

**SEÇİCİ FİYATLAMA: İHLÂL MI, DEĞİL MI?**  
*SELECTIVE LOW PRICING: INFRINGEMENT OR NOT?*

**Fethullah GÜLER**  
**Selen Yersu ŞAHİN**  
**Can TANERİ\***

**Öz**

*Hâkim durumdaki bir teşebbüsün seçici fiyatlama davranışının, hâkim durumun kötüye kullanılması hallerinden birini oluşturup oluşturmadığı, dolayısıyla bir rekabet ihlâli teşkil edip etmediği hususuna ilişkin olarak, Amerika Birleşik Devletleri, Avrupa Birliği ve Türkiye rekabet hukuku uygulamasında, birbirinden farklı yaklaşımlar sergilenmektedir. Rekabet hukuku uygulamaları incelendiğinde, hâkim durumdaki teşebbüsün seçici fiyatlama davranışının, Amerika Birleşik Devletleri uygulamasında rekabet ihlâli olarak değerlendirilmediği; Avrupa Birliği uygulamasında, diğer ihlâllerin yanı sıra uygulandığı durumda ihlâl olarak nitelendirildiği; Türkiye uygulamasında ise, başka bir ihlâl mevcut olmasa dahi, rekabet ihlâli olarak değerlendirildiği görülmektedir. Uygulamadaki farklılıkların yanı sıra literatürde de konuya ilişkin çok çeşitli görüşler olmakla birlikte, farklı yaklaşımların değerlendirilmesi sonucunda, seçici fiyatlamanın, hâkim durumun kötüye kullanılması hallerinden biri, dolayısıyla da bir rekabet ihlâli olarak nitelendirilmemesi gerektiği düşünülmektedir. Seçici fiyatlamanın bir rekabet ihlâli teşkil edip etmediğine ilişkin değerlendirme, çalışmamızın konusunu oluşturmaktadır.*

**Anahtar Kelimeler:** *Hâkim Durum, Seçici Fiyatlama, Maliyet Üstü Fiyat, Rakipler, Rekabet İhlâli*

**Abstract**

*There are different approaches in the competition law practices of the United States, the European Union and Turkey, as to the issue of whether the selective low pricing behaviour of a dominant firm is an abuse of dominance, and therefore a competition infringement. When competition law practices are*

\* Rekabet Kurumu, Rekabet Uzman Yardımcıları. Çalışmada yer verilen görüşler, yazarların kendi görüşleri olup, Rekabet Kurumu'nu bağlayıcı değildir. Çalışmayı iyileştiren ve zenginleştiren görüş ve katkıları için, Rekabet Dergisi editörü H. Gökşin KEKEVİ'ye ve anonim hakemlere teşekkür ederiz.

*examined, it appears that the selective low pricing behaviour of a dominant firm is evaluated as legitimate according to the United States practice, is characterized as an infringement if it exists alongside other types of competition infringements in the European Union practice and is evaluated as a stand-alone infringement in the Turkish practice. Although there are many views in the relevant literature beside the differences in practices, it is believed that the selective low pricing behaviour of a dominant firm should not be qualified as an abuse. The evaluation of whether selective low pricing is a competition infringement or not is the subject of our study.*

**Keywords:** Dominant Position, Selective Low Pricing, Above-Cost Price, Competitors, Competition Infringement

## GİRİŞ

Coase, rekabet hukukundan yorulduğunu, çünkü hâkimlerin, fiyatlar yükseldiğinde tekelleşme, fiyatlar düştüğünde yıkıcı fiyat, fiyatlar aynı kaldığında ise, teşebbüsler arası gizli anlaşma olduğu sonucuna ulaştığını söylemektedir.<sup>1</sup> Teşebbüsler, pazarda yer alan rakiplerine ve müşterilerine yönelik en temel mesajlarını uyguladıkları fiyatlarla iletmekte olduğundan, bu mesajın rekabet otoriteleri tarafından ne şekilde değerlendirileceğinin; şayet ihlâl olarak nitelendirilecekse, hangi koşullar altında ihlâl teşkil edeceğinin teşebbüslerce bilinmesi, teşebbüslerin hukuki belirlilik altında rekabet etmesi açısından büyük önem taşımaktadır.<sup>2</sup>

Hâkim durumdaki bir teşebbüsün seçici fiyatlama davranışının; yani aynı mal veya hizmet için, müşterilerinin bir kısmından, maliyetlerinin üzerinde, ancak, diğer müşterilere oranla düşük fiyat talep etmesi durumunun, hâkim durumun kötüye kullanılması hallerinden birini oluşturup oluşturmadığı, dolayısıyla da bir rekabet ihlâli teşkil edip etmediği hususu, gerek ülkemiz, gerekse dünya rekabet hukuku uygulamalarında bir hayli tartışmalı olan konulardandır. Hâkim durumdaki teşebbüsün, rekabetin olduğu pazar bölümünde, rakiplerin, dolayısıyla da rekabetin daha az olduğu pazar bölümüne kıyasla düşük fiyatlama yapmasının rekabet ihlâli olarak kabul edilmesi halinde, rekabet sonucunda ortaya çıkan ve düşük fiyat şeklinde kendisini gösteren faydanın, ihlâl olarak nitelendirilmesi tehlikesi doğmaktadır. Bu tehlikenin ortadan kaldırılması bakımından, seçici fiyatlamanın, hâkim durumun kötüye kullanılması hallerinden biri olup olmadığı, bir kötüye kullanma hali olarak

<sup>1</sup> LANDES, W. (1981), "The Fire of Truth: A Remembrance of Law and Economics at Chicago, 1932-1970", *Journal of Law and Economics*, s.193.

<sup>2</sup> ÖZDEMİR, Ü.N. (2010), *Fiyatlamaya İlişkin Tek Taraflı Davranışların Değerlendirilmesinde Kullanılan Maliyet Ölçütleri*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi, Ankara, s.1.

nitelendirilmesi durumunda ise, hangi koşullar altında ihlâl teşkil edeceği hususlarının ortaya konulması gerekmektedir.

Çalışmamızda öncelikle seçici fiyatlama kavramının tanımına ve özelliklerine kısaca değinilecek; ardından, Amerika Birleşik Devletleri (ABD), Avrupa Birliği ve Türkiye rekabet hukuku uygulamalarında seçici fiyatlamaya ilişkin kararlar özetlenecek ve uygulamadaki farklı yaklaşımlar değerlendirilecek; izleyen bölümde, rekabet hukuku literatüründe seçici fiyatlamaya ilişkin görüşlere yer verilecek; son kısımda ise, seçici fiyatlama davranışının rekabet ihlâli teşkil edip etmediği konusundaki görüşümüz ortaya konulacaktır.

### **1. SEÇİCİ FİYATLAMA: KAVRAMSAL ÇERÇEVE**

Petit ve Geradin, seçici fiyatlamayı; hâkim durumdaki teşebbüsün, rakip teşebbüse geçebilecek müşterilerine yönelik olarak, maliyet üstü, fakat diğer müşterilerine kıyasla daha düşük fiyat uygulaması biçimindeki fiyat ayrımcılığı stratejisi olarak tanımlamaktadır.<sup>3</sup>

Seçici fiyatlamının, hâkim durumun kötüye kullanılması hallerinden biri olup olmadığı konusu tartışmaya açıktır. Whish, seçici fiyatlama uygulamasının, benzer işlemler için farklı koşullar öne sürerek, diğer teşebbüsleri rekabet yönünden dezavantajlı duruma getirmesi halinde, bu davranışın, hâkim durumun kötüye kullanılması anlamına gelebileceğini ifade etmektedir.<sup>4</sup> Ritter ve Braun'a göre ise, bir teşebbüsün, faaliyetlerini devam ettirebilmek ve pazardan daha fazla pay almak adına müşterilerine daha düşük fiyatlar teklif etmesi normal iken, maliyet altı olsun ya da olmasın bu davranış hâkim durumdaki bir teşebbüs tarafından uzun dönemli ve sistematik bir şekilde, rakipleri pazar dışına çıkarma amaçlı olarak uygulanıyorsa, bu durum, bir kötüye kullanma hali oluşturacaktır.<sup>5</sup>

Seçici fiyatlama, ihlâl olarak görüldüğü kimi zamanlarda, yıkıcı fiyatlama başlığı altında değerlendirilmektedir. Yıkıcı fiyatlama, sadece, tüm müşterilere uygulanan düşük fiyatları değil; hedeflenen bazı müşterilere, aynı ürün için diğer müşterilere oranla daha düşük fiyat uygulamak suretiyle yapılan fiyat ayrımcılığını da içerebilmektedir. Bununla birlikte, yıkıcı fiyatlama, rakipleri pazar dışına itmeye yönelik maliyet altı fiyatlama olarak veya uzun

<sup>3</sup> GERADIN, D., N. PETIT (2005) "Price Discrimination Under EC Competition Law: The Need for a Case-by-Case Approach", GCLC Working Paper 07/05, *College of Europe Global Competition Law Centre(GCLC)*, Brugge, s.15.

<sup>4</sup> WHISH, R. (2009), *Competition Law*, Oxford University Press, USA, s.738.

<sup>5</sup> RITTER, L., W.D. BROWN (2005), *European Competition Law: A Practitioner's Guide*, Netherlands, s.454.

dönem kazanç elde etmek için kısa dönemde zarar etmeye yönelik bir fiyatlama stratejisi olarak tanımlanırsa, maliyet üstü bir fiyatlama stratejisi olan seçici fiyatlama, yıkıcı fiyatlama davranışı altında değerlendirilemeyecektir. Seçici fiyatlamadaki temel unsur, fiyatların, hâkim durumdaki teşebbüsün, öncekine oranla daha az kâr etmesine neden olsa da, zarar etmesine yol açmamasıdır.<sup>6</sup>

Rekabet hukuku literatürü incelendiğinde, seçici fiyatlamanın, hem dışlayıcı davranışlar altında, hem de ayrımcı davranışlar altında değerlendirilebildiği görülmektedir.<sup>7</sup>

Hâkim durumun kötüye kullanılması hallerinden biri olan dışlayıcı davranışlar, rakiplerin pazardaki rekabetçi konumuna zarar vermeyi veya onları bütünüyle pazar dışına çıkarmayı amaçlayan davranışlar olarak tanımlanmaktadır.<sup>8</sup> Dışlayıcı kötüye kullanma davranışı, rakiplere, doğrudan ve dolaylı olmak üzere iki biçimde zarar vermektedir. Hâkim durumdaki teşebbüsün, rakiplerini piyasa dışına çıkarmak için uyguladığı fiyatlama stratejileri, dışlayıcı davranış sonucunda ortaya çıkan dolaylı zararın bir örneğidir.<sup>9</sup>

Seçici fiyatlama, rekabetin daha yoğun olduğu pazar bölümlerinde, diğer pazar bölümlerine kıyasla daha düşük fiyatlar uygulanması yoluyla gerçekleştirildiğinden, aynı zamanda bir fiyat ayrımcılığını da içermektedir.<sup>10</sup> Akademisyenler arasında, fiyat ayrımcılığının toplumsal refahı arttırdığı ya da azalttığı yönünde uzlaşma bulunmamaktadır.<sup>11</sup> Uygulanan fiyat ayrımcılığının dışlayıcı etkileri, rakiplerin piyasa dışına itilmesine ve toplam çıktının azalmasına neden olabilecektir.<sup>12</sup> Fakat, bu durumun, hâkim durumun kötüye

<sup>6</sup> JONES A., B. SUFRIN (2008), *EC Competition Law*, Oxford University Press, USA, s.466.

<sup>7</sup> Örneğin, Goyder, çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde örnek kararlar arasında ele alacağımız *Compagnie Maritime Belge* kararındaki seçici fiyatlama davranışını yıkıcı fiyatlama başlığı altında ele alırken, *Irish Sugar* kararındaki seçici fiyatlama davranışını, fiyat ayrımcılığı başlığı altında değerlendirmektedir. GOYDER, D.G. (2003), *EC Competition Law*, Oxford University Press, USA, s.287-288, 290-291.

<sup>8</sup> ÜNAL, Ç. (2010), “Rekabet Hukukunda Tek Taraflı Sömürücü Davranışlar”, *Rekabet Dergisi*, Cilt:11, Sayı:4, s.116.

<sup>9</sup> Dışlayıcı davranışla ortaya çıkan doğrudan zarar; hâkim durumdaki teşebbüsün, sahip olduğu zorunlu unsuru rakibine kullandırmaktan kaçındığı, ya da rakibin pazarda faaliyet göstermesi için gerekli olan bir girdinin tedarikini durdurduğu hallerde ortaya çıkabilmektedir. Ritter ve Brown 2005, s.421.

<sup>10</sup> Geradin ve Petit 2005, s.15, GERARD, D. (2005), “Price Discrimination under Article 82 (c) EC: Clearing up the Ambiguities”, *GCLC Research Papers on Article 82 EC*, *College of Europe Global Competition Law Centre (GCLC)* s.127.

<sup>11</sup> Geradin ve Petit 2005, s.1, Gerard 2005, s. 106. ASLAN, E.F. (2011), “Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Fiyat Ayrımcılığı Eylemlerinin Değerlendirilmesi Sorunu”, *Rekabet Dergisi*, Cilt:12, Sayı:1, s. 58.

<sup>12</sup> Geradin ve Petit 2005, s.6-7.

kullanılması sonucunda mı ortaya çıktığı; yoksa, rekabetin getirdiği doğal bir sonuç mu olduğu konusu, açıklığa kavuşturulmaya muhtaçtır.<sup>13</sup> Seçici fiyatlama yapan hâkim durumdaki teşebbüs, esasında, rakip teşebbüsle hakkaniyetli rekabet (*competition on the merits*) ediyor, dolayısıyla da hâkim durumunu kötüye kullanmıyor olabilir. Avrupa Birliği mahkemeleri, hâkim durumdaki teşebbüslerin, rekabeti karşılama (*meeting competition*) serbestisinin olduğunu sık sık dile getirmektedir.<sup>14</sup> Bu durumda, A teşebbüsüne, diğer müşterilerine kıyasla daha düşük fiyattan satış yapan hâkim durumdaki teşebbüsün bu davranışı, hem A'nın, hem de A'nın müşterilerinin yararına olurken, sonuç olarak daha düşük fiyatların oluşmasını sağlamaktadır. Buna karşılık; seçici fiyatlamanın, bazı sınırlı durumlar altında, kötüye kullanma olarak değerlendirilmesinin de mümkün olduğu görülmektedir.<sup>15</sup>

Buradaki en önemli soru, seçici fiyat indirimlerinin, hâkim durumun kötüye kullanılması hallerinden biri olarak nitelendirilmesi durumunda, hangi koşullar altında ihlâl teşkil edeceğini belirlemenin mümkün olup olmadığıdır. Bu sorunun yanıtı, hâkim durumdaki teşebbüslerin, hâkim durumlarını güçlendirme yönünde davranmadan, rekabet karşısında kendilerini ne ölçüde savunabileceklerini belirleyecektir.<sup>16</sup> İzleyen bölümlerde, Avrupa Birliği, ABD ve Türkiye rekabet hukuku uygulamaları ışığında bu sorunun yanıtlanmasına çalışılacaktır.

## 2. REKABET HUKUKU UYGULAMASINDA SEÇİCİ FİYATLAMA

### 2.1. Giriş

Çalışmamızın bu kısmında, Avrupa Birliği ve ABD rekabet hukuku uygulamaları, Türkiye uygulamasına örnek teşkil etmesi yönüyle incelenecek ve ardından, Türkiye uygulaması değerlendirilecektir. Bu çerçevede, ele alınacak örnek kararlarda getirilen yorumlar ışığında farklı ülke uygulamaları karşılaştırılarak seçici fiyatlamının ihlâl teşkil edip etmediği hususu aydınlatılmaya çalışılacaktır.

### 2.2. Avrupa Birliği Uygulaması

Ülkemiz rekabet hukuku mevzuatına mehzaz oluşturması ve uyum yükümlülüğümüz nedeniyle, AB rekabet hukuku mevzuatı ve uygulaması,

<sup>13</sup> Geradin ve Petit 2005, s.17.

<sup>14</sup> Whish 2009, s.739. Avrupa Birliği'nde, "rekabeti karşılama savunması"na açıkça yer verilen ilk karar, çalışmamızın izleyen bölümünde inceleyeceğimiz *Hilti* kararıdır. GRAVENGAARD, M.A. (2006), "The Meeting Competition Defence Principle-A Defence for Price Discrimination and Predatory Pricing?", *European Competition Law Review*, Issue 12, s.660.

<sup>15</sup> Whish 2009, s.739.

<sup>16</sup> Jones ve Sufirin 2008, s.466.

ülkemiz için ayrı bir önem arz etmektedir.<sup>17</sup> Bu doğrultuda, Avrupa Komisyonu'nun (Komisyon) seçici fiyatlamaya ilişkin olarak bugüne dek almış olduğu kararlar aşağıda özetlenmekte ve değerlendirilmektedir.

### 2.2.1. AKZO Kararı<sup>18</sup>

AKZO kararı, Avrupa Birliği rekabet hukuku uygulamasının, dışlayıcı fiyat indirimleri konusundaki yaklaşımını ortaya koyan ilk örnek olması bakımından önemlidir. Kararda incelemeye konu olan davranışlar şu şekilde özetlenebilir:

AKZO ve ECS, 1980'li yılların başında, İngiltere'de bir organik peroksit türü olan benzol peroksit pazarında faaliyet göstermektedir. AKZO, Avrupa Birliği çapında faaliyet gösteren ve geniş organik peroksit pazarında %50'lik pazar payıyla lider olan uluslararası bir kimyasal maddeler üreticisidir. ECS'nin üretimi ise, İngiltere'deki un fabrikalarına hammadde tedarikiyle sınırlıdır. 1979 yılında, ECS, faaliyetlerini genişleterek, daha karlı olan plastik pazarına girmiş ve AKZO'nun Almanya'daki müşterilerine mal vermeye başlamıştır. Bunun üzerine, AKZO, ECS'den plastik pazarından çekilmesini istemiş; hemen ardından da, ECS'nin esas faaliyet alanı ve ana gelir kaynağı olan İngiltere un pazarında, ECS'nin müşterilerine olağandışı fiyat indirimleri yapmaya başlamıştır. Söz konusu seçici fiyat uygulaması döneminde, ECS'nin İngiltere un pazarına satışları %70 oranında azalmış, borçları artmış, ECS, yatırım planları ve geliştirme projelerini iptal etmek durumunda kalmıştır.

ECS'nin şikayetinin ardından Komisyon, ara tedbir olarak AKZO'ya, tekrar eski fiyat seviyesine dönmesi ve fiyat rekabetini karşılamak haricinde fiyatlarını değiştirmemesi gerektiğini bildirmiştir.<sup>19</sup>

AKZO, yaptığı fiyat indiriminin, rekabeti karşılama amaçlı olduğunu, fiyat düzeyinin, kâr etmesine imkan verecek şekilde, ortalama değişken maliyet ile ortalama toplam maliyet arasında bir seviyede bulunduğunu ve asıl sorunun ECS'nin etkisiz çalışmasından kaynaklandığını belirterek, ortalama değişken maliyet üstü fiyatları hukuka uygun olarak kabul eden Areeda-Turner testine göre karar verilmesini istemiştir.

Komisyon, AKZO'nun önerisinin, Avrupa Birliği rekabet hukukunun dayanağını teşkil eden "etkin rekabetin sağlanması" amacını karşılamakta yetersiz kalacağını; sadece hâkim durumdaki teşebbüsün maliyetini göz önüne alarak tasarlanacak bir ölçütün, rakibe zarar verme kastına karşı etkisiz kalacağını ve fiyat indiriminin uzun vadeli stratejik sonuçlarını ihmal edeceğini

<sup>17</sup> DPT (2007), Dokuzuncu Kalkınma Planı Rekabet Hukuku ve Politikaları Özel İhtisas Komisyonu Raporu, Ankara, s.5.

<sup>18</sup> ECS/Akzo II, D. Comm. Dec. 14 1985, 1985 OJ L 374/1.

