

Uzmanlık Tezleri Serisi No: 103

REKABET KURUMU

AŞIRI FİYAT KAVRAMI VE AŞIRI FİYATLAMA DAVRANIŞININ REKABET HUKUKUNDAKİ YERİ



Bilkent Plaza B3 Blok 06800 Bilkent/Ankara
<http://www.rekabet.gov.tr>
ISBN 978-975-8936-94-6



ÇİĞDEM ÜNAL

**AŞIRI FİYAT KAVRAMI VE
AŞIRI FİYATLAMA DAVRANIŞININ
REKABET HUKUKUNDAKİ YERİ**

ÇİĞDEM ÜNAL

ANKARA 2009

© Bu eserin tüm telif hakları
Rekabet Kurumuna aittir. 2010

İlk Baskı, Ağustos 2010
Rekabet Kurumu-Ankara

Bu kitapta öne sürülen fikirler eserin yazarına aittir;
Rekabet Kurumunun görüşlerini yansıtmaz.

29/06/2009 tarihinde
Rekabet Kurumu Başkan Yardımcısı Fevzi ÖZKAN Başkanlığında,
1 No'lu Daire Başkanı Erkan YARDIMCI, Tarkan ERDOĞAN, Haluk ARI
Yrd. Doç. Dr. Gamze ÖZ'den oluşan Tez Değerlendirme Heyeti önünde
savunulan bu tez, Heyetçe yeterli bulunmuş ve Rekabet Kurulu'nun
19/08/2009 tarih ve 09-36/908 sayılı toplantısında
“Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi” olarak kabul edilmiştir.

ISBN 978-975-8936-94-6

YAYIN NO

0254

İÇİNDEKİLER

Sayfa No

SUNUŞ.....	iv
KISALTMALAR	v
GİRİŞ	1

Bölüm 1 **EKONOMİ TEORİSİ VE** **REKABET HUKUKU BAĞLAMINDA** **AŞIRI FİYATLAMA**

1.1. TAM REKABET PİYASALARINDA FİYATLAMA DAVRANIŞI	4
1.2. TEKEL PİYASALARINDA FİYATLAMA DAVRANIŞI	5
1.3. TEKELCİ FİYATLAMANNIN SOSYAL MALİYETİ	5
1.4. REKABET HUKUKU BAĞLAMINDA AŞIRI FİYATLAMA	9

Bölüm 2 **ABD VE AB REKABET HUKUKUNDA** **AŞIRI FİYATLAMA**

2.1. ABD	14
2.1.1. Sherman Yasası'nı Ortaya Çıkaran Tarihsel ve Ekonomik Koşullar	15
2.1.2. ABD'de Hâkim Olan Temel Sosyal ve Ekonomik Değerler	16
2.1.3. Modern ABD Rekabet Hukuku Uygulaması	19
2.2. AB	20
2.2.1. RA'yı Ortaya Çıkaran Tarihsel ve Ekonomik Koşullar	22
2.2.2. AB'de Hâkim Olan Sosyal ve Ekonomik Değerler	22
2.2.3. Modern AB Rekabet Hukuku Uygulaması	23
2.3. ABD - AB KARŞILAŞTIRMASI.....	25

Bölüm 3 **AB VE ÜYE ÜLKE KARARLARI İŞİĞİNDA** **AŞIRI FİYATIN TESPİT EDİLMESİ**

3.1. AB REKABET HUKUKUNDA AŞIRI FİYAT KAVRAMI	28
3.2. AŞIRI FİYATIN TESPİTİNE YÖNELİK TESTLER	29
3.2.1. Ekonomik Değer Testi (EDT).....	29
3.2.1.1. Fiyat-Maliyet Karşılaştırması	30

3.2.1.2. Fiyat Kıyaslaması	35
3.2.1.2.1. Teşebbüsün Kendi Fiyatlarıyla Yapılan Kıyaslama	35
3.2.1.2.2. Diğer Teşebbüslerin Fiyatlarıyla Kıyaslama	37
3.2.2. Aşırı Fiyatın Tespitinde Alternatif Yaklaşımlar	39
3.2.2.1. Aşırı Kârlılık Yaklaşımı	40
3.2.2.2. Kanıtların Sayıca Fazlalığı Yaklaşımı	41
3.2.2.3. Giriş Sonrası Fiyat Düşüşleri Yaklaşımı	42
3.2.2.4. Yapısal Yaklaşım	42

Bölüm 4

REKABET HUKUKU ÇERÇEVESİNDE AŞIRI FİYATLAMAYA MÜDAHALE

4.1. AŞIRI FİYATLAMAYA MÜDAHALENİN SAKINCALARI	45
4.1.1. Yüksek Fiyatların Olumlu Etkilerinden Kaynaklanan Sakıncalar	45
4.1.1.1. Pazara Yeni Girişlerin Engellenmesi	45
4.1.1.2. Teşebbüslerin Yatırım ve İnovasyon Güdüsünün Azaltılması	46
4.1.2. Rekabet Otoritelerinin Karşılaştığı Pratik Zorluklar	47
4.1.2.1. Aşırı Fiyatın Tespit Edilmesi ve Hata Riski	47
4.1.2.2. Yaptırım ve Tedbir Uygulanması	48
4.2. AŞIRI FİYATLAMAYA MÜDAHALE EDİLEBİLECEK PAZAR KOŞULLARI	49
4.3. REKABET HUKUKU ÇERÇEVESİNDE AŞIRI FİYATLAMAYA MÜDAHALEYE İLİŞKİN ÖNERİLER	53
4.3.1. Uygulama Standartlarının Belirlenmesi	53
4.3.2. Tedbir Tasarlanması	56
4.3.3. Özel Durumlarda Aşırı Fiyatlamaya Müdahale	58
4.3.3.1. Sektörel Düzenlemenin Varlığı Halinde Müdahale	58
4.3.3.2. Fikri Mülkiyet Haklarının Varlığı Halinde Müdahale ...	60
4.3.3.3. Aşırı Fiyatlamamanın Dışlayıcı Bir Davranışın Aracı Olduğu Hallerde Müdahale	62

Bölüm 5
TÜRK REKABET HUKUKUNDA
AŞIRI FİYATLAMA

5.1. RKHK ÇERÇEVESİNDE AŞIRI FİYATLAMA	65
5.2. RK KARARLARI VE DEĞERLENDİRMELER	67
5.2.1. BELKO Kararı	67
5.2.2. BOTAŞ-EGO-İZGAZ-İGDAŞ Kararı	71
5.2.3. ASKİ-2 Kararı	72
5.2.4. Müzik Eserleri Meslek Birlikleri Kararı	74
5.2.5. MTS Kararı	74
5.2.6. Biletix Kararı	75
5.2.7. Bereket Jeotermal Kararı	75
5.2.8. İzmir Jeotermal Kararı	76
5.2.9. Değerlendirme	77
5.3. AŞIRI FİYATLAMAYA YÖNELİK BİR POLİTİKA ÖNERİSİ	78
SONUÇ	81
ABSTRACT	84
KAYNAKÇA	85
EKLER	96
EK 1	96
EK 2	97

SUNUŞ

Onu yılı aşkın bir süredir bağımsız bir idari otorite olarak faaliyetlerini sürdürmekte olan Rekabet Kurumu, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun hükümleri çerçevesinde yaptığı uygulamalar ile piyasalarda rekabetçi bir işleyiş yönünde önemli gelişmeler sağlamış, kartelleşme ve tekelleşmeyi engellemek yönünde başarılı adımlar atmıştır. Bu başarıları sayesinde de Rekabet Kurumu, yalnızca Türkiye’deki kurumlar arasında değil, dünyadaki rekabet otoriteleri arasında da hak ettiği yeri almaya başlamıştır. Nitekim Avrupa Birliği Komisyonu ilerleme raporları ile OECD gözden geçirme raporlarında bu durum ifade edilmekte ve Kurumun ulaşmış olduğu idari kapasite ve meslek düzeyle karşılanmaktadır.

Rekabet Kurumunun ulaşmış olduğu bu idari kapasite ve mesleki düzeyin en önemli göstergelerinden biri de uzmanlık tezleridir. Rekabet uzman yardımcıları, uç yılı aşan meslek çalışmalarından elde ettikleri tecrübelerini, bilimsel metodoloji ve araştırma anlayışı ışığında uzmanlık tezine dönüştürmektedirler. Rekabet hukuku, politikası ve sanayi iktisadı alanlarında hazırlanan ve gerek Rekabet Kurumu mensuplarına gerekse diğer ilgililere yönelik önemli bir kaynak niteliğini haiz olan bu tezlerden bazılarında, rekabet hukuku ve politikasının temel konu başlıklarını içeren teorik hususlar analizlerle irdelenmekte, diğerlerinde ise rekabet hukuku uygulamaları bakımından önem arz eden sektörlere ilişkin çalışmalara yer verilmektedir. Bu sayede, daha önce ele alınmamış pek çok konuda değerli eserler ortaya çıkmaktadır.

Doktrine katkı sağlanmasıyan yanı sıra toplumun rekabet konusunda bilgilendirilmesi amacıyla bu eserlerin yayımlanması, rekabet otoritelerinin en önemli görevleri arasındadır. Bu görev, rekabet savunuculuğunun önemli bir parçasını da teşkil etmektedir. Böylece, Rekabet Kurumu, toplumu bilgilendirme hedefine yönelik rekabet savunuculuğu çerçevesinde, tek başına veya birlikte yürütmekte olduğu, konferanslar, sempozyumlar, eğitim ve staj programları düzenlemek gibi faaliyetlerine ilave bir etkinlikte de bulunmaktadır.

Bu bağlamda, kaynak olarak kullanılabilecek yerli eserlerin son derece az olması nedeniyle değerleri bir kat daha artan tezlerini tamamlayan ve Rekabet Uzmanı unvanını alan bütün arkadaşlarımı gönülden kutluyor, tebrik ediyor ve başarılar diliyorum.

Rekabet bilgi ve kültürünün gelişmesine, rekabetçi duyarlılığın artmasına önemli katkıları ve ayrıca bilimsel çalışmalar bakımından bir başvuru kaynağı olacağı inancıyla ilgili uzmanlık tezlerini kamuoyunun bilgisine sunuyoruz...

Prof. Dr. Nurettin KALDIRIMCI
Rekabet Kurumu Başkanı

KISALTMALAR

AB	: Avrupa Birliği
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
A.g.k./a.g.k	: Adı Geçen Karar/Kaynak
ar-ge	: Araştırma ve geliştirme
AT	: Avrupa Topluluğu
ATAD	: Avrupa Toplulukları Adalet Divanı
Bkz./bkz.	: Bakınız
CMLR	: Common Market Law Reports
Dn./dn.	: Dipnot
ECR	: European Court Reports
EDT	: Ekonomik Değer Testi
FMH	: Fikri Mülkiyet Hakkı
MH	: Marjinal Hasılat
MM	: Marjinal Maliyet
No.	: Numara
OFT	: Office of Fair Trading
para.	: Paragraf
RA	: Roma Anlaşması
RK	: Rekabet Kurulu
RKHK	: Rekabetin Korunması Hakkında Kanun
s.	: Sayfa
Vol.	: Volume

GİRİŞ

Yüksek pazar gücüne sahip teşebbüslerin aşırı fiyatlama davranışı, rekabet hukukunun doğuşundan itibaren, bu hukuk dalının en tartışmalı alanlarından birini oluşturmaktadır. Bu tartışmanın belki de en önemli göstergesi, rekabet hukukunun en gelişmiş ve en çağdaş modelleri olarak kabul edilen Amerika Birleşik Devletleri (ABD) ve Avrupa Birliği (AB) rekabet hukuku sistemlerinde aşırı fiyatlamaya çok farklı biçimlerde ele alınmasıdır. ABD’de aşırı fiyatlamaya rekabet hukuku çerçevesinde müdahale edilmez iken; AB’de ve AB rekabet hukuku sistemini model olarak alan pek çok ülkede aşırı fiyatlama rekabet otoritelerinin müdahalesine konu olmaktadır.

Ancak, ekonomi teorisinde yeri olmayan aşırı fiyat kavramının rekabet hukuku çerçevesinde de açık ve tatmin edici bir tanımının yapılamamış olması, rekabet hukuku kapsamında aşırı fiyatlamaya müdahaleyi tercih etmiş olan ülkelerin rekabet otoriteleri bakımından pek çok kavramsal ve pratik zorluğu beraberinde getirmektedir. Rekabet otoriteleri tarafından aşırı fiyatlamaya müdahaleye yönelik objektif ve etkin bir politika belirlenememesi sonucunu doğuran bu zorluklar, hem rekabet otoritelerini hatalı karar verme riskiyle karşı karşıya bırakmakta hem de teşebbüsler bakımından yasal belirsizlik yaratmaktadır.

Konuya Türk rekabet hukuku açısından bakıldığında, Rekabet Kurulu’nun (RK), ilke olarak hâkim durumdaki teşebbüslerin aşırı fiyatlama davranışını Rekabetin Korunması Hakkında Kanun (RKHK) kapsamında bir ihlal olarak değerlendirdiği görülmektedir. Bununla birlikte, RK’nın aşırı fiyatlamaya yönelik tutarlı bir politika benimsediğini söylemek mümkün değildir. Şöyle ki; RK kararları, aşırı fiyatın tespit kriterlerine, aşırı fiyatlamaya müdahalenin koşullarına ve müdahale yöntemine ilişkin sorulara net yanıtlar verememektedir. Bu durum ise hem RKHK’nın uygulayıcısı olan RK’yı, hem de RKHK’ya tabi olarak faaliyet gösteren hâkim durumdaki teşebbüsleri muğlak bir alan içinde hareket etmek durumunda bırakmaktadır.

Hem RK hem de teşebbüsler bakımından söz konusu olan bu muğlaklığın giderilmesi ve RK tarafından aşırı fiyatlamaya yönelik objektif ve etkin bir politika benimsenmesi gerektiği düşüncesinden hareketle hazırlanan bu

çalışmada, temel olarak, “rekabet otoriteleri tarafından aşırı fiyatlama müdahale edilmeli mi?” sorusuna yanıt aranmaktadır. Ayrıca, bu soruya verilecek cevabın olumlu olması halinde, müdahalenin sınırlarını çizmeye ve koşullarını belirlemeye yönelik açıklamalar da çalışmada yer bulmaktadır. Bununla birlikte, aşırı fiyatın tespitinde kullanılacak en uygun yöntemi belirlemeye yönelik tartışmalar kapsam dışında bırakılmıştır.

Bu çerçevede çalışmanın ilk bölümünde, öncelikle, yüksek pazar gücüne sahip teşebbüslerin fiyatlama davranışının ekonomik temellerini anlayabilmek ve bu davranışın sosyal refah üzerindeki etkilerini görebilmek bakımından ekonomi teorisi çerçevesinde tekel piyasalarında fiyatlama davranışı açıklanacaktır. Ardından, tekelci fiyatlamanın piyasada meydana getirdiği sonuçlar tam rekabet piyasası ile karşılaştırılmalı olarak ortaya konacak ve bu sonuçların rekabet hukuku kapsamında değerlendirilmesi yapılacaktır.

Çalışmanın ikinci bölümünde, rekabet hukukunda amaç tartışmaları paralelinde ABD ve AB rekabet hukukunda aşırı fiyatlamanın yeri tarihsel süreç çerçevesinde ele alınacaktır. Yukarıda da değinildiği üzere, ABD’nin ve AB’nin yaklaşımlarındaki farklılık nedeniyle aşırı fiyatlama ile ilgili literatür AB Komisyonu’nun (Komisyon), AB’ye üye ülkelerin rekabet otoritelerinin ve Avrupa Toplulukları Adalet Divanı’nın (ATAD) kararları çerçevesinde şekillenmiştir. Bu nedenle üçüncü bölümde, çalışmanın ana konusu olmamakla birlikte, tartışmayı tamamlaması ve aşırı fiyatlamanın kavramsal belirsizliğine ilişkin fikir vermesi amacıyla AB ve üye ülke kararları ışığında aşırı fiyatın tespitinde kullanılan testler ile bu testlere yönelik eleştiriler açıklanacaktır.

Çalışmanın dördüncü bölümünde, rekabet hukuku çerçevesinde aşırı fiyatlama müdahalenin doğurduğu sakıncalar ile birlikte, rekabet politikası anlamında aşırı fiyatlama müdahale edilmesinin tercih edilmesi halinde bu sakıncaları en aza indirmek için gözetilmesi gereken pazar koşulları incelenecek ve literatürde aşırı fiyatlama müdahaleye ilişkin olarak ortaya konmuş politika önerilerine yer verilecektir.

Çalışmanın son bölümünde ise ilk olarak, RKHK kapsamında aşırı fiyatlamanın yeri ve verdiği kararlar çerçevesinde RK’nın konuya yaklaşımı ele alınacak, bir başka deyişle ana hatlarıyla RK’nın aşırı fiyatlama ile ilgili 12 yıllık uygulamasının resmi çizilecektir. Nihai olarak da çalışmanın bütününden elde edilen kanaatler ışığında, RK uygulamaları bakımından aşırı fiyatlama yönelik olarak başvurulabilecek en etkin politikaya ilişkin bir öneri sunulacaktır.

BÖLÜM 1

**EKONOMİ TEORİSİ VE
REKABET HUKUKU BAĞLAMINDA
AŞIRI FİYATLAMA**

Haksız fiyatın (*unfair price*) bir biçimi olarak yorumlanan aşırı fiyat¹ (*excessive price*) kavramı, adil fiyat (*fair price*) olarak belirlenebilecek bir fiyat düzeyi bulunduğu varsayımına dayanmaktadır. Ekonomi teorisi çerçevesinde adil fiyata ilişkin olarak net olmayan çeşitli tanımlamalar yapılmıştır. Örneğin Marksist ekonomistler, bir ürünün adil fiyatının üretiminde kullanılan emeğin değerine eşit olacağını ileri sürmüşler; klasik ekonomistler, maliyet bazlı bir değer teorisini desteklemişler; neoklasik ekonomistler, skolastik ekonomik düşünce savunucuları ve ordoliberal ekonomik düşünce okulu ise bir ürün ya da hizmetin adil fiyatının rekabetçi bir pazarda arz ve talebin karşılaşması sonucu oluşacak rekabetçi piyasa fiyatına eşit olacağını savunmuşlardır (Evans ve Padilla 2004, 5).

Bir mal veya hizmetin adil fiyatının rekabetçi piyasa fiyatına eşit olduğu düşüncesi, modern sanayi iktisadı teorisyenlerince de benimsenmiş ve modern sanayi iktisadında aşırı fiyat, “*pazar gücünün uygulanması sonucunda sürekli olarak rekabetçi düzeyin önemli ölçüde üzerinde belirlenen fiyat*” olarak tanımlanmıştır (O’Donoghue ve Padilla 2006, 604).

Modern sanayi iktisadının aşırı fiyata ilişkin bu tanımı, rekabet hukuku anlamında da büyük ölçüde kabul görmüştür. Bu tanım ekseninde, pazar gücüne sahip teşebbüslerin aşırı fiyatlama davranışını ve bunun sonuçlarını anlayabilmek ve konunun rekabet hukuku çerçevesinde tartışılmasına yol açan nedenleri kavrayabilmek bakımından çalışmanın bu bölümünde öncelikle ekonomi teorisinin ortaya koyduğu iki uç piyasa yapısı olan tam rekabet ve tekelleme

¹ Literatürde bu fiyatlama davranışı için haksız (*unfair*), tekelleme (*monopoly*), sömürücü (*exploitative*), istismar edici (*abusive*) fiyat kavramları da kullanılmaktadır. Ancak bu çalışma çerçevesinde AB ve RK kararları ile uyumlu olacak şekilde aşırı fiyat/aşırı fiyatlama kavramları tercih edilmiştir.

piyasalarında faaliyet gösteren teşebbüslerin fiyatlama davranışları açıklanacaktır. Ardından tekelleri fiyatlamasının yarattığı sorunlar tam rekabetçi piyasada ortaya çıkan durumla karşılaştırılmalı olarak analiz edilecek ve nihai olarak da rekabet hukuku bağlamında aşırı fiyatlama davranışının yeri ortaya konacaktır.

1.1. TAM REKABET PİYASALARINDA FİYATLAMA DAVRANIŞI

Piyasada çok sayıda alıcının ve satıcının olması, alışverişe konu olan nesnenin homojen olması, piyasaya girişin ve piyasadaki çıkışın serbest olması, karar birimlerinin tam bilgiye sahip olması ve faktör akışkanlığının tam olması özellikleriyle tanımlanan (Ünsal 1998, 287-288) tam rekabet piyasası, gerçek hayatta karşılaşılabildiği oldukça güç olan bir piyasa yapısıdır. Bununla birlikte, etkinlik sağlaması nedeniyle, tam rekabetçi piyasa yapısı diğer piyasa yapılarındaki firma davranışlarının değerlendirilmesi bakımından bir kıstas oluşturmaktadır (Carlton ve Perloff 1994, 86).

Tam rekabetçi piyasa yapısında çok sayıda alıcının ve satıcının olması, bir firmanın arz ettiği mal/hizmet miktarını ya da bir tüketicinin talep ettiği mal/hizmet miktarını değiştirerek piyasa arzını veya talebini, dolayısıyla da piyasa fiyatını etkilemesinin mümkün olmadığı anlamına gelir. Bir başka deyişle, tam rekabetçi piyasalarda fiyat, tüm firmalar tarafından arz edilen mal/hizmet miktarı ile tüm tüketiciler tarafından talep edilen mal/hizmet miktarı tarafından belirlenir ve piyasadaki her firma ve her tüketici fiyat alıcı konumundadır (Ünsal 1998, 287-288).

Tam rekabet piyasasında faaliyet gösteren bir firma, piyasa arzının ve talebinin karşılaşması sonucu oluşan fiyat seviyesinde yatay bir talep eğrisi ile karşı karşıyadır (Carlton ve Perloff 1994, 89) ve piyasa fiyatı üzerinden dilediği kadar ürün satabilecektir (Frank 2000, 400). Tam rekabetçi firma arz edeceği ürün miktarını, ilave birim ürünün satışından elde ettiği hasılatı (*marjinal hasılat*-MH), o birimi üretmenin ilave maliyetine (*marjinal maliyet*-MM) eşitleyerek belirler. Bir başka deyişle tam rekabetçi firma, her çıktı düzeyinde fiyata eşit olan MH'sini, MM'ye eşitlediği noktada kârını maksimize eder (Carlton ve Perloff 1994, 89). Dolayısıyla tam rekabetçi piyasa dengesinde MH'ye eşit olan fiyat, aynı zamanda MM'ye de eşittir. Hiçbir firma MM'nin üzerinde ya da altında fiyatlama yapamaz. Çünkü, bir firmanın MM'nin üzerinde fiyatlama yapması halinde tüketiciler derhal diğer sağlayıcılara geçecek ve MM'nin üzerinde fiyatlama yapan firmanın pazar payı sıfıra düşecektir. MM'nin altında fiyatlama yapması halinde ise firma, bu şekilde sattığı her birim maldan zarar edecek ve piyasadaki çekilmek zorunda kalacaktır (O'Donoghue ve Padilla 2006, 605).

1.2. TEKEL PİYASALARINDA FİYATLAMA DAVRANIŞI

Tek bir firmanın yakın ikamesi bulunmayan bir mal/hizmet ürettiği/sattığı piyasa türü olarak tanımlanan (Ünsal 1998, 341) tekel piyasalarında, tekelci firma pazardaki tüm üretimi gerçekleştirmektedir. Bu nedenle, tekelci firma, arz ve talep kanunları vasıtasıyla piyasa fiyatını belirlemektedir (Whish 2005, 5). Şöyle ki, tekel piyasalarında negatif eğimli piyasa talep eğrisi aynı zamanda tekelci firmanın karşı karşıya olduğu talep eğrisidir (Ünsal 1998, 344). Dolayısıyla bu talep eğrisi karşısında tekelci firma kendi üretimini kısarak piyasa fiyatını artırma olanağına sahiptir (Whish 2005, 5).

Tekelci firma da tam rekabetçi firma gibi kârını maksimize edecek çıktı düzeyinde üretim yapacaktır (Carlton ve Perloff 1994, 133). Tam rekabetçi piyasada faaliyet gösteren bir teşebbüs piyasada belirlenen fiyattan dilediği kadar ürün satabilirken, negatif eğimli talep eğrisi ile karşı karşıya olan tekelci firma, müşteriler arasında fiyat farklılaştırması² (*price discrimination*) yapamaması halinde (Jones ve Sufrin 2008, 9), satış miktarını artırmak için sadece ilave birim malın fiyatını değil, sattığı tüm birimlerin fiyatını indirmek durumunda kalacaktır (Frank 2000, 400-402). Dolayısıyla, daha fazla ürün satmak için fiyatını düşürmek zorunda olan tekelci firmanın MH'si daima fiyattan küçüktür (Carlton ve Perloff 1994, 134). Tekelci firma kârını, ilave birim mal satmanın hasılatını, bu ilave birim çıktığı üretmenin maliyetine eşitlediği noktada, bir başka deyişle MH'nin MM'ye eşit olduğu noktada maksimize eder (Carlton ve Perloff 1994, 136). Bu tekelci denge durumunda piyasa fiyatı daima MH'nin, dolayısıyla da MM'nin üzerindedir.

1.3. TEKELCİ FİYATLAMAMIN SOSYAL MALİYETİ

Diğer piyasa yapılarının ortaya çıkardığı sonuçları değerlendirmede bir kıstas olarak kullanılan tam rekabetçi piyasa yapısında, piyasa fiyatı MM'ye eşitlendiğinde denge sağlanmaktadır. Her malın, üreticilerin ve satıcıların endüstrideki yatırımlarını devam ettirecek kârı³ da içerecek şekilde, üretim maliyetinde fiyatlandırıldığı ve bu fiyatı ödemeye razı olan herkesin mal satın

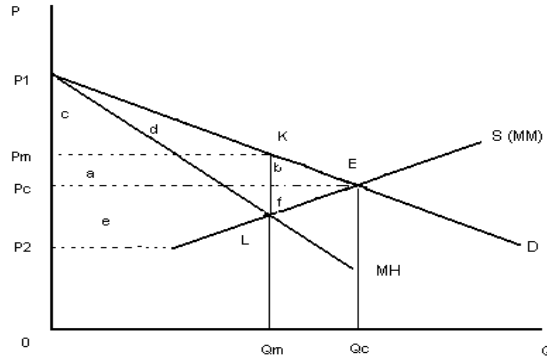
² Tekelci firmanın ürettiği malın farklı birimlerini farklı fiyatlardan satması, fiyat farklılaştırması olarak tanımlanmaktadır. Fiyat farklılaştırmasının amacı, tek fiyat uygulamasında ortaya çıkan tüketici fazlasını ve dara kaybını kısmen veya tamamen ele geçirmek suretiyle daha fazla kâr elde etmektir (Ünsal 1998, 375).

³ Tam rekabetçi denge durumunda fiyat, *normal* ve *rekabetçi* bir kâr düzeyini içermektedir. Çünkü maliyetin hesaplanmasında sermaye de dâhil olmak üzere üretimde kullanılan tüm faktörler göz önünde bulundurulmaktadır (Jones ve Sufrin 2008, 7).

alabildiği bu denge durumunda (Hovenkamp 2005, 3), tüketici fazlası⁴ ile üretici fazlası⁵, dolayısıyla da tüketici ve üretici fazlalarının toplamından oluşan toplam fazla maksimum seviyededir (Ünsal 1998, 332). Bir başka deyişle, mal ve hizmetler mümkün olan en düşük maliyetle üretilerek üretim etkinliği (*productive efficiency*); mal ve hizmetler tüketicilere ödemeye razı oldukları fiyata göre dağıtılarak dağılım etkinliği⁶ (*allocative efficiency*) sağlanmış ve sosyal refah maksimize edilmiştir (Whish 2005, 2-3).

Tekel piyasalarında denge durumunda ise fiyat, üretimin MM'sini aşmakta ve tam rekabetçi piyasalarda oluşan denge durumuna kıyasla daha düşük bir çıktı miktarı söz konusu olmaktadır. Bu durumun sosyal refah üzerinde iki önemli olumsuz etkisi vardır. İlki, teknelci fiyat düzeyinde mal veya hizmetleri satın almaya devam eden tüketicilerin rekabetçi fiyatın üzerinde fiyatlar ödemesi sonucunda tüketicilerden teknelci firmaya doğru gerçekleşen refah transferidir. Tekel piyasalarında oluşan denge durumunun sosyal refah üzerindeki ikinci olumsuz etkisi ise, söz konusu mal veya hizmete göreli olarak daha düşük fiyat biçen ve rekabetçi pazar koşullarında o mal veya hizmeti satın alabilecek olan tüketicilerin pazar dışına çıkmasından kaynaklanan dara kaybıdır (*deadweight loss*) (O'Donoghue ve Padilla 2006, 5). Teknelci fiyatlamının bu olumsuz etkilerine aşağıdaki şekilde yer verilmiştir:

Şekil 1 - Teknelci Fiyatlamının Sosyal Maliyeti



Kaynak: Ünsal (1998, 367)

⁴ Tüketici fazlası, tüketicilerin bir malı satın almak için ödemeye razı oldukları para miktarının fiilen ödedikleri para miktarını aşan kısmı olarak tanımlanmaktadır (Ünsal 1998, 332).

⁵ Üretici fazlası, üreticilerin bir malın üretiminden fiilen elde ettikleri para miktarının elde etmeye razı oldukları para miktarını aşan kısmı olarak tanımlanmaktadır (Ünsal 1998, 332).

⁶ Piyasadaki bir tüketicinin refah düzeyini azaltmadan bir başka tüketicinin refah düzeyini artırmanın mümkün olmadığı bu durum *pareto etkinliği* (*pareto efficiency*, *pareto optimality*) olarak anılır (Lee ve Brown 2005, 7).

Yukarıdaki şekilden görüldüğü üzere tam rekabetçi denge, piyasa arz (S) ve piyasa talep eğrilerinin (D) kesiştiği E noktasının karşılık geldiği P_c fiyat ve Q_c çıktı birleşiminde sağlanmıştır. Bu durumda tüketici fazlası $(a+b+c+d)$ alanına, üretici fazlası ise $(e+f)$ alanına eşittir. Tekel denge durumu ise MH eğrisinin MM eğrisini kestiği L noktasının karşılık geldiği P_m fiyat ve Q_m çıktı birleşiminde sağlanmıştır. Tam rekabetçi denge durumuna kıyasla, teknelci denge durumunda fiyat P_c 'den P_m 'ye yükselirken, çıktı miktarı (Q_c-Q_m) kadar azalmıştır. Tekelci firmanın üretimi Q_c 'den Q_m 'ye çekmesi sonucunda tüketici fazlası $(a+b+c+d)$ alanından $(c+d)$ alanına gerilemiş, dolayısıyla $(a+b)$ alanı kadar azalmıştır. Buna karşılık üretici fazlası $(e+f)$ alanından $(e+a)$ alanına çıkmış, dolayısıyla da $(a-f)$ alanı kadar artmıştır. Bir başka deyişle teknelci fiyatlamaya başlangıçta $(a+b+c+d+e+f)$ alanı kadar olan toplam fazlayı $(a+c+d+e)$ alanına indirerek $(b+f)$ alanı kadar bir dara kaybı yaratmıştır. Teknelci fiyatlamasının sosyal maliyeti ya da teknelci fiyatlamasının refah maliyeti olarak nitelendirilen bu kayıp, teknelcin üretimde yol açtığı azalmanın parasal değerini yansıtmaktadır (Ünsal 1998, 367).

Teknelci fiyatlamaya, dara kaybına neden olmasının yanı sıra tüketicilerden teknelci firmaya teknel kârı şeklinde bir refah transferine de yol açmaktadır. Yukarıdaki şekilden de görüleceği üzere, tam rekabetçi denge durumunda tüketici fazlasının bir kısmını oluşturan (a) alanı, teknelci fiyatlamaya durumunda teknelci firma tarafından kâr olarak ele geçirilmekte ve üretici fazlasının bir parçası haline gelmektedir. Ekonomi teorisi çerçevesinde, teknelci fiyatlamasının gelir dağılımı üzerindeki bu etkisinin olumlu veya olumsuz olduğuna dair kesin bir değerlendirme yapılmamaktadır. Çünkü böyle bir değerlendirme örtülü olarak tüketicilerin veya üreticilerin ekonomik durumundaki iyileşmenin daha önemli olduğu değer yargısını içerecektir. Bu nedenle ekonomi teorisinde tekele, toplam refahta neden olduğu azalma nedeniyle karşı çıkılmaktadır (Ünsal 1998, 368)⁷.

Teknelcin, doğrudan teknelci fiyatlamadan kaynaklanmayan diğer olumsuzlukları da söz konusudur. Bunlardan ilki, maliyet etkinsizliğidir (*X-inefficiency*). Kaynakların olabileceğinden daha az verimli kullanılmasını ifade eden bu durumda, üretim etkinliği tam rekabet piyasasına kıyasla daha düşüktür. Çünkü teknelci firma, maliyetleri mümkün olan en düşük düzeye indirmeye yönelik olarak rekabetçi güçlerin baskısı altında değildir (Whish 2005, 5)⁸.

⁷ Ancak 1.4. bölümde ayrıntılı olarak açıklanacağı üzere, rekabet hukuku anlamında bu refah transferi de teknelci fiyatlamasının sosyal maliyetinin bir parçası olarak değerlendirilmektedir (Sanlı 2000b, 86).

⁸ Teknelci firmanın kârını maksimize edecek şekilde davrandığı varsayımı altında maliyet etkinsizliği argümanının geçersiz olacağına ilişkin görüşler için bkz. Viscusi, Vernon ve Harrington (2000, 84).

Tekelin doğrudan tekeli fiyatlamadan kaynaklanmayan, ancak tekeli fiyatlandırma ihtimali nedeniyle ortaya çıkan (Sanlı 2000b, 86) bir diğer sosyal maliyeti ise, tekeli firmaların tekel güçlerini korumak veya artırmak amacıyla (Motta 2004, 44) giriştikleri lobicilik faaliyetleri, rüşvet ve fiyat dışı rekabet gibi faaliyetler (Viscusi, Vernon ve Harrington 2000, 85-86) olarak tanımlanan rant kollamaya dayalı davranışlardır (*rent seeking behavior*). Bu süreçte tekeli firma, tekel kârı olarak tüketicilerden transfer ettiği kaynakların bir kısmını ya da tamamını başka alanlarda daha verimli olarak kullanabilecekken tekel olmaya ya da tekel durumunu korumaya yönelik faaliyetlere ayırmaktadır (Carlton ve Perloff 1994, 145). Bu durum da tekelin ortaya çıkardığı refah kaybını büyütmektedir (Motta 2004, 44).

Yukarıda açıklanan sosyal maliyetine rağmen, tekel ekonomik açıdan her zaman için istenmeyen bir piyasa yapısı değildir (Sanlı 2000b, 86). Şöyle ki; doğal tekel özelliği gösteren piyasalarda üretimin tek bir firma tarafından gerçekleştirilmesi üretim maliyetlerini minimum kılan en etkin üretim biçimidir. Ancak burada üzerinde durulması gereken önemli bir nokta, tüketicilerin tekeli fiyatlandırmanın yaratacağı refah kaybına maruz kalmaksızın bu etkinlikten ne şekilde yararlanacağıdır (Viscusi, Vernon ve Harrington 2000, 337). Bu da doğal tekel özelliğine sahip piyasaların düzenlenerek, tekelin kötüye kullanıma ve istismar edici davranışlarının kontrol altında tutulması ile aşılabilecektir (Sanlı 2000b, 87)⁹.

Yarattığı sosyal maliyete rağmen, tekel piyasa yapısının istenebilir olmasına yol açan diğer bir husus da dinamik etkinliğe¹⁰ yönelik endişelerdir. Nitekim tekelin sosyal maliyetine ilişkin olarak yukarıda yer verilen açıklamalar statik etkinlik¹¹ çerçevesinde ele alınmıştır. Oysa dinamik etkinliği sağlayacak ideal pazar yapısına ilişkin olarak net bir görüş birliği bulunmamaktadır. Arrow'un önde gelen savunucularından olduğu bir görüş; tam rekabet piyasasında, tüketicileri kazanmak için içinde buldukları yarış nedeniyle firmaların sürekli inovasyon yapma ve yeni ürünler geliştirme yönünde çaba harcayacağı, dolayısıyla rekabetin ar-ge'yi tetikleyen dinamik bir etkiye sahip olduğu (Whish 2005, 4) ve tekelin, rekabetten korunduğu için, daha etkin teknolojiler uygulama ve daha fazla ar-ge yatırımı yapma güdüsü olmayacağı (Motta 2004, 18) yönündedir. Schumpeter ile birlikte anılan karşı görüş ise,

⁹ Doğal tekelin düzenlenmesine ilişkin yaklaşımlar için bkz. Frank (2000, 426-428); Viscusi, Vernon ve Harrington (2000, 337-358).

¹⁰ Kaynakların zamanlar arası dağılımına odaklanan dinamik etkinlik kavramı, firmaların yeterli düzeyde araştırma ve geliştirme (ar-ge) yatırımında bulunup bulunmadığı ve iktisadi ortamın inovasyonu ve teknolojik gelişmeyi özendirip özendirmediği gibi sorunlar üzerinde yoğunlaşmaktadır (Atiyas 2000, 35-36).

¹¹ Kaynakların herhangi bir zaman kesiti içerisindeki dağılımına odaklanan statik etkinlik kavramı, dağılım etkinliğini ve üretim etkinliğini içermektedir (Atiyas 2000, 31-35).

tekelci fiyatlama ve tekel kârı elde etme beklentisinin firmaları yeni ürünler geliştirmek, ürünleri iyileştirmek ve düşük maliyetli üretim yöntemleri bulmak yönünde teşvik edeceği, tekelin en somut faydasının ar-ge çalışmaları bakımından ortaya çıktığı yönündedir (Carlton ve Perloff 1994, 147-148). Nitekim Frank (2000, 424-425) da tekelin etkinsizliğini değerlendirirken kıstasın teorik bir ideal değil, gerçek hayatta karşılaşılan durumlar olması gerektiğini savunmakta ve patent korumasını örnek olarak göstermektedir. Frank'a göre patent koruması ile yaratılan tekelin olmaması halinde söz konusu ürüne sahip olunamayacağından tam rekabetçi denge durumu ile karşılaştırıldığında tekelci fiyatlamının neden olduğu refah kaybından şikâyet etmek anlamsız olacaktır ve patent koruması ile yaratılan tekel sayesinde, aksi halde elde edilmeyecek olan tüketici fazlası ve üretici fazlası elde edilecektir¹².

1.4. REKABET HUKUKU BAĞLAMINDA AŞIRI FİYATLAMA

Yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı üzere tekelci fiyatlamının ortaya çıkardığı sorunlar; tekelci fiyatın rekabetçi fiyat düzeyiyle karşılaştırıldığında aşırı olması, tüketici fazlasının bir kısmının tekelci firmaya üretici fazlası olarak transfer edilmesi ve tüketici fazlası kaybının bir kısmının tekelci firmaya transfer edilmeyerek bütünüyle kaybolması olarak özetlenebilecektir. Ancak ekonomi teorisi çerçevesinde ele alınan tekelci piyasa modeli, gerçek hayatta pek sık karşılaşılmayan bir modeldir. Gerçek hayatta çoğu durumda kavramsal olarak bir tekel değil, tekelci firmanın uygulayacağı fiyatlara yakın fiyatlar uygulamasına olanak verecek düzeyde *pazar gücüne* sahip olan teşebbüsler söz konusu olacaktır (Motta 2004, 41)¹³. “*Fiyatı kârlı olarak rekabetçi seviyeden daha yukarıda belirleyebilme*” (Carlton ve Perloff 1994, 8) ve “*rekabetçi fiyat seviyesine kıyasla yüksek bir fiyatı anlamlı sayılabilecek bir zaman dilimi süresince koruyabilme*” (Çağlayan 2003, 4) gücü olarak tanımlanan *pazar gücüne* sahip olan bir firmanın fiyatlama davranışının arkasındaki mantık tekelci firmaninkine benzer olacaktır. Dolayısıyla pazar gücüne sahip bir firmanın fiyatlama davranışı, tekelci firmanın fiyatlama davranışına benzer şekilde etkinsizliğe ve gelir dağılımında bozulmaya¹⁴ neden olacaktır. Bu istenmeyen

¹² Tekelci fiyatlama ve dinamik etkinlik arasındaki ilişkiye 4.1.1.2. bölümde detaylı olarak yer verilmiştir.

¹³ Çalışmanın devamında ayrıntılı olarak açıklanacağı üzere, bu düzeyde pazar gücü ABD rekabet hukukunda tekel gücü (*monopoly power*) olarak ele alınarak yüksek pazar gücüne sahip teşebbüslerin tek taraflı davranışları (*unilateral conduct*), tekelleşme (*monopolization*) veya tekelleşmeye teşebbüs (*attempt to monopolize*) kavramları altında incelenmektedir. AB rekabet hukukunda ise yüksek düzeyde pazar gücüne sahip olunması hâkim durum (*dominant position*) olarak ele alınmakta ve bu teşebbüslerin tek taraflı davranışları hâkim durumun kötüye kullanılması (*abuse of dominant position*) kavramı kapsamında incelenmektedir.

