

Uzmanlık Tezleri Serisi No: 87

REKABET KURUMU

FİYAT SIKIŞTIRMASI
EKONOMİK VE HUKUKİ AÇIDAN
BİR DEĞERLENDİRME

ŞERİFE DEMET KAYA

FİYAT SIKIŞTIRMASI
EKONOMİK VE HUKUKİ AÇIDAN
BİR DEĞERLENDİRME

ŞERİFE DEMET KAYA

ANKARA 2008

© Bu eserin tüm telif hakları
Rekabet Kurumuna aittir. 2009

İlk Baskı, Mayıs 2009
Rekabet Kurumu-Ankara

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

10/6/2008 tarihinde
Rekabet Kurumu Başkan Yardımcısı Fevzi ÖZKAN Başkanlığında,
2 No'lu Daire Başkanı Murat ÇETİNKAYA, Prof. Dr. Osman Berat
GÜRZÜMAR, Prof. Dr. Ejder YILMAZ, Prof. Dr. Erol ÇAKMAK'tan
oluşan Tez Değerlendirme Heyeti önünde savunulan bu tez,
Heyetçe yeterli bulunmuş ve Rekabet Kurulu'nun 20/06/2008 tarih ve
08-40/547 sayılı toplantısında "Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi"
olarak kabul edilmiştir.

ISBN 978-975-8936-66-3

YAYIN NO

0221

*Bu Süreçte Zaman Ayıramadığım
Tüm Arkadaşlarıma,
Aileme...*

İÇİNDEKİLER

Sayfa No

SUNUŞ.....	iii
KISALTMALAR.....	v
GİRİŞ	1

Bölüm 1

FİYAT SIKIŞTIRMASININ TANIMI, ÇEŞİTLERİ VE EKONOMİK AÇIDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

1.1. FİYAT SIKIŞTIRMASININ TANIMI VE ÇEŞİTLERİ.....	4
1.2. FİYAT SIKIŞTIRMASININ EKONOMİK AÇIDAN DEĞERLENDİRİLMESİ.....	7
1.2.1. Fiyat Sıkıştırmasının Oluşabilmesi için Gerekli Temel Ekonomik Koşullar	7
1.2.2. Teşebbüsün Fiyat Sıkıştırması Uygulamasındaki Güdüsü: Chicago ve Chicago-Sonrası Okullarının Yaklaşımları Çerçevesinde Bir Değerlendirme	9

Bölüm 2

FİYAT SIKIŞTIRMASININ HUKUKİ DEĞERLENDİRMESİ

2.1. FİYAT SIKIŞTIRMASININ ABD, AB VE TÜRKİYE REKABET HUKUKU UYGULAMALARINDAKİ GELİŞİMİ	16
2.1.1. ABD Uygulamaları.....	16
2.1.2. AB Uygulamaları.....	19
2.1.3. Türkiye Uygulamaları.....	24
2.1.4. Genel Değerlendirme.....	26
2.2. FİYAT SIKIŞTIRMASININ REKABET HUKUKU BAĞLAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ İÇİN GEREKLİ HUKUKİ KOŞULLAR	27
2.3. FİYAT SIKIŞTIRMASININ TESPİTİNDE YAPILACAK REKABET HUKUKU İNCELEMESİ.....	30
2.3.1. Pazarın Tanımlanması ve Teşebbüsün Pazar Gücünün Belirlenmesi	31
2.3.2. Fiyat Sıkıştırması Testi (FST)'nin Uygulanması.....	33
2.3.2.1. Fiyat Sıkıştırması Testi (FST) ve Unsurları	33
2.3.2.2. Fiyat Sıkıştırması Testi Çeşitleri	38

Bölüm 3
FİYAT SIKIŞTIRMASININ
REKABET HUKUKU İNCELEMESİNDE
BAZI TARTIŞMALI KONULAR ve ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

3.1. FİYAT SIKIŞTIRMASININ DİĞER HÂKİM DURUM İHLALLERİYLE KARIŞILAŞTIRILMASI	39
3.1.1. Yıkıcı Fiyatlandırma ve Fiyat Sıkıştırması.....	40
3.1.2. Aşırı Fiyatlandırma ve Fiyat Sıkıştırması.....	43
3.1.3. Sözleşme Yapmayı Reddetme ve Fiyat Sıkıştırması	44
3.1.4. Fiyat Ayrımcılığı ve Fiyat Sıkıştırması	45
3.2. FİYAT SIKIŞTIRMASI TESTLERİ	46
3.3. ETKİ İNCELEMESİNİN GEREKLİLİĞİ	49
3.4. ALT PAZARDA HÂKİM DURUM GEREKLİLİĞİ.....	53

Bölüm 4
FİYAT SIKIŞTIRMASININ HUKUKİ DEĞERLENDİRMESİNDE
DÜZENLEYİCİ HUKUK VE REKABET HUKUKU İLİŞKİSİ

4.1. FİYAT SIKIŞTIRMASINA ÖNCÜL VE ARDIL MÜDAHALE SÜREÇLERİNDE YAŞANAN FARKLILIKLAR.....	58
4.2. ÖNCÜL ve ARDIL MÜDAHALENİN FİYAT SIKIŞTIRMASINI ÖNLEMEDEKİ ETKİSİ	61
4.3. TEŞEBBÜSÜN FİYATLARI ÜZERİNDEKİ KONTROL MEKANİZMASININ FİYAT SIKIŞTIRMASI OLUŞUMU ÜZERİNDEKİ ETKİSİ.....	63
4.4. ÖNCÜL DÜZENLEMENİN OLDUĞU DURUMDA OLUŞABİLEN FİYAT SIKIŞTIRMASINA ARDIL MÜDAHALE YAPILMASININ GEREKLİLİĞİ	65
SONUÇ	69
ABSTRACT	72
KAYNAKÇA	73
EK I	83
EK II	87
EK III	89

SUNUŞ

1994 yılında kabul edilen 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un uygulanmasını sağlamak üzere, 1997 yılında kurulan Rekabet Kurumu, 12 yıl gibi kısa bir sürede, piyasalarda kartelleşme ve tekelleşmeyi engellemek yönünde önemli adımlar atmıştır. Bu sayede, tüketicilerin, gıdadan sağlığa, barınmadan ısınmaya, iletişimden ulaşımaya, kısacası yaşamın her alanında daha kaliteli ürünü, daha ucuza ve daha çok satın alabilmeleri sağlanmıştır. Bu başarılar sayesinde de, Rekabet Kurumu, yalnızca Türkiye'deki kurumlar arasında değil, dünyadaki rekabet otoriteleri arasında da hak ettiği yeri almaya başlamıştır. Nitekim Avrupa Birliği Komisyonu ilerleme raporları ile OECD gözden geçirme raporlarında bu durum ifade edilmekte ve Kurumun ulaştığı idari kapasite ve mesleki düzey takdirle karşılanmaktadır.

Rekabet Kurumunun ulaştığı idari kapasite ve mesleki düzeyin bir yansıması uzmanlık tezleridir. Rekabet uzman yardımcıları, üç yılı aşan mesleki çalışmalarından elde ettikleri tecrübeleri, yoğun bilimsel araştırmalarla birleştirerek tez hazırlamaktadır. Rekabet hukuku, politikası ve sanayi iktisadı alanlarındaki bu tezler, öğretim üyelerinin de bulunduğu bir Tez Değerlendirme Heyeti önünde savunulmakta ve yeterli bulunması halinde Rekabet Kurulunca kabul edilmektedir. Bu sayede daha önce ele alınmamış pek çok konuda değerli eserler ortaya çıkmaktadır.

Bu eserlerin yayımlanarak, doktrine katkı sağlanması ve toplumun rekabet konusunda bilgilendirilmesi, rekabet otoritelerinin en önemli görevleri arasında yer alan rekabet savunuculuğunun bir parçasını teşkil etmektedir. Böylece, Rekabet Kurumu, toplumu bilgilendirme hedefine yönelik rekabet savunuculuğu çerçevesinde, tek başına veya üniversiteler, barolar ve benzeri örgütlerle işbirliği halinde yürütmekte olduğu, konferanslar, sempozyumlar, eğitim ve staj programları düzenlemek gibi faaliyetlerine ilave bir etkinlikte bulunmaktadır. Tezlerini tamamlayan ve Rekabet Uzmanı unvanını alan bütün arkadaşlarımı gönülden kutluyorum, başarılar diliyorum. Bu çerçevede, uzmanlık tezlerini, önemli bir başvuru kaynağı olacağı inancıyla ilgili kamuoyunun bilgisine sunuyoruz...

Prof. Dr. Nurettin KALDIRIMCI
Rekabet Kurumu Başkanı

KISALTMALAR

AB	: Avrupa Birliği
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
ACGM	: Autorita Garante Della Concorrenza E Del Mercato (İtalya Rekabet Otoritesi)
a.g.k.	: adı geçen karar/kaynak
AR&GE	: Araştırma ve Geliştirme
AT	: Avrupa Topluluğu
ATAD	: Avrupa Toplulukları Adalet Divanı
Bkz.	: Bakınız
dn.	: dipnot
DOJ	: Department of Justice
ECR	: European Courts Reports
ECLR	: European Competition Law Review
FCC	: Federal Communications Commission
FST	: Fiyat Sıkıştırması Testi
ICN	: International Competition Network
İDM	: İlk Derece Mahkemesi
GCLC	: Global Competition Law Centre
No.	: Numara
OFT	: Office of Fair Trading
Oftel	: Office of Telecommunications
Ofcom	: Office of Communications
OECD	: Organization for Economic Co-operation and Development
OJ	: Official Journal
parag.	: paragraf
RKHK	: Rekabetin Korunması Hakkında Kanun
s.	: sayfa
UDOAM	: Uzun Dönem Ortalama Artan Maliyet
USA	: United States of America
Vol	: Volume

GİRİŞ

Mayıs 2003'de AB Komisyonu Alman telekomünikasyon operatörü Deutsche Telekom AG'yi, fiyat sıkıştırmasına yol açtığı ve bu şekilde hâkim durumunu kötüye kullandığı gerekçesiyle 12,6 milyon Avro para cezasına çarptırmıştır¹. Kasım 2004'de İtalya Rekabet Otoritesi telekomünikasyon operatörü Telecom Italia S.p.A'yı aynı gerekçeyle 76 milyon Avro para cezası ile cezalandırmıştır². 4 Temmuz 2007'de AB Komisyonu İspanya telekomünikasyon operatörü Telefónica S.A.'nın benzer şekilde fiyat sıkıştırması yaptığını tespit etmiş ve Telefónica S.A'ya yaklaşık 152 milyon Avro para cezası vermiştir³. Komisyon, konuya ilişkin yaptığı açıklamada, *bir önceki kararına göre ihlali, pazardaki rekabete ve tüketiciye çok daha fazla zarar vermesi nedeniyle daha ciddi nitelikte bulunduğunu ve 2003'de Deutsche Telekom AG'ye verilen cezanın yeterince caydırıcı olmadığını belirtmiştir*⁴. Son olarak, 11 Temmuz 2007'de Rekabet Kurulu Türk Telekomünikasyon A.Ş. tarafından kontrol edilen TNet A.Ş.'nin fiyat sıkıştırmasına yol açabilecek bütün kampanyalarının durdurulmasına dair *geçici tedbir kararı* almıştır⁵.

Yukarıda bahsedilen kararlar, fiyat sıkıştırması şeklinde nitelendirilen bir uygulamanın, son dönemlerde rekabet otoritelerince özellikle yeni gelişen ve düzenlenen sektörlerdeki pazar gücüne sahip firmaların rekabet karşısı (*anticompetitive*) tek taraflı davranışlarına ilişkin yürütülen incelemelerde, sık sık gündeme alınmaya başlandığını gösteren kararlardan öne çıkan birkaçıdır. Kararlarda yer alan yaptırımlar ve konuya ilişkin yapılan açıklamalar ise, bu uygulamanın pazardaki rekabete ciddi boyutlarda zarar verdiğinin/verebileceği nitelikte bulunduğunun bir göstergesi sayılabilecektir.

Fiyat sıkıştırması, dikey bütünleşik ve üst pazarda yüksek pazar gücüne sahip bir firmanın, bu pazarda üretimini kontrol ettiği girdinin fiyatı ve bu girdiden üretilen alt pazar ürününün fiyatı arasındaki marjı, bu fiyatların

¹ Deutsche Telekom, O.J. L 263/9, 14.10.2003

² A351 - Comportamenti Abusivi di Telecom Italia, No:13752, 16.11.2004

³ Wanadoo España vs Telefónica, COMP/38.784, 4.7.2007

⁴ Bkz. Kroes 2007

⁵ 11.7.2007 tarih ve 07-59/676-235 sayılı karar

düzeyinde değişiklikler yaparak kısması sonucunda oluşmaktadır. Bu daralan marj karşısında ise, alt pazarda faaliyet gösterebilmeleri bu girdiye bağlı olan, firmaya girdi fiyatını ödemek ve aynı zamanda firmanın alt pazar fiyatını takip etmek durumunda kalan rakiplerin bu pazarda kârlı bir şekilde rekabet edebilmesi olanaksız hale gelmektedir. Fiyat sıkıştırmasının rekabet hukuku bağlamında ele alınmasının altında yatan gerekçe de, söz konusu firmanın fiyat sıkıştırması yoluyla, ürettiği girdi üzerinde sahip olduğu pazar gücünü alt pazara aktararak bu pazarda mevcut veya potansiyel rakipleri dışlamak ve rekabeti engellemek gibi rekabet karşıtı amaçlarını gerçekleştirebilecek olmasıdır.

Teorik açıklaması net olan fiyat sıkıştırmasının ekonomik ve hukuki değerlendirmesinde oldukça fazla belirsizlik ve güçlükle karşılaşılmaktadır. Değerlendirmede öncelikle, pazarın yapısına ve firmaların pazar gücüne yönelik bir dizi ekonomik ve hukuki unsurun eş zamanlı varlığının tespit edilmesi gereklidir. Bunun yanı sıra, fiyat sıkıştırması, hâkim durumun kötüye kullanılması/tekelleşme veya tekelleşmeye teşebbüs etme şeklinde nitelendirilebilecek yıkıcı fiyat veya aşırı fiyat uygulaması, sözleşme yapmayı reddetme gibi uygulamalarla ortak unsurlar taşımaktadır. Dolayısıyla, fiyat sıkıştırmasının bu uygulamalardan ayrı ele alınıp alınmayacağı konusunda belirsizlik yaşanmakta ve rekabet hukuku incelemelerinde izlenecek yöntemin saptanması oldukça zorlaşmaktadır. Ayrıca, firmanın fiyatlandırmasını etkileyen düzenleyici kuralların varlığı halinde, rekabet hukukunun yanı sıra düzenleyici kurallar kapsamında da fiyat sıkıştırmasına müdahale imkânının doğması, bu uygulamayı söz konusu iki hukuk dalı arasında yaşanabilecek kapsam çakışmasının ve bazen de çatışmasının bir unsuru haline getirmektedir. Fiyat sıkıştırmasına yönelik yapılacak rekabet hukuku incelemesinde muğlâklık yaratan tüm bu unsurlar, konuya ilişkin ilgili otoritelerin verdiği kararlara da yansımış ve kararlarda yer alan değerlendirmelerde farklı şekillerde ele alınmıştır. Söz konusu durum, fiyat sıkıştırmasının hukuki çerçevesinin açık bir şekilde çizilememesine neden olmuştur.

Yukarıda yer verilen hususlara rağmen, fiyat sıkıştırmasının tek başına pazarın rakiplere kapatılmasına neden olacak şekilde belirgin rekabet karşıtı etkiler doğurabileceği de açıktır. Bu bakımdan, fiyat sıkıştırmasına karşı rekabet hukuku kapsamında yapılacak müdahalenin ne yönde şekillenmesi gerektiği sorusu önem kazanmaktadır.

Çalışma, fiyat sıkıştırmasının öncelikle rekabet karşıtı bir uygulama olarak oluşabilmesi ve rekabet hukuku kapsamında değerlendirilebilmesi için gerekli ekonomik koşulları ve hukuki esasları belirlemeyi amaçlamaktadır. Bu amaç doğrultusunda, konuya ilişkin ABD ve AB uygulamalarının yanı sıra Rekabet Kurulu kararlarında yer alan unsurlar karşılaştırmalı bir şekilde literatürdeki tartışmalar da sunularak değerlendirmeye alınacaktır. Ayrıca,

çalışmada fiyat sıkıştırması esas olarak rekabet hukuku bağlamında değerlendirilecek olmakla birlikte, düzenleyici kuralların ve rekabet hukukunun bu uygulamaya yaklaşımı arasındaki ilişki de genel hatlarıyla ortaya konulacak, Türkiye’de özellikle düzenlenen pazarlara yönelik incelemelerde sık ele alınmaya başlanan bu uygulamaya rekabet hukuku bağlamında yapılacak müdahale için genel bir çerçeve çizilmeye çalışılacaktır.

Çalışmanın amacı doğrultusunda, ilk bölümde fiyat sıkıştırmasının tanımı, çeşitleri ve bu stratejinin oluşabilmesi ve teşebbüs için kârlı/rasyonel bir hale gelebilmesi için gerekli ekonomik koşulların üzerinde durulacaktır.

İkinci bölümde, fiyat sıkıştırmasının, rekabet hukuku bağlamında değerlendirilebilmesi için gerekli hukuki koşullar ve ilgili rekabet hukuku incelemesi, bu uygulamaya yönelik ABD ve AB’deki ilgili rekabet otoriteleri ve mahkemeler tarafından verilen kararlarda ve Rekabet Kurulu kararlarında üzerinde durulan unsurlar ışığında açıklanmaya çalışılacaktır.

Üçüncü bölümde, fiyat sıkıştırmasının rekabet hukuku incelemesine yönelik ilgili kararlarda karşılaşılan ve hem bu kararlarda hem de literatürde üzerinde tam olarak uzlaşmaya varılamamış konular, bu uygulamanın hukuki çerçevesinin netleştirilmesi amacıyla, tartışmaya açılacak ve bu konudaki görüşler ortaya konacaktır.

Dördüncü bölümde ise, düzenlenen pazarlara ilişkin rekabet hukuku ve düzenleyici hukuk arasında beliren yaklaşım ve yöntem farklılığı fiyat sıkıştırması açısından ele alınarak AB, ABD ve Türkiye’deki düzenlemeler ve ilgili kararlar ışığında bu pazarlarda gerçekleşen fiyat sıkıştırmasına rekabet hukuku bağlamında yapılabilecek müdahalenin yeri ve gerekliliği üzerine temel düzeyde çıkarımlar yapılacaktır.

BÖLÜM 1

FİYAT SIKIŞTIRMASININ TANIMI, ÇEŞİTLERİ VE EKONOMİK AÇIDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

1.1. FİYAT SIKIŞTIRMASININ TANIMI VE ÇEŞİTLERİ

Fiyat Sıkıştırması⁶, bir üretim/hizmet zincirinin hem üst hem de alt pazarında faaliyet gösteren ve özellikle üst pazarda yüksek pazar gücüne sahip dikey bütünleşik bir firmanın (teşebbüsün⁷) alt pazardaki rakiplerini dışlamak veya rekabeti engellemek gibi amaçlarla uygulayabildiği bir fiyatlandırma stratejisidir⁸. Fiyat sıkıştırması, bu teşebbüsün üst pazarda üretimini kontrol ettiği girdinin fiyatı ve bu girdiden üretilen alt pazar ürününün fiyatı arasındaki marjı, bu fiyatların düzeyinde değişiklikler yaparak, kısması sonucunda olmaktadır. Daralan bu marj karşısında alt pazarda teşebbüs kadar etkin⁹ olsalar bile mevcut veya potansiyel rakiplerin teşebbüsle kârlı bir şekilde rekabet etmesi olanaksız hale gelmektedir (Bouckaert ve Verboven 2004, 322). Bu durumu bir örnekle açıklamak gerekirse, alüminyum külçe (hammadde) üreten ve bu faaliyete ilişkin pazarda yüksek pazar gücüne sahip olan bir teşebbüsün aynı zamanda bu külçeden yapılan alüminyum levha pazarında faaliyet göstermesi halinde söz konusu teşebbüs külçenin fiyatının artırarak (yüksek belirleyerek) ve/veya levhanın fiyatını düşürerek (her iki fiyat arasındaki marjı

⁶ Fiyat sıkıştırması literatürde ve ilgili kararlarda “marj sıkıştırması” veya “dikey fiyat sıkıştırması” olarak da adlandırılmaktadır.

⁷ Söz konusu firma, çalışmanın genelinde kısaca “teşebbüs” olarak anılacaktır.

⁸ İlgili otoritelerce fiyat sıkıştırmasının incelendiği olaylarda üst pazarın genellikle toptan pazara, alt pazarın ise perakende pazara karşılık geldiği görülmektedir. Ancak, özellikle alt pazarın her zaman bir üretim/hizmet zincirinin en son kısmındaki perakende pazarı ifade etmesi gibi bir zorunluluk bulunmamaktadır. Bu nedenle çalışmanın ilerleyen bölümlerinde, ilgili kararlarda ve literatürde yer verildiği şekliyle toptan ve perakende pazar kavramları da kullanılacak olmakla birlikte çalışmanın genelinde “üst pazar” ve “alt pazar” kavramlarının kullanılması tercih edilmiştir.

⁹ Üretimde etkinlik kastedilmektedir. Üretimde katılan maliyet düzeyi teşebbüsle aynı olan rakipler eşit etkinlikte sayılmaktadır.

kısmen) bu fiyatları takip etmek durumunda kalan rakiplerinin kârlılığını yok edebilecektir. Bunun sonucunda, teşebbüs rakiplerinin pazardan çıkmasını sağlayabilecek, onları kontrol altında tutabilecek ve/veya yeni girişleri engelleyebilecektir.

Teşebbüs fiyat sıkıştırmasını, üst pazar fiyatını artırarak ve/veya alt pazar fiyatını düşürerek gerçekleştirebilir (Geradin ve O'Donoghue 2005, 361). Teşebbüsün fiyatlandırma politikasında seçtiği yöntemlere göre fiyat sıkıştırması yıkıcı fiyat sıkıştırması ve alt pazarı dikey olarak kapatıcı (*vertical foreclosure*) etki yaratan fiyat sıkıştırması olarak iki şekilde ortaya çıkmaktadır (O'Donoghue ve Padilla 2006, 305).

Yıkıcı (*predatory*) fiyat sıkıştırması, teşebbüsün alt pazar fiyatını, bu pazardaki maliyetlerin, girdi fiyatının ve rakiplerinin uzun dönemde kârlı kalabilmeleri için yeterli bir kâr marjının altına düşürdüğünde oluşmaktadır (Crocioni ve Veljanovski 2003, 33). Böylece, rakipler teşebbüs kadar etkin olsa bile bu fiyatı ya zarar ederek uygulamak durumunda kalacaklar (Labrador 2006, 255) ya da pazardan çıkacaklardır. Bu tip fiyat sıkıştırmasının yıkıcı olarak nitelendirilmesindeki neden teşebbüsün söz konusu uygulamada yıkıcı fiyatlandırma (*predatory pricing*)¹⁰ ile benzer yöntemler izlemesidir. Bununla birlikte, her iki uygulama arasındaki en belirgin fark, yıkıcı fiyatlandırmada inceleme konusu fiyatın girdinin *maliyetini kapsayan alt pazar maliyetlerinin* altında belirlenmesi, yıkıcı fiyat sıkıştırmasında ise, bu fiyatın rakiplerinin teşebbüse ödediği girdi *fiyatına* göre düşük düzeyde kalmasıdır (King ve Maddock 2002, 48).

Teşebbüsün rakiplerine sunduğu girdinin fiyatını alt pazardaki fiyata ve maliyetlere göre *aşırı* düzeyde artırması veya bu şekilde belirlemesi ise alt pazarda kendisi kadar etkin olsa bile dikey bütünleşik yapıda olmayan rakiplerinin bu fiyatlar karşısında teşebbüsle rekabet edememesine yol açabilecektir (Joskow 1985, 186). Bu durum, doğrudan satış yapmayı reddetme, rakiplerinin maliyetlerini yükseltme¹¹ veya pazarın dikey kapatılması¹² etkisi yaratabilmektedir (O'Donoghue ve Padilla 2006, 305). Bu tip fiyat sıkıştırmasında, girdi fiyatının *aşırılığının* sadece bu fiyatı teşebbüse ödemek

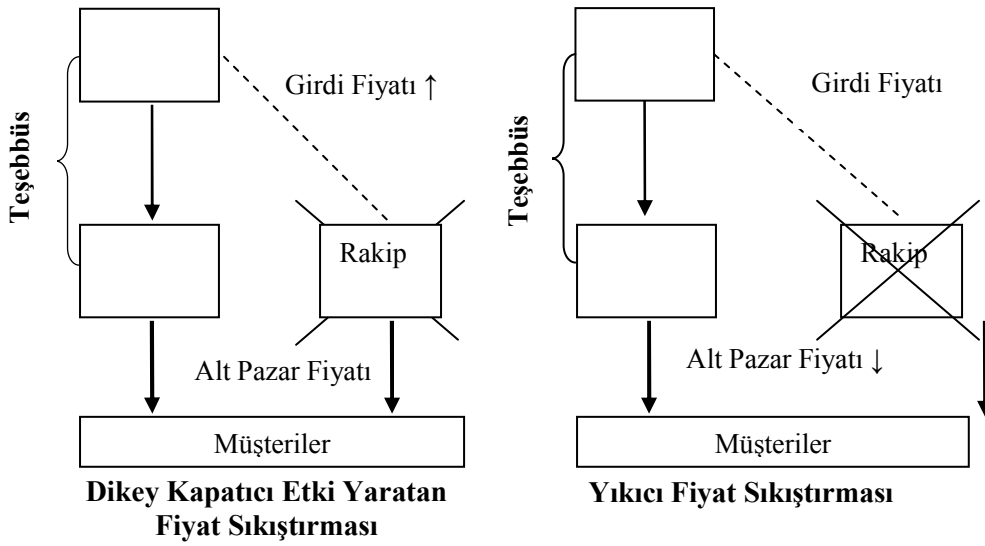
¹⁰ Yıkıcı fiyatlandırma basit bir anlatımla, pazarda iktisadi üstünlüğe sahip bir firmanın, fiyat indirimi yoluyla maliyetinin altında satış yaparak rakiplerini dışlaması ve pazar gücü elde etmesi olarak ifade edilebilir (Kara 2003, 5). Yıkıcı fiyatlandırma ve fiyat sıkıştırması arasındaki hukuki ilişki için bkz. Bölüm 3.1.1.

¹¹ Rakibin maliyetini artırma, teşebbüsün kendi maliyet düzeyini değiştirmeksizin (ya da göreceli olarak daha az değiştirerek) (alt) pazardaki rakiplerinin maliyetini artıran dışlayıcı bir stratejidir (Carlton ve Perloff 1994, 407; Krattenmaker ve Salop 1986)

¹² Piyasa kapama etkisi olarak da nitelendirilebilen bu durum, mevcut veya potansiyel alt pazar firmalarının üst pazardaki sağlayıcıya erişimini engelleyen ticari stratejiler sonucu oluşmaktadır (Karakurt 2005, 3-4).

zorunda olan rakiplerin alt pazar fiyatı karşısında rekabet edemeyecek kadar yüksek belirlenmesinden (ABA 2005, 36) kaynaklandığını belirtmekte fayda vardır. Dolayısıyla, rekabet hukuku kapsamında incelenen ve genellikle ürünün ekonomik değeri, maliyeti veya benzer bir ürünün maliyeti gibi ölçütlere göre saptanan *aşırı fiyat (excessive pricing)* (Motta ve Streel 2007, 31-33) kavramından farklı olduğu da bu konuda değinilmesi gereken bir diğer husustur¹³.

Her iki uygulamayı aşağıdaki şekilde göstermek mümkündür (O'Donoghue 2006, 305):



Teşebbüs fiyat sıkıştırmasında söz konusu girdi fiyatını kendi alt pazar koluna doğrudan uygulasa bile bu bedel teşebbüsün alt pazar kolundan üst pazar koluna sadece kâğıt üzerinde aktarılacağı için (Geradin ve O'Donoghue 2005, 361), kendisi alt ve üst pazar fiyatı arasındaki marjdan etkilenmeyecek, bu girdi fiyatını teşebbüse ödemek zorunda olan rakiplerin maliyeti yükselecek ve pazardan dışlanmaları olası hale gelecektir.

Sonuçta, teşebbüsün izlediği yöntem ne olursa olsun fiyat sıkıştırmasında oluşan durumu aşağıdaki eşitsizlikle özetlemek mümkündür:

$$\text{Alt Pazar Fiyatı} - (\text{Girdi Fiyatı} + \text{Alt Pazar Maliyeti}) \leq \text{Yeterli Kâr Marjı}$$

¹³ Bkz. Bölüm 3.1.2.

1.2. FİYAT SIKIŞTIRMASININ EKONOMİK AÇIDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Fiyat sıkıştırması, tanımından anlaşılacağı üzere teşebbüsün üst pazar gücünü alt pazardaki mevcut veya potansiyel rakipleri dışlamak gibi rekabet karşıtı (*anticompetitive*) amacı doğrultusunda kullanabildiği bir stratejidir. Firmaların bir pazardaki güçlerini faaliyette buldukları diğer bir pazara aktarmak amacıyla gerçekleştirdiği rekabet karşıtı stratejiler literatürde aktarma (*leverage*¹⁴) stratejileri olarak adlandırılmakta; pazarlar arasında üretim zinciri bakımından dikey bir ilişki olduğu durumda da “*dikey aktarma*” terimi kullanılmaktadır (Crocioni 2007, 1). Söz konusu stratejilerin değerlendirilmesinde en temel noktayı ise firmaların bu yönde *yeterli kabiliyeti ve güdüsünün* olup olmadığı oluşturmaktadır. Bu iki unsurun saptanamaması halinde firmaların davranışları rekabet karşıtı bir strateji olmaktan çıkabilecektir. Dolayısıyla, fiyat sıkıştırmasının hukuki değerlendirmesine geçilmeden önce teşebbüsün bu eylemine yönelik kabiliyetini ve güdüsünü etkileyen ekonomik unsurların saptanması gerekmektedir.

1.2.1. Fiyat Sıkıştırmasının Oluşabilmesi için Gerekli Temel Ekonomik Koşullar

Teşebbüsün fiyat sıkıştırmasındaki amacını alt pazarın rakiplere kapatılması olarak nitelendirmek mümkündür. Bu uygulama, rakiplerin dışlanması ya da üretimlerinin kısıtlanarak teşebbüsün daha fazla pazar payı elde etmesi ile sonuçlanabilecek ve her iki olasılıkta da teşebbüsün kârlılığının artması beklenecektir. Ancak, teşebbüsün bu stratejisinde başarıya ulaşabilmesi için öncelikle pazarda *temel düzeyde* bazı ekonomik koşulların oluşması gereklidir. Bunlar, teşebbüsün her iki pazarda yüksek pazar gücüne sahip olması, ürettiği girdinin alt pazardaki rakiplerin faaliyet gösterebilmeleri için zorunluluk arzemesi, pazara giriş engellerinin olması şeklinde sıralanabilir (O'Donoghue ve Padilla 2006, 306).

İlk olarak, *teşebbüs üst pazarda yüksek pazar gücüne sahip olmalıdır*. Teşebbüs bu pazar gücünü alt pazardaki *üretim ve rekabet için darboğaz (bottleneck)* niteliğinde olan girdinin üretiminden elde etmiş olmalıdır.

İkinci olarak, teşebbüsün alt pazardaki rakiplerine sunduğu girdinin zorunlu olması fiyat sıkıştırmasının gerçekleşebilmesi için gerekli diğer bir

¹⁴ İngilizce'deki “*leverage*” sözcüğü Türkçe'ye genellikle “kaldıraç” olarak çevrilmiştir. Ancak, bu strateji, teşebbüsün bir pazardaki gücünü bir başka pazara rekabet karşıtı amaçları doğrultusunda aktarması şeklinde gerçekleştiği için çalışmada *leverage* kavramı “aktarma” olarak çevrilmiştir.

önkoşuldur. Crocioni ve Veljanovski (2003, 40) bu koşulun iki farklı düzeyde sağlanması gerektiğini savunmaktadır:

- *Girdinin alt pazardaki ürünün üretim süreci için zorunlu olması*: Bu zorunlulukla kastedilenin, girdinin alt pazar ürününün üretiminde kullanılan diğer girdilerin *katı tamamlayıcısı (strict complement)* olması veya bu ürünün üretiminde *sabit oranlarla (fixed proportions)*¹⁵ kullanılıyor olmasıdır. Söz konusu girdi, alt pazardaki ürünün üretiminde başka alternatif girdilerle ikame edilebiliyorsa veya bu girdinin toplam üretim sürecindeki/maliyetindeki ağırlığı diğer girdilere kaydırılıp azaltılabiliyorsa alt pazardaki rakiplerin bu girdiye ve bunu üreten teşebbüse ihtiyaçları azalacak, girdinin zorunluluğu ortadan kalkacak ve teşebbüs fiyat sıkıştırması yapsa bile rakipler bu durumdan etkilenmeyecektir (Colley ve Burnside 2006, 202).

- *Girdinin alt pazardaki rekabet için zorunlu nitelik taşıması*: Alt pazardaki rakiplerin rekabet edebilmesi için farklı girdilerden üretebilecekleri yakın ikame ürünlerin de bulunmaması gereklidir.

Üçüncü olarak, *teşebbüsün fiyat sıkıştırmasını etkin bir şekilde gerçekleştirebilmesi için alt pazarda da belirli düzeyde bir pazar gücüne sahip olması gereklidir*. Bu pazar gücü teşebbüsün öncelikle alt ve üst pazar fiyatları arasındaki marjı kontrol etmesini ve alt pazar fiyatı üzerinde belirleyici rolü olmasını sağlayacaktır (O'Donoghue ve Padilla 2006, 306). Bu gücün derecesi hakkında literatürde ve ilgili kararlarda tam bir görüş birliği bulunmamakla birlikte aranan bu ekonomik koşulun alt pazarda etkin rekabetin olmaması şeklinde yorumlanabileceği görülmektedir (King ve Maddock 2002, 50).

Dördüncü olarak, *alt ve üst pazarda giriş engellerinin olması gerekmektedir*. Alt pazardaki giriş engeli, rakiplerin dışlanmasından sonra fiyatları artırdığında yeni girişlerin yaşanmasını önleyecektir. Üst pazardaki giriş engeli ise artan girdi fiyatının alt pazardaki rakipleri üst pazara doğru dikey bütünleşme yönünde teşvik etse bile bunu başaramamalarına neden olacak ve teşebbüsün bu pazarda kârlılığının devam etmesini sağlayacaktır (O'Donoghue ve Padilla 2006, 307).

Yukarıda bahsedilen asgari düzeydeki koşullar teşebbüsün ekonomik anlamda fiyat sıkıştırmasını etkin bir şekilde *yapabilmesine* olanak tanıyacaktır. Ancak, bu koşullar fiyat sıkıştırmasının teşebbüs için rasyonel/kârlı bir strateji haline gelmesinde yeterli olmayacak ve teşebbüsün bu yöndeki güdüsünü etkileyen başka unsurların varlığı da gerekecektir.

¹⁵ Sabit oranlarla üretimde, girdiler arası ikâme mümkün olmadığından, bir girdiyi diğer bir girdi ile ikâme edip aynı miktarda üretim yapmak olanaksızdır. Üretim, en az girdi miktarı ölçüsünde yapılır (Nicholson 1998, 305). Bu koşul, girdilerden birinin sağlanamaması durumunda üretimin yapılmayacağı anlamına gelmektedir.

