelen bu düzenleme anlayışına Ordo-liberal düşüncenin ekonomik anayasa kavramı bu bakımdan iyi bir teorik zemin sağlayabilmektedir.

Diğer taraftan yalnızca ekonomik anayasa kavramı değil, öngörülen maddi rekabet hukuku kuralları ve rekabet hukukunun uygulanışı da Ordo-liberal düşünceden etkilenmiştir. Maddi hukuka baktığımız zaman, özel teşebbüslerin tekelleşmesi ile mücadele, hakim durumdaki şirketlerin özel sorumluluğu gibi Ordo-liberal düşünceye yakın uygulamalar görebiliriz (Gerber, 1998). Diğer taraftan, Almanya'da olduğu gibi, AB'de rekabet hukuku idarenin belirleyici rol oynadığı ve özel hukuk yaptırımların az ya da hiç olmadığı bir sistemdir. AB sisteminde bu görevi üstlenen kurum Komisyondur ve Komisyon yalnızca soruşturma yapmak ve karar almakla yetinmeyip, özellikle esnek hukuk kuralları sayesinde politikaya da yön veren kurum olmuştur.

AB'de gördüğümüz bu farklı sistem, rekabet hukukunun uygulamasını da doğrudan etkilemektedir. ABD'de görebileceğimiz tarafların neredeyse 'yarıştığı' bir sistemden ziyade, AB'de idarenin usulü olduğu kadar maddi hukuku da belirlediği bir sistem gelişmiştir. Elbette Mahkemelerin en az Komisyon kadar güçlü olduğu bir sistemdir. Buna rağmen politikaları geliştiren ve uygulayan Komisyon aslında rekabet hukukunun esasını da çoğu kez tek başına belirlemiştir. Zira Antlaşmalarda maddi hukuk bakımında elli seneyi aşkın bir süredir değişmeyen rekabet hukuku kuralları yer almıştır. Antlaşma maddeleri kısa ve öz olarak nitelendirilebilecek, ana hatlarıyla rekabet yasaklarını ortaya koyan maddelerdir. Oysa bu maddelerin yorumu ve uygulama

Komisyonun kabul ettiği esnek hukuk normlarına bağlıdır. Diğer taraftan Komisyon soruşturma sũreçlerinde ortaya koyduğu argũman ve analizlerle de politikayı ve hukukunun uygulanışını belirler. Bu nedenle karşımıza ABD'den oldukça farklı bir uygulama çıkar.

Kuruluş sũrecinde AT her Şeyden önce ekonomik bir birliktir. Bu ekonomik birliğinde temel bir amacı vardır: ortak pazarı kurmak ve işleyişini sağlamak. Bu amaç Antlaşmalardan açıkça ifade edilmiş, ekonomi politikalarının merkezine oturtulmuştur. Serbest rekabetin sağlanması da bu genel amaca hizmet eden alanlardan biridir. Antlaşmalara baktığımızda ortak pazarında serbest rekabet olmadan oluşturulmasının *sine qua non* Őartlarından birinin serbest rekabetin sağlanması olduğunu görürüz . Bu nedenle rekabet kurallarının da ortak pazarın oluşturulmasın ve işleyişi amacı etrafında Őekillenmiř olması Őařırtıcı değildir.

AB'nin ilk otuz yılına, yani AT dönemine baktığımızda, özellikle Mahkemelerin içtihadında rekabetin politikasının amacının ortak pazarın oluşturulması ve işleyişi olduğunu söyleyebiliriz. Bu amaç bir taraftan Antlaşmaların ngrdđũ serbest piyasa dũzeniyle uyumludur. Diğer taraftan Ordo-liberal akımın yasal dũzenlemeyle ekonomik sistem kurma anlayışına da çok yakındır. AT döneminde mahkemeler pek çok kararda rekabet hukukun temel amacının bu amaç olduğunu ifade etmiştir (*Continental Can*, 1973; *Consten-Grundig*, 1966). Bu yorumun iki nedeni olabilir. Birinci Lizbon Antlaşması öncesinde, tũm Antlaşmaların Topluluğun/Birliğin amaçlarında ortak pazarda rekabetin bozulmamasını sağlamayı ngrmuşlerdir. Bu dönemde mahkemelerin rekabet hukukunun amacına lafzi bir yorum getirerek ortak pazarın

kuruluşu ve işleyişi amacına indirgemiş olabileceğini düşünmek mümkündür. Diğer taraftan, o dönemde Komisyon düzeyinde geliştirilen politikalarda Ordo-liberal yaklaşımın hakim olması ve buna bağlı olarak Komisyon kararlarında gelişen eğilimin Mahkeme kararlarına da yansıdığı ileri sürülebilir. Ancak bu argümanı kabul etmek zordur. Zira AB Mahkemeleri, ABD mahkemelerinden farklı olarak, değişen siyasi veya iktisadi akımlardan neredeyse hiç etkilenmemiştir (Schweitzer & Patel, 2013, s.229).

ABD ile karşılaştıracak olursak, AB Mahkemelerinin yapısal farklılığı nedeniyle aynı özelliklere sahip olmadığını görebiliriz. Öncelikle AB Mahkemelerinde henüz değişmemiş olan genel kural, her üye devletten bir hakim bulunması yönündedir. Hakimler üye devlet hükümetleri tarafından öneriler, ancak siyasi kariyer yapmamış olmaları gerekir. Diğer taraftan AB Mahkemelerinde 1986'dan beri ABD Yüce Mahkemesinden daha fazla sayıda hakim görev yapmaktadır. Bu nedenle bir görüşün tüm mahkemeye hakim olması veya bir grubun kararlara yön vermesi çok daha zordur. AB hakimleri üye devletleri temsil etmezler ve AB adına karar alırlar. ABD Yüce Mahkemesi ise ulusal bir mahkemedir ve bu mahkemeye yapılan atamalar siyasiydir. Her siyasi iktidar süresi dolan yargıçların yerine yenilerini atarken kendi siyasi görüşlerine yakın olan ve bu yönde kararlar alacağı beklentisi içinde oldukları yargıçların atanmasını isterler. Bu nedenle Yüce Mahkeme değişen siyasi yaklaşımları yansıtan bir kurumdur. ABD'de rekabet alanında içtihatta farklı dönemler olması bu şekilde de açıklanabilir. Farklı iktisadi ekoller aynı zamanda siyasi ekolleri yansıtır. Rekabet hukuku alanında alınan kararlar ise, iktisat ekolleri ile birleşen siyasi yaklaşımları da ortaya koyar.

Tüm bu unsurlar birlikte değerlendirildiğinde AB Mahkemelerinin farklı siyasi eğilimlere daha kapalı olduğunu söylemek mümkündür. Diğer taraftan, AB Kurucu Antlaşmalarında rekabetin her zaman için ortak pazar amacı çerçevesinde yer alması, Mahkemelerinin rekabet hukukunu da, bu doğrultuda yorumlamasına neden olmuştur. Gerçekten mahkemeler, tutarlı bir biçimde ortak pazarın kurulması, işleyişi ve sonrasında iç pazarın işleyişi amacına vurgu yapmıştır.

Kurucu Antlaşmalar ve içtihatları bu tutarlılığa rağmen, 1990'lı yılların sonunda AB'de farklı bir yaklaşım arayışı başlamıştır. Bu arayışı üç ana nedene bağlamak mümkündür. Bunlardan birincisi artık ortak pazarın oluşturulmuş ve işler hale gelmiş olmasında sonra, iç pazar çerçevesinde kapsamlı ekonomik politikalar oluşturulması gerekliliğidir. AB bu dönemde gerçek anlamda işlev gören bir serbest piyasa ekonomisini kurmuştur. Ancak serbest piyasa ekonomisi bir politika değil bir ekonomik düzendir (Monti, 2013, s.29). Bu ekonomik düzen içinde farklı amaçlar güderek, farklı alanlara ağırlık vererek politikalar geliştirmek mümkündür. İkinci neden şüphesiz AB rekabet hukukunun Modernleşme sürecidir. Bu süreç sonunda AB rekabet hukukunda ademi merkezi sistem getirerek, Komisyonun uygulamadaki tekeli kaldırılmış, ulusal mahkeme ve örgütlere de yetki vermiştir. Bu yeni usulün başlıca sebebi, AB'nin 2004 yılında gerçekleştirdiği büyümedir. On yeni ülkenin gelmesi ile birlikte, Komisyonun AB rekabet hukukunu uygulamada tek yetkili kurum olması iş yükü bakımından sorunlu hale gelecekti. Çözüm olarak ulusal mahkemelerin de rekabet hukukunu uygulamasını öngören ademi merkezi sistem getirildi. Ancak bu sistem de rekabet hukukunun yeknesak uygulanması sorununu doğurdu. Daha önce tartıştığım hukukun iktisadi analizi

yaklaşımı, iktisadi normatif olarak kullanması nedeniyle uygulamada bir bütünlük sağlayabilecek bir anlayış teşkil etmektedir. Daha ekonomik bir yaklaşım arayışının bir nedeni de bu soruna daha objektif kriterlerle yeknesak uygulama getirme beklentisi olabilir. Son olarak, Genel Mahkemenin Komisyonu daha fazla iktisadi analiz yapmaya çağıran bazı kararlar aldığından söz etmekte fayda vardır. 2000’li yılların başında birleşme ve devralmaların kontrolü alanından Komisyon almış olduğu üç ret kararını, Genel Mahkeme bozmuştur (*Schneider, 2002; Airtours, 2002; Tetra Laval, 2002*). Bozma kararlarının temel gerekçesi Komisyonun yeterince iktisadi analiz kullanmıyor olmasıdır. Bu durum yoğunlaşmaların denetimi alanında adeta bir krize yol açmış, sonrasında Komisyon yeni bir mevzuat çalışması başlatmış ve 2004 yılında yeni bir ekonomik test getiren söz konusu Tüzük kabul edilmiştir.

Bu üç unsurun her biri veya tümü, AB’de yeni rekabet politikaları arayışına yol açmıştır ve bu arayış ‘daha ekonomik bir yaklaşım’ geliştirilmesi yönünde olmuştur. Yine bu çerçevede AB rekabet hukukunda tüketici refahı ve etkinlik savunmaları tartışmaları hem literatürde, hem politikayı oluşturan yetkililerin söylemlerinde görülmeye hem de mevzuatta tartışılmaya başlamıştır. Bu yeni arayış sonrasında, Ordo-liberal anlayış ve rekabet politikasına etkileri ciddi olarak eleştirilmiştir. Pek çok yazara göre, AB artık Ordo-liberal piyasa düzeni anlayışından sıyrılıp, etkinlik savunmalarına yer vermelidir (EAGCP raporu, 2005; Etro, 2006; Ahlborn & Padilla,2007; Motta, 2004). Diğer taraftan Komisyon yetkilileri de, tüketici refahının rekabet politikasının en önemli ve hatta tek amacı olduğunu dillendirmeye başlamışlardır. Komisyon bürokrasisinde, baş ekonomist atanması gibi, yapılan bazı değişiklikler yeni politika

arayışında ne kadar kararlı olduğunun da bir göstergesi olarak görülebilir. Son olarak Komisyon'un 2000'li yıllardan itibaren kabul ettiği pek çok esnek hukuk normunda, tüketici refahı ve etkinlik kavramlarının yer aldığı altını çizmek gerekir.

Bu söylem, mevzuat ve yapı değişikliklerine rağmen, rekabet hukuku alanındaki içtihatla bu yönde değişiklikler olmamıştır. Komisyon henüz tüketici refahı ve etkinlik savunmaları uygulamasını açıkça ortaya koyan kararlar almamıştır. Daha ekonomik bir yaklaşım oluşturulmasında, Komisyonun aslında bazı gayretler göstermiş olmasına rağmen, bunu henüz kararlarına yansıtmadığı söylenebilir. Bu açıdan Genel Mahkeme belki de derinlemesine incelemeye değer bir kurumdur. Şöyle ki, Genel Mahkeme, pek çok kararında, Komisyonun daha fazla ekonomik analize dayalı karar alması gerektiğini vurgulamıştır (*Schneider*, 2002; *Airtours*, 2002; *Tetra Pak Impala*, 1996; *GlaxoSmithKline*, 2009). Ne var ki Genel Mahkemenin bu yöndeki bazı kararları ABAD tarafından onaylanmamıştır (*Impala*, 2008; *GlaxoSmithKline*, 2009). Son olarak *Ryanair* kararında, Genel Mahkemenin ekonomik gerekçelerin diğer gerekçelere göre bir üstünlüğe sahip olmadığı yönündeki görüşü, Genel Mahkemenin ekonomik analize daha açık olabileceği görüşüne varmamıza engel olabilir (*Ryanair*, 2011). Ancak Komisyon ve Genel Mahkeme arasında böyle bir fark olması yine de dikkat çekicidir.