¹⁴ 1.3. bölümde tekelci fiyatlama sonucunda tüketiciden tekelci firmaya doğru gerçekleşen refah transferi sonucunda gelir dağılımındaki bozulmanın ekonomi teorisi bakımından iyi ya da kötü

sonuçların önüne geçmek ve pazarın mümkün olduğunca rekabet koşullarına tabi olarak işlemlerini temin etmek bakımından, rekabet politikasının önemli bir bölümünü, neticede kendini aşırı fiyatlama olarak gösterecek pazar gücünün yaratılmasının ve kullanılmasının önlenmesi oluşturmaktadır (Williams 2007, 131).

Nitekim rekabet hukukunun ana amacının tüketici refahını artırmak ve etkinlik sağlamak olduğu (Lee ve Brown 2005, 2) kabul edilmektedir¹⁵. Bu amaç doğrultusunda, rakip teşebbüslerin anlaşarak fiyatları tüketici çıkarına aykırı olacak şekilde rekabetçi seviyenin üzerinde belirlemeye yönelik yapay bir tekel yaratmalarının ve pazar gücüne sahip teşebbüslerin tekelleşmeye ve ileride tüketicilerin sömürülmesine zemin hazırlayan dışlayıcı davranışlarının yasaklanması ile birleşme ve devralma işlemlerinin, yoğunlaşma neticesinde ortaya çıkacak pazar gücünü önleme amacıyla öncül olarak (*ex ante*) kontrol edilmesi gerek ABD gerek AB rekabet hukuku sistemlerinde kabul edilen uygulamalardır.

Bu yaklaşım çerçevesinde sömürücü nitelikteki¹⁶ davranışların en önemlisi olan ve tüketici refahında doğrudan bir kayba ve dağılım etkisizliğine yol açan aşırı fiyatlama davranışının da tartışmasız olarak rekabet hukukunun temel ilgi alanlarından biri olması beklenir. Zira teorik olarak rekabet hukukunun uygulanması sonucu aşırı fiyatlama engellenebilirse, dağılım

olarak değerlendirilmediği, tekele toplam refahta neden olduğu azalmadan dolayı karşı çıktığı belirtilmişti. Ancak konuya rekabet hukuku bakımından yaklaşıldığında, odak noktanın tüketici refahı olmasından hareketle bu kaynak transferi de tekeli fiyatlamasının sosyal maliyetinin bir parçası olarak değerlendirilmektedir.

¹⁵ AB Komisyonu'nun rekabetten sorumlu üyesi Neelie Kroes, 26.9.2007 tarihinde Brüksel'de yaptığı "Antitrust in the EU and the US-Our Common Objectives" başlıklı konuşmasında, AB ve ABD rekabet hukuku sistemlerinin her ikisinin de tüketici refahını artırmayı amaçladığını ifade etmiştir. Konuşmanın tam metni için bkz. (http://ec.europa.eu/commission_barroso/kroes/antitrust_eu_us.pdf). AB Komisyonu Rekabet Genel Müdürü Philip Lowe da 23.10.2003 tarihinde Washington'da düzenlenen 13. Fordham Antitrust Konferansı'nda yaptığı konuşmada, RA'nın 81. ve 82. maddelerinin amacının tüketici refahını artırmanın ve kaynakların etkin dağılımını sağlamanın bir aracı olarak pazardaki rekabeti korumak olduğunu ifade etmiştir. Konuşmanın tam metni için bkz. (http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2003_040_en.pdf). Sullivan ve Grimes (2000, 995) da ABD rekabet hukukunun amacını, dağılım ve üretim etkinliği ile dinamik etkinliğe zarar veren ve kaynakları tüketicilerden üreticilere transfer eden pazar gücünün istismarını önlemek olarak açıklamıştır.

¹⁶ Rekabet hukuku çerçevesinde teşebbüslerin tek taraflı davranışları temel olarak ikiye ayrılmaktadır: Sömürücü (*exploitative*) davranışlar ve dışlayıcı (*exclusionary*) davranışlar. Tüketici refahında doğrudan bir kayba yol açan sömürücü davranışlarda hâkim durumdaki teşebbüs pazar gücünün avantajını kullanarak fiyatlama ya da diğer uygulamalar yoluyla, belirli düzeyde pazar gücüne sahip olmayan bir teşebbüsün elde edemeyeceği şekilde tüketicilerden rant elde etmektedir. Dışlayıcı davranışlarda ise rakiplere yöneltilen ancak dolaylı olarak tüketici refahını da azaltan, rakiplerin rekabet etme yeteneğini kanuna aykırı şekilde sınırlayan davranışlar söz konusudur (O'Donoghue ve Padilla 2006, 174-175).

etkinliğinde ve gelir dağılımında iyileşmeler sağlanacak ve bu durum tüketici refahına olumlu şekilde yansiyacaktır (Sanlı 2000b, 88).

Oysa aşırı fiyatlamamanın rekabet hukuku karşısındaki konumu bu kadar net değildir. Aksine, aşırı fiyatlamamanın ardıl (*ex post*) olarak incelenmesi rekabet hukukunun en tartışmalı alanlarından birini oluşturmaktadır (Gal 2004, 345). Bu tartışmayı en belirgin şekilde ortaya koyan durum ABD rekabet hukuku çerçevesinde aşırı fiyatlamamanın hukuka uygun kabul edilmesine karşılık AB rekabet hukukunda yasaklanmış olmasıdır.

Aşırı fiyatlamamanın rekabet hukuku çerçevesinde yasaklanmasına yönelik tartışmaların biri kavramsal, diğeri uygulamaya dönük olmak üzere iki boyutu bulunmaktadır. Yukarıda belirtildiği gibi, kavramsal olarak aşırı fiyatlama *belli bir düzeyde pazar gücüne sahip teşebbüslerin rekabetçi fiyat düzeyinin önemli ölçüde üzerinde fiyat belirlemesi* şeklinde tanımlanmaktadır. Ancak bu tanım kabul edildiğinde, belli düzeyde pazar gücüne sahip olan bütün teşebbüslerin aşırı fiyatlama yaptığı anlamını çıkarmak mümkündür. Şöyle ki, ABD rekabet hukukunda Sherman Antitröst Yasası'nın (Sherman Yasası) amaçları bakımından tekel gücü "*fiyatları kontrol etme ya da rekabeti engelleme gücü*" olarak tanımlanmaktadır¹⁷. AB rekabet hukukunda ise RA'nın 82. maddesi amaçları bakımından hâkim durum "*teşebbüse rakiplerinden, müşterilerinden ve nihai olarak tüketicilerinden önemli ölçüde bağımsız davranma gücü vererek ilgili pazardaki etkin rekabeti önleme olanağı sağlayan ekonomik güce sahip olmak*" olarak tanımlanmaktadır^{18 19}. Bu tanımlar, tekel gücüne sahip olan veya hâkim durumda bulunan teşebbüslerin fiyat alıcı değil, fiyat belirleyici konumunda olduğu anlamına gelmektedir. Dolayısıyla tekel teorisinde olduğu gibi piyasa talep eğrisi, tekel gücüne sahip olan veya hâkim durumda bulunan teşebbüslerin karşı karşıya olduğu talep eğrisidir ve bu teşebbüsler fiyatı kendi maliyet yapılarının bir fonksiyonu olarak belirler. Bir başka deyişle, aşırı fiyatlama tekel gücü ve hâkim durum kavramlarının ayrılmaz bir parçasıdır ve aşırı fiyatlamayı yasaklamak dolaylı olarak belirli düzeyde pazar gücüne sahip olan teşebbüslerin kâr maksimizasyonu davranışını yasaklamak anlamına gelecektir (van der Woude 2007, 3)²⁰.

¹⁷ United States v. E. I. du Pont de Nemours & Co., 351 US 377 (1956), s. 391.

¹⁸ Case 27/76 United Brands Company v. Commission [1978] ECR 207 (*United Brands*), para. 65; Case 85/76 Hoffmann-La Roche & Co AG v Commission [1979] ECR 461, para. 39.

¹⁹ Hâkim durumun ekonomik tanımı "*devamlı olarak rekabetçi düzeyin önemli ölçüde üzerinde fiyat uygulayabilecek ya da üretim miktarını rekabetçi düzeyin önemli ölçüde altında sınırlayabilecek yüksek pazar gücüne sahip olmak*" olarak yapılmaktadır (O'Donoghue ve Padilla 2006, 108).

²⁰ Nitekim van der Woude (2007, 3), rekabetçi düzeyin üzerindeki (*supra-competitive*) fiyatları hâkim durum kavramının ayrılmaz bir parçası olarak gördüğünden ancak tekeli düzeyin

Ancak bazı rekabet hukuku sistemlerinde aşırı fiyatlamının açıkça ihlal olarak kabul edildiği göz önünde bulundurulduğunda, bu kez de aşırı fiyatlamının yasaklanmasına yönelik pratik tartışmalar söz konusu olmaktadır. Bu tartışmalar, özellikle aşırı fiyatın sanayi iktisadı tarafından ortaya konan tanımı çerçevesinde kilit noktalar olan, fiyatın *sürekli bir biçimde ve önemli ölçüde* rekabetçi fiyatın üzerinde olması halinin rekabet otoritelerince sağlıklı bir şekilde tespit edilip edilemeyeceğine ve rekabet hukukunun aşırı fiyatlamaya müdahale etmede doğru bir enstrüman olup olmadığına odaklanmıştır.

Çalışmanın ilerleyen bölümlerinde öncelikle aşırı fiyatlamının rekabet hukuku bağlamındaki yerine ilişkin bu tartışmalardan hareketle ABD ve AB rekabet hukukunda aşırı fiyatlamının yeri ele alınacak, ardından da AB rekabet hukuku içtihatları ve literatür çerçevesinde aşırı fiyatlamının yasaklanmasına yönelik kavramsal ve pratik zorluklar incelenecektir.

üzerindeki (*supra-monopoly*) fiyatların RA'nın 82(a). maddesi anlamında haksız fiyat olarak nitelendirilebileceğini savunmaktadır.

ABD VE AB REKABET HUKUKUNDA AŞIRI FİYATLAMA

Rekabet hukukunun en gelişmiş ve çağdaş modelleri olarak kabul edilen (Sanlı 2000b, 92), aynı zamanda yeni yürürlüğe giren pek çok rekabet hukuku mevzuatının hazırlanmasında da etkili olan²¹ (Kovacic 2008, 3) ABD ve AB rekabet hukuku sistemleri aşırı fiyatlamayı ele alış biçimleri bakımından farklılık göstermektedir. Bu nedenle, aşırı fiyatlamanın rekabet hukuku kapsamında ele alınmasının gerekip gerekmediği tartışmalarında bu hukuk sistemlerinin yaklaşım biçimlerinin ve bu yaklaşımların altında yatan nedenlerin incelenmesi önem arz etmektedir.

Tek firma davranışına (*single firm conduct*) ilişkin yasal düzenlemeler ABD’de Sherman Yasası’nın *tekelleşmeye* ilişkin ikinci kısmında, RA’nın ise *hâkim durumun kötüye kullanılmasına* ilişkin 82. maddesinde yer almaktadır. Bu yasal düzenlemeler ve bu düzenlemeler ışığında gelişen içtihat dışlayıcı davranışlar bakımından büyük ölçüde paralellik göstermekle birlikte²², sömürücü davranışlar bakımından aralarında ciddi ayrılıklar söz konusudur. Bu ayrılıkların en belirgin olduğu konu ise yüksek pazar gücüne sahip teşebbüslerin aşırı fiyatlama davranışdır (Kim ve Hutton 2006, 26). Aşırı fiyatlama ABD hukukunda hukuka uygun olarak kabul edilirken, AB hukukunda hukuka aykırılık riski taşımaktadır.

²¹ Son 30 yılda rekabet kanunlarını yürürlüğe koyan 80’den fazla hukuk sisteminin çoğu AB rekabet hukuku sistemini model olarak benimsemiştir (Kovacic 2008, 4). Bu durum pek çok ülkede AB rekabet hukuku düzenine paralel olarak aşırı fiyatlama davranışının ihlal olarak kabul edilmesi sonucunu doğurmakta ve aşırı fiyatlamaya yönelik tartışmaları daha önemli hale getirmektedir.

²² Yüksek pazar gücüne sahip teşebbüslerin rekabeti kısıtlayıcı nitelikteki dışlayıcı davranışlarının rekabet hukuku çerçevesinde kontrol edilmesi gerektiği her iki rekabet hukuku sisteminde kabul edilmiş olmakla birlikte, dışlayıcı davranışların tespitine ilişkin hukuki standartlar bakımından bu hukuk sistemleri arasında farklılıklar bulunmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Madan (2008).

İki hukuk düzeni arasındaki yaklaşım farklılığının nedenlerini anlayabilmek için öncelikle bu rekabet düzenlemelerini ortaya çıkaran tarihsel sürecin ve ekonomik koşulların, bu düzenlemelerle elde edilmesi beklenen amaçların ve hukuk düzenlerinin taşıdığı temel değerlerin incelenmesi gerekmektedir. Bu çerçevede, öncelikle sırasıyla ABD'nin ve AB'nin aşırı fiyatlamaya yönelik yaklaşımları ve bu yaklaşımların ardında yatan nedenler açıklanacak, günümüz rekabet hukuku uygulamasında aşırı fiyatlamamanın yeri ele alınacak, ardından da iki hukuk düzeni arasında bir karşılaştırma yapılacaktır.

2.1. ABD

1890 yılında yürürlüğe giren ve Ilıcak'ın (2003, 47) ilk modern rekabet yasası olarak tanımladığı Sherman Yasası'nın tekelleşmeye ilişkin ikinci kısmı şu şekildedir:

Eyaletler arasındaki ya da yabancı devletlerle girilen ticaretin herhangi bir kısmında tekelleşen veya tekelleşmeye teşebbüs eden ya da başkası veya başkalarıyla tekelleşmek üzere birleşen yahut anlaşan herkes işlediği bu cürümden ötürü suçlu sayılacaktır.

Bu yasa hükmünden de anlaşılacağı üzere, ABD rekabet hukuku²³ *tekelleşmeyi* ve *tekelleşmeye teşebbüsü* suç saymaktadır. Meyer (2007, 1-2), ABD mahkemelerinin yorumlarına²⁴ atıfta bulunarak bu suçun iki temel unsuru olduğunu belirtmektedir. Bu unsurlar, teşebbüsün tekel gücü olarak tanımlanan kalıcı pazar gücüne sahip olması ve teşebbüsün bu gücü inovasyona, yeteneğe, sıkı çalışmaya, şansa ya da zorlu rekabete dayanmaksızın yasal olmayan davranışlarla elde etmiş ve sürdürmüş olmasıdır²⁵. Mahkemelerce tekelleşmeye ilişkin olarak ortaya konan bu unsurlardan yola çıkan Meyer (2007, 2), Sherman Yasası'nın sadece tekel gücüne sahip olunmasını ve bunun doğal bir sonucu olarak yasal yollarla elde edilmiş tekel gücünün kullanılmasını yasaklamadığını ifade etmektedir. Schweitzer (2007, 6) da buna paralel olarak, Sherman Yasası ile rekabet hukuku bakımından istenmeyen şekilde pazarın yapısını değiştirmeye ya da sağlamlaştırmaya yönelik belli tipteki davranışların yasaklandığını, sadece tekel gücünün tüketiciler karşısında kullanımına ilişkin herhangi bir

²³ ABD rekabet hukuku için genel olarak anti tröst hukuku (*antitrust law*) kavramı kullanılsa da bu çalışmada kavram birliğini sağlamak bakımından rekabet hukuku terimi tercih edilmiştir.

²⁴ ABD Yüksek Mahkemesi, daha sonra pek çok kararında da atıfta bulunduğu *Grinnell* kararında (United States v. Grinnell Corp, 384 US 563 (1966)) tekelleşmeyi "...üstün ürün, iş aklı, tarihi olaylar sonucunda ortaya çıkan büyüme ve gelişmeden farklı olarak tekel gücünün bilerek ve isteyerek elde edilmesi ve korunması..." olarak tanımlamıştır (Madan 2008, 5).

²⁵ Tekelleşmeye teşebbüs halinin tespiti için ise; davalının açık bir tekelleşme niyeti olduğunun ve tekel gücü kazanabileceğine ilişkin yüksek bir olasılıkla yıkıcı (*predatory*) veya rekabet karşıtı (*anti-competitive*) bir davranışta bulunduğu kanıtlanması gerekmektedir (Kim ve Hutton 2006, 6).

yasaklamanın bulunmadığını ifade etmiştir. Gal (2004, 346) ise, Sherman Yasası'nın tekelden veya tekel konumun kullanılmasından ziyade tekel yaratmaya ya da sürdürmeye yönelik dışlayıcı davranışları yasaklamaya dönük olarak tasarlandığını, dolayısıyla aşırı fiyatlamayı yasaklamadığı görüşündedir²⁶.

ABD rekabet hukuku düzenlemeleri çerçevesinde tekel gücüne sahip teşebbüslerin aşırı fiyatlama davranışına ilişkin bir yasaklamaya yer verilmemiş olmasının nedenleri, aşağıda yer verilen başlıklar altında açıklanmaya çalışılmıştır.

2.1.1. Sherman Yasası'nı Ortaya Çıkaran Tarihsel ve Ekonomik Koşullar

ABD rekabet hukuku, temelde, büyüklüğün ve gücün sınırlanması ihtiyacından doğmuştur (Gal 2004, 347)²⁷. 19. yüzyılın ikinci yarısında ABD'de yaşanan sınaî gelişmeye ve değişmeye bağlı olarak ortaya çıkan yeni endüstriler hem dikey hem de yatay olarak pek çok önemli pazarı baskılayan tröstler²⁸ şeklinde büyük bir genişleme yaşamıştır (Gal 2004, 350). Gücün ve zenginliğin birkaç kişinin elinde toplanmasına neden olan tröstler, hem rekabeti engelleyerek küçük ve orta ölçekli işletmelerin var olabileceği ekonomik düzeni hem de siyasal gücün tek elde toplanmasına neden olarak demokrasiyi tehdit eder hale gelmiştir (Schweitzer 2007, 6). Bu yoğunlaşmalara karşı duyulan tepki, Yasa'ya adını veren Senatör Sherman tarafından "...Bir imparatora boyun eğmiyorsak rekabeti engelleyecek ve herhangi bir malın fiyatını belirleyecek bir ticari diktatöre de boyun eğmemeliyiz." şeklinde ifade edilmiştir (Ilıcak 2003, 35)²⁹.

Böyle bir ortamda rekabet, bireysel ekonomik fırsatların korunmasını sağlayacak bir araç ve siyasi sürecin özel ekonomik güçler tarafından ele geçirilmesine karşı bir koruma olarak görülmüş (Gal 2004, 350-351) ve birbiriyle etkin şekilde rekabet eden küçük birimlerden oluşan bir endüstri

²⁶ Kim ve Hutton'un (2006, 6) "*İkinci kısmın temel amacı gayet açıktır: Bu, tekel yaratacak ya da güçlendirecek dışlayıcı davranışların önlenmesidir*" şeklindeki tespiti de bu görüşleri destekler niteliktedir.

²⁷ Sherman Yasası'nın ortaya çıkış sürecinde amacın dağılımda etkinliği sağlamak ve tüketici refahının transferini önlemek olduğunu savunan görüşler bulunmakla birlikte, literatürde hâkim kanı bu görüşlerin tarihsel gerçeklerle tutarsız olduğu yönündedir. Konuya ilişkin tartışmalar için bkz. Hovenkamp (2005, 48-52) ve İlıcak (2003, 45-59).

²⁸ Tröstler, rakip teşebbüslerin hukuki bağımsızlıklarını kaybetmeksizin hisselerinin bir kısmını yönetimlerinde oy hakkına sahip olacak ve faaliyetlerini kontrol edecek şekilde mutemetlere (*trustee*) devretmesiyle ortaya çıkan ve amacı daha önce rekabet eden şirketlerin rekabeti engelleyici stratejileri benimsemesini sağlamak olan bir yoğunlaşma biçimidir (Ilıcak 2003, 18; Jones ve Sufrin 2008, 19).

²⁹ Flynn (1988, 272)'den aktarılmıştır.

yapısını korumak ve daimi hale getirmek gayesiyle rekabet kuralları geliştirilmiştir (Schweitzer 2007, 7). Sherman, Yasa'nın amacını şu şekilde özetlemektedir (Sanlı 2000b, 93-94):

...bu Yasa rekabeti engellemek veya ticareti sınırlamak yahut üreticilerin tüketiciler üzerinden haksız kâr elde etmesini sağlamak amacıyla ortaya çıkan yoğunlaşmaları önlemek üzere yürürlüğe sokulmuştur.

Bu amaç çerçevesinde, Sherman Yasası'nın davranışsal değil, yapısal kaygılarla ortaya çıktığını söylemek mümkündür (Martin 2007, 11)³⁰. Bir başka deyişle Yasa'nın odak noktası fiyat düzeyleri değil, pazarların rekabetçi işleyişinin sürdürülmesiydi. Dolayısıyla da Yasa'nın korumaya çalıştığı amaçlar, aşırı fiyatlama ile doğrudan zarar görebilecek nitelikte görülmemiştir (Gal 2004, 352)³¹.

2.1.2. ABD'de Hâkim Olan Temel Sosyal ve Ekonomik Değerler

ABD rekabet hukukunda teşebbüslerin tek taraflı davranışlarının sonucu olarak ortaya çıkabilecek tekeli fiyatlamasının hukuka uygun olarak kabul edilmesi, ABD'de hâkim olan temel sosyal ve ekonomik değerler ışığında açıklanabilecektir. Sanlı (2000b, 94); bireysel özgürlüklere, piyasa mekanizmasının işleyişine ve devletin ekonomik hayata müdahalesinden kaçınılmasına vurgu yaparak ABD rekabet hukukunun aşırı fiyatlamaya müdahale etmemesini şu şekilde açıklamaktadır:

Kanımızca bu yaklaşımın nedenlerini, Amerikan hukukunun üzerine kurulduğu temel ilkelerde aramak gerekir. Birey özgürlüğünün kutsal ve dokunulmaz bir değer olarak görüldüğü ve devletin ekonomik ve sosyal hayatın işlemesine müdahalesinin her zaman şüpheli ile karşılandığı bu ülkede, hukuki sistemin de aynı değerleri taşıması kaçınılmazdır. Rekabet hukukunun da yardımıyla, piyasa mekanizmasının fiyatları ideal seviyeye indireceği düşünülmekte ve bu sebeple, ne mahkemelerin ne de kamu otoritelerinin fiyatlara müdahalesinin gerekli olmadığı düşünülmektedir.

Gerçekten de, ABD'de tekellerin piyasa mekanizmasının bir unsuru olduğuna, yapay pazara giriş engelleri yasalarla önlenebildiği takdirde, pazarın

³⁰ Sherman Yasası'nın ortaya çıkış amacı, küçük ve orta ölçekli teşebbüslerin pazarda var olmasına olanak sağlayan rekabetçi süreci korumaktır. Ancak daha sonraları gelişen ekonomik düşüncelerin rekabet hukukunda da etkili olmasıyla rekabetin sağlanması nihai amaç olmaktan çıkıp, tüketici refahını ve ekonomik etkinliği artırmak için bir araç olarak görülmeye başlamıştır (Bloch ve diğerleri 2005, 5-6).

³¹ Hovenkamp (2005, 51), tekel gücünün kullanılması sonucu ortaya çıkacak yüksek fiyatlara ilişkin bir düzenleme yapılmamasının nedenlerinden biri olarak, Sherman Yasası'nın kabulünden 10 yıl önce tröstlerin hâkim olduğu sektörlerde hızlı bir ekonomik büyüme ve fiyat düşüşleri yaşanmış olması nedeniyle yüksek fiyatların ekonomi için bir sorun teşkil etmemiş olmasını, dolayısıyla da Kongre'nin o dönemde ekonomiye yüksek fiyatları düzenleme yoluyla müdahale etmeyi tercih etmemesini göstermektedir.

kendi kendini düzelten güçlerinin (*self-correcting market forces*) tekel gücünün elde edilmesini ve sürdürülmesini önleyeceğine ve düzenlenmemiş bir ekonominin esasen rekabetçi olacağına dair kuvvetli bir inanç vardır (Gal 2004, 345-346). Nitekim ABD'deki ilk rekabet hukuku davalarında, piyasanın tekellerle etkin şekilde mücadele edebilen *görünmez eline*³² (*invisible hand*) önemli vurgu yapılmıştır. Örneğin *Standard Oil* kararında³³ Yüksek Mahkeme tarafından,

...tekelin doğrudan yasaklanmasına ilişkin açık bir hüküm bulunmamakla birlikte, Sherman Yasası, haksız ve uygunsuz şekilde kullanılmadığı sürece, sözleşme özgürlüğünün tekelini önlemek bakımından en etkin araç olduğu yönünde bir bilincin varlığını göstermektedir.

değerlendirmesi yapılmıştır. Bu yaklaşım, *American Can* kararında³⁴ da Yüksek Mahkeme'nin şu ifadeleriyle yerini bulmuştur:

Büyük ihtimalle, antitröst yasaının kurucuları bu yasal olmayan girişimlerin etkin şekilde önlenemedikleri takdirde büyüklük ve güç ile ilgilenilmesi gereken durumların çok azalacağını ve nihayetinde ilgilenilmesi gerekmeyecek kadar önemsizleşeceğini düşünmüşlerdir.

Piyasanın tekel önleme gücüne olan inanç, aşırı fiyatlamaya müdahale edilmemesine ilişkin kuralın temelidir (Gal 2004, 349). Yasal yollarla elde edilmiş bir tekelin, tekel gücünü kullanmasına müdahale edilmemesi gerektiğine ilişkin çarpıcı bir yaklaşım *Alcoa* davasında³⁵ "*Rekabet etmeye zorlanan başarılı bir rakip, bu süreçten galip çıktığında şartlar aleyhine dönmemelidir.*" ifadesiyle ortaya konmuştur. Daha yakın tarihli *Trinko* kararında³⁶ ise

Tekel gücüne sahip olunması ve bunun doğal sonucu olan tekelci fiyatlar uygulanması sadece Yasa'ya uygun olmakla kalmamakta, aynı zamanda serbest piyasa sisteminin de önemli bir unsurunu teşkil etmektedir. En azından kısa bir süre için tekelci fiyatlama fırsatı, iş aklını (business acumen) cezbeden unsurdur; ayrıca inovasyon ve ekonomik büyüme yaratacak risk almayı da teşvik eder.

değerlendirmesi yapılmıştır. Bu kararlardan anlaşılacağı üzere ABD'de pazar gücü, girişimin ödülü olarak görülmekte ve tekel kârlarının teşebbüslerin görece avantajlar elde etmek üzere birbirleriyle rekabet etmeleri için bir güdü sağladığına

³² İlk kez 1776 yılında Adam Smith tarafından kullanılan bu kavram, piyasa mekanizmasında her karar biriminin kendi faydasını maksimize etmeye yönelik davranışlarının sonucunda sosyal faydanın maksimize edilmesini ifade eder. Buna göre, piyasa mekanizmasının işleyişi sayesinde kişisel ve sosyal fayda maksimize edilecek, dolayısıyla da devletin piyasanın işleyişine müdahale etmesi gerekmeyecektir (Ünsal 1998, 34).

³³ *Standard Oil Co. v. United States*, 221 US 1 (1911), s. 62.

³⁴ *United States v. American Can Co.*, 256 US 706 (1921).

³⁵ *United States v. Aluminium Co. of America*, 148 F.2d 416, (2d Cir.) (1945).

³⁶ *Verizon Communications, Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko*, 540 US 398 (2004).

inanılmaktadır. Bu nedenle de tekellerin doğal fiyatlama davranışları cezalandırılmamaktadır (Kim ve Hutton 2006, 16).

Piyasanın işleyişine yönelik bu yaklaşım *Berkey Photo* kararında³⁷ da Temyiz Mahkemesi'nin şu değerlendirmesine konu olmuştur:

Tekel gücünün kullanılması şeklinde sürdürülen aşırı fiyatlar, Sherman Yasasının düzeltmeyi amaçladığı kötülüklerin başında gelmektedir..... Fakat tekel gücünü yanlış bir davranış vasıtasıyla artırmadığı müddetçe, sadece fiyatlarının daha sonradan aşırı bulunması nedeniyle ceza ödemeye mecbur edilemez. Yüksek fiyatlama tekel gücünün kullanılması olarak telakki edilebilir, fakat bu başlı başına anti-rekabetçi özellikler taşımaz. Esasen, her ne kadar tekelin serbest rekabet şartlarında oluşan fiyatlardan daha yüksek bir fiyat uygulaması beklenebilirse de, belki de bu yüksek fiyatlar nedeniyle hakim gücünün zorlanmaya maruz olacağı daha emin bir yol bulunmamaktadır.....Fiyat politikalarını yargısal denetime tabi kılmak, mahkemeleri düzenleyici idari otoritelerinin yerine koyar.....Kongre bizi bu görevle açıkça yetkilendirmediği sürece, bu görevi reddetmek akılcı olacaktır³⁸.

Piyasa mekanizmasının işleyişinin yanı sıra, Temyiz Mahkemesi'nin aşırı fiyatlamamanın takibiyle ilgili diğer bir değerlendirmesi de, böyle bir yaklaşımın mahkemeleri düzenleyici idari otoritelere yakınlaştıracak olmasıdır. Trinko kararında da bu husus,

Zorunlu paylaşım, aynı zamanda, mahkemelerin, uygun olmadıkları bir rol üstlenerek doğru fiyatı, miktarı ve diğer anlaşma koşullarını belirleyen merkezi planlamacılar gibi davranmasını gerektirmektedir.

ifadeleriyle dile getirilmiştir³⁹. Nitekim böyle bir düzenleme yüksek pazar gücüne sahip teşebbüslerin fiyat ve üretim kararları üzerinde yargılarda bulunulması anlamına gelmekte (Schweitzer 2007, 22) ve idari bakımdan pek çok zorluğu da beraberinde getirmektedir.

Bu zorluklar rekabet hukuku uygulamasının ilk yıllarına ait çeşitli mahkeme kararlarında da açıkça ortaya konmuştur⁴⁰. 1897 tarihli *Trans-Missouri Freight* kararında⁴¹ Yüksek Mahkeme;

...makul fiyatın ne olacağı konusuna büyük şüphe ile yaklaşılmaktadır. Makul fiyatı değerlendirmek için uygun standart nedir? Fiyat, yapılan işin tamamı için hissedarın yatırımı üzerinden adil ve makul bir kâr elde etmesine yetecek getiri düzeyini sağlayacak kadar yüksek mi olmalıdır? Eğer öyle ise adil ve makul kâr nedir? Bu bazen

³⁷ *Berkey Photo Inc v. Eastman Kodak Co.*, 603 F.2d 263, 276 (2d Cir. 1979), cert denied 44 U.S. 1093 (1980)

³⁸ Karar metni, Sanlı'dan (2000b, 94-95) aktarılmıştır.

³⁹ Bkz. dn.38.

⁴⁰ Söz konusu kararlar, rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalara yönelik olmakla birlikte makul fiyatın piyasa dışında bir güç tarafından belirlenmesinin zorluklarını vurguladıkları için önem taşımaktadır.

⁴¹ *United States v. Trans-Missouri Freight Assn.*, 166 US 290 (1897), s. 331.

katlanılan riske bağlıdır ve fiyat bölgelerarası farklılık gösterebilir. Standardın oluşturulmasında hangisi referans olarak alınacaktır?...

ifadesini kullanmıştır⁴². 1927 tarihli *Trenton Potteries* kararında⁴³ ise “*Bugünün makul fiyatı, ekonomik ve ticari değişimler neticesinde yarın makul olmayan bir hale gelebilecektir*” denmiştir. Bu gerekçe, fiyat düzenlemesinin pratik zorluklarının kabul edildiğinin de bir göstergesidir.

2.1.3. Modern ABD Rekabet Hukuku Uygulaması

Yukarıda ayrıntılı olarak yer verildiği üzere, ABD rekabet hukukunun ortaya çıkışında ve ilk uygulama yıllarında Sherman Yasası çerçevesinde aşırı fiyatlamaya müdahale edilmemesi yaklaşımının temel dayanakları, piyasa mekanizmasının her türlü tekeli önlemede en etkili araç olduğu ve devletin teşebbüslerin fiyata ve çıktı miktarına ilişkin kararlarına müdahale etmemesi gerektiğiydi. Modern ABD rekabet hukuku uygulamasında da aşırı fiyatlamaya rekabet hukuku çerçevesinde müdahale edilmemesine ilişkin yaklaşım tarzı korunmakla birlikte, bu yaklaşımın arkasında yatan nedenlerde birtakım değişiklikler meydana gelmiştir (Gal 2004, 355).

Öncelikle piyasa mekanizmasının işleyişine ilişkin algılama, zaman içerisinde farklı ekonomik yaklaşımların da etkisiyle değişmiş ve pek çok piyasa başarısızlığının pazar güçlerinin kendi kendini düzeltmesiyle ortadan kaldırılamayacağı anlaşılmıştır. Bu farkındalık neticesinde, önemli ve uzun süreli piyasa başarısızlıklarına bağlı olarak pazar güçlerinin teşebbüslerin tekel konumunu törpüleyemeyeceği durumlarda tekeli fiyatın düzenlenebileceği kabul edilmiştir. Ancak bu hallerde dahi düzenlemenin rekabet hukuku aracılığıyla yapılmasına ilişkin çeşitli tereddütler bulunmaktadır. Bu tereddütlerin temel nedeni ABD’de hükümet müdahalelerinin etkinliğine yönelik güçlü şüpheliliktir. Bunun yanı sıra, makul fiyatın belirlenmesindeki zorluklar, dışardan bir organın teşebbüslerin kararlarını etkin bir şekilde düzenleyebilme becerisine yönelik endişeler, mahkemelerin düzenlemeye yönelik yetersizlikleri gibi uygulamaya dönük nedenlerin de bu tereddütlerin oluşmasında payı vardır (Gal 2004, 355-358)⁴⁴.

Bu nedenlerden dolayı, kalıcı tekellerin söz konusu olduğu istisnai durumlarda ABD hukukunda aşırı fiyatlamaya müdahale, rekabet otoritelerinin

⁴² Ayrıca kararın devamında (a.g.k., s. 339), teşebbüslerin yıkıcı rekabeti önlemek amacıyla fiyat tespiti yaptıkları savına karşı, Yüksek Mahkeme “*rekabet, ücretleri kendiliğinden makul olabilecek düzeye indirecektir.*” ifadesiyle piyasa mekanizmasının önemine vurgu yapmıştır.

⁴³ *United States v. Trenton Potteries Co.* 273 US 392 (1927), s. 397.

⁴⁴ ABD’de aşırı fiyatlamaya rekabet hukukuyla müdahale edilmesinin sakıncaları olarak görülen bu durumlara ilişkin açıklamalara 4.1. bölümde ayrıntılı olarak yer verilmektedir.

ya da mahkemelerin işi olarak değil, sektöre özgü düzenlemeler oluşturmak bakımından yasama organının işi olarak görülmektedir (Schweitzer 2007, 23).

2.2. AB

RA'nın teşebbüslerin tek taraflı davranışlarını düzenleyen "Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması" başlıklı 82. maddesi aşağıdaki gibidir:

Ortak pazarda ya da ortak pazarın önemli bir bölümünde hâkim durumdaki bir veya birden fazla teşebbüsün hâkim durumunu kötüye kullanması, üye devletlerarası ticareti etkilediği ölçüde, ortak pazarla bağdaşmaması nedeniyle yasaktır.

Kötüye kullanma halleri özellikle şunlar olabilir;

- a) *Doğrudan ya da dolaylı olarak haksız alım ya da satış fiyatları uygulamak veya haksız ticari koşullar öne sürmek,*
- b) *Tüketicilerin zararına olacak şekilde üretimi, pazarlamayı ya da teknik gelişmeyi kısıtlamak,*
- c) *Ticari taraflar arasında eşit işlemler için farklı koşullar uygulayarak onları rekabetçi açıdan dezavantajlı konuma düşürmek,*
- d) *Sözleşmelerin yapılmasını diğer tarafların, doğası gereği ya da ticari teamüllere göre sözleşmenin konusu ile bağı olmayan ek yükümlülükleri kabul etmesine bağlamak.*

Bu madde hükmü çerçevesinde teşebbüslerin hâkim durumda bulunmaları değil, hâkim durumlarını kötüye kullanmaları yasaklanmaktadır. Bu hükmün hâkim durumda bulunan teşebbüsün ya da teşebbüslerin davranışlarını düzenlemeyi amaçladığı (Kim ve Hutton 2006, 7) açık olmakla birlikte, uygulamanın ilk yıllarında bu yasaklamanın teşebbüslerin sömürücü nitelikteki davranışlarına mı, yoksa dışlayıcı nitelikteki davranışlarına mı uygulanacağı yoğun tartışmalara neden olmuştur⁴⁵. Ancak, ATAD'ın *Continental Can* kararında⁴⁶ yer alan

82. madde sadece tüketicilerin doğrudan zararına olan uygulamaları değil, aynı zamanda etkin rekabet yapısı üzerindeki etkileri vasıtasıyla tüketicilere zararı olabilecek davranışları da içerir.

ifadesiyle bu tartışmalar en azından uygulayıcılar bakımından sona ermiştir⁴⁷.

RA'nın 82(a) maddesindeki kötüye kullanma hallerinden biri olarak sayılan "*doğrudan ya da dolaylı olarak haksız alım ya da satış fiyatları*

⁴⁵ Tartışmaların ayrıntıları için bkz. Schweitzer (2007, 18-20).

⁴⁶ Case 6/72 Europemballage and Continental Can v. Commission [1973] ECR 215.

⁴⁷ Ancak halen 82. maddenin sadece sömürücü davranışları önlemeye yönelik olarak tasarlandığını savunan akademisyenler de bulunmaktadır. Bkz. Akman (2007).

uygulamak” fiilinin sadece bir rakibi dışlama etkisi yaratacak haksız fiyatları mı işaret ettiği, yoksa hem dışlayıcı hem sömürücü nitelikteki haksız fiyatları mı kapsadığı da çeşitli tartışmalara konu olmuştur. Literatürde hâkim kanı, RA’nın doğrudan tüketiciye zarar veren davranışları hedef alan 82(b) maddesiyle birlikte ele alındığında, 82(a) maddesinin doğrudan tüketici zararına neden olan haksız yüksek fiyatları da kapsadığı yönündedir (Gal 2004, 360). Bu çerçevede, aşırı fiyatlama RA’nın 82(a) maddesi kapsamında değerlendirilen bir kötüye kullanma halidir⁴⁸. Dışlayıcı nitelik taşımayan aşırı fiyatlamanın RA’nın 82(a) maddesi çerçevesinde yasaklanabileceği yorumu ilk kez ATAD’ın *Parke, Davis* kararında⁴⁹ yapılmıştır. Ancak AB rekabet hukukunda aşırı fiyatlamanın etraflıca değerlendirildiği ilk karar, Komisyon’un *General Motors* kararıdır⁵⁰. ATAD, Komisyon’un *General Motors* kararını, General Motors’un karara konu olan davranışının kötüye kullanma olmadığı gerekçesiyle bozmakla birlikte “*sunulan hizmetin ekonomik değeriyle karşılaştırıldığında aşırı olan fiyat uygulanması*”nı kötüye kullanma olarak kabul etmiş, dolayısıyla en azından teoride aşırı fiyatlamanın hâkim durumun kötüye kullanılmasını teşkil edebileceğini ortaya koymuştur⁵¹. *General Motors* kararından sonra da bu yasaklama aşırı fiyatlamaya karşı bir kural olarak bilinir hale gelmiştir (Gal 2004, 359).

Aşırı fiyatlamanın AB rekabet hukukunda ihlal olarak kabul edilmesi; yine AB rekabet hukuku düzenlemelerini ortaya çıkaran tarihsel ve ekonomik koşullar, düzenlemelerin yapıldığı dönemde geçerli sosyal ve ekonomik değerler ve Komisyon’un değerlendirmeleri ışığında ortaya konabilecektir.

⁴⁸ Alım pazarındaki yüksek pazar gücüne sahip teşebbüslerin aşırı düşük alım fiyatları uygulaması da RA’nın 82(a) maddesi kapsamında ihlal olarak değerlendirilebilmektedir. AB’de aşırı düşük alım fiyatlarının değerlendirildiği tek karar ATAD’ın *CICCE* kararıdır (Case 298/83 *CICCE* [1985] ECR 1105, [1986] CMLR 486). Çalışma kapsamında yapılan açıklamalar ve değerlendirmeler aşırı düşük alım fiyatları bakımından da geçerlidir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Büyükkuşoğlu (2004, 22-23).

⁴⁹ Case 24/67 *Parke, Davis & Co v Probel* [1968] ECR 55, [1968] CMLR 47. (Kararda, fikri mülkiyet hakkı ile korunan bir ürünün satış fiyatının muhtemel bir kötüye kullanmanın varlığı değerlendirilirken göz önünde bulundurulması gereken bir faktör olduğu, ancak patentli bir ürünün fiyatının patentli olmayan bir ürüne kıyasla yüksek olmasının tek başına kötüye kullanma olarak değerlendirilemeyeceği yorumu yapılmıştır. Benzer bir yorum ATAD’ın *Sirena* (Case 40/70 *Sirena v. Eda* [1971] ECR 69, [1971] CMLR 260) ve *Deutsche Grammophon* (Case 78/70 *Deutsche Grammophon v Metro-SB-Grossmarkte* [1971] ECR 487, [1971] CMLR 631) kararlarında da tekrarlanmıştır.

