

ISSN 1302 - 552X

REKABET DERGİSİ COMPETITION JOURNAL

Cilt/Volume: 12 Sayı/Number: 1 Ocak/January 2011

- ◆ **İndirim Sistemleri: AB ve ABD Uygulamaları Işığında Test Önerileri ve AB Uygulamasındaki Son Gelişmeler**
Remzi Özge ARITÜRK
- ◆ **Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Fiyat Ayrımcılığı Eylemlerinin Değerlendirilmesi Sorunu**
Av. Ece Fatma ASLAN
- ◆ **Yoğunlaşmaların Kontrolünde Esnek Hukuk ve İktisat Yaklaşımları: ABD'deki Yeni Yatay Birleşmeler Rehberi Hakkında Görüşler**
Av. Gönenç GÜRKAYNAK
Dr. İsmail Serdar DALKIR
Av. Murat Hakan ÖZGÖKÇEN
Stj. Av. Ahmet Buğra AYDIN
Stj. Av. Ceren YILDIZ
- ◆ **Genişbant İnternet Hizmetleri Piyasasında Düzenleme, Rekabet ve Düzenleyici Kurum Politikalarının Değerlendirmesi**
Ayhan TÖZER

12. YIL
12th YEAR
2000'den beri yayında
Published since 2000

ISSN 1302 - 552X

REKABET DERGİSİ
COMPETITION JOURNAL

Cilt/Volume: 12 **Sayı/Number: 1** **Ocak/January 2011**

Üç ayda bir yayımlanan hakemli dergi
Refereed journal published quarterly

YAYINCI REKABET KURUMU ADINA SAHİBİ
OWNER ON BEHALF OF PUBLISHER COMPETITION AUTHORITY
Prof. Dr. Nurettin KALDIRIMCI

SORUMLU MÜDÜR
MANAGING DIRECTOR
Akın ŞİMŞEK

YAYIN KOMİSYONU
EDITORIAL BOARD
Fevzi ÖZKAN
H. Erkan YARDIMCI
Ali DEMİRÖZ
S. Barış ÖZER
Orçun SENYÜCEL
H. Baha KARABUDAK
Akın ŞİMŞEK
Tarkan ERDOĞAN

DANIŞMA KURULU
ADVISORY BOARD
Prof. Dr. Sabih ARKAN
Prof. Dr. Ömer Faruk ÇOLAK
Prof. Dr. Lale DAVUT
Prof. Dr. Ercüment ERDEM
Prof. Dr. Celal GÖLE
Prof. Dr. Erden KUNTALP
Prof. Dr. Ergun ÖZSUNAY
Prof. Dr. Güven SAK
Prof. Dr. Turgut TAN
Prof. Dr. Erol TAYMAZ
Prof. Dr. Ünal TEKİNALP
Prof. Dr. Bilgin TIRYAKIOĞLU
Prof. Dr. Nahit TÖRE
Prof. Dr. Ercan UYGUR
Prof. Dr. Ejder YILMAZ
Prof. Dr. İsmail KIRCA
Prof. Dr. Osman GÜRZUMAR
Doç. Dr. İzak ATİYAS
Doç. Dr. Hasan ERSEL
Doç. Dr. Ünal ZENGİNOBUZ

EDİTÖR
EDITOR
H. Gökşin KEKEVİ

YAYIN SEKRETERİ
PUBLISHING SECRETARY
Mutlu ÖZBEK

Rekabet Dergisi, Rekabet Kurumu tarafından üç ayda bir yayımlanan hakemli bir dergidir. Dergide, rekabet hukuku, politikası ve sanayi iktisadi alanlarındaki Türkçe veya İngilizce özgün makalelere, vaka yorumları ve benzeri görüşler ile haberlere yer verilmektedir. Yazılarda belirtilen düşünce ve görüşlerden yazarlar sorumludur; Rekabet Kurumu açısından bağlayıcılık teşkil etmez.

Competition Journal is a refereed journal published quarterly by the Turkish Competition Authority. Competition Journal publishes original articles, case comments and news in Turkish and English in the field of competition law, policy and industrial organization. Any opinions expressed in the Competition Journal represent solely the views of contributing writers and not necessarily the Turkish Competition Authority.

Yönetim Yeri / Managing Office:

Bilkent Plaza B3 Blok 06800 Bilkent/Ankara

Telefon-Faks / Telephone-Fax: (90) 312 2914444 - (90) 312 2667911

E-posta / E-mail: rekabetdergisi@rekabet.gov.tr

Web Adresi / Web Address: <http://www.rekabet.gov.tr/rekabetdergisi>

Basımcı / Printer:

MN Medikal Nobel Basım Yayın Tic. ve San. Ltd. Şti.

Halk Sokak No:5/A Yenışehir/Ankara

(90) 312 4311633 - (90) 312 4322185

REKABET DERGİSİ
COMPETITION JOURNAL

Cilt/Volume: 12

Sayı/Number: 1

Ocak/January 2011

İÇİNDEKİLER / CONTENTS

- 1 MAKALELER / ARTICLES**
- 3 İndirim Sistemleri: AB ve ABD Uygulamaları Işığında Test Önerileri ve AB Uygulamasındaki Son Gelişmeler / Rebates: Test Proposals in the Light of EU and the USA Experiences and New Developments in EU**
Remzi Özge ARITÜRK
- 55 Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Fiyat Ayrımcılığı Eylemlerinin Değerlendirilmesi Sorunu / The Difficulty of the Assessment of the Price Discrimination Conduct in the Competition Law of the European Community and Turkey**
Av. Ece Fatma ASLAN
- 123 Yoğunlaşmaların Kontrolünde Esnek Hukuk ve İktisat Yaklaşımları: ABD'deki Yeni Yatay Birleşmeler Rehberi Hakkında Görüşler / Flexible Legal and Economic Approaches on the Control of Concentrations: Opinions on the New U.S. Horizontal Merger Guidelines**
Av. Gönenç GÜRKAYNAK
Dr. İsmail Serdar DALKIR
Av. Murat Hakan ÖZGÖKÇEN
Stj. Av. Ahmet Buğra AYDIN
Stj. Av. Ceren YILDIZ

- 161 Genişbant İnternet Hizmetleri Piyasasında Dzenleme, Rekabet ve Dzenleyici Kurum Politikalarının Değerlendirmesi / Regulation in Broadband Internet Market, Evaluation of Competition and Regulatory Authorities' Policies**
Ayhan TÖZER
- 225 YAYIN İLKELERİ VE MAKALE YAZIM KURALLARI / PUBLICATION POLICY AND NOTES FOR CONTRIBUTORS**

MAKALELER
ARTICLES

İNDİRİM SİSTEMLERİ: AB VE ABD UYGULAMALARI IŞIĞINDA TEST ÖNERİLERİ VE AB UYGULAMASINDAKİ SON GELİŞMELER

REBATES: TEST PROPOSALS IN THE LIGHT OF EU AND
THE USA EXPERIENCES AND NEW DEVELOPMENTS IN EU

Remzi Özge ARITÜRK*

Öz

Genelde tek taraflı eylemler özelde indirim sistemleri bağlamında hakkaniyetli rekabet kapsamındaki uygulamalar ile rekabet karşıtı uygulamaları birbirinden ayırt etmek rekabet hukukunun en tartışmalı alanlarından birisidir. Halihazırda indirim sistemleri bakımından ABD ve AB uygulamaları arasındaki temel farklılığın ve bu farklılıklar arasında kendine yer bulan yeni test önerilerinin varlığı, konuya ilişkin bir fikir birliğine henüz varılmadığının açık bir göstergesidir. Bu çerçevede, konuya ilişkin gereksinim duyulan yeni araştırma ve deneyimler doğrultusunda hatalı yaptırım riskinin minimize edilmesini temin edebilecek, etki bazlı bir yaklaşıma dayanan, açık, anlaşılır ve başarılı bir şekilde yönetilebilir bir test tüm tarafların makul bulabileceği bir çözüm getirebilecektir.

Bu bağlamda bu çalışmanın amacı, indirim sistemleri bakımından hakkaniyetli rekabet kapsamındaki uygulamalar ile rekabet karşıtı uygulamaları birbirinden ayırt edebilecek ölçütlere sahip uygun bir test bulmak adına, ABD ve AB uygulamalarını ele alarak söz konusu uygulamaları bu çerçevede değerlendirmektir. İki uygulama arasındaki farklardan beslenen ve öğretilere vücut bulan yeni test önerilerine, uygun bir testin olası eksikliklerinin anlaşılabilmesi bakımından bu çalışmada ayrıca yer verilmektedir. Çalışmada son olarak, AB uygulamasında yaşanan son gelişmeler, biçimsel bir yaklaşım benimsediği yönünde ciddi eleştiriler alan AB uygulamasının, biçimsel bir yaklaşımdan etki bazlı bir yaklaşıma geçiş sürecinin neresinde yer aldığını ortaya koymak bakımından ayrıca ayrıntılı bir şekilde incelenmektedir.

Anahtar Kelimeler: İndirim Sistemleri, Sadakate Yol Açan İndirimler, Maliyet Üstü Fiyatlama Yoluyla Dışlama, Eşit Etkinlikteki Rakibin Dışlanması, Talebin Rekabete Açık Olmayan ve Olan Kısmı.

* Rekabet Uzmanı, Rekabet Kurumu. Bu çalışmada ifade edilen görüşler yazarın şahsi görüşleri olup, Rekabet Kurumunu bağlamaz.

Abstract

Generally in respect of unilateral conducts and specifically in respect of rebates, to distinguish the practices competition on the merits from anticompetitive practices, is one of the most controversial subjects of competition law. The existence of the main difference between EU and the US experiences and the existence of new test proposals stemming from this difference are clear indications of the fact that there is no consensus regarding this subject yet. From this perspective, in the light of new researchs and experiences needed regarding this subject; a clear, apparent, easy to administrate and effects-based test assuring to minimize the risk of false enforcements can bring such solution all sides find plausible.

In this context, the purpose of this paper is, in the name of finding a proper test, including criteria which are capable of distinguishing the practices competition on the merits from anticompetitive practices in respect of rebates, to deal with the EU and the US experiences from the perspective abovementioned. New test proposals, being fed by the differences between these two experinces and appearing in the doctrine are also evaluated in this paper, in respect of comprehending the likely deficiencies of a proper test. Lastly, in this paper, in order to determine where EU practice, which is being criticised of adopting a formalistic approach, is in the process of transition from a formalistic approach to an effects-based approach; new developments in EU experince are discussed in detail.

Keywords: *Rebates, Loyalty-Inducing Rebates, Foreclosure By Pricing Above Costs, Foreclosure of As Efficient Competitor, Non-Contestable and Contestable Shares of Demand.*

GİRİŞ*

Hâkim durumun kötüye kullanılması bağlamında genelde tek taraflı eylemlerin özelde indirim sistemlerinin değerlendirilmesi hakkaniyetli rekabet kapsamındaki uygulamalar (*competition on the merits*) ile rekabet karşıtı

* Bu çalışmada yer verilen kararlarda ve metinlerde geçen yargı mercilerinin isimleri ile hukuki metinlerin isim ve hükümlerine ilişkin numaralar, kararların alındığı veya o hukuki metinlere atıf yapılan tarihlerdeki isim ve numaraları ile yer alacaktır. Avrupa Topluluğunu Kuran Antlaşma'nın (Roma Antlaşması) maddeleri ilk olarak 1999'da yürürlüğe giren Amsterdam Antlaşması ile, daha sonra da 2009 yılında yürürlüğe giren Lizbon Antlaşması ile yeniden numaralandırılmıştır. Lizbon Antlaşması öncesi hakim durumun kötüye kullanılmasını düzenleyen 82. madde, mevcut durumda "rekabet kuralları" başlığı altında 102. madde ile düzenlenmektedir. Lizbon Antlaşması ile aynı zamanda, Avrupa Toplulukları Adalet Divanı Adalet Divanı; İlk Derece Mahkemesi ise Genel Mahkeme olarak yeniden isimlendirilmiştir. Bu çalışmada, söz konusu madde ve mahkemeler, Lizbon Antlaşması öncesindeki adları ile anılacaktır.

uygulamaların birbirinden ayırt edilmesi bakımından oldukça güç ve tartışmalı bir konudur. Nitekim, konuya ilişkin tartışmaların henüz başında olunmasa bile en uygun değerlendirme ölçütünün belirlenmesi adına yapılacak çok şeyin olduğu, farklı rekabet hukuku uygulamaları arasındaki kayda değer yaklaşım farklarının ve öğretide bu farkları zaman zaman azaltan ya da artıran kimi zaman da başka yönlere çeken önerilerin varlığı karşısında anlaşılmaktadır.

Bu çerçevede, bu çalışmada, birinci bölümde genel olarak indirim sistemleri ve bu sistemlerin özellikle rekabet hukuku bakımından anlam ifade eden ölçütler bakımından sınıflandırılması yapılacaktır. Daha sonra rekabet hukukunda geniş inceleme alanı bulan sadakate yol açan indirim sistemlerinin rekabet karşıtı etkileri ve olumlu yanlarına yer verilecektir. İkinci bölümde, ABD uygulamasında indirim sistemlerinin değerlendirilmesinde kullanılan temel yaklaşımlara ve bu yaklaşımların rekabet karşıtı indirim sistemlerinin tespit edilmesindeki uygunluklarının değerlendirilmesine değinilecektir. Üçüncü bölümde ise “Komisyon’un 82. Madde’yi Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Kötüye Kullanmalarına Uygulamasındaki Önceliklerine İlişkin Rehber”¹ (Rehber) öncesindeki döneme ilişkin olarak AB uygulaması ışığında indirim sistemlerinin değerlendirilmesine yer verilecektir. Dördüncü bölümde, genel olarak ve özet bir şekilde ABD ve AB uygulamaları karşılaştırılması yapılacaktır. Beşinci bölümde, AB Komisyonu (Komisyon)’nun 82. madde’yi hâkim durumdaki teşebbüslerin dışlayıcı kötüye kullanmalarına uygulamasındaki önceliklerine ilişkin Kılavuz ele alınacak olup Rehber’de getirilenler doğrultusunda benimsenmesi öngörülen yaklaşım değerlendirilecektir. Altıncı bölümde, rekabet hukuku uygulamalarındaki eksiklikler ve hatalar doğrultusunda öğretide önerilen uygun testlere yer verilecektir. Son olarak ise, Komisyon’un *Intel* kararı özet bir şekilde ele alınacaktır.

1. GENEL OLARAK İNDİRİM SİSTEMLERİ VE İNDİRİM SİSTEMLERİNİN SINIFLANDIRILMASI

İndirim sistemleri, üretim veya dağıtım zincirinin herhangi bir aşamasındaki ticarete ya sağlayıcının tek taraflı davranışı ya da sağlayıcı ile alıcı arasındaki bir irade uyuşmasının sonucu olarak ortaya çıkmaktadır. İndirim sistemleri, verilen indirim belirlenen koşula veya koşullara bağlanması dolayısıyla pazardaki/indirim veren sağlayıcının müşterilerinin bir kısmının indirimden yararlanırken diğer kısmının yararlanamama olasılığının bulunması nedeniyle sıradan fiyat indirimlerinden ayrılmaktadır. Söz konusu koşul veya koşullar ile genellikle sağlayıcının koyduğu bir yükümlülüğün alıcı tarafından yerine

¹ DG Competition (2009), “Guidance on its enforcement priorities in applying Article 82 (EC) to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings”, <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf>, Erişim Tarihi:10.01.2010.

getirilmesi ifade edilmekte ve alıcıların belirli bir şekilde davranması amaçlanmaktadır².

İndirim sistemleri ticari yaşamda çok farklı şekillerde ortaya çıkmakla birlikte söz konusu uygulamaları, rekabet karşıtı etkilere yol açabilme kapasitesi bağlamında birtakım ölçütler bakımından sınıflandırmak mümkündür. Bu anlamda indirim sistemleri öncelikle indirimin kapsamına göre sınıflandırılmaktadır.

Alıcıların, indirim koşulu olarak getirilen asgari alım miktarına denk gelen indirim hedefini yakalamaları veya bu hedefi geçmeleri halinde, sadece eşik niteliğindeki hedefin üzerinde kalan alımlarına yönelik indirim almalarında “**üst dilim (top slice) indirimleri**”nin, eşğin altında ve üstündeki tüm alımlara yönelik indirim almalarında ise “**geriye dönük/tüm birim (retroactive/all unit) indirimleri**”n varlığından söz edilmektedir. Geriye dönük indirimlerde alıcı belli bir dönemdeki talebinin küçük bir kısmını rakip sağlayıcı ya da sağlayıcılardan karşılama yoluna gitse dahi, indirim veren sağlayıcıdan yaptığı tüm alımlara yönelik indirimleri kaybetme riski ile karşı karşıya kalırken üst dilim indirimlerinde ise sadece hedefin üzerindeki olası alımlarına yönelik indirimleri kaybedecektir. Dolayısıyla rakipler, üst dilim indirimlerinde bir alıcının talebinin marjinal kısmı için indirim veren sağlayıcıdan daha uygun koşullarda teklif sunması halinde o alıcıya satış yapabilecekken, geriye dönük indirimlerde rakipler, müşterilere aynı zamanda alıcıların indirim hedefini geçmemeleri halinde kaybedecekleri indirim düzeyini telafi edecek kadar uygun koşullarda teklif sunmak zorundadır. Bu nedenle geriye dönük indirimler genel olarak, müşterilerin taleplerinin küçük kısımlarını alternatif sağlayıcılara kaydırmalarını, bu yöndeki tercihleri söz konusu indirimleri kaybetmelerine yol açacaksa, daha az çekici kılması nedeniyle pazarı önemli ölçüde kapatma potansiyeline sahiptir³.

İndirim sistemleri, alıcıların belli bir dönemde yapacakları alımlara yönelik olarak tek bir hedefin ve bu hedefe denk gelen tek bir indirim oranının belirlenmesi halinde “**sabit oranlı indirimler**”, birden fazla hedefin ve her bir hedefe denk gelen birden fazla indirim oranının belirlenmesi halinde “**artan oranlı indirimler**” olarak ikiye ayrılmaktadır. Artan oranlı indirim sistemleri tek bir referans dönem için farklı hedefler, farklı referans dönemler için farklı hedefler ve farklı pek çok referans dönemin her biri için farklı hedefler içerecek şekilde tasarlanabilmektedir. Artan oranlı indirimler, sabit oranlı indirimlerle karşılaştırıldığında, piyasada yer alan farklı talep büyüklüklerine, esnekliklerine

² KOCABAŞ B. (2008), “İndirim Sistemleri ve Rekabet: Tek Taraflı Davranışlar Açısından Bir Değerlendirme”, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi, No:90, Ankara, s.8.

³ Rehber, para. 42.

veya sürelerine sahip alıcılara dolayısıyla pazarın çok önemli bir kısmına hitap edebilecek niteliktedir.

İndirim sistemleri, tüm alıcılar için geçerli bir miktar hedefini içerecek şekilde, diğer bir deyişle, alıcıların taleplerinden bağımsız olarak belirlenmişse “**standart (miktar) hedefli indirimler**”in varlığından, her bir alıcının belirli bir dönem içerisinde öngörülen talebine göre belirlenmiş bir miktar, ciro yahut harcama payı hedefi içermesi durumunda “**kişiselleştirilmiş (individualised) (miktar/ciro/pazar payı) indirimler**”in varlığından söz edilebilecektir. Müşterilerin belirli bir dönem içinde sağlayıcıdan yaptığı alımları bir önceki döneme göre belli bir düzeyde artırması karşılığında verilen indirimler ise “**büyüme (growth) indirimleri**” olarak adlandırılmaktadır.

İndirim sistemleri, özellikle yukarıda yer verilen sınıflandırmalarda buldukları yere göre her bir alıcı bazındaki etkileri bakımından da sınıflandırılabilir. ⁴ Bu çerçevede sadece alım yapılan miktara bağlı olarak verilen ve tüm müşterilere eşit koşullarda ve objektif miktarlar için önerilen indirimler “**miktar indirimleri**” olarak; alıcının belli bir dönemdeki ihtiyaçlarının tamamını ya da önemli bir kısmını ya da artan orandaki bir kısmını indirim veren sağlayıcıdan sağlaması karşılığında verilen indirimler “**sadakat indirimleri**” (**loyalty rebates**) olarak tanımlanmaktadır. Bu anlamda, esasen büyüme indirimi işlevi gören ve alıcının sağlayıcı tarafından belli bir dönem için belirlenen hedefi gerçekleştirmesi karşılığında verilen “**hedef indirimleri**” (**target rebates**) ile alıcının tüm ihtiyaçlarını indirim veren sağlayıcıdan temin etmesi karşılığında verilen/rakip sağlayıcılardan alım yapmasını yasaklayan “**münhasırlık karşılığı verilen indirimler**” de sadakat indirimleri olarak sınıflandırılabilir.

Ayrıca yukarıda yer verilen indirim çeşitlerini içerebilen bir indirim uygulamasının, tek bir ürünü kapsamaması halinde **tek-ürün indirimlerinden (single-product rebates)** bir paket halinde birden fazla ürünü içermesi halinde **paket ürün indirimlerinden (multi-product rebates/bundled discounts)** söz edilebilecektir.

Bir indirim sisteminin, kişiselleştirilmiş indirim işlevi göstermesi, mevcut rakiplerin piyasa dışına itilmesi ya da marjinalleştirilmesi ⁵ veya pasifleştirilmesi ⁶ ve potansiyel rakiplerin pazara girişlerinin engellenmesi

⁴ Kocabaş (2008), s.10-13.

⁵ Marjinal firma, bir pazardaki başa-baş noktasında bulunan firmayı ifade etmesi dolayısıyla o pazarda varlığını sürdürebilen firmaların en sonuncusudur.

⁶ Bir firmanın pasifleştirilmesi ile kastedilen, söz konusu firmanın rekabetçi davranış adına piyasa dinamiklerinde kayda değer herhangi bir etki sunabilecek kapasitede bulunmamasıdır.

şeklinde rekabet karşıtı etkilere yol açması bakımından sahip olması gereken özelliklerin başında gelmektedir⁷.

İndirim sistemlerinin hâkim durumun kötüye kullanılmasında rekabet karşıtı etkileri dışlama ve ayrımcılık olmak üzere ikiye ayrılmakla⁸ birlikte, bu çalışmada indirim sistemleri ayrımcı etkileri bakımından ele alınmayacaktır.

Sadakat indirimlerinin karakteristik özelliğinin, üzerinde sadakat yaratılan müşteri veya müşteri grubu bazında kapama etkisi olduğu göz önünde bulundurulduğunda, indirim sistemleri de kapama veya dışlayıcı etki yaratma potansiyelleri bağlamında sadakat artırıcı etkiye sahip olup olmadıkları bakımından sınıflandırılabilir⁹.

Tablo - 1

İndirim Sistemlerinin Sadakat Artırıcı Etkileri Bakımından Sınıflandırılması

<i>İndirim Sistemi Türü</i>	<i>Sadakat Artırıcı Etkisi</i>	<i>Sadakat Artırıcı Etkisi Yüksek</i>	<i>Sadakat Artırıcı Etkisi Düşük</i>
Üst Dilim İndirimleri			✓
Geriye Dönük İndirimler		✓	
Sabit Oranlı İndirimler			✓
Artan Oranlı İndirimler		✓	
Standart Hedefli İndirimler			✓
Kişiselleştirilmiş İndirimler		✓	
Büyüme İndirimleri		✓	
Hedef İndirimleri		✓	

⁷ Standart hedefli bir indirim, örneğin karmaşık bir artan oranlı indirim yapısına sahip olunması durumunda, piyasadaki alıcıların çok büyük bir kısmının taleplerine hitap edebilecek bir çeşitliliğe sahip olarak dolaylı olarak kişiselleştirilmiş bir indirim niteliğine sahip olabilecektir.

⁸ Rekabet karşıtı etkilerden ilki olan birinci hat hasarı/etkisi (*primary line injury/effect*), hâkim durumdaki teşebbüs tarafından uygulanan indirim(ler)in söz konusu teşebbüs ile aynı pazarda bulunan rakipleri dışlayıcı (yatay) etkilerini; ikincil hat hasarı/etkisi (*secondary line injury*) ise, hâkim durumdaki teşebbüs tarafından uygulanan indirim(ler)in bu teşebbüs ile dikey ilişki içerisinde bulunan alıcıların bulunduğu pazarda, aynı durumdaki alıcılara farklı koşulların getirilmesi sonucu yarattığı ayrımcı etkileri ifade etmektedir.

⁹ Söz konusu sınıflandırma, esas itibarıyla hangi indirim sistemlerinin sadakat artırıcı etkilerin yüksek/düşük olma potansiyelleri hakkında fikir vermekle birlikte, mutlak bir nitelik arz etmemektedir.

2. SADAKAT İNDİRİMLERİNİN REKABET KARŞITI ETKİLERİ VE YARARLARI

Mal ve hizmet piyasalarındaki pek çok teşebbüs tarafından uygulanan sadakat indirimlerinin dışlama dışında pek çok rekabet karşıtı etkisi ve piyasadaki oyuncular bakımından yararı da bulunmaktadır.

2.1. Sadakat İndirimlerinin Rekabet Karşıtı Etkileri

Sadakat indirimlerinin rekabet otoriteleri ve mahkemeler bünyesinde soruşturulmasının asli nedeni pazarın rakiplere kapatılması, rakiplerin dışlanmasına yol açmak suretiyle rekabetin önemli ölçüde engellenmesidir. Bununla birlikte, sadakat indirimlerinin rekabet karşıtı etkileri pazarı kapama/dışlama etkileri ile sınırlı değildir. Müşterilerin, indirim sisteminin geçerli olduğu referans dönemin sonuna kadar, indirimlerden yararlanıp yararlanamayacağına ya da en azından ne kadarlık bir indirimden yararlanacağını net olarak bilememeleri, indirim verilen ürünlerin nihai fiyatlarına yönelik belirsizliklere yol açarak ve böylece rakip ürünlerin fiyatları ile düzgün bir karşılaştırma yapma olanağını engelleyerek markalar arası rekabeti sınırlandırmaktadır. İkinci olarak, indirimler yoluyla dağıtıcı/toptancı düzeyinde tesis edilen tam veya kısmi münhasırlıklar mağaza içi markalar arası rekabeti ve dolayısıyla indirim sunulan ürünlere yönelik olarak üreticiler tarafından algılanan talep esnekliğini azaltarak ve yine indirimler yoluyla yaratılan geçiş maliyetleri, müşterilerin talep esnekliklerini düşürerek piyasa fiyatlarında yükselişe neden olabilecektir.¹⁰ Son olarak, bir indirim sisteminin uygulamaya konulmasına, başlangıçtaki fiyat düzeylerinin yükselmesi, diğer bir deyişle, indirimi kazanmayı hak edemeyen müşterilerin, indirim sistemi öncesine göre daha yüksek fiyatlar ödemek zorunda bırakılarak cezalandırılması eşlik edebilir. Böyle bir durumun ise dağıtımda etkinlik ve tüketici refahı üzerinde etkileri belirsiz olacaktır.

Bunun yanında, Elhauge¹¹, etkinliğe yol açmayan indirim sistemlerinin hem indirimi sağlayan teşebbüsten alım yapan ve bu anlamda anılan teşebbüse sadakat sahibi alıcılar hem de bağımsız alıcılar için fiyatları rekabetçi düzeyin üzerine çıkardığını öne sürmüştür. Elhauge¹², sadakat indirimi veren teşebbüslerin bağımsız alıcılar bakımından rekabete girmek için yeterli güdüye sahip olmadıklarını, zira söz konusu alıcılara yönelik fiyat indirimlerinin sadakat sahibi alıcılara yönelik indirimlerde de artışa yol açacağını; buna bağlı

¹⁰ FAELLA, G. (2007), "The Antitrust Assessment of Loyalty Discounts and Rebates", <http://ssrn.com/abstract=1079504>, Erişim Tarihi: 10.01.2010, s.5.

¹¹ ELHAUGE, E. (2008), "How Loyalty Discounts Can Perversely Discourage Discounting", http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1275529, Erişim Tarihi: 10.01.2010, s.4.

¹² Elhauge (2008), s.4.

olarak da rakip firmaların, sadakat indirimi veren teşebbüsün fiyat indirimleri ile karşılaşamayan bağımsız alıcılara yönelik fiyat indirimine gitmelerine gerek duymadıkları bir durumun oluştuğunu, sonuç olarak sadakat indirimlerinin, sadece rakiplere piyasayı kapadığı ya da onların etkinliğini engellediği için değil aynı zamanda tam da indirim uygulamalarını caydırdığı için rekabet karşıtı etkilerinin olduğunu ortaya koymuştur.

2.2. Sadakat İndirimlerinin Yararları

Sadakat indirimleri, rekabet karşıtı etkilerinin yanı sıra sağlayıcılar ve müşteriler için pek çok etkinliğe de yol açabilmektedir. Nitekim, pazar gücü olmayan teşebbüsler tarafından da yaygın olarak uygulanan maliyet-ilişkisiz (*cost-irrelevant*)¹³ indirimlerin varlığı, bu indirimlerin kullanılmasının altında dışlayıcı olmayan pek çok saikin olduğuna işaret etmektedir.¹⁴

Alt pazardaki müşterilerin karşılaştıkları fiyatlarda düşüşe neden olabilecek fiyat indirimlerini tetikleyebilen sadakat indirimleri, ikinci olarak, özellikle yüksek sabit maliyetlerin geçerli olduğu yenilikçi piyasalarda ölçek ekonomilerinin¹⁵ sağlanmasıyla ortalama maliyetlerin ve satış fiyatlarının düşmesine yardımcı olabilecektir. Paket ürün indirimleri, alan ekonomilerinin¹⁶ oluşturulmasına ve işlem maliyetlerinin azaltılmasına yardımcı olabilecektir.

Sadakat indirimleri ayrıca, indirim sunan sağlayıcının yanı sıra alt pazardaki müşterilerin de pazar gücüne sahip olması halinde gerçekleşmesi olası çifte marjinalleşmenin¹⁷ (*double marginalization*) önlenmesine yardımcı olabilecektir. İndirim sunan teşebbüsün, müşterisi ile kurduğu dikey ilişkiye özgü gerekli yatırımları gerçekleştirmesi için güvence-teşvik unsuru niteliği

¹³ Söz konusu indirimler ile daha ziyade, miktar indirimleri gibi o indirimlerin verilmesi için yerine getirilmesi gereken koşulların gerçekleşmesi halinde ortaya çıkan maliyet tasarrufu karşılığında verilen indirimler kastedilmektedir.

¹⁴ THE OFFICE OF FAIR TRADING (2005), "Selective Price Cuts and Fidelity Discounts", Economic Discussion Paper, http://www.offt.gov.uk/shared_offt/reports/comp_policy/oft804.pdf, Erişim Tarihi: 10.01.2010, s.2.

¹⁵ Uzun dönem toplam maliyetin çıktı ile oransaldan daha az arttığı duruma, diğer bir deyişle, çıktı arttıkça uzun dönem ortalama maliyetin azalması durumuna ölçek ekonomisi (pozitif ölçek ekonomisi) denmektedir. ÜNSAL, E. (2000), "Mikro İktisat", 3. Baskı, İmaj Yayıncılık, Ankara, s.275-276.

¹⁶ Birden fazla çıktı üretmenin maliyetinin, her çıktının ayrı ayrı üretilmesi halinde söz konusu olacak maliyetlerin toplamından küçük olması durumuna alan ekonomileri (pozitif alan ekonomileri) denmektedir. Ünsal (2000), s.277.

¹⁷ Böyle bir durumda fiyatlar, indirimi sunan teşebbüsün dikey bütünleşik bir tekel olması halinde gerçekleşecek fiyatların da üzerinde olacaktır.

taşıyabilecek sadakat indirimleri ayrıca, müşterilerin sunmaları gereken tamamlayıcı hizmetleri sağlamaları için etkili bir teşvik oluşturabilecektir.¹⁸

Yukarıda yer verilen yararlarının yanı sıra, ciro/harcama payı şeklinde sunulan sadakat indirimleri, tüketicilerin taleplerinin önceden isabetli bir şekilde öngörülmesinin güç olduğu endüstrilerde, alıcıların kendi irade ve çabaları dışındaki nedenlerle indirim hedeflerini yakalayamama riskinin daha yüksek olduğu miktar bazlı indirim sistemlerine göre, sağlayıcı ile alıcı arasında risk paylaşımını bir mekanizma işlevi görmekte ve alıcı üzerinde öngörülen talebin üzerindeki eşikleri yakalama baskısına ve buna ilişkin maliyetlere neden olmamaktadır.¹⁹

3. ABD UYGULAMASI İŞİĞİNDE İNDİRİM SİSTEMLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

ABD uygulamasında, tek ürün indirimlerine ilişkin analizlerin esas itibarıyla, AMC yaklaşımında yer verileceği üzere, yıkıcı fiyat analizleri üzerinde yoğunlaştığından ve bu konudaki görüş ayrılıklarının paket ürün indirimlerine ilişkin olduğundan bahsedilebilecektir. Bu kapsamda da bu başlık altında yer verilen yaklaşımların daha ziyade paket ürün indirimleri üzerinde yoğunlaştıklarından söz edilebilecektir.

3.1. Toplam Paket Maliyeti - Geliri (Total Bundle Cost-Revenue) Karşılaştırması

Paket ürün indirimleri bakımından ele alınan, *per se*²⁰ yasallık testi olarak da adlandırılabilir ve en az sınırlayıcı yaklaşım olarak kabul edilen bu yaklaşımda temel olarak, indirim sistemi kapsamındaki paketin, indirimli fiyatı ile ortalama kaçınılabilir maliyeti²¹ karşılaştırılmakta²² ve nihai fiyatın maliyetin altında çıkması halinde, ortaya çıkan zararın makul bir biçimde telafi edilip edilemeyeceği incelenmektedir. *Brooke Group*²³ kararında da paralel şekilde belirtilen bu yaklaşım, maliyet üstü fiyatlandırmaların hiçbir zaman rekabet karşıtı etkileri olmayacağını değil, söz konusu uygulamaların yasaklanmasından

¹⁸ GERADIN, D. (2008), "A Proposed Test for Separating Pro-Competitive Loyalty Rebates from Anti-Competitive Ones", http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1308484, Erişim Tarihi:10.01.2010, s.34.

¹⁹ Geradin (2008), s.35.

²⁰ Diğer bir deyişle, "mutlak" ya da "kesin".

²¹ Ortalama kaçınılabilir maliyet (*average variable cost - AVC*), bir teşebbüsün, üretmeyi planladığı ürünleri üretmemesi halinde yüklenmekten kaçınabileceği birim maliyeti ifade etmekte olup söz konusu ürünleri üretmeye yönelik değişken maliyetleri ve o ürün partisinin üretilmesi için gerçekleştirilmesi gereken sabit maliyetleri içermektedir

²² HOVENKAMP, H. (2005), "The Antitrust Enterprise: Principle and Execution", Harvard University Press, Cambridge, MA and London, s.172-173.

²³ Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Cor., 509 U.S.

kaynaklanan fiyat indirimlerinin yüksek oranda caydırılmasına bağlı tüketici zararının, bu yasaklamalardan elde edilmesi beklenen yarara baskın geleceğini savunmaktadır.

Lambert²⁴ ise, paket ürün indirimleri sunabilen teşebbüslerin daha az çeşit ürün grubuna sahip rakiplerini pazar dışına çıkarabileceği durumları tasavvur etmenin güç olmadığı varsayımı altında, maliyet üstü fiyatlandırma ile sonuçlanan tüm indirim sistemlerinin yaptırma tabi tutulmamasına yönelik bir yargıya varılması için henüz çok erken olduğunu belirtmiştir.

Economides²⁵, 1970'lerden itibaren telekomünikasyon sektöründen oldukça iyi anlaşıldığı üzere, bazı pazarlarda rekabetçi bir ortam belirginleşirken bazılarında ise tekelci konumun devam etmesine bağlı olarak bir paket içindeki ürünlerin bazılarının maliyetlerinin üzerinde bazılarının ise münferiden maliyetlerinin altında satılabileceğinin anlaşıldığını ifade etmektedir. Paketten elde edilen hasılat ile paketin maliyetinin karşılaştırılmasından ibaret olan bu yaklaşımın bağlama uygulamalarını genel itibarıyla *per se* yasal kılması büyük oranda kaçınılmaz olacaktır.

3.2. LePage Yaklaşımı

Davaya ilişkin olarak Üçüncü Daire²⁶, kararında, paket ürün indirimlerine ilişkin temel kaygıyı, satışını yaptığı çoklu ürün grubuna ilişkin paket ürün indirimi sunan teşebbüsün, kendisi kadar geniş bir ürün hattına sahip olmayan eşit etkinlikteki rakiplerinin işlerini ellerinden alabilecek olması olarak belirtmiştir. Çünkü böyle bir durumda, eşit etkinlikteki rakiplerin görece daha az sayıda bir ürün yelpazesine sahip olması nedeniyle, paket ürün indirimi sunan teşebbüsün sağladığı indirimi telafi etmek için başvurabileceği ürün yelpazesi dar, vazgeçebileceği marj²⁷ sayısı²⁸ ve toplam miktarı ise sınırlı olacaktır. Mahkeme paket ürün indirimi sunan teşebbüsün, indirim sunduğu paketin görece genişliğine odaklanmış ve indirim sunan teşebbüs, rakip tarafından satılmayan

²⁴LAMBERT, T. A. (2006), "Antitrust Analysis of Bundled Discounts", http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=948484, Erişim Tarihi:10.01.2010, s.3.

²⁵ ECOMOMIDES, N. (2009), "Loyalty/Requirement Rebates and the Antitrust Modernization Commission: What is the Appropriate Liability Standard?" http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1370699, Erişim Tarihi:10.01.2010, s.12-13.

²⁶ LePage's Inc. v. 3M, 324 F.3d 141 (3d Cir. 2003)

²⁷ Maliyet fiyatı ile satış fiyatı arasındaki fark.

²⁸ Marj sayısı ile kastedilen ise, paket ürün indirimine konu pakette yer alan ürün çeşidi ne kadar fazla ise o kadar çok ürün bakımından marjdan fedakârlık yapılabileceğidir.

bir ürün grubuna yönelik indirim yapmış ve rakibinin elinden işini almış ise söz konusu paket ürün indiriminin dışlayıcı olarak varsayılacağına hükmetmiştir.²⁹

Lambert³⁰, mahkemenin, iddia sahibi *LePage* tarafından, kendisinin veya eşit etkinlikteki varsayımsal bir rakibin maliyet altı fiyatlandırmaya gitmeden indirim veren teşebbüsün sağladığı paket ürün indirimlerini telafi edemeyeceğini kanıtlamasını istemediği bu kararın iki önemli sakıncasından söz etmektedir. Bunlardan ilki, mahkeme tarafından benimsenen yaklaşımın, şikayet sahibi rakibin etkinliğini sorgulamak yerine paket ürün indirimine konu ürün grubunun genişliğine odaklanarak daha az etkin nitelikteki rakiplerin paket ürün indirimleri yoluyla sağlanan fiyat rekabetinden korunmalarına ve tüketicilerin daha az etkin nitelikteki rakipleri sübvansetmelerine yol açabilecek olmasıdır. İkinci olarak, yine paket ürün indirimine konu ürün grubunun genişliğine odaklanan bu yaklaşım, etkinlik yaratabilen ve tüketicilere yarar sağlayan bir ticari uygulama niteliğindeki paket satış uygulamalarını azaltıcı bir etkiye yol açabilecektir.

3.3. Ortho Diagnostic Yaklaşımı

LePage yaklaşımı ile daha az etkin nitelikteki rakiplerin, rekabet hukukunu kullanarak paket ürün indirimlerinin yol açtığı fiyat rekabetinden korunmak için bir fiyat şemsiyesi yaratmalarını önlemek mümkün değildir. Bununla birlikte, *Ortho Diagnostic* davasında, maliyet üstü fiyatlandırmadan şikayet eden bir rakibin, paket ürün indirimine konu ürün grubu içinde yer alan ve rekabetçi bir pazara konu ürün bakımından paket ürün indirimi sunan teşebbüs ile eşit etkinlikteki bir üretici olduğunu kanıtlaması gerektiğine dair bir anlayış benimseyen mahkeme³¹, şikayet sahibi rakibin ya paket ürün indirimine konu ürün grubunun indirim sonrası fiyatının söz konusu paketin ortalama değişken maliyetinin altında olduğunu ya da kendisinin indirim konu ürün grubu içinde yer alan rekabetçi pazara ait ürünün üreticisi olarak paket ürün indirimi sunan teşebbüs ile eşit etkinlikte olduğunu ancak indirim sunan teşebbüsün sunduğu paket ürün indirimleri nedeniyle kâra geçmek için fiyatları yeterince yukarı çekemediğini kanıtlaması gerektiğine hükmetmiştir.

Belli çekinceleri gidermeye yönelik olarak benimsenen söz konusu testin yönetilmesi ve yürütülmesinde, maliyetlerin belirlenmesi ve dahası bir başka teşebbüsün maliyetlerinin ortaya çıkarılması bakımından ciddi güçlükler bulunmaktadır. Bunlardan ilki, şikayetçi rakibin kendisinin ve paket ürün indirimi sunan teşebbüsün birim maliyetini göstermesi gerekliliği iken; ikincisi

²⁹ Mahkeme, indirim veren teşebbüsün, paket satıştan kaynaklanan maliyet tasarruflarının toplam indirim miktarına yaklaştığını kanıtlaması halinde dışlama varsayımını çürütebileceğini de eklemiştir.

³⁰ Lambert (2006), s.7-8.

³¹ Ortho Diagnostic Sys., Inc. V. Abbott Labs., Inc., 920 F. Supp. 455 (S.D.N.Y. 1996)

ise, ortak maliyetlerin geçerli olmasına bağlı olarak oldukça karmaşık bir işlem haline gelebilecek paket ürün indirimine konu ürün grubunun maliyetinin belirlenmesidir.³²

3.4. Antitrust Modernization Commission (AMC) Yaklaşımı

AMC, indirim sistemlerinin rekabet karşıtı etkilerinin değerlendirilmesi bağlamında açık, anlaşılır, başarılı bir şekilde yönetilebilir ve yürütülebilir bir testin geliştirilmesinin uygun bir fiyat-maliyet karşılaştırması içeren güvenli limanlar (*safe harbours*) kullanılması ile sürdürülebileceğini belirtmektedir.³³

Rakiplerin, paket ürün indirimine konu ürün grubunu oluşturmak suretiyle karşı bir paket satış gerçekleştirildiği durumlarda (*bundle to bundle*) AMC, paketin indirim sonrası fiyatının paketi oluşturan tüm ürünlere yönelik uygun nitelikteki birim maliyeti³⁴ aşmış olduğuna bakılmasını, diğer bir deyişle, tipik yıkıcı fiyat analizi yapılmasını önermektedir. AMC, rakiplerin paket ürün indirimine konu ürün grubunu makul bir biçimde oluşturabilmelerinin mümkün olmadığı-rakiplerin indirime konu paketin aynısını sunmadığı durumlarda ise, daha ziyade bağlama uygulamalarındaki benzer bir rekabetçi zararın ortaya çıkıp çıkmadığını belirlemek için tahsis edilmiş indirim güvenli limanlarının (*discount-allocation safe harbours*) kullanılmasını önermektedir. Buna göre, paket ürün indirimi sunan teşebbüsün, paket ürün indirimine konu ürün grubu içinde yer alan ve rekabetçi bir pazara konu ürüne yönelik uygun nitelikte birim maliyet ile bütün pakete yönelik sağlanan toplam indirimin söz konusu rekabetçi ürüne tahsis edilmesi sonucu oluşan fiyat karşılaştırılmaktadır. Rekabetçi ürünün indirim tahsisli fiyatının, söz konusu ürünün ortalama değişken maliyetinin altında kalması halinde paket ürün indirim uygulaması güvenli liman korumasından yararlanamayacaktır. AMC, paket ürün indirim uygulamalarının güvenli liman şemsiyesi altına giremediği bir durumda, rekabet karşıtı etkilerin varlığına dair bir sonuca, ancak, rekabetin gerçek ya da muhtemel anlamda zarar gördüğünün yeterli bir şekilde gösterilmesi karşılığında varılabileceğini belirtmektedir. Bu anlamda, paket ürün indirim uygulamasının rakiplerin marjinal maliyetlerini artırıp artırmadığı ve rakiplerin pazarda kalıp kalmadıklarının ya da kalmalarının olası olup olmadığının ortaya konulması gerekliliği, söz konusu indirimlerin yol açtığı zararların sağladığı faydaları ölçüsüz oranda aştığının ortaya konulması gerekliliği ile birlikte AMC tarafından

³² Lambert (2006), s.9.

³³ Antitrust Modernization Commission-AMC (2007), "Competition and Monopoly: Single Firm Conduct Under Section 2 of the Sherman Act",

<http://www.justice.gov/atr/public/reports/236681.pdf>, Erişim Tarihi: 10.01.2010, s.105.

³⁴ Ortalama değişken maliyet.

ifade edilmektedir.^{35,36} Bu anlamda, indirim uygulamasından kaynaklanan zararın telafi edilebileceğinin (*recoupment of losses*) ve rekabet karşıtı etkilerin varlığının gösterilmesi AMC testinin öngördüğü diğer iki koşuldur.

AMC, tek-ürün sadakat indirimlerine (*single-product loyalty discounts*) ilişkin olarak ise tipik yıkıcı fiyat uygulamasının, fiyat-maliyet güvenli limanı olarak kullanılmasını önermektedir. Zira tipik yıkıcı fiyat analizi açıklık, anlaşılabilirlik, başarılı bir şekilde yönetim ve yürütme bakımından pek çok avantaja sahip olmasının yanında teşebbüslere, erişimlerine açık verileri kullanarak davranışlarını hukuka uygun hale getirme yönünde belirlilik sağlamakta ve fiyat rekabetinin önünü kesici riskleri de azaltmaktadır.³⁷ Bununla birlikte AMC, bu testin tüm vakalar için uygun olduğu sonucuna varılmadan önce daha fazla araştırma yapılması gerektiğini düşünmektedir.

3.5. ABD Uygulaması Işığında Ortaya Çıkan Yaklaşımların Değerlendirilmesi

AMC tarafından benimsenen yaklaşımın tarafımızca merkezde kabul edildiği bu testlerdeki temel amaç, indirim sistemlerinin rekabetçi değerlendirilmesinde kullanılan testlerde benimsenen standartların, uyumsuzluğa konu indirim uygulamalarını gerçekleştiren teşebbüsler için, açık ve anlaşılır olması ve bu anlamda söz konusu standartların bu teşebbüslerin erişimlerine açık verileri içermesi ve böylece bu teşebbüslerin davranışlarını hukuka uygun hale getirme yönünde belirlilik sağlanması ile bu testlerin değerlendirme süreci boyunca rekabet otoriteleri ve mahkemeler tarafından düzgün ve başarılı bir şekilde yönetilip yürütülmesi ve bu sayede teşebbüslerin fiyat rekabetini azaltıcı bir etkisini olabildiğince azaltmasıdır. Ayrıca, fiyat-maliyet güvenli limanları tesis edilmesinin altında teşebbüslerin fiyatlandırma konusunda olabildiğince serbest bırakılması ve bu yöndeki davranışlarının rekabet karşıtı olarak değerlendirilmesinin olabildiğince kısıtlanması anlayışı yatmaktadır. Bununla birlikte Economides³⁸, özellikle paket ürün indirimleri bakımından, AMC testinin çok sayıda kusuru olduğunu öne sürmektedir.

İlk olarak, paket ürün indirim uygulamalarında AMC testi, tam da hâkim durumdaki teşebbüsün rekabet karşıtı eylemlerinden dolayı görece daha yüksek olabilecek rakibin rekabetçi ürüne ilişkin maliyetlerini değil hâkim durumdaki

³⁵ Dokuzuncu Daire'nin *The Peacehealth* davasında (Cascade Health Solutions v. PeaceHealth, 515F3d 883 [Ninth Circuit 2008]) benimsediği yaklaşım ise AMC testinin sadece ilk aşamasından ibaret olup rekabetçi ürünün indirim tahsisli fiyatının, söz konusu ürünün ortalama değişken maliyetinin altında kalması halinde paket indirim uygulaması rekabet karşıtı olarak kabul edilecektir.

³⁶ AMC (2007), s.106.

³⁷ AMC (2007), s.116-117.

³⁸ Economides (2009), s.14-19.

teşebbüsün maliyetlerini dikkate almaktadır. Ancak, rekabetçi bir pazara konu ürünün üretim sürecinin örneğin, ölçüğe göre artan getiri niteliği taşıdığı ya da rakibin uzun dönem maliyet eğrisinin hâkim durumdaki teşebbüsünki kadar düşük olduğu bir durumda, hâkim durumdaki teşebbüsün uyuşmazlığa konu eylemlerinden dolayı rakibin maliyetlerinde önemli düşüşler sağlayacak ölçüğe yakalamasının önlenmesi, rakibin maliyetlerinin daha yüksek olmasına yol açabilecektir. İndirim uygulamasının olmadığı bir halde ise rakibin, söz konusu ölçüğe yakalayıp (eşit) etkin bir konumu yakalaması ile sonuçlanabilecek ve rakibin pazarın dışına çıkması gerçekleşmeyebilecektir.

İkinci olarak, fiyat-maliyet karşılaştırmalarını içeren testlere karşı olanlar, rekabetin zaten zayıflamış olduğu piyasalarda, daha az etkin olan rakiplerin (korunmasının) hâkim durumdaki teşebbüs üzerinde rekabetçi bir baskı yaratabileceğini ve düşük fiyatlardan kaynaklanan dağıtımda etkinliğin, rakipler tarafından yüklenen yüksek maliyetlerden kaynaklanan üretimde etkinlik kayıplarını aşması halinde tüketici refahını artırabileceğini öne sürmektedir.³⁹ Bunun yanında, halihazırda daha az etkin nitelikte olan ancak yakın gelecekte daha etkin olacak bir rakibin, hâkim durumdaki teşebbüsün indirim uygulamaları sonucu pazardan dışlanması da hâkim durumun kötüye kullanılması olarak kabul edilebilecektir. Bu konuya ilişkin olarak Heimler, belli özel koşullar altında⁴⁰, rakibin yakın gelecekte eşit etkinliği yakalayacağına dair doğrudan ve güçlü kanıtların bulunduğu hallerde, bir indirim sisteminin dışlayıcı olup olmadığının değerlendirilmesinin, hâkim durumdaki teşebbüsün rakibin satışlarında gerçekleşen küçük ama önemli artışlarla bağlantılı ortalama artan maliyeti esas alınarak yapılması gerektiğini öne sürmüştür.⁴¹ Nitekim Tartışma Metnin'de⁴² hâkim durumdaki teşebbüsün sahip olduğu ancak rakipler tarafından kabul edilebilir bir zaman aralığında, makul bir biçimde aynı şekilde karşılık verilemeyen ya da üstesinden gelinemeyen rekabetçi avantajların varlığı halinde, hâkim durumdaki teşebbüsün indirim sistemlerini kullanarak pazara

³⁹ FAELLA, G. (2009), "Foreclosure, Predation and Competition on the Merits: An Analysis of Bundled Discounts", http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1324607, Erişim Tarihi: 10.01.2010, s.14-15.

⁴⁰ Tarafımızca burada kastedilen durumun, esasen hâkim durumdaki teşebbüsün maliyet eğrisi ile aynı (ya da benzer nitelikte) maliyet eğrisine sahip bir rakibin, hâkim durumdaki teşebbüsün uyguladığı indirim sisteminin varlığı nedeniyle daha fazla üretim yapamamasının ortalama maliyetlerinde gerçekleşebilecek bir düşüşe yol açamaması durumu olduğu düşünülmektedir.

⁴¹ HEIMLER, A. (2008), "Fidelity Discounts And Rebates Not Justified By The Costs: In Which Cases Should A Dominant Enterprise Be Forbidden Such Practices?" www.wettbewerbszentrale.de/media/getlivedoc.aspx?ID=28384, Erişim Tarihi: 10.01.2010, s.19.

⁴² DG Competition (2005), "Discussion Paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses", Brussels, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2009:045:0007:0020:EN:PDF>, Erişim Tarihi: 10.01.2010, Para.165.

girişleri engelleyebileceği ya da giriş yapanları pazar dışına çıkarabileceği belirtilmiş ve eşit etkinlikte olmayan bir rakibin dışlanması anlamına gelen bu durumun da ek faktörlerin ortaya konulması karşısında kötüye kullanma olarak kabul edilebileceği belirtilmiştir.

Üçüncü olarak, Economides ve Lianos⁴³, fiyat-maliyet karşılaştırmalarında indirim sonrası fiyatın karşılaştırıldığı ortalama değişken maliyeti uygun maliyet ölçüsü olarak görmemektedirler. Zira teşebbüslerin faaliyetlerini sürdürmeleri için sabit maliyetlerini de karşılamaları gerekliliği karşısında ortalama toplam maliyet uygun birim maliyet ölçüsü niteliği kazanmaktadır. Rekabet kuralları, eşit etkinlikteki rakiplerin uzun dönemde varlıklarını sürdürmelerine izin vermeyen hâkim durumdaki teşebbüs tarafından sergilenen fiyatlama davranışlarına izin vermemelidir.⁴⁴

Dördüncü olarak, ürün farklılaştırmasının geçerli olduğu pazarlarda, indirim sistemlerinin değerlendirilmesinde hâkim durumdaki (eş etkinlikteki) teşebbüsün maliyetlerinin kullanılması, rakibin hâkim durumdaki teşebbüsün ürünlerinden çeşitlilik, nitelik ve kalite bakımından farklılıklar gösteren ürün(ler) ürettiği göz önünde bulundurulduğunda, pek bir anlam ifade etmemektedir.⁴⁵

Beşinci olarak, sadakat indirimleri ürünlerin nihai fiyatlarına ilişkin belirsizlik yaratmakta ve şeffaflığı azaltabilmektedir. Müşteriler bakımından dahi şeffaflığı bozan bir indirim sistemi karşısında rakip teşebbüsün, belli bir müşteriye hâkim durumdaki teşebbüs tarafından sunulan efektif fiyatı hesaplamakta ve dolayısıyla bu fiyata karşılık gelebilecek bir fiyat sunmakta güçlük yaşayabilmesi ve sonuç olarak fiyat rekabetinin sınırlanması AMC yaklaşımınca göz ardı edilen bir husustur.

Altıncı olarak, tek ürün indirimleri bağlamında, pek çok piyasada hâkim durumdaki teşebbüsün satışlarının belli bir kısmı, indirim sistemi olmasa da söz konusu teşebbüsün her halde gerçekleştirebileceği, diğer bir deyişle, rakiplerin rekabet edemeyeceği bir kısmı temsil etmektedir. Dolayısıyla, hâkim durumdaki teşebbüsün uyguladığı indirim sistemlerinin hedefi, karşılaştığı talebin bu kısmı değil rakiplerin rekabet edebildiği kısımdır. Bu nedenle, fiyat-maliyet karşılaştırmaları, bu karşılaştırmaların rekabetçi değerlendirmesi açısından varılacak sonuçta önemli değişikliklere yol açabilecek şekilde, indirime konu bir

⁴³ ECOMOMIDES, N. ve I. LIANOS (2009), "The Elusive Antitrust Standard on Bundling in Europe and in the United States in the Aftermath of the Microsoft Cases", http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1078932, Erişim Tarihi: 10.01.2010, s.42.

⁴⁴ Economides ve Lianos (2009), s., 42.

⁴⁵ Economides (2009), s.15-16.

ürünün tüm birimlerine değil sadece rekabete açık kısmına yönelik olarak yapılmalıdır.

Yedinci olarak, hâkim durumdaki teşebbüsün indirim uygulaması öncesi ve sonrası dönemlerinin karşılaştırılması bakımından zarar edip etmediğinin belirgin olmaması nedeniyle, AMC testinin ikinci koşulu olarak, indirim konu ürünün efektif fiyatının ortalama değişken maliyetinin altında kaldığı durumlarda ortaya çıktığı varsayılan zararın telafi edilmesinin mümkün olduğunun gösterilmesi gerekliliği alâkasız hale gelmektedir. Zira hâkim durumdaki teşebbüsün indirim sistemi kapsamı dışındaki fiyatının, indirim sistemi öncesi fiyatından yüksek olduğu bir durum rekabet karşıtı etkilerin varlığına işaret etmektedir.⁴⁶ İndirim sistemi kapsamı dışındaki fiyat (liste fiyatı) ile indirim sistemi kapsamı içindeki fiyat arasındaki fark, hâkim durumdaki teşebbüs indirim sistemini yürürlüğe koyarken liste fiyatını ve indirim konu paketin fiyatını birlikte yükseltebileceği ve yine bu indirim sistemi söz konusu teşebbüse bu eylemleri için daha fazla pazar gücü sağlayabileceği için, her zaman hâkim durumdaki teşebbüsün katlandığı bir zarara işaret etmeyecektir.

Sekizinci olarak, indirim sistemlerinin müşteriler tarafından kabul edilmiş olması her zaman daha yüksek bir tüketici fazlası anlamına gelmemektedir. Müşteriler bakımından, mahkûmların açmazı (*prisoner's dilemma*) benzeri bir durumun geçerli olduğu böyle bir halde, her bir müşterinin daha yüksek fiyatlar ödemek için bireysel olarak indirim sisteminden yararlanmak istemesi rasyonel olmakla birlikte, piyasadaki tüm müşterilerin bu şekilde davranması sonucunda hâkim durumdaki teşebbüsün indirim sistemi sonrası pazar gücünün artması nedeniyle tüm müşterilerin durumu aslında indirim sistemi öncesi döneme göre daha da kötüleşmektedir.⁴⁷

Dokuzuncu olarak, paket ürün indirimlerinin bizzat kendisi, hâkim durumdaki teşebbüs tarafından, pazara girişleri caydırıcı bir mekanizma olarak kullanılabilir. Paket ürün indirimleri, bir pazara giriş yapmayı düşünen rakipler için bu girişi, paket içindeki diğer bir ürünün pazarına eşanlı giriş olmadıkça kârlı olmaktan çıkarabilecektir.

Son olarak, fiyat-maliyet analizleri rakiplere, hâkim durumdaki teşebbüsün maliyetlerine ilişkin verileri elde etmek ve bu maliyetleri hesaplamak gibi ağır bir yük getirmektedir. Rakiplerin rekabet karşıtı dışlamaları kanıtlamak için tüketici zararını ortaya koymalarının yeterli görülmesi ve daha sonra hâkim durumdaki teşebbüsün bu iddiaları çürütecek

⁴⁶ ELHAUGE, E. (2009), "Tying, Bundled Discounts, and the Death of the Single Monopoly Profit Theory", http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1345239, Erişim Tarihi: 10.01.2010, s.55-56.

⁴⁷ Konuya ilişkin ayrıntılı açıklama için Bkz., Economides ve Lianos (2009), s.44-46.

etkinlik kazanımlarını göstermesinin beklenmesi daha uygun bir seçenek olarak görülmektedir.⁴⁸

Sonuç olarak AMC tarafından benimsenen yaklaşıma yönelik eleştirilerin iki ayrı noktada toplandığından söz edilebilir. Bunlardan ilki, ürün farklılaştırmasında olduğu gibi fiyatın rekabetin tek önemli unsuru olmadığı pazarların varlığı, bizzat indirim sistemleri ile fiyat rekabetini sabote eden belirsizliklerin yaratılması, maliyetlere ilişkin verilerin elde edilmesindeki ciddi güçlükler vb. durumlar için geçerli olmak üzere, fiyat-maliyet analizlerinin indirim sistemlerinin dışlayıcı olup olmadığının değerlendirilmesinde her zaman uygun bir değerlendirme ölçütü olamayacağı görüşüdür. İkincisi ise, fiyat-maliyet analizlerinin yapılmasının uygun ve mümkün olduğu durumlarda, söz konusu analizlerde izlenen yöntemeye yönelik eksiklikler bakımından getirilen alternatif yöntemleri içeren görüşlerdir.

4. AB UYGULAMASI IŞIĞINDA İNDİRİM SİSTEMLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

AB İçtihat Hukuku'nda paket ürün indirimleri ile tek-ürün indirimleri arasında bir ayrıma gidilmemekte, esas itibarıyla, varsayımsal olarak yasal kabul edilen miktar indirimleri ile pek çok durumda rekabet karşıtı olarak kabul edilen sadakat indirimleri arasında bir ayrıma gidilmekte ve hâkim durumdaki teşebbüsün indirimine konu (rekabetçi) ürünün indirim sonrası fiyatı söz konusu ürünün uygun bir birim maliyeti ile karşılaştırılmamaktadır.

Miktar indirimleri temel olarak, söz konusu indirimler alt pazardaki alıcılar arasında herhangi bir ayrımcılığa yol açmadığı sürece yasal kabul edilmektedir. Müşterilerin alımlarının tamamını ya da büyük bir kısmını hâkim durumdaki teşebbüsten karşılamasına yol açan sadakat indirimleri ise temel olarak rekabet karşıtı kabul edilmektedir. Bu anlamda bir pazarda hâkim durumda bulunan ve rakiplerine kıyasla önemli bir pazar payı üstünlüğü bulunan⁴⁹ bir teşebbüs tarafından görece uzun bir referans dönemi içinde uygulanan kişiselleştirilmiş, geriye dönük indirimler⁵⁰, söz konusu indirimleri nesnel bir biçimde iktisadi olarak temize çıkarabilecek savunmaların (*objective economics justifications*) yokluğu halinde, pazara girişleri daha güçleştirdiği ya da olanaksız hale getirdiği için kötüye kullanma olarak değerlendirilmiştir. Economides ve Lianos⁵¹,un, *LePage* yaklaşımına belli yönlerden benzettiği bir

⁴⁸ Economides ve Lianos (2009), s.49.

⁴⁹ Case 322/81, NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin v Commission [1983] ECR 3461; Virgin/British Airways, OJ 2000 L 30/1 ve Case T-219/99, British Airways plc v Commission [2003] ECR II-5917.

⁵⁰ Case 85/76, Hoffmann-La Roche and Co AG v Commission [1979] ECR 461.

⁵¹ Economides ve Liason (2009), s.20.

yaklaşım olarak kabul ettikleri bu yaklaşıma göre, hâkim durumdaki teşebbüse göre daha az etkin olan bir rakibin dışlanması kötüye kullanma olarak kabul edilebilmektedir.

Bunun yanında İlk Derece Mahkemesi (CFI), *Michelin II* kararında⁵², Michelin'in belli bir referans dönem için çok sayıda ürün ve hedefin yer aldığı bir sistem içinde, önceden belirlediği bir ciro hedefinin yakalanması halinde geriye dönük olarak bütün ciroya uyguladığı, esasen standart miktar indirimi benzeri indirim sistemini hedef indirimleri olarak tanımlamış ve söz konusu uygulamanın kötüye kullanma olduğuna hükmetmiştir. Geriye dönük indirimlerin, rakip teşebbüslerin müşterilerin taleplerinin geriye kalan kısmı üzerinde hâkim durumdaki teşebbüsten daha düşük bir fiyat sunmaları yanında, geriye dönük indirimleri de telafi etmeleri gerektiğine vurgu yapan CFI, söz konusu indirim sisteminin referans dönemin sonuna kadar belirsizlik yaratması nedeniyle müşteriler üzerinde, alımlarını Michelin'den karşılamaları yönünde bir baskı yarattığına ve müşterilerin tedarik kararlarını özgürce vermelerini engellediğine işaret etmiştir. CFI ayrıca, kötüye kullanmanın geçerli olduğu dönemde Michelin'in pazar payındaki azalmayı da, söz konusu indirim uygulaması olmasaydı anılan düşüşün daha büyük olacağını öne sürerek konu ile ilgili olmayan bir husus olarak değerlendirmiştir.

AB İçtihat Hukuku'nda temel olarak, hâkim durumdaki teşebbüs tarafından sunulan sadakate yol açan hedef indirimlerini de içerecek şekilde sadakat indirimleri, alıcıların tedarik kararlarını özgürce verebilmelerini sınırlandırdığı ya da bütünüyle ortadan kaldırdığı ve dolayısıyla pazara girişleri güçleştirdiği, rakiplerin pazar dışına çıkmalarına ya da marjinalize edilmelerine yol açtığı ya da açması olası oldukları için kötüye kullanma olarak kabul edilmektedir.

Bununla birlikte Avrupa Toplulukları Adalet Divanı (ATAD)'nın *British Airways* kararı⁵³ ile Komisyon'un *Tomra* kararı⁵⁴ indirim sistemlerinin rekabet karşıtı dışlayıcı etkilerini, söz konusu indirim sistemlerinin sağladığı etkinlikler ile karşılaştıran, Roma Antlaşması'nın 82. maddesi'ne yönelik öngörülen reform çerçevesinde atılan önemli adımlar olarak görülmüştür. ATAD, *British Airways* kararında, hâkim durumdaki teşebbüs tarafından uygulanan bir indirim sisteminin kötüye kullanma olup olmadığının değerlendirilmesinde üç aşamalı bir testin uygulanması gerektiğini belirtmiştir. Testin ilk aşamasına göre, indirim sisteminin dışlayıcı bir etki yaratıp yaratmayacağı ortaya konulmalıdır. İkinci aşamada ise indirim sisteminin

⁵² Manufacture Française des Pneumatiques Michelin v. EC (Michelin II), 2003 E.C.R. II-4071.

⁵³ Case C-95/04, British Airways v. Commission, 2007 E.C.R. I.

⁵⁴ Case COMP/E-1/38.113, Prokent Tomra [2006].

rakiplerin konumunu etkileme eğiliminde olup olmadığına bakılmalıdır.⁵⁵ Son olarak ise indirim sisteminin nesnel iktisadi savunmalar ile haklı çıkarılıp çıkarılmayacağına bakılmalıdır. Testin birbiri ile bağlantılı olduğu ilk iki aşamasında, indirim sisteminin rakipler için pazara girişi ve sonrasında müşterilerin de tedarik kaynakları arasında özgürce seçim yapmalarını güçleştirip güçleştirmedeği ya da olanaksız kılıp kılmadığı belirlenmektedir. ATAD, böylece, bir indirim sisteminin kötüye kullanma olarak kabul edilebilmesi için yalnızca sadakat yaratıcı etkiye sahip olmasının yeterli olmadığını, ayrıca dışlayıcı etkinin varlığının ortaya konulması gerektiğini ifade etmiştir.⁵⁶ Nitekim, Economides ve Lianos⁵⁷ bir indirim sisteminin pazar koşulları üzerindeki etkisine ve etkinlik kazanımı sağlayıp sağlamadığını araştıran söz konusu testin son iki aşamasından dolayı bu yaklaşımı, sadakate yol açan indirim sistemlerini hemen hemen per se ihlal (*quasi-per se illegal*) olarak kabul eden yaklaşımdan ziyade yapısalcı *rule of reason*⁵⁸ (*structured rule of reason*) yaklaşımına yakın olarak nitelendirmişlerdir.

Bununla birlikte, Faella⁵⁹, rakiplerin hâkim durumdaki teşebbüs tarafından uygulanan indirim sistemine aynı ya da yakın nitelikte bir karşılık verip veremeyeceklerinin dikkate alınmadığını ve herhangi bir fiyat-maliyet analizi yapılmadığını belirttikten sonra, her iki kararı da indirim sistemlerine yönelik geleneksel AB yaklaşımının sürdürülmesi olarak nitelendirmiştir.

AB İçtihat Hukuku'nda hâkim durumdaki teşebbüs tarafından uygulanan bir indirim sisteminin sadakate yol açıp açmadığının belirlenmesinde birtakım ölçütler bulunmaktadır. Bunlardan ilki, indirim sisteminin geçerli olduğu referans dönemin uzunluğudur. Referans dönem uzadıkça, geriye dönük bir indirim sisteminin varlığı halinde, alıcıların üzerinde hâkim durumdaki teşebbüsten alım yapma yönündeki baskı giderek artacaktır. Ancak kritik referans dönemin ne olduğu konusunda bir belirginlik yoktur. Söz konusu dönemin, her duruma uyan bir uzunluğa tekabül etmesinden ziyade, her bir indirim sistemi bazında, başta indirime konu ürüne ilişkin piyasa koşulları olmak üzere birçok ölçüt bakımından belirlenmesi uygun olacaktır.

İkinci olarak, indirim sistemini uygulayan hâkim durumdaki teşebbüs ile rakip teşebbüsler arasındaki asimetri ne kadar büyükse, rakip teşebbüslerin, rekabet edebileceği marjinal talebin küçüklüğü başta olmak üzere pek çok

⁵⁵ BACON, K. (2007), "European Court of Justice Upholds Judgment of the European Court of First Instance in the British Airways/Virgin Saga", http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1077127, Erişim Tarihi: 10.01.2010, s.232.

⁵⁶ Bkz. Dipnot 53, para.77.

⁵⁷ Economides ve Liason (2009), s.95.

⁵⁸ Diğer bir deyişle "haklı sebep".

⁵⁹ Faella (2007), s.17-18.

olanak bakımından kısıtlara tabi olması nedeniyle, indirim sisteminin sadakate yol açma eğilimi artacaktır. Nitekim Kallaugher⁶⁰, pazar payının belli bir eşiğin üstünde olduğu süper hâkim durum⁶¹ (*super dominance*) için sadakat indirimlerinin rekabet karşısı olduğuna dair *per se* bir kural getirilebileceğini önermektedir.

Üçüncü olarak, hâkim durumdaki teşebbüsün indirim sistemini uyguladığı dağıtıcı niteliğindeki müşterilerin marjlarının düşük olması halinde, geriye dönük bir indirim sistemi, kaybedilmesi göze alınamayacak kadar cazip bir nitelik kazanabilecektir.

Bununla birlikte referans dönemin uzunluğu olsun, hâkim durumdaki teşebbüs ile rakipler arasındaki asimetri olsun, indirimlere muhatap müşterilerin kâr marjlarının büyüklüğü olsun, iktisadi analizlere dayalı tespitlerin olmadığı durumlarda, kötüye kullanma değerlendirmelerinde başvurulacak önemli göstergeler olarak görülmektedir.

Dördüncü olarak, hâkim durumdaki teşebbüs tarafından uygulanan bir indirim sistemi ne kadar az şeffaf ya da söz konusu teşebbüse bu sistemi yürütmesinde ne kadar çok keyfiyet veriyorsa, müşterilerin bünyesinde o derece belirsizliğe yol açacak ve hem müşterilerin ürünün efektif fiyatı ile rakip ürünlerin fiyatını karşılaştırmasını önleyecek hem de dönem boyunca indirimleri kaybetmemek için alımların hâkim durumdaki teşebbüsten karşılanması yönünde baskı yapabilecektir. Bunun yanında, paket ürün indirimleri, geriye dönük bir indirim sisteminin sadakat yaratıcı etkisini, referans dönem için belirlenen eşiğin yakalanamaması halinde birden fazla ürün üzerindeki indirimleri kaybetmeye yol açabilecek olması nedeniyle şiddetlendirebilecektir.

Ayrıca hâkim durumdaki teşebbüsün rakiplerini dışlama yönündeki bir niyetinin varlığı da uyguladığı indirim sisteminin kötüye kullanma olarak değerlendirilmesinde dikkate alınabilecek önemli bir ölçüttür.⁶²

AB İçtihat Hukuku'nda, hâkim durumdaki teşebbüs tarafından uygulanan indirim sistemlerine yönelik nesnel iktisadi savunmalar ancak, standart (miktar) indirimleri bakımından ve söz konusu indirimlerin maliyet tasarruflarına dayanması halinde kabul edilmektedir. AB İçtihat Hukuku, sadakate yol açan indirimlerin müşteriye özgü oldukları ve büyük siparişler ile

⁶⁰ KALLAUGHER, J. (2005), "Rebates Revisited (Again) – The Continuing Article 82 Debate" <http://www.coleurop.be/content/gclc/documents/Paper%20Kallauger.doc>, Erişim Tarihi: 10.01.2010, s.9.

⁶¹ Süper hâkim durum ile pazar payının oldukça yüksek olduğu ve tam bir monopole yakınsayan bir durum kastedilmektedir.

⁶² Faella (2009), s.11.

sağlanabilecek ölçek ekonomileri ile açıklanamayacağı görüşüne sahiptir. Bununla birlikte, Geradin ve Petit⁶³, AB yaklaşımı çerçevesinde, ancak maliyet tasarruflarına karşılık gelen indirimlerin yasal kabul edilmesi gerektiği görüşünün yanlışlığına dikkat çekmektedirler. Zira bilgi ve ağ endüstrileri başta olmak üzere pek çok endüstri için daha çok miktarda ürün satılması maliyetlerde tasarruflara yol açmamaktadır.⁶⁴ Ayrıca ölçek ekonomileri nadiren doğrusal bir nitelik arz etmekte ve etkinlik kazanımı anlamında bu ölçek ekonomilerine karşılık gelen maliyet tasarrufunun ispatı oldukça zor bir işlemdir.

AB yaklaşımında özellikle ATAD'ın *British Airways* kararı ile somutlaşan yöntemlere göre öncelikle, bir indirim sisteminin, pazarın yapısını değiştirmesinin muhtemel olup olmadığına ve ticari aktörlerin performanslarına dayalı mal ve hizmet piyasalarına ilişkin normal rekabeti tesis eden uygulamalardan farklı bir ticari yöntem oluşturup oluşturmadığına bakılarak söz konusu indirim sistemi, rekabet perspektifinden varsayımsal olarak rekabet yanlısı ya da karşıtı etkilere sahip olduğu ön tanısı koymak amacıyla soyut olarak sınıflandırılmaktadır. İkinci olarak ise yetkili otorite/mahkeme, gerçeklere dayalı analiz yapmak suretiyle indirim sisteminin rekabet karşıtı etkisinin varlığını araştırmaktadır.⁶⁵

AB İçtihat Hukuku'nun indirim sistemlerine ilişkin yaklaşımına, bu yaklaşımın dikkate almadığı hususlar çerçevesinde bakılacak olursa; öncelikle söz konusu yaklaşım, rakiplerin hâkim durumdaki teşebbüsün uyguladığı indirim sistemlerine aynı şekilde karşılık verip veremeyeceklerini, pazarda bir rakibin faaliyetlerini sürdürebilmek için gerekli minimum etkin ölçek ile indirim sistemi sonucu pazarın ne kadarlık bir kısmının rakiplere kapatıldığı değerlendirilmesini ve olası bir dışlamanın pazara giriş koşulları ve pazardaki diğer rakip teşebbüslerin rekabetçi konumları çerçevesinde pazardaki rekabet üzerindeki ve tüketici refahı üzerindeki etkisini dikkate almamaktadır.⁶⁶ Bunun yanında, AB yaklaşımı, sabit maliyetlerin oldukça yüksek olduğu endüstrilerde, indirim sistemlerinin üretimin artırılarak sabit maliyetlerin karşılanmasıdaki rolünü dikkate almamakta ve indirim sistemleri yoluyla tesis edilebilen fiyat farklılaştırmalarına getirilecek sınırlamaların hem tedarik hem de perakende düzeyinde örtülü anlaşmayı kolaylaştırıcı bir etki yapabileceğini göz ardı

⁶³ GERADIN, D. ve N. PETIT (2005) "Price Discrimination under EC Competition Law: The Need for a case-by-case Approach", <http://www.coleurop.org/content/gclc/documents/GCLC%20WP%2007-05.pdf>, Erişim Tarihi: 10.01.2010, s. 21-22.

⁶⁴ Geradin ve Petit (2005), s.22.

⁶⁵ Economides ve Lianos (2009), s.80.

⁶⁶ Faella (2007), s.14-15.

etmektedir.⁶⁷ Son olarak, sağlayıcı teşebbüsler, maliyet tasarruflarına denk gelmeyen indirimler yoluyla, müşterileri konumundaki dağıtıcılar düzeyinde dağıtım olanaklarının iyileştirilmesi ve geliştirilmesi için teşvik mekanizmaları oluşturabilmektedirler.

5. ABD VE AB YAKLAŞIMLARININ KARŞILAŞTIRILMASI

İndirim sistemlerinin tek taraflı eylemler bağlamında değerlendirilmesi ABD’de Sherman Kanunu’nun 2. kısmı altında tekelleşme başlığı altında; AB’de Roma Antlaşması’nın 82. maddesi altında hâkim durumun kötüye kullanılması başlığı altında gerçekleştirilmektedir. Bu çerçevede, ABD uygulamasında, bir indirim sisteminin hâkim durumda olmayan teşebbüsler tarafından da uygulanıyor olması, söz konusu indirim sisteminin tekel gücünü artırmak için kullanıldığı varsayımını zayıflatmaktadır. Bununla birlikte, hâkim durumdaki teşebbüslere ilişkin düzenleyici bir yaklaşım benimsediği öne sürülen AB yaklaşımında, pazardaki rekabetin korunması açısından özel sorumluluklar taşıyan hâkim durumdaki teşebbüs tarafından uygulanan bir indirim sisteminin pazarda yaygın olarak uygulanıyor olmasının hiçbir önemi yoktur.⁶⁸ Dahası, hâkim durumda olmayan bir teşebbüs ölçek ekonomisi gibi nesnel iktisadi savunmalara dayanmayan ve hatta söz konusu teşebbüsün hâkim durum elde etmesini sağlayabilecek nitelikteki bir indirim sistemini rahatlıkla uygulayabilirken hâkim durum eşiği geçildikten sonra anılan teşebbüs aynı indirim sistemini, nesnel iktisadi savunmalar ile aklamadıkça uygulayamayacaktır.

Paket ürün indirimleri bağlamında da, ABD uygulaması yıkıcı fiyat analizinin üzerinde değişiklik yapılmış halini kullanırken AB uygulaması rekabet karşıtı dışlama/piyasayı kapama ölçütünü kullanmakta ve paket ürün indirimlerinin etkileri bakımından bağlama uygulamalarına eş olduğunu kabul etmektedir.⁶⁹

Esas itibarıyla, ABD yaklaşımının merkezinde yer alan fiyat-maliyet analizlerinin benimsenmesi temel olarak rekabet kurallarının rakipleri değil rekabeti koruması gerektiği, indirim sistemlerinin nesnel savunmalar ile haklı çıkarılabileceği ve fiyat rekabetinin etkili bir biçimi olduğu görüşüne dayanmaktadır. AB yaklaşımının merkezinde bulunan ve herhangi bir maliyete dayalı güvenli limanlar tesis etmeden dışlama/piyasayı kapama ile rakibin maliyetlerini artırma analizlerinin benimsenmesi ise, temel olarak, pazarların açık tutulması, girişlerin ya da rakiplerin dışlanması veya marjinalize edilmesinin engellenmesi, indirim sistemlerinin rekabet karşıtı etkilerinin

⁶⁷ Geradin ve Petit (2005), s.22.

