



AVRUPA BİRLİĞİ REKABET HUKUKU'NDA AYRIMCILIK YASAĞI¹

1. Aminat Bisultanova²

ORCID No 0000-0002-4193-7479

Başvuru Tarihi: 31.07.2023

Kabul Tarihi: 16.08.2023

Yayın Tarihi:29.12.2023

ÖZET

Avrupa Birliği Rekabet Hukuku'nda "ayrımcılık yasağı", etkin ve sağlıklı bir rekabet ortamının sağlanabilmesinin yanı sıra Birliğin amaçları ışığında bir iç pazarın oluşumu için önemli bir kural haline gelmiştir. Rekabet Hukuku'nda genel olarak refah ve tüketicinin korunması hedefleri ön plana atılmakta ancak eşitlik ilkesi rekabet ortamının etkin bir şekilde işleyebilmesi için gereklidir. Çevrimiçi satışların da artması ile beraber eşit bir rekabet ortamının gerekliliği birçok Divan ve Komisyon kararı ile gündeme gelmiştir. Dolayısıyla, eşitlik, sadece Birlik içerisinde önemli bir ilke olarak kalmamakta, küreselleşen ticaret alanında da uyulması gereken önemli bir kriter haline gelmiştir. Bu çalışmada, Rekabet Hukuku'nda ayrımcılığın yeri saptanarak Divan ve Komisyon kararlarına, doktrin görüşlerine yer verilmiş ve ayrımcılık yasağının rekabet üzerindeki konumu belirlenmiştir.

Anahtar Kelimeler: AB Rekabet Hukuku, Ayrımcılık Yasağı, Eşitlik, İç Pazar, Etkin Rekabet, Eşit Rekabet.

PROHIBITION OF DISCRIMINATION IN THE EUROPEAN UNION COMPETITION LAW

ABSTRACT

The prohibition of discrimination in the European Union Competition Law has become an important rule for the formation of an internal market in the light of the Union's objectives, and providing an effective and healthy competitive environment. Welfare and consumer protection objectives are placed at the forefront and also with the increase in online sales, the necessity of an equal competitive environment has become an important issue for competition to work effectively. Therefore, non-discrimination principle has become an important criterion to be followed in the field of globalizing trade. In this study, the place of discrimination in EU Competition Law, the decisions of the Court and Commission, doctrinal views have been included, and the position of the prohibition of discrimination on competition has been determined.

Keywords: EU Competition Law, Prohibition of Discrimination, Equality, Internal Market, Effective Competition, Equal Competition.

1. GİRİŞ

Rekabet hukuku kuralları, ekonomik bütünleşmede ve Birlik yapısının oluşumunda önemli bir rol oynamıştır ve bu kurallar entegre bir Pazar yaratılmasını mümkün kılmıştır. Entegre bir pazarın sağlanması sonucunda, malların, kişilerin, hizmetlerin ve sermayenin serbestçe dolaşım sağlayabildiği ticaret alanı yaratılmıştır. Bu ortak pazar yapısı, Avrupa halkının yakınlaşmasını ve ekonomik refahın yükseltilmesini sağlamak amacıyla engellerin olmadığı bir ticaret hayatının oluşabilmesine yardımcı olmaktadır. Böylece, rekabet serbestisi sağlanarak pazar içerisinde açık, etkin ve eşit rekabet ortamının sürdürülebilmesine olanak sağlanır. Serbest bir rekabet ortamının bulunduğu bir pazarda, etkili bir

¹ Bu makale yüksek lisans tezinden türetilmiştir.

² Aminat Bisultanova, İstanbul Ticaret Üniversitesi, eminebisultanova@gmail.com



rekabet sürecinden geçilmesi sonucunda edinilen kazanımlar Birliğin ekonomik büyümesine katkı sağlamaktadır.

Serbest rekabet, adil şartların sağlanmasının yanında piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerin, tüketicilerin ve diğer piyasa aktörlerinin fırsat eşitliğine sahip olması ve ayrımcılığa maruz kalmaması için gereklidir. Nitekim, Birliğin üye devletler arasında entegrasyonunun bir sonucu olan eşitliğin bozulması Birlik yapısı ile çelişmektedir. Eşitliğin sağlanması ve ayrımcı uygulamaların önüne geçilmesi Birlik yapısının korunabilmesi için en önemli amaçlar arasındadır.

Bu çalışmada, AB Rekabet Hukuku'nda işletmeler arası rekabette, işletme birleşmelerinde ve devlet yardımları kapsamındaki uygulamalarda ayrımcılık türleri ve bu davranışların ayrımcılık yasağı açısından değerlendirilmeleri ele alınacaktır.

2. AYRIMCILIK YASAĞININ HUKUKİ TEMELİ

2.1. Avrupa Birliği Anlaşması (ABA)

AB Anlaşması'nın hükümleri, rekabet hukukunun en önemli amaçlarından biri olan etkin rekabetin sürdürülmesi ve korunabilmesi için eşitlik veya ayrımcılık yapmama prensiplerine özel olarak yer vermektedir. AB Anlaşması'nın 2. Maddesi, eşitliğin sağlanması ve ayrımcılık yapılmamasını Birliğin üzerine kurulduğu değerler arasında saymaktadır.

Anlaşmanın 3. Maddesi, serbest dolaşım ilkesini benimsemekte ve etkin rekabet ortamının ve eşitliğin olduğu bir iç pazar yapısını hedeflemektedir. Birlik, sosyal piyasa ekonomisi kapsamında ele alınmakta, toplumun sosyal standartlarına ve diğer hedeflerine saygı duyulduğu ve piyasanın faydalı işleyişinin, piyasa aktörlerinin eylemleri tarafından engellenmediği, kısıtlanmadığı veya bozulmadığı bir sistem üzerine kurulu olduğu kabul edilmektedir (Hildebrand, 2017:3).

İç pazar yapısını korumayı hedefleyen kartel yasağı, teşebbüsler arasındaki her türlü gizli anlaşmayı engellemeyi amaçlamaktadır (Lorenz, 2013:309). Eşit rekabet ortamına ve iç pazar yapısına zarar veren oluşumlar olan karteller, kendi aralarındaki rekabeti sınırlayarak, kar marjlarını ayrımcı uygulamalar ile artırmayı hedefleyen bir oluşum olması sebebiyle, rekabete aykırı davranışın en ciddi biçimi olarak değerlendirilmektedir (Practical Law Competition, 2013).

Anlaşmanın 4. Maddesinin 2. Paragrafı, üye devletlerin anlaşmalar önündeki eşitliğine vurgu yapmıştır. Aynı şekilde, Anlaşmanın 9. Maddesi, eşitlik prensibine yer vermiştir. Bu doğrultuda, Birlik, rekabete dayalı faaliyetler de dahil tüm faaliyetlerinde vatandaşlar arasında ayrımcı uygulamalardan kaçınmalıdır.

2.2 Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma (ABİDA)

2.2.1. ABİDA'da Eşitlik İlkesine Genel Yaklaşım

ABİDA'nın hükümleri uyarınca, rekabet ortamının korunabilmesi için gerekli en önemli ilke, eşitlik ilkesi olarak ele alınmaktadır.

Bu doğrultuda, ABİDA'nın 8. Maddesi cinsiyet eşitliğini, ABİDA'nın 10. Maddesi ise geniş bir alanı hedefleyerek, ırk, din, sağlık durumu, yaş ve cinsel eğilim yönünde yapılan ayrımcılıkları da koruma altına almıştır. 18. madde ve 38. Madde eşitlik ilkesine, uyrukluktan kaynaklanan ayrımcılığı da eklemiştir. ABİDA'nın 40. maddesi, ortak piyasa düzeninin sağlanması amacıyla, rekabet ortamının aktörleri olan üreticiler ve tüketiciler arasında ayrımcılık yapılmasını yasaklamıştır.

ABİDA'nın 37. Maddesi, tek bir kuruluşun belirli mal veya hizmetlerin büyük bölümünü veya pazarın tümünü kontrol ettiği bir tür pazar yapısı olan tekellerin, üye devlet uyrukları arasında ayrımcılık yapmasını yasaklamaktadır. Dolayısıyla, özgür ve rekabetçi bir piyasanın oluşumu için, piyasadaki en güçlü aktörlerin, piyasanın işleyişini, kendi çıkarlarına ve rakiplerin ve tüketicilerin aleyhine olacak şekilde bozmamalarını sağlamak için kısıtlanması gerekmektedir (Fairhurst, 2016:672).

ABİDA'nın 26. Maddesi, serbest dolaşım ilkesine yer vermektedir. İç Pazar yapısı korunarak sınırların olmadığı bir Birlik, her üye devletin eşit şartlarda rekabet edebilmesini sağlamaktadır (Dadomo ve



Quenivet,2020:223). ABİDA'nın 65. Maddesi, Birlik içerisindeki ticaretin gelişimi ve etkin rekabet ortamının oluşabilmesi için büyük bir etken olan sermayenin ve ödemelerin serbest dolaşımına yönelik ayrımcı uygulamaları yasaklamaktadır.

AB hükümleri, temel olarak, serbest dolaşım ilkesinin hâkim olduğu, üye devletlerin uyrukluğuna bakılmaksızın eşit olduğu, kadın-erkek, tüketici-üretici eşitliğinin olduğu ve bu eşitliğin ayrımcılık yasağı ile koruma altına aldığı bir sistem oluşturmaktadır.

2.2.2 ABİDA'nın Rekabet Hukuku'na İlişkin Temel Hükümleri

2.2.2.1 ABİDA Madde 101: Rekabetin İşbirliği İçinde Sınırlandırılması

AB Rekabet Hukuku'nun en önemli ilkelerden biri olan ayrımcılık yapmama ilkesi, ABİDA'nın 101. Madde kapsamında yer alan maddi değerlendirmede açık ve örtülü olarak gözlemlenebilmektedir (Hjærtström ve Nowag, 2019 :15).

İlgili madde, iki taraflı anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliği kararları aracılığı ile rekabet ortamını zedeleyen davranışları kapsamaktadır. Anlaşma/karar/uyumlu eylemlerin, haklı gerekçe bulunmaksızın, pazardaki rekabeti kısıtladığı, engellediği ve bozduğu bir durum söz konusu olduğunda iç pazar ile bağdaşmamakta ve yasaklanması gerekmektedir.

Teşebbüsler arası anlaşmalar, tarafların pazarda ortak bir şekilde hareket etmeye yönelik, yazılı veya sözlü bir şekilde, karşılıklı olarak niyetlerini beyan ettikleri bir durumu ifade eder. Bu anlaşmalar, ekonomik süreçte aynı seviyede faaliyet gösteren rakipler arasında (yatay anlaşmalar) veya farklı seviyelerde faaliyet gösteren rakip olmayan kişiler arasında (dikey anlaşmalar) akdedilen sözleşmeleri kapsamaktadır (Consten ve Grundig v Commission, 1966: 339). İki taraflı sözleşmenin tarafları olan teşebbüslerin ekonomik faaliyette bulunuyor olması gerekmektedir. Ekonomik faaliyet, ücret kaynağına bakılmaksızın, belirli bir pazarda mal ve hizmetlerin sunulmasından oluşan tüm ticari işlemleri ifade etmektedir (Lorenz, 2013: 68).

Teşebbüs birlikleri kararları, şekli ne olursa olsun, teşebbüs birliği tarafından alınan ve teşebbüs birliği üyelerinin rekabeti, amacı veya etkisi bakımından bozucu eylemlerde bulunmalarını sağlayan kararlardır.

Uyumlu eylemler ise, teşebbüsler arasında resmi ve sözlü olmayan, rekabet etmeyeceklerine dair bir ortak görüş ve bir anlayış olduğu durumlarda teşebbüsler arasındaki gizli anlaşma biçimidir (Horspool, vd., 2012:440).

Rekabete aykırı davranışın, amaç veya etki bakımından incelenmesi gerekmektedir. Bir anlaşmanın rekabete aykırı bir amaç taşıdığını belirleyebilmek için rekabet üzerinde olumsuz bir etki yaratma potansiyeline sahip olmalı ve iç pazarda rekabetin önlenmesine, kısıtlanmasına veya bozulmasına yol açabilecek nitelikte olmalıdır. Amaç bakımından ihlaller, açıkça rekabete aykırı olan ve zarar verme olasılığının "ciddi" olduğu davranışlardan kaynaklanmaktadır (T-Mobile Netherlands v Others,2009 :31). Bir anlaşmanın etki bakımından kısıtlayıcı olabilmesi için, fiili veya potansiyel rekabeti etkilemelidir (Ezrachi, 2021:99).

Teşebbüsler arasında akdedilen ve iki veya daha fazla tarafın bulunduğu anlaşmalar/kararlar/eylemler, Üye Devletler arasındaki ticareti kayda değer ölçüde etkilemelidir (Ezrachi, 2021:12). Ayrımcı uygulamaların yasak kapsamında ele alınabilmesi, iddia edilen rekabet kısıtlaması ile ticaret üzerindeki etkisi arasında doğal bir ilişkinin var olmasını gerektirmektedir (Guidelines on the effect on trade concept contained in Articles 81 and 82 of the Treaty,2004:63). Ticaretin olumsuz etkilenmesi ile iç pazar yapısının ve bununla beraber serbest dolaşım ilkesinin sağlanmasına engel olan bu ayrımcı uygulamalar ABİDA 101. madde kapsamında yasağa tabidir.

2.2.2.2 ABİDA Madde 102: Rekabetin Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Aracılığıyla Sınırlandırılması

ABİDA'nın 102. Maddesi, hakim durumdaki firmaların tek taraflı davranışlarını düzenlemektedir.



Hakim durum, bir teşebbüse, rakiplerinden, müşterilerinden ve nihayetinde tüketicilerinden önemli ölçüde bağımsız hareket ederek ilgili pazarda etkin rekabetin sürdürülmesine engel olmasını sağlayan ekonomik gücü elinde bulundurmasını ifade eder (United Brands v Commission, 1978: 65).