⁵⁰ *General Motors*, [1975] OJ L29/14, [1975] 1 CMLR D20. (Kararda, Belçika yerel kanunlarının gerektirdiği teknik standartlara ve güvenlik standartlarına uygunluk sertifikalarının verilmesine ilişkin olarak kendi araçları için münhasıran yetkilendirilen *General Motors*’un paralel ithalat yoluyla Belçika’ya giren araçlar için farklı ve aşırı yüksek muayene ücretleri uygulaması değerlendirilmiştir. Komisyon *General Motors*’un uyguladığı muayene ücretinin aşırı olduğuna ve paralel ithalatı engelleyen bu fiyatlama davranışının ihlal teşkil ettiğine karar vermiştir.)

⁵¹ Case 26/75 *General Motors v. Commission* [1975] ECR 1367, [1976] 1 CMLR 95, para.12.

2.2.1. RA'ya Ortaya Çıkaran Tarihsel ve Ekonomik Koşullar

Avrupa'da RA'nın arkasındaki güç, düşman ülkelerin pazar bütünleşmesi suretiyle savaş sonrası barış arayışıdır (Fox 2007, 2). RA'nın hazırlık çalışmalarına esas teşkil eden 1956 tarihli Spaak Raporu'nda Avrupa Ortak Pazarı'nın amacı; ortak ekonomi politikasına adanmış geniş bir alan yaratmak, güçlü bir sanayi vücuda getirmek, ekonomik güç ve istikrarda sürekli kazanımlar sağlamak, yaşam standartlarında hızlı bir yükseliş ve üye devletler arasında uyumlu ilişkiler geliştirilmesi olarak sayılmıştır. Nitekim bu ilkeler RA'nın, anlaşmanın uygulanmasında Komisyon'a ve mahkemelere yol gösterici olacak ilkeleri ortaya koyan, 2. maddesine de taşınmıştır. Bu amaçların gerçekleştirilebilmesi, üretimin artırılması ve dünyanın geri kalanıyla rekabet edilebilmesi için güçlü teşebbüslerin varlığı gerekli görülmüş ve bu nedenle de teşebbüslerin hâkim duruma gelmeleri ve hâkim durumda bulunmaları yasaklanmamıştır (Akman 2007, 31). Ancak hâkim durumda bulunan teşebbüslerin güçlerini rakipleri, müşterileri ve sağlayıcıları gibi diğer pazar oyuncularının zararına kullanabilecekleri öngörülerek (Fox 2007, 2) davranışlarının kontrol edilmesi yaklaşımı benimsenmiştir. Hâkim durumdaki teşebbüslerin davranışlarının rekabet hukuku çerçevesinde düzenlenmesi anlamına gelen bu yaklaşım, özellikle RA'nın teşebbüslerin fiyatlarına ve üretim miktarlarına müdahale edilmesine olanak sağlayan 82(a) ve 82(b) maddelerinde belirgin hale gelmektedir (Sanlı 2000b, 99)⁵².

2.2.2. AB'de Hâkim Olan Sosyal ve Ekonomik Değerler

RA'nın rekabete ilişkin hükümlerinin teşebbüslerin performanslarına müdahaleye izin verecek şekilde tasarlanmış olmasının arkasındaki en büyük etken, RA'nın hazırlanmasında başrol oynayan ve Almanya'nın savaş sonrası düşüncelerinde ve Alman rekabet hukukunda önemli yer tutan ordoliberalizmdir⁵³ (*ordoliberalism*)⁵⁴. Ordoliberal düşüncenin temel amacı, piyasanın işleyişini devletin kamu gücünün ve büyük teşebbüslerin özel ekonomik gücünün neden olacağı bozulmalardan korumaktır (Akman 2007, 9). Çünkü ordoliberal felsefeye göre rekabetçi süreç sadece ekonomik etkinliğe

⁵² Gal (2004, 361) ve Schweitzer (2007, 16) hâkim durumdaki teşebbüslerin fiyatlama davranışlarının kontrol edilme gereksiniminin nedenlerinden biri olarak 2. Dünya Savaşı'ndan sonra pek çok Avrupa ülkesinin yaşadığı yaygın enflasyonu göstermektedir.

⁵³ Freiburg Ekolü (*the Freiburg School*) olarak da anılan bu düşünce sistemi 1930'larda Almanya'da ortaya çıkmıştır (Akman 2007, 6).

⁵⁴ RA'nın hazırlanmasında etkili olan diğer unsurlar ise, rekabete ilişkin pek çok hükmü değiştirilerek RA'ya nakledilen Avrupa Kömür ve Çelik Birliği Anlaşması ve Avrupa Topluluğu'nun oluşmasında ve rekabete ilişkin taslak hükümlerin hazırlanmasında görevli Amerikalı rekabet hukukçularının katılımı ile yansıtılan ABD rekabet hukukudur (O'Donoghue & Padilla 2006, 8).

ulaşmanın bir aracı değil, kendisi bir sonuçtur. Bireysel ekonomik özgürlüklerin korunmasını rekabet hukukunun birinci amacı olarak gören bu anlayış, hâkim durumdaki teşebbüslerin rekabetçi süreci ve diğer pazar oyuncularının ekonomik özgürlüklerini kısıtlama eğiliminde olduğunu kabul eder. Bu ekonomik yaklaşım çerçevesinde rekabet hukuku, pazar gücünün ortadan kaldırılamadığı hallerde hâkim durumdaki teşebbüslerin sanki rekabet ile sınırlandırılmışçasına (*as-if competition*) davranmasını sağlamak üzere tasarlanmıştır (Bloch ve diğerleri 2005, 3). Özetle ordoliberalizm, bir yandan devlete rekabetçi sürecin işlemlerini sağlamak görevini verirken, diğer yandan da devletin serbest piyasa fiyatlarına müdahalesini olanaklı kılmıştır (Venit 2005, 1157).

AB'nin aşırı fiyatlamamanın düzenlenmesine yönelik tutumu, düzenleyici müdahalenin değerine olan inancın yanı sıra, pazar güçlerinin tekellerle baş edebilme kabiliyetine inanç duyulmamasının bir sonucudur (Kim ve Hutton 2006, 16-17). Gal (2004, 361), bu durumu Avrupa'daki pek çok teşebbüsün ulusal hükümetler tarafından yaratılmasına, kontrol edilmesine ve korunmasına bağlamaktadır.

AB'nin aşırı fiyatlamaya karşı kuralı, ekonomik argümanların yanı sıra RA'nın 82(a) maddesi metninde de yer aldığı üzere *adalet* (*fairness*) kavramına dayanmaktadır (Gal 2004, 363). Teşebbüslerin fiyatlamaya davranışlarına rekabet hukuku çerçevesinde müdahale edilmesi, rekabet otoritelerince tespit edilebilecek *adil* bir fiyatın var olduğu varsayımına dayanmaktadır. Bu varsayım pek çok idari güçlüğü de beraberinde getirmektedir. Bu güçlükler özellikle adil fiyat düzeyinin, dolayısıyla aşırı fiyatın tespitinde ve aşırı fiyatlamayı önlemeye yönelik tedbirlerin alınmasında ortaya çıkmaktadır. Nitekim bu güçlükler nedeniyle Komisyon ve mahkemeler bu maddeyi uygulamaktan kaçınılmaktadır.

2.2.3. Modern AB Rekabet Hukuku Uygulaması

RA'nın 82(a) maddesi ile aşırı fiyatın yasaklandığı ATAD tarafından açıkça kabul edilmiş olmasına rağmen, bu kötüye kullanma hali Komisyon'un ve ATAD'ın sınırlı sayıda kararına konu olmuştur⁵⁵. Eilsmanberger (2008, 1125); Komisyon'un bu hükmün uygulanmasına ilişkin isteksizliğini, bir mal veya hizmet için adil fiyatın belirlenmesindeki zorluklara, fiyat düzenleyici fonksiyonun reddedilmesine ve kalan rekabeti (*residual competition*) korumaya yönelik düzenlemelerin en etkin fiyat kontrolü olduğu bakış açısına sahip olmasına bağlamaktadır. Nitekim Komisyon da yıllık raporlarında fiyat düzenleyici işlev üstlenmeye yönelik itirazlarını; "*Hâkim durumun kötüye kullanılmasını engellemeye yönelik önlemler, fiyatların sistematik olarak izlenmesine*

⁵⁵ ATAD'ın aşırı fiyatlamaya yönelik değerlendirmeler yaptığı kararlarının çoğu, üye ülke mahkemelerinin RA hükümlerinin yorumlanmasına dair sorularının cevaplandırıldığı danışma görüşü niteliğindeki ön kararlardır (*preliminary ruling*).

dönüştürülemez.”⁵⁶, “Komisyon, karar alma uygulamalarında normal olarak yüksek fiyat düzeylerini kontrol etmez ve suçlamaz.”⁵⁷ ve “...Komisyon fiyat düzenleyici değildir ve fiyat düzenleyici gibi davranmak istememektedir...”⁵⁸ ifadeleriyle dile getirmiştir.⁵⁹

Bu nedenlerle, RA'nın 82(a) maddesinin metninde, aşırı fiyatlamının hangi hallerde ihlal sayılabileceğine ilişkin bir belirleme yapılmamış olmakla birlikte, Komisyon'un aşırı fiyatlamayı ihlal kabul ettiği alanı daraltma eğiliminde olduğu söylenebilecektir. Şöyle ki; Komisyon, sadece özel hakların varlığına veya diğer kaldırılamaz engellere bağlı olarak pazar güçleri aracılığıyla fiyat kontrolü beklenemeyeceği ve/veya fiyatlama uygulamalarının pazar bütünleşmesini tehdit eden gelişmelere neden olacağı⁶⁰ hallerde aşırı fiyatlamaya müdahale etmiştir (Eilsmanberger 2008, 1125).

Temelde, yukarıda açıklanan güçlüklerden kaçınmak ve piyasa mekanizmasının işleyişine müdahaleden mümkün olduğunca uzak durmak amaçları çerçevesinde AB rekabet hukuku da ABD'de olduğu gibi dışlayıcı kötüye kullanmalara odaklanmıştır⁶¹. Komisyon, 2005 yılından beri sürdürdüğü RA'nın 82. maddesine yönelik reform çalışmalarında da önceliği dışlayıcı kötüye kullanmalara vermiştir. Ancak reform çalışmaları kapsamında dışlayıcı kötüye kullanmalara ilişkin uygulama önceliklerini kamuoyuna duyurma amacıyla hazırlanan Rehber'de⁶², aşırı fiyatlama gibi tüketicileri doğrudan sömüren davranışların da RA'nın 82. maddesinin ihlali anlamına gelebileceği ve

⁵⁶ Vth Report on Competition Policy (1975), para. 3.

⁵⁷ XXIVth Report on Competition Policy (1994), para. 207.

⁵⁸ XXVIIth Report on Competition Policy (1997), para. 77.

⁵⁹ Schweitzer (2007, 26), Komisyon'un düzenleyici gibi davranmaktaki isteksizliğini öngörülebilir olmanın zorluğuna, devamlı fiyat düzenlemesi endişesine ve fiyat düzenlemesinin teşebbüslerin yatırım ve inovasyon güdüsünde düşüşe neden olmasına bağlamaktadır.

⁶⁰ 2.2.1. bölümde açıklandığı üzere RA'nın temel amacı pazar bütünleşmesini sağlamaktır. Bu çerçevede, RA'nın aşırı fiyatlamayı yasaklayan 82(a) maddesi hükmü de farklı üye ülkelerdeki tüketicilerin karşı karşıya olduğu fiyatlar arasındaki önemli farklılıkları azaltarak üye ülkeler arasındaki ticareti artırmak ve ekonomik faaliyetlerin uyumlu gelişimini sağlamak amacı paralelinde değerlendirilmelidir (Gal 2004, 362). Bir başka deyişle, aşırı fiyatlamının yasaklanması tüm üye ülkelerde yapay olarak benzer koşullar yaratarak pazar bütünleşmesi hedefinin gerçekleştirilmesine yardım etmektedir. Nitekim Komisyon'un RA'nın 82(a) maddesinin ihlali nedeniyle para cezası uyguladığı kararlarda da aşırı fiyat uygulanmasının yanı sıra paralel ithalatın engellenmesi ya da ayrımcılık gibi pazar bütünleşmesini tehdit eden uygulamalar da söz konusudur.

⁶¹ Rekabet Genel Müdürü Philip Lowe, 16.10.2003 tarihinde Brüksel'de American Bar Association'ın toplantısında yaptığı “How Different is EU Anti-trust? A Route Map for Advisors” başlıklı konuşmasında “... uygulamamızın çoğu ABD'de olduğu gibi dışlayıcı kötüye kullanmalara odaklanmıştır...” demiştir.

Konuşmanın tam metni için bkz. (http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2003_038_en.pdf).

⁶² Guidance on the Commission's Enforcement Priorities in Applying Article 82 EC Treaty to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings (draft text), Brussels, 3.12.2008

tüketicinin korunmasının başka yollarla sağlanamadığı hallerde Komisyon'un aşırı fiyatlamaya müdahale edebileceği ifade edilmiştir⁶³. Bir başka deyişle, ATAD'ın aşırı fiyatlamamanın RA'nın 82(a) maddesinde kötüye kullanma hallerinden biri olarak açıkça düzenlenmiş olduğu kabulü karşısında, Komisyon uygulamaya yönelik tüm sakıncalarına rağmen aşırı fiyatlamaya müdahale etmekten tümüyle vazgeçememekle birlikte, bu müdahalenin sınırlarını daraltma yönünde bir tutum benimsemiştir.

2.3. ABD - AB KARŞILAŞTIRMASI

Aşırı fiyatlama davranışı, günümüzde artık önemini yitirmiş olan birtakım tarihsel nedenlerden ötürü, ABD ve AB rekabet hukuku mevzuatı kapsamında farklı düzenlenmiştir. Ancak, özellikle, AB'de son dönemde 82. maddenin uygulaması bakımından gözlenen ABD rekabet hukuku ile uyumlaştırma çabaları paralelinde bu hukuk sistemlerinin aşırı fiyatlama davranışına yönelik tutumlarının bir ölçüde benzeştiği görülmektedir. Aşırı fiyata rekabet hukuku çerçevesinde müdahale edilmemesine yönelik eğilimin kaynağı ABD'de Sherman Yasası'na da yansıyan teorik ve ideolojik sebepler iken AB'de müdahalenin getirdiği pratik zorluklardır (Gal 2004, 376). Sonuç olarak her iki hukuk sistemi uygulamasında da pazarın kısa ya da orta vadede kendi kendini düzeltmesinin beklendiği hallerde rekabet otoritelerinin aşırı fiyatlamaya müdahale etmemesi gerektiği yönünde geniş bir görüş birliği vardır.

Diğer yandan iki hukuk sistemi de yüksek giriş engellerinin var olduğu ve uzun dönemde rekabetin sağlanamayacağı durumlarda düzenleme gereğini kabul etmektedir. Bununla birlikte, düzenleme kararı ABD'de yasama organı tarafından verilmekteyken, AB'de düzenleyici kurumların yanı sıra, rekabet hukukunun uygulanmasıyla yükümlü kurumlar da teşebbüslerin fiyatlama kararlarına müdahale edebilmektedir (Schweitzer 2007, 26)⁶⁴. Sanlı (2000b, 107), teşebbüslerin fiyatlama davranışlarının düzenlenmesine yönelik böyle bir tercihte, ABD'de ve AB'de rekabet hukukunun farklı makamlarca uygulanmasının da etkili olabileceğini belirtmektedir. Şöyle ki, AB'de rekabet hukuku merkezi bir idari organ olan Komisyon tarafından yürütülmektedir. Komisyon, rekabet hukuku hükümlerinin yanı sıra RA'nın diğer hükümlerinin de uygulanmasından sorumludur. Dolayısıyla, rekabet hukuku politikasını diğer ekonomik ve sosyal politikalarla uyumlu ve dengeli bir şekilde yürütebilmektedir⁶⁵.

⁶³ A.g.k, para. 7.

⁶⁴ Bu durumun bir yansıması olarak ABD'de mahkemeler düzenlemeye tabi sektörler bakımından rekabet hukuku uygulamasından bütünüyle dışlanmışken, AB'de düzenlemeye tabi sektörlerde Komisyon rekabet hukukunu uygulamaktadır (Psarakis 2007, 461).

⁶⁵ Örneğin, son dönemlerdeki aşırı fiyatlama incelemeleri serbestleştirmeyle istenen sonuçların elde edilememesi nedeniyle enerji, telekomünikasyon, posta gibi yeni serbestleştirilen sektörlerle yönelik olmuştur (Motta ve Streeb 2003, 91, 105).

Oysa ABD’de rekabet hukuku, temel olarak mahkemeler tarafından uygulanmaktadır. ABD’deki bu yapı, tekellerin davranışlarını kontrol etmeyi amaçlayan ve diğer ekonomi politikaları ile eşgüdüm halinde olan bir hukuk politikasının sağlıklı bir şekilde yürütülmesi için elverişli görülmemektedir.

ABD ve AB uygulamalarındaki bu farklılık nedeniyle aşırı fiyatlamaya ilişkin yasaklamanın ne şekilde uygulanacağına ilişkin tartışmalar AB içtihadı çerçevesinde şekillenmiştir. Bu çerçevede çalışmanın bir sonraki bölümünde Komisyon’un, ATAD’ın ve AB’ye üye ülkelerin rekabet otoritelerinin⁶⁶ kararları çerçevesinde aşırı fiyatlamanın tespitinde kullanılan yöntemlere ilişkin açıklamalara ve bu yöntemlere yönelik eleştirilere yer verilecektir.

⁶⁶Komisyon’un aşırı fiyatlamaya müdahaleyi azaltmaya yönelik tutumu karşısında AB kapsamındaki aşırı fiyatlama davaları azalırken, bazı üye ülkelerde aksi yönde bir yaklaşımın hâkim olduğu ve bu ülkelerin Komisyon’dan daha müdahaleci davrandıkları söylenebilecektir (Gal 2004, 378).

AB VE ÜYE ÜLKE KARARLARI IŞIĞINDA AŞIRI FİYATIN TESPİT EDİLMESİ

Komisyon'un ve ATAD'ın aşırı fiyatlamaya müdahale etmeye yönelik isteksizlikleri nedeniyle AB'de aşırı fiyatlamaya ilişkin kararlar sayıca az olmakla birlikte, RA'nın 82(a) maddesi kapsamında aşırı fiyatın tanımlanmasına ve tespitine ilişkin hukuki çerçeve ATAD'ın emsal kararları ile çizilmiştir. ATAD'ın 1978 tarihli *United Brands* kararında⁶⁷ ortaya koyduğu *ekonomik değer testi* (EDT) eksikliklerine rağmen halen Komisyon'un, üye ülke rekabet otoritelerinin ve mevzuat olarak RA'nın rekabete ilişkin hükümlerini esas alarak rekabet kanunlarını oluşturan ülkelerin aşırı fiyat değerlendirmelerine esas teşkil etmektedir. Bununla birlikte özellikle son yıllarda üye ülke kararlarında kullanılan alternatif aşırı fiyat tespit yöntemleri de söz konusudur. Ancak gerek EDT gerekse de alternatif yöntemler aşırı fiyatın varlığı hakkında kesin bir sonuç sağlamaktan uzaktır.

Bu bölümde, öncelikle AB ve üye ülke kararları ışığında rekabet hukuku çerçevesinde aşırı fiyat kavramının ne şekilde algılandığı açıklanacak, ardından aşırı fiyatın tespitinde kullanılan yöntemler ve bu yöntemlerin eksik yanları ele alınacaktır. Ancak bu bölümün sınırlarını çizmek bakımından hatırlatmakta fayda görülmektedir ki, çalışmanın amacı aşırı fiyatın tespiti için en uygun yolu bulmak değil, genel olarak rekabet hukuku çerçevesinde aşırı fiyatlamaya yönelik en etkin yaklaşım hakkında fikir üretmektir. Bu nedenle, bu bölümdeki açıklamalar sadece aşırı fiyat tespitinde kullanılmış yöntemler hakkında bir bakış açısı sağlamayı hedeflemektedir.

⁶⁷ Bkz. dn. 18.

3.1. AB REKABET HUKUKUNDA AŞIRI FİYAT KAVRAMI

Aşırı fiyat kavramı, ATAD'ın prensip olarak aşırı fiyatlamasının RA'nın 82. maddesi kapsamında ele alınamadığının ipuçlarını verdiği fikri mülkiyet haklarının kullanımıyla ilgili bazı davalar⁶⁸ dışında ilk kez Komisyon'un *General Motors* kararında⁶⁹ detaylı olarak ele alınmıştır. Bu kararda Komisyon, "fiilen katlanılan maliyetler ile fiilen uygulanan fiyatlar arasındaki olağandışı farklılık"⁷⁰ a dikkat çekerek⁷⁰, hâkim durumda bulunduğu tespit edilen *General Motors*'un fiyatlama davranışını kötüye kullanma olarak değerlendirmiştir. ATAD, Komisyon'un incelemesinden önce *General Motors*'un fiyatlarını düşürmüş olması ve diğer hafifletici sebeplerin varlığı nedeniyle Komisyon'un bu kararını bozmuş, ancak "sunulan hizmetin ekonomik değerine kıyasla aşırı" fiyat uygulanmasının RA'nın 82(a) maddesi anlamında kötüye kullanma teşkil edebileceğini kabul etmiştir⁷¹. Komisyon'un ve ATAD'ın *General Motors* kararlarında hâkim durumdaki bir teşebbüsün aşırı fiyatlama davranışının RA'nın 82. maddesinin ihlali anlamına geleceği açıkça ortaya konmuş olmakla birlikte, aşırı fiyat kavramına ve aşırı fiyatın ne şekilde tespit edileceğine dair bir açıklama yapılmamıştır.

Aşırı fiyat kavramına ve tespit yöntemine ilişkin belirsizlik ATAD'ın, Komisyon'un *Chiquita* kararına⁷² karşı yapılan temyiz başvurusunu değerlendirdiği *United Brands* kararında kısmen giderilmiştir⁷³. Söz konusu kararda ATAD, "hâkim durumdaki teşebbüsün bu durumundan kaynaklanan, normal ve yeterli derecede etkin rekabetin olması halinde elde edemeyeceği ticari faydaları elde edebileceği imkânlardan faydalanıp faydalanmadığının belirlenmesi"nin önemine vurgu yapmış ve "sunulan ürünün ekonomik değerine kıyasla aşırı" fiyat uygulamanın bir kötüye kullanma hali olduğunu

⁶⁸ Bkz. dn. 49.

⁶⁹ Bkz. dn. 50.

⁷⁰ A.g.k., para. 8.

⁷¹ Bkz. dn. 51, para. 12.

⁷² *Chiquita* [1976] OJ L95/1. (Komisyon, *Chiquita* markalı muzların sağlayıcısı olan ve Belçika, Lüksemburg, Danimarka, Almanya, İrlanda ve Hollanda'dan oluşan ilgili pazarda hâkim durumda olduğu tespit edilen *United Brands*'in hâkim durumunu yeniden satış koşullarını belirlemek, fiyat ayrımcılığı yapmak, mal vermeyi reddetmek ve haksız satış fiyatları uygulamak suretiyle kötüye kullandığına hükmetmiştir. Komisyon, İrlanda dışındaki ülkelere uygulanan fiyatları üç nedenden ötürü aşırı bulmuştur: (1) *United Brands*'in bu ülkelerde uyguladığı fiyatların, teşebbüsün zarar etmediği kabul edilen İrlanda'da uyguladığı fiyatlardan en az %100 oranında yüksek olması, (2) *United Brands*'in markalı ve markasız muzları arasındaki kalite farkının çok az olmasına rağmen *Chiquita* markalı muzların fiyatının markasız muzların fiyatından %20 ila %40 oranında yüksek olması, (3) *United Brands*'in *Chiquita* markalı muzlarının fiyatlarının rakiplerinin markalı muzları için uyguladıkları fiyatlardan %7 oranında yüksek olması.)

⁷³ ATAD, Komisyon kararının diğer üç ihlale ilişkin kısmını onamakla birlikte delil yetersizliğinden dolayı haksız satış fiyatlarına ilişkin kısmını bozmuştur.

belirtmiştir⁷⁴. ATAD'ın bu ifadelerinden, hâkim durumda bulunan bir teşebbüsün rekabetçi şartlarda uygulayamayacağı ve sunduğu ürünün/hizmetin *ekonomik değer*inin önemli ölçüde üzerinde olan fiyatların rekabet hukuku anlamında aşırı fiyat olarak değerlendirileceği anlaşılacakla birlikte *ekonomik değer* kavramına ilişkin belirsizliğin giderilmediği görülmektedir.

3.2. AŞIRI FİYATIN TESPİTİNE YÖNELİK TESTLER

3.2.1. Ekonomik Değer Testi (EDT)

ATAD, *United Brands* kararında aşırı fiyatın belirlenmesine esas teşkil eden *ekonomik değer* kavramına ilişkin bir tanımlama yapmamıştır. Bununla birlikte, söz konusu aşırılığın incelemeye konu olan ürünün satış fiyatı ve üretim maliyetleri arasında kâr marjını ortaya koyan bir karşılaştırma yapılarak hesaplanabilmesi halinde objektif olarak tespit edilebileceğini belirtmiş⁷⁵ ve bunun için literatürde EDT (Glader ve Larsen 2006, 3) veya *United Brands testi* (Geradin 2007b, 6) olarak adlandırılan bir test öngörmüştür. Bu test çerçevesinde:

... cevaplanması gereken sorular, fiilen katlanılan maliyetler ve fiilen uygulanan fiyat arasındaki farkın aşırı olup olmadığı ve eğer bu soruya verilen cevap olumlu ise, uygulanan fiyatın kendi içinde ya da rakip ürünlerle karşılaştırıldığında haksız olup olmadığıdır⁷⁶.

Literatürde bu testin uygulanmasına ilişkin tartışmalar, ATAD tarafından öne sürülen soruların birbirinin alternatifi mi tamamlayıcısı mı olduğu noktasında yoğunlaşmıştır. Bazı yazarlar (Motta ve Streel 2003, 96; Green 2003, 82; Wahl 2007, 60), ürün ya da hizmetin niteliği gereği fiyat-maliyet karşılaştırmasının mümkün olmayacağı durumların varlığı nedeniyle EDT ile ortaya konan soruların birbirine alternatif olduğu ve somut olayın özelliklerine göre uygulanacağı görüşündedir. Diğer bazı yazarlar (Esteva, Mosso ve Ryan 2007, 399; O'Donoghue ve Padilla 2006, 611) ise testin birbirini tamamlayan iki aşamadan oluştuğunu ileri sürmektedir.

Gerçekten de ATAD, fiyat-maliyet karşılaştırması yapılmasının mümkün olmadığı bazı hallerde⁷⁷ sadece kıyaslama suretiyle aşırılığın tespit

⁷⁴ A.g.k., para. 249-250.

⁷⁵ A.g.k., para. 251.

⁷⁶ A.g.k., para. 252.

⁷⁷ Case 395/87 *Ministere Public v. Jean-Louis Tournier* [1989] ECR 2521 (*Tournier*); Joined Cases 110, 241 & 242/88 *François Lucazeau and Others v. SACEM and others* [1989] ECR 2811, [1991] 4 CMLR 248 (*Lucazeau*) (Nitekim meslek birliklerinin talep ettikleri telif ücretlerini konu alan bu davalara ilişkin görüşünde Advocate General Jacobs, "...müzikal çalışmalar gibi

edilmesi yoluna gitmiştir. Fakat Komisyon, *United Brands* kararına atıfta bulunarak “*Bu, prensipte, ilk kısmında fiyat-maliyet analizi gerektiren iki aşamalı bir testtir.*” değerlendirmesini yaptığı *IMAX* kararı⁷⁸ ve ancak testin ilk aşamasının olumlu olması halinde ikinci aşamasına geçileceği hususunun altını çizdiği *Port of Helsingborg* kararları⁷⁹ ile önerilen testin iki aşamalı olduğunu açıklığa kavuşturmuştur⁸⁰.

Aşırı fiyatın tespit edilmesine ilişkin temel çerçeve EDT ile belirlenmiştir. Bununla birlikte, ATAD bu test çerçevesinde yapılacak kıyaslamaları sınırlamamış aksine aşırı fiyatın tespitine yönelik başka yollar bulunabileceğini ifade etmiştir⁸¹. Nitekim daha sonraki tarihli kararlarında Komisyon, ATAD ve üye ülke rekabet otoriteleri EDT’yle çizilen temel çerçeveye bağlı kalarak olay özelinde daha bütünlük testler uygulamışlardır.

EDT’nin ilk aşaması incelemeye konu olan ürünün/hizmetin fiyatının aşırı olup olmadığını tespit etmeye yönelik fiyat-maliyet karşılaştırmasını içermektedir. Testin ikinci aşaması ise ürünün/hizmetin fiyatının kendi içinde ya da rakip ürünlerin/hizmetlerin fiyatlarına kıyasla haksız olup olmadığını tespit etmeye yönelik fiyat kıyaslamasını içermektedir (Furse 2008, 81). Aşağıda öncelikle EDT’nin ilk aşaması olan fiyat-maliyet karşılaştırmasına ilişkin açıklamalara yer verilecektir.

3.2.1.1. Fiyat-Maliyet Karşılaştırması

ATAD’ın, *Chiquita* kararının aşırı fiyatlamaya ilişkin kısmını bozmasının temel sebeplerinden biri Komisyon’un *United Brands*’in üretim maliyetlerini dikkate almaması ve adil fiyata ilişkin analizini en düşük fiyat uygulanan ülke olan İrlanda’ya yapılan satışların kârlı olduğu varsayımına dayandırarak, İrlanda fiyatlarını maliyetlerin üst sınırı olarak belirlemiş olmasıdır. Bir başka ifadeyle, bu dava özelinde üretim maliyetlerinin

hayalgücüne dayanan işlerin üretilmesi için bir maliyet tespit etmek olanaksızdır.” ifadesini kullanmıştır.) (Bkz. Opinion of the Advocate General [1989] ECR 2521, para. 53).

⁷⁸ COMP/C-2/37.761 Euromax/IMAX, bölüm 5.4.2 (Kararda, IMAX’in IMAX markalı sinema projeksiyon sistemlerini kiralamak için talep ettiği kira bedelinin aşırı olduğu iddiası değerlendirilmiş ve sonuçta şikâyet reddedilmiştir.)

⁷⁹ Case COMP/A.36.568/D3-Scandlines Sverige AB v. Port of Helsingborg [2006] 4 CMLR 23 (*Scandlines*) ve COMP/A.36.568/D3 Sundbusserne Sverige AB v. Port of Helsingborg [2006] 4 CMLR 22 (*Sundbusserne*). (Söz konusu kararlarda Port of Helsingborg’un feribot işletmecilerine sunduğu hizmetler için aşırı fiyat uyguladığı iddiası değerlendirilmiş ve sonuçta şikâyetler reddedilmiştir. Aynı şikâyet konusunun değerlendirildiği bu kararlar çalışmanın devamında *Port of Helsingborg* kararları olarak birlikte anılacaktır.)

⁸⁰ Scandlines, para. 147; Sundbusserne, para. 125.

⁸¹ *United Brands*, dn.18, para. 253.

hesaplanması mümkünken⁸² Komisyon bu hesaplamayı yapmamış, dolayısıyla EDT'nin ilk aşamasını uygulamamıştır.

Testin teşebbüsün elde ettiği kâr marjını ortaya koymayı ve bu marjın aşırı olup olmadığını belirlemeyi amaçlayan bu ilk aşamasında, teşebbüsün incelemeye konu olan ürün/hizmet için uyguladığı satış fiyatı ile söz konusu ürünün üretimi/hizmetin sunulması için teşebbüsün fiilen katlandığı maliyetler arasındaki fark değerlendirilmektedir. Bir teşebbüsün üretim maliyetleri üzerinden ne oranda kâr elde ettiğinin basit bir ölçüsü olan bu oran; (*fiyat-maliyet*)/*maliyet* şeklinde hesaplanmaktadır (Williams 2007, 146). Motta ve Streel (2007, 33), bu testin arkasında yatan düşüncüyü teşebbüsün katlandığı üretim maliyetlerine oranla belli bir kâr marjını sağlayan bir eşik fiyatın varlığı ve hâkim durumdaki teşebbüslerin bu eşik üzerinde uygulayacakları fiyatların aşırı olacağı ile açıklamaktadır. Bir başka deyişle, bu yaklaşım çerçevesinde *ekonomik değer* üretim maliyetine bu maliyetin belli bir oranı şeklinde hesaplanacak makul bir kâr marjının eklenmesi suretiyle tespit edilmektedir. Literatürde *maliyet artı yaklaşımı* (*cost plus approach*) olarak bilinen bu yaklaşımda maliyetin ve üzerine eklenen makul kâr marjının toplamını aşan fiyatlar aşırı kabul edilmektedir (Lamalle ve diğerleri 2004, 42).

Aşırı fiyatın tespitinde başrol oynayan *ekonomik değer* kavramını bütünüyle maliyetler gibi arz yanlı faktörlere endeksleyen *maliyet artı yaklaşımı*, fiyatı incelenen ürüne/hizmete ilişkin talep yanlı faktörleri göz ardı etmektedir. *Ekonomik değer* kavramına ilişkin bu eksiklik *United Brands* kararından sonra aşırı fiyatlamaya yönelik en önemli kararlar kabul edilen (Furse 2008, 67) *Port of Helsingborg* kararlarında açıkça ortaya konmuştur. Her iki kararda da Komisyon şikâyetleri reddetmekle birlikte, *ekonomik değer* kavramına ilişkin algılamasını açıkça vurgulamıştır. Komisyon bu kararlarında, *maliyet artı yaklaşımı* ile sunulan ürün ya da hizmetin *ekonomik değerinin* belirlenmesinin mümkün olmadığını, *ekonomik değer* ancak olayın kendine has özellikleri ve ürüne/hizmete olan talep gibi maliyet dışı unsurlar dikkate alınarak belirlenebileceğini ifade etmiştir (Lamalle ve diğerleri 2004, 42). Bu bakış açısıyla Komisyon;

...eşsiz yerinden dolayı *Helsingborg Limanı*, *Sundbusserne/Scandlines* ve müşterileri için bir değer temsil etmektedir. Komisyon, bu değer *Port of Helsingborg* tarafından sunulan hizmetin *ekonomik değerinin* ve fiyatının değerlendirilmesinde hesaba katılması gerektiğini düşünmektedir....Limanın bulunduğu yer *Port of Helsingborg* için daha yüksek üretim maliyetlerine neden olmamaktadır. Ancak müşteri ve sağlayıcı için değerlidir ve ürünün/hizmetin *ekonomik değerini* artırmaktadır⁸³.

⁸² United Brands, dn. 18, para. 255.

⁸³ Dn. 79, Sundbusserne para. 214, 216; Scandlines para. 227, 241.

değerlendirmesini yaparak Port of Helsingborg'un aşırı/haksız fiyat uyguladığına dair yeterli kanıt olmadığından hareketle RA'nın 82. maddesi anlamında bir kötüye kullanma olmadığı sonucuna ulaşmıştır⁸⁴.

Maliyet artı yaklaşımının ekonomik değere, dolayısıyla da aşırı fiyatlamaya ilişkin bir gösterge olduğu kabul edilse bile bu yaklaşım çerçevesinde fiyatın aşırı olup olmadığını objektif olarak değerlendirmek neredeyse olanaksızdır. Bu olanaksızlığa yol açan zorluklar üç grupta incelenebilir: Doğru maliyet kavramının belirlenmesine ilişkin zorluklar, maliyetin hesaplanmasına ilişkin zorluklar ve makul kâr oranının belirlenmesine ilişkin zorluklar.

Maliyet Ölçütünün Belirlenmesine İlişkin Zorluklar

ATAD, EDT'nin ilk aşaması olan fiyat-maliyet karşılaştırmasında esas alınacak maliyet ölçütüne ilişkin bir belirlemede bulunmamıştır. Ayrıca, Komisyon kararları da, bu konuda yol gösterici değildir. Çalışmanın ilk bölümünde açıklandığı üzere, ekonomi teorisi çerçevesinde, fiyat düzeyleri MM ile ilişkilendirilerek değerlendirilmektedir. Bu ilişkiye göre fiyatın MM'nin üzerine çıkması, pazarın tam rekabetçi yapıdan uzaklaşması ve teşebbüslerin rekabetçi pazar koşullarında elde edebileceklerinden daha fazla kâr elde edebilmeleri anlamına gelmektedir. Dolayısıyla, ekonomi teorisi, aşırı fiyat değerlendirmesi yaparken kullanılacak uygun maliyet ölçütünün MM ya da *ortalama değişken maliyet* olduğunu ileri sürmektedir (Geradin 2007b, 14). Ancak bu maliyet ölçütleri, sadece üretimin değişken maliyetlerini yansıttıkları ve sabit maliyetleri kapsamadıkları için çoğu sektör bakımından uygun değildir. Bu nedenle, özellikle yüksek sabit maliyetlerin ve düşük MM'nin söz konusu olduğu sektörler bakımından, *ortalama toplam maliyetin* kullanılması daha anlamlı görülmektedir (Williams 2007, 146-147)⁸⁵.

Maliyetin Hesaplanmasına İlişkin Zorluklar

Bir ürünün fiyat-maliyet karşılaştırmasında esas alınacak ortalama toplam maliyetinin hesaplanması, özellikle, birden fazla ürün üreten veya birden

⁸⁴ İngiltere Temyiz Mahkemesi'nin ekonomik değer kavramına ilişkin benzer yorumu için bkz. Attheraces Ltd and The British Horseracing Board, [2007] EWCA Civ 38 Case no: A3/2006/0126.

⁸⁵ Evans ve Padilla (2004, 29) da fiyat-maliyet karşılaştırmasına esas maliyetlerin *ortalama toplam maliyet* olması gerektiği görüşündedir. Ayrıca Komisyon'un Dikey Sınırlamalara İlişkin Kılavuzu'nda da giriş engelleri tanımlanırken "*giriş engelleri, yerleşik teşebbüslerin fiyatlarını rekabetçi düzeyin üzerine, genellikle minimum ortalama toplam maliyetin üzerine, çıkararak pazara yeni girişleri teşvik etmeksizin rekabetçi düzeyin üzerinde kârlar elde edebilmesi ile ölçülür.*" ifadesi kullanılarak ortalama toplam maliyet ile rekabetçi fiyat düzeyi arasında ilişki kurulmuştur. (Bkz. Guidelines on vertical restraints, [2000] OJ C 291, s. 1-44, para. 126). Aşırı fiyatın tespit edilmesinde kullanılacak maliyet ölçütüne ilişkin tartışmalar için bkz. Özdemir (2009).

çok pazarda faaliyet gösteren teşebbüsler bakımından muhasebeden kaynaklanan bir takım zorluklar taşımaktadır. Ortak maliyetlerin ve genel giderlerin farklı ürünler arasında dağıtılması noktasında ortaya çıkan bu zorlukları aşmak amacıyla çeşitli yöntemler⁸⁶ geliştirilmiş olmakla birlikte, bu yöntemlerin hiçbiri bütünüyle tatmin edici sonuçlar vermemektedir (O'Donoghue ve Padilla 2006, 614). Ortak maliyetlerin dağıtımında farklı yöntemler benimsenebilmesi olasılığının varlığı da uygulayıcılar bakımından tutarsızlık yaratabilecek ve kesin sonuçlara ulaşılmasını engelleyebilecektir⁸⁷. Bu tutarsızlık, en azından düzenlemeye tabi sektörler bakımından, sektöre özgü düzenlemelerde maliyet hesaplanmasına yönelik olarak ortaya konan bazı yöntemlerin kullanılmasıyla bir ölçüde aşılabilecek olsa da tamamen ortadan kaldırılamayacaktır⁸⁸. Ortak maliyetlerin dağıtım yönteminde tutarlılığın sağlanmasına ilişkin bir başka sorun da maliyet hesaplarının kim tarafından yapılacağı konusunda ortaya çıkmaktadır. ATAD, *United Brands* kararı ile üretim maliyetlerini kanıtlama yükünü teşebbüse yüklemiştir⁸⁹. Dolayısıyla ortak maliyetlerin dağıtımına ilişkin takdir hakkı teşebbüstedir. Rekabet otoriteleri ancak uygulanan maliyet hesaplama yönteminin uygunluğunu inceleyebilecektir (Hordijk 2001, 469)⁹⁰. Fakat bu noktada, teşebbüslerin muhasebe maliyetleri ile ekonomik maliyetleri arasında, teşebbüslerin muhasebe kayıtlarını finansal ve vergisel bakımdan en

⁸⁶ Ortak maliyetlerin dağıtım yöntemleri hakkında bilgi için bkz. CCNCO (1998) ve NERA (2001).