1.2.2. Teşebbüsün Fiyat Sıkıştırması Uygulamasındaki Güdüsü: Chicago ve Chicago-Sonrası Okullarının Yaklaşımları Çerçevesinde Bir Değerlendirme

Yukarıda açıklanan ekonomik koşullar sağlansa bile fiyat sıkıştırması yaparak rakipleri dışlamak her zaman teşebbüs kârlılığı açısından rasyonel bir strateji olmayacaktır. Bazı durumlarda teşebbüs rakiplerin pazarda kalmasını da isteyebilecektir (O'Donoghue ve Padilla 2006, 308). Bunun en belirgin nedeni, *rakiplerin teşebbüsün üst pazarda müşterisi konumunda bulunmasıdır. Dolayısıyla, rakiplerin pazar dışına çıkması bir yandan teşebbüsün alt pazar payının artmasını sağlayabilecekken diğer yandan da üst pazarda müşteri kaybetmesinden dolayı kârlılığını azaltabilecektir.* Bu ikilem teşebbüsün fiyat sıkıştırması yapma yönündeki güdüsünü de azaltabilecektir. Ancak, rakipler ve teşebbüs arasındaki dikey ilişkiden kaynaklanan bu durum fiyat sıkıştırmasını tamamen rasyonel olmayan bir strateji haline de dönüştürmemektedir (Geradin ve O'Donoghue 2005, 366). Nitekim, üst pazar kârlılığı, alt pazardaki rekabet düzeyi, pazardaki talep yapısı, rakiplerin göreceli etkinliği gibi teşebbüsün bu yöndeki güdüsünü olumlu ya da olumsuz yönde etkileyen bir dizi farklı unsur da bulunmaktadır.

Bu unsurlar, esas olarak *Chicago* ve *Chicago-sonrası* okullarının fiyat sıkıştırmasını da kapsayan aktarma stratejilerinin teşebbüsler açısından rasyonel ve kârlı olup olmadığına ilişkin getirdikleri farklı ekonomik açıklamalar çerçevesinde şekillenmektedir. Fiyat sıkıştırmasının ekonomik rasyonelliğini anlamak bakımından bu okulların yaklaşımlarına kısaca değinmekte fayda vardır. Daha sonra ise teşebbüsün güdüsünü etkileyen unsurlar bu yaklaşımlar ışığında açıklanacaktır.

Chicago Okulu: 1970'lerin sonunda ABD'de Posner (1976) ve Bork (1978) gibi yazarların öncülüğünde gelişen Chicago Okulu, *aktarma* teorisi kapsamında incelenen firma davranışlarının *per se* yasaklanmasına karşı çıkmıştır (Ahlborn ve diğerleri 2004, 319). Chicago okulunun yaklaşımına göre firmanın her iki pazarda da tekel olmak amacıyla bir pazardaki gücünü diğer pazara aktarması rasyonel bir strateji değildir (Bork 1978, 366-381). Bu görüş, esas olarak "*tek tekel kârı teoremi*"ne dayanmaktadır (Ahlborn ve diğerleri 2004, 323). Bu teoriye göre üretim zincirinin bir aşamasında tekel konumunda bulunan teşebbüs ancak tek bir tekel kârı elde edebilir ve bunu da tekel konumunda bulunduğu pazarda tekelleştirme yaparak gerçekleştirebilir. Alt pazarların olabildiği kadar rekabetçi olması ise firmanın üst pazarda bu kârı elde edebilmesi açısından lehine olan bir pazar yapısıdır. Dolayısıyla, teşebbüs alt pazardaki rekabeti bozarak veya bu pazarda tekelleşerek daha fazla kâr elde edemeyeceğinden bu davranışları gerçekleştirmede yeterli güdüye sahip olmayacaktır (Whinston 1990, 837-838). Teşebbüs, alt pazardaki rakiplerin

kendisinden *daha etkin* olması durumunda bile pazarı rakiplere kapatmak yerine rakiplerin pazarda olmasını tercih edecek ve onların verimliliğinden kaynaklanan kârı üst pazardaki fiyatlandırmasıyla ele geçirmeye çalışacaktır (Crocioni 2007, 7).

Chicago-sonrası Okul: Chicago-sonrası okul ise “*tek tekel kârı teoremi*”nin dayandığı varsayımların pazarda olmaması halinde rekabet karşıtı amaçlarla dikey olarak pazarı kapatmanın firma kârlılığı açısından rasyonel olabileceğini savunmaktadır. Bu varsayımlar, teoremden örtülü biçimde yer alan *alt pazarın tam rekabetçi olması*, üretimde *ölçeğe göre sabit getiri*¹⁶ varlığı gibi koşullardır. Bu varsayımların sağlanmadığı bir pazarda teşebbüs aktarma stratejisi uygulayarak alt pazar yapısını değiştirip dışlayıcı etki yaratabilecek ve toplam kârlılığını artırabilecektir (Whinston 1990, 838-840).

Söz konusu okulların savları çerçevesinde fiyat sıkıştırmasının teşebbüs açısından rasyonel bir strateji haline gelmesini etkileyen unsurları aşağıdaki şekilde özetlemek mümkündür:

Alt Pazardaki Rekabet Koşulları: Alt pazarda eksik rekabetin, giriş engellerinin ve ölçek ekonomisinin olması durumunda, teşebbüsün üst pazar fiyatını artırarak kârını artırması mümkün hale gelmekte dolayısıyla da fiyat sıkıştırması yönündeki güdüsü olumlu etkilenmektedir (Crocioni ve Veljanovski 2003, 37).

Alt Pazarda Etkin Rakiplerin Varlığı: Teşebbüsün alt pazardaki rakiplerinin kendisinden daha etkin olması, teşebbüsü rakiplerin etkinliğinden kaynaklanan ek kârlılıklarını üst pazar fiyatlandırması yoluyla elde etmeye yönelteceğinden teşebbüsün onları dışlamak için yeterli güdüsü bulunmayacaktır (Geradin ve O’Donoghue 2005, 366).

Alt Pazar Ürününün Niteliği: Alt pazarda farklılaştırılmış ürünlerin bulunması teşebbüsün rakipleri dışlamaya yönelik güdüsünü azaltacaktır. Farklılaştırılmış ürünlerde teşebbüslerin karşılaştıkları talep yapıları farklı, ürünler arası ikâme oranı homojen ürünlere göre düşük olmaktadır. Dolayısıyla, teşebbüs fiyat sıkıştırması yapsa ve bazı rakipler pazar dışına çıksa bile bu rakiplerin müşterilerinin (talebinin) az bir kısmı teşebbüsün ürününe yönelecek ve sonuçta dışlanan rakiplerin pazar payının çok az bir bölümü teşebbüsün alt pazar koluna geçecektir (Crocioni ve Veljanovski 2003, 37).

Üst Pazardaki Kâr Marjı: Genel olarak, üst pazardaki kâr marjı ne kadar fazla olursa teşebbüsün alt pazardaki rakiplere satış yapmasından sağlayacağı

¹⁶ Bir firmanın üretim ölçeğini (üretimde kullandığı girdileri eş zamanlı) belirli bir oranda artırdığında üretim düzeyinin de aynı oranda arttığı durumu ifade etmektedir. Bu ekonomilerde, maliyetlerin üretim arttıkça düşmesinden yani ölçek ekonomisinden faydalanma durumu söz konusu değildir.

kâr da o kadar yüksek olacak ve rakiplerini yani müşterilerini dışlama güdüsü azalacaktır. Bu önerme, teşebbüsün üst pazar fiyatını belirleme serbestisi olduğu durumda geçerlidir. Ancak, üst pazar fiyatı tekel fiyatlandırmayı önlemek amacıyla maliyet esaslı olarak öncül (*ex-ante*) düzenleniyorsa teşebbüs alt pazardan kâr elde edebilmek amacıyla rakipleri dışlayabilecektir. Bu aktarma stratejisi “*sabotaj*” olarak da adlandırılmaktadır (Crocioni 2007, 15).

Teşebbüsün Üst Pazardaki Tekel Konumunu Korumak İstemesi:

Teknolojik gelişmelerin hızlı yaşandığı pazarlarda teşebbüs, alt pazar rakiplerinin dikey bütünleşme yoluna gitme ve üst pazardaki tekel gücünü tehdit etme olasılığı karşısında, konumunu uzun dönemde korumak için şimdiden alt pazarı kapatma, girişleri engelleme yollarına başvurabilir (Padilla ve O’Donoghue 2006, 308). Carlton ve Waldman (2002, 195), ağ dışsallıklarının yüksek olduğu pazarlarda teşebbüsün bu yöndeki güdüsünün daha belirgin hale geleceğini savunmuştur. Kavanagh ise bu durumu telekomünikasyon sektörü özelinde şu şekilde açıklamaktadır:

Üst pazara giriş yapmayı ve yeni bir ağ oluşturmayı planlayan bir rakip hatırı sayılır bir yatırım yapmak zorundadır. Bu rakibin alt pazardaki diğer rakiplerle birleşmediği varsayımı altında üst pazardaki potansiyel pazar payı kısıtlı olacağından batık maliyetlerini karşılayacak düzeyde talebi garanti etmesi de oldukça zorlaşacaktır. Sonuçta, üst pazarda yeterli düzeyde talebin garanti edilememesi, rakibin teşebbüsten daha etkin olsa bile üst pazara girmesini engelleyecektir. Bu noktada, teşebbüs alt pazardaki rakipleri pazar dışına çıkartarak söz konusu rakibin üst pazara girmesi için gerekli talebi yok ettiği takdirde üst pazar gücünü de korumuş olacaktır (2004, 191).

Teşebbüsün üst pazardaki gücünü ileride dikey bütünleşme yoluyla zorlayabilecek güçlü alt pazar rakiplerinin oluşmasını önlemek güdüsüyle izlediği bu strateji “*dinamik aktarma*” olarak da adlandırılmaktadır (Crocioni 2007, 12).

Rakiplerin Maliyetini Yükseltme: Teşebbüsün girdinin fiyatını artırması bir çeşit rakiplerin maliyetini artırma stratejisi olarak değerlendirilmektedir. Teşebbüs, yıkıcı fiyat sıkıştırması yaparken karşılaşıcağı zarara dayanabilmek için finansal güç kaynağı bulmak gibi zorluklarla, girdi fiyatını artırıp rakibin maliyetini yükseltirken karşılaşmamaktadır (Salop ve Scheffman 1983, 267). Dolayısıyla, rakipleri dışlamak veya baskı altında tutmak için yıkıcı fiyat sıkıştırmasında sahip olmayacağı güdüye girdi fiyatını artırmak söz konusu olduğunda sahip olabilmektedir. Buradaki tek sorun, girdi fiyatının artması

nedeniyle rakiplerin girdiye olan taleplerinin azalması sonucu teşebbüsün toplamda kârlılığının da azalabilme olasılığıdır¹⁷.

Teşebbüsün Kapasitesi: Fiyat sıkıştırması sonucunda rakipler dışlandıktan sonra teşebbüsün kendi ürününe doğru artacak talebe yetecek düzeyde kapasitesinin olmaması durumunda ise bu stratejiyi uygulamak mantıklı olmayacaktır (O'Donoghue ve Padilla 2006, 307).

Teşebbüsün fiyat sıkıştırması uygulaması yönünde kabiliyetini ve güdüsünü etkileyen ekonomik koşullar sağlanmasa bile yine de rakiplerin bazı durumlarda teşebbüsün fiyatlandırmalarından dolayı marjları "sıkışabilecektir". Areeda ve Hovenkamp (2002, ¶767c, 126-128), bu durumu özellikle (1) pazardaki maliyet ve talep koşullarının olumsuz yönde değişmesi (2) alt pazardaki tekel kârının yok edilmesi ve (3) tekelin artan etkinliği sonucunda ortaya çıkabileceğini belirtmişlerdir.

İlk durum, girdinin maliyetinin bazı dış unsurlardan dolayı artması ancak, alt pazar ürününe olan talebin sabit kalması ve ürünün fiyatının değişmemesi sonucunda rakiplerin marjının "sıkışması" olarak açıklanabilir. Örneğin, bu girdiden üretilen *başka bir ürüne* talebin artması halinde girdiye olan talep de artacak ve girdinin genel fiyatı yükselecektir. Alt pazardaki ürünün fiyatı sabit kaldığında ise bu iki fiyat arasındaki marj doğal olarak azalacaktır.

İkinci durum ise endüstri iktisadında "*Çifte Marjinalleşme*" (*Double Marginalization*) olarak adlandırılan durumun yok edilmesini ifade etmektedir. Bu kavram, hem üst hem de alt pazarda iki *ayrı* tekelin olması ve her iki tekelin de tekeli fiyatlandırma yapması halinde alt pazardaki müşterilerin çok daha yüksek fiyatlandırmayla karşılaştığı durumu anlatmaktadır. Alt pazarda daha önce faaliyeti olmayan üst pazar tekeli alt pazarda da faaliyet göstermeye başlarsa, girdinin maliyetine göre ayarlayacağı alt pazar fiyatı daha düşük olacaktır. Bunu takiben alt pazardaki diğer tekel de fiyatını düşürmek durumunda kalacak, fiyat sıkıştırması oluşsa bile önceki tekel kârı yok olacaktır, müşteriler daha düşük fiyatlarla karşılaşabileceklerdir (Tirole 1988, 177).

Son olarak fiyat sıkıştırması, teşebbüsün dikey bütünleşmesi sayesinde kazandığı maliyet etkinliğinin alt pazar fiyatına düşüş olarak yansımaları sonucunda oluşabilmektedir. Areeda ve Hovenkamp bu durumu şu şekilde açıklamaktadır:

¹⁷ Crocioni ve Veljanovski (2003, 36) ise bu olasılığa karşılık olarak, girdi fiyatının artması ve dolayısıyla rakiplerin maliyetinin yükselmesi sonucu üretimlerinin düşeceğini ve teşebbüsün alt pazar payının artacağını savunmaktadırlar. Yazarlara göre, alt pazar fiyatının rakiplerin maliyeti oranında yükselmesi halinde ise bu fiyatı uygulamayı tercih edebilecek teşebbüs elde ettiği maliyet avantajı sayesinde bu durumdan da kârlı çıkabilecektir.

Örneğin, [teşebbüs tarafından üst pazarda üretilen] alüminyum külçe [alt pazardaki] bağımsız [rakiplere] alüminyum levha üretmek üzere satılıyor olsun. Bu arada [teşebbüs tarafından] erimiş alüminyumu doğrudan levhaya çevirecek yeni bir teknoloji geliştirilsin. [Bu durumda, yeni teknoloji ve rakiplerin kullandığı eski teknoloji ile üretilen] levhalar arasında bir fark olmamasına rağmen, [teşebbüsün] maliyeti azalacaktır [ve levhanın fiyatı düşebilecektir]. [Erimiş alüminyumu doğrudan alamayacaklarından] eski teknolojiyi kullanmak zorunda olan rakipler ise [doğal olarak fiyat sıkıştırmasına maruz kalacaklardır] (2002, ¶767c, 128).

Benzer durum, teşebbüsün (aynı girdiyi kullanarak birden fazla ürün üretmesi durumunda ortaya çıkan) kapsam ekonomisinin getirdiği maliyet üstünlüğü sonucunda da oluşabilecektir. Teşebbüs, ürettiği girdiyi kullanarak birden fazla alt pazar ürünü üretebildiğinde genel giderlerini¹⁸ bu ürünlerin talep esnekliği doğrultusunda etkin bir şekilde dağıtabilmektedir. Rakipler ise bu ürünlerden sadece birini ürettiğinde kapsam ekonomisinden faydalanamamaktadır. Üst pazarda sabit genel giderlerin, alt pazarda da farklı tüketici tercihlerinin olduğu bir ortamda alt pazar ürünlerinin tek tek maliyetleri aynı olsa bile bu ürünler için ortaya farklı ama etkin düşük fiyatlar çıkabilecektir. Rekabet karşıtı amaçlar içermeyen bu fiyatlar karşısında, teşebbüs için genel gider niteliğinde olan bu girdiyi pazar fiyatından alan rakiplerin ise alt pazar marjları sıkışabilecektir (Grout 2003, 78-83).

Yukarıda yer verilen açıklamaları özetlemek gerekirse, teşebbüsün fiyat sıkıştırması uygulamasının kendisi için kârlı/rasyonel olabilmesinde, üst pazarda üretilen girdinin alt pazardaki üretim ve rekabet için zorunluluk arzemesi, alt pazarda eksik rekabet koşullarının varlığı, ürünün homojenlik düzeyinin yüksek olması, teşebbüsün girdi fiyatı ve kârlılığı üzerinde kontrolünün olması, her iki pazardaki üretim kapasitesinin yeterliliği ve rakiplerin dikey bütünleşme olasılığının varlığı gibi unsurlar belirleyici olmaktadır. Bu unsurların olmaması halinde bile bazı durumlarda teşebbüsün fiyatlandırma politikası rakiplerin marjlarının sıkışmasına yol açabilecek, ancak bu durum dışsal ekonomik koşullardan veya teşebbüsün dikey bütünleşmesinin getirdiği maliyet avantajının fiyatlara yansımaları gibi nedenlerden kaynaklanabilecektir. *Sonuçta, rakiplerin marjlarının kısılmasıyla sonuçlanan her fiyat sıkıştırmasının rekabet karşıtı*

¹⁸ Genel gider (*common cost*), bir firmanın birden fazla ürün ürettiğinde oluşan, ancak tek bir ürünün üretimine doğrudan atfedilemeyen maliyetlerdir. Genel giderleri ortak (*joint*) maliyetler ve işletme giderleri (*overheads*) olarak ikiye ayırmak mümkündür. Ortak maliyet, firmanın birden fazla ürünün tek bir üretim sürecinde üretildiği zaman oluşan maliyettir. Örneğin, ham petrol, kendisinden hem gazyağı hem de benzin üretildiği için bu ürünlerin aynı firma tarafından üretilmesi halinde ortak maliyet niteliği kazanacaktır. İşletme giderleri ise, çalışan maaşları, reklâm ve pazarlama giderleri gibi masrafları içine almaktadır (Hale 1949, 941). Genel giderler, sabit ya da değişken olabilmektedir.

amaç ve etki doğurmayacağı görülmektedir. Dolayısıyla bu stratejinin hukuki zeminde ihlal niteliği tartışılmadan önce pazara ve teşebbüse ilişkin ekonomik yapılanmanın ortaya konulması ve fiyat sıkıştırmasının rekabet incelemesinde dikkate alınması gerekmektedir.

BÖLÜM 2

FİYAT SIKIŞTIRMASININ HUKUKİ DEĞERLENDİRMESİ

Fiyat sıkıştırması, alt pazarda rakiplerin dışlanması, rekabetin engellenmesi, kısıtlanması gibi olumsuz etkiler yaratabileceğinden rekabet hukuku kapsamında değerlendirilmektedir. Fiyat sıkıştırması rekabet karşıtı tek taraflı firma davranışı (*anticompetitive unileteral conduct*)¹⁹ olarak, AB ve Türkiye rekabet uygulamalarında *hâkim durumun kötüye kullanılması*, ABD antitröst hukukunda ise *tekelleşme veya tekelleşmeye teşebbüs etme* ihlali şeklinde ele alınmaktadır²⁰ (Joskow 1985, 199). Fiyat sıkıştırmasına ilişkin yasal çerçevenin esas olarak konuya ilişkin ilgili otoritelerin verdiği kararlarla çizildiğini söylemek mümkündür. Kararlarda benimsenen bu ilkeler zaman içinde, *fiyat sıkıştırmasının son zamanlarda daha çok düzenlenen pazarları ilgilendirmesinin bir sonucu olarak*, bazı düzenleyici hukuk metinlerine de aktarılmıştır²¹. Teşebbüsün fiyat sıkıştırmasına yol açan davranışı bir yandan rekabet hukuku bağlamında değerlendirilirken, diğer yandan düzenleyici hukuk bağlamında ele alınmış ve teşebbüse, fiyat sıkıştırmasının oluşumunu önleyecek şekilde fiyatlarını ayarlama yükümlülüğü getirilmiştir²². Ancak, çalışmada fiyat sıkıştırmasının hukuki çerçevesi rekabet hukuku bağlamında çizilecek ve bu

¹⁹ Rekabet karşıtı tek taraflı firma davranışı, tek bir teşebbüsün gerçekleştirdiği rekabetçi olmayan eylemi ifade etmektedir (ICN 2007, 2). Fiyat sıkıştırmasının bu şekilde nitelendirilmesinin terminolojileri farklı olan ABD “antitröst” hukuku ile AB’deki ve Türkiye’deki “rekabet” hukukunun konuya yaklaşımlarını ortak bir dille belirtmek açısından uygun olduğu düşünülmüştür.

²⁰ Çalışmada, fiyat sıkıştırmasının ABD uygulamasına değinildiği sürece bu ülkedeki “antitröst” terminolojisi kullanılacaktır. Bununla birlikte, çalışmanın genelinde AB ve Türkiye’deki “rekabet” hukuku terminolojisine yer verilecektir.

²¹ Örneğin, AB’de telekomünikasyon sektörüne ilişkin 98/2 sayılı AB Komisyonu’nun Erişim Tebliği (Notice on the Application of the Competition Rules to Access Agreements in the Telecommunications Sector, 98/C 262/02)

²² Örneğin, Hollanda telekomünikasyon otoritesi OPTA ve rekabet otoritesi NMa’nın ortak hazırladığı 2001 tarihli “Fiyat Sıkıştırması Rehberi” (Richstnoeren prijsqueeze, OPTA/EGM/2000/200494, NMa /2201/12)

uygulamanın düzenleyici kurallar kapsamında ele alınış biçimine 4. Bölümde yer verilecektir. Bu bölümde, fiyat sıkıştırmasının rekabet hukuku çerçevesinde değerlendirilmesi için gerekli hukuki koşulların ve rekabet hukuku incelemesinin bu stratejinin içtihatlardaki gelişimi ışığında ele alınmasının, fiyat sıkıştırmasına hukuki açıklık getirme konusunda daha faydalı olacağı düşünülmektedir.

2.1. FİYAT SIKIŞTIRMASININ ABD, AB VE TÜRKİYE REKABET HUKUKU UYGULAMALARINDAKİ GELİŞİMİ

2.1.1. ABD Uygulamaları

ABD’de Sherman Kanunu’nun 2. maddesi (2. madde) tekelleşmeyi veya tekelleşmeye teşebbüs eden *kişi* davranışlarını yasaklamıştır. ABD’de fiyat sıkıştırması uygulaması antitröst hukuku bağlamında tekelleşmeye yol açan dışlayıcı bir davranış olarak 2. madde çerçevesinde değerlendirilmiştir. Bunun dışında, fiyat sıkıştırması kavramına bazı düzenleyici metinlerde öncül düzenleme yapılırken değerlendirilmesi gereken bir konu olarak yer verilmiştir²³. Fiyat sıkıştırmasının ilk kez ele alındığı karar 1945 tarihli *Alcoa*²⁴ kararıdır.

Alcoa kararında İkinci Temyiz Mahkemesi (*Circuit Court of Appeals, Second Circuit*) ABD’de alüminyum külçe üretiminde %90’ın üzerinde pazar payı bulunan Aluminum Co.’nun bu pazarı tekelleştirdiği iddialarının bir alt mahkemece reddedilmesi üzerine Birleşik Devletler Adalet Bakanlığı (*DOJ*)’nin bu konuda yaptığı temyiz istemini değerlendirmiştir. Kararda incelenen iddiaların arasında alüminyum külçeden üretilen alüminyum levha pazarında da faaliyeti bulunan bu şirketin (1925 ve 1932 yılları arasında) fiyat sıkıştırması yaptığı iddiası da yer almıştır. *Alcoa* kararında, fiyat sıkıştırması şirketin, *alüminyum külçeyi [Alcoa’dan] almak zorunda olan alt pazar rakiplerine bu pazarda levha üretmek için gerekli masrafları karşılayamayacak ve kendisinin levha için uyguladığı fiyat karşısında pazarda tutunmak için kârlı kalmalarına izin vermeyecek kadar yüksek külçe (girdi) fiyatı önermesi* olarak yorumlanmıştır²⁵. Kararda, teşebbüsün *kendi* levha üretim maliyetleri dikkate alınarak yapılan külçe (girdi) ve levha (alt pazar ürünü) fiyatları karşılaştırmasında ortaya çıkan marjın bazı dönemler için düşük ve bazı dönemler için negatif olarak tespit edilmesi neticesinde, düşük levha fiyatları

²³ Örneğin, 1996 tarihli Telekomünikasyon Kanunu (Telecommunication Act) üzerine yayınlanan düzenleyici otorite tarafından yayınlanan rapor (First Report and Order on Implementation of the Local Competition Provisions in the Telecommunications Act of 1996)

²⁴ “US v Aluminum Co of America” 148F.2d 416 (2.nd Cir. 1945)

²⁵ A.g.k. parag. 436-437

karşısında yüksek bulunan külçe fiyatının “haksız” olduğu ve şirketin pazarı tekeleştirdiği sonucuna ulaşılmıştır²⁶.

Bu kararda yer verilen fiyat sıkıştırması ölçütleri ilerleyen yıllardaki kararlar için de emsal teşkil etmiştir. *Ancak, bu karardaki pazarın aksine fiyat sıkıştırması iddiaları 1970’lerden sonra özellikle enerji ve telekomünikasyon sektörü gibi düzenlenen pazarlardaki teşebbüslerin fiyatlarına yönelik olmuştur* (Joskow 1985, 189). Ancak, ilgili mahkemeler düzenlenen pazarlarda fiyat sıkıştırmasının antitröst hukuku (2. madde) kapsamında değerlendirilmesine oldukça temkinli yaklaşmıştır (Goelzhauser 2004, 266).

Bu yaklaşıma emsal teşkil eden *Town of Concord*²⁷ kararında Birinci Temyiz Mahkemesi (*The U.S. Court of Appeals for the First Circuit*) elektrik üretimi ve dağıtımını pazarında faaliyeti bulunan Boston Edison Co.’nun toptan fiyatlarını ilgili otorite tarafından onaylatıp artırımına rağmen perakende fiyatlarını artırmaması neticesinde fiyat sıkıştırması oluşturduğu iddiasının ilgili alt mahkemece reddi üzerine şikâyetçilerin yaptığı temyiz istemini değerlendirmiştir. Kararda, fiyat sıkıştırmasının teşebbüsün her iki fiyatının da onaylandığı (tam düzenlenen) pazarda düzenleyici otorite tarafından (1) giriş engellerinin azaltılması, (2) yeni girişlerin teşvik edilmesi, (3) fiyatların maliyet esaslı belirlenmesi ve ayrıca teşebbüsün istediği gibi fiyatları yükseltmemesi neticesinde fiyat sıkıştırmasının dışlayıcı ve rekabete zarar veren etkisinin (büyük bir ihtimalle) oluşmayacağı belirtilmiştir. Dolayısıyla, eylemin 2. maddenin yasakladığı anlamda dışlayıcı bir davranış olarak nitelendirilemeyeceği sonucuna ulaşılmıştır. Ayrıca, düzenlenen pazarlardaki teşebbüslerin fiyat sıkıştırmasına neden olan fiyat yapısına düzenleyici otoritenin müdahalede bulunmasının gerektiği görüşü dile getirilmiştir²⁸.

Ancak, ilgili mahkemenin bu yaklaşımı, fiyat sıkıştırmasının incelendiği diğer kararlarda tutarlı bir şekilde devam ettirilmemiştir. Örneğin, Dokuzuncu Temyiz Mahkemesi (*The U.S. Court of Appeals for the Ninth Circuit*) tarafından kaleme alınan *Anaheim*²⁹ kararında, teşebbüsün doğrudan rekabet karşıtı bir

²⁶ Kararda, Yargıç Hand, şirketin pazarda tekeleştirdiği tespitini yaparken bu tespitini doğrudan fiyat sıkıştırmasına bağlamamış, fiyat sıkıştırmasını şirketin diğer yasa dışı davranışları arasında değerlendirerek alt mahkemenin kararını bozmuştur. Alt Mahkemenin nihai kararı İkinci Dünya Savaşı’nın sonrasına ertelenmiş, bundan sonra da şirkete yaptırım uygulanmamıştır.

²⁷ *Town of Concord v. Boston Edison Co.* 915 F.2d 17 (1st Circuit, 1990)

²⁸ ABD Yüksek Mahkemesi (*The Supreme Court of the United States*)’nin, bu konudaki görüşü ise, *Conway*’de ele alındığı gibi, bu müdahalenin özellikle üst pazar fiyatının fiyat sıkıştırmasını önleyecek şekilde yeniden ayarlanmasına yönelik olduğudur (*F.P.C. v. Conway* 426 U.S. 271 (1976)).

²⁹ *City of Anaheim v. Southern California Edison Co.*, 955 F.2d 1373 (9th Circ. 1992)

niyetinin olduğu, objektif gerekçesinin bulunmadığı durumda 2. maddenin işletilebileceğini belirtmiştir³⁰.

Son zamanlarda telekomünikasyon sektörüne ilişkin farklı temyiz mahkemelerince verilen kararlarda da fiyat sıkıştırmasına yönelik çelişkili yaklaşımların benimsendiği görülmektedir (Jacobson ve Rucker 2008, 3). Örneğin, 2005 tarihli *Covad/BellAtlantic*³¹ kararında *düzenleyici kurallar tarafından teşebbüse, sahip olduğu telekomünikasyon altyapısını rakiplerin erişimine açma yükümlülüğü getirilse bile antitröst hukuku bağlamında bu erişime yönelik olarak sözleşme yapma zorunluluğu getirilemediği sürece sözleşmedeki fiyat sıkıştırmasına neden olan maddelerden sorumlu tutulamayacağı* savunulmuştur³². Bunun yanında, 2004 tarihli *Covad/Bellsouth*³³ kararında fiyat sıkıştırması iddialarının 2. madde kapsamında geçerliliğinin devam etmesi için bu uygulamanın sonunda (*maliyet altı satış yapılması, katlanılan zararın rakipler dışlandıktan sonra fiyatları yükselterek telafi edilebilmesi gibi*) yıkıcı fiyatın koşullarının³⁴ sağlandığının tespit edilmesi gerektiği de vurgulanmıştır. Diğer yandan, Dokuzuncu Temyiz Mahkemesi'nin 2007 tarihli *Linkline/SBC*³⁵ kararında fiyat sıkıştırması sözleşme yapma yükümlülüğü ve yıkıcı fiyat kavramlarından ayrı tutulmuştur. Son olarak, ABD Yüksek Mahkemesi ise *Covad/BellAtlantic* kararında yer verilen görüşü benimsediğini açıklamıştır³⁶.

ABD'de konuya ilişkin antitröst uygulamalarına bakıldığında, fiyat sıkıştırmasının 2. maddeyi ihlal edebilmesi için *Alcoa* kararında belirlendiği şekliyle (1) teşebbüsün üst pazarda tekel olması, (2) bu pazardaki fiyatının "adil" olmayacak kadar yüksek olması (3) alt pazardaki fiyatın rakiplerin bu fiyatı uygulayarak kârlı kalamayacakları kadar düşük olması (4) rekabet karşıtı etkilerin ve zararın oluşması (Spivak 1993, 103) gibi koşulların arandığı görülmektedir. Ayrıca, mahkemelerin düzenlenen pazarlardaki fiyat sıkıştırması iddialarına temkinli yaklaştığı ve genel olarak bu konunun 2. maddenin kapsamının dışında kaldığı görüşünü benimsediği de anlaşılmaktadır.

³⁰ ABD'de enerji sektörüne ilişkin fiyat sıkıştırması iddialarının incelendiği kararların ayrıntıları için bkz. Spivak 1993

³¹ *Covad Communications Co. v. Bell Atlantic Corp.*, 398 F.3d 666 (D.C. Cir 2005)

³² Söz konusu kararlarda benimsenen bu görüş ABD Yüksek Mahkemesi'nin *Trinko* kararına dayandırılmıştır (*Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP*, 540 U.S. 682, 2004). Bkz. dn. 147

³³ *Covad Communications Co. v. BellSouth Corp.*, 374 F.3d 1044 (11th Cir. 2004)

³⁴ Bu koşullar ABD Yüksek Mahkemesi'nin *Brooke Group* kararında şekillenmiştir (*Brooke Group Ltd. v. Williamson Tobacco Corp.*, 509 U.S. 209, 222 (1993))

³⁵ *LinkLine Communications, Inc v. SBC California, Inc.*, No. 05-56023 (9th Cir. 2007)

³⁶ The Supreme Court of the United States, "Brief Of The Commonwealth of Virginia and Nine Other States As Amici Curiae in Support of the Petitioners", No.07-512, 16.11.2007

2.1.2. AB Uygulamaları

Fiyat sıkıştırması iddiaları AB’de, rekabet hukuku bağlamında AT Antlaşması’nın hâkim durum ihlallerini düzenleyen 82. maddesi (82. madde) kapsamında incelenmiştir. 82. madde hükümleri hâkim durumdaki teşebbüs davranışlarını yasaklayan “genel normlar” niteliğinde olduğundan (Gürzumar 2006, 23) bütün ihlal çeşitlerini betimlememiş ve doğal olarak bu hükümlerde fiyat sıkıştırması ihlaline de doğrudan atıf yapılmamıştır. Bununla birlikte, 82. maddenin dışlayıcı ihlallere yönelik uygulanmasında benimsenecek ilkelerin açıklandığı ve genel olarak teşebbüs davranışlarına müdahalede *tüketici zararının* esas alındığı *etki temelli yaklaşımın*³⁷ benimsendiği (Lowe 2008) Komisyon’un Tartışma Metni’nde³⁸ fiyat sıkıştırması *sözleşme yapmayı reddetmenin*³⁹ bir çeşidi olarak nitelendirilmiştir. Metinde, fiyat sıkıştırmasının pazarın *dikey kapatılmasına neden olan fiyata dayalı bir dışlayıcı ihlal* olduğu belirtilmiş, ancak hukuki değerlendirmesine ayrıntılı bir şekilde yer verilmemiştir. AB’de fiyat sıkıştırmasının hukuki çerçevesi Komisyon’un ve İlk Derece Mahkemesi (İDM)’nin kararlarıyla çizilmiştir. Bunun dışında, rekabet kurallarının telekomünikasyon sektöründe ne şekilde uygulanacağı konusuna açıklık getirmeyi amaçlayan Komisyon’un Erişim Tebliği’nde⁴⁰ fiyat sıkıştırmasının tanımlandığı görülmektedir. Söz konusu Tebliğ’de bir ürün ya da hizmet pazarında hâkim durumda olan operatörün fiyat sıkıştırması uygulamasının ihlale neden olabileceği belirtilmiş ve fiyat sıkıştırmasının,

*hâkim durumdaki firmanın, üst pazarda faaliyet gösteren kısmının alt pazardaki rakiplerine uyguladığı fiyat temel alındığında alt pazardaki faaliyetlerinden kâr sağlayamadığı*⁴¹

veya

hâkim durumdaki firmanın rakiplerine (ve eğer varsa kendi alt pazardaki faaliyetlerine) sunduğu erişim fiyatları ile alt pazarda sunduğu fiyat arasındaki marjın makul etkinlikteki bir hizmet sağlayıcısının alt pazarda normal bir kâr elde edebilmesi için yetersiz olduğu (hakim durumdaki

³⁷ Etki temelli yaklaşım (*rule of reason*), davranışı pazarda rekabet karşıtı etki yaratıp yaratmadığına göre yasal ya da ihlal olarak değerlendirir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Gual ve diğerleri 2005

³⁸ DG Competition Discussion Paper on the Application of Article 82 of the Treaty to Exclusionary Abuses, 2005

³⁹ A.g.e. parag. 72. Ayrıca, ilgili Metin’de sözleşme yapmayı reddetmenin, ürün vermeyi reddetme, bilgi paylaşımını engelleme, zorunlu unsura erişim sağlamama gibi halleri kapsadığı ve bu hallerin dışlayıcı ihlal olarak değerlendirilebileceği belirtilmektedir (parag. 209). Sözleşme yapmayı reddetme ve fiyat sıkıştırması arasındaki hukuki ilişkiye çalışmanın 3. Bölümünde yer verilecektir.

⁴⁰ Bkz. dn. 21

⁴¹ A.g.k. parag 117

firmanın alt pazardaki faaliyetlerinin istisnai bir şekilde verimli olduğunu göstermedikçe)⁴²

durumlarda oluşabileceği ve alt pazardaki rakiplerin dışlanmasına yol açabileceği ifade edilmiştir⁴³. Aşağıda, fiyat sıkıştırmasının Komisyon düzeyinde değerlendirildiği kararlara yer verilecek, çalışmanın diğer bölümlerinde AB ülkelerinin uygulamalarından da yeri geldikçe bahsedilecektir.

