

**GENEL MAHKEME’NİN VE AVRUPA BİRLİĞİ
ADALET DİVANI’NIN INTEL KARARI
KAPSAMINDAKİ DEĞERLENDİRMELERİNE
İLİŞKİN KARŞILAŞTIRMALI ANALİZ**
A COMPARATIVE STUDY BETWEEN
THE JUDGMENT OF THE GENERAL COURT
AND THAT OF THE CJEU CONSIDERING THE INTEL DECISION

Gönenç GÜRKAYNAK*

Hilal ÖZCELİK**

Ali TUNÇSAV***

Özet: İşbu makalede ilk olarak, Avrupa Birliği Komisyonu, Avrupa Genel Mahkemesi ve Avrupa Birliği Adalet Divanı’nın, Intel Corporation kararındaki değerlendirmeleri özetlenmiş ve bu doğrultuda, ABAD’ın farklılaşan değerlendirmelerine vurgu yapılarak bunların AB ve Türk rekabet hukuku mevzuatında ne gibi değişikliklere neden olabileceği tartışılmıştır. Bu itibarla, özellikle hâkim durumun kötüye kullanılması soruşturmalarında hukuki standardın sağlanması adına rakipler için pazar kapama etkisi oluşturabilme kapasitesinin, somut olayın tüm koşulları göz önünde bulundurularak ve etki unsuruna özen gösterilerek analiz edilmesi gerektiği hususu makale kapsamında tartışılan ana unsurlardandır. Bu doğrultuda, Avrupa Birliği’nin işleyişine Dair Antlaşma’nın 102. maddesi bu makalenin özünü ve odak noktasını oluşturmaktadır. Makalede ayrıca, Kanun Sözcüsü Nils Wahl’ın görüşü de dikkate alınarak, Intel kararında indirim sistemleri ve ekonomik temelli bir etki analizi hususlarında ortaya koyulan farklı dinamiklerin, Türk rekabet hukuku mevzuat ve içtihadı çerçevesinde ne ölçüde uygulanmış ve uygulanabilir olduğu konusu da tartışılmaktadır. Bu noktada, özellikle, ilgili soruşturmanın Eşit Etkinlikteki Rakip Testi’nin uygulandığı ilk soruşturma olmasına dikkat çekilmiştir. Makalenin sonuç kısmında ise, Intel kararının, Türk rekabet hukuku uygulaması bakımından, hâlihazırda benimsenmiş olduğu üzere etki analizinin kullanılmaya devam edilmesini destekleyici bir karar olduğu gerekçeleri ile birlikte açıklanmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Intel, Sadakat İndirimleri, Eşit Etkinlikteki Rakip Testi, İktisadi Değerlendirme, Pazar Kapama Etkisi

* Avukat, Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğr. Gör., gonenc.gurkaynak@elig.com, ORCID: 0000-0001-8483-7809

** Avukat, hilal.ozcelik@elig.com, ORCID: 0000-0002-3243-2647

*** Avukat, ali.tuncsav@elig.com, ORCID: 0000-0003-1783-1946

Abstract: The article primarily summarizes the assessments within the decisions of the European Commission, European General Court and the Court of Justice of the European Union regarding the Intel Corporation case. Accordingly the article argues the possible changes that these assessments may lead to within the Turkish and the EU legislation while emphasizing on CJEU's varying evaluations. In this regard, with a view to ensure legal certainty with regard to investigations involving an abuse of dominance in particular, the necessity of analysing the capacity to establish a market foreclosure over competitors while considering all the circumstances of the case and by giving due regard to the element of effect, is among the main aspects to be argued within the scope of this article. Accordingly, Article 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union constitutes the essence and the focal point of this article. While also considering the opinion of Advocate General Nils Wahl, it is also argued within the article the extend to which the different dynamics set forth in the Intel decision on rebate schemes and an economic based effects analyses are applied, and applicable, to the Turkish competition law legislation and precedents. It is especially remarked at this stage that the relevant investigation is the first investigation where the As Efficient Competitor Test has been applied. In the conclusion section of the article, it is explained with its reasoning that the Intel decision necessitates and supports the application of the effects analysis which is already acknowledged under Turkish competition law practice.

Keywords: Intel, Loyalty Rebates, As Efficient Competitor Test, Economic Analysis, Foreclosure Effect

1. GİRİŞ

Avrupa Birliği Adalet Divanı ("ABAD"), indirim sistemleri ile ilgili son yılların en çok tartışılan dosyalarından biri olan Intel Corporation'ın ("Intel") temyiz başvurusuna ilişkin büyük bir ilgi ile beklenen kararını 6 Eylül 2017 tarihinde vermiştir. Bu karar, özellikle sadakat indirimlerine ilişkin olarak etki temelli ekonomik bir analiz yapılması gerektiği görüşünü perçinleyen bir emsal niteliğindedir. ABAD, bu kararı ile Intel'in uyguladığı indirim sistemleri ve doğrudan ödemeler ile hâkim durumunu kötüye kullandığına ilişkin Avrupa Komisyonu'nun ("Komisyon") Intel kararını onayan 12 Haziran 2014 tarihli Avrupa Genel Mahkemesi ("Genel Mahkeme") kararını bozmuştur.

13 Mayıs 2009 tarihinde, Komisyon, pazardaki hâkim durumunu kötüye kullandığı iddiası ile Intel'e 1,06 milyar Avro para cezası kes-

miştir. Dünyanın önde gelen yarıiletken üreticilerinden olan Intel'e ilişkin Komisyon tarafından yürütülen soruşturma sürecini, Intel'in en büyük rakibi olan Advanced Micro Devices, Inc.'in ("AMD") şikâyeti tetiklemiştir. Bunun üzerine, Intel, Komisyon kararının iptali için Genel Mahkeme'ye başvurmuştur. Genel Mahkeme, Intel'in itirazını reddetmiş ve Intel'in indirim ve doğrudan ödeme uygulamalarıyla Avrupa Birliği'nin İşleyişine Dair Antlaşma'nın ("ABİDA") 102. maddesini ihlal ettiğini belirten Komisyon kararını onaylamıştır. Bunun üzerine, Intel, 28 Ağustos 2014'te Komisyon kararının onaylandığı Genel Mahkeme kararını diğer iddialarla birlikte ABAD'a taşımıştır. ABAD ise Genel Mahkeme'nin Intel'in müşterilerine sunmuş olduğu indirim sistemlerinin rekabeti engelleyip engellemediğine ilişkin olarak tekrardan değerlendirme yapmasına karar vermiştir.

Soruşturma kapsamında, esasen Intel'in ABİDA 102. maddeye aykırılık teşkil eden dışlayıcı uygulamalarla hâkim durumunu kötüye kullandığı yönündeki iddialar değerlendirilmiştir. Komisyon, kararında bilgisayarlarda kullanılan "x86 mimarisi tabanlı merkezi işlem birimi" ("CPU", Central Processing Unit) pazarında üretici iki büyük teşebbüsün Intel ve AMD olduğunu belirlemiştir.

Komisyon, Intel'in AMD'yi piyasa dışına itmeyi amaçlayan bir strateji uygulamak suretiyle, Ekim 2002'den Aralık 2007'ye kadar ilgili ürün pazarı kapsamında küresel pazardaki hâkim durumunu kötüye kullandığını ileri sürmüştür. İlaveten, Komisyon, Intel'in yaklaşık %70 (veya daha fazla) pazar payına sahip olması nedeniyle ilgili ürün pazarında hâkim durumda olduğunu belirtmiştir. Komisyon, buna ek olarak, Intel'in rakiplerinin pazara girerken güçlük çektiklerini ve araştırma-geliştirmeye (ar-ge), fikri mülkiyetlerine ve üretim tesislerine ilişkin kapasitelerini genişletemediklerini vurgulamıştır. Intel kararında Komisyon tarafından "kötüye kullanma" olarak kabul edilen davranışlar aşağıdaki şekilde özetlenebilir:

- Dört büyük orijinal bilgisayar üreticisi olan Dell, HP, NEC ve Lenovo'ya alımlarının tamamı ya da büyük bir bölümünü Intel'den yapmaları karşılığında indirim uygulaması,
- Media-Saturn-Holding GmbH'ye sadece Intel x86 CPU tabanlı bilgisayar satması karşılığında finansal avantajlar sağlaması,

- HP, Acer ve Lenovo'ya AMD x86 CPU tabanlı ürünleri piyasaya sürmemeleri veya dağıtımlarını sınırlamaları karşılığında ödeme yapması.

Komisyon'un basın duyurusunda özetlendiği üzere: “[ABAD], Komisyon'un bahsi geçen indirimlerin yapıları gereği rekabeti kısıtlayabilecek nitelikte olduğunu vurgulamış olmasına rağmen, (i) kararındaki somut olayın koşullarına ilişkin detaylı bir inceleme yapmamış olduğunu ve (ii) bu nedenle de etkin bir rakibin şimdiye kadar uygulanabilir nitelikte fiyatlar sunmak zorunda olması gerektiği ancak şimdiye kadar sunamamış olması sebebiyle de bahsi geçen indirim sistemlerinin böyle bir rakip için pazar kapatıcı etkide olduğu sonucuna ulaştığını gözlemlemektedir.”¹ Bu kapsamda, ABAD, Komisyon'un indirimlerin rekabete etkisi üzerinde kapsamlı bir analiz yapmak zorunda olmadığına ilişkin Genel Mahkeme değerlendirmesini onaylamazken, diğer taraftan Komisyon'un vermiş olduğu para cezasının geçerliliğini etkileyecek bir değerlendirme de yapmamıştır.² Bununla birlikte, ABAD'ın Intel kararında Genel Mahkeme'nin etki temelli ekonomik analiz kapsamında Eşit Etkinlikteki Rakip Testi'ne (*As Efficient Competitor Test*) (“Eşit Etkinlikteki Rakip Testi” veya “AEC Testi”) ilişkin argümanları değerlendirmiş olması gerektiği ve Genel Mahkeme'nin indirimlerin rekabeti kısıtlayıcı etkisinin olup olmadığına ilişkin analiz yapmadığı belirtilmiştir.

Zira Genel Mahkeme kararı kapsamında, Intel tarafından uygulanan ve dışlayıcı olduğu iddia edilen fiyatlama stratejilerinin ilgili pazarda pazar kapama etkisine neden olup olamayacağına dair etki temelli bir değerlendirmeye yer verilmemiş, salt şekilci bir yaklaşım benimsenerek hukuka aykırılık karinesi doğrultusunda Intel'in uyguladığı münhasırlık indirimlerinin *per se* (kendiliğinden ve başlı başına) bir rekabet ihlali olduğuna kanaat getirilmiştir. Bu bağlamda, Genel Mahkeme, dosya kapsamında Intel tarafından uygulanan indirim sistemlerine ilişkin fiyat-maliyet temelli ekonomik analiz veya rakiple-

¹ ABAD'ın 90/17 numaralı basın açıklaması, “Judgment in Case C-413/14 P Intel Corp. v European Commission” Avrupa Adalet Divanı Basın Duyurusu, Luxembourg, 2017, No. 90/17, (çevrimiçi) <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2017-09/cp170090en.pdf>, (Erişim Tarihi: 21.02. 2018).

² Eric Kroh, “EU Intel Decision Bolsters Tech Cos.’ Antitrust Defenses”, Law 360, New York, 2017, (çevrimiçi) https://www.cov.com//media/files/corporate/publications/2017/09/eu_intel_decision_bolsters_tech_cos_antitrust_defenses.pdf, (Erişim Tarihi: 21.02.2018).

rin eşit etkinlikte olup olmadıklarına ilişkin iktisadi bir değerlendirme yapmaksızın, bu indirim sistemlerinin zaten doğaları gereği pazar kapama etkisine yol açacağına ve bu nedenle de daha detaylı bir pazar kapama etkisi analizi yapılmasına gerek olmadığına hükmetmiştir.

ABAD'ın yargılamasına esas teşkil eden çıkarımların başında, hâkim durumun kötüye kullanılması soruşturmalarında hukuki standardın sağlanması adına rakipler için pazar kapama etkisi oluşturabilme kapasitesinin, somut olayın tüm koşulları göz önünde bulundurulmuş ve kapsamlı bir şekilde analiz edilmesi gerektiği hususu gelmektedir. ABAD yargılamasında açıklığa kavuşturulduğu üzere, söz konusu analiz ise teşebbüsün herhangi bir rekabeti kısıtlama etkisine sahip olmadığını iddia ettiği hususlarla ilgili olarak etki temelli bütünsel bir değerlendirme içermelidir. Bununla birlikte, ABAD yargılaması, dışlayıcı etkinin ortaya çıkabilecek etkinliklerle dengelenebileceğinin ve dolayısıyla, bu etkinliklerin de değerlendirmede dikkate alınması gerektiğinin özellikle altını çizmektedir.

Genel Mahkeme'nin ve ABAD'ın özellikle indirim sistemlerine ilişkin değerlendirmeleri ve analizleri farklılık gösterdiğinden ve Intel, ilgili ürün pazarında hâkim durumda olan bir teşebbüs olduğundan, ABİDA'nın 102. maddesi³ bu makalenin özünü ve odak noktasını oluşturmaktadır. İndirimlere ilişkin olarak ise, bu makalede Genel Mahkeme'nin Intel kararı özelinde eksik bulunan analizlerine yönelik eleştirilerin yanı sıra, Intel kararı da kullanılarak Komisyon ve ABAD'ın hâkim durumdaki bir teşebbüsün sağlamış olduğu indirimlere ve genel olarak indirim sistemlerine ilişkin bakış açılarına yer verilecektir. Zira Komisyon'un incelediği ve şikâyete konu eylemler arasında Intel'in ticaret ortaklarına sunduğu koşullu indirimler de bulunmaktadır. Bu kapsamda, Komisyon ve ABAD'ın Intel'in koşullu

³ ABİDA, m.102 şu şekildedir: "Bir veya birden fazla teşebbüsün, iç pazardaki veya iç pazarın önemli bir bölümündeki hâkim durumunu kötüye kullanması, üye devletlerarasındaki ticareti etkilediği ölçüde, iç pazarla bağdaşmaz ve yasaktır. Söz konusu kötüye kullanma özellikle aşağıdakileri içerir: (a) adil olmayan alış veya satış fiyatları veya diğer adil olmayan ticari şartların, doğrudan veya dolaylı olarak dayatılması, (b) üretimin, piyasaların veya teknik gelişmenin tüketicilerin zararına olacak şekilde sınırlandırılması, (c) ticari ilişkinin diğer taraflarına eş değer işlemler için farklı koşullar uygulanması suretiyle, onların rekabet edebilirlik açısından dezavantajlı duruma sokulmaları, (d) sözleşmelerin yapılmasının, nitelikleri gereği veya ticari teamüllere göre bu tür sözleşmelerin konusuyla ilgili olmayan ek yükümlülüklerin taraflarca kabulü şartına bağlanması."

indirim sistemlerini incelerken ele aldığı başlıklardan yola çıkarak bu makalede de indirim sistemlerine ilişkin yaklaşımlar incelenirken, (i) indirim sistemlerinin doğası ve işleyişleri, (ii) AEC Testi, (iii) rekabete ve tüketiciye zarar ve (iv) haklı sebep bulunmaması gibi başlıklar altında değerlendirilmeye özen gösterilecektir.

Bu makale kapsamında, Komisyon'un, Genel Mahkeme'nin ve ABAD'ın Intel dosyası kapsamındaki kararları ve Kanun Sözcüsü Nils Wahl'ın görüşü çerçevesinde, uygulanan indirim sistemlerinin hem genel anlamda hem de Intel dosyası özelinde, (i) türleri ve tabii tutuldukları farklı sınıflandırmalar, (ii) olası pazar kapama etkilerinin bulunup bulunmadığı, (iii) tüketiciler üzerinde doğurabilecekleri olumlu ve olumsuz etkiler, (iv) tabii tutulmaları gereken iktisadi temelli değerlendirme ve (v) beraberlerinde getirebilecekleri olası etkinlik kazanımları hususları incelenmektedir. Makalede ayrıca, Intel kararında indirim sistemleri ve ekonomik temelli bir etki analizi hususlarında ortaya koyulan farklı dinamiklerin, Türk rekabet hukuku mevzuat ve içtihadı çerçevesinde ne ölçüde uygulanmış ve uygulanabilir olduğu konusu da tartışılacaktır.

2. REKABET HUKUKUNDA İNDİRİM SİSTEMLERİNE İLİŞKİN DEĞERLENDİRME

2.1. Rekabet Hukuku Kapsamında İndirim Sistemlerine Genel Bakış

Her ne kadar sunulma şekillerinde bazı farklılıklar olsa da, indirim sistemlerindeki temel düşünce satışa sunulmuş belirli bir ürün için belirlenen orijinal fiyat üzerinden indirim uygulayarak ürünün daha düşük fiyata satın alınmasını sağlayabilmektir. Bilindiği üzere, indirimler belirli sayıda veya belirli miktarda/değerde ürün alımları karşılığında sağlanabilmektedir. Teşebbüsler, müşterilerinin indirimine verdikleri değer nedeniyle indirim uygulayarak satışlarında artış sağlama imkânı elde edebilmektedir. AB rekabet hukuku kapsamında, hukuki değerlendirmeye tabii bir içerik teşkil eden indirimlerin ve bunların yasalarla uyumlarının değerlendirilmesi, yalnızca ilgili ürün pazarında hâkim durumda olan teşebbüsler için yapılmaktadır.⁴ Bu durumda,

⁴ Eddie Johansson, "Assessing Rebates under Article 102 TFEU", Uppsala Univer-

hâkim durumda olmayan teşebbüsler özgürce indirim uygulayabiliyorken, hâkim durumda olan teşebbüsler dışlayıcı indirim sistemleri nedeniyle AB rekabet hukuku mevzuatını ihlal edebilmektedir.⁵

ABAD'ın Intel kararında bir kez daha vurgulamış olduğu üzere,⁶ rekabeti korumak adına hâkim durumdaki teşebbüslerin belirli sorumluluklarının olması olağandır. Nitekim ABİDA 102. madde, hâkim durumda olan bir teşebbüsün kendisi kadar etkili olduğu düşünülen rakipler üzerinde dışlayıcı bir etkisi olan fiyatlama uygulamalarını benimsemesini ve rekabetin meşru gereklilikleri dışında yöntemler kullanılarak hâkim durumunu güçlendirmesini sağlayan yöntemleri kullanmasını da yasaklamaktadır. Dolayısıyla, 102. madde bağlamında fiyat yoluyla yapılan rekabet, bütünüyle meşru sayılmayabilmektedir. Bununla birlikte, hâkim durumdaki teşebbüslerin neden olduğu kısıtlama etkisinin gerçek boyutu ve bu teşebbüslerin sağlayabilecekleri yararlardaki ölçütler doktrinde tartışmalı bir konudur. Bu tartışmaların temel sebebi ise şimdiye kadar ABAD'ın yalnızca işlemin hacmine bağlı olarak sağlanan indirim sistemlerini yasal saymış olmasıdır.⁷

Bununla birlikte, hâkim durumdaki teşebbüslerin uyguladığı indirim sistemlerinin rekabet boyutu son yıllarda daha çok ilgi odağı olmaya başlamıştır. Bu konuda en güncel karar ise bu makalenin konusu olan Intel kararıdır. Bu kapsamda, güncel gelişmelerle birlikte doktrinde sadakat arttırıcı indirimlerin ve özellikle de münhasırlık karşılığı verilen indirimlerin ilgili ürün pazarındaki rekabete zarar verdiği varsayımı ile ilerlenip ilerlenmemesi konusunda tartışmalar yer almaya başlamıştır.⁸

Bu makalede, AB rekabet hukukundaki indirim sistemleri irdelecek ve Intel kararı doğrultusunda Genel Mahkeme ve ABAD içtihatlarındaki güncel yaklaşımlar ele alınacaktır. Bu itibarla, ilk olarak AB rekabet hukuku kapsamında ele alınan indirim sistemleri grup-

sitet, Uppsala, 2017, s.6, (çevrimiçi) <http://www.diva-portal.org/smash/get/diva2:1065820/FULLTEXT01.pdf>, (Erişim Tarihi: 21.02.2018).