<sup>19</sup> Commission Decision T. 29.7.1983, AKZO (interim measures) (1983) OJ L 252/13.

ifade etmiştir. Komisyon, ortalama değişken maliyet ile ortalama toplam maliyet arasındaki fiyatların, hâkim durumdaki teşebbüsten daha az etkin olan teşebbüsleri etkilemeyeceğini; etkin olan, fakat yeterince finansal kaynağa sahip olmayan küçük teşebbüslerin, çapraz sübvansiyon gibi iktisadi avantajlara sahip büyük teşebbüsler karşısında uzun süre dayanamayacaklarını belirtmiştir.<sup>20</sup>

*AKZO* kararında, çalışmamız bakımından önem teşkil eden husus, Komisyon'un, daha da ileri giderek, fiyat indirimleriyle ulaşılmak istenen uzun vadeli amaçların, maliyet üstü fiyatlama ile de elde edilebileceğini söylemiş ve ortalama toplam maliyet üstü fiyatları dahi ihlâl olarak nitelendirebileceğinin işaretini vermiş olmasıdır.<sup>21</sup> Komisyon'a göre hâkim durumdaki teşebbüs, amacına, eğer mümkünse, ortalama toplam maliyetin üstünde fiyatlama yaparak ulaşmak isteyecektir. Bu noktada Komisyon'un ilgi çekici bir ifadesi özetle şu şekildedir: Önemli olan, hâkim durumdaki teşebbüsün, maliyetlerini karşılayıp karşılayamadığı değil; rakibin pazardan beklentilerine zarar veren bir girişiminin olup olmadığı ve rakibin bu girişimleri ne şekilde algıladığıdır. Örneğin, hâkim durumdaki teşebbüs, rakibin pazarda büyümesine ve hedeflediği kâr marjına ulaşmasına izin verecek midir? Umduğunu bulamayan rakip ya pazarı terk edecek, ya da rekabetçi güdüsü körelerek, hâkim durumdaki teşebbüsün dikte ettiği pazar şartlarını kabul edecektir. Bu bakımdan, maliyet, rekabetin kısıtlanıp kısıtlanmadığının değerlendirilmesinde bir ölçüt olarak önemini kaybetmemektedir. Fiyat indirimi, maliyet üstü olsun ya da olmasın, rekabeti kısıtlama amacı taşıyabilecektir.

Komisyon, makul bir açıklaması yapılabilecek fiyat indirimlerinin yıkıcı olup olmadığı konusunda otoritelerin tereddüde düştüğü durumda, uygulamayı açığa çıkaracak yazılı delillerle veya hâkim durumdaki teşebbüsün davranışlarının bir bütün olarak değerlendirilmesi suretiyle niyetin ayrıca ispatlanması gerektiğini ifade etmiştir.<sup>22</sup> Bununla birlikte, fiyat indiriminin

<sup>20</sup> Komisyon'un *AKZO* kararında benimsediği yaklaşım, kullanılan maliyet ölçütü bakımından zaman içinde farklılaşmıştır. Komisyon'un yıkıcı fiyata ilişkin genel uygulaması, 2005 tarihli Tartışma Metni ve 2008 tarihli Kılavuz çerçevesinde ortaya çıkmıştır. Özdemir 2010, s.9. EUROPEAN COMMISSION (2005), DG Competition Discussion Paper on the Application of Article 82 of the Treaty to Exclusionary Abuses, Brussels, EUROPEAN COMMISSION (2008), Guidance on the Commission's Enforcement Priorities in Applying Article 82 EC Treaty to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings, Brussels.

<sup>21</sup> Komisyon, *AKZO* kararında Yamey'in şu ifadesine atıfta bulunmaktadır: "Ortalama toplam maliyet üstü fiyatlarla da rakipleri disipline ve elimine etmek ve potansiyel girişleri caydırmak mümkündür." YAMEY, B. (1972), "Predatory Price Cutting: Notes and Comments", *Journal of Law and Economics*, vol:15, no:1, s.129-14.

<sup>22</sup> Hâkim durumdaki teşebbüsün, rakibi dışlama niyetinin, doğrudan ve dolaylı ispat yöntemleriyle kanıtlanmasının mümkün olduğu ifade edilmektedir. Niyetin ispatlanması konusuna, çalışmamız kapsamında değinilmeyecektir. UZUNALLI, S. (2010), "Avrupa Birliği Rekabet Hukuku Işığında

amacının çok açık olduğu durumlarda niyetin ayrıca ispat edilmesine gerek bulunmamaktadır.

Komisyona, AKZO'nun, fiyat indirimlerini, rakibi için çok önemli olan, fakat kendi satışları içerisinde çok büyük bir pay teşkil etmeyen un pazarıyla sınırlı tutarak, yıkıcı fiyat uygulamasının maliyetini kendisi için en aza indirdiğine ve böylelikle amacına ulaştığına dikkat çekmektedir. Yine, AKZO'nun, fiyat indirimleriyle rakipleri pazar dışına çıkarmak suretiyle edindiği şöhretin yarattığı pazara giriş engeli de Komisyon tarafından, üstü kapalı biçimde de olsa dikkate alınmıştır.<sup>23</sup>

Komisyon'a göre, bütün bunlar bir arada değerlendirildiğinde, AKZO'nun, rakibi pazar dışına çıkarmaya yönelik planı, dolayısıyla da rakibi dışlama niyeti açıkça ortaya çıkmaktadır.<sup>24</sup> Sonuç olarak, Komisyon, AKZO'nun hâkim durumunu kötüye kullandığına hükmetmiştir. Görüldüğü üzere Komisyon, AKZO tarafından uygulanan fiyatların maliyet altı ya da maliyet üstü olup olmadığını tespit etmeye çalışmışsa da, AKZO'nun, rakibinin müşterilerine yönelik seçici fiyat uygulamasının, rakibi dışlamaya yönelik stratejik bir planının parçası oluşunu kararına temel almış ve hukuka uygun fiyatlandırma davranışının tespitinde maliyetleri göz önünde bulundurmanın gerekli olmadığını vurgulamıştır.<sup>25</sup>

Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) da, AKZO'ya ilişkin kararında<sup>26</sup>, AKZO'nun, yalnızca rakibin fiyatlarını karşılamaya yönelik olarak fiyat indirimi yapmış olduğu şeklindeki savunmasının kabul edilemez olduğunu; çünkü bu fiyatların yapay olduğunu ve AKZO'nun bu durumu bildiğini ya da bilmesi gerektiğini ifade etmiştir. ABAD, ortalama değişken maliyet ile ortalama toplam maliyet arasında bir düzeydeki fiyatların, rakibi elimine etmek amacıyla uygulanan bir planın parçası olması durumunda, kötüye kullanma olarak nitelendirilmesi gerektiğini; çünkü böyle bir durumun, hâkim durumdaki teşebbüse göre daha sınırlı kaynaklara sahip olması nedeniyle bu tür bir fiyat rekabetine karşı ayakta kalamayacak olan ve en az hâkim durumdaki teşebbüs kadar etkin olan teşebbüslerin pazar dışına çıkmasına neden olabileceğini belirtmiştir.

---

Yıkıcı Fiyat Uygulamaları ile Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması", *Rekabet Dergisi*, Cilt:11, Sayı:4.

<sup>23</sup> KARA, A.F. (2003), "Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Aracı Olarak Yıkıcı Fiyat Uygulaması ABD ve AT Uygulamalarından Dersler", *Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi*, Ankara, s.26.

<sup>24</sup> Kara 2003, s.26.

<sup>25</sup> Kara 2003, s.26, Geradin ve Petit 2005, s.15, KORAH, V. (2001), *Cases&Materials on EC Competition Law*, Hart Publishing, USA, s.160-161.

<sup>26</sup> AKZO Chemie BV v. Commission Case 62/86 (1991) ECR I-3359.



Komisyon, fiyat indirimlerinin ihlâl teşkil edip etmediğinin değerlendirmesinde, fiyat-maliyet ilişkisini dikkate almamış; ABAD ise, Komisyon'un bu yaklaşımını kabul etmeyerek, maliyet temelli bir yaklaşımı benimsemiştir. ABAD'ın AKZO kararı, Avrupa Birliği uygulaması açısından yıkıcı fiyatlama konusunda emsal teşkil etmektedir.<sup>27</sup>

### 2.2.2. Hilti Kararı<sup>28</sup>

Komisyon, 6 milyon Avro'luk ceza kestiği *Hilti*'nin, hâkim durumunu pek çok açıdan kötüye kullandığına karar vermiştir. Çivi tabancası üreticisi olan *Hilti*, müşterilerin, rakip teşebbüslerden çivi satın almaması için bir dizi eylemde bulunmuştur. *Hilti*, bazı müşterilerle bağlama anlaşmaları yapmasının yanı sıra, rakip teşebbüslerin ana müşterilerini tespit ederek, bu müşterilere özellikle elverişli şartlar sağlamış; rakiplerinden ürün satın alan uzun dönemli müşterilerine uyguladığı miktar indirimlerini kaldırmış; müşterilerini, "desteklenen" ve "desteklenmeyen" şeklinde iki gruba ayırarak, rakiplerinden ürün satın almış olan "desteklenmeyen" müşterilere, diğerlerine oranla daha düşük miktar indirimleri uygulamıştır. *Hilti*, bazı ürünlerini ücretsiz olarak dahi vermiştir. Komisyon, bu olaydaki fiyatlandırma ihlâlinin, fiyatların maliyet altı olmasından değil; *Hilti*'nin, hâkim durumuna dayanarak, rakiplerin faaliyetlerine zarar vermek üzere, rakiplerinin müşterilerine düşük fiyatlar teklif etmesinden kaynaklandığını ifade etmiştir. Bu çerçevede, kararda yer verilen şu ifadeler dikkat çekicidir:

*"Agresif fiyat rekabeti, teşebbüsler için olmazsa olmaz bir rekabet aracıdır. Fakat sırf rakiplerin faaliyetlerine zarar vermek ya da pazara yeni girişler yapılmasını caydırmak amacıyla tasarlanan ve bu arada müşterilerin bir kısmına daha yüksek fiyat uygulanmasını içeren seçici fiyat ayrımcılığı, hem daha yüksek fiyat uygulanan müşteriler açısından sömürücü, hem de rekabete zarar vericidir."*

*Hilti* kararında Komisyon, teşebbüsün fiyatları ve maliyetleri arasındaki ilişki ile ilgilenmemiş; maliyet üstü fiyatların, rakiplerin dışlanmasına veya girişlerin caydırılmasına ne şekilde neden olacağına bir açıklama getirmemiştir.<sup>29</sup>

<sup>27</sup> Özdemir 2010, s.8.

<sup>28</sup> Case 88/138, Eurofix-Bauco v. Hilti OJ (1988) L 65.

<sup>29</sup> Jones ve Sufrin 2008, s.467, O'DONOGHUE, R. (2006), "Over-Regulating Lower Prices: Time for a Rethink on Pricing Abuses under Article 82 EC", Chapter in C.D. Ehlermann & I. Atanasiu, "What is an abuse of a dominant position?", Hart Publishing, USA, s.24, Ritter ve Brown 2005, s.457.

Konuyu değerlendiren Genel Mahkeme de, *Hilti*'nin fiyatlama davranışındaki rekabetçi endişeyi açıkça belirtmemekle birlikte, *Hilti*'nin stratejisinin, hâkim durumdaki bir teşebbüs için meşru bir rekabet biçimi olmadığını; çünkü seçici ve ayrımcı politikanın, diğer teşebbüslerin pazarda kendilerine yer edinmelerine engel olabileceğini belirterek, Komisyon kararına katılmıştır.<sup>30</sup>

### 2.2.3. BPB Kararı<sup>31</sup>

Söz konusu kararda Komisyon, alçı levha satıcılarına yalnızca kendisinin ürününü stoklamaları halinde indirim uygulayan *BPB*'nin bu davranışının ihlâl teşkil ettiğine karar vermiştir. Büyük Britanya ve İrlanda'da alçı levha üreticisi olarak hâkim durumda bulunan *BPB*, Fransa ve İspanya'dan ithal edilen ürünler nedeniyle ilgili pazarda yoğun rekabet baskısı altında kalınca, müşterilerine sadakat indirimleri uygulamaya başlamıştır. *BPB*, bu çerçevede, İspanya'dan ithal edilen alçı levhaları satın alma niyeti olan Kuzey İrlandalı müşterilerine fiyat indirimleri yapmış ve münhasıran kendisinden alçı levha satın alan müşterilerine ek indirimler sunmuştur.<sup>32</sup> Bununla birlikte, Komisyon, yıkıcı olduğuna veya sistematik bir dizinin parçası olduğuna ilişkin bir emare bulunmadığı gerekçesiyle, *BPB*'nin, İngiltere'de, yabancı ürünlerin rekabetine maruz kalan belirli bölgelerdeki satıcılara maliyet üstü fiyat indirimleri uygulamasına izin vermiştir.

### 2.2.4. Compagnie Maritime Belge Kararı<sup>33</sup>

Söz konusu kararda Komisyon, Kongo Demokratik Cumhuriyeti (eskiden Zaire) ile belli başlı Avrupa limanları arasında deniz taşımacılığı sektöründe faaliyet gösteren *Cewal* adındaki birliğin üyelerinin, tarifelerini, tek rakipleri durumundaki "*Grimaldi ve Cobelfret*"in tarifeleri ile aynı seviyeye ya da bu teşebbüsün tarifelerinin altına çekmek, gemilerini, *Grimaldi ve Cobelfret*'in gemileriyle aynı rotada ve aynı zamanlarda işletmek suretiyle uyguladığı "savaşan gemiler" politikasını değerlendirmiş ve bu politikanın, rakibi ortadan kaldırmaya yönelik seçici fiyatlama davranışı olduğu ve ihlâl teşkil ettiği sonucuna varmıştır.

Komisyon kararı, Genel Mahkeme tarafından onanmıştır. Genel Mahkeme, *Cewal*'in, rekabeti ortadan kaldırmaya değil; rekabeti karşılamaya yönelik davrandığı yönündeki savunmayı reddetmiş; *Cewal*'in, *Grimaldi ve*

<sup>30</sup> Whish 2009, s.739, O'DONOGHUE, R., A.J. PADILLA (2006), *The Law and Economics of Article 82 EC*, Hart Publishing, USA, s.278-279.

<sup>31</sup> Case 89/22, *BPB Industries plc.*, OJ (1989) L 10.

<sup>32</sup> Geradin ve Petit 2005, s.13.

<sup>33</sup> Case 93/82, *Cewal*, OJ (1993) L 34.

*Cobelfret*'ten gelen tehdide verdiği karşılığın haksız ve orantısız olduğunu ifade etmiştir.

ABAD da, *Cewal*'in fiyatlama davranışının ihlâl teşkil ettiği kanaatine ulaşmıştır.<sup>34</sup>

Başsavcı (*Advocate General*) Fennelly, seçici fiyatlama davranışının hâkim durumun kötüye kullanılması olarak değerlendirilmesi konusuna dikkatle yaklaşılması gerektiğini belirterek şunları ifade etmiştir:

*“Fiyat rekabeti, Avrupa Birliği politikasının iç pazarda sağlamayı amaçladığı serbest ve özgür rekabetin özüdür. Fiyat rekabeti, daha etkin teşebbüsleri teşvik eder ve hem kısa, hem de uzun vadede tüketicilerin yararınadır. Hâkim durumdaki teşebbüslerin fiyat rekabeti, yalnızca meşru değildir; aynı zamanda teşvik de edilmelidir.”*

Başsavcı'nın görüşüne göre, hâkim durumdaki teşebbüsün ayrımcı olmayan fiyat indirimleri, maliyet altı fiyatlamaya neden olmuyorsa, normal şartlarda rekabete aykırı olarak nitelendirilmemelidir:

*“İlk olarak, fiyat indirimleri, kısa süreli dahi olsa, tüketicilerin yararınadır; ikincisi, hâkim durumdaki teşebbüsün rakipleri eşit derecede ya da daha etkin ise, hâkim durumdaki teşebbüsle aynı koşullarda rekabet edebilmeleri gerekir. Bu nedenle, Avrupa Birliği rekabet hukuku, daha az etkin teşebbüslere, hâkim durumdaki teşebbüslerle bile olsa, etkin rekabet karşısında güvenli liman tesis etmemelidir. Fakat, tekele yaklaşan pazar gücüne sahip hâkim durumdaki bir teşebbüsün, özellikle seçici fiyat indirimlerinin maliyetlerden görece bağımsız şekilde gerçekleştirilebildiği bir pazarda, pazardaki tüm rekabeti ortadan kaldırma amacının ortaya konulabildiği seçici fiyat indirimleri uyguladığı durumda, farklı değerlendirmelere gidilebilecektir. Bu şartlar altında, tüm maliyet üstü fiyat indirimlerinin kabul edilebilir olduğunu varsaymak, söz konusu teşebbüsün, seçici fiyat indirimi politikası ile pazardaki rekabeti tümüyle ortadan kaldırarak uzun dönemde fiyatları arttırmasına ve potansiyel teşebbüslerin, aynı davranışa maruz kalma korkusuyla pazara girmekten caydırılmasına neden olabilir.”*

<sup>34</sup> *Compagnie Maritime Belge Transports SA, Compagnie Maritime Belge SA and Dafra-Lines A/S v. Commission (Cases C-395/96 P and C-396/96 P) (2000) ECR I-1365.*

Görüldüğü üzere Başsavcı, “süper hâkim durum”daki<sup>35</sup> bir teşebbüsün, rakibini pazar dışına çıkarma amacıyla seçici fiyat indirimi uyguladığı durumda, bu davranışın, fiyatların maliyetlerle ilişkisine bakılmaksızın kötüye kullanma olarak nitelendirilmesi gerektiği görüşünü ortaya koymuştur.<sup>36</sup> ABAD, Başsavcı’nın değerlendirmesini izleyerek, olay kapsamındaki seçici fiyat indiriminin bir kötüye kullanma hali olduğuna karar vermiş; ancak, davranışın, bir gemi birliğinin davranışı olduğu gerçeğine odaklanarak, Başsavcı’nın görüşünden daha dar bir tanımlamaya gitmiştir.<sup>37</sup> ABAD, *Tetra Pak* kararına<sup>38</sup> atıf yaparak, hâkim durumdaki teşebbüslerin özel sorumluluğunun, her olayın kendi özel koşulları kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini ifade ettikten sonra, deniz taşımacılığı pazarının “çok özel bir sektör” olduğunu belirtmiştir. Gemi birliklerinin seçici fiyat indirimleri için genel bir kural belirlemekten kaçınan ABAD, Komisyon’un ihlâl bulunduğu yönündeki kararını onayarak şunları ifade etmiştir:

*“Buradaki davranışın, pazarda %90’ın üzerinde paya sahip olan ve yalnızca tek bir rakibi bulunan bir birliğe ait olduğunu hatırlamak gerekmektedir. Dahası, temyiz yoluna giden davalılar, davranışlarının amacının, rakip Grimaldi ve Cobelfret’i pazar dışına itmek olduğu iddiasına hiçbir zaman ciddi biçimde karşı çıkmamış; hatta savunmalarının dinlendiği oturumda bu amaçlarını kabul dahi etmişlerdir.”*

Görüldüğü üzere ABAD, maliyet üstü seçici fiyatlamının hangi durumlarda ihlâl oluşturabileceğine dair genel geçer bir kural benimsemeyi uygun görmemiş, fakat hâkim durumdaki teşebbüsün %90’ın üzerinde bir pazar payına sahip olması ve rakibi pazar dışına itme niyetinin açıkça ortada olması durumunda seçici fiyatlamının ihlâl oluşturacağını ifade etmiştir.<sup>39</sup>

<sup>35</sup> Süper hâkim durum kavramı, pazar gücünün uzun süre devam etmesi sonucunda, tekele yaklaşan pazar gücünü ifade etmek için kullanılmaktadır. Tekel ya da tekele yakın teşebbüslerin sahip olduğu güce karşılık gelmekte ve yaklaşık %90 pazar payının üstü bu kavramla ilişkilendirilmektedir. REKABET KURUMU (2009), *Rekabet Terimleri Sözlüğü*, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara, s.166. “Süper hâkim durum” kavramı, Avrupa Birliği mahkemelerince ilk defa *Compagnie Maritime Belge* kararında açıkça benimsenmiştir. GERADIN, D., P. HOFER, F. LOUIS, N. PETIT, M. WALKER (2005), “The Concept of Dominance”, *GCLC Research Papers on Article 82 EC*, s.12.

<sup>36</sup> Jones ve Sufirin 2008, s.468.

“Süper hâkim durum” kavramı, Avrupa Birliği mahkemelerince ilk defa *Compagnie Maritime Belge* kararında açıkça benimsenmiştir. GERADIN, D., P. HOFER, F. LOUIS, N. PETIT, M. WALKER (2005), “The Concept of Dominance”, *GCLC Research Papers on Article 82 EC*, s.12.

<sup>37</sup> Jones ve Sufirin 2008, s.469.

<sup>38</sup> *Tetra Pak II*, OJ 1992 L 72/1.

<sup>39</sup> ELHAUGE, E., D. GERADIN (2007), “Global Competition Law and Economics”, Hart Publishing, USA, s.347.