⁸⁷ *United Brands*, dn. 18, para. 254. (*United Brands* kararında ATAD, üretim maliyetlerinin hesaplanmasının çoğu zaman büyük zorluklar taşıdığına, dolaylı maliyetlerin ve genel harcamaların dağıtımının teşebbüsün büyüklüğüne, amacına, kuruluş yapısına, faaliyet bölgelerine, ürettiği ürün çeşidi sayısına, iştiraklerinin sayısına ve birbirleriyle ilişkilerine göre önemli ölçüde değişebileceğine dikkat çekmiştir.) Nitekim *Port of Helsingborg* kararlarında da Komisyon “söz konusu şikâyetin ele alınması amacıyla sadece tahmini bir maliyet dağıtım yapıldığını” vurgulayarak ilgili maliyetlerin kesin olarak saptanmasının olanaksızlığını vurgulamıştır (Dn. 79, Scandlines, para. 117; Sundbusserne, para. 99).

⁸⁸ *Ahmed Saeed* ön kararında ATAD, havayolu taşımacılığında uygulanan ücretlerin aşırı olup olmadığı değerlendirmesinde havacılık otoritelerinin tarifelerin onaylanmasında izlediği kriterleri ortaya koyan 87/601/EEC sayılı Direktif'ten yararlanılabileceğini belirtmiştir (Case 66/86 *Ahmed Saeed v. Zentrale* [1989] ECR 803, para. 43). Yine *Ahmed Saeed* kararında kullanılan yöntem benzer şekilde Belgacom'un sesli telefon hizmetleri abone bilgilerini sağlamak için ayrımcı ve aşırı fiyat talep ettiği iddiasını değerlendirdiği *ITT Promedia v. Belgacom* dosyasında Komisyon, telekomünikasyon sektörüne ilişkin AB düzenlemelerine atıf yaparak maliyet-uyumlu bir fiyatlama politikası üzerinde durmuştur (Hordijk 2001, 473). Uzlaşma yoluyla kapanan bu dosyanın ayrıntıları için bkz. Xth Annual Report on Competition Policy (1980), para. 136-137).

⁸⁹ A.g.k., para. 256.

⁹⁰ Nitekim *Port of Helsingborg* dosyalarında Komisyon, *Port of Helsingborg*'un kullandığı maliyet dağıtım yöntemi sonucunda sunduğu verileri gerçekçi ve fiilen katlanılan maliyetleri yansıtır nitelikte bulmamıştır. Bu durumun teşebbüs tarafından da kabul edilmesi üzerine Komisyon, teşebbüsün sağladığı bilgiler ile tahmini bir maliyet hesaplaması ve dağıtımını gerçekleştirmiş ve değerlendirmesini buna dayandırmıştır (Dn. 79, Scandlines para. 104-121; Sundbusserne para. 87-102).

avantajlı olacak şekilde tutmalarından kaynaklanan farklılıkların, uzmanlığı muhasebe olmayan rekabet otoritesi tarafından yapılacak maliyet incelemesini sakatlayacağı ileri sürülebilecektir (Lyons 2007, 71).

Maliyetlerin hesaplanmasına ilişkin diğer bir sorun, ar-ge harcamalarının yüksek olduğu inovasyona dayalı sektörlerde kendini göstermektedir. Bu tip sektörlerde başarılı bir teknoloji geliştirmek için çok sayıda başarısız ar-ge projesi gerçekleştirilmekte olduğundan, sadece inceleme konusu ürüne ilişkin ar-ge harcamalarının maliyetlere dâhil edilmesi yeterince kapsayıcı olmayacaktır. Ancak, başarısız olan projelerin maliyetlerinin ne şekilde muhasebeleştirileceği üzerinde uzlaşmaya varılamamıştır (Geradin 2007b, 7-8).

Makul Kâr Marjının Belirlenmesine İlişkin Zorluklar

Fiyat-maliyet karşılaştırmasında kullanılacak maliyetlerin hesaplanmasına ilişkin bu sorunların yanı sıra ne ölçüde bir kâr marjının *aşırı* olacağına belirlenmesi de EDT'nin ilk aşamasının zorluklarından biridir. Komisyon'un, üye ülke rekabet otoritelerinin ve ATAD'ın aşırı fiyatlamaya ilişkin kararları incelendiğinde bu marjın ne olması gerektiğine ilişkin bir tespitin yapılmadığı, dahası içtihatlar arasında da yol gösterici olabilecek bir tutarlılık bulunmadığı görülmektedir⁹¹.

Zaten belirli ve sabit bir kâr oranının takdir edilmesini gerektiren bir yaklaşımın yerinde olduğunu söylemek mümkün değildir. Teşebbüsler için makul kabul edilebilecek kâr marjı faaliyet gösterilen sektörün özelliklerine göre büyük ölçüde değişiklik göstermektedir. Başlangıç yatırımlarının miktarı, yatırım riskinin düzeyi, batık maliyetlerin büyüklüğü, maddi olmayan varlıkların değerleri, fırsat maliyetleri ve ölçek ekonomileri gibi etkenler (O'Donoghue ve Padilla 2006, 615) ve bu etkenlere bağlı olarak değişen beklenen getiri düzeyi (Motta ve Streel 2007, 34) makul kâr marjı hesaplanırken göz önünde bulundurulmalıdır. Dolayısıyla makul kâr marjına ilişkin olarak her sektör bakımından geçerli bir eşik belirlenmesi mümkün değildir (Motta ve Streel 2007, 33).

Sonuç olarak, EDT'nin bel kemiği olan fiyat-maliyet karşılaştırmasının her zaman objektif şekilde uygulanması ve doğru sonuçlar vermesi olanaklı değildir. Bu nedenle haksız olarak nitelendirilebilecek yüksek fiyatların tespitinde, bu aşamada elde edilen sonuçların testin ikinci aşamasında elde edilecek bulgularla desteklenmesi öngörülmüştür. EDT'nin ikinci aşaması fiyat kıyaslamasıdır. Aşağıda, AB kararları çerçevesinde fiyat kıyaslamasında başvurulan yöntemlere ilişkin açıklamalara ve eleştirilere yer verilecektir.

⁹¹ Aşırı fiyatlama nedeniyle ihlal tespit edilmiş dosyalarda söz konusu olan marjlar için bkz. Ek 1.

3.2.1.2. Fiyat Kıyaslaması

Teorik olarak en ideal fiyat kıyaslaması hâkim durumdaki teşebbüsün fiyatının varsayımsal olarak belirlenen rekabetçi fiyat ile karşılaştırılmasıdır. Ancak rekabetçi fiyat düzeyinin belirlenmesi pratikte olanaksızdır. Dolayısıyla rekabet otoriteleri aşırı fiyatın tespiti için gerçek kıstaslara başvurmaktadır (Green 2003, 81). Bu nedenle EDT'nin, ilk aşamasında fiyat-maliyet arasındaki farkın aşırı bulunması halinde başvurulacak olan⁹² ikinci aşamasında fiyatın kendi içinde ya da rakip ürünlerle kıyaslandığında haksız olup olmadığının belirlenmesi amaçlanmaktadır. Hem teşebbüsün kendi fiyatlarını hem de diğer teşebbüslerin fiyatlarını ölçüt alan bu değerlendirmede⁹³ başvurulabilecek kıyaslamalar iki ana başlık altında incelenebilecektir.

3.2.1.2.1. Teşebbüsün Kendi Fiyatlarıyla Yapılan Kıyaslama

İncelemeye konu teşebbüsün, aşırı fiyatlama yaptığı iddia edilen ürün için farklı coğrafi bölgelerde, farklı müşteri gruplarına veya farklı zaman dilimlerinde uyguladığı fiyatların kıyaslanmasının mümkün olduğu durumlarda kullanılabilir bu yöntem, fiyat kıyaslamasına konu ürünün üretim maliyetleri hakkında daha tutarlı bilgiler ile gerçekleştirileceğinden diğer teşebbüslerin fiyatlarıyla yapılacak kıyaslamaya göre daha sağlıklı sonuçlar üretebilecektir. Aşağıda teşebbüsün kendi fiyatlarıyla yapılabilecek kıyaslamalar açıklanacaktır⁹⁴.

Teşebbüsün Farklı Coğrafi Bölgelerde Uyguladığı Fiyatların Kıyaslanması

Teşebbüsün, faaliyet gösterdiği farklı coğrafi bölgelerde uyguladığı fiyatların kıyaslanması ilk kez Komisyon'un *Chiquita* kararında kullanılmıştır. Bu kararda, muz sağlayıcısı United Brands'in farklı üye ülkelerde uyguladığı fiyatlar arasında kıyaslama yapılmış ve diğer tespitlerin yanı sıra, en düşük fiyat uygulanan ülke olan İrlanda ile diğer ülkeler arasındaki fiyat farkının %100'e

⁹² ATAD, maliyet hesaplamasının mümkün olmadığı durumlarda, aşırı fiyatın tespitinde fiyat kıyaslamasının tek başına kullanılabilirliği görüşündedir. Bkz. *Lucazeau ve Tournier* kararları (dn.77).

⁹³ EDT'nin ikinci aşamasında fiyat düzeylerinin kıyaslanması esas olmakla birlikte olay özelinde kâr marjları da kıyaslamaya konu olabilmektedir.

⁹⁴ Hâkim durumda bulunan teşebbüsün farklı coğrafi bölgelerde ya da farklı müşteri gruplarına farklı fiyatlar uygulaması, aynı zamanda RA'nın 82(c) maddesi kapsamında ele alınabilecek fiyat ayrımcılığı niteliği de taşıyabilecektir. Ancak RA'nın 82(a) maddesi çerçevesinde yapılan değerlendirmenin farkı, 82(c) maddesinde aranan "işlemin taraflarını rekabetçi açıdan dezavantajlı duruma düşürmek" şartının aranmamasıdır.

ulaştığı tespitine dayanarak İrlanda dışındaki ülkelerde uygulanan fiyatların aşırı olduğuna hükmedilmiştir⁹⁵.

Böyle bir kıyaslama kolay uygulanabilir gibi gözükmeyle birlikte, çeşitli sorunlar da barındırmaktadır. Farklı coğrafi bölgelerde faaliyet gösteren bir teşebbüsün karşılaştırmaya konu olan pazarlardaki durumu, yerel vergiler nedeniyle ortaya çıkan direkt maliyetler, farklı pazarlardaki işgücü piyasalarının kendine has koşulları, tüketicilerin gelir düzeyleri ve o ürüne yönelik talep esneklikleri, incelemeye konu olan ürünün farklı pazarlardaki konumu, farklı fiyatlama sistemleri gibi unsurlar teşebbüsün karşılaştırmaya konu olan bölgeler arasında farklı fiyatlar uygulamasını haklı çıkarabilecek ve dolayısıyla yapılan karşılaştırmadan anlamlı sonuçlar elde edilmesini engelleyebilecektir (O'Donoghue ve Padilla 2006, 617). Nitekim ATAD da, *United Brands* kararında üye ülkeler arası fiyat kıyaslamasının aşırılığın belirlenmesinde kullanılabileceğini belirtmekle birlikte, objektif nedenlerden dolayı fiyatların ülkeler arasında farklılaşabileceğini ve hâkim durumdaki teşebbüslerin her üye ülkede tek tip fiyatlama yapmaya zorlanamayacağını ifade etmiştir⁹⁶.

Teşebbüsün Farklı Müşteri Gruplarına Uyguladığı Fiyatların Kıyaslanması

Hâkim durumdaki teşebbüslerin aynı maliyet yapısına sahip mal veya hizmetler için farklı müşteri gruplarına çok farklı fiyatlar uygulamaması gerektiği mantığından hareketle başvurulmuş bu karşılaştırma *General Motors* ve *British Leyland*⁹⁷ kararlarında kullanılmıştır. Söz konusu kararlarda ATAD, incelemeye konu çeşitli hizmetler arasındaki fiyat farklılıklarının, bu hizmetler arasındaki minimal düzeydeki maliyet farklarıyla orantılı olmaması nedeniyle hâkim durumda bulunan bu teşebbüslerin fiyatlarının aşırı olduğuna hükmetmiştir⁹⁸. *Deutsche Post* kararında⁹⁹ ise Komisyon, güvenilir maliyet hesaplaması yapılamaması nedeniyle testin ilk aşamasını atlayarak Deutsche Post'un sınır ötesi tarifeleri ile yerel tarifelerini kıyaslamış ve sınır ötesi tarifeler

⁹⁵ Bkz. dn. 72, para. 3(c).

⁹⁶ A.g.k., para. 228, 239.

⁹⁷ *British Leyland* [1984] OJ L207/11, Case 226/84 *British Leyland Public Limited Company v. Commission* [1986] ECR 3263 (Söz konusu kararda ulusal tip uygunluk sertifikalarını vermekle yükümlü *British Leyland*'ın İngiltere'ye paralel ithal edilen soldan direksiyonlu araçlar için £125 sertifika ücreti uygularken, sağdan direksiyonlu araçlar için £25 sertifika ücreti uygulaması değerlendirilmiştir. Komisyon soldan direksiyonlu araçlar için talep edilen ücreti aşırı ve ayrımcı bulmuş (para. 26), ATAD da uygulanan ücretin açıkça sağlanan hizmetin ekonomik değeriyle orantısız olmasından hareketle Komisyon kararını onaylamıştır (para. 30). *British Leyland* kararı ATAD'ın onadığı tek aşırı fiyat kararıdır.)

⁹⁸ *General Motors*, dn. 51, para. 12; *British Leyland*, para. 27-28. (ATAD, Komisyon'un *General Motors* kararını başka nedenlerle bozmakla birlikte, şikâyete konu fiyat düzeylerini açıkça aşırı bulmuştur (para. 16).)

⁹⁹ *Deutsche Post-Interception of cross-border mail* [2002] OJ L331/40, [2002] 4 CMLR 598.

bakımından sağlanan hizmetin gerçek değeri ya da gerçek maliyetiyle makul ve yeterli bir ilişki olmamasından dolayı sınır ötesi tarifeleri aşırı bulmuştur¹⁰⁰. *Port of Helsingborg* kararlarında ise, feribot işletmecilerine uygulanan fiyatlarla kargo gemilerine uygulanan fiyatlar kıyaslanmış, ancak feribot ve gemi işletmecilerine sunulan hizmetlerdeki pek çok farklılık nedeniyle anlamlı bir kıyaslama yapmanın mümkün olmadığı sonucuna varılmıştır¹⁰¹.

Teşebbüsün Farklı Zaman Dilimlerinde Uyguladığı Fiyatların Kıyaslanması

Hâkim durumdaki teşebbüsün uyguladığı fiyatların zaman içinde çarpıcı şekilde artması da aşırı fiyatın bir göstergesi olarak değerlendirilebilir (Glader ve Larsen 2006, 3). Nitekim ATAD, *British Leyland* kararında fiyatların zaman içindeki gelişimini incelemiş ve soruşturmaya konu olan dönemde gerçekleşen %600 oranındaki fiyat artışının haksız olduğu sonucuna varmıştır¹⁰².

Girdi fiyatlarındaki artışlar, pazar koşullarındaki değişiklikler, dönemsel talep artışları, yatırımlara finansman sağlama ihtiyacı gibi fiyat artışına neden olan etkenlerin de doğru biçimde analizini gerektiren bu yöntem (Geradin 2007b, 10-11), söz konusu etkenlerin tam olarak analiz edilememesi durumunda yanlış kararlara neden olabilecektir. Bu yaklaşım, ayrıca, rekabet hukukunun aşırı fiyat düzeylerinden ziyade aşırı fiyat artışlarına odaklanması tehlikesini de birlikte getirdiği yönünde eleştirilmektedir (Hordijk 2001, 152).

3.2.1.2.2. Diğer Teşebbüslerin Fiyatlarıyla Kıyaslama

Bir teşebbüsün hâkim durumda olduğu pazarda uyguladığı fiyatlar aynı ilgili pazardaki rakiplerinin uyguladığı fiyatlarla kıyaslanabileceği gibi, rekabetçi pazarlarda faaliyet gösteren diğer teşebbüslerin fiyatlarıyla veya başka bir coğrafi pazarda hâkim durumda bulunan bir teşebbüsün fiyatlarıyla da kıyaslanabilecektir.

Diğer Teşebbüslerin Aynı İlgili Pazarda Uyguladığı Fiyatlarla Kıyaslama

EDT'nin ikinci aşamasının uygulanmasında başvuru bir yöntem de hâkim durumdaki teşebbüsün uyguladığı fiyatlar ile rakiplerinin fiyatlarının kıyaslanmasıdır. *Deutsche Grammophon* kararında ATAD, aşırı fiyat tespitinin rakipler arası fiyat kıyaslamasına dayandırılabilirliğini ifade etmiştir¹⁰³. *United Brands* kararında ise Chiquita markalı muzların fiyatları, rakiplerin markalı

¹⁰⁰ A.g.k., para. 155-167.

¹⁰¹ Bkz. dn. 79, Scandlines, para. 178; Sundbusserne, para. 153.

¹⁰² Bkz. dn. 97, para. 25-34.

¹⁰³ Bkz. dn. 49, para. 19.

muzlar için uyguladıkları fiyatlarla kıyaslanarak, aradaki %7 oranındaki fiyat farkı aşırılığın tespiti için yeterli görülmemiştir¹⁰⁴.

Sadece rekabetçi özellikler gösteren bir pazarda başvurulabilecek bu kıyaslama yönteminin aşırı fiyatın tespiti için uygun bir yöntem olduğunu söylemek mümkün değildir. Zira çalışmanın dördüncü bölümünde ayrıntılı olarak tartışılacağı üzere literatürde hâkim görüş, tekel özelliği göstermeyen pazarlardaki yüksek fiyatların, genel olarak kabul edilen şekliyle aşırı fiyatlamaya anlamına gelmeyeceği yönündedir. Dolayısıyla, bu yöntem ile tespit edilecek fiyat farklılıkları aşırı fiyatlamaya göstergesi olmayacaktır.

Ayrıca, bu kıyaslama neticesinde tespit edilen yüksek fiyat farkı kıyaslamaya konu olan ürünlerin aynı ilgili ürün pazarında bulunmadığının, dolayısıyla ilgili pazarın yanlış tanımlandığının, kıyaslanan teşebbüslerin aslında rakip teşebbüsler olmadığının ya da kıyaslamaya konu olan ürünlerin tutarlı bir karşılaştırma yapılmasına olanak sağlamayan ürünler olduğunun bir göstergesi olabilecektir (Motta ve Streel 2003, 113). Nitekim Komisyon, *IMAX* kararında benzer ürünlerin fiyatlarıyla yapılacak kıyaslamaların tutarlı olabilmesi için “*aynı kalite ve işlevselliğe sahip, aynı vadeye ve koşullara tabi olan aynı miktardaki*” ürünlerin fiyatlarının kıyaslanması gerektiğini belirterek *IMAX*'in projeksiyon sistemlerinin fiyatları ile rakiplerinin projeksiyon sistemleri arasında tutarlı bir karşılaştırma yapılmasının mümkün olmadığını ifade etmiştir¹⁰⁵. Komisyon'un bu değerlendirmesinde *IMAX*'in marka değeri, satış sonrası hizmetleri, sözleşme koşullarının farklılığı, proje bazlı bir iş olması nedeniyle rakiplerin fiyatlarının tam olarak bilinmemesi gibi unsurlar rol oynamıştır.

Diğer Teşebbüslerin Farklı Pazarlarda Uyguladığı Fiyatlarla Kıyaslama

Diğer teşebbüslerin farklı üye ülkelerde sundukları benzer mal ve hizmetlerin fiyatlarının kıyaslanması da aşırı fiyatın tespit edilmesi için kullanılan yöntemlerden biridir. Bu kıyaslamaya konu olan diğer teşebbüs yüksek pazar gücüne sahip olabileceği gibi, rekabetçi pazar koşullarında da faaliyet gösteriyor olabilir.

Örneğin, Fransız müzik eserleri meslek birliği olan SACEM'in Fransız diskoteklerinden talep ettiği telif ücretinin diğer üye ülkelerde uygulanan telif ücretleriyle kıyaslanarak aşırı olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğine yönelik *Lucazeau* kararında ATAD, diğer pazarlarda uygulanan fiyatlar arasında

¹⁰⁴ A.g.k., para. 266. (Oysa *Chiquita* kararında Komisyon, %7'lik bu farkı, aşırı fiyat tespitinin dayanaklarından biri yapmıştır. Bkz. dn.72.)

¹⁰⁵ Bkz. dn. 78, 5.4. bölüm.

tutarlı kıyaslamalar yapılarak aşırı fiyatın tespit edilebileceğine hükmetmiştir¹⁰⁶. Aynı konuyu ele aldığı *Tournier* kararında da ATAD benzer şekilde,

*hâkim durumda bulunan bir teşebbüs, hizmetleri için diğer üye ülkelerde uygulanandan önemli ölçüde yüksek ücret tarifesi uyguluyorsa ve ücret düzeylerinin kıyaslanması tutarlı bir biçimde yapılıyorsa bu fark hakim durumun kötüye kullanılmasının bir göstergesi olarak kabul edilmelidir*¹⁰⁷.

değerlendirmesini yapmıştır. ATAD'ın *Tournier* kararında isabetle vurguladığı üzere farklı coğrafi pazarlarda uygulanan fiyatların kıyaslanmasının anlamlı sonuçlar vermesi ancak kıyaslanmanın tutarlı temelde yapılması ile mümkündür. Bu tutarlılık fiyatları kıyaslanan ürünlerin aynı kalitede olması ve eş miktarların kıyaslamaya konu edilmesi ile sağlanabilecektir (O'Donoghue ve Padilla 2006, 617).

Lucazeau ve Tournier kararlarında, incelemeye konu tekel durumundaki teşebbüs ile farklı bir coğrafi pazarda tekel olan teşebbüslerin fiyatlarının kıyaslanabileceğini söyleyen ATAD, *Bodson* kararında¹⁰⁸ aşırı fiyatın tespitinin, tekel olan teşebbüsün fiyatları ile rekabetçi bir coğrafi pazarda faaliyet gösteren bir teşebbüsün fiyatlarının kıyaslanması yoluyla yapılabileceğini ifade etmiştir¹⁰⁹.

Sonuç olarak gerek teşebbüsün kendi fiyatlarıyla gerek diğer teşebbüslerin fiyatlarıyla yapılsın, fiyat kıyaslamasının aşırı fiyata ilişkin sağlıklı sonuçlar vermesi ancak kıyaslamaya konu olan ürünler ve pazar koşulları bakımından tutarlılık sağlanması ile mümkün olacaktır. İncelenen teşebbüsün özel şartları yanında kıyaslanacak ürüne ve pazarın özelliklerine yönelik oldukça ayrıntılı bir analiz yapılmasını gerektiren bu yöntemin oldukça maliyetli ve kesin sonuçlar vermekten uzak bir yöntem olduğu söylenebilecektir.

3.2.2. Aşırı Fiyatın Tespitinde Alternatif Yaklaşımlar

EDT, rekabet otoriteleri ve mahkemeler için büyük ölçüde yol gösterici olmakla birlikte yukarıda açıklandığı üzere pek çok sakıncayı da içinde barındırmaktadır. Bu sakıncaları bertaraf etmek amacıyla, ATAD'ın da *United Brands* kararında öngördüğü üzere¹¹⁰ aşırı fiyatın tespiti amacıyla farklı

¹⁰⁶ Bkz. dn. 77, Lucazeau, para. 25.

¹⁰⁷ Bkz. dn. 77, Tournier, para. 38.

¹⁰⁸ Case 30/87 Corinne Bodson v. Pompes funebres des regions liberees CA [1988] ECR 2479, [1989] 4 CMLR 984 (Söz konusu davada Fransa'nın belli bölgelerinde münhasıran kendisine tanınan bir imtiyazla cenaze hizmetlerini yürüten Pompes Funebres'in aşırı fiyat uyguladığı iddiası değerlendirilmiştir.)

¹⁰⁹ A.g.k., para. 31.

¹¹⁰ A.g.k., para. 253.

yaklaşımlar önerilmiştir. Aşağıda aşırı fiyatın tespitine yönelik olarak önerilen alternatif yaklaşımlara ve bu yaklaşımlara yöneltilen eleştirilere yer verilecektir.

3.2.2.1. Aşırı Kârlılık Yaklaşımı

Özellikle yatırımın ve inovasyonun önemli rol oynadığı endüstrilerde, yatırılan sermayenin ve katlanılan riskin büyüklüğü gibi, kâr marjının değerlendirilmesinde etkili olacak unsurları dikkate almaksızın sadece fiyat-maliyet karşılaştırmasına dayanarak aşırı fiyatın varlığı hakkında bir değerlendirme yapmak olanaksızdır (O'Donoghue ve Padilla 2006, 629). Bazı ulusal rekabet otoriteleri fiyat-maliyet karşılaştırmasının bu eksikliğini bertaraf etmek amacıyla aşırı fiyat değerlendirmelerinde kârlılık ölçütlerini esas almaktadır. Örneğin Hollanda Rekabet Otoritesi, *KLM* kararlarında¹¹¹ incelenen rotaların toplam kârlılığını analiz edebilmek için *KLM*'nin ağırlıklı ortalama sermaye maliyeti ile getiri oranı arasındaki ilişkiyi incelemiştir (Hordijk 2001, 484-489).

Williams (2007, 131-145) da Hollanda Rekabet Otoritesi'nin yaklaşımına benzer şekilde kullanılan sermayenin getirisinin kârlılık analizinde yatırımın büyüklüğünü yansıtan daha iyi bir gösterge olduğunu ve bu getirinin, sermaye maliyetini önemli ölçüde aşması halinde aşırı fiyatlamaya dair bir gösterge olacağını ifade etmektedir¹¹². Temel olarak bu yaklaşımın ardında, ekonomi teorisinin tam rekabetçi pazarda faaliyet gösteren bir teşebbüsün sermaye getirisinin sermaye maliyetine eşit olacağı varsayımı yatmaktadır (Grout ve Zalewska 2006, 7). Ancak, muhasebe verilerine dayanarak hesaplanan, kullanılan sermayenin getirisi ekonomik kârlılık ve tekel kârlarının varlığı hakkında çıkarımlar yapmaya izin vermemektedir (Fisher ve McGowan 1983, 90)¹¹³.

Yaklaşımın bu eksikliğini giderilmesi için, muhasebe verileriyle hesaplanan kullanılan sermayenin getirisi yerine, ekonomik getiri oranını

¹¹¹ Case 273 Vereniging Vrije Vogel v. KLM (8.11.2000), Case 906 Swart v. KLM (8.11.2000), Case 11 Shiva v KLM (8.10.2001) (Söz konusu kararlarda Hollandalı havayolu şirketi *KLM*'nin belli rotalarda aşırı fiyat uyguladığı iddiası değerlendirilmiş, ancak ihlal tespiti yapılmamıştır.)

¹¹² OFT (2004, 2.9-2.14) de, aşırı kârlılığın aşırı fiyatlamının bir göstergesi olacağını belirtmektedir.

¹¹³ Muhasebe kârlılığı zaman içinde belli bir noktadaki kârlılık oranlarını hesaplamak için muhasebe verilerini kullanırken ekonomik kârlılık nakit akışlarının net bugünkü değerini sıfıra eşitleyen iç getiri oranını kullanarak incelenen faaliyetin ekonomik ömrü boyunca kârlılığını ölçmektedir. Dolayısıyla muhasebe kârlılığını gösteren ölçütler ancak varlıkların değerini ölçmenin zor olduğu ve yatırılan sermayenin görece olarak az miktarda olduğu sektörlerde anlamlı sonuçlar verecektir. Bu nedenle özellikle yatırımın ve riskin büyük olduğu sektörlerde ekonomik kârlılığın ölçüt olarak kullanılması daha anlamlı sonuçlara ulaşılmasını sağlayacaktır (Mahendran, Niels ve van Dijk 2007, 452, 454).

yansıtan iç getiri oranının¹¹⁴ (*internal rate of return*) (Grout ve Zalewska 2006, 2) ya da döneme ilişkin iç getiri oranının¹¹⁵ (*truncated internal rate of return*) (O'Donoghue ve Padilla 2006, 630) kullanılması gerektiği yönünde görüşler ortaya çıkmıştır. Ancak sermaye getirisine ilişkin olarak kullanılan ölçüt ne olursa olsun, test çerçevesinde kullanılan değişkenlerin ölçümüne ve kabul edilebilir kârlılık düzeyinin tespitine ilişkin sorunlar nedeniyle, aşırı kârlılık yaklaşımı ile de aşırı fiyatlamaya ilişkin kesin bir değerlendirme yapılması mümkün görülmemektedir (Grout ve Zalewska 2006, 8-10)¹¹⁶.

3.2.2.2. Kanıtların Sayıca Fazlalığı Yaklaşımı

Tek bir kıstasın aşırı fiyatın tespiti bakımından güvenilir sonuçlar sağlayamayacağı endişesinden doğan *kanıtların sayıca fazlalığı* (*preponderance/predominance of evidence*) yaklaşımı, hâkim durumdaki bir teşebbüsün fiyatlama politikasının yasaya uygunluğunu değerlendirirken çeşitli maliyet, fiyat ve kârlılık kriterlerinin eş anlı olarak değerlendirilmesini esas almaktadır. Bu yaklaşım çerçevesinde, kullanılan tüm karşılaştırmaların aynı yönde sonuç vermesi halinde incelenen fiyat aşırı kabul edilmektedir (O'Donoghue ve Padilla 2006, 634).

OFT, *Napp* kararında¹¹⁷ değerlendirmelerini bu yaklaşım çerçevesinde yaparak, *Napp*'in tanımlanan her iki tüketici segmentindeki kâr marjlarını, *Napp*'in bu segmentlerdeki kâr marjlarıyla rakip teşebbüslerin kâr marjlarını, *Napp*'in bu segmentlerde uyguladığı fiyatlarla rakiplerinin fiyatlarını, *Napp*'in zaman içinde uyguladığı fiyatları, *Napp*'in İngiltere içine ve dışına satış fiyatlarını içeren karşılaştırmalar yapmış ve tüm karşılaştırmalar sonucunda¹¹⁸ *Napp*'in perakende segmentine uyguladığı fiyatların aşırı olduğuna karar vermiştir.

OFT'nin, aşırı fiyatlamamanın göstergesi olarak değerlendirdiği karşılaştırma sonuçları arasında büyük tutarsızlıklar vardır. Dolayısıyla

¹¹⁴ İç getiri oranı, yatırımın sağladığı nakit akışlarının net bugünkü değerini sifıra eşitleyen getiri oranıdır (Grout ve Zalewska 2006, 4).

¹¹⁵ Döneme ilişkin iç getiri oranı, varlıkların değerlendirmeye konu olan dönemin başındaki değerini dönem içindeki nakit akışlarının iskonto edilmiş değeri ile varlıkların değerlendirilen dönem sonundaki değerlerinin toplamına eşitleyen iskonto oranıdır (O'Donoghue ve Padilla 2006, 630).

¹¹⁶ Aşırı kârlılık yaklaşımının uygulanmasına yönelik ayrıntılı açıklamalar ve yaklaşıma yönelik eleştiriler için bkz. Hordijk (2001), Grout ve Zalewska (2006) ve Grout ve Zalewska (2008).

¹¹⁷ *Napp Pharmaceutical Holdings Limited* CA 98/2/2001, [2001] UK CLR 585 (Kararda bir ilaç üreticisi olan ve hastane segmenti ile perakende segmenti olmak üzere iki kanala satışı bulunan *Napp*'in, uzun salınımlı morfin ürünü için perakende segmentinde aşırı fiyat uyguladığı iddiası değerlendirilmiştir.)

¹¹⁸ Karşılaştırma sonuçları için bkz. Ek 1.

karşılaştırmaya konu unsurlar arasında tespit edilen ne orandaki bir farkın aşırı fiyatlamanın kanıtı olacağına yönelik belirsizlik giderilememiştir (Kon ve Turnbull 2003, 86). Bu nedenle, *Napp* kararında kullanılan bu yaklaşım, Evans ve Padilla (2004, 15) tarafından da eleştirilmiştir. Yazarlara göre, birden çok muğlâk test ile elde edilen sonuçlar tutarlı olsalar dahi, tek bir muğlâk test ile elde edilen sonuçlardan daha tatmin edici olamayacaktır. Dolayısıyla *Napp* kararında kullanılan yaklaşımın da Komisyon'un *Chiquita* kararında yaptığı karşılaştırmalardan daha az tartışmalı olmadığı söylenebilecektir.

3.2.2.3. Giriş Sonrası Fiyat Düşüşleri Yaklaşımı

Gilo ve Spiegel (2007, 4) tarafından ortaya konan bu yaklaşım çerçevesinde, aşırı fiyatlama davranışını tespit etmek için kullanılacak kriterlerden birinin de pazara yeni girişler olduktan sonra pazarda yerleşik teşebbüsün gerçekleştirdiği fiyat düşüşlerinin büyüklüğü olabileceği savunulmaktadır. Buna göre karşılaştırmaya konu iki dönem vardır. Birinci dönem yerleşik teşebbüsün tekel gibi davrandığı dönem, ikinci dönem ise söz konusu teşebbüsün pazara yeni giren bir teşebbüs nedeniyle rekabet ile karşı karşıya kaldığı dönemdir. Bu yaklaşımın benimsenmesi halinde, yerleşik teşebbüsün birinci dönemde uyguladığı fiyat düzeyini, ikinci dönemde pazara yeni girişe tepki olarak dikkate değer şekilde düşürmesi birinci dönemde aşırı fiyatlama yaptığına dair bir gösterge olarak kabul edilecektir.

Aşırı fiyatın tespitinde alternatif bir değerlendirme ölçütü sunan bu test kanımızca çeşitli bakımlardan eksiktir. İlk olarak pazara yeni girişlerin mümkün olduğu varsayımına dayanan bu yaklaşım genel olarak hâkim durumu yaratan ve hâkim durum tespitinde önemli olan pazara giriş engellerini bütünüyle yok saymaktadır. İkinci olarak pazar oyuncularının davranışlarını yapay olarak etkileme ihtimali bulunan bu testin uygulanması halinde aşırı fiyatın yasaklanması pazarın işleyişi bakımından bir takım engeller yaratabilecek ve dolaylı olarak tüketicilere zarar verebilecektir. Son olarak ise aşırı fiyatın tespitine yönelik diğer karşılaştırmalarda söz konusu olduğu üzere, dönemler arasında tespit edilen ne düzeyde bir fiyat farkının aşırı fiyatın göstergesi olacağı konusu belirsizliğini korumaktadır.

3.2.2.4. Yapısal Yaklaşım

Güney Afrika Rekabet Mahkemesi'nin başvurduğu bu yaklaşım çerçevesinde değerlendirme önceliği, teşebbüsün hâkim durumunu ne şekilde elde ettiği ve sürdürdüğü noktasındadır (Roberts 2008, 886)¹¹⁹. Güney Afrika

¹¹⁹ Çalışmanın bütününde AB ve üye ülke içtihatları incelenmekte olsa da yol gösterici olması bakımından Güney Afrika Rekabet Mahkemesi'nin uygulamasının da bu bölüm kapsamında

Rekabet Mahkemesi *Mittal* davasında¹²⁰ bu yaklaşım çerçevesinde hareket etmiş ve Komisyon'dan farklı olarak aşırı fiyata ilişkin değerlendirmesinde fiyat, maliyet ve kâr bilgilerini değil, sadece pazarın yapısını değerlendirmiştir. Mahkeme, teşebbüsün rekabeti kısıtlayıcı şekilde davranmasına olanak sağlayan belli pazar yapısının ve teşebbüsün rekabet karşıtı davranışlarının bileşimini aşırı fiyatlamamanın kanıtı olarak kabul etmiştir (Dobrevă ve diğeri 2007, 29):

*Fiyat ve ekonomik değer arasındaki ilişkiyi yargılamamız, fiyatı oluşturan pazar koşullarının değerlendirilmesine dayanmaktadır....eğer fiyat, pazar yapısının ve anlaşılabilir rekabet endişelerinin yokluğunu yansıtan davranışların bir ürünüye ekonomik değere kıyasla aşırı olacaktır, çünkü rekabetçi bir pazarda arz ve talebin serbestçe karşılaşması sonucunda belirlenmemiş olacaktır*¹²¹.

Yapısal yaklaşımın aslında bir ölçüde AB uygulamalarında da kullanıldığı söylenebilecektir. Şöyle ki; RA'nın 82(a) maddesi çerçevesinde hangi pazar koşullarında aşırı fiyatlama davranışının yasaklanması gerektiği konusunda bir belirleme yapılmamıştır. Ancak, Komisyon'un kararları incelendiğinde, rekabetçi pazarlarda aşırı fiyatlama davranışının kötüye kullanma olarak kabul edilerek cezalandırıldığı tek kararın *Chiquita* kararı olduğu görülmektedir. Diğer kararlar, özel hakların ya da aşılabilir pazara giriş engellerinin söz konusu olduğu pazarlar ile ilgilidir. Dolayısıyla aşırı fiyatlama davranışının gerçekleştiği pazarın yapısal özellikleri, hâkim durumdaki teşebbüsün fiyatlama davranışının değerlendirilmesini etkilemektedir. Nitekim literatürde de Komisyon'un RA'nın 82(a) maddesinin uygulamasından bütünüyle kaçınmayacağı ancak sınırlarının daraltılması ve müdahalenin yalnızca belli pazar yapılarıyla sınırlı tutulması gerektiği anlayışı benimsenmiştir¹²².

Sonuç olarak bir ürünün ya da hizmetin ekonomik değerinin tespit edilmesi ve buna bağlı olarak bir teşebbüsün o ürün ya da hizmetin ekonomik değerine kıyasla makul olmayan fiyatlar uygulamak suretiyle hâkim durumunu kötüye kullandığı sonucuna varılması kolay bir iş değildir ve pek çok tartışmayı beraberinde getirmektedir. Rekabet hukuku çerçevesinde aşırı fiyata müdahale edilmesine yönelik değerlendirmeleri büyük ölçüde şekillendiren bu tartışmalar izleyen bölümde ele alınmıştır.

değerlendirilmesi yerinde görülmüştür. 1998 yılında son halini alan Güney Afrika Rekabet Kanunu'nun 8(a) maddesinde hâkim durumda bulunan teşebbüsün tüketicilerin zararına olacak şekilde aşırı fiyat uygulaması kötüye kullanma olarak kabul edilmiş ve yasaklanmıştır.

¹²⁰ *Harmony v. Mittal* [2004] 13/CR/FEB04 (Kararda, Mittal'in yassı çelik ürünlerinin satışında müşterilerine aşırı fiyat uyguladığı iddiası değerlendirilmiştir.)

¹²¹ *Harmony v. Mittal*, para. 147.

¹²² Rekabet hukuku çerçevesinde aşırı fiyatlamaya müdahale edilebilecek pazar yapılarıyla ilgili tartışmalar 4.2. bölümde ayrıntılı olarak ele alınmıştır.

Bölüm 4

REKABET HUKUKU ÇERÇEVESİNDE AŞIRI FİYATLAMAYA MÜDAHALE

Çalışmanın önceki bölümlerinde açıklandığı üzere aşırı fiyatlama davranışı ABD rekabet hukuku çerçevesinde yasaklanmamakta, AB rekabet hukukunda ise RA'nın 82(a) maddesi çerçevesinde yasaklanmış olmakla birlikte, Komisyon aşırı fiyatlamaya müdahale etme konusunda isteksiz davranmaktadır. Her iki hukuk sisteminde de aşırı fiyatlamaya rekabet hukuku çerçevesinde müdahale edilmemesine yönelik bu eğilim, piyasa ekonomisi bakımından yüksek fiyatların olumlu etkileri ve rekabet otoritelerinin aşırı fiyatlamaya müdahale etmesindeki pratik zorluklar şeklinde sınıflandırılabilir sakıncalardan kaynaklanmaktadır. Bu sakıncalar nedeniyle AB uygulamalarında ve literatürde rekabet hukuku çerçevesinde aşırı fiyatlamaya müdahalenin belli pazar koşullarıyla sınırlanması gerektiği görüşü ağırlık kazanmıştır. Bu pazar koşullarının belirlenmesinin yanı sıra, aşırılığın tespitine ve önlenmesine yönelik belirsizlikler hem uygulayıcılar hem de teşebbüsler bakımından bir muğlaklık yaratmaktadır. Hukuki belirlilik ilkesinin esas olduğu hukuk düzenlerinde bu muğlaklığın giderilebilmesi önem kazanmaktadır. Bu nedenle aşırı fiyatlama davranışına rekabet hukuku çerçevesinde ne şekilde müdahale edileceği hususuna rekabet otoriteleri tarafından belirlilik kazandırılmasında ve benimsenen usulün ve koşulların kamuoyuna duyurulmasında yarar görülmektedir.

Çalışmanın bu bölümünde öncelikle rekabet hukuku kapsamında aşırı fiyatlamaya müdahale etmenin sakıncaları ortaya konacak, ardından bu sakıncalar nedeniyle müdahalenin belli pazar koşullarıyla sınırlandırılması gerektiği görüşü çerçevesinde bu koşulların ne olması gerektiği tartışmalarına yer verilecektir. Son olarak ise rekabet hukuku kapsamında aşırı fiyatlamaya müdahale politikasına ilişkin öneriler üzerinde durulacaktır. Bu öneriler, hukuki belirliliğin sağlanması bakımından aşırı fiyatlamaya ilişkin uygulama standartlarının belirlenmesini, aşırı fiyatlamamanın etkin şekilde önlenmesi

bakımından uygulanacak tedbirlerin belirlenmesini ve birtakım özel durumların varlığı halinde müdahale halini içermektedir.