Hakim durumdaki teşebbüsün iç pazarda veya onun önemli bir bölümündeki hakim durumunu kötüye kullanması, Üye Devletler arasındaki ticareti etkileyebildiği ölçüde, iç pazarla bağdaşmadığı için yasaklanmıştır.

Hakim durumun kötüye kullanılması sonucunda üye devletler arasındaki ticaret üzerinde kayda değer bir etki bırakılmalıdır. Bu “etki” ifadesi, söz konusu eylemin sadece normal ticaret akışını değiştirmesini veya piyasanın kötüye kullanma olmadan gelişeceğinden farklı bir şekilde gelişmesine neden olmasını ifade etmektedir (O’Donoghue ve Padilla, 2020:1108).

Kötü niyetli davranışın, nesnel olarak gerekli olabildiğinin gösterilmesi ya da rekabete aykırı etkileri dengeleyen veya ağır basan ve aynı zamanda tüketicilere fayda sağlayan, ürettiği verimlilikler nedeniyle haklı kabul edilen bir durumda meydana gelmesi de mümkündür (Post Danmark A/S v Konkurrenceradet, 2012: 41). Böyle bir durumda söz konusu davranış rekabete aykırı olarak değerlendirilmeyecektir.

2.2.2.3 ABİDA Madde 107: Rekabetin Devlet Yardımları Aracılığı İle Sınırlandırılması

ABİDA’nın 107. Maddesi, belirli teşebbüsleri veya belirli ürünlerin üretimini gözeterek rekabeti bozan veya bozma tehlikesi yaratan devlet yardımlarını yasaklamıştır.

Bu maddedeki devlet yardımları, teşebbüsleri ve devlet tarafından veya devlet kaynakları aracılığıyla verilen yardımları kapsamaktadır. Devlet kaynakları, devlet içindeki diğer kuruluşların kaynakları ve belirli koşullar altında özel kuruluşların kaynakları dahil olmak üzere, kamu sektörünün bütün kaynaklarını ifade etmektedir (Hofmann ve Micheau, 2016:65).

Seçici olmayan ancak yine de rekabeti bozabilecek veya bozma tehdidi oluşturabilecek genel önlemler, ABİDA 107 kapsamında değerlendirilmemekte, bu tür genel önlemler devlet yardımı olarak ele alınmamaktadır. Bir tedbirin rekabete aykırı bir etkisinin tespiti durumunda, ancak işleyişinde belirli teşebbüsleri veya belirli malların üretimini destekliyorsa seçici olarak kabul edilebilir (Hofmann ve Micheau, 2016:129). Divan bir kararında, bir devlet önleminin yardım teşkil edip etmediğini belirlemek için, alıcı teşebbüsün normal piyasa koşullarında elde edemeyeceği bir ekonomik avantaj elde edip etmediğinin tespitinin gerektiğini ifade etmiştir (Syndicat Français de l'Express International ve Diğerleri, 1996: 60).

ABİDA’nın diğer maddelerinde olduğu gibi, seçici bir devlet tedbiri, rekabeti bozması veya bozma tehdidi oluşturması ve Üye Devletler arasındaki ticareti etkilemesi halinde yasaklanmaktadır. Komisyon, devlet yardımı ile ilgili konularda, 107. Maddenin 1. paragrafının uygulanması için iki koşul olan Üye Devletler arasındaki ticaretin etkilenmesi ve rekabetin bozulmasını, genel bir kural olarak ayrılmaz bir şekilde bağlantılı kabul etmektedir (Commission Notice on the notion of State aid, 2016: 186).

107. Maddenin 3. Paragrafı uyarınca, iyi ve adil bir şekilde işleyen bir ekonomi için belirli durumlarda devlet yardımı gerekli olabilmekte, bu nedenle, kabul edilmiş bir dizi muafiyet bulunmaktadır (Fry, 2017: 1-2). Ayrıca, Avrupa Birliği iç pazarındaki rekabet ve ticaret üzerinde hiçbir etkisi olmadığı kabul edilen, küçük miktarlardaki devlet yardımları, De Minimis doktrini uyarınca, devlet yardımı kontrolünden muaf tutulmaktadır.

2.2.2.4 139/2004 Numaralı Birleşme Tüzüğü: Rekabetin İşletme Birleşmelerinde Sınırlandırılması

Rekabet Hukuku’nda birleşmeleri düzenleyen 139/2004 sayılı 2004 tarihli Birleşme Tüzüğü, pazar içindeki birleşmelerin kontrolünü daha verimli hale getirmekte ve iç pazarda etkin rekabetin korunmasına yardımcı olmaktadır.



Birleşmeler, yatay birleşmeler, dikey birleşmeler ve holding birleşmeleri olarak üçe ayrılır. Yatay birleşmeler, aynı ürünleri üreten teşebbüsler arasında: dikey birleşmeler, aynı ürün pazarının farklı seviyelerinde faaliyet gösteren teşebbüsler arasında: holding birleşmeleri, teklif edilen birleşmenin taraflarının aynı ürün pazarına katılmadığı durumlarda meydana gelir (Horspool vd., 2012:473). Tüzüğün 1. Maddesi uyarınca, Birleşmenin, Tüzük kapsamında değerlendirilebilmesi için Tüzüğün 3. Maddesinde belirtilen yoğunlaşma tanımına girmeli ve Birlik boyutuna sahip olmalıdır.

Birlik boyutuna sahip olan bir birleşmenin iç pazardaki rekabeti önemli ölçüde engelleyip engellemediğinin analiz edilmesi gerekir. Bu inceleme, özellikle, söz konusu birleşmenin potansiyel olarak bir hakim durum yaratıp yaratamayacağını veya güçlendiremeyeceğinin kontrolünü içerir (Bergkvist, 2019:17).

Birlik boyutuna sahip olmayan birleşmeler ise, ABİDA 101 ve ABİDA 102 kapsamında incelenmektedir (Ezrachi, 2021:424). Birleşme Tüzüğü, ikincil kaynak olduğundan, ABİDA'nın 101 ve 102. Maddesi gibi birincil mevzuatın uygulanmasını engelleyemez. Nitekim Tüzük, ABİDA'nın 101. ve 102. Maddelerinin uygulanmasına hizmet etmekte ve iç pazarda rekabetin kapsamlı bir şekilde korunmasını sağlamaya yönelik bir mevzuat bütününe parçasını oluşturmaktadır (EC Merger Regulation, 2004: 7).

Bu doğrultuda, ABİDA 101 kapsamında ele alınan dikey birleşmeler, ortak bir mal veya hizmet için üretim ve dağıtım zincirlerinin farklı seviyesinde faaliyet gösteren iki veya daha fazla şirketin birleşmesini ifade eder. Pazardaki etkin rekabeti azaltmaya neden olabilecek birleşmeler, ABİDA 101/1 kapsamında değerlendirilmektedir. Ancak, 2022/720 sayılı yönetmelik, ABİDA 101/3 maddesi uyarınca, ABİDA'nın 101/1 kapsamı dışında kalarak muafiyetten yararlanabilecek birleşmeleri detaylı bir şekilde açıklamaktadır. Muafiyet için (1) anlaşmaya taraf teşebbüslerden her birinin ilgili pazarda sahip olduğu pazar payı, %30'u geçmemeli, (2) belirli türde ciddi rekabet kısıtlamaları içermeyen, genellikle üretim veya dağıtımda bir iyileşmeye yol açan ve tüketicilere ortaya çıkan faydalardan adil bir pay sağlamalıdır (Commission Regulation on the application of Article 101(3), 2022: 9).

Birleşme Tüzüğü veya ulusal birleşme kontrol kuralları kapsamında bildirim mümkün olmayan yoğunlaşmaların, hakim durumun kötüye kullanılmasını yasaklayan ABİDA 102. Maddesi kapsamında tutulabileceği belirtilmiştir (Kokott, 2022, 48).

3. İŞLETMELER ARASI REKABETTE AYRIMCILIK YASAĞI

3.1 İşletmeler Arası Rekabette Ayrımcılık Yasağının Anlamı Ve Önemi

İşletmeler arası rekabette, aynı seviyede faaliyet gösteren rakipler arasında veya farklı seviyelerde faaliyet gösteren rakip olmayanlar arasında akdedilen sözleşmeler aracılığı ile veya bir teşebbüsün belirli bir pazarda hâkim durumda olması halinde, bu hâkim durumunu ayrımcılık aracılığı ile kötüye kullanması söz konusu olduğunda ayrımcılık yasağı kapsamına girmektedir.

Ayrımcılık yasağı, piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerin eşit şartlarda rekabet ederek serbest ticari faaliyetlerde bulunabilmelerine ve ekonomik olarak büyüebilmelerine yardımcı olmaktadır. Aynı zamanda, tüketicilerin, daha uygun fiyatlara, ürün çeşitliliğine ve daha yenilikçi ürünlere ulaşabilmesini sağlamaktadır.

3.2. İşletmeler Arası Rekabette Ayrımcılığın Unsuru ve Kapsamı

ABİDA'nın 101/d Maddesi kapsamında ayrımcılık yasağına göre “ticari ilişkinin diğer taraflarına eşdeğer işlemler için farklı koşullar uygulayarak, onları rekabet edebilirlik açısından dezavantajlı duruma sokan” iki veya daha fazla taraflı anlaşmalar iç pazar ile bağdaşmamaktadır.

ABİDA'nın 102/c maddesi kapsamında ayrımcılık yasağına göre “ticari ilişkinin diğer taraflarına eş değer işlemler için farklı koşullar uygulanması suretiyle, onların rekabet edebilirlik açısından dezavantajlı duruma sokulmaları” söz konusudur ve bu suistimal hâkim durumdaki teşebbüsün tek taraflı davranışı ile meydana gelmektedir.

İki veya daha fazla teşebbüsün akdettiği anlaşmanın ABİDA 101/d kapsamına, hakim durumdaki teşebbüsün tek taraflı davranışın ABİDA 102/c kapsamına girebilmesi için eş değer işlemlerin olması,



bu işlemlere farklı koşullar uygulanması, bu farklı uygulama sonucunda dezavantajlı duruma gelmesi gerekmektedir.

Rakip alıcılarla yapılan, aynı veya benzer ürünleri içeren ve diğer ilgili ticari özellikleri farklı olmayan işlemler karşılaştırılabilir ise eş değer işlemler olarak kabul edilmektedir (Decision 30-53 of the High Authority, 1953:6). Ürünlerin yanı sıra kişilerin de karşılaştırılabilir olduğu durumlarda ayrımcılık söz konusu olabilmektedir.

Ürün veya kişilerin eşdeğer işlemler olarak değerlendirilebilmesi için, aynı ilgili ürün ve aynı coğrafi pazar ve aynı düzeyde bir ticaret meydana gelmelidir (O'donoghue ve Padilla, 2020:983).

Ayrımcılığın söz konusu olduğuna karar verilebilmesi için sadece farklı muamelenin değil, rekabetçi ilişkiyi bozma, başka bir deyişle o teşebbüsün bazı iş ortaklarının diğerlerine göre rekabetçi konumunu engelleme eğiliminde olduğuna dair kanıt bulunması gerektiği ifade edilmiştir (MEO—Serviços de Comunicaçōes e Multimédia SA v Autoridade da Concorrência, 2018:26).

3.3 İşletmeler Arası Rekabette ABİDA 101 Kapsamında Ayrımcılık Türleri

3.3.1 Dikey Anlaşmalar Kapsamında Ayrımcılık

3.3.1.1 Seçici Dağıtım Sistemlerinde Ayrımcılık

3.3.1.1.1 Anlamı

Seçici dağıtım sistemi, tedarikçinin sözleşme kapsamındaki mal veya hizmetleri, doğrudan veya dolaylı olarak, yalnızca belirlenen kriterlere göre seçilmiş dağıtıcılara satmayı taahhüt ettiği ve bu dağıtımçıların, söz konusu sistemi işletmek için tedarikçi tarafından ayrılan bölge içindeki yetkisiz dağıtımçılara bu tür mal veya hizmetleri satmamayı taahhüt ettiği dağıtım sistemidir (Commission Regulation on the application of Article 101(3), 2022: 1/1-g).

3.3.1.1.2 Metro Kararı ile Oluşan Doktrin

Metro davasında oluşturulan doktrin, seçici dağıtım sistemlerinin ABİDA'nın 101/1 maddesinin kapsamı dışında kalması için gerekli olan kriterleri belirlemektedir. Metro kriterlerinin karşılanabilmesi (1) satıcılar, tüm potansiyel satıcılar için aynı şekilde belirlenen ve ayrımcı bir şekilde uygulanmayan niteliksel ve objektif kriterler temelinde seçilmeli, (2) söz konusu ürünün özellikleri, ürünün kalitesinin korunması ve amacına uygun kullanımının sağlanması için böyle bir ağı zorunlu kılmalı ve (3) belirlenen kriterler gerekli olanın ötesine geçmemelidir (Metro SB-Großmärkte v. Commission, 1977:20).

İlke olarak, bu kriterleri karşılayan tüm dağıtımçıların kabul edilmeleri ve sözleşmeli malları alabilmeleri gerekmektedir (De Faveri, 2014: 180). Kriterleri karşılayan dağıtımçılara malların tedarikinin yapılmaması halinde ayrımcılık meydana gelecek ve ABİDA 101/1 maddesi ihlal edilecektir (De Faveri, 2014: 180).

Doktrinin ortaya atıldığı 'Metro SB-Großmärkte v. Commission' (1977) davasına göre, Metro'daki tüketim malları teknik olarak karmaşık ürünler olarak değerlendirilmiştir. Üreticiye seçici bir dağıtım sistemi kullanmasına izin verilmesinin temel gerekçesi, müşterilerin satış öncesi uzman tavsiyesi alarak ürünün doğru kullanılmasına yardımcı olunması olarak belirtilmiştir (Witt, 2021:5).