### 2.2.5. Irish Sugar Kararı<sup>40</sup>

Seçici fiyatlama konusu, Komisyon'un *Irish Sugar* kararında da gündeme gelmiştir. İrlanda ve Kuzey İrlanda'nın tek şeker pancarı üreticisi olan *Irish Sugar*, diğer üye ülkelerden yapılan ve gittikçe artan miktardaki ithalata, çeşitli fiyatlama davranışlarıyla karşılık vermiştir. *Irish Sugar*, özellikle, İrlanda ve Kuzey İrlanda sınırında bulunan ithalata en duyarlı müşterilerine uyguladığı fiyatlarda, maliyet altı olmayan fiyat indirimleri yapmıştır. *Compagnie Maritime Belge* kararında olduğu üzere Komisyon, (teşebbüsün kendi belgelerinden görülen) rekabeti engelleme niyeti ve fiyat indirimlerinin seçici ve hedeflenmiş olma niteliği nedeniyle, davranışı kötüye kullanma olarak değerlendirmiştir. Komisyon, söz konusu uygulamanın tüketici zararına neden olduğunu tespit etmiş ve kararda, ülke sınırında bulunan müşteriler hedeflenerek yapılan indirimlerin, rakipleri dışlamak amacıyla uygulanan planın bir parçasını oluşturduğunu; bu indirimlerin, alınan miktar, pazarlama ve taşıma maliyetleri ya da reklam, depolama faaliyetleri gibi objektif haklı bir gerekçeye bağlanmadığını ifade etmiştir. *Irish Sugar*, fiyatlama davranışının rekabeti karşılama amaçlı olduğu yönünde savunmada bulunmuş; ancak, Komisyon, hâkim durumdaki teşebbüsün, pazardaki durumunu korumak için rekabet etme hakkı bulunduğunu fakat özel sorumluluğu nedeniyle, rakiplerini dışlamaya yönelik bir politika uygulamaması gerektiğini belirtmiştir.

Teşebbüs, rekabeti karşılamaya ve pozisyonunu korumaya çalıştığı ve fiyatlama politikasının kötüye kullanma olarak nitelendirilmemesi gerektiği savunmasıyla Genel Mahkeme'ye de başvurmuştur.<sup>41</sup>

Genel Mahkeme, kararın, *Irish Sugar*'ın, rakibi *ASL*'nin potansiyel müşterilerine seçici fiyatlama yaptığı yönündeki kısmını bozmuş; ancak, *Irish Sugar*'ın bazı müşterilere seçici fiyatlama yaparak rekabeti ihlâl ettiği sonucunu onamıştır.<sup>42</sup>

Genel Mahkeme, bir teşebbüsün hâkim durumda oluşunun, teşebbüsü, ticari çıkarlarının tehdit altında olduğu durumda, bu çıkarlarını koruma hakkından yoksun bırakmayacağını belirtmiş; ancak, *Irish Sugar*'ın özelliklerinde bir hâkim durumdaki teşebbüsün ticari çıkarlarını koruma çabasının hukuka uygun olabilmesi için, en azından, ekonomik etkinlik kriterine dayanması ve tüketici çıkarlarıyla uyumlu olması gerektiğini ifade etmiştir.

<sup>40</sup> Case 97/624, *Irish Sugar plc.*, OJ (1997) L 258.

<sup>41</sup> Jones ve Sufirin 2008, s.470, O'Donoghue 2006, s.27.

<sup>42</sup> *Irish Sugar plc v. Commission* (Case T-228/97) (1999) ECR II-2969.

### 2.2.6. Avrupa Birliği Uygulaması Üzerine Genel Değerlendirme

O'Donoghue ve Padilla, Avrupa Birliği'nin hâkim durumun kötüye kullanılmasına ilişkin uygulamaları çerçevesinde, yıkıcı fiyatlama ihlallerinin, yalnızca maliyet altı değil; maliyet üstü fiyatlamaları da içerdiğini belirtmektedir. Yıkıcı fiyatlamayı genişletici bu bakış açısı, *Compagnie Maritime Belge* kararında şu şekilde ortaya konulmuştur: Öncelikle, Roma Anlaşması'nın 82. maddesinde<sup>43</sup> yer alan ihlaller sınırlı olarak sayılmamıştır. İkincisi, hâkim durumdaki teşebbüs, seçici fiyatlama davranışı sonucunda hâkim konumunu güçlendirir ve ulaştığı hâkim durumun derecesi pazardaki rekabeti tehdit eder duruma gelirse, ihlâl ortaya çıkabilecektir. Üçüncüsü, değişken maliyetlerin çok düşük olduğu durumlarda maliyetler, teşebbüsün fiyatlama davranışının hukuka uygun olup olmadığının değerlendirmesinde güvenilir bir araç olmayacaktır. Son olarak, pazardaki rekabetin azaldığını ortaya koyan olaylarda, hâkim durumdaki teşebbüse yüklenen özel sorumluluğun kapsamı, somut olaya özgü koşullar çerçevesinde değerlendirilmelidir.<sup>44</sup>

*Compagnie Maritime Belge* kararının bir sonucu olarak, seçici fiyat indirimlerinin, kötüye kullanma hali olabilecek bir davranış biçimi olduğu açıktır. Karar, yeni bir rakibi pazar dışına itmek amacıyla yapılan maliyet üstü fiyat rekabetinin hangi durumlarda hukuka aykırı olduğu sorusuna net bir yanıt vermemekte ise de, kararın bazı özelliklerini ortaya koyarak, bu örneğin kapsamını belirlemek ve bu şekilde, gelecekteki uygulama biçimini sınırlamak önem taşımaktadır.<sup>45</sup> Öncelikle, deniz taşımacılığı, ABAD'ın belirttiği üzere, yerleşik bir hâkim durumdaki teşebbüsün, rakiplerini hedef alarak, maliyetleriyle pek az bağlantısı olan stratejik davranışlarla, rakiplerini pazar dışına itmesinin mümkün olduğu, olağandışı bir sektördür. İkincisi, gemi birliği, pazarın en az %90'ını elinde tutmaktadır; bu nedenle de "süper hâkim durum"dadır ve özel sorumluluğu gereği yakın incelemeye tabidir. Üçüncüsü, birliğin yalnızca bir tek rakibi bulunmaktadır. Son olarak, "dumanı tüten silah" (*smoking gun*); yani, birliğin, tek rakibi durumundaki *Grimaldi ve Cobelfret*'i pazar dışına itme niyetini ortaya koyan kanıtlar mevcuttur. Öyle ki, birlik üyeleri, savunmalarında bu niyetlerini itiraf etmişlerdir. ABAD'ın dile getirmedeği; ancak, etkilenmiş olabileceği bir gerçek de, gemi birliğinin bizzat kendisinin, üyeleri arasında bir yatay anlaşma niteliğinde oluşudur. Dolayısıyla, aslında, 101. madde altında çok ciddi bir ihlâl olabilecek, yatay kolektif bir bojkot söz konusudur. Olay, bu sayılan özel nitelikleri göz önünde

<sup>43</sup> "Roma Anlaşması", Lizbon Anlaşması ile "Avrupa Birliği'nin İşleyişine Dair Anlaşma" olarak isimlendirilmiş; bu çerçevede Roma Anlaşması'nın 82. maddesi, Avrupa Birliği'nin İşleyişine Dair Anlaşma'nın 102. maddesi olmuştur.

<sup>44</sup> O'Donoghue ve Padilla 2006, s.274.

<sup>45</sup> Whish 2009, s.741, Jones ve Sufrin 2008, s.470.

bulundurularak değerlendirildiği takdirde, hâkim durumda bulunan, ancak, daha olağan şartlarda faaliyet gösteren başka teşebbüslerin, Avrupa Birliği'nin İşleyişine Dair Anlaşma'nın (ABİDA) 102. maddesinde yasaklanan diğer fiyatlama türlerinin kapsamına girmeyen fiyat indirimlerine karşılık vermekte özgür oldukları sonucuna ulaşılabilmektedir. Bu da, *Compagnie Maritime Belge* kararını, hâkim durumdaki teşebbüsler için daha az tehdit edici bir emsal haline gelmektedir.<sup>46</sup>

Maliyet üstü seçici fiyatlamanın ihlâl olarak kabul edildiği kararlara bakıldığında, "süper hâkim durum"un ortak bir unsur olduğu görülmektedir. *Irish Sugar* kararında Genel Mahkeme, "*Irish Sugar*'ın özelliklerinde bir hâkim durumdaki teşebbüs"ten söz etmiş ve kötüye kullanma davranışını bununla ilişkilendirmiştir. Bu hükümden, süper hâkim durumdaki teşebbüslerin, pazardaki konumlarına yapılan müdahalelere karşılık verme imkanlarının sınırlı olduğu ve ekonomik etkinlik kriterine dayanarak tüketici çıkarlarıyla uyumlu şekilde davranmaları gerektiği anlaşılmaktadır.<sup>47</sup> *Irish Sugar* ve *Compagnie Maritime Belge* kararlarından, süper hâkim durumdaki teşebbüslerin, rekabeti karşılama amaçlı maliyet üstü fiyat indirimlerinin dahi ihlâl kabul edileceği sonucu çıkarılmaktadır.<sup>48</sup> Jones ve Sufirin, süper hâkim durumdaki teşebbüslerin, diğerlerinden daha farklı fiyatlama standartlarına tabi tutulması söz konusu ise, süper hâkim durum eşliğinin ne olduğunun açıkça ortaya konulması ve maliyet üstü fiyatlamanın ihlâl kabul edilmesinin ekonomik rasyonelinin açıklanması gerektiğini ifade etmektedirler.<sup>49</sup>

Kararlardaki bir diğer ortak nokta, rakibi dışlama niyetinin tespitidir; fakat, dışlama niyetinin, niyet olmasa idi tamamen hukuka uygun olacak bir maliyet üstü fiyatlama davranışını ihlâl haline getireceğini söylemek ciddi bir meseledir.<sup>50</sup>

Kararlardaki üçüncü ortak unsur, kararların tümünde çok çeşitli dışlayıcı uygulamaların bulunması; bu nedenle de, çok sayıda ihlâlin kümülatif etkisinin söz konusu oluşudur. *Hilti* kararında, hâkim durumdaki teşebbüs, farklı birtakım uygulamalar yoluyla bağlama politikası izlemiş; *Compagnie Maritime Belge* kararında, birlikte hâkim durumda bulunan gemi birliği, diğer ihlâllerin yanı

<sup>46</sup> Whish 2009, s.741.

<sup>47</sup> Jones ve Sufirin 2008, s.471.

<sup>48</sup> VAN BAEL, I., J.F. BELLIS (2005), "Competition Law of the European Community", Kluwer Law International, The Netherlands, s.921-922. Kılavuz'da da, *Irish Sugar* kararına atıf yapılarak, hâkim durumdaki teşebbüsün pazar payının büyüklüğünün, kötüye kullanma davranışının olası ciddi sonuçlarının bir göstergesi olduğu ve Komisyon tarafından yapılacak müdahaleye haklılık kazandırdığı ifade edilmektedir. European Commission 2008, s.9.

<sup>49</sup> Jones ve Sufirin 2008, s.471.

<sup>50</sup> Jones ve Sufirin 2008, s.472.

sıra, “savaşan gemiler” işleterek, yıkıcı zaman çizelgeleri uygulamaları içerisinde girmiş; *Irish Sugar* kararında ise, teşebbüs, ayrımcı indirimler, sadakat ve hedef indirimleri, ürün değişimleri gibi başka çeşitli kötüye kullanma davranışları sergilemiştir. Son olarak, hem *Compagnie Maritime Belge* kararında, hem de *Irish Sugar* kararında, birlikte hâkim durum söz konusudur.<sup>51</sup> Özetle, *Hilti*, *Irish Sugar* ve *Compagnie Maritime Belge* kararları ile Komisyon, seçici fiyatlamının, rekabetçi fiyatlara karşılık vermek için gerekli olan indirimlerin ötesine geçtiği, açık şekilde dışlayıcı olan diğer davranışlarla bir arada olduğu ve rekabete karşılık vermekten ibaret olmadığı durumda ihlâl sayılması gerektiği yaklaşımını ortaya koymuştur. Komisyon’un değerlendirmesinde, rakibi dışlama niyeti de bahsedilen tabloda ağırlaştırıcı bir neden olarak ele alınmaktadır.<sup>52</sup>

Öyle anlaşılıyor ki Komisyon, “rekabeti karşılama” kavramının içinde aynı zamanda rakipleri dışlama amacı da gördüğünden, onu dışlayıcı niyet kavramına oldukça yakın değerlendirmektedir. Rekabeti karşılama, seçici fiyatlama yoluyla yapıldığında, Komisyon’un bu davranışı dışlayıcı niyetle özdeşleştirdiği ve bu durumu da kötüye kullanma kapsamına aldığı görülmektedir. Komisyon’un, rekabeti karşılama savunmasını kabul etmemesi, hâkim durumdaki teşebbüslerin uygulamalarını meşrulaştırmaya yarayacak bir araç vermek istemediğini, böylece hâkim durumdaki teşebbüslerin seçici fiyatlama yoluyla küçük rakipleri sistematik şekilde elimine etmesinin önüne geçmeye çalıştığını göstermektedir. Komisyon, ayrıca, hâkim durumdaki teşebbüslerin sistematik şekilde seçici fiyatlama yaparak rekabeti karşıladıkları yönünde şöhret edinmek yoluyla piyasaya yeni girişleri engellemesinin önüne geçmeye çalışmaktadır.<sup>53</sup>

Tartışma Metni<sup>54</sup>, ortalama toplam maliyet üstü fiyatlamının ihlâl olabileceği düşüncesine ihtiyatlı yaklaşmakta ve böyle bir fiyatlama biçiminin, ancak daha az etkin rakipleri dışlayacağını belirtmektedir. Tartışma Metni’nde, maliyet üstü fiyatlandırmaya ilişkin olarak şu ifadeler kullanılmaktadır:

*“Nihai fiyatın ortalama toplam maliyet üzerinde kalmasına neden olacak fiyat indirimlerine ilişkin genel intiba, böylesi bir uygulamanın “yıkıcı” olmayacağı yönündedir. Hâkim durumdaki teşebbüse eşit ölçüde hatta ondan daha etkin durumdaki teşebbüslerin, hâkim durumdaki teşebbüs tarafından başlatılan bu rekabeti karşılama imkanı olacağından, bu durum hakkaniyetli bir rekabet anlamına gelecektir.”*

<sup>51</sup> Jones ve Sufirin 2008, s.472.

<sup>52</sup> O’Donoghue 2006, s.32.

<sup>53</sup> Kara 2003, s. 38.

<sup>54</sup> EUROPEAN COMMISSION (2005), DG Competition Discussion Paper on the Application of Article 82 of the Treaty to Exclusionary Abuses, Brussels.



Maliyet üstü fiyatlama davranışının ancak çok nadir durumlarda ihlâl olabileceğini söyleyen Tartışma Metni'nde, bu durumlara bazı örnekler verilmektedir. Bunlardan biri, birlikte hâkim durumdaki teşebbüslerin, rakiplerini dışlamak ya da disipline etmek amacıyla, fiyatlarını, seçici fiyatlama yoluyla rakiplerin fiyatının altına indirmeleri; maliyetleri ve fiyatları arasındaki marjı daraltıp, ortaya çıkan kâr kayıplarını paylaşma yoluna gitmeleridir. Bu kapsamda, *Compagnie Maritime Belge* kararının, kendine özgü koşulları ile sınırlandırılması önerilmektedir.<sup>55</sup> Başka bir deyişle, tekele yakın konumu olan ve birlikte hâkim durumda bulunan teşebbüslerin, rakibe seçici fiyat uygulamak ve gelir kayıplarını aralarında paylaşmak yoluyla, rakipleri dışlamaya veya disipline etmeye yönelik açık bir strateji uygulaması durumunda, ortalama toplam maliyet üstü bir fiyat da istisnai olarak ihlâl kabul edilebilecektir.<sup>56</sup> Uygulamada, böyle bir durumun ortaya çıkma ihtimali son derece düşüktür; çünkü dışlayıcı bir fiyatlama stratejisi nedeniyle oluşacak zararların iki ya da daha fazla teşebbüs arasında paylaşılmasına yönelik herhangi bir açık veya zımni anlaşma, zaten bir rekabet ihlâli teşkil edecektir.<sup>57</sup>

Tartışma Metni'nde yer alan bir diğer örnek, tek başına hâkim durumda bulunan bir teşebbüsün, rakiplerce tekrarlanamayacak bazı avantajlara sahip olduğu, veya ölçek ekonomilerinin çok önemli olduğu ve pazara yeni giren teşebbüslerin, minimum etkin ölçegin<sup>58</sup> altında faaliyet göstermek zorunda olmaları nedeniyle, girişten sonra belli bir süre boyunca önemli bir maliyet etkinsizliği ile çalıştıkları durumdur. Böyle bir durumda, hâkim durumdaki teşebbüs, geçici süreyle, kendi ortalama toplam maliyetinin üzerinde, ancak, pazara yeni giren teşebbüsün ortalama toplam maliyetinin altında fiyatlama yapmak suretiyle, pazara yeni girişleri engelleyebilecek ya da pazara yeni giriş yapan teşebbüsleri pazar dışına çıkarabilecektir. Tartışma Metni'nde, bu şekildeki bir fiyat indiriminin yıkıcı olarak nitelendirilebilmesi için; pazarda yerleşik hâkim durumdaki teşebbüsün, rakibini dışlamaya yönelik açık bir stratejisinin bulunduğu, pazara yeni giren teşebbüsün, yalnızca tekrarlanamayan avantajlar veya ölçek avantajı nedeniyle hâkim durumdaki teşebbüsten daha az etkin olduğunun ve pazara yeni girişlerin, seçici

<sup>55</sup> O'Donoghue ve Padilla 2006, s.282.

<sup>56</sup> LANG, T.J., R. O'DONOUGHUE (2005), "The Concept of an Exclusionary Abuse under Article 82 EC", *GCLC Research Papers on Article 82 EC, College of Europe Global Competition Law Centre (GCLC)*, s.42.

<sup>57</sup> O'Donoghue ve Padilla 2006, s.282.

<sup>58</sup> Minimum etkin ölçek, uzun dönem ortalama maliyeti minimum kılan çıktı düzeyini ifade etmektedir. Daha fazla bilgi için bakınız ÜNSAL, E.M. (2004), *Mikro İktisat*, İmaj Yayınevi, Ankara, s.268.

fiyatlamının caydırıcılığı nedeniyle engellendiğinin gösterilmesi gerektiği ifade edilmektedir.<sup>59</sup>

O'Donoghue ve Padilla, Tartışma Metni'nde yer alan örneklerin, teorik çekiciliği olsa da, uygulamada önemli sakıncalar doğurabileceğinden bahsetmektedir. Rakiplerin henüz minimum etkin ölçüğe ulaşmadığı ve ortalama toplam maliyet üzerindeki fiyat indirimlerinin rakiplerin minimum etkin ölçüğe ulaşmasını engelleyeceği durumda, hâkim durumdaki teşebbüsün, bu tip fiyat indirimlerinden kaçınması gerektiği ifadesi, çeşitli sorunları gündeme getirmektedir. Öncelikle, hâkim durumdaki bir teşebbüsten, rakiplerin minimum etkin ölçüğe ulaşıp ulaşmadıklarını veya ne zaman ulaşacaklarını bilmesini beklemek mümkün değildir. İkincisi, hâkim durumdaki teşebbüsün, pazara yeni giren teşebbüsün ortalama toplam maliyetinin altında fiyatlama yapıp yapmadığını; kendi ortalama toplam maliyetinin üzerinde, fakat rakiplerin ortalama toplam maliyetinin altında fiyatlama yapmasının, pazara girecek teşebbüslerin yeterli ölçüğe ulaşmasını hangi noktada engelleyeceğini bilmesi imkansız değilse bile çok güçtür. Üstelik, hâkim durumdaki teşebbüsün bu türden bilgileri araştırması hukuka aykırı dahi olabilir. Üçüncüsü, pazara yeni giren teşebbüsler gerekli ölçüğe zamanla ulaşabilecek durumda ise, sermaye piyasaları, mükemmel işlemiyor olsa da, hâkim durumdaki teşebbüs kadar etkin olabilecek bir teşebbüse fon sağlamayı rasyonel bulacaklardır. Hâkim durumdaki teşebbüsten daha az etkin olan ve bu şekilde kalacak olan yeni teşebbüsler, tüketicilere herhangi bir fayda sağlamayacak ve bu durumdaki teşebbüsleri korumak, kısa ve uzun dönemde tüketici refahını olumsuz etkileyecektir. Sonuncusu ve en önemlisi, Tartışma Metni'nde önerilen kural yeterince net değildir ve meşru fiyat rekabetini bozma yönünde önemli bir risk barındırmaktadır.