⁶⁸ Faella (2007), s.22-23.

⁶⁹ Case T-201/04, Microsoft Corp. V EC, 2007 E.C.R. II-3601, para. 908.

bunların sağladığı öne sürülen etkinlik kazanımlarına baskın geldiği ve yetkili otoritelerin/mahkemelerin fiyat-maliyet analizlerini düzgün bir şekilde yürütemeyeceklerine dair kaygıya dayandırılmaktadır.⁷⁰

İki yaklaşım arasındaki bir diğer fark ise ispat standardı açısından ortaya çıkmaktadır. AB yaklaşımında, bir indirim sisteminin sadakat artırıcı etkiye sahip olması ve dolayısıyla söz konusu sistemin dışlama etkisine yol açmasının olası olması yeterli görülebilirken ABD yaklaşımı ve fiyat-maliyet analizleri çerçevesinde daha ziyade gerçek etkilere bakılmaktadır.⁷¹

6. KOMİSYON'UN 82. MADDE'Yİ HÂKİM DURUMDAKİ TEŞEBBÜSLERİN DIŞLAYICI KÖTÜYE KULLANMALARINA UYGULAMASINDAKİ ÖNCELİKLERİNE İLİŞKİN REHBER (REHBER) VE REHBER'DE BENİMSENEN YAKLAŞIMIN DEĞERLENDİRİLMESİ

Sadakat indirimlerinin pazarı kapama/dışlama etkileri temel olarak iki şekilde gerçekleşebilmektedir. Bunlardan ilki, ilgili ürünün indirim sonrası fiyatının, ortalama birim maliyetinin altına düşmesidir. ABD uygulamasının merkezinde yer alan ve tipik bir yıkıcı fiyat vakasından farklı olmayan bu durum, hâkim durumdaki bir firma tarafından uygulanan bir indirim sisteminin rekabet karşıtı olarak kabul edilmesi için gerekli bir koşuldur.

Sadakat indirimleri tipik yıkıcı fiyatlamaya dışında, maliyet üstü fiyatlamaya yoluyla da dışlama etkileri doğurabilmektedir. Söz konusu dışlama etkileri, rakiplerin her bir müşterinin talebinin bütünü için, hâkim durumdaki teşebbüs ile eşit koşullarda rekabet edemediği durumlarda çok daha olasıdır. Böyle bir durumun varlığından, hâkim durumdaki teşebbüsün, bulundurulması zorunlu ürün (*must stock item*) niteliğinde bir ürüne-markaya sahip olması, müşterilerine uzun dönemli sözleşmelere bağlı yükümlülükler getirmiş olması, hâkim durumdaki teşebbüsün ürünlerini kullanmak için yapılan önemli düzeydeki yatırımlar gibi değişim maliyetlerini artıran unsurlar, işlem maliyetlerinin görece önemli bir pay tuttuğu piyasalarda tek tedarikçi ile çalışma gerekliliği ya da belli bir (esnek olmayan) kısmı bakımından kaçınılmaz ticari partner (*unavoidable trading partner*) konumunda bulunması halinde söz edilebilecektir⁷². Bu anlamda piyasadaki alıcıların talepleri; her halükarda (indirim uygulamasının olmadığı durumlarda dahi) taleplerinin belli bir kısmını

⁷⁰ Faella (2009), s.14.

⁷¹ International Competition Network (2009), "Report on the Analysis of Loyalty Discounts and Rebates Under Unilateral Conduct Laws", <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc357.pdf>.

Erişim Tarihi: 10.01.2010, s.13.

⁷² Rehber, para.36.

hâkim durumdaki teşebbüsten karşıladıkları, talebin yarışılabilir olmayan kısmı ve alıcıların alternatif sağlayıcıları tercih edebileceği ve onlardan alım yapabileceği, talebin yarışılabilir kısmı (talebin rekabete açık kısmı) olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Hâkim durumdaki teşebbüs tarafından verilen koşullu bir indirim, bu teşebbüse, talebin rekabete açık olmayan kısmını, talebin rekabete açık kısmı için ödenen fiyatları düşürmek için bir kaldıraç (*leverage*) olarak kullanma olanağı tanıyabilecektir. Zira hâkim durumdaki teşebbüs tarafından kullanılan sadakat artırıcı indirimler, rakiplerin yalnız talebin rekabete açık kısmı bakımından fiyat rekabetine girmesini değil aynı zamanda talebin rekabete açık olmayan kısmına yönelik verilen indirimleri telafi etmesini de gerektirmektedir.

Bir müşterinin gerçekçi olarak kaydırabileceği talep düzeyi anlamındaki talebin anlamlı aralığının (*relevant range*) (azami) düzeyi ise, ilgili müşterinin talebinin rekabete açık kısmına karşılık gelmektedir. Talebin anlamlı aralığı, müşterilerin görece hızlı bir şekilde (potansiyel) bir sağlayıcıya taleplerinin önemli bir kısmını kaydırabildikleri hallerde büyük, az bir kısmını kaydırabildikleri hallerde küçük olmaktadır. Bu anlamda, mevcut rakiplerin satışlarını artırabilme kapasitesi ve söz konusu satışlardaki (pazar paylarındaki) dalgalanmalar talebin anlamlı aralığı hakkında bir gösterge sağlayabilecektir.⁷³ Bununla birlikte, sadakat artırıcı indirim sunan hâkim durumdaki teşebbüsün her bir alıcı ve dolayısıyla toplam piyasa talebi bakımından sahip olduğu rekabete açık olmayan talebin oranı ne kadar büyükse, rakiplerin de rekabet edebileceği alan daralmakta ve bunun sonucunda rakipler alıcılara hâkim durumdaki teşebbüs tarafından sunulan toplam indirim miktarını telafi edebilmek için çok daha düşük düzeydeki bir satış tabanı üzerinden çok daha yüksek bir indirim yapmak durumunda kalacaktır.

Esasen hâkim durumdaki teşebbüs tarafından uygulanan indirim sistemi kapsamında belirlenen indirim eşiği ile toplam talep arasındaki fark arttıkça, rakibin teklif etmesi gereken minimum fiyatın artabileceği ve dolayısıyla işlem maliyetinin azalacağı varsayımını, Maier-Rigaud⁷⁴, ortalama alma yanılgısı⁷⁵ (*averaging fallacy*) olarak adlandırmaktadır. Zira rakibin böyle bir durumda, indirim eşiğinin hemen altına yönelik satış yapmak yerine indirim eşiğinin üzerindeki marjinal talebe yönelik satış yapmayı tercih etmesi, indirim bedeli kadar bir bedelin kendisi tarafından telafi edilmesi gerekliliğini ortadan kaldıracak olmasına bağlı olarak satış gelirini artıracak olması nedeniyle

⁷³ Rehber, para.42.

⁷⁴ MAIER-RIGAUD, F. P. (2006), "Article 82 Rebates: Four Common Fallacies", http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=910805, Erişim Tarihi: 10.01.2010, s.6-9.

⁷⁵ Konuya ilişkin ayrıntılı açıklama ve indirim sistemleri bağlamındaki diğer yanılgılar için Bkz. (Maier-Rigaud 2006)

rasyonel bir karar olacaktır. Nitekim Komisyon *Tomra* kararında⁷⁶, *Tomra* tarafından getirilen savunmayı benzer şekilde yanıtlamıştır. Bununla birlikte konuya ilişkin olarak *Kocabaş*, Komisyon'un indirim eşliğinin hemen altındaki birime odaklandığına ve rakibin talebin rekabete açık olmayan diğer birimlerine de yönelebileceğini göz ardı ettiğine dikkat çekmiştir.⁷⁷

Özetle, sadakat artırıcı etkiye sahip indirimler, alıcılar ve dolayısıyla hâkim durumdaki teşebbüsün rakipleri için önemli düzeyde değişim maliyetlerine yol açabilmektedir. Böyle bir durum, pazara yeni giriş yapan teşebbüslerin piyasa dışına itilmesine ya da mevcut rakiplerin niş alanlarda sıkıştırılarak marjinalize olmasına, hâkim durumdaki teşebbüs için maliyet altı fiyatlandırmayı gerektirmeden maliyet üstü fiyatlandırma yapmak suretiyle yol açabilmektedir.⁷⁸

Bu çerçevede, Rehber'e göre, hâkim durumdaki teşebbüs tarafından uygulanan bir indirim sisteminin rekabetçi değerlendirilmesinde benimsenen test, rakiplerin söz konusu indirim sistemine aynı şekilde karşılık verebilmeleri için sunmaları gereken efektif fiyatın hâkim durumdaki teşebbüsün (eşit etkinlikteki rakibin) uygun birim maliyetleri ile karşılaştırılmasını içermektedir.⁷⁹ Buna göre, paket ürün indirimlerinde, bütün pakete yönelik toplam indirim, paket içindeki rekabetçi ürünün rekabete açık kısmına atfedilmekte ve tek-ürün indirimlerinde ise söz konusu ürüne yönelik uygulanan toplam indirim sadece o ürüne yönelik talebin yarışılabilir kısmına atfedilmektedir. İndirim sonrası ortaya çıkan efektif fiyatın hâkim durumdaki teşebbüsün ortalama kaçınılabılır maliyetinin (*Average Avoidable Cost- AAC*) altında kalması halinde, söz konusu indirim sistemi kötüye kullanma olarak kabul edilebilecektir. Bunun yanında, rakibin sunması gereken efektif fiyatın, ortalama kaçınılabılır maliyet ile uzun dönem artan ortalama maliyet (*long run average incremental cost- LRAIC*) arasında olması halinde Komisyon, eşit etkinlikteki bir rakibin dahi, pazara giriş yapmasını ya da büyüyebilmesini etkileyen diğer faktörleri inceleyecektir. Bu bağlamda Komisyon, rakiplerin, örneğin talebin anlamlı aralığı için geçerli olan efektif fiyatı düşürmek için alıcıların taleplerinin yarışılabilir olmayan kısımlarını da kaldıraç olarak

⁷⁶ Bkz. dipnot no 54.

⁷⁷ *Kocabaş* (2008), s.75.

⁷⁸ O'Donoughe, R. ve A. J. Padilla (2006), *The Law and Economics of Article 82 EC*, Hart Publishing, Oxford and Portland, s.379.

⁷⁹ Bu anlamda, söz konusu yaklaşım, AMC yaklaşımında rakiplerin hâkim durumdaki teşebbüsün paket ürün indirimlerine aynı paketi sağlama (*bundle to bundle*) olanaklarının olmadığı halde benimsenen ve pakete yönelik toplam indirimin rekabetçi ürüne atfedilmesini benimseyen yaklaşımın, tek-ürün indirimlerine, toplam talebin rekabete açık olmayan ve olan kısımları olarak ikiye ayrılmasını ve ürüne yönelik toplam indirimin yalnızca o ürüne yönelik talebin rekabete açık birimlerine atfedilmesi şeklinde uyarlanmasıdır.

kullanma kapasiteleri gibi gerçekçi ve etkin karşı stratejilere sahip olup olmadıklarını ya da ne derece bu olanaklara sahip olduklarını ele alacaktır.⁸⁰ Rakiplerin bu tip karşı stratejilerin ellerinde olmaması halinde ise Komisyon, inceleme konusu indirim sisteminin eşit etkinlikteki bir rakibi dışlama kapasitesinde olduğuna hükmedecektir.

Bu çerçevede, Tablo-2’de Rehber’de benimsenen testin, talebi yarışılabilir ve yarışılabilir olmayan şekilde iki segmente ayrılan bir ürün için, bu segmentlerin talebin farklı oranlarını oluşturduğu farklı varsayımlar halinde rakibin sunması gereken efektif fiyata ve talebin yarışılabilir kısmı üzerinde hissedilen indirim oranlarına yer verilmektedir.⁸¹

Örnekte, tek-ürün indirim sistemi kapsamındaki ürüne yönelik toplam talep 100 adet, ürünün liste fiyatı 10 TL ve indirim eşiği geçilmesi halinde alıcıya toplu olarak götürü şeklinde verilecek indirim miktarı ise 100 TL olarak kabul edilmiştir.

Tablo - 2
Tek Ürün İndirimlerinde Talebin Rekabete Açık Olmayan Kısmının
Toplam Talep Üzerindeki Oranın Rakibin Sunması Gereken
Efektif Fiyat Üzerindeki Etkisini Gösteren Tablo

Talebin Rekabete Açık Kısmı (Adet)	İndirime Hak Kazanmak için Konulan Eşik (Adet)	Talebin Yarışılabilir Kısmı Üzerindeki Etkin Fiyat	Talebin Yarışılabilir Kısmı Üzerindeki İndirim Oranı (%)
80	20	8,75	12,5
50	50	8	20
30	70	6,7	33
20	80	5	50
10	90	0	100
5	95	-10	200

Tablodan da görüldüğü üzere, talebin yarışılabilir olmayan kısmı büyüdükçe, alıcı tarafından talebin yarışılabilir olmayan kısmına yönelik algılanan indirim oranı artmakta ve dolayısıyla rakibin sunması gereken efektif fiyat düşmektedir. İndirimin, geriye dönük olacak şekilde tüm birimlerin liste fiyatına belli bir oranın uygulanması şeklinde değil de götürü şekilde verildiği

⁸⁰ Rehber, para. 44.

⁸¹ Söz konusu örnek Economides (2009) s.22-24’ten uyarlanmıştır.

basit örnekte, örneğin, talebin yarışılabilir olmayan kısmının toplam talebin yarısını oluşturması halinde algılanan indirim oranı %20, %80'ini oluşturması halinde ise %50'dir. Söz konusu götürü indirimin artması halinde, bu rakamlarda da önemli değişiklikler gerçekleşecektir.

Rehber'de benimsenen testte, eşit etkinlikteki bir rakibin, hâkim durumdaki teşebbüs tarafından uygulanan bir indirim sistemine aynı şekilde karşılık verip veremeyeceğinin değerlendirilmesinde, indirim konu ürünün tüm birimleri yerine söz konusu ürüne yönelik talebin rekabete açık kısmı üzerindeki efektif fiyatın dikkate alınması, Komisyon'un, güvenli liman niteliğindeki fiyat-maliyet karşılaştırmalarının koruması altında olduğu halde dışlayıcı nitelikteki indirimleri kaçırmayacak bir kapsam oluşturma kaygısından kaynaklanmaktadır. Nitekim AMC de, bir indirim sisteminin (tüm birimler üzerinden) maliyet üstü fiyatlamaya yoluyla da dışlama etkisi doğurabileceğini kabul etmekte, itirazını ise bunu ortaya koyabilecek bir testin açık, anlaşılabilir olamayabileceği ve başarılı bir şekilde yönetilemeyebileceği noktasında yoğunlaştırmaktadır.⁸²

Bu çerçevede, Rehber'de benimsenen teste yönelik itirazların odak noktasını indirim sistemine konu ürünün talebinin yarışılabilir kısmı ya da yarışılabilir olmayan kısmının doğru bir şekilde belirlenemeyeceği hususu oluşturmaktadır. Bu anlamda itirazların merkezinde, kapsamındaki rekabetçi olan ve olmayan ürünlerin birbirinden görece kolaylıkla ayrılabilmesi paketi ürün indirimleri değil, tek-ürün indirimleri yer almaktadır. Zira talebi bu şekilde ikili bir karaktere sahip olan bir ürünün talebinin rekabete açık kısmını belirlemede dikkate alınması gereken ve tam da bu ikili yapının varoluş nedenleri olarak kabul edilebilecek faktörlerin ve bu faktörlerin etki derecesinin belirlenmesi oldukça güç bir iş olarak görünmektedir.

Geradin⁸³, rakiplerin hâkim durumdaki teşebbüsün uyguladığı indirim sisteminin üstesinden gelmek için başvurabileceği karşı stratejilerin, talebin rekabete açık kısmının belirlenmesinde dikkate alınması gereken ve bu tespiti daha da güçleştiren bir unsur olduğunu dile getirmiştir.

Talebin yarışılabilir kısmının belirlenmesindeki güçlükler göz önünde bulundurulduğunda, söz konusu kısmın hesaplanmasında öncelikle indirim sistemi uygulaması öncesinde, hâkim durumdaki teşebbüsün ve rakiplerin talebin ne kadarlık bir kısmını karşıladıkları, rakiplerin pazar paylarındaki düşüşler başta olmak üzere pazar paylarındaki dalgalanmalar, indirimin büyüklüğünü ortaya koymak adına indirimin birim başına liste fiyatına oranı ve

⁸² AMC (2007), s.117.

⁸³ Geradin (2008), s.23.

rakiplerin indirimine konu ürünlerden olup da artık üretmediği ürünlerin varlığı gösterge olarak kabul edilebilecektir.^{84,85}

Geradin⁸⁶, talebin hâkim durumdaki teşebbüs ve rakipler arasındaki dağılımının, rakiplerin ürünlerinin yüksek fiyatlı, yetersiz kalitede olması ya da hâkim durumdaki teşebbüsün ürünlerin kalitesinin iyileşmesi gibi diğer pek çok nedeni olabileceğini belirtip talebin yarışılabilir kısmı ve söz konusu göstergeler arasında gerçekçi bir ilişkinin kurulamayacağına dikkat çekmiştir.

Talebin yarışılabilir kısmının belirlenmesinde ayrıca, hâkim durumdaki teşebbüsün iş planları, müşterilerin alım eğilimlerini gösteren raporlar gibi içsel dökümanları, müşterilerin farklı tedarik seçeneklerinin değerlendirilmesine ilişkin içsel analizleri ve rakip teşebbüslerin değişim maliyetlerini ve hâkim durumdaki teşebbüse karşılık verebilecekleri stratejileri değerlendirdikleri içsel çalışmaları başvurulması olası kaynaklar arasında yer almaktadır. Ancak talebin rekabete açık kısmının yalnızca bu kaynaklara dayandırılarak hesaplanması, söz konusu dökümanlara erişim olanağı bulunmayan hâkim durumdaki teşebbüsün, eyleminin hukukiliğini değerlendirmesine olanak vermeyecektir. Dahası, söz konusu dökümanlar, bilinçli ya da bilinçsiz olarak, yetkili rekabet otoritesinin ele geçirilmesi⁸⁷ ile benzer sonuçlara neden olabilecektir. Yanlış yönlendirme veya birbirleri ile tutarsızlık sergileyebilecek bu dökümanların içeriklerinin yetkili otorite tarafından sorgulanması ve temel analizin yalnızca bu kaynaklara dayandırılmaması gerekmektedir.

Bu çerçevede, Rehber'de benimsenen test, ikili karakter sahibi taleplerin yarışılabilir kısımlarının belirlenmesi bakımından taşıdığı ciddi güçlükler nedeniyle açık, anlaşılır ve başarılı bir şekilde yönetilebilir görülmemektedir. Nitekim, talebin rekabete açık kısmının belli düzeyde bir kesinlik ile belirlenemediği durumlarda en iyi seçeneğin (tüm birimler üzerinde) tipik yıkıcı fiyat analizi yapmak olduğunu öne sürülmektedir.⁸⁸

Belirlilik bakımından Rehber'de benimsenen teste yönelik olumlu eleştirilerden birisi ise, rakibin sunması gereken efektif fiyatın, hâkim durumdaki teşebbüsün uzun dönem artan maliyetinin sürekli üzerinde çıkması

⁸⁴ Rehber, para.42.

⁸⁵ Bk. Dipnot 42, para. 164.

⁸⁶ Geradin (2008), s.24.

⁸⁷ Düzenleyiciyi ele geçirme (*regulatory capture*), rekabet otoritesinin, kurumsal-uzmanlık kapasitesi açısından kaynak kısıtı ve inceleme konusu rekabet karşıtı uygulama ile ilgili sınırlı/asimetrik veri seti nedeniyle inceleme konusu uygulamaya ilişkin olarak, bu uygulamanın taraflarından ve özellikle rakiplerden elde ettiği bilgiler, raporlar ve araştırma sonuçlarına dayanarak kritik kararlar vermesi durumunda ortaya çıkabilecektir.

⁸⁸ AMC (2007), s.111-112.

halinde, inceleme konusu indirim sisteminin dışlayıcı nitelikte kabul edilmeyeceğidir. Bu anlamda Rehber, teşebbüslere, eylemlerini değerlendirebilecekleri bir güvenli liman da sunmuş olmaktadır.⁸⁹

Rehber’de benimsenen teste yönelik olarak getirilen farklı yöndeki bir eleştiri ise, daha az etkin nitelikteki bir rakibin de belli pazar koşullarında rekabetçi bir baskı yaratabilecek olduğu ortadayken fiyat-maliyet karşılaştırmasında rakibin kendi maliyetleri yerine hâkim durumdaki (eşit etkinlikteki) teşebbüsün maliyetlerinin dikkate alınmasıdır.⁹⁰ Ayrıca Economides ve Lianos⁹¹, fiyat rekabeti kadar yatırımların artırılmasını sağlayıcı nitelikteki kalite ve çeşitlilik üzerine kurulan rekabetin de önemli olması nedeniyle yalnızca fiyat-maliyet karşılaştırmasını standart olarak benimseyen testleri eleştirmektedirler. Ayrıca, AMC testine benzer şekilde bu test de ürün farklılaştırmasının geçerli olduğu ve dolayısıyla rakibin hâkim durumdaki teşebbüs ile aynı ürünü üretmediği pazarlar bakımından uygun bir değerlendirme ölçütü sunmamaktadır.

Fiyat-maliyet analizlerine yönelik olduğu için AMC testi için de evleviyetle geçerli olabilecek bir başka eleştiri noktası ise, indirim sistemlerinin tüketici hâkimiyetini⁹² zedeleyici nitelikte olmasıdır. Buna göre, hâkim durumdaki teşebbüs tüketici tercihlerine ürettiği ürünün niteliklerini iyileştirme üzerinden yanıt vermemekte, nihai tüketici olmayan araçları rakip ürün ya da hizmetleri bütünüyle ya da büyük ölçüde reddetmeleri yönünde zorlayarak ya da yönlendirerek ve dolayısıyla nihai tüketicilerin kendi tercihlerine göre pazar seleksiyonu sürecine müdahale etmesini önleyerek tüketici hâkimiyetini zayıflatmaktadır.⁹³ Economides ve Lianos⁹⁴, araçların, en azından pasif düzeyde desteğini içeren ve bu anlamda markalar arası rekabeti sınırlandırıcı dikey bir anlaşma olarak tanımlanabilecek bu tip bir uygulamanın, tüketici hâkimiyetini sınırlandırıcı bir doğası olması nedeniyle eşit etkinlikteki rakip ya da yıkıcı fiyat analizi gibi bir değerlendirmeye tabi tutulmasının uygun olmadığını ifade etmişlerdir.

⁸⁹ Economides ve Lianos (2009), s.31.

⁹⁰ Economides (2009), s.21.

⁹¹ Economides ve Lianos (2009), s.37-38.

⁹² Tüketici hâkimiyeti AB yaklaşımında, tüketicilerin kendi tercihleri doğrultusunda fiyat, kalite, çeşitlilik ve dolayısıyla rekabetçi süreci koruyabilme kapasitesi olarak tanımlanmakta ve hâkim durumdaki teşebbüsün pazarın rekabetçi sürecinin korunması yönünde taşıdığı özel sorumlulukların altında yatan gerekçe olarak tanımlanmaktadır Economides ve Lianos (2009), s.88.

⁹³ Economides ve Lianos (2009), s.90-91.

⁹⁴ Economides ve Lianos (2009), s.91.

7. İNDİRİM SİSTEMLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİNDE UYGUN TEST ÖNERİLERİ

Bu testler, temelde, eleştirilerin odağına ABD veya AB uygulamasını yerleştirerek ve diğer yaklaşımın eksikliklerini de gidermek suretiyle iyileştirilmiş bir değerlendirme önerisi getirmektedir.

7.1. Areeda-Hovenkamp (Gözden Geçirilmiş) Yaklaşımı

Areeda-Hovenkamp yaklaşımına göre, öncelikle paket ürün indirimine yönelik toplam indirim, paket içinde yer alan rekabetçi ürüne atfedildikten sonra ortaya çıkan fiyatın, indirimi sunan hâkim durumdaki (varsayımsal olarak eşit etkinlikteki) teşebbüsün maliyetinin altında olup olmadığı incelenmektedir. İndirim sonrası fiyatın varsayımsal olarak eşit etkinlikteki rakibin maliyetinin altında olması halinde rakibin, indirim uygulamasına aynı şekilde karşılık veremeyeceğinin ortaya çıktığı ikinci aşamada, indirim uygulamasından muzdarip rakipten başka, pazarda söz konusu indirim uygulamasına aynı şekilde karşılık verebilecek önemli bir rakibin olup olmadığına bakılmaktadır. Böyle bir rakibin varlığı halinde, tüketicilerin tedarik kararlarını özgürce vermeleri önemli ölçüde sınırlandırılmış olmayacaktır. Pazarda hâkim durumdaki teşebbüsün indirim uygulamasına aynı şekilde karşılık verebilecek bir rakibin yokluğu halinde ise testin üçüncü aşamasına geçilmekte ve söz konusu indirim sistemine ilişkin nesnel iktisadi savunmaların olup olmadığına bakılmaktadır⁹⁵.

7.2. Lambert Yaklaşımı

İndirim sistemlerine yönelik önerilen testleri fazla ya da yetersiz düzeyde kısıtlayıcı veya yönetilmesi güç olarak nitelendiren Lambert⁹⁶, dışlanan ya da dışlanması olası olan rakibin tüm rekabetçi seçeneklere başvurarak bu seçenekleri tüketmesi, rakibin (minimum etkin ölçeğin yakalanması halinde) en az hâkim durumdaki teşebbüs kadar etkin bir üretici olması (olacağı) ve rakibin dışlandığı iddia edilen pazarın giriş engellerinin varlığı nedeniyle yapısal olarak tekelleşmeye uygun olduğunun gösterilmesi halinde inceleme konusu indirim sisteminin yaptırımı tabi tutulması gerektiğini belirtmiştir. Söz konusu yaklaşım, rekabetçi bir rakibin dışlanmasına işaret eden görece yönetilebilir delillerle maliyet üstü fiyatlamaya aracılığıyla dışlamanın ortaya konulabilmesine olanak tanımaktadır.

⁹⁵ Aktaran Lambert (2006), s.11; AREEDA P. E. ve H. HOVENKAMP, "Antitrust Law" 749, s. 341-42 (2006).

⁹⁶ Lambert (2006), s.12-14.

7.3. Faella ya da Geradin Yaklaşımı

Gerek Faella⁹⁷ gerek Geradin⁹⁸ tarafından hemen hemen aynı sistematığın benimsendiği bu yaklaşımda ilk olarak, indirim sisteminin eşit etkinlikteki bir rakibin rekabetçi kapasitesini sınırlandırma ya da bu rakibi dışlayabilme gücü ele alınmaktadır. Bu aşamada önce, indirim sisteminin eşit etkinlikteki rakibin söz konusu indirim sisteminin kapsamındaki müşterilere erişimini engelleyebilme kapasitesi incelenmektedir. Talebin yarışılabilir ve yarışılabilir olmayan kısımları olarak ikiye ayrıldığı ve yine tüm indirimlerin talebin yarışılabilir kısmına atfedildiği bu yaklaşımda, talebin yarışılabilir kısmının hesap edilmesi oldukça kritik bir noktayı oluşturmaktadır. Bu anlamda, talebin yarışılabilir kısmının hesap edilmesinin oldukça karmaşık, belirsiz ve güç olduğu hallerde, indirim sisteminin uygulamaya konulmasından sonraki gerçekçi dışlayıcı etkilere ilişkin göstergeler, indirimin kayda değer büyüklüğü, alıcıların çok büyük bir bölümünün indirim sisteminin kapsamına girmesi rakibin, hâkim durumdaki teşebbüsün uyguladığı indirim sistemine aynı şekilde karşılık veremediği anlamına gelebilecektir. Bu aşamada ayrıca, fiyat-maliyet analizi için uygun birim maliyetin (ortalama kaçınılabilir ya da ortalama değişken maliyet) seçilmesi ve hesaplanması gerekmektedir. Bunun yanında, indirim sisteminin geçerli olduğu referans dönemin uzunluğu, söz konusu indirim sisteminin dışlayıcı karakteri üzerinde belirleyici bir nitelik arz etmektedir. Zira, hâkim durumdaki teşebbüsten referans dönem boyunca zaten gerçekleştirilen alımlar, değişim maliyetlerinin düzeyini ve bu alımların talebin yarışılabilir olmayan kısmını aşması halinde, Rehber'de talebin anlamlı aralığı olarak da nitelendirilen talebin yarışılabilir kısmının gerçekleşen büyüklüğünü etkilemektedir.⁹⁹ Bu aşamada ikinci olarak, eşit etkinlikteki rakibin, hâkim durumdaki teşebbüs tarafından uygulanan indirim sistemine aynı şekilde karşılık verememesi halinde, pazarı kapamanın büyüklüğünü ölçmek adına indirim sisteminin, pazarın ne kadar önemli bir kısmına erişimi engellediği ve pazara giriş ya da rakiplerin büyümeleri önündeki engellerini ne derece artırdığına bakılmaktadır.

Söz konusu yaklaşımda ikinci olarak, indirim sisteminin pazardaki genel rekabet düzeyi ve hâkim durumdaki teşebbüsün pazar gücü üzerindeki etkisi incelenmektedir. Bu anlamda, hâkim durumdaki teşebbüsün pazar gücü büyüklüğü, bu uygulamadan etkilenen rakiplerin dayanıklılığı, hâkim durumdaki teşebbüs üzerinde önemli bir rekabetçi baskı oluşturabilecek başka rakiplerin varlığı ve pazara giriş ve rakiplerin büyümeleri önündeki engellerin büyüklüğü

⁹⁷ Faella (2007), s.21-29.

⁹⁸ Geradin (2008), s.14-35.

⁹⁹ Faella (2007), s.26.

incelenmektedir. Zira sadakate yol açan bir indirim sistemi ancak (potansiyel) rakiplerin kayda değer bir rekabetçi baskı yaratabilmelerini engellediği ve böylece fiyatların yükselmesine, kalitenin ve yenilikçiliğin azalmasına, üretimin veya tüketici tercihlerinin sınırlandırılmasına yol açabileceği zaman kötüye kullanma olarak nitelendirilmelidir.

Bu yaklaşımda da son olarak, hâkim durumdaki teşebbüsün uyguladığı indirim sistemini nesnel iktisadi olarak savunabileceği belirtilmektedir.

7.4. Economides Yaklaşımı

Economides¹⁰⁰ yapısalcı *rule of reason* yaklaşımı olarak nitelendirdiği bu testin, esas itibarıyla tüketici fazlasına odaklandığını ve bu nedenle rakiplerin pazara girişinin ya da faaliyetlerini büyütmelemlerinin tüketici refahı üzerindeki etkisinin fiyat-maliyet analizleri ile ortaya konulamayacak olması dolayısıyla bu analizlere dayanan güvenli limanlar tesis edilmesine gerek olmadığını belirtmiştir. Tüketici fazlasını merkeze oturtan ve homojen ürünler için tasarlanan teste göre; talebin yarışılabilir kısmı üzerindeki efektif fiyatın hâkim durumdaki teşebbüsün kaçınılabilir sabit maliyetlerini de içerecek şekilde artan (*incremental*) maliyetlerinin altında olması halinde indirim sistemi açık bir şekilde kötüye kullanma olarak değerlendirilebilecektir.

Talebin yarışılabilir kısmı üzerindeki efektif fiyatın rakip teşebbüsün kaçınılabilir sabit maliyetlerini de içerecek şekilde artan maliyetlerinin altında olması halinde ise, söz konusu rakibin dışlanması pazarındaki rekabeti ve tüketici fazlasını azaltacağına gösterilmesi gerekmektedir. Rakibin eşit etkinlikte olması halinde testin bu ayağı birinci ayağına dönüşecektir. Rakibin daha az etkin nitelikte olması halinde ise, rakibin hâkim durumdaki teşebbüs ile aynı maliyet eğrisine/fonksiyonuna sahip olup olmadığına ve ardından rakibin eşit etkinliğe ulaşması için gerekli ölçüğü yakalayamamasının nedeninin hâkim durumdaki teşebbüsün uyguladığı indirim sisteminden kaynaklanıp kaynaklanmadığına bakılmalıdır. Rakibin maliyet eğrisinin hâkim durumdaki teşebbüsünkinden daha yüksek olması halinde, indirim sisteminin, uygulama öncesinde tüketicilerin menfaatlerini azaltma ya da ortadan kaldırma yönünde bir etkisinin olup olmadığına bakılmaktadır.

Son olarak, hâkim durumdaki teşebbüsün indirim sistemine konu ürünün indirim uygulaması sonrasındaki liste fiyatının indirim uygulaması öncesi fiyatından yüksek olması, tüketici fazlasının azalmasına dair açık bir işaret olarak kabul edilecek ve uygulama kötüye kullanma olarak nitelendirilecektir.

¹⁰⁰ Economides (2009), s.26-28.

7.5. Brennan Yaklaşımı

Brennan¹⁰¹, esas olarak, AMC yaklaşımının ve bu yaklaşımın benimsediği fiyat-maliyet analizine dayalı üç aşamalı testin, pek çok uyumsuzluk konusu indirim sisteminin nihai tüketicilere değil aracı konumundaki profesyonel alıcılara yönelik olması nedeniyle, hatalı olduğunu öne sürmektedir.

Bu yaklaşıma göre, pazara giriş engelleri pazarın içinde değil dışında yer almaktadır. Rakibin dışlanması ya da maliyetlerinin artırılması, temel olarak indirim konu ürün pazarının dışındaki bir pazarda; dağıtım, perakende satış hizmetleri ya da bu ürünü tamamlayıcı nitelikteki herhangi başka bir girdi pazarında pazar gücünü gerektirmektedir. Bir teşebbüsün, indirim konu ürün pazarında dışlamaya yol açabilmesi için, bu ürünü tamamlayıcı nitelikteki ürün veya hizmetin¹⁰² fiyatında örtülü ya da açık fiyat artışlarına yol açması gerekmektedir. Dolayısıyla dışlama uygulaması, indirim sistemini uygulayan teşebbüsün, indirim konu ürün pazarında pazar gücüne sahip olmasına değil, bu ürünü tamamlayıcı nitelikteki ürün pazarında, fiyatları kayda değer biçimde artıracak pazar gücü elde etmesine dayanmaktadır.

Brennan'ın¹⁰³ tamamlayıcı ürün pazarının tekelleştirilmesi (*complement market monopolization-CMM*) olarak adlandırdığı bu yaklaşımın temel hareket noktası, indirim sistemlerine muhatap olanların genellikle nihai tüketiciler olmadığı ya da bunların nihai tüketicilerin vekili gibi davranmadığı halde, bu hususun dikkate alınmamasıdır. Dağıtım piyasası gibi herhangi bir tamamlayıcı ürün piyasasının oldukça yoğunlaşmış olduğu ve her bir dağıtıcının belli bir grup son kullanıcı üzerinde tekeli güce sahip olduğu bir durum dışında, bu alıcıların nihai tüketicilerin vekili gibi davranmaları beklenmeyecektir. Zira, tamamlayıcı ürün sağlayıcılarının rekabet etmesi demek, bu alıcıların, nihai tüketicilerin aksine pazar dışına çıkmalarının ya da pazara giriş yapmalarının söz konusu olduğu anlamına gelmektedir. Bu durum ise, alıcıların çıkarlarının nihai tüketicilerin yararlarından farklılaşmasına yol açmaktadır. Zira bu alıcılar, birbirleri ile rekabet ettikleri için, talepleri birbirine bağımlı nitelikte olup, birisinin talebi, diğeri için ödendiği fiyattan etkilenmektedir.

¹⁰¹ BRENNAN, T. J. (2007), "Bundled Rebates as Exclusionary, Not Predatory",

http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=992907, Erişim Tarihi: 10.01.2010, s.12-23.

¹⁰² Burada "tamamlayıcı ürün veya hizmet" ile iktisat yazınında geçerli olan ve "çay-şeker" veya "otomobil-lastik" gibi klasik tamamlayıcı üründen ziyade dağıtım hizmetleri gibi malların sunulmasına ilişkin girdi niteliğinde bir ürün veya hizmet kastedilmektedir. Bu anlamda söz konusu analiz, özü itibarıyla müşterilerin ya da yeniden satıcıların rakiplere kapatılmasından (*foreclosure*); rakiplerin yeterli satış noktasına ulaşmalarının önlenmesinden farklı değildir.

¹⁰³ Brennan (2007), s.14.

Bu çerçevede, bir indirim sistemine yönelik incelemenin odak noktasını, söz konusu indirim sisteminin daha önceden (daha) rekabetçi olan tamamlayıcı ürün pazarının tekelleşmesine, bu pazara erişimin sınırlandırılmasına yol açıp açmadığı oluşturmaktadır. Özetle, bir indirim sistemi, rakiplerin, örneğin perakende satış hizmetleri gibi tamamlayıcı ürün için ödemeleri gereken sınırdaki fiyatların (*prices at the margin*) artmasına yol açması halinde rekabet karşıtı etkilere neden olacaktır. Tamamlayıcı ürün pazarının tekelleştirilmesi kaynaklı söz konusu rekabet karşıtı etkiler, tamamlayıcı ürün pazarındaki marjinal fiyatları artırmak suretiyle, indirim konu ana ürünün nihai fiyatının yükselmesine ve satışlarda etkisiz bir düşüşe neden olacaktır.¹⁰⁴ Bu anlamda, rakiplerin temin etmesi gereken tamamlayıcı ürünün fiyatını artıran bir indirim sistemi, söz konusu rakipler eşit etkinlikte olmasalar da rekabet karşıtı olacaktır. Zira indirim sisteminin değerlendirilmesindeki temel nokta, asıl ürün pazarındaki giriş olanaklarını kapatmanın yolunun, bu pazarda fiyatları yükseltmek değil tamamlayıcı ürün pazarında, girdi niteliğindeki ürünler üzerinde kontrol sahibi olmak olduğu dikkate alındığında, tamamlayıcı ürün pazarında (yatay) bir pazar gücü elde edilmesine yol açılıp açılmadığıdır.

Bu çerçevede, indirim sistemlerinin rekabetçi değerlendirilmesi iki aşamalı bir test ile yapılabilecektir. İlk olarak, uygulanan indirim sistemi yoluyla, tamamlayıcı ürün pazarının ne kadarlık bir bölümünün kapsama alındığı ortaya konulmalıdır. Zira, rekabet karşıtı etkilerin varlığı için tamamlayıcı ürün pazarında yeni bir pazar gücünün yaratılması ya da mevcut pazar gücünün artırılması gerekmektedir. Bu doğrultuda, indirim uygulamasının rekabetçi açıdan kayda değer bir risk taşıması için ilgili pazarın yeterli bir kısmını kapsamına alıp almadığını ortaya koymak amacıyla, indirim sistemi kapsamı içindeki tamamlayıcı ürün-hizmet sağlayıcıları birleşmiş gibi bir değerlendirme yapılacaktır. Bu bağlamda, tamamlayıcı ürün pazarına yönelik ayrıntılı bir analiz yapılması ya da doğrudan SSNIP testi altında tamamlayıcı ürün pazarının ne kadarlık bir kısmının kapsama alınması gerektiği, uygun seçenekleri oluşturmaktadır. Bu aşamada indirim konu asıl ürün pazarının özellikleri, tamamlayıcı ürün pazarındaki sağlayıcıların birbirlerinin yakın rakibi olup olmadığının ve bu pazardaki rakip teşebbüslerin, tamamlayıcı ürün pazarı için potansiyel rakip niteliği taşıyıp taşımadığının belirlenmesi bakımından önem arz edebilecektir. İkinci olarak, uygulanan indirim sisteminin, tamamlayıcı ürün pazarındaki fiyat düzeyini ne derece etkilediğinin ortaya konulması gerekmektedir. Zira dışlamanın düzeyi, rekabet etmek için gerekli tamamlayıcı ürüne erişim fiyatının artırılması yoluyla rekabetin engellenmesine dayanmaktadır.

¹⁰⁴ Brennan (2007), s.16.

Bu çerçevede, hâkim durumdaki teşebbüsün tek taraflı eylemlerinin tümünün altında aynı nitelikteki rekabetçi zararın olmadığı dikkate alındığında, indirim sistemlerinin fiyat-maliyet analizi içeren yıkıcı fiyat testleri altında değil, tamamlayıcı ürün pazarlarına ilişkin yoğunlaşma analizleri altında dışlama uygulamaları başlığı altında değerlendirilmesi uygun olacaktır.¹⁰⁵

7.6. Padilla - O'Donoughe Yaklaşımı

Etki-bazlı yaklaşıma yakınsama gerekliliğini benimseyen bir yaklaşımda başta gelen amaç, sadakate yol açan indirimlerin eşit etkinlikteki rakiplerden kaynaklanan rekabeti engelleyip engellemediğini ve düşük kalite ve yüksek fiyatlar şeklinde gerçekleşen tüketici zararına yol açıp açmadığını değerlendirmek olacaktır. Her ne kadar her bir olay kendi içindeki olgular, vakalar ve ilgili pazardaki arz-talep dinamikleri çerçevesinde değerlendirilecek olsa da, Padilla ve O'Donoughe¹⁰⁶ her bir indirim sisteminin değerlendirilmesinde ele alınması gereken ve aşağıda sayılan ana faktörleri belirlemektedir. Böyle bir değerlendirme ayrıca, indirim sisteminin, fiyatların hâkim durumdaki teşebbüsün ortalama kaçınılabılır maliyetinin altına düşmesine yol açmadığı ya da bunu tespit etmenin çok güç olduğu hallerin mevcut olduğu varsayımı altında yapılmaktadır.

i) İndirim Sisteminin Pazarı Kapsama Büyüklüğü

Bir indirim sisteminin her bir alıcı bazındaki etkisi ile pazardaki etkisi her zaman birbirine paralel olmamaktadır. Zira alıcı bazında rakipleri mutlak olarak dışlayan/münhasırlık karşılığı verilen indirimlerin, rakipleri pazardan dışlama/marjinalize edebilme sonucu doğurup doğurmayacağı, öncelikle bu tip bir indirim sisteminin pazardaki yaygınlık derecesine, diğer bir deyişle, hâkim durumdaki teşebbüsün sadakat indirimleri aracılığıyla pazardaki talebin ne kadarlık bir kısmını kendisine bağladığına bağlıdır. Nitekim ATAD tarafından *Hoffmann-La Roche*¹⁰⁷ ve CFI tarafından da *British Plasterboard*¹⁰⁸ kararlarında, hâkim durumda bir teşebbüsün varlığının söz konusu olduğu pazarlarda rekabet düzeyinin zaten yeterince zayıf olduğu, bu nedenle alıcılara taleplerini münhasıran hâkim durumdaki teşebbüsten karşılaması şeklinde getirilen yükümlülüklerin hâkim durumun kötüye kullanılması olarak kabul edilebileceği belirtilmiştir.

Sadakat indirimlerine ilişkin pek çok halde, hâkim durumdaki teşebbüs tarafından bağlanan pazar talebinin düzeyi, söz konusu teşebbüsün pazar payı ile

¹⁰⁵ Brennan (2007), s.34-35.

¹⁰⁶ Padilla ve O'donoughe (2006), s.390-393.

¹⁰⁷ Case 85/76, Hoffmann-La Roche and Co AG v Commission [1979] ECR 461, para. 117-120.

¹⁰⁸ Case T-65/89, BPB Industries ple and British Gypsum Ltd v Commission [1993] ECR II-389.

örtüşmektedir. Böyle bir durum ise rakiplerin müşterilere ulaşabilecek etkili alternatif yollarının olmaması halinde, piyasadan dışlanmasına yol açabilecektir. Bu nedenle, hâkim durumun düzeyi, sadakat indirimlerinin dışlayıcılık özelliği üzerinde önemli bir etkiye sahiptir.¹⁰⁹ CFI, *Van den Bergh Foods*¹¹⁰ kararında, hâkim durumdaki teşebbüs tarafından ilgili pazarın %40'ının kendisine bağlanmasının hâkim durumun kötüye kullanılması teşkil edeceğini ifade etmiştir.

ii) İndirim Sisteminin Sadakat Artırıcı Niteliği

Bir indirim sisteminin kişiselleştirilmiş ve geriye dönük indirimler içermesi söz konusu sistemin sadakat artırıcı niteliğini doğrudan belirlemektedir. Zira hem biçimsel hem de işlevsel açıdan standart indirimlerin hedefleri, istisnai durumlar dışında, alıcıların taleplerinin bütününe ya da önemli bir kısmına karşılık gelmemektedir. Bununla birlikte kişiselleştirilmiş indirimler, müşterilerin taleplerinin rekabete kapalı kısmı ile rekabete açık kısmı arasında ayırım yaparak müşterilerin taleplerinin rakip teşebbüslerden karşılayabileceği kısmını da hâkim durumdaki teşebbüse bağlanmasına olanak tanımaktadır. Böylece indirim eşiklerinin, alıcıların taleplerinin bütününe ya da önemli bir kısmına denk gelmesi hâkim durumdaki teşebbüs tarafından bilinçli bir şekilde sağlanmaktadır.

Hâkim durumdaki teşebbüs tarafından uygulanan bir indirim sisteminin, yıkıcı fiyatlandırmaya yol açmadan, maliyet üstü fiyatlandırma yoluyla dışlayıcı etki gösterebilmesi, esas itibarıyla, o indirim sisteminin geriye dönük indirimler içermesine ve böylece müşterilerin taleplerinin marjinal kısmını ikinci-üçüncü bir sağlayıcıdan karşılamasını engelleyecek nitelikte bir caydırma mekanizması işlevinde önemli geçiş maliyetlerine yol açabilmesine bağlıdır. Nitekim Avrupa Topluluğu İçtihat Hukuku'nda, indirim sistemlerinin kötüye kullanma olarak değerlendirilmesindeki temel endişe alanları indirim sistemlerinin kişiselleştirilmiş hedefler ve geriye dönük indirimler içerip içermediği hususunda yoğunlaşmıştır. Bunun dışında hâkim durumdaki teşebbüs tarafından uygulanan büyüme indirimleri de, müşterilerin taleplerinin giderek daha büyük bir kısmını kendisinden karşılamalarını sağlamak yönünde bir başka sadakat artırıcı etkiye yol açabilmekte, rakipler için rekabetçi hareket alanı konumundaki marjinal talep düzeylerini daha da düşürebilmektedir.

iii) Münhasırlık Karşılığı Verilen İndirimler

Sadakat indirimleri içinde de kabul edilebilen münhasırlık karşılığı verilen indirimler/münhasırlık uygulamalarının, dışlayıcı etki doğurma kapasiteleri, az

¹⁰⁹ O'Donoghue ve Padilla (2006), s.371.

¹¹⁰ Case T-65/98, *Van den Bergh Foods Ltd v Commission* [2003] ECR II-4653, para.160.

da olsa alıcıların rakiplerden alım yapmalarına izin veren sadakat indirimlerinin aksine, rakiplerden alım yapılmasını mutlak olarak yasakladıkları için maksimum düzeydedir.

iv) Rakipleri Hedefleyen İndirimler

Hâkim durumdaki teşebbüs tarafından uygulanan sadakat artırıcı etkiye sahip indirimler, doğası gereği, söz konusu teşebbüse kendi ve rakiplerinin pazar paylarını kontrol etme olanağı sunmaktadır. Bununla birlikte, indirim sistemi uygulaması itibarıyla, hâkim durumdaki teşebbüsün rakipleri dışlama/pazarı kapama niyetini ortaya koymak açısından, doğrudan rakiplere ilişkin çalışma koşulları içeren indirim teklifleri, rekabet hukuku değerlendirmeleri açısından önem arz etmektedir. Nitekim, Rehber'de¹¹¹, tüketici zararı ile sonuçlanması muhtemel olduğu yönünde ayrıntılı bir değerlendirme yapılmasının gerekmediği belli durumlar sayılmaktadır. Hâkim durumdaki teşebbüs tarafından müşterilerin rakip ürünleri denemesinin engellenmesi ya da rakibin ürününün piyasaya sürülmesi/tanıtılmasının geciktirilmesi için dağıtıcılara ödemeler yapılması bu durumlara örnek olarak gösterilmektedir.

v) İndirim Hedefinin (Eşiğinin) Seviyesi

Bir indirim sisteminin sadakat artırıcı bir niteliğe sahip olması bakımından, indirim hedef(ler)inin alıcıların gerçekleşen taleplerine yakınlığı önem arz etmektedir. Alıcıların talebin yarışılabilir olmayan kısmı içerisinde ya da gerçekleşen taleplerinin çok üzerinde yer alan indirim hedefleri, alıcıların davranışlarında sadakate yol açacak herhangi bir değişikliğe neden olmamaktadır. Dolayısıyla rekabetçi endişeler, ancak söz konusu indirim hedefleri, başta talebin yarışılabilir olmayan kısmı üzerinde olmak kaydıyla, alıcıların gerçekleşen taleplerinin hemen altında, hemen üzerinde ya da aynı düzeyde olmalarına bağlıdır. Sonrasında, indirim hedeflerinin artış şekli ve her bir indirim oranına denk gelen eşik düzeyi, söz konusu hedefler arasında büyük farkların var olup olmaması noktasında önemlidir. Bu açıdan müşterilerin taleplerinin referans dönem içindeki (olası) tüm gelişimlerini yakından takip edebilmeye olanak tanıyacak biçimde tasarlanan artan oranlı bir indirim sistemi, müşterilerin taleplerinin marjinal kısımlarını da indirim veren teşebbüse kaydırmalarına neden olabilecektir.

vi) İndirim Oranının Büyüklüğü

Özellikle geriye dönük indirimlerde, çok düşük indirim oranları dahi mutlak olarak büyük indirim rakamlarının elde edilmesini sağlayabilmektedir. İndirim oranları, rakiplerin telafi etmek zorunda oldukları geçiş maliyetlerinin temel

¹¹¹ Rehber, para.22.

parametresi olarak büyük önem arz etmektedir. Zira bu oran doğrudan rakip teşebbüslerin, müşterileri, taleplerinin rekabete açık kısmını karşılamaya ikna etmeleri için sunmaları gereken maksimum indirim oranını etkilemektedir.

vii) Referans Dönemin Uzunluğu

Müşterilerin hâkim durumdaki teşebbüs ile mutabık kaldıkları geriye dönük indirim sisteminin uygulandığı referans dönemin uzunluğu, rakiplerin karşılaştığı geçiş maliyetleri üzerinde belirgin bir etkiye sahiptir. Görece uzun referans dönemleri, söz konusu dönemin sonuna yaklaştıkça geçiş maliyetlerini giderek artırmak suretiyle alıcıların taleplerinin marjinal kısmını da hâkim durumdaki teşebbüsün kendisine bağlamasına yol açabilmektedir. Görece kısa referans dönemleri ise, rakiplerin her alım bazında yeniden fiyat teklifleri sunmasına olanak sağlayarak, birikimli bir geçiş maliyeti oluşum etkisini hafifletebilmektedir.

viii) İndirim Sisteminin Şeffaflığı

İndirim sistemlerinin şeffaf olması, müşterilerin referans dönemin başından sonuna kadar her aşamada, ne kadarlık bir indirim hak ettiklerini/edeceklerini öngörebilmeleri ve böylece hâkim durumdaki teşebbüs tarafından uygulanan indirim sistemi nezdindeki konumlarını bilebilmeleri açısından belirginlik sağlayarak, marjinal taleplerini alternatif sağlayıcılara kaydırmaları halinde karşılaşacakları geçiş maliyetlerini hesaplayabilmelerine ve rakiplerin de, böyle bir kapasitelerinin olması halinde, bu maliyetleri telafi edebilecek teklifler sunabilmelerine olanak sağlayabilecektir.

ix) Endüstrinin Maliyet ve Talep Yapısı

Pazarda yer alan teşebbüslerin maliyet yapıları, endüstrinin genel maliyet yapısı ile birlikte önem arz etmektedir. Sabit maliyetlerin yüksek ve değişken maliyetlerin düşük olduğu bir pazarda rakipler, müşterilerin karşılaşılabilecekleri geçiş maliyetlerini telafi edebilecek derecede düşük indirim oranları teklif etmek yönünde istekli olabilirler ki böyle bir uygulama genel giderlerin/sabit maliyetlerin telafi edilmesine katkı sağlayacaktır.

Ayrıca pazarın gelişme eğilimi, diğer bir deyişle pazar talebinin büyüyüp büyümediği, sadakat indirimlerinin dışlayıcılığa yol açıp açmaması üzerinde etkili olacaktır. Talebin büyüdüğü bir pazarda sadakat indirimleri pazarı genişletici bir etki doğururken, talebin durağan olduğu ya da daraldığı pazarlarda ise rakiplerin talebin marjinal kısmına erişimini önemli ölçüde sınırlandırabilecektir. Zira, rakiplerin marjinalize bir şekilde pazarda varlıklarını sürdürmesinden ziyade hâkim durumdaki teşebbüse belli bir düzeyde rekabetçi tehdit oluşturabilecek arz olanağına sahip olmaları, bir pazarda rekabetin

varlığından söz edilmesi için gerekli bir koşuldur. Bu anlamda, sadakat artırıcı indirim sistemlerinin dışlayıcı etkisi, bu uygulamalardan muzdarip olan teşebbüsün mevcut rakiplerden ziyade pazara henüz giriş yapmış/yapma amacıyla olan bir teşebbüs olması veya zamanlar arası ölçek ekonomisinin önemli olması ve piyasadaki mevcut alıcıların taleplerinin halihazırda kontratlarla bağlanmış olması durumunda çok daha olasıdır.¹¹²

x) Diğer Hususlar

Pazarın diğer koşulları da indirim sistemlerinin rekabet karşıtı etki doğurma kapasitesi üzerinde belirleyici olabilecektir. Örneğin alıcıların görece büyük veya yoğunlaşmış olmasına bağlı olarak alım gücüne sahip olduğu durumlarda, alıcılar taleplerini geçiş maliyetlerine katlanmadan ya da daha düşük düzeylerde katlanarak alternatif sağlayıcılar arasında dağıtabileceklerdir. Bunun yanında, indirim veren teşebbüs tarafından etkinlikler bağlamında öne sürülen gerekçeler de her bir vaka özelinde değerlendirilmelidir. Ancak söz konusu etkinlikler esas itibarıyla, işlem maliyetleri bakımından elde edilen maliyet tasarrufları bağlamında makul bir gerekçe olarak kabul edilmektedir.

8. KOMİSYON'UN INTEL KARARI

Komisyon, 13 Mayıs 2009 tarihli kararında¹¹³, Intel'in "x86 mikroişlemci" pazarındaki hâkim durumunu kötüye kullanarak 82. maddeyi ihlal ettiğine hükmetmiş ve Intel'e şimdiki kadar kesilen en büyük cezayı (1.06 milyar Avro) kesmiştir.¹¹⁴ Komisyon, Intel'in indirim sistemi uygulamaları aracılığıyla;

- Orijinal ekipman üreticileri¹¹⁵ (Original Equipment Manufacturer) olarak da bilinen bilgisayar üreticilerine, x86 mikroişlemci alımlarının tamamını ya da tamamına yakını kendisinden karşılamaları koşuluyla, resmi sözleşmelerde yer almayan ancak Komisyon'un soruşturma sürecinde elde ettiği delillerden varlığına ulaştığı, diğer bir deyişle, tamamen ya da kısmen gizli indirimler sunduğunu,

- 2002-2007 arasında, en az bir tane büyük çaplı Avrupa kökenli perakende elektronik mağazasına, MediaMarkt'a, faaliyette bulunduğu tüm mağazalarında, münhasıran Intel mikroişlemcilerini içeren kişisel bilgisayarlar (PCs) satması koşuluyla ödemeler yaptığını,

¹¹² O'Donoghue ve Padilla (2006), s.356.

¹¹³ COMP/37-990, Provisional Non-Confidential Version of the Commission Decision of 13 May 2009.

¹¹⁴ Komisyon, Intel'in indirim uygulamalarını incelemeye 2000 yılında Advanced Micro Devices, Inc. (AMD)'in şikayeti üzerine başlamıştır.

¹¹⁵ OEM'ler mikroişlemci ve bilgisayarın diğer parçalarını bir araya getirip toplayarak nihai ürün haline getiren teşebbüslerdir.

- OEM'lere, AMD mikro işlemcilerini içeren spesifik bilgisayarları piyasaya sürmelerini ertelemeleri ya da iptal etmeleri koşuluyla ödemeler yaptığını tespit etmiştir.¹¹⁶

Komisyon'un kararı, bu kararın AB İçtihat Hukuku'nun genelde hâkim durumun kötüye kullanılması özelde indirim sistemleri bağlamında biçimsel/*per se* (*formalistic/ per se*) yaklaşımdan etki bazlı yaklaşıma (*effects-based*) doğru giden sürecin neresinde yer aldığı belirlenmesi bakımından önem arz etmektedir. Karar soruşturma sürecinin, 82. maddeye ilişkin reform tartışmalarının başlatıldığı tarihten önce başlaması ve nihai kararın Rehber'in yayımlanmasından sonra verilmesi bakımından da ayrı bir özellik arz etmektedir. Bu bakımdan kararın, Rehber öncesi içtihat hukuku ve Rehber ile benimsenen yeni yaklaşım ışığında değerlendirilmesi, AB İçtihat Hukuku'nun halihazırda reform sürecinin neresinde yer aldığı ortaya konulabilmesi açısından da yararlı olacaktır.

Bu çerçevede Komisyon'un kararının, düzgün bir etki-bazlı yaklaşım için gerekli bir değerlendirme sistematiği içinde ele alınması uygun olacaktır¹¹⁷.

1) Intel İlgili Pazarda Esaslı Pazar Gücüne Sahip/Hâkim Durumda mıdır?

Komisyon Intel'in, giriş engelleri ile nitelendirdiği x86 mikroişlemci pazarında sahip olduğu yüksek pazar paylarına dayanarak hâkim durumda olduğuna karar vermiştir. Zira 2000-2008 arasında, Intel'in masaüstü PCs, mobil PCs ve sunucu segmentlerinin her birindeki pazar payı %75 'in üzerindeyken; Dell, HP ve IBM gibi büyük çaplı OEM'ler bakımından ortalama pazar payı ise %90'a yakındır.¹¹⁸

Komisyon ayrıca sektördeki fiyat düşüşlerine ilişkin savunmalara da, “*bir pazardaki fiyat düşüşlerinin, hâkim durumun varlığı ile tutarlı olmayan bir ilişkisi olmayacağı*” ve “*inceleme konusu endüstrinin özelliği bakımından bu fiyat düşüşlerinin için bir özellik arz ettiği*” yanıtını vermiştir.¹¹⁹

¹¹⁶ 2005 yılında Japon Adil Ticaret Komisyonu, Intel'in beş OEM'e indirimler ve pazar geliştirme fonları adı altında ödemeler yaparak rakip mikro işlemcileri kullanmalarını yasakladığına hükmetmiştir. 2008 yılında Kore Adil Ticaret Komisyonu da Intel'in, yerel OEM üreticilerine, AMD mikro işlemci satın almamaları karşılığında çeşitli indirimler sağlayarak, AMD'yi pazar dışına çıkarmaya çalıştığına karar vermiştir.

¹¹⁷ WILLIG, R. D ve J. M. ORSZAG ve G. LEVIN (2009) ,“An Economic Perspective On The Antitrust Case Against Intel”, <http://www.cciagnet.org/CCIA/files/ccLibraryFiles/Filename/00000000290/Willig-Orszag-Levin.pdf>, Erişim Tarihi: 10.01.2010, s.7.

¹¹⁸ Söz konusu değerlendirme sistematiğinin oluşturulmasında büyük ölçüde Willig vd. (2009)'den yararlanılmıştır.

¹¹⁹ COMP/37-990, para. 908.

Bununla birlikte, Geradin¹²⁰, büyük çaplı sağlayıcıların indirim sistemlerini tek başına belirlediklerine ve bu uygulamalarını bu sistemlere ekledikleri koşullarla birlikte müşterilerine kabul ettirdiklerine dair bir anlayışın çok fazla sayıda küçük çapta müşterilerin olduğu piyasalar bakımından geçerli olabileceğini ancak, OEM pazarı gibi büyük çaplı müşterilerin olduğu pazarlarda bu müşterilerin, sağlayıcılarından indirimler talep ettiğini ve bu indirimlerin risk paylaşım mekanizması işlevi olarak kullanılmak amacıyla taraflar arasında karşılıklı olarak belirlendiğine dikkat çekmiş ve bunun pazar gücünün varlığını sorgulayıcı bir husus olduğunu belirtmiştir.

Bir indirim sisteminin sağlayıcı ve müşteri arasındaki belli düzeydeki müzakere sonucunda belirlenmesi, o indirim sisteminin sadakat artırıcı etkisini destekleyecek şekilde kişiselleştirilmesine yardımcı olmasının yanında, indirim sistemlerinin bu şekilde belirlenmesi, daha önce de belirtildiği gibi, esasen hâkim durumdaki teşebbüsün tüketici hâkimiyetine müdahale etme girişimine, aracı niteliğindeki müşterilerin en azından pasif destek sağlamasını ifade edebilecektir. Böyle bir durumda ise, uyumsuzluğa konu indirim uygulaması ayrıntılı ve karmaşık etki bazlı araştırmaları gerektirmeden, markalar arası rekabeti sınırlayan dikey sınırlamalar bağlamında değerlendirilebilecektir.

2) İndirim Sistemi Uygulaması, Talebin Yarışılabilir Kısmının Önemli Bir Bölümünü Rakibin Erişimine Kapatıyor mu?

Komisyon, kararında, inceleme konusu indirim sisteminin dışlayıcı etkiye sahip olup olmadığını belirlemek için eşit etkinlikteki rakip (*As Efficient Competitor-AEC*) testi uygulasa da, Rehber'in, soruşturma sürecinin başlamasından sonra yayımlanması nedeniyle bu kararda uygulanmadığını belirtmiştir.¹²¹ Kararda, ATAD ve CFI'nın geçmiş kararlarına sık sık yapılan referanslar ile birlikte yer alan "AEC testi, AB İçtihat Hukuku'na göre 82. maddenin ihlalini ortaya koymak için kaçınılmaz bir nitelik arz etmese de, Intel'in indirim sistemi uygulamasının rekabet karşıtı dışlamaya yol açma kapasitesine sahip olup olmadığını ya da açmasının olası olup olmadığını göstermenin mümkün olan yollarından birisi olduğu"¹²² ifadesi ve "Intel'in sadakat indirimlerinin OEM'lerin seçme özgürlüğünü sınırlandırdığı" tespiti, AEC testinin hâkim durumdaki teşebbüsler için güvenli liman oluşturabileceğine dair kuşkuları gündeme getirmiştir. Bu bakımdan Komisyon'un kararı, AB İçtihat Hukuku'nun

¹²⁰ GERADIN, D. (2009), "The Decision Of The Commission Of 13may 2009 In The *Intel* Case: Where Is The Foreclosure And Consumer Harm?"

http://www.intel.com/pressroom/legal/docs/Damian_paper.pdf, Erişim Tarihi: 10.01.2010, s.7-8.

¹²¹ COMP/37-990, para. 916.

¹²² COMP/37-990, para. 925.

biçimsel *per se* yaklaşımının bir örneği olarak nitelendirilmekte¹²³ ve Rehber'in varlığı karşısında kısıtlayıcı yaklaşımı temsil etmesi nedeniyle geriye adım olarak görülmektedir.

Bununla birlikte, Komisyon, her ne kadar biçimsel yaklaşım eleştirilerinden kurtulmak için böyle bir yolu seçtiğine dair eleştirilse de¹²⁴ dışlayıcı etkinin varlığını ortaya koymak amacıyla Rehber'e paralel olarak AEC testini uygulamıştır. Zira, Intel bakımından, x86 mikroişlemci talebinin yarışılabilir kısmı için bir kârdan vazgeçiş (fiyatların daha düşük olmasına yol açan rakibin rekabet edebilme gücünün yokluğu halinde Intel, talebin bu kısmı için fiyatları artıracak şekilde) söz konusu ise, indirim sistemi dışlayıcı bir nitelik arz edebilecektir.¹²⁵ Ancak Lande¹²⁶, Intel'in, indirim sistemi öncesi fiyatları hemen yükseltip daha sonra tekrar düşürmesi anlamında sahte indirimler yaparak ve böylece herhangi bir kârdan vazgeçmeyerek de eşit etkinlikteki rakibini dışlayabileceğini öne sürmektedir. Komisyon, Intel'in OEM'ler için kaçınılmaz ticari partner özelliği taşıdığını, uyguladığı indirim sisteminin kendisine, talebin yarışılabilir olmayan kısmını, talebin yarışılabilir olan kısmı için geçerli fiyatları düşürmek için kaldıraç olarak kullanma olanağı sağladığını ifade etmiştir.¹²⁷

Bu çerçevede, AEC testi için kritik önem arz eden aşama, talebin yarışılabilir kısmının hesaplanmasıdır. Komisyon'un bu aşamada vardığı sonuçlar, başta Intel'in müşterilerinin/OEM'lerin mikroişlemci alımlarının belli bir kısmını AMD'ye kaydırmaları halinde kaybedecekleri orantısız indirim miktarını ortaya koyan raporlar¹²⁸ olmak üzere içsel dökümanlarına dayanmaktadır.

Komisyon'un söz konusu analizi, öncelikle müşterilerin sağlayıcıları ile olan ilişkilerine dayanarak oluşturdukları kendi algılarına göre şekillendirildiği için, söz konusu dökümanların çapraz sorgusu dahil geçerliliği sorgulanmadığı müddetçe kurgusal olarak nitelendirilmiştir.¹²⁹ Ayrıca hâkim durumdaki teşebbüsün eylemlerinin hukukiliğini, kendi erişimine açık olmayan dökümanlara göre belirlemesini beklemek de hakkaniyete uygun

¹²³ PEARSON, H. (2009), "Headline-Grabbing Intel Fine Hides Article 82 EC Enforcement Concerns", <https://www.competitionpolicyinternational.com/file/view/6014>,

Erişim Tarihi: 10.01.2010, s. 6.

¹²⁴ Geradin (2009), s.10.

¹²⁵ Willig vd. (2009), s.18.

¹²⁶ LANDE, R. H. (2009), "The Price of Abuse: Intel and the European Commission Decision ", http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1434985 , Erişim Tarihi: 10.01.2010, s.3-4.

¹²⁷ COMP/37-990, para. 1005.

¹²⁸ COMP/37-990, para. 234, 268, 306.

¹²⁹ Geradin (2009), s.10-15.

görünmemektedir. Bu nedenle tarafımızca, oldukça karmaşık ve güç olan talebin yarışılabilir kısmının hesaplanması aşamasında yalnızca rakiplerin veya müşterilerin içsel dökümanları ile yetinilmemesi gerektiği, söz konusu dökümanların doğruluğunun ve nesnel değerlendirmesinin çapraz sorgu vb. yöntemlerle yapılması gerektiği ve hâkim durumdaki teşebbüsün kendi erişimine açık dökümanların daha büyük önem arz etmesi nedeniyle esasen bu teşebbüs bünyesindeki dökümanlardan yararlanılmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

Bununla birlikte, Willig vd.¹³⁰ tarafından ortaya konulduğu üzere, AMD'nin kapasite kısıtı altında olması, Intel'in talep tarafında oluşturduğu marka imajı nedeniyle bir anlamda mutlaka bulundurulması zorunlu marka niteliğinde olması, sektörün dolaylı ağ etkileri özelliğinin Intel'in konumunu koruması ve hâтта güçlendirmesi, değişim maliyetlerinin varlığı ve Intel'in endüstri standardını belirleyen bir marka olduğu algısının talebe olan etkisi x86 mikroişlemci talebinin yarışılabilir olan kısmının oldukça dar olmasının nedenlerini oluşturmaktadır.¹³¹

Bunun yanında, hâkim durumdaki teşebbüsün, alımlarının belli bir kısmını kendisinden değil de rakiplerinden karşılamaya görece daha fazla eğilimli olan müşterilerine odaklanması bir indirim sisteminin dışlayıcı özelliğini, söz konusu teşebbüsün dışlama niyetini açıkça ortaya koymasının yanında, şiddetlendirecektir de. Zira, Maier-Rigaud¹³²,un kapsama yanığı (coverage fallacy) olarak adlandırdığı bir durumda, bir indirim sistemi, kilit nitelikteki müşterileri kapsamına alarak görece çok daha düşük genel kapsama oranına karşın dışlayıcı bir nitelik arz edebilecektir. Nitekim, Intel de kurumsal müşterilerin talep ettiği kar marjı yüksek ürünlerin satışını gerçekleştiren, endüstri standardının oluşturulmasında, gelecek döneme yönelik teknoloji tercihlerinin belirlenmesinde ve ağ etkilerinin oluşturulmasında ya da güçlendirilmesinde büyük önemi bulunan büyük çaplı OEM'ler ile perakende elektronik mağazalarına odaklanmıştır.¹³³

Her ne kadar aynı analizi kendisi de uygulayan Intel, Komisyon ile zit sonuçlara varmış¹³⁴ olsa da Komisyon uyguladığı AEC testi sonucunda Intel'in uyguladığı indirim sisteminin eşit etkinlikteki rakibi dışlayıcı nitelikte olduğu¹³⁵

¹³⁰ Willig vd. (2009), s.20-23.

¹³¹ Bu konuda ayrıntılı analiz için Bkz. (Willig vd. 2009)

¹³² Maier-Rigaud (2006), s.11-13.

¹³³ Willig vd. (2009), s.23-25.

¹³⁴ Intel Corporation (2009), "Intel Response to the EC's Provisional Non-Confidential Version of the Commission Decision of 13 May 2009",

http://www.intel.com/pressroom/legal/docs/Intel_Response_to_Redacted_Decision.pdf.

Erişim Tarihi: 10.01.2010, s.11-13.

¹³⁵ Bkz dipnot 113 para.1002.

sonucuna varmıştır. Nitekim kararda, AMD'nin OEM'lerden birisinin yarışılabilir talebinin belli bir kısmını elde etmek amacıyla bir milyon mikroişlemciyi bedelsiz olarak vermeyi önerdiği ancak, söz konusu OEM'nin (HP) bu teklifi kabul etmesi halinde Intel'den yapmış olduğu pek çok milyon mikroişlemciye ilişkin indirimleri kaybedecek olması nedeniyle AMD'den sadece 160.000 adet mikroişlemci kabul ettiği belirtilmiştir.¹³⁶

3) İndirim Sistemi, Pazarın Önemli Ölçüde Kapanmasına Yol Açıyor mu?

Komisyona, hâkim durumdaki teşebbüsün uyguladığı indirim sisteminin kendisine, talebin yarışılabilir olmayan kısmını, talebin yarışılabilir olan kısmı için geçerli fiyatları düşürmek için kaldıraç olarak kullanma olanağı sağlayabileceğini ve böylece kendisi ile eşit etkinlikteki hâтта kendisinden daha etkin bir rakibini, kendi maliyetleri rakibinin maliyetlerinden daha yüksek olsa bile dışlayabileceğini ifade etmiş ve böyle bir uygulamanın fiyat, tüketici tercihi ve inovasyon bakımından hem kısa dönemde hem de uzun dönemde tüketici zararına olduğunu eklemiştir.¹³⁷

Bununla birlikte Komisyon, AMD'nin inceleme döneminde daha muteber bir rakip olduğunu da belirtmekle birlikte, inceleme konusu indirim sisteminin AMD üzerindeki etkilerini ayrıntılı şekilde ele almamıştır. Ancak Rehber'de, AEC testine göre eşit etkinlikteki rakibin dışlanma durumunun söz konusu olması halinde, rekabet karşıtı dışlamanın varlığının ortaya konulması için niteliksel ve niceliksel bulguları göz önünde bulunduran genel bir değerlendirme yapılması gerektiği ifade edilmektedir.¹³⁸

Willig vd.¹³⁹ ise, Intel'in talebin yarışılabilir olmayan kısmının, kendisine, uyguladığı indirim sistemini kaldıraç olarak kullanma olanağı vermesinden yararlandığına ve sektörün araştırma-geliştirme (ar-ge) faaliyeti yoğun ve büyük çaplı ölçek ekonomisi niteliği taşıdığına vurgu yaparak AMD'nin yeterli düzeyde ar-ge faaliyetleri yürütmek için gereksinim duyduğu nakit akışı sağlayacak ve maliyet tasarrufu sağlayacak ölçek ekonomisi avantajından yararlanmak için gerekli satış tabanına erişemediğini belirtmiştir. Yüksek sermaye yoğun bir piyasa özelliği arz eden ve yüksek giriş engelleri ile nitelendirilen bu pazarda, Intel'in tek rakibi AMD'nin ar-ge faaliyetlerini yürütmek ve maliyet tasarrufu sağlamak için yeterli satış tabanına ulaşamamasına yol açan Intel'in uyguladığı indirim sisteminin, Intel'in pazar gücünde önemli bir artış sağlayacağı ve ilgili pazarda rekabetin önemli ölçüde sınırlandıracağı açıktır.

¹³⁶ A.g.k. para. 956-957.

¹³⁷ A.g.k. para.1612.

¹³⁸ Rehber, para. 27.

¹³⁹ Willig vd. (2009), s.25-30.

4) Tüketici Zararının Ortaya Konulması ve Etkinlik Değerlendirilmesi

Komisyon, Intel'in, her bir OEM için özel olarak tasarlanan çeşitli indirim uygulamaları aracılığıyla sadakate yol açan bir indirim mekanizması uyguladığını ve böylece tüketici tercihlerini sınırlayarak rakiplerin pazara erişimlerini engellediğini belirtmiştir.¹⁴⁰

Komisyon'un, AEC testi kapsamında, Intel'in eşit etkinlikteki rakibini ve tek rakibini dışlayabilme kapasitesine sahip bir indirim sistemini uyguladığını ortaya koyması, uzun dönemde tüketici tercihlerinin ve inovasyonun sınırlanacağı anlamına gelmektedir. Zira, tek rakip AMD'nin ilgili pazardan dışlanması sonucunda Intel'in, rekabetçi bir baskı ile karşılaşmayacağını ve dolayısıyla pazar gücünde oldukça büyük bir artış olacağını, bunun sonucunda fiyatların, böyle bir dışlamanın olmadığı duruma göre, yükselebileceğini, inovasyonun azalacağını ve müşteri tercihlerinin sınırlanacağını ve sonuç olarak tüketici zararının oluşacağını ifade etmesi kurgusal bir yaklaşımın ötesine geçmektedir. Geradin¹⁴¹ ise, Komisyon'un uyguladığı AEC testinin, dayanakları itibarıyla kusurlu olduğunu ve AMD'nin Intel üzerinde rekabetçi baskı yaratabilme bakımından faaliyetlerini sürdürdüğünü ifade etmiştir.

Etkinlikler bağlamında ise, Rehber'de benimsenen etkinlik savunmalarının ortaya konulmasının oldukça zor bir nitelik taşıdığı kabul edilmelidir. Zira, söz konusu etkinlikleri elde etmenin daha az kısıtlayıcı bir alternatifinin olmadığını ortaya koymak güç bir iştir.

Sonuç olarak, Komisyon'un Intel kararı, biçimsel yaklaşımın izlerini taşıması, ilgili pazarın rakiplere kapatılması ve tüketiciler üzerindeki etkileri bakımından yüzeysel değerlendirmeler içerdiği nedeniyle eleştirilmektedir.¹⁴² Ancak söz konusu karar, yarışılabilir talebin hesaplanmasında yararlanılan dayanakların ciddi biçimde eleştirilmesine ve içtihat hukukuna yapılan atıfların sıklığının AEC testinin, bir tür güvenli liman olarak kabul edilip edilmeyeceğine dair oluşturduğu kaygılara karşın, Rehber'de benimsenen AEC testinin uygulandığı bir karar olarak Komisyon'un biçimsel yaklaşımdan etki bazlı bir yaklaşıma geçiş sürecindeki önemli, hızlı ve sert olmasa da görece yavaş ve kararlı bir adımını temsil ediyor görünmektedir. Komisyon'un, birleşmelerin değerlendirilmesinde gerçekleştirdiği reform sürecinde de, önceki içtihat

¹⁴⁰ COMP/37-990, para.1598.

¹⁴¹ Geradin (2009), s.19-20.

¹⁴² FEDERICO, G. (2009), "The Intel Decision: Some Economic Remarks"

https://www.esmt.org/fm/312/03_Federico_Intel.pdf, Erişim Tarihi: 10.01.2010, s.14.

hukukunu bir anda bir tarafa bırakmama yönündeki eğiliminin¹⁴³ bir benzeri olarak benimsediği düşünülen bu yaklaşımın izlerini kararda görmek mümkündür. Nitekim Komisyon, soruşturma sürecinin başladığı tarihin, 82. maddenin reform sürecinden önce olduğunu belirtmesine karşın, eşit etkinlikteki rakibin dışlanıp dışlanmadığına ilişkin fiyat-maliyet analizine başvurmuştur. Dolayısıyla *Intel* kararını, Komisyon'un indirim sistemlerine yönelik etki bazlı yaklaşımın daha net bir biçimde görülebileceği sonraki kararların habercisi olarak görmek uygun olacaktır.

SONUÇ

İndirim sistemlerinin değerlendirilmesinde gerek ABD ve AB uygulamaları ışığında kullanılan yaklaşımlara ve bu yaklaşımların içerdiği testlere gerek öğretide önerilen testlere bakıldığında; bu testlerin genel bir ortak paydasından bahsedilebileceği gibi esasen her bir yaklaşımın, diğer bir ya da birçok yaklaşımın bir şekilde ihmal ettiği, göz ardı ettiği veya önem vermediği hususları ele alacak şekilde tasarlandığı görülmektedir. Her testten beklenen temel husus, o testin indirim sistemlerine genel olarak hangi bakış açısını temsil ediyorsa etsin, aşırı ya da eksik yaptırım riskini minimize edecek ölçütler içermesi olacaktır. Bununla birlikte, bir testin yanlış yaptırım risklerini en iyi şekilde minimize edecek şekilde tasarlanması, söz konusu testin açıklık, anlaşılabilirlik, başarılı bir şekilde yönetilme ve yürütülme ölçütleri bakımından yetersiz, eksik ya da hatalı tasarlanma riskini içermektedir.