Lüks ürünler de seçici dağıtım sistemi kapsamına girebilmektedir. Bu ürünleri satın alan müşteriler için markanın itibarı ve mağazalarda uygun fiyat ile satın almak önem taşımaktadır (Kostecka-Jurczyk, 2020: 264). Aksi görüşte olan Divan, 'Pierre Fabre Dermo-Cosmétique SAS' (2011) davasında, markanın prestijli imajını koruma ihtiyacının meşru bir amaç olmadığını belirtmiştir (Pierre Fabre Dermo-Cosmétique SAS, 2011:44). Pierre Fabre şirketi, seçici dağıtım anlaşmalarında objektif kriterleri kullandığını ve internette satış yasağının uygulanmasının, müşteriye bireysel ve yüz yüze tavsiye verme ve markanın imajını koruma ihtiyacı ile haklı olduğunu savunmuştur (Pierre Fabre Dermo-Cosmétique SAS, 2011:17). Bir görüşe göre, üreticinin bir ürünün imajını korumak için dikey kısıtlamalar kullanması, imaja yapılan yatırım olarak değerlendirilmekte ve kısıtlamaların haklı olduğu kabul edilmektedir (Iacobucci ve Winter, 2016: 59).



Metro kriterleri kapsamında ayrımcı olmayan şekilde belirlenen dağıtımçıların, lüks ürünleri korumak amacıyla kullanılması ve teşebbüslerin kendi itibarını korumaya çalışması bir rekabet ortamının doğal sonucu olarak değerlendirilmelidir.

3.3.1.2 Mutlak Çevrimiçi Satış Yasağı

Mutlak çevrimiçi satış yasağı, üreticinin perakendeciden satış ve pazarlama için yalnızca kendi onaylı internet sitesini kullanmasını talep ettiği ve perakendecinin ürünlerini üçüncü şahıslar tarafından işletilen çevrimiçi pazaryerleri aracılığıyla satmasını yasakladığı durumları ifade eder (Ezrachi, 2021:154).

Üretici veya bazı perakendeciler üçüncü şahıs platformlarını kullanabilirken diğerlerinin bu platformlarda satış yapması yasaksa, yani kısıtlama ağın tüm üyeleri için aynı şekilde belirlenmemişse, ayrımcılık bu varsayımda önemli bir sorun olabilmektedir (Anastasiadis, 2018:114).

Mutlak satış yasağı kapsamında önemli bir karar olan Coty Germany davasında, Coty, lüks kozmetik ürünlerinin satışının, distribütörü olmayan üçüncü taraf platformlar aracılığı ile yapılmasının markanın imajını zedelediğini ileri sürerek bu platformlarda satışları yasaklamıştır. Ancak Akzent GmbH, Coty'nin teklif ettiği sözleşmeyi imzalamayı reddederek lüks ürünleri Amazon üzerinden satmaya başlamış ve Coty, kabul etmediği satış platformunda satış yapan Akzent GmbH'ye karşı dava açmıştır.

Divan, Coty davasında, ürünün kalitesini korumak için "lüks havası" gerekliyse, lüks bir görüntünün korunmasının çevrimiçi pazar yeri satışlarının kısıtlanmasını haklı çıkaran meşru bir amaç olduğuna karar vererek, çevrimiçi pazar yerleri üzerinden satış yasağının, ürünün kalitesini korumak için gerekli olanın ötesine geçmediğini belirtmiştir (Coty Prestige,2010: 52). Divan, Pierre Fabre davasının aksine, çevrimiçi satışların mutlak olarak yasaklanmadığı durumlarda kısıtlamaların ABİDA ile uyumlu kabul etmektedir. Dolayısıyla sözleşmelerde yer alan maddelerin, internet satışları üzerinde mutlak bir yasak mı yoksa internet satışları üzerinde daha sınırlı bir kısıtlama mı içerdiğini tespit etmek, sözleşmenin rekabete uyumluluğunu değerlendirmek açısından önem taşımaktadır.

3.3.2 Tüketicilere Yönelik Coğrafi Kısıtlama Aracılığı ile Ayrımcılık

Coğrafi kısıtlama genellikle, çevrimiçi müşterilerin başka bir Üye Devlette bulunan bir internet sitesinden bir ürün veya hizmete ulaşmasını ve bir ürün veya hizmeti satın almasını engelleyen, onları otomatik olarak yerel bir siteye yönlendiren veya konuma göre teslimatı veya ödemeyi reddeden ayrımcı uygulamalardan oluşmaktadır (Madiğga, 2018:2).

Komisyon, iç pazarı bölme tehdidi oluşturabilecek ayrımcı uygulamaları engelleyebilmek adına 2018/302 sayılı Geo Blocking Regulation'ı yürürlüğe koymuştur. Düzenlemenin amacı, iç pazarın yapay bir şekilde bölünmesini önlemek ve müşterilere Birlik içindeki mal ve hizmetlere daha iyi sınır ötesi erişim sağlamak için, bu tür bir ayrımcılığa yol açtığında çevrimiçi ve çevrimdışı ticaret uygulamaları yasaklamaktır (Madiğga, 2018:2).

Komisyon, belirli video oyunlarını belirli bir bölgenin dışından coğrafi olarak engellemeyi kabul ederek anlaşma yapan Valve'nin (video oyunu yayıncılarına Steam'de oyunları etkinleştirmek ve oynamak için teknik araçlar sağlamaktadır) ve her bir yayıncının AB rekabet kurallarını ihlal ederek Avrupa pazarını böldüğünü tespit etmiştir (Antitrust: Commission fines Valve, 2021).

Margrethe Vestager (2021)'e göre Valve ve beş video oyunu yayıncısının, "coğrafi engelleme" uygulamalarına yönelik bugünkü yaptırımlar, AB rekabet yasası uyarınca şirketlerin sınır ötesi satışları sözleşmeye dayalı olarak kısıtlamalarının yasaklamakta ve bu tür uygulamalar, Avrupalı tüketicileri, AB Dijital Tek Pazarın avantajlarından ve AB'deki en uygun teklif için alışveriş yapma fırsatından mahrum bırakmaktadır. Dolayısıyla, tüketicilerin korunması ve iç pazar yapısının sürdürülebilmesi için coğrafi engellenmenin önüne geçilmelidir.

3.3.3 Yatay Anlaşmalar Kapsamında Ayrımcılık

3.3.3.1 Fiyat Sabitleme İçeren Kartel Anlaşmaları



Karteller kapsamında fiyat sabitleme, iki veya daha fazla rakip teşebbüsün kendi çıkarları için, mal veya hizmetlerinin fiyatlarını belirli bir oranda sabit tutmak için anlaşması halinde meydana gelmektedir.

Pazarın daha büyük bir payını kontrol eden karteller, diğer işletmelere karşı eşit davranmayarak rekabet etmesine engel olmakta ve piyasadan tamamen çıkmasına sebep olabilmektedir (<https://www.stpaulschambers.com/cartels-and-price-fixing-penalties-in-the-uk/>). Bu özelliğe sahip anlaşmalar, rekabeti amaç bakımından kısıtlayıcı etkiye sahip olabilmektedir (Guidelines on the applicability of Article 101 of TFEU to horizontal co-operation agreements, 2011:205).

2016 senesinde verilen bir kararda, Amazon platformunda rakip olan Trod Limited ve GB eye Limited, şirketleri, Amazon sitesinde başka bir satıcının daha ucuz olduğu durumlar dışında, hiçbir rakibin ürünleri için birbirlerinin fiyatlarını düşürmeyeceği konusunda anlaşarak yasadışı bir fiyat sabitleme karteline katılmışlardır (<https://www.stpaulschambers.com/cartels-and-price-fixing-penalties-in-the-uk/>). Birbirlerinin fiyatlarını düşürmemek için uğraşan rakipler, fiyatların yapay olarak yüksek tutmakta ve bu durumda müşterilerin gereğinden fazla ödeme yapmalarına sebep olmaktadır (Competition and Markets Authority, 2016). Satıcılar, rekabetin doğasına uyacak şekilde rakiplerinden bağımsız olarak kendi fiyatlarını belirlemelidir. Böylece bütün rakipler eşit şekilde fiyat belirleme özgürlüğüne sahip olacak ve daha sağlıklı bir ortamda ticari faaliyetlerin gerçekleşmesi sağlanacaktır.

3.3.3.2 Ayrımcılık İçeren Standardizasyon Anlaşmaları

Standardizasyon anlaşmaları genellikle çeşitli araçlarla, yeni ve iyileştirilmiş ürünler veya pazarlar yaratmak ve tedarik koşullarını iyileştirmek gibi pozitif ekonomik etkiler üretir (Guidelines on the applicability of Article 101 of TFEU to horizontal co-operation agreements, 2011:277).

Standardizasyon anlaşmaları, standarda uygun ürünler arasındaki rekabeti teşvik etmesi nedeniyle genellikle rekabeti artırıcı etkiye sahipken, şirketler bir standarda dahil olan belirli teknolojileri kapsayan patentlere sahip olduğunda rekabet sorunları ortaya çıkabilir (Geradin, 2017:2).

3.3.3.2.1 Standardizasyon Anlaşmalarına Uygulanan FRAND Terimleri

Patentlere sahip olan şirketler, diğer firmaların sahip olduğu teknolojiyi, ilgili standardın uygulanmasını zorlaştırmak için kullanmak suretiyle diğer firmalara ayrımcı uygulamalarda bulunabilmektedir. Bu sorunların önüne geçebilmek adına ve standartlara etkin erişimin sağlanabilmesi için FRAND (adil, makul ve ayrımcı olmayan) şartları oluşturulmuştur.

FRAND şartlarının standardizasyon anlaşmalarına uygulanmasını içeren Texas Instruments/Qualcomm (2009) davasında cep telefonu ekipmanları sektöründe faaliyet gösteren altı firma Komisyon'a şikayette bulunmuş ve Qualcomm'un standardı için gerekli olan patentlerin lisanslama hüküm ve koşulları, Qualcomm'un FRAND taahhüdüne uymadığı gerekçesiyle rekabeti ihlal ettiğini ifade etmiştir (Geradin, 2017:7). Ancak Komisyon inceleme sonrası davayı kapatmayı tercih etmiştir.

Standartlara eşit erişimin sağlanması iç pazarda etkili bir rekabetin oluşması ve ticaretin sorunsuz devamlılığı için önem arz etmektedir. Bu sebeple, erişim engelinin önüne geçebilmek adına daha caydırıcı düzenlemelerin getirilmesi gereklidir.

3.3.4 Fiyat Ayrımcılığı

3.3.4.1 Anlamı

Fiyat ayrımcılığı, farklı müşterilere veya farklı müşteri sınıflarına, maliyetleri aynı olan mal veya hizmetler için farklı fiyatların belirlenmesi veya tedarik maliyetleri farklı olan müşterilere tek bir fiyat uygulanmasıdır (Post Danmark A/S v Konkurrencerådet, 2012:30). Tüketiciler arasında ayırım yapmak veya karşılaştırılabilir konumdaki rakiplere eşit işlemler için farklı fiyatlar tanımlamak, ayrımcılık yasağına aykırılık teşkil etmektedir.

ABİDA Madde 101'de yer alan kısıtlayıcı anlaşmalar, kararlar ve uyumlu eylemlere yönelik getirilen yasak, farklı fiyatlandırma uygulamalarını ve rakip tedarikçiler arasında alıcılara karşı müştereken fiyat ayrımcılığı yapmak için yapılan anlaşmaları engellemekte ve bunun sonucunda piyasa operatörlerinin paralel ticarete girmesini ekonomik açıdan zorlayıcı bir hale getirmektedir (Steppe ve Bostoen, t.y.).



Fiyat ayrımcılığının meydana gelebilmesi için ilk olarak teşebbüs, farklı fiyatlar talep edebilmek için tüketiciler arasında ayırım yapabilmelidir (Geradin ve Petit, 2005:4). İkinci olarak, fiyat ayrımcılığında başarılı bir şekilde yer almak için bir firma yeniden satışı veya arbitrajı engelleyebilmelidir.

Üçüncü bir koşul olarak piyasa gücünün şart olup olmadığı tartışmalıdır. Levine (2002)'e göre, fiyat ayrımcılığının yapılabilmesi, piyasa gücünün varlığını kanıtlamaz. Aksi görüşe göre, bir firmanın farklı fiyat uygulayabilmesi için bir miktar piyasa gücüne sahip olması gerekir, aksi halde hiçbir tüketiciye rekabetçi fiyatı aşan düzeyde fiyat vermeyi başaramayacaktır (Geradin ve Petit, 2005:4).

3.3.4.2 Doğrudan ve Dolaylı Fiyat Ayrımcılığı

3.3.4.2.1 Doğrudan Fiyat Ayrımcılığı

Doğrudan fiyat ayrımcılığı, bir teşebbüsün açık olarak farklı fiyatlandırmaya başvurmasıdır. Teşebbüsün davranışı sonucunda, teşebbüsün rakipleri, sunulan farklı koşullardan yararlanan müşterilerini kaybetmektedir. Teşebbüs, üst pazardaki rakiplerini dışlamak ve böylece o pazardaki kendi konumunu güçlendirmeyi hedeflemektedir.

Doğrudan fiyat ayrımcılığı, birinci ve üçüncü dereceden fiyat ayrımcılığı olmak üzere iki alt kategoride incelenmektedir.

Birinci derece fiyat ayrımcılığı, bir teşebbüs, tüketiciler arasında mükemmel bir şekilde ayırım yapabildiğinde, her tüketicinin belirli bir ürün veya hizmetin her bir birimi için ödemeyi kabul edeceği en yüksek tutarı talep etme yetisine sahip olduğunda söz konusu olmaktadır (O'donoghue ve Padilla, 2020:961).

Üçüncü derece fiyat ayrımcılığında bir teşebbüs tarafından, talep esnekliğine dayalı, farklı müşteri gruplarına farklı fiyatlar belirlenmesi söz konusu olmaktadır. Örneğin, sinemalar öğrenciler ve belirli bir yaşı altındaki kişiler için indirimli biletler satmaktadır (O'donoghue ve Padilla, 2020:961).

