

Uzmanlık Tezleri Serisi No: 146

REKABET KURUMU

HÂKİM DURUMUN KÖTÜYE
KULLANILMASINDA
MALİYET ÜSTÜ FİYATLAMA

BEYZA AĞVAZ

**HÂKİM DURUMUN
KÖTÜYE
KULLANILMASINDA
MALİYET ÜSTÜ
FİYATLAMA**

BEYZA AĞVAZ

Ankara 2017

©Bu eserin tüm telif hakları
Rekabet Kurumuna aittir. 2017

Baskı, Nisan 2017
Rekabet Kurumu-ANKARA

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

Bu tez, Rekabet Kurumu Başkan Yardımcısı Hasan Hüseyin ÜNLÜ,
Rekabet Kurumu Başkan Yardımcısı Kürşat ÜNLÜSOY, II. Denetim ve
Uygulama Dairesi Başkanı Hakan Suat ÖLMEZ, Baş Hukuk Müşaviri
Salim AYDEMİR ve Prof. Dr. Fuat OĞUZ'dan oluşan Tez Değerlendirme
Heyeti tarafından 24-25-26 Ekim 2016 tarihlerinde yürütülen Tez Savunma
Toplantısı sonucunda yeterli ve başarılı kabul edilmiştir.

Tez yazarı Beyza AĞVAZ, 02.12.2016 tarihinde yapılan Yeterlik Sınavında
başarılı olmuş ve Başkanlık Makamının 16.12.2016 tarih ve 13645 sayılı
onayı ile Rekabet Uzmanı olarak atanmıştır.

YAYIN NO

324

İÇİNDEKİLER

KISALTMALAR.....	V
GİRİŞ.....	1

BÖLÜM 1

FİYAT-MALİYET TESTLERİ VE MALİYET ALTI FİYAT ŞARTI

1.1. AREEDA-TURNER TESTİ.....	3
1.2. AREEDA-TURNER TESTİNİN POZİTİF MARJLI TÜREVLERİ.....	5

BÖLÜM 2

MALİYET ÜSTÜ İNDİRİMLER YOLUYLA REKABET KARŞITI DIŞLAMAYA İLİŞKİN SAVLAR

2.1. REKABET POLİTİKASININ AMACI VE DAHA AZ ETKİN RAKİBİN DIŞLANMASI.....	8
2.2. ETKİNLİĞE İLİŞKİN TARTIŞMALAR.....	12
2.2.1. Teşebbüslerin Etkinliği.....	13
2.2.2. Piyasanın Etkinliği.....	15
2.3. STRATEJİK DAVRANIŞLARA İLİŞKİN TARTIŞMALAR.....	17
2.3.1. Normal Getiri Oranının Elde Edilmesini Engelleyen Fiyatlama.....	18
2.3.2. Artık Talebi Kapama.....	20
2.3.3. Fazla Kapasite Bulundurma.....	21
2.3.4. Rakibin Maliyetini Yükseltme Stratejisi.....	23
2.3.4.1. Aşırı Alım.....	24
2.3.4.2. Paketleme ile Çok Katmanlı Giriş Engeli Oluşturma.....	25
2.3.4.3. Yarışılabilir Olmayan Talebin Kaldıraç Olarak Kullanılması.....	25

BÖLÜM 3

ALTERNATİF TESTLER VE UYGULAMAYA İLİŞKİN KAYGILAR

3.1. ŞARTSIZ İNDİRİMLERDE TEST TARTIŞMASI.....	28
3.2. İNDİRİM SİSTEMLERİNDE TEST TARTIŞMASI.....	32

BÖLÜM 4

UYGULAMADA MALİYET ÜSTÜ FİYAT İNDİRİMLERİ İLE HÂKİM DURUMUN KÖTÜYE KULLANILMASI

4.1. AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİ UYGULAMASI.....	36
4.2. AVRUPA BİRLİĞİ UYGULAMASI.....	39
4.3. TÜRKİYE UYGULAMASI.....	45
SONUÇ VE ÖNERİLER.....	53
ABSTRACT.....	56
KAYNAKÇA.....	57

KISALTMALAR

ABAD	: Avrupa Birliği Adalet Divanı
AB	: Avrupa Birliği
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
bkz.	: Bakınız
DoJ	: Department of Justice (ABD Adalet Bakanlığı)
FTC	: Federal Trade Commission (Federal Ticaret Komisyonu)
Komisyon	: Avrupa Birliği Komisyonu
Kurul	: Rekabet Kurulu
MM	: Marjinal maliyet
No.	: Number (Sayı)
ODM	: Ortalama değişken maliyet
OTM	: Ortalama toplam maliyet
OKM	: Ortalama kaçınılabilir maliyet
para.	: Paragraf
Rehber	: Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Kötüye Kullanmalarında Komisyon'un AT Anlaşmasının 82. Maddesini Uygulama Önceliklerine İlişkin Rehber
Rapor	: 'Rekabet ve Tekel: Sherman Kanunu'nun 2. Kısmı Çerçevesinde Tek Taraflı Davranış' başlıklı rapor
s.	: Sayfa
Tartışma Metni	: AT Anlaşmasının 82. Maddesinin Dışlayıcı Kötüye Kullanmalara Uygulanmasına İlişkin Tartışma Metni
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve diğerleri
vol.	: Volume (Cilt)

GİRİŞ

Hâkim durumdaki teşebbüsün düşük fiyatlarına rekabet hukuku araçlarıyla müdahale edilmesi, düşük fiyatların rekabet politikasının ulaşmak istediği ve rekabetçi bir piyasadaki beklenen en somut sonuçlardan biri olması nedeniyle son derece tartışmalıdır. Öyle ki uzun yıllar düşük fiyatlamayı içeren tek taraflı davranışlarla rekabetin ihlal edilmesinin hem makul olmadığı hem de müdahaleyi gerektirmediği öne sürülmüştür (Easterbrook 1981; McGee 1958). İktisatçıların hâkim durumdaki teşebbüsün stratejik davranışlarına ilişkin geliştirdiği modeller, hâkim durumdaki teşebbüsün rakibini piyasadaki dışlayarak gelecekte daha yüksek kâr elde etmek için mevcut kârından vazgeçebileceğini göstermiştir. Bu aşamadan sonra hâkim durumdaki teşebbüsün düşük fiyatlamayı içeren davranışlarından, rekabete zarar verenleri rekabetin doğal sonucu olanlardan ayırma çabası başlamıştır.

Günümüzde fiyatlamaya ilişkin tek taraflı davranışlardan rekabetçi olanları tespit için en sık kullanılan test fiyat-maliyet testidir. Fiyat-maliyet testleri özellikle yıkıcı fiyatlandırma iddialarının değerlendirilmesinde merkezi konumda yer almaktadır. İndirim sistemlerinin değerlendirilmesinde ise daha iktisadi bir yaklaşım getirdiği gerekçesi ile fiyat-maliyet testlerinin kullanılması giderek daha çok destek bulmaktadır.

Diğer taraftan bazı yazarlar sadece belirli bir maliyet ölçütünün altında kalan fiyatların değil, maliyet üstü fiyatların da rekabet karşıtı olabileceğini, fiyat-maliyet testlerinin yeterli olmadığını savunmaktadır. Bu sav Amerika Birleşik Devletleri'nde (ABD) fiyat-maliyet testinin kesin olarak benimsenmesinin ardından hiç ihlal kararı verilmemiş olması ve fiyat-maliyet testiyle rekabetçi bulunan bazı davranışların rakipleri dışladığının gözlemlenmiş olması ile yeniden gündeme gelmiştir. Bu görüş, indirim

sistemleri için de yıkıcı fiyatlamaya benzer maliyet temelli bir standart geliştirilmesi savına kuşkuyla yaklaşmaktadır.

Bu çalışmanın başlıca amacı fiyat-maliyet testlerini farklı açılardan eleştiren bu savları sistematik şekilde ele almak ve ortak noktalarını tespit etmektir. Bundan sonra da söz konusu iktisadi teori ve modellerden rekabet politikası açısından ne gibi sonuçlar çıkarılabileceği üzerinde durulacaktır.

Çalışmanın ilk bölümünde, fiyat-maliyet testlerine yönelik eleştirilerin daha net anlaşılabilmesi için, fiyat-maliyet testlerinden en bilineni olan Areeda-Turner testi ve türevleri ele alınacaktır.

İkinci bölümle birlikte maliyet altı fiyat kuralına yönelik eleştirilere geçilecek ve bu eleştiriler içinde rekabet politikasının en temel konularından biri olan rekabet politikasının amacı ve rekabet karşıtı davranışın tespiti için kullanılacak standart konusu işlenecektir.

İkinci bölümün devamında, maliyet üstü fiyatların rekabetçi sayılması gerektiğini savunanların genellikle benimsediği toplam refah standardı altında gündeme gelen eleştirilere yer verilmektedir. Bu eleştiriler temel olarak, etkinliğe dinamik bir bakış açısı geliştirilmesi gerekliliği ve stratejik davranış modelleri ile maliyet üstü fiyatların da toplam refahı azaltabileceğinin gösterilebildiği başlıkları altında toplanmaktadır. Bu kısımda maliyet üstü fiyatlamaya ilişkin modeller kadar bu modellere getirilen eleştirilere ve varsa ilgili kararlara da değinilecektir.

Üçüncü bölümde, ikinci bölümde tartışılan eleştiriler çerçevesinde geliştirilen alternatif testlere ve bu testlerin uygulanmasına dair endişelere yer verilecektir.

Dördüncü bölümde; ABD, Avrupa Birliği (AB) ve Türkiye’de fiyatlamaya ilişkin tek taraflı davranışlara ilişkin uygulama hakkında genel bilgi sunulacaktır.

Son bölümde ise tüm bu tartışmalar ışığında maliyet üstü fiyatlama davranışına yönelik rekabet hukuku uygulayıcıları açısından çıkarılabilecek sonuçlar üzerinde durulacaktır.

BÖLÜM 1

FİYAT-MALİYET TESTLERİ VE MALİYET ALTI FİYAT ŞARTI

Maliyet üstü fiyatlamaya ilişkin rekabetçi endişelerini ifade eden yazarlar, fiyat-maliyet testlerinin eksik yaptırımı yol açtığını ileri sürmektedir. Fiyat-maliyet testlerinin rekabet karşıtı davranışlar ile rekabetçi davranışları birbirinden ayırmadaki yeterliliğinden önce söz konusu testler ve bu testlerin dayandığı kabuller ile iktisadi model hakkında bilgi verilmesi faydalı olacaktır.

1.1. AREEDA-TURNER TESTİ

Fiyatlama davranışlarının rekabetçi ya da rekabet karşıtı olduğunun ayrılmasını kolaylaştıracak, hukuki belirlilik sağlayacak, uygulanması kolay ve maliyetsiz bir test arayışında en etkili olan çalışma şüphesiz Areeda ve Turner'ın 1975 yılında geliştirdiği *per se* kuraldır. Maliyet temelli testlerin en bilineni olan Areeda-Turner testinin dayandığı zarar teorisi¹, finansal olarak piyasada kalma gücü daha çok olan hâkim durumdaki teşebbüsün, gelecekte tekel kârı elde edebilme beklentisi kuvvetli ise bu kâr için bugünkü gelirinden vazgeçebileceği şeklinde özetlenebilir (Areeda ve Turner, 1975, 698). Areeda ve Turner (1975, 698-699) ayrıca yıkıcı fiyatlamının çok nadir rastlanan bir davranış olduğu, bu nedenle yıkıcı fiyatın tespiti için uygulanacak kural konusunda son derece titiz davranılması gerektiği görüşündedir.

Areeda ve Turner'a (1975) göre, bir fiyatın eşit etkinlikteki rakibi dışlayıp dışlayamayacağını tespit etmenin en iyi yolu fiyat ile ortalama değişken maliyeti (ODM)

¹ Zarar teorisi bir davranışın rekabete ve tüketicilere ne şekilde zarar verdiğini açıklayan önermedir. AB uygulamasında zarar teorisi için bkz. Zenger ve Walker (2012).

karşılaştırmaktır. Bu karşılaştırmada ODM yerine, fırsat maliyetini de içeren ortalama toplam maliyetin (OTM) kullanılması veya hâkim durumdaki teşebbüsün kârını çoğalttıracak fiyatı uygulayıp uygulamadığının sorgulanması doğru olmayacaktır (Areeda ve Turner 1975, 701-704). Çünkü bu standartların sağlanamaması mutlaka rekabet ihlali anlamına gelmeyecektir. Örneğin tekelci teşebbüsün limit fiyatlama uygulaması veya piyasaya yeni bir rakibin girmesi karşısında fiyatlarını geçici süre için düşürmesi rekabet karşıtı sayılamaz (Areeda ve Turner 1975, 704). Zira bahse konu senaryolarda tekelci firmanın davranışı uzun vadede tüketici refahının ve rekabet seviyesinin artmasını engellese de bu davranışlar yenilik, kalite artışı gibi rekabetçi davranışlardan farklı değildir; bu yolla ancak etkinlik sonucu doğan düşük fiyatları karşılayamayan yani daha az etkin olan rakipler dışlanacaktır (Areeda ve Turner 1975, 705-707). Ayrıca bahse konu davranışları yasaklamak yönetilebilir bir kural olmayacağı gibi normal getiri oranını (fırsat maliyetini) da içeren toplam maliyetin hesaplanması zordur (Areeda ve Turner 1975, 707-709).

Öte yandan üretim miktarını ve dolayısıyla piyasa fiyatını belirleyen unsur üretilen son birim ürünün gelir ve maliyet üzerindeki (*incremental* - artan) etkisidir. Marjinal maliyet (MM) altındaki fiyatlar ile faaliyet göstermek yerine ticari faaliyete son vermek daha mantıklıdır (Areeda ve Turner 1975, 712). Bu nedenle MM altındaki fiyatlamasının tek amacı rakibi dışlamak olabilir.² Buradan hareketle bir fiyatın yıkıcı olup olmadığını tespit etmek için fiyat, MM ile kıyaslanmalıdır. MM muhasebe kayıtlarından hesaplanamayacağı için Areeda ve Turner MM yerine ODM'nin kullanılmasını önermektedir (1975, 716-718).

Areeda-Turner testi, sade bir iktisadi analizin rekabet hukuku alanında kullanılabileceğini göstererek ABD ve AB rekabet hukuku uygulamalarında son derece etkili olsa da ODM ölçütü, birtakım sorunları da beraberinde getirmiştir. Ölçüt olarak ODM'nin seçilmesine yönelik eleştiriler; değişken ve sabit maliyetlerin birbirinden ayrılmasındaki zorluk, dışlayıcı fiyatın uygulandığı dönemde MM, ODM'den yüksek olacağı için ODM'nin iyi bir gösterge olamayacağı, fikri mülkiyet ve ağ endüstrileri

² Areeda ve Turner (1975, 733) MM'nin altında düştüğü durumlarda fiyatların promosyon amaçlı olduğu veya rakibin fiyatlarına karşılık vermeye yönelik olduğu savunmalarını geçersiz bulmaktadır. Tek taraflı davranışlarda etki analizinin ağırlık kazanmasıyla belirlenen maliyet ölçütünün altındaki fiyatların piyasada rekabet karşıtı etki doğurup doğurmayacağı da nihai kararda etkili olmaya başlamıştır.

gibi sabit maliyetin yüksek değişken maliyetin ise ihmal edilebilir derecede düşük olduğu piyasa yapılarında ODM'nin yanıltıcı olacağı ve birden fazla ürün üreten teşebbüslerin ortak maliyetlerinin ürünlere dağıtılmasının yaratacağı keyfilik gibi hususları kapsamaktadır (O'Donoghue ve Padilla 2013, 296-299; Hovenkamp 2014, 5-6).

ODM'nin MM yerine kullanılmasına yönelik eleştirilerin sonucunda yapılan değişikliklerle birlikte Areeda-Turner testi; (1) ODM'nin minimum olduğu çıktıdan daha düşük çıktı seviyelerinde ve ODM'nin minimum olduğu çıktı seviyesi ile OTM'nin minimum olduğu çıktı seviyesi arasında ODM'nin, (2) bu çıktı seviyelerinde MM'nin ODM'den ciddi oranda yüksek olmaması halinde ve OTM'nin minimum olduğu çıktı düzeyinin üstündeki seviyelerde ise OTM'nin ölçüt olarak kullanılmasını öngörmektedir (Elhauge 2003, 705).

Maliyet ölçütü seçimine ilişkin eleştiriler ayrıca; ODM yerine ortalama kaçınılabilir maliyetin (OKM) kullanılması (Baumol 1996), ODM kavramının kapsamının genişletilmesi (Hovenkamp 2014, 6), uzun dönem artan maliyetin³ niyet ile birlikte ölçüt olarak kullanılması (Posner 2001, 215-217), vakanın şartlarına göre daha yüksek bir maliyet ölçütünün seçilmesi veya maliyetlerin hesaplama yönteminin değiştirilmesi (Elhauge 2003, 707-716) gibi önerilerin de sunulmasına neden olmuştur. Dikkat edileceği üzere bu grup eleştiride eşit etkinlikteki rakip testi, etkinlik odaklı yaklaşım veya fiyat ile maliyet arasındaki ilişkinin rekabet karşıtı dışlama ile ne derece bağlantılı olduğu sorgulanmamaktadır. Oysa maliyet üstü fiyatlandırmaya ilişkin rekabetçi kaygılarını ifade eden yazarlar maliyet ölçütlerinden ziyade bu hususlar üzerinde durmaktadır.

1.2. AREEDA-TURNER TESTİNİN POZİTİF MARJLI TÜREVLERİ

İndirimler sadece tek bir üründe şarta bağlı olmaksızın genel bir fiyat indirimine gidilmesi şeklinde ortaya çıkmamaktadır. İndirimlerin şarta bağlı olması, farklı ilgili ürün pazarlarında yer alan ürünleri kapsamaması, hâkim durumdaki teşebbüsün dikey bütünleşik yapıda olması gibi unsurlar, dolayısıyla farklı zarar teorilerinin kurulabilmesi;

³ Posner (2001, 217) uzun dönem artan maliyetlerin hesaplanmasının zor olacağını kabul ederek muhasebe maliyetinin kullanılmasını önermiştir.

hâkim durumdaki teşebbüsün gerçekleşen ODM'sinin gerçekleşen ortalama geliri ile kıyaslanmasını öngören Areeda-Turner testinin uyarlanması ihtiyacını doğurmuştur. Bu çerçevede, paket ürün indirimleri için gerçek fiyat yerine efektif fiyatın⁴ kullanıldığı *indirim atfetme testi* ve dikey bütünleşik ve üst pazarda hâkim durumda bulunan teşebbüsün alt pazardaki rakiplerine yönelik fiyatlama davranışı için gerçek maliyet yerine efektif maliyetin⁵ kullanıldığı *fiyat sıkıştırması testi* geliştirilmiştir. Eşit etkinlikteki rakip testi, üretim ve tahsis etkinliğinin⁶ sağlanması, fiyat-maliyet testinin merkezi konumu gibi unsurları koruyan bu testler Areeda-Turner testinin türevi olarak görülmektedir (Economides ve Lianos 2009, 488; Pollina 2014, 86; Gaudin ve Mantzari 2016, 14-16).

Hem indirim atfetme testi hem de fiyat sıkıştırması testi ile hâkim durumdaki teşebbüsün kısa vadede zarar etmesine yol açmayan fiyatlama davranışları rekabet kurallarının ihlali olarak değerlendirilebilmektedir. Bu nedenle söz konusu testlerin maliyet üstü yıkıcı fiyat testleri olduğu bile söylenebilir. Nitekim hem indirim atfetme testi hem de fiyat sıkıştırması testi, maliyet üstü fiyatların rekabet karşıtı sayılmaması gerektiğini savunan savlarla eleştirilmiş; bu testler ile daha az etkin rakiplerin korunduğu, müdahaleci testlerin teşebbüsleri rekabetten soğutarak tüketici zararına yol açacağı ve söz konusu testlerin idaresinin zor olduğu belirtilmiştir (Carlton 2008; DoJ 2008, 100). Buna rağmen ilerleyen bölümlerde değinileceği üzere, bu testler maliyet üstü fiyatlarla rekabet karşıtı dışlamanın rekabet kuralları ile engellenmesi gerektiğini düşünenlerin de eleştirisinden kaçamamıştır. Bu eleştiriler özellikle bazı şartlar altında daha az etkin rakiplerin korunması gerektiğini düşünenler arasında yoğunlaşmaktadır.

Görüldüğü üzere Areeda-Turner testi iktisadi temeller üzerine oturan bir yaklaşımın ürünüdür. Ancak Areeda-Turner testinin dayandığı zarar teorisinden farklı zarar teorileri kurulabildiği ölçüde testin uyarlanması ihtiyacı doğmaktadır. Testteki en ufak

⁴ Efektif fiyat paket teklif ile sunulan indirimin (paketteki ürünlerin ayrı ayrı satın alınması halinde ödenecek bedel ile paket fiyatı arasındaki fark) varsayımsal eşit etkinlikteki rakibin de sunabildiği ürünün teklif satış fiyatından çıkarılması ile ulaşılan değerdir.

⁵ Efektif maliyet üst pazarda hâkim durumda bulunan teşebbüsün alt pazarda faaliyet göstermek için zorunlu unsur olan mal veya hizmeti alt pazardaki rakiplerine sağladığı ücreti ağıktan ödemek zorunda olsaydı katlanacağı maliyettir.

⁶ İktisadi etkinlik üretim etkinliği ve tahsis etkinliğinden oluşmaktadır. Üretim etkinliği bir teşebbüsün ürettiği değer in üretimde kullanılan girdilerin değerine oranıdır. Tahsis etkinliği ise Pareto kriteri ile ölçülen piyasaların genel etkinliğini ifade etmektedir (Hovenkamp 2005b, 62).

uyarlamalar gerçekte maliyet altı olmayan fiyatların ihlal olarak değerlendirilebilmesine yol açmaktadır. Hâkim durumdaki teşebbüsün fiyatlamaya ilişkin ve fiyatlama dışı davranışlarının karmaşıklığı arttıkça ve piyasa şartları değiştikçe bu uyarlama ihtiyacı testte esaslı değişiklikler yapılmasına varabilecektir.

Ayrıca Areeda-Turner testi ve türevleri etkinliğe güçlü vurgu yapmaktadır. Etkinliğe farklı yaklaşımların geliştirilmesi; eşit etkinlikteki rakip testi, etkisiz rakiplerin dışlanması sonucu piyasa etkinliğinin artması, maliyetlerin teşebbüslerin ve piyasanın etkinliğine ilişkin kesine yakın sonuçlar vermesi gibi testin temelini oluşturan görüşleri de sarsacaktır. Gelecek bölümde bu konu ele alınmaktadır.

