

**“REKABETİ KISITLAYICI AMAÇ”I YENİDEN DEĞERLENDİRMEK:
“GROUPEMENT DES CARTES BANCAIRES V COMMISSION”
KARARI İŞİĞİNDA YENİ BİR GÜN***

*RE-ASSESSING OBJECT RESTRICTIONS: A NEW DAY IN LIGHT OF THE
“GROUPEMENT DES CARTES BANCAIRES V COMMISSION” DECISION*

Gönenç GÜRKAYNAK**

Ayşe Gizem YAŞAR***

Öz

Rekabeti kısıtlama amacı taşıyan anlaşmalar; hem Türk rekabet hukuku hem de Avrupa Birliği (AB) rekabet hukuku mevzuatında yasaklanmaktadır. Bu türden anlaşmaların mevcudiyeti ortaya çıkarıldığında, rekabet otoritesi, ilgili anlaşmanın rekabet hukukunu ihlal ettiği sonucuna doğrudan ulaşabilmekte ve anlaşmanın rekabeti kısıtlayıcı etkilerini inceleme ve kanıtlama yükünden kurtulmaktadır. Bu doğrultuda, her ne kadar rekabeti kısıtlayıcı amaç, rekabet otoriteleri için kullanışlı bir araç olarak karşımıza çıksa da, aynı zamanda teşebbüsler açısından önemli riskler doğurmaktadır. Bu mekanizmanın kapsamının doğru tahlil edilmesinin önemi, özellikle rekabeti kısıtlayıcı amaç taşıyan anlaşmaların tarafı teşebbüsler aleyhine kesilen para cezaları düşünüldüğünde kendini göstermektedir.

Rekabeti kısıtlayıcı amaca ilişkin tartışmaların AB’de hararetle sürdüğü bir dönemde, 11 Eylül 2014 tarihinde Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD), Groupement des Cartes Bancaires (CB) davasına ilişkin kararını vermiştir.

“CB v Commission” kararı (CB kararı), ABAD’ın amacı yönünden rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalar kavramının dar yorumlanması gerektiğine dair görüşünü ilk kez açıkça ortaya koyduğu karar olma özelliğini taşımaktadır. Karar ayrıca, ABAD Hukuk Sözcüsü Nils Wahl’ın ortaya koyduğu prensipler ile de bağlantılı

* Makalenin gönderim tarihi: 26.01.2015, kabul tarihi: 04.11.2015.

** ELİG Lokmanhekim Gürkaynak Ortak Avukat Bürosu; Yönetici Ortak; Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Görevlisi. E-posta: gonenc.gurkaynak@elig.com.Tel: +90 212 327 17 24

*** ELİG Lokmanhekim Gürkaynak Ortak Avukat Bürosu; Avukat. E-posta:gizem.yasar@elig.com. Tel: +90 212 327 17 24.

Yazarlar, Stj. Av. Armanç Canbeyli’ye çalışmanın araştırma aşamasında sağladığı destekten ötürü teşekkür etmektedirler.

olarak, rekabeti kısıtlayıcı amaç taşıdığı iddia edilen anlaşmaların değerlendirilmesi açısından Türk rekabet hukuku mevzuatının uygulamasında da yol gösterebilecek ve usul ekonomisinin güçlendirilmesi adına benimsenebilecek işlevsel bir formül ortaya koymaktadır.

Anahtar Kelimeler: Rekabeti Kısıtlayıcı Amaç, Groupement des Cartes Bancaires, Hukuk Sözcüsü Wahl, Çift Taraflı Pazarlar, Gecikme-için-Öde

Abstract

Agreements that have restriction of competition as their object are prohibited both under the European Union (EU) and Turkish competition law legislation. When the existence of such an agreement is detected, the competition authority is authorized to conclude directly that the agreement infringes competition law, relieving itself of the burden to assess and prove the anti-competitive effects of the agreement. This way, while the object restriction emerges as a handy tool for competition authorities, it also creates great risks for undertakings. The importance of correctly determining the scope of this mechanism becomes evident especially when considering the significant amount of monetary fines imposed on undertakings for taking part in agreements that have anti-competitive object.

In the midst of heated debates on restrictive object in the EU, the Court of Justice of the European Union (CJEU) delivered its judgment in the Groupement des Cartes Bancaires (CB) case on 11 September 2014.

Being the first judgment where the CJEU explicitly established its view that object restrictions should be interpreted narrowly; the “CB v Commission” decision, in connection to the principles set forth by Advocate General Nils Wahl, presents a practical formula in assessing agreements that are alleged to have an anti-competitive object, which could also be adopted as a guidance for the implementation of Turkish competition law and to strengthen procedural economy.

Keywords: Object Restriction, Groupement des Cartes Bancaires, Advocate General Wahl, Two-sided Markets, Pay-for-Delay

GİRİŞ

“Kalıp cümleler ile muhakeme yapılan durumların çoğunda olduğu üzere, hukuk üç aşamalı bir evrimden geçer: (1) Olağandışı bir vaka ortaya çıkar ve mahkeme buna bir karşılık verir. (2) Daha sonra, bu karşılık ile getirilen “lisan”, çoğu zaman mekanik bir biçimde, bazen de akıllıca, uygulamayı genişletecek şekilde hayata geçirilir. Böylece, buna direnecek kadar konusunda tecrübeli çok az sayıda yargıç bulunduğundan, doktrin, politika tercihlerini göz ardı edecek biçimde, lisanının sınırlarının elverdiği ölçüde genişler. (3) En nihayetinde, doktrindeki bu tür genişlemeler gülünç bir hâl alır ve geri adım süreci başlar.”

Phillip Areeda¹

Rekabetin kısıtlanması amacı, rekabet otoritelerinin elinde elverişli, ancak rekabet hukukunun süjesi teşebbüsler açısından da bir o kadar tehlikeli bir araçtır. AB ve Türk rekabet hukuku mevzuatında, rekabeti kısıtlayıcı amaç taşıyan anlaşmalar yasaklanmış ve rekabeti kısıtlayıcı amacın tespiti halinde rekabet otoritesi anlaşmanın pazardaki rekabeti kısıtlayıcı etkilerini inceleme ve ispatlama yükünden kurtarılmıştır.

Rekabeti kısıtlama amacının tespiti kolay değildir. Uygulamada rekabeti kısıtlama amacı taşıdığı tespit edilen anlaşmalardan ötürü teşebbüslere verilen ağır para cezalarının varlığı ve rekabet hukukunun ceza hukuku ile yakın ilişkisi de düşünüldüğünde,² rekabeti kısıtlama amacı mekanizmasının kullanım alanının belirliliğinin ve öngörülebilirliğinin önemi daha iyi anlaşılmaktadır. Oysaki ABAD içtihadında *Consten and Grundig*'den³ başlayarak günümüze kadar rekabeti kısıtlama amacı taşıyan anlaşmalar kategorisine hangi tür anlaşmaların girdiği sorunu tamamıyla çözümlenememiş ve rekabeti kısıtlayıcı etkilerin varlığı açısından çürütülmesi oldukça güç bir karine⁴ teşkil ettiği söylenebilecek amaç mekanizmasının çerçevesi, Areeda'nın ifadesiyle “sınırlarının elverdiği ölçüde genişlemiştir”⁵.

¹ AREEDA, P. J. (1989), “Essential Facilities: An Epithet in Need of Limiting Principles”, *Antitrust L.J.*, No:58(3), s. 841.

² Bu doğrultuda bkz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 27.09.2011 tarihli *Menarini Diagnostic Srl v. Italy* (43509/08) kararı, ayrıca Hukuk Sözcüsü Eleanor Sharpston'ın 20.01.2012 tarihli Case C-272/09 P - *KME Germany and Others v Commission* dosyasındaki görüşü, http://curia.europa.eu/juris/docum_ent/document.jsf?jsessionid=9ea7d0f130d55d71b0ea606343e9a9f7fb526ecdec01.e34KaxiLc3eQc40LaxqMbN4Obh4Se0?text=&docid=79798&pageIndex=0&doclang=EN&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=27397, Erişim Tarihi: 23.11.2014.

³ ABAD'ın 13.07.1966 tarihli *Établissements Consten S.à.R.L. and Grundig-Verkaufs-GmbH v Commission of the European Economic Community* kararı (Joined cases 56 and 58-64).

⁴ Bu doğrultuda bkz., PRIETO, N. (2014), “Ententes: Restriction de Concurrence”, *Le Lamy Europe Traité* – Edition 2014 - Walters Kluwer içinde, fasikül 1410, s. 9; BOTTA, M., N. HARSDORF ve K. FREWEIN (2014), “Poena sine Culpa? Comment on Schenker”, *E.L. Rev.*, No:39(4), s. 565-566.

⁵ *supra* dipnot 1, s. 841.

ABAD'ın *CB* dosyasındaki kararı⁶ (*CB* kararı) ise, Areeda'nın tarif ettiği "geri adım" sürecinin başlangıç noktasıdır. AB Genel Mahkemesinin (Genel Mahkeme)⁷ rekabeti kısıtlayıcı amacın dar yorumlanmaması gerektiği görüşünü eleştirerek Genel Mahkeme'nin dosyaya ilişkin kararını (Genel Mahkeme Kararı)⁸ bozan ABAD, rekabeti kısıtlayıcı amaç kavramının kapsamının sınırlı tutulması mecburiyetini *CB* Kararı ile açıkça hüküm altına almıştır. Ayrıca ABAD Hukuk Sözcüsü (*Advocate General*) Nils Wahl'ın (AG Wahl) görüşü⁹ (AG Wahl'ın görüşü) ışığında, *CB* kararının ortaya koyduğu prensiplerden yola çıkıldığında, rekabeti kısıtlayıcı amaç taşıyan anlaşmaların tespit edilebilmesi için işlevsel bir formül oluşturulabilmektedir. Bu formül çerçevesinde rekabeti kısıtlayıcı amacın tespitinde uyulması gereken kurallar, (i) rekabeti kısıtlayıcı amacın kapsamının dar tutulması; (ii) dava konusu anlaşmanın içinde bulunduğu hukuki ve ekonomik koşulların dikkate alınması; (iii) amaç analizinin etki analizi ile karıştırılmaması ve (iv) yalnızca doğası gereği rekabete kâfi derecede zararlı anlaşmaların rekabeti kısıtlayıcı amaç taşıdığına karar verilebilmesi şeklinde ortaya çıkmaktadır.

Bu çalışma ile rekabeti kısıtlayıcı amaç mekanizmasının uygulamasında *CB* dosyasının rekabet otoritelerine nasıl bir rehberlik görevi görebileceği konusuna açıklık getirilmesi hedeflenmektedir. Bu doğrultuda, ilk etapta *CB* kararı öncesi AB'de rekabeti kısıtlayıcı amaca ilişkin yaşanan tartışmalar, AB Komisyonu (Komisyon) ve AB mahkemelerinin içtihadı kapsamında açıklanacak ve *CB* dosyası süreci değerlendirilecektir. Çalışmamızda takiben, *CB* kararının rekabeti kısıtlayıcı amacın sınırlarına ve Avrupa Birliği'nin İşleyişine dair Antlaşma'nın (*Treaty on the Functioning of the European Union*) (ABİDA) 101(1). maddesi¹⁰ kapsamında amaç kuralının uygulanmasına ilişkin AB rekabet hukuku uygulamasında nasıl değişikliklere yol açabileceğine ve iyileşmeler sağlayabileceğine ilişkin görüşler değerlendirilmektedir. Son olarak, Türk rekabet hukukunda rekabeti kısıtlayıcı amaç kavramına ilişkin tespitler açıklanmakta ve *CB* kararından Türk rekabet hukukuna neler kazandırılabilceği tartışılmaktadır.

⁶ ABAD'ın 11.09.2014 tarihli Case C-67/13 P - *CB v Commission* kararı, <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-67/13&language=en>, Erişim Tarihi: 11.09.2014.

⁷ Lizbon Antlaşması'nın 01.12.2009 tarihinde yürürlüğe girmesinden önce Genel Mahkeme, "İlk Derece Mahkemesi" olarak adlandırılmaktaydı.

⁸ Genel Mahkeme'nin 29.11.2012 tarihli T-491/07 - *CB v Commission* kararı.

⁹ AG Wahl'ın Case C-67/13 P - *CB v Commission* dosyasına ilişkin 27.03.2014 tarihli görüşü, <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=149943&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=48136>, Erişim Tarihi: 02.11.2014.

¹⁰ ABİDA'nın 101. maddesi, Lizbon Antlaşması'nın yürürlüğe girmesinden önce Avrupa Topluluğunu Kuran Antlaşma'nın 81. maddesi idi.

1. REKABETİ KISITLAYICI AMAÇ KAVRAMINA GENEL BAKIŞ

ABİDA'nın 101(1). maddesi ve 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un (4054 sayılı Kanun) 4. maddesinin işleyişi paraleldir. Bir anlaşmanın rekabeti kısıtlama amacı taşıdığı ortaya konulduğu müddetçe rekabet hukuku bu anlaşmayı, kural olarak, pazardaki etkilerine bakılmaksızın yasaklamaktadır¹¹; rekabet otoritesinin ayrıca anlaşmanın pazardaki mevcut veya potansiyel etkilerini saptamasına ve incelenmesine gerek yoktur¹². Bu noktada ispat yükü yer değiştirmekte ve tarafların, anlaşmayı uygulamaya koyabilmek için, ABİDA'nın 101(3). maddesi altında (Türk rekabet hukukunda ise 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesi kapsamında) muafiyet korumasından yararlanabileceklerini ispatlamaları gerekmektedir¹³. Şayet anlaşmanın rekabeti kısıtlayıcı amacının mevcudiyeti kanıtlanamaz ise, rekabeti kısıtlayıcı etki (veya potansiyel etki) analizi yapılması gerekecektir. Öyleyse ABİDA'nın 101(1). maddesi (ve dolayısıyla 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi) iki aşamalı bir test öngörmektedir. İlk aşama, anlaşmanın rekabeti kısıtlayıcı bir amacı bulunup bulunmadığının tespitinden ibarettir. Rekabeti kısıtlayıcı amaç tespit edilemiyorsa, ikinci aşamaya geçilecek ve rekabet üzerindeki kısıtlayıcı mevcut veya potansiyel etkiler değerlendirilecektir¹⁴. ABİDA'nın 101(3). maddesi ise bir istisna hükmüdür ve teşebbüslere, rekabeti kısıtlama amacına ve/veya etkisine sahip bir anlaşmanın¹⁵, yarattığı etkinlik

¹¹ ATA, Ç.D. (2009), “Rekabeti Kısıtlayıcı Anlaşmalara Olumlu Yaklaşım: Rule of Reason Işığında Roma Antlaşması 81. Madde ve Muafiyet”, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No: 109, <http://www.rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT/1/Documents/Uzmanl%C4%B1k+Tezi/tez124.pdf>, Erişim Tarihi: 20.05.2015, s. 43. Ayrıca bkz. AG Wahl'ın görüşü, para. 33.

¹² Muafiyetin Genel Esaslarına ilişkin Kılavuz'da (Muafiyet Kılavuzu) açıklandığı üzere, “Anlaşmanın ‘amaç bakımından’ 4. maddeyi ihlal ettiğinin tespit edilmesi durumunda; ‘4. maddeye aykırılığın ileri sürülebilmesi için’ ayrıca anlaşmanın pazarda yarattığı ya da yaratacağı etkilerin araştırılmasına gerek yoktur.” (para.9) Bununla birlikte, rekabeti kısıtlayıcı amaç tespit edildiğinde, anlaşmanın etkilerinin tamamıyla göz ardı edildiğini söylemek doğru olmayacaktır. Anlaşmanın rekabeti sınırlamak amacıyla yapıldığının tespit edildiği hallerde ihlalin ağırlığının ortaya konulması ve idari yaptırımın belirlenmesi amacıyla anlaşmanın etkileri de araştırılabilecektir. Bkz. Muafiyet Kılavuzu, <http://www.rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT%2f1%2fDocuments%2fKilavuz%2fmua fiyettt.pdf>, Erişim Tarihi: 08.06.2015, para. 9; ORTEGA GONZALEZ, A. (2013), “Restrictions by Object and the Appreciability Test: The Expedia Case, A Surprising Judgment or A Simple Clarification?”, *European Competition Law Review*, No:34(9), s. 459; JONES, A. (2010), “Left Behind by Modernisation? Restrictions by Object under Article 101(1)”, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1932309, Erişim Tarihi: 19.09.2014, s. 7; *supra* dipnot 11, s. 43-44.

¹³ Jones 2010, s. 7.

¹⁴ Ortega Gonzalez 2013, s. 458.

¹⁵ ABİDA'nın 101(3). maddesi ve paralel şekilde 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesi, rekabeti kısıtlayıcı amaç ve etki taşıyan anlaşmalar arasında herhangi bir fark yaratmamaktadır. Diğer bir deyişle, koşullarını sağladığı müddetçe, amacı yönünden rekabeti kısıtlayan anlaşmalar da, etkisi yönünden rekabeti kısıtlayan anlaşmalar da muafiyetten yararlanabilmektedir. Öte yandan, rekabeti kısıtlayıcı amaç taşıyan anlaşmaların muafiyetin koşullarını sağlamasının nispeten daha zor olduğu ifade edilmektedir (*supra* dipnot 13, s. 6; ayrıca bkz. *supra* dipnot 11, s. 44).

kazanımları sayesinde ve maddede sayılan diğer yan koşulları¹⁶ sağladığı ölçüde ABİDA'nın 101(1). maddesi yasağından muaf tutulması gerektiğinin savunulabileceği bir mecra sağlamaktadır¹⁷.

“Amacı itibarıyla rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalar” mekanizmasının öngörülme sebebini aslen hukuki kaygılarda değil, usul dünyasında aramak gerekir. Bailey ve Whish'in de ortaya koydukları üzere, rekabetin kısıtlanması, hukuki değil, ekonomik bir olgudur ve bu nedenle bir anlaşmanın rekabeti kısıtlayıcı etki doğurup doğurmayacağını anlamak için ekonomik analiz yapmak gerekmektedir¹⁸. “İdeal” bir rekabet hukuku dünyasında, tüm rekabet hukuku dosyalarında olay bazında bir etki analizi yapılması ve böylece, incelenen davranışın piyasada rekabete zarar verici mevcut veya potansiyel etkilerinin anlaşılabilmesi beklenebilecek ise de¹⁹, gerçek dünyada titiz bir yaklaşım benimsenerek her bir teşebbüs davranışının detaylı ekonomik analizlere tabi tutulması, bu analizlere önemli miktarda kaynak ve zaman harcanması usul ekonomisi²⁰ ile çelişebilecektir²¹. Bunu önlemek için, “amacı itibarıyla rekabeti kısıtlayıcı anlaşma” mekanizması yaratılmıştır ve böylece rekabet otoriteleri, amacı rekabeti kısıtlamak olan anlaşmalar açısından detaylı ekonomik analiz yapma yükünden kurtarılmıştır²². “Amaç” kavramı ile kastedilen, anlaşmanın taraflarının niyetleri değildir²³; “amaç” kavramı, anlaşmanın, içinde bulunduğu ekonomik ve hukuki koşullar kapsamında değerlendirildiğinde ortaya çıkan nesnel amacına tekabül etmektedir²⁴. Öte yandan, rekabet otoritesi tarafların niyetlerini de dikkate alabilecektir²⁵.

¹⁶ Bu doğrultuda bkz. *supra* dipnot 11, s. 45-46.

¹⁷ Guidelines on the Application of Article 81(3) of the Treaty (ABİDA'nın 101(3). Maddesi'nin Uygulanması Hakkında Kılavuz), [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:52004XC0427\(07\)](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:52004XC0427(07)), Erişim Tarihi: 01.11.2014, para. 1.

¹⁸ BAILEY, D. ve R. WHISH (2012), *Competition Law*, Seventh Edition, Oxford University Press, New York, US, s. 117.

¹⁹ Jones 2010, s. 6.

²⁰ Anayasa'nın 141. maddesine göre, “*davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması, yargının görevidir*”. Bu hüküm, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesindeki “adil yargılama ilkesi” ile paraleldir.

²¹ AG Wahl'ın görüşü, para. 28.

²² AG Wahl'ın görüşü para. 28-29; ASLAN, E.F. (2012), “Geleceğe Yönelik Bilgi Paylaşımının Rekabet Hukuku Kapsamında Değerlendirilmesi ve Rekabet Kurumunun Bilgi Paylaşımı Konusuna Yaklaşımı”, *Rekabet Dergisi*, No:13(3), s. 11.

²³ VOGEL, L. (2015), “Une Nouvelle Venue sur la Scène du Droit de la Concurrence: La Restriction par Object”, *Contrats Concurrence Consommation (LexisNexis)*, No:2015(5), Dosya 2, para. 13.

²⁴ FRAILE, I., A. KAPOOR ve R. MORALES (2014), “Drug Test: When are Pay-for-delay Agreements Illegal?”, *Global Competition Litigation Review*, No:7(4), s. 218.

²⁵ ITALIANER, A. (2013), “Competitor Agreements under EU Competition Law”, 40th Annual Conference on International Antitrust Law and Policy, Fordham Competition Law Institute, http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2013_07_en.pdf, Erişim Tarihi: 30.10.2014, s. 4.

Usul ekonomisi sağlamak üzere meydana getirilen bu mekanizmanın odak noktasını, geçmiş deneyimlerin istikrarlı şekilde ortaya koyduğu ihlaller oluşturmaktadır²⁶. Bu nedenle rekabeti kısıtlayıcı amaç kuralını rekabeti kısıtlayıcı davranışların tespiti için basit bir kestirme yol olarak düşünmek yanlış olur²⁷. ABİDA'nın 101(3). Maddesi'nin Uygulanması Hakkında Kılavuz'da da açıklandığı üzere, rekabeti kısıtlayıcı amaç taşıyan anlaşmaların piyasadaki rekabet ve tüketiciler²⁸ üzerindeki potansiyel negatif etkilerinin oldukça yüksek olduğu deneyimlerden yola çıkılarak kabul edilmiştir²⁹. Örneğin karteller, rekabeti kısıtlayıcı amaç taşıyan anlaşmaların başında gelmektedir. Kartellerin tüketici zararına yol açtığı, yerleşik rekabet hukuku deneyimi ile sabittir.

Rekabeti kısıtlayıcı amaç mekanizması böylece teşebbüsler açısından bir “hukuki belirliliği” de beraberinde getirmektedir; teşebbüsler, rekabeti kısıtlama amacı taşıyan anlaşmalar kategorisinde yer alan bir anlaşmanın tarafı olduklarında, anlaşma piyasada hiçbir etki doğurmasa veya anlaşma hükümlerine uymasalar dahi, ceza riski bulunduğu farkında olacaklardır³⁰. Rekabeti kısıtlayıcı amaç kategorisinin yaratılmasının, teşebbüsler üzerinde bu türden anlaşmalara dahil olmak hususunda caydırıcı etkisi olduğu da belirtilmiştir.³¹

Rekabetin kısıtlayıcı amaç mekanizması ayrıca “hız limiti”ne benzetilmiştir³². Deneyim göstermiştir ki, çok hızlı araba sürmek tehlikelidir ve bu nedenle yasaklanmaktadır. Bu yasak, sürücünün, aracını hız limiti üzerinde olsa dahi güvenli şekilde kullanıp kullanmadığından veya kaza yapıp yapmadığından bağımsız olarak, hatta sürücünün hız limiti üzerinde sürmek için kabul edilebilir sebepleri olsa dahi uygulanmaktadır³³. Rekabeti kısıtlama amacı taşıyan anlaşmalar da “doğaları itibarıyla rekabete zararlı anlaşmalar” olarak tanımlanmakta³⁴ ve pazardaki etkileri değerlendirilmeden rekabeti kısıtlayıcı kabul edilmektedir. Bu çerçevede, ABİDA'nın 101(1). maddesinin rekabeti kısıtlayıcı amaç

²⁶ *supra* dipnot 23, s. 3; Prieto 2014, s. 9.

²⁷ CIMENTAROV, P. (2014), “Expanding the “Object Box” and its Perverse Effects - Does EU Competition Law Condemn Innocent Behaviour?”, <http://www.mayerbrown.com/Petar-Cimentarov-Expanding-the-Object-Box-and-its-Perverse-Effects--Does-EU-Competition-Law-Condemn-Innocent-Behaviour-06-23-2014/>, Erişim Tarihi: 19.10.2014, s. 14.

²⁸ *supra* dipnot 27, s. 13.

²⁹ *supra* dipnot 17, para. 21.

³⁰ ITALIANER, A. (2014), “The Object of Effects”, CRA Annual Brussels Conference – Economic Developments in Competition Policy, http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2014_07_en.pdf, Erişim Tarihi: 19.01.2015, s. 6.

³¹ SCHWARZ, D. (2014), “Object or Effect: Where do Competition Authorities Need to Draw the Line?”, <http://communities.lawsociety.org.uk/download?ac=8129>, Erişim Tarihi: 20.05.2015, s. 2.

³² Literatürde “*speed-limit analogy*” olarak bilinmektedir.

³³ *supra* dipnot 25, s. 5.

³⁴ *supra* dipnot 17, para. 21.

mekanizmasını Amerikan anti-tröst hukukunun *per se* ihlaller³⁵ kategorisine yakın bulan, hatta bu kategoride değerlendiren görüşler de bulunmaktadır³⁶. Rekabet Kurulunun da aşağıda daha detaylıca tartışılacağı üzere rekabeti kısıtlayıcı amaç taşıyan anlaşmaları *per se* ihlal olarak nitelendirdiği kararları mevcuttur³⁷.

Komisyon Rekabet Genel Müdürlüğü Direktörü Alexander Italianer, rekabeti kısıtlayıcı amaç taşıyan anlaşmaların *per se* ihlal olarak değerlendirilmesinin yanlış olduğunu ifade etmektedir. Italianer, AB hukukunda “bireysel muafiyet” uygulamasının varlığı nedeniyle, rekabeti kısıtlayıcı amaç taşıyan anlaşmaların, Amerikan hukukundaki *per se* ihlaller kategorisine doğrudan yerleştirilmesinin uygun olmayacağını ve amacı bakımından rekabeti kısıtlayan anlaşmalar için de ABİDA’nın 101(3). maddesinin uygulanacağını ifade etmektedir. Amerikan hukukunda *per se* ihlal kabul edilen teşebbüs davranışları mutlak olarak yasaklanmaktadır. Oysaki fiyat tespiti veya sınırlaması, pazarların kontrolü ve paylaşımı gibi ağır rekabet kısıtları, ABİDA’nın 101(3). maddesinin koşullarını büyük ihtimalle taşımayacak olmakla birlikte, amacı yönünden rekabeti kısıtlayıcı olduğu tespit edilen bir anlaşmanın, koşulları sağladığı takdirde bireysel muafiyetten yararlanabilmesinin ve böylece ABİDA’nın 101(1). maddesi hükmünün uygulanmasından muaf tutulmasının önünde teorik olarak hiçbir hukuki engel bulunmamaktadır³⁸. Bu konu AG Wahl’ın görüşünde de ele alınmış; AG Wahl, rekabeti kısıtlayıcı amaç mekanizması ile *per se* ihlallerin “karşılaştırılabilir sonuçları” bulursa dahi, bu iki mekanizmanın aynı olmadığını belirtmiştir³⁹.

³⁵ Rekabet Kurumunun Rekabet Terimleri Sözlüğü, *per se* kuralları şu şekilde tanımlamaktadır: “rekabet hukukunda *per se* kurallar, hemen hemen tüm durumlarda, doğal ve zorunlu etkileri açıkça rekabet karşıtı olan ve yasal olmadıklarını göstermek için ayrıntılı bir çalışmaya gerek duyulmayan davranışları hukuka aykırı saymak üzere benimsenmiştir. Bunlar yargısal sürecin pratik kurallarıdır. *Per se* kurallar, deneyimin ortaya çıkardığı belirli davranışların ciddi rekabet karşıtı sonuçlara neden olacağı ve iş gerekleri bakımından hemen hiç haklı çıkarılamayacağı durumlarda kabul edilmektedir. Bu itibarla, *per se* kurallar sınırlı yargısal kaynakların ekonomik kullanılması ve iş adamlarına yasalara uygun davranışlarla ilgili daha açık bir yol gösterme avantajına sahiptir. *Per se* yaklaşımı altında davacı, uygulamanın rekabet karşıtı etkilerini veya pazar etkilerini göstermek zorunda değildir. Bu çerçevede örneğin kartelin varlığının ispatlanması yeterlidir; rekabetin azalıp azalmadığının ve zarara yol açılıp açılmadığının incelenmesine gerek bulunmamaktadır.” Bkz. Rekabet Terimleri Sözlüğü, <http://www.rekabet.gov.tr/default.aspx?nsw=X4z8S9Lf9ew=-H7deC+LxBI8=&nm=105>, Erişim Tarihi: 31.10.2014.

³⁶ Bu doğrultuda bkz. *supra* dipnot 25, s. 7; BAILEY, D. (2012), “Restrictions of Competition by Object under Article 101 TFEU”, *Common Market Law Review*, No:49(2), s. 559. Genel Mahkeme’nin 10.03.1992 tarihli Case T-14/89 – *Montedipe SpA v Commission* kararında da rekabeti kısıtlayıcı amaç, *per se* ihlaller ile ilişkilendirilmiştir (Bkz. para. 265).

³⁷ Örneğin bkz. Rekabet Kurulunun 30.10.2012 tarihli ve 12-52/1479-508 sayılı Çelik Çember kararı; 01.07.2010 tarihli ve 10-47/858-296 sayılı *Doğan Yayın Holding/Feza Gazetecilik* kararı.