3.3.4.2.2 Dolaylı Fiyat Ayrımcılığı (İkinci Derece Fiyat Ayrımcılığı)

Dolaylı fiyat ayrımcılığında, teşebbüsler, tüketicilerin daha önce yaptıkları satın almalar yoluyla tercihleri hakkında bazı bilgilere sahip olabilmektedir. Örneğin, bir iş seyahatinde bulunan tüketici, hareket saatine yakın bir yerde rezervasyon yaparak veya sınırsız bir ücret seçerek, nispeten yüksek bir ödeme isteğine sahip olduğunu gösterebilmektedir. (Townley vd., 2017:689).

3.3.4.3 Fiyat Ayrımcılığı Türleri

3.3.4.3.1 Yeniden Satış Fiyatının Belirlenmesi Yasağı

Yeniden satış fiyatının tespiti, perakendeciler veya dağıtımıcılar gibi alt pazardaki satıcıların yeniden satış fiyatlarını sınırlayan ve yukarı yönlü tedarikçi tarafından gerçekleştirilen dikey kısıtlama türüdür (Klein, t.y.). Tedarikçinin, dağıtımıcıların alt satışları için sabit veya minimum fiyatlar belirlemesi veya dağıtımıcıların indirim kullanmasını engellemesi, ABİDA 101 kapsamında ele alınmaktadır (Dean, 2018:4).

Yeniden satış fiyatının belirlenmesi, 2022/720 sayılı dikey grup muafiyet yönetmeliğinin 15. paragrafı kapsamında, muafiyetten yararlanmayan 'kesin' bir dikey kısıtlama olarak kabul edilmiştir. Ancak ABİDA Madde 101/3 kapsamındaki şartları karşıladığı takdirde muafiyet söz konusu olabilmektedir.

Yeniden satış fiyatının belirlendiği bir duruma örnek olarak, indirimli fiyatlarla satış yapan çevrimiçi kitapçıların oluşturulması, bir tüketicinin yerel bir kitapçıya göz atmasına ve ardından seçimlerini çevrimiçi olarak indirimli fiyatlarla sipariş etmesi olarak verilebilir (Organisation for Economic Co-operation and Development, 1997:9). Kitaplar için perakende fiyat tespitinin yapılması perakendeciler arasındaki fiyat rekabetini engellemektedir (Organisation for Economic Co-operation and Development, 1997:110). Bu uygulamalar "bedavacılık" olarak nitelendirilmekte ve tüketiciler yüksek fiyatlarla karşı karşıya kalmaktadır. Bunun sonucunda yeniden satış fiyatının belirlenmesi fiyat ayrımcılığına sebep olmaktadır.



3.3.4.3.2 İkili Fiyatlandırma

İkili fiyatlandırma, aynı ürün veya hizmet için farklı pazarlarda farklı fiyatlar belirlenmesidir. Bir tedarikçi, distribütörün ürünlerini alt müşterilere çevrimiçi mi yoksa çevrimdışı mı satmayı planladığına bağlı olarak ürünlerini farklı şekilde fiyatlandırmaktadır. (EU Commission, Explanatory note on the new VABER and Vertical Guidelines)

İkili fiyatlandırmayı konu alan davada, medikal ürünler satan GlaxoSmithKline (GSK) firması, İspanya'da dağıtılacak ilaçlar için, diğer Üye Devletlere ihraç edilmesi amaçlanan ilaçlara kıyasla daha düşük fiyatlar uygulamıştır. Komisyon, GSK'nın uyguladığı ikili fiyatlandırmanın 101/1 maddesine aykırı olarak rekabeti kısıtlama amacına ve etkisine sahip olduğunu ve 101/3 maddesindeki muafiyet koşullarını karşılamadığını tespit etmiştir. (GlaxoSmithKline v European Association of Euro-Pharmaceutical Companies, 2018:5).

Çevrimiçi veya çevrimdışı satış kanallarına uygun düzeyde yatırımı teşvik edebileceği düşünülen ikili fiyatlandırmalar, muafiyet kapsamında değerlendirilebilmektedir. Muafiyetten yararlanabilmek için, toptan satış fiyatındaki farkın yatırımlardaki farklılıklar ve alıcının her bir kanalda satış yapmak için katlandığı maliyetlerle makul ölçüde ilişkili olması gerekmektedir (Guidelines on vertical restraints, 2022:209).

Örneğin, birçok üretici, çevrimdışı mağazalar çevrimiçi benzerlerine göre daha yüksek maliyete sahip olma eğiliminde olduğundan, pazardan çıkmalarını önlemek için çevrimdışı mağazalara daha düşük toptan satış fiyatları sunmayı tercih etmektedir (Dertwinkel-Kalt, Haucap ve Wey, 2015:538). Çevrimiçi mağazalar ve çevrimdışı mağazalar aynı toptan satış fiyatlarıyla karşılaşır ise, çevrimdışı mağazalar piyasa dışına çıkacak ve rekabet ortamında tutunamayacaktır. Üreticiler, çevrimdışı mağazalara daha düşük bir toptan satış fiyatı vermeye istekliyse, daha az verimli çevrimdışı mağazalar, pazarda daha verimli çevrimiçi rakiplerle rekabet edebilir (Dertwinkel-Kalt, Haucap ve Wey, 2015:538).

4. İŞLETMELER ARASI REKABETTE ABİDA 102 KAPSAMINDA AYRIMCILIK TÜRLERİ

4.1. Fiyat Dışı Ayrımcılık Türleri

4.1.1 Mal Vermeyi Reddetme (Sözleşme Yapmayı Reddetme)

Sözleşme yapmayı reddetme, bir dışlayıcı suiistimal biçimi olarak sınıflandırılmakta, yalnızca rakipleri dışlama eğiliminde olduğu ve dolayısıyla bir pazardaki etkin rekabeti ciddi şekilde zedelediği ölçüde Birlik hukuku kapsamında yasadışı kabul edilmektedir (Organisation for Economic Co-operation and Development, 2007:3).

Hakim durumdaki teşebbüsün, sözleşme yapmayı reddetme sureti ile rakip teşebbüslerin rekabet edebilmesine engel olması, rakiplerin mal tedarik edememesine ve bunun sonucunda rekabet edebileceği bir tasarrufta bulunamamasına sebep olmaktadır. Hâkim durumdaki teşebbüs, diğer rakiplerine hizmet vermeye devam ederken bir rakibe tedarik sağlamayı reddettiği bu durumda, hizmet verilen başka teşebbüsler mevcut olduğundan, ilk bakışta bir ayrımcılık söz konusu olmaktadır (Hou, 2010:6). (The Unilateral Conduct Working Group, 2010:16).

Hakim durumdaki teşebbüsün rakiplerine karşı sözleşme yapmayı reddetmesini içeren Commercial Solvents v Commission (1974) kararında, hammadde pazarında hakim durumda olan Commercial Solvents firması, uzun zamandır müşterisi olan Zoja firmasına Ethambutol üretimi için gerekli olan ham maddeyi sağlamayacağını bildirmiştir. Commercial Solvents firması, söz konusu hammaddeyi kendi üretimine ayırmak amacıyla, hammaddeyi kullanarak benzer ürünleri üreten Zoja firmasına tedarik etmeyi reddetmektedir. Dolayısıyla, rakip firma açısından rekabetin ortadan kaldırılması riski meydana gelerek ABİDA 102 kapsamında hakim durumunu kötüye kullanılması söz konusudur (Commercial Solvents v Commission, 1974:25) Bununla beraber, sözleşmenin reddi, rakipler arasında, eşit şartlar altında rekabet edebilme imkanının ortadan kalkmasına sebep olmuştur.

4.1.1.2. Zorunlu Unsur Doktrini



İstisnai durumlarda uygulanması gereken sözleşme yapma zorunluluğu, zorunlu unsur doktrini ile ortaya atılmıştır. Zorunlu unsur, üçüncü bir tarafın kendi ürün veya hizmetini bir pazarda sunmak için erişmesi gereken bir altyapı olarak tanımlanmıştır (<https://www.concurrences.com/en/dictionary/essential-facility>). Zorunlu unsur doktrinine göre, ilgili bir pazarda, fiziksel, coğrafi veya yasal kısıtlamalar nedeniyle tekrarı imkansız veya çok zor olan bir unsura, rekabet etmek için erişimin vazgeçilmez ve gerekli olduğu kabul edilmektedir (Dadomo ve Quenivet,2020:398).

Zorunlu unsuru ele alan ilk dava olan Oscar Bronner GmbH & Co. KG v Mediaprint Zeitungs (1998) davasında, Divan, hakim durumun kötüye kullanıldığını tespiti için değerlendirilmesi gereken kriterleri açıkça belirtmiştir (Oscar Bronner GmbH & Co. KG v Mediaprint Zeitungs, 1998:41): İlk olarak, reddin, hizmeti talep eden kişi açısından pazardaki tüm rekabeti ortadan kaldıracak nitelikte olması gerekir. İkinci olarak, somut olayda ana öğe olan unsurun, rakiplerinin ilgili pazardaki ticari faaliyetlerinin gerçekleştirilebilmesi açısından zorunluluk arz etmesi gerekmektedir. Son olarak, hizmetin kendisi, o kişinin işini yürütmek için vazgeçilmez olmalıdır, diğer bir ifadeyle talep edilen girdinin fiili veya potansiyel ikamesi bulunmamalıdır.

Eşitlik ilkesi kapsamında, eşit konumda bulunan alıcılardan birine zorunlu unsur doktrini uygulayıp, bir diğerine uygulamaması halinde ayrımcı bir davranış ortaya çıkacaktır. Bu kapsamda, Sea Containers v Stena Sealink (1993) davasında, feribot hizmeti verdiği Kuzey Galler'deki Holyhead limanının sahibi olan Sealink, Sea Container'ın zorunlu unsura uygun bir temelde erişmesine izin vermeyerek hakim konumunu ayrımcılık sureti ile kötüye kullandığını belirtmiştir. İlgili bir pazardaki konumunu korumak veya güçlendirmek amacıyla bir pazardaki gücünü kullanan önemli bir tesisin sahibi, özellikle, bir rakibe erişim sağlamayı reddederek veya kendi hizmetlerinden daha az elverişli koşullarda erişim sağlayarak ve böylece rakibine rekabet açısından dezavantajlı bir durum empoze ederek ABİDA'nın 102. Maddesini ihlal etmektedir (Sea Containers v Stena Sealink,1993:66). Sealink, Sea Container'ın limandaki mevcut tesisleri olası kullanımıyla ilgili olarak sürekli olarak ertelemesi ve zorluklar çıkarması nedeniyle Sea Container'a karşı ayrımcılık yaptığı sonucuna varılmıştır.

4.1.2. Yeni Bir Ayrımcılık Türü Olarak “Kendini Tercih Etme”

Kendi kendini tercih etme, dikey olarak bütünleşik bir teşebbüsün, alt pazardaki rakiplerine uygulanan muameleye kıyasla kendi alt hizmetine daha elverişli bir muamele uygulamasıdır (Lampecco, 2021:5)

Komisyon, Google Search (Shopping) (2017) kararında kendini tercih etmeyi bağımsız bir suistimal olarak değerlendirmiştir. Google, hakim durumunu kötüye kullanarak, kendi karşılaştırmalı alışveriş hizmeti olan Google Shopping'e yasa dışı avantaj sağlamıştır. Rakip karşılaştırmalı alışveriş hizmetlerini genel arama sonuçlarında alt sıralara indirme davranışının ulusal pazarlarda rekabete aykırı etkilere sahip olduğu değerlendirilmiştir (Google Search (Shopping), 2017:341).

Komisyon, Google Search davasında yeni bir kavram ortaya atarak “zorunlu unsur benzeri” yapıların ilgili pazarda rekabet için vazgeçilmezlik teşkil etmeyen, ancak yine de rakipler tarafından alternatifleri oluşturulamayan yapılar olduğunu belirtmiştir (Lamadrid ve Colomo, 2021). Zorunlu unsura benzer bir yapı olduğu ancak tam olarak zorunlu bir unsur olarak Bronner davasındaki kriterlerin uygulanmasının gerekli olmadığına karar vermiştir.

Google'ın, kendini tercih etme davranışın, anlaşmayı reddetme olarak değerlendirilebileceği ifade edilmiştir (Graef, 2019:59). Nitekim, bir görüşe göre Google Search davasında geçerli olan tek rekabet yükümlülüğu, tedarik etmeyi reddetme teorisi olarak değerlendirilmiştir (Vesterdorf, 2015:4). Bu doğrultuda zorunlu unsur doktrini kapsamında değerlendirme yapan Komisyon, Google Search davasında zorunlu unsura erişimin doğrudan engellenmediği, erişimin sadece eşit olmayan şartlarda sağlanmakta olduğu gerekçesi ile zorunlu unsur kriterlerini uygulamadığını ifade etmiştir (Google Search (Shopping), 2017:650).

4.2. Fiyat Ayrımcılığı



ABİDA Madde 102 kapsamında, hakim durumdaki bir teşebbüsün hakim durumunu kötüye kullanarak tek taraflı olarak farklı fiyatlandırma politikaları uygulayarak, aynı işlemler için eşit konumdaki rakiplere karşı ayrımcılık yapılması eşit rekabet ilkesini ihlal etmektedir.

İlgili madde kapsamında fiyat ayrımcılığının meydana gelmesi için ABİDA'nın 101. Maddesindeki fiyat ayrımcılığı şartlarının meydana gelmesi gerekmektedir.

4.2.1. Coğrafi/Bölgesel Fiyat Ayrımcılığı

Coğrafi fiyatlandırma, eşdeğer durumdaki mal veya hizmetlerin, alıcının coğrafi konumuna göre farklı fiyatlandırıldığı bir uygulamadır (Colino, 2010:21). Teşebbüsler, bölgesel farklılığı avantaja çevirmekte, tüketiciler ise seçenekte azalma ve rekabetçi fiyatlara sahip ürün ve hizmetler ile karşı karşıya kalarak dezavantajlı duruma gelmektedir.