*National Carbonising*⁴⁴: Fiyat sıkıştırması ilk olarak Komisyon'un ara karar niteliğindeki *National Carbonizing* kararında örtülü bir biçimde ele alınmıştır. İngiltere'de hem kömür pazarında (üst pazarda) hem de kok kömürü pazarında (perakende pazarda) faaliyet gösteren National Coal Board (NCB)'un bu pazarlardaki fiyatlarının sadece alt pazarda faaliyet gösteren şikâyetçi National Carbonizing Company (NCC)'nin rekabet etmesine izin vermeyecek nitelikte olup olmadığı hususunu değerlendiren Komisyon, bu konudaki şikâyeti önce reddetmiştir. Ancak aldığı kararın Avrupa Toplulukları Adalet Divanı (ATAD) tarafından geri dönmesi üzerine Komisyon geçici tedbir kararı almıştır⁴⁵. Ara karar olması nedeniyle ayrıntılı inceleme yapmayan Komisyon'un, kararda özet olarak:

*...hammadenin üretiminde hakim durumda bulunan, imalatçılara sattığı bu hammadenin fiyatını da kontrol edebilen ve aynı zamanda imalatçılarla [söz konusu] hammaddeden türetilmiş [perakende] ürün pazarında rekabet eden bir teşebbüs bu pazardaki rekabeti yok edecek şekilde hâkim durumunu kötüye kullanabilir. Bu nedenle, hâkim durumdaki teşebbüsün, makul etkinlikteki imalatçının uzun dönemde pazarda kalabilmesi için yeterli marja izin verecek fiyatlandırma yapması zorunludur.*⁴⁶

şeklindeki ifadesinde açıkça fiyat sıkıştırması kavramını kullanmasa da bu uygulamanın nasıl oluşacağına dair koşulları sıraladığı görülmektedir.

*Napier Brown/British Sugar*⁴⁷: Komisyon'un fiyat sıkıştırmasını ilk kez tespit ettiği bu kararda, hem ham şeker (toptan pazar) hem de tanelenmiş şeker (perakende) pazarında hâkim durumda bulunduğu tespit edilen British Sugar plc (BS)'nin perakende pazara giriş yapmak isteyen rakibi (şikâyetçi) Napier Brown (NB)'u pazar dışına çıkarmak için saldırgan bir kampanya başlatarak bir dizi rekabet karşıtı eylemde bulunduğu belirlenmiş ve bunların arasında fiyat sıkıştırması da sayılmıştır. Kararda Komisyon,

⁴² A.g.k. parag. 118

⁴³ A.g.k. parag. 119. İlgili Tebliğ ayrıca, karşılaştırılabilir sorunlar ortaya çıktığı zaman başka sektörlerde de uygulanabilecektir. (a.g.k. parag. 5)

⁴⁴ O.J. L 35/6, 10.2.1976

⁴⁵ NCC daha sonra şikâyetinden vazgeçmiştir.

⁴⁶ Bkz. dn. 44, parag. 14

⁴⁷ O.J. L 284/41, 19.10.1988

...hem hammadde hem de türetilmiş [perakende] ürün pazarında hâkim durumda olan firma tarafından hammadde için [perakende pazardaki] rakiplerine sunulan [toptan] fiyat ile kendi türetilmiş ürününün fiyatı arasındaki, kendi dönüşüm [alt pazar] maliyetlerine yetmeyen marjın, türetilmiş üründeki rekabetin kısıtlanmasıyla sonuçlanacak şekilde devam ettirilmesi hâkim durumun kötüye kullanılmasıdır.⁴⁸

ifadesine yer vererek fiyat sıkıştırmasının ne şekilde ihlal teşkil edeceğinin sınırlarını çizmiş ve

...BS'nin fiyatı düşürme kampanyalarının, paketleme ve satış faaliyeti [perakende pazar faaliyeti] konusunda kendisi kadar etkin perakende şeker satıcısının [rakibin] uzun dönemde pazarda kalmasına yetmeyecek marj bıraktığı....

gerekçesiyle BS'nin fiyatlandırma politikası yoluyla NB'yi pazar dışına çıkarmak için hâkim durumunu kötüye kullandığı sonucuna varmıştır.

IPS⁴⁹: Fiyat sıkıştırmasının İDM tarafından açık bir şekilde tanımının yapıldığı IPS kararında, kırılmış kalsiyum metal üreticisi olan Industrie des Poudres Spheriques SA (IPS)'nin, üst pazar (işlenmemiş kalsiyum metal) sağlayıcısı Péchiney Électrométallurgie (PEM)'nin fiyat politikasıyla 82. maddeyi ihlal ettiğine ilişkin şikâyetinin Komisyon tarafından reddedilmesi üzerine yaptığı temyiz istemi değerlendirilmiştir. IPS'nin iddiası PEM'in işlenmemiş kalsiyum metal için kendisine sunduğu fiyatın aşırı (hâkim durumunu kötüye kullanıcı) fiyat olduğu ve bu fiyatla PEM'in kırılmış kalsiyum metal fiyatı arasındaki marjın rakip bir işletmecinin rekabet edebilmesi için yetersiz olduğu şeklindedir. Komisyon ise IPS'nin PEM'den sağladığı işlenmemiş kalsiyum metalin özellikli olmasının PEM'e bunun üretiminde ek maliyet getirdiğini, PEM'in de bu ek maliyeti toptan fiyata artış olarak yansıttığını tespit etmiş, IPS'nin iddiasını yerinde bulmamıştır. İDM, Komisyon'un bu tespitini onayarak IPS'nin iddialarını,

...PEM'in hammadde için uyguladığı fiyatın sömürücü (abusive), türetilmiş [alt pazardaki] ürüne uyguladığı fiyatın yıkıcı olmadığı durumda, şikâyetçinin muhtemelen kendi yüksek maliyetinden dolayı rekabetçi kalamaması gerçeği PEM'in fiyat politikasını kötüye kullanma olarak göstermez.⁵⁰

gerekçesiyle reddetmiştir.

⁴⁸ A.g.k. parag. 65-66

⁴⁹ Industrie des Poudres Spheriques SA v Commission (T-5//97, 2000) ECR II-3755

⁵⁰ A.g.k. parag. 179

İDM bu kararında fiyat sıkıştırmasının oluşum şekline ilişkin,

*Fiyat sıkıştırması, teşebbüsün işlenmemiş bir ürün pazarında hâkim durumda olduğu ve bu ürünün bir kısmını işlenmiş ürünün imalatında kullandığı, aynı zamanda da geri kalan kısmını, bunu alan [diğer imalatçıların-rakiplerin] işlenmiş ürün pazarında [yani alt pazarda] rekabet etmelerine yetmeyecek bir kâr marjına neden olacak şekilde fiyatladığı durumda ortaya çıkabilir.*⁵¹

ifadesini kullanmıştır.

*Deutsche Telekom*⁵²: Düzenlenen pazarlara ilişkin fiyat sıkıştırması iddiasının ilk kez incelendiği *Deutsche Telekom* kararında Komisyon, dikey bütünleşik yapıda olan Alman telekomünikasyon operatörü Deutsche Telekom AG (DT)'nin yerel ağa erişimin sağlanması pazarında perakende pazardaki rakiplerine fiyat sıkıştırması yaptığına ve bu şekilde *haksız fiyat* uygulamak suretiyle (AT Antlaşması'nın 82(a) maddesi uyarınca) hâkim durumunu kötüye kullandığına karar vermiştir. Kararda, DT yerel ağa erişim konusunda hem toptan hem de perakende pazarda hâkim durumda bulunmuş ve DT'nin perakende pazardaki rakiplerine uyguladığı toptan erişim ücreti ve abonelerine uyguladığı perakende erişim ücreti arasındaki marjın 1998-2001 yılları arasında negatif olduğu, 2002 yılından sonra ise DT'nin perakende pazardaki ürüne özgü maliyetlerini karşılamaya yetmediği tespit edilmiştir. Bu tespite bağlı olarak da,

*... toptan ve perakende hizmetlerin karşılaştırılabilir olduğu durumda, DT'nin toptan ve perakende ücreti arasındaki farkın negatif ya da DT'nin kendi alt pazar maliyetini karşılamadığı durumda fiyat sıkıştırmasının oluştuğunu*⁵³,

bu durumun

*...DT'nin, bu toptan erişim ücretini perakende pazardaki faaliyeti için bir iç transfer ücreti olarak [üst pazara] ödemek zorunda kalsaydı incelemenin yapıldığı 1998 yılından beri perakende hizmetlerini zarar etmeden sunamayacağı*⁵⁴

anlamına geldiğini belirtmiş ve

*...rakiplerin, DT kadar etkin olsalar bile kâr marjlarının sıkıştığı, [DT'den daha etkin olmadıkça] bu fiyatlarla perakende erişim [pazarında] faaliyet gösteremeyecekleri...*⁵⁵

sonucuna ulaşmıştır.

⁵¹ A.g.k. parag. 178

⁵² Bkz. dn. 1. Karar İDM'de temyiz aşamasındadır.

⁵³ A.g.k. parag. 140

⁵⁴ A.g.k. parag. 140

⁵⁵ A.g.k. parag. 141

*Telefónica*⁵⁶: Komisyon'un fiyat sıkıştırmasına ilişkin en son kararı 4 Temmuz 2007 tarihli *Telefónica* kararıdır. Komisyon, Wanadoo Spain S.L. tarafından Telefónica S.A.'nın İspanya'da genişbant internet pazarında 82. maddeyi ihlal ettiğine ilişkin şikâyeti üzerine inceleme başlatmıştır. Oldukça ayrıntılı olarak yapılan incelemede,

–İspanya telekomünikasyon düzenleyicisi tarafından yerel ağa erişim ve toptan hizmet sağlama yükümlüsü olarak belirlenen Telefónica ekonomik bütünlüğü⁵⁷ (Telefónica) ilgili toptan ürün pazarları olarak tanımlanan bölgesel ve ulusal düzeydeki genişbant internet erişimi pazarlarında çok yüksek pazar payı olması, kapsam ve ölçek ekonomisinden faydalanması, ulusal düzeyde ağa sahip olması gibi gerekçelerle hâkim durumda bulunmuş; aynı tespit teşebbüsün perakende internet erişim hizmeti pazarındaki konumu için de yapılmış,

–Rakip internet servis sağlayıcılarının genişbant internet erişimi hizmeti verebilmeleri için yeni bir ağ oluşturmalarının yakın gelecekte mümkün ve ekonomik olmadığı gerekçesiyle Telefónica'nın ağını kullanmak zorunda oldukları tespit edilmiş,

–Teşebbüsün perakende fiyatlarının genel olarak düzenleyici otoritenin onayına tabi olmadığı belirtilmiş,

–Telefónica'nın bu pazarda 2001-2006 yılları arasında uyguladığı ücretleri arasındaki marjın, bu ücretlere uygulanan fiyat sıkıştırması testi (FST) sonunda kendisinin artan maliyetlerini karşılamadığı gerekçesiyle marj sıkıştırmasına yol açtığı belirlenmiş,

–Telefónica'nın bu davranışının rekabete ve tüketicilere karşı gerçekleşmiş ve olası olumsuz etkileri ayrıntılı bir şekilde gösterilmiş,

–Telefónica'nın internet kullanımını teşvik etmek, etkinlik yaratmak ve rakiplerin kampanyalarını takip etmek gibi objektif gerekçelendirmeleri de dikkate alınmıştır.

Sonuçta, Telefónica'nın fiyat sıkıştırması yoluyla *haksız fiyat* uyguladığı, bu şekilde 82. maddeyi ihlal ettiği belirlenmiştir. İlgili kararda, yukarıda yer verilen kararlara atıf yapılarak,

⁵⁶ Bkz. dn. 3

⁵⁷ Ana şirket olan Telefónica S.A. ve genişbant toptan ve perakende internet erişim pazarlarında faaliyet gösteren iştirakleri Telefónica de España S.A.U, Telefónica Data de España S.A.U. ve Terra Networks España S.A.'yı kapsamaktadır. (Bkz. dn. 3, parag. 11-23)

...fiyat sıkıştırması alt ve üst pazar fiyatları arasındaki orantısızlıktan kaynaklanmaktadır. Telefónica'nın iddiasının tersine toptan fiyatın aşırı veya perakende fiyatın yıkıcı olması gerekmez⁵⁸.

ifadesi kullanılmış ve fiyat sıkıştırmasının *teşebbüsün hâkim durumda bulunduğu pazardaki gücünü faaliyette bulunduğu bir başka pazara aktarmasının bir örneği olduğu* açıkça ifade edilmiştir.

Fiyat sıkıştırmasına ilişkin Komisyon ve İDM tarafından verilen kararlara bakıldığında, bu uygulamanın 2000'li yıllara kadar hammaddeye dayalı sektörlerde inceleme konusu yapıldığı ve genellikle hâkim durumun kötüye kullanılması kapsamındaki diğer ihlal türleriyle birlikte değerlendirildiği (Kallaugher 2004, 16-17) görülmektedir. Son zamanlarda ise fiyat sıkıştırması özellikle telekomünikasyon sektörüne yönelik yapılan incelemelerde geniş çaplı bir şekilde ele alınmış, aynı zamanda teşebbüslerin inceleme konusu fiyatlarının tamamen ya da kısmen ulusal düzenleyici otoriteler tarafından düzenleniyor olmasına rağmen 82. madde kapsamında müdahalede bulunulmuştur.

2.1.3. Türkiye Uygulamaları

Fiyat sıkıştırması Türk rekabet hukukunda, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun (4054 sayılı RHHK)'un hâkim durumun kötüye kullanılması hallerini betimleyen 6. maddesi kapsamında ele alınmıştır. Bununla birlikte, Rekabet Kurulu'nun fiyat sıkıştırmasını incelediği kararların oldukça sınırlı ve son dönemlere ait olduğu görülmektedir⁵⁹.

⁵⁸ Bkz. dn. 3, parag. 283

⁵⁹ Bu noktada, Rekabet Kurulu'nun doğrudan fiyat sıkıştırmasını incelediği kararlarına geçmeden önce, Kurul'un (2.10.2002 tarihli ve 02-60/755-305 sayılı kararının Danıştay tarafından iptal edilmesi üzerine verdiği) 5.1.2006 tarih ve 06-02/47-8 sayılı kararından bahsetmek yerinde olacaktır. Türk Telekomünikasyon A.Ş. (Türk Telekom)'nin internet erişim hizmetlerinin sunulması için gereken altyapıları içeren pazarlardaki hakim durumunu bu pazarlar ve internet erişim hizmetleri pazarlarında kötüye kullandığı iddiasının değerlendirildiği bu kararda, Türk Telekom'un TNet adı altında son kullanıcılara sunduğu çevirmeli (*dial-up*) internet erişim ücretlerini, bu hizmetin maliyetlerinin altında belirleyerek rakiplerin faaliyetlerini zorlaştırıp zorlaştırmadığı hususu da ele alınmıştır. İlgili kararda, bu ücretlerin, Türk Telekom'un bir internet servisi sağlayıcısı olarak katlanacağı teknik maliyetlerin dahi altında kaldığı tespiti yapılmış ve yerel kullanıcıya sunulan dar bant internet erişimi pazarında ISS'lerin, TNet ile fiyat konusunda rekabet etmelerinin mümkün olmadığı kanaatine varılmıştır. Kurul'un, bu hususu çapraz sübvansiyon yaparak yıkıcı fiyatlandırma ile ilişkilendirdiği görülmektedir. Ancak, ilgili kararda bu değerlendirmeye yönelik yapılan hukuki tespitlere bakıldığında, tezin bir sonraki bölümünde bahsedilecek olan ve fiyat sıkıştırmasının gerçekleşebilmesi için hukuki değerlendirmede aranacak özellikle dikey bütünleşme, üst pazarda hakimiyet, girdinin zorunlu unsur niteliği taşıması, alt pazarda yetersiz kar marjı gibi unsurların bu tespitlerle örtüştüğü de görülmektedir. Bu bağlamda, yıkıcı fiyatlandırma ile ilişkilendirilen teşebbüs davranışının fiyat sıkıştırması

Bu konudaki ilk karar, Rekabet Kurulu'nun, Türk öğrenci, öğretmen ve öğretim üyelerini kapsayan bir abone kitlesine uyguladığı ADSL⁶⁰ kampanyasındaki indirimli ücretlerin diğer internet servis sağlayıcılara uygulanmaması nedeniyle rekabeti bozduğu iddiasını konu edinen kararıdır (*Türk Telekom Öğrenci-Öğretmen Kampanyası* kararı⁶¹). Kararda, fiyat sıkıştırmasının ayrıntılı incelemesine girilmemiş, Türk Telekom'un bu kampanyayı düzenleyici otorite olan Telekomünikasyon Kurumu izin ve onayıyla gerçekleştirmiş olması gerekçesiyle şikâyet reddedilmiştir.

Rekabet Kurulu 2007 tarihli *Turkcell Kurumsal Tarifeler*⁶² kararında ise doğrudan fiyat sıkıştırması ihlaline ilişkin tespit ve değerlendirmelerde bulunmuştur. Kararda, mobil telekomünikasyon piyasasında pazar lideri konumunda olan Turkcell İletişim Hizmetleri A.Ş. (Turkcell)'nin kurumsal müşterilere sunduğu bazı özel paketlerdeki ve bu paketlere ilişkin düzenlediği kampanyalardaki perakende (şebeke içi) ücretlerinin, diğer operatörlere uyguladığı ve Telekomünikasyon Kurumu onayına tabi çağrı sonlandırma ücretinin altında belirlenmesi nedeniyle fiyat sıkıştırmasına yol açtığı şikâyeti değerlendirilmiştir. Yapılan incelemede ise, şikâyet 4054 sayılı RKHK'nın kapsamında incelemeye alınmış, ancak *Turkcell'in alt pazardaki perakende ortalama fiyatları ile bu pazarda etkin operatörün maliyetleri arasında, piyasada faaliyet göstermek için yeterli olabilecek bir marj bulunduğu tespit edilerek, Turkcell'in inceleme konusu fiyatlarını kötüye kullanma eylemi şeklinde fiyat sıkıştırması olarak nitelendirmenin mümkün olmadığı* sonucuna ulaşılmış ve şikâyet reddedilmiştir.

Son olarak, Rekabet Kurulu'nun "*TTNet Yaz Fırtınası Kampanyası*"⁶³ kararında fiyat sıkıştırması ele alınmıştır. Bu *geçici tedbir kararında*, Türk Telekom'un perakende genişbant internet erişimi pazarında faaliyet gösteren ve *fiyatları Telekomünikasyon Kurumu düzenlemesine tabi olmayan* iştiraki TTNet A.Ş.'nin ADSL internet erişim hizmetine yönelik başlattığı "Yaz Fırtınası" kampanyasında sunduğu indirimli ücretlerin fiyat sıkıştırmasına yol açtığına ilişkin şikâyetler değerlendirilmiştir. İncelemede yapılan maliyet analizinde söz konusu ücretlerin genel olarak Türk Telekom'a ödenen toptan erişim ücreti ile TTNet A.Ş.'nin maliyetlerini karşılamadığı tespitinde bulunulmuş, sonuç olarak da

kapsamında da değerlendirilebileceği açıktır. Bununla birlikte, bu yönde yapılacak bir değerlendirmede de sonucun değişmeyeceği düşünülmektedir.

⁶⁰ Açılımı "Asymmetric Digital Subscriber Line" olan ADSL, (bakır, fiber optik gibi) bir ağ üzerinden hem ses hem de veri iletimine izin veren bir genişbant internet erişimi teknolojisidir.

⁶¹ 8.9.2005 tarih, 05-55/833-226 sayılı karar.

⁶² 4.7.2007 tarih, 07-56/634-216 sayılı karar.

⁶³ Bkz. dn. 5

....“Yaz Fırtınası” kampanyası da dahil olmak üzere, TTNet A.Ş.’nin maliyetlerinin altında ya da Türk Telekomünikasyon A.Ş.’nin toptan fiyat tarifeleri ışığında fiyat sıkıştırması niteliğinde olabilecek perakende fiyatları içeren tüm kampanyaların durdurulması ya da söz konusu kampanyaların TTNet A.Ş.’nin ilgili hizmetlerdeki maliyetlerinin altında olmayacak şekilde yeniden düzenlenmesine...

karar verilmiştir⁶⁴.

Yukarıda yer verilen kararlardan, Rekabet Kurumu’nun fiyat sıkıştırması iddialarını ele aldığı kararların sadece telekomünikasyon sektörüne yönelik olduğu görülmektedir. Rekabet Kurulu, her iki pazardaki fiyatların düzenleyici otorite olan Telekomünikasyon Kurumu onayına tabi olduğu (*tam düzenleme yapıldığı*) sürece fiyat sıkıştırması iddialarına ilişkin 4054 sayılı RKHK kapsamında işlem yapmamış, ancak perakende fiyatların düzenlemeye tabi *olmadığı* durumda ilgili Kanun maddelerini işletmiştir.

2.1.4. Genel Değerlendirme

Yukarıda yer verilen kararlardan fiyat sıkıştırmasının hukuki zeminde ne şekilde ele aldığına dair aşağıdaki çıkarımları yapmak mümkündür.

Öncelikle, fiyat sıkıştırmasının rekabet hukuku kapsamında ihlal olarak nitelendirilebilmesi için yapılan incelemede teşebbüsün üst pazarda hâkim durumda bulunması (ABD’de tekel gücüne sahip olması) başta olmak üzere belirli koşulların varlığının arandığı görülmektedir.

İkinci olarak, fiyat sıkıştırmasının tespiti (*IPS ya da Covad/Bellsouth kararları* gibi) bazı kararlarda yıkıcı fiyatın tespitine dayandırılmıştır. Bazı kararlarda ise (örneğin *Deutsche Telekom* ve *IPS* kararlarında) üst pazardaki fiyatın aşırılık içermesi gibi koşullar aranmıştır. *Telefónica* kararında bu önermeler reddedilmiştir. ABD kararlarında ise genel olarak fiyat sıkıştırması *sözleşme yapmayı reddetme* ihlali bağlamında ele alınmıştır. Dolayısıyla fiyat sıkıştırmasının rekabet hukuku incelemesinde ayrı bir ihlal türü olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceği konusu açıklığa kavuşmuş değildir.

Üçüncü olarak, fiyat sıkıştırmasının matematiksel olarak tespitinde teşebbüsün kendi maliyeti dikkate alınmış, ancak *National Carbonising* kararında *makul etkinlikteki bir rakibin kârlılığının* (dolayısıyla maliyetinin) de gözetilebileceği gibi ifadelerle yer verilmiş, *Turkcell Kurumsal Tarifeler*

⁶⁴ Kararda, inceleme konusu şikayetlerin ayrıca ilgili teşebbüslere yönelik olarak 7.5.2007 tarih ve 07-38/411-M sayılı Rekabet Kurulu Kararı ile açılan soruşturma kapsamında değerlendirilmesine karar verilmiştir. Söz konusu soruşturmaya ilişkin karar, çalışmanın hazırlandığı dönemde henüz yayınlanmamıştır.

kararı'nda rakip operatörün maliyetine göre hesaplama yapılmıştır. Bu bakımdan kararlarda, fiyat sıkıştırması testinde (FST'de) kullanılacak maliyetler konusunda bir belirsizlik bulunduğunu söylemek mümkündür.

Dördüncü olarak, özellikle AB kararlarında teşebbüs her iki pazarda da hâkim durumda bulunmasına rağmen, *Napier Brown/British Sugar* kararı hariç alt pazarda hâkimiyetin zorunlu bir koşul olarak üzerinde durulmadığı görülmektedir. *Telefónica* kararında bu koşulun bir gereklilik olmadığı yönünde ifadeler bulunmaktadır⁶⁵.

Son olarak, ilgili kararlardan ABD'de ve Türkiye'de teşebbüsün her iki pazardaki faaliyetinin/fiyatının düzenlendiği pazarlarda fiyat sıkıştırması ihlallerine yönelik olarak rekabet hukuku çerçevesinde işlem *yapılmaması* gerektiği yönünde görüşün hâkim olduğu, AB Komisyonu'nun ise bu konuda *Deutsche Telekom* ve kısmen *Telefónica* kararlarında olduğu gibi daha müdahaleci bir yaklaşım sergilediği anlaşılmaktadır.

Görüldüğü üzere, kararlarda (bazı konularda görüş birliği bulunmakla birlikte) fiyat sıkıştırmasının hukuki çerçevesine ilişkin açıklığa kavuşturulmamış hususlar ve birbiriyle çelişen tespitler bulunmaktadır. Fiyat sıkıştırmasının hukuki değerlendirmesinde belirsizlik taşıyan bu konulara ilişkin görüşler çalışmanın bir sonraki bölümünde ele alınacak ve tartışmaya açılacaktır. Aşağıda ise bu belirsizliklerden bağımsız olarak fiyat sıkıştırmasının rekabet kanunlarının ihlal sayılabilmesi için gerekli hukuki koşullara ve ilgili rekabet hukuku incelemesine yer verilecektir.

2.2. FİYAT SIKIŞTIRMASININ REKABET HUKUKU BAĞLAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ İÇİN GEREKLİ HUKUKİ KOŞULLAR

Fiyat sıkıştırması belirli hukuki koşulların eş zamanlı gerçekleştiği durumda rekabet karşıtı bir strateji olarak ele alınmaktadır (Labrador 2006, 249). Esas olarak, yukarıda bahsedilen kararlarda üzerinde durulan ve fiyat sıkıştırmasının teşebbüs açısından rasyonel/kârlı bir strateji olabilmesi için gerekli ekonomik koşulların hukuki zemine aktarılmış hali olarak da yorumlanabilen bu koşulları,

Teşebbüsün dikey bütünleşik yapıda olması,

1. Teşebbüsün üst pazarda hâkim durumda (tekel gücünde) bulunması,
2. Teşebbüsün bu hâkim durumunu (tekel gücünü) alt pazardaki üretim ve rekabet için zorunlu olan girdi üzerinden elde etmiş olması,

⁶⁵ Bkz. dn. 3, parag. 243

3. Girdinin fiyatı ve alt pazardaki fiyat arasında kârlı olmayan bir marj kalması,
4. Teşebbüsün objektif gerekçelerinin olmaması,
5. Alt pazarda rekabetin kısıtlanması

olarak sıralamak ve aşağıdaki şekilde açıklamak mümkündür:

1. Teşebbüsün Dikey Bütünleşik Yapıda Olması: Teşebbüsün öncelikle, dikey bağlantılı üst ve alt pazarda faaliyeti olacak şekilde dikey bütünleşik yapıda olması ve aynı ekonomik bütünlük içerisinde yer alması gerekmektedir. Teşebbüsün sadece bu pazarlardan birinde faaliyetinin olması bu pazarda yıkıcı fiyatlandırma veya aşırı fiyatlandırma yapabilmesine imkân verirken, diğer pazardaki fiyatı kontrol edememesinden dolayı fiyat sıkıştırması gibi bir eylemde bulunmasına olanak tanımayacaktır (Labrador 2006, 250). Dikey bütünleşme ise, teşebbüse uyguladığı fiyat politikasına göre alt veya üst pazardan en az birinden kâr elde etmesini sağlayabilecektir (Padilla ve O'Donoghue 2006, 311).

2. Teşebbüsün Üst Pazarda Hâkim Durumda (Tekel Gücünde) Bulunması: Teşebbüsün üst pazarda sahip olduğu pazar gücü rekabet hukuku bağlamında (ABD'de tekel gücü (ABA 2005, 314) olarak ele alınırken), AB mevzuatında hâkim durum olarak yorumlanmıştır. Ancak, özellikle girdinin alt pazardaki üretim ve rekabet için zorunlu olması gerektiği göz önüne alınırsa, teşebbüsün kanunen hâkim durumda bulunmasına dayanak olan pazar gücünün derecesinin çok daha yüksek olması beklenecektir. Dolayısıyla teşebbüste aranan hâkim durumda bulunma koşulunun "tekele yaklaşan hâkim durum"a ("süper hâkim durum"a⁶⁶) denk gelmesi ve bunun da %80'in üzerinde bir pazar payına işaret etmesi gerekmektedir (Crocioni ve Veljanovski 2003, 39).

3. Girdinin Zorunlu Unsur Niteliğinde Bulunması: Teşebbüs üst pazardaki hâkim durumunu alt pazardaki üretim ve rekabet için zorunlu nitelikte olan girdinin üretiminden elde etmiş olmalıdır. Bu girdi üzerinde sahip olunan güç aynı zamanda girdinin üst pazarda yakın ikamesinin (alternatifinin) bulunmamasının ve daha düşük bir maliyetle kısa sürede üretilmemesinin bir sonucu olarak da görülebilecektir (O'Donoghue ve Padilla 2006, 306). Nitekim, Deutsche Telekom ve Telefónica kararlarında, ilgili teşebbüslerin altyapılarına alternatif olarak yeni bir altyapı inşa edilmesinin ekonomik anlamda imkansız

⁶⁶ Pazar gücünün uzun süre devam etmesi sonucunda, tekele yaklaşan pazar gücünü ifade eden hâkim durum (O'Donoghue ve Padilla 2006, 166). "Süper hâkim durum" ATAD'ın *Compagnie Maritime SA v Commission* kararındaki savcı (AG) Fennelly'nin görüşünde, "tekel ya da yarı tekel" firmaların sahip olduğu gücü ifade etmek için kullanılmış, yaklaşık %90 pazar payının üstü bu kavramla ilişkilendirilmiştir (Compagnie Maritime Belge Transport SA, Compagnie Maritime Belge SA and Dafra-Lines A/S v Commission, 2000 ECR I-1365).

olması ve öngörülebilir bir gelecekte mümkün gözükmemesi nedeniyle, rakiplerin pazarda faaliyet gösterebilmeleri için bu teşebbüslerin altyapısına erişmek ve onlardan bu konuda hizmet almak zorunda oldukları üzerinde durulmuştur. Kararlarda açıkça zikredilmese bile teşebbüsün kontrolünde bulunan girdiye rekabet hukuku bağlamında “zorunlu unsur doktrini”⁶⁷ çerçevesinde ele alınan *zorunlu unsur* olarak yaklaşıldığını söylemek mümkündür (Garzaniti ve Liberatore 2004, 175).

4. Kârlı Olmayan Alt Pazar Marjı: Fiyat sıkıştırmasının sonucunda teşebbüsün alt ve üst pazar fiyatları arasından marjın alt pazarda bu teşebbüs kadar etkin bir rakibin kâr elde etmesi ve uzun dönemde pazarda kalabilmesi olanaksız olmalıdır. Bu koşul, teşebbüsün aynı girdi fiyatını ödemek zorunda olsaydı alt pazarda kârlı bir şekilde faaliyet gösteremeyeceği şeklinde de yorumlanabilir. (Joskow 1985, 187).⁶⁸

5. Teşebbüsün Objektif Gereçeklerinin Olmaması: Teşebbüsün, girdi fiyatı karşısında alt pazarda zarar ettiği tespit edilse bile bu zararın dışlayıcı amaç ya da niyet dışında açıklamasının bulunmaması gerekmektedir. Objektif gerekçeler arasında, kısa süreli promosyonlar, yeni ürünlerin piyasaya sunumu, etkinlik savunması gibi teşebbüs kaynaklı açıklamalar ile pazar şartlarının kısa süreli kötü gitmesi ancak düzeleceğinin beklenmesi (O’Donoghue ve Padilla 2006, 321) veya girdinin fiyatının dışsal nedenlerle artarken alt pazardaki fiyatın talebin yapısından dolayı artmaması sonucunda aradaki marjın kısılmış olması (Areeda ve Hovenkamp 2002, ¶767c, 127) gibi pazarın yapısı ve işleyişine ilişkin açıklamaları saymak mümkündür.

6. Alt Pazarda Rekabetin Kısıtlanması: Geradin ve O’Donoghue (2005, 363), yukarıdaki koşulların tamamı gerçekleşmiş olsa bile, teşebbüsün

⁶⁷ *Zorunlu unsur doktrini*, üst pazarda hâkim durumda olan bir teşebbüsün (alt pazardaki) mevcut veya potansiyel rakiplerle anlaşma yapmaktan ve onlara ürün/hizmet sağlamaktan kaçınması (sözleşme yapmayı reddetme) davranışının rekabet hukuku bağlamında değerlendirilmesinde kullanılan hukuki bir yaklaşımdır (Gürzumar 2006, 17-32). Gürzumar (2006, 26), söz konusu doktrini, *dar anlamda* ve *geniş anlamda* olmak üzere iki şekilde yorumlamıştır. Yazar, bu tanımlardan ilkinde teşebbüsün potansiyel rakipleri için söz konusu girdinin alternatifinin yaratılmasının *ekonomik ve teknik açıdan imkânsız olduğu* durumda bu girdinin alt pazar için zorunluluk oluşturduğunu belirtmiştir. İkincisinde ise girdinin sunumuna ilişkin mevcut veya potansiyel rakiplerle teşebbüs arasında ihtilafın çıktığı zaman, girdinin alternatifinin olmaması, olsa bile bunu yapmanın rakipler açısından onların pazarda hizmet vermelerine devam edemeyecek kadar yüksek maliyet gerektirmesi ve uzun zaman alması durumunda girdinin zorunluluğundan bahsetmek mümkündür. Bu bağlamda, fiyat sıkıştırmasının rekabet hukuku kapsamında ele alınması için *girdinin zorunluluğu* koşulunun ilgili kararlarda yer verildiği şekliyle, daha çok *geniş anlamda zorunlu unsur doktrini* çerçevesinde yapılan zorunlu unsur betimlemesine uyduğu görülmektedir. Bu konunun devamı olarak, fiyat sıkıştırmasını ve sözleşme yapmayı reddetme ihlali arasındaki ilişkiye ise çalışmanın 3. bölümünde yer verilecektir.

⁶⁸ Örneğin, bkz. dn. 1, parag. 140

davranışının pazardaki rekabete zarar vermiş olması/zarar vereceğinin tespit edilmesi gerektiğini belirtmiştir. Bunun için de strateji öncelikle rakipler üzerinde dışlayıcı etkiyi yaratacak kadar uzun süreli uygulanmalıdır. Fiyat sıkıştırması ihlalinin tespit edildiği kararlara bakıldığında, *Alcoa* kararında ihlal süresinin 1925-1932; *Deutsche Telekom* kararında 1998-2002; *Telefónica* kararında ise 2001-2006 yıllarını kapsayacak şekilde oldukça geniş bir aralık için tespit edildiği görülmektedir. Diğer yandan, kısa süreli yapılan promosyon indirimleri dışlayıcı etki taşımayıp fiyat sıkıştırmasına yol açmıyor görünse de göreceli fiyatların aşırı derecede düşük olması veya negatif marjlara neden olacak şekilde sık sık değişmesi ve bu değişimlerin rakiplerin pazara giriş sinyali verdiği anda gerçekleşmesi dışlayıcı stratejinin bir göstergesi de olabilmektedir (Crocioni ve Veljanovski 2003, 41). Teşebbüsün stratejisinin rakipler üzerindeki dışlayıcı etkisinin yanı sıra bu etkinin aynı zamanda tüketici refahına da zarar verip vermediği dikkate alınması gereken bir diğer konudur. Bu konu, AB Komisyonu'nun *Telefónica* kararında,⁶⁹ ayrıntılı bir şekilde ele alınmıştır.

Sonuç olarak, yukarıda yer verilen unsurların ışığında, fiyat sıkıştırmasının hukuksal tanımını, “*dikey bütünleşik ve üst pazarda hâkim durumda olan teşebbüsün kendisinin de faaliyette bulunduğu alt pazardaki rakiplerine sunduğu zorunlu girdinin ve bu girdi kullanılarak üretilen alt pazar ürününün fiyatları arasındaki marjı, rakiplerin alt pazarda bu marjın içinde kalarak teşebbüsle kârlı bir şekilde rekabet edemeyeceği kadar kısması sonucunda ortaya çıkan ve (alt) pazarda rekabete zarar veren dışlayıcı bir strateji*” şeklinde yapmak mümkündür.