4.1. AŞIRI FİYATLAMAYA MÜDAHALENİN SAKINCALARI

4.1.1. Yüksek Fiyatların Olumlu Etkilerinden Kaynaklanan Sakıncalar

4.1.1.1. Pazara Yeni Girişlerin Engellenmesi

Giriş engellerinin olmadığı pazarlar bakımından fiyatlar, pazarın kârlılığı hakkında bilgi veren sinyaller niteliğindedir. Dolayısıyla pazarda hâkim durumda olan teşebbüsün yüksek kâr elde etmesi, pazara girmeyi düşünen teşebbüsler bakımından olumlu bir sinyal olarak algılanacak ve yeni oyuncuları pazara çekecektir. Pazara yeni oyuncuların girmesi hâkim durumdaki teşebbüsün pazar gücünü azaltacak ve fiyatların düşmesini sağlayacaktır. Rekabetçi güçlerin etkin şekilde çalıştığı bu pazarlarda aşırı fiyatlama davranışı kendi kendini düzelten bir nitelik taşımaktadır (Motta ve Streel 2003, 108). Dolayısıyla pazar kendi haline bırakıldığında gerçekleşecek yeni girişler sayesinde fiyatların kendiliğinden rekabetçi düzeye düşmesi beklenmektedir.

Oysa rekabet otoritelerinin hâkim durumdaki teşebbüsün aşırı fiyatlama davranışına teşebbüsün kârını azaltacak biçimde müdahale etmesi, yukarıda açıklanan sürecin kesilmesi etkisini yaratacaktır. Bu etki nedeniyle fiyatlar sinyal işlevini yitirecek ve söz konusu pazardaki hâkim durumun süresini uzatabilecektir (Fletcher ve Jardine 2007, 2). Dolayısıyla fiyatları düşürdüğü için kısa dönemde yararlı olarak kabul edilebilecek bu müdahale, müdahale edilmemesi halinde gerçekleşecek girişleri engelleyerek uzun dönemde zararlı sonuçlara yol açabilecektir. Ayrıca rekabet hukuku çerçevesinde yapılacak müdahalenin sürekli olamayacağı da düşünüldüğünde, bu sakıncalar daha önemli hale gelecektir (Motta ve Streel 2007, 18).

Yüksek fiyatların pazara girişleri teşvik edeceği yönünde bu genel kabul gören düşünceye yönelik itirazlar da bulunmaktadır. Pazara giriş yapacak teşebbüsler bakımından giriş öncesi fiyatların değil, giriş sonrası fiyatların önemli olduğu savından hareket eden Ezrahi ve Gilo (2007, 8-25), yüksek fiyatların her durumda pazara yeni girişleri cazip hale getirmeyeceğini savunmaktadır. Yazarlara göre, giriş öncesi fiyatlar aşırı ise hâkim durumdaki teşebbüsün pazara girişlere ciddi fiyat düşüşleri ile tepki vermesi beklenir. Bu çerçevede pazara giriş yapmayı düşünen teşebbüs kendi etkinliği ile hâkim durumdaki teşebbüsün algıladığı etkinliğini görece olarak değerlendirmek suretiyle pazara girip girmemeye karar verir. Dolayısıyla giriş sonrası fiyatların düşük olacağı korkusu nedeniyle pazara girişler engellenebilir. Bu durumda da

aşırı fiyatların kendiliğinden düzelmesi beklenmemektedir. Tek başına yüksek fiyatların pazara girişleri çekeceğine yönelik diğer bir itiraz da Lyons (2007, 74) tarafından ileri sürülmüştür. Lyons'a göre hâkim durumdaki teşebbüsün, pazara yeni girecek teşebbüslerin faaliyetlerini dışlayıcı davranışlar yoluyla zorlaştırması bekleniyorsa, bu beklenen dışlayıcı etkiler de teşebbüslerin pazara girişlerini caydıracaktır.

Kanımızca pazarın orta ya da uzun vadede kendi kendini düzeltmesinin mümkün olduğu durumlarda rekabet otoritesinin görevi bu sürecin işleyişini sekteye uğratan müdahalelerde bulunmak değil, bu sürecin hızlanmasını sağlayacak tedbirler almak olmalıdır. Bir başka deyişle, yeni oyuncuların girişlerinin mümkün olduğu pazarlarda rekabet otoriteleri aşırı fiyatlamaya müdahaleden kaçınmalı, pazara girişlerin önündeki engelleri azaltmaya odaklanmalıdır.

4.1.1.2. Teşebbüslerin Yatırım ve İnovasyon Güdüsünün Azaltılması

Rekabet hukuku çerçevesinde aşırı fiyatlamaya müdahale edilmesi, teşebbüslerin fiyatlarına bir tavan belirlenmesiyle aynı etkilere sahip olacaktır (Ahlborn ve diğerleri 2006, 3). Hâkim durumdaki teşebbüslerin fiyatlarına tavan koyarak kârlarını sınırlandırmak teşebbüslerin yatırım güdülerine zarar verebilecektir. Çünkü yüksek fiyatlar ve kârlar genellikle firmanın çabaları, inovasyonları ve yatırımları için bir ödül olarak görülmektedir. Teşebbüsler, riskli yatırımları karşılığında yüksek getiri beklentisiyle yatırım ve inovasyon yaparlar. Bu nedenle, aşırı fiyatlamaya müdahale etme politikasını benimsemiş bir rekabet otoritesinin müdahaleleri ardıl olsa da bu politikanın beklenen getirileri düşürmek ve ekonominin bütününde firmaların yatırımlarına engel olmak gibi önemli negatif öncül etkileri olabilecektir (Motta ve Streel 2007, 18). Nitekim Komisyon'un 82. maddenin gözden geçirilmesine ilişkin Tartışma Metni'nde¹²³ de bu husus özellikle vurgulanmıştır:

...yatırım ve inovasyon güdülerini sürdürülebilmek amacıyla, hâkim durumdaki teşebbüsün yatırımlarının değerli sonuçlarını kendi lehine kullanması gereksiz yere sınırlandırılmamalıdır. Bu sebeplerden dolayı, hâkim durumdaki teşebbüs başarılı projelerinin karşılığını, yatırım güdüsünü sürdürmeye yetecek düzeyde ve başarısız projelerin riskini hesaba katacak şekilde alabilmelidir¹²⁴.

Rekabet hukuku çerçevesinde fiyat kontrolünün teşebbüslerin yatırım yapma, risk üstlenme ve inovasyon güdülerini azaltması ihtimali nedeniyle müdahale edilmemesi gerektiğini savunan görüşe karşı itirazlar da vardır. Komisyon yetkilisi Paulis (2007, 4), önemli finansal getiriler sağlamak

¹²³ DG Competition Discussion Paper on the application of Article 82 to exclusionary abuses.

¹²⁴ A.g.k., para. 235.

umuduyla daha fazla risk üstlenildiğinin ve yatırım yapıldığının kabulü altında dahi hâkim durumdaki teşebbüslere bu güdüleri vermenin tek ya da en uygun yolunun rekabet otoriteleri bakımından herhangi bir müdahale ihtimali ile karşı karşıya olmaksızın tekelci kârlar elde etmelerine izin vermek olduğu görüşüne karşıdır. Paulis'in bu itirazının arkasında RA'nın 82. maddesinin ve benzeri rekabet hukuku düzenlemelerinin 'bütün tekel kârları iyi değildir' mantığıyla getirildiği anlayışı yatmaktadır. Paulis bu düşüncesini şu şekilde ifade etmektedir:

...Bu savı uç noktaya götürürsek, dışlayıcı kötüye kullanmalara müdahaleyi açıklamak da zor olacaktır. Çünkü hâkim durumdaki teşebbüslerin diğerlerini dışlama ihtimalini sınırlandırmak muhtemelen kârlarını düşürecek ve bu mantığa göre, bu sınırlamanın risk alma ve inovasyon üzerinde negatif etkileri olacaktır.

Bu anlayış çerçevesinde, hangi tekel kârlarının iyi olduğunu belirleme görevi rekabet otoritelerine düşmektedir. Ancak aşağıda açıklanacağı üzere rekabet otoritelerine böyle bir takdir alanı bırakılması yanlış karar verme riskini beraberinde getirecektir. Rekabet otoritelerinin yanlış kararlara dayanan müdahalesi kısa dönemde fiyat düşüşleri sağlayacak olsa da uzun dönemde yatırımları ve inovasyonu azaltarak tüketicilere zarar verecektir. Bu nedenle, kanımızca, ekonomik büyüme ve gelişmenin temeli olarak görülen dinamik etkinliğe zarar verme ihtimali nedeniyle yatırımın ve inovasyonun önemli yer tuttuğu sektörlerde aşırı fiyatlamaya müdahaleden kaçınılması daha doğru bir yaklaşım olacaktır.

4.1.2. Rekabet Otoritelerinin Karşılaştığı Pratik Zorluklar

4.1.2.1. Aşırı Fiyatın Tespit Edilmesi ve Hata Riski

Çalışmanın üçüncü bölümünde detaylı olarak yer verildiği üzere rekabet otoritelerinin aşırı fiyatın tespiti için kullandıkları yöntemlerin hiç biri kesin sonuçlar vermemektedir. Aşırı fiyatın tespiti amacıyla kullanılacak maliyetlerin hesaplanması, makul kâr marjının ve kıyaslama kriterinin tespiti gibi hususlar tartışmaya açıktır. Bu nedenle aşırı fiyatın tespiti için kullanılan yöntemlerin hepsi ancak gösterge niteliğinde sonuçlar meydana getirecektir. Bu durum da rekabet otoritelerinin yanlış karar verme riskini doğurmaktadır.

Anılan risk, rekabet hukuku çerçevesinde aşırı fiyatlamaya müdahale edilmesi halinde rekabet otoritelerini hatalı müdahale/hatalı suçlama (*false positives/false conviction*) veya müdahaleden hatalı kaçınma/hatalı aklama (*false negatives/false acquittals*) ile karşı karşıya bırakacaktır¹²⁵. Hatalı müdahale

¹²⁵ Karar teorisi terminolojisinde hatalı suçlama 'tip I hatalar' (*type I errors*), hatalı aklama ise 'tip II hatalar' (*type II errors*) olarak anılmaktadır (Evans ve Padilla 2004, 22-23).

durumunda rekabetçi düzeydeki fiyatların aşırı bulunarak yaptırıma tabi tutulması ve yasaklanması söz konusu olabileceken, müdahaleden hatalı kaçınma durumunda tersine rekabetçi düzeyin üzerindeki fiyatlar rekabet otoritesinin müdahalesine tabi olmaksızın uygulanmaya devam edebilecektir (Evans ve Padilla 2004, 22). Her iki durum da tüketiciler bakımından çeşitli maliyetlere neden olmaktadır. Hatalı müdahale pazarın kendi kendine düzelebilecek olması ve müdahale neticesinde düşük yatırım ve inovasyon anlamında dinamik etkinsizliğe yol açacak olması nedeniyle görece olarak daha yüksek bir maliyet ortaya çıkarırken, müdahaleden hatalı kaçınma dağılımda etkinsizliğe yol açabilecek olması nedeniyle görece olarak daha düşük bir maliyet ortaya çıkaracaktır (Motta ve Streel 2007, 20-21)¹²⁶. Bu nedenle, aşırı fiyatlamaya yönelik politika belirlenmesinde, rekabet otoritelerinin hataların ortaya çıkma olasılığını ve yaratacakları maliyeti birlikte değerlendirerek en uygun kararı vermeleri gerekmektedir.

4.1.2.2. Yaptırım ve Tedbir Uygulanması

İhlal tespit edilen aşırı fiyatlama dosyalarında alışılmış yaptırım, teşebbüslere idari para cezaları uygulanması ve fiyatların sömürücü olmayan düzeye indirilmesine yönelik davranışsal tedbirler uygulanmasıdır. Komisyon aşırı fiyatlama nedeniyle RA'nın 82. maddesinin ihlal edildiğini tespit ettiği *General Motors, Chiquita, British Leyland* kararlarında idari para cezasına hükmetmiş olmasının yanı sıra, sırasıyla fiyatların fiili maliyetlerin sekiz katı olacak düzeye kadar, %15 oranında ve %66 oranında düşürülmesine karar vermiştir^{127 128}.

Aşırılığın giderilmesine yönelik olarak davranışsal tedbirlere başvurmak bir nevi teşebbüslerin fiyatlarının rekabet otoriteleri tarafından düzenlenmesi anlamına gelmektedir. Böyle bir düzenlemeye gitmek üç açıdan sorun teşkil etmektedir. İlki, teşebbüslere getirilecek fiyat tavanının tespit edilmesinin adil fiyatın belirlenmesine benzer zorluklar içermesidir. Nitekim Green (2003, 80-81), "*Makul ve kötüye kullanma niteliğinde olmadığı söylenebilecek marjı tam bir kesinlikle belirleyebilmek zor bir iştir.*" diyerek bu şekilde bir tedbire başvurmanın zorluğunun altını çizmiştir. Komisyon da aşırı fiyatlamının varlığına hükmettiği *ITT Promedia*¹²⁹ ve *Deutsche Telekom*¹³⁰ kararlarında adil

¹²⁶ Aşırı fiyatlama dosyalarında ortaya çıkabilecek hata maliyetleri için bkz. Ek 2.

¹²⁷ Bu noktada dikkat çekilmesi gereken bir husus, söz konusu kararlarda tespit edilen aşırılıklar ile talep edilen fiyat düşüşlerinin orantılı olmamasıdır (Bkz. Ek-1). Komisyon, gerekçeli kararlarında istenen fiyat düşüşünün neye göre belirlendiğine dair bir açıklamada bulunmamıştır.

¹²⁸ Komisyon, aşırı fiyatlama ihlali tespit ettiği en yakın tarihli karar olan *Deutsche Post* kararında ise teşebbüse "*ihlalin sona erdirilmesi*" yükümlülüğü getirmek ile yetinmiştir.

¹²⁹ Bkz. dn. 88.

¹³⁰ XXVIIth Report on Competition Policy (1997), para. 77.

fiyat tespitinden kaçınmış, aşırı fiyatlamaya dair bulgularını teşebbüslere iletikten sonra teşebbüslerin sırasıyla uyguladığı %90 ve %38-%78 oranındaki fiyat düşüşlerini yeterli görerek dosyaları kapatmıştır.

İkinci sorun ise rekabet otoritelerinin fiyat düzenlemesi için uygun kurumlar olmamasından kaynaklanmaktadır. Bu sorun özellikle fiyat düzenlemesinin uygulanmasında kendini gösterir. Rekabet otoritelerinin aşırı fiyatlamaya yönelik müdahaleleri bir defalıktır. Ancak hâkim durumdaki teşebbüsün fiyatlarına yapılan bir defaya mahsus müdahale pazar koşullarının sürekli değişmesi ve hâkim teşebbüsün fiyatlarını değişen koşullara göre ayarlaması nedeniyle sorunu çözmeyecek, aksine girişleri caydırdığı ölçüde durumu daha kötü hale getirerek kalıcı kılacaktır. Dolayısıyla rekabet otoritesi ya bir defalık müdahale sonucunda kenara çekilerek yaptığı müdahalenin etkin olmadığını görecektir ya da bu sorunu aşmak üzere sektörü izlemeye devam ederek kendini bir sektör düzenleyici kuruma dönüştürecek ve önemli kaynaklarını bu işe tahsis edecektir (Motta ve Streel 2007, 19-20). Oysa rekabet otoriteleri fiyat düzenleyici olarak hareket edebilmek ve bunun beraberinde getirdiği sürekli izleme ve uyum gerekliliklerini karşılamak bakımından yeterli donanımına sahip değildir (Gual ve diğerleri 2005, 11).

Üçüncü olarak fiyat düzenlemesi teşebbüslerin rekabet etme, yatırım yapma ve ar-ge güdülerini azaltarak nihai olarak tüketici refahına zarar verebilecektir (Fletcher ve Jardine 2007, 4). Carlton ve Perloff (1994, 850), piyasadaki refah düzeyini artırması beklenen düzenlemelerin, çoğu zaman ideal olan şekilde uygulanamayacağını belirterek, hatalı düzenlemelerin pazardaki etkisizlikleri artırması ihtimali üzerinde durmuştur. Sektör hakkında detaylı bilgi sahibi olan uzman sektörel düzenleyici kurumlar tarafından uygulandığında dahi kaçınılmaz olan bu zararlar, sektör ayrımı gözetilmeksizin genel yetkilerle donatılmış rekabet otoritelerinin müdahalesi halinde daha ciddi bir şekilde ortaya çıkacaktır (O'Donoghue ve Padilla 2006, 627).

4.2. AŞIRI FİYATLAMAYA MÜDAHALE EDİLEBİLECEK PAZAR KOŞULLARI

Yukarıda yer verilen tüm bu sakıncalar nedeniyle aşırı fiyatlama davranışına sadece istisnai koşullarda müdahale edilebileceği görüşü genel olarak benimsenmiş olmakla birlikte, literatürde bu koşulların ne olması gerektiğine ilişkin tartışmalar devam etmektedir. Bazı akademisyenler rekabet hukuku çerçevesinde aşırı fiyatlamaya müdahale edilmesi bakımından sınırlı bir yaklaşım benimserken, bazıları ise daha müdahaleci bir tutum sergilemektedir.

Evans ve Padilla (2004, 29) esas olarak rekabet hukuku çerçevesinde tüm fiyatlama davranışlarının yasal kabul edilerek müdahale edilmemesi

gerektiğini savunurken¹³¹ rekabet otoritelerinin istisnai hallerde müdahaleyi tercih etmesi durumunda dahi müdahalenin şu üç koşulun birlikte sağlandığı haller ile sınırlandırılması gerektiğini savunmaktadır:

- i) teşebbüsün pazarda geçmiş yatırımların veya inovasyonların sonucu olmayan ve aşılmaz yasal giriş engelleriyle korunan tekel ya da tekele yakın¹³² (*near monopoly*) konumda bulunması,
- ii) teşebbüsün uyguladığı fiyatların ortalama toplam maliyetleri büyük ölçüde aşması,
- iii) bu fiyatların komşu pazarlarda yeni mal ve hizmetlerin ortaya çıkmasını engelleme riski bulunması.

Aşırı fiyatlamaya müdahaleye ilişkin en katı yaklaşımın savunucuları olan Evans ve Padilla'nın önerdiği pazar koşulları, sömürücü nitelikteki aşırı fiyatlamayı bütünüyle rekabet hukuku müdahale alanının dışına çıkarmasıyla diğer önerilerden açık bir şekilde ayrılmaktadır. Yazarların önerdiği son koşul çerçevesinde, aşırı fiyatlamaya ancak komşu pazarlara girişlerin engellendiği hallerde müdahale edilebilecektir. Bu durum ise, hâkim durumdaki teşebbüsün komşu pazarlara ya da alt pazara erişimi kontrol etmesini sağlayacak ve bu yan pazarlara girişi veya bu pazarlarda büyümeyi önleyecek zorunlu bir mal ya da hizmet için aşırı fiyat uygulanması halinde ortaya çıkacaktır (Green 2003, 79).

Motta ve Streel (2003, 109-112) ise ancak, ilk ikisi pazar gücünün düzeyi ve kaynağı ile, diğer ikisi sektörün kurumsal dizaynı ile ilgili olmak üzere, dört koşulun bir arada bulunması halinde aşırı fiyatlamaya rekabet hukuku çerçevesinde müdahale edilmesinin haklı görülebileceği görüşündedir. Bu koşullar;

- i) tekele ya da tekele yakın bir duruma yol açan yüksek ve geçici olmayan pazara giriş engellerinin varlığı,
- ii) tekel ya da tekele yakın durumun halihazırda mevcut olan ya da geçmişteki münhasır ya da özel haklardan ileri gelmesi,
- iii) rekabet otoritesinin giriş engellerini ortadan kaldırmasının etkili bir yolu olmaması,
- iv) sektöre özgü bir düzenleyici kurumun bulunmamasıdır.

Motta ve Streel (2007, 23), Evans ve Padilla'dan farklı olarak, belli koşulların varlığı halinde dışlayıcı olmayan aşırı fiyatlamaya müdahale edilebileceği görüşündedir. Bu eğilimin temel nedeni, yüksek ve uzun süreli

¹³¹ Bkz. 4.3.1. Bölüm.

¹³² Tekele yakın hâkim durum kavramı için tekel benzeri (*quasi-monopoly*) ve süper hâkim durum (*super-dominance*) kavramları da kullanılmaktadır.

giriş engelleri olan pazarlarda hâkim durumdaki teşebbüsün pazardaki konumunun yeni girişlerle zorlanmasının mümkün olmaması ve bu nedenle bu tip pazarlarda aşırı fiyatlamaya müdahale edilmesine karşı itirazların anlamını kaybetmiş olmasıdır. Ancak burada dikkat çekilmesi gereken husus Motta ve Streel'in de, Evans ve Padilla gibi, klasik anlamda hâkim durumda bulunmayı aşırı fiyatlamaya müdahale için yeterli görmemeleri ve teşebbüslerin tekele yakın bir konumda bulunmasını aramalarıdır¹³³.

Motta ve Streel (2007, 24), tek el ya da tekele yakın konumdaki teşebbüslerin pazar gücünün kaynağına da özel bir önem vermekte ve önerdikleri ikinci koşul ile bu pazar gücünün teşebbüsün geçmişteki yatırımlarına ve inovasyona dayandığı durumların rekabet otoritelerinin müdahale alanı dışında tutulması gerektiğini savunmaktadır. Bu çerçevede teşebbüslerin sahip olduğu pazar gücünün çabaya, iş aklına ve riskli yatırımlara dayanması durumunda teşebbüslerin fiyatlama davranışlarına müdahale edilmezken, mevcut ya da geçmiş bir korumaya, yasal engellere bağlı olması veya cezalandırılmamış geçmiş dışlayıcı davranışların sonucu¹³⁴ olması halinde rekabet hukuku çerçevesinde müdahale edilebilecektir.

Aşırı fiyatlamaya rekabet hukuku çerçevesinde fiyat düzenlemesi ile müdahaleyi son çare olarak gören Motta ve Streel (2003, 111) önerdikleri son iki koşul ile yapısal tedbirlerle müdahale imkânının ve düzenleyici hukukun varlığı halinde aşırı fiyatlamaya rekabet hukuku çerçevesinde müdahale edilmemesi gerektiğini savunmaktadır.

Röller (2007, 11) ise, ancak aşağıda yer verilen koşulların bir arada bulunması halinde rekabet hukuku çerçevesinde aşırı fiyata müdahale edilebileceğini savunmaktadır:

- i) önemli pazara giriş engellerinin varlığı,
- ii) pazarın kendi kendini düzeltmesinin mümkün olmaması,
- iii) bir (yapısal) tedbirin uygulanma olanağı bulunmaması,
- iv) sektöre özgü düzenleyici bir otoritenin olmaması veya bir düzenleme başarısızlığının olması,

¹³³ Motta ve Streel (2007, 42), bu koşulun sağlanması için %80 oranında bir pazar payı eşliğinin belirlenebileceği görüşündedir.

¹³⁴ Motta ve Streel'in bu koşulları ortaya koydukları 2003 tarihli makalelerinde yer almayan aşırı fiyatlamanın geçmişteki cezalandırılmamış dışlayıcı davranışların sonucu olması hali, 2007 yılında yayımlanan makalelerinde açıkça ortaya konmuştur.

- v) hâkim durumun dışlayıcı kötüye kullanmalar ya da hükümet müdahaleleri sonucunda ortaya çıkmış olması¹³⁵ (*gap cases*) veya hâkim durumdaki teşebbüslerin rekabet otoritelerinin müdahaleden hatalı olarak kaçınması nedeniyle aşırı fiyatlamaya imkanı bulmaları¹³⁶ (*mistake cases*).

Rölller tarafından öne sürülen bu koşullar, müdahale için tekel veya tekele yakın durumun varlığının aranması haricinde Motta ve Streeel'in yaklaşımı ile paraleldir. Ayrıca, Motta ve Streeel, rekabet hukuku müdahalesini dışarıda bırakmak için sektöre özgü bir düzenleyici kurumun varlığını yeterli görürken, Röller'in düzenleme başarısızlığı olması halinde rekabet hukuku müdahalesine açık bir kapı bıraktığı söylenebilecektir.

Müdahaleci bir tavır sergilediği söylenebilecek olan Paulis (2007, 6) ise, pazarda yüksek ve uzun süreli giriş ve büyüme engellerinin varlığını rekabet otoritelerinin müdahalesi için yeterli görerek müdahaleye daha açık bir alan tanımlamıştır. Paulis'in bu düşüncesinin arkasında; bu çeşit engellerin olması halinde hâkim teşebbüsün konumunun öngörülebilir bir gelecekte değişmeyeceği, engellerin kaynağına ilişkin bir ayrıma gidilmesinin pazarda ortaya çıkan sonucu etkilemeyeceği, sektöre özgü düzenlemenin varlığı halinde dahi Komisyon'un rekabet hukuku çerçevesinde müdahale etmeyi tercih ettiği, aşırı fiyatlamaya müdahalenin sadece dışlayıcı aşırı fiyat ile sınırlandırılmayacağı gibi unsurlar yer almaktadır.

Literatürde aşırı fiyatlamaya müdahaleye ilişkin olarak üzerinde uzlaşmaya varılan ilk pazar koşulu yüksek giriş engellerinin varlığıdır¹³⁷. Ortaya konan diğer koşullar ise rekabet hukukunun ne kadar müdahaleci olması gerektiğine yönelik tutumla paralel olarak değişmektedir. Kanımızca da eğer

¹³⁵ Röller (2007, 9), bu durumu rekabet hukukunun uygulanmasındaki bir boşluk olarak değerlendirmektedir. Çünkü RA'nın 82. maddesi ancak hâlihazırda hâkim durumda bulunan teşebbüslere uygulanabilmektedir. Dolayısıyla hâkim durumunu dışlayıcı davranışlar yoluyla elde eden teşebbüslerin bu dışlayıcı davranışlarına 82. madde çerçevesinde müdahale edilememektedir. Oysa hâkim durum ancak hakkaniyetli rekabet ile elde edildiğinde tüketicilere fayda sağlayabilecektir. Hükümet müdahaleleri sonucunda hâkim durumun elde edilmesi de bu boşluklardan biri olarak değerlendirilmektedir (Rölller 2007, 11).

¹³⁶ Dışlayıcı kötüye kullanmaların rekabet otoriteleri tarafından tespiti, hâkim durumdaki teşebbüslerin davranışlarının muhtemel etkilerine bağlıdır. Bu durumun yarattığı belirsizlik, rekabet otoritelerinin yanlış karar almalarına neden olabilecektir. Müdahaleden hatalı kaçınma şeklinde ortaya çıkabilecek bu hataların sonuçlarının önüne geçmek için, sömürücü kötüye kullanmalara müdahale edilmesi bir telafi mekanizması olarak görülebilecektir (Rölller 2007, 10). Nitekim Röller (2007, 12) de bütünlüğün sağlanması için, diğer koşullarla birlikte, müdahaleden kaçınma hallerinin varlığı durumunda aşırı fiyatlamaya rekabet otoritelerince müdahale edilmesini gerekli görmüştür.

¹³⁷ OFT (2004), bir fiyat düzeyini "rekabetçi bir pazarda olabilecek düzeyin üzerindeyse ve makul bir dönemde yüksek kârların başarılı girişleri tetikleyemeyeceği açıksa" aşırı kabul ederek piyasaya giriş engellerine vurgu yapmıştır.

aşırı fiyat rekabet hukuku düzenlemeleri çerçevesinde yasaklanacaksa da uygulayıcılar müdahalenin sınırlarını, müdahaleden kaynaklanan sakıncaları asgari düzeye indirecek şekilde çizmelidir. Bu sınırların çizilmesi bakımından en anlamlı kriterler ise yukarıda açıklandığı üzere pazar koşullarına dayanan kriterlerdir.

4.3. REKABET HUKUKU ÇERÇEVESİNDE AŞIRI FİYATLAMAYA MÜDAHALEYE İLİŞKİN ÖNERİLER

Yukarıda yer verilen tartışmaların açıkça ortaya koyduğu üzere, hâkim durumdaki teşebbüslerin aşırı fiyatlamaya davranışlarına müdahale edilecek pazar koşullarına, uygulama standartlarına ve müdahale biçimine ilişkin bir uzlaşma söz konusu değildir. Ancak teşebbüslere yasal belirlilik sağlamak bakımından rekabet otoritelerinin aşırı fiyatlamaya davranışına yaklaşımlarını belirlemeleri ve kamuoyuna bildirmeleri gerekmektedir. Rekabet otoritelerinin benimseneceği yaklaşım, hatalı müdahalenin ve müdahaleden hatalı kaçınmanın maliyetini ve gerçekleşme olasılığını minimum kılacak şekilde olmalıdır. Bu çerçevede, bu başlık altında rekabet otoritesi tarafından benimsenebilecek uygulama standartlarına ve aşırı fiyatlamaya önlenmesine yönelik tedbir önerilerine yer verilecektir.

4.3.1. Uygulama Standartlarının Belirlenmesi

Aşırı fiyatın tespit edilmesine yönelik etkin ve objektif bir yöntem bulunmaması ve rekabet otoritelerinin karşı karşıya olduğu hata riskleri nedeniyle, teşebbüslere yasal belirlilik sağlamak bakımından rekabet otoriteleri aşırı fiyatlamaya müdahale koşullarına ilişkin standartlar tayin etmek durumundadır. Evans ve Padilla (2004, 26) bu konuyla ilgili olarak dört farklı uygulama standardı önermektedir:

- *Per se Yasallık Standardı*: Bu standart çerçevesinde teşebbüslerin hiçbir fiyatlamaya davranışı haksız ya da aşırı fiyatlamaya olarak değerlendirilmemektedir. ABD'nin aşırı fiyatlamaya ilişkin olarak benimsediği yaklaşımın *per se yasallık standardı* olduğunu söylemek mümkündür.

- *Per se Yasaya Aykırılık Standardı*: Bu standartta fiyatın maliyete eşit olması öngörülmektedir. Yazarlar standart uygulanırken hangi maliyetin esas alınacağına ilişkin açık bir tanımlama yapmamış olmakla birlikte genel yaklaşımları çerçevesinde ortalama toplam maliyeti esas kabul ettiklerini söylemek mümkündür.

- *Değiştirilmiş Per se Yasaya Aykırılık Standardı*: Maliyet artı yaklaşımını esas alan bu standart çerçevesinde, fiyatlar ortalama toplam maliyetin belli bir oranda (%X) üzerindeyse yasaya aykırı kabul edilmektedir¹³⁸.

- *Yapısal Rule of Reason Standardı*: Bu standart rekabet otoritelerinin giriş engellerinin yüksek olduğu, yatırım ve inovasyon güdülerinin rol oynamadığı veya çok az rol oynadığı pazarlara odaklanabilmesi için bir ilk izleme öngörmektedir. Pazarın gelecekteki gelişimini şekillendirmede yatırımın ve inovasyonun rolünü araştırmayı içeren bu izleme, pazar payları ve giriş engelleri gibi yapısal unsurlara dayanan klasik hâkim durum analizinden daha katıdır. Bu standart çerçevesinde ikinci aşamada ise *değiştirilmiş per se yasaya aykırılık standardında* olduğu gibi bir fiyat-maliyet karşılaştırması söz konusu olmaktadır. Son aşamada ise yüksek fiyatlar sonucu pazarda oluşacak refah kaybı ile yüksek fiyatların tetiklediği dinamik etkinlik arasında bir değerlendirme yapılarak aşırı fiyatlamaya müdahale edilip edilmemesi gerektiğine karar verilir.

Rekabet otoriteleri bu standartlar arasında bir tercihte bulunurken karşı karşıya kalacağı hata ihtimalini ve muhtemel hatanın maliyetini değerlendirmelidir. Standartların karşılaştırılmasında değerlendirilmesi gereken bir diğer unsur da seçilen standardı uygulamanın rekabet otoritesine yükleyeceği idari maliyetlerdir (Evans ve Padilla 2004, 27).

İdari maliyetleri ortadan kaldıran *per se yasallık standardının* uygulanması, hiçbir zaman hatalı müdahaleye yol açmamakla birlikte, özellikle giriş engellerinin yüksek olduğu sektörler bakımından müdahaleden hatalı kaçınma ile sonuçlanabilecektir (Evans ve Padilla 2004, 27).

Yapısal rule of reason standardı, hata maliyetleri bakımından *değiştirilmiş per se yasaya aykırılık standardına* göre daha üstündür. Çünkü öngörülen ilk izleme, müdahalenin kapsamını hatalı müdahalenin olasılığının ve maliyetinin düşük olduğu pazarlarla sınırlandırmaktadır. *Yapısal rule of reason standardı* çerçevesinde yapılacak analizin ikinci ve üçüncü aşamaları temelde *değiştirilmiş per se yasaya aykırılık standardı* ile aynı olsa da *değiştirilmiş per se yasaya aykırılık standardı* çok daha maliyetli hatalara neden olmaktadır¹³⁹. *Yapısal rule of reason standardının* uygulanmasının neden olacağı hataların olasılığı ve maliyeti, analizin ikinci aşamasında uygulanacak fiyat-maliyet testinin formülasyonuna bağlı olacaktır. Bir başka deyişle kabul edilebilir kâr

¹³⁸ Fiyatın ortalama toplam maliyete eşit olmasının beklendiği *per se yasaya aykırılık standardında* (%X) ile ifade edilen kâr oranı sıfırdır. Oysa *değiştirilmiş per se yasaya aykırılık standardında* fiyatın ortalama toplam maliyetin belli bir oranda üstünde olmasına izin verilmektedir.

¹³⁹ *Per se yasaya aykırılık standardının* uygulanması halinde maliyetsiz müdahaleden hatalı kaçınma olasılığı minimize edilmekle birlikte yüksek maliyetli hatalı müdahale olasılığı maksimize edilmektedir. Dolayısıyla bu standardın ideal olmadığı açıktır.

oranının ne olarak seçildiği ile fiyat ve maliyet kavramlarının ne şekilde tanımlandığı hata olasılığı ve maliyeti bakımından belirleyici olacaktır. Ancak daha önce de belirtildiği gibi ekonomi teorisi ve içtihatlar bu konuda yol gösterici değildir. Dolayısıyla uygulanacak standartlar arasında yapılacak tercihte rekabet otoritelerinin rekabetçi olan ve rekabetçi fiyatın üzerindeki fiyatları ayırabilme yeteneği de uygulanacak standardın seçilmesinde göz önünde bulundurulmalıdır.

Rekabet otoritelerinin ve ekonomistlerin uygulamada adil ve haksız fiyatları ayırma yeteneği oldukça düşüktür. Bunun yanı sıra maliyetin üzerinde fiyatlama da teşebbüslerin sabit maliyetlerini karşılamaları, yeni yatırımlarını finanse etmeleri ve inovasyona devam etmeleri bakımından etkinlik doğurucu olabilecektir. Ayrıca, teşebbüslerin rekabetçi kârların üzerindeki kârlarını sürdürme yeteneklerinin çoğunlukla yeni giriş ihtimalleriyle sınırlandırılması da bu etkinlik çerçevesinde değerlendirilebilir. Bu durumda tüm fiyatları yasal kabul etmek, birkaç refah azaltıcı fiyatlama stratejisini yakalamak için pek çok etkinlik doğurucu fiyatlama stratejisini yasaklama riskini almaktan daha tercih edilir olacaktır (Evans ve Padilla 2004, 28). *Per se yasallık standardını* ön plana çıkaran bu yaklaşım aşağıdaki tabloda özetlenmiştir:

Tablo 1- Uygulama Standardının Seçimi

		Rekabet Otoritesi Refah Artıran ve Refah Azaltan Fiyatları Doğru Olarak Ayırabilir mi?	
Maliyetin üzerinde fiyatlama genelde etkin olmayan sonuçlara yol açar mı?		Evet	Hayır
	Hayır	Yapısal Rule of Reason	Per se Yasallık
	Evet	Değiştirilmiş per se Yasallık	Per se Yasaya Aykırılık

Kaynak: Evans ve Padilla (2004, 29)

Özetle, tüm aşırı fiyatlama dosyaları bakımından *per se yasallık standardının* uygulanmasının avantajı, bu standardın mevzuatın uygulanmasını büyük ölçüde kolaylaştırarak idare maliyetlerini düşürmesi, teşebbüslere daha belirli bir yasal ortamın sağlanması ve rekabet otoritelerinin daha ağır diğer ihlallere odaklanmasına olanak sağlamasıdır (Evans ve Padilla 2004, 29). Katsoulacos (2006, 1) da AB'de RA'nın 82. maddesinin gözden geçirme çalışmaları çerçevesinde dışlayıcı kötüye kullanmalar bakımından benimsenen ekonomi temelli yaklaşımın sömürücü kötüye kullanmalar bakımından da benimsenmesi halinde uygulanacak en uygun standardın *per se yasallık standardı* olduğunu ifade etmiştir.

Kanımızca da yüksek fiyatların piyasa mekanizmasının işleyişine ve dinamik etkinliğin sağlanmasına yönelik olumlu etkileri ile rekabet otoritelerinin aşırı fiyatı objektif biçimde tespit edemeyecek ve etkin biçimde önleyemeyecek olmaları bir arada değerlendirdiğinde, aşırı fiyatlama davranışının herhangi bir istisnai duruma yer bırakılmaksızın, bütünüyle yasal kabul edilmesi en objektif ve etkin uygulama standardı olacaktır. Böyle bir standart benimsenmesi halinde hem teşebbüsler bakımından belirlilik sağlanmış olacak hem de rekabet otoritelerine gerçekleştirmeleri mümkün olmayan bir görev yüklenmemiş olacaktır.

4.3.2. Tedbir Tasarlanması

Aşırı fiyatlamaya rekabet hukuku çerçevesinde müdahale edilmesine ilişkin en önemli sorunlardan biri de tedbir tasarlanmasıdır. Yukarıda da belirtildiği üzere teşebbüslerin aşırı fiyatlamayı durdurmalarına yönelik tedbirler kısa dönemde fiyatları baskılamakla birlikte gelecek dönemler bakımından yeterli etkinliği sağlamamaktadır (Forrester 2007, 5). Aşırı fiyatlama davranışını ortadan kaldırmaya yönelik olarak en çok kullanılan tedbir çeşidi, fiyat düzenlemesidir. Bununla birlikte, bu tedbir etkin sonuçlar ortaya çıkaramamakta, aksine rekabet otoritelerinin kaynak israfına ve pazar dinamikleri bakımından çeşitli olumsuz etkilere yol açabilmektedir. Bu olumsuzlukları gidermek için genel olarak literatürde (Fletcher ve Jardine 2007, 1; Motta ve Streel 2007, 40-41; O'Donoghue ve Padilla 2006, 628; Lyons 2007, 77; EAGCP s.11, Siragusa 2007, 2) kabul gören öneri, rekabet otoritelerinin fiyat düzenlemesine gitmek yerine aşırı fiyatlamanın nedenine inmesi ve teşebbüslerin aşırı fiyatlama davranışına olanak sağlayan pazar koşullarını değiştirmeye yönelik tedbirler almasıdır.

Aşırı fiyatlama davranışı yerleşik teşebbüsün geçmişteki güçlü pazar gücüne ve tüketici ataletine, stratejik giriş engellerine veya yapısal giriş engellerine bağlı olarak ortaya çıkabilir (Motta ve Streel 2007, 40-41). Özellikle yeni serbestleştirilmiş sektörlerde, alternatif tedarikçilerin varlığına rağmen, uzun süredir pazarda faaliyet gösteren yerleşik teşebbüs diğerlerine kıyasla yüksek fiyatlar uygulasa da hâkim durumunu sürdürebilmektedir. Bu durumun temel nedeni, alternatif tedarikçiler tarafından tüketicilere yeterli bilginin sağlanamamasıdır (Lyons 2007, 78). Bu bilgi yetersizliği nedeniyle tüketiciler alternatif tedarikçilere geçmeyerek, hâkim durumdaki teşebbüsün yüksek fiyat uygulamasına zemin hazırlamaktadır. Bu şekilde ortaya çıkan aşırı fiyatlama davranışına yönelik en etkin tedbir, tüketicilere karşılaştırılabilir bilgi sunulmasını sağlayarak, onları alternatif arz kaynaklarına geçmeleri yönünde teşvik etmektir (Motta ve Streel 2007, 40). Fletcher ve Jardine (2007, 10), aşırı fiyatlamaya zemin hazırlayan bu tip sorunları talep yanlı sorunlar olarak

nitelemekte; pazar araştırmasını ve teşebbüsler arası karşılaştırmalar yapmayı kolaylaştıracak ve asimetrik bilgi problemini ortadan kaldıracak tedbirler uygulanması halinde alıcıların pazardaki rekabet seviyesini artıracak şekilde harekete geçirilebileceğini savunmaktadır¹⁴⁰.