⁵ Case C-85/79 Hoffmann-La Roche & Co. AG v Commission [1979] ECR 461, para. 89.

⁶ Case C- 413/14 P Intel Corp. v European Commission [2017], para. 135.

⁷ ABAD, şimdiye kadar yalnızca miktar indirimlerini hukuka aykırı olarak kabul etmiştir. Bkz. Case C-85/79 Hoffmann-La Roche & Co. AG v Commission [1979] ECR 461, para. 90.

⁸ Johansson 2017, s. 7.

landırmasından bahsedilecektir. Intel kararında, Genel Mahkeme, hâkim durumdaki teşebbüs tarafından uygulanan ve dışlayıcı olarak addedilebilecek üç farklı grup indirim sistemi olduğunu belirtmiştir.⁹ Mahkemeler tarafından uygulanan hukuki testler, indirim sisteminin ait olduğu gruba göre farklılık oluşturabileceğinden indirim sistemleri kapsamında yapılan bu gruplandırma önem arz etmektedir. Buna ek olarak, bir indirim sisteminin rekabete aykırı olup olmadığı dahi bulunduğu gruba bağlı olabilecektir.¹⁰ Genel Mahkeme'nin Intel kararı kapsamındaki indirim sistemleri, indirim sistemlerine ilişkin önceki Avrupa içtihadı doğrultusunda,¹¹ ana hatlarıyla üç başlık altında incelenmiştir. Bunlar: (i) miktar indirimleri, (ii) münhasırlık karşılığı verilen indirimler ve (iii) bu iki gruptan birine girmeyen üçüncü kategori indirimlerdir.¹² Ancak, indirim sistemlerine ilişkin ABAD tarafından yapılan ilk değerlendirme olan *Post Danmark* kararı¹³ kapsamında, indirim sistemlerinin rekabete aykırı olup olmadıklarının değerlendirilmesi adına Intel kararında belirlenen üç ana kategorinin yanında, üçüncü başlık altında değerlendirilebilecek çeşitli farklı sınıflandırmalar yapılmıştır. Bunlar; standart miktar hedefli indirimler, ya da kişiselleştirilmiş miktar hedefli indirimler ve tüm birim indirimleri, ya da geriye dönük indirimler şeklindedir.¹⁴ Bu noktada belirtmek gerekir ki, bu makalede yalnızca Intel dosyası kapsamında belirlenen indirim türleri inceleme altına alınacaktır. Zira indirim sistemlerine yönelik olarak doktrin ve mahkeme içtihatları kapsamında indirim sistemlerinin etkili olduğu pazara, kapsamlarına, indirim oranlarına ve hedeflerine göre oldukça farklı sınıflandırmalar belirlenmiştir.¹⁵

⁹ Case T-286/09 Intel Corp v Commission [2014] ECR II-0000, para. 74.

¹⁰ Case T-286/09 Intel Corp v Commission [2014] ECR II-0000.

¹¹ Case 322/81 NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin v Commission [1983] ECR 3461, para. 71-73 ve Case C-95/04 British Airways v Commission [2007] ECR I-2331, para. 61-67.

¹² Case T-286/09 Intel Corp v Commission [2014] ECR II-0000, para. 74.

¹³ Case C209/10 Post Danmark vs Konkurrenceraadet [2012] ECR I-0000.

¹⁴ Case C209/10 Post Danmark vs Konkurrenceraadet [2012] ECR I-0000, para. 23-25.

¹⁵ Doktrinde indirim sistemleri, "miktar indirimleri", "satış hedefi indirimleri", "münhasırlık karşılığı verilen indirimler" ve "rakip sağlayıcıları hedef alan indirimler"; "sadakat indirimleri", "miktar indirimleri", "hedef indirimleri", "üst dilim indirimleri" ve "fonksiyonel indirimler"; "tek ürün indirimleri", "paket indirimleri" ve "tüm birim indirimleri"; "geriye dönük indirimler" ve "sabit oranlı indirim sistemleri"; "artan oranlı indirim sistemleri" ve "standart miktar hedefli indirimler"; "kişiselleştirilmiş miktar hedefli indirimler", "pazar payı indirimleri"

(i) Miktar İndirimleri: Hâkim durumdaki bir teşebbüsten yapılan alımların sadece miktarına bağlı olarak verilen ve tüm alıcılar için objektif bir şekilde uygulanan indirimlere “miktar indirimleri” denilmektedir.¹⁶ Bu gruptaki indirimler, genellikle pazar kapatıcı etkiye sahip olmadıklarından çoğunlukla yasal kabul edilmektedir. Tedarikçi, düşük fiyatlar nedeniyle ekonomik avantaj sağlayabilecek durumda olduğundan, tüketicilere de düşük fiyat olarak yansıtacaktır. Dolayısıyla, bu türdeki indirimler, hem etkinlik anlamında hem de ekonomik bağlamda olumlu sonuçlar doğurmaktadır.¹⁷ Bu gruptaki indirimler, ancak tüketicilerin rakiplerinden ürün tedarik etmesini engellemeleri ve ekonomik olarak elde edilecek bazı avantajlara dayanmıyor olmaları durumlarında, AB rekabet hukukuna ve ABİDA m.102’ye aykırılık teşkil edecektir. Dolayısıyla, miktar indirimleri *per se* olarak hukuka uygun kabul edilmektedir.¹⁸

(ii) Münhasırlık Karşılığı Verilen İndirimler: Alıcının rakip sağlayıcılardan alım yapmasının mutlak olarak yasaklandığı indirimler olarak tabir edilen bu indirimler, alıcıyı tek bir sağlayıcıya bağlaması sebebiyle sadakat indirimlerinin daha özel bir görünümünü (yani, alt türünü) oluşturmaktadır.¹⁹ Genel Mahkeme, münhasırlık karşılığı verilen bu indirimleri, tüketicilerin alımlarının tümünü veya büyük bir bölümünü hâkim durumdaki teşebbüsten almasını zorunlu kılan indirimler olarak tanımlamaktadır. Münhasırlık karşılığı verilen indirimler, tüketicilerin bu tür yükümlülükleri yerine getirmesine bağlıdır ve dolayısıyla pazarı kapatıcı etkisi bulunmaktadır. Bu türdeki indirimler, indirimlerin külfetini veya yararlarını ispatlayabilen ekonomik işlemlerde bulunmamaktadır ve bu nedenle de rekabetin amaçlarını yerine getiremedikleri kabul edilmektedir.²⁰ Genel Mahkeme, ayrıca münhasırlık karşılığı verilen indirimlerin finansal faydalarının hâkim durumdaki teşebbüslerin müşterilerinin tedarikçilerini seçme özgür-

ve “büyüme oranlı indirimler” şeklinde farklı sınıflandırmalara tabi tutulmuştur.

¹⁶ Case T-286/09 Intel Corp v Commission [2014] ECR II-0000, para. 75.

¹⁷ Case T-203/01 Manufacture française des pneumatiques Michelin v Commission [2003] ECR II-4071, para. 58-60.

¹⁸ Johansson 2017, s. 16.

¹⁹ Göneç Gürkaynak, Zeynep Ortaç, Betül Baş, Su Şimşek, “Intel Kararı Işığında Hukuk ve İktisat Perspektifinden Sadakat İndirimlerine İlişkin Bir Değerlendirme”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 2015, Cilt: 31, Sayı:2 s. 339-407.

²⁰ Case T-286/09 Intel Corp v Commission [2014] ECR II-0000, para. 77.

lüğünden alıkoymada ve pazara başka ürünlerin girişini engellemede kullanıldığını belirtmektedir.²¹

Objektif ve kısıtlanmamış rekabet ile örtüşmemesi nedeniyle münhasırlık karşılığı verilen indirimler hukuka aykırı kabul edilmektedir ve yalnızca istisnai durumlarda makul bulunmaktadır. Genel Mahkeme'nin kullandığı dil, münhasırlık karşılığı verilen indirimlerin doğaları gereği rekabeti ihlal ettiklerinin kabul edildiğine de işaret etmektedir.²² Billhassa bu nedenle de Genel Mahkeme, Komisyon tarafından bu indirimlerin pazar kapatıcı etkiye sahip olduğunun kanıtlanması gibi bir yükümlülük olmadığını savunmuştur.²³

(iii) Üçüncü Kategori: Bu gruptaki indirimler temelinde diğer iki gruba girmeyen indirimlerden oluşmaktadır ve haklı sebep kuralına (*rule of reason*) göre incelenmektedir. Hâkim durumdaki teşebbüsler tarafından uygulanan belirli indirimler, yalnızca münhasırlık derecesine veya alınan hacme bağlı olmamakta, fakat yine de sadakat açısından bağlayıcı etkiye sahip bir sisteme sahip olabilmektedir. Bu tür indirimlere örnek olarak, *Post Danmark II* kararı²⁴ kapsamında %90 pazar payı ile ilgili pazarda hâkim durumdaki teşebbüs Post Danmark tarafından uygulanan fiyatlandırma davranışları örnek gösterilebilir. ABAD, bu karar kapsamında rekabete aykırı olduğu iddia edilen indirim sisteminin ne bir sadakat indirimi, ne de tam anlamıyla bir miktar indirimi olduğunu belirtmiş, bu nedenle de söz konusu indirimlerin münhasırlık veya miktarla ilişkilendirilebilecek koşullardan bağımsız uygulanan indirimler olduğunun altını çizmiş ve bunları üçüncü kategori indirimler başlığı altında incelemiştir.²⁵ Ayrıca, ABAD bu karar kapsamında, bu türdeki indirimlerin somut olayın tüm koşulları değerlendirilerek incelenmesi gerektiğini belirtmiştir.

2.2. İndirim Sistemlerinin Rekabeti Kısıtlama Yönündeki Olası Etkileri

Genel Mahkeme *Intel* kararı kapsamında yaptığı incelemede bir etki analizine yer vermemişken, ABAD'ın kararı kapsamında indirim

²¹ Case T-286/09 Intel Corp v Commission [2014] ECR II-0000, para. 76-77.

²² Case T-286/09 Intel Corp v Commission [2014] ECR II-0000, para. 85.

²³ Case T-286/09 Intel Corp v Commission [2014] ECR II-0000, para. 103.

²⁴ Case C-23/14 Post Danmark A/S v Konkurrenceradet [2015] 5 CMLR 25.

²⁵ Case C-23/14 Post Danmark A/S v Konkurrenceradet [2015] 5 CMLR 25, para. 29.

sistemlerine ilişkin bir etki analizi yapılması gerektiğini öngörmesi ile *Intel* dosyasına ilişkin esas tartışma, indirim sistemlerinin rekabeti kısıtlama yönündeki olası etkilerinin olup olmadığı noktasında toplanmıştır.

Genel Mahkeme, *Hoffman-La Roche* kararı ile sabit içtihat haline gelen yaklaşımı benimseyerek, Komisyon tarafından ortaya koyulan şekilci yaklaşım doğrultusunda hareket etmiş ve sadakat indirimlerinin rekabetçi etkileri değerlendirilirken bir fiyat-maliyet analizinin gerekli olmadığını belirtmiştir.²⁶ Böylece, Genel Mahkeme bu tür indirimlerin pazarda meydana getirebileceği rekabeti kısıtlayıcı etkileri dışlayarak, sadakat indirimlerinin, *doğası gereği*, hukuka aykırı olduğu sonucuna varmıştır.²⁷ Nitekim indirim sistemlerine ilişkin bir etki analizi, Komisyon tarafından yapılmış olmasına rağmen, Genel Mahkeme, kararı kapsamında Komisyon tarafından yapılan etki analizinin yetersiz olduğuna dair *Intel* tarafından öne sürülen savunmalara değinmeye dahi ihtiyaç duymamıştır.

Öte yandan, Kanun Sözcüsü Wahl'ın 20 Ekim 2016 tarihli görüşü kapsamında, ABİDA'nın 101(1) maddesinin²⁸ uygulanması açısından, rekabeti kısıtladığı iddia edilen her türlü eylemin hem amaç hem de etki bakımından iki farklı kategori altında ayrı ayrı değerlendirilmesi gerektiği savunulmuştur.²⁹ Wahl görüşünde ilk olarak "amaç bakımından ihlal" kavramının, yalnızca açık bir şekilde hukuka aykırı etkiler

²⁶ Case T-286/09 Intel Corp v Commission [2014] ECR II-0000, para. 99.

²⁷ Case T-286/09 Intel Corp v Commission [2014] ECR II-0000, para. 85.

²⁸ ABİDA madde 101(1) şu şekildedir: "Üye devletlerarasındaki ticareti etkileyecek nitelikte olan ve amacı veya etkisi iç pazardaki rekabetin engellenmesi, kısıtlanması veya bozulması olan ve özellikle aşağıdaki nitelikleri taşıyan tüm teşebbüsler arası anlaşmalar, teşebbüs birliklerinin kararları ve uyumlu eylemler iç pazarla bağdaşmaz ve yasaktır: (a) doğrudan veya dolaylı olarak, alış veya satış fiyatlarını veya diğer ticaret koşullarını belirleyen, (b) üretimi, piyasaları, teknik gelişmeyi veya yatırımları sınırlayan veya kontrol eden, (c) piyasaları veya arz kaynaklarını paylaştıran, (d) ticari ilişkinin diğer taraflarına eşdeğer işlemler için farklı koşullar uygulayarak, onları rekabet edebilirlik açısından dezavantajlı duruma sokan, (e) sözleşmelerin yapılmasını, nitelikleri gereği veya ticari teamüllere göre bu sözleşmelerin konusuyla ilgisi olmayan ek yükümlülüklerin sözleşmenin diğer taraflarınca kabulü şartına bağlayan."

²⁹ Sandro Marco Colino, Pablo Ibáñez Colomo, Damien Neven, Nicolas Petit, "Intel: Analysing the Advocate General's opinion, *Revue Des Droits De La Concurrence*", *Concurrences Review*, 2017, C. 1-2017, S. 83450, s. 16-35 (çevrimiçi) <https://www.concurrences.com/en/review/issues/no-1-2017/on-topic/intel-analysing-the-advocate-general-s-opinion>, (Erişim Tarihi: 21.02.2018).

göstereceği kabul edilen ihlaller açısından uygulanabilir olduğunu belirtmiş; ikinci olarak ise, rekabetçi açıdan olumlu etkiler doğurabilecek eylemleri *per se* ihlal olarak addetmeden önce, bu eylemlere ilişkin kapsayıcı bir etki analizi yapılması gerektiğini öngörmüştür.³⁰

Kanun Sözcüsü Wahl tarafından sunulan bu görüş doğrultusunda verdiği kararda ABAD, münhasırlık indirimlerinin gerçekten rekabete zarar verip vermediğinin araştırılması gerektiğine ilişkin savunma da dâhil olmak üzere, Intel tarafından ileri sürülen tüm iddiaların Genel Mahkeme tarafından kapsamlı bir şekilde değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir.³¹ Böylece ABAD, “x86 tabanlı mikroişlemci” pazarında %70’den yüksek bir pazar payına sahip Intel tarafından uygulanan indirim sistemlerinin rekabeti kısıtlayıcı bir etkisinin olup olmadığının ancak belirli ekonomik modellerin somut olaya uygulanması durumunda saptanabileceği görüşünü benimsemiştir. Bu halde, ABAD’ın, pazarda hâkim durumda bulunan Intel’in uyguladığı indirim sistemleri ve doğrudan ödemeler ile hâkim durumunu kötüye kullanıp kullanmadığına ilişkin yapılacak değerlendirme sırasında etki temelli bir yaklaşımın tam anlamıyla göz ardı edilemeyeceğini ve dolayısıyla söz konusu eylemlerin yalnızca *per se* ihlal kapsamında değerlendirilemeyeceğini öngördüğü açıktır. ABAD, bu kararı ile “amaç bakımından ihlal” kavramının Genel Mahkeme tarafından hatalı bir nitelendirmeye tabi tutulduğunu ve dosyanın hukuki ve ekonomik bağlamının gereği gibi incelenmesi gerektiğini belirttiği 11 Eylül 2014 tarihli *Cartes Bancaires*³² kararında benimsediği tutuma benzer bir tutum sergilemiştir.

Intel savunması kapsamında, Komisyon’un sürekli olarak kendisine sunulan delillere kendi eğilimi doğrultusunda şekil verdiğini, kendi yaklaşımı ile çelişen delilleri ise göz ardı ettiğini, önemsemediğini ve hatta bu delillerin bir kısmını tedarik etmeyi dahi reddettiğini öne sürmüştür.³³ Bunun üzerine ABAD, hâkim durumdaki teşebbüs Intel’in

³⁰ Kanun Sözcüsü Nils Wahl’ın Case C- 413/14 P Intel Corp. v European Commission dosyasındaki görüşü, “Advocate General’s Opinion in Case C-413/14 P Intel Corporation Inc. v Commission” Avrupa Adalet Divanı Basın Duyurusu, Luxemburg, 2017, No. 114/16, (çevrimiçi) <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2016-10/cp160114en.pdf>, (Erişim Tarihi: 21.02.2018).