³⁸ *supra* dipnot 25, s. 8.

³⁹ AG Wahl’ın görüşü, para. 32.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, AB’de “ağır ihlal” (*hardcore restriction*) olarak değerlendirilen ihlallerin de rekabeti kısıtlayıcı amaç kategorisiyle eş anlamlı olmadığı kabul edilmektedir⁴⁰. Öte yandan Komisyon, ABİDA’nın 101. maddesi kapsamında ağır ihlallerin genellikle rekabeti kısıtlayıcı amaç taşıyan anlaşmalardan oluştuğunu açıklamıştır⁴¹.

Sonuç itibarıyla, bir rekabet hukuku politikası olarak her olayda detaylı ekonomik etki analizi yapılmasının önüne geçilebilmesi adına, yani usul ekonomisi saikiyle, rekabeti kısıtlayıcı amacın doğrudan yasaklanmasının hukuki gerekçesi, rekabet hukuku deneyimlerinin, rekabeti kısıtlayıcı amaç taşıyan anlaşmaların hem rekabet hem de tüketiciler üzerindeki yoğun olumsuz etkilerini ispat etmiş olmasıdır. Öte yandan, ekonomik analizin oldukça sofistike hale geldiği günümüz rekabet hukuku dünyasında, rekabeti kısıtlayıcı amaç kuralı, rekabet otoriteleri için etki analizinin meşakkatini ve masraflarını önlemesi itibarıyla da cazip bir mekanizma oluşturmaktadır⁴².

2. REKABETİ KISITLAYICI AMACIN ADALET DİVANI İÇTİHADINDA EVRİMİ

ABAD’ın, 1966 tarihli AB hukukunun yapıtaşlarından kabul edilen *Consten and Grundig* kararında⁴³, bir anlaşmanın rekabeti kısıtlama amacı taşıması halinde ABİDA’nın 101(1). maddesinin uygulanmasında anlaşmanın etkilerinin incelenmesine gerek olmadığını duyurmasından bu yana, rekabeti kısıtlayıcı amaç mekanizması, AB’de alanı genişleyerek uygulanmaya devam etmiştir⁴⁴. 2000-2011 yılları arasında Komisyon, ABİDA’nın 101. maddesi kapsamında karteller haricinde toplam 18 adet ihlal kararı vermiştir ve bu kararların 17 tanesi amacı yönünden rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalara ilişkindir⁴⁵. ABAD nezdinde ise, ABİDA’nın 101. maddesi ihlalleri yönünden rekabeti kısıtlama amacının

⁴⁰ KING, S. (2015), “Agreements that Restrict Competition by Object under Article 101(1) TFEU: Past, Present and Future”, Doktora Tezi, http://etheses.lse.ac.uk/3068/1/King_Agreements_that_restrict_competition_by_object_under_Article_101.pdf, Erişim Tarihi: 25.05.2015, s. 137.

⁴¹ Commission Notice on Agreements of Minor Importance which do not Appreciably Restrict Competition under Article 101(1) of the Treaty on the Functioning of the European Union (De Minimis Notice veya De Minimis Bildirimi), <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2014:291:FULL&from=EN>, Erişim Tarihi: 08.06.2015, s. 3.

⁴² BOSCO, D. (2012), “Coup de Froid sur la Régulation Concurrentielle du Secteur Bancaire Français”, *Contrats Concurrence Consommation (LexisNexis)*, No:(2012)4, para. 4.

⁴³ *supra* dipnot 3.

⁴⁴ Botta vd. 2014, s. 571.

⁴⁵ GERARD, D. (2012), “The Effects-Based Approach under Article 101 TFEU and its Paradoxes: Modernisation at War with Itself?”, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2117780, Erişim Tarihi: 14.10.2014, s. 38.

tespit edilmediği karara rastlamak güçtür⁴⁶. Ayrıca aşağıda da örneklendirildiği üzere, 2000’li yılların başından bu yana hem Komisyon’un, hem de diğer rekabet otoritelerinin rekabeti kısıtlayıcı amaç taşıdığına hükmettiği anlaşma türlerinin sayısında artış gözlemlenmiştir⁴⁷.

Öte yandan, uygulamada rekabet otoritelerinin önüne hem rekabeti kısıtlayıcı yönünün tespiti güçlük ihtiva eden (örneğin teşebbüsler arası bilgi değişimi gibi)⁴⁸ teşebbüs davranışları gelmekte, hem de teknolojik gelişmelerle ve yeniliklerle de bağlantılı şekilde, (4.2. Bölümde ele alınan gecikme-için-öde (*Pay-for-Delay*) anlaşmaları gibi) geleneksel olmayan, yeni rekabet hukuku sorunları sürekli olarak ortaya çıkmaktadır. Amaç tartışmalarının merkezinde genel olarak rekabeti kısıtlayıcı amaçları açıkça ortaya konulamayan, hatta tüketici refahını pozitif yönde etkilemesi muhtemel⁴⁹ teşebbüs davranışlarının yer aldığı görülmektedir.

Rekabeti kısıtlayıcı amaç kategorisinin AB’deki genişleme süreci, aşağıda ABAD’ın *CB* kararı öncesinde son dönemde verdiği *Beef Industry Development Society (BIDS)*⁵⁰, *Pierre Fabre*⁵¹, *GlaxoSmithKline (GSK)*⁵², *T-Mobile*⁵³, *Expedia*⁵⁴ ve *Allianz Hungaria*⁵⁵ kararları kapsamında mercek altına alınmaktadır. *BIDS* kararı – *Allianz Hungaria* kararı sürecinde, rekabeti kısıtlayıcı amaç kavramının dar tutulması gerektiği görüşü bir kenara bırakılmış, rekabeti kısıtlayıcı amacın tespitinde anlaşmanın etkilerine de belirgin önem atfedilmiş, ayrıca internet satışlarını fiilen yasaklayan dikey anlaşmalar gibi anlaşma türleri rekabeti kısıtlayıcı amaç kategorisine dahil edilmiştir. *CB* kararı ise, rekabeti kısıtlayıcı

⁴⁶ *supra* dipnot 45, s. 38.

⁴⁷ GIRAUD, A. (2014) “Exégèse de l’Arrêt Groupement des Cartes Bancaires”, *Revue Lamy Droit des Affaires (Wolters Kluwer)*, No:2014(11). Giraud, amaç kutusuna son dönemde dahil edilen anlaşmalar açısından örnek olarak internet satışlarının kısıtlanmasına yönelik dikey anlaşmaları, aşağıda da tartıştığımız gecikme-için-öde anlaşmalarını, banka kartlarına ilişkin ortak takas komisyonu belirlenmesi anlaşmalarını saymaktadır.

⁴⁸ Örneğin bkz. Rekabet Kurulunun 26.06.2013 tarihli ve 13-40/522-231 sayılı *OSD* kararı; 28.01.2010 tarihli ve 10-10/94-42 sayılı *UND* kararı.

⁴⁹ *supra* dipnot 27, s. 15.

⁵⁰ ABAD’ın 20.11.2008 tarihli Case C-209/07 - *Competition Authority v Beef Industry Development Society Ltd and Barry Brothers (Carrigmore) Meats Ltd* kararı (*BIDS* kararı).

⁵¹ ABAD’ın 13.10.2011 tarihli C-439/09 P - *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique SAS Président de l’Autorité de la Concurrence, Ministre de l’Économie, de l’Industrie et de l’Emploi* kararı (*Pierre Fabre* kararı).

⁵² ABAD’ın 06.10.2009 tarihli Joined Cases C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P and C-519/06 P - *GlaxoSmithKline Services and Others v Commission and Others* kararı (*GSK* kararı).

⁵³ ABAD’ın 04.06.2009 tarihli Case C-8/08, *T-Mobile Netherlands BV v Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit* kararı (*T-Mobile* kararı).

⁵⁴ ABAD’ın 13.12.2012 tarihli C-226/11 - *Expedia Inc v Autorite de la Concurrence* kararı (*Expedia* kararı).

⁵⁵ ABAD’ın 14.03.2013 tarihli C-32/11 - *Allianz Hungaria Biztosító Zrt v Gazdasági Versenyhivatal* kararı (*Allianz Hungaria* kararı).

amaç kavramının geniş şekilde yorumlanması sürecine noktayı koyan karar olarak değerlendirilmektedir.⁵⁶

2.1. BIDS Kararı

ABAD’ın 20 Kasım 2008 tarihli *BIDS* kararı, rekabeti kısıtlayıcı amaç değerlendirilmesinde sıklıkla başvurulmuş temel bir karar niteliği taşımaktadır⁵⁷. 1999 yılında İrlanda Tarım Bakanlığı, sığır eti sektöründe gözlenen ve önemli verim kayıplarına sebep olan fazla kapasitenin azaltılması için sığır eti işleyicilerinin sayısının azaltılması gerektiğini belirtmiş ve bunun için de bu firmaların bazılarının pazardan çekilmesi ve karşılığında pazarda kalanların çekilen firmalara uygun bir tazminat ödemesi yöntemini öngörmüştür. Bakanlığın bu tavsiyelerini uygulamaya geçirmek amacıyla 2002 yılında sığır eti işleyicileri *BIDS*’i (*Beef Industry Development Society*) (Sığır Eti Sanayii Gelişim Derneği) oluşturmuştur. Bu kapsamda yapılan anlaşmaya göre pazarda kalanların, *BIDS*’e, olağan sığır kesim hacimleri kapsamında sığır başına 2 Avro ve pazardan ayrılanların tazmin edilmesi amacıyla olağan sığır kesimini aşan her sığır başına 11 Avro mecburi bedel ödemeleri kararlaştırılmıştır. ABAD, *BIDS* tarafından hayata geçirilen ve bazı teşebbüsleri pazardan çıkmaya teşvik etmek suretiyle sektördeki fazla kapasiteyi azaltmayı hedefleyen bu anlaşmaları, rekabeti kısıtlama amacı taşıdıklarından bahisle ABİDA’nın 101(1). maddesinin ihlali⁵⁸ olarak değerlendirmiştir. Bu bağlamda, ilgili anlaşmaların pazardaki oyuncuların pazar paylarını olağan şekilde artırmalarına engel teşkil ettiği de belirtilmiştir⁵⁹.

Rekabeti kısıtlayıcı amaç değerlendirmesine ilişkin olarak mahkeme, ilk etapta, ABİDA’nın 101(1). maddesi altında amaç ve etki analizinin birbirinin alternatifi olduğunu belirtmiş, bu çerçevede bir anlaşmanın rekabeti kısıtlayıp kısıtlamadığının tespitinde öncelikle anlaşmanın rekabet üzerinde kâfi derecede zarar doğurup doğurmadığının (*reveal the effect on competition to be sufficiently deleterious*) değerlendirileceğini, şayet bu yönde bir tespit yapılamazsa anlaşmanın sonuçlarının inceleneceğini ifade etmiştir⁶⁰. *BIDS* kararı uyarınca,

⁵⁶ *supra* dipnot 47.

⁵⁷ Örneğin bkz. GRAHAM, C. (2013), “Methods for Determining Whether An Agreement Restricts Competition: Comment on Allianz Hungária”, *European Law Review*, No:2013(4), s.543. Rekabet Kurulu da 25.11.2009 tarihli ve 09-57/1393-362 sayılı ünlü *Beyaz Et* kararında, dosya konusu olayı *BIDS* kararının dinamikleri ile bağdaştırarak, beyaz et üreticisi teşebbüslerin *Besd-Bir* bünyesinde bir araya gelip piliç eti piyasasında iç pazara arz edilecek miktarın azaltılmasını amaçlayan ihracat kararları almalarını, ABAD’ın *BIDS*’deki değerlendirmesine paralel olarak amaç yönünden rekabeti sınırlayıcı bulmuştur.

⁵⁸ Karar tarihinde Avrupa Topluluğu Antlaşması’nın 81(1). maddesi idi.

⁵⁹ *BIDS* kararı, para. 37.

⁶⁰ *BIDS* kararı, para. 15.

rekabeti kısıtlayıcı amaç taşıyan anlaşmaların rekabeti kısıtlayıcı etki taşıyan anlaşmalardan farkı, bazı anlaşmaların, doğaları gereği normal rekabetin düzgün işleyişine zararlı (*injurious to the proper functioning of normal competition*) kabul edilmelerinden kaynaklanmaktadır⁶¹.

ABAD, *BIDS* kararında, yerleşik içtihadına atıf yaparak⁶², bir anlaşmanın ABİDA'nın 101(1). maddesi anlamında amaç yönünden bir ihlal teşkil edip etmediğinin değerlendirilmesi sırasında öncelikle anlaşmanın içeriğinin ve içinde bulunduğu ekonomik şartların (*economic context*) dikkate alınması gerektiğini belirtmiştir⁶³. *BIDS* kararını takiben, rekabeti kısıtlayıcı amacın tespitinde anlaşmanın içinde bulunduğu hukuki ve ekonomik şartların (*legal and economic context*) dikkate alınmasının gerekliliği, rekabeti kısıtlayıcı amacın değerlendirilmesinde yerleşik kurallardan biri haline gelmiştir⁶⁴. Bununla birlikte (*CB* kararı öncesi) literatürde, “ekonomik ve hukuki şartlar”ın kapsamının belirsiz olduğu değerlendirilmesi de yapılmıştır⁶⁵. Aşağıda da görüleceği üzere, AG Wahl, *CB* dosyasında ABAD'ın geçmiş tarihli kararlarını somut örnekler üzerinden eleştirmek suretiyle “ekonomik ve hukuki şartlar” kavramının sınırlarını detaylı şekilde ele almıştır⁶⁶. İlâveten, literatürde, “anlaşmanın içinde bulunduğu ekonomik ve hukuki şartların dikkate alınmasının”, bu kapsamda anlaşmanın negatif (rekabeti sınırlayıcı) ve pozitif (rekabetçi) yönlerinin “karşılıklı tartılması” itibarıyla “ABİDA'nın 101(1). maddesi altında bir *rule of reason*⁶⁷ analizi”ne işaret ettiği ifade edilmiştir⁶⁸.

⁶¹ *BIDS* kararı, para. 17.

⁶² ABAD'ın 28.03.1984 tarihli Joined Cases 29/83 and 30/83 - *Compagnie Royale Asturienne des Mines and Rheinzink v Commission* kararı, para. 26; ABAD'ın 06.04.2006 tarihli Case C-551/03 P - *General Motors v Commission* kararı, para. 66.

⁶³ *BIDS* kararı, para. 15-16. *BIDS* kararında hukuk sözcüsü görüşünde, anlaşmanın “hukuki ve ekonomik koşullarının” dikkate alınması gerektiği belirtilmektedir. *BIDS* kararı sonrasında verilen ABAD kararlarında da bu ifadeye başvurulduğu görülmektedir. Bu husus aşağıda tartıştığımız diğer ABAD kararları kapsamında ele alınmaktadır.

⁶⁴ *supra* dipnot 40, s. 155.

⁶⁵ MAHTANI, M.R. (2012), “Thinking outside the Object Box: An EU and UK Perspective”, *European Competition Journal*, No:8(1), s. 6.

⁶⁶ AG Wahl'ın görüşü, para. 38-62.

⁶⁷ Ata, *rule of reason* (muhakeme kuralı) analizinin basamaklarını şu şekilde sıralamaktadır: “(i) Anlaşmanın rekabeti kısıtlayıcı mevcut veya olası etkilerinin ispatlanması, (ii) Anlaşmanın rekabetçi etkilerinin ortaya konulması, (iii) Daha az kısıtlayıcı bir alternatifin varlığının sorgulanması, (iv) Olumlu ve olumsuz etkilerin dengelenmesi.” (Bkz. *supra* dipnot 11, s. 16-17).

⁶⁸ *supra* dipnot 40, s. 155; ŞAHİN, Y. (2013), “Reviving an Old Debate: The Rule of Reason under Article 101”, Yüksek Lisans Tezi, http://www.jeanmonnet.org.tr/Portals/0/scholars_database_thesis/selen_yersu_sahin_tez.pdf, Erişim Tarihi: 20.05.2015, s. 19. Öte yandan King, AB rekabet hukukunun bir *rule of reason* analizine elverişli olmadığını ve her halükarda AB mahkemelerinin bu türden bir analizi açıkça reddettiklerini belirtmektedir (Bkz. *supra* dipnot 40, s. 255). Şahin ise, amaç analizinde bir anlaşmanın içinde bulunduğu hukuki ve ekonomik şartlar kapsamında incelenmesi sayesinde, *prima facie* rekabeti kısıtlama amacı taşıdığı tespit edilen bazı anlaşmaların (Örneğin

ABAD, ekonomik şartların yanı sıra, ilgili anlaşmanın lafzının da dikkatlice tetkik edilmesi ve anlaşma ile ulaşılmaya amaçlanan sonuçların neler olduğunun analiz edilmesi gerektiğine dikkat çekmiştir⁶⁹. Bu analizde, anlaşmanın taraflarının, rekabeti kısıtlamak yönünde sübjektif bir niyet ile hareket etmekten ziyade kendi sektörlerinde devam etmekte olan bir krizin etkilerini gidermek saiki ile hareket etmiş olmalarının, ABİDA'nın 101(1). maddesinin uygulanması açısından önem taşımayacağını tespit eden ABAD, bu argümanların ancak ABİDA'nın 101(3). maddesi kapsamında yapılacak bir bireysel muafiyet değerlendirmesi esnasında dikkate alınabilir nitelikte olduğunu belirtmiştir⁷⁰. Mahkeme böylece, rekabeti kısıtlayıcı amacın nihai anlamda objektif unsurlar üzerinden tespit edilebileceğini, sübjektif bir rekabeti kısıtlama amacının aranmadığını teyit etmiştir⁷¹. Bu bağlamda *BIDS* kararı, rekabeti kısıtlayıcı amaca ilişkin, AG Wahl'ın da *CB* dosyasında gündeme getirdiği⁷² şu kuralı ortaya koymuştur: Bir anlaşma kısıtlama amacının yanı sıra hukuka uygun başka amaçlar güdüyor olsa da, tek bir rekabeti kısıtlayıcı amacın varlığı, ABİDA'nın 101(1). maddesinin ihlali için yeterli olacaktır⁷³.

Buna karşın, *BIDS* kararının bir unsurunun uygulanabilirliği aşağıda 3. ve 4. Bölümlerde ortaya koyduğumuz üzere *CB* kararı sonrasında tartışmalı hale gelebilecektir: Dosya kapsamında *BIDS*, rekabeti kısıtlayıcı amaç kavramının dar yorumlanması gerektiğini ve bu kategoriye yalnızca fiyat belirleme, arz kısıtlama gibi rekabeti kısıtlayıcı etkileri “çok belirgin”⁷⁴ olan anlaşmaların dahil edilebileceğini öne sürmüştü, ABAD ise *BIDS*'in bu argümanını kabul etmemiştir. ABAD, gerekçe olarak, ABİDA'nın 101(1). maddesinde sayılan anlaşmaların yalnızca örnek mahiyeti taşıdığını ve ihlal teşkil eden bütün anlaşmaları kapsamadığını belirtmiştir⁷⁵. ABAD'ın, *BIDS*'in “rekabeti kısıtlayıcı amacın dar yorumlanması gerektiği” savını reddetmesinin, rekabeti kısıtlayıcı amacın sınırları açısından belirsizlik yarattığı söylenebilecektir⁷⁶.

ABAD'ın AG Wahl'ın görüşünde bu doğrultuda atf yapılan 28.04.1998 tarihli Case C-306/96 - *Javico International and Javico AG v Yves Saint Laurent Parfums SA* kararında görüldüğü üzere) rekabeti kısıtlama amacı kategorisinden çıkarılabildiğini ve bu bağlamda ABİDA'nın 101(1). maddesi altında amaç kısıtlamaları yönünden de bir *rule of reason* analizinin mümkün olabileceğini açıklamaktadır (Bkz. Şahin 2013, s. 34).

⁶⁹ *BIDS* kararı, para. 21.

⁷⁰ *BIDS* kararı, para. 21.

⁷¹ IBANEZ COLOMO, P. (2012), “Market Failures, Transaction Costs and Article 101(1) TFEU Case Law”, *European Law Review*, No:37(5), s. 548.

⁷² AG Wahl'ın görüşü, para. 110.

⁷³ *BIDS* kararı, para. 21.

⁷⁴ *BIDS* kararı, para. 22.

⁷⁵ *BIDS* kararı, para. 23.

⁷⁶ *supra* dipnot 40, s. 104; *supra* dipnot 47.

Son olarak *BIDS* kararında, ABAD'ın dava konusu anlaşmaların amacı değerlendirilirken, anlaşmaların potansiyel etkilerini de tartışmış olması da kayda değerdir⁷⁷. Literatürde de *BIDS* kararının, rekabeti kısıtlayıcı amacın tespiti için anlaşmanın hükümlerinin “kaçınılamaz etkilerinin” de değerlendirilmesi gerektiği sonucuna götürdüğü belirtilmiştir⁷⁸.

2.2. T-Mobile Kararı

T-Mobile kararı esasen rakip konumundaki beş cep telefonu operatörü teşebbüs arasında gerçekleştirilmiş tek bir toplantıya dayanmaktadır⁷⁹. Dosya, Hollanda Ulusal Rekabet Otoritesinin ihlal kararının⁸⁰ temyizi aşamasında, ulusal temyiz mahkemesinin bir uyumlu eylemin hangi durumlarda rekabeti kısıtlayıcı amaç taşıdığı sorusu ile ABAD'ın önüne gelmiştir. ABAD kararında, uyumlu eylemin rekabeti kısıtlayıcı amaç taşıdığına tespit edilmesi açısından, bu uygulamanın rekabet üzerinde “olumsuz bir etki yaratma potansiyeline” (*the potential to have a negative impact on competition*) sahip olmasının yeterli görüleceğini belirtmiştir⁸¹. Bu değerlendirme, literatürde “aşırı kapsayıcı” ve “endişe verecek kadar belirsiz” bulunmuştur⁸². ABAD'ın bu yaklaşımının, kısıtlayıcı amacın tespitini rekabeti kısıtlayıcı etki yaratma “olasılığı” üzerine kurması itibarıyla rekabeti kısıtlayıcı amacın kapsamını genişlettiği değerlendirilmiştir⁸³. Bu türden bir yaklaşımın ise uygulamada ABİDA'nın 101(1). maddesinin “etki” bölümü altında değerlendirme yapılmasını imkansız dahi kılabilceği, zira birçok anlaşmanın rekabet üzerinde negatif etki yaratma potansiyeline sahip olduğu ve bu nedenle bu anlaşmaların (amaç kategorisine dahil edilerek) etki analizinden mahrum kalacakları belirtilmiştir⁸⁴. Öte yandan Pişmaf, *T-Mobile* kararının 31. paragrafındaki bu değerlendirmenin, kararın diğer bölümlerinden ayrı ele alınmaması gerektiği ve bu doğrultuda, salt 31. paragrafın lafzına dayanılarak “rekabeti önleme, kısıtlama

⁷⁷ BIDS Kararı, para. 29-38. Bu doğrultuda bkz. *supra* dipnot 40, s. 103.

⁷⁸ Bkz. ODUDU, O. (2009), “Restrictions of Competition by Object: What's the Beef?”, *Competition Law Journal*, No: 9(1), <http://www.law.cam.ac.uk/faculty-resources/summary/restrictions-of-competition-by-object-whats-the-beef-91-2009-competition-law-journal-11-17/6078>, Erişim Tarihi: 02.11.2014, s. 17.

⁷⁹ Bkz. ABAD'ın 47/09 no.lu basın açıklaması, “A Single Meeting between Companies may Constitute a Concerted Practice in Breach of Community Competition Law”.

⁸⁰ Hollanda Ulusal Rekabet Otoritesinin (*Nederlandse Mededingingsautoriteit*), 2658-344 sayılı kararı.

⁸¹ *T-Mobile* kararı, para. 31.

⁸² JONES, A. ve B. SUFIRIN (2014), *EU Competition Law*, Fifth Edition, Oxford University Press, New York, US, s. 57-58.

⁸³ *supra* dipnot 47. Pişmaf da literatürde *T-Mobile* kararının 31. paragrafının, rekabeti kısıtlayıcı amaç ile etki değerlendirmesi farkı açısından tartışmalara sebebiyet verdiğini, rekabeti kısıtlayıcı amaç kavramının sınırlarını aşırı genişlettiği yönünde değerlendirmeler bulunduğunu belirtmiştir. Bkz. PİŞMAF, Ş. (2012), “İktisadi ve Hukuki Açından Teşebbüsler Arası Bilgi Değişimi”, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No: 115, <http://www.rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT/1/Documents/Uzman%C4%B1k+Tezi/5samilpismafimiz.pdf>, Erişim Tarihi: 30.05.2015, s. 52.

⁸⁴ *supra* dipnot 27, s. 28; *supra* dipnot 31, s. 3.

veya bozma potansiyeline sahip her türlü bilgi değişiminin (veya rekabete aykırı herhangi bir eylemin) ‘amaç bakımından ihlal’ kabul edileceği gibi bir çıkarım”ın uygun olmayacağı görüşündedir. Pişmaf, bu çerçevede, kararda, (*BIDS* kararına atıf yapılarak⁸⁵) rekabeti kısıtlayıcı amaç taşıyan anlaşmaların, doğaları gereği normal rekabetin düzgün işleyişine zararlı (*injurious to the proper functioning of normal competition*) kabul edilmeleri sebebiyle rekabeti kısıtlayıcı etki taşıyan anlaşmalardan ayrıldıklarının da belirtildiğine⁸⁶ işaret etmektedir⁸⁷.

ABAD’ın *T-Mobile* kararında bilgi değişimine ilişkin çıkarımlarına göre ise, şayet rakipler arası bir bilgi değişimi, bilgi paylaşımına katılan teşebbüslerin davranışlarının zamanlaması, boyutu ve detaylarına ilişkin belirsizliği yok edebilecek nitelikte ise, bu bilgi değişiminin amacının rekabeti kısıtlamak olduğu kabul edilmelidir⁸⁸. *T-Mobile* kararı böylece rakip teşebbüsler arası bilgi değişiminin de rekabeti kısıtlayıcı amaç taşıyabileceğini teyit etmiştir.⁸⁹ Pişmaf, *T-Mobile* kararının, AB’de bilgi değişiminin ele alınmasında “küçük bir milat” olarak düşünülebileceğini belirtmiştir. Zira *T-Mobile* kararı öncesi çıkarılan oligopol piyasalarda kolaylaştırıcı eylemlere ilişkin OECD raporuna bakıldığında bilgi değişiminin yalnızca rekabeti kısıtlayıcı etki analizi altında değerlendirilebileceğini kabul eden Komisyon’un⁹⁰, karar sonrasında çıkarılan Yatay İşbirliği Kılavuzu’nda⁹¹, kararın etkisiyle, bazı tür bilgi değişimlerinin amaç kategorisine konulabileceğini kabul ettiği görülmektedir⁹². Sonuç olarak literatürde *T-Mobile* kararının rekabeti kısıtlayıcı amaç kavramının sınırlarını genişlettiği değerlendirilmiştir⁹³.

2.3. GSK Kararı

İlaç üreticisi GSK’nın 1998 yılında, bazı ilaçlar açısından nihai tüketicilerine göre farklılaştırılmış satış koşulları benimsemesi ile başlayan hukuki mesele, AB’de oldukça uzun soluklu bir dosya halini almıştır. *GSK* kararının öneminin anlaşılabilmesi için, ABAD’ın iptal ettiği Genel Mahkemenin konuyla ilgili kararına da bakılması gerekecektir. Genel Mahkeme, ilaç sektöründe paralel ticareti engellemeye yönelik anlaşmaların amacı itibarıyla rekabeti kısıtlamayacağı

⁸⁵ *BIDS* kararı, para. 17.

⁸⁶ *T-Mobile* kararı, para. 29.

⁸⁷ Pişmaf 2012, s. 52.

⁸⁸ *T-Mobile* kararı, para. 41.

⁸⁹ *supra* dipnot 87, s. 52.

⁹⁰ OECD (2007), *Facilitating Practices in Oligopolies*, OECD, Paris, s. 128.

⁹¹ Guidelines on the Applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to Horizontal Co-operation Agreements, [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011XC0114\(04\)&from=EN](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011XC0114(04)&from=EN), Erişim Tarihi: 07.06.2015.

⁹² *supra* dipnot 87, s. 52.

⁹³ Örneğin bkz. *supra* dipnot 31, s. 3; *supra* dipnot 47; *supra* dipnot 27, s. 28-29.

sonucuna ulaşmıştır⁹⁴. ABAD nezdinde temyiz edilmemiş olsaydı, belki de bir “modernizasyon” göstergesi kabul edilebilecek⁹⁵ ve her halükarda paralel ticareti engelleyen anlaşmaların doğrudan amaç kategorisinde değerlendirilmesinin önüne geçebilecek Genel Mahkemenin bu kararının ABAD tarafından iptal edilmesi ile, amacı yönünden rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalar kategorisine paralel ticareti sınırlayan anlaşmalar da dahil edilmiştir⁹⁶.

Kararda, *BIDS* kararına atıf yapılarak, rekabeti kısıtlayıcı amacın tespitinde anlaşmanın içinde bulunduğu hukuki ve ekonomik şartların dikkate alınmasının gerekliliği de vurgulanmıştır⁹⁷. King, *GSK* kararının rekabeti kısıtlayıcı amacın tespitinde anahtar rolü ilgili anlaşmanın içinde bulunduğu hukuki ve ekonomik koşullara vermesinden ötürü önem taşıdığını belirtmektedir⁹⁸.