Diğer taraftan ABAD kararları halen iç pazarın çıkarlarını rekabet hukukunun merkezine yerleştirmekte ve daha ekonomik bir yaklaşımı destekler görünmemektedir. Bu duruşu ortaya koymak için, Mahkemenin, rekabet hukukunun amacını ve tüketici refahının AB rekabet hukukundaki yerini yorumladığı iki kritik kararına tekrar değinmekte fayda vardır. Dikey antlaşmalara yönelik *GlaxoSmithKline* kararında (2009)



Mahkeme rekabet hukukunda iç pazarın entegrasyonu amacını yinelemekle kalmamış, tüketici refahının rekabet hukukunda güdülebilecek amaçlardan yalnızca bir tanesi olduğunu ifade etmiştir (*GlaxoSmithKline*, 2009, paragraf 59-61). Yani tüketici refahının artırılması, ABAD'a göre rekabet hukukunun merkezinde olması gereken veya en önemli amacı değildir. Genel Mahkemenin aksine, ABAD, tüketicinin, dikey anlaşmanın getireceği bazı avantajlardan yoksun bırakılmasının, rekabet ihlalin ispatı olarak nitelendirilemeyeceğini ifade etmiştir. Aynı şekilde, *TeliaSonera* kararında (2011), Mahkeme, rekabet hukukunun tek amacının tüketici refahı olduğu görüşünü reddetmiştir. Bu kararda ise mahkeme rekabetin amaçlarından birinin tüketicinin zararını engellemek olduğunu kabul etmiştir (*TeliaSonera*, 2011, para 22). Tüketicinin zararını engellemek ile birlikte, rekabet sürecinin korunması ve kamu çıkarının gözetilmesini de rekabet politikasının amaçları arasında sıralamıştır.

İç pazarın ve dolayısıyla AB'nin çıkarlarının gözetilmesi amacı artık AB Mahkemelerinin kemikleşmiş içtihadı haline geldiğini söylemek mümkündür. Bu amaç sadece rekabet hukuku değil, AB hukukunun, özellikle maddi hukuk gibi, diğer alanlarında da her zaman için öne çıkmaktadır. ABAD'ın bu konuda Genel Mahkemeye göre daha dirençli olduğunu söylemek de mümkündür. Zira Genel Mahkemenin bazı kararlarında en azından daha ekonomik bir yaklaşım uygulanmasını gerektiğini kabul ettiğini (*Schneider*, 2002; *Airtours*, 2002; *Tetra Laval*, 2002; *Impala*, 1996; *GlaxoSmithKline*, 2009), tüketicinin zararını bir kriter olarak aldığını görüyoruz (*GlaxoSmithKline*, 2009). Ancak ABAD'ın Genel Mahkemenin bu yöndeki bir çok

kararını bozmuş olması, AB sisteminde ABAD'ın en yüksek mahkeme olması ve kararlarının kesinliği ilkesi nedeniyle farklı politikaların önünü kapatmıştır.

En azından *TeliaSonera* kararına kadar daha ekonomik bir yaklaşım benimsenmesi ve iç pazarın çıkarları dışında amaç ve kriterler kullanılması konusunda ABAD direnç göstermiştir. *TeliaSonera* kararının önemi, Lizbon Antlaşmasının yürürlüğe girmesinden sonra (1 Aralık 2009) ABAD'ın rekabet hukukunun amacı konusuna yorum getirdiği ilk karar olmasıdır. Lizbon Antlaşmasının getirdiği bazı değişiklikler, literatürde bazı tartışmalara yol açmıştır. Öncelikle Lizbon Antlaşmasının, iç pazarda serbest rekabetin sağlanması amacıyla, ABA'nın, Birliğin amaçlarını belirten maddesi yerine, ek bir Protokol'de yer vermesi tartışılmıştır (Öz, 2012; Monti, 2013). *TeliaSonera* kararında (2011) Mahkeme, Protokolün Antlaşma ile eşdeğer olması nedeniyle, rekabet hukukunun yeri ve Birliğin amaçları bakımından bir değişiklik olmadığı yorumunu getirmiştir.

Lizbon Antlaşması ile birlikte gelen bir başka yenilik ise Kurucu Antlaşmalarda ilk kez yer alan “rekabetçi sosyal piyasa ekonomisi” anlayışıdır. Bu kavram, AB Antlaşmalarında ilk kez yer almakla birlikte, kıta Avrupası'nda uzun süredir var olan ve tartışılan bir kavramdır. Esasında “sosyal piyasa ekonomisi” Ordo-liberal düşüncenin ortaya koyduğu ve daha sonra Almanya'da Müller-Armack tarafından geliştirilen bir kavramdır (Gerber, 1998; Monti, 2013; Joerges & Rödl, 2004; Perez & Scheur, 2013). Müller-Armack, Ordo-liberal yaklaşımı temelinde kabul etmekle birlikte, bu yaklaşımın sosyal sorun ve politikaları piyasa düzenine yeterince entegre etmemesini eleştirir. Müller-Armack, rekabet politikası da dahil olmak üzere, ekonomik politikaların ve

Ordo-liberal anlamda ekonomik anayasanın aynı zamanda, sadece ekonomik özgürlükler değil, aynı zamanda sosyal sorunları da kapsayan bir anlayış geliştirmesi gerektiğini savunur. Literatürde yer alan bazı görüşlere göre, salt Ordo-liberal akım da aslında sadece ekonomik özgürlükleri değil, aynı zamanda sosyal politikaları da gözetilen bir piyasa düzeni getirilmesi gerektiğini savunur (Gerber, 1998). Özetle şunu söylemek mümkündür: literatürdeki görüşlere baktığımız zaman, “rekabetçi sosyal piyasa ekonomisi” kavramı açıkça Ordo-liberal bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu nedenle Lizbon Antlaşmasının getirdiği rekabetçi sosyal piyasa kavramının, AB rekabet politikasına damgasını vurmuş bu akımdan esinlendiğini söylemek mümkündür.

Şayet Lizbon Antlaşması, Ordo-liberal bir kavramı AB’nin ve rekabet hukukunun amacı olarak kabul ediyorsa, bu yeni durumun, daha ekonomik bir yaklaşım arayışı açısından ne anlama geldiğini veya en azından gelebileceğini incelemek gerekir. Bu tezde, ‘tüketici refahı standardının’ aslında, rekabet hukukunda etkinlik savunmaları çerçevesinde ‘toplam refah standardının’ uygulanması olduğu savunulmuştur. Buna göre tüketici refahı doğrudan tüketicinin durumu, geliri veya elde ettiği fayda değil, piyasada üretilen toplam etkinliği ölçüt alır. Sadece üretici etkinliği yerine, piyasada oluşan toplam etkinliği ölçüt alması nedeniyle, bu standardın ‘sosyal’ bir boyutu olduğunu iddia etmek mümkündür. Ancak, sosyal piyasa ekonomisi, ekonomik amaç ve politikaların, sosyal amaç ve politikalarından bağımsız olmaması gerektiği görüşüne dayanır. Diğer taraftan, ne Genel Mahkeme ne de ABAD iktisadi etkinliği rekabet AB rekabet hukukunun bir amacı olarak kabul etmemiştir. Bu nedenlerle, tüketici refahı sosyal piyasa ekonomisini temin edebilecek bir ölçüt değildir.

Ancak AB rekabet hukukunda iktisadi analizlerin daha fazla kullanılması ve daha ekonomik bir yaklaşım geliştirilmesi yerinde bir arayıştır. ABD’de olduğu gibi, AB’de de rekabet hukukunun, hukuktan olduğu kadar iktisattan da beslenen ve uygulamasında her iki anlayışı da kullanan bir alan olmadı gerekir. O halde, şu anda AB rekabet politikasının geliştirmesi gereken sosyal piyasa ekonomisi ile uyumlu bir iktisadi yaklaşımdır. Rekabet politikasında daha sosyal bir yaklaşım benimsenebilmesi için ancak tüketici odaklı politikalar geliştirilebilir. İstihdam, sosyal güvenlik ve bunun gibi alanlar rekabet hukuku ve politikasının kapsamına girmez. Bu nedenle rekabet politikasında yer alabilecek en önemli sosyal unsur tüketicidir.

Bu tezde, sosyal piyasa ekonomisi ile uyumlu olabilecek iki farklı ölçüt ortaya koyulmuştur. Her iki ölçütün de ortak noktası doğrudan tüketicinin piyasadaki değişikliklerden nasıl etkilendiğine odaklanmasıdır. Diğer taraftan, her ikisinin de çıkış noktası Chicago Okulunun getirdiği politikaların tüketiciyi yeterince dikkate almamalarını eleştirmektir. Tüketici verdikleri bu önem nedeniyle, söz konusu yaklaşımlar ‘sosyal’ piyasa ekonomisi ve AB’nin özellikle son dönemlerde tüketiciyi korumaya yönelik politikalara verdiği önemle uyumlu yaklaşımlar olduğu savunulmuştur.

Tüketici refahının ve genel olarak etkinlik savunmalarının ölçülebilir iktisadi standartlar olduğu açıktır. Bu bakımdan AB’de gözlemlenen ‘daha ekonomik bir yaklaşım’ arayışına cevap verebileceğini düşünmek doğaldır. Ancak AB mevzuatının başka gereklilikleriyle tüketici refahı standardı uyumlu değildir. AB mevzuatıyla hangi standardın daha uyumlu olacağını değerlendirmeden önce tüketici yararı standardının

temellerini incelemekte fayda olacaktır. Tüketici refahı standardı, doğrudan tüketicinin etkinliği yerine toplam refahı gözetme eğiliminde olduğu için, ABD rekabet doktrininde de pek çok eleştiriye maruz kalmıştır. Özellikle, AB’de de yankı bulmuş olması nedeniyle, tüketici refahının tüketici yararıyla ikame edilmesi gerektiğini savunan eleştiri, incelenmeye değerdir.

Tüketici yararının tüketici refahı ile karşılaştırılırken iki açıdan ele alınması gerekmektedir: tüketici yararının yeterince ‘ekonomik’ yani nesnel ve ölçülebilir bir standart olması ve tüketici yararının AB mevzuatı, politikaları ve içtihadı ile uyumu. Bu iki açıdan değerlendirildiğinde tüketici yararı kriterinin hem ölçülebilir bir iktisadi standart olması bakımından “daha ekonomik bir yaklaşım” talebine cevap verebilecek hem de tüketiciyi doğrudan koruması nedeniyle sosyal pazar anlayışı ve AB politikalarının tüketicinin korunmasına verdiği önemle bağdaşacağı görülecektir.

Bu kriter ABD’de Chicago Okulunun tüketicinin zararını yeterince ve hatta hiç kayda almayan yaklaşımına bir eleştiri olarak gelişmiştir (Lande, 1982; Lande, 1988; Chang ve diğerleri, 2002; Buttigieg, 2009). Literatürde bu yaklaşımı savunan yazarlar, Chicago Okulunun rekabet hukukuna en önemli katkısının ölçülebilir iktisadi kriterlerin uygulamadaki önemini ortaya koymak olduğunu kabul ederler. Ancak Chicago Okulu, her ne kadar rekabet hukukunun, ABD’de en başından itibaren, tüketici refahını artırmayı hedeflediğini iddia etse de, aslında toplam etkinliği rekabet politikasının tek kriteri haline getirerek tüketiciyi koruyan yaklaşımlardan uzaklaşmıştır. Oysa tüketici yararını savunana yazarlara göre (Lande, 1982; Lande, 1988; Buttigieg, 2009), doğrudan tüketicinin gelir kaybını yani zararını dikkate alan bir politika geliştirmek mümkündür.