³¹ Case C- 413/14 P Intel Corp. v European Commission [2017], para. 149.

³² Case C- 67/13 P Groupement des cartes bancaires (CB) v European Commission, [2014].

³³ “Why the European Commission’s Intel Decision is Wrong”, Intel Pressroom,

söz konusu eylemlerinin pazarı kapama etkisi olup olmadığına ilişkin öne sürülen delillerin Komisyon tarafından değerlendirilmiş olması gerektiğini belirtmiştir.³⁴ Dolayısıyla, bu karar ile hâkim durumunu kötüye kullandığı iddiası ile karşı karşıya kalan tüm teşebbüslerin, rekabete aykırı olduğu iddia edilen eylemlerinin pazardaki rekabeti etkileyebilecek nitelikte olmadığına ilişkin savunmalarının ve bu doğrultuda dosyaya sunulan delillerinin, Komisyon tarafından gereği gibi değerlendirilmesi zorunlu kılınmıştır. Bu bağlamda, ABAD'ın Intel kararı sonucu ortaya koyulan asıl husus, indirim sistemlerinin rekabeti kısıtlamaya elverişli olduğuna ilişkin varsayıma, bundan sonra hâkim durumdaki teşebbüsler tarafından aksi ispatlanabilecek bir nitelik kazandırılmış olmasıdır.

ABAD tarafından münhasırlık indirimleri bakımından etki odaklı bir yaklaşımın uygulanmasının zorunlu görüldüğü bu karar, bu yönüyle bir ilk niteliğindedir. Nitekim bu kararı ile ABAD, etki temelli bir analizin yapılmasının somut olay bakımından gerekli görüldüğü *Teliasonera*³⁵ ve *Post Danmark*³⁶ kararlarının yanında, hâkim durumunun kötüye kullanılması sonucuna ulaşmadan önce Komisyon'un ve ulusal rekabet otoritelerinin münhasırlık indirimlerine ilişkin bir etki analizi yapmaları gerektiğini öngörmektedir.³⁷

Sonuç olarak, Genel Mahkeme tarafından Intel kararı kapsamında indirim sistemleri açısından ortaya koyulan ve Intel'in söz konusu eylemlerinin hukuka aykırılık karinesi altında *per se* ihlal olduğunu savunan şekilci yaklaşım, Intel'in fiyatlandırma stratejilerine ilişkin etki temelli bir değerlendirmeden yoksun olduğundan, ABAD tarafından reddedilmiştir.

2009, s.1, (çevrimiçi) https://www.intel.com/pressroom/legal/docs/EC_response092109.pdf, (Erişim Tarihi: 21.02.2018).

³⁴ Ian Giles, Jay Modrall, "Major Victory for Intel as CJEU Sends Case Back to General Court for Re-examination", Kluwer Competition Law Blog, 2017, s. 2, (çevrimiçi) <http://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2017/09/12/major-victory-intel-cjeu-sends-case-back-general-court-re-examination/> (Erişim Tarihi: 21.02.2018).

³⁵ Case C-52/09 Konkurrentsverket v TeliaSonera Sverige AB [2011] ECR I-0527.

³⁶ Case C209/10 Post Danmark vs Konkurrenceraadet [2012] ECR I-0000.

³⁷ Thomas Lübbig, Alex Potter, James Aitken, Thomas Janssens, "Intel in the Court of Justice", Freshfields Bruckhaus Deringer LLP, 2017, s.1, (çevrimiçi) http://knowledge.freshfields.com/h/Global/r/3581/intel_in_the_court_of_justice, (Erişim Tarihi: 21.02.2018).

2.3. AB Komisyonu'nun Uygulama Önceliklerine Dair Rehberi'nin Intel Dosyasına Etkileri

AB içtihatları kapsamında hâkim durumun kötüye kullanılması noktasında kabul edilen ve Intel dosyasında da Komisyon ve Genel Mahkeme tarafından benimsenen mutlak şekilci yaklaşım, doktrinde ciddi eleştirilere maruz kalmıştır. Bu eleştiriler, Intel kararında etki temelli bir değerlendirmenin göz ardı edilmiş olmasının AB rekabet politikası açısından geriye atılan bir adım niteliğinde olduğu,³⁸ Genel Mahkeme tarafından münhasırlık indirimleri açısından bu denli şekilci bir yaklaşımın kabul edilmesinin yerinde olmadığı³⁹ ve münhasırlık ve sadakat indirimlerinin, yalnızca önceki içtihatlar kapsamında rekabete aykırı olarak addedildikleri için, bu tür indirim sistemlerinin rekabeti arttırıcı nitelikte olabileceğine dair herhangi bir gerekçelendirilmenin dahi öne sürülemeyeceğine hükmedilmiş olduğu⁴⁰ noktalarında birleşmektedir.

İçtihatları kapsamında Komisyon ve Genel Mahkeme tarafından ısrarla benimsenen şekilci yaklaşıma karşı dile getirilen bu denli yoğun eleştiriler sonucunda Komisyon tarafından, "AB Komisyonu'nun Uygulama Önceliklerine Dair Rehberi"⁴¹ ("Rehber") yayımlanmış ve bir açıdan ABİDA'nın 102. maddesinin modernizasyon süreci başlatılmıştır. Rehber kapsamında Komisyon'un münhasır davranışlara ilişkin genel yaklaşımı, münhasır davranışlarda bulunan teşebbüslerin yüksek pazar payına sahip olmaları ve bu pazar payını uzun süre boyunca ellerinde tutabilmiş olmaları hususlarının, bu teşebbüslerin münhasır davranışlarının rekabetçi açıdan bir ihlal teşkil ediyor olduğu yönünde önemli bir ön gösterge olduğunun, ancak bu şekilde bir sonuca

³⁸ James S. Venit, "The EU General Court Upholds the European Commission's Decision Regarding Exclusivity Rebates on the Microprocessor Market (Intel)", e-Competitions Bulletin, 2014, s.1, (çevrimiçi) <http://awa2015.concurrences.com/articles-awards/business-articles-awards/article/the-eu-general-court-upholds-the-european-commission-s-decision-regarding>, (Erişim Tarihi: 21.02.2018).

³⁹ Hans Zenger, "Intel And The Future of Article 102", Charles River Associates Competition Memo, Brussels, 2014, s. 3, (çevrimiçi), http://www.crai.com/sites/default/files/publications/Intel_and_the_future_of_Article_102.pdf, (Erişim Tarihi: 21.02.2018).

⁴⁰ Pablo Ibañez Colomo, "Intel v Commission and the problem with wrong economic assumptions", Chilling Competition, 2014, s.1, (çevrimiçi) <https://chilling-competition.com/2014/06/16/> (Erişim Tarihi: 21.02.2018).

⁴¹ AB Komisyonu'nun Uygulama Önceliklerine Dair Rehberi [2009].

varılabilmesi için dosya muhtevastındaki tüm unsurların değerlendirilmesi gerektiği şeklindedir.⁴² Ayrıca, Rehber fiyat bazlı münhasır davranışların ve bu davranışların pazarı kapama etkisi olup olmadığının değerlendirilmesi sırasında AEC Testi'nin yapılması gerekliliğini öngörmektedir.⁴³ Bu halde, Rehber kapsamında, ABİDA'nın 102. maddesi uygulanırken Komisyon tarafından etki analizi temelli ve tüketici refahı odaklı bir görüşün kabul edildiği açıktır.

Rehber'in yayımlanması ile birlikte Komisyon tarafından etki temelli bir yaklaşımın benimsenmesinin ardından, Genel Mahkeme'nin dosya kapsamında bir ekonomik analize ihtiyaç duymaması ve rakiplerin eş etkinlikte olup olmamasının dosya bakımından bir sonuç teşkil etmeyeceğini belirtmesi, Rehber'in hukuki bağlayıcılığı noktasındaki tartışmaları beraberinde getirmiştir. Ancak, Rehber açık bir şekilde Komisyon'un ve Genel Mahkeme'nin Rehber ile ortaya koyulan hususları tamamen dışlamalarının ve bu hususları Rehber kapsamında öngörülenden daha farklı bir değerlendirmeye tabi tutmalarının mümkün olmadığını belirtmektedir.⁴⁴ Görüldüğü üzere, AB mevzuatı, indirim sistemlerinin tek başlarına nitelikleri gereği mi, yoksa yalnızca rekabeti kısıtlayıcı etkileri olması durumunda mı hukuka aykırı olacağı hususunda yeterince açıklayıcı olmayıp, doktrin ve mevzuatta indirim sistemlerinin nasıl bir yol izlenerek inceleneceği konusunda bir yeknesaklık arz etmemektedir.⁴⁵ Zira Rehber kapsamında bir inceleme yapmaları zorunlu kılınan Genel Mahkeme ve ABAD, Intel dosyası çerçevesinde uygulama önceliklerini farklı belirlemiş ve farklı yönde kararlar vermişlerdir.

2.4. Intel Tarafından Uygulanan İndirim Sistemlerinin Pazar Kapama Etkisi

Bilindiği üzere pazar kapama etkisi, en basit anlamıyla *“alıcının sağlayıcıya ve/veya sağlayıcının alıcıya erişimini kısıtlayan ticari stratejiler”*

⁴² AB Komisyonu'nun Uygulama Önceliklerine Dair Rehberi [2009], para. 15.

⁴³ AB Komisyonu'nun Uygulama Önceliklerine Dair Rehberi [2009], para. 23-25.

⁴⁴ AB Komisyonu'nun Uygulama Önceliklerine Dair Rehberi [2009], para. 2-3.

⁴⁵ Rochelle Toplensky, “Intel Wins Review of EU's €1bn Antitrust Fine”, Financial Times Press, 2017, s. 1, (çevrimiçi) <https://www.ft.com/content/f460ef98-930f-11e7-bdfa-eda243196c2c>, (Erişim Tarihi: 21.02.2018).

olarak ifade edilmektedir.⁴⁶ Bu doğrultuda, 29 Ocak 2014 tarihinde yürürlüğe giren Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Kötüye Kullanma Niteliğindeki Davranışlarının Değerlendirilmesine İlişkin Kılavuz ("*Kılavuz*") ve Rehber kapsamında bu husus, indirim sistemlerinin özeline indirgenerek bir değerlendirilmeye tabi tutulmuş ve indirim sistemlerinin hâkim durumdaki teşebbüsler tarafından uygulandığında pazar kapama etkisi doğurabileceği açıklanmıştır.⁴⁷

Intel kararında da Genel Mahkeme, indirim sistemlerinin pazar kapama etkisini incelemiş ve tüketicilerin bu davranışlardan zarar görme ihtimaline ilişkin münhasırlık indirimleri ve sadakat indirimleri kategorileri üzerinden bir değerlendirme ortaya koymuştur. Genel Mahkeme, öncelikle Intel tarafından uygulanan münhasırlık indirimlerinin pazar kapama etkisine sahip olup olmadıklarından bağımsız olarak hukuka aykırı olacaklarına hükmetmiş ve bu tür indirimlerin hukuka aykırı olarak addedilmeleri adına rekabeti kısıtlar nitelikte oldukları hususunun incelemeye alınan her bir dosya kapsamında ortaya konulmasına ilişkin bir değerlendirmenin gerekli olmadığını belirtmiştir.⁴⁸ Sadakat indirimlerine ilişkin olarak ise Genel Mahkeme, *Tomra*⁴⁹ ve *Telia Sonera*⁵⁰ kararlarına atıfta bulunarak, sadakat indirimlerinin piyasadaki etkileri değerlendirilirken bu etkilerin doğası gereği rekabeti kısıtlayıcı olabilecek nitelikte olduğunun ortaya koyulmasının yeterli olduğunu, dolayısıyla sadakat indirimlerinin pazardaki rekabeti etkileyip etkilemeyeceğine ilişkin bir analiz yapılmasının gereksiz olduğunu açıklamıştır.⁵¹

20 Ekim 2016 tarihli görüşü kapsamında Kanun Sözcüsü Wahl ise, bir indirim sisteminin yalnızca pazarı kapama etkisinin hâlihazırda gerçekleşmiş olması yahut büyük olasılıkla gerçekleşecek olduğunun tespit edilmesi durumunda, bu indirim sisteminin pazarı kapama etkisine yol açacağını ve dolayısıyla rakipleri dışlayıcı nitelikte bir dav-

⁴⁶ Dikey Anlaşmalara İlişkin Kılavuz, para. 79.

⁴⁷ AB Komisyonu'nun Uygulama Önceliklerine Dair Rehberi [2009], para. 37.

⁴⁸ Case T-286/09 Intel Corp v Commission [2014] ECR II-0000, para. 143.

⁴⁹ Case C-549/10 P Tomra Systems ASA and Others v European Commission [2012] ECR I-0000, para. 73.

⁵⁰ Case C-52/09 Konkurrentsverket v TeliaSonera Sverige AB [2011] ECR I-0527, para. 88.

⁵¹ Case T-286/09 Intel Corp v Commission [2014] ECR II-0000, para. 103

ranış şeklinde nitelendirilebileceğini öne sürmüştür.⁵² Benzer şekilde, Intel de savunmasında müşterilere ürünlerin tamamının veya çoğunun kendisinden tedarik edilmesinin zorunlu kılınması durumunun pazarı kapama etkisi doğurabileceğini belirtmiş, ancak bunun bir kesinlik değil, yalnızca ihtimal dâhilinde olduğunu vurgulamıştır.⁵³ Tüm bunlar doğrultusunda Genel Mahkeme'nin, Intel'in uyguladığı indirim sistemlerinin fiilen rekabeti kısıtlayacak nitelikte bir etkisi olup olmadığı araştırılmaksızın, salt pazarı kapatma etkisi yaratma ihtimalinin varlığını göz önünde bulundurarak hareket etmesi sonucu söz konusu davranışların rekabete aykırı olarak addedilmesinin, Wahl'ın kanaatine göre yerinde veya hukuka uygun olmadığı açıktır.

Kanun Sözcüsü Wahl'ın görüşü doğrultusunda ABAD, hâkim durumdaki teşebbüsler tarafından uygulanacak münhasırlık indirimlerinin mutlak anlamda hukuka aykırı olarak kabul edilemeyeceğini vurgulayarak, kendi pazarlarında güçlü pazar payına sahip teşebbüsler açısından memnuniyet doğurucu nitelikte bir karar vermiştir. ABAD, Komisyon ve Genel Mahkeme'nin, Intel tarafından uygulanan indirim sistemlerinin pazarı kapama etkisi bulunmadığına dair destekleyici delil öne sürüldüğü noktada, söz konusu davranışları rekabete aykırı olarak addetmeden önce bu delillerin ve dosyaya özgü tüm unsurların (hâkim durum seviyesi, etkilenen pazar payı, indirim sistemlerinin niteliği ve devam süresi, vb.) değerlendirmiş olması gerektiğini ortaya koymuştur.⁵⁴ Dolayısıyla, Genel Mahkeme'nin Intel tarafından ortaya koyulan ve söz konusu indirim sistemlerinin yol açtığı zararları telafi edebilecek rekabet yanlısı etkileri inceleme altına dahi almamasının hatalı bir yaklaşım olduğu sonucuna ulaşmıştır.⁵⁵

⁵² Kanun Sözcüsü Nils Wahl'ın Case C- 413/14 P Intel Corp. v European Commission dosyasındaki görüşü, "Advocate General's Opinion in Case C-413/14 P Intel Corporation Inc. v Commission" Avrupa Adalet Divanı Basın Duyurusu, Luxemburg, 2017, No. 114/16, (çevrimiçi) <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2016-10/cp160114en.pdf>, (Erişim Tarihi: 21.02.2018).

⁵³ Intel Corporation'ın Genel Mahkeme'nin kararına ilişkin 28 Ağustos 2014 tarihli temyiz talebi kapsamındaki ana argümanları, "Appeal brought on 28 August 2014 by Intel Corporation against the judgment of the General Court (Seventh Chamber, Extended Composition) delivered on 12 June 2014 in Case T-286/09 Intel Corporation v European Commission", Official Journal of the European Union, 2014, s.2, (çevrimiçi) http://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/PDF/?uri=uriserv%3AOJ.C_.2014.395.01.0025.01.ENG, (Erişim Tarihi: 21.02.2018).

⁵⁴ Case C- 413/14 P Intel Corp. v European Commission [2017], para. 138,139.

⁵⁵ Case C- 413/14 P Intel Corp. v European Commission [2017], para. 140.

2.5. Tüketicilerin Zarar Görme İhtimaline İlişkin Değerlendirmeler

Intel tarafından uygulanan indirim sistemlerinin, Komisyon ve Genel Mahkeme tarafından öngörüldüğü üzere, tüketiciler üzerinde çeşitli zararlara yol açabileceği hususu sabit olmakla birlikte, bu tür indirim sistemlerinin uygulanmasına izin verilmesi şeklindeki bir yaklaşımın günün sonunda tüketiciler adına yararlı dahi olabileceğine dair muteber savunmalar mevcuttur.

İlk olarak Intel, savunmasında ilk olarak genel itibariyle mikroişlemciler (CPU) pazarında son dönemlerde fiyatların tartışmaya mahal vermeyecek şekilde ciddi ölçüde düşüşe uğradığını belirterek hâkim durumda olmadığını, dolayısıyla tüketicilerin rekabete aykırı olduğu iddia edilen indirim sistemleri sonucunda herhangi bir zarar görmüş olamayacağını ileri sürmüştür.⁵⁶ Ayrıca, pazardaki alım gücünün oldukça yüksek olması nedeniyle, Intel'in rakiplerinden ve müşterilerinden bağımsız hareket edebilme gücüne sahip olmadığı da öne sürülen iddialar arasındadır.⁵⁷ Bu savunmaların Komisyon tarafından reddedilmiş olması, yukarıdaki açıklamalar doğrultusunda,⁵⁸ dosyanın uygun ekonomik bağlamı içinde değerlendirilmediğine ilişkin bir gösterge teşkil edebilecek niteliktedir. İlâveten, Intel müşterilerinin önemli bir kısmının büyük çaplı şirketlerden oluştuğunu ve uyguladığı bu tür indirimlerin genellikle bu müşteriler tarafından ürünlerin satın alınmasına ilişkin bir ön şart olarak öne sürüldüğünü savunmuştur. Bu savunma da, nihai olarak alım gücünün ciddi bir kısmını oluşturan müşterilerin bu indirim sistemlerinden zarar görmediğini ortaya koyabilecek niteliktedir.⁵⁹

Bununla birlikte, söz konusu indirim sistemleri pazarın rekabetçi yapısı ve dolayısıyla tüketiciler üzerinde esas itibariyle iki tür zarara sebebiyet vermektedir. Bunlar: (i) indirim sistemleri uygulamalarının doğal sonucu olarak ortaya çıkan tüketici seçeneklerinin azalması ve (ii) Intel'in pazardaki rakiplerinin güç kaybedecek olması sonucu ilgili pazardaki rekabetçi yapının belirli bir süre boyunca yeniden sağlana-

⁵⁶ Case C- 413/14 P Intel Corp. v European Commission [2017], para. 884.

