

**HAKİM DURUMUN KÖTÜYE KULLANILMASI  
ARACI OLARAK YIKICI FİYAT UYGULAMASI  
(ABD ve AT Uygulamalarından Dersler)**

**Alper Fevzi KARA**

ANKARA 2003

© Bu eserin tüm telif hakları  
Rekabet Kurumuna aittir. 2003

İlk Baskı, Şubat 2003  
Rekabet Kurumu - Ankara

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

04/07/2001 tarihinde  
Rekabet Kurumu Başkan Yardımcısı İsmail Hakkı KARAKELLE  
Başkanlığında, 2 No'lu Daire Başkanı Halil Baha KARABUDAK,  
Baş Hukuk Müşaviri Doç. Dr. Osman Berat GÜRZUMAR,  
Prof. Dr. Ejder YILMAZ ve Prof. Dr. Erdal TÜRKKAN'dan oluşan  
Tez Değerlendirme Heyeti önünde savunulan bu tez,  
Heyetçe yeterli bulunmuş ve Rekabet Kurulu'nun 18/07/2001 tarih ve  
01-34/346 sayılı toplantısında "Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi"  
olarak kabul edilmiştir.

**ISBN 975-8301-35-7**

**0100**

# İÇİNDEKİLER

Sayfa No

SUNUŞ .....	
KISALTMALAR .....	
GİRİŞ .....	

## Bölüm 1

### YIKICI FİYAT UYGULAMASININ TANIMI ve UNSURLARI

1.1. TANIM.....	
1.2. UNSURLAR .....	
1.2.1. İktisadi Üstünlük .....	
1.2.2. Olağandışı Düşük Fiyat .....	
1.2.3. Niyet (Intent).....	
1.2.4. Hasat (Recoupment) .....	

## Bölüm 2

### TEORİK BİR TARTIŞMA:

#### Yıkıcı Fiyat Uygulaması Rasyonel Bir Uygulama mıdır?

2.1. KLASİK TEORİNİN ARGÜMANLARI .....	
2.2. MODERN (STRATEJİK) TEORİNİN ARGÜMANLARI .....	

## Bölüm 3

### YIKICI FİYAT UYGULAMASININ TESPİTİNDE KULLANILAN TESTLER

3.1. NİYET TESTİ.....	
3.2. FİYAT-MALİYET TESTLERİ .....	
3.3. ARZ KONTROLÜ TESTİ.....	
3.4. FİYAT ARTIŞ TESTİ.....	
3.5. İKİ AŞAMALI TEST.....	

## Bölüm 4

### ABD UYGULAMASI

4.1. YIKICI FİYAT KAVRAMININ GELİŞİM AŞAMALARI.....	
4.1.1. Birinci Dönem .....	
4.1.2. İkinci Dönem .....	
4.1.3. Üçüncü Dönem.....	

**Bölüm 5**  
**AT UYGULAMASI**

- 5.1. AKZO OLAYI .....
- 5.2. TETRA PAK II OLAYI (TP-II).....

**Bölüm 6**  
**ABD ve AT YAKLAŞIMLARINDA**  
**NİYET ve HASAT KAVRAMLARI**

- 6.1. NİYET.....
- 6.2. HASAT .....

**Bölüm 7**  
**AT'DA YIKICI FİYAT KAPSAMININ GENİŞLETİLMESİ**

**Bölüm 8**  
**KLASİK TEORİNİN SORGULANMASI**

**Bölüm 9**  
**YIKICI FİYAT UYGULAMASININ**  
**HAKİM DURUM ve İKTİSADİ GÜÇ KAVRAMLARI**  
**ÇERÇEVESİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ**

- 9.1. AT HUKUKUNDA HAKİM DURUM ŞARTININ YOL AÇTIĞI  
SORUNLAR .....
- 9.2. AT HUKUKUNDA İKTİSADİ GÜÇ KAVRAMININ YERİ .....
- 9.3. PAZARLAR ARASINDAKİ İLİŞKİNİN İKTİSADİ GÜÇ  
KAVRAMI BAĞLAMINDA GENİŞLETİLMESİ: TP-II OLAYI.....
- 9.3.1. Genel Olarak Çapraz Sübvansiyon.....
- 9.3.2. Çapraz Sübvansiyon ve TP-II Olayı .....
- 9.3.3. TP-II Olayının Kaldıraç Doktrini ile İlişkisi .....

- SONUÇ** .....
- ABSTRACT**.....
- KAYNAKÇA**.....

## SUNUŞ

Rekabet Kurumu 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun tarafından kendisine verilen görevleri yerine getirmenin yanısıra düzenlediği bilimsel etkinliklerle ve yayımladığı eserlerle toplumda rekabet kültürünün yaygınlaştırılmasını da hedeflemektedir. Çeşitli illerde düzenlenen panel ve sempozyumlar, Kurum tarafından çıkarılan Rekabet Dergisi ve diğer yayınlar, mutad hale gelen ve alanında uzman konuşmacılarla konuların geniş bir yelpazede tartışıldığı, herkesin katılımına açık olan Perşembe Konferansları bunun örneklerini oluşturmaktadır.

Kurum tarafından uzmanlık tezlerinin bir seri halinde yayımlanması da bu faaliyetlerin bir parçasını teşkil etmektedir. Rekabet uzman yardımcılarının üç yıllık uygulama birikimleri ile yoğun mesleki eğitim ve araştırmalarını yansıtan uzmanlık tezleri hem Rekabet Kurumu'na hem de diğer ilgililere ışık tutacak önemli birer kaynaktır. Bu tezlerin bir bölümünde rekabet hukuku ve politikasının temel konu başlıklarını içeren teorik hususlar irdelenmiş, diğerlerinde ise rekabet hukuku uygulamaları bakımından öne çıkan sektörlere ilişkin çalışmalar yapılmıştır. Tezlerden bazılarının ait oldukları alanlarda yapılan ilk akademik çalışmalar olmasının yanısıra, bu eserlerin Türkiye'nin halen yürütmekte olduğu ekonomik serbestleşme sürecine de yardım edecek nitelikler taşıdığına inanıyoruz.

Rekabet uzmanlığına yükselme tezleri yaklaşık üç yıllık uygulama deneyiminin ve yurt içi ve yurt dışı eğitim sürecinin ardından, titiz bir akademik araştırma çabasının neticesi olarak ortaya çıkmış ürünlerdir. Ele alınan konular bakımından kaynak olarak kullanılabilir yerli eserlerin yok denecek kadar az olmasının getirdiği zorluk ve ilk olmanın yüklediği sorumluluktan doğan baskı bu çalışmaların değerini bir kat daha arttırmıştır.

Rekabet Kurumu tarafından yayımlanarak ilgililerin ve araştırmacıların hizmetine sunulan bu tez serisini, rekabet hukuku ve politikaları alanındaki bilimsel çalışma sayısının yeterli düzeye ulaşmaktan henüz uzak olduğu ülkemizde önemli bir açığı kapatacağı inancıyla kamuoyuna sunuyoruz.

**Prof. Dr. M. Tamer MüFTüOğLU**  
Rekabet Kurumu Başkanı

## KISALTMALAR

A&T	: Areeda&Turner
AAC	: Ortalama Önlenebilir Maliyet
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
A.G.	: Advocate General
ATAD	: Avrupa Topluluğu Adalet Divanı
ATC	: Ortalama Toplam Maliyet
AVC	: Ortalama Değişken Maliyet
Bkz.	: Bakınız
CFI	: Court of First Instance (İlk Derece Mahkemesi)
Çok Pazarlı Firma	: Birden fazla pazarda faaliyet gösteren firma
ECLR	: European Competition Law Review
F-M Analizi	: Fiyat-Maliyet Analizi
Komisyon	: Avrupa Topluluğu Komisyonu
Madde 86	: şimdiki madde 82
MAS	: Maliyet Altında Satış
MC	: Marjinal Satış
MR	: Marjinal Getiri
No	: Numara
OFTEL	: İngiltere Telekom Üst Kurulu
OJ	: Official Journal of the EC Commission
Para.	: Paragraf
Per se	: Şüpheyeye yer bırakmayacak şekilde, kesin
RA	: Roma Antlaşması
RPK	: Robinson Patman Kanunu
Topluluk	: Avrupa Toplulukları
TP-II	: Tetra Pak II
Vol.	: Volume
Yerleşik Firma	: Piyasaya yeni giren firmaya göre piyasada daha eski olan, yıkıcı fiyat uygulayan taraf veya hakim durumdaki firma anlamında da kullanılmıştır
Yıkıcı	: yıkıcı fiyat uygulaması yapan firma (predator)
Yüksek Mahkeme	: ABD Federal Yüksek Mahkemesi

## GİRİŞ

Bu tezin konusu rekabet hukuku literatüründe rekabete aykırı bir eylem olarak kabul edilen ve İngilizce literatürde 'predatory pricing' olarak bilinen yıkıcı fiyat uygulamasıdır.<sup>1</sup>

Yıkıcı fiyat konusunu ilginç kılan, kavram ile rekabet politikasının amacı arasındaki gerilimdir. Bilindiği gibi rekabet politikasının bir hedefi de teşebbüsleri rekabete teşvik ederek pazarda fiyatların düşmesini sağlamaktır. Oysaki yıkıcı fiyat teorisi göstermektedir ki, kimi zaman düşük fiyatlar da rekabeti bozucu etki yapabilirler. Dolayısıyla bu alandaki güçlüklerden biri de rekabeti bozan yıkıcı fiyatlarla, rekabetçi düşük fiyatlar arasındaki ayırımı yapabilmektir.

Nitekim bu sebepten yıkıcı fiyat uzun yıllardır üzerinde tartışılan bir kavram olagelmıştır. Bu tartışmaların dünya ekonomisindeki gelişmelere paralel olarak son yıllarda arttığı gözlenmektedir.

Halen küresel çapta devam eden birleşmeler dalgası, küresel ekonominin daralma sürecinde olması sebebiyle ortaya çıkan kıran kırana bir rekabet anlayışı ve çokuluslu şirketlerin ulusal pazarlara girmekte oluşu, büyük firmalarla -ki bunların çoğu buldukları pazarda hakim durumdadır- küçükler arasındaki çelişkileri arttırmıştır. Dolayısıyla büyük firmalara yönelik yıkıcı fiyat iddiaları artış göstermektedir. O kadar ki kavram hakim durumdaki firmalar için zaman zaman bir mayın tarlası haline gelmektedir. Bu çerçevede yıkıcı fiyat uygulamasının gerçekte ne olduğu ve hangi tür davranışların bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiği konusu önem kazanmaktadır.

---

<sup>1</sup> Yıkıcı fiyat zaman zaman maliyet altında satış(mas)'la özdeşleştirilmektedir. Oysaki mas, yalnızca yıkıcı fiyat uygulamasının bir unsuru olup, rekabet hukuku açısından yerine göre legal ya da illegal olarak değerlendirilebilir. Yıkıcı fiyat uygulaması ise tanımı gereği rekabeti bozan bir eylemi ifade eder. Bu tezin bir işlevi de kavram çevresinde oluşturulan bu ve benzeri popüler kanaatlerin doğruluğunu sorgulamak olacaktır.

İşte bu çalışmada yıkıcı fiyat uygulamasının piyasalarda rekabeti bozabilecek ciddi bir tehdit olup olmadığının yanısıra yıkıcı fiyat kavramının sınırları ABD ve AT deneyimleri ışığında belirlenmeye çalışılacaktır. ABD uygulaması bu alandaki tecrübe birikimi ve literatürdeki öncü rolü sebebiyle, AT uygulaması ise, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'a kaynaklık etmiş olması bakımından incelenmeye değer görülmüştür.

Yıkıcı fiyat uygulaması günümüz AT hukukunda R.A. Madde 86'da<sup>2</sup> yer alan 'hakim durumun kötüye kullanılması' kapsamında incelenirken, ABD'de Sherman Kanunu'nun 2 nci bölümündeki 'tekelleşmeye teşebbüs' kapsamında ele alınmaktadır.

Öz (1999, 153), yıkıcı fiyat uygulamasının 4054 sayılı Kanun'un 6 ncı maddesinin 1 inci fıkrasında yer alan 'ticari faaliyet alanına başka bir teşebbüsün girmesine doğrudan veya olaylı olarak engel olunması ya da rakiplerin piyasadaki faaliyetlerinin zorlaştırılmasını amaçlayan eylemler' kapsamında değerlendirilebileceğini söyler. Ancak yazar, Kurulun kavramın nasıl tanımlanacağı ve olaylara yaklaşımda takip edilecek yöntem konusunda sıkıntıya düşeceği kanaatinde. Bu durumun mevzuatta yıkıcı fiyat kavramına açıkça yer verilmemiş ve konu hakkında yeterli akademik çalışma yapılmamış olmasından kaynaklandığı düşünülebilir. İşte bu çalışma bu tip bir literatür eksikliğini gidermek ve Kurulun konuyla ilgili incelemelerine ışık tutmak için de yararlı olacaktır.

Tezin ilk bölümünde yıkıcı fiyatın unsurları ortaya konulduktan sonra, uygulamanın firmalar açısından rasyonel bir strateji olup olmadığı iki farklı teori çerçevesinde tartışılacaktır. Daha sonra ABD'de ve AT'da ortaya çıkan örnek vakalar ele alınacak ve otoritelerin bunlara ne şekilde yaklaştıkları belirlenmeye çalışılacaktır. Bir taraftan ABD uygulamasının klasik teori etkisine girme süreci işlenirken, diğer yandan da AT uygulamasının, özellikle AKZO olayı bağlamında modern teoriye olan yakınlığı gösterilecektir. Bununla birlikte ABD'de yıkıcı fiyat kapsamı daraltılırken AT'da ne şekilde genişletildiği, selektif fiyat-yıkıcı fiyat ekseninde incelenecektir. Klasik teorinin ulaştığı sonuçların sorgulanmasının ardından son olarak Tetra Pak II olayı, yıkıcı fiyat bağlamında 'iktisadi güç' kavramının AT uygulamasında nasıl ele alındığını örneklendirmek için kullanılacaktır. Bu olayın aynı zamanda AT hukukunda yıkıcı fiyat kapsamını genişletme teşebbüsü olarak okunabileceği de gösterilmeye çalışılacaktır.

---

<sup>2</sup> Şimdi Madde 82 olarak geçmektedir.



## BÖLÜM 1

# YIKICI FİYAT UYGULAMASININ TANIMI ve UNSURLARI

### 1.1. TANIM

Bolton, Brodley ve Riordan yıkıcı fiyata genel bir tanım getirmektedir:

İktisadi terimlerle ifade edilecek olursa yıkıcı fiyat uygulaması, bir firmanın fiili ve potansiyel rakiplerini fiyat indirimi yoluyla elimine etmek, disipline etmek veya piyasaya giriş teşebbüslerini caydırmak suretiyle pazar gücü elde ettiği bir stratejidir. Bir başka deyişle yıkıcı bir fiyat yalnızca dışlayıcı ve rekabeti bozucu etkileri ortaya çıktığı zaman karın maksimize edilebildiği bir fiyattır (2000, 3).

Ancak bu iktisadi tanım, konuyu hukuki çerçevede ele almaya imkan verecek açıklığı sunmamaktadır. Bunun için uygulamanın unsurlarını da teşhis etmek gerekmektedir. Bu çerçevede özellikle dört unsurun ön plana çıktığı görülmektedir.

### 1.2. UNSURLAR

#### 1.2.1. İktisadi Üstünlük

Genel olarak bir teşebbüsün rekabeti kısıtlayabilmesi veya bozabilmesi için rakiplerine oranla sahip olduğu bir üstünlüğün veya avantajın olması gerektiği kabul edilmektedir. Bu durum ABD hukukunda 'tekel gücü', AT'da ise 'hakim durum' veya daha genel olarak 'pazar gücü' kavramlarıyla ifade edilmektedir.

Yıkıcı fiyat bağlamında bu üstünlüğün kaynağı, sahip olunan mali güçle ilişkilendirilmektedir. Nitekim bu durum literatürde derin cep (deep pocket) olarak adlandırılmaktadır (Mastromanolis 1998, 216). Çünkü bir teşebbüsün yıkıcı fiyat uygulamasına girişebilmesi ancak girilen zarara rakibine göre daha uzun süre dayanabilmesine bağlıdır. Örneğin, ölçek ekonomisine ulaşmış bir

teşebbüsün kayıplarını karşılayacak kaynakları yaratmış olması beklenebilir. Ya da teşebbüs faaliyet gösterdiği diğer pazarlardan aktardığı kaynaklarla zararını finanse edebilir. Öte yandan düşen fiyatlar sebebiyle artacak talebi karşılayacak kapasite fazlasının bulunması da uygulamanın başarısı için gerekli olabilir.

Bu sayede sahip olduğu mali kaynaklardan gelen avantajıyla yıkıcı rekabeti verimlilik dışında bir alana çekmiş olmaktadır. Böylece maliyet avantajına sahip olsa da rakibin piyasa dışına çıkarılması mümkün hale gelmektedir.

### **1.2.2. Olağandışı Düşük Fiyat**

Yıkıcı fiyat uygulaması esas olarak, rakipleri güç duruma sokmayı amaçlayan bir fiyat indirimiyle ortaya çıkmaktadır. Fiyatın yıkıcı karakterde sayılabilmesi içinse makul olmayacak derecede düşük olması gerektiği genel kabul görmektedir. Bu makul olmama ölçüsü ise genellikle iktisadi bir kriter olan verimlilik kavramıyla ilişkilendirilmektedir (Areeda ve Turner 1975). Maliyet altında satış (mas) yapan bir teşebbüs, rekabeti verimlilik dışında adil olmayan bir alana çektiği için, genel olarak fiyat maliyet altına kaydığı noktada, bunun bir rekabet ihlali sayılabileceği düşünülmüştür (Posner 1976, 188). Dolayısıyla bunun da bir fiyat-maliyet (f-m) analiziyle tespit edilebileceği kabul edilmektedir. Bu noktada hangi maliyet ölçüsünün esas alınması gerektiği ise tartışmalıdır.<sup>3</sup>

### **1.2.3. Niyet (Intent)**

Uygulamanın piyasa koşullarının zorlaması sonucu mu ortaya çıktığı, yoksa rakibi etkisizleştirmeye dönük sistematik bir plan dahilinde mi gerçekleştiğinin ayırdedilebilmesi için mas'la amaçlananın gerçekte ne olduğunu tespit etmek önem kazanmaktadır. Örneğin, uygulama piyasadaki talep daralmasından veya kapasite fazlasından ileri gelebileceği gibi, bozulabilen ürünleri çabuk elden çıkartma ya da promosyon amaçlı da olabilir (Korah 1994, 90-92). Krouse (1991) da, firmanın çok sipariş alarak deneyim eğrisi boyunca daha hızlı ilerleyebilmek için mas yapabileceğini ve bunun yıkıcı fiyat olarak algılanabileceğini söyler. Yazar her iki şekilde de ileriye yönelik bir yatırım yapıldığını ancak niyetin farklı olduğunu vurgular. Bir taraftan deneyim eğrisi

---

<sup>3</sup> Bu tartışmaların özetlendiği bir çalışma için bkz: OECD (1989, 20-22). Öte yandan Beckenstein ve Gabel (1986, 38-45) maliyet üstü kalan her fiyatı legal kabul etmenin 'deneyim eğrisi' (experience curve) veya 'yaparak öğrenme' (learning by doing) gibi süreçleri yaşayan piyasaya yeni giren firmalar açısından dezavantaj teşkil ettiğini öne sürmektedir. Çünkü bu yeni firmalar ilk başta yerleşik firmaya nazaran daha verimsiz çalışsa da pazarda üretim ve satış sürecinde deneyim kazandıkça maliyetlerini aşağı çekebilecektir.

tamamlanarak maliyetlerin düşürülmesi ve bu şekilde kendinden kaynaklanan bir avantaj yaratma hesap edilirken, yıkıcı fiyat uygulamasında amaç rakipleri piyasa dışına ittikten sonra fiyatı yükseltmektir.<sup>4</sup>

#### 1.2.4. Hasat (Recoupment)

Yıkıcı fiyat uygulamasının nihai amacı, fiyat kırarak rakipleri etkisizleştirdikten sonra fiyatları tekrar yükseltmektir. Buna hasat denir. Yıkıcı ancak bu şekilde uygulama döneminde girdiği zararları kapatabilmekte ve üstüne ekstra kar elde edebilmektedir. Nitekim, 'hasat'ın kısa dönemli kayıplar sonrası elde edilen uzun vadeli kazançlar demek olduğunu belirten Carton ve Perloff (1994, 384) da, yıkıcı fiyat uygulamasının getirisi sonraki döneme bırakılan bir yatırım stratejisi olduğuna dikkat çekmektedir.

Piyasadaki aktörlerin rasyonel davranışlarda bulunacağını varsayan iktisatçılar bir teşebbüsün mas yapmaktan ne çıkarı olabileceği sorusuna cevap aramışlar ve eğer sonuçta teşebbüs hasat yapabilecekse böyle bir uygulamaya girişeceği sonucuna ulaşmışlardır. Aksi takdirde mas'ın makul gerekçelerle açıklanabileceği ve yıkıcı fiyat olarak nitelenemeyeceği düşünülmüştür. Dolayısıyla hasat, uygulamanın rasyonel bir strateji olup olmadığının tespitinde kullanılan önemli bir kriterdir.<sup>5</sup>

Konuyu hukuki çerçevede ele alınmaya elverişli hale getirmek bakımından yukarıda sayılan unsurları da göz önüne alarak yıkıcı fiyatı yeniden şu şekilde tanımlamak uygun olacaktır :

Yıkıcı fiyat uygulaması, iktisadi üstünlüğüne dayanan bir teşebbüsün, hasat yapma niyetiyle maliyet altında satış yaparak rakiplerini etkisizleştirme girişimidir.

---

<sup>4</sup> İlerleyen bölümlerde görüleceği gibi niyet kavramı, özellikle AT yaklaşımında firmaların fiyat politikalarının stratejik yönünü ortaya çıkarmakta yardımcı olduğu düşüncesiyle önemli görülmektedir.

<sup>5</sup> Yıkıcı fiyat uygulamasının rasyonelliği tartışmaları da büyük ölçüde hasat kavramından kaynaklanmaktadır. Nitekim ilerleyen bölümlerde değinileceği gibi gerek modern teori gerekse de AT otoriteleri hasat'ı buradaki tanımından farklı algılamaktadır.

## BÖLÜM 2

*"Bütün teoriler gridir. Yalnızca hayatın ağacı yeşildir."  
Goethe*

### **TEORİK BİR TARTIŞMA: Yıkıcı Fiyat Uygulaması Rasyonel Bir Uygulama mıdır?**

Yıkıcı fiyat uygulamasının ciddiye alınması gereken bir tehdit mi, yoksa nadiren ortaya çıkabilecek önemsiz bir durum mu olduğu konusu akademik çevrelerde halen günümüzde de sürmekte olan tartışmalara yol açmıştır. Daha kısa bir ifadeyle tartışılan, yıkıcı fiyat uygulamasının rasyonel bir uygulama olup olmadığıdır.

Bu çerçevede kavramın birbirine zıt iki grup tarafından işlendiği görülmektedir. Birinci grup, yıkıcı fiyat uygulamasının irrasyonel ve başarısız olmaya mahkum bir uygulama olduğunu savunmaktadır. Bu görüş özellikle Şikago okuluna mensup akademisyenler tarafından seslendirilmektedir.<sup>6</sup> Bu görüş 'klasik teori' olarak adlandırılabilir. İkinci grup ise uygulamanın belli şartlar altında pekala başarılı ve rasyonel olabileceğini ve kavramın stratejik bir davranış türü olduğunu savunmaktadır. Bu grubun yaklaşımına da 'modern stratejik teori' denilebilir.