Aşırı fiyatlama davranışına yol açan ortamın, hâkim durumdaki teşebbüs tarafından yapay geçiş maliyetleri ya da dışlayıcı davranışlar gibi stratejik giriş engelleri ile yaratılması halinde rekabetçi süreci tetikleyecek yeni teşebbüslerin pazara girişi zorlaşmakta ve bu nedenle hâkim durumdaki teşebbüs pazar gücünden faydalanmaya devam etmektedir (Motta ve Streel 2007, 41). Bu durumda rekabet otoritesinin önceliği, hâkim durumdaki teşebbüs tarafından yaratılan yapay giriş engelini ortadan kaldırmak ve pazar güçlerinin işlevlerini yerine getirebileceği bir ortam oluşturmak olacaktır. Ancak rekabet otoritelerinin bu stratejik giriş engellerine rekabet hukuku araçlarıyla müdahalesi, zaman alıcı olduğundan fiyat düzenlemesine ikame olarak değil, düzenlemenin tamamlayıcısı olarak görülmektedir (Motta ve Streel 2007, 41). Rekabet otoritesinin düzenleyici otorite gibi davranmasının yaratabileceği sakıncalar değerlendirildiğinde bu fiyat düzenlemesinin geçici olması gerektiği ve tüketicilerin daha fazla zarar görmesini engellemek bakımından sadece bir tedbir olarak uygulanması gerektiği açıktır.

Aşırı fiyatlama davranışının yapısal giriş engellerinin sağladığı pazar gücünün kullanılması sonucu ortaya çıkması halinde rekabet otoritesi mümkün olduğu ölçüde giriş engellerini ortadan kaldırmaya yönelik girişimlerde bulunmalıdır. Söz konusu giriş engelleri yasalarla yaratılmış ise rekabet otoritesi rekabet savunuculuğunu kullanarak yasal engelleri kaldırması ve sektörü etkin şekilde serbestleştirmesi yönünde hükümeti ikna çabalarına başvurabilecektir (Motta ve Streel 2007, 41). Nitekim Paulis (2007, 6) de bu engellerin kaldırılarak pazarın etkin şekilde serbestleştirilmesi yönünde hükümet nezdinde girişimlerde bulunulmasının sömürücü kötüye kullanma davalarından daha maliyet-etkin bir yöntem olacağını savunmakta, ancak bu girişimlerden bir sonuç alınana kadar tüketicilerin daha yüksek fiyat ödemek zorunda kalabilecek olması nedeniyle rekabet otoritelerinin hükümet nezdindeki girişimlerini ve aşırı fiyatlamaya müdahaleyi eş anlı olarak yürütmesi gerektiğinin altını çizmektedir.

Bununla birlikte yapısal giriş engelleri çoğunlukla doğal niteliktedir ve rekabet otoritelerinin çabalarıyla ortadan kaldırılmaları mümkün değildir. Bu noktada rekabet otoriteleri yapısal tedbirlere başvurmayı tercih edebilmektedir¹⁴¹. Ancak, doğal giriş engelleri barındıran ve önemli düzeyde

¹⁴⁰ Somut tedbir önerileri için bkz. Fletcher ve Jardine (2007, 13) ve Lyons (2007, 78-79).

¹⁴¹ Siragusa (2007, 3) da aşırı fiyatlama davranışının bütünüyle ortadan kaldırılması için yapısal tedbirlerin tercih edilmesi gerektiğini öne sürmektedir. Ayrıca bu tedbirlerin düzenlemeye tabi sektörler bakımından da sektörel düzenleyici ile rekabet otoritesi arasındaki çatışmayı çözeceğini,

ölçek ekonomilerinin söz konusu olduğu pazarlarda aşırı fiyatlama davranışına yönelik en etkili tedbir fiyat düzenlemesidir¹⁴². Ancak rekabet otoritesi etkin şekilde fiyat düzenlemesi yapabilecek yeterliliğe ve kaynaklara sahip olmadığından bu düzenleme ihtiyacı söz konusu sektöre özgü uzman bir düzenleyici otorite kurulmasını gerektirmektedir (Lyons 2007, 77). Doğal tekel özelliklerine sahip pek çok sektör fiyat düzenlemesine tabi tutulmaktadır. Bu noktada rekabet otoritesinin görevi ancak, nadir de olsa düzenlenmemiş olan doğal tekeller bakımından yine rekabet savunuculuğu işlevi çerçevesinde sektörün düzenlenmesini sağlamaya yönelik girişimlerde bulunmak olabilecektir. Rekabet otoritelerinin müdahil olmasını gerektirebilecek başka bir durum ise etkin olmayan düzenlemenin varlığıdır. Bu durumda sektörü düzenlemekle yükümlü bir otorite kurulmuş olmakla birlikte, bu otoritenin etkin faaliyet göstermemesinden ötürü bir düzenleme başarısızlığı söz konusu olmuştur ve tekelin aşırı fiyatlama davranışı ortaya çıkmıştır. Bu gibi bir özel durum düzenlemenin varlığı halinde rekabet otoritesinin aşırı fiyatlamaya ne şekilde müdahale edeceği sorusuna kaynaklık etmektedir.

4.3.3. Özel Durumlarda Aşırı Fiyatlamaya Müdahale

4.3.3.1. Sektörel Düzenlemenin Varlığı Halinde Müdahale

Sektörel düzenlemeler, doğal tekel özellikleri gösteren pazarlarda faaliyette bulunan teşebbüsün tekel gücüne bağlı olarak uygulayacağı fiyatlama politikası sonucunda ortaya çıkması muhtemel dağılım etkisizliğinin önüne geçmek amacıyla getirilmiştir (Viscusi, Vernon ve Harrington 2000, 313-314). Dolayısıyla teşebbüslerin aşırı fiyatlama davranışına olanak sağlayacak nitelikteki pazarların çoğunun sektörel düzenlemeye tabi olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Bu noktada tartışılması gereken konu, sektörel düzenleyici

böyle pazarlarda düzenleyici otorite fiyat belirleme işlevini üstlenirken rekabet otoritesinin pazar yapısını şekillendirmeden sorumlu olacağını ifade etmektedir.

¹⁴² Roaming ücretlerinin düzenlenmesine ilişkin Roaming Tüzüğü'nün (Regulation (EC) No 717/2007 of the European Parliament and of the Council of June 27 2007 on roaming on public mobile Networks within the Community and amending Directive 2002/21/EC, 2007 OJ L171/32) hazırlanmasına yol açan süreç bu duruma örnek olarak gösterilebilir. Bu süreçte, Komisyon 1999 yılında roaming ücretlerinin aşırı olduğu kaygısıyla Avrupa'da uygulanan perakende ve toptan düzeyindeki roaming ücretlerine yönelik geniş bir sektör araştırması başlatmıştır. Bu sürecin sonunda sektörün düzenlenmesine yönelik önerisi ile birlikte ortaya koyduğu etki analizi çerçevesinde uygulanan ortalama fiyatın tahmini maliyetlerin 4 katı kadar olduğu, uygulanan perakende fiyatlarının işletmeciye %50 oranında kâr sağladığı ve uluslararası fiyatların ülke içi uygulanan fiyatların dört katı olduğu tespitleri yapılmış ve uygulanan roaming bedelleri aşırı bulunmuştur. Bu bulgular sonucu Komisyon'un pazarın düzenlenmesi önerisi üzerine 27.6.2007 tarihinde Roaming Tüzüğü yürürlüğe girmiştir. Bu sürece ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Yazıcı ve Aydın (2008, 29-54). Roaming ücretlerinin düzenlenmesine yönelik eleştiriler için bkz. Forrester (2007, 10-13).

otoritenin fiyat düzenlemesi yaptığı hallerde rekabet otoritesinin teşebbüslerin aşırı fiyatlama davranışlarına müdahale edip etmeyeceğidir.

Literatürde düzenlemenin varlığı halinde rekabet otoritesinin aşırı fiyatlamaya müdahale etmemesi gerektiği yönünde görüşler olduğu gibi, düzenlemeye rağmen rekabet otoritesinin de müdahale etmesinin olumlu sonuçlar doğuracağı şeklinde de görüşler vardır. Motta ve Streel (2007, 26-27) ve Röller (2007, 11), aşırı fiyatlamaya müdahale edilebilecek koşulları sıralarken sektörel düzenlemenin bulunmamasını bu koşullardan biri olarak belirlemiştir. Bu görüşün gerekçeleri; düzenleyici otorite ile rekabet otoritesi arasında makul fiyat düzeyinin tespitine ilişkin olarak kesin sonuca varılması mümkün olmayan çatışmaların önlenmesi, teşebbüslerin hem öncül hem ardıl olmak üzere mükerrer müdahaleden korunması, düzenleyici otoritenin ilgili pazar hakkında daha ayrıntılı bilgiye ve daha uzun dönemli bakış açısına sahip olması olarak sıralanabilir. Katsoulacos (2006, 5) da, aşırı fiyatlama iddialarının sektöre özgü düzenleyici otoriteler tarafından incelenmesi gerektiği görüşünü desteklemektedir. Paulis (2007, 6) ise fiyatların düzenleyici otoritenin belirlediği limitleri aşması halinde, rekabet otoritelerinin düzenlemeye tabi teşebbüsün aşırı fiyatlama davranışına doğrudan müdahale etmesi gerektiğini savunmaktadır.

Komisyon ise düzenlenen pazarlarda aşırı fiyatlamaya müdahaleyi mümkün olduğunca ulusal düzenleyici otoritelere bırakarak, müdahalesini sektörel düzenleyicinin yasal müdahale gücünün olmadığı ya da uygun şekilde müdahale etmediği durumlarla sınırlamaktadır (Motta ve Streel 2003, 107-108). Ancak bu konuda net çizgilerle çizilmiş bir politikadan söz etmek mümkün değildir.

Kanımızca da bir sektörü sürekli izleyen, sektör dinamiklerine hâkim, ayrıntılı fiyat-maliyet analizleri yapabilecek uzmanlaşmış kurumların, sorumlu oldukları pazarlarda ortaya çıkacak aşırı fiyatlama davranışlarını değerlendirmesi daha doğru sonuçlar verecek ve düzenleyici otoritelerin müdahaleleri sonucunda daha etkin tedbirler uygulanabilecektir. Ayrıca, rekabet otoritelerinin teşebbüslerin fiyatlama davranışlarına ardıl olarak müdahalesi teşebbüsler bakımından belirsizlik doğuracağı için düzenlemeye tabi sektörler bakımından düzenleyici otoritelerin öncül müdahalesi daha sağlıklı sonuçlar yaratabilecektir (OECD 2005a, 5).

Düzenlemeye tabi pazarlarda, aşırı fiyatlama davranışının ortaya çıkması çok sık karşılaşılan bir kötüye kullanma hali olmamakla birlikte, bu pazarlarda böyle bir davranış söz konusu olduğunda ise bu davranış hâkim durumun kötüye kullanılmasından ziyade, bir düzenleme boşluğu olarak kabul edilmeli ve aşırı fiyatlamaya rekabet hukuku yerine düzenleyici hukuk aracılığıyla müdahalede bulunulmalıdır (OECD 2005b, 10). Bir başka deyişle, düzenleme başarısızlığından kaynaklanan aşırı fiyatlama olasılığının öngörülmesi halinde

rekabet otoritesi rekabet savunuculuğu çerçevesinde ilgili düzenleyici otoriteye öngörüsünü iletmekle yetinmelidir.

4.3.3.2. Fikri Mülkiyet Haklarının¹⁴³ Varlığı Halinde Müdahale

Aşırı fiyatlamaya ilişkin özel bir diğer konu da fikri mülkiyet haklarının (FMH) lisanslanması veya FMH çerçevesinde üretilen bir ürünün fiyatlanması söz konusu olduğunda, aşırı fiyatlamaya rekabet otoritelerince müdahale edilip edilmeyeceğidir. FMH'ye sahip teşebbüslerin fiyatlama davranışlarının farklı değerlendirilmesi gereği iki temel nedene dayanmaktadır. Bu nedenlerden ilki, FMH'nin ya da FMH ile üretilen ürünlerin aşırı fiyatlandırıldığının tespit edilmesinin FMH'nin olmaması durumunda ortaya çıkmayacak zorluklara yol açmasıdır. İkincisi ise, bu durumda aşırı fiyatlamaya müdahalenin FMH'ye sahip olan hâkim durumdaki teşebbüsün uygulayabileceği fiyatlara doğrudan bir sınır getirmesi nedeniyle rekabet hukuku ve fikri mülkiyet hukuku arasındaki temel çatışma alanı olarak görülmesidir (Régibeau 2007, 2).

Aşırı fiyatın tespitine yönelik olarak geliştirilen EDT'nin uygulanması bakımından söz konusu olacak maliyetin hesaplanması, uygun kâr marjının belirlenmesi ve uygun kıyaslama ölçütlerinin tanımlanması gibi sorunlar FMH'nin varlığı halinde daha önemli hale gelmekte (Geradin 2007a, 13-17) ve belli bir ürünün makul ya da rekabetçi fiyatını belirlemenin karmaşıklığı artmaktadır (Geradin ve Rato 2007, 47)¹⁴⁴. Bu nedenle, geleneksel rekabet

¹⁴³ FMH kavramı patent, know-how, marka, faydalı model, tasarım ve telif hakkı gibi fikri ve sınai hakları içermekle birlikte, bu çalışmanın kapsamı bakımından bu bölümde sahibine belli bir süre için yeni ve özgün ürünler veya süreçler için tekel olma ve diğer teşebbüslerin patent süresi boyunca patentin konusu olan veya patennden üretilen ürünleri üretmesini, kullanmasını, satmasını veya ithal etmesini önleyen ya da patentli süreci kullanmasını yasaklayan bir hak veren patent hakları (Jones ve Sufirin 2008, 774) konu edilmektedir.

¹⁴⁴ Esas olarak bir aşırı fiyatlama davası olmamakla birlikte Komisyon'un *Microsoft* kararı (COMP/C-3/37.792, [2005] 4 CMLR 965) sonrasında da haklı ve makul lisans bedelinin belirlenmesi önemli tartışmalara yol açmıştır. Komisyon, *Microsoft*'un, doğrudan *Microsoft*'un server işletim sistemleriyle rekabet edebilecek "iş grubu sunucu işletim sistemleri" (İGSİS) geliştirebilecek rakiplerine ilgili birlikte işlerlik (*interoperability*) teknolojisini lisanslamayı reddetmesiyle ilgili olarak Komisyon, "*Microsoft... birlikte işlerlik bilgilerini İGSİS sistemi ürünlerini geliştirmekten ve dağıtmaktan çıkarılan tüm teşebbüsler bakımından erişilebilir kılmalı ve birlikte işlerlik bilgilerinin İGSİS ürünlerinin geliştirilmesi ve dağıtılması amacıyla bu teşebbüsler tarafından kullanılmasına makul ve ayırıcı olmayan koşullarla izin vermelidir.*" şeklinde bir tedbire başvurmuştur. Ancak makul lisans bedelinin ne olması gerektiği önemli tartışmalara neden olmuştur. Bu tartışmalar büyük ölçüde lisansa konu olan teknolojinin içerdiği yenilik düzeyinden kaynaklanmaktadır. Teşebbüs henüz alınmış olan veya askıda bekleyen 73 patenti olduğunu savunurken Komisyon, lisansa konu olan materyalde önemli bir yenilik olmadığını iddia etmiştir. Komisyon, teşebbüsün önerdiği %5 oranındaki lisans bedelini makul bulmamıştır. Bunun üzerine teşebbüs cezalandırılmamak için daha düşük lisans bedelleri uygulamaya istekli olduğunu belirtmiş ve bu daha düşük bedellerin kabul edilebilir, makul veya aşırı olup olmayacağını sormuştur. Ancak Komisyon fiyat düzenleyici bir işlevi olmadığına

hukuku değerlendirmelerinde kullanılan ölçütlerin hiç biri bu değerlendirme bakımından uygun düşmemektedir (Geradin ve Rato 2007, 47). Bir başka deyişle örneğin EDT'nin ilk aşamasında kullanılan fiyat-maliyet karşılaştırmasında temel alınan maliyet, FMH'yi doğuran yaratıcılığı, riskli ar-ge harcamalarını, başarısız projelerin maliyetlerini ve lisanslamada katlanılan işlem maliyetlerini içermemektedir. EDT'nin ikinci aşamasında kullanılan kıyaslamalar bakımından ise FMH'nin tanımı gereği eşsiz olmasından ve hak sahibinin hakkın kullanım alanına göre farklı lisans ücretleri talep etmesinden dolayı *diğer teşebbüslerin fiyatlarıyla kıyaslama olanaksızdır* (Régibeau 2007, 9-10). Yine FMH sahibi teşebbüsün aynı FMH için farklı lisans anlaşmalarında uyguladığı bedellerin kıyaslanması da aşırılığın tespiti bakımından anlamlı sonuçlar vermeyecektir. Çünkü hak sahibi ve lisans alan arasında yapılan müzakereler ölçmenin çok zor olduğu ve hepsinin önemli değer içerdiği çok sayıda değişkeni (çapraz lisanslama hükümleri, hakların tükenmesi, ön ödemeler, yargı alanı ve yeri, lisans kapsamı, denetim gereklilikleri, ödeme dönemleri, para birimi seçimi gibi) içermektedir (Geradin ve Rato 2007, 48).

Bu pratik zorlukların yanında RA'nın 82(a) maddesinin FMH'nin varlığı halinde uygulanması, fikri mülkiyet hukukunun temel mantığı ile çelişmektedir. FMH, sahibine belli bir süre için diğerlerini bu mülkiyetin kullanımından dışlama imkânı sağlayarak tekel fiyatları uygulayabilmesi sonucunu doğurmaktadır. Ancak bu durumda FMH tekel kârları elde etme imkânı sunarak sosyal olarak değerli görülen inovasyonu ve yaratıcılığı teşvik etmektedir (O'Donoghue ve Padilla 2006, 415). Dolayısıyla 82(a)'yı kullanarak tüm teşebbüsleri sıfır kâr elde etmeye zorlamak FMH sistemine zarar verebilecektir (Régibeau 2007, 11). Aşırı fiyatlamaya müdahaleye izin verilmesinin FMH'nin amacını zayıflatacağından hareketle Motta ve Streel (2007, 25) ile Fletcher ve Jardin (2007, 12) de FMH ile korunan herhangi bir mal veya hizmetin aşırı fiyat müdahalesine konu olmaması gerektiğini düşünmektedir. Geradin ve Rato (2007, 2) da FMH sahiplerinin yatırım güdülerini sürdürmeye yetecek lisans bedellerinin ve fiyatların belirlenmesinin pazar güçlerinin etkileşimine bırakılması gerektiğini savunmaktadır. Lisans bedellerine yönelik bir fiyat düzenlemesi, teşebbüslerin yatırım güdülerini azaltarak dinamik rekabete zarar vermesinin yanı sıra, potansiyel rakiplerin pazara girmesini caydıracak, inovatörlerin yeniliklerini ticari sır olarak kendilerine saklamalarına ve yalnızca kendi ürünlerinde kullanmalarına neden olarak etkin olmayan dikey bütünleşmeyi teşvik edecek ve sadece lisanslama işini seçen teşebbüslerin ortadan kalkmasına neden olarak nihai olarak toplumu en inovatif

dayanarak belli bir rakam belirtmemiştir. *Microsoft* kararı sonrasında yaşanan bu durum rekabet otoritelerinin fiyat tespitine yönelik olarak doğru kararlar alabilmesinin olanaksızlığını doğrular niteliktedir. Bir başka deyişle "*Teşebbüs zorunlu olarak fiyat düzenlemesine tabi tutulmuş, ancak düzenlenen fiyatın ne olduğu konusunda bilgilendirilmemiştir.*" (Forrester 2007, 20-25).

teşebbüslerden yoksun bırakarak tüketici refahını azaltacaktır (Geradin 2007a, 9-11).

Nitekim literatürde çoğunlukla benimsenen bu görüşler Komisyon tarafından da kabul edilmiştir. Komisyon'un ileri teknoloji pazarlarında 82(a)'nın ihlalden dolayı verdiği herhangi bir karar bulunmamaktadır (Geradin 2007a, 24)¹⁴⁵. Bununla birlikte Komisyon, Tartışma Metni'nde,

*FMH genellikle önemli riskler alınmasını gerektiren büyük yatırımların sonuçlarıdır ve hâkim durumdaki teşebbüslerin yatırım yapma ve yenilik güdülerini sürdürmeleri için yatırımların değerli sonuçlarından faydalanmaları gereksiz yere kısıtlanmamalıdır*¹⁴⁶.

Teknoloji Transferine İlişkin Grup Muafiyeti Rehberi'nde¹⁴⁷,

*İnovatörler başarılı projeleri için yatırım güdülerini sürdürmelerine yetecek ve başarısız projeleri de hesaba katan ücreti belirlemede serbest olmalıdır*¹⁴⁸.

ifadeleriyle FMH'nin varlığı halinde aşırı fiyatlamaya yönelik yaklaşımını ifade etmiştir¹⁴⁹.

4.3.3.3. Aşırı Fiyatlamamanın Dışlayıcı Bir Davranışın Aracı Olduğu Hallerde Müdahale

Aşırı fiyatlama davranışı tüketicilerin doğrudan sömürülmesine yol açan 'saf' aşırı fiyatlama şeklinde olabileceği gibi, pazardaki rekabeti bozmak ve rakipleri dışlamak amacı taşıyan davranışlar için bir araç niteliğinde de olabilecektir. Aşırı fiyatlamamanın araç olarak kullanıldığı dışlayıcı davranışlar; rekabetçi pazarlardaki yıkıcı ve/veya ayrımcı fiyatlama politikalarını finanse etmek amacıyla tekel pazarda fiyat artırmak, dikey bütünleşik bir tekelin alt pazardaki ticaretin gerçekleşmesi için vazgeçilmez olan bir hizmeti sağlamak için üst pazarda yüksek fiyat uygulaması, paralel ticareti önlemek amacıyla yüksek fiyat uygulamak, bağlama uygulamasında tüketicileri yüksek fiyatlı

¹⁴⁵ Ancak ATAD, otomobil üreticilerinin otomobil yedek parçalarının tasarım hakkını lisanslamayı reddetmesine ilişkin iki ön kararında, lisans vermeyi reddetmenin per se bir kötüye kullanma olmadığını ancak üreticinin zımnı olarak bağımsız tamircilere yedek parça sağlamayı reddetmesi, yedek parçalar için haksız fiyatlar belirlemesi ve dolaşımda olan eski otomobil modelleri için yedek parça üretimini durdurması halinde 82. madde çerçevesinde bir ihlalin söz konusu olabileceğini belirtmiştir. (Case 238/87 AB Volvo v. Erik Veng [1988] ECR 6211, [1989] 4 CMLR 122, para. 9 ve Case 53/87 CICRA v. Renault [1988] ECR 6039, [1990] 4 CMLR 122, para. 18).

¹⁴⁶ Bkz. dn. 123, para. 235.

¹⁴⁷ Guidelines on the application of Article 81 of the EC Treaty to technology transfer agreements, 2004/C 101/2.

¹⁴⁸ A.g.k., para. 8

¹⁴⁹ Benzer bir değerlendirme için bkz. Gual ve diğerleri (2005, 44).

bileşenlerindense daha ucuz olan paketi almaları yönünde teşvik etmek şeklinde ortaya çıkabilmektedir (Forrester 2007, 4).

Söz konusu dışlayıcı davranışlara konu olan yüksek fiyatlar, aşırı fiyat niteliğinde olmasa da hâkim durumda bulunan teşebbüsün davranışlarının diğer özelliklerine bağlı olarak RA'nın 82. maddesinin ihlali niteliğinde olabilecektir. Yüksek fiyatların dışlayıcı kötüye kullanmanın bir parçası olduğu bu durumlarda rekabet otoritelerinin konuyu *adil fiyat düzeyinin* belirlenmesini gerektiren haksız fiyatlama perspektifinden değil, rekabetin kısıtlanması perspektifinden ele almaları ve adalet kavramına son çare olarak başvurmaları yerinde olacaktır (Forrester 2007, 4). Bu sayede rekabet otoriteleri, hem hata yapma olasılığını azaltacak hem de rekabetin kısıtlanmasına odaklanma imkânı bulacaklardır.

Bölüm 5

**TÜRK REKABET HUKUKUNDA
AŞIRI FİYATLAMA**

1994 yılında yürürlüğe giren 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun (RKHK), mehzaz mevzuat olarak RA'nın rekabete ilişkin düzenlemeleri esas alınarak hazırlanmıştır. RA'nın 82. maddesine benzer şekilde, RKHK'nın 6. maddesinde de hâkim durumun kötüye kullanılması yasaklanmakta ve kötüye kullanma hallerine tahdidi olmayan örnekler verilmektedir. RA'nın 82(a) maddesinin aksine, RKHK'nın 6. maddesinde sayılan örnekler arasında haksız fiyatlamayı içeren bir bende yer verilmemiştir.

RKHK'da haksız fiyatlamamanın yasaklandığına dair açık bir hüküm yer almamakla birlikte, Rekabet Kurulu (RK) sayılan örneklerin sınırlı sayıda olmamasından yola çıkarak RKHK'nın 6. maddesini, aşırı fiyatlamamanın da bir kötüye kullanma hali olarak kabul edilmesi gerektiği şeklinde yorumlamıştır. Ancak RKHK'nın 12 yıllık uygulamasına bakıldığında aşırı fiyatlamamanın tek bir soruşturmaya konu olduğu, aşırı fiyatlama ile ilgili diğer şikâyetlerin ilk inceleme ya da önaraştırma aşamasında sonuçlandırıldığı görülmektedir.

Bu durum karşısında iki temel soru akla gelmektedir. Bu soruların ilki, RA'nın 82(a) maddesinde haksız fiyat uygulanması açıkça kötüye kullanma olarak sayılırken RKHK'da hâkim durumdaki teşebbüslerin aşırı fiyatlama davranışının niçin kötüye kullanma örnekleri dışında bırakıldığıdır. Bu soru beraberinde aşırı fiyatlamamanın RKHK ile açıkça kötüye kullanma hali olarak belirtilmemiş olmasına karşın, 6. madde hükmünün aşırı fiyatlamayı yasakladığı şeklinde yorumlanıp yorumlanamayacağı tartışmalarını getirmektedir. İkinci soru ise, RK'nın aşırı fiyatlamayı değerlendirdiği sadece tek bir soruşturma gerçekleştirmiş olmasının aşırı fiyatlamaya müdahaleye yönelik çekingen bir yaklaşımın göstergesi olup olmadığıdır. Çalışmanın bu bölümünde öncelikle bu sorulardan hareketle Türk rekabet hukuku kapsamında aşırı fiyatlamaya ilişkin bir çerçeve çizilmek istenmektedir. Bunun için öncelikle RKHK'nın amacı ve

ortaya çıkış süreci içinde aşırı fiyatlamanın yeri incelenecek, ardından ise verdiği kararlar ışığında RK'nın konuya bakış açısı ele alınacaktır. Son olarak da çalışmanın bütününden elde edilen kanaatler bir süzgeçten geçirilerek Türk rekabet hukuku uygulamasında aşırı fiyatlamaya yönelik bir politika önerisi sunulmaya çalışılacaktır.

5.1. RKHK ÇERÇEVESİNDE AŞIRI FİYATLAMA

RKHK'nın ortaya çıkışında rol oynayan unsurları üç grupta incelemek mümkündür. Bunlardan ilki, 1982 Anayasası ile devlete verilen, piyasaların sağlıklı ve düzenli işlemlerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirler alma, piyasalarda fiili ve anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önleme¹⁵⁰ ile özel teşebbüs hürriyetini güvenceye alma¹⁵¹ görevleri neticesinde ortaya çıkan, rekabeti koruyucu yasal düzenleme yapma ihtiyacı; ikincisi, Türkiye'nin AB ile ilişkileri çerçevesinde verdiği taahhütler; sonuncusu ve en önemlisi ise 1980 yılından itibaren uygulanan piyasa ekonomisi sisteminin yarattığı fiili durum¹⁵² sonucu ortaya çıkan, rekabetin düzenlenmesi ve tesisi ihtiyacıdır (Sanlı 2000a, 18-21).

Bu ihtiyaçların ortaya çıkardığı RKHK'nın hazırlanışında RA'nın rekabet ile ilgili maddeleri esas alınmıştır. Bu çerçevede RKHK'nın tek taraflı teşebbüs davranışlarını düzenleyen ve "Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması" başlığını taşıyan 6. maddesi, RA'nın 82. maddesi gibi, hâkim durumu değil hâkim durumda bulunan teşebbüslerin bu hâkimiyetlerini kötüye kullanmalarını yasaklamaktadır. Yine RKHK'nın 6/2. maddesinde, RA'nın 82. maddesine benzer şekilde sınırlı olmayan kötüye kullanma örnekleri sayılmıştır.

Sayılan kötüye kullanma halleri arasında, *haksız alım ve satış fiyatları uygulamak* yer almamaktadır. Bu noktada iki soru akla gelmektedir. İlki, kanun koyucunun bu şekilde bir hükme yer vermemesindeki amacın ne olduğu, ikincisi ise böyle bir düzenlemeye yer verilmemiş olması karşısında RKHK kapsamında böyle bir davranışın ihlal niteliğinde kabul edilip edilemeyeceğidir.

RKHK'yı hazırlayan Komisyon'da görev alan Akıncı, bu tercihin nedenlerini şu şekilde açıklamaktadır:

...Haksız fiyat ne demektir? Haksız fiyat tekel fiyatı mı talep etmektir? Bu soru

¹⁵⁰ 1982 Anayasası'nın 167. maddesi.

¹⁵¹ 1982 Anayasası'nın 48. maddesi.

¹⁵² Katırcıoğlu'nun (1996, 4), "tekelleşmenin ve merkezileşmenin uluslararası standartların çok üstünde olduğu, korunan, tüketiciye ve teknolojiye karşı hiçbir duyarlılığın gelişmediği bir ekonomi" olarak tanımladığı Türkiye ekonomisinde piyasa ekonomisi modelinin benimsenmiş olması elbette ki bu modelin şartlarını sağlamaya yönelik yasal bir düzenleme olmaksızın istenen sonuçları vermekten çok uzaktır.

*belli değildir yani rekabetin yahut devletin fonksiyonu insanların kaç para kazandığını kontrol etmek midir? Rekabet kanununun, rekabet hukukunun böyle bir şeyle ilgisi yok. Tekel, tekel karını elde edecektir*¹⁵³.

Komisyon üyesi İnan'ın değerlendirmesi ise şu şekildedir:

*...Türkiye'de özel sektör temsilcileri ve devlet kesimi dâhil herkes fiyat kontrolüne son derece meraklıdır. Serbest rekabet diye bağırın kişiler, özel sektör dâhil en küçük fırsatta "Efendim, fiyat kontrolü olmadan bu iş olmaz." derler. Onun için... rekabet terbiyesinin yerleştirilmesi açısından da Komisyon'a fiyat kontrolü yapabileceği izlenimi uyandırmak istemedik. Fiyat kontrolü rekabet hukukunun dışında tutulması gereken bir konudur*¹⁵⁴.

Bir diğer Komisyon üyesi Aslan (2007, 506) da, haksız fiyatlara ilişkin bir hükmün RKHK'ya alınmak istenmemesinin nedenini, böyle bir hükmün fiyat denetimine dönüşeceği kaygısı olarak açıklamaktadır¹⁵⁵.

Sonuçta ilk soru ile ilgili olarak; fiyat düzenlemesinin rekabet hukukunun işi olmadığı düşüncesiyle ve böyle bir hükme RKHK'da yer verilmesinin RK'yı fiyat düzenleyici konumunda bırakabileceği endişesiyle RKHK'da aşırı fiyatlamanın kötüye kullanma olacağına dair açık bir hükme yer verilmemesinin tercih edildiği söylenebilecektir. Ancak RKHK'nın 6. maddesinde sayılan hallerin sadece örnek niteliğinde olması, bu kez de aşırı fiyatlamanın RKHK çerçevesinde kötüye kullanma olarak ele alınıp alınamayacağı tartışmalarını beraberinde getirmiştir.

Literatürde, aşırı fiyatlamanın RKHK kapsamında kötüye kullanma olarak değerlendirilmesi gerektiği ve RKHK'nın düzenlenişi bakımından da bunun önünde bir engel olmadığı görüşü hâkimdir. Aşçıoğlu Öz (2000, 171), tüketicinin zararına olacak şekilde üretimin kısılarak aşırı fiyat uygulanması halinde RKHK'nın 6/2(e) maddesinin¹⁵⁶ bunu kapsayacağı, hatta üretimin kısılmasının söz konusu olmadığı hallerde dahi RKHK'nın 6/1. maddesinin yorumundan hareketle aşırı fiyatlamanın 6. madde kapsamında değerlendirilmesinin mümkün olduğu görüşündedir. Sanlı (2000a, 273-274) da RKHK'nın 6/2(e) maddesini işaret ederek üretimin kısılmasının tekeli fiyatlamaya anlamına geldiği dolayısıyla aşırı fiyatlamanın dolaylı olarak kötüye kullanma örnekleri arasında sayıldığı, bir başka deyişle aşırı fiyatlamaya

¹⁵³ "Avrupa Topluluğu Rekabet Politikaları Hukuk Düzeni ve Türk Rekabet Kanun Tasarısı" konulu Uluslararası Sempozyum, s. 67.

¹⁵⁴ "Avrupa Topluluğu Rekabet Politikaları Hukuk Düzeni ve Türk Rekabet Kanun Tasarısı" konulu Uluslararası Sempozyum, s. 68.

¹⁵⁵ Bununla birlikte Aslan'ın görüşü fiyatlarla ilgili kötüye kullanmaların sayıca fazla olduğu ve haksız fiyatlar aracılığıyla hâkim durumun kötüye kullanılması örneğinin RKHK'ya girmesi gerektiği yönündedir.

¹⁵⁶ RKHK'nın 6/2(e) maddesi ile "Tüketicinin zararına olarak üretimin, pazarlamanın ya da teknik gelişmenin kısıtlanması" bir kötüye kullanma davranışı olarak düzenlenmiştir.

davranışının RKHK'nın 6. maddesi çerçevesinde değerlendirilmesinin mümkün ve gerekli olduğu görüşündedir. Aslan (2007, 507) ise, pazardaki bazı işletmelerin anlaşarak çok yüksek fiyatlar tespit etmeleri ile tekelin çok yüksek fiyat tespit etmesinin ekonomik etkilerinin benzer olduğunu ve bu durumlardan birinin yasaklanmasının diğerinin serbest bırakılmasının uygun olmayacağını savunmaktadır. Yazar, bu nedenle konunun RKHK'da düzenlenmesi gerektiği, ancak mevcut düzenleme çerçevesinde müşterilere, tüketicilere ve sağlayıcılara yönelik fiyatlarla ilgili kötüye kullanmaların örnek olarak sayılan bentlerin içerisinde değerlendirilemeyeceği, konunun RKHK'nın 6. maddesinin genel hükmüne göre çözülmesi gerektiği görüşündedir. Nitekim aşağıda ayrıntılı olarak inceleneceği üzere RK da aşırı fiyatlamasının RKHK'nın 6. maddesi kapsamında bir kötüye kullanma hali olarak değerlendirilebileceği yaklaşımını benimsemiştir.

5.2. RK KARARLARI VE DEĞERLENDİRMELER

5.2.1. BELKO Kararı¹⁵⁷

RK'nın, aşırı fiyatlama iddiasını soruşturma konusu yaptığı ve sonuçta ihlal tespit ederek cezai yaptırım uyguladığı tek karar *BELKO* kararıdır. Bu kararda, yasal düzenlemeler sonucunda Ankara ilinde kömür ithalatı ve satışı hakkını münhasıran elinde bulunduran bir belediye teşebbüsü olan BELKO'nun Ankara ısınma amaçlı kömür pazarındaki hâkim durumunu aşırı fiyat uygulayarak kötüye kullandığı iddiası değerlendirilmiştir. BELKO kararı, RK'nın hâkim durumdaki teşebbüslerin aşırı fiyatlama davranışının RKHK'daki yerini algılayışını ve aşırı fiyatın tespitine ve önlenmesine ilişkin yaklaşımını sergilemesi bakımından oldukça önemlidir.

Söz konusu kararda aşırı fiyatlamasının RKHK kapsamında ele alınmasına yönelik olarak şu değerlendirmeler yapılmıştır:

Uygulamada Kanun'da öngörülenlerden başka bir takım kötüye kullanma hallerinin benimsenebileceğine göre, tekelci fiyatın da bunlardan biri olmaması için bir sebep bulunmamaktadır. ...tekelci fiyat tekelden kaynaklanan sosyal maliyetin temel sebeplerinden biridir ve eğer anti-tekel hükmüyle izlenen amaç tekelden kaynaklanan olumsuzlukların bertaraf edilmesi ise, bu uygulamanın yasaklama kapsamında kabul edilmesi doğal bir netice olarak karşımıza çıkmaktadır. Nitekim anlamı itibarıyla kötüye kullanma kavramına tekelci fiyatlamadan belki de daha uygun bir örnek davranış biçimi bulmak güçtür.....Her ne kadar fiyatlara müdahale mercii olmasa da Rekabet Kurumu, gerek sömürücü gerekse dışlayıcı sonuçlar doğursun hakim durumdaki teşebbüslerin bu tür uygulamaları karşısında önlem alma zorunluluğunda olan yegane Kurum olarak karşımıza çıkmaktadır.

¹⁵⁷ 6.4.2001 tarihli ve 01-17/150-39 sayılı karar (soruşturma).

RK'nın bu değerlendirmesinden de açıkça anlaşılacağı üzere hâkim durumdaki teşebbüslerin aşırı fiyat uygulaması, neden olduğu sosyal maliyetin önlenmesi amacıyla, RKHK kapsamında ele alınması gereken bir kötüye kullanma hali olarak kabul edilmiştir¹⁵⁸. Ancak RK, aşırı fiyatlamasının RKHK çerçevesinde yasaklanabileceğini kabul etmekle birlikte piyasa mekanizmasının işleyişini bütünüyle göz ardı etmemiş ve

...aşırı yüksek fiyatlamanın; uzun dönemde piyasaya yeni girişleri sağlayacağı ve bu sayede artan arzla birlikte fiyatların düşeceği, dolayısıyla bir kötüye kullanma sayılmaması gerektiği argümanı, pazara giriş engellerinin bulunmaması ya da çok düşük seviyelerde olması durumunda bir anlam ifade etmektedir.

değerlendirmesiyle üstü örtülü olarak aşırı fiyatlamasının kötüye kullanma kabul edilmesi gereken pazarlar ile kötüye kullanma kabul edilmemesi gereken pazarlar arasında bir ayırım yapılması gerekliliğine işaret etmiştir. Nitekim söz konusu kararda da kötüye kullanma değerlendirmesi yapılırken; BELKO'nun yasal olarak sağlanmış bir tekel hakkının olmasına, pazarın yeni girişlere mutlak olarak kapalı olmasına, fiyatlama konusunda olası istismarların önüne geçmek için gerekli yasal düzenlemelerin yapılmamış olmasına ve ilgili ürünün talep esnekliğinin oldukça düşük olmasına vurgu yapılmıştır¹⁵⁹.

RK, BELKO kararıyla aşırı fiyatın tespitine yönelik olarak benimsediği yöntemi de açıkça ortaya koymuştur:

...tekelci fiyatın tespitinde esas olan kriterlerden en önemlisi "ürünün ekonomik değeri"nin analizidir. Başka bir ifadeyle, emsal ürünlerin pazar özellikleri itibarıyla karşılaştırılabilir olan nispeten rekabetçi diğer coğrafi pazarlardaki fiyatının söz konusu fiyatlarla kıyaslanması, tekelci fiyat uygulamalarının tespitinde en önemli aşamayı oluşturmaktadır. Bununla birlikte, ürün maliyetlerinin net ve kesin olarak hesaplanabildiği durumlarda maliyet-fiyat ilişkisi de önem kazanmaktadır.

RK'nın, benimsediği bu yaklaşımla, aşırı fiyatın tespitinde ATAD'a benzer şekilde ürünün/hizmetin ekonomik değerini esas almakla birlikte tercih ettiği yöntemin ATAD'ın yönteminden biraz farklılaştığını söylemek mümkündür. ATAD, öncelik ilkinde olmak üzere fiyat-maliyet karşılaştırması ve fiyat kıyaslaması olarak iki aşamalı bir test benimsemişken, RK önceliği fiyat

¹⁵⁸ RK, daha önce, 3.3.1999 tarihli ve 99-12/89-31 sayılı HAVAŞ-1 ve 23.11.2000 tarihli ve 00-46/488-266 sayılı MS Corp. kararlarında (öneri) nedenlerine ilişkin tartışmalara yer vermeksizin, RKHK'nın 6. maddesinin, hâkim durumda olan teşebbüslerin aşırı fiyat uygulamalarını yasakladığı yorumunu yapmıştır.

¹⁵⁹ RK, 1.2.2002 tarihli ve 02-06/51-24 sayılı Çimento kararında (soruşturma), bazı çimento sağlayıcısı teşebbüslerin tanımlanan ilgili pazarda hâkim durumda olduklarını tespit etmekle birlikte, isabetli şekilde, pazarın yasal ya da doğal tekel niteliği taşımamasından dolayı bu teşebbüslerin yüksek fiyatlama davranışının hâkim durumun kötüye kullanılması olarak değerlendirilemeyeceği sonucuna varmıştır.

kıyaslamasına vermiş ve fiyat-maliyet karşılaştırmasına ancak maliyetlerin kesin olarak belirlenebildiği takdirde¹⁶⁰ başvurulması gerektiğini ifade etmiştir.