Bu çerçevede, indirim sistemlerini genel olarak fiyat rekabetinin bir unsuru olarak gören ABD yaklaşımı, bu sistemlere yönelik bir testin özellikle aşırı yaptırım riskini minimize etmesini teminen açıklık, anlaşılabilirlik, başarılı bir şekilde yönetilme ve yürütülme koşullarını da karşılaması gerektiği düşüncesini temsil etmektedir. Bu anlamda ABD yaklaşımı, halihazırda indirim sistemlerini fiyat-maliyet analizleri merkezli yıkıcı fiyat analizleri kapsamında değerlendirmeyi tercih etmektedir.

Ordoliberal Okul'un görüşleri çerçevesinde pazarların açık tutulmasına, rakiplerin büyümesi ya da pazara girişlerin önündeki potansiyel engellerin yaratılmasından kaçınılması gerekliliğine vurgu yapan AB yaklaşımı ise, indirim sistemlerini, diğer tek taraflı eylemler gibi hâkim durumdaki teşebbüsün doğrudan tüketici hâkimiyetini etkileyen rekabetçi süreci korumasına yönelik özel sorumluluğu doğrultusunda ele almaktadır. Bu çerçevede, AB yaklaşımı, özellikle eksik yaptırım riskini minimize etmeyi teminen, rekabetçi süreci

¹⁴³ ARITÜRK, R. Ö. (2008), "Birleşmelerin Kontrolünde Kullanılan Esasa İlişkin Test AB Deneyimi ve Türkiye için Çıkarımlar", Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi, No: 91, Ankara, s..60-61.

sınırlandıran, sınırlandırma olasılığı bulunan dışlayıcı nitelikteki indirim sistemlerini kötüye kullanma olarak nitelendirmektedir. Esas itibarıyla, indirim sistemine konu ürünü tamamlayıcı nitelikteki ürün pazarında (dağıtım pazarı) sadakate yol açmak suretiyle rakiplere, tamamlayıcı ürün pazarına erişimi kapatan ya da bu pazara erişimin maliyetlerini önemli ölçüde artıran bir indirim sistemi, AB İçtihat Hukuku tarafından rekabet karşıtı olarak nitelendirilecektir. Farklı çevrelerce biçimsel *per se* yaklaşımı olduğu şeklinde eleştirilen bu yaklaşıma yönelik reform faaliyetleri sonucunda, 2009 yılında Rehber yayımlanmıştır. Rehber’de eşit etkinlikteki rakibin dışlanması bağlamında, fiyat-maliyet analizi yanında söz konusu analiz akabinde dışlama uygulamasının pazar üzerindeki nihai etkisinin ortaya konulmasını öngören bir yaklaşımın indirim sistemlerinin değerlendirilmesine sokulması, Komisyon nezdinde etki bazlı bir yaklaşıma geçiş niyetinin açık bir göstergesidir. Buna ek olarak, Komisyon’un *Intel* kararında, böyle bir analiz yapmak zorunda olmadığını belirtmesine karşın, eşit etkinlikteki rakip testini uygulaması, Komisyon’un biçimsel yaklaşımdan etki bazlı yaklaşıma geçiş niyetinin açık bir tezahürü olarak algılanabilecektir.

Komisyon’un, ABD uygulamasından farklı olarak, fiyat-maliyet analizlerini tipik yıkıcı fiyat uygulaması doğrultusunda değil de, 6. bölümde ele alındığı üzere, indirime konu ürüne ilişkin talebin bütünü yerine söz konusu ürüne yönelik talebin rekabete açık kısmı bakımından geçerli olan efektif fiyat-maliyet analizi doğrultusunda gerçekleştirme iradesi, başka sorunlarla yüzleşmek pahasına, güvenli liman niteliğindeki fiyat-maliyet karşılaştırmalarının koruması altında olduğu halde dışlayıcı nitelikteki indirimleri kaçırmayacak bir kapsam oluşturma kaygısına, özet bir ifadeyle, eksik yaptırım riskini minimize etme tercihine işaret etmektedir. Nitekim, Komisyon, indirim sistemi kapsamındaki ürün talebinin yarışılabilir ve yarışılabilir olmayan kısmı şeklinde ikili bir karakter özelliği sergileyebileceğini hesaba katarak indirim sistemlerine yönelik fiyat-maliyet analizlerini, tipik yıkıcı fiyat uygulamaları gibi tüm birimler üzerinden değil, rakiplerin hâkim durumdaki teşebbüs ile rekabet edebileceği, talebin yarışılabilir olan kısmı üzerinden gerçekleştirmektedir. Zira söz konusu test, hâkim durumdaki teşebbüsün yalnızca maliyet altı (yıkıcı) fiyatlamaya yoluyla değil aynı zamanda maliyet üstü fiyatlamaya yoluyla da dışlama/pazarı kapamaya yol açan uygulamalarını kapsayabilecek niteliktedir. Eksik yaptırım riskinin minimize edilmesi anlamına gelen böyle bir getirinin, talebin yarışılabilir olan kısmını hesaplama gibi oldukça karmaşık ve güç bir aşamayı içermesine bağlı başarılı ve doğru bir şekilde yürütülme riski gibi bir götürüsü de bulunmaktadır. Komisyon’un bu getiri-götürü dengesini ne kadar başarılı bir şekilde yürütebileceği, Rehber’de yer alan ve *Intel* kararında tezahür eden açık

niyeti karşısında, bundan sonraki indirim sistemlerine yönelik kararlarında görülebilecektir.

KAYNAKÇA

ANTITRUST MODERNIZATION COMMISSION (2007), “Competition and Monopoly: Single Firm Conduct Under Section 2 of the Sherman Act”, <http://www.justice.gov/atr/public/reports/236681.pdf>, Erişim Tarihi: 10.01.2010

ARITÜRK, R. Ö. (2008), “Birleşmelerin Kontrolünde Kullanılan Esasa İlişkin Test AB Deneyimi ve Türkiye için Çıkarımlar”, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi, No:91, Ankara.

BACON, K. (2007), “European Court of Justice Upholds Judgment of the European Court of First Instance in the British Airways/Virgin Saga”, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1077127, Erişim Tarihi: 10.01.2010

BRENNAN, T. J. (2007), “Bundled Rebates as Exclusionary, Not Predatory”, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=992907, Erişim Tarihi: 10.01.2010

COMMUNICATION FROM THE COMMISSION (2009), “Guidance on its enforcement priorities in applying Article 82 (EC) to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings”, <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf>, Erişim Tarihi: 10.01.2010

DG COMPETITION (2005), “Discussion Paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses”, Brussels, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2009:045:0007:0020:EN:PDF>, Erişim Tarihi: 10.01.2010

ECOMOMIDES, N. (2009), “Loyalty/Requirement Rebates and the Antitrust Modernization Commission: What is the Appropriate Liability Standard?” http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1370699, Erişim Tarihi: 10.01.2010

ECOMOMIDES, N. ve I. LIANOS (2009), “The Elusive Antitrust Standard on Bundling in Europe and in the United States in the Aftermath of the Microsoft Cases”, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1078932, Erişim Tarihi: 10.01.2010

ELHAUGE, E. (2008), “How Loyalty Discounts Can Perversely Discourage Discounting”, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1275529, Erişim Tarihi: 10.01.2010

ELHAUGE, E. (2009), “Tying, Bundled Discounts, and the Death of the Single Monopoly Profit Theory”,
http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1345239,
Erişim Tarihi: 10.01.2010

FAELLA, G. (2007), "The Antitrust Assessment of Loyalty Discounts and Rebates", <http://ssrn.com/abstract=1079504>, Erişim Tarihi: 10.01.2010

FAELLA, G. (2009), “Foreclosure, Predation and Competition on the Merits: An Analysis of Bundled Discounts”,
http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1324607,
Erişim Tarihi: 10.01.2010

FEDERICO, G. (2009), “The Intel Decision: Some Economic Remarks”
https://www.esmt.org/fm/312/03_Federico_Intel.pdf , Erişim Tarihi: 10.01.2010

GERADIN, D. (2008), “A Proposed Test for Separating Pro-Competitive Loyalty Rebates from Anti-Competitive Ones”,
http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1308484,
Erişim Tarihi: 10.01.2010

GERADIN, D. (2009), “The Decision Of The Commission Of 13may 2009 In The *Intel* Case: Where Is The Foreclosure And Consumer Harm?”
http://www.intel.com/pressroom/legal/docs/Damian_paper.pdf,
Erişim Tarihi: 10.01.2010

GERADIN, D. ve N. PETIT (2005) “Price Discrimination under EC Competition Law: The Need for a case-by- case Approach”,
<http://www.coleurop.org/content/gclc/documents/GCLC%20WP%2007-05.pdf> ,
Erişim Tarihi: 10.01.2010

HEIMLER, A. (2008), “Fidelity Discounts And Rebates Not Justified By The Costs : In Which Cases Should A Dominant Enterprise Be Forbidden Such Pratices?” www.wettbewerbszentrale.de/media/getlivedoc.aspx?ID=28384,
Erişim Tarihi: 10.01.2010

HOVENKAMP, H. (2005), “The Antitrust Enterprise: Principle and Execution”, Harvard University Pres, Cambridge, MA and London.

INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK (2009), “Report on the Analysis of Loyalty Discounts and Rebates Under Unilateral Conduct Laws“,
<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc357.pdf>,
Erişim Tarihi: 10.01.2010

KALLAUGHER, J. (2005), “Rebates Revisited (Again) - The Continuing Article 82 Debate”

<http://www.coleurop.be/content/gclc/documents/Paper%20Kallauger.doc>,
Erişim Tarihi: 10.01.2010

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

LAMBERT, T. A. (2006), “Antitrust Analysis of Bundled Discounts”,
http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=948484,
Erişim Tarihi: 10.01.2010

LANDE, R. H. (2009), “The Price of Abuse: Intel and the European Commission Decision”,
http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1434985,
Erişim Tarihi: 10.01.2010

MAIER-RIGAUD, F. P. (2006), “Article 82 Rebates: Four Common Fallacies”,
http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=910805,
Erişim Tarihi: 10.01.2010

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

PEARSON, H. (2009), “Headline-Grabbing Intel Fine Hides Article 82 EC Enforcement Concerns”,
<https://www.competitionpolicyinternational.com/file/view/6014>,
Erişim Tarihi: 10.01.2010

THE OFFICE OF FAIR TRADING (2005), “Selective Price Cuts and Fidelity Discounts”, Economic Discussion Paper,
http://www.offt.gov.uk/shared_offt/reports/comp_policy/oft804.pdf,
Erişim Tarihi: 10.01.2010

ÜNSAL, E. (2000) “Mikro İktisat”, 3. Baskı, İmaj Yayıncılık, Ankara.

WILLIG, R. D ve J. M. ORSZAG ve G. LEVIN (2009), “An Economic Perspective On The Antitrust Case Against Intel”,
<http://www.ccianet.org/CCIA/files/ccLibraryFiles/Filename/000000000290/Wilig-Orszag-Levin.pdf>, Erişim Tarihi: 10.01.2010

AVRUPA TOPLULUĞU VE TÜRK REKABET HUKUKUNDA FİYAT AYRIMCILIĞI EYLEMLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ SORUNU

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

Av. Ece Fatma Aslan*

Öz

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

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

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

uygulama kapsamının fazla genişletilmemesi gerektiği iddiasını destekler niteliktedir.

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

Abstract

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

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

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

GİRİŞ

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

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

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

Ş I. AVRUPA BİRLİĞİ REKABET HUKUKUNDA FİYAT AYRIMCILIĞI

1. FİYAT AYRIMCILIĞININ TANIMI, KOŞULLARI VE KAPSAMI

1.1. Giriş

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

çerçevesinde incelendiği görülmektedir. Ancak ilgili eylem tiplerinin tutarlı ve analitik bir çerçevede sınıflandırılması gerektiği düşünülmektedir¹.

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

Avrupa Birliği'nin İşleyişine İlişkin Anlaşma'nın (ABİA) fiyat ayrımcılığı ile ilgili 102'inci maddesinin (c) bendinin kapsamı belirsizdir. Komisyon ve Topluluk Mahkemeleri ilgili maddeyi birçok farklı eyleme uygulaya gelmişlerdir. Ancak kanımızca söz konusu hükmün çok daha sınırlı koşullar altında uygulanması gerekmektedir. Şöyle ki, 102 (c) kapsamında incelenen birçok eylemin aslında aynı maddenin (b) bendi çerçevesinde ele alınması daha doğru olacaktır².

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

Nitekim doktrinde farklı yazarlar da ABİA'nın 102 (c) hükmünün uygulama kapsamının daha sınırlı olması gerektiğini ifade etmektedir³. Çalışmada ilgili maddenin kapsamının dikey entegre olmayan hakim durumdaki firmaların müşterilerine uyguladıkları fiyat ayrımcılığı eylemleri ile sınırlı tutulması önerilmektedir. Ancak ilerleyen bölümlerde de izah edileceği üzere, dikey entegre olmayan hakim durumdaki firmanın alt pazarda rakibi olmayan müşterilerine fiyat ayrımcılığında bulunmasının rekabeti sınırlandırıcı bir etkisi olmayacağından dolayı, söz konusu maddenin bir uygulama alanının oldukça sınırlı olduğu düşünülmektedir.

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

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

³ GCLC Working Paper 07/05, s. 3.

İlgili çalışmada 102 (c) maddesinin hakim durumdaki firmanın rakiplerine zarar veren, bir diğer ifade ile birinci seviye zarara neden olan, eylemler bakımından uygulama kabiliyetinin bulunmadığı belirtilmektedir. Ayrıca tek pazarın ulusal sınırlar çerçevesinde paylaşılmasına neden olan eylemlere de 102 (c) hükmünün uygulanmaması gerektiği ifade edilmektedir. Çalışmaya göre, 102 (c) maddesinin bahsi geçen eylem çeşitlerine uygulanması, ilgili eylemlere hatalı testlerin uygulanmasına neden olmaktadır. Çalışmada, ilgili eylemlerin yasaklanması için ABİA'nın farklı hükümlerinin kullanılması önerilmektedir⁴.

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

1.2. Fiyat Ayrımcılığının Tanımı ve Koşulları

ABİA'nın 102 (c) maddesinde fiyat ayrımcılığı tanımlanmamaktadır. İlgili maddede yalnızca "hakim durumdaki firmaların, ticaret partnerlerine, eşit işlemler için farklı koşullar uygulamaları ve bu nedenle ilgili ticaret partnerlerinin rekabette dezavantajlı duruma düşürülmelerinin" kötüye kullanma sayıldığı belirtilmektedir. Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) maddede belirtilen kötüye kullanma tanımını tersi durumları da kapsayacak şekilde genişletmiştir. Buna göre eşit olmayan işlemlere eşit şartlar uygulanması da ilgili madde çerçevesinde kötüye kullanma sayılmaktadır⁵. Görüldüğü gibi ilgili hüküm fiyat ayrımcılığının diğer işletme faaliyetlerinden ayrılması için açık bir iktisadi analiz yöntemi önermemektedir. Kanımızca fiyat ayrımcılığı tüm müşterilere yapılan satışların maliyeti aynı olmasına rağmen, aynı ürünü değişik müşterilere farklı fiyatlardan satmak olarak tanımlanabilir. Bu çerçevede fiyatın marjinal maliyete oranı her bir satışta farklı olacaktır. Doktrinde fiyat

⁴ Ibid.

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

ayrımcılığının başarılı olabilmesi için aşağıda sayılan koşulların tamamını sahip olması gerektiği ifade edilmektedir⁶.

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

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

3. Firmanın ilgili ürünlerin yeniden satışını (arbitraj) önleyebilmesi veya sınırlandırabilmesi⁷.

Doktrinde tüm fiyat ayrımcılığı biçimlerinin ortak amacının mümkün olan en fazla tüketici artığının üzerine konmak olduğu belirtilmektedir. Bu amaç farklı fiyat ayrımcılığı yöntemleri ile gerçekleştirilebilmektedir. Fiyat ayrımcılığı eylemleri genel olarak üç kategori altında incelenmektedir⁸.

Birinci derece fiyat ayrımcılığı, bir firmanın müşterilerini mükemmel biçimde ayırabildiği durumlarda gerçekleşmektedir. Bu kapsamda firma her müşteriye ödemek istediği fiyat üzerinden satış yapar. İktisatçılar firmaların müşterilerinin alım istekleri hakkında eksiksiz bilgiye sahip olmadıkları için birinci derece fiyat ayrımcılığının uygulamada görülmesi ihtimalinin düşük olduğunu belirtmektedirler⁹.

İkinci derece fiyat ayrımcılığı, bir firmanın müşterilerinin satın aldığı birim miktara göre değişen birim fiyat uyguladığında görülmektedir. Miktar indirimleri veya iki parçalı tarifeleri bu kapsamda değerlendirilmektedir. İki parçalı tarifelerde müşteriler satın aldıkları miktardan bağımsız olarak sabit ücret öderler ayrıca satın aldıkları miktara göre değişen bir ücret ödemeleri de söz konusudur¹⁰.

Üçüncü derece fiyat ayrımcılığı, firmaların farklı müşterilerine, talep esneklikleri doğrultusunda, farklı fiyatlar uyguladıklarında gerçekleşir. Bu çerçevede talep esnekliği yüksek olan müşterilere yüksek fiyat verilmesi söz konusudur¹¹.

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

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

⁷ GCLC Research Paper, s. 107.

⁸ Ibid, s. 108.

⁹ Ibid.

¹⁰ Ibid, s. 109.

¹¹ Ibid, s. 110.

tanımadığından dolayı, rekabet hukuku analizlerinde fazla önem arz etmemektedir¹².

Bir eylemin ABİA'nın 102 (c) hükmü kapsamına girebilmesi için öncelikle eşit işlemlere eşit olmayan koşullar uygulanması gerekmektedir. İşlemlerin eşit olmaması ise maliyetlerinin aynı olmaması halinde mümkündür. Ayrıca satışların yapıldığı zamanın farklı olması maliyetlerde farklılığa neden oluyorsa, işlemlerin eşit sayılmamasına neden olabilecektir. Bu kapsamda uçak biletlerinin veya paket tatillerin fiyatının uçuşun veya tatilin gerçekleşeceği güne yaklaştıkça artması örnek gösterilebilir. Alıcıların fiyat elastikiyetleri ile ters oranlı olarak fiyat belirlenmesi, firmalarca arzı arttırmak amacıyla sıklıkla başvurulan bir yöntem olmakla birlikte, bu tip fiyatlamanın maliyetler üzerinde bir etkisi olmayabilir. Avrupa Birliği (AB) içtihadı incelendiğinde de konuya ilişkin açıklık olmadığı görülmektedir. Doktrinde Topluluk Mahkemelerinin ve Komisyonun iki işlemin eşit olup olmadığına fazla bir analiz yapmadan karar verdiği belirtilmektedir¹³.

Bir eylemin 102 (c) hükmü kapsamına girebilmesi için aranan bir diğer koşul ise hakim durumdaki firmanın eylemi nedeniyle, ticaret partnerlerinden bazılarının diğerlerine göre rekabette dezavantajlı konuma düşmesidir. Doktrinde hükmün lafzı itibarı ile yalnızca ikinci seviye zarara neden olan halleri kapsamına alabileceği, çünkü hakim durumdaki firmanın müşterilerini koruyacak biçimde kaleme alındığı ifade edilmektedir. Ayrıca maddenin lafzı nedeniyle ilgili müşterilerin arasında rekabet ilişkisi bulunması gerektiği, ancak Komisyonun ve Topluluk Mahkemelerinin bu hususu göz ardı ettiği belirtilmektedir. Bu çerçevede 102'inci maddenin (b) bendi yerine (c) bendinin sadakat indirimleri, seçici fiyatlama gibi birinci seviye zarara neden olan işlemlere uygulanması eleştirilmektedir. Coğrafi fiyat ayrımcılığının da 102 (c) kapsamında incelenmemesi gerektiği, keza ilgili eylemlerin 2. Seviye zarara neden olmadıkları belirtilmektedir¹⁴.

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

¹² GCLC Working Paper, s. 5.

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

¹⁴ GCLC Research Papers, s. 126.

ileri sürülmektedir. Şöyle ki, ilgili bent çerçevesinde yalnızca eşit işlemlere farklı koşullar uygulanıp uygulanmadığına dikkat edilmektedir¹⁵.

Ayrıca bazı ticaret partnerlerini diğerlerine göre rekabette dezavantajlı konuma düşürme kriterinin de yeterli olmadığı düşünülmektedir¹⁶. Çünkü söz konusu koşulun yerine gelmesi için, eylemin devam etmesi durumunda ilgili alıcıların pazardan çıkmak zorunda kalacaklarının gösterilmesi gerekmemektedir. Üstelik birçok olayda Komisyon ve Topluluk Mahkemelerinin bu şartı aramaksızın ihlal kararı verdiği belirtilmektedir¹⁷. Oysa ki 102 (b) hükmü kapsamında bir eylemin kötüye kullanma sayılabilmesi için eylemin dışlayıcı etkilerinin de ortaya koyulmasını gerekmektedir. Üstelik bir eylemin 102 (b) maddesi çerçevesinde yasaklanabilmesi için eylem nedeniyle tüketici zararı ortaya çıkması şartı da aranmaktadır. Ancak örneğin indirimler gibi bazı fiyat ayrımcılığı unsuru barındıran eylemlerin genellikle tüketici yararına olduğu görülmektedir. Dolayısıyla bu tip birinci seviye zarara neden olan eylemlerin 102 (b) hükmü kapsamında değerlendirilmesinin daha doğru olacağı düşünülmektedir¹⁸.

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

1.3. Fiyat Ayrımcılığının Refah Üzerindeki Etkileri

Doktrinde fiyat ayrımcılığı eylemlerinin refah üzerindeki etkilerinin önceden kesin olarak bilinmeyeceği, bunların somut olayın şartlarına göre belirlenmesi gerektiği ifade edilmektedir. Birinci derece fiyat ayrımcılığının refah üzerinde önemli derecede etkisi bulunmamaktadır. Bu etkiler seçilen refah standardına göre değişmektedir. Bu durumda firma müşterilerine istediği fiyattan satabildiği için tüm tüketici artığının üzerine konar. Birinci derece fiyat ayrımcılığı nedeniyle tüketici refahı azalır ancak üretici refahı arttığı için toplam refahta artış gözlenir¹⁹.

¹⁵ GCLC Working Paper 07/05, s. 8.

¹⁶ GCLC Research Papers, s. 132.

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

¹⁸ GCLC Working Paper 07/05, s. 9.

¹⁹ Ibid, s. 6.

İkinci derece ve üçüncü derece fiyat ayrımcılığının refah üzerindeki etkileri ise daha önemlidir. İlgili ayrımcılık sayesinde normal koşullarda satış yapılamayacak müşteri grubuna tedarikte bulunulabiliyorsa refah artışı ortaya çıkacaktır. Üçüncü derece fiyat ayrımcılığına örnek olarak tren ücretlerinin pik saatler ve pik olmayan saatler bakımından farklı belirlenmesi gösterilebilir. Buna göre, pik olmayan saatlerde tren biletleri daha ucuz olmasa, fiyata hassas tüketiciler tren hizmetinden yararlanamayacaklardır. İkinci derece fiyat ayrımcılığı örneği fiyat indirimleri sayesinde ise yeni müşteri kategorilerinin ürünleri alması sağlanır²⁰.

Doktrinde fiyat ayrımcılığının refah etkilerinin, eylem neticesinde toplam çıktı miktarının artıp artmadığına bağlı olduğu belirtilmektedir. Buna göre, örneğin dışlayıcı etkileri olan indirimler talebi arttırmayacak, yalnızca mevcut pazar paylarını üreticiler arasında yeniden paylaşacaktır. İndirimlerin etkisi yıkıcı fiyatlamaya olduğunda ise hakim durumdaki teşebbüsün rakipleri pazardan çıkacak ve toplam çıktı miktarı azalacaktır. İndirimlerin seçici fiyatlamaya teşkil etmesi halinde de benzer bir durum söz konusudur. Ancak indirimler sayesinde, yeknesak fiyat uygulanması durumunda hizmet edilemeyen müşterilere hizmet edilebiliyorsa, bir başka ifade ile indirimler sayesinde toplam çıktı miktarı artıyorsa, fiyat ayrımcılığı refahı arttıracaktır. Bu çerçevede, indirimlerin ve diğer fiyat düşüşlerinin refah üzerindeki etkilerinin somut olaya göre farklı olacağı ifade edilebilir²¹.

Satıcının ortalama toplam maliyetlerinin düştüğü durumlarda fiyat ayrımcılığının çıktı miktarını arttırması söz konusu olacaktır. Fiyat ayrımcılığı uygulayarak çıktı miktarını arttırmak, sabit maliyetlerin amortismanı için önemli bir strateji olabilir. Örneğin ciddi boyutlarda yatırım yapmış firmalar gibi sabit maliyetleri yüksek olan teşebbüsler çıktı miktarlarını arttırarak maliyetlerini çok sayıda birime yayabilirler. Şebeke veya bilgi endüstrileri gibi marjinal maliyetlerin düşük olduğu durumlarda, fiyat ayrımcılığının yasaklanması sabit maliyetlerin etkin biçimde kurtarılmasını engelleyecek ve uzun dönemde yatırımlar üzerinde olumsuz etki gösterecektir²².

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

²⁰ Ibid.

²¹ Ibid.

²² Ibid.

fiyatlar uygulaması, firmanın her iki pazarda da faaliyet göstermesini sağlıyor olabilir. Uygulamada bir ülkedeki talebin diğer bir ülkedekine göre düşük olduğu durumlarda, ilgili teşebbüsün bu ülkeler arasında fiyat ayrımcılığı uygulaması yasaklanmış ise, firma talebin düşük olduğu ülkeye tedarikte bulunmaktan vazgeçebilecektir. Böyle bir durumda talebin düşük olduğu ülkedeki tüketiciler daha fazla hizmet alamayacağı veya ilgili ürünlerden mahrum kalacağı için refah kaybı ortaya çıkacaktır. Bu sebeplerden dolayı üye devletler arasında coğrafi fiyat ayrımcılığının yasaklanmasının haklı bir gerekçesinin bulunmadığı düşünülmektedir²³.

Özetle, fiyat ayrımcılığının *per se* yasaklanmasının iktisat teorisi çerçevesinde haklı gösterilemediği, somut olayın şartlarına göre bu eylemlerin refah artırıcı etkilerinin mevcut olabileceği düşünülmektedir²⁴.

2. FİYAT AYRIMCILIĞI UNSURU İÇEREN EYLEMLERİN YASAKLANMASININ HUKUKİ DAYANAĞI

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

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

102 (c) hükmünün lafzı incelendiğinde, hakim durumdaki teşebbüsün müşterileri arasında uyguladığı ayrımcılık eylemlerinin kastedildiği anlaşılmaktadır. Ancak bu açık ifadeye rağmen topluluk kurumlarının ilgili hükmü için birinci seviye zarara sebep olan dışlayıcı eylemlere de uyguladığı bazı yazarlarca ortaya koyulmuştur²⁵.

Buna göre, Avrupa Kömür Çelik Anlaşması'nın (AKÇA) ayrımcılıkla ilgili hükümleri birinci ve ikinci seviye zarar ayrımı gözetmediği için 1960'larda 102 (c) hükmünün birinci seviye zarara neden olan eylemlere de uygulanması gerektiğine ilişkin görüşler ortaya çıkmıştır²⁶. Ayrıca ABAD tarafından verilen kararlar nedeniyle, Komisyon'un hakim durumun kötüye kullanıldığını kanıtlaması gereği ortadan kalkmıştır. Örneğin *Continental Can* kararında,

²³ Ibid, s. 7.

²⁴ GCLC Research Papers, s. 111.

²⁵ Ibid, s. 18.

²⁶ GCLC Research Papers, s. 113.

ABAD, Avrupa Topluluğu (AT) Anlaşmasında sayılan kötüye kullanma hallerinin sınırlı sayıda olmadığını belirtmiştir. İlgili kararın fiyat ayrımcılığının geniş yorumlanmasının önünü açtığı belirtilmektedir²⁷. *Hoffman-La Roche* kararında ise ABAD, fiyat ayrımcılığı tespitinde bulunulabilmesi için, 102 (c) hükmünde belirtilen sıkı koşulların uygulanmasına gerek olmadığını belirtmiştir²⁸. *Corsica Ferries* kararında ise²⁹ Genel Savcı, topluluk içtihat hukukunda alıcılardan bazılarının diğerlerine göre rekabette dezavantajlı konuma düşmesi şartının sıkı bir şekilde uygulanmadığını, bu nedenden dolayı ilgili koşulun uygulanmasına gerek olmadığını veya alıcının fiilen rekabette dezavantajlı konuma uğramış olması gerekmediğini belirtmiştir³⁰. Böylece kötüye kullanma tespitinde bulunulabilmesi için ikinci seviye zararın mevcut olması koşulunun 102'inci maddenin (c) bendinden çıkarıldığı ifade edilmektedir. Bu durum birinci seviye zarara neden olan birçok eylemin Komisyon tarafından ayrımcılık kuralları çerçevesinde yasaklanmasına neden olmuştur. Ayrıca Topluluk Mahkemelerinin *Tetra Pak II* gibi farklı kararları ile Komisyon'un söz konusu yaklaşımını sağlamlaştırdığı ileri sürülmektedir³¹. Topluluk Mahkemelerinin ilgili kararlarında, kötüye kullanmanın kanıtlanması için eylemin rekabete aykırı etkilerinin gösterilmesine gerek bulunmadığı belirtilmektedir.

İlgili yazarlara göre 102 (c)'nin kapsamının genişletilmesinin bir diğer nedeni de birinci seviye zarara neden olan eylemler bakımından kötüye kullanma tespitinde bulunulabilmesi için dışlayıcılığın kanıtlanmak zorunda olmasıdır. Bu durumun özellikle maliyet üstü seçici fiyat indirimleri bakımından geçerli olduğu belirtilmektedir. İçtihat hukukunun ilgili eylemleri yasaklamak için rakipleri elimine etme niyetinin varlığını yeterli bulduğu görülmektedir. İlgili kararlarda 102 (c) hükmünün uygulanmasının nedeninin, kötüye kullanma tespitinde bulunabilmek için maddenin diğer hükümlerinin gerektirdiği ispat standardını azaltmak olabileceği belirtilmektedir. Örneğin *Irish Sugar* kararında ayrımcı fiyat uygulanmış olması, iç pazardaki şeker üreticilerinin rekabetten korunması politikasının bir unsuru olarak gösterilmiştir³².

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

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

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

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

³⁰ Van Bael ve Bellis 2005, s. 917.

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

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

çerçevesinde yasaklanmalarının yalnızca kötüye kullanma tespitinin gerektirdiği ispat standardını azaltmayacağı, bu durumun aynı zamanda Komisyon'un iki farklı ihlal sebebiyle uyguladığı cezayı da arttırmasına neden olacağı ifade edilmektedir. Örneğin *Irish Sugar* ve *British Airways* kararlarında Komisyon bir dışlayıcı eylem ile bir fiyat ayrımcılığı eylemini eşleştirmiştir³³.

Söz konusu yazarlara göre, maddenin uygulama alanı Komisyon tarafından genişletilmemiş olsaydı, 102 (c) ölü bir hüküm olarak karşımıza çıkacaktı. Çünkü iktisadi açıdan dikey entegre olmayan sağlayıcılar, alt pazardaki rekabeti sınırlandırmak istemeyeceklerdir. Dikey entegre olmayan bir sağlayıcının, dağıtıcılarını pazardan dışlamasının iki olumsuz sonucu olacağı belirtilmektedir. Bunlardan ilki, distribütörlerin ilgili ürünün dağıtımını için daha az rekabet etmesidir. İkincisi ise distribütörler seviyesindeki yoğunlaşmanın, üst pazardaki sağlayıcının alt pazardaki pazarlık gücünü azaltarak karlılığını olumsuz etkilemesidir. Bu nedenlerden dolayı Komisyon'un yalnızca ikinci seviye zarara neden olan fiyat ayrımcılığı ile ilgilenmemiş olabileceği ve ilgili hükmü birinci seviye zarara neden olan eylemleri yasaklamak bakımından aktif bir politika aracı olarak kullanmış olabileceği belirtilmektedir. Ancak hükmün uygulama alanının genişletilmesi eleştirilmekte ve bu durumun birinci seviye zarara neden olan eylemlere hatalı bir testin uygulanmasına sebep olduğu iddia edilmektedir. İlgili çalışmada, birinci seviye zarara neden olan dışlayıcı eylemlerin 102'inci maddenin (b) bendi kapsamında değerlendirilmesinin daha doğru olduğunu belirtmektedir³⁴.

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

102 (c) maddesi kapsamında incelenen, fiyat ayrımcılığı unsuru içeren ve ikinci seviye zarara neden olan eylem biçimleri, hakim durumdaki firmanın dikey entegre olup olmamasına göre iki grup altında incelenebilir. Daha önce de ifade edildiği gibi 102 (c) maddesinin lafzı incelendiğinde, hükmün açıkça ikinci seviye zarara neden olan eylemleri kapsamına aldığı, birinci seviye zarara neden olan eylemler bakımından uygulama alanının bulunmadığı düşünülmektedir. Ancak dikey entegre olmayan firmalar tarafından müşterilerine ayrımcı davranılmasına ilişkin eylemlerin pek çoğunun vatandaşlık temelinde ayrımcılık unsuru taşımaları nedeniyle ilgili madde çerçevesinde değerlendirilmelerinin uygun olmadığı düşünülmektedir³⁵.

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

³⁴ GCLC Research Papers, s. 127.

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

Bu nitelikli pek çok olayda, hakim durumdaki firmanın arzusu yerli işletmeciler lehine davranmaktadır. Hakim durumdaki firmanın müşterilerine vatandaşlıkları veya ikametgahları nedeni ile farklı davranması bazen ekonomik açıdan rasyonel olmayabilmektedir, ancak AT mahkemeleri söz konusu uygulamaları, ekonomik olarak rasyonel olmasa dahi, tek pazar hedefine aykırı bularak 102'inci maddenin (c) bendinin ihlal edildiğine karar vermişlerdir. Bu halde ekonomik olarak dezavantajlı konuma düşürme kriteri aranmamaktadır³⁶. Kanımızca ilgili eylemlerin ABİA'nın ayrımcılığı yasaklayan 18'inci maddesi gibi diğer hükümleri çerçevesinde değerlendirilmesinin daha doğrudur³⁷. Sonuç olarak vatandaşlık temelinde ayrımcılık eylemlerinin ABİA'nın serbest dolaşım hükümleri çerçevesinde incelenmesi gerektiği düşünülmektedir³⁸.

Her ne kadar bazı yazarlar hakim durumdaki teşebbüsün kontrolündeki zorunlu unsura erişimde müşterilerine ayrımcı koşullar uygulaması halinde, ilgili eylemin 102 (c) kapsamına gireceğini iddia etmekteyse de³⁹, kanımızca dikey entegre firmaların ayrımcı eylemlerinin 102 (c) hükmü çerçevesinde incelenmesi hatalı sonuçlara neden olmaktadır. Çünkü birinci seviye zarara neden olan eylemler gibi, bu eylemler de hakim durumdaki firmanın rakiplerini pazardan dışlamayı hedeflemektedir. Aradaki tek fark ikinci seviye zarara neden olan eylemler bakımından, dışlanan rakiplerin alt pazarda faaliyet göstermesidir. Dolayısıyla ilgili eylemlere 102'inci maddenin (b) bendinin uygulanmasının daha doğru olacağı düşünülmektedir⁴⁰.

2.3. Coğrafi Fiyat Ayrımcılığı

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

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

³⁶ Van Bael ve Bellis 2005, s. 959.

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

³⁸ GCLC Research Papers, s. 131.

³⁹ Ibid, s. 129.

⁴⁰ Ibid, s. 33.

farklı pazarlarda faaliyet gösteren ve birbirleri ile rekabet ilişkisi içerisinde olmayan alıcılardan bazılarının diğerlerine göre rekabette dezavantajlı konuma düşmesi koşulu yerine gelmediğinden dolayı, *UBC*⁴¹ ve *Tetra Pak II*⁴² kararlarında 102 (c) hükmü hatalı bir şekilde uygulanmıştır. Doktrinde coğrafi fiyat ayrımcılığının yasaklanmasının aslında tek pazar hedefine aykırı olduğu dile getirilmektedir. Şöyle ki, Üye Devletler arasındaki fiyat farklılıkları sayesinde paralel ticaret gerçekleşebilmekte ve Avrupa genelinde fiyatlar düşebilmektedir. Ancak paralel ticaretin gerçekleşebilmesi ve bunun sonucunda fiyatların düşebilmesi için gerekli olan koşul, Üye Devletler arasında yeniden satışın mümkün ve karlı olmasıdır⁴³. Dolayısıyla rekabet politikasının bölgesel fiyat farklılıkları ile ilgilenmemesi gerektiği ifade edilmektedir. Bu kapsamda asıl ilgilenilmesi gereken konuyu, paralel ticaretin suni biçimde engellenip engellenmediğidir⁴⁴.

Firmaların suni biçimde Üye Devletler arası ticareti sınırlandırmayı amaçlayan eylemlerinin de ABİA'nın farklı maddeleri çerçevesinde ele alınması önerilmektedir. Örneğin bu gibi eylemlere Anlaşmanın 101'inci maddesi ve Dikey Anlaşmalara ilişkin Komisyon Tüzüğü⁴⁵ uygulanabilecektir. Her ne kadar Topluluk Kurumları firmaların anlaşma veya uyumlu eylem aracılığı ile paralel ticareti engellemelerini 101'inci madde kapsamında değerlendirmekteyse de, sağlayıcı ile perakendeciler arasında bir anlaşma bulunmayan durumlarda paralel ticareti sınırlandıran eylemlerin 101'inci madde çerçevesinde incelenmesi mümkün değildir.

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

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

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

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

⁴⁴ Ibid, s. 41.

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

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

Erişim Tarihi: 09.12.2010

Hakim durumdaki bir firmanın paralel ithalatı engellemeyi hedefleyen bir eyleminin 102'inci madde kapsamında yasaklanması mümkündür. Böyle bir eylem perakendecilere haksız ticaret koşulları uygulanmasına neden olacağından dolayı 102'inci maddenin (a) bendi çerçevesinde değerlendirilebilecektir. Eylem, hakim durumdaki teşebbüsün, pazarın bölünmüş yapısını korumak amacıyla, perakendecilerine mal vermeyi reddetmesine neden oluyorsa, 102'inci maddenin (b) bendi kapsamında değerlendirilebilecektir. 102 (c) hükmü de coğrafi seviyede fiyat farklılığının sağlanması amacıyla Üye Devletler arasındaki ticaretin akışını sınırlayan eylemlere uygulanmaktadır⁴⁶.

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

3. FİYAT AYRIMCILIĞI UNSURU İÇEREN EYLEMLERİN REFAH ÜZERİNDEKİ ETKİLERİ

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

Topluluk kurumları tarafından hukuki temellerine dikkat edilmeksizin birinci seviye zarara neden olan eylemlere aşırı sınırlandırıcı yaklaşıldığı düşünülmektedir. Özellikle indirim sistemlerinin yalnızca maliyetlerde etkinlik yaratması durumunda 102'inci maddeye uyumlu olduğu yaklaşımı eleştiri konusudur. Şöyle ki satış miktarı arttığında hangi koşullarda maliyet tasarrufu ortaya çıkacağı belirsizdir ayrıca birçok endüstride bu durumun gerçekleşmeyeceği düşünülmektedir. Örneğin bilişim endüstrilerinde 500 adet *software* lisansı satılması yerine 100 adet satılması önemli maliyet avantajı yaratmayacaktır. Benzer bir durum şebeke endüstrileri açısından da geçerlidir. Böyle durumlarda ek satışlar nedeniyle yapılan indirimler haklı gösterilemeyecektir. Ayrıca ölçek ekonomileri nadiren doğrusaldır. Bu nedenle bir müşteriye daha fazla satış yapılmasıyla ortaya çıkan maliyet tasarrufu doğrusal biçimde indirime yansıtılamayacaktır. Dolayısıyla bir indirimin maliyet tasarrufuna dayandığının gösterilmesi pratikte zordur çünkü hakim durumdaki teşebbüsün bunun için hakim durumdaki teşebbüsün maliyet yapısının bilinmesi gerekmektedir⁴⁷.

⁴⁶ Ibid, s. 43.

⁴⁷ Ibid, s. 21.

Ayrıca Topluluk Kurumlarının yüksek sabit maliyetleri olan endüstrilerin, maliyetlerini amorti etmek için fiyat ayrımcılığı uygulamasını görmezden geldiği düşünülmektedir. Önemli derecede yatırım yapan firmaların fiyatlarını marjinal maliyetlerin üzerinde belirlemesi gerekecektir. Bu durumdaki firmalar, ürüne olan talebi fazla olan müşteriye marjinal maliyet üstünde, az olan müşteriye ise marjinal maliyetlerin altında fiyat vermektedirler. İlgili fiyatlama sayesinde, firma sabit maliyetlerini amorti edeceği ve böylece yatırım yapma güdüsü korunacağı için refah artışı gerçekleşecektir. Ayrıca ürüne olan talebi düşük olan müşterilerin fiyatların standart olması durumunda alamayacakları ürünlere kavuşmaları söz konusu olacağı için de refah artışı gözlenecektir⁴⁸.

Fiyat ayrımcılığının yasaklanmasının hem perakende seviyede, hem de arz seviyesinde danışıklılığa neden olabileceği düşünülmektedir⁴⁹. Ayrımcılık kuralları, oligopol pazarlarda firmaların paralel fiyatlama yapmalarına da neden olabilir. Şöyle ki, birlikte hakim durumda olan firmalara standart fiyatlardan sapmalarını gerektirecek meşru bir neden verilmiş olmaktadır. Komisyon da en çok kayırılan müşteri kaydının (“*most favoured customer clause*”) rekabeti sınırlandırabileceğini belirterek aslında ayrımcılığın yasaklanmasının rekabet sorunlarına neden olabileceğini kabul etmiş bulunmaktadır⁵⁰.

Perakende seviyesinde, dağıtıcıların birbirlerinin fiyatlama politikalarını anlayarak benzer fiyatlar uygulamaları durumunda, sağlayıcının fiyat ayrımcılığı uygulamasının yasaklanması, perakende seviyede danışıklı dengenin kurulmasına yardımcı olabilir. Ayrıca yeknesak fiyatlama, dağıtıcıların maliyetlerini de yakınlaştıracaktır. Bu da perakendecilerin fiyatlama politikalarını yakınlaştırmaları için temel teşkil edebilir. Ayrıca bu durum, girdinin maliyetlerin önemli bölümünü teşkil etmesi sebebiyle, perakendecilerin koordine edilmiş fiyatlardan sapmalarını engelleyebilir. Sonuç olarak, alt pazarın oligopol yapı gösterdiği durumlarda, bazı müşterilerin rekabette avantajlı konuma getirilmesi, alt pazardaki rekabeti arttırabilir⁵¹.

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

⁴⁸ Ibid, s. 22.

⁴⁹ GCLC Research Papers, s. 125.

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

⁵¹ Ibid, s. 22.

bir mekanizma olarak kullanılabilir. Böyle bir durumda, fiyat ayrımcılığının yasaklanması nedeniyle, belirlenen fiyattan saparak düşük fiyat sunan hakim durumdaki teşebbüsün, bu fiyatı tüm müşterilerine yayması gerekecektir. Tüm müşterilere daha düşük fiyatlar uygulanması da diğer firmalarca hemen fark edilebilecektir. Ayrıca, fiyat ayrımcılığının yasaklanması nedeniyle ortaya çıkan bu durum, firmaların pazarda rakiplerince uygulanan fiyatları daha kolay bir şekilde izlemelerine olanak tanımaktadır. Bir başka ifade ile rakiplerin pazarda uygulanan fiyatları izleme maliyetlerini düşürmektedir. Şöyle ki, bir firmanın müşterileriyle gerçekleştirdiği tüm işlemleri izlemektense, yalnızca bir dağıtıcıya sunulan fiyatların takip edilmesi, sağlayıcılardan birinin koordine edilmiş fiyatlardan saptığının belirlenmesi için yeterli olacaktır⁵².

Ayrıca sağlayıcılar genellikle fiyatlama politikalarıyla distribütörlerinin dağıtım faaliyetlerine yatırım yapmasını veya yenilikçi dağıtım sistemlerini tanıtmalarını sağlamayı hedeflemektedirler. Ancak bu gibi durumlar maliyet tasarrufu ile izah edilememektedir. Bu konudaki topluluk içtihadının da önemli derecede sınırlandırıcı olduğu düşünülmektedir. Örneğin *Michelin II* kararında, firma tarafından dağıtıcılarına uyguladıkları hizmet standardını geliştirmeleri karşılığında sunulmuş olan servis bonusları, subjektif oldukları ve dağıtıcılar arasında ayrımcılığa neden oldukları gerekçesiyle Genel Mahkeme tarafından yasaklanmıştır⁵³. Her ne kadar bonus uygulamasında dikkate alınan kriterlerin büyük bölümü objektif olsa da, ne mahkeme ne de Komisyon iddia edilen subjektivitenin ayrımcılık potansiyelini haiz olup olmadığını değerlendirmemiştir. Bu durum, pazardaki diğer rakip teşebbüslerin aksine, hakim durumdaki teşebbüslerin hizmet kalitesini arttıran dağıtıcılarını ödüllendirme imkanını ellerinden almaktadır⁵⁴.

Topluluk kurumlarının indirim sistemlerine yaklaşımı incelendiğinde, miktar indirimlerinin maliyet etkinlikleri ile izah edilebildikleri durumlarda rekabete aykırı olmadıklarına karar verildiği görülmektedir⁵⁵. Ancak bu yaklaşımın önemli derecede sınırlandırıcı olduğu ve fiyat ayrımcılığının niçin uygulandığını açıklamak konusunda yetersiz kaldığı düşünülmektedir. Kanımızca miktar indirimleri alıcının pazar gücüne dayalı olduklarında ikinci seviye zarara neden olabilir. Bir veya daha fazla büyük alıcının, hakim durumdaki sağlayıcıyı bu tip indirimler için zorlaması durumunda, daha küçük

⁵² Ibid, s. 23.

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

⁵⁴ Ibid, s. 23.

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

ölçekli rakip alıcıların pazardan dışlanması mümkündür. Böyle bir durumda miktar indirimi 102 (c) hükmü kapsamında yasaklanabilecektir⁵⁶.

Topluluk Kurumlarınca sadakat ve hedef indirimlerine ise, dışlayıcı etkileri sebebiyle, *per se* bir yaklaşım uygulandığı ifade edilebilir. Bu yaklaşımın da aşırı sınırlandırıcı olduğu düşünülmektedir. Sadakat ve hedef indirimlerinin pazardaki etkilerinin somut olayın şartlarına göre ele alınması gerektiği düşünülmektedir. Bu indirimlerin *per se* yasaklanması birinci tip hataya neden olmaktadır⁵⁷. Rekabeti arttırıcı ve azaltıcı indirimlerinin birbirinden ayırt edilebilmesi için doktrinde önerilen test, bunların toplam çıktı miktarını arttırıp arttırmadığının analiz edilmesidir. Buna göre toplam çıktı miktarını arttıran indirimler genellikle rekabeti arttırıcı olmakla birlikte, toplam çıktı miktarını arttırmayan indirimlerin de *per se* rekabete aykırı olduklarının ileri sürülmemesi gerekmektedir⁵⁸.

Nitekim Adil Ticaret Ofisi (*Office of Fair Trading- OFT*) tarafından tartışmaya açılan rehberde de, yüksek sabit maliyetler içeren endüstrilerde indirimlerin veya fiyat ayrımcılığı unsuru içeren diğer eylem tiplerinin, toplam çıktı miktarını arttırmaları halinde, kötüye kullanma sayılmaması gerektiği belirtilmektedir⁵⁹. Ayrıca ilgili rehberde toplam çıktı miktarını arttırmayan indirimler de *per se* yasaklanmamaktadır. Kanımızca bu tip indirimlerin kötüye kullanma sayılabilmesi için rekabeti sınırlandırıcı etkilerinin ortaya koyulması

⁵⁶ Ibid, s. 24.

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

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

⁵⁸ Ibid, s. 24.

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

gerekmektedir. Ancak Genel Mahkeme *British Airways* kararında, 102'inci madde kapsamında bir ihlalin mevcut olduğunun ortaya koyulabilmesi için, eylemin pazarda açıkça rekabeti sınırlandırıcı etkilerinin bulunduğu kanıtlanmasına gerek olmadığını belirtmiştir⁶⁰. Buna göre, eylemin yalnızca rekabeti sınırlandırma potansiyelini haiz olduğunun gösterilmesi yeterlidir. Genel Mahkeme bu yaklaşımını *Michelin II* kararında da sürdürmüş ve hakim durumdaki firmanın pazar payı ve fiyatları ilgili dönemde düşmüş olmasına rağmen ihlal tespitinde bulunmuştur. Ayrıca ilgili dönemde pazara yeni teşebbüsler girmiş ve mevcut rakipler de pazar pozisyonlarını güçlendirmişlerdir⁶¹.

Bunun yanı sıra pazarda negatif etkilerin mevcut olduğu durumlarda da, örneğin rakip teşebbüslerin pazar payları düştüğünde, bu etkilerin hakim durumdaki firmanın uyguladığı indirimlerden kaynaklanıp kaynaklanmadığının da incelenmesi gerekmektedir. Rakiplerin pazar payı kayıpları indirimler dışında, malların veya hizmetlerin kalitesi gibi, farklı birçok nedenden kaynaklanıyor olabilir. Bu çerçevede 102 (c) hükmünün eşit ölçüde etkin olmayan rakipleri korumak amacıyla kullanılmaması gerektiği düşünülmektedir⁶².

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

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

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

http://www.offt.gov.uk/shared_offt/business_leaflets/competition_law/offt414a.pdf.

Erişim Tarihi: 09.12.2010

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

⁶² GCLC Working Paper 07/05, s. 25.

fiyatlar ve satış koşulları üzerine getirilen sınırlamaların daha yüksek standart fiyatlara neden olduğu ve satış koşullarını kötüleştirdiği belirtilmektedir⁶³.

Gerçekten de hakim durumdaki teşebbüslerin müşterilerine farklı fiyatlar vermelerinin önlenmesi halinde müşterilerin daha iyi koşullar ve düşük fiyatlar için pazarlık etme imkanlarının önüne geçilmiş olunur. Ayrıca bu durum hakim durumdaki teşebbüsün bir müşterisine yüksek fiyat vermesi durumunda diğer müşteriler bakımından ilgili fiyatın taban teşkil etmesine neden olacaktır. Bu da ayrımcılık kurallarının, hakim durumdaki teşebbüsler tarafından, fiyatların arttırılması amacıyla kullanılması riskini taşımaktadır⁶⁴.

Dikey entegre olmayan hakim durumdaki firmaların alt pazardaki müşterilerinden bazılarını diğerlerine göre rekabette dezavantajlı konuma düşürmek konusunda bir isteklerinin bulunamayacağı düşünülmektedir. Dikey entegre firmaların ise, alt pazardaki yavru şirketlerinin rakiplerini rekabette dezavantajlı konuma düşürmek bakımından daha güçlü bir motivasyonları vardır⁶⁵.

Dikey entegre olmayan firmaların ayrımcılık yapmak konusunda menfaatinin bulunmadığı düşünülmektedir. Şöyle ki üst pazarda faaliyet gösteren firma, kendi mallarının dağıtımı bakımından alt pazardaki rekabetten faydalanacaktır. Sağlayıcı tarafından bazı müşterilerine rekabetçi fiyat avantajı sunulması, ilgili dağıtıcıların ürünleri daha etkin satması için kısa dönemde motivasyon sağlayacaktır. Ancak uzun dönemde, dağıtıcının rekabetçi baskıdan yalıtılması, ürünlerin dağıtımındaki etkinliği olumsuz etkileyebilecektir. Ayrıca sağlayıcının alıcılarından birine rekabetçi fiyat avantajı sunması, pazara riskli bir sinyal gönderecektir. Çünkü diğer alıcılar, ayrımcılığa uğrama riski nedeniyle, gelecekte aynı satıcıdan ürün almak konusunda isteksizleşebileceklerdir. Belirtilenlerin dışında, bazı müşterilere rekabetçi avantaj sağlanması, ayrımcılığa uğrayan alıcıların dışlanmasına neden olabilir ve alım pazarındaki yoğunlaşmayı arttırabilir. Bu durum satıcının alt pazardaki dağıtıcılarının alım gücünü arttırarak, sağlayıcının pazar gücünün sınırlandırılmasına neden olacaktır⁶⁶.

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

⁶³ O'Donoghue ve Padilla 2006, s. 601, 602.

⁶⁴ O'Donoghue ve Padilla 2006, s. 575.

⁶⁵ Ibid, s. 33.

⁶⁶ Ibid, s. 34.

Güçlü alıcılara rekabetçi seviyenin altında fiyat verilmesi halinde, sağlayıcının tedarikte bulunma motivasyonu azalacağı için çıktı miktarının düşmesi beklenir. Benzer şekilde rekabetçi seviyenin üzerinde fiyat verilmesi durumunda zayıf alıcıların alım yapma motivasyonu alacağından dolayı çıktı miktarı azalacaktır. Ancak böyle durumlarda sağlayıcıya değil, pazar gücünü kötüye kullanan ve rakiplerini dezavantajlı konuma düşüren güçlü alıcılara yaptırım uygulanması gerektiği belirtilmektedir. Buna göre, böyle durumlarda rekabet otoritelerinin hedefinde fiyat ayrımcılığı uygulayan firma değil, ayrımcılıktan yararlanan firma olması gerektiği belirtilmektedir⁶⁷.

İkinci seviye zarara neden olan fiyat ayrımcılığının ortaya çıkabileceği ikinci senaryoda ise alıcıların faaliyet gösterdiği alt pazarın oligopol nitelikli olmasıdır. Bu alıcılar üst pazarda rekabetçi seviyenin altında fiyat almak, alt pazarda rekabetçi seviye üzerinde fiyat vermek için danışıklılık halinde olabilirler. Bu durumda üst pazardaki sağlayıcının oligopolistlerden bazılarına rekabetçi avantaj sağlamak konusunda motivasyonu bulunabilir. Çünkü girdi fiyatının alıcılardan biri için indirilmesi, alt pazardaki danışıklı dengenin bozulmasını sağlayabilecek ve perakende seviyedeki tüm firmaların çıktılarını arttırmasına neden olabilecektir. Çıktıların artması da sağlayıcıya verilen siparişlerin artması sonucunu doğuracaktır. Doktrinde böyle durumlarda fiyat ayrımcılığı çıktı miktarını ve tüketici refahını arttırdığı için yasaklanmaması gerektiği belirtilmektedir⁶⁸.

Dikey entegre firmaların kendi yavru şirketleri lehine fiyat ayrımcılığında bulunmakta daha fazla menfaati olabilir⁶⁹. Ancak bu gibi durumlarda otomatik olarak eylemin rekabete aykırı etkilerinin bulunduğu ve cezalandırılması gerektiği sonucuna varılmaması gerekir. Şöyle ki, dikey entegre firma tarafından alt pazara sunulan girdinin ikamesi mevcutsa veya üst pazarda piyasaya giriş engelleri bulunmamağaysa, pazarın kapanması veya rakiplerin dışlanması ihtimali düşüktür. Örneğin alternatif ürünlerin mevcut olması durumunda, müşterilere rakiplerin tedarikte bulunması yerine hakim durumdaki teşebbüs bizzat tedarikte bulunmayı tercih edecektir⁷⁰.

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

⁶⁷ Ibid, s. 34.

⁶⁸ Ibid, s. 35.

⁶⁹ GCLC Research Papers, s. 129.

⁷⁰ Ibid, s. 36.

olmadığı durumlarda, eylemin tek etkisi firmanın alt pazardaki rakiplerine tedarikte bulunmak suretiyle elde edeceği karı kaybetmesi olacaktır. Kanımızca bu gibi durumlarda fiyat ayrımcılığının farklı bir haklı gerekçesinin mevcut olup olmadığının incelenmesi gerekir⁷¹.

Belirtilenlerin dışında, hakim durumdaki firmanın kendi yavru şirketi lehine ayrımcılıkta bulunmasının engellenmesi halinde, firmanın dikey entegrasyondan kaynaklanan etkinliğinin olumsuz etkilenmesi söz konusu olabilir. Böyle bir durumda yasaklamanın birinci tip hataya neden olabileceği düşünülmektedir. Çünkü yasaklama nedeniyle, dikey entegrasyon işlem maliyetlerinin azalması, çifte marjinalizasyonun engellenmesi gibi etkinlikler doğuracak olsa dahi, firmaların entegrasyona gitme motivasyonları azalacaktır⁷².

Fiyat ayrımcılığının yasaklanmasının bir diğer olumsuz etkisi de, yasaklamanın alt pazardaki tüm firmalara mal verme zorunluluğu ortaya çıkararak, mecburi tek fiyat uygulamasına dönüşmesidir. Yasaklama nedeniyle alt pazardaki firmalara yeknesak tedarik koşulları uygulanacaktır. Bu durum özellikle oligopol pazarlarda, firmaların maliyetlerinde simetriye neden olacağı için sorun teşkil edebilir, çünkü maliyetlerin yaklaşması danışıklılık riskini arttıracaktır. Yeknesak veya benzer tedarik koşulları aynı zamanda alt pazardaki fiyat rekabetini de azaltacaktır. Hakim durumdaki firmaya, tüm alıcılarına aynı fiyatları uygulama yükümlülüğü getirilmesi, firmanın karını üst pazara kaydırmasına neden olabilir. Bir başka ifade ile firma alt pazardaki rakiplerine ve kendi yavru şirketine indirim yapmak yerine fiyatlarını en üst seviyeden belirlemeyi tercih edebilir⁷³.

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

3.3. Coğrafi Fiyat Ayrımcılığı

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

⁷¹ Ibid, s. 36.

⁷² Ibid, s. 36.

⁷³ Ibid, s. 37.

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

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

uygulanması değil, dağıtıcıların Üye Devletler arasında arbitraj imkanının engellenmesidir. Ancak ilgili kararlarda, yeniden satışın engellenmesinin, farklı fiyat uygulanmasının etkisini arttıran bir unsur olduğu değerlendirilmesinde bulunulmuştur⁷⁶.

Bir firmanın, bir ürünü, farklı ülkelerdeki talebin durumuna göre, farklı fiyatlar belirleyerek satması durumunda, coğrafi fiyat ayrımcılığının yasaklanması, dağıtımda arzu edilmeyen sonuçlar doğurabilecektir. Tek fiyat uygulanması yükümlülüğü, fiyatların düşük olduğu ülkelerde fiyatların yükselmesine neden olacaktır. Yeknesak fiyat uygulanması zorunluluğu ürünlerin ucuza satıldığı ülkede yaşayan fakir tüketicilerden, ürünlerin pahalı satıldığı ülkede yaşayan zengin tüketicilere doğru refah transferine neden olacaktır. Ayrıca hakim durumdaki firmanın, böyle bir yükümlülük getirilmesi nedeniyle, düşük fiyatların uygulandığı ülkedeki tüketicilere tedarikte bulunmaktan tamamen vazgeçerek, yüksek fiyatların uygulandığı ülkelere yoğunlaşmaya karar vermesi daha olumsuz sonuçlar doğuracaktır⁷⁷.

Sonuç olarak coğrafi fiyat ayrımcılığının değerlendirilmesinde dikkat edilmesi gereken husus arbitrajın engellenmesidir⁷⁸. Daha önce de ifade edilmiş olduğu gibi tek pazar entegrasyonunun gerçekleşebilmesi için müşterilerin malları birbirlerine yeniden satabilmeleri gereklidir. Hakim durumdaki teşebbüslerin farklı ülkelerde uyguladıkları farklı fiyatları sürdürebilmek için arbitrajı engellemesi durumunda ise eylemin rekabet hukuku kapsamında yasaklanması gereklidir. Doktrinde, arbitrajın engellenmesinin kamu hukukuna dayanan nedenleri olması durumunda ise eylemin ABİA'nın malların serbest dolaşımını hükümleri çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği belirtilmektedir⁷⁹.

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

4.1. Birinci Seviye Zarara Neden Olan Eylemler

4.2. İndirim Sistemleri

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

⁷⁶ GCLC Working Paper 07/05, s. 44.

⁷⁷ Ibid.

⁷⁸ GCLC Research Papers, s. 132.

⁷⁹ GCLC Working Paper, s. 45.

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

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

Örneğin Komisyon, *Hoffmann- La Roche* kararında sözleşmelerin yatay etkileri olduğunu ve rakipler açısından rekabeti bozduğunu belirttikten sonra eylemin, eşit işlemlere farklı koşullar uygulandığı için, dışlayıcı olduğuna karar vermiştir⁸⁰. ABAD'a göre sadakat indirimleri, eşit işlemlere farklı koşullar uygulanmasına sebep olur, çünkü müşteriler alımlarını münhasıran hakim durumdaki teşebbüsten yapıp yapmadıkları çerçevesinde aynı miktar ürün için farklı fiyatlar ödemek durumunda kalırlar. Mahkeme ilgili kararda ayrımcılığı yasaklamış ancak alt pazardaki rekabetçi durumun ne olduğu üzerinde durmamıştır. *Hoffmann- La Roche* savunmalarında indirimlerin müşterilerden bazılarını diğerlerine göre rekabette dezavantajlı konuma düşürmediğini iddia etmişse de mahkeme, hakim durumda bir teşebbüsün varlığı sebebiyle zaten rekabetin zayıflamış olduğu bir pazarda 102'inci madde kapsamında rekabetçi yapının daha fazla zayıflatılmasının hakim durumun kötüye kullanılması teşkil edebileceğini belirtmiştir. Ancak ABAD ilgili kararda hakim durumdaki teşebbüsün faaliyet gösterdiği pazarda, yani eylem birinci seviye zarara sebep olduğu için, ayrımcılığa yaptırım uygulamıştır.

Topluluk Kurumlarının sadakat indirimlerine ilişkin bazı kararlarında hem birinci hem de ikinci seviye zararı incelediği görülmektedir. Örneğin Fransa ve İspanya'dan gelen ithalat rekabeti ile karşılaşan *British Plasterboard Ind. (BPB)* Kuzey İrlanda'da ithalat yapan müşterilerinin indirimlerini kesmiş ayrıca münhasıran kendisinden alım yapacak müşterilere ek indirimler vermiştir⁸¹. Genel Mahkeme, ithalat yapan müşterilerin cezalandırılması nedeniyle eylemin ayrımcılık amacı taşıdığına karar vermiştir. Kararda 102 (c) hükmü açıkça zikredilmemişse de açıklamalar bölümünde eylemin hem birinci hem de ikinci seviye zarara neden olan iki farklı etkisinin bulunduğu belirtilmektedir.

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

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

British Airways (BA) kararında da hem birinci hem de ikinci seviye zarar dikkate alınmıştır⁸². Kararın konusu *BA*'dan aynı miktarda bilet alan acentelerin farklı miktarda indirim almasıdır. İndirimlerdeki bu farklılık, acentelerin bir önceki sene satmış oldukları farklı miktarlardaki *BA* biletine dayanmaktadır. Kararda *BA*'nın eylemi ile rakip havayolları arasındaki rekabeti engellediği ayrıca alt pazardaki acenteler arasındaki rekabeti sınırlandırdığı belirtilmiştir.

Önceki alımlardan daha yüksek bir hedefin tutturulması koşuluyla tanınan indirimlere hedef indirim adı verilmektedir. *Michelin I* kararının konusu firmanın yıllık satış hedefini tutturana bayilerine bonus vermesidir⁸³. Ancak hedefler bir önceki senenin alımlarından yüksek belirlenmiştir. Ayrıca firma her bir bayiye uygulayacağı bonusu bireysel ve seçici belirlemiştir. Eylemin bayileri *Michelin*'e bağladığına, bu nedenle firmanın rakiplerinin pazardan dışlandığına ve eylemin 102 (c)'ye aykırı ayrımcılık teşkil ettiğine karar verilmiştir. Kararda ayrıca bonusların maliyet etkinliğine değil, sadakate dayalı olduğu belirtilmiştir. Kararda Komisyon 102 (c) hükmünün tüm koşullarını uygulamamış ve indirimlerin yalnızca yatay etkilerini incelemiştir. Bu nedenden dolayı ABAD ilgili kararı bozmuş ve bayilere farklı davranılmasının birçok farklı ticari gerekçesi olabileceğini ve bu farklılığının ayrımcılık sayılmayacağını belirtmiştir.

Irish Sugar kararında ise indirimler artan alım miktarına göre değil, alım miktarının artış oranına göre belirlendiği için, hakim durumdaki teşebbüs tarafından sunulan hedef indirimlerinin ayrımcı olduğuna karar verilmiştir⁸⁴. Eylem sayesinde alım miktarı düşük olan ancak bir önceki seneye göre daha fazla satış yapmış müşterilere, alım miktarı fazla olan ancak satışlarını bir önceki seneye göre arttırmamış müşteriler kadar indirim verilmiştir. Kararda Komisyon indirim sisteminin ayrımcı niteliği ile fazla ilgilenmemiş, yalnızca indirimler nedeniyle rakiplerin pazarda tutunmalarının zorlaştığını ve bu durumun yerli şeker üreticilerini rekabetten koruyan bir politikanın parçası olduğunu belirtmiştir. İlgili kararda da Komisyonun eylemin birinci seviye etkilerine odaklandığı anlaşılmaktadır.

4.3. Seçici Fiyatlama

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

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

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

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

102 (c) hükmünün uygulanması bakımından daha dikkatli davranmaktadır. *ECS/ AKZO* kararında Komisyon, müşterilere seçici biçimde yıkıcı fiyat uygulanmasını yasaklamıştır⁸⁵. Karar incelendiğinde, eylemin yıkıcı doğasına odaklanıldığı ve 102 (c) hükmünün uygulanmadığı görülmektedir. Kararda eylemin rekabete aykırı etkisinin müşterilere zarar verilmesinden kaynaklanmadığı, aksine eylem dışlayıcı olduğu için tedarik seviyesinde önemli etkilerinin bulunduğu belirtilmiştir.

Komisyon *Eurofix- Bauco v. Hilti* kararında da 102 (c) hükmünü uygulamamıştır⁸⁶. Hilti rakiplerinin büyük müşterileri lehine seçici fiyat indirimlerinde bulunmak suretiyle müşterilerine ayrımcı davranmıştır. Komisyona göre ilgili eylem rakiplerin pazara girişini zorlaştırmak amacıyla gerçekleştirilmiştir bu nedenden dolayı karar birinci seviye zarar gerekçelendirmesi içermektedir.

Irish Sugar'da ise seçici fiyat indirimlerinin aynı zamanda ayrımcılığa neden olduğuna karar verilmiştir⁸⁷. İlgili kararda hedef indirimlerinin büyüklüğü ilgili müşteriye göre değiştiği için bunların seçici fiyatlamaya neden olduğu belirtilmiştir. Bu çerçevede firmanın rakip şeker üreticilerinin müşterilerine daha fazla indirim yaptığı tespit edilmiştir. Komisyon kararında hedef indirimlerinin seçici ve ayrımcı fiyatlamaya neden olduğuna karar verilmiştir. Ancak kararın etki analizi bölümünde yalnızca birinci seviye zararın ele alındığı görülmektedir.

Compagnie Maritime Belge kararında da 102 (c) maddesi uygulanmıştır. *CEWAL* isimli lineer konferans üyesi firmaların birlikte hakim durumda olmaları söz konusudur⁸⁸. İlgili konferans rekabet edebilmek için rakibi ile aynı günlerde ancak aynı veya daha düşük fiyatlarla hizmet vermeye başlamıştır. Komisyon *CEWAL*'in tek rakibini pazardan dışlamaya çalıştığı gerekçesiyle eylemin birinci seviye zarara neden olduğuna karar vermiştir. Ayrıca kararda eylemin 102 (c) hükmünü de ihlal ettiği belirtilmiştir. Buna göre, rakip firmayla aynı günlerde daha ucuza hizmet sunulması, diğer günlerde hizmet alan müşteriler aleyhine ayrımcılık teşkil etmektedir. Kararın temyizinde ise hakim durumdaki firma ayrımcılığın mevcut olmadığını iddia etmişse de Genel Mahkeme ve ABAD, fiyat ayrımcılığını önemsemeksizin, eylemin dışlayıcı etkilerini göz önünde bulundurarak kötüye kullanma tespitinde bulunmuştur.

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

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

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

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

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

farklı fiyat uygulanmasının, etkinlik artırıcı olabileceği ancak topluluk kurumlarının konuyla ilgili net bir yaklaşımının bulunmadığı belirtilmektedir⁸⁹.

4.4. Bağlama ve Paketleme

Bağlama ve paketleme eylemleri de fiyat ayrımcılığı unsuru içermektedir. Şöyle ki, firmalar bazı durumlarda müşterilerine iki farklı ürünü birlikte almaları koşuluyla indirim yapabilmektedir. *Eurofix- Bauco v. Hilti* kararında Komisyon *Hilti*'ye, kartuş ve çivilerin bir arada alınması durumunda indirimde bulunması ve sadece kartuş alan müşterilere indirim yapmayı reddetmesi nedeniyle para cezası vermiştir⁹⁰. İlgili eylem fiyat ayrımcılığı unsuru barındırmaktaysa da, Komisyon kararında 102 (c) hükmüne dayanmamıştır. Kararda yalnızca eylemin müşterilerin sömürülmesine neden olduğu ayrıca eylem nedeniyle *Hilti*'nin rakiplerinin pazardan dışlandığı belirtilmiştir. Benzer şekilde *Napier Brown* kararında da 102(c) hükmü uygulanmamıştır⁹¹. Hakim durumdaki *British Sugar*'ın teslimat talep eden ve etmeyen müşterilerine aynı fiyatı uygulaması söz konusudur. Komisyon kararında yalnızca eylem nedeniyle, komşu pazarda (şeker teslimat pazarı) dışlayıcı etkilerin meydana geldiğini belirtmiştir.

Digital kararında, *software* bakım hizmetleri ve diğer *hardware* hizmetleri sunan firmanın ayrımcı eylemleri ve bağlı satışları nedeniyle hakim durumunu kötüye kullandığına karar verilmiştir⁹². *Digital*, müşterisinin aynı zamanda *hardware* alması durumunda ayrımcı fiyat uygulamıştır. Komisyon birinci seviye zarar argümanına dayanmıştır. Kararda, eylemin amacının, bağımsız hizmet sağlayıcılarının *Digital* ile bakım hizmetleri ve *Digital* bilgisayarlarının *hardware* hizmetleri pazarında rekabet etmesinin engellenmesi olduğunu belirtmiştir.

Van den Bergh Foods kararında ise 102(c) maddesine açık bir atıf bulunmamakla birlikte, ilgili hükmün uygulandığı anlaşılmaktadır⁹³. İrlanda'da faaliyet gösteren hakim durumdaki bir dondurma üreticisi dondurma ile buzdolabı satışlarını paketlemiş ve buzdolabı talep eden ve etmeyen tüm müşterilerine aynı fiyattan dondurma satmıştır. Karara göre, bu durum kendi dolabı olan perakendeciler aleyhine ayrımcılığa neden olmuştur. Komisyon kararında benzer durumda olmayan müşterilere aynı koşullar uygulanması suretiyle ayrımcılık yapıldığını belirtmiştir. Buna göre dolap talep etmeyen

⁸⁹ GCLC Working Paper 07/05, s.17.

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

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

⁹² XXVIIth Report on Competition Policy (1997), §69.

http://ec.europa.eu/competition/publications/annual_report/1997/broch97_en.pdf

Erişim Tarihi: 09.12.2010

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

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

5. İkinci Seviye Zarara Neden Olan Eylemler

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

Topluluk kurumlarının, özellikle taşımacılık sektöründe faaliyet gösteren ve devlet tarafından zorunlu bir unsurun işletilmesi için münhasırlık tanınmış, dikey entegre olmayan firmalar hakkında verdiği kararlar genellikle ikinci seviye zarara neden olan ve ayrımcılık unsuru içeren eylemlerle alakalıdır. İlgili kararların pek çoğu vatandaşlık temelinde ayrımcılıkla veya ulusal faaliyetler lehine ayrımcılıkta bulunulmasıyla ilgilidir⁹⁴.

Corsica Ferries II kararında Cenova limanı kaptanlarınca kurulmuş bir şirkete kamu otoritelerince zorunlu pilotaj hizmetini sağlamak üzere münhasır hak tanınması söz konusudur⁹⁵. Şirket tarafından belirlenen pilotaj tarifeleri, bakanlık tarafından onaylanmıştır. Firma tarafından İtalyan limanları arasında faaliyet gösteren ve İtalyan bayrağı taşıyan gemilere daha düşük bir tarife uygulanmıştır. ABAD kararında, ulusal otoritelerin kendi vatandaşları lehine ayrımcılıkta bulunmasının 102 (c) hükmü tarafından yasaklandığını belirtmiştir.

Havaalanı faaliyetleri ile ilgili pek çok Topluluk kararının da, satıcıların belirli teşebbüslere ayrıcalıklı uygulamalarda bulunması ile ilgili olduğu görülmektedir. Örneğin, Belçika mevzuatı tarafından Brüksel havaalanında daha fazla trafik hacmi olan havayolu şirketleri lehine iniş ücretlerinin kademeli biçimde belirlenmesi ile ilgili *Brussels National Airport* kararı böyledir⁹⁶. Mevzuat tarafından belirlenmiş eşikler neticesinde, diğer Topluluk havayollarının aleyhine, indirimlerden yalnızca ilgili havaalanında faaliyet gösteren taşıyıcılar yararlanabilmiştir. Komisyon ilgili kararında, hakim durumdaki teşebbüsün aynı ülkede faaliyet gösteren farklı bir şirkete öncelik tanınmasının 102 (c) hükmünü ihlal ettiğini belirtmiştir. Ayrıca ilgili olayda devletin sahip olduğu bir şirketin uçak iniş ve kalkış hizmetlerini münhasır

⁹⁴ GCLC Working Paper 07/05, s. 27.

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

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

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

İniş ücretlerinin ulusal havayolu şirketleri lehine belirlenmesi eylemini konu alan *Porteguese Airports* kararı da yukarıda kısaca belirtilen karar ile aynı yöndedir⁹⁷. İlgili olayda ulusal ve uluslararası uçuşlar için farklı iniş ücretleri uygulanmıştır. Karara göre havaalanlarınca sunulan iniş ve kalkış hizmetleri, hizmetten yararlanan havayolu şirketinin vatandaşlığına bağlı olmaksızın, tüm havayolu şirketleri için aynı olduğu için ilgili eylem 102 (c) hükmünü ihlal etmektedir.

Alpha Flight/ Aeroports de Paris kararı da Paris havaalanı yönetiminin iki farklı yer hizmeti veren firmaya elde ettikleri ciroya göre farklı ücret uygulaması söz konusudur⁹⁸. Soruşturmada kamu tüzel kişisi niteliğindeki Paris havaalanı yönetimi tarafından, tüm işletmecilere sunulan hizmetin aynı olmasına rağmen, fiyatların yine kamu tüzel kişisi niteliğindeki yer hizmeti sağlayan firma lehine olacak biçimde ayrımcı belirlendiği, ayrıca kendi yer hizmetlerini kendisi gören havayolu şirketlerinden çok daha düşük ücret talep edildiği anlaşılmıştır. Komisyona göre, aynı havaalanı içerisinde farklı müşterilere farklı fiyatlar uygulanması, yer hizmeti veren firmalar arasındaki rekabeti bozmuştur ve eylem 102 (c) hükmüne aykırılık teşkil etmektedir.

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

Zorunlu girdileri kontrol eden hakim durumdaki firmaların, alt pazardaki yavru şirketleri lehine düşük fiyat uygulamalarına ilişkin Topluluk Kurumlarınca verilmiş bir dizi karar bulunmaktadır. Örneğin *Deutsche Bahn* kararında, hakim durumdaki firmanın, deniz yolu ile konteynır taşımacılığı pazarında faaliyet gösteren yavru şirketi lehine, tren rayı altyapısına ulaşma konusunda farklı fiyat uygulaması söz konusudur⁹⁹. İlgili eylemin, eşit hizmetlere farklı şartlar uygulanmasına neden olduğu için, 102 (c) hükmüne aykırı olduğuna karar verilmiştir. Genel Mahkeme ise farklı fiyat uygulanmasının maliyetlerdeki farklılığa dayanmıyor olduğunu ve farklı taşımacılık yöntemleri nedeniyle ortaya çıkan rekabetin farklı fiyat uygulanmasının nedeni olamayacağını belirtmiştir¹⁰⁰. Aksine ortaya çıkan rekabetin deniz taşımacılığındaki fiyatların düşmesine neden olacağı ifade edilmiştir.

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

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

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

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

ITT Promedia saga kararı da benzer yöndedir¹⁰¹. Yavru şirketi aracılığı ile telefon rehberi basan, Belçika ulusal telekomünikasyon işletmecisinin verilerine ulaşmak ve telefon rehberi pazarında faaliyet göstermek isteyen *ITT Promedia* isimli firmaya, ilgili verilerin daha pahalıya tedarik edilmesi söz konusudur. Karar neticesinde hakim durumdaki firma ciro üzerinden fiyat belirleme sistemini sona erdirerek, toplam yıllık maliyet temelli fiyatlandırma sistemine geçmiştir.

Deutsche Post kararında ise Almanya'daki hakim durumdaki firmanın, İngiltere'den gelen sınır ötesi postalara yüksek fiyat uygulaması söz konusudur¹⁰². Firmanın ilgili fiyatlandırmadaki amacı postaların yeniden gönderilmesini engellemektir. Çünkü Alman müşterilerin de yurt içi postalarını, İngiltere üzerinden göndermesi söz konusudur. Komisyon, firmanın eşit işlemlere farklı koşullar uyguladığı gerekçesiyle eylemin 102 (c) hükmüne aykırı olduğuna karar vermiştir. Kararda firmanın eyleminin İngiltere'de giden sınır ötesi postalar pazarında (*outgoing cross-border mail*), *British Post Office* aleyhine ayrımcılık yaratmak suretiyle, ikinci seviye zarara neden olduğu belirtilmiştir. Ayrıca aynı eylemin, Almanya'da gönderilen ve alınan sınır ötesi postalar pazarındaki (*forwarding and delivery of cross-border mail*) hakim durumun, İngiltere'deki giden sınır ötesi postalar pazarına (*outgoing cross-border mail*) kötüye genişletilmesi anlamına geldiği ve bu nedenle dışlayıcı olduğu ifade edilmiştir.