Rekabet otoritelerinin yıkıcı fiyat uygulamasına yaklaşımından doğan farklılıklar işte bu iki teori arasındaki gerilimin sonucu olarak da okunabilir.

#### **2.1. KLASİK TEORİNİN ARGÜMANLARI**

Bu teoriyi anlayabilmek için, teorinin önde gelen temsilcilerinden McGee (1980)'nin görüşlerini incelemek yararlı olacaktır.

Yıkıcı fiyat uygulamasının yıkıcıya getirdiği maliyet üzerinde duran yazar, yıkıcının hakim durumda olması sebebiyle daha büyük pazar payına sahip olacağı için, mas yaptığı zaman rakibinden daha fazla zarar edeceğini öne sürmektedir. Bunun yanısıra rakibin müşterilerle uzun vadeli anlaşmalar

---

<sup>6</sup> Şikago okulu, ABD antitröst hukukunun iktisadi etkinliği amaçlamasını savunan okuldur.

yapması veya piyasanın gelecek vaadettiğini düşünen yatırımcılardan mali destek sağlaması durumunda yıkıcı fiyat uygulamasının boşa çıkartılabileceğinin de altını çizer. Bu arada uzun vadede tek bir satıcıya mahkum olmak istemeyen müşterilerin rakibe yardım edebilecekleri ihtimali de dikkate alınmalıdır. Rakibin bir diğer seçeneği de yıkıcı fiyat uygulanan dönemde faaliyetini durdurmak ve fiyat yükseldiğinde tekrar piyasaya girmektir. O girmese bile başkaları piyasaya mutlaka girecektir. Çünkü yıkıcı fiyat uygulaması öncesi yıkıcının karşısında bir firma tutunabildiğine göre, piyasada potansiyel var demektir. Kaldı ki rakip elimine edilse bile, bu onun üretim tesislerinin de elimine edildiği anlamına gelmemektedir. Bir başkası bu tesisleri hem de düşük bir fiyattan devralarak rekabeti sürdürebilir. Dolayısıyla, yıkıcı fiyat uygulaması sebebiyle yüklenen maliyetin karşılığının ileride alınıp alınamayacağı belirsiz olduğundan, firmalar böyle bir risk altına girmek istemeyeceklerdir (McGee 1980, 295-298).

McGee piyasayı tekeline almak isteyen firmalar için yıkıcı fiyat yerine daha cazip stratejiler olduğu görüşündedir. Örneğin , birleşme ve devralma denetimlerinin gevşek olduğu durumlarda rakip firmaları satın alarak elimine etmenin daha etkili bir yöntem olacağını ileri sürmektedir ( McGee 1980, 292).

Easterbrook (1981) ise fiktif bir modele dayanarak, yıkıcı fiyat uygulaması sebebiyle meydana gelen kayıpları, indirgenmiş muhtemel tekeli karıyla karşılaştırır. Yıkıcı ilk baştaki zararını çıkarabilse bile uygulamanın rasyonel sayılabilmesi için muhtemel karın en azından fırsat maliyetine denk bir oran olması gerekecektir. Yazar, faiz oranları ve tekeli karının miktar ve süresindeki belirsizliğin, en azından teorik olarak yıkıcı fiyat uygulamasını rasyonel olmaktan çıkardığı sonucuna varır. Yazar sonrasında hasat yapılamayacağı için başarısız bir strateji olarak gördüğü yıkıcı fiyat uygulamasının rekabete zarar veremeyeceğini, aksine kısa vadeli de olsa tüketicileri düşük fiyatlardan yararlandıracağını söyler (Easterbrook 1981, 263-265).

Özetlenecek olursa, klasik teoriye göre bir firma yıkıcı fiyat uygulaması gibi fazla maliyetli ve sonuç alınması zor bir uygulamaya girişmeyecektir. Kazara girişse bile, rakipler bunun geçici bir süre için yapılan ve kendilerini elimine etmeyi amaçlayan bir taktik olduğunu farkedeceklerinden direnecek ve karşı stratejiler geliştireceklerdir. Bu sebepten ancak nadiren ortaya çıkabilecek ve sonuçta da başarısız olacak bir uygulamaya yasak getirmek, piyasalarda fiyat rekabetini caydıracağından yıkıcı fiyat kavramı literatürden çıkarılmalıdır (Bork 1978 ,44).

## 2.2. MODERN (STRATEJİK) TEORİNİN ARGÜMANLARI

Klasik teoride olduğu gibi burada teorinin temsilcisi olarak nitelendirilebilecek önde gelen isimler olmasa da yıkıcı fiyat uygulamasının rasyonel olabileceğini anlatan çalışmalarda görüşlerden bazıları örneklendirilebilir.

Milgrom ve Roberts (1982, 284-285), klasik teorinin argümanlarının ancak piyasalarda tam bilgi varsa tutarlı olabileceğini, oysaki gerçek hayatta her zaman firmaların eksik bilgi ortamlarında faaliyet gösterdiğini söyler. Buna göre rakip ancak yıkıcının maliyet yapısını biliyorsa, fiyat indiriminin geçici bir süre için yapılan bir yıkıcı fiyat uygulaması olduğunu farkedebilecek ve karşı tedbirler geliştirebilecektir.<sup>7</sup> Fakat bu bilgiye sahip değilse uygulamanın yıkıcı fiyat niteliğinde mi olduğu yoksa, sorunun kendisinin verimsiz çalışmasından mı kaynaklandığının ayırımını yapamayacaktır. Bu şekilde rakipte yıkıcının maliyet açısından üstün olduğu izlenimi uyanacağından çözümü piyasayı terketmekte bulacaktır.

Kreps ve Wilson (1982) ise birden fazla pazarda faaliyet gösteren bir firmanın faaliyet gösterdiği diğer pazarları korumak konusunda güçlü bir motivasyona sahip olduğunu göstermek için bir pazardaki girişlere yıkıcı fiyat uygulaması ile cevap verebileceğini söyler. Böylece giriş teşebbüsleri karşısında diğer pazarlarda da aynı şekilde davranabileceği mesajını aktaran firma potansiyel rakipleri caydırmış olmaktadır. Böylece firmanın fiyat politikası kendi başına bir giriş engeli haline gelmektedir. Bir firmanın bu şekilde piyasalarda yıkıcı fiyat uygulamasına başvurabilecek kadar agresif davranabileceği izlenimini yayması literatürde 'şöhret etkisi' olarak bilinmektedir.

Öte yandan 'mesaj aktarımı' konusunda yapılan çalışmalar<sup>8</sup> göstermektedir ki, yıkıcı çeşitli yollarla yıkıcı fiyat uygulamasına başvurabileceği, pazar koşullarının elverişsiz olduğu veya pazarda rekabete izin vermeyeceği mesajını vererek rakipleri caydırabilmektedir. Örneğin, kapasite arttırmakla batık maliyetini çoğaltan firma, böylece gerektiğinde yıkıcı fiyat uygulayabileceği yönündeki kararlılığını göstermiş olmaktadır.<sup>9</sup> Hele de kapasite arttırımı pazarın büyüme potansiyelinden yüksekse bu, potansiyel rakibe pazarın arz yönünden doyduğu ve eğer kendisi de piyasaya girerse fiyatların düşeceği sinyalini verecektir (Comanor ve Frech 1993, 303). Bunun yanında firmanın geçmiş yıllarda rekabet karşısındaki tutumu ve aşırı miktardaki nakit fazlası da aynı tür bir mesaj aktarımı olarak görülebilir. Bu şekilde rakiplere sadece yıkıcı

<sup>7</sup> Örneğin, üretimini durdurup fiyatların yükselmesini bekleyecektir.

<sup>8</sup> Örnek için bkz. Fudenberg ve Tirole (1986)

<sup>9</sup> Böylece firma pazara bağlılığını (commitment) arttırmış olmaktadır.

fiyat uygulamasına gidilebileceği mesajının verilmesi bile pazara bağlılığı az olan firmaları caydırabilecektir.

Sheperd (1986) da karlılık oranının pazar payının fonksiyonu olduğu düşüncesinden hareketle, yıkıcının rakipleri uzun vadede fiyat savaşlarıyla yıpratarak pazar payını ve dolayısıyla karlılığını arttırabileceği sonucuna varır.

Bolton ve Scharfstein (1990) ise yıkıcı fiyat uygulaması karşısında rakibin kolaylıkla mali destek bulabilmesinin ancak kredi taksitlerini zamanında ödeyebilmesine veya kar payı dağıtabilmesine bağlı olduğunu, ancak yıkıcı fiyat döneminde firma zarar edeceği için kreditorlerin ajan problemi sebebiyle şirket yöneticilerine güvensizlik duyabileceklerini ve krediyi kesebileceklerini söyler. Rakibin krediyle iş yaptığını farkedenden firmaların bundan faydalanmak için yıkıcı fiyat uygulamasına gidebileceklerinin altını çizer.<sup>10</sup>

McCall (1987, 4) da, günümüzdeki sıkı birleşme kontrolünün rakiplerin satın alınarak elimine edilmesini zorlaştırdığını belirterek, aynı şeyi yıkıcı fiyat yolu ile yapma isteğinin artmış olabileceğine değinmektedir.

Austin (1996, 97) ise gerçekten nadir görülebilecek bir uygulama üzerinde uzun yıllardır süren hararetli tartışmalar olamayacağını vurgular.

Özetlemek gerekirse, modern teori yıkıcı fiyat uygulamasının özellikle eksik bilgi ve şöhret etkisi gibi faktörler sebebiyle, rakiplerin pazar beklentilerini ve rekabet etme arzularını azaltmakta kullanılabilir rasyonel bir uygulama olduğunu savunmaktadır.

---

<sup>10</sup> Buna literatürde finansal yıkıcılık (financial predation) denilmektedir.

## BÖLÜM 3

# YIKICI FİYAT UYGULAMASININ TESPİTİNDE KULLANILAN TESTLER

Fiyat rekabetinin yıkıcı fiyat ile karıştırılmasını önlemek ve bu sayede neyin yıkıcı fiyat sayılabileceğini ortaya koymak amacıyla bir takım testler önerilmiştir. Bu testlerden bazıları üzerinde durmak yararlı olacaktır.<sup>11</sup>

### 3.1. NİYET TESTİ

Bazı yorumcular yıkıcı fiyatı rekabetçi fiyattan ayırmada ancak niyet testinin belirleyici olacağını söylemektedir. Örneğin Greer'e göre 'niyet' cinayet davalarında katili bulmakta yardımcı bir faktör olduğu gibi, rekabet ihlallerinin tespitinde de yararlı olabilir (Greer 1979, 247). Yazar niyet testinde kullanılacak unsurları iktisadi ve iktisadi olmayan faktörler şeklinde ikiye ayırır. Yazar'ın tasnifi şöyledir:

İktisadi olmayan faktörler; tehdit mektupları ve telefonları, rakibe zarar verme amacını gösteriren yazışmalar, rakiplerin mali gücünü bulmaya yönelik araştırma raporları, distribütörleri rakiple iş yapmama konusunda zorlama, hukuku kullanarak taciz etme ve sabotaj gibi unsurlar

İktisadi faktörler; selekif fiyat indirimleri<sup>12</sup>, pazarda öngörülebilir bir talep artışı olmadan kapasitenin arttırılması, yoğun reklam kampanyaları, önemli hammadde kaynaklarının olağandışı stoklanması, f-m ilişkisi, fiyat indiriminin etkili olduğu zaman dilimi ve coğrafi mekanın boyutları (Greer 1979, 248).

---

<sup>11</sup> Yıkıcı fiyata karşı geliştirilen diğer testlere ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz: OECD (1989, 19-29)

<sup>12</sup> Yazar, geniş bir alanda faaliyet gösteren bir firmanın, faaliyet alanı dar ve sınırlı rakibini yıkıcı fiyat uygulamasının hedefi yapmasını kolaylaştırdığı düşüncesiyle, selektif fiyat indirimini şüphe uyandırıcı bir eylem olarak nitelemektedir.



Comanor ve Frech,

Şirket dokümanlarında ve iç yazışmalarda yer alan rakibi saf dışı etme arzusunu belirten saldırgan üslup niyet göstergesi sayılmamalıdır. Aksi takdirde subjektiflik tuzağına düşülmüş olunur. Her şirket sektöründe tek olmak ister ( 1993, 304).

diyerek niyetin firma dokümanlarından değil, firmanın piyasa davranışlarından çıkarılması gerektiğini söyler. Yazarlar, 'mesaj aktarma' işlevi göreceği düşüncesiyle Greer (1979)'ın niyet testindeki iktisadi faktörlere ağırlık verilmesi gerektiğini savunmaktadır.

### 3.2. FİYAT - MALİYET TESTLERİ

Bazı yorumcular yıkıcı fiyatın tespitinde tek geçerli ölçünün maliyet analizi olabileceği düşüncesiyle bazı kriterler önermişlerdir. En bilineni Areeda ve Turner (1975)'in ortaya attığı öneridir ve A&T testi ya da kuralı diye bilinir. Yazarlar uygulamanın nadir görüldüğünü düşündüklerinden (Areeda & Turner 1975, 689-99), mümkün olduğunca az kapsayıcı olan ve fiyat rekabetini caydırmayacak , bir per se kural bulmaya çalışmışlardır.

Buna göre yazarlar bir firmanın kısa vadede karını maksimize edebildiği sürece yıkıcı fiyat uygulamış sayılmayacağı düşüncesindedir. Kar maksimizasyonu ise  $MR=MC$  durumunda sağlanacağından kısa vadeli MC eğrisi legal ve illegal davranış arasındaki sınırı çizer. Çünkü kısa vadede MC seviyesinde bir fiyatlandırma en etkin kaynak dağılımını sağlamakta ve bunun altında yapılan satış, rakibi saf dışı etme niyetinden başka bir anlama gelmemektedir. Dolayısıyla MC'nin altındaki fiyat per se yıkıcı, üstündeki ise per se legal kabul edilmelidir. Öte yandan, firma muhasebe kayıtlarından MC'yi hesaplamak mümkün olmadığından, bunun yerine AVC'nin kullanılması önerilmektedir. Kural en az yıkıcı kadar verimli çalışan firmaları korumayı amaçlamaktadır. A&T, kuralın teoride fiyatı belli dönemler AVC'de tutarak limit fiyatlamaya ve büyük firmaların küçüklere göre sahip olduğu avantajlar sebebiyle rekabeti arttırabilecek firmaların eliminasyonuna yol açabileceğini, fakat tekeliyi düşük fiyat ve yüksek çıktıyla çalışmaya zorlayacağından etkin kaynak dağılımına yol açacağı görüşündedir.

Ancak test yoğun eleştiriler almıştır. Eleştiriler daha çok AVC'nin hesaplanmasının zorluğu, AVC'nin MC yerini tutamayacağı, kısa vadeli bir ölçü olduğu, salt maliyet analizine dayanan per se bir test oluşu ve yıkıcı fiyatın stratejik bir davranış olarak uzun vadeli etkisinin iskalandığı noktasında toplanmaktadır.<sup>13</sup> Bunun yanısıra A&T kuralının per se haliyle yeterince

<sup>13</sup> Eleştiriler için bkz: Martinez (1993, 97-102)

kapsayıcı olmadığı ve bunun yıkıcı için avantaj oluşturacağı da söylenmiştir. Örneğin Posner (1976, 191-192) bu kuralla uzun vadede daha çok nakite sahip firmaların kendileri kadar verimli çalışabilen rakiplerini elimine edeceğini belirterek, ATC altındaki fiyatların yıkıcı kabul edilmesi gerektiğini söyler.

Baumol (1996), ise gerçek dünyada tek bir ürün üreten firma olmadığını söyleyerek, ortak maliyetler problemi nedeniyle, ATC'nin kullanımına karşı çıkar. Yazar'a göre değişken maliyeti hesaplarken, toplam maliyetin batık olmayan kısmını da eklemek gerekir.<sup>14</sup> Yazar şöyle demektedir:

Önemli olan firmanın pazarı terketmekle ne kadarlık bir maliyetten kurtulmuş olduğudur. Bir teşebbüsün pazarda faaalıyet göstermeye devam etmekle elde edeceği gelir, pazarı terketmekle kurtulacağı maliyetten azsa, teşebbüs pazarı terkedecektir. Çünkü firmalar zararı minimize etmek ister. Dolayısıyla yıkıcı fiyat uygulamasında temel kriter MC değil, AAC olmalıdır. Şayet fiyat AAC üzerindeyse, aynı derecede verimli bir firma elimine edilemeyecektir (1996, 59)

### **3.3. ARZ KONTROLÜ TESTİ**

Williamson (1977) ise daha çok giriş caydırıcılığı üzerinde durur ve arzı kontrol ederek bunu aşmaya çalışır. Buradaki temel nokta giriş sırasında yerleşik firmanın arzı arttırıp arttırmadığıdır. Eğer önemli ölçüde artış söz konusuysa yıkıcılık tehlikesine karşı arz artışı sınırlandırılmalıdır.

Böylece giriş öncesi ve sonrasında maksimum verimlilik ve etkin kaynak dağılımı sağlanması amaçlanmaktadır. Çünkü giriş sonrası arzı arttırmayacak olan tekelci giriş öncesinde mümkün olan en yüksek arz ve düşük fiyatla pazarı doyurmaya ve girişi caydırmaya çalışacaktır. Bu şekilde tüketici faydası maksimize edilebilecektir.

### **3.4. FİYAT ARTIŞ TESTİ**

Baumol (1979), fiyat indiriminden sonra rakip elimine edilirse yapılmış olan indirimin 5 yıllık bir süre daha sürdürülmesi şartının getirilmesini önerir. Böylece hiçbir firmanın yıkıcı fiyat uygulamaya cesaret edemeyeceğini düşünür. Eğer fiyat indirimi firmanın karlılığını sürdürmesine engel oluşturmayacaksa zaten yıkıcı fiyat söz konusu değildir.

---

<sup>14</sup> Batık maliyet, teşebbüsün kısa vadede nakte çeviremeyeceği kısımdır.

### 3.5. İKİ AŞAMALI TEST

Joskow ve Klevorick (1979)'in önerdiği bu test iki aşamadan oluşur. Birinci aşamada pazar yapısının hasata elverişli olup olmadığına bakılır. Şayet elverişli değilse soruşturmada ikinci safhaya geçilmez.. Böylece gerçekte fiyat rekabeti olan durumlar yıkıcı fiyattan ayırdedilebilmekte ve rekabet kanununun fiyat rekabetine karşı kalkan olarak kullanılması önlenmektedir. Yine böylece soruşturmada zaman ve emek tasarrufu sağlanmaktadır. Bu testin ikinci aşamasında ise niyet, f-m ilişkisi ve diğer faktörler incelenir.

## BÖLÜM 4

### ABD UYGULAMASI

ABD'de yıkıcı fiyat iki farklı kanun kapsamında incelenmektedir. Yıkıcı fiyat uygulaması, bir taraftan 1890 tarihli Sherman Kanunu'nun 2 nci bölümünde yer alan 'tekelleşmeye teşebbüs etme'nin bir aracı olarak değerlendirilirken, öte yandan 1936'da yürürlüğe giren ve esas olarak ayırıcı fiyat uygulamalarına karşı çıkarılan Robinson-Patman Kanunu (RPK), kapsamında da incelenebilmektedir.<sup>15</sup>

#### 4.1. YIKICI FİYAT KAVRAMININ GELİŞİM AŞAMALARI

ABD'de rekabet hukukunun uzun tarihi, yıkıcı fiyata karşı etkili kural arayışlarıyla geçmiştir. Kural az kapsayıcı olduğunda verimli firmalar dahi piyasa dışına çıkarılabilmekte, fazla kapsayıcı kuralsa fiyat rekabetini caydırmaktadır.

ABD deneyimi bu ikileme ışık tutması açısından oldukça öğreticidir. Bu çerçevede otoritelerin olaylara yaklaşımı üç ayrı dönemde incelenebilir.

---

<sup>15</sup> RPK, ABD'de ülke çapında faaliyet gösteren büyük zincir marketlerin uygulamalarını düzenleme ihtiyacından kaynaklanmış ve bunların bölgesel küçük rakiplerine zarar verecek şekilde müşterilerine ayırıcı fiyatlar uygulamaları per se yasaklanmıştır. Yıkıcı fiyat uygulaması da bu çerçevede ele alınmıştır. Ancak, RPK'nda yıkıcı fiyat kavramının sınırlarının tam olarak çizilmemesi ve kanunun fazla kapsayıcı tutulması sonraları bir takım sorunlara yol açmıştır. RPK ile ilgili bilgi için bkz: Gellhorn ve Kovacic (1994, 15-30)

#### 4.1.1. Birinci Dönem

Sherman Kanunu'nun çıkışından 1970'lere kadar olan bu dönemde yıkıcı fiyat iddialarının endüstrideki tekelleşme eğilimlerine karşı (US Steel, Tütün tekeli, Şeker tekeli vb.) tepki olarak ortaya çıktığı ve iddiaların otoriteler tarafından oldukça ciddiye alındığı görülmektedir. Bu sebepten mahkemeler iktisadi temeli zayıf, aceleci kararlar vermiş ve birçok şirket parçalanmıştır. Özellikle Standard Oil'in yıkıcı fiyat uygulaması ile tekelleştiği inancının çok yaygın olduğunu söyleyen McGee (1958, 137), bu şirket aleyhine açılan davanın<sup>16</sup> bir çok yıkıcı fiyat iddiasına esas teşkil ettiğini belirtir. Öte yandan 1936'da yürürlüğe giren RPK da yıkıcı fiyat iddialarını daha da cesaretlendirmiştir. Ancak bu dönemde aslında fiyat rekabeti olan birçok olayın yıkıcı fiyat olarak yorumlandığı da söylenmiştir (Bolton, Brodley ve Riordan 2000, 14). Bu sebepten bu yıllarda yıkıcı fiyat iddiası ile mahkemelere yapılan başvurular büyük ölçüde davacı lehine sonuçlanmıştır.<sup>17</sup>

Bu dönemdeki uygulamaya en güzel örnek Utah Pie olayıdır.<sup>18</sup> Dondurulmuş pasta pazarında Utah bölgesinin lideri olan davacı, ulusal çapta faaliyet gösteren üç rakibinin 44 ay boyunca kendi bölgesinde diğer pazarlara oranla düşük fiyat uyguladığı iddiasıyla mahkemeye gitmiştir. Yüksek Mahkeme, davacının satış hacminin artmış ve hala bir miktar da kar yapabiliyor olmasını dikkate almayarak yıkıcı fiyat uygulandığına karar vermiştir.

Bu dönemdeki davalarda göz önüne alınan kriterler yıkıcının rakibine kıyasla gücü, coğrafi fiyat ayırmacılığı, ATC'nin altında satış ve yıkıcı niyet olmuştur. Ancak maliyet hesaplanırken detaya inilmediği anlaşılmaktadır (Calvani 1999, 5).

Calvani (1999, 5), kararın 'rekabetin yerine rakibin korunduğu' eleştirilerine uğradığını aktarmaktadır. Ancak bu sonuç RPK'nun fazla kapsayıcı tutulduğu düşünüldüğünde normal karşılanmalıdır.

#### 4.1.2. İkinci Dönem

Yıkıcı fiyat iddialarının fiyat rekabetiyle sıkça karıştırılması ve olaylara yaklaşımda kullanılan kriterlerin değişkenliğinin eleştirilere yol açması üzerine<sup>19</sup> mahkemeler kararlarında iktisadi meşruiyet arayışına girmiştir. Bu çerçevede Areeda ve Turner (1975)'in çalışmaları yıkıcı fiyat kavramına yaklaşımda radikal bir değişikliğe yol açmıştır. Yazarlar bu makalede fiyatın

<sup>16</sup> Bkz: Standard Oil Co. of New Jersey v. United States, 221 U.S. 1 (1911)

<sup>17</sup> Koller (1971, 105)'e göre bu oran % 77'dir..