Tüketici yararı kriteri iktisadi bir kriter olduğu için, yine muhakeme kuralı uygulamasını ön plana çıkaracaktır. Böyle bir politika en az etkinlik savunmaları kadar iktisadi yani objektif, ölçülebilir ve öngörülebilir kriterlere dayalı olacaktır. Ancak bu kriter, toplam etkinliği değil, piyasadaki zayıf taraf olan tüketicinin iyi halini sağlamayı ve artırmayı hedeflemektedir. Bu kriter ABD rekabet hukukunda bazı kararlar Yüce Mahkeme tarafından da kabul edilmiştir (*Reiter*, 1979). Ayrıca bu kriterin, AB rekabet hukukunda, en azından literatürde tartışıldığını belirtmek gerekir. ABD rekabet hukukunda tüketici yararını ölçüt olarak alan Yüce Mahkeme kararları olduğunu iddia eden görüşler mevcuttur (Kirkwood & Lande, 2008; Lande, 1988). Örneğin Lande, *Reiter* kararında Yüce Mahkeme'nin, bu kritere oldukça yakın bir iktisadi değerlendirme yaparak, tüketicinin gelir kaybını yani zararını esas aldığını ifade etmektedir (Lande, 1988). Hatta Kirkwood ve Lande'ye göre, Bork'a yapılan atıflara rağmen, Amerikan Yüce Mahkeme'sinin birçok kararı, hakimlerin aslında hakiki bir tüketici refahı hedefi göttüklerini göstermektedir ve yazarlara göre bu yaklaşımı, Yüce Mahkeme'nin ve üst mahkemelerin rekabet hukuku kapsamında olan tüm kararlarında görmek mümkündür (Kirkwood & Lande, 2008). Başka bir deyişle, hakimlerin ekonomik verimlilik prensibini Bork'un ya da daha genel olarak Chicago Okulu'nun istediği gibi uygulamadığı görülmektedir. Bu savın doğruluğunu ilerleyen bölümlerde tartışacağız; fakat bu noktada şunu söyleyebiliriz: Kirkwood ve Lande'ye göre bu okulun temel hatası, rekabet hukukunu ve ekonomisini tüketici refahı kavramının arkasına saklanmış bir ekonomik verimlilik hedefi temeline oturtmuş olmasıdır (Kirkwood & Lande, 2008).

**Reiter kararı** doktrinde farklı algı ve yorumlara neden olmuştur. Bu karar Chicago Okulu temsilcileri tarafından tüketici refahı standardının açıkça uygulandığı bir karar olarak gösterilmektedir (Buttigieg, 2009). Mahkeme'nin, bu kararda, *Sylvania* (1977) ve *Leegin* (2007) kararlarında olduğu gibi, doğrudan Bork'a atıf yapmış olması ve daha da önemlisi "tüketici refahı" terimine yer vermesi, bu görüşü desteklemektedir. Diğer taraftan, doktrinde, bu kararlar birlikte Mahkeme'nin, rekabet hukuku davlarında "tüketicinin faydasını" korumayı esas aldığına dair bir algı da oluşmuştur. Örneğin Lande, bu kararda Mahkeme'nin, Chicago Okulu'nunkinden farklı bir "tüketici refahı" anlayışı ile hareket ettiğini savunmaktadır (Lande, 1988). Bu konuda Lande'nin en azından bir ölçüde haklı olduğunu belirtmek gerekir; zira Mahkeme *Reiter* kararında, tüketici refahı standardını uyguladığını söylemiş, ancak hiçbir şekilde etkinlik savunmalarına yer vermemiştir. Aşağıda görüleceği gibi, Mahkeme'nin etkinlik tartışması yapmayı reddettiğini söylemek bile mümkündür.

AB'de, tüketici yararı kavramı, en azından literatürdeki tartışmalarda yerini almıştır. ABD'de olduğu gibi Chicago Okulunun tüketici refahı yerine, tüketici yararı (*consumer interest*) veya tüketici esenliği (*consumer well-being*) olarak adlandırılacak kriterlerin tartışılması söz konusudur. Daha önce açıklandığı gibi ABD'de Lande, Bork ve hatta post-Chicago öğretilerinin kullandığı tüketici refahı standardının, aslında tüketici ile doğrudan ilgisinin "çok az" olduğunu ve hatta "hiçbir ilgisinin" (Lande, 1988) olmadığını savunmaktadır. Lande, bu standardın yerine

doğrudan tüketiciyi koruyan “tüketici yararı standardı”nı önermektedir. Buttigieg<sup>55</sup> ise tüketici yararı olarak adlandırdığı bu standardı, ABD ve AB rekabet hukukunu karşılaştırarak incelemektedir (Buttigieg, 2009). Buttigieg, tüketicinin, piyasadaki “zayıf taraf” olarak korunması gerektiğini, tüketici refahı standardının, toplumdaki toplam verimliliği baz aldığı için, bu amaca hizmet edemeyeceğini savunmaktadır. Bunun da ötesinde tüketici refahı standardının zorunlu olarak tüketiciyi değil, bazı durumlarda “müşteri” veya “kullanıcı”yı da baz alabileceğini ifade etmektedir. Bu nedenle Buttigieg de tüketicinin iyi halini sağlamak için, tüketici refahı yerine tüketici yararı standardını savunmaktadır.

Buttigieg tüketici yararı olarak adlandırdığı bu standardı ABD ve AB rekabet hukukunu karşılaştırarak incelemektedir. Buttigieg tüketicinin piyasadaki “zayıf taraf” olarak korunması gerektiğini, tüketici refahı standardının, toplumdaki toplam verimliliği baz aldığı için, bu amaca hizmet edemeyeceğini savunmaktadır (Buttigieg, 2009). Bu bakış açısı, AB Antlaşmalarının öngördüğü tüketici politikaları ile de uyumludur (Akipek-Öcal, 2012). Bunun da ötesinde tüketici refahı standardının zorunlu olarak tüketiciyi değil, bazı durumlarda ‘müşteri’ veya ‘kullanıcıyı’ da baz alabileceğini ifade etmektedir. Bu nedenle Buttigieg de tüketicinin iyi halini sağlamak için tüketici refahı yerine tüketici faydası standardını savunmaktadır. Buttigieg, her tüketicinin tercihlerinin ve bu nedenle elde edebileceği yararın farklı olabileceğini kabul etmekle birlikte, tüketici yararının dört unsuru olduğunu ifade eder: fiyat, hizmet, kalite ve tercih (Buttigieg, 2009, s.2).

---

<sup>55</sup> Eugen Buttigieg’in 2012’den bu yana Genel Mahkeme’de Malta Devleti tarafından atanmış hakim olarak görev yapmaktadır. [http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2\\_7035/](http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7035/)



Sonuç olarak, tüketici yararı kavramı, rekabet politikası ile tüketicinin korunması amacını birleştirmeyi hedefleyen bir kavramdır. Tüketicinin uğradığı gelir kaybını ve mağduriyetini iktisadi analizin merkezine oturtmaktadır. Bu nedenle, daha ekonomik bir yaklaşım ihtiyacını karşılayabilecek niteliktedir. Tüketici faydası standardı, aynı zamanda AB'nin sosyal pazar ekonomisine ve onun getirdiği sosyal değerlere de daha uygundur. Zira bu kavram, AB Antlaşmalarında yer alan tüketicinin korunması sosyal hedefinin gerçekleştirilmesine katkıda bulunabilir.

Tüketici odaklı bir başka yaklaşım ise yine ABD'de ortaya çıkmış olan davranışsal iktisattır. Bu akım, psikoloji biliminin bazı metot ve bulgularını iktisatta kullanır. Davranışsal iktisatta Chicago Okuluna bir eleştiri getirir. Bu yaklaşıma göre, Chicago Okulu piyasanın sadece arz boyutuyla ilgilenmektedir. Oysa piyasada dengeleri etkileyen en az bir o kadar önemli olan talep boyutuna da, yani tüketiciye de bakılmalıdır. Davranışsal iktisat, Chicago Okulu gibi klasik iktisat teorilerinin tüketiciyi tamamen rasyonel, bilinçli ve tam bilgi ile hareket eden bireyler olarak tanımladıklarını, oysa tüketicinin piyasada rasyonel tercihler yapmakta zorlandığını ve çoğunlukla bilgi eksikliği ile, yani sınırlı rasyonalite ile hareket ettiğini ortaya koymuştur. Tüketicinin bu hali davranışsal sapmalara neden olur. Davranışsal sapmalar dikkate alınmazsa, rasyonel davranana tüketici varsayımları piyasa konusunda yanlış analizler doğurur. Davranışsal iktisat, tüketici kaynaklı sapmaların piyasa dengesini aslında üreticinin davranışları kadar etkileyebileceğini ortaya koymuştur. Bu nedenle piyasada rekabetin sağlanması için tüketicinin karşılaştığı zorluklara yönelik politikalar oluşturulmalıdır. Davranışsal iktisat yaklaşımı, piyasada etki analizlerinin tüketiciyi bilgilendirmeye ve

bilinçlendirmeye yönelik politikalarla birleştirilmesi gerektiğini savunmaktadır. Bu yaklaşım da ABD’de son yıllarda mevzuat ve bazı kararlarda etkili olmuştur. Davranışsal iktisat teorisinin rekabet hukukunda uygulanmasının diğer klasik iktisat teorilerinin uygulanmasından en önemli farkı, piyasada arzdan daha fazla talep boyutuna odaklanmasıdır (Bennett ve diğerleri, 2010). Bu teorilerde, büyük ölçüde üretici tarafından belirlenen arz tamamen göz ardı edilmezken, esas olarak tüketicinin davranışlarının piyasadaki davranışlarının piyasa dengelerini ne şekilde etkilediği sorusuna cevap aranmaktadır. Bu yaklaşım da Chicago Okulunun temelini oluşturan neoliberal politikaları eleştirirken, psikoloji bilimin sağladığı bazı araştırma ve verilere dayanarak, tüketicinin piyasadaki dengelerde ne kadar etkili olabildiğini ortaya koymaktadır (Cseres, 2008).

Davranışsal iktisat teorileri, etkinlik savunmaları veya rekabet uygulanan diğer iktisadi teorilerin tamamen geçersiz olduğunu veya uygulanmaması gerektiğini savunmaz (Bennett ve diğerleri, 2010, s.113). Bu teorinin amacı klasik iktisat teorilerinin açıklayamadığı veya göz ardı ettiği bazı piyasa başarısızlıklarına açıklık getirmektir. Daha da önemlisi, tüketici kaynaklı sapmalar üzerinden teori geliştirerek, bu yaklaşım, ekonomik politikalara tüketici davranışı boyutunun da kazandırılmasını amaçlamaktadır. Bu çerçevede davranışsal iktisat teorileri, rekabet politikasının, piyasanın tüketici için faydalı bir biçimde işlemlerini sağlamakta önemli bir amaç olduğunu savunmaktadır (Garces, 2010, s.146).

Psikoloji bilminde bireye getirilen yaklaşım, klasik iktisat teorilerinin rasyonel birey tanımından üç unsurda ayrışır (Wilkinson & Klaes, 2012, s.8). Öncelikle bireylerin

aydınlanmış, bilgi sahibi bireyler oldukları varsayımı gerçekçi değildir. Bireyler pek çok nedenden ötürü, kendi faydalarını ve çıkarlarını bilmeyebilir veya ne olduğuna karar vermeyi başaramayabilirler. İkinci olarak, klasik iktisat teorileri, bireylerin kendi çıkarlarının peşinden koşmalarını beklerler ve bunu kendi faydalarını maksimize etmek olarak tanımlarlar. Oysa bireyler çoğu zaman ekonomik tercihler yaparken, belirsizlik ve bilgi eksikliği içinde hareket ettikleri için bazen tutarsız davranışlar sergileyebilir, çıkarları için en uygun biçimde hareket etmeyebilirler (Kahneman, 2003). Son olarak, psikoloji bilimi bireylerin pek çok davranışının aslında rasyonalite değil, içgüdüye bağlı olduğu savunur. Bu savdan yola çıkarak, davranışsal iktisatçılar, bireylerin ekonomik tercihler yaparken, ancak düşünmek için zamanları olduğu takdirde rasyonel davrandığı, aksi takdirde içgüdüleriyle hareket ettiklerini ileri sürer (Wilkinson & Klaes, 2012, s.9). Tüm bu tespitlerden çıkarılan sonuç ise, bireylerin çoğu zaman rasyonel bir davranış içinde olmadıkları ve aslında davranışların çoğu zaman tutum ve kanıların daha etkili olduğudur. Bireylerin bu düşünce sistemi ve bilgi eksikliğine “sınırlı rasyonalite” adı verilir (Salinger, 2010, s.71). İktisat bilimi de, daha sağlıklı ve başarılı tahminler yürütmek için bireyleri bu şekilde tanımlamalıdır. Diğer iktisadi yaklaşımlarda olduğu gibi, davranışsal iktisatta da öncülüğü ABD’nin yaptığını söyleyebiliriz. 1970’lerde Kahneman ve Tversky’nin neo-liberal iktisada önemli bir eleştiri getirerek, tüketicilerin sınırlı rasyonalite ile hareket ettiklerini ve piyasada sapmalara neden olduklarını ortaya koymuştur (Tversky & Kahneman, 1974), (Kahneman & Tversky, 1979). 2000’li yıllarda ise, hukuk ve ekonomiyi ilgilendiren alanlarda bu teoriler gelişmeye başlamıştır. ABD’de az ve yeni de olsa rekabet hukuku uygulamasında bu teorinin bazı etkilerini görmek mümkündür.