Bu doğrultuda en önemli karar United Brands Company (UBC) (1978)' göre, UBC tarafından 'chiquita' markası altında pazarlanan muzlar, aynı coğrafi kökene ait olup, hemen hemen aynı kalitededir. Boşaltma maliyetlerinin benzer olduğu Rotterdam ve Bremerhaven limanlarında aynı ödeme ve satış koşullarına tabi olarak boşaltılmaktadırlar. Maliyetlerin aynı olduğu bu durum değerlendirildiğinde, Rotterdam ve Bremerhaven'a giden UBC müşterilerine, muzlar için aynı satış fiyatının teklif edilmesi beklenmektedir. Ancak satış fiyatlarında ciddi farklılıklar mevcuttur.

Divan tarafından, hakim durumda olduğu belirlenen UBC'nin, coğrafi fiyatlandırma aracılığı ile hakim konumunu kötüye kullandığı, özellikle ulusal pazarları bölerek müşterilere zarar verecek şekilde hareket ettiği ve üye devletler arasındaki ticareti etkilediği tespit edilmiştir (United Brands v Commission, 1978:159).

Hakim durumdaki UBC'nin güçlü konumu sayesinde her tüketiciye aynı fiyatlandırmaya başvurması ihtimalinde de satış yapmasında bir zorluk yaşayamayacağı açıktır. UBC aynı özellikleri taşıyan muzların haklı bir gerekçelendirme olmaksızın ayrımcı fiyatlandırılması, farklı bölgelerde bulunan tüketicilere yönelik meydana gelmiş ve Divan'ın kararında belirtildiği gibi, devletler arasındaki ticareti olumsuz etkilemiştir.

4.2.2. İndirim Sistemleri

Dışlayıcı özelliğe sahip indirim sistemleri, müşterilere daha fazla mal satabilmek amacıyla, satın alma davranışına bağlı olarak her müşterinin fiyatını farklılaştırabilen ve kişiler arası fiyat ayrımcılığına yol açabilen koşullu indirimlerdir (Discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, 2009:141).

4.2.2.1. Hedef İndirimleri

Hedef indirimleri, geçmiş bir referans döneminde müşteriler tarafından satın alınan hacimlere karşılık gelen ve gelecek dönemde tahmin edilen satın alma hacimleriyle karşılaştırılarak belirlenmektedir (De Luca, 2020:39). Alıcı, belirlenen miktarda bir alım yaptığı takdirde karşılaştırılan indirim hakkı kazanmaktadır.

Hedef indirimlerinde, eğer indirim oranı, satın alım miktarına bağlı olarak artıyor ise, indirimin bir bağımlılık yaratmaya meyilli olacağı kabul edilmektedir (Kaya, 2018:239). Uzun bir dönemi kapsayan indirimler suistimale sebep olmaktadır. İndirim döneminin sonuna doğru, alıcıların tüm dönem için bir indirim güvence altına almak adına, hedef eşiğe ulaşma konusunda artan bir baskıyla karşı karşıya kaldıkları ifade edilmiştir (Ahlborn vd., 2021:7).

Michelin v Comission (1983) davasında, bir dizi seçici, hedefe dayalı indirim ve hedef ikramiye programları yürüterek hakim durumun kötüye kullanıldığı tespit edilmiştir. Satıcıların farklı rakiplerden mevcut en iyi teklifleri serbestçe seçmeleri ve buna göre tedarikçileri değiştirmelerinin engellenmesi, bayilerin tedarikçi seçimini sınırlaması sebebiyle rakiplerin pazara girişini zorlaştırmıştır (Michelin v Comission, 1983:85-86). Hakim durumda olan Michelin'in pazar gücünü elinde tutuyor olması ve indirim süresini uzun tutması sonucunda bir bağımlılık yaratması nedeniyle de hakim durumunu kötüye kullanmıştır (Ezrachi, 2021:527).



4.2.4. Sadakat İndirimi

Sadakat indiriminde, satıcıların fiyat ayrımcılığı yapmasına izin verilmekte ve yaptıkları satın almalarda sadakat göstermesi koşuluyla alıcılara daha iyi bir fiyat sunulmaktadır (Organisation for Economic Co-operation and Development, 2016:24).

Hakim durumdaki havayolu olan British Airways'in, seyahat acentelerine performans ikramiyeleri vermesi suistimal olarak değerlendirilmiştir. Söz konusu ikramiyeler geçmişe dönük olup, bireyselleştirilmiş ve aşamalı satış hedeflerine dayanmaktadır (Petit, 2015:7). İkraniyeler, seyahat acentelerinin rakip havayollarından bilet almasını engelleyen bir sadakat oluşturma etkisi yaratmış ve sadakat indirimi ile üst pazardaki rakip havayolu şirketleri ile alt pazardaki acenteler açısından ayrımcı bir uygulama yaparak rekabetin engellenmesine sebebiyet vermiştir (British Airways v Commission, 2007:,73)

General Wah (2017)'a göre, sadakat indirimlerinin varlığının her zaman davranışın kötü niyetli olarak tanımlanabileceğine dair kendiliğinden bir sonucu yol açmayacağı ifade edilmiş olsa da, hakim durumdaki bir teşebbüs tarafından verilen belirli sadakat indirimlerinin, her zaman piyasa sistemini engelleyerek davranışın suistimal olarak nitelendirileceği ileri sürülmüştür (Intel v. Commission, 2014:96). Buna karşın, Divan, davranışın sahip olacağı etkiyi incelemeyen, böyle bir indirim sistemini per se (kendiliğinden) suistimal olarak kabul etme yaklaşımını reddetmiştir (Intel v. Commission, 2014:129).

4.2.5. Bağlı Fiyatlama

Bağlama, bir teşebbüs tarafından bir ürün veya hizmetin (bağlanan ürün) sağlanmasının, aynı teşebbüsten ikinci, ayrı bir ürün veya hizmetin (bağlı ürün) alınmasını gerektirmesi durumu ifade eder (Mandrescu, 2020:9).

Bağlamadan bahsedebilmek için, bağlama pazarında hakim durumda olma, bağlı ve bağlanan malların iki ayrı ürün olması, bağlama uygulamasının piyasayı bozucu dışlama etkisine sahip olma ihtimali ve bağlama uygulamasının nesnel olarak veya verimliliklerle gerekçelendirilmemesi gerekir (Discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, 2009:50).

Bağlama uygulamaları, alıcıların sınırsız seçimler yapma fırsatını reddetmesi ve böylece rekabeti bozması sebebi ile sorunlu görülmektedir (O'donoghue ve Padilla, 2020:699). Müşterilerin, piyasalarda seçim yapabilmesi tüketici refahı ve tüketicinin korunması açısından önemli olduğu gibi etkin rekabetin sürdürülebilmesi için de önem taşımaktadır.

Microsoft v Commission (2007) davasında Komisyon, "öngörülebilir gelecekte etkin bir rekabet yapısının sürdürülmesini sağlamayacak şekilde rekabetin azalmasına yol açacaktır" ifadesini kullanarak bağlamayı rekabete aykırı değerlendirmiştir.

Margrethe Vestager (2021), Meta'nın çevrimiçi sınıflandırılmış reklam hizmeti Facebook Marketplace'i kişisel sosyal ağı Facebook'a bağlamasına itiraz etmekte ve Facebook Marketplace'e rakiplerin karşılayamayacağı önemli bir dağıtım avantajı sağladığından, Facebook Marketplace rakiplerinin pazar dışına itileceğinden endişe duyduğunu belirtmiştir.

5. İŞLETME BİRLEŞMELERİNDE AYRIMCILIK YASAĞI

5.1 İşletme Birleşmelerinde Ayrımcılık Yasağının Anlamı ve Önemi

Teşebbüsler, rekabetin etkin ve yoğun olduğu bir pazarda, kar elde edebilmek, rakiplerine karşı daha güçlü bir konuma gelebilmek ve büyüebilmek amacıyla başka bir teşebbüsü bünyesine alarak birleşmelere başvurabilmektedirler. İşletme birleşmelerine izin verirken, Birliğin, eşitlik ilkesi çerçevesinde hem iç pazar yapısının güçlü bir şekilde sürdürülebilmesine ve eşit rekabet ortamının oluşabilmesine yönelik hareket etmesi gerekmektedir.

5.2. İşletme Birleşmelerinde Ayrımcılık Yasağının Kapsamı

5.2.1. ABİDA 102 Kapsamında



ABİDA 102. Madde kapsamına giren işletme birleşmelerinde ayrımcılığın meydana gelmesi, hakim durumdaki bir işletmenin bu hakim durumunu kötüye kullanması durumunda mümkündür. Ayrıca, hakim şirketlerin konumunu "rekabeti önemli ölçüde engelleyecek şekilde" yapısal olarak güçlendiren satın almalara da uygulanabileceği kabul edilmektedir (Europemballage and Continental Can v Commission, 1973:245).

5.2.2. Birleşme Tüzüğü Kapsamında

İşletme birleşmelerinin ayrımcılık yasağı kapsamında ele alınabilmesi için, Birleşme Tüzüğü'nde yer alan kriterlere uygun, Birlik boyutunda bir birleşmenin bulunması gerekmektedir.

5.3. İşletme Birleşmelerinde Ayrımcılık Yasağının Unsurları

Bir birleşme kapsamında ayrımcılığın meydana gelip gelmediğinin incelenmesi, eş değer işlemlere farklı koşullar veya farklı işlemlere eşdeğer koşulların dayatılması ve bu farklılığın sonucunda rekabetçi bir dezavantajın doğması gerekmektedir.

Birleşme sonucunda ilgili pazarda işletme sayısının azalması ile rekabetin azaldığı ve birleşen firmaların güçlenerek eşit konumdaki alıcılara karşı ayrımcı uygulamalar ve özellikle fiyatlamalar belirlemesi AB rekabet hukuku kapsamında iç pazar yapısı ve eşitlik ilkesi ile bağdaşmamaktadır.

5.4. İşletme Birleşmelerinde Ayrımcılık Türleri

5.4.1 Davranışsal Tedbirler

Davranışsal tedbirler, belirli eylemleri zorunlu kılarak veya yasaklayarak birleşen firmaların ticari davranışlarını düzenlemektedir (OECD, Merger Control in Dynamic Markets", 2020).

Davranışsal tedbirler yaygın olarak, ayrımcılık yapmama yükümlülüklerini içermektedir. Örneğin, altyapı veya teknolojiye ayrımcı olmayan erişim, fikri mülkiyet haklarının lisanslanması, münhasır sözleşmelerin feshi veya belirli bir şekilde davranmaya yönelik diğer yükümlülükler gibi tedarik yükümlülükleri davranışsal tedbirlere örnek olarak verilebilir (European Competition Network, t.y.). Mal vermeyi reddetme durumunda tedarığın sağlanması veya rekabete aykırı bağlama gibi durumlarda bağlamadan vazgeçilmesi gibi yükümlülükler verilmektedir (Maier-Rigaudi ve Loertscher, 2020:4).

Dolayısıyla davranışsal tedbirler kapsamında ayrımcılık yapmama yükümlülüğü, birleşen işletmenin diğer piyasa katılımcılarına adil ve tarafsız bir şekilde davranmasını gerektirir.

5.4.1.1. Birlikte Çalışabilirlik

Birlikte çalışabilirlik, platformların hizmetleri genelinde veri ve farklı işlevsellik biçimlerini değiş tokuş etme yeteneği olarak açıklanmıştır (Gasser, 2015:2). Birlikte çalışabilirliğin bozulması, 'pozitif veya negatif ayrımcılık' olarak tanımlanmaktadır (Intel v. McAfee, 2011:128).

Fitbit'in Google tarafından satın alınmasını içeren bir soruşturma da, Google'ın halihazırda dijital sağlık sektöründe önemli bir yere sahip olduğunu düşünen bazı piyasa katılımcıları, Google'ın ve Fitbit'in veritabanlarını rakiplerinin artık rekabet edemeyecekleri derecede birleştirerek bu sektörde rekabet avantajı elde edebileceği endişesini dile getirmiştir. Ancak Komisyon, Fitbit'in henüz kısıtlı tüketici ağına sahip olması ve Avrupa pazarında dijital sağlık sektörünün hala gelişmekte olması sebebi ile bu görüşe katılmamıştır. Nitekim, Fitbit'in Google tarafından satın alınması, Google tarafından verilen taahhütlerin giyilebilir cihazlar pazarının ve gelişmekte olan dijital sağlık alanının açık ve rekabetçi kalmasını sağlayacağı inancı ile onaylanmıştır. Google'ın hata mesajlarının veya izin isteklerinin ayrımcı bir şekilde görüntülenmesi yoluyla üçüncü taraf bileklere takılan cihazlarla (Fitbit) kullanıcıların deneyimini kötüleştirerek veya bileğe takılan cihazlara (Fitbit) eşlik eden uygulamalarının Google Play Store'a erişimi konusunda ayrımcı koşullar uygulayarak taahhütlere aykırı davranmaması şartı getirilmiştir (Google v Fitbit, 2020:208).

5.4.1.2. Veri Taşınabilirliği



Veri taşınabilirliği önemi, kullanıcıların kendi verilerini yanlarında yeni bir sağlayıcıya götürmelerine izin vermektedir. Veri taşınabilirliği olmadığı takdirde bir pazardaki hakim firmalar, diğer pazarlarda pazar gücü elde etmek için verileri kullanabilirler. Veri taşınabilirliği teorik olarak ilgili pazarlardaki firmaların hala rekabet edebilmesini sağlayabilir, çünkü hâkim firmanın aşılmaz avantajının çoğu, taşınabilecek verilere erişimden kaynaklanmaktadır (Organisation for Economic Co-operation and Development, 2021:16).

Ancak bazı dijital platform pazarlarındaki mevcut deneyim, taşınan verilere erişimin tek başına rakip ürünlerin piyasaya girişini sağlamak için yeterli olmayabileceğini göstermektedir (Organisation for Economic Co-operation and Development, 2021:17). Örneğin hem Google hem de Facebook, kullanıcılara bilgilerinin bir kopyasını alma olanağı sunmaktadır.