Hâkim durumdaki teşebbüslerin fiyat rekabeti içine girmesi, rekabet hukukunca yasaklanan değil; tam aksine, teşvik edilen bir davranıştır. Rakiplerin fiyatlarına karşılık vermeye yönelik fiyat indirimleri de, rekabet hukuku uygulamasında büyük ölçüde hukuka uygun olarak kabul edilmektedir. Nitekim, ABAD, *United Brands* kararında<sup>60</sup>, hâkim durumdaki teşebbüslerin, kendi ticari çıkarlarını kollamak amacıyla, müşterilerini korumak için rekabetçi tekliflerde bulunmak da dahil olmak üzere makul bazı önlemler almalarına izin verilmesi gerektiğini açıkça ifade etmiştir. Oysa, *Irish Sugar* ve *Compagnie Maritime Belge* kararlarında, teşebbüslerin ileri sürdüğü "rekabeti karşılama" savunması, somut olayın koşulları altında kabul edilmemiştir. O'Donoghue, bu yaklaşımı eleştirmekte ve çalışmamızın "Seçici Fiyatlamaya İlişkin Literatürdeki

<sup>59</sup> O'Donoghue ve Padilla 2006, s.282.

<sup>60</sup> Case 27/76 *United Brands* (1978) ECR 293.

Görüşler” başlıklı kısmında daha ayrıntılı şekilde yer verileceği üzere, seçici fiyatlamanın başka ihlallerle bir arada bulunmadığı durumda, söz konusu savunmanın geçerli olduğunu ifade etmektedir.<sup>61</sup>

Kılavuz’da da, şiddetli bir fiyat rekabetinin genellikle tüketicilerin yararına olduğu ifade edilmiş ve anti-rekabetçi piyasa kapama etkisinin önlenmesi için Komisyon’un normal şartlarda yalnızca hâkim durumdaki teşebbüsle eşit etkinlikteki teşebbüsün rekabet etmesini engellemesi durumunda ilgili davranışa müdahale edeceği belirtilmiştir.<sup>62</sup> Bununla birlikte, Komisyon, kötüye kullanma davranışının gerçekleşmemiş olması durumunda talep kaynaklı bazı avantajlardan yararlanarak etkinliğini arttırabilecek bir teşebbüsün varlığı halinde de davranışa müdahale edebileceğini ortaya koymuştur.

Kılavuz’da, hâkim durumdaki teşebbüsün, ilgili davranışı, rakiplerin pazara girişi veya pazarda büyümesi bakımından özellikle önem taşıyan belli tüketiciler veya girdi sağlayıcılara uygulamasının, pazar kapama etkisi olasılığını arttıracığı belirtilmektedir. Kılavuz’un yıkıcı fiyatlama davranışının ele alındığı bölümünde, seçici düşük fiyatlama konusunda Komisyon’un yaklaşımına da yer verilmiştir. Buna göre; seçilmiş hedef tüketicilere uygulanan düşük fiyatlar, teşebbüsün maruz kalacağı kayıpları azaltacak ve bu nedenle de, teşebbüsler açısından bu tip bir yıkıcı fiyatlama uygulaması daha kolay olacaktır. Dolayısıyla, hâkim durumdaki teşebbüsün, genel ve uzun süreli bir fiyat indirimi uygulaması daha düşük bir olasılık taşımaktadır.

### **2.3. ABD Uygulaması**

ABD’nin seçici fiyatlama konusuna yaklaşımı, Avrupa Birliği yaklaşımına taban tabana zıttır. Aşağıda, ABD yaklaşımını ortaya koyan kararlar özetlenmekte ve değerlendirilmektedir.

#### **2.3.1. Matsushita Kararı<sup>63</sup>**

*Matsushita* kararına konu şikayette, Japon televizyon üreticilerinin, Japonya’da aşırı fiyatlama yoluyla elde ettikleri karı, ABD’de yıkıcı fiyatlama yaparak yerli üreticileri pazar dışına itmek için kullandıkları iddia edilmiştir.

Yüksek Mahkeme, teşebbüslerin pazar payları, pazara giriş engelleri gibi unsurları değerlendirerek, somut olayda yıkıcı fiyat uygulamasının rasyonel

<sup>61</sup> O’Donoghue 2006, s.37-38.

<sup>62</sup> Komisyon, Kılavuz’da, kötüye kullanma davranışının eşit etkinlikteki teşebbüsün pazardan dışlanması sonucunu doğurup doğurmayacağını tespitinde ortalama kaçınılabilir maliyet ve uzun dönem ortalama artan maliyet ölçütlerini esas aldığını belirtmiştir. European Commission 2008, s.11.

<sup>63</sup> *Matsushita v. Zenith Ratio Corp.*, 475 U.S. 574 (1986).

bir davranış olmayacağı sonucuna ulaşmış; ayrıca bir fiyat-maliyet analizi yapmaya gerek duymamıştır.<sup>64</sup>

Kararı çalışmamız bakımından önemli kılan husus ise, Yüksek Mahkeme'nin, maliyet altı fiyatlamının, yıkıcı fiyatlama için olmazsa olmaz bir koşul olduğunu ortaya koymuş olmasıdır.

### 2.3.2. Brooke Group Kararı<sup>65</sup>

Yüksek Mahkeme'nin *Brooke Group* kararı, esas itibarıyla, maliyet altı düşük fiyatlama konusunda "hasat testi" koşulunu getirmiş olması yönüyle rekabet hukuku uygulaması bakımından önemli olmakla beraber, maliyet üstü fiyatların ihlâl teşkil etmeyeceği sinyalini vermiş olması yönüyle de, çalışmamız bakımından önem taşımaktadır.

Şikayete konu olayda, fiyat rekabetinin az, kâr marjlarının yüksek olduğu sigara üretim pazarında az sayıda rakip teşebbüsle beraber faaliyet gösteren küçük bir üretici olan *Liggett*, farklı bir strateji izleyerek pazara markasız ürünler sunmaya başlamıştır. Bu yeni ürünler, markalı ürünlerden %30 oranında daha düşük fiyatlı olmaları sebebiyle markalı ürünlerden müşteri kapmış; *Liggett*'in markasız ürünler pazarındaki payı %97'ye ulaşmıştır. Sonraları, sigara üretim pazarında üçüncü en büyük üretici olan *B&W* de markasız ürün pazarına girmiş ve iki teşebbüs, birbirlerinin toptan satışçılarına miktar indirimleri sunmak suretiyle bir fiyat savaşı içerisine girmiştir. *Liggett*, *B&W*'nin, kendi fiyat indirimlerinden daha büyük indirimlere gitmesi üzerine, *B&W* tarafından uygulanan ayırıcı fiyat indirimlerinin rekabete önemli ölçüde zarar verdiğini ve Robinson-Patman Kanunu'nun ihlâl edildiğini ileri sürmüştür. *Liggett*, *B&W*'nin uyguladığı fiyatların zaman zaman ortalama değişken maliyetin altına inmesinin, yıkıcı bir planın varlığını gösterdiğini; *B&W*'nin söz konusu fiyat politikasının promosyon amaçlı olmadığını; *B&W*'nin, markalı ve markasız ürünler arasındaki fiyat farkını azaltmayı ve markasız ürünler pazarının büyümesini engelleyerek, markalı ürünler pazarındaki yüksek karlılığını sürdürmeyi amaçladığını ifade etmiştir. Mahkeme, şikayetin, Sherman Kanunu veya Robinson-Patman Kanunu kapsamında değerlendirilebilmesi için iki koşul ortaya koymuştur.<sup>66</sup> Bunlar; belirli bir maliyet ölçüsünün altında satış ve hasatın<sup>67</sup> mümkün olduğunun gösterilmesidir.

<sup>64</sup> Yüksek Mahkeme, kararında Easterbrook'a atıf yaparak, yıkıcı fiyat uygulamasının nadiren başarılı olduğunu ifade etmiştir. Daha fazla bilgi için bakınız EASTERBROOK, F.H. (1981), "Predatory Strategies and Counterstrategies", *University of Chicago Law Review*, Vol.48, No:3, s.268.

<sup>65</sup> *Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 509 U.S. 209 (1993).

<sup>66</sup> Amerikan rekabet hukukunda yıkıcı fiyat uygulaması, Sherman Kanunu'nun 2. bölümünde "tekelleşmeye teşebbüs" kapsamında değerlendirilmektedir. Ancak, Sherman Kanunu,

Yüksek Mahkeme, *Brooke Group* kararında, çalışmamız bakımından büyük önem teşkil eden şu tespitte bulunmuştur:

“Maliyet üstü fiyatların dışlayıcı etkisi; ya hâkim durumdaki teşebbüsün, rakiplerinden daha düşük bir maliyet yapısına sahip olduğunu ve hakkaniyetli rekabet ettiğini, ya da mahkemelerin, hukuka uygun fiyat indirimlerini caydırmaksızın fiyatlama davranışlarını denetleme yeteneğine sahip olmadıklarını göstermektedir.”

Böylece, *Brooke Group* kararı ile, maliyet üstü fiyatların hukuka uygun olduğu kabul edilmiş olmaktadır.<sup>68</sup>

### 2.3.3. American Airlines Kararı<sup>69</sup>

*American Airlines* kararında, teşebbüsün seçici fiyatlama davranışı ihlâl olarak kabul edilmemiştir. Kararda, *American Airlines*'in *Dallas-Fort Worth* havaalanından gerçekleşen yolcu taşımacılığı bakımından tekel olduğu, başka güzergahlar üzerinde de tekel olmaya çalıştığı iddiası değerlendirilmiştir. Karara konu olay; *Vanguard Airlines*'in *Dallas*'tan *Kansas City*'ye yönelik düşük ücretli uçuşları başladığında *American Airlines*'in, fiyatlarını *Vanguard Airlines*'in fiyatlarıyla aynı düzeye getirmesi ve uçuş sıklığını arttırması sonucunda tüketicilerin *American Airlines*'ı tercih etmesidir. Ancak, mahkeme, değişken maliyetlerin üzerinde olması nedeniyle, *American Airlines*'in seçici fiyatlama davranışının ihlâl teşkil etmediği sonucuna ulaşmıştır.<sup>70</sup>

### 2.3.4. ABD Uygulaması Üzerine Genel Değerlendirme

Yukarıda yer verilen kararlarda görüldüğü üzere, ABD'nin seçici fiyatlama konusundaki yaklaşımı, rekabet otoritelerinin ve tüketicilerin istediği fiyat rekabetini sağlayan maliyet üstü fiyat indirimlerinin hukuka uygun olduğu; dolayısıyla da, seçici fiyatlamının bir rekabet ihlâli olarak değerlendirilmemesi

---

“tekelleşmeye teşebbüs”ün hangi şartlar altında olabileceği konusunda yeterince açık değildir. Öte yandan, yıkıcı fiyat iddialarının değerlendirildiği diğer bir kanun olan *Robinson-Patman Kanunu*'nda, “rekabete önemli ölçüde zarar verme ihtimali”, davranışın ihlâl olarak nitelendirilmesi için yeterli görülmektedir.

<sup>67</sup> Çalışmamızın kapsamı dışında olmakla birlikte belirtilmesi gereken husus; *Brooke Group* kararı ile Yüksek Mahkeme'nin, yıkıcı fiyat konusundaki içtihadını “hasat testi” şeklinde formüle etmesi ve hasat imkanı bulamayan bir fiyat indiriminin, nihayetinde tüketicilerin yararına olacak, başarısız bir dışlama girişimi olduğu sonucuna ulaşmasıdır. Kara 2003, s.16-20.

<sup>68</sup> Yüksek Mahkeme, *Weyerhaeuser* kararında da, *Brooke Group* kararına atıfta bulunarak, maliyet üstü fiyatlamanın meşru kabul edilmesi gerektiğine hükmetmiş ve hâkim durumdaki teşebbüslerin maliyet üstü fiyatlama stratejilerine yönelik oluşturulan “güvenli liman”a dokunmamıştır. *Weyerhaeuser Co. v. Ross-Simmons Hardwood Lumber Co.*, 549 U.S. 312 (2007).

<sup>69</sup> *United States v. AMR Corp.*, 140 F. Supp. 2d 1141 (D. Kan. 2001).

<sup>70</sup> EDLIN, A.S. (2002), “Stopping Above-Cost Predatory Pricing”, 111 *Yale LJ* 4, s.942-943.

gerektiği yönündedir. ABD uygulaması, bu anlamda, Avrupa Birliği'nin konuya yaklaşımından tamamen farklılık arz etmektedir.

Seçici fiyatlamının, Amerikan rekabet hukuku uygulamasında bir rekabet ihlali olarak nitelendirilmiyor oluşu, kimi akademisyenler tarafından eleştirilmektedir. Seçici fiyatlamayı yıkıcı fiyatlamının bir çeşidi olarak ele alan ve bu kapsamda inceleyen Edlin, Yüksek Mahkeme'nin aldığı *Brooke Group* kararının, tüketiciler, iyi işleyen piyasalar ve rekabet hukuku için çok da iyi sonuçlar ortaya koymadığını, mahkemenin yorumunun dar olduğunu ve gözden geçirilmesi gerektiğini; maliyet üstü fiyatlamaların da rekabeti sınırlamak suretiyle tüketicilere zarar verebileceğini ifade etmektedir.<sup>71</sup>

ABD'nin seçici fiyatlama konusundaki yaklaşımının altında yatan temel mantığın, seçici fiyatlamının toplumsal refahı nasıl etkilediği konusunun henüz netleşmemesinden kaynaklandığı da ifade bulmaktadır. Bu çerçevede, seçici fiyatlamının toplumsal refah üzerindeki etkisini net olarak belirleyecek güvenilir bir ekonomik model ortaya konulmadığı sürece, maliyet üstü fiyatlama davranışı için Yüksek Mahkeme içtihatlarıyla oluşturulan güvenli limanın korunması gerektiği savunulmaktadır.<sup>72</sup>

Sherman Kanunu'nun tekelleşmeye ilişkin bölümüne yönelik olarak hazırlanan ve Eylül 2008 tarihinde ABD Adalet Bakanlığı tarafından yayımlanan raporda<sup>73</sup>, raporun oluşturulması sürecinde yapılan tartışmalara katılanların büyük kısmının, maliyet üstü fiyatlamının hukuka uygun olduğu konusunda hemfikir olduğu ifade edilmektedir. Raporda; bu tür fiyatlamının ihlâl olarak kabul edilmesi halinde, tüketiciler için rekabetin en somut getirisi olan fiyat indirimlerinin önüne geçilebileceği, düzgün işleyen bir pazarın temel dinamiği olan fiyat rekabetinin olumsuz etkileneceği belirtilmiş; hâkim durumdaki teşebbüsler bakımından hukuki belirliliğin de sağlanabilmesi adına, seçici fiyatlamaya ihlâl olarak yaklaşılmaması gerektiği ifade edilmiştir.

#### 2.4. Türkiye Uygulaması

Rekabet Kurulu'nun, seçici fiyatlama konusuna yaklaşımını yansıtan kararlar aşağıda özetlenmekte ve değerlendirilmektedir.

<sup>71</sup> Edlin 2002, s.941-942.

<sup>72</sup> CARLTON, D.W. (2007), "Does Antitrust Need to be Modernized?", *Economic Analysis Group Discussion Paper*, No. 07-3, s. 155-160.

<sup>73</sup> US DOJ (2008), "Competition and Monopoly: Single-Firm Conduct under Section 2 of the Sherman Act". Rapor, Aralık 2009 tarihinde geri çekilmiştir; ancak, seçici fiyatlamaya ilişkin güncel ABD yaklaşımını yansıtması yönüyle, çalışmamızda yer alması gerektiği düşünülmüştür.

#### **2.4.1. TÜPRAŞ Kararı<sup>74</sup>**

Kurul, TÜPRAŞ'ın, POAŞ'ın müşterilerine, dağıtım firmalarına uyguladığından daha düşük fiyatla doğrudan satış yaparak hâkim durumunu kötüye kullandığı iddiasını değerlendirdiği kararında, TÜPRAŞ fiyatlarının daha çok, alıcı olan otoprodüktör şirketinin Kırıkkale Rafinerisi dışındaki alternatif kaynaklara uzaklığına göre belirlendiği; buna göre, Kırıkkale Rafinerisi'ne yakın, ancak denize ve dolayısıyla ithalat imkanına uzak olan Kayseri'deki müşteriye FOB<sup>75</sup>+6\$ fiyatından satış yapılırken, ithalat imkanı daha iyi olan Mersin-Adana'daki müşteriye FOB-5\$ fiyatından satış yapıldığı, dolayısıyla TÜPRAŞ'ın, rekabete daha açık olan liman bölgelerinde daha düşük fiyat, daha az rekabetin olduğu bölgelerde ise daha yüksek fiyat uyguladığını ifade etmiştir. Bununla birlikte, Kurul, bu durumun, LPG'ye yapılan sübvansiyonların yol açtığı piyasa dengesizliğinden ve sınır ticaretinin yarattığı istisnai piyasa şartlarından kaynaklandığı gerekçesiyle, seçici fiyatlama davranışının hâkim durumun kötüye kullanılması olarak değerlendirilemeyeceğine karar vermiştir.

#### **2.4.2. Anadolu Cam Kararı<sup>76</sup>**

Anadolu Cam hakkında soruşturma açılmasına neden olan şikayette; cam ambalaj pazarında faaliyet gösteren Anadolu Cam'ın 09.06.2003 tarihli Tekel ihalesindeki fiyat politikasının, Marmara Cam'ın pazardaki faaliyetini zorlaştıracak hatta dışlayacak karakteriyle hâkim durumun kötüye kullanılması olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğinin tespit edilmesi talep edilmiştir.

Seçici fiyatlama iddiasına konu ihalenin öncesinde, 22.05.2003 tarihinde Tekel, iki aylık acil ihtiyacı için 30 çeşit ve 29.676.000 ± %10 adet şişeyi kapsayan bir alım ihalesi düzenlemiştir. Anadolu Cam ile Marmara Cam'ın katıldığı ihalede Anadolu Cam, ihale konusu 30 çeşit şişenin tamamı için teklif vermiştir. Anadolu Cam'ın şikayet konusu 35 ve 70 cl.lik Yeni Rakı şişeleri için verdiği fiyat teklifi, sırasıyla 281.520 ve 428.140 TL/adettir. Marmara Cam ise, sadece 35 ve 70 cl.lik Yeni Rakı şişeleri için, sırasıyla 253.000 ve 385.000 TL/adetten, kapasite yetersizliği nedeniyle sınırlı miktarda teklif vermiştir. Tekel, Anadolu Cam ile pazarlık ederek, Anadolu Cam'ın toplam teklifinin muhammen bedel seviyesine inmesini sağlamıştır. Sonuçta

<sup>74</sup> 16.04.2002 tarih ve 02-24/244-99 sayılı Rekabet Kurulu kararı.

<sup>75</sup> FOB (Free on board), "gemi bordasında teslim" anlamına gelen dış ticaret terimi.

<http://www.dtm.gov.tr/dtmweb/index.cfm?action=detay&yayinID=91&icerikID=82&dil=TR#D>, Erişim Tarihi: 04.03.2011.

<sup>76</sup> 01.12.2004 tarih ve 04-76/1086-271 sayılı Rekabet Kurulu kararı. Söz konusu karar, Anadolu Cam, 11.12.2007 tarih ve E:2005/6848, K:2007/8693 sayılı Danıştay Onüçüncü Dairesi kararıyla usul yönünden iptal edilmiş ve aynı konuda bu defa 06.08.2009 tarih ve 09-35/877-206 sayılı Rekabet Kurulu kararı alınmıştır.

Tekel, 35 ve 70 cl.lik Yeni Rakı şişesinin, Marmara Cam'ın tedarik edebildiği miktar kadarını sırasıyla 253.000 ve 385.000 TL/adet fiyatıyla Marmara Cam'dan; geri kalan miktarda şişeyi ise sırasıyla 270.480 ve 411.350 TL/adet fiyatıyla Anadolu Cam'dan satın almıştır.