Clearstream kararı da benzer yöndedir¹⁰³. Almanya'da menkul kıymetlere takas ve uzlaşma hizmeti veren (*clearing and settlement services*) hakim durumdaki bir merkezi menkul kıymet depolama (*Central Securities Depositories- CSD*) firması olan *Clearstream AG* ilgili hizmetleri hem diğer *CSD*'lere hem de uluslararası merkezi menkul kıymet depolama firmalarına (*International Central Securities Depositories- ICSD*) sunmaktadır. Avrupa'da yalnızca iki adet *ICSD* bulunmakta olup, bunlardan biri *Clearstream AG*'nin iştirakidir. Firma, rakip uluslararası merkezi menkul kıymet depolama firmasına yüksek fiyatlar uygulamıştır. Komisyon ilgili fiyatlamamanın ayrımcı olduğuna ve maliyet farklılığı gibi bir haklı gerekçesi bulunmadığına karar vermiştir.

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

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

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

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

davranma yetkisi tanınması söz konusudur¹⁰⁴. İlgili hükümler sebebiyle büyük gönderici firmalara diğer ticari göndericilere kıyasla daha fazla indirim yapılmıştır. Komisyona göre aynı miktarda gönderisi bulunan firmalara farklı fiyatlar uygulanması ayrımcılık teşkil etmektedir. Ancak büyük göndericilerin ve diğer ticari göndericilerin aynı pazarda faaliyet göstermiyor olmaları sebebiyle, ilgili eylemin ikinci seviye zarara neden olup olmadığı açık değildir. Soruşturma neticesinde DPAG'nin büyük göndericilere iki farklı posta hazırlama hizmeti sunduğu anlaşılmıştır. Bu çerçevede firma ticari hazırlayıcı firmalarla aynı pazarda faaliyet göstermektedir. Ayrımcı indirimler nedeniyle, diğer posta hazırlayıcı firmalar miktara dayalı indirimlerden faydalanamamışlar ve bu durum onları DPAG ile kıyasla rekabette dezavantajlı konuma düşürmüştür. Çünkü diğer hazırlayıcı firmaların müşterilerinin postadan ettiği tasarrufu tedarik imkanı bulunmamağayken, DPAG'nin böyle bir imkanı bulunmaktadır. DPAG temel posta hizmetlerindeki hakim durumunu posta hazırlama hizmetleri pazarına genişlettiği için eylemin aslında dışlayıcı bir yönü de bulunmaktadır.

6. Coğrafi Fiyat Ayrımcılığı

Topluluk Kurumları 102 (c) hükmünü pek çok coğrafi fiyat ayrımcılığı eylemine uygulamıştır. Ancak doktrinde, ilgili hükmün bu tip eylemlerin yasaklanması bakımından doğru bir hukuki temel teşkil etmediği belirtilmektedir. Coğrafi fiyat ayrımcılığına ilişkin en önemli kararlardan biri *United Brands Company (UBC)* kararıdır¹⁰⁵. UBC'nin maliyetlerinde bir farklılık yaratmamasına rağmen farklı üye devletlerde farklı fiyatlardan muz satışı yapması söz konusudur. Kararda eylemin üye devletlerarası ticaretin engellenmesine ve ulusal pazarların paylaşılmasına neden olduğu belirtilmiştir. Bu durumun farklı üye devletlerdeki dağıtıcıları diğerlerine nazaran rekabette dezavantajlı konuma düşürdüğü ifade edilmiş ayrıca eylem malların serbest dolaşımı ilkesine aykırı görülmüştür. Doktrinde, ilgili eylemin farklı üye devletlerdeki dağıtıcılar arasındaki rekabeti tamamen engellediği dolayısıyla üye devletlerden birinin diğerine göre rekabette dezavantajlı konuma düşürülme kriterinin yerine gelmediği ifade edilmektedir¹⁰⁶.

Coğrafi fiyat ayrımcılığıyla ilgili bir diğer karar da *Tetra Pak II* dir¹⁰⁷. Sıvı içeceklerin ambalajlanması amacıyla kullanılan aseptik makine ve karton pazarında faaliyet gösteren hakim *durumdaki Tetra Pak*'ın farklı üye devletlerde

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

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

¹⁰⁶ GCLC Working Paper 07/05, s. 38.

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

kartonlar ve makineler için farklı fiyat uygulaması söz konusudur. Kararda Üye Devletlerarası fiyat farklılığının taşıma maliyetleri ile izah edilemediği belirtilmiştir. Topluluk kurumları farklı fiyatlandırma uygulamasının, hakim durumdaki firmanın pazar parçalama stratejisinin bir ürünü olduğu kanaatine varmıştır. Doktrinde 102 (c) hükmünün ilgili eyleme uygulanmasının problemlili olduğu belirtilmektedir. Çünkü hakim durumdaki firmanın müşterilerinden bazılarının eylem nedeniyle rekabette dezavantajlı konuma düşüp düşmediği araştırılmamıştır. Ayrıca Topluluk Kurumları, firmanın sözleşmelerinde bulunan pek çok hüküm aracılığı ile pazarı parçaladığı ve bu durumun kötüye kullanma teşkil ettiği sonucuna varmıştır. Firmanın sözleşme hükümlerini değiştirmesinin coğrafi fiyat ayrımcılığının sona erdirilmesi için yeterli olduğu belirtilmektedir. Dolayısıyla coğrafi fiyat ayrımcılığının ayrı bir kötüye kullanma tipi olarak cezalandırılmasına gerek olmadığı ifade edilmektedir¹⁰⁸.

British Leyland (BL) kararında ise İngiltere pazarına Metro araçlarının ithal edilmesinin engellenmesi söz konusudur¹⁰⁹. Metro firması, *BL*'nin farklı ülkelerde satışa çıkardığı araçları İngiltere'ye ithal etmiştir. Hakim durumdaki firma, İngiltere'de satışa sunduğu sağdan direksiyonlu araçlar için yüksek, diğer Avrupa ülkelerinde satışa sunduğu soldan direksiyonlu araçlar için daha düşük fiyat uygulamıştır. Metro isimli firma Avrupa'daki düşük fiyatlı araçları İngiltere'ye ithal etmiş ve düşük bir maliyetle direksiyonun yerini değiştirerek satışa sunmuştur. *BL* ise aynı zamanda kişisel amaçla İngiltere'de kullanılmak üzere ithal edilen araçlar dışındaki tüm ithal araçların kaydını ve trafiğe uygunluk sertifikalarını düzenlemektedir. İngiliz mevzuatı uyarınca firmanın ilgili sertifikaların verilmesi konusunda tekel hakkı bulunmaktadır. Firma kendi ürettiği araçları İngiltere'deki dağıtım ağı aracılığı ile satmaktadır. Bunun yanı sıra Metro'nun Belçika'dan getirdiği soldan direksiyonlu *BL* araçları da daha düşük fiyata İngiltere'de satılmaya başlanmıştır. Bunun üzerine *BL* yerli dağıtıcılarını korumak için, Avrupa'dan ithal edilen soldan direksiyonlu araçlara daha yüksek fiyattan trafiğe uygunluk belgesi vermeye başlamıştır. Komisyon bu uygulamanın ayrımcı olduğuna ve hakim durumun kötüye kullanılması teşkil ettiğine karar vermiştir. Kararda eylemin paralel ticareti ve malların serbest dolaşımını engellediği belirtilmiştir¹¹⁰.

Irish Sugar kararında ise Kuzey İrlanda sınırına yakın yerlerdeki müşteriler lehine ayrımcı sınır indirimleri uygulanması söz konusudur¹¹¹. Kararda indirimlerin amacının ithalatın engellenmesi, pazarların bölünmesi ve

¹⁰⁸ GCLC Working Paper 07/05, s. 39.

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

¹¹⁰ GCLC Working Paper 07/05, s. 40.

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

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

7. Değerlendirme

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

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

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

eylemlerinin ele alındığını ifade etmiştir. İlgili konuşmada dışlayıcı eylemler ile sömürücüler arasında kesin bir sınır çekilmiş ve ayrımcılık eylemlerinin hem dışlayıcı hem de sömürücü olabileceğine ilişkin tartışmalara açıklık getirilmiştir¹¹².

Benzer bir durum Komisyon tarafından yayınlanmış olan “Dışlayıcı Kötüye Kullanmalar Hakkında Rehber” (Komisyon Rehberi) açısından da geçerlidir¹¹³. İlgili Komisyon Rehberinin 7’inci dibacesinde, doğrudan tüketicilerin sömürülmesine neden olan aşırı fiyatlama eylemlerine ve tek pazar hedefine aykırı eylemlere de Komisyon’un müdahale edebileceği, ancak ilgili rehberin bu tip eylemlerle ilgili değil, dışlayıcı eylemlerle ilgili Komisyon’un uygulama önceliklerini gösterdiği belirtilmektedir. Bir diğer ifade ile sömürücü eylemler aşırı fiyatlama ve tek pazar hedefine aykırı eylemler olarak iki sınıfa ayrılmış ve bunlarla dışlayıcı eylemler arasında bir set çekilmiştir. Bize göre tek pazar hedefine aykırı eylemler ifadesi ile aslında 102 (c) kapsamında incelenen ayrımcılık eylemleri işaret edilmektedir.

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

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

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

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

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

Ş II. TÜRK REKABET HUKUKUNDA FİYAT AYRIMCILIĞI

1. FİYAT AYRIMCILIĞININ TANIMI, KOŞULLARI VE KAPSAMI

1.1. Giriş

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

Münhasır dağıtım ve indirim sistemlerine ilişkin kararlarda da benzer bir durum söz konusu olup, eylemin birinci seviye dışlayıcı etkilerinden ziyade, alıcılar nezdinde ayrımcılığa neden olması sebebiyle yasaklandığı görülmektedir¹¹⁴. Bazı seçici fiyatlama kararlarında da kötüye kullanma teşkil eden eylemin, birinci seviye zarara neden olan dışlayıcılığa neden olması yerine, alıcılar arasında ayrımcılığa sebep olması nedeniyle yasaklanması söz konusudur¹¹⁵.

Nihayet, dikey entegre olmayan hakim durumdaki teşebbüsün, alıcılarına mal vermeyi reddetmesi veya farklı satış koşulları sunması durumunda, Rekabet Kurulu'nun ilgili eylemi alıcılar arasında ayrımcılığa neden olması sebebiyle yasakladığı görülmektedir¹¹⁶. Bu husus hakim durumdaki teşebbüsün rekabeti bozmamak konusundaki özel sorumluluğuna dayandırılmaktadır. Kurula göre bu sorumluluk sözleşme yapma özgürlüğünün istisnasıdır ve rakip olmayan müşterilere ayrımcı davranılmamasını gerektirir. Çünkü özel sorumluluk alt pazardaki rekabeti bozacak faaliyetlerde bulunmamayı da kapsar.

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

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

¹¹⁵ Aslan 2007, s. 528.

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

Bu çerçevede dikey entegre olmayan firmanın müşterilerine ayrımcı davranmasının rekabet üzerinde sınırlandırıcı bir etkisi olmadığı düşünülmektedir¹¹⁷. Bu tip eylemlerin yasaklanmasının, hakim durumdaki teşebbüsün ticari özgürlüğü üzerinde sınırlayıcı sonuçları olabilecektir. Böyle durumlarda Rekabet Kurulu'nun, daha ziyade bir düzenleyici otorite gibi davranarak, ticari ilişkinin taraflarını ve kapsamını belirlemesi, kanımızca eleştiri konusudur.

Doktrinde ikinci seviye zarara neden olan fiyat ayrımcılığı yerine, fiyat farklılaştırması ifadesinin de kullanıldığı görülmekte ve bu eylemlerin yasaklanmasındaki amacın aslında küçük ölçekli teşebbüslerin hakim durumdaki teşebbüsler karşısında korunması ve bu sayede kaynakların etkin dağılımının sağlanması ve üretimin artırılması olduğu ifade edilmektedir. Ancak fiyat ayrımcılığının üretimi arttırsa dahi yasaklanması gerektiği, aksi takdirde küçük teşebbüslerin pazardan dışlanacağı ve kısa süre içinde büyük teşebbüslerin pazarı ele geçireceği ifade edilmektedir. Pazarda daha etkin rekabetin sağlanması için küçük teşebbüslere büyük teşebbüslerle rekabette fırsat eşitliği sağlamanın gerekli olduğu çünkü rekabetin kaynakların etkin kullanımını sağlayacağı ileri sürülmektedir¹¹⁸.

KOBİ'lerin korunması hedefi, rekabet hukukunun amaçları arasında yer almadığından dolayı, yukarıda izah edilen yaklaşımın yerinde olmadığı düşünülmektedir¹¹⁹. Bu yaklaşım sebebi ile 6 (b) hükmünün, ikinci seviye zarara neden olan dışlayıcı eylemlere de uygulanabileceği ve ilgili hükmün 6 (a, d, e)'ye göre düşük bir ispat standardı gerektirmesi nedeniyle, bu tip eylemlerin kolaylıkla yasaklanabileceği kanaatindeyiz. Kanımızca bu durum, birinci tip hataların artmasına ve aşırı caydırıcılık sorununun ortaya çıkmasına neden olabilecektir.

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

¹¹⁷ O'Donoghue ve Padilla 2006, s. 601, 602.

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

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

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

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

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

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

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

1.2. Ayrımcılığın Tanımı ve Unsurları

Türk Rekabet Hukukunda ayrımcılık, hakim durumdaki teşebbüsün karını maksimize etmek amacı ile müşterilerine farklı fiyatlar vermesi olarak tanımlanmaktadır. Burada kötüye kullanma teşkil eden eylem fiyat ayrımcılığıdır. Bazı müşterilere ucuz bazılarına pahalı satılarak hakim durumdaki firma tüketici artığının veya tekel israfının üzerine konar. Böylece tek ve ortalama bir fiyat vererek satabileceği ürün miktarından fazla ürün satar¹²⁰.

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

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

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

söz konusu müşteriler veya bölgeler arasındaki arbitraj imkanının engellenmiş olması gerekmektedir¹²¹.

Doktrinde ayrımcılığın hem birinci seviye hem de ikinci, üçüncü ve dördüncü seviye zarara neden olduğu ifade edilmektedir. Birinci seviye zarara neden olan ayrımcılık örneği olarak yıkıcı veya seçici fiyatlamayla indirim sistemleri gösterilmektedir. Buna göre ayrımcı fiyatlama nedeniyle hakim durumdaki teşebbüsün rakipleri pazardan dışlanmaktadır. İkinci ve müteakip seviye zarara neden olan ayrımcılıktan da hakim durumdaki teşebbüsün müşterilerine farklı fiyatlar vererek bunların arasındaki rekabeti bozması anlaşılmaktadır. Böyle bir eylem nedeniyle alıcılar arasındaki rekabet bazılarının avantajına olacak şekilde bozulmakta ve avantajlı koşullarla alım yapamayan müşteriler pazardan dışlanmaktadır¹²².

1.3. 6 (b) Kapsamında Fiyat Ayrımcılığının Koşulları

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

Bir fiyat ayrımcılığı eyleminin 6 (b) kapsamında değerlendirilebilmesi için iki koşul olduğu görülmektedir. Bunlar, alıcıların ve işlemlerin eşit olması ve alıcılara eşit işlemler için farklı şartlar ileri sürülmesidir. Ancak uygulamada, Avrupa Topluluğu kararları dikkate alınarak, uygulanan farklı koşullar nedeniyle alıcılardan bazılarının diğerlerine nazaran rekabette dezavantajlı konuma düşürülmesi ve eylemin objektif haklı gerekçelerinin bulunmaması şartlarının da göz önünde bulundurulduğu görülmektedir¹²³.

Rekabet Kurulu'na göre, fiyat ayrımcılığı, piyasada rekabet ortamı üzerinde satıcı seviyesinde veya alıcı seviyesinde etkide bulunabilir. Bir teşebbüsün rakipleri üzerinde olumsuz etkiler yaratacak şekilde ayrımcılık yapması halinde, eylemin satıcı seviyesinde rekabet ihlali oluşturması söz konusudur. Öte yandan fiyat ayrımcılığının alıcıların faaliyet gösterdiği alt pazardaki rekabet koşullarını olumsuz etkilemesi halinde, bu durumun ikinci seviyede zarara neden olan fiyat ayrımcılığı teşkil ettiği ifade edilmektedir¹²⁴.

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

¹²¹ Görgülü 2003, s. 11- 15.

¹²² Görgülü 2003, s. 10- 28.

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

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

belirtmiştir. Bunlar, ayrımcı uygulamada bulunan teşebbüslerin birbirinin rakibi olması, eşit ticari işlemlere farklı fiyat uygulanması ve uygulamanın alıcı konumundaki rakiplerden birinin diğerine karşı rekabette dezavantajlı konuma getirilmesidir¹²⁵.

Kurul kararları incelendiğinde, alıcıların veya işlemlerin eşit olması için bunların hakim durumdaki firma üzerindeki maliyetlerinin eşit olması gerektiği anlaşılmaktadır. Ancak Kurul'un işlemlerin eşit olup olmadığına yeterince analiz yapmaksızın karar verdiği düşünülmektedir¹²⁶.

Alıcılardan bazılarının diğerlerine göre rekabette dezavantajlı konuma düşmesi şartının da aranması nedeniyle, aslında 6 (b) hükmünün uygulama alanı ikinci seviye zarara neden olan eylemler ile sınırlı olmaktadır ve farklı koşullar uygulanan alıcıların arasında rekabet ilişkisi olması gerekmektedir. Nitekim Rekabet Kurulu bir kararında 6 (b) hükmünün birinci seviye zarara neden olan eylemleri değil, yalnızca ikinci seviye zarara neden olan eylemleri kapsamına aldığı belirtmiştir¹²⁷. Ancak Kurul'un bu hususu tüm kararlarında göz önünde bulundurmadığı ve 6 (b) hükmünü birinci seviye zarara neden olan eylemlere de uygulayabilmektedir¹²⁸. Nihayet rekabette dezavantajlı konuma düşme şartının ise, diğer koşulların mevcut olması durumunda, otomatik olarak yerine geldiğinin varsayıldığı görülmektedir. Şöyle ki Kurul diğer şartlar yerine geldiğinde, eylemin etkilerini yeterince incelemeksizin, eylem nedeniyle alıcılardan bazılarının diğerlerine nazaran rekabette dezavantajlı konuma düştüğü sonucuna varmaktadır¹²⁹.

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

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

¹²⁵ Ibid.

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

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

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

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

görülmektedir¹³⁰. Oysa, daha önce de belirtmiş olduğumuz üzere, fiyat ayrımcılığı eylemlerinin kötüye kullanma teşkil edebilmesi için alıcılar arasındaki arbitraj imkanının engellenmiş olması gerekmektedir.

1.4. Fiyat Ayrımcılığının Refah Üzerindeki Etkileri

Genellikle Rekabet Kurulu kararlarında fiyat ayrımcılığının refah üzerindeki etkilerine ilişkin değerlendirmeler bulunmamakla birlikte, Kurul kararlarından birinde -bizim de çalışmamızda faydalandığımız, *Geradin ve Petit* 'in makalesine atıfta bulunarak- konuya ilişkin açıklamalarda bulunulmuştur¹³¹. Buna göre, fiyat ayrımcılığı amaçları ve rekabet üzerindeki etkileri farklı, çok çeşitli eylem biçimleri olarak karşımıza çıkabilmektedir.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1.5. Rekabete Aykırı Fiyat Ayrımcılığı Eylemleri

Dışlayıcı mıdır Yoksa Sömürücü mü?

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

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

satan esnaf birinci derece fiyat ayrımcılığına örnek verilmektedir. İkinci derece fiyat ayrımcılığına ise kamu hizmetleri örnek gösterilmektedir. Bu çerçevede, tüketicilerin elektriği alım miktarlarına göre bedellendirilmesi ve yüksek miktarlarda alım yapan tüketicilere indirim yapılması örnek verilmektedir. Yine süpermarketlerde aile boyu ürünlerin, normal boy ürünlere kıyasla daha ucuza satılması ikinci derece fiyat ayrımcılığı örneğidir. Öğrenciler için indirimli tiyatro bileti satılması, yaşlılar ve öğrenciler için toplu taşıma ücretlerinin düşük olması, süreli yayınların kütüphaneler ve bireysel müşteriler için farklı üyelik ücretleri uygulaması gibi uygulamalar ise üçüncü seviye fiyat ayrımcılığı örnekleri olarak ortaya koyulmaktadır¹³².

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

Nitekim Rekabet Kurulu bir kararında ayrımcılık eylemlerinin hem dışlayıcı hem de sömürücü olabileceğini ifade etmiştir¹³³. Doktrinde de ayrımcılığın hem dışlayıcı hem de sömürücü kötüye kullanmaya neden olabileceği belirtilmekte ancak dışlayıcılık etkisinin daha önemli olduğu ifade edilmektedir. Sömürücü kötüye kullanmalar esas olarak rekabeti bozucu olmayan kötüye kullanmalar olarak nitelendirilmektedir. Buna göre sömürücü eylemlerle aslında pazardaki rekabetçi yapıya zarar verilmemektedir. Bu eylemler yasaklanarak, hakim durumdaki firmanın sağlayıcılarına ve tüketicilere zarar vermesi önlenmeye çalışılmaktadır. Sömürücü eylemlere örnek olarak aşırı fiyat, farklı fiyat ve haksız şartlar uygulanması gösterilmektedir. Sömürücü eylemlerin kötüye kullanma olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceğinin bir politika tercihi olduğu belirtilmektedir. Ayrıca bu nitelikli eylemlerin normal piyasa işleyişinden kaynaklanması durumunda kötüye kullanma olarak nitelendirilmemesi gerektiği ifade edilmektedir. Bir başka ifade ile, sadece hakim durumdaki teşebbüsün fiyat ayrımcılığı yapabilmek için piyasayı suni

¹³² GCLC Research Papers, s. 108- 110.

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

biçimde yeniden düzenlenmesi durumunda eylemin ihlal kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmektedir¹³⁴.

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

Kanımızca dışlayıcı eylemler, sömürücü eylemlere kıyasla rekabete ve dolayısıyla tüketici refahına daha az zarar vermektedir. Şöyle ki aslında her dışlayıcı eylem rakipleri dışlayarak pazarda tek firma hakimiyetini oluşturmak ve tekel karı elde edebilmek amacıyla gerçekleştirilmektedir. Bu da fahiş fiyat uygulamasıyla veya fiyat ayrımcılığı yoluyla tüm tüketici artışının tekelci teşebbüse aktarılması anlamına gelmektedir. Nitekim Komisyon'un da dışlayıcı eylemlere öncelik vermesinin sebebi, rekabet uygulamasının önleyici etkisiyle izah edilebilir. Komisyon'a göre rekabet kurallarının pazardaki rekabet tam olarak bozulmadan devreye sokulması önemlidir, çünkü bir kez rekabet ortadan kalktığında tekrar canlandırılması oldukça zor ve maliyetlidir. Bir başka ifade ile Komisyon dışlayıcı eylemlere müdahale ederek, hakim durumdaki teşebbüslerin tekel veya süper dominant hale gelmelerini ve sömürücü eylemlerde bulunmalarını önlemeye çalışmaktadır¹³⁵. Dolayısıyla doktrindeki ayrımcılık eylemlerinin dışlayıcı etkilerinin, sömürücü etkilerine nazaran daha önemli olduğu görüşüne katılmamaktayız.

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

¹³⁴ Görgülü 2003, s. 37- 40.

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

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

2.1. Birinci Seviye Zarara Neden Olan Eylemler

2.2. İndirim Sistemleri

İndirim alan müşterilerin diğerlerine göre daha düşük fiyat ödemesi nedeniyle, indirim sistemlerinin fiyat ayrımcılığı unsuru içerdiği görülmektedir. Topluluk uygulamasında maliyet etkinliği yaratan ve daha fazla ürün satılmasını sağlayan indirimlerin ayrımcı sayılmayacağı belirtilmekteyse de, Rekabet Kurulu'nun indirimlerin maliyet etkinliği yaratıp yaratmadığını tüm kararlarında göz önünde bulundurmadığı görülmektedir. Genellikle Kurul'un, indirim sisteminin ayrımcı olup olmadığına karar verirken, indirim şartlarının objektif olup olmadığını ve tüm alıcılara eşit bir biçimde uygulanıp uygulanmadığını göz önünde bulundurduğu anlaşılmaktadır. Nitekim Rekabet Kurulu bir kararında, sadakat indirimlerinin yatay seviyede dışlayıcı etkileri nedeniyle rekabete aykırı olduğunu belirttiği halde, bunların aslında bir fiyat ayrımcılığı türü olduğunu belirtmiştir¹³⁶. Kanımızca bu tür eylemlerin fiyat ayrımcılığı olduğunun değil, fiyat ayrımcılığı unsuru içerdiklerinin belirtilmesi daha doğrudur.

Kurul *Microsoft* kararında uygulanan indirim sisteminin rekabeti bozucu etkisinin tespit edilememesi nedeniyle soruşturma açılmasına gerek görmemiştir¹³⁷. Kararda yer alan bilgilerden, *Microsoft* firmasının müşterilerine beş farklı indirim sunduğu anlaşılmaktadır ancak bu indirimlere ilişkin ayrıntılı bilgi ve değerlendirme bulunmamaktadır. Kararda sisteme katılım şartlarının açık ve objektif olması nedeniyle miktar indiriminin kötüye kullanma olarak değerlendirilemeyeceği belirtilmiştir. Diğer indirimlere ilişkin de sisteme katılımın serbest olması, ürünlerinin satılmasında destekleyici olarak kullanılması, indirim sadece kendi ürünlerini satan alıcılara ödenmemesi ayrıca baskı aracı olarak kullanılmaması nedenleriyle sistemin ihlal teşkil etmediğine karar verilmiştir. Söz konusu kararda "indirim sistemlerine katılım şartlarının açık ve objektif olması sebebiyle" eylemin kötüye kullanma teşkil etmediği belirtilmiştir. Bu durum kanımızca indirim sisteminin müşterilere ayrımcı uygulanmaması sebebiyle ihlal niteliği bulunmadığı sonucuna varıldığına işaret etmektedir.

Bir diğer karara göre, *Ülker*'in uyguladığı artan oranlı indirim sisteminde tüm ürün grupları için tek bir indirim uygulanması yerine, her bir ürün grubu için ayrı indirim uygulanmıştır¹³⁸. Kurul bu durumun, bir pazardaki

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

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

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

pazar gücünün diğer pazara aktarılmasını engelleyeceğine, dolayısıyla indirim sisteminin dışlayıcı etkisini azalttığına karar vermiştir. Ülker'in pazar payının yüksek olduğu ürünlerde standart indirim hedeflerinin bulunduğu ve ayrıca alıcıların daha fazla Ülker ürünü satmak yönünde bir baskı hissetmedikleri gerekçesiyle sistemin kötüye kullanma olmadığına hükmedilmiştir¹³⁹. İlgili kararda uygulanan indirimlerin tüm dağıtıcılar için aynı oranda belirlenmiş olmasının, yani ayrımcı olmamasının, sistemin rekabete aykırı bulunmamasında dikkate alınan en önemli kriter olduğunu düşünmekteyiz.

Amadeus kararında ise ilgili firmanın acentelerine münhasırlık karşılığı indirim vermesi söz konusudur¹⁴⁰. İndirim sisteminin pazarın küçük bir bölümünü kapsadığı, ayrıca acentelerin bu durumu kendi istekleriyle kabul ettikleri gerekçeleriyle Kurul soruşturma açılmasına gerek görmemiştir. Kurul'a göre eylem *Amadeus*'un pazardaki rakiplerinin faaliyetlerini zorlaştırmamakta ayrıca mevcut acenteler arasında ayrımcılığa neden olmamaktadır. Ancak karara göre eylem nedeniyle potansiyel rekabetin sınırlandırılması riski bulunmaktadır. Bu nedenle münhasırlık karşılığı verilen teşviklerin Kanun'un 6. maddesine aykırı olduğuna ve sözleşmeden çıkarılması gerektiğine hükmedilmiştir. Bu kararda münhasırlık karşılığı verilen indirimleri "per se" ihlal kabul edilmesi doktrinde eleştiri konusudur¹⁴¹. Benzer bir yaklaşıma Kurul'un dikey anlaşmalara ilişkin muafiyet kararlarında da rastlandığı ifade edilmektedir¹⁴². Söz konusu kararlarda da münhasırlık karşılığı verilen indirimlerin fiili münhasırlık olarak değerlendirildiği ve bu tür teşvikler içeren anlaşmaların bireysel muafiyetten yararlandırılmadığı belirtilmektedir¹⁴³. Kanımızca bu tür indirimlerin "per se" yasaklanması yerine pazardaki etkilerinin araştırılması daha doğrudur. İlgili karardan da anlaşıldığı üzere Kurul indirim sistemlerinin rekabete aykırı olup olmadığını değerlendirirken uygulamanın aynı zamanda müşteriler arasında ayrımcılığa neden olup olmadığını da incelemektedir.

2.3. Münhasır Dağıtım

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

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

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

¹⁴¹ Kocabaş 2008, s. 84.

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

¹⁴³ Kocabaş 2008, s. 85.

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

Örneğin Kurul, *Birleşik Basın Dağıtım AŞ, Biryay ve Yaysat*'ın bayilerinin rakip bir dağıtım şirketi aracılığı ile dağıtılan *Star Gazetesi*'ni satmalarını engellemesini, *Star Gazetesi* satan bayileri ile ilişkilerini sona erdirmesini ve söz konusu bayilere dağıtımını yaptıkları yayınları vermeyi kesmelerini 6'ncı maddenin ihlali olarak değerlendirmiştir¹⁴⁴. Kurul, söz konusu kararda bayilere mal verilmesinin kesilmesi veya fiyat ayrımcılığında bulunulması nedeni ile değil, eylem neticesinde pazara rakip bir dağıtım şirketinin girmesinin engellenmesi sebebiyle ilgili teşebbüslerin cezalandırılmasına karar vermiştir¹⁴⁵.

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

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

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

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

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

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

mal vermenin reddi sureti ile kötüye kullanılması olarak değerlendirilmiştir. Söz konusu değerlendirme yapılırken *United Brands* kararının göz önünde bulundurulduğu görülmektedir. Ancak Kurul ilgili kararda, ABAD'ın *United Brands* kararında oldukça eleştirilen yaklaşımını tekrarlamıştır. Buradaki kötüye kullanma eyleminin mal vermenin reddi değil, bayilerin münhasırlığa zorlanması yolu ile piyasanın rakip teşebbüse kapatılması olduğu düşünülmektedir¹⁴⁶.

Kararda mal vermenin reddi ile karıştırılabilecek nitelikte olan eylemin, *Turkcell*'in kendi ekonomik bütünlüğü içerisinde olan dağıtım şirketi lehine ayrımcılıkta bulunarak, diğer *Turkcell* dağıtıcıları ile arasındaki rekabet ilişkisini bozması olduğu kanısındayız. Şöyle ki, *Turkcell* hem üst pazar olan GSM hat üretimi pazarında, hem de alt pazar olan söz konusu hatların dağıtım pazarında faaliyet göstermektedir. Ayrıca firma hat talep eden alt pazardaki rakiplerine, ilgili ürünleri daha dezavantajlı koşullarla (deprem vergisini de içerdiğinden daha pahalı) sağlamıştır. Kanımızca *Turkcell*'in bu tutumu zımni red olarak değerlendirilebilecektir. Ancak dağıtıcı şirketlerin pazarda faaliyet gösterebilmeleri için, *Turkcell* hatlarının tek alternatifleri olmaması, dolayısıyla söz konusu hatların dağıtıcılar için vazgeçilmez olmaması nedeniyle, ilgili eylemin mal vermeyi reddetme suretiyle hakim durumun kötüye kullanılması sayılmaması gerektiği kanaatindeyiz¹⁴⁷.

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

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

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

¹⁴⁶ Demiröz 2009, s. 368.

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

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

Kanımızca ilgili eylemin, dikey entegre firmanın, ikinci seviye zarara neden olan, dışlayıcı nitelikli bir fiyat ayrımcılığı olduğu tespiti isabetli değildir. Şöyle ki, hakim durumdaki firma müşterileri arasında ayrımcılıkta bulunmaktadır, bir başka ifade ile firmanın servis sağlayıcı rakiplerine yönelik ayrımcı bir eylemi bulunmamaktadır. İlgili olayda da tıpkı, diğer örneklerde olduğu gibi, rakiplerin pazardan dışlanması amacıyla, alıcıların münhasırlığa zorlanmasının söz konusu olduğu düşünülmektedir¹⁴⁸.

2.4. Seçici Fiyatlama

Seçici fiyatlama eylemleri de ayrımcılık unsuru içermeleri nedeniyle zaman zaman fiyat ayrımcılığı kuralları çerçevesinde değerlendirilebilmektedir. Ancak Kurul konuya yaklaşımının, tıpkı Komisyon'un gibi daha temkinli olduğu görülmektedir. Bir başka ifade ile seçici fiyatlama eylemlerinin 6 (b) kapsamında değerlendirildiği fazla sayıda Kurul kararı bulunmamaktadır. Kurul'un bir kararında, *Turkcell* tarafından *Vodafone* müşterileriyle ilgili elde edilen ve trafik verilerinin işlenmesiyle sağlanan bilgilerin, tele-pazarlama yönteminde kullanılarak, *Turkcell* aboneleri karşılığında, *Vodafone* müşterilerine, belirli bir süre için, düşük fiyat tarifesi teklif edilmesi, ücretsiz cep telefonu verilmesi gibi uygulamaların, aboneler arasında ayrımcılığa ve seçici fiyatlamaya neden olduğu belirtilmiştir. Kurul, Telekomünikasyon Kurumu'nun ilgili teşebbüslere sektöre özgü mevzuattan kaynaklanan yükümlülükleri uyarınca bu eylemlerine son vermeleri gerektiği bildirmiş olması sebebiyle şikayeti reddetmiştir¹⁴⁹. İlgili karar Kurul'un sektör spesifik regülasyon bulunan durumlarda eyleme müdahale etmeme yaklaşımını yansıması bakımından da önem taşımaktadır.

2.5. Bağlama ve Paketleme

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

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

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

değerlendirilebildikleri görülmektedir. Her ne kadar doktrinde bağlama anlaşmalarının, fiyat ayrımcılığını kolaylaştırmak amacıyla, bir araç olarak kullanılabileceği belirtilmekteyse de¹⁵⁰, Rekabet Kurulu'nun konuya yaklaşımının daha temkinli olduğu görülmektedir. Kurul kararları incelendiğinde, bağlama ve paket satış uygulamalarının, bağlanan ürünün içerisinde yer aldığı pazarı rakiplere kapaması veya rakipleri bu pazardan dışlaması nedeniyle rekabete aykırı olduğunun belirtildiği anlaşılmaktadır¹⁵¹. Ayrıca kararların önemli bir bölümünde, ilgili eylemlerin aynı zamanda 6 (b) çerçevesinde ayrımcılık niteliği taşıyıp taşımadığının değerlendirme kapsamına dahil edilmediği görülmektedir.

Kurul kararlarından birinde, *Türkiye 1. Profesyonel Futbol Ligi* karşılaşmalarının yayın hakkını alan *Digitürk* ve *Atlas* yayıncılığın kurmuş olduğu ortak girişimin, haber amaçlı maç görüntüsü talep eden kanallara, devrede yayınlanacak 9 maçın tamamının 3'er dakikalık görüntülerinin paket olarak satın alınması şartı getirmesi, 6'ncı maddeye aykırı bir paket satış olarak değerlendirilmiştir¹⁵². Bir diğer ifade maç görüntüleri üzerinde münhasır yayın hakkı olan kuruluşun, diğer kanalların talebi halinde daha az sayıda maçın veya maçlara ilişkin üç dakikadan kısa görüntülerinin tedarikini reddetmesi söz konusudur.

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

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

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

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

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

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

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

3. İkinci Seviye Zarara Neden Olan Eylemler

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

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

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

Buna göre *Mc Donalds*, *Burger King*'e nazaran daha fazla *Coca Cola* reklamı yaptığı için, *Coca Cola* tarafından bu hizmet karşılığı verilen indirim de daha fazla olmaktadır. Kararda, alım miktarları bahsi geçen iki firmadan az olduğu için, diğer *fast food* restoranlarının eşit konumdaki alıcılar niteliğinde sayılmayacakları belirtilmiştir. Ancak yine de *Coca Cola* tarafından bu firmalara verilen fiyatlar da incelenmiş ve *Burger King*'e uygulanan fiyatlardan çok daha yüksek olduğu sonucuna ulaşılmıştır. Ayrıca, *Coca Cola*'nın özel müşterisi niteliğinde olan *Mc Donalds* ve *Burger King* satışlarından elde ettiği kazanç da incelenmiş ve firmanın her iki restorana yaptığı satışlar nedeniyle sürekli zarar etmekte olduğu belirtilmiştir. *Coca Cola*'ya göre zararına satışların nedeni her iki firmada bulunmanın firmanın tanıtımı ve reklamı bakımından çok önemli olmasıdır. Kurul sayılan gerekçelerle *Burger King*'in şikayetini reddetmiştir¹⁵³.

Kurul konuyla ilgili bir başka kararında şikayetçi *Cine 5*'in, *Digitürk*'ün platformunda kendisine yer vermemesi eyleminin ayrımcılık teşkil ettiği, eylem nedeniyle A ve B grubu izleyicilerin çoğu *Digitürk* kullandığı için, kendisinin bu platformda yer almamasının pahalı reklamları alamamasına ve rekabette dezavantajlı konuma düşmesine neden olduğuna ilişkin şikayetlerini reddetmiştir. Kararda *Digitürk*'ün hakim durumda olup olmadığı veya eylemin ayrımcılık teşkil edip etmediği değerlendirilmemiştir. Bunun yerine eylemin piyasadaki etkileri çerçevesinde kötüye kullanma teşkil edip etmediği değerlendirilmiştir. Bu çerçevede uygulamanın *Cine5* açısından etkileri değerlendirilmiştir ve sonuca ulaşılmıştır. Kararda hakim durum analizi veya *Cine5*'in talebinin *Digitürk* tarafından reddedilmesinin nedenlerine ilişkin herhangi bir açıklama ve değerlendirme bulunmamaktadır. Kurul, *Digitürk* platformunda olmamasına rağmen karasal, uydu, kablo TV aracılığı ile toplam izleyicilerin yaklaşık %90'ına ulaşılabilmesi, A ve B grubu izleyicilerin toplam reklam harcamaları ve izlenme payı içerisinde çok önemli bir oran teşkil etmemesi (yaklaşık % 20), *Digitürk* platformunda yer alınmamasına rağmen A ve B grubu izleyicilerin diğer uydu platformlarında yer alması nedeniyle yaklaşık % 70'ine erişilebilmesi, eylem nedeniyle şikayetçinin faaliyetlerin sürdürülememesinin söz konusu olmaması, *Digitürk*'ün karasal, uydu ve kablo TV aracılığı ile iletilebilen ulusal bir kanal için zorunlu kabul edilmemesi nedenleriyle şikayeti reddedilmiştir¹⁵⁴.

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

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

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

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

TKİ alım talebinde bulunan tüm teşebbüslere mal vermekten, satış politikasını değiştirerek, sadece bayileri aracılığı ile kömür satmaya karar vermiştir. Kararda *TKİ*'nin bayilik teşkilatını kurarken ayrımcı davranıp davranmadığı incelenmiştir. Buna göre, *TKİ* bayilerini ihale sistemi ile objektif bir biçimde seçmiştir, dolayısıyla ihaleyi kazanamayan firmalara mal verilmemesi ayrımcılık teşkil etmemektedir. Kararda bayilik sistemine alınmayan müşterilere mal tedarik edilmemesi eyleminin kötüye kullanma olup olmadığı ayrıca mal vermeyi reddetme testi çerçevesinde de değerlendirilmiştir. Buna göre, mal tedarikinin kesilmesi eyleminin kötüye kullanma olarak değerlendirilmesi için, üst pazarda hakim durumda olan firmanın, alt pazardaki müşterileri ile aynı zamanda rakip olması gerekmektedir. Ancak, olayda dikey entegrasyon mevcut olmadığı için, eylemin kötüye kullanma olarak değerlendirilemeyeceği ifade edilmiştir¹⁵⁵.

TKİ'ye ilişkin bir başka kararında ise Kurul, farklı bayilere farklı miktarlarda kömür tahsis edilmesi eyleminin ayrımcılık teşkil edip etmediğini değerlendirmiştir. Kararda ayrımcılık eylemlerinin rakipleri dışlamak veya müşterileri sömürmek amacıyla gerçekleştirilmesi durumunda kötüye kullanma sayılması gerektiği belirtilmektedir. Eylemin *TKİ*'nin rakiplerini dışlamadığı ve bayilere farklı miktarlarda kömür tahsis edilmesinin, bayilerin ticari çıkarlarını etkilemesine rağmen, alt pazardaki rekabeti sınırlandırmadığı belirtilmiştir. Bir başka ifade ile *TKİ* dikey entegre olmadığı için ayrımcı uygulamalarının 6 (b) hükmünü ihlal etmeyeceği belirtilmiştir¹⁵⁶.

TKİ'nin *Tarım Kredi Kooperatiflerine* bayilik ağı dışında, daha ucuza satış yapmasının ayrımcılık teşkil edip etmediğinin değerlendirildiği bir kararda ise, kamu kuruluşu niteliğindeki kooperatiflerin ticari amaçlarla kömür satın almadığı, bu kuruluşlara yapılan satışın toplumsal niteliğinin daha fazla olduğu, dolayısıyla bayiler ile kooperatiflerin eşit alıcılar sayılamayacağı belirtilmiştir¹⁵⁷.

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

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

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

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

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

Kararda, *Sanofi Aventis*'in uygulamasının ecza depoculuğu alanında rekabeti bozduğu, bu ürünlere ulaşamayan depolar bakımından ileride pazardan çıkmaya kadar varabilecek olan önemli zararlar doğurduğu tespit edilmiştir. Bunun yanında, uygulamanın başka üreticiler tarafından takip edilmesi riski bulunduğu için, eylemin görünen zararından çok daha fazlasını potansiyel olarak içinde barındırdığı ifade edilmiştir. *Dilek Ecza Deposu* kararına¹⁵⁸ rağmen, benzer sonuçlara sahip ve Rekabet Kanuna aykırılığı Kurul kararıyla sabit bir uygulamanın farklı yöntemlerle hayata geçirilmesi nedeniyle, *Sanofi Aventis*'in eyleminin kasıt unsuru taşıdığı sonucuna ulaşılmış ve firmaya para cezası verilmiştir¹⁵⁹.

Öncelikle belirtmelidir ki, *Sanofi Aventis* kararına kadar, dikey entegre olmayan bir teşebbüsün bazı müşterilerine mal vermeyi reddetmesi eyleminin ihlal teşkil ettiğine karar verilmemiştir. Kurul bu güne kadar konuyla ilgili bir çok şikayeti reddetmiştir. Ancak şikayetler farklı hususlar göz önünde bulundurularak reddedilmiştir. Kurul'un öncelikle taraflar arasında uzun süreli bir sözleşme ilişkisinin bulunup bulunmadığını ve söz konusu sözleşme ilişkisinin kesilmesinin haklı gerekçelere dayanıp dayanmadığını göz önünde bulundurduğu görülmektedir¹⁶⁰. Bazı kararlarda, isabetli bir şekilde, hakim durumdaki teşebbüs ile müşterisi arasında rekabet ilişkisi bulunmadığı gerekçesi ile eylemin kötüye kullanma teşkil etmediğine karar verilmiştir¹⁶¹. Ancak bazı kararlarda ise rekabet ilişkisi hiç dikkate alınmamıştır¹⁶². Mal vermenin reddinin ayrımcılık teşkil edip etmediğine odaklanılan kararlar da

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

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

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

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

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

bulunmaktadır. Bu çerçevede rekabet ilişkisine veya tedariki reddedilen malın, alıcının pazardaki faaliyeti için vazgeçilmez olup olmadığına bakılmaksızın, eylemin ayrımcılık olarak nitelendirilebileceği belirtilmektedir¹⁶³. Ayrıca Kurul'un hakim durumdaki teşebbüsün bayileri dışındaki müşterilere mal vermeyi reddetmesinin ayrımcılık olmayacağına yönelik kararları da bulunmaktadır¹⁶⁴.

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

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

Kararda değişik bir değerlendirmede bulunularak, farklı miktarlarda alım yapan depoların eşit alıcılar oldukları iddia edilmiştir¹⁶⁵. Oysa kural olarak, alım miktarı farklı olan dağıtıcılara daha çok indirim yapılması, farklı ödeme, teslimat koşulları getirilmesi, ayrımcılık teşkil etmemektedir. Çünkü farklı miktarlarda alım yapan dağıtıcılar eşit alıcı olarak değerlendirilmemektedir¹⁶⁶.

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

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

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

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

Ancak kararda daha çok alım yapan depoya daha uzun vade verilmesine gerek olmadığına hükmedilmiştir. Bu karar, Kurul'un önceki kararları ile çelişkilidir. Üstelik Kurul'un daha fazla alım yapan veya alım gücü fazla olan ecza depolarının diğerleri ile eşit sayılamayacağına ilişkin bir kararı da mevcuttur¹⁶⁷.

Ayrıca kararda yeni satış koşullarının maliyet düşürücü etkisi bulunmadığı iddia edilmiştir. Kanımızca birden fazla müşteriden gelen küçük siparişleri organize etmektense, az sayıda müşteriden gelen düzenli ve büyük miktarlı siparişlerin alınması işlem maliyetlerini düşürebilecek niteliktedir. Bu sayede hakim durumdaki firma, kendi faaliyetini rahatlıkla planlayabilecek ve ölçek ekonomilerinden faydalanabilecektir¹⁶⁸. Ancak kararda bu hususlar göz ardı edilmiştir. Kanımızca, firmanın eylemi fiyat ayrımcılığı olarak değerlendirilse dahi, depolar arasındaki arbitraj imkanı engellenmediği için, eylemin kötüye kullanma teşkil etmediğine karar verilmesi daha doğru olurdu.

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

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

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

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

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

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

TTAŞ'ın mobil telekomünikasyon hizmetleri pazarında faaliyet gösteren *Aycell*'e sahip olması nedeniyle ilgili firmaya hatların ucuza kiralandığına, bu durumun *Aycell* lehine ayrımcılık teşkil ettiğine ve *TTAŞ*'ın yasal tekelinin olduğu pazarlardaki gücünü, rekabete açık *GSM* hizmetleri pazarında kötüye kullanmasına neden olduğuna ilişkin şikayetçi iddiaları ise; *Aycell*'den alınan kiralık devre ücretlerinin diğer *GSM* operatörlerinden farklı olmaması nedeniyle reddedilmiştir. Kurul, bu çerçevede *TTAŞ*'tan *Aycell*'in aldığı hizmetlere yönelik faturaları incelemiştir¹⁶⁹. Kurul'un *Tümevişavea* kararında da benzer bir değerlendirmeye yer verilmektedir. Kararda ilgili kampanyanın, *Avea* tarafından, Türk Telekom'a çağrı sonlandırma ücreti ödemenen veya düşük bir ücret ödenerek gerçekleştirilip gerçekleştirilmediği incelenmiştir. Türk Telekom tarafından işletmecilere yönelik ücretlerde ayırım gözetilmediği ve *Avea*'ya indirim uygulanmadığı faturalar incelenerek ortaya koyulmuştur. Bu nedenden dolayı, Türk Telekom'un kendi iştiraki niteliğindeki *Avea* lehine ayrımcılıkta bulunmadığına karar verilmiştir¹⁷⁰. Kanımızca ilgili kararların mal vermeyi reddetme veya fiyat sıkıştırması çerçevesinde sınıflandırılması daha doğru olurdu. Şöyle ki hakim durumdaki firma dikey entegredir ve firmanın alt pazarda hem müşterisi hem de rakibi konumunda bulunan iki alıcısına daha yüksek fiyattan girdi temin ettiği bu nedenle alt pazardaki rakiplerinin maliyetlerini arttırdığı ve bunları pazardan dışlamak istediği iddia edilmektedir.

Konuyla ilgili bir diğer karar ise, *Eti Holding* kararıdır. Firma, Türkiye'de bor madeni çıkartan, temizleyen ve pazarlayan tek teşebbüstür. *Ceytaş* isimli bir teşebbüs, *Eti Holding*'den temizlenmiş bor cevheri satın almak istemektedir. *Ceytaş* satın aldığı bor cevherlerini öğütürerek ara mamul olarak (cam, seramik, deterjan üreticilerine) satmayı amaçlamaktadır. İlgili ürün pazarı, her üç alt pazarı da kapsayacak biçimde tanımlandığı için, mal verilmesi reddedilen teşebbüsün, *Eti Bor* ile üst pazarda (kaynak pazarında) rekabet etmek amacı ile tedarik talebinde bulunduğu, oysa hakim durumdaki firmanın alt pazardaki alıcısına tedariki reddetmesi durumunun kötüye kullanma teşkil edeceği belirtilmiştir. Dolayısıyla mal vermeyi reddetme eyleminin kötüye kullanma sayılması için gereken şartın mevcut olmaması sebebiyle, eylemin rekabeti sınırlandırmayacağı ifade edilmiştir. Kurul'a göre, *Ceytaş* bor madenini öğütüp satmak yerine, bor madenini kullanarak cam, seramik veya deterjan gibi bordan farklı bir nihai ürün üretiyor olsa idi o zaman *Eti Holding*'in eylemi (alt pazar- üst pazar ilişkisi olması bakımından) rekabeti sınırlandırabilirdi¹⁷¹.

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

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

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

Karardan *Eti Holding*'in *Ceytaş*'a mal vermeyi reddetmesinin nedeninin, Türkiye'de ögütölmüş bor pazarına (bor çıkarma pazarının alt pazarı) kendisi ile rekabet edecek bir firmanın girmesini önlemek olduğu açıkça anlaşılmaktadır. Şöyle ki kararın verildiği tarihte *Eti Holding* yurt dışında bor ögütme faaliyeti ile iştigal eden firmalara bor cevheri tedarikinde bulunmakta, ancak Türkiye'de aynı işi yapmak isteyen firmaya tedarikte bulunmayı reddetmektedir. *Ceytaş* bu durumun 6'ncı maddenin (b) bendi anlamında ayrımcılık teşkil ettiğini iddia etmişse de, Kurul yurt içindeki ve yurt dışındaki alıcıların eşit konumda kabul edilemeyecekleri gerekçesi ile iddiayı reddetmiştir¹⁷².

4. Sömürücü Eylemler

Birinci derece, ikinci derece ve üçüncü derece fiyat ayrımcılığının dışlayıcı değil, sömürücü olduğu düşünölmektedir. Fiyat ayrımcılığı eyleminin müşterilerin sömürölmesine neden olabilmesi içinse, farklı fiyatlardan satış yapılan müşteriler arasındaki arbitraj imkanının engellenmiş olması gerektiği kanaatindeyiz. Nitekim Rekabet Kurulu da *TKİ*'ye ilişkin bir başka kararında ayrımcılık eylemlerinin sömürücü olabileceğini belirtmiştir. Karara göre miktar ayrımcılığının sömürücü olabilmesi için eylem ile hakim durumdaki teşebbüsün karını arttırmayı hedeflemiş olması gerekmektedir. Ancak, *TKİ*'nin yerli kömür fiyatlarını düşürmeye çalışması ve sözleşmelerinde azami satış fiyatı belirlemiş olması nedeniyle böyle bir amacının bulunmadığına hükmedilmiştir¹⁷³. Kanımızca eylemin sömürücü olup olmadığı değerlendirilirken, arbitraj imkanının engellenip engellenmediğinin incelenmesi daha doğru olurdu.

Sömürücü fiyat ayrımcılığı ile ilgili *Cine 5* kararında, firmanın müşterilerine haber amaçlı futbol maçı görüntülerini alım güçlerine göre satması ve müşteriler arasındaki arbitraj imkanını sözleşme ile engellemesi söz konusudur¹⁷⁴. Kararda arbitraj imkanının sınırlandırılmış olması da göz önünde

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

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

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

bulundurulacak eylemin kötüye kullanma teşkil ettiği belirtilmiştir. Mamafih Danıştay ilgili kararı bozmuştur. Bir başka ifade ile Danıştay'ın fiyat ayrımcılığını kötüye kullanma olarak değerlendirmedeği iddia edilebilecektir¹⁷⁵.

Danıştay, piyasaya sunulan hizmetin durumu, hitap ettiği kesim ve kamu yararı kavramları açısından bir değerlendirme yapılması gerektiğini; fiyat farklılığının hitap edilen tüm kesimlere müsabakaların ulaştırılması amacıyla toplumun yararına hareket edilmesinden kaynaklandığını; bu bağlamda fiyatlandırmanın objektiflikten uzak olarak belirlenmesinden ve ayrımcılık yapılmasından söz edilemeyeceğini; fiyatlar tespit edilirken, yayın kuruluşlarının daha çok ekonomik durumlarının ve hitap ettikleri kitlenin dikkate alındığını; farklı yayın kuruluşlarından talep edilen fiyatlar arasındaki farkın fahişliğinden söz edilemeyeceğini ve *Cine 5* tarafından belirlenen en yüksek miktarın, sözleşme (Türkiye Futbol Federasyonu - *Cine 5* arasındaki yayın sözleşmesi) ile belirlenen tutarın altında kaldığını; belirterek Kurul kararını iptal etmiştir. Kurul, ilgili kararı temyiz etmiştir ancak Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu (İDDK), Kurul kararının şeklen hukuka uymaması nedeniyle bozulması gerektiğine hükmetmiş ve sonucu itibarı ile 10. Dairenin kararını onamıştır. İDDK'nın kararı üzerine Kurul aynı konuya ilişkin olarak iptal kararına uyma kararı vermiştir¹⁷⁶.

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

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

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

alıcılar için standart hale getirmesi gerektiği aksi halde hakkında soruşturma açılacağı şeklinde bir uyarı yazısı gönderilmesine karar verilmiştir¹⁷⁷. Kanımızca ikinci seviye zarar yerine, eylemin sömürücü olup olmadığının araştırılması daha doğru olurdu. Kanımızca eylemin ikinci veya üçüncü derece fiyat ayrımcılığı çerçevesinde incelenmesi mümkündür.

Ayrımcılık konusuyla ilgili *Büyük İstanbul Otobüs İşletmeleri AŞ (BİÖİ)* kararı da önem arz etmektedir. İlgili firma Uluslararası Anadolu ve Trakya Otobüscüler Derneği tarafından Esenler Otogarını işletmek amacıyla kurulmuştur. Söz konusu firma 2000 yılında yeni bir dernek ve şirket kurmuş, yönetim kurulu kararıyla terminal kalkış ücretlerini yeni şirkete katılan firmalar için sabit tutup, katılmayan firmalar için önce on katı, kararın iptali için açılan özel hukuk davası kazanıldıktan sonra da farklı bir kararla beş katı fazla belirlemiştir. Firma farklı fiyat uygulamasının amacının Esenler Otogarını kullanan tüm şehirlerarası karayolu ile yolcu taşıyan şirketlerin katılımını sağlamak olduğunu açıkça belirtmiştir. Kurul, Esenler Otogarının İstanbul'da alternatifinin bulunmaması sebebiyle hakim durumda olan firmanın ilgili eyleminin ayrımcı uygulama ve karar niteliğinde olduğuna ve 6'ncı maddenin (b) bendi çerçevesinde hakim durumun kötüye kullanılması teşkil ettiğine karar vermiştir¹⁷⁸. Kanımızca, dosya konusu eyleme 6'ncı madde yerine 4'üncü maddenin uygulanması mümkündür. Olayda hakim durumdaki şirketi aslında otobüs firmalarının üye olduğu bir derneğin kurması ve yönetmesi söz konusudur. Dolayısıyla aslında eylem teşebbüs birliği kararı veya uyumlu eylem olarak değerlendirilebilecek niteliktedir. 6'ncı madde kapsamında yapılacak bir değerlendirmede ise, eylemin sömürücü niteliğinin araştırılması gerektiği düşünülmektedir. Bu kapsamda, eylemin fahiş fiyatlama veya üçüncü derece fiyat ayrımcılığı çerçevesinde incelenmesinin mümkün olduğu kanaatindeyiz.

Konuyla ilgili önemli bir diğer karar da *Mesam* kararıdır. Şikayetçi radyo yayın kuruluşları, komşu hak sahiplerinin ve yorumcuların kanun gereği kurmuş oldukları meslek birliklerinin TV ve radyo yayın kuruluşlarına aralarında yaptıkları anlaşma sonucunda yüksek fiyatlar uyguladıklarını, yayıncılar arasında farklı fiyatlar ve ödeme koşulları çerçevesinde ayrımcılıkta bulduklarını iddia etmektedirler¹⁷⁹. Kararda, meslek birliklerinin ayrı ayrı uyguladıkları tariflerin aşırı fiyatlama olup olmadığı incelenmiştir¹⁸⁰. Ardından

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

SONUÇ

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

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

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

KAYNAKÇA

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

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

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

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

Erişim Tarihi: 09.12.2010

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

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

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

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

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

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

Erişim Tarihi: 09.12.2010

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

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

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

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

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

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

http://www.offt.gov.uk/shared_offt/business_leaflets/competition_law/oft414a.pdf, Erişim Tarihi: 09.12.2010

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

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

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

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

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

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

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

Erişim Tarihi: 09.12.2010

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

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

Komisyon Kararları

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Genel Mahkeme Kararları

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

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

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

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

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

ABAD Kararları

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Rekabet Kurulu Kararları

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

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

Mahkeme Kararları

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

**YOĞUNLAŞMALARIN KONTROLÜNDE
ESNEK HUKUK VE İKTİSAT YAKLAŞIMLARI:
ABD'DEKİ YENİ YATAY BİRLEŞMELER
REHBERİ HAKKINDA GÖRÜŞLER**

*FLEXIBLE LEGAL AND ECONOMIC APPROACHES
ON THE CONTROL OF CONCENTRATIONS:
OPINIONS ON THE NEW U.S. HORIZONTAL MERGER GUIDELINES*

Av. Gönenç GÜRKAYNAK*
Dr. İsmail Serdar DALKIR*
Av. Murat Hakan ÖZGÖKÇEN*
Stj. Av. Ahmet Buğra AYDIN*
Stj. Av. Ceren YILDIZ*

Öz

Dünya çapındaki birçok rekabet hukuku rejimini ciddi şekilde etkileme potansiyeline sahip ABD Yatay Birleşmeler Rehberi, 19 Ağustos 2010 tarihi itibarıyla ABD'de yürürlüğe girmiştir. 1992 yılından günümüze kadar olan ABD yoğunlaşma rejimi uygulamasında karşılaşılan zorluklar ve yenilikleri yansıtan bu yeni rehber, eski rehberle oranla birçok alanda ciddi değişikliklere gitmektedir. Yeni rehberin tamamına bakıldığında, iktisadi analizin yoğunlaşma değerlendirmelerinde daha da önemli bir rol oynayacağına yönelik olarak açık sinyaller gözlemlenmektedir. Yoğunlaşma kontrolü bakımından bazı ciddi yenilikler getiren söz konusu rehberin incelenmesinin, Rekabet Kurumu'nun gelecekte karşılaşılabileceği birtakım hususlar bakımından aydınlatıcı nitelikte olduğu düşünülmektedir. Kaleme alınan bu çalışma, önce eski rehberin özet bir fotoğrafını çekmeye, daha sonra da yeni rehber ile getirilen hukuki ve iktisadi yaklaşımları masaya yatırmaya yönelik değerlendirmeler içermektedir. Eski rehber ile yeni rehber arasındaki bu karşılaştırmanın amacı, getirilen yeni değişikliklerin yoğunlaşma rejimi açısından yeni bir dönemin başlangıcı olup

* **ELİG** Ortak Avukat Bürosu; Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Görevlisi. Çalışmadaki görüşler Rekabet Kurumunu bağlayıcı değildir.

* **MİCRA** Microeconomic Consulting and Research Associates, Inc.

* **ELİG** Ortak Avukat Bürosu.

* **ELİG** Ortak Avukat Bürosu.

* **ELİG** Ortak Avukat Bürosu.

olmayacağı hususuna ışık tutmak ve Türk rekabet hukuku rejimi bakımından da önem taşıyabilecek olan bu hususu tartışmaya açmaktır.

Anahtar Kelimeler: Yatay Birleşmeler, Rekabet İktisadı, Yukarı Fiyatlama Baskısı, Pazar Tanımı, Tek Taraflı Etkiler.

Abstract

US Horizontal Merger Guidelines, which have the potential to significantly affect many competition law regimes across the world, came into force on August 19, 2010. This recent guidelines, which reflect the difficulties met and developments occurred with respect to the implementation of the US concentration regime since 1992, contain significant changes compared to the old guidelines. Considering the new guidelines as a whole, there are clear signals that economic analyses will play a bigger role during merger evaluation. We believe that an evaluation over the new guidelines that contain important changes in terms of merger control will be highly informative on certain issues that the Competition Authority might come across in the future. This study contains evaluations that initially aim to outline in brief the old guidelines and then analyze in detail the legal and economic approaches set forth by the new guidelines. The purpose of this comparison between the old and the new guidelines is to shed a light on whether the new changes will be interpreted as a new era in terms of concentration regime as well as to open to discussion this issue that is important in terms of the Turkish competition law regime.

Keywords: Horizontal Mergers, Antitrust Economy, Upward Pricing Pressure, Market Definition, Unilateral Effects.

GİRİŞ

Rekabet hukuku politikasında en köklü geçmişe sahip ülke olarak değerlendirilen Amerika Birleşik Devletleri'nde yatay yoğunlaşmaların öncül denetlenmesi yaklaşık 100 yıldır normatif değerlendirmeler, yol gösterici kılavuzlar ve içtihadî yaklaşımlarla evrilmektedir. Bu çerçevede, özellikle belirli bir zaman aralığındaki içtihadî uygulamada, dönemin iktisadi koşulları temelinde ortaya çıkan sorunlar ve bu sorunlara yönelik getirilen çözümlere esas teşkil eden analizler sistematize edilerek yatay birleşmeler rehberlerine ithal edilmektedir. Bu şekilde, yoğunlaşma analizlerinde bir hukuk politikası tercihi şekillendirilmeye çalışılmaktadır. Bu yatay birleşmeler rehberlerinden ilki 1968¹

¹ İlgili rehber

<http://www.justice.gov/atr/hmerger/11247.pdf> internet adresinden ulaşılabilmektedir.

yılında yayımlanmış, daha sonrakiler ise 1982² ve 1984³ yıllarında Amerika Birleşik Devletleri Adalet Bakanlığı (“Adalet Bakanlığı”) tarafından yayımlanmışlardır. 1992 yılında yayımlanan ve 19.08.2010 tarihine kadar geçerliliğini koruyan⁴ yatay birleşmeler rehberi (“Eski Rehber”) ise Amerika Birleşik Devletleri Federal Ticaret Komisyonu (“Federal Ticaret Komisyonu”) ile Adalet Bakanlığı tarafından ortaklaşa⁵ hazırlanarak çıkarılmıştır⁶.

10 Nisan 2010 tarihinde ise Eski Rehber’in yerine geçmesi hedefiyle Adalet Bakanlığı, resmi internet sitesinden yapmış olduğu duyuru ile yeni bir yatay birleşmeler rehberi taslağını kamuoyunun görüşlerine açmıştır⁷. 4 Haziran 2010 tarihine kadar kamuoyundan gelen görüşleri kabul eden taslak rehber, 19 Ağustos 2010 tarihinde son halini almıştır ve Federal Ticaret Komisyonu ve Adalet Bakanlığı tarafından yeni yatay birleşmeler rehberi (“Yeni Rehber”) olarak kabul edilmiştir⁸.

Rekabet hukuku alanında köklü geçmişe sahip olan ABD rekabet hukuku uygulamaları ve Avrupa Toplulukları rekabet hukuku uygulamaları gibi yetki alanlarında ortaya koyulan yeni prensiplerin ve dinamiklerin dünya rekabet hukuku politikasına yön verme ihtimali bulunduğu aşikârdır. Her ne kadar Türk rekabet hukuku mevzuatının temelini Avrupa Toplulukları rekabet hukuku oluşturmaktaysa da, belirli ölçüde Avrupa Toplulukları rekabet hukukunun Amerikan rekabet otoritelerinin yoğunlaşma işlemlerinde uygulamakta olduğu

² İlgili rehber

<http://www.justice.gov/atr/hmerger/11248.htm> internet adresinden ulaşılabilmektedir.

³ İlgili rehber

<http://www.justice.gov/atr/hmerger/11249.pdf> internet adresinden ulaşılabilmektedir.

⁴ İlgili rehber 1997 yılında belirli değişikliklere uğramıştır. Buna ek olarak Eski Rehber’de ortaya koyulan prensiplerin uygulanmasında yol gösterici olması amacıyla yoğunluklu olarak içtihat hukuku üzerinden ilerleyen *Commentary on the Horizontal Merger Guidelines* isimli kapsamlı bir doküman 2006 yılında Federal Ticaret Komisyonu (*Federal Trade Commission - FTC*) ile Adalet Bakanlığı (*Department of Justice - DOJ*) tarafından yayımlanmıştır. Bkz. Federal Ticaret Komisyonu ve Adalet Bakanlığı (2006), *Commentary on the Horizontal Merger Guidelines*, <http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/215247.htm>, Erişim Tarihi: 09.11.2010

⁵ Amerika Birleşik Devletleri’nde Federal Ticaret Komisyonu ile Adalet Bakanlığı, rekabet yasalarının uygulanmasından birlikte sorumludurlar.

⁶ Yeni Rehber’den henüz taslak aşamasına gelip kamuoyunun görüşüne açılmadan önce akademik çevreler tarafından bir takım beklentilere sebebiyet vermiştir. Bu anlamda Yeni Rehber’den beklenen değişiklikleri özetleyen bir çalışma için bkz: CARSTENSEN, P. C. (2010) “Horizontal Merger Guidelines: The Omitted Dimension of Buyer Power Comments Submitted to the FTC and DOJ”, *Wisconsin Law School Legal Studies Research Paper Series*, Paper No. 1104, <http://ssrn.com/abstract=1537192>, Erişim Tarihi: 09.11.2010

⁷ Taslak Rehber’e <http://www.ftc.gov/os/2010/04/100420hmg.pdf> adresinden ulaşılabilir.

⁸ Yeni Rehber’e <http://www.ftc.gov/os/2010/08/100819hmg.pdf> adresinden ulaşılabilir.

prensipleri benimsediği hususu karşısında⁹ ABD rekabet hukukunda yer alan somut gelişmelerin Türk rekabet hukuku mevzuatına da kısa veya orta vadede etki etme ihtimali bulunmaktadır. Bu nedenle söz konusu değişikliklere yönelik olarak işbu çalışma kapsamında genel bir değerlendirme yapılmasının Türk rekabet hukuku çevrelerine de fayda sağlayacağı düşünülmektedir. Gerçekten de, 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun'a¹⁰ yönelik olarak kapsamlı değişikliklerin gündemde olduğu ve 1997/1 Sayılı Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ'in 2010/4 Sayılı Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ ile ilga edildiği¹¹ düşünüldüğünde Yeni Rehber'de ortaya koyulan prensiplerin sağlıklı bir şekilde analiz edilmesinin önemi daha da baskın bir şekilde ortaya çıkmaktadır.

Bu hedefler çerçevesinde, işbu çalışma kapsamında öncelikle Eski Rehber'in ortaya koymuş olduğu prensipler hatırlanacak ve daha sonrasında da Yeni Rehber ile öngörülen değişikliklerin bir analizi yapılmaya çalışılacaktır.

1. ESKİ REHBER'DE ORTAYA KOYULAN YOĞUNLAŞMA İŞLEMLERİNİN ANALİZ EDİLMESİNDE TAKİP EDİLEN ADIMLAR

1.1. Genel Açıklamalar

Eski Rehber'in giriş kısmında da açıklıkla ortaya koyulduğu üzere, rehberin amacı yoğunlaşma işlemlerinin analizinde yetkili kurumların takip edecekleri analiz metotlarını ortaya koymaktır. Eski Rehber temel olarak rekabetin önemli ölçüde azaltılması testini esas almakta ve bu testin uygulanmasında yoğunlaşma akabinde pazar gücü yaratılıp yaratılmayacağı veya mevcut bir pazar gücünün artırılıp artırılmadığı hususu ile ayrıntılı bir şekilde ilgilenmektedir. Pazar gücü kavramı ise Eski Rehber'de teşebbüslerin fiyatlarını önemli kayıplara

⁹ Zira, Rekabet Kurulu birçok kararında değerlendirmelerini yaparken Eski Rehber'e atıflarda da bulunmuştur. Örn. Bkz. Rekabet Kurulu'nun 15.07.2009 tarih ve 09-33/744-180 sayılı *Akşehir-Dialysis*, 19.8.2009 tarih ve 09-36/912-220 sayılı *Lanxess-Gwalior*, 20.12.2005 tarih ve 05-86/1187-339 sayılı *Çimsa-Modern Çimento* kararları

¹⁰ Rekabet Kurumu tarafından Sanayi ve Ticaret Bakanlığı adına hazırlanan 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'a yönelik değişiklikler öngören kanun taslağı 2008 yılının Temmuz ayında Meclis Alt Komisyonu'na sevk edilmiştir ve ilgili kanun taslağının yakın gelecekte yürürlüğe girmesi beklenmektedir

¹¹ İlgili tebliği yürürlükten kaldırması planlanan Taslak Tebliğ için bkz. Rekabet Kurumu, "Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ"

<http://www.rekabet.gov.tr/dosyalar/images/file/teblig2010/2010-1.doc>, Erişim Tarihi: 28.11.2010.

Taslak Tebliğ kamuoyunun görüşüne açılmış ve 7 Ekim 2010 Tarihli ve 27722 Sayılı Resmî Gazete'de yayınlanan "2010/4 Sayılı Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ" olarak Türk rekabet hukuku mevzuatında yerini almıştır. Yeni tebliğ 1 Ocak 2011 tarihi itibarıyla yürürlüğe girecektir.

uğramadan rekabetçi bir seviyenin üzerinde belirleyebilme yeteneği olarak ortaya koyulmaktadır. Eski Rehber kapsamında bir yoğunlaşma işlemi sonucunda pazar gücü yaratılıp yaratılmadığı hususu işlemin yarattığı etkiler incelenerek belirlenmektedir. Temel olarak yatay yoğunlaşmaların yaratabileceği rekabet karşıtı etkiler, tek taraflı¹² ve işbirliği doğurucu etkiler olarak iki ana başlıkta toplanmakta ve analizler bu zeminde yapılmaktadır. Yoğunlaşma işlemi sonucunda yoğunlaşma tarafı teşebbüsün tek taraflı olarak, rakipleri ile koordinasyona ve işbirliğine girme ihtiyacı olmaksızın fiyatları yükseltebilmesi tek taraflı etkiler olarak değerlendirilmekte ve bu yetinin ortaya çıkmasına mahal verebilecek bir yoğunlaşma işleminin rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu beraberinde getireceği Eski Rehber kapsamında kabul edilmektedir. Öte yandan, tek taraflı etkiler çerçevesinde yoğunlaşma sonrasında ortaya çıkacak olan teşebbüsün tek taraflı olarak fiyatları yükseltebilme yeteneğini kazanmamış olması durumunda bile, yoğunlaşma işleminin rakiplerle açık ya da örtülü işbirliğine girilmesi için zemin hazırlaması durumunda “işbirliği doğurucu etkiler” (*coordinated effects*) temelinde yine rekabetin önemli ölçüde azaltılması yönünde bir etkinin ortaya çıkabileceği belirtilmektedir.

Eski Rehber kapsamında bir yoğunlaşma analizinde beş adım izlenmektedir:

- Pazarın tanımlanması, pazar paylarının hesaplanması ve yoğunlaşma seviyesinin tespiti,
- Yoğunlaşma oranı ve pazar dinamikleri çerçevesinde işlemin tek taraflı veya işbirliği doğurucu etki yaratıp yaratamayacağı temelinde rekabet karşıtı etkilere zemin hazırlama potansiyeli,
- Giriş engellerinin tespiti ve potansiyel girişlerin rekabet karşıtı etkileri ortadan kaldırıp kaldıramayacağı,
- Etkinlik değerlendirmesi çerçevesinde yoğunlaşma sonrasında ortaya çıkan etkinliklerin rekabet karşıtı etkileri dengeleyip dengeleyemeyeceği¹³ ve
- Yoğunlaşmaya taraf olan teşebbüslerden herhangi birinin batan teşebbüs olup olmadığı.

¹² Eski Rehber’i diğer eski rehberlerden ayıran en önemli unsur tek taraflı etkiler kavramına ilk olarak bu rehberde değinilmesidir. 1982 tarihli rehberde de hakim bir firmanın piyasa gücü yaratması ya da piyasa gücünü artırması durumunu ele alan “öncü firma (*leading firm*)” maddesi bulunmakla birlikte bunun Eski Rehber’in içeriğinden anlaşılması gereken tek taraflı etkiler durumu ile arasında birebir bağ kurulmamıştır.

¹³ Etkinlik değerlendirmelerine yönelik olarak Eski Rehber’de 1997 yılında kapsamlı sayılabilecek değişiklikler yapılmıştır.

1.2. Pazarın Tanımlanması, Pazar Paylarının Hesaplanması ve Yoğunlaşma Seviyesinin Tespiti

Eski Rehber, pazar tanımlaması için varsayımsal monopol testini (“*hypothetical monopoly test*”) kullanmaktadır. Varsayımsal monopol testi, aday pazarlardaki ürün gruplarının ilgili rekabet pazarlarını oluşturabilecek kadar geniş olup olmadıklarının değerlendirilmesinde kullanılmaktadır. Söz konusu testin anahtar noktası, hayali bir pazardaki ürünlerin hepsinin kontrolüne sahip varsayımsal ve kâr maksimizasyonu yapan bir monopol teşebbüsün “küçük ama önemli ve kalıcı” bir fiyat artışına (*Small But Significant and Non-Transitory Increase in Price - SSNIP*) gittiğinde karşılaşıacağı durumlardır. Söz konusu küçük ama önemli ve kalıcı fiyat artışı genellikle yüzde beş olarak alınır. Bu fiyat artışı neticesinde ürünün satışı varsayımsal monopolist teşebbüsün fiyat artışına gitmeyi kârlı görmediği kadar düşmüşse, yetkili makamlar yoğunlaşmaya taraf teşebbüsün sattığı ürüne en yakın ikame edilebilir diğer ürünü de ilgili ürün pazarı tanımına dahil edecektir¹⁴.

Bu işlem aynı zamanda ilgili coğrafi pazarı tanımlamak için de kullanılmaktadır. Yetkili makamlar, coğrafi pazarın veya etkilenen pazarın tanımında yoğunlaşma tarafı teşebbüslerin her birinin coğrafi yeri (veya tesisi) ile teste başlayacak ve ilgili ürün grubunu satmakta olan varsayımsal bir monopolist teşebbüsün -diğer bölgelerde satış koşullarını sabit tutarak- “küçük ama önemli ve kalıcı” bir fiyat artışına gitmesi durumunda ne olacağını soracaktır. Bu fiyat artışı neticesinde ürünün söz konusu bölgedeki satışı, ilgili ürünü yoğunlaşma tarafı teşebbüsün bölgesinde üreten veya satan varsayımsal monopolist teşebbüsün fiyat artışına gitmeyi kârlı görmediği kadar düşmüşse, yetkili makamlar üretim faaliyetleri için yoğunlaşmaya taraf olan teşebbüsün bölgesine en yakın ikame edilebilir bölgeyi ilgili coğrafi pazar tanımına dahil edecektir¹⁵.

Eski Rehber’de söz konusu test, bütün ürünlere ilişkin bir fiyat artışına gitmenin kârlı olup olmadığını sorgulamaktadır. Eski Rehber’de ilgili pazar tanımında temel olarak yalnızca talep ikamesi esas alınırken arz ikamesi, ilgili ürün pazarında katılımcı olarak bulunan teşebbüslerin tespiti ile giriş analizlerinde dikkate alınmaktadır.

Pazar tanımından sonra ikinci etapta yoğunlaşma oranları hesaplanmaktadır. Yoğunlaşma oranlarının hesaplanmasında *Herfindahl-*

¹⁴ WERDEN, G. J. (2003), “The 1982 Merger Guidelines and the Ascent of the Hypothetical Monopolist Paradigm”, *Antitrust Law Journal*, Sayı 71, s.253-276

¹⁵ Bu hususlar Eski Rehber’in 1.11 ile 1.21. bölümlerinde ortaya koyulmaktadır.

Hirschman Index (“HHI Endeksi”) kullanılmakta ve yoğunlaşma seviyesi üç eşik çerçevesinde değerlendirilmektedir¹⁶:

- Yoğunlaşma sonrası HHI Endeksinin 1000’in altında olması halinde yoğunlaşmanın herhangi bir sakıncası bulunmadığı ve işleme yönelik olarak daha fazla incelemeye gerek olmadığı hususu kabul edilmektedir.

- Yoğunlaşma sonrası HHI Endeksinin 1000-1800 arasında olması halinde, HHI Endeksinin 100’den az artmasına neden olan yoğunlaşmalar hakkında daha fazla inceleme yapılmasına gerek olmadığı; bu oranın üstünde artışların varlığı halinde ise yoğunlaşmanın potansiyel risk içerebileceği varsayılmaktadır.

- Yoğunlaşma sonrası HHI Endeksinin 1800’ün üstünde olması halinde, HHI Endeksinin 50’den az artmasına neden olan yoğunlaşmalar hakkında daha fazla inceleme yapılmasına gerek olmadığı; bu oranın üstünde artışların varlığı halinde ise yoğunlaşmanın potansiyel olarak risk içerebileceğine; HHI Endeksinin 100’den fazla artması halinde ise Eski Rehber’in diğer bölümleri çerçevesinde yapılacak değerlendirmeler saklı kalmak kaydı ile yoğunlaşmanın pazar gücü yarattığının varsayılacağı kabul edilmektedir¹⁷.