Yatay Birleşme ve Devralmalar Kılavuzu, ABD’de 2010 yılında yürürlüğe girmiştir. Bu kılavuzda davranışsal iktisat yaklaşımının etkisini görmek mümkündür. Bu kılavuzda aynı alanda daha önce kabul edilen etkinlik savunmalarına dayanan yaklaşımlara değil, davranışın piyasada yaratacağı muhtemel etkileri kapsayacak şekilde davranışsal yaklaşıma yer verilmiştir (Filippelli, 2013). Pazar payı ve pazar tanımına yapılan vurgunun rekabeti kısıtlayan davranışları öngörmeyi engellediği ve davranışsal yaklaşımın yoğunlaşmaların kontrolü gibi *ex ante* gerçekleştirilen bir denetime daha uygun olacağına dair görüşler hem Kılavuzda, hem de literatürde yer almıştır (Shapiro, 2010, s.52). *AT&T* kararı (2011) bu Kılavuzun kabul edilmesinden sonra alınan ilk kararlardan biridir. Kararda Columbia District Eyalet Mahkemesinin birleşme sonrası pazarda oluşabilecek etkileri değerlendirirken pazarda alıcıların gücünün düşük olmasını, buna bağlı olarak pazarda uyumlu eylemin daha kolay olacağını ve tüketicinin piyasadaki düşük fiyat veren ve yenilik getiren bir üreticinin yok olmasından zarar göreceğini göz önünde bulundurduğunu görüyoruz. Karar gerçekten de piyasada talebin durumuna ve birleşme sonrasında nasıl etkileneceğine vurgu yapan bir karar olarak karşımıza çıkmaktadır.

Tüketici refahı standardı ile karşılaştırıldığında da, tüketici yararı veya davranışsal iktisat yaklaşımı, AB’nin temel amaçları ve mevzuatı ile daha uygun bir standart olacaktır. Tüketici yararı kriteri ve davranışsal iktisat, farklı açılardan, tüketicinin piyasadaki durumunu inceleyen ve bu doğrultuda rekabet politikası geliştiren yaklaşımlardır. Bu iki yaklaşımın temel özelliği her ikisinin de tüketicinin önemini vurgulayan iktisadi yaklaşımlar olmalarıdır.

ABA'nın 12. maddesi, tüketicinin korunmasının, AB tüm politikalara yön vermesi gereken bir amaç olduğunu belirtmektedir. Rekabet politikası da, tüketicinin durumunu doğrudan etkileyen bir politika olarak bu hükmün dışında kalmaz. Diğer taraftan ABA'nın ikinci maddesindeki "rekabetçi sosyal piyasa ekonomisi" kavramı da, rekabet politikasının sosyal politikalara da önem vermesi gerektiğini ortaya koymaktadır. Son olarak ABAD da *TeliaSonera* (2011) kararında açıkça, "tüketicinin zararına olacak şekilde rekabetin bozulmasının" AB rekabet hukukunda bir kriter olabileceğini belirtmiştir. Bu tezde önerilmiş olan tüketici yararı ve davranışsal iktisat yaklaşımları, tüketicinin korunmasını amaçlayan ve dolayısıyla rekabet hukukuna gerçekten sosyal bir boyut kazandıran anlayışlardır. Bu nedenle tüketici refahı ve etkinlik savunmalarına göre AB rekabet hukukunda daha ekonomik bir yaklaşım için daha mevzuat ve içtihat ile uyumlu ve daha yerinde politika alternatifleri oluşturmaktadırlar.

**Sonuç olarak**, tüketici refahı standardı ABD'de belli bir siyasi iktisat anlayışı çerçevesinde ortaya çıkmış ve uygulanmış bir standarttır. Bu anlayış, piyasada siyasi müdahalenin minimize edilmesi ve toplam etkinliğin artırılmasını savunmaktadır. Ekonomiyi ilgilendiren politikaların ekonomik ve sosyal adaleti doğrudan sağlayabileceği görüşünü reddeder, bunun ancak dolaylı olarak sağlanabileceğini iddia eder. Rekabet hukukunda ise, yalnızca toplam iktisadi etkinliğin artırılması amacının uygulanabileceğini ileri sürmektedir.

Bu tezde AB rekabet politikasında daha ekonomik bir yaklaşım kapsamında bu standardın uygulanmasının doğru bir tercih olmayacağı savunulmuştur. AB rekabet

içtihadında iktisadi etkinliğin artırılması amacı kabul edilmemiştir. Dolayısıyla, tüketici refahı standardı öncelikle içtihat ile uyumlu değildir. Ayrıca Lizbon Antlaşması, “sosyal piyasa ekonomisi” amacını getirmiştir. Bu amaç, AB rekabet politikasında uygulanabilecek siyasi iktisat tercihlerini kısıtlamaktadır, zira AB ekonomik olduğu kadar sosyal düzeni de gözeten politikalar geliştirmek zorundadır. Tüketici refahı standardı, siyasi iktisat ile sosyal politikaların birleşemeyeceği anlayışı çerçevesinde oluşturulduğu için, Lizbon Antlaşması ile de uyumsuzdur. O halde AB rekabet hukukunda daha ekonomik bir yaklaşım kapsamında tüketici refahı standardının uygulanması doğru bir siyasi iktisat tercihi olmayacaktır. Rekabet politikasında güdülebilecek en doğru ve anlamlı sosyal amaç tüketicinin korunmasıdır. Bu amaç zaten ABİHA gereğince AB’nin tüm politikalarında yer almalıdır. AB rekabet politikasında, tüketici yararı kriteri veya davranışsal iktisat gibi, tüketiciyi doğrudan koruyan ekonomik politikalar geliştirilmelidir. Bu şekilde, hem ekonomik analizleri ön plana çıkaran, hem de AB mevzuatı ve içtihadı ile uyumlu bir siyasi iktisat yaklaşımı oluşturmak mümkün olacaktır.

## KAYNAKÇA

### Eserler

- Adams, W., & Brock, J. W. (1987). Antitrust and Efficiency: A Comment. *New York University Law Review* , 62, 1116-1124.
- Adams, W., Brock, J. W., & Obst, N. P. (1991). Pareto Optimality and Antitrust Policy: the Old Chicago and the New Learning. *Southern Economic Journal*, 58(1), 1-14.
- Ahlborn, C., & Grave, C. (2006). Walter Eucken and Ordoliberalism: An introduction from a Consumer Welfare Perspective. *Competition Policy international*, 2(2), 196-217.
- Ahlborn, C., & Padilla, J. (2007). From Fairness to Welfare: Implications for the assessment of unilateral conduct under EC Competition Law. *12nd Annual Competition Law and Policy Workshop* (pp. 1-42). Florence: European University Institute.
- Ahlborn, C., Evans, D. S., & Padilla, A. J. (2001). Competition Policy in the New Economy: Is European Competition law Up to the challenge? *European Competition Law Review* , 5, 156-167.
- Akçay, B., & Göçmen, İ. (2012). *Avrupa Birliği: Tarihçe, Teoriler, Kurumlar ve Politikalar*. İstanbul: Seçkin.
- Akçay, B., Kahraman, S., & Baykal, S. (2008). *Avrupa Birliği'nin Güncel Sorunları ve Gelişmeler*. Ankara: Seçkin.
- Akçay, B. (2007). “Avrupa Birliğinde Ekonomik Kriterler”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.56 Sa.3 [11-52]

- Akdemir, E. (2012). Avrupa Bütünleşmesinin Tarihçesi. B. Akçay, & İ. Göçmen içinde, *Avrupa Birliği: Tarihçe, Teoriler, Kurumlar ve Politikalar* (s. 35-62). İstanbul: Seçkin.
- Akipek-Öcal, S. (2012). Tüketicinin Korunması. B. Akçay, & İ. Göçmen içinde, *Avrupa Birliği: Tarihçe, Teoriler, Kurumlar ve Politikalar* (s. 479-502). İstanbul: Seçkin.
- Aldama, A. A. (2010). Exclusionary Conducts and Consumer Welfare: Effects in Competition, Justifications and Efficiencies. What is the Right Balance?, Chapter 1. In B. E. Hawk, *International Antitrust Law & Policy: Fordham Competition Law 2009* (pp. 1-31). New York: Juris Publishing.
- Areeda P. & D. F. Turner (1980). Antitrust Law and Analysis of Principles and Their Application, 149, n.2 (İnternette kaynağı bulamadığım için 4. Bölüm sayfa 13 dipnottaki referanstan yazdım, emin olamadım)
- Armstrong, M. (2008). Interactions between Competition and Consumer Policy. *Competition Policy International*, 4(1), 96-147.
- Aslan, İ. Y. (2010). *Rekabet Hukuku Dersleri*. Bursa: Ekin Yayınevi.
- Bailey, D. (2010). Presumptions in EU Competition Law. *European Competition Law Review*, 9, 362-369.
- Baker, J. B. (2003). The Case for Antitrust Enforcement. *The Journal of Economic Perspectives*, 17(4), 27-50.
- Baker, J. B., & Shapiro, C. (2008). Reinvigorating Horizontal Merger Enforcement. In R. Pitofsky, *How the Chicago School Overshot the Mark: The Effect of Conservative Economic Analysis on U.S. Antitrust* (pp. 235-266). New York: Oxford University Press.
- Baxter, W. F. (1983). Responding to the reaction: The Draftman's View. *71 California Law Review*, 71(2), 618-631.



- Baykal, S. (2008). Avrupa Birliği'nde Yetki Sorunu ve Lizbon Anlaşması. B. Akçay, S. Kahraman, & S. Baykal içinde, *Avrupa Birliği'nin Güncel Sorunları ve Gelişmeler* (s. 235-273). Ankara: Seçkin.
- Bellis, J.-F. (2010). EC Competition Law and Policy, Chapter 4. In B. E. Hawk, *International Antitrust Law & Policy: Fordham Competition Law 2009* (pp. 63-81). New York: Juris Publishing.
- Bennett, M., Fingleton, J., Fletcher, A., Hurley, L., & Ruck, D. (2010). What does Behavioral Economics Mean for Competition Policy? *Competition Policy International* , 6 (1), 111-137.
- Bennett, M., Fletcher, A., Giovannetti, E., & Stallibrass, D. (2010). Resale Price Maintenance: Explaining the Controversy, and Small Steps towards a more Nuanced Policy, Chapter 19. In B. E. Hawk, *International Antitrust Law & Policy: Fordham Competition Law 2009* (pp. 497-513). New York: Juris Publishing.
- Bilgili, Y. (2013). *Mikro İktisat Ders Notları*. İstanbul: İkinci Sayfa.
- Bishop, S., & Walker, M. (2010). *The Economics of EC Competition Law: Concepts Application and Measurement*. London: Sweet & Maxwell.
- Blair, R. D., & Sokol, D. D. (2012). The Rule of Reason and The Goals of Antitrust: An Economic Approach. *Antitrust Law Journal* , 78 (2), 471-504.
- Blanco, L. O. (2011). Standards of Proof and Personal Conviction in EU Antitrust and Merger Control Procedures. In C.-D. Ehlermann, & M. Marquis, *European Competition Law Annual 2009: The Evaluation of Evidence and its Judicial Review in Competition Cases* (pp. 175-190). Oxford, Portland, Oregon: Hart Publishing.
- Boadway, R., & Bruce, N. (1984). *Welfare Economics*. Oxford: Basil Blackwell.