<sup>18</sup> Utah Pie G. v. Continental Baking Co., 386 U.S. 685 (1967)

<sup>19</sup> Eleştiriler için bkz: Koller (1971)

yıkıcı olup olmadığının tespiti için per se maliyet analizi önermekteydiler. Buna göre yalnızca AVC altı fiyatlar per se illegal, diğerleri legal kabul edilmeliydi.<sup>20</sup> Yeni dönemle gelen bu testle birlikte yıkıcı fiyat analizi, iktisadi bir temele oturtuluyor, yıkıcı ile rekabetçi fiyatı ayıran standart per se bir ölçü veriliyordu. Bu da kuralın mahkemeler tarafından hızla benimsenmesinde belirleyici olmuştur. Öte yandan böylesine az kapsayıcı bir testin benimsenmesiyle birlikte yıkıcı fiyat davalarında davacı lehine sonuçlanan olayların oranı aniden % 8'e düşmüştür (Bolton, Brodley ve Riordan 2000, 15).

Daha sonra testin per se oluşunun yol açtığı sıkıntılar ve ölçünün kısa vadeli oluşu eleştirileri arttırmış,<sup>21</sup> bu da iktisatçıları ve otoriteleri yıkıcı fiyata karşı daha etkili bir yöntem aramaya itmiştir.

Bu sebeple A&T kuralının per se uygulanması mahkemelerce terkedilmiş, maliyetin yanında niyet ve pazar yapısı analizi gibi yan faktörler ağırlık kazanmaya başlamıştır.<sup>22</sup>

Üçüncü döneme gelindiğinde genel olarak mahkemelerde A&T testinin bir takım eklemelerle değiştirilmiş bir biçimine itibar ediliyordu. Ancak 'İnglis' davasında<sup>23</sup> mahkemenin rekabet ortamında iyi ve kötü niyet arasında fark olamayacağı yönündeki kararı ve rekabet hukukunda ilginin giderek Şikago okulunun savunduğu tüketici yararı ilkesine kaymakta oluşu ABD hukukunun yıkıcı fiyat politikasındaki büyük dönüşümün sinyallerini veriyordu.

#### 4.1.3. Üçüncü Dönem

Bu dönemde benimsenen analizin ipuçları önceki bazı Yüksek Mahkeme kararlarında<sup>24</sup> uç vermeye başlamışsa da, ancak Brooke kararı yeni analiz yöntemini sistematize etmiş ve kesin esaslara bağlamıştır.

##### *Brooke Kararı*<sup>25</sup>

##### Olayın Özeti:

Fiyat rekabetinin az ve kar marjlarının yüksek olduğu sigara üretim pazarında 6 firma faaliyet gösteriyordu. 1980'de küçük bir üretici olan Liggett değişik bir stratejiyle piyasaya markasız ürünler sürmüştür. Yeni ürünler %30 daha ucuz olmaları sebebiyle markalı ürünlerden müşteri çalmıştır. Bunun

<sup>20</sup> Buna A&T testi veya kuralı denir. Testle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Bölüm IV/B

<sup>21</sup> Eleştiriler için bkz: Martinez (1993, 98-102)

<sup>22</sup> A&T kuralını hangi mahkemelerin ne çeşit eklemelerle benimsediğinin bir listesi için bkz. Zerbe ve Mumford (1996, 951)

<sup>23</sup> William İngiliz and Sons Baking Co. v. ITT Continental Baking Co. , 668 F.2d 1014, (1982)

<sup>24</sup> Örnek için bkz: Matsushita Elec. Indus Co. v. Zenith Radio Co., 475 U.S. 574 (1986)

<sup>25</sup> Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp. 509 U.S. 209 (1993))

üzerine 1984 yılında sektörde %12'lik payıyla üçüncü üretici olan B&W de markasız ürün pazarına girmiş ve iki firma arasında fiyat savaşı başlamıştır.<sup>26</sup> Savaş tarafların birbirlerinin toptancılarına miktar indirimleri sunmaları yoluyla oluyordu. Liggett'in çabalarına rağmen B&W her seferinde daha büyük indirimler yapabiliyordu. Sonuçta Liggett'in toptancı indirimlerini kesmesi ve markasızların fiyatını markalılara yaklaştırmasıyla savaş sona erdi. Ancak Liggett, fiyat savaşı sırasında B&W'nin ayırıcı fiyat indirimlerinin rekabete önemli ölçüde zarar verdiğini ve bu sebeple RPK'nun ihlal edildiğini öne sürdü. Liggett'in iddiaları özetle şöyleydi:

- a) Ayırıcı fiyatların zaman zaman AVC'nin altına kadar iniyor oluşu yıkıcı bir planın varlığını göstermektedir.
- b) B&W'nin bu fiyat politikası promosyon amaçlı değil, kendisini markasızla markalı ürünler arasındaki fiyat farkını azaltmaya zorlamak içindir.
- c) Böylece markasız ürünler pazarının büyümesi engellenerek, markalı ürünler pazarındaki yüksek karlılık sürdürülmek istenmektedir (Brooke kararı, 509 U.S. 210).

Bu aşamada mahkeme sürecine geçmeden önce ABD hukukunun konuyla ilgili bölümü hakkında bilgi vermek yararlı olacaktır.

#### **ABD Hukukunda Yıkıcı Fiyat İddialarının Değerlendirildiği Hukuki Zemin**

Amerikan antitröst hukukunda, yıkıcı fiyat uygulamasının Sherman Kanunu'nun 2 nci bölümünde 'tekelleşmeye teşebbüs' kapsamında değerlendirildiğine değinilmiştir. Ancak Kanun bunun hangi şartlar altında olabileceği konusunda yeterince açık değildir. Dolayısıyla bu durum içtihadlar yoluyla açıklığa kavuşturulmaya çalışılmıştır. Nitekim Spectrum Sports davasında Yüksek Mahkeme, 'tekelleşmeye teşebbüs' iddiasının geçerlilik kazanabilmesi için üç şartı gerekli saymıştır :

- 1) Yıkıcı veya rekabeti bozucu eylem
- 2) Tekelleşmeye dönük niyet
- 3) Başarı ihtimalinin yüksekliği (fiili tekelleşme tehlikesi)<sup>27</sup>

Dolayısıyla bir yıkıcı fiyat iddiasının Sherman Kanunu kapsamında ele alınabilmesi için 3 üncü şartta yer aldığı gibi uygulamanın pazarın tekelleşmesiyle sonuçlanabileceği yönünde yüksek bir olasılığın bulunması gerekmektedir.

<sup>26</sup> Bu sırada Liggett'in markasız ürünler pazarındaki payı %97'dir.

<sup>27</sup> Spectrum sports, inc. v. mcquillan, 113 s.ct. 884 (1993), 890-91, [www.antitrust.org/law/US/leverage.html](http://www.antitrust.org/law/US/leverage.html)'de

Öte yandan yıkıcı fiyat iddialarının değerlendirildiği ikinci kanun olan RPK'nda ise rekabete önemli ölçüde zarar verme ihtimali yeterli görülmektedir.<sup>28</sup> RPK fiili veya potansiyel tekelleşme tehlikesini (tekel gücünü) göstermeyi şart koşmadığından davacılar açısından diğerine göre daha avantajlıdır.

### **Brooke Kararında Ortaya Çıkan Yeni İctihad**

Bu davada ise Mahkeme olayın, iki kanundan herhangi biri kapsamında değerlendirilebilmesi için iki şart ortaya koymuştur:

- 1) Belirli bir maliyet ölçüsünün altında satış<sup>29</sup>
- 2) Hasatın olabirliğinin gösterilmesi (Brooke kararı, 509 U.S. 223)

Böylece Yüksek Mahkeme, Spectrum Sports'da ortaya konan içtihadı 'hasat testi' şeklinde formülleştirmiş oluyordu. Buna göre uygulama pazarda güçlü bir tekelleşme ihtimaline yol açmıyorsa ortada rekabet ihlali söz konusu değildir. Mahkeme hasatı ise şöyle açıklamaktadır:

Hasatın olabilmesi için mas'ın rakipler üzerinde istenen etkiyi göstermesiyle (örneğin bu olayda rakibin pazar dışına itilmesiyle) oligopolü oluşturan firmaların fiyatı uygulama öncesindeki seviyenin çok üzerine çıkartabilmeleri gerekir (Brooke kararı, 509 U.S. 223).

Yıkıcı fiyat analizine hasat şartının eklenmesiyle yeni bir döneme girilmiştir. Artık sadece mas yeterli kabul edilmemekte, yıkıcının yıkıcı fiyat uyguladığı dönemde uğradığı kayıpların telafi edilebilmesi şartı da aranmaktadır. Bu çerçevede Yüksek Mahkeme, yıkıcının söz konusu dönemde uğradığı zararı faiziyle birlikte hasat döneminde çıkartabilmesi gerektiğine işaret etmiştir (Brooke kararı, 509 U.S. 226). Böylelikle uygulamanın gerçekten karlı ve rasyonel olup olmadığı anlaşılacak istenmektedir.

Yüksek Mahkeme, "eğer pazar yapısından kaynaklanan sebeplerle veya ispattaki yetersizlik sonucu uygulamanın aşırı fiyatlandırmaya yol açacağı gösterilemiyorsa" davanın düşeceğini belirterek bu durumun özellikle de "pazarda yoğunlaşma oranının düşük olduğu, giriş engellerinin az olduğu veya yıkıcının rakibin çekildiği pazarı doyuracak kapasitesi olmadığı" durumlarda geçerli olduğunu ifade etmiştir (Brooke kararı, 509 U.S. 226).

Mahkeme daha önceki Matsushita kararına atıfta bulunarak genel olarak yıkıcı fiyat uygulamasının rasyonel bir strateji olmadığını söylemiştir (Brooke kararı, 509 U.S. 227). Matsushita'da Mahkeme klasik teorinin önde gelen temsilcilerinden Easterbrook'un görüşlerine atıf yapmaktaydı.<sup>30</sup>

<sup>28</sup> Örnek için bkz: Falls city industries, inc. v. Vanco beverage , inc., 460 US 428 , 434

<sup>29</sup> Mahkeme sipesifik bir maliyet ölçüsü zikretmemiştir.

<sup>30</sup> Bkz. Matsushita kararı, 475 U.S. 588-590



Yıkıcı fiyat uygulamasında kısa vadede kayıp kesin, fakat uzun vadeli kazanç belirsizdir. Uygulama sonunda tekel gücünü elde etmek yeterli değildir. Çünkü tekel fiyatı girişleri cazip hale getirir. Önemli olan kayıpların telafisini ve kazancı mümkün kılacak bir süre tekel konumunu koruyabilmektir. Yıkıcı, getirisi garanti olmayan önemli miktarda bir yatırım yapmak durumundadır. Bundan dolayı yıkıcı fiyat nadiren uygulanır ve daha da nadiren başarılıdır (Easterbrook 1981, 268).

Yine Matsushita'da Mahkeme akademik çevrelerin görüşlerini incelediğini ve yorumcuların yıkıcı fiyat uygulamasının irrasyonel, istisnai ve önemsiz bir uygulama olduğu konusunda fikir birliğinde olduğunu gözlemlediğini söylemekteydi (Matsushita kararı, 475 U.S 589)

Matsushita'daki bu görüşe dayanan Yüksek Mahkeme de hasat imkanı bulamayan bir fiyat indirimi eylemini başarısız bir yıkıcılık teşebbüsü olarak niteleyerek bunun **tüketicilerin yararına** olduğu sonucuna varmıştır (Brooke kararı, 509 U.S. 243).

Böylece Yüksek Mahkeme genel olarak yıkıcı fiyat kavramına karşı olan tutumunu netleştirmiştir.

Mahkeme, Ligett'in iddialarıyla ilgili olarak da, B&W'nin fiyatlarının 18 ay boyunca AVC altında kaldığı ve B&W'nin zarar vermeye dönük planlı bir eylem içinde olduğu konusunda kanıt bulunduğunu düşünmektedir. Ancak Mahkeme davacının, B&W'nin hasat yapabileceğini yeterince gösteremediği kanaatinde. Çünkü piyasa oligopol yapıdadır. Mahkeme ortada açık bir anlaşma olmadan uyumlu eylem ile fiyat koordinasyonu sağlamayı ve hasat yapabilmeyi mümkün görmemektedir (Brooke kararı, 509 U.S. 243). Bu sebeple ortada bir yıkıcı fiyat uygulaması olmadığı sonucuna varılmıştır.

Bu kararın önemli bir özelliği de RPK kapsamında mahkemeye getirilecek yıkıcı fiyat iddialarının Sherman Kanunu kapsamına dahil edilmesi olmuştur. Bir başka ifadeyle, iddia RPK kapsamında getirilse bile yine mas ve hasatın gösterilip gösterilemediğine bakılarak karar verilecektir. Bu sayede iddiaların RPK'nun 'rakibe önemli ölçüde zarar verilmesi'ni yeterli gören anlayışını dayanak yaparak getirilmesinin önü kesilmek istenmektedir. Böylece RPK gibi fazla kapsayıcı olduğu düşünülen bir kanunun pratikte ortadan kaldırılması amaçlanmaktadır. Bu durum yıkıcı fiyatın ispatının zorlaştırılması politikasının bir uzantısı olarak görülmelidir.

### **Brooke Kararının Etkileri**

Yıkıcı fiyat davalarında bir dönüm noktası sayılabilecek bu karar sonrasındaki 6 yıl içinde alt mahkemelere giden 37 dava da savunma lehine neticelenmiştir. (Bolton, Brodley ve Riordan 2000, 26).<sup>31</sup>

<sup>31</sup> Örneğin, bkz:Vollrath olayında ( 9 F.3D 1455 (9<sup>TH</sup> Cir. 1993)) mahkeme yıkıcının %10 pazar payına sahip olduğu için hasat yapamayacağı görüşünü bildirmiştir.

Günümüzde ABD'de düşük fiyatlar yalnızca rakiplerin elimine edilmesi ve hemen sonrasında aşırı fiyatlandırmaya gidilmesi sonucu tüketicilerin bundan zarar görme ihtimali belirlediğinde problem teşkil etmektedir.

Graglia (2000, 10), Brooke olayıyla ilgili yaptığı değerlendirmede Yüksek Mahkeme'nin Şikago okulunun yaklaşımını benimsemesinin rekabet hukukunun başka hiçbir alanında bu kadar dramatik etkiler yaratmadığına işaret eder.

### **Brooke Kararı Sonrası Modern Teori Paralelindeki Gelişmeler**

Brooke olayından sonraki en önemli gelişme Nisan 1998'de Amerikan Ulaştırma Bakanlığı (DOT)'nın havacılık sektörüne ilişkin yayınladığı tebliğdir.<sup>32</sup>

Tebliğ'de klasik yaklaşımdan farklı olarak yıkıcı fiyat uygulaması stratejik bir problem olarak tanımlanmakta ve özellikle şöhret etkisine dayalı olarak işleyen ve sonucunda hasata zemin hazırlayan bir mekanizma olarak ele alınmaktadır. Bu sektördeki temel sorun belli güzergahlarda hakim durumda olan büyük havayolu firmalarının, yeni girişler karşısında kapasiteyi arttırmaları ve fiyat indirimine gitmeleridir. Böylece piyasa yeni firmalara yer bırakılmayacak şekilde doyurulmaktadır. Hem de hakim durumdaki firmalar, girişler karşısında agresif davrandıkları yönünde bir şöhret edinmekte, bu da onların faaliyet gösterdikleri diğer pazarları rekabet tehlikesinden korumaktadır. Tebliğ, bu yöntemle söz konusu güzergahlarda yeni girişlerin engellenmesi ve sonrasında yüksek fiyat uygulanmasını yıkıcı fiyat olarak nitelemektedir.

Burada önemli olan modern teorinin en önemli argümanlarından 'şöhret'e yer verilmesi ve şöhretin ortaya çıkardığı caydırıcılığın önemli bir giriş engeli oluşturduğunun kabul edilmesidir.

Havacılık sektörünün yapısı itibariyle, bu sektörde kapasite artırımının yıkıcı fiyat uygulaması için etkili bir dayanak noktası olduğu gerçeğinden<sup>33</sup> hareketle Tebliğ'de fiyat-maliyet analizinin yerine toplam geliri ölçü alan bir testin getirildiği görülmektedir. Buna göre, büyük firmalar piyasaya yeni giren firmaları karşılarken fiyat kırsalar da önemli bir kapasite artışına gitmemelidirler. Ya da hem fiyat kırıp hem de kapasite artışına gitseler bile, elde edecekleri gelir piyasaya yeni girişler öncesi elde ettikleri geliri aşmamalıdır (Starkie 1999, 282).<sup>34</sup>

---

<sup>32</sup> Department of Transportation, Enforcement Policy Regarding Unfair Exclusionary Conduct in the Air Transportation Industry, 63 Fed. Reg. 17, 9199(April 10, 1998), Tebliğ'e ve havayolu taşımacılığı sektöründeki yıkıcı fiyat iddialarına ilişkin bir değerlendirme için bkz: Starkie(1999)

<sup>33</sup> Klasik endüstrilerde kapasite artışı belli bir coğrafi pazarda sabit yatırım şeklinde olduğundan oldukça maliyetli olmaktadır. Oysaki havacılık sektöründe sabit yatırım sayılabilecek uçakların pazarlar arasında mobil oluşu bu tip maliyetleri ortadan kaldırmaktadır. Diğer pazarlardan uçak aktarılacak suretiyle rekabetin yoğun olduğu pazarlarda kapasite anında artırılabilir.

<sup>34</sup> DOT'un kapasite artırımına karşı aldığı bu tedbirin Williamson(1977)'in önerdiği arz kontrolü testiyle örtüştüğüne dikkat edilmelidir. Bkz: bölüm IV/C.

Bu Tebliğ'de her ne kadar modern teoriye yer verilmişse de, aynı şeyi mahkeme kararları için söylemek şimdilik mümkün değildir. Ancak Amerikan mahkemelerinin akademisyenlerin çalışmalarına büyük ölçüde güvendiği ve kararlarında bu çalışmalara doğrudan atıf yaptıkları gözönüne alındığında<sup>35</sup> modern teoriye ilişkin çalışmaların ileride ABD'nin yıkıcı fiyat politikasını etkileyebileceği düşünülebilir.

---

<sup>35</sup> bkz ..Matsushita kararı, 475 U.S. 588-590)



## BÖLÜM 5

### AT UYGULAMASI

#### 5.1. AKZO OLAYI<sup>36</sup>

AKZO olayı yıkıcı fiyat konusunda Topluluk organlarının görüşlerini ortaya koymalarına imkan veren ilk örneği oluşturur.

##### Olayın Özeti

1980'lerin başında İngiltere'de bir organik peroksit türü olan benzol peroksit üreticisi üç firma faaliyet göstermekteydi. 1982 yılı itibariyle AKZO'nun İngiltere benzol peroksit pazarındaki payı %52, ECS'nin %35 ve Diaflex'in ise %13'tür. ECS'nin üretimi sadece İngiltere'deki un fabrikalarına katkı maddesi sağlamakla sınırlıdır. Öte yandan AKZO, Topluluk çapında faaliyet gösteren ve geniş organik peroksit pazarında %50'lik pazar payıyla lider olan çokuluslu bir kimyevi maddeler üreticisidir.

1979'da ECS faaliyetlerini organik peroksitin diğer türlerini de içine alacak şekilde genişleterek daha karlı olan plastik pazarına da girmiş ve AKZO'nun Almanya'daki müşterilerine mal vermeye başlamıştır. Bir süre sonra, AKZO ECS'den plastik pazarından çekilmesini istemiştir. Hemen arkasından da AKZO, ECS'nin esas faaliyet alanı ve ana gelir kaynağı olan İngiltere un pazarında rakibinin müşterilerine olağandışı fiyat indirimleri yapmaya başlamıştır.

Bunun üzerine, ECS Komisyon'a başvurmuş ve piyasadaki varlığının devam edebilmesini teminen tedbir alınmasını istemiştir. Bunun üzerine Komisyon ara tedbir olarak<sup>37</sup>AKZO'ya tekrar eski fiyat seviyesine dönmesi ve fiyat rekabetini karşılamak gerekçesi dışında, fiyatını değiştirmemesini bildirmiştir.

<sup>36</sup> Komisyon kararı, ECS/AKZO (1985) O.J. European Communities L 374/1

<sup>37</sup> Komisyon kararı, T. 29.7.1983 , AKZO (interim measures) (1983) oj l 252/13

## **Komisyon'un Tespitleri**

### - Yazılı Dokümanlar

Yapılan incelemede AKZO'nun un katkı maddeleri pazarında rakibin rekabetçi davranışlarını disipline etmek ve hatta onu pazar dışına çıkarmak amacıyla zararına satışı göze aldığını gösteren şirket içi yazışma metinleri ele geçirilmiştir.(para 32-34).

### - Maliyet Analizi

AKZO yaptığı fiyat indiriminin ECS'nin ve Diaflex'in rekabetini karşılama amaçlı olduğunu, fiyatlarının hala kar edebilmesine imkan verecek düzeyde AVC-ATC arası bir seviyede bulunduğunu ve sorunun ECS'nin verimsiz çalışmasından kaynaklandığını bildirerek A&T testine<sup>38</sup> göre karar verilmesini istemiştir (para 75).

Bu öneriyi Komisyon kabul etmemiş ve gerekçelerini şöyle sıralamıştır:

AKZO'nun önerisi statik ve kısa vadeli verimliliği sağlamayı amaçlayan bir testtir. Topluluk rekabet hukukunun dayanağını teşkil eden ve Roma Antlaşması madde 3(f)<sup>39</sup> 'de yer alan 'etkin rekabetin sağlanması' amacını karşılamakta yetersiz kalır.

Sadece yıkıcının maliyetini göz önüne alarak dizayn edilecek bir test rakibe zarar verme kastına karşı etkisiz kalacak ve fiyat kırmanın bu olayda olduğu gibi uzun vadeli stratejik sonuçlarını ihmal edecektir.

Test, AKZO'nun eski müşterilerine uyguladığı toplam maliyeti karşılayan fiyatla, yeni müşterilerini cezbetmek için daha düşük fiyat uygulamasının meydana getirdiği ayırımeliği isklamaktadır.

AKZO'nun öne sürdüğü gibi madde 85 ve 86 kısa vadeli verimliliği amaçlasalar bile, AVC ve ATC arasındaki fiyatlar sadece daha az verimli firmaları etkilemeyecektir. Verimli fakat yeterli mali kaynağa sahip olmayan küçük firmalar, çapraz sübvansiyon gibi iktisadi avantajlara sahip büyükler karşısında uzun süre dayanamayacaklardır. (para.77-78).<sup>40</sup>

Komisyon daha ileri giderek fiyat kırmakla ulaşılmak istenen uzun vadeli amacın maliyet üstünde kalarak da elde edilebileceğini söylemiş ve ATC üstü fiyatları dahi illegal sayabileceğinin işaretini vermiştir.<sup>41</sup> Çünkü Komisyon'a göre hakim durumdaki firma en az maliyetle, mümkünse ATC üstünde kalarak amacına ulaşmak isteyecektir. Komisyon bu olayda AKZO'nun fiyat indirim-

<sup>38</sup> AVC üstü fiyatları per se legal kabul eden test: bkz. Bölüm IV/B

<sup>39</sup> Şimdi (g)

<sup>40</sup> Ayrıca Komisyon ile AKZO arasında hangi maliyet kalemlerinin değişken hangilerinin sabit sayılması gerektiği konusunda fikir birliği olmadığı görülmektedir. Komisyonun maliyet tanımından gidilecek olursa AKZO'nun fiyatlarının AVC altına kadar indiği görülmektedir (para 76).