Nitekim RK, değerlendirmesinde öncelikle BELKO'nun uyguladığı fiyatlar ile rekabete açık diğer coğrafi pazarlarda faaliyet gösteren teşebbüslerin fiyatlarını karşılaştırarak BELKO'nun fiyatlarının diğer teşebbüslerin fiyatlarından %50-60 oranında yüksek olduğunu tespit etmiştir. Analizin ikinci aşamasında ise teşebbüsün maliyetlerine yönelik derinlemesine bir mali analiz gerçekleştirmiştir. RK, teşebbüsün maliyet yapısına yönelik incelemesi sonucunda elde ettiği bulgular karşısında kendisini aşırı fiyata yönelik en tartışmalı alanlardan biri olan 'aşırı fiyat mı, aşırı kâr mı?' sorusu ile karşı karşıya bulmuştur. Çünkü inceleme sonucunda teşebbüsün cüzi bir kâr payı ile çalışmakta olduğu hatta bazı dönemlerde zarar ettiği tespit edilmiştir. RK tercihini, aşırı kâra yol açmasa dahi aşırı fiyatın kötüye kullanma kabul edilmesi yönünde kullanmıştır:

Yüksek fiyatlamayla birlikte, satış fiyatı ile toplam maliyetler arasındaki marjın büyüklüğü (aşırı kâr) aşırı fiyatlamamanın göstergesi sayılabileceği gibi, gerçek ve fiktif maliyetlerin aşırı boyutlarda tesisi ile kâr marjının çok düşük ve hatta negatif olduğu durumlarda da tekelci fiyatlama söz konusu olabilmektedir.

RK, bu tespitlerine dayanarak BELKO'nun ilgili pazarda "tekel imtiyazının verdiği rahatlıkla kömür alımında ve sonrasında oluşan maliyetlerin olması gerekenden yüksek seviyelerde gerçekleşmesine neden olmak ve buna bağlı olarak aşırı yüksek fiyat uygulamak suretiyle" hâkim durumunu kötüye kullandığına karar vermiştir.

Kararın karşı oyunda da yer verilen sebeplerle, RK'nın bu yaklaşımına katılmak mümkün değildir. Kararın karşı oy yazısında¹⁶¹ isabetli şekilde şu ifadelere yer verilmiştir:

....Belko'nun "emsallerine" göre yüksek fiyat uygulamış olmasının sebebi aşırı kar elde etmek değil, maliyetini karşılamaktır ve nitekim şirket zarar etmiştir. Burada, maliyetlerin yüksek oluşmasındaki basiretsizlik, şirketlerin "performans" denetimi de dâhil olmak üzere, rekabet hukukunu ilgilendirmeyen pek çok inceleme ve değerlendirmeyi gerektirmektedir. Böyle bir yola girilmesi, rekabet otoritelerinin tüm

¹⁶⁰ Aşırı fiyatlamamanın tespitinde maliyetlerin ne şekilde hesaplanması gerektiğine ilişkin tartışmalara çeşitli RK kararlarında yer verilmiş olmakla birlikte, çalışmanın kapsamı bakımından bu tartışmaların ayrıntılarına yer verilmemektedir. Ancak özetle, RK'nın maliyet hesaplaması noktasında tutarlı bir yöntem benimsediğini söylemek mümkün değildir. Ayrıntılar için bkz. 13.3.2001 tarihli ve 01-12/114-29 sayılı *ASKI-1* kararı (ilk inceleme), *BELKO* kararı (dn.157), 30.4.2002 tarihli ve 02-26/262-102 sayılı *TEDAŞ* kararı (önaraştırma), 25.3.2004 tarihli ve 04-22/233-49 sayılı *Ege Liman İşletmeleri* kararı (önaraştırma), 14.2.2008 tarihli ve 08-15/146-49 sayılı *Bereket Jeotermal* kararı (önaraştırma).

¹⁶¹ Dr. Kemal EROL, R. Müfit SONBAY, Kubilay ATASAYAR ve Murat GENCER'e ait karşı oy yazısı.

hâkim durumda olan teşebbüsler için acaba maliyetlerini rasyonel seviyelerde tutuyorlar mı tutmuyorlar mı gibi bir inceleme ve denetim yapma görevinin olduğunu kabul etmeyi zaruri kılabilir.

Literatürde, aşırı fiyat değerlendirmesinde maliyetlerin etkinliğinin değerlendirilmesi gerekip gerekmediğine ilişkin farklı görüşler bulunmaktadır¹⁶². Kanımızca, teşebbüslerin maliyet etkinliği denetimi rekabet hukukunun ilgi alanlarından biri olmamalı, dolayısıyla da teşebbüsler maliyet etkin faaliyet göstermedikleri için rekabet hukuku çerçevesinde yaptırıma tabi olmamalıdır. Kaldı ki aksi bir yaklaşımın benimsenmesi halinde aşırı fiyatlama iddiasını içeren her bir olayda fiyat-maliyet karşılaştırması yapılmadan önce teşebbüslerin maliyet etkin çalışıp çalışmadıklarının denetlenmesi gerekecektir.

Bu karar ile RK'nın tavrını sergilediği konulardan biri de aşırı fiyatlamanın önlenmesi ve aşırı fiyatlamaya yönelik tedbir alınmasıdır. RK, "...fiyat seviyeleriyle ilgili olarak varılacak sonuçlar, fiyatların ne seviyede belirlenmesine hükmedilmesi değil, ne seviyelerde olmaması gerektiği şeklinde olacaktır." anlayışından hareketle RKHK'nın 9/1. maddesi uyarınca BELKO'ya "kömür satış fiyatlarının, rekabetçi piyasalardaki fiyatlar ile kıyaslanabilir makul seviyelere indirilmesi gerektiğinin" bildirilmesine karar vermiştir. Ayrıca, RK, kararında sıklıkla BELKO'nun aşırı fiyatlama davranışının ilgili pazarın yapısından kaynaklandığını vurgulamıştır. Pazar yapısına yönelik bu hassasiyet kararın sonuç kısmına da taşınmış ve rekabet savunuculuğu çerçevesinde pazarın rekabete açılmasının önündeki engellerin kaldırılması amacıyla ilgili kamu kurumlarına "ilgili pazardaki rekabet ortamının nasıl tesis edileceğine dair RK görüş ve önerilerinin bildirilmesine" karar verilmiştir. RK'nın bu yaklaşımını fiyat düzenlemesinden kaçındığı ve aşırı fiyatlama davranışının ortaya çıkmasına olanak sağlayan pazar yapısının ortadan kaldırılmasına öncelik verdiği şeklinde yorumlamak mümkündür¹⁶³.

¹⁶² Bu farklılık AB kararlarında da kendini göstermektedir. Örneğin, *Lucazeau* kararında (dn. 77, para. 29) ATAD bu soruna ilişkin olarak karşılaştırmaya konu olan maliyetlerin hâkim durumu nedeniyle üretim maliyetlerini şişirmiş olabilecek incelemeye konu teşebbüsün maliyetleri değil, etkin bir teşebbüsün maliyetleri olacağını belirtmiştir. ATAD'ın bu değerlendirmesine karşın İlk Derece Mahkemesi, *Industrie des Poudres Sphériques* kararında (T-5/97 *Industrie des Poudres Sphériques v. Commission* [2000] ECR II-3755, [2001] 4 CMLR 28, para. 179) "...hâkim durumda olsa dahi bir üretici ürünlerini üretim maliyetinin altında satmaya zorlanamaz." diyerek maliyet etkisizliği yaşayan teşebbüslerin fiyatlama davranışlarının değerlendirilmesinde farklı bir tutum benimsemiştir.

¹⁶³ *TEDAŞ* kararında (dn.160) da RK, maliyet etkisizliğinin aşırı fiyatlama olarak değerlendirilebileceğini yinelemekle birlikte, maliyet etkisizliği nedeniyle ortaya çıkacak aşırı fiyatlama davranışının "ancak maliyetleri düşürmeye yönelik mekanizmaların geliştirilmesiyle" çözülebileceği, karara konu olan elektrik piyasası bakımından bu görevin Elektrik Piyasası Düzenleme ve Denetleme Kurumu'na ait olduğu savından hareketle soruşturma açılmasına gerek olmadığı sonucuna varmıştır. Kanımızca bu karar aşırı fiyatlama davranışına olanak sağlayan

BELKO kararının RK'nın aşırı fiyatlama yaklaşımını tüm unsurlarıyla ortaya koymasının yanı sıra bir başka önemli özelliği daha vardır. *BELKO* kararının iptali istemiyle açılan davada Danıştay, dava konusu kararı onamıştır¹⁶⁴. Bu kararıyla Danıştay'ın; belli pazar koşullarının varlığı halinde hâkim durumdaki teşebbüslerin aşırı fiyatlama davranışının RKHK'nın 6. maddesi kapsamında ihlal teşkil edebileceğini, RK'nın benimsediği aşırı fiyat tespit yönteminin uygunluğunu, hâkim durumda bulunan teşebbüs aşırı kâr elde etmese dahi maliyet etkinsizliğinden kaynaklanan aşırı yüksek fiyatlar uygulamasının kötüye kullanma olduğunu ve nihai olarak somut olay özelinde RK'nın yaptığı değerlendirmenin ve müdahale biçiminin doğruluğunu kabul ettiği söylenebilecektir. Danıştay'ın onadığı *BELKO* kararı RK'nın sonraki aşırı fiyat değerlendirmeleri bakımından temel oluşturmuştur.

5.2.2. BOTAŞ-EGO-İZGAZ-İGDAŞ Kararı¹⁶⁵

BELKO kararında RK, kötüye kullanma değerlendirmesini yaparken diğer hususların yanı sıra “fiyatlama konusunda olası istismaların önüne geçmek için gerekli yasal düzenlemelerin yapılmamış olması”na vurgu yaparken, fiyat düzenlemesi yapılmış olan pazarlarda iddia edilen aşırı fiyatlama davranışları karşısında nasıl hareket edeceğine ilişkin belirsizliği gidermemiştir. Bu belirsizlik anılan kuruluşların aşırı fiyatlama yaptığı iddiasının değerlendirildiği *BOTAŞ-EGO-İZGAZ-İGDAŞ* kararı ile bir ölçüde giderilmiştir. Kararda BOTAŞ bakımından aşırı fiyat analizi yapılarak, tespit edilen %67-77 aralığındaki kâr oranının aşırı fiyatın göstergesi olarak değerlendirilemeyeceğine karar verilmiştir. EGO, İZGAZ ve İGDAŞ bakımından ise

Dağıtım kuruluşlarının uygulayacakları doğal gaz satış fiyatlarının alt ve üst sınırı Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı tarafından belirlenmektedir. Bu nedenle, dağıtım kuruluşları hiçbir dönemde fiyatlandırma serbestisine sahip olmamışlardır.

tespiti yapılarak “Fiyatlandırma uygulamaları regülasyon kapsamında olan dağıtım kuruluşları bakımından, aşırı fiyatlandırmanın söz konusu olmadığına” karar verilmiştir.

pazarlarda bu davranışın önlenmesine yönelik tedbirler alınması bakımından sektörel düzenlemenin gerekliliğini vurgulamış ve doğru müdahale aracının rekabet hukuku olmadığına yönelik bir göndermede bulunmuştur.

¹⁶⁴ 5.12.2003 tarihli ve E:2001/4817 K:2003/4770 sayılı Danıştay 10. Daire kararı. Ancak Danıştay 10. Dairesi'nin bu kararı usule ilişkin bir eksiklik nedeniyle İdari Dava Daireleri Kurulu'nun 2.12.2004 tarihli ve E:2004/2540 K:2004/1927 sayılı kararıyla bozulmuştur. Konuyu tekrar inceleyen Danıştay 13. Dairesi 30.12.2008 tarih ve E:2008/6492 K:2008/8399 sayı ile usule ilişkin nedenlerle RK'nın kararını iptal etmiştir. Bunun üzerine RK, söz konusu iddiaya ilişkin olarak 8.7.2009 tarih ve 09-32/703-163 sayı ile yeniden karar almıştır.

¹⁶⁵ 8.3.2002 tarihli ve 02-13/127-54 sayılı karar (önaraştırma).

RK'nın bu kararı ile düzenlemeye tabi olan pazarlar bakımından aşırı fiyatlandırma değerlendirmesi yapmamayı tercih ettiği, bir başka deyişle rekabet hukuku anlamında teşebbüslerin aşırı fiyatlandırma davranışlarına müdahale edebilmek için teşebbüslerin fiyatlandırma serbestisine sahip olmalarını aradığı söylenebilecektir¹⁶⁶.

5.2.3. ASKİ-2 Kararı¹⁶⁷

RK'nın, fiyat düzenlemesi olmayan ancak pazarın yapısının düzenlemeyi gerektirdiği hallerde bunu sağlamak üzere rekabet savunuculuğuna başvurmayı; fiyat düzenlemesine tabi pazarlar bakımından ise rekabet hukuku çerçevesinde aşırı fiyat değerlendirmesi yapılmaması yaklaşımını benimsediği görülmektedir. Bununla birlikte, düzenleme başarısızlıklarının söz konusu olduğu durumlarda RK'nın nasıl bir tutum izleyeceği sorusu da akla gelmektedir.

Düzenleme başarısızlığı olması haline en uygun örnek, Ankara'da şebeke suyu pazarında yasal tekel olan ASKİ'nin fiyat tarifesi yoluyla hâkim durumunu kötüye kullandığı iddiasının değerlendirildiği ASKİ-2 kararıdır. Söz konusu kararda, fiyat-maliyet karşılaştırması ve yıllık mali tabloların değerlendirilmesi ile fiyat kıyaslaması yöntemleri kullanılarak fiyatların aşırı olabileceği değerlendirilmiştir. Bununla birlikte ilgili mevzuatta fiyat tespit yöntemine ilişkin bir düzenlemenin bulunduğu, ancak teşebbüsün %10'dan aşağı olmayacak kâr elde etmesini öngören bu düzenlemenin doğal ve

¹⁶⁶ RK bu yaklaşımını 29.6.2006 tarihli ve 06-46/601-172 sayılı *Amity Oil & Trakya Gazdaş* kararında (ilk inceleme) da açıkça ortaya koymuştur. Şirketlerin birleşme/devralma yoluyla güçlendirdikleri hakim durumlarını aşırı fiyatlandırma yoluyla kötüye kullandıkları iddiasının değerlendirildiği kararda RK, “...dağıtım şirketlerinin serbest tüketicilere uyguladıkları fiyatların Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu'nun düzenlemesine tabi olduğu, bu bakımdan....şikayet hakkında herhangi bir işlem yapılmasına gerek olmadığına...” karar vermiştir. Benzer şekilde, 20.6.2007 tarihli ve 07-53/571-187 sayılı Türk Telekom'un aşırı fiyatlandırma yaptığı iddiasının değerlendirildiği ilk inceleme kararında da, Türk Telekom'un şikayete konu tarifelerinin Telekomünikasyon Kurumu'nca onaylanması, bir başka deyişle fiyat denetimine tabi olması nedeniyle “rekabet hukukunda ‘aşırı fiyatlandırma’ olarak adlandırılan kötüye kullanma durumunun inceleme konusu olaya uygulanamayacağı” sonucuna varılmıştır. Benzer bir değerlendirme için bkz. 30.10.2008 tarihli ve 08-61/996-388 sayılı *Roche* kararı (önaraştırma). RK'nın genel yaklaşımı düzenlemeye tabi pazarlar bakımından aşırı fiyat inceleme yapılmaması yönünde olsa da, aksi yaklaşımın benimsendiği kararlar da bulunmaktadır. Örneğin Ataköy Marina'nın aşırı fiyatlandırma yaptığı iddiasının değerlendirildiği 24.4.2008 tarihli ve 08-30/373-123 sayılı kararda (önaraştırma), Ataköy Marina'nın uyguladığı fiyat tarifelerinin Turizm Bakanlığı tarafından onaylanıyor olmasına rağmen aşırı fiyat analizi yapılmıştır. Kanımızca düzenleme nedeniyle varılacak sonucun baştan belli olduğu bu dosyada önaraştırma yapılması yersiz bir tercih olmuştur. *Ataköy Marina* kararının önemli bir diğer özelliği de aşırı fiyat analizinde, hizmetin ekonomik değerinin belirlenmesinde talep yanlı faktörlerin de dikkate alınmış olmasıdır.

¹⁶⁷ 20.12.2006 tarihli ve 06-92/1176-354 sayılı karar (önaraştırma).

yasal tekel niteliğindeki pazarlar bakımından uygun olmadığı tespiti yapılmıştır. Bu çerçevede uygun fiyat tespit yöntemine ilişkin yapılan

...bu tür pazarlarda maliyet bazlı fiyatlandırmanın olması için, en az değil en fazla kâr payına izin verecek şekilde düzenlemelerin yapılması beklenirdi. Rekabet koşullarının bulunmadığı pazarlarda, hizmet bedellerinin maliyet bazlı olarak tespit edilmesi, tüketicilerin aleyhine olabilecek sonuçların önüne geçilmesi açısından son derece önemlidir.

değerlendirmesine paralel olarak “*fiyatlandırma mekanizmasının aşırı fiyat düzeylerinin önüne geçecek ve tüketicilerin faydasına olacak şekilde ilgili ve yetkili kuruluşlarca yeniden tanzim edilmesi gereği*” olduğu kanaati sonucunda “*ASKİ'nin su fiyatlarının tespitinde maliyet bazlı bir fiyatlama yaparak, aşırı fiyatlardan kaçınması*” konusundaki RK görüşünün gönderilmesine karar verilmiştir¹⁶⁸.

Temel felsefe bakımından RK'nın böyle bir düzenleme başarısızlığı karşısında uyguladığı tedbir yöntemi yerinde bulunmakla birlikte, kararın bütününe bakıldığında *BELKO* kararında benimsenen yaklaşımla bir tutarsızlık olduğu düşünülmektedir. Şöyle ki, *ASKİ-2* kararında yapılan tespitlerden biri de *ASKİ*'nin fiyat tespit ederken ilgili mevzuat ile belirlenen fiyat tespit yöntemine uymamış olduğu ve her ne kadar mevzuat ile öngörülen yöntem bazı sakıncalar barındırsa da o yöntemin uygulanmış olması ve gider tahminlerinin doğru yapılmış olması halinde fiyatların daha düşük olacağıdır. Dolayısıyla, RK'nın *BELKO* kararıyla tutarlı davranması halinde, keyfi davranışlarından kaynaklanan yüksek fiyat uygulaması nedeniyle *ASKİ* hakkında soruşturma açması beklenirdi. Kanımızca, RK'nın yaklaşımındaki bu değişiklik, aşırı fiyatlama ceza uygulamak ya da fiyat düzenlemesine gitmek yoluyla müdahale etmeye yönelik isteksizliğinin bir göstergesidir¹⁶⁹.

¹⁶⁸ Farklı güzergâhlarda otobüsle şehirlerarası yolcu taşımacılığı yapan teşebbüslerin aşırı fiyat uyguladıkları iddialarının değerlendirildiği 5.6.2008 tarihli ve 08-37/499-180 ve 5.6.2008 tarihli ve 08-37/502-182 sayılı kararında (ilk inceleme) da “... uygulanan fiyatın Bakanlığın onayladığı tavan fiyatı aşmaması kaydıyla, fahiş olduğu iddiasıyla inceleme konusu yapılamayacağı, böylesi bir durumda hatalı düzenlemenin gözden geçirilmesini teminen düzenleyicinin (Bakanlığın) uyarılmasının yerinde olacağı kanaatine varılmıştır.” değerlendirmesiyle RK'nın düzenleme başarısızlığı halinde izleyeceği tutum yinelenmiştir.

¹⁶⁹ RK, bu tutumunu 3.1.2008 tarihli ve 08-01/5-4 sayılı *HAVAŞ-2* kararında (önaraştırma) açıkça ortaya koymuştur. Ankara şehir merkezi ile Esenboğa Havalimanı arasında yolcu taşımacılığı yapan ve tekel durumunda bulunan *HAVAŞ*'ın yüksek ücret aldığı iddiasını inceleyen RK, *HAVAŞ*'ın fiyat tarifelerinin aşırı fiyat olarak değerlendirilebileceği sonucuna varmıştır. Ancak ilgili pazarda uygulanmaya başlayacak yeni bir yasal düzenlemenin sorunu ortadan kaldıracığı öngörüsünden hareketle *HAVAŞ* hakkında soruşturma açılmamasına ve uygulamanın 6 ve 12 aylık sonuçlarının izlenmesine karar verilmiştir.

5.2.4. Müzik Eserleri Meslek Birlikleri Kararı¹⁷⁰

Dört müzik eserleri meslek birliğinin yayıncı kuruluşlara karşı uyguladıkları müzik eserleri telif ücretleri tarifelerinin aşırı olduğu iddiasını değerlendirdiği kararında RK, aşırı fiyatın tespiti için benimsenen yöntemlerin bu dosya bakımından uygulanamayacağından hareketle şikâyeti reddetmiştir. RK, değerlendirmesini, fikir, yaratıcılık ve emek ile üretilen, telif ücretine konu müzik eserlerinin maliyetlerinin objektif ve somut şekilde belirlenmesinin mümkün olmamasına ve bu eserler bakımından ülkelerin ekonomik ve sosyal koşullarındaki farklılıklar nedeniyle başka ülkelerdeki benzer meslek birliklerinin tarifeleriyle karşılaştırmanın da objektif sonuçlar sağlamayacak olmasına dayandırmıştır. Dolayısıyla RK, objektif ve maddi tespitlere dayanan bir karar veremeyecek olması ve bir karar verse dahi ilgili piyasanın işleyişinin gereğinden fazla kısıtlanabileceği endişeleriyle konuyu değerlendirmeyi reddetmiştir.

Kanımızca RK'nın bu kararı, zımni olarak, FMH'nin olduğu pazarlarda sağlıklı bir değerlendirme yapılamayacak olması nedeniyle bu pazarlara müdahaleden uzak durmak istemesinin bir göstergesidir.

5.2.5. MTS Kararı¹⁷¹

MTS kararında, Wolf marka kombilerin ve yedek parçalarının Türkiye'deki tek ithalatçısı konumunda olan MTS'nin, Wolf marka kombilerin eski ithalatçısı Baymak'ın şikâyeti üzerine, kombi yedek parçaları bakımından aşırı fiyatlama yaptığı iddiası değerlendirilmiştir. Bu karar ile ilgili olarak, üzerinde durulması gereken nokta RK'nın "*aşırı fiyatın varlığı Baymak açısından değil, tüketici açısından ele alınmalıdır.*" diyerek aşırı fiyat değerlendirmesinde tüketici bakımından sömürücü olma şartı aradığına dikkat çekmiş olmasıdır. Ancak Baymak'ın fiyat artışlarının tüketiciye yansıdığı gerçeğinden hareketle aşırı fiyatın tespiti için fiyat kıyaslamasına başvuran RK, Wolf marka kombilerin yedek parçalarıyla başka bir teşebbüs tarafından ithal edilen benzer niteliklere sahip bir kombinin yedek parçaları arasında tespit edilen %25-30 aralığındaki fiyat farklılıklarını aşırılığın tespiti için yeterli bulmamıştır. RK'nın bu fiyat farklılığına ilişkin değerlendirmesinin arkasında Danıştay'ın BELKO kararında %50-60 aralığındaki farkı aşırı olarak değerlendirmiş olması yatmaktadır.

¹⁷⁰ 21.7.2005 tarihli ve 05-48/683-177 sayılı karar (ilk inceleme).

¹⁷¹ 26.5.2006 tarihli ve 06-36/462-124 sayılı karar (öneri).

5.2.6. Biletix Kararı¹⁷²

İnternet üzerinden etkinlik bileti satışı yapan Biletix'in satılan bilet fiyatlarına fahiş tutarda hizmet, işlem ve kargo bedeli uyguladığı iddiasının değerlendirildiği *Biletix* kararında hâkim durum değerlendirmesi yapmaksızın¹⁷³ kötüye kullanma değerlendirmesi yapan RK, daha önce izlediği yöntemlerden farklı bir değerlendirme yöntemi benimsemiştir. Bilet fiyatıyla hizmet bedeli ve işlem bedelinin karşılaştırıldığı kararda %11,11 ila %17,78 aralığında olduğu tespit edilen marj aşırı bulunmayarak şikayetin reddine karar verilmiştir.

Kanımızca bu kararda karşılaştırmaya konu edilen büyüklükler teşebbüsün fiyatlama davranışını değerlendirmek bakımından anlamlı değildir. İddia konusu olay bakımından sağlıklı bir fiyat-maliyet karşılaştırması için Biletix'in talep ettiği hizmet bedeli ve işlem bedeli ile Biletix'in bilet temin hizmetini sağlamak için katlandığı maliyetler karşılaştırmaya konu edilerek, teşebbüsün kar marjı değerlendirilmeliydi. Ayrıca, aşırı fiyat dosyalarında maliyetin tespit edilmesine yönelik genel kabul görmüş sıkıntılar nedeniyle önceliğin kötüye kullanma değerlendirmesinden, aşırı fiyatlama davranışının ortaya çıkmasına neden olabilecek pazar koşullarının varlığının tespit edilebilmesi bakımından hâkim durum analizine verilmesinin daha doğru ve etkin bir değerlendirme sağlayacağı düşünülmektedir.

5.2.7. Bereket Jeotermal Kararı¹⁷⁴

RK, pazar yapısı itibarıyla aşırı fiyatlamamanın muhtemel olduğu ancak fiyat düzenlemesine tabi olmayan pazarların söz konusu olduğu dosyalar bakımından rekabet savunuculuğu çerçevesinde düzenleme yapılmasının sağlanmasını benimsemiştir. Ancak Denizli'nin Sarayköy ilçesinde jeotermal konut ısıtması alanında münhasıran faaliyet gösteren Bereket Jeotermal'in aşırı fiyatlama yaptığı iddiasını değerlendirdiği *Bereket Jeotermal* kararında RK, farklı bir tedbir yöntemini tercih etmiştir. Yapılan aşırı fiyat analizi sonucunda elde edilen bulgular aşırı fiyat tespiti için yeterli görülmemiş olmakla birlikte, pazar yapısı itibarıyla aşırı fiyatlama olanağının varlığını tespit eden RK, "*aşırı fiyatlama riskinin kontrol altında tutulması gerekliliği*"nden hareketle pazarın beş yıl süre ile izlenmesine karar vermiştir. Bu kararda ilgili pazar bakımından fiyat düzenlemesi önerilmesi tartışılmış, ancak teşebbüse münhasırlığı sağlayan protokolün yarattığı hukuki durum nedeniyle tercih edilmemiştir.

¹⁷² 1.3.2007 tarihli ve 07-18/164-54 sayılı kararı (ilk inceleme).

¹⁷³ RK'nın hâkim durum değerlendirmesi yapmaksızın kötüye kullanma değerlendirmesi yaptığı bir başka karar için bkz. 4.12.2008 tarihli ve 08-69/1123-439 sayılı *Darfilm* kararı (ilk inceleme).

¹⁷⁴ Bkz. dn.160.

Kanımızca düzenleme önerisi ile istenen sonuçların elde edilemeyeceği kanaatindeki RK'nın amacı, pazarın izlenmesi yöntemiyle bir nevi *sanal düzenleme* yaratmaktır. Böyle bir yaklaşım ile kısa dönemli olarak istenen sonuçların elde edilebileceği düşünülmele birlikte uzun vadede pazar koşulları değişmeyeceği için yine aşırı fiyatlama riskinin doğacağı düşünülmektedir. Ayrıca, pazarın izlenmesinin ne şekilde gerçekleştirileceği tartışmalı olmakla birlikte, her halükarda benimsenen izleme yöntemi önaraştırmadaki belirsizliği taşıyacaktır. Ayrıca, böyle bir izleme her yıl hem ilgili teşebbüsün hem de fiyat kıyaslamasına konu olan teşebbüslerin şartlarının izlenmesini gerektireceğinden Rekabet Kurumu bakımından da maliyetli bir yol olacaktır. Ayrıca, her yıl gerçekleştirilen izleme süreci sonunda yapılacak değerlendirme RK'yı fiyat onaylayıcı bir otorite konumuna sokabilecektir.

Temel olarak yukarıda yer verilen endişelerden hareketle RK, *Bereket Jeotermal* kararı gereğince ilgili pazarın 2008/2009 ısınma dönemi için izlenmesinin sonuçlarını değerlendirdiği *Bereket Jeotermal-2* kararı¹⁷⁵ ile, pazarın izlenmesine son vermiştir. RK'nın bu tercihinde önemli rol oynayan unsurlardan biri de aşağıda açıklanacak *İzmir Jeotermal* kararıdır¹⁷⁶.

5.2.8. İzmir Jeotermal Kararı¹⁷⁷

İzmir Jeotermal'in jeotermal konut ısıtması hizmeti sunduğu abonelerinin kalorimetre esasına göre ücretlendirilmesinde kalori birim fiyatlarını keyfi olarak belirlediği ve kalorimetre cihazlarının satışında fahiş fiyat uyguladığı iddiasının değerlendirildiği bu karar, RK'nın *Bereket Jeotermal* kararı ile sergilediği yaklaşımı değiştiren bir karar olması nedeniyle önem taşımaktadır.

Yaptığı analizde RK, sömürücü aşırı fiyat uygulandığına ve kötüye kullanma niteliğinde bir davranışta bulunulduğuna ilişkin bir tespit yapmamış ve teşebbüs hakkında soruşturma açılmasına gerek görmemiştir. Bununla birlikte, *Bereket Jeotermal* kararına paralel biçimde, jeotermal konut ısıtması faaliyetinin doğal tekel niteliği taşıması ve herhangi bir düzenlemeye tabi tutulmamış olması nedeniyle jeotermal konut ısıtması faaliyeti gösterilen pazarlar bakımından aşırı fiyatlama riskinin varlığını vurgulamıştır. Ancak RK, bu kez bu riskin ortadan kaldırılması görevini kendisi yüklenmemiştir. Aşırı fiyatlama riskinin ancak sektöre özgü düzenlemeler yapılarak bertaraf edilebileceği kanaatine ulaşan RK, bunu teminen rekabet savunuculuğu çerçevesinde Başbakanlığa, Enerji ve Tabii

¹⁷⁵ 16.12.2009 tarihli ve 09-59/1452-383 sayılı karar.

¹⁷⁶ 15.7.2009 tarihli ve 09-33/739-176 sayılı karar (önaraştırma).

¹⁷⁷ *İzmir Jeotermal*, dn. 176.

Kaynaklar Bakanlığına ve EPDK'ya sektörün düzenlenmesi gerektiği yönünde görüş gönderilmesine karar vermiştir.

5.2.9. Değerlendirme

Yukarıda yer verilen kararlar ışığında, RK'nın hâkim durumdaki teşebbüslerin aşırı fiyatlama davranışına yönelik politikasını şu şekilde özetlemek mümkündür: RK, aşırı kârı ve aşırı kâra yol açmasa dahi maliyet etkinsizliği nedeniyle ortaya çıkan aşırı fiyatlamayı RKHK kapsamında bir kötüye kullanma hali olarak görmektedir. Bununla birlikte RK, rekabete açık piyasalarda piyasanın işleyişine müdahaleden kaçınarak, müdahale alanını doğal ya da yasal tekel olan ve fiyat düzenlemesi bulunmayan pazarlarla sınırlamıştır. Aşırı fiyatın tespitinde, AB'ye paralel şekilde ekonomik değer kavramını esas alan RK, değerlendirmelerinde fiyat kıyaslamasına öncelik vermektedir. Maliyet hesaplamasına sadece maliyetin kesin ve net şekilde belirlenebileceği hallerde başvurulmasını gerekli görmekle birlikte, pek çok kararında maliyet hesaplamalarına gittiğini söylemek yanlış olmayacaktır. Bununla birlikte fiyat-maliyet karşılaştırmalarında esas alınan maliyet kavramları arasında tutarsızlıklara rastlanmaktadır. Benzer şekilde, gerek fiyat-maliyet karşılaştırması ile gerekse de fiyat kıyaslaması yöntemi ile tespit edilen ne ölçüde bir farkın aşırı fiyatın göstergesi olduğuna dair bir belirleme yapılmamıştır.

Kanımızca bu belirsizliğin objektif bir şekilde giderilemeyecek olması, RK'nın aşırı fiyatlamaya müdahale biçimini de etkilemiştir. *BELKO* kararında aşırı fiyat uygulandığına hükmeden RK, bu ihlali ortadan kaldıracak fiyat düzeyine ilişkin net bir belirleme yapmaktan kaçınmış ve fiyatların "*rekabetçi piyasalardaki fiyatlarla kıyaslanabilir makul düzeye*" indirilmesi yönünde bir tedbir uygulamıştır. Böyle bir tedbirin, karara muhatap olan teşebbüsler tarafından ne şekilde uygulanacağı, hangi fiyat düzeyinin makul kabul edileceği ve kararın gereğinin yerine getirilip getirilmediğinin RK tarafından nasıl takip edileceği sorunları ise çözümsüz görünmektedir.

Bu çözümsüzlüğün zaman içinde RK tarafından da değerlendirilerek, aşırı fiyata müdahalede farklı bir yola kayıldığı görülmektedir. Nitekim *BELKO* kararındaki benzer bir durumun söz konusu olduğu *ASKİ-2* ve *HAVAŞ-2* kararlarında, RK, soruşturma açmaktan kaçınarak aşırı fiyatlamaya yol açan etkenlerin ortadan kaldırılması yönünde girişimlerde bulunmayı tercih etmiştir.

Fiyat düzenlemesine tabi pazarlar bakımından ise RK'nın genel yaklaşımının müdahale edilmemesi yönünde olduğu söylenebilecektir. Bununla birlikte düzenlenen pazarlara yönelik aşırı fiyatlama iddialarını içeren başvuruların bir kısmı, *Amity Oil&Trakya Gazdaş* kararında olduğu gibi, fiyat

düzenlemesi olduğu gerekçesiyle ilk inceleme aşamasında reddedilmişken; bir kısmı, *Ataköy Marina* kararında olduğu gibi, önaraştırma aşamasına taşınarak aşırı fiyat analizine konu edilmiştir.

RK'nın aşırı fiyata yönelik yaklaşımını bütünlemesi bakımından belirtilmesi gereken diğer bir husus da FMH'nin söz konusu olduğu pazarlarda aşırı fiyatın tespitinin olanaksız görülmesi nedeniyle müdahaleden kaçınıldığıdır.

Çalışmanın ilk dört bölümünde çizilen çerçeveden bakıldığında, RK'nın aşırı fiyatlamaya ilişkin yaklaşımının pek çok açıdan yerinde olduğu söylenebilecektir. Ancak, RK halen istisnai durumlarda aşırı fiyatlamaya müdahale etme hakkını saklı tutmaktadır. Bu istisnai durumların varlığı ise teşebbüsler bakımından bir belirsizlik yaratmakta ve RK'yı da aşırı fiyat tespiti gibi objektif ve etkin olarak gerçekleştirilmesi mümkün olmayan bir görev ile karşı karşıya bırakmaktadır. Bu belirsizliğin ortadan kaldırılması ancak RK'nın aşırı fiyatlamaya ilişkin net bir politika benimseyip teşebbüsleri bu konuda bilgilendirmesiyle mümkün olacaktır.

5.3. AŞIRI FİYATLAMAYA YÖNELİK BİR POLİTİKA ÖNERİSİ

Öncelikle tekrar vurgulamakta fayda vardır ki çalışmanın kapsamı ile paralel olarak aşırı fiyatlamaya yönelik olarak önerilen politika, hâkim durumdaki teşebbüslerin sömürücü nitelikteki aşırı fiyatlama davranışlarıyla sınırlıdır. Bir başka deyişle, yüksek fiyatlamamanın dışlayıcı davranışların aracı olarak kullanılması halinde RK'nın müdahale etme hakkının saklı tutulması gerektiği konusunda bir tereddüt bulunmamaktadır.

Ancak kanımızca objektif olarak tespit edilmesi ve rekabet hukuku araçlarıyla etkin şekilde önlenmesi mümkün olmayan, pazardaki rekabet yapısı üzerinde kısıtlayıcı etki doğurmayan sömürücü aşırı fiyatlama davranışının RKHK'da tanımlandığı biçimde bir kötüye kullanma olarak ele alınmasının ve yaptırıma tabi tutulmasının yerinde bir yaklaşım olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. Bu husus rekabete açık pazarlar ve rekabetçi piyasa yapısına müsait olmayan pazarlar olmak üzere iki ayrı kulvarda incelenebilir.

Öncelikle rekabete açık pazarlarda aşırı fiyatlama davranışı piyasa mekanizmasının işleyişi ve dinamik etkinliğin sağlanabilmesi bakımından gerekli görülmektedir. Dolayısıyla RK tarafından da isabetli şekilde kabul edildiği üzere rekabetçi özellikler gösteren pazarlarda başarılı faaliyetleri neticesinde hâkim duruma gelmiş teşebbüslerin aşırı fiyatlama davranışının bir kötüye kullanma hali olarak değerlendirilebilmesi mümkün değildir. Aksi bir yaklaşımın benimsenmesi rekabet hukukunun var oluş nedenine aykırı biçimde piyasanın doğal işleyişine müdahale edilmesi ve pazar gücüne sahip

teşebbüslerin rasyonel fiyatlama davranışlarının cezalandırılması anlamına gelecektir. Dolayısıyla rekabete açık pazarlar bakımından RK'nın görevi rekabetin sağlıklı işlemlerini sağlayarak, etkinlikten bağımsız olarak çeşitli dışlayıcı davranışlar yoluyla hâkim duruma gelen ya da hâkim durumunu sürdüren teşebbüslerin nihayetinde aşırı fiyatlama davranışına yol açabilecek rekabeti kısıtlayıcı davranışlarının önüne geçmektir.

Doğal engeller ya da gösterilen faaliyetin niteliğine bağlı olarak yaratılan hukuki engeller sonucunda rekabete kapalı olan pazarlarda ise aşırı fiyatlama davranışının piyasanın çarklarının işleyişine veya dinamik etkinliğe katkısı olduğundan bahsedilememektedir. Bununla birlikte üretimde etkinliğin sağlanması bakımından gerekli görülen bu pazar yapılarında, dağılımda etkinliğin de sürdürülebilmesi gayesiyle düzenleme gereği ortaya çıkmıştır. Fiyatın, üretim düzeyinin, piyasaya giriş çıkışların düzenlenmesi ise çoğunlukla sektöre özgü uzman düzenleyici kurumlar eliyle gerçekleştirilmektedir. Düzenlenen pazarlarda faaliyet gösteren teşebbüslerin uygulayacağı fiyatların bu düzenleyici kurumların denetimine tabi olması nedeniyle bu pazarlarda aşırı fiyatlama davranışının ortaya çıkması olası görülmemektedir. Düzenleyici kurumların izin verdiği sınırları aşan düzeyde fiyatlama yapılması halinde ise bunun önlenmesi ve gerektiği takdirde cezalandırılması o faaliyete yönelik düzenleyici mevzuat çerçevesinde gerçekleştirilmeli ve bu alan rekabet otoritesinin müdahalesinden uzak kalmalıdır.

Konuya Türkiye açısından bakıldığında ise, Türkiye'de de 1982 Anayasası'nın devlete verdiği piyasaların denetlenmesi görevi çerçevesinde başta Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu ile Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu olmak üzere sektöre özgü düzenleyici otoriteler kurulmuş ve bu kurumlar tarafından fiyata ilişkin düzenlemeler yapılmıştır. Dolayısıyla RK'nın düzenlemeye tabi bu sektörler bakımından aşırı fiyat incelemesi yapması yersiz bir girişim olarak değerlendirilmektedir. Nitekim RK'nın tercihi de bu yönde oluşmuştur, ancak bazı dosyalarda düzenleme olmasına rağmen RK'nın fiyat incelemesine yönelmiş olduğu gerçeği karşısında düzenlemeye tabi pazarlar bakımından RKHK'da öngörülen usullerle bir inceleme yürütülmesinin gereksiz bir çaba olduğunun ve kaynak israfına yol açığının vurgulanması gerekmektedir.