Şikayet konusu ihale, Tekel'in 2003 yılı ihtiyacına tekabül eden toplam 178.000.000 ± %10 adet muhtelif şişe alımına yönelik olarak, 09.06.2003 tarihinde, yani bir önceki ihaleden 18 gün sonra yapılmış; ihaleye yine Anadolu Cam ile Marmara Cam katılmıştır. Anadolu Cam yine, ihale konusu 30 çeşit şişenin tamamı için teklif vermiş; şikayet konusu 35 ve 70 cl.lik Yeni Rakı şişeleri için sırasıyla 252.000 ve 384.000 TL/adet fiyat teklifi vermiştir. Bu fiyatlar, Marmara Cam'ın 18 gün önceki ihalede verdiği fiyatlardan 1.000 TL daha düşük olup, Anadolu Cam'ın yine bir önceki ihaledeki ilk fiyatından yaklaşık olarak %10, indirimli fiyatından ise %7'lik bir indirim daha yaptığını göstermektedir. Burada dikkat çeken diğer bir husus ise, Anadolu Cam'ın, geri kalan 28 kalemde bir önceki ihale fiyatına göre %33,7 oranında artış yapmış olmasıdır. Buna karşılık, Marmara Cam sadece 35 ve 70 cl.lik Yeni Rakı şişeleri için, sırasıyla 290.000 ve 442.000 TL/adetten, yine kapasite yetersizliği nedeniyle sınırlı miktarda teklif vermiştir. Sonuç olarak, Tekel, Marmara Cam'ın 35 ve 70 cl.lik Yeni Rakı şişelerine verdiği fiyatların Anadolu Cam'inkinden yüksek olması nedeniyle, ihtiyacın tamamının Anadolu Cam'dan karşılanmasına karar vermiştir.

Kararda, soruşturma kapsamında Anadolu Cam'da yapılan inceleme sırasında elde edilen belgelerde, Anadolu Cam'ın hâkim durumunu korumak, Tekel ihalesinde Marmara Cam'ın önünü kesmek, rakip üretici Marmara Cam'ı devre dışı bırakmak gibi hedeflerin kaleme alınmış olduğu ifade edilmektedir.

Anadolu Cam, "Tekel ihalesindeki fiyat politikasının ihalenin kazanılması amacını taşıyan ekonomik bir eylem olarak nitelendirilmesi gerektiği dolayısıyla 4054 sayılı Kanun'u ihlâl edici nitelikte olmadığı", "tüm ihalelerde olduğu gibi rakibin altında bir fiyat vermenin ve böylece ihaleyi kazanmak istemenin doğal ve rekabetçi bir yaklaşım olduğu, Rekabet Kanunu'nun teşebbüsleri değil, rekabeti koruduğu, dolayısıyla Marmara Cam'ı koruyan, daha yüksek bir fiyatlama yerine iki üründe uygulanan rekabetçi fiyatlamasının Rekabet Kanunu'na daha uygun olduğu, Anadolu Cam'ın bu yaklaşımının ihlâl olarak değerlendirilmesinin, her ihale kaybedenin Rekabet Kurumu'na başvurmasını teşvik edici olacağı" savunmasını yapmış; ancak, bu savunma, Kurul nezdinde kabul görmemiştir. Yine, Anadolu Cam'ın, Tekel ihalesinde "alternatif olarak uygulayabileceği başka türlü fiyatlandırmanın aslında anti-rekabetçi olacağı" yönündeki savunması, Anadolu Cam'ın, seçici fiyatlama uygulaması yapmış olması, dolayısıyla, Marmara Cam'ın üretmediği



diğer ürünlerde indirim yapmamış olması nedeniyle hem rekabetçi sürecin bozulmuş olduğu, hem de Tekel'in alım maliyetinin artması yoluyla tüketici zararının ortaya çıkmış olduğu gerekçesiyle reddedilmiştir.

Kurul, Anadolu Cam dosyasının, Komisyon'un *Hilti, Compagnie Maritime Belge* ve *Irish Sugar* kararlarına benzer nitelikte olduğunu ve bu kararların doktrinde de kabul gördüğünü ifade etmiş ve Anadolu Cam'ın, seçici fiyatlama yoluyla hâkim durumunu kötüye kullandığı sonucuna ulaşmıştır.

Anadolu Cam kararı, 11.12.2007 tarih ve E:2005/6848, K:2007/8693 sayılı Danıştay Onüçüncü Dairesi kararıyla<sup>77</sup> usul yönünden iptal edilmiştir. Söz konusu kararda görüşlerine yer verilen Savcı Aydınoglu; başka bir teşebbüsün piyasadaki faaliyetini zorlaştırmayı, ya da teşebbüsün etkisizleştirilmesini amaçlayan yıkıcı fiyat politikasının, hâkim durumdaki teşebbüsün maliyet altı fiyatlarla satış yapması şeklinde ortaya çıktığını; Rekabet Kurulu kararında, maliyetlerin ne olduğuna ve fiyat tekliflerinin maliyet altı olup olmadığına yer verilmediğini; ihaleyi kazanmayı hedeflemesi ekonomik gereklere son derece uygun bulunan Anadolu Cam'ın, rakip teşebbüsten daha düşük fiyat teklif etmiş olmasının, tek başına, rakibin piyasadaki faaliyetinin zorlaştırılmasına yönelik bir eylem olarak değerlendirilmesinin mümkün olmadığını ve sayılan nedenlerle, Kurul kararında hukuka uyarlılık bulunmadığını ifade etmiştir. Bununla birlikte, Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun (İDDK) 02.02.2006 tarih ve 2006/2 YD. İtiraz No'lu kararında<sup>78</sup>, Anadolu Cam'ın yürütmeyi durdurma talebi, idari işlemin, açıkça hukuka aykırı olması şartının gerçekleşmemiş olması nedeniyle reddedilmiştir. İDDK'nın söz konusu kararının karşı oy yazısında, 09.06.2003 tarihli ihalede Anadolu Cam'ın 30 kalem üründen Marmara Cam'ın teklif verdiği 2 ürün için uyguladığı fiyat stratejisinin, yıkıcı fiyat uygulaması ya da rakibin piyasa dışına bırakılması olarak kabul edilemeyeceği, eylemin süreklilik arz etmemesi hususu da dikkate alındığında, hâkim durumun kötüye kullanılması olarak değerlendirilemeyeceği gerekçesiyle karara karşı olunduğu belirtilmiştir.

### **2.4.3. Turkcell-Vodafone Kararı<sup>79</sup>**

*Turkcell*'in ayrımcı uygulamalar ve seçici fiyatlama yoluyla 4054 sayılı Kanun'u ihlâl ettiği iddiasının değerlendirildiği kararda, *Turkcell* tarafından *Vodafone* müşterileriyle ilgili elde edilen ve trafik verilerinin işlenmesiyle

<sup>77</sup> Anadolu Cam, 11.12.2007 tarih ve E:2005/6848, K:2007/8693 sayılı Danıştay Onüçüncü Dairesi kararı.

<sup>78</sup> Anadolu Cam, 02.02.2006 tarih ve 2006/2 YD. İtiraz No'lu İDDK kararı.

<sup>79</sup> 20.05.2008 tarih ve 08-34/453-159 sayılı Rekabet Kurulu kararı. Söz konusu kararın Danıştay tarafından iptal edilmesi üzerine Kurul, aynı konuya ilişkin olarak 08.10.2009 tarih ve 09-45/1136-286 sayı ile yeni bir karar almıştır.

sağlanan bilgilerin, tele-pazarlama yönteminde kullanılarak, *Turkcell* aboneleri olmaları karşılığında *Vodafone* müşterilerine belirli bir süre için düşük fiyat tarifesi teklif edilmesi, ücretsiz cep telefonu verilmesi gibi uygulamaların, aboneler arasında ayrımcılığa ve seçici fiyatlamaya neden olduğu belirtilmiştir. Kurul, sektörel düzenleyici kurumun, ilgili teşebbüslere, sektöre özgü mevzuattan kaynaklanan yükümlülükleri uyarınca bu eylemlerine son vermeleri gerektiğini bildirmiş olması sebebiyle şikayeti reddetmiştir.<sup>80</sup>

#### 2.4.4. Ekmek Kararı<sup>81</sup>

Rekabet Kurulu, Kahramanmaraş ili Göksun ilçesindeki ekmek talebinin %65'inden daha fazlasını karşıladığı iddia edilen Hilal Ekmek Fabrikası'nın, diğer fırınların ekmeğini satan bakkalların yanındaki bakkallarda ekmek fiyatını düşürerek 4054 sayılı Kanun'u ihlâl ettiği iddiasına ilişkin olarak verdiği kararda, şikayet konusu teşebbüsün hâkim durumda bulunmadığı ve zaten teşebbüsün şikayete konu seçici fiyat indirimlerinin, nitelik, yaygınlık ve kapsam bakımından etkin teşebbüsleri dışlayıcı etki göstermekten uzak olduğu gerekçesiyle ihlâl teşkil etmediği sonucuna varılmıştır. Kararda değinilen ve çalışmamız çerçevesinde yer verilmesi gerektiğini düşündüğümüz husus, seçici fiyatlamının, rekabet hukuku doktrininde ancak istisnai hallerde kötüye kullanma olarak kabul edildiğidir.

#### 2.4.5. İzocam Kararı<sup>82</sup>

İzocam'ın dışlayıcı fiyatlandırma politikalarının incelediği Rekabet Kurulu kararında, diğer iddiaların yanı sıra, İzocam'ın seçici fiyatlama yaptığı yönündeki iddialar da değerlendirilmiştir. Soruşturmaya konu şikayette; İzocam'ın uzun süre boyunca Türkiye mineral taşıyünü pazarında geniş ürün portföyü ile en büyük ve tek üretici olarak kaldığı, bu süre boyunca taşıyününün hep yüksek fiyatlardan pazara sunulduğu, 2008 yılı başından itibaren fiyatların %70 gerilediği ve bu gerilemenin, girdi maliyetlerindeki %50'lik artışa rağmen yaşandığı, İzocam'ın, sadece rekabetle karşılaştığı ürünlerde fiyat indirimleri yaptığı, ancak, diğer ürünlerde fiyatları arttırdığı, bayilere rakiplerin tekliflerinden daha düşük fiyatlarla tedarik yapılacağı yönünde sözlü teminatlar verdiği, 2008 yılı öncesinde bayilerine %35 iskonto yapan İzocam'ın bu oranı 2008 yılı sonrasında %70'e çıkardığı, ancak bu iskontoları sadece rekabetle

<sup>80</sup> Aslan 2011, s.102. Aslan, ilgili kararın, Kurul'un sektör spesifik regülasyon bulunan durumlarda eyleme müdahale etmeme yaklaşımını yansıttığını ve bu bakımdan önem taşıdığını ifade etmektedir. Konuya ilişkin olarak, örnek Rekabet Kurulu kararları ile ayrıntılı bir değerlendirme için bkz. ŞAHİN, S.Y. (2010), "Türk Enerji Sektöründe Rekabet Kurumu ile Sektörel Düzenleyici Kurum Arasındaki İlişki", *Rekabet Dergisi*, Cilt:11, Sayı:4.

<sup>81</sup> 21.10.2009 tarih ve 09-48/1193-301 sayılı Rekabet Kurulu kararı.

<sup>82</sup> 08.02.2010 tarih ve 10-14/175-66 sayılı Rekabet Kurulu kararı.

karşılaştığı ürünlerle sınırladığı, İzocam'ın fiyatlandırmasının, zararına fiyatlandırma yoluyla ihlâl oluşturduğu ileri sürülmüştür. Kararda, Elhauge ve Geradin'den alıntı yapılarak şu ifadelere yer verilmiştir:

*“(...) rekabet otoritelerinin yerleşik teşebbüsün benimseyeceği bu gibi uygulamaları düzenleme kaygısının, çoğunlukla fiyatların, hâkim durumdaki yerleşik firmanın maliyetlerinin üzerinde seyrettiği durumda gözlemleneceği iddia edilmektedir. Dönem dönem yaşanan piyasaya girişler, bir yandan fiyatlarda düşüşü tetiklerken, öte yandan, yerleşik firmada yeni giren firmayı alt etme saiki uyandıracaktır. Kendi maliyetlerinin, yeni giriş yapan firmanın maliyetlerinin altında olduğu varsayımı altında, yerleşik firma, bu iki maliyet seviyesi arasında bir fiyat tespit etme imkanına sahip olacaktır. Maliyetlerinin altında üretim yapmak durumunda kalacak olan yeni giriş yapan firma, bir süre sonra piyasadaki çıkmak zorunda kalacak, bu durum ise fiyatların rekabetçi olmayan fiyat düzeyine dönmesi sonucunu doğuracaktır. Piyasada yaşanacak bu gibi bir gelişmenin bir sonucu, gelecekte diğer firmaların da, piyasada geçmişte yaşananlardan ötürü giriş yapmak noktasında tereddüt etmeleri, bu nedenle tekeli fiyatların bir süreklilik kazanmasıdır.”*

Görüldüğü üzere, İzocam kararında, hâkim durumdaki teşebbüsün, kendi maliyetlerinin üzerinde, fakat rakiplerinin maliyetlerinin altında fiyatlandırma yapmasının, rakipleri dışlayıcı ve pazara yeni girişleri caydırıcı bir etki yaratabileceği ifade edilmiştir. Kararda, seçici fiyatlandırma, rekabet hukukunun en tartışmalı alanlarından biri olarak nitelendirilmiş ve ilgili literatür ve içtihatlar çerçevesinde, seçici fiyatlandırma davranışına rekabet hukuku çerçevesinde müdahale edilmesi için aranması gereken kriterler; hâkim durumdaki teşebbüsün pazar gücünün büyüklüğü, rakibin dışlanmasına yönelik niyet ve seçici fiyatlandırma davranışına eşlik eden başka dışlayıcı uygulamaların varlığı şeklinde özetlenmiştir. Kurul, İzocam'ın şikayet konusu davranışını bu temel kriterler ışığında değerlendirmiş ve kriterlerin hiçbirinin sağlanmaması nedeniyle, teşebbüsün uygulamalarının maliyet üstü seçici fiyatlandırma olarak nitelendirilemeyeceği sonucuna ulaşmıştır.

#### **2.4.6. Türkiye Uygulaması Hakkında Genel Değerlendirme**

Seçici fiyatlandırmanın, hâkim durumun kötüye kullanılması hallerinden biri, dolayısıyla da bir rekabet ihlâli olup olmadığına ilişkin olarak Türkiye rekabet hukuku uygulamasına bakıldığında, Avrupa Birliği uygulamasına benzer bir yaklaşım sergilenerek söz konusu davranışın ihlâl olarak nitelendirilebildiği görülmektedir. Bununla birlikte, Türkiye uygulamasının, Avrupa Birliği uygulamasından önemli bir noktada ayrıldığı gözlenmektedir. Şöyle ki; seçici fiyatlamaya ilişkin Komisyon kararlarının tümünde, her ne kadar açıkça ifade

edilmemiş olsa da, seçici fiyatlama, başka bir dizi dışlayıcı rekabet ihlâliyle bir arada bulunduğu durumda ihlâl olarak kabul edilmiştir. Çalışmamızda ele alınan Rekabet Kurulu kararlarına bakıldığında ise, seçici fiyatlamanın ihlâl olarak nitelendirildiği durumlarda, başka ihlâllerin söz konusu olmadığı görülmektedir.

Rekabet Kurulu'nun Anadolu Cam kararını eleştiren Aslan, seçici fiyatlamanın, Avrupa Birliği uygulamasında çok istisnai koşullar altında kötüye kullanma kabul edilen çok tartışmalı bir durum olduğunu; Anadolu Cam kararının ise, Komisyon kararlarında yer alan uygulamalara benzer bir tarafı bulunmadığını ifade etmektedir.<sup>83</sup> Aslan, ihaleye giren teşebbüslerin bilerek ihaleyi birbirlerine bırakmalarının, hem ihale, hem de rekabet kanunlarına aykırı olacağını kesin olduğu; bu durumda, ihaleye giren teşebbüslerin, ihaleyi almak için mücadele etmesi gerektiği; ihalelerde veya normal satışlarda rakip varsa, önerilecek fiyatların, rakip bulunmayan hallere göre daha düşük olacağı; sayılan nedenlerle, Rekabet Kurulu kararının yerinde olmadığı düşüncesini ortaya koymaktadır.<sup>84</sup>

O'Donoghue de, hâkim durumdaki teşebbüsün, rakibini elimine etmek için ihalede maliyet üstü düşük fiyatlama yapması durumunun ihlâl olmaması gerektiğini; hâkim durumdaki teşebbüsün ihalede rekabeti karşılamak üzere rekabetçi tekliflerde bulunmasına getirilecek yasağın bizzat kendisinin, anti-rekabetçi sonuçlara sebep olabileceğini ifade etmektedir.<sup>85</sup>

Anadolu Cam kararında, teşebbüste yapılan yerinde inceleme sürecinde elde edilen, rakibi ihale dışına itmeye yönelik yazışmaların, rakibi dışlama niyetini açıkça ortaya koyduğu yönündeki tespite ilişkin eleştiriler de söz konusu olabilir. Bu konuda, Comanor ve French, teşebbüsün dokümanlarında ve iç yazışmalarında yer alan, rakibi saf dışı etme arzusunun belirten saldırgan üslubun, niyet göstergesi sayılmaması gerektiğini; aksi takdirde nesnellik tuzağına düşülmüş olunacağını, çünkü her teşebbüsün amacının, pazarda tek kalmak olduğunu ifade etmiştir.<sup>86</sup>

### 3. SEÇİCİ FİYATLAMAYA İLİŞKİN LİTERATÜRDEKİ GÖRÜŞLER

Seçici fiyatlamanın, hâkim durumun kötüye kullanılması hallerinden biri olup olmadığı konusu, çalışmamızın önceki bölümlerinde de belirtildiği üzere, oldukça tartışmalıdır. Düşük fiyatlar, rekabet hukukunun en temel amaçlarından

<sup>83</sup> ASLAN, Y. (2007), *Rekabet Hukuku: Teori, Uygulama ve Mevzuat*, Ekin Kitabevi, Bursa, s.529.

<sup>84</sup> ASLAN, Y. (2008), *Rekabet Hukuku Dersleri*, Ekin Kitabevi, Bursa, s.206.

<sup>85</sup> O'Donoghue 2006, s.38-39.

<sup>86</sup> COMANOR, W., H.E. FRENCH (1983), "Predatory Pricing and Meaning of Intent", *The Antitrust Bulletin*, Vol.36, no.2, s.304.

biridir ve rekabet, bu temel amacın sağlanması bakımından en uygun yol olarak görülmektedir. Bu çerçevede sorun, genellikle, rekabete aykırı düşük fiyatların rekabetçi düşük fiyatlardan ayrılmasıdır.<sup>87</sup> Çalışmamızın bu bölümünde, öncelikle, rekabet hukuku literatüründe seçici fiyatlamayı ihlâl olarak nitelendiren görüşlere; ardından, seçici fiyatlamamanın hukuka uygun olarak kabul edilebileceğini değerlendiren görüşlere yer verilecektir.

### **3.1. Seçici Fiyatlamamanın Rekabet İhlali Teşkil Ettiği Yönündeki Görüşler**

Maliyet üstü fiyatlamamanın ihlâl teşkil edebileceğini iddia eden akademisyenler, tezlerini destekleyen bazı ekonomik argümanların varlığından söz etmektedir. Bu çerçevede, rakibin pazardaki uzun süreli varlığının hâkim durumdaki teşebbüsün fiyatlama davranışına sınırlama getirdiği varsayımı altında, maliyet üstü fiyatlama davranışının, rakibin istenmeyen biçimde pazar dışına itilmesine neden olacağı ileri sürülmektedir.<sup>88</sup> Korah, maliyetlerden görece bağımsız fiyat indirimlerinin uygulanabildiği bir pazarda tekele yaklaşan hâkim konumdaki teşebbüsün rekabeti bozma amaçlı olduğu kanıtlanabilen seçici fiyatlama davranışının hukuka uygun olarak kabul edilmesinin rekabeti olumsuz etkileyeceğini belirtmiştir. Buna göre, bu koşullar altında seçici fiyatlama davranışı, ilgili teşebbüsün uzun vadede fiyatları yükseltmesine, potansiyel pazara girişlerin caydırılmasına ve sonuç olarak, pazardaki rekabetin tamamen ortadan kaldırılmasına neden olabilecektir.<sup>89</sup> Avrupa Birliği uygulamasından, kısa vadeli fiyat düşüşleri yerine, uzun vadede çok sayıda rakibin pazara girmesinin ve böylece fiyatların düşmesinin tercih edildiği anlaşılmaktadır.<sup>90</sup> Nitekim, Gül de seçici fiyatlamamanın yasaklanmasının, büyük teşebbüsler karşısında küçük teşebbüslerin korunmasına, dolayısıyla pazarda rekabetin canlı tutulmasına yarayacağını söylemektedir.<sup>91</sup> Yine, pazara yeni giren teşebbüslerin pazarda tutunabilmelerini sağlamak amacıyla, hâkim durumdaki teşebbüsün tepkisel maliyet üstü düşük fiyatlama yapmasına sınırlama getirilmesi önerilmektedir.<sup>92</sup>

Seçici fiyatlamamanın ihlâl olarak değerlendirilmesi gerektiğini ifade eden ekonomistler, argümanlarını sayısal olarak şöyle açıklamaktadır: Pazarda yeni giriş yapan teşebbüsün maliyetinin, hâkim durumdaki yerleşik teşebbüsün

<sup>87</sup> Edlin 2002, s.952, SANLI, K.C. (2000), *Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanunda Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği*, Rekabet Kurumu Yayınları Lisansüstü Tez Serisi, Ankara, s. 264.