<sup>41</sup> Komisyon Yamey'in şu ifadesine atıfta bulunmaktadır "ATC üstü fiyatlarla da rakipleri disipline ve elimine etmek ve potansiyel girişi caydırmak mümkündür." (1972, 133)

lerini kendisi için fazla önemli olmayan<sup>42</sup>, fakat ECS içinse çok önemli olan un pazarıyla sınırlı tutarak, yıkıcı fiyat uygulamasının maliyetini kendisi için en aza indirdiğine ve böylelikle amacına ulaştığına dikkat çekmektedir (para 79).

Bu noktada Komisyon'un ilgi çekici bir ifadesi de şudur:

Önemli olan hakim durumdaki firmanın maliyetlerini karşılayıp karşılayamadığı değil, rakibin pazar beklentilerine karşı olumsuz bir girişiminin olup olmadığı ve rakibin bu girişimleri ne şekilde algıladığıdır. Örneğin, yıkıcı rakibin pazarda büyüme çabalarına ve umduğu kar marjına ulaşmasına müsaade edecek midir? Umduğunu bulamayan rakip ya pazarı terkedecek ya da rekabetçi güdüsü körelerek yıkıcının dikte ettiği pazar şartlarını kabul edecektir. Bu bakımdan maliyeti per se bir ölçü olarak düşünmek önemini kaybetmektedir. Maliyet üstü kalınsın ya da kalınmasın fiyat kırma rekabeti kısıtlama amacı taşıyabilir (para 79).

Burada daha önce tartışılan 'mesaj aktarma' konusuna<sup>43</sup> bir atıf yapıldığını söylemek yanlış olmayacaktır. Bu yönüyle Komisyon'un tutumunda modern stratejik yaklaşımın ipuçlarını görmek mümkündür.

- Rekabeti Karşılama

Komisyon, firmanın yakın temas halinde bulunduğu Diaflex ile danışıklı dövüş yaptığını ve bu şekilde, Diaflex'in fiyat indirimlerini karşılıyor görünerek ECS'ye zarar verdiğini tespit etmiştir (para 45).

- Pazardaki Kapasite Durumu

AKZO'nun uygulamasını gerekçelendirmek için öne sürdüğü 'pazarda kapasite fazlası bulunduğu ve talepte azalma olduğu' savı da AKZO'nun tesislerini tam kapasite ile çalıştırmasına rağmen talebi karşılayamadığı tespiti karşısında temelsiz kalmıştır (para 46).

- İlgili Pazar ve AKZO'nun Stratejisi

Komisyon, AKZO'nun esas amacının kar marjının yüksek olduğu plastik pazarındaki payını korumak olduğu, bunun için de bu pazara göz diken ECS'yi onun esas faaliyet alanı olan un katkı maddeleri pazarında zor duruma düşürerek hizaya getirmek ve böylece uzun vadede ECS'nin önce plastik pazarına daha sonra da geniş organik peroksit pazarına doğru faaliyet alanının genişletme arzusunu köreltmek olduğu tespitini yapmaktadır (para 62).

Komisyon, ATAD'ın Continental Can<sup>44</sup>'deki 'bir ürün pazarındaki hakim durumun güçlendirilmesi -ki bunun için o pazardaki hakim durumun kullanılması şart değildir- o pazardaki hakim durumun kötüye kullanılması

<sup>42</sup> ECS'nin esas geliri un pazarına yaptığı satışlardan, AKZO'nunki ise geniş organik peroksit pazarından gelmekteydi.

<sup>43</sup> Bkz. Bölüm III/B

<sup>44</sup> Case 6/72, ECR 215 (1973)

anlamına gelir.' şeklindeki kararına ve Roche<sup>45</sup> kararındaki 'bir pazardaki hakim durum komşu veya alt pazardaki uygulama ile kötüye kullanılabilir" ifadelerine atıfta bulunmaktadır (para 62 ve 85). Dolayısıyla ECS'nin organik peroksit pazarına girişi engellenmek istendiğine göre, her ne kadar uygulama alt pazar konumundaki un pazarında oluyorsa da, sonuçta organik peroksit pazarındaki hakim durum güçlendirilmiş olmaktadır. Çünkü pazara fiili giriş engellenmiş ve potansiyel giriş caydırılmıştır. Bu sebepten ilgili pazar geniş tutularak, 'Topluluk organik peroksit pazarı' olarak tanımlanmıştır (para 62).

- Hakim Durum

Komisyon, organik peroksit pazarında AKZO'nun % 50'lik payının hakim durumda olduğunu göstermesi bakımından yeterli olduğunu söylemekle birlikte (para 68), bu durumu güçlendirici faktörler olarak;

- a) Organizasyon, pazarlama ve know-how avantajını,
- b) Rakiplerin AKZO'ya oranla lokal ölçekli oluşlarını ve ürün çeşitlerinin az oluşunu,
- c) Ekonomik durgunluk ve daralma döneminde bile AKZO'nun ürünlerine zam yapabilmemesini,
- d) Geçmiş dönemlerde küçük rakiplerin AKZO'nun pazarına girme teşebbüslerinin sonuçsuz kalmasını, fiyat savaşlarıyla bu rakiplerin AKZO tarafından elimine ve disipline edilebilmesini ve bu rakipler betaraf edildikten sonra rekabete konu olan ürünlerde AKZO'nun fiyatları yükseltebilmesini göstermektedir (para 69).

Gerçekten de genel olarak yüksek başlangıç maliyetleri, know-how' ve pazardaki yoğunlaşma oranı literatürde giriş engelleri olarak sayılmaktadır. Ancak burada ilgi çekici olan başarısız pazara giriş teşebbüsleri sonucu AKZO'nun rakipleri nazarında (fiyat kırmak suretiyle) 'agresif bir politika izlediği' yönünde edindiği 'şöhret'in bir başka giriş engeli olarak üstü kapalı biçimde de olsa Komisyon tarafından dikkate alınmasıdır. Bu da Komisyon'un modern teorinin varsayımlarına<sup>46</sup> karşı oldukça duyarlı olduğunu göstermektedir.

Nitekim bu olayda AKZO'nun rakibin organik peroksit pazarına girme teşebbüsünü, alt pazardaki uygulamasıyla baltalamasının, 'şöhret etkisi' tanımına<sup>47</sup> uyduğu görülmektedir. Komisyonun açıkça 'şöhret etkisi' şeklinde

---

<sup>45</sup> Case 85/76, ECR 461 (1979)

<sup>46</sup> Bkz. Bölüm III/B

<sup>47</sup> Bir pazardaki yıkıcı fiyat uygulamasının diğer pazarlara girişi caydırması.



ifade etmese de ilgili pazarı geniş tanımlayarak aynı soruna çözüm getirmeye çalıştığı anlaşılmaktadır.<sup>48</sup>

- Uygulamanın Rakip Üstündeki Etkisi

Komisyon uygulamanın ECS üzerindeki etkisini de dikkate almıştır. Buna göre yıkıcı fiyat döneminde ECS'nin un pazarına satışları % 70 azalmış, azalan geliri sebebiyle banka borçları ve faiz ödemeleri artmıştır. (Firma AR& GE harcamalarını azaltmak zorunda kalmış ve geniş organik peroksit pazarına üretim yapacak şekilde faaliyet alanını genişletme projelerini iptal etmiştir ( para 50).<sup>49</sup>

- Kullanılan Test

Komisyon, makul bir açıklaması yapılabilecek fiyat indirimlerinin ortada yıkıcı fiyat olup olmadığı konusunda otoriteleri tereddüde düşürdüğü durumlarda ya uygulamayı açığa vuran yazılı dokümanların varlığı ile ya da hakim durumdaki firmanın davranışlarının bir bütün olarak değerlendirilmesi suretiyle varılacak kanaatle, niyetin ayrıca ispatlanması gerektiğini ifade etmiştir (para 80). Fiyat indirimiyle amaçlananın çok açık olduğu durumlarda ise ayrıca niyet ispatına gerek yoktur (Para 80). Bu olayda Komisyon ile AKZO arasında yaşanan maliyet analizi konusundaki anlaşmazlık düşünüldüğünde niyet testine başvurmak kaçınılmaz olmuştur.

Greer (1979)'in tasnifine<sup>50</sup> göre gidilecek olursa bu olayda Komisyon'un niyet testinde yer alan unsurların şunlar olduğu görülecektir (para 81):

*İktisadi olmayan unsurlar;*

- AKZO'nun tehditleri
- AKZO'nun şirket içi yazışmalarında geçen yıkıcı niyetini açığa vuran ifadeler

*İktisadi unsurlar;*

- Un pazarında yalnızca ECS'nin müşterilerine uygulanan selektif olağandışı düşük fiyatlar
- AKZO'nun fiyatlarının ATC'nin altı, hatta kimi zaman AVC'nin altında oluşu.
- Un pazarındaki fiyat indirimlerinin plastik pazarından yapılan transfer fiyatıyla sübvansede edilmesi
- Şikayet dönemi ile öncesi arasında ki radikal fiyat farklılıkları<sup>51</sup>

<sup>48</sup> Nitekim olaya bu açıdan bakmayan A.G., Komisyon'un ilgili pazar tanımına kötüye kullanımın sadece alt pazarda gerçekleştiği ve iki pazarın birbirini talep yönünden ikame edemediği gerekçesiyle karşı çıkmıştı bkz: A.G. görüşü (para 49-51), ATAD kararı içinde.

<sup>49</sup> Komisyonun bu yaklaşımı, modern teori kapsamında incelenen finansal yıkıcılık kavramının bir örneği olarak görülebilir. Bkz: modern teori Bkz. Bölüm III/B

<sup>50</sup> Bkz: Bölüm II/B/3

Ayrıca Komisyon AKZO'nun fiyat politikasının altında yatan stratejik amacın ECS'nin organik peroksit pazarına doğru genişlemesini engellemek olduğuna da vurgu yapmaktadır (para 87).

Komisyon'a göre bütün bunlar bir arada değerlendirildiğinde ortaya rakibi elimine etmeye dönük olarak dizayn edilmiş bir plan çıkmaktadır.

### **Komisyon'un Yaklaşımında Modern Teorinin İzleri**

Komisyon'un sürekli yıkıcının stratejik davranışı ve amacına vurgu yaptığı görülmektedir. Bu sebepten bu durumu ıskalayacağı endişesiyle per se bir f-m testi uygulamaktan kaçınılmış ve konu stratejik davranışı ve planı da kapsayacak bir bakışla ele alınmaya çalışılmıştır. Bu bakımdan Komisyon'un bir tür niyet testi uyguladığı söylenebilir. Bunun yanısıra 'şöhret', 'finansal yıkıcılık' ve 'mesaj aktarımı' gibi modern teori argümanlarından da, açıkça ifade edilmese bile yararlanıldığı görülmektedir. Bütün bunlar AT politikasının modern teroieye olan yakınlığının göstergeleridir.

### **ATAD'ın Yıkıcı Fiyat Testi<sup>52</sup>**

AKZO olayında ATAD, niyet testine maliyet analizini ekleyerek Komisyon'un yaklaşımını geliştirmeye çalışmıştır. Buna göre mahkeme, AVC'nin altındaki fiyatları per se, AVC ile ATC arasındaki fiyatları ise, niyet ispat edilebiliyorsa yıkıcı saymaktadır (para 71-72).

Her ne kadar objektiviteyi<sup>53</sup> sağlama endişesiyle mahkeme maliyet analizi yapma taraftarıysa da per se bir A&T testi uygulamaktan da kaçınmıştır. Mahkeme hem maliyeti hem de hakim durumdaki firmanın stratejisini hesaba katan bir yaklaşım getirmek istemiştir (para 74).

Aynı zamanda ATAD, bu testle yıkıcı fiyatı maliyetle ilişkilendirerek tanımlamakta ve yıkıcı fiyatın unsurlarından olan 'olağandışı düşük fiyat'ı bir standarta bağlamış olmaktadır. Böylece Komisyon'un ATC üstü fiyatı da kapsamına alma eğilimini frenlemektedir.

---

<sup>51</sup> Daha önce AKZO'nun fiyatları toplam maliyetini karşılamaya yeterken, şikayet döneminde fiyatları birdenbire maliyetin altına kaymıştır.

<sup>52</sup> Case 62/86 ECR 3359 (1991)

<sup>53</sup> ATAD, Roche (Case 85/76 ECR 461 (1979)) olayına atıfta bulunarak, bu kararda ortaya koyduğu objektivite ilkesinden sapmamaya çalıştığını söylemektedir (para 69). Bu kararda ATAD, "kötüye kullanma kavramı, normal rekabet şartları dışındaki yöntemlerle pazarın yapısını etkileyen hakim durumdaki teşebbüslerin davranışlarına ilişkin objektif bir kavramdır." demişti (Roche kararı, para 91)

## 5.2. TETRA PAK II OLAYI (TP-II) <sup>54</sup>

Komisyon süt ve meyva sular başta olmak üzere sıvı gıdaların karton kaplarda muhafazası alanında dünya genelinde birinci olan İsvet kökenli Tetra Pak (TP) grubunun İtalya'daki uygulamalarının Şikayet konusu olması üzerine soruşturma başlatmıştır. Topluluk çapında konuyu inceleyen Komisyon İtalya ve İngiltere'de yıkıcı fiyat uygulandığını tespit etmiştir.

### **Komisyonun Tespitleri**

#### - İlgili Pazar

Komisyon sıvı gıdaların karton kaplarda muhafazası sektöründe dört ayrı piyasanın bulunduğunu belirlemiştir: Uzun ömürlü ürünlerin aseptik<sup>55</sup> muhafazası için kullanılan (i)makinaların ve(ii) kartonların üretim piyasaları (aseptik pazarlar); taze ürünlerin aseptik olmayan muhafazası için kullanılan (iii)makinaların ve (iv)kartonların üretim piyasaları (aseptik olmayan pazarlar) (para 92-97).

#### - Hakim Durum

İlgili coğrafi pazarın tüm ye ülkeler olduğu aseptik pazarlarda, TP'ın pazar payının %90-95 düzeyinde olduğu, ilgili piyasada yalnızca tek bir rakip işletmenin faaliyet gösterdiği ve özellikle makinalar alanında önemli teknolojik engellerin bulunduğu hususlarını gözönüne alan Komisyon, firmanın pazarda hakim durumda olduğunu belirlemiştir (para 100 ve104).

Aseptik olmayan pazarlarda ise Tetra Pak %45-50'lik payıyla liderdir. Başlıca iki rakibi % 27 pazar payıyla Elopak ve %11'le PKL'dir (para 101). Görüldüğü gibi firma aseptik olmayan pazarlarda en yakın rakibinin iki katı paya sahiptir. Yine de adı geçen işletmenin pazarda hakim duruma sahip olduğunu ilk bakışta iddia etmek zordur. Pazar payı dışındaki ek göstergelere ihtiyaç vardır.

Bu sorunu Komisyon pazarlar arasında 'yakın bağlar' olduğu teziyle aşmaya çalışmıştır (para 104). Buna göre, belirli bir piyasada hakim durumda olan bir işletme, hakim durumda olmadığı bir diğer piyasada da, anılan her iki piyasa arasındaki yakın bağlar nedeniyle pazar gücünü kötüye kullanabilecektir. Aseptik ve aseptik olmayan pazarlar arasında bu tip yakın bağlar olduğunu düşünen Komisyon, bu sebepten TP'ın aseptik olmayan pazarlarda hakim durumda olup olmadığı konusunda görüş bildirmeyi gerekli görmemiştir.

<sup>54</sup> Komisyon kararı, (1991) O.J. European Communities L 72 /1

<sup>55</sup> Asepsi terimi ile hastalık yapıcı mikroorganizmaların ortama bulaşmasını önlemek için başvurulan sterilizasyon yöntemleri kastedilmektedir.

Böylece TP'in aseptik pazarlardaki tekel benzeri konumu ile aseptik ve aseptik olmayan pazarlar arasındaki yakın bağlar ve firmanın aseptik olmayan pazarlardaki lider konumu hep birden dikkate alındığında, TP'in komşu aseptik olmayan pazarlardaki uygulamalarının da, aseptik piyasalardaki gibi Roma 86 kapsamında değerlendirilebileceği sonucuna varılmıştır (para 104).

- TP'in stratejisi

Komisyon, TP'in bağlayıcı sözleşme hükümleriyle kendisi tarafından üretilen makinalarda yalnızca kendi kartonlarının kullanılmasını şart koşarak aseptik pazarı tekelleştirmeye çalıştığını tespit etmiştir (para 115).

Yine TP, aseptik pazarlarda tekel benzeri bir konuma sahip olmasının ve aynı pazarda grubun rekabet karşıtı uygulamalarıyla da teşvik edilen önemli piyasaya giriş güçlükleri bulunmasının getirdiği avantajlı konumunu ilişkili pazarı tekelleştirmekte kullanmıştır. Örneğin, aseptik pazarlarda sahip olduğu yüksek karlılık düzeyi TP'a aseptik olmayan pazarlardaki mali kayıplarını finanse edebilme imkanı tanımıştır. Özellikle 'aseptik brik' olarak adlandırılan en karlı ve en fazla satılan kartonlardan elde edilen gelirle, aseptik olmayan kartonların zararına satışı nedeniyle maruz kalınan zararın karşılanabildiği görülmüştür.<sup>56</sup>(para 105).

Soruşturma sırasında zararına satışa ilişkin getirilen açıklamaların Komisyon'u tatmin etmediği ve Komisyon'un yıkıcı fiyat olarak nitelediği üç durum ortaya çıkmıştır(para 170):

- 1) Rex adıyla bilinen aseptik olmayan kartonun İtalya'da satışı
- 2) Makinaların İtalya'da satış ve kiralanması
- 3) Makinaların İngiltere'de satış ve kiralanması

- İtalya karton piyasasında yıkıcı fiyat uygulaması:

TP İtalya'nın yönetim kurulu raporlarında özellikle aseptik olmayan pazarda başta Pure Pak olmak üzere rakip ürünlere karşı önemli mali fedakarlıklar yapılması gerektiğine ilişkin ifadelerle rastlanmıştır (para 51).

Bunun pratiğe yansımaları ise şu şekilde ortaya çıkmıştır (para 49):

- 1) 1976-82 arası dönemde Rex kartonlarında %10 ile %34 arasında değişen oranlarda zararına satış
- 2) Rex'in satış fiyatının AVC'nin oldukça altında oluşu
- 3) Rex kartonlarının transfer fiyatının da altında satılması
- 4) Rex'in, rakip Elopak'ın Pure Pak için uyguladığı fiyattan %30-50 arası daha düşük fiyattan satılması

---

<sup>56</sup> Grubun toplam cirosunun %70'i sadece aseptik brik satışından gelmektedir (para 47).

5) Rex kartonlarının satış miktarının anormal derecede artmış olmasına karşılık (8 senede % 6353) rakip ürünlerin pazar payının giderek azalması

Bu durum İtalya karton pazarında en önemli rakip olan Elopak'ın piyasa dışına çıkması tehlikesini doğurmuştur (para 48).

Makina piyasalarında yıkıcı fiyat uygulaması:

- İngiltere'de 1981-84 arasında sistematik zararına satışlar olduğu tespit edilmiştir. (para 56)
- İtalya'daki makina fiyatlarının ise diğer üye devletlerdeki fiyatlarla karşılaştırıldığında makul olmayacak derecede düşük olduğu görülmüştür (para 58).

TP karara itirazında, AKZO davasında yıkıcı niyetin de ayrıca ispatlanmasına hükmedildiğini ileri sürmüştür. Ancak AKZO kararında Komisyon "Hakim durumdaki firmanın fiyat indirimiyle amaçladığı şey kimi zaman o kadar açık hale gelir ki, niyeti ayrıca ispatlamaya gerek kalmaz" demektedir (Komisyon kararı, AKZO, para 80). İşte TP olayı tam da bunun bir örneğini oluşturmuştur. Nitekim CFI <sup>57</sup>da AKZO davasının izini sürerek 6 yıl boyunca süren söz konusu fiyatlamanın 'ölçeği ve doğası gereği',<sup>58</sup> aseptik olmayan pazarlarda rakipleri piyasa dışına çıkarmak dışında başka bir iktisadi rasyonele dayanmasının mümkün olmadığı sonucuna varmıştır (CFI kararı, TP-II, para 150).<sup>59</sup>

---

<sup>57</sup> Case T-83/91 Tetra Pak International SA V. Commission of the EC (1994), ECR-II, 755

<sup>58</sup> Uzun süre fiyatın AVC altında kalması ve satış hacminin fazla olması kastediliyor.

<sup>59</sup> Korah (1993, 180) bu olayda asıl rekabet ihlalinin makina ve karton satışlarını birbirine bağlayan sözleşme hükümlerinden kaynaklandığını, bu yüzden ayrıca yıkıcı fiyatı da soruşturma kapsamına dahil etmenin gereksiz olduğunu söylemektedir. Çünkü yazar'a göre aseptik pazarda makina ve karton satışı birbirinden ayrıldığında pazara giriş engelleri büyük ölçüde ortadan kalkacak ve firma yıkıcı fiyat uygulamasına girişebilmek için gerekli mali kaynaktan yoksun kalacaktır.

## BÖLÜM 6

### ABD ve AT YAKLAŞIMLARINDA NİYET ve HASAT KAVRAMLARI

Yıkıcı fiyat analizlerinde Topluluk 'niyet'e, ABD yaklaşımı ise 'hasat' kavramına merkezi bir rol vermektedir. Bu bakımdan bu iki kavramı burada ayrıca ele almak yararlı olacaktır.

#### 6.1. NİYET

ABD antitröst hukukunda özellikle birinci dönemde 'niyet'in önemli bir rol oynadığına değinilmişti. Ama sonraları yıkıcı fiyatın ispatının, yıkıcı niyete bağlı olarak yapılması yolundaki görüş eleştirilmiş ve hatta ABD'de bazı mahkemeler subjektif bir kriter olduğu gerekçesiyle niyetin bir yıkıcı fiyat göstergesi olarak kabul edilemeyeceğini söylemiştir.<sup>60</sup> Bunun temelinde şirket içi yazışmalarda yer alan agresif ifadelerin hem sıkı bir rekabete girişme arzusu, hem de elimine edici bir planın yansıması olarak iki şekilde de yorumlanabileceği görüşü yatar. Dolayısıyla niyetten yola çıkarak yıkıcı fiyatı tespit etmenin çok zor olduğu düşünülmüştür (Korah 1994, 90-92). Kaldı ki, gerçek bir yıkıcı fiyat uygulamasında, yıkıcının niyetini sezdirmemek için çok dikkatli davranacağı da söylenmiştir (Bishop 1992, 3).

Yine ABD'de bir başka davada mahkeme,

Yönetim kurulu tutanaklarında yer alan ifadeler yeterli niyet göstergesi olamaz. Önemli olan yıkıcı fiyat uygulamasının altında yatan motivasyondur. Bu da rakibi elimine ederek hasat yapmaktır. Hasat yapma amacı olmadan tek başına zarar verme niyeti yıkıcıya bir şey kazandırmaz (William İngiliz Kararı 1982, 1028).

demiştir. Burada mahkemenin niyeti hasatla birleştirerek Brooke kararına giden sürece bir katkıda bulunduğu söylenebilir. Brooke'da ise yıkıcının fiyat indiriminden ne çıkarı olduğu (ya da niyetinin ne olduğu) sorusuna cevap

---

<sup>60</sup> A.A. Poultry Farms inc. v. Rose Acre Farms inc. 881 F.2d. 1396 ( 7 th circuit 1989)

aranmakta ve şayet davacı hasatın mümkün olduğunu ispat edebilirse, niyetin yıkıcı olduğundan söz edilebilmektedir. Aksi takdirde niyet rekabetçi kabul edilmektedir. Gerçekten niyet hasat yapmak olsa bile, sonuçta hasat yapılamamışsa veya hasat için gerekli piyasa koşullarının bulunduğu ispatlanamamışsa rakipler zarar görse bile uygulama meşru kabul edilmektedir. Böylelikle ABD'de niyet kavramı hasat testine eklenmiş ve fiilen ortadan kaldırılmıştır.