- Böhm, F. (1989). Rule of Law in a Market Economy. In A. P. Peacock, & H. Willgerodt, *Germany's Social Market Economy: Origins and Social Evolution*. London: Macmillan for Trade Policy Research Centre.
- Bork, R. H. (1978). *The Antitrust Paradox, A Policy at War with Itself*. New York: Basic Books Inc. Publisher.
- Bork, R. H. (2006). Legislative Intent and the Policy of the Sherman Act. *Competition Policy International* , 2 (1), 233-278.
- Borrell, J.-R. (2008). Fashioning Antitrust Regimes. In W. D. Collins, J. Angland, & A. B. Law, *Issues in Competition Law and Policy* (pp. 85-97). Chicago: ABA Section of Antitrust Law.
- Broder, D. F., Badaracco, A. P., & Pincus, D. A. (2013). Vertical Price Fixing In the United States - Who's in Charge? *European Competition Law Review* , 4, 183-188.
- Brodley, J. F. (1987). The Economic Goals of Antitrust: Efficiency, Consumer Welfare and Technological Progress. *New York University Law Review* , 62, 1020-1053.
- Brueckner, J. K., & Pels, E. (2004). European Airline Mergers, Alliance Consolidation, and Consumer Welfare. *CESifo Working paper* , 1154, 1-30.
- Buttigieg, E. (2009). *Competition Law: Safeguarding the Consumer Interest: A Comparative Analysis of US Antitrust Law and EC Competition Law*. The Netherlands: Wolters Kluwer.
- Callery, C. (2011). Should the European Union Embrace or Exorcise Leegin's "Rule of Reason"? *European Competition Law Review* , 1, 42-49.
- Carlton, D., & Salinger, M. (2007). Economic Analysis of Competition Practices in the EU and the U.S.: A View from Chief Economists. *Competition Policy International*, 3(2).
- Carvalho, V. M., Verissimo, M. P., & Silveira, P. B. (2013). Vertical Restraints: A Look Ahead. *Competition Policy International* , 9 (1), 1-7.

- Chang, H. H., Evans, D. S., & Schmalensee, R. (2002, August 13). *Has the Consumer Harm Standard Lost Its Teeth?* Retrieved from Social Science Research Network: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=332021](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=332021)
- Charles River Associates. (2002). *Tetra Laval/Sidel - The Limits of Leverage*. London: CRA.
- Cheng, T. K. (2012). How Culture May Change Assumptions in Antitrust Policy. In I. Lianos, & D. D. Sokol, *The Global Limits of Competition Law* (pp. 205-220). Stanford, California: Stanford University Press.
- Cini, M., & McGowan, L. (2008). *The Competition Policy in the European Union*. New York: Palgrave Macmillan.
- Colin Mayer, Financial Times, 22 August 2002.
- Coombs, J., & Padilla, J. (2011). The Use of Economic Evidence before the Courts of the European Union. In C.-D. Ehlermann, *European Competition Law Annual 2009: The Evaluation of Evidence and its Judicial Review in Competition Cases* (pp. 473-483). Oxford, Portland, Oregon: Hart Publishing.
- Cooter, R. B., & Ulen, T. (2014). *Law and Economics*. London: Pearson .
- Cowling, K., Stoneman, P., Cubbin, J., Cable, J., Hall, G., Domeberger, S., & Dutton, P. (1980). *Mergers and Economic Performance* . Cambridge: Cambridge University Press.
- Craig, P., & de Búrca, G. d. (2011). *EU Law: Text, Cases, and Materials*. New York: Oxford University Press.
- Crandall, R. W., & Winston, C. (2003). Does Antitrust Policy Improve Consumer Welfare? Assessing the Evidence. *Journal of Economic Perspectives*, 17(4), 3-26.
- Cseres, K. (2008). What has Competition Done for Consumers in the Liberalised Markets? *The Competition Law Review* , 4 (2), 77-121.

- Dabbah, M. (2003). *The Internationalisation of Antitrust Policy*. New York: Cambridge University Press.
- Dabbah, M. M. (2010). *International and Comparative Competition Law*. New York: Cambridge University Press.
- Deakin, S. (2007-2008). Regulatory Competition After Laval. *The Cambridge Yearbook of European Legal Studies* , 10, 581-609.
- DellaVigna, S. (2009). Psychology and Economics: Evidence from the Field. *Journal of Economic Literature* , 47 (2), 315-372.
- Deng, F., & Leonard, G. K. (2008). Allocative and Productive Efficiency. W. D. Collins, J. Angland, & A. B. Law içinde, *Issues in competition law and policy* (s. 449-464). Chicago: ABA Section of Antitrust Law.
- DG Competition Discussion Paper on the Application of Article 82 of the Treaty to Exclusionary Abuses*. (2005). Brussels: European Commission.
- Dobson, P. W. (2009). Relationship between Buyer and Seller Power in Retailing: UK Supermarkets (2000). In B. Lyons, *Cases in European Competition Policy: The Economic Analysis* (pp. 100-127). New York: Cambridge University Press.
- Drauz, G. (2002). Unbundling GE/Honeywell: The Assessment of Conglomerate Merges under EC Competition Law, Chapter 9. In B. E. Hawk, *International Antitrust Law & Policy: Fordham Corporate Law 2001* (pp. 183-201). New York: Juris Publishing,.
- Eckes, C. (2013, May 2). *One Step Closer: EU Accession to the ECHR*. Retrieved September 5, 2013, from UK Constitutional Law Association: <http://ukconstitutionallaw.org/2013/05/02/christina-eckes-one-step-closer-eu-accession-to-the-echr/>
- Economic Advisory Group for Competition Policy. (2005). *An Economic Approach to Article 82*. Brussels: European Commission.

- Ehlermann, C.-D., & Marquis, M. (2008). *European Competition Law Annual 2007: A Reformed Approach to Article 82 EC*. Oxford, Portland, Oregon: Hart Publishing.
- Ehlermann, C.-D., & Marquis, M. (2011). *European Competition Law Annual 2009: The Evaluation of Evidence and its Judicial Review in Competition Cases*. Oxford, Portland, Oregon: Hart Publishing.
- Elhauge, E. R., & Geradin, D. (2007). *Global Antitrust Law and Economics*. New York, US.: Foundation Press.
- Eraktan, G. (2011). Ortak Tarım Politikasında Reform Arayışları-İçsel Nedenler ve Uluslararası Tarım Politikalarının Etkileri. B. Akçay, & F. K. Kızılca içinde, *Ekonomi ve Hukuk Üzerine*
- Etro, F. (2006). Competition Policy: Toward a New Approach. *European Competition Journal* , 2 (1), 29-55.
- Eucken, W. (2006). The Competitive Order and Its Implementation (English Translation). *Competition Policy International*, 2(2), 1-99.
- European Commission. (2009). Guidance on the Commission's Enforcement Priorities in Applying Article 82 EC Treaty to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings. *Official Journal of the European Union*, C45(02), 7-20.
- European Commission. (2010). *Communication From the Commission Europe 2020: A Strategy for Smart, Sustainable and Inclusive Growth*. Brussels: European Commission.
- European Union. (2000). Charter of Fundamental Rights of the European Union. *Official Journal of the European Communities* , C 364, 1-22.
- Evans, D. S. (2008). Economics and the design of Competition Law. In W. D. Collins, J. Angland, & A. B. Law, *Issues in Competition Law and Policy* (pp. 99-123). Chicago: ABA Section of Antitrust Law.

- Evans, D. S., & Grave, C. (2005). The Changing Role of Economics in Competition Policy Decisions by the European Commission during the Monti Years. *Competition Policy International*, 1(1), 133-154.
- Evans, D. S., Nichols, A. N., & Shmalensee, R. (2005). United States v. Microsoft: Did Consumers Win? *Journal of Competition Law and Economics*, 1(3), 1-55.
- Evans, P. (2007). The Known Knowns and the Known Unknowns. *Consumer Policy Review*, 17(2), 48-51.
- Ezrachi, A. (2012). *EU Competition Law, An Analytical Guide to the Leading Cases*. Oxford, Portland, Oregon: Hart Publishing.
- Farell, J., & Katz, M. L. (2006). The Economics of Welfare Standards in Antitrust. *Competition Policy International*, 2(2), 1-36.
- Filippelli, M. (2013). *Collective Dominance and Collusion: Parallelism in EU and US Competition Law*. Cheltenham, UK, Northampton, MA: Edward Elgar Publishing.
- Forwood, N. (2011). The Commission's "More Economic Approach" - Implications for the Role of the EU Courts, the Treatment of Economic Evidence and the Scope of Judicial Review. In C.-D. Ehlermann, & M. Marquis, *European Competition Law Annual 2009: The Evaluation of Evidence and its Judicial Review in Competition Cases* (pp. 255-270). Oxford, Portland, Oregon: Hart Publishing.
- Fox, E. M. (1981). The Modernization of the Antitrust: A New Equilibrium. *66 Cornell Law Review*, 1140-1192.
- Fox, E. M. (1986). Consumer Beware Chicago. *Michigan Law Review*, 84, 1714-1720.
- Fox, E. M. (2002). The Kaleidoscope of Antitrust and Its Significance in the World Economy: Respecting Differences, Chapter 22. In B. E. Hawk, *International Antitrust Law & Policy: Fordham Corporate Law 2001* (pp. 592-603). New York: Juris Publishing.

- Fox, E. M. (2003). We Protect Competition, You Protect Competitors. *World Competition*, 26(2), 149-166.
- Fox, E. M. (2004). *Cases and Materials on U.S. Antitrust in Global Context*. St. Paul, Minn: Thomson/West.
- Fox, E. M. (2008). The Efficiency Paradox. In R. Pitofsky, *How the Chicago School Overshot the Mark: The Effect of Conservative Economic Analysis on U.S. Antitrust*. (pp. 77-88). New York: Oxford University Press.
- Fox, E. M., & Sullivan, L. A. (1987). Antitrust-Retrospective and Prospective: Where Are We Coming from? Where Are We Going? *New York University Law Review* , 936-988.
- Garces, E. (2010). The Impact of Behavioral Economics on Consumer and Competition Policies. *Competition Policy International* , 6 (1).
- Garces-Tolon, E., Neven, D., & Seabright, P. (2009). The Ups and Downs of the Doctrine of Collective Dominance: Using Game Theory for Merging Policy. In B. Lyons, *Cases in European Competition Policy: The Economic Analysis* (pp. 349-382). New York: Cambridge University Press.
- Gavil, A. I., Kovacic, W. E., & Baker, J. B. (2002). *Antitrust Law in Perspective : Cases, Concepts, and Problems in Competition Policy*. St. Paul, MN: Thomson/West.
- Gerard, D. (2013, January 7). *Kluwer Competition Law Blog*. Retrieved March 17, 2013, from Looking back at a 2012 highlight: Post Danmark: <http://kluwercompetitionlawblog.com/2013/01/07/looking-back-at-a-2012-highlight-post-danmark/comment-page-1/>
- Gerard, D. M. (2012). A Global Perspective on State Action. In I. Lianos, & D. D. Sokol, *The Global Limits of Competition Law* (pp. 99-116). Stanford, California: Stanford University Press.