2.3. FİYAT SIKIŞTIRMASININ TESPİTİNDE YAPILACAK REKABET HUKUKU İNCELEMESİ

Önceki bölümde bahsedilen koşulların gerçekleşip gerçekleşmediğini tespit etmek için yapılan rekabet hukuku incelemesi diğer hâkim durum ihlallerine yönelik incelemelerde olduğu gibi öncelikle ilgili ürün pazarının tanımlanmasını ve teşebbüsün bu pazardaki gücünün ölçülmesini daha sonra da alt pazardaki marjın tespit edilmesi için FST'nin yapılmasını gerekli kılmaktadır.

⁶⁹ Bununla birlikte, kararda diğer AB içtihatlarına paralel olarak 82. maddenin pazarda gerçekleşmiş rekabet karşıtı etkinin gösterilmesini zorunlu kılmadığı belirtilmiştir. Bkz. dn. 3, parag 543. Fiyat sıkıştırmasının rekabet incelemesinde gerçekleşmiş ve olası etkinin gösterilmesi gerekliliği konusu kararlardaki ve literatürdeki tartışmalar ışığında çalışmanın 3. bölümünde ayrıntılı bir şekilde ele alınacaktır.

Aşağıda bu aşamalarda üzerinde dikkatle durulması gereken noktalara yer verilecektir⁷⁰.

2.3.1. Pazarın Tanımlanması ve Teşebbüsün Pazar Gücünün Belirlenmesi

Pazarın tanımlanması, ihlalde bulunduğu iddia edilen teşebbüsün bu iddiaya konu olan eylemini gerçekleştirebilmek için yeterli pazar gücüne sahip olup olmadığı ve bu eylemi gerçekleştirirse pazar gücünü artırıp artıramayacağı belirlenmesinde önemli rol oynamaktadır (Evans 2003, 356). Pazar tanımlaması fiyat sıkıştırması bağlamında özellikle yukarıda bahsedilen hukuki koşullardan ilk üçünün varlığının tespit edilmesinde esaslı bir öneme sahiptir.

Fiyat sıkıştırmasının oluşabilmesi için üst ve alt pazarın üretim zincirinde dikey bağlantılı olmasının yanı sıra, *ayrı birer ilgili ürün pazarını oluşturması, bir başka deyişle aynı ilgili ürün pazarı içerisinde yer almaması* gerekmektedir. İlk anda oldukça basit olarak görülebilen bu gereklilik, fiyat sıkıştırmasının incelendiği bazı pazarlarda sorun teşkil etmektedir. Bu sorun özellikle, üst ve alt pazarın bir nevi önpazar ve ardılpazar⁷¹ niteliği taşıması halinde ortaya çıkmaktadır. Alt pazardaki müşteri, bu pazarlardaki ürünleri *tamamlayıcı* olarak algılaması ve önpazardaki (alt pazardaki) ürünü seçerken ardılpazardaki (üst pazardaki) ürünün fiyatını da dikkate alması halinde her iki fiyatı kendisi için tek bir maliyet olarak görebilecektir. Dolayısıyla, her iki pazar tek bir ilgili ürün pazarını oluşturabilecek ve fiyat sıkıştırmasının ilk koşulu gerçekleşmeyecektir (Crocioni ve Veljanovski 2003, 45).

Pazar tanımı ikinci olarak, teşebbüsün üst pazarda hâkim durumda olup olmadığını belirlemek için gereklidir. Teşebbüs ancak bu pazarda hâkim durumda bulunduktan sonra sahip olduğu pazar gücünü alt pazarda fiyat sıkıştırması yoluyla kötüye kullanabilecektir. *Buna ilişkin tespit ise sadece bu pazardaki hâkim durumuna bağlı olmayıp sunduğu girdinin alt pazar rekabeti için zorunluluk taşıyıp taşımadığına dayanmaktadır.* Crocioni ve Veljanovski (2003, 41-43)'ye göre, alt pazarda inceleme konusu ürüne yakın ikâmeler varsa girdi alt pazar rekabeti için zorunlu olmaktan çıkacak ve teşebbüsün bu girdi üzerindeki hâkim durumu fiyat sıkıştırmasını gerçekleştirmesinde önemini

⁷⁰ Davranışın pazarda yarattığı rekabete zarar veren etkiye yönelik yapılacak değerlendirmenin, ilgili rekabet incelemesinde yer alması gerektiği düşünülse de bu konu, kararlarda tam bir görüş birliği bulunmadığından çalışmanın 3. bölümünde ele alınacaktır.

⁷¹ Ardılpazar, bir ana ürünün (önpazarda) satılmasından sonra ihtiyaç duyulan tamir, yedek parça, tamamlayıcı ürün ya da hizmetleri içeren pazarları ifade etmekte, donanım-yazılım, işletim sistemi- yazılım gibi ürünlerin olduğu pazarlar da önpazar-ardılpazar olarak nitelendirilmektedir (Onuklu 2007, 36).

yitirecektir. Bunun yanında, Bouckaert ve Verboven (2004, 347), FST'nin uygulandığı ürünün *tek başına* ilgili ürün pazarı oluşturup oluşturmadığının tespit edilmesi gerektiğini savunmaktadır. Yazara göre, FST bu ürünün fiyatı için başarısız olsa da, pazarda yakın ikamelerin mevcut olması halinde teşebbüs bu ürün bazında rakipleri dışlasa bile diğer ikamelerin yaratacağı rekabet baskısı nedeniyle, daha sonra ürünün fiyatını artırmak için yeterli pazar gücünü elde edemeyecektir⁷². Alt pazarın tanımlanmaması bu önemli ayrıntının kaçırılmasına neden olacaktır. Dolayısıyla, öncelikle alt pazarın sınırlarının çizilmesi gerektiğini söylemek mümkündür.

Ayrıca, teşebbüsün üst pazardaki gücü her ne kadar, girdi üzerindeki kontrolüne bağlı ise de teşebbüsün bunu alt pazarda dışlayıcılık amacıyla kötüye kullanabilmesi, girdinin bu pazardaki üretim için ne derece zorunluluk taşıdığına bağlıdır. Örneğin, teşebbüs girdinin üretiminde tek el olsa bile rakipler bu girdiyi başka alternatiflerle ikame edebiliyorsa teşebbüsün bu pazardaki hâkim durumunu alt pazarda fiyat sıkıştırması yoluyla kötüye kullanması ihtimali de sorgulanmaya açık olacaktır (Crocioni ve Veljanovski 2003, 46). Örneğin, *IPS* kararında *IDM*, PEM'in fiyat sıkıştırması yaptığı iddiasını reddederken kırılmış kalsiyum metal üretmek için PEM'in ürettiği birincil kalsiyum metal haricinde başka girdilerin de bulunduğunu ve birincil kalsiyum metalin PEM haricinde başka sağlayıcılardan da temin edilebileceğini belirtmiştir⁷³.

Pazar tanımıyla ilgili üzerinde durulması gereken son konu bu aşamanın yeni gelişen pazarlar söz konusu olduğunda daha karmaşık bir hale geldiğidir. Bu pazarlar gelecekteki talep ve sunumun yüksek düzeyde belirsizlik içerdiği, pazara ilişkin verilerin sadece kısa dönemde güvenilirlik arzettiği pazarlardır. Bu nedenle, pazar tanımlamasında kullanılan ve fiyat artışlarına kısa dönemdeki yani halihazırdaki müşterilere ait tepkiyi ölçen analizler pazardaki dinamik yapıyı gözden kaçırıp pazarın olduğundan dar tanımlanmasına neden olabilmektedir (Crocioni 2007). Testteki bu eksiklik *çift-taraflı pazarlarda*⁷⁴ da

⁷² Bu konu, İngiltere'de telekomünikasyon sektörü düzenleyicisi Oftel'in, British Telecom (BT)'un internet erişimi ve telefon görüşmelerine ilişkin bazı paketlerdeki tarifelerine ilişkin verdiği *BTSurf* kararında açıkça göze çarpmaktadır (Investigation by the Director General of Telecommunications into the BTSurf Together and BT Talk & Surf Together Pricing Packages under the Competition Act 1998, 4 Mayıs 2001). Kararda, Oftel BT'yi ilgili üst pazarda hâkim durumda bulmasına rağmen söz konusu paketlerin alt pazarda başka paketlerle ikâme edilebilmesinin ve BT'nin bu paketlere ilişkin fiyatı artırması durumunda kullanıcıların diğer pakete geçebilmesinin mümkün olması nedeniyle perakende pazarda rekabet karşıtı etki doğmasının muhtemel olmadığı belirtilmiştir.

⁷³ Bkz. dn. 49, parag. 5 ve 50-52

⁷⁴ Teşebbüslerin aynı anda talepleri birbiriyle alakalı olan iki müşteri grubu için rekabet etmeleri yani bir müşteri grubunu çekmek için diğer bir müşteri grubu üzerine rekabet etmeleri durumunda ortaya *çift-taraflı pazarlar* çıkmaktadır. Bu pazarlara örnek olarak, yazılım endüstrisi, video oyunları, kredi kartları, yayıncılık ya da elektronik iletişim ağları vb. verilebilir. Teşebbüs, bu

ortaya çıkmaktadır. Yeni gelişen pazarlarda sıkça rastlanan bu özellik, tek taraflı pazar tanımları için geliştirilen tekniklerin bu pazarlara uygulanması durumunda olması gerekenden daha dar pazar tanımı yapılmasına sebebiyet verebilecektir (Evans 2003, 356).

2.3.2. Fiyat Sıkıştırması Testi (FST)'nin Uygulanması

2.3.2.1. Fiyat Sıkıştırması Testi (FST) ve Unsurları

Fiyat sıkıştırması, çalışmanın önceki bölümlerinde bahsedildiği üzere, teşebbüsün üst ve alt pazar fiyatları karşısında alt pazarda etkin bir rakibin kâr edemeyeceği kadar yetersiz bir marjın kalması sonucunda oluşmaktadır. Teknik/matematikselsel olarak bu marjı tespit etmek için ilgili otoritelerce FST testi kullanılmaktadır. Bu testi, genel kabul görmüş haliyle aşağıdaki şekilde formülleştirmek mümkündür:

$$NM = \frac{F^a - (F^ü + M^a)}{F^ü + M^a} \leq r \quad (1)$$

Yukarıdaki formülde,

- NM, yüzdesel olarak net marjı
- F^a , alt pazar fiyatını
- $F^ü$, girdi (üst pazar) fiyatını
- M^a , inceleme konusu ürüne özgü alt pazar maliyetini
- r ise alt pazar faaliyetinin uzun dönem riske uyarlanmış geri dönüş oranını (kârlılık oranını)

ifade etmektedir. Yukarıda eşitsizliğin sağlanması (alt ve üst pazar fiyatı ve alt pazar maliyetine göre hesaplanan net marjın yeterli derecede uzun bir süre için r 'den küçük-eşit fiyat sıkıştırmasının gerçekleşmiş olduğu anlamına gelmektedir. Matematikselsel olarak oldukça basit görünen bu testin uygulanması, fiyat ve maliyetler konusunda gerekli verinin yetersizliği gibi kısıtlar nedeniyle oldukça zorlaşmakta ve testte hata yapma payı artmaktadır (Crocioni ve Veljanovski 2003, 49). Bu nedenle, yukarıdaki eşitsizlikte yer alan bütün terimlerin tek tek üzerinde durulması gereklidir.

Net Marj ve Geri Dönüşüm Oranı: Yukarıdaki formülden net marjın belirli bir kârlılık oranının altında olduğu durumda fiyat sıkıştırması oluşacağı

durumda fiyatlandırma politikasını pazarın her iki yönündeki koşullara göre ayarlamakta ve dolayısıyla pazar tanımı ve birçok rekabet hukuku konusu bu pazarlarda farklı bir analiz gerektirmektedir (Evans 2003).

görülmektedir. Uygulamada ise, teşebbüsün inceleme konusu üründen elde etmesi gereken bu kârlılığı tespit etmek güçleşmekte ve genellikle bu oran dikkate alınmayıp NM'nin sıfırdan küçük-eşit olup olmadığına bakılmaktadır. Bu şekilde formül:

$$F^a - (F^u + M^a) \leq 0 \Rightarrow F^a - F^u \leq M^a \quad (2)$$

haline dönüşmektedir. Bu durumda, alt ve üst pazar fiyatları arasındaki marj alt pazar maliyetlerini karşılamadığı takdirde fiyat sıkıştırması oluşmaktadır. Ayrıca, girdi fiyatının alt pazar fiyatından düşük olduğunun tespit edildiği durumda ise doğal olarak maliyetlere bakmaya gerek bulunmamaktadır.

Üst ve Alt Pazar Fiyatları: Bu fiyatlar belirlenirken aşağıda belirtilen hususların dikkate alınması gerekmektedir.

İlk olarak, teşebbüsün üst pazarda tekel olması yani girdiyi sadece kendi üretmesi halinde, *alt pazar rakiplerine uyguladığı fiyat* üst pazar fiyatı olarak alınmalıdır. Ancak, teşebbüsün sadece hâkim durumda olduğu ve pazarda bu girdiyi üreten küçük de olsa başka firmaların varlığı durumunda Crocioni ve Veljanovski (2003, 52) bu girdi fiyatlarının *en düşük olanının* teste kullanılmasını önermektedir.

İkinci olarak, teşebbüs alt pazardaki rakiplerine girdiyi sunarken ek maliyete katlanıyorsa ve bunu da üst pazar fiyatına yansıtmak durumunda kalıyorsa bu maliyetlerin üst pazar fiyatından çıkarılması gerekmektedir (Polo 2007, 456). Aradaki bu ek maliyet farkının göz ardı edilmesi ise, testin *etkinlik* amacıyla ters düşecek; test, etkin olmayan rakiplerin korunması, teşebbüsün rakiplerine hizmet verirken katlandığı bu ek maliyetlerden dolayı cezalandırılması gibi rekabet hukukuyla bağdaşmayan bir amaca hizmet etmiş olacaktır (Hausmann ve Tardiff 1995, 543). Nitekim, *IPS* kararında İDM'nin bu yaklaşımı benimsediği açıkça görülmektedir. Kararda, PEM'in *IPS*'e uyguladığı fiyatın yüksekliğinin *IPS*'in talep ettiği girdinin özellikli olmasının yarattığı ek maliyetin fiyata yansımından kaynaklandığı tespit edilmiş ve bundan PEM'in sorumlu tutulamayacağı belirtilerek⁷⁵ toptan fiyatın bir kötüye kullanma olmadığı kanaatine varılmıştır⁷⁶.

Üçüncü olarak, alt pazar fiyatı teşebbüsün üzerinde kontrolünün olduğu yani kendi uyguladığı fiyat olmalıdır. Bu önerme rakiplerin müşteri çekebilmek amacıyla daha düşük fiyat uygulaması durumunda da geçerlidir (Crocioni ve

⁷⁵ Bkz. dn.49, parag. 179-180

⁷⁶ Benzer şekilde, İtalyan Rekabet Otoritesi'nin yerleşik operatör olan Telecom Italia S.p.A.'nın bir takım dışlayıcı davranışların arasında fiyat sıkıştırmasını da değerlendirdiği *Telecom Italia* (bkz. dn. 2) kararında, incelemede kullanılan FST'de operatörün rakiplere erişim sağlamak için katlandığı ek arabağlantı maliyetlerin yukarıda yer verilen formül (2)'deki eşitsizliğin sağ tarafından çıkarıldığı görülmektedir (Polo 2007, 459).

Veljanovski 2003, 52). Örneğin, *Telefónica* kararında rakiplerin Telefónica'ya benzer ancak daha düşük fiyat uyguladığının tespit edilmesine⁷⁷ rağmen FST'de Telefónica'nın uyguladığı ücretlerden elde ettiği ortalama gelir kullanılmıştır⁷⁸.

Yukarıda sayılan hususların ötesinde, alt ve üst pazar fiyatlarının *karşılaştırılabilir* olması gereklidir. Bu önerme, tek girdiden tek bir ürünün üretildiği ve her ikisinin de tek fiyatının olduğu durumdan ziyade alt pazarda platform ürünlerinin olduğu haller için önem taşımaktadır. Örneğin, telekomünikasyon sektöründe tek bir bakır kablo şebekesi üzerinden farklı teknolojilere dayanılarak alt pazarda farklı hizmetler verildiğinde ve bu hizmetlerden gelir elde etmenin birden fazla yolu olduğunda, üst pazar fiyatına karşılık gelecek alt pazar fiyatını tayin etmek güçleşmektedir⁷⁹. Bravo ve Siciliani (2007, 264) bu durumda alt pazar ürünlerinin ekonomik ilişkisine bakmak gerektiğini belirtmiştir. Yazarlara göre, ürünlerin talep açısından birbirini *tamamlayıcı* özelliğinin olması halinde bunlardan elde edilen gelirlerin hepsi alt pazar fiyatına dâhil edilmeli; alt pazar ürünlerinin *aynı anda sunulamama (mutually exclusive)* özelliği olması halinde ise her bir ürün için ayrı test yapılmalıdır.

Alt Pazar Maliyeti: FST'nin en zor ve tartışmalı aşaması sayılabilecek alt pazar maliyetlerinin belirlenmesine yönelik, özellikle yıkıcı fiyat incelemesinde kullanılan bazı temel maliyet ölçütleri bulunmaktadır. Bu ölçütler, genel olarak ortalama değişken maliyet⁸⁰, ortalama kaçınılabilir maliyet⁸¹ ve uzun dönem ortalama artan maliyet (UDOAM) olmak üzere

⁷⁷ Bkz. dn. 3, parag. 63-66

⁷⁸ Bkz. dn. 3, parag. 413-414

⁷⁹ Örneğin, *Deutsche Telecom* kararında toptan ve perakende fiyat sadece her iki pazar düzeyindeki yerel ağa erişim ücretlerinden oluşmuş, DT'nin karşı çıkmasına rağmen Komisyon çağrı gelirlerini, çağrı hizmetinden ayrı pazar olarak kabul ederek, perakende fiyata eklemeyi kabul etmemiştir. Komisyon'un bu uygulaması literatürde oldukça fazla eleştiri almasına neden olmuştur. DT'nin ve Komisyon'un iddialarının dayandığı gerekçeler için bkz. dn. 1, parag. 117-127

⁸⁰ *ODM*, teşebbüsün üretim düzeyine göre değişen (hammadde, işçi ücreti gibi) maliyetinin üretim miktarına göre ortalamasını ifade etmektedir. *ODM*'ye dayanan fiyat/maliyet testi literatürde "Areeda ve Turner kuralı" olarak bilinmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Areeda ve Turner 1975, Bolton ve diğerleri 2000, s. 2252 ve Ritter 2004, s. 622. Ayrıca bkz. ATAD'ın *Akzo* kararı (AKZO Chemie v. Commission, C-62/86, 1991) ve AB Komisyonu'nun *Wanadoo* kararı (Wanadoo, 2003/340/CE)

⁸¹ Bu maliyet, teşebbüsün maliyet altı fiyatlandırma yaptığı iddia edilen dönemde artan satışlarının üretimini yapmasaydı katlanmak zorunda olmayacağı ürün başına maliyeti (Bravo ve Siciliani 2007, 258) ifade etmektedir. Bu ölçüt, belirli müşterilere yönelik kampanyaların veya kısa süreli indirimlerin fiyat sıkıştırması oluşturup oluşturmadığı yönünde yapılacak tespit için iyi bir ölçüt olduğu düşünülebilir (Crocioni ve Veljanovski 2003, 55). Ancak, özellikle "teşebbüslerin ürün ve fiyat politikalarının sadece kısa dönem değil uzun dönem maliyetlerine göre de belirlendiği" göz önüne alındığında değerlendirmede yetersiz kalabileceği de görülmektedir (O'Donoghue ve Padilla 2006, 241).

sıralanabilir. Fiyat sıkıştırmasına ilişkin kararlarda ise, bu maliyet ölçütlerinden özellikle ürüne özgü artan maliyetler kapsamında sayılabilecek UDOAM'nin tercih edildiği belirtilmelidir⁸².

UDOAM⁸³, yeni bir ürün üretilmeye başlandığı zaman o ürünün üretimine özgü oluşan bütün (*değişken ve kısa dönemdeki sabit*) maliyetleri kapsamaktadır. Örneğin, fiyat sıkıştırmasında teşebbüsün üretimini artırması halinde *yapmak durumunda kaldığı (bina, makine alımı vb.) ek fiziksel yatırım, AR&GE, pazarlama, reklâm harcamaları gibi batık maliyetler*⁸⁴ UDOAM kapsamında değerlendirilmektedir.

UDOAM'nin sabit ya da batık maliyetleri de kapsamaması bu bağlamda, kısa dönem değişken maliyetlerin düşük, sabit maliyetlerin ise yüksek olduğu sermaye yoğun telekomünikasyon veya bilişim gibi sektörlerde yapılan fiyat/maliyet analizine, rekabet karşıtı fiyatı tespit etmede daha fazla katkı sağlamaktadır (Bolton ve diğerleri 2000, 2271)⁸⁵. Bu görüş, AB'de Komisyon'un Tartışma Metni'nde⁸⁶ de benimsenmiş, ortalama değişken ve kaçınılabilir maliyetlerin serbestleşmenin yaşandığı bu tip sektörlerin ekonomik gerçeklerini yansıtmada yetersiz kaldığı belirtilmiş ve firmanın ticari olarak gerekçelendirmediği sürece UDOAM'nin altında fiyatlandırması yıkıcı kabul edilmiştir⁸⁷. AB yaklaşımına paralel olarak ABD antitröst mahkemelerinin de sabit maliyetlerin değişken maliyetlere oranının yüksek olduğu pazarlarda UDOAM'yi kullandığı görülmektedir (Areeda ve Hovenkamp 2002, ¶741e2).

UDOAM'nin genel giderleri kapsamaması ise bu maliyetlerin kullanılması konusunda bazı çelişkilere yol açmaktadır. Nitekim, üst pazardaki girdi kullanılarak alt pazarda birden fazla ürün üretildiği durumunda bu girdinin maliyeti alt pazar için genel gider niteliği kazanmakta ve her ürünün ayrı ayrı

⁸² Örneğin, bkz. dn. 3, parag. 318 ve 419-542

⁸³ Baumol (1979, 9), X ürününe ait *ortalama artan maliyeti* basit olarak, teşebbüsün uzun dönemdeki toplam maliyeti ile X ürününün üretilmediği durumdaki toplam maliyeti arasındaki farkın X'in miktarına bölünmüş hali olarak tanımlamıştır.

⁸⁴ Batık maliyet, faaliyete başlanması durumunda katlanılan ancak faaliyetin bitmesi durumunda tazmin edilemeyen, nakde dönüştürülemeyen maliyetlerdir (Whish 2003, 686).

⁸⁵ Yazarlara göre, örneğin bir bilgisayar programında, kısa dönem artan maliyetler (kaçınılan maliyetler) satış hacmi arttıkça daha da düşeceğinden, incelenen her fiyat bu maliyetlerin üzerinde olabilecek ve teşebbüsün varsa bile dışlayıcı fiyat stratejisi gözden kaçabilecektir.

⁸⁶ Bkz. dn. 38, parag. 126

⁸⁷ Literatürde, bu ifadeye aykırı görüşler bulunmaktadır. O'Donoghue ve Padilla (2006, 242) UDOAM altı satışın kesin bir şekilde yıkıcı olmadığını, firmaların bir kez pazara girdikten sonra üretimde batık maliyetleri göz ardı ederek, dışlama amacı olmadan UDOAM altı fiyat belirleyebildiklerini belirtmiştir. Ayrıca, UDOAM, yıkıcı fiyat analizinde *sadece* bir üst sınır olarak belirlenmiş, bunun altındaki fiyatlarda ise ihlal kanıtı için ek delillere ihtiyaç duyulmuştur (Joskow ve Klevorick 1979, 252). İlgili Metin, kısmen bu hususları kabul etmekle birlikte, yasal tekelin olduğu ya da serbestleşmenin yaşandığı belirli pazarlarda UDOAM'nin ortalama kaçınılabilir maliyet yerine alt sınır olarak belirlenmesi gerektiği konusunu dile getirmiştir.

maliyetinin ne olduğunu belirlemek zorlaşmaktadır⁸⁸. Fiyat sıkıştırması incelemesinde, bu ürünlerden biri veya hepsi için ayrı ayrı yapılan FST’de genel giderlerin alt pazar maliyetine katılmaması, teşebbüsün fiyatlarının rekabeti bozucu olsa bile testten geçmesini sağlayabilecektir. Benzer sorun, alt pazarda tek ürün olsa bile, teşebbüsün, alt ve üst pazar kolu arasında maliyet ayrıştırması yapmadığı sürece, genel giderleri tekel olduğu üst pazara atfetmesi ve rekabete açık alt pazarda maliyetlerini düşük göstermesi durumunda da ortaya çıkacaktır (King ve Maddock 2002, 51-53). Diğer yandan ise genel giderlerin ürüne özgü nitelik taşımaması yani o ürün üretilmese de teşebbüsün bu maliyetlere katlanacağı gerçeği, bu giderlerin herhangi bir ürünün maliyetine eklenmesi durumunda ürünün gerçek maliyetinin olduğundan yüksek çıkmasına neden olacaktır. Dolayısıyla, genel giderlerin hesaba katılması teşebbüsün kapsam ekonomisinden kaynaklanan verimliliğinin cezalandırılması anlamına gelebilecektir (Crocioni 2005, 564). Bu konuda Lang ve O’Donoghue (2002, 152), teşebbüsün genel giderlerinin belirlenen bir yönteme göre tekel olduğu (üst) pazar ve rekabetin yaşandığı (alt) pazar arasında dağıtması gerektiğini savunmaktadır. Böylece, teşebbüs hem dikey bütünleşmenin ve kapsam ekonomisinin yarattığı avantajlardan faydalanabilecek hem de rekabete açık pazarda rakiplerle eşit şartlarda rekabet ederek, pazara giriş engeli yaratmayacaktır. *Telefónica* kararında AB Komisyonu’nun bu yönde bir görüş benimsediği ve bu konuyu büyük ölçüde çözüme kavuşturduğu görülmektedir. Komisyon, incelemesinde UDOAM ölçütü kullanmasına rağmen, bu maliyetlere teşebbüsün genel gideri olarak kabul edilebilecek ticari yapısından kaynaklanan (yönetici maaşı gibi) maliyetlerin de dâhil edilmesi gerektiğini belirlemiştir. Telefónica ise bu maliyetlerin genel gider olduğunu, doğrudan inceleme konusu genişbant internet erişimi hizmetine yönelik olmadığını ve kapsama alınmaması gerektiği savunmuştur. Buna karşı ise Komisyon, inceleme sürecinde teşebbüsün ticari yapılanmasının diğer hizmetlere nazaran esas olarak genişbant internet hizmeti sayesinde geliştiğini, önemli gelir ve kazançları bu şekilde elde ettiğini ve bu hizmete ilişkin faaliyetinin genişlemesine bağlı olarak istihdamı artırdığını belirtmiş, bu maliyetlerin *artan maliyet* olarak nitelendirilmesini uygun görmüştür. Ayrıca, Komisyon bu maliyetleri hesaba katmadan da bir değerlendirme yapmış ve fiyat sıkıştırmasını bu şekilde de tespit etmiştir⁸⁹.

⁸⁸ Örneğin telekomünikasyon sektöründe alt pazardaki rakipler teşebbüsün kontrolünde bulunan yerel ağa eriştikten sonra bu ağ üzerinden ses ve veri hizmetlerini ayrı ayrı verebilmekte ve tek bir toptan erişim maliyetine katlanmaktadır. Bu hizmetlerden birini vermeleri durumunda da katlandıkları erişim maliyeti değişmemektedir. Aynı zamanda, alt pazarda her iki hizmet türü için katlandıkları teknik ve operasyonel anlamda genel giderleri bulunmaktadır.

⁸⁹ Bkz. dn. 3, parag. 464-471

2.3.2.2. Fiyat Sıkıştırması Testi Çeşitleri

Konuya ilişkin ABD ve AB uygulamalarının yanı sıra konunun kapsamlı bir şekilde ele alındığı AB Komisyonu'nun Erişim Tebliği'nde fiyat sıkıştırmasının ne şekilde ortaya çıkacağı açıklanırken nasıl bir testin kullanılacağı konusuna da açıklık getirilmiştir. İlgili Tebliğ'de ve kararlarda yer verilen testler, “*eşit etkinlikteki rakip (EER) testi*” ve “*makul etkinlikteki rakip (MER) testi*” olarak adlandırılmaktadır.

Eşit Etkinlikteki Rakip (EER) Testi: EER testi, Komisyon'un Erişim Tebliği'nde yer alan ilk şartı yani *teşebbüsün aynı girdi fiyatını ödemek zorunda olsaydı alt pazarda kârlı bir şekilde faaliyet gösterip gösteremeyeceğini* ölçmektedir. Bir başka deyişle, bu testte, teşebbüs ile eşit etkinlikteki rakibin alt pazar maliyeti için teşebbüsün kendi maliyetleri kıstas olarak alınmakta ve teşebbüsle eşit etkinlikteki rakiplerin dışlanıp dışlanmayacağı ölçülmektedir.

Makul Etkinlikteki Rakip (MER) Testi: MER testi Komisyon'un Erişim Tebliği'nde yer alan ikinci şartı yani *makul etkinlikteki bir rakibin alt pazarda normal bir kâr elde ederek teşebbüsle rekabet edip edemeyeceğini* ölçmektedir. Bu testte varsayımsal olarak makul etkinlikteki bir rakibin maliyetlerinin teorik olarak belirlenmesi gerekmektedir. Ancak, bu başarılılsa bile konuyu inceleyen otorite tarafından nihayetinde riskli bir durum teşkil etmektedir (Labrador 2006, 257). Dolayısıyla, testte genellikle rakiplerin maliyeti esas alınmaktadır.

BÖLÜM 3

FİYAT SIKIŞTIRMASININ REKABET HUKUKU İNCELEMESİNDE BAZI TARTIŞMALI KONULAR ve ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

Çalışmanın bir önceki bölümünde, ABD ve AB'deki ilgili otoritelerin kararları ile Rekabet Kurulu kararlarında fiyat sıkıştırmasının hukuki değerlendirilmesinde bazı hususlar ele alınırken ortak bir yol izlenmediği belirtilmiştir. Fiyat sıkıştırması ihlalinin rekabet hukuku bağlamında net bir şekilde tespit edilebilmesi için bu konuların açıklığa kavuşturulması gerektiği düşünülmektedir. Aşağıda, söz konusu çelişkiler ilgili kararlarda yer verildiği şekliyle karşılaştırmalı bir biçimde ele alınacak, literatürdeki tartışmalar ışığında konuya ilişkin görüşler belirtilecektir.

3.1. FİYAT SIKIŞTIRMASININ DİĞER HÂKİM DURUM İHLALLERİYLE KARIŞILAŞTIRILMASI

Fiyat sıkıştırmasının AB uygulamalarında ilk defa açık bir tanımının yapıldığı İDM *IPS* kararında, İDM fiyat sıkıştırması tanımlandıktan sonra,

...PEM'in hammadde için uyguladığı fiyatın sömürücü (abusive), türetilmiş [alt pazardaki] ürüne uyguladığı fiyatın yıkıcı olmadığı durumda, şikâyetçinin muhtemelen kendi yüksek maliyetinden dolayı rekabetçi kalamaması gerçeği PEM'in fiyatlama politikasını kötüye kullanma olarak göstermez⁹⁰.

diyerek fiyat sıkıştırmasının ancak teşebbüsün üst ve alt pazardaki fiyat politikasının bir kötüye kullanma olduğu durumda ihlal teşkil edeceği gibi bir değerlendirmede bulunmuştur. Bu kararın yanı sıra, ABD'de verilen *Covad/Bellsouth* kararında fiyat sıkıştırmasının gerçekleşmesinin pazarda yıkıcı

⁹⁰ Bkz. dn. 49, parag. 180

fiyatın şartlarının oluşup oluşmadığına bağlandığı görülmektedir. AB Komisyonu'nun *Telefónica* kararında ise teşebbüsün fiyatlarının yıkıcı veya aşırı olmasa bile fiyat sıkıştırmasını oluşturabileceği belirtilmiştir. Yine ABD'de *Covad/BellAtlantic* kararından fiyat sıkıştırmasının ancak sözleşme yapmayı reddetme kapsamında inceleneceği sonucunu çıkarmak da mümkündür. AB Komisyonu'nun Tartışma Metni'nde de fiyat sıkıştırması bu yönde ele alınmıştır. Ayrıca, literatürde fiyat sıkıştırmasının fiyat ayrımcılığı şeklinde gerçekleşebileceği olduğu yönünde görüşler de mevcuttur⁹¹. Konuya ilişkin benimsenen bu yaklaşımlar, fiyat sıkıştırmasının hâkim durumun kötüye kullanılması araçlarından olan (ya da ABD'de tekelleşme veya tekelleşmeye teşebbüs etme ihlali olarak ele alınan) diğer ihlal türlerinden bağımsız bir ihlal türü olup olmadığı sorusunu oluşturmaktadır. Rekabet otoritelerinin bu stratejiye müdahalesi ise öncelikle bu ayırımı yapılmasını, fiyat sıkıştırmasının diğer ihlallerden bağımsız bir ihlal türü olup olmadığını belirlemesini gerekli kılmaktadır. Aksi takdirde, bu ihlallere ilişkin şartlar tespit edilemediğinde fiyat sıkıştırmasına da müdahale edilemeyecek ve teşebbüsün, ilgili kanunları ihlal etmeden etkin rakiplere piyasayı kapatmasına göz yumulacaktır (Bravo ve Siciliani 2007, 250). Diğer yandan da, söz konusu ihlaller kapsamında uygulanan ilkelerin fiyat sıkıştırmasının tespitine de katkıda bulunacağı ve hukuki dayanağını güçlendireceği düşünülmektedir. Bu bakımdan aşağıda fiyat sıkıştırmasının söz konusu ihlal türleriyle hukuki ve ekonomik açıdan ilişkisi açıklanacak ve fiyat sıkıştırmasının ne derece diğer ihlallerden ayrı değerlendirilmesi gerektiği yönünde gerekçeler öne sürülecektir.

3.1.1. Yıkıcı Fiyatlandırma ve Fiyat Sıkıştırması

Fiyat sıkıştırması ve yıkıcı fiyatlandırma arasındaki hukuki ve ekonomik bağ özellikle teşebbüsün alt pazar fiyatını düşürme yoluna gittiğinde yani yıkıcı fiyat sıkıştırması uyguladığında ortaya çıkmaktadır. Fiyat sıkıştırmasının sadece yıkıcı fiyatın bir sonucu olduğuna dair, yukarıda yer verilen kararların yanı sıra bu yönde görüşler de mevcuttur. Areeda ve Hovenkamp (2002, parag. 767c, 128), fiyat sıkıştırmasının ancak yıkıcı fiyat sonucunda oluştuğu takdirde yasadışı bir eylem niteliği kazanabileceğini savunmuştur. Yazarlara göre, bu durumda yıkıcı fiyat hukuku bağlamında bir değerlendirme yapılması gereklidir.

Ancak, her iki uygulamanın ispat standartları hukuki zeminde bazı farklılıklar taşımakta ve bu da uygulamalar arasına bir sınır çekilmesini gerekli kılmaktadır (Labrador 2006, 206).

Öncelikle, yıkıcı fiyat ihlali için teşebbüsün dikey bütünleşik yapıda olması beklenmezken fiyat sıkıştırması için bu durum aranan bir koşuldur.

⁹¹ Bkz. Canoy ve diğerleri 2003, Joskow 1985

Ayrıca, yıkıcı fiyatlandırmada teşebbüsün, *bu fiyatı uyguladığı pazarda* hâkim durumda bulunması gereklidir. Uygulamanın olası dışlayıcı etkisi de bu pazarda gerçekleşmektedir (Geradin ve O'Donoghue 2005, 369). Buna karşın, fiyat sıkıştırmasında aranan hukuki koşul teşebbüsün üst pazardaki hâkimiyetidir. Dışlamanın gerçekleştiği alt pazarda ise hâkim durumun aranması hukuken zorunlu değildir⁹².