Niyet kavramı subjektif olduğu ve ispatlanmasında keyfilik bulunduğu gerekçesiyle ABD hukundan çıkarılmışsa da, AT hukukunda otoritelerin üzerinde hassasiyetle durduğu 'stratejik davranış'a çare olarak geliştirilen analiz metodu niyet testidir.

Nitekim pek çok yorumcu da bu kanaattedir. Örneğin Mastromanolis şöyle demektedir:

Komisyon, yalnızca yıkıcının fiyatlarının belli bir maliyet ölçüsü altında olup olmadığı şeklindeki bir teste dayanarak verilecek kararın, firmanın stratejik davranışlarının sebeplerini ortaya çıkartmakta yetersiz kalacağını düşünmekteydi.

Bu bağlamda Komisyon, AKZO'nun davranışlarının, bir bütün olarak incelendiğinde, rakibe zarar verme amaçlı detaylı bir planın varlığını ortaya koyduğu görüşündedir. Ayrıca, Komisyon düşük fiyatlandırmanın bir şekilde haklı gerekçeye dayandırılabilceğini, sadece niyet testinin savunmanın amacını ve fiyatın niteliğini açıklayabileceğini söylemektedir (1999, 215).

Aynı olayda ATAD kararında da niyet unsurunun önemli bir yer tuttuğu görülmektedir. Mahkemeye göre;

- AKZO ECS'ye tehditler de bulunmuştur (para 78-82).
- AKZO'nun ECS'nin müşterilerine önerdiği fiyatlar sadece fazla sipariş almak için yapılmamıştır. Çünkü bu fiyatlar, ECS'nin fiyatlarının oldukça altındadır (para 102 ve 108).
- Selektif fiyat indirimleri yalnızca ECS'nin müşterilerine yöneliktir (para 113-115).
- AKZO hiçbir haklı gerekçeye dayanmaksızın oldukça uzun bir süre düşük fiyat uygulamıştır ( para 139 ve 146).

Öte yandan ATAD, tıpkı Komisyon gibi AKZO'nun rakibine karşı un pazarında fiyat indirimlerine başvurmasının altında, rakibin faaliyetini plastik pazarına genişletmesini önleme amacının olduğuna vurgu yapmaktadır (para 44-45). Zaten bu olayda niyet testi en büyük yararını, firmanın dokümanlarının ve piyasa davranışlarının analizi yoluyla bu amacı ortaya koyarken göstermiştir. Yoksa tek başına f-m analizinin bu amacı tespit edebilmesi mümkün değildir. Nitekim, olayı f-m analizine göre değerlendiren Philips (1995, 248-255) söz konusu olanın yıkıcı fiyat uygulaması değil, agresif bir fiyat savaşı olduğunu

iddia etmektedir. Ancak yazar, AKZO'nun uygulamasıyla rakibin pazara ilişkin beklentilerini azaltarak ona plastik pazarını terketmesi yolunda bir mesaj aktardığını ıskalaktadır.<sup>61</sup>

AT hukukunda, niyetin tespiti sadece otoritelerin subjektif kanaatine bırakılmış değildir. Topluluk uygulaması Greer (1979)'in tasnifine<sup>62</sup> uygun şekilde iktisadi ve iktisadi olmayan faktörlerin hepsini değerlendirmekte ve buradan firmanın niyetinin yıkıcı olduğunu gösteren bir davranış içinde bulunup bulunmadığını ortaya çıkartmaya çalışmaktadır.

## 6.2. HASAT

Yüksek Mahkeme'nin Brooke olayında hasat testini benimsemesiyle yıkıcı fiyat iddialarının ispatlanması oldukça zorlaştırılmıştır. Bunda klasik teorinin etkisinde kalan mahkemenin kavramın rasyonelliğine ilişkin şüphelerinin en üst noktaya ulaşması belirleyici olmuştur. Aslında klasik teori, kavramın rekabet literatüründen tamamen çıkarılması gerektiği sonucuna varsa da, mahkemenin bunu göze alamadığı ve hiç değilse ispatını zorlaştırarak meseleye bir ara çözüm bulmaya çalıştığı anlaşılmaktadır. Bu şekilde mahkeme davacıdan kendisini önce yıkıcı fiyatın rasyonelliğine ikna etmesini beklemektedir. Hasat testinin anlamı budur.

TP, CFI önündeki savunmasında Brooke davasını örnek göstererek, zararına satışın ancak sonuçta hasat yapılabilecekse yıkıcı fiyat olarak nitelenebileceğini ve İtalya'daki karton pazarında böyle birşeyin mümkün olmadığını öne sürmüştür (CFI kararı, TP-II, para 143).<sup>63</sup> Savunmanın hasat testi önerisini reddederken mahkeme bunun sebebinin 'satışların ölçeği ve doğasının rakibi piyasa dışına çıkarma niyetini ortaya koyduğu, bunun ötesinde ayrıca piyasada hasat yapılabileceğinin gösterilmesinin gerekmediği' şeklinde açıklamıştır (CFI kararı, TP-II, para 150-151).<sup>64</sup>

---

<sup>61</sup> 'Mesaj aktarımı' ile ilgili olarak bkz: Komisyon kararı (AKZO, para 79); Comanor ve Frech (1993); Fudenberg ve Tirole (1986)

<sup>62</sup> Bkz. Bölüm IV/A

<sup>63</sup> AKZO da fiyatlarının o dönemki Amerikan uygulamasında olduğu gibi AVC altında olup olmadığına göre değerlendirilmesini istemişti (Komisyon kararı, AKZO, para 42) Görüldüğü gibi hakim durumdaki firmalar kendilerine avantaj sağladığı düşüncesiyle az kapsayıcı Amerikan yaklaşımını Topluluk'a empoze etmek istemektedirler.

<sup>64</sup> Oysaki Korah (1993, 175) uygulama sonrası ortada hasat tehlikesi varsa, ancak o zaman bir yıkıcı fiyat uygulamasından söz edilebileceğini söylemektedir. Çünkü hiçbir firmanın hasat yapamayacağını bile bile, kendini zarara sokmak istemeyeceğini düşünmektedir. Bu şekilde yazar Topluluk politikasını eleştirmekte ve ABD uygulamasındaki gibi bir hasat testine sıcak bakmaktadır.



Öyle görünüyor ki, Amerikan Federal Yüksek Mahkemesi'nin yıkıcı fiyat uygulamasının rasyonel olmadığı düşüncesiyle, mümkün olduğunca az kapsayıcı olan hasat testini getirmesi<sup>65</sup>, CFI'nın teste soğuk bakmasına neden olmuştur. Çünkü Topluluk'ta Amerikan yaklaşımının tersine yıkıcı fiyat uygulaması, rasyonel bir uygulama ve ciddiye alınması gereken bir tehdit olarak algılanmaktadır. Zaten bu yüzden Topluluk, daha kapsayıcı niyet testini benimsemiştir. Yine Topluluk otoritelerinin vakalara yaklaşım tarzı ve deregüle edilen havayolu sektöründe olağandışı fiyat indirimlerine karşı getirilen kurallar uygulamanın ciddi bir tehlike olarak algılandığını göstermektedir.<sup>66</sup> Dolayısıyla CFI'nın hasat gibi yıkıcı fiyatı pratikte neredeyse yok kabul eden bir kavramı ithal etmekte tereddütlü olmasına şaşmamak gerekir.

Ancak AT hukukunda hasat testinin aslında kısmen hakim durum, kısmen de kötüye kullanım başlığı altında değerlendirilmekte olduğu da söylenmiştir (Jakobsen 1995, 23-26). Gerçekten de ATAD'ın AKZO kararında Topluluk ve ABD hukukunda bazı ortak noktalar olduğuna dair işaretler vardır. Örneğin mahkeme, hakim durumdaki firmanın yıkıcı fiyat uygulamakla amacının "daha sonra tekel konumunun avantajından yararlanarak fiyatları yükseltmek kasdıyla rakipleri elimine etmek" (para 71) olduğuna işaret etmiştir. Bu ifadeyle mahkeme yıkıcıyı harekete geçiren güdünün (dolayısıyla niyetin) gelecekte daha çok kar elde etmek (hasat yapmak) olduğunu kabul etmektedir. Böylece Topluluk'taki yıkıcı niyet kavramıyla ABD'nin hasat testinin aynı problemi ele aldıkları sonucuna varmak mümkün hale gelmektedir.

Yine AKZO kararında, AKZO'nun uzun süreli kayıplara dayanacak mali gücü olduğu ve geniş organik peroksit pazarındaki liderliğini korumak yönünde güçlü bir motivasyona sahip olduğu belirtilmiştir (para 43, 44). CFI'nın Tetra Pak II analizinde ise, TP'in aseptik pazarlardaki tekele yakın konumunun, çabalarını komşu aseptik olmayan pazarları ele geçirmeye yoğunlaştırmasına yardımcı olduğununun altı çizilmiştir (para 121).

Buradan Brooke kararında ifadesini bulan 'hasat' kavramının Topluluk davalarında yıkıcıyı harekete geçiren güdü bağlamında üstü kapalı biçimde de olsa gözönüne alındığı düşünülebilir.

Ancak hasatla niyetin bu şekilde özdeşleştirilmesi o kadar da doğru değildir. Çünkü ABD'de hasatın, ancak yıkıcının rakibini başarılı bir şekilde elimine edebilmesi sonrası fiyatları yükseltebilmesi durumunda söz konusu olabileceği düşünülmektedir. Aksi takdirde uygulama yıkıcı olarak nitelenme-

---

<sup>65</sup>Daha kapsayıcı bir kuralın fiyat rekabetini caydıracağı, bunun da tüketici refahına zarar vereceği düşünülüyor.

<sup>66</sup> Örneğin bkz: Konsey Tüzüğü 2410/92, [1992] OJ L 240/18 ve Dodgson, Katsoulacous ve Pryke (1991)'in hazırladığı havayolu sektöründeki yıkıcı fiyat uygulamalarına ilişkin Komisyon raporu

mektedir. AT'da ise uygulamanın yıkıcı sayılabilmesi için bu anlamda başarılı olması gerekli değildir. Bu yönde bir girişim (niyet) olması yeterlidir. Çünkü rekabet adil olmayan bir alana çekilmek istenmektedir.

Nitekim A.G. Colomer de aynı noktaya işaret ederek<sup>67</sup> "yıkıcı fiyat uygulaması, sonuçta hasat yapılamasa bile bir tür rekabet ihlalidir" derken ATAD'ın yukarıdaki ifadesinin Topluluk'ta hasat testine kapı açacak şekilde yorumlanmaması gerektiğini ihtar etmiş olmaktadır.

Öte yandan 'hasat'a Topluluk'ta yer verilmiş olabileceğine ilişkin ikinci bir belirti daha vardır. Bilindiği gibi Amerikan tipi hasat testinde yıkıcı fiyat uygulaması ile yapılan yatırımın karşılığının alınabilmesi (hasat yapılabilmesi) pazar yapısının elverişli olmasını<sup>68</sup> gerektirmektedir. Bu durum AT hukukunda hakim durum kavramına benzemektedir. Gerçekten pazar gücü olmayan bir firmanın uygulama sonrası fiyatı yükseltebilmesi mümkün değildir. Ancak Brooke'da ortaya konan hasat testinde başka faktörler de dikkate alınmıştır. Örneğin Yüksek Mahkeme, Elzinga ve Mills (1989)'e açıkça atıf yaparak uygulama döneminde kaybedilen paranın geri alınıp alınamayacağı hesaplanırken, paranın fırsat maliyeti, ilgili pazarın büyüme oranı ve arz esnekliği gibi faktörlerin de dikkate alınması gerektiğini söylemiştir (Brooke kararı, 509 U.S. 226).

Fakat bu hesaplar yapılırken hasat dönemi ya daha başlamamış ya da sona ermemiş olabilecektir. Dolayısıyla hasat miktarını hesaplarken hangi dönemin ele alınacağı belirsizdir. Dahası, yıkıcı fiyattan kaynaklanan şöhret gibi yıkıcıya başka pazarlarda faydalı olacak iktisadi olmayan kazançların matematiksel hesaplarla anlaşılması mümkün değildir. Tıpkı, AVC üstü fiyatı legal kabul eden per se A&T testi gibi, hasat testinin de uygulama kapsamına girebilecek olayların sayısını azaltmak ve adeta davacıların iddialarını ispatlamalarını zorlaştırmak için dizayn edildiği görülmektedir.

Topluluk yaklaşımının, hakim durumdaki firmaların küçük firmalar aleyhindeki uygulamalarına karşı hassas olduğu düşünüldüğünde Amerikan tipi bir hasat testini benimsemesinin mümkün olmadığı anlaşılacaktır.<sup>69</sup>

Ancak son yıllarda hasat testinin Topluluk'ta yerleşmesi yönünde bir eğilimin ortaya çıktığı görülmektedir. Örneğin, A.G. Fennelly<sup>70</sup> Topluluk'un yıkıcı fiyat politikasının yarattığı sorunlara değinirken, fiyat rekabetinin

<sup>67</sup> A.G. Colomer'in görüşü, TP-II, para 78

<sup>68</sup> Örneğin yüksek yoğunlaşma oranı ve giriş engelleri bulunmasını

<sup>69</sup> Mastromanolis (1998, 212) Komisyon'un rekabet politikasına ilişkin 9. Raporunda (10 (1979)) verimli olmasalar da küçük ve orta ölçekli işletmelerin korunması amacıyla bahsedildiğini aktarmaktadır)

<sup>70</sup> Bkz: A.G. görüşü, C-395/96P ve C-396/96P Compagnie Maritime Belge and Dafra Airlines v. Commission)

rekabetin özü olduğuna ve firmaların fiyat stratejilerine müdahale etmenin tehlikelerine işaret etmektedir. Fennelly, fiyat rekabeti sonucu sadece verimli firmaların ayakta kalabileceğini ve etkin kaynak dağılımının sağlanabileceğini belirterek bundan tüketicilerin yararlanacağını söyler. Bu sebepten yıkıcı fiyat davalarında hasat testinin benimsenerek fiyat rekabetinin özendirilmesini önerir.

Benzer şekilde A.G. Jacobs da Madde 86'nın öncelikli amacının rakipleri değil, tüketici çıkarını gözetmek olduğunu belirtir.<sup>71</sup>

Mastromanolis (1998, 223) ise Topluluk'un yıkıcı fiyat davalarında Amerikan yaklaşımını benimsemesinin verimliliğin gereği olduğunu söylemektedir. Yazar, hasat testinin getireceği gevşek bir yıkıcı fiyat kontrolü sayesinde milli pazarlardaki verimsiz firmaların yerini, Topluluk üyesi diğer ülkelerin verimli firmalarının alabileceğini düşünmektedir.

---

<sup>71</sup> Bkz. A.G. görüşü, C-7/97 Oscar Bronner v. Mediaprint

## BÖLÜM 7

### AT'DA YIKICI FİYAT KAPSAMININ GENİŞLETİLMESİ

AT'nun tüketici yararını gözeten hasat testini benimsemesi gerektiği görüşlerinin artması ileride ABD uygulamasına yakınlaşılabilceğinin sinyalleri olarak görülebilirse de, Komisyon'un son Irish Sugar<sup>72</sup> kararı Topluluk'un hakim durumdaki firmaların stratejik davranışlarına karşı küçük rakiplerin korunması politikasında ısrar edeceğini göstermektedir.

Bu olayda Komisyon, Irish Sugar'ın İrlanda pazarında Fransız şekerini ithal eden firmaların müşterilerine yönelik selektif düşük fiyatlar uygulamasında rekabeti kısıtlama niyeti olduğu gerekçesiyle hakim durumunu kötüye kullandığına karar vermiş ve Irish Sugar'ın bunu 'rekabeti karşılama amacı'yla yaptığı gerekçesini kabul etmemiştir. İthal ucuz şekerin tüm İrlanda pazarına yayılmasını önlemek için bu selektif fiyatların özellikle Kuzey İrlanda sınır bölgesindeki müşterilere sistematik bir tarzda uygulandığı görülmüştür.

#### **Topluluk'un Yıkıcı Fiyat Bağlamında Selektif Fiyat ve 'Rekabeti Karşılama' Konularındaki Tutumunun Netleşmesi**

Bilindiği gibi ATAD'ın AKZO'da ortaya koyduğu yıkıcı fiyat testinde, AVC-ATC arası fiyatlar rakibi elimine etme amaçlı bir planın parçası ise yıkıcı sayılmıştır (para71-72). Ancak fiyatların hangi durumlarda böyle bir planın parçası sayılacağı açık değildi. Çünkü özellikle Topluluk'un rekabeti karşılama amaçlı eylemler konusundaki tutumu belirsizdi. Bu durum ATAD'ın aynı karardaki iki farklı ifadesine bağlanabilir.

Mahkeme, AKZO'nun ECS'nin müşterilerine yaptığı satış sebebiyle girdiği zararı kendi müşterilerinden elde ettiği karla sübvansе ettiğini, bunun AKZO'nun niyetinin ECS'ye zarar verme amaçlı olduğunu gösterdiğini belirtir (para 115). Burada önemli olan, mahkemenin AKZO'nun selektif

<sup>72</sup> Case IV/34.621 O.J. (1997) L 258/25

fiyatlandırmasını kötüye kullanım kabul ederken gerekçesini sadece firmanın fiyatlarını 'kendi müşterilerine ATC'nin üstü, ECS'nin müşterilerine ise ATC'nin altı' olacak şekilde uygulamasına dayandırmasıdır (para 115). Bu ifadede ATAD rekabeti karşılama amacını bir istisna olarak saymamıştır.

Öte yandan aynı kararda mas'ın rekabeti karşılama amaçlı olması halinde meşru sayılabileceğini ima eden ifadeler de vardır. Örneğin Mahkeme, "AKZO'nun ECS'ye zarar vermeye dönük niyeti, ECS'yle rekabet etmeye yetecek düzeyin çok altında fiyat uygulamış olmasıyla açığa çıkmaktadır." demektedir (para 98-109).

Topluluk uygulamasındaki bu tip çelişkilerin zaman zaman karışıklığa yol açtığı görülmektedir. Nitekim Irish Sugar, rakibin müşterilerine selektif düşük fiyatlar teklif etmesinin savunma amaçlı olduğunu ve hukuki meşruiyetini de AKZO olayındaki 'hakim durumdaki sağlayıcının mevcut müşterilerini elinde tutabilmek için rakiplerin onlara önereceği fiyatlara paralel fiyatlar uygulayabileceği' şeklindeki Komisyon kararından aldığı öne sürmüştür (Komisyon kararı, Irish Sugar, para 132).

Komisyon'un buna cevabı şöyledir:

Hakim durumdaki firmanın pazardaki durumunu korumak için rakipleriyle rekabete elbette hakkı vardır. Ancak hakim durumdaki firmanın rakipleri dışarıda tutmaya dönük bir politikası olmamalıdır. Hakim durumdaki firmaların piyasadaki rekabetin derecesini azaltıcı uygulamalara girişmemeye dönük özel bir sorumlulukları vardır.<sup>73</sup> Pazardaki etkin rekabetin devamı, küçük rakiplerin hakim durumdaki firma tarafından yüksek verimlilik ve üstün performansa dayalı sebepler dışında pazar gücünü kötüye kullanma yoluyla elimine edilmesinin önlenmesiyle mümkündür (para 134).

Bu sonuca varırken Komisyon'un, hem ATAD'ın hem kendisinin daha önceki AKZO kararına sürekli atıfta bulunduğu görülmektedir:

% 50 ve daha üstü pazar payına sahip bir firmanın selektif olarak rakipbin müşterilerine düşük, kendi mevcut müşterilerine ise daha yüksek fiyatlar uygulaması kötüye kullanmadır. Bu kararı ATAD da onaylamıştı. (Para 134)

Irish Sugar olayında mas söz konusu değildir. Ancak kararı konumuz açısından önemli kılan Komisyon'un bu olayda selektif fiyatı mahkum ederken, gerekçesini kendisinin ve özellikle ATAD'ın AKZO olayındaki selektif fiyatların yıkıcı niyete mesnet teşkil ettiği yolundaki yukarıda bahsedilen görüşlerine dayandırmasıdır. Buradan AKZO olayındaki yıkıcı fiyat uygulamasının Topluluk otoriteleri tarafından maliyet analizinden çok uygulamanın selektif

---

<sup>73</sup> Komisyon bu prensibin ilk kez Michelin davasında dile getirildiğini söylemektedir. Bkz. Michelin V. Komisyon , case 322/81 [1983] ECR 3461

karakterine ağırlık verilerek değerlendirildiği sonucuna varmak mümkündür.<sup>74</sup> Dahası bu kararda belirleyici olan fiyatın selektif karakteri olduğu için, hakim durumdaki firmanın fiyatının rakibin fiyatlarına paralel mi olduğu yoksa onunkinin altında mı olduğu önemini yitirmektedir. Bir başka deyişle selektif fiyat söz konusu olduğunda rekabeti karşılama savunması kabul edilmemektedir. Böylece bu konudaki belirsizlik de giderilmiş olmaktadır.

Öyle anlaşılıyor ki Komisyon, 'rekabeti karşılama' kavramının içinde aynı zamanda rakipleri pazar dışında tutma amacı da gördüğünden, onu yıkıcı niyet kavramına oldukça yakın değerlendirmektedir. Rekabeti karşılama selektif fiyatla yapıldığında ise Komisyon'un bunu yıkıcı niyetle özdeşleştirdiği anlaşılmaktadır.

Rekabeti karşılama savunmasını kabul etmemekle Komisyon'un, hakim durumdaki firmalara uygulamalarını meşrulaştırmaya yarayacak bir araç vermek istemediği görülmektedir.<sup>75</sup> Aksi takdirde bunun onlara ATC altı fiyatlarla küçük rakipleri sistematik şekilde elimine etme imkanını vereceği düşünülmektedir. Bir taraftan da bu şekilde hakim durumdaki firmaların rekabeti sürekli karşıladıkları yönünde şöhret edinecekleri ve böylece rakipleri piyasaya girmekten caydıracakları ihtimali değerlendirilmektedir.

Öte yandan bu durumun, hakim durumdaki firmaların rekabet etme alanını daraltacağından, pazarda fiyatların yükselmesine zemin hazırlayacağı öne sürülebilir. Ancak Komisyonun selektif fiyatı yasaklamakla çok sayıda rakibin pazara girmesine fırsat vermek istediği ve böylece uzun vadede fiyatların düşmesini hesapladığı anlaşılmaktadır.<sup>76</sup>

Çünkü hakim durumdaki firma, selektif indirimler yapamayacağı için indirim yapacaksa tüm pazarı kapsayacak şekilde yapması gerekecektir. Bunun için de pazarın bir kısmında değil de, tüm pazarda indirim yapmaya geçecek ölçüde rekabetin yaygınlaşması gerekir. Öbür türlü hakim durumdaki firma açısından ekonomik olmayacaktır. Piyasada rekabet yaygınlaşana kadar geçecek bu süre de küçük firmalara piyasaya yerleşmeleri için zaman kazandıracaktır. Böylece piyasaya yeni giren firmaların pazarda yeterince yerleşmeleri sağlanmakta, pazarda müşteriler için yeterli alternatif oluştuğundan sonra fiyat rekabeti ise hakim durumdaki firmanın seçtiği bir zamanda başlamaktadır.