2.4. Pierre Fabre Kararı

Fransa’da kozmetik ve kişisel bakım ürünlerinin üretimi ve pazarlaması faaliyetleri gösteren Pierre Fabre Dermo-Cosmétique SAS (Pierre Fabre) firmasının ürünlerine ait seçici dağıtım sözleşmelerinin, internet üzerinden her tür satışı *de facto* yasaklaması, bu kararın temelindeki uyumsuzluk olarak ortaya çıkmaktadır⁹⁹.

Fransız Rekabet Otoritesi, söz konusu dağıtım anlaşmalarının gerek Fransız hukuku gerekse AB hukuku açısından rekabeti kısıtlayıcı nitelik taşıdığına hükmetmiştir¹⁰⁰. Pierre Fabre’nin kararı temyiz etmesini takiben Paris Temyiz Mahkemesi “yetkili dağıtıcıların bir seçici dağıtım sistemi kapsamında ürünlerini internet üzerinden satmalarına getirilen genel ve mutlak bir yasak, rekabeti ‘esaslı’ şekilde kısıtlayıcı amaç teşkil eder mi ve böyle bir anlaşma, grup muafiyetinden veya bireysel muafiyetten yararlanabilir mi?” sorularını ABAD’a yöneltmiştir¹⁰¹.

ABAD ise internet satışlarına getirilecek fiili bir yasağın varlığının, yetkili bir distribütörün sözleşme ile belirlenen alanının veya faaliyet bölgesinin dışında

⁹⁴ *supra* dipnot 40, s. 94; ODUDU, O. (2010), “The Last Vestiges of Overambitious EU Competition Law”, *Cambridge Law Journal*, No:69(2), s. 249.

⁹⁵ Odudu 2010, s. 249.

⁹⁶ *supra* dipnot 27, s. 18.

⁹⁷ *GSK* kararı, para. 58.

⁹⁸ *supra* dipnot 40, s. 110.

⁹⁹ SVETLICIINI, A. (2011), “‘Objective Justifications’ of ‘Restrictions by Object’ in Pierre Fabre: A More Economic Approach to Article 101(1) TFEU?”, *European Law Reporter*, No:11, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1991330, Erişim Tarihi: 01.11.2014, s. 348.

¹⁰⁰ Fransız Rekabet Otoritesi kararı için bkz. Décision n° 08-D-25 du 29 Octobre 2008 relative à des Pratiques mises en œuvre dans le Secteur de la Distribution de Produits Cosmétiques et d’Hygiène Corporelle Vendus sur Conseils Pharmaceutiques.

¹⁰¹ *Pierre Fabre* kararı, para. 9-31.

kalan müşterilere satış yapabilme kabiliyetini önemli ölçüde kısıtlayacağı argümanından yola çıkarak, internet satışlarının engellenmesine yönelik anlaşmanın, ürünün özelliklerinden kaynaklanan bir “nesnel gerekçe” (“*objective justification*”) bulunmadığı müddetçe¹⁰² amaç yönünden rekabeti kısıtlayacağı sonucuna ulaşmıştır. Böylece ABAD, amacı yönünden rekabete aykırı anlaşmalar kategorisine, internet satışlarını yasaklayan dikey anlaşmaları da dahil etmiştir¹⁰³. *Pierre Fabre* kararı, dikey anlaşmaların salt amaçları dolayısıyla ABİDA’nın 101. maddesinin ihlalini teşkil etmelerinin uygun olmayacağı görüşü kapsamında eleştirilmiştir¹⁰⁴.

Pierre Fabre kararı literatürde ayrıca rekabeti kısıtlama amacı değerlendirmesinde “nesnel gerekçe”lere atfettiği önem açısından incelenmiştir. ABİDA’nın 101(1). maddesinin amaç unsuru altında (ekonomik ve hukuki şartların tahlili kapsamında) nesnel gerekçelerin de değerlendirmeye alınması, yukarıda *BIDS* kararı kapsamında da değindiğimiz “ABİDA’nın 101(1). maddesi altında *rule of reason* analizi”ni çağırıştırabilecektir¹⁰⁵; zira bu türden bir analizin, anlaşmanın rekabeti kısıtlayıcı yönlerinin nesnel gerekçeleri ile karşılıklı ölçülmesini gerektireceği ifade edilmektedir¹⁰⁶. Bu bağlamda rekabeti kısıtlayıcı amaç taşıdığı *prima facie* tespit edilen bir anlaşma, amaç kutusundan çıkarılabilmektedir¹⁰⁷. Öte yandan, “nesnel gerekçe” kavramının kapsamının, belirsizliğini koruduğu belirtilmiştir¹⁰⁸. Ayrıca ABİDA’nın 101(1). maddesinin amaç değerlendirmesi kapsamında nesnel bir gerekçenin kabul edilmesi ihtimalinin oldukça düşük olduğu görüşü de mevcuttur¹⁰⁹.

2.5. Expedia Kararı

Expedia kararı, rekabeti kısıtlayıcı amaç taşıyan anlaşmaların *de minimis* kuralından¹¹⁰ faydalanamayacağını ortaya koyması sebebiyle AB’de yankı

¹⁰² *Pierre Fabre* kararı, para. 39; *supra* dipnot 23, para. 21.

¹⁰³ *supra* dipnot 23, para. 21.

¹⁰⁴ *supra* dipnot 23, para. 21.

¹⁰⁵ *supra* dipnot 99, s. 351.

¹⁰⁶ *supra* dipnot 40, s. 159.

¹⁰⁷ *supra* dipnot 65, s. 18. Whish, rekabeti kısıtlayıcı amaç kategorisini bir “kutu” olarak değerlendirmektedir (*supra* dipnot 18, s. 124). Rekabeti kısıtlayıcı amaç kavramının kapsamı genişletildikçe, amaç “kutusuna” koyulan anlaşmaların çoğaldığı değerlendirilmiştir (örneğin bkz. *supra* dipnot 27).

¹⁰⁸ KWAN, J. (2015), “Object or Effect: Where do Competition Authorities Need to Draw the Line?”, <http://communities.lawsociety.org.uk/download?ac=8128>, Erişim Tarihi: 20.05.2015, s. 6.

¹⁰⁹ CHAGNY, M. (2012), “Après la Cour de Justice, Retour à la Cour d’Appel de Paris! En Attendant...”, *Communication Commerce électronique (LexisNexis)*, No:2012(1), s. 4.

¹¹⁰ Toplam pazar payı belirli bir eşğin altında kalan teşebbüslerin davranışlarının rekabet üzerindeki etkilerinin göz ardı edilebilecek kadar önemsiz olduğu kabul edilmekte, bu durumda söz konusu teşebbüs davranışları rekabeti kısıtlayıcı nitelikte olsalar dahi cezalandırılmamaktadır.

uyandırmıştır. Fransız Rekabet Otoritesi'nin rekabetin kısıtlanması amacı itibarıyla rekabet hukuku ihlali tespit ettiği dosyada¹¹¹ taraflar, toplam pazar paylarının %10'un altında olduğu gerekçesiyle *de minimis* kuralından faydalanmak istemişlerdir. ABAD ise neticede, rekabeti kısıtlayıcı amacın bulunması durumunda *de minimis* kuralının uygulanamayacağını hüküm altına almıştır.¹¹²

Expedia kararının, amacı yönünden rekabeti kısıtlayıcı anlaşmaların her şartta rekabeti hatırı sayılır ölçüde etkileyeceğini ve bu nedenle *de minimis* kuralı dışında kalacaklarını karara bağlaması açısından *de minimis* kuralı ile rekabeti kısıtlayıcı amaç ilişkisini açıklığa kavuşturduğu değerlendirilmiştir¹¹³. *Expedia* kararını takiben, kararın mevzuata yansıtılması adına rekabeti kısıtlayıcı amaç taşıyan anlaşmaların *de minimis* kuralından faydalanamayacağı hususu De Minimis Bildirimi ile hüküm altına alınmıştır¹¹⁴. 2014 yılında yürürlüğe giren yeni De Minimis Bildirimi, hangi tür anlaşmaların amaç yönünden rekabeti kısıtladığına ilişkin sınırlı bir liste içermemektedir. Hangi anlaşmaların *de minimis* kuralından yararlanabileceğinin tespiti adına rekabeti kısıtlayıcı amaç taşıyan anlaşmalara ilişkin De Minimis Bildirimi'nin beraberinde çıkarılan kılavuzda (De Minimis Kılavuzu)¹¹⁵, amaç yönünden ihlallere ilişkin yakın tarihli kararlara dayanan "gösterge" mahiyetinde bir liste sunulmaktadır¹¹⁶.

Expedia kararının ve bu karara dayanılarak rekabeti kısıtlayıcı amaç taşıyan anlaşmaların De Minimis Bildirimi kapsamından çıkarılmasının ekonomik teori ile bağdaşmadığını savunan görüşler mevcuttur¹¹⁷. Örneğin Monti'ye göre, her

¹¹¹ Bkz. Fransız Rekabet Otoritesi, Décision n° 09-D-06 du 5 Février 2009 relative à des Pratiques mises en œuvre par la SNCF et Expedia Inc. dans le Secteur de la Vente de Voyages en Ligne.

¹¹² *Expedia* kararı, para. 36-37.

¹¹³ *supra* dipnot 14, s. 465.

¹¹⁴ De Minimis Bildirimi, para. 2. Bu doğrultuda bkz. SCORDAMAGLIA-TOUSIS, A. (2014), "New De Minimis Communication: 'De Minimis' and 'By Object' Restrictions of Competition Law", *Journal of Competition Law & Practice Current Intelligence*, <http://jeclap.oxfordjournals.org/content/early/2014/10/10/jeclap.lpu092>, Erişim Tarihi: 05.05.2015, s. 2.

¹¹⁵ Guidance on Restrictions of Competition "By Object" for the Purpose of Defining which Agreements may Benefit from the De Minimis Notice, http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/de_minimis_notice_annex.pdf, Erişim Tarihi: 08.06.2015.

¹¹⁶ Scordamaglia-Tousis 2014, s. 2.

¹¹⁷ AKMAN, P. (2013), "The Court of Justice's Expedia Ruling Undermines the Economic Approach by Eliminating the 'De Minimis' Defence in Object Agreements", <https://competitionpolicy.wordpress.com/2013/06/04/the-court-of-justices-expedia-ruling-undermines-the-economic-approach-by-eliminating-the-de-mimimis-defence-in-object-agreements/>, Erişim Tarihi: 20.05.2015; MONTI, G. (2013), "Response to the Consultation on the Draft Notice on Agreements of Minor Importance", http://ec.europa.eu/competition/consultations/2013_de_minimis_notice/giorgio_monti_en.pdf, Erişim Tarihi: 25.05.2015, s. 2. Benzer bir görüş için bkz. KING, S. (2013), "An Individual Response to the European Commission's Consultation on the Revision of the De Minimis Notice", http://ec.europa.eu/competition/consultations/2013_de_minimis_notice/saskia_king_en.pdf, Erişim Tarihi: 25.05.2015.

ne kadar pazar gücü %1 olan iki şirket fiyatlarını birlikte belirlediklerinde teorik olarak ABİDA'nın 101. maddesi ihlal edilebilecekse de, bu şirketler birlikte fiyat artırmalarının ertesinde müşterileri tarafından terkedileceklerdir; bu nedenle ekonomik bir zarar oluşacaksa da yalnızca ihlali gerçekleştiren teşebbüsler açısından oluşacaktır. Monti, “hiçbir aklı başında rekabet otoritesinin bu iddiayı sorgulamayacağını” belirtmektedir¹¹⁸. Ayrıca *Expedia* kararının rekabeti kısıtlayıcı amaca hiçbir şekilde *de minimis* kuralı uygulanamayacağını hüküm altına alması, aşağıda da tartışılan gecikme-için-öde gibi aslında “iyi huylu” olabilecek anlaşmaların da amaç kutusuna dahil edilmesi sebebiyle, pratikte düşük pazar gücüne sahip teşebbüsler arasında rekabet üzerinde olumlu etkiler yaratabilecek anlaşmaların da rekabeti kısıtladığı sonucuna ulaşılmasına sebep olduğu gerekçesiyle eleştirilmiştir¹¹⁹.

2.6. Allianz Hungaria Kararı

ABAD'ın amaç tartışması zincirinin *CB* kararı öncesi son halkası, *Allianz Hungaria* kararıdır. *Allianz Hungaria* kararında somut olayın değerlendirmesinden bağımsız olarak¹²⁰, ABAD'ın rekabeti kısıtlayıcı amacın varlığının tespitinde izlenecek yöntemle ilişkin açıklamaları oldukça ilginçtir¹²¹. Mahkeme, öncelikle *BIDS* kararına atıf yaparak¹²² rekabeti kısıtlayıcı amaç taşıyan anlaşmaların, kısıtlayıcı etki taşıyan anlaşmalardan farkının, “doğaları gereği normal rekabetin düzgün işleyişine zararlı kabul edilmeleri” olduğunu teyit etmiştir¹²³. Ayrıca, rekabeti kısıtlayıcı amacın tespitinde “ilgili pazarın işleyişinin gerçek koşulları”, “ilgili pazarın yapısı” ve “etkilenen mal veya hizmetlerin yapısı” faktörlerinin inceleneceği belirtilmiştir¹²⁴. Ancak ABAD sayılan faktörlere bir de şu önermeyi eklemiştir: “*İlaveten, soruyu yöneltten mahkeme, ekonomik şartlar dikkate alındığında söz konusu anlaşmaların yürürlüğe konulmasını takiben pazarda rekabetin ortadan kalkacağı veya ciddi ölçüde zayıflayacağı sonucuna varıyorsa, bu durumda da ilgili anlaşmalar amaç yönünden rekabeti kısıtlayıcıdır.*”¹²⁵

ABAD'ın bu yaklaşımı, amaç mekanizmasının en “çekici”¹²⁶ özelliklerinden

¹¹⁸ Monti 2013, s. 2.

¹¹⁹ *supra* dipnot 27, s. 33.

¹²⁰ ABAD, dava konusu dikey anlaşmaların rekabeti kısıtlayıcı amaç taşıyıp taşımadığının nihai değerlendirmesini üye ülke yerel mahkemesine bırakmıştır.

¹²¹ *supra* dipnot 57, s. 546.

¹²² *BIDS* kararı, para. 17.

¹²³ *Allianz Hungaria* kararı, para. 35.

¹²⁴ *Allianz Hungaria* kararı, para. 36.

¹²⁵ *Allianz Hungaria* kararı, para. 48.

¹²⁶ *supra* dipnot 57, s. 547.

biri olan “rekabeti kısıtlayıcı amacın tespitinde derin, detaylı bir olgusal araştırmaya gerek duyulmaması” noktasında kafa karışıklığı yaratmıştır¹²⁷. Bu açıklamalardan yola çıkılarak, rekabeti kısıtlayıcı amacın belirlenmesinde bir tür etki analizine girişilmesi gerektiği sonucuna dahi varılabileceği belirtilmiştir¹²⁸. Nagy, ABAD’ın yukarıda alıntılıdığımız¹²⁹ önermesini “korkunç” (“*disastrous*”) olarak nitelendirmektedir¹³⁰. AG Wahl, *Allianz Hungaria* kararının rekabeti kısıtlayıcı amaç ile etki analizi arasındaki farkı “bulanıklaştırdığını” ifade etmiştir¹³¹. Karar ayrıca, rekabet otoritelerine rekabet üzerindeki etkisi belirsiz ancak cezalandırmak istedikleri anlaşmalar açısından detaylı bir etki analizinden kaçınarak rekabeti kısıtlayıcı amaç tespiti yapabilmelerine imkân tanıyacağı gerekçesiyle eleştirilmiştir¹³².

ABAD’ın yukarıda açıklanan kararlarına son bir kez toplu halde göz atmak gerekirse, bu kararların her birinin rekabeti kısıtlayıcı amaç kavramının sınırlarını genişleten unsurlar içerdiği görülebilmektedir. *BIDS* kararı, rekabeti kısıtlayıcı amaç kavramının dar yorumlanması gerektiği argümanını reddetmiştir. *T-Mobile* kararı rekabeti kısıtlayıcı amaç değerlendirmesinde “olumsuz etki yaratma potansiyeli” üzerinde durarak amaç-etki analizi farkını belirsizleştirmiş, *Allianz Hungaria* kararının ise rekabeti kısıtlayıcı amacın değerlendirilmesinde etki analizine yaklaştığı değerlendirilmiştir. *GSK ve Pierre Fabre* kararları ise, paralel ticareti ve internet satışları engelleyen dikey anlaşmaların (her ne kadar dikey anlaşmaların rekabet üzerindeki kısıtlayıcı etkisi rakipler arası anlaşmalara nazaran daha sınırlı kabul edilse de¹³³) rekabeti kısıtlayıcı amaç taşıdığını hüküm altına almıştır.

ABAD’ın bu kararlar zincirinin de gösterdiği üzere, AB’de zamanla rekabeti kısıtlayıcı amaç kategorisinin kapsamı genişlemiş ve belirsizliği artmıştır¹³⁴. Özellikle amaç analizi ile etki analizi arasındaki farkın gittikçe belirsizleştiği

¹²⁷ *supra* dipnot 57, s. 547.

¹²⁸ Schwartz 2014, s. 3.

¹²⁹ *Allianz Hungaria* kararı, para. 48.

¹³⁰ NAGY, C. I. (2013), “The Distinction between Anti-competitive Object and Effect after Allianz: The End of Coherence in Competition Analysis?”, *World Competition*, No :36(4), http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2447630, Erişim Tarihi: 24.11.2014, s. 561.

¹³¹ AG Wahl’ın görüşü, para. 52.

¹³² HARRISON, P. (2013), “The Court of Justice’s Judgment in Allianz Hungaria is Wrong and Needs Correcting”, *CPI Antitrust Chronicle*, No: May 2013(1), http://www.sidley.com/~media/Files/Publications/2013/05/The%20Court%20of%20Justices%20Judgment%20in%20Allianz%20Hungri_/Files/View%20Article/FileAttachment/HarrisonMay13%281%29, Erişim Tarihi: 01.06.2015, s. 8.

¹³³ Bkz. Guidelines on Vertical Restraints, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:130:0001:0046:EN:PDF>, Erişim Tarihi: 19.01.2015, para. 6.

¹³⁴ *supra* dipnot 45, s. 26; *supra* dipnot 47.

ve rekabeti kısıtlayıcı amaç kategorisinin kapsamının genişlediği¹³⁵ süreçte, AG Wahl’ın görüşü ile birlikte CB kararı, şimdiden AB rekabet hukuku çevrelerinde amacı yönünden rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalar açmazına sonunda açıklık getiren içtihat olarak kabul edilmektedir¹³⁶.

3. CB DOSYASI

3.1. Komisyon Kararı¹³⁷

CB, 1984 yılında en büyük Fransız bankaları tarafından Fransa’da kurulmuş bir ekonomik menfaat grubudur ve “CB” kartları ile ödeme sistemini yönetmektedir¹³⁸. CB’nin ve üyelerinin faaliyet gösterdiği ödeme kartları pazarı, “çift taraflı pazar”¹³⁹ niteliği taşımaktadır¹⁴⁰. Çift taraflı pazarlar açısından ilgili ürün pazarının tanımı, genelde karmaşık bir pazar yapısının detaylı analizini gerektirmektedir¹⁴¹. Bu çalışmanın konusunu oluşturmasa da, ödeme kartları pazarının çift taraflı yapısının, somut olayın rekabetçi analizini ve rekabeti ısıtlayıcı amacın tespitini karmaşıklaştırdığını¹⁴² belirtmekte fayda görüyoruz.

ABAD’ın CB kararına konu olaylar zinciri, 10 Aralık 2002 tarihinde CB’nin ABİDA’nın 101(3). maddesi uyarınca bireysel muafiyet başvurusunda bulunması ile başlamıştır. CB’nin bireysel muafiyet başvurusu, CB kartları sisteminde kabul edilmesi planlanan yeni bazı kuralları içermekte idi:

¹³⁵ *supra* dipnot 27, s. 37; *supra* dipnot 47.

¹³⁶ Global Competition Review (2014), “ECJ Condemns Liberal Interpretation of Object Infringement”, <http://globalcompetitionreview.com/news/article/36840/ecj-condemns-liberal-interpretation-object-infringement>, Erişim Tarihi: 16.09.2014, s. 3.

¹³⁷ Komisyon’un 17.10.2007 tarihli Case COMP/D1/38606 – CB kararı (Komisyon Kararı).

¹³⁸ CB Kartları sistemi, CB’nin bir üyesi tarafından ihraç edilen bir banka kartı ile sistemin diğer üyeleri üzerinden bağlı işyerlerinde ödeme yapılabilmesini ve/veya diğer tüm üyelere işletilen ATM’lerden para çekilebilmesini sağlamaktadır.

¹³⁹ İngilizce’de “*two sided markets*”, Fransızca’da “*les marchés bifaces*” olarak adlandırılmaktadır. Rekabet Kurulu, çift taraflı pazarları “*bir ya da birden çok platformun son kullanıcılar arasında etkileşimi sağladığı ve iki (ya da daha çok) tarafa da uygun ücretler yüklenerek bu tarafların bir araya getirildiği pazarlar*” olarak tanımlamaktadır (Bkz. Rekabet Kurulu’nun 24.04.2007 tarihli ve 07-34/347-127 sayılı ABC Türkiye Tiraj Denetleme Kurulu kararı). Literatürde “çift taraflı pazarlar” terminolojisi yerine, “çok taraflı pazarlar” veya “platform pazarlar” terminolojisi de kullanılabilir.

¹⁴⁰ AG Wahl’ın görüşü, para. 3.

¹⁴¹ SHUTOVA, N. (2013), “Monopole Naturel, Marchés Bifaces, Différenciation Tarifaire: Trois Essais sur la Régulation de Télécommunications”, Université Panthéon – Assas, Ecole Doctorale de Sciences Économiques et de Gestion, Thèse de Doctorat en Sciences Économiques soutenue le 24 Septembre 2013, <http://www.teraconsultants.fr/medias/uploads/pdf/Publications/2013/2013-Sep-these-Natalia-Shutova-vf.pdf>, Erişim Tarihi: 11.11.2014, s. 107.

¹⁴² Bu doğrultuda Fransız Rekabet Otoritesinin örnek bir kararı için bkz. Décision n°13-D-17 du 20 Septembre 2013 relative à des Pratiques de MasterCard relevées dans le Secteur des Cartes de Paiement; ayrıca bkz. Séminaires Nasse (2012), La Direction Générale du Trésor (Fransız Hazinesi Genel Müdürlüğü), *Compte-rendu du Séminaire Philippe Nasse du Jeudi 13 Décembre 2012: Les Marchés «Biface»*, Décembre 2012, <http://www.tresor.economie.gouv.fr/File/395781>, Erişim Tarihi: 08.11.2014.

- i. İlk düzenleme olan “MERFA” (*Mécanisme de régulation de la fonction acquéreur*) (Kabulcülük faaliyetinin düzenlenmesi mekanizması) kapsamında; ihraççılık faaliyetleri kabulcülük¹⁴³ faaliyetinin önüne çıkan CB üyeleri, ilgili bankanın ihraççılık ve kabulcülük faaliyetlerini karşılıklı ölçen bir formül çerçevesinde¹⁴⁴ CB’ye ödeme yapacak ve bu ödemeler, CB’nin diğer üyeleri arasında paylaşılacaktır. CB, MERFA düzenlemesi ile ihraççılık faaliyeti kabulcülük faaliyetine göre ağır basan CB üyelerinin kabulcülük faaliyetlerinin geliştirilmesini ve bu yolla, ihraç kabul dengesi tesisini kolaylaştırmayı amaçladığını belirtmiştir.¹⁴⁵
- ii. İkinci düzenleme, mevcut üyelik aidatının artırılmasıdır.
- iii. Üçüncü düzenleme, “faal olmayan” veya “uykuda olan” üyeler (*dormant members*) için getirilen parasal bir yükümlülüktür. CB bu düzenlemeyi, yeni düzenlemelerin yürürlüğe girmesinden önce CB’ye katılmış ancak kayda değer bir faaliyet göstermemiş üyeler ile yeni üyeler arasında herhangi bir ayrımcılığa sebep olmamak amacıyla, yeni üyelerden kart başına alınan bedelin, faal olmayan üyelerden de alınması şeklinde ifade etmiştir¹⁴⁶.
- iv. Dördüncü düzenleme, ücretlendirmeye ilişkin olmayıp, bu hüküm ile üyelerin oy haklarında yeni bir dağılım sistemi oluşturulmuştur.

Komisyon, CB üyesi kuruluşlardan elde edilen dokümanlara da dayanarak, bu düzenlemelerin hem rekabeti kısıtlama amacına hem de rekabeti kısıtlama etkisine sahip olduğu kanaatine ulaşmıştır¹⁴⁷.

¹⁴³ Kartlı ödeme sistemleri pazarının işleyişine bakılacak olursa, bu sistem, bir mal veya hizmet karşılığı yapılacak ödemenin, kart ihraç eden bir banka tarafından sunulan kredi kartları veya banka kartları vasıtasıyla gerçekleştirilmesini sağlamaktadır. Bir bankanın, kartlı ödeme sisteminde üstlenebileceği iki işlev bulunmaktadır: Kabulcülük ve ihraççılık. Bir banka aynı anda hem kabulcü hem ihraççı olabileceği gibi, sadece ihraççı durumunda da olabilir. Kart ihraç eden bankalar kredi kartları basarak bunları müşterilerine dağıtmakta, kabulcü bankalar ise üye işyerleri ile belirli bir komisyon ücreti karşılığında anlaşarak bu işyerlerine satış noktası terminaleri (POS-Point of Sale Terminal) tedarik etmektedir. Böylece bu kartlar kullanılarak bir ödeme yapıldığında kabulcü banka ile ihraççı banka arasında bir takas – mutabakat ilişkisi ortaya çıkmaktadır. Kartlı sistem kuruluşları ise, kartlı ödeme sistemin işlemini ve kabulcü banka ile ihraççı banka arasındaki takas-mutabakat ilişkisinin sürdürülmesini sağlamak amacıyla faaliyet gösteren kuruluşlardır. Dünyada en tanınmış kartlı sistem kuruluşları Master Card ve Visa’dır. Ülkemizde benzer bir işlev Bankalararası Kart Merkezi tarafından görülmekte ve kartlı ödeme sistemlerine ilişkin veriler bu kurum tarafından toplanmaktadır. Daha fazla bilgi için bkz. Rekabet Kurumu (2009), “Tüm Kartları Kabul Kuralına İlişkin Sektör Araştırması Raporu”, Rekabet Kurumu, Ankara, <http://www.rekabet.gov.tr/File/?p=ROOT%2f1%2fDocuments%2fSekt%25c3%25b6r%2bRaporu%2fsektorrapor3.pdf>, Erişim Tarihi: 08.06.2015.

¹⁴⁴ Formül için bkz. Komisyon Kararı, para. 142.

¹⁴⁵ Komisyon Kararı, para. 139 – 144.

¹⁴⁶ Komisyon Kararı, para. 147.

¹⁴⁷ Komisyon Kararı, para. 1.

Komisyon’un rekabeti kısıtlama amacı tespitine esas oluşturan en önemli unsurlardan biri, CB’nin ana üyelerinin¹⁴⁸ “yeni gelenlerin pazara girişinin ertelenmesi ve/veya bunların cezalandırılması” benzeri ifadelerini içeren belgelerdir¹⁴⁹. İlâveten, CB’nin, yeni düzenlemelerin, özellikle kart bedelleri açısından muhtemel etkileri üzerine bir çalışma yaptırdığı anlaşılmıştır¹⁵⁰. Çalışmanın sonucunda, yeni düzenlemelerin varlığının CB’nin hâlihazırdaki üyeleri lehine finansal sonuçlar doğuracağı, bu düzenlemelerin uygulanmaması halinde ise üyelerin yakın gelecekte finansal kayba uğrayabileceği görülmüştür. Komisyon, bu çalışmaların amacının, “yeni gelenlerin etkili biçimde cezalandırılması ve ana üyelerin uygulamada zarar görmemesinin garanti altına alınması için yeni düzenlemeler üzerinde ince ayarlamalar yapmak”¹⁵¹ olduğu sonucuna ulaşmış ve çalışmayı, rekabeti kısıtlayıcı amacın varlığı kanaatini kuvvetlendiren bir unsur olarak değerlendirmiştir.

Sonuç olarak Komisyon, yeni düzenlemelerin, doğaları ve formüle edilmiş biçimleri gereği Fransız banka kartı ihraççılığı pazarına yeni giren teşebbüslerin yaratacağı rekabeti engelleme, bu teşebbüsleri cezalandırma, banka kartı bedellerindeki düşüşü kısıtlama ve düzenlemeleri kaleme alan ana üyelerin gelirlerini ve pazar paylarını koruma amacını taşıdıkları sonucuna varmıştır. CB’nin ve üye teşebbüslerin MERFA’nın asıl amacının yalnızca “bedavacılığın önlenmesi” olduğu yönündeki argümanları ise amaç analizi kapsamında değil, ABİDA’nın 101(3). maddesi, yani bireysel muafiyet analizi çerçevesinde değerlendirilmiş; ancak, Komisyon neticede her halükarda bedavacılık problemi bulunmadığı sonucuna ulaşmıştır¹⁵².

Komisyon, ABİDA’nın 101(1). maddesi incelemesini, rekabete aykırı amaç tespitinden sonra durdurmamış ve her ne kadar bir anlaşmanın rekabeti kısıtlayıcı amacının tespiti halinde etkilerini dikkate alması gerekirse dahi¹⁵³, rekabeti

¹⁴⁸ CB’nin ana üyeleri, 2007 yılı itibarıyla, aralarında BNP Paribas ve Société Générale’in de bulunduğu Fransa’nın en büyük bankaları arasında yer alan on bir bankadan oluşmakta idi.