⁵⁷ Case C- 413/14 P Intel Corp. v European Commission [2017], para. 885.

⁵⁸ Bölüm 2.2.: İndirim Sistemlerinin Rekabeti Kısıtlama Yönündeki Olası Etkileri.

⁵⁹ Case COMP/C-3/37.990 Intel [2009] OJ C227/07. para. 517.

mayacak olması şeklinde sıralanabilir. Zira tüketicilerin Intel'e rakip teşebbüslerin ürünlerini daha az kullanması sonucu söz konusu ürünlerin ulaşılabilirlikleri azalacak ve ürün çeşitliliğinin kısıtlanması ile tüketicilerin arzu edilen ürünlere yeterli derecede erişim imkânı kalmayacaktır.

Yukarıda yapılan açıklamalar ışığında, Intel mevzubahis indirim sistemlerinin pazarın rekabetçi yapısı üzerinde yalnızca zarara yol açmayacağını, beraberinde tüketicilere belirli menfaatler de sağlayabileceğini öne sürmektedir. Bu doğrultuda, Intel kendisi tarafından dosyaya sunulan tüm delillerin tam ve eksiksiz olarak incelemesi sonucu söz konusu ürünlerin müşterilere indirimli ancak her şekilde maliyetlerinin üstünde bir fiyata sunulduğunu, dolayısıyla pazarın etkin bir şekilde işlev gösterdiğini ve bu durumun güncel rekabet politikaları çerçevesinde teşvik edilmesi gerektiğini belirtmiştir.⁶⁰ Gerçekten de, Intel'in rekabete aykırı olduğu öne sürülen davranışlarının, pazar kapama etkilerinin ve tüketici üzerinde ortaya çıkaracağı zararlarının Komisyon ve Genel Mahkeme tarafından kesin bir şekilde ortaya koyulmadığı bu durumda, özellikle sürdürülebilir yeniliğin mevcut olduğu, fiyatların gitgide azaldığı ve üretimin arttığı "x86 tabanlı mikroişlemci" pazarı özelinde, ekonomik bağlamları çerçevesinde değerlendirilmesi gerekmektedir.

2.6. İndirim Sistemlerine İlişkin Ekonomik Değerlendirme

Bilindiği üzere, rekabet politikaları ve rekabet hukuku, hukuk ve ekonomi teorilerinin eş zamanlı benimsenmesini gerektiren bir alandır. Bu kapsamda, iyi işleyen bir rekabet düzeninde kamu otoriteleri tarafından konulan kurallara uyularak serbestçe ekonomik seçimler yapılabiliyor olması gerekmektedir. Bu itibarla, teşebbüslerin ekonomik çıkarları doğrultusunda kararlar almaları ve sadakat indirimleri gibi araçlarla kârlarını arttırmaya çalışmaları olağandır. Bununla birlikte, rekabet ihlallerinde rekabet kurumlarının bu ihlali belirlemek ve engellemek gibi bir görevi üstlenmesi gerektiği de aşîkârdır. İlaveten,

⁶⁰ "Why the European Commission's Intel Decision is Wrong", *Intel Pressroom*, 2009, s.1, (çevrimiçi) https://www.intel.com/pressroom/legal/docs/EC_response092109.pdf, (Erişim Tarihi: 21.02.2018).

serbest piyasa düzeninde rekabet kurumlarının gerçekten yasadışı bir uygulama olmadığı ve dolayısıyla rekabetçi düzenin gerçekten zarar görmediği durumlarda teşebbüslerin ekonomik kararlarına müdahale etmesi düşünülemeyecektir. Aksi takdirde, rekabet kanunları rekabetçi süreçlere zarar gelmesini engellerken, rekabet kurumu işlemlerinin rekabeti destekleyici ve teşvik edici bir etkisi olmayacağı gibi, kurumun işleyişi ve etkinliği hususunda çeşitli iddiaların gündeme gelmesi kaçınılmaz olacaktır.⁶¹

Bu doğrultuda, indirim sistemlerine ilişkin olarak doktrinde dışlayıcı indirim sistemlerinin pazara etkisine bakılmaksızın değerlendirilmesi eleştirilmektedir.⁶² Hâkim durumdaki teşebbüslerin indirim sistemleri değerlendirilirken etki analizinin zorunlu olduğu sonucuna ulaşan bu görüşler, bir davranışın doğası gereği rekabeti ihlal ettiği yönünde bir çıkarımda bulunulmaması gerektiğini de açıkça ifade etmektedir. Daha ekonomik temelli bir yaklaşımın gerekliliği konusunda, hâkim durumdaki teşebbüslerin rekabeti ihlal etmeyi açıkça amaçlayan hiçbir tek taraflı davranışının, bu davranışın pazara etkisi belirlenmeden, doğası gereği rekabeti ihlal ettiğinin söylenemeyeceği de dile getirilmektedir.⁶³ Aksi takdirde, AB içtihatlarının hâkim durumdaki teşebbüslerin söz konusu olduğu indirim sistemlerine ilişkin dosyalarda, belirli ekonometrik araçların yardımıyla sunulabilecek ve rekabeti engelleyici etkinin oluşmadığına ilişkin delillerin sunulmasının gereksiz olduğu gibi *çarpık* bir sonuca sürüklediği söylenebilecektir. Bu itibarla, hâlihazırda, özellikle hâkim durumdaki teşebbüslerin genelinin savunmalarında (i) indirim sistemlerinin doğası gereği rekabeti ihlal ettiğinin kabul edilmemesi gerektiğini ve (ii) her bir indirim sisteminin etkisinin somut olay bazında incelenmesi gerektiğini istikrarlı bir şekilde ileri sürdükleri söylenebilecektir.⁶⁴

⁶¹ Johansson 2017, s. 19.

⁶² Danilo Samà, "The Antitrust Treatment of Loyalty Discounts and Rebates in the EU Competition Law: In Search of an Economic Approach and a Theory of Consumer Harm", Luiss Guido Carli University of Rome, 2012, s. 29-30 (çevrimiçi) http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2425100 (Erişim Tarihi: 21.02.2018).

⁶³ Ioannis Lianos, "Categorical Thinking in Competition Law and the 'Effects-based' Approach in Article 82 EC", Article 82 EC - Reflections on its recent evolution, Ariel Ezrachi (ed.), Hart Publishing, 2009, s.32.

⁶⁴ Paul Nihoul, "The Antitrust Treatment of Loyalty Discounts and Rebates in the EU Competition Law: In Search of an Economic Approach and a Theory of Consu-

Bu kapsamda, bu makaleye konu olan ve rekabet hukukunda indirim sistemlerine ilişkin ekonomik değerlendirmeler hususunda önemli tartışmalara yol açan Intel dosyası, Rehber'in yayımlanmasından sonra Komisyon tarafından sadakat indirimlerinin rekabet üzerindeki etkilerinin "daha ekonomik bir yaklaşım" ile analiz edildiği ve özellikle AEC Testi'nin de uygulandığı ilk soruşturma olmuştur. Ayrıca, sadakat indirimlerine ilişkin "şekilci" bulunan Avrupa Birliği Mahkemeleri'nin istikrarlı içtihadında etki odaklı yaklaşım doğrultusunda bir kırılım olup olmayacağına dair bir öngörü sağlamış olması, Intel'i son yılların en önemli kararı haline getirmiştir. Bununla birlikte, her ne kadar Genel Mahkeme Intel'in sunmuş olduğu ekonomik delilleri yeteri kadar değerlendirmeyip etki odaklı yaklaşım konusundaki beklentileri sarsmış olsa da, ABAD'ın (i) Genel Mahkeme'nin kararına bu açıdan katılmaması ve bu kapsamda (ii) Genel Mahkeme'nin Intel'in iddia edilen dışlayıcı faaliyetlerinin pazar kapama etkisinin olmadığını kanıtlamak amacıyla mahkemeye sunmuş olduğu ekonomik delilleri değerlendirmesi gerektiği gerekçesiyle kararı bozması, bu kırılım beklentisini yeniden canlandırmıştır.

Nitekim Komisyon tarafından ortaya koyulan görüş doğrultusunda Genel Mahkeme, dosya kapsamında uygulanan sadakat indirimlerinin fiyatlamaya ilişkin bir davranış olarak ele alınamayacağını söylemiş⁶⁵ ve fiyat-maliyet temelli ekonomik bir analiz yapılmaksızın, bu indirim sistemlerinin varlığının başlı başına bir ihlal teşkil edeceğine işaret etmiştir. Özellikle, ekonomik unsurlar da dâhil olmak üzere dosya kapsamındaki mevcut tüm koşulların bütün boyutlarıyla değerlendirilmesi yönündeki güncel AB içtihatları⁶⁶ göz önüne alındığında, bu şekilci yaklaşım elbette ki çeşitli haklı eleştirilere maruz kalmıştır. Bu eleştirilerin başında Nils Wahl tarafından ABAD'a sunulan görüş yer almaktadır. Nitekim yukarıda da açıklanmış olduğu üzere, Wahl hâkim durumdaki teşebbüslerin uyguladıkları indirim sistemlerinin analizi noktasında yeni ve yeknesak bir hukuki çerçeve oluşturulabilmesi adına, dosya-

mer Harm", *Journal of European Competition Law & Practice*, 2014, Vol. 5, No. 8, s.7, (çevrimiçi) <https://academic.oup.com/jeclap/article/5/8/521/1821424>, (Erişim Tarihi: 21.02.2018).

⁶⁵ Case T-286/09 Intel Corp v Commission [2014] ECR II-0000, para. 99.

⁶⁶ Case C-95/04 British Airways v Commission [2007] ECR I-2331, para. 61-67 ve Case C-549/10 P Tomra Systems and Others v Commission [2012] ECR I-0000.

nın Genel Mahkeme'ye iade edilmesi gerektiği görüşünü savunmuştur.⁶⁷ Zira Wahl, Genel Mahkeme'nin yapmaktan imtina ettiği üzere, yalnızca indirim sistemleri bakımından değil, herhangi bir amaç yönünden rekabete aykırı davranışın *per se* ihlal olarak değerlendirilebilmesi için öncelikle davranışın geliştiği bağlamın değerlendirilmesi gerekliliğine dikkat çekmiştir.⁶⁸ Wahl'a göre *dosya kapsamında fiyatların maliyetin altında olması gibi açık bir münhasır davranış mevcut olsa dahi, "bağlam" unsuru göz ardı edilemeyecektir. Yine Kanun Sözcüsü Wahl'ın benzer doğrultudaki Cartes Bancaires kararına ilişkin görüşü⁶⁹ ile birlikte değerlendirildiğinde, bu görüş, ABİDA'nın 102. maddesinin çekilme-ye çalışıldığı "ekonomik istikamet" doğrultusunda ABAD'a bir çağrı niteliğinde olmuştur. Neticede Wahl'ın görüşü ana hatlarıyla şu cümle ile özetlenebilir: "Deneyimler ve ekonomik analiz sadakat indirimlerinin, hâkim teşebbüsler tarafından uygulansalar dahi, kural olarak, tartışmasız bir biçimde rekabete zararlı veya aykırı olduklarını göstermemektedir."⁷⁰*

ABAD ise, yukarıda daha detaylı açıklandığı üzere, Intel'in dosyaya sunduğu ve rekabeti engellediği iddia edilen sözde ihlallere ilişkin ekonomik delillerin gereği gibi değerlendirilmediği gerekçesiyle dosyayı Genel Mahkeme'ye iade etmiştir.⁷¹ Bu yönüyle, ABAD kararı uzun süredir eski ve şekilci yaklaşımı benimsediği için eleştirilen AB mahkemelerine, özellikle indirim sistemlerine ilişkin dosyalar açısın-

⁶⁷ Kanun Sözcüsü Nils Wahl'ın Case C- 413/14 P Intel Corp. v European Commission dosyasındaki görüşü, "Advocate General's Opinion in Case C-413/14 P Intel Corporation Inc. v Commission" Avrupa Adalet Divanı Basın Duyurusu, Luxembourg, 2017, No. 114/16, (çevrimiçi) <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2016-10/cp160114en.pdf>, (Erişim Tarihi: 21.02.2018).

⁶⁸ Kanun Sözcüsü Nils Wahl'ın Case C- 413/14 P Intel Corp. v European Commission dosyasındaki görüşü, "Advocate General's Opinion in Case C-413/14 P Intel Corporation Inc. v Commission" Avrupa Adalet Divanı Basın Duyurusu, Luxembourg, 2017, No. 114/16, (çevrimiçi) <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2016-10/cp160114en.pdf>, (Erişim Tarihi: 21.02.2018).

⁶⁹ Kanun Sözcüsü Nils Wahl'ın Case Case C- 67/13P Groupement des cartes bancaires (CB) v European Commission dosyasındaki görüşü, "Groupement des cartes bancaires (CB) v European Commission", Luxembourg, 2014, (çevrimiçi) <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=149943&doclang=EN>, (Erişim Tarihi: 21.02.2018).

⁷⁰ Kanun Sözcüsü Nils Wahl'ın Case C- 413/14 P Intel Corp. v European Commission dosyasındaki görüşü, "Advocate General's Opinion in Case C-413/14 P Intel Corporation Inc. v Commission" Avrupa Adalet Divanı Basın Duyurusu, Luxembourg, 2017, No. 114/16, (çevrimiçi) <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2016-10/cp160114en.pdf>, (Erişim Tarihi: 21.02.2018).

⁷¹ Case C- 413/14 P Intel Corp. v European Commission [2017], para. 149-150.

dan ortaya koyulan tüm ekonomik delillerin tam anlamıyla değerlendirilme altına alınması yönünde yeni bir teamül oluşturmaktadır.

Nitekim ABAD'ın sadakat indirimlerine karşı şimdiye kadarki tutumu onları yasal olmayan ve rekabeti kısıtlayan araçlardan biri olarak görmek olmuştur.⁷² İndirim sistemleri, satıcıya alıcıların taleplerine bağlı olarak fiyatını farklılaştırma seçeneği sunduğu için fiyat ayrımcılığı olarak ele alınmıştır.⁷³ Zira indirimler genellikle sadece alım düzeyi belirli bir eşiği aşınca sağlanmaktadır.

Bu şekilci yaklaşım, doktrinde ve literatürde de çeşitli yazarlar tarafından eleştirilmiştir. *İndirim sistemlerinin ekonomik gerekçelerle açıklanabileceğine ilişkin bu eleştiriler esas itibarıyla şu başlıklar altında toplanmaktadır: (i) ABİDA'nın 101. maddesinde olduğu gibi 102. maddesinin de iktisadi ilkeler çerçevesinde revize edilmesi gerektiği,⁷⁴ (ii) indirim sistemleri bakımından etki temelli bir yaklaşım benimsenerek hukuki belirlilik sağlanması gerektiği⁷⁵ ve (iii) indirim sistemlerinin pazardaki ekonomik tesirlerinin belirli bir zarar teorisi çatısı altında yeknesaklaştırılması gerektiği.⁷⁶ ABİDA 102. madde altında ise, hâkim durumdaki teşebbüslerin eylemlerine şekilci yaklaşımı esnetmek, ABİDA 101. madde ve yoğunlaşmaların denetimine paralel bir ekonomik yaklaşım sağlamak ve hukuka aykırılık karinesi altındaki değerlendirmeler yerine rekabetçi etkilerin dikkate alındığı bir perspektiften incelemek yönündeki talepler tartışılmıştır. Bahsi geçen bu görüşler doğrultusunda, indirim sistemlerinin değerlendirilmesinde hâkim durumdaki teşebbüsün münhasırlık indirimlerine mutlak hukuki müdahale uygulanmaksızın daha yenilikçi bir bakış açısına ihtiyaç olup, indirim sistemlerinin pazar üzerindeki iktisadi etkilerinin etraflıca incelenmesi önceliklendirilmelidir.*

⁷² Hans Zenger, "Loyalty Rebates and The Competitive Process", *Journal of Competition Law & Economics*, Vol. 8, No. 4, pp. 717-768, 2012, s. 1. (çevrimiçi) https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2019185, (Erişim tarihi: 21.02.2018).

⁷³ Johansson (2017), s. 19.

⁷⁴ John Kallaugher, Brian Sher, "Rebates Revisited: Anti-Competitive Effects and Exclusionary Abuse Under Article 82", *European Competition Law Review*, 2004, s. 285. (çevrimiçi) https://www.lw.com/upload/pubcontent/_pdf/pub872_1.pdf, (Erişim Tarihi: 21.02.2018).

⁷⁵ Jorge Padilla, Donald Slater, "Rebates as an Abuse of Dominance under Article 82", *GCLC Research papers on Article 82 EC*, Belgium, 2005, s.98.

⁷⁶ Samà, 2012, s. 32.

Sonuç itibarıyla, Intel kararı ile birlikte, güçlü ve sağlam bir hukuki zemine oturtulmuş ve davranışların rekabeti kısıtlamaya yeterli olmadığını açıkça ortaya koymaya muktedir ekonomik temelli delillerin varlığı halinde, hâkim teşebbüslerin müşteri ihtiyaçları doğrultusunda çeşitli indirim politikaları uygulamalarının önü açılacaktır.⁷⁷ Bu kapsamda, Intel kararı, indirim sistemlerinin gerçekten rekabeti kısıtlayıcı nitelikte olup olmadığına karar vermek için indirim sistemlerinin ekonomik etki değerlendirmelerinin yapılması gerektiği hususunda bir içtihat oluşturmaya başlaması açısından önemli bir yere sahiptir. Bu itibarla, Intel kararının daha önceden AB içtihatları bağlamında değerlendirilen dosyalarda söz konusu şirketlerin ekonomik delil sunmalarını teşvik edici olması açısından önemli bir değişikliğe sebep olduğu söylenebilecektir. Buna ek olarak, Intel kararı bu yaklaşım sayesinde Komisyon'daki 102. madde kapsamındaki mevcut büyük dosyalarla birlikte gelecekte Komisyon tarafından veya herhangi bir rekabet otoritesi tarafından değerlendirilebilecek dosyalar yönünden de olumlu bir gelişme olarak nitelendirilebilecektir.

