

**AVRUPA BİRLİĞİ REKABET HUKUKU İŞİĞİNDA
YIKICI FİYAT UYGULAMALARI İLE
HAKİM DURUMUN KÖTÜYE KULLANILMASI**

*THE ABUSE OF DOMINANT POSITION THROUGH
PREDATORY PRICE PRACTICES UNDER THE LIGHT OF
EUROPEAN UNION COMPETITION LAW*

Doç. Dr. Sevilay UZUNALLI*

Öz

Yıkıcı fiyatlandırma, pazarda hakim durumdaki işletmenin rakiplerini pazar dışına çıkarmayı veya disipline etmeyi ya da potansiyel rakiplerinin pazara girişini engellemeyi amaçladığı, hakim durumunun kötüye kullanılması niteliğindeki düşük fiyat uygulaması olarak tanımlanabilir. Ancak yıkıcı fiyat uygulamasının, adil rekabete dayalı ve serbest rekabetin gereği olan fiyat indirimlerinden ayrılması gerekir. Aksi halde pazarda hakim durumdaki işletmenin yasaklanmaması gereken böyle bir davranışının hatalı olarak yasaklanarak yaptırımı tabi tutulması veya hakim durumun kötüye kullanılması niteliğindeki yıkıcı fiyat davranışının hatalı olarak yaptırımsız kalması söz konusu olacaktır. Bu nedenle yıkıcı fiyat uygulamasının rekabet otoriteleri tarafından doğru olarak ve uygun zamanda tespiti önemlidir. Ayrıca bu tespit, işletmelerin hukuk güvenliğini de ortadan kaldırmamalıdır. Diğer bir ifade ile hakim durumdaki işletmeler, hangi fiyat davranışlarının rekabet hukukuna aykırı olduğunu önceden bilebilmelidirler.

Yıkıcı fiyat uygulamasının da dahil olduğu dışlayıcı uygulamalar, Avrupa Birliği Komisyonu'nun son yıllardaki reform çalışmalarının konusunu oluşturmaktadır. Bu nedenle konu, son yıllarda yeni bir boyut kazanmış ve Avrupa Birliği hukuku doktrininde de tartışmalara neden olmuştur. Çalışmada, Türk rekabet hukukuna ışık tutabilmek amacıyla Avrupa Birliği hukukunda yıkıcı fiyat uygulamasına ilişkin gelişmeler ve getirilen çözüm yolları değerlendirilmiştir. Yıkıcı fiyat uygulamasının tespiti için önce pazarı tanımlamak, pazar yapısını araştırmak ve işletmenin hakim durumunu tespit etmek gerekir. Ancak bu aşamalar yıkıcı fiyat uygulamalarının tespitinde farklı

* Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

bir özellik göstermediğinden, çalışmamız hakim konumdaki işletmenin yıkıcı fiyat uygulaması yoluyla bu konumunu kötüye kullanmasının denetimi için önerilen çözüm yolları ile sınırlandırılmıştır.

Anahtar Kelimeler: *Yıkıcı Fiyat, Hakim Durum, Dışlayıcı Uygulamalar, Kılavuz, Doğrudan veya Dolaylı İspat Yöntemi.*

Abstract

Predatory price can be defined as the abuse of dominant position through low price practices in which the enterprise that has the dominant position in the market aims to eliminate its competitors from the marketplace or prevents its potential competitors from entering the market. But predatory price practices should be differentiated from price discounts as being the condition of free competition. Otherwise, the business which has the dominant position in the market will be subject to sanction mistakenly or the predatory price behaviour as the abuse of dominant position will remain without sanction by mistake. For this reason, it is important to accurately and timely determine the predatory price practices by the competition authorities. In addition, this determination should not eliminate the certainty and predictability of law. In other words, enterprises should be predict which price behaviors are against competition law in advance.

Exclusionary practices including predatory price practices have been recently the subject matter of reform efforts of European Commission. Therefore, this subject has gained a new dimension in the last years and led to discussions in the doctrine of European Union Law. In this study, the developments with regards to predatory price practices and possible solutions within the framework of EU Law were evaluated in order to shed light on Turkish Competition Law. In determination of predatory price practices, identifying the market, researching the market structure and stating the dominant position of the enterprise are necessary. But, our study is limited to proposed solutions only for monitoring the predatory price practices.

Keywords: *Predatory Price, Dominant Position, Exclusionary Practices, Guidance, Direct or Indirect Method of Proof*

GİRİŞ

İşletmeler pazarda rekabet edebilmek için müşterilerinin ihtiyaçlarına uygun ürün arz ederken, ürün kalitesi, iyi dağıtım ağı, uygun fiyat gibi araçlardan yararlanırlar. Böylece mümkün olduğu kadar çok müşteri kazanarak veyahut da mümkün olduğu kadar az müşteri kaybederek gelirlerini artırmayı amaçlarlar. Pazar ekonomisinin gereği olarak işletmeler bu çabayı gösterirlerken rakiplerine

zarar verebilirler veya onların pazar dışına çıkmalarına neden olabilirler. Diğer bir ifade ile şletmeler, rakiplerinin pazar dışına atılması ve pazara girişlerinin engellenmesi pahasına daha iyi verim veya daha uygun fiyatlara ynelik çaba gsterebilirler¹. Bunun gibi pazarda hakim durumdaki şletme de yksek kazanç elde etmek ve fiyata dayalı rekabet etmek hakkına sahiptir². Ancak pazarda hakim durumdaki şletme, yıkıcı fiyat veya fiyat ayırmıcılığı gibi rekabet hukukuna aykırı araçlardan yararlanırsa, bu davranış hakim durumun ktuye kullanılması niteliğindedir ve rekabet hukuku tarafından yasaklanmıştır (RKHK m. 6).

Pazarda hakim durumdaki şletmeler fiyatlarını bağımsız olarak belirleyebilecek ve bu nedenle de yıkıcı fiyat uygulamasını gerçekleştirebilecek pazar gücüne sahiptirler. Sahip oldukları bu g nedeniyle pazarda hakim durumdaki şletmelerin “zel davranış ykmllkleri”nden söz edilir³. Dolayısıyla hakim durumdaki şletmenin bulunması nedeniyle pazarda zaten zayıflamış olan rekabetin korunmasını engelleyen yıkıcı fiyat uygulaması gibi davranış biçimleri bu şletmelere yasaklanmıřtır⁴.

Yıkıcı fiyat uygulamasının da dahil olduğu dışlayıcı uygulamalar, Avrupa Birliği Komisyonu’nun son yıllardaki reform çalışmalarının konusunu

¹ LANGE, K. W. (2005), “KampfpPreisstrategien (predatory pricing) im europischen Kartellrecht”, ZHR 169, s. 495; WIEDEMANN, G. ve DE BRONETT, G-K. (2008), Handbuch des Kartellrechts, 2. Aufl., Verlag C.H. Beck, München, § 22 Nr. 92; LOEWENHEIM, U., MEESEN, K.M., RIESENKAMPFF, A. ve LBBIG, T. (2009), Kartellrecht - Europäisches und Deutsches Recht - Kommentar, 2. Aufl., Verlag C.H. Beck, München, m. 82 EG, Nr. 174.

² BITTNER, C. (2007) “Verdrängungsstrategien durch KampfpPreise” B. Ahrens, P. Behrens ve P. v. Dietze (der.), Marktmacht und Missbrauch- Forum Wissenschaft und Praxis zum Internationalen Wirtschaftsrecht/ Hamburger Forum Kartellrecht, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden içinde, s. 66; IMMENGA, U. ve MESTMÄCKER, E-J. ve SCHWEITZER, H. (2004), Europäisches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl., Verlag C.H. Beck, München, § 15, Nr. 6, 40; Wiedemann ve De Bronett, § 22 Nr. 92-94; ENGELSING, F. (2007), “Modernisierung von Art. 82 EG: Konsumentenwohlfahrt und Effizienz als neue Leitbilder ?”, B. Ahrens, P. Behrens ve P. v. Dietze (der.), Marktmacht und Missbrauch-Forum Wissenschaft und Praxis zum Internationalen Wirtschaftsrecht/ Hamburger Forum Kartellrecht, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden içinde, s. 98.

³ Hakim durumdaki şletmenin rekabet eylemlerinde “zel davranış ykmllğ” altında olduğunu belirten kararlara rnek olarak bkz. EuG-Tetra Pak Int. SA/Kommission, 6.10.1994, T-83/91, Slg. 1994, II-00755, Nr. 14; EuGH-Compagnie Maritime Belge Transports SA vd./Kommission, 16.3.2000, C-395/96 P, C-396/96 P, Nr. 114, Karar için bkz. <http://www.eur-lex.europa.eu>, Erişim Tarihi: 01.08.2010. Hakim durumdaki şletmelerin bu özel davranış ykmllğne ilişkin değerlendirme için bkz. ASLAN, İ.Y. (2007), Rekabet Hukuku-Teori-Uygulama Mevzuat, 4. Baskı, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa, s. 466, 467.

⁴ örneğin bkz. EuGH-Hoffmann-La Roche/Kommission, 13.12.1979, C 85/76, Slg. 1979, Nr. 91. Bu hususta bkz. Wiedemann ve de Bronett 2008, § 22 Nr. 40; MADAN, Z. (2008), ABD ve AB Perspektifinden Dışlayıcı Uygulamaların Tespitine Ynelik Standart Tartışmaları, (Uzmanlık Tezi), Rekabet Kurumu, Ankara, s. 7.

oluşturmaktadır⁵. Bu nedenle konu, son yıllarda yeni bir boyut kazanmış ve Avrupa Birliği hukuku doktrininde de tartışmalara neden olmuştur. Çalışmada, Türk rekabet hukukuna ışık tutabilmek amacıyla Avrupa Birliği hukukunda yıkıcı fiyat uygulamasına ilişkin gelişmeler ve getirilen çözüm yolları değerlendirilmiştir. Yıkıcı fiyat uygulamasının tespiti için önce pazarı tanımlamak, pazar yapısını araştırmak ve işletmenin hakim durumunu tespit etmek gerekir⁶. Ancak bu aşamalar yıkıcı fiyat uygulamalarının tespitinde farklı bir özellik göstermediğinden, çalışmamız hakim konumdaki işletmenin yıkıcı fiyat uygulaması yoluyla bu konumunu kötüye kullanmasının denetimi için önerilen çözüm yolları ile sınırlandırılmıştır.

1. HAKİM DURUMUN KÖTÜYE KULLANILMASI HALLERİ İÇERİSİNDE YIKICI FİYAT UYGULAMALARI

1.1. Yıkıcı Fiyat Uygulaması Kavramı ve Bu Uygulamanın Denetimine İlişkin Yaklaşımlar

Yıkıcı fiyat uygulaması rekabet hukukunda yeni bir kavram olmamakla birlikte, Avrupa Birliği Komisyonu, yıkıcı fiyat uygulaması da dahil olmak üzere dışlayıcı uygulama yoluyla hakim durumun kötüye kullanılması⁷ hallerine ilişkin bir “Kılavuz”⁸ yayınlamıştır. Hukuk kurallarının yorumu niteliğinde olup

⁵ “Mitteilung der Kommission-Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen”, (2009/C/45/02), ABl. 24.2.2009, C 45/7 (“Kılavuz” olarak anılmıştır). Metin giriş kısmı yanında iki kısımdan oluşmaktadır. İlk kısımda genel yaklaşım biçimi ifade edilmiş, ikinci kısımda belirli birkaç kötüye kullanma durumundan hareketle kötüye kullanmaya ilişkin koşullar açıklanmıştır. Ancak metnin amacı, ele alınan davranış biçimlerinin Komisyon tarafından öncelikli olarak yaptırıma bağlanmasıdır. Yoksa bu metnin kapsamına girmeyen davranış biçimlerinin hukuka uygun olduğu ifade edilmemektedir. Bu konuda bkz. KELLERBAUER, M. (2009), “Der “more economic approach” bei Anwendung des Artikels 82 EG-Vertrag- Das Vorgehen gegen Behinderungsmissbräuche in der Europäischen Union vor and nach der Erläuterungsmittteilung zu den Prioritäten der Europäischen Kommission”, AJP/PJA, s. 1587. Bundan önce kılavuz metni çalışmasını başlatmak amacıyla Komisyon tarafından yayınlanan Tartışma Metni için bkz. DG Competition Discussion Paper on the Application of Article 82 of the Treaty to Exclusionary Abuses, Dezember 2005 (Tartışma Metni olarak anılmıştır).

⁶ Rekabet Kurulu da 4.5.2005 tarihli ve 05-29/370-90 sayılı, 20.7.2006 tarihli ve 06-53/692-198 sayılı, 4.7.2007 tarihli ve 07-56/669-232 sayılı kararlarında, hakim durumda olmayan işletmenin fiyat davranışının yıkıcı fiyat olarak nitelendirilemeyeceğini belirterek bu konudaki şikayetleri reddetmiştir.

⁷ Dışlayıcı uygulama yoluyla hakim durumun kötüye kullanılması, ilgili pazarda rekabetin yoğunluğunun azalması sonucu mevcut veya potansiyel rakiplerin pazarlama olanaklarının daralmasına yönelmiş olan veya böyle bir etki yaratan davranış biçimlerini ifade eder (Bkz. Loewenheim vd. 2009, EG m. 82, Nr. 174).

⁸ Bkz. dpn.5.

bağlayıcı olmayan⁹ bu metin, AEUV m. 102’de hükme bađlanan¹⁰ hakim durumun kötüye kullanılması hallerinden dışlayıcı uygulamalara ilişkin yeknesak bir konsept oluşturması bakımından bir dönüm noktası niteliğindedir¹¹.

Yıkıcı fiyatlama, pazarda hakim durumdaki işletmenin rakiplerinin pazar dışına çıkarılmasını veya disipline edilmesini ya da potansiyel rakiplerinin pazara girişini engellemeyi amaçlayan düşük fiyat uygulaması olarak tanımlanabilir¹². Bu davranış ile hakim durumdaki işletme, ilk önce yatay rekabet baskılarının zayıflamasını sağlar ve bu yolla elde ettiği fiyat belirleme alanından fiyat indirimleri nedeniyle uğradığı gelir kaybını gidermek için yararlanır. Dolayısıyla başarılı bir yıkıcı fiyat uygulaması rakipler ve tüketiciler¹³ üzerinde farklı etkilere sahip davranışları içeren iki zaman dilimini kapsar. Bu uygulamanın ilk aşamasını oluşturan fiyat indirimini rakiplere zarar verir. Tüketiciler ise bu aşamada düşük fiyatlardan fayda sağlarlar. İşletme tekel geliri elde edebilmek için mevcut rakibini pazardan dışlayarak ya da disiplin altına alarak veyahut da potansiyel rakibin pazara girişini engelleyerek sonraki aşamada fiyatlarını yükseltir. Ancak yıkıcı fiyat uygulamasının adil rekabete dayalı ve serbest rekabetin gereği olan fiyat indirimlerinden ayrılması gerekir. Aksi halde pazarda hakim durumdaki işletmenin yasaklanmaması gereken böyle bir davranışının hatalı olarak yasaklanarak yaptırıma tabi tutulması veya kötüye kullanma niteliğindeki yıkıcı fiyat davranışının hatalı olarak yaptırımsız kalması söz konusu olacaktır¹⁴.

⁹ IMMENGA, U. (2006), "Grenzen der Rechtsauslegung -Das Diskussionspapier der EG-Kommission zu Art. 82 EG", EuZW, s. 481.

¹⁰ Lizbon Sözleşmesi'nin 1.12.2009 tarihinde yürürlüğe girmesi ile yapılan değişlikten sonra da Avrupa Birliği Hukukunun rekabet kuralları aynen korunmuştur. Avrupa Topluluğu'nu Kuran Anlaşma'nın 82. maddesinde kaleme alınmış olan hüküm artık AEU m. 102’de (Der Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union) yer almaktadır. (ABl. 2007, C 306, ABl. 2008, C 115/89 ve ABl. 2010, C 83/89).

¹¹ Bu konuda bkz. Kellerbauer 2009, s. 1577.

¹² Bkz. Tartışma Metni, Nr. 93.

¹³ Burada tüketici kavramı ile son kullanıcılar yanında üretim zincirindeki alıcılar da ifade edilmektedir. Bkz. Kılavuz, Nr. 19, dpn. 15; ayrıca bkz. EuG- Glaxo Smith Klinie/Kommission, 27.9.2006, T-168/01, Slg. 2006, II-2969 Nr. 185; Kommission-Glaxo Wellcome, 8.5.2001 - IV/36.957/F3 vd., ABl. 2001, L 302, s. 1, Nr. 185; MÖLLER, S. (2008), Verbraucherbegriff und Verbraucherwohlfahrt im europäischen und amerikanischen Kartellrecht, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, s. 213 vd.

¹⁴ PRIES, T.W. (2009), Kampfpreismissbrauch im ökonomisierten EG-Kartellrecht, Mohr Siebeck, Tübingen, s. 12; ALBERS, M. (2007), "Der more economic approach bei Verdrängungsmissbräuchen -Zum Stand der Überlegungen der Europäischen Kommission", B. Ahrens, P. Behrens ve P. v. Dietze (der.), Marktmacht und Missbrauch- Forum Wissenschaft und Praxis zum Internationalen Wirtschaftsrecht/ Hamburger Forum Kartellrecht, Nomos

Yıkıcı fiyat uygulaması ile hakim durumun kötüye kullanılmasının tespiti için prensip olarak iki yöntem söz konusudur:

Soyut, genel, *per se* kurallara göre analiz veya somut olaya yönelik “*rule of reason*” yaklaşımına göre analiz. Soyut, genel, *per se* kurallara göre analiz, çürütülemez şekilde rekabete aykırı oldukları varsayılan amaç veya davranışları tespit etmeye yönelir. Somut olaya yönelik “*rule of reason*” yaklaşımına göre analiz ise, davranışın rekabete aykırı olup olmadığını özel pazar için karakteristik olan özel olguları dikkate alarak belirler¹⁵. Bu nedenle soyut, genel, *per se* kurallara göre analiz yaklaşımı, hukuk güvenliği avantajına sahiptir. Zira hukuk kurallarına tabi olanlar hangi davranışa izin verilmiş olduğunu ve hangi davranışın yasaklanmış olduğunu bilebilirler. Ancak yıkıcı fiyat uygulamasının *per se* kural şeklinde, tipik bir davranış olarak görünmesi oldukça güçtür¹⁶. Bu nedenle yıkıcı fiyat uygulamasının soyut, genel hukuk kurallarına göre hatasız belirlenmesi mümkün görünmemektedir. Dolayısıyla yıkıcı fiyat uygulamasının denetiminde hem hukuk güvenliğini hem de fiyat davranışının rekabete etkilerini dikkate alan bir yöntemden yararlanmak gerekecektir.

1.2. Ekonomiye Ağırlık Veren Yaklaşım ve Bu Yaklaşımın Yıkıcı Fiyat Uygulamasının Denetimine Etkisi

AEUV m. 102’ye ilişkin Komisyon ve yargı kararlarında müdahaleci ve şekilci bir yaklaşım benimsenerek, hakim durumun varlığının bile rekabetçi yapı için tek başına rekabetçi süreci zayıflattığı ve diğer işletmelerin özgürlüğünü kısıtladığının kabulü eleştiri konusu olmuştur¹⁷. Bu eleştirileri dikkate alan Avrupa Birliği Komisyonu, 2005 yılında Avrupa Topluluğu’nu Kuran Anlaşma’nın 82. maddesi uygulamalarına ilişkin ekonomik/etki temeline dayalı Tartışma Metni’ni¹⁸ kamuoyunun görüşüne açmıştır¹⁹. Ekonomiye ağırlık veren yaklaşımın temelinde şu prensipler bulunmaktadır:

Verlagsgesellschaft, Baden-Baden içinde, s. 13; DREHER, M. (2008), “Die Zukunft der Missbrauchsaufsicht in einem ökonomisierten Kartellrecht”, WuW, Nr. 1, s. 26; Madan 2008, s. 12.

¹⁵ Soyut, genel, *per se* kurallara göre analiz ve somut olaya yönelik “*rule of reason*” yaklaşımına göre analiz hakkında ayrıntılı olarak bkz. Immenga vd. 2004, § 7 Nr. 31 vd.; Kellerbauer 2009, s. 1577.

¹⁶ Bu yönde, Pries 2009 s. 196.