Pazar paylarının hesaplanması ve yoğunlaşma oranlarının belirlenmesi bakımından Eski Rehber “pazar katılımcısı” (*market participant*) kavramını da göz önünde bulundurmaktadır. Eski Rehber uyarınca aşağıdaki teşebbüsler pazar katılımcısı sayılırlar¹⁸:

- İlgili ürün pazarında üretim veya satış faaliyeti bulunan tüm teşebbüsler,

- Dikey olarak bütünleşmiş teşebbüsler (katılımlarının sahip oldukları rekabetçi baskıyı doğru bir şekilde yansıttığı ölçüde),

- Yenilenmiş veya geri dönüşmüş ürünleri üreten ve bu ürünleri ilgili ürün pazarındaki diğer ürünlere rakip olacak şekilde satan teşebbüsler,

Pazardaki fiyatlarda yaşanacak küçük ama önemli ve kalıcı artış neticesinde pazara hızlı bir şekilde giriş yapacak teşebbüsler de pazar katılımcısı olarak kabul edilebilmektedir. Bu anlamda yetkili makamlar hâlihazırda ilgili ürünü ilgili coğrafi pazarda üretmeyen veya satmayan teşebbüsleri bunların katılımlarının pazarda bulunan tedarik tepkilerini daha doğru şekilde yansıttığını

¹⁶ Eski Rehber Bölüm 1.5.

¹⁷ Eski Rehber’de yer alan pazar yoğunlaşması ve HHI oranları hakkında daha detaylı açıklamalar için bkz. WERDEN, G. J. ve L. M., FROEB (1994) “The Effects of Mergers in Differentiated Products Industries: Logit Demand and Merger Policy”, *Oxford Journals, Journal of Law, Economics, and Organization* Cilt 10, Sayı 2Pp. s.407-426.

¹⁸ Eski Rehber Bölüm 1.3.

düşündüğü ölçüde, ilgili ürün pazarına katılımcı olarak dahil edebilmektedir. Bu tür teşebbüsler, taahhüt altına girmemiş giriş yapanlar (*uncommitted entrants*) olarak adlandırılmaktadırlar. Böyle bir teşebbüsten bahsedebilmek için söz konusu tedarik tepkilerinin bir yıllık bir süre içerisinde açığa çıkması ve dikkate değer bir giriş veya çıkış masraflarına ihtiyaç duymaması gerekmektedir.

Bu başlık altında son olarak bahsedilmesi gereken bir husus da pazardaki teşebbüslerin pazar paylarını veya pazardaki yoğunlaşma oranlarını etkileyen faktörlerdir. Pazarda gerçekleşecek bir yoğunlaşma işlemi sonrasında pazarda oluşacak yoğunlaşma ve yoğunlaşmada yaşanacak değişiklikler, söz konusu yoğunlaşmanın ortaya çıkarabileceği rekabet kısıtlamalarını etkilemektedir¹⁹. Ancak bazı durumlarda pazar payı ve pazar yoğunlaşması verileri pazardaki teşebbüs veya teşebbüslerin geleceğe ilişkin olası rekabet hukuku etkilerini veya yoğunlaşma işleminin etkisini olduğundan az ya da çok gösterebilir. Değişen pazar koşulları ve pazardaki ürün ve bölgeler ile pazar dışındaki ikame edilebilir ürünler arasındaki farklılığın derecesi bu durumlara örnek olarak gösterilebilir. Gerçekten de pazar payı ve yoğunlaşma verileri geçmiş ibarelere dayandığı için, pazarda meydana gelecek yeni değişiklikler teşebbüslerin gelecekte sahip olabileceği rekabetçi etkilerini doğru olarak yansıtmayabilir. Benzer şekilde, ilgili ürün pazarı dışında bulunan ikame edilebilir ürünlerin ilgili ürünlerden farklılık arz etmesi durumunda, ilgili ürün pazarı ve ilgili coğrafi pazarın diğer ilgili pazarlarla olacak ilişkisi kısıtlanacak ve ilgili ürün pazarında bulunan teşebbüslerin reel pazar gücü gözlemlenen pazar gücünden daha güçlü olacaktır²⁰.

1.3. İşlemin Tek Taraflı veya İşbirliği Doğurucu Etki

Yaratıp Yaratamayacağı Temelinde Rekabet Karşıtı Etkilere Zemin Hazırlama Potansiyeli

1.3.1. İşbirliği Doğurucu Etkiler

Eski Rehber’de, yoğunlaşma sonucunda ilgili pazarda faaliyet gösteren aktörler arasında, tüketicilerin aleyhine olarak (gizli veya açık) işbirliğine gidilmesi ihtimalinin artması ve bu işbirliğinin başarılı olması ihtimalinin güçlenmesi durumunda işlemin (diğer koşullar sonucu değiştirmedeği ölçüde) rekabetin önemli ölçüde azalması sonucunu doğuracağı ifade edilmektedir. Bu çerçevede

¹⁹ Eski Rehber Bölüm 1.52

²⁰ Bu konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ORDOVER, J. A. ve R. D., WILLIG (1993) “Economics and the 1992 Merger Guidelines: A Brief Survey”, *Review Of Industrial Organization*, Cilt 8, Sayı 2, s.139-150.

rekabeti sınırlayıcı nitelikte işbirliği doğurucu etkilerin varlığından bahsedilebilmesi için Eski Rehber aşağıdaki koşulların varlığını aramaktadır²¹:

a) İşbirliği doğurucu etkilerin oluşmasına olanak veren hususlar;

- ürünlerin homojen olup olmaması,
- hâlihazırda piyasada gerçekleşen ilişkiler (ürün çeşitlerine veya fiyatlandırmaya ilişkin standardizasyon, ilgili pazarda veya başka bir pazarda teşebbüsler arası açık işbirliğinin daha önce veya hâlihazırda gerçekleşip gerçekleşmediği),
- şeffaflık (rakipler hakkında bilginin piyasadan elde edilebilmesi)
- pazara, rakiplere ve pazarda gerçekleşen işlemlere ilişkin anahtar niteliğindeki ilgilere erişim olanakları,
- alıcı ve satıcıların karakterleri,
- pazarda gerçekleşen işlemlerin nitelikleri (küçük hacimli, düzenli ve sık sık gerçekleşen mi yoksa büyük çaplı, düzensiz ve az sayıda gerçekleşen nitelikte mi olduğu).

b) İşbirliğinin takibini, tespitini kolaylaştıran ve işbirliği koşullarından ayrılanların cezalandırılmasına, caydırılmasına olanak tanıyacak koşullar. İlgili makamlar yoğunlaşma işlemi sonucunda işbirliği doğurucu bir durumdan söz edilebilmesi için, işbirliğinin fiili olarak gerçekleşebileceği şartını aramamakta, gerçekleşmesi olasılığının bulunup bulunmadığını değerlendirmektedirler.

Ancak, işbirliği doğurucu bir etkiden bahsedilebilmesi için özellikle yukarıda yer verilen koşulların bir bütün olarak/tümünün varlığının her olay bazında incelenmesi gerekmektedir. Buna göre örneğin pazarda yoğunlaşmanın fazla olması elbette rakiplerin işbirliği içine girebilmesi için önemli bir unsur teşkil edecek ve pazarda yer alan rakip sayısının fazlalaşması ile birlikte koordinasyonun sağlanması güçleşecektir. Ancak bu durum sonuca ulaşılmasında tek başına yeterli olmamaktadır. Yoğunlaşmanın çok yüksek olması durumunda dahi, örneğin pazarda 2, 3 veya 4 aktörün olması (veya kalacak olması), pazarda rekabetin olmadığı veya olamayacağı anlamına gelmeyecek veya rakiplerin işbirliği içinde olduğu sonucuna ulaşılması için yeterli olmayacaktır. Keza, bir yoğunlaşmanın gerçekleştiği pazarın şeffaf olması ve aktör sayısının azlığı da tek başına yeterli olmamaktadır. Teşebbüslerin aralarında gerçekleştirebilecek işbirliğini sürdürebilmeleri; işbirliğinden vazgeçen teşebbüslerin de tespiti (bu etkinin doğmasını engelleyebilecek örneğin, fiyat ayrımcılığı gibi koşulların varlığı) ve teşebbüsleri işbirliğini sürdürmeye itecek cezalandırma gibi mekanizmaların da

²¹ Eski Rehber Bölüm 2.1

varlığını gerektirmektedir. Söz konusu cezalandırıcı ve caydırıcı mekanizmaların beklenen etkiyi gösterebilmesi için muteber ve hızlı olması gerekmektedir. Aksi bir durumda, teşebbüsler kendilerini işbirliği doğurucu davranışlarla bağlı hissetmeyeceklerdir²².

İlgili ürün pazarında bulunan işbirliğini sınırlandıran koşullar da bulunabilmektedir. Dolayısıyla yoğunlaşma işleminin esaslı değerlendirilmesi esnasında bu koşullara dikkat edilmesi gerekmektedir. Bu koşulları Eski Rehber aşağıdaki şekilde sıralamaktadır²³:

- ürün heterojenliği,
- teşebbüslerin, yürüttükleri faaliyetler arasındaki önemli farklılıklar sebebiyle rakiplerinin işleri hakkında ciddi anlamda eksik bilgiye sahip olmaları,
- teşebbüslerin dikey olarak farklı bütünlüklere sahip olması gibi asimetric bir yapı sergilemeleri.

İlgili ürün pazarındaki işbirliğini azaltabilecek ve hatta ortadan kaldıracabilecek bir başka durum ise pazarda oyunbozan (*maverick*) teşebbüslerin bulunması durumudur²⁴. Oyunbozan teşebbüsler, işbirliği koşullarından sapma eğilimleri rakiplerine oranla daha yüksek olan teşebbüslerdir. Pazarda bu özellikleri taşıyan bir oyuncunun bulunması durumunda işbirliği içerisinde olan teşebbüslerin pazarda uygulayacağı kapasite kısımları veya fiyat artışları beklenen etkiyi gösteremeyecektir. Bu nedenle, gerek rekabete aykırı davranışlarla gerekse oyunbozan teşebbüsü devralma yoluyla söz konusu teşebbüsün sahip olduğu rekabet baskısının pazar dışına çıkartılması, işbirliği doğurucu davranışların hayata geçirilebilmesi daha muhtemel kılacaktır.

1.3.2. Tek Taraflı Etkiler

Bir yoğunlaşma işlemi sonucunda rekabeti sınırlayıcı etki yalnızca teşebbüslerin işlem sonrası işbirliği içine girmeleri ile değil, teşebbüslerin diğer teşebbüsler ile işbirliği içine girmeksizin tek taraflı olarak üretimi kısıp fiyatları yükseltebilme olanaklarına sahip olmaları durumunda da söz konusu olabilecektir. Eski Rehber, tek taraflı etkilerin birçok farklı koşulda gerçekleşebileceğini belirtmekle beraber bu etkilere örnek olarak iki durumu büyüteç altına almaktadır. Bunlardan ilkinin pazarda yer alan *teşebbüslerin ürünleri arası farklılıklar nedeniyle birbirinden ayrıldığı durumlar* oluşturmaktadır. Pazarda teşebbüslerin ürün farklılaştırmasına gittiklerinin ve

²² Eski Rehber Bölüm 2.12

²³ İlgili koşullar Eski Rehber'in 2.11. bölümünde yer almaktadır.

²⁴ Eski Rehber Bölüm 2.12

teşebbüslerin bu farklılıklar nedeniyle tüketicinin gözünde ayrıldıklarının belirlenmesi halinde teşebbüsler arası gerçekleşecek yoğunlaşmalar,

a) yoğunlaşma tarafı teşebbüslerin ürünlerinin birbirine yakınlığı [örneğin ürünlerin tüketicilerin/ müşterilerin tercih sıralamalarında kaçınıcı sırada yer aldıkları (tüketicinin 3. tercihini ve 5. tercihini oluşturan veya tüketicilerin 2 ve 3. tercihlerini oluşturan ürünleri üreten teşebbüslerin birleşmesi gibi)], özellikle pazarda, küçük ama önemli ve kalıcı fiyat artışı sonrasında en yüksek geçiş oranlarını sağlayacak en iyi ikame ürünlerin (*next best substitute*) ve alıcıların ilgili ürüne en yakın gördükleri en yakın rakip ürünlerin bulunması,

b) rakiplerin yoğunlaşma işlemi ertesinde eksilen rekabeti tamamlama/ doldurabilme olanakları (özellikle rakiplerin kaybolan rekabete cevap olarak ürün yelpazelerinde yeniden konumlandırmaya gidebilecek olması veya yoğunlaşmaya taraf olan teşebbüslerin ürünlerine rakip olabilecek ürünler geliştirebilecek olması) gibi koşullar

dikkate alınarak değerlendirilmektedir²⁵.

Ayrıca, bir farklılaşmış ürün piyasasında yukarıda verilen yoğunlaşma eşiklerinin aşıldığı bir durumda, eğer yoğunlaşma işlemine konu ürünler tüketicilerin gözünde en yakın ikameler ise (örneğin birinci ve ikinci tercihleri olması) ve birleşen ürünlerin toplam pazar payları %35' i geçiyorsa tek taraflı etkiler bağlamında söz konusu yoğunlaşmanın rekabeti sınırlayıcı fiyat etkileri doğurabileceğine yer verilmiştir. Yapılacak bir incelemede kuşkusuz en kritik noktayı oluşturacak etkilerin ekonomik analizler ile ölçülmesi oluşturmaktadır.²⁶

Tek taraflı etkilere örnek ikinci hal ise, teşebbüslerin kapasitelerine göre farklılaştığı durumlardır. İlgili pazardaki teşebbüslerin ürettikleri ürünlerin tüketici gözünde birbirlerine yakın olduğu ancak teşebbüsler arası rekabetin koşullarının ağırlıklı olarak kapasite oranlarına göre belirlendiği durumlarda yoğunlaşma, yeni teşebbüse, işlem ertesinde daha büyük bir seviyede satış oranı yakalanması neticesinde fiyatlarını tek taraflı olarak artırıp arzı kısma olanağı tanıyabilecektir. Böylelikle müşterilerin böyle bir durumun gerçekleşmesi halinde yönelebilecekleri potansiyel teşebbüslerden birisi olan birleşen teşebbüsün yoğunlaşma neticesinde ortadan kalkması sayesinde bu olasılığın

²⁵ Eski Rehber Bölüm 2.211 ile 2.212. Ayrıca bkz. Federal Ticaret Komisyonu ve Adalet Bakanlığı 2006.

²⁶ *Office Depot/Staples* kararı tipik bir örnektir. Bkz. FTC v. Staples, Inc. And Office Depot, Inc., [Case No.1:97CV00701 (1997)] ve DALKIR S. ve F. WARREN-BOULTON, "Market Definition and the Price Effects of Mergers: Staples-Office Depot (1997)", KWOKA J. E. ve L. J. WHITE (editörler) (2008) *The Antitrust Revolution: Economics, Competition and Policy*, Fifth Edition, Oxford University Press içerisinde.

gerçekleşmesi için ortam hazırlanmış olabilecektir. Elbette bu durum, birleşen teşebbüs tarafından fiyatların artırılmasına, rakiplerin toplam üretimlerini artırarak cevap verip veremeyeceklerine, pazarda bunu gerçekleştirebilecek sayıda yeterli aktör bulunup bulunmamasına bağlı olacaktır. Eski Rehber’de, bu durum için de % 35’lik bir eşik mevcuttur²⁷.

1.4. Giriş Engellerinin Tespiti ve Potansiyel Girişlerin İşlemin Rekabet Karşıtı Etkilerini Ortadan Kaldırıp Kaldıramayacağı

Pazara girişler, yoğunlaşmaların etkileri değerlendirilirken üçüncü aşamayı oluşturmaktadır. Pazara girişlerin kolay olması, yoğunlaşma ile oluşabilecek rekabeti sınırlayıcı etkilerin azalmasına neden olabilmektedir. Ancak, yoğunlaşma sonrası rekabetin azalması ihtimalinin bulunduğu durumlarda pazara girişlerin bu etkileri bertaraf edebilecek nitelikte olabilmesi için Eski Rehber:

a) girişlerin zamanında gerçekleşip gerçekleşmeyeceği (ki *zamanlı giriş* kavramına yönelik olarak Eski Rehber’de iki yıllık bir süre öngörülmüştür),²⁸

b) pazara girişin kârlı olup olmayacağı, bir başka deyişle söz konusu girişlerin olası olup olmadığı [söz konusu olasılık değerlendirmesi yapılırken özellikle minimum gerçekleştirilebilir ölçek (*minimum viable scale*) miktarlarına dikkat edilmelidir. Minimum gerçekleştirilebilir ölçek, teşebbüsün yoğunlaşma öncesi fiyatlarda kârlılık için sürekli gerçekleştirmesi gereken minimum ortalama yıllık satış düzeyini ifade etmektedir. Bu anlamda minimum gerçekleştirilebilir ölçek, yoğunlaşma öncesi fiyatlara dayalı olarak beklenen geliri ve pazara girişin başarısız olabilmesi ve batık maliyetlerin -eğer varsa- kaybolması halinde yapılan yatırımların geri dönüşleri de dahil olmak üzere pazara giriş alternatiflerini dikkate alır],

c) pazara girişlerin rekabetin azalması sonucunu bertaraf edecek nitelikte ve düzeyde olup olmadığı şeklinde üç aşamada inceleme yapılmasını öngörmektedir²⁹.

Ayrıca, Eski Rehber, pazara yeni giriş ihtimalinin değerlendirmesinde yeni giriş yapan teşebbüslerin gerçekleştirebileceği satış olanaklarını da değerlendirmeye almaktadır. Bu çerçevede, satış olanaklarını oluşturan kaynaklar şu şekilde sıralanabilmektedir: (i) pazara giriş yapan teşebbüsün uygulayacağı rekabetçi baskı neticesinde pazardaki diğer teşebbüslerin arzında meydana gelen daralmalar, (ii) söz konusu yeni teşebbüsün pazarda oluşan makul talep artışının bir kısmını yakalayabilme kabiliyeti, (iii) pazarda yer alan

²⁷ Eski Rehber Bölüm 2.22

²⁸ Eski Rehber Bölüm 3.2

²⁹ Eski Rehber Bölüm 3.0, para. 2 v.d.

yerleşik teşebbüslerin satışlarının bir kısmını kendine yönlendirebilmesi ve (iv) söz konusu yeni teşebbüsün pazara girmesi ile yerleşik teşebbüslerin arzında görülen diğer kısılmalar.

1.5. Etkinlik Değerlendirmesi Çerçevesinde Yoğunlaşma Sonrasında Ortaya Çıkan Etkinliklerin Rekabet Karşıtı Etkileri Dengeleyip Dengeleyemeyeceği

Yoğunlaşmalar rekabeti sınırlayıcı etkiler doğurabilmekle beraber bazı etkinliklerin sağlanması amacıyla da hizmet etmektedir. Yoğunlaşmalar ile sağlanan etkinlikler (örneğin maliyetlerin düşmesi, daha önce etkin çalışmayan iki teşebbüsün etkinliğin artmasına neden olacak bir çatı altında birleşmeleri) aracılığıyla teşebbüsler, daha güçlü surette rekabet edebilme olanağına kavuşmakta ve en önemlisi kaynakların kullanımında etkinlik sağlamak suretiyle toplumsal refahın artmasına katkıda bulunmaktadır. Ne var ki bütün yoğunlaşmaların etkinlik sağladığını söylemek mümkün değildir. Yoğunlaşmalar gerçek anlamda rekabetin azalmasına neden olabilmektedir. Bu nedenle yoğunlaşmalar aracılığıyla gerçekleşen etkinliklerin dikkatle incelenmesi ve değerlendirilmesi gerekmektedir³⁰.

Eski Rehber, açık bir dille yoğunlaşmalar sonucunda etkinlik sağlanabileceğini kabul etmekle beraber, yaratılan etkinliklerin yoğunlaşmaların yarattığı olumsuz etkileri bertaraf edip edemeyeceğine ilişkin bazı kriterler koymak suretiyle ilgili makamların etkinlikleri değerlendirmede izleyecekleri analitik yapıyı ortaya koymaktadır. Bu çerçevede Eski Rehber, etkinliklere ilişkin kantitatif ve kalitatif bir değerlendirme yapılmasını öngörmektedir. Eski Rehber’de konuya ilişkin getirilen temel kriteri etkinliklerin “yoğunlaşmaya has” olması gerekliliği oluşturmaktadır. İkinci ölçütü ise etkinliklerin “kavranabilir” olması oluşturmaktadır. Kavranabilir etkinlikler Eski Rehber’de yoğunlaşmaya has, doğruluğu gösterilebilir ve rekabeti sınırlayıcı bir biçimde arzın kısıtlanması sonucunu doğurmayan etkinlikler olarak tanımlanmaktadır. Bununla birlikte, etkinliklerin gösterilmesi ve ölçülmesi zorluk teşkil ettiğinden, bunların varlığına ilişkin ispat yükü yoğunlaşmayı gerçekleştiren taraf üzerinde bulunmaktadır. Eski Rehber, kavranabilir etkinliklerin yoğunlaşmanın olumsuz etkilerini (etkinliklerin ilgili pazarda fiyatların artmasını engelleyecek nitelikte olup olmadığını) bertaraf etmeye yetecek ölçüde olmaları durumunda yoğunlaşma aleyhine işlem tesis edilmeyeceğini belirtmekte ancak, buna ilişkin yoğunlaşmanın olumsuz etkileri ne kadar fazla ise kavranabilir etkinliklerin de o

³⁰ Eski Rehber açısından etkinlik değerlendirmelerine ilişkin daha detaylı açıklama için bkz. BAKER, J. B. ve, C, SHAPIRO (2007), “Reinvigorating Horizontal Merger Enforcement”, Competition Policy Center, Institute of Business and Economic Research, UC Berkeley, <http://faculty.haas.berkeley.edu/shapiro/mergerpolicy.pdf>, Erişim Tarihi: 09.11.2010

kadar büyük olması gerektiğini ifade etmek suretiyle *artan oran prensibini* benimsemektedir. Değerlendirmede kabul edilebilen etkinliklerin diğer etkinlik türlerine göre kavranabilir ve esaslı olup olmadıkları gibi kıstaslara göre diğer etkinliklerden ayrıldığı görülmektedir. Eski Rehber, “kavranabilir etkinlik” kavramı için üç adet şart belirlemiştir: söz konusu etkinliklerin (i) yoğunlaşmaya özgü etkinlikler olması, (ii) doğrulanmış olması ve (iii) sunulan ürün veya hizmette rekabete aykırı olarak gerçekleşen azalmalardan kaynaklanmıyor olması gerekmektedir³¹.

Örneğin değişken veya marjinal maliyetlerde düşüş sağlayacak bir etkinliğin, fiyatlarda yapacağı etkinin diğer etkinliklere göre daha fazla olması nedeniyle esaslı ve kavranabilir olarak kabul edildiği görülmektedir.

1.6. Yoğunlaşmaya Taraf Olan Teşebbüslerden Herhangi Birinin Batan Teşebbüs Olup Olmadığı

Eski Rehber’de yoğunlaşmaların incelenmesi ile ilgili son başlık “*batan teşebbüs*”tür. Buna göre

Eski Rehber, yoğunlaşma taraflarından birinin,

- a) Yakın gelecekte mali yükümlülüklerini yerine getiremeyeceği,
- b) İflas yasası gereğince teşebbüsün yeniden yapılandırılmasının mümkün olmadığı,
- c) Başkaca teşebbüslere yönelik olarak, malvarlığını ilgili pazarda tutacak ve piyasadaki rekabet üzerinde, planlanan yoğunlaşmadan daha az tehlike içerecek yoğunlaşmalar ile ilgili iyi niyetli tekliflerde bulunduğu,
- d) Yoğunlaşma olanağı dışında teşebbüsün malvarlığının ilgili pazardan çıkacağı durumlarda

pazar gücünün yaratılmasından bahsedilmeyeceğini ifade etmekte ve bu işlemler aleyhine yargı yoluna gidilmeyeceğini belirtmektedir³².

2. YENİ REHBER

2.1. Genel Değerlendirmeler

Yeni Rehber incelendiğinde içerik olarak -aşağıda ayrıntılı olarak yer verilecek yukarı fiyatlama testi haricinde- Eski Rehber’den aşırı derecede farklılaşan ve yetkili makamlar tarafından gerçekleştirilen yoğunlaşma analizlerini temelinden sarsacak unsurların yer almadığı gözlemlenmektedir. Ayrıntılı bir değerlendirme

³¹ Eski Rehber Bölüm 4, para. 5.

³² SELÇUK, İ (2003), *AB ve ABD’deki Yoğunlaşmaların Kontrolü Mekanizmalarının Karşılaştırılması*, Rekabet Politikası ve Yoğunlaşmaların Kontrolü, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara, s.101-108.

yapmaya geçmeden önce Yeni Rehber’de yer alan en ciddi değişikliklerin aşağıda yer verilen unsurlardan oluştuğu söylenebilecektir.

(i) Tek taraflı etkilerin değerlendirilmesi hususundaki metotların kapsamının genişlemesi ve ciddi surette farklılaşmış yöntemler öngörülmesi,

(ii) Yoğunlaşma oranlarının belirlenmesine yönelik olarak rekabetin önemli ölçüde azaltılması testinin uygulanmasında temel alınacak HHI Endeksi rakamlarında artış yaratılması ve Eski Rehber ile kıyaslandığında daha serbest bir analize sebebiyet verebilecek eşikler belirlenmesi,

(iii) Delil kavramına yönelik kapsamlı önermelerin getirilmesi (*types of evidences* başlığı altında)

(iv) Güçlü alıcılar (*powerful buyer*), alıcılar arasında yoğunlaşma (*merger between buyers*), kısmi yoğunlaşmalar (*partial mergers*) başlıklı bölümlerin getirilmesi.

Yeni Rehber’de, Eski Rehber’in ortaya koyduğu ve yukarıda belirtilen beş adımdan oluşan analizde esneklik sağlayabilecek araçların olduğu açıkça belirtilmiş ve yoğunlaşma analizlerinin tek tip bir uygulama metodundan ibaret olamayacağı hususuna özellikle vurgu yapılmıştır³³. Bu çerçevede Yeni Rehber birden çok araç ve çok çeşitli olarak ortaya çıkabilecek güvenilir deliller temelinde yetkili makamların entegre ve esnek bir metodoloji eşliğinde bir işlemin rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucuna yol açıp açmayacağına tespitini yapması gerektiğinin altını çizmektedir. Yeni Rehber bu temelde analiz önerileri getirirken, rehberde ortaya koyulan prensiplerin sadece örnekleme yoluyla ortaya konduğunu, sınırlı sayıda olmadığını belirterek bir yerde Yeni Rehber’in yetkili makamlar nezdinde bağlayıcı olmadığı hususunu ifade etmektedir³⁴. Ayrıca Yeni Rehber, konular altında çeşitli örnekleme yer vermiştir. Getirilen bu örnekleme konularının daha iyi anlaşılmasına yardımcı olacağı düşünülebilir.

Bu noktada özellikle tek taraflı etkilerin değerlendirilmesine yönelik olarak zenginleştirilmiş tartışmaların mimarlarının Adalet Bakanlığı baş ekonomisti Carl Shapiro ve yine Fedaral Ticaret Komisyonu baş ekonomisti Joseph Farrell olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Zira, Yeni Rehber’de yukarı fiyatlama baskısı (*upward pricing pressure*) ve sapma oranı³⁵ (*diversion*

³³ Yeni Rehber’in ilk sayfasının dördüncü paragrafı.

³⁴ Bu hususlar Yeni Rehber’in giriş kısmında ortaya koyulmaktadır.

³⁵ A firmasından B firmasının ürünlerine sapma oranı, A firmasının kaybettiği satışların B firmasına yönelme (sapma) oranı olarak tanımlanır. İki firmanın ürünleri arasındaki sapma oranının düzeyi bu iki firmanın tarihsel olarak karşılaştıkları durumlara ait gözlem ve verilerden yola çıkılarak hesaplanabilir; örneğin firmalardan her birinin yaratmış olabileceği, firmanın kaybettiği satışların bu satışları kazanan rakipler arasındaki dağılımını veya firmanın

ratio) gibi kavramların tek taraflı etkilerin ve dolayısıyla rekabetin önemli ölçüde azaltılması testinin uygulanmasında öncelikli araçlar olması gerektiğini ortaya koyan ve bu temelde ilgili pazar tanımının zaruri olmadığını öneren ifadeleri ilgili otoritelerin 15 Şubat 2010 gibi son derece yakın bir zamanda kaleme aldıkları ve “*Antitrust Evaluation of Horizontal Mergers: An Economic Alternative to Market Definition*”³⁶ adlı makalenin ana temasıyla birebir örtüşmekte olduğu rahatlıkla gözlemlenmektedir.

Aşağıda özellikle değişikliğe uğrayan önemli bölümlere değinilecek ve bu çerçevede Yeni Rehber’in genel bir değerlendirmesi yapılmaya çalışılacaktır. Değerlendirme yapılırken Yeni Rehber’de yoğun bir şekilde ele alınan tek taraflı ve işbirliği doğurucu etkiler diğer önerilen yeni unsurlara nazaran önem seviyeleri nedeniyle ayrı bir başlık (Bölüm 3) altında değerlendirilecektir.

2.2. Delil Çeşitleri

Yeni Rehber’in, sınırlı olmayacak bir şekilde, gerçekleşecek olan bir yoğunlaşmanın rekabeti azaltıcı etkiler doğurup doğurmayacağını tespit edebilmek için kullanılacak delil tiplerine yönelik olarak kapsamlı açıklamalar getirdiği gözlemlenmektedir³⁷.

Yeni Rehber uyarınca, olası bir yoğunlaşma işleminin “pazar gücü” yaratıp yaratmayacağı veya mevcut durumu güçlendirip güçlendirmeyeceği hususu ya doğrudan deliller (veya gerçekleşen yoğunlaşmada gözlemlenen fiili etkiler) ya da dolaylı deliller ile ortaya koyulmaktadır³⁸.

kazandığı satışların bu satışları kaybeden rakipler arasındaki dağılımını gösterir kazanç/kayıp (*win/loss*) raporları bu konuda kaynak oluşturabilir. Ayrıca, söz konusu iki firmanın satış miktarlarının bilindiği ve öz fiyat talep esneklikleri ile birbirleri arasındaki çapraz fiyat talep esnekliklerinin hesaplanabildiği durumlarda sapma oranları bu hesaplamalardan türetilir. A firmasının öz fiyat talep esnekliğinin mutlak değeri e , B firmasının A firması fiyatına olan talep esnekliği ϵ , A ve B firmalarının satış miktarları a ve b olarak yazıldığında, A firmasının ürünlerinden B firmasının ürünlerine sapma oranı $(\epsilon b)/(e a)$ olarak hesaplanabilir. Bu tekniklerin yanı sıra, hâlihazırda hesaplanmış olan piyasa payları, belirli bir varsayım geçerli olduğu müddetçe sapma oranlarının doğrudan hesaplanması için kullanılabilir. Alakasız alternatiflerin bağlamazlığı (*Independence from Irrelevant Alternatives*) varsayımı içerisinde A firmasının ürünlerinden B firmasının ürünlerine sapma oranı, A firmasının piyasa payı p , B firmasının piyasa payı q olarak gösterilirse, $q/(1 - p)$ olarak hesaplanabilir.

³⁶ SHAPIRO, C. ve J. FARRELL (2010) “Antitrust Evaluation of Horizontal Mergers: An Economic Alternative to Market Definition” *The B.E. Journal of Theoretical Economics*, sayı 1, <http://faculty.haas.berkeley.edu/shapiro/alternative.pdf>, Erişim Tarihi: 09.11.2010

³⁷ Delil tipleri Yeni Rehber’in 3. ve 4. sayfalarında yer alan 2.1 numaralı başlık çerçevesinde incelenmektedir.

³⁸ HARTY, R. P. (2010) *Merger Control 2011 (ABD bölümü)*, Global Competition Review, Londra

Bu çerçevede yetkili makamların en aydınlatıcı bulduğu beş çeşit delil tipi Yeni Rehber’de ortaya koyulmuştur.

- Gerçekleştirilen Yoğunlaşmada Gözlemlenen Fiili Etkiler

Bu başlık altında kabaca, gerçekleştirilen³⁹ yoğunlaşmalar sonrasında ortaya çıkan ve müşteriler nezdinde fiyat yükselmesi gibi rekabet karşıtı sonuçlar doğuran hususlar incelenmekte ve benzer sonuçların incelenen işlem sonrasında ortaya çıkıp çıkmayacağına dair değerlendirmeler yapılmaktadır. Bu çerçevede Yeni Rehber işlemi gerçekleştirilen tarafların işlem sonrası rekabet hukuku değerlendirmesinin farkında olmaları nedeniyle pazar davranışlarında ılımlı davranabilecekleri ve bu tip delillerin gerçekleştirilmemiş işlemlerin değerlendirilmesinde yardımcı olabileceği konularına yer vermektedir.

³⁹ Yeni Rehber kapsamında yeni bir konsept olarak ortaya çıkan gerçekleşmiş işlem kavramından anlaşılması gereken iki kategoriden ilki, Hart-Scott-Rodino ("HSR") Antitrust Improvements Act of 1976 çerçevesinde bildirim yükümlülükleri kapsamına girmeyen işlemler ile, bildirim yükümlülükleri kapsamında olup da kurum (makam) izni veya mahkeme kararı sonucu gerçekleşmiş işlemlerdir. Birinci kategoriye ilişkin olarak, rekabet politikası yürütülmesinden sorumlu olan yetkili makamların (özellikle Adalet Bakanlığı) özellikle son dönemlerde bildirim tabi olmayan ancak gerçekleşmesi sonrasında rekabetin azaltılmasına yol açan işlemlere yönelik müdahalelerinin arttığı gözlenmiştir. Son derece yakın tarihli (8 Mart 2010) bir örnek için elden çıkarma metodu çerçevesinde uzlaşma sağlanan *Election Systems & Software/Premier Election Solutions Merger* kararına ilişkin duyuru aşağıdaki linkten incelenebilir. <http://www.justice.gov/opa/pr/2010/March/10-at-235.html> İkinci kategoriye ilişkin olarak, son yıllarda özellikle FTC ekonomistlerinin, gerçekleşmiş yoğunlaşmaların fiyat etkilerini inceledikleri çalışmalar ve yine özellikle FTC'nin bu çalışmalar ile eşanlı olarak yürüttüğü, geçmişte kurumlarca engellen(e)memiş ve birleşme ertesinde fiyat artışına yol açmış işlemlerin ıslahına yönelik davalar sayılabilir. (FARRELL J., P.A. PAUTLER ve M. G. VITA (2009) "Economics at the FTC: Retrospective Merger Analysis with a Focus on Hospitals," *Review of Industrial Organization*, Cilt 35, Sayı 4). Bu türden bir ıslahının en uç örneği fiyat artıran birleşmiş firmaların ayrıştırılması olacaktır; ancak bunun pratikte çok maliyetli olacağı düşünülüyor bir durumda, fiyatlarda artışa yol açtığı düşünülen özgül fiyatlama uygulamalarının yasaklanması yoluna başvurulmuştur (bkz. CUSACK J. T., L. E. BRYANT JR. ve S. S. SHONDER. (2007) "A Dose of Bad Medicine: The Federal Trade Commission's Attempt to Break Up Evanston Northwestern Healthcare", Drinker Biddle & Reath LLP, Bilgi Notu <http://www.drinkerbiddle.com/files/Publication/4a1a3b00-3d49-4b0c-91cf-00ca23c8f2d6/Presentation/PublicationAttachment/c3f792a7-c866-4c5e-bfd5-04e421c11278/ADoseOfBadMedicine.pdf>, Erişim Tarihi: 09.11.2010 ve MORSE M. H., B. C. KEVIN, R. W. MCCANN, L. E. BRYANT, JR. (2007) "Federal Trade Commission Finds Evanston Northwestern Healthcare Merger Unlawful but Orders "Separate and Independent Negotiating Teams" Rather Than Divestiture", Drinker Biddle&Reath LLP, Bilgi Notu, http://www.drinkerbiddle.com/files/Publication/2be7d509-61f4-4745-9bd6-28ec6366c168/Presentation/PublicationAttachment/d68f52b8-6ac2-437d-bdef-01281b45dc61/Federal_Trade.pdf, Erişim Tarihi: 09.11.2010.

- Tecrübeye Dayanarak Doğrudan Karşılaştırma

Bu başlık altında Yeni Rehber, yetkili makamların doğal deneylere (*natural experiment*) dayanarak geçmişte yaşanan pazar davranışlarını yoğunlaşma işleminin rekabet karşıtı etkilerini değerlendirmede bir araç olarak kullanacağını belirtmektedir. Bu bağlamda yetkili makamlar pazara girişleri, yeni gerçekleşmiş yoğunlaşmaları, kapasite artırımları ve pazardan çıkış gibi hususları dikkate alacak ve bu değerlendirmeyi yaparken bizatihi yoğunlaşmayı ilgilendiren pazardan ziyade benzer dinamiklere sahip pazarlardaki geçmiş tecrübeleri benzetme (analoji) yoluyla da kullanabilecektir. Yeni Rehber, giriş kısmında formalistik ve tek bir metodolojiye dayanan kavramların takip edilmemesi gerektiğini açıkça zikretmiştir. Bu çerçevede, geçmiş pazar davranışlarının veya benzer nitelikteki pazarlarda yaşanmış gelişmelerin mevcut yoğunlaşma işlemlerinin dinamikleri ile ne ölçüde örtüşür nitelikte olduğu hususunun dikkatlice incelenmesinin sakat olarak doğabilecek değerlendirmeleri engellemek için önemli olduğu düşünülmektedir.

- Pazar Payları ve İlgili Pazardaki Yoğunlaşma Oranları

Yeni Rehber'de sayılan delil tiplerinden üçüncüsü pazar payları ve ilgili pazardaki yoğunlaşma oranlarıdır. Yeni Rehber, yüksek pazar paylarının karinesel olarak pazar gücünü arttıracığını kabul etmektedir. Ancak ikna edici delillerle bunun aksinin ispatlanmasının önünde herhangi bir engel olmadığı da görülmektedir.

- Önemli Seviyede Başa Baş Rekabet

Bu bölüm altında yoğunlaşma tarafı teşebbüslerin birbirleri ile ciddi surette rekabet eden veya edebilecek olan teşebbüsler olup olmadığının inceleneceği belirtilmektedir.

- Yoğunlaşma Taraflarından Birinin Yıkıcı Faaliyetleri

Bu bölüm altında ortaya koyulan analizler çerçevesinde, incelemeye tabi tutulan yoğunlaşmanın pazarda beklenmedik davranışlar içerisinde (kapasite artışı, fiyat kırma yeni ürün ve teknoloji üretme gibi davranışlarla) bulunarak fiyat artışlarını ve/veya rekabet karşıtı hususları dengelemekte olan oyunbozan teşebbüsü (*maverick*) elimine etmesi durumunda, bu durumun müşterilere ne ölçüde yansıtılmasının tespitinin yapılmasının önemi vurgulanmaktadır.

Bu başlık altında belirtilmesi gereken bir başka husus ise Yeni Rehber'de yer alan delil kaynaklarıdır. Yeni Rehber üç temel delil kaynağı göstermektedir: (i) yoğunlaşmanın tarafları, (ii) müşteriler ve (iii) diğer sektör katılımcıları ve gözlemciler. Yoğunlaşma taraflarından elde edilecek deliller, pazardaki rekabetçi yapı ya da teşebbüslerin ticari faaliyetleri ve kararları

hakkında bilgi veren sair doküman, beyan veya veriden oluşabilmektedir. Müşterilerden elde edilecek bilgiler, özellikle müşterilerin fiyat artışlarına ve farklı ürün veya tedarikçilere nasıl tepki vereceğinin anlaşılması bakımından önemlidir. Ayrıca müşteriler, yeni oyuncunun pazara girişi gibi geçmiş olayların pazardaki etkilerine dair değerli bilgiler sağlayabilecektir. Bunların yanında, pazarda bulunan tedarikçiler, dolaylı müşteriler, distribütörler, diğer sektör katılımcıları ve sektör analistleri de pazarın genel işleyişine ışık tutan ve yoğunlaşmanın rekabet hukuku sonuçları hakkında yararlı olabilecek bilgiler sağlayabileceklerdir.

2.3. Hedeflenen Müşteriler ve Fiyat Ayrımcılığı⁴⁰

Yeni Rehber çerçevesinde hedeflenen müşteri ve fiyat ayrımcılığı kavramından anlaşılması gerekenin temel olarak yoğunlaşma sonrasında birleşen teşebbüsün kârlılık oranını fiyatları arttırmak suretiyle belirli bir kısım müşterilere yönelik rekabet karşıtı davranışlara girmek olduğu belirtilmektedir. Belirli tipteki müşteriler arasında ortaya çıkabilecek olan bu ayrımcılığın uygulanabilir olabilmesi için Yeni Rehber’de iki adet koşul öngörülmüştür. Bunlardan ilki farklılık gösteren fiyatlama iken (hedeflenen müşteri kesimine diğerlerinden farklı fiyat uygulama yeteneği) diğeri de kısıtlı arbitrajdır (hedeflenen müşterilerin ürünü diğer müşterilerden tedarik ederek fiyat artışlarını bertaraf edebilme yeteneği).

2.4. Pazar Tanımı

Yeni Rehber’in belki de en dikkat çekici noktalarından biri, yoğunlaşma işlemlerinde ilgili pazar kavramına yönelik atfedilen önemin ciddi surette azaltılmasıdır. Yeni Rehber’de ilgili pazar tanımının iki rol üstlenmiş olduğu belirtilmektedir. Birincisi, ilgili pazar kavramı rekabete aykırı eylemlerin hangi endüstrileri, ülkenin hangi bölgelerinde etkilediğini ortaya koymaktadır. İkincisi, bir ilgili pazar tanımlaması, yetkili makamların, bu pazardaki oyuncuların ve pazar paylarının tespit edilmesini sağlamaktadır. Bu çerçevede Yeni Rehber, ilgili pazar kavramı ile ilgili olarak aşağıdaki çıkarımlara varmaktadır:

- İlgili pazar tanımlaması yetkili makamlar açısından yoğunlaşma işleminin rekabeti ciddi surette azaltıp azaltmadığı yönündeki analizlerini yapmalarına yönelik bir araç olabilmekle birlikte, ilgili pazar tanımlaması tek başına bu tip bir analizi gerçekleştirebilecek bir metot değildir⁴¹.

- İlgili pazar rekabet alanını tanımlamakta, pazar oyuncularının, pazar paylarının ve yoğunlaşma oranlarının teşhis edilmesinde fayda sağlamakta ve bu

⁴⁰ Yeni Rehber Sayfa 6 ve 7

⁴¹ Yeni Rehber Sayfa 7

nedenle bir yoğunlaşma işleminin rekabetçi etkilerinin değerlendirilmesinde faydalı bir zemin oluşturmaktadır.

- Ancak yetkili makamlar, analizlerinin başlangıç noktası olarak ilgili pazar kavramını esas almak zorunda değildir.

- Her ne kadar müşterilere alternatif rekabetçi alanlar sağlama unsuru analizin bir noktasında gerekli olsa da, yetkili makamlar yoğunlaşma analizlerinde kullanabilecekleri belirli araçlarını pazar tanımını esas almadan da uygulayabilir.

Eski Rehber’de varsayımsal monopol testi, bütün ürünlere ilişkin bir fiyat artışına gitmenin kârlı olup olmayacağını sorgularken, Yeni Rehber bir ürüne ilişkin bir fiyat artışının kârlı olup olmadığını sormaktadır. Bu meseleyle doğrudan ilgili bir husus da Yeni Rehber’de “kritik kayıp analizi” (*critical loss analysis*) kavramına kuvvetli vurgu yapılmasıdır. Zira Yeni Rehber, yeterli veri bulunması durumunda iktisadi teknikler arasında yer alan kritik kayıp analizinin de uygulanabileceğini açıkça belirtmektedir⁴². Kritik kayıp analizinin pazar tanımlamasına doğrudan etkisi olacağı ve muhafazakâr (sıkı, esnek olmayan) uygulama alanı bulması durumunda daha dar pazar tanımlamalarına yol açabileceği ileri sürülebilecektir⁴³. Zira kritik eşik ne kadar yüksek tutulursa ikame edilebilirlik eşiği o derece düşecek ve ilgili pazar daralacaktır.

Yeni Rehber, pazar tanımı sırasında ayrıca öngörülen kayıp analizini de (*predicted loss analysis*) dikkate almaktadır. Öngörülen kayıp analizi, varsayımsal monopol teşebbüsün uygulayacağı fiyat artışı neticesinde kaybetmesi beklenen birim satış sayısını bulmayı hedeflemektedir. Öngörülen kaybın kritik kayıptan daha az olduğu durumlarda fiyat artışının varsayımsal monopol teşebbüsün kârını arttırdığı kabul edilmektedir.

Pazar tanıma ilişkin bir diğer değişiklik ise SSNIP’nin yürütülmesine ilişkindir. Test, Eski Rehber’de satılan ürün veya hizmetlerin fiyatına uygulanırken, Yeni Rehber’de ilgili sektörün satılan ürün veya hizmetlere kattığı

⁴² Kritik kayıp analizi temel olarak bir üründe meydana gelen fiyat artışından elde edilecek kâr ile ürüne yönelik fiyat artışı sonrasında ikame ürünlere yönelen müşterilerinin beraberinde getirdiği zararı incelemekte ve bu iki unsurun birbirini ne ölçüde dengelediği temelinde analizler yaparak ilgili pazar tanımına temel oluşturmaktadır. Kritik kayıp analizinin kullanımı ilk olarak aşağıdaki makalede öngörülmüş ve o günden günümüze ilgili metod birçok yoğunlaşma analizinde kullanılmıştır. Bkz. HARRIS B. C. ve J. J. SIMONS (1989), “Focusing Market Definition: How Much Substitution is Necessary?” *Research in Law and Economics*, sayı. 12, s.207-226 .

⁴³ Kritik kayıp analizinin bir eleştirisi için bkz. O’BRIEN, D. P. ve A. L. WICKELGREN (2003), “A Critical Analysis of Critical Loss Analysis”, *Antitrust Law Journal*, <http://www.ftc.gov/be/workpapers/wp254.pdf>, Erişim Tarihi: 09.11.2010

değere uygulanmaktadır⁴⁴. SSNIP'in uygulanması esnasında uygulanacak olan kıyaslama fiyatı (*benchmark price*) farklı senaryolara göre belirlenmektedir. Yoğunlaşmanın olmadığı bir durumda pazardaki fiyatların değişmesinin beklenmediği senaryoya göre, yoğunlaşma öncesi fiyatlar kıyaslama fiyatı olarak kabul edilebilecektir. Yoğunlaşmanın olmadığı bir durumda pazardaki fiyatların artmasının beklendiği (örneğin inovasyon veya yeni girişler ile) senaryoya göre gelecekte beklenen fiyatlar kıyaslama fiyatı olarak kabul edilebilecektir. Yoğunlaşmanın olmadığı bir durumda pazardaki fiyatların azalmasının beklendiği senaryoya göre ise bu düşük fiyatlar yetkili makamlar tarafından kıyaslama fiyatı olarak kabul edilebilecektir.

Yeni Rehber ile coğrafi pazar tanımına ilişkin de bir değişiklik yapılmıştır. Eski Rehber'de coğrafi pazar tanımlaması yapılırken daha çok tedarikçinin bulunduğu yer göz önünde bulundurulurken, Yeni Rehber'de coğrafi pazarın hem tedarikçinin, hem de müşterinin bulunduğu yere göre tanımlanabileceği ifade edilmektedir⁴⁵. Bu bakımından Yeni Rehber'in coğrafi pazar tanımlamasının yapılması esnasında Avrupa Toplulukları rekabet hukuku tarafından benimsenen tanıma yaklaştığı söylenebilmektedir. Gerçekten de İlgili Ürün Pazarı Tanımı Hakkındaki Komisyon Genelgesi'nin 13. Bölümü, coğrafi pazar tanımı sırasında etkili alternatif tedarikçilerin, müşterilerin bulunduğu yerlere göre değerlendirilmesini öngörmektedir⁴⁶.

Yeni Rehber, tedarikçi merkezli bir coğrafi pazarın tanımının söz konusu ürünlerin veya hizmetlerin satıldığı bölgeyi esas almaktadır. Bu şekilde tanımlanan coğrafi pazarlar, müşterilerin ürünleri veya hizmetleri tedarikçilerin bulunduğu yerlerden alması durumunda söz konusu olabilmektedir. Böyle bir durumda, müşterinin bulunduğu yer pazar tanımı esnasında değerlendirmeye katılmayacaktır. Yetkili makamlar, müşterilerin fiyat artışlarına verdiği coğrafik tepkileri ölçerken şu unsurlardan yararlanabilecektir: (i) müşterilerin geçmişte benzer değişikliklere farklı coğrafi bölgeler arasında ne şekilde cevap verdiği, (ii) ürünün nakliye masrafları ve karşılaşılabilecek zorluklar, (iii) tedarikçinin satış sonrası hizmet veya destek sağlayabilmesi için müşterinin yakınında bulunmasının gerekip gerekmediği, (iv) pazardaki satıcıların ticari kararlarını müşterilerin coğrafi bölgeyi değiştirme ihtimali üzerine temellendirip

⁴⁴ Yeni Rehber bu noktayı bir ürün için açık bir fiyat uygulanmadığı durumlarda, zımni bir fiyat türetmenin mümkün olabileceği şeklinde açıklamaktadır.

⁴⁵ Yeni Rehber coğrafi pazarın fiyat ayrımcılığı uygulanmayan durumlarda tedarikçi mevki, fiyat ayrımcılığı uygulanan durumlarda ise müşteri mevki bazında tanımlanmasını önermektedir.

⁴⁶ İlgili Genelge'ye

[http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31997Y1209\(01\):EN:HTML](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31997Y1209(01):EN:HTML) adresinden ulaşılabilir.

temellendirmediği, (v) başka bir bölgedeki tedarikçiye geçişte karşılaşılabilecek masraf ve gecikmeler ve (vi) alt pazar kaynaklı rekabet baskısı⁴⁷.

Varsayımsal monopol teşebbüsün müşterinin bulunduğu bölgeye dayalı olarak ayrımcılığa gidebileceği durumlarda yetkili makamlar, coğrafi pazarı hedef müşterinin bulunduğu bölge olarak esas alabilmektedir. Bu durum, tedarikçilerin ürün veya hizmetleri müşterinin bulunduğu bölgeye teslim etmesinin zorunlu olduğu hallerde gerçekleşecektir. Böyle bir halde tedarikçinin bulunduğu bölge, coğrafi pazar tanımı bakımından dikkate alınmayacaktır.

2.5. Pazar Yoğunlaşması

Yeni Rehber, yoğunlaşmanın ölçümünde, Eski Rehber'in benimsemiş olduğu HHI Endeksini kullanmaya devam etmekte ancak daha muhafazakâr (sıkı, zor, esnek olmayan) eşikler öngörmektedir⁴⁸. Bilindiği üzere HHI Endeksi bireysel teşebbüslerin pazar paylarının karelerinin toplanmasıyla elde edilmektedir.

Yeni Rehber'e göre, yoğunlaşma sonrası HHI Endeksi 1500'den küçükse, ilgili pazar yoğunlaşmamış pazar olarak değerlendirilecek ve büyük bir olasılıkla herhangi bir rekabet hukuku kaygısı ortaya çıkmayacaktır. Bu rakam 1500–2500 arasında ise yoğunlaşmanın orta derecede (*moderately concentrated markets*) var olduğundan söz edilebilecektir. Eğer HHI Endeksi değeri 2500'den büyükse yüksek ölçüde yoğunlaşmanın varlığından bahsedilebilecektir. HHI Endeksi değerlerini ölçerken yetkili makamların aşağıdaki unsurları göz önüne alacağı da açıkça Yeni Rehber'de ortaya koyulmuştur⁴⁹:

- HHI Endeksinde 100'den az artış olan yoğunlaşmaların rekabeti azaltıcı etkisi olmayacak ve bu nedenle daha detaylı bir analiz gerekmeyecektir.
- Yoğunlaşmamış pazarlardaki HHI Endeksindeki artışların rekabeti azaltıcı etkisi olmayacak ve bu nedenle daha detaylı bir analiz gerekmeyecektir.
- Orta derecede yoğunlaşmış piyasalarda 100 birimden fazla HHI Endeksi artışı çoğunlukla rekabeti azaltıcı etki yaratmakta, rekabet hukuku kaygılarını ortaya çıkarmakta ve tedbir alınmasını gerektirmektedir.
- Yüksek derecede yoğunlaşmış piyasalarda 100 birimden fazla 200 birimden az HHI Endeksi artışı çoğunlukla rekabeti azaltıcı etki yaratmakta, rekabet hukuku kaygılarını ortaya çıkarmakta ve tedbir alınmasını gerektirirken, 200 birimden fazla HHI Endeksi artışı pazar gücü elde edilmesine doğrudan karine teşkil edebilecektir.

⁴⁷ Yeni Rehber Bölüm 4.2.1.

⁴⁸ Eski Rehber'deki eşikler ve açıklamalar 2.2. bölümünden gözlemlenebilir.

⁴⁹ Bu hususlar Yeni Rehber'in 5.3. bölümünün 5. paragrafı ve devamında belirtilmektedir.

2.6. Pazara Giriş

Yeni Rehber'in pazara giriş kısmına yönelik olarak Eski Rehber'den çok ciddi bir surette farklılaşan bir unsur öne çıkmamaktadır. Diğer bir deyişle, Yeni Rehber'de, Eski Rehber'de olduğu gibi, yine pazara girişin bir işlemin rekabeti kısıtlayan etkilerini engelleyecek kadar "zamanında", "olası" ve "yeterli" olup olamayacağı üzerinde durulmaktadır. Bu noktada belki de önerilen en önemli değişikliğin Eski Rehber'de pazara yeni girişin "zamanında" varsayılacağı iki yıllık süreden vazgeçilmiş olması ve bunun yerine pazara girişin tüketicilere önemli bir zarar vermeyecek şekilde "hızlı" olması gerektiği unsuru olduğu belirtilebilir.

2.7. Etkinlikler

Yeni Rehber, Eski Rehber'de yer alan etkinlik anlayışını benimsemekte ve kavranabilir çerçevede oluşan yoğunlaşma etkinliklerinin, yoğunlaşmanın rekabet karşıtı etkilerini dengeleyebileceğini belirtmektedir. Diğer bir deyişle Yeni Rehber etkinliklere yönelik olarak özü itibarıyla aynı kalmıştır. Ancak, Yeni Rehber etkinliklere, Eski Rehber'den biraz daha şüpheli yaklaşabileceğinin sinyallerini, rekabet hukukunun kurum içi operasyonel etkinliklerden ziyade önceliğini müşteriye korumaya vererek rekabet sürecine fayda sağlaması gerektiği yönündeki ifadelerle vermektedir.

Her ne kadar etkinlik başlığı altında bir bölüme Yeni Rehber'de yer verilse de ve etkinlik kavramının da analize dahil edileceği aşikâr olsa da, uygulayıcının yorum hakkı saklı kalmak üzere, yukarı fiyatlama testi yoğunlaşma işlemlerinde etkinlik kavramını ve etkinliğin orta veya uzun vadedeki piyasayı rekabetçi bir yapıya itebilme ihtimalini de en baştan reddeder bir görünümde⁵⁰. Bu da iktisadi analizlerin yoğunlaşma değerlendirmelerinde daha fazla rol oynamasına yönelik duyulan heves karşısında öncül veya ardıl yoğunlaşma analizlerinin başat şiarı olan etkinlik analizlerini kurban edebilecek anlamına gelebilecektir.

Zira, "etkinlik kriteri" ya da "verimlilik kriteri" olarak adlandırılan kritere göre; gerçekleştirilen yoğunlaşmalar rekabeti sınırlayıcı etkiler doğurmakla birlikte, maliyetlerin düşmesi, teşebbüslerin etkinliğinin artması, rekabet güçlerinin artması, kaynakların kullanımında etkinlik ve bunların sonucunda toplumsal refahın artması gibi bazı yararlar oluşturmakta ise etkinliğin/verimliliğin sağlanması söz konusu olmaktadır. Bu şekildeki bir etkinliğin olmaması halinde yasaklanacak olan yoğunlaşmalara, işlem

⁵⁰ Örneğin Shapiro ve Farrell'in önerdikleri "her yoğunlaşma başvurusu analizinde standart bir etkinlik varsayımı uygulanması" yönündeki (yazarların Frederick Warren-Boulton'a attettikleri) karineye Yeni Rehber'de yer verilmemiştir. Bkz. Shapiro ve Farrell (2010)

sonrasında ortaya çıkacak olan etkinliklerin mevcut olması halinde izin verilebilmektedir. Diğer bir ifade ile değerlendirme aşamasında rekabeti sınırlayıcı etkiler de dâhil olmak üzere bütün etkilerle birlikte verimlilik/etkinlik kriteri de dikkate alınmakta ve bütün unsurların değerlendirilmesi sonucunda rekabetin önemli ölçüde azaltılıp azaltılmadığı sonucuna ulaşılmaktadır. Burada yoğunlaşma sonucunda ortaya çıkacak olan etkinliğin, rekabetin sınırlandırılmasının yarattığı olumsuz etkileri ortadan kaldıracabilecek güçte olması gerekmektedir. Genel olarak, işlem sonucu oluşacak verimlilik/etkinlik/yarar, işlem sonrasında rekabet düzeni üzerinde oluşacak zarardan daha fazla olmalıdır. Buna göre, bazen izin verilmemesi gereken bir yoğunlaşma işlemine, iktisadi etkinliği sağladığından izin verilebilmektedir. İktisadi etkinlik kısa veya uzun vadede sağlanacak olabilir^{51, 52}. Dinamik etkinliğin (yahut bazı durumlarda maliyet etkinliğinin) sağlanması amacıyla belli rekabet kısıtlamalarına izin verildiğinde, bunun tüketici refahı üzerinde ilk anda yaratacağı etki olumsuz olabilir. Yine de, bu durumlarda da tüketicinin kısa vadedeki menfaatinin korumak adına kısıtlamayı yasaklamak değil, söz konusu kısıtlamaya dinamik etkinliğin veya maliyet etkinliğinin sağlanması için gerekli olduğu ölçüde izin vermek gereklidir. Bu şartlar altında rekabet hukuku analizi yürütürken, kısıtlamanın ortaya konulan dinamik etkinliği veya maliyet etkinliğini sağlamak için gerekenden fazla olmamasına dikkat edilmesi, alınabilecek en yerinde tedbirdir.

Gerçekten de tüketicinin kısa vadedeki menfaatinin uzun vadedeki menfaati adına feda edilmekte olduğundan emin olmanın tek yolu, ulaşılan yeni etkinlik düzeyinde faaliyet gösterilmeye başlandığında yaratılacak olan artı değer, gelecekte bu yeni şartlar altında oluşacak rekabet tarafından tüketicie yansıtılacağından emin olmaktır⁵³.

2.8. Kısmi Yoğunlaşma

Yeni Rehber, Eski Rehber'den farklı olarak, kısmi yoğunlaşmalara (mesela rakiplerden azınlık hisselerinin devralınması) ilişkin yeni bir bölümü ihtiva etmektedir⁵⁴. Yeni Rehber, temel olarak kısmi yoğunlaşmaların üç şekilde rekabetin azaltılması sonucunu doğurabileceğini kabul etmektedir:

⁵¹ GÜVEN, P. (2008) , *Rekabet Hukuku*, 2. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, s.513

⁵² İktisadi açıdan, zaman içerisinde ortaya çıkacak etkinlikten sağlanan yararın şimdiki değerinin (*present value*) hesaplanması, tıpkı zaman içerisinde oluşabilecek refah azalmalarının şimdiki değerinin hesaplanması gibi zamana bağlı olarak küçülen bir iskonto faktörüne tabi olacaktır.

⁵³ GÜRKAYNAK, G. (2003), *Türk Rekabet Hukuku Uygulaması İçin "Hukuk ve İktisat" Perspektifinden "Amaç" Tartışması*, Ankara, Rekabet Kurumu Yayını, s.79

⁵⁴ Yeni Rehber Bölüm 13

- Devralan teşebbüse hedef teşebbüsün rekabetçi davranışları üzerinde veto hakkı veya herhangi başka bir mekanizma bahşetmek suretiyle etki sahibi olmak,
- Devralan teşebbüsün hedef teşebbüste azınlık hissesi olması nedeniyle agresif rekabetten kaçınması sonucunu ortaya çıkarması,
- Devralan teşebbüse hedef şirketin rekabet hukuku açısından hassas bilgilerine erişimini sağlaması.

2.9. Monopson

Yeni Rehber, Eski Rehber’de yer alan kısa monopson tanımını daha fazla açmaya ve bu kavram üzerine tartışmaları zenginleştirmeye çalışmaktadır. Bu çerçevede, Yeni Rehber, bir işlemin alıcı tarafta (*buying side*) pazar gücü yaratıp yaratmayacağını analiz etmektedir. Her ne kadar monopson temelindeki rekabet hukuku sıkıntılarının çok nadir görülen durumlar olduğu kabul edilecek olsa da, Yeni Rehber ilgili meseleye yönelik olarak teorik bir tartışmaya girmekte ve monopson gücüne yol açan yoğunlaşma işlemlerinin itiraza konu yoğunlaşma işlemlerinden olabileceği ihtimali üzerinde durulmaktadır.

3. TEK TARAFLI ETKİLER VE İŞBİRLİĞİ DOĞURUCU ETKİLER

Yeni Rehber’in tek taraflı etkiler ve işbirliği doğurucu etkiler kavramları üzerine oldukça zengin tartışmalara girdiği rahatlıkla ifade edilebilecektir. Özellikle tek taraflı etkiler kavramına yönelik tartışmaların, yukarıda da belirtildiği üzere, yoğunluklu bir şekilde Adalet Bakanlığı baş ekonomisti Carl Shapiro ve yine Federal Ticaret Komisyonu baş ekonomisti Joseph Farrell’in 15 Şubat 2010 tarihinde kaleme aldıkları “*Antitrust Evaluation of Horizontal Mergers: An Economic Alternative to Market Definition*” adlı makalesini temel aldığı düşünülmektedir.

3.1. Yeni Rehber’de Yer Alan Tek Taraflı Etkilere Yönelik Bölümün Değerlendirilmesi

Yeni Rehber’in, Eski Rehber’e kıyasla tek taraflı etkilere önemli düzeyde ağırlık verdiği görülmektedir. Tek taraflı etkiler konusunda Yeni Rehber’i Eski Rehber’den ayıran en önemli unsur tek taraflı etki analizini, “yukarı fiyatlama baskısı” (*upward pricing pressure*) kavramı aracılığıyla somut bir iktisadi yöntem ile ilişkilendirmesidir. Bunun yanında Yeni Rehber, sapma oranının tek taraflı fiyat etkilerinin değerlendirilmesinde oldukça bilgi verici olduğunu belirtmektedir. Bu bakımdan sapma oranının yüksek olması tek taraflı fiyat etkilerinin daha muhtemel olduğunu göstermesi bakımından önemlidir.

Tek taraflı etkilerin bu şekilde ön plana çıkmasının Eski Rehber ile Yeni Rehber arasında geçen süredeki rekabet hukuku uygulamasından kaynaklandığı

söylenebilmektedir⁵⁵. Shapiro, Eski Rehber öncesinde yetkili makamların genel olarak işbirliği doğurucu etkilere yoğunlaştığını belirtmekte, ancak özellikle son yıllarda rekabet hukuku soruşturmalarının büyük bir kısmının tek taraflı etkilerden kaynaklandığının da altını çizerek, Yeni Rehber'in bu bakımdan uygulamada meydana gelen bu ihtiyacı karşılamaya yönelik bir adım olarak değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmektedir⁵⁶. Gerçekten de, Amerika Barolar Birliği Rekabet Hukuku bölümü 2008 yılında yetkili makamlara tavsiye niteliğinde yayınladığı *2008 Geçiş Raporu*'nda bu ihtiyaca yönelik olarak otoritelere "tek taraflı etkiler teorisini daha iyi anlamayı ve bu yöndeki uygulamayı geliştirmeyi" tavsiye etmiştir⁵⁷. Bu bakımdan Yeni Rehber'in mevzuat anlamında ciddi bir ilerleme olduğu belirtilebilir.

3.1.1. Genel Olarak Tek Taraflı Etkiler

Bilindiği üzere, yatay yoğunlaşmalar bağlamında rekabetin azalması sonucu doğacak zararlı etkilerin, tek taraflı etkilerin yaratılması ya da yoğunlaşma sonrasında piyasadaki oyuncularının sayısının azalmasıyla koordinasyon tehlikesinin baş göstermesi gibi iki ayrı şekilde ortaya çıkabileceği kabul edilmektedir.

Eğer teşebbüsler birbiriyle rekabet eden iki farklı ikame malı üretiyorlarsa, bunların birleşmesiyle söz konusu mallardaki rekabet ortadan kalkacak ve yoğunlaşmadan sonra ortaya çıkan teşebbüs her iki ürünün fiyatını da arttırabilecektir. Bir başka deyişle, rekabetçi bir piyasada teşebbüsler birbirlerinin fiyatları üzerinde aşağı yönde baskı oluşturmaktadır ve bu nedenle bir teşebbüs satışlarını rakiplerine kaptırma olasılığı sebebiyle fiyatlarını rahatlıkla arttıramamaktadır. Yatay bir yoğunlaşma sonucunda birleşen taraflar, en azından kendi aralarındaki fiyat baskısını ortadan kaldırmaktadırlar. Ortadan kalkan aşağı yönlü fiyat baskısının önemi birleşen tarafların pazar paylarının büyüklüğü ve birleşen ürünlerin birbirlerine yakınlık derecesi ile doğru orantılıdır. Böylece yoğunlaşma sonrasında rakipleri karşısında görece güçlü konuma gelen birleşmiş teşebbüs önemli satış kaybına uğramadan fiyatlarını arttırabilecek konuma ulaşabilecektir. Tanım olarak yoğunlaşma sonrası ortaya çıkan yeni teşebbüsün yapacağı fiyat artışları sonucunda oluşan duruma ve doğacak etkilere "tek taraflı etkiler" denilmektedir.

⁵⁵ Rekabet hukuku uygulamasında tek taraflı etkilerin yükselen önemine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. BAKER, J. B. (2003), "Why Did the Antitrust Agencies Embrace Unilateral Effects?", *George Mason Law Review*, Sayı 31

⁵⁶ SHAPIRO, C. (2010), "The 2010 Horizontal Merger Guidelines: From Hedgehog To Fox In Forty Years", Kaliforniya Üniversitesi, Berkeley, <http://ssrn.com/abstract=1675210>, Erişim Tarihi: 09.11.2010.

⁵⁷ Bkz. 2008 Geçiş Raporu, tavsiye 37. İlgili rapora <http://www.abanet.org/antitrust/at-comments/2008/11-08/comments-obamabiden.pdf> internet adresinden ulaşılabilmektedir.

Dolayısıyla, yoğunlaşma öncesinde piyasadaki aşağı yönlü fiyat baskısı sebebiyle fiyat artışına gidemeyen bir teşebbüs, yoğunlaşma işlemiyle rakip ürünün aşağı yönlü fiyat baskısını ortadan kaldırmış olacak ve tek taraflı olarak fiyat artışına gidebilecektir. Yoğunlaşma sonrası tek taraflı fiyat etkisinin şiddeti ortaya çıkan piyasa gücüyle doğru orantılıdır.

Yoğunlaşma oranı yüksek bir piyasada tek taraflı fiyat etkisi daha güçlü hissedileceği karine olarak kabul edilmektedir. Ayrıca farklılaşmış ürünler söz konusu olduğunda, birleşen ürünlerin birbirlerine ikame edilebilirlik derecesi arttıkça fiyat etkisi de o derece önemli olacaktır⁵⁸.

3.1.2. Yukarı Fiyatlama Baskısı – Sapma Oranı -Yeni Rehber’de Tek Taraflı Etkiler Kavramına İlişkin Getirilen Öneriler

Yeni Rehber’in yapısal anlamda ilgili pazar tanımına Eski Rehber’den daha az vurgu yaptığını belirtmiştik. Bu noktada, geleneksel “ilgili pazar testi” gerçekleştirilmeden bir yoğunlaşma işleminin rekabet karşıtı etkilerinin nasıl ortaya koyulabileceği sorusu akla gelmektedir. Yeni Rehber’in tek taraflı etkilere yönelik bölümü incelendiğinde, yine Carl Shapiro ve Joseph Farrell’in 15 Şubat 2010 tarihinde kaleme aldıkları “Antitrust Evaluation of Horizontal Mergers: An Economic Alternative to Market Definition” adlı makalesinde ortaya koyulan yukarı fiyatlama baskısı analizinin (*upward pricing pressure analysis*) rekabetçi etki değerlendirmesinde göz önüne alınması gereken bir araç olması gerektiğine işaret eden önermeler olduğu gözlemlenmektedir.

Yukarı fiyatlama baskısı analizi kabaca aşağıdaki temellere dayanmaktadır:

- Yoğunlaşma öncesi birleşen teşebbüslerin herhangi biri tarafından yapılacak fiyat artışı satışlarda kayba yol açacak ve bu durumda söz konusu fiyat artışını ticari açıdan irrasyonel bir hale getirecektir.

- Yoğunlaşma öncesinde yapılacak fiyat artışında kaybedilebilecek satışlar yoğunlaşmanın diğer tarafına kayabilecektir.

- Yoğunlaşma sonrası, yoğunlaşma öncesinde yapılacak fiyat artışı sonrasında yoğunlaşmanın diğer tarafına kayacak kayıplar (satışlar) birleşen teşebbüs tarafından içselleştirilecek ve bu durumda yoğunlaşma sonrası ortaya çıkabilecek olası fiyat artışından doğacak kayıpları azaltacaktır.

⁵⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. KULAKSIZOĞLU, Ş. (2003), *Rekabet Hukukunda Yatay Birleşmeler: Anti - Rekabetçi Etkiler ile Öne Sürülen Savunma ve Yararlar*, Rekabet Kurumu, Ankara., s.23 ve KALKAN, E. (2005), *Yatay Birleşmelerin İncelenmesinde İktisadi Tekniklerin Kullanılması*, Rekabet Kurumu, Ankara, s.7-23

- Toplam kayıplardaki bu azalma yoğunlaşma sonrasında fiyat yükseltmeye yönelik bir motivasyon sağlayacaktır.

Yukarı fiyatlama testi çerçevesinde yoğunlaşma işleminin tüketici refahını azaltıcı olacağı karinesi, yukarı fiyatlamanın yoğunlaşma sonrasında birim başına oluşacak olan artan maliyetlerdeki (*incremental cost*) azalmayı aşması ekseninde oluşacaktır. Bu nedenle birleşen taraflar yukarı fiyatlama baskısının artan giderlerdeki azalmayı dengeleyeceğini ispat etme külfeti altında olabileceklerdir. Bu durumda bir yoğunlaşma işleminin yetkili makamlar nezdinde itiraza uğrama ihtimali göz önüne alınarak, tarafları her yoğunlaşma işleminin gerçekleştirilmesinden önce yukarı fiyatlama testi yapmaya zorlayacaktır ki bu faaliyet pazar payı hesaplamasından çok daha zahmetli bir süreci beraberinde getirebilecektir. Testin artan maliyetlere odaklanması da belirli açılardan sıkıntı doğurabilecek niteliktedir. Yoğunlaşma etkinliklerinin genellikle sabit maliyetlerdeki azalmaları göz önüne almadığı, bu durumun genellikle kısa vadedeki fiyatlama kararlarında etkisi olmadığı gibi bir düşünce bulursa da, bu yaklaşım ileri teknoloji içeren pazarlarda (mesela bilişim ve ilaç) yukarı fiyatlama baskısı testinin kullanıldığı durumlarda sıkıntı yaratabilecektir. Zira, bu pazarlarda sabit maliyet olarak değerlendirilebilecek araştırma geliştirme faaliyetlerine yapılan harcamaların astronomik büyüklükte olduğu ancak artan maliyetlerin ise nerdeyse sifıra yaklaşan seviyelerde seyredildiği açıktır. Bu nedenle kâr marjlarını bu tip pazarlarda pazarın rekabetçi yapısını tespit etmeye yarayan bir araç olarak kullanmak yerine bu pazarlarda maliyet analizinin sadece artan maliyetlere dayanarak değil de toplam maliyetlere dayanarak yapılması gerektiği hususuna vurgu yapmak yerinde olacaktır. Bu nedenle yukarı fiyatlama baskısı testinin uygulanmasında sabit maliyetleri analize katmamak özellikle bu tip pazarlarda teşebbüsler üzerine haksız sayılabilecek bir külfet yükleyebilecektir.

Yukarı fiyatlama baskısı testi yapısı gereği sapma oranı (*diversion ratio*) hesaplanması zaruretini de beraberinde getirmektedir ki bu belki de pazar tanımını altında gücü ölçmeye yarayan pazar payına erişimden çok daha külfetli bir durum ortaya çıkarabilecektir. Yeni Rehber, sapma oranının hesaplanmasında müşteri anketlerinden, kazanç/kayıp (*win/loss*) raporlarından, indirim yapmaya yönelik kurum içi izin süreçlerinden, tedarikçi değiştiren müşterilerden ve ilgili kişilerin ifadelerinden faydalanılabileceğini belirtmektedir⁵⁹.

Sapma oranı, herhangi bir ürünün fiyatında meydana gelen artış sonucu, söz konusu ürünün satışlarında meydana gelen kayıpların ne kadarının belli bir ürüne yöneldiğini göstermektedir. Pazardaki bütün markalar birbirine eşit

⁵⁹ Yeni Rehber Sayfa 20.

uzaklıktaysa, bir diğer ifade ile ilgili piyasadaki ürünlerin (pazar payları ötesinde) farklılaşmadığı söylenebiliyorsa, farklı markalar arasındaki pazar paylarının dağılımı sapma oranlarına göre gerçekleşecek ve böylelikle birleşmesi düşünülen markaların pazar payları üzerinde yoğunlaşılması makul hale gelecektir. Ancak sapma oranı, ürün homojenliğinin kalktığı, piyasadaki ürünlerden birinin fiyatındaki artış ile diğer ürünlere yönelen talebin oranının mevcut pazar payları oranına değil de ürünlerin yakınlıklarına göre belirlendiği durumları vurgulamak üzere, bu tür piyasalardaki değerlendirmelerde kullanılacak bir enstrüman olarak geliştirilmiştir. Bu nedenle farklılaşmış ürün yoğunlaşmalarında anahtar yaklaşım, rakibiyle birleşen teşebbüsün ürününün fiyatındaki artış sonucu, kaybolan satışlarının ne kadarının diğer teşebbüsün ürününün yükselen satışlarıyla telafi edileceği olup, bu durumun tersi de fiyat düşüşü için geçerlidir. Zira, Yeni Rehber sapma oranlarına dayanarak yapılacak analizlerin farklılaştırılmış ürünleri temel alması gerektiğini gerek 6.1. bölümünün başlığını “*Pricing of Differentiated Products*” olarak adlandırmasıyla gerekse de ilgili başlık altındaki ilk iki paragrafta açıkça ortaya koymaktadır⁶⁰. Sapma oranları sadece ilgili ürünlerin fiyatları bakımından uygulama alanı bulmayıp, müşterilerin gerçekleştirdiği sapma, fiyat dışı etkenlere de bağlanabilmektedir. Örneğin bir ürünün kalitesinde meydana gelecek artış, müşterilerin o ürüne yönelmesine sebebiyet verebilecektir ve bu sapma oranı da fiyata bağlı sapma oranından farklı olabilecektir⁶¹.

Sapma oranı analizi, rekabet halindeki iki ürünün sadece pazar paylarını kullanarak, satışlarında meydana gelen sapmaya ilişkin çıkarımlarda bulunma imkânı sağlamaktadır. Ancak bu teknik, özellikle büyük ölçüde ilgisiz alternatiflerin bağımsızlığı varsayımına dayanmakta olup oldukça kısıtlayıcı varsayımları da içerebilmektedir. Söz konusu varsayım, herhangi bir ürün ile bütün diğer ürünler arasındaki talebin çapraz esnekliğinin özdeş olduğunu ileri sürmektedir⁶².

Yeni Rehber’de tek taraflı etkilerin açıklanması birbirleri ile doğrudan rekabet eden iki ürüne yönelik alımların iki ürün arasındaki sapabilirliği ile sapma görülen ürünün kâr marjını esas almaktadır⁶³. Bu mantık çerçevesinde bir

⁶⁰ İlgili açıklamalar, Yeni Rehber’in 6.1 numaralı başlığının ilk iki paragrafının altında bulunmaktadır.

⁶¹ Shapiro 2010

⁶² BAL, Ö. (2004), *Ürün Farklılaştırması Stratejisi ve Rekabet İktisadı*, Rekabet Kurumu Ankara, s.56. Bu varsayım altında tekyönlü etkilerin hesaplanması için bir ilgili pazar tanımı veya tahmini, ürünlerin pazar paylarının oluşturulabilmesi için gerekecektir.

⁶³ Yeni Rehber temelinde diğer bir ürüne sapan satışlardan doğan kâr kaybı, sapan satış miktarının sapılan ürünün kâr marjıyla (yani birim fiyat ile marjinal maliyet arasındaki fark ile) çarpımına eşittir.

yoğunlaşma tarafının ürünlerine yönelik olarak diğer birleşen tarafın ürünlerini müşterilerin ne kadar tercih edip etmeyeceğine göre tek taraflı etkilerin seviyesi belirlenmektedir. Diğer bir deyişle devralan tarafın ürünleri ne kadar çok müşteri tarafından devreden tarafın ürünleri nezdinde ikinci tercih olarak görülmekteyse tek taraflı etkilerin ve bu çerçevede yukarı fiyatlandırma baskısının ortaya çıkma ihtimali o kadar yüksek olacaktır.

Yeni Rehber'in tek taraflı etkiler bakımından iki temel yenilik getirdiği söylenebilir: (i) pazar paylarına atfedilen değer azalması ve (ii) sapmaya uğrayan satışların değeri. Gerçekten de Yeni Rehber sapma oranları ile pazar payları arasında herhangi bir bağlantı kurmamıştır. Her ne kadar pazar payları sapma oranlarının hesaplanması bakımından önemli bir veri olarak kabul edilse de yetkili makamlar normal olarak daha doğrudan delillere bakmaktadır. Bu bakımdan tek taraflı fiyat etkilerinin değerlendirilmesinde pazarın yoğunlaşma seviyesi daha az önem arz edebilecektir. Zira yetkili makamlar tek taraflı etkilerin tespitinde HHI Endeksi seviyelerinden ziyade sapma oranlarını dikkate almaktadır⁶⁴. Sapmaya uğrayan satışların değeri kavramı ise Yeni Rehber'de "ikinci ürüne yönelen satış hacmi rakamının artan maliyetle fiyat arasındaki marjın çarpılmasıyla elde edilen değer" olarak tanımlanmaktadır. Sapmaya uğrayan satış değeri özellikle, uygulanan fiyat artışı ile sapma yaşanan ürünün satışlarında meydana gelen düşüşü ölçebilmek açısından faydalı bir enstrümandır⁶⁵.