Yıkıcı fiyatın tespitinde kullanılan fiyat/maliyet testi teşebbüsün (alt pazardaki) *satış fiyatının* üretim maliyetlerini karşılayıp karşılamadığını ölçerken, FST *üst ve alt pazar fiyatı arasındaki marjın* alt pazar maliyetlerine yetip yetmediğini belirlemektedir. Aradaki bu fark, fiyat sıkıştırmasını tespit etmek için teşebbüsün fiyatlarına standart yıkıcı fiyat testi uygulandığında sorun çıkarabilmektedir. King ve Maddock (2002, 48) bunu şu örnekle açıklamıştır:

*teşebbüs alt pazar fiyatı (F^a)'nı girdi fiyatı (F^i) ve alt pazar maliyetlerinin (M^a) altında; ancak, girdinin üretim maliyeti (M_g) ve M_a toplamının üstünde belirleyebilir. " $F^a < F^i + M^a$ ve $F^a > M^a + M^g$ " şeklinde de gösterilebilen bu eşitsizlikler altında sırasıyla FST'yi ve standart yıkıcı fiyat testini ifade etmektedir. Bu iki eşitsizlik, girdi fiyatının girdinin maliyetinin üstünde belirlenmesi ($F^i > M^g$) halinde basit bir şekilde sağlanacaktır. Ancak, bu durumda rakipler teşebbüs kadar etkin olsa bile girdiyi toptan fiyat üzerinden alacaklarından zarar edecekler yani fiyat sıkıştırmasına maruz kalacaklardır. Bu durum, **teşebbüsün rakiplerle aynı girdi maliyetine (F^i 'ye) katlandığı varsayımı üzerine kurulan FST ile gösterilebilirken toptan fiyatı değil girdinin üretim maliyetini (M^g 'yi) dikkate alan yıkıcı fiyat testinde gözden kaçacaktır. İki test arasındaki bu nüans, fiyat sıkıştırmasının tespitini doğrudan yıkıcı fiyat ispat vasıtalarına dayandırmanın sakıncasını açık bir şekilde göstermektedir.***

Yıkıcı fiyatlandırma ile fiyat sıkıştırması arasındaki bir diğer fark, yıkıcı fiyat değerlendirilmesinde kullanılan "kârın feda edilmesi", "hasat"⁹³ ve "güdü" unsurlarının fiyat sıkıştırmasında farklı bir şekilde ele alınmasından kaynaklanmaktadır. Yıkıcı fiyatlandırmada, teşebbüsün toplamda zarar ediyor olması, *kârından feda ediyor olması* gerekirken fiyat sıkıştırmasında bu zarar her zaman gerçekleşmeyebilir. Nitekim fiyat sıkıştırmasında, teşebbüs üst pazarda girdi fiyatını artırdığında buradan kâr elde edebilecek, alt pazar fiyatını düşürdüğünde ise bu pazarda kısa dönemde zarar etse bile üst pazar yine kârlı durumda olabileceğinden toplamda *mutlak* zarara uğramayabilecektir (King ve

⁹² Bkz. Bölüm 3.4. ayrıca dn. 3, parag. 244

⁹³ Hasat, yıkıcı fiyatlandırmada teşebbüsün rakipleri etkisizleştirdikten sonra fiyatları tekrar yükseltip, bu uygulamayı gerçekleştirirken uğradığı zararı telafi edebilmesidir (Kara 2003, 5).

Maddock 2002, 45)⁹⁴. Bu bağlamda, Geradin ve O'Donoghue (2005, 389), fiyat sıkıştırmasında teşebbüsün 'para kaybetmesi'nin zorunlu olmadığını, teşebbüsün toplamda kârlı olabileceğini ileri sürmüş, dolayısıyla da yıkıcı fiyat değerlendirmesinde yapıldığının aksine fiyat sıkıştırmasında ayrıca hasat analizinin zorunluluk taşımadığını belirtmiştir. Diğer taraftan, Colley ve Burnside (2006, 186) ise, teşebbüsün her iki pazardaki fiyat düzeyinde değişiklik yaparak oluşturacağı fiyat sıkıştırmasında da mutlak anlamda olmasa bile *fırsat maliyeti* anlamında bu uygulamaları gerçekleştirmediği duruma göre "kârından vazgeçtiğini" savunmaktadır. Bu görüş çerçevesinde, teşebbüsün bu davranışının uzun dönemde piyasadaki rakiplere etkisinin ve katlandığı zararı dışlamanın ertesinde fiyatını artırarak telafi edip edemeyeceğinin tespit edilmesi gerekmektedir.

Yıkıcı fiyatlandırma ve fiyat sıkıştırmasında, ayrıca, teşebbüsün dışlayıcı davranışta bulunmasının altında yatan güdünün de farklı nitelikte olduğu öne sürülebilir. Yıkıcı fiyatlandırmada, teşebbüs hasat yapabileceği varsayımı altında rakiplerin dışlanmasından kârlı çıkabilecektir. Fiyat sıkıştırmasında ise, rakipler aynı zamanda teşebbüsün üst pazar müşterisi konumunda bulunduğundan, rakiplerin pazardan çıkması aynı zamanda müşteri kaybetmek anlamına gelecek ve teşebbüs sonuçta zarar da edebilecektir (Palmigiano 2007, 20). Tüm bu ihtimaller üzerine geliştirilen görüşler, birbirinden farklılık arzetsen bile, hasat ve güdü unsurlarının fiyat sıkıştırmasının ekonomik ve hukuki temelleri çerçevesinde incelenmesini gerekli kılmaktadır (Geradin ve O'Donoghue 2005, 369).

Yukarıda öne sürülen görüşler dikkate alındığında, her ne kadar yıkıcı fiyatlandırma ve fiyat sıkıştırmasının hukuki ve ekonomik zeminleri birbirine örtüşecek derecede benzerlik gösterse de özellikle yıkıcı fiyatın ispat araçlarını fiyat sıkıştırması tespitinde kullanmak bazı durumlarda teşebbüsün dışlayıcı stratejisinin gözden kaçırılmasına sebebiyet verecektir. Dolayısıyla, pazarda yıkıcı fiyat için gerekli koşullar sağlanmamış olsa bile pazardaki dışlama stratejisinin fiyat sıkıştırması ile tespit edilebileceği olasılığı (Faul ve Nikpay 2007, 174) bu ihlalin yıkıcı fiyattan bağımsız bir ihlal türü olarak ele alınması sonucunu doğuracaktır.

⁹⁴ Teşebbüs, alt pazardaki fiyatı düşürdüğünde ve/veya rakipler de bunu izlemek durumunda kaldığında nihai ürüne olan talep artabilecek, bu durum girdinin talebini de artıracak ve teşebbüs fazladan sattığı her girdi için kâr elde etmeye devam edecek, alt pazardaki zararını sübvansede edebilecektir. Bu senaryonun, pazarın genel yapısı, talep esnekliği gibi unsurlara bağlı olduğu, bunun da ötesinde, teşebbüsün üst pazardaki fiyatının maliyet esaslı düzenlendiği durumda geçerliliğini yitireceği düşünülmektedir.

3.1.2. Aşırı Fiyatlandırma ve Fiyat Sıkıştırması

IDM'nin *IPS* kararının yanı sıra *Deutsche Telekom* ve *Telefónica* kararlarında AB Komisyonu'nun ihlalin niteliğine ilişkin kullandığı ifadeler fiyat sıkıştırması ile aşırı/haksız fiyatlandırma arasındaki sınırın çizilmesini daha da gerekli kılmaktadır. Her iki kararda da incelemeye konu teşebbüslerin fiyat sıkıştırması yoluyla *haksız fiyatlandırma* yaptıkları gerekçesiyle hâkim durumlarını kötüye kullandıkları ifade edilmiş, ayrıca Komisyon *Deutsche Telekom* kararında, DT'nin bu davranışının "*AT Anlaşmasının 82(a) maddesi kapsamında değerlendirildiğini*"⁹⁵ belirtmiştir.

Aşırı/haksız fiyat ATAD tarafından *United Brands*⁹⁶ kararında "*ürünün ekonomik değeri ile makul bir şekilde ilişkili olmayan fiyatı*" olarak tanımlanmış ve 82. maddenin "*doğrudan ve dolaylı olarak haksız alım ve satım fiyatları uygulamak*" şeklinde düzenlenen (a) bendine göre değerlendirilmiştir. Bu bendin doğrudan bir dışlayıcılık eylemine atıfta bulunmadığını daha çok tüketici refahını doğrudan azaltacak şekilde yüksek satış ya da düşük alış fiyatlarını içeren sömürücü davranışları kapsadığını savunan görüşler bulunmaktadır (Kallaugher 2004, 18 ve O'Donoghue ve Padilla 2006, 603).

Fiyat sıkıştırmasının dışlayıcılıktan çok sömürücülük içeren haksız fiyatlandırma şeklinde değerlendirilmesi ise, ihlalin tespit edilmesinde ve hukuki dayanak oluşturulmasında sorunlar çıkarabilecektir (O'Donoghue ve Padilla 2006, 322).

Aşırı fiyatın ve fiyat sıkıştırmasının tespiti için geliştirilen yasal testler birbirinden oldukça farklıdır. Aşırı fiyatın tespitinde öncelikle firmanın kendi maliyetlerinin fiyatıyla karşılaştırılması, bunun yanı sıra, ürünün ekonomik değerinin belirlenmesi, fiyatın başka ilgili ürün ve coğrafi pazardaki benzer ürünlerin fiyatlarıyla karşılaştırılması gibi ölçütler kullanılmaktadır. Ancak bu ölçütlerin fiyat sıkıştırması tespitinde kullanılması mümkün olmadığı gibi, *fiyat sıkıştırmasındaki aşırılık/haksızlık, teşebbüsün fiyatının bu ölçütlere göre yüksek belirlenmesinden değil alt pazardaki fiyata ve kârlılığa göre düşük belirlenmesinden kaynaklanmaktadır*. Bu bakımdan, fiyat sıkıştırmasında, girdinin fiyatı yukarıdaki karşılaştırmalardan/testlerden hepsinden geçer not olsa bile (aşırılık içermese bile) yine de alt pazar fiyatına ve maliyetlere göre aşırılık içerebilir. Ya da tersi durumda, girdinin fiyatı yukarıda sayılan ölçütlere göre aşırı bulursa bile alt pazardaki ürünün fiyatıyla arasında olan yeterli marj sayesinde fiyat sıkıştırmasına sebebiyet vermeyebilir (O'Donoghue ve Padilla 2006, 322).

⁹⁵ Bkz. dn 1, parag. 199

⁹⁶ *United Brands Company v Commission*, (27/76,1978), ECR 207, parag. 250

Bu gerekçelerden farklı olarak Motta ve Streel (2006) ise aşırı fiyatın sadece *sömürücü* değil rakipleri dezavantajlı konuma düşürerek pazar gücünü sürdürme ya da güçlendirmeye yönelik *dışlayıcı* bir ihlal olduğunu belirtmiş; fiyat sıkıştırmasını ise *sömürücü aşırı fiyatlandırma* olarak değil dikey bütünleşme olduğu durumda ortaya çıkan *dışlayıcı aşırı fiyatlandırma* olarak değerlendirmiştir.

Yukarıda açıklanan görüş ve gerekçeler dikkate alındığında, fiyat sıkıştırmasındaki esas noktanın, girdi fiyatının rakipleri sömürücü anlamında aşırılık içermesini olmadığını söylemek mümkündür. Değerlendirmenin özünde, alt ve üst pazar fiyatının birleşiminin olası dışlayıcı etkisinin belirlenmesi yatmaktadır (Colley ve Burnside 2006, 188). Bu nedenle, fiyat sıkıştırmasının hukuki dayanağı *öncelikle* dışlayıcılık üzerine kurulmalıdır.

3.1.3. Sözleşme Yapmayı Reddetme ve Fiyat Sıkıştırması

Fiyat sıkıştırması ile sözleşme yapmayı reddetme arasındaki ilişki özellikle girdi fiyatının rakiplerin maliyetlerini karşılamasına izin vermeyecek ve alt pazarın rekabete kapatılmasına neden olacak kadar yüksek belirlendiğinde ortaya çıkmaktadır. Crandall ve Singer (2005, 1) bu şekilde ortaya çıkan fiyat sıkıştırmasını, bir çeşit sözleşme yapmayı reddetme durumu olarak nitelendirmiştir. Areeda ve Hovenkamp (2002, ¶767c, 128) ise konuya ilişkin ABD uygulamalarına paralel olarak yıkıcı fiyat sıkıştırmasını da aynı kapsamda değerlendirmiş ve teşebbüsün sözleşme yapma yükümlülüğü olmadığı sürece bu uygulamanın yasaklanmasının antitröst hukuku bakımından anlamlı olmadığını savunmuştur.

O'Donoghue ve Padilla (2006, 325)'ye göre fiyat sıkıştırmasının oluşması, teşebbüsün rakipler ile toptan alım şartları üzerine bir sözleşme yapmış olmasını fakat yaptığı sözleşmede alt pazar fiyatıyla karşılaştırıldığında makul bir üst pazar fiyatı önermemiş olmasını gerektirmektedir. Sözleşmede makul olmayan/kabul edilemeyecek ağır şartlar önermek ise sözleşme yapmayı reddetme ile eşdeğer kabul edildiğinden fiyat sıkıştırması sözleşme yapmayı reddetme eylemi olarak ele alınabilecektir. Yazarlara göre, sözleşme yapmayı reddetmenin ihlal sayılabilmesi için ise girdinin rekabet hukuku bağlamında "*zorunlu unsur*" olarak kabul edilmesi⁹⁷, incelemenin *zorunlu unsur doktrini*⁹⁸ çerçevesinde yapılması ve incelemede zorunlu unsurun tespit edilememesi halinde teşebbüse rekabet kuralları çerçevesinde sözleşme *yapma yükümlülüğü* getirilmemesi gerekmektedir. Bu nedenle yazarlar, bu yükümlülüğü olmayan bir

⁹⁷ Bkz. Bölüm 2.2.

⁹⁸ Zorunlu unsur doktrini ve bu hukuki yaklaşım çerçevesinde açıklanabilen sözleşme yapmayı reddetme ihlali konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Gürzumar 2006

teşebbüsün rakiplerle sözleşme yapmış olsa bile, sözleşmede fiyat sıkıştırmasına yol açan hükümlerinin, bu durumu engelleyecek şekilde değiştirilmesine gerek olmadığını savunmaktadırlar. Bu görüşün geçerli olduğu düşünülmeyle birlikte iki noktada eleştiri aldığını da söylemek gereklidir. İlk olarak, “zorunlu unsur doktrini” kendi başına ve nasıl uygulanacağı konusunda tartışmaya oldukça açık bir konudur⁹⁹. İkinci olarak ise, teşebbüse örneğin düzenleyici otorite tarafından zaten bir sözleşme yapma (örneğin telekomünikasyon sektöründe erişim sağlama) yükümlülüğü getirilmişse ve rakipler de düzenleyici tarafından belirlenen kurallar çerçevesinde pazara girebiliyorsa, teşebbüsün davranışına “sözleşme yapmayı reddetme” kavramı çerçevesinde yaklaşmak zaten geçerliliğini yitirmiş olacaktır (Labrador 2006, 250). Yani sözleşme yapmayı reddetme gibi ihlal ortadan kalkarken teşebbüs hala fiyat sıkıştırması eyleminde bulunabilecek ve bu durum teşebbüsün bu eylemine rekabet kurallarının uygulanıp uygulanmaması konusunda çelişki yaratacaktır.

Sonuç olarak, fiyat sıkıştırması bir çeşit sözleşme yapmayı reddetme ihlali olarak nitelendirilse bile bu nitelendirmenin yapılacak değerlendirmeye esas katkısının ihlale kanuni bir tanımlama getirmesinden çok, girdinin alt pazar için gerekliliğinin “zorunlu unsur” çerçevesinde ele alınması olacaktır.

3.1.4. Fiyat Ayrımcılığı ve Fiyat Sıkıştırması

Fiyat sıkıştırmasında teşebbüs girdiyi alt pazardaki rakiplerine bir fiyat üzerinden satmasına rağmen kendi alt ve üst pazar kolu arasında bu fiyat üzerinden gerçek bir transfer yapılmamakta, teşebbüsün ekonomik bir bütünlüğü teşkil etmesi nedeniyle bu işlem kâğıt üzerinde kalmaktadır. Bunun haricinde, teşebbüs çeşitli nedenlerle kendi alt pazar koluna doğrudan daha düşük bir fiyat da önerebilmektedir. (Crocioni 2005, 559). Sonuçta, teşebbüsün bu durumlardan ilkinde örtülü, ikincisinde ise açık bir şekilde kendi alt pazar kolu ve rakipleri arasında fiyat ayrımcılığı yaptığından söz etmek mümkündür (O’Donoghue ve Padilla 2006, 339). Bu nedenle, her ne kadar konuya ilişkin kararlarda bu yönde bir ifade gözlenmese de¹⁰⁰, literatürde fiyat sıkıştırmasının fiyat ayrımcılığı yoluyla oluşabileceği doğrultusunda görüşler bulunmaktadır (Goelzhauser 2004, 238). Fiyat ayrımcılığı, ekonomik literatürde teşebbüsün üretim maliyeti aynı olan bir ürünü farklı talep yapıları olan müşterilere farklı fiyattan sattığı durumu ifade etmektedir (Posner 2001, 79-80). Fiyat ayrımcılığının tüketici refahına etkisinin ise toplam üretimi artırıp artırmadığına göre değiştiği kabul edilmekte

⁹⁹ Bkz. Ölmez 2003, s. 8 ve Tekdemir 2003, s.20 ve 47

¹⁰⁰ Fiyat sıkıştırması, ABD’de rekabet karşıtı fiyat ayrımcılığına yer veren 1936 tarihli Robinson-Patman Kanunu yerine dışlayıcı davranışlara yönelik olan Sherman Kanunu çerçevesinde incelenmiş, AB’de ise AT Anlaşması’nın ayrımcılığa yönelik 82(c)maddesi yerine genel olarak 82. maddesi kapsamında ele alınmıştır.

(Geradin 2007,6); bu uygulama pazarda hâkim durumda bulunan bir teşebbüs tarafından gerçekleştirildiği zaman rekabet hukuku bağlamında ele alınmakta ve tüketici refahına olumsuz etkisine göre değerlendirilmesi farklı yöntemlerle yapılmaktadır¹⁰¹. Fiyat sıkıştırmasında ise ayrımcılık doğrudan alt pazardaki tüketicilere karşı değil alt pazardaki rakiplere karşı yapılmaktadır. Bu nedenle, fiyat sıkıştırmasının içerdiği örtülü ya da açık ayrımcılığı doğrudan rakipleri dışlamanın bir aracı olarak görmek mümkündür (O'Donoghue ve Padilla 2006, 340). Teşebbüsün, rakiplerin dışlanmasına ve pazarın rekabete kapatılmasına neden olabilen bu ayrımcı davranışı sonunda ise toplam üretim düşebilecek ve tüketici refahı olumsuz etkilenebilecektir (Geradin ve Petit 2007, 6). Bu bakımdan, fiyat sıkıştırmasının rekabet karşıtı etkisinin tespit edilmesinde öncelikli olarak çalışmanın üst bölümlerinde yer verilen ekonomik ve hukuki değerlendirmenin yapılmasının gerekli olduğu düşünülmektedir.

Yukarıdaki açıklamalardan fiyat sıkıştırmasının diğer hâkim durumun kötüye kullanılması hallerinden sayılan yıkıcı fiyat, aşırı fiyat, sözleşme yapmayı reddetme veya fiyat ayrımcılığı gibi uygulamalarla ekonomik ve hukuki zeminde örtüşen birçok unsuru bünyesinde barındırdığı anlaşılmaktadır. Buna rağmen, ilgili kanun hükümlerince yasaklanan bu davranışların tespit edilemediği durumda bile fiyat sıkıştırmasının oluşabileceği de görülmekte, ancak diğer dışlayıcı davranışların eş zamanlı tespit edilmesi de fiyat sıkıştırmasının rekabet karşıtı etkisinin belirlenmesine katkıda bulunmaktadır. Dolayısıyla, ilgili otoriteler fiyat sıkıştırmasına bağımsız bir ihlal türü/rekabet karşıtı uygulama olarak yaklaşabilmeli ve *çok daha temkinli* de olsa müdahale edebilmelidirler (Motta ve Streel 2006, 112).

3.2. FİYAT SIKIŞTIRMASI TESTLERİ

Fiyat sıkıştırmasının tespitinde kullanılan EER ve MER testinin amacının *teşebbüsün fiyatlandırma politikası karşısında alt pazardaki rakiplerin normal bir kâr elde edip edemediklerini tespit etmek* olduğu konusunda bir tartışma bulunmamaktadır (Crocioni 2005, 561). Ancak, ihlalin tespitinde hangi testin kullanılması gerektiğine ilişkin literatürde ve konuya ilişkin verilen kararlarda tam bir uzlaşma olduğunu söylemek yanlış olacaktır. Daha önce de belirtildiği üzere, *National Carbonizing* kararında,

*...hâkim durumdaki bir teşebbüsün **makul etkinlikteki** imalatçının [alt pazardaki rakibin] uzun dönemde yaşayabilmesi için yeterli marjı sağlayacak fiyatları uygulama zorunluluğu olabileceği¹⁰²*

¹⁰¹ Bkz. Geradin 2004

¹⁰² Bkz. dn. 44, parag. 14

ifadesi kullanılmış, bir şekilde MER testine atıf yapılmıştır. Ayrıca, Rekabet Kurulu'nun *Turkcell Kurumsal Tarifeler* kararı'nda Turkcell'in fiyatları karşısında rakip operatörlerin kârlı olup olmadığına bakılmıştır. Bu iki istisnanın dışında çalışmanın bir önceki bölümünde yer verilen kararlarda teşebbüsün kendi maliyetlerinin değerlendirmeye alındığı görülmektedir. Ayrıca, AB Komisyonu'nun Tartışma Metni'nde hâkim durumdaki teşebbüsün sadece eşit etkinlikteki rakipleri dışlayıcı faaliyetlerinin 82. madde kapsamında olduğu belirtilmiştir¹⁰³.

Bu bakımdan, testler üzerindeki tartışma, esas olarak teşebbüsün davranışı sonucunda hangi rakibin dışlanması rekabet hukuku bağlamında sorun oluşturacağıyla ilgilidir (Vickers 2005,256).

Öncelikle, bu sorunun cevabının “bütün rakipler” değil de varlıklarıyla tüketici refahını artıran “en az teşebbüs kadar etkin rakipler” olduğu kabul edilirse (Vickers 2005, 256) fiyat sıkıştırmasında kullanılması gereken testin EER testi olduğunu söylemek de yanlış olmayacaktır. Geradin ve O'Donoghue (2005, 392), rekabet politikası ve hukukunun teşebbüse daha az etkin firmaların girişini teşvik etmek, sosyal refahı artırmak gibi sorumluluklar yerine sadece aynı etkinlikteki rakipleri dışlamamak gibi hakkaniyetli rekabet (*competition on merits*) etmesi sorumluluğunu yüklediğini, dolayısıyla EER testinin rekabet politikası açısından daha anlamlı olduğunu ifade etmektedir.

Bu temel gerekçenin dışında, EER testinin tercih edilmesinde rol oynayan bir diğer unsur, rekabet otoritesinin teşebbüsün maliyetlerine ulaşmada yaşadığı göreceli kolaylığa dayanmaktadır. MER testi için piyasadaki gerçek bir rakibin maliyeti kullanılmadığı durumda, makul etkinlikteki bir rakibin varsayımsal maliyetini belirlemek yapılan incelemeyi oldukça zorlaştıracaktır (Labrador 2006, 258). Ayrıca, bu durumda pazara girişini kolaylaştırmak için rakibin yanlış bilgi vermesi de muhtemeldir (Grout 2003, 71).

EER testinin kullanılmasını destekleyen bu unsurlara rağmen bazı durumlarda MER testinin de kullanılması gerekebilecektir. Bu durumlardan ilki, teşebbüsün maliyetlerine erişilemediği durumdur. İkincisi ise *rekabet otoritelerinin değil düzenleyici otoritenin* genellikle serbestleşme sürecinde olan piyasayı öncül olarak düzenlemeyi ve kısa dönemde etkin *olmasalar* da uzun dönemde etkinliğini artıracığı varsayılan yeni firmaların pazara girmesini amaçladığı duruma işaret etmektedir (O'Donoghue ve Padilla 2006, 316)¹⁰⁴.

Bunların dışında, Bravo ve Siciliani (2007, 256), alt pazarın rekabetçi olmadığı, teşebbüsün alt pazarda tekelleşmeye gittiği ve her iki fiyatın da maliyet üstü belirlendiği durumda pazara daha az etkin de olsalar rakiplerin

¹⁰³ Bkz. dn. 38, parag. 64-66

¹⁰⁴ Ayrıca, bkz. dn. 38, parag. 67

girmesinin, fiyatı düşürüp üretimi ve ilerde sosyal refahı artırabileceği gerekçesiyle tercih edilebileceğini ifade etmiştir. Bu durumun hesaba katılması halinde teşebbüs kadar etkin olmasa da rakibin maliyetinin dikkate alındığı MER testini kullanmak gerekli olacaktır.

Ayrıca, MER testini kullanma gerekliliği alt pazarda farklılaştırılmış ürünlerin olduğu durumda da ortaya çıkmaktadır. Aynı ilgili ürün pazarında yer alacak kadar yakın ikame olsalar bile, üst pazardaki girdi kullanılarak üretilen ürünlerde kalite ve özellik yönünden farklılaşma söz konusu olduğunda,

–Rakiplerin karşılaştığı tüketici talebi de farklı olabilecek (örneğin daha az esnek olabilecek ve rakipler daha kolay fiyat artırımına gidebilecek)¹⁰⁵,

–Üretim zinciri basit bir doğrusal ilişkiden farklı olabilecek¹⁰⁶, rakibin maliyet yapısı farklılık gösterebilecek ve rakip firma farklı girdi karışımlarıyla maliyetini düşürebilecektir¹⁰⁷.

Bu durumda EER testini kullanmak, bir başka deyişle teşebbüsün maliyetini diğer etkin rakiplerin maliyeti için bir kıstas kabul etmek yanlış olacağından çapraz kontrol için MER testinin de yapılması gerekecektir (O’Donoghue ve Padilla 2006, 330).

Her iki testin de uygulandığı ve aynı sonucu verdiği durumda sorun çıkmayacaktır. Ancak, testlerdeki sonuçların farklı çıkması ilgili otoriteyi tercih yapma zorunluluğunda bırakacaktır¹⁰⁸. Bu durumla karşılaşıldığında, Brunekreft ve diğerleri (2005, 25) *etkin firmaların girişini teşvik etmek amacıyla* teşebbüsün ve rakibin maliyetleri arasında düşük olan maliyetin kullanılması gerektiğini

¹⁰⁵ Örneğin İngiltere rekabet otoritesi OFT’nin *ABTA&BA* kararında İngiltere havayolları şirketi British Airways plc.’nin, bağımsız seyahat acentelerine verdiği komisyon oranında indirimle giderek fiyat sıkıştırması yaptığı iddiası, acentelerin başka havayollarının biletlerini de satması, müşterilere ek bazı hizmetler vermesi ve bu hizmetlerden ek ücret talep edebilmesi nedenleriyle, British Airways plc.’nin internet üzerinden bilet satışı hizmeti ile acentelerin verdiği hizmetin tamamen aynı ürün olmadığı belirtilerek reddedilmiştir (OFT, The Association of British Travel Agents ve British Airways plc., CA98/19/2002).

¹⁰⁶ Komisyon’un fiyat sıkıştırması iddialarını incelediği bazı pazarlarda hammadde ve nihai ürün arasında basit ve doğrusal bir maliyet ilişkisi varken, son zamanlarda incelenen telekomünikasyon gibi sektörlerde, girdi niteliğindeki ürün (yerel ağ) ile, rakiplerin alt pazarda sunduğu hizmetler arasında bu ilişkiden söz etmek zordur.

¹⁰⁷ Bu durum söz konusu olduğunda ise Colley ve Burnside (2006, 195) hangi testin kullanılacağı sorusundan önce, teşebbüsün üst pazardaki gücünün ve girdi ürününün zorunluluğunun test edilmesi gerektiğini savunmuştur.

¹⁰⁸ Örneğin, Fransız Rekabet Otoritesi, *FT/Cegetel/Bouygues* kararında Cegetel firmasının “rakiplerin kendisinden daha etkin olduğu ve onların maliyetinin dikkate alınması gerektiği” savunmasına karşın yine de “hâkim durumun kötüye kullanılmasının yasaklanmasının sınırlarının teşebbüsten daha etkin firmaların varlığını dikkate alarak çizilemeyeceğini, teşebbüs kadar etkin olan rakiplerin de korunması gerektiğini” belirtmiş ve Cegetel’in bu savunmasını reddetmiştir (Geradin ve O’Donoghue 2005, 387) (www.conceil-concurrence.fr/pdf/avis/04d48.pdf).

belirtmiştir. Garzaniti ve Liberatore (2004, 174), EER testinin sağlanması, ancak MER testinin sağlanamaması halinde fiyat sıkıştırmasının ihlal sayılmaması gerektiğini ileri sürmüştür. Grout (2003, 85) ise her iki testin de sağlanamaması durumunda bir ihlalden söz edilebileceğini savunmuştur.

Tam bir görüş birliğinden bahsetmenin mümkün olmadığı bu tartışmada öncelikle Baumol'un,

...hızlı değişimlerin yaşandığı pazarlarda [teşebbüsün] fiyatının, yasal bir ticari uygulama mı yoksa yasa dışı bir uygulama mı olduğunu belirlemenin genel etkili bir yolu bulunmamaktadır (2003, 25)

ifadesinin geçerli olduğu vurgulanmalıdır. Bu nedenle, incelemede her iki testin de yapılması gerektiği görüşü savunulmakla birlikte, teste dayalı bir incelemenin fiyat sıkıştırması ihlalini tespit etmede yetersiz kaldığı ve davranışın pazardaki etkisine bakılması gerektiği de görülmektedir. Bu yöndeki görüşe aşağıda yer verilmektedir.

3.3. ETKİ İNCELEMESİNİN GEREKLİLİĞİ

ABD'de bir firmanın tek taraflı davranışı antitröst hukuku bağlamında incelenirken, davranışın tüketici refahına olan etkisinin (bir başka deyişle tüketici zararına neden olup olmadığı) dikkate alındığını söylemek mümkündür (Kovacic ve Shapiro 2000). Bu yöndeki görüş fiyat sıkıştırmasının incelendiği kararlarda da benimsenmiştir. Örneğin *Town of Concord* kararında ilgili mahkeme, düzenlenen pazarlarda firmanın fiyat sıkıştırmasına yol açtığı iddia edilen davranışının pazarda düzenleyici kontrolün olması nedeniyle dışlamaya ve tüketici zararına neden olmayacağını belirterek iddiaları reddetme gerekçesini bu tespitinin üzerine kurmuştur.

Ancak, AB rekabet hukuku uygulamalarında, hâkim durumdaki teşebbüsler tarafından gerçekleştirilen ve fiyat sıkıştırmasını da kapsayan ihlallerin tespit edilmesinde pazarda rekabet karşıtı etkinin gösterilmesinin gerekliliği konusunda bir görüş/uygulama birliğinden bahsetmek güçtür (Vickers 2005, 244). Örneğin ATAD'ın *Akzo* kararında teşebbüs davranışına pazardaki etkisine bakılmadan *per se* ihlal olarak yaklaşmıştır. İDM, *Michelin II*¹⁰⁹ ve *British Airways*¹¹⁰ kararlarında *olası kısıtlayıcı etkilerin* varlığını ihlalin kanıtlanmasında yeterli bulmuştur. Komisyon ise *Wanadoo* kararında olduğu gibi inceleme konusu teşebbüsün maliyetinin altında gerçekleşen fiyatını yıkıcı olarak nitelendirirken uygulamanın pazarda yarattığı dışlayıcı etkileri de dikkate

¹⁰⁹ Michelin v. Commission, T-203/01, [2003]

¹¹⁰ British Airways plc v Commission, T-219/99, [2003], ECR II-5917 (parag 293-295). Bu karar, ATAD tarafından onanmıştır (British Airways, Case C-95/04 P [2007])

alınmıştır. Bu uyumsuzluk, fiyat sıkıştırmasının incelendiği kararlarda da kendini göstermektedir. Nitekim, *Deutsche Telekom* kararında Komisyon,

*Komisyon, fiyat sıkıştırmasının varlığını kanıtlayarak hâkim durumun kötüye kullanılması ihlalinin varlığını ortaya koymada gerekeni yapmıştır.*¹¹¹

şeklindeki ifadesi ile bir yandan fiyat sıkıştırmasının tespitini ihlal için yeterli gördüğünü vurgulamış, diğer yandan ise,

*ihlalin kanıtı, sadece DT'nin pazara giriş engellerini artırarak rekabeti kısıtladığının ortaya konmasıyla sağlanacaksa bile bu engeller [pazarda] mevcuttur...*¹¹²

diyerek rekabetin ne şekilde kısıtlandığına dair bulgularını sıralamış ve etki incelemesine yer vermiştir.

Telefónica kararında ise Komisyon İDM'nin "82. maddenin, hâkim durumdaki teşebbüs davranışının tüketicilere zarar verdiğinin Komisyon tarafından gösterilmesini gerekli kılmadığını"¹¹³ belirtmiş, bununla birlikte

*...Telefónica'nın davranışının, sadece perakende pazardaki rekabeti kısıtlama olasılığı olmadığı, bunun yanı sıra bu pazardaki rekabetçi yapıya ve son kullanıcılara [karşı] gerçekleşmiş olumsuz etkisinin oluştuğu*¹¹⁴

pazara ilişkin verilerin değerlendirilmesi sonucunda tespit edilmiştir¹¹⁵.

Kararlardaki bu belirsizliğe rağmen yine de 82. madde kapsamındaki ihlallere karşı Komisyon'un son zamanlarda *şekil temelli* yaklaşım yerine *etki temelli* yaklaşıma doğru ilerlemeyi amaçladığını söylemek de mümkündür (Löwe 2007)¹¹⁶.

Ancak, bu konudaki tartışma *etki temelli* yaklaşımın benimsenmesiyle sınırlı kalmayıp dışlayıcı davranışı ve hakkaniyetli rekabeti birbirinden ayırmak için rekabet karşıtı etkinin ne şekilde gösterileceği; dışlayıcı davranışın tüketici

¹¹¹ Bkz. dn. 1, parag. 180

¹¹² A.g.k. parag. 181

¹¹³ Bkz. dn. 3, parag. 543. Kararda, bu konuya ilişkin ATAD'ın *British Airways* [2007] kararına atıfta bulunulmuştur.

¹¹⁴ A.g.k. parag. 544

¹¹⁵ Bu konuda ülke uygulamalarına örnek olarak, İngiltere telekomünikasyon sektörü düzenleyicisi Ofcom (eski adıyla Oftel)'in 2003 tarihli *Vodafone/O2/Orange/T-Mobile* kararına da değinmekte fayda bulunmaktadır. Bu kararda Ofcom, fiyat sıkıştırmasını tespit ettiği halde *teşebbüslerin davranışlarının (rekabeti kısıtlayıcı bir politika izlemedikleri, bunun yanı sıra pazarda rekabetin devam ettiği ve alıcı gücünün varlığı tespitleri neticesinde) rekabeti kısıtlamadığını* ortaya koyarak bu davranışları rekabet hukuku bağlamında ihlal niteliğinde bulmamıştır (OFT, CW/00615/05/03)

¹¹⁶ Ayrıca bkz. dn. 39, parag 55

zararına yol açıp açmayacağı, açmazsa ihlal sayılıp sayılmayacağı gibi konularda da devam etmektedir¹¹⁷.

Söz konusu tartışmanın çalışmanın kapsamı dışında kaldığı düşünüldüğünden bu bölümde, özellikle fiyat sıkıştırmasının rekabet hukuku değerlendirmesinde etki incelemesinin neden ayrı önem taşıdığı üzerinde durulacaktır.