BÖLÜM 2

MALİYET ÜSTÜ İNDİRİMLER YOLUYLA REKABET KARŞITI DIŞLAMAYA İLİŞKİN SAVLAR

Areeda-Turner testinin rekabet hukuku uygulayıcıları tarafından kabul edilmesi üzerine uzun süre maliyet üstü indirimlerin rekabet karşıtı etkiler doğurup doğuramayacağı tartışma dışı kalmış, ancak belirli bir maliyetin altındaki fiyatların yıkıcı olabileceği kabul görmüştür. Diğer taraftan hâkim durumdaki teşebbüsün maliyetinin üstünde kalacak şekilde fiyatlarını indirerek özellikle piyasaya yeni giren rakibini dışlamasının rekabet karşıtı etki doğurabileceği kabul edilen diğer bir görüştür (Baker 1994, 591; Sullivan ve Grimes 2000, 151; Edlin 2002; Ritter 2004, 617; Mano ve Durand 2005, 2; Kirkwood 2008; Vaheesan 2015, 94).

Sanayi iktisadındaki çalışmalar ve kamuoyunda tartışma yaratan vakalar ile 2000’li yılların başında yeniden tartışmaya açılan bu görüşün dayandığı iki grup savdan bahsedilebilir. İlk grup eleştiri, rekabet politikasının amacının etkinliği sağlamak ve rekabet karşıtı davranışın kıstasının toplam refahtaki değişim olarak belirlenmesini eleştirmekte, fiyat-maliyet testlerinin eşit etkinlikteki rakip ve etkinlik odaklı yaklaşımını reddederek tüketici refahı veya rekabetçi süreç gibi başka amaçları analizinin merkezine yerleştirmektedir. İkinci grup ise stratejik davranış kavramına dikkat çeken ve etkinliğe daha uzun dönemli bir yaklaşım geliştiren çalışmalara dayanmaktadır.

2.1. REKABET POLİTİKASININ AMACI VE DAHA AZ ETKİN RAKİBİN DIŞLANMASI

ABD Yüksek Mahkemesi’nin 1962 yılında aldığı *Brown Shoe* kararında⁷ dile getirildiği ve daha sonra anonimleşecek derecede sık kullanıldığı gibi “yasa rakibi değil

⁷Brown Shoe Co., Inc. v. US, 370 U.S. 294 (1962), s. 370.

rekabeti korumaktadır”. Diğer taraftan Yargıç McGechan’a göre “rekabet politikası rakibi değil rekabeti korumak için tasarlanmış olabilir ancak bu karşıtlık mevcut tek rekabetin sadece bir rakipten kaynaklandığı durumlarda anlamını kaybeder” (aktaran Ritter 2004, 617). Gerçekten de piyasada sadece tek bir rakip varsa rakibi korumak ile rekabeti korumak arasındaki fark nedir? Daha az etkin bir rakibin piyasaya girmesi tüketici refahını veya toplam refahı artırıyor ise yine de aksi yönde karar alınması gerekli midir?

Rekabet hukukunun amacının ne olduğu sorusuna verilecek cevap, bir davranışın rekabetçi (belirlenen amaca hizmet eden) veya rekabet karşıtı (belirlenen amaca zarar veren) olarak değerlendirilmesinde belirleyicidir. Bu durum maliyet üstü fiyatların yıkıcı etkisine dikkat çekenler arasında etkinlik odaklı yaklaşımı eleştirerek tüketici refahını veya rekabetçi süreci analizin merkezine yerleştirenlerin bulunmasına neden olmuştur.

Rekabet politikasının amacına ilişkin tartışma daha çok toplam refahın artırılması veya tüketici refahının artırılması tartışması etrafında yoğunlaşmaktadır (Kerber 2007, 1). Rekabetçi değerlendirmede toplam refah standardının kullanılmasını savunanlara göre etkinliğin sağlanması için kimi zaman ekonomi politikaları ile müdahale gerekebilir, rekabet politikası da o araçlardan biridir. Bir davranışın sonucunda tüketici artığındaki azalma üretici artığındaki yükseliş ile telafi edilebiliyorsa (Kaldor-Hicks kriteri) o davranış yasaklanmamalıdır (Lianos 2013, 7; Kerber 2007, 10). Bu görüşe göre, gelirin yeniden dağılımı, ekonomik politikalarla değil vergilendirme, sosyal yardım gibi diğer politika araçlarıyla çözümlenirken rekabet politikasının nihai amacı etkinliği sağlamak olmalıdır (Kerber 2007, 10).

Öte yandan, etkinlik ve gelir dağılımı birbirinden ayrılabilir süreçler değildir (Hovenkamp 1985, 245-247). Toplam refah standardı ise *status quo*'yu koruyan bir özellik göstermektedir, çünkü etkin kaynak tahsisi adil olmayabilecek mevcut gelir dağılımına göre tanımlanmaktadır (Lianos 2013, 8). Oysa Pareto kriterine göre sonsuz sayıda optimal kaynak dağılımı olabilir (Kerber 2007, 10). Ayrıca toplam refah standardı aleyhine kanun koyucuların, rekabet kurallarını belirlerken piyasalarda etkinliği sağlamayı değil tüketiciyi korumayı amaçladığı (Kirkwood ve Lande 2008), etkinlikten ziyade tüketici refahının artırılmasının rekabet politikası ile erişilmeye daha elverişli bir

amaç olduğu (Kerber 2008, 12) gibi pratik nedenler de öne sürülmektedir. Bu standarda göre bir davranışa tüketici artığını azaltmadığı sürece müdahale edilmemelidir.

Toplam refah ve tüketici refahı standardı dışında rekabet politikasının normatif temelleri üzerine yürütülen tartışmalar da daha az etkin rakiplerin piyasadan dışlanması engellenmesini meşrulaştırabilmektedir. İktisat teorisine tam olarak dâhil edilememiş olan ancak rekabet politikasının korumayı amaçlayabileceği bazı diğer değerler olarak ekonomik demokrasi, adil rekabet, piyasa oyuncularından bir grubun (tüketici veya küçük ve orta boy teşebbüsler gibi) korunması, rekabet etme özgürlüğü ve rekabetçi sürecin korunması sayılabilir (Lianos 2013, 13). Örneğin rekabet politikasının sonuç (etkinlik) yerine sürece (rekabetçi süreç) göre tanımlanması gerektiğini savunanlar etkinliğin ölçüt olarak kullanılabilmesine şüpheyle yaklaşmakta rekabetçi sürecin korunmasının davranışlar ve piyasanın işleyişi bakımından daha iyi bir rehber olduğunu ileri sürmektedir (Edlin ve Farrell 2015, 300-302).

Maliyet üstü fiyatlarla rekabet karşıtı dışlamanın gerçekleşebileceğine ilişkin teori ve modelleri ortaya koyan yazarlardan bazıları tüketici refahı standardının (Kirkwood 2005, 654-655; Salop 2005, 705-706; Economides 2012, 142)⁸, bazıları ise rekabetçi sürecin korunması amacının (Edlin ve Farrell 2015, 301)⁹ benimsenmesi gerektiğini savunmaktadır.¹⁰ Majumdar vd. (2005, 78) bu tercihleri tüketici için etkisiz rekabet hiç rekabet olmamasından iyidir şeklinde ifade etmektedir. Bu görüşün arkasında, toplam refah standardına ilişkin eleştiriler kadar gelecek bölümlerde yer verilecek olan *etkinliğin statik analizine ve teşebbüslerin stratejik davranışlarına* dair endişeler yatmaktadır (Scherer 1976, 877; Kirkwood 2008, 384-386).

Bu çerçevede, hâkim durumdaki teşebbüs kadar etkin olmayan rakiplerin piyasadaki varlığı, hâkim durumdaki teşebbüs üzerindeki disipline edici etkisi nedeniyle istenen bir durumdur (Mano ve Durand 2005, 15). Bu durum tüketici refahını artırdığı

⁸ Scherer (1976, 885), Joskow ve Klevorick (1979, 225) ve Williamson (1977, 289) toplam refahın bir dönem için ne olduğunu değil uzun dönemde veya birbirini takip eden birçok dönemde nasıl değiştiğini dikkate alan uzun dönem toplam refah standardını benimsemektedir.

⁹ Edlin ve Farrell'a (2015, 304) göre rekabetçi süreç tüketiciler ile teşebbüsler arasında ticaret yoluyla koalisyon kurma sürecidir ve hâkim durumdaki teşebbüs söz konusu koalisyonun kurulmasını fiyat seviyesiyle değil, fiyatlandırma şekliyle engelleyebilmektedir

¹⁰ Komisyon ve AB mahkemeleri rekabet politikasının amacının rekabetçi süreç yoluyla tüketici faydasının sağlanması olarak tanımlamaktadır (Whish ve Bailey 2012, 197-198).

gibi kimi zaman toplam refahı da artırabilmektedir (Majumdar vd. 2005, 296; Baumol 1979, 20-22).

Daha az etkin rakibin piyasada faaliyet göstermesine ilişkin savlardan ilki rakibin tekeli teşebbüsün üzerinde rekabetçi baskı oluşturarak fiyatın tekeli seviyeden daha düşük seviyede kalmasını sağlamasıdır (Economides 2012, 140). Tekeli firma piyasaya giriş karşısında arz miktarını değiştirmedeği takdirde endüstri genelinde OTM yükselirken sosyal refah olumsuz etkilenmeyecek, piyasaya giriş öncesindeki talep yine etkin şekilde karşılanırken girişin olmaması halinde karşılanmayacak olan talep ise daha az etkin rakip tarafından karşılanacaktır (Scherer 1976, 888). Tüketiciler dışlayıcı fiyatların uygulandığı dönemde kısa bir süre için düşük fiyatlardan istifade ederken rakibin piyasada kalmasının sağlanması halinde çok daha uzun süre tekel fiyatına kıyasla düşük fiyatlardan faydalanabileceklerdir.

Daha az etkin rakibin tüketici faydasını artırmasının diğer bir yolu da piyasadaki ürün çeşitliliğini sağlamasıdır. Spector (2001), çeşitli yıkıcı fiyat tanımları arasındaki farkı göstermek ve içlerinden en uygununu belirlemek için kurduğu modelde eşit etkinlikte olmayan iki teşebbüs tarafından üretilen ürünlerin homojen olmadığını ve iki teşebbüsün karşılaştığı talebin her iki firma tarafından uygulanan fiyatların ve iki ürünün birbirinden ne derece farklılaşmış olduğunu gösteren değerin fonksiyonu olduğunu kabul etmiştir. Toplam refah standardını benimseyen Spector'ın kurduğu modelden çıkan sonuca göre ikinci firmanın piyasadan çıkması ile ürün çeşitliliğinin azalmasıyla bir refah kaybı yaşanırken, her iki firmanın da sabit maliyete katlanması sonucunda oluşan duplikasyonun önlenmesi ile de bir refah artışı yaşanmaktadır. Spector (2001, 19) dışlamaya yol açan fiyatın birinci firmanın OTM'sinin üstünde kalmasına rağmen yıkıcı olabileceği gibi, birinci firmanın OTM'sinin altında kalan bir fiyatla ikinci firmayı piyasa dışına itmesinin sosyal refahı artırabileceğini ifade etmektedir. Diğer bir deyişle, bir fiyatın maliyet altı veya üstü olması rekabet karşıtı sonuç doğurup doğurmadığını göstermede yetersizdir. Spector'a (2001, 20) göre fiyat-maliyet karşılaştırması faydalı olmakla birlikte, yıkıcı fiyat iddialarının değerlendirilmesinde diğer yaklaşımların üstünde tutulmamalı ve "maliyet altı fiyat" yıkıcı fiyat tanımında yer almamalıdır. Dikkat edileceği üzere, Spector'ın modelinin en önemli noktalarından biri teşebbüsler tarafından sunulan ürünlerin farklılaştırılmış olmasıdır. Economides (2012, 140) de bu

noktaya dikkat çekerek farklılaştırılmış ürünler söz konusu olduğunda indirim atfetme testinde hâkim durumdaki teşebbüsün maliyetlerinin kullanılmasını eleştirmekte, kalite veya çeşitlilik olarak hâkim durumdaki teşebbüsten farklı bir ürün üreten rakibin maliyeti hâkim durumdaki teşebbüsten fazla olsa da tüketici fazlasına yol açacağını belirtmektedir.

Nobel Ödüllü iktisatçı John Hicks'e (1935, 8) göre "tekel kârlarından en iyisi sakın hayattır". Kimi yazarlar için teşebbüslerin sakın hayat tercihi önemli miktarda kârı gözden çıkarmaya yetecek kadar güçlüdür (Baumol 1979, 10). Zira rekabet baskısından kurtulan ve yüksek giriş engellerinin koruması altına giren tekелci teşebbüs yenilik yapma veya etkinliği artırma ihtiyacı duymayacaktır (Whish ve Bailey 2012, 202; Joskow ve Klerovick 1979, 224). Potansiyel rakiplerin hâkim durumdaki teşebbüs üzerindeki disipline edici etkisi, piyasalara girişin zaman alması ve etkin giriş önündeki engeller nedeniyle gerçek rakiplerinki kadar güçlü değildir. Bu çerçevede hâlihazırda daha az etkin dahi olsa rakiplerin piyasadaki varlığı tekелci teşebbüsün sakın hayat kârını ortadan kaldıracaktır (Marty 2014, 8). Bu açıdan bir rakibin varlığının uzun vadede yenilik ve daha düşük maliyetlere yol açacağı söylenebilmektedir.

Rekabet politikaları, hâkim iktisat teorileri (Hovenkamp 1985) ile toplum değer ve amaçları (Kerber 2007) ışığında şekillenmektedir. Bu teoriler ve değerler değıştikçe rekabet politikasının da işlevi değışecektir. Bu bölümde yer verilen tartışma da rekabet politikasının amacı ve benimseyeceği standart konusunda tek bir doğru olmadığını, her tercihin bir gerekçesi olabildiğini göstermektedir. Bu bakımdan, tüketici refahı standardının benimsenmesinin veya rekabetçi sürecin korunmasının birer politika tercihi olarak ortaya çıkması son derece doğaldır. Kanımca rekabet politikasından etkilenen paydaşlar tarafından benimsendiği sürece her politika tercihi bir diğeri kadar geçerlidir. Bu bağlamda, rekabet politikasının amacı toplam refahın ençoklaştırılması ve etkinliğin sağlanması dışında, tüketici refahının ençoklaştırılması, tüketicinin rekabetin nimetlerinden faydalanmasının sağlanması veya rekabetçi sürecin korunması olarak tanımlanabilir. Bu da tekелci teşebbüs üzerinde baskı kurabilen daha az etkin rakiplerin korunmasını meşrulaştırabilecektir.

2.2. ETKİNLİĞE İLİŞKİN TARTIŞMALAR

Maliyet temelli testler "eşit etkinlikteki rakip" prensibini benimsemekte, rekabet hukukunun amacının etkinliği sağlamak olduğunu kabul etmektedir. Bu çerçevede

maliyet temelli testlere eleştiriler tarafından tartışmaya açılan ilk konu etkinlik kavramıdır.

2.2.1. Teşebbüslerin Etkinliği

Maliyet üstü indirimlerin de rekabet karşıtı etkiye neden olabileceğini savunanlara göre, statik bir etkinlik¹¹ anlayışına dayanılarak ancak ve ancak en az hâkim durumdaki teşebbüs kadar etkin bir rakibin dışlanması rekabet karşıtı olacaktır (eşit etkinlikteki rakip testi), bu nedenle sadece hâkim durumdaki teşebbüsün maliyetleri dikkate alınarak bir fiyat-maliyet testi uygulanması gerektiği savı dinamik etkinliği hesaba katmadığı için tam olarak isabetli değildir (Ritter 2004, 617). Bu durumda fiyat-maliyet testinde yer verilmeyen ancak gerçekte ticari hayata etki eden marka bilinirliği, müşteri sadakati, öğrenme etkisi¹², tüketim alışkanlıkları, talep yönlü ağ etkisi, ürünlerin farklılaşmış olması, eksik bilgi ve benzeri faktörlerin göz ardı edilmesi söz konusudur (Schmalensee 1978-1979, 1020-1021; Scherer 1976, 877; Kirkwood 2008, 384-386; Mano ve Durand 2005, 12, 15).

Örneğin, Borden firmasının ReaLemon markalı ürünün fiyatını hâkim durumda bulunduğu işlenmiş limon suyu pazarında seçici indirimler, ayrımcılık ve makul olmayacak derecede düşük fiyatlar ile tekel gücünü korumaya ve artırmaya çalıştığı iddialarının ele alındığı ABD Temyiz Mahkemesi kararında,¹³ ReaLemon'ın yüksek marka algısı ve tüketici sadakati belirleyici rol oynamıştır. *ReaLemon* kararında, hâkim durumdaki ReaLemon ve rakibi Golden Crown'un aynı kalite ve özelliklerdeki bir şişe işlenmiş limon suyunu hemen hemen aynı maliyetle ürettiği, tüketicilerin ise "premium marka" konumundaki ReaLemon markalı ürünlere daha yüksek fiyat ödemeye razı olduğu, müşteri çekmek isteyen rakiplerin fiyatlarını ReaLemon'dan önemli ölçüde düşük tutmaktan başka yolu olmadığı tespit edilmiştir. Scherer (1976, 889) "premium" marka algısının düşük OTM gibi etki gösterdiğini belirterek aynı OTM'ye ve özelliklere

¹¹ Statik etkinlik zamanda belirli bir noktada, kaynak, teknoloji, ürün ve tercihlerin değişmediği kabulü altında bir firmanın etkin olup olmadığı ile ilgilenirken dinamik etkinlik etkinliğin belirli bir zaman boyunca izlediği seyri dikkate alır.

¹² Areeda-Turner testinin dinamik bir bakış açısıyla öğrenme etkisi çerçevesinde eleştirisi için bkz. Beckenstein ve Gabel (1986)

¹³ Borden, Inc v. FTC, 674 F.2d 498 (6th Cir. 1982), para. 96-97. Kararda, çok az sayıdaki maliyet altı satış ihlal tespitine dayanak alınmazken Borden'ın fiyatlarının olağan dışı düşük olduğu belirtilmektedir. FTC 1983 yılında aldığı bir kararla 1978 yılındaki kararını değiştirerek ihlal oluşmadığına hükmetmiştir.

sahip ürünlerden düşük marka imajına sahip olanı üreten firmanın dışlanması sosyal olarak arzu edilir olmadığını savunmaktadır. Mahkeme de Scherer'in bu görüşüne atıfla yüksek marka sadakati nedeniyle Areeda-Turner testinin bu vakada uygulanmasının uygun olmadığını belirtmiştir.

Schmalensee (1978-1979) *ReaLemon* kararını incelediği makalesinde mahkemenin bu yaklaşımını etkinliğe dinamik yaklaşım olarak kavramsallaştırmaktadır. Schmalensee'ye (1978-1979, 1020-1022) göre statik bir bakış açısıyla ReaLemon bir şişe işlenmiş limon suyu için katlandığı maliyetle Golden Crown'a göre daha yüksek değer üretebildiği için ReaLemon daha etkindir. Dinamik etkinlik dikkate alındığında ise Golden Crown'ın daha az etkin olduğunu söylemek için açık bir neden yoktur çünkü Golden Crown ürünlerini deneyen tüketicilerin tercihlerinin zamanla değişmesi mümkündür. ReaLemon'ın talep tarafında böyle bir öğrenme sürecine imkân vermeyecek şekilde kendisinin ve dolayısıyla Golden Crown'un, ortalama muhasebe maliyetinin hemen üstünde ancak düşük fiyatla satış yaparak eşit etkinlikteki rakibini maliyet altı fiyatlarla satış yapmaya itmesi ve piyasadan dışlaması olasıdır.

Ayrıca bir teşebbüsün diğerinden üretim anlamında daha etkin olduğunu, yani aynı değerdeki girdi ile daha yüksek değerde çıktı üretebildiğini söylemek statik bir bakış açısıyla bile her zaman görüldüğü kadar kolay değildir. Zira maliyet ile çıktının değeri arasındaki oran, çıktı miktarına göre değişebilmektedir. Economides (2012, 139) bir piyasada ölçek ekonomilerinin varlığı halinde, rakip teşebbüsün tekeli teşebbüs ile aynı OTM fonksiyonuna sahip olmasına rağmen, rakibin düşük pazar payı nedeniyle küçük ölçekle üretim yapması sonucunda, OTM'sinin yükselmesinin etkisizlik olarak değerlendirilemeyeceğini belirtmektedir. Eşit etkinlikteki rakip testinin savunucularından olan Posner dahi ekonomik refah açısından bakıldığında bir teşebbüsün düşük hammadde ve işçilik maliyetleri, iyi yönetim ve yüksek kalite gibi unsurlar vasıtasıyla eriştiği etkinlik ile üretimini etkin çıktı seviyesine çıkarabilmesinden kaynaklanan etkinliği birbirinden ayırmaktadır (AAI 2014, 8). Kısaca maliyet üstü fiyatlama ile dışlama mutlak maliyet avantajından değil maliyet asimetrisinden kaynaklanmaktadır (Mano ve Durand 2005, 15).

Elhauge'ye (2003, 779) göre maliyet üstü fiyatları rekabet hukuku kapsamına alacak kurallar hâkim durumdaki teşebbüsün etkinliğini fiyat düşürmesini engelleyerek

azaltılabilecektir. Bu durumda rakibin etkinlik kazanımının hâkim durumdaki teşebbüsün etkinlik kaybı ile kıyaslamak gerekmektedir. Rakibin etkinlik artışı hâkim durumdaki teşebbüsün etkinlik azalışını telafi edemiyor ise piyasa etkin bir tekeller piyasasından, daha az etkin iki teşebbüsün bulunduğu bir duopole dönüşecektir. Duopolcu rekabet oluşsa dahi maliyetler tekeller piyasasına oranla daha yüksek olduğu için fiyatlar yine rekabetçi fiyatın üstünde kalacaktır (Elhauge 2003, 779). Rakibin etkinlik artışının hâkim durumdaki teşebbüsün etkinlik azalışını telafi ettiği durumda ise maliyet üstü fiyatları da kapsayan rekabet kuralları olmasa dahi rakip piyasaya girecektir (Elhauge 2003, 786). Elhauge (2003, 783-784) giriş döneminde rakibin maliyet altı fiyatlar uygulamak zorunda kalabileceğini, bunun piyasaya giriş için katlanılması gereken bir başlangıç maliyeti veya giriş engeli olarak değerlendirilmesi gerektiğini, sermaye piyasalarının da gelecekte hâkim durumdaki teşebbüs ile eşit etkinliğe ulaşacak teşebbüsleri destekleyeceğini belirtmektedir.

Elhauge'nin maliyet üstü fiyatlara müdahalenin hâkim durumdaki teşebbüsün etkinliğini azaltacağı savı ölçek ekonomilerinden doğan etkinlik için geçerli olsa da yeni rakibin etkinliğini zaman içinde öğrenme etkisinden faydalanma, marka bilinirliğini artırma, ürün farklılaştırmasına gitme gibi yöntemlerle artırdığı durumlarda geçerli olmayacaktır. Duopol piyasasındaki fiyatların ise yükselen maliyetler nedeniyle değil piyasadaki rekabet seviyesinin halen rekabetçi fiyatlara yol açacak seviyeye çıkmamış olmasından kaynaklandığı da iddia edilebilir. Zamanla etkinliğinin artacağı bilenen rakibin ise her hâlükârda piyasaya girebileceğini söylemek akla yakın olmakla birlikte bazı piyasalarda ağ etkisi, tüketici alışkanlıkları, marka sadakati, yüksek batık maliyet gibi giriş engellerinin çok yüksek olabileceğini, eksik bilgi nedeniyle finans piyasalarının riskli görünen bu yatırımları yeterince desteklemeyebileceğini de düşünmek gerekmektedir. Ayrıca hâkim durumdaki teşebbüs seçici fiyatlama, çapraz sübvansiyon gibi yöntemleri kullanabildiği ölçüde normal getiri oranlarını karşılamayan fiyatları uzun süre devam ettirebilecek ve bu da piyasaya girişi ve piyasada tutunmayı zorlaştırabilecektir.