2.6.1. Eşit Etkinlikteki Rakip Testi'nin Rekabet Hukuku Kapsamında Değerlendirilmesi

Son yıllarda Avrupa rekabet politikasının giderek daha ekonomik (bir diğer deyişle, "ekonomik etki odaklı") bir yaklaşım sergilemeye yöneldiği söylenebilir. Zira yukarıda da açıklandığı üzere, AB'de "daha ekonomik bir yaklaşımı" etkin kılmaya yönelik çalışmaların bir meyvesi olarak, Komisyon 2008 yılında Rehber'i yayımlamıştır. Bu kapsamda, Rehber'in 23. ve 27. paragrafları arasında hâkim durumdaki teşebbüsün uygulamalarına müdahale edilmesi gerekip gerekmediğine karar verilirken başvurulacak genel ilkeler ortaya konulmuştur. Nitekim rekabet otoritelerince kıyasıya rekabetin bittiği ve yıkıcı fiyatlamanın başladığı noktanın belirlenmesi konunun odağını oluşturmaktadır. Rehber'e göre, Avrupa Komisyonu önüne gelen somut olaylara rekabet karşıtı piyasayı kapayıcı etkilerin engellenmesini

⁷⁷ Jacques P. Gunther, Adrien Giraud, "EU Competition Law and the Intel Case: Towards a More Effects-Based Approach of Fidelity Rebates", Willkie Farr & Gallagher LLP, 2017, s.3, (çevrimiçi) http://www.willkie.com/~media/Files/Publications/2017/09/EU_Competition_Law_and_the_Intel_Case.pdf , (Erişim Tarihi: 21.02.2018).

amaçlayan bakış açısıyla yaklaşacak ve esas olarak dosyaya konu olan uygulamanın hâkim durumdaki teşebbüs kadar etkin olan rakiplerin rekabetini bozacak olduğu durumlarda müdahale edecektir.⁷⁸ Nitekim Rehber’de daha az etkinlikteki teşebbüslerin piyasa dışına çıkarılması ile ilgilenilmemesi gerektiği açıkça belirtilmektedir. Bu bağlamda, hâkim durumdaki teşebbüslerin, koşullu indirim sistemleri de dâhil olmak üzere, fiyat bazlı dışlayıcı eylemlerinin belirlenebilmesi için Rehber’de AEC Testi düzenlenmiştir. AEC Testi, fiyat sıkıştırması ve yıkıcı fiyat uygulamalarının değerlendirilmesinde Rehber öncesinde de kullanılmaktaydı. Bu test kapsamındaki eş etkinlikteki rakip, hâkim durumdaki teşebbüs ile aynı maliyete sahip olan farazi bir teşebbüstür. Testin arkasında yatan mantıkta, sadece bazı türdeki rekabet karşıtı davranışların aynı ölçüde etkin rakipleri dışlayabilecek potansiyele sahip olacağı ön kabulünden hareket edilmekte ve söz konusu uygulamanın ancak bu tür bir rakibi dışlaması halinde hukuka aykırı olarak değerlendirilebileceği görüşüne dayanmaktadır.⁷⁹

Eşit Etkinlikteki Rakip Testi’nde dikkate alınan üç etken bulunmaktadır. Bunlar: (i) müşterinin herhangi bir zamanda ihtiyaçlarını bir rakipten tedarik edebileceği miktar anlamına gelen “talebin rekabete açık kısmı,” (ii) müşterilerin tedarikçiyi değiştirme kararlarını verdikleri dönem (“ilgili dönem”), ve (iii) maliyet ölçütüdür. Eş etkinlikteki rakip belirlenirken kullanılan maliyet ölçütleri ise ortalama kaçınılabılır maliyetler (“OKM”) ve uzun dönem ortalama artan maliyet⁸⁰ (“UDOAM”) olarak belirlenmiştir.⁸¹ Ortalama kaçınılabılır maliyetlerin karşılanamaması hâkim durumdaki teşebbüsün kısa vadede kârından feragat ettiği anlamına gelmekte ve eş etkinlikteki rakibin zarar etmesizin hedeflenen müşterilere hizmet sunamamasına neden olmaktadır. Uzun dönem ortalama artan maliyet çoğunlukla ortalama kaçınılabılır maliyetlerin üzerinde olup, uzun dönem ortalama değişken maliyetin karşılanamaması ise hâkim durumdaki teşebbüsün somut olay bazındaki hizmetler ve ürünler için katlanması gereken tüm sabit maliyetle-

⁷⁸ AB Komisyonu’nun Uygulama Önceliklerine Dair Rehberi [2009], para. 23.

⁷⁹ Jones Allison, Suffrin Brenda, EU Competition Law: Text, Cases, and Materials, Sixth Edition, Oxford University Press, New York, US, 2016.

⁸⁰ Uzun vadeli ortalama artan maliyet türünde ise, ortalama kaçınılabılır maliyet türünden farklı olarak, ürüne özgü tüm maliyetler, yani sadece geri alınabilir maliyetler değil, batık maliyetler de dikkate alınır.

⁸¹ AB Komisyonu’nun Uygulama Önceliklerine Dair Rehberi [2009], para. 26.

ri karşılayamadığı ve eşit etkinlikteki rakibin piyasa dışına çıkarılabileceği anlamına gelmektedir.

Bununla birlikte, Rehber'e göre AEC Testi hâkim durumdaki teşebbüslerin fiyat bazlı dışlayıcı eylemlerinin değerlendirilmesinde de kullanılmalıdır.⁸² Bu kapsamda, söz konusu somut olayda AEC Testi, Intel ile eşit etkinlikteki bir rakibin Intel'in indirimlerini kaybedecek bir müşterinin zararını telafi edebilmek için ürünlerini önermesi gerektiği fiyatı tespit etmektedir. Yukarıdaki açıklamalar doğrultusunda, somut olayda talebin rekabete açık kısmında Intel'in verdiği indirimini telafi etmek için eşit etkinlikteki rakibin ortalama kaçınılabilir maliyeti altında bir fiyat önermesi gerekiyorsa, ilgili indirim pazarı Intel kadar etkin bir rakibe kapattığı varsayılabilecektir. Nitekim bu aynı zamanda son tüketicinin de ürün seçeneğinin azalacağı anlamına gelecektir.

2.6.2. Intel Kararı Kapsamında AEC Testi'nin Yeterli Ölçüde Kullanılıp Kullanılmadığı Meselesi

Rehber, Komisyon'un Intel'e ilişkin soruşturması başladıktan sonra yayımlanmış olmasına karşın Intel dosyasında da uygulanmıştır. Komisyon sadakat indirimlerini hem AB Mahkemeleri içtihatları doğrultusunda, hem de Rehber'deki ekonomik modele göre (yani, Eşit Etkinlikteki Rakip Testi'ni uygulayarak) incelemiş ve hatta 518 sayfalık kararının yaklaşık 150 sayfasını bu ekonomik incelemeye ayırmıştır. Komisyon'un Intel dosyasında sadakat arttırıcı indirimlerin analizinde etki odaklı bir yaklaşım ortaya koyması, yukarıda da belirtildiği üzere, bir ilktir. Intel kararında Komisyon, söz konusu testin amacının "pazarda Intel kadar etkin bir rakibin Intel'in müşterisine teklif ettiği indirimini telafi etmek üzere sunmak zorunda olduğu fiyatı tespit etmek" olduğunu belirtmiştir. Komisyon, Intel kararında bu testin bağlı olduğu parametreleri: (i) ilgili müşteri grubu talebinin rekabete açık kısmı, (ii) müşterilerin tedarikçilerini değiştirip değiştirmeyeceklerine karar verirken dikkate aldıkları zaman dilimi ve (iii) eş etkinlikteki bir rakip için uygulanabilir olan maliyet ölçütü olarak belirlemiştir.⁸³

⁸² AB Komisyonu'nun Uygulama Önceliklerine Dair Rehberi [2009], para. 23-27.

⁸³ Case COMP/C-3/37.990 Intel [2009] OJ C227/07. para. 1006.

Öte yandan, Komisyon'un kararını inceleyen Genel Mahkeme, 1979 tarihli *Hoffmann-La Roche* kararından bugüne değin korunan ve hâkim durumdaki teşebbüsün uyguladığı sadakat indirimlerini hukuka aykırılık karinesi kapsamında değerlendiren içtihadı bağli kalmayı tercih etmiştir. Yıkıcı fiyatlandırma başlığı altında, rekabet hukuku açısından endişe yaratan husus, teşebbüsün rakiplerinin piyasadan çıkmasını sağlamak amacıyla kısa dönemde düşük fiyatlar uygulaması iken, sadakat indirimlerinden kaynaklanan endişe, öngörülen münhasırlık koşullarına ilişkindir. Genel Mahkeme, bu yöndeki kararı ile yerleşik içtihadı sadık kalmış ve dışlayıcı uygulamaların hukuka uygunluğunu belirlemek üzere Rehber ile getirilen AEC Testi'ni sadakat indirimleri bakımından konuyla ilgisiz bulmuştur. Bu nedenle, Komisyon'un AB Mahkemeleri içtihatlarından ayrılıp Rehber doğrultusunda belirli ekonomik modellerden yararlanmasıyla güç kazanan ve hâkim durumdaki teşebbüsün sadakat indiriminin tüketiciyi somut bir zarara uğratıp uğratmadığının Komisyon tarafından tespit edilmesinin zorunlu olmasını teşvik eden yaklaşım, Genel Mahkeme'nin Intel kararı üzerine bir hayli zayıflamıştır.

Bununla birlikte, Intel Kararı kapsamında Komisyon ve Genel Mahkeme, hâkim durumdaki bir teşebbüs tarafından uygulanan sadakat indirimlerinin doğaları gereği zaten rekabeti kısıtlar nitelikte oldukları için, bunların varlığında somut olayın bütün şartlarının tek tek değerlendirilmesine gerek olmadığını belirtmişlerdir. Yine aynı sebeple, Komisyon Intel Kararında hâkim durumda olan Intel tarafından uygulanan sadakat indirimlerinin değerlendirilmesinde Eşit Etkinlikteki Rakip Testi'nin uygulanmasına da gerek görmemekle birlikte, yine de Eşit Etkinlikteki Rakip Testi analizini yaparak etki odaklı yaklaşıma yönelik müspet niyetini ortaya koymuş ve kararının Rehber ile uyumlu olduğunu göstermeye çalışmıştır. Bununla birlikte, bu testin uygulanmasına gerek olmadığını belirtmesi, eğer testin sonucu Intel'in indirim uygulamalarının rekabeti kısıtlayıcı nitelikte olmadığını göstermiş olsaydı bile her halükarda Intel'in indirim uygulamalarının ihlal niteliğinde olduğuna karar vereceği şeklinde yorumlanabilecektir. Öte yandan, Genel Mahkeme ise Komisyon ile aynı sonuca ulaşmış olmasına rağmen, somut olayda hâkim durumdaki bir teşebbüsün fiyatlandırma faaliyetleri incelendiğinden Eşit Etkinlikteki Rakip Testi'nin Intel dosyasında uygulanabilir olmadığına karar kılmıştır.

Bununla birlikte ABAD, Komisyon'un somut olaydaki indirim sistemlerinin doğaları gereği rekabeti kısıtlar nitelikte olduğunu vurgulamış olmasına rağmen, yine de karardaki koşulları detaylı bir şekilde incelediğini ve bu incelemenin ardından eşit etkinlikteki bir rakibin uygulanabilir olmayan nitelikte fiyatlar sunması gerektiği kanısına vardığını ve nihai olarak da somut olaydaki indirim sistemlerinin böyle bir rakip için pazar kapama etkilerinin olduğu sonucuna ulaştığını gözlemlemiştir. ABAD, bütün bu sebeplerle Genel Mahkeme'nin Intel'in bu teste ilişkin argümanlarını değerlendirmiş olması gerektiğini savunmuştur.⁸⁴ Nitekim ABAD gösterdiği bu yaklaşım ile indirim sistemlerinin eşit etkinlikteki rakipler için pazar kapama etkisinin olup olmadığı hususunda yapılabilecek değerlendirmelerde AEC Testi'nin önemli bir role sahip olduğunu kabul etmiştir. Bu nedenle, ABAD somut olaydaki indirimlerin rekabeti engelleyici nitelikte olup olmadığını değerlendirirken AEC Testi'ni hiçbir şekilde dikkate almaması dolayısıyla Genel Mahkeme'nin yargılamasının hatalı olduğu sonucuna ulaşmıştır.⁸⁵ ABAD'ın vardığı bu sonuç ise, münhasırlık karşılığı verilen indirimlerin söz konusu olduğu bir dosyada etki analizinin gerekliliğine karar verilmesi açısından bir ilk teşkil etmekte ve önem taşımaktadır. Bu itibarla, Intel kararı bundan sonra yalnızca indirim sistemlerine ilişkin dosyalarda değil, tüm hâkim durumun kötüye kullanılması iddiası içeren dosyalarda etki analizinin öneminin artacağına dair mühim bir işarettir.

2.7. Intel Dosyası Kapsamındaki Olası Etkinlik Kazanımlarına İlişkin Değerlendirmeler

Rekabeti kısıtlayıcı faaliyetleri olduğu iddia olunan hâkim durumdaki teşebbüslerin savunma yaparken başvurabilecekleri yöntemlerden biri ekonomik değerlendirme ile ulaşılabilecek ve biçimlendirilebilecek "etkinlik" savunmasıdır. Nitekim etkinlik kazanımı için (i) söz konusu faaliyetin kaçınılmaz olması, (ii) söz konusu faaliyetin var olan/olası rekabeti engelleyerek veya kısıtlayarak etkin rekabeti yok etmemesi, (iii) söz konusu faaliyetin en azından etkinlik sonucu doğurması gibi bir ihtimalin var olması ve (iv) bu etkinliklerin toplum re-

⁸⁴ Case C- 413/14 P Intel Corp. v European Commission [2017], para. 145.

⁸⁵ Case C- 413/14 P Intel Corp. v European Commission [2017], para. 146.

fahında ve rekabetçi pazarda oluşabilecek olası olumsuz sonuçlardan daha fazla olması koşullarını sağladığını ispat eden hâkim durumdaki teşebbüs, söz konusu faaliyetinin etkinlik sağladığı yönünde bir savunma yapabilecektir.⁸⁶

13 Mayıs 2009 tarihli kararı kapsamında Komisyon, Intel tarafından ileri sürülen etkinlik kazanımlarına genel hatları itibariyle şu başlıklar altında yer vermektedir:⁸⁷ (i) indirimler sonucu tüketicilere daha düşük fiyatlar uygulanacak olması, (ii) gelişmiş üretim kapasitelerinin etkin bir şekilde kullanılması sonucu ortaya çıkacak ölçek ekonomisi, (iii) satış hacminin ve ürün karışımının önceden tahmin edilebilir hale gelmesi sonucu ortaya çıkabilecek diğer maliyet azaltan etkinlikler ve üretim etkinlikleri, (iv) orijinal malzeme üreticilerinin ek ürünler imal etmesi sonucu sağlanacak olan risk paylaşımı ve (v) pazarlama etkinlikleri. Intel tarafından ortaya koyulan bu etkinlik kazanımlarının uygulanan indirimler sonucu ortaya çıkması muhtemel pazar kapama etkisini dengeleyeceği veya bu yolla meydana gelecek bir etkiye oranla ağır basacağı şeklindeki savunmalara rağmen Komisyon, bu etkinlik kazanımlarının yeterli derecede kanıtlanamadığına ve dolayısıyla kabul edilemeyeceklerine hükmetmiştir.⁸⁸

Yukarıda açıklandığı üzere, bahse konu indirim sistemlerinin doğası gereği ABİDA'nın 102. maddesi kapsamında bir hâkim durumun kötüye kullanılması türü ve durumu oluşturduğunu belirtmekle birlikte, Genel Mahkeme, hâkim durumdaki teşebbüslerin faaliyetlerinin dışlayıcı etkilerine karşılık bu faaliyetlerin doğurduğu etkinliklerin değerlendirilmesi gerektiği görüşünü benimsemiştir. Bu bağlamda, Genel Mahkeme nesnel ekonomik gerekçelerle açıklanabilir nitelikteki indirimlere izin verilmesi gerektiğini, diğer tür indirimlerin ise "bozulmamış rekabetin amacıyla bağdaşmaz" nitelikte olduğunu belirtmiştir.⁸⁹

Öte yandan, Kanun Sözcüsü Wahl da benzer şekilde, ekonomik karakteri göz önünde bulundurulduğunda, AB rekabet hukukunu

⁸⁶ "The Role of Efficiency Claims in Antitrust Proceedings", OECD Policy Roundtables, 2012, s. 208, (çevrimiçi) <http://www.oecd.org/competition/EfficiencyClaims2012.pdf>, (Erişim tarihi: 21.02.2018).

⁸⁷ Case COMP/C-3/37.990 Intel [2009] OJ C227/07. para. 1632-1638.

⁸⁸ Case COMP/C-3/37.990 Intel [2009] OJ C227/07. para. 1633, 1639.

⁸⁹ Case T-286/09 Intel Corp v Commission [2014] ECR II-0000, para. 77.

“etkinliklerin arttırılması” amaçlı bir kurallar bütünü olarak tanımlanmış⁹⁰ ve dolayısıyla rekabet hukuku kararlarında etkinlik kazanımlarının mümkün olduğu ölçüde göz önünde bulundurulması gerektiğini belirtmiştir. Bununla birlikte, özellikle tüketici refahını ön planda tutan Şikago Okulu yaklaşımını benimseyen bazı yazarların görüşlerine göre, hâkim durumdaki teşebbüsler tarafından uygulanan sadakat indirimlerine, bu indirimlerin tüketici refahına katkılarının pazarın rekabetçi yapısı üzerinde ortaya çıkaracağı zararları denkleştirebileceği durumlarda, pazardaki rakiplerin dışlanacak olması sonucunu doğuracak olsalar dahi izin verilmelidir.⁹¹ Ayrıca, indirim sistemlerinin etkinlik kazanımları neticesinde rekabetçi amaçlar adına da kullanılabilmesine ve dolayısıyla hâkim durumdaki teşebbüsler tarafından uygulanan indirimler değerlendirilirken dosya kapsamındaki tüm ekonomik gerekçelerin incelenmesi gerektiğini savunan bu yaklaşım, çeşitli AB içtihatları⁹² ve Rehber⁹³ kapsamında da açıkça kabul edilmiştir.