¹⁷ Bu hususta bkz. Madan 2008, s. 54 vd.; MADAN, Z. (2007), “Roma Antlaşması’nın 82. Maddesindeki Reform Çalışmaları ve Eşit Etkinlikteki Firma Testi”, Rekabet Dergisi, Nr. 31, s. 4 vd.

¹⁸ Bkz. dpn. 5.

¹⁹ Bu yaklaşım EG m. 81’e ilişkin Grup Muafiyeti Tüzüğü reformunda (Örneğin Kommissionsverordnung Nr. 2790/1999 über die Anwendung von Art. 81 Absatz 3 des Vertrages auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen, ABl. 1999 L 336/21; Kommissionsmitteilung zu den Leitlinien für vertikale Beschränkungen,

Topluluk rekabet politikası tüketici refahına yönelik olmalıdır. Tüketicinin, rekabetin eksik olduğu pazar yapıları ve rekabeti sınırlayıcı davranış biçimlerinin olumsuz etkilerine karşı korunması ön plana alınmıştır. Etkin rekabetin sürdürülmesi bu amaca yönelik bir araçtır. Daha etkin veya daha fazla yenileştirme ve yaratıcı faaliyetleri olan rakiplerin pazardan dışlanması ile tüketici için olumsuz sonuçlar doğacak ise, artık rakiplerin pazardan dışlanıp dışlanmamaları meselesi önemlidir. Aynı davranış tüketici refahı için pazar koşullarına göre olumlu veya olumsuz etkilere sahip olabilir. Davranışın etkinlik avantajları olumsuz etkileri geri plana da itebilir. Burada hem fiili hem de muhtemel etkilerin araştırılması gerekir²⁰.

Ekonomiye ağırlık veren yaklaşım, etkilediği pazarın özelliklerini dikkate aldığı için, *per se* yaklaşıma göre daha avantajlıdır. Bununla birlikte bu yaklaşım, rekabet otoritelerinin donanımının yeterli olmaması hallerinde rekabeti bozan davranışların denetiminde güçlükler²¹ ile karşılaşılmasına neden olabilmektedir²². Somut olay adaleti usul kuralları çerçevesinde belirli bir süre ile sınırlı olmaksızın davranışın rekabet üzerindeki tüm etkilerini araştırmayı emrederken, uygulanabilirlik ve hukuk güvenliği ise dikkate alınması gereken olguların sınırlandırılmasını, basit olarak uygulanabilecek hukuk prensiplerinin esas alınmasını gerektirir²³.

Komisyon'un "Kılavuz"unun "Genel Kısmı"ndaki açıklamalar, bu metinde de ekonomiye ağırlık veren yaklaşımın benimsendiğini göstermektedir. Komisyon, bu metinde, tüketiciye en çok zarar veren davranış biçimlerinde

ABl. 2000 C 291/1), Birleşme Kontrol Tüzüğü'nde (Ratsverordnung Nr. 139/2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. 2004, C 24/I) ve bunların uygulanmasına ilişkin Komisyon Metin'lerinde de (Örneğin, Leitlinien der Kommission zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse gemäss der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. 2004, C 31/5; Leitlinien zur Bewertung nichthorizontaler Zusammenschlüsse gemäss der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. 2008, C 265/6) "Prensip" olarak benimsenmiştir.

²⁰ Bu hususta bkz. Kellerbauer 2009, s. 1577; Albers 2007, s. 11 vd. ; SCHMIDT, A. ve VOIGT, S. (2006) "Der "more economic approach in der Missbrauchaufsicht", WuW, Nr. 11, s. 1098; HANÇER, H. ve İÇÖZ, Ö. (2007) "Roma Anlaşmasının 82. Maddesinde Öngörülen Revizyon Hakkında Değerlendirme ve Türk Rekabet Hukuku Bakımından Etkileri", Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-V, Kayseri, s. 125 vd. Ancak "ekonomiye ağırlık veren yaklaşım" kavramı doktrinde yeknesak olarak kullanılmamaktadır. Ekonomiye ağırlık veren yaklaşımda tüketicinin korunmasının dolaylı amaç olduğu, etkin rekabetin sürdürülmesi amacına hizmet ettiği de ileri sürülmektedir (Bkz. Immenga 2006, s. 481).

²¹ Bu yaklaşım Avrupa Birliği'nde birleşmelerin kontrolünde işletmelere yaptırım öngören kararların azalmasına neden olmuştur. 1994-2003 yıllarında % 1'den 2004-2008 yıllarında % 0.1'e düşmüştür Bu hususta bkz. Kellerbauer 2009, dpn. 15.

²² Bkz. Kellerbauer 2009, s. 1577; Dreher 2008, s. 26; Madan 2008, s. 12.

²³ Engelsing 2007, s. 93.

yoğunlaşmak istediğini belirtmiştir²⁴. Bu nedenle Komisyon'un, yıkıcı fiyat uygulamasının tespitinde de ekonomiye ağırlık veren yaklaşımı esas alarak prensipler getirdiği sonucuna varılabilir. Fakat Komisyon etki temelli yaklaşımı benimsediğini duyurmasına rağmen, hem Tartışma Metni'nde, hem de Kılavuz'da dışlayıcı davranışların tüketiciler üzerindeki etkilerinin nasıl değerlendirileceğine ilişkin ayrıntılı açıklamaya yer vermemiştir²⁵.

Bunun yanında Komisyon, tüketici refahı ile doğrudan bağlantı içinde olmamasına rağmen, entegre edilmiş iç pazar amacını da vurgulamıştır²⁶. Türk rekabet hukuku açısından da RKHK m. 6'nın uygulanmasında, hakim durumdaki işletmeler tarafından Türkiye ulusal pazarının kapatılmaması takip edilmesi gereken amaçlardan biri olmalıdır.

1.3. Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halleri İçerisinde Yıkıcı Fiyat Uygulaması

Pazarda hakim durumdaki işletmelerin bu konularını kötüye kullanmalarını yasaklayan AEUV m. 102 ve RKHK m. 6 ile rekabete uygun araçlarla pazarda hakim duruma ulaşılması ve bu durumun korunması için çaba gösterilmesi yasaklanmış değildir. Bu nedenle AEUV m. 102 ve RKHK m. 6 rekabet otoritelerine yapısal değişikliklere gitmeden sadece davranış kontrolü aracı vermektedir. Bu hüküm ile, pazarda hakim durumdaki işletme nedeniyle zayıflamış olan rekabetin korunması amaçlanmaktadır²⁷.

AEUV m. 102 ve RKHK m. 6 anlamında pazarda hakim durumdaki işletmenin bu durumunu kötüye kullanması objektif olarak anlaşılmalıdır. Diğer bir ifade ile mesele işletmenin kusuruna bağlı değildir²⁸. Bununla birlikte

²⁴ Kılavuz, Nr. 5

²⁵ Tartışma Metni'ne ilişkin bu yönde değerlendirmeler için bkz. Hançer ve İçöz 2007, s. 129 vd.; Madan 2008, s. 67. Yazar ayrıca Komisyon'un Tartışma Metni'nde etki temelli yaklaşımı benimsediğini duyururken, bu Metin'de önerdiği şekilci yöntemler ile tutarlı bir yaklaşım sergilemediğini vurgulamıştır (s. 69).

²⁶ Kılavuz, Nr. 7.

²⁷ IMMENGA, U., MESTMÄCKER, E-J. ve MÖSCHEL, W. (1997-2001), Wettbewerbsrecht Kommentar zum Europäischen Kartellrecht 1. Aufl., Verlag C.H. Beck, München, m. 86 Nr. 5 (Esere Beck-online veri tabanından ulaşılmıştır); Loewenheim vd. 2009, m. 82 EG, Nr.1 ; BECHTOLD, R., BRINKER, I., BOSCH, W. ve HIRSBRUNNER, S. (2009) EG-Kartellrecht Kommentar, 2. Aufl., Verlag C.H. Beck, München, Nr. 30. Örn. Bkz. EuGH–Hoffmann-La Roche, 13.2.1979, C. 85/76, Slg. 1979, 00461, Nr. 91, 123.

²⁸ EuG-BPB, 1.4.1993, T-65/89, Slg. 1993, II-389 Nr. 70; Bechtold vd. 2009, Nr. 31; Wiedemann ve De Bronett 2008, § 22 Nr. 42; Langen vd. 2006, m. 82 Nr. 83; Loewenheim vd. 2009, m. 82 EG, Nr. 3, 5.

istisnai hallerde hakim durumdaki işletme tarafından takip edilen amaç da önem kazanabilir²⁹.

AEUV m. 102 ve RKHK m. 6'da hakim durumun kötüye kullanılması tanımlanmış değildir. Ancak AEUV m. 102 ve RKHK m. 6'da kötüye kullanma niteliğindeki davranış biçimleri örnekleyici olarak sayılmıştır. AEUV m. 102 (a)'da, "Doğrudan veya dolaylı olarak haksız alış veya satış fiyatları ya da haksız ticaret koşulları koyma" hakim durumun kötüye kullanılması olarak belirtilmiştir. RKHK m. 6/II'de ise "haksız alış veya satış fiyatları" kötüye kullanma halleri arasında anılmamış olmakla birlikte, örnekleyici sayımdan hareketle RKHK açısından da haksız alış ve satış fiyatları hakim durumun kötüye kullanılması olarak deđerlendirilmektedir³⁰.

RKHK m. 6/II (a)'da, "Ticari faaliyet alanına başka bir teşebbüsün girmesine doğrudan veya dolaylı olarak engel olunması ya da rakiplerin piyasadaki faaliyetlerinin zorlaştırılmasını amaçlayan eylemler" hakim durumun kötüye kullanılması halleri arasında belirtilmiştir. Pazarda hakim durumdaki işletmenin rakiplerinin pazar dışına çıkarılmasını veya disipline edilmesini ya da potansiyel rakiplerinin pazara girişini engellemeyi amaçlayan düşük fiyat uygulaması Őeklindeki tanımından hareketle yıkıcı fiyat uygulamasının, bu bend kapsamında değerlendirilmesi uygundur³¹.

2. AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKUNDA YIKICI FİYAT UYGULAMALARININ DENETİMİ

2.1. Maliyet-Fiyat Karşılaştırması İle Yıkıcı Fiyat Uygulamasının Denetimi

2.1.1. Areeda-Turner Yaklaşımı

Maliyet-fiyat karşılaştırması ile yıkıcı fiyat uygulamasının tespiti ilk kez ABD rekabet hukukunda Areeda ve Turner tarafından önerilmiştir. Yazarlara göre,

²⁹ Bechtold vd. 2009, Nr. 31.

³⁰ İnan ve Piker yıkıcı fiyat uygulamalarını haksız fiyatlandırma kapsamında değerlendirmiştir (İNAN, N. Ve PİKİR, M.B., (2007), Rekabet Hukuku El Kitabı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, s. 67. Avrupa Birliği hukukunda yıkıcı fiyat uygulamalarının haksız fiyatlandırma olarak değerlendirilmesine tereddütle yaklaşılması gerektiği belirtilmiştir. Bkz. LANGEN, BUNTE, H-J. ve DIRKSEN, D. (2006), Kommentar zum deutschen und europischen Kartellrecht, Band 2 Europisches Kartellrecht, 10. Aufl., Wolters Kluwer Deutschland GmbH, München, m. 82, Nr. 88.

³¹ Z, G. A. (2000), Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara, s. 175, 181; GÜVEN, P. (2005), Rekabet Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, s. 273; Aslan da hakim durumdaki işletmelerin yıkıcı fiyat uygulamalarını RKHK m. 6/II bend a kapsamında incelemiştir, 2007, s. 471; KARA, A. F. (2003), Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Aracı Olarak Yıkıcı Fiyat Uygulaması, (Uzmanlık Tezi), Rekabet Kurumu, Ankara, s. 2.

pazarda hakim durumdaki işletmenin marjinal maliyetin altındaki fiyatları *per se* yasaklanmalı, marjinal maliyetin üzerindeki fiyatları ise *per se* hukuka uygun kabul edilmelidir³². Ancak yazarlar, işletmenin üretimini ikiye katlamayı planlaması ve bunun için de yeni tesis inşa etmeyi veya yeni ekipmanlar alma yoluna gitmesi halinde, zaman geçtikçe daha fazla maliyetin değişken hale geldiğini, değişken maliyetlerin kısa dönemde katlanılan maliyetler olduğunu, bu süre içerisinde işletmenin tesisini veya ekipmanını ikame veya artırma yoluna gidemeyeceğini, buna karşı uzun vadede işletmenin tüm girdilerinin miktarlarını değiştirebileceğini belirterek tüm maliyetlerin uzun vadede değişken maliyet olduğu sonucuna varmışlar³³ ve firma muhasebe kayıtlarından marjinal maliyeti hesaplamak mümkün olmadığından, bunun yerine ortalama değişken maliyetin kullanılmasını önermişlerdir³⁴. Avrupa Birliği Komisyon'u ve yargı kararlarında sınırlı şekilde olsa da Areeda-Turner yaklaşımından yararlanılarak, nicel olarak belirlenebilir maliyet türünden hareketle yıkıcı fiyatlamının denetimi yoluna gidilmiştir³⁵.

2.1.2. Maliyet-Fiyat Karşılaştırması İçin Yararlanılabilecek Maliyet Türleri

Maliyet-fiyat karşılaştırması için yararlanılabilecek maliyet türleri şöyledir:

2.1.2.1. Sabit Maliyet-Değişken Maliyet

İşletmenin faaliyetine göre değişiklik göstermeyen, ancak zamana bağlı olarak değişen maliyet sabit maliyettir. Örneğin işletmenin aylık kira bedeli o ayın üretim miktarına göre değişiklik göstermeyen sabit maliyettir. Buna karşılık işletmenin faaliyetine göre değişiklik gösteren, dolayısıyla işletmenin üretimi arttıkça artan maliyet ise değişken maliyettir. Örneğin hammadde maliyeti değişken maliyettir³⁶.

³² AREEDA, P. ve TURNER, D.F. (1975), "Predatory Pricing and Related Practices of the Sherman Act", Harvard Law Review, Vol. 88, Nr. 4, s. 732 vd. Arreda ve Turner'ın görüşlerine ilişkin inceleme ve eleştiriler için bkz. Pries 2009, s. 44 vd; Immenga vd. 2004, § 18, Nr. 4; Kara 2003, s. 11 vd.; EKDİ, B. (2002), "Rekabet Hukuku Açısından Yıkıcı Fiyat Uygulaması", Rekabet Dergisi, Nr. 10, s. 7,14, 18, 19.

³³ Areeda ve Turner, 1975, s. 701.

³⁴ Areeda ve Turner, 1975, s. 716 vd.

³⁵ Bkz. Lange 2005, s. 500; Pries 2009, s. 47 vd; Immenga vd. (1997-2001), m. 86 Nr. 168.

³⁶ KİŞHALI, Y. ve İŞİKLİLAR, S.S., (1999), Maliyet Muhasebesi ve Maliyet Hesaplamaları, Beta Yayınları, İstanbul, s. 33; BÜYÜKMİRZA, K., (2003), Maliyet ve Yöntem Muhasebesi, 9. Baskı, Gazi Kitabevi, İstanbul, s. 328 vd., 333 vd.; Pries 2009, s. 41.

2.1.2.2. Toplam Maliyet

İşletmenin sabit maliyetleri ile değişken maliyetlerinin toplamı da toplam maliyeti ifade eder. Birim toplam maliyet ise, toplam maliyetin birim sayısına bölünmesi ile elde edilen gideri ifade eder³⁷.

2.1.2.3. Marjinal Maliyet

Marjinal maliyet, genellikle üretim maliyeti ile ilgili olup, üretilen son birimin maliyeti olarak tanımlanır. Diğer bir ifadeyle, bir fazla birim ürün üretmek için harcanan paraya marjinal maliyet denir³⁸. Marjinal maliyet kavramı, çoğunlukla karar alma sürecinde alternatifler arası seçim yapmak amacıyla kullanılır. Karar almada birim maliyetlerin kullanılması yanıltıcı sonuçlara yol açabilir. Örneğin 100 birim üretim işletmeye 10 YTL.'ye mal olmakta ise, 150 birim üretim yapıldığında maliyet 15 YTL olacaktır şeklinde bir sonuca varılması yanıltıcı olur. Çünkü üretim miktarındaki artış, maliyet kalemlerini oluşturan tüm sabit, yarı sabit ve değişken maliyetleri aynı oranda artırmayacaktır. Yeterli kapasite mevcutsa, üretim artışı yalnızca işçilik, hammadde, enerji ve bazı genel giderlerin artışına neden olur; makine-teçhizat ve ilave bina giderleri ortaya çıkmaz.

Sabit maliyet üretim miktarından bağımsız olarak ortaya çıktığından, marjinal maliyet sadece değişken maliyettir. Ancak marjinal maliyetlerin hesaplanmasında güçlükler bulunması ve ortalama değişken maliyetin marjinal maliyeti yansıttığı düşüncesinden hareketle, uygulamada genellikle marjinal maliyet yerine ortalama değişken maliyet kullanılmaktadır³⁹.

2.1.2.3. Kaçınılabılır Maliyet-Batık Maliyet

Maliyetin alınacak karardan etkilenebilir olup olmamasına göre de kaçınılabılır ve batık maliyet ayırımı yapılmaktadır. Ortalama kaçınılabılır maliyet, bir işletmenin faaliyetlerine son vermesi halinde katlanmak zorunda kalmayacağı ya da tasarruf edeceği maliyetler olarak tanımlanabilir⁴⁰.

Üretim -ya da tüketim- sürecinde katlanılan, ancak sürecin durdurulması halinde geri alınması mümkün olmayan maliyet batık maliyet olarak tanımlanabilir. Örneğin bir binanın kira bedeli ya kaçınılabılır ya da batık maliyeti gösterebilir. Binayı tekrar kiraya verme olanağı mevcut değilse batık maliyet söz konusudur. Batık maliyetler en önemli çıkış engelleri arasında gösterilmektedir. İşletmelerin endüstriden çıkarken karşı karşıya kaldığı her

³⁷ Kishalı ve Işıklılar 1999, s. 34; Büyükmirza 2003, 342 vd.; Pries 2009, s. 41.

³⁸ Kishalı ve Işıklılar 1999, s. 37; Pries 2009, s. 41, 42.

³⁹ Kishalı ve Işıklılar, 1999, s. 37

⁴⁰ Madan 2008, s. 64, dpn. 104.; Pries, s. 42.

türlü maliyet çıkış engeli olarak adlandırılabilir. Örneğin endüstride kullanılan makine ve teçhizat ne kadar o endüstriye özgüyse, sermaye o kadar batık olacaktır. Özellikle batık maliyetlerin varlığının piyasaya girişler üzerinde de negatif etkiye sahip olduğu ifade edilmektedir. Gerçekten batık maliyetler yüzünden pazara giriş yapacak işletmelerin karşılaştıkları zarar miktarı artacağından ve pazara giriş yapmak isteyen işletmelere pazarda mevcut işletmelerce gönderilen bir uyarı ya da sinyal aracı olmaları yüzünden batık maliyetler girişi engelleyici işleve sahiptirler⁴¹.

2.1.2.4. Kısa Vadeli Maliyet-Uzun Vadeli Maliyet

Kısa vadeli maliyetler sadece doğrudan işletme kararlarının sonucu iken, uzun vadeli maliyetler işletmenin tüm stratejik durumunu içerir. Bu nedenle dikkate alınacak sürenin belirlenmesi, maliyetin belirlenmesinde önemli etkiye sahiptir. Örneğin dikkate alınacak süre ne kadar uzun ise, batık maliyetler o kadar azdır. Çünkü böyle bir durumda işletmenin malvarlığı unsurlarını yeniden kullanmak için zamanı vardır. Ayrıca hemen hemen tüm maliyetler çok uzun sürede üretim miktarına göre değişebilir. Bu nedenle uzun vadede tüm maliyetler değişkendir⁴².

2.1.2.5. Uzun Vadeli Ortalama Artan Maliyet

Uzun vadeli ortalama artan maliyet türünde ise ortalama kaçınılabılır maliyet türünden farklı olarak ürüne özgü tüm maliyetler, yani sadece geri alınabilir maliyetler değil, batık maliyetler de dikkate alınır. Ortalama kaçınılabılır maliyetin inceleme periyodu, uzun vadeli ortalama artan maliyetlerden farklı olarak daima kısa vadedir⁴³. Uzun bir süre sonra ortalama kaçınılabılır maliyetler, uzun vadeli ortalama artan maliyetlere paralel hale gelir. Çünkü ürüne özgü kaçınılabılır maliyetler gittikçe büyür ve ürüne özgü batık maliyetler ise gittikçe azalır⁴⁴.