- Gerber, D. J. (1998). *Law and Competition in Twentieth Century Europe: Protecting Prometheus*. New York: Oxford University Press.
- Gerber, D. J. (2001). Modernising European Competition Law: A Developmental Perspective. *European Competition Law Review* , 4, 122-129.
- Gerber, D. J. (2002). Courts as Economic Experts in European Merger Law, Chapter 20. In B. E. Hawk, *International Antitrust Law & Policy: Fordham Corporate Law 2001* (pp. 474-494). New York: Juris Publishing.
- Gerber, D. J. (2008). Two Forms of Modernization in European Competition Law. *Fordham International Law Journal* , 31, 1235-1265.
- Gerber, D. J. (2010). *Global Competition, Law, Markets and Globalization*. New York: Oxford University Press.
- Ginsburg, D. H., & Moore, D. W. (2010). The Future of Behavioral Economics in Antitrust Jurisprudence. *Competition Policy International* , 6 (1), 89-102.
- Gippini-Fournier, E. (2010). Resale Price Maintenance in the EU: In Statu Quo Ante Bellum?, Chapter 20. In B. E. Hawk, *International Antitrust Law & Policy: Fordham Competition Law 2009* (pp. 515-549). New York: Juris Publishing.
- Goldschmid, H. J. (2008). Comment on Herbert J. Hovenkamp and the Dominant Firm: The Chicago School Has Made Us Too Cautious About False Positives and the Use of Section 2 of the Sherman Act. In R. Pitofsky, *How the Chicago School Overshot the Mark: The Effect of Conservative Economic Analysis on U.S. Antitrust* (pp. 123-128). New York: Oxford University Press.
- Gore, D., Lewis, S., Lofaro, A., & Dethmers, F. (2013). *The Economic Assessment of Mergers Under European Competition Law*. New York: Cambridge University Press.
- Gotts, I. K., & Goldman, C. S. (2002). The role of Efficiencies in M&A Global Antitrust Review: Still in Flux?, Chapter 13. In B. E. hawk, *International Antitrust Law &*



- Policy: Fordham Corporate Law 2001* (pp. 201-300). New York: Juris Publishing.
- Grabowski, H., Lewis, T., Guha, R., Ivanova, Z., Salgado, M., & Woodhouse, S. (2010). Does Generic Entry Always Increase Consumer Welfare?, Chapter 12. In B. E. Hawk, *International Antitrust Law & Policy: Fordham Competition Law 2009* (pp. 317-338). New York: Juris Publishing.
- Green Paper on the Review of Council Regulation 4064/89 COM 745/6.* (2001). Brussels: European Commission.
- Grimes, W. S. (2008). The Sylvania Free Rider Justification for Downstream-Power Verticle Restraints: Truth or Invitation for Pretext? In R. Pitofsky, *How the Chicago School Overshot the Mark: The Effect of Conservative Economic Analysis on U.S. Antitrust* (pp. 181-195). New York: Oxford University Press
- Guevara, J. F., & Maudos, J. (2004). Measuring Welfare Loss of Market Power: An Application to European Banks. *Applied Economics Letters* , 11 (13), 833-836.
- Gürkaynak, G. (2003). *Türk Rekabet Hukuku Uygulaması için "Hukuk ve İktisat" Perspektifinden "Amaç" Tartışması.* Ankara: Rekabet Kurumu.
- Gürzumar, O. B. (2006). *Zorunlu Unsur Doktrinine Dayalı Sözleşme Yapma Yükümlülüğü: Hakim Durumun Rakiple Anlaşma Yapmaktan Kaçınmak Suretiyle Kötüye Kullanılması.* Ankara: Seçkin.
- Harris, R. G., & Jorde, T. M. (1984). Antitrust Market Definition: An Integrated Approach. *California Law Review* , 72 (1), 3-67.
- Harrison, J. L. (2012). Complications in the Antitrust Response to Monopsony. In I. Lianos, & D. D. Sokol, *The Global Limits of Competition Law* (pp. 54-65). Stanford, California: Stanford University Press.
- Hayek, F. A. (1984). Competition as a Discovery Procedure. In C. Nishiyama, & K. R. Leube, *The Essence of Hayek.* Stanford: Hoover Institution Press.

- Heyer, K. (2006). Welfare Standards and Merger Analysis: Why not the Best? *Economic Analysis Group Discussion Paper*, 1-24.
- Hovenkamp, H. J. (1985). Antitrust Policy After Chicago. *Michigan Law Review* , 84, 213-284.
- Hovenkamp, H. J. (1986). Rhetoric and Skepticism in Antitrust Argument. *Michigan Law Review* , 84, 1721-1729.
- Hovenkamp, H. J. (2005). *The Antitrust Enterprise: Principle and Execution*. Cambridge: Harvard University Press.
- Hovenkamp, H. J. (2008). The Harvard and Chicago Schools and the Dominant Firm. In R. Pitofsky, *How the Chicago School Overshot the Mark: The Effect of Conservative Economic Analysis on U.S. Antitrust* (pp. 109-122). New York: Oxford University Press.
- Hovenkamp, H. J. (2012). Antitrust and the Close Look: Transaction Cost Economics in Competition Policy. In I. Lianos, & D. D. Sokol, *The Global Limits of Competition Law* (pp. 66-80). Stanford, California: Stanford University Press.
- Ilzkovitz, F., & Meiklejohn, R. (2003). European Merger Control: Do We Need an Efficiency Defence? *Journal of Industry, Competition and Trade* , 3 (1/2), 57-85.
- Jedličková, B. (2012). One Among Many or One Above All? The role of Consumers and Their Welfare in Competition Law and Policy. *European Competition Law Review* , 12, 568-574.
- Jenny, F. (2002). Collective dominance and the EC Merger Regulation, Chapter 13. In B. E. Hawk, *International Antitrust Law & Policy: Fordham Corporate Law 2001* (pp. 361-373). New York: Juris Publishing.
- Jenny, F. (2002). Political Economy of Antitrust Roundtable, Chapter 26. In B. E. Hawk, *International Antitrust Law & Policy: Fordham Corporate Law 2001* (pp. 629-667). New York: Juris publishing.

- Jenny, F. (2002). Substantive Standards for Mergers and The Role of Efficiencies, Chapter 14. In B. E. Hawk, *International Antitrust Law & Policy: Fordham Corporate Law 2001* (pp. 301-351). New York: Juris Publishing.
- Joerges, C. (1997, November 14). *European Integration Online Papers*. Retrieved 5 March, 2013, from States Without a Market? Comments on the German Constitutional Court's: <http://eiop.or.at/eiop/pdf/1997-020.pdf>
- Joerges, C., & Rödl, F. (2004). "Social Market Economy" as Europe's Social Model? *European University Institute Working paper* (8), 2-25.
- Johansson, P.-O. (1991). *A Introduction to Welfare Politics*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Kahneman, D. (2003). Maps of Bounded Rationality: Psychology for Behavioral Economics. *American Economic Review* , 93 (5), 1449-1475.
- Kahneman, D., & Tversky, A. (1979). Prospect Theory: An Analysis of Decision under Risk. *Econometrica* , 47 (2), 263-292.
- Kauper, T. E. (2008). Influence of Conservative Economic Analysis on the Development of the Law of Antitrust. In R. Pitofsky, *How the Chicago School Overshot the Mark: The Effect of Conservative Economic Analysis on U.S. Antitrust*. (pp. 40-50). New York: Oxford university Press.
- Kerber, W. (2009). Should Competition Law Promote Efficiency? Some Reflections of an Economist on the Normative Foundations of Competition Law. In J. Drexl, L. Idot, & J. Monéger, *Competition Law and Economic Theory* (pp. 1-25). Cheltenham, UK, Northampton, MA: Edward Elgar.
- Kirkwood, J. B., & Lande, R. H. (2008). The Chicago School's Foundation is Flawed: Antitrust Protects Consumers, not Efficiency. In R. Pitofsky, *How the Chicago School Overshot the Mark: The Effect of Conservative Economic Analysis on U.S. Antitrust* (pp. 89-97). New York: Oxford University Press.

- Kovacic, W. E. (2009). *The Federal Trade Commission at 100: in to our 2nd Century - The Continuing Pursuit of Better Practices*. Washington: Federal Trade Commission.
- Kovacic, W., & Shapiro, C. (2000). Antitrust Policy: A Century of Economic Legal and Legal Thinking. *Journal of Economic Perspectives*, 14(1), 43-60.
- Kroes, N. (2005). *European Competition Policy: Delivering Better Markets and Better Choices*, European Consumer and Competition Day. London.
- Kroes, N. (2007). *Competition Policy: Achievements in 2006; Work Programme in 2007; Priorities for 2008 (SPEECH/07/425)*. Brussels: European Parliament Economic and Monetary Affairs Committee.
- Kroes, N. (2007). Helping Europeans Get the Best Deal: A Sound Competition Policy for Well-functioning Markets (SPEECH/07/714). *2nd Lisbon Conference on Competition Law and Economics* (pp. 2-5). Lisbon: The Portuguese Competition Authority.
- Kroes, N. (2007). The Place of Competition Law in the Future Community Legal Order (SPEECH/07/689). *A Renewed Commitment to Competition Policy in Europe* (pp. 2-5). Brussels: The Global Competition Law Centre, The Institut Montaigne.
- Kroes, N. (2010). Exclusionary Abuses of Dominance: The European Commission's Enforcement Priorities, Chapter 2. In B. E. Hawk, *International Antitrust Law & Policy: Fordham Competition Law 2009* (pp. 27-31). New York: Juris Publishing.
- Kyprianides, G. P. (2012). Should Resale Price Maintenance be Per Se Illegal? *European Competition Law Review*, 8, 376-385.
- Lande, R. H. (1982). Wealth Transfers as the Original and Primary Concern of Antitrust: the Efficiency Interpretation Challenged. *Hastings Law Journal*, 34(1), 65-151.
- Lande, R. H. (Fall 1988). The Rise and (Coming) Fall of Efficiency as the Ruler of Antitrust. *Antitrust Bulletin*, 33, 429-465.

- Lee, Y.-H. A., & Brown, D. J. (2008). Competition, Consumer Welfare, and The Social Cost of monopoly. In W. D. Collins, J. Angland, & A. B. Law, *Issues in Competition Law and Policy* (pp. 409-431). Chicago: ABA Section of Antitrust Law.
- Levy, N. (2004). *EU Merger Control: A Brief History*. Brussels: Clearly, Gottlieb, Steen & Hamilton.
- Lewis, D. (2002). The Political Economy of Antitrust, Chapter 24. In B. E. Hawk, *International Antitrust Law & Policy: Fordham Corporate Law 2001* (pp. 617-621). New York: Juris Publishing.
- Lianos, I., & Sokol, D. D. (2012). *The Global Limits of Competition Law*. Stanford, California: Stanford University Press.
- Lifland, W. T. (2002). European Commission Competition Policy, Chapter 18. In B. E. Hawk, *International Antitrust Law & Policy: Fordham Corporate Law 2001* (pp. 439-462). New York: Juris Publishing.
- Loozen, E. (2010). The Application of a more Economic Approach to Restrictions by Object: No Revolution after all (T-Mobile Netherlands(C-8/08)). *European Competition Law Review* , 4, 146-150.
- Lovdahl-Gormsen, L. (2006). Article 82 EC: Where are We Coming from and Where are We Going to? *The Competition Law Review*(2), 5-25.
- Lovdahl-Gormsen, L. (2008). Will There be Article 82 Guidelines and What are the Implications? *Global Competition Policy*, 2.
- Lovdahl-Gormsen, L. (2010). *A Principled Approach to Abuse of Dominance in European Competition Law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Lowe, P. (2007). Consumer Welfare and Efficiency - New Guiding Principles of Competition Policy? *13th International Conference on Competition and 14th European Competition day* (pp. 2-9). Munich: European Commission.

- Lowe, P. (2009). Competition Policy and the Global Economic Crisis. *Competition Policy International* , 5 (2), 3-24.
- Lowe, P. (2011). Taking Sound Decisions on the Basis of Available Evidence. In C.-D. Ehlermann, & M. Marquis, *European Competition Law Annual 2009: The Evaluation of Evidence and its Judicial Review in Competition Cases* (pp. 157-173). Oxford, Portland, Oregon: Hart Publishing.
- Lyons, B. (2009). *Cases in European Competition Policy: The Economic Analysis*. New York: Cambridge University Press.
- Manzini, P. (2002). The European Rule of Reason-Crossing the Sea of Doubt. *European Competition Law Review* , 8, 392-399.
- Martin, S. (2008). The Goals of Antitrust and Competition policy. In W. D. Collins, J. Angland, & A. B. Law., *Issues in competition law and policy* (pp. 19-84). Chicago: ABA Section of Antitrust Law.
- McGowan, L. (2006). Competition Policy in the European Union: Creating a Federal Agency? In G. B. Doern, & S. Wilks, *Comparative Competition Policy: National Institutions in a Global Market* (pp. 225-267). Oxford: Clarendon Press.
- McGowan, L., & Wilks, S. (1995). The first Supranational Policy in the European Union: Competition Policy. *European Journal of Political Research*, 28(2), 141-169.
- Mestmäcker, E.-J. (2010). The Development of German and European Competition Law with Special Reference to the EU Commission's Article 82. In L. F. Pace, *European Competition Law: The Impact of the Commission's Guidance on Article 102* (pp. 25-62). Cheltenham, UK, Northampton, MA: Edward Elgar Publishing.
- Moeschel, W. (2013). Vertical Price Fixing: Myths and Loose Thinking. *European Competition Law Review* , 5, 233-238.