ABAD ise, analizinde öncelikli olarak ABIDA'nın 102. maddesinin amacını ortaya koymuş ve bu kapsamda ilgili maddenin amacının bir teşebbüsün kendi menfaatleri doğrultusunda bir piyasada hâkim duruma ulaşmasını engellemek olmadığını çizmiştir. Bu itibarla, ABAD 102. maddenin hâkim durumdaki teşebbüsten daha az etkin olan rakiplerin piyasada kalmasını garanti altına almayı amaçlamadığını ve bu nedenle de her dışlayıcı etkinin otomatik olarak rekabet için zararlı olmadığını açıklığa kavuşturmuştur.⁹⁴ Bu kapsamda,

⁹⁰ Kanun Sözcüsü Nils Wahl'ın Case C- 413/14 P Intel Corp. v European Commission dosyasındaki görüşü, “Advocate General’s Opinion in Case C-413/14 P Intel Corporation Inc. v Commission” Avrupa Adalet Divanı Basın Duyurusu, Luxembourg, 2017, No. 114/16, (çevrimiçi) <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2016-10/cp160114en.pdf>, (Erişim Tarihi: 21.02.2018).

⁹¹ Friedrich A. Hayek, *Individualism and Economic Order*, Chicago University Press, Chicago, Illinois, U.S.A., 1948, Chicago, Illinois, USA ve Sandro Marco Colino, Pablo Ibáñez Colomo, Damien Neven, Nicolas Petit, “Intel: Analysing the Advocate General’s opinion, Revue Des Droits De La Concurrence”, *Concurrences Review*, 2017, C. 1-2017, S. 83450, s. 16-35 (çevrimiçi) <https://www.concurrences.com/en/review/issues/no-1-2017/on-topic/intel-analysing-the-advocate-general-s-opinion>, (Erişim Tarihi: 21.02.2018).

⁹² Case C-95/04 British Airways v Commission [2007] ECR I-2331 para. 86 ve Case 322/81 NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin v Commission [1983] ECR 3461, para. 14.

⁹³ AB Komisyonu'nun Uygulama Önceliklerine Dair Rehberi [2009], para. 46.

⁹⁴ Case C- 413/14 P Intel Corp. v European Commission [2017], para. 133.

ABAD Genel Mahkeme tarafından bu indirim sistemlerinin, pazarda meydana getirebilecekleri zararları telafi edici bir etkileri olup olmadığına ilişkin bir değerlendirme yapılmaksızın doğaları gereği rekabete aykırı kabul edilmelerinin yerinde olmadığı kanaatinde olduğunu da belirtmiştir. ABAD'a göre, *"böyle bir sistemden kaynaklanacak ve rekabet için olumsuz olacak dışlayıcı etkinin aynı zamanda tüketickiye fayda sağlayacak etkinlik bazındaki avantajlar ile denkleştirilip denkleştirilmediğinin ya da telafi edilip edilmediğinin belirlenmesi gerekmektedir."*⁹⁵ ABAD aynı zamanda, Intel tarafından uygulamaya konulan indirim sistemlerinin rekabeti kısıtlamaya elverişli olup olmadığının değerlendirilebilmesi için olgusal ve ekonomik delillerin de Genel Mahkeme tarafından değerlendirilmiş olması gerektiğini belirtmiştir.⁹⁶

3. INTEL KARARININ TÜRK REKABET POLİTİKASI ÇERÇEVESİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ

3.1. Türk Rekabet Mevzuatı Çerçevesinde İndirim Sistemleri ve İktisadi Değerlendirme

3.1.1. Mevzuat

Türk rekabet mevzuatı çerçevesinde indirim sistemleri, doğaları gereği dikey anlaşmalar yoluyla gerçekleştirilen birer uygulama niteliğinde olduklarından, hem 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunu'nun ("*4054 sayılı Kanun*") 4. maddesi kapsamında, hem de bu indirimleri alıcılara sağlayan teşebbüsün ilgili ürün pazarında hâkim durumda olmasını gerektirdiğinden 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesi kapsamında değerlendirilmektedirler. Ancak, indirim sistemlerinin rekabete aykırı etkilerinin değerlendirilebilmesi açısından bu indirimleri uygulayan teşebbüsün hâkim durumda olması her şeyden önce bir ön şart niteliğinde olduğundan, hâkim durumdaki teşebbüsün indirimler yoluyla dışlayıcı nitelikteki kötüye kullanma eylemlerine ilişkin en doğru değerlendirme, 4054 sayılı Kanunun 6(e) maddesi ("*...tüketicinin zararına olarak üretimin, pazarlamanın ya da teknik gelişimin kısıtlanması*") altında yapılacaktır.⁹⁷

⁹⁵ Case C- 413/14 P Intel Corp. v European Commission [2017], para. 140.

⁹⁶ Case C- 413/14 P Intel Corp. v European Commission [2017], para. 149.

⁹⁷ Bekir Kocabaş, İndirim Sistemleri ve Rekabet: Tek Taraflı Davranışlar Açısından

Öte yandan, Kılavuz çerçevesinde ise, indirim sistemlerine ilişkin detaylı ekonomik analiz ve maliyete ilişkin esaslı yenilikler öngörülmüştür. Kılavuz'un temel amacı, "hâkim durumdaki teşebbüsün dışlayıcı kötüye kullanma niteliğindeki davranışlarının 6. madde kapsamında değerlendirilmesinde göz önünde bulundurulacak hususları açıklamak, şeffaflığı arttırmak, maddenin teşebbüslerce yorumlanmasında doğabilecek belirsizlikleri en aza indirmektir."⁹⁸ Bu bağlamda, Kılavuz kapsamında Türk rekabet mevzuatına dâhil edilen ortalama kaçınılabilir maliyet,⁹⁹ uzun dönem ortalama artan maliyet,¹⁰⁰ eşit etkinlikteki rakip¹⁰¹ ve etkin fiyat¹⁰² gibi iktisadi temelli kavramlar, rekabet üzerinde olumlu etki

Bir Değerlendirme, Rekabet Kurumu, Uzmanlık Tezleri Serisi No:90, Ankara, 2008, s.81.

⁹⁸ Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Kötüye Kullanma Niteliğindeki Davranışlarının Değerlendirilmesine İlişkin Kılavuz, para. 3.

⁹⁹ Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Kötüye Kullanma Niteliğindeki Davranışlarının Değerlendirilmesine İlişkin Kılavuz'un 52. paragrafı gereğince ortalama kaçınılabilir maliyet şu şekilde tanımlanmıştır: "OKM, bir teşebbüsün belirli miktardaki bir çıktıyı üretmemesi halinde katlanmayacağı veya tasarruf edeceği maliyetler olarak tanımlanabilir. OKM hesaplanırken üretimle doğrudan ilişkilendirilebilir sabit ve değişken maliyetlerin toplamı dikkate alınarak işletmenin inceleme konusu üretim için katlandığı tüm maliyetler hesaplanabilmektedir. Genellikle kısa dönemde ancak değişken maliyetlerden kaçınmak mümkün olduğu için çoğu durumlarda OKM ve ortalama değişken maliyet (ODM) aynı maliyetleri ifade etmektedir. Ancak, hâkim durumdaki teşebbüsün incelenen eylemi gerçekleştirebilmek için ilave kapasite yatırımı yapmasının gerekmesi gibi hallerde, söz konusu sabit maliyetler de maliyet hesabında dikkate alınmaktadır. Bu gibi durumlarda OKM, ODM'den daha uygun bir ölçüttür."

¹⁰⁰ Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Kötüye Kullanma Niteliğindeki Davranışlarının Değerlendirilmesine İlişkin Kılavuz'un 54. paragrafı gereğince uzun dönem ortalama artan maliyet şu şekilde tanımlanmıştır: "UDOAM ise bir firmanın belirli bir ürünü üretmek için katlandığı tüm (değişken ve sabit) maliyetlerin ortalamasıdır. Ortalama toplam maliyet (OTM) ve UDOAM birbirlerine yakın maliyet ölçütleridir. Hatta bu iki maliyet türü tek ürün üreten firmalar için aynıdır. Buna karşın, birden fazla ürün üreten firmalar açısından kapsam ekonomilerinin söz konusu olduğu durumlarda UDOAM her bir ürün için OTM'den düşük olabilmektedir. Çoklu ürün üretimi durumunda, bir ürünü üretmeyerek kaçınılabilen herhangi bir maliyet genel maliyet olarak değerlendirilemez. Bununla birlikte, genel maliyetlerin yüksek olması halinde bu tür maliyetler de eşit etkinlikteki bir firmanın dışlanmasına yönelik değerlendirmede dikkate alınabilir. UDOAM'nin değişken maliyetlerin çok düşük, sabit maliyetlerin çok yüksek olduğu ağ endüstrileri, teknoloji piyasaları ve yüksek ar-ge yatırımları içeren piyasalarda daha uygun bir ölçüt olduğu söylenebilecektir."

¹⁰¹ Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Kötüye Kullanma Niteliğindeki Davranışlarının Değerlendirilmesine İlişkin Kılavuz, para. 77.

¹⁰² Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Kötüye Kullanma Niteliğindeki Davranışlarının Değerlendirilmesine İlişkin Kılavuz'un 77. paragrafı gereğince etkin

oluşturabilecek indirim sistemlerine ilişkin bir nevi güvenli liman niteliğindedir.¹⁰³

3.1.2. Rehber ve Kılavuz'un Karşılaştırmalı Analizi

Yukarıda açıklandığı üzere, indirim sistemlerine ilişkin yenilikçi ekonomik analizler öngören Kılavuz, Rehber'de yer alan analiz yöntemine paralel teknik analiz yöntemleri barındırmaktadır. Bu haliyle Kılavuz'un, büyük ölçüde AB Rehberi'nden esinlenerek formüle edildiği ve şekillendirildiği söylenebilir. Kılavuz ile Rehber'in büyük ölçüde uyduğu gerçeği göz önüne alındığında, Kılavuz'un bir diğer amacının AB rekabet mevzuatı ile Türk rekabet mevzuatı arasında bir yeknesaklık sağlamak olduğu da düşünülmektedir.

Kılavuz, indirim sistemleri özelinde, bu indirim sistemlerinin rekabet karşıtı pazar kapamaya yol açmasının muhtemel olup olmadığına ilişkin yapılacak olan bir değerlendirme açısından göz önüne alınması gereken belli başlı unsurlar öngörmektedir. Bu unsurlar şu şekilde sıralanabilir: (i) hâkim durumdaki teşebbüsün ve rakiplerinin konumu, (ii) ilgili pazardaki koşullar, (iii) müşterilerin ya da sağlayıcıların konumu, (iv) incelenen davranışın kapsamı ve süresi ve (v) fiili piyasa kapamayla ilgili olası deliller ve dışlayıcı stratejiye dair doğrudan veya dolaylı deliller.¹⁰⁴ Bu yönüyle, Kılavuz kapsamında indirim sistemlerine ilişkin öngörülen analiz yöntemleri Rehber'de yer alan analiz yöntemlerine paralellik göstermektedir. Zira Rehber kapsamında da, yukarıda sayılan tüm unsurlar mevcuttur.¹⁰⁵ Ayrıca Kılavuz, yine Rehber'e paralel olarak, hâkim durumdaki teşebbüslerin dışlayıcı kötüye kullanma niteliğindeki davranışlarının değerlendirilmesini konu edinmekte ve sömürücü ya da ayrımcılık temelli kötüye kullanma hallerini kapsamı dışında bırakmaktadır.

fiyat şu şekilde tanımlanmıştır: "hâkim durumdaki teşebbüs tarafından sunulan geriye dönük bir indirim karşısında, rakiplerin müşterilerin talebinin rekabete açık kısmını kendilerine yönlendirebilmek için sunmaları gereken fiyat"

¹⁰³ Özkan Ahmet Fatih, "Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Kötüye Kullanma Niteliğindeki Davranışlarının Değerlendirilmesine İlişkin Kılavuz Taslağı'nın Eleştirel Bir Değerlendirmesi", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2013, Cilt: 4 Sayı:1, s.315.

¹⁰⁴ Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Kötüye Kullanma Niteliğindeki Davranışlarının Değerlendirilmesine İlişkin Kılavuz, para. 26.

¹⁰⁵ AB Komisyonu'nun Uygulama Önceliklerine Dair Rehberi [2009], para. 20.

Kılavuz'da, indirim sistemlerinin rekabete aykırı olarak addedilebilmesi için, rakipler açısından müşterilerin ihtiyaçlarının rekabete açık kısmını karşılamayı zorlaştırmak suretiyle pazara giriş veya pazarda büyüme engeli yaratıp yaratmadığının incelenmesi gerektiği belirtilmiştir. Yine Kılavuz'a göre, geriye dönük indirimlerin rekabet karşıtı pazar kapamaya yol açmasının, indirim hedeflerinin kişiselleştirilmiş olduğu, indirim oranının ve indirim hedefinin tüketicinin ilgili referans dönemindeki toplam talebi içerisinde önemli bir yer tuttuğu ve özellikle de hâkim durumdaki teşebbüsün rakiplerinin kendisi ile eşit koşullarda rekabet edemedikleri durumlarda daha muhtemeldir. Rehber'e paralel olarak, indirim uygulaması karşısında eşit etkinlikteki rakiplerin ilgili müşterinin talebinin rekabete açık kısmı için hâkim durumdaki teşebbüsle etkin bir şekilde rekabet edip edemeyeceklerinin araştırılması, Türk Rekabet Kurulu'nun ("*Kurul*") geriye dönük indirimlere ilişkin incelemelerinin temelini oluşturmaktadır.

Mehaz Rehber'in Kılavuz'a yansımaları olarak, Kılavuz kapsamında talebin rekabete açık kısmı ile rekabete kapalı kısmı esas alınarak, etkin fiyat belirlenmesine ilişkin esaslar öngörülmüş ve bu fiyatın hâkim durumdaki teşebbüsün OKM ve UDOAM kalemleriyle karşılaştırılarak eşit etkinlikteki rakipler üzerindeki etkileri analiz edilmiştir.¹⁰⁶

Esasen, Komisyon tarafından Rehber ile amaçlanan etki analizi doğrultusundaki dönüşüm Türk rekabet hukuku uygulamasında tam olarak karşılığını bulamamaktadır. Bunun bir sonucu olarak da, Komisyon tarafından etki odaklı yaklaşımın içtihat hukukuyla olan uyumsuzluğunu aşmak amacıyla uygulama önceliklerini düzenleyen bir rehber çıkarılmış iken, Türk rekabet hukuku uygulamasında benzeri bir hassasiyet olmadığından sadece aynı konuya ilişkin maddi düzenlemeler içeren bir kılavuz yayımlanmıştır. Aynı nedenle, Rehber'den farklı olarak, Kılavuz kapsamında uygulama önceliklerine ilişkin bir unsur bulunmamaktadır.

Kılavuz, Kurul'un uygulamalarına ilişkin olarak yol gösterici niteliktedir ve Türk Rekabet Kurumu ("*Kurum*") tarafından çıkarılmasına rağmen, karar organı olan Kurul'u bağlamamaktadır. Kurum tarafından çıkarılan Kılavuz'un Kurul tarafından uygulanmamasının,

¹⁰⁶ Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Kötüye Kullanma Niteliğindeki Davranışlarının Değerlendirilmesine İlişkin Kılavuz, para. 77.

Kılavuz'un amaçlarından biri olan hâkim durumdaki teşebbüslerin uygulamalarında belirlilik sağlama amacıyla örtüşmeyeceğinin aşikâr olduğu düşünülmektedir.

Her ne kadar Türk rekabet uygulamasının söz konusu Kılavuz kapsamında getirilen yeniliklere çok yabancı olmadığı, söz konusu testlerin bazılarının Kurul'un hâkim durum dosyalarında – indirim sistemlerine ilişkin olmasa da – kullanıldığı ve Türkiye'de hâlihazırdaki uygulama ile içtihat arasında çelişki olmadığı söylenebilirse de, Kılavuz ile getirilmek istenen analiz yönteminin Türk rekabet hukuku uygulaması açısından uygulanabilirliği ve Kılavuz'da öngörülen hâkim durumdaki teşebbüslerin uygulamalarında belirlilik sağlamak gibi amaçlara ulaşmak konusunda ne ölçüde başarılı olabileceği net değildir.

Kılavuz ile Türk rekabet uygulamasına getirilen değişiklik AB'de Rehber ile sadakat indirimlerine ilişkin olarak başlayan dönüşüm kadar büyük olmasa da, bazı noktalarda uygulamanın nasıl şekilleneceği hususunda bir takım soru işaretleri bulunmaktadır.

Örnek olarak, Kılavuz kapsamında yer verilen OKM, UDOAM gibi kavramların uygulamada belirlenmeleri, hem Kurul hem de teşebbüsler açısından zordur. Kılavuz kapsamında, talebin rekabete açık kısmını kendilerine yönlendirebilmek için sunulması gereken fiyatın (*etkin fiyat*) nasıl belirleneceği konusunda da bir açıklık bulunmamaktadır. Ayrıca, etkin fiyat ve talebin rekabete açık kısmının tespitinin ne şekilde yapılacağı konusu da belirsizdir.

Kurul tarafından hâkim durumdaki teşebbüslere uygulamalarında belirlilik sağlama ve ticari davranışlarını belirleme noktasında rehberlik etmesi amacıyla çıkarılan Kılavuz ile benimsenen testin teşebbüsler açısından uygulanması kolay bir test olup olmadığı ve öngörülebilirlik ile belirlilik beklentilerini ne ölçüde karşıladığı tartışma konusu olacaktır.

Netice itibarıyla, Rehber ile AB uygulamasına getirilmeye çalışılan ekonomik etki odaklı yöntemin Kılavuz ile Türk rekabet uygulamasının da bir parçası olması ve hâkim durumdaki teşebbüslerin uygulamalarında belirlilik ve bu teşebbüslere bir nevi "güvenli liman" sağlamayı hedeflediği hususu açıktır.

3.2. Kurul Kararları Çerçevesinde İndirim Sistemleri ve İktisadi Değerlendirme

3.2.1. Sadakat İndirimleri ve Miktar İndirimleri Ayırımı

İndirim sistemlerine ilişkin kararlarında Kurul tarafından kabul edilen esas tutum, sadakat indirimlerini ve miktar indirimlerini birbirinden ayırık tutmak yönünde olmuş ve miktar indirimlerinin genellikle kötüye kullanma olarak kabul edilemeyeceğini ortaya koymuştur. Sadakat indirimleri özelindeki içtihatlarında ise Kurul, miktar indirimlerine kıyasen daha temkinli bir yaklaşım sergilemektedir.