2.2.2. Piyasanın Etkinliği

Etkinlik kavramının irdelenmesinde teşebbüslerin etkinliğinden ilgili piyasanın veya ekonominin etkinliğine geçildiğinde tahsis etkinliğinden bahsetmek gerekmektedir.

Fiyatlama ile rekabet karşıtı etkinin (toplam refahın azalması) ancak maliyet altı fiyatlar ile oluşacağını benimseyen görüş, tahsis etkinliğinin MM'ye eşit veya yakın fiyatlarla sağlanacağı ilkesine dayanmaktadır (Kerber 2007, 4). Diğer taraftan Williamson (1977, 290-291) tahsis etkinliğinin sağlanmasında MM'e eşit veya yakın düzeydeki fiyatların geçici olup olmamasının da önem taşıdığını vurgulayarak fiyat indiriminin geçici olduğu durumlarda meselenin sadece etkinlikten doğan faydanın süresi olmadığını, geçici indirimlerin tahsis etkinliği üzerindeki etkisinin sınırlı kaldığını savunmaktadır. Fiyatı düşen hizmet veya ürünlerin depolanması mümkün değilse geçici fiyat indirimi ancak bir süre için hâkim durumdaki teşebbüsten tüketicilere bir gelir transferine neden olacak, tahsis etkinliği çok az etkilenecektir. Hâkim durumdaki teşebbüs artan talebin tamamını karşılayacak kapasiteye sahip değilse depolama gerçekleşemediği için tahsis etkinliği üzerindeki etki önceki duruma benzerlik gösterecektir. Tüketiciler fiyat düşüşünün kalıcı olduğu yanılığısına düşerek sabit/batık maliyetlere katlanmışlarsa tahsis etkinliğinden doğması beklenen fayda tüketicilerin boşuna katlandığı maliyetlerle negatife dönecektir. Özetle Williamson'a göre (1977, 289-291) düşük fiyattan ve dolayısıyla etkinlikten doğan faydalara statik bir perspektiften bakıldığında geçici indirimlerin olumlu olduğu düşünülse de bazı şartlar altında veya sonraki dönemlerle karşılaştırıldığında etkinlik doğmamakta veya beklenen faydayı sağlayamamaktadır.

Scherer (1976, 871-872) de Areeda ve Turner tarafından önerilen kuralın tahsis etkinliğini sağlama açısından yetersiz olduğunu savunmaktadır. Bir ürünün fiyatı o ürünün tüketici için olan değerini, MM ise son birim ürünün üretilmesinin topluma maliyetini göstermektedir. Bu durumda MM'in fiyattan yüksek olduğu durumlarda tahsis etkinliğinden bahsedilemez (Scherer 1976, 872). Oysa yeni rakibin ortaya çıkmasından önce optimum ölçek ile üretim yapan teşebbüsün piyasaya giriş fiyatı düşürerek ve dolayısıyla çıktı miktarını yükselterek cevap vermesi durumunda hem OTM'si hem de MM'si yükselecektir. MM'nin fiyata eşit olduğu üretim seviyesinin üstünde fiyatlar dara kaybı oluşturacak, tahsis etkinliği sağlanamayacaktır (Scherer 1976, 872). Bu çerçevede fiyatın MM'ye eşit olduğu üretim seviyesi ile OTM'ye eşit olduğu üretim seviyesi arasındaki fiyatların dara kaybına yol açan etkisi Areeda-Turner testi ile tespit edilememektedir. Scherer (1976, 873) böyle bir senaryonun Areeda ve Turner tarafından az rastlanır olarak göz ardı edildiğini, oysa bu durumun hâkim durumdaki

teşebbüsün rekabet dışı zamanda fazla kapasite bulundurmasından daha olası olduğunu belirtmektedir.¹⁴

Bu tartışma (yani üretim etkinliğine dinamik bir bakış açısıyla yaklaşmak ve ölçek ekonomilerinden doğabilecek büyük maliyet avantajlarını diğer avantajlardan ayırmak) bize piyasaya henüz giren bir teşebbüsten hâkim durumdaki teşebbüsün maliyetlerini yakalamasının beklenmesinin kimi sektörlerde gerçekçi olmadığını göstermektedir. Teşebbüslerin etkinliğini uzun vadeli ele almak, zamanla etkinliğini artıracak teşebbüslerin dışlanması önlenmesine ve uzun vadede tüketici refahı ile toplam refaha katkıda bulunabilecektir. Ekonominin genel etkinliği açısından ise hem uzun hem de kısa vadede Areeda-Turner testi noksandan muaf değildir.

2.3. STRATEJİK DAVRANIŞLARA İLİŞKİN TARTIŞMALAR

Stratejik davranış, teşebbüslerin faaliyet gösterdikleri piyasanın koşullarını etkilemek için davranışlarının rakipler üzerindeki etkisini ve rakiplerin bu davranışlara tepkisini dikkate alarak gerçekleştirdikleri eylemlerdir. Bu davranışlar işbirliği olabileceği gibi rakibin zararına olacak şekilde kendi kârını artırma davranışlarından (yapay giriş engelleri oluşturma, piyasa kapatıcı eylemler, yıkıcı fiyatlandırma ve fiyatlandırma dışı rekabet karşıtı uygulamalar vb.) oluşabilmektedir (OECD 2003, 81; Ordoover ve Saloner 1989, 582).

Sıkı oligopol ve tekellerdeki piyasalardaki teşebbüslerin rakiplerini dışlamak için yadsınamaz bir güdüsü vardır (Williamson 1977, 292). Carlton ve Perloff (1994, 411-412) bu güdüyü şöyle açıklamaktadır: Hâkim durumdaki teşebbüsün batık maliyete katlanarak herkesten önce piyasaya girmiş ve dolayısıyla piyasada kalma taahhüdünde bulunmuş olması hâkim durumdaki teşebbüse önemli bir stratejik avantaj kazandırmaktadır. Bu stratejik avantaj, hâkim durumdaki teşebbüste yeni rakiplerin piyasaya girmek için ödemeye razı olduğu bedelden daha fazlasını, söz konusu rakipleri piyasa dışında tutmak için harcama motivasyonu yaratmaktadır. Hâkim durumdaki teşebbüs ile yeni oyuncu arasındaki bu asimetri doğaldır, çünkü tekeller her zaman duopol kârından fazladır.

¹⁴ Rekabet öncesi dönemde fazla kapasite bulundurulmasına ilişkin tartışmaya “2.3.3. Fazla Kapasite Bulundurma” başlıklı bölümde yer verilmiştir.

Bu nedenle söz konusu piyasalarda faaliyet gösteren teşebbüsler potansiyel ve mevcut rakiplerini dışlamak için uzun vadeli stratejik davranışlar sergilemektedir (Williamson 1977, 292). Söz konusu stratejik davranışlar yazında derin cep¹⁵, şöhret etkisi¹⁶ ve mesaj aktarımı¹⁷ teorileri çevresinde ele alınmaktadır (Ordoover ve Saloner 1989, 548-561; Bolton vd. 2000). Bu bölümde klasikleşmiş bu üç başlık yerine davranışlara odaklanılarak eşit etkinlikteki rakiplerin stratejik davranışlarla *maliyet altı fiyat oluşmadan* dışlanmasına ilişkin modellere yer verilecektir.

2.3.1. Normal Getiri Oranının Elde Edilmesini Engelleyen Fiyatlama

Maliyet üstü fiyatlamayla rekabet karşıtı dışlamanın gerçekleşebileceğini savunanlar hâkim durumdaki teşebbüsün stratejik davranışlarına dikkat çekerken etkinlik konusunda olduğu gibi uzun vadeli bir yaklaşımı tercih etmektedir. Uzun vadede hâkim durumdaki teşebbüs sadece değişken maliyetlerini değil toplam maliyetini karşılamak zorundadır (Joskow ve Klerovick 1979, 252). Areeda ve Turner (1975, 704) ise normal getiri oranını da içeren toplam maliyetin kârın seviyesini belirlediğini, bir teşebbüsün normalden az kâr elde etmesinin yıkıcı fiyatlama anlamına gelmeyeceğini ifade etmektedir.

Öte yandan hâkim durumdaki teşebbüsün gücünü kötüye kullandığı yönündeki iddiaların gündeme geldiği tekelci veya oligopol piyasalarda elde edilen kârın, üretim maliyeti ve fırsat maliyetinin toplamından fazla yani normal kârın üzerinde olması beklenmektedir. Ancak hâkim durumdaki teşebbüsün özellikle sermaye yoğun sektörlerde muhasebe zararına katlanmadan, ancak makul olmayan getiri oranları ile uzun süre faaliyet göstermesi varsayımsal rakiplerini değilse de kendisi kadar etkin, hatta kendisinden daha etkin potansiyel veya gerçek rakipleri piyasadan dışlamasına neden olacaktır (Hovenkamp 2005a, 166; Ritter 2004, 625; Joskow ve Klerovick 1979, 253). Mevcut rakibin dışlanması finansal piyasalara, hâkim durumdaki teşebbüsten daha bağımlı olması veya yatırımını normal getiri oranı sunan başka bir piyasaya kaydırması nedeniyle yaşanabilecektir (Ritter 2004, 625; Sullivan ve Grimes 2000, 151). Yüksek

¹⁵ Üstün finansal kaynaklara dayanarak fiyat savaşıyla rakibi zarara uğratmak.

¹⁶ Bir piyasadaki rakibi dışlayarak diğer piyasalarda veya aynı piyasaya gelecekteki girişlere karşı da aynı davranışın gösterileceğini bildirerek girişleri caydırmak.

¹⁷ Asimetrik bilgi ortamında rakibi piyasadan çıkmasının daha iyi olacağına ikna edecek düşük fiyatlar uygulamak.

batık maliyet nedeniyle piyasadan çıkamayan rakibin ise pazarını genişletemeyeceği ve disipline olacağı söylenebilir. Potansiyel veya piyasaya henüz girmekte olan rakiplerin yatırım kararları ise normal getiri oranının altında kâra neden olan fiyatlar tarafından etkilenmektedir. Zira henüz batık maliyetlere katlanarak tekelci yapıdaki piyasaya girme aşamasında olan bir teşebbüs için sadece değişken maliyetlerin karşılanması değil batık maliyetlerin de karşılanması önemlidir. Bu çerçevede Easley vd. (1985), Fudenberg ve Tirole (1968) tarafından eksik bilgi ortamında hâkim durumdaki teşebbüsün fiyatlama yoluyla piyasaya yeni giren teşebbüsleri caydırmasına ilişkin mesaj aktarım modelleri geliştirilmiştir.¹⁸

Uygulamada da bir fiyatlama davranışının seçici fiyatlama veya çapraz sübvansiyon yöntemleri kullanılmadan uzun vadede sürdürülebilir olmaması rekabetçi açıdan kaygı verici olabilmektedir. Örneğin AB Komisyonu (Komisyon) ve AB Adalet Divanı (ABAD) tarafından, maliyet üstü seçici fiyat indirimlerinin ihlal olarak değerlendirildiği *Irish Sugar*¹⁹ ve *Compagnie Maritime Belge*²⁰ kararlarında, çapraz sübvansiyon tek başına ihlal anlamına gelmediği halde, sübvansiyona ilişkin ifadelerin yer alması üstü kapalı olarak karara konu indirimlerin tüm müşterilere uygulanması halinde uzun vadede hâkim durumdaki teşebbüsler için dahi sürdürülebilir olmayacağı değerlendirilmiştir.

Fiyat-maliyet testlerinde fırsat maliyetinin dikkate alınması spekülâtif olduğu ve kâr ençoklaştırma zorunluluğu getirdiği için reddedilmektedir (Elhauge 2003, 694). Oysa fırsat maliyetini de içeren bir testin kâr ençoklaştırma testine dönüşmemesi veya spekülasyona dayanmaması için fırsat maliyeti teste dahil edilirken hâkim durumdaki teşebbüsün kaynaklarını yönlendirebileceği daha kârlı varsayımsal alternatifler yerine, hâkim durumdaki teşebbüsün rekabet ile karşılaşmadan önceki kaynak kullanımı veya pratik ve somut alternatifler kullanılabilir. ABAD'ın *Deutsche Telekom*²¹ kararı ile gelişen fiyat sıkıştırması testinde hâkim durumdaki teşebbüsün üst pazarda rakiplerine

¹⁸ Mesaj aktarım modellerinde dışlama için fiyatın maliyetin altında kalması gerekmemektedir. Bu nedenle ilgili vakaların değerlendirilmesinde Areeda-Turner testi uygun değildir (Fudenberg ve Tirole 1986, 373; Mano ve Durand 2005, 13).

¹⁹ Case 97/624, *Irish Sugar plc.*, OJ (1997) L 258, para. 57.

²⁰ Case 93/82, *Cewal* OJ (1993) L34, para. 82. Temyiz aşamasında başka dosyalar ile birleştirilmiş ve *Compagnie Maritime Belge* adını almıştır.

²¹ *Deutsche Telekom AG*, OJ 2003 L 263/9, para. 107.

satarak gelir elde edeceği kaynağı alt pazarda faaliyet göstermek için kullanması, bu yüzden üst pazarda vazgeçilen gelirin maliyet hesabına yansıtılması somut alternatifin kullanılmasına örnek gösterilebilir.

*American Airlines*²² davasında da ABD Adalet Bakanlığı'nın (DoJ) uyguladığı dört testten biri American'ın rekabet ile karşılaştığı ilk dönemde elde ettiği gelir ile rakiplerinin mini-hub oluşturma çabasını engellemek için düşük fiyatlı bilet sayısını büyük oranda artırdığı ikinci dönemdeki gelirini karşılaştırmak olmuştur. ABD Temyiz Mahkemesi bunun kâr çoklaştırması testi anlamına geldiğini belirterek Adalet Bakanlığı'nın ihlal iddialarını reddetse de, Hovenkamp (2005b, 349) ikinci dönemdeki gelir azalışının American'ın kaynaklarını daha az kârlı güzergâhlara kaydırmasından doğan fırsat maliyetini yansıttığını ve bunun dikkate alınmasının yerinde olduğunu belirtmektedir.

2.3.2. Artık Talebi Kapama

Scherer (1976, 871) ölçek ekonomilerinin önemli olduğu piyasalarda Areeda ve Turner tarafından önerilen kural çiğnenmeden de girişin caydırılmasının mümkün olduğunu savunmaktadır. Eşit etkinlikteki bir rakibin tekelci firmanın OTM'siyle üretim yapabilmesi için belirli bir ölçüğe erişmesi gerekiyorsa, tekelci teşebbüs rakibinin söz konusu ölçüğe erişmesine ve kâr etmesine yetecek artık talep bırakmayacak şekilde üretimini artırarak piyasayı kapatabilir. Böylece gerekli ölçüğe ulaşamadığı için rakibin maliyeti yükselecek, tekelci firma kendi OTM'sinin üstünde (MM'sinin ise altında) ancak rakibinin yükselen maliyetlerinin altında kalan bir fiyatla girişi durduracaktır (Scherer 1976, 871; Edlin 2002, 962).

Eğer teşebbüs tekelci piyasada kısa dönem kârını çoklaştıracak miktarda üretim için optimum kapasitesindeyse arzını artırması MM'sini OTM'sinden de fazla şekilde artıracaktır. Bu durumda hâkim durumdaki teşebbüsün maliyetinin yükseleceği, böylece Areeda ve Turner tarafından önerilen "OTM altı fiyat" kuralının işleyeceği düşünülebilir. Ancak OTM'nin üstünde ancak MM'nin altında pek çok fiyat seviyesi Areeda-Turner testine göre rekabet karşıtı davranış teşkil etmeyecektir. Oysa MM'nin

²² US v. AMR Corp. 335 F.3d 1109 (10th Cir. 2003)

OTM'nin üzerinde olduğu üretim seviyelerinde, fiyat OTM'nin üstünde olsa dahi, bu fiyatlama davranışı toplam refahı azaltan etki gösterebilmektedir (Scherer 1976, 872).

Areeda-Turner testinin tasarlanan şekilde işleyeceği bir diğer durum ise rakibin, piyasa fiyatı ne olursa olsun hâkim durumdaki teşebbüsün OTM'sini yakalayabileceği ölçekte üretim ile piyasaya girmesidir. Bu durumda oluşacak yeni fiyatların tekeli teşebbüsün arz artışından sonra yükselen maliyetlerinin altında kalacağı bu nedenle de “maliyet altı fiyat” kuralının işleyeceği savunulabilir (Scherer 1976, 873). Scherer (1976, 873) Areeda-Turner testi ne kadar sıkı ve istikrarlı şekilde uygulanıyorsa, hâkim durumdaki teşebbüsün önalıcı çıktı artırımının yeni rakipler gözünde o derece inandırıcı ve caydırıcı olacağını savunmaktadır. Ayrıca rakibin piyasaya girişten caymayarak uygun ölçekte üretimle piyasaya girişi ancak rakibin eksik bilgi altında olmadığı ve hâkim durumdaki teşebbüsün blöfünü görerek kısa vadede zarar etmeyi göze alabildiği bir ortamda geçerli olabilecektir. Rakip bu adımı atmadığı sürece hâkim durumdaki teşebbüs için de sorumluluk doğmayacak, uygun ölçekte üretim ile piyasaya girmesi halinde ise fiyatı maliyet altı seviyelere çeken hâkim durumdaki teşebbüs değil rakip olacaktır (Scherer 1976, 874).

Etkinliğe ilişkin bölümde ele alınan, hâkim durumdaki teşebbüsün ölçek ekonomisinden doğan avantajının gerçek bir etkinlik üstünlüğü olmadığı savı ile birlikte düşünüldüğünde, ölçek ekonomilerinin önemli olduğu piyasalarda rakibe olan talebi kapatarak rakibin küçük ölçekle ve yüksek maliyetle üretim yapmasına yol açma stratejisinin rakipleri dışlama veya caydırmada etkili olacağı söylenebilir. Toplam maliyetin toplam çıktı miktarına bölünmesi ile bulunacak kısa dönemli maliyet değerlerinin fiyat ile kıyaslanması ise bu davranışı tespit edemeyecektir.

2.3.3. Fazla Kapasite Bulundurma

Hâkim durumdaki teşebbüsün eşit etkinlikteki rakiplerinin piyasaya girişini engellemek için tercih edebileceği stratejiler değerlendirilirken tartışılan bir diğer konu da hâkim durumdaki teşebbüsün fazla (atıl) kapasite bulundurmasıdır. Fazla kapasite piyasadaki teşebbüslerin rekabetçi fiyat seviyesinde piyasanın talep ettiği arz miktarından daha fazlasını üreten kapasitelerin toplamıdır (Hovenkamp 2005b, 354).

Tekelci bir firma fazla kapasite ile faaliyet gösterdiğinde OTM'si MM'sinin üzerinde kalacak, üretim miktarının artması OTM'yi düşürecektir.

Hâkim durumdaki teşebbüsün fazla kapasiteye sahip olması talebin daralma eğiliminde olmasından²³, hâkim durumdaki teşebbüsün mevcut veya yeni rakibine pazar payı kaybetmiş olmasından²⁴ ya da hâkim durumdaki teşebbüsün gelecekte oluşacağını düşündüğü talep artışı nedeniyle kapasite artırmasından kaynaklanıyor olabilir. Ayrıca fazla kapasite, piyasaya girişi caydırıcı veya yeni rakiplerin piyasada tutunmasını önleyici amaçla da bulunduruluyor olabilir (Hovenkamp 2005b, 354; Scherer 1977, 877; Elhauge 2003, 717-719).

Sebebi ne olursa olsun hâkim durumdaki teşebbüsün üretim ölçeğinin mevcut talebe uygun olduğu duruma kıyasla fazla kapasite bulundurduğu durumlarda piyasaya giriş daha seyrek yaşanacaktır (Scherer 1977, 877). Zira fazla kapasite; talebin istikrarlı ve kapasite artırmanın batık maliyetinin yüksek olduğu durumlarda, potansiyel rakiplerin piyasaya girdikten sonra elde edecekleri kâr beklentisini düşürerek bu stratejik amaca hizmet edebilmektedir (Lieberman 1987, 608-609; Joskow ve Klerovick 1979, 240-241). Ayrıca rekabet ile karşılaştığında Areeda-Turner kuralını ihlal etmeden çıktı miktarını artırabilmek isteyen hâkim durumdaki teşebbüs giriş öncesi dönemde etkisiz fazla kapasite edinme yoluna giderek hem giriş öncesi hem de giriş sonrası etkisizliğe yol açacaktır (Joskow ve Klerovick 1979, 241). Diğer bir ifadeyle, MM'ye yakın fiyatlamının etkinliğe yol açtığı savı fazla kapasite bulunduğu durumlarda geçerliliğini kaybetmektedir. Özetle hâkim durumdaki teşebbüsün fazla kapasite bulundurduğu durumlarda fiyat-maliyet testi yanlış negatif²⁵ sonuç vermekte, bu testin uygulanması teşebbüsleri fazla kapasite bulundurmaya teşvik etmekte ve bu da testin amacının aksine etkisizliğe yol açmaktadır.

²³ Küçülme eğiliminde olan pazarlara yeni teşebbüslerin girmesi beklenmemektedir. Yeni giriş yaşansa bile hem yeni hem de mevcut oyuncular açısından eşit etkinlikteki rakibin dışlanması piyasa daralmasının kaçınılmaz bir sonucu olarak değerlendirilmektedir (Areeda ve Turner 1975, 710; Williamson 1977, 321-323; Hovenkamp 2005b, 355).

²⁴ Scherer'e göre (1976, 877) hâkim durumdaki teşebbüsün fiyat kırmak için fazla kapasite oluşturacak seviyede rakiplerine pazar kaybetmeyi beklemesi, özellikle de piyasaya yeni giren rakibinin tutunmasına müsaade etmesi makul değildir.

²⁵ Tip II hata olarak da adlandırılan yanlış negatif sonuç var olan bir durumun tespit edilememesidir. Yanlış pozitif sonuç (tip I hata) ise var olmayan bir durumun tespit edilmesidir.

Williamson (1977, 293) hâkim durumdaki teşebbüsün rekabet öncesi dönemde mevcut rekabet hukuku kurallarını da dikkate alarak fiyat, çıktı miktarı ve yatırım konularında stratejik tercihler yapacağını ileri sürmektedir. Bu çerçevede rekabet otoritelerince Areeda-Turner testinin sıkı şekilde uygulanması hâkim durumdaki teşebbüsü yeni rakipleri ihlalde bulunmadan dışlamak için fazla kapasite bulundurmaya itecektir (Scherer 1976, 877). Lieberman (1987, 608, 610, 625) ise ABD'deki kimya sektörüne ilişkin ampirik çalışmada fazla kapasite bulundurmanın özünde stratejik amaçlar taşımadığını, özellikle de piyasaya girişin söz konusu olmadığı dönemde stratejik fazla kapasite tutulduğuna dair pek az kanıt bulunduğunu belirtmekle birlikte, yoğunlaşmış piyasalarda girişin somutlaşmasıyla agresif kapasite artırımlarının yaşandığını ifade etmektedir.