2.1.3. Avrupa Birliği Hukukunda Komisyon ve Yargı Kararlarına Göre İki Aşamalı Maliyet-Fiyat Analizi

Avrupa Birliği Komisyon'u ve yargı kararları da Areeda-Turner yaklaşımından sınırlı bir şekilde yararlanarak, iki aşamalı bir inceleme sistemini benimsemiştir⁴⁵. İlk durumda hakim durumdaki işletmenin ortalama değişken

⁴¹ GÜNALP, B. ve CİLASUN, S.M., (2002), "Türk İmalat Endüstrilerinde Piyasaya Giriş Davranışı", Ege Akadeik Bakış, Ekonomi, İşletme, Uluslar arası İlişkiler ve Siyaset Bilimleri Dergisi, C. 2, S.2, s. 45.

⁴² Pries 2009, s. 43.

⁴³ Bkz. Tartışma Metni, Nr. 111.

⁴⁴ Bu konuda bkz. Pries 2009, s. 77.

⁴⁵ Bkz. Lange 2005, s. 500; Pries 2009, s. 47 vd; Immenga vd. (1997-2001), m. 86 Nr. 168.

maliyetin altında satış yapıp yapmadığı değerlendirilmiştir. Hakim durumdaki işletmenin ortalama değişken maliyetin altında fiyatla satış yapması halinde, rakibi pazar dışına itmekten başka makul bir açıklamanın olamayacağı sonucuna varılmıştır. Diğer aşamada, yani hakim durumdaki işletmenin ortalama değişken maliyetin üzerinde fakat ortalama toplam maliyetin altında satış yapması halinde, rakibin pazardan dışlanması amacını taşıyan bir plana dayanması halinde bu seviyedeki fiyatlar yıkıcı fiyatlama olarak değerlendirilmiştir. Aşağıda Avrupa Birliği rekabet hukukunda benimsenen bu yaklaşım incelenmiştir.

2.1.3.1. AKZO Olayı

Pazarda hakim durumdaki işletmelerin yıkıcı fiyat uygulamalarının maliyet-fiyat analizine dayalı olarak tespit edildiği temel karar, Avrupa Toplulukları Adalet Divanı'nın AKZO olayına ilişkin kararıdır⁴⁶. Karara konu olan olayda, AKZO, Topluluk çapında faaliyet gösteren ve organik peroksit pazarında % 50'lik pazar payına sahip olan çok uluslu kimyevi madde üreticisidir. AKZO'nun 1982 yılı itibariyle İngiltere benzol peroksit pazarındaki payı % 52, aynı pazarda faaliyet gösteren ECS'nin pazar payı % 35 ve yine aynı pazarda faaliyet gösteren Diaflex'in pazar payı ise % 13'dür. ECS 1979 yılında faaliyetlerini organik peroksitin diğer türlerini de içerecek şekilde genişleterek plastik pazarına da girmiş ve AKZO'nun Almanya'daki müşterilerine mal vermeye başlamıştır. Bir süre sonra AKZO, ECS'den plastik pazarından çekilmesini istemiş ve bunu takiben de, ECS'nin asıl faaliyet alanı ve ana gelir kaynağı olan ve AKZO'ya göre ECS için daha önemli olan İngiltere un pazarında rakibinin müşterilerine olağan dışı fiyat indirimi uygulamaya başlamıştır (selektif satış). Bunun üzerine, ECS Komisyon'a başvurmuş ve piyasadaki varlığının devamının sağlanması için tedbir alınmasını istemiştir.

Komisyon yetkilileri tarafından, AKZO'nun Birleşik Krallık ve Hollanda'daki merkezlerinde yapılan incelemeler sırasında AKZO'nun ECS'yi pazar dışına atma planlarını gösteren iç yazışmaları ele geçirilmiştir. Bu nedenle AKZO hakim durumunu kötüye kullandığı gerekçesiyle Komisyon tarafından cezalandırılmıştır⁴⁷.

Avrupa Toplulukları Adalet Divanı, Komisyon'un kararını sonuç olarak onaylamakla birlikte Komisyon'un niyet unsurunu esas alan yaklaşımını reddetmiş ve ortalama değişken maliyetlerin altındaki fiyatları *per se* kötüye kullanma niteliğinde yıkıcı fiyat, ortalama değişken maliyetler ile ortalama

⁴⁶ EuGH-AKZO Chemie BV/ Kommission, 3.7.1991, C-62/86, Slg. 1991, I-03359.

⁴⁷ Kommission- ECS/AKZO, 14.12.1985 –IV/30.698, ABl. 1985, Nr. L 374, s. 1-27. Karar için bkz. <http://www.eur-lex.europa.eu>, Erişim Tarihi:01.08.2010.

toplam maliyetler arasındaki fiyatları ise, bu fiyatların rekabetin kaldırılmasını hedefleyen bir plan çerçevesinde belirlenmesi halinde kötüye kullanma niteliğinde yıkıcı fiyat olarak değerlendirmiştir⁴⁸.

Görüldüğü gibi bu kararında Avrupa Toplulukları Adalet Divanı, iki aşamalı bir inceleme yapmıştır:

- Birinci aşama, ortalama değişken maliyetlerin altında bulunan fiyatlar yardımıyla hakim durumdaki işletmenin rakiplerini pazardan dışlama girişimi ile ilgilidir. Bu uygulamayı Avrupa Toplulukları Adalet Divanı daima AEUV m. 102 (EG m. 82) anlamında kötüye kullanma olarak değerlendirmiştir. Zira her satış işletme için en azından üretilen her birim ürün başına değişken maliyetlerin bir kısmı tutarında kayba yol açar. Bu durumda hakim durumdaki işletmenin rakibini dışladıktan sonra, bu kayıplarını gidermek için fiyatlarını yeniden yükseltmek konusunda menfaati vardır⁴⁹.
- İkinci aşama, ortalama değişken maliyetlerin üzerinde, fakat ortalama toplam maliyetlerin altında bulunan fiyatların talep edilmesi durumu ile ilgilidir. Bu seviyedeki fiyatlar ise rakibin pazardan dışlanması amacını taşıyan bir plana dayalı olarak uygulanmışsa, yine hakim durumun kötüye kullanılması olarak görülmelidir. Zira bu seviyedeki fiyatlar pazarda hakim durumdaki işletme gibi etkin olmakla birlikte yeterli finans gücüne sahip olmayan işletmeleri pazar dışına atabilir⁵⁰.

Olayda değişken maliyetler ve sabit maliyetlerin hesabına esas oluşturan kalemlerin neler olduğu AKZO ve Komisyon arasında tartışmalı idi. AKZO'ya göre sadece hammadde, enerji, paketleme ve taşıma maliyeti değişken maliyet, işgücü, teknik bakım, depolama gibi daha önemli kalemler sabit maliyet iken, Komisyon'a göre bunlar daha ziyade değişken maliyetler olarak nitelendirilmeliydi⁵¹. Avrupa Toplulukları Adalet Divanı ise prensip olarak AKZO'nun maliyet sınıflandırmasını onaylamıştır⁵². Ayrıca Avrupa Toplulukları Adalet Divanı, maliyetin sınıflandırılmasında genelleştirmenin doğru olmadığını, bunun yerine somut durumun özelliklerine göre ayırım yapılması gerektiği görüşündedir⁵³. Örneğin emek maliyetlerinin değişken veya sabit gider olup olmadığı hususu, daha ziyade iş hukukunun koruma standartlarına bağlı

⁴⁸ EuGH-AKZO Chemie BV/ Kommission, 3.7.1991, C-62/86, Slg. 1991, I-03359, Nr. 7 ve 71.

⁴⁹ EuGH-AKZO Chemie BV/ Kommission, 3.7.1991, C-62/86, Slg. 1991, I-03359, Nr. 69-70.

⁵⁰ EuGH-AKZO Chemie BV/ Kommission, 3.7.1991, C-62/86, Slg. 1991, I-03359, Nr. 72.

⁵¹ Kommission-ECS/AKZO, 14.12.1985, IV/30.698, ABl. 1985, L 374, s. 1 vd. Nr. 54; EuGH-AKZO/Kommission, 3.7.1991, C-62/86, Slg. 1991, I-3359, Nr. 91.

⁵² EuGH-AKZO Chemie BV/ Kommission, 3.7.1991, C-62/86, Slg. 1991, I-03359, Nr. 91.

⁵³ Bkz. EuGH-AKZO Chemie BV/ Kommission, 3.7.1991, C-62/86, Slg. 1991, I-03359, Nr. 94.

olmalıdır. Buna göre iş hukukunun düşük koruma standartları sağlaması halinde esnek bir emek pazarı söz konusu olacak, bu da emeğin değişken maliyet olarak değerlendirilmesine neden olacaktır. Buna karşı iş hukukunun yüksek koruma standartları getirmesi durumunda, işçiler güncel duruma göre işten çıkarılamazlar ve işe alınmazlar; bu nedenle böyle bir durumda emek maliyeti sabit maliyet olarak deđerlendirilebilir⁵⁴.

Bu kararda Avrupa Toplulukları Adalet Divanı AKZO'ya fiyatlarını uyarlamayı emretmeyip sadece farklı fiyat uygulamasını yasaklamıştır⁵⁵. Avrupa Toplulukları Adalet Divanı bu yasağı, AKZO ve ECS'nin müşterilerini üç gruba ayırmak suretiyle belirlemiştir. AKZO ECS'nin müşterilerine kendi müşterilerine kıyasla daha düşük fiyatlar uygulamamalıydı. ECS, AKZO tarafından ele geçirilen müşterilerini daha düşük selektif fiyatlarla yeniden kazanmaya girişirse, AKZO fiyatlarını kendi müşterilerine uygulamaksızın, sadece savunma olarak ECS'nin fiyatlarına uyarlamamalıydı. Ancak AKZO, yıkıcı fiyat uygulamasından önce hitap ettiği çevreye dahil olan müşterileri -selektif fiyat indirimleri dahil olmak üzere- savunma niteliğinde fiyat uyarlamaları ile kendine bağlayabilirdi. Görüldüğü gibi Avrupa Toplulukları Adalet Divanı, bu kararında maliyet-fiyat analizi yanında, hakim durumdaki işletmenin stratejisini de dikkate alarak, yani AKZO'nun müşteri grubuna göre farklı fiyat davranışı uygulamasına dayanarak tespit etmeye girişmiştir.

2.1.3.2. Tetra Pak Olayı

AKZO kararında yıkıcı fiyat uygulaması için benimsenen değerlendirme kriterlerini Avrupa Toplulukları Adalet Divanı, Tetra Pak kararında da sürdürmüştür⁵⁶.

Karara konu olayda, süt ve meyva suları başta olmak üzere sıvı gıdaların karton kaplarda muhafazası alanınında dünya çapında lider olan İsveç kökenli Tetra Pak grubunun İtalya'daki uygulamaları serinletici içeceklerde Tetra Pak'ın rakibi olan Elopak tarafından Komisyon'a şikayet edilmiştir. Şikayet ile İtalya'da karton paketler ve İtalya ile Büyük Britanya'da bu paketlere ilişkin paketleme ve doldurma makineleri için Tetra Pak grubunun haksız düşük fiyatlar uygulamak suretiyle hakim durumunu kötüye kullandığı iddia edilmiştir. Komisyon şikayeti kabul ederek Tetra Pak'a ceza vermiş⁵⁷, İlk Derece Mahkemesi de verilen cezayı onaylamıştır⁵⁸.

⁵⁴ Pries 2009, s. 51.

⁵⁵ EuGH-AKZO Chemie BV/ Kommission, 3.7.1991, C-62/86, Slg. 1991, I-03359, Nr. 155 vd.

⁵⁶ EuGH- Tetra Pak Int. SA/ Kommission, 14.11.1996, C-333/94 P, Slg. 1996, I-05951.

⁵⁷ Kommission-Tetra Pak II, 24.7.1991, IV/31.043, ABl. 1992, L 72, s. 1 vd.

⁵⁸ EuG-Tetra Pak Int. SA/Kommission, 6.10.1994, T-83/91, Slg. 1994, II- 755.

Burada Komisyon, AKZO olayında olduğu gibi her ürünün fiyatını ve maliyetini karşılaştırmak yoluna gitmeyip, ilgili ürün alanlarının kâr marjını araştırmıştır. Burada Komisyon net fark, brüt fark ve yarı brüt fark ayırımı yapmıştır. Net fark, belirlenen fiyat ve toplam maliyet arasındaki farktır. Brüt fark ise belirlenen fiyat ve değişken maliyet arasındaki farktır. Yarı brüt fark maliyet analizinde esaslı rol oynamamıştır.

Komisyon, Tetra Pak'ın paketleme makinelerinin ilgili sürede toplam satışları kârlı olmasına rağmen, noktasal kayıp satışlar uyguladığını tespit etmiş ve Tetra Pak'ı fiyat üzerinden dışlama rekabeti yapmama ve noktasal kayıp satışları bakımından müşterilere, objektif karşı edim olmaksızın indirim yapmama ile yükümlü kılmıştır⁵⁹. Fakat bu karar, Tetra Pak'ın gelecekteki fiyat politikasını hukuk güvenliği içinde belirleyebilmesine olanak verecek nitelikte değildir⁶⁰.

AKZO olayından farklı olarak bu kararda Komisyon'un değişken maliyet ve sabit maliyet ayırımı tartışmalı değildi. Komisyon, Tetra Pak'ın kâr marjlarına ilişkin değerlendirmelerini bütünüyle benimsemiştir. Ancak Avrupa Toplulukları Adalet Divanı, hem ortalama değişken maliyetlerin altında hem de ortalama değişken maliyetin üzerinde ve ortalama toplam maliyetin altında fiyatların mevcut olduğunu onaylamış ve Komisyon'un bu farklı kâr marjlarını AKZO kararındaki terminolojiyi kullanarak, AKZO kararında olduğu gibi iki aşamalı olarak açıklamıştır.

Avrupa Toplulukları Adalet Divanı'na göre, ortalama değişken maliyetlerin altında bulunan fiyatlar AEUV m. 102 (EG m. 82) anlamında daima kötüye kullanma olarak görülmelidir. Çünkü bu durumda rakibin pazar dışına çıkarılmasından başka bir ekonomik amaç düşünülebilir değildir⁶¹. Ortalama değişken maliyetlerin üzerinde olan, fakat ortalama toplam maliyetlerin altında olan fiyatlarda durum farklıdır. Bu seviyedeki fiyatların söz konusu olması halinde, ek olarak pazarda hakim durumdaki işletmenin dışlama niyetinin⁶² ispatlanması halinde hakim durumun kötüye kullanılmasından söz edilebilir⁶³. Mevcut olayda Avrupa Toplulukları Adalet Divanı, hem ortalama değişken

⁵⁹ Kommission-Tetra Pak II, 24.7.1991, IV/31.043, ABl. 1992, L 72, s. 1 vd.

⁶⁰ Benzer değerlendirme için bkz. Pries 2009, s. 56.

⁶¹ EuGH- Tetra Pak Int. SA/Kommission, 14.11.1996, C-333/94 P, Slg. 1996, I-05951, Nr. 4 ve 41.

⁶² Rakiplerin pazardan dışlanması sadece dar anlamda pazar dışına atılmayı değil, ancak potansiyel rakiplerin caydırılmasını veyahut mevcut rakiplerin pazarda disipline edilmesini de kapsar. Bunun için bkz. Kılavuz, Nr. 63, 69; Bkz. Tartışma Metni, Nr. 96 dpn. 65.

⁶³ EuGH- Tetra Pak Int. SA/Kommission, 14.11.1996, C-333/94 P, Slg. 1996, I-05951, Nr. 4 ve 41; ayrıca EuG-Tetra Pak Int. SA/Kommission, 6.10.1994, T-83/91, Slg. 1994, II- 755 Nr. 8 ve Nr. 149, 190.

maliyetlerin altında, hem de ortalama değişken maliyetlerin üzerinde olup ortalama toplam maliyetlerin altında fiyatların uygulandığını tespit etmiştir⁶⁴.

2.1.3.3. Wanadoo Olayı

Wanadoo olayına ilişkin Komisyon ve Avrupa Toplulukları Adalet Divanı'nın kararı, AKZO ve Tetra Pak'daki değerlendirme kriterlerinin onaylanması yanında, yıkıcı fiyat uygulamasının tespitine ilişkin birkaç yeni kriter de getirmiştir. Karara konu olayda France Télécom, Wanadoo'da % 70-72 oranında paya sahiptir. France Télécom'un çoğunluk hissesi (% 56) Fransız devletinin elindeydi. Komisyon, Wanadoo'nun Fransa'da bireysel kullanıcı için geniş bant internet girişi sağlamaya ilişkin fiyat tarifelerini inceledi. Bu incelemelerden sonra Komisyon, Wanadoo'nun geniş bant internet girişleri için oluşmakta olan pazarın ele geçirilmesine yönelik strateji çerçevesinde ADSL hizmetleri için yıkıcı fiyatlamaya uyguladığı sonucuna varmıştır⁶⁵.

Bu karar İlk Derece Mahkemesi ve Avrupa Toplulukları Adalet Divanı tarafından bütünüyle onaylanmıştır⁶⁶. Komisyon ve Avrupa Toplulukları Adalet Divanı, yine AKZO kararındaki iki aşamalı değerlendirmeyi benimsemiş ve Wanadoo'nun 2001 yılında mart ayından ağustos ayına kadar uyguladığı fiyatların ortalama değişken maliyetlerin altında olduğunu ve ağustos 2001'den ekim 2002'ye kadar ortalama toplam maliyetleri değil, ortalama değişken maliyetleri karşılayan fiyatlar uyguladığını, bu uygulamanın Wanadoo'nun rakipleri dışlama planına dayandığını tespit etmiştir⁶⁷. Ancak bu olayda da AKZO olayındaki gibi pazarda hakim durumdaki işletmenin değişken ve sabit maliyet ayırımı tartışmalıydı.

Bu kararda Komisyon, geniş ve yenilikçi pazarın mevcut özelliklerini dikkate almak için maliyetin o ana kadarki statik değerlendirme biçiminin dinamik hale getirilmesi gerektiğini belirtmiştir. Komisyon ilk kez olarak yeni bir ürünün oluşumu aşamasını dikkate alarak Wanadoo'nun maliyetlerinin bir kısmını dikkate almamıştır. Müşteri elde etmeye yönelik olarak bir defalık ortaya çıkan maliyeti 48 aylık amortizasyon süreli yatırım olarak değerlendirmiştir. Komisyon'un geniş pazarların oluşum aşamasındaki kayıplarını dikkate alan bu yaklaşımı yerinde olmakla birlikte, doktrinde haklı olarak, böyle

⁶⁴ EuGH- Tetra Pak Int. SA/Kommission, 14.11.1996, C-333/94 P, Slg. 1996, I-05951, Nr. 42-45.

⁶⁵ Kommission-Wanadoo Interactive, 16.7.2003, COMP/38.233, Karar için bkz. <http://www.eur-lex.europa.eu>, Erişim Tarihi:01.08.2010.

⁶⁶ EuGH-France Télékom SA/Kommission, 2.4.2009, C-202/07 P; EuG-France Télékom SA/Kommission, 30.1.2007, T-340/03, Slg. 2007, II-00107.

⁶⁷ EuG-France Télékom SA/Kommission, 30.1.2007, T-340/03, Slg. 2007, II-00107, Nr. 138; Kommission-Wanadoo Interactive, 16.7.2003, COMP/38.233, Nr. 109.

durumlarda ne kadarlık süre için amortizasyon süresi verileceğinin belirsizliğine, bunun öngörülebilir olmadığına dikkat çekilmiştir⁶⁸.

Burada belirtilmesi gereken bir husus da kamu işletmelerine ilişkin olarak devletin sağladığı var olma garantisidir. Bu garanti sebebiyle fiyat indirimine dayalı kayıpların giderilmesi kamu işletmelerinde diğer işletmelere göre daha az gereklidir⁶⁹. Kamu işletmelerinin yöneticileri rakiplere zarar verme yönünde daha büyük hareket alanına sahiptir. Bu sayede demiryolu, elektrik ağı, telekomünikasyon ağı gibi altyapılar devletin sağladığı var olma garantisine sayesinde güvenli olarak finanse edilebilir⁷⁰. Böylece ürünler için mümkün olduğu kadar uygun fiyatlara belirli bir kalite sağlanır. Kamu işletmesinin her pahasına pazar payını artırma hedefini takip etmesi onun için rasyonel olabilir; fakat bu hedef rekabete zarar verebilir. Hatta pazarda hakim durumdaki kamu işletmelerinin yöneticileri itibarlarını artırmak veya politik hedefleri gibi nedenlerle de yıkıcı fiyat uygulaması, bu fiyat seviyeleri nedeniyle maruz kaldıkları kayıpların dengelenmesi gerekmeksizin mümkün olabilir⁷¹. Bu nedenle yıkıcı fiyat uygulamasının tespitinde kamu işletmelerinin bu özellikleri de dikkate alınmalıdır.