¹⁴⁹ Komisyon Kararı, para. 94 vd. Kararda Komisyon’un, pazara yeni girenlerden kaynaklanan rekabetin engellenmesi amacını değerlendirirken, Elektronik Bankacılık İdare Komitesi (COM) toplantıları sırasında hazır bulunanların, e-posta mesajları ve diğer sair belgelerde tespit edilen beyanlarına gönderme yapmıştır. Bu toplantılar, CB tarafından 1999 yılının Şubat ayından beri bankacılığa, özellikle de elektronik ödeme araçları gibi konulara ilişkin yapıldığı belirtilen toplantılarından oluşmaktadır. COM toplantılarının katılımcılarını, büyük çoğunlukla CB’nin ana üyeleri oluşturmaktadır. Komisyon’un değerlendirmesine esas olan beyan ise, toplantıya katılanların (yani CB’nin ana üyelerinin) “yeni gelenlerin pazara girişinin ertelenmesi ve/veya bunların cezalandırılması” şeklinde ifadelerden oluşmaktadır.

¹⁵⁰ Komisyon Kararı, para. 70 vd.

¹⁵¹ Komisyon Kararı, para. 94 vd.

¹⁵² Komisyon Kararı, para. 469 vd.

¹⁵³ Komisyon Kararı, para. 252.

kısıtlayıcı etkinin varlığı açısından da oldukça detaylı bir tahlil yapmış ve ilgili düzenlemelerin en azından potansiyel olarak rekabeti kısıtlayıcı etkiye sahip olduğu sonucuna ulaşmıştır¹⁵⁴.

Komisyon, kararda nihai olarak MERFA'yı, ilave üyelik aidatlarını ve uykuda olan üyeleri uyandırma mekanizmasını ABİDA'nın 101. maddesine aykırı bulmuş ve CB'nin amacı veya etkisi aynı veya benzer olabilecek her türlü düzenlemesini ve davranışını yasaklamıştır.

3.2. Genel Mahkeme Kararı

Genel Mahkeme Kararı'nın ve ardından ABAD kararının kilit noktasında, davacıların, dava konusu kuralları (MERFA'yı ve üyelere getirilen diğer finansal yükümlülükleri) tamamen hukuka uygun bir amaç ile düzenledikleri argümanı bulunmaktadır. Komisyon nezdindeki süreçten başlayarak davacılar (CB ve CB'nin üç büyük üyesi olan BNP Paribas, BPCE ve Société Générale), dava konusu düzenlemelerin amacının, bedavacılığın önlenmesi olduğunu ve bu amacın meşruiyetini vurgulamaya ve savunmaya devam etmişler; ancak, Komisyon amaca dair ileri sürülen bu argümanı, rekabeti kısıtlayıcı amacın incelendiği mecrada, yani ABİDA'nın 101(1). maddesi analizinde dikkate almamış, bireysel muafiyet analizinde ise bedavacılık argümanını, pazarda bedavacılık sorununun bulunmadığı tespitine dayanarak bertaraf etmiştir.

Davacılar, Genel Mahkeme önünde de bu pozisyonlarını korumuş ve Komisyon nezdinde öne sürdükleri “bedavacılık ile savaşmanın meşru bir amaç olduğu”¹⁵⁵ (“*l’objectif légitime de lutter contre le parasitisme*”) savunmasının, ABİDA'nın 101(1). maddesi kapsamında incelenerek uygulamaların amaç yönünden rekabeti kısıtlayıcı olmadığı kanısına varılabilecek iken, Komisyon'un bedavacılığın önlenmesi meselesini ABİDA'nın 101(1). maddesi değerlendirmesinde dikkate almayarak bireysel muafiyet analizinde gündeme getirmesinin, uygulamaların amacı konusunda hataya düşmesine sebebiyet verdiğini iddia etmişlerdir¹⁵⁶.

¹⁵⁴ Komisyon ilaveten ABİDA'nın 101(3). maddesi kapsamında bireysel muafiyet değerlendirmesi de yapmıştır. Bu çalışmanın konusu ile ilişkisi bulunmadığından Komisyon'un bireysel muafiyet analizi çalışmamız kapsamında detaylı olarak açıklanmamıştır.

¹⁵⁵ Genel Mahkeme Kararı, para. 77.

¹⁵⁶ Genel Mahkeme Kararı'nın 72. paragrafından, Komisyon'un rekabeti kısıtlayıcı amaç değerlendirmesinde CB'nin “bedavacılığın önlenmesi” argümanından yola çıkarak dosya konusu düzenlemelerin CB Sistemi'nin işleyişi açısından yan sınırlamalar (*ancillary restraints*) doktrini kapsamında incelenebileceğini belirttiği anlaşılmaktadır. Öte yandan, aynı paragrafta, davacıların Genel Mahkeme nezdinde yan sınırlamalar doktrinini açıkça öne sürmediği belirtilmiştir. Ayrıca Komisyon'un CB dosyasında rekabeti kısıtlayıcı etkileri değerlendirirken yan sınırlamalar doktrininin dosyada uygulanmasının mümkün olmadığını, zira dosya konusu düzenlemelerin CB Sistemi'nin işleyişi açısından “ulaşılacak istenen hedeflere ulaşılabilmesi için gerekli ve bu hedeflerle doğrudan ilgili” olmadıkları gerekçesiyle yan sınırlama kabul edilemeyeceklerini karara

Kararda en çok dikkat çeken ifadelerden bir tanesi, Genel Mahkeme'nin “rekabetin amaç yönünden kısıtlanmasına dar bir yorum atfetmemek gerektiği”¹⁵⁷ yönündeki beyanıdır¹⁵⁸. Genel Mahkeme bu argümanını *BIDS* kararına dayandırmıştır. Oysaki *BIDS* kararının ilgili bölümü¹⁵⁹, yukarıda da açıkladığımız üzere, aslen rekabeti kısıtlama amacının dar yorumlanmaması gerektiğini açıkça belirtmemekte; yalnızca *BIDS*'in “rekabeti kısıtlayıcı amacın dar yorumlanması gerektiği” argümanına karşı, ABİDA'nın 101(1). maddesinde sayılan anlaşmaların sınırlı sayıda olmadığını ifade etmektedir. Genel Mahkeme, ABAD'ın *BIDS* kararındaki bu yaklaşımından gerçekten de rekabeti kısıtlayıcı amaç kavramının dar yorumlanmaması gerektiği sonucuna ulaşmış olacak ki, kararında *BIDS* kararının açıklanan bölümüne atıf ile “rekabetin amaç yönünden kısıtlanmasına dar bir yorum atfetmemek gerektiği” hususunu açıkça dile getirmiştir.

Kararın devamında ise Genel Mahkeme, rekabeti kısıtlayıcı amacın tespitinde değerlendirilmesi gereken faktörleri sıralamaktadır¹⁶⁰. Bu çerçevede her ne kadar ABAD'ın yukarıda da açıklanan kararlarında ortaya konulan faktörlerin bir bölümü¹⁶¹ ele alınmış ise de, rekabeti kısıtlayıcı amaç taşıyan anlaşmaların “rekabet üzerinde kâfi derecede zarar ortaya koydukları” hususu belirtilmemiştir.

Genel Mahkeme ayrıca dava konusu kuralları, “pazara yeni girenlerin pazar paylarını artırmalarına engel” oldukları gerekçesiyle, *BIDS* kararına konu ve bu bağlamda rekabeti kısıtlayıcı amaç taşıdığına hükmedilmiş düzenlemelere benzer

bağladığı görülmektedir (Komisyon Kararı, para. 365 vd.). Yukarıda 2. Bölüm altında sunulan “ABİDA'nın 101(1). maddesi kapsamında *rule of reason*” açıklamalarımız doğrultusunda, yan sınırlamalar doktrininin de ABİDA'nın 101(1). maddesi kapsamında bir *rule of reason* analizi olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğine ilişkin tartışmaların varlığına değinmekte fayda görüyoruz. Şahin, yan sınırlamalar değerlendirmesinin “tabiatında” bir “dengelemenin” var olduğunu ve bu itibarla yan sınırlamalar doktrininin ABİDA'nın 101(1). maddesi kapsamında *rule of reason* analizi olarak yorumlanabildiğini açıklamaktadır (Şahin 2013, s. 24).

¹⁵⁷ Genel Mahkeme Kararı, para. 124.

¹⁵⁸ Ör. bkz. CCI Paris Ile-de-France, Creda-Concurrence (2014), “L’Avocat Général Wahl Invite la Cour à Adopter une Conception Restrictive de la Notion de “Restriction par Objet” et d’Annuler en Conséquence l’Arrêt du Tribunal confirmant que les Mesures en cause dans l’Affaire du Groupement des Cartes Bancaires “CB” avaient pour “Objet” de Restreindre la Concurrence”, <http://www.cci-paris-idf.fr/etudes/competitivite/commerce-concurrence-consommation/jurisprudence-ue-cour-justice-union-appelle-commission-etre-plus-precise-redaction-communications-griefs-creda>, Erişim Tarihi: 19.10.2014; Shearman and Sterling Antitrust Client Publication (2014), “The EU General Court Gets a Rap on its Knuckles”, <http://www.shearman.com/~media/Files/NewsInsights/Publications/2014/09/The-EU-General-Court-Gets-a-Rap-on-Its-Knuckles-AT-091114.pdf>, Erişim Tarihi: 08.11.2014, s.2; *supra* dipnot 47.

¹⁵⁹ *BIDS* kararı, para. 22-23.

¹⁶⁰ Genel Mahkeme Kararı, para. 125.

¹⁶¹ Bu faktörler hususi olarak şöyledir: Anlaşmanın içinde bulunduğu hukuki ve ekonomik koşullar kapsamında incelenmesi gerekliliği, Komisyon'un rekabeti kısıtlayıcı amacın değerlendirilmesinde zorunlu değilse de tarafların niyetlerini dikkate alabileceği, anlaşmanın rekabeti kısıtlama “potansiyeline” sahip olmasının rekabeti kısıtlayıcı amaç tespiti açısından yeterli olacağı ve rekabetin gerçek anlamda kısıtlanmasının aranmaması.

bulmuştur¹⁶². Yukarıda *BIDS* kararının açıklandığı bölümde ele alındığı üzere, *BIDS* kararına konu düzenlemeler, sektördeki fazla kapasitenin azaltılmasını hedeflemektedir ve ilgili anlaşmaların bu nedenle oyuncuların pazar paylarını arttırmalarına engel teşkil ettiği kabul edilmiştir. Öte yandan, Genel Mahkeme Kararı'nda, *CB* dosyasına konu anlaşmaların üyelerin ihraççılık faaliyetlerinde azalmayı teşvik ettikleri tespit edilmiş, öte yandan bu teşvik ile herhangi bir kapasite fazlalığının azaltılmasının değil, ihraççılık ve kabülcülük faaliyetlerinin dengelenmesinin hedeflendiği de kabul edilmiştir¹⁶³.

Sonuç olarak Genel Mahkeme, Komisyon'un amaç analizini hatalı bulmamıştır; üstelik rekabeti kısıtlayıcı amacı elindeki bilgi ve bulgulara dayanarak tespit eden Komisyon'un, davacıların bu düzenlemelerin amacına ilişkin argümanlarını (somut olay özelinde bedavacılığın önlenmesi argümanını) dinlemesi gerekmediğini dahi belirtmiştir¹⁶⁴.

3.3. AG Wahl'ın Görüşü ve ABAD Kararı

3.3.1. AG Wahl'ın Görüşü

AG Wahl'ın 27 Mart 2014 tarihinde ABAD'a sunduğu görüşü, "rekabeti kısıtlayıcı amaç" tartışmasında kanımızca bir dönüm noktasıdır. AG Wahl, rekabeti kısıtlayıcı amacı açıklarken, öncelikle bu mekanizmanın *per se* kurallar ile benzeşen sonuçları bulursa dahi iki kuralın aynı olmadığını¹⁶⁵, rekabeti kısıtlayıcı amaç taşıyan anlaşmaların da bireysel muafiyet kapsamında değerlendirilebileceğini belirtmiştir¹⁶⁶. Rekabeti kısıtlayıcı amaç kuralının usul ekonomisi ve hukuki belirlilik başta olmak üzere avantajlarına da dikkat çeken AG Wahl, bu avantajların ancak rekabeti kısıtlayıcı amaç kavramının sınırlarının belirgin şekilde çizilmesi sonucu elde edilebileceğini vurgulamıştır.¹⁶⁷ AG Wahl, amaç kutusunun sınırlarını çizebilmek adına, *BIDS* kararı da dahil olmak üzere geçmiş tarihli ABAD kararlarından yola çıkarak ilk olarak rekabeti kısıtlayıcı amacın tespiti halinde ilgili anlaşmanın, etkilerine bakılmaksızın ABİDA'nın 101(1). maddesi tarafından yasaklanacağı hususunu, ikinci olarak ise, amaç kutusuna giren anlaşmaların "doğaları gereği" rekabetin normal işleyişine zararlı kabul edilmeleri dolayısıyla rekabeti kısıtlayıcı etki taşıyan anlaşmalardan ayrıldıklarını açıklamıştır.

¹⁶² Genel Mahkeme Kararı, para. 197-198.

¹⁶³ Genel Mahkeme Kararı, para. 245, para. 247 ve para. 327.

¹⁶⁴ Genel Mahkeme Kararı, para.155-158.

¹⁶⁵ AG Wahl'ın görüşü, para. 32.

¹⁶⁶ AG Wahl'ın görüşü, para. 34.

¹⁶⁷ AG Wahl'ın görüşü, para 35 ve 36.

AG Wahl, rekabeti sınırlayıcı amacın tespit edilebilmesi için ilgili anlaşmanın amacının, anlaşmanın yapıldığı “hukuki ve ekonomik koşullar” çerçevesinde incelenmesi gerektiğini vurgulamıştır¹⁶⁸. AG Wahl’a göre; ekonomik ve hukuki koşullardan tamamıyla soyutlanmış çıkarımları savunmak zordur ve bu çıkarımlar, teşebbüslerin aleyhine sonuçlar doğurabilir. Buna karşılık, AG Wahl, amacın belirlenmesinde bir anlaşmanın içinde bulunduğu koşulların dikkate alınması ile aynı anlaşmanın rekabeti kısıtlayıcı etkilerinin incelenmesinin birbiri ile kesinlikle karıştırılmaması gereken tahliller olduğunun altını çizmiş, bu doğrultuda *Allianz Hungaria* kararının¹⁶⁹ yukarıda 2.6. Bölümde belirttiğimiz amaç-etki karışıklığına da değinmekten kaçınmamıştır. AG Wahl, hukuki ve ekonomik koşulların dikkate alınması gerektiğini savunurken, bu egzersizin yalnızca anlaşmanın hükümlerinin analizini güçlendirmeye veya nötrleştirmeye yarayabileceğini eklemiştir. AG Wahl’a göre; hukuki ve ekonomik koşulların incelenmesi, anlaşma hükümlerinin “rekabet üzerindeki potansiyel olumsuz etkilerinin ortaya konulması suretiyle rekabeti kısıtlayıcı amacın tespit edilmesi yönünde bir hatayı” kesinlikle telafi etmeyecektir¹⁷⁰. Diğer bir deyişle, anlaşma hükümleri rekabeti kısıtlayıcı amacın tespitine elvermiyorsa, anlaşmanın içinde bulunduğu koşullara bakılarak anlaşmayı rekabeti kısıtlayıcı amaç kutusuna koymak mümkün olmamalıdır¹⁷¹. Ancak bir anlaşmanın hükümleri rekabeti kısıtlayıcı amaca işaret etse de, anlaşmanın içinde bulunduğu koşullar (örneğin pazarın çift taraflı yapısı), rekabeti kısıtlayıcı amaç tespitinden uzaklaşılmasını sağlayabilecektir¹⁷².

AG Wahl, bugüne kadar yapılmış rekabeti kısıtlayıcı amaç tartışmalarına şu formül ile bir nokta koymaktadır: “Öyleyse, yalnız, doğası gereği zarar verici olduğu deneyimler ve iktisadi ilkeler ışığında kanıtlanmış olan ve kolaylıkla tespit edilebilen davranışlar, *amacı yönünden rekabeti kısıtlayıcı olarak değerlendirilmeli; içinde buldukları koşullar göz önüne alındığında pazarda değişken etkiler doğuran veya esasen rekabeti kısıtlayıcı olmayan bir amaca*

¹⁶⁸ AG Wahl’ın görüşü, para. 38 ve para. 41 vd.

¹⁶⁹ Bkz. 2.6. Bölüm.

¹⁷⁰ AG Wahl’ın görüşü, para. 44.

¹⁷¹ HAUTBOURG, S. ve A. CHOFFEL (2014), “La Notion de ‘Restriction de Concurrence par Object’ après l’Arrêt Cartes Bancaires”, Séminaire Droit et Economie de la Concurrence, Paris France, http://www.concurrences.com/spip.php?action=acceder_document&arg=24946&cle=cea5f793fee76fe83529783b4804c1b8e11171a5&file=pdf%2Fslidesconfconcurrences14oct2014-2.pdf, Erişim Tarihi: 05.05.2015, s.6.

¹⁷² KILLICK, J. ve J. JOURDAN (2014), “Cartes Bancaires: A Revolution or A Reminder of Old Principles We Should Never Have Forgotten?”, *Competition Policy International*, <https://www.competitionpolicyinternational.com/cartes-bancaires-a-revolution-or-a-reminder-of-old-principles-we-should-never-have-forgotten>, Erişim Tarihi: 11.12.2014, s. 5.

ulaşılabilmesi için gerekli olan yan sınırlama etkileri taşıyan anlaşmalar, amacı yönünden rekabeti kısıtlayıcı olarak değerlendirilmemelidir¹⁷³. Bu nitelendirme, rekabet otoritesini, ilgili anlaşmanın veya davranışın rekabete aykırı etkilerini kanıtlama sorumluluğundan kurtaracaktır¹⁷⁴. [...] Bu sebeplerden ötürü, amaç yönünden rekabeti kısıtlayıcı anlaşma sınıflandırmasının çerçevesi sınırlanmalıdır ve nihai olarak yalnızca, doğası gereği belirli bir derecede zarar ortaya çıkaran anlaşmalara uygulanmalıdır¹⁷⁵.”

ABAD’ın yukarıda tartıştığımız geçmiş kararlarından damıtılarak dikkatlice kaleme alınmış bu formülün bileşenleri şöyle sıralanabilir: (i) Rekabeti kısıtlayıcı amaç kavramının sınırları **dar** tutulmalıdır; (ii) Rekabeti kısıtlama amacı değerlendirmesinde, anlaşmaların içinde buldukları **ekonomik ve hukuki koşullar** dikkate alınacaktır; (iii) Anlaşmanın ilgili pazardaki **etkileri** veya **potansiyel etkileri**, rekabete aykırı amacın tespitinde **kullanılmayacaktır**; (iv) Kısıtlayıcı amaç kategorisine yalnızca, **rekabete zarar verici doğası deneyimler** ve **ekonomi** ışığında açıkça görülebilen anlaşmalar girecektir.

AG Wahl, bu formülü somut olaya uyguladığında, CB’nin karara konu uygulamalarının Komisyon ve Genel Mahkeme’nin tespitlerinin aksine rekabeti kısıtlayıcı amaç taşımadığı sonucuna ulaşmıştır.

3.3.2. CB Kararı

ABAD, AG Wahl’ın görüşü paralelinde ortaya çıkan CB kararında öncelikle yerleşik içtihadından yola çıkarak, rekabeti kısıtlayıcı amacın saptanmasında kullanılacak temel hukuki kriterin, anlaşmanın “özünde rekabete kâfi derecede zarar ortaya koyup koymadığının” tespiti olduğunu, Genel Mahkeme’nin ise rekabeti kısıtlayıcı amacın tanımında ve değerlendirilmesinde başvurulacak faktörler kapsamında¹⁷⁶ bu kriteri yer vermeyerek hataya düştüğünü belirtmiştir¹⁷⁷. ABAD ayrıca (AG Wahl’ın ortaya koyduğu kadar belirgin olmasa da) rekabeti kısıtlayıcı amacın tespitinde deneyimlerin rolüne işaret etmiştir¹⁷⁸. Bu bağlamda ABAD’ın rekabeti kısıtlayıcı amacın tespitinde, “deneyim” unsuruna ilk kez önem atfettiği belirtilmektedir¹⁷⁹.

¹⁷³ AG Wahl’ın görüşü, para. 56.

¹⁷⁴ AG Wahl’ın görüşü, para. 57.

¹⁷⁵ AG Wahl’ın görüşü, para. 58.

¹⁷⁶ Genel Mahkeme Kararı, para. 125.

¹⁷⁷ CB kararı, para. 57.

¹⁷⁸ CB kararı, para. 51. Bu doğrultuda bkz. *supra* dipnot 172, s. 6.

¹⁷⁹ *supra* dipnot 172, s. 8; RUIZ CALZADO, J. ve A. SCORDAMAGLIA-TOUSIS (2015), “Groupement des Cartes Bancaires v Commission: Shedding Light on What is not a ‘By Object’ Restriction of Competition”, *Journal of Competition Law & Practice Current Intelligence*, <http://jeclap.oxfordjournals.org/content/early/2015/03/18/jeclap.lpv022.abstract>, Erişim Tarihi: 17.05.2015, s. 2.

ABAD, Genel Mahkeme'nin *BIDS* kararına¹⁸⁰ atıf yapmak suretiyle ulaştığı “rekabetin amaç yönünden kısıtlanmasına dar bir yorum atfetmemek gerekir”¹⁸¹ şeklindeki yargısını ise hatalı bulmuştur. Bu çerçevede, rekabeti kısıtlayıcı amaç kuralının yalnızca rekabet üzerinde kâfi derecede zarar ortaya koyan belirli koordinasyon türlerine uygulanabileceğini vurgulayan ABAD, aksinin kabulü halinde Komisyon'un, rekabet üzerinde “doğası gereği” zarar ortaya koymayan anlaşmaların rekabet üzerindeki etkilerini analiz etmeden dahi ABİDA'nın 101(1). maddesini ihlal ettikleri sonucuna varabileceğini açıklamıştır¹⁸². ABAD bu bağlamda ABİDA'nın 101(1). maddesinde sayılan ihlal türlerinin sınırlı bir ihlal listesi oluşturmadığı hususunu, yani Genel Mahkeme'nin amaç kategorisinin dar yorumlanmaması gerektiği argümanına esas aldığı *BIDS* kararı hükmünü¹⁸³ ise konu dışı bulmuştur¹⁸⁴.

CB kararının dikkatimizi çeken bir özelliği, kararda ABAD'ın geçmiş kararlarından¹⁸⁵, rekabeti kısıtlayıcı amaç ve etki analizlerine ilişkin olarak özellikle (rekabeti kısıtlayıcı amaç tespit edildiğinde anlaşmanın etkilerinin incelenmesinin gerekmemesi, amaç tespitinde anlaşmanın içinde bulunduğu ekonomik ve hukuki koşulların dikkate alınmasının gerekliliği gibi) yerleşik prensipleri seçerek bu kurallara dayanması¹⁸⁶, bununla birlikte rekabeti kısıtlayıcı amaca ilişkin etki analizine kaydığı düşünülebilecek ifadeler¹⁸⁷ atıf yapmamış olmasıdır¹⁸⁸. Kanımızca, ABAD'ın böylelikle, rekabeti kısıtlayıcı amacın tespitinde belirsizliğe sebebiyet veren geçmiş hükümlerinin, amaç analizinde esas alınmayacağını kabul ettiği söylenebilecektir¹⁸⁹.

CB kararında göze çarpan bir diğer değerlendirme de, ABAD'ın geçmiş içtihadıyla da bağlantılı olarak¹⁹⁰ bir anlaşmanın rekabete uygun amaçlar gütmesine rağmen, aynı zamanda rekabete aykırı bir amacı bulunabileceği, yani ihlal teşkil edebileceği değerlendirmesidir¹⁹¹. Bununla birlikte kanımızca

¹⁸⁰ *BIDS* kararı, para. 22-23.

¹⁸¹ Genel Mahkeme Kararı, para. 124.

¹⁸² *CB* kararı, para. 58.

¹⁸³ *BIDS* kararı, para 22-23.

¹⁸⁴ *CB* kararı, para. 58.

¹⁸⁵ Örneğin *BIDS* kararı ve *Allianz Hungaria* kararı.

¹⁸⁶ Örneğin bkz. *CB* kararı, para. 49-51.

¹⁸⁷ Örneğin *Allianz Hungaria* kararının yukarıda açıkladığımız ve amaç-etki analizi karmaşasına sebebiyet verdiği düşünülen bölümleri.

¹⁸⁸ *supra* dipnot 31, s. 4.

¹⁸⁹ Benzer bir görüş için bkz. *supra* dipnot 172, s. 6.

¹⁹⁰ Örneğin bkz. *BIDS* kararı, para.21.

¹⁹¹ *CB* kararı, para.70.

ABAD, anlaşma taraflarının sübjektif amacını da tamamen bertaraf etmemiştir. ABAD, her ne kadar tarafların (somut olay açısından bedavacılığın önlenmesi) niyetinin ilgili anlaşmanın rekabeti kısıtlayıcı amaç taşıyıp taşımadığının belirlenmesinde esaslı unsur olmadığını belirtmiş ise de, rekabet otoritelerinin ve mahkemelerin bu unsuru dikkate almalarının önünde herhangi bir engel bulunmadığını da açıklamıştır. ABAD, Genel Mahkeme'nin, pazarın çift taraflı yapısını tespit etmesine ve ödeme kartları sisteminde ihraç ve kabul faaliyetleri arasındaki etkileşimi kabul etmesine rağmen, bu etkileşimi, ilgili ürün pazarını ihraççılık faaliyetleri ile sınırlandırmak suretiyle, analizinin dışında tutarak¹⁹² dava konusu anlaşmaların rekabeti kısıtlayıcı amaç taşıdığına hükmetmesini ise hatalı bulmuştur¹⁹³.

Bu doğrultuda ABAD, Genel Mahkeme'nin, dava konusu düzenlemelerin üyelerin ihraç ve kabul faaliyetleri arasında bir orantı sağlama amacı güttüklerini kabul etmiş olduğunu vurgulamıştır. Bu çerçevede ise, Genel Mahkeme'nin, rekabeti kısıtlama amacı bulunduğu değil, “en fazla, ilgili düzenlemelerin sistemin kabul faaliyetlerini geliştirmek adına, diğer üyelerden fayda sağlayan CB üyelerine bir finansal katkı sağlama yükü getirme amacı taşıdığı” sonucuna ulaşabileceğini belirtmiştir. ABAD, bu türden bir amacın “doğası gereği rekabetin işleyişine zararlı” olamayacağını ifade etmiştir. CB kararında, ABAD, Genel Mahkeme'nin de CB'nin ısrarla vurguladığı “bedavacılığın önlenmesi” amacının meşru bir amaç olduğunu kabul ettiğinin ayrıca altını çizmiştir¹⁹⁴.

CB kararında ayrıca, Genel Mahkeme'nin dava konusu düzenlemelerin “sisteme yeni girenlerin oluşturacağı rekabeti engellemeleri” dolayısıyla rekabeti kısıtlayıcı amaç taşıdıkları değerlendirmesine istinaden, Genel Mahkeme'nin bu analizinin (her ne kadar düzenlemelerin, sisteme yeni girenlerin rekabet etmelerini zorlaştırması ihtimali dışlanamasa da) amaca yönelik bir analize değil, bir etki analizi kapsamına girdiği belirtilmektedir¹⁹⁵. Bu doğrultuda, Genel Mahkeme'nin dava konusu düzenlemeleri, BIDS'ın bazı teşebbüsleri sektördeki kapasite fazlalığı sebebiyle pazar dışına çıkmaya teşvik eden düzenlemelerine benzetmesini de hatalı bulan ABAD, Genel Mahkeme'nin BIDS dosyasında

¹⁹² CB kararı, para. 76; ROSATI, F. (2014), “Le Rôle de l'Analyse Économique dans l'Évaluation des Infractions par Object”, Séminaire Droit et Economie de la Concurrence, Paris France, http://www.concurrences.com/spip.php?action=accéder_document&arg=24946&cle=cea5f793fec76fe83529783b4804c1b8e11171a5&file=pdf/%2Fslidesconfconcurrences14oct2014-2.pdf, Erişim Tarihi: 05.05.2015, s. 10.

¹⁹³ CB kararı, para. 74.

¹⁹⁴ CB kararı, para. 75.

¹⁹⁵ CB kararı, para. 80-81. AG Wahl da, sisteme yeni girenlerin oluşturacağı rekabetin engellenip engellenmediğinin bir (potansiyel) etki analizi altında irdelenmesi gerektiği görüşünü dile getirmiştir (AG Wahl'ın görüşü, para. 131).

olduğu gibi “pazarın yapısını önemli ölçüde değiştirmeyi hedefleyen” ve bu çerçevede rekabete kâfi derecede zarar ortaya koyan bir düzenlemenin varlığını tespit etmediğini açıklamıştır¹⁹⁶. ABAD bu noktada, Genel Mahkeme’nin CB’nin dava konusu düzenlemeleriyle herhangi bir kapasite fazlalığının azaltılmasının değil, ihraççılık ve kabülcülük faaliyetlerinin dengelenmesinin hedeflendiğini de kabul ettiğine dikkat çekmektedir¹⁹⁷.