Türk rekabet hukuku uygulamaları bakımından en belirsiz ve tartışmalı alan ise tekel niteliği taşıyan ancak düzenlemeye konu edilmemiş pazarlarda görülen aşırı fiyatlama davranışına ne şekilde müdahale edilmesi gerektiğidir. Literatürde ve RK içtihadında genel kabul gören yaklaşım bu pazarlarda faaliyet gösteren hâkim durumdaki teşebbüslerin aşırı fiyatlama davranışının rekabet hukuku çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği yönündedir. Kanımızca bu yaklaşım ile doğru ve uzun süreli sonuçların sağlanması olanaklı değildir. Şöyle

ki; bu yöndeki bir değerlendirme, rekabet otoritesinin ilgili mal veya hizmetin ekonomik değerini yansıtan adil bir fiyat tespit etmesi anlamına gelmektedir. Bu ise arz ve talebe ilişkin tüm faktörlerin bir arada değerlendirilmesini gerekli kılmaktadır. Oysa çalışmanın önceki bölümlerinde detaylı olarak açıklandığı üzere rekabet otoritelerinin örgütlenişi ve uzmanlığı böyle bir değerlendirme için yetersizdir. Dolayısıyla yapılacak herhangi bir değerlendirme yüksek hata riskini de barındırmaktadır. Ayrıca, doğru bir değerlendirme yapılarak makul fiyat düzeyinin doğru bir şekilde saptanabildiği varsayımı altında dahi rekabet hukuku araçlarıyla aşırı fiyatlamanın uzun vadede etkin şekilde önüne geçilebilmesi mümkün gözükmemektedir. Çünkü piyasadaki arz ve talebe ilişkin koşullar sürekli değişmektedir. Bu değişim, rekabet otoritesinin uyguladığı tedbirin kısa süreli etki göstermesi sonucunu doğurmaktadır. Rekabet otoritesinin fiyat düzeyine müdahalesinin uzun dönemli etkinliği ancak piyasa koşullarının sürekli gözlenmesi ve adil fiyata ilişkin tespitin sürekli güncellenmesiyle sağlanabilecektir. Böyle bir gözetimin, rekabet otoritesinin işi olduğu savunulamayacağı gibi bir an rekabet otoritesine böyle bir misyon yüklediği düşünülse dahi yaratacağı iş yükü, kaynak israfı gibi etkenler bunun gerçekte uygulanamayacağını gözler önüne sermek için yeterlidir. Böyle bir gözetim ancak ilgili pazarı bilen, uzmanlaşmış insan gücüne ve yeterli finansal kaynağa sahip düzenleyici kurumlar eliyle gerçekleştirilebilecektir. Bu noktada rekabet otoritesine düşen, rekabet savunuculuğunu kullanarak ilgili pazarda aşırı fiyatlama davranışının ortaya çıkmasını engelleyecek yasal düzenlemelerin yapılması hususunda ilgili kurum ve kuruluşlar nezdinde girişimlerde bulunmaktır.

Özetle, genel olarak kabul edildiği üzere, aşırı fiyatlama olarak nitelendirilebilecek hâkim durumdaki teşebbüs davranışı ancak doğal ya da yasal tekel özelliği gösteren ve fiyat düzenlemesine tabi kılınmamış sınırlı sayıda pazar bakımından ortaya çıkabilecektir. RK'nın ise mevcut yapısı ve sahip olduğu enstrümanlar ile ürün ya da hizmetin arz ve talep koşullarını sağlıklı bir şekilde değerlendirerek adil fiyat düzeyini doğru bir biçimde tespit etmesi ve uzun dönemde etkili olacak tedbirler uygulayabilmesi olanaklı değildir. Bu çerçevede hatalı karar vermenin maliyetinin yanı sıra bu davranışlara yönelik olarak yapılacak incelemelerin işgücü, zaman ve kaynak maliyeti göz önünde bulundurulduğunda, RK bakımından sömürücü nitelikteki aşırı fiyatlama davranışına yönelik olarak benimsenecek en etkin politikanın "aşırı fiyatlamanın per se yasal kabul edilmesi" olacağı düşünülmektedir. Böyle bir politika RK'nın nihayetinde aşırı fiyatlama davranışına yol açabilecek dışlayıcı davranışlara odaklanmasını kolaylaştıracaktır. RKHK'nın 6. maddesi hükmünde aşırı fiyatlamayı yasaklayan doğrudan bir hüküm bulunmadığı gerçeği karşısında RK'nın böyle bir politika benimsemesinin önünde hukuki bir engel de bulunmamaktadır.

SONUÇ

Rekabet hukukunun en tartışmalı alanlarından biri, yüksek pazar gücüne sahip teşebbüslerin fiyatlarını sürekli olarak rekabetçi düzeyin önemli ölçüde üzerinde belirleyebilmeleri olarak tanımlanabilecek olan aşırı fiyatlama davranışıdır. Bir yandan yarattığı sosyal maliyet nedeniyle rekabet hukukunun öncelikli ilgi alanlarından biri olması beklenen aşırı fiyatlama, diğer yandan piyasa mekanizmasının işleyişi ve dinamik etkinliğin sağlanması bakımından gerekli görülmesi nedeniyle rekabet hukukunun dışında tutulmaya çalışılmaktadır.

Aşırı fiyatlamanın rekabet hukuku karşısındaki yerinin belirlenmesinde payı olan bu endişeler en gelişmiş ve çağdaş rekabet hukuku sistemleri olan ABD ve AB rekabet hukuku sistemlerinin düzenlemelerine de yansımıştır. Piyasa mekanizmasının işleyişine ve hükümet müdahalelerinin etkisizliğine yönelik güçlü bir inanca sahip ABD’de aşırı kârlar girişiminin bir ödülü olarak görülmekte ve dışlayıcı bir davranışın aracı olmadığı sürece rekabet hukuku düzenlemeleri çerçevesinde yasaklanmamaktadır. AB’de ise pazar bütünleşmesi hedefi paralelinde yaratılmak istenen pazar gücüne sahip teşebbüslerin bu güçlerini kötüye kullanmalarını önlemek ve adaletin sağlanması amaçları çerçevesinde RA’nın 82(a) maddesiyle haksız alım ve satış fiyatları uygulamak açıkça yasaklanmış ve aşırı fiyatlama da bu hüküm dâhilinde değerlendirilmiştir. Ancak piyasa mekanizmasının işleyişine, dinamik etkinliğe ve düzenlemenin etkinliğine yönelik endişeler AB bakımından da geçerli olmuştur. Komisyon RA’nın 82. maddesine yönelik uygulamasını dışlayıcı kötüye kullanmalar üzerine yoğunlaştırmış ve aşırı fiyatlama başta olmak üzere sömürücü kötüye kullanmaları nadiren ihlal saymıştır. Bu yaklaşım RA’nın 82. maddesi uygulamasının gözden geçirilmesi çalışmalarında açıkça ortaya konarak, öncelik dışlayıcı kötüye kullanmalara verilmiş, sömürücü nitelikteki kötüye kullanmalar ise gözden geçirme çalışmalarının ikinci ayağına bırakılmıştır.

AB içtihatları incelendiğinde, aşırı fiyatlamanın ihlal olarak değerlendirildiği karar sayısının oldukça az olduğu görülmektedir. Bununla birlikte bu kararlar, aşırı fiyatlamanın rekabet hukuku çerçevesinde bir ihlal olarak değerlendirildiği hukuk sistemleri bakımından aşırı fiyatlamanın tespit yöntemlerine ilişkin önemli ipuçları sunmaktadırlar. Ancak ne AB’de

benimsenen ekonomik değer testinin ne de daha sonra önerilen ve çeşitli ülkelerde uygulanan alternatif aşırı fiyat tespit yöntemlerinin objektif sonuçlar sağladığını söylemek mümkündür. Ayrıca rekabet hukuku çerçevesinde aşırı fiyatın tanımında esas alınan ekonomik değer ancak o ürün ya da hizmete ilişkin tüm arz ve talep koşullarının analiz edilebilmesiyle belirlenebilecektir ki bunun da gerçek hayatta yapılması kolay bir iş değildir.

Aşırı fiyatın tespitine yönelik belirsizlikler, aşırı fiyatlamaya müdahale politikasını benimsemiş rekabet hukuku sistemleri bakımından rekabet otoritelerinin yanlış karar verme riskini de beraberinde getirmektedir. Bunun yanı sıra, aşırı fiyatlamaya önlenmesine yönelik tedbir uygulanması da uygulanacak tedbirin etkinliği bakımından soru işaretleriyle doludur. Ayrıca, teşebbüslerin fiyatlama davranışlarına yapay şekilde müdahale etmek rekabetçi özellikler gösteren piyasalarda, piyasa mekanizmasının işleyişini engelleyebileceği gibi dinamik etkinliğe zarar verme ihtimalini de barındırmaktadır. Rekabet otoritelerinin yanlış karar vermekten doğan hata riskini asgariye indirmek ve müdahaleden kaynaklanan sakıncaların önüne geçilmesi ancak aşırı fiyatlamaya müdahale alanının daraltılmasıyla mümkün olabilecektir. Literatürde, aşırı fiyatlamaya müdahalenin belli pazar koşullarıyla sınırlı tutulması yönünde bir görüş birliği olmakla birlikte bu koşulların ne olması gerektiğine ilişkin uzlaşma sağlanamamıştır. Genel kabul gören yaklaşım, pazarın kendi kendini düzeltmesinin önünde ortadan kaldırılması mümkün olmayan engellerin olması ve teşebbüsün kendi çabalarının sonucu olmayan tekel ya da tekele yakın konumda bulunmasıdır. Nitekim Komisyon da, ATAD'ın RA'nın 82(a) maddesinin sömürücü aşırı fiyatlamayı da kapsadığı yorumu karşısında, aşırı fiyatlamaya yönelik uygulamasını bu koşulların bulunduğu pazarlarla ve pazar bütünleşmesini tehdit eden durumlar ile sınırlamıştır.

Türk rekabet hukuku uygulamasında aşırı fiyatlamaya yerine baktığımızda, uygulamanın AB uygulaması ile büyük ölçüde benzeştiğini söylemek mümkündür. Ancak, RA'nın 82. maddesinden farklı olarak RKHK'nın hâkim durumun kötüye kullanılmasını düzenleyen 6. maddesi çerçevesinde haksız alım veya satış fiyatları uygulamak kötüye kullanma örnekleri arasında sayılmamıştır. Bununla birlikte RK, RKHK'nın 6. maddesinde sayılan hallerin örnek olmasından hareketle tüketici refahını doğrudan azaltan aşırı fiyat uygulanmasını da RKHK'nın 6. maddesi anlamında kötüye kullanma olarak kabul etmiştir. Piyasa mekanizmasının işleyişini bütünüyle göz ardı etmediği görülen RK, aşırı fiyatlamaya ancak pazara girişin olanaksız olduğu yasal veya doğal tekel niteliğindeki fiyat düzenlemesine tabi olmayan pazarlarda müdahale etmektedir. Ancak RK'nın, ilk yıllarındaki uygulamalarının aksine, cezai yaptırım uygulamak ve fiyatları düşürmeye yönelik tedbirler almak yerine,

rekabet savunuculuğu çerçevesinde aşırı fiyatlama davranışına ortam hazırlayan pazar yapısını değiştirmeye yönelik tedbirler almayı tercih ettiği görülmektedir.

RK'nın aşırı fiyatlamaya müdahalesini istisnai hallerle sınırlaması yerinde bir yaklaşım olarak değerlendirilebilecektir. Ancak bu istisnai hallerin açık olarak tanımlanamaması ve uygulama standartlarının netleştirilememesi hâkim durumdaki teşebbüsler bakımından bir belirsizliği beraberinde getirmektedir. Ayrıca RK'nın örgütlenişi ve sahip olduğu enstrümanlar ile aşırı fiyatlamayı objektif bir şekilde tespit etmesi ve önlemek için etkin tedbirler uygulaması mümkün değildir. Bu nedenle, RK'nın aşırı fiyatlama ile ilgili olarak muğlak bir alan içinde hareket etmek yerine aşırı fiyatlamayı "per se yasal" kabul eden bir politika benimseyerek, dışlayıcı kötüye kullanmalara odaklanmasının daha etkin olacağı sonucuna varılmıştır.

ABSTRACT

One of the most controversial fields of the competition law is excessive pricing behaviour, which can be defined as the ability to set prices significantly and persistently above the competitive level. As a result of the social cost associated with it, excessive pricing is expected to be among primary concerns of the competition law. However, since excessive pricing is considered to be essential for the functioning of the market mechanism and for the maintenance of dynamic efficiencies; excessive prices are tried to be left out of the scope of the competition law. Moreover, another reason why excessive prices should be excluded from the scope of the competition law is that competition authorities are exposed of conceptual and practical difficulties. Not only may these difficulties lead competition authorities to take false decisions but also they bring about legal uncertainties for the undertakings. Thus, competition authorities should adopt a policy which minimizes the risk of taking false decisions and legal uncertainties associated with excessive pricing.

Because of the above-mentioned concerns about intervention against excessive pricing, the study focused on the significance of excessive prices in competition law and aimed at providing the most effective policy proposal for the intervention against excessive pricing.

KAYNAKÇA

- AHLBORN, C., V. DENICOLA, D. GERADIN ve A.J. PADILLA (2006), “DG Comp's Discussion Paper on Article 82: Implications of the Proposed Framework and Antitrust Rules for Dynamically Competitive Industries”.http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=894466
- AKMAN, P. (2007), “Searching for the Long-Lost Soul of Article 82 EC”, *CCP Working Papers*, 07-5.http://www.uea.ac.uk/polopoly_fs/1.104585!ccp07-5.pdf
- ASLAN, Y. (2007), *Rekabet Hukuku Teori, Uygulama ve Mevzuat*, Dördüncü Baskı, Ekin Kitabevi, Bursa.
- AŞÇIOĞLU ÖZ, G. (2000), *Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması*, Rekabet Kurumu Lisans Üstü Tez Serisi, No: 4, Rekabet Kurumu, Ankara.
- ATİYAS, İ. (2000), “Rekabet Politikasının İktisadi Temelleri Üzerine Düşünceler”, *Rekabet Dergisi*, Cilt 1, Sayı 1, s. 23-46.
- BLOCH, R.E., H.G. KAMANN, J.S. BROWN ve J.P. SCHMIDT (2005), “A Comparative Analysis of Article 82 and Section 2 of the Sherman Act”, 9. *Annual Competition Conference*, The International Bar Association, Fiesole.
- BÜYÜKKUŞOĞLU, B. (2004), *Rekabet İktisadi Çerçevesinde Monopson (Tek Alıcı)*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi, No:56, Rekabet Kurumu, Ankara.
- CARLTON, D.W. ve J.M. PERLOFF (1994), *Modern Industrial Organization*, Second Edition, Harper Collins College Publishers, New York.
- CCNCO - COMMONWEALTH COMPETITIVE NEUTRALITY COMPLAINTS OFFICE (1998), “Cost Allocation and Pricing”, *CCNCO Research Paper*, Canberra.
- ÇAĞLAYAN, A.İ. (2003), *Rekabet Hukukunda Pazar Gücünün Önemi ve Ölçülmesi*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi, No:26, Rekabet Kurumu, Ankara.

DOBREVA, R., J. FEDDERKE ve V. SCHOER (2007), “The Restriction of Downstream Beneficiation through Upstream Prices as an Indicator of Harm in Excessive Pricing Cases”.

<http://web.wits.ac.za/NR/rdonlyres/EFDF0321-F871-4719-8F88-A5C906EC3C6C/0/TheRestrictionofDownstreamBeneficiationthroughUpstreamPricesasanIndicatorofHarminExcessivePricingCases.doc>

EILMANSBERGER, T. (2008), “Article 82”, G. HIRSCH, F. MONTAG ve F. J. SACKER (der.), *Competition Law: European Community Practice and Procedure* içinde, Sweet & Maxwell, London, s. 1056-1240.

EUROPEAN COMMISSION (2005), “DC Competition Discussion Paper on the Application of Article 82 of the Treaty to Exclusionary Abuses”, Brussels, 2005. <http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf>

EUROPEAN COMMISSION (1997), XXVIIth Report on Competition Policy.

EUROPEAN COMMISSION (1994), XXIVth Report on Competition Policy.

EUROPEAN COMMISSION (1980), Xth Report on Competition Policy.

EUROPEAN COMMISSION (1975), Vth Report on Competition Policy.

EVANS, D.S. ve A.J. PADILLA (2004), “Excessive Prices: Using Economics to Define Administrable Legal Rules”, *CEMFI Working Paper*, No. 0416.

EZRACHI, A. ve D. GILO (2007), “The Subtle Virtues of Prohibiting Excessive Pricing by Dominant Firms”, *American Law & Economics Association Annual Meetings Working Paper*, No. 63. <http://law.bepress.com/alea/17th/art63>

FISHER, F.M. ve J.J. MCGOWAN (1983), “On the Misuse of Accounting Rates of Return to Infer Monopoly Profits”, *The American Economic Review*, Vol. 73, No. 1, s. 82-97.

FLETCHER, A. ve A. JARDINE (2007), “Towards an Appropriate Policy for Excessive Pricing”, *12. Annual Competition Law and Policy Workshop*, Robert Schuman Centre, EUI, Florence.

FLYNN, J.J. (1988), “The Reagan Administration’s Antitrust Policy, ‘Original Intent’ and the Legislative History of The Sherman Act”, *The Antitrust Bulletin*, Vol. 33, No. 2, s. 259-307.

FRANK, R.H. (2000), *Microeconomics and Behavior*, Fourth Edition, Irwin McGraw-Hill, USA.

FORRESTER, QC, I.S. (2007), “Sector-specific Price Regulation or Antitrust Regulation A Plague on Both Your Houses?”, *12. Annual Competition Law and Policy Workshop*, Robert Schuman Centre, EUI, Florence.

FOX, E.M. (2007), “The Market Power Element of Abuse of Dominance - Parallels and Differences in Attitudes - US and EU”, *12. Annual Competition Law and Policy Workshop*, Robert Schuman Centre, EUI, Florence.

FURSE, M. (2008), “Excessive Prices, Unfair Prices and Economic Value: The Law of Excessive Pricing under Article 82 and The Chapter II Prohibition”, *European Competition Journal*, Vol. 4, No. 1, s. 59-83.

GAL, M. (2004), “Monopoly Pricing as an Antitrust Offence in the US and the EC: Two Systems of Belief About Monopoly?”, *The Antitrust Bulletin*, Vol. 49, s. 343-384.

GERADIN, D. (2007a), “Abusive Pricing in an IP Licensing Context: An EC Competition Law Analysis”, *TILEC Discussion Paper*, DP 2007-020.
<http://www.tilburguniversity.nl/tilec/publications/discussionpapers/2007-020.pdf>

GERADIN, D. (2007b), “The Necessary Limits to the Control of ‘Excessive’ Prices by Competition Authorities-A View from Europe”, *TILEC Discussion Paper*, DP 2007-032.
<http://www.tilburguniversity.nl/tilec/publications/discussionpapers/2007-032.pdf>

GERADIN, D. ve M.RATO (2006), “Can Standard-Setting Lead to Exploitative Abuse? A Dissonant View on Patent Hold-Up, Royalty Stacking and the Meaning of FRAND”
http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=946792

GILO, D. ve Y. SPIEGEL (2007), “Excessive Price Regulation”, *1. Conference of Research Network on Innovation and Competition Policy: Modern Approaches in Competition Policy*, Mannheim.
<ftp://ftp.zew.de/pub/zewdocs/veranstaltungen/rnic/papers/YossiSpiegel.pdf>

GLADER, L. ve S.C. LARSEN (2006), “Article 82:Excessive Pricing”, *Competition Law Insight*, Vol. 5, Issue 7, s. 3-5.

GREEN, N. (2003), “Problems in the Identification of Excessive Prices: The United Kingdom Experience in the Light of NAPP”, C. D. Ehlermann ve I. Atanasiu (der.), *What is an abuse of a dominant position?* içinde, Oxford, s. 79-90.

GROUT, P.A. ve A. ZALEWSKA (2008), “Measuring the Rate of Return for Competition Law”, *Journal of Competition Law and Economics*, Vol. 4, Issue 1, s. 155-176.

GROUT, P.A. ve A. ZALEWSKA (2006), “Profitability Measures and Competition Law”, *Centre for Market and Public Organisation Working Paper*, No. 06/144.
http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=893522

GUAL, J., M. HELLWIG, A. PERROT, M. POLO, P. REY, K. SCHMIDT, R. STENBACKA (2005), “An Economic Approach to Article 82”, *EAGCP Report*. http://ec.europa.eu/comm/competition/publications/studies/eagcp_july_21_05.pdf

HOWARTH, D. (2007), “Unfair and Predatory Pricing under Article 82 EC: From Cost-price Comparisons to the Search for Strategic Standards”, G. Amato ve C.D. Ehlermann (der.), *EC Competition Law A Critical Assessment* içinde, Hart Publishing, Oxford and Portland.

HORDIJK, E.P. (2001), “Excessive Pricing Under EC Competition Law; An Update In The Light Of ‘Dutch Developments’”, B.E. Hawk (der.), *International Antitrust Law & Policy* içinde, Fordham University School of Law, s. 463 – 495.

HOVENKAMP, H. (2005), *Federal Antitrust Policy The Law of Competition and Its Practice*, Third Edition, Thomson West, USA.

ILICAK, A. (2003), *Sherman Antitrust Yasası'nın Ortaya Çıkışı: Yanılsamalar ve Gerçekler*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi, No:8, Rekabet Kurumu, Ankara.

İSTANBUL SANAYİ ODASI (1993), *Avrupa Topluluğu Rekabet Politikaları Hukuk Düzeni ve Türk Rekabet Kanun Tasarısı*, Uluslararası Sempozyum, İstanbul.

JONES, A. ve B. SUFRIN (2008), *EC Competition Law*, Third Edition, Oxford University Press, New York.

KATIRCIOĞLU, E. (1996), “Bir Pazar Ekonomisi Kurumu Olarak Rekabet Hukuku”, N. İNAN (der.), *Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un Küçük ve Orta Ölçekli İşletmelere Etkisi* içinde, TES-AR Yayınları, No:10, Ankara, s. 1-4.

KATSOULACO, Y. (2006), “Exploitative Practices in Article 82”. <http://www.cresse.info/uploadfiles/Exploitative%20Practices%20in%20Article%2082.pdf>

KIM, S. ve C. HUTTON (2006), “Cowboys or Gentlemen? Approaches of the US and EC to Unilateral Conduct”, *57. Annual Oil & Gas Law Conference*, Institute for Energy Law of the Center for American and International Law, Texas.

KON, S. ve S. TURNBULL (2003), “Pricing and the Dominant Firm: Implications of the Competition Commission Appeal Tribunal's Judgement in the Napp Case”, *European Competition Law Review*, Issue 2, s. 70-86.

KOVACIC, W.E. (2008), “Competition Policy in the European Union and the United States: Convergence or Divergence?”, *Bates White Fifth Annual Antitrust Conference*, Washington.

<http://www.ftc.gov/speeches/kovacic/080602bateswhite.pdf>

KROES, N. (2007), “Antitrust in the EU and the US-Our Common Objectives” başlıklı konuşma metni, 26.11.2007, Brussels.

http://ec.europa.eu/commission_barroso/kroes/antitrust_eu_us.pdf

LAMALLE, M., L. LINDSTRÖM-ROSSI ve A.C. TEIXEIRA (2004), “Two Important Rejection Decisions on Excessive Pricing in the Port Sector”, *Competition Policy Newsletter*, No.3, s. 40-43.

LEE, Y.A. ve D.J. BROWN (2005), “Competition, Consumer Welfare and The Social Cost of Monopoly”, *Cowles Foundation Discussion Paper*, No. 1528.

<http://cowles.econ.yale.edu/P/cd/d15a/d1528.pdf>

LOWE, P. (2003), Fordham Corporate Law Institute konuşması metni, 23.10.2003, Washington.

http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2003_040_en.pdf

LOWE, P. (2003), “How Different is EU Anti-trust? A Route Map for Advisors” başlıklı konuşma metni, 16.10.2003, Brussels.

http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2003_038_en.pdf

LYONS, B. (2007), “The Paradox of the Exclusion of Exploitative Abuse”, Swedish Competition Authority (Konkurrensverket), *The Pros and Cons of High Prices* içinde, Stockholm, s. 65-87.

MADAN, Z. (2008), *ABD ve AB Perspektifinden Dışlayıcı Uygulamaların Tespitine Yönelik Standart Tartışmaları*, Yayınlanmamış Uzmanlık Tezi, Rekabet Kurumu, Ankara.

MAHENDRAN, R., G. NIELS ve R. Van DIJK (2007), “The Meaning of Margins: DG Competition’s Profitability Analysis in Sector Inquiries”, *European Competition Law Review*, Vol. 28, Issue 8, s. 451-455.

MARTIN, S. (2007), “The Goals of Antitrust and Competition Policy”, *Purdue University Working Papers*, 2007-003.

<http://www.mgmt.purdue.edu/centers/CIBER/publications/pdf/2007/Martin%202007-003.pdf>

MEYER, D.L. (2007), “The Development and Communication of Competition Law Standards Applicable to Single-Firm Exclusionary Conduct: A Perspective Based on US Experience”, *12. Annual Competition Law and Policy Workshop*, Robert Schuman Centre, EUI, Florence.

MOTTA, M. (2004), *Competition Policy Theory and Practice*, Cambridge University Press, USA.

MOTTA, M. ve A. STREEL (2007), "Excessive Pricing in Competition Law: Never Say Never?", Swedish Competition Authority (Konkurrensverket), *The Pros and Cons of High Prices* içinde, Stockholm, s. 14-46.

MOTTA, M. ve A. STREEL (2003), "Excessive Pricing and Price Squeeze under EU Law", C. D. Ehlermann ve I. Atanasiu (der.), *What is an abuse of a dominant position?* içinde, Oxford, s. 91-125.

NERA - NATIONAL ECONOMIC RESEARCH ASSOCIATE (2001), *Regulatory Approaches to Cost Allocation*, London.

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

OECD (2005a), "Global Forum on Competition; The Relationship Between Competition Authorities and Sectoral Regulators", DAF/COMP/GF(2005)2.

OECD (2005b), "Global Forum on Competition: Abuse of Dominance in Regulated Sectors", DAF/COMP/GF(2005)3.

ÖZDEMİR, Ü.N. (2009), *Fiyatlamaya İlişkin Tek Taraflı Davranışların Değerlendirilmesinde Kullanılan Maliyet Ölçütleri*, Yayımlanmamış Uzmanlık Tezi, Rekabet Kurumu, Ankara.

PAULIS, E. (2007), "Article 82 EC and Exploitative Conduct", *12. Annual Competition Law and Policy Workshop*, Robert Schuman Centre, EUI, Florence.

PRETORIUS, A. (2007), "Greater Pricing Freedom", *Competition Law Insight*, Vol. 6, Issue 4, s. 5-7.

PSARAKIS, G. (2007), "Sector-specific Regulation and Competition Law in the Electronic Communications Sector Against the Backdrop of the Internal Market", *European Competition Law Review*, Vol. 28, Issue 8, s. 456-463.

REGIBEAU, P. (2007), "The (Complex?) Relationship between Art 82 (a) and Intellectual Property Rights", *12. Annual Competition Law and Policy Workshop*, Robert Schuman Centre, EUI, Florence.

ROBERTS, S. (2008), "Assessing Excessive Pricing-the Case of Flat Steel in South Africa", *Journal of Competition Law and Economics*, Vol.4, s. 871-891.

RÖLLER, L.H. (2007), "Exploitative Abuses", *ESMT Business Brief*, No. BB-107-002.

SANLI, K.C. (2000a), *Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun'da ÖNGÖRÜLEN Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği*, Rekabet Kurumu Lisans Üstü Tez Serisi, No:3, Rekabet Kurumu, Ankara.

SANLI, K.C. (2000b), “Rekabet Hukukunda Tekelci Fiyatlandırma”, Perşembe Konferansı, Rekabet Kurumu, Ankara.

SCHWEITZER, H. (2007), “Parallels and Differences in the Attitudes towards Single-Firm Conduct: What are the Reasons? The History, Interpretation and Underlying Principles of Sec.2 Sherman Act and Art.82 EC”, *EUI Working Papers Law*, No. 32.

SIRAGUSA, M. (2007), “Excessive Prices in Energy Markets: Some Unorthodox Thoughts”, *12. Annual Competition Law and Policy Workshop*, Robert Schuman Centre, EUI, Florence.

SULLIVAN, L.A. ve W.S. GRIMES (2000), *The Law of Antitrust: An Integrated Handbook*, West Group, USA

ÜNSAL, E.M. (1998), *Mikro İktisat*, İkinci Baskı, Kutsan Ofset Matbaacılık, Ankara.

VAN DER WOUDE, M. (2007), “Unfair and Excessive Prices in the Energy Sector”, *12. Annual Competition Law and Policy Workshop*, Robert Schuman Centre, EUI, Florence.

VENIT, J.S. (2005), “Article 82: The Last Frontier-Fighting Fire With Fire?”, *Fordham International Law Journal*, Vol. 28, s. 1157-1178.

VISCUSI, W.K., J.M. VERNON ve J.E. HARRINGTON (2000), *Economics of Regulation and Antitrust*, Third Edition, The MIT Press, England.

WAHL, N. (2007), “Exploitative High Prices and European Competition Law - a Personal Reflection”, Swedish Competition Authority (Konkurrensverket), *The Pros and Cons of High Prices* içinde, Stockholm, s. 47 – 64

WILLIAMS, M. (2007), “Excessive Pricing”, Swedish Competition Authority (Konkurrensverket), *The Pros and Cons of High Prices* içinde, Stockholm, s. 128 – 153

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

YAZICI, K. ve E.S. AYDIN (2008), *Uluslararası Dolaşım (Roaming) Hizmetinin Düzenlenmesi Avrupa Birliği ve Türkiye Uygulamaları*, İlk Baskı, Rekabet Kurumu, Ankara

ABD Temyiz Mahkemeleri ve Yüksek Mahkeme Kararları

United States v. Trans-Missouri Freight Assn., 166 U.S. 290 (1897)

Standard Oil Co. v. United States, 221 U.S. 1 (1911)

United States v. American Can Co., 256 U.S. 706 (1921)

United States v. Trenton Potteries Co. 273 U.S. 392 (1927)

United States v. Aluminium Co. of America, 148 F.2d 416, (2d Cir.) (1945)

United States v. E. I. du Pont de Nemours & Co., 351 U.S. 377 (1956)

United States v. Grinnell Corp, 384 US 563 (1966)

Berkey Photo Inc v. Eastman Kodak Co., 603 F.2d 263, 276 (2d Cir. 1979), cert denied 44 U.S. 1093 (1980)

Verizon Communications, Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, 540 US 398 (2004)

Komisyon Kararları

General Motors OJ [1975] L29/14, [1975] 1 CMLR D20

Chiquita OJ [1976] L95/1

British Leyland 84/379 [1984] OJ L207/11

Deutsche Post-Interception of cross-border mail [2002] OJ L331/40, [2002] 4 CMLR 598

Euromax/IMAX COMP/C-2/37.761 [2004]

Microsoft COMP/C-3/37.792, [2005] 4 CMLR 965

Scandlines Sverige AB v Port of Helsingborg Case COMP/A.36.568/D3, [2006] 4 CMLR 23

Sundbusserne Sverige AB v Port of Helsingborg COMP/A.36.568/D3 [2006] 4 CMLR 22

İlk Derece Mahkemesi Kararı

T-5/97 Industrie des Poudres Spheriques v. Commission [2000] ECR II-3755, [2001] 4 CMLR 28

ATAD Kararları

Case 24/67 Parke, Davis & Co v Probel [1968] ECR 55, [1968] CMLR 47

Case 40/70 Sirena v. Eda [1971] ECR 69, [1971] CMLR 260

Case 78/70 Deutsche Grammophon v Metro-SB-Grossmarkte [1971] ECR 487, [1971] CMLR 631

Case 6/72 Europemballage and Continental Can v. Commission [1973] ECR 215

Case 26/75 General Motors v. Commission [1975] ECR 1367, [1976] 1 CMLR 95

Case 27/76 United Brands Company and United Brands Continental BV v Commission [1978] ECR 207

Case 85/76 Hoffmann-La Roche & Co AG v Commission [1979] ECR 461

Case 298/83 CICCE [1985], ECR 1105, 1986-1 CMLR 486

Case 226/84 British Leyland Public Limited Company v. Commission [1986] ECR 3263

Case 30/87 Corinne Bodson v. Pompes funebres des regions liberees CA [1988] ECR 2479, [1989] 4 CMLR 984

Case 238/87 AB Volvo v. Erik Veng [1988] ECR 6211, [1989] 4 CMLR 122

Case 53/87 CICRA v. Renault [1988] ECR 6039, [1990] 4 CMLR 122

Case 395/87 Ministere Public v. Jean-Louis Tournier [1989] ECR 2521

Joined Cases 110, 241 & 242/88 François Lucazeau and Others v. SACEM and others [1989] ECR 2811, [1991] 4 CMLR 248

Case 66/86 Ahmed Saeed v. Zentrale [1989] ECR 803

Diğer Ülke Kararları

İngiltere

Attheraces Ltd and The British Horseracing Board, [2007] EWCA Civ 38 Case no: A3/2006/0126 (CCAT)

Napp Pharmaceutical Holdings Limited CA 98/2/2001, [2001] UK CLR 585 (OFT)

Hollanda

Case 273 Vereniging Vrije Vogel v. KLM (8.11.2000)

Case 906 Swart v. KLM (8.11.2000)

Case 11 Shiva v KLM (8.10.2001)

Güney Afrika

Harmony v. Mittal [2004] 13/CR/FEB04

Rekabet Kurulu Kararları

3.3.1999 tarihli ve 99-12/89-31 sayılı *HAVAŞ-1* kararı

23.11.2000 tarihli ve 00-46/488-266 sayılı *MS Corp.* kararı

6.4.2001 tarihli ve 01-17/150-39 sayılı *BELKO* kararı

- 13.3.2001 tarihli ve 01-12/114-29 sayılı *ASKİ-1* kararı
1.2.2002 tarihli ve 02-06/51-24 sayılı *Çimento* kararı
8.3.2002 tarihli ve 02-13/127-54 sayılı *BOTAŞ-EGO-İZGAZ-İGDAŞ* kararı
30.4.2002 tarihli ve 02-26/262-102 sayılı *TEDAŞ* kararı
25.3.2004 tarihli ve 04-22/233-49 sayılı *Ege Liman İşletmeleri* kararı
21.7.2005 tarihli ve 05-48/683-177 sayılı *Müzik Eserleri Meslek Birlikleri* kararı
26.5.2006 tarihli ve 06-36/462-124 sayılı *MTS* kararı
29.6.2006 tarihli ve 06-46/601-172 sayılı *Amity Oil & Trakya Gazdaş* kararı
20.12.2006 tarihli ve 06-92/1176-354 sayılı *ASKİ-2* kararı
1.3.2007 tarihli ve 07-18/164-54 sayılı *Biletix* kararı
20.6.2007 tarihli ve 07-53/571-187 sayılı *Türk Telekom* kararı
3.1.2008 tarihli ve 08-01/5-4 sayılı *HAVAŞ-2* kararı
14.2.2008 tarihli ve 08-15/146-49 sayılı *Bereket Jeotermal* kararı
24.4.2008 tarihli ve 08-30/373-123 sayılı *Ataköy Marina* kararı
5.6.2008 tarihli ve 08-37/499-180 sayılı *şehirlerarası yolcu taşımacılığı* kararı
5.6.2008 tarihli ve 08-37/502-182 sayılı *şehirlerarası yolcu taşımacılığı* kararı
30.10.2008 tarihli ve 08-61/996-388 sayılı *Roche* kararı
4.12.2008 tarihli ve 08-69/1123-439 sayılı *Darfilm* kararı
8.7.2009 tarihli ve 09-32/703-161 sayılı *Belko-2* kararı
15.7.2009 tarihli ve 09-33/739-176 sayılı *İzmir Jeotermal* kararı
16.12.2009 tarihli ve 09-59/1452-383 sayılı *Bereket Jeotermal-2* kararı

Danıştay Kararları

- 5.12.2003 tarihli ve E:2001/4817 K:2003/4770 sayılı Danıştay 10. Daire kararı
2.12.2004 tarihli ve E:2004/2540 K:2004/1927 sayılı İDDK kararı
30.12.2008 tarihli ve E:2008/6492 K:2008/8399 sayılı Danıştay 13. Daire kararı

Diğer Kaynaklar

Guidance on the Commission's Enforcement Priorities in Applying Article 82 EC Treaty to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings (draft text). http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/guidance_en.pdf

Guidelines on the application of Article 81 of the EC Treaty to technology transfer agreements, 2004/C 101/2

Guidelines on vertical restraints, [2000] OJ C 291, s. 1-44

OFT (2004), Assessment of Conduct Draft Competition Law Guideline for Consultation, OFT 414a

Regulation (EC) No 717/2007 of the European Parliament and of the Council of June 27 2007 on roaming on public mobile Networks within the Community and amending Directive 2002/21/EC, 2007 OJ L171/32

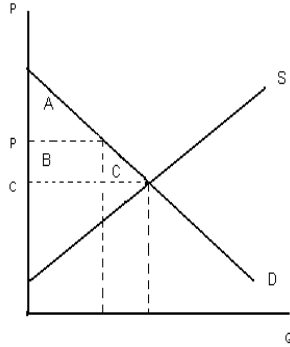
EKLER**EK 1- AB’de İhlal Tespiti Yapılan Kararlara İlişkin Özet Tablo**

Karar	Karar Alıcı	Tespit Kriteri	Fark	Uygulanan Tedbir
General Motors	Komisyon	Fiyat/Fiili Maliyetler	Fiili maliyetlerin 40 katı	Fiyatın fiili maliyetlerin 8 katına kadar düşürülmesi
Chiquita	Komisyon	Rakiplerin fiyatları	%7	Fiyatların %15 oranında düşürülmesi
		Farklı ülkelerdeki fiyatlar	%100	
		Teşebbüsün benzer ürünlerinin fiyatları	%20-40	
British Leyland	Komisyon	Teşebbüsün farklı zaman dilimlerdeki fiyatları	%600	Fiyatların %66 oranında düşürülmesi
Deutsche Post	Komisyon	Teşebbüsün Farklı Müşteri Gruplarına Uyguladığı Fiyatlar	En az %25	İhlale son verilmesi
ITT Promedia	Komisyon	Fiili Maliyetler	%900	Fiyatların %90 oranında düşürülmesi
Deutsche Telekom	Komisyon	Fiili Maliyetler Farklı ülkelerdeki fiyatlar	%100	Fiyatların %38 ve %78 oranlarında düşürülmesi
Napp	OFT	Rakiplerin Fiyatları	%30-50	İhlale son verilmesi
		Farklı Müşteri Gruplarına Uyguladığı Fiyatlar	%1400-2000	
		Farklı Coğrafi Pazarlarda Uyguladığı Fiyatlar	%500’ün üzerinde	
		İncelenen ürünün kâr marjı-Diğer ürünlerdeki kâr marjı	%80’in üzerinde- %30-50	
		Kâr marjı-en kârlı rakibinin kâr marjı	%80’in üzerinde- %70’in altında	

EK 2- Aşırı Fiyatlandırma Dosyalarında Hata Maliyetleri¹⁷⁸

Hâkim durumda bulunan teşebbüslerin aşırı fiyatlandırma davranışlarının rekabet hukuku çerçevesinde ele alınması, rekabet otoritelerinin hata yapma riskini de beraberinde getirmektedir. Bu hata, hatalı müdahale edilmesi şeklinde olabileceği gibi müdahaleden hatalı olarak kaçınma şeklinde de gerçekleşebilecektir. Her iki durumda da sosyal bakımdan çeşitli maliyetler söz konusudur.

Hatalı müdahale durumunda maliyet potansiyel talep olan ürün ya da hizmetlerin ortaya çıkmaması sonucunda tüketici refahında gerçekleşecek kayıpla ifade edilebilir. Aşağıdaki şekilde bu kayıp (A) alanı ile gösterilmiştir. Müdahaleden hatalı kaçınma halinde ise maliyet, rekabetçi fiyat düzeyinin üzerindeki fiyatlardan kaynaklanan tüketici refahı kaybıdır. Bu şekilde oluşan refah kaybının bir kısmını, bazı tüketicilerin istedikleri ürün ya da hizmeti almak için rekabetçi pazarda olacağından daha fazla ödemeleri oluştururken, diğer kısmını görece olarak rekabetçi fiyat düzeyinden daha fazla değer biçmelerine rağmen bazı tüketicilerin mal veya hizmeti satın alamaması oluşturmaktadır. Aşağıdaki şekilde sırasıyla (B) ve (C) alanlarıyla gösterilen bu maliyetler toplamı müdahaleden hatalı kaçınmanın toplam maliyetini yansıtan (B+C)



alanına eşittir.

Hatalı müdahalenin yaratacağı maliyet teşebbüslerin pazara yeni ürün ve hizmetler sunmak için yarıştıkları dinamik endüstrilerde, teşebbüslerin giriş yapıp yapmamayı tasarladıkları gelişen endüstrilerde ve teknolojik gelişmeye bağlı olarak hizmetlerini iyileştirme olanaklarının bulunduğu olgunlaşmamış endüstrilerde daha yüksektir. Bu da (A) alanının ifade ettiği kaybın büyümesi demektir.

¹⁷⁸ Ek 2'nin hazırlanmasında Evans ve Padilla (2004)'ten yararlanılmıştır.

Müdahaleden hatalı olarak kaçınmanın maliyeti ise fiyat-maliyet marjının büyük olduğu (dolayısıyla (B) alanının büyük olduğu) ve talep esnekliğinin yüksek olduğu (dolayısıyla (C) alanının büyük olduğu) durumlarda daha yüksek olacaktır. Bir başka deyişle, pazara giriş engellerinin olmadığı ve piyasanın kendi kendini düzeltebildiği durumlarda müdahaleden hatalı olarak kaçınmanın maliyeti düşük olacaktır. Ayrıca fiyat- maliyet marjı ile fiyat esnekliği arasında ters yönlü bir ilişki söz konusudur. Bir başka deyişle (C) alanı büyüdükçe (B) alanı küçülecek, bu da müdahaleden hatalı kaçınmanın maliyetini sınırlayacaktır.

Sonuç olarak hatalı müdahalenin maliyetinin uzun dönemli ve geniş bir yelpazede potansiyel etkileri olduğu söylenebilecekken, müdahaleden hatalı kaçınmanın etkileri olay özelinde gerçekleşecek ve kısa dönemli olacaktır.