2.1.4. Komisyon'un Kılavuz'una Göre Maliyet-Fiyat Karşılaştırması İle Yıkıcı Fiyat Uygulamasının Tespiti

Komisyon reform çabaları ile ekonomiye ağırlık veren yaklaşıma uygun olarak, dışlama yoluyla kötüye kullanma niteliğindeki davranışın pazar üzerindeki etkilerini dikkate alma amacını somutlaştırmıştır. Bu amaçla belirleyici kriter olarak, pazarı kapatma etkilerini ve pazar yapısının olumsuz olarak etkilenmesini almıştır⁷².

Komisyon'a göre, yıkıcı fiyat uygulamasının tespiti için herhangi bir mevcut veya potansiyel rakibin engellenmesi yeterli olmamalıdır. Aksine belirleyici olan ekonomik olarak eşit etkinlikteki rakibin engellenmesidir⁷³. Bu kriterin esas alınmasının amacı, AEUV m. 102'nin (EG m. 82) amacının rakiplerin korunması değil, rekabetin korunması olmasıdır. Ayrıca Komisyon'a göre, "eşit etkinlikte rakip testi" fiyat belirleme konusunda rakiplere hukuk

⁶⁸ Pries 2009, s. 66.

⁶⁹ Kommission-Wanadoo Interactive, 16.7.2003, COMP/38.233, Nr. 334, dpn. 406.

⁷⁰ Bkz. Kommission-Deutsche Post AG, 20.3.2001, COMP/35.141, ABl. 2001/354 EG, L 125, s. 27 vd., Nr. 8.

⁷¹ Pries 2009, s. 38, 39.

⁷² Kılavuz, Nr. 20 vd.; Bkz. Tartışma Metni, Nr. 56 vd.; Albers 2007, s. 18 vd.

⁷³ Kılavuz, Nr. 23 vd.; Bkz. Tartışma Metni, Nr. 66; Albers 2007, s. 15.

güvenliği sağlamaktadır (Güvenli Liman)⁷⁴. Oysa dışlayıcı uygulamaya maruz kalan işletmenin etkinliği önemli değildir. Bu nedenle “eşit etkinlikte rakip testi” yıkıcı fiyat uygulamasının tespitinde yardımcı olmayacaktır. Aksine ilgili pazarlarda bilgi edinme eksikliği ve hakim durumdaki işletmenin agresif davranarak rekabeti sınırladığı şeklinde sahip olduğu şöhret belirleyicidir⁷⁵. Gerçekten bilgi edinme asimetrisi, pazarda hakim durumdaki işletmenin -gerçekte böyle olmasa da- önemli maliyet avantajlarının bulunduğu şeklinde etki gösterir. Bunun gibi, hakim durumdaki işletmenin uyguladığı fiyat indirimleri, -gerçekte böyle olmasa da- pazarda talebin ve bu nedenle gelir olanaklarının zayıf olduğu etkisi yaratabilir⁷⁶.

Etkin rakip testine başka eleştiriler de getirilmiştir. Bu çerçevede, Komisyon’un hakim durumda bulunan işletme kadar etkin rakibin belirlenmesi bakımından da geniş bir takdir yetkisine sahip olduğu, etkin rakibin belirlenebilmesi için gerekli bilginin toplanması aşamasında pratik açıdan pek çok güçlüğün ortaya çıkacağı belirtilmiştir. Ayrıca bu testin tüketici nezdinde ortaya çıkan veya olası zarara ilişkin herhangi bir husus öngörmediği ve daha çok rakipler üzerinde odaklandıđı⁷⁷, daha az etkin rakibin de pazarda rekabet baskısını artırabileceği, ilgili pazarda yüksek giriş engellerinin olması halinde bunun önemli olduğu, bu testin bir parçası olan maliyet analizinin karmaşık, zaman alan ve yoğun kaynak gerektiren bir metot olduğu da ileri sürülmüřtür⁷⁸.

Nitekim Komisyon da somut durumda tüketici refahı için pazarda hakim işletme gibi ekonomik olarak etkin olmayan rakipleri de korumanın gerekli olabileceğini vurgulayarak eşit etkinlikte rakip testine istisna getirmiřtir⁷⁹. Bu istisnaya göre, maliyet verilerine ilişkin güvenilir bilgilerin mevcut olmaması ve rekabetin korunması için hakim durumdaki işletme gibi henüz etkin hale gelmemiş rakibi korumanın gerekli olması halinde artık bu test uygulanmamalıdır.

⁷⁴ Bkz. Tartışma Metni, Nr. 66; Albers 2007, s. 15 vd. “Eşit Etkinlikteki İşletme Testi” için ayrıntılı olarak bkz. Madan 2008, s. 28 vd.; Madan 2007, s. 14 vd.

⁷⁵ Pries 2009, s. 201. Rekabet Kurulu 23.1.2004 tarihli “Coca Cola” kararında “şöhret etkisi”ni açıklamıştır. Buna göre şöhret etkisi, bir işletmenin yıkıcı fiyat uygulaması ile potansiyel rakiplerine piyasaya girmemeleri yönünde gözdağı vermesi ile ortaya çıkan bir durumdur. Böylece yapay bir giriş engeli yaratılmak suretiyle rekabet kısıtlanmaktadır (S. 04-07/75-18, s. 42, dđn. 17).

⁷⁶ Bkz. Tartışma Metni, Nr. 97. Buradan hareketle Komisyon’un genel refaha yönelik bir yaklaşımı benimsemediği kabul edilmektedir (Möller 2008, s. 216).

⁷⁷ Eleştiriler için bkz. Hançer ve İöz 2007, s. 149 vd.; Madan 2007, s. 19 vd.

⁷⁸ Engelsing 2007, s. 95, 96.

⁷⁹ Kılavuz, Nr. 24; Bkz. Tartışma Metni, Nr. 67.

Komisyon, Kılavuz ile “Eşit Etkinlikte Rakip Testi” yanında “Kârdan Feda Testi” ve “Pazarın Kapatılması” kriterlerini getirerek yıkıcı fiyat uygulamasını tespiti girişmiştir.

2.1.4.1. Kârdan Feda Testi

Pazarda hakim durumdaki işletme, adil davranış ve çabaya dayalı olarak rekabete girmeli ve böyle bir rekabet sonucunda gereğinde rakipleri pazardan çıkarabilmelidir. Kârdan Feda Testi ile pazarda hakim durumdaki işletmenin emek ve çabaya dayalı, adil rekabet koşulları altında gerçekleşmeyecek kayıplara katlanarak kendi kendine zarar verip vermediği belirlenmektedir. Bu düşüncenin hareket noktası, pazarda hakim durumdaki işletmenin ortalama kaçınılabılır maliyetleridir. Komisyon bu maliyet seviyesinin altındaki fiyatları, “fedakarlık” biçimindeki kayıplara katlanma, bunu da hakim durumun kötüye kullanılmasına işaret olarak değerlendirmiştir⁸⁰. Görüldüğü gibi daha önce yıkıcı fiyat uygulamasının belirlenmesinde kriter olarak kullanılan ortalama değişken maliyetler yerine ortalama kaçınılabılır maliyetler esas alınmıştır. Kaçınılabılır maliyetlerin satın alma büyüklüğünün değişken maliyetlerden daha büyük olması nedeniyle, bundan böyle fiyat indirimlerinin daha sık olarak yıkıcı fiyat karinesinin uygulanmasına neden olacağı yorumu yapılmıştır⁸¹. Görüldüğü gibi Komisyon yıkıcı fiyatlamayı yine nicel olarak belirlenebilir bir maliyet türünü esas alarak tespit etmeyi benimsemiştir.

Avrupa Birliği rekabet hukukunda, kârdan feda biçiminde kayıplara katlanmayı gösteren kriter olarak ortalama değişken maliyetler yerine kaçınılabılır maliyetlerin alınmasının yerinde olup olmadığı değerlendirilmelidir. Avrupa Birliği hukukunda ortalama değişken maliyetler kriter alınarak yıkıcı fiyat uygulamasının tespiti genel kabul görmüş bir uygulamaydı. Ancak bu yaklaşıma ilişkin olarak zamanla tereddütler ortaya çıkmıştır. Hatta Komisyon, Tartışma Metni’nde ortalama değişken maliyetlerin altındaki fiyatların dahi belirli durumlarda haklı olabileceğini belirtmiştir⁸². Ortalama değişken maliyetlerin yıkıcı fiyat uygulamasının tespitinde kriter olarak alınmasına ilişkin tereddütlerin bir nedeni de ortalama değişken maliyetlerin tespitindeki güçlüktür. Bunun yanında, ortalama değişken maliyetlerin batık maliyet gibi uzun vadeli özellikleri dikkate almadığı ileri sürülmüştür⁸³. Gerçekten, maliyetlerin sabit ve değişken maliyet olarak nitelendirilmesi esas alınan süreye bağlıdır. Diğer bir ifade ile dikkate alınan süre ne kadar uzunsa, sabit maliyetlerin işletmenin toplam maliyetleri içerisindeki payı o kadar azdır.

⁸⁰ Kılavuz, Nr. 26, 64; Bkz. Tartışma Metni, Nr. 108, 111, 106 vd.

⁸¹ Pries 2009, s. 92, 93.

⁸² Bkz. Tartışma Metni, Nr. 109 vd.

⁸³ Bkz. Tartışma Metni, Nr. 95.

Yıkıcı fiyat uygulamasının tespitinde kural olarak, uygulandığı ileri sürülen yıkıcı fiyat yoluyla kötüye kullanma süresi dikkate alınır. Ancak bu kuralın istisnası vardır. Örneğin oluşum aşamasında bir pazar söz konusu ise, yüksek yatırım maliyetleri gerekmektedir (Wanadoo olayında olduğu gibi). Özellikle telekomünikasyon, posta, elektrik, ađ endüstrileri gibi yüksek altyapı maliyetleri gerektiren veya yazılım sektörü gibi yüksek araştırma ve geliştirme harcamaları gerektiren branşlar böyledir. Böyle durumlarda baştan kısa vadeli değişken maliyetler ve uzun vadeli ürüne özgü batık veya yeniden kullanılabilir sabit maliyetler ayrımı yapılmalıdır⁸⁴.

Hakim durumdaki işletmenin ortalama kaçınılabilir maliyetlerinin kriter olarak alınmasına dayanak, işletmenin gelirinin kaçınılabilir maliyetlerinin altında olması halinde, artık ancak pazardan çıkarak kayıplarını en aza indirebilecek olmasıdır. Tüm değişken maliyetler ile ürüne özgü, batık olmayan (pazardan çıkarak geri alınabilen, örneğin satılabilen makineler) sabit giderler kaçınılabilir giderlerdir. Ürüne özgü batık sabit giderler ise kaçınılabilir maliyetlere dahil değildir. Çünkü bu maliyetler en azından kısa vadeli olarak geri alınamazlar (Örneğin uzun dönemli kira sözleşmeleri, araştırma geliştirme maliyetleri). İşletmenin üretimini tamamen durdurması ile gelir kesilir ve işletme geri alınabilir sabit maliyeti üstlenmez; ancak batık sabit maliyet işletmenin üzerinde kalır. Bu nedenle gelirin ortalama kaçınılabilir maliyetleri aşması ve bu yolla en azından batık maliyetlerin karşılanması halinde, işletme üretimini sürdürecektir. Gelirin ortalama kaçınılabilir giderleri karşılamaması halinde ise işletme üretimini durdurur⁸⁵. Komisyon da bu düşünceleri benimseyerek Kılavuz'da yıkıcı fiyat uygulamasının tespiti için ortalama kaçınılabilir giderleri kriter olarak almıştır.

Gerçekten kârdan feda testi için ortalama kaçınılabilir maliyetlerin ortalama değişken giderlerden daha uygun olduğu benimsenmektedir. Bunun nedeni, ortalama kaçınılabilir maliyetlerin uygulanmasının irrasyonel olup olmadığı üzerinde durulmayıp, aksine pazarda hakim durumdaki işletme için pazardan ayrılmak veya üretimin devamında ısrar etmenin daha kârlı veyahut daha az kayba yol açıp açmayacağıının araştırılmasıdır. Eğer pazarda hakim durumdaki işletme pazardan ayrılması gerekmesine rağmen bunu yapmaz ise, eşit etkinlikteki rakip pazarı terk etmeye veyahut pazara girmemeye zorlanmıştır. Ancak bu maliyet türünün tespitinde de hangi maliyetlerin kaçınılabilir maliyet olduğu, hangi maliyet türünün batık olduğu sorunu kolayca cevaplandırılmaz. Burada varsayımsal olarak bir tespit yapılmasına çalışılacaktır. Örneğin işletmenin üretimi durdurma kararı vermesi halinde

⁸⁴ Pries 2009, s. 71.

⁸⁵ Bu konuda bkz. Pries 2009, s. 75, 76.

çalışanların başka bir şekilde çalışmaya devam olanaklarının bulunup bulunmadığı, buna göre kıdem tazminatı ödenmesi gerekip gerekmediği, sözleşmelerden doğan taahhütlerin yerine getirilmemesi nedeniyle ödenmesi gereken cezai şart gibi. Ayrıca bu maliyet türünde de sabit ve değişken maliyet ayırımında olduğu gibi hakim durumun kötüye kullanılmasının denetimi için dikkate alınması gereken süre belirleyici öneme sahiptir. Uygulamada pazardan tamamen ayrılma son çaredir. İşletme önce başka çareler arayacaktır. Örneğin üretim miktarının azaltılması veya daha yüksek fiyatlar uygulama yoluna gidilebilir. Bu nedenlerle ortalama kaçınılabilir maliyetlerin tespitinin, ortalama değişken maliyetlerin tespitine kıyasla daha az problemlere neden olacak nitelikte olmadığı da belirtilmiştir⁸⁶.

2.1.4.2. Pazarın Kapatılması

Komisyon prensip olarak, uzun vadeli ortalama artan maliyetin altındaki fiyat indirimlerinin eşit etkinlikteki rakipler karşısında rekabete aykırı olarak pazarın kapatılması etkisi yaptığından hareket etmektedir⁸⁷. Pazarın kapatılması kavramı altında, mevcut rakiplerin rekabete aykırı olarak pazar dışına çıkarılması ve potansiyel rakiplerin engellenmesi anlaşılmalıdır⁸⁸. Böylece kaçınılabilir maliyetler yanında ortalama uzun vadeli artan maliyetler de Komisyon tarafından fiyat alt sınırı olarak önerilmiştir. Bu maliyet türünde ortalama kaçınılabilir maliyet türünden farklı olarak ürüne özgü tüm maliyetler, yani sadece geri alınabilir maliyetler değil, batık maliyetler de dikkate alınır. Ortalama kaçınılabilir maliyetin inceleme periyodu, ortalama uzun vadeli artan maliyetlerden farklı olarak daima kısa vadelidir⁸⁹. Uzun bir süre sonra ortalama kaçınılabilir maliyetler, ortalama uzun vadeli artan maliyetlere paralel hale gelir. Çünkü ürüne özgü kaçınılabilir maliyetler gittikçe büyür ve ürüne özgü batık maliyetler ise gittikçe azalır⁹⁰. Bu maliyet türünün esas alınmasının avantajı, pazarda hakim işletmenin pazardan ayrıldığı varsayılarak hesaplamayı gerektirmemesi ve işletmenin uzun vadeli planlarını da yeterince dikkate almasıdır⁹¹.

Artan maliyetler değişken giderler yanında sadece ilgili ürünün sabit maliyetlerini içerdiği ve toplam maliyetleri içermediği için, uzun vadeli artan maliyetlerin satın alma büyüklüğü toplam maliyetlerin satın alma

⁸⁶ Pries 2009, s. 97.

⁸⁷ Kılavuz, Nr. 67. Tartışma Metni ise uzun vadeli artan maliyetleri, telekomünikasyon veya posta hizmetleri gibi alanlarda tamamlayıcı olarak değerlendirmiştir (Bkz. Nr. 170).

⁸⁸ Kılavuz, Nr. 19.

⁸⁹ Bkz. Tartışma Metni, Nr. 111.

⁹⁰ Bu konuda bkz. Pries 2009, s. 77.

⁹¹ Bkz. Tartışma Metni, Nr. 95.

büyükliğünden daha küçüktür veya ona eşittir⁹². Bu nedenle hakim durumdaki işletmenin maliyetlerine bağlı olarak pazarın kapatılması etkisi yaratmasının daha seyrek olarak ispatlanacağı yorumu yapılmıştır⁹³. Bunun yanında, araştırma ve geliştirme harcamaları veya altyapı yatırımları gibi geçmişte yapılan tüm batık maliyetlerin somut pazar koşullarından bağımsız olarak dikkate alınmasının, pazarda hakim işletmenin aleyhine etki yapacağı belirtilmiştir. Buna neden olarak işletmelerin batık maliyetleri, pazarı terk etme veya pazarda kalma kararından bağımsız olarak üstlenmesi, sonuçta bu maliyetlerin, üretimin kesin olarak durdurulması lehine veya aleyhine gerçek etki yapmaması gösterilmiştir. Buna rağmen, ortalama uzun vadeli artan maliyetlerin yıkıcı fiyatlamının tespitinde belirleyici unsur olarak alınması doktrinde, batık maliyetin tespiti problemi ile karşılaşılmadığından olumlu karşılanmıştır⁹⁴.

Kılavuz'a göre ortalama kaçınılabilir maliyetlerin veya uzun vadeli artan maliyetlerin altındaki fiyatlar sadece, rekabete aykırı olarak pazardan dışlayıcı fiyat davranışının mevcudiyeti lehine bir karine oluşturur⁹⁵. Yoksa bu maliyet büyüklüklerinin üzerindeki fiyatların *per se* rekabet hukukuna uygun davranış sayılacağı anlamına gelmez⁹⁶.

Komisyon'un bu zamana kadar verdiği kararlardan, ortalama toplam maliyetlerin üzerindeki fiyatları bile gereğinde, istisnai de olsa yıkıcı fiyat olarak yaptırıma bağladığı anlaşılmaktadır⁹⁷. Bu yorum diğer maliyet türleri için evleviyetle geçerli olmalıdır. Çünkü ortalama toplam maliyetler işletmenin en kapsamlı maliyet büyüklüklerini yansıtır. Ancak ortalama toplam maliyetlerin üzerindeki fiyatların bile yıkıcı fiyat niteliğinde olduğu sonucuna varılabilmesi nedeniyle, böyle bir fiyat seviyesi bile pazarda hakim durumdaki işletmenin fiyat belirleme davranışında rekabet hukukuna uygun davrandığı yönünde bir güvenli liman sağlamayacaktır⁹⁸. Örneğin birden fazla oligopol işletmenin kolektif olarak pazarda hakim durumda olmaları ve rakiplerini selektif fiyat

⁹² Ancak Komisyon, birden fazla ürün üreten işletmede dikkate alınması gereken genel maliyetlerin önemli bir değere sahip olması halinde bu maliyetlerin de dikkate alınacağını belirtmiştir (Kılavuz, Nr. 26, dpn. 18).

⁹³ Pries 2009, s. 93.

⁹⁴ Pries, s. 99; Schmidt ve Voigt 2006, s. 1100.

⁹⁵ Kılavuz, Nr. 64 vd., 67.

⁹⁶ Pries 2009, s. 93.

⁹⁷ Kommission-CEWAL, 23.12.1992, IV/32.448 ve IV/32.450, ABl. 1993, L 34, s. 20 vd. Karar için bkz. <http://www.eur-lex.europa.eu>, Erişim Tarihi: 01.08.2010. Bu karar İlk Derece Mahkemesi tarafından onaylanmıştır. EuG Compagnie Maritime Belge Transports SA vd./Kommission, 8.10.1996, T-24/93, T- 25/93, T -26/93 ve T-28/93, Slg. 1996, II-01201; EuGH-Compagnie Maritime Belge Transports SA vd./Kommission, 16.3.2000, C-395/96 P, C-396/96 P. Ayrıca bkz. Tartışma Metni, Nr. 128 vd.