Yeni Rehber'in, Eski Rehber'de yer alan tarafların toplam pazar paylarının % 35 veya daha fazla olduğu yoğunlaşmaların tek taraflı etki yaratacağı varsayımına yer vermediği de önemle belirtilmesi gereken bir husustur⁶⁶.

Son olarak, Yeni Rehber, yeterli veri bulunması durumunda yetkili makamların yoğunlaşmanın ortaya çıkarabileceği tek taraflı fiyat etkilerini ölçmek için ekonomik simülasyon modelleri de oluşturmaktadır⁶⁷. Bu modeller genellikle yoğunlaşma tarafı olmayan teşebbüslerin bağımsız fiyat tepkilerini,

⁶⁴ Bkz. Federal Ticaret Komisyonu ve Adalet Bakanlığı 2006. Bu sonucun çıkarıldığı ilgili kısım şu şekildedir:

"Indeed, market concentration may be unimportant under a unilateral effects theory of competitive harm. As discussed in more detail in Chapter 2's discussion of Unilateral Effects, the question in a unilateral effects analysis is whether the merged firm likely would exercise market power absent any coordinated response from rival market incumbents. The concentration of the remainder of the market often has little impact on the answer to that question"

⁶⁵ Shapiro 2010

⁶⁶ Bu durum tek taraflı etkilerin değerlendirilmesinde bir pazar tanımına ihtiyaç duymayan yapının gereği normal karşılanmalıdır.

⁶⁷ İlgili açıklamalar Yeni Rehber'in 6.1 numaralı başlığının 7. paragrafında yer almaktadır.

yoğunlaşmaya özel olan etkinlikleri de içermektedir. Yetkili makamlar bu simülasyonları tek başlarına nihai delil olarak kabul etmemekte, sürekli olarak bu simülasyonların ciddi fiyat artışları öngörmesi durumunu daha fazla göz önünde bulundurmaktadır.

3.1.3. Tek Taraflı Etkilere Yönelik Diğer Bölümlerin Değerlendirilmesi

Yeni Rehber’de tek taraflı etkiler başlığı altında üç yeni bölüm önerilmektedir.

3.1.3.1. Müzayede (“Açık Arttırma” veya Mezat)⁶⁸

İlgili bölüm temel olarak birleşen tarafların birbirleriyle ne kadar yakın rakip olduklarına odaklanmaktadır. Bu noktadan hareketle ilgili bölüm yoğunlaşma öncesi alıcıların ve birleşen tarafların birbirleriyle agresif rekabet etmeye zorlandıklarına, ancak yoğunlaşma sonrası (özellikle az oyunculu pazarlarda) bu durumun ortadan kalkabileceğine, ve bunun da birleşen tarafın alıcılara yönelik olarak tek taraflı rekabeti azaltan faaliyetlerde bulunabileceğine işaret etmektedir. Bu bölümün bağımsız bir şekilde Yeni Rehber’de önerilmesi aslında pazar tanımını öncelikli araç olarak kullanılması yaklaşımının da terk edilmesiyle tutarlılık arz etmektedir. Zira, ilgili bölümde vurgu yapılan birleşen tarafların birbirleriyle ne kadar yakın rakip oldukları hususu yukarı fiyatlandırma baskısının hesabında kullanılan sapma oranı kavramı ile örtüşen bir zemine sahiptir⁶⁹. Bu anlamda Yeni Rehber’de, birbirlerini arka arkaya izleyen teşebbüslerin birleşmesi durumunda (*runner-up merging firms*) rekabete aykırı yukarı fiyatlandırma baskısının artacağı ifade edilmiştir. Bu ihtimal birbirlerini arka arkaya izleyen teşebbüslerin müşterilerinin taleplerini diğer tedarikçilerden daha iyi karşılaması durumunda daha da artacaktır. Bir örnek verilmesi gerekirse, ilgili ürün veya hizmetlerin açık arttırma usulüyle alındığı bir senaryoda en düşük iki teklifi veren iki teşebbüsün birleşmesi durumunda, yoğunlaşma taraflarından daha az etkin olan ile yoğunlaşmaya taraf olmayan en etkin (yani 3. en düşük teklifi veren) teşebbüsün maliyetleri arasındaki fark kadar bir fiyat artışı gerçekleşecektir⁷⁰.

3.1.3.2. Homojen Ürünler için Kapasite ve Çıktı⁷¹

İlgili başlık altında odaklanılan husus yoğunlaşma sonrası ortaya çıkan teşebbüsün tek taraflı olarak çıktı kısıtlama (*output suppression*) yoluyla fiyat yükseltmesinin kârlı olup olmayacağıdır. İlgili bölüm tek taraflı çıktı kısıtlama

⁶⁸ Yeni Rehber Sayfa 22

⁶⁹ Örneğin, birleşen firmaların fiyat sıralamasında 1. ve 2. sırada oldukları satışların toplam satışlarına oranı veya birleşen firmaların 1. ve 2. sıralamada olmaları olasılığı. Bkz. Kulaksızoğlu 2003, Bölüm 3 (Ek).

⁷⁰ Shapiro 2010.

⁷¹ Yeni Rehber Sayfa 22

stratejisinin şu koşullarda kârlı olabileceğini önermektedir: (i) birleşen şirketin pazar payı görece yüksekse, (ii) birleşen teşebbüsün hâlihazırda -tek taraflı çıktı kısıtlamasından etkilenmeyecek fiyat seviyesinde - tahsis edilmiş olan çıktının payı görece düşükse, (iii) kısıtlanan çıktıdaki marj görece düşükse, (iv) rakiplerin bu tip bir davranışa tepkileri görece küçük kalabiliyorsa ve (v) talep elastikiyeti görece düşükse.

3.1.3.3. İnovasyon ve Ürün Farklılaştırması

Bu bölümde ortaya koyulan ana fikir ise –tahmin edilebileceği üzere– yoğunlaşma işlemlerinin yoğunlaşma taraflarının ürün geliştirme gayretlerine veya yeni ürün geliştirmeye yönelik teşviklerini azaltarak yenilikçi rekabete zarar verip vermeyeceği temelinde değerlendirmelerin de yoğunlaşma analizlerine dahil edilmesidir. Yeni Rehber’in bu bakımdan fiyat dışı rekabete daha çok yer vermekte olduğu belirtilmektedir.

3.2. İşbirliği Doğurucu Etkiler

Tek taraflı etkilerin yanı sıra, yatay yoğunlaşmaların teşebbüslerin kârı arttırmak amacıyla fiyat tespiti ve üretim kısıtlamasına yönelik açık ya da zımni anlaşmalar yapmalarıyla sonuçlanması da mümkündür ve bu davranışlar temel olarak “koordine edilmiş etkiler” kavramıyla açıklanmaktadır. Yeni Rehber uyarınca piyasadaki teşebbüslerin tamamının işbirliği doğurucu davranışlara katılması gerekmemekle birlikte, bu davranışların önemli bir zarar verebilmesi için pazarın esaslı bir kısmının söz konusu davranışlara açık olması gerekmektedir. Burada önemli olan işbirliği doğurucu davranışların içinde bulunan teşebbüslerin kolektif olarak ellerinde herhangi bir pazar gücünü bulundurmasıdır⁷². Koordine edilmiş (veya işbirliğine dayanan) etkiler daha ziyade homojen mal piyasalarında (ürün farklılaştırması olmayan) görülmektedir. Ürünlerin farklılaşmadığı yani homojen olduğu bu tür piyasalarda gizli veya açık bir şekilde işbirliği doğurucu etkilerin oluşmasının daha kolay olduğu gözlemlenmektedir.

Yeni Rehber işbirliği doğurucu etkiler kavramına ve bağımsız bir bölüm altında pazarların işbirliğine karşı korumasız olduğuna (*vulnerable to coordinated conduct*) dair delillerin neler olabileceğine yer vermektedir. Bu çerçevede, pazardaki geçmiş işbirliklerinin, rekabetçi unsurların şeffaf olmasının (ticaret yapma şartları dahil ancak bununla sınırlı olmamak üzere), ürün homojenliğinin, pazarda yapılan sözleşmelerin büyüklüğünün ve sıklığının, pazarda talebin esnek olmasının, alıcı büyüklüklerinin ve karakteristiklerinin pazarların işbirliğine açık olup olmadığının belirlenmesinde temel özellikler olduğu açıkça belirtilmiştir.

⁷² Yeni Rehber Bölüm 7.2., paragraf 7

Bunların yanında Yeni Rehber'e göre, yetkili makamlar, işbirliğini net bir şekilde ortaya koyan spesifik unsurların yokluğunda bile şu şartların hepsinin beraber oluşması halinde söz konusu yoğunlaşma işlemine karşı çıkabilmektedir: (i) ilgili yoğunlaşma işleminin pazardaki yoğunlaşma oranlarını orta veya yüksek seviyeye çıkartacak olması, (ii) pazarların işbirliğine korumasız olduğuna dair emarelerin bulunması ve (iii) yetkili makamların yoğunlaşma işleminin bu korumasız durumu arttıracak kanısına ulaşması⁷³. Ayrıca işbirliği konusunda korumasız olan bir pazardaki oyunbozan teşebbüsü devre dışı bırakan yoğunlaşmaların da işbirliği doğurucu etkileri yaratabileceği kabul edilmektedir.

Yeni Rehber uyarınca ayrıca pazarda güçlü alıcıların olması durumu pazardaki fiyat artışlarını frenleyecek bir unsur olarak kabul edilmektedir. Bu durum özellikle güçlü alıcıların pazara girişleri veya dikey bütünleşmeleri teşvik edecek yetenekte olmasına bağlanmaktadır. Ancak burada önemli olan husus büyük alıcının tercihlerinin neler olduğu ve bu tercihlerin yoğunlaşma sonrası nasıl değişeceği.

SONUÇ

Yeni Rehber'in tamamına bakıldığında iktisadi analizin yoğunlaşma değerlendirmelerinde önemli bir rol oynayacağına yönelik olarak çok açık sinyaller gözlemlenmektedir. Zira, Yeni Rehber, Eski Rehber'e göre bu yaklaşımı güçlendirerek, geleneksel pazar tanımı analizi yerine farklılaştırılmış ürünler söz konusu olduğunda bu üründen hareket ederek birleşen teşebbüslerin ürünlerinin tüketiciler gözündeki tercih sıralamasını esas alan iktisadi bir modeli analiz aracı olarak önermektedir.

Her ne kadar, Yeni Rehber birden çok araç ve çok çeşitli olarak ortaya çıkabilecek güvenilir deliller temelinde yetkili makamların entegre ve esnek bir metodoloji eşliğinde bir işlemin rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucuna yol açıp açmayacağını tespitini yapması gerektiğine vurgu yapılmış olsa da, geleneksel pazar tanımı temelindeki analizle yukarı fiyatlama baskısı testi arasında tercih edilebilirlik ibresini yukarı fiyatlama baskısı testinden yana kullanmakta ve ilgili pazar tanımının yetersiz veya gereksiz olabileceği önermesini getirmektedir.

Bu nedenle yukarı fiyatlama baskısı testine yönelik belirli ampirik çıkarımlarda bulunmak ve notlar düşmek Yeni Rehber'in de özüne ilişkin getirilebilecek eleştirilerin belkemiğini oluşturacaktır.

⁷³ Yeni Rehber Bölüm 7.1.

Yukarıda 3.1.2 bölümü altında da belirtildiği üzere bu önerme ekseninde bir yoğunlaşma tarafının ürünlerine yönelik olarak diğer birleşen tarafın ürünlerini müşterilerin ne kadar tercih edip etmeyeceğine göre tek taraflı etkilerin seviyesi belirlenmektedir. Diğer bir deyişle devralan tarafın ürünleri ne kadar çok müşteri tarafından devreden tarafın ürünleri nezdinde ikinci tercih olarak görülmekteyse tek taraflı etkilerin ve bu çerçevede yukarı fiyatlama baskısının ortaya çıkma ihtimali o kadar yüksek olacaktır⁷⁴.

Yukarı fiyatlama baskısı testinden kaba bir prensip çıkarılması gerekirse bu prensip birbirlerinin en yakın rakibi olan teşebbüsler arasında gerçekleşen yoğunlaşma işleminin bir ilk varsayım olarak rekabet karşıtı olabileceğidir. Bu varsayım yoğunlaşma sonrasında pazarda yer alan oyuncular arasında koordinasyon riskinin artması beklenmiyor olsa bile geçerliliğini koruyacaktır.

Yukarı fiyatlama baskısı testinin mahkemeler tarafından nasıl göz önüne alınacağı ve ne ağırlıkta kullanılacağı ancak bir süre sonra kestirilebilecek olmakla beraber, yukarı fiyatlama testinin ABD mahkemeleri nezdindeki ilk sınavının başarılı geçmediğinin haberi şimdiden verilebilecektir. Zira, 11 Mayıs 2010 tarihinde New York City Mahkemesi davacının yukarı fiyatlama testini kullanmasını açıkça reddetmiştir. Mahkemenin bu kararı vermesinde ise iki önemli unsurun rol oynadığı gözlemlenmiştir: Bunlardan ilki yasa açısından davacının davasını ileri sürerken iddiasını “*Yoğunlaşma işlemi sonrasında rekabetin belirli bir ilgili ürün pazarında kısıtlandığı*” temeline dayandırması gerekliliği iken, ikincisi ise şu ana kadar hiçbir federal mahkemenin yukarı fiyatlama testini uygulamadığı hususudur⁷⁵.

⁷⁴ Rehberde öngörülen yöntemlerin önemi saklı kalmak kaydıyla pratikte önem arz eden husus, uygulayıcı kurumların uygulamada benimseyecekleri yaklaşımdır. Örneğin, Yeni Rehber’in yoğunlaşma işlemlerine uygulanmasının bir yöntemi, iki aşamalı bir değerlendirme süreci olabilir. Rekabet otoritesi ilk aşamada sadece yukarı fiyatlama baskısı temelinde bir ön-elemede bulunarak, yukarı fiyatlama baskısının önemli bir düzeyde görünmediği yoğunlaşmalara hemen izin verip, sadece yukarı fiyatlama baskısının önemli bir düzeyde görüldüğü işlemlerde ikinci aşamayı başlatarak taraflardan etkinlik savunması isteme yoluna gidebilir. Bu iki aşamalı değerlendirme yönteminin bir sonucu olarak, birleşen taraflar arasındaki sinerjilerin (maliyet tasarruflarının) taraflar arasındaki talep örtüşmesi ile doğru orantılı olduğu durumlarda (örneğin yoğunlaşmaya aday iki şirketten her birinin, benzer talepleri karşılamak üzere birbirinin benzeri yatırımlar planlamakta olmaları sonucu iki şirket arasındaki toplam planlanan yatırımının toplumsal optimumu aşacağı durumlar), toplam refaha katkısı en az düzeydeki yoğunlaşmalar kolayca izin alabildiklerihalde, toplam refaha katkısı en üst düzeyde olabilecek yoğunlaşmalar uzun ve masraflı bir inceleme ve savunma sürecine tâbi olabileceklerdir. Bu tezin ayrıntılı bir sunumu için bkz. DALKIR, S. (1995), *Competition and Efficiency in the U.S. Managed Healthcare Industry*, Doktora Tezi, Cornell Üniversitesi.

⁷⁵ *City of New York v. Group Health Inc., et al.*, No. 06 Civ. 13122 (RJS) (Memo and Order filed May 11, 2010). Örneğin bkz. FORNATARO, M.T. ve A.N. LERNER (2010), “*City of New York v. Group Health Inc., et al. 06-cv-13122 (S.D.N.Y. May 11, 2010)*”, Martindale.com Legal

KAYNAKÇA

BAKER, J. B. (2003), "Why Did the Antitrust Agencies Embrace Unilateral Effects?", *George Mason Law Review*, Sayı 31

BAKER, J. B. ve C. SHAPIRO (2007), "Reinvigorating Horizontal Merger Enforcement", Competition Policy Center, Institute of Business and Economic Research, UC Berkeley,

<http://faculty.haas.berkeley.edu/shapiro/mergerpolicy.pdf>,

Erişim Tarihi: 09.11.2010

BAL, Ö. (2004), *Ürün Farklılaştırması Stratejisi ve Rekabet İktisadi*, Rekabet Kurumu, Ankara

CARSTENSEN, P. C. (2010), "Horizontal Merger Guidelines: The Omitted Dimension of Buyer Power Comments Submitted to the FTC and DOJ", *Wisconsin Law School Legal Studies Research Paper Series*, Paper No. 1104

CUSACK J. T., L. E. BRYANT JR. ve S. S. SHONDER. (2007) "A Dose of Bad Medicine: The Federal Trade Commission's Attempt to Break Up Evanston Northwestern Healthcare", Drinker Biddle&Reath LLP, Bilgi Notu

<http://www.drinkerbiddle.com/files/Publication/4a1a3b00-3d49-4b0c-91cf-00ca23c8f2d6/Presentation/PublicationAttachment/c3f792a7-c866-4c5e-bfd5-04e421c11278/ADoseOfBadMedicine.pdf>, Erişim Tarihi: 09.11.2010

DALKIR, S. (1995), *Competition and Efficiency in the U.S. Managed Healthcare Industry*, Doktora Tezi, Cornell Üniversitesi

DALKIR S. ve F. WARREN-BOULTON, "Market Definition and the Price Effects of Mergers: Staples-Office Depot (1997)", KWOKA J. E. ve L. J. WHITE (editörler) (2008) *The Antitrust Revolution: Economics, Competition and Policy*, Fifth Edition, Oxford University Press içerisinde.

FARRELL J., P.A. PAUTLER ve M. G. VITA (2009) "Economics at the FTC: Retrospective Merger Analysis with a Focus on Hospitals," *Review of Industrial Organization*, Cilt 35, Sayı 4

FEDERAL TİCARET KOMİSYONU VE ADALET BAKANLIĞI (2006), *Commentary on the Horizontal Merger Guidelines*,

<http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/215247.htm>,

Erişim Tarihi: 09.11.2010

Library, http://www.martindale.com/antitrust-trade-regulation-law/article_Crowell-Moring-LLP_1139606.htm, Erişim Tarihi: 06.12.2010. MICRA, Inc., bu davada *City of New York* tarafından danışman iktisatçı olarak görevlendirilmiştir.

FORNATARO, M.T. ve A.N. LERNER (2010), “City of New York v. Group Health Inc., et al. 06-cv-13122 (S.D.N.Y. May 11, 2010)”, Martindale.com Legal Library, http://www.martindale.com/antitrust-trade-regulation-law/article/Crowell-Moring-LLP_1139606.htm, Erişim Tarihi: 06.12.2010.

GÜRKAYNAK G. (2003), *Türk Rekabet Hukuku Uygulaması İçin “Hukuk ve İktisat” Perspektifinden “Amaç” Tartışması*, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara

GÜVEN P. (2008), *Rekabet Hukuku*, 2. Baskı, Yetkin Yayınları

HARRIS B. C. ve J. J. SIMONS (1989), “Focusing Market Definition: How Much Substitution is Necessary?” *Research in Law and Economics*, sayı 12

KALKAN E. (2005), *Yatay Birleşmelerin İncelenmesinde İktisadi Tekniklerin Kullanılması*, Rekabet Kurumu, Ankara

KULAKSIZOĞLU, Ş. (2003), *Rekabet Hukukunda Yatay Birleşmeler: Anti - rekabetçi Etkiler ile Öne Sürülen Savunma ve Yararlar*, Rekabet Kurumu, Ankara

MORSE M. H., B. C. KEVIN, R. W. MCCANN, L. E. BRYANT, JR. (2007) “Federal Trade Commission Finds Evanston Northwestern Healthcare Merger Unlawful but Orders “Separate and Independent Negotiating Teams” Rather Than Divestiture”, Drinker Biddle & Reath LLP, Bilgi Notu, http://www.drinkerbiddle.com/files/Publication/2be7d509-61f4-4745-9bd6-28ec6366c168/Presentation/PublicationAttachment/d68f52b8-6ac2-437d-bdef-01281b45dc61/Federal_Trade.pdf, Erişim Tarihi: 09.11.2010

O’BRIEN, D. P. ve A. L. WICKELGREN (2003), “A Critical Analysis of Critical Loss Analysis”, *Antitrust Law Journal*, <http://www.ftc.gov/be/workpapers/wp254.pdf>, Erişim Tarihi: 09.11.2010

ORDOVER, J. A. ve R. D., WILLIG (1993) “Economics and the 1992 Merger Guidelines: A Brief Survey”, *Review Of Industrial Organization* Cilt 8, Sayı 2

SELÇUK, İ. (2003), *AB ve ABD’deki Yoğunlaşmaların Kontrolü Mekanizmalarının Karşılaştırılması*, Rekabet Politikası ve Yoğunlaşmaların Kontrolü, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara

SHAPIRO, C. ve J. FARRELL (2010) “Antitrust Evaluation of Horizontal Mergers: An Economic Alternative to Market Definition” *The B.E. Journal of Theoretical Economics*, sayı 1, <http://faculty.haas.berkeley.edu/shapiro/alternative.pdf>, Erişim Tarihi: 09.11.2010

SHAPIRO, C. (2010), “The 2010 Horizontal Merger Guidelines: From Hedgehog To Fox In Forty Years”, Kaliforniya Üniversitesi, Berkeley, <http://ssrn.com/abstract=1675210>, Erişim Tarihi: 09.11.2010

WERDEN, G. J. ve L. M., FROEB (1994) “The Effects of Mergers in Differentiated Products Industries: Logit Demand and Merger Policy”, *Oxford Journals, Journal of Law, Economics, and Organization*, Cilt 10, Sayı 2Pp

WERDEN, G. J. (2003), “The 1982 Merger Guidelines and the Ascent of the Hypothetical Monopolist Paradigm”, *Antitrust Law Journal*, Sayı 71

Rekabet Kurulu Kararları

- 15.07.2009 tarih ve 09-33/744-180 sayılı *Akşehir - Dialysis* Kararı
- 19.8.2009 tarih ve 09-36/912-220 sayılı *Lanxess-Gwalior* Kararı
- 20.12.2005 tarih ve 05-86/1187-339 sayılı *Çimsa-Modern Çimento* Kararı

ABD Rekabet Hukuku Kararları

- *FTC v. Staples, Inc. And Office Depot, Inc.*, No. 1:97CV00701 (1997)
- *City of New York v. Group Health Inc., et al.*, No. 06 Civ. 13122 (RJS) (11 Mayıs 2010)

GENİŞBANT İNTERNET HİZMETLERİ PİYASASINDA DÜZENLEME, REKABET VE DÜZENLEYİCİ KURUM POLİTİKALARININ DEĞERLENDİRMESİ

REGULATION IN BROADBAND INTERNET MARKET, EVALUATION
OF COMPETITION AND REGULATORY AUTHORITIES' POLICIES

Ayhan TÖZER*

Öz

Genişbant internet hizmetleri¹, bilgi ekonomisinin en önemli altyapılarından birini oluşturmakta ve hem sosyal hem de iktisadi pek çok alanda yeni dönüşümlere sebep olmaktadır. Bu bağlamda, ülkelerin rekabet avantajlarını kaybetmemeleri için ülke birey ve kurumlarının söz konusu hizmetlere olan erişim olanaklarının artırılması önem taşımaktadır. Söz konusu hedef doğrultusunda hemen her ülke çeşitli politikalar geliştirip uygulamaktadır. Bu politikalar kendi içerisinde arz ve talep yönlü olarak iki kategoride incelenabilmektedir. Makale kapsamında bu hedefin gerçekteştirilmesi sürecinde rol oynayan ve arz yönlü düzenleme içerisinde bulunan platform eksenli (içi) ve platformlararası² rekabet politikalarına ve bunların etkinliklerine değinilmektedir. Bu çerçevede, ilk bölümde genişbant internet erişimi ve hizmetlerinin faydaları genel hatlarıyla incelenmektedir. İkinci ve üçüncü bölümlerde genişbant tanımı, ilgili piyasayı oluşturan teknolojiler ve düzenleyici yaklaşımlar ele alınmaktadır. Müteakiben bazı ülke örnekleri incelenmekte ve son bölümde ise Türkiye genişbant internet hizmetleri piyasası çeşitli açılardan değerdendirilmektedir. Burada, öncelikle sabit telekomünikasyon şebekesi ve genişbant internet hizmetleri piyasası, pazar payları ve kullanılan teknolojiler gibi faktörler ele alınarak değerdendirilmiştir. Söz konusu hususların incelenmesini müteakip, özellikle Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurulu ve Rekabet Kurulu Kararları göz önüne alınarak, iki Kurumun yaklaşımları ortaya konulmaya çalışılmaktadır. Ayrıca, Kablo TV şebekesindeki

* Bilişim Uzmanı, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu. Bu yazıda ifade edilen görüşler yazara ait olup, hiçbir suretle Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumunun görüşleri şeklinde yansıtılamaz.

¹ Çalışmada genişbant internet erişimi ve hizmetleri aynı anlamda kullanılmaktadır.

² Platform eksenli ya da platform içi rekabet sabit telekomünikasyon altyapısı (şebekesi) için kullanılmakta olup, platformlararası rekabet ifadesiyle sabit telekomünikasyon şebekesiyle diğer alternatif şebekeler (Kablo TV gibi) arasındaki rekabet ilişkisi kastedilmektedir. Çalışmada şebeke içi ve şebekelerarası rekabet sözcükleri de platform içi ve platformlararası rekabet anlamında kullanılmaktadır.

düzenleme tecrübesi ve yeni nesil şebekelerle ilgili mevcut durum değerlendirilmesi yapılarak, bazı politika önerilerine yer verilmektedir. Son olarak, Bilgi Toplumu ve Eylem Planı Stratejisi'nde ortaya konulan bazı hedefler ve bunların gerçekleştirilme derecesi irdelenmektedir. Makalede sonuç olarak özellikle şebekelerarası rekabetin geliştirilmesi ihtiyacına vurgu yapılarak; bu hususta sadece düzenleyici kurumların değil, ilgili tüm aktörler arasında etkin işbirliği sağlanmasının önemi belirtilmektedir.

Anahtar Kelimeler: *Genişbant İnternet, Altyapı Ve Hizmete Dayalı Rekabet, Alternatif Platformlar, Yeni Nesil Şebekeler, Ex Ante ve Ex Post Düzenleme.*

Abstract

Broadband internet forms one of the most important infrastructures of knowledge economy and lead to various transformations in both social and economic aspects. In this respect, in order to sustain their competitive advantages, countries aim to increase broadband internet use (access) of both their people and institutions. Connected to this, virtually every country is devising and implementing various policies to achieve this objective. In this article, inter and intra platform competition policies that are playing roles in achieving this aim have been evaluated in several respects. In this context, firstly benefits of broadband are mentioned in general terms. Definition, technologies and regulatory approaches are studied in the second and third parts. Having seen some country experiences in this respect, Turkish broadband market has been analyzed in several aspects in the fourth part. In this part, firstly fixed telecommunications network and broadband internet access market has been evaluated by looking historical and market share developments of both market actors and main technologies. Having seen these developments, both Information and Communication Technologies Authority's and Competition Authority's decisions are evaluated to observe their approaches related to the market regulation. Additionally, the current situation and regulatory approaches to cable TV and next generation networks have been analyzed to get some policy recommendations. Lastly, some objectives stated in the Information Society Strategy and Action Plan are examined to assess various objectives' achievement results. This paper is concluded by emphasizing the need to develop inter platform competition and at the same time need to sustain efficient cooperation not only between two regulatory authorities but also between all related institutions.

Keywords: *Broadband Internet, Infrastructure and Service Based Competition, Alternative Platforms, Next Generation Networks, ex ante and ex post Regulation.*

GİRİŞ

Bilgi ekonomisi olarak adlandırılan ve bilgiye erişimle birlikte bu bilginin etkin bir Şekilde kullanımının, Őlkelere rekabet avantajı sağladığı gŐnŐmŐz iktisadi koşullarında, genişbant internet erişimi en Önemli altyapı unsurlarından biri haline gelmiştir. Özellikle yakınsama olgusuyla birlikte, hemen her sektör genişbant internet erişiminin sağladığı yeni imkânları kullanarak yapısal bir dŐnŐřŐmŐ yaşamaya başlamıştır. Bu dŐnŐřŐm, daha Önceki dönemlerde elektrik, demiryolu gibi inovasyonların getirdiği etkilere benzer sonuçlar getirmiş ve genişbant internet erişimiyle birlikte bilgi ve iletişim teknolojilerini Önceden içselleştiren (adapte eden) Ölkeler ilk olma ve difŐzyon (kullanımın yaygınlaşması ve bunun getirdiği dışsallıklar)³ gibi unsurlara bağlı olarak, rekabet avantajı elde etmişlerdir. Bu gelişmeler -rekabet avantajını yitirmemek veya geride kalmamak adına- tŐm Ölkeleri, bilgi ve iletişim teknolojilerinin etkin bir Şekilde kullanılması için en temel koşullardan biri olan genişbant internet altyapısının yaygınlaştırılması ve sŐrekli iyileştirilmesi zorunluluğuyla karşı karşıya bırakmıştır.

SÖz konusu altyapının kurulması ve bu platformlardan sunulan hizmetlerin yaygınlaştırılması için çeşitli politikalar uygulanmaktadır. Bu politikalar genel anlamda arz ve talep yŐnlŐ olmak Őzere ikiye ayrılmaktadır. Talep yŐnlŐ politikalar kamu hizmetlerinin (e-devlet gibi) internet aracılığuyla sağlanması, kullanıcılara bilgisayar okuryazarlığı eğitimi verilmesi ve kamu alımlarının belirlenen hedefleri yakalama doğrultusunda kullanılması gibi araçları içerirken; arz yŐnlŐ politikalar ise gerekli altyapı yatırımlarının yapılması sŐrecinde kullanılabilircek yatırım teşviki, uygun dŐzenleyici ereve ve rekabet koşullarının oluşturulması gibi unsurları kapsamaktadır. Bu çalışmada, arz yŐnlŐ politikalar içerisinde değerlendirilebilecek piyasa dŐzenlemeleri ve dŐzenleyici kurum kararları boyutunda bir analiz yapılmaktadır. Bu çerçevede, ilk bŐlŐmde genişbant internet erişiminin ekonomik katkı ve faydaları genel hatlarıyla Őzetlenerek, piyasa dŐzenlemeleri kısmına geçilmektedir. İkinici ve ŐŐncŐ bŐlŐmlerde, ilgili piyasa tanımını, piyasayı oluşturan teknolojiler, dŐzenleme ve rekabetin sağlanmasına ilişkin (bazı Ölke Őrneklere kapsamında) yaklaşımlar incelenmiş, son bŐlŐmde ise TŐrkiye genişbant internet hizmetleri piyasası ele alınmıştır. Burada, Özellikle dŐzenleyici kurum kararlarına vurgu yapılarak, hâlihazırdaki pazar yapısı ve rekabet seviyesine ilişkin değerlendirmelerde bulunulmuştur.

³ Piyasaya ilk giren anlamında kullanılmıştır. Nasıl bir firma yeni bir ŐrŐn veya sŐreci yeniliğuyle birlikte rekabet avantajı sağlıyorsa, bu durum tŐm iktisadi yapının değermesi sŐrecini mŐmkŐn kılan yenilikler için de Ölke çapında aynı sonucu getirmektedir.

1. Ekonomik Katkı ve Faydalar

Genişbant internet erişimi (ve hizmetleri) ülkelere yeni sektörlerin oluşması sonucu istihdamın artması, diğer sektörlerde rekabet avantajı sağlaması, vatandaş odaklı ve daha etkin bir kamu yönetimine olanak vermesi gibi birçok boyutta fayda sağlamaktadır⁴. Söz konusu fayda ve olanaklar hem hane halkını hem de diğer kurumları (kamu ve özel) kapsamaktadır. Hane kullanıcıları bazında farklı eğitim olanaklarına erişim sağlanması, sosyal ve kültürel (eğlence) hizmetlerin daha kolay ve kaliteli bir şekilde kullanılması (internet TV gibi) ve çalışma grubu⁵ gibi oluşumlarla bilgi paylaşımının daha etkin bir şekilde sağlanması, bu düzeydeki faydaların bazılarını oluşturmaktadır. Diğer taraftan, genişbant erişimin önemi birey ve devlet ilişkilerinde de kendini göstermektedir. Genişbant erişimin yaygınlaşmasıyla tüm OECD ülkelerinde iyi yönetim⁶ kavramının uygulanabilirliği artmış, bireylerin daha etkin bir şekilde kamu hizmetlerinden yararlanmaları sağlanmış ve bu süreç altyapının geliştirilmesiyle kırsal kesimi de kapsayacak şekilde genişletilmektedir. Konuya ülkemiz açısından bakıldığında da Bilgi Toplumu Stratejisi Eylem Planında yer alan ‘vatandaş odaklı hizmet dönüşümü’ ve ‘bilgi ve iletişim teknolojileriyle (BİT) desteklenen kamu yönetimi reformu’ temelinde bireylere daha etkin ve erişilebilir şekilde hizmet verilmesinin sağlanması açısından genişbant erişim imkânlarının artırılması önem taşımaktadır.⁷

Diğer taraftan, genişbant erişim kurumsal bazda yeni iş yapma yöntem ve modelleriyle (B2B⁸ gibi) verimliliği artırmakta, artan internet hızları ve kullanımı, şirket lokasyonları, lojistik işlemleri gibi pek çok hususta 20 nci yüzyılda ulaşım alanında kaydedilen gelişmelerin sebep olduğu yeniliklere benzer sonuçlar getirmektedir⁹. Ekonomik büyümenin en önemli unsurlarından olan ürün, süreç (proses) ve organizasyon yenilikleri (inovasyonları) önemli

⁴ Genişbant erişim ve bu platformlardan sunulan hizmetlerin getirdiği fayda ve ekonomiye yaptığı katkı, bu çalışma kapsamında ele alınamayacak kadar çeşitli unsurları içermektedir. Burada sadece genişbant kullanım oranlarının artırımına ve ilgili piyasada kullanıcıların daha ucuza eşit (veya daha yüksek) kalitede hizmet alımı için gerekli olan rekabet politikalarının önemini ifade etmek için genel hususlara değinilmektedir. Ayrıca, bu noktada, vurgulanması gereken diğer bir husus genişbant erişimle bilgi ve iletişim teknolojileri kullanımının getirdiği faydaların genel anlamda bir arada değerlendirilmesi gerekliliğidir.

⁵ ‘Peer networking’

⁶ ‘Good governance’

⁷ TÖZER A. ve M. GÜNGÖR (2009), “Genişbant İnternet Hizmetlerinin Yeni Ekonomideki Rolü ve Ülkemizdeki Durum”, Habtekus 2009, Haberleşme Teknolojileri ve Uygulamaları Sempozyumu, Yıldız Teknik Üniversitesi, s.3.

⁸ B2B, firmadan firmaya e-ticaret anlamında kullanılmakta olup, şirketlerin internet üzerinden birbirine mal ve hizmet satması olarak tanımlanabilecektir.

⁹ FİRTH L. ve D. MELLOR (2005), “Broadband: benefits and problems”, *Telecommunications Policy*, Vol. 29, s. 224.

ölçüde teknolojik değişimlere bağlıdır. Bu teknolojik değişim/yeniliklerden pek azı iktisadi yapı (üretim ölçeği ve mekânı gibi) üzerinde radikal değişikliklere sebep olmaktadır. İşte bu tip yeniliklere genel amaçlı teknolojiler¹⁰ adı verilmekte ve bunlar arasında elektrik, buhar makinesi ve demiryolları gibi yeni bir dönüşüme olanak sağlayan inovasyonlar sayılmaktadır. Aynı şekilde genişbant teknolojileri de hem doğrudan hem de dolaylı etkileriyle böyle bir dönüşümün gerçekleşmesine katkıda bulunmaktadır. Doğrudan etkiler bu teknolojiye ve altyapıya olan yatırımları kapsarken, asıl önem arz eden dolaylı etkiler boyutunda ise genişbant internet kullanımı ile ilgili ekonomik büyüme ve etkinlik kazanımı sağlayan her türlü aktivite ve sonuç (yeni istihdam olanakları¹¹, maliyetlerdeki düşme, rekabet avantajı, bilgi paylaşımında kolaylık, esnek çalışma gibi) yer almaktadır¹². Örneğin, firma seviyesinde BİT ve genişbant erişim teknolojisi kullanımının sağladığı maliyet etkinlikleri önemli kazanımlar getirmektedir. Genişbant teknolojisini kullanan firmalara bakıldığında bunların daha çok büyük ölçekli işletmeler olduğu görülmektedir. Küçük ve orta ölçekli işletmeler açısından gerekli altyapının kurulması gibi maliyetler, bu firmaları söz konusu teknolojiyi edinme konusunda menfi yönde etkilemektedir. Bu noktada, kamu destekli genişbant altyapısı kurulması ve finansal destek politikalarının oluşturulması, gerekli altyapının kullanılmasının artırılması açısından önem arz etmektedir¹³.

Yukarıda sadece bir kısmı değerlendirilen bu fayda ve etkiler literatürde farklı yaklaşımlarla ölçülmektedir. Bu yöntemlerin bir kısmı firma seviyesinde verimlilik artışlarını (ve maliyet kazanımlarını) hesaplamaya çalışmaktadır. Örneğin, bir çalışmada ortaya konan verilere göre İngiliz Telekom şirketi BT¹⁴ analiz döneminde yaklaşık 8.500 adet evden genişbant bağlantısıyla çalışan elemanı sayesinde önemli ölçüde maliyet kazanımı sağlamıştır. Ortalamada her bir çalışanın ofis mekânından tasarruf nedeniyle yaklaşık (kişi başına) 6.000 Sterlin kazanım sağlanırken, hastalık izni gibi iş kaybı ortalama 3 güne düşmüş (sektör ortalaması 12 gün) ve % 20 oranında prodüktivite artışı kaydedilmiştir.

¹⁰ 'General purpose technologies'

¹¹ Bilgi ve İletişim Teknolojileri (BİT) kapsamında genişbant internet iktisadi büyüme ve istihdam üzerinde de çeşitli etkiler doğurmaktadır. Bu noktada, önem taşıyan husus, yeni iş kollarının oluşmasıyla istihdam artışının sağlanması bunun yanı sıra diğer sektörlerde BİT ve genişbant kullanımıyla, kısa vadede istihdam seviyesinde düşme yaşansa da makroekonomik seviyede ülke verimliliğinin artması olmaktadır.

¹² OECD (2008a), *Broadband and the Economy*, Working Party on the Information Economy, OECD, Paris, s. 7-8.

¹³ Tözer ve Güngör 2009, s.4.

¹⁴ 'British Telecom'.

Toplamda ise firmanın 60 milyon Sterlinlik bir maliyet kazanımı elde ettiği hesaplanmıştır.¹⁵

Bunlara ek olarak belirli bir bölge ya da şehri kapsayan genişbant altyapısının kurulması ve hizmete açılmasının ekonomiye getirdiği katkıları inceleyen pek çok çalışma bulunmaktadır. Söz konusu çalışmalarda genişbant internet hizmetlerinin verildiği altyapıların yurt içi gayri safi milli hâsılaya ve verimliliğe katkısıyla birlikte firma faaliyetlerindeki etkinlik kazanımı gibi hususlar irdelenmektedir. Örneğin, Ford ve Koutsky tarafından yapılan çalışmada genişbant altyapısının Florida'da bulunan 'Lake County' bölgesine getirdiği kazanımlar iktisadi açıdan analiz edilmektedir. Çalışmanın temel bulgusu ise söz konusu bölgenin genişbant altyapısını işletmecilerin kullanımına açmasını müteakip, iktisadi faaliyet hacminde diğer beldelere nazaran yüzde yüzü aşan bir artış (% 128) yakaladığı saptaması olmuştur¹⁶. Diğer taraftan, ülke ve bölgesel bazdaki verilerle yapılan ekonometrik çalışmalar da genişbant internetin katkılarını ortaya koymaya çalışmaktadır. Örneğin, Qiang vd. tarafından yapılan çalışmada gelişmiş ülkeler için % 10'luk bir penetrasyon oranının gayri safi yurtiçi hâsılaya % 1,21'lik bir artışa yol açacağı ve gelişmekte olan ülkeler içinse yine aynı orandaki bir penetrasyon artışının yurtiçi hâsılaya % 1,38'lik bir katkı sağlayacağı tespiti yapılmaktadır.¹⁷

Öte yandan ülkelerin bilgi ekonomisi çağında rekabet avantajını sürdürebilmeleri için, BİT ve internet erişiminde sürekli bir yenilemeye ihtiyaç duyulmaktadır. Darbant erişimle başlayan ve genişbant hızlarına geçilen internet hizmetlerinde artık ülkeler yeni nesil şebekelerini¹⁸ oluşturma çabası içerisine girmişlerdir. İzleyen bölümlerde de değinileceği üzere, özellikle Japonya ve Kore gibi ülkelerde temeli fiber optik teknoloji olan bu tür şebekelerin kurulmasında önemli aşamalar kaydedilmiştir. Özellikle BİT kullanımında belirli bir yaygınlığı (etkinliği) sağlayan ülkelerde bu aşamaya

¹⁵ QIANG, C.Z., C.M. ROSSOTTO ve K. KİMURA (2009), "Economic Impacts of Broadband", The World Bank (der.), *Information and Communications for Development 2009: Extending reach and increasing impact* içinde, s. 37.

¹⁶ FORD, G.S. ve T.M. KOUTSKY (2005), "Broadband and Economic Development: A Municipal Case Study from Florida", *Applied Economic Studies*, <http://www.nicis.nl/kenniscentrum/binaries/kcgs/bulk/onderzoek/2005/6/breedbandinvesteringen.pdf>, Erişim Tarihi: 03.06.2010, s.15.

¹⁷ Qiang vd. 2009, s. 43-45.

¹⁸ Yeni nesil şebekeler kavramı elektronik haberleşme sektöründe faaliyet gösteren işletmeciler tarafından sektörde mevcut ve gelecekte görülecek yapısal değişiklikleri belirtmek ve çeşitli şebekelerin yakınsayarak üzerinden her türlü hizmetin sunulabildiği, her tür aracın kullanılabilirdiği ve şebekeye nasıl bağlandığından bağımsız olarak her kullanıcıya ulaşabilen bir IP temelli çekirdek şebekeye dönüşmesi anlamında kullanılmaktadır. Bu kavram aynı zamanda erişim şebekelerinin yüksek hızlı fiber teknolojilere doğru gelişmesini de ifade etmektedir.

geçişin getirdiği kazanımların (pozitif dışsallıklarla beraber) daha da fazla olacağı deđerlendirilmektedir¹⁹. Cave vd.²⁰ tarafından gelişmiş Asya űlkelerindeki eve kadar fiber uygulamaları örnek gōsterilerek, bant genişliğindeki bu artışın ve bunun için yapılacak yatırımın gerekli olup olmadığından çok, asıl sorunun Avrupa Birliđi (AB) boyutunda bunun ne zaman ve nasıl gerçekleştirileceği olduğu vurgulanmaktadır.

Porter²¹'in vurguladıđı gibi, bilgi ekonomisinde devlet politikaları dođrudan műdahale yerine gerekli altyapının kurulması űzerine yođunlařmalıdır. Bu çerçevede, űlke rekabet seviyesinin artırılması için temel ve mesleki eđitim, sektōrel geliřmelerle ilgili yol gōsterici politikalar, řirketler arası bilgi alıřveriřinin sađlanması (etkin ve kapasiteye sahip teknopark, yatırım ofisi kurulması gibi) kamu politikaları űn plana çıkmakta ve bunun da en űnemli bileřenleri (altyapı anlamında) arasında BİT ve geniřbant internet eriřimi gōrűlmektedir. Tűm bu nedenlerden²² űtűrű her űlke geniřbant eriřimini yaygınlařtırmak ve kullanım (penetrasyon) oranlarını yűkseltmek için çeřitli politikalar uygulamakta ve bu sűreci desteklemektedir.

Bu teknolojilerin űnemi ve getirdiđi etkilerin genel hatlarıyla ele alınmasını műteakip, geniřbant internetle ilgili tanımlar, kapsanan teknolojiler ve ilgili piyasada kullanım ve rekabet seviyesini artırma amaçlı kullanılan ex ante ve ex post dűzenlemeler²³ incelenecektir.

2. Tanım ve Kapsam

İnternet teknolojisindeki geliřme sűrecinde gűnűműzde 'darbant' ve 'geniřbant' eriřim kavramları ortaya çıkmıřtır. Geniřbant eriřim gerektiren hizmetler genel olarak daha çok veriye bađımlı uygulamalar olup, bunlara bir örnek olarak internet TV hizmeti gōsterilebilir. Dođal olarak, darbant eriřim²⁴ ise evirmeli

¹⁹ CAMBİNİ C. ve Y. JİANG (2009), "Broadband investment and regulation: a literature review", *Telecommunications Policy*, Vol. 33, s.559-560.

²⁰ CAVE M. ve J. HUIGEN (2008), "Regulation and the promotion of investment in next generation Networks- A European dilemma", *Telecommunications Policy*, Vol. 32, s. 714.

²¹ PORTER, M.E. (1990), *The Competitive Advantage of Nations*, Chapter 12: Government policy, The Free Press, New York, s. 617-682.

²² Daha űnce de vurgulandıđı gibi burada sōz konusu etkilerin bir kısmına genel hatlarıyla deđinilmiř ve bazı örnek çalıřmalara yer verilmiřtir. Bu hususla ilgili çok geniř bir literatűr bulunmakta olup, űrneđin OECD (2008a) dokűmanında sōz konusu etkiler bazında (űretkenlik, istihdam vb.) bir literatűr taraması yapılmaktadır.

²³ çalıřma konusunun esas itibariyle Rekabet Kurumu ve Sektōrel Dűzenleyici Kurum kararları ve bunlar arasındaki etkileřim olması hasebiyle, arz (vergi vb.) ve talep (uygun řartlarda bilgisayar temini vb.) yōnlű diđer politikalara detaylı olarak- burada- deđinilmemektedir.

²⁴ Sōz konusu sınıflandırma gűnűműzde űnemini kaybetmiřtir. Zira teknolojinin geliřimiyle birlikte internet kullanıcılarının bűyűk çođunluđu giderek artan bir řekilde daha yűksek hızlar talep etmekte ve artık 128 kbit/sn eriřim hızı (teknik olarak belirtilen hız olarak alınmalıdır,

modemler aracılığıyla en fazla 64 kbit/sn indirme hızıyla daha az veri iletimine ihtiyaç duyan uygulamalar için kullanılabilir. Bu çerçevede, genişbant terimi genellikle çevirmeli bağlantıdan daha yüksek hızda erişim sağlayan DSL ya da kablo modem aracılığıyla yapılan internet erişimi için kullanılmaktadır²⁵. Genişbant internet ilk olarak sunulmaya başlandığında çevirmeli bağlantı²⁶ hizmetinden ayırt edilmesi için kullanılmış ve iki temel unsur öne çıkmıştır: hız ve her zaman bağlı olma²⁷. Genişbant erişimin birinci özelliği olan data (veri) transfer hızının yanı sıra, bu teknolojiyle internete her zaman bağlı olma gündeme gelmiş ve bu da her alanda yeni uygulamalarla birlikte sosyal ve ekonomik hayatta (e-ticaret, e-devlet gibi) bir dönüşüm sürecinin başlamasına neden olmuştur. Saksena vd.²⁸ tarafından genişbant erişimin darbant erişime göre farklılıkları (avantajları) ise şu şekilde sıralanmaktadır. Yukarıda da değinildiği gibi genişbant her zaman her yerde mevcut olma özelliğini getirmektedir. Hızlı bağlantı aynı zamanda IP tabanlı şebekelerin yayılmasını sağlamakta ve platformlararası geliştirilen güvenlik protokolleri sayesinde kişisel (gizli) bilgilerin daha etkin bir şekilde korunması mümkün olmaktadır. İşletmeler açısından daha düşük maliyetle ve daha etkin bir şekilde lojistik, müşteri hizmetleri gibi faaliyetlerin verilmesi sağlanmakta ve tamamlayıcı hizmetlerle (ticari uygulamalar gibi) birlikte multimedya ürünlerinin çeşitliliği artmaktadır. Ancak, genişbant eşik hızı hakkında değişik görüşler mevcuttur. Picoock vd.²⁹ genişbant içerisinde de ikili bir ayrıma gitmiş ve bakır kablo üzerinden sağlanan megabit seviyelerindeki bağlantılar için küçük genişbant ve fiber erişim gibi platformlardan sağlanan gigabit seviyelerindeki bağlantılar içinse büyük genişbant terimlerini³⁰ kullanmışlardır. Ülke düzenleyici kurumları ve uluslararası kuruluşlar bu detayda ayrıma gitmeyip, belirli bir eşik hızını genişbant için asgari hız olarak belirlemektedirler. Örneğin, ülkemizde düzenleyici kurum olan Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu (BTK) tarafından belirlenen eşik hız değeri 128 kbit/sn olmuştur.

uygulamada özellikle kablo TV, mobil platform üzerinde taahhüt edilenle uygulamadaki hız farklı olabilmektedir) bile çok nadir kullanılmaktadır.

²⁵ TÖZER, A. ve M. GÜNGÖR (2008a), “Genişbant İnternet Hizmetleri: Türkiye’de Mevcut Durum Değerlendirmesi ve Öneriler”, İnet-tr 08- XIII. *Türkiye’de İnternet Konferansı Bildirileri içerisinde*, ODTÜ, s. 139-140.

²⁶ ‘Dial up’

²⁷ Berkman Center for Internet and Society (2010), *Next Generation Connectivity: A review of broadband internet transitions and policy*, Harvard University, s. 18.

²⁸ SAKSENA, A. ve A.E. WHISLER (2003), “Igniting the Next Broadband Revolution”, Accentura Outlook Journal, http://www.accentura.com/Global/Research_and_Insights/Outlook/By_Alphabet/IgnitingRevolution.htm, Erişim Tarihi: 03.06.2010.

²⁹ PICOT A. ve C. WERNICK (2007), “The Role of Government in Broadband Access”, *Telecommunications Policy*, Vol. 31, s. 661.

³⁰ ‘Little broadband’, ‘Big broadband’

Genişbant erişim yukarıda belirtilen eşik hızı ve devamlı bağlı olma kapasitesini sunan farklı teknolojiler tarafından sağlanabilmektedir. Bunların en önemlilerine aşağıda genel hatlarıyla yer verilmektedir.

*Bakır Ağ (Sabit Telekomünikasyon şebekesi)*³¹ Üzerinden Sunulan Hizmetler: Sayısal abone hattı (DSL) teknolojileri bakır ağa dayalı olarak çalışmakta ve hattın her iki ucuna yerleştirilen modemleri kullanarak bakır çiftini yüksek hızlı sayısal hatlar haline getirmektedir. Ülke çapında bulunan sabit telefon altyapısını kullanması nedeniyle, yatırım maliyetleri göreceli olarak daha düşük olan bu teknolojiyle aynı anda hem telefon görüşmeleri hem de yüksek hızda internet kullanımı olanaklı hale gelmektedir. Bu teknoloji platformundan sağlanan hız kullanıcı sayısının artmasıyla değişmezken, kullanıcının yerel santral merkezinden uzaklığı ve bakır kablonun çapı gibi diğer bazı teknik parametreler bağlantı hızını etkileyebilmektedir³². Bir başka deyişle kullanıcı yerel santral merkezinden ne kadar uzaksa³³ hizmet kalitesi ve hızı da oransal olarak negatif şekilde etkilenmektedir. DSL teknolojisi farklı amaçlar için kullanılabilen çeşitli tiplerde sunulmaktadır.

Kablo: Kablo TV şebekeleri asıl olarak analog TV yayıncılığı amacıyla, tek yönlü iletişimi destekleyen bir yapıda, eş eksenli kablolar kullanılarak kurulmuştur. Günümüzde kablo TV şebekeleri sayısallaştırma, omurga şebekede fiber optik kabloların kullanımı ve çift yönlü iletişim desteği gibi iyileştirmeler ile alternatif bir elektronik haberleşme altyapısı olarak kullanılabilir³⁴. Ancak kablo şebekesinde kapasite kullanıcı sayısına göre bölündüğü için, sağlanan veri indirme hızı da bu sayıyla ters orantılı olarak değişebilmektedir. Ayrıca göreceli olarak eski altyapı unsurlarında iki yönlü transmisyonun sağlanması ve etkileşimli kullanım (interaktivite) gibi hususlar açısından bazı iyileştirme ve yenileme yatırımlarına ihtiyaç duyulmaktadır³⁵. Yine de altyapısı hazır ülke (ve bölgeler) için, bakır kabloya benzer şekilde yenileme masrafları, diğer platformlara göre makul kalacaktır. Bu yüzden söz konusu şebekenin alternatif bir platform olarak etkin kullanılması, ilgili hizmetin yaygınlaşması (rekabet sonucu düşen fiyatlar, hizmet çeşitliliği gibi) açısından önem taşımaktadır.

Sabit Telsiz Erişim: Bu teknoloji, kullanıcılar ile anahtarlama ekipmanları arasındaki erişim şebekesinde bakır veya fiber optik kablo yerine

³¹ Aynı zamanda yerel ağ olarak da adlandırılmaktadır.

³² ÇÖL, M. (2004), *Genişbant Telekomünikasyon Pazarı ve Türkiye İncelemesi*, Yayınlanmamış Uzmanlık Tezi, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu, s. 131-133.

³³ Örneğin ADSL teknolojisi yerel santral merkezinden 3 km. mesafeye kadar verilebilmektedir.

³⁴ Tözer ve Güngör 2008a, s. 120-121.

³⁵ PAPACHARİSSİ, Z. ve A. ZAKS (2006), "Is broadband the future? An analysis of broadband technology potential and diffusion", *Telecommunications Policy*, Vol. 30, s.65.

telsiz teknolojilerin kullanılmasını temel almaktadır³⁶. Data güvenliği ve gizliliğinin korunması gibi hususlar söz konusu teknolojinin risk unsurlarını oluştursa da, eğitim kurumları ve toplu kullanım sağlanan (yerel belediyeler gibi) bölgeler için uygun bir alternatif oluşturmaktadır³⁷.

Wi-Fi: Bu teknoloji, iki yönlü genişbant veri iletimi sağlamakta ve iletim ortamı olarak telsiz frekansı veya kızıl ötesi ışınları kullanmakta olup, genellikle internet kafeler, tren istasyonları, oteller, havaalanları ve konferans merkezleri gibi kapalı alanlar ile cadde, sokak gibi açık alanlarda tercih edilmektedir³⁸. Örneğin ABD’de kamu üniversite ve kolejlerinde wi-fi bağlantılı sınıf oranı 2004 yılında % 34 iken 2006 yılında % 58 oranına çıkmıştır. Ayrıca İngiltere’de wi-fi bağlantılı taşınabilir bilgisayar kullanan genç nüfus, evleri dışında internet kullanımında, giderek artan oranda bu tür bağlantıyı tercih etmektedir³⁹.

Uydu: Uydu aracılığıyla verilen genişbant erişimi genellikle, diğer platformlarla ulaşılamayan bölgelere hizmet vermek için kullanılmaktadır. Söz konusu teknolojiyle ulaşılan hızda, diğer alternatiflere göre sınırlı kalmakta (ortalama olarak yaklaşık 400 kbit/sn) ve ilk kurulum masrafları (göreceli olarak) yüksek olmaktadır. Ayrıca yağmur, şiddetli rüzgar gibi doğa koşulları ve uydu anteninin görüş açısının ayarlanma ihtiyacı da hizmet kalitesini olumsuz etkileyebilmektedir^{40,41}. Tüm bu dezavantajları nedeniyle daha çok evrensel hizmet kapsamında kullanılmakta ve kırsal bölgelerde yaşayanlar için tesisat sübvansiyonları gibi politikalar aracılığıyla sunulmaktadır⁴².

3N Mobil⁴³: Mobil iletişim ilk verilmeye başladığı dönemde analog teknoloji kullanmış (1. Nesil) ve bu teknoloji zamanla artan kapasite ve kapsama alanı gibi ihtiyaçlara cevap vermekte yetersiz kalmıştır. Bu ihtiyaçlar doğrultusunda 2. Nesil adı verilen sayısal teknoloji oluşturulmuş, bu sistemler

³⁶ BTK (2010a), “Veri Akış Erişimini İçeren Toptan Genişbant Erişim Piyasası”, <http://www.btk.gov.tr>, Erişim Tarihi: 03.06.2010, s.8.

³⁷ Papacharissi ve Zaks 2006, s.66.

³⁸ Tözer ve Güngör 2008a, s. 121.

³⁹ OECD (2008b), *Broadband Growth and Policies in OECD Countries*, OECD, Paris, s. 88-90.

⁴⁰ Broadbandinfo.com, ‘the Satellite Solution’, <http://www.broadbandinfo.com/satellite/>, Erişim Tarihi: 03.06.2010.

⁴¹ Youcompare.com.au, ‘About broadband’, <http://broadbandguide.com.au/satellite>, Erişim Tarihi: 03.06.2010.

⁴² Örneğin Avustralya’da kırsal kesimde yaşayan ve nüfusun yaklaşık % 4’ünü oluşturan kesim için evrensel hizmet kapsamında uydu internet erişim hizmeti sağlanmış ve gerekli donanım için ilgili fon kullanılmıştır. Konuyla ilgili detaylı bilgi için bkz. McElhinney S. (2001), ‘Telecommunications liberalization and the quest for universal service in Australia’, *Telecommunications Policy*, Vol 25.

⁴³ Aynı zamanda 3G kısaltması da kullanılmaktadır.

tarafından kullanılan data sıkıştırma teknikleri de bir noktadan sonra multimedya hizmetlerine olan talebin artmasıyla yetersiz kalmıştır. 3. Nesil şebekeler de artan bu ihtiyaçı karşılamak için tasarlanmış olup, sağlanan erişim hızında video ve multimedya uygulamaları daha etkin bir şekilde kullanılabilirlerdir⁴⁴. 2. Nesil mobil şebekelerden 3. Nesil şebekelere geçiş belirli yatırım harcamalarını gerektirse de, özellikle önceki altyapıyı tamamlayan ũlkeler açısından (maliyet avantajları, belirli bir talebin oluşturulması gibi), piyasa mekanizması yoluyla bu teknolojinin yayılması sağlanmaktadır. Ancak hâlihazırda, tüm bu teknolojik gelişmelere rağmen, kullanıcı sayısının artması gibi nedenlerle zaten kablolu platformlar kadar yüksek hızlar sunamayan şebekeden veri indirme hızları daha da düşük seyretmektedir.

Fiber: Kullanıcıların meskenleri ve iş yerlerine kadar fiber optik bağlantılarla internet erişiminin sağlanması alternatif bir genişbant erişimini oluşturmaktadır. Söz konusu teknoloji ilk aşamada pahalı olarak görölse de, giderek artan bir oranda yeni nesil şebekelerin temel unsurlarından biri haline gelmektedir. Fiber optik hatların diğer kablolu platformlara göre en önemli avantajı çok daha yüksek hızlar (örneğin, 100 Mbit/sn) sunabilmesidir. Özellikle BİT ve internet kullanımında önde gelen ũlkeler fiber optik yatırımların artması için kamu -özel ortak girişimleri, çeşitli sübvansiyonlar gibi politikalar uygulamaktadır. Örneğin, ABD’de Utah eyaletinde 18 şehri kapsayan böyle bir projeye yaklaşık 250 bin meskenin fiber optik bağlantısının gerçekleştirilmesi planlanmıřtır⁴⁵. Yine bu ũlkede faaliyet gösteren Verizon şirketi 2010 yılı sonunda fiber bağlantıyla hizmet verdiği alanı 18-20 milyon haneye çıkarmayı hedeflemektedir⁴⁶. Avrupa’da da özellikle Paris, Amsterdam ve Viyana gibi metropol şehirler, nüfus yoğunluğu sayesinde düşen ortalama maliyetler nedeniyle, söz konusu altyapı yatırımlarını tamamlamışlardır. Genişbant penetrasyon oranında en önde gelen ũlkelerden olan Danimarka’da ise diğer ũlkelerden farklı olarak enerji (elektrik) dağıtım hizmeti veren işletmeler altyapılarını kullanarak, fiber optik yatırımlarını gerekleřtirmektedirler⁴⁷. Ancak, AB düzeyinde fiber optik yatırımları da içeren yeni nesil şebekelerin geliştirilmesi için tutarlı bir politikanın bulunmadığı ve yürürlükteki AB mevzuatının piyasa aktörlerini böyle bir yatırıma teşvik edici olmadığı yönünde

⁴⁴ TÖZER, A. ve M. GÜNGÖR (2008b), “Türkiye GSM ve Diğer ũlke 3. Nesil Deneyimleri Işığında 3. Nesil Hizmetlere İlişkin Rekabet Politikası Analizi”, *1. Rekabet Ekonomisi ve Politikası Sempozyumu kitapçığı içerisinde*, s. 143-144.

⁴⁵ Papacharissi ve Zaks 2006, s.67.

⁴⁶ NTT firması Japonya’da meskene fiber bağlantı sayısında halen dünya lideri konumunda bulunmaktadır.

⁴⁷ OECD 2008b, s. 35-36.

görüşler bulunmaktadır⁴⁸. Bunun da uzun vadede zaten (BİT alanında ABD ve Japonya gibi gelişmiş Asya ülkelerine göre) düşük olan kıtanın rekabet gücünü daha da olumsuz etkileyeceğini söylemek yanlış olmayacaktır.

Yukarıda genel hatlarıyla ele alınan genişbant erişim teknolojileri dışında, diğer farklı teknolojiler de bulunmaktadır. Aralarında ATM, Çerçeve Röle ve Metro Ethernet gibi teknolojilerin yer aldığı bu kategorideki erişim türleri sabit hat altyapısı kullanılarak sunulmakta olup, diğer teknolojiler (ADSL, Kablo, 3N gibi) yanında daha az kullanım ve piyasa oranlarına sahiptirler.

3. Düzenleyici Yaklaşımlar

3.1. Piyasa Tanımları

İlk bölümde genişbant internet erişiminin önemi çerçevesinde, kullanım oranlarının artırılmasının hemen tüm ülkelerde öncelikli hedef haline geldiği ifade edilmişti. İşte bu süreçte, kamu otoriteleri çeşitli politikalar düzenleyip, uygulamaktadırlar. Bunlar arasında özellikle sektörel düzenleyici kurumlar ve rekabet kurumlarının düzenlemeleri ilgili piyasada rekabetin artırılarak veya bozulmasını engelleyerek son kullanıcıların (tüketicilerin) daha ucuza ve çeşitli (aynı zamanda eşdeğer veya daha kaliteli) hizmet almalarını hedeflemektedir.

Bu kurumların yaptıkları gerek ex ante gerekse ex post düzenlemeler için öncelikle piyasa analizlerinin yapılması gerekmektedir. Pazar analizlerinin de ilk aşamasını 'piyasa tanımlaması' oluşturmaktadır. Bir başka deyişle, analiz yapılacak piyasanın hangi ürün ve/veya hizmet gruplarından oluştuğunun belirlenmesi önem taşımaktadır. Genişbant teknolojileri kısmında ele alınan tüm teknoloji ve altyapılardan sunulan hizmetlerin son kullanıcı açısından belirli oranda ikame edilebilirlik ilişkisi içerisinde olduğu düşünüldüğünde, hepsinin tek bir pazarı oluşturduğu değerlendirilebilecektir. Ancak, ilk aşamada ses (telefon) hizmetleri piyasalarında yapıldığı gibi mobil ve sabit platformlar (ve bunların üzerinden verilen hizmetler) ayrı birer pazar olarak kabul edilmektedir⁴⁹. Burada, mobil teknolojilerin sağladığı sabit bir yere bağımlı olmamak ve veri hizmetleri özelinde sabit hatların halen daha hızlı ve kaliteli (kesintisiz) hizmet verebilme kapasitesi gibi nedenlerden ötürü (ikame edilebilirliği azalttığı öngörüsüyle) piyasa analizlerinde bu temel ayrıma gidilmektedir.

İkinci aşamada, sabit hatlı platformlar üzerindeki ayrıma geçilmektedir. AB'deki ex ante düzenleme yaklaşımına göre bir piyasada belirli oranda rekabet

⁴⁸ Cave ve Huigen 2008, s.720.

⁴⁹ Örneğin, mobil telekomünikasyon hizmetleri piyasası.

tesis edilmişse burada artık rekabet kurallarına göre (ex post) piyasa gözetimi yeterli olmaktadır. Ayrıca, toptan ve perakende anlamda *bütünleşik* piyasalarda⁵⁰, ex ante düzenleme kapsamında toptan piyasalara ağırlık verilmesi gerektiği değerlendirilmektedir. Bu görüş paralelinde,⁵¹ AB’de genişbant internet hizmetleri ex ante olarak sadece toptan piyasa seviyesinde düzenlenmektedir. Söz konusu piyasa tanımlamalarında coğrafi pazar ülke sınırları olarak belirlenmiş ve bunda yasal yükümlü DSL işletmecisinin şebeke kapsama alanı temel alınmıştır. Hemen tüm ye ülkelerde DSL kapsama alanları çok yüksek olup, diğer platformların yaygınlığı ülke bazında farklılık göstermektedir. Bu ereve, 9 ülke piyasası sadece DSL teknolojisini içerecek şekilde tanımlanmıştır. Yine hemen tüm ye ülkelerde yasal yükümlü DSL operatörü etkin piyasa gücüne sahip işletmeci olarak belirlenmiřtir⁵². Schwarz’a⁵³ göre söz konusu piyasa tanımlamalarında kablo TV şebekesinin kapsama alanı ve kablo erişimin perakende seviyede yüksek paylara sahip olması tek başına belirleyici bir faktör olmamıřtır⁵⁴. ye ülkelerin, bu noktada, her iki şebekeden verilebilen toptan seviyedeki hizmetlerin ikame edilebilirliğini inceledikleri anlaşılmaktadır. Piyasa tanımlamaları kapsamında hâlihazırda en çok tartışılan diğer bir konuyu ise coğrafi olarak ayırıtırmış pazar düzenlemeleri oluřturmaktadır⁵⁵. Ex ante düzenlemelerin coğrafi piyasa bağlamında farklılaştırılması uygulamaları ABD, Kanada ve Finlandiya’da uzun bir süredir kullanılsa da, buradaki bölgesel ayırıtırmanın çoğunlukla yönetimsel sınırlar (Eyalet vb.) gözetilerek yapıldığı görülmektedir. AB’de son dönemde gündemde olan husus ise ilgili piyasanın rekabet seviyelerindeki farklılık gözetilerek farklı bölgelere ayrılmasıdır. Avrupa Düzenleyiciler Grubu (ERG) tarafından yapılan bir çalışmada da bölgeler arası rekabet koşulları farklılıklarının değerlendirmeye katılmadığı tek bir coğrafi piyasa yaklaşımının, ortalama koşullara göre düzenleme getireceği ve bu sebeple yetersiz kalacağı

⁵⁰ Toptan piyasada hizmet veren işletmecinin aynı zamanda perakende seviyede bu hizmeti vermesi anlamında kullanılmıştır. Türk Telekom’un sabit altyapıya sahip olması, alternatif işletmecilere bunu kullandırması ve kendisinin de son kullanıcıya hizmet vermesi buna bir örnek olarak gösterilebilecektir.

⁵¹ Rekabetin tesis edilemediği piyasalarda perakende seviyede düzenleme devam etmektedir (rneğin, perakende seviyede kiralık hat piyasası).

⁵² Bunun bir istisnasını Hollanda genişbant hizmetleri piyasasında ‘düşük kaliteli bölüm’ olarak ayrılan alt piyasa oluşturmakta olup, bu piyasada rekabetin oluştuğu ve etkin piyasa gücüne sahip işletmeci bulunmadığı grlmektedir⁵². Konuyla ilgili detaylı bilgi için bkz. SCHWARZ, A. (2007), “Wholesale market definition in telecommunications: The issue of wholesale broadband access”, *Telecommunications Policy*, Vol. 31, s. 259.

⁵³ Schwarz 2007, s.260.

⁵⁴ Piyasa analizi döneminde Macaristan’da kablo erişimin perakende pazar payı % 34’iken piyasa tanımı çerisine alınmamış, öte yandan İrlanda yaklaşık % 8,5 pazar payına rağmen, bu teknolojiyi piyasa tanımlaması içine almıştır.

⁵⁵ ‘Geographically segmented regulation’

vurgulanmıştır⁵⁶. Örneğin, piyasanın gelişme koşullarına bağlı olarak bazı (nüfus yoğunluğu ve ticaret hacmi yüksek) bölgelerde birden fazla erişim yöntemi ve bu platformlarda hizmet veren yine birden çok fazla sayıda işletmeci bulunurken, diğer bazı yerleşim birimlerinde tek bir erişim platformu (ve bir işletmeci) bulunabilmektedir. Daha da kötüsü bazı bölgeler mevcut şebekenin kapsama alanı dışında olup, buralarda yaşayanlara hizmet götürülememektedir. Cave⁵⁷ tarafından da benzer bir yaklaşımla yeni nesil şebekeler açısından piyasaların üç kategoride incelenmesi önerilmektedir. Bunlar rekabetin tesis edildiği, tekelci bir yapının sürdüğü ve ticari olarak bir faaliyetin yürütülemeyeceği bölgeler (pazarlar) olarak ayrılmaktadır. Söz konusu farklılaştırma paralelinde, her bir piyasa türü için önerilen düzenleyici yaklaşımlar ise erişim yükümlülüğü getirilmemesi, tek bir şebekeye ve/veya birden fazla işletmecinin şebekesine zorunlu erişim sağlanması şeklindeki tavsiyeler olmuştur. Uygulamada, (örneğin) Avusturya’da tek bir ulusal piyasa belirlenmesine rağmen, yükümlülükler açısından bölgesel düzeyde farklılaştırmaya gidilmiş ve burada rekabetin tesis edilme ölçütü olarak üç veya daha fazla işletmecinin hizmet vermesi ve Telekom Avusturya şirketinin pazar payının %50’nin altında olması alınmıştır. Portekiz’de benzer bir yaklaşımla Lizbon ve Porto gibi en az üç operatörün hizmet verdiği ve kablo şebekesinin genişbant internet erişim sağladığı (özellikle nüfus yoğunluğunun yüksek olduğu) bölgelerde deregülasyona gidilmiştir. İspanya’da da bu tür bir düzenleme yaklaşımı benimsenmiş, farklı olarak ise erişim hızı kriteri de kullanılmıştır. Bu ölçüte göre 30 mbit/sn üzerindeki hızlar erişim yükümlülüğünden muaf tutulmuştur^{58,59}. Anılan örneklerden (kısıtlı da olsa) de anlaşılacağı üzere, bu tür düzenleme yaklaşımı AB boyutunda yeni uygulanmaya başlanan bir yöntem olup, yeni nesil şebekeler (yatırım teşviki, muafiyet vb.) konusuyla birlikte önümüzdeki dönemin tartışmalı hususlarından biri olacaktır.

Diğer taraftan, ex post piyasa analizlerinde aynı yaklaşımlar kullanılmakla beraber (sabit ve mobil ayrımı gibi) konu bazında inceleme yapılmakta ve şikâyetin niteliğine göre; toptan düzeyde genişbant internet hizmetleri, perakende düzeyde genişbant internet hizmetleri ve tek bir piyasa kabulü gibi yaklaşımların bulunduğu görülmektedir.

⁵⁶ OECD, (2010), *Geographically Segmented Regulation for Telecommunications*, OECD Paris, s.7-9.

⁵⁷ OECD 2010, s.63-65.

⁵⁸ Ancak, AB Komisyonu taslak halinde bulunan bu tür farklılaştırmanın daha önce uygulanmamış bir yöntem olduğu ve bu bağlamda önemli çekinceleri bulunduğunu da belirtmiştir.

⁵⁹ OECD 2010, s.37-41.

3.2. Rekabet Dzenlemeleri

Genişbant internet erişiminin yaygınlaştırılması ve nihai olarak tüketicinin refahının artırılması hedefinde iki yaklaşım ön plana çıkmaktadır: hizmete dayalı rekabet ve altyapıya dayalı rekabet.

Tablo 1 - Rekabet Dzenlemeleri

Rekabet Türü	Genişbant Erişim		
şebekeler Arası	Sabit Telekom şebekesi		Kablo ve Diğer Altyapılar
Tesis Bazlı şebeke İçi	DSL Toptan (Yasal Yükümlü)	YAPA (Tam ve Paylaşımlı)	Erişim Yükümlülüğü
Hizmet Bazlı şebeke İçi	DSL Perakende (Yasal Yükümlü)	Yeniden Satış + Veri Akış Erişimi	

Kaynak: Verboven F., T. Dick ve J. Bouckaert (2008), "How does access regulation affect broadband penetration?", <http://voxc.cepr.org/index.php?q=node/2715>, Erişim Tarihi: 03.06.2010.

Hizmete Dayalı Rekabet: Yasal yükümlü işletmecinin sahip olduğu (işlettiği) altyapının alternatif operatörlere açılarak, bu operatörlerin buradan hizmet vermelerinin sağlanması olarak özetlenebilecektir. Altyapının, alternatif işletmeciler tarafından üç yöntemle kullanılması söz konusudur. Yatırım merdiveni sürecinde genellikle ilk olarak uygulamaya başlanan yöntem 'yeniden satış' olmaktadır. Yeniden satış, yasal yükümlü işletmecinin perakende olarak sunduğu hizmetlerin toptan seviyede diğer alternatif işletmecilere satışı anlamına gelmektedir. Bu hizmeti alan işletmeciler, aradaki kar marjını kullanarak ve hizmete bir katma değer eklemeyen son kullanıcıya sunum yapmaktadırlar. Yerel ağın paylaşıma açılmasında ikinci etabı da (genel olarak) 'veri akış erişimi' dzenlemesi oluşturmaktadır. Veri akış erişimi, yüksek hızlı veri iletimine imkan verecek yeteneğe kavuşturulmuş abone hattının, veri iletimi sunulmak üzere rekabetçi işletmecilerin erişimine açılmasıdır. Veri akış erişiminin sağlandığı nokta (DSLAM, ATM, IP) alternatif işletmecinin son kullanıcılarına sağladığı hizmet üzerindeki kontrol yetisini ve hizmeti farklılaştırabilme kabiliyetini belirlemektedir. Alternatif işletmecilerin en fazla yatırım yapacakları yöntemi ise yerel ağa paylaşımlı erişim (YAPA) ve yerel ağa ayrıştırılmış tam erişim oluşturmaktadır. Bunlardan birincisi bakır kablo çiftinin frekans spektrumunun ses harici bandının rekabetçi işletmecilere kiralanması olarak adlandırılırken diğeri ise abone ile ana dağıtım çatısı arasındaki bakır kablo çiftinin ses ve ses harici bandının tamamının kiralanmasını içermektedir. Yatırım merdiveni kavramı kapsamında bu üçlü sıraya göre alternatif işletmecilerin yatırım miktarı artmaktadır. Ayrıca, yatırım miktarına göre

perakende fiyatla toptan hizmet fiyatı (yükümlü işletmeciye ödenen) arasındaki marj da büyümektedir⁶⁰. Alternatif işletmecilerin pazarda bu erişim modellerinin hepsiyle iş yapabilir olması genişbant hizmetlerinin gelişmesi için önem taşımaktadır. Nitekim genişbant erişimin yaygın (ve rekabetin) olduğu ülkelerde bu üç modelin hepsinin etkin bir şekilde uygulandığı görülmektedir⁶¹. Tabii ki bunlar arasında yasal yükümlü işletmecinin bir nevi acentesi gibi çalışılan yeniden satış yönteminin süreç içerisinde ağırlığının azaltılarak, diğer yöntemlere geçiş sağlanması (özellikle YAPA), rekabetin gelişmesi için istenen bir durum olmaktadır.

Altyapıya Dayalı Rekabet: İşletmecilerin alternatif şebekeler (kablo TV, telsiz erişim, uydu, 3N mobil, elektrik hatları gibi) kurarak (veya mevcut şebekeleri kullanarak), bu platformlardan hizmet vererek rekabet edebilmesi anlamında kullanılmaktadır⁶². Diğer bir deyişle, burada platformlararası bir rekabet söz konusu olmaktadır. Kablo TV altyapısı yeterli ülkelerde bu platform sabit telekomünikasyon şebekesine karşı önemli bir rekabet oluştururken, mobil şebekelerin gittikçe artan hızlarda veri transferine olanak sağlaması, bu teknolojilerin de alternatif olma özelliklerini artırmaktadır.

Hem şebeke içi (hizmete dayalı) hem de şebekelerarası rekabetin, genişbant erişimin yaygınlaşması sürecine katkıda bulunacağı açıktır. Ancak, her ikisinin de bazı maliyet ve avantajları bulunmaktadır. Burada öncelikle ifade edilmesi gereken husus, bazı ülkelerde (ve bölgelerde) sadece yerel ağın kapsama alanı bulunduğundan, hizmete dayalı rekabetin geliştirilmesi dışında politika oluşturulması önünde ciddi maliyet engelleri bulunmaktadır⁶³. Bunun dışında, sabit şebekenin daha etkin kullanımının sağlanması, gereksiz altyapı yatırımlarının engellenmesi, kısa vadede işletmeci sayısının artırılarak tüketicilere (kısıtlı da olsa) sunulan hizmet çeşitliliğinin fazlaştırılması gibi hususlar nedeniyle şebeke içi rekabetin artırılması düzenlemeleri yapılmaktadır. Diğer taraftan, daha sağlıklı ve sürdürülebilir bir rekabet için alternatif altyapıların oluşturulması gerektiği değerlendirilmektedir. Zira hizmete dayalı rekabetin düzenleme süreci önemli ölçüde regülasyon maliyetlerini⁶⁴ içermekte ve bu husus ilgili piyasada yeni yatırım kararlarını olumsuz etkileyebilmektedir.

⁶⁰ Artan marjla ilgili sayısal örneğe ülke uygulaması bölümünde yer verilmektedir.

⁶¹ Tözer ve Güngör, 2008a, s. 123.

⁶² BTK, (2003), “Yerel Ağın Paylaşımına Açılması Ön Çalışma Raporu”, <http://www.btk.gov.tr>, Erişim Tarihi: 03.06.2010, s.2.