Fiyat sıkıştırması analizinde rekabet karşıtı etkinin gösterilmesi gerekliliği, teşebbüsün fiyatlarının FST testini sağlayamaması halinde bunun ihlalin varlığı için yetip yetmediğine karar verme aşamasında sorgulanmaktadır. Yukarıda belirtildiği gibi konuya ilişkin kararlarda tam bir açıklık gözlenmemekle birlikte, literatürde hâkim olan görüş, FST'nin ihlalin tespitinde *zorunlu fakat yeterli olmadığı* yönündedir. Dolayısıyla, teşebbüsün fiyatlarının, testi geçememesi durumunda bile pazarda rekabeti kısıtlayıcı etki yaratıp yaratmadığına bakılması ve *bu şekilde rekabet yanlısı ve rekabet karşıtı davranışın birbirinden ayırdedilmesi* gerekmektedir (Colley ve Burnside 2006, 185). Etki incelemesi yapılmasının gerekliliği yönündeki görüşlerin dayandığı gerekçeler ise aşağıda ele alınacaktır.

Öncelikle, pazar ve pazardaki ürünlerin yapısı FST'de hata yapma olasılığını artırmaktadır. Fiyat sıkıştırmasının tespiti için kullanılan FST çoğu zaman gerçek pazar koşullarını tam yansıtmayan *örtülü* varsayımlar üzerine kurulmuştur. Bu varsayımlar içinde, alt pazardaki ürünün homojen olması, üretiminin sabit oranlarla yapılması, bu şekilde üst ve alt pazar arasında basit bir maliyet geçişinin olması gibi unsurları saymak mümkündür (Geradin ve O'Donoghue 2005 405). Bu varsayımlar gerçekleştiğinde teşebbüs fiyat sıkıştırması yaratan stratejisiyle kendisi kadar etkin rakipleri bile pazar dışına çıkartabileceğinden, FST bu rakipleri korumakta yeterli olacaktır (Grout 2003, 78). Ancak, bu varsayımlar gevşetildiğinde inceleme daha karmaşık hale gelecek ve *testte hata yapma riski* artacaktır. Örneğin, alt pazar ürünü, kalite veya benzeri nitelikler konusunda *farklılaşmış* olduğunda firmaların kârlılık/maliyet yapıları ve talep esneklikleri de değişeceğinden daha önce bahsedilmiştir. *Bu durum gözden kaçırıldığında ise* teşebbüsün maliyetini içeren EER testi yanlış sonuçlar verebilecek, *teşebbüsün davranışı dışlayıcı etki veya rekabetçi zarar doğurmamasına rağmen ihlal olarak sayılabilecektir* (O'Donoghue ve Padilla 2006, 331). Kallaugher (2004, 31)'e göre de, girdiden üretilen belirli bir ürünün alt pazarda satılan paketin (platformun) bir parçası olması halinde bu ürün bazında fiyat sıkıştırması gerçekleşebilecekken paketin diğer ürünlerinde rakipler hala rekabet edebilecek, pazarda kalabilecek ve pazardaki rekabet zarar görmeyecektir.

¹¹⁷ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Gual ve diğerleri 2005

İkinci olarak, çalışmanın 1. bölümünde bahsedildiği üzere, teşebbüsün rekabet karşıtı amaçları olmasa bile bazı durumlarda teşebbüsün fiyatlarından dolayı rakiplerin marjları “sıkışabilmektedir”. Bu durumların arasında özellikle, teşebbüsün dikey bütünleşmeden ve kapsam ekonomisinden sağladığı maliyet etkinliğini “*masum*” bir şekilde fiyatlarına yansıtmasını ve bunun sonucunda dikey bütünleşik olmayan ve/veya kapsam ekonomisinden yararlanamayan rakiplere oranla daha düşük alt pazar fiyatı belirleyebilmesini saymak mümkündür. Bu unsurları dikkate alınmadan yapılan FST, teşebbüsün kendi maliyet yapısına göre ayarladığı ve rekabet karşıtı amaçlar taşımayan fiyatlarının fiyat sıkıştırması oluşturduğu yönünde sonuçlanabilecektir (Grout 2003, 78-83).

Bu riskin yanı sıra, teşebbüse FST’yi sağlayacak bir kısıt, bir başka deyişle eşit etkinlikteki ancak dikey bütünleşik olmayan rakibin kârlılığını garanti edecek şekilde alt ve üst pazar fiyatlandırma kısıtı getirildiğinde ise oluşan fiyatlar teşebbüsün dikey etkinliğini yansıtmasına ve tüketicilerin de bu etkinlikten yararlanmasını engelleyebilecektir (Colley ve Burnside 2006, 194). Bunun sonucu, Grout (2003, 83)’a göre, rakiplerin korunması adına kaynakların etkin dağılımının ve etkin fiyatlandırmanın önünün kesilmesidir. Yazar, bu iki unsur göz önüne alınarak pazarda gözle görülür bir dışlama ve rekabette azalma yaşanmazsa FST’nin sağlanamamasının ihlalin varlığı için yeterli olmadığını savunmuştur.

Üçüncü olarak, fiyat sıkıştırmasının incelendiği pazar *yeni gelişen pazar özelliği taşıyorsa* yanlış müdahale riski daha da artmaktadır. Gelecekteki talebin belirsizlik düzeyinin oldukça fazla; ağ etkilerinin, yeniliklerin, yatırımların, yüksek teknolojinin ve bunlardan yararlanan çok ürünlü firmaların yaygın olduğu bu pazarlarda yapılacak rekabet incelemeleri pazarın yapısının denge durumunda (*steady state*) olduğu olgun pazarlara göre oldukça karmaşıklaşmaktadır. Ayrıca, bu pazarlarda rekabetçi ve rekabet karşıtı stratejilerin birbirinden ayırt edilmesi zorlaşmaktadır (Crocioni, 2007, 48).

Bu konuda karşılaşılan en önemli zorluk, bu pazarlarda yaygın olarak görülen *başlangıç zararları* (*start-up losses*)’nın ne şekilde ele alınacağıdır. Nitekim, yüksek yatırım maliyetlerinden dolayı teşebbüs ilk başta rekabet karşıtı amaçlar gütmeyen maliyet altı fiyatlar uygulayabilecektir. Bu maliyetlerin kazançla telafi edileceği süre yani ürünün ekonomik yaşam süresi (Canoy ve diğerleri 2003, 33) ise bu pazarlarda uzun bir dönemi kapsamaktadır. Bu durumda, bu yaşam süresini belirlemek ve FST’nin uygulanacağı zaman dilimini seçmek oldukça güçleşecektir (Colley ve Burnside 2006, 195)¹¹⁸. Testte kullanılan maliyet belirleme yöntemlerinin de doğru seçilmeme olasılığı sadece bu teste dayalı bir ihlal analizinde teşebbüsün rekabetçi davranışını rekabet

¹¹⁸ Örneğin bu süre AB Komisyonu’nun *Telefónica* kararında 5 yıl 4 ay olarak belirlenmiştir (bkz dn. 3, parag. 350-360)

karşıtı şeklinde nitelendirme hatasına neden olabilecektir. Bu durum rekabet karşıtı etkiyi bakılması gerektiği görüşünü desteklemektedir.

Ayrıca, teknolojik gelişmelerin ve yeniliklerin hızlı bir şekilde yaşandığı büyüyen dinamik pazarlarda, firmaların giriş çıkış oranı oldukça fazla olmakta ve başta yaşanan yüksek orandaki girişleri yüksek oranda çıkışlar takip etmektedir (Klepper ve Simons 2005, 40). Dolayısıyla, pazardan çıkışlar gözlemlense bile bunların doğrudan teşebbüsün fiyatlandırmasının yol açtığı bir sorundan kaynaklandığını söylemek mümkün olmayacaktır (O'Donoghue ve Padilla 2006, 309). Bunun da ötesinde, pazardaki bazı dinamik unsurlar rakiplerin fiyat sıkıştırmasına maruz kalmalarına rağmen pazardan çıkmasını engelleyebilecektir. Colley ve Burnside (2006, 196)'a göre, pazarda batık maliyetlerin ve belirsizliğin olduğu durumda, gelecekte kârlılığın artabileceği ve teşebbüsün üst pazar hâkimiyetinin yeni teknolojilerle sarsılabilme olasılığı gibi unsurlar rakiplerin zarar etseler bile pazarda kalmalarını teşvik edebilecek ve pazardan çıkış gözlenmeyecektir. Kaldı ki, çıkış yaşansa bile batık maliyetleri oluşturan varlıklar pazarda kalacak teşebbüs fiyatları artırdığında tekrar girişler yaşanabilecektir (Taylor ve Tardiff 2007, 46). Sonuç olarak, yapılacak etki incelemesi tüm bu unsurları göz önüne almalıdır.

Sonuçta, fiyat sıkıştırmasının son zamanlarda yoğun olarak incelendiği pazarların ve bu pazarlardaki ürünlerin yapısından ve bunun yanı sıra teşebbüsün dikey etkinliğinden kaynaklanan bazı unsurların varlığı sadece FST'ye dayanan bir rekabet hukuku incelemesinin ihlalin tespitinde yetersiz kalmasına ve teşebbüsün davranışına yanlış müdahalede bulunulmasına yol açacaktır. Bu gerekçe, teşebbüsün fiyat sıkıştırmasına neden olan fiyatlarına rekabet hukuku bağlamında doğru müdahalede bulunulması bakımından pazarda oluşan rekabet karşıtı etkilerin gösterilmesi gerekliliğini ortaya koymaktadır.

3.4. ALT PAZARDA HÂKİM DURUM GEREKLİLİĞİ

Fiyat sıkıştırmasının rekabet hukuku incelemesinde teşebbüsün üst pazarda hâkim durumda olması koşulu aranırken aynı koşulun alt pazar için de aranıp aranmayacağı literatürde ve konuya ilişkin kararlarda tam olarak açıklığa kavuşturulmamıştır. Örneğın, ABD'de *Alcoa* kararında fiyat sıkıştırmasının oluşması için gerekli koşullar arasında sadece üst pazarda tekel olma kısıtı getirilmiş; AB Komisyonu'nun *Napier Brown/British Sugar* kararında teşebbüsün her iki pazarda hâkim durumda bulunması koşulu aranmıştır. Komisyon'un *Deutsche Telekom* ve *Telefónica* kararlarında ise ilgili teşebbüsler her iki pazarda da hâkim durumda bulunurken yine *Telefónica* kararında açıkça:

Topluluk Mahkemelerinin de kabul ettiği gibi, fiyat sıkıştırması yoluyla hâkim durumun kötüye kullanılması ihlalinin varlığını kanıtlamak için

*Telefónica'nın ilgili perakende pazarda hâkim durumda bulunduğunu göstermek 82. madde kapsamında zorunluluk taşımamaktadır.*¹¹⁹

ifadesi kullanılmıştır. Kararda ayrıca, fiyat sıkıştırmasının teşebbüsün hâkim durumda bulunduğu pazardaki gücünü hâkim durumda bulunma zorunluluğunun olmadığı bir başka pazara aktarmasının (genişletmesinin) bir örneği sayıldığı¹²⁰ vurgulanmıştır¹²¹.

Kararlarda benimsenen bu yaklaşımın aksine konuya ilişkin literatürde ise fiyat sıkıştırmasının dışlayıcı etki yaratabilmesi için teşebbüsün alt pazarda da hâkim durumda bulunması gerektiğine dair görüşler mevcuttur.

Bu konuda, Kallaugher (2004, 26) fiyat sıkıştırmasının pazardaki rekabete zarar verebilmesi için teşebbüsün hem üst hem de alt pazarda hâkim durumda bulunması gerektiğini belirtmiştir. Yazara göre, rakiplerin alt pazarda rahatça rekabet edebilmeleri halinde ise fiyat sıkıştırmasının rekabete zarar verecek şekilde rakiplerin dışlanmasına neden olacağını söylemek özellikle yıkıcı fiyat sıkıştırması durumunda yanlış olacaktır.

Bu yöndeki bir diğer görüş ise fiyat sıkıştırmasının yıkıcı fiyatlandırmanın dikey bütünleşme durumunda ortaya çıkan bir benzeri olarak kabul edilmesine dayanmaktadır (Geradin ve O'Donoghue 2005, 305). Bu görüşe göre, yıkıcı fiyatlandırmada pazarın kapatılması için aranan hâkim durum koşulu, özellikle yıkıcı fiyat sıkıştırmasının rekabete zarar verecek şekilde dışlayıcı etki yaratabilmesi ve rakiplerin dışlanmasından sonra teşebbüsün ihlal süresince uğradığı zararı telafi edebilmesi için de gerekmektedir.

Literatürde, alt pazar hâkimiyetinin zorunlu olmadığını destekleyen görüşler ise esas olarak *Telefónica* kararında vurgulandığı üzere fiyat sıkıştırmasının bir çeşit aktarma ihlali olduğuna dayanmaktadır. Bu durumda, teşebbüsün fiyat sıkıştırmasını başarıyla uygulayabilmesi için alt pazarda hâkim durumda olmasına gerek bulunmamaktadır (Crocioni ve Veljanovski 2003, 39). Colley ve Burnside (2006, 206) ise bu görüşün fiyat sıkıştırmasının "kârdan vazgeçme" yani "zarara katlanma" bağlamında yıkıcı fiyat unsurlarını içermesi durumunda bile geçerli olduğunu savunmaktadır. Yazarlara göre, teşebbüsün yıkıcı fiyatlandırmada kısa dönemde uğradığı zarara katlanabilme imkânı

¹¹⁹ Bkz. dn. 3, parag. 243

¹²⁰ Bkz. dn. 3, parag. 284

¹²¹ Kararda bu yöndeki görüş belirtilirken, ATAD'ın *Tetra Pak II* Kararındaki, hâkim durumdaki bir firmanın kötüye kullanma davranışının, olumsuz etkisinin hâkim durumda bulunduğu pazardan farklı bir pazarda ortaya çıkmasının 82. maddenin uygulanmasını engellemeyeceği yönündeki görüşüne atıfta bulunulmuştur (Tetra Pak International SA v Commission, C-333/94 P, [1996] ECR I-5951)

tanıyan “derin cep üstünlüğü¹²²” fiyat sıkıştırmasında doğrudan teşebbüsün üst pazardaki konumundan sağlanmaktadır. Teşebbüs, üst pazarda kâr yaratmak amacıyla fiyat sıkıştırmasını uyguladığında pazarın yapısı uygun olduğu (alt pazarda talebin arttığı ve bunun da üst pazardaki girdiye olan talebi artırdığı) sürece alt pazardaki zararını üst pazardaki kârından karşılayacak ve bu şekilde alt pazardaki rakipler de bu kâra (‘derin cep’e) dolaylı yoldan katkıda bulunacaklardır. Bu durum, teşebbüsün alt pazarda hâkim durumda olmasa bile üst pazardan kaynaklanan *şöhret etkisini*¹²³ alt pazardaki rakiplere karşı kullanabileceğine ve zararını daha kolay telafi edebileceğine işaret etmektedir.

Ayrıca, Colley ve Burnside (2006, 206) pazarda belirli şartlar oluşması durumunda teşebbüsün alt pazarda hâkim durumda olmasa bile fiyat sıkıştırmasını etkin bir biçimde gerçekleştirebileceğini savunmuştur. Yazarlar, alt pazardaki ürünün homojenlik düzeyi arttıkça ve müşterilerin firmalar arası geçiş maliyeti azaldıkça, teşebbüsün alt pazar fiyatını az oranda bile düşürmesinin rakipleri dışlamak için etkili olacağı görüşündedir.

Fiyat sıkıştırmasının rakibin maliyetini yükseltme şeklinde üst pazar fiyatını artırarak uygulandığı durumda ise, teşebbüsün alt pazarda fiyat alıcısı olması halinde bile bu uygulamanın dışlayıcı etki yaratabileceği literatürde savunulan bir görüştür¹²⁴.

Sonuç olarak, teşebbüsün alt pazarda da hâkim durumda bulunmasının, fiyat sıkıştırmasının rakiplerin dışlanmasını ve tüketici zararını kapsayacak şekilde pazardaki rekabete zararının ortaya konmasını kolaylaştıracağı ve fiyat sıkıştırmasının dışlayıcılığa dayanan hukuki dayanağını güçlendireceği açıktır. Ancak, uygulamanın bir aktarma ihlali olarak nitelendirilmesi durumunda ise en azından hukuksal zeminde bu şartın aranmadığı söylenebilecektir. Nitekim, *fiyat sıkıştırması teşebbüsün alt pazardaki gücünü kullanarak rakipleri dışlamasına değil, rakipleri dışlamak veya kontrol altında tutmak için üst pazardaki girdi üzerindeki gücünü kullanmasına dayanmaktadır* (Colley ve Burnside 2006, 206). Bununla beraber, fiyat sıkıştırmasının etkin bir şekilde uygulanabilmesi için alt pazar hâkimiyetinin zorunluluk taşımamasının bu pazarın rekabetçi olmasının yeterli olduğu anlamına gelmediğini de yinelemekte fayda vardır. Alt pazarın rekabetçi olması, çalışmanın çeşitli bölümlerinde değinildiği üzere, teşebbüsün fiyat sıkıştırması yapma konusundaki güdüsünü ve bu konuda amacına ulaşmasını olumsuz etkileyecektir. Aynı zamanda, bu durumda teşebbüsün dikey

¹²²Teşebbüsün yıkıcı fiyat uygularken maliyet altı satışlarından dolayı uğrayacağı zarara karşın faaliyetlerinin sürdürmesini sağlayan mali güç kaynağı olarak tanımlanabilir (Mastromanolis 1998, 216)

¹²³Teşebbüsün yıkıcı fiyat (sıkıştırması) uygulamasına başvurabilecek kadar saldırgan davranabileceği izlenimini yayması anlamına gelmektedir (Kara 2003, 8).

¹²⁴ Bkz. Salop ve Scheffman 1987

bütünleşik yapıda olmasından dolayı rakiplerden farklı şekillenen ve rekabet karşıtı amaçlar taşımayan üretim ve fiyat politikası rekabet karşıtı olarak nitelendirilebilecektir¹²⁵. Dolayısıyla, incelemede teşebbüsün alt pazarda hâkim durumda bulunduğu tespiti yapılmasa bile davranışın pazarı kapatma etkisi yarattığını gösterebilmek için teşebbüsün belirli bir pazar gücüne, pazarın da eksik rekabet koşullarına sahip olduğu gösterilmeli, gelecekteki teknolojik gelişmeler, talep esnekliği, giriş çıkış engelleri gibi teşebbüsün bu pazar gücünü tüketiciler aleyhine kullanabileceğine ilişkin unsurlar dikkate alınmalıdır (Geradin ve O'Donoghue 2005, 406).

¹²⁵ Bkz. EK, ayrıca King ve Maddock 2002

BÖLÜM 4

FİYAT SIKIŞTIRMASININ HUKUKİ DEĞERLENDİRMESİNDE DÜZENLEYİCİ HUKUK VE REKABET HUKUKU İLİŞKİSİ

Son yıllarda birçok ülkede, önceleri sadece kamu tekelinin faaliyet gösterdiği, kapsam ekonomilerinin yaygın olduğu ve “darboğaz” unsuru niteliğinde ürün/hizmetlerin üretildiği telekomünikasyon, enerji, su, ulaşım, posta gibi ağ endüstrilerinde, (fiyat kontrollerinin gevşetilmesi veya giriş engellerinin kaldırılması gibi) pazarın rekabete açılması yönünde esaslı yapısal reformlar gerçekleştirilmiştir. Ancak bu reformlar sonucunda pazar üzerindeki düzenlemeler tamamen kaldırılmamış; pazar tek başına mevcut rekabet kurallarına tâbi olarak işlemeye bırakılmamış, bunun yerine birtakım sektöre özgü düzenleyici kurallar getirilmiştir. Düzenleyici otoriteler rekabeti tesis etmek ve ilerletmek için yetkilendirilmiş hatta İngiltere gibi bazı ülkelerde genel rekabet kurallarını uygulamakla görevlendirilmiştir (OECD 2005, 17 ve 241). Diğer yandan rekabet hukukunun, düzenlemelerin yapıldığı bu pazarları da içine alacak şekilde kapsamlı yorumlanması pazar gücüne sahip/*hâkim* durumdaki teşebbüsün ayrımcılık, dışlama gibi olası rekabet karşıtı davranışlarının öncül düzenlemeye tabi tutulmasının yanında rekabet hukuku bağlamında da ardıl (*ex-post*) ele alınmasına olanak tanımıştır. Rekabet kanunları ve sektöre özgü düzenlemelerin kapsama alanı ve ilkeleri arasında yaşanan bu yakınsama, düzenleyici ve rekabet otoritelerinin görev, yetki ve müdahalelerinin örtüşmesi olasılığını da artırmıştır (Petit 2004, 3). Bu durum ise, öncelikle söz konusu ilkelere ve görev tanımlamalarına dayanarak aynı konuda yapılabilecek öncül ve ardıl müdahalelerin, belirlenen rekabetçi amaçlar doğrultusunda ne derece ikame ya da tamamlayıcı olabileceği tartışmalarına yol açmıştır. Ayrıca bu durum, teşebbüsün öncül düzenlenen davranışının, aynı zamanda rekabet kuralları çerçevesinde de ele alınıp alınamayacağı, bir başka deyişle *düzenlenen piyasalarda ardıl rekabet hukuku araçlarının rekabet otoriteleri tarafından*

kullanılıp kullanılmayacağı konusunda yargısal uyuşmazlıkların yaşanmasına neden olmuştur (O'Donoghue ve Padilla 2006, 346).

Rekabet hukuku ve düzenleyici hukuk arasındaki bu kapsam çakışması ve yaşanan uyuşmazlık konuları düzenlenen pazarlara yönelik fiyat sıkıştırması uygulamasına da yansımıştır. Bir yandan, bu sektörlerde genel düzenleyici müdahalelerin yanı sıra fiyat sıkıştırmasının önlenmesi konusunda (veya bu şekilde sonuçlanacak) öncül müdahale yöntemleri geliştirilmiş, diğer yandan da bu sektörlerle yönelik fiyat sıkıştırması iddiaları ilgili rekabet otoriteleri ve mahkemeler tarafından incelenmiştir¹²⁶.

Teşebbüslerin düzenlemeye tabi davranışlarının yol açtığı sorunların rekabet hukuku bağlamında ele alınıp alınamayacağı ise bu çalışmanın kapsamının dışında kalan bir tartışmayı gerektirmektedir. Dolayısıyla, bu bölümde söz konusu tartışma sadece fiyat sıkıştırması bağlamında genel çizgileriyle verilmeye çalışılacaktır. Bu bakımdan, öncelikle fiyat sıkıştırmasının önlenmesine/sona erdirilmesine ilişkin müdahalede öncül ve ardıl inceleme süreçleri arasındaki farklılıklara ve bu müdahale yöntemlerinin birbirine ikame olup olmadığı yönündeki görüşlere yer verilecektir. Daha sonra ise, teşebbüsün fiyatlarına yönelik yapılan öncül düzenlemenin fiyat sıkıştırması oluşumu üzerindeki etkisine değinilecek ve bu doğrultuda öncül müdahale olduğu durumda ayrıca ardıl müdahalenin yapılıp yapılmaması gerektiğine dair konuya ilişkin AB, ABD ve Rekabet Kurulu kararları ışığında genel çıkarımlar yapılacaktır. Ayrıca, bu konuların hem serbestleşme yolunda diğer sektörlerle göre daha hızlı ilerlemesi hem de hakkında daha fazla resmi ve akademik düzeyde kaynağın ve otoritelerce verilmiş kararın bulunması (Walden ve Angel 2005, 107) nedeniyle özellikle telekomünikasyon sektörü, yer yer de enerji sektörü çerçevesinde ele alınması uygun görülmüştür.

4.1. FİYAT SIKIŞTIRMASINA ÖNCÜL VE ARDIL MÜDAHALE SÜREÇLERİNDE YAŞANAN FARKLILIKLAR

Rekabet otoriteleri ve düzenleyici otoriteler teşebbüsün *zorunlu girdi* üzerindeki kontrolünün kendisine verdiği gücü alt pazarda yapay şekilde rekabetçi üstünlük elde etmek/üstünlüğünü devam ettirmek amacıyla kötüye kullanmasını önlemek gibi ortak bir amaca hizmet etseler de (Weisman 2002, 108), bu amacı gerçekleştirmek için farklı politika ve müdahale araçlarıyla donatılmışlardır. Her şeyden önce rekabet kanunları geriye dönük ardıl müdahaleyi olanaklı kılarken ve tespit edilen ihlale yasaklayıcı ve/veya cezai yaptırımlar getirirken düzenleyici kurallar teşebbüse, fiyat sıkıştırması

¹²⁶ Bkz. Bölüm 2.1.

oluşturmasına imkân vermeyecek ileriye dönük yaptırımlar uygulayabilmektedir. Kısaca, ilki teşebbüse *ne yapmaması gerektiğini* söylerken ikincisi *ne yapacağını* söylemektedir (Buigues 2004, 44). Bunu söylerken de her iki otorite benzer süreçleri takip etse de bu süreçlerde farklı yaklaşımlar benimseyebilmektedir.

Söz konusu iki otoritenin fiyat sıkıştırmasına müdahalede izledikleri süreç ve bu süreçte benimsedikleri yaklaşımlar genel çizgileriyle aşağıdaki gibidir:

Süreç Aşamaları	Rekabet Otoritesi (ardıl)	Düzenleyici Otorite (öncül)
<i>Başlama Noktası</i>	Pazar Tanımı	Pazar Tanımı ve <i>Hizmetlerin Seçimi</i>
<i>Pazar Analizi</i>	Hâkim Durum	Etkin Piyasa Gücü/Hâkim Durum
<i>Davranışın Çeşidi</i>	Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması	Oluşabilecek Rekabet Problemleri
<i>Etki</i>	Rekabete Etkisi	Olası Etkiler
<i>Müdahale Yöntemleri</i>	Ardıl Yaptırımlar (Ceza, Yasaklama vb.)	Öncül Fiyat Tabanı Uygulaması, (Genel Amaçlı Diğer Fiyat Kontrol Mekanizmaları, Hesap Ayırıştırması, Ayrımcılık Yapmama Yükümlülüğü, Yapısal Ayırıştırma...)

* Kaynak: Brunekreeft ve diğerleri 2005, 26):

Her iki otoriteye yürütülen inceleme süreci öncelikle pazar tanımlamasıyla başlamaktadır. Bununla birlikte, sektöre özgü düzenlemede yapılan pazar tanımı, fiyat sıkıştırması yoluyla rekabetin bozulabileceği pazarları ve bu pazarlardaki hizmetleri içermekte ve dolayısıyla sektörde gelecekte yaşanabilecek gelişmeleri ileriye dönük bir bakış açısıyla dikkate almaktadır (Stoyanova 2005, 357). Örneğin, konuya ilişkin AB mevzuatına bakıldığında, öncül müdahale yapılacak pazarların seçilmesinde pazara giriş engellerinin ve doğal tekelin varlığı (statik ölçüt), bu engellerin teknolojik ilerleme gibi etkenlere karşı ileride de sürme olasılığı (dinamik ölçüt) ve düzenleme olmadığı durumlarda rekabet hukukunun yeterliliği gibi unsurların da arandığı görülmektedir¹²⁷. Rekabet hukuku anlamında ilgili pazarın tanımlanması ise

¹²⁷ Bkz. AB Komisyonu'nun 2002/21 sayılı Çerçeve Direktifi (Directive 2002/21/EC of the European Parliament and of the Council on a Common Regulatory Framework for Electronic Communications Networks and Services)

ihlalin başladığı ve/veya devam ettiği (ürün bazında ve coğrafi alan anlamında) sınırları çizmek için otoritelerce kullanılan bir araçtır¹²⁸.

Sektörel düzenleme ve rekabet hukuku bağlamında pazar tanımının yanı sıra pazar gücü değerlendirmesi de farklılaşabilmektedir. Pazar gücü kavramı AB ve Türk rekabet hukukunda “hâkim durum” olarak tanımlanırken örneğin AB’de telekomünikasyon sektörünü düzenleyici resmi metinlerde (örneğin Komisyon’un 2002/21 sayılı Çerçeve Direktifi’nde) veya ABD’de enerji sektörü düzenlemelerinde¹²⁹ “etkin piyasa gücü (EPG)” kavramı ile ifade edilmektedir. Ancak, bu iki kavramın her sektörde her zaman aynı pazar payına ve gücüne işaret etme zorunluluğu bulunmamaktadır (Stonayova 2005, 362). Buna göre, EPG’ye sahip teşebbüs her zaman hâkim durumda bulunmayabilir ve bu durumda teşebbüs düzenleyici hukuk anlamında fiyat sıkıştırmasından kaçınması gerekirken, hâkim durumda bulunmadığı takdirde ardıl müdahaleye tabi tutulmayacaktır.

Bir diğer farklılık olarak, rekabet hukuku bağlamında fiyat sıkıştırmasının değerlendirilebilmesi için teşebbüsün sunduğu girdinin “zorunlu unsur” niteliği taşıması gerektiğinden çalışmanın önceki bölümlerinde bahsedilmiştir. Buna karşın, örneğin AB’de düzenleyici hukuk bakımından öncül olarak EPG’nin tespiti için “zorunlu unsur”un varlığının daha az önem taşıdığı da söylenebilir. Örneğin, AB Komisyonu’nun 2002/21 sayılı Çerçeve Direktifi’ne ilişkin Rehberinde¹³⁰ ağ operatörünün ilgili faaliyetinden dolayı EPG’ye sahip bulunması ve öncül müdahale yapılması için o faaliyetin “zorunlu unsur” olması gerekliliğinin rekabet hukuku bağlamındaki gereklilikten daha az olduğu açıkça ifade edilmiştir¹³¹.

Ayrıca, fiyat sıkıştırmasının tespiti için rekabet otoritelerince başlatılan inceleme sürecinde teşebbüsün inceleme konusu fiyatlarına ardıl FST uygulanmakta ve ihlal tespit edildiğinde teşebbüse yasaklayıcı/cezai yaptırımlar getirebilmektedir. Ancak, bu test düzenleyici otorite tarafından teşebbüsün tarifelerini onaylarken öncül müdahale aracı olarak da kullanılmaktadır¹³². Bu iki

¹²⁸ *Telecom Italia* kararında pazar tanımında yaşanan bu yaklaşım farkı açıkça görülmektedir (bkz. dn. 2) İtalyan Rekabet Otoritesi, ağ altyapısına erişim için ilgili ürün pazarının belirlenmesinde sabit, elektrik, kablo, mobil gibi ağların varlığını kabul etmekle birlikte, *halihazırda* bunların Telecom Italia S.p.A.’nın sahip olduğu sabit ağa alternatif olmadığı tespitinde bulunarak ihlalin incelendiği döneme ilişkin bir değerlendirme yapmıştır (Stonayova 2005, 360).

¹²⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Goelzhauser 1994, Joskow 1985 ve ABA 2002.

¹³⁰ Commission Guidelines on Market Analysis and the Assessment of Significant Market Power under the Community Regulatory Framework for Electronic Communication Networks and Services, 2002/C 165/03

¹³¹ A.g.k. parag. 82.

¹³² Örneğin, Hollanda telekomünikasyon düzenleyicisi OPTA ve rekabet otoritesi NMA işbirliği ile hazırlanan *Fiyat Sıkıştırması Rehberi*’nde yerleşik operatör olan KPN’nin perakende tarifeleri için getirilen alt limit (fiyat tabanı) yükümlülüğünün nasıl uygulanacağı açıklanmıştır.

test arasında ise belirli farklılıklar bulunmaktadır. Ardıl FST, teşebbüsün ilgili ürün pazarında belirlenen ürünlerinin fiyatına genel olarak uygulanabilirken, düzenleyici otorite teşebbüse, *önceden belirlenmiş* hizmetleri için tek tek alt pazar tarifelerini hazırlama sürecinde bu teste uyma zorunluluğu getirilebilmektedir¹³³ (Crocioni ve Veljanovski 2003, 57). Bu bakımdan, öncül FST ile teşebbüsün alt pazardaki hizmetlerinin fiyatı için bir *fiyat tabanı* oluşturulduğu da söylenebilir (Weisman 2002, 108). Ayrıca, daha önce de değinildiği üzere rekabet otoriteleri teşebbüsün kendi maliyetinin dikkate alındığı EER testini tercih edebilecekken düzenleyici otorite pazara yeni girişleri teşvik edebilmek amacıyla rakiplerin maliyetlerinin esas alındığı MER testini kullanabilecektir¹³⁴.

Yukarıdaki açıklamaları özetlemek gerekirse, düzenleyici otoritenin ve rekabet otoritelerinin fiyat sıkıştırmasına ardıl ve öncül müdahaledeki karar verme sürecinde pazar tanımı ve değerlendirmesine ilişkin benimsedikleri yaklaşımlar ve müdahale araçları konusunda farklılık bulunmaktadır. Bu farklılık, ardıl müdahalenin ya da alt pazardaki fiyatın kontrolünü içeren öncül müdahalenin tek başına fiyat sıkıştırmasını önlemede yeterli/etkili olup olmadığı sorusunu akla getirmektedir.

4.2. ÖNCÜL ve ARDIL MÜDAHALENİN FİYAT SIKIŞTIRMASINI ÖNLEMEDEKİ ETKİSİ

Fiyat sıkıştırmasının önlenmesi/sona erdirilmesi konusunda öncül müdahalenin mi yoksa ardıl müdahalenin mi yeterli olduğu, bir başka deyişle bu iki müdahalenin ne derece ikame edilebilir olduğu sorusu öncelikle her iki müdahalenin de bu amaca sağladığı *katma değer* çerçevesinde ele alınmalıdır. Bu bağlamda, üst ve/veya alt pazarda fiyat sıkıştırmasını önleyecek öncül düzenlemelerin olması pazara yeni girecekler adına (üst pazarda nasıl bir fiyatla karşılaşacaklarına ve alt pazarda hangi marjla çalışacaklarına dair de bir gösterge olacağından) *belirginliği artıracaktır* (Geradin ve O'Donoghue 2005, 409). Diğer

¹³³ Örneğin, teşebbüsün şikâyet konusu tarifesinde birden fazla ücretleme varsa FST, teşebbüsün bu tarifelerden elde ettiği gelirin ortalamasına göre de yapılabilir. *Telefónica* kararında ve Rekabet Kurulu'nun *Turkcell Kurumsal Tarifeler* Kararında bu yöntem izlenmiştir. Hollanda telekomünikasyon düzenleyicisi OPTA'nın *Fiyat sıkıştırması Rehberi*'nde ise yerleşik telekomünikasyon operatörü olan KPN'nin tarifelerinin *peak* veya *off-peak* gibi çeşitli zamanlara yönelik değişen ücretlerinin ayrı ayrı fiyat sıkıştırması testine tabi tutulduğunda oluşması gereken ücretler konusunda görüş bildirilmiştir.

¹³⁴ *Ex-ante* FST uygulamasının dışında, düzenleyici otoritenin toptan fiyatın "perakende eksi" yöntemi ile belirlenmesi, hesap ayırıştırması, teşebbüsün üst ve alt pazar faaliyetlerinin ayrı hissedarlık yapısı olan şirketlere bölünmesi şeklinde yapısal ayırıştırma (Cave 2004, 39) gibi yöntemlerde fiyat sıkıştırmasını önlemede etkili olmaktadır. Ancak, bu yöntemler düzenleyicinin genel müdahale yöntemleri arasında sayıldığından yöntemlerin ayrıntılarına çalışmada yer verilmeyecektir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. ABA 2005

tarafтан, teşebbüsün dışlayıcı fiyatlandırma yaptığı konusunda ardıl karar vermek daha kolay olsa da bu müdahale pazara giriş için özellikle yüksek yatırım gerektiren sektörlerde nispeten daha az fayda sağlayacaktır (Buigues 2004, 7).