⁹⁸ Aynı yönde, Pries 2009, s. 94 ve 120.

indirimleri ile dışlama, disipline etme ve bu stratejiyi takip etmek suretiyle maruz kalınan kazanç kayıplarını müşterek olarak paylaşmaları durumunda ortalama toplam maliyetin üzerindeki fiyatlar da istisnai olarak yıkıcı fiyattır⁹⁹.

2.2.Yıkıcı Fiyat Uygulamasının İspatında Maliyet-Fiyat Analizinin Etkisi

Kılavuz'un 23-27. paragrafları incelendiğinde yıkıcı fiyatlamanın tespitine yönelik incelemenin başlangıcını maliyet-fiyat analizinin oluşturduğu görülmektedir. Maliyet-fiyat karşılaştırmasına dayalı tüm araştırma kriterlerinde, hakim durumdaki işletmenin eşit etkinlikteki rakibine zarar verebilecek nitelikteki fiyatların söz konusu olduğu kabul edilir. Ancak Kılavuz ve Tartışma Metni'nde Komisyon, pazarda henüz etkin hale gelmemiş olan rakipleri de tüketicinin yararına olarak koruma eğilimindedir¹⁰⁰. Bu koruma, pazarda hakim durumdaki işletmenin seri üretim yapma, pazar hakkında bilgi sahibi olma gibi nedenlerle avantajlı durumda bulunduğu monopolistik pazar yapıları için söz konusudur. Böyle bir pazar yapısı potansiyel rakipler için giriş engeli niteliğinde olabilir. Komisyon'a göre böyle durumlarda pazarda hakim durumdaki işletmenin fiyatları kendi ortalama toplam maliyetlerini karşılmasına rağmen, pazara yeni giren işletmenin maliyetlerini karşılamamakta ise, yine kötüye kullanma niteliğinde fiyat indiriminden söz edilebilir¹⁰¹.

Komisyon ve Avrupa Toplulukları Adalet Divanı "Compagnie Maritime Belge SA" kararında ilk kez olarak, pazarda hakim durumdaki işletme tarafından talep edilen fiyatların maliyeti karşılayıp karşılamadığını araştırmaya gerek görmemiştir. Karara konu olan olayda, hat taşımacılığı yapan armatörlerin oluşturduğu bir birlik olan CEWAL'in konferansında üye armatörler, Zaire ve Angola'daki limanlar ile kuzey denizi limanları arasında hat taşımacılığı yapmaya karar vermişlerdir. CEWAL'in üyesi olan Compagnie Maritime Belge SA (CMB) ve diğer armatörler arasındaki yakın ilişki sebebiyle CEWAL ilgili pazarda birlikte davranacak durumda idi. Avrupa Toplulukları Adalet Divanı, Komisyon'un CEWAL'in ve bu nedenle CEWAL dışında kalan tek rakibin gemileri karşısında Compagnie Maritime Belge SA'nin gemilerini amaca yönelik olarak olağandan daha düşük fiyatlarla sefere sokarak pazarda hakim durumunu kötüye kullandığı yolundaki değerlendirmesini onaylamıştır¹⁰². Burada CEWAL'in selektif düşük fiyat uyguladığı, CEWAL'in yıkıcı fiyat (yıkıcı gemi) uygulamasından neredeyse çifte biçimde fayda sağladığı tespit edildiğinden, artık fiyatların maliyeti karşılayıp karşılamadığı araştırılmamıştır.

⁹⁹ Bkz. Tartışma Metni, Nr. 128.

¹⁰⁰ Kılavuz, Nr. 24; Bkz. Tartışma Metni, Nr. 67 ve 129.

¹⁰¹ Bu yönde değerlendirme için bkz. Pries, s. 101.

¹⁰² Bkz. Kommission-CEWAL, 23.12.1992, IV/32.448 ve IV/32.450, ABl. 1993, L 34, s. 20 vd. Nr. 32 vd. ve 73 vd.

Burada CEWAL'in dışında kalan tek rakip, CEWAL ile rekabet etmesini sağlayacak en önemli ve hatta tek araç olan daha elverişli fiyattan yoksun kalmış, diğer taraftan CEWAL'in diğer hat gemilerinden yüksek fiyatlar talep edilmiřtir¹⁰³. Bu kararın, yıkıcı fiyatlamının maliyetten bağımsız olarak tespitine ilişkin metotların önemini kuvvetlendirdiği belirtilmiřtir¹⁰⁴. Ancak pazar yapısının giriş engeli oluşturması gibi özel durumlarda istisnai olarak yıkıcı fiyatlamının maliyet-fiyat analizine gitmeden belirlenebileceği burada vurgulanmalıdır.

Komisyon Kılavuz ile maliyet-fiyat analizi yanında, pazarda hakim durumdaki işletmenin kendine zarar verdiği ve pazarı kapattığı hususlarının, maliyeti destekleyen delillerle de ispat edilebileceğini kabul etmiştir. Bunun yanında pazarda hakim durumdaki işletmenin ortalama toplam maliyetlerinin üzerindeki fiyatların dahi istisnai olarak rekabet hukukuna aykırı olabileceğini kabul ederek, yıkıcı fiyatlamının tespitinde maliyet-fiyat analizi yanında yine diğer unsurlara da önem vermiştir.

2.3. Yıkıcı Fiyat Uygulamasının Maliyeti Destekleyici Unsurlarla Tespiti

Aşağıdaki kararlardan hareketle Komisyon ve Avrupa Toplulukları Adalet Divanı'nın Kılavuz'a kadarki dönemde yıkıcı fiyat uygulamasının maliyet-fiyat analizini destekleyen unsurlarla denetimine ilişkin yaklaşımı ele alınmış, sonra da Komisyon'un Kılavuz ile konuya ilişkin yaklaşımı değerlendirilmiştir.

2.3.1. AKZO Olayı

AKZO kararında Komisyon ve Avrupa Toplulukları Adalet Divanı, pazarda hakim durumdaki AKZO'nun ECS'ye yönelik tehditlerinden hareketle AKZO'nun "dışlama niyeti"ni doğrudan tespit etmiřtir¹⁰⁵. Bu niyet, AKZO ve ECS yöneticilerinin arasındaki gürüşmelerden hareketle ispat edilmiřtir¹⁰⁶. Bunun yanında da AKZO'nun dışlama niyeti, maliyet dışı emareler ile de dolaylı olarak desteklenmişti. Örneğin AKZO fiyat indirimlerini geçici değil, uzun bir süre ve ECS aleyhine selektif fiyatlar ile uygulamıştı. Bunun sonucunda ECS ciro kaybetmiş ve bu nedenle yüksek banka borcu altına girmiş, araştırma geliştirme harcamalarını kısmış ve planlı yatırımlarını ertelemiřtir¹⁰⁷.

¹⁰³ EuGH-Compagnie Maritime Belge Transports SA vd./Kommission, 16.3.2000, C-395/96 P, C-396/96 P, Nr. 6 ve 117.

¹⁰⁴ Ayrıntılı değerlendirme için bkz. Pries 2009, s. 54.

¹⁰⁵ EuGH-AKZO Chemie BV/Kommission, 3.7.1991, C-62/86, Slg. 1991, I-03359, Nr. 78 vd.; Kommission-ECS/AKZO, 14.12.1985, IV/30.698, ABl. 1985, L 374, s. 1 vd., Nr. 82. Bkz. Tartışma Metni, Nr. 113, dpn. 71.

¹⁰⁶ Kommission-ECS/AKZO, 14.12.1985, IV/30.698, ABl. 1985, L 374, s. 1 vd., Nr. 32 vd.

¹⁰⁷ Kommission-ECS/AKZO, 14.12.1985, IV/30.698, ABl. 1985, L 374, s. 1 vd.

Eğer ECS amaca uygun olarak pazardan çıkarılmış olsaydı, bu diğer rakipler üzerinde caydırıcı etki yapacaktı¹⁰⁸.

2.3.2.Tetra Pak Olayı

AKZO kararında olduğu gibi bu kararında da Avrupa Toplulukları Adalet Divanı, hakim durumdaki işletmenin yıkıcı fiyat uygulamasının tespiti için önce maliyete dayalı analize öncelik vermiş, sonra dışlama niyetinin ispatı yönünde uygulamayı benimsemiştir¹⁰⁹. Olayda dışlama niyetinin ispatı için Tetra Pak İtalya'nın yönetim kurulu raporlarından yararlanılmış ve bu delil bir dizi başka belge ve emarelerle desteklenmiştir. Örneğin Tetra Pak eski paketleme ve doldurma makinelerini satın almak için müşterilerden rakiplerin makinelerini artık kullanmama yönünde taahhüt istemiştir¹¹⁰. Bunun yanında, İtalya'ya ithal edilen karton paketlerin Avrupa Birliği'nin diğer üye ülkelerindeki farklı karton paketlerden %20-%50 arası daha ucuz olmasını, bu fiyat indirimleri için ekonomik bir sebebin mevcut olmamasını, selektif fiyat indirimlerine gitmesini yıkıcı fiyat uygulamasının tespiti için emare olarak kabul etmiştir¹¹¹.

2.3.3.Compagnie Maritime Belge Transports SA Olayı

Bu olayda ilk ve tek defa maliyet-fiyat ilişkisi araştırılmamıştır. Bunun yerine selektif fiyat indirimleri ve dışlama niyeti üzerinde durulmuştur¹¹². Bu olayda da CEWAL'in dışlama niyetini gösteren belgelere ulaşılmıştır.

2.3.4. Komisyon'un Kılavuz'u

Komisyon, AEUV m. 102'ye (EG m. 82) ilişkin reform çabaları ile yıkıcı fiyat uygulaması çerçevesinde dışlama niyetinin ispatı yöntemlerini yeniden yapılandırmaya girişmiş ve maliyet-fiyat analizini destekleyici olarak pazarda hakim durumdaki işletmenin dışlama niyetinin ispatını arama eğilimini Kılavuz'da tutarlı şekilde sürdürmüş, bazı durumlarda yıkıcı fiyatlamının doğrudan ispatlanabileceğini de belirtmiştir¹¹³.

¹⁰⁸ Kommission-ECS/AKZO, 14.12.1985, IV/30.698, ABl. 1985, L 374, s. 1 vd., Nr. 86.

¹⁰⁹ EuGH- Tetra Pak Int. SA/Kommission, 14.11.1996, C-333/94 P, Slg. 1996, I-05951.

¹¹⁰ EuG-Tetra Pak Int. SA/Kommission, 6.10.1994, T-83/91, Slg. 1994, II-00755, Nr. 212; Kommission-Tetra Pak II, 24.7.1991, IV/31.043, ABl. 1992, L 72, s. 1 vd. Nr. 73 ve 79.

¹¹¹ EuG-Tetra Pak Int. SA/Kommission, 6.10.1994, T-83/91, Slg. 1994, II-00755, Nr. 151, 190, 202.

¹¹² EuGH-Compagnie Maritime Belge Transports SA vd./Kommission, 16.3.2000, C-395/96 P, C-396/96 P; EuG Compagnie Maritime Belge Transports SA vd. /Kommission, 8.10.1996, T-24/93, T-25/93, T-26/93 ve T-28/93, Slg. 1996, II-01201; Kommission-CEWAL, 23.12.1992, IV/32.450, ABl. 1993, L 34, s. 20.

¹¹³ Bkz. Kılavuz, Nr. 66.

2.3.4.1. Hakim Durumdaki İşletmenin Dışlama Niyetinin Doğrudan veya Dolaylı İspat Yöntemiyle Kanıtlanması

AEUV m. 102 (RKHK m. 6) önleyici koruma amacına sahip olduğu için¹¹⁴, hakim durumdaki işletmenin dışlama niyeti de dikkate alınmalıdır. Rekabetin fiilen bozulmasından önce, hakim durumun kötüye kullanılmasına karşı ancak bu yolla müdahale edilebilir¹¹⁵. Hakim durumdaki işletmenin pazar gücü nedeniyle pazarda zayıflamış olan rekabet nedeniyle mevcut olan sorumluluğu da bu niyetin dikkate alınmasını gerektirir.

Pazarda hakim durumdaki işletmenin rakiplerini dışlama niyetinin tespiti için Komisyon doğrudan ve dolaylı ispat ayırımı yapmıştır¹¹⁶. Bu anlamda doğrudan ispat, yıkıcı fiyat uygulamasını doğrudan, açıkça ve tam olarak ortaya koyan belge ve beyanlar ile sağlanır. İddia konusu maddi olayın varlığını doğrudan ortaya koyabilen delillerin bulunmaması durumunda, bu olayla ilgili olan belirli olayların değerlendirilmesi suretiyle olayın gerçekleşmiş olduğu çıkarsamasının yapılmasına ise dolaylı ispat yöntemi adı verilmektedir. Bu yöntem hukukumuzda emare ispatı terimi ile de ifade edilmektedir¹¹⁷.

Bu ispat yöntemleri doğrultusunda Komisyon, hakim durumdaki işletmenin fiyat indirimlerinin rakibi pazardan dışlamak, pazara girmekten caydırmak veya tüm pazarı ele geçirmek için araç olarak öngören ayrıntılı bir planı içeren işletme dokümanları ile veya dışlanması söz konusu işletmeye yönelik tehditlerin belirlenmesi ile mümkün olabileceğini belirtmiştir¹¹⁸. Bu yöndeki delillerin varlığı halinde Komisyon, rakiplerin dışlanması veyahut disipline edilmesi için hakim durumdaki işletmenin kazanç kayıplarının yeterli olduğundan veya rekabetin olumsuz etkilendiğinden hareket edecektir. Ancak pazarda hakim durumdaki işletmenin fiyat belirleme anında (*ex ante*), kazanç kayıplarından kaçınmaması veya bu kayıpları azaltmasını sağlayacak şekilde davranmaktan bilinçli olarak kaçınması halinde de hakim durumdaki işletmenin dışlayıcı uygulamasının mevcut olduğunu kabul edecektir. Yine maliyete bağlı olarak, pazardan ayrılma yönünde daha makul bir davranış seçeneği mevcut olduğuna için ortalama kaçınılabılır maliyetlerin altındaki fiyatları, rekabeti sınırlayıcı olarak kazanç kaybına katlanma olarak değerlendirmiştir¹¹⁹.

¹¹⁴ Loewenheim vd. 2009, EG m. 82, Nr. 2.

¹¹⁵ Bkz. Wiedemann ve De Bronett 2008, § 22 Nr. 42.

¹¹⁶ Kommission-ECS/AKZO, 14.12.1985, IV/30.698, ABl. 1985, L 374, s. 1 vd., Nr. 80. Kılavuz, Nr. 66; Bkz. Tartışma Metni, Nr. 112 vd.; Bittner 2007, s. 70 vd.

¹¹⁷ Pekantez vd. s. 326, 327.

¹¹⁸ Bkz. Kılavuz, Nr. 66.

¹¹⁹ Kılavuz, Nr. 64, 65.

Hakim durumdaki işletmenin emeğe dayalı adil rekabeti çerçevesinde belirlenen fiyat ölçü olarak alındığında, bu fiyatın altında fiyatların söz konusu olması ve bu seviyedeki fiyatlar ile gereksiz kazanç kayıplarına katlanması halinde, hakim durumun kötüye kullanıldığından söz edilmelidir. Ancak bu durumda da adil rekabet fiyatı bir varsayıma göre belirlenmektedir. Bunun için benzer pazarların ölçü alınması, böyle bir pazarın tespitinin güç olması nedeniyle mümkün görünmemektedir¹²⁰. Dolayısıyla hakim durumdaki işletmenin fiyat indiriminin makul, beklenebilir bir davranış olup olmadığı hususunda Komisyon'un değerlendirme yapması yerine, burada artık işletmenin kendisinin bu davranışının ekonomik olarak tek olanak olduğunu ispatlaması gerektiği ileri sürülmüştür¹²¹.

Bu çerçevede, fiyat indirimi anı ile fiyat indiriminden önceki koşullar karşılaştırıldığında, fiyatı belirleyici etkenlerin aynı kalıp kalmadığı araştırılacak, eğer bu etkenlerde bir değişiklik olmamışsa, artık fiyat indirimi ile katlanılan düşük gelirlerin sadece potansiyel rakiplerin caydırılması veyahut mevcut rakiplerin disipline edilmesi amacını taşıdığı sonucuna ulaşılabilecektir. Buna karşılık ilgili pazardaki koşullar, örneğin pazara yeni bir rakibin girmesi gibi bir nedenle üretim miktarı arttığında, artık aynı pazar fiyatında kalma makul bir davranış olarak değerlendirilmeyecek, bu nedenle işletmenin fiyat indirimine giderek daha düşük gelire katlanmasına izin vermek gerektiği sonucuna varılabilecektir (*meeting competition defence*)¹²².

2.3.4.2. Dışlama Niyetinin Doğrudan veya Dolaylı İspat Yöntemiyle İspatına İlişkin Fikirlerin Kaynağı

Yıkıcı fiyat uygulamasının ispatına ilişkin yukarıda belirtilen fikirlerin kaynağı, hukuka uygun davranışa ve çabaya dayalı rekabet ve hukuka uygun olmayan dışlayıcı rekabet arasında ayırım yapmaya dayanan “Kârdan Fedakarlık Testi” veyahut “İktisadi Açıdan Anlamlı Olmayan Davranış Testi”dir¹²³. Buna göre, pazarda hakim durumdaki işletme için doğrudan ekonomik yarar sadece kalan zayıflamış rekabet çerçevesinde değil, hukuka uygun davranış ve çabaya dayalı rekabet çerçevesinde de gerçekleştirilebilirse, hukuka uygun olarak kazanç sağlayan fiyat tespiti söz konusudur. Fiyat indirimi, örneğin işletmenin verimlilik artışına dayanabilir. Buna karşılık fiyat tespiti hakim durumdaki işletmenin pazar gücüne dayalı ise ve işletmeye sadece rakiplerini dışlama şeklinde fayda sağlarsa, burada yıkıcı fiyat uygulaması söz konusudur. Böyle

¹²⁰ Lange, 2005, s. 502; aynı yönde, Pries 2009, s. 143.

¹²¹ Pries 2009, s. 144.

¹²² Aynı yönde, Pries 2009, s.145.

¹²³ İktisadi Açıdan Anlamlı Olmayan Davranış Testi ile ilgili olarak ayrıntılı inceleme için bkz. Madan 2008, s. 25 vd.

fiyat tespitlerinin adil rekabette ekonomik bir anlamı bulunmamaktadır (*no economic sense*)¹²⁴.

2.3.4.3. Hakim Durumdaki İşletmenin Fiyat İndiriminin Pazardaki Etkilerinin Tespiti

Hakim durumdaki işletmenin dışlama niyetinin doğrudan ispat yöntemiyle ispatlanamaması halinde, dolaylı ispat yöntemi kullanılarak dışlama etkilerinin objektif olarak tespiti yolu ile bu niyetin mevcut olduğu sonucuna ulaşılabilir. Artık burada pazarda hakim durumdaki işletmenin fiyat indiriminin rakipler üzerinde fiilen caydırıcı etkiler yaratıp yaratmadığı araştırılmaktadır¹²⁵. Fiyat indiriminin süresi ve kapsamına dayanarak rakip üzerindeki etkiler en azından muhtemel olarak tespit edilebilir¹²⁶. Fakat fiyat indiriminin rakipler üzerindeki muhtemel etkilerinin ek emarelerle kuvvetlendirilmesi gerektiği kabul edilmektedir. Örneğin hakim işletmenin gelir kayıplarını sınırlayan ve aynı zamanda rakibin dışlanmasına neden olan selektif fiyat tespitleri böyledir¹²⁷. Fiyat indirimlerinin mevcut veya potansiyel rakibin önemli ve değişime istekli müşterilerine yönelik olması halinde de böyle bir durum söz konusudur¹²⁸.

Komisyon'un reform çalışmalarında belirleyici rol oynayan oyun teorisi¹²⁹ ile ilgili fiyat belirleme uygulamalarından hareketle, rakipler karşısında dışlayıcı etkilerin mevcut olduğu varsayılabilir. Diğer bir ifade ile oyun teorisi yaklaşımlarına göre, pazarda hakim durumdaki işletmenin davranışının rakip üzerinde caydırıcı etki yapıp yapmadığı veya hangi kapsamda böyle bir etkiye sahip olduğu belirleyicidir¹³⁰. Örneğin hakim durumdaki işletmenin rakibine belirli bir amaca yönelik olarak agresif hareket ettiği konusunda sahip olduğu şöhreti bu anlamda önemlidir. Böyle bir şöhreti sağlamak için pazarda hakim durumdaki işletmenin farklı pazarlarda veya aynı pazarda farklı zaman

¹²⁴ Bkz. Pries 2009, s. 137.