<sup>74</sup> Böylece ATAD'ın AKZO testinde ortaya koyduğu 'AVC-ATC arası fiyatların yıkıcı niyet ispat edilirse yıkıcı fiyat niteliğinde sayılacağı' hükmündeki 'yıkıcı niyet'ten ne kastettiği açığa çıkmış olmaktadır.

<sup>75</sup> Nitekim AKZO olayında, AKZO mas yapmasının Diaflex'in rekabetini karşılama amaçlı olduğu savunmasını getirmiş, ancak Komisyon ortada bir danışıklı dövüş olduğu kanaatine vararak bunu kabul etmemiştir (Komisyon kararı, AKZO, para 45).

<sup>76</sup> Nitekim Gül (2000, 74) de selektif fiyata karşı alınacak önlemlerin büyük teşebbüsler karşısında küçüklerin korunmasına ve bu sayede pazarda rekabetin canlı tutulmasına yarayacağını söyler.

Komisyon'un selektif fiyat konusundaki politikasıyla işte böyle bir ortama zemin hazırlamak istediği anlaşılmaktadır.<sup>77</sup>

AKZO'da ATAD, getirdiği maliyet analizindeki sorunlar<sup>78</sup> sebebiyle olacak, AVC-ATC arası fiyatlarda niyetin ispatlanmasını yıkıcı fiyatın tespiti için yeterli saymıştı. Irish Sugar kararı ATAD'ın yıkıcı fiyatın tespitinde daha çok selektif fiyata dayandığını gösterdiğinden maliyet tartışmalarının azalacağı düşünülebilir.<sup>79</sup> Aynı sebepten AVC-ATC arası fiyatlarda gerekli olan niyet şartı da selektif fiyata bağlanmakla objektif bir temele oturtulmuş olmaktadır.<sup>80</sup> Görüldüğü gibi Topluluk yaklaşımı selektif fiyat kavramına yıkıcı fiyat kapsamında özel bir önem vermektedir. Sistemik olarak selektif bir tarzda yapılan mas'ın daha dramatik etkiler yaratacağı düşünülmektedir. Bu sebepten Topluluk rekabeti karşılama argümanını dahi kabul etmeme eğilimindedir. Nitekim pek çok olayda (Akzo, TP-II, Brooke vb.) selektif fiyatın mas'la birlikte bulunuyor oluşu Topluluk'un bu konudaki hassasiyetinin haklı gerekçeleri olduğunu göstermektedir. Öte yandan selektif fiyatın çapraz sübvansiyona yol açmasının yıkıcıya kayıplarını finanse edebilme imkanı tanıdığına Topluluk otoritelerinin dikkat çektiği görülmektedir.<sup>81</sup> Yine hakim durumdaki firmaların bu ve benzeri iktisadi avantajlarını göz önüne alan otoriteler, onlara rekabetin korunmasında özel sorumlulukları olduğunu sık sık hatırlatmaktadır.<sup>82</sup>

Öte yandan selektif tarzda yapılan mas klasik teorinin en önemli tezlerinden biri olan yıkıcı fiyat uygulamasının maliyetli bir strateji olduğu savını<sup>83</sup> da zayıflatmaktadır. Çünkü sadece belli müşterilere veya bölgelere fiyat indirimi yapmakla yıkıcı zararını minimize etmektedir. Bu da yıkıcı fiyat uygulamasının rasyonel bir strateji olarak ortaya çıkması ihtimalini arttırmaktadır.<sup>84</sup>

---

<sup>77</sup> Ancak burada hakim durumdaki firmanın müşteri portföyünü korumasına sınırlandırma getirmenin, 'verimsiz firmaların verimli büyük firmalara karşı korunduğu ve rekabet kurallarının bunun için olmadığı' (Korah 1994, 90-92) eleştirilerini arttıracakı açıktır.

<sup>78</sup> Gerçekten de maliyetin tam olarak hesaplanabilmesi özellikle birden fazla ürün üreten firmalarda problemlidir. bkz: Baumol (1996, 53). Öte yandan maliyet kalemlerinin hangilerinin sabit, hangilerinin değişken olduğu konusu da tartışmalıdır. Nitekim Akzo'da taraflar bu konuda anlaşamamıştır (ATAD kararı, AKZO, para 90-95).

<sup>79</sup> Ancak maliyet altı fiyat yasaklandığı için ATC'yi hesaplama gereği sürecektir.

<sup>80</sup> Fiyat rekabetiyle yıkıcı fiyatın aynı şeyi amaçladığı ve bu yüzden niyet testinin keyfilik içerdiği eleştirisi için bkz: Mastromanolis (1998, 215))

<sup>81</sup> bkz: ATAD kararı, AKZO, para 115

<sup>82</sup> bkz: CFI kararı, TP-II, para 114

<sup>83</sup> bkz: Bölüm III/A

<sup>84</sup> Nitekim, selektif fiyatın çoğu olayda yıkıcı fiyat uygulamasını destekleyici bir unsur olarak kullanıldığından hareket eden bazı yazarlar tamamen selektif fiyata dayalı olarak yıkıcı fiyatın tespitini öngören testler önermektedir. Örneğin Shepherd (1986)'e göre, eğer firmalar arasında %25'ten fazla pazar payı farklılığı varsa, büyük firmaların küçükler aleyhine yapacağı selektif fiyat per se yasaklanmalıdır.)

Paradoksal biçimde, ABD yaklaşımı davacıya hasatı ispatlama yükümlülüğü getirmenin yanısıra selektif düşük fiyata dayanan RPK'nu da etkisizleştirerek,<sup>85</sup> yıkıcı fiyat kapsamını iyice daraltırken, AT yaklaşımı maliyet altı selektif fiyatları, rekabeti karşılama argümanını kabul etmeksizin yasaklama eğiliminde olduğunu göstermekle yıkıcı fiyat kapsamını genişletmektedir. Hatta bu noktada Topluluk'un analizini RPK'nuna benzer bir zemine oturtmaya çalıştığı bile söylenebilir.

---

<sup>85</sup> bkz: Brooke olayı



## BÖLÜM 8

### KLASİK TEORİNİN SORGULANMASI

Zerbe ve Mumford (1996, 951), Yüksek Mahkeme'nin en son Brooke kararında yıkıcı fiyatın ispatını zorlaştırmasının, sonucu belirsiz, maliyetli bir dava sürecini göze alamayan küçük firmaların şikayetlerini caydırdığından yakınmaktadır.

Aslında bu durumun temelinde Yüksek Mahkeme'nin Matsushita davasında öne sürdüğü "Yorumcular arasında yıkıcı fiyat uygulamasının istisnai ve başarısız bir uygulama olduğu yolunda görüş birliği vardır" (dipnot: Matsushita kararı, 475 US 589) savı yatar. Nitekim Yüksek Mahkeme'nin aynı savı Brooke kararını meşrulaştırmakta kullandığı görülmektedir.<sup>86</sup> Zerbe ve Mumford (1996, 983) klasik teori etkisi altında şekillenen bu savın zaman içerisinde mahkemeleri olaylara önyargıyla yaklaşmaya sevkettiğini söyleyerek, bunun tehlikelerine işaret etmektedir.

Bu bakımdan mahkemeleri yıkıcı fiyat kavramına karşı önyargılı olmaya vardırarak derecede etkileyebilen klasik teorinin argümanlarını sorgulamak yerinde olacaktır.

#### a) **Yıkıcı fiyat uygulaması, istisnai ve başarısız olmaya mahkum bir uygulama mıdır?**

Matsushita'da mahkemenin yukarıdaki savı, özellikle McGee (1958) ve Koller (1971) gibi klasik yaklaşım teorisyenlerinin ampirik çalışmalarına dayanarak geliştirdiği görülmektedir. Kararda bu iki çalışmaya açıkça atıf yapılmıştır (Matsushita 475 U.S. 574).

Koller mahkemelerin yıkıcı fiyat uygulaması olarak karara bağladığı 95 olayı gözden geçirerek mahkeme kayıtlarının yeterli veri sunduğuna inandığı 33 ünü incelemiştir. Yazar, gerçekte 7 olayda yıkıcı fiyat girişimi olduğu ve

---

<sup>86</sup> Bkz: Brooke Olayı

bunun ancak 4 ünün başarılı olduğu sonucuna ulaşmıştır (Koller 1971, 112). Zerbe ve Mumford (1996, 958) ise Zerbe ve Cooper'ın daha geniş bir olay grubunu inceleyerek farklı sonuçlara ulaştıklarını aktarmaktadır. Buna göre hem gerçek yıkıcı fiyat olaylarının yüzdesi, hem de bunların başarı oranları çok daha yüksektir.<sup>87</sup> Bolton, Brodley ve Riordan (2000, 8) ise sözü geçen her iki incelemenin de yalnızca mahkeme kararı ile sonuca bağlanan olayları konu edindiğine dikkat çekmektedir. Dolayısıyla;

- i. Yıkıcının hükümetle anlaşma yoluna gittiği,
- ii. Rakibin yıkıcının şartlarına boyun eğdiği,
- iii. Söz konusu dönemde yürürlükte olan fazla kapsayıcı yasaların uygulamayı caydırmış olduğu,<sup>88</sup>
- iv. Yıkıcı fiyat uygulaması sonucu rakibin yıkıcıyla birleşmek zorunda kaldığı<sup>89</sup>
- v. Uygun iktisadi teorinin geliştirilmemiş oluşundan dolayı rakibin hiç mahkemeye gitmediği

olayların incelenemediği anlaşılmaktadır.

Yıkıcı fiyat konusunda somut olayların az oluşu argümanı kabul edilse bile vakaların azlığının, gerçekten başarılı yıkıcı fiyat örneklerinin mahkemeye ulaşmamış olmasından kaynaklandığı ve A&T kuralından beri mahkemelerin yıkıcı fiyat kavramına şüpheyle yaklaşmasının bu sürece katkıda bulunduğu düşünülebilir.

Madde (v)'te sayılan uygun iktisadi teorinin yokluluğundan kaynaklanan durumda sorun, yıkıcı fiyatın doğru bir tanımının yapılmamasından kaynaklanmaktadır.<sup>90</sup> Bu tip durumlarda firmalar maruz kaldıkları uygulamanın

<sup>87</sup> McGee ve Koller'in klasik teoriyi benimsedikleri, Zerbe ve Cooper'ın ise modern stratejik teoriye daha yakın durdukları gözönüne alındığında yıkıcı fiyat uygulamasının istisnailiği ve başarısızlığına ilişkin görüşlerin benimsenen bakış açısıyla ve uygulamanın nasıl tanımlandığı ile yakından ilgili olduğu anlaşılmaktadır.

<sup>88</sup> Her iki çalışmanın da incelediği dönemde özellikle RPK'nun etkin biçimde uygulandığı hatırlanmalıdır. Günümüzde ise bu yasanın pratikte uygulanmadığı ve çok daha az kapsayıcı bir testin yürürlükte olduğu göz önüne alındığında, firmaların yıkıcı fiyat uygulaması ile piyasada etkinliklerini arttırmak isteyecekleri düşünülebilir.

<sup>89</sup> Burns (1986), 20.yy. başındaki Tütün Tekelini incelediği çalışmasında, yıkıcı fiyat uygulamasının alış maliyetini azalttığını, hem yıkıcılığa maruz kalanın hem de kalmayanların tesislerini yıkıcıya satmak zorunda kaldığını tespit etmiştir. Aynı şekilde Standart Oil'in de yıkıcı fiyat uygulaması ile rakipleri yıpratarak birleşmeye zorladığı ortaya konabilirse, McGee'nin Standart Oil'in yıkıcı fiyata başvurmadığı, birleşmeler yoluyla büyüdüğü tezi (McGee 1958) çürütülebilecektir. Bu da klasik teorinin büyük darbe alması demektir. Zaten Yüksek Mahkeme'nin yukarıdaki savını dayandırdığı temel kaynaklardan biri de yazarın bu çalışmasıdır.

<sup>90</sup> Örneğin, A&T'nin önerdiği biçimde yalnızca MC'un altındaki fiyatlar yıkıcı olarak kabul edilirse, pek az sayıda olay kapsama gireceğinden yıkıcı fiyat uygulamasının istisnailiği savı doğrulanabilecektir.

yıkıcı fiyat uygulaması olduğunu farkedemediklerinden, nasılsa sonuç alamayacakları düşüncesiyle hukuki yola hiç başvurmamaktadırlar. Mahkemeler de ellerinde doğru bir iktisadi teori ve düzgün bir tanım olmadığından klasik teorinin sunduğu yıkıcı fiyat uygulamasının 'istisnai ve başarısız bir uygulama olduğu' görüşü dışına çıkamamakta ve bu teorinin öngörülerini dışına taşan ihlalleri tespit edememektedirler. Ancak daha kuşatıcı ve kapsayıcı bir teorinin benimsenmesi yıkıcı fiyat uygulaması olarak nitelenecek olayların sayısını ve çeşidini arttırabilecektir. Ancak bunun için önce yıkıcı fiyat uygulamasının hangi koşullarda ortaya çıkabileceğinin bilinmesi gerekir. Bu da doğrudan kavramın rasyonelliği tartışmasıyla ilgilidir.<sup>91</sup>

#### b) **Yıkıcı fiyat uygulaması irrasyonel bir uygulama mıdır?**

Aşağıdaki bölümde Amerikan ve AT yaklaşımları ışığında bu sorunun cevabı verilmeye çalışılacaktır.

Yıkıcı fiyat tanımında<sup>92</sup> uygulama ile üç şeyin amaçlandığı görülmektedir:

- 1) Rakibin elimine edilmesi
- 2) Rakibin disipline edilmesi
- 3) Piyasaya yeni girişlerin caydırılması

Uygulamanın rasyonel sayılabilmesi için bu üçünden en az birinin gerçekleşmesi gerekir.

#### **Klasik Teorinin ABD Uygulamasına Yansıması**

Yukarıda da geçen 'elimine etme' kavramı ile diğerleri arasında bir ayırım yapmak gerekir. Eliminasyon kavramı üzerinde daha çok klasik teorinin durduğu görülmektedir. Klasik teoriye göre, yıkıcı fiyat uygulaması uzun vadede daha fazla kar elde edebilmek için, kısa dönemli zararı göze almayı gerektirir. Burada ileride aşırı fiyatlandırma yapılabileceği beklentisi vardır. Sonunda bu yapılamayacaksa, yıkıcı fiyat uygulamak anlamsızdır. Bu da mevcut rakiplerin piyasadan çıkarılabilmesine bağlıdır. Aksi takdirde rakipler fiyatın yükselmesine izin vermeyeceklerdir. Böylece klasik teori argümanını yıkıcının rakibini elimine etme girişimleriyle, rakibin buna başarıyla direnmesi diyalektiği üzerine kurar. Sonuçta rakibin yıkıcı fiyat ile elimine edilmesinin zorluklarına işaret ederek yıkıcı fiyat uygulamasının rasyonel olmadığını söyler.<sup>93</sup> Amerikan Federal

---

<sup>91</sup> Nitekim son yıllarda yapılan ampirik çalışmalar klasik teorinin fiyat rekabeti olarak yorumladığı pek çok olayda gerçekte yıkıcı fiyat olduğunu tespit etmiştir. Boston, Brodley ve Riordan (2000, 3-11) modern stratejik teoriden izler taşıyan ve endüstriyel iktisat alanında yıkıcı fiyat uygulamasının rasyonel olduğunu gösteren çalışmaların bir listesini vermektedir .

<sup>92</sup> Bkz. Bölüm II/A

<sup>93</sup> Bkz. Bölüm III/A

Yüksek Mahkemesi'nin böyle bir teoriyi benimsemesinin doğal sonucu elbette 'yıkıcı fiyatın rasyonelliğinin ispatı' demek olan hasat testi olacaktır. Bir başka deyişle ortada yıkıcı fiyat olduğunu söyleyebilmek için önce uygulamanın rasyonel olabileceği (hasatın muhtemel olduğu) gösterilmelidir. Bu ise ancak rakiplerin eliminasyonu ile mümkündür. Amerikan yaklaşımında eliminasyon sonucu pazar yapısı değişmeden mahkemelerin müdahale etmekte isteksiz oldukları görülmektedir. Nitekim Spectrum'da Yüksek Mahkeme fiyat ve çıktı miktarında değişme olmadan müdahale edilmemesi gerektiğini bildirmiştir (Graglia 2000, 9). Aynı yerde Yüksek Mahkeme, tekelleşme girişiminin ancak fiili tekelleşme tehlikesi olması durumunda gerçeklik kazanacağını söylemektedir. Hatta verimli olsun olmasın rakip elimine edilse de pazarda rekabet önemli ölçüde ortadan kalkmadan, örneğin diğer güçlü rakipler var oldukça hasat yapmanın mümkün olmadığı düşünülmektedir.<sup>94</sup>

Aslında klasik teorinin pazardaki mevcut rakiplerin kolay kolay elimine edilemeyeceği argümanı teoride tutarlıysa da uygulama ile başka şeylerin amaçlanmış olunabileceğini gözden kaçırmaktadır. Gerçekten de pazara yüksek bağlılığı (commitment) olan firmaları elimine etmek zor ve maliyetli bir süreçtir. Ama pazarda güçlü bir yer edinmesine fırsat bırakmadan rakibi caydırmak kazançlı, dolayısıyla rasyonel olabilir. Çünkü pazara bağlılığı zayıf olan firma, yıkıcı fiyat uygulaması karşısında zarar etmek istemeyecek ve pazarı terkedecektir.

Nitekim modern stratejik teoriyle artık ilgi, rakiplerin disipline edilmesi ve piyasaya girişlerin caydırılması konularına yönelmiştir.

### **Modern Teorinin Üstünlüğü ve AT Yaklaşımı**

Fiyat indiriminin yıkıcı sayılabilmesi için klasik teoride olduğu gibi rakibin piyasa dışına çıkartılması ve sonrasında fiyatların yükselmesiyle sonuçlanacak bir süreci başlatmış olması şart değildir. Uygulamanın mevcut pazar yapısını değiştirmiş olması da gerekmemektedir. Nitekim disipline etme ve caydırıcılıkta sadece pazarda rekabetin çoğalmasına fırsat verilmeyerek, eski fiyat seviyesi korunmak istenmektedir. Burada dikkat edilmesi gereken rakiplerin rekabet etme arzularının köreltilerek mevcut pazar yapısının olduğu gibi korunmasıdır. Yıkıcı fiyatın unsurlarından olan hasat ise pazar yapısının muhafaza edilmesiyle elde edilmektedir.<sup>95</sup>

Bu durumun örneklerine AT yaklaşımında rastlamak mümkündür.

---

<sup>94</sup> Bkz: Bölüm V/A/3

<sup>95</sup> Öte yandan küçük bir firmanın eliminasyonu sonrası fiyat arttırmaya bile pazarda faaliyet gösteren teşebbüs sayısı azalacağından bu durum uyumlu eyleme zemin hazırlayabilir. Brooke'da Yüksek Mahkeme 'hasatın ispatlanması gereği' üzerinde çok fazla durduğundan olsa gerek bu tip yan etkenleri hesaba katmamıştır.

Disiplinasyona örnek:

AKZO olayında hakim durumdaki firma, alt pazardaki yıkıcı fiyat uygulaması ile, rakibin kendisinin hakim durumda olduğu pazara girişini engellemek istiyordu. Aslında rakip giriş teşebbüsüyle o pazardaki rekabeti arttırmaktaydı. Hakim durumdaki firma, rekabeti o pazarda karşılamak yerine, rakibi esas faaliyet alanında sıkıştırarak bağlılığının az olduğu plastik pazarından çıkması yolunda bir mesaj aktarmış oldu. Hakim durumdaki firmanın esas amacı rakibini elimine etmek değil, onun rekabetçi davranışını sınırlamak ve mevcut konumuna razı olmasını sağlamaktı. Bunu da başardı ve plastik pazarındaki eski fiyat seviyesini koruyarak hasat yapabildi. Hem de uzun vadede benzer teşebbüsleri aynı şekilde önleyeceği mesajını vermiş oldu.<sup>96</sup>

Caydırıcılığa örnek:

Son Irish Sugar olayında netlik kazandığı gibi, Komisyonun rekabeti karşılama amaçlı da olsa ATC altı selektif fiyatlamaya sıcak bakmayacağını işaretini vermesi de, rekabeti karşılama bahanesiyle hakim durumdaki firmanın mevcut fiyat ve pazar yapısını korumaya çalışmasının engellenmesine yöneliktir. Bu şekilde Komisyon'un küçük rakiplerin giriş caydırıcılığına uğramadan pazara yerleşmeleri için onlara bir fırsat verme niyetinde olduğundan yukarıda söz edilmişti.<sup>97</sup>

Topluluk politikası zaman zaman fazla korumacı olduğu eleştirilerine uğramaktadır.<sup>98</sup> Ancak bu durumun haklı gerekçeleri vardır. Otoriteler hakim durumdaki firmaların uygulamalarına daha kapsayıcı ve şüpheli bir bakışla yaklaşarak, disiplinasyon ve giriş caydırıcılığının yarattığı sorunları gözden kaçırmak istememektedirler.

Dolayısıyla hasat kavramını klasik teorinin varsayımları dışına çıkararak yeniden tanımlama gereği vardır. Bu tanımda fiyat artışının ötesinde rekabetin caydırılarak eski fiyat seviyesinin korunması da içerilmelidir.

Buraya kadar klasik teorinin, yıkıcı fiyat uygulamasının irrasyonel, istisnai ve başarısız olduğu yönündeki savı sorgulanmaya çalışıldı. Aynı teorinin, başarısız bir yıkıcı fiyat uygulamasının tüketicilerin yararına olduğu yargısını da sorgulamak yararlı olacaktır.

---

<sup>96</sup> Brooke olayında ise Yüksek Mahkeme olaya klasik teorinin mantığıyla yaklaştığından piyasada fiyat artışı olup olamayacağı meselesine odaklanmıştır. Halbuki Liggett'in ucuz markasız ürünlerle başlattığı rekabetin, verimlilik dışına taşan bir yolla baltalanması ve firmanın rekabet etme arzusunun köreltilmesi sonucu eski fiyat seviyesinin korunması hasat olarak değerlendirilmemiştir.

<sup>97</sup> Bkz. Bölüm VIII

<sup>98</sup> Örnek için bkz. Wilkinson (1999, 31)

**c) Başarısız bir yıkıcı fiyat uygulaması tüketici refahını arttırır mı?**

ABD'de yıkıcı fiyat uygulaması otoritelerce başarısız olmaya mahkum bir strateji olarak görüldüğünden, bunun tüketicilerin yararına olacağı düşünülmektedir (Easterbrook (1981, 263-265); Brooke kararı (509 U.S. 243)). Gerçekten de yıkıcı sonuçta hasat yapma imkanı bulamayacaksa, geçici bir süre de olsa yıkıcı fiyat döneminde tüketiciler düşük fiyatlardan yararlanacaklardır.

Ancak bu düşüncenin temel aldığı varsayımlar revize edildiğinde bu sav da tartışmalı hale gelmektedir. Eğer,

- i. Tüketiciler, sadece yıkıcı fiyatın söz konusu olduğu pazardaki tüketiciler olarak değil, tüm pazarlardaki tüketiciler olarak algılanırsa,
- ii. Tüketici refahı sadece tüketici fazlası olarak değil, tüketici ve üretici fazlasının toplamı olarak düşünülürse

sonuçta başarısız da olsa yıkıcı fiyat uygulamasının tüketici refahına zarar verdiği görülecektir. Bu iki maddeden hareketle, yıkıcı fiyat öncesi ile yıkıcı fiyat döneminde toplam refahın nasıl oluştuğu EK-1'deki arz-talep grafiği üzerinde incelendiğinde, yıkıcı fiyat döneminde toplam refahta (e) miktar kadar bir azalma olduğu görülecektir.