Neticede ABAD, Genel Mahkeme’nin somut olayda (i) rekabeti kısıtlayıcı amacın değerlendirilmesinde esas alınacak hukuki kriterler, (ii) temyiz edilen kararın gerekçeleri, (iii) ABİDA’nın 101(1). maddesi altında dava konusu düzenlemelerin nitelendirilmesinde hataya düştüğünü¹⁹⁸ ve CB’nin düzenlemeleri açısından, rekabet üzerinde kâfi derecede zarar ortaya koyan bir anlaşmayı tespit etmekten uzak olduğunu¹⁹⁹ belirterek, rekabeti kısıtlayıcı amaç yargısını hukuka aykırı bulmuş²⁰⁰ ve Genel Mahkeme Kararı’nı iptal etmiştir.

4. CB KARARININ AB REKABET HUKUKUNDAKİ POTANSİYEL ETKİLERİ

4.1. Genel Değerlendirmeler

CB kararı AB’de rekabet hukuku çevrelerinde büyük yankı uyandırmıştır²⁰¹. Aslında, rekabeti kısıtlayıcı amacın tespitinde esas alınması gereken temel kriterin, yani ancak rekabete “kâfi derecede zarar ortaya koyan” anlaşmaların rekabeti kısıtlayıcı amaç taşıdığı kabul edilebileceği kriterinin, geçmiş ABAD kararlarında da tekrarlandığı ve CB kararı ile herhangi bir değişikliğe uğramadığı görülmektedir²⁰². ABAD, CB kararında, Genel Mahkeme’nin kararında yer vermediği bu temel kriteri bir kez daha vurgulamıştır. Öte yandan rekabeti kısıtlayıcı amacın dar yorumlanması gerektiğini hüküm altına alması açısından CB kararını, Areeda’nın sözleriyle²⁰³ AB’de rekabeti kısıtlayıcı amacın genişletilmiş sınırları

¹⁹⁶ CB kararı, para. 83-85.

¹⁹⁷ CB kararı, para. 86.

¹⁹⁸ CB kararı, para. 89.

¹⁹⁹ CB kararı, para. 90.

²⁰⁰ CB kararı, para. 92.

²⁰¹ Örneğin bkz. *supra* dipnot 136; Latham & Watkins Client Alert (2014), “‘By Object’ Restrictions of Competition Revisited: European Court of Justice Endorses Narrow Interpretation”, <http://www.lw.com/thoughtLeadership/LW-European-Justice-Court-Groupement-Cartes-Bancaires>, Erişim Tarihi: 20.09.2014, s.1; AUER, D. ve N. PETIT (2015), “Two-Sided Markets and the Challenge of Turning Economic Theory into Competition Policy”, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2552337, Erişim Tarihi: 25.05.2015, s. 23 (Mayıs 2015 itibarıyla Auer ve Petit’nin makale üzerindeki çalışmaları halen sürmektedir. Bu makalenin çalışmamızda kaynak olarak kullanılabilmesi için yazarların onayı alınmıştır); *supra* dipnot 31, s. 6; *supra* dipnot 171.

²⁰² IDOT, L. (2014), “La Cour Rappelle les Principes Applicables pour l’Identification d’un Restriction de Concurrence par Objet en revenant à une Approche plus Restrictive?”, *Europe (LexisNexis)*, No:2014(11).

²⁰³ Bkz. Giriş bölümü.

açısından atılan bir geri adım olarak değerlendirmek mümkündür²⁰⁴. Kararın, “rekabeti kısıtlayıcı amacın kural değil, istisna hükmü olduğunu” hatırlattığı belirtilmiştir²⁰⁵. Bu çerçevede, *CB* kararı esas alındığında, bir anlaşmanın salt rekabete zarar verme etkisi doğurma ihtimali bulunmasının²⁰⁶, rekabeti kısıtlayıcı amacın tespiti için yeterli olmadığı belirtilmektedir²⁰⁷. Ayrıca *CB* Sistemi gibi kompleks yapılar içeren anlaşmaların artık rekabeti kısıtlayıcı amaç analizine tabi tutulamayacağı, zira amaç mekanizmasının bu türden yapıların ihlal teşkil edip etmeyeceğinin tespiti için elverişli olmadığı değerlendirilmektedir²⁰⁸.

CB kararında “deneyim” unsuru, rekabeti kısıtlayıcı amacın tespitinde “önemli bir rol oynamıştır”²⁰⁹. Kararın, bizim de katıldığımız üzere, geçmiş deneyimlerden bağımsız olarak rekabeti kısıtlayıcı amaç tespiti yapılmasının mümkün olmadığına dair bir örnek teşkil ettiği de kaydedilmiştir²¹⁰. Bu bağlamda, yalnızca yeterli deneyim ve sınavlardan sonra bir ihlal türünün rekabeti kısıtlayıcı amaç kategorisine dahil edilmesi gerektiği; Komisyon’un yeni tür anlaşmalar açısından doğrudan rekabeti kısıtlayıcı amaç tespiti yapmasının, bu tür anlaşmaların etkilerinin hiçbir zaman değerlendirilememesi riski doğurduğu belirtilmiştir²¹¹. Calzado ve Scordamaglia-Tousis, *CB* kararının “rekabeti kısıtlayıcı amacın dar yorumlanması” ilkesi gereği, rekabet otoritelerinin önlerine ilk defa çıkan durumlarda rekabeti kısıtlayıcı amaç tespiti yapmalarının mümkün olmayacağını belirtmektedirler²¹². Öte yandan, bu türden bir yöntemin gerçekte

²⁰⁴ Örneğin Hautbourg ve Choffel, *CB* kararını son yıllarda rekabeti kısıtlayıcı amacın kapsamının genişletilmesi yaklaşımı üzerine “kapıyı kapatan” bir emsal karar olarak nitelendirmektedirler (Hautbourg ve Choffel 2014, s. 10.) Ayrıca bkz. FALKENBERG, B. (2015), “Trimming the Scope of Objective Restrictions in European Antitrust Enforcement”, *International Trade Law & Regulation*, No:21(1), s. 23.

²⁰⁵ HARPER, P. (2014), “EU Antitrust: Rolling back on the Expansion of ‘By Object’ Infringements”, <http://www.allenoverly.com/publications/en-gb/Pages/EU-antitrust--rolling-back-on-the-expansion-of-by-object-infringements.aspx>, Erişim Tarihi: 28.05.2015.

²⁰⁶ *T-Mobile* kararında ise, bir uyumlu eylemin rekabeti kısıtlayıcı amaç taşıdığı tespit edilmesi açısından, bu uygulamanın rekabet üzerinde “olumsuz bir etki yaratma potansiyeline” sahip olmasının yeterli görüleceği belirtilmişti (*T-Mobile* Kararı, para. 31) (bkz. 2.2. Bölüm).

²⁰⁷ PRADELLES, F. ve A. SCORDAMAGLIA-TOUSIS (2014), “Two Sides of the Cartes Bancaires Ruling: Assessment of the Two-Sided Nature of Card Payment Systems Under Article 101(1) TFEU and Full Judicial Scrutiny of Underlying Economic Analysis”, *Competition Policy International*, No:10(2), s. 144; Rosati 2014, s. 7.

²⁰⁸ Latham&Watkins 2014, s. 3; Pradelles ve Scordamaglia-Tousis 2014, s. 144; Ruiz Calzado ve Scordamaglia-Tousis 2015, s. 2.

²⁰⁹ IBANEZ COLOMO, P. (2014), “Intel and Article 102 TFEU Case Law: Making Sense of a Perpetual Controversy”, LSE Law, Society and Economy Working Papers 29/2014, <http://ssrn.com/abstract=2530878> Erişim Tarihi: 18.12.2014, s. 22-23. Ayrıca bkz. 3.6.1 ve 3.6.2. Bölümler.

²¹⁰ *supra* dipnot 23, para. 19. Benzer şekilde, Killick ve Jourdan, kararın, rekabeti kısıtlayıcı amaç tespiti için bir “geçmiş uygulama veya deneyimin” gerekli olduğuna işaret ettiğini dile getirmişlerdir (*supra* dipnot 172, s. 8).

²¹¹ MURRAY, G. (2015), “In Search of the Obvious: Groupement des Cartes Bancaires and ‘By Object’ Infringements under EU Competition Law”, *European Competition Law Review*, No:36(2), s. 50.

²¹² Ruiz Calzado ve Scordamaglia-Tousis 2015, s. 3. Botteman ve Patsa da, *CB* kararından, rekabeti

Komisyon açısından uygulanabilir olamayabileceği, zira tartışmalı dosyaların genellikle var olan içtihadın varyasyonlarından oluştuğu da değerlendirilmiştir (örneğin *CB* kararına konu MERFA da, esasında, fiyatlara ilişkin rakipler arası anlaşma özelliği taşımaktadır)²¹³. *CB* kararının, rekabeti kısıtlayıcı amacın ortaya konulmasında ispat standartlarının yüksek olduğunu hatırlattığını belirten ve kararın, sürmekte olan ve gelecek soruşturmalarda Komisyon’un rekabeti kısıtlayıcı amaç mekanizmasına başvurmasını zorlaştıracacağı görüşünü taşıyan Harper dahi, *CB* kararının yeni tür kısıtlamalarda amaç mekanizmasına başvuruyu engellemeyeceğini dile getirmektedir²¹⁴. *CB* kararının deneyime affettiği önem doğrultusunda, yeni bir anlaşma türü gündeme geldiğinde, rekabet otoritesinin en azından ilk incelemesinde, anlaşmanın rekabeti kısıtlayıcı etkilerini ortaya koymasının “temkinli” bir yöntem olacağı belirtilmektedir²¹⁵.

CB kararı çift taraflı pazar niteliği taşıyan ödeme kartları pazarının ABAD tarafından ilk defa mercek altına alındığı karar niteliğine sahiptir²¹⁶. Bu nedenle *CB* kararı rekabeti kısıtlayıcı amacın çift taraflı pazarlarda değerlendirilmesi yönünden de önemlidir. İdot, pazarın çift taraflı yapısını vurgulayarak, *CB* dosyasında rekabeti kısıtlayıcı amacın tespit edilebilmesi için yeterli deneyimin bulunmadığını belirtmiştir²¹⁷. *CB* kararı bu itibarla, çok taraflı pazarların meşakkatli bir rekabet hukuku analizi gerektirdiğini; pazarın çok taraflı yapısının göz önünde bulundurulmamasının, Genel Mahkeme Kararı’nda görüldüğü gibi önemli hukuki hatalara sebebiyet verebileceğini göstermektedir²¹⁸. Literatürde *CB* kararı ile birlikte çift taraflı pazarlara ilişkin ekonomik teorinin sonunda ABAD tarafından resmen dikkate alındığı değerlendirilmiştir²¹⁹. Ayrıca *CB* kararının, rekabet otoritelerine (otel rezervasyonu, arama reklamcılığı vb. online pazarlar gibi) çift taraflı pazarların incelemesinde, pazarın bütün taraflarının dikkate alınması gerektiğine dair bir “hatırlatma” mahiyeti taşıdığı belirtilmiştir²²⁰.

kısıtlayıcı amaç mekanizmasının, “test edilmemiş zarar teorileri veya kompleks olay örgülerinin” ele alındığı soruşturmalarda kullanılmaması gerektiği sonucuna varılabileceğini belirtmektedirler. Bkz. BOTTEMAN, Y. ve A. PATSA (2014), “The Boundaries of ‘Restriction by Object’ Under EU Competition Law: At Last, the EU Court of Justice Puts the House in Order”, <http://www.steptoe.com/resources-detail-9860.html>, Erişim Tarihi: 20.05.2015.

²¹³ *supra* dipnot 211, s. 52.

²¹⁴ *supra* dipnot 205.

²¹⁵ *supra* dipnot 47.

²¹⁶ AG Wahl’ın görüşü, para. 3.

²¹⁷ *supra* dipnot 202.

²¹⁸ Pradelles ve Scordamaglia-Tousis 2014, s. 152.

²¹⁹ Auer ve Petit 2015, s. 29. Ayrıca bkz. LAMADRİD, A. (2015), “The Double Duality of Two-Sided Markets”, *Competition Law Journal*, No:1(2015), https://antitrustlair.files.wordpress.com/2015/05/the-double-duality-of-two-sided-markets_clj_lamadrid.pdf, Erişim Tarihi: 08.05.2015, s. 13. Ibanez Colomo, *CB* kararının, ABAD’ın, muhakemesinde açıkça ekonomik teoriye başvurduğu kararlara “değerli bir örnek” teşkil ettiğini belirtmiştir (*supra* dipnot 209, s. 8).

²²⁰ *supra* dipnot 205. Ayrıca bkz. Lamadrid 2015, s. 13.

Rekabeti kısıtlayıcı amaç ve *de minimis* kuralı ilişkisi açısından ise, *CB* kararının yine olumlu karşılandığını söylemek mümkündür. Literatürde, *CB* kararının dar yorum esasının *de minimis* kuralı ile uyumlu olduğu değerlendirilmiştir. Bu değerlendirmenin temelinde, rekabeti kısıtlayıcı amaç taşıyan anlaşmaların *de minimis* kuralından yararlanamaması sebebiyle, amaç kutusunun genişletilmesinin *de minimis* kuralından yararlanamayan anlaşmalarda artışa yol açması itibarıyla *de minimis* kuralının (rekabet üzerinde kayda değer etkisi bulunmayan anlaşmaların rekabet hukukunu ihlal etmediği) esasıyla bağdaşmadığı olgusu bulunmaktadır²²¹. Ayrıca, hangi anlaşmaların *de minimis* kuralından yararlanabileceğinin tahlilinde, *CB* kararının dikkate alınması gerekeceği dile getirilmiştir²²². Scordamaglia-Tousis bu bağlamda, son dönemde rekabeti kısıtlayıcı amaç kavramının kapsamının genişletilmesi trendinin Komisyon tarafından devam ettirilmesi halinde De Minimis Bildirimi'nin uygulaması açısından belirsizlik doğabileceğini, ancak bu türden bir genişlemenin *CB* kararı sonrası dönemde beklenmediğini ifade etmektedir²²³. Bu çerçevede, *CB* kararı prensiplerinin uygulanması halinde kısıtlayıcı amacın dar yorumlanması beklendiğinden, paralel şekilde, De Minimis Bildirimi'nden yararlanmadığı değerlendirilen anlaşma türlerinin sayısında da azalma olabilecektir.

Öte yandan, *CB* kararının belirsizlikler ihtiva ettiği görüşünü taşıyan yazarlar da mevcuttur. Giraud, rekabeti kısıtlayıcı amacın sınırlarının 2000'li yıllarda uygulamada gittikçe genişletilmesine karşı bir tepki olarak değerlendirdiği *CB* kararının, rekabeti kısıtlayıcı amacın dar yorumlanması gerektiği hususunu çok berrak bir şekilde ortaya koyduğunu belirtmiş; öte yandan kararı, rekabeti kısıtlayıcı amacın saptanmasında kullanılacak temel hukuki kriterin, anlaşmanın “özünde rekabete kâfi ölçüde zarar ortaya koyup koymadığının” tespiti olduğunu geçmiş kararlara dayanarak tekrarlaması yönünden eleştirmiştir. Giraud, her ne kadar içtihat ile yerleşik bir kriter ise de, “kâfi derecede zarar” nosyonunun halen açık olmadığı görüşünü taşımaktadır²²⁴. Nagy ise *CB* kararının, bir canavara benzettiği *Allianz Hungaria* kararının yarattığı belirsizlikleri giderememiş olduğunu dile getirmektedir²²⁵. Bu bağlamda, *CB* kararında özellikle “kâfi derecede zarar” nosyonunun açıklanmasında *Allianz Hungaria* kararına yapılan atıfların bu belirsizliği artırdığı değerlendirilmiştir²²⁶.

²²¹ *supra* dipnot 31, s. 5.

²²² Ruiz Calzado ve Scordamaglia-Tousis 2015, s. 3.

²²³ *supra* dipnot 116, s. 3.

²²⁴ *supra* dipnot 47.

²²⁵ NAGY, C. I. (2015), “The New Concept of Anti-Competitive Object: A Loose Cannon in EU Competition Law”, *E.C.L.R.*, No:36(4), s. 157.

²²⁶ *supra* dipnot 225, s. 157; MONAGHAN, A. (2014), “Object or Effect: Where do Competition

4.2. CB Kararının Etkileyebileceği Bazı Anlaşma Türleri

Yukarıda *CB* kararına ilişkin genel değerlendirmeler ve *AB* rekabet hukukunda beklenen sonuçlar açıklanmıştır. *CB* kararının yakın gelecekte etki gösterebileceği rekabet hukuku davaları ise bu bölümde irdelenmektedir. Yukarıda da belirttiğimiz üzere, rekabet otoritelerinin önüne sürekli olarak yeni ve daha önce karşılaşılmamış veya nadiren karşılaşılmış ilgili ürün pazarları (mesela *CB* kararında da olduğu gibi çift taraflı pazarlar²²⁷) ve rekabet hukuku problemleri gelmektedir. Bu dosyalar kapsamında iki kategori özellikle gözümüze çarpmaktadır: (i) Gecikme-için-öde dosyaları²²⁸ ve (ii) Hava taşımacılığı sektöründe kod paylaşımı anlaşmaları. Gecikme-için-öde dosyaları, son yıllarda hem *AB* hem *ABD* rekabet hukukunda yoğunlukla soruşturulan ve gündemden düşmeyen bir anlaşma türü olarak ortaya çıkmaktadır. *AB* uygulamasına bakıldığında, Komisyon’un gecikme-için-öde anlaşmalarını, örneğin aşağıda açıklanan *Citalopram*²²⁹ dosyasında görüldüğü üzere rekabeti kısıtlayıcı amaç gerekçesiyle cezalandırabildiği anlaşılmaktadır. Öte yandan literatürde, gecikme-için-öde anlaşmalarının rekabeti kısıtlayıcı amaç kategorisinde değerlendirilmemesi ve bu tür anlaşmaların etki analizine tabi tutulması gerektiği de savunulmuştur²³⁰. Bu doğrultuda, gecikme-için-öde anlaşmalarının *CB* kararı sonrası nasıl bir tutuma tabi olacağı merak uyandırmaktadır. Kod paylaşımı anlaşmaları açısından ise, bu tür anlaşmaların rakipler arası bilgi değişimi sebebiyle rekabet hukuku endişeleri doğurabileceği savunulmuştur. Bununla birlikte, kod paylaşımı anlaşmalarının da rekabet üzerindeki pozitif etkileri geçmişte ortaya konulmuştur ve bu anlaşmaların amaç kategorisine dahil edilmesinin *CB* kararına ters düşebileceği değerlendirilmektedir.

4.2.1. Gecikme-İçin-Öde Anlaşmaları

Türk rekabet hukukuna ve fikri mülkiyet hukukuna henüz yabancı bir mevzu olan “Gecikme-için-Öde” anlaşmaları, *AB*’de ve *ABD*’de son on yılda rekabet hukuku ve fikri mülkiyet hukukunun kesişme noktasında yoğun tartışmalara ve rekabet hukuku soruşturmalarına sebebiyet vermiştir²³¹. Gecikme-için-öde anlaşması,

Authorities Need to Draw the Line?”, <http://communities.lawsociety.org.uk/download?ac=8127>, Erişim Tarihi: 09.05.2015, s. 2.

²²⁷ *CB* kararı yalnızca amaç yönünden rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalar açısından değil, aynı zamanda çift taraflı pazar niteliği taşıyan ödeme kartları pazarının *ABAD* tarafından ilk defa merceek altına alındığı karar olması yönünden de önem taşımaktadır. Bkz. *AG Wahl*’ın görüşü, para. 3.

²²⁸ Bu doğrultuda bkz. *supra* dipnot 172, s. 10.

²²⁹ Komisyon’un 19.07.2013 tarihli Case COMP/39226 – *Citalopram* kararı, http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39226/39226_8310_11.pdf, Erişim Tarihi: 17.02.2015.

²³⁰ *supra* dipnot 27, s. 26.

²³¹ Gecikme-İçin-Öde anlaşmaları hakkında daha fazla bilgi için bkz. GÜRKAYNAK, G., A. GÜNER ve J. FILSON (2014), “Global Reach of *FTC v. Actavis*” *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, No:45(2).

orijinal ilaç üreticisi firmalar ile jenerik ilaç üreticileri arasında genellikle patent ihlali davaları çerçevesinde başvurulmuş bir uzlaşma türüdür²³². Öte yandan, “çıplak gecikme-için-öde anlaşmaları”, yani hiçbir patent uyumsuzluğuna bağlı olmadan gerçekleşen gecikme-için-öde anlaşmaları da mevcuttur²³³. Rekabet hukuku açısından özellikle problemlili kabul edilen uzlaşmalar, orijinal ilaç üreticisi firmaların (özellikle de orijinal ilacı koruyan patentin süresinin dolmasına yakın) pazara giriş yapmalarını engelleyebilmek, yani jenerik rekabetini geciktirebilmek adına jenerik üreticilere ödeme yaptıkları veya mali kaynak aktardıkları uzlaşmalardan oluşmaktadır²³⁴.

Gecikme-için-öde anlaşmaları ve “tersine ödeme uzlaşmaları” (“*reverse payment settlement*”) esasen aynı tür anlaşmalardır ve bu terimler birbirinin yerine kullanılabilir. “Tersine” yani “*reverse*” kelimesinin gecikme-için-öde anlaşmaları çerçevesinde kullanılıyor olmasının sebebi şudur: Özel hukuk ilişkilerinden kaynaklanan davalarda, dava sürerken uzlaşma yöntemi ile uyumsuzluğun çözülmesine gidilmesi halinde, esas olan davalı tarafın davacı tarafa ödeme yapmasıdır. Bu ödeme sonucunda taraflar dava sürecini sürdürmekten vazgeçmiş olur ve dava sona erer. İlaç sektöründe ise orijinal ilaç üreticileri, genellikle orijinal ilacın patent koruması sona ermek üzereken veya sona ermişken²³⁵, ilaç üzerinde “minimal” yenilikler yaparak bu yeni ürünler için yeniden patent korumasına sahip olabilmekte, ardından yeni patente dayanarak, pazara giriş yapmaya hazırlanan jenerik ilaç üreticilerine karşı patent davası açabilmektedir²³⁶. Bu patent davaları çerçevesinde karşılaşılan tersine uzlaşmalar, yani gecikme-için-öde anlaşmaları sonucunda ise, dava süreci yine sona ermektedir; fakat bu anlaşmalarda ödemeyi yapan taraf, davalı taraf değil davacı taraftır. Yani, patent sahibi orijinal ilaç üreticisi şirket (davacı), davalı taraf olan jenerik ilaç üreticisine ödeme yapar ve tarafların uzlaşması bu şekilde gerçekleşir²³⁷. Tekdemir’in açıkladığı üzere, bu sayede jenerik üreticiler

²³² Federal Trade Commission (ABD Federal Ticaret Komisyonu), *Pay-for-Delay: When Drug Companies Agree not to Compete*, <http://www.ftc.gov/news-events/media-resources/mergers-and-competition/pay-delay>, Erişim Tarihi: 03.11.2014.

²³³ *supra* dipnot 24, s. 214.

²³⁴ *supra* dipnot 24, s. 218; ZAFAR, O. (2014), “Lundbeck, and Johnson & Johnson and Novartis: The European Commission’s 2013 ‘Pay-for-delay’ Decisions”, *Journal of Competition Law & Practice Current Intelligence*, <http://www.bristows.com/assets/documents/IECLP%20Lundbeck%20and%20Johnson%20and%20Novartis.pdf>, Erişim Tarihi: 03.11.2014, s. 1;

²³⁵ *supra* dipnot 24, s. 214.

²³⁶ TEKDEMİR, Y. (2012), “İlaç Sektöründe Uzlaşma Anlaşmaları ve Jenerik Rekabetin Gecikmesi”, Rekabet Yazıları, <http://www.rekabet.gov.tr/TR/Rekabet-Yazisi/Ilaç-Sektorunde-Uzlaşma-Anlaşmaları-ve-Jenerik-Rekabetin-Gecikmesi>, Erişim Tarihi: 01.06.2015.

²³⁷ CLANCY, M., D. GERADIN ve A. LAZEROW (2013), “Reverse-payment Patent Settlements in the Pharmaceutical Industry: An Analysis of US Antitrust Law and EU Competition Law”, <http://ssrn.com/abstract=2345851>, Erişim Tarihi: 19.10.2014, s. 1.

tazminat ödeme riskinden kurtulmakta, orijinal ilaç üreticisi açısından ise patent korumasına benzer bir koruma devam etmekte, böylece orijinal üretici kazancının bir bölümünü jenerik üreticiyle paylaşarak, jenerik rekabetinin başlaması ile uğrayacağı kâr kaybının önüne geçebilmektedir²³⁸.

Rekabetten sorumlu eski Komiser Almunia, gecikme-için-öde anlaşmaları için, “Bir şirketin rakiplerine kendi pazarının dışında kalmaları ve daha ucuz ilaçların pazara geç girmesini sağlamak için ödeme yapması kabul edilemez. [...] Komisyon, bu türden rekabeti kısıtlayıcı uygulamalara müsamaha göstermeyecektir”²³⁹ değerlendirmesini yapmıştır. AB’de 2009 yılından itibaren başlayan gecikme-için-öde soruşturmalarında, Komisyon’un gecikme-için-öde anlaşmalarını cezalandırdığı dosya sayısı her geçen gün artmaktadır.

Komisyon’un gecikme-için-öde kararları, bu tür anlaşmaların rekabeti kısıtlayıcı amaç kategorisine dahil edilebildiğini göstermektedir. *Citalopram* dosyasında Komisyon, *Citalopram* isimli ilacın jenerik üretimlerinin pazara girişini geciktirmeleri sebebiyle; Lundbeck ve diğer birçok jenerik ilaç üreticisi aleyhine toplamda yaklaşık 146 milyon Avro tutarında para cezasına hükmetmiştir²⁴⁰. Bu karar, gecikme-için-öde anlaşmalarını yasaklayan ilk Komisyon kararıdır. Komisyon, *Citalopram* dosyasında gecikme-için-öde anlaşmalarını rekabeti kısıtlayıcı amaç kategorisine yerleştirmiş ve bu çerçevede dosya konusu anlaşmaların rekabet üzerindeki etkileri değerlendirilmemiştir²⁴¹. Aynı şekilde, *Fentanyl* dosyasında Komisyon, *Fentanyl* isimli ağrı kesicinin jenerik versiyonunun Hollanda’da pazara girişini geciktirdikleri gerekçesiyle Johnson&Johnson aleyhine 10,7 milyon Avro tutarında, Novartis aleyhine ise 5,4 milyon Avro tutarında para cezasına hükmetmiştir²⁴². Komisyon’un 10 Aralık 2013 tarihli kararının henüz halka açık bir versiyonu bulunmamakta ise de, Komisyon’un özet kararında²⁴³ *Fentanyl* dosyasında ilgili anlaşmanın rekabeti kısıtlayıcı amaç taşıması sebebiyle ABİDA’nın 101. maddesini ihlal ettiği belirtilmektedir. Komisyon’un en son “gecikme-için-öde” kararı ise 9 Temmuz 2014 tarihinde gelmiştir. Komisyon, *Perindopril* dosyasında, Fransız ilaç şirketi Servier ve beş adet jenerik ilaç üreticisi aleyhine toplam 427,7 milyon Avro

²³⁸ *Supra* dipnot 236.

²³⁹ Bkz. Komisyon’un basın açıklaması, “Antitrust: Commission Fines Lundbeck and other Pharma Companies for Delaying Market Entry of Generic Medicines”, (IP/13/563).

²⁴⁰ Komisyon’un 19.07.2013 tarihli Case COMP/39226 – *Citalopram* kararı.

²⁴¹ Bkz. *supra* dipnot 27, s. 22; *supra* dipnot 25, s. 8.

²⁴² Komisyon’un 10.12.2013 tarihli Case COMP/ AT. 39685 - *Fentanyl* kararı. Bu çalışmanın hazırlandığı dönemde karar metni henüz yayımlanmamıştır.

²⁴³ Komisyon, *Fentanyl* kararı – Özet, [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=C_ELEX:52015XC0429\(03\)&from=EN](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=C_ELEX:52015XC0429(03)&from=EN), Erişim Tarihi: 01.05.2015, para. 15.

tutarında cezaya hükmetmiştir²⁴⁴. Bu dosyada, Komisyon'un gecikme-için-öde anlaşmalarında amaç ve etki kategorilerinden hangisini (veya ikisini birden mi) kullandığı henüz belirsizdir.

Zafar, gecikme-için-öde anlaşmalarının amaç kategorisinde değerlendirilmesinin, fikri mülkiyet hukukunun teknik ve "kompleks" sorunları göz önünde bulundurulduğunda "şaşırtıcı" olduğu görüşünü dile getirmiştir²⁴⁵.

Rekabet otoritelerinin gecikme-için-öde anlaşmalarını yalnızca ilgili ürün pazarlarındaki jenerik girişler ve fiyatlar (yani rekabet parametreleri) açısından değerlendirmelerinin, patent uzlaşmalarının inovasyon üzerindeki olumlu etkilerinin görmezden gelinmesine ve uzun dönemde tüketici zararına yol açmasına sebebiyet verebileceği de öne sürülmektedir²⁴⁶. Ayrıca, gecikme-için-öde anlaşmalarının orijinal ilaç üreticisinin halen patent korumasından yararlandığı sırada gerçekleştirildiği durumlarda rekabeti kısıtlayıcı amaç tespiti yapılmasının güçleşeceği değerlendirilmiştir²⁴⁷. *Lundbeck* gibi dosyalarda rekabetin kısıtlandığının ancak detaylı bir etki analizi ile ortaya konulabileceği belirtilmiştir²⁴⁸.