Ayrıca, öncül müdahalenin şiddeti ya da katılığı müdahalenin göttüğü amaç doğrultusunda (*oransallık ilkesi*¹³⁵ çerçevesinde) seçildiği müddetçe düzenlemenin sosyal fayda açısından da katma değerinin arttığı söylenebilir. Fiyat sıkıştırmasının önlenmesi için *ayrımcılık yapmama* ya da *hesap ayırıştırması* gibi yükümlülüklerin yettiği durumda ayrıca fiyat kontrollerine gerek olmayacaktır. Aksi takdirde, öncül müdahale hem düzenleyiciye hem de teşebbüse işlem yükü getirecek, teşebbüs fiyatlandırma konusunda esnekliğini yitirecek ve bu durum belirliliğin getirdiği katma değeri de ardıl müdahale lehine azaltabilecektir (Geradin ve O'Donoghue 2005, 410).

Öncül ve ardıl müdahale yöntemi arasındaki en belirgin ödünleşim (*trade-off*) bu müdahalelerin rekabete ve dolayısıyla tüketici refahına etkisinden kaynaklanmaktadır. *Fiyat tabanı* oluşturmak teşebbüsün fiyat sıkıştırması girişiminde bulunarak rekabetçi sürece sekte vurmasını önlemek adına ilk bakışta uygun bir politika aracı olarak görülse bile, teşebbüsün fiyat sıkıştırması yönünde bir niyeti olmadığında rekabetçi sürece zarar da verebilecektir. Nitekim, rakipler düzenleyicinin fiyat tabanı oluşturma sürecine dışarıdan müdahale ederek gereğinden yüksek taban fiyatı belirlenmesini sağlayıp bu şekilde kendilerine yapay bir rekabet avantajı yaratabilirler. Bu rant arama davranışı, sosyal verimsizlikle sonuçlanabilir (Weisman 2002, 114-115). Bu durum, etkin olmayan firmaların girişini teşvik ettiği takdirde fiyatlar yüksek maliyetlerden dolayı kısa sürede yükselebilecektir.

Bu açıklamalardan bir müdahalenin diğerine göre net bir üstünlüğünün olduğu sonucunu çıkarmak mümkün değildir. Dolayısıyla, bu iki müdahaleden herhangi birinin tercih edilmesi gerektiğinde aşağıdaki iki ilkenin benimsenmesi hem rekabet hukukunun hem düzenleyici hukukun gözettiği amaçların gerçekleştirilmesi bakımından önemlidir.

Bunlardan ilki, AB Komisyonu'nun 2002/21 sayılı Çerçeve Direktifi'nin 27. dibacesinde şu şekilde belirtilmiştir:

*ex- ante düzenleyici yükümlülükler, etkin rekabetin yaşanmadığı[bir başka deyişle], bir ya da daha fazla EPG'ye sahip teşebbüsün olduğu ve **Topluluğun rekabet hukuku çarelerinin problemi çözmede yetersiz kaldığı durumlarda getirilmelidir***¹³⁶.

¹³⁵ Oransallık ilkesi, "istenilen sonuca ulaşmak için kullanılan araç bu sonuca ulaşmada zorunlu ve uygun olandan daha fazlası olmamalıdır" şeklinde tanımlanabilir. Bkz. dn. 127, parag. 118

¹³⁶ Bkz. dn. 127

Sağlıklı işleyen bir pazarda aşırı düzenleme yapma hatasından kaçınmak için, düzenleyici müdahale ancak etkin rekabetin yaşanmadığı pazarlarda (Stonayova 2005, 362) ve ardıl müdahalenin etkin ve sürdürülebilir rekabeti sağlamada yetersiz kaldığı durumlarda uygulanmalıdır (Buigues 2004, 46).

Diğer ilke, ilkiyle bağlantılı olarak Komisyon'un Elektronik İletişim Sektöründe İlgili Pazarlara Yönelik Tavsiye Metni'nde¹³⁷:

*Perakende hizmetler üzerindeki düzenleyici kontrol, ancak ilgili üst pazar ölçülerinin [kontrollerinin] ve buna ilişkin diğer ölçülerin etkin rekabeti sağlamada yetersiz kaldığında uygulanabilir*¹³⁸

şeklinde yer almıştır¹³⁹.

Bu ifadeler ışığında, fiyat sıkıştırmasının engellemesinde düzenleyici otorite açısından bir müdahale yapılacaksa bile bu müdahalenin teşebbüsün üst pazardaki faaliyetine ve bu pazarda uyguladığı fiyatlara yönelik yapılmasının daha tercih edilebilir olduğu sonucunu ulaştırmak mümkündür.

4.3. TEŞEBBÜSÜN FİYATLARI ÜZERİNDEKİ KONTROL MEKANİZMASININ FİYAT SIKIŞTIRMASI OLUŞUMU ÜZERİNDEKİ ETKİSİ

Düzenlenen pazarlarda teşebbüsün üst ve/veya alt pazardaki fiyat ve maliyetleri denetime ve/veya onaya tabi olabilmektedir. Bu kontroller, genel olarak teşebbüsün pazar gücünü kullanması yönünde bir sınır getirmek amacıyla yapılsa da (ABA 2005, 12), aynı zamanda teşebbüsün fiyat sıkıştırması uygulama olasılığını ve bu yöndeki güdüsünü de etkileyebilmektedir (Geradin ve O'Donoghue 2005, 374). Bu etki ise hangi pazarda fiyat kontrolünün yapıldığına göre değişmektedir. Örneğin;

– Her iki pazardaki fiyatın düzenlendiği durumda (tam düzenlenen pazarlarda), teşebbüsün fiyatları üzerinde doğrudan bir etkisi olmadığı için teorik olarak fiyat sıkıştırmasının da oluşma olasılığı yoktur (Geradin ve O'Donoghue 2005, 374). Ancak, pratikte bu önerme geçerliliğini yitirmektedir.

¹³⁷ Commission Recommendation of 17 December 2007 on Relevant Product and Service Markets within the Electronic Communications Sector Susceptible to ex ante Regulation in Accordance with Directive 2002/21/EC of the European Parliament and of the Council on a Common Regulatory Framework for Electronic Communications Networks and Services, 2007/879/EC

¹³⁸ A.g.k. parag. 15

¹³⁹ ABD telekomünikasyon sektörüne ilişkin düzenlemelerde de düzenleyicinin toptan fiyatların maliyet esaslı olup olmadığıyla ilgilenmesi gerektiği, perakende pazara yönelik getirilebilecek fiyat tabanı kısıtının ise rekabetçi amaçları gerçekleştirmek için zorunlu olmadığı görüşü benimsenmiştir. Bkz dn. 23, parag. 839-850

Bouckaert ve Verboven (2004, 322), tam düzenlenen pazarlarda fiyat sıkıştırmasının, “*dengelenmemiş tarifeler*¹⁴⁰” durumunda *düzenleyici fiyat sıkıştırması* (bir başka deyişle, teşebbüsün kastıyla değil düzenleyici otoritenin yarattığı bir durum) olarak ortaya çıkabileceğini belirtmiştir. Benzer bir durum, her iki pazardaki tarifenin farklı düzenleyici otorite tarafından onaylanması halinde bir koordinasyon problemi olarak da oluşabilir (ABA 2002, 122)¹⁴¹. Ancak, *düzenleyici fiyat sıkıştırmasının* dışında, teşebbüsün kastının olabileceği durumlar da mevcuttur. Örneğin, alt pazardaki fiyatın *tavan fiyatla* ya da üst ve/veya alt pazardaki fiyatın bir hizmet sepetini kapsayan “*price-cap*¹⁴²” ile kontrol edildiği durumda teşebbüs, bu kontrolün dışına çıkmadan mevcut veya potansiyel rakipleri dışlamak amacıyla belirli ürünlerin fiyatlarının düzeyinde oynama yaparak fiyat sıkıştırmasını gerçekleştirebilir (Geradin ve O’Donoghue, 2005, 374). Nitekim, *Deutsche Telekom* kararında DT’nin, her iki pazardaki tarifesinin düzenlenmeye ve onaya tabi olmasına rağmen¹⁴³ Komisyon tarafından fiyat sıkıştırması yaptığı tespit edilmiştir.

– *Sadece üst pazarın düzenlendiği, kısmi düzenleme durumunda*, teşebbüsün alt pazar fiyatı üzerinde herhangi bir düzenleyici baskı olmadığı için teşebbüs bu fiyatı üst pazar fiyatının ve alt pazar maliyetlerinin altına düşürerek *yıkıcı fiyat sıkıştırması* uygulayabilir (Bouckaert ve Verboven, 2004, 322). Ancak, burada üst pazar fiyatının ne şekilde belirlendiği de önemlidir. Crocioni ve Veljanovski (2003, 57), bu fiyatın “perakende eksi” yöntemi ile belirlenmesi halinde fiyat sıkıştırmasının mümkün olmayacağını belirtmiştir¹⁴⁴. Söz konusu

¹⁴⁰ Düzenleyici otoritenin, farklı gelir ve talep düzeyi olan ülkenin genelinde tek tip perakende tarife uygulanmasını tercih etmesi durumunda bazı bölgelerde perakende tarife alt pazar maliyetinin ya da doğrudan toptan fiyatın altında kalabilecektir. Bu durum, *dengelenmemiş tarifeleri* ifade etmektedir (Bouckaert ve Verboven 2004, 333).

¹⁴¹ Örneğin, elektrik sektöründe ABD’de toptan pazar ulusal düzeyde Federal Enerji Düzenleyici Komisyonu tarafından, perakende pazar ise eyaletlerdeki komisyonlar tarafından düzenlenmekte ve bu durum farklı düzenleme rejimleri ve hesaplama yöntemleri nedeniyle fiyat sıkıştırmasına yol açabilmektedir (Goelzhauser 2004, 241).

¹⁴² “*Price cap*” düzenlemesinde düzenleyici otorite teşebbüsün bir ya da daha fazla hizmeti için önerebileceği fiyat düzeyine bir üst sınır getirebilmekte, bu sınır kapsamında kalmak kaydıyla teşebbüs belirli hizmetlerin fiyatı üzerinde oynama yapabilmektedir (ABA 2005, 13-14). Ayrıca, telekomünikasyon sektöründe olduğu gibi hem arabağlantı (toptan) hem de son kullanıcı hizmetleri (perakende) fiyatı aynı hizmet sepeti içinde “*global-cap*”le kontrol edilebilmektedir (Laffont ve Tirole 1994, 1673).

¹⁴³ DT’nin toptan düzeyde yerel ağa erişim tarifeleri maliyet esaslı olarak; son kullanıcılara sunduğu inceleme konusu tarifeleri ise “*price cap*” sistemiyle 1998 tarihinden itibaren Alman Telekomünikasyon düzenleyicisi tarafından onaylanmak suretiyle düzenlenmektedir. İncelemede yer alan perakende ADSL internet erişim tarifeleri ise düzenlemeye tabi değildir. Bilgi için bkz. dn. 1

¹⁴⁴ “Perakende eksi” yönteminde, toptan fiyat perakende fiyattan teşebbüsün ürüne özgü artan maliyetlerini de kapsayan bir miktarın eksiltilmesi suretiyle belirlenmektedir (bkz. Baumol, Ordovery ve Willing 1997). Dolayısıyla, bu yöntem FST’ye oldukça benzemektedir. Bu şekilde,

fiyatın maliyet esaslı belirlenmesinin ise teşebbüsün fiyat sıkıştırması girişiminde bulunma ve alt pazardan kâr elde etme yönündeki güdüsünü artırabileceğinden (*sabotaj* stratejisinden) çalışmanın ilk bölümünde bahsedilmiştir.

– *Sadece alt pazarın düzenlendiği durumda*, fiyat sıkıştırmasının gerçekleşme olasılığı azalmaktadır. Üst pazarın düzenlenmemesinden bu pazarda rekabetin yaşandığı sonucu çıkarılabilecektir (Geradin ve O'Donoghue 2005, 377). Bu çıkarımın devamı olarak da fiyat sıkıştırmasının ihlal sayılabilmesi için girdi ürününün zorunluluğu ya da üst pazarda tekele yaklaşan pazar gücü gibi gerekli hukuki şartların gerçekleşmediği kabul edilebilecektir.

Sonuç olarak, düzenleyici otorite tarafından alt ve üst pazarda uygulanan fiyat kontrol mekanizmalarının bazı durumlarda fiyat sıkıştırmasının oluşmasının tamamen önüne geçemediği, bu kontrol mekanizmalarında kullanılan fiyatlandırma yöntemlerinin fiyat sıkıştırmasının oluşmasında doğrudan etkili olabildiği görülmektedir.

4.4. ÖNCÜL DÜZENLEMENİN OLDUĞU DURUMDA OLUŞABİLEN FİYAT SIKIŞTIRMASINA ARDIL MÜDAHALE YAPILMASININ GEREKLİLİĞİ

Teşebbüsün fiyatlarının tam ya da kısmi olarak öncül düzenlemesine rağmen oluşan fiyat sıkıştırmasına ardıl müdahale yapıp yapılmayacağı konusuna ilişkin genel olarak ABD'de, AB'de ve Türkiye'de farklı yaklaşımlar benimsendiğinden çalışmanın daha önceki bölümlerinde bahsedilmiştir¹⁴⁵. Nitekim, ABD'de düzenlemeye tabi elektrik sektörüne ilişkin *Town of Concord* kararında ilgili mahkeme “*düzenleyici [otoritelerin], pazarda teşebbüs ile rakipler arasındaki rekabetin sağlanması konusunda yeterli düzeyde yetkilendirildiği*” ifadesini kullanarak¹⁴⁶ teşebbüsün *tam düzenlenen* pazarlara fiyat sıkıştırmasına neden olan eyleminin antitröst hukuku bağlamında incelenemeyeceğini, bu konunun çözümünün düzenleyici otoritelerce ele alınması gerektiğini vurgulamıştır. Bu görüş ABD Yüksek Mahkemesi tarafından da benimsenmiştir¹⁴⁷. AB'de ise Komisyon *Deutsche Telekom*

her iki fiyat arasında teşebbüsün maliyetlerini karşılayan pozitif bir marj kalacağından fiyat sıkıştırmasının oluşumu da engellenebilmektedir (Laffont ve Tirole 2000, 178 ve ERG 2006, 78). “Perakende eksi” yöntemi üzerine genel bir tartışma için bkz Baumol ve Sidak 1995; ERG 2005

¹⁴⁵ Bkz. Bölüm 2.1.

¹⁴⁶ Bkz. dn. 27, parag. 26

¹⁴⁷ ABD Yüksek Mahkemesi'nin görüşü, bu konuda içtihat niteliğinde olan *Trinko* kararına dayanmaktadır. Telekomünikasyon sektörüne ilişkin bu kararda *zorunlu unsur* kavramı değerlendirilmiş ve “*rekabetçi zararı ortadan kaldırmak adına sektöre özgü düzenleyici yapının mevcut olduğu durumda, antitröst yaptırımlarının katma değerinin az olacağı*” görüşü ifade

kararında DT'nin her iki düzeydeki tarifelerinin düzenlemeye tabi olmasına rağmen yine de,

*...sektör spesifik düzenleyicinin teşebbüsün rekabeti önleyecek, kısıtlayacak ya da bozacak [bağımsız] davranışlarını engellemediği durumlarda rekabet kurallarının uygulanabileceğini...*¹⁴⁸

ifade etmiş ve DT'nin fiyat sıkıştırmasına yol açan davranışını rekabet hukuku kapsamında ele almıştır¹⁴⁹. Benzer şekilde Komisyon, *Telefónica* kararında, *telekomünikasyon sektöründeki ulusal düzenleyici otoritenin 2006 yılında Telefónica'nın inceleme konusu toptan fiyatlarının maliyet esaslı olmasına ve toptan-perakende fiyatları arasında yeterli marj bırakılmasına yönelik aldığı karar ile müdahalede bulunsa da, özellikle perakende fiyatları belirleme konusunda teşebbüsün serbestisi olduğunu belirterek düzenleyicinin ilgili kararından önceki döneme ilişkin müdahalede bulunmuştur*¹⁵⁰.

Bu farklı yaklaşımlar karşısında, fiyatları genel olarak öncül müdahaleye tabi olan teşebbüsün fiyat sıkıştırmasına yol açan davranışına ardıl müdahalede bulunma yönünde bir tercihle karşılaşıldığında, (1) rekabet otoritelerinin yasallık ve etkililik açısından fiyat sıkıştırmasına hangi durumlarda müdahale edebileceği, (2) fiyat sıkıştırmasını sonlandırmada düzenleyici otoritenin elinde bir müdahale yönteminin olup olmadığı, (3) olduğu durumda bu yöntem öncelik tanınıp tanınmayacağı, (4) fiyat sıkıştırmasını sonlandırmada düzenleyici otorite, elindeki müdahaleyi uygulamıyorsa veya uygulamada gecikmişse rekabet hukuku süreci başlatıp başlatılmayacağı gibi soruların olduğu görülmektedir. Bu sorular, daha önce de değinildiği gibi sadece fiyat sıkıştırması uygulamasına yönelik olmayıp genel olarak rekabet otoritelerinin ve düzenleyici otoritelerinin görev ve yetkileri üzerinde yapılan tartışmalarda ele alınmaktadır¹⁵¹. Dolayısıyla, bu konu daha geniş çaplı bir tartışmayı ve değerlendirmeyi gerektirmektedir. Ancak, yukarıda yer alan yaklaşımlar çerçevesinde fiyat sıkıştırması bağlamında bazı çıkarımların da yapılabileceği düşünülmektedir.

İlk olarak, *Deutsche Telekom* ve *Telefónica* kararlarında yer verilen ifadeler ışığında, ardıl müdahalede bulunmadan önce düzenlenen pazarda teşebbüsün fiyat yapısı üzerinde ne kadar davranış serbestisi olduğunun

edilmiştir. Bu ifade, öncül müdahalenin olduğu durumda, ardıl müdahaleye çok az yer kalacağı şeklinde de yorumlanabilir (Geradin 2005, 1523).

¹⁴⁸ Bkz. dn. 1, parag. 54

¹⁴⁹ Bununla birlikte, kararda, DT'nin tarifelerine ilişkin şikayetlerin Alman telekomünikasyon düzenleyici otoritesine de iletildiği, ilgili otoritenin bu şikayetleri ele aldığı ancak bir müdahalede bulunmadığı bilgisi de yer almaktadır (bkz. dn. 1, parag. 43-44).

¹⁵⁰ Bkz. dn. 3, parag 122-127

¹⁵¹ Bu konuda genel bir tartışma için bkz. Geradin 2004 ve OECD 2005

belirlenmesi gerektiği söylenebilir. Düzenlemenin teşebbüsün fiyat sıkıştırmasına yol açacak davranışlarını engelleme imkânı bulunduğu sürece rekabet hukuku kurallarının uygulama alanı daralacak (O'Donoghue ve Padilla 2006, 346) ve ardıl müdahale yerine düzenleyicinin müdahalede bulunması daha tutarlı bir politika tercihi olabilecektir (Bouckaert ve Verboven 2004, 334). Bir başka deyişle, teşebbüsün her iki fiyatının da belirlendiği/onaylandığı *tam düzenleme* durumunda ardıl müdahalenin uygulama alanı sınırlanırken, teşebbüsün alt pazar faaliyetinin düzenlemeye tabi olmaması rekabet hukuku bağlamında yapılacak müdahaleyi geçerli kılacaktır.

İkinci olarak, ABD'de benimsenen görüş ışığında, düzenleyicinin elinde doğrudan fiyat sıkıştırmasını önlemede pazarın rekabetçi yapısını koruyan ve rekabet kurallarına aykırı olmayan (özellikle *üst pazar fiyatının fiyat sıkıştırmasını önleyecek şekilde yeniden ayarlanması gibi*) bir önlem mevcutsa, rekabet hukuku bağlamında yapılacak müdahalenin katkısının azalacağı gibi bir sonuç da çıkartılabilecektir (Petit 2004, 24). Bu noktada, müdahale önceliğinin düzenleyici otoriteye tanınması, *belirli bir süre* otoritenin işlem yapmasının beklenmesi ve işlemlerini yürütürken ardıl müdahale etmekten imtina edilmesi beklenebilecektir. *Bu yaklaşımın başarıyla uygulanması her iki otorite işbirliği mekanizmalarının geliştirilmesini de gerekli kılmaktadır* (OECD 2005, 27-30). Ancak, düzenleyicinin fiyat sıkıştırmasını yok etmede bir müdahale yöntemi olduğu halde çeşitli nedenlerle¹⁵² bunu kullanmaktan imtina ettiği veya müdahaleyi geciktirdiği durumlarda ise, bu konuya tam olarak açıklık getiren bir içtihat bulunmamakla birlikte, rekabet otoritelerinin inceleme sürecini başlatmasının faydalı olabileceği konuya ilişkin literatürde benimsenen bir görüştür (Petit 2004, 24).

Yukarıda yer verilen görüşlerin konunun çözümüne katkı sağlayabileceği düşünülmektedir. Bununla birlikte, özellikle AB Komisyonu'nun AT Anlaşmasının ilgili maddelerine dayanarak verdiği kararların uluslararası (*supranational*) nitelik taşıması, bu kararlarda benimsenen yaklaşımın ulusal düzeyde rekabet otoritelerinin ve düzenleyici otoritelerinin fiyat sıkıştırmasına müdahalesi bağlamına aktarılıp aktarılmayacağı konusu belirsizlik içermektedir. Nitekim, bu konuda her iki otoritenin genel ya da doğrudan fiyat sıkıştırmasına yönelik görev ve yetkisini düzenleyen hukuk kurallarının kapsamının ve hiyerarşik sıralamasının da dikkate alınması gerekmektedir (Geradin ve O'Donoghue 2005, 414).

Bununla birlikte, yukarıda yapılan çıkarımların konuya ilişkin Rekabet Kurulu kararlarında kısmen de olsa benimsenmiş olduğunu söylemek mümkündür. Nitekim, Kurul'un *Turkcell Kurumsal Tarifeler* ve *TTNet Yaz*

¹⁵² “Düzenleyicinin ele geçirilmesi (*regulatory capture*)” bu nedenlere örnek olarak verilebilir. Bu konudaki tartışmalar için bkz. OECD 2005, s.18-30

Fırtınası kararlarında perakende pazardaki fiyatların düzenlemeye tabi olmaması nedeniyle teşebbüsün fiyatlandırma serbestisi olduğu görülmüş ve ilgili davranışı 4054 sayılı RKHK kapsamında değerlendirilmiştir¹⁵³. Bu kararlara karşın, Kurul *TTAŞ Öğrenci Öğretmen Kampanyası* kararında şikâyet konusu kampanyaya her iki pazarın düzenleniyor olması ve kampanyanın düzenleyici otoritenin izin ve onayıyla gerçekleştirilmiş olması nedeniyle müdahale etmemiştir¹⁵⁴. Ancak, ilgili kararda yer verilen Telekomünikasyon Kurumu görüşünde bu uygulamanın fiyat sıkıştırmasına *yol açmayacağına* dair açık bir ifade bulunmadığı da belirtilmelidir. Dolayısıyla, ilgili otoritenin onay kararı alınırken bu yönde bir değerlendirme yapıp yapmadığı tam olarak anlaşılamamaktadır.

Sonuçta, teşebbüsün sadece üst pazar fiyatının kontrolüne yönelik kısmi düzenleme yapıldığı durumda rekabet otoritesinin fiyat sıkıştırmasına yönelik öncül müdahalede bulunmasının önünde bir engel olmadığı görülmektedir. Bunun yanı sıra, özellikle *tam düzenleme* durumunda rekabet otoritesinin teşebbüsün fiyat sıkıştırmasına yol açtığına dair bir kanaati bulunduğu takdirde bir işlem tesis etmeden, bu konuya ilişkin görüşlerini düzenleyici otoriteye bildirmesinin ve konunun işbirliği halinde çözüme kavuşturulmasının yanlış ve maliyetli müdahalede bulunmanın önüne geçeceği düşünülmektedir.

¹⁵³Bununla birlikte, 2813 sayılı Telsiz Kanunu'nun 7/m maddesi uyarınca, Rekabet Kurulu, telekomünikasyon sektörüne ilişkin olarak vereceği tüm kararlarda öncelikle Telekomünikasyon Kurumu'nun ve Kurum'un yapmış olduğu genel düzenleyici işlemleri dikkate almaktadır.

¹⁵⁴ Buna rağmen, Rekabet Kurulu, 25.10.2004 tarih ve 04-68/976-236 sayılı "Turkcell-Telsim Arabağlantı" kararında rekabet hukuku ve düzenleyici (dosya bazında telekomünikasyon sektörüne ilişkin) hukuk arasındaki ilişkiye yönelik görüşünü aktarırken, *düzenleyici kanunların 4054 sayılı RKHK çerçevesinde bazı teşebbüslere rekabet kurallarının uygulanmasına yönelik açık ya da örtülü bir muafiyet tanımadığını, bu kanunların yürürlükte olmadığı dönemde 4054 sayılı RKHK uyarınca yasak olan bir davranışın bu kanunların yürürlüğe girmesinden sonra da yasak kalmaya devam edeceği* şeklinde ifadelerle yer vermiştir.

SONUÇ

Fiyat sıkıştırması, dikey bütünleşik ve üst pazarda tekele yaklaşan pazar gücüne sahip bir firmanın, bu pazarda üretimini kontrol ettiği girdinin ve bu girdiden üretilen alt pazar ürününün fiyatları arasındaki marjı, bu fiyatların düzeyinde değişiklikler yaparak daraltması sonucunda oluşmaktadır. Bu daralan marj karşısında ise, alt pazarda faaliyet gösterebilmeleri bu girdiye bağlı olan ve teşebbüsün alt pazar fiyatını takip etmek durumunda kalan rakiplerin söz konusu firmayla rekabet edebilmeleri olanaksız hale gelmektedir. Fiyat sıkıştırmasının rekabet hukuku bağlamında ele alınmasının altında yatan gerekçe de, firmanın fiyat sıkıştırması yoluyla, söz konusu girdi üzerinde sahip olduğu pazar gücünü alt pazara aktararak bu pazardaki mevcut veya potansiyel rakipleri dışlamak ve rekabeti engellemek gibi rekabetçi olmayan amaçlarını gerçekleştirebilecek olmasıdır.

Fiyat sıkıştırması, ABD’de 1970’lere, AB’de ise 2000’li yıllara kadar ilgili otoritelerin tek taraflı firma davranışlarına ilişkin yürüttükleri incelemelerde çok sık ele alınan bir uygulama değildir. Diğer yandan, son dönemlerde serbestleşmenin yaşandığı, düzenleyici hukuk kurallarına tabi, sermaye yoğun ve ağ dışsallıklarının yaygın olduğu yeni gelişen pazarlarda, pazar gücüne sahip firmaların fiyatlarının fiyat sıkıştırmasına yol açtığı iddiası alt pazardaki rakipler tarafından sıklıkla ilgili otoritelerin gündemine taşınmıştır. Bu iddiaların büyük bir çoğunluğu ilgili otoritelerce reddedilirken bir kısmı ise konunun pazardaki yeni oluşmakta olan rekabete ciddi zararlar verdiği/verecek nitelikte olduğu gerekçesiyle ayrıntılı olarak incelemeye alınmıştır.

Söz konusu incelemeler sonucu alınan kararlarda ise fiyat sıkıştırmasının hukuki çerçevesi ve bu çerçevede yapılacak müdahaleye ilişkin yöntem konusunda tam olarak açıklığa kavuşturulmamış, birbiriyle çelişen unsurlar bulunduğu görülmektedir. Genel olarak ABD antitröst mahkemelerinin ortaya çıkan/çıktığı iddia edilen fiyat sıkıştırmasına müdahale etme konusunda daha temkinli yaklaştığı; fiyat sıkıştırmasının yasa dışı kabul edilmesini sözleşme yapmayı reddetme veya yıkıcı fiyat uygulaması gibi diğer dışlayıcı ihlallerin ve pazarda rekabet karşıtı etkilerin varlığı şartına bağladığı görülmüştür. Ayrıca, mahkemeler, düzenlenen pazarlarda ortaya çıkan fiyat sıkıştırması uygulamasına daha çok düzenleyici otoritelerin müdahale etmesi yönünde bir yaklaşım

benimsemiştir. Buna karşın, AB’de 1975’den sonra ele alınmaya başlanan fiyat sıkıştırmasının önceleri hukuki çerçevesi çok netleştirilmemiş, uygulama yıkıcı fiyat, aşırı fiyat gibi diğer hâkim durumun kötüye kullanılması hallerinden ayrı değerlendirilmemiştir. Ancak, son zamanlarda bu uygulamanın, hâkim durumun kötüye kullanılması niteliğinde tek başına bir ihlal türü olarak ele alındığını da söylemek mümkündür. AB Komisyonu’nun düzenlenen pazarlarda ortaya çıkan bu uygulamaya daha müdahaleci bir yaklaşım sergilediği de görülmektedir. Türkiye’de ise fiyat sıkıştırması sadece düzenlemeye tabi telekomünikasyon sektörüne ilişkin üç kararda ele alınmış; *düzenleyici otoritenin üst pazarı düzenlediği, alt pazarda ise düzenleme yapmadığı durumlarda* fiyat sıkıştırması iddiaları 4054 sayılı RCHK çerçevesinde incelemiştir.

Fiyat sıkıştırmasının hukuki uygulamalarında muğlâklık taşıyan tüm bu unsurlar literatürde de tartışmalara yol açmıştır. Bu gerekçelerle, çalışmada, pazarda belirgin rekabet karşıtı etki doğurabilecek fiyat sıkıştırmasının oluşabilmesi ve rekabet hukuku kapsamında ele alınabilmesi için gerekli ekonomik ve hukuki koşulların açıklığa kavuşturulması gerektiği düşünülmüştür.

Öncelikle, fiyat sıkıştırmasının söz konusu firma için kârlı ve rasyonel olabilmesi için bir dizi ekonomik koşulun sağlanmasının gerekli olduğu görülmektedir. Bunların arasında özellikle, teşebbüsün her iki pazarda yüksek pazar gücüne sahip olmasını; girdinin alt pazar üretimi ve rekabeti için zorunluluk taşımasını, alt pazar ürününün homojen olmasını ve bu pazardaki rekabetin eksik pazar koşullarının taşımasını saymak mümkündür. İlgili rekabet hukuku incelemesinde bu şartlar hukuki zeminde ele alınmalı ve firmanın üst pazarda hâkim durumda (tekel gücünde) olması; bu girdinin “zorunlu unsur” niteliği taşıması; alt pazarda teşebbüs kadar etkin bir rakibin kâr edebileceği bir marjın kalmadığının fiyat sıkıştırması testiyle tespit edilmesi; firmanın objektif gerekçelerinin olmaması ve davranışın pazarda rekabet karşıtı etki doğurması gibi hukuki unsurların *eş zamanlı* varlığı aranmalıdır.

Diğer taraftan, bu uygulamanın yıkıcı fiyat, aşırı fiyat, sözleşme yapmayı reddetme veya fiyat ayrımcılığı gibi rekabet karşıtı firma davranışlarıyla ekonomik ve hukuki yönden örtüşen yönleri olduğunu söylemek mümkündür. Bununla birlikte, bu ihlallerin tespit edilemediği durumlarda bile fiyat sıkıştırmasının oluşabileceği; pazardaki rekabetin zarar görebileceği, bu nedenle de rekabet hukuku bağlamında bir müdahaleyi geçerli olabileceği görülmektedir. Ayrıca, bu müdahalede, söz konusu firmanın fiyatlandırması sonucunda pazarda yeterli bir kâr marjı kalıp kalmadığını tespit etmek amacıyla uygulanan testte, öncelikle firmanın maliyetlerinin esas alınması, bunun yanında rakiplerin maliyetlerinin de karşılaştırmalı bir şekilde incelenmesi gereklidir. Bu gereklilik, firmanın fiyat sıkıştırması yoluyla, pazardaki rakipleri (firma kadar

etkin olsalar bile), dışlayıp dışlamadığını doğru belirlemek bakımından önemlidir. Ancak, bu test, dayandığı varsayımların pazarda gerçekleşmemesi halinde hatalı sonuç verecektir. Dolayısıyla, özellikle yeni gelişen pazarlarda fiyat sıkıştırmasının rekabete zarar veren etkisinin gösterilmesi yönünde ayrıca bir değerlendirme yapılmasının, söz konusu uygulamaya doğru müdahalede bulunmak açısından büyük önem taşıdığı da açıktır.

Çalışmada ele alınan kararlarda, yukarıda bahsedilen konuların yanı sıra, düzenlenen sektörlerdeki firmanın fiyatlarının rakiplerin marjlarının “sıkışmasına” yol açması halinde, rekabet hukuku bağlamında yapılabilecek ardıl müdahaleye gerek olup olmadığı konusunda da farklı yaklaşımlar benimsendiği, bu konunun tam olarak açıklığa kavuşturulmadığı görülmüştür. *Bu noktanın açıklığa kavuşturulması, Türkiye’de fiyat sıkıştırması iddialarının özellikle düzenlenen pazarlara ilişkin olduğu düşünüldüğünde ayrı bir önem kazanmaktadır.* Çalışmada, bu konunun sadece fiyat sıkıştırması bağlamında olmayıp daha genel ve kapsamlı bir tartışmayı gerektirdiği kabul edilmekle birlikte, AB, ABD’de ve Türkiye’deki konuya ilişkin kararlarda yer alan yaklaşımlar ışığında temel olarak bazı çıkarımların yapılabileceği de görülmüştür. Öncelikle, genel olarak amaçları örtüşse de inceleme süreçleri arasında farklılıklar bulunan bu iki müdahalenin, fiyat sıkıştırmasını önlemede birbirine karşı net bir üstünlüğünden söz etmek mümkün değildir. Çalışmada benimsenen görüş, fiyat sıkıştırmasını önlemek adına düzenleyici otoritenin öncelikle üst pazara müdahale etmesi ve buradaki aksaklıkları gidermesi gerektiği yönündedir. Ayrıca, teşebbüsün fiyatlandırma serbestisinin (her iki pazardaki fiyatın düzenlendiği duruma göre) daha fazla olduğu *kısmi düzenlenen* pazarlarda fiyat sıkıştırmasına ardıl müdahalede bulunmanın önünde bir engel olmadığı düşünülmektedir. Ancak, kesin doğruların olmadığı bu konuda, her iki otoritenin bir işlem tesis etmeden önce resmi/resmi olmayan yollarla işbirliği içerisinde bulunmasının fiyat sıkıştırmasının engellenmesinde daha fazla etkinlik sağlayacağı da açıktır.

Sonuç olarak, hukuki değerlendirmesinde oldukça fazla muğlâklık yaşanan fiyat sıkıştırmasının, pazara ilişkin belirli ekonomik ve hukuki koşulların sağlanması halinde hâkim durumdaki/tekel gücüne sahip olan bir firmanın alt pazardaki rekabeti bozmak veya engellemek amacıyla gerçekleştirebileceği ve pazardaki rekabete zarar verebileceği dışlayıcı bir uygulama olduğu görülmektedir. Fiyat sıkıştırmasına yapılacak rekabet hukuku incelemesinde, tüm bu koşullarla birlikte varsa pazara ilişkin düzenleyici kuralların etkisinin de gözetilmesinin, ihlalin tespit edilmesinde ve gerekli önlemlerin alınmasında daha etkili sonuçlar vereceği düşünülmektedir.

ABSTRACT

Price squeeze is said to occur when a vertically integrated firm with a substantial market power on the production of an essential input in the upstream market reduces the margin between the price of that input and the price that it charges for the downstream derived product such that given this reduced margin between prices even an equally efficient competitor can not operate profitably and compete with this firm in the downstream market. The underlying reason which requires this strategy to be scrutinized in the context of competition law is that through the price squeeze the integrated firm can leverage its market power in the upstream market to the downstream with anticompetitive motives such as foreclose this market by excluding actual or potential rivals and chill the competition. In recent years, price squeeze has been often investigated by competition authorities and related courts as a conduct of a firm with dominance or monopoly power in the regulated sectors which are also on the liberalization process.

The aim of this thesis is to examine the economic and legal conditions required to price squeeze becoming a profitable and rational strategy for the firm and to assess it in the context of competition law. To achieve this purpose, the related judgments of the courts in US and EU, also those of EU Commission and Turkish Competition Authority are analyzed in a comparative manner by putting forward some arguments also adopted in the literature. Besides this, in this thesis the relationship between the approaches of competition and regulatory law to price squeeze is presented in a general context in order to draw a basic framework how to handle this strategy related to regulated sectors.