Klasik teori bu durumda tüketici fazlasının (b+c+d) miktarı kadar arttığı yorumunu yapacaktır. Bu artışın ise uygulama döneminde yıkıcıdan tüketiciye kaynak aktarılmasıyla gerçekleştiği açıklamasını getirecektir. Halbuki aslında başka pazarlarda daha verimli işlerde kullanılacak kaynaklar, o pazarlarda bu üretimden yararlanacak olan tüketicilerin refahından kısılararak, yıkıcı fiyat uygulamasının gerçekleştiği pazara aktarılmaktadır. Bu durumda yıkıcı fiyat uygulaması başarısız bile olsa bunun cezasını işte bu diğer pazarlardaki tüketiciler çekmektedir.

## BÖLÜM 9

# YIKICI FİYAT UYGULAMASININ HAKİM DURUM ve İKTİSADİ GÜÇ KAVRAMLARI ÇERÇEVESİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ

### 9.1. AT HUKUKUNDA HAKİM DURUM ŞARTININ YOL AÇTIĞI SORUNLAR

R.A. Madde 86 'hakim durumun kötüye kullanılması'ndan bahsetmektedir. İfadenin lafzından ancak hakim durumda olanın kötüye kullanımda bulunabileceği, bir başka deyişle iki kavram arasında bir illiyet bağı bulunması gerektiği anlaşılmaktadır.

Yıkıcı fiyat da bir kötüye kullanım olduğuna göre, acaba ilgili pazarda hakim durumda olmayan bir firmanın yıkıcı fiyat uygulayabilmesi mümkün değil midir? Kanunun öngördüğü şekilde hakim durumda olma zorunlu bir koşul olarak ele alınırsa, bir pazarda bu koşulun sağlanmadığı durumlarda ortaya çıkacak uygulamalar gözden kaçırılmış olmayacak mıdır? Böyle bir durum yıkıcı fiyata karşı yeterince kapsayıcı olamama tehlikesini doğurmayacak mıdır?<sup>99</sup>

Öte yandan AT hukukundaki 'hakim durum' tanımı ile yıkıcı fiyatın genel tanımı arasında kavramsal bir çelişki olduğu görülmektedir. Örneğin United Brands kararında, ATAD 'hakim durum' kavramını şöyle tanımlamaktadır:

Bir teşebbüsün rakiplerinden, müşterilerinden ve hatta tüketicilerden önemli ölçüde bağımsız davranabilmesini ve böylelikle ilgili pazarda etkin rekabeti kısıtlayabilmesini sağlayacak iktisadi güç (ATAD kararı, United Brands, s.208)

---

<sup>99</sup> Aynı durum 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun için de geçerlidir.

Gerçekten de mal vermeyi reddetme, bağlama, aşırı fiyatlandırma gibi birçok kötüye kullanım hali ancak hakim durum söz konusu olduğu zaman ortaya çıkabilmektedir. Ancak bazı yazarlar yıkıcı fiyat uygulamasının hakim durum söz konusu olmadan da mümkün olduğunu savunmaktadır. Örneğin Newton şöyle demektedir:

Yıkıcı fiyat uygulamasının temel amacı mevcut pazar gücünü kötüye kullanmak değil, pazar gücü yaratmaktır. Hakim durum başarılı bir yıkıcılığın nedeni veya önşartı olmaktan çok sonucudur. Dolayısıyla yıkıcı fiyat davalarında hakim durum şartı iktisadi olarak anlamlı değildir (1999, 129).

Yazar, Topluluk'un hakim durum tanımıyla, firmaların yıkıcı fiyat gerekçeleri arasındaki çelişkiye işaret ederek, rakiplerinden gerçekten bağımsız hareket edebilme gücü olanların rakiplerini elimine etme amaçlı uygulamalara ihtiyaç duymayacağını savunur. Aksine piyasada rekabetten dolayı istediği gibi hareket edemeyen firmalar açısından yıkıcı fiyat uygulaması rasyonel ve istenen bir stratejidir. Eğer bir firma maliyetli bir kampanyayı göze alarak rakibini piyasa dışına çıkarmak istiyorsa, bu aslında rakibin fiili veya potansiyel olarak o firmanın pazardaki durumunu tehdit ediyor oluşundan kaynaklanır (Newton 1999, 129).

Smith ve Round (1998, 226-227) da benzer şekilde mevcut rekabet politikasının yapı-davranış-performans paradigmasına (EK-2) göre dizayn edildiğini ve bunun 'ilgili pazar-hakim durum-kötüye kullanım' dizgesi şeklinde AT rekabet hukukuna yansıdığını ve bu dizgenin paradigmada yer alan geri besleme etkilerini ihmal eden tarzda düzenlendiğini söylemektedir. Örneğin, 'yapı' içinde yer alan giriş engellerinin, 'davranış' kategorisinde yer alan fiyat stratejilerini belirliyormuş gibi değerlendirildiğine işaret eden yazarlar, modern teorinin söylediği şekilde yıkıcı fiyat uygulaması ile ortaya çıkan şöhret etkisi sonucu fiyat stratejisinin bizzat kendisinin giriş engeli haline gelebileceğini öne sürmektedir (Smith ve Round 1998, 228). Yazarlar, sorunun çözümünü paradigmayı oluşturan unsurların interaktif bir etkileşim içinde ele alınmasında görmekte ve ancak bu şekilde firmaların stratejik davranışlarının gözden kaçırılmayacağını düşünmektedir.

Ancak ilk bölümde yıkıcı fiyatın unsurları sayılırken, iki taraf arasında bir eşitsizliğin, birinin diğerine göre sahip olduğu bir avantajının veya üstünlüğünün olması gerektiğinden bahsedilmişti.<sup>100</sup> Aksi takdirde yıkıcı fiyat teşebbüsü yıpratma savaşına dönüşecek ve tarafların bundan fayda sağlaması da mümkün olmayacaktır. Bu da klasik teorinin yıkıcı fiyat uygulamasının rasyonel olmadığı tezinin doğrulanması anlamına gelecektir.

---

<sup>100</sup> Bkz.. Bölüm II/B/1



Öyleyse hakim durum şartı kaldırılırsa, yıkıcının rakibine üstünlüğünü belirlemede kullanılacak kriter hangisi olacaktır?

Newton (1999, 131) bu noktada yıkıcının fiyat politikasının, firmanın genel iktisadi gücü baz alınarak değerlendirilmesini önermektedir. Buna göre iktisadi güç, firmanın faaliyet gösterdiği diğer pazarlardaki gücünün türevidir.

Bu öneri modern teoriyle de uyumludur. Çünkü modern teori yıkıcının diğer pazarlarını korumak yönünde güçlü bir motivasyona sahip olacağından, bu pazarlara yönelik potansiyel rekabeti yıkıcı fiyat uygulaması ile caydırmak isteyeceğini söyler.<sup>101</sup>

Yine aynı öneri özellikle çok pazarlı firmaların uygulamalarına karşı oldukça işlevsel görünmektedir. Böylece yıkıcı davranışın araştırılmasında esneklik sağlanmakta ve hakim durumda olunmayan pazarlardaki uygulamalar gözden kaçırılmamış olmaktadır.

Ancak iktisadi güç kavramının objektif olarak tespitinin zor olması önerinin zayıf yönünü oluşturmaktadır. Örneğin, toplamda iktisadi gücü var diye bir grubun birbiriyle ilişkisiz pazarlara girmesini<sup>102</sup> kısıtlamak ne derece doğrudur? Nitekim Katırcıoğlu, hakim durum kavramının bile net bir tanıma kavuşturulmadığı bir yerde, tanımlanması zor bir kavram olan "iktisadi güç"ü hukuki bir metin içine yerleştirmenin zorluğuna işaret etmektedir<sup>103</sup>

Öyleyse 'iktisadi güç' kavramını rekabet hukuku bünyesinde kullanırken dikkatli olmak ve kavramı uygun bir şekilde tanımlayarak, belli ölçülere bağlamak gerekmektedir.

Bu çerçevede AT uygulamasının konuya nasıl yaklaştığını incelemek yararlı olacaktır.

## **9.2. AT HUKUKUNDA İKTİSADİ GÜÇ KAVRAMININ YERİ**

AT hukukunda olaylar Madde 86 kapsamında incelenirken hakim durumda olma şartının yarattığı sorunun ATAD tarafından hakim durum ile kötüye kullanım arasında illiyet bağı kurularak aşıldığı ve bu şekilde aslında örtülü biçimde de olsa iktisadi güç kavramına atıfta bulunulduğu görülmektedir.

ATAD sözü edilen illiyet bağı üç şekilde kurmuştur.

---

<sup>101</sup> Bkz. Bölüm III/B

<sup>102</sup> Örneğin bankası olan bir grubun gıda sektörüne girmesi

<sup>103</sup> Bkz.. Perşembe konferansları dizisi, sayı:4, no:46, Rekabet Kurumu, Ankara 2000

İlk durumun örneği, hakim durum, kötüye kullanım ve kötüye kullanımın etkilerinin ilgili pazarda hep birlikte bulunduğu, dolayısıyla illiyet bağının oluşmuş kabul edildiği Hoffman La Roche olayıdır.<sup>104</sup>

İkinci durumda ise ilgili pazardaki kötüye kullanımın etkileri, hakim durumda olunmayan başka bir pazarda ortaya çıkmıştır. Örneğin Commercial Solvents kararında ATAD, bir pazarda hakim durumda olan teşebbüsün objektif zorunluluk olmadan, bu pazardan ayrı fakat onun yan pazarı olan veya ona bağımlı olan bir pazarı rakiplerin eliminasyonuna yol açacak şekilde tekeline almaya çalışmasını yasaklamıştır.<sup>105</sup>

Üçüncü durum ise ilgili pazar dışında gerçekleşen kötüye kullanımın etkilerini hakim durumda olunan pazarda göstermesi şeklindedir. Örneğin British Gypsum davasında CFI, alçı tahtası pazarında hakim durumda olan teşebbüsün, sadece kendisinden alçı tahtası alanlara avantajlı koşullarla alçı satmak suretiyle, alçı tahtası pazarındaki hakim durumunu güçlendirdiğini belirlemiştir.<sup>106</sup>

Toplulukta yıkıcı fiyat davalarında da aynı yolun izlendiği ve böylece iktisadi güç kavramının yine üstü kapalı biçimde vurgulandığı görülmektedir. Nitekim AKZO'da ilgili pazar geniş tutularak organik peroksit pazarı olarak tanımlanmış, böylece 'hakim durum' ile 'kötüye kullanım' aynı pazarda buluşturularak sorun giderilmiştir.<sup>107</sup> Martinez ( 1993, 119) bunun, Topluluk'un hakim durumdaki firmaların uygulamalarına ve bunu yaparken kullandıkları araçlara karşı duyarlı olduğunu göstermesi bakımından ilginç bir örnek olduğunu söyler.

Ancak bu olayda ilgili pazar, hakim durumun olmadığı sadece kötüye kullanımın olduğu benzol peroksit (un) pazarı olarak tanımlansaydı bile, yıkıcı fiyat uygulaması ile amaç, rakibin faaliyetlerini geniş organik peroksit (plastik) pazarına yaymasını engellemek olduğu için benzol peroksit pazarındaki uygulama yıkıcının organik peroksit pazarındaki hakim durumunu güçlendirici nitelikteydi. Zaten ATAD fiyat indiriminin ilgili ürün pazarının alt pazarı olan bir başka pazarda yapıldığına dikkat çekmiştir (ATAD, AKZO, para 39-45).

---

<sup>104</sup> 85/76, ECR 461 (1979)

<sup>105</sup> 6-7/73, ECR 223 (1974)

<sup>106</sup> 65/89, ECR-II 389 (1993)

<sup>107</sup> Ancak A.G., kötüye kullanım benzol peroksit pazarında olduğu halde, onu talep yönünden ikame edemeyen organik peroksit pazarının ilgili pazar olarak tanımlanmasına karşı çıkmış ve hakim durum ile kötüye kullanım arasındaki bağın koparıldığını ileri sürmüştü ( A.G. görüşü, AKZO, para 49-51). Ancak ATAD, iki pazarın birbirini arz yönünden ikame ettiği gerekçesiyle Komisyonun pazar tanımını onaylamıştı (ATAD, AKZO, para 58). Nitekim Bishop ve Darcy (1994) de ilgili pazarın tekelleşirmeye değen pazar olduğunu söylerken, bunun ölçüsünü de tekelcinin o pazar dahilinde fiyatları yükseltebilme imkanı bulabilmesine bağlamaktadır. Komisyon'un ve ATAD'ın bu gibi bir ilgili pazar tanımını dikkate düşünülebilir.

Dolayısıyla bu durum yukarıda anlatılan British Gypsum olayındaki duruma benzeyeceğinden, hakim durum ile kötüye kullanım arasında gerekli olan illiyet bağı kurulmuş olacaktır.

Görüldüğü gibi tüm bu olaylarda kötüye kullanım ve etki'den en az biri hakim durumun söz konusu olduğu pazardadır. Bu sayede hakim durum ile kötüye kullanım arasında illiyet bağı sağlanarak Madde 86'nın lafzına uyulmuş olmakta hem de 'iktisadi güç'e atıf yapılmaktadır.

Ancak TP-II olayına gelindiğinde durum biraz değişiktir.

### **9.3. PAZARLAR ARASINDAKİ İLİŞKİNİN İKTİSADİ GÜÇ KAVRAMI BAĞLAMINDA GENİŞLETİLMESİ: TP-II OLAYI**

TP-II'de Komisyon bir pazarda (aseptik pazar) hakim durumda olan bir firmanın, hakim durumda olmadığı ilişkili başka bir pazardaki (aseptik olmayan pazar) uygulamasının (mas), ilişkili pazardaki etkileri nedeniyle bazı özel durumlarda<sup>108</sup> yasaklanabileceği yönünde Madde 86 kapsamının genişletilebileceğinin örneğini vermiştir. Artık burada, 'kötüye kullanım' ve 'etki'nin her ikisi de hakim durumda olunan pazarın dışında kalmaktadır.

Komisyon, hakim durum ile kötüye kullanım arasında olması gereken illiyet bağını ise iki pazar arasında 'yakın bağlar' olduğu savıyla kurmaktadır (Komisyon, TP-II, para 104)

CFI bu kararı onaylarken Madde 86'nın ilgili pazardaki kötüye kullanım hallerini kapsadığını, ancak maddenin ruhu incelendiğinde hakim durumdaki firmaların ortak pazarda rekabetin devamı için özel sorumlulukları olduğunun görüleceğini söylemektedir (CFI, TP-II, para 113-114). Mahkeme hakim durumdaki firmalara yüklenen özel sorumluluğun ise olay bazında değerlendirileceğini söyleyerek (para 115) bu olaya özgü 'yakın bağlar'ı şöyle açıklamaktadır:

Her iki pazarda farklı makineler ve karton türleri kullanılmasına rağmen aynı ürünler paketlenmektedir. TP'nin müşterilerinin önemli bir bölümü her iki teknik donanımı birden kullanmaktadır. Sektörün önde gelen firmaları TP ve PKL her iki pazarda da faaliyet göstermekte, aseptik olmayan pazarda iyi bir yer edinmiş olan Elopak ise aseptik pazara girebilmek için eskiden beri sürekli çaba göstermektedir (para 120).

Mahkeme'ye göre:

Bu bağlar TP'a aseptik olmayan pazarda kullanabileceği bir iktisadi güç vermektedir. Nitekim aseptik pazardaki %90'lık pazar payı, firmanın her iki pazarda faaliyet

<sup>108</sup> Nitekim TP, hakim durumda olduğu pazarda %95 payıyla tekel benzeri bir konumda diğer pazarda ise %55 pazar payıyla lider konumda.

gösteren müşterileri gözünde aseptik pazarda vazgeçilmez bir sağlayıcı, aseptik olmayan pazarda ise tutulan bir sağlayıcı olduğunun delilidir. Bunun yanısıra teknolojideki öncülüğü ve aseptik pazarlardaki tekel benzeri konumu, zaten iyi bir durumda olduğu komşu aseptik olmayan pazarda rekabetçi gücünü daha da yoğunlaştırmasına imkan vermektedir. Aynı zamanda bunu rakiplerinin aseptik pazarlarda rekabetçi bir teşebbüse girecekleri endişesi duymadan yapabilmektedir. Bu durum ona rakiplerine oranla özgür davranabilme imkanını da vermektedir ( para 121).

Sonuç olarak aseptik olmayan pazardaki lider konumu pazarlar arasındaki yakın bağlarla birlikte düşünüldüğünde TP'a aseptik olmayan pazarda özgürce davranma imkanı verdiğinden, bu durum firmaya Madde 86 kapsamında rekabetçi yapıyı koruma konusunda özel sorumluluk yüklemektedir (para 122).

Görüldüğü gibi Topluluk uygulaması, ancak hakim durum ile kötüye kullanım arasında illiyet bağı kurmaya yarayacak şekilde pazarlar arasında bir ilişki tespit edilebildiği durumlarda iktisadi güç kavramına yer vermektedir. Bu ilişki ise bir pazar diğerinin yan pazarıysa, o pazara bağımlıysa veya o pazarın alt pazarıysa ya da TP-II'de ortaya çıktığı şekilde pazarlar arasında yakın bağlar varsa söz konusu olabilmektedir. Böylece Topluluk, iktisadi güç kavramını hakim durum kavramı içine yerleştirerek iktisatla hukuku uzlaştırmış olmaktadır.

Ancak yakın bağlar savı akademik çevrelerde tepkiyle karşılanmıştır. Hatta bunun Madde 86'nın sınırlarını zorlayan bir girişim olduğu söylenmiştir (Levy 1995). Yine Wilkinson (1999, 19) da bu şekilde hakim durum ile kötüye kullanım arasındaki bağlantının iyice zayıflatıldığı ve Madde 86 kapsamına girebilecek olayların sayısının ve çeşidinin artacağı düşüncesindedir. Korah(1997, 100) da "Tetra Pak aseptik olmayan pazarda hakim durumda olmadığına göre, bu pazarda tüketicileri sömürmek ya da rakipleri elimine etmek şeklinde bir kötüye kullanımdan söz edilemez" demektedir. A.G. Colomer de 'yakın bağlar' tezinin hakim durumdaki firmaların faaliyetlerini kontrol etmede Topluluk hukukunun gidebileceği en son sınırı temsil ettiğini belirterek, 'yakın bağlar'ı neyin teşkil ettiğini belirlemenin zor olduğunu ve bunun ancak olay bazında tespit edilebileceğini söyler. Daha sonra pazardaki arz ve talep yapısı, ürün özellikleri, hakim durumda olunan pazardaki gücün komşu pazara sızmak için kullanılması, hakim durumdaki firmanın komşu pazardaki payı, hakim durumun derecesi gibi bir dizi faktör sıralar (A.G. görüşü, TP-II, para 57).<sup>109</sup>

Bu şekilde Topluluk'un 'hakim durumdaki firmaların rekabetin korunması konusunda özel sorumlulukları olduğu' ilkesini,<sup>110</sup> hakim durumda olmadıkları pazarlara doğru, arada bir bağ kurarak genişletme niyetinde olduğu

<sup>109</sup> Colomer'in belirttiği gibi 'yakın bağlar' her olay için farklı belirlenecek olursa ve ortada bunun nasıl yapılacağına ilişkin somut bir yöntem olmadığı da düşünülürse objektivitenin nasıl sağlanacağı sorusu cevapsız kalmaktadır. Nitekim ATAD daha önce kötüye kullanma kavramını, objektif bir kavram olarak tanımlamıştı (ATAD, Hoffman La Roche, para 91).

<sup>110</sup> Örneğin bkz. (Komisyon, IS, para 134)

anlaşılmaktadır. Bu ise hakim durumdaki firmaların hareket alanının daralması demektir.<sup>111</sup>

Korah (1997, 99), söz konusu bağların TP'nin diğer pazardaki gücünü kullanarak yıkıcı fiyat uygulayabildiğini göstermesinin zor olduğunu söylemektedir. Öte yandan Wilkinson (1999, 17) da "İki pazar arasındaki yakın bağlar, örneğin ortak maliyetlerin avantajıyla çapraz sübvansiyon yapabilme imkanına dayandırılıyorsa, illiyet bağı daha objektif biçimde kurulabilirdi" demektedir.

### 9.3.1 Genel Olarak Çapraz Sübvansiyon

Genel olarak iktisatta çapraz sübvansiyon bir teşebbüsün bir alandaki faaliyetlerinden elde ettiği geliri başka bir alandaki faaliyetini finanse etmekte kullanması olarak tanımlanmaktadır (Abbomonte 1998 ,414). Bu şekilde teşebbüs bir alanda sahip olduğu iktisadi (ölçek ekonomisi vb.) ve hukuki (patent) avantajının getirdiği pazar gücünü kullanmaktadır.

Çapraz sübvansiyon ticari hayatta sıkça görülen meşru bir uygulamadır. Çünkü teşebbüsler ürettikleri değişik ürünlerden kaynaklanan kapsam ekonomisi ve verimlilik avantajını fiyatlarına yansıtarak rekabette avantaj elde etmek istemektedirler.

Ancak Abbomonte 'ye göre

Sübvansiyon edilen bir ürün MC altında satılırsa toplam refah ve verimlilik bundan zarar görür. Çünkü tüketiciler normal rekabet şartlarında daha düşük maliyetli başka ürünleri tercih edecekken, sübvansiyon edildiğinden dolayı ucuz olan fakat aslında üretim maliyeti daha yüksek olan ürünü almaktadır (1998, 415).

Nitekim Komisyon da yıkıcı fiyat uygulamasının rasyonel bir uygulama olabileceği durumlardan biri olarak da çok pazarlı firmaların yapacağı çapraz sübvansiyonu saymaktadır.<sup>112</sup>

---

<sup>111</sup> Nitekim Niels ve Jenkins.(2000), bu anlayışın etkisinde kalan OFTEL'in, klasik sektörlerde hakim durumda olan firmaların, bu sektörlerin uzantısı konumundaki yeni ekonomi sektörlerine girişini caydırıcı bir tutum takındığından yakınmaktadır. OFTEL, British Telecom'un hakim durumda olmadığı bir pazarda reklam hizmetlerinden bir süreliğine ücret almamasını yıkıcı fiyat uygulaması olarak nitelemişti.