Areeda ve Turner (1975, 710-711) hâkim durumdaki teşebbüsün fazla kapasitesi aracılığıyla MM'ye eşit veya bu maliyetin üstünde ancak normal getiri oranlarını sağlamayan fiyatlarla sermayeye erişimi daha kısıtlı olan eşit etkinlikteki rakibini pazar dışına itebileceğini veya pazara girişi engelleyebileceğini, bu durumun da uzun vadede rekabet üzerinde olumsuz etkiler doğurabileceğini kabul etmekte ancak bu riski ortadan kaldırmak için tatmin edici bir yöntem bulunmadığını belirtmektedir. Diğer taraftan Elhauge (2003, 719) sabit maliyet olan verimsiz fazla kapasiteyi yenileme ve muhafaza maliyetinin fiyat-maliyet testine dâhil edilmesi gerektiğini savunmaktadır. Joskow ve Klerovick (1979, 241) ise Williamson'ın arz kontrolü testinin benimsenmesinin hâkim durumdaki teşebbüslerin fazla kapasite bulundurma motivasyonunu ortadan kaldıracağını ileri sürmektedir.

2.3.4. Rakibin Maliyetini Yükseltme Stratejisi

Fiyatlama yoluyla rekabet karşıtı dışlamaya ilişkin tartışmanın geneli fiyatların düşürülerek rakibin kârlılığının azaltılması senaryosu çerçevesinde yürütülmektedir. Oysa Hovenkamp'a (1985, 274-275) göre rakibin maliyetinin yükseltilmesi daha az riskli olduğu ve hâkim durumdaki teşebbüsün zarara katlanmasını gerektirmediği için düşük fiyattan daha sık uygulanan ve tüketici refahına zarar veren, bu nedenle de rekabet hukukunun kapsamına girmesi gereken bir stratejidir. Bu strateji çerçevesinde hâkim durumdaki teşebbüs kendisi de bir miktar maliyet artışına katlanmak zorunda kalsa da rakibinin maliyetini çok daha yüksek oranda artırmakta, böylece rakiplerin

hâkim durumdaki teşebbüs üzerinde rekabetçi baskı yaratması engellenmektedir. Rakibin maliyetini artırma stratejisinin büyük kısmı fiyatlamaya ilişkin olmayan davranışları²⁶ içerse de aşırı alım, paket indirimleri ve rekabete kapalı talebin kaldırılma olarak kullanılması durumlarında fiyatlamayla da rakibin maliyetinin yükseltilebildiği savunulmaktadır.

2.3.4.1. Aşırı Alım

Aşırı alım; girdi pazarında alıcı gücüne sahip olan ve çıktı pazarında da hâkim durumda bulunan teşebbüsün çıktı pazarındaki gücünü korumak veya artırmak amacıyla, görece esnek olamayan arza sahip girdiye olan talebini girdi fiyatını önemli ölçüde yükseltecek kadar artırmasıdır. Artan maliyetler karşısında rakipler girdi alımlarını ve dolayısıyla arz miktarlarını azaltacak, hâkim durumdaki teşebbüs ise çıktı pazarında rekabetçi seviyenin üzerinde fiyat uygulamaya devam edebilecek veya çıktı miktarını artırarak rakiplerinin kâr marjını sıkıştırabilecektir (Salop 2005, 679-680; Kirkwood 2005, 653).

Aşırı alım stratejisi hâkim durumdaki teşebbüsün de maliyetlerini yükselttiği için fiyatlar her zaman maliyet üstü olmayabilir. Ancak bazı durumlarda, örneğin hâkim durumdaki teşebbüs ilgili girdiyi diğer teşebbüslere oranla daha az kullanıyorsa veya kullandığı girdinin bir kısmını kendisi üretiyorsa²⁷, rakiplerin maliyetinin kendi maliyetine kıyasla daha çok artmasına yol açabilecektir (Salop 2005, 680-681; Carlton ve Perloff 1994, 410). Ayrıca hammadde kıtlığı ile karşılaşan rakiplerin üretim ölçeğini küçültmek zorunda kalacağı, bu durumun da üretim ve dağıtım aşamalarında OTM'leri yükseltebileceği de akla gelmektedir.

Aşırı alım uygulamaları sırasında çıktı pazarında rekabetçi fiyatların üzerinde fiyatların devam edebildiği (yani geçici süre için bile olsa tüketici refahının artmadığı) ve hâkim durumdaki teşebbüsün rakiplerinden daha az kayba katlanabileceği göz önüne alındığında, maliyet üstü fiyatların yasal olduğu şeklinde bir *per se* kuralın getirilmesi yerine tüketici refahı standardı altında etki analizi yapılması savunulmaktadır (Kirkwood 2005, 654-655; Salop 2005, 705-706).

²⁶ Bkz. Salop ve Scheffman (1983).

²⁷ Fiyat sıkıştırması uygulamasının bu açıdan rakibin maliyetini yükseltme stratejilerinden biri olduğunu söylemek de yanlış olmayacaktır.

2.3.4.2. Paketleme ile Çok Katmanlı Giriş Engeli Oluşturma

İndirim sistemlerinin rekabet karşıtı olup olmadığının tespitinde fiyat-maliyet testlerine dayalı *per se* bir kuralın kullanılması tercihi, uygulamanın yıkıcı fiyata benzerliğini ön planda tutmaktadır. Diğer taraftan paket indirimlerinin bağlama veya münhasırlık uygulamalarına benzerliğini vurgulayanlar, paket indirimlerinin yıkıcı fiyatlandırma modelleri ile değil rakibin maliyetini yükseltme modeli çerçevesinde analiz edilmesini savunmaktadır (Wright 2013, 20; Pollina 2014, 99; Economides 2012, 134).

Kapsam ekonomileri, etkinlik doğurduğu gibi stratejik olarak kullanıldığında etkinlik doğurmayan rekabet karşıtı sonuçlara ulaşılmasına da hizmet edebilmektedir (Hovenkamp 1985, 278). Böyle durumlarda eşit etkinlikteki rakip bir ürünü daha yüksek maliyetle ürettiği için değil, daha az çeşit ürün ürettiği için piyasanın dışına itilmektedir. Yeni rakipler ise stratejik giriş engeli ile karşı karşıya kalmaktadır. Paketleme uygulamaları yeni rakipleri benzer paketler sunabilmek için aynı anda birden çok pazara girmeye zorlamakta, artan giriş maliyetleri çok katmanlı giriş engeli oluşturarak yeni oyuncuları pakette yer alan ürünlerden sadece birinin pazarına girmekten alıkoymaktadır (Economides 2012, 130; Pollina 2014, 90).

Çok katmanlı giriş engeli oluşturma stratejisi giriş engellerinin yüksek ve MM'lerin son derece düşük olduğu sektörlerde özellikle kuvvetlidir (Pollina 2014, 90, 99). Pollina'ya (2014, 89) göre indirim atfetme testi, bu tür piyasaya girişi sınırlama stratejilerini hesaba katmamakta, sadece daha az etkin rakibi korumamaya odaklanmaktadır.

2.3.4.3. Yarışılabilir Olmayan Talebin Kaldıraç Olarak Kullanılması

Kaldıraç etkisi, hâkim durumdaki teşebbüsün koşullu indirimler ile piyasaya ilk giren avantajını kullanarak fiili münhasırlık sonucuna ulaşmasını iktisadi bir modelle açıklamaktadır.

Komisyon 2009 yılında yayınladığı Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Kötüye Kullanmalarında Komisyon'un AT Anlaşmasınının 82. Maddesini Uygulama Önceliklerine İlişkin Rehber'de (Rehber) koşullu indirimlerin münhasırlık benzeri etki göstermesinin piyasadaki teşebbüslerin her bir tüketicinin talebinin tamamı için eşit

şartlarda yarışmadığı durumlarda ortaya çıktığını belirtmektedir.²⁸ Bu hallere hâkim durumdaki teşebbüsün ürettiği ürünün bulundurulması zorunlu ürün olması, kapasite kısıtı nedeniyle diğer teşebbüslerin tüketicinin ihtiyacının tamamını karşılayamaması, tüketici açısından değişim maliyetinin yüksek olması gibi örnekler verilebilir (Arıtürk 2011, 25).²⁹ Bu durumda talep; indirim uygulaması olmasa dahi mutlaka hâkim durumdaki teşebbüs tarafından karşılanacak olan rekabete kapalı veya yarışılabilir olmayan kısım ve rakiplerin de satış gerçekleştirebileceği yarışılabilir olan kısım olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Şarta bağlı indirim, hâkim durumdaki teşebbüsün her bir tüketicinin talebinin yarışılabilir olmayan kısmını talebin yarışılabilir kısmında ödenmesi gereken fiyatı indirmek için kaldıraç olarak kullanmasına imkân vermektedir.³⁰ Hem hâkim durumdaki teşebbüs hem de eşit etkinlikteki rakibi aynı şartlar ve fiyatlarla indirim uyguladığında tüketici talebinin rekabete kapalı kısmını mutlaka hâkim durumdaki teşebbüsten karşılamak zorunda olduğu için talebinin tamamını hâkim durumdaki teşebbüsten karşılamayı tercih edecek, indirim uygulaması münhasırlık benzeri sonuç doğuracaktır. Zira aksi takdirde tüketici talebinin rekabete kapalı kısmı için alabileceği indirimi kaybedecektir. Diğer bir ifadeyle indirimler “alıcılar dolayısıyla hâkim durumdaki teşebbüsün rakipleri için önemli düzeyde değişim maliyetlerine yol açmaktadır” (Arıtürk 2011, 27).

Rakip, yarışılabilir olmayan talep küçük ise, yarışılabilir talep üzerindeki indirimlerini artırarak tüketicinin kaybını telafi etme yoluna gidebilir. Ancak yarışılabilir olmayan talep oranı arttıkça, indirim uygulaması piyasa kapamaya da elverişli ise, rakip hâkim durumdaki teşebbüsle eşit etkinlikte dahi olsa, zarara katlanmadan faaliyetini sürdüremeyecektir.³¹ Economides (2012, 136) paket indirimi uygulaması açısından da kaldıraç modelinin açıklayıcı olduğunu belirtmektedir.

Ölçek ekonomilerinin işlediği bir piyasa söz konusu ise rakibin küçük bir pazar payına sıkışması, maliyetlerini yükselterek kayıplarını artıracaktır (Economides 2012, 135; AAI 2014, 6-8; Wright 2013, 7). Elhauge (2009) de hâkim durumdaki teşebbüsün maliyet altı fiyatlama oluşturmayan şartlı indirimler yoluyla piyasayı kapatarak rakibin

²⁸ Para. 39.

²⁹ Rehber para. 36.

³⁰ Rehber para. 39.

³¹ Sayısal örnekler için bkz. Arıtürk (2011, 28-29), Geradin (2008, 17-19).

minimum etkin ölçeğe ulaşmasının engellenmesinin toplam refahı azalttığını ve tüketici zararına yol açtığını gösteren bir model kurmuştur. Daralan ölçek ayrıca kayda değer sabit maliyetlerin giriş engeli oluşturmasına neden olacaktır (Economides 2012, 135).³² Dikkat edileceği üzere, kaldıraç etkisi modeli hem rakibin maliyetlerini yükseltme hem de stratejik talep kapama davranışının özelliklerini taşımaktadır.

Bu bölümde tartışılan stratejik davranışlar, maliyet üstü fiyatlamaya ilişkin rekabetçi kaygılarını dile getiren yazarlarca en çok vurgulanan stratejik davranışlardır. Bu modeller öncelikle maliyet üstü fiyatlarla eşit etkinlikteki rakiplerin dahi piyasa dışına itilebileceğini göstermesi açısından önemlidir. Nasıl ki maliyet altı fiyatlar her zaman rekabet karşıtı değilse, maliyet üstü fiyatlar da her zaman rekabetçi olmayabilmektedir.

Modellere genel olarak bakıldığında bazı ortak unsurlar dikkat çekmektedir. Modellerde, ölçek ekonomisinin önemli, minimum etkin ölçeğin yüksek, giriş engellerinin özellikle batık maliyetler nedeniyle yüksek olduğu piyasalara yer verilmiştir. Ayrıca modeller kimi zaman gösterim kolaylığı açısından olsa da tekelleri veya tekel gücüne yaklaşan hâkim durumdaki teşebbüsün bulunduğu piyasalardır. Bu özellikleri taşıyan piyasaların hâkim durumdaki teşebbüsün stratejik davranışları için elverişli olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

Bu tip piyasalara giriş tüketici alışkanlıkları, ağ etkisi, finansal piyasalar veya rakiplerin asimetric ya da eksik bilgisi gibi nedenlerle son derece zordur. Ayrıca etkinliğe ilişkin bölümde tartışıldığı gibi rakiplerin hâkim durumdaki teşebbüsün etkinlik seviyesini yakalaması zaman alabilmektedir. Bu bağlamda, normal kâr elde ederek başlangıç maliyetlerini karşılamak ve piyasada tutunmak zorunda olan yeni rakip piyasaya giriş aşamasında dışlayıcı davranışlara karşı daha kırılıgandır. Bu nedenle hâkim durumdaki teşebbüslerin yerleşik rakiplerine değil, piyasaya giriş aşamasındaki rakiplerine yönelik hamlelerde bulunacağı tahmin edilebilir.

Son olarak bu modeller, bize fiyat-maliyet testi uygulamasının tek başına sağlam iktisadi temeller ve etki temelli yaklaşım anlamına gelmeyebileceğini göstermektedir. Daha iktisadi bir analize dayanma kaygısıyla, indirim sistemlerinin değerlendirilmesinde fiyat-maliyet testlerine ağırlık verilirken bu husus göz önünde tutulmalı, indirim sistemlerinin münhasırlık ve bağlama benzeri etkileri tamamen göz ardı edilmemelidir.

³² Bu çerçevede geliştirilen test için bkz. s. 46-47, testin eleştirisi için bkz. s. 35.

BÖLÜM 3

ALTERNATİF TESTLER VE UYGULAMAYA İLİŞKİN KAYGILAR

Bir davranışın toplam refahı veya tüketici refahını nasıl azalttığını izah etmek, o davranışın rekabet hukuku kapsamında ihlal oluşturabilmesi için yapılması gerekenin ilk yarısıdır. İkinci aşamada tam bilgiye ulaşamadığı ve kaynakların sınırlı olduğu bir ortamda gerçek hayattaki karmaşık davranışların rekabetçi olup olmadığının nasıl ayırt edileceği sorusu cevaplanmalıdır. Bu bölümde bu konudaki tartışmalara yer verilecektir.

3.1. ŞARTSIZ İNDİRİMLERDE TEST TARTIŞMASI

Maliyet temelli testleri eleştiren yazarlar tarafından, fiyat-maliyet testleri yerine hem şekil hem de etki temelli testler önerilmiştir. Areeda-Turner testi gibi şekil temelli olan bu testler, stratejik davranışların dinamik bir analize tabi tutulması gereğini vurgulamakta, fiyat-maliyet testine ikincil bir rol biçerek esasen hâkim durumdaki teşebbüsün davranışlarının zaman içinde nasıl değiştiği ve ne gibi özellikler gösterdiği incelenerek rekabet karşıtı dışlamanın tespit edilmesini öngörmektedir (Baumol 1979, 9-10). Örneğin Williamson (1977) hâkim durumdaki teşebbüsün piyasaya giriş sonrasında 12 ila 18 aylık dönemde arzını rekabet öncesi arzına kıyasla artırması (arz kontrolü testi), Baumol (1979) hâkim durumdaki teşebbüsün piyasaya giriş karşısında düşürdüğü fiyatları rakibin piyasadan çekilmesinden sonraki belirli bir süre içinde tekrar yükseltmesi (fiyat artış testi), Edlin (2002) ise hâkim durumdaki teşebbüsün piyasaya ciddi giriş karşısında belirli bir süre içinde fiyatlarını düşürmesi veya kalite

iyileştirmesi halinde (fiyat düşüş testi) hâkim durumdaki teşebbüsün yıkıcı fiyat nedeniyle sorumluluğu doğması gerektiğini savunmaktadır.³³

Maliyet temelli testlere alternatif testler geliştiren yazarların kendi önerdikleri testin neden daha üstün olduğu sorusuna verdikleri yanıtlardan ilki söz konusu testin giriş öncesi dönemdeki tahsis etkinliğini, dolayısıyla refahı artırdığı yönündedir (Williamson 1977, 310; Baumol 1979, 11; Edlin 2002, 976). Anılan yazarlara göre, maliyet temelli olmayan, stratejik davranışları dikkate alan testler hâkim durumdaki teşebbüsü limit fiyatlamaya benzer bir fiyatlama politikası izlemeye teşvik ederek giriş öncesi dönemde kaynakların daha etkin kullanılmasını sağlayabilecektir (Baumol 1979, 25; Edlin 2002, 973-976).

Elhauge (2003, 802) ise alternatif testlerin giriş öncesi ve sonrası dönemde iddia edilen faydayı sağlamayacağını, tüketici refahı üzerindeki etkinin duruma göre belirsiz veya olumsuz olduğunu, üretim etkinliği açısından her zaman olumsuz etki doğuracağını savunmaktadır. Elhauge'ye (2003, 757-773) göre hâkim durumdaki teşebbüsten daha az etkin (ve öyle kalacak) rakiplerin piyasaya girmesi giriş sonrası dönemdeki fiyat seviyesinin yükselmesine, tüketici refahının azalmasına ve tahsis etkinliğinin bozulmasına neden olacaktır. Çünkü bu teşebbüsler eninde sonunda piyasa dışına itilecek, o zamana kadar da emek ve sermaye kaynaklarının daha etkin rakipler tarafından kullanılmasını önleyerek etkin girişleri azaltacaktır (Elhauge 2003, 775).³⁴ Gerçekten de Williamson (1977), Baumol (1979) ve Edlin (2002) tarafından önerilen ve hâkim durumdaki teşebbüsün fiyat veya çıktı seviyesinin belirli bir süre için kontrol edilmesini öngören testlerin, giriş öncesi dönemdeki fiyatlar ve etkinlik üzerindeki etkisi ihmal edilecek kadar kısıtlı kalabilir. Bu kısıtlı faydanın, kuralların yaratacağı başka etkisizlikleri telafi edip edemeyeceği ise şüphelidir.

Fiyat-maliyet testlerinde özellikle ilgili maliyet ölçütünün belirlenmesi ve hesaplanması açısından zorluklarla karşılaşılma (Sullivan ve Grimes 2000, 157; Mano ve Durand 2005, 16-17) birlikte şekil temelli alternatif kurallar da giriş anının

³³ Stratejik davranışların uzun vadeli sonuçlarına odaklanılması gerektiği savına katılan Joskow ve Klerovick (1979) ise yine maliyet temelli bir test olan iki aşamalı testi geliştirmiştir. Bu test normal getiri oranını ve fiyat kontrolü testinin unsurlarını da içermektedir.

³⁴ Elhauge'nin zamanla daha etkin hale gelecek teşebbüslerin korunması konusundaki eleştirileri için bkz. s. 15-16.

belirlenmesi, giriş sonrası arz değişimlerinin tespiti, hâkim durumdaki teşebbüs için taban fiyat veya tavan arz miktarı belirlenmesi, arz veya fiyat kontrolünün uygulanacağı uygun sürenin tayini gibi zahmetli ve hataya açık görevler içermektedir (Elhauge 2003, 808-821). Bu bağlamda şekil temelli alternatif testlerin fiyat-maliyet testlerine uygulama maliyeti açısından da açıkça üstün olduğunu söylemek mümkün değildir.

Maliyet üstü fiyatlarla gerçekleştiği ileri sürülen rekabet karşıtı dışlamaya ilişkin endişelerin giderilmesinde bir diğer seçenek de fiyat-maliyet testinin uyarlanmasıdır. Elhauge (2003, 689) incelenen vakada hangi faktörün dışlamaya neden olabileceği düşünülüyor ise bunun maliyet hesabına yansıtılarak fiyat-maliyet testinin kullanılabilirliği görüşündedir. Diğer bir ifadeyle sorun esasen hangi maliyeti ölçütünün kullanılacağından da öte maliyetler kategorize edilirken hangi zaman döneminin, çıktının ve teşebbüsün dikkate alınacağına ilişkindir (Elhauge 2003, 707). Örneğin, amaç hangi maliyet ölçütünün eşit etkinlikteki rakibi dışlamasının önüne geçebileceğini belirlemek olduğu için ODM hesaplanırken hâkim durumdaki teşebbüsün bütün arzı değil, rakibin arzını ikame eden arz miktarının değişken maliyeti olmalıdır (Elhauge 2003, 711-713).

İlk bölümde dile getirilen Areeda-Turner testinin zarar teorisine göre uyarlanması ihtiyacının doğduğu tespiti ni anımsatan bu öneri iktisadi düşünce ile son derece tutarlı ve akla yatkındır. Diğer taraftan bu önerinin benimsenmesi ile hemen hemen her vakada farklı bir maliyet testinin uygulanması; rakibin arzını ikame eden arz miktarı, normal getiri oranı, uzun dönem sermaye maliyeti gibi değerlerin hesaplanması gündeme gelmektedir. Karmaşıklaşan testin hem öngörülebilirliği azalmakta hem de sonuçları hataya daha açık hale gelmektedir. Uygulama maliyeti de dikkate alınarak bu “vaka özelinde uyarlanmış fiyat-maliyet testi”nin belirli eşikleri aşan iddialara uygulanması düşünülebilir.

Fiyatlandırma yoluyla hâkim durumun kötüye kullanılmasının tespitinde üçüncü bir seçenek fiyat-maliyet testinin etki analizi ile ikame edilmesidir (Scherer 1976, 883-890; Sullivan ve Grimes 2000, 157-158; Spector 2000, 26; Kirkwood 2005; Salop 2005; Beckenstein ve Gabel 1986, 48). Etki temelli yaklaşım genel olarak, şekil temelli testlere kıyasla iktisadi açıdan daha isabetli kararlara vesile olsa da yüksek uygulama maliyetleri ve hukuki belirsizlik dezavantajlarını da beraberinde getirmektedir (Østerud 2010, 19-20). Özellikle maliyet üstü fiyatları da kapsamına alacak etki temelli testleri; rekabet

otoritelerini vaat edilen spekülâtif faydaya değmeyecek büyük idari yük altına sokacağı (Areeda ve Turner 1975, 709), doğru sonuçlar veren ancak karmaşık testlerin dozunda caydırıcılık ve hakkaniyete uygun çözümler sağlayamayacağı (Hovenkamp 2005a, 118) ve yargısal sürecin eksikliklerine gerçekçi bir anlayışla yaklaşılması gerektiği (Posner 2001, 223) gibi savlarla yönetilebilirlik ve öngörülebilirlik açısından eleştirilmektedir. Ayrıca yanlış pozitif sonuçların rekabeti soğutma etkisi nedeniyle yanlış negatif sonuçlara göre topluma maliyetinin daha yüksek olduğu da düşünülmektedir (Ordoover ve Saloner 1989, 580; Hovenkamp 2010, 1644; O'Donoghue ve Padilla 2013, 341).