¹²⁵ Bkz. Kılavuz, Nr. 67 vd.

¹²⁶ Bkz. Tartışma Metni, Nr. 117.

¹²⁷ Kılavuz, Nr. 72 vd.; Bkz. Tartışma Metni, Nr. 118.

¹²⁸ Bu yöntemlerin kullanıldığı olaylara ilişkin Komisyon kararları için bkz. Commission-CEWAL, 23.12.1992-IV/32.448 ve IV/32.450, ABl. 1993, L 34, s. 20 Nr. 73; Commission-ECS/AKZO, 14.12.1985, IV/30.698, ABl. 1985, L 374, s. 1 vd., Nr. 81; Commission-Deutsche Post AG, 20.3.2001, COMP/35.141, ABl. 2001/354 EG, L 125, s. 27 vd., Nr. 38.

¹²⁹ Oyun Teorisi, oyuncuların kararları için mevcut alternatif stratejilerin sonuçlarının, kontrolleri dışında kalan tesadüfe bağlı olaylar ile değil, kendi hedeflerini takip eden diğer oyuncuların bu amaca yönelik eylemleriyle etkilendiği karar durumlarının analizini konu alır (DICHTL, E. ve ISSING, O. (1993), (Hrsg.) Vahlens Großes Wirtschaftslexikon, 2. Aufl., München, s. 1946, 1947).

¹³⁰ Lange 2005, s. 504; bu yönde Commission-ECS/AKZO, 14.12.1985, IV/30.698, ABl. 1985, L 374, s. 1 vd., Nr. 79.

periyotlarında faaliyet göstermesi gerekir¹³¹. Örneğin pazarda hakim durumdaki işletmenin bir dönemdeki agresif, amaca yönelik fiyat indirimi uygulamış olması halinde, rakipler bu bilgiyi artık dikkate alacaklardır.

Hakim durumdaki işletmenin pazarda sahip olduğu bilgi edinme avantajı da dikkate alınabilir. Zira hakim durumdaki işletme rakiplerinin ürün başına maliyetlerini bilebilirken veya tahmin edebilirken, potansiyel rakipleri onun maliyetleri hakkında bilgi sahibi değildir. Faaliyetini genişletmek amacıyla olan bir işletme için hakim durumdaki işletmenin üretim maliyetleri hakkında bilgi sahibi olmak belirleyici bir öneme sahiptir. Örneğin pazarda hakim durumdaki işletmenin fiyat indirimi maliyet etkinliğine dayanmamasına rağmen, potansiyel rakip bunu bilmediğinden fiyat indirimi caydırıcı etki yapacaktır. Bu caydırıcı etkiden hareketle hakim durumun kötüye kullanıldığı sonucuna varmak mümkündür. Zira AEUV m. 102'nin pazarları açık tutma amacı ihlal edilmiştir¹³². Ancak oyun teorisinden hareketle bunun tespiti de her zaman bu kadar kolay değildir. Bu nedenle pazarda hakim durumdaki işletme ve rakibi arasındaki pazara giriş senaryoları yanında, karmaşık pazar yapısının özellikleri de dikkate alınmalıdır¹³³. Buna karşılık Kılavuz daha ziyade pazarda hakim durumdaki işletme ve rakibi arasındaki pazara giriş senaryolarını esas almaktadır¹³⁴.

2.3.4.4. Hakim Durumdaki İşletmenin Fiyat İndiriminin Pazardaki Etkilerinin Tespitinde Pazar Yapısının İncelenmesi

Hakim durumdaki işletmenin yıkıcı fiyat uygulamasının dolaylı ispat yöntemiyle tespiti pazar yapısından hareketle de mümkün olabilir. Buna göre özellikle fiyat rekabetinin öneminin fazla olması, kolayca değiştirilebilir olması ve yüksek giriş engelleri gibi pazar koşulları yıkıcı fiyat uygulamasını kolaylaştırır¹³⁵.

Yüksek giriş engelleri yüksek maliyetli, yatırım ve zaman gerektiren pazara giriş koşulları nedeniyle ortaya çıkabilir. Bu giriş engelleri sadece potansiyel rakipleri caydırmaz, hakim durumdaki işletme için fiyat indiriminden sonra kayıpları telafi edici yüksek fiyatları da garanti eder.

Hakim durumdaki işletmenin batık maliyet niteliğindeki yatırımları, üretim hacminin büyüklüğü nedeniyle ürün başına düşen maliyetlerinin düşük olması, üretim hacmini artırmasının ek maliyet gerektirmemesi, pazardaki tüm

¹³¹ Lange 2005, s. 503 ve 505.

¹³² Lange 2005, s. 503 ve 505.

¹³³ Bu yönde ayrıntılı olarak Pries 2009, s. 155, 156.

¹³⁴ Kılavuz Nr. 68; Bkz. Tartışma Metni, Nr. 115 vd.

¹³⁵ Bkz. Pries 2009, s. 157 vd.; BÖGE, U. (2004), "Der "more economic approach" und die deutsche Wettbewerbspolitik", WuW, Nr. 7 ve 8, s. 728; Ekdi (2002), s. 15 vd.

müşteri taleplerini standart ürünleri ile karşılayabilmesi halinde yıkıcı fiyat uygulamasının başarı şansı artar. Bunun gibi, üretim araçlarının niteliği de yıkıcı fiyat uygulamasını kolaylaştırır¹³⁶. Örneğin hakim durumdaki işletmenin uzun bir yıkıcı fiyat uygulaması döneminden sonra iflasın eşiğine gelen rakibin sahip olduğu üretim araçlarının başka bir rakip tarafından satın alınması olanağının olmaması yıkıcı fiyat uygulamasını kolaylaştırır¹³⁷.

2.4. Yıkıcı Fiyat Uygulamasının Tespitinde Telafi Edici Fiyat Döneminin Zorunlu Koşul Olup Olmadığı Sorunu

ABD rekabet hukukunda, yıkıcı fiyatlamaların tespitinde, hakim durumdaki işletmenin düşük fiyatlar yolu ile maruz kaldığı kaybı telafi etmesi koşulu belirleyici rol oynamaktadır. ABD rekabet hukukunda kaybın telafi edilmesi koşulu, hakim durumdaki işletmenin maliyetlerinin altında fiyatlarla satış yolu ile rakibini pazar dışına çıkardıktan sonra, fiyatlarını maruz kaldığı kayıplarını giderecek seviyeye getirecek durumda olması şeklinde değerlendirilmiştir¹³⁸. Ancak bu hukuk sisteminde kaybın telafisi olanağının ispatının aranmasının nedeni, kötüye kullanma yasağının uygulama alanını sınırlamaktır. Çünkü bu hukuk sisteminde bir taraftan tazminat miktarlarının yüksekliğinden şikayet edilmektedir. Diğer taraftan da Avrupa rekabet hukukundan farklı olarak tekelleşme ve tekelleşme girişimi yasaklanmıştır (Sherman Act Sec. 2). Dolayısıyla hakim durum elde etmeye yönelik girişim için önemli bir sonuç elde etme tehlikesi yeterlidir. Bu farklılıktan kaynaklanan nedenle Avrupa rekabet hukukunda yıkıcı fiyat uygulamasının ispatı için başlangıçtaki kayıpların sonradan muhtemel olarak giderileceğinin ispatı gerekli görülmemiştir¹³⁹.

“Tetra Pak” olayında Avrupa Toplulukları Adalet Divanı, başlangıçtaki kayıpların sonradan muhtemel olarak giderileceğinin ispatını ilk defa açık bir biçimde reddetmiştir. Avrupa Toplulukları Adalet Divanı’na göre yıkıcı fiyat uygulamasına, rekabetin ortadan kaldırılması tehlikesinin mevcut olması halinde yaptırım uygulanmalıdır. AEUV m. 102’nin amacı hakim durumdaki işletme nedeniyle zayıflamış rekabetin sağlanması olduğundan, yaptırım için yıkıcı fiyat uygulaması nedeniyle rekabetin fiilen ortadan kalkmasına kadar beklenmemelidir¹⁴⁰. Rekabetin korunması mümkün olduğu kadar erken müdahale etmeyi gerektirir.

¹³⁶ Ekdi 2002, s. 16.

¹³⁷ Batık maliyete ilişkin açıklamalar için yuk. bkz. 2.1.2.

¹³⁸ Bkz. Immenga vd. 2004, § 18 Nr. 5; Kara 2003, s. 35.

¹³⁹ Örneğin bkz. EuGH-France Télékom SA/Kommission, 2.4.2009, C-202/07 P, Nr. 103 vd, Karar için bkz. <http://www.eur-lex.europa.eu>, Erişim Tarihi:01.08.2010.

¹⁴⁰ EuGH- Tetra Pak Int. SA/Kommission, 14.11.1996, C-333/94 P, Slg. 1996, I-05951, Nr. 44.

Bu nedenlerle Avrupa rekabet hukukunda hakim durumun kötüye kullanılmasının denetiminde, fiyat indirimi nedeniyle maruz kalınan kayıpların sonradan monopolist fiyatlarla fiilen dengelenmesi veya dengelenme olasılığı zorunlu koşul değildir. Aksi halde böyle bir ex-post analiz AEUV m. 102'nin rekabetin bozulmasını önleme amacı ile çelişir. Yıkıcı fiyat uygulamasının başarısız olması halinde dahi hakim durumun kötüye kullanılmasından söz edilebilir¹⁴¹. Gerçi yıkıcı fiyat uygulaması, rakibi pazar dışına çıkarmayı takip eden zamanda önceki fiyat indirimlerinden kaynaklanan gelir kayıplarını gidermek için yararlanma şeklinde tanımlanmaktadır. Ayrıca fiyat indirimi döneminde hakim durumdaki işletmenin fiyat indirimlerinden tüketiciler fayda sağlarlar. Ancak hakim durumdaki işletme kayıplarını gidermek için yüksek fiyat belirleme olanağına sahip olmasa da tüketiciler düşük fiyat uygulamasından dolayı olarak zarar görebilirler. Çünkü pazarda işleyen rekabet rakip olmaksızın garanti edilemez. Tüketiciler işleyen rekabetin mevcudiyeti hususunda yüksek menfaate sahiptirler. Özellikle yüksek giriş engellerinin olduğu pazarlarda rakibin pazar dışına çıkarılması giderilemez sonuçlara sahiptir¹⁴². Bunun yanında, tüketiciler sadece yıkıcı fiyatın söz konusu olduğu pazardaki tüketiciler olarak değil, tüm pazardaki tüketiciler olarak algılanırsa, tüketici refahı sadece tüketici fazlası olarak değil, tüketici ve üretici fazlasının toplamı olarak düşünülürse sonuçta başarısız da olsa yıkıcı fiyat uygulamasının yine tüketici refahına zarar verdiği düşünülmelidir. Zira başka pazarlarda daha verimli işlerde kullanılacak kaynaklar, o pazarlarda bu üretimden yararlanacak olan tüketici refahından kısılarak, yıkıcı fiyat uygulamasının gerçekleştiği pazara aktarılmaktadır. Bu durumda yıkıcı fiyat uygulaması başarısız bile olsa bundan diğer pazarlardaki tüketiciler zarar görmektedir¹⁴³.

Avrupa Toplulukları Adalet Divanı “Wanadoo” olayında da başlangıçtaki kayıpların giderilmesi olasılığını inceleme gereği duymamıştır¹⁴⁴. Komisyon da karar verirken bu prensiplerden hareket etmiş ve yıkıcı fiyat uygulamasının olası kârlılığı için dayanak noktası olarak pazarın özelliklerini dikkate almış¹⁴⁵ ve Wanadoo'nun müşterilerinin diğer rakiplere geçmesini engelleyen durumları incelemiştir. Komisyon para cezasına hükmederken, sözleşmesinin kısa sürede feshi halinde cezai şart kararlaştırılmış olmasını, müşterinin başka bir işletmeye geçişi halinde internet hizmetinin birkaç gün

¹⁴¹ Bkz. Örn. EuG Compagnie Maritime Belge Transports SA vd. /Kommission, 8.10.1996, T-24/93, T- 25/93, T -26/93 ve T-28/93, Slg. 1996, II-01201, Nr. 149.

¹⁴² Bkz. Kılavuz, Nr. 71.

¹⁴³ Kara 2003, s. 48.

¹⁴⁴ EuGH-France Télékom SA/Kommission, 2.4.2009, C-202/07 P, Nr. 110; EuG-France Télékom SA/Kommission, 30.1.2007, T-340/03, Slg. 2007, II-00107, Nr. 224 vd.

¹⁴⁵ Kommission-Wanadoo Interactive, 16.7.2003, COMP/38.233, Nr. 332 vd.

kesilmesini ve bu geçişin bedele bağlı olmasını, rakiplerin pazara girişinin yüksek reklam maliyetleri gerektirmesini, buna karşı Wanadoo'nun ađ işleticisi France Télékom ile bağlantısını dikkate almıştır¹⁴⁶.

Komisyon Kılavuz'da da yıkıcı fiyatlamının tespitinde başlangıçtaki kayıpların giderilmesi olasılığının ispatını açık bir biçimde reddetmiştir¹⁴⁷. Burada hakim durumdaki işletmenin, rakibini dışladıktan sonra fiyatını başlangıçtaki seviyeye çıkaracak konumda olması gerekli değildir. Başlangıçtaki kayıpların giderilmesi için, pazar dışına çıkarmanın kuvvetli rekabete dayalı olarak belirlenecek daha düşük fiyatları engelleyebilmesi veya geciktirebilmesi yeterlidir¹⁴⁸. Çoğu durumda fiyat indirimlerinin sonraki fiyatlar ve kârlara olası etkilerinin sayısal olarak belirlenmesi mümkün olmayacaktır. Örneğin fiyat indirimlerinin potansiyel rakipler üzerindeki caydırıcı etkileri sayısal olarak ifade edilebilir nitelikte değildir¹⁴⁹.

Ayrıca hakim durumdaki işletmenin dışlama niyetinin doğrudan ispat yöntemiyle ispat edilmesi durumunda da yıkıcı fiyat nedeniyle maruz kalınan kaybın giderilmesi olanağının ispatı gereksizdir. Hakim durumdaki işletmenin yöneticileri yıkıcı fiyat uygulamaya karar vermişse, artık yıkıcı fiyat uygulamasının kârlı olduğundan hareket edilmelidir. İşletmenin yöneticileri bunu rekabet otoritelerinin uzmanlarından daha iyi bilebilecek konumdadır¹⁵⁰.

Kısaca Avrupa Birliği rekabet hukukunda yıkıcı fiyat uygulaması ile pazardaki fiili rekabeti artıracak girişimlerin engellenmesine karşı hassas yaklaşılmaktadır. Yıkıcı fiyat uygulamasından söz edebilmek için gelir kaybının telafisi olanağının ispatı aranmamakta ve yıkıcı fiyat kavramı geniş değerlendirilmektedir¹⁵¹.

2.5. Yıkıcı Fiyat Uygulamasında Hakim Durumdaki İşletmenin Objektif Haklı Gerekçesinin Bulunması ve Etkinlik Savunması

Kılavuz'da Komisyon'un, hakim durumda bulunan işletmenin davranışını haklı gösteren iddialarını da inceleyeceği belirtilmiştir. Bu bakımdan hakim durumdaki işletme ya davranışının objektif olarak zorunlu olduğunu veya yıkıcı fiyatlama ile önemli etkinlik avantajları sağladığını ispatlamalıdır¹⁵². Bu

¹⁴⁶ Kommission-Wanadoo Interactive, 16.7.2003, COMP/38.233, Nr. 332 vd.

¹⁴⁷ Kılavuz, Nr. 71.

¹⁴⁸ Kılavuz, Nr. 71; Bkz. Tartışma Metni, Nr. 122. Nitekim Kara da, küçük bir işletmenin pazardan dışlanması sonrası fiyat artırılamasa bile pazarda faaliyet gösteren işletme sayısı azalacağından bu durumun uyumlu eyleme zemin hazırlayabileceğine dikkat çekmiştir (2003, s. 46, dpn. 95).

¹⁴⁹ Bkz. Tartışma Metni, Nr. 122.

¹⁵⁰ Bu yönde, bkz. Pries 2009, s. 168, 169.

¹⁵¹ Bu yönde değerlendirme için bkz, Kara 2003, s. 58.

¹⁵² Kılavuz, Nr. 28 vd.

durumda hakim durumda bulunan işletmenin artık, 102. maddenin yasaklamalarına tabi olmayacağı kabul edilmektedir¹⁵³. Zira pazarda hakim durumdaki işletme de yüksek kazanç elde etmek ve fiyata dayalı rekabet etmek hakkına sahip olduğu gibi¹⁵⁴, örneğin stoklarını hızla eritmek ve ürününe olan talebin azalmasına karşı önlem almak olanağına da sahip olmalıdır. Aksi sonuca varmak, bir yandan pazarda hakim duruma izin vermek, diğer yandan da bu duruma sahip olan işletmeyi yaptırıma tabi tutmak ile sonuçlanacaktır¹⁵⁵. Objektif haklı gerekçeye dayalı fiyat indirimleri örneğin, rakiplerin saldırgan fiyat politikasına tepki olarak, diğer bir ifade ile rekabeti karşılama amacı ile uygulanabilir¹⁵⁶. Çünkü pazarda hakim durumdaki işletme de rakip işletmenin kendisine karşı uyguladığı fiyat politikasına karşı orantılı olarak önlem alabilmelidir¹⁵⁷. Oranlılık, önlem alan hakim durumdaki işletmenin pazar gücüne ve davranışının biçimine göre değerlendirilmelidir¹⁵⁸. Ancak buradan hareketle hakim durumdaki işletmenin saldırgan fiyat uygulayan belirli bir rakibe karşı selektif fiyat uygulayabileceği sonucuna varılmamalıdır. Zira tepki niteliğindeki fiyat indiriminden sadece saldırgan fiyat uygulayan işletmenin müşterileri değil, tüm müşteriler yararlanmalıdır¹⁵⁹. Dolayısıyla hakim durumdaki işletmeler de ekonomik menfaatlerini takip etme hakkına sahip olmalarına rağmen, hakim durumdaki işletmenin bu amaçla aldığı bir önlem pazarı kapatmaya neden olmamalıdır¹⁶⁰. Yine hakim durumdaki işletmenin sistematik planına dayanan ve rakibinin bilinçli olarak dışlanması amacıyla

¹⁵³ Komisyon açıkça, rekabet hukuku uygulamasının yeknesaklığı gerekçesi ile AEU m. 101 (3) (EG m. 81/3) ve AEU m.102'ye (EG m. 82) ilişkin etkinlik savunmasının paralel uygulanmasını uygun görmektedir. Kılavuz, Nr. 30 dph. 22. Buna ilişkin olarak bkz. Albers 2007, s. 13 vd. ve 24. Bkz. Bkz. Tartışma Metni, Nr. 123, 130 vd.; EuG-Tetra-Pak/Kommission, 6.10.1994, T-83/91, Slg. 1994, II-755 Nr. 147; Kommission-Wanadoo Interactive, 16.7.2003, COMP/38.233, Nr. 305 vd. Ayrıca bkz. Schmidt ve Voigt 2006, s. 1097, 1104 vd.; Engelsing 2007, s. 97.

¹⁵⁴ Bittner 2007, s. 66; Immenga vd. 2004, § 18 Nr. 6, 40; Wiedemann ve De Bronett 2008, § 22 Nr. 92-94; Engelsing 2007, s. 98.

¹⁵⁵ Lange 2005, s. 507.

¹⁵⁶ Kommission-Wanadoo Interactive, 16.7.2003, COMP/38.233, Nr. 314 vd. ; Bkz. Tartışma Metni, Nr. 132; Wiedemann ve de Bronett 2008, § 22 Nr. 40, 46, 92; Loewenheim vd. 2009, EG m. 82, Nr.176; Lange 2005, s.507; Hançer ve İçöz 2007, s. 154.