⁶³ Patika bağımlılığı (path dependency) yaklaşımı çerçevesinde izlenecek veya seçilecek iktisadi politikalar ülke (kurum) geçmişi, kurumsal altyapısı ve teknolojik kapasite gibi unsurlara bağlı olarak etkin olacaktır.

⁶⁴ Düzenleyici kurum maliyetleri, düzenlemenin fayda maliyet analizleri, yasal yükümlü işletmecinin geliştirdiği stratejilerin maliyeti, sürekli denetleme ihtiyacı vb.

Bu durum, özellikle (ilk kısımda da değinildiği gibi) fiber gibi teknolojileri içeren yeni nesil şebekelerin kurulması sürecinde önem taşımaktadır.

Literatürde her iki yöntemin genişbant erişimin yaygınlaşmasında oynadığı rol ve etkileri üzerine çeşitli çalışmalar bulunmaktadır. Bu çalışmalarda kesin bir sonuca ulaşılamamakla birlikte platformlararası rekabetin, genişbant erişimin yaygınlaştırılması sürecinde daha etkin rol oynadığı sonucu çıkarılabilecektir. Aynı zamanda erişim fiyatlarının derecesi de hem yasal yükümlü işletmecinin hem de alternatif işletmelerin yatırım politikalarının (stratejilerinin) belirlenmesinde rol oynamaktadır. Wallsten⁶⁵ tarafından yapılan çalışmada aşırı müdahaleci düzenlemelerin yasal yükümlü işletmecinin yatırım kararlarını menfi şekilde etkilediği ve özellikle tesis paylařımı⁶⁶ ücretlerinin maliyetin altında belirlenmesi durumunda buradaki ekipmanların yenilenmesi hususunda düşük motivasyona (dürtüye) neden olduğu sonucuna ulaşılmıştır. Aynı şekilde Gruber vd.⁶⁷ tarafından yapılan analizde şebeke içi rekabetin difüzyon oranı üzerinde ilk aşamada olumlu bir etkisinin olduğu ve bu etkinin daha sonra kaybolduğu, platformlararası rekabetin ise uzun vadede kullanım oranları üzerinde daha önemli bir etkisi olduğu ifade edilmektedir. Ayrıca Verboven vd.⁶⁸ tarafından yapılan çalışmada da şebekelerarası rekabetin genişbant penetrasyon oranı üzerinde hizmet bazlı şebeke içi rekabete göre daha fazla etkili olduğu sonucuna ulaşılmıştır. Bu çalışma iki bölümde gerçekteştirilmiş ve ilk olarak OECD ülkeleri bazında genişbant penetrasyon oranlarında rol oynayan faktörler araştırılmış ve ikinci aşamada Belçika özelinde bir değerlendirme yapılmıştır. Analizde genişbant erişim hizmeti sunan işletmeciler arasında üç ayrı rekabet türü tanımlanmış olup, yeniden satış ve veri akış erişimi yöntemiyle YAPA arasında bir ayrıma gidilmiştir. Diğer bir deyişle, YAPA modeli ekipman (tesisat) bazlı⁶⁹ şebeke içi rekabet, yeniden satış ve veri akış erişimi yöntemleri ise hizmet bazlı rekabet olarak adlandırılmıştır. Üçüncü yöntemde şebekelerarası rekabet şeklinde tanımlanmıştır. Çalışma bulgularına göre platformlararası rekabet genişbant penetrasyon oranı üzerinde pozitif bir etki getirmektedir. Örneğin, DSL ve kablo operatörlerinin yaklaşık pazar payı oranlarına sahip oldukları durumda

⁶⁵ WALLSTEN, S. (2006), "Broadband and Unbundling Regulations in OECD Countries", AEI Brookings Joint Center for Regulatory Studies, Working Paper, <http://www.reg-markets.org/publications/abstract.php?pid=1084>, Erişim Tarihi: 03.06.2010, s.15-18.

⁶⁶ 'Facility sharing'

⁶⁷ GRUBER, H. ve M. DENNİ (2005), "The diffusion of broadband telecommunications: the role of competition", Working Paper, No.60, <http://host.uniroma3.it/dipartimento/economia/pdf/wp60.pdf>, Erişim Tarihi: 03.06.2010, s. 13-17.

⁶⁸ VERBOVEN F., T. DİCK ve J. BOUCKAERT (2008), "How does access regulation affect broadband penetration?", <http://vox.cepr.org/index.php?q=node/2715>, Erişim Tarihi: 03.06.2010, s.2.

⁶⁹ 'Facilities based intra-platform competition'

penetrasyon oranı kablo operatörünün olmadığı duruma göre % 10 yüksek çıkmıştır. Öte yandan, ekipman bazlı olarak adlandırılan yöntemin penetrasyon oranı üzerinde önemsiz derecede etkisi olduğu ve hizmet bazlı rekabetin ise negatif bir etkisinin bulunduğu saptaması da yapılmıştır⁷⁰. Bu sonuç, tamamen hizmet bazlı rekabeti hedeflemenin yeni işletmecilere yatırım motivasyonu sağlamadığı ve aynı zamanda yerleşik işletmecinin yatırım kararlarını menfi bir şekilde etkilediği görüşünü desteklemektedir. İkinci aşamada, Belçika bölgesel olarak incelenmekte ve genişbant penetrasyon oranlarının farklılık nedenleri araştırılmaktadır. Burada da benzer sonuçlara ulaşılmakta ve şebekelerarası rekabetin göreceli olarak tesis edildiği ülkenin kuzey kesimini oluşturan Flanders bölgesinin en yüksek penetrasyon oranına sahip olduğu vurgulanmaktadır. Diğer taraftan, şebeke içi rekabetin ön plana çıktığı (özellikle veri akış erişimi) Wallonia, penetrasyon oranının en düşük olduğu bölge olarak tespit edilmiştir.

Söz konusu çalışmalar ışığında, ön plana çıkan hususlar ise şu şekilde belirtilebilecektir. Öncelikle, ‘yatırım merdiveni’ gibi şebeke içi rekabetin belirli bir süreç sonrası piyasaya yeni giren işletmecilere yatırım güdüsü sağlayacağı yönündeki (teorik) değerlendirme uygulamada çoğunlukla görülmektedir. Bu gözlem ve tespitler, şebeke içi erişim yükümlülüklerinin uygulanmasında bazı değişiklik yaklaşımları gündeme getirmektedir. Bu kapsamda, uygulanabilecek bir yöntem belirli zaman diliminde yeniden satış yükümlülüğünün kaldırılması ve veri akış erişimi yönteminin de YAPA’ya göre (göreceli olarak) daha maliyetli hale getirilmesi olacaktır. Bunun yanı sıra diğer işletmecilerin erişimine açılmamış şebekeler söz konusuysa (kablo şebekesi gibi), bunun rekabete açılması için gerekli düzenleme ve (fayda maliyet analizi doğrultusunda) iyileştirmelerin yapılması fayda sağlayabilecektir. Ayrıca, ülke büyüklük ve coğrafi koşullarına bağlı olarak, bölgesel bazda farklı yöntem ve politikaların ele alınmasının etkinliği artıracağı müşahade edilmektedir. Örneğin, yine çalışmada değinildiği gibi, bazı bölgelerde (özellikle dağlık ve nüfus yoğunluğu az kırsal kesim) kamu ve yerel yönetim katkısıyla telsiz erişim gibi daha farklı platformlara öncelik verilmesi maliyet açısından daha uygun olmaktadır. Ancak, yeni nesil şebekeler kısmında da değinildiği üzere özellikle fiber optik şebeke yatırımları için daha kapsamlı yaklaşımlara ihtiyaç duyulabilmektedir. Öncelikle, bu yatırımı yapmak isteyen işletmecilere (yasal yükümlü operatör dahil) belirli bir süre için erişim yükümlülüğü getirilmemesi bu noktada, izlenebilecek bir yaklaşım olarak karşımıza çıkmaktadır. Söz konusu muafiyetlerin yanı sıra kamu, kamu-özel sektör ortak yatırımları ve özel sektör

⁷⁰ Penetrasyon oranını artıran diğer faktörler arasında kişi başına gelir (1000 \$ lık artış, penetrasyon oranında % 0,9 artış), Bilgisayar sahipliği (% 10’luk artış, penetrasyon oranında % 2’lik artış) ve nüfus yoğunluğu önemli etkenler olarak sayılmıştır.

yatırımlarının çeşitli sübvansiyon ve vergi indirimleriyle desteklenmesi (teşvik edilmesi) de uygulanan politikalar arasında yer almaktadır. İzleyen bölümde genişbant erişimin yaygınlaştırılması sürecinde ilgili aktörler arasındaki etkileşimin vurgulandığı (Güney) Kore, genişbant erişimde şebeke içi ve şebekelerarası rekabeti belirli seviyede tesis eden bir ülke örneği (Kanada) ve özellikle yeni nesil şebekelerin oluşturulması sürecinde önem arz eden hususlardan (ortak yatırım, kamu-özel sektör projeleri, yatırım desteği-sübvansiyon ve evrensel hizmet gibi) bazılarına- İtalya ve Hollanda örneğinde- yer verilmektedir.

3.3. lke Tecrübeleri

Genişbant internet penetrasyon ve kullanım oranlarının artırılması açısından hemen her ülke çeşitli politikalar belirleyip bunları uygulamaktadır. Pazara kamu müdahalesi olarak da nitelendirilebilecek bu düzenlemelerin niteliği piyasa ekonomisinin uygulanma derecesine göre değişebilmektedir. Örneğin, Güney Kore çok müdahaleci kategoride yer alırken, ABD gibi piyasa ekonomisinin ön planda olduğu ülkelerde bu müdahale en az seviyede tutulmaya çalışılmaktadır. Ancak, ABD örneğinde bile özellikle internet hizmetlerinin gelişmeye başladığı ilk dönemde kamu kurumlarının rolü ve süreci destekleyici şekilde faaliyet göstermeleri ve günümüzde okul, kütüphane gibi kamu kurumlarıyla kırsal kesimde yaşayan kullanıcıların evrensel hizmet fonu kullanılarak sübvansiyon edilmesi gibi uygulamalar, kamu politikalarının önemini (serbest piyasa ekonomilerinde bile) göstermektedir. Kanada, İtalya ve Hollanda gibi gelişmiş ülkelerde de özel teşebbüslerin piyasa koşulları altında faaliyet göstermesine öncelik verilirken, piyasa mekanizmalarının yetersiz olduğu düşünlen konularda dolaylı müdahaleden (düzenleme vb.) doğrudan müdahaleye (vergi indirimi, uygun koşullu veya hibe şeklinde kredi vb.) kadar pek çok yöntem geliştirilip, uygulanmaktadır.

3.3.1. (Güney) Kore

Çalışmanın önceki bölümlerinde de ifade edildiği gibi, Kore genişbant penetrasyon oranları kategorisinde ön sıralarda yer almaktadır. Özellikle 2000’li yılların ilk bölümünde bu kategoride lider olan ülke, daha sonra sıralamada beşinciliğe kadar düşmüřtür⁷¹. Ancak, lke milli gelir düzeyine göre yakalanan büyük başarı ve özellikle kullanıcılara sağlanan erişim hızı, içerik ve yeni nesil şebekelere geçiş (fiber optik) oranında lider konumu (Japonya’yla birlikte) devam etmektedir.

⁷¹ OECD (2010b), Broadband portal, http://www.oecd.org/document/54/0,3343,en_2649_34225_38690102_1_1_1_1,00.html, OECD, Erişim Tarihi: 03.06.2010

Bu başarının nedenlerini açıklamaya çalışan pek çok çalışma bulunmaktadır. Örneğin, çeşitli ITU raporlarında (2001⁷², 2003⁷³) coğrafi koşullar, nüfus yoğunluğu, devlet desteği ve yönlendirmesi, ilgili aktörler arasında sağlanan sürekli iletişim ve hedefe odaklanma, ilgili piyasada sağlanan rekabet ve talep tarafı kaynaklı faktörler (göreceli olarak genç nüfus oranının fazlalığı ve bunların teknolojik yenilikleri yakından takip etmesi gibi) en önemli nedenler arasında gösterilmektedir. Aynı şekilde başka bir çalışmada da ülkenin coğrafi yapısı, son kullanıcı ücretlerinin (tarifelerin) uygunluğu, toplu internet merkezlerinin (kafelerin) yaygınlığı, içerik çeşitliliği, ilgili piyasada tesis edilen rekabet ve hükümet politikası başarı nedenleri olarak sayılmaktadır⁷⁴. Kim vd.⁷⁵ ise internet hizmetleri piyasasında yakalanan performansın en önemli nedeninin ilgili aktörler arasında sağlanan etkin işbirliği olduğu ve Kore internet hizmetleri piyasasının gelişiminin anlaşılabilirliği için, bu aktörler arası etkileşimin incelenmesi gerektiğini ifade etmektedir. Bu bağlamda, genişbant internet hizmetlerinin yaygınlaştırılması ve iyileştirilmesi sürecinin sektörel yenilik sistemi yaklaşımında olduğu gibi internet servis sağlayıcıları, ekipman üreticileri (sağlayıcıları) ve içerik sağlayıcılarından kamu kuruluşlarına (ilgili bakanlık gibi) kadar pek çok aktörü kapsadığı ve bunlar arasındaki işbirliği ve koordinasyonun sağlanma derecesinin, hedefe erişme yüzdesini (başarıyı) doğrudan etkileyeceği vurgulanmaktadır.

Kore’de genişbant internetin yaygınlaşması için atılan ilk adımı Siber Kore 21⁷⁶ adlı bir aksiyon planı oluşturmuştur⁷⁷. Bu planla Kore hükümeti (Enformasyon ve Komünikasyon Bakanlığı-MIC) aralarında her vatandaş için genişbant erişimin mümkün olması gibi bilgi toplumu hedeflerini yakalamayı amaçlamıştır. Daha da önemlisi bu temel amaç doğrultusunda kamu kesiminin koordinasyonu ve diğer aktörlerin işbirliği içerisinde çalışmalarının sağlanması, başarının temel unsuru olarak gösterilmiştir.

⁷² ITU (2001), *A broadband future*, ITU News 6.

⁷³ ITU (2003), *Promoting broadband: The case of Korea*, Workshop on promoting broadband.

⁷⁴ DTI (2002), *Overseas mission to South Korea*, Brunel University.

⁷⁵ KIM, Y., K., H. JEON ve S. BAE (2008), “Innovation patterns and policy implications of ADSL penetration in Korea: A case study”, *Telecommunications policy*, 32, p. 307-325.

⁷⁶ ‘Cyber Korea 21’

⁷⁷ FRİEDEN, R. (2005), “Lessons from broadband development in Canada, Japan Korea and the United States”, *Telecommunications Policy*, 29, s.605.

Tablo - 2
Kore İnovasyon Sisteminde Temel Aktörler

Firmalar	Kamu Kurumları	Talep Tarafı
İnternet Sevis Sağlayıcılar: KT, Thrunet, Hanaro Telecom	Enformasyon ve Komünikasyon Bakanlığı (MCI) <i>Temel Politika</i> <i>Dökümanı: Siber Kore 21 Aksiyon Planı</i>	İnternet Hizmetleri Kullanıcıları (Kamu Hizmetlerinde ve Özel Amaçlarla Kullanım)
Ekipman Sağlayıcılar: Alcatel		
Ekipman Üreticileri: Samsung, Daewoo, Hyundai ve KOBİ'ler	Destekleyici Organizasyonlar: Elektronik ve Telekomünikasyon Araştırma Enstitüsü (ETRI)	
İçerik Sağlayıcılar: Yazılım Geliştiricileri, Oyun ve E- ticaret Uygulamaları vb. İçerik Geliştiriciler	Kore Enformasyon Stratejisi Geliştirme Enstitüsü (KISDI)	

Kaynak: Kim vd. 2008'den derlenmiştir.

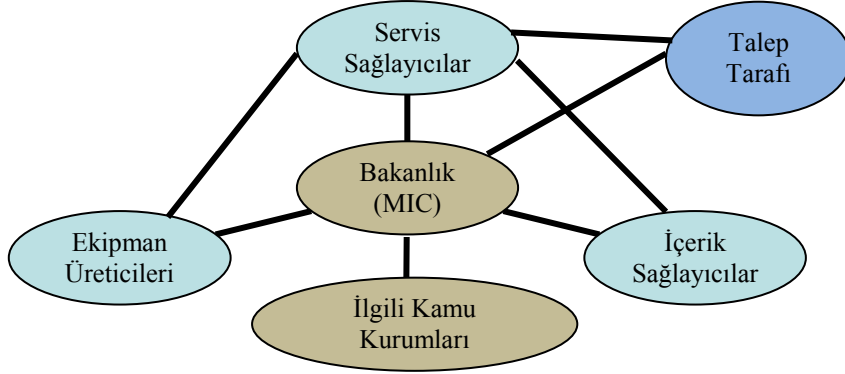
Ülkede genişbant erişimin yaygınlaştırılması çabaları aynı zamanda (genişbant) internet erişim teknolojilerinin de geliştirilme dönemine rastlamış ve ilk önemli hususu hangi teknolojilerin kullanılacağına ilişkin karar oluşturmuştur. Telekomünikasyon piyasalarında hangi teknoloji/lerin kullanılacağıının belirlenmesi genellikle kamu kurumlarının koordinasyon görevini üstlendiği (ya da nihai kararı aldığı) ve tüm piyasa aktörlerinin katılımını içeren bir süreci gerektirmektedir. Örneğin, GSM teknolojisinin seçilmesi ve geliştirilmesi sürecinde hem politika yapıcılar hem de diğer piyasa aktörleri aktif bir rol oynamış ve bu işbirliği sonuçta söz konusu teknolojinin ve bunu geliştiren AB ülkelerinin ABD gibi diğer ülkelere nazaran avantajlı konuma (kullanım oranları vb. hususlarda) gelmesi sonucunu doğurmuřtur⁷⁸. Bu bağlamda, Kore'de de detaylı araştırma ve ilgili aktörler (MIC, ETRI ve KISDI) arasında yapılan görüşmeler neticesinde ADSL teknolojisi genişbant internet erişimi kategorisinde sabit telekomünikasyon şebekesinin kapasitesinin (veri iletimi bağlamında) geliştirilmesi için seçilmiştir. Teknoloji seçimi konusundaki

⁷⁸ EDQUIST, C. (2004), "The fixed internet and mobile telecommunications sectoral system of innovation: Equipment production, Access provision and Content provision", F. Malerba (der.), *Sectoral Systems of Innovation- Concepts, Issues and analyses of six major sectors in Europe*, Cambridge Press, içinde, s.170-174.

belirsizlik ortadan kaldırıldıktan sonra, sıra talep kaynaklı belirsizliklerin ele alınmasına gelmiş ve politika yapıcılar bu konu üzerine odaklanmışlardır. İlgili piyasada, ilk olarak tek bir işletmeci (Kore Telekom) tarafından hizmet vermeye başlanmış ve rekabetin oluşturulması sürecinde ikinci bir internet servis sağlayıcısına (Hanora Telecom) yine sabit şebekeden ADSL hizmeti vermesine olanak verecek şekilde yetkilendirme yapılmıştır. Bu şirket, aynı zamanda o dönemde yurt içi kaynaklardan elde edilemeyen modem vb. ekipman ihtiyacı içinde Alcatel firmasıyla işbirliğine gitmiştir. Artan ekipman ihtiyacı (talebi) ve bunun bir kısmının yurt içinden karşılanmasının önemi ilgili bakanlık (MIC) tarafından da görülmüş ve yerli elektronik firmalarına bu konuda teşvik vermeye başlanmıştır⁷⁹. Sabit telekomünikasyon şebekesinde iki işletmecinin henüz piyasanın oluşma sürecinde genişbant erişim hizmeti vermesiyle platform içinde tesis edilen rekabet, şebekeler arasında da Kablo TV şebekesinin bu hizmeti vermesi için kullanılmasıyla sağlanmaya çalışılmıştır. Kablo TV işletmecisinin (Thrunet) ilgili piyasada hizmet vermeye başlaması ve (agresif) pazarlama stratejisi oluşturması gibi nedenler, diğer platformda hizmet veren teşebbüslerin de yatırımlarını hızlandırarak daha kapsamlı ve uygun koşullarda hizmet vermesi sonucunu getirmiştir. Sonuç itibariyle, ülke genişbant internet hizmetleri piyasasında -henüz büyüme aşamasında- sabit şebekede tek bir yapının oluşması önlenerek ve her iki erişim platformu da kullanılarak rekabetin tesis edildiği ve bunun da daha geniş kapsama alanı ve uygun koşullar (tüketici açısından) sağlayarak talebi artırıcı bir etki sağladığı görülmektedir.

⁷⁹ Bu husustaki gelişmeleri kısaca belirtmek gerekirse, yerli üretim yeteneğinin geliştirilmesi sürecinde ilk olarak Daewoo elektronik şirketi Alcatel ile bir ortaklık anlaşmasına giderek ADSL ekipmanı üretimine başlamıştır. Daha sonra Hyundai şirketi Kore Telekom'la yapılan bir anlaşma neticesinde üretime başlamış ve üçüncü büyük elektronik şirket olarak Samsung bu piyasa bölümüne (segmentine) giriş yapmıştır. Bu üç büyük şirketi müteakip, küçük ve orta ölçekli işletmelerde donanım üretimi piyasasında faaliyet göstermeye başlamışlardır. Ancak, Kim vd. 2008 tarafından vurgulandığı üzere, ilgili piyasada yaşanan serbestleşme ve özellikle Çin ve Tayvan gibi ülkelerden gelen rekabetçi baskı nedeniyle sektörün performansı diğer segmentlerde (içerik ve erişim sağlama) elde edilen başarı boyutuna erişememiştir.

Şekil - 1
İlgili Piyasada (Temel Aktörler Arasındaki) Etkileşim



Güney Kore’de yukarıda da vurgulandığı gibi, piyasanın ilk kuruluş ve hedeflerin belirlenme aşamalarından itibaren devlet politikalarının çok önemli bir rolü olmuş ve piyasa aktörleri arasında sürekli bir etkileşim sağlanmıştır. Buna ek olarak, ilgili kamu kurumlarının hem arz hem de talep yönlü olmak üzere piyasaya doğrudan ve dolaylı yollarla müdahalesi sürekli olarak devam etmiştir⁸⁰. Örneğin, MIC bir taraftan erişim sağlayan işletmecilere uygun koşullarda kredi desteği sağlarken, karşılığında bu işletmecilerin belirli bir (tarife) üst sınırın altında hizmet vermesi şartını getirmiştir^{81, 82}. Diğer taraftan, MIC 2001 yılından itibaren yapılan büyük bina ve apartman sitelerinde gerekli genişbant internet erişim altyapısının kurulmasını şart koşmuş ve talebi artırmak için ayrıca yerli üreticilerin katılımıyla ucuz bilgisayar temini mümkün hale getirilmeye çalışılmıştır. Talebin geliştirilmesi sürecinde, içerik (yazılım) sektörü de desteklenmiş ve oyundan, eğitime kadar pek çok alanda kullanım ve hizmet yaygınlığının artırılması sağlanmıştır⁸³. İçerik sektörü özellikle büyük ölçek ekonomileri gibi ön koşullara ihtiyaç duyulmaması nedeniyle küçük ve orta (ölçekli) teşebbüslerin daha kolay bir şekilde faaliyet gösterebilecekleri bir alan olup, bu piyasada hizmet veren işletmeci sayısının çoğalması hem bilgi ekonomisinin gerektirdiği pek çok alanda ülkeye katma değer sağlarken diğer yanda talebi de artırıcı bir sonuç getirmektedir. Bu sürecin diğer bir çıktısı da (kullanıcılar açısından) giderek artan bir oranda daha hızlı bağlantı ihtiyacı

⁸⁰ Burada söz konusu araçlardan sadece birkaçına yer verilmektedir.

⁸¹ 2 mbit/sn bağlantı hızı aylık ücreti 25 ABD \$ ve tarife üst sınırı 30 ABD \$ olarak belirlenmiştir.

⁸² FALCH, M. (2007), “Penetration of broadband services- The role of policies”, *Telematics and Informatics* 24, s.252.

⁸³ Kim vd. 2008, s.317-318.

olurken, bu yüksek hız talebi de daha kapasiteli yeni nesil şebekelerin kurulması gereksinimi ve (aynı zamanda) çabasını zorunlu kılmıştır.

3.3.2. Kanada

Kanada'nın kablo TV üzerinden internet hizmetinin verildiği ilk ülke olması ve 1997- 2004 arasında genişbant penetrasyon oranında ilk sıralardayken, 2009 yılında 10.sıraya⁸⁴ gerilemiş olması gibi nedenlerden ötürü (bu kapsamdaki politika ve çabaların sürekli olması gerektiğini göstermesi açısından) önemli bir örnek olduğu düşünülmektedir. Kablo TV şebekesinin ülkenin yaklaşık (hane halkı bazında) % 90'lık bir kesimine ulaşması, bu erişim yöntemine olan talebi de artırmıştır. Ülke toplamında abonelerin yarısından fazlası bu erişim yöntemini tercih ederken, DSL tercihi ikinci sırada bulunmaktadır. Her iki şebekenin de ülke sathında yaygınlığı, bu platformların içerisinde de rekabetin geliştirilmesine olanak sağlamıştır. Kanada düzenleyici kurumu CRTC hem kablo TV hem de sabit telefon (bakır) şebekesinden üçüncü taraflara erişim sağlanması yükümlülüğünü (alt yapıyı elinde bulunduran işletmecilere) getirmiştir.⁸⁵ CRTC'nin kararında bu altyapıların zorunlu unsur özelliği taşıdığı gerekçesi bulunmaktadır⁸⁶. Söz konusu erişim yükümlülükleri getirilirken, ayrıca kademeli bir geçiş süreci⁸⁷ öngörülmüş ve belirli bir dönem sonunda (beş yıl) bu yükümlülüklerin kaldırılması planlanmıştır. Bu uygulama, yukarıda bahsedildiği gibi, hem yeni yatırımcıların hem de yerleşik işletmecinin yatırım güdüsünün menfi şekilde etkilenmemesi (değerlendirmesi) çerçevesinde kullanılmıştır. Ancak, ilk aşamada istenilen sonuçlara ulaşılamaması nedeniyle bu programda değişiklik yapılmış ve yükümlülük sürelerinde uzatmaya gidilmiştir. Yaklaşık olarak 2000 yılından günümüze kadar olan süreçte, hem yasal yükümlü işletmecilerin (hem kablo hem de sabit telefon şebekesinde) hem de alternatif işletmecilerin hukuksal anlamdaki mücadelesi, istenilen sonuçların alınmamasında önemli rol oynamıştır⁸⁸. Van Gorp vd.⁸⁹ burada, ilgili piyasanın

⁸⁴ Ek-1, 'OECD İstatistikleri'.

⁸⁵ VAN GORP, A.F. ve C.A. MIDDLETON (2010), "The impact of facilities and service-based competition on internet services provision in the Canadian broadband market", *Telematics and Informatics*, Vol. 27, s. 217-230.

⁸⁶ Zorunlu unsur özelliği taşıyan altyapı (veya ekipmanlar) bir tekel tarafından kontrol ediliyor olmalı, bunlar piyasaya yeni giren işletmecilerin hizmet sunması için temel bir girdi niteliğini taşıyor olmalı ve hem teknik hem de iktisadi anlamda ikamesi (en azından kısa ve orta vadede) bulunmuyor olması gerekmektedir.

⁸⁷ 'Sunset clause'

⁸⁸ Türkiye kısmında da (detaylı bir şekilde) ele alındığı üzere, işletmecilerin geciktirme taktikleri, piyasaya yeni giren işletmelerin kendi yatırım planlarının olmaması, bilgi asimetrisi gibi birçok problem düzenleme sürecini olumsuz bir şekilde (Zaman kaybı, hukuki maliyetler, düzenleme maliyetleri vb.) etkilemektedir.

⁸⁹ Van Gorp vd. (2010), s.223-225.

belirli bir olgunluk⁹⁰ evresinden sonra penetrasyon oranı dışında bazı parametreler kullanılarak değerlendirilmesi gerektiğini ifade ederek, bunların başında kullanım ücreti, kullanıcıya sağlanan hız ve hizmet kalitesi hususlarının geldiğini vurgulamaktadırlar. Söz konusu faktörler bazında yapılan incelemede, Kanada piyasasının yeterince yenilikçi özellikler göstermediği ve yeni nesil şebekelere yatırım sürecinde kamu politikasının daha müdahaleci olması gerektiği değerlendirilmektedir. Burada, ilk ve önemli bir aşamanın, yenilik ihtiyacının kabul edilerek (dinamik bir anlayışla yeni yatırımların gerçekleştirilmesi gibi) kamuoyunun desteğinin sağlanması ve ilgili tüm aktörlerin bunu birincil öncelik (genişbant erişimin yaygınlaştırılması ve hız, kalite ve ücret bazında iyileştirilmesi) olarak kabul etmesi gerektiği de ifade edilmektedir⁹¹. Bu tespitle birlikte, çalışmada kamu politikalarının daha çok yeni nesil şebekelerin finansmanı üzerinde yoğunlaşmasının etkinliği artıracağı üzerinde durulmaktadır. Tüm bu değerlendirmelerin yanı sıra, ülkede kırsal kesimin erişimini artırıcı projelere de hız verilmektedir. Örneğin, 2009 yılında hayata geçirilen 225 milyon Kanada Dolarlık ‘kırsal kesimdeki Kanadalılara erişim sağlama’⁹² projesiyle daha önce hizmet götürülmemiş nüfusun yaklaşık % 6’lık kesimine 1,5 Mbit/sn hızında bağlantı sunulması planlanmaktadır⁹³.

3.3.3. İtalya⁹⁴

Yeni Nesil şebekeler - Ortak Yatırım Projeleri: İtalya genişbant erişim oranlarında AB ülkeleri arasında son sıralarda⁹⁵ yer almakta ve bu yönüyle ülkemizle benzerlik taşımaktadır. Ülkenin Batı Avrupa bölgesinde genişbant altyapısı bakımından göreceli olarak geride kalması nedeniyle, hem makro hem de mikro düzeyde pek çok proje oluşturulmuş ve bazıları hayata geçirilmiş bulunmaktadır. Özellikle yeni nesil şebekelerin kurulması ve işletilmesiyle ilgili projelere önem verilmektedir. Bu noktada, İtalyan sektörel düzenleyici kurumu Agcom tarafından ülkede fiber optik şebekenin geliştirilmesi sürecinin kamu-özel ortak girişimi niteliğindeki bir teşebbüs tarafından gözlemlenmesinin faydalı olacağı bildirilmiştir. Ayrıca söz konusu modelde Agcom’un şebeke ücretlerini belirleme rolünün olması gerektiği de ifade edilmiştir. AB’nin diğer ülkelerinde de yeni nesil şebekelerin kimin tarafından kurulacağı problemi

⁹⁰ ‘Maturity level’

⁹¹ Kanaatimce, ülkemizde de çeşitli projeler gerçekleştirilmekteyse de, Kanada için önerilen yaklaşımda olduğu gibi kamuoyunda farkındalık ve ilgili aktörlerin süreci destekleme önceliklerinin artırılması gerekmektedir.

⁹² ‘Connecting Rural Canadians Project’

⁹³ Van Gorp vd. (2010), s.226-230.

⁹⁴ Bu kısımdaki projelere ilişkin bilgiler BMI ve Cullen International danışmanlık şirketleri dönemsel raporlarından derlenmiştir.

⁹⁵ OECD rakamlarına göre 30 ülke arasında 22. sırada bulunmaktadır.

gündemde olup, genişbant internet hizmetlerinde hakim konumda olan işletmecilerin bu yatırım sürecinde en önemli rolü oynamaları beklenmektedir. Ancak bu işletmeciler de gereken büyük yatırımların karşılığını alamama ve (toptan düzeyde) düşük tarifelerle diğer işletmecilerin bu şebekeden yararlanmaları halinde zarar etme kaygısı yaşamaktadırlar. Bu çerçevede, düzenleyici kurumların gözetiminde ilgili tüm işletmecilerin katılımıyla ortak proje ve yatırımların gerçekleştirilmesi gündeme gelmekte ve bu yöntemle şebeke kullanıcılarının eşit erişim hakkı elde etmeleri ön görülmektedir. İtalya'da da böyle bir modelin kurulması değerlendirilmiş olup, böylelikle hakim konumdaki işletmecinin ileride yaşanabilecek ve rekabete aykırı (olabilecek) eylemlerinin önüne geçileceği mütalaa edilmektedir.

Yukarıda da değinildiği gibi, özellikle İtalya'nın Batı Avrupa bölgesinde genişbant altyapısı bakımından göreceli olarak geride kalması nedeniyle, kamu ve özel sektör yatırımcıları bir araya gelmek suretiyle yeni altyapı yatırımlarına gitmektedirler. İtalya genişbant internet hizmetleri piyasasında, bazı işletmecilerce yapılacak 15 büyük şehri kapsayan ve milyonlarca kullanıcıya erişilecek fiber optik yatırımlarının pazar yapısını etkileyeceği öngörülmektedir. 'Dow Jones Newswires' kaynaklı habere göre söz konusu projenin maliyetinin beş yıllık dönem için yaklaşık 2,5 milyar Euro'ya ulaşması beklenmektedir⁹⁶. BMI analistlerine göre projenin hayata geçirilmesi çok önemli yenilikler getirecek ve sabit hat işletmecisi karşısında da önemli bir rekabet alternatifi ortaya çıkacaktır. Projede işbirliği yapacak işletmeciler ise Fastweb, WindspA ve Vodafone'dur. Bu üç firma birlikte ilgili piyasanın yaklaşık % 32'lik bir kısmını ellerinde tutmaktadırlar. Diğer taraftan, piyasa lideri Telecom Italia halen % 57'lik bir pazar payına sahiptir. İlgili pazarda faaliyet gösteren işletmeciler genişbant altyapısındaki yeterli olmayan yatırımın sorumlusu olarak bu işletmeciyi göstermekte ve ülkedeki erişim oranlarının göreceli olarak az olmasının da bundan kaynaklandığını ifade etmektedirler.

⁹⁶ Konuyla ilgili detaylı bilgi için bkz. Dow Jones Newswires, "Italian telcos launch €2.5bn broadband plan", <http://www.totaltele.com/view.aspx?ID=455314>, Erişim tarihi: 04.08.2010.

Tablo - 3
İtalya Genişbant Piyasası

Sabit Hat Abone Sayısı (mil)	Q308*	Q408	Q109	Q209	Q309	% Değişim
TI-Perakende	6,610	6,754	6,843	6,859	6,921	4.7
TI-Toptan	1,304	1,380	1,486	1,584	1,646	26.2
Fastweb	1,441	1,483	1,542	1,575	1,605	11.4
WIND-Infostrada	1,250	1,355	1,455	1,520	1,560	24.8
Tiscali	0,581	0,586	0,554	0,549	0,553	-4.8
Diğer	1,046	1,138	1,317	1,399	1,468	40.3
Toplam	10,928	11,316	11,711	11,902	12,107	10.8

Kaynak: Cullen international

* Kısaltma olarak kullanılmıştır, Q3 üçüncü çeyrek olarak, 08 rakamı da yıl kısaltması olarak kullanılmaktadır.

Söz konusu projenin hayata geçirilmesinin Telecom Italia (TI) üzerinde de önemli etkileri olacağı deęerlendirilmektedir⁹⁷. Şirket, yaşadığı olumsuz gelişmeler karşısında, toptan genişbant hizmetlerine uyguladığı ücretleri artırmak istemiş ve düzenleyici kurumun onayını almıştır. TI bu uygulamayla gelirinin önemli bir kısmını oluşturan kısımda iyileştirme yapmayı planlamaktadır. Ancak, yukarıda da bahsedildiği üzere, yeni fiber altyapısı projesinin tamamlanmasının bu Şirketin finansal yapısı üzerinde olumsuz etkisi olacağı beklenmektedir. Diğer taraftan, alternatif Őletmeciler bu yatırım için herkesi davet etmekte ve buna yasal yükümlü Őletmeciyi (TI) de dahil etmektedirler. İlerleyen dönemde TI'nın bu konuda bir karar vermesi gerekmekte olup, BMI analistlerine göre Şirket söz konusu projenin dışında kalmak istemeyecektir. Yine aynı uzmanlara göre yeni yatırım ilgili piyasada rekabeti artıracak ve tarifelerde düşüşe neden olacaktır. Bunun yanında diğer altyapı yatırımlarının da geleceği ön görülmektedir. Ayrıca, proje

⁹⁷ Şirket hâlihazırda hem yurt içi hem de yurt dışı operasyonları nedeniyle finansal baskı altında olup, Financial Times'a göre Avrupa'da sabit telekom altyapı Őletmecileri arasında en borçlu teşebbüs durumundadır. Bu verilere göre Şirketin net finansal borcu 2009 sonunda 34,7 milyar Euro'yu bulurken, borç rakamında bir yıl öncesine göre 708 milyon Euro'luk bir artış gözlenmiştir. Diğer taraftan, 2009 yılı geliri ise bir yıl öncesine göre yüzde altılık bir düşüşe 27,2 milyar Euro seviyesinde gerçekteşmiştir. Ayrıca Şirket toptan seviye genişbant hizmetleri birimine yöneltilecek vergi kaçırmaya vb. iddialar yüzünden 507 milyon Euro'luk bir miktarı da rezerv olarak ayırmış bulunmaktadır. Bkz. Cullen int. (2009), "Cross country reports", <http://www.cullen-international.com>, Erişim tarihi: 04.08.2010.

konsorsiyumunun belirlediği herkese açık kapı uygulamasının⁹⁸ da, projeye sonradan dahil olmak isteyen işletmeciler açısından etkinliği artırıcı bir sonucu olacağı da ifade edilmektedir⁹⁹.

Alternatif Politikalar, Perakende Genişbant Sübvansiyonu: İtalya’da 18 ve 30 yaş arası son kullanıcıları kapsayacak şekilde yeni genişbant aboneliğinde 50 Euro tutarında ve bir defaya mahsus bir indirim yapılması öngörülmektedir. Söz konusu sübvansiyon uygulamasına Nisan 2010 tarihinde başlanmış olup, bu konu için ayrılan 300 milyon Euro’nun bitimi ya da 2010 yılı sonuna kadar projenin devam etmesi planlanmaktadır. Ancak, bu fon diğer bazı sektörlerdeki sübvansiyon uygulamaları için de kullanılmaktadır.

Alternatif Politikalar, Kırsal Kesime İlişkin Projeler: Ülkedeki sayısal uçurumu azaltmak için, İtalya ekonomik kalkınma bakanlığı yerel yönetimler birliğiyle bir anlaşma imzalamıştır. Söz konusu anlaşma kırsal kesimde genişbant altyapısının kurulması ve bu bölgelere hizmet götürülmesi amacını taşımaktadır. Evrensel hizmet yükümlülüğü kapsamına girmeyen bu bölgelerde yapılabilecekler hususunda ilgili Bakanlık yerel yönetimlerle işbirliğine giderek altyapı yatırım projelerini geliştirmek istemektedir. Ayrıca Bakanlık tarafından yapılan açıklamada 1,471 milyar Euro büyüklüğünde ve 2012 yılında tamamlanması öngörülen projeye toplam nüfusun yaklaşık % 96’sına 20 mbit/sn, geri kalan kullanıcılara ise 2 mbit/sn erişim hızı sağlayacak fiber projesine başlanacağı duyurulmuştur¹⁰⁰. Bakanlığın tahminlerine göre halihazırda ülke toplam nüfusunun % 13’ünü oluşturan yaklaşık 7.6 milyon kişiye genişbant erişimi sağlanamamaktadır¹⁰¹. Ayrıca ülkedeki genişbant erişimin büyük çoğunluğu sabit telekomünikasyon şebekesi üzerinden sağlanmaktadır. Kırsal kesimde wimax gibi alternatif şebekelere verilen lisanslarla birlikte 3N erişimin yaygınlaşmasının da penetrasyon oranlarını artırıcı bir sonuç getireceği beklenmektedir.

⁹⁸ ‘Open door policy’

⁹⁹ Bkz. Cullen int. (2009), “Cross country reports”, <http://www.cullen-international.com>, Erişim tarihi: 04.08.2010.

¹⁰⁰ AB (2010), “Progress Report on the Single European Electronic Communications Market” (15. İzleme Raporu), http://ec.europa.eu/information_society/policy/ecomms/doc/implementation_enforcement/annualreports/15threport/15report_part2.pdf, Erişim tarihi: 04.08.2010, s. 245.

¹⁰¹ Yukarıda da belirtildiği üzere İtalya yaklaşık % 21’lik bir penetrasyon oranıyla Batı Avrupa bölgesindeki en düşük orana sahiptir. İlgili piyasada Telecom Italia en büyük şirket konumunda olup, bu şirketi Fastweb, Wind ve Tiscali izlemektedir. Tüm ülke çapında 2009 yılı itibarıyla 12,4 milyon genişbant aboneli bulunmakta olup, 2014 yılında bu sayının % 51,5 artışla 18,78 milyona ulaşması beklenmektedir. Aynı şekilde penetrasyon oranının da, aynı dönem zarfında, % 21’den % 31,7’ye ulaşacağı tahmin edilmektedir.

Alternatif Politikalar, Kısmi Projeler: TI, Turin ve Napoli (Naples) arasındaki 900 kilometrelik hızlı tren hattında wi-fi internet erişim noktaları (hotspot) kurulumu için demiryolu şebeke işleticisi (Rete Ferroviaria Italiana) ile sözleşme imzalamış olup, projenin Nisan 2010 da başlaması ve bu yılsonunda tamamlanması planlanmaktadır. Analistlere göre söz konusu yatırım ve hizmetin tren yolculuğu sırasında verilecek olması, yolcular tarafından olumlu karşılanacak ve bu hizmete olan talep artacaktır.

Alternatif Politikalar, Devlet Yardımları: İtalya'da genişbant erişim oranının düşük kaldığı bölgelerde, gerekli yatırımın yapılabilmesi için doğrudan devlet yardımları da kullanılabilmekte, ancak bu hususta AB Komisyonunun izninin alınması gerekmektedir. Örneğin, AB Komisyonu, AB devlet yardımları mevzuatı kapsamında İtalya Lombardy bölgesine yapılması planlanan ve bölgenin daha önce hizmet götürülmemiş nüfus bazında yüzde doksanlık kesimine yönelik olarak 2 Mbit/sn erişim hızı sağlayacak genişbant internet yatırım projesini onaylamış ve konuyla ilgili yapılan basın açıklamasında söz konusu kamu kaynağının yalnızca çoklu fiber kanalları (ducts) için kullanılacağı ve bundan da zaman kısıtı olmadan tüm ilgili operatörlerin faydalanabileceği belirtilmiştir. Açıklamada ayrıca kamu kaynaklı bu tip yatırımların ancak hiçbir özel sektör yatırımı yapılmadığında ve sadece kamuya açık ihale yöntemi sonucu yapılması gerektiği de vurgulanmaktadır.

3.3.4. Hollanda

Hollanda platformlararası rekabetin tesis edildiği örneklerden biri olarak, genişbant internet penetrasyon oranlarının en yüksek olduğu ülkeler arasında yer almaktadır. Ancak, ülkede yeni nesil şebekelere olan yatırım seviyesinin düşük kaldığı gerekçesi, kamu kaynaklarını kullanarak piyasaya müdahale etme kararını getirmiştir. Burada genel hatlarıyla bahsedilecek müdahale türü ise yakın bir geçmişı olan ve başta bölge belediyeleri olmak üzere ilgili aktörlerin katılımıyla gerçekleştirilen şehir içi (bölgesel) yeni nesil şebeke projeleridir. Aslında söz konusu kısmi ve bir yerleşim birimini kapsayan projeler ilk olarak ABD'nde ele alınmaya başlamış ve bu bölgesel yatırımlarla, buraların politika yapıcıları ticari faaliyetleri kendilerine çekmeyi amaçlamışlardır¹⁰². Avrupa'da ise bu tip uygulamalara piyasanın serbestleştirildiği 1990'lı yılların ikinci yarısında başlanmıştır. İlk olarak 1994 yılında kurulmaya başlanan ve İsveç'in başkenti Stockholm'de başlatılan STOKAB fiber altyapı projesiyle şehir belediyesi altyapıyı kurup, 60 kadar servis sağlayıcının hizmetine açmıştır¹⁰³. Hollanda da ise 2000'li yılların başında gündeme gelen bölgesel altyapı projeleri, yukarıda bahsedildiği gibi yerleşik işletmecilerin yeni nesil şebekelere

¹⁰² Bkz. s.6, Florida Lake County örneği.

¹⁰³ OECD (2008b), Broadband Growth and Policies in OECD Countries, OECD, Paris.

olan yatırımlarının yetersiz seviyelerde kalması üzerine hızlanarak pek çok bölgede hayata geçirilmeye başlanmıştır¹⁰⁴. Kamu-Özel ortak yatırımları adı da verilen projelerde değişik alternatiflerin kullanıldığı görülmektedir. Örneğin bazı nüfus açısından küçük bölgelerde (Nuenen, nüfusu: yaklaşık 8.000) belediye önderliğinde yapılan altyapıyı bir işletmeci¹⁰⁵ kullanırken, Amsterdam gibi metropollerde kurulu altyapı açık erişim yöntemiyle işletilmektedir¹⁰⁶. Aşağıdaki tabloda ülkedeki bazı projelerle ilgili bilgi verilmektedir.

Tablo - 4
Hollanda’da Bölgesel Fiber Projeleri (Örnekler)

Model	Öncü Kurum	Belediye’nin Rolü	Altyapı	Erişim ve İçerik Hizmeti	Örnek
Kooperatif	Bölge halkı ve özel teşebbüs	Kar amacı gütmeyen ve tedarikçilerle müzakere gibi fonksiyonları yürüten organizasyonu destekleme	Kar amacı gütmeyen organizasyon	Kar amacı gütmeyen organizasyon	Nuenen
Sosyal konut teşebbüsleri	Sosyal konut teşebbüsleri*	Sosyal konut teşebbüslerinin talebini toplama	Belediye veya sosyal konut teşebbüsleri	Birden çok işletmeci	Rotterdam
Koordinasyon	Belediye	Hane halkı, kamu kurumları ve özel kuruluşların talebini toplama	Belediye	Birden çok işletmeci	Amsterdam

* ‘Social Housing Corporation’ olarak kullanılan sözcük, Hollanda’da yerel idarelerin de katkısıyla kurulan konut vb. projeler gerçekleştiren organizasyonları ifade etmektedir.
Kaynak: Sadowski vd. 2009, s.587.

Bu kapsamda, her ülke ve bölgenin kendine özgün şartları paralelinde farklı proje modellerinin ortaya çıktığı görülmektedir. Yukarıdaki tablodan da (bu tabloyla sınırlı kalmamakta) görüleceği gibi Hollanda’da da birden fazla model kullanılmakta ve kullanılan modellerin yapısı da zaman içerisinde değişebilmektedir. Yine Nuenen örneğinde görüleceği üzere, nüfusu az olan

¹⁰⁴ CAVE, M., L. PROSPERETTİ, (2001), European telecommunications infrastructures, *Oxford Review of Economic Policy* 17(3), s.416-431.

¹⁰⁵ İlk aşamada kar amacı gütmeyen bir organizasyon tarafından işletilmiştir.

¹⁰⁶ SADOWSKİ, B.M., A. NUCCIARELLİ ve M. ROOIJ (2009), ‘Providing Incentives for private investment in municipal broadband Networks: Evidence from the Netherlands’, *Telecommunications Policy*, Vol. 33, p. 582-595.

bölgelerde kooperatif yapı daha sonra tek bir teşebbüs eliyle iřletilebilmektedir¹⁰⁷. Ancak, bu tip projelerde genel olarak kabul gören husus kamu kaynaklarının kullanılması durumunda şebekenin açık erişim modeliyle birden çok servis ve içerik sağlayıcısına eşit ve makul şartlarda kullandırılmasının sağlanması olmaktadır.

3.3.5. Diğer (Bazı) Projeler

Diğer AB üyesi ölkeler de yeni nesil şebekelerin yaygınlaştırılması için politikalar geliştirmekte ve bunları yürürlüğe koymaktadırlar. Bunların arasında serbest piyasa mekanizmalarıyla hizmet götürülemeyecek bölgelerin durumu önem kazanmaktadır. Söz konusu ölkeler (politika yapıcılar) öncelikle genişbant altyapılarıyla ilgili mevcut durumu ortaya koyan ve ilgili aktörleri bilgilendiren harita benzeri çalışmaları hazırlayarak, kamuoyunun dikkatine sunmaktadırlar. Bu süreçte önem arz eden diğer bir faaliyeti ise yeni nesil şebekeler için uygulanacak düzenleyici politikanın belirlenmesi için kamuoyuna açık ve ilgili aktörlerin katılımıyla bir nevi fikir alışverişini içeren toplantı ve çalışmaların organize edilmesi oluşturmaktadır. Ayrıca, evrensel hizmet gibi kamu fonlarının kullanılarak yatırım seviyesinin artırılması çalışmaları devam etmektedir. Örneğin, Almanya'da düzenleyici kurum BNetzA Aralık 2009 tarihinde ölk sınırları içerisinde fiber hatları, telekomünikasyon şebekesiyle ilgili anten kuleleri, kanallar vb. önemli tesisatları gösteren bir harita hazırlamış ve bunun ilgili aktörlere ortak yatırım ve kullanım gibi konularda yol göstermesi amaçlanmıştır. Aynı şekilde, BNetzA Mayıs 2009 tarihinde önümüzdeki dönemde yeni nesil şebekelerin nasıl bir düzenlemeye tabi tutulması gerektiği konularını içeren bir kamuoyu görüşü alma sürecini bařlatmıřtır¹⁰⁸. Diğer taraftan, rekabetin oldukça gelişmiş olduğu ölk piyasalarından biri olan İngiltere'de de ilgili hizmetin yeterince götürülemediği bölgelerin desteklenmesi adına çeşitli finansman mekanizmaları oluşturulmaktadır. Dijital Britanya planı kapsamında bir evrensel hizmet yükümlülüğu getirilerek dezavantajlı bölgelerdeki kullanıcılara 2012 yılında 2 mbit/sn'lik bir erişim sağlanması planlanmaktadır. Anılan plan çerçevesinde ayrıca 2017 hedefleri belirlenmiş olup, bu tarihte toplam mesken ve işyerlerinin % 90'ının yeni nesil şebekeler tarafından kapsama altına alınması için yeni bir fon oluşturulması da ön görölmektedir. Bu fonun kaynağı olarak sabit hat abonelerinden her ay için alınacak (ek) 50 pens gösterilmektedir. Fonun yıllık gelirinin ise yaklaşık 150-170 milyon Sterlin arasında olacağı hesaplanmaktadır¹⁰⁹.

¹⁰⁷ Sadowski vd. 2009,s.593.

¹⁰⁸ AB 2010, s.199.

¹⁰⁹ AB 2010, s.408.

4. Türkiye Değerlendirmesi

Bu bölümde, genişbant erişim hizmetlerinin verildiği sabit telekomünikasyon şebekesi ve bu şebekenin rekabete açılma süreciyle ilgili kısa bir değerlendirmenin ardından, genişbant pazar yapısı (penetrasyon oranları, kullanılan teknolojiler, işletmeci pazar payları gibi) ele alınarak, düzenleyici kurumların kararları incelenecektir. İlk kısımda, sabit telekomünikasyon şebekesinin ilgili piyasanın temel genişbant erişim yöntemini oluşturması ve tekel konumunda olması hasebiyle, söz konusu platformun gelişimi, hâlihazırdaki yapısı ve sabit-mobil ikamesi nedeniyle yerleşik işletmecinin veri hizmetlerine önem vermesi¹¹⁰ gibi hususlar ele alınacaktır.

4.1. Sabit Telekomünikasyon Şebekesi (ve Hizmetleri)

Türkiye her ne kadar telekomünikasyon altyapısının kurulmasında 1980’li yıllardan başlayarak önemli aşamalar kaydetse de¹¹¹, aynı durum bu altyapının kullanılması ve ilgili hizmet piyasalarında rekabetin tesisi açısından geçerli olmamıştır. Nitekim 2003 yılı sonuna kadar Türk Telekomünikasyon A.Ş. (Türk Telekom) tüm sabit telekomünikasyon hizmetleri ve altyapı üzerinde yasal tekele sahip olarak faaliyet göstermiştir¹¹². Bu durum Türk Telekom’un yasal tekel hakkının bitmesinden sonra da fiili (tekel) olarak devam etmiş¹¹³, uluslararası ve şehirlerarası telefon hizmetlerinde rekabet 2006 yılında başlarken¹¹⁴, şehir içi (lokal) aramalarda serbestleşme 2009 yılında

¹¹⁰ Bu nedenle, ilgili piyasada hakim konumdaki işletmecinin geciktirme taktiklerini kullanma yönündeki isteğinin (dürtü) daha fazla olacağı ifade edilebilecektir.

¹¹¹ BURNHAM J.B. (2007), “Telecommunications policy in Turkey: Dismantling barriers to growth”, *Telecommunications Policy*, Vol.31, s.199-204.

¹¹² 4.2.1924 tarihli ve 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanununun 4502 sayılı Kanunla değişik 2 nci maddesi, c fıkrası; ‘Türk Telekom; telekomünikasyon şebekeleri üzerinden sunulan ulusal ve uluslararası ses iletimini ihtiva eden telefon hizmetlerini, 31.12.2003 tarihine kadar bu Kanun ve görev sözleşmesi çerçevesinde tekel olarak yürütür. Kişisel telekomünikasyon tesisleri ile telekomünikasyon hizmetlerine ilişkin imtiyaz sözleşmeleri veya telekomünikasyon ruhsatları veya genel izinlerinde ilgili işletmeci tarafından kurulması öngörülen telekomünikasyon altyapısı hariç olmak üzere, tüm telekomünikasyon altyapısının kurulması ve işletilmesi de tekel kapsamına dâhildir.’

¹¹³ 11.05.2004 tarihli Telekomünikasyon Kurulu Kararı; ‘406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu’nun değişik 29 uncu maddesinin (b) bendine göre, telekomünikasyon şebekeleri üzerinden sunulan ulusal ve uluslararası ses iletimini ihtiva eden telefon hizmetleri ile (kişisel telekomünikasyon tesisleri ile telekomünikasyon hizmetlerine ilişkin imtiyaz sözleşmeleri veya telekomünikasyon ruhsatları veya genel izinlerinde ilgili işletmeci tarafından kurulması öngörülen telekomünikasyon altyapısı hariç olmak üzere) tüm telekomünikasyon altyapısında, ilgili piyasaların serbestleştirilmesiyle birlikte, söz konusu piyasalarda faaliyet gösteren işletmecilerin rekabet gücüne yönelik ölçülebilir büyüklüklere ulaşıncaya kadar Türk Telekomünikasyon A.Ş. fiili tekele sahip işletmeci olarak belirlenmiştir.’

¹¹⁴ Bu kategoride lisanslar Türk Telekom’un tekel hakkının bitiminden dört ay sonra verilmeye başlanmış ancak taraflar arası arabağlantı anlaşmalarının imzalanması, Türk Telekom’un sunduğu

gerçekleřmiřtir¹¹⁵. Hâlihazırdaki durumda alternatif işletmeciler uluslararası ve şehirlerarası telefon hizmetlerinde taşıyıcı seçimi ve taşıyıcı ön seçimi¹¹⁶ olarak adlandırılan yöntemlerle faaliyet göstermektedirler¹¹⁷. Ancak, Türk Telekom ilgili hizmetler bazında hâkim konumunu sürdürmüş, sadece uluslararası telefon hizmetlerinde sabitte sonlandırılan uluslararası çağrı trafiği bazında büyük bir pazar payı kaybı yařamıřtır¹¹⁸. Pazardaki bu gelişmelerin yanı sıra dikkate değer diğer bir husus da tüm dünyada olduğu gibi Türkiye’de de gözlemlenen ‘sabit-mobil ikamesi’¹¹⁹ olmuştur. Aşağıdaki şekilde görüleceği gibi, sabit telefon hizmetleri abone sayılarında 2005 yılından itibaren bir düşüş görölmektedir. Bu durum, Türk Telekom’un yatırım stratejilerini de etkilemiş ve özellikle sabit hatların veri iletiminde halen sürdürdüğü avantajlı konumu nedeniyle, bu kapsamdaki yatırımların artmasında rol oynamıştır.

teknik nedenler gibi (geciktirme stratejileri olarak da adlandırılabilir) hususlar nedeniyle 2006 yılında gerçekleşmiştir. Superonline, Global İletişim, Borusan Telekom, Koç.net ve Doğan Telekom Temmuz 2006 tarihinde Türk Telekom’la arabağlantı anlaşmasını imzalayarak, fiili olarak hizmet vermeye başlamışlardır. Bkz. Güçlü, S., “Ara Bağlantı İmzalayan A Tipi UMTH Sayısı 5 Oldu”, <http://www.turk.internet.com/portal/yazigoster.php?yaziid=15904>, Erişim Tarihi: 03.06.2010

¹¹⁵TELEPATİ (2008), ‘Şehir içi sabit telefon hizmetlerinde de rekabet başlıyor’, Sayı: 165, <http://www.telepati.com/izbirakanlar/sehirici165.htm>, Erişim Tarihi: 03.06.2010.

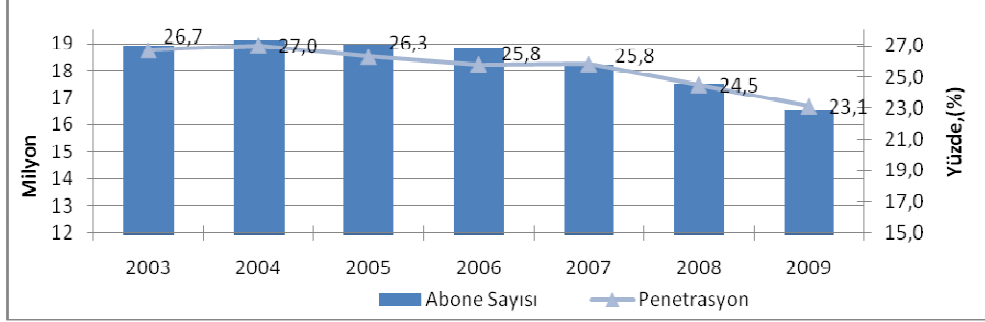
¹¹⁶ Taşıyıcı Ön Seçimi: Hizmet alınmak istenen taşıyıcının (UMTH işletmecisinin), taşıyıcı seçim kodu çevrilmeksizin seçilmesine imkân sağlayacak şekilde önceden seçilmesi yöntemini, Çağrı Bazında Taşıyıcı Seçimi: Kamu telefon şebekesinde her bir çağrı için, hizmet alınmak istenen taşıyıcının (UMTH işletmecisinin), kendisine Kurum tarafından tahsis edilmiş olan taşıyıcı seçim kodu çevrilmesi suretiyle seçilmesi yöntemini, ifade eder. Bkz. Telekomünikasyon Hizmetleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik 13 Nisan 2004 Tarihli Resmi Gazete, Sayı: 25432.

¹¹⁷ Alternatif operatörlerin kendilerine tahsis edilmiş numara blokları olmayıp, bahsedilen yöntemlerle kullanıcılara hizmet sunmaktadırlar. Makale kapsamında ele alınmayacak bu husus, kanaatimce ilgili piyasada etkin rekabetin oluşması yönündeki engellerden birini oluşturmaktadır.

¹¹⁸ Alternatif operatörler ve Türk Telekom’un sabit şebekede sonlandırdıkları uluslararası çağrı trafiğine ait paylara göre; 2008 yılı dördüncü üç aylık dönemde söz konusu pazardan %52 pay alan alternatif operatörler, 2009 yılı dördüncü üç aylık dönemde payını %55’e yükseltmiştir. Aynı şekilde Türk Telekom’un ilgili trafik pazarındaki payı son bir yıl içerisinde %48’den %45’e düşmüştür. Bkz. BTK (2009), “Türkiye Elektronik Haberleşme Sektörü, Üç aylık Pazar verileri raporu, 2009 4. Çeyrek”, s. 21.

¹¹⁹ Sabit telefon abone sayısında doğunluk ve düşüş trendi devam ederken, mobil telefon abone sayıları 2005 yılında 43,6 milyondan 2009 yılında 55,7 milyon seviyelerine ulaşmıştır. Bkz. BTK 2009, s. 32.

Şekil - 2
Sabit Telefon Abone Sayıları ve Penetrasyon Oranları



Kaynak: BTK 2009

Söz konusu altyapı üzerinden sunulan diğer bir hizmet olan ve önemi giderek artan bu kategoride Türk Telekom'un hakim konumu devam etmektedir. Üstelik internet hizmetleri olarak da ifade edilebilecek bu piyasada anılan şirketin pazar payı daha büyük oranlarda seyretmektedir. İzleyen bölümde bu piyasanın gelişim süreci ve piyasa yapısı hakkında değerlendirmelere yer verilmektedir.

4.2. Genişbant İnternet Hizmetleri Piyasası

Türk Telekom sahibi olduğu TTNNet olarak isimlendirilen internet omurgasını (altyapısını) 1999-2000 yılları arasında tamamlamış¹²⁰, ADSL hizmeti vermeye ise 2003 yılı ikinci yarısında başlamıştır.¹²¹ Bu tarihten itibaren diğer internet servis sağlayıcıları (İSS) da söz konusu hizmeti verebilmek için istekli olmuşlar, süreç esnasında Türk Telekom'la birtakım anlaşmazlıklar yaşanmış ve düzenleyici kurumların müdahalelerine gerek duyulmuştur¹²². Hâlihazırdaki durumda ilgili piyasada TTNNet'in yanı sıra düzenleyici kurumdan (BTK) gerekli

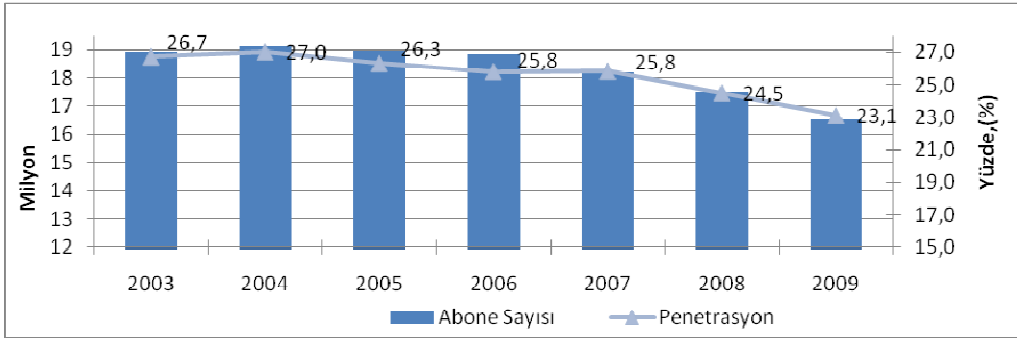
¹²⁰ Türkiye'de internet ilk defa TÜBİTAK tarafından desteklenen bir proje çerçevesinde Nisan 1993 tarihinde ABD ile kurulan 64 Kbit/sn bağlantıyla sağlanmıştır. Bu tarihten itibaren ODTÜ ve TÜBİTAK'ın organizasyonunda TR-NET adlı internet altyapısının geliştirilmesine yönelik çalışmalar sürdürülmüş ve 1996 yılında daha gelişmiş bir altyapının kurulması için Sprint- Satko-ODTÜ konsorsiyumu ve Türk Telekom'un gelir paylaşımı yöntemiyle TURNET ulusal internet ağının kurulması çalışmalarına başlanmıştır. Ancak 1998 yılında söz konusu projenin ortakların bazılarının beklentilerini karşılayamaması gibi nedenlerden ötürü, yeni bir projenin geliştirilmesi ihtiyacı ortaya çıkmıştır. Yeni proje kapsamında Türk Telekom tarafından kurulan internet omurgası TTNNet olarak adlandırılmıştır. Bkz. GÜNGÖR, M. ve G. EVREN 2002, "İnternet Sektörü ve Türkiye İncelemeleri", <http://www.tk.gov.tr/Yayin/Raporlar/pdf/internetraporu.pdf>, Erişim Tarihi: 03.06.2010, s. 53-54.

¹²¹ Dünya Gazetesi (2003), "Çok yakında DSL teknolojisi tüm Türkiye'de", www.meteksan.com.tr/.../Haber_Arsivi_2003_bb_ekim2003_60.html, Erişim Tarihi: 03.06.2010.

¹²² Söz konusu düzenleyici politikalara izleyen bölümde detaylı olarak değinilmektedir.

izni alarak hizmet veren 108 adet İSS faaliyet göstermektedir¹²³. Türk Telekom'un tekel konumunda başlattığı ADSL hizmetine ilişkin abone sayısı ise 2003 yılında 60 bin seviyelerinden 2009 sonu itibariyle 6,2 milyon seviyelerine yaklaşmıştır.

Şekil - 3
ADSL Abone Sayısı



Kaynak: BTK, 2009.

Söz konusu rakam, ADSL dışında kablo modem, mobil ve uydu gibi diğer erişim yöntemleri de eklendiği zaman (2010 yılı ilk çeyreğinde) yaklaşık 7,4 milyona ulaşmaktadır. Penetrasyon oranı olarak yaklaşık % 9'a tekabül eden bu oranla OECD ülkeleri arasında Türkiye son sıralarda yer almaktadır¹²⁴. Bu düşük penetrasyon oranı pek çok faktörden kaynaklanmaktaysa da, öne çıkan nedenler arasında tek bir işletmecinin DSL hizmetlerini uzun bir süre tekel konumunda vermesi ve sabit telekomünikasyon altyapısı dışında diğer platformların etkin bir şekilde kullanılamaması gelmektedir.

Tablo - 5
İnternet Abone Sayıları (2009)

xDSL	Kablo İnternet	ISDN	Uydu	Mobil İnternet	Toplam
6.216.028	146.622	16.570	7074	396.363	6.782.657

Kaynak: BTK, 2009.

¹²³ BTK tarafından yetkilendirilmiş işletmeci sayıları ve yetkilendirme türleri için bkz. http://www.tk.gov.tr/doc/lisans/ISS_bildirim_giris.htm

¹²⁴ Bu kategorideki OECD ortalaması ise % 22,8 olmuştur. OECD ülkeleri genişbant internet istatistikleri Ek-1'de verilmektedir.

Tablo - 6
İnternet Abone Sayıları (2010, 1. Çeyrek)

xDSL	Mobil İnternet	Kablo İnternet	Fiber	Diğer	Toplam
6.373.746	640.580	181.225	71.717	155.590	7.422.858

Kaynak: BTK, 2010.

Yukarıdaki iki tablonun karşılaştırılmasında, en fazla dikkat çeken hususlardan biri mobil internet kullanıcı sayılarındaki artış olmaktadır. Ancak, bu kategoride sağlanan erişim hızı, kapasitesi ve kalitesi konusunda sağlıklı bir yorum yapılamamaktadır. Mobil internet erişim teknolojisinin halen gelişmekte olduğu ve şebekeyi (o an için) kullanan abone sayısı arttığı zaman istenilen hız ve hizmet kalitesinin sağlanamadığı hususlarının dikkate alınması gerekmektedir. Yine yukarıdaki tablolardan görüleceği gibi, Türkiye’de genişbant abonelerinin büyük çoğunluğu DSL teknolojisini kullanmaktadır. Bu noktada, ülke genişbant erişim piyasasının rekabet açısından en önemli sorunlarından birisi karşımıza çıkmaktadır. Mobil internet teknolojisinin 2009 yılında kullanılmaya başlandığı dikkate alındığında, özellikle önemli bir rekabet alternatifi oluşturan kablo platformunun kullanılma oranlarının çok düşük olduğu görülmektedir. Türkiye’de kablo platformu yaklaşık % 0,01’lik bir oranı oluştururken, OECD ortalaması % 6,6 olarak gerçekleşmiştir. BTK 2009 raporunda ilgili piyasada yeni nesil şebekelere geçiş açısından daha da büyük önem taşıyan fiber optik altyapı ve buradan sağlanan erişim kategorisinde OECD ülke istatistiği gözükmezken¹²⁵, bu kategorideki OECD ortalaması ise % 2,1 olarak bulunmuştur. Ancak, bu teknolojinin sağladığı avantajlar (daha fazla hız gibi) nedeniyle, genişbant internet kullanımında etkinliği artırmak ve dolayısıyla bir rekabet avantajı elde etmek (ya da sürdürmek) isteyen ülkeler bu

¹²⁵ BTK, 2009 Raporunda internet erişimi tablosunda diğer kategorisi % 0,3 olarak ifade edilmekte olup, fiber optik hizmeti alan abonelerin bu kategoride gösterildiği değerlendirilmektedir. Türkiye’de TTNNet ve diğer İSS’ların fiber optik altyapı konusunda yapmış olduğu yatırımlar ve halihazırdaki projeleri göz önüne alındığında, ülkede belirli oranda bir altyapının oluştuğu ifade edilebilecektir. Ancak, bu kapsamda, konuyla ilgili istatistikî verilerin yetersiz olması gibi hususlar nedeniyle detaylı bir değerlendirme yapılamamaktadır. OECD, 2001 raporunda vurgulandığı gibi sayısal uçurum ve genişbant politikalarının daha etkin bir şekilde yürütülmesi için ilk planda konuyla ilgili detaylı bilgi ve veriye ihtiyaç duyulmaktadır. Bu çerçevede, ülkemizde politika yapıcı konumunda olan kurumların konuyla ilgili istatistikî veri, rapor vb. bilgi paylaşımını sağlayan doküman yayımlayarak kamuoyuyla paylaşmasının önem arz ettiği değerlendirilmektedir.

kategoriye ayrı bir önem atfetmektedirler¹²⁶. Örneğin; Kore’de bu oran % 15’ i bulurken, Japonya’da % 12 civarında gerçekleşmiştir.

Piyasa yapısı kapsamında rekabet açısından önem taşıyan diğer bir husus ise yerleşik işletmecinin perakende genişbant (DSL) hizmetlerindeki pazar payıdır. AB üyesi ölkelerle yapılan kıyaslamada göröleceği üzere yerleşik işletmecinin en fazla pazar payına sahip olduğu öлке % 91’lik oranla Türkiye’dir. Bu orana en fazla yaklaşan öлке % 81’le Kıbrıs Rum Kesimi ve % 71’le Lüksemburg olmuřtur¹²⁷. Diğer AB üyelerinde de söz konusu oran öлке bazında farklılık göstermekle birlikte yerleşik işletmecinin daha çok % 40 ila % 50 oranlarında pazar payına sahip olduğu görölmektedir.

Ölkemizde yeni nesil şebekelerin temelini oluşturduğu dőřünölen, fiber optik altyapı henüz gelişme aşamasındadır. İlgili piyasada Türk Telekom’un fiber yatırımları yanında az sayıda işletmeci bu tür yatırımlara gitmektedir. Örneğin, bir ISS şirketi olan Telcom tarafından Ankara ve İzmir şehirlerini birleştiren bir fiber altyapısı kurulmuřtur¹²⁸. Genişbant politikalarıyla ilgili bölümde detaylı olarak değinildiği ve gerek kavramsal ereve gerekse öлке uygulamalarından göröldüğu gibi, ilgili piyasada penetrasyon oranı ve rekabet¹²⁹ hem (fiber gibi) farklı platform ve teknolojilere olan yatırımın artırılması hem de mevcut sabit telekomünikasyon (DSL) altyapısının alternatif işletmecilerin kullanımına açılarak daha etkin bir şekilde işletilmesine bağlı olarak gelişmektedir. Bu noktada, ilgili piyasada düzenleyici kurumlar tarafından yapılan regölasyonlar üç kategoride incelenebilecektir. Bunlar sabit altyapının kullandırılması ve bu kapsamda ortaya çıkan rekabet sorunlarını içeren ex post düzenlemeler, kablo TV altyapısı ve fiber optik hatları içeren yeni nesil şebekeler olarak sayılabilecektir. Bunlara ek olarak özellikle 5369 sayılı Evrensel Hizmet Kanunu ve ilgili mevzuatın yürütücüsü konumundaki Ulaştırma Bakanlığı ve bu kategoride yapılan işlemlerde ilgili piyasa yapısı (özelikle penetrasyon oranının artırılması açısından) üzerinde doğrudan etkide

¹²⁶ AB (2009), “Progress Report on the Single European Electronic Communications Market” (14. İzleme Raporu), http://ec.europa.eu/information_society/policy/ecomm/doc/implementation_enforcement/annualreports/14threport/Vol1Part2_30072009.pdf, Erişim Tarihi: 03.06.2010, s. 14-20.

¹²⁷ AB 2009, s.14-15. (AB ölkeleri ve Türkiye’de yerleşik işletmeci DSL pazar payları Ek-2’de verilmektedir).

¹²⁸ BTDÜNYASI (2009), “Telcom İzmir- Ankara arasında da fiberle bağladı.”

http://www.btdunyasi.net/printnews.php?news_id=5721&cat_id=31, Erişim Tarihi: 03.06.2010.

¹²⁹ Burada rekabet bir amaç olarak değil, bir araç olarak görölmelidir. Zira rekabetten beklenen tüketicilere (son kullanıcılar) sunulan hizmetin fiyatının düşmesi ve hizmet çeşitliğinin artmasıdır.

bulunmaktadır¹³⁰. Piyasa yapısı üzerinde yapılan bu değerlendirmenin ardından, piyasa düzenlemeleriyle birlikte düşük penetrasyon oranı ve rekabet seviyesinin ardında yatan sebeplerin ele alınması faydalı olacaktır.

4.3. Düzenleyici Yaklaşımlar

4.3.1. Sabit Telekomünikasyon Şebekesi¹³¹

Yatırım merdiveni kavramı çerçevesinde diğer ülke uygulamalarında da görüldüğü üzere Türkiye’de genişbant (xDSL) altyapısının diğer İSS’lara açılması yeniden satış yöntemiyle başlamıştır. 2003 yılında Türk Telekom’un 60.000 ADSL portluk yatırım kararını müteakip diğer İSS’lar da ilgili piyasada faaliyet göstermek için bu şirketle anlaşma yoluna gitmişler fakat bu süreçte bir netice alınamaması nedeniyle, bu şirketler¹³² konuyu hem BTK¹³³ hem de Rekabet Kurumu’na götürmüşlerdir. Konuyla ilgili olarak ilk kararı alan Rekabet Kurulu Kararına istinaden söz konusu portların dağıtımı, BTK tarafından bunların diğer İSS’ların da kullanımına açılmasına yönelik bir regülasyon hazırlayana kadar durdurulmuştur¹³⁴. Bu karar ve ilgili şikâyet üzerine BTK 5.000 ADSL portunun İSS’lara % 18’lik bir marjla ve yeniden satış yöntemine göre dağıtılmasıyla ilgili bir düzenleme ihdas etmiştir. Söz konusu karar İSS’larına belirli bir oranda sabit port ve ayrıca abone sayısına göre de artan oranlı bir tahsis sayısı öngörmektedir. İSS’lar kendilerine sadece yeniden satış yönteminin önerilmesi¹³⁵ ve kendilerine sağlanan marj nedeniyle, fazla talepte bulunmamışlar¹³⁶, Kasım 2004 sonunda 1000 port bazında 11 İSS Türk Telekom’la yeniden satış anlaşması yapmıştır¹³⁷.

¹³⁰ Şüphesiz herhangi bir piyasayı yapısal olarak etkileyebilecek çok çeşitli kurum ve düzenleme bulunmaktadır. Örneğin Maliye Bakanlığı ve uyguladığı vergi politikaları, şirketlerin faaliyetleri ve kararları üzerinde doğrudan tesirde bulunmaktadır. Çalışma konusu genişbant internet hizmetleri piyasasında da vergi politikaları diğer talep ve arz yönlü politikalarla birlikte DPT Bilgi Toplumu Stratejisi ve Eylem Planı (2006-2010) raporlarında yer almış ve vergi indirimlerinin fiyatları düşürerek talebi artıracığı ifade edilmiştir. Ancak çalışma konusu özellikle düzenleyici kurumların politikaları ve bunların etkileşimi olması hasebiyle, burada vergi politikaları gibi hususlar ele alınmamıştır.

¹³¹ Bu bölümde özellikle Rekabet Kurulu kararları ve BTK düzenlemeleri ele alınmaktadır.

¹³² Başvurular İSS’ların kurmuş olduğu Türkiye İnternet Servis Sağlayıcıları Derneği (TISSAD) tarafından yapılmaktadır.

¹³³ O dönemde kurum ismi Telekomünikasyon Kurumu olup, çalışmada sadece BTK (Kurul ve Kurum aynı anlamda) kısaltması kullanılmıştır.

¹³⁴ 04-09/82-22 sayılı ve 29.01.2004 tarihli Rekabet Kurulu Kararı.

¹³⁵ Veri akış erişimi ve yerel ağa paylaşımlı erişim gibi daha gelişmiş yöntemlerin sunulmaması eleştirisi konusu olmuştur.

¹³⁶ Söz konusu şirketlerin kendi beyanlarıdır.

¹³⁷ ATİYAS, I. (2005), “Competition and Regulation in the Turkish Telecommunications Industry”, TEPAV, Ankara, s. 32.