Etki temelli yaklaşıma yönelik öngörülebilirlik ve yönetilebilirlik sorunlarının giderilmesinde yapılandırılmış etki temelli testlerin geliştirilmesi faydalı olabilmektedir (Sümer Özdemir 2016, 17). Fiyat-maliyet testlerinin yanlış pozitif sonuç verdiğini düşünenler tarafından az sayıda yapılandırılmış etki testi önerisi getirilmiştir. Hiçbir aşamada zorunlu bir fiyat-maliyet testine yer verilmeyen Sullivan ve Grimes'in (2000, 157-160) önerisinde, detaylı analiz için (1) rekabeti ihlal ettiği iddia edilen teşebbüsün tekel veya oligopol gücüne sahip olduğunun gösterilmesi, (2) iktisat yazınına dayanan inandırıcı bir dışlama teorisinin ortaya koyulması şartlarını önermiş; devamında gerçekleştirilecek analizde stratejik hedefli³⁵ fiyat indirimlerinin tespitinin rekabet karşıtı dışlamaya işaret edebileceğini belirtmiştir. Türk rekabet hukuku açısından ilk aşama hâkim durum tespitine denk gelecek ve yeterince yüksek bir eşik oluşturmayacaktır. İkinci şart ise ister yapılandırılmış ister tam etki analizi olsun tüm etki temelli analizlerin merkezini oluşturmaktadır, bu açıdan gerekli bir adımdır. Analizde ise stratejik ve uzun vadede sürdürülemez davranışların tespiti önem taşımakla birlikte, genellikle rekabetçi olduğu ve yaygın şekilde kullanıldığı bilinen uygulamaları değerlendirmek için, en az fiyat-maliyet testi kadar güçlü bir analiz aracına ihtiyaç duyulduğu açıktır.

Mano ve Durand (2005, 18-37) tarafından sunulan alternatif test ise sırasıyla (1) geçerli bir yıkıcı fiyatlama teorisine dayanan muhtemel dışlamanın, (2) giriş engelleri ve caydırıcılık değerlendirmesine dayanan muhtemel hasadın ve (3) gerçekleşmiş kârdan fedanın kanıtlanmasını öngörmektedir. Gerçekleşmiş kârdan fedanın tespiti için

³⁵ Belirli bir ürün, coğrafi pazar veya rakibe yönelik; ayrımcı veya seçici olan, sürdürülebilir olmayan ve kısa vadede tüketiciye genel indirimlerden daha az fayda sağlayan, promosyon amaçlı olmayan indirimler (Sullivan ve Grimes 2000, 160).

iki yol önerilmektedir: hâkim durumdaki teşebbüsün davranışı sonucunda oluşan artan maliyetler ile artan gelirin kıyaslanması (2005, 30) veya daha kârlı alternatiflerin tercih edilmediğinin gösterilmesi (2005, 30-31).

American Airlines kararında DoJ tarafından uygulanan testlerden esinlenen öneri gerçekten de kimi vakalarda son derece kullanışlı ve isabetli olabilecektir. Ancak klasik fiyat-maliyet testlerinin uygulanmasının zorluğunu vurgulayan Mano ve Durand (2005, 30) da her zaman artan maliyetin veya artan gelirin hesaplanmasının mümkün olmayabileceğini kabul etmektedir. Nihayetinde artan maliyetler ile artan gelirin karşılaştırılması da uyarlanmış bir fiyat-maliyet testidir. Daha kârlı alternatifler ile mevcut davranış arasındaki kâr farkının ise kârdan fedanın tespiti için daima tek başına yeterli olabileceği şüphelidir. *American Airlines* kararında da DoJ tarafından uygulanan testlerin birbirine ikame olmadığı, yanlış pozitif sonuçların önlenmesi için birbirinin sağlamasını yapan nitelikte olduğu belirtilmektedir.³⁶ Daha kârlı alternatif testinin fiyat-maliyet testi kadar güçlü olmadığını zımni şekilde kabul eden yazarlar da ilk iki aşamadaki kanıtların gücünün (örneğin dışlamanın veya hasadın gerçekleşmiş olması) üçüncü aşamadaki ispat standardını aşağı çekmesini öngörmektedir (Mano ve Durand 2005, 31).

3.2. İNDİRİM SİSTEMLERİNDE TEST TARTIŞMASI

İndirim sistemlerinde kullanılacak test tartışması ise şartsız fiyat indirimlerine göre farklı bir zeminde ilerlemektedir. Şartlı indirimlerin değerlendirilmesinde fiyat-maliyet testleri ile güvenli limanlar oluşturulması, etki temelli ve iktisat öğretisine uygun rekabet hukuku uygulaması gayreti çerçevesinde son dönemde gündeme gelmiştir. Bu yaklaşım şartlı indirimleri esas olarak fiyatlama davranışı olarak görüp şartlı indirimler ile yıkıcı fiyatlama teorisi arasında benzerlik kurmaktadır (Economides ve Lianos 2009). Wright'a (2013, 19) göre sadakat yaratan indirimler yıkıcı fiyatlama teorisi çerçevesinde değil rakibin maliyetini yükseltme teorisi çerçevesinde ele alınmalıdır, bu yüzden indirim sistemlerinde fiyat-maliyet testi uygulamak yanlış ekonomik modele dayanan basit bir testi, daha doğru ekonomik modele dayanan karmaşık bir teste (etki analizi) tercih etmek olacaktır. Şarta bağlı olmayan indirimlerde

³⁶ Para. 19.

maliyet üstü fiyatların güvenli limanda kalması gerektiğini savunan Elhauge (2009) ile O'Donoghue ve Padilla (2013, 470-471) bile şartlı indirimlerde maliyet üstü fiyatların endişe doğurabileceğini belirtmektedir. Bu çerçevede, O'Donoghue ve Padilla (2013, 469-470) indirim sisteminin rekabet karşıtı etkilerinin hâkim durumdaki teşebbüsün, piyasanın ve indirim uygulamasının bazı özellikleri³⁷ incelenerek tespit edilebileceğini ileri sürmektedir. ABD Federal Ticaret Komisyonu (FTC) eski üyeleri Wright (2013) ve Jacobson (2010) ise paket indirimleri ve sadakat indirimleri için sırasıyla bağlama ve münhasırlık davranışlarına ilişkin testlerin kullanılmasını savunmaktadır. Hâlihazırda başka davranışlara uzun süredir uygulanan bu testlerin her zaman fiyat-maliyet testlerine alternatif teşkil edebileceği açıktır.

Şarta bağlı olmayan fiyat indirimlerinde olduğu gibi fiyat-maliyet testinin bağlama ve münhasırlık davranışlarına ilişkin zarar teorisine uygun şekilde uyarlanması da bir seçenektir. Buna Komisyon tarafından Rehber ile kabul edilen talebin rekabete açık kısmı üzerindeki etkin fiyatın belirlenmesini öngören test örnek gösterilebilir. Söz konusu test, zarar teorisini yansıtmakla birlikte yönetilebilirlik ve belirlilik açısından endişe doğuran talebin rekabete açık ve kapalı kısımlarının belirlenmesi gibi zor bir görevi beraberinde getirmektedir (Geradin 2008, 22-25, Wright 2013, 18). İndirim sistemlerinde fiyat-maliyet testleri ile güvenli liman oluşturulması gerektiğini savunan Crane (2013a) dahi fiyat-maliyet testlerinin uygulama kolaylığı sağlamadığını kabul etmektedir. Bu bağlamda, fiyat-maliyet testleri ile güvenli limanlar oluşturulmasını öngören testlerin davranışların etkisinin analiz edilmesine uygulama açısından belirgin bir üstünlüğü olduğunu söylemek zordur.

Öte yandan Crane (2013a) fiyat-maliyet testlerini indirim sistemlerinin incelenmesinde analitik disiplin sağladığı, bir indirim uygulamasının gerçekten piyasa kapamaya yol açıp açamayacağını belirlenmesinin fiyat-maliyet karşılaştırması ile mümkün olduğu görüşündedir. Zira rakip maliyet üstü indirimlere karşı, kendi hacim indirimlerini sunmak gibi minimum etkin ölçeği korumasına yardımcı stratejiler geliştirebilecektir (Lambert 2013). Ancak fiyat-maliyet testlerine indirim sistemlerine

³⁷ Hâkim durumdaki teşebbüsün zorunlu ticaret ortağı olup olmaması, indirim eşiğinin tüketicilerin taleplerinin tamamına yakın olup olmaması, indirim uygulamasının rakibin minimum etkin ölçeğe ulaşmasını engelleyip engellemediği, piyasanın büyüyüp büyümediği.

ilişkin geliştirilebilen tüm zarar teorileri yansıtılamayabilir. Örneğin hâkim durumdaki teşebbüsün uyguladığı karmaşık ve şartları açık olmayan indirim sistemi ile fiyat şeffaflığı azalabilir, bu nedenle hem rakip karşı strateji geliştirmekte hem de tüketici kendisi için daha uygun olanı seçmekte zorlanabilir (Economides 2012, 140). Ayrıca test paketleme ile oluşturulan giriş engeli, ürünlerin farklılaşmış olması, rakibin daha küçük ölçeğe sıkışmasıyla etkinliğinin azalması³⁸ gibi unsurları da yansıtamamaktadır (Economides ve Lianos 2009, 509-510). Bu noktada maliyet üstü fiyatlar için güvenli liman tesis edilip edilmemesi tartışmasının aslında bir politika tercihi meselesi olduğu ortaya çıkmaktadır. Bir tarafta etki analizine disiplin kazandırmak ve rekabetin caydırılmaması amacıyla fiyat-maliyet testleri tercih edilirken diğer tarafta daha kapsayıcı ve doğru bir analiz yapmak için münhasırlık ve bağlama davranışlarında uygulanan etki temelli testlerden faydalanılabilmektedir.

Görüldüğü üzere şarta bağlı olmayan maliyet üstü fiyat indirimlerinin rekabet karşıtı etkisi olabileceği iktisat yazınında yer bulsa da bu bilgiyi rekabet politikasına yönetilebilir ve öngörülebilir şekilde tercüme edecek net bir kural veya standart henüz geliştirilememiştir. Elhauge (2003), Sullivan ve Grimes (2000) ile Mano ve Durand'ın (2005) önerileri bir arada değerlendirildiğinde, uyarlanmış da olsa fiyat-maliyet testinin rekabet politikasının uygulayanlar için en güçlü analitik araçlardan olmaya devam edeceği görülmektedir. Vakaya özel uyarlanmış maliyet testleri uygulama zorluğu, hataya açıklığı ve yarattığı belirsizlik nedeniyle en azından bir filtreye ihtiyaç duymaktadır. Kanaatimce bu filtrenin oluşturulmasında yapılandırılmış etki testlerinden faydalanılabilir. Bu açıdan da rekabetçi zararın (dışlama ve hasat) nasıl oluşacağına ilişkin makul ve tutarlı bir zarar teorisinin sunulabiliyor olması ilk aşama olabilecektir.

Şarta bağlı fiyat indirimlerinin değerlendirilmesinde ise tartışma davranışın yıkıcı fiyatlamaya mı yoksa münhasırlık ve bağlama davranışlarına mı benzer özellik gösterdiği tartışmasında düğümlenmektedir. Fiyat-maliyet testleri daha iktisadi ve etki temelli bir değerlendirme imkânı sunsa da bu testlerin uygulamada yaratabileceği

³⁸ Crane (2013b) rakibin maliyetini yükseltme teorisi çerçevesinde piyasa kapamanın rakip teşebbüsün maliyetlerini yükselttiği endişesinin fiyat-maliyet testi uygulanmasına ilişkin değil eşit etkinlikteki rakip standardına ilişkin olduğunu belirtmektedir. Crane'in bu yorumu zarar teorisi doğrultusunda uyarlanan Areeda-Turner testinin kökten değişebileceği yorumunu doğrular niteliktedir. Bu noktada tartışma bu çalışmanın ilk sayfalarında ele alınan daha az etkin rakiplerin rekabet hukuku ile korunmasının meşru olup olmadığı konusuna evirilmektedir.

zorluklar ve indirim sistemlerine ilişkin tüm rekabetçi kaygıları giderme gücünün sınırlı olduğu da yaygın bir kanaattir. Bu bağlamda, indirim sistemlerine uyarlanmış fiyat-maliyet testleri ile katı güvenli limanlar tesis etmek yerine, fiyat-maliyet testlerini de içeren etki analizinin kullanılması faydalı olabilecektir.

BÖLÜM 4

UYGULAMADA MALİYET ÜSTÜ FİYAT İNDİRİMLERİ İLE HÂKİM DURUMUN KÖTÜYE KULLANILMASI

Bu bölümde ABD, AB ve Türkiye’de fiyatlama yolu ile hâkim durumun kötüye kullanılmasına ilişkin uygulamaya verilmektedir. Burada amaç önceki bölümlerde aktarılan modellerin nasıl bir ortamda geliştiğini göstermek, mümkün olduğu ölçüde kararlar ile maliyet üstü fiyatlama ile rekabet karşıtı dışlamaya ilişkin modeller arasında bağ kurmak ve ABD, AB ve Türkiye’deki genel durum hakkında bilgi vermektir.

4.1. AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİ UYGULAMASI

ABD’de hemen hemen tüm indirimler maliyet temelli testler ile değerlendirilmektedir (Hovenkamp 2010, 1651). Tam da bu yüzden maliyet üstü fiyatlama ile rekabet karşıtı dışlamaya ilişkin tartışmanın kaynağı da ABD olmuştur.

ABD Yüksek Mahkemesi’nin *Brooke Group*³⁹ kararı ile yıkıcı fiyatlama ve *Weyerhaeuser*⁴⁰ kararı ile yıkıcı alım iddialarında (1) hasat imkânı, (2) uygun maliyetin altında fiyat şartlarının sağlanması gerektiği kesinleşmiştir. ABD Yüksek Mahkemesi’nin bu tutumunda yanlış pozitif sonuçlardan kaçınma arzusu etkili olmuştur (Vaheesan 2015, 82). Baker (1994, 590) *Brooke Group* kararından kısa bir süre sonra yazdığı makalede, hasat imkânı şartı nedeniyle pek çok yıkıcı fiyatlama vakasının yaptırımsız kalıp kalmayacağını zamanın göstereceğini söylemiştir. Bolton vd. (2000, 25) ise yıkıcı fiyatlamaya ilişkin çalışmalarında mevcut yasal testleri aşarak ihlal kararı

³⁹ *Brooke Group v. Brown&Williamson*, 509 U.S. 209 (1993)

⁴⁰ *Weyerhaeuser Co. v. Ross-Simmons Hardwood Lumber Co., Inc.*, 127 S.Ct. 1069 (2007)

ile sonuçlanan hiçbir yıkıcı fiyatlama dosyası bulunmadığını belirtmiştir. Bu çalışma kapsamında yapılan araştırmada da yıkıcı fiyatlama nedeniyle ihlal sonucuna ulaşılan mahkeme kararına rastlanmamıştır. ABD mercileri *Brooke Group* kararından sonra ihlal iddialarını genellikle hasat imkânının bulunmaması nedeniyle reddetse de fiyatların maliyetlerin altında olmadığı gerekçesiyle ihlale hükmedilmeyen *American Airlines* ve *Northwest Airlines*⁴¹ kararları maliyet altı fiyat şartının sorgulanmasına neden olmuştur.

1994 yılında Vanguard Airlines, American'ın hub'ının bulunduğu Dallas'tan Kansas City'ye uçuş başlatmıştır. American bir süre fiyatlarını Vanguard Airlines seviyesine düşürerek rekabete cevap vermiş, ancak Vanguard Airlines'ın Dallas'ta mini-hub kurma denemesi karşısında kârının azalması pahasına düşük fiyatlı bilet miktarını artırmış, bir yıldan kısa sürede Vanguard Airlines'ı uçuşlarını bitirmek zorunda bırakmıştır⁴². DoJ vakayı Sherman Kanunu'nun 2. kısmı çerçevesinde mahkemeye taşımış, ABD Temyiz Mahkemesi *American Airlines* kararında, DoJ tarafından gerçekleştirilen dört farklı fiyat-maliyet testinden birinci testi kısa dönem kâr ençoklaştırması zorunluluğu getirdiği,⁴³ ikinci ve üçüncü testleri sabit veya kaçınılmaz maliyetleri de içerdiği, son testi (artan maliyetin artan gelir ile karşılaştırılması) ise keyfi şekilde dağıtılmış değişken maliyetler içerdiği için reddederek bölge mahkemesinin dosyanın davaya konu olmaması yönündeki kararını onamıştır.⁴⁴

Northwest de benzer stratejiler izleyerek 1993 yılında Reno Air'ı Minneapolis hub'ından, 1995 yılında ise Spirit Airlines'ı Detroit hub'ından çıkarmıştır (Vaheesan, 2015, 88-89). Konuyu mahkemeye taşıyan Spirit Airlines fiyata duyarlı yolcular açısından Northwest'in gerçekleştirdiği kapasite artışının maliyet altı fiyatlara yol açtığını iddia etmiş, Northwest ise ilgili hatlarda tüm yolculardan elde edilen ortalama gelirin ODM'yi karşıladığını ileri sürmüştür. Bölge Mahkemesi Northwest'in ODM ölçütünü haklı bularak dosyanın davaya konu olmamasına hükmettiyse de Temyiz Mahkemesi *Northwest* kararında iki iddianın da makul olduğu gerekçesiyle dava görülmesine karar vermiştir. Ancak Northwest'in iflas başvurusunun ardından gelişen süreçte dosya kapanmıştır.

⁴¹ Spirit Airlines, Inc. v. Northwest Airlines, Inc., 413 F.3d 917 (6th Cir. 2005)

⁴² *American Airlines*, para. 5.

⁴³ Bkz. s. 20-21.

⁴⁴ *American Airlines*, para. 19-29.

İki kararda da *Brooke Group* kararında olayın özelliğine göre uygun maliyet ölçütü belirlenmesi gerektiği belirtilse de mahkemelerin ODM veya OKM dışındaki ölçütlere son derece şüpheyle yaklaştığı görülmektedir. 2008 yılında DoJ tarafından kabul edilen ve bir yıl olmadan geri çekilen ‘Rekabet ve Tekel: Sherman Kanunu’un 2. Kısmı Çerçevesinde Tek Taraflı Davranış’ başlıklı raporda da maliyet üstü fiyatlama ile rekabet karşıtı dışlamanın gerçekleşebileceği⁴⁵ ancak teşebbüslerin rekabetten caydırılmaması için OKM üstündeki fiyatların güvenli limandan faydalanması gerektiği⁴⁶ belirtilmiştir.

İndirim sistemlerinin değerlendirilmesinde kullanılacak test konusunda ise ABD mahkemeleri arasında yeknesaklık yoktur. *LePage*⁴⁷ kararında ABD Temyiz Mahkemesi paket indirimler ile bağlama eylemi arasında benzerlik kurmuş, *Brooke Group* kararıyla ortaya konan testi kullanmak yerine söz konusu davranışla piyasanın kapanıp kapanmadığını sorgulamıştır. Bölge mahkemesinin ihlal kararının onanması üzerine 3M, kararın ABD Yüksek Mahkemesi tarafından görüşülmesini istemiş ancak ABD içtihadın ve ekonomik analizin gelişmesi için *LePage* kararını görüşerek tartışmaya son noktayı koymayı reddetmiştir (DoJ 2008, 91).⁴⁸ Diğer taraftan Temyiz Mahkemesi *PeaceHealth*⁴⁹ kararlarında, *Brooke Group* kararına da atıfla paket indirimleri için hasat şartını aramadan indirim atfetme testi uygulanmıştır.

*Virgin Airways*⁵⁰ kararında British Airways’in geriye dönük indirimlerinin ve *Concord Boat*⁵¹ kararında ise tekne üreticilerinin tekne motoru ihtiyaçlarının belirli bir kısmını Brunswick’ten almaları karşılığında verilen indirimlerin maliyet altı fiyata yol açmaması nedeniyle ihlal oluşturmadığına hükmedilmiştir. Diğer taraftan *Tyco*⁵² kararında müşterilerin ihtiyaçlarının %90’ından fazlasını Allied Orthopedic Appliances’tan almaları karşılığında verilen %40 indirimin ilgili ürün pazarının önemli kısmını rekabete kapatıp kapatmadığı incelenmiştir.

⁴⁵ S. 58-60.

⁴⁶ S. 67.

⁴⁷ *LePage’s Inc. v. 3M*, 324 F.3d 141 (3d Cir. 2003) (en banc)

⁴⁸ *3M v. LaPage’s Inc.*, Amicus Curiae, No.02-1865, s. 19.

⁴⁹ *Cascade Health Solutions v. PeaceHealth*, 515 F.3d 883 (9th Cir. 2008)

⁵⁰ *Virgin Atl. Airways Ltd. v. British Airways PLC*, 257 F.3d 256, 66–69 (2d. Cir. 2001)

⁵¹ *Concord Boat Corp. v. Brunswick Corp.*, 207 F.3d.1039, 1061–62 (8th. Cir. 2000)

⁵² *Allied Orthopedic Appliances. Inc. v. Tyco Health Care Group*, 592 F.3d.991 (9th. Cir. 2010)

Rapor, paket indirimler için rakibin benzer paketi sunabildiği durumlarda yıkıcı fiyatlandırma, sunamadığı hallerde ise hasat imkânının da arandığı indirim atfetme testinin uygulanmasıyla güvenli bir limanın oluşturulmasını öngörmüştür (DoJ 2008, 101). Tek ürün indirimlerinde ise yönetilebilir ve açık olduğu, rekabeti soğutma riskini de azalttığı belirtilerek genellikle yıkıcı fiyatlandırma testinin uygulanmasını önermekte ancak bu testin tüm vakalar için uygun olduğunu söylemeden önce daha fazla incelemeye ihtiyaç duyulduğunu kaydetmektedir (DoJ 2008, 107). Obama yönetimi göreve başlar başlamaz Rapor'u geri çekmiştir. Hovenkamp (2010, 1613) bu hamlenin nedeninin Rapor'un özellikle OKM üzerinde fiyatlandırma teşkil eden sadakat ve paket indirimleri karşısında yeni yönetimin elini bağlaması olduğunu belirtmektedir.

Kısaca, ABD'de yıkıcı fiyatlandırma iddialarının değerlendirilmesinde maliyet üstü fiyatlar *per se* yasal kabul edilmektedir. Mahkemeler uygun maliyet ölçütünün belirlenmesinde de katı davranarak uyarlanmış testlerin uygulanmasına müsaade etmemektedir. İndirim sistemlerinin değerlendirilmesinde ise test konusunda yeknesaklık sağlanamamıştır ancak ağırlıkla fiyat-maliyet testleri kullanılmaktadır.