¹⁵⁷ Bkz. Tartışma Metni , Nr. 81 vd.; Immenga vd. 1997-2001, m. 86 Nr. 172. Doktrinde "Orantısızlık Testi" olarak anılan ve tüketici refahı testinin diğer bir versiyonu olan bu teste göre, davranış, pazarda giriş engelleri yaratıp işletmenin hakim durumunu güçlendirme ya da sürdürme amacına uygunsa, tüketici refahını hiç artırmıyorsa ya da tüketici refahını artırsa bile rekabeti gereğinden fazla kısıtlıyorsa dışlayıcı olarak kabul edilmektedir (Bkz. Madan 2008, s. 38).

¹⁵⁸ Lange, 2005, s. 508; Pries 2009, s. 176.

¹⁵⁹ Bkz. Kılavuz, Nr. 72 vd.; Bkz. Tartışma Metni, Nr. 118.

¹⁶⁰ Engelsing 2007, s. 98.

uygulanan fiyatlar söz konusu olduğunda objektif haklı gerekçe söz konusu olmayacaktır¹⁶¹.

Rakibinin önemli bir üretim miktarı ile pazara girmesi halinde de hakim durumdaki işletme fiyat indirimine gidebilmelidir. Ancak hakim durumdaki işletmenin kendisinin pazarda kapasite fazlasına neden olup sonra fiyat indirimine gidememesi gerekir. Aksi halde hakim durumdaki işletme üretim miktarı üzerinden fiyat seviyesini yönetecek ve bu yolla dışlayıcı davranışta bulunacaktır¹⁶².

Diğer taraftan rekabetin en önemli amaçlarından birisi de etkinliğin artırılmasıdır¹⁶³. Etkinlik savunması, hakim durumdaki işletmelere sağlanan ve kötüye kullanma niteliğindeki davranışın AEUV m. 101 (3)'de (RKHK m. 5) sayılan muafiyet koşullarını taşımakta olduğunu kanıtlama olanağı üzerine kurulmuştur. Dışlayıcı davranışlara karşı etkinlik savunmasında bulunma olanağı, AEUV m. 102'nin (RKHK m. 6) lafzı bu olanağı vermese de, kötüye kullanma denetiminde geniş kapsamlı menfaatlerin dikkate alınmasına dayanır¹⁶⁴. Böylece dışlayıcı davranışların tespitine ilişkin değerlendirme hatasının düzeltilmesi olanağı da elde edilir¹⁶⁵.

Bununla birlikte hakim durumdaki işletmenin saldırgan nitelikli yıkıcı fiyat uygulaması halinde, etkinlik artışının olması güçtür. Nitekim Komisyon da Kılavuz'da, yıkıcı fiyatlamamanın söz konusu olması halinde etkinlik artışının pek az söz konusu olacağından hareket etmektedir¹⁶⁶. Gerçekten yıkıcı fiyatlamamanın söz konusu olması halinde mevcut veya potansiyel rakiplerin pazardan dışlanmaması yönündeki etkinlik koşulu ihlâl edilir. Bu da pazardaki rekabetin ortadan kalkmasına ya da rekabet tam olarak kalkmamasına rağmen hakim durumdaki işletmenin monopol benzeri bir konuma sahip olmasına neden olur. Oysa etkinliğin artırılması için temel sebep, pazardaki işletmeler arasındaki rekabet mücadelesidir¹⁶⁷. Bunun istisnası sadece oluşum aşamasındaki genç pazarlar için geçerlidir. Ancak burada da ihtiyatlı davranılmalıdır. Çünkü bu

¹⁶¹ Bkz. Tartışma Metni, Nr. 81; Lange 2005, s. 508.

¹⁶² Bu hususta bkz. Pries 2009, s. 182.

¹⁶³ Bkz. Lange 2005, s. 507; Schmidt ve Voigt 2006, s. 1103.

¹⁶⁴ Bu olanağın AEU m. 102'deki hakim durumun kötüye kullanılması yasağını zayıflatacağı yönündeki endişeler için bkz. Pries 2009, s. 187, 188; aynı yönde Schmidt ve Voigt 2006, s. 1097, 1104.

¹⁶⁵ Bu yönde Pries 2009, s. 174. Bkz. Tartışma Metni'ne ilişkin olarak, etkinlik savunmasında ispat yükünün hukuken dayanağı olmaksızın işletmeler üzerinde bırakıldığı yönündeki eleştiri için bkz. Hançer ve İçöz 2007, s. 130; Immenga 2006, s. 481.

¹⁶⁶ Kılavuz, Nr. 74. Bkz. Tartışma Metni, Nr. 127, 133.

¹⁶⁷ Bu hususta bkz. Kılavuz, Nr. 30.

pazarlarda rekabet aracı olarak fiyat, pazarın kapatılması için önemli rol oynar¹⁶⁸.

Ayrıca etkinlik artışından kaynaklanan fiyat indirimi etkinlik savunması ile karıştırılmamalıdır. Burada artık yıkıcı fiyat söz konusu olmadığından etkinlik savunmasına gerek bulunmamaktadır. Örneğin maliyetten tasarruf sağlayan buluş nedeniyle fiyat indiriminde yıkıcı fiyat söz konusu değildir. Buna karşı fiyat indirimi pazar gücünden yararlanmaya dayalı ise, hakim durumdaki işletmenin rakiplerini dışlayıcı davranışı söz konusu olduğundan rekabet sınırlanmış olacaktır. Artık bu davranışın kalan rekabetin ve tüketici refahının iyileştirilmesine neden olması ihtimal dışı görünmektedir¹⁶⁹.

3. KILAVUZ'DAKİ YIKICI FİYAT UYGULAMALARININ TESPİTİNE İLİŞKİN KRİTERLERİN TÜRK REKABET HUKUKU BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

3.1. Yıkıcı Fiyat Uygulamasının Maliyet-Fiyat Karşılaştırmasına Dayalı Olarak Tespiti

Yukarıda ayrıntılı olarak belirtildiği gibi, Komisyon Kılavuz ile “Eşit Etkinlikte Rakip Testi” yanında “Kârdan Feda Testi” ve “Pazarın Kapatılması” kriterlerini getirerek yıkıcı fiyat uygulamasını tespiti girişmiştir¹⁷⁰. Örneğin “Kârdan Feda Testi”nde pazarda hakim durumdaki işletmenin ortalama kaçınılabilir maliyetlerini esas almıştır. Rekabet Kurulu’da bu maliyet kriterini esas olarak yıkıcı fiyat uygulamasının mevcut olduğundan hareket edebilir. Rekabet Kurulu’nun böyle bir maliyet kriterini esas olarak, yıkıcı fiyat uygulamasının mevcut olduğundan hareket edebilmesi için RKHK’da açık hüküm olması gerekli değildir. Yıkıcı fiyat uygulamasının tespiti için Komisyon’un esas aldığı maliyet kriterleri, iddianın doğruluğu veya bir delilin güvenilirlik derecesi hakkında kanaat edinmeye yarayan, yaşam deneylerinin ortaya koyduğu değer hükümlerini ifade eden fiili karine¹⁷¹ olarak nitelendirilebilir.

Burada hemen belirtmelidir ki, Rekabet Kurulu’nun yürüttüğü soruşturma bir tür idari yargılamadır. Dolayısıyla idari yargılamada karine nedeniyle delil gösterme yükünün karşı tarafa geçtiğinden söz etmek zordur. Çünkü rekabet hukukunda, Medeni Yargılama Hukukunda olduğu gibi eşit güçteki kişilerin karşı karşıya bulunması söz konusu değildir. Rekabet Kurulu’nun kendiliğinden harekete geçmesi ilkesi geçerlidir ve onu harekete

¹⁶⁸ Pries 2009, s. 189.

¹⁶⁹ Bu hususta bkz. Pries 2009, s. 190.

¹⁷⁰ Bkz. yuk. 2.1.4.

¹⁷¹ UMAR B. ve YILMAZ, E. (1980), İsbat Yükü, 2. Bası, Kazancı Matbaacılık Sanayi, Büyükçekmece.

geçiren Şikayet, kamu ile ilgili bir ihlâlin Kurul'a bildirilmesi anlamındadır. Rekabet hukukunda Şikayet edeni taraf (davacı) olarak, hakkında soruşturma yapılan ŐiŐtmeyi de davalı olarak nitelemek mümkün değildir. Rekabet hukuku sisteminde, "davacı - davalı" taraflar yoktur¹⁷². Ayrıca idarenin yargı benzeri ŐiŐlemler alanında "Şüpheden sanık yararlanır ilkesi" geçerlidir ve bu ilke temelinde idare, maddi olayın gerçekteŐmiŐ olduğunu tam ispat ölçütünü sağlayarak ispatlamakla yükümlüdür¹⁷³. Delilleri serbestçe takdir etme hakkına sahip olan Rekabet Kurulu, örneğin iktisadi analizlere dayalı, tecrübe ile geçerli kabul edilmiş Kârdan Feda Testi'nden hareketle yıkıcı fiyat uygulamasının mevcut olduğu sonucuna tam ispat ölçütünü sağlayarak ulaşabilir.

3.2. Hakim Durumdaki ŐiŐletmenin Dışlama Niyetinin Doğrudan veya Dolaylı Őpat Yöntemiyle Kanıtlanması

AEUV m. 102 (RKHK m. 6) önleyici koruma amacına sahip olduğu için, hakim durumdaki ŐiŐletmenin dışlama niyetinin de dikkate alınması gerektiğini, bunun için Komisyon'un doğrudan ve dolaylı ispat ayırımı yaptığı yukarıda belirtilmiŐtir¹⁷⁴. Hakim durumdaki ŐiŐletmenin emeğe dayalı adil rekabeti çerçevesinde belirlenen fiyat ölçü olarak alındığında, bu fiyatın altında fiyatların söz konusu olması ve bu seviyedeki fiyatlar ile gereksiz kazanç kayıplarına katlanılması halinde, dolaylı ispat yöntemiyle artık hakim durumun kötüye kullanıldığından söz edilmesi gerekir. Ancak bu durumda da adil rekabet fiyatı bir varsayıma göre belirlendiğinden ve bu pazarın tespiti güç olduğundan Avrupa Birliği rekabet hukukunda, hakim durumdaki ŐiŐletmenin fiyat indiriminin makul, beklenebilir bir davranış olup olmadığı hususunda Komisyon'un değerlendirme yapması yerine, artık ŐiŐletmenin kendisinin bu davranışının ekonomik olarak tek olanak olduğunu ispatlaması gerektiği ileri sürülmüŐtür¹⁷⁵. Bu görüşü Türk rekabet hukukunda kabul etmek güçtür. Zira idarenin yargı benzeri ŐiŐlemler alanında "Şüpheden sanık yararlanır ilkesi" geçerlidir ve bu ilke temelinde idare maddi olayın gerçekteŐmiŐ olduğunu tam kanıt ölçütünü sağlayarak kanıtlamakla yükümlüdür. Bu nedenle karara etki edebilecek her türlü bilgi, belge ve delil hakim durumdaki ŐiŐletme tarafından

¹⁷² Bu yönde bkz. YILMAZ, E. (1999), "Rekabet Kanunu Uygulamasında Usul ve Őpat Sorunları", PerŐembe Konferansları,

<http://www.rekabet.gov.tr/index.php?Sayfa=perskonfnyynliste>, Erişim Tarihi: 05.05.2010.

¹⁷³ Nitekim RKHK m. 4/III, IV ve m. 59 hükümlerine ilişkin olarak Cengiz tarafından, söze dayanan yorumun aŐılması ve hükmün "Şüpheden sanık yararlanır" ilkesi doğrultusunda yorumlanarak, uyumlu eylemin varlığının Rekabet Kurulu tarafından tam kanıt ölçütü sağlanarak kanıtlanması gerektiği belirtilmiştir (CENGİZ, D. (2006), Türk Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylem ve Bu Eylemin Hukuki Sonuçları, Örnek Model Olarak Amerika Birleşik Devletleri ve Mehas Olarak Avrupa Birliği Rekabet Hukuku Sistemlerinin IŞığında, Beta Yayınları, İstanbul).

¹⁷⁴ Bkz. yuk. 2.3.4.1.

¹⁷⁵ Pries 2009, s. 144.

Rekabet Kurulu'na sunulabileceği gibi, resen araştırma ilkesi gereğince, Kurul da her tür araştırmayı yapabilecek, üçüncü kişiler tarafından sunulan bilgi, belge ve delilleri değerlendirebilecektir¹⁷⁶. Dolayısıyla Türk rekabet hukukunda hakim durumdaki işletmenin fiyat indiriminin makul, beklenebilir bir davranış olup olmadığı hususunda Rekabet Kurulu resen araştırma ilkesi gereği değerlendirme yapmalıdır; ancak işletmenin kendisi de savunma hakkına dayanarak, bu davranışının ekonomik olarak tek olanak olduğunu ispatlayabilir.

3.3. Yıkıcı Fiyat Uygulamasında İşletmenin Objektif Haklı Gerekçesinin Bulunması ve Etkinlik Savunması

İdari usule hakim olan re'sen harekete geçme ve araştırma ilkeleri nedeniyle, Rekabet Kurulu'nun hem konuyla ilgili bütün incelemeleri yapmasının hem de kararı vermesinin doğurabileceği sakıncalar, muhataplara savunma hakkı verilmesiyle dengelenmektedir¹⁷⁷. Böylece savunma hakkı ile hakim durumdaki işletme bir yandan savunmaya katılacak, diğer yandan da maddi gerçeği araştırmakla yükümlü Rekabet Kurulu'na yardımcı olacaktır (RKHK m. 43/II, 44, 45/II, III, 46). Bu çerçevede Türk rekabet hukukunda, hakim durumda bulunan işletmenin, savunma hakkına dayanarak, davranışı için objektif gerekçesi olduğunu veya yıkıcı fiyatlama ile önemli etkinlik avantajları sağladığını ispatlaması halinde, RKHK m. 6'nın yasaklamalarına tabi olmayacağı kabul edilmelidir. Zira hakim durumun kötüye kullanılmasının RKHK m. 6'ya göre denetiminde geniş kapsamlı menfaatlerin dikkate alınması gerekir. Böylece Rekabet Kurulu, davranışın kötüye kullanma teşkil edip etmediğini saptarken, etkinlik açısından da değerlendirme yapmalı, ancak davranışın etkinlik sağlayıp sağlamadığı hususunda delil gösterme yükü tamamen hakim durumdaki işletmeye bırakılmamalıdır. Hakim durumdaki işletme istisnai durumlarda delil sağlama yükümlülüğü altında bırakılmalıdır¹⁷⁸. Zira Rekabet Kurulu'nun soruşturma işleminde yukarıda belirtildiği gibi "şüpheden sanık yararlanır ilkesi" geçerlidir ve bu ilke temelinde idare maddi olayın gerçekleşmiş olduğunu tam kanıt ölçütünü sağlayarak kanıtlamakla yükümlüdür.

¹⁷⁶ AKSOYLU, Ö. (2006), 4054 Sayılı Kanun'un 4. ve 6. Maddeleri Uyarınca Rekabet Kurulu Tarafından İzlenen İdari Usuller, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul, s. 47.

¹⁷⁷ Aksoylu, 2006, s. 38.

¹⁷⁸ Hançer ve İçöz 2007, s. 158, 159.

4. REKABET KURULU'NUN YIKICI FİYAT UYGULAMALARININ TESPİTİNE YAKLAŞIMI ve BU YAKLAŞIMIN DEĞERLENDİRİLMESİ

4.1. "Coca-Cola A.Ş." Kararı

Rekabet Kurulu, gazlı içecekler pazarında hakim durumda olan Coca Cola Satış ve Dağıtım A.Ş.'nin sade gazoz alt pazarında yıkıcı fiyatlandırma yoluyla 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesini ihlal edip etmediğini soruşturmaya tabi tutmuştur.

Rekabet Kurulu bu soruşturma çerçevesinde verdiği 23.1.2004 tarihli kararında¹⁷⁹ önce şu hususların altını çizmiştir:

- Yıkıcı fiyat uygulamasının değerlendirilmesinde dört temel unsur dikkate alınmaktadır. Bunlar, iktisadi üstünlük, olağandışı düşük fiyat, niyet ve hasattır¹⁸⁰. Rekabet Kurulu ayrıca, gerek ABD ve gerekse Avrupa Birliği rekabet hukukunda maliyet değerlendirmesinin tek başına yıkıcı fiyat göstergesi olarak kabul edilmediğini, bununla birlikte bazı unsurların varlığının dikkate alındığını, Avrupa Birliği rekabet hukukunda olağandışı düşük fiyat ile birlikte, yıkıcı niyet unsurunun araştırıldığını, yıkıcı fiyatın tespitinde maliyet altı satış fiyatının tek başına ölçü olarak alınmamasının başlıca nedeninin, maliyet kalemlerinin hangilerinin değişken hangilerinin sabit karakterli olduğunun tespitinde karşılaşılan güçlükler olduğunu belirtmiştir¹⁸¹.

Rekabet Kurulu, yıkıcı fiyat uygulamasından söz edebilmek için hakim durumdaki işletmenin gelir kaybını telafi etmiş olması ya da telafi olasılığının güçlü olmasının Avrupa Birliği'nde zorunlu koşul olmadığını (hasat) vurgulamış ve bunun tespitinin güçlüğüne de dikkat çekerek, yıkıcı fiyat uygulamasının değerlendirilmesinde, iktisadi güç ve maliyetin altında satış unsurlarının yanı sıra gelir kaybının telafi edilmesi ölçütünü dikkate almak yerine, niyet ölçütünü sektörün yapısal özellikleri bağlamında değerlendirmenin daha sağlıklı bir yaklaşım olacağını belirtmiştir¹⁸².

Bu ön açıklamaları yaptıktan sonra Kurul, Coca Cola A.Ş.'nin şikayet konusu davranışlarına ilişkin iktisadi üstünlük, olağandışı düşük fiyat ve niyet unsurları çerçevesinde değerlendirme yaparak aşağıdaki tespitlerde bulunmuştur¹⁸³:

¹⁷⁹ RKK, 23.1.2004, S. 04-07/75-18. Karar için bkz. <http://www.rekabet.gov.tr>, Erişim Tarihi: 01.08.2010.

¹⁸⁰ RKK, 23.1.2004, S. 04-07/75-18, s. 40.

¹⁸¹ RKK, 23.1.2004, S. 04-07/75-18, s. 41.

¹⁸² RKK, 23.1.2004, S. 04-07/75-18, s. 42.

¹⁸³ RKK, 23.1.2004, S. 04-07/75-18, s. 44 vd.

- Coca-Cola A.Ş. gazlı içecekler pazarında hakim durumda bulunmaktadır. Bu itibarla anılan işletme iktisadi üstünlüğe sahip bulunmaktadır.
- Olağandışı düşük fiyat değerlendirmesini yapabilmek için iki göstereye ihtiyaç duyulmaktadır. Bunlar, ambalaj bazında fabrika çıkış fiyatları ve ortalama kısa dönem değişken ve toplam maliyet rakamlarıdır.
- Sensun markalı sade gazoz fiyatları, birkaç dönem dışında, ortalama değişken maliyetin üstünde, buna karşı ortalama toplam maliyetin altında seyretmiştir. Fiyatların değişken maliyet ile toplam maliyet arasında değişmesi halinde de, yıkıcı niyetin varlığı ortaya konabiliyorsa, yıkıcı fiyat değerlendirmesi yapılabilmektedir.
- Soruşturma safhasında Coca-Cola A.Ş.'nin yıkıcı fiyatlama stratejisi izlediğine, bir başka deyişle, rakiplerini pazar dışına iterek tekeli fiyatlamaya yapmak niyeti taşıdığına ilişkin herhangi bir belge bulunamamıştır. Bununla birlikte anılan işletmenin fiyatlamaya stratejisini belirleyen güdeleri, sektörün yapısal özellikleri ve yıkıcı fiyatın uygulandığı iddia edilen dönemin ekonomik özellikleri bağlamında çözümlenmek mümkündür. Bu amaçla Coca-Cola A.Ş.'nin fiyatlamaya stratejisinin; a) Rekabetçi güdüyle belirlendiği, b) yıkıcı nitelik taşıdığı varsayımlarının tutarlılığı, sektörün yapısal özellikleri ve 2000-2002 dönemine ilişkin ekonomik gelişmeler bağlamında değerlendirilmiştir.
- Coca-Cola A.Ş.'nin yıkıcı fiyat uygulaması halinde ortaya çıkabilecek senaryolar değerlendirildiğinde, Coca-Cola A.Ş.'nin yıkıcı fiyat uygulaması nedeniyle tekeli fiyatlamaya imkanı kazanamayacağı sonucuna varılmıştır.
- Coca-Cola A.Ş.'nin pazara girmek isteyen güçlü yerel firmalara gözdağı vermek isteyip istemediği araştırılmış, ancak soruşturma süresince Coca-Cola A.Ş.'nin bu yönde bir niyete sahip olduğuna ilişkin herhangi bir belge elde edilememiştir.
- Sade gazoz pazarında marka yaratamayan Coca-Cola A.Ş., yıkıcı fiyatlamaya yoluyla pazar dışına ittiği yerel işletmelerin sahip olduğu güçlü markaları satın almak amacıyla hareket edip etmediği incelenmiş ve bu senaryonun gerçekleşme ihtimalinin de zayıf olduğu sonucuna varılmıştır.