KAYNAKÇA

- ABA SECTION OF ANTITRUST LAW (2002), *Energy Antitrust Handbook: AA Guide to the Electric and Gas Industries*, ABA Publishing, ABD
- ABA SECTION OF ANTITRUST LAW (2005), *Telecom Antitrust Handbook*, ABA Publishing, ABD
- AHLBORN, C., D. S. EVANS ve A. J. PADILLA (2004), "The Antitrust Economics of Tying: a Farewell to per se Illegality", *The Antitrust Bulletin*, Vol:49, No:1/2, s. 287-341
- 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.
- AREEDA, P. E. ve H. HOVENKAMP (2002), *Antitrust Law*, Second Ed. Aspen Law&Business, Vol:4, New York
- BAUMOL, W. J. (1979), "Quasi-Permanence of Price Reductions: A Policy for Prevention of Predatory Pricing", *The Yale Law Journal*, Vol:89, No:1, s. 1-26.
- BAUMOL, W. J. (2003), "Principles Relevant to Predatory Pricing", Einor Hop (der.), *Pros and Cons in Low Prices* içinde, Swedish Competition Authority, Stockholm, s. 15-37
- BAUMOL, W. J. ve G. SIDAK (1995), "The Pricing of Input Sold to Competitors: Rejoinder and Epilogue", *Yale Journal on Regulation*, Vol:12, No:1, s. 177-186
- BAUMOL, W.J., J. ORDOVER ve R. WILLING (1997), "Parity Pricing and Its Critics: A Necessary Condition for Efficiency in the Provision of Bottleneck Services to Competition", *Yale Journal on Regulation*, Vol:14, No:1, s. 145-163
- BOLTON, P., J. F. BRODLEY ve M. H. RIORDAN (2000), "Predatory Pricing: Strategic Theory and Legal Policy", *Georgetown Law Journal*, Vol:88, No:8, s. 2239-2330
- BORK, R.H. (1978), *The Antitrust Paradox: A Policy at War With Itself*, Free Press, New York

BOUCKAERT, J. ve F. VERBOBEN (2004), "Price Squeezes in a Regulatory Environment", *Journal of Regulatory Economics*, Vol:26, No:3, s. 321-351

BRAVO, L. F. ve P. SICILIANI (2007), "Exclusionary Pricing and Consumers Harm: the European Commission's Practice in DSL Market", *Journal of Competition Law and Economics*, Vol:3, No:2, s. 243-279

BRUNEKREFT, G., E. DAMME, P. LAROCHE ve V. SORANNA (2005), "On the Law and Economics of Price Squeeze in Telecommunications Markets", *TILEC Report*

<http://www.tilburguniversity.nl/tilec/publications/reports/kpncopyright.pdf>, 19.04.2008

BUIGUES, P. A. (2004), "The Competition Policy Approach in the New Regulatory Framework for Electronic Communications. Comments on Koski and Kretschmer", *Journal of Industry, Competition and Trade*, Vol:4, No:1, s. 41-48

CANOY, M., P. BIJL ve R. KEMP (2003), "Access to Telecommunications Network", *Tilburg University Discussion Paper*

<http://www.tilburguniversity.nl/tilec/publications/discussionpapers/2003-007.pdf>, 19.04.2008

CARLTON, W. D. ve J. PERLOFF (1994), *Modern Industrial Organization*, Second Ed., Harper Collins College Publishers, New York

CARLTON, W. D. ve M. WALDMAN (2002), "The Strategic Use of Tying to Preserve and Create Market Power in Evolving Industries", *RAND Journal of Economics*, Vol:33, No:2, s. 194-220

CAVE, M. (2004), "Economic Aspects of New Regulatory Regime For Electronic Communications Services", P.A. Buigues ve P. Rey (der.), *The Economics of Antitrust and Regulation in Telecommunications* içinde, Edwar Elgar Publishing, Cheltenham, MA

COLLEY, L. ve S. BURNSIDE (2006), "Margin Squeeze Abuse", *European Competition Journal*, Vol:2, Special Issue, s. 185-210

CRANDAL, R. W. ve H. J. SINGER (2005), "Are Vertically Integrated DSL Providers Unaffiliated ISP's (and Should We Care)", *Social Science Research Network*

<http://ssrn.com/abstract=710601>, 19.04.2008

CROCIONI, P. (2005), "Price Squeeze and Imputation Test- Recent Developments", *E.C.L.R.*, No:10, s. 551-571

CROCIÓNİ, P. (2007), "Leveraging of Market Power in Emerging Markets: A Review of Cases, Literature, and a Suggested Framework", *Journal of Competition Law and Economics*

CROCIÓNİ, P. ve C. VELJANOVSKI (2003), "Price Squeezes, Foreclosure and Competition Law, Principles and Guidelines", *Journal of Network Industries*, Vol:4, No:1, s. 28-59

ERG (2006), "Revised ERG Common Position on the Approach to Appropriate Remedies in the ECNS Regulatory Framework", *ERG 06(33)*

http://www.erg.eu.int/doc/meeting/erg_06_33_remedies_common_position_june_06.pdf, 19.04.2008

EVANS, D.S. (2003), "The Antitrust Economics of Multi-sided Platform Markets", *Yale Journal on Regulation*, Vol:20, No:2, s. 325-382

FAULL, J. ve A. NIKPAY (2007), *The EC Law of Competition*, Second Ed., Oxford University Press, New York

FERNÁNDEZ ÁLVAREZ-LABRADOR, M. (2006), "Margin Squeeze in the Telecommunications Sector: An Economic Overview", *World Competition*, Vol:29, No:2, s. 247-268

GARZANITI, L. ve F. LIBERATORE (2004), "Recent Developments in the European Commission's Practice in the Communications Sector", *E.C.L.R.*, No:3, s. 169-176

GERADIN, D. (2004), "Limiting the Scope of Article 82 of the EC Treaty: What can the EU Learn from the US Supreme Court's Judgment in Trinko in the wake of Microsoft, IMS, and Deutsche Telekom" *Common Market Law Review*, No:41, s. 1519-1593

GERADIN, D. ve R. O'DONOGHUE (2005), "The Concurrent Application of Competition Law and Regulation: the Case of Margin Squeeze Abuses in the Telecommunications Sector", *Journal of Competition Law and Economics*, Vol:1, No:2, s. 355-425

GERADIN, D. ve N. PETIT (2007), "Price Discrimination under EC Competition Law: The Need for a case-by-case Approach", *GC LC Working Paper 07/05*

GOELZHAUSER, G. (2004), "Price Squeeze in a Deregulated Electric Power Industry", *Florida State University Law Review*, Vol:32, s. 225-255

GROUT, P. (2003), "Defining a Price Squeeze in Competition Law", Swedish Competition Authority (Konkurrensverket), *Pros and Cons in Low Prices* içinde, Stockholm, s. 71-96

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

GÜRZUMAR, O. B. (2006), *Zorunlu Unsur Doktrinine Dayalı Sözleşme Yapma Yükümlülüğü*, Seçkin Yayıncılık, Ankara

HALE, G. E. (1949), "Vertical Integration: Impact of the Antitrust Laws Upon Combination of Successive Stages of the Production and Distribution", *Columbia Law Review*, Vol: 49, No:7, s. 921-954

HAUSMAN, J. A. ve T. J. TARDIFF (1995), "Efficient Local Exchange Competition", *Antitrust Bulletin*, Vol: 40, No:3, s. 529-547

JACOBSON, J. M. ve V. RUCKER (2008), "Whither Price Squeeze Antitrust?", *The Online Magazine for Global Competition Policy*, Jan-08(1)

<http://www.globalcompetitionpolicy.org/index.php?id=759&action=907>, 19.04.2008

JOSKOW, P. L. (1985), "Mixing Regulatory and Antitrust Policies in the Electric Power Industry: The Price Squeeze and Retail Market Competition", F. M. Fisher (der.), *Antitrust and Regulation: Essays in Memory of John J. McGowan* içinde, MIT Press, London, s. 173-239

JOSKOW, P.L. ve A. K. KLEVORİCK (1979), "A Framework for Analyzing Predatory Pricing Policy", *The Yale Law Journal*, Vol: 89, No:2, s. 213-270

KALLAUGHER, J. (2004) , "The Margin Squeeze under Article 82.: Searching for Limiting Principles", *GCLC conference "Margin Squeeze under EC Competition Law with a Special Focus on the Telecommunication Sector"*, 10.12.2004, London

<http://www.coleurop.be/content/gclc/documents/03%20Kallaugher%20paper.doc>, 19.04.2008

KARA, A. F. (2003), "*Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Aracı Olarak Yıkıcı Fiyat Uygulaması: ABD ve AT Uygulamalarından Dersler*", Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri, Rekabet Kurumu, Ankara

KARAKURT, A. (2005), "*Ekonomik ve Hukuki Açından Piyasayı Kapama Etkisi*", Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri, Rekabet Kurumu, Ankara

KAVANAGH, J. (2004), "Assessing Margin Squeeze under Competition Law", *Competition Law Journal*, Vol:3, No:3, s. 187-200

KING, S. P. ve R. MADDOCK (2002), "Imputation Rules and a Vertical Price Squeeze", *Australian Business Law Review*, Vol:30, No:1, s. 43-60.

KLEPPER, S. ve K. L. SIMONS (2005), "Industry Shakeouts and Technological Change", *International Journal of Industrial Organization*, Vol:23, No:1-2, s. 23-43

KORES, N. (2007), Press Conference on Telefónica Decision – Introductory Remarks, 4.7.2007, Speech 07/460

<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/07/460&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=fr>, 19.04.2008

KOVACIC, W. E. ve C. SHAPIRO (2000), "Antitrust Policy: A Century of Economic and Legal Thinking", *Journal of Economic Perspectives*, Vol:14, No:1, s. 43-60

KRATTENMAKER, T. G. VE S. SALOP (1986), "Anticompetitive Exclusion: Raising Rivals' Cost to Achieve Power over Price", *The Yale Law Journal*, Vol:96, No:2, s. 209-293

LAFFONT, J.-J. ve J. TIROLE (2000), *Competition in Telecommunications*, MIT Press, Cambridge, MA

LANG, T. ve R. O'DONOGHUE (2002), "Defining Legitimate Competition: How to Clarify Pricing Abuses Under Article 82 EC", *Fortdham International Law Journal*, Vol:26, s. 83-162

LOWE, P. (2008), "The Commission's current thinking on Article 82", Conference on "Pricing and the Dominant Company, 31.01.2008

http://ec.europa.eu/comm/competition/speeches/text/2008_01_en.pdf, 19.04.2008

MASTROMANOLIS, E. P. (1998), "Predatory Pricing Strategies in the EU: a Case for Legal Reform", *E.C.L.R.*, Vol:19, No:4, s. 211-224

MOTTA, M. ve A. STREEL (2007), "Excessive Pricing and Price Squeeze under EU Law", C. D. Ehlermann ve I. Atanasiu (der.), *What is an abuse of a dominant position? içinde*, Oxford, s. 91-125.

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

NICHOLSON, W. (1998), *Microeconomic Theory*, Seventh Ed., Dryden Press, ABD

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

OECD (2005), “Global Forum on Competition: The Relationship between Competition Authorities and Sectoral Regulators”, DAF/COMP/GF/WD(2005)38

<http://www.oecd.org/dataoecd/38/28/34448682.pdf>, 19.04.2008

OECD (2007), “Predatory Foreclosure”, *OECD Journal of Competition Law and Policy*, Vol: 9 No:1, s. 81-167

ONU KL U, N.N. (2007), “Geçiş Maliyetlerinin Firma Davranışları ve Pazar Üzerindeki Etkileri, Ardıl Pazarlarda Pazar Gücü”, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri, Rekabet Kurumu, Ankara

ÖLMEZ, H.S. (2003), “Rekabet Hukukunda Zorunlu Unsur Doktrini ve Uygulaması”, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri, Rekabet Kurumu, Ankara

PALMIGIANO, P. (2007), “Abuse of Margin Squeeze under Article 82 of the EC Treaty and Its Application to New and Emerging Market”, *Regulatory Policy Institute Conference: Competition Policy in Regulated Sectors*

<http://www.rpieurope.org/2007%20Conference/Palmigiano%20Paper%20July%2007.pdf>, 19.04.2008

PETIT, N. (2004), “The Proliferation of National Regulatory Authorities alongside Competition Authorities: A Source of Jurisdictional Confusion”, *GCLC Working Paper 02/04*

POLO, M. (2007), “Price Squeeze: Lessons from the Telecom Italia Case”, *Journal of Competition Law and Economics*, Vol:3, No:33 s. 453-470

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

POSNER, R. (2001), *Antitrust Law*, Second Ed., University of Chicago Press, Chicago-London

RITTER, C. (2004), “Does the Law of Predatory Pricing and Cross-Subsidisation need a Radical Rethink?”, *World Competititon*, Vol:27, No:4, s. 613-649

SALOP, C. S. ve D. T. SCHEFFMAN (1983), “Raising Rivals’ Costs”, *American Economic Review*, Vol:73, No:2, s. 267–271

SALOP, C. S. ve D. T. SCHEFFMAN (1987), “Cost Raising Strategies”, *Journal of Industrial Economics*, Vol: XXXVI, No:1, s. 19-33

SPIVAK, L.J. (1993), “Is the Price Squeeze Doctrine Still Viable in Fully-Regulated Energy Markets?”, *Federal Energy Law Journal*, Vol:14, No:75

STOYANOVA, M. (2005), "Regulatory and Competition Law Approaches to Price Squeeze: Access Pricing in the Telecommunications Sector", *European Competition Journal*, Vol:1, No:2, s. 347-374

TAYLOR, W. ve T. TARDIFF (2007), "Anticompetitive Price Squeezes in the Telecommunications Industry: A Common Complaint about Common Facilities", L. Wu (der.), *Economics of Antitrust: Complex Issues In a Dynamic Economy* içinde, NERA Economic Consulting, New York, s. 31-46

TIROLE, J. (1988), *The Theory of Industrial Organization*, MIT Press, Cambridge, MA

TEKDEMİR, Y. (2003), "AT Rekabet Hukukunda Anlaşma Yapmayı Reddetme Sorunu ve Zorunlu Unsur Doktrini: Anlaşma Yapma Yükümlülüğü veya Sözleme Serbestisinin Sınırları", Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri, Rekabet Kurumu, Ankara

THE UNILETERAL CONDUCT WORKING GROUP (2007), "Report on the Objectives of Unilateral Conduct Laws, Assessment of Dominance/Substantial Market Power and State-Created Monopolies", *The 6th Annual Conference of the ICN*, Moscow

http://www.internationalcompetitionnetwork.org/media/library/unilateral_conduct/Objectives%20of%20Unilateral%20Conduct%20May%2007.pdf, 19.04.2008

VICKERS, J. (2005), "Abuse of Market Power", *The Economic Journal*, Vol:115, No:504, s. F244-F261

WALDEN, I. ve J. ANGEL (2005), *Telecommunications Law and Regulation*, Second Ed., Oxford University Press, Oxford-New York

WEISMAN, D.L. (2002), "The Law and Economics of Price Floors in Regulated Industries", *The Antitrust Bulletin*, Vol:47, No:1, s. 107-131

WHINSTON, M. D. (1990), "Tying, Foreclosure and Exclusion", *The American Economic Review*, Vol:80, No:4, s. 837-859

WHISH, R. (2003), *Competition Law*, Fifth Ed., LexisNexis, London

ABD Temyiz Mahkemeleri ve Yüksek Mahkeme Kararları

F.P.C. v. Conway Corp., 426 U.S. 271 (1976)

Town of Concord v. Boston Edison Co. 915 F.2d 17 (1st Circuit, 1990)

City of Anaheim v. Southern California Edison Co., 955 F.2d 1373 (9th Circ. 1992)

Brooke Group Ltd. v. Williamson Tobacco Corp., 509 U.S. 209, 222 (1993)

Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP, 540 U.S. 682, (2004)

Covad Communications Co. v. BellSouth Corp., 374 F.3d 1044 (11th Cir. 2004)

Covad Communications Co. v. Bell Atlantic Corp., 398 F.3d 666 (D.C. Cir 2005)

LinkLine Communications, Inc v. SBC California, Inc., No. 05-56023 (9th Cir. 2007)

AB Komisyonu, İDM ve ATAD Kararları

National Carbonizing (76/185/ECSC, 29.10.1975), O.J. L 35/6, 10.2.1976,

Napier Brown/British Sugar (88/518/EEC, 18.7.1988), O.J. L 284/41, 19.10.1988

Deutsche Telekom (COMP/C-1/37.451, 37.578, 37.579, 21.5.2003), O.J. L 263/9 14.10.2003

Wanadoo (COMP/38.233, 16.7.2003)

Wanadoo España v Telefónica (COM/38.784, 4.7.2007)

Industrie des Poudres Spheriques SA v Commission, T-5/97 [2000] ECR II-3755

Michelin v. Commission, Case T-203/01, [2003] ECR II-4071

British Airways plc v Commission, T-219/99 [2003] ECR II-5917,

United Brands Company v Commission, Case 27/76 [1978] ECR 207, Celex no:676J0027

Akzo v Commission, C-62/86 [1991] ECR I-3359

Tetra Pak International SA v Commission, C-333/94 P, [1996] ECR I-5951

Compagnie Maritime Belge Transport SA, Compagnie Maritime Belge SA and dafra-Lines A/S v Commission, C-395/96 ve C-396/96P [2000] ECR I-1365

British Airways, Case C-95/04 P [2007]

Rekabet Kurulu Kararları

2.10.2002 tarih ve 02-60/755-305 sayılı Rekabet Kurulu Kararının Danıştay tarafından iptal edilmesi üzerine verilen 5.1.2006 tarih ve 06-02/47-8 sayılı Karar

8.9.2005 tarih ve 05-55/833-226 sayılı “TTAŞ Öğrenci-Öğretmen Kampanyası” Kararı

4.7.2007 tarih ve 07-56/634-216 sayılı “Turkcell Kurumsal Tarifeler” Kararı

11.7.2007 tarih ve 07-59/676-235 sayılı “TTNet Yaz Fırtınası Kampanyası” Kararı

25.10.2004 tarih ve 04-68/976-236 sayılı “Turkcell-Telsim Arabağlantı” Kararı

Diğer Ülke Kararları

Fransa

Le Conseil de la Concurrence, “Relative à des Pratiques Mises en Oeuvre par France Télécom, SFR Cegetel et Bouygues Télécom”, No. 04-D-4, 14.11.2004,

İngiltere

Oftel, “Investigation by the Director General of Telecommunications (the ‘Director’) into alleged anticompetitive practices by British Telecommunications plc (‘BT’) in relation to BTOpenworld’s (‘BTOW’) Consumer Broadband Products, 20.11.2003

Oftel, “Investigation by the Director General of Telecommunications into the BTSurf Together and BT Talk & Surf Together pricing Packages under the Competition Act 1998”, 4.5.2001

Ofcom, “Suspected Margin Squeeze by Vodafone, O2, Orange and T-Mobile”, CW/00615/05/03, 21.5.2004

OFT, “BSkyB: The Outcome of the OFT’s Competition Act Investigation”, CA98/20/2002, Dec.2002

OFT, “The Association of British Travel Agents and British Airways plc, CA98/19/2002, 11.12.2002

OFT, “Exclusionary Behaviour by Genzyme”, CA98/3/03, March 2004

İtalya

AGCM, A351 – Comportamenti Abusivi di Telecom Italia, No:13752, 16.11.2004

Diğer

DG Competition Discussion Paper on the Application of Article 82 of the Treaty to Exclusionary Abuses, European Commission, Brussels, 2005

<http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf>, 19.4.2008

Directive 2002/21/EC of the European Parliament and of the Council of 7 March 2002 on a Common Regulatory Framework for Electronic Communications Networks and Services (Framework Directive), O.J. L 108/33

Notice on the Application of the Competition Rules to Access Agreements in the Telecommunications Sector, Framework, Relevant Markets and Principles, 98/C 262/02, O.J. C 265/2

Commission Guidelines on Market Analysis and the Assessment of Significant Market Power under the Community Regulatory Framework for Electronic Communication Networks and Services, 2002/C 165/03, O.J. C 165/6

Commission Recommendation of 17 December 2007 on Relevant Product and Service Markets within the Electronic Communications Sector Susceptible to ex ante Regulation in Accordance with Directive 2002/21/EC of the European Parliament and of the Council on a Common Regulatory Framework for Electronic Communications Networks and Services, 2007/8797EC, O.J. L344/65

OPTA/NMa, Richstnoeren prijsqueeze, OPTA/EGM/2000/200494, NMa /2201/12

http://www.anacom.pt/streaming/pricesqueeze_280201.pdf?categoryId=1755&contentId=117617&field=ATTACHED_FILE, 19.04.2008 (bağlayıcı olmayan İngilizce metin)

FCC, First Report and Order on the Matter of Implementation of the Local Competition Provisions in the Telecommunication Act, FCC 96-325

<http://www.fcc.gov/headlines1996.html>, 19.04.2008

The Supreme Court of the United States, “Brief Of The Commonwealth of Virginia and Nine Other States As Amici Curiae in Support of the Petitioners”, No.07-512, 16.11.2007

EKLER

EK 1

Fiyat Sıkıştırmasının Ekonomik ve Hukuki İncelemesindeki Aşamalar

Fiyat Sıkıştırmasına İlişkin Ekonomik Unsurlar

- Dikey bütünleşik (ekonomik bütünlüğe sahip) firma
- Firmanın üst pazarda tekele yaklaşan pazar gücü
- Alt pazar için *zorunlu* girdinin üretimi (başka girdilerle ikame edilemeyen, alternatifinin ekonomik açıdan kısa zamanda yapılması mümkün olmayan girdi)
- Üst pazarda giriş engellerinin varlığı
- Üst pazarda düşük kârlılık oranı
- Firmanın alt pazarda etkin pazar gücü
- Alt pazarda eksik rekabet koşullarının varlığı (ölçek ekonomisi, giriş engelleri)
- Homojen alt pazar ürünü
- Rakiplerin maliyetini yükseltme güdüsü
- Firmanın alt pazardaki üretim kapasitesinin yeterliliği



Ekonomik Unsurların Hukuki Zeminde Yorumlanması

- Dikey bütünleşik firma (ekonomik bütünlüğün tespiti)
 - ↓
- Firmanın üst pazarda “süper hâkim durumda”(tekel gücünde) bulunması
 - ↓
- Alt pazar için “*zorunlu unsur*” niteliğinde girdinin varlığı
 - ↓
- Kârlı olmayan alt pazar marjı
 - ↓
- Firmanın objektif gerekçelerin bulunmaması
 - ↓
- Rekabet karşıtı etkinin oluşması: dışlama ve/veya tüketici zararı?



Rekabet Hukuku İncelemesi

- Pazarların Tanımlanması ve Pazar Gücünün Belirlenmesi
 - Ayrı iki ürün pazarının varlığının tespiti (toptan-perakende ayrımı)
 - Pazarların sınırının girdinin *zorunluluğu* esas alınarak çizilmesi
 - Pazar gücünün girdinin *zorunluluğu* esas alınarak belirlenmesi
 - Yeni gelişen pazarların yapısının dikkate alınması
- Fiyat Sıkıştırması Testi
 - Alt ve üst pazar fiyatlarının doğru tespit edilmesi
 - Kaçınılabılır/Artan maliyetlerin dikkate alınması
 - EER ve/veya MER testi
- Etki İncelemesi ??



Fiyat Sıkıştırmasının Rekabet Hukuku İncelemesinde Tartışmalı Konular

Problem

Fiyat Sıkıştırması, yıkıcı fiyat ve aşırı fiyat uygulamalarının, sözleşme yapmayı reddetmenin, fiyat ayrımcılığının bir çeşidi mi?

Çözüm Önerisi

- Fiyat sıkıştırması söz konusu uygulamaların tespit edilemediği durumda da oluşabilmektedir. İlgili otoriteler, *çok daha temkinli bir şekilde olsa bile* müdahale edebilmelidir.
- Fiyat Sıkıştırması, bu uygulamalarla ekonomik ve hukuki yönden ortak özellikler taşımaktadır. Bu nedenle, incelemede söz konusu uygulamaların da *eş zamanlı* tespit edilmesi fiyat sıkıştırmasının rekabete zarar veren etkisinin gösterilmesini kolaylaştırmaktadır.

Problem

Fiyat Sıkıştırması testinde hangi firmanın maliyetleri esas alınmalıdır/ EER testi veya MER testi?

Çözüm Önerisi

Her iki testin yapılması olası bir ihlalin tespitinde daha etkili olacaktır. Bununla birlikte, test sonuçlarının çelişmesi olasılığı bulunmaktadır. Sonuçta, test her durumda hata yapma payını içereceğinden sadece testin sonucuna dayanan bir değerlendirme yetersiz kalacaktır.

Problem

Fiyat sıkıştırması testinin negatif sonuç verdiği (fiyat sıkıştırmasının oluştuğu) durumda ayrıca etki değerlendirmesi yapılmalı mı?

Çözüm Önerisi

Davranışın pazardaki rekabete zarar veren etkisi gösterilmeli. Nedenleri:

- Testte hata yapma payı fazla:
 - Karmaşık maliyet yapıları
 - Heterojen ve platform ürünler
 - Firmanın dikey etkinliği
- Yeni gelişen pazarlardaki belirsizlik/veri eksikliği
 - Yüksek başlangıç zararları
 - Pazarda hızlı giriş-çıkış oranları

Problem

Düzenlenen pazarlarda ortaya çıkan fiyat sıkıştırması (iddiası) rekabet hukuku kapsamında değerlendirilmeli mi?

Çözüm Önerisi

Kesin bir cevabı yok. Çok daha genel bir tartışma. Ancak,

- Teşebbüsün fiyat belirlemedeki serbestisi,
 - Rekabet kurallarının ve düzenleyici kuralların hiyerarşik sıralaması ve kapsamı,
 - Düzenleyici otoritenin elinde etkin bir müdahale yöntemi olup olmadığı, bunu uygulayıp uygulamadığı vb.
- unsurlar göz önüne alınmalıdır.

İki otorite arasında resmi/resmi olmayan işbirliği yolları etkin bir şekilde kullanılmalıdır.

Problem

Firmanın alt pazarda hâkim durumda bulunması gerekli mi?

Çözüm Önerisi

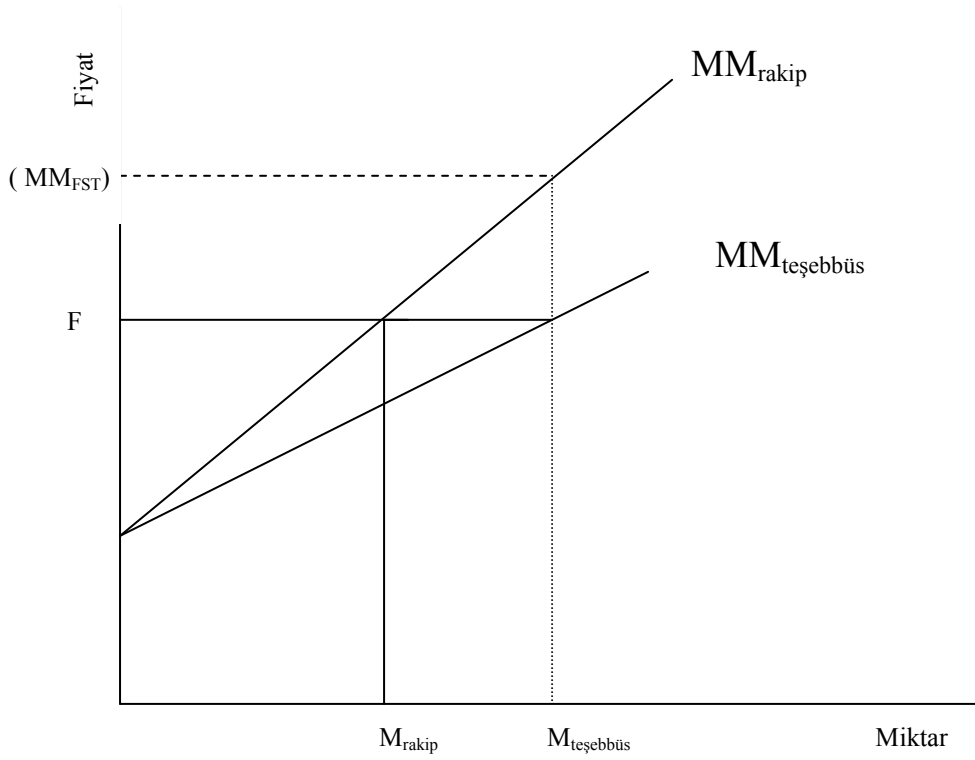
“Fiyat sıkıştırması teşebbüsün alt pazardaki gücünü kullanarak rakipleri dışlamasına değil, rakipleri dışlamak veya kontrol altında tutmak için (üst pazardaki) girdi üzerindeki gücünü kullanmasına dayanmaktadır.”

- Fiyat sıkıştırmasının, firmanın üst pazar gücünü alt pazara aktarmak şeklinde uyguladığı bir strateji olduğu kabul edildiğinde gerekli değil.
- Dışlayıcı etkinin daha kolay ortaya çıkması ve tespit edilmesi için gerekli/etkili.

Sonuçta:

- Alt pazar rekabetçi olmamalıdır. Firma pazara yön verecek güce sahip olmalıdır.

Alt Pazarın Rekabetçi Olduğu Durumda Oluşan Fiyat Sıkıştırması



Yukarıdaki grafik, alt pazarın rekabetçi olduğu durumda teşebbüsün fiyatlarına uygulanan FST'nin *ortada bir ihlalin olmadığı halde fiyat sıkıştırmasının oluştuğu yönünde yanlış sonuç* vereceğini göstermektedir.

Grafik, firmaların (tam rekabetçi pazarın doğal bir sonucu olarak) fiyat alıcısı oldukları, marjinal (artan) maliyetlerinin doğrusal arttığı ve üst pazardaki girdi fiyatının maliyet üstü belirlendiği varsayımı altında çizilmiştir. $MM_{teşebbüs}$ ve MM_{rakip} sırasıyla teşebbüsün ve rakiplerin marjinal (artan) maliyetini göstermektedir. Teşebbüsün rakiplere uyguladığı girdi fiyatının maliyet üstü belirlenmesi nedeniyle, alt pazardaki diğer bütün maliyetler aynı olsa bile rakiplerin marjinal maliyeti, teşebbüsün marjinal maliyetinden yüksek olacaktır. Bunun nedeni, teşebbüsün marjinal maliyetinin girdinin *maliyetini* içermesi; rakiplerin marjinal maliyetinin ise girdinin *fiyatını* içermesidir. Her firma, kârını

ençoklaştırma düzeyinde üretim yaptığında üretim, marjinal maliyetin fiyata (marjinal gelire) eşitlendiği düzeyde gerçekleşecektir. Bu durumda teşebbüs rakiplerden daha fazla üretim yapacaktır ($M_{teşebbüs} > M_{rakip}$). Ancak bu üretim düzeyinde, teşebbüsün fiyatı FST'yi sağlamayacaktır. Bunun nedeni, FST'de girdinin fiyatının içeren marjinal maliyetin (bir başka deyişle, MM_{rakip})'in kullanılmasıdır. Grafikten görüleceği üzere, $M_{teşebbüs}$ düzeyinde oluşan marjinal maliyet (MM_{FST}), pazardaki fiyatın (F'nin) üzerindedir. Sonuçta, teşebbüs rekabet karşıtı amaçlarla değil sadece kâr ençoklaştırma güdüsüyle üretim yaptığı $M_{teşebbüs}$ düzeyinde maliyetin altında satış yapıyor gözükcektir. Sonuç olarak, teşebbüsün fiyatlandırması sadece rekabetçi koşullara dayandığı halde rekabet karşıtı bir uygulama olarak değerlendirilebilecektir. Bu durum, pazarın yukarıda sayılan rekabetçi unsurları barındırmasının doğal bir sonucudur. Dolayısıyla, *bir ihlal olmadığı halde teşebbüsün davranışını ihlal şeklinde nitelendirme hatasına düşülmemesi* için FST'nin uygulanacağı alt pazarın tam rekabetçi olmaması ve teşebbüsün bu pazarda fiyatı etkileyebilecek pazar gücüne sahip olması gerekmektedir (King ve Maddock 2002).

EK 3

Fiyat Sıkıştırmasına İlişkin Kararlarda Yer Verilen Hukuki Tespit ve Değerlendirmeler Tablosu

Otorite	Kararlar	Kararlarda Yapılan Hukuki Tespitler ve Değerlendirmeler							
		Üst Pazarda Hâkim Durum	Alt Pazarda Hâkim Durum	FST	Maliyet	Rekabet Karşıtı Etki Değerlendirmesi	Hukuki Nitelendirme	Pazarın Özelliği	Sonuç
ABD	<i>Alcoa (1945)</i>	√ (tekel)	–	EER	–	√	Haksız Fiyatlandırma	Serbest	
	<i>Town of Concord (1990)</i>	–	–	–	–	–	–	Tam Düzenleme	Şikâyetin reddi
AB Komisyonu	<i>National Carbonizing (1976)</i>	√	√	MER	–	–	–	Serbest	Şikâyet geri çekilmiş
	<i>Napier Brown/British Sugar (1988)</i>	√	√	EER	Ürüne özgü maliyetler	√ ⁱ	–	Serbest	İdari para cezası (3 milyon ECU)
AB, İDM	<i>IPS (2000)</i>	√ ⁱⁱ	–	EER/MER	–	–	Yıkıcı ve aşırı fiyatlandırma	Serbest	Şikâyetin reddi

Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi

AB Komisyonu	Deutsche Telekom (2003)	√	√	EER	Hizmete özgü (artan maliyet)	√ ⁱⁱⁱ	Haksız fiyatlandırma	Tam düzenleme	İdari pazar cezası (12 milyon €)
	Telefónica (2007)	√	√ ^{iv}	EER	UDOAM	√ ^v	Haksız fiyatlandırma	Kısmi düzenleme (üst pazar)	İdari para cezası (56 milyon €)
Rekabet Kurumu	TTAŞ Öğrenci Öğretmen Kampanyası (2005)	–	–	–	–	–	–	Tam düzenleme	Şikâyetin reddi
	Turkcell Kurumsal Tarifeler (2007)	√ ^{vi}	–	MER	Hizmete özgü maliyet (alt yapı maliyeti)	√	Hâkim durumun kötüye kullanılması	Kısmi düzenleme (üst pazar)	Şikâyetin reddi

Şerife Demet KAYA

	<i>TTNet Yaz Fırtınası Kampanyası (2007)</i>	√	√	EER	Hizmete özgü maliyet	–	Hâkim durumun kötüye kullanılması	Kısmi düzenleme (sadece üst pazar)	Geçici tedbir
--	--	---	---	-----	----------------------	---	-----------------------------------	------------------------------------	---------------

- ⁱ Kararda, British Sugar plc'nin fiyat sıkıştırmasına yol açan kampanyalarının uzun sürmesi halinde, incelemede değerlendirilen diğer ihlaller de göz önüne alındığında pazarda dışlayıcı etkinin oluşabileceği belirtilmiştir.
- ⁱⁱ Örtülü biçimde ele alınmıştır.
- ⁱⁱⁱ Gerçekleşmiş etkinin gösterilmesine gerek olmadığı belirtilmiş ancak davranışın pazardaki etkisine bakılmıştır.
- ^{iv} Teşebbüs alt pazarda hâkim durumda bulunmasına rağmen fiyat sıkıştırması için bu tespitin gerekli olmadığı ifade edilmiştir.
- ^v Davranışın pazarda yarattığı veya yaratabileceği (olası) rekabet karşıtı etki tespit edilmiş ancak, bunlardan sadece olası etkilerin gösterilmesinin ihlalin varlığı için yeterli olduğu belirtilmiştir.
- ^{vi} Teşebbüs varsayımsal olarak hâkim durumda kabul edilmiş ve bu varsayım altında davranışın 4054 sayılı RKHK'yi ihlal edip etmediğine bakılmıştır.