4.2. AVRUPA BİRLİĞİ UYGULAMASI

AB'de fiyatlamaya ilişkin hâkim durumun kötüye kullanılması iddialarının değerlendirilmesine *AKZO* kararı⁵³ ışık tutmaktadır. *ABAD*, *AKZO* kararında⁵⁴ davranışın meşruiyetinin hâkim durumdaki teşebbüsün maliyetlerine ve fiyat stratejisine dayanması gerektiğini belirterek hâkim durumdaki teşebbüsün ODM'in altında kalan veya rakipleri dışlama planının parçası olması halinde ODM ile OTM arasındaki fiyatların rekabet ihlali oluşturacağına hükmetmiştir. *Tetra Pak II*⁵⁵ ve *France Telecom*⁵⁶ kararlarında *AKZO* kararı ile belirlenen fiyat-maliyet testi uygulanarak maliyet altı fiyatlar hâkim durumun kötüye kullanılması olarak kabul edilmiştir.

Diğer taraftan Komisyon, *Hilti*⁵⁷, *Compagnie Maritime Belge* ve *Irish Sugar* kararlarında uygulanan fiyatlar maliyet üstü olmasına rağmen kötüye kullanma tespitinde

⁵³ C-62/86, *AKZO Chemie v. Commission* [1991] ECR I-3359.

⁵⁴ Para. 71-74.

⁵⁵ C-333/94 P, *Tetra Pak International SA v. Commission* [1996] ECR I-5987, para. 40-42.

⁵⁶ C-202/07 P, *France Telecom SA v. Commission* [2009] ECR I-02369, para. 47.

⁵⁷ Case 88/138, *Eurofix-Bauco v. Hilti* OJ (1988) L 65.

bulunmuştur. Bu kararlarda genel olarak hâkim durumdaki teşebbüsün bu konumunu korumaya yönelik davranışlarının meşru olandan öteye geçtiği⁵⁸, indirimlerin herhangi bir ekonomik gerekçeye dayanmadığı⁵⁹, davranışların rakibi dışlamaya yönelik bir planın parçasını teşkil ettiği⁶⁰ ve davranışların birikimli etkisi⁶¹ vurgulanmıştır.

Komisyon, *BPB Industries*⁶² kararında ise seçici fiyatlama davranışı hakkında ihlal tespitinde bulunmamıştır. Bunda indirimlerin kısmen de olsa taşıma maliyetlerinde sağlanan düşüş ile ilişkilendirilmesi, yani objektif bir ekonomik gerekçeye dayanması, indirim belirli bir coğrafi bölge ile sınırlı olsa da o bölgedeki tüm müşterilere açık olması, indirim oranının düşüklüğü, indirim sonrası fiyatların Lafarge'ın fiyatları ile eşit veya Lafarge'ın fiyatlarının çok az altında olması, indirimin tek başına yıkıcı olmaması veya bir planın parçası olmaması etkili olmuştur.

1990'larda alınan bu kararlar Komisyon'un ve AB mahkemelerinin maliyet üstü olsa da fiyat indirimlerini hangi şartlarda ihlal olarak nitelendirdiğini hararetli bir tartışma konusu haline getirmiştir. Doğrudan Komisyon ve mahkeme kararlarından vakalarda hangi ekonomik kabul ve modellerin kullanıldığını tespit etmek mümkün değildir. Ancak söz konusu kararların altında yatan rasyonelin daha az etkin rakibin hâkim durumdaki teşebbüsün fiyatları yükseltmesini engelleyerek rekabet ortamı ve tüketici açısından faydalı olacağı veya söz konusu rakibin zaman içinde daha etkin hale geleceği olabileceği belirtilmektedir (Mano ve Durand 2005, 15; Østerud 2010, 166).

Kararlara konu piyasa ve davranışlar arasındaki benzerlikler gerçekten de önceki bölümlerde yer verilen modellere atıf yapabilecek nitelikler taşımaktadır. Kararlar arasındaki ilk benzerlik teşebbüslerin tekel konumunda veya tekele yaklaşan pazar gücüne sahip olmaları, ilgili pazarların ise çeşitli giriş (büyük etkin ölçek, patent koruması, imtiyaz anlaşmaları) engellerine sahip olmasıdır. Kararlarda hâlihazırdaki düşük rekabet seviyesine vurgu yapılmaktadır. Ayrıca kararlara konu eylemler genelde yerleşik rakiplere karşı değil, daha önce değinilen modellerde olduğu gibi rakibin

⁵⁸ *Hilti*, para. 74; Case T-30/89, *Hilti AG v Commission* [1991] ECR II-1439, para. 100; *Irish Sugar*, para. 133.

⁵⁹ Case 93/82, *Cewal* OJ (1993) L34, para. 73; *Irish Sugar*, para. 128-129.

⁶⁰ *Hilti*, para. 80-81. *Irish Sugar*, para. 118, 129.

⁶¹ *Irish Sugar*, para. 116, 135, 158.

⁶² Case 88/22, *BPB Industries plc.*, OJ (1989) L 10/50, para. 131-134.

piyasaya girişi sırasında gerçekleşmiştir. Hatırlanacağı gibi hem *Irish Sugar* hem de *Compagnie Maritime Belge* kararında sübvansiyona ilişkin ifadeler davranışın uzun vadeli sürdürülebilirliğine ilişkin kaygıları yansıttığı şeklinde yorumlanabilir. Bunlara ek olarak kararlardan *Irish Sugar*⁶³ karşısında rakiplerin fazla kapasite sorunuyla karşılaşabileceği ve *British Gypsum*'ın⁶⁴ atıl kapasiteye sahip olduğu anlaşılmaktadır. Ancak Komisyon atıl kapasiteyi fiyat-maliyet testinin uygulanmamasının gerekçesi olarak belirtmemiştir.

Kararlar arasındaki diğer bir benzerlik ise indirimlerin seçici olmasıdır. Seçici indirimler hâkim durumdaki teşebbüs için yıkıcı fiyatlamanın maliyetini düşüren ve dışlamayı daha muhtemel hale getiren bir yöntem olarak (Yamey 1972, 134-136) değerlendirilebileceği gibi hâkim durumdaki teşebbüsün rekabete verdiği doğal bir tepki ve yıkıcı fiyatlama değerlendirmesi ile ilgisiz bir nitelik olarak (Posner 2001, 220-221) da değerlendirilebilir. *BPB Industries* kararından da anlaşılacağı üzere Komisyon bir indirimi sırf şeklen seçici olduğu için cezalandırmamaktadır (Østerud 2010, 166). Komisyon ve mahkemeler seçici indirimin rekabet ihlali oluşturup oluşturmadığını tespit ederken indirimlerin ekonomik bir gerekçeye dayanıp dayanmadığını, indirimin miktarını, uygulanış biçimini, teşebbüsün diğer davranışlarını ve teşebbüsün yazışmalarını da dikkate almıştır. Rehber'de ise hâkim durumdaki teşebbüs tarafından bazı müşterileri hedef alan seçici indirimlerin uygulanmasının kayıpları sınırlandırarak yıkıcı fiyatlamaı kolaylaştırabileceği kaydedilmiştir.⁶⁵

Østerud (2010, 170) Komisyon'un etki değerlendirmesi yaptığını belirtirken Lang ve O'Donoghue (2002, 134-135) söz konusu kararlarda ihlal sonucuna gidilmesinin nedeni olarak kötüye kullanmaya ilişkin birikimli delillerin; yani söz konusu fiyatlama davranışının ancak dışlayıcı politikanın parçası olarak anlamlı olmasının, en iyi açıklama olduğu görüşündedir. Kararlarda vakanın özel şartlarına ve davranışların dışlayıcı politikanın parçası olmasına yapılan vurguyu da dikkate alarak AB'nin maliyet üstü seçici indirimleri değerlendirirken ekonomik açıdan anlamlı olmayan davranış standardını kullandığını söylemek yanlış olmayacaktır.

⁶³ *Irish Sugar*, para. 19-20.

⁶⁴ Case 88/22, *BPB Industries plc.*, OJ (1989) L 10/50, para. 45.

⁶⁵ Para. 72.

Komisyon 2005 yılında yayınladığı AT Anlaşmasının 82. Maddesinin Dışlayıcı Kötüye Kullanmalara Uygulanmasına İlişkin Tartışma Metni'nde⁶⁶ (Tartışma Metni) OTM'nin üzerindeki fiyatların hangi istisnai şartlarda tüketici zararına yol açabileceğine değinerek bu şartlara önceki bölümlerde aktarılan ekonomik modellerdeki ölçek ekonomisi veya tekrarlanamayan avantajlar gibi unsurları örnek vermiştir. Rehber'de ise maliyet üstü fiyat indirimlerine atıf yapılmamış olması, söz konusu davranışın artık Komisyon'un öncelikleri arasında olmadığı şeklinde yorumlanmıştır (O'Donoghue ve Padilla, 2013, 341). Diğer yandan Rehber'in 63-66. paragraflarında hâkim durumdaki teşebbüsün kasıtlı olarak zarar etmesi veya *kârından vazgeçmesini* yıkıcı fiyatın unsurlarından biri olarak saymış ve bunun tespit edilmesinde OKM'nin altındaki fiyatların veya *net gelirdeki azalışın* kullanılabilirliğini belirtmiştir. Bu ifadelerden maliyet üstü fiyatların *per se* yasal olarak kabul edilmesinin benimsenmediği, istisnai şartlarda da olsa maliyet üstü fiyatların da ihlal kararlarına konu olabileceği anlaşılmaktadır.

ABAD 2012 yılında aldığı önkararda Post Danmark'ın rakibinin başlıca müşterilerine kendisinin OTM'sinin altında ancak ortalama artan maliyetinin üstünde fiyatlar sunmasının *tek başına* ihlal olarak değerlendirilemeyebileceğine, ancak dava konusu şartlarda rekabet karşıtı etkilerin varlığı değerlendirilirken, haklı gerekçesi bulunmayan fiyat politikasının rekabete ve dolayısıyla tüketicilerin çıkarlarına zarar veren gerçekleşmiş veya muhtemel dışlayıcı etkiler doğurup doğurmadığının ele alınması gerektiğine hükmetmiştir.⁶⁷ Bu karar da bir indirimin piyasadaki muhtemel etkisine ve teşebbüsün diğer davranışlarına vurgu yapmaktadır.

AB uygulamasında maliyet üstü fiyatların ihlal tespitine engel olamayacağı bir durum ise fiyat sıkıştırması iddialarıdır. ABAD *TeliaSonera*⁶⁸ önkararı ile *Deutsche Telekom* kararındaki eşit etkinlikteki rakip prensibine dayalı fiyat-maliyet testini tekrarlamış ancak istisnai olarak hâkim durumdaki teşebbüsün değil rakiplerin fiyat ve maliyetlerinin değerlendirmeye alınabileceğini⁶⁹ belirtmiştir. Kararın 74. paragrafında ise fiyat ile maliyet arasındaki marjın pozitif olması halinde ihlal tespiti için, söz konusu

⁶⁶ Para 127-129.

⁶⁷ C-209/10, Post Danmark A/S v. Konkurrenceradet [2012], para. 44.

⁶⁸ C-52/09, Konkurrensverket v. TeliaSonera Sverige AB [2011] ECR I-527.

⁶⁹ Para. 45. Bu istisnai haller (1) hâkim durumdaki teşebbüsün maliyetinin nesnel nedenlerle belirlenememesi (2) hâkim durumdaki teşebbüsün sunduğu hizmetin kendine maliyet oluşturmayan (amorti edilmiş) altyapının kullanılmasından ibaret olması ve (3) belli piyasa şartlarının gerektirmesi (örneğin hâkim du-

fiyatlamaya uygulamasının rakiplerin ilgili pazarda faaliyet göstermesini, örneğin düşük kârlılık yoluyla zorlaştırması yönünde muhtemel sonuçları olduğunun gösterilmesinin gerektiğine hükmetmiştir. Dikkat edileceği üzere pozitif marjlı fiyat sıkıştırması testinde potansiyel etki yerine muhtemel etkiden bahsedilerek etki standardı yükseltilmiştir (Petit 2015, 10). Rehber’de de fiyat sıkıştırması alt pazardaki rakiplerin zarar etmesi olarak değil, yıkıcı fiyatlamaya için kullanılan ifadelerle uygun şekilde, eşit etkinlikteki rakibin alt pazarda devamlı olarak kârlı şekilde faaliyette bulunmasına izin vermeyen fiyatlamaya olarak tanımlanmaktadır.⁷⁰

İndirim sistemleri ise AB uygulamasında genel olarak fiyat-maliyet testinin kullanılmadığı bir alan olmuştur. Miktar indirimleri ayrımcı olmadığı ve etkinlik kazanımlarını yansıttığı sürece yasal bulunurken, sadakat indirimlerinin şekil bazlı teste tabi olduğu görülmektedir (Economides ve Lianos 2009, 495-496; O’Donoghue ve Padilla 2013, 462). *Hoffmann-La Roche*⁷¹ kararında tüketicinin talebinin tamamını veya tamamına yakını hâkim durumdaki teşebbüsten karşılaması şartıyla verilen indirimlerin doğası gereği tüketicinin seçim hakkını elinden aldığı ve münhasırlığın rakiplerin müşteriye erişimini engellediği gerekçesiyle rekabet karşıtı olduğu sonucuna varılmıştır. ABAD da Komisyon’un kararını onarken hâkim durumdaki teşebbüsün münhasırlık yükümlülüğü getirerek müşterileri kendisine bağlamasının kötüye kullanma oluşturduğunu, bunun resmi bir yükümlülük yerine sadakat indirimi sistemiyle sağlanmasının değerlendirmeyi değiştirmeyeceğini belirtmiştir.⁷² Potansiyel etkinin dahi gösterilmediği şekil temelli yaklaşım *Michelin I*⁷³, *BPB Industries*, *Irish Sugar* ve *Soda Ash/Slovay*⁷⁴ kararlarında da sürdürülmüştür. *Michelin II*⁷⁵ kararında sadakat indirimleri neredeyse *per se* ihlal olarak değerlendirilmiştir (Jones ve Sufrin 2011, 442).

Söz konusu kararlarla gelişen içtihat şekil temelli testlerin indirim sistemleri gibi karmaşık bir konuyu ele almak için yeterli olmadığı, genelde rekabetçi olan

rumdaki teşebbüsün maliyet seviyesinin hâkim durumundan kaynaklanan piyasadaki rekabetçi avantajına atfedilebilmesi) olarak sayılmaktadır.

⁷⁰ Para. 80.

⁷¹ Case 76/642, *Hoffmann-La Roche*, OJ (1976) L 223/27, para. 22-24.

⁷² C-85/76 *Hoffmann-La Roche v. Commission* [1979] ECR 461, para. 89.

⁷³ C-322/81 *Nederlandsche Baden-Industrie Michelin v. Commission* [1983] ECR 3461, para. 81-86.

⁷⁴ Case 2003/6, *Soda Ash/Slovay* OJ (2003) L10/10, para 153.

⁷⁵ T-203/01, *Manufacture Française des Pneumatiques Michelin v. Commission* [2003] ECR II-4071.

indirim sistemlerinin tersi bir kabulle ele alınmasının iktisat yazınıyla tutarlı olmadığı ve hâkim durumdaki teşebbüsün maliyetine atıfta bulunulmadığı gerekçeleriyle eleştirilmiştir (Whish ve Bailey 2012, 728-729). O'Donoghue ve Padilla (2013, 462) AB rekabet hukukunun en çok eleştiri toplayan bölümünün indirim sistemleri olduğu ve modernizasyon çabasının ivme kazanmasında altında bu durumun yattığı kanaatindedir.

Gerçekten de Tartışma Metni ve Rehber'de indirim sistemlerinin değerlendirilmesi için fiyat-maliyet testini de içeren yapılandırılmış etki temelli yaklaşımın geliştirilmesine çalışılmıştır. Tartışma Metni'nde, kaldıraç etkisi ve artık talebi kapama modellerine çok benzer olan soğurma etkisi ve rakibin ticari faaliyeti anlamlı kılan pazar payına erişmesinin engellenmesinden⁷⁶ bahisle, pozitif marjlı bir fiyat-maliyet testi kabul edilmiştir. Buna ek olarak Tartışma Metni'nin 154. paragrafında, OTM'nin üstündeki efektif fiyatların dahi istisnai olarak piyasaya girişi ve piyasada büyümeyi caydırabileceği belirtilmektedir.

Rehber'de ise kaldıraç etkisi açıklanarak hâkim durumdaki teşebbüsün liste fiyatı üzerinden ödemesi gereken ücretten tüketicinin sağlayıcı değiştirmesi halinde kaybedeceği indirim miktarının çıkarılması ile bulunan tutarın ilgili ürün miktarına bölünmesi, böylece talebin yarışılabilir kısmı için efektif olarak ne kadarlık indirim yapıldığının tespit edilmesi ve bu indirimli fiyatın hâkim durumdaki teşebbüsün maliyeti ile karşılaştırılması öngörülmektedir.⁷⁷ Rehber'de efektif fiyatın OKM'nin altında kalması halinde genel olarak eşit etkinlikteki rakip için piyasa kapamanın gerçekleşeceği, OKM'nin üstünde ancak uzun dönem artan maliyetin altında kalması halinde ise piyasaya giriş ve piyasada büyümenin önünde engel teşkil edebilecek diğer faktörlerin değerlendirileceği belirtilmektedir.

Paket indirimlerinde, rakibin paket sunamaması halinde, hâkim durumdaki teşebbüsün pakette yer verdiği her bir ürünün artan fiyatının uzun dönem ortalama artan maliyetini karşılaması halinde ilke olarak Komisyon'un müdahale etmeyeceği belirtilmektedir.⁷⁸ Rakibin hâkim durumdaki teşebbüsün sunduğu paketi sunabildiği durumlarda ise artan fiyat yerine paket fiyatının kullanılacağı ifade edilmektedir.

⁷⁶ Para. 153-154.

⁷⁷ Para. 36-43.

⁷⁸ Rehber, para. 60.

2005 yılından sonra indirim sistemlerine ilişkin alınan kararlarsa ağırlıklı *Hoffmann-La Roche* kararıyla oluşan içtihadı yansıtmaya devam etmiştir. *Intel* kararında⁷⁹ Komisyon, Intel'in bilgisayar üreticilerine uyguladığı indirimi *Hoffmann-La Roche* kararı ışığında rekabet ihlali olarak değerlendirirken, ayrıca indirim nedeniyle eşit etkinlikteki rakip için piyasayı kapadığını Rehber'de öngörülen testle de tespit etmiştir. AB Genel Mahkemesi ise kararında⁸⁰ fiyat-maliyet testinin ihlal tespiti için vazgeçilmez olmadığını, testin Intel'in davranışlarının piyasayı kapama kapasitesine sahip olup olmadığını belirlenmesinin yollarından sadece biri olduğunu belirtmiştir. *ABAD Post Danmark II*⁸¹ önkararında da indirim sistemlerine ilişkin olarak daha az etkin rakibin rekabeti yoğunlaştırarak hâkim durumdaki teşebbüsün davranışlarını sınırlandırabileceğini, bu çerçevede eşit etkinlikteki rakip standardının zorunlu olmadığını belirtmiştir.

Özetle, AB uygulaması şarta bağlı olmayan fiyat indirimlerinde maliyet altı fiyatlar üzerine yoğunlaşırken maliyet üstü fiyatların istisnai şartlarda ihlal teşkil edebileceği konusunda kapıyı aralı bırakmakta, maliyet üstü fiyatın ihlal teşkil etmesi için gereken etki standardını maliyet altı fiyatlara göre daha yüksek belirlemektedir. Şarta bağlı fiyat indirimlerinde ise, Rehber ile fiyat-maliyet testine ağırlık verme niyeti beyan edilse de önerilen testlerin pozitif marjlı, uyarlanmış testler olduğu, uygulamada da indirim sisteminin münhasırlık ile benzediği ölçüde ihlal olarak nitelenmeye devam ettiği ve fiyatın maliyet altı olması şartının aranmadığı görülmektedir.

4.3. TÜRKİYE UYGULAMASI

Rekabet Kurulu, yıkıcı fiyatlama iddialarına ilişkin aldığı kararlarda⁸² ihlal tespiti için sağlanması gereken şartları (1) hâkim durumda bulunma (2) maliyet altı fiyat⁸³ (3) rekabeti bozma amacı ve (4) hasat imkânı olarak belirlemiştir. Çoğu önaraştırma

⁷⁹ Case COMP/C-3/37.990, *Intel OJ* (2009) C 227/13.

⁸⁰ T-286/09, *Intel Corp v. Commission* [2014], para. 173. Bu karar 'Case C-413/14 P' numarasıyla temyiz için ABAD'a götürülmüştür.

⁸¹ C-23/14, *Post Danmark A/S v. Konkurrenceradet* [2015].

⁸² 03-56/655, 07-67/815-310, 08-57/912-363, 09-52/1253-318, 12-38/1085-344, 12-49/1431-484 ve 12-62/1633-598 sayılı kararlar.

⁸³ Kararların bazılarında "maliyet altı fiyat" ile "olağan dışı düşük fiyat" ve "düşük fiyat" ifadeleri eş anlamlı olarak kullanılmaktadır.

sonucunda alınmış olan kararlarda⁸⁴ ortalama fiyatın OTM'nin üstünde olması davranışın ihlal olarak nitelendirilmemesi ile sonuçlanmıştır. Diğer bir deyişle maliyet üstü fiyatlar güvenli limanda kalmıştır.

Ancak maliyet altı fiyatlar için *per se* ihlal yaklaşımı benimsendiği de söylenemez. Zira *Gür Plastik*⁸⁵, *Efes Bira*⁸⁶, *KCETAŞ*⁸⁷ ve *THY-I*⁸⁸ kararlarında; incelenen fiyatlardan bir kısmının maliyet altı olduğu tespit edilse de davranışın etki doğuramayacağı, rakibi dışlama amacı taşımadığı, dışsal faktörlerden kaynaklandığı veya rekabet baskısıyla oluştuğu gerekçesiyle ihlale hükmedilmemiştir. Hem yıkıcı fiyatlamasının tespitinde hasat imkânının aranması hem de maliyet üstü fiyatların güvenli limanda kalması ABD uygulaması ile benzerlik göstermektedir. ABD'de hasat imkânı, Türkiye'de ise hâkim durum analizi ve fiyat-maliyet testi iddiaların daha ileri aşamalara taşınması açısından eşik görevi görmektedir. Nitekim ABD'deki uygulamaya benzer şekilde, Kurul 19 yılda sadece bir kez, *UN Ro-Ro*⁸⁹ kararıyla, yıkıcı fiyatlama yoluyla ihlal sonucuna varmıştır.⁹⁰

Diğer yandan maliyet üstü olmasına karşın koşulsuz indirimlerin yaptırımla karşılaştığı *Anadolu Cam*⁹¹ kararı da bulunmaktadır. Karardan ilgili pazarda ölçek ekonomilerinin önemli olduğu ve giriş engellerinin bulunduğu anlaşılmaktadır. AB'de alınan seçici fiyatlamaya ilişkin kararlardaki gibi Anadolu Cam'ın tekele yaklaşan pazar gücüne sahip olduğu görülmektedir. Ayrıca rakibin kapasite ve kapsam kısıtı nedeniyle Anadolu Cam'ın müşterileri için vazgeçilmez bir ticaret ortağı olduğu söylenebilmektedir. Ancak kararda, yine AB'de alınan kararlara benzer şekilde, bu

⁸⁴ 10-14/175-66 sayılı karar, s. 21; 11-36/756-233 sayılı karar, s. 10; 12-49/1431-484 sayılı karar, para. 29; 12-62/1633-598 sayılı karar, para. 42-43; 13-44/544-240 sayılı karar, para. 34-36; 13-71/974-420 sayılı karar, para. 13; 13-62/864-370 sayılı karar, para. 29-30; 16-01/12-5 sayılı karar, para. 32; 12-62/1633-598 sayılı karar, para. 42-43.