- Monti, G. (2013). EU Competition Law from Rome to Lisbon - Social Market Economy. In C. Heide-Jørgensen, C. Bergqvist, U. Neergaard, & S. T. Poulsen, *Aims and Values in Competition Law* (pp. 13-52). Copenhagen: DJØF Publishing .
- Monti, M. (2001). The Future for Competition Policy in the European Union, , Speech at Merchant Taylor's Hall.
- Monti, M. (2002). EU Competition Policy After May 2004, Chapter 16. In B. E. Hawk, *International Antitrust Law & Policy: Fordham Corporate Law 2001* (pp. 403-413). New York: Juris Publishing.
- Monti, M. (2002). Merger Control in the European Union: A Radical Reform, Speech at the European Union Commission IBA on EU Merger Control. Brussels.
- Monti, M. (2010). *A New Strategy for the Single Market: At the Service of Europe's Economy and Society*. Brussels: European Commission.
- Motta, M. (2004). *Competition Policy: Theory and Practice*. New York: Cambridge University Press.
- Motta, M. (2009). Michelin II - The Treatment of Rebates. In B. Lyons, *Cases in European Competition Policy: The Economic Analysis* (pp. 29-49). New York: Cambridge University Press.
- Nebbia, P. (2012). Competition Law and Consumer Protection against Unfair Commercial Practices: A more-than-Complementary Relationship? In I. Lianos, & D. D. Sokol, *The Global Limits of Competition Law* (pp. 127-137). Stanford, California: Stanford University Press.
- Nedergaard, P. (2013). The Influence of Ordoliberalism in European Integration Processes - A Framework for Ideational Influence with Competition Policy and the Economic and Monetary Policy as Examples. *Munich Personal RePEc Archive* (52331), 1-32.

- Neven, D. J., & Röller, L.-H. (2005). Consumer Surplus vs. Welfare Standard in a Political Economy Model of Merger Control. *International Journal of Industrial Organization* , 23, 829-848.
- Oldale, A. (2010). Behavioral Economics and Merger Analysis. *Competition Policy International* , 6 (1), 139-143.
- Overtveldt, J. V. (2007). *The Chicago School, How the University of Chicago Assembled the Thinkers who Revolutionized Economics and Business*. Chicago: A B2 Books Agate.
- Öz, G. A. (2012) Rekabet Hukukunda Dikey Anlaşmalar, *Rekabet Hukuku ve Dikey Anlaşmalar: 2002 / 2 Sayılı Grup Muafiyeti Tebliği'nde Eşik Sistemine Geçiş Olası Sorunlar ve Çözüm Örnekleri*. Sanlı, K. C. içinde, (2009). Ankara: On İki Levha Yayıncılık.
- Öz, G. A. (2012). Rekabet Hukuku ve Politikası. B. Akçay, & İ. Göçmen içinde, *Avrupa Birliği: Tarihçe, Teoriler, Kurumlar ve Politikalar* (s. 373-401). İstanbul: Seçkin.
- Page, W. H. (2008). Ideological Origins and Evolution of U.S. Antitrust Law. In W. D. Collins, J. Angland, & A. B. Law, *Issues in Competition Law and Policy* (pp. 1-17). Chicago: ABA Section of Antitrust Law.
- Page, W. H., & Lopatka, J. E. (2007). *The Microsoft Case: Antitrust, High Technology and Consumer Welfare*. Chicago: The University of Chicago Press.
- Page, W. H., & Woodbury, J. R. (2006, May). *PaperTrail: Working Papers and Recent Scholarship*. Retrieved from Antitrust Source: [www.antitrustsource.com](http://www.antitrustsource.com)
- Papadopoulos, A. S. (2010). *The International Dimension of EU Competition Law and Policy*. New York: Cambridge University Press.
- Patterson, M. R. (2002). Monopolization Versus Abuse of Dominant Position, Chapter 15. In B. E. Hawk, *International Antitrust Law & Policy: Fordham Corporate Law 2001* (pp. 341-402). New York: Juris Publishing.



- Perez, S. M., & Scheur, S. v. (2013). The Evolution of the Law on Articles 85 and 86 EEC (Articles 101 and 102 TFEU) Ordo-liberalism and its Keynesian Challenge. In K. K. Patel, & H. Schweitzer, *The Historical Foundations of EU Competition Law* (pp. 19-53). New York: Oxford University Press.
- Pitofsky, R. (2008). *How the Chicago School Overshot the Mark: The Effect of Conservative Economic Analysis on U.S. Antitrust*. New York: Oxford University Press.
- Pitofsky, R., Steiger, J. D., III, R. B., & Varney, C. A. (1997). *Federal Trade Commission Protecting America's Consumers*. Retrieved August 31, 2013, from Statement of Chairman Robert Pitofsky and Commissioners Janet D. Steiger; Roscoe B. Starek III and Christine A. Varney in the Matter of The Boeing Company / McDonnell Douglas Corporation: <http://www.ftc.gov/opa/1997/07/boeingsta.shtml>
- Pittman, R. (2007). Consumer Surplus as the Appropriate Standard for Antitrust Enforcement. *Competition Policy International*, 3(2), 205-224.
- Posner, R. A. (2001). *Antitrust law*. Chicago, London: The University of Chicago Press.
- Priest, G. L. (2012). The Limits of Antitrust and the Chicago School Tradition. In I. Lianos, & D. D. Sokol, *The Global Limits of Competition Law* (pp. 15-21). Stanford, California: Stanford University Press.
- Prud'homme, T. (2010). The Leegin Opportunity: A Reasonable Minimum Resale Price Maintenance Enforcement Policy in the United States, Chapter 21. In B. E. Hawk, *International Antitrust Law & Policy: Fordham Competition Law 2009* (pp. 550-566). Juris Publishing.
- Raffaelli, E. A. (2002). European Union Competition Policy Subsequent to the Airtours Case, Chapter 9. In B. E. hawk, *International Antitrust Law & Policy: Fordham Corporate Law 2001* (pp. 129-143). New York: Juris Publishing.

- Reindl, A. (2010). Vertical Restraints, RPM and Article 81 Analysis, Chapter 24. In B. E. Hawk, *International Antitrust Law & Policy: Fordham Competition Law 2009* (pp. 609-665). New York: Juris Publishing.
- Reindl, A. P. (2010). Resale Price Maintenance and Article 81 EC: Developing a more Sensible Analytical Approach, Chapter 22. In B. E. Hawk, *International Antitrust Law & Policy: Fordham Competition Law 2009* (pp. 562-592). New York: Juris Publishing.
- Rey, P., & Venit, J. S. (2009). Parallel Trade of Prescription Medicine: the Glaxo Dual Pricing Case. In B. Lyons, *Cases in European Competition Policy: The Economic Analysis* (pp. 268-282). New York: Cambridge University Press.
- Reynolds, M., & Best, C. (2010). Article 102 and Innovation: The Journey Since Microsoft, Chapter 16. In B. E. Hawk, *International Antitrust Law & Policy: Fordham Competition Law 2009* (pp. 321-355). New York: Juris Publishing.
- Rose, V. (2010). The role of Behavioral Economics in Competition Law: A Judicial Perspective. *Competition Policy International* , 6 (1), 103-109.
- Rubinfeld, D. L. (2008). On the Foundation of Antitrust Law and Economics. In R. Pitofsky, *How the Chicago School Overshot the Mark: The Effect of Conservative Economic Analysis on U.S. Antitrust* (pp. 51-73). New York: Oxford University Press.
- Sagers, C. L. (2011). *Antitrust: Examples and Explanations*. New York: Wolters Kluwer Law & Business.
- Salinger, M. A. (2010). Behavioral Economics, Consumer Protection, and Antitrust. *Competition Policy International* , 6 (1), 65-86.
- Salop, S. C. (2005, November 4). *Question: What is the Real and Proper Antitrust Welfare Standard? Answer: The True Consumer Welfare Standard*. Retrieved from Social Science Research Network: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1491302](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1491302)

- Salop, S. C. (2008). Economic Analysis of Exclusionary Vertical Conduct: Where Chicago has Overshot the Mark. In R. Pitofsky, *How the Chicago School Overshot the Mark: The Effect of Conservative Economic Analysis on U.S. Antitrust* (pp. 141-155). New York: Oxford University Press.
- Sanlı, K. C. (2009). *Rekabet Hukuku ve Dikey Anlaşmalar: 2002 / 2 Sayılı Grup Muafiyeti Tebliği'nde Eşik Sistemine Geçiş Olası Sorunlar ve Çözüm Örnekleri*. Ankara: On İki Levha Yayıncılık.
- Scharpf, F. W. (2010). The Asymmetry of European Integration, or Why the EU cannot be a 'Social Market Economy'. *Socio-economic Review* , 8, 211-250.
- Schaub, A. (2002). Continued Focus on Reform: Recent Developments in EC Competition Policy, Chapter 2. In B. E. Hawk, *International Antitrust Law & Policy: Fordham Corporate Law 2001* (pp. 31-51). New York: Juris Publishing.
- Scherer, F. M. (2008). Conservative Economics and Antitrust: A Variety of Influences . In R. Pitofsky, *How the Chicago School Overshot the Mark: The Effect of Conservative Economic Analysis on U.S. Antitrust* (pp. 30-39). New York: Oxford University Press.
- Schmalensee, R. (2008). Thought on the Chicago Legacy in U.S. Antitrust. In R. Pitofsky, *How the Chicago School Overshot the Mark: The Effect of Conservative Economic Analysis on U.S. Antitrust* (pp. 11-23). New York: Oxford University Press.
- Schweitzer, H. (2008). The History, Interpretation and Underlying Principles of Section 2 Sherman Act and Article 83 EC. C.-D. Ehlermann, & M. Marquis içinde, *European Competition Law Annual 2007: A Reformed Approach to Article 82 EC* (s. 119-164). Hart Publishing: Oxford, Portland, Oregon.
- Schweitzer, H. (2009). Competition Law and Public Policy: Reconsidering an Uneasy Relationship – the Example of Article 81. In J. Drexler, L. Idot, & J. Monéger, *Competition Law and Economic Theory* (pp. 134-150). Cheltenham, UK, Northampton, MA: Edward Elgar.

- Schweitzer, H. (2009). Recent Developments in EU Competition Law (2006-2008): Single-firm Dominance and the Interpretation of Article 82. *European Competition Law Review*, 2, 175-213.
- Schweitzer, H., & Patel, K. K. (2013). EU Competition Law in Historical Context: Continuity and Change. In K. K. Pate, & H. Schweitzer, *The Historical Foundations of EU Competition Law* (pp. 207-230). New York: Oxford University Press.
- Sen, A. (1987). *On Ethics and Economics*. Oxford: Blackwell.
- Shapiro, C. (2010). The 2010 Horizontal Merger Guidelines: From Hedgehog to Fox in Forty Years. *Antitrust Law Journal* , 77 (1), 1-56.
- Shughart II, W. F.(2000). The Fleeting Reagan Antitrust Revolution. *Antitrust Bulletin*, 45, 271-289.
- Sibony, A.-L. (2012). Limits of Imports from Economics into Competition Law. In I. Lianos, & D. D. Sokol, *The Global Limits of Competition Law*. (pp. 39-53). Stanford, California: Stanford University Press.
- Skousen, M. (2005). *Friends or Foes; A Tale of Two Schools of Free-Market Economics*. Capital Press: Vienna, Chicago.
- Stuyck, J. (2005). EC Competition Law after Modernisation: More than Ever in the Interest of Consumers. *Journal of Consumer Policy*, 28, 1-30.
- Townley, C. (2008). Is Anything More Important than Consumer Welfare (in Article 81 EC)? Reflections of a Community Lawyer. *Cambridge Yearbook of European Legal Studies* , 10, 345-381.
- Tversky, A., & Kahneman, D. (1974). Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases. *Science* , 185 (4157), 1124-1131.
- Vickers, J. (2002). International Mergers: The View From a National Authority, Chapter 10. In B. E. Hawk, *International Antitrust Law & Policy: Fordham Corporate Law 2001* (pp. 203-217). New York: Juris Publishing.