Bu doğrultuda *CB* kararı, AB'de gecikme-için-öde dosyaları açısından farklı bir pozisyon alınmasının yolunu açabilecektir²⁴⁹. Gecikme-için-öde anlaşmalarına ilişkin Komisyon kararları yenidir. Bu noktada, deneyimlerin gecikme-için-öde anlaşmalarının rekabete zarar verici doğasını ortaya koyduğu söylenebilecek midir²⁵⁰? Komisyon nezdinde *Modafinil* soruşturması halen sürmektedir²⁵¹. Önümüzdeki günlerde yeni gecikme-için-öde soruşturmaları açılması olasılığının yanı sıra, yukarıda sayılan dosyalarda hakkında ceza kararı verilen teşebbüslerin bu kararları temyiz etmeleri kaçınılmazdır. Örneğin *Citalopram* dosyası hâlihazırda

²⁴⁴ Komisyon'un 09.07.2014 tarihli Case COMP/AT.39612 – *Perindopril (Servier)* kararı; Bkz. Komisyon'un basın açıklaması, "Antitrust: Commission Fines Servier and Five Generic Companies for Curbing Entry of Cheaper Versions of Cardiovascular Medicine", (IP/14/799).

²⁴⁵ Zafar 2014, s. 2.

²⁴⁶ Oxera Economics (2013), "Bad Medicine? An Effects-based Approach to 'Pay-for-delay' Agreements", Ekim 2013, <http://www.oxera.com/Latest-Thinking/Agenda/2013/Bad-medicine-An-effects-based-approach-to-pay.aspx>, Erişim Tarihi: 20.10.2014.

²⁴⁷ *supra* dipnot 231, s. 25.

²⁴⁸ Monaghan 2014, s. 4.

²⁴⁹ *supra* dipnot 136; *supra* dipnot 47.

²⁵⁰ Giraud da rekabeti kısıtlayıcı amacın tespitinde ABAD'ın deneyimlere atfettiği öneme işaret ederek, hâlihazırda gecikme-için-öde anlaşmalarının doğası gereği rekabeti kısıtlayıcı olduğunu sonucuna varılabilmesi için yeterli deneyim bulunmadığını belirtmektedir (bkz. *supra* dipnot 47).

²⁵¹ Bkz. Komisyon'un basın açıklaması, "Antitrust: Commission Opens Investigation against Pharmaceutical Companies Cephalon and Teva", (IP/11/511).

temyiz aşamasındadır²⁵². Bu durumda, özellikle rekabeti kısıtlayıcı amaç tespiti yapılmış *Citalopram* ve *Fentanyl* dosyalarında Komisyon kararlarının temyiz süreçlerinin nasıl sonuçlandırılacağı hususu merak uyandırmaktadır. Gecikme-için-öde anlaşmalarının her durumda rekabeti kısıtlayıcı kabul edilmediği de göz önünde bulundurulursa²⁵³, *CB* kararını takiben gecikme-için-öde anlaşmalarına ilişkin AB’de mahkemelerin ve rekabet otoritelerinin amaç analizine değil etki analizine ağırlık vermeleri kanımızca olasıdır²⁵⁴. Her hâlükarda, *CB* kararının gecikme-için-öde davalarında tartışmaya yol açması beklenen bir sonuçtur²⁵⁵.

4.2.2. Hava Taşımacılığı Sektöründe Kod Paylaşımı Anlaşmaları ve Bilgi Değişimi ile Rekabeti Kısıtlayıcı Amaç İlişkisi

Kod paylaşımı anlaşmaları (*code share agreements*), bir hava yolunun diğer bir hava yoluna, uçuşlarda kendi kodunu kullanmasına izin vermesini içeren ve birden fazla hava yolunun ulaşım hizmetlerinin, tek bir hava yolu tarafından gerçekleştiriliyormuş gibi sunulmasına imkân tanıyan anlaşmalar olarak tanımlanmaktadır²⁵⁶. Genel olarak, tek bir hava yolunun hizmet sunamayacağı kadar geniş bir alanda birden fazla hava yolu arasında bağlantı kuran ve böylece önemli etkinlikler sağlayarak diğer hava yolları ile olan rekabette avantajlar sunan anlaşmaların, rekabet açısından sorun teşkil etmeyeceği düşünülmektedir²⁵⁷. Bununla birlikte, kod paylaşımı anlaşmalarının rekabeti teşvik edebileceği görüşünün yanında, özellikle anlaşmaya taraf teşebbüsler arasında rekabetçi davranışların koordinasyonu sonucunda rekabet üzerinde olumsuz etkilere sebep olabileceği görüşü de mevcuttur²⁵⁸.

Kod paylaşımı anlaşmalarının rekabet üzerindeki etkileri konusu, Komisyon tarafından da dikkate alınmış ve bu itibarla 2011 yılında soruşturmalar başlatılmıştır²⁵⁹. Hiç şüphesiz bunların içinde Türk rekabet hukuku açısından en

²⁵² *supra* dipnot 248, s. 4.

²⁵³ Bu çerçevede, ABD’de *Actavis* kararında (*Federal Trade Comm’n v. Actavis, Inc.*, 570 U.S. (2013)) ABD Yüksek Mahkemesinin gecikme-için-öde anlaşmaları açısından *per se* değil *rule of reason* analizinin benimsenmesi gerektiğini hüküm altına aldığı göz önünde bulundurulmaktadır.

²⁵⁴ Fraile, Kapoor ve Morales de *CB* kararından yola çıkarak Komisyon’un gecikme-için-öde dosyalarında etki analizine yönelebileceğini değerlendirmektedir (*supra* dipnot 24, s. 219-220).

²⁵⁵ *supra* dipnot 136.

²⁵⁶ GÜNDOĞDU, M. (2009), “Rekabet Hukuku Perspektifinden Hava Yolu Taşımacılığı Sektöründe Stratejik İttifaklar”, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No: 98, <http://www.rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT/1/Documents/Uzmanl%c4%b1k+Tezi/tez119.pdf>, Erişim Tarihi: 02.11.2014, s. 19.

²⁵⁷ *supra* dipnot 256, s. 16.

²⁵⁸ Bkz. Komisyon (2007), “Competition Impact of Airline Code-share Agreements”, <http://ec.europa.eu/competition/sectors/transport/reports/airlinecodeshare.pdf>, Erişim Tarihi: 10.11.2014, s. 21 ve s. 69.

²⁵⁹ Bkz. Komisyon’un basın açıklaması, “Antitrust: Commission Probes Certain Co-operation

çok dikkat çeken soruşturma, Türk Hava Yolları (THY) ile Lufthansa arasında gerçekleştirilen kod paylaşma anlaşmalarına ilişkin olarak, 11 Şubat 2011 tarihinde Komisyon tarafından re'sen başlatılan soruşturmadır²⁶⁰. Komisyon, THY ve Lufthansa'nın, kendilerinin de aktif oldukları rotalar üzerinde birbirlerinin biletlerini satmaları şeklinde ortaya çıkan ve kod paylaşımının özel bir türünü teşkil eden "bir aktarma merkezinden ötekine paralel kod paylaşımı" anlaşmalarının, Almanya-Türkiye arasındaki rotalarda fiyatların yükselmesine ve hizmet kalitesinin düşmesine sebep olmak suretiyle rekabeti bozabileceğini belirtmiştir²⁶¹. THY/Lufthansa soruşturmasının halen sürdüğü anlaşılmaktadır²⁶².

CB kararının kod paylaşımı soruşturmalarında herhangi bir etki doğurup doğurmayacağı hususunda, bilgi paylaşımı konusuna göz atmakta da fayda olacaktır. Geçmişte Komisyon'un kod paylaşımı anlaşmalarını özellikle rakipler arası bilgi değişimi çerçevesinde rekabeti engelleyici bulduğu anlaşılmaktadır²⁶³. THY/Lufthansa soruşturması özelinde ortaya çıkan ve klasik anlamda kod paylaşımı anlaşmalarından ayrılan uygulamada, her iki teşebbüsün de anlaşma konusu rotalarda faaliyet göstermesi nedeniyle, bu rotalardaki uçuşlarına ilişkin olarak (yolcu, satılan bilet sayısı vb. hususlarda) bilgi paylaşımının rakipler arası bilgi paylaşımına örnek oluşturduğu görülmektedir.

Literatürde rakipler arası geleceğe yönelik bilgi paylaşımının kısıtlayıcı amaç kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceğine ilişkin çeşitli görüşler mevcuttur²⁶⁴. OECD'nin rakipler arası geleceğe yönelik bilgi paylaşımının incelendiği raporu uyarınca²⁶⁵, literatürde bazı yazarların ve rekabet otoritelerinin, geleceğe yönelik yatay bilgi paylaşımının rekabeti kısıtlayıcı amaç taşıyabileceği (ve hatta *per se* ihlal olarak dahi değerlendirilebileceği) görüşünü taşıdıkları, diğer bazı yazarların ve rekabet otoritelerinin ise bilgi paylaşımın mutlaka etki analizine tabi tutulması gerektiğini belirttikleri anlaşılmaktadır.

Şayet yukarıda açıklanan *T-Mobile* kararının "kapsayıcı"²⁶⁶ yorumu benimsenirse, THY-Lufthansa arası kod paylaşımı anlaşmalarının amacını rekabete aykırı olarak değerlendirmek kolaylaşabilecektir. Keza Pişmaf'ın

Agreements between Lufthansa and Turkish Airlines and between Brussels Airlines and TAP Air Portugal", (IP/11/147).

²⁶⁰ Komisyon'un Case 39.794 – *Lufthansa/Turkish Airlines* dosyası.

²⁶¹ *supra* dipnot 259.

²⁶² Komisyon (DG Competition), "Management Plan 2014", http://ec.europa.eu/competition/publications/annual_management_plan/amp_2014_en.pdf, Erişim Tarihi: 03.11.2014, s. 28-29.

²⁶³ Bu doğrultuda genel olarak bkz. *supra* dipnot 258.

²⁶⁴ Bu hususta kapsamlı bir değerlendirme için bkz. Aslan 2012.

²⁶⁵ OECD (2010), *Information Exchanges between Competitors under Competition Law*, OECD, Paris.

²⁶⁶ *supra* dipnot 82, s. 57-58.

da açıkladığı üzere, *T-Mobile* kararına göre rakipler arasındaki “stratejik belirsizliği giderebilecek nitelikte tek bir bilgi değişimi dahi”, rekabetin amaç yönünden kısıtlandığı yargısına temel oluşturabilecektir²⁶⁷. Öte yandan, *CB* kararı sonrası tabloda, kod paylaşımı anlaşmalarının tüketicilere her halükarda daha fazla uçuştan faydalanma imkânı sunduğu göz önünde bulundurulduğunda, bu anlaşmaların “rekabeti bozucu doğasının belirgin” olduğu değerlendirmesi yapılması düşünülemeyecek ve Komisyon’un *CB* kararını dikkate alması halinde, *THY/Lufthansa* soruşturmasında incelenen türden kod paylaşımı anlaşmalarında da kısıtlayıcı amaç tespiti yapmadan etki analizine yönelmesi söz konusu olabilecektir.

5. TÜRK REKABET KURULU KARARLARINDA REKABETİ KISITLAYICI AMAÇ

4054 sayılı Kanun’un 4. maddesinde, ABİDA’nın 101. maddesinin birinci fıkrasına paralel bir hüküm benimsenmesi, amacı yönünden rekabeti kısıtlayıcı anlaşmaların, etkilerine bakılmaksızın Türk hukukunda da (muafiyet rejiminden yararlanamadıkları müddetçe) ihlal teşkil etmesi sonucunu beraberinde getirmiştir. Bununla birlikte, Türk rekabet hukuku doktrininde rekabeti kısıtlayıcı amacın çerçevesinin genişletilmesi konusunda AB’de süregelen ve yukarıda *BIDS* kararı-*Allianz Hungaria* kararı sürecinde ve *CB* kararı kapsamında açıkladığımız tartışmalara rastlanmadığı anlaşılmaktadır. Öte yandan, Rekabet Kurulunun rekabeti kısıtlayıcı amaca ilişkin kararlarında, kanımızca içtihatla belirsizlik yarattığı düşünülebilir başka bir tür yaklaşımı bulunduğu anlaşılmıştır. Şöyle ki, Rekabet Kurulu kararlarında, amacı yönünden rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalara dair *per se* ihlal değerlendirmesi tespit edilebilmektedir. Öte yandan, *AG Wahl*’ın belirttiği üzere, rekabeti kısıtlayıcı amaç kategorisi ile *per se* kuralların (*per se* ihlal kabul edilen bir davranışın tespiti halinde etkilerinin incelenmesinin gerekmemesi gibi) mukayese edilebilir sonuçları bulunsa dahi, bu iki kategori birbirinden farklıdır²⁶⁸. Rekabet Kurulu kararlarında görülen *per se* ihlal yaklaşımına ilişkin bulgu ve değerlendirmelerimiz aşağıda sunulmaktadır.

Rekabet Kurulunun, rekabeti kısıtlayıcı amacın açık olduğu anlaşmalara yönelik *per se* ihlal yaklaşımı, birçok kararında görülebilmektedir. Bu yaklaşım, *Ege Bölgesi Çimento Soruşturması* kararında, “*bir anlaşmada rekabeti sınırlama amacı açıkça, anlaşmanın kendisi veya en azından rekabeti bozucu hükümleri, ‘per se’ bir rekabet ihlali oluşturur*” ifadesi ile netlik kazanmıştır²⁶⁹. Bununla

²⁶⁷ *supra* dipnot 87, s. 52.

²⁶⁸ *AG Wahl*’ın görüşü, para. 31.

²⁶⁹ Rekabet Kurulunun 17.06.1999 tarihli ve 99-30/276-166 (a) sayılı *Ege Bölgesi Çimento*

birlikte, *Ege Bölgesi Çimento Soruşturması* kararı, usule ilişkin sebeplerle²⁷⁰ Danıştay 10. Dairesi tarafından iptal edildikten sonra, Rekabet Kurulu yeniden aldığı kararında *per se* ifadesini değiştirmiş; “*Bir anlaşmada, rekabeti sınırlama amacı açıkça, anlaşmanın kendisi veya en azından rekabeti bozucu hükümleri, açık bir rekabet ihlali oluşturur*” ifadesine yer vermiştir²⁷¹.

Her ne kadar, *Ege Bölgesi Çimento Soruşturması* özelinde Rekabet Kurulunun *per se* yaklaşımından ayrıldığı düşünülebilecekse de, Rekabet Kurulunun rekabeti kısıtlama amacı taşıyan anlaşmalar açısından *per se* ihlal görüşünden uzaklaşmadığı değerlendirilmektedir. 1998 yılından beri süregelen bu yaklaşımın güncel örneklerinden bir tanesi, Rekabet Kurulunun ünlü Çelik Çember kararıdır²⁷². Çelik Çember dosyasında, Rekabet Kurulu, aslen çelik ambalaj pazarında faaliyet gösteren MPS ve Bekap’ın çelik çember alım ihalelerinde danışıklı hareket etmek, fiyat ve satış koşullarını birlikte belirlemek ve bu doğrultuda görüşmeler yaparak bilgi paylaşımında bulunmak suretiyle oluşturdukları karteli oluşturmuştur. Kartellerin rekabet hukukunda en ağır ihlal türü olduğu ve bu nedenle *per se* ihlal kategorisinde yer alacağı kanımızca şüphesiz ise de, Rekabet Kurulunun karardaki “(...) *rekabeti ortadan kaldırmayı veya sınırlamayı amaçlayan tüm anlaşmaların kendiliğinden (per se) yasak olduğu ve ihlal teşkil edeceği aşikârdır*” değerlendirmesi yalnızca kartellere yönelik olmayıp, amacı itibarıyla rekabeti kısıtlayıcı tüm anlaşmaları kapsamaktadır.

Her halükarda, Rekabet Kurulunun *per se* yaklaşımı, ağır rekabet hukuku ihlali olarak kategorize edilemeyecek teşebbüs davranışlarının incelendiği kararlarda da dile getirilmiştir. Örneğin, yazılı medya pazarında faaliyet gösteren Doğan Yayın Holding ve Feza Gazetecilik’in, çıkarmış oldukları yayınların dijital formatlarını alt pazara (medya takibi, analizi, araştırması pazarına) sadece münhasırlık anlaşmaları çerçevesinde sağladığı yönündeki şikayetin değerlendirildiği *Doğan Yayın Holding/Feza Gazetecilik*²⁷³ kararında Rekabet Kurulu, “*Öğretide anlaşmalara yönelik yaklaşım ile bir paralellik kurulduğunda amaç bakımından yasaklanan anlaşmaları doğrudan (per se) yasaklananlar kategorisi dahilinde*

Soruşturması kararı; ayrıca bkz. Rekabet Kurulunun 26.11.1998 tarihli ve 93/750-159 sayılı *LPG* kararı, 24.11.1999 tarihli ve 99-53/575-365 sayılı *Dayanısız Tüketim Maddeleri* kararı, 08.02.2002 tarihli ve 02-07/57-26 sayılı *Gübre* kararı.

²⁷⁰ Anılan Rekabet Kurulu kararı, hakkında soruşturma yürütülen teşebbüsler tarafından iptal istemli açılan davalar sonucunda, Danıştay 10. Dairesinin 15.01.2000 tarihli ve 2000/1432 E.-2001/54 K.; 2000/1220 E.-2001/55 K.; 2000/1657 E.-2001/56 K.; 2000/1392 E.-2001/57 K.; 2000/1393 E.-2001/58 K. sayılı kararlarıyla, karşı oy yazılarının bulunmaması nedeniyle iptal edilmiştir.

²⁷¹ Bkz. Rekabet Kurulunun 26.07.2007 tarihli ve 07-62/740-268 sayılı, 13.09.2005 tarihli ve 05-57/850-230 sayılı kararları.

²⁷² Rekabet Kurulunun 30.10.2012 tarihli ve 12-52/1479-508 sayılı Çelik Çember kararı.

²⁷³ Rekabet Kurulunun 01.07.2010 tarihli ve 10-47/858-296 sayılı *Doğan Yayın Holding/Feza Gazetecilik* kararı.

ele alınan, etki bakımından yasaklanan anlaşmaları ise muhakeme kuralı (rule of reason) incelemesine tabi tutulan anlaşmalar olarak ayırtırmak mümkündür” tespitine yer vermiştir. Bu çerçevede, Rekabet Kurulunun *Doğan Yayın Holding/Feza Gazetecilik* kararında, amaç bakımından rekabete aykırı anlaşmaları *per se* yasak olarak kabul ettiği düşünülebilecektir.

Rekabeti kısıtlayıcı amaç taşıyan anlaşmaların *per se* ihlal teşkil ettiği değerlendirmesi yerinde olmayacaktır²⁷⁴. Zira *per se* ihlal niteliğindeki anlaşmalara rekabet hukukunda hiçbir şekilde izin verilemeyeceği kabul edilmektedir; oysa rekabeti kısıtlayıcı amaç taşıyan bir anlaşmanın, koşullarını sağlayabildiği müddetçe 4054 sayılı Kanun’un 5. maddesi altında muafiyet rejiminden yararlanmasının önünde teorik olarak hiçbir engel bulunmamaktadır²⁷⁵. Rekabet Kurulu, bu hususu, *Anadolu Elektronik* kararında²⁷⁶, “(...) amacı rekabeti kısıtlayıcı olsa bile, teorik olarak her türlü anlaşmanın teşebbüs tarafından ispatlanacak olumlu etkilerinin olumsuz etkilerini bertaraf etmesi halinde [4054 sayılı] Kanun’un 5. maddesinde düzenlenen muafiyet korumasından faydalanması mümkündür” açıklaması ile teyit etmiştir.

Yukarıda 1. Bölüm altında açıkladığımız ve Rekabet Kurulunun *Hyundai Bayileri* kararında²⁷⁷ dile getirildiği üzere, *per se* ihlaller açısından bireysel muafiyet imkânı bulunmadığından, rekabeti kısıtlayıcı amaç taşıyan anlaşmaların *per se* ihlal kabul edilmesi halinde doğrudan yasaklanması sonucu doğacaktır. Bu endişeyi somutlaştırmak adına, yeniden satış fiyatının belirlenmesi uygulamalarına göz atmak yerinde olabilecektir. Yeniden satış fiyatının belirlenmesi anlaşmalarının (azami yeniden satış fiyatı veya tavsiye niteliğinde satış fiyatı haricinde) genel olarak rekabeti kısıtlayıcı amaç taşıdığı kabul edilmektedir²⁷⁸. Örneğin Rekabet Kurulu, *Anadolu Elektronik* kararında²⁷⁹ yeniden satış fiyatının tespitine ilişkin şu değerlendirmeyi yapmıştır: “Daha önce de belirtildiği üzere amacının rekabeti kısıtlamak olduğu kabul edilen YSFB [Yeniden Satış Fiyatının Belirlenmesi] uygulamalarının 4054 sayılı Kanun’un 4. maddesi kapsamında yer aldığına şüphe bulunmamaktadır.” Bununla birlikte Rekabet Kurulu, yeniden satış fiyatının sağlayıcı tarafından tespit edilmesinin etkinlik kazanımları

²⁷⁴ Bu husustaki açıklamalarımız çalışmamızın 1. Bölümünde sunulmaktadır. Tekrardan kaçınmak adına detaylı açıklamalara bu bölümde bir kez daha yer verilmemektedir.

²⁷⁵ *supra* dipnot 87, s. 75.

²⁷⁶ Rekabet Kurulunun 23.06.2011 tarihli ve 11-39/838-262 sayılı *Anadolu Elektronik* kararı.

²⁷⁷ Rekabet Kurulunun 16.12.2013 tarihli ve 13-70/952-403 sayılı *Hyundai Bayileri* kararı. Ayrıca bkz. Rekabet Kurulunun 16.04.2014 tarihli ve 14-15/277-119 sayılı *Aktif-İriyil Otomotiv* kararı.

²⁷⁸ Bkz. De Minimis Kılavuzu, s. 16.

²⁷⁹ *supra* dipnot 276.

sağlayabileceğini de belirtmiştir²⁸⁰. Komisyon da açıkça yeniden satış fiyatının belirlenmesinin ABİDA'nın 101(3). maddesinden, yani bireysel muafiyetten yararlanabileceğini açıklamaktadır²⁸¹. Ayrıca yakın tarihli *Dogati* kararında²⁸², fast food sektöründe faaliyet gösteren sağlayıcının, bir franchise sözleşmesi çerçevesinde bayilerinin yeniden satış fiyatlarını belirlemesi uygulamasının “rekabet açısından kayda değer bir rekabetçi endişe” yaratmadığı sonucuna varan Rekabet Kurulu, dosya özelinde yeniden satış fiyatı belirlemesi uygulamasını rekabeti kısıtlayıcı bulmamıştır. Bu çerçevede, yeniden satış fiyatı belirlemesi uygulamalarının tüketiciler nezdinde etkinlik sağladığı ve/veya rekabet hukuku açısından problem teşkil etmediği durumların mevcut olduğu görülmektedir. Rekabet Kurulunun açıkladığımız *per se* ihlal yaklaşımı, yeniden satış fiyatı belirlemesi uygulamalarının, genelde rekabeti kısıtlayıcı amaç taşıdığı kabul edilmesi dolayısıyla *per se* ihlal teşkil ettikleri doğrultusunda bir çıkarıma yol açabilecektir. Oysaki Rekabet Kurulu içtihadında, yeniden satış fiyatı belirlemesi uygulamalarının rekabeti kısıtlamadığı veya tüketiciler nezdinde etkinlik sağlayabildiği durumların da mevcut olduğu anlaşılmaktadır.

Yukarıda açıkladığımız üzere, Rekabet Kurulu kararlarında genel olarak rekabeti kısıtlayıcı amaç taşıyan anlaşmalar bakımından *per se* ihlal yaklaşımı benimsendiği anlaşılmakta ve Rekabet Kurulu içtihadında *per se* ihlallerin bireysel muafiyetten yararlanamayacağı belirtilmektedir. Öte yandan Rekabet Kurulunun bazı kararlarında, *per se* ihlal kabul edilen anlaşmaların bireysel muafiyetten yararlanabileceği yönünde ifadeler de rastlanmaktadır. Örneğin, *Gelibolu* kararında²⁸³, “(...) uluslararası deniz taşımacılığında çeşitli konferansların oluşturulması suretiyle, rakiplerin tarife, fiyat, gelir paylaşımı gibi konularda ortak hareket etmeleri söz konusu olmakta, rekabet hukuku kapsamında “*per se*” yasak olan bu uygulamalara, rekabet hukuku sistemlerinde istisna ve/veya muafiyet tanınmaktadır (...) AB Komisyonu da 1986 yılında çıkarmış olduğu 4056/86 sayılı Tüzük’le aynı yolu takip etmiştir” açıklaması yapılmıştır. Öte yandan, Rekabet Kurulu, daha yakın tarihli *Peugeot Bayileri* kararında²⁸⁴, bahsi geçen 4056/86 sayılı Tüzük ile sağlanan muafiyetin sektöre özel bir düzenleme oluşturduğunu, ayrıca bu tüzüğün sonradan yürürlükten kaldırıldığını belirtmiştir. Bu çerçevede, Rekabet Kurulu tarafından “(...) sadece düzenli hat taşımacılığına

²⁸⁰ Örneğin bkz. Rekabet Kurulunun 13.06.2013 tarihli ve 13-36/468-204 sayılı *Reckitt Benckiser* kararı.

²⁸¹ Guidelines on Vertical Restraints, para. 225.

²⁸² Rekabet Kurulunun 22.10.2014 tarihli ve 14-42/764-340 sayılı *Dogati* kararı.

²⁸³ Rekabet Kurulunun 02.11.2006 tarihli ve 06- 79/1032-298 sayılı *Gelibolu* kararı.

²⁸⁴ Rekabet Kurulunun 06.08.2010 tarihli ve 10-53/1057-391 sayılı *Peugeot Bayileri* kararı.

yönelik olan bu durumun bu sektörün özelliklerine sahip olmayan diğer sektörlere uygulanması gerek AB gerekse Türk Rekabet hukuku çerçevesinde söz konusu dahi değildir” açıklaması getirilmiştir.

Yakın tarihli Reklamcılar Derneği kararında ise “(...) fiyata yönelik bir anlaşmanın per-se ihlal niteliğinde olduğu dikkate alınarak, Reklamcılar Derneği'nin tavsiye edilen fiyat listesi yayımlamasına bireysel muafiyet tanınamayacağı sonucuna ulaşılmış”; ancak Rekabet Kurulu bu sonuca ulaşmadan önce, Reklamcılar Derneği'nin bireysel muafiyet argümanlarını her halükarda değerlendirmeye almıştır. Aslında bu türden bir uygulamanın, Rekabet Kurulunun per se yani “mutlak yasak” kabul ettiği davranışlar açısından dahi teşebbüslerin etkinlik kazanımlarına ilişkin argümanlarını dinlediğine bir örnek teşkil ettiği söylenebilecek ve teşebbüsler açısından olumlu değerlendirilebilecekse de, per se ihlallerin bireysel muafiyetten yararlanamayacağının ifade edildiği kararlar göz önünde bulundurulduğunda, Rekabet Kurulu kararlarında rastlanan farklı ifade ve yaklaşımların içtihatla belirsizlik yarattığı düşünülebilir.

Son olarak, Rekabet Kurulunun son dönemde verdiği bir kararında, per se ihlal yaklaşımından vazgeçildiğine işaret eden ifadeler bulunduğu düşünülebilir. 9 Aralık 2014 tarihli Sakarya İli Sürücü Kursları kararında²⁸⁵, “4054 sayılı Kanun'un 4. maddesinde düzenlenen ihlalin tespiti açısından, rakip teşebbüsler arasında yapılan anlaşmada rekabeti bozucu amacın bulunması yeterli olup söz konusu amacın tespit edilmesi halinde ayrıca rekabeti bozucu etkinin ve dolayısıyla zararın ortaya konulmasına gerek yoktur. Ayrıca rekabet hukukunda fiyat ve satış koşullarının belirlenmesine yönelik anlaşmalar per se ihlal olarak kabul edilmekte, bu tür ihlallerin uygulanıp uygulanmadığının mutlak tespiti gerekli görülmemektedir” ifadesine yer verilmiştir. Rekabet Kurulunun bu karar ile, rekabeti kısıtlayıcı amaç taşıyan anlaşmaların tamamının değil, yalnızca bir bölümünün per se (yani kendiliğinden) ihlal sayıldığına işaret ettiği değerlendirilebilir. Bununla birlikte, kanımızca, rekabeti kısıtlayıcı amaç taşıyan anlaşmaların per se ihlal teşkil ettiği yönündeki Rekabet Kurulu içtihadındaki genel izlenimin hâlâ sürdüğü söylenebilir.

6. TÜRK REKABET HUKUKUNDA CB KARARININ POTANSİYEL ETKİLERİ

Gerek CB kararı gerekse AG Wahl'ın görüşü, Türk rekabet hukuku uygulamasına taşınması faydalı olabilecek prensipler içermektedir. CB kararının Türk rekabet hukuku açısından etki gösterebileceği durumları, üç ana başlık altında toplamak

²⁸⁵ Rekabet Kurulunun 09.12.2014 tarihli ve 14-49/877-397 sayılı Sakarya İli Sürücü Kursları kararı.

mümkündür: (i) Türk rekabet hukukunda rekabeti kısıtlayıcı amacın tespiti, (ii) Kanun Tasarısı'nda öngörülen *de minimis* kuralının uygulaması, (iii) Rekabet Kurulunun *per se* ihlal değerlendirmesi.