Söz konusu ikili ayırım, Kurul'un *Frito Lay*¹⁰⁷ ve *Ülker*¹⁰⁸ kararları kapsamında açıkça ortaya koyulmuştur. *Frito Lay* kararında, Kurul sadakat indirimini diğer indirim sistemlerinden ayrı tutmuş ve farklı değerlendirmiş ve bu farkı sadakat indirimlerinin miktardan öte hâkim durumdaki teşebbüsten mal alınmasını teşvik edici nitelikte olmalarıyla açıklamıştır.¹⁰⁹ Ülker kararında ise Kurul, somut olayda çeşitli etkinlik kazanımlarının mevcut olması halinde hâkim durumdaki teşebbüsler tarafından indirim uygulanabileceğini, fakat bu teşebbüs tarafından sadakat indirimleri uygulanmasının her halde hâkim durumun kötüye kullanılması olarak değerlendirileceğini belirtmiştir.¹¹⁰

3.2.2. Pazar Kapama Etkisi Analizi

Rekabet hukukunun indirim sistemlerine müdahalesinin arkasında bu uygulamaların hâkim durumdaki teşebbüsler tarafından ayırmıcılık, yıkıcı fiyat, bağlama, ya da münhasırlık benzeri uygulamalara yol açarak tüketici refahına ya da toplumsal refaha zarar verebileceği düşüncesi yatmaktadır.¹¹¹ Kurul, bu noktadan hareketle, indirim sistemlerinin rekabet hukuku açısından olası sakıncalarını genellikle tek taraflı bir teşebbüs davranışı olarak hâkim durumun kötüye kullanıl-

¹⁰⁷ Rekabet Kurulu'nun 06.04.2006 tarihli ve 06-24/304-71 sayılı *Frito Lay* kararı.

¹⁰⁸ Rekabet Kurulu'nun 02.06.2005 tarihli ve 05-38/487-116 sayılı *Ülker* kararı.

¹⁰⁹ Rekabet Kurulu'nun 06.04.2006 tarihli ve 06-24/304-71 sayılı *Frito Lay* kararı, para. 2641,2642.

¹¹⁰ Rekabet Kurulu'nun 02.06.2005 tarihli ve 05-38/487-116 sayılı *Ülker* kararı, para. 924-927.

¹¹¹ Rekabet Kurulu'nun 20.11.2015 tarihli ve 15-41/675-237 sayılı *Tüpraş* kararı.

ması başlığı altında değerlendirmiştir.¹¹² Bu bakımdan, herhangi bir indirim sisteminin 4054 sayılı Kanun'a aykırı kabul edilmesi, başta hâkim durum analizi olmak üzere, ilgili sistemin münhasırlık, artan oranlılık, geriye dönüklük, vb. kriterler bakımından değerlendirilerek, sadakat arttırıcı ve pazar kapama etkisine sahip olup olmadığının tespitini gerektirmektedir.¹¹³

Nitekim Kılavuz öncesi dönemde sadakat indirimlerine ilişkin Kurul kararlarına bakıldığında, Kurul'un indirim sistemlerine ilişkin detaylı maliyet analizlerine yer vermediği, ancak belirli kararlar kapsamında indirim sistemlerine ilişkin bir pazar kapama etkisi analizinin yapıldığı görülmektedir. Bu bağlamda, Kurul'un değerlendirmelerinde esas aldığı asıl kriterin, sadakat arttırmak suretiyle pazarın rakiplere kapatılıp kapatılmadığı hususu olduğu ve dolayısıyla indirim sistemlerinin rekabete aykırı yapısını değerlendirirken söz konusu indirimlerin her bir somut olay bakımından pazar üzerinde doğurdıkları etkilerin incelenmesinin esas alındığı görülmektedir. Bu yönde bir etki analizinin Kurul tarafından farklı boyutlarıyla ele alındığı çeşitli kararlar mevcuttur ve aşağıda detaylı olarak incelenmektedir.

Nitekim *Mey İçki* kararında¹¹⁴ Kurul, sadakat indirimi uygulamasına dönüşecek şekilde tasarlanan ve bu şekilde ileri sürülen indirim sistemlerinin kötüye kullanma teşkil edebileceğini belirtmiş, ancak kararda bu indirimlerin rekabeti kısıtlayıcı bir amaç ve plan doğrultusunda uygulanabilme ve dolayısıyla da kötüye kullanılma ihtimali olmakla birlikte, peşinen böyle olduğu varsayımının benimsenmesinin de doğru olmayacağı kanaatine varmıştır. Dolayısıyla, Kurul *Mey İçki* tarafından uygulanan indirim sistemlerinin fiili ve muhtemel etkileri olarak ikili bir ayırım benimsemiş ve bu doğrultuda söz konusu indirimlerin pazar üzerinde somut bir kötüye kullanma etkisi bulunmadığından, salt muhtemel etkilerin varlığının başlı başına pazarın kapanması sonucunu doğurmayacağına hükmetmiştir.¹¹⁵

¹¹² Rekabet Kurulu'nun 31.01.2013 tarihli ve 13-08/88-49 sayılı ABBOTT kararı.

¹¹³ Rekabet Kurulu'nun 31.01.2013 tarihli ve 13-08/88-49 sayılı ABBOTT kararı.

¹¹⁴ Rekabet Kurulu'nun 12.06.2014 tarihli ve 14-21/410-178 sayılı *Mey içki* kararı.

¹¹⁵ Rekabet Kurulu'nun 12.06.2014 tarihli ve 14-21/410-178 sayılı *Mey içki* kararı., para. 248.

Benzer şekilde, Kurul'un *Seramik Yapıştırıcıları* kararında,¹¹⁶ karar kapsamında uygulanan indirim sisteminin esas itibarıyla pazardaki etkilerine bakılması gerektiği ve değerlendirmelerin rakiplerin dışlanması suretiyle rekabetin engellenmesine yönelik analizler üzerinde yoğunlaşması gerektiği belirtilmiştir.¹¹⁷

Kurul'un *Doğan Yayın Holding*¹¹⁸ kararında ise, hâkim durumdaki teşebbüs tarafından uygulanan indirim sistemi, hem dışlayıcı potansiyelin varlığı hem de doğrudan dışlama etkilerinin varlığı bakımından ayrı ayrı kapsamlı bir değerlendirmeye tabi tutulmuştur. Kurul, söz konusu indirim sistemlerinin doğrudan rekabet karşıtı etki yaratmadığını tespit etmekle birlikte, teşebbüs tarafından ileri sürülen pazarda herhangi bir etki doğmadığına ve sırf rakip teşebbüslerin dışlanması potansiyelinin varlığının bir rekabet ihlali teşkil etmek noktasında yetersiz kaldığına dair savunmasını kabul etmemiştir. Kurul, *Doğan Yayın Holding* kararında ayrıca Rehber kapsamındaki rekabete aykırı piyasa kapama kavramına atıfta bulunarak,¹¹⁹ "soruşturma konusu indirim sistemleri ve uygulamalarının rekabet karşıtı dışlama potansiyeline sahip olmasının 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesi bakımından hâkim durumun kötüye kullanılması olarak kabul edilmesi" gerektiğine kanaat getirmiştir. Dolayısıyla Kurul, teşebbüsün davranışlarının pazarda etki doğurma potansiyelinin bulunmasını bile bir ihlalin varlığına işaret etmesi açısından yeterli görmüştür. Bu yönüyle bu karar, ABAD'ın Intel kararı ile pazarın rakip teşebbüslere kapanma potansiyeli olmasının, söz konusu indirim sistemlerinin rekabete aykırı olarak addedilebilmesi yönünden yeterli bulunması noktasında kesişmektedir. Nitekim yukarıda da bahsi geçen **Ülker** kararında¹²⁰ da hâkim durumdaki sağlayıcının uyguladığı, satın alınan mal miktarına bağlı olmaksızın alıcının ihtiyacının yüzdesine göre değişen artan oranlı in-

¹¹⁶ Rekabet Kurulu'nun 21.01.2011 tarihli ve 11-03/42-14 sayılı *Seramik Yapıştırıcıları* kararı.

¹¹⁷ Rekabet Kurulu'nun 21.01.2011 tarihli ve 11-03/42-14 sayılı *Seramik Yapıştırıcıları* kararı., para. 505-509.

¹¹⁸ Rekabet Kurulu'nun 30.03.2011 tarihli ve 11-18/341-103 sayılı *Doğan Yayın Holding* kararı.

¹¹⁹ Rekabet Kurulu'nun 30.03.2011 tarihli ve 11-18/341-103 sayılı *Doğan Yayın Holding* kararı., para. 3390.

¹²⁰ Rekabet Kurulu'nun 02.06.2005 tarihli ve 05-38/487-116 sayılı *Ülker* kararı.

dirim, alıcının daha fazla indirim kazanmak amacıyla ihtiyacının tamamını ya da önemli bir bölümünü hâkim durumdaki sağlayıcıdan alması sonucunu doğuruyorsa, bu indirimin etkisi itibarı ile sadakat indirimi olarak değerlendirileceği ifade edilmiştir. Bu yönüyle, Kurul kararlarında benimsenen yaklaşımın şekilci olmakla eleştirilen Avrupa Birliği Mahkemeleri'nin içtihatlarından ayrıştığı ve etki analizine yönelmiş olduğu görülmektedir.

3.2.3. Kılavuz Öncesi ve Sonrası Döneme Ait Etki Analizi

Kılavuz öncesi dönemde hâkim durumdaki teşebbüs tarafından uygulanan indirim sistemlerinin etki yönünden değerlendirilmesi zorunluluğunu açık bir şekilde öngören esas karar *Frito Lay* kararıdır. Söz konusu kararda indirim sistemlerinin *per se* hukuka aykırı olduğuna ilişkin karine değerlendirilmemiş olup, indirimler çok yönlü bir etki analizine tabi tutulmuştur. Kurul'un indirim sistemlerine ilişkin bir etki değerlendirmesi yapılması görüşünü perçinler nitelikteki bu kararda ilgili husus, "Söz konusu belgeler incelendiğinde ise bu etkilerin amaçlanan seviyelerin çok gerisinde kalması itibarıyla sınırlı olduğu düşünülebilir. Bu açıklamalar ışığında, bu dönemdeki eylemlerin kısa süreli olarak ve sınırlı bir şekilde etki gösterdiği söylenebilir." ifadesiyle açıkça ortaya konulmuştur.¹²¹ Kurul, *Frito Lay* tarafından münhasırlık karşılığı alıcılara sağlanan indirim sistemlerini, pazarda kısa süreli bir etkilerinin olduğu, pazarın tümüne yayılmış oldukları ve rakip teşebbüslerin ilgili pazarda daha etkin olduğu gibi birçok farklı boyutuyla ele alarak geniş kapsamlı bir etki analizi yapmıştır. Ayrıca kararda, rakiplerin pazardaki faaliyetlerinin zorlaştırılmasına yönelik eylemlerde bulunulup bulunulmadığının ve eğer bulunulmuşsa bu zorlaştırmanın derecesinin ne olduğunun da incelenmesinin gerektiği ifade edilmiştir. Böylece Kurul, Komisyon ve Genel Mahkeme'nin Intel dosyası kapsamında ulaştığı sonucun aksine, şekilci bir yaklaşımı benimsemek yerine, ABAD'ın kararı ile benzer bir doğrultuda ilerleyerek, söz konusu indirim sistemlerinin pazar üzerindeki etkilerinin tüm boyutlarıyla gereği gibi değerlendirilmesi gerektiğine karar vermiştir.

¹²¹ Rekabet Kurulu'nun 06.04.2006 tarihli ve 06-24/304-71 sayılı *Frito Lay* kararı, para. 2660.

Ancak Kurul, Kılavuz sonrası döneme ait güncel *Luxottica* kararında,¹²² *Frito Lay* kararının aksine, hâkim teşebbüsler tarafından uygulanan indirim sistemlerine ilişkin kapsamlı bir etki analizi öngörmemiştir. Markalı güneş gözlükleri toptan satış pazarında hâkim durumda olduğu saptanan *Luxottica*'nın indirim sistemleri uygulamaları yoluyla dışlayıcı eylemlerde bulunduğu iddiası ile başlatılan soruşturma kapsamında *Luxottica*, söz konusu indirim sistemlerine ilişkin yıkıcı fiyatlandırma analizi yapılması gerektiğini belirtmiş¹²³ ve dosyaya bu doğrultuda geniş çaplı bir ekonomik analiz sunmuştur. Buna rağmen, Kurul *Luxottica* tarafından dosyaya sunulan ekonomik analize ilişkin herhangi bir değerlendirme yapmaktan kaçınmış ve söz konusu indirimlerin pazar üzerindeki potansiyel etkilerini değerlendirme altına almamıştır. Kurul, dosya kapsamında ekonomik temelli bir analize gerek olmadığını şu sözlerle açıklamaktadır: "*Marka imajı ve moda algısından dolayı farklılaşmış ürünlerin satıldığı güneş gözlüğü sektöründe, uygulanan indirim sisteminin, maliyet altı fiyatlandırma yaparak rakipleri pazarın dışına çıkaracak bir boyutunun olamayacağı değerlendirilmektedir. Bu nedenle dosya kapsamında Luxottica tarafından uygulanan indirim sistemlerinin yıkıcı fiyat ihlali bakımından daha detaylı incelenmesine gerek duyulmamıştır.*"¹²⁴ Bu yönüyle *Luxottica* kararı, Kılavuz sonrası döneme ait olmasına rağmen, açıkça şekilci yaklaşımı benimseyerek Kılavuz kapsamında öngörülen türden bir maliyet analizine yer vermediği için zamanının gerisinde kalmıştır.

Yukarıda bahsi geçen *Frito Lay* kararı ayrıkt tutulduğunda, hem Kılavuz öncesi hem de Kılavuz sonrası dönemde, Kurul'un indirim sistemlerine ilişkin genel yaklaşımının ekonomik düzeyde etki temelli bir analiz yapılmasına gerek görülmemesi şeklinde olduğu açıktır. Bu halde, özellikle Kılavuz sonrası döneme ilişkin kararlarda etki temelli bir değerlendirme yapılmamış olması Kılavuz ile açıkça çelişmektedir. Şüphesiz ki, bu denli şekilci bir yaklaşım teşebbüslere daha fazla hukuki belirlilik sağlayacaktır. Ancak, "*rekabetçi davranış ile rekabeti bozucu davranış arasındaki sınırın çok belirgin olmadığı indirim sistemleri*

¹²² Rekabet Kurulu'nun 23.02.2017 tarihli ve 17-08/99-42 sayılı *Luxottica* kararı.

¹²³ Rekabet Kurulu'nun 23.02.2017 tarihli ve 17-08/99-42 sayılı *Luxottica* kararı, para. 311, 385.

¹²⁴ Rekabet Kurulu'nun 23.02.2017 tarihli ve 17-08/99-42 sayılı *Luxottica* kararı., para. 253.

gibi fiyata ilişkin uygulamalarda, şekilci bir yaklaşımın benimsenmesi önemli riskleri beraberinde getirmektedir.”¹²⁵ Bu itibarla, Intel kararı kapsamında ABAD’ın benimsemiş olduğu tutumla benzer olarak Kurul’un da şekilci yaklaşımdan ziyade indirim sistemlerini incelediği her dosyada somut olay bazındaki şartlarla birlikte indirim sisteminin pazarda oluşturduğu bütün etkileri göz önünde bulundurmaya yönelik bir tutum sergilemesinin olası tüm riskleri bertaraf edebileceği söylenebilir.

3.2.4. İndirim Sistemlerinin Haklı Gerekçeler Altında Değerlendirilmesi

Yukarıda detaylı bir şekilde anlatıldığı üzere, Intel dosyası kapsamında ABAD, indirim sistemleri uyguladıkları iddiasıyla soruşturulan hâkim durumdaki teşebbüslerin çeşitli etkinlik kazanımlarının varlığını ispat etmeleri suretiyle bu tür davranışların haklı gerekçeler altında doğrulanabileceğini ve geçerli bir haklı gerekçenin varlığı halinde hâkim durumdaki teşebbüsler üzerine isnat edilen ihlal iddialarının reddedilebileceğini ortaya koymuştur. Kurul da, aynı şekilde, belirli kararlarında bu tür davranışların bir etkinlik analizi çerçevesinde haklı gerekçeler başlığı altında meşrulaştırılabileceği ilkesini benimsemiştir.

Bu doğrultuda yapılacak olan etkinlik analizinde öne çıkan temel unsurlar, rekabetten beklenen yararların neler olduğunun saptanması, hâkim durumdaki teşebbüsün eylemlerinin teşebbüs tarafından ileri sürülen bu yararlarla doğrudan ilişkilendirilip ilişkilendirilemeyeceği ve öne sürülen yararlar ile rekabete aykırı olduğu iddia edilen davranışın orantılı olup olmamasıdır.¹²⁶ Dolayısıyla, ilgili teşebbüsler, rekabete aykırı olduğu iddia edilen davranışları rekabete karşılık verdiği ölçüde ve ancak bu uygulamaların zorunlu olduğunu nesnel bir biçimde ispat edilebildikleri durumlarda haklı gerekçeler öne sürebilmektedirler.

İçtihatla, indirim sistemlerinin haklı gerekçeler altında rekabetçi olarak değerlendirilebileceği görüşünü perçinleyen çeşitli kararlar

¹²⁵ Bekir Kocabaş, İndirim Sistemleri ve Rekabet: Tek Taraflı Davranışlar Açısından Bir Değerlendirme, Rekabet Kurumu, Uzmanlık Tezleri Serisi No:90, Ankara, 2008, s.73.

¹²⁶ Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Kötüye Kullanma Niteliğindeki Davranışlarının Değerlendirilmesine İlişkin Kılavuz, para. 76.

mevcuttur. *Sanofi Aventis* İlaçları Ltd. Şti. kararında, Kurul hâkim durumdaki teşebbüslerin rekabeti gereğinden fazla bozmamak kaydıyla kendilerini korumak için tedbir alabilecekleri yönündeki savunmalarını kabul ederek, *Sanofi Aventis* Ltd. Şti. tarafından öne sürülen bu gerekçeyi haklı bulmuştur.¹²⁷ *Tüpraş* kararında ise, Kurul ABAD'a atıf yapmak suretiyle, hâkim durumdaki teşebbüslerin meşru ticari menfaatlerini koruma amacıyla hareket ettiklerini öne sürdükleri hallerde dahi orantılılık ilkesine riayet etmeleri gerektiğini belirtmiştir. Ayrıca, Kurul orantılılık ilkesinin gereğince, meşru ticari menfaatini korumayı amaçladığını öne süren hâkim durumdaki teşebbüsün (i) kullandığı araç ya da yöntemlerin korunmaya çalışılan menfaati makul biçimde elde edebilmek için uygun olması ve (ii) uygulamaya koyduğu davranışın zorunlu olması gerektiğini karar kapsamında açık bir şekilde ortaya koymuştur.¹²⁸ Kurul, *U.N. Ro Ro* kararında¹²⁹ ise hâkim durumdaki teşebbüs tarafından gerçekleştirilen eylemin, ileri sürülen haklı gerekçe veya etkinlik için gerekli ve aynı zamanda orantılı olması gerektiği ifade edilmiştir. Bu kararlar ışığında, Kurul'un haklı gerekçelere dayandırıldıkları müddetçe hâkim durumdaki teşebbüsler tarafından sunulan indirim sistemlerini rekabetçi kabul ettiği söylenebilecektir.