<sup>88</sup> O'Donoghue ve Padilla 2006, s.275.

<sup>89</sup> Korah 2001, s.162.

<sup>90</sup> Kara 2003, s. 38.

<sup>91</sup> GÜL, İ. (2000), *Teşebbüsün Alıcılarına Ayrımcılık Yaparak Hâkim Durumunu Kötüye Kullanması*, Rekabet Kurumu Yayınları, Lisansüstü Tez Serisi No:2, s 74.

<sup>92</sup> O'Donoghue ve Padilla 2006, s.275.

maliyetinden yüksek, fakat bu teşebbüsün fiyatından düşük olduğu varsayımı altında, hâkim durumdaki teşebbüs, pazara yeni girişin ertesinde fiyatını, yeni giriş yapan teşebbüsün maliyetine eşitleyebilir ve hatta fiyatını, kendi maliyetlerine eşitleyene dek, zarar etmeksizin, düşürebilir. Bu durumda, pazara giriş yapan teşebbüs zarar edecek ve pazar dışına çıkacaktır. Hâkim durumdaki teşebbüs, pazardan çıkışın ertesinde, fiyatını yeniden pazara giriş öncesindeki seviyeye çekecektir. Bu koşullar altında, toplumsal refah kaybı olup olmadığı sorusunun yanıtlanması gerekmektedir. Bu noktada, ekonomistler, yeni giriş yapan teşebbüsün, uyguladığı fiyat düzeyinde belirli bir pazar payı elde ettiği varsayımı altında, tüketicilerin, pazara giriş öncesine kıyasla daha düşük olan bu fiyatlardan faydalanabileceklerini belirtmektedir. Ekonomistler, bu faydanın, pazara yeni giriş yapan ve hâkim durumdaki teşebbüsten daha az etkin olan teşebbüsün yaratacağı refah kaybını dengelemesi gerektiğini; ancak, yeni giriş yapan teşebbüsün zamanla öğrenme eğrisi<sup>93</sup> düzleminde ilerleme kaydederek daha etkin bir teşebbüs haline geleceğinin de unutulmaması gerektiğini ifade etmektedir.<sup>94</sup> Maliyet üstü düşük fiyatlamanın tüketiciye zarar verebileceği argümanına ilişkin temel, bu şekilde özetlenebilir.<sup>95</sup>

Seçici fiyatlamayı yıkıcı fiyatlama kavramının altında değerlendiren Edlin, maliyet altı fiyatlamanın ve hasat olanağının yıkıcı fiyatlama iddiaları bakımından yeterli olduğunu ancak gerekli olmadığını savunmaktadır. Pazarda yerleşik ve tekel konumundaki teşebbüs, yeni giriş yapan teşebbüslere karşı önemli bir maliyet avantajına veya maliyet dışı avantajlara sahip olduğu durumda, bu avantajlarını, kendi maliyetlerinin üzerinde; ancak, pazara yeni giriş yapan teşebbüslerin maliyetlerinin altında fiyatlama yapmak ve diğer teşebbüsleri pazar dışına itmek amaçlı kullanabilecektir. Edlin, oldukça inandırıcı ve etkili bu stratejinin ihlâl olarak kabul edilmemesi halinde, yüksek maliyetli rakiplerin pazara girmeyeceğini ve tüketicilerin düşük fiyatlardan faydalanamayacağını iddia etmektedir. Bu tür stratejilerin maliyet üstü yıkıcı nitelik taşıdığını ve ihlâl olarak kabul edilmesi gerektiğini ifade eden Edlin, yerleşik tekel durumundaki teşebbüsün, zarara uğramak istemediği için kısa vadeli kârlarını maksimize edeceğini; ancak, bu kâr maksimizasyonunu, rakipleri pazar dışına itmeye yetecek ölçüde düşük fiyatlarla gerçekleştireceğini ifade etmektedir. Edlin'e göre, bu tür fiyatlama davranışlarının maliyet üstü

<sup>93</sup> Öğrenme eğrisi, kümülatif toplam çıktıdaki artışla, ortalama maliyette meydana gelen azalmayı ilişkilendiren eğri olarak tanımlanmaktadır. Daha fazla bilgi için bakınız Ünsal 2004, s.273.

<sup>94</sup> BECKENSTEIN, A. ve L. GABEL (1986), "Predatory Rules: An Economic and Behavioural Analysis", *The Antitrust Bulletin*, vol:31, no:1, s.38-45. Aynı tespite Kılavuz'da da yer verilmiştir. European Commission 2008, s.11.

<sup>95</sup> O'Donoghue ve Padilla 2006, s.275-276.

olmaları sebebiyle yıkıcı fiyatlama olarak kabul edilmediği durumda tüketiciler, bu durumdan zarar göreceklerdir.<sup>96</sup>

Edlin, maliyet üstü fiyatlamasının nasıl karlı olabileceğini şöyle açıklamaktadır: Teşebbüsler, rakiplerine kıyasla çeşitli avantajlara sahip olmaları nedeniyle hâkim duruma gelmektedirler. Hâkim durumdaki teşebbüs, büyük olasılıkla, öğrenme eğrisinde aşağıya doğru yol almış olmaktan, ölçek ve kapsam ekonomilerinden, pazara ilk giren teşebbüs olmaktan, yüksek kaliteli bir ürün üretmekten, ağ dışsallıklarından ya da tanınan ve güvenilir bir markaya sahip olmaktan kaynaklı avantajlardan birine ya da birkaçına sahiptir. Teşebbüse daha ilk etapta tekel gücü bahşeden bu avantaj ya da avantajlar bileşimi, teşebbüsün, aynı zamanda, maliyet altı fiyatlama yapmaksızın rakiplerini pazar dışına itebilmesine de imkan sağlayabilecektir. Aslında, diğer teşebbüslerin maliyetlerinin altında fiyatlama yapmak suretiyle hâkim duruma gelmek, hem tüketicilerin yararına hem de bizzat rekabetin bir sonucudur. Edlin, bu durumun, hakkaniyetli bir rekabet olduğunu reddetmemekte; ancak, rakiplerin maliyetlerinin, tüketicileri cezbedemeyecekleri kadar yüksek olduğunu ifade etmektedir.<sup>97</sup>

Maliyet üstü düşük fiyatlamasının tüketiciye zarar verebileceği düşüncesinden yola çıkan akademisyenler, hâkim durumdaki teşebbüslerin maliyet üstü düşük fiyatlama yapmasını engelleyecek kurallar konulması gerektiğini ileri sürmektedir. Bu çerçevede ortaya konulan ilk görüşlerden biri, maliyet temelli kuralların yıkıcı davranışları değerlendirmeye uygun olmadığı; çünkü teşebbüslerin, davranışlarını, yatırım yaptıkları tesis ve kapasitelerini de kapsayacak şekilde değiştirerek ilgili hukuki düzenlemeyle uyumlu hale getirecekleri yönündedir. Bir diğer görüş, hâkim durumdaki teşebbüslerin, pazara yeni girişlerin ardından bir süre üretim miktarlarını arttırmasının sınırlandırılmasının, pazara yeni giriş yapan teşebbüslerin pazarda kendilerine yer edinebilmesi ve maliyetlerini azaltması için yeterli olacağı şeklindedir.<sup>98</sup>

Bu son görüşün ortaya konulmasından kısa bir süre sonra, hâkim durumdaki teşebbüsün üretim miktarını arttırmasını engelleyen bir kural yerine, hâkim durumdaki teşebbüsün, rakibin faaliyeti sona erdikten sonra belli bir süre boyunca fiyatlarını arttırmasını engelleyecek bir kural getirilmesi teklif edilmiştir. Buna göre, hâkim durumdaki teşebbüs fiyatlarını pazara yeni girişi takiben düşürürse, bu düşük fiyatları orta ve uzun vadede uygulamaya devam etmelidir. Bu kurala temel teşkil eden varsayıma göre; maliyet üstü düşük

<sup>96</sup> Edlin 2002, s.943-944.

<sup>97</sup> Edlin 2002, s.963-964.

<sup>98</sup> WILLIAMSON, O.E. (1977-78), "Predatory Pricing: A Strategic and Welfare Analysis", 87 *Yale Law Journal* 284, s.290-292.

fiyatlamaya yapmaya niyetlenen teşebbüs, uzun vadede uygulamak zorunda kalacağı düşük fiyatlar sonucunda hasat imkanından mahrum kalacağından, maliyet üstü düşük fiyatlamaya yapmaktan vazgeçecektir.<sup>99</sup>

Bazı ekonomistler, maliyet üstü fiyatlamayla rakiplerin dışlanması anti-rekabetçi sonuçları olabileceğini iddia etmektedirler. Hay, maliyet üstü fiyatlamasının bazı durumlarda rakiplerin pazar dışına çıkmasına neden olarak tüketicilerin daha yüksek fiyatlara maruz kalması sonucunu doğurduğunu ifade etmektedir.<sup>100</sup> Baumol, sadece maliyet üstü fiyat indirimlerinin anti-rekabetçi olabileceğini değil; dışlayıcı etkileri önlemek için bu tip fiyat indirimlerinin yarı-kalıcı hale getirilmesi yönünde kurallar oluşturulması gerektiğini de ileri sürmektedir.<sup>101</sup> Edlin de benzer kurallar öngörmekte ve hâkim durumdaki teşebbüse monopol gücünü veren avantajların, fiyatı maliyetlerin altında belirlemeksizin rakipleri pazar dışına çıkarma gücünü de verebileceğini dile getirmektedir.<sup>102</sup>

### 3.2. Seçici Fiyatlamının Rekabet İhlali Teşkil Etmediği Yönündeki Görüşler

Rekabet hukukunun temel amaçlarından biri, hâkim durumdaki teşebbüs dahil, pazardaki teşebbüslerin, fiyat rekabeti içerisine girmesini teşvik etmektir.<sup>103</sup> O'Donoghue, fiyat, maliyetin üstünde kaldığı sürece, rakiplerin, fiyatın çok düşük olduğu yönünde şikayette bulunamayacağını; hâkim durumdaki teşebbüsün etkinlik düzeyine ulaşarak, söz konusu fiyat üzerinden rekabet etmesinin mümkün olduğunu belirtmektedir. Bir teşebbüs, hâkim durumdaki teşebbüsünkine eşit veya ondan daha yüksek bir etkinlik düzeyine ulaşamıyorsa, rekabet hukuku bu teşebbüse güvenli liman tesis etmemeli ya da teşebbüsün aşırı yüksek fiyatlar uygulamasına izin vermemelidir.<sup>104</sup>

Hâkim durumdaki teşebbüs, doğal olarak, fiyatlarını, belli bir kâr elde etmek üzere kendi maliyetlerinin üzerine çıkaracak; ancak, rakiplerinin maliyetlerinin üzerine çıkararak pazara girişleri teşvik etme yoluna gitmeyecektir. Hâkim durumdaki teşebbüsün bu sınırlı kâr elde etme durumu

<sup>99</sup> BAUMOL, W.J. (1979), "Quasi-Permanence of Price Reductions: A Policy for Prevention of Predatory Pricing", *89 Yale Law Journal* 1, s.2-3.

<sup>100</sup> HAY, G. (1981), "A Confused Lawyer's Guide to the Predatory Pricing Literature", *Journal of Reprints for Antitrust Law and Economics*, Vol: XVIII, No:2, s.155-203.

<sup>101</sup> Baumol 1979, dipnot 57.

<sup>102</sup> Edlin 2002, s.963.

<sup>103</sup> O'Donoghue 2006, s.2.

<sup>104</sup> O'Donoghue 2006, s.24, Korah 2001, s.162.



tüketici refahına zarar vermediği gibi, diğer alternatiflere oranla daha etkin ve makul niteliktedir.<sup>105</sup>

Avrupa Komisyonu ve Avrupa Birliği mahkemeleri, maliyet üstü düşük fiyatlamasının maliyet altı yıkıcı fiyatlamadan ne şekilde ayrılacağı yönünde tatmin edici bir açıklama getirmiş değildir.<sup>106</sup> Bununla birlikte, seçici fiyatlamaya ilişkin olarak bugüne kadar alınan kararlar, açık bir hukuki çerçeveye dayanmayan belirli kriterlerle ilişkilendirilmektedir. Kararların çoğunda, hâkim durumdaki teşebbüsün, rakibini elimine etme amacını ortaya koyan ikinci derece deliller esas alınmıştır. Bununla birlikte, *AKZO* kararında ortaya konulan ikinci kural, ortalama değişken maliyet üstü ancak ortalama toplam maliyet altı fiyatlamasının, rakibi elimine etme amacı ortaya konulduğunda ihlâl teşkil edeceği yönündedir. O'Donoghue ve Padilla'ya göre; *AKZO* kararındaki bu yaklaşımdan rahatlıkla çıkarılan sonuç, ortalama toplam maliyet üstü fiyatlamasının hukuka uygun olduğu ve rekabete aykırı bir niyetin tek başına bu fiyatlamasının ihlâl olarak kabul edilmesine yol açmayacağıdır.<sup>107</sup>

Maliyet üstü düşük fiyatlamayı yıkıcı olarak nitelendirmeyen Chicago Okulu, hâkim durumdaki teşebbüs ile aynı ölçüde etkin durumdaki rakibin pazar dışına itilmesi için, yıkıcı fiyatlama yapan teşebbüsün maliyet altı fiyatlama yapması gerektiğini ve bunu yapabilmek için de tüm pazara kazançsız bir fiyat üzerinden hizmet sunması gerektiğini ifade etmektedir. Yıkıcı fiyatlama yapan teşebbüs için bu kayıplar oldukça sarsıcı olabilecektir. Bu anlamda, yıkıcı fiyatlama uygulayacak teşebbüsün, geniş bir "savaş bütçesine" ihtiyacı olacaktır. Çünkü, yıkıcı fiyatlama yapan teşebbüs, bu davranışının hemen sonrasında fiyatları yükseltirse, eylemin yöneldiği rakip ve diğer rakipler daha güçlü bir geri dönüş gösterebilecektir. Özetle, yıkıcı fiyatlamasının sıklıkla gerçekleşmesi beklenmemekte ve bu nedenle, yıkıcı fiyatlamasının tespiti bakımından ortaya konulması gereken hukuki araçların kesin olması gerekmektedir.<sup>108</sup>

Çalışmamızın önceki bölümünde de yer verildiği üzere, literatürde, seçici fiyatlama davranışının tespitine ve yasaklanmasına yönelik kurallar oluşturulmasına ilişkin öneriler mevcuttur. Belirli fiyatlama biçimlerini

<sup>105</sup> Edlin 2002, s.951.

<sup>106</sup> Kılavuz'da, maliyet altı yıkıcı fiyatlamasının tespitinde Komisyon'un ortalama kaçınılabilir maliyet ve uzun dönem ortalama artan maliyet ölçütlerini kullanacağı belirtilmiştir. European Commission 2008, s.11.

<sup>107</sup> O'Donoghue ve Padilla 2006, s.274-275.

<sup>108</sup> Edlin 2002, s.952-953. Pek çok akademisyen, Chicago Okulu yaklaşımının normal piyasa koşulları çerçevesinde doğru olabileceğini ve bu çerçevede yıkıcı fiyatlamasının, yerleşik hâkim durumdaki teşebbüs için karlı olmayan bir davranış olacağını kabul etmekte; ancak, daha karmaşık ve gerçekçi pazar koşulları içinde bu tür fiyatlamasının yerleşik teşebbüse uzun dönemde önemli faydalar sağlayabileceğini savunmaktadır. Edlin 2002, s.955-956.

yasaklayan bu tür kurallarda bir dereceye kadar uygulama güçlüğü bulunması doğaldır. Bununla birlikte, örneğin, *AKZO* kararında yıkıcı fiyatlamaya ilişkin olarak ortaya konulan kurallar, en azından üzerinde geniş uzlaşısı bulunan bir ekonomik bakış açısına dayanmaktadır. Buna göre, maliyet altı fiyatlama genellikle rasyonel bir strateji değildir. Maliyet üstü fiyatlamaya ilişkin olarak benzer bir uzlaşısı bulunmamakla birlikte, maliyet üstü fiyatların tüketiciye düşünüldüğü kadar zarar vermediği hususunda oldukça güçlü bir uzlaşısı bulunmaktadır. Gerçekte hukuka uygun olan bir fiyatlama davranışının yasaklanmasından doğan risk, maliyet altı fiyatlamaya kıyasla maliyet üstü fiyatlama bakımından daha fazladır. Bu risk, belirli dışlayıcı fiyatlama biçimlerinin yasaklanmaması halinde ortaya çıkan riskten de daha büyüktür.<sup>109</sup>

Maliyet üstü fiyatlamaya ilişkin kurallar, hâkim durumdaki teşebbüsün, pazara yeni giriş yapan teşebbüslere oranla maliyet avantajının ve başka avantajlarının olduğu durumda refah üzerinde olumsuz sonuçlara yol açabilir. Bu tür kurallar, en kötü ihtimalde de, hâkim durumdaki teşebbüsün sürekli yüksek fiyatlama yapmasına ve pazara hiç yeni giriş olmamasına neden olabilir.<sup>110</sup>

O'Donoghue ve Padilla, maliyet üstü fiyatlamayı sınırlandıran bir kural getirilecekse, bu kuralın hangi koşullarda uygulanacağını da açıkça belirtilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Maliyet üstü fiyatlamanın ihlâl teşkil etmesine yönelik en ikna edici açıklama, bu davranışın yalnızca başka dışlayıcı uygulamalarla birlikte, örneğin, rakibi pazar dışına çıkarmaya yönelik bir kötüye kullanma davranışına ilişkin kümülatif delillerin bulunduğu hallerde ihlâl oluşturmasıdır. Bu açıklama çerçevesinde, seçici fiyatlama davranışı, kendi başına bir ihlâl oluşturmamakla beraber, başka dışlayıcı uygulamalarla bağlantısı kurulduğu takdirde ihlâl olarak görülebilecektir. Bu durumda, seçici fiyatlama, başka türlü açıklanması mümkün olmayan daha geniş çerçeveli bir dışlama politikasının işareti olabilir. Seçici fiyatlamanın, dışlayıcı bir politikayla aynı zamanda uygulanmış olması, bu tarz bir fiyatlama davranışının ancak böyle bir politikanın bir parçası olarak nitelendirilebilecek olması ve dışlayıcı politikayla açıkça ilişkilendirilebiliyor olması, fiyatlama davranışının rekabete uygun olarak değerlendirilmesine engel teşkil edecektir.<sup>111</sup>

Maliyet üstü fiyatlamanın ihlâl olarak kabul edilmesine karşı çıkan ekonomik argümanlar, ilgili maliyet ölçüsünün üzerinde kalan tüm

<sup>109</sup> O'Donoghue ve Padilla 2006, s.274-283.

<sup>110</sup> Edlin 2002, s.955.