6.1. Türk Rekabet Hukukunda Rekabeti Kısıtlayıcı Amacın Tespiti

Öncelikle, her ne kadar yukarıda ortaya koyduğumuz üzere AB'de son yıllarda süregelen rekabeti kısıtlayıcı amaç tartışmalarına Türk rekabet hukuku doktrininde rastlayamasak da, *CB* kararı ve *AG Wahl* tarafından ortaya konulan ve rekabeti kısıtlayıcı amacın tespitine açıklık kazandıran formülün Türk rekabet hukukunda da benimsenmesi yoluyla *BIDS* kararı, *T-Mobile* kararı, *Allianz Hungaria* kararı ve son olarak (*CB* kararı öncesi) *CB* dosyasındaki gibi belirsizlikler Rekabet Kurulu içtihadında önlenebilecektir.

Burehberliğin işlevi, özellikle yeni tür ihlaller açısından kendini göstermektedir. AB'de, gecikme-için-öde anlaşmaları²⁸⁶, arama reklamcılığı pazarı²⁸⁷, mobil işletim sistemleri²⁸⁸, online otel rezervasyonu²⁸⁹, e-kitap yayıncıları arası anlaşmalar²⁹⁰, en çok kayırılan müşteri şartı içeren anlaşmalar²⁹¹ gibi karmaşık yapıların rekabet hukuku soruşturmalarına konu olduğu gözlemlenmektedir. Bu örneklerin çoğuna Rekabet Kurulu kararlarında henüz rastlanmamaktadır. Öte yandan, yakın gelecekte, benzer anlaşmaların ve pazarların Rekabet Kurulu önüne gelmesi mümkün ve hatta muhtemeldir. Örneğin Rekabet Kurulu, kısa süre önce Yemek Sepeti Elektronik İletişim Tanıtım Pazarlama Gıda San. ve Tic. A.Ş. (Yemek Sepeti) hakkında, Yemek Sepeti'nin en çok kayırılan müşteri şartı ve fiili münhasırlık uygulamaları yoluyla 4054 sayılı Kanun'un 4. ve 6. maddelerini ihlal edip etmediğinin tespitine yönelik bir soruşturma başlatmıştır²⁹². Yemek Sepeti, *CB* gibi çift taraflı bir pazarda, "online paket servisi hizmetleri" pazarında,

²⁸⁶ Bkz. 4.2.1. Bölüm.

²⁸⁷ Bkz. Komisyon'un basın açıklaması, "Antitrust: Commission Probes Allegations of Antitrust Violations by Google", (IP/10/1624).

²⁸⁸ Bkz. Komisyon'un basın açıklaması, "Antitrust: Commission Sends Statement of Objections to Google on Comparison Shopping Service; Opens Separate Formal Investigation on Android", (IP/15/4780).

²⁸⁹ Bkz. Komisyon basın açıklaması, "Antitrust: Commission Announces the Launch of Market Tests in Investigations in the Online Hotel Booking Sector by the French, Swedish and Italian Competition Authorities", (IP/14/2661).

²⁹⁰ Bkz. Komisyon'un basın açıklaması, "Antitrust: Commission Opens Formal Proceedings to Investigate Sales of E-books", (IP/11/1509).

²⁹¹ Bkz. Komisyon'un basın açıklaması, "Antitrust: Commission Accepts Legally Binding Commitments from Simon & Schuster, Harper Collins, Hachette, Holtzbrinck and Apple for Sale of E-books", (IP/12/1367).

²⁹² Bkz. Rekabet Kurumunun 10.04.2015 tarihli açıklaması, "Yemek Sepeti Elektronik İletişim Tanıtım Pazarlama Gıda San. ve Tic. A.Ş. Hakkında Soruşturma Açıldı", <http://www.rekabet.gov.tr/tr-TR/Guncel/Yemek-Sepeti-Elektronik-Iletisim-Tanitim-Pazarlama-Gida-San-ve-Tic-AS-Hakkinda-Sorusturma-Acildi>, Erişim Tarihi: 02.06.2015.

faaliyet göstermektedir. Çift taraflı pazarlarda rekabet hukuku incelemelerinin hassasiyeti, *CB* kararı kapsamında kendini göstermiştir²⁹³. İlaveten, çift taraflı pazarlar görece sıklıkla Rekabet Kurulu incelemesine konu olsa da²⁹⁴, en çok kayırlan müşteri şartlarına ilişkin sınırlı sayıda Rekabet Kurulu kararı tespit edilebilmiştir²⁹⁵. Bu çerçevede, sürmekte olan Yemek Sepeti soruşturmasının çift taraflı online bir pazarda en çok kayırlan müşteri şartından oluşan yapısının alışılmadık bir anlaşma yapısı olduğu değerlendirilebilecektir. Yemek Sepeti Soruşturması’nda ve/veya gelecekte karşılaşılabilecek diğer alışılmadık, kompleks düzenlemeler açısından, Rekabet Kurulu, amacın tespiti konusunda, *CB* kararının formülünden²⁹⁶ yararlanabilecek ve *CB* kararı, hangi durumlarda rekabeti kısıtlayıcı amacın var olduğunun ve hangi durumlarda etki analizine yönelmenin gerekeceğinin tespitinde yol gösterici olabilecektir. Bu doğrultuda, *CB* kararının “dar yorum” ilkesi esas alındığında, özellikle yeni durumlar açısından AB’de Komisyon ve rekabet otoriteleri için literatürde öngörüldüğü gibi²⁹⁷ Rekabet Kurulunun rekabeti kısıtlayıcı etki analizine yönelmesi dahi söz konusu olabilecektir. Ayrıca bu şekilde AB’de *BIDS* kararı-*Allianz Hungaria* kararı sürecinde rekabeti kısıtlayıcı amaç kavramının kapsamı açısından doğmuş belirsizliklerin önüne geçilmesi sağlanabilecektir.

6.2. De Minimis Kuralı

CB kararının Türk rekabet hukukunda izlenmesi, *de minimis* kuralına ilişkin fayda sağlayabilecektir. *De minimis* kuralı, hâlihazırda mevzuatımızda bulunmamakla birlikte, Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair

²⁹³ Bu doğrultudaki değerlendirmeler çalışmamızın 4.1. Bölümünde sunulmaktadır.

²⁹⁴ Bkz. OECD (2009), *Two-Sided Markets*, OECD, Paris, s. 131 vd.

²⁹⁵ Rekabet Kurulu kararları kapsamında, doğrudan çok kayırlan müşteri şartının incelendiği yalnızca bir karar tespit edilebilmiştir (Bkz. Rekabet Kurulunun 08.12.2010 tarihli ve 10-76/1572-605 sayılı *Sony Europe/Arçelik* kararı). Öte yandan, Rekabet Kurulu kararlarında, en çok kayırlan müşteri kayıtlarına benzetilen “İngiliz Şartı” (veya “İngiliz Hükmü”) adı verilen uygulamadan bahsedilen kararlar tespit edilmiştir (Örneğin bkz. Rekabet Kurulunun 20.01.2009 tarihli ve 09-03/45-14 sayılı *Carrefour SA* kararı; Rekabet Kurulunun 01.12.2005 tarihli ve 05-80/1106-317 sayılı *Karboğaz* kararı).

²⁹⁶ Bkz. 3.6.1 ve 3.6.2 numaralı Bölümler. Bu formül, kanımızca, dört unsurdan oluşmaktadır: (i) Rekabeti kısıtlayıcı amaç kavramının sınırları **dar** tutulmalıdır, (ii) Rekabeti kısıtlama amacı değerlendirmesinde, anlaşmaların içinde buldukları **ekonomik ve hukuki koşullar** dikkate alınacaktır, (iii) Anlaşmanın ilgili pazardaki **etkileri** veya **potansiyel etkileri**, rekabete aykırı amacın tespitinde **kullanılmayacaktır**, (iv) Kısıtlayıcı amaç kategorisine yalnızca, **rekabete zarar verici doğası deneyimler** ve **ekonomi** ışığında açıkça görülebilen anlaşmalar girecektir.

²⁹⁷ Bkz. 4. Bölüm.

Kanun Tasarısı'nın (Kanun Tasarısı)²⁹⁸ 1. maddesinde yer bulmuştur²⁹⁹. *De minimis* kuralının Türk rekabet hukukunda kabul edilmesi halinde, Rekabet Kurulu, kriterlerini önceden belirlemek kaydıyla bazı anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği karar ve eylemlerini soruşturma konusu yapmayabilecektir. Kuralın uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar ise, ikincil mevzuat ile belirlenecektir.

Türk rekabet hukukunda AB uyum sürecinin de etkisi ile AB uygulamalarının dikkate alındığı göz önünde bulundurulursa³⁰⁰, *de minimis* kuralı açısından Türk rekabet hukukunda AB ikincil mevzuatına paralel hükümlerin benimsenmesi mümkündür³⁰¹. Yukarıda da açıkladığımız üzere, AB'de rekabeti kısıtlama amacı taşıyan anlaşmalar *de minimis* kuralından faydalanamamaktadır³⁰². Şayet Türkiye'de *de minimis* açısından paralel bir uygulamaya başlanırsa, rekabeti kısıtlayıcı amaç kavramının önemi de aynı ölçüde artacaktır. Ayrıca, yukarıda da açıklandığı üzere³⁰³, rekabeti kısıtlayıcı amaç taşıyan anlaşmalara *de minimis* kuralının uygulanamamasından ötürü, AB'de *de minimis* kuralının (yani De Minimis Bildirimi'nin) uygulamasında CB kararının etki doğurması beklenmektedir. Bu doğrultuda, CB kararı prensipleri Türkiye'de de hangi anlaşmaların *de minimis* kuralından faydalanabileceği hususunda, hem ikincil mevzuatın hazırlanmasında hem de uygulamada yol gösterici olabilecektir.

6.3. Rekabet Kurulu Kararlarında *Per Se* İhlal Değerlendirmesi

Son olarak, Türk rekabet hukuku açısından CB kararından çıkarılabilecek dolaylı bir sonuca da değinmekte fayda görüyoruz. Rekabet Kurulu kararlarında rekabeti

²⁹⁸ Kanun Tasarısı, 02.01.2014 tarihinde Bakanlar Kurulunca verilen karar doğrultusunda 23.01.2014 tarihinde gerekçesi ile birlikte Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığına sunulmuş idi. Öte yandan, Kanun Tasarısı, 24. Yasama Döneminde sonuçlandırılmamış ve hükümsüz kalmıştır. 31.07.2015 tarihi itibarıyla Kanun Tasarısı'na ilişkin herhangi yeni bir gelişme yaşanmamıştır.

²⁹⁹ Bu madde uyarınca, "*Kurul, pazar payı ve ciro gibi ölçütleri önceden belirlemek kaydıyla bazı anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği karar ve eylemlerini soruşturma konusu yapmayabilir. Bu fıkranın uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar Kurul tarafından çıkarılacak tebliğ ile belirlenir.*" Ayrıca bkz. TEKİNALP, Ü., "Rekabetin Korunması hakkında Kanunda Güncel Gelişmeler", <http://www.rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT%2F1%2FDocuments%2FPer%25c5%259fembe%2BKonferans%25c4%25b1%2BYay%25c4%25b1n%2Fperskonfyyn108.pdf>, Erişim Tarihi: 08.06.2015, para. 10-14. Kanun Tasarısı kapsamında *de minimis* kuralına ilişkin değerlendirmeler için bkz. İstanbul Barosu (2014), "Rekabet Hukuku Dünyası Tartışıyor: Rekabet Kanunu Tasarısı ve Ceza Yönetmeliği Taslağının Getirdiği Yenilik ve Tartışmalar", İstanbul, 2014, <http://www.istanbulbarosu.org.tr/Yayinlar/eyayin/REKABETHUKUK.pdf>, Erişim Tarihi: 08.06.2015.

³⁰⁰ Bu doğrultuda bkz. Rekabet Kurumu (2015), "16. Yıllık Rapor", Rekabet Kurumu, Ankara, http://www.rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT%2f1%2fDocuments%2fFaaliyet+Raporlar%2fC4%B1%2fRK_16.pdf, Erişim Tarihi: 07.06.2015, "Sunuş" Bölümü ve ayrıca s. 110.

³⁰¹ Bu doğrultuda bkz. TÜSİAD (2014), "Rekabetin Korunması hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına dair Kanun Tasarısı'na ilişkin TÜSİAD Görüşü", TÜSİAD, İstanbul, http://www.tusiad.org.tr/_rsc/shared/file/RekabetinKorunmasi-TUSIADGorus.pdf, Erişim Tarihi: 07.06.2014, s. 2.

³⁰² De Minimis Bildirimi, para. 2.

³⁰³ Bkz. 4.1. Bölüm.

kısıtlayıcı amaca ilişkin *per se* ihlal yaklaşımı gözleendiği, çalışmamızın 5. Bölümü altında irdelenmektedir. Çalışmamızın 1. Bölümünde açıklandığı üzere, rekabeti kısıtlayıcı amaç taşıyan anlaşmaların *per se* ihlal olarak değerlendirilmesi doğru olmayacaktır; zira rekabeti kısıtlayıcı amaç taşıyan anlaşmalar, teorik olarak, koşullarını sağladıkları müddetçe muafiyet rejiminden yararlanabilmektedir. *Per se* ihlal bulunması durumunda ise, teşebbüslere bireysel muafiyet kapısı kapanmakta ve anlaşmanın, etkinlik kazanımları yaratsa dahi yasaklanması sonucu doğmaktadır.

Rekabet otoritelerinin önüne, *CB* dosyasındaki MERFA düzenlemeleri gibi, daha önce karşılaşılmamış türden rekabet hukuku problemlerinin gelebildiği göz önünde bulundurulduğunda, rekabeti kısıtlayıcı amaç taşıyan anlaşmaların *per se* ihlal kabul edilmemesinin gerekliliği kanımızca daha açık görülebilmektedir. Rekabet hukuku soruşturmalarında, rekabet otoritelerinin (*CB* dosyası özelinde Komisyon’un ve sonradan Genel Mahkeme’nin), daha önceden değerlendirilmemiş anlaşma türleri açısından da rekabeti kısıtlayıcı amaç tespiti yapabildikleri (her ne kadar *CB* kararı sonrasında bu yaklaşımından vazgeçilmesi gerekeceğine dair görüşler mevcutsa da³⁰⁴), *CB* dosyası kapsamında Komisyon’un ve Genel Mahkeme’nin, MERFA ve *CB*’nin diğer düzenlemelerinin rekabeti kısıtlayıcı amaç taşıdığı değerlendirilmeleri ile gözler önüne serilmiştir. *Per se* ihlal yaklaşımının yeni bir anlaşma türüne uygulandığı varsayılırsa, rekabet otoritesi hem anlaşmanın etkilerini değerlendirmekle yükümlü olmayacak, hem de teşebbüslerin anlaşmanın rekabetçi yönlerine ilişkin muafiyet rejimi kapsamındaki savunmaları da dinlenmeyebilecektir. Bu doğrultuda, ilgili anlaşmanın, rekabet üzerindeki etkileri hiç değerlendirilmeden yasaklanması sonucu doğabilecektir; zira, etki analizi yapılmadığından rekabet üzerindeki negatif ve bireysel muafiyet analizi kapsamında pozitif etkileri hiç değerlendirilmemiş olacaktır. *CB* kararının deneyimlere atfettiği önem³⁰⁵ ve literatürde yeni tür anlaşmalar açısından etki analizi uygulanması gerektiğine dair görüşler³⁰⁶ dikkate alındığında, kısıtlayıcı amacın doğrudan *per se* ihlal olarak değerlendirilmesi ve/veya içtihatla bu yönde bir izlenim yaratılmasının, mevzuat (yani bireysel muafiyet olasılığı) ve uygulama (özellikle *CB* Kararı) ile uyumsuz olacağı düşünülebilecektir. Sonuç olarak, kanımızca, Rekabet Kurulunun rekabeti kısıtlayıcı amaç taşıyan anlaşmaların *per se* ihlal teşkil ettiği yönünde ifadelerden uzaklaşması ve rekabeti kısıtlayıcı amaç taşıyan anlaşmaların doğrudan *per se* ihlal teşkil etmediğinin içtihatla açıkça hüküm altına alınması ile (ki yakın tarihli *Sakarya*

³⁰⁴ Örneğin bkz. *supra* dipnot 222, s. 3, Botteman ve Patsa 2014.

³⁰⁵ *Supra* dipnot 209, s. 22-23.

³⁰⁶ Örneğin bkz. *supra* dipnot 222, s. 3, Botteman ve Patsa 2014.

İli Sürücü Kursları kararı³⁰⁷ bu yönde bir adım olarak değerlendirilebilecektir), Türk rekabet hukukunda, rekabeti kısıtlayıcı amaç taşıyan anlaşmaların *per se* ihlal teşkil etmediği hususunda³⁰⁸ belirlilik sağlanabilecektir. Ayrıca, özellikle yeni tür anlaşmaların değerlendirilmesinde, teşebbüslerin bireysel muafiyet savunmalarının dinlenmesinin önüne geçilmemiş olacaktır.

SONUÇ

AB’de şimdiden büyük yankı uyandırmış *CB* kararı ve AG Wahl’ın görüşü, rekabeti kısıtlayıcı amacın yasaklanmasında rekabet otoritelerinin uygulaması gereken formülü, özellikle son yılların yoğun belirsizlikler içeren kararlar silsilesinden sonra nihayet ortaya koymuş ve böylece AB rekabet hukuku yeni bir güne uyanmıştır. *CB* kararı öncesi dönemde, rekabeti kısıtlayıcı amacın aşırı geniş yorumlanması ve bir anlaşmanın rekabet üzerindeki mevcut veya potansiyel etkilerinin, rekabeti kısıtlayıcı amaç analizine dahil edilmesi noktasına varan uygulama, “doğası gereği rekabete zararlı olduğu” söylenemeyebilecek anlaşmaların da rekabeti kısıtlayıcı amaç kategorisine dahil edilmesi sonucunu doğurmuştur. Oysaki rekabeti kısıtlayıcı amaç mekanizması, rekabet otoritelerine anlaşmanın mevcut veya potansiyel etkilerinin incelenmesine gerek kalmadan anlaşmanın -tarafklar muafiyet rejiminden faydalanabildiklerini ispat edemedikleri müddetçe- ihlal kabul edilebilmesi imkânını tanımaktadır. Bu nedenle de, özellikle rekabeti kısıtlayıcı etkileri geçmişte hiç ortaya konulmamış anlaşmaların rekabeti kısıtlayıcı amaç taşıdığına hükmedilmesi, aslen rekabeti kısıtlayıcı doğası şüpheli anlaşmaların, hatalı çıkarımlar sonucu ihlal sayılması sonucunu doğurabilmektedir.

CB kararı ile, özellikle 2000’li yıllarda AB mahkemeleri ve Komisyon tarafından kapsamı genişletilmiş “rekabeti kısıtlayıcı amaç” kavramı, dört etapta oluşan bir formülasyona indirgenmiş ve sonunda belirginlik kazanmıştır: (i) Rekabeti kısıtlayıcı amacın sınırları dar tutulmalıdır, (ii) Kısıtlayıcı amaç değerlendirmesinde anlaşmaların içinde buldukları ekonomik ve hukuki koşullar dikkate alınmalıdır, (iii) Anlaşmanın ilgili pazardaki etkileri veya potansiyel etkileri, rekabete aykırı amacın tespitinde kullanılmayacaktır, (iv) Yalnızca doğası gereği rekabete zarar verici nitelikte olduğu deneyimler ve iktisadi ilkeler ışığında açıkça görülebilen anlaşmalar kısıtlayıcı amaç kategorisine girecektir.

AB’de rekabeti kısıtlayıcı amaca ilişkin geri adım sürecinin başlangıcı olarak nitelendirilebileceğimiz *CB* kararı prensiplerinin, Türk hukukuna kazandırılması ise birkaç farklı ekseninde faydalı olabilecektir. Öncelikle, rekabet otoritelerinin

³⁰⁷ *Supra* dipnot 285.

³⁰⁸ AG Wahl’ın görüşü, para. 32.

önüne, teknolojik gelişmelerin de etkisiyle alışılmadık anlaşma türleri ve pazarların geldiği göz önünde bulundurulursa, rekabeti kısıtlayıcı amacın tespitinin özellikle zorluk ihtiva edeceği bu tür durumlarda *CB* kararının açık formülü, Rekabet Kurulunun incelemesinde yol gösterebilecek ve kısıtlayıcı amacın tespiti bakımından istikrar sağlanmasında faydalı olabilecektir. Ayrıca *CB* kararı, Türk rekabet hukukunda henüz bulunmayan *de minimis* kuralının yürürlüğe girmesi durumunda, hangi anlaşmaların *de minimis*'ten yararlanabileceği hususunda bir kılavuz görevi görebilecektir. Son olarak, Rekabet Kurulu içtihadında rekabeti kısıtlayıcı amaç taşıyan anlaşmaların *per se* ihlal sayılmadığı hususunun belirginleştirilmesinde fayda görülebilmektedir.

KAYNAKÇA

AB Komisyonu (2007), “Competition Impact of Airline Code-share Agreements”, <http://ec.europa.eu/competition/sectors/transport/reports/airlinecodeshare.pdf>, Erişim Tarihi: 10.11.2014.

AKMAN, P. (2013), “The Court of Justice’s Expedia Ruling Undermines the Economic Approach by Eliminating the ‘De Minimis’ Defence in Object Agreements”, <https://competitionpolicy.wordpress.com/2013/06/04/the-court-of-justices-expedia-ruling-undermines-the-economic-approach-by-eliminating-the-de-minimis-defence-in-object-agreements/>, Erişim Tarihi: 20.05.2015.

AREEDA, P. J. (1989), “Essential Facilities: An Epithet in Need of Limiting Principles”, *Antitrust L.J.*, No:58(3), s. 841-853.

ASLAN, E.F. (2012), “Geleceğe Yönelik Bilgi Paylaşımının Rekabet Hukuku Kapsamında Değerlendirilmesi ve Rekabet Kurumunun Bilgi Paylaşımı Konusuna Yaklaşımı”, *Rekabet Dergisi*, No:13(3), s. 3-78.

ATA, Ç. D. (2009), “Rekabeti Kısıtlayıcı Anlaşmalara Olumlu Yaklaşım: Rule of Reason Işığında Roma Antlaşması 81. Madde ve Muafiyet”, *Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi* No: 109, <http://www.rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT/1/Documents/Uzmanl%C4%B1k+Tezi/tez124.pdf>, Erişim Tarihi: 20.05.2015.

AUER, D. ve N. PETIT (2015), “Two-Sided Markets and the Challenge of Turning Economic Theory into Competition Policy”, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2552337, Erişim Tarihi: 25.05.2015.

BAILEY, D. (2012), “Restrictions of Competition by Object under Article 101 TFEU”, *Common Market Law Review*, No:49(2), s. 559-599.

BAILEY, D. ve R. WHISH (2012), *Competition Law*, Seventh Edition, Oxford University Press, New York, US.

BOSCO, D. (2012), “Coup de Froid sur la Régulation Concurrentielle du Secteur Bancaire Français”, *Contrats Concurrence Consommation (LexisNexis)*, No:(2012)4, comm.104.

BOTTA, M., N. HARSDORF ve K. FREWEIN (2014), “Poena sine Culpa? Comment on Schenker”, *E.L.Rev.*, No:39(4), s. 553-566.

BOTTEMAN, Y. ve A. PATSA (2014) “The Boundaries of ‘Restriction by Object’ under EU Competition Law: At Last, the EU Court of Justice Puts the House in Order”, <http://www.steptoe.com/resources-detail-9860.html>, Erişim Tarihi: 20.05.2015.

CCI Paris Ile-de-France, Creda-Concurrence (2014), “L’Avocat Général Wahl Invite la Cour à Adopter une Conception Restrictive de la Notion de “Restriction par Objet” et d’Annuler en Conséquence l’Arrêt du Tribunal confirmant que les Mesures en cause dans l’Affaire du Groupement des Cartes Bancaires “CB” avaient pour “Objet” de Restreindre la Concurrence”, <http://www.cci-paris-idf.fr/etudes/competitivite/commerce-concurrence-consommation/jurisprudence-ue-cour-justice-union-appelle-commission-etre-plus-precise-redaction-communications-griefs-creda>, Erişim Tarihi: 19.10.2014.

CHAGNY, M. (2012), “Après la Cour de Justice, Retour à la Cour d’Appel de Paris! En Attendant...”, *Communication Commerce électronique (LexisNexis)*, No:2012(1).

CIMENTAROV, P. (2014), “Expanding the “Object Box” and its Perverse Effects - Does EU Competition Law Condemn Innocent Behaviour?”, <http://www.mayerbrown.com/Petar-Cimentarov-Expanding-the-Object-Box-and-its-Perverse-Effects--Does-EU-Competition-Law-Condemn-Innocent-Behaviour-06-23-2014/>, Erişim Tarihi: 19.10.2014.

CLANCY, M., D. GERADIN, A. LAZEROW (2013), “Reverse-payment Patent Settlements in the Pharmaceutical Industry: An Analysis of US Antitrust Law and EU Competition Law”, <http://ssrn.com/abstract=2345851>, Erişim Tarihi: 19.10.2014.

FALKENBERG, B. (2015), “Trimming the Scope of Objective Restrictions in European Antitrust Enforcement”, *International Trade Law & Regulation*, No:21(1), s.21-24.

FRAILE, I., A. KAPOOR ve R. MORALES (2014), “Drug Test: When are Pay-for-delay Agreements Illegal?”, *Global Competition Litigation Review*, No:7(4), s. 214-220.

GERARD, D. (2012) “The Effects-Based Approach under Article 101 TFEU and its Paradoxes: Modernisation at War with Itself?”, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2117780, Erişim Tarihi: 14.10.2014.

GIRAUD, A. (2014) “Exégèse de l’Arrêt Groupement des Cartes Bancaires”, *Revue Lamy Droit des Affaires (Wolters Kluwer)*, No:2014(11).

Global Competition Review (2014), “ECJ Condemns Liberal Interpretation of Object Infringement”, <http://globalcompetitionreview.com/news/article/36840/ecj-condemns-liberal-interpretation-object-infringement>, Erişim Tarihi: 16.09.2014.

GRAHAM, C. (2013), “Methods for Determining Whether An Agreement Restricts Competition: Comment on Allianz Hungária”, *European Law Review*, No:2013(4), s. 542-551.

GÜNDOĞDU, M. (2009), “Rekabet Hukuku Perspektifinden Hava Yolu Taşımacılığı Sektöründe Stratejik İttifaklar”, *Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi* No: 98, <http://www.rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT/1/Documents/Uzmanl%c4%b1k+Tezi/tez119.pdf>, Erişim Tarihi: 02.11.2014.

GÜRKAYNAK, G., A. GÜNER ve J. FILSON (2014), “Global Reach of FTC v. Actavis” *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, No:45(2), s. 128-160.

HARPER, P. (2014), “EU Antitrust: Rolling back on the Expansion of ‘By Object’ Infringements”, <http://www.allenoverly.com/publications/en-gb/Pages/EU-antitrust--rolling-back-on-the-expansion-of--by-object--infringements.aspx>, Erişim Tarihi: 28.05.2015.

HARRISON, P. (2013), “The Court of Justice’s Judgment in Allianz Hungária is Wrong and Needs Correcting”, *CPI Antitrust Chronicle*, No: May 2013(1), http://www.sidley.com/~/media/Files/Publications/2013/05/The%20Court%20of%20Justices%20Judgment%20in%20Allianz%20Hungri_/Files/View%20Article/FileAttachment/HarrisonMay13%281%29, Erişim Tarihi: 01.06.2015.

HAUTBOURG, S. ve A. CHOFFEL (2014), “La Notion de ‘Restriction de Concurrence par Object’ après l’Arrêt Cartes Bancaires”, *Séminaire Droit et Economie de la Concurrence*, Paris France, http://www.concurrences.com/spip.php?action=accéder_document&arg=24946&cle=cea5f793fee76fe83529783b4804c1b8e11171a5&file=pdf%2Fslidesconfconcurrences14oct2014-2.pdf, Erişim Tarihi: 05.05.2015.

IBANEZ COLOMO, P. (2012), “Market Failures, Transaction Costs and Article 101(1) TFEU Case Law”, *European Law Review*, No:37(5), s. 541-562.

IBANEZ COLOMO, P. (2014), “Intel and Article 102 TFEU Case Law: Making Sense of a Perpetual Controversy”, *LSE Law, Society and Economy Working Papers* 29/2014, <http://ssrn.com/abstract=2530878>, Erişim Tarihi: 18.12.2014.

IDOT, L. (2014), “La Cour Rappelle les Principes Applicables pour l’Identification d’un Restriction de Concurrence par Objet en revenant à une Approche plus Restrictive?”, *Europe (LexisNexis)*, No:2014(11).

İstanbul Barosu (2014), “Rekabet Hukuku Dünyası Tartışıyor: Rekabet Kanunu

Tasarısı ve Ceza Yönetmeliği Taslağının Getirdiği Yenilik ve Tartışmalar”, İstanbul, 2014, <http://www.istanbulbarosu.org.tr/Yayinlar/eyayin/REKABETHUKUK.pdf>, Erişim Tarihi: 08.06.2015.

ITALIANER, A. (2013), “Competitor Agreements under EU Competition Law”, 40th Annual Conference on International Antitrust Law and Policy, Fordham Competition Law Institute, http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2013_07_en.pdf, Erişim Tarihi: 30.10.2014.

ITALIANER, A. (2014), “The Object of Effects”, CRA Annual Brussels Conference – Economic Developments in Competition Policy, http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2014_07_en.pdf, Erişim Tarihi: 19.01.2015.
JONES, A. (2010), “Left Behind by Modernisation? Restrictions by Object under Article 101(1)”, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1932309, Erişim Tarihi: 19.09.2014.