3.2.5. Sonuç

Yukarıdaki açıklamalar doğrultusunda ve Kılavuz'un getirilmesindeki amaçlardan birisinin de AB rekabet mevzuatı ile paralellik sağlanması olduğu da göz önünde bulundurulduğunda, ABAD'ın Intel kararı kapsamında benimsemiş olduğu tutumun Kurul tarafından da yol gösterici olarak alınması gerektiği aşikârdır. Kılavuz'da hâlihazırda indirim sistemlerine ilişkin olarak yenilikçi ekonomik analizlerin düzenlenmiş olduğu da dikkate alındığında, Kurul'un benzer dosyalarda ABAD'ın değerlendirmelerini kendisine yol gösterici olarak almasının önünde herhangi bir engel olmadığı düşünülmektedir. Nitekim yukarıda örnek mahiyetinde sayılan Kurul içtihatlarında da

¹²⁷ Rekabet Kurulu'nun 20.04.2009 tarihli ve 09-16/374-88 sayılı *Sanofi Aventis* İlaçları Ltd. Şti. kararı, para. 2850.

¹²⁸ Rekabet Kurulu'nun 17.01.2014 tarihli ve 14-03/60-24 sayılı *Tüpraş* kararı, para. 118.

¹²⁹ Rekabet Kurulu'nun 01.10.2012 tarihli ve 12-47/1413-474 sayılı *U.N. Ro Ro* kararı.

hâkim durumdaki teşebbüsler tarafından sunulan indirim sistemlerinin haklı gerekçeler ışığında rekabetçi olabilecekleri belirtilmiştir. Bu noktada, haklı gerekçelerle sunulmuş olsalar dahi hâkim durumdaki bir teşebbüs tarafından sunulan indirimlerin pazar kapama etkisinin olabileceği şüphesine düşen Kurul'un etki analizine başvurması kaçınılmaz olacaktır. Zira kanaatimizce hukuki standardın sağlanması adına rekabet edilecek rakipler için piyasa kapama etkisi oluşturabilme kapasitesinin, söz konusu durumun tüm ilgili koşulları göz önünde bulundurularak, kapsamlı bir şekilde analiz edilmesi gerekmektedir. İlgili durumun tüm koşullarının analizi ise, teşebbüsün içeriğinin herhangi bir rekabeti kısıtlama etkisine sahip olmadığını iddia ettiği hususlara karşı ekonomik etki temelli bir yaklaşım içermelidir.

4. SONUÇ

ABAD'ın yerleşik içtihatlarla yeni bir yön verebilecek nitelikteki Intel kararı, Genel Mahkeme'nin onama kararı ardından Rehber'in uygulanabilirliğine dair oluşan belirsizliği bir ölçüde çözümlenmiştir. Zira ABAD'ın bu kararı sadakat indirimlerine ilişkin olarak yerleşik içtihatla bir kırılım yaratacak niteliktedir. Bu itibarla, bundan sonra Komisyon tarafından Rehber'in uygulanma zorunluluğu bir kez daha hatırlatılmış ve Rehber'in uygulanıp uygulanmayacağına ilişkin oluşan şüpheler bertaraf edilmiştir. Dolayısıyla, hukuki belirlilik bir ölçüde sağlanmış ve AB rekabet hukukunun üye devletler düzeyindeki uygulamasında da yeknesaklığı sağlamak adına kayda değer bir adım atılmıştır.

Bunun yanı sıra, indirim sistemlerinin değerlendirilmesinde ihtiyaç duyulan daha modern bir yaklaşım ABAD'ın Intel kararı ile karşılanmıştır. Nitekim Komisyon'un indirim sisteminin ilgili pazara etkisini ölçmekle yükümlü olduğu hususu da ABAD'ın bu kararı ile vurgulanmıştır. Bu kapsamda, ABAD'ın Intel kararı ile sergilediği tutum bundan sonraki indirim sistemlerinin incelenmesine ilişkin hâkim durum dosyalarında örnek teşkil etmelidir.

İlaveten, Rehber'in yayımlanması ile artan ve ABİDA 102. maddenin daha ekonomik bir perspektiften yorumlanmasına yönelik beklentiler, ABAD'ın Intel kararı ile birlikte bir ölçüde karşılanmıştır. Buna

ek olarak, ABAD'ın kararı şimdiye kadarki AB Mahkemeleri içtihatları altındaki “şekilci yaklaşım” ile bir indirim sisteminin tüketici ve tüketici refahı üzerindeki etkilerini incelenmeksizin, yalnızca rekabetçi yapı ve rakiplerin korunmasını esas alarak değerlendirme yapılması yönündeki uygulamaların değişeceği yönündeki beklentilere de olumlu bir cevap vermiştir.

Intel kararının Türk rekabet hukuku uygulaması bakımından sonucu ise, Kurul'un Rehber'i esas alarak çıkardığı Kılavuz doğrultusunda hâlihazırda benimsemiş olduğu etki analizini kullanmaya devam edecek olmasıdır. Nitekim Genel Mahkeme'nin onama kararının ardından oluşan tüm şüpheler ABAD'ın bozma kararı ile ortadan kaldırıldığı için Kurul'un benimsemiş olduğu yaklaşımdan uzaklaşmasını gerektiren bir durum mevcut değildir. Kurul'un sadakat indirimlerine ilişkin vermiş olduğu kararlarında zaten etki odaklı bir yaklaşımın benimsenmiş olduğu dikkate alındığında, ABAD'ın Genel Mahkeme'nin kararını hatalı bulmasının, Kurul'un bu yaklaşımının isabetli olduğunu kanıtladığı düşünülmektedir.

Kaynakça

- Colino Sandro Marco, Colomo Pablo Ibáñez, Neven Damien, Petit Nicolas, “Intel: Analysing the Advocate General’s opinion, *Revue Des Droits De La Concurrence*”, *Concurrences Review*, 2017, C. 1-2017, S. 83450, s. 16-35 (çevrimiçi) <https://www.concurrences.com/en/review/issues/no-1-2017/on-topic/intel-analysing-the-advocate-general-s-opinion>, (Erişim Tarihi: 21.02.2018).
- Colomo Pablo Ibañez, “Intel v Commission and the problem with wrong economic assumptions”, *Chilling Competition*, 2014, (çevrimiçi) <https://chillingcompetition.com/2014/06/16/> (Erişim Tarihi: 21.02.2018).
- Giles Ian, Modrall, Jay, “Major Victory for Intel as CJEU Sends Case Back to General Court for Re-examination”, *Kluwer Competition Law Blog*, 2017, (çevrimiçi) <http://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2017/09/12/major-victory-intel-cjeu-sends-case-back-general-court-re-examination/> (Erişim Tarihi: 21.02.2018).
- Gunther Jacques P., Giraud, Adrien, “EU Competition Law and the Intel Case: Towards a More Effects-Based Approach of Fidelity Rebates”, *Willkie Farr & Gallagher LLP*, 2017, (çevrimiçi) http://www.willkie.com/~media/Files/Publications/2017/09/EU_Competition_Law_and_the_Intel_Case.pdf , (Erişim Tarihi: 21.02.2018).
- Gürkaynak Gönenç, Ortaç Zeynep, Baş Betül, Şimşek Su, “Intel Kararı Işığında Hukuk ve İktisat Perspektifinden Sadakat İndirimlerine İlişkin Bir Değerlendirme”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 2015, Cilt: 31, Sayı: 2.

- Hayek Friedrich A, *Individualism and Economic Order*, Chicago University Press, Chicago, Illinois, U.S.A., 1948.
- Johansson Eddie, "Assessing Rebates under Article 102 TFEU", Uppsala University, Uppsala, 2017, (çevrimiçi) <http://www.diva-portal.org/smash/get/diva2:1065820/FULLTEXT01.pdf> , (Erişim Tarihi: 21.02.2018).
- Jones Allison, Suffrin Brenda, *EU Competition Law: Text, Cases, and Materials*, Sixth Edition, Oxford University Press, New York, US, 2016.
- Kallaugher John, Sher Brian, "Rebates Revisited: Anti-Competitive Effects and Exclusionary Abuse Under Article 82", *European Competition Law Review*, 2004, (çevrimiçi) https://www.lw.com/upload/pubcontent/_pdf/pub872_1.pdf , (Erişim Tarihi: 21.02.2018).
- Kroh Eric, "EU Intel Decision Bolsters Tech Cos.' Antitrust Defenses", *Law 360*, New York, 2017, (çevrimiçi) https://www.cov.com//media/files/corporate/publications/2017/09/eu_intel_decision_bolsters_tech_cos_antitrust_defenses.pdf , (Erişim Tarihi: 21.02.2018).
- Kocabaş Bekir, *İndirim Sistemleri ve Rekabet: Tek Taraflı Davranışlar Açısından Bir Değerlendirme*, Rekabet Kurumu, Uzmanlık Tezleri Serisi No:90, Ankara, 2008.
- Lianos Ioannis, "Categorical Thinking in Competition Law and the 'Effects-based' Approach in Article 82 EC", *Article 82 EC - Reflections on its recent evolution*, Ariel Ezrachi (ed.), Hart Publishing, 2009, s.19-49.
- Lübbig Thomas, Potter Alex, Aitken James, Janssens Thomas, "Intel in the Court of Justice", *Freshfields Bruckhaus Deringer LLP*, 2017, (çevrimiçi) http://knowledge.freshfields.com/h/Global/r/3581/intel_in_the_court_of_justice , (Erişim Tarihi: 21.02.2018).
- Nihoul, Paul, "The Antitrust Treatment of Loyalty Discounts and Rebates in the EU Competition Law: In Search of an Economic Approach and a Theory of Consumer Harm", *Journal of European Competition Law & Practice*, 2014, Vol. 5, No. 8, (çevrimiçi) <https://academic.oup.com/jeclap/article/5/8/521/1821424> , (Erişim Tarihi: 21.02.2018).
- Özkan Ahmet Fatih, "Hakim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Kötüye Kullanma Niteliğindeki Davranışlarının Değerlendirilmesine İlişkin Kılavuz Taslağı'nın Eleştirel Bir Değerlendirmesi", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2013, Cilt: 4 Sayı:1.
- Padilla Jorge, Slater Donald, "Rebates as an Abuse of Dominance under Article 82", *GCLC Research papers on Article 82 EC, Belgium*, 2005, s.84-104.
- Samà Danilo, "The Antitrust Treatment of Loyalty Discounts and Rebates in the EU Competition Law: In Search of an Economic Approach and a Theory of Consumer Harm", *Luis Guido Carli University of Rome*, 2012, (çevrimiçi) http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2425100 (Erişim Tarihi: 21.02.2018).
- Toplensky Rochelle, "Intel Wins Review of EU's €1bn Antitrust Fine", *Financial Times Press*, 2017, (çevrimiçi) <https://www.ft.com/content/f460ef98-930f-11e7-bdfa-eda243196c2c> , (Erişim Tarihi: 21.02.2018).
- Venit James S., "The EU General Court Upholds the European Commission's Decision Regarding Exclusivity Rebates on the Microprocessor Market (Intel)",

e-Competitions Bulletin, 2014, (çevrimiçi) <http://awa2015.concurrences.com/articles-awards/business-articles-awards/article/the-eu-general-court-upholds-the-european-commission-s-decision-regarding>, (Erişim Tarihi: 21.02.2018).

"Why the European Commission's Intel Decision is Wrong", Intel Pressroom, 2009, (çevrimiçi) https://www.intel.com/pressroom/legal/docs/EC_response092109.pdf, (Erişim Tarihi: 21.02.2018).

Zenger Hans, "Intel And The Future of Article 102", Charles River Associates Competition Memo, Brussels, 2014, (çevrimiçi) http://www.crai.com/sites/default/files/publications/Intel_and_the_future_of_Article_102.pdf, (Erişim Tarihi: 21.02.2018).

Zenger Hans, "Loyalty Rebates and The Competitive Process", *Journal of Competition Law & Economics*, Vol. 8, No. 4, pp. 717-768, 2012, (çevrimiçi) https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2019185, (Erişim Tarihi: 21.02.2018).

Mevzuat

AB Komisyonu'nun Uygulama Önceliklerine Dair Rehberi (2009) (Guidance on the Commission's Enforcement Priorities in Applying Article 82 of the EC Treaty to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings).

Avrupa Birliği'nin İşleyişine Dair Anlaşma (The Treaty On The Functioning Of The European Union)

Dikey Anlaşmalara İlişkin Kılavuz.

Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Kötüye Kullanma Niteliğindeki Davranışlarının Değerlendirilmesine İlişkin Kılavuz

Diğer Kaynaklar

ABAD'ın 90/17 numaralı basın açıklaması, "Judgment in Case C-413/14 P Intel Corp. v European Commission", Avrupa Adalet Divanı Basın Duyurusu, Luxemburg, 2017, No. 90/17, (çevrimiçi) <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2017-09/cp170090en.pdf>, (Erişim Tarihi: 21.02. 2018).

Intel Corporation'ın Genel Mahkeme'nin kararına ilişkin 28 Ağustos 2014 tarihli temyiz talebi kapsamındaki ana argümanları, "Appeal brought on 28 August 2014 by Intel Corporation against the judgment of the General Court (Seventh Chamber, Extended Composition) delivered on 12 June 2014 in Case T-286/09 Intel Corporation v European Commission", Official Journal of the European Union, 2014, (çevrimiçi) http://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/PDF/?uri=uriserv%3A0J.C_.2014.395.01.0025.01.ENG, (Erişim Tarihi: 21.02.2018).

Kanun Sözcüsü Nils Wahl'ın Case C- 413/14 P Intel Corp. v European Commission dosyasındaki görüşü, "Advocate General's Opinion in Case C-413/14 P Intel Corporation Inc. v Commission" Avrupa Adalet Divanı Basın Duyurusu, Luxemburg, 2017, No. 114/16, (çevrimiçi) <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2016-10/cp160114en.pdf>, (Erişim Tarihi: 21.02.2018).

Kanun Sözcüsü Nils Wahl'ın Case Case C- 67/13P Groupement des cartes bancaires (CB) v European Commission dosyasındaki görüşü, "Groupement des cartes

bancaires (CB) v European Commission”, Luxemburg, 2014, (çevrimiçi) <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=149943&doclang=EN>, (Erişim Tarihi: 21.02.2018).

“The Role of Efficiency Claims in Antitrust Proceedings”, Policy Roundtables, 2012, (çevrimiçi) <http://www.oecd.org/competition/EfficiencyClaims2012.pdf>, (Erişim Tarihi: 21.02.2018).

Rekabet Kurulu Kararları

Rekabet Kurulu’nun 23.02.2017 tarihli ve 17-08/99-42 sayılı Luxottica kararı.

Rekabet Kurulu’nun 20.11.2015 tarihli ve 15-41/675-237 sayılı Tüpraş kararı.

Rekabet Kurulu’nun 12.06.2014 tarihli ve 14-21/410-178 sayılı Mey içki kararı.

Rekabet Kurulu’nun 17.01.2014 tarihli ve 14-03/60-24 sayılı Tüpraş kararı.

Rekabet Kurulu’nun 31.01.2013 tarihli ve 13-08/88-49 sayılı ABBOTT kararı.

Rekabet Kurulu’nun 01.10.2012 tarihli ve 12-47/1413-474 sayılı U.N. Ro Ro kararı.

Rekabet Kurulu’nun 30.03.2011 tarihli ve 11-18/341-103 sayılı Doğan Yayın Holding kararı.

Rekabet Kurulu’nun 21.01.2011 tarihli ve 11-03/42-14 sayılı Seramik Yapıştırıcıları kararı.

Rekabet Kurulu’nun 20.04.2009 tarihli ve 09-16/374-88 sayılı Sanofi Aventis İlaçları Ltd. Şti. kararı.

Rekabet Kurulu’nun 06.04.2006 tarihli ve 06-24/304-71 sayılı Frito Lay kararı.

Rekabet Kurulu’nun 02.06.2005 tarihli ve 05-38/487-116 sayılı Ülker kararı.

Avrupa Birliği Kararları

ABAD’ın 6 Eylül 2017 tarihli Case C- 413/14 P - Intel Corp. v European Commission kararı.

ABAD’ın 6 Eylül 2015 tarihli Case C-23/14 - Post Danmark A/S v Konkurrenceradet kararı.

ABAD’ın 6 Eylül 2015 tarihli Case C- 67/13 P Groupement des cartes bancaires (CB) v European Commission kararı.

ABAD’ın 19 Nisan 2012 tarihli Case C-549/10 - Tomra Systems ASA and Others v European Commission kararı.

ABAD’ın 27 Mart 2012 tarihli Case C209/10 - Post Danmark vs Konkurrenceraadet kararı.

ABAD’ın 17 Şubat 2011 tarihli Case C-52/09 - Konkurrentsverket v TeliaSonera Sverige AB kararı.

ABAD’ın 15 Mart 2007 tarihli Case C-95/04 - British Airways v Commission kararı.

ABAD’ın 9 Kasım 1983 tarihli Case 322/81 - NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin v Commission of the European Communities kararı.

ABAD’ın 13 Şubat 1979 tarihli Case C-85/79 - Hoffmann-La Roche kararı.

Genel Mahkeme’nin 12 Haziran 2014 tarihli Case T-286/09 - Intel Corp v Commission kararı.

Genel Mahkeme'nin 15 Mart 2007 tarihli Case C-95/04 - British Airways v Commission kararı.

Genel Mahkeme'nin 30 Eylül 2003 tarihli Case T-203/01 - Michelin v Commission kararı.

Komasyon'un 13 Mayıs 2009 tarihli Case COMPC-3 /37.990 - Intel kararı.

Komasyon'un 7 Eylül 1981 tarihli Case COMP 81/969 - Bandengroothandel Frieschebrug BV/NV Nederlandsche Banden-Industrie Michelin (Michelin I) kararı.