Müteakiben 2004 yılında Türk Telekom 200.000 adetlik yeni bir ADSL port yatırımına gitmiş, İSS'lar yine benzer şikâyetlerle BTK ve Rekabet Kurumu'na başvurmuşlardır¹³⁸. Ancak bu talep (şikâyet) kapsamında veri akış erişimine de izin verilmesi yer almıştır. Atiyas'a göre¹³⁹ Rekabet Kurumu ex ante regülasyon kapsamında olduğu düşüncesiyle ve kamusal bir düzenlemeye karşı bir işlem yapmama değerlendirmesiyle herhangi bir karar almamıştır^{140, 141}. BTK ise konuyla ilgili kararında Türk Telekom'a IP seviyesinde veri akış erişimini zorunlu hale getirmiş ve şirketin toptan satış tarifelerini Haziran 2004 tarihine kadar hazırlamasını şart koşmuştur. Daha sonraki süreçte BTK Türk Telekom'un hazırlamış olduğu tarifeyi revize etmiş ve marjı % 41-50 arasında belirlemiştir. Ancak Türk Telekom söz konusu kararı BTK'nun Tarife Yönetmeliğine göre Kurumun kendisine sunulan tarifeyi *değiştirerek*¹⁴² onaylama yetkisi bulunmadığı savıyla yargıya taşımıştır. Bu süreçte ilk olarak yürütmenin durdurulması kararı alınmış, Temmuz 2005 tarihinde ise konu iptalle sonuçlanmıştır. Söz konusu yargı süreci devam ederken BTK ve Türk Telekom veri akış erişimindeki marjın % 29- % 35 arasında olması üzerinde uzlaşmışlardır. Buna rağmen İSS'lar Türk Telekom'la diğer teknik hususlarda anlaşma sağlayamamış ve konu yine BTK'na taşınmıştır. BTK hakemliğinde sürdürülen uzlaştırma 2005 yılının ikinci yarısında Türk Telekom'un özelleştirilmesi süreci ve özellikle bu şirketin geciktirme taktikleri nedeniyle yavaş ilerlemiş ve taraflar arası ilk veri akış erişimi anlaşması Şubat 2007 de

¹³⁸ Rekabet Kurumu'nun BTK'ndan görüş alma prosedürü esas itibariyle 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu tarafından düzenlenmektedir. Bu Kanunun 'Rekabetin Sağlanması' başlıklı 7nci maddesi ikinci fıkrasında '...(2) Rekabet Kurulu, elektronik haberleşme sektörüne ilişkin olarak yapacağı inceleme ve tetkiklerde, birleşme ve devralmalara ilişkin olarak vereceği kararlar da dahil olmak üzere elektronik haberleşme sektörüne ilişkin olarak vereceği tüm kararlarda, öncelikle Kurumun görüşünü ve Kurumun yapmış olduğu düzenleyici işlemleri dikkate alır.' ifadesi bulunmakta olup, Rekabet Kurulu'nun ilgili piyasadaki kararları öncesi BTK düzenlemelerini göz önüne alınması gerektiğini hükme bağlamaktadır.

¹³⁹ Atiyas, 2005, s. 32.

¹⁴⁰ 04-57/796-199 sayılı ve 02.09.2004 tarihli Rekabet Kurulu Kararı.

¹⁴¹ Bu bağlamda Atiyas'ın (2005, 33) verdiği diğer örnekte 2003 yılında Türk Telekom'un ISDN tariflerine ilişkin yapılan şikâyet başvurusudur. Türk Telekom'un ISDN erişim tarifelerine sekiz aylık bir süreçte % 50 oranında zam yaparken, perakende fiyatlarda bu oranda bir artış yapmayarak fiyat (marj) sıkıştırmasına gittiği iddiaları şikâyet konusunu oluşturmuştur. Konuyla ilgili Rekabet Kurulu Kararında söz konusu artışın BTK'nun düzenlediği fiyat tavanı (price cap) uygulaması kapsamında olduğundan bahisle, bu şikâyetin 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun kapsamında ele alınamayacağı ifade edilmektedir. Buradan, Atiyas tarafından da vurgulandığı gibi, Rekabet Kurumu'nun BTK'nun özel düzenlemeler getirdiği alanlara girmek istemediği anlaşılmaktadır. Nitekim çalışma kapsamında diğer örneklerden de görüleceği üzere, Rekabet Kurumu henüz düzenlenmemiş alanlarda rekabetin artırılması için BTK'nun bazı düzenlemeleri yapmasını (yalın ADSL Kararı gibi) isteyebilmektedir.

¹⁴² Değiştirme aynı zamanda yeni tarife uygulaması (fiyat bazında) anlamında değerlendirilebilecektir.

imzalanmıştır¹⁴³. Söz konusu hizmetin verilmeye başlaması ise, Türk Telekom'un veri akış erişimine ilişkin referans tekliflerini hazırlaması sonucunda 2008 yılında mümkün olmuştur¹⁴⁴.

İlgili piyasada yatırım merdiveninin ilk iki aşamasının gerçekleşmesi sürecinde yaşanan diğer bir gelişme 20.04.2004 tarihinde BTK tarafından Yerel Ağa Ayrıştırılmış Erişime İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğin (YAPA) yayımlanmasıdır. Sabit altyapının alternatif işletmecilerin kullanımına açılması ve kendi yatırımlarını da yapabilmelerine olanak sağlayan bu düzenleme 01.07.2005 tarihinde yürürlüğe girmiş, ilk referans yerel ağa ayrıştırılmış erişim teklifi ise 22.11.2006 tarihinde yayımlanmıştır.¹⁴⁵

Yeral ağın paylaşımına açılmasına ilişkin uygulama 22.02.2007 tarihinde 3 adet Türk Telekom santralının paylaşımına açılmasıyla başlamıştır. Bu süreçte, her üç ayda bir önceki dönemde erişime açılan santral sahası sayısının iki adet artırılması ön görülmektedir. Böylelikle söz konusu uygulamaya açılması planlanan santral sayısı 22.05.2010 tarihinde 250 adede ulaşacak ve 22.11.2010 itibariyle de talep edilebilecek santral sayısı 350 olacaktır¹⁴⁶. Bu kapsamda, ilgili piyasada faaliyet gösteren işletmeciler tarafından yapılan eleştiride 'söz konusu 249 santralin daha hızlı bir şekilde YAPA'ya açılması sağlanmalı (3 aylık dönemler kısaltılmalı ya da dönem başına açılacak santral sayısında ciddi artışlara gidilmeli) ve bu şekilde işletmecilerin önü açılmalıdır'¹⁴⁷ şeklinde bir ifade kullanılmaktadır. İlgili hizmetin verilebileceği tesis sayısı dışında bu hizmetin tarifesi (bedeli) ve tesislerdeki paylaşım, kullanım imkânları da YAPA'nın etkinliğini belirleyici faktörler arasında yer almaktadır. İlk aşamada baz maliyet aylık 20 TL olarak belirlenmiş olup, bu ücret Temmuz 2007 tarihinde 17 TL'ye indirilmiş ve en son olarak da 15,3 TL'ye düşürülmüştür. Bu indirimlerin aynı zamanda Türk Telekom perakende aylık sabit ücreti ile YAPA kullanım ücreti arasındaki negatif marjın¹⁴⁸ azaltılması amacını taşıdığı

¹⁴³ ÜNVER, M.B., (2009), "Exploring the ways to increase broadband deployments: a critical discussion and possible breakthroughs for Turkey", http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1000&context=mehmet_unver, Erişim Tarihi: 03.06.2010, s.11.

¹⁴⁴ ATİYAS, I. ve P. DOĞAN, (2009), 'The political economy of liberalization of fixed line telecommunications in Turkey', Mossavar- Rahmani Center for Business and Government, Harvard Kennedy School, http://www.hks.harvard.edu/m-rcbg/rpp/Working%20papers/RPP-2009-01_Atiyas_Dogan.pdf, Erişim Tarihi: 03.06.2010, s. 13.

¹⁴⁵ Ünver 2009, s. 11.

¹⁴⁶ Türk Telekom, Referans Yerel Ağa Ayrıştırılmış Erişim Teklifi, http://www.tk.gov.tr/Basin_Duyurular/Duyurular/kamuoyu/teklifler/TT_Refer_Eri_Teklifi.pdf, Erişim Tarihi: 03.06.2010, s.135-142.

¹⁴⁷ TELKODER (2008), "Yapa, Ortak Yerleşim ve Tesis Paylaşımı, Çalışma Grubu Raporu", www.telkoder.org.tr/files/1-report/YAPAOYTPCG_21_01_2008.doc, Erişim Tarihi: 03.06.2010.

¹⁴⁸ Bu husus için bkz. Telkoder 2008, s.7-8.

değerlendirilmektedir^{149, 150}. Bu çerçevedeki ikinci önemli gelişme de referans teklifin bir eki olarak tesis paylaşımına yönelik usul ve esasların belirlenmesidir. Ünver'e¹⁵¹ göre BTK yerel ağı paylaşımına açılma sürecinin geliştirilmesine önem vermekte ve hem bağlantı, kullanım ücretlerinin düşürülmesi hem de tesis paylaşımıyla ilgili ücretlerin Kasım 2006 tarihinden itibaren 3 kez indirilmesi buna örnek gösterilmektedir.

YAPA'yla ilgili BTK'nun ex ante düzenlemeleri sürerken yine Rekabet Kurumu'na bir şikayette bulunulmuş¹⁵² ve bu şikayette Telcom tarafından (diğer hususların yanı sıra) YAPA tarifelerinin yıkıcı fiyata, fiyat sıkıştırmasına ve çapraz sübvansiyona yol açtığı iddialarına yer verilmiştir¹⁵³. Söz konusu şikayete ilişkin yapılan değerlendirmede ise Rekabet Kurumu'nun telekomünikasyon sektörüne yönelik alacağı kararlar öncesinde BTK'nun görüşünü alması gerektiği ve bu kurumun yaptığı öncül düzenlemelerin de dikkate alınarak karar verildiği belirtilmektedir¹⁵⁴. Bu çerçevede, Rekabet Kurumu'nun diğer ADSL kararlarında olduğu gibi, öncül düzenlemelerin bulunduğu alana doğrudan müdahale etmediği görülmektedir. Rekabet Kurumu'na, fiyat dışındaki ve tesis paylaşımıyla dolaylı olarak ilgili olabilecek bir konuda yapılan diğer bir şikâyeti, Türk Telekom'un bina sahipleriyle yaptığı anlaşmaların münhasırlık içerdiği ve bu suretle alternatif operatörlerin piyasaya girişinin engellendiği iddiası oluşturmuştur. İlgili Rekabet Kurulu Kararında ise tesis paylaşımı mevzuatı da değerlendirilmiş ve esas itibarıyla söz konusu anlaşmaların herhangi bir münhasırlık içermemesi hasebiyle şikayet reddedilmiştir¹⁵⁵. Rekabet Kurumu'nun bu kategoride önem arz eden ve dolaylı olarak ex ante düzenleme kapsamında değerlendirilebilecek diğer bir kararını ise 'Yalın ADSL' oluşturmuştur¹⁵⁶. Yalın DSL, son kullanıcılara mevcut yerel ağı işleten yerleşik işletmeciden sabit telefon hizmeti almaksızın rakip işletmecilerden ADSL hizmeti alma imkanı sağlayan bir uygulamadır. Bir başka deyişle, yalın DSL, geleneksel telefon hizmeti ile genişbant DSL hizmetinin birbirinden ayrılması anlamına gelmektedir. Uygulama açısından bakıldığında,

¹⁴⁹ Ünver 2009, s.12.

¹⁵⁰ Ayrıca, bu şirketin uyguladığı abone devresi tesis ücreti de tam ve paylaşımlı erişim için 68 ve 74 TL'ye düşürülmüştür (ilk belirlenen ücretler 100 ve 110 TL olup, yaklaşık % 32'lik bir indirim söz konusudur).

¹⁵¹ Ünver 2009, s.13-14.

¹⁵² 21.10.2009 tarihli ve 09-48/1206-306 sayılı Rekabet Kurulu Kararı.

¹⁵³ 'Türk Telekom tarafından alınan Tam YAPA hizmetinin aylık ücretinin vergi hariç 15,3 TL olduğu, ancak...mevcut YAPA ücreti ile Türk Telekom'un sabit ücreti sübvansiyon ettiğini, bunu önlemek... için sabit ücretin 15,3 TL seviyesine çıkartılması gerektiğini,...

¹⁵⁴ Bkz. Dip not 135.

¹⁵⁵ 09-47/1160-294 sayılı ve 14.10.2009 tarihli Rekabet Kurulu Kararı.

¹⁵⁶ 09-07/127-38 sayılı ve 18.02.2009 tarihli Rekabet Kurulu Kararı.

kullanıcıların sabit telefon işletmecisine aylık ücret (kullanıma bağlı olmayan sabit ücret) ödemeksizin genişbant ADSL hizmetleri alabilmesi mümkün hale gelmektedir. Söz konusu hizmetin sunulabilmesi için teknik açıdan şebekede bir değişikliğe gidilmesine gerek bulunmamakta, yerleşik işletmecinin faturalama sisteminde telefon hizmeti ile DSL hizmetini ayırması yeterli olmaktadır. Bu nedenlerden ötürü söz konusu uygulamanın başlamasının ilgili piyasada rekabet üzerinde olumlu etkileri olacağı söylemek yanlış olmayacaktır. Yerel ağın ayrıştırılması uygulamaları kadar yaygın olmamakla birlikte, yalın DSL hizmeti birçok ülkede bulunmaktadır. Yalın DSL'in çeşitli formları Avusturya, Belçika, Kanada, Estonya, Fransa, İtalya, Hollanda, Norveç, İsveç, İngiltere ve ABD'de sunulmaktadır. Yalın DSL, uygulama kolaylığı nedeni ile İSS'lar açısından veri akış erişimi uygulamasından bir sonraki adım olarak değerlendirilmektedir. Yalın DSL uygulaması ile İSS'lar müşterilerine DSL hizmeti ile birleştirilmiş şekilde düşük tarifeli VoIP hizmet paketleri ve IPTV, görüntülü telefon gibi hizmetleri sunabilmektedir. Söz konusu hizmet, yerel ağa ayrıştırılmış erişim stratejisini ilk aşamada benimsemeyen rekabetçi işletmeciler için önemli bir alternatiftir¹⁵⁷.

Bu çerçevede, ilgili Rekabet Kurulu Kararında BTK'na gerekli başvurunun yapılarak üç ay içerisinde Türk Telekom tarafından yalın ADSL hizmetinin başlatılması kararı alınmıştır. BTK uzmanları tarafından başlatılan çalışmada ise bu yılın Ocak ayında Referans Teklifile ilgili kamuoyu görüşü alınma süreci tamamlanmış ve ilgili hizmete ilişkin tarifelerin belirlenmesi sonucu, bu hizmetin Temmuz ayında başlatılması planlanmıştır.¹⁵⁸ Nitekim söz konusu düzenleme 14.07.2010 tarih ve 2010/DK-07/417 sayılı (BTK) Kurul Kararıyla hayata geçirilmiş bulunmaktadır.¹⁵⁹ Ancak uygulama için belirlenen ücretle ilgili tarafların şikâyetleri devam etmektedir¹⁶⁰. Uygulamanın yeni

¹⁵⁷ EVREN G. ve A. TÖZER (2009), "Yalın DSL: İktisadi Düzenleyici İncelemeler, Deneyimler ve Öneriler", Habtekus 2009, Haberleşme Teknolojileri ve Uygulamaları Sempozyumu, Yıldız Teknik Üniversitesi, s.1-2.

¹⁵⁸ BTK (2010b), "BTK 2010 İş Planı", <http://www.btk.gov.tr>, Erişim Tarihi: 03.06.2010.

¹⁵⁹ 14.07.2010 tarih ve 2010/DK-07/417 sayılı BTK Kurul Kararı, <http://www.tk.gov.tr/duzenlemeler/Hukuki/kurulkararlari/2010/2010%20DK-07-417.pdf>, Erişim tarihi: 03.06.2010.

¹⁶⁰ Yalın ADSL ücretinin tüketiciye yansımalarının 13-14 TL arasında olacağı belirtilirken, Telkoder'e göre bu ücret mevcut abonelere bir avantaj sağlamamakta ve bunun için 6,15 TL düzeyinde bir ücret belirlenmesi gerekmektedir. Diğer taraftan, Türk Telekom tarafından yapılan açıklamada da BTK'nun belirlediği ücretin maliyetlerin altında kaldığı ifade edilmektedir. Bkz. HÜRRIYET (2010), 'Yalın ADSL fiyatları belirlendi', <http://www.hurriyet.com.tr/ekonomi/15447145.asp>, Erişim tarihi: 30.07.2010 ve NTVMSNBC (2010), 'Yalın ADSL başladı ama...', <http://www.ntvmsnbc.com/id/25119402/>, Erişim tarihi: 01.08.2010.

başlaması nedeniyle, bu aşamada yalın ADSL'in etkileri, fiyat seviyesi ve buna olan taleple ilgili bir değerlendirme yapılamamaktadır.

Yukarıda da değinildiği üzere¹⁶¹ Rekabet Kurulu telekomünikasyon sektörüyle ilgili alacağı Kararlar öncesi ilgili mevzuat gereği öncelikle BTK düzenlemelerini göz önüne almakta ve buna göre hareket etmektedir. Bu kapsamda, Rekabet Kurulu'nun Yalın ADSL ile ilgili politikasının da ilk ADSL port dağıtımıyla ilgili konuda izlenen yöntemle paralellik arz ettiği görülmektedir. Söz konusu Kararlar ışığında, Rekabet Kurumu politikasının ilgili piyasada rekabeti artıracakı düşünölen ancak belirli ek düzenlemelerin gerektiği (yerel ağın paylaşımına açılması, tesis paylaşımı ve referans teklif mevzuatı gibi) regölasyonların (rekabet araçlarının) BTK görev alanında olduğu ve bu Kurum marifetiyle gerçekleştirilmesini içerdiği yönünde bir değerlendirme yapılabilecektir. Diğer bir deyişle, Rekabet Kurumu hem ADSL port dağıtımı hem de yalın ADSL konusunda, bir anlamda ilk adımı atmış ve gerekli regölasyonları sektörel düzenleyici kuruma bırakmıřtır¹⁶².

Diğer taraftan, Rekabet Kurumu'nun ilgili piyasanın yapısı üzerinde doğrudan etkili olduğu diğer önemli bir karar, Türk Telekom'un (özelleştirme sonrası) ayrıştırılmasıyla ilgilidir¹⁶³. Söz konusu Kararda "TTNet internet servis sağlayıcılığı faaliyetlerinin, en geç Türk Telekom'un devir tarihini takip eden altı aylık süre zarfında tamamlanmak üzere diğer iş birimlerinden ayrı bir tüzel kişiliğe kavuşturulması" şartı getirilmiş ve bunun sonucunda perakende seviyedeki internet hizmetleri TTNet'e aktarılırken, internet omurgası (altyapı) Türk Telekom'da kalmıştır. Kararda ifade edildiği gibi bu işlem farklı tüzel kişilikler öngörmekteyse de, yapısal bir ayırım getirmemiştir. Zira bu şirketlerin mülkiyet yapısında bir değişikliğe gidilmemiştir. Fonksiyonel ayrıştırma olarak nitelendirilebilecek bu işlemlerle dikey bütünleşik işletmecinin toptan ve perakende kollarının ayrılarak yıkıcı fiyat, fiyat sıkıştırması, ayırımcı uygulamalar gibi rekabeti bozucu eylemlerinin sınırlandırılmasının amaçlandığı düşünölmektedir. Ancak, bu ayrıştırmanın fonksiyonel ayrıştırmanın tüm unsurlarını içerip içermediği konusunda bir değerlendirme yapılamamaktadır. Fonksiyonel ayrıştırmadan beklenen sonuçların elde edilebilmesi için gerekli unsurların hepsinin yerine getirilmesi ve bunların sürekli denetlenmesi gerekmektedir. Örneğin, toptan ve perakende seviyede ayrıştırılan şirketler arasındaki bilgi alışverişine yönelik kurallar oluşturulmalı ve bunun alternatif işletmecilerin aleyhinde rekabeti bozucu şekilde kullanılmasının önlenmesi

¹⁶¹ Bkz. dip not 135.

¹⁶² Bu argöman 'apriori' bir değerlendirmeyi içermemektedir. Bir başka deyişle RK kararı olmadan söz konusu düzenlemelerin BTK gündemine gelip gelmeyeceği hususunda bir inceleme yapılmamakta olup, sadece kronolojik sıra itibariyle bir değerlendirmede bulunmaktadır.

¹⁶³ 05-48/681-175 sayılı ve 21.07.2005 tarihli Rekabet Kurulu Kararı.

gerekmektedir. Yine bu süreçte, düzenleyici kuruma önemli bir rol düşmekte ve sürekli bir denetleme ihtiyacı bulunmaktadır¹⁶⁴. Bu noktada, (diğer hususların yanı sıra) Rekabet Kurumu ve BTK arasında etkin bir işbirliğinin fayda sağlayacağı düşünülmektedir.

Yukarıda da bahsedildiği gibi, söz konusu ayrıştırmanın yasal yükümlü işletmecinin toptan ve perakende iş kollarının ayrılması sonucu denetim ihtiyacını ortadan kaldırmasa da, daha etkin bir piyasa düzenlemesini (hesap ayırımı, maliyet muhasebesi gibi düzenlemelerin daha etkin bir şekilde uygulanabilmesi) getirdiği değerlendirilmektedir. Nitekim ayrıştırma sonrası Rekabet Kurumu tarafından yükümlü işletmeci aleyhine verilen kararlar, fiyat sıkıştırması gibi hususlarda bu işletmecinin rekabeti engelleyici eylemlerinin daha etkin bir şekilde izlenebildiğini göstermektedir. Bu süreçte özellikle Rekabet Kurulu tarafından alınan iki karar önem taşımaktadır¹⁶⁵. Rekabet Kurulu tarafından tek bir teşebbüs olarak kabul edilen işletmecinin toptan ve perakende hizmetlerinde fiyat sıkıştırması yoluyla rakiplerinin faaliyetlerinin zorlaştırıldığı kararı alınmıştır¹⁶⁶. Burada ‘Yaz Fırtınası’ kampanyası dahil olmak üzere TNet’in maliyet altı veya Türk Telekom’un toptan fiyatlarıyla karşılaştırıldığında fiyat sıkıştırması niteliğinde olabilecek son kullanıcı fiyatlarını içeren tüm kampanyaların durdurulması kararı verilmiştir. Yine yasal yükümlü işletmecinin toptan ve perakende hizmetler arasında fiyat sıkıştırması yaptığı iddialarını içeren benzer bir konuda alınan kararda¹⁶⁷ ise Türk Telekom ve TNet tarafından oluşturulan ekonomik bütünlüğün ilgili piyasada hakim konumunu perakende pazarda fiyat sıkıştırması yoluyla kötüye kullandığı sonucuna ulaşılmış ve teşebbüse 12.394.781,16 TL ceza verilmiştir. Diğer taraftan, Rekabet Kurumu’na yapılan diğer bir şikâyette fonksiyonel ayırımın başka bir unsuru yer almıştır. Bu şikâyette TNet’in Türk Telekom’un pazarlama kanallarını kullandığı ve bunların diğer alternatif operatörlere açılmadığı belirtilerek, söz konusu eylemin rakiplerin faaliyetlerini zorlaştırdığı iddialarına yer verilmiştir. İlgili Rekabet Kurulu kararında TNet’e sunulan pazarlama imkânlarının telekomünikasyon tanımına girmediği ve zorunlu unsur

¹⁶⁴ Örneğin İngiltere’de BT kapsamında benzer bir ayrıştırma yapılmış ve düzenleyici kurum (Ofcom) süreçle ilgili kamuoyuna bilgi verici raporlar yayımlamıştır. Maliyetli bir süreç olan ayrıştırma sonucu halen bazı problemler devam etmekte ve çeşitli iyileştirmelere gidilmektedir (hizmet seviyesi, hizmetin teslim süresi vb).

¹⁶⁵ Bahsedilen iki Karar birbirinden tamamen ayrı bir nitelik taşımamakta olup, ilk Karar ikinci Karara dayanak oluşturan soruşturma sürecinde alınmış bir geçici tedbir Kararıdır.

¹⁶⁶ 07-59/676-235 sayılı ve 11.07.2007 tarihli Rekabet Kurulu Kararı.

¹⁶⁷ 08-65/1055-411 sayılı ve 19.11.2008 tarihli Rekabet Kurulu Kararı.

kapsamında olmadığı ifadelerini içeren BTK görüşüne yer verilmiş ve konuyla ilgili bir soruşturma açılmasına gerek olmadığı sonucuna ulařılmıştır¹⁶⁸.

4.3.2. Kablo TV

Önceki bölümde vurgulandığı gibi, şebekelerarası rekabetin geliştirilmesi, genişbant penetrasyon oranlarının ve kullanıcı memnuniyetinin artırılması açısından şebeke içi rekabete göre daha etkili sonuçlar getirebilmektedir. Rekabet Kurumu ve BTK da genişbant erişimin alternatif platformlardan verilmesi ve daha da önemlisi bu şebekelerdeki tekel yapının yerine daha rekabetçi bir piyasa yapısının alması amacıyla düzenlemeler yapmaktadırlar. Bu düzenlemelerin başlangıcı 2001 yılına kadar uzanmaktadır. Her iki kurum da bu yıl içerisinde Türk Telekom aleyhine açtıkları soruşturmalarda, kablo TV altyapısının başka işletmecilere de açılması hususunu gündemlerine almışlardır¹⁶⁹. Ancak her iki soruşturmada da kablo TV altyapısının daha etkin kullanılmasına yönelik kararlar alınsa da, gelir ortaklığı modelinden¹⁷⁰ kaynaklanan sorunlar, Türk Telekom'un sunduğu diğer teknik nedenler gibi hususlar nedeniyle, bu konuda bir ilerleme kaydedilememiştir. Söz konusu şebekeyle ilgili önemli bir gelişmeyi ise yine Türk Telekom'un özelleştirilmesi sürecinde ilgili Rekabet Kurulu kararı oluşturmuştur¹⁷¹. İlgili karar çerçevesinde Kablo TV şebekesi 5335 sayılı Kanunla Türksat A.Ş.'ne devredilmiştir. Kablo TV altyapısının ayrılması yapısal ayrıma bir örnek teşkil etmektedir. Şebeke mülkiyeti ile birlikte el değiştirmiş ve başka bir tüzel kişilik tarafından işletilmeye başlanmıştır. Devir işleminden sonra da gelir ortaklığı sisteminden kaynaklanan hukuki anlaşmazlıkların uzun süre devam etmesi sonunda, yapısal ayrımdan beklenen sonucun elde edilmediği görülmektedir. Bu süreçte BTK tarafından da ex ante düzenlemelerle altyapının daha etkin kullanılmasına yönelik çalışmalar yapılmış ve kablo platform hizmetinin yetkilendirilmesine ilişkin usul ve esaslar belirlenmiştir¹⁷². Burada, kablo platform hizmeti kablo şebekesi üzerinden her türlü ses, veri, görüntü ve şifreli/şifresiz radyo/TV sinyallerinin tek yönlü/çift yönlü biçimde abonelere sunulmasını kapsayan telekomünikasyon hizmeti olarak tanımlanmakta ve

¹⁶⁸ 09-26/537-127 sayılı ve 03.06.2009 tarihli Rekabet Kurulu Kararı.

¹⁶⁹ 01-13/123-M sayılı ve 28.3.2001 sayılı RK Soruşturması, 29.05.2001 tarihli BTK Soruşturması.

¹⁷⁰ Hâlihazırdaki durum itibarıyla Türksat gelir paylaşım ortaklığı (GPO) usulü ile çalışmamaktadır. Yüklenici firma (taşeron) ile çalışmaktadır. Uygulanmakta olan prosedüre göre ihaleye çıkılmakta ve ihale sonucunda bölge bazlı taşeron firma ile anlaşılmaktadır. (Örnek: Ankara 1. Bölge X firması; Ankara 2. Bölge Y firması ; İstanbul Anadolu 1. Bölge X firması gibi). Taşeron firmaların ödemeleri "Aylık Hakediş Usulü" ne göre yapılmaktadır.

¹⁷¹ 05-48/681-175 sayılı ve 21.07.2005 tarihli Rekabet Kurulu Kararı.

¹⁷² 05.02.2005 tarih ve 25718 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Telekomünikasyon Hizmet ve Altyapılarına İlişkin Yetkilendirme Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

kablo platform hizmeti sunacak işletmeciye kullanıcılara radyo/TV yayınlarını iletme ve veri iletimi ile telefon ve internet erişimi hizmetlerini sunma hakkı vermektedir. Sabit şebekeye alternatif bir şebeke oluşturulması amacını güden bu yetkilendirme eki Danıştay 13 üncü Dairesinin Kararı¹⁷³ ile iptal edilmiştir. Hâlihazırda, yürürlükteki düzenleme kapsamında “Kablo Platform Hizmeti”ne ilişkin olarak BTK’ndan 2. Tıp Telekomünikasyon Ruhsatı almış olan işletmeciler, altyapı işletmeciliği hizmeti, internet servis sağlayıcılığı ve kablolu yayın hizmeti için bildirimde bulunmuş sayılmaktadırlar. Telefon hizmeti sunmak isteyen kablo platform hizmeti işletmecilerinin ise, sabit telefon hizmetine yönelik olarak BTK’na bildirimde bulunmaları ya da kullanım hakkı için ayrıca başvuruda bulunmaları gerekmektedir^{174,175}.

Yapılan bu değerlendirmeler ve (bir önceki alt bölümde ele alınan) abone sayısı, pazar yapısı gibi hususlar dikkate alındığında, rekabet açısından sonucun sabit şebekedeki durumdan daha kötü olduğu görülmektedir. Bu noktada, Kablo TV altyapısının iyileştirilmesi ve gerekli yatırımların yapılabilmesi için özelleştirme alternatifinin de değerlendirilerek, alternatif işletmecilerin etkin bir şekilde bu altyapıdan yararlanmalarını sağlayıcı düzenlemelerin tartışmaya açılmasının uygun olacağı mütalaa edilmektedir. Ayrıca, yine düzenleyici kurumların etkin işbirliği önemli olmakla birlikte, sektörle ilgili diğer kuruluş ve özel sektör temsilcilerinin de birlikte çalışmalarının sağlanması faydalı olacaktır. Örneğin, bu platformu kullanacak (veya kullanmayı isteyecek) işletmecilerin de altyapıyı geliştirici yatırımlar yapması sağlanmalı ve bu konuda teşvik edici politikalar geliştirilmelidir.

4.3.3. Yeni Nesil Şebekeler

Tüm bu düzenleyici kurum regülasyonları şüphesiz belirli bir dereceye kadar piyasa gelişimini sağlayacaktır. Diğer bir deyişle, mevcut altyapıdan diğer operatörleri yararlandırmanın bir sınırı bulunmakta ve özellikle yeni nesil şebekelere geçiş için fiber gibi yüksek hız, kapasite sağlayan altyapı yatırımlarına ihtiyaç duyulmaktadır. Telekomünikasyon sektörü, piyasa özellikleri gereği belirli ölçüde kurulum maliyetlerini gerektiren bir pazardır. Bu nedenle, düzenleyici çerçevenin yeni yatırımları zorlaştırıcı değil, teşvik edici bir şekilde oluşturulması gerekmektedir. Günümüz piyasalarında yatırım yapmak isteyen girişimciler çeşitli şekillerde desteklenmekte ve bunun için

¹⁷³ 24.0.1.2007 tarihli ve E.2005/6375, K.2007/315 sayılı Karar.

¹⁷⁴ Daha detaylı bilgi için bkz. <http://www.btk.gov.tr/Yetkilendirme/yetkilendirmetanimi.htm>

¹⁷⁵ Ancak, işletmecilerce alınan yetkilendirmelerin (hangi ölçüde) kullanılıp kullanılmadığı gibi hususlarda bir değerlendirme yapılamamaktadır. Kablo TV şebekesiyle ilgili yapılacak detaylı çalışmalarda diğer hususların yanı sıra düzenleyici çerçeveye ilgili analizlerin de yapılmasının faydalı olacağı düşünülmektedir.

farklı politikalar üretilmektedir. Burada, genişbant erişim hizmetlerinde de kendi inisiyatifleriyle yatırım yapacak şletmecilerin (buna yasal yükümlü şletmeci de dahil) söz konusu yatırımların geri dönüşünü sağlayacak bir dönem için düzenlemeden muaf tutulması gerekmektedir. Diğer taraftan, kamu kaynaklarınca yapılacak yeni yatırımlarda, bu altyapıdan tüm şletmecilerin yararlanmasını temin edici önlemler alınmalıdır. Evrensel hizmet fonu da bu tür imkanlar için kullanılabilir. Bu kapsamda, çalışmanın ülke tecrübeleri kısmında da değinildiği gibi (İtalya örneği), kamu otoritesi koordinasyonunda şletmeci ve kamu kaynaklarının ortaklaşa kullanılacağı, fiber optik şebekesi yatırımlarının gerçekleştirilebileceği düşünölmektedir. Ayrıca, evrensel hizmet mevzuatı ve uygulama sürecinin daha şeffaf hale getirilmesi ve buradan kullanılacak fonların kamuoyunca takibinin sağlanması da faydalı olacağı mütalaa edilmektedir.

Sonuç itibariyle yeni nesil şebekelerin kurulması ve yaygınlaştırılması sürecinde Kablo TV örneğinde göröldüğu gibi, sadece düzenleyici kurumların çalışmalarının tek başına yeterli olmayabileceği ve bu konudaki ilgili tüm piyasa aktörlerinin katılımıyla hazırlanacak politikalara en üst derecede (siyasi irade düzeyinde) sahip çıkılarak, politikaların yürütölmесinin etkin bir şekilde denetlenmesi gerektiği değeriendirilmektedir. Yine Kanada örneğinde göröldüğu gibi, bilgi ekonomisi altyapısında sürekli bir yenileme gereksinimi bulunmakta, aksi takdirde ölkeler kısa bir dönem zarfında elde ettikleri avantajları kaybedebilmektedirler. Bu noktada, ölkemizle ilgili olarak sorunların tespiti ve gerekli politikaların, ilgili tüm aktörlerin katılımıyla gerçekleştirilecek bir platformda oluşturulmasının, daha etkin çözümler için gerekli ama yeterli olmayan ilk adımı oluşturacağı değeriendirilmektedir.

4.4. Bilgi Toplumu Stratejisi Eylem Planı (2006-2010)

Ölke tecrübeleri kısmında değinildiği üzere, hemen her ölke bilgi toplumu kriterlerini yakalama amaçlı bir takım hedefler belirlemede ve bunları eylem planı olarak yayımlamaktadır (örneğin, Siber Kore ve E-Avrupa eylem planları). Bu bağlamda, Türkiye’de de BİT kullanımını artırmak ve (internet) altyapısını geliştirme amacı doğrultusunda bir takım politika dokümanları oluşturulup, yürürlüğe konulmaktadır. Söz konusu eylem planının temel çerçevesini oluşturan dokuzuncu Kalkınma Planında (2007-2013) genişbant penetrasyon oranının % 20’ye, kullanım bazındaki oranın ise % 60’a çıkarılması hedeflenmiştir¹⁷⁶. Bu temel hedef doğrultusunda yine DPT tarafından hazırlanan ve detaylı politikaları içeren 2006-2010 yıllarını kapsayan Bilgi Toplumu

¹⁷⁶ DPT (2006), *Dokuzuncu Kalkınma Planı (2007-2013)*, DPT, Ankara, www.dpt.gov.tr/DocObjects/Download/1968/plan9.pdf, Erişim tarihi: 03.06.2010.

Stratejisi ve Eylem Planı¹⁷⁷ yürürlüğe konulmuştur. Plan yedi temel stratejik öncelikten oluşmakta¹⁷⁸ ve bu yedi öncelik için detaylı bir şekilde belirlenmiş eylemler (politika araçları) bulunmaktadır. Tam olarak 111 adet olan bu eylemlerin (gerçekleştirilmesinin) sorumlusu olarak çeşitli kurumlar belirlenmiş ve aynı kategorilerde (birlikte çalışılacak) ilgili kuruluşlar tespit edilmiştir. Burada her bir hedefin gerçekleştirilmesi için sorumlu ve ilgili kuruluşlar arasında koordinasyonun sağlanması ve bu aktörler arasında etkin bir işbirliğinin süreç boyunca sürdürülmesinin önemi görülmektedir. Söz konusu plan diğer ülke planlarıyla karşılaştırıldığında hem kapsam hem de her bir eylemin detayı açısından benzer nitelikler taşımaktaysa da, asıl sorunun koordinasyon ve işbirliği kategorisinde olduğu düşünülmektedir. Zira Türkiye’de kamu yönetimi konusunda bilgi sahibi olan herkes yapılan planların, bunlara hükümet politikası olarak sahip çıkılmadığı sürece, etkin bir şekilde yürütülme oranının düşük kaldığı saptamasını yapacaktır. Diğer bir deyişle, birçok kez yapılan planların ölçme ve değerlendirme ayağı eksik kalmakta, fayda-maliyet analizleri yapılmamakta ve bir sorun varsa düzeltici tedbirlere başvurulmamaktadır. Kanaatimce, bu tür sorunlar söz konusu eylem planında da yaşanmıştır. Hangi hedeflerin ne ölçüde gerçekleştiği, göreceli olarak düşük performans alınan kategorilerde niye bu sonucun ortaya çıktığı ve başarılı olarak görülen kategorilerde de fayda- maliyet analizlerinin yapıp yapılmadığı kamuoyuyla yeterince paylaşılmamıştır. Bu noktada, sadece ‘Rekabetçi, Yaygın ve Ucuz İletişim Altyapı ve Hizmetleri’ kategorisinde yer alan eylemlerin gerçekleştirilme derecesi hususunda genel bir değerlendirme yapılmaktadır¹⁷⁹.

¹⁷⁷ DPT (2006) ‘Bilgi Toplumu Stratejisi ve Eylem Planı’, DPT, Ankara,

www.dpt.gov.tr/DocObjects/Download/2227/Eylem_Planı.pdf, Erişim tarihi: 03.06.2010.

¹⁷⁸ Bunlar ‘Sosyal Dönüşüm’, ‘Bilgi ve İletişim Teknolojilerinin İş Dünyasına Nüfuzu’, ‘Vatandaş Odaklı Hizmet Dönüşümü’, ‘Kamu Yönetiminde Modernizasyon’, ‘Küresel Rekabetçi Bilgi Teknolojileri Sektörü’, ‘Rekabetçi, Yaygın ve Ucuz İletişim Altyapı ve Hizmetleri’, ‘Ar- Ge ve Yenilikçiliğin Geliştirilmesi’ şeklinde sınıflandırılmıştır.

¹⁷⁹ Bu çalışma kapsamında tüm politikalar ve gerçekleştirmelerle ilgili değerlendirmeler yapılmamaktadır. Çalışmanın diğer bölümlerinde de ifade edilmeye çalışıldığı üzere ilgili piyasanın gelişmesi için hem talep hem de arz yönlü politikaların uygulanması gerekmektedir. Örneğin, çeşitli kamu hizmetlerinin internet üzerinden verilmesi, düşük fiyatlı bilgisayar temini ve alternatif içerik (eğitim vb.) sağlanması gibi hususlar talep tarafında ele alınırken, artan talebin beslediği arz tarafında da, aynı zamanda, vergi indirimi, avantajlı kredi uygulamaları gibi yatırımı teşvik edici politikalar uygulanmaktadır. Diğer bir deyişle, ilgili piyasanın daha detaylı analizi açısından eylem planındaki tüm politika araçlarının uygulanma etkinliği ve sorunlarının ele alınması faydalı olacaktır.

Tablo - 7
Rekabetçi, Yaygın ve Ucuz İletişim Altyapı ve Hizmetleri- Eylem Planı

A- Rekabetçi Ortamın Oluşturulması		
Politikalar	Kurumlar (Sorumlu ve İlgili)	Hedefin Gerçekleştirilmesi
Hizmetlerde Rekabetin Tesisi	Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu (BTK)- (Sorumlu), Ulaştırma Bakanlığı (UB), Rekabet Kurumu (RK)	Yeterli Değil**
Altyapıda Rekabetin Tesisi	BTK (Sorumlu), UB, RK	Yeterli Değil**
Yerleşik İşletmecinin Toptan ve Perakende Hizmetlerinin Ayrılması ile İlgili Fizibilite Çalışması	BTK (Sorumlu), UB, RK	Değerlendirme İçin Yeterli Bilgi Yok/ Kamuoyuna Bilgi Verilmedi***
B- Vergi Düzenlemesi*		
C- Altyapıların Yaygınlaştırılması ve Geliştirilmesi		
Ortak Yeni Nesil Telekomünikasyon Altyapılarının Teşviki	BTK(Sorumlu), UB, RK	Yeterli Değil** (Değerlendirme İçin Yeterli Bilgi Yok/ Kamuoyuna Bilgi Verilmedi)***
Toplulaştırılmış Kamu Genişbant Alımı	UB (Sorumlu), DPT, Kamu İhale Kurumu, Türksat	Değerlendirme İçin Yeterli Bilgi Yok/ Kamuoyuna Bilgi Verilmedi***
Frekans Tahsisi	RTUK (Sorumlu) Milli Savunma B., UB, BTK, TRT	Değerlendirme İçin Yeterli Bilgi Yok/ Kamuoyuna Bilgi Verilmedi***

* Burada değerlendirilmemektedir.

** İlgili piyasada işletmeci pazar payları ve bunun gelişimi bir gösterge olarak ele alınmaktadır.

*** Yazar tarafından söz konusu çalışmaların yapıldığına dair bir bilgi bulunamamıştır.

Yukarıda tek bir stratejik öncelik altında verilen eylemler ve bunlarla ilgili dönem performansı incelendiğinde, somut çıktı olarak çok başarılı bir grafik çizilmediği anlaşılmaktadır. Tabii ki, bazı eylem kategorilerinde çeşitli çalışmalar yapılmış (mevzuat vb.) ancak özellikle piyasada (yine aynı dönem zarfında) sabit telekom şebekesi içerisinde rekabet seviyesinde bir artış kaydedilememiş ve aynı şekilde sabit şebekeye alternatif olabilecek diğer şebekede de platform içi rekabet oluşturulamadığı gibi kullanım (penetrasyon) oranları da çok düşük seviyede kalmıştır. Ayrıca, bu konularda ilgili kurumların işbirliği ve ortak çalışmayı gerektiren konularda nasıl hareket ettiği, buradan elde edilen çıktılar gibi hususlarda da (kamuoyuna açık) bilgilendirme düzeyinin düşük olduğu görülmektedir.

Diğer taraftan, bu stratejik öncelik kapsamında belirlenen üç hedefi ise (1) sektörün rekabetçiliğinin AB ülkeleri arasındaki yerinin 1 ila 5 inci sıralar arasına getirilmesi, (2) genişbant erişim altyapıları tarafından kapsanan nüfusun toplam nüfusa olan oranının % 75'ten % 95'e çıkarılması ve (3) genişbant erişimin son kullanıcıya maliyetinin kişi başı gelire oranının da % 5,4'den % 2'ye düşürülmesi oluşturmaktadır. Bu hedeflere ve gerçekleştirme durumlarına bakıldığında (2) numaralı hedefin esasında etkinlik değerlendirmesi kapsamında fazla önemli olmadığı (örneğin bu kapsama oranında sunulan hizmetlere talep, hizmetlerin karşılanabilir ücretlerde sunulması gibi hususların bu kriterde gösterilemeyeceği vb.) söylenebilecektir. Zira kanaatimce potansiyel erişim kapasitesi ne penetrasyon oranı ne de kullanım profilleri hakkında bir ölçü olacaktır. Genişbant erişim ve kullanım oranlarında ön sıralarda olan ülkelere bakıldığında artık penetrasyon oranlarının bile (göreceli olarak) önemini yitirmekte olduğu ve asıl üzerinde durulan konunun kullanıcıların internet kullanımına ilişkin eğilimler (internetin hangi amaçlarla kullanıldığı, teşebbüslerdeki BİT kullanım etkinliği ve getirdiği organizasyonel değişimler) olduğu görülmektedir. Üçüncü hedefi oluşturan hususa ilişkin olarak da gerek kişi başına düşen milli gelir gerekse genişbant erişim de hangi tarifenin ele alınacağı gibi konular nedeniyle burada bir değerlendirmeye girilmeyecektir. Bu ölçüt, genel olarak bir karşılaştırma kriteri olarak kullanılabilir de, kanımca ülke milli gelir dağılımlarındaki dengesizlikler (gini katsayısı) ve internet erişim tarifelerinde kullanılan çok sayıda tarife paketi gibi uygulamalar, bu tür karşılaştırmalara çok dikkatli yaklaşmayı gerektirmektedir. Söz konusu hedefler arasında asıl problemleri konu ise sektörün rekabetçilik derecesiyle ilgili olan ölçüttür. Bu çerçevede, 2010 hedefi ECTA sıralamasına göre 1 ila 5 inci sıralar olarak ifade edilirken, geline nokta düzenleyici çerçeve ve rekabet seviyesi açısından ülke performansı istenilen ölçüde artırılmamıştır¹⁸⁰.

¹⁸⁰ECTA (2009), Regulatory Scorecard 2009, ECTA,

Eylem planı ve alt başlıklardaki performansın değerlendirilmesi neticesinde, en önemli eksikliklerin ölçme-değerlendirme, kurumlar arası işbirliği ve kamuoyunu bilgilendirme hususlarında olduğu düşünülmektedir. Özellikle, geleneksel nokta ve karşılaşılan problemler gibi konularda analiz yapılmasına yetecek kamuoyuyla paylaşılan bilginin olmadığı değerlendirilmektedir. Bu yüzden, eğer 2010 sonrası için de yeni bir eylem planı yapılacaksa, söz konusu aksaklık veya eksikliklerin göz önüne alınarak yeni bir düzenlemeye gidilmesi faydalı olacaktır. Örneğin, yetki ve sorumlulukları detaylı bir şekilde belirlenmiş yeni bir kurumun oluşturulması (Bilim ve Teknoloji Bakanlığı gibi) ve buna daha etkin bir koordinasyon ve ölçme-değerlendirme rolü verilmesi, burada değerlendirilebilecek politika alternatiflerinden birini oluşturmaktadır. Ayrıca, bilgi çağının gerektirdiği şekilde, izlenen yöntem ve geleneksel aşama gibi tüm konularda sürekli olarak kamuoyuna bilgi verilmesi ve tartışma zeminlerinin açık tutulmasının (sürecin etkinliğini korumak adına) da önem taşıdığı mütalaa edilmektedir.

5. Politika Çıkarımları

Çalışmada genel olarak değerlendirilmeye çalışıldığı üzere, sabit telekomünikasyon şebekesi içerisinde rekabetin tesisi, ölçüt pazar paylarındaki gelişme olarak ele alınırsa, istenilen ölçüde gerçekleşmemiş ve uygulanmak istenen düzenleyici kararlar çeşitli nedenlerden dolayı genellikle (planlanandan geç) belirli bir zaman diliminden sonra yürürlüğe konulabilmiştir. Diğer taraftan, ilgili piyasa kapsamında özellikle Rekabet Kurumu tarafından yapılan ex post düzenlemelerle de, yasal yükümlü işletmecinin rekabete aykırı eylemlerinin önüne geçilmeye çalışılmıştır. Geleneksel aşamada ise, Yalın ADSL ve YAPA dahil olmak üzere pek çok düzenlemenin tamamlandığı ve fiyat sıkıştırması gibi rekabete aykırı eylemlerin Rekabet Kurumu tarafından, yine bu kurumun geçmişte yaptığı fonksiyonel ayrıştırma gibi kararlar sayesinde (toptan ve perakende fiyatlandırma yöntem ve stratejileri konusunda daha fazla bilgi sahibi olmak gibi) daha etkin bir şekilde ele alınmaya başladığı ifade edilebilecektir. İlgili piyasada kısa vadede yapılacak düzenlemeleri görmek açısından BTK 2010 iş planına bakıldığında burada yer verilen iş kalemlerinden, Yalın ADSL'in yürürlüğe geçmiş olduğu ve Türkiye'de fiber altyapıya geçiş için alternatif proje önerilerini içeren raporun da yayımlandığı anlaşılmaktadır. Söz konusu raporun, halen AB'nin de gündeminde olan yeni nesil şebekeler konusunda bir bilgilendirme süreci ve tartışma zemini oluşturması açısından önem taşıdığı düşünülmektedir. Konuyla ilgili olan diğer üç iş kaleminin de

hayata geçirilmesinin ilgili piyasada rekabetin artırılması sürecine katkı yapacağı da belirtilebilecektir. Bunlar arasında yer alan genişbant internet erişiminde işletmecinin veya toptan erişim modelinin değiştirilmesiyle ilgili düzenleme kullanıcılar açısından değiştirme maliyetlerini azaltarak ve yasal yükümlü işletmecinin olası geciktirme taktiklerini uygulamasını zorlaştırarak rekabeti geliştirici bir etki sağlayacaktır. Bunun yanı sıra, ilgili piyasada düzenleyici kurumlar arasında daha etkin bir işbirliğini sağlayacak protokolün de sürece olumlu katkı sağlayacağı mütalaa edilmektedir. Kanaatimce, bu işbirliği protokolü kapsamında, orta ve uzun vadeli planların da ele alınması, yeni nesil şebekeler konusunda bazı ilke ve hedeflerin belirlenmesi piyasa aktörlerinin de daha uzun vadeli kararlar almasını sağlayabilecektir. İş planındaki üçüncü kalem olan genişbant telsiz erişim hizmetine yönelik yetkilendirme de ilgili piyasadaki erişim alternatiflerini artıracak olması hasebiyle, uygulamaya bağlı olarak (önümüzdeki dönemde) rekabet seviyesine ve tüketici memnuniyetine pozitif bir katkı getirecektir.

Bu nedenlerden dolayı, orta ve uzun vadede ilgili piyasada rekabetin göreceli olarak daha hızlı bir şekilde gelişeceği değerlendirilmektedir. Ancak, önümüzdeki dönemde gerek düzenleyici kurumların gerekse diğer ilgili aktörlerin işbirliği ve birlikte çalışma süreçlerine daha fazla önem vermesi gerektiği de düşünülmektedir. Söz konusu husus, özellikle 2006-2010 arası kapsayan Eylem Planı sonuçlarının değerlendirilmesi sonrası daha da önem kazanmaktadır. Bilgi ve iletişim teknolojilerinin yaygınlaşması ve etkin bir şekilde kullanımının sağlanması hemen tüm özel ve kamu kurumlarının sürece sahip çıkmasını gerektirmekte ve burada koordinasyon rolünü üstlenecek kurumun da yeterli kapasiteye sahip, sadece bu konu üzerine odaklanmış ve yeterli denetleme yetkisine sahip olmasını zorunlu kılmaktadır. Önümüzdeki dönemde yeni bir eylem planı yapılacaksa, ilk aşamada önceki planın başarı oranı, karşılaşılan sorunlar vb. hususların geniş bir katılımı ile tartışılması ve buradan çıkarılan sonuçlar doğrultusunda hareket edilmesi faydalı olacaktır.

Bu çerçevede, kısa vadede özellikle kablo TV şebekesi, alternatif olabilecek platformlar (örneğin sabit telsiz erişim ve elektrik hatlarının veri iletiminde kullanılması gibi) ve yeni nesil şebekelerle ilgili düzenleyici kurum çalışmalarının artırılması ve bunların kamuoyuyla paylaşılması, yeni piyasa analizi yaklaşımları gibi hususların dikkate alınması gerektiği düşünülmektedir. Kablo TV şebekesinin mevcut durumu ortaya konulduktan sonra, buradaki durumun iyileştirilmesi için yapılabilecekler belirlenmelidir. Bu aşamada, kablo TV şebekesinin başka bir kuruma (iş sadece bu olan) devredilmesi, daha sonra bu şirketin özelleştirilmesi ve/veya bu şebekeden hizmet vermek isteyen diğer işletmecilerin katılımıyla ortak bir proje üretilmesi gibi hususlar tüm ilgili tarafların tartışmasına açılmalıdır. Diğer taraftan, yeni nesil şebekeler

kapsamında coğrafi piyasa ayırımına gidilip gidilmeyeceği ve yeni yatırımların düzenlemeden muaf tutulup tutulmayacağı gibi konularda da bir düzenleyici politika geliştirilip, kamuoyuna sunulmasının fayda sağlayacağı mütalaa edilmektedir. Bu süreçte ayrıca düzenleyici kurum tarafından ülke genişbant altyapısıyla ilgili harita (atlas) benzeri çalışmaların ve fayda-maliyet analizleri sonucunda, Hollanda benzeri belirli bölgeleri kapsayan pilot projelere ilişkin fizibilite çalışmalarının yapılması uygulamalarının da düşünülmesi gerektiği değerlendirilmektedir. Ayrıca, İtalya benzeri ve bazı bölgeleri kapsayan ortak altyapı projelerinin de hayata geçirilip geçirilemeyeceği konusunun da yine piyasa aktörleriyle görüşölüp, değerlendirilmesinde fayda görölmektedir. Evrensel hizmet uygulamalarının, bu kapsamda ele alınmasının yerinde olacağı da mütalaa edilmektedir. Burada, yine çalışmada belirtildiği gibi, kamu kaynaklarının kullanıldığı projelerde açık erişim modelinin benimsenmesi uygun olacaktır. Başka modellerin de benimsenmesi durumunda bunlarında uygulamasıyla ilgili hususların kamuoyuyla paylaşılması ve fon kullandırılması, proje seçimi gibi konuların şeffaf, izlenebilir ve önceden bilinen kurallara bağlı bir şekilde düzenlenmesi önem arz etmektedir.

SONUÇ

Genişbant erişim oranlarının artırılmasını hedefleyen politikalar incelendiğinde bunların daha ziyade hizmete dayalı ve altyapı bazlı olmak üzere ikiye ayrıldığı görölmektedir. Söz konusu hizmetin erişim oranlarının yüksek olduğu ülkeler ele alındığında bunların hemen hepsinin birden çok altyapı üzerinden gelişen rekabeti tesis ettikleri anlaşılmaktadır. Ayrıca, gelişen teknolojiyle birlikte yeni nesil şebekelerin oluşturulması ve bu konuda yatırımların yapılması için de çeşitli kamu politikaları oluşturulmaktadır.

Konuya ölkemiz açısından bakıldığında, sabit telekomünikasyon şebekesinin rekabete açılmasında bir miktar gelişme kaydedildiği ve YAPA ile yalın ADSL uygulamalarının yaygınlaşmasıyla birlikte, bu platform içindeki rekabetin daha da artacağı değerlendirilmektedir. BTK ile Rekabet Kurumu arasında bu şebeke kapsamında işbirliğinin önemi devam etse de, asıl önemli konuların kablo TV altyapısının daha etkin kullanımının sağlanması ve yeni nesil şebekeleri oluşturacak fiber gibi teknolojilere yatırımın sağlanması olduğu düşünölmektedir. Bu çerçevede, öncelikle iki düzenleyici kurumun kısa ve orta vadeli bir işbirliği planı yapmaları ve birlikte çalışmaları etkinliği artırıcı bir sonuç getirecektir. Ayrıca, genişbant erişiminin yaygınlaştırılması sürecinde bu iki kurum dışında ilgili tüm aktörlerin de arasında bu konudaki işbirliğinin sağlanması ve konulan hedeflere ulaşılp ulaşılmadığına dair performans (fayda ve maliyet) değerlendirmelerinin yapılarak, bunların kamuoyuyla paylaşılmasının gerektiği de düşünölmektedir. Bu kapsamda, bilgilendirme ve

politika yapma sürecini ve kalitesini geliştirebilecek yeni nesil şebekelerle ilgili yatırım teşviki, finansman yöntemleri, kamu-özel ortak yatırım projeleri, düzenleyici çerçevenin nasıl oluşturulması gerektiği gibi konulardaki çalışmaların faydalı olacağı mütalaa edilmektedir.

KAYNAKÇA

AB (2009), “Progress Report on the Single European Electronic Communications Market” (14. İzleme Raporu), http://ec.europa.eu/information_society/policy/ecomm/doc/implementationfor cement/annualreports/14threport/Vol1Part2_30072009.pdf, Erişim Tarihi: 03.06.2010

AB (2010), “Progress Report on the Single European Electronic Communications Market” (15. İzleme Raporu), http://ec.europa.eu/information_society/policy/ecomm/doc/implementationfor cement/annualreports/15threport/15reportpart2.pdf, Erişim tarihi: 04.08.2010

ATİYAS I. (2005), “Competition and Regulation in the Turkish Telecommunications Industry”, TEPAV, Ankara, s. 32.

ATİYAS I. ve P. DOĞAN (2009), ‘The political economy of liberalization of fixed line telecommunications in Turkey’, Mossavar- Rahmani Center for Business and Government, Harvard Kennedy School, <http://www.hks.harvard.edu/m-rcbg/rpp/Working%20papers/RPP-2009-01AtiyasDogan.pdf>, Erişim Tarihi: 03.06.2010.

BERKMAN CENTER FOR INTERNET AND SOCIETY (2010), Next Generation Connectivity: A review of broadband internet transitions and policy, Harvard University.

BROADBANDINFO.COM, ‘the Satellite Solution’, <http://www.broadbandinfo.com/satellite/>, Erişim Tarihi: 03.06.210.

BTDÜNYASI (2009), “Telcom İzmir- Ankara arasını da fiberle bağladı.” http://www.btdunyasi.net/printnews.php?news_id=5721&cat_id=31, Erişim Tarihi: 03.06.2010.

BTK (2003), “Yerel Ağın Paylaşıma Açılması Ön Çalışma Raporu”, <http://www.btk.gov.tr>, Erişim Tarihi: 03.06.2010.

BTK (2009), “Türkiye Elektronik Haberleşme Sektörü, Üç aylık Pazar verileri raporu, 2009 4. Çeyrek”, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu, <http://www.btk.gov.tr>, Erişim Tarihi: 03.06.2010.

BTK (2010a), “Veri Akış Erişimini İçeren Toptan Genişbant Erişim Piyasası”, <http://www.btk.gov.tr>, Erişim Tarihi: 03.06.2010.

- BTK (2010b), “BTK 2010 İş Planı”,
<http://www.btk.gov.tr>, Erişim Tarihi: 03.06.2010.
- BURNHAM, J.B. (2007), “Telecommunications policy in Turkey: Dismantling barriers to growth”, *Telecommunications Policy*, Vol.31, s.197-208.
- CAMBINI, C. ve Y. JIANG (2009), “Broadband investment and regulation: a literature review”, *Telecommunications Policy*, Vol. 33, s.559- 574.
- CAVE, M. ve L. PROSPERETTI (2001), “European telecommunications infrastructures”, *Oxford Review of Economic Policy* 17(3), s.416-431.
- CAVE, M. ve J. HUIGEN (2008), ‘Regulation and the promotion of investment in next generation networks- A European dilemma’, *Telecommunications Policy*, Vol. 32, s. 713- 721.
- CULLEN INT. (2009), “Cross country reports”,
<http://www.cullen-international.com>, Erişim tarihi: 04.08.2010.
- ÇÖL, M. (2004), *Genişbant Telekomünikasyon Pazarı ve Türkiye İncelemesi*, Yayınlanmamış Uzmanlık Tezi, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu.
- DPT (2006a), *Dokuzuncu Kalkınma Planı (2007-2013)*, DPT, Ankara,
www.dpt.gov.tr/DocObjects/Download/1968/plan9.pdf,
Erişim tarihi: 03.06.2010.
- DPT (2006b), *Bilgi Toplumu Stratejisi ve Eylem Planı*, DPT, Ankara,
www.dpt.gov.tr/DocObjects/Download/2227/Eylem_Planı.pdf,
Erişim tarihi: 03.06.2010.
- DTI (2002), *Overseas mission to South Korea*, Brunel University.
- DÜNYA GAZETESİ (2003), *Çok yakında DSL teknolojisi tüm Türkiye’de*,
www.meteksan.com.tr/.../Haber_Arsivi_2003,bb_ekim2003_60.html,
Erişim Tarihi: 03.06.2010.
- ECTA (2009), *Regulatory Scorecard 2009*, ECTA, [http:// www. ectportal.com /en/REPORTS/Regulatory-Scorecards/Regulatory-Scorecard-2009/](http://www.ectportal.com/en/REPORTS/Regulatory-Scorecards/Regulatory-Scorecard-2009/),
Erişim tarihi: 03.06.2010.
- EDQUIST, C. (2004), “The fixed internet and mobile telecommunications sectoral system of innovation: Equipment production, Access provision and Content provision”, F. Malerba (der.), *Sectoral Systems of Innovation- Concepts, Issues and analyses of six major sectors in Europe*, Cambridge Press, içinde, s. 155-191.

EVREN G. ve A. TÖZER (2009), “Yalın DSL: İktisadi Düzenleyici İncelemeler, Deneyimler ve Öneriler”, Habtekus 2009, Haberleşme Teknolojileri ve Uygulamaları Sempozyumu, Yıldız Teknik Üniversitesi.

FALCH, M. (2007), “Penetration of broadband services- The role of policies”, *Telematics and Informatics*, Vol. 24, s.246-258.

FİRTH L. ve D. MELLOR (2005), “Broadband: benefits and problems”, *Telecommunications Policy*, Vol. 29, s. 223- 236.

FORD, G.S. ve T.M. KOUTSKY (2005), “Broadband and Economic Development: A Municipal Case Study from Florida”, *Applied Economic Studies*, <http://www.nicis.nl/kenniscentrum/binaries/kcgs/bulk/onderzoek/2005/6/breedbandinvesteringen.pdf> , Erişim Tarihi: 01.04.2010, s.15.

FRİEDEN, R. (2005), “Lessons from broadband development in Canada, Japan Korea and the United States”, *Telecommunications Policy*, 29, s.605.

GÜÇLÜ, S. (2006), “Ara Bağlantı İmzalayan A Tipi UMTS Sayısı 5 Oldu”, <http://www.turk.internet.com/portal/yazigoster.php?yaziid=15904>, Erişim Tarihi: 03.06.2010.

GÜNGÖR M. ve G. EVREN (2002), “İnternet Sektörü ve Türkiye İncelemeleri”, BTK, <http://www.tk.gov.tr/Yayin/Raporlar/pdf/internetraporu.pdf>, Erişim Tarihi: 03.06.2010.

GRUBER, H. ve M. DENNİ (2005), “The diffusion of broadband telecommunications: the role of competition”, *Working Paper, No. 60*, <http://host.uniroma3.it/dipartimento/economia/pdf/wp60.pdf>, Erişim Tarihi: 03.06.2010.

HÜRRİYET (2010), ‘Yalın ADSL fiyatları belirlendi’, <http://www.hurriyet.com.tr/ekonomi/15447145.asp>, Erişim Tarihi: 30.07.2010.

KIM, Y., K., H. JEON ve S.BAE (2008), “Innovation patterns and policy implications of ADSL penetration in Korea: A case study”, *Telecommunications policy*, 32, p. 307-325.

ITU (2001), *A broadband future*, ITU News 6.

ITU (2003), *Promoting broadband: The case of Korea, Workshop on promoting broadband*, ITU, Cenevre.

ITU (2010), *ITU and its activities (IP) related to internet protocol networks, Case Study:How ITU's Broadband Standards improve access to the internet*,

ITU, Cenevre, http://www.itu.int/osg/spu/ip/chapter_seven.html, Erişim Tarihi: 03.06.2010.

MCELHINNEY, S. (2001), ‘Telecommunications liberalization and the quest for universal service in Australia’, *Telecommunications Policy*, Vol 25, s. 234-240.

MİTCHELL, B. (2010), ‘Cable Speed- How fast is Cable Modem Internet’, <http://compnetworking.about.com/od/internetaccessbestuses/f/cablespeed.htm>, Erişim Tarihi: 01.04.2010.

NTVMSNBC (2010), ‘Yalın ADSL başladı ama...’, <http://www.ntvmsnbc.com/id/25119402/>, Erişim Tarihi: 01.08.2010.

OECD (2001), *Bridging the Digital Divide: Issues and Policies in OECD Countries*, OECD, Paris.

OECD (2008a), *Broadband and the Economy*, Working Party on the Information Economy, OECD, Paris.

OECD (2008b), *Broadband Growth and Policies in OECD Countries*, OECD, Paris.

OECD, (2010a), *Geographically Segmented Regulation for Telecommunications*, OECD Paris.

OECD (2010b), *Broadband portal*, http://www.oecd.org/document/54/0,3343,en_264934225386901021111,00.html, OECD, Erişim Tarihi: 03.06.2010.

PAPACHARISSİ Z. ve A. ZAKS (2006), ‘Is broadband the future? An analysis of broadband technology potential and diffusion’, *Telecommunications Policy*, Vol. 30, s. 64- 75.

PİCOT A. ve C. WERNİCK (2007), ‘The Role of Government in Broadband Access’, *Telecommunications Policy*, Vol. 31, s.660-674.

PORTER, M.E. (1990), *The Competitive Advantage of Nations*, Chapter 12: Government policy, The Free Press, New York.

QİANG C.Z., C.M ROSSOTTO ve K. KİMURA (2009), ‘Economic Impacts of Broadband’, The World Bank (der.), *Information and Communications for Development 2009: Extending Reach and Increasing Impact* içinde, s. 1-17.

SADOWSKİ, B.M., A. NUCCIARELLİ ve M. ROOIJ (2009), ‘Providing Incentives for private investment in municipal broadband Networks: Evidence from the Netherlands’, *Telecommunications Policy*, Vol. 33, s. 582-595.

SAKSENA, A. ve A.E. WHISLER (2003), "Igniting the Next Broadband Revolution", Accentura Outlook Journal, 3http://www.accentura.com/Global/Research_and_Insights/Outlook/By_Alphabet/IgnitingRevolution.htm, Erişim Tarihi: 03.06.2010.

SCHWARZ, A. (2007), "Wholesale market definition in telecommunications: The issue of wholesale broadband access", *Telecommunications Policy*, Vol. 31, s. 251-264.

TELEPATİ (2008), 'Şehir içi sabit telefon hizmetlerinde de rekabet başlıyor', Sayı: 165, <http://www.telepati.com/izbirakanlar/sehirici165.htm>, Erişim Tarihi: 03.06.2010.

TELKODER (2008), "Yapa, Ortak Yerleşim ve Tesis Paylaşımı, alışma Grubu Raporu", www.telkoder.org.tr/files/1-report/YAPAOYTPCG_21_01_2008.doc, Erişim Tarihi: 03.06.2010.

TÖZER A. ve M. GÜNGÖR (2008a), "Genişbant İnternet Hizmetleri: Türkiye'de Mevcut Durum Değerlendirmesi ve Öneriler", *İnet-tr 08- XIII. Türkiye'de İnternet Konferansı Bildirileri içerisinde*, ODTÜ, s. 139-147.

TÖZER A. ve M. GÜNGÖR (2008b), "Türkiye GSM ve Diğer Ülke 3. Nesil Deneyimleri Işığında 3. Nesil Hizmetlere İlişkin Rekabet Politikası Analizi", *1. Rekabet Ekonomisi ve politikası Sempozyumu kitapçığı içerisinde*, s. 141-169.

TÖZER A. ve M. GÜNGÖR (2009), "Genişbant İnternet Hizmetlerinin Yeni Ekonomideki Rolü ve Ülkemizdeki Durum", Habtekus 2009, Haberleşme Teknolojileri ve Uygulamaları Sempozyumu, Yıldız Teknik Üniversitesi.

TÜRK TELEKOM, "Referans Yerel Ağa Ayrıştırılmış Erişim Teklifi", http://www.tk.gov.tr/Basin_Duyurular/Duyurular/kamuoyu/teklifler/TTRefererEriTeklifi.pdf, Erişim Tarihi: 03.06.2010.

ÜNVER, M.B. (2009), "Exploring the ways to increase broadband deployments: a critical discussion and possible breakthroughs for Turkey", <http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1000&context=mehmetunver>, Erişim Tarihi: 03.06.2010.

VAN GORP A.F. ve C.A.MIDDLETON (2010), "The impact of facilities and service-based competition on internet services provision in the Canadian broadband market", *Telematics and Informatics*, Vol. 27, s. 217-230.

VERBOVEN F., T. DİCK ve J. BOUCKAERT (2008), "How does access regulation affect broadband penetration?", <http://vox.cepr.org/index.php?q=node/2715>, Erişim Tarihi: 03.06.2010.

WALLSTEN, S. (2006), “Broadband and Unbundling Regulations in OECD Countries”, AEI Brookings Joint Center for Regulatory Studies, Working Paper, <http://www.reg-markets.org/publications/abstract.php?pid=1084>, Erişim Tarihi: 03.06.2010.

WEİSMAN, C. (2002), “What makes it Mobile?”, <http://www.informit.com/articles/article.asp?p=26445>, Erişim Tarihi: 03.06.2010.

YOUCOMPARE.COM.AU, “About broadband”, <http://broadbandguide.com.au/satellite>, Erişim Tarihi: 03.06.2010.

Rekabet Kurulu Kararları

04-09/82-22 sayılı ve 29.01.2004 tarihli Rekabet Kurulu Kararı.

04-57/796-199 sayılı ve 02.09.2004 tarihli Rekabet Kurulu Kararı.

05-48/681-175 sayılı ve 21.07.2005 tarihli Rekabet Kurulu Kararı.

07-59/676-235 sayılı ve 11.07.2007 tarihli Rekabet Kurulu Kararı.

08-65/1055-411 sayılı ve 19.11.2008 tarihli Rekabet Kurulu Kararı.

09-07/127-38 sayılı ve 18.02.2009 tarihli Rekabet Kurulu Kararı.

09-26/537-127 sayılı ve 03.06.2009 tarihli Rekabet Kurulu Kararı.

09-47/1160-294 sayılı ve 14.10.2009 tarihli Rekabet Kurulu Kararı.

09-48/1206-306 sayılı ve 21.10.2009 tarihli Rekabet Kurulu Kararı.

Danıştay Kararı

24.0.1.2007 tarihli ve E.2005/6375, K.2007/315 sayılı Danıştay 13. Daire Kararı.

Ek-1: OECD Genişbant İstatistikleri (%)

Sıralama		DSL	Kablo	Fiber/ LAN	Diğer	Toplam	Toplam Abone Sayısı	OECD Ortalaması
1	Hollanda	22,5	13,7	1,1	0,8	38,1	6 262 500	22,8
2	Danimarka	22,4	9,9	3,9	0,9	37	2 031 000	22,8
3	Norveç	22,7	7,7	3,5	0,7	34,5	1 645 619	22,8
4	İsviçre	23,3	10	0,2	0,3	33,8	2 603 400	22,8
5	Kore	7,2	10,5	15,1	0	32,8	15 938 529	22,8
6	Izlanda	30,7	0	1,3	0,7	32,8	104 604	22,8
7	İsveç	18,5	6,3	6,7	0,1	31,6	2 915 000	22,8
8	Luksemburg	26	5,3	0	0	31,3	153 172	22,8
9	Finlandiya	24,9	4,1	0	0,8	29,7	1 579 600	22,8
10	Kanada	13,2	15,2	0	1,3	29,7	9 916 217	22,8
11	Almanya	26,7	2,4	0,1	0,1	29,3	24 043 000	22,8
12	Fransa	27,5	1,6	0,1	0	29,1	18 675 000	22,8
13	İngiltere	22,8	6,1	0	0,1	28,9	17 742 676	22,8
14	Belçika	16,3	11,8	0	0,2	28,4	3 041 311	22,8
15	ABD	10,3	13,8	1,6	0,9	26,7	81 170 428	22,8
16	Avustralya	19,4	4,3	0	1,2	24,9	5 356 000	22,8
17	Japonya	8,5	3,3	12,4	0	24,2	30 927 003	22,8
18	Yeni Zellanda	20,4	1,4	0	1	22,8	980 649	22,8
19	Avusturya	14,5	6,8	0,1	0,5	21,8	1 821 000	22,8
20	İrlanda	15,5	2,8	0,1	3	21,4	950 082	22,8
21	İspanya	16,6	4	0,1	0,2	20,8	9 477 901	22,8
22	İtalya	19,2	0	0,5	0,1	19,8	11 878 000	22,8
23	Çek Cum.	7	3,9	0,9	6,3	18,1	1 891 958	22,8
24	Portekiz	10	6,7	0,1	0,2	17	1 809 354	22,8

25	Yunanistan	17	0	0	0	17	1 908 000	22,8
26	Macaristan	8,2	7,6	1	0	16,8	1 688 414	22,8
27	Slovak Cum.	6,6	1,3	2,7	2	12,6	680 351	22,8
28	Polonya	7,4	3,7	0,1	0,1	11,3	4 307 992	22,8
29	Türkiye	8,5	0,1	0	0	8,7	6 188 676	22,8
30	Meksika	6,3	1,9	0	0,2	8,4	8 959 426	22,8
	OECD	13,7	6,6	2,1	0,5	22,8	271 134 392	22,8

Kaynak: OECD Broadband Portal,

http://www.oecd.org/document/54/0,3343,en_2649_34225_38690102_1_1_1_1,00.html

Ek-2: AB ve Türkiye Yerleşik İşletmeci Payları (%)

Sıralama	lke	Yerleşik İşletmeci	Alternatif İşletmeciler
1	İngiltere	25	75
2	Romanya	26	74
3	Bulgaristan	29	71
4	ek Cumhuriyeti	34	66
5	Malta	38	62
6	İsve	40	60
7	Portekiz	41	59
8	Macaristan	42	58
9	Avusturya	45	55
10	Belçika	46	54
10	Letonya	46	54
11	Almanya	47	53
11	Fransa	47	53
12	Slovenya	49	51
13	Litvanya	50	50
13	Hollanda	50	50
13	Polonya	50	50
14	İrlanda	52	48
14	Slovakya	52	48
15	Estonya	53	47
16	Yunanistan	57	43
16	İspanya	57	43
16	Danimarka	57	43
17	İtalya	60	40
18	Finlandiya	65	35
19	Lüksemburg	71	29
20	Kıbrıs R. Kesimi	81	19
21	Türkiye	91	9

• Kaynak: AB 14 İlerleme Raporu.

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, 2010 yılında Rekabet Dergisi'nde yayımlanacak her bir yazı karşılığında yazarına, telif ücreti olarak, **net 500 TL** öder. Ayrıca 10 adet dergi yazara ücretsiz olarak gönderilir.

2. MAKALE YAZIM KURALLARI

1. İlk sayfada şu bilgiler yer almalıdır:

- Yazının Türkçe ve İngilizce başlığı (Siyah ve tümü büyük harf karakterinde),
- 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),
- 200 kelimeyi aşmamak üzere Türkçe ve İngilizce özet,
- 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.

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

1. PUBLICATION POLICY

1. Competition Journal, which started its life in 2000, is a refereed journal published quarterly by the Turkish Competition Authority. The journal publishes original articles, case comments and news in Turkish and English in the field of competition law, policy and industrial organization.

2. Articles submitted to the rekabetdergisi@rekabet.gov.tr address for publication in the Competition Journal must be neither previously published in nor submitted for publication to other journals. Authors should provide their contact addresses, telephone and electronic mail information alongside their articles. Articles sent are first checked by Editors for their compliance with the rules stated under the heading “Publication Policy” and “Notes for Contributors”. Afterwards, they are sent anonymously to two referees who are expert on the subject. According to the reports of the referees, a decision will be made on whether to publish or reject the article or request corrections from the author, and this decision will be notified to the author as soon as possible. If deemed necessary, the opinion of a third referee may be requested.

3. Competition Authority shall pay **net TL 500** as the copyright fee to the author of each article published in the Competition Journal in 2010. Also, 10 copies of the journal shall be sent to the author, free of charge.

2. NOTES FOR CONTRIBUTORS

1. The first page of the article should include the following information:

- a) Title of the article in Turkish and English (With bold and all caps fonts),
- b) Name of the author and the organization s/he works in (Name of the author should be indicated directly below the title of the article, aligned right, and an asterisk should be inserted after the surname. The relevant footnote should indicate where the author works and his/her title),
- c) An abstract of maximum 200 words in Turkish and English,
- d) Five keywords in Turkish and English,

2. Articles, including the bibliography section, should be written with a 12 point Times New Roman font, double-spaced. Footnotes and tables should use 10 point fonts. Footnotes should be included in numerical order at the bottom of

each page. Tables and figures should be numbered; their titles should be indicated over the figure/table and the sources should be indicated below.

3. For its first instance, an abbreviated name should be used in its full form, with the abbreviation included in parenthesis.
4. Foreign terms used in the text should be in italics.
5. Headings, with the exception of “Introduction” and “Conclusion”, should be arranged without letters or Roman numerals as follows:

1. BOLD AND ALL CAPS

1.1. Bold and Only First Letters in Caps

1.1.1. Bold and Only First Letters in Caps

6. References to sources should be done in footnotes. Footnotes should be included in numerical order at the bottom of each page. All sources to be referenced in the text should be indicated under the heading Bibliography. Bibliography should be arranged in alphabetical order. If more than one title by an author is referenced, recent titles should be listed later. In case an author has more than one title with the same date, letters such as "a", "b", "c" should be appended to the date of publication. Formatting rules to follow in references and in the bibliography are listed below:

a) For Books with one Author:

For the first reference in the text: WHISH, R. (2009), *Competition Law*, Sixth Edition, Oxford University Press, New York, US, p.72.

For other references: Whish 2009, p.173.

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

b) For Articles with one Author:

For the first reference in the text: WILS, W.P.J. (2005), “Is Criminalization of EU Competition Law the Answer?”, *World Competition*, No:28(2), p.117.

For other references: Wils 2005, p.130.

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

c) For Books and Articles with Two Authors:

For the first reference in the text: JONES, A. and B. SUFRIN (2004), *EC Competition Law Text, Cases, and Materials*, Second Edition, Oxford University Press, New York, US, p.819-820.

For other references: Jones and Sufrin 2004, p.130.

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

d) For Books and Articles with Three or More Than Three Authors:

For the first reference in the text: NEVEN, D., P. PAPANDROPOULOS and P. SEABRIGHT (1998), *Trawling for Minnows European Competition Policy and Agreements Between Firms*, Centre for Economic Policy Research, Great Britain, p.61.

For other references: Neven et al. 1998, p.61.

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

e) For Articles in Edited Publications:

For the first reference in the text: GUERRIN, M. and G. KYRIAZIS (1992), “Cartels: Proof and Procedural Issues”, B.E. Hawk (ed.), in *Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute International Antitrust Law and Policy*, p.773.

For other references: Guerrin and Kyriazis 1992, p.813.

In the bibliography: GUERRIN, M. and G. KYRIAZIS (1992), “Cartels: Proof and Procedural Issues”, B.E. Hawk (ed.), in *Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute International Antitrust Law and Policy*, p.773-843.

f) For Publications, Reports, etc. without an Author:

For the first reference in the text: OECD (2005), *Competition Law and Policy in Turkey*, OECD, Paris, p.24.

For other references: OECD 2005, p.42.

In the bibliography: OECD (2005), *Competition Law and Policy in Turkey*, OECD, Paris.

g) For Sources from the Internet:

For the first reference in the text: 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>,

Date Accessed: 08.01.2009, p.5.

For other references: Hammond 2006, p.8.

In the bibliography: 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>,

Date Accessed: 08.01.2009.

h) For Thesis:

For the first reference in the text: KAYIHAN, L. (1999), *An Analysis of Vertical Restraints and Green Paper Implications*, Unpublished Graduate Thesis, Katholike Üniversiteit Leuven, Leuven, p.12.

For other references: Kayihan 1999, p.15.

In the bibliography: KAYIHAN, L. (1999), *An Analysis of Vertical Restraints and Green Paper Implications*, Unpublished Graduate Thesis, Katholike Üniversiteit Leuven, Leuven.