KILLICK, J. ve J. JOURDAN (2014), “Cartes Bancaires: A Revolution or A Reminder of Old Principles We Should Never Have Forgotten?”, *Competition Policy International*, <https://www.competitionpolicyinternational.com/cartes-bancaires-a-revolution-or-a-reminder-of-old-principles-we-should-never-have-forgotten>, Erişim Tarihi: 11.12.2014.

KING, S. (2013), “An Individual Response to the European Commission’s Consultation on the Revision of the De Minimis Notice”, http://ec.europa.eu/competition/consultations/2013_de_minimis_notice/saskia_king_en.pdf, Erişim Tarihi: 25.05.2015.

KING, S. (2015), “Agreements that Restrict Competition by Object under Article 101(1) TFEU: Past, Present and Future”, Doktora Tezi, http://etheses.lse.ac.uk/3068/1/King_Agreements_that_restrict_competition_by_object_under_Article_101.pdf, Erişim Tarihi: 25.05.2015.

KWAN, J. (2015), “Object or Effect: Where do Competition Authorities Need to Draw the Line?”, <http://communities.lawsociety.org.uk/download?ac=8128>, Erişim Tarihi: 20.05.2015.

LAMADRID, A. (2015), “The Double Duality of Two-Sided Markets”, *Competition Law Journal*, No:1(2015), https://antitrustlair.files.wordpress.com/2015/05/the-double-duality-of-two-sided-markets_clj_lamadrid.pdf, Erişim Tarihi: 08.05.2015, s. 5-18.

Latham & Watkins Client Alert (2014), “‘By Object’ Restrictions of Competition

Revisited: European Court of Justice Endorses Narrow Interpretation”, <http://www.lw.com/thoughtLeadership/LW-European-Justice-Court-Groupement-Cartes-Bancaires>, Erişim Tarihi: 20.09.2014.

MAHTANI, M.R. (2012), “Thinking outside the Object Box: An EU and UK Perspective”, *European Competition Journal*, No:8(1), s.1-39.

MONAGHAN, A. (2014), “Object or Effect: Where do Competition Authorities Need to Draw the Line?”, <http://communities.lawsociety.org.uk/download?ac=8127>, Erişim Tarihi: 09.05.2015.

MONTI, G. (2013), “Response to the Consultation on the Draft Notice on Agreements of Minor Importance”, http://ec.europa.eu/competition/consultations/2013_de_minimis_notice/giorgio_monti_en.pdf, Erişim Tarihi: 25.05.2015.

MURRAY, G. (2015), “In Search of the Obvious: Groupement des Cartes Bancaires and ‘By Object’ Infringements under EU Competition Law”, *European Competition Law Review*, No:36(2), s. 47-51.

NAGY, C. I. (2013), “The Distinction between Anti-competitive Object and Effect after Allianz: The End of Coherence in Competition Analysis?”, *World Competition*, No:36(4), http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2447630, Erişim Tarihi: 24.11.2014, s. 541-564.

NAGY, C. I. (2015), “The New Concept of Anti-Competitive Object: A Loose Cannon in EU Competition Law”, *E.C.L.R.*, No:36(4), s. 154-159.

ODUDU, O. (2009), “Restrictions of Competition by Object: What’s the Beef?”, *Competition Law Journal*, No: 9(1), <http://www.law.cam.ac.uk/faculty-resources/summary/restrictions-of-competition-by-object-whats-the-beef-91-2009-competition-law-journal-11-17/6078>, Erişim Tarihi: 02.11.2014, s. 11-17.

ODUDU, O. (2010), “The Last Vestiges of Overambitious EU Competition Law”, *Cambridge Law Journal*, No:69(2), s. 248-250.OECD (2007), *Facilitating Practices in Oligopolies*, OECD, Paris.

OECD (2009), *Two-Sided Markets*, OECD, Paris.

OECD (2010), *Information Exchanges between Competitors under Competition Law*, OECD, Paris.

ORTEGA GONZALEZ, A. (2013), “Restrictions by Object and the Appreciability Test: The Expedia Case, A Surprising Judgment or A Simple Clarification?”, *European Competition Law Review*, No:34(9), s. 457-465.

Oxera Economics (2013), “Bad Medicine? An Effects-based Approach to ‘Pay-for-delay’ Agreements”, Ekim 2013, <http://www.oxera.com/Latest-Thinking/Agenda/2013/Bad-medicine-An-effects-based-approach-to-pay.aspx>, Erişim Tarihi: 20.10.2014.

PİŞMAF, Ş. (2012), “İktisadi ve Hukuki Açından Teşebbüsler Arası Bilgi Değişimi”, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No: 115, <http://www.rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT/1/Documents/Uzmanl%C4%B1k+Tezi/5samilpismafmiz.pdf>, Erişim Tarihi: 30.05.2015.

PRADELLES, F. ve A. SCORDAMAGLIA-TOUSIS (2014), “Two Sides of the Cartes Bancaires Ruling: Assessment of the Two-Sided Nature of Card Payment Systems under Article 101(1) TFEU and Full Judicial Scrutiny of Underlying Economic Analysis”, *Competition Policy International*, No:10(2), s. 139-156.

PRIETO, N. (2014), “Ententes: Restriction de Concurrence”, *Le Lamy Europe Traité* – Edition 2014 - Walters Kluwer içinde, fasikül 1410.

Rekabet Kurumu (2009), “Tüm Kartları Kabul Kuralına İlişkin Sektör Araştırması Raporu”, Ankara, Türkiye, <http://www.rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT%2f1%2fDocuments%2fSekt%25c3%25b6r%2bRaporu%2fsektorrapor3.pdf>, Erişim Tarihi: 08.06.2015.

ROSATI, F. (2014), “Le Rôle de l’Analyse Économique dans l’Évaluation des Infractions par Object”, Séminaire Droit et Economie de la Concurrence, Paris France, http://www.concurrences.com/spip.php?action=accéder_document&arg=24946&cle=cea5f793fee76fe83529783b4804c1b8e11171a5&file=pdf%2Fslidescnfconcurrences14oct2014-2.pdf, Erişim Tarihi: 05.05.2015.

RUIZ CALZADO, J. ve A. SCORDAMAGLIA-TOUSIS (2015), “Groupement des Cartes Bancaires v Commission: Shedding Light on What is not a ‘By Object’ Restriction of Competition”, *Journal of Competition Law & Practice Current Intelligence*, <http://jeclap.oxfordjournals.org/content/early/2015/03/18/jeclap.lpv022.abstract>, Erişim Tarihi: 17.05.2015.

SCHWARZ, D. (2014), “Object or Effect: Where do Competition Authorities Need to Draw the Line?”, <http://communities.lawsociety.org.uk/download?ac=8129>, Erişim Tarihi: 20.05.2015.

SCORDAMAGLIA-TOUSIS, A. (2014), “New De Minimis Communication: ‘De Minimis’ and ‘By Object’ Restrictions of Competition Law”, *Journal of Competition Law & Practice Current Intelligence*, <http://jeclap.oxfordjournals>.

org/content/early/2014/10/10/jeclap.lpu092, Erişim Tarihi: 05.05.2015.

Séminaires Nasse (2012), La Direction Générale du Trésor (Fransız Hazinesi Genel Müdürlüğü), *Compte-rendu du Séminaire Philippe Nasse du Jeudi 13 Décembre 2012: Les Marchés «Biface»*, Décembre 2012, <http://www.tresor.economie.gouv.fr/File/395781>, Erişim Tarihi: 08.11.2014.

Shearman and Sterling Antitrust Client Publication (2014), “The EU General Court Gets a Rap on its Knuckles”, <http://www.shearman.com/~media/Files/NewsInsights/Publications/2014/09/The-EU-General-Court-Gets-a-Rap-on-Its-Knuckles-AT-091114.pdf>, Erişim Tarihi: 08.11.2014.

SHUTOVA, N. (2013), “Monopole Naturel, Marchés Bifaces, Différenciation Tarifaire: Trois Essais sur la Régulation de Télécommunications”, Université Panthéon – Assas, Ecole Doctorale de Sciences Économiques et de Gestion, Thèse de Doctorat en Sciences Économiques soutenue le 24 Septembre 2013, <http://www.teraconsultants.fr/medias/uploads/pdf/Publications/2013/2013-Sep-these-Natalia-Shutova-vf.pdf>, Erişim Tarihi: 11.11.2014.

SVETLICIINI, A. (2011), “‘Objective Justifications’ of ‘Restrictions by Object’ in Pierre Fabre: A More Economic Approach to Article 101(1) TFEU?”, *European Law Reporter*, No:11, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1991330, Erişim Tarihi: 01.11.2014, s. 348-353.

ŞAHİN, Y. (2013), “Reviving an Old Debate: The Rule of Reason under Article 101”, Yüksek Lisans Tezi, http://www.jeanmonnet.org.tr/Portals/0/scholars_database_thesis/selen_yersu_sahin_tez.pdf, Erişim Tarihi: 20.05.2015.

TEKDEMİR, Y. (2012), “İlaç Sektöründe Uzlaşma Anlaşmaları ve Jenerik Rekabetin Gecikmesi”, Rekabet Yazıları, <http://www.rekabet.gov.tr/tr-TR/Rekabet-Yazisi/Ilac-Sektorunde-Uzlasma-Anlasmalari-ve-Jenerik-Rekabetin-Gecikmesi>, Erişim Tarihi: 01.06.2015.

TEKİNALP, Ü., “Rekabetin Korunması hakkında Kanunda Güncel Gelişmeler”, <http://www.rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT%2F1%2FDocuments%2FPer%25c5%259fembe%2BKonferans%25c4%25b1%2BYay%25c4%25b1n%2Fperskonf yyn108.pdf>, Erişim Tarihi: 08.06.2015.

TÜSİAD (2014), “Rekabetin Korunması hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına dair Kanun Tasarısı’na ilişkin TÜSİAD Görüşü”, TÜSİAD, İstanbul, http://www.tusiad.org.tr/_rsc/shared/file/RekabetinKorunmasi-TUSIADGorus.pdf, Erişim Tarihi: 07.06.2014.

VOGEL, L. (2015), “Une Nouvelle Venue sur la Scène du Droit de la Concurrence: La Restriction par Object”, *Contrats Concurrence Consommation (LexisNexis)*, No:2015(5), Dosya 2.

ZAFAR, O. (2014), “Lundbeck, and Johnson & Johnson and Novartis: The European Commission’s 2013 ‘Pay-for-delay’ Decisions”, *Journal of Competition Law & Practice Current Intelligence*, <http://www.bristows.com/assets/documents/JECLP%20-%20Lundbeck%20and%20Johnson%20%20Johnson%20and%20Novartis.pdf>, Erişim Tarihi: 03.11.2014.

Mevzuat

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun

AB’nin İşleyişine dair Antlaşma (*Treaty on the Functioning of the European Union*)

Commission Notice on Agreements of Minor Importance which do not Appreciably Restrict Competition under Article 101(1) of the Treaty on the Functioning of the European Union, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2014:291:FULL&from=EN>, Erişim Tarihi: 08.06.2015.

Guidance on Restrictions of Competition “By Object” for the Purpose of Defining which Agreements may Benefit from the De Minimis Notice, http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/de_minimis_notice_annex.pdf, Erişim Tarihi: 08.06.2015.

Guidelines on the Applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to Horizontal Co-operation Agreements, [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011XC0114\(04\)&from=EN](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011XC0114(04)&from=EN), Erişim Tarihi: 07.06.2015.

Guidelines on the Application of Article 81(3) of the Treaty, [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:52004XC0427\(07\)](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:52004XC0427(07)), Erişim Tarihi: 01.11.2014.

Guidelines on Vertical Restraints, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:130:0001:0046:EN:PDF>, Erişim Tarihi: 19.01.2015.

Muafiyetin Genel Esaslarına ilişkin Kılavuz, <http://www.rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT%2f1%2fDocuments%2fKilavuz%2fmuafiyett.pdf>, Erişim Tarihi: 08.06.2015.

Rekabet Kurulu Kararları

Rekabet Kurulunun 26.11.1998 tarihli ve 93/750-159 sayılı *LPG* kararı.

Rekabet Kurulunun 17.06.1999 tarihli ve 99-30/276-166(a) sayılı *Ege Bölgesi Çimento Soruşturması* kararı.

Rekabet Kurulunun 24.11.1999 tarihli ve 99-53/575-365 sayılı *Dayanıksız Tüketim Maddeleri* kararı.

Rekabet Kurulunun 08.02.2002 tarihli ve 02-07/57-26 sayılı *Gübre* kararı.

Rekabet Kurulunun 01.12.2005 tarihli ve 05-80/1106-317 sayılı *Karbogaz* kararı.

Rekabet Kurulunun 02.11.2006 tarihli ve 06- 79/1032-298 sayılı *Gelibolu* kararı.

Rekabet Kurulunun 24.04.2007 tarihli ve 07-34/347-127 sayılı *ABC Türkiye Tiraj Denetleme Kurulu* kararı.

Rekabet Kurulunun 20.01.2009 tarihli ve 09-03/45-14 sayılı *Carrefour SA* kararı

Rekabet Kurulunun 25.11.2009 tarihli ve 09-57/1393-362 sayılı *Beyaz Et* kararı.

Rekabet Kurulunun 28.01.2010 tarihli ve 10-10/94-42 sayılı *UND* kararı.

Rekabet Kurulunun 01.07.2010 tarihli ve 10-47/858-296 sayılı *Doğan Yayın Holding/Feza Gazetecilik* kararı.

Rekabet Kurulunun 06.08.2010 tarihli ve 10-53/1057-391 sayılı *Peugeot Bayileri* kararı.

Rekabet Kurulunun 08.12.2010 tarihli ve 10-76/1572-605 sayılı *Sony Europe/ Arçelik* kararı.

Rekabet Kurulunun 23.06.2011 tarihli ve 11-39/838-262 sayılı *Anadolu Elektronik* kararı.

Rekabet Kurulunun 30.10.2012 tarihli ve 12-52/1479-508 sayılı *Çelik Çember* kararı.

Rekabet Kurulunun 13.06.2013 tarihli ve 13-36/468-204 sayılı *Reckitt Benckiser* kararı.

Rekabet Kurulunun 26.06.2013 tarihli ve 13-40/522-231 sayılı *OSD* kararı.

Rekabet Kurulunun 16.12.2013 tarihli ve 13-70/952-403 sayılı *Hyundai Bayileri* kararı.

Rekabet Kurulu'nun 16.04.2014 tarih ve 14-15/277-119 sayılı *Aktif-İriyıl*

Otomotiv kararı.

Rekabet Kurulunun 22.10.2014 tarihli ve 14-42/764-340 sayılı *Dogati* kararı.

Avrupa Birliği Kararları

ABAD’ın 28.03.1984 tarihli Joined Cases 29/83 and 30/83 - *Compagnie Royale Asturienne des Mines and Rheinzink v Commission* kararı.

ABAD’ın 28.04.1998 tarihli Case C-306/96 - *Javico International and Javico AG v Yves Saint Laurent Parfums SA* kararı.

ABAD’ın 06.04.2006 tarihli Case C-551/03 P - *General Motors v Commission* kararı.

ABAD’ın 20.11.2008 tarihli Case C-209/07 - *Competition Authority v Beef Industry Development Society Ltd and Barry Brothers (Carrigmore) Meats Ltd* kararı.

ABAD’ın 04.06.2009 tarihli Case C-8/08, *T-Mobile Netherlands BV v Raad van beestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit* kararı.

ABAD’ın 06.10.2009 tarihli Joined Cases C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P and C-519/06 P - *GlaxoSmithKline Services and Others v Commission and Others* kararı.

ABAD’ın 13.10.2011 tarihli C-439/09 P - *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique SAS Président de l’Autorité de la Concurrence, Ministre de l’Économie, de l’Industrie et de l’Emploi* kararı.

ABAD’ın 13.12.2012 tarihli C-226/11 - *Expedia Inc v Autorite de la Concurrence* kararı.

ABAD’ın 14.03.2013 tarihli C-32/11 - *Allianz Hungaria Biztosító Zrt v Gazdasági Versenyhivatal* kararı.

ABAD’ın 11.09.2014 tarihli Case C-67/13 P - *CB v Commission* kararı.

Genel Mahkeme’nin 10.03.1992 tarihli Case T-14/89 - *Montedipe SpA v Commission* kararı.

Genel Mahkeme’nin 29.11.2012 tarihli T-491/07 - *CB v Commission* kararı.

Fransız Rekabet Otoritesi, Décision n° 08-D-25 du 29 Octobre 2008 relative à des Pratiques mises en œuvre dans le Secteur de la Distribution de Produits Cosmétiques et d’Hygiène Corporelle vendus sur Conseils Pharmaceutiques.

Fransız Rekabet Otoritesi, Décision n° 09-D-06 du 5 Février 2009 relative à des Pratiques mises en œuvre par la SNCF et Expedia Inc. dans le Secteur de la Vente

de Voyages en Ligne.

Fransız Rekabet Otoritesi, Décision n°13-D-17 du 20 Septembre 2013 relative à des Pratiques de MasterCard relevées dans le Secteur des Cartes de Paiement.

Komisyon'un 17.10.2007 tarihli Case COMP/D1/38606 - *CB* kararı.

Komisyon'un 19.07.2013 tarihli Case COMP/39226 - *Citalopram* kararı.

Komisyon'un 10.12.2013 tarihli Case COMP/ AT. 39685 - *Fentanyl* kararı.

Komisyon'un 09.07.2014 tarihli Case COMP/AT.39612 - *Perindopril (Servier)* kararı.

Komisyon'un *Fentanyl* kararı - Özet, [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52015XC0429\(03\)&from=EN](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52015XC0429(03)&from=EN), Erişim Tarihi: 01.05.2015.

Komisyon'un Case 39.794 - *Lufthansa/Turkish Airlines* dosyası.

Nederlandse Mededingingsautoriteit (Hollanda Ulusal Rekabet Otoritesi), nr. 2658-344 sayılı kararı.

Diğer

ABAD'ın 47/09 no.lu basın açıklaması, "A Single Meeting between Companies may Constitute a Concerted Practice in Breach of Community Competition Law".

Federal Trade Commission (ABD Federal Ticaret Komisyonu), *Pay-for-Delay: When Drug Companies Agree not to Compete*, <http://www.ftc.gov/news-events/media-resources/mergers-and-competition/pay-delay>, Erişim Tarihi: 03.11.2014.

Hukuk Sözcüsü Eleanor Sharpston'ın Case C-272/09 P - *KME Germany and Others v Commission* dosyasındaki görüşü, <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d0f130d55d71b0ea606343e9a9f7fb526ecdec01.e34KaxiLc3eQc40LaxqMbN4Obh4Se0?text=&docid=79798&pageIndex=0&doclang=EN&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=27397>, Erişim Tarihi: 23.11.2014.

Hukuk Sözcüsü Nils Wahl'ın Case C-67/13 P - *CB v Commission* dosyasındaki görüşü, <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=149943&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=48136>, Erişim Tarihi: 02.11.2014. Komisyon (DG Competition), "Management Plan 2014", http://ec.europa.eu/competition/publications/annual_management_plan/amp_2014_en.pdf, Erişim Tarihi: 03.11.2014.

Komisyon'un basın açıklaması, "Antitrust: Commission Sends Statement of Objections to Google on Comparison Shopping Service; Opens Separate Formal

Investigation on Android”, (IP/15/4780).

Komisyon’un basın açıklaması, “Antitrust: Commission Announces the Launch of Market Tests in Investigations in the Online Hotel Booking Sector by the French, Swedish and Italian Competition Authorities”, (IP/14/2661).

Komisyon’un basın açıklaması, “Antitrust: Commission Fines Servier and Five Generic Companies for Curbing Entry of Cheaper Versions of Cardiovascular Medicine”, (IP/14/799).

Komisyon’un basın açıklaması, “Antitrust: Commission Fines Lundbeck and Other Pharma Companies for Delaying Market Entry of Generic Medicines” (IP/13/563).

Komisyon’un basın açıklaması, “Antitrust: Commission Accepts Legally Binding Commitments from Simon & Schuster, Harper Collins, Hachette, Holtzbrinck and Apple for Sale of E-books” (IP/12/1367).

Komisyon’un basın açıklaması, “Antitrust: Commission Opens Formal Proceedings to Investigate Sales of E-books” (IP/11/1509).

Komisyon’un basın açıklaması, “Antitrust: Commission Opens Investigation against Pharmaceutical Companies Cephalon and Teva” (IP/11/511).

Komisyon’un basın açıklaması, “Antitrust: Commission Probes Certain Co-operation Agreements between Lufthansa and Turkish Airlines and between Brussels Airlines and TAP Air Portugal” (IP/11/147).

Komisyon’un basın açıklaması, “Antitrust: Commission Probes Allegations of Antitrust Violations by Google” (IP/10/1624).

Rekabet Kurumu (2015), “16. Yıllık Rapor”, Rekabet Kurumu, Ankara, http://www.rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT%2f1%2fDocuments%2fFaaliyet+Raporlar%2fC4%B1%2fRK_16.pdf, Erişim Tarihi: 07.06.2015.

Rekabet Kurumunun 10.04.2015 tarihli açıklaması, “Yemek Sepeti Elektronik İletişim Tanıtım Pazarlama Gıda San. ve Tic. A.Ş. Hakkında Soruşturma Açıldı”, <http://www.rekabet.gov.tr/tr-TR/Guncel/Yemek-Sepeti-Elektronik-Iletisim-Tanitim-Pazarlama-Gida-San-ve-Tic-AS-Hakkinda-Sorusturma-Acildi>, Erişim Tarihi: 02.06.2015.

YAYIN İLKELERİ VE MAKALE YAZIM KURALLARI / *PUBLICATION POLICY AND NOTES FOR CONTRIBUTORS*

1. YAYIN İLKELERİ

1. Yayın hayatına 2000 yılında başlayan Rekabet Dergisi, Rekabet Kurumu tarafından üç ayda bir yayımlanan hakemli bir dergidir. Dergide, rekabet hukuku, politikası ve sanayi iktisadı alanlarındaki Türkçe veya İngilizce özgün makalelere, vaka yorumları ve benzeri görüşler ile haberlere yer verilmektedir.
2. Rekabet Dergisi'nde yayımlanmak üzere rekabetdergisi@rekabet.gov.tr adresine gönderilen yazılar daha önce başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Yazarlar, yazılarıyla birlikte, iletişim adresi, telefon ve elektronik posta bilgilerini sunmalıdır. Gönderilen yazılar, Editörler tarafından, içerik ve "Makale Yazım Kuralları" başlığı altında belirtilen kurallara uygunluk bakımından değerlendirilir. Ardından, yazarın ismi gizlenerek, konu hakkında uzman iki hakeme gönderilir. Hakemlerden gelecek raporlar doğrultusunda yazının basılmasına, reddedilmesine veya yazardan düzeltme istenmesine karar verilecek ve bu durum yazara en kısa sürede bildirilecektir. Gerekli durumlarda üçüncü bir hakemin görüşüne başvurulabilir.
3. Rekabet Kurumu, Rekabet Dergisi'nde yayımlanacak her bir yazı karşılığında yazarına, telif ücreti olarak, net **750 TL** öder. Ayrıca 10 adet dergi yazara ücretsiz olarak gönderilir.

2. MAKALE YAZIM KURALLARI

1. İlk sayfada şu bilgiler yer almalıdır:
 - a) Yazının Türkçe ve İngilizce başlığı (Siyah ve tümü büyük harf karakterinde),
 - b) Yazarın adı ve çalıştığı kuruluş (Yazı başlığının hemen altında, sayfanın sağına yanaştırılmış olarak yazar adı belirtilmeli ve soyadın sonuna bir yıldız konulmalıdır. Yıldızlı dipnotta ise, yazarın çalıştığı kuruluş ile unvanı belirtilmelidir),
 - c) 200 kelimeyi aşmamak üzere Türkçe ve İngilizce özet,
 - d) Türkçe ve İngilizce olarak beş anahtar kelime.
2. Yazılar, kaynakça bölümü dahil olmak üzere çift aralıklı olarak 12 punto Times New Roman karakteri ile yazılmalıdır. Dipnot ve tablolarda ise 10 punto harf büyüklüğü kullanılmalıdır. Dipnotlar numara sırasıyla sayfa altında gösterilmelidir. Tablo ve şekillere numara verilmeli; başlıkları üstünde, kaynakları ise altında yer almalıdır.

3. Kısaltılacak isim ilk defa kullanıldığında, kısaltılmadan ve parantez içinde kısaltması belirtilerek kullanılmalıdır.

4. Metin içerisinde kullanılan yabancı kelimeler italik olarak belirtilmelidir.

5. Metin içerisindeki başlıklar, “Giriş” ve “Sonuç” hariç olmak üzere, harf ya da Roma rakamı kullanılmaksızın aşağıdaki şekilde düzenlenmelidir:

1. KALIN VE TÜMÜ BÜYÜK HARF

1.1. Kalın ve Sadece İlk Harfler Büyük

1.1.1. Kalın ve Sadece İlk Harfler Büyük

6. Kaynaklara göndermeler dipnotlarla yapılmalıdır. Dipnotlar ise numara sırasıyla sayfa altlarında yer almalıdır. Metin içinde gönderme yapılan bütün kaynaklar, Kaynakça başlığı altında gösterilmelidir. Kaynakça alfabetik sıraya göre hazırlanmalıdır. Bir yazarın birden çok eserine başvurulmuşsa, bu durumda yakın tarihli eser sonra gösterilmelidir. Bir yazarın aynı tarihli birden çok eseri varsa, yayın tarihleri sonuna “a”, “b”, “c” gibi harfler eklenmelidir. Gönderme yapılırken ve kaynakça düzenlenirken uyulması gereken biçim kurallarına aşağıda yer verilmiştir:

a) Tek Yazarlı Kitap:

Metin içindeki ilk göndermede: WHISH, R. (2009), *Competition Law*, Sixth Edition, Oxford University Press, New York, US, s.72.

Diğer göndermelerde: Whish 2009, s.173.

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

b) Tek Yazarlı Makale:

Metin içindeki ilk göndermede: WILS, W.P.J. (2005), “Is Criminalization of EU Competition Law the Answer?”, *World Competition*, No:28(2), s.117.

Diğer göndermelerde: Wils 2005, s.130.

Kaynakçada: WILS, W.P.J. (2005), “Is Criminalization of EU Competition Law the Answer?”, *World Competition*, No:28(2), s.117-159.

c) İki Yazarlı Eser:

Metin içindeki ilk göndermede: JONES, A. ve B. SUFRIN (2004), *EC Competition Law Text, Cases, and Materials*, Second Edition, Oxford University Press, New York, US, s.819-820.

Diğer göndermelerde: Jones ve Sufrin 2004, s.130.

Kaynakçada: JONES, A. ve B. SUFRIN (2004), *EC Competition Law Text, Cases, and Materials*, Second Edition, Oxford University Press, New York, US.

d) Üç ve Üçten Fazla Yazarlı Eser:

Metin içindeki ilk göndermede: NEVEN, D., P. PAPANDROPOULOS ve P. SEABRIGHT (1998), *Trawling for Minnows European Competition Policy and Agreements Between Firms*, Centre for Economic Policy Research, Great Britain, s.61.

Diğer göndermelerde: Neven vd. 1998, s.61.

Kaynakçada: NEVEN, D., P. PAPANDROPOULOS ve P. SEABRIGHT (1998), *Trawling for Minnows European Competition Policy and Agreements Between Firms*, Centre for Economic Policy Research, Great Britain.

e) Derleme İçinde Makale:

Metin içindeki ilk göndermede: GUERRIN, M. ve G. KYRIAZIS (1992), “Cartels: Proof and Procedural Issues”, B.E. Hawk (der.), *Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute International Antitrust Law and Policy* içinde, s.773.

Diğer göndermelerde: Guerrin ve Kyriazis 1992, s.813.

Kaynakçada: GUERRIN, M. ve G. KYRIAZIS (1992), “Cartels: Proof and Procedural Issues”, B.E. Hawk (der.), *Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute International Antitrust Law and Policy* içinde, s.773-843.

f) Yazarı Belli Olmayan Yayınlar, Raporlar vb.:

Metin içindeki ilk göndermede: OECD (2005), *Competition Law and Policy in Turkey*, OECD, Paris, s.24.

Diğer göndermelerde: OECD 2005, s.42.

Kaynakçada: OECD (2005), *Competition Law and Policy in Turkey*, OECD, Paris.

g) İnternette Alınan Kaynaklar:

Metin içindeki ilk göndermede: HAMMOND, S.D. (2006), “The U.S. Model of Negotiated Plea Agreements: A Good Deal With Benefits For All”, OECD Competition Committee Working Party No.3, Paris, France, <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/219332.pdf>, Erişim Tarihi: 08.01.2009, s.5.

Diğer göndermelerde: Hammond 2006, s.8.

Kaynakçada: HAMMOND, S.D. (2006), “The U.S. Model of Negotiated Plea Agreements: A Good Deal With Benefits For All”, OECD Competition Committee Working Party No.3, Paris, France,

<http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/219332.pdf>,

Erişim Tarihi: 08.01.2009.

h) Tezler:

Metin içindeki ilk göndermede: KAYIHAN, L. (1999), *An Analysis of Vertical Restraints and Green Paper Implications*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Katholike Üniversiteit Leuven, Leuven, s.12.

Diğer göndermelerde: Kayıhan 1999, s.15.

Kaynakçada: KAYIHAN, L. (1999), *An Analysis of Vertical Restraints and Green Paper Implications*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Katholike Üniversiteit Leuven, Leuven.