⁸⁵ 07-67/815-310 sayılı karar, s. 17.

⁸⁶ 12-38/1085-344 sayılı karar, para. 65-66.

⁸⁷ 12-53/1490-518 sayılı karar, para. 9-11.

⁸⁸ 14-54/932-420 sayılı karar, para. 167-174.

⁸⁹ 12-47/1413-474 sayılı karar.

⁹⁰ 05-73/986-273 sayılı *LPG* kararında ile teşebbüslerin aralarında anlaşarak yerel rakipleri piyasa dışına çıkarmak için maliyet altı fiyatlar uygulanması 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4. maddesi çerçevesinde değerlendirilmiş, yıkıcı fiyatlama testi uygulanmamıştır.

⁹¹ 04-76/1086-271 sayılı *Anadolu Cam* kararı, Danıştay Onüçüncü Daire'nin 11.12.2007 tarih ve 2005/6848 E., 2007/8693 K. sayılı kararıyla usul yönünden iptal edilmiş ve aynı konuda bu defa aynı içerikle 06.08.2009 tarih ve 09-35/877-206 sayılı Rekabet Kurulu kararı alınmıştır.

unsurların Anadolu Cam'ın stratejik davranışlarla rakibini dışlayabilme kabiliyeti arasında açık bir bağ kurulmamıştır.

Diğer yandan yukarıda bahsedilen modellerin ve AB uygulamasının aksine Marmara Cam piyasaya yeni giren bir teşebbüs değildir. Karardan Marmara Cam'ın dört yıldır Tekel'e giderek daha fazla ürün sağladığı, bu süreçte ürün çeşitliliğini artırdığı ve başka cam ürün pazarlarına da girdiği anlaşılmaktadır.⁹² Hatta kararda Anadolu Cam'ın Marmara Cam'dan daha az etkin olduğu anlamına gelecek ifadeler yer almaktadır. Yani Marmara Cam'ın piyasaya henüz girmiş olması nedeniyle Anadolu Cam'dan daha az etkin olduğu ancak piyasada tutunabilmesi halinde etkinliğinin artacağı, bu sürede Anadolu Cam'ın maliyetlerinin üstünde ancak Marmara Cam'ın maliyetlerinin altında fiyat uygulanmasının uzun vadede rekabeti olumsuz etkileyeceği söylenememektedir.

Anadolu Cam kararı esas olarak Anadolu Cam'ın Marmara Cam'ı dışlama niyeti üzerinde durmuş, böyle bir amaç güdülmesini ihlal tespiti için yeterli görmüştür. Bu açıdan AB örneklerinden ayrılan karar; Anadolu Cam'ın rakibin dışlamak için başka ne gibi davranışlarda bulunduğu⁹³, Tekel'e 10 ay boyunca ürün sağlamamanın Marmara Cam'ı piyasa dışına itme potansiyelinin olup olmadığı, hem dışlayıcı hem de rekabetçi strateji geliştirebilme açısından ihale piyasasının etkisi konularına değinmemiştir.

Danıştay da 2010/1449 E., 2013/2708 K. sayılı ve 01.11.2013 tarihli kararında *Anadolu Cam* kararını mesaj aktarımı teorisine atıfla onarken fiyatların maliyet üstü olmasına ilişkin olarak da teşebbüsün niyetine dikkat çekmiş, “[d]avacı şirketin yaptığı fiyatlama noktasında bir maliyet analizi yapılmamış olsa da, fiyatlamının maliyet üstü olduğu durumlarda dahi, rakibi piyasa dışına itme amacının bulunduğu durumlarda, söz konusu davranışların ihlal olarak kabul edilmesi gerekmektedir.” ifadelerine yer verilmiştir.

*İzocam*⁹⁴ kararında ise seçici fiyatlamının unsurları (1) tekel gücüne yaklaşan hâkim durum, (2) dışlama amacıyla oluşturulan genel bir planın parçasını teşkil eden

⁹² S. 12-13.

⁹³ Anadolu Cam'ın Tekel'i rakı şişelerini kendisinden almaması halinde diğer ürünleri de sağlamamakla tehdit ettiği iddiası (s. 3), rekabet karşısında artık talebi kapama stratejisini ve kaynakların daha az karlı üretim alanlarına yönlendirilmesini anımsatır şekilde “pazarda boşluk bırakmayacak şekilde ‘saklama kabı’ nitelikli ürünlerin arzına yeniden başlamak” stratejisini benimsemesi (s. 13) gibi.

⁹⁴ 10-14/175-66 sayılı karar, s. 28.

niyet ve (3) seçici fiyatlamaya eşlik eden başka dışlayıcı eylemlerin varlığı olarak ifade edilmiştir. Kararda üç unsurun da sağlanmadığı gerekçesiyle ihlale hükmedilmemiştir. Aynı yaklaşım *EAE Elektrik*⁹⁵ kararlarında da devam ettirilmiştir. Öte yandan, seçici fiyatlama iddialarının değerlendirildiği diğer kararlarda⁹⁶ etki analizine daha çok ağırlık verildiği görülmektedir. Bu çerçevede, Türkiye'deki seçici fiyatlama iddialarına ilişkin uygulamanın niyet unsuruna odaklı değerlendirmeden, niyete de yer veren yapılandırılmış etki analizine doğru evrildiği, AB uygulamasına yakınlaştığı ve niyetin yanı sıra başka şartların da benimsenmesinin ardından seçici fiyatlama iddialarının kabul görmesinin zorlaştığı söylenebilir.

2014 yılında yayınlanan Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Kötüye Kullanma Niteliğindeki Davranışlarının Değerlendirilmesine İlişkin Kılavuz'da (Kılavuz) maliyet üstü fiyatların ihlale yol açabileceğine yorulabilecek ifadeler bulunmakla beraber, maliyet altı fiyatın kötüye kullanma için bir şart olduğunu gösteren ifadeler ağırlıktadır. Kılavuz'da rekabet karşıtı davranış kıstası olarak tüketici refahını azaltması⁹⁷, bu davranışların tespiti içinse etki temelli bir analiz⁹⁸ benimsenmiştir. Kılavuz'un 29. paragrafında ise maliyet üstü fiyatların da ihlal olarak değerlendirilebileceğini savunanların en önemli savlarından biri olan etkinliğe dinamik yaklaşım benimsenerek, şebeke etkisi, öğrenme etkisi gibi avantajlardan faydalanarak zaman içinde hâkim durumdaki teşebbüs üzerinde baskı kurabilecek daha az etkin rakiplere yönelik davranışların muhtemel etki standardı altında etki analizine tabi tutulabileceği belirtilmektedir. Kılavuz'da fiyatlamaya ilişkin davranışlar özelinde ise eşit etkinlikteki rakip standardı altında fiyat-maliyet testinin uygulanacağı⁹⁹ belirtilmekte, yıkıcı fiyatlama maliyet altı fiyat olarak tanımlanmakta,¹⁰⁰ ölçek ekonomilerinin etkin olması yıkıcı fiyatlamayı kolaylaştıran bir unsur olmasına rağmen ölçek ekonomilerinden faydalanma düşük fiyatlar için haklı gerekçe olarak

⁹⁵ 12-24/660-182 ve 13-44/544-240 sayılı kararlar. 2013 yılında alınan karar ihale pazarında seçici fiyatlama iddiasının değerlendirilmesi açısından önemlidir. Kararda düşük fiyatların rekabeti karşılama güdüsü ile oluştuğu, sonucun bizzat rekabetin kendisinden kaynaklandığı belirtilmektedir (para. 42).

⁹⁶ 11-57/1477-533 ve 15-41/677-239 sayılı kararlar.

⁹⁷ Para. 22-23.

⁹⁸ Para. 25.

⁹⁹ Para. 27.

¹⁰⁰ Para. 50.

değerlendirilebileceği¹⁰¹ kaydedilmektedir. Seçici fiyatlama ise müstakil bir ihlal türü olarak tanımlanmamakta, maliyet altı fiyatlamasının hâkim durumdaki teşebbüse yarattığı maliyeti azaltan bir yöntem olarak görülmekte ve rekabet karşıtı piyasa kapama analizinde kullanılacak bir unsur¹⁰² olarak değerlendirilmektedir.

Kurul tarafından fiyat sıkıştırması iddialarının değerlendirildiği ilk karar olan *TTNET-I*¹⁰³ kararında fiyat sıkıştırmasının unsurlarından biri “[t]optan ve perakende fiyat arasındaki marjın teşebbüsün veya teşebbüs kadar etkin bir rakibin alt pazarda kâr elde edemeyeceği ve uzun dönemde pazarda kalamayacağı kadar düşük belirlenmesi” olarak belirtilmiştir. Görüldüğü üzere fiyatın maliyet altı olması şart koşulmamıştır. Kararda, eşit etkinlikteki rakip testi çerçevesinde yapılan fiyat-maliyet analizi sonucunda Türk Telekom ve *TTNET*’ten oluşan ekonomik bütünlüğün maliyetlerini karşılayamadığının tespit edilmesi, niyet ve piyasada gösterdiği etki ile birlikte ihlal kararında belirleyici rol oynamıştır.¹⁰⁴ *TTKart*¹⁰⁵ ve *Türksat*¹⁰⁶ kararlarında da fiyat sıkıştırması iddiaları değerlendirilirken fiyat-maliyet testine başvurulmuş, maliyet üstü fiyatların ihlal oluşturmadığı sonucuna ulaşılmıştır.

*TTNET-II*¹⁰⁷ kararında da *TTNET-I* kararındaki fiyat-maliyet ilişkisine dair ifade tekrar edilmiş, genel kampanyaların maliyetini karşıladığı, iptal engelleme kampanyalarının bir bölümünün maliyet altında veya başabaş noktasında olduğu, IP TV ürünü içeren bölgesel odaklı kampanyaların ise maliyet altı olduğu tespit edilmiştir.¹⁰⁸ Maliyet altında olduğu tespit edilen kampanyalar etki analizine tabi tutulmuş; bölgesel odaklı kampanyaların henüz kısa bir süredir uygulanıyor olması, iptal engelleme kampanyalarında ise abone sayısının az olması sonucunda, rekabeti kısıtlayıcı muhtemel etkinin olmadığı sonucuna varılmıştır. Burada önemli bir detay başabaş noktasındaki kampanyaların güvenli limanda sayılarak etki analizine tabi tutulmamış olması; sadece maliyet altında kalan kampanyaların değerlendirilmesinde bir unsur

¹⁰¹ Para. 60.

¹⁰² Para. 26, 59.

¹⁰³ 08-65/1055-411 sayılı karar, s. 69.

¹⁰⁴ S. 44, 74.

¹⁰⁵ 14-22/456-201 sayılı karar.

¹⁰⁶ 11-33/703-216 sayılı karar.

¹⁰⁷ 13-71/992-423 sayılı karar.

¹⁰⁸ Para. 26, 234-236.

olarak kullanılmasıdır. Buradan da Kurul tarafından fiyat sıkıştırması testinde maliyet altı fiyat şartının arandığı anlaşılmaktadır. Ankara 8. İdare Mahkemesi ise 09.06.2015 tarihli 2014/1793 E., 2015/965 K. sayılı kararı ile *TTNET-II* kararını “piyasa kapama oluşturmaya neden olduğu” gerekçesi ile iptal etmiştir. Mahkeme kararının gerekçesi, Kurul kararında geçen etki değerlendirmesine ilişkin ifadeleri aynen alıntılanmasından oluştuğundan Mahkeme için başabaş noktasındaki veya maliyet üstündeki kampanyaların da ihlale yol açıp açmadığı belirsizdir. Nihayet Danıştay Onüçüncü Daire’nin 18.05.2016 tarihli ve 2015/5104 E., 2016/1849 K. sayılı kararı ile Ankara 8. İdare Mahkemesi’nin kararı bozulmuştur. Danıştay kararında fiyat sıkıştırması iddiası değerlendirilirken “özellikle hâkim durumdaki teşebbüsün maliyetin altında fiyatlama yapıp yapmadığının incelenmesi”, ardından maliyet altı fiyatlama tespit edilirse davranışın rekabeti kısıtlayıcı etkisine bakılması gerektiği ifade edilmektedir.

Kılavuz’da fiyat sıkıştırması için maliyet altı fiyat şartı getirmediği iddia edilebilecek “eşit derecede etkin bir rakibin dahi kârlı bir şekilde kalıcı olarak ticari faaliyette bulunmasına imkân vermeyecek nitelikte” marj şartı benimsenmektedir. Ancak, *TeliaSonera* kararındaki gibi, fiyat sıkıştırmasında maliyet üstü fiyatların da rekabet karşısı muhtemel etkisinin gösterilmesi halinde ihlal teşkil edebileceğine veya istisnai şartlarda rakiplerin maliyetlerinin de fiyat-maliyet testinde kullanılabilmesine ilişkin ifadeler yer almamaktadır. Kurul içtihadı da dikkate alındığında fiyat sıkıştırmasında da yıkıcı fiyatlamada olduğu gibi maliyet altı fiyat şartının arandığı söylenebilir.

Kurul’un indirim sistemlerine ilişkin kararları¹⁰⁹ incelendiğinde, indirim sisteminin sadakat yaratıcı olup olmadığı sorusuna cevap arandığı anlaşılmaktadır. Etki analizine gidilen kararlarda¹¹⁰ indirim programının pazarın ne kadarlık bir kısmını kapsadığı, belirli bir rakibe yönelik olup olmadığı, indirim oranının büyüklüğü, referans dönemin uzunluğu, indirim şartlarının ve uygulamasının şeffaf olup olmadığı, indirim alma eşiğinin seviyesi gibi unsurlar ele alınmıştır. *Kalekim*¹¹¹ ve *Doğan Yayın*¹¹² kararlarında indirim oranının büyüklüğünün, özellikle geriye dönük indirimlerde,

¹⁰⁹ 05-38/487-116, 06-24/304-71, 08-01/6-5, 11-03/42-14, 11-18/341-103, 12-62/1633-598 ve 13-36/481-211 sayılı kararlar.

¹¹⁰ 05-38/487-116, 06-24/304-71, 11-03/42-14, 11-18/341-103 ve 12-62/1633-598 sayılı kararlar.

¹¹¹ 11-03/42-14 sayılı karar, s. 14.

¹¹² 11-18/341-103 sayılı karar, s.71.

rakiplerin telafi etmek zorunda oldukları geçiş maliyetini belirleyici olduğu ifade edilmiştir. Her iki kararda da indirim oranının büyüklüğü incelenirken fiyat-maliyet testi kullanılmamış, indirim oranlarının yüksek olması veya indirim giderlerinin teşebbüsün bütçesi içindeki payı değerlendirilmiştir. İndirimin büyüklüğü etki temelli analizde diğer unsurlar ile birlikte ele alınarak sonuca varılmıştır. Diğer taraftan paket indirimlerinin değerlendirildiği *TTNET-Avea*¹¹³ kararında, indirimin büyüklüğü başlığı altında indirim atfetme testi uygulanmış,¹¹⁴ kimi paketlerde zarar tespit edilse de söz konusu paketlerin çok düşük sayıda müşteriye sunulmuş olması nedeniyle indirimin rekabeti kısıtlamasının mümkün olmadığına hükmedilmiştir.¹¹⁵

Görüldüğü üzere Kurul kararlarında şartlı tek ürün indirimlerini yıkıcı fiyatlama teorisi çerçevesinde değil, münhasırlık teorisi çerçevesinde değerlendirmiştir. Kılavuz ise tek ürün indirimlerinin referans döneme bağlı olmaması halinde yıkıcı fiyatlamaya ilişkin unsurların araştırılmasını,¹¹⁶ referans döneme bağlı ise talebin rekabete açık kısmı üzerindeki efektif fiyatın kullanıldığı uyarlanmış bir fiyat-maliyet analizinin yapılmasını,¹¹⁷ paket indirimlerinin ise indirim atfetme testi ile değerlendirilmesini¹¹⁸ öngörmektedir. Kılavuz'un yayınlanmasının ardından alınan *THY-II*¹¹⁹ kararında referans döneme bağlı tek ürün indirimi için Kılavuz'a da atıfla etki analizi gerçekleştirilmiştir. Kararda, *THY-I* kararında yapılan yıkıcı fiyatlama testi sonuçlarına yer verildiği, THY'ye yönelik rekabete kapalı talepten bahsedilemeyeceği için söz konusu testin mevcut dosya açısından da geçerli olduğuna¹²⁰ kanaat getirildiği görülmektedir. Ancak yakın zamanda benzer konuda bir soruşturma yürütülmemesi halinde fiyat-maliyet testinin bir önaraştırmada kullanılmasının mümkün olup olmadığı, sırf fiyat-maliyet analizi de yapabilmek için soruşturmaya gidilmesinin daha maliyetsiz olup olmayacağı fiyat-maliyet testlerini eleştirenlerce yöneltilebilecek sorulardır. Nitekim *Trakya*

¹¹³ 08-57/912-363 sayılı karar.

¹¹⁴ S. 11. Karardan şikâyetçinin öğretinin tersine paket indirimi ile bir pazardaki hâkim durumun yine aynı pazarda kullanıldığını iddia ettiği, Kurul'un da iddiayı bu çerçevede incelediği anlaşılmaktadır.

¹¹⁵ S. 16.

¹¹⁶ Para. 74.

¹¹⁷ Para. 77-78.

¹¹⁸ Para. 80.

¹¹⁹ 15-29/427-123 sayılı karar.

¹²⁰ Para. 96.

*Cam-II*¹²¹ kararında, paket indirimi için fiyat-maliyet analizi yapılmamış, etki analizi ile soruşturma açılmaması yönünde karara ulaşılmıştır. *İnternet Bizden Kampanyası*¹²² kararında da fiyatlar maliyet altı dahi olsa davranışın etki doğurmasının muhtemel olmadığı gerekçesi ile soruşturmaya geçilmemiştir.

Özetle Türkiye uygulamasında genel şartsız indirimlerin ihlal oluşturabilmesi için fiyatların maliyet altı olması şarttır. AB'ye kıyasla Türkiye uygulaması maliyet altı fiyat şartını daha katı biçimde benimsemektedir. Seçici fiyatlama ise maliyet altı fiyat şartının bir istisnası olarak ortaya çıkmaktadır ancak bu uygulama iktisadi modellerden çok AB uygulamasına dayandırılmıştır. İndirim sistemlerinin değerlendirilmesinde ise fiyat-maliyet analizinin kullanımına ağırlık verilmesi çabası olduğu görülmektedir. Yine de indirim sonrası fiyatlar maliyet üstü olsa da, münhasırlık veya bağlama uygulamasına dönüştüğü ölçüde indirim sistemlerinin ihlal olarak nitelendirilebileceğini söylemek yanlış olmayacaktır. Ancak Kurul'un ileride alacağı kararların bu durumu değiştirmesi de mümkündür.

¹²¹ 15-08/110-46 sayılı karar.

¹²² 16-04/77-33 sayılı karar.

SONUÇ VE ÖNERİLER

Bu çalışmada maliyet üstü fiyatlamanın rekabet karşıtı dışlamaya yol açıp açamayacağı, açabiliyorsa bu durumun rekabet politikası çerçevesinde nasıl ele alınacağı sorularına cevap aranmıştır. Rekabet hukuku ve politikasına ilişkin çoğu soruda olduğu gibi bu sorularda da önce rekabet politikasının amacı tartışması karşımıza çıkmaktadır. Zira maliyet üstü fiyatlamanın rekabet karşıtı olmadığını savunanların en çok dile getirdiği fikir hâkim durumdaki teşebbüsün maliyetlerinin üstündeki fiyatların ancak onun kadar etkin olmayan rakiplerini dışlayacağı, bunun da etkinlik doğurduğu ve toplumun faydasına olduğudur. Buna karşın rekabet politikasına etkinlik ve toplam refah dışında, tüketici refahının artırılması, rekabetçi sürecin korunması, ekonomide demokrasinin sağlanması, küçük ve orta büyüklükteki teşebbüslerin korunması gibi amaçlar biçilmesi de mümkündür. Rekabet politikasının amacına hizmet ettiği ölçüde de daha az etkin rakipler korunabilir. Nitekim tüketici refahının veya rekabetçi sürecin korunması açısından hâkim durumdaki teşebbüsü disipline edecek rakiplerin korunması, maliyet üstü fiyatlamanın da rekabet hukuku kapsamında sorumluluk doğurabilmesini savunanların en güçlü olduğu noktadır.

Buna ek olarak toplam refah standardı altında bile maliyet üstü fiyatların rekabet karşıtı dışlamaya yol açabildiği modeller kurulabilmektedir. Maliyet üstü fiyatların rekabet hukukuna uygun sayılması kuralını savunanlar dahi toplam refah standardı altında kimi durumlarda maliyet üstü indirimli fiyatlar yoluyla rakiplerin piyasadan dışlanması rekabet karşıtı sonuçlar doğurabileceğini inkâr etmemektedir (Areeda ve Turner 1975, 710-711; Carlton 2008, 273-274). Ancak bu modellere yönelik en büyük şüphe, modellere konu stratejik davranışların piyasalarda sık görülen davranışlar mı yoksa son derece istisnai şartlarda gerçekleşebilecek davranışlar mı olduğudur. Bu

açından maliyet üstü fiyatlamaya ilişkin modellerin rekabet politikasını değiştirebilmesi için ampirik çalışmalarla desteklenmesi gerekmektedir (Ordoover ve Saloner 1989, 591).

Ayrıca, söz konusu davranışın rekabet hukuku çerçevesinde ele alınabilmesi için hukuki belirliliği sayılabilecek, fazla sayıda yanlış pozitif sonuçlar üretmeyecek ve yönetilebilir testlerin geliştirilmesi de şarttır. Bu çalışmanın üçüncü bölümünde de görüldüğü üzere, şartsız indirimler eliyle maliyet üstü fiyatlamaya ilişkin stratejik davranış modelleri henüz rekabet hukukuna fiyat-maliyet testleri kadar basitçe ifade edilebilen ancak daha kolay uygulanır, somut kurallar veya standartlar olarak tercüme edilememiştir. Bu çerçevede maliyet üstü fiyatlama davranışına ilişkin mevcut uygulamanın devam etmesi beklenmektedir. Diğer taraftan, iktisat yazınının gösterdikleri ve tartışmalı dışlama vakaları karşısında, yıkıcı fiyatlamamanın tamamen “maliyet altı fiyat” kalıbına sıkıştırılmaması faydalı olabilecektir. AB’de olduğu gibi istisnai şartlara özel bir esneklik imkânının bulundurulması yoluna gidilebilir.