5.4.2. Adil, Makul ve Ayrımcı Olmayan Şartlar (FRAND şartları)

Dijital platformlara tüketicilerin ve kullanıcıların adil erişimini sağlamak için önemli bir adım olan FRAND koşulları, "Adil, makul ve ayrımcı olmayan" erişim kavramını ifade eder.

FRAND erişim taahhütlerinin rekabet yapısını korumada yararlı olduğu kabul edilmekte ve bu taahhütler altta yatan rekabet endişelerini ele alan yeterli düzenleyici çerçevenin olmadığı durumlarda kullanılmaktadır.

FRAND koşullarını uygulamayı kabul eden Siemens/Drägerwerk (2013) davasında, taraflar, bir yanda kendi tıbbi ekipmanları ile diğer yanda hasta monitörleri arasında sürekli birlikte çalışabilirliği ve bunların hastane veri yönetim sistemleriyle birlikte çalışabilirliğini sağlama taahhütleri sunmuştur (Siemens/Drägerwerk, 2013:154) Arayüzler ve iletişim protokolleriyle ilgili tüm bilgilerin, talep üzerine üçüncü taraflara gecikmeden, /ayırım gözetmeden ve ücretsiz olarak sağlanacağı taahhüt edilmiştir.

Hem ayrımcılık yapmama hükümlerinin hem de erişim hükümlerinin tasarlanması, bunlara uyulması ve uygulanması zor olabilmektedir (Zhou, Peng ve Eichlin, 2021). Örneğin, birleştirilmiş işletmenin iki alt rakibinin, ayrımcı olmayan bir muameleyi garanti edecek şekilde ilgili açılardan maddi olarak benzer olup olmadığına dair sorunlar meydana gelebilir. Nitekim, London Stock Exchange Group/Refinitiv Business (2021) davasında, Komisyon, birleştirilmiş kuruluşun, mevcut ve gelecekteki tüm alt rakipleri tarafından belirli verilerine erişime izin vermesi ve müşterileri ayıracak ticari stratejilere girmemek koşulu ile birleşmeye izin vermiştir (London Stock Exchange Group v. Refinitiv Business, 2021:2).

5.4.3. Çevrimiçi Pazarda Birleşmeler

Dijital pazardaki birleşmelerin en büyük odak noktası büyük teknoloji şirketlerinin (Amazon, Apple, Google, Facebook ve Microsoft) satın almalarının dışlayıcı etkilere sebebiyet vererek rekabete aykırı sonuçlar meydana gelmesini önlemektir.

Büyük teknoloji şirketleri tarafından yapılan satın alımlarda, ayrımcılık yapmama ilkesine karşı uygulamalar gözlemlenmektedir. Meta, Kustomer'in yakın rakipleri ve yeni girenlere yönelik, Meta'ya ait mesajlaşma kanalları için gereken ve iki yazılım programının iletişim kurmasını sağlayan bir kod olan uygulama programlama arabirimlerine ("API'ler") erişimi reddetmek veya erişimini azaltmak gibi stratejiler uygulamıştır. Komisyon, Kustomer'in rakiplerin ve yeni girenlerin pazardan dışlama stratejilerine girişme yeteneğine ve ekonomik bir teşvike sahip olduğunu tespit etmiştir (Meta/Kustomer, 2022). Komisyon, iki taahhüt karşılığında bu birleşmeyi onamayı kabul etmiştir. Bu taahhütlere göre, Meta, rakip müşteri hizmetlerine, yazılım sağlayıcılarına ve yeni girenlere mesajlaşma kanalları için uygulama programlama arabirimlerine, halka açık ayrımcı olmayan erişimi garanti etmesi gerekmektedir (Meta/Kustomer, 2022).

5.4.3.1. Konglomera Birleşmeler Tarafından Satın Alınan Start-Up'lar. (Öldürücü Satın Almalar)

Konglomera birleşmeleri, ne tamamen yatay, (aynı ilgili pazardaki rakipler olarak) ne de dikey (tedarikçi ve müşteri olarak) bir ilişki içinde olan firmalar arasında meydana gelen birleşmelerdir (Commission Guidelines on the assessment of non-horizontal mergers, 2008:5).



Konglomera birleşmelerin hedefi, güçlü konumda bulunmayan ancak büyüme potansiyeli yüksek olan küçük şirketlerin satın alınmasıdır. Konglomera birleşmeler tarafından rakip olarak görülen küçük firmaların satın alınarak etkin ve eşit rekabet ortamının bozulmasına yol açılmaktadır. Birleşmelerin rekabete aykırı olduğuna karar verilebilmesi için (1) birleşen firma rakiplerini piyasadan dışlama becerisi kazanmalı, (2) bunu yapmak için ekonomik teşvik olmalı ve (3) dışlayıcı etki, kalıcı tüketici zararına yol açmalıdır ki bu sadece birleşen varlığın pazar gücüne sahip olması durumunda meydana gelebilmektedir (Guidelines on the assessment of non-horizontal mergers, 2008:95-118).

Müzik sektöründe büyük yere sahip olan Spotify podcast'ler ve sesli kitaplar gibi bir takım start-up'ların satın alınmasıyla temel müzik dinleme özelliğinin ötesinde faaliyet göstermektedir. Doktrin, Spotify'nın satın almaları makul bir şekilde rekabeti artırıcı olarak kabul edilebiliyor ise Spotify'nın müzik sektöründe Apple ve Amazon'a kıyasla lider konumda olduğu ele alındığında aynı değerlendirilmenin Apple veya Amazon içinde yapılabilmesi gerektiğini öne sürmüştür (Yun, 2022:3) Dolayısıyla burada bir "büyük teknoloji devi şirketler" ile "müzik sektöründe lider konumda olan bir şirket" arasında farklı bir muamelenin meydana geldiği değerlendirilmesi yapılabilir. Mahkemeler bir şirketin kimliğinin farklı hukuk kurallarını tetiklediği gerekçesi ile ayrımcı bir rejim uygulamamış ve Spotify gibi örneklerde böyle bir yaklaşımın belirlenmesi, yalnızca pazar liderlerini daha da sağlamlaştırmaya hizmet ederken, rakiplerin pazar liderliği için mücadele etme yeteneklerini engellemektedir (Yun, 2022:7).

Dolayısıyla Birleşme kontrolü kapsamında inceleme yapılırken teknoloji veya dijital platform şirketlerinin özelliklerine göre bir ayırımın yapılmaması gerekir. Bu, hem rekabet otoriteleri tarafından firmaları ayırdığı izlenimi vermekte, hem de hakim durumda olmayan firmaların faaliyetleri gözardı edilerek kötüye kullanıma zemin hazırlamaktadır.

6. DEVLET YARDIMLARI YASAĞIYLA İLGİLİ OLARAK AYRIMCILIK YASAĞI

6.1. Devlet Yardımları Yoluyla Ayrımcılığın Anlamı ve Önemi

Devlet yardımlarının Birlik hedeflerine daha uygun hale getirilmesi amacı ile son zamanlarda Devlet yardımlarının modernizasyonu ile Devlet yardımlarını düzenleyen hükümler değişime uğramıştır. Bu yenilik ile hedeflenen, Birlik içinde ekonomik iyileşme, büyüme ve istihdamın sağlanmasının yanı sıra rekabet edilebilirliğin sürdürülmesidir (Flynn, Pesaresi, Siaterli ve Castele, 2016:5). İç pazar yapısının korunması amacı ile rekabeti bozucu davranışların kısıtlanması, eşit ve adil ortamın muhafaza edilebilmesi Devlet yardımları düzenlemelerinin odak noktası olmaktadır (Flynn vd., 2016:8).

6.2. Devlet Yardımları Yoluyla Temel Ayrımcılık Türü: Seçicilik

Bir tedbirin seçici olup olmadığının incelenmesi, bu tedbirin ayrımcı olmayan bir şekilde söz konusu teşebbüs grubuna uygulanıp uygulanmadığının ortaya konması ile belirlenir (Commission v Hansestadt Lübeck, 2016:53).

Seçicilik kavramı, ayrımcılık kavramıyla bağlantılıdır (Commission v Hansestadt Lübeck, 2016:53). Çünkü devlet tedbiri, yalnızca belirli malların veya teşebbüslerin yararına avantajlar sağlıyorsa seçici kabul edilecektir (Vidmar, 2017:36.). Dolayısıyla burada aralarında seçim yapılabilecek, kıyaslanabilir konumda olan teşebbüslerin veya malların var olması gerekir (Adrien Wien, 2001:41).

6.2.1. Seçiciliğin Avantajdan Ayırt Edilmesi

Teorik olarak, avantaj ve seçicilik kavramları iki ayrı koşul olarak dikkate alınmalıdır (Enodeh, 2018:6). Nitekim, bunlar ayrı başlıklar altında ele alınmaktadır (Commission Notice on the notion of State aid, 2017). Devlet yardımı incelemesi yapılırken, avantaj kriteri seçicilik kriterinden önce değerlendirilmelidir. Bir avantajın olmadığı durumda seçiciliğin incelenmesine gerek kalmayacaktır.

Bununla birlikte, pratik olarak, "avantaj" ve "seçicilik" incelemesinin vergi mevzuatı kapsamında bir vergi mükellefinin "seçici bir avantaja" sahip olup olmadığı şeklinde birleştirildiği ve iki kavram arasında güçlü benzerlikler olduğu ifade edilmiştir (Richelle, Schön ve Traversa, 2016:8-9).



6.2.2. Seçiciliğin Belirlenmesinde Üç Aşamalı Test: Seçicilik Testi

6.2.2.1 Anlamı

Seçicilik kriterini inceleyen seçicilik testi, farklı muamelenin referans sisteminin amacı ışığında gerçekten karşılaştırılabilir durumlarla ilgili olup olmadığı sorusunu inceleyen genel bir ayrımcılık analizidir (Enodeh, 2018:7). Divan, seçicilik testini özellikle vergi meselelerinde oldukça tutarlı bir şekilde uygulamıştır ve test, seçicilik değerlendirmesinin kurucu ilkesi olarak işlev görmüştür (Härö, 2017:21).

6.2.2.2. Referans Sistemi

Seçicilik testinde ilk olarak referans sistemi belirlenmelidir. Referans sistemi, belirli teşebbüslere, normal vergi kurallarından muafiyet gibi bir fayda sağlanıp sağlanmadığının incelenmesi sonucunda, başlangıç noktası olan normal vergi kurallarının ortaya çıkarılması ile belirlenmektedir.

6.2.2.3 Referans Sisteminden Sapma

Divan, seçicilik testinin ikinci aşamasını, tedbirin, genel olarak tüzel kişiler için geçerli olan kuraldan sapma gösteriyorsa ve bu istisna, karşılaştırılabilir fiili ve hukuki durumdaki diğer teşebbüslere kıyasla belirli teşebbüsleri veya belirli malların üretimini kayırıyorsa seçici olacağı biçiminde uygulamıştır (Paint Graphos, 2011:51,54).

Karşılaştırılabilirliğin ele alındığı ilk dava olan Adria-Wien Pipeline davasında, teşebbüslerin karşılaştırılabilirliği, söz konusu önlemin izlediği amaç ışığında değerlendirildiği kabul edilmiştir (Belgium v Commission, 1999:28-31). Verginin amacının çevreye verilen zararı azaltmak olduğuna karar verilmiş, ancak enerji alanında mal üreten teşebbüsler ile hizmet üreten teşebbüsler kıyaslanabilir durumda olduğu için seçiciliğin varlığı kabul edilmiştir (Härö, 2017:30).

6.2.2.4. Sistemin Doğası ve Genel Şeması Tarafından Gerekçeleştirme

Son aşamada farklı muamelenin var olduğu belirlenir ise, devlet tedbiri, ilk bakışta seçicidir ve mevzuatın doğası veya genel planı tarafından gerekçelendirilip haklı gösterilemeyeceği dikkate alınacaktır. (Commission Notice on the notion of State aid, 2016:132-141).

Gerekçe, yalnızca vergi sisteminin kendisinde var olan amaçlara dayandırılabilir ve tedbir, bu tür hedeflere ulaşılması için gerekli olmalıdır (Härö, 2017:38).

6.2.2.5. Bölgesel Seçicilik

Prensip olarak, yalnızca Üye Devletin tüm topraklarında geçerli olan önlemler, Antlaşma'nın 107(1). Maddesinde belirtilen bölgesel seçicilik kriterini karşılamamaktadır (Commission Notice on the notion of State aid, 2016:142).

Divan'a göre, ABİDA'nın 107. maddesinin amaçları doğrultusunda, bir Üye Devletin yalnızca sınırlı bir coğrafi alanında uygulanabilir olması nedeniyle, bir tedbirin seçici olduğu çıkarımı yapılamaz (Portugal v. Commission, 2006:60).

Portugal v Comission (2006) davasında, bölgesel seçiciliğin ele alındığı durumlara özgü, seçiciliğin ABİDA'nın 107/1 maddesi kapsamında değerlendirilmeyeceği üç kriter belirlenmiştir:

- 1- Tedbir, anayasal bir bakış açısından, merkezi hükümetten ayrı bir siyasi ve idari statüye sahip bölgesel veya yerel bir otorite tarafından kabul edilmelidir.
- 2- Merkezi hükümet, tedbirin içeriğine doğrudan müdahale edemeden bölgesel veya yerel otorite tarafından kabul edilmiş olmalıdır.
- 3- Bölgedeki teşebbüsler için ulusal vergi oranının düşürülmesinin mali sonuçları, diğer bölgelerden veya merkezi hükümetten gelen yardım veya sübvansiyonlarla telafi edilmemelidir.