- Vickers, J. (2003). Competition Economics and Policy. *European Competition Law Review* , 3, 95-102.
- Victor, A. P. (2002). U.S. and EC Antitrust Policy, Chapter 3. In B. E. Hawk, *International Antitrust Law & Policy: Fordham Corporate Law 2001* (pp. 53-66). New York: Juris Publishing.
- Vives, X., & Staffiero, G. (2009). Horizontal, Vertical and Conglomerate Effects: The GE-Honeywell Merger in the EU. In B. Lyons, *Cases in European Competition Policy: The Economic Analysis* (pp. 434-464). New York: Cambridge University Press.
- Von der Groeben, H. (1961). Policy on Competition in the European Economic Community. *European Economic Community*, 1-32.
- Vranas-Liveris, E. (2008). Impala v. Commission: Changing the Tune of European Competition Law, Symposium: Recalling Vico's Lament: the Role of Prudence and Rhetoric in Law and Legal Education. *Chicago-Kent Law Review*, 83(3), 1497-1521.
- Waller, S. W. (2005). In Search of Economic Justice: Considering Competition and Consumer Protection Law. *Loyola University Chicago Law Journal* , 36, 631-639.
- Waller, S. W. (2009). The Law and Economics Virus. *Cardozo Law Review* , 31 (2), 367-403.
- Weiler, J. H. (1991). The Transformation of Europe. *The Yale Law Journal*, 100(8), Symposium: International Law, 2403-2483.
- Weitbrecht, A. (2008). From Freiburg to Chicago and Beyond - The First 50 Years of European Competition Law. *European Competition Law Review* , 2, 81-88.
- Werden, G. J. (2003). *The effect of Antitrust Policy on Consumer Welfare: What Crandall and Winston Overlook, Economic Analysis Group 03-02*. Washington: U.S. Department of Justice Antitrust Division.

- Werden, G. J. (2009, March 2). *Social Science Research Network*. Retrieved April 7, 2013, from Essays on Consumer Welfare and Competition Policy: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1352032](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1352032)
- Whish, R., & Bailey, D. (2012). *Competition Law*. New York: Oxford University Press.
- Wilkinson, N., & Klaes, M. (2012). *An Introduction to Behavioral Economics*. London: Palgrave Macmillan.
- Willgerodt, H., & Peacock, A. (1989). German Liberalism and Economic Revival. In H. Willgerodt, & A. Peacock, *Germany's Social Market Economy: Origins and Social Evolution* (pp. 1-14). London : Macmillan for Trade Policy Research Centre.
- Williamson, O. E. (1968). Economies as an Antitrust Defence: the Welfare Tradeoffs. *The American Economic Review*, 58(1), 18-36.
- Wilson, C., Patel, B., & Robson, K. (2010). Assessing the Reasonableness of the Rule of Reason: The World After Leegin, Chapter 23. In B. E. Hawk, *International Antitrust Law & Policy: Fordham Competition Law 2009* (pp. 593-608). Juris Publishing.
- Witt, A. C. (2013). From Airtours to Rynair: is the more Economic Approach to EU Merger Law Really about more Economics? *University of Leicester School of Law Research Paper* (13-16), 1-30.
- Zäch, R. (2009). Competition Law Should Promote Economic and Social Welfare by Ensuring the Freedom to Compete – a Lawyer's View. In J. Drexler, L. Idot, & J. Monéger, *Competition Law and Economic Theory*. Cheltenham, UK, Northampton, MA: Edward Elgar.

## **Kararlar**

*Airtours plc v. Commission, Case T-342/99* (General Court, ECR II-2585 5 CMLR 7 June 6, 2002).

*AKZO Chemie BV v. Commission, Case C-62/86* (Court Justice, ECR I-3359, 5 CMLR 215, 1991).

*Babyage.com v. Toys “R” Us*, 558 F. Supp. 2d 575, 580 (E.D.Pa 2008).

*Bell Atlantic v Twombly*, 550 US 544 (2007).

*Bell Atlantic v. Twombly*, 550 US 544 (2007).

*Bertelsmann AG and Sony Corporation of America v. IMPALA*, Case C-413/06P (Court of Justice, ECR I-4951 5 CMLR 17, 2008).

*British Airways plc. v. Commission* Case, C-95/04P (ECR I-2331 March 15, 2007).

*Brown Shoe v. United States* 370 U.S. 294 (1962).

*Business Electronics Corp. v Sharp Electronics Corp.*, 485 US 717 (1988).

*Chicago Board of Trade v. US*, 246 U.S. 231 (1918).

*Commercial Solvents v. Commission* Case 6/73 (Court of Justice, ECR 223, 1 CMLR 309, 1974).

*Compagnie Maritime Belge Transport v. Commission*, Joined Cases C-395 and 396/96P (ECR 1365, 2000).

*Competition Authority v. Beef Industry Development Society (BIDS)*, Case C-209/07 (Court of Justice, ECR I-8637, 4 CMLR 5, 2008).

*Consten SaRL and Grundig-Verkaufs-GmbH v. Commission* , Joined Cases 56 and 58/64 (ECR, 299 CMLR 418 July 13, 1966)

*Continental T. V. Inc v. GTE Sylvania*, 433 US 36 (U.S. Supreme Court June 23, 1977).

*Dr. Miles Medical Co. v. John D. Park & Sons Co.* 220 U.S. 373 (1919).

*Europemballage Corporation and Continental Can Co. Inc. v. Commission* , Case 6/72  
(ECR 215 February 21, 1973).

*Federal Trade Commission v. H.J. Heinz Company*, 246 F.3d. 708, (2001).

*FTC v Beech-Nut Packing Co.*, 257 US 441 (1922)

*Gencor Ltd v Commission* Case T-102/96, (General Court, ECR II-753, 4 CMLR 971,  
1999).

*GlaxoSmithKline Services Unlimited v. Commission*, Case C-501-06P (Court of Justice,  
ECR I-9291 4 CMLR 2 October 6, 2009).

*In re Allied Corp.*, FTC File No 811 0191 (Dec. 8, 1982).

*Instituto Chemioterapico Italiano S.p.A. and Commercial Solvents Corporation v  
Commission of the European Communities*, Joined cases 6 and 7-73 (ECR 223, 1  
CMLR 309, 1974).

*Jefferson Parish Hospital District No. 2 et al, Petitioners v Edwin G. Hyde* 466 US 2, 80  
L Ed 2d 2, 104 Ct 1551 [No. 82-1031] (U.S. Supreme Court , March 27, 1987).

*Kathleen R. Reiter v. Sonotone Corporation*, 442 US 330 (U.S. Supreme Court June 11,  
1979).

*Konkurrensverket v. TeliaSonera Sverige AB*, Case C-52/09, Court of Justice, 4 CMLR  
18 (2011).

*Konsumentombudsmannen v. Gourmet International Products AB*, Case C-405/98  
(Court (Sixth Chamber) March 8, 2001).

*Laurent Piau v. Commission* Case T-193/02 (General Court, ECR II-2585, 5 CMLR 317,  
2005).

*Leegin Creative Leather Products , Inc v. PSKS, Inc dba Kay's Kloset Kay's Shoes*, No.  
06-480 551 US 877, 168 L. Ed.2d 623 (U.S. Supreme Court June 28, 2007).

*Meca-Medina and Majcen v. Commission*, Case C-519/04P (Court of Justice, ECR I-  
6991, 5 CMLR 18, 2006).



*Metropole Television (M6) and others v. Commission*, Case T-112/99, (General Court, ECR II-2459 5 CMLR 33, 2011).

*Microsoft Corp v. Commission* Case T-201/04 (General Court, ECR II-3601, 5 CMLR 11, 2007).

*Monsanto Co. v Spray-Rite Serv. Corp.*, 465 US 752 (1984).

*Northern Pac. R. Co v. United States*, 356 US 1 (1958).

*O2 (Germany) GmbH & Co. OHG v. Commission*, Case T-328/03 (General Court, ECR II-1231 5 CMLR 5, 2006).

*Oscar Bronner GmbH & Co. KG v. Mediaprint Zeitungs-und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG*, Case C-7/97 (ECR I-7791, 1998).

*Pfizer Inc. v Government of India*, US 308, 54 (1978).

*Ryanair Holdings plc v. Commission* T-342/07, General Court 4 CMLR 4 (2011).

*SA Binon & Cie v. SA Agence et Messageries de la Press*, Case 243/83 (Court of Justice, ECR 2015 3 CMLR 800, 1985).

*Salt Co. v United States*, 332 US 392, 396, 92 L Ed 20, 68 S Ct 12, (1947).

*Schneider Electric v Commission* Case T-310/01 (2002).

*Sot Lelos kai Sia EE and othes v. GlaxoSmithKline A EVE* (ECR I-7139, 2008).

*Standard Oil Co. v. United States*, 221 US 1 (1911).

*State Oil Co. v. Khan*, 522 US 3 (1997).

*Tetra Laval v Commission* Case T-5/02 ECR-II-4381 (2002).

*TetraPak International SA v. Commission*, Case C-333/94 P (Court of Justice, ECR I-5951, 4 CMLR 662, 1996).

*T-Mobile Netherlands and Others*, Case C-8/08 (Court of Justice, 5 CMLR, 2009).

*United States v. Arnold, Schwinn & Co.* 388 US 365 (1965).

*United States v. Colgate & Co.*, 250 U.S. 300 (1919).

*United States v. E. C. Knight Co.*, [156 U.S. 1](#) (1895).

*United States v. General Dynamics Corp.*, 415 U.S. 486 (U.S. Supreme Court March 19, 1974).

*United States v. Parke Davis Co.*, 362 US 29 (1960).

*United States v. Philadelphia National Bank*, 374 U.S. 321 (1963).

*United States v. Von's Grocery Co.*, 384 U.S. 270 (1966).

*Virgin/British Airways*, COMP/34.780

*Wouters v. Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten*, Case C-309/99 (Court of Justice, ECR I-1577, 4 CMLR 27, 2002).

## ÖZET

Tüketici refahı bir hedef ve standart olarak Avrupa Birliği rekabet hukukunda son yirmi yıldır tartışılmaktadır. Avrupa Birliği'nin iç pazarı oluşturup, AB rekabet hukukunu modernleşirmesi sonrasında, daha ekonomik bir yaklaşım geliştirme ihtiyacı doğmuştur. Tüketici refahı, 1950'li yıllardan beri Chicago iktisat ve hukuk ekollerinin tesisi ile ABD rekabet politikalarının bir parçası olmuştur. İktisat teorisi kaynaklı olan bu kavram ABD rekabet hukukunun bir parçası olmuştur. Bu standartın uygulanması, muhakeme kuralı yaklaşımı ve etki savunmalarını gerektirmektedir. ABD anti-tröst literatürü ve uygulamalarında tüketici refahı standartı bir toplam etkinlik standartı olarak tanımlanır ve uygulanır. Bu standart, hukukun ekonomik analizi yaklaşımının bir parçası olduğu için tüketici refahı, AB'de 'daha ekonomik yaklaşım' tartışmalarının da bir parçası olmuştur. Son yirmi yılda AB Komisyonu da kendi kararlarında daha fazla ekonomik analiz kullanmak için çalışmalar yürütmektedir. Aynı zamanda Komisyon ekonomik etkinliği rekabet hukukunun önemli hedeflerinden biri haline getirmiştir. Bununla beraber AB mahkemeleri tüketici refahını ne bir hedef ne de bir standart olarak kabul etmiştir. Tersine, AB mahkemeleri iç pazarın entegrasyonu hedefinden ayrılma konusunda çekimserdirler. Diğer yandan Lizbon Anlaşması 'rekabetçi sosyal pazar ekonomisini' birliğin temel hedefi haline getirmiştir. Sadece ekonomik etkinliğe dayalı bir hedefin sosyal pazar ekonomisini oluşturmakta yeterli olması mümkün değildir. Lizbon Antlaşması çerçevesinde oluşturulacak rekabet politikasının ekonomik yaklaşımının daha sosyal bir boyutunun da olması gereklidir.

## **ABSTRACT**

Consumer welfare as a goal and standard is being discussed in EU Competition Law for almost two decades. There has been a need to develop a more economic approach in this field after the relevant success in establishing a well functioning internal market and the modernization process of EU competition law. Consumer welfare has, as matter of fact, become part of competition policy in 1950s in the US thanks to Chicago School of economics and law. It is a concept that originated from economic theory and it is widely used in US antitrust law. The application of this standard necessitates a rule of reason approach and efficiency defenses. In US Antitrust literature and enforcement, consumer welfare standard is defined and applied as a total efficiency standard. Since this standard is part of a wider approach called the economic analysis of law, it is understandable that consumer welfare has been at the center of ‘a more economic approach’ discussions in EU competition law. Within the last two decades, the EU Commission has been trying to use more economic analysis in its decision-making. Also, the Commission has admitted economic efficiency as one of the goals of competition policy in its soft law. However, consumer welfare has never been accepted as a goal or standard in EU competition law by the EU Courts. Conversely, the EU Courts appear reluctant to dismiss the integration of the internal market goal. On the other hand, Lisbon Treaty has established “a competitive social market economy” as one of the primary goals of the Union. A standard based solely on economic efficiency can hardly be said to establish a social market economy. EU competition policy must adopt

an economic approach that would have also have a real social aspect in order to be compatible with the Treaty provisions.