Bu çalışma sonucunda rekabet hukukunun kapsamını maliyet üstü fiyatlamaya genişletmek isteyen uygulayıcılar için bazı sonuçların da çıkarılması mümkündür. Ölçek ekonomilerinin işlediği, minimum etkin ölçeğin yüksek olduğu, yüksek batık maliyetler, ağ etkisi veya marka bilinirliği gibi giriş engellerinin olduğu, tekelci piyasalar stratejik davranışlar için elverişlidir. Piyasaya giriş aşamasında rakipler daha kırılğandır; bu nedenle hâkim durumdaki teşebbüsün rakibi dışlamaya veya disipline etmeye yönelik davranışları bu aşamada sergilemesi hem muhtemeldir hem de daha etkilidir. Ayrıca, rakibini piyasa dışına itme gayesiyle hareket eden hâkim durumdaki teşebbüsün bu yönde birden fazla eylem gerçekleştireceği örnek rekabet hukuku kararlarından anlaşılmaktadır. Bu durum fiyatlamaya ilişkin davranışların etkisini de kuvvetlendirecektir. Fiyat-maliyet testlerinin şarta bağlı olmayan indirimlerin değerlendirilmesinde önemli rol oynamaya devam edeceği, ancak zarar teorisine uygun şekilde uyarlanmasının şart olduğu açıktır.

Bu çerçevede, (1) stratejik davranış ve hasat imkânı sağlayan özelliklere sahip tekeli piyasalarda, (2) yeni rakiplere yönelik, (3) başka davranışlarla da desteklenen ve (4) hakkında tutarlı ve makul zarar teorisi geliştirilebilen fiyatlama davranışının incelenmesi tercih edilebilir. Bu filtreyi aşan davranışlar mümkünse uyarlanmış pozitif marjlı fiyat-maliyet testlerine veya yüksek standartlı etki analizine tabi tutulabilir.

Şarta bağlı indirim sistemlerinin değerlendirilmesinde ise, iktisadi analize daha çok dayanma kaygısıyla fiyat-maliyet testlerine ağırlık verilirken maliyet üstü fiyatların da toplam refahın azalmasına yol açabildiği akılda tutulmalı, indirim sistemlerinin münhasırlık ve bağlama benzeri etkileri tamamen göz ardı edilmemelidir. Bu bağlamda, fiyat-maliyet testlerinin indirim sistemlerine ilişkin tüm rekabetçi kaygıları gideremediği veya bağlama ile münhasırlık için öngörülen piyasa kapama analizinden daha maliyetli olduğu durumlarda etki analizinin kullanılması faydalı olabilecektir.

ABSTRACT

Modern strategic behaviour literature of industrial economics and cases such as *American Airlines* have provoked the discussion on above-cost predation and performance of the price-cost test on discriminating competitive and anti-competitive behaviours of dominant undertakings. This paper aims to answer the questions of whether above-cost predation is credible and how it can be dealt with via competition policy. In order to achieve this end, I systematically go through economic arguments in favour of above-cost predation, discuss the tests alternative to price-cost comparisons and analyse the precedent in the USA, the EU and Turkey.

This paper demonstrates that anti-competitive exclusion by above-cost pricing is possible in theory; however, further empirical study is much needed. Moreover, these theories have not yet been articulated clearly in terms of an administrable legal rule or standard. In this context, it is expected that competition authorities will continue to apply current price-cost standards in predation cases. On the other hand, it would be favourable to leave room for exceptional above-cost predation cases considering the controversial cases and implications of economic theory.

This paper also argues that similarities of bundling and loyalty discounts to tying and exclusive dealing obstruct the application of simple price-cost tests. Thus, it would be fruitful not to overlook this fact in an attempt to adopt a more economic approach and design tests which strictly depends on price-cost comparisons.

KAYNAKÇA

AAI (The American Antitrust Institute) (2014), “Comments of the American Antitrust Institute in Connection with Conditional Pricing Practices Workshop”, https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_comments/2014/09/00015-92693.pdf, Erişim Tarihi: 19 Kasım 2015

Komisyon (Avrupa Birliği Komisyonu) (2009), “Guidance on the Commission’s enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings”, [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52009XC0224\(01\)&from=EN](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52009XC0224(01)&from=EN), Erişim Tarihi: 1 Haziran 2015

Komisyon (2005), “DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses”, <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf>, Erişim Tarihi: 1 Haziran 2015

DoJ (Amerika Birleşik Devletleri Adalet Bakanlığı) (2008), *Competition and Monopoly: Single Firm Conduct under Section 2 of the Sherman Act*, www.justice.gov/atr/public/reports/236681.htm, Erişim Tarihi: 4 Şubat 2015

AREEDA, P. ve D. F. TURNER (1975), “Predatory Pricing and Related Practices under Section 2 of the Sherman Act”, *The Harvard Law Review*, Vol: 88, No: 4, s. 697-733.

ARITÜRK, R. Ö. (2011), “İndirim Sistemleri: AB ve ABD Uygulamaları Işığında test Önerileri ve AB Uygulamasındaki Son Gelişmeler”, *Rekabet Dergisi*, Cilt:12, Sayı:1, s. 3-53.

BAKER, J. B. (1994), “Predatory Pricing After Brooke Group: An Economic Perspective”, *Antitrust Law Journal*, Vol: 3, No: 62, s. 585-603.

BAUMOL, W. J. (1996), “Predation and the Logic of Average Variable Cost Test”, *The Journal of Law & Economics*, Vol: 39, No: 1, s. 49-72.

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.

BECKENSTEIN, A. R. ve H. L. GABEL (1986), “Predation rules: an economic and behavioral analysis”, *The Antitrust Bulletin*, Vol: 31, No: 1, s. 29-49.

- BOLTON, P., J. F. BRODLEY ve M. H. RIORDAN (2000), *Predatory Pricing: Strategic Theory & Legal Policy*, Boston University School of Law Working Paper Series Working Paper No: 99-5, http://www.bu.edu/law/workingpapers-archive/abstracts/1999/pdf_files/brodleyj092999.pdf, Erişim Tarihi: 25 Şubat 2015
- CARLTON, D. W. (2008), “Should Price Squeeze Be A Recognized Form of Anticompetitive Conduct?”, *Journal of Competition Law & Economics*, Vol: 4, No: 2, s. 271-278.
- CARLTON, D.W. ve J. M. PERLOFF (1994) *Modern Industrial Organization* (2. b.), Harper Collins College Publishers, ABD.
- CRANE, D. A. (2013a), *Dan Crane on Commissioner Wright’s Rejection of a Price-Cost Test for Loyalty Discounts*, <http://truthonthemarket.com/2013/06/06/dan-crane-on-commissioner-wrights-rejection-of-a-price-cost-test-for-loyalty-discounts/>, Erişim Tarihi: 27 Mart 2016
- CRANE, D. A. (2013b), *Wright is Right, and Wright is Wrong: A Response to Steve Salop on Loyalty Discounts*, <http://truthonthemarket.com/2013/06/06/dan-crane-on-commissioner-wrights-rejection-of-a-price-cost-test-for-loyalty-discounts/>, Erişim Tarihi: 27 Mart 2016
- EASLEY, D., R. T. MASSON ve R. J. REYNOLDS (1985), “Preying for Time”, *Journal of Industrial Economics*, Vol: 33, No: 4, s. 445-460.
- EASTERBROOK, F. H. (1981), “Predatory Strategies and Counterstrategies”, *University of Chicago Law Review*, Vol: 48, No: 1, s. 265-337.
- ECONOMIDES, N. (2012), “Tying, Bundling, and Loyalty/Requirement Rebates”, E. Elhauge (der.), *Research Handbook on the Economics of Antitrust Law* içinde, Edward Elgar, s. 121-143.
- ECONOMIDES, N. ve I. LIANOS (2009), “The Elusive Antitrust Standard on Bundling in Europe and in the United States in the Aftermath of the Microsoft Cases”, *Antitrust Law Journal*, Vol: 76, No: 3, s. 483-567.
- EDLIN, A. S. (2002), “Stopping Above-Cost Predatory Pricing”, *The Yale Law Journal*, Vol: 111, No: 4, s. 941-991.
- EDLIN, A. S. ve J. FARRELL (2015), “Freedom to Trade and the Competitive Process”, R. D. Blair ve D. D. Sokol (der.), *The Oxford Handbook of International Antitrust Economics Volume I* içinde, Oxford University Press, s. 298 - 309.
- ELHAUGE, E. (2003), “Why Above-Cost Price Cuts to Drive Out Entrants Are Not Predatory – and the Implications for Defining Costs and Market Power”, *The Yale Law Journal*, Vol: 112, No: 4, s. 681-827.

ELHAUGE, E. (2009), “How Loyalty Discounts Can Perversely Discourage Discounting”, *Journal of Competition Law & Economics*, Vol: 5, No: 2, s. 189-231.

FUDENBERG, D. ve J. TIROLE (1968), “A Signal-Jamming Theory of Predation”, *The RAND Journal of Economics*, Vol: 17, No: 3, s.366-376.

GAUDIN, G. ve D. MANTZARI (2016), “Margin Squeeze: An Above-Cost Predatory Pricing Approach”, *Journal of Competition Law & Economics*, Gelecek Sayı

GERADIN, D. (2008), *A Proposed Test for Separating Pro-Competitive Loyalty Rebates from Anti-competitive Ones*, TILEC Discussion Paper No: 2008-41, <http://ssrn.com/abstract=1308484>, Erişim Tarihi: 1 Kasım 2015

HICKS, J. R. (1935), “Annual Survey of Economic Theory: The Theory of Monopoly”, *Econometrica*, Vol: 3, No: 1, s. 1-20.

HOVENKAMP, H. J. (2014), *The Areeda-Turner Test for Exclusionary Pricing. A Critical Journal*, University of Iowa Legal Studies Research Paper No: 15-06, <http://ssrn.com/abstract=2422120>, Erişim Tarihi: 26 Aralık 2015

HOVENKAMP, H. J. (2010), “The Obama Administration and Section 2 of the Sherman Act”, *Boston Law Review*, Vol: 90, No: 4, s. 1611-1165.

HOVENKAMP, H. J. (2005a), *The Antitrust Enterprise Principle and Execution*, Harvard University Press, İngiltere.

HOVENKAMP, H. J. (2005b), *Federal Antitrust Policy The Law of Competition and Its Practice* (3.b.), West Publishing, ABD.

HOVENKAMP, H. J. (1985), “Antitrust Policy after Chicago”, *Michigan Law Review*, Vol. 85, s. 213-284.

JACOBSON, J. M. (2010), *A Note on Loyalty Discounts*, http://www.americanbar.org/content/dam/aba/publishing/antitrust_source/Jun10_Jacobson6_24f.authcheckdam.pdf, Erişim Tarihi: 28 Mart 2016

JONES A. ve B. SUFRIN (2011), *EU Competition Law* (4. b.), Oxford University Press, İngiltere.

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

KERBER, W. (2007), *Should Competition Law Promote Efficiency? – Some reflections of an economist on the normative foundations of competition law*, <http://ssrn.com/abstract=1075265>, Erişim Tarihi: 3 Aralık 2015

KIRKWOOD, J. B. (2008), “Controlling Above-cost Predation: An Alternative to Weyerhaeuser and Brooke Group”, *The Antitrust Bulletin*, Vol: 53, No: 2, s. 369-410.

- KIRKWOOD, J. B. (2005), “Buyer Power and Exclusionary Conduct: Should Brooke Group Set the Standards for Buyer-Induced Price Discrimination and Predatory Bidding?”, *Antitrust Law Journal*, Vol: 72, No:2, s. 625-668.
- KIRKWOOD, J. B. ve R.G. LANDE (2008), “The Chicago School’s Foundation Is Flawed: Antitrust Protects Consumers, Not Efficiency”, R. Pitofsky (der.), *How the Chicago School Overshot the Mark* içinde, Oxford University Press, s. 89 - 106.
- LAMBERT, T. (2013), *Should There Be a Safe Harbor for Above-Cost Loyalty Discounts? Why I Believe Wright’s Wrong*, <http://truthonthemarket.com/2013/06/06/should-there-be-a-safe-harbor-for-above-cost-loyalty-discounts-why-i-believe-wrights-wrong/>, Erişim Tarihi: 27 Mart 2016
- LANG, J. T. ve R. O’DONOGHUE (2002), “Defining Legitimate Competition: How to Clarify Pricing Abuses Under Article 82 EC”, *Fordham International Law Journal*, Vol: 26, No: 1, s. 83-162.
- LIEBERMAN, M. B. (1987), “Excess Capacity as a Barrier to Entry: An Empirical Appraisal”, *Journal of Industrial Economics*. Vol: 35, No: 4, s. 607-627.
- LIANOS, I. (2013), *Some Reflections on the Question of the Goals of EU Competition Law*, CLES (Centre for Law, Economics and Society) Working Paper Series No: 3/2013, <https://www.ucl.ac.uk/cles/research-paper-series/research-papers/cles-3-2013>, Erişim Tarihi: 18 Şubat 2016
- MAJUMDAR, A., S. BISHOP, D. RIDYARD, I. WILLIAMS ve U. AKGÜN (2005), *Selective Price Cuts And Fidelity Rebates*, Economic Discussion Paper No: OFT804, http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20140402142426/http://www.offt.gov.uk/shared_oftr/reports/comp_policy/oftr804.pdf, Erişim Tarihi: 3 Şubat 2016
- MANO, M. ve B. DURAND (2005), *A Three Step Structured Rule of Reason to Assess Predation under Article 82*, The Office of the Chief Economist Discussion Papers, http://ec.europa.eu/dgs/competition/economist/pred_art82.pdf, Erişim Tarihi: 28 Mart 2016
- MARTY, F. (2014), *As-Efficient Competitor Test in Exclusionary Prices Strategies: Does Post-Danmark Really Pave the Way towards a More Economic Approach?*, GREDEG Working Paper No: 2013-26, <http://www.gredeg.cnrs.fr/working-papers/GREDEG-WP-2013-26.pdf>, Erişim Tarihi: 18 Şubat 2016
- MCGEE, J. S. (1958), “Predatory Price Cutting: The Standard Oil (N. J.) Case”, *Journal of Law & Economics*, Vol: 1, No: 1, s. 137-169.
- O’DONOGHUE, R. ve J. PADILLA (2013), *The Law and Economics of Article 102 TFEU* (2. b.), Hart Publishing, ABD.

OECD (2003), “Glossary of Industrial Organisation Economics and Competition Law”, <http://www.oecd.org/regreform/sectors/2376087.pdf>, Erişim Tarihi: 10 Şubat 2016

ORDOVER, J. A. ve G. SALONER (1989), “Predation, Monopolization, and Antitrust”, R. Schmalensee ve R. Willing (der.), *Handbook of Industrial Organisation Volume 1* içinde, Elsevier, s. 537 - 596.

ØSTERUD, E. (2010), *Identifying Exclusionary Abuses by Dominant Undertakings under EU Competition Law: The Spectrum of Tests*, Kluwer Law International, Hollanda.

PETIT, N. (2014), *Price Squeezes with Positive Margins in EU Competition Law: Economic and Legal Anatomy of a Zombi*, <http://ssrn.com/abstract=2506521>, Erişim Tarihi: 16 Ocak 2015

POLLINA, B. (2014), “False Negatives under a Discount Attribution Test for Bundled Discounts”, *Journal of Communications Law and Technology Policy*, Vol: 22, No: 1, s. 74-107.

POSNER, R. A. (2001), *Antitrust Law* (2. b.), The University of Chicago Press, ABD.

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

SALOP, S. C. (2005), “Anticompetitive Overbuying by Power Buyers”, *Antitrust Law Journal*, Vol: 72, No:2, s.669-715.

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

SCHERER, F. M. (1976), “Predatory Pricing and the Sherman Act: A Comment”, *Harvard Law Review*, Vol: 89, No: 5, s. 869-890.

SCHMALENSEE, R. (1979), “On the Use of Economic Models in Antitrust: The Realemon Case”, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol: 127, No: 4, s. 994-1050.

SPECTOR, D. (2001), *Definitions and Criteria of Predatory Pricing*, Working Paper 01-10, Massachusetts Institute of Technology Department of Economics, <http://papers.ssrn.com/abstract=262017>, Erişim Tarihi: 15 Kasım 2015

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

SÜMER ÖZDEMİR, N. (2016), *Rekabete Aykırı Dışlayıcı Uygulamaların Tespitinde Etki Temelli Yaklaşım ve Etki Standartları*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara.

VAHEESAN, S. (2015), “Reconsidering Brooke Group: Predatory Pricing in Light of the Empirical Learning”, *Berkeley Business Law Journal*, Vol: 12, No: 1, s. 81-110.

WHISH, R. ve D. BAILEY (2012), *Competition Law* (7. b.), Oxford University Press, İngiltere.

WILLIAMSON, O. E. (1977), “Predatory Pricing: A Strategic and Welfare Analysis”, *The Yale Law Journal*, Vol: 87, No: 2, s. 284-340.

WRIGHT, J. D. (2013), *Simple but Wrong or Complex but More Accurate? The Case for an Exclusive Dealing Based Approach to Evaluate Loyalty Discounts*, Bates White 10th Annual Antitrust Conference, Washington DC, ABD, https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_statements/simple-wrong-or-complex-more-accurate-case-exclusive-dealing-based-approach-evaluating-loyalty/130603bateswhite.pdf, Erişim Tarihi: 4 Şubat 2015

YAMEY, B. S. (1972), “Predatory Price Cutting: Notes and Comments”, *Journal of Law & Economics*, Vol: XV, No: 1, s. 129-142.

ZENGER, H. ve M. WALKER (2012), *Theories of Harm in European Competition Law: A Progress Report*, <http://papers.ssrn.com/abstract=2009296>, Erişim Tarihi: 3 Haziran 2015

Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkeme Kararları

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

Brown Shoe Co., Inc. v. United States, 370 U.S. 294 (1962)

Weyerhaeuser Co. v. Ross-Simmons Hardwood Lumber Co. Inc., 549 U.S. 312 (2007)

Amerika Birleşik Devletleri Temyiz Mahkemeleri Kararları

Borden, Inc v. FTC, 674 F.2d 498 (6th Cir. 1982)

Concord Boat Corp. v. Brunswick Corp., 207 F.3d 1039, 1061–62 (8th Cir. 2000)

Virgin Atl. Airways Ltd. v. British Airways PLC, 257 F.3d 256, 266–69 (2d Cir. 2001)

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

United States v. AMR Corp. 335 F.3d 1109 (10th Cir. 2003)

Spirit Airlines, Inc. v. Northwest Airlines, Inc., 413 F.3d 917 (6th Cir. 2005)

Cascade Health Solutions v. PeaceHealth, 515 F.3d 883 (9th Cir. 2008)

Allied Orthopedic Appliances Inc. v. Tyco Health Care Group, 592 F.3d 991 (9th Cir. 2010)

Avrupa Birliği Adalet Divanı Kararları

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

Nederlandsche Baden-Industrie Michelin v. Commission, C-322/81 [1983] ECR 3461
AKZO Chemie v. Commission, C-62/86, [1991] ECR I-3359
Tetra Pak International SA v. Commission, C-333/94 P [1996] ECR I-5987
Compagnie Maritime Belge Transports SA and Others v Commission, C-395/96 P ve C-396/96 P, [2000] ECR I-1365
France Telecom SA v. Commission, C-202/07 P [2009] ECR I-02369
Deutsche Telekom AG v. Commission, C-280/08P [2010] ECR I-9555
Konkurrensverket v TeliaSonera Sverige, C-52/09 AB [2011] ECR I-527
Post Danmark A/S v Konkurrenserådet, C-209/10 [2012]
Post Danmark A/S v. Konkurrenserådet, C-23/14 [2015]

Avrupa Birliği Genel Mahkeme Kararları

Hilti AG v. Commission, Case T-30/89 [1994] ECR II-1439
Tetra Pak International SA v Commission, Case T-83/91 [1994] ECR II-755
Irish Sugar plc v. Commission, Case T-228/97, [1999] ECR II-2969
Manufacture Française des Pneumatiques Michelin v. Commission, T-203/01 [2003] ECR II-4071
Intel Corp v. Commission, T-286/09 [2014]

Avrupa Birliği Komisyonu Kararları

Hoffmann-La Roche, Case 76/642, OJ (1976) L 223/27
Eurofix-Bauco v. Hilti, Case 88/138, OJ (1988) L 65
BPB Industries plc., Case 88/22, OJ (1989) L 10/50
Cewal, Case 93/82, OJ (1993) L34
Irish Sugar plc, Case 97/624, OJ (1997) L 258
Soda Ash/Slovay, Case 2003/6, OJ (2003) L10/10
Intel, Case COMP/C-3/37.990, OJ (2009) C 227/13

Danıştay Kararları

01.11.2013 tarihli, 2010/1449 E., 2013/2708 K. sayılı Danıştay Onüçüncü Daire kararı
18.05.2016 tarihli, 2015/5104 E., 2016/1849 K. sayılı Danıştay Onüçüncü Daire kararı

İdare Mahkemesi Kararı

09.06.2015 tarihli 2014/1793 E., 2015/965 K. sayılı Ankara 8. İdare Mahkemesi kararı

Rekabet Kurulu Kararları

- 03-56/655 sayılı *Aycell* kararı
- 04-76/1086-271 sayılı *Anadolu Cam* kararı
- 05-38/487-116 sayılı *Ülker* kararı
- 05-73/986-273 sayılı *LPG* kararı
- 06-24/304-71 sayılı *Frito Lay* kararı
- 07-67/815-310 sayılı *Gür Plastik* kararı
- 08-01/6-5 sayılı *Amadeus* kararı
- 08-57/912-363 sayılı *TTNET, Türk Telekom ve Avea* kararı
- 08-65/1055-411 sayılı *TTNET-I* kararı
- 09-52/1253-318 sayılı *Avea* kararı
- 10-14/175-66 sayılı *İzocam* kararı
- 11-03/42-14 sayılı *Seramik Malzemeleri* kararı
- 11-18/341-103 sayılı *Doğan Medya Grubu* kararı
- 11-33/703-216 sayılı *Türksat* kararı
- 11-36/756-233 sayılı *Turkcell Kampanya* kararı
- 11-57/1477-533 sayılı *Trakya Cam-I* kararı
- 12-24/660-182 sayılı *EAE Elektrik* kararı
- 12-38/1085-344 sayılı *Efes Bira* kararı
- 12-47/1413-474 sayılı *UN Ro-Ro* kararı
- 12-49/1431-484 sayılı *Superonline* kararı
- 12-53/1490-518 sayılı *KCETAŞ* kararı
- 12-62/1633-598 sayılı *Kale Kilit* kararı
- 13-36/481-211 sayılı *Microsoft* kararı
- 13-44/544-240 sayılı *EAE Elektrik-II* kararı

- 13-62/864-370 sayılı *Turkcell* kararı
13-71/974-420 sayılı *UN Ro-Ro-II* kararı
13-71/992-423, sayılı *TTNET-II* kararı
14-22/456-201 sayılı *TTKart* kararı
14-54/932-420 sayılı *THY-I* kararı
15-08/110-46 sayılı *Trakya Cam-II* kararı
15-41/677-239 sayılı *THY-II* kararı
16-01/12-5 sayılı *Hatay Ro-Ro* kararı
16-04/77-33 sayılı *İnternet Bizden Kampanyası* kararı



Üniversiteler Mahallesi
1597. Cadde No: 9
06800 Bilkent/ANKARA
[http:// www.rekabet.gov.tr](http://www.rekabet.gov.tr)