Divan'ın bu kriterleri belirlediği söz konusu olayda, tedbir, Azor Özerk Bölgesi tarafından kabul edilen ve bu bölgede uygulanan indirimli gelir ve kurumlar vergisi oranlarına ilişkin bir planı içermektedir. Portekiz, bunun ilgili referans çerçevesinin Azorlar boyunca geçerli genel bir önlem olduğunu iddia etmiştir (Portugal v. Commission, 2006:39). Ancak Komisyon'a göre, doğru referans çerçevesi Portekiz olup, indirimli vergi oranlarını Azorlar'a özgü belirleyen ve seçici bir avantaj sağlayan bir önlem söz konusudur (Chesaites, 2017:262). Azorlar'ın maliye politikası ayrılmaz bir şekilde merkezi hükümet ile bağlantılıdır ve mali açıdan merkezi hükümet tarafından yönetilen bütçe transferlerine bağlıdır (Portugal v. Commission, 2006:76). Ayrıca vergi önlemi, merkezi hükümet tarafından yönetilen bir finansman mekanizması tarafından dengelendiği için belirtilen kriterlere uygun değildir (Chesaites, 2017:263). Dolayısıyla bölgesel hükümetin ulusal vergi oranlarını düşürme yetkisi Divan'ın belirttiği üç kriter ile uyumlu bir şekilde meydana gelmemiştir. Bu nedenle, doğru referans çerçevesinin bir bütün olarak Portekiz olduğu ve Azorlar'a avantaj sağlayan tedbirin seçici olduğu sonucuna varılmıştır (Portugal v. Commission, 2006:79).

6.2.3. Hukuki Seçicilik

Hukuki seçicilik, ilke olarak herhangi bir teşebbüs için geçerli olan ancak uygulamada yalnızca sınırlı sayıda teşebbüs için geçerli olan önlemleri kapsamaktadır (Micheau, 2014:4). En temel şekliyle, bir vergi avantajının, referans vergilendirme sisteminden gerekçesiz bir sapma oluşturduğu durumlarda hukuki seçicilik mevcuttur.

Tanımlanmış çok uluslu teşebbüsler için verilmiş ve hak sahipleri için ekonomik avantaj sağlayan, peşin fiyatlandırma kararları hukuken seçici kabul edilmektedir (Härö, 2017:61-62).

6.2.4. Fiili Seçicilik

Fiili seçicilik, farklı vergi hükümlerinin bir araya getirilmesi ile hukuki etkilerinin genel görünümünün sağlandığı fakat gerçekte fiili seçicilik özelliğine sahip olan ve belirli vergi mükelleflerinin yararlandığı seçici bir düzenlemedir (Miceli, 2022:125).

European Commission v Government of Gibraltar (2001) davası, fiili seçicilik kapsamında önemli bir içtihat olarak değerlendirilmiş ve seçicilik kavramına yeni bir boyut getirmiştir. Somut olayda, offshore şirketlere yönelik seçici bir avantaj sağlanmaktadır. Referans sisteminden açık bir sapmanın bulunmamasına rağmen, Divan vergi sistemini fiili olarak seçici olarak değerlendirmiştir (European Commission v Government of Gibraltar, 2011:732).

Nitekim, ABİDA'nın 107. Maddesi, yardımın "belirli teşebbüslere veya belirli malların üretimine yönelik" olması durumunda iç pazarla bağdaşmayacağını belirtmektedir. İlgili madde, yardımın referans çerçevesinden bir sapma olması durumunda iç pazarla bağdaşmaz olduğunu ifade etmemektedir (Härö, 2017:60). Dolayısıyla bir önlemin seçiciliğinin değerlendirilmesinde referans çerçevesine bağlı kalmak gibi yasal bir zorunluluk bulunmamaktadır. Önlemin seçici bir avantaj sağlayıp sağlamadığı te

6.3. Sık Rastlanan Bir Ayrımcılık Aracı: Vergilendirme Kuralları

6.3.1 Vergiler Kapsamında Ayrımcılığın Unsurları

Vergiler kapsamında seçici veya ayrımcı bir devlet önleminin varlığından söz edebilmek için dört kriterin meydana gelmesi gerekmektedir. Öncelikle, incelenen devlet yardımı, işletmeye vergide indirim şeklinde seçici bir fayda sağlıyor olmalıdır. Böyle bir durumda işletmeler, piyasadaki bağımsız faaliyetleri kapsamaktadır. Devletin seçicilik sureti ile bir teşebbüsü diğerlerine göre kayırması, özel teşebbüs ile kamu teşebbüsü arasında eşit muamele ilkesine ters düşmesi sebebi ile yasaklanmıştır.

İkinci olarak, söz konusu önlem devlete ait veya devlet tarafından finanse ediyor olmalıdır. Bir Üye Devlet tarafından ve Devlet kaynakları aracılığıyla verilen yardımlar, yalnızca doğrudan Devlet tarafından verilen yardımları değil, aynı zamanda Devlet tarafından tayin edilen veya kurulan kamu ve özel kuruluşlar tarafından verilen yardımları da kapsamaktadır (Case C-82/77 Public Prosecutor of the Netherlands v Van Tiggele, 24-25. Paragraf)



Üçüncü olarak, söz konusu önlemin, devletler arası ticarete zarar vermesi gerekmektedir. Devlet yardımının, AB ülkeleri arasındaki ticaret üzerinde fiili bir etkisinin olup olmadığının tespit edilmesi gerekli değildir, sadece yardımın bu ticareti etkilemeye meyilli olup olmadığının tespit edilmesi yeterlidir. Örneğin, mallar için bir pazar bulunuyor ise ve başka bir Üye Devletteki bir şirketin bu malları sağlayabileceği muhtemel ise ticaret üzerinde fiili bir etki olduğu kabul edilmektedir (Note on State Aid Assessment First call for Standard Projects, s. 4)

Son olarak, önlem Birlik içerisindeki rekabete zarar veren bir etkiye sahip olmalıdır. Komisyon, ABİDA'nın 107(1). Maddesi anlamında bir rekabet bozulmasının genellikle, Devletin, rekabetin olduğu veya olabileceği serbestleştirilmiş bir sektördeki bir teşebbüse mali bir avantaj sağladığında mevcut olduğunu belirtmiştir (Commission Notice on the notion of State aid, 2016: 187). Devlet tarafından verilen bir önlem, alıcının rekabet ettiği diğer teşebbüslere kıyasla rekabetçi konumunu iyileştirmeye yatkın olduğunda, rekabeti bozduğu veya bozma tehdidi oluşturduğu kabul edilir.

6.3.2. Vergiler Kapsamında Ayrımcılığın Türleri

6.3.2.1 Artan Oranlı Vergi Sisteminin Seçiciliği

Artan oranlı vergi sistemi, daha küçük cirolara sahip teşebbüslerin, daha büyük cirolara sahip teşebbüslere tercih edilmesi sonucunda, aralarındaki rekabeti bozucu etkiye sebep olan devlet yardımlarını ifade etmektedir. Bu önlemler, rakipler arasında bir eşit oyun alanı yaratmayı amaçlayan ABİDA'nın 107. Maddesi bakımından bir sorun teşkil etmektedir.

Genel Mahkemeye göre, Üye Devletler artan oranlı ve ciroya dayalı bir vergilendirme sistemini seçmekte özgürdür. Polonya perakende sistemi tarafından sağlanan oranların kademeli olarak artmasının referans sisteminin ayrılmaz bir parçası olduğuna karar verilmiştir (Commission v. Poland, 2021:43). Sadece artan bir vergilendirme yapısından seçici bir avantaj çıkarılamaz. Üye Devletler, mali özerkliklerine uygun bir vergi sistemi kurma takdirine sahiptir (Commission v. Poland, 2021:37).

Polonya kararına göre, artan oranlı vergi sistemi doğası gereği ayrımcı olarak nitelendirilmemelidir. Teşebbüsler arasında ayrımcı olmayan bu vergi sistemleri rekabet hukuku ile uyumlu olmaktadır.

6.3.2.2. Transfer Fiyatlandırması ve Emsallere Uygunluk İlkesi

Transfer fiyatlandırması, kar elde etmek ve az vergi ödemek amacıyla, çok uluslu şirketlerin, alt şirketler arasında normal piyasa koşullarında oluşacak fiyatlara benzemeyen transfer fiyatları belirleyip, daha yüksek vergilendirmeye sahip devletlerde olabildiğince daha az kar bırakarak ödenecek vergi miktarını düşürmelerini ifade etmektedir.

Bu tür vergi kaçırmayı önlemek için emsallere uygunluk ilkesi oluşturulmuştur. Emsallere uygunluk ilkesi, kurumlar gelirinin vergilendirilmesi amacıyla, ilgili kuruluşları üçüncü kişilerle eşit duruma getirerek, onlara eşit muamele etmeyi amaçlamaktadır (OECD Transfer Pricing Guidelines, 2017:1.8).

6.3.2.3. Peşin Fiyatlandırma Anlaşmaları

Peşin Fiyatlandırma Anlaşmaları, vergiden sorumlu olanlar ile vergi dairesi arasında akdedilen ve transfer fiyatlandırması yönteminin, vergi idaresinin kabul ettiği bir anlaşma türüdür (Eden ve Byrnes, 2018:9). Bu anlaşmanın amacı, çok uluslu şirketlerin transfer fiyatlarını ve vergiye tabi gelirini önceden belirleyerek, çok uluslu şirketler ile vergi dairesi arasındaki vergi ihtilaflarını önlemek ve böylece çok uluslu şirketlerin gelecekteki vergi ödemeleri hakkında bir miktar kesinlik sağlamaktır (Eden ve Byrnes, 2018:10).

Peşin fiyatlandırma anlaşmalarında en çok tartışılan konu, anlaşmanın seçici olup olmadığıdır. Peşin fiyatlandırma anlaşmalarında seçicilik unsurunu belirleyebilmek için çok uluslu teşebbüslerin ve bağımsız teşebbüslerin karşılaştırılabilir bir fiili veya hukuki durumda olup olmadığının belirlenmesi önemlidir. Karşılaştırılabilir bir fiili veya hukuki durumda oldukları kabul edilir ise, peşin fiyatlandırma anlaşmaları seçicidir. Bunun nedeni, peşin fiyatlandırma kararlarının bağımsız teşebbüsleri, seçicilik için kilit bir koşul olan vergi önleminin faydalarından dışlamasıdır (C. Micheau, 2014).



Peşin fiyatlandırma kararlarının referans sistemi olan genel kurumlar vergilendirme kurallarının amacının kurum kazançlarının vergilendirilmesi olması ve bu hedef ışığında, bağımsız şirketler ile çok uluslu şirketlerin olgusal ve yasal olarak benzer olduğu kabul edilmiştir (Härö, 2017: 36).

Karşılaştırılabilir konumda olan bağımsız ve çok uluslu teşebbüslere uygulanan peşin fiyatlandırma anlaşmaları, referans sisteminden bir sapma oluşturmaktadır. Bu sapma ile, peşin fiyatlandırma anlaşmasından yararlanan çok uluslu şirketler ile yararlanamayan bağımsız teşebbüsler arasındaki durumun farklılaşmasına sebep olunmaktadır

6.3.2.3.1 Luxleaks Davaları: Apple, Fiat, Starbucks, Amazon

2014 yılında Komisyon, ulusal vergi makamları tarafından İrlanda'da Apple'a, Lüksemburg'da Fiat'a ve Hollanda'da Starbucks'a verilen transfer fiyatlandırması kararlarının seçiciliğine ilişkin resmi Devlet yardımı soruşturmasını açmıştır.

Apple kararında, (Apple v Commission, 2016) küresel gelirin büyük bir bölümünü hiçbir yerde yerleşik olmayan yan kuruluşlarına kaydırması ve bu kârlar üzerinden hiçbir ülkeye neredeyse hiç vergi ödemediği ortaya çıkmıştır (Mason, 2018:781). Starbucks kararında (Starbucks v Commission, 2015), peşin fiyatlandırma anlaşmasında belirlenen transfer fiyatlarının her iki işlem için de çok yüksek olduğunu ve aynı zamanda emsallere uygunluk ilkesiyle uyumlu olmadığını değerlendirilmiştir (Mason, 2018:775). Fiat davası (Fiat v Commission, 2015), Starbucks davası ile benzerlik göstermekte ve Komisyon'un verdiği sonuçlar aynı temele dayanmaktadır.

İncelenen davalar, transfer fiyatlandırmasının kurum gelirin ölçülmesinde oynadığı kilit rol, emsallere uygun transfer fiyatlandırması kanununun çok önemli olduğunu göstermektedir. Hem devlet hem de vergi mükellefleri için şeffaf, kesinlik sağlayan ve oyun alanını eşitleyen kuralların oluşturulması, rekabet hukukunun öncelik verdiği alanlar arasındadır.

7. SONUÇ

AB Rekabet Hukuku'nun en temel amaçlarından biri olan entegre ve tek bir pazarın kurulabilmesi, eşit bir rekabet ortamının varlığını gerektirmektedir. Rekabet eden tarafların eşit konumda olduğu durumlarda farklı muameleye maruz kalması, hem Birliğin tek pazar yapısını zedelemekte, hem de ayrımcılık yapmama ilkesine aykırılık oluşturmaktadır.

Rekabet Hukuku düzenlemeleri özel olarak ayrımcılık yasağına yer vermiştir. ABİDA kapsamında 101. Maddesi, iki veya daha fazla tarafın bulunduğu sözleşme ilişkilerinde, ABİDA'nın 102 maddesi, hakim durumda bulunan teşebbüsün tek taraflı davranışlarında, eşdeğer işlemlere farklı muamele veya farklı işlemlere karşı eşit muamele gösterilerek eşitsizliğe sebebiyet veren uygulamalarını rekabet hukukuna aykırı bulmaktadır.

Özellikle son zamanlarda yaygınlaşan çevrimiçi ticaret platformları ile ayrımcılığın meydana gelmesi daha kolay bir hal almıştır ancak bununla beraber eşit olmayan muamelenin saptanması daha kolay olmuştur. Bu alanda coğrafi engelleme aracılığı ile ayrımcılığın önlenmesi ve iç pazarın korunabilmesi adına 2018/302 sayılı Geo Blocking Düzenlemesi yürürlüğe koyulmuştur.