<sup>111</sup> O'Donoghue ve Padilla 2006, s.281. Kılavuz'da maliyet altı yıkıcı fiyatlamaya ilişkin maliyet ölçütlerine yer verilmiş; ancak, maliyet üstü fiyatlamanın hangi koşullarda ihlâl teşkil edeceğine ilişkin net bir açıklamaya yer verilmemiştir.

fiyatlamaların hukuka uygun olduğunu savunmaktadır. Bu çıkarımın dayandığı varsayım; hâkim durumdaki teşebbüs ile aynı veya hâkim durumdaki teşebbüsten daha etkin olan teşebbüslerin hakkaniyetli rekabet edebilmelerinin maliyet üstü fiyatlandırma temelinde mümkün olması ve rekabet hukuku tarafından, rakiplere, fiyat rekabetine karşı güvenli liman sağlanması için hiçbir sebebin bulunmamasıdır. Maliyet üstü fiyat rekabeti sonucunda, yeterince etkin olmayan teşebbüslerin pazar dışına çıkması, net bir sosyal refah kaybına neden olmayacaktır; çünkü düzgün işleyen bir rekabet süreci de zaten aynı etkiyi doğuracaktır. Bir teşebbüs, rakibini zayıflatmak ya da yok etmek isteyebilir; ancak, kullandığı yöntem, daha düşük maliyetlere sahip olması nedeniyle rakibinden daha düşük fiyatlarla satış yapması ise, bu davranışa karşı ileri sürülebilecek rasyonel rekabetçi itirazlar olamayacaktır. Seçici bir maliyet üstü fiyatlama, genel bir maliyet üstü fiyatlama ile aynı ekonomik etkiye sahiptir. Fiyat düşürerek tepki verecek rakiplerin zarar göreceği gerekçesiyle tüketicileri maliyet üstü düşük fiyatlardan mahrum bırakmanın ekonomik açıklaması çok zayıftır.<sup>112</sup> Areeda ve Turner da benzer bir noktaya vurgu yapmakta ve ortalama değişken maliyete eşit veya ortalama değişken maliyetten yüksek fiyatla satış yapmanın hakkaniyetli rekabet olduğunu ve yalnızca daha az etkin rakiplerin dışlanmasına neden olacağını ifade etmektedir.<sup>113</sup> Areeda ve Hovenkamp, ortalama toplam maliyet üstü fiyatların ise, her durumda “güvenli liman”dan yararlanması gerektiğini belirtmektedir.<sup>114</sup>

Elhauge; yerleşik teşebbüslerin, pazar gücüne sahip oldukları durumda bile, maliyet üstü fiyat indirimlerine başvurmalarının engellenmesinin, pazara yeni girişleri teşvik etme ve koruma amacına ulaşmayı sağlamayacağını; çünkü, hâkim durumdaki teşebbüsten daha az etkin teşebbüslerin zaten uzun dönemde ayakta kalamayacağını; daha etkin olan veya zaman içinde daha etkin olabilecek durumdaki teşebbüslerin ise, herhangi bir teşvik veya korumaya ihtiyaçları olmadığını ifade etmektedir. Dahası, seçici fiyat indirimlerine getirilecek kısıtlamalar, ilgili dönemde fiyatları yükselterek ve üretimde etkinliği azaltarak, yeniliği ve değişen pazar koşullarına karşı fiyat esnekliğini bozmanın yanı sıra, gereksiz geçiş maliyetlerine ve pazara giriş maliyetlerine neden olacaktır. Elhauge, bu analizin, maliyet üstü yıkıcı fiyatlama iddialarına rekabet hukuku tarafından itibar edilmemesi gerektiğini teyit ettiğini ifade etmektedir.<sup>115</sup>

<sup>112</sup> O’Donoghue 2006, s.43.

<sup>113</sup> AREEDA P.E., D.F. TURNER (1975), “Predatory Pricing and Related Practices under Section 2 of the Sherman Act”, Harvard Law Review, USA, s.706.

<sup>114</sup> AREEDA P.E., H. HOVENKAMP (2002), “Antitrust Law Vol. III”, Aspen Law&Business, USA, s.418.

<sup>115</sup> Elhauge 2003, s.826-827.

Posner, maliyet üstü fiyatlandırmanın hiçbir şart altında bir rekabet ihlâli teşkil etmeyeceğini savunmaktadır. Yıkıcı fiyatın yasaklanmasına ilişkin genel kabul görmüş iki yaklaşım bulunduğunu; bunlardan birinin niyet, birinin maliyet temelli olduğunu ifade eden Posner, rakibi, fiyatlama politikalarıyla zayıflatmayı ya da ortadan kaldırmayı yasaklamanın, aşırı bir yasaklama olacağını dile getirmektedir. Hâkim durumdaki teşebbüsün, rakibini ortadan kaldırmak için, düşük maliyetlerine dayanarak uyguladığı düşük fiyatlandırma politikasına, rekabet hukuku kapsamında karşı çıkılmayacağını savunan Posner, yıkıcı fiyat uygulamakta olan teşebbüs, en az kendisi kadar etkin ya da kendisinden daha etkin bir rakibi ancak maliyet altı fiyatlama politikasıyla dışlayabileceğinden, yıkıcı fiyatlandırmanın sadece maliyet altı fiyatlandırma olarak tanımlanmasının kaçınılmaz olduğunu vurgulamakta ve maliyet üstü fiyatlandırmanın her durumda hukuka uygun olduğunu ifade etmektedir.<sup>116</sup>

Areeda ve Turner'a göre, hâkim durumdaki bir teşebbüsün fiyat yükseltip daha fazla kâr elde edebilecekken bu yöntemi benimsemiyor olması iki şekilde açıklanabilir. Bunlardan ilki, yerleşik teşebbüsün, fiyatı, pazara giriş yapabilecek teşebbüslere oranla daha etkin bir ölçekte üretim yapması dolayısıyla, pazara hiçbir zaman giriş olmamasını sağlayacak bir düzeyde belirlemesi halidir.<sup>117</sup> Üstün mal ve hizmet, başarılı inovasyon ya da diğer hakkaniyetli rekabet unsurları rakipleri dışlayıcıdır ve bunların olmadığı durumda, daha fazla rakibin pazara girmesi ve daha iyi sonuçların ortaya çıkması mümkündür. Ancak, bu tür spekülâtif olasılıkların önünü açmak amacıyla, şimdiki zamanda daha rekabetçi bir performans aracılığıyla ortaya çıkacak faydaların gözden çıkarılması kabul edilemeyecektir. Bu durumda, maliyete eşit ya da maliyet üstü fiyatlar uygulamak, hakkaniyetli bir rekabet olup, yalnızca yeterince etkin olmayan potansiyel yeni girişleri dışlayacaktır. Daha düşük fiyatlar, ayrıca, daha yüksek üretim düzeyine ve üretim kapasitesinin daha etkin kullanılmasına, dolayısıyla da sosyal refahın artmasını sağlayacaktır.<sup>118</sup>

<sup>116</sup> POSNER, R. A. (2001), "Antitrust Law", The University of Chicago Press, Chicago and London, s.214-216.

<sup>117</sup> Areeda ve Turner, pazara yeni giriş yapacak teşebbüsün en düşük 91 Dolar, yerleşik teşebbüsün ise en düşük 81 Dolar birim ürün fiyatı seviyesinde kâr etmeye başladığı ve yerleşik teşebbüsün fiyatı hiçbir zaman giriş olmamasını sağlayacak 90 Dolar seviyesinde belirlemesi örneğini vermiştir. Areeda ve Turner, teşebbüsün bu örnekte dinamik bir kâr maksimizasyonu benimsiyor olmasından hareketle, teşebbüsün bu yönteme ancak ve ancak, bu politikayı benimsemesi halinde elde edeceği toplam kârın bugünkü değerinin, bu politikayı benimsememesi halinde pazara girişler sayesinde oluşacak yeni pazar yapısında elde edebileceği toplam kârın bugünkü değerinin üzerinde olması halinde başvuracağını öne sürmektedir. Areeda ve Turner 1975, s.697-733.

<sup>118</sup> Areeda ve Turner 1975, s.697-733.

İkinci açıklama, yerleşik teşebbüsün, pazara yeni girişlerin ardından fiyatı düşürme, rakipleri dışlama sonrasında fiyatları yeniden arttırma stratejisi çerçevesindedir. Geçici süreyle uygulanan fiyat indirimleri, kalıcı bir düşük fiyatlandırmaya kıyasla daha az dışlayıcı etki yaratacaktır. Her durumda, maliyet üstü düşük fiyatlar, hakkaniyetli rekabet olacak ve sadece daha az etkin teşebbüslerin dışlanması sonucunu doğuracaktır.<sup>119</sup>

Aslan da, hâkim durumdaki teşebbüsün, rakibinin müşterilerine seçici fiyat uygulamasının, bir başka ifadeyle, fiyat esnekliği yüksek olan müşterilere daha düşük fiyat uygulamasının, etkinlik arttırıcı olabileceğini ifade etmektedir.<sup>120</sup>

O'Donoghue ise, refahı arttırmaya yönelik bir bakış açısından, fiyatlama davranışlarına yönelik rekabet hukuku uygulamasına iki nedenle dikkatle yaklaşılması gerektiğini ifade etmektedir. Bunlardan ilki, kurallar, hukuka aykırı davranışın mutlaka cezalandırılmasını sağlayacak biçimde katı olmalıdır. İkincisi, fiyatlama davranışına getirilen kısıtlamalar yeterince açık olmalı ve gerekenden fazla olmamalıdır. Bu tür kuralların net olmaması ya da fazla sınırlayıcı olması, istenen fiyat rekabetinin caydırılmasına neden olabilecektir.<sup>121</sup> O'Donoghue, rakiplerin müşterilerini hedefleyen seçici fiyat uygulamasının ve rakiplere zarar verme niyetine dair emarelerin bulunduğu durumda maliyet üstü fiyatlamayı ihlâl olarak kabul eden Komisyon kararlarının problematik olduğunu; çünkü kararlarda, bu tür fiyatlamanın nasıl ve hangi durumlarda tüketicilerin zararına olduğuna ilişkin açık bir analitik çerçevenin oluşturulmadığını ifade etmektedir. Bu nedenle, O'Donoghue, maliyet üstü seçici fiyatlamanın hemen her zaman hukuka uygun olarak kabul edilmesi gerektiğini; bunun tek istisnasının ise, başka kötüye kullanma hallerinin de mevcut olması, bir başka deyişle, bir dizi yasak davranış sergilemek suretiyle rakibi elimine etme amaçlı açık bir planın varlığı olduğunu dile getirmektedir.<sup>122</sup>

Elhauge ise, maliyet üstü fiyatlamanın, rakiplerin dışlanmasına neden olma ihtimaline rağmen, bu tür fiyatlamayı yasaklayan kuralların, pazara girişleri teşvik etmediğini veya bu tür kuralların yokluğunda oluşacak fiyatlardan daha düşük fiyatların oluşmasına neden olmadığını vurgulamaktadır. Elhauge, seçici fiyatlamayı yasaklayan kuralların, pazara yeni giren teşebbüslerin, yerleşik teşebbüs kadar etkin olduğu veya görece etkinsizliklerine rağmen pazara zaten giriş yapacakları durumda, pazara girişin teşvikine değil; yalnızca giriş sonrasındaki fiyatların yükselmesine neden olduğunu ifade

<sup>119</sup> Areeda ve Turner 1975, s.705-707.

<sup>120</sup> Aslan 2011, s.80-81.

<sup>121</sup> O'Donoghue 2006, s.1.

<sup>122</sup> O'Donoghue 2006, s.2.

etmektedir. Bu tür yasaklamalar, sonuçta, gereksiz işlem maliyetleri ve etkinlik kayıpları meydana getirmekte; yerleşik ve yeni teşebbüslerin daha etkin olması yönündeki teşvikleri azaltmaktadır.<sup>123</sup> Benzer şekilde, Gal, hâkim durumdaki teşebbüslerin hakkaniyetli rekabet etmesine getirilecek kısıtlamaların, teşebbüslerin hâkim duruma gelmelerinin önündeki teşviki ortadan kaldıracığını ve etkin teşebbüslerin yerini, daha az etkin teşebbüslerin almasına neden olacağını belirtmektedir.<sup>124</sup>

Hâkim durumdaki teşebbüsün hâkim durumunu kötüye kullanmaksızın maliyet üstü fiyatlamaya yapabileceği koşullara açıklık getirilmemiş olması, yasal fiyat rekabetinin azalması gibi çok önemli bir riski beraberinde getirmektedir. Bu nedenle, O'Donoghue ve Padilla, maliyet üstü fiyatlamaya getirilecek kurallar bakımından bazı durumların birbirinden ayrıştırılması gerektiğini ifade etmekte ve maliyet üstü düşük fiyatların ihlâl olup olmadığının analizine ilişkin bir çerçeve ortaya koymaktadır. Yazarlar, birbiriyle çelişen argümanlar bulunmakla beraber, pratikte, maliyet üstü fiyatlamaya getirilen kısıtlamaların, pazara yeni girişleri arttırmayacağını veya bir kısıtlamanın yokluğunda oluşabilecek fiyattan daha düşük fiyatlar oluşmasını sağlamayacağını ileri sürmektedir. Bu durumda, bu tür kuralların net etkisi, tüketiciler için kısa vadede gereğinden yüksek fiyatlar ve dağılım etkinliğinde düşüş olacaktır. Seçici fiyatlamaya yasaklanmasına ihtiyatlı yaklaşılmalıdır; çünkü, fiyat rekabeti arzulan bir durumdur ve rakibi dışlayıcı olan ve dışlayıcı olmayan maliyet üstü fiyatların birbirinden ayrılması çok güçtür. Maliyet üstü fiyatlamalara getirilecek yasal kısıtlamalar sonucunda gelecekte elde edilmesi beklenen spekülâtif getiriler, mevcut düşük fiyatlara ve yüksek üretim miktarına tercih edilmemelidir. O'Donoghue ve Padilla, seçici fiyatlamayı yasaklayan kuralların olumsuz etkilerinin, kuralların uygulanma güçlüğünden kaynaklı sorunlardan tamamen farklı olduğunu ifade etmektedir.<sup>125</sup>

O'Donoghue ve Padilla'ya göre; maliyet üstü fiyatlamaya yasaklanması, böyle bir yasaklamaya bulunmaması halinde dahi pazara girmesi beklenen daha az etkin teşebbüsler bakımından gereksizdir. Böyle bir kısıtlama, tamamen olumsuz etki yaratacak; pazara giriş sonrası fiyatları, gereksiz bir fiyat tabanı yaratmak suretiyle arttıracak, arzı azaltacak ve dolayısıyla tüketici refahına zarar verecektir.<sup>126</sup>

<sup>123</sup> O'Donoghue 2006, s.25.

<sup>124</sup> GAL, M.S. (2007), "Below-Cost Price Alignment: Meeting or Beating Competition? The France Telecom Case", *European Competition Law Review*, Issue 6, s.386.

<sup>125</sup> O'Donoghue ve Padilla 2006, s.274-283.

<sup>126</sup> O'Donoghue ve Padilla 2006, s.277-278.

Seçici fiyatlamaya getirilecek kısıtlama, hâkim durumdaki teşebbüsten daha az etkin olan ve böyle bir kısıtlamanın varlığı halinde pazara girmek yönünde az da olsa cesaretlenecek olan teşebbüsler üzerinde çoğunlukla olumsuz etki yapacaktır. Yatırım maliyetlerinin yüksek olduğu durumlarda kısıtlama, pazara yeni giriş yapan teşebbüsün pazarda kalmasını teşvik etmeye yeterli olmayacaktır. Örneğin, yerleşik teşebbüsün hâkim durumunu kaybetmesi halinde, söz konusu kısıtlamanın geçerliliğini yitirmesi ile, pazara sonradan giriş yapan teşebbüs, pazarı terk etmek durumunda kalacaktır. Öte yandan, yatırım maliyetleri düşükse, teşebbüsün her şekilde pazara giriş yapması beklenecektir. Kısıtlamanın, orta düzeyde giriş maliyetlerine sahip olan ve kısa vadede bu maliyetleri telafi edebilecek olan teşebbüsler bakımından az da olsa cesaretlendirici olması beklenebilir. Bir teşebbüsün, bu kısıtlama nedeniyle pazara giriş yapmasının tüketici refahı üzerindeki etkisi büyük olasılıkla olumsuz olacaktır.<sup>127</sup>

Seçici fiyatlamayı yasaklayan kurallar, hâkim durumdaki teşebbüs kadar etkin veya hâkim durumdaki teşebbüsten daha etkin olan, pazara yeni giriş yapacak teşebbüsler bakımından tüketici refahı üzerinde tamamen olumsuz etki yapacaktır. Böyle bir durumda, pazara giriş sonrasında fiyatlar yükselir, arz azalır ve dolayısıyla da tüketici refahı zarar görür. Hatta bu durum, kârları yapay olarak arttırmak suretiyle, daha az etkin teşebbüslerin pazara giriş yapmasına da neden olabilir.<sup>128</sup>

Son olarak, hâkim durumdaki teşebbüsten daha az etkin olan ancak zamanla daha etkin hale gelebilecek teşebbüsler bakımından da kısıtlamanın etkisi çoğunlukla negatif olacaktır. O'Donoghue ve Padilla, eğer teşebbüs zamanla etkin hale gelecekse, sermaye piyasalarının teşebbüsü finanse etmeyi cazip bulabileceğini; bu durumda da bir önceki paragrafta sözü edilen endişelerin gerçekleşmesinin muhtemel olduğunu ifade etmektedir. Ayrıca, pazara girişler sonrasında hâkim durumdaki teşebbüsün fiyatları düşürme özgürlüğünü kısıtlayacak bir kural getirilerek, pazara giriş yapan teşebbüsün zamanla daha etkin hale gelmesine izin verilmesi, hâkim durumdaki teşebbüsün etkinliğinde düşüşe neden olabilecektir.<sup>129</sup>

<sup>127</sup> O'Donoghue ve Padilla 2006, s.277-278.

<sup>128</sup> O'Donoghue ve Padilla 2006, s.277-278. Buna karşılık, bazı akademisyenler, hâkim durumdaki teşebbüs ile aynı derecede etkin rakiplerin zarar görebilecek olmasını, seçici fiyatlamının ihlâl olarak kabul edilmesinin şartı olarak değerlendirmektedir.

<http://www.rekabet.gov.tr/index.php?Sayfa=sayfahtml&Id=1038>, Erişim Tarihi: 04.03.2011. Daha detaylı bilgi için bakınız AHLBORN, C., D. BAILY (2006), "Discounts, Rebates and Selective Pricing by Dominant Firms: A Trans-Atlantic Comparison", *Handbook of Research in Trans Atlantic Antitrust*.

<sup>129</sup> O'Donoghue ve Padilla 2006, s.277-278.

O'Donoghue, Komisyon'un ve Avrupa Birliği mahkemelerinin, seçici fiyatlamayı ihlâl olarak değerlendirirken, meseleye üç tür açıklama getirdiklerini ifade etmektedir. Bunlar; seçici fiyatlamının, başka bir dizi dışlayıcı davranış ile bir arada olması; uygulamayı gerçekleştiren teşebbüsün süper hâkim durumda olması; seçici fiyatlama davranışının, belirli bir rakibi elimine etmeyi amaçlamasıdır. O'Donoghue, bu üç açıklamadan yalnızca ilkinde katılmakta; seçici fiyatlama davranışının, tek başına ihlâl teşkil etmemesi gerektiğini ifade etmektedir.<sup>130</sup> O'Donoghue ve Padilla, bu kabulün, şikayetçileri veya rekabet otoritesini belirli bir ihlâlin gerçekleştiğini ispatlamak zorunluluğundan kurtarmasına da, normalde ihlâl olarak kabul edilmeyecek bir eylemin, daha büyük bir kötüyü kullanma stratejisinin parçası olduğu koşullarda hukuka aykırı olarak kabul edilmesine imkan verecek bir uygulamanın oluşmasını sağlayabileceğini ifade etmektedir.<sup>131</sup>

O'Donoghue, pragmatik açıdan, maliyet üstü seçici fiyatlamının yasaklanmasına ihtiyatlı yaklaşılması gerektiğini; çünkü, anti-rekabetçi dışlamının söz konusu olduğu nadir durumları tespit ederken, bu tip etkilere yol açmayan maliyet üstü fiyat indirimlerine izin veren bir kural oluşturmanın mümkün olmadığını dile getirmektedir. Nitekim, maliyet üstü seçici fiyatlamının ihlâl olabileceğini iddia eden akademisyenler, buna yönelik olarak tatmin edici bir yasal kural oluşturabilmiş değildir. Örneğin Baumol'un, hâkim durumdaki teşebbüsün, uyguladığı maliyet üstü düşük fiyatı 18 aylık bir süre boyunca uygulamaya zorlanması şeklindeki önerisi, işleyebilir olmayan ve gidermeyi amaçladığı soruna oranla aşırıya kaçan bir yöntem olarak görülmektedir. Edlin'in, hâkim durumdaki teşebbüsün, pazara yeni giren teşebbüsler "ayakta kalabilir" duruma gelene dek, büyük fiyat indirimleriyle veya ciddi ürün geliştirmeleriyle tepki göstermekten alıkonulması yönündeki önerisi de Baumol'ünkine benzer sorunları gündeme getirmektedir. O'Donoghue, bu çerçevede, maliyet üstü seçici fiyatlamının ihlâl olarak kabul edilebilmesi için, Komisyon'un bugüne dek vermiş olduğu kararlara paralel olarak, bir dizi başka dışlayıcı davranışla bir arada olma koşulunun aranmasını, en uygun ve uygulanabilir kural olarak değerlendirmektedir.<sup>132</sup>

O'Donoghue, ihalelerde uygulanan seçici fiyatlama davranışlarına ilişkin olarak şunları belirtmektedir: Belirli miktar ürünü uzun dönem için temin etmek üzere çıkılan bir ihalede rakibinin altında fiyatlama yapan hâkim durumdaki teşebbüsün bu davranışının ihlâl olarak kabul edilmesi, yalnızca hâkim durumdaki teşebbüsü rekabet etmekten alıkoymayacak; rakibin de bir

<sup>130</sup> O'Donoghue 2006, s.32-35.