<sup>112</sup> 16<sup>th</sup> Report on Competition Policy (1986), para 334-336

### 9.3.2 Çapraz Sübvansiyon ve TP-II Olayı

TP-II olayında Komisyon ve mahkemenin çapraz sübvansiyon kavramına pek az yer verdikleri görülmektedir. Ortak maliyetler konusuyla ilgili ise hiçbir Şey söylememektedirler. Örneğin Komisyon, TP'ın fiyat politikasını incelerken Şöyle bir tesbitte bulunmuştur:

Gelirinin önemli bir kısmını sağladığı aseptik pazardaki hakim durumuna dayanarak Tetra Pak, kendisi için daha az önemli başka bir pazarda rakipleri elimine edici fiyatlarda satış yapabilmiŐtir (para 105)

Komisyon'un bu tespitine karşı TP, İngiltere pazarında satılan aseptik kartonların toplam satışlar içinde ancak %10 payı olduğu, dolayısıyla bu ülkede aseptik olmayan makina pazarındaki zararını, aseptik karton satışından karŐılamasının mümkün olmadığı itirazını yapınca, CFI satışların global ölçekte hesaba katılması durumunda bunun önemli olmadığını ifade etmiştir. Ayrıca CFI Şöyle demektedir:

Aseptik olmayan pazardaki lider konumu ve iki pazar arasındaki bağlar olayın madde 86 kapsamında değerlendirilmesi için yeterlidir. Ayrıca apraz sübvansiyon yapıldığının ispatlanmasına gerek yoktur. Satış fiyatlarının AVC'nin oldukça altında olması dışlayıcı niyeti yeterince ortaya koymaktadır. ( para 186)

CFI kararından anlaŐıldıđı üzere firmanın çapraz sübvansiyon yapabiliyor olması, ortada yıkıcı fiyat uygulaması olduğu konusunda belirleyici olmamıŐtır. Belirleyici olan yalnızca ilişkili pazardaki hakimiyet ile, sübvansiyonun kaynağı dikkate alınmaksızın yapılan maliyet analizidir.<sup>113</sup>

Burada mahkemenin sadece yıkıcıyı rakibinden ayıran iktisadi üstünlüğün kaynağını belirtmek için çapraz sbvansiyondan bahsettiği görülmektedir. Yoksa Wilkinson(1999)'un önerdiği gibi ortak maliyetler avantajına dayanarak iki pazar arasında çapraz sübvansiyon yapılabilir olmasının, hakim durum ile kötüye kullanım arasında kurulması beklenen illiyet bağıyla ilgisi yoktur.<sup>114</sup> Dolayısıyla ATAD'ın AKZO'da ortaya koyduğu prensipler uyarınca fiyatlar maliyet üstü kaldığı müddetçe, bir pazarın diğer pazarı finanse etmesi yasaklanmamaktadır.

<sup>113</sup> Nitekim Abbomonte (1998, 427), apraz sübvansiyon ile yıkıcı fiyat uygulamasının birbirlerinin yerine kullanılabilir kavramlar olmadığını söyleyerek ABD'de ortaya çıkmış benzer bir mahkeme karardan bahsetmektedir.

<sup>114</sup> AKZO kararında da aynı Şekilde mahkeme iktisadi üstünlüğün kaynağı olarak çapraz sbvansiyondan bahsetmiŐtir ( ATAD, para 115).

### 9.3.3 TP-II Olayının Kaldıraç Doktrini ile İlişkisi

Kareff, TP-II olayını değerlendirirken,

Komisyon, aslında TP'ın aseptik olmayan pazardaki %55 pazar payını ve sair faktörleri dikkate alarak, firmanın bu pazarda da hakim durumda olduğuna rahatlıkla karar verebilirdi. Daha önceki AKZO ve United Brands kararları buna imkan veriyordu. Ancak Komisyon bu olayla Madde 86'nın uygulanmasına yeni bir boyut getirmek istediğinden bunu yapmadı (1997, 549)

demiş ve Topluluk'un olaya yaklaşımını ABD'deki kaldıraç doktrininin AT versiyonu olarak nitelemiştir.<sup>115</sup>

Kareff aynı zamanda bu olayın Avrupa ile Amerikan rekabet politikaları arasındaki temel farkı ortaya koyuğunu söyler. Buna göre Elopak gibi küçük rakipleri gözetmek endişesi, Tetra Pak II olayının Madde 86 kapsamında değerlendirilmesini, hatta kapsamın ayrı pazarları içine alacak şekilde genişletilmesini getirmiştir (Kareff 1997, 574).

Gerçekten de Madde 86'nın sınırlarını bile zorlayacak şekilde hakim durumdaki firmaların sorumluluğunun pazarlar arasında genişletilmesi Topluluğun küçükleri koruma politikasının bir yansıması olarak algılanmalıdır. Özellikle de dev firmaların yıkıcı fiyat uygulamasının da içinde bulunduğu stratejik davranışlarına karşı AT yaklaşımının oldukça hassas olduğu ve bu firmaların iktisadi gücünü hesaba katan bir yaklaşım peşinde olduğu anlaşılmaktadır. Ancak otoritelerin bunu yaparken pazarlar arasında çeşitli ilişkiler kurarak kanundan kaynaklanan sınırlamaları da aşmaya çalıştıkları görülmektedir. Bu gerilim en fazla TP-II olayında kendini hissettirmektedir.

---

<sup>115</sup> 1948'deki Griffith olayındaki Yüksek Mahkeme içtihadı üzerine ortaya çıkan kaldıraç doktrini bir pazardaki tekel gücünün, bir başka pazarda avantaj elde etmek için kullanılmasını yasaklamaktadır. Doktrin son zamanlarda Eastman Kodak olayındaki tying meselesiyle ilgili olarak da gündeme gelmiştir. Ancak son dönemdeki Yüksek Mahkeme kararlarında avantaj elde etmenin yeterli olmadığı ve ikinci pazarda tekelleşme tehlikesinin bulunması gerektiğinin söylenmesi doktrinin terkedileceği sinyali vermektedir. Bu bilgiler için bkz: [antitrust.org/law/US/leverage.html](http://antitrust.org/law/US/leverage.html)

## SONUÇ

Klasik teori etkisinde şekillenen bugünkü Amerikan yaklaşımı, yıkıcı fiyat uygulamasının istisnai bir uygulama olduğu, uygulansa bile başarı ihtimalinin oldukça düşük olduğu ve bu sebepten başarısız bir yıkıcılığın tüketicileri kısa dönemli de olsa düşük fiyatlardan yararlandıracağı varsayımına dayanmaktadır. Yine de Amerikan Federal Yüksek Mahkemesi yıkıcı fiyat kavramını literatürden çıkarmamış, onun yerine iddiaların ispatını güçleştiren hasat testini benimseyerek kavramı pratikte etkisizleştirmeye çalışmıştır. Bu anlayış doğrultusunda mas sebebiyle bir firmanın zarar görmesi ya da piyasa dışına çıkarılması mahkemelerin müdahalesi için yeterli görülmemektedir. Bunun için uygulama sonrası yıkıcının aşırı fiyatlandırma yapmasıyla, tüketiciler aleyhine bir durumun ortaya çıkmış olması gerekmektedir. Buna göre mas, ancak rakiplerin elimine edilmesi sonucunu doğurur ve böylece pazar tekelleşme tehlikesiyle yüzyüze kalırsa hasat yapılabileceği ve yalnızca bu durumda uygulamanın yıkıcı fiyat uygulaması olarak tanımlanabileceği düşünülmektedir. Yoksa verimli olsun olmasın bir firmanın mas ile piyasa dışına çıkarılması, pazarda başka güçlü rakipler var oldukça önemli değildir. Geriye kalan bu rakiplerin hasata fırsat vermeyecekleri düşünülmektedir.

Ancak bu yaklaşım, yıkıcı fiyat uygulamasının eliminasyona yol açmasının yaratacağı sorunlara odaklanırken, uygulamanın fiili rekabeti disipline etmesini ve potansiyel rekabeti caydırmasını gözden kaçırmaktadır.

Oysaki modern teori yıkıcı fiyat uygulamasının sadece rakiplerin eliminasyonunu değil, bunun yanısıra uzun vadede rakiplerin rekabet edebilirliklerinin azaltılmasını ve rekabet etme arzularının köreltilmesini de amaçlayabileceğini göstermektedir.

Tam bu noktada AT politikasının modern teoriyle uyumlu bir şekilde olaylara yaklaştığı görülmektedir. Topluluk yaklaşımı yıkıcı fiyat uygulamasını rasyonel bir uygulama ve ciddi bir tehdit olarak görmekte, aynı zamanda hakim durumdaki firmaların başvurduğu bir stratejik davranış türü olarak tanımlamaktadır. Bu sebeple hakim durumdaki firmaların uygulamalarına karşı



oldukça duyarlı ve küçük firmaları gözetten bir politika izlemektedir. Bu politikayı da disiplinasyon ve caydırıcılık etkilerini de kapsadığı düşünölen niyet testi aracılığıyla uygulamaya koymaktadır.

AT yaklaşımı 'hasat'ı, Amerikan yaklaşımında olduğu gibi sadece eliminasyon sonrası ortaya çıkan aşırı fiyatlandırma olarak algılanmamaktadır. Rakiplerin yıpratılarak rekabetten caydırılmasıyla mevcut pazar kompozisyonunun korunması, hasat için yeterli kabul edilmektedir. Çünkü adil olmayan bir uygulama olan yıkıcı fiyat ile rakiplerin rekabet etme arzularının köreltilmesi pazardaki potansiyel rekabeti ortadan kaldırmaktadır.

Amerikan yaklaşımı fiili rekabetin tüketiciler aleyhine olacak şekilde azaltılmamasına dikkat ederken, AT yaklaşımı pazardaki fiili rekabeti arttıracak girişimlerin engellenmesine karşı da hassasiyet göstermektedir.

Amerikan uygulaması davacılar hasatı ispat etmeleri yükümlölüğünü getirerek, yıkıcı fiyat kapsamını iyice daraltırken, Topluluk, büyük firmalar karşısında küçükleri koruyabilmek için yıkıcı fiyat kapsamını genişletme eğiliminde olduğunu göstermektedir. Hatta bunun için 86 ncı maddenin getirdiği sınırlamaları zorlamayı dahi göze alabilmektedir. Bu sınırlamaları aşabilmek için örtölü biçimde de olsa belli ölçüler dahilinde hakim durum yerine iktisadi güç kavramını ikame etmeye çalışmaktadır.

## **ABSTRACT**

A central goal of competition policy is to promote lower prices by encouraging competition. Yet predatory pricing theory maintains that under certain conditions, low prices may be anti-competitive.

The concept of predatory pricing has been constructed by the contributions of two approaches. While classical theory preaches that predatory pricing is an irrational practice and therefore a rare and unimportant phenomenon, modern theory says quite the contrary: "It can be a rational practice and a serious threat that should be avoided by the competition authorities."

U.S. approach to predatory pricing has been influenced by classical theory for 30 years. As a natural consequence of this, US Supreme Court has finally proclaimed that a predatory pricing claim to be viable, a plaintiff is required to show first the possibility of recoupment. However, as the standards that has been set for the proof of recoupment is quite challenging, it won't be wrong to say that predatory pricing in US is counted as a non-existing concept in practice.

On the other hand EC approach stands close to modern theory. Defining predatory pricing as a strategic behaviour of dominant firms, EC authorities applies "intent test" to predatory pricing cases. EC approach, in protecting small firms, is going so far that it is even coercing the borders of art. 86.

US approach is evaluating the cases through a consumer welfare perspective and therefore concentrating on the elimination of competition and finally acquisition of monopoly power. But this policy remains under inclusive as it is missing the disciplining and deterring effects of predatory pricing. EC approach seems to present a better option by recognizing these effects as well.

## KAYNAKÇA

ABBOMONTE, G.(1998),"Cross Subsidisation and Competition Rules: Efficient Price Versus Equity", European Law Review, vol:23, no.5, s.414-433

AREEDA, P. ve D.TURNER (1975), "Predatory Pricing and related practices under section 2 of the Sherman act", Harvard Law Review, vol:88, no:4, s.697-733

AUSTIN, D.(1996) "The Law and the Economics of Predatory Pricing in the Air Transport Industry", World Competition, vol: 20, no2, s.95-123

BAUMOL, W.(1979) "Quasi-permanence of price reductions: a policy for prevention of predatory pricing", Yale Law Journal vol.89, s.1-26 (1979))

BAUMOL, W. (1996), "Predation and the Logic of the AVC test", Journal of Law and Economics, vol:39, s.49-71

BECKENSTEIN, A. ve L GABEL. (1986), "Predatory Rules: An Economic and Behavioural Analysis" The Antitrust Bulletin, vol:31, no:1 s.29-49

BİSHOP, W. ve E. DARCY, (1994), " A Relevant Market is Something Monopolising", Lexecon Ltd, London

BİSHOP, W. (1992) "Predatory Pricing After AKZO- a guide through the minefield for dominant firms" Lexecon Ltd

BOLTON, F.ve D. SCHARFSTEIN (1990), "A Theory of Predation Based on Agency Problems in Financial Contracting" American Economic Review, Vol.80, No.1, p.93-106

BOLTON, P.; J.BRODLEY; M.RIORDAN (2000), "Predatory Policy: Strategic Theory and Legal Policy" (Yayınlanmamış Çalışma), Boston University School of Law, Boston- Bkz. [www.bu.edu/law/faculty/papers](http://www.bu.edu/law/faculty/papers)

**BORK, R.H. (1978), The Antitrust Paradox: A Policy of War with Itself, Basil Books, New York**

- BURNS, M. (1986), "Predatory Pricing and Acquisition.. of Competition", Journal of Political Economy, vol:94, no:21, s. 266-329
- CALVANI, T. (1999) " Predatory Pricing And State Below-Cost Sales Statutes In The United States: An Analysis" <http://strategis.ic.gc.ca/SSG/ct01491e.html>, Competition Bureau, Canada
- CARLTON, D. ve J. PERLOFF (1994), Modern Industrial Organisation, Harper Collins, New York
- COMANOR, W; H.E. FRECH (1983), "Predatory Pricing and Meaning of Intent", The Antitrust Bulletin, Vol.36, no.2, s.293-308
- DODGSON, J,S.,Y. KATSOULACOUS ve R.W.S.PRYKE (1991), Predatory Behaviour in Aviation, Commission Report, Luxembourg
- EASTERBROOK, F:H. (1981), "Predatory Strategies and Counterstrategies", University of Chicago. Law Review, Vol.48, no:3, s.263-337
- ELZINGA, K ve D. MILLS (1989) "Testing for Predation: Is recoupment feasible?" The Antitrust Bulletin, vol:34, no:4 s.869-894
- FUDENBERG, D. ve J.TIROLE (1986)" A signal Jamming theory of predation" Rand Journal Of Economics, vol:17, s. 366-76
- GELLHORN, E. ve W. KOVACIC (1994) Antitrust Law and Economics in a Nutshell, 4 th edition, St.Paul
- GRAGLIA, L. (2000) US. Antitrust Law in the year 2000, Universitat St. Gallen
- GREER, D. (1979), "A Critique of A&T's standard for predatory practices", The Antitrust Bulletin, vol.24, s.233-261
- GÜL, İ. (2000), "Teşebbüsün alıcılarına Ayrımcılık Yaparak Hakim durumunu Kötüye Kullanması" (Yüksek Lisans Tezi), Rekabet Kurumu Yayını Ankara
- JAKOBSEN, C. (1995), "Predatory Pricing in EC Law " (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), College of Europe, Bruges
- JOSKOW P. ve A.KLEVORİCK (1979), "A Framework for Analysing Predatory Pricing Policy" Yale Law Journal, vol:89, no:2, s.213-270

KAREFF, S. (1997), "Tetra Pak International SA v. Commission(Tetra Pak II): The European Approach to Monopoly leveraging", Law and Policy in International Business vol: 28, s.549-574

KOLLER, R.H. (1972), "The Myth of Predatory Pricing: An Emprical study", Antitrust Law and Economics Review, vol.4, no:4, s.105-123

KORAH, V. (1993), "The Paucity of Economic Analysis in the EEC Decision Tetra-Pak II", Current Legal Problems vol:46, s. 172-185

KORAH, V. (1994), An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice, 5. Ed., Sweet and Maxwell, London

KORAH, V.(1997), "Tetra Pak-II Lack of Reasoning in Court's Judgement", ECLR vol:2, s.98-102

KRAUSE, M. (1991), " Market Rivalry and Learning By Doing " (Yayınlanmamış çalışma), University of California, Santa Barbara.

KREPS, D. ve R. WILSON (1982) "Reputation and Imperfect Information", Journal of Economic Theory, vol 27, no:2, s. 253-279

LEVY, N. (1995) "Tetra Pak II: Stretching the limits of Article 86?", ECLR, vol:2, s.104-109

MARTINEZ, L. (1993), "Predatory Pricing under European Competition Law: The Akzo Case", Legal Issues of European Integration, vol:2 s. 95-127

MASTROMONOLIS, E. (1998), "Predatory Pricing strategies in the EU: A Case for Legal Reform", ECLR, vol:19, issue: 4, s. 211-224

McCALL, C.(1987), "Predatory Pricing: An Economic and Legal Analysis", The Antitrust Bulletin, Vol.33, No.1, spring 1987, s.1-59

MCGEE, J. (1958), "Predatory Price cutting: The Standard Oil (N.J) Case," The Journal of Law and Economics. Vol:1, s.137-169

**MCGEE, J. (1980), "Predatory Pricing Revisited",  
The Journal of Law and Economics, Vol.23, no.1,  
s.289-330**

MILGROM, P. ve J. ROBERTS (1982), "Predation, Reputation and Entry Deterrence" Journal of Economic Theory, Vol.27, No.2, s.280-312

NEWTON, C. (1999), "Do Predatory Need to be Dominant?", ECLR. Vol.20, no:3, s.127-132

NIELS G. ve H. JENKINS (2000), "Predation or Innovation? How competition authorities deter dominant firms from entering new markets?" ECLR, vol:?, no:6, s.287-290

OECD (1989), Predatory Pricing, Paris

ÖZ, G. (1999), "Competition Law and Practice in Turkey", ECLR, vol:20 no:3, s:149-158

PERŞEMBE Konferansları (2000) dizisi, no:4, Rekabet Kurumu, Ankara

PHILIPS, L. (1995), "Competition Policy: A Game Theoretic Perspective", Cambridge University Press, Cambridge

POSNER, R. (1976), Antitrust Law: An Economic Perspective, University of Chicago Press, Chicago

SHEPHERD, W. (1986), Assessing Predatory Actions by Market Shares and Selectivity", The Antitrust Bulletin, Vol.31, no.1, s.1-28

SMITH, R. ve D. ROUND (1998), "Competitive Assessment and Strategic Behaviour" E.C.L.R., vol.19, issue:4, s. 225-236

STARKIE, D. (1999) "The U.S. Department of Transportation's statement on predatory conduct in airline industry : an alternative proposal" ECLR vol:2, issue :5, s..281-286

WILKINSON, M. (1999), "Cross-subsidization, predatory pricing and article 86 EC" (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), College of Europe, Bruges

WILLIAMSON, O. (1977), "Predatory Pricing: A Strategic and Welfare Analysis", Yale Law Journal vol: 87, s.284-340

YAMEY, B.(1972),"Predatory Price Cutting: Notes and Comments" Journal of Law and Economics vol:15, no:1, s.129-142

ZERBE, M.; M..MUMFORD (1996), "Does Predatory Pricing Exist? Economic Theory and the Courts Offer Brooke Group", The Antitrust Bulletin, Vol.XII, No:4, s.949-985AT MAHKEME VE KOMİSYON KARARLARI

#### **ATAD Kararları**

- “Continental Can 6/72, ECR 215 (1973)
- “Commercial Solvents 6 ve 7/73, ECR 223 (1974)
- “United Brands 27/76, ECR 207 (1978)
- “Hoffman La Roche 85/76, ECR 461 (1979)
- “Michelin 322/81, ECR 3461 (1983)
- “AKZO 62/86, ECR 3359 (1991)

#### **CFI (İlk Derece Mahkemesi) Kararları**

- “British Gypsum 65/89, ECR-II 389 (1993)
- “Tetra Pak-II 83/91, ECR-II 755 (1994)

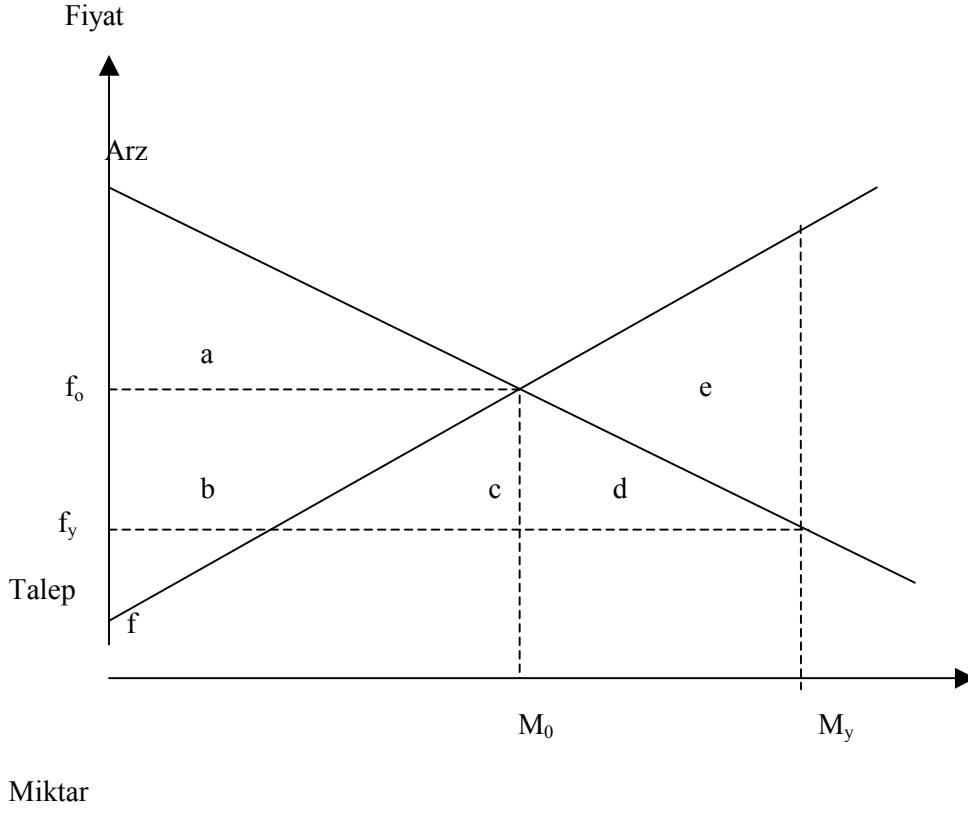
#### **Komisyon Kararları**

- “ECS/AKZO (1985) O.J. European Communities L 374/1
- “Tetra Pak II (1991) O.J. European Communities L 72/1
- “Irish Sugar plc.(1997) O.J. European Communities L 258/1

#### **ABD Mahkeme Kararları**

- “Standart Oil Co. of New jersey v. united states , 221 U.S. 1, (1911)
- “Utah Pie G. v. Continental Baking Co., 386 U.S. 685, (1967)
- “William İngiliz and Sons Baking Co. v. ITT Continental Baking Co. , 668 F.2d 1014, (1982)
- “Matsushita Elec. Indus Co. v. Zenith Radio Co., 475 U.S. 574 (1986)
- A.A. Poultry Farms Inc. v. Rose Acre Farms Inc. 881 F.2d. 1396 ( 7 Th Circuit 1989)
- “Vollrath olayı (9 F.3D 1455 (9<sup>TH</sup> Cir. 1993)
- “Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp. 509 U.S. 209 (1993)
- “Spectrum Sports , Inc. V. Mcquillan , 113 S.Ct. 884 (1993) ([www.antitrust.org / law/ US/leverage.html'de.](http://www.antitrust.org/law/US/leverage.html'de))

## EK 1



$f_y$ : Yıkıcı Fiyat  
 $f_0$ : Rekabetçi Fiyat

Yıkıcı Fiyattan Önce:  $\left. \begin{array}{l} \text{Tüketici fazlası}=a \\ \text{Üretici fazlası}=f+b \end{array} \right\} \text{Toplam refah}=a+f+b$

Yıkıcı Fiyat Döneminde:  $\left. \begin{array}{l} \text{Tüketici fazlası}=a+b+c+d \\ \text{Üretici fazlası}=f-c-d-e \end{array} \right\} \text{Toplam refah}=a+b+f-e$



**FIGURE 1.1**  
**The Structure-Conduct-Performance Paradigm**  
**(Yapı-Davranış Performans)**