Yeni bir ayrımcılık türü olan, kendini tercih etme eylemi, mal vermeyi reddetme davranışından bağımsız olarak ele alınmakta, eş değer işlemlerin bulunduğu durumlarda teşebbüsün kendi platformunu tercih etmesi ayrımcı olarak değerlendirilmektedir.

İşletme birleşmelerinde, birleşme sonucunda oluşan firmanın, eşit konumda bulunan diğer rakiplere veya müşterilere yönelik rekabet kısıtlamalarına engel olabilmek ve yatay anlaşmaların imzalanması sonucunda ayrımcılığın önlenmesi ve rekabet eşitliğinin sağlanabilmesi için FRAND koşulları kullanılması etkili olmuştur.

Bunun yanında, devletler de teşebbüslere yönelik eşit davranışlarda bulunmalıdır. Özellikle devlet yardımları kapsamında vergiler önem taşımaktadır. Her üye devletin vergi sistemi farklı olmakla birlikte, bir Üye Devlette karşılaştırılabilir bir hukuki veya fiili durumdaki normal vergilendirme kurallarında yapılan herhangi bir sapma, seçici olarak nitelendirilerek ayrımcılık yapmama ilkesi gereği rekabet



kuralları ile uyumsuz kabul edilmektedir. Devlet yardımları kapsamında modernizasyonun sürdürülmesi ve Devletin belirli şirketlere yönelik kayırıcı bir destek sağlayıp sağlamadığı eşit rekabet ortamının sürdürülebilmesi için özenle takip edilmelidir.

Google ve Amazon gibi küresel alanda güçlü olan teşebbüslerin, Birlik tarafından ayrımcı uygulamalarının incelemeye tabi tutulması, sadece Birlik içerisinde değil, küreselleşen ticaretin rekabet hukukuna dolaylı olarak zarar verdiğini göstermektedir. Dolayısıyla rekabet hukukunda eşitliğin her bölgede ve her sektörde sağlanması ciddi bir önem arz etmektedir. Eşit şartlara sahip ticaret alanı, eşit bir rekabet ortamını sağlayarak rakiplerin ve tüketicilerin etkin ve serbest bir şekilde faaliyette bulunmasına yardımcı olacaktır.

KAYNAKÇA

Ahlborn C., Boutin X., Egerton-Doyle, V., Ravichandran, N. (2021). Conditional Rebates under EU Competition Law: A retrospective on Michelin I, Michelin II and BA/Virgin, Draft report prepared for the 2021 Annual Conference of the GCLC, s. 7.

Anastasiadis, V. (2023). Online Marketplace Bans: Mapping the Landscape under the Light of the Commission's E-commerce Sector Inquiry <http://www.icc.qmul.ac.uk/media/icc/gar/gar2017/3.Vyron.pdf>

Antitrust: Commission sends Statement of Objections to Meta (2022, Aralık 19) https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_22_7728

Bergkvist, S.. (2019). Collective Dominance and EU Competition Law An assessment of the concept and the challenge facing the European Court of Justice, s. 17.

Colino, M., S. (2010). Vertical Agreements and Competition Law A Comparative Study of the EU and US Regimes” Hart Publishing, s. 18-21.

Commission fines Valve: (2022, Aralık, 10) https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_21_170

Competition and Markets Authority: Amazon Marketplace online sellers fined £160k for price-fixing (2023, Mart, 11) <https://www.gov.uk/government/case-studies/online-sellers-price-fixing-case-study>

Dadomo, C. ve Quenivet, N. (2020). European Union Law, Hall and Stott Publishing Ltd, 3. Baskı, a. 223.

De Faveri, C. (2014). The Assessment of Selective Distribution Systems Post-Pierre Fabre, Global Antitrust Review, s. 180.

De Luca, N., (2020). The Intel Case: A Significant Step Towards A More Economic Approach in the Area of Fidelity Rebates, Dipartimento di Giurisprudenza Cattedra di European Business Law, s. 39.

Dertwinkel-Kalt, M., Haucap, J., Wey, C., (2015) Procompetitive dual pricing, Springer Science+Business Media New York, s. 538.

Discrimination in EU Competition Law” Yearbook of European Law, Volume 36, s. 689.

Eden, L. ve Byrnes, W. (2018). Transfer pricing and state aid: The unintended consequences of advance pricing agreements, Article in Transnational Corporations, s. 9-10.

European Competition Network (05.06.2023) ECN RECOMMENDATION ON THE POWER TO IMPOSE STRUCTURAL REMEDIES.



- Explanatory note on the new VBER and Vertical Guidelines (2023, Nisan 11) https://competition-policy.ec.europa.eu/system/files/2022-05/explanatory_note_VBER_and_Guidelines_2022.pdf
- Ezrachi, A., (2018). *EU Competition Law: An Analytical Guide to the Leading Cases*, Hart Publishing, 6. Bası, s. 12, 99, 154, 527.
- Fairhurst, J. (2016). *Law of the European Union*, Pearson Education Limited, s. 672
- Fry, W., (2017). *The EU State Aid Regime: An Overview*, s. 1-2.
- Funk, M., (2018). *The More Economic Approach To Predatory Pricing*, *Journal of Competition Law and Economics*, volume 14 (2), s. 292-298
- Geradın, D., (2017). *European Union Competition Law, Intellectual Property law and Standardization* Forthcoming in J. Contreras Ed., *Cambridge Handbook on Technical Standardization Law*, s. 2-7.
- Geradın, D., Petit, N., (2005). *Price Discrimination under EC Competition Law: The Need for a caseby-*
- Graef, I. (2019). *Rethinking the Essential Facilities Doctrine for the EU Digital Economy*”, s. 59, Çevrimiçi https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3371457 Erişim Tarihi: 27.02.23
- Härö, O. (2017). *Advance Pricing Agreements and the Selectivity Criterion in EU State Aid Rules*, *University of Helsinki Faculty of Law, Master’s Thesis in EU Law*, s. 13.
- Hildebrand, D. (2017). *The Equality and Social Fairness Objectives in EU Competition Law: The European School of Thought*, *Concurrences No 1*, s. 3
- Hjærtström, M. ve Noway, J., (2019). *General Principles of EU Law in EU Antitrust Law*, *Lund University Legal Research Paper Series*, s. 15.
- Hofmann, H. ve Micheau, C., (2016). *State Aid Law of the European Union*, *Oxford University Press*, s., 65, 129.
- Horspool, M., Humphreys, M., Wells-Greco M., (2012) *European Union Law*, *Oxford University Press*, Seventh Edition, s. 440, 473.
- Hou, L. (2010). *Refusal to Deal within EU Competition Law*, Çevrimiçi, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1623784 Erişim Tarihi: 19.02.23
- Iacobucci, E., Winter, R. (2016). *European Law on Selective Distribution and Internet Sales: An Economic Perspective*”, *Antitrust Law Journal*, Vol. 81, s. 59.
- Kaya, A., (2018) *Rekabet Hukukunda Ayrımcılık Suretiyle Hakim Durumun Kötüye Kullanılması*, *On İki Levha Yayınları*, 1. Bası, s. 239.
- Klein, T. *Resale Price Maintenance (RPM)*, *Global Dictionary of Competition Law*, *Concurrences*, Art. N° 12338, Çevrimiçi <https://www.concurrences.com/en/dictionary/resale-price-maintenance-rpm#:~:text=Commentary,sets%20the%20resale%20price%20downstream>. Erişim Tarihi: 13.04.23
- Kostecka-Jurczyk, D., (2020). *Selective Distribution Restrictions in EU Competition Law*, *University of Wrocławski, Faculty of Law, Administration and Economics*, *Wrocław*, Vol. 12, No. 2, s. 264.
- Lamadrid, A. ve Colomo, S., I. (2023). *The General Court in Case T-612/17, Google Shopping: the rise of a doctrine of equal treatment in Article 102 TFEU* <https://chillingcompetition.com/2021/11/10/the-general-court-in-case-t-612-17-google-shopping-the-rise-of-a-doctrine-of-equal-treatment-in-article-102-tfeu/>



Lampecco, N., (2021). Self-Favouring By a Vertically Integrated Undertaking: From Discrimination to Self-Preferencing, Université catholique de Louvain, Belgium, s., 5.

Levine, M., (2001). Price Discrimination Without Market Power, John M. Olin Center For Law, Economics, Law and Business, Discussion Paper No. 276 6/2001, s. 6, Çevrimiçi https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=224947 Erişim Tarihi 01.04.23

Lorenz, M. (2013). An Introduction to EU Competition Law, Cambridge University Press, s. 68, 309.
Madiega, T., (2018), Geo-blocking and discrimination among customers in the EU” European Parliamentary Research Service, EU Legislation in Progress, s. 2.

Maier-Rigaudi, F. ve Loertscher, B., (2020) Structural vs. Behavioral Remedies, CPI ANTITRUST CHRONICLE, s. 4

Mandrescu D. (2020). Tying and bundling by online platforms –Distinguishing between lawful expansion strategies and anti-competitive practices”, Europa Institute, Leiden University, Elsevier Ltd., The Netherlands, s. 9.

O'donoghue, R. ve Padilla, J., (2020). Law and Economics of Article 102 TFEU, Hart Publishing, 3. Baskı, s. 699-1108.

OECD (1997) Policy Roundtables, Resale Price Maintenance, Paris, s. 9-10, 110.

OECD (2016) Round Table on “Price Discrimination, s. 24

OECD (2020) Merger Control in Dynamic Markets, s. 33,

OECD (2007) Refusal to Deal, 2007, s. 3.

Petit, N. (2015). INTEL, LEVERAGING REBATES AND THE GOALS OF ARTICLE 102 TFEU, Çevrimiçi, s. 7 https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2567628 Erişim Tarihi 14.03.23.

Practical Law Competition (2023, Temmuz 20), EU cartels and restrictive agreements [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/0-381-3369?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/0-381-3369?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true)

Rival Under Unilateral Conduct Laws”, 9th Annual Conference of the ICN , s. 16.

Steppe, R. ve Bostoen, F., Price Discrimination, Global Dictionary of Competition Law, Concurrences, Art. N° 85413, Çevrimiçi, <https://www.concurrences.com/en/dictionary/price-discrimination-occurs-when-customers-in> Erişim Tarihi: 04.04.23

The Unilateral Conduct Working Group (2010) Report on the Analysis of Refusal to Deal with a

Townley, C., Marrison, E., Yeung., K., (2017) Big Data and Personalized Price

Vesterdorf, B., (2015) Theories of Self-Preferencing and Duty to Deal – Two Sides of the Same Coin?, Competition Law & Policy Debate, Volume 1, Issue 1, s. 4-5.

Witt, A., (2021) Selective Distribution in the Age of E-Commerce: An Overview of EU and National Developments, e-Competitions Selective Distribution, Art. N° 99224, s. 5.



Davalar

- Commission Decision 94/19 of 21, Sea Containers v Stena Sealink, 21.12.1993, s. 66.
- Case T-574/14, GlaxoSmithKline v European Association of Euro-Pharmaceutical Companies, 26.09.2018, s. 5.
- MEO—Serviços de Comunicações e Multimédia SA v Autoridade da Concorrência, 2018:26).
- Case C-39/94, Syndicat Français de l'Express International ve Diğerleri, 11.07.1996, s. 60
- Case C-127/09, Coty Prestige Lancaster Group GmbH v. Simex Trading AG, 03.06.2010, s. 52
- Case C-449/21, Opinion Of Advocate General Kokott ,13 October 2022, 48. Paragraf.
- Decision 30-53 of the High Authority, 02.05.1953, 60. Madde.
- Case 26/76 Metro SB-Großmärkte v. Commission, 25.10. 1977, s. 20
- Case 27/76, United Brands v Commission, 14.02.1978, s. 65,159
- Case 322/81, Michelin v Comission, 09.10. 1983, s. 85-86.
- Case C-7/97, Oscar Bronner GmbH & Co. KG v Mediaprint Zeitungs, 26.11.1998, s. 41
- Joined cases 6 and 7-73, Commercial Solvents v Commission, 06.03.1974, s. 25
- Case C-95/04, British Airways v Commission, 15.03.2007, s. 71,73,750.
- Case T-201/04, Microsoft v Commission 17.07.2007, s. 1089
- Case C-8/08, T-Mobile Netherlands v Others, 04.06. 2009, s. 31.
- Case C-439/09, Pierre Fabre Dermo-Cosmétique SAS, 13.10.2011, s. 17, 44.
- C-209/10, Post Danmark A/S v Konkurrenceradet, 27.03. 2012, s. 30 ve 41.
- Case T-286/09, Intel v. Comission, 12.06.2014, s. 96, 129.
- Case C-413/14P, Intel v. Commission, 06.09.2017, Opinion Advocate General Wah, 80. Paragraf
- Case T-612/17, Google Search (Shopping), 10.10. 2017, s.341, 650.
- Case 6/72, EUROPEMBALLAGE AND CONTINENTAL CAN v COMMISSION 21. 2. 1973, p 245.
- Joined cases 56 and 58-64, Consten ve Grundig v Commission, 13.07.1966, s. 339.

Kanunlar

- Avrupa Birliği Anlaşması ve Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Anlaşma, T.C. Başbakanlık Avrupa Birliği Sekreterliği çevirisi, Ankara, 2011.
- Commission Guidelines on the effect on trade concept contained in Articles 81 and 82 of the Treaty, OJ No. C 101 of 27 April 2004, s. 63
- Commission Notice on the notion of State aid as referred to in Article 107(1) of the Treaty on the Functioning of the European Union (2016/C 262/01), s. 132-142, 186-187.
- Commission Regulation (EU) 2022/720 of 10 May 2022, on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to categories of vertical agreements and concerted practices, s. 1/1-g, 9.
- Council Regulation (EC) No 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertaking, 1, 7
- Discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, 2009, s. 50, 141
- Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings (Text with EEA relevance) (2009/C 45/02)
- Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements (Text with EEA relevance) (2011/C 11/01), s. 277
- Guidelines on vertical restraints (2022/C 248/01), s. 209