<sup>131</sup> O'Donoghue ve Padilla 2006, s.281-282.

<sup>132</sup> O'Donoghue 2006, s.35.



“fiyat şemsiyesi”nden yararlanmasına neden olacaktır. Böylece rakip teşebbüs, hâkim durumdaki teşebbüsün, en azından “benzer” işlemlerde diğer tüm müşterilerine de uygulamaksızın, fiyat indirimi uygulayamayacağı bilincinde olacaktır. Dolayısıyla, hâkim durumdaki teşebbüsün, rekabetçi tekliflere karşılık vermesini engelleyen bir kuralın bizzat kendisi, amaçlananın tam aksi yönde, anti-rekabetçi sonuçlara neden olabilecektir.<sup>133</sup>

Seçici fiyatlamaya izin verilmesi, genel fiyat düzeyinin de düşmesini sağlayacaktır. Şöyle ki; hâkim durumdaki teşebbüs, bir işlemde rakibinin fiyatına eşit ya da rakibin fiyatından daha düşük fiyat vermek konusunda özgür olduğunda, rakip, diğer müşterilere aynı düşük fiyatı uyguladığında da muhtemelen aynı şeyi yapacak ve düşük fiyat verecektir. Bu nedenle, seçici fiyatlamaya izin verildiğinde, hâkim durumdaki teşebbüsün düşük fiyat uygulamadığı müşteriler açısından bir dezavantajın söz konusu olduğu düşünülse dahi bu durum sürekli olmayacaktır. Bu açıklamanın, Komisyon’un, Avrupa Birliği rekabet hukukunun, rakipleri değil, tüketicileri ve rekabeti koruması gerektiği konusunda giderek artan ısrarıyla da paralellik taşıdığı ifade bulunmaktadır.<sup>134</sup> Bu durumda, seçici fiyatlama uygulayan hâkim durumdaki teşebbüs tarafından ileri sürülen “rekabeti karşılama savunması”nın kabul edilmesi gerektiği düşünülmektedir.

## SONUÇ

Seçici fiyatlamasının, hâkim durumun kötüye kullanılması hallerinden biri olup olmadığı konusu, rekabet hukuku literatüründe oldukça tartışmalıdır. Seçici fiyatlama konusunda, farklı ülkelerdeki rekabet hukuku uygulamaları bakımından da bir uygulama birliği bulunduğundan söz etmek mümkün değildir.<sup>135</sup> Bu durumda, hukuki belirlilik açısından, seçici fiyatlama konusuna nasıl yaklaşılacağı, seçici fiyatlamasının bir rekabet ihlali olarak nitelendirilebileceğinin kabul edilmesi halinde ise hangi koşullar altında ihlâl teşkil edeceği hususlarının açıkça ortaya konulması gerekmektedir.

Seçici fiyatlamaya ilişkin olarak, Avrupa Birliği, ABD ve Türkiye rekabet hukuku uygulamasının ve literatürde yer alan görüşlerin incelenmesi

<sup>133</sup> O’Donoghue 2006, s.39.

<sup>134</sup> O’Donoghue 2006, s.39.

<sup>135</sup> Uluslararası Rekabet Ağı (ICN) tarafından 2008 yılında yayımlanan bir raporda, yıkıcı fiyatlamaya konusundaki araştırmaya yanıt veren rekabet otoritelerinin hemen hepsinin, yıkıcı fiyatın tespiti için bir maliyet ölçütü kullandığı ve bu durumun, maliyet üstü fiyatlamasının neredeyse her zaman hakkaniyetli rekabet olarak nitelendirilmesi ve rekabet otoritelerinin, maliyet üstü düşük fiyatları yasaklamaması gerektiği görüşünü desteklediği ifade edilmiştir. Ancak, raporun, seçici fiyatlamaya konusundaki uygulama farklılıklarını yansıtmadığı düşünülmektedir. ICN (2008), “Report on Predatory Pricing”, *Prepared by The Unilateral Conduct Working Group, Presented at the 7th Annual Conference of the ICN Kyoto*, s.3-4, 9.

sonucunda, bu davranışın ihlâl teşkil edip etmediği konusunda bir uygulama ve fikir birliği bulunmadığı gibi, davranışı ihlâl olarak nitelendiren rekabet otoriteleri ve akademisyenler arasında, davranışın hangi durumlarda ihlâl teşkil edeceğine ve fiyatlama davranışına uygulanması gereken kurallara ilişkin bir görüş ve yaklaşım paralelliği de bulunmadığı görülmektedir.

Avrupa Birliği uygulamasında, hâkim durumdaki teşebbüsün ilgili pazardaki payının çok yüksek olması, teşebbüsün, rakibi dışlama niyetini ortaya koyan başka dışlayıcı davranışların da mevcut olması gibi koşulların varlığı halinde, seçici fiyatlamanın ihlâl olarak değerlendirildiği görülmektedir. ABD’de ise, maliyet üstü fiyatlama, hiçbir koşul altında rekabet ihlâl olarak nitelendirilmemekte, *per se* hukuka uygun olarak kabul edilmektedir. Türkiye uygulamasında, Avrupa Birliği yaklaşımı ile paralellik sağlanmaya çalışılmışsa da, seçici fiyatlamanın, Avrupa Birliği uygulamasında benimsenen “başka dışlayıcı davranışlarla bir arada olma” koşulu aranmaksızın ihlâl olarak kabul edilmesi, Türkiye uygulamasını farklı kılmaktadır.<sup>136</sup>

Literatürde de, seçici fiyatlamanın hiçbir koşulda ihlâl teşkil etmemesi gerektiğini ifade eden akademisyenlerin yanında, bu tür fiyatlamaların ihlâl olarak değerlendirilmesi için aranması gereken koşullara ve seçici fiyatlama uygulanmasının yasaklanmasına getirilecek kurallara ilişkin olarak birbirinden çok farklı görüşler bulunmaktadır.

Çalışmamızın önceki bölümlerinde yer verilen uygulama ve görüşlerin değerlendirilmesi sonucunda, seçici fiyatlamanın bir rekabet ihlâli olarak kabul edilip yasaklanmasının, rekabet hukukunun amaçladıklarının tam aksine etkiler yaratabileceği sonucuna ulaşılmaktadır. Seçici fiyatlamanın yasaklanmasına yönelik kural ve ölçütlerin, hakkaniyetli rekabeti, rekabet ihlâlinden ayırt etmek için anlamlı birer gösterge olmadığı ve teşebbüsler bakımından hukuki belirsizliğe neden olacağı düşünülmektedir.

Bu çerçevede, Avrupa Birliği uygulamasında aranan “başka dışlayıcı davranışlarla bir arada olma” koşulu da, seçici fiyatlamayı ihlâl olarak nitelendirmek için uygun olmayacaktır. Seçici fiyatlamanın yasaklanması, hakkaniyetli rekabeti caydırmak gibi, göze alınmaması gereken çok büyük bir risk barındırmaktadır. Seçici fiyatlamanın yasaklanması sonucu elde edilecek -tartışmaya açık- olası faydalar, hâkim durumdaki teşebbüslerin hakkaniyetli rekabet etmekten caydırılması riski karşısında fazlaca bir anlam ifade

<sup>136</sup> Türkiye uygulamasında henüz yalnızca Anadolu Cam kararında seçici fiyatlama davranışı ihlâl olarak nitelendirilmiş olmakla birlikte, konuya ilişkin diğer kararlarda da, Anadolu Cam kararındaki koşulların arandığı ve bu çerçevede bir değerlendirmenin yapıldığı görülmektedir. Yine, seçici fiyatlama konusundaki Rekabet Kurulu kararlarının sayıca çok sınırlı olduğu gerçeği altında, Türkiye uygulamasının mevcut kararlar çerçevesinde değerlendirilmesi yoluna gidilmiştir.

etmemektedir. Kaldı ki, seçici fiyatlamanın yasaklanmasının tüketici refahına etkisi çoğunlukla olumsuz olacaktır. Hâkim durumdaki teşebbüsün seçici fiyatlama dışındaki davranışlarının rakipleri dışlayıcı etki doğurduğunun ve hâkim durumun kötüye kullanılması niteliğinde olduğunun tespit edilmesi durumunda, hâkim durumdaki teşebbüsün, kötüye kullanma teşkil eden davranışları bakımından yaptırıma tabi tutulması söz konusu olacaktır. Hakkaniyetli rekabetin cezalandırılmaması için, seçici fiyatlama uygulamasının, teşebbüsün rekabet ihlâli teşkil eden davranışlarından yola çıkılarak, rakibi dışlayıcı bir planın parçası olarak değerlendirilmemesi gerekmektedir.

Aslan'ın da ifade ettiği üzere, seçici fiyatlamanın kötüye kullanma olarak kabul edildiği kararlarda yer alan unsurların tümü somut olayda mevcut olsa bile, bu unsurlar aynı zamanda, rekabetin varlığına da işaretler. Teşebbüslerin, rakibin bulunduğu pazar bölümlerinde daha düşük fiyat uygulaması; rakibin bulunmadığı pazar bölümlerinde ise daha yüksek fiyat uygulaması, bizzat rekabetin gereğidir.<sup>137</sup> Bu durumda, seçici fiyatlamanın yasaklanması; rakip teşebbüslere gereksiz bir güvenli liman tesis edecek ve rekabet hukukunun korumayı amaçladığı rekabete zarar verecektir. Seçici fiyatlamanın yasaklanması sonucunda, hâkim durumda olmayı değil, hâkim durumun kötüye kullanılmasını yasaklayan rekabet hukuku, hâkim durumdaki teşebbüslerin hakkaniyetli rekabet etmekten caydırılmasına ve ilgili pazardaki rekabetin kısıtlanmasına neden olacaktır. Teşebbüsler açısından hukuki belirlilik sağlanması, rekabetin teşvik edilmesi ve korunması bakımından, seçici fiyatlamanın hiçbir surette hâkim durumun kötüye kullanılması olarak nitelendirilmemesi ve bir rekabet ihlâli olarak kabul edilmemesi gerekmektedir.

Çalışmamızda yer verdiğimiz farklı uygulama ve görüşlerin değerlendirilmesi neticesinde, seçici fiyatlamanın, hâkim durumun kötüye kullanılması hallerinden biri, dolayısıyla da bir rekabet ihlâli olarak nitelendirilmemesi gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır. Maliyet üstü düşük fiyatlama ile rekabet, tam da rekabet hukukunun amaçladığı davranış biçimidir. Seçici fiyatlamanın ihlâl olarak kabul edilmesi ve yasaklanması durumunda, rekabet hukukunca amaçlanan "hakkaniyetli rekabet" in caydırılması gibi istenmeyen bir sonucun ortaya çıkması kaçınılmaz görünmektedir. Bu durumda, normal işleyen bir rekabet sürecinde zaten pazar dışına çıkacak olan, etkin çalışmayan rakip teşebbüslerin, hâkim durumdaki teşebbüsün seçici fiyatlama davranışı ile pazar dışına itilmesi riskinin, rekabetin caydırılması riski karşısında göze alınması gerektiği düşünülmektedir.

---

<sup>137</sup> Aslan 2008, s.206.

## KAYNAKÇA

AHLBORN, C. ve D. BAILY (2006), “Discounts, Rebates and Selective Pricing by Dominant Firms: A Trans-Atlantic Comparison”, *Handbook of Research in Trans Atlantic Antitrust*.

AREEDA P.E. ve D.F. TURNER (1975), “Predatory Pricing and Related Practices under Section 2 of the Sherman Act”, *Harvard Law Review*, USA.

AREEDA P.E. ve H. HOVENKAMP (2002), “Antitrust Law Vol. III”, Aspen Law&Business, USA.

ASLAN, E.F. (2011), “Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Fiyat Ayrımcılığı Eylemlerinin Değerlendirilmesi Sorunu”, *Rekabet Dergisi*, Cilt:12, Sayı:1.

ASLAN, Y. (2008), *Rekabet Hukuku Dersleri*, Ekin Kitabevi, Bursa.

ASLAN, Y. (2007), *Rekabet Hukuku: Teori, Uygulama ve Mevzuat*, Ekin Kitabevi, Bursa.

BAUMOL, W.J. (1979), “Quasi-Permanence of Price Reductions: A Policy for Prevention of Predatory Pricing”, *89 Yale Law Journal* 1.

BECKENSTEIN, A. ve L. GABEL (1986), “Predatory Rules: An Economic and Behavioural Analysis”, *The Antitrust Bulletin*, vol:31, no:1.

CARLTON, D.W. (2007), “Does Antitrust Need to be Modernized?”, *Economic Analysis Group Discussion Paper*, No. 07-3.

COMANOR, W. ve H.E. FRENCH (1983), “Predatory Pricing and Meaning of Intent”, *The Antitrust Bulletin*, Vol.36, no.2.

DPT (2007), *Dokuzuncu Kalkınma Planı Rekabet Hukuku ve Politikaları Özel İhtisas Komisyonu Raporu*, Ankara.

EASTERBROOK, F.H. (1981), “Predatory Strategies and Counterstrategies”, *University of Chicago Law Review*, Vol.48, No:3.

EUROPEAN COMMISSION (2008), *Guidance on the Commission’s Enforcement Priorities in Applying Article 82 EC Treaty to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings*, Brussels.

EUROPEAN COMMISSION (2005), *DG Competition Discussion Paper on the Application of Article 82 of the Treaty to Exclusionary Abuses*, Brussels.

EDLIN, A.S. (2002), “Stopping Above-Cost Predatory Pricing”, *111 Yale LJ* 4, USA.

ELHAUGE, E. (2003), “Why Above Cost Price Cuts to Drive Out Entrants are not Predatory-And the Implications for Defining Costs and Market Power”, *112 Yale LJ* 681, USA.

ELHAUGE, E. ve D. GERADIN (2007), “Global Competition Law and Economics”, Hart Publishing, USA.

GAL, M.S. (2007), “Below-Cost Price Alignment: Meeting or Beating Competition? The France Telecom Case”, *European Competition Law Review*, Issue 6.

GERADIN, D. ve N. PETIT (2005) “Price Discrimination under EC Competition Law: The Need for a case-by-case Approach”, *The Global Competition Law Centre Working Paper Series, GCLC Working Paper 07/05*.

GERADIN, D., P. HOFER, F. LOUIS, N. PETIT, M. WALKER (2005), “The Concept of Dominance”, *GCLC Research Papers on Article 82 EC*.

GOYDER, D.G. (2003), *EC Competition Law*, Oxford University Press, USA.

GRAVENGAARD, M.A. (2006), “The Meeting Competition Defence Principle- A Defence for Price Discrimination and Predatory Pricing?”, *European Competition Law Review*, Issue 12.

GÜL, İ. (2000), *Teşebbüsün Alıcılarına Ayrımcılık Yaparak Hâkim Durumunu Kötüye Kullanması*, Rekabet Kurumu Yayınları, Lisansüstü Tez Serisi No:2.

HAY, G. (1981), “A Confused Lawyer’s Guide to the Predatory Pricing Literature”, *Journal of Reprints for Antitrust Law and Economics*, Vol:XVIII, No:2.

ICN (2008), “Report on Predatory Pricing”, *Prepared by The Unilateral Conduct Working Group, Presented at the 7th Annual Conference of the ICN Kyoto*.

JONES A. ve B. SUFRIN (2008), *EC Competition Law*, Oxford University Press, USA.

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

KORAH, V. (2001), *Cases&Materials on EC Competition Law*, Hart Publishing, USA.

LANDES, W. (1981), “The Fire of Truth: A Remembrance of Law and Economics at Chicago, 1932-1970”, *Journal of Law and Economics*.

LANG, T.J. ve R. O'DONOUGHUE (2005), "The Concept of an Exclusionary Abuse under Article 82 EC", *GCLC Research Papers on Article 82 EC*, College of Europe Global Competition Law Centre (GCLC).

O'DONOGHUE, R. (2006), "Over-Regulating Lower Prices: Time for a Rethink on Pricing Abuses under Article 82 EC", Chapter in C.D. Ehlermann & I. Atanasiu, "What is an abuse of a dominant position?", Hart Publishing, USA.

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

ÖZDEMİR, Ü.N. (2010), *Fiyatlamaya İlişkin Tek Taraflı Davranışların Değerlendirilmesinde Kullanılan Maliyet Ölçütleri*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi, Ankara.

POSNER, R.A. (2001), "Antitrust Law", The University of Chicago Press, Chicago and London.

REKABET KURUMU (2009), *Rekabet Terimleri Sözlüğü*, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara.

RITTER, L. ve W.D. BROWN (2005), *European Competition Law: A Practitioner's Guide*, Netherlands.

SANLI, K.C. (2000), *Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanunda Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği*, Rekabet Kurumu Yayınları Lisansüstü Tez Serisi, Ankara.

ŞAHİN, S.Y. (2010), "Türk Enerji Sektöründe Rekabet Kurumu ile Sektörel Düzenleyici Kurum Arasındaki İlişki", *Rekabet Dergisi*, Cilt:11, Sayı:4.

US DOJ (2008), "Competition and Monopoly: Single-Firm Conduct under Section 2 of the Sherman Act".

UZUNALLI, S. (2010), "Avrupa Birliği Rekabet Hukuku Işığında Yıkıcı Fiyat Uygulamaları ile Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması", *Rekabet Dergisi*, Cilt:11, Sayı:4.

ÜNSAL, E.M. (2004), *Mikro İktisat*, İmaj Yayınevi, Ankara.

VAN BAEL, I. ve J.F. BELLIS (2005), "Competition Law of the European Community", Kluwer Law International, The Netherlands.

WHISH, R. (2009), *Competition Law*, Oxford University Press, USA.

WILLIAMSON, O.E. (1977-78), "Predatory Pricing: A Strategic and Welfare Analysis", *87 Yale Law Journal* 284.

YAMEY, B. (1972), “Predatory Price Cutting: Notes and Comments”, *Journal of Law and Economics*, vol:15, no:1.

#### **ABD Mahkeme Kararları**

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

United States v. AMR Corp., 140 F. Supp. 2d 1141 (D. Kan. 2001).

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

Matsushita v. Zenith Ratio Corp., 475 U.S. 574 (1986).

#### **Avrupa Komisyonu Kararları**

Case 97/624, Irish Sugar plc., OJ (1997) L 258.

Case 93/82, Cewal, OJ (1993) L 34.

Tetra Pak II, OJ 1992 L 72/1.

Case 89/22, BPB Industries plc., OJ (1989) L 10.

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

ECS/Akzo II, D. Comm. Dec. 14 1985, 1985 OJ L 374/1.

Commission Decision T. 29.7.1983, AKZO (interim measures) (1983) OJ L 252/13.

#### **Avrupa Genel Mahkeme Kararları**

Irish Sugar plc v. Commission (Case T-228/97) (1999) ECR II-2969.

#### **Avrupa Birliği Adalet Divanı Kararları**

Compagnie Maritime Belge Transports SA, Compagnie Maritime Belge SA and Dafra-Lines A/S v. Commission (Cases C-395/96 P and C-396/96 P) (2000) ECR I-1365.

AKZO Chemie BV v. Commission Case 62/86 (1991) ECR I-3359.

Case 27/76 United Brands (1978) ECR 293.

#### **Rekabet Kurulu Kararları**

İzocam, 08.02.2010 tarih ve 10-14/175-66 sayılı Rekabet Kurulu kararı.

Ekmek, 21.10.2009 tarih ve 09-48/1193-301 sayılı Rekabet Kurulu kararı.

Turkcell-Vodafone 2, 08.10.2009 tarih ve 09-45/1136-286 sayılı Rekabet Kurulu kararı.

Anadolu Cam 2, 06.08.2009 tarih ve 09-35/877-206 sayılı Rekabet Kurulu kararı.

Turkcell-Vodafone, 20.05.2008 tarih ve 08-34/453-159 sayılı Rekabet Kurulu kararı.

Anadolu Cam, 01.12.2004 tarih ve 04-76/1086-271 sayılı Rekabet Kurulu kararı.

TÜPRAŞ, 16.04.2002 tarih ve 02-24/244-99 sayılı Rekabet Kurulu kararı.

#### **Danıştay Kararları**

Anadolu Cam, 11.12.2007 tarih ve E:2005/6848, K:2007/8693 sayılı Danıştay Onüçüncü Dairesi kararı.

Anadolu Cam, 02.02.2006 tarih ve 2006/2 YD. İtiraz No'lu İDDK kararı.