Sonuç olarak Rekabet Kurulu, Coca-Cola A.Ş.'nin rakiplerini pazar dışına itmek niyetiyle maliyetin altında fiyatlamaya uyguladığına ilişkin bir bilgi elde edilemediği ve uygulamanın yapıldığı döneme ilişkin iktisadi çözümlenmenin genelde böyle bir niyetin varlığını desteklemediği, Coca-Cola A.Ş.'nin şöhret etkisi yaratmak suretiyle gazlı içecekler pazarına girmek isteyen rakiplerine gözdağı vermesi niyeti taşımasının olasılık dahilinde bulunmasının

yıkıcı niyetin bulunduğuna hükmetmek için yeterli olmadığı kanaatine vararak, oybirliği ile RKHK m. 6 çerçevesinde cezaya yer olmadığına karar vermiştir.

Görüldüğü gibi Rekabet Kurulu, Coca-Cola A.Ş'nin iktisadi üstünlüğünü tespit ettikten sonra olağandışı düşük fiyat uygulamasının bulunup bulunmadığını değerlendirmiş ve Avrupa Toplulukları Adalet Divanı'nın kararlarında olduğu gibi iki aşamalı maliyet-fiyat analizine girişmiş, değişken maliyetlerin üzerinde, toplam maliyetlerin altında fiyat uygulamasını tespit ettiğinden dolayı “niyet” unsuruna dayalı olarak araştırma yapmıştır. Avrupa Birliği rekabet hukukuna uygun olarak olağanüstü düşük fiyatlar nedeniyle maruz kaldığı zararını telafi olanağının ölçüt olarak alınmayacağını belirtmesine rağmen, Rekabet Kurulu bu hususu da yıkıcı fiyatın tespiti için zorunlu koşul gibi değerlendirerek incelemiştir.

4.2. “Toprak Mahsulleri Ofisi” Kararı

Toprak Mahsulleri Ofisi'nin fındık piyasasında hakim durumda olduğu, fındığı aldığı fiyatın çok altında satışa sunarak yıkıcı fiyat uyguladığı ve TMO'nun bu uygulama ile rakip işletmeleri pazar dışına atmak için fiyat rekabeti uyguladığı hususundaki şikayet üzerine yaptığı incelemede Rekabet Kurulu şu tespitlerde bulunmuştur¹⁸⁴:

- Toprak Mahsulleri Ofisi, yurтта hububat fiyatlarının üreticiler yönünden normalin altına düşmesini ve tüketici halk aleyhine anormal derecede yükselmesini önlemekte, bu ürünlerin piyasasını düzenleyici tedbirler almakta ve gerektiğinde Bakanlar Kurulu Kararı ile hububat dışındaki diğer tarım ürünleri ile ilgili verilecek görevleri yürütmektedir. TMO'nun tabi olduğu 233 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkındaki Kanun Hükmünde Kararname'nin 35. maddesinde teşebbüslerin üretilen mal ve hizmet piyasalarını tespitinde serbest olduğu, ancak üretilen mal ve hizmetlerin fiyatlarının gerektiğinde Bakanlar Kurulu'nca tespit edilebileceği ve eğer tespit edilen fiyat maliyetlerin altında bulunursa zararın Hazine tarafından karşılanacağı ifade edilmektedir. TMO, KHK'nın 35., 6802 sayılı Gider Vergileri Kanunu'nun 33. ve 20.6.2001 tarihli ve 4684 sayılı Kanun'un geçici 3. maddeleri uyarınca Bakanlar Kurulu'nun 28.8.2006 tarih ve 2006/10865 sayılı kararı ile fındık alımı ile görevlendirilmiştir¹⁸⁵.
- TMO ana statüsü ve KHK hükümleri gereğince üretim veya hizmetin fiyatını kendisinin belirleme imkanı bulunduğundan aslen işletme (teşebbüs) niteliğinde olduğu, ancak faaliyetlerine müdahale edilebilmesi olasılığından

¹⁸⁴ RKK, 14.8.2008, S. 08-50/720-280. Karar için bkz. <http://www.rekabet.gov.tr>, Erişim Tarihi: 01.08.2010.

¹⁸⁵ RKK, 14.8.2008, S. 08-50/720-280, Nr. 70, 100, 110.

hareketle istisnai bazı durumlarda müdahalede bulunulan faaliyeti bakımından TMO'nun işletme (teşebbüs) niteliğinde olmadığı kanaati oluşmuştur¹⁸⁶.

- TMO faaliyet alanına giren tarım ürünlerinin piyasasını düzenlemeyi ve bu piyasalardaki üreticileri oluşabilecek düşük fiyatlara, tüketicileri ise yüksek fiyatlara karşı korumayı amaçlamaktadır. Bu bakımdan TMO'nun amacının genel ekonomik bir faydanın yaratılması olduğu açıktır. Bu amaç dikkate alınmaksızın TMO'nun piyasadaki eylemleri incelenmemelidir. Bu bakımdan şikayete konu eylem 4054 sayılı Kanun kapsamında değerlendirilmiştir¹⁸⁷.
- Şikayetçi, TMO'nun 5, 30-5,15 YTL/kg'den aldığı fındıkları 3,00-4,40 YTL/kg arasında değişen fiyatlardan sattığını ifade etmektedir. Ancak TMO'nun fındık alım satım fiyatlarının belirlenmesinde yukarıdaki amacı gözeterek hareket ettiği dikkate alınırsa alım piyasasında üreticiye yüksek, satım piyasasında nihai olarak tüketicinin korunması için alıcıya düşük fiyat vermesi gibi bir durum ortaya çıkabilir. O halde TMO'nun satım fiyatı gerçekten maliyetin altında olabilir, ancak buradaki amaç piyasadaki rakiplerin dışlanması değil, genel ekonomik faaliyetin sağlanmasıdır. Bu sebeple şikayete konu olayda TMO'nun yıkıcı fiyatın unsurlarından olan niyeti taşımadığı kanaatine varılmıştır¹⁸⁸.
- TMO fındık satım piyasasında yıkıcı fiyat uygulaması içerisinde ise, rakiplerin piyasadaki dışlanması sonrası TMO'nun fındık satım piyasasında fiyatlarını piyasa şartlarının üzerinde yükseltmesinin söz konusu olabilmesi gerekmektedir. Hatta TMO'nun fındık satım piyasasında fiyatlarını piyasa şartlarının üzerinde yükseltmesinin söz konusu olabilmesi gerekmektedir. Hatta TMO'nun yıkıcı fiyat uygulaması içerisinde olduğu iddiası bir an için doğru kabul edilirse, böyle bir eylem rakipler dışlandıktan sonra fındık alım piyasasında da etki doğuracak nitelikte olduğundan, zararın telafi edilmesi için TMO'nun alım piyasasında da üreticiye düşük fiyat vermesi söz konusu olacaktır. Ancak TMO Ana Statüsü'nde yer alan kuruluş amacı böyle bir ihtimali ortadan kaldırmaktadır.

Rekabet Kurulu bu kararında TMO'nun maliyetin altında satışında amacın piyasadaki rakiplerin dışlanması değil, görevi gereği genel ekonomik faaliyetin sağlanması olduğunu belirterek yıkıcı fiyat uygulaması niyeti taşımadığını belirtmiştir. Öncelikle belirtilmelidir ki, yıkıcı fiyatın tespitinde, fiyat indirimi nedeniyle maruz kalınan zararın telafi olanağı belirleyici bir unsur olarak ele alınmamalıdır. Diğer taraftan Kamu İktisadi Teşebbüsü olarak TMO'ya

¹⁸⁶ RKK, 14.8.2008, S. 08-50/720-280, Nr. 150.

¹⁸⁷ RKK, 14.8.2008, S. 08-50/720-280, Nr. 170.

¹⁸⁸ RKK, 14.8.2008, S. 08-50/720-280, Nr. 210.

devletin sağladığı var olma garantisi sebebiyle, TMO'nun fiyat indirimine dayalı kayıplarının giderilmesi diğer işletmelere göre daha az gereklidir.

Ayrıca Kamu İktisadi Teşebbüsleri rakiplere zarar verme yönünde daha büyük hareket alanına sahip olduğundan, bu işletmelerin mevzuatın kendilerine verdiği yetki çerçevesinde hareket edip etmediklerinin incelenmesi gerekirdi. TMO'nun görevi gereği yaptığı alım ve satımların kendisine mevzuat ile verilen pazarı düzenleme görevine uygun olması gerekir. Buna karşılık TMO'nun fiyat belirleme davranışında bağımsız karar alamadığı ileri sürülmeekteyse, bu eylemin teşebbüs eylemi olarak da değerlendirilmemesi gerekirdi¹⁸⁹.

4.3.“Knauf A.Ş.” Kararı

Rekabet Kurulu, Knauf İnşaat ve Yapı Elemanları San. ve Tic. A.Ş.'nin¹⁹⁰ yıkıcı fiyat uygulamak suretiyle diğer işletmelerin alçı levha pazarına girmesini engellediği yönündeki şikayet üzerine söz konusu şirket hakkında soruşturma başlatmıştır.

Karara¹⁹¹ konu olan olayda, Knauf A.Ş., alçı taşı maden ruhsatı sahibi olan Madinsan'ın 3 ortağından biridir. Knauf A.Ş.'nin ana faaliyet konusunu oluşturan toz alçı ve alçı levha ürünleri, hammaddesi alçı taşı olan ürünlerdir. Rekabet Kurulu, incelenen göstergelerden bazılarının şirketin hakim durumda olduğunu göstermesi, bazılarının ise bu konumu desteklememesi nedeniyle, teşebbüsün alçı levha pazarında hakim durumda olduğu hususunda bir yargıya varmaksızın, önce şirketin hakim durumda olduğunu varsayarak, iddia konusu uygulamaların ihlal teşkil edip etmediği hususunu incelemeye girişmiştir¹⁹².

Rekabet Kurulu, söz konusu kararında şu tespitlerde bulunmuştur:

- Piyasada çok sayıda işletmenin bulunması halinde, yıkıcı fiyatlandırma olasılığı düşüktür. Zira yıkıcı fiyatın uygulanabilmesi için fiyat savaşları döneminde katlanılacak zararların telafi edilebileceği bir hasat dönemi gereklidir. Çok sayıda firmanın bulunduğu bir ortamda bir ya da birkaç firmanın pazar dışına itilmesi, bu sürece yapılan yatırımın yeterli karşılık

¹⁸⁹ Rekabet Kurulu'nun “Çaykur” kararı ile ilgili olarak Gökdemir de, Çaykur'un hem teşebbüs olduğundan söz etmenin hem de bağımsız karar alamadığını ileri sürmenin çelişkili görüldüğünü ifade etmiştir (GÖKDEMİR, B. (2004), Tarımda Piyasa Reformu Türk Tarımı Özelinde Tarım ve Rekabet Politikası İlişkisi, (Uzmanlık Tezi) Rekabet Kurumu Ankara, s. 76.

¹⁹⁰ Kısaca Knauf A.Ş. olarak anılmıştır.

¹⁹¹ RKK, 16.12.2009, S. 09-59/1441-376. Karar için bkz. <http://www.rekabet.gov.tr>.

Erişim Tarihi:01.08.2010.

¹⁹² RKK, 16.12.2009, S. 09-59/1441-376, Nr. 520.

- bulamaması ile sonuçlanacaktır. Benzer şekilde, az sayıda ancak güçlü rakiplerin bulunduğu bir piyasada rakibi dışlamak zor olabilir¹⁹³.
- Maliyet-fiyat kıstaslarının farklı uygulamalar açısından birbirlerine üstünlükleri söz konusudur. Dolayısıyla incelenen olaya göre hangi maliyet ölçütünün kullanılacağı değişiklik gösterebilmektedir¹⁹⁴.
 - Maliyetlerin ortalama değişken maliyetlerin üstünde, ancak ortalama toplam maliyetin altında olduğu durumlarda yıkıcı fiyatlama yoluyla oluşan ihlâlden bahsedilebilmesi için fiyatlamamanın rakipleri pazar dışına çıkarma, disipline etme veya yeni girişleri engellemeye yönelik bir stratejinin parçası olarak uygulanıp uygulanmadığının tespit edilmesi gerekmektedir (Niyetin Varlığı Koşulu)¹⁹⁵.
 - Rekabet Kurulu Komisyon'un Tartışma Metni'ne gönderme yapmak suretiyle, işletmenin niyetinin tespiti için kullanılacak başlıca unsurlar olarak, Komisyon'un Tartışma Metni'ne gönderme yapmak suretiyle, amacı açıkça ortaya koyan yazılı delilleri, fiyatlandırmanın ancak yıkıcı bir plan çerçevesinde ticari olarak mantıklı olduğunun gösterilmesini, rakibin pazar dışına çıkmış olmasını veya bu olasılığın bulunmasını, fiyatlandırmanın belirli müşteri gruplarını hedef almasını, hakim durumdaki teşebbüsün kapasite artımı için özel olarak bir maliyete katlanmış olmasını, düşük fiyatlandırmanın kapsamı, süresi ve devamlılığını, fiyatlandırmanın diğer dışlayıcı davranışlarla birlikte uygulanmasını, hakim durumdaki teşebbüsün zararlarını diğer satışlardan karşılama olasılığını ve gelecekte yüksek fiyatlar uygulayarak zararlarını telafi etme olanağını belirtmiştir¹⁹⁶.
 - Gelir kayıplarının telafi edilmesi imkanına ilişkin olarak ise Rekabet Kurulu yıkıcı fiyatın tespiti bakımından, yıkıcı fiyatlama sonrasında katlanılan zararların telafi edilmesinin mümkün olup olmadığının analiz edilmesinin önem kazandığını, zira telafi ihtimalinin çok düşük veya imkansız olduğunun gösterilmesi halinde, yıkıcı fiyatlamamanın irrasyonel olduğunu ve tüketici refahını azaltmayacağı sonuçlarına varılabileceğini belirtmiştir¹⁹⁷.

Bu prensiplerden hareketle Rekabet Kurulu "Knauf A.Ş." kararında fiyatların maliyetlerin altına yalnızca eylül ayında inmesi, kullanılan maliyet ölçütünün ortalama toplam maliyetten daha geniş olması, fiyatların maliyetin altına indiği eylül ayında gerçekleşen değişken imalat maliyetlerinin ve toplam imalat maliyetlerinin fiyatların altında olmasından hareketle yıkıcı

¹⁹³ RKK, 16.12.2009, S. 09-59/1441-376, Nr. 540, 550.

¹⁹⁴ RKK, 16.12.2009, S. 09-59/1441-376, Nr. 620.

¹⁹⁵ RKK, 16.12.2009, S. 09-59/1441-376, Nr. 640.

¹⁹⁶ RKK, 16.12.2009, S. 09-59/1441-376, Nr. 640.

¹⁹⁷ RKK, 16.12.2009, S. 09-59/1441-376, Nr. 650.

fiyatlandırmaya hükmedilemeyeceğini, bu durumda ek kanıtların aranması gerektiği sonucuna varmış ve fiyat indirimlerinin amacının rakipleri dışlamak olduğuna ilişkin bir bilgi ve belgeye ulaşılamadığından dolayı amacı açıkça ortaya koyan delillere göre değerlendirme yapmışır¹⁹⁸. Bu değerlendirme sonucunda 2009 yılında Knauf A.Ş.'nin yaptığı fiyat indirimlerinin dünya ekonomisinin küresel kriz ile karşı karşıya geldiği bir dönemde olduğunu, krizin etkilerinin inşaat sektöründe kuvvetli bir şekilde görüldüğünü, Knauf A.Ş. Genel Müdürünün üretime devam edebilmesi için aylık belirli bir miktar üretim ve satış rakamlarının üzerine çıkmalarının şart olduğunu ve satış miktarlarının hızla düştüğü böyle bir dönemde fiyatları düşürmedikleri takdirde bu rakamlara ulaşamayacaklarını ifade ettiğini, Knauf A.Ş.'nin fiyatlarının düşmeye başladığı mart ayında pazara iki yeni teşebbüsün giriş yaptığını, satışlarda bu dönemde meydana gelen azalmanın, pazara düşük fiyatla giren rakiplerin baskısından ve nihayetinde bunların Knauf A.Ş.'den müşteri almasından kaynaklandığı sonucuna ulaşarak Knauf A.Ş.'nin fiyat indirimi uygulamasının yıkıcı bir fiyat stratejisinin parçası olmadığı ve ticari olarak mantıklı açıklamasının sonucu olduğu kanaatine varılmışır¹⁹⁹. Rekabet Kurulu ayrıca, Knauf A.Ş.'nin fiyat indirimlerinin belirli müşteri gruplarını hedef almadığı, diğer dışlayıcı eylemlerle birlikte uygulanmadığı, kapasite artırımı için özel olarak bir maliyete katlanmanın söz konusu olmadığı, düşük fiyatlandırmanın yalnızca eylül ve daha az şekilde ekim ayında görüldüğu, fiyatlandırmanın devamlılığı ile ilgili bir değerlendirme yapmanın mümkün olmadığı, fiyatlandırma süresinin çok kısa olması nedeniyle, söz konusu eylemin potansiyel dışlayıcı etkileri olduğu sonucuna varılabilecek yeterli veri bulunmadığı sonucuna varmışır²⁰⁰.

Görüldüğu gibi kararda, Rekabet Kurulu Avrupa Toplulukları Adalet Divanı'nın ortalama değişken maliyetlerin altındaki fiyatların *per se* kötüye kullanma niteliğinde yıkıcı fiyat olarak değerlendirilmesi, ortalama değişken maliyetler ile ortalama toplam maliyetler arasındaki fiyatların ise niyetin varlığına bağlı olarak yıkıcı fiyat olarak değerlendirilmesi görüşünü takip etmektedir. Ancak yukarıda da belirtildiği gibi Komisyon, Kılavuz'da yıkıcı fiyat uygulamasının tespiti için ortalama kaçınılabilir giderleri kriter olarak almışır. Diğer bir fiyat alt sınırı olarak ise Komisyon tarafından ortalama uzun vadeli artan maliyetler önerilmiştir. Bu maliyetlerin altındaki fiyatlar, rekabete aykırı olarak pazar dışına çıkarmanın mevcudiyetini gösteren bir kriter olarak kabul edilmiştir²⁰¹. Rekabet Kurulu'nun Komisyon'un Kılavuz'daki yaklaşımını bu kararında henüz benimsemediği anlaşılmaktadır. Ancak Karar'da Komisyon

¹⁹⁸ RKK, 16.12.2009, S. 09-59/1441-376, Nr. 780.

¹⁹⁹ RKK, 16.12.2009, S. 09-59/1441-376, Nr. 880.

²⁰⁰ RKK, 16.12.2009, S. 09-59/1441-376, Nr. 890, 900, 910, 920, 930, 940.

²⁰¹ Bkz. Kılavuz, Nr. 64 vd., 67.

ve Avrupa Toplulukları Adalet Divanı'nın yaklaşımına uygun olarak Rekabet Kurulu, hakim durumdaki işletmenin rakiplerini dışlama niyetinin bulunup bulunmadığını doğrudan ve dolaylı ispat yöntemleri ile araştırmış, pazar yapısını inceleyerek fiyat indiriminin pazardaki etkilerini, objektif haklı gerekçesinin bulunup bulunmadığını dikkate almıştır. Ancak Rekabet Kurulu bu kararında da düşük fiyat nedeniyle ortaya çıkan zararın telafi edilmesi olanağını yıkıcı fiyatın zorunlu koşulu olarak değerlendirmiştir²⁰². Oysa Avrupa rekabet hukukunda hakim durumun kötüye kullanılmasının denetiminde, fiyat indirimi nedeniyle maruz kalınan kayıpların sonradan monopolist fiyatlarla dengelenmesi veya dengelenme olasılığı zorunlu koşul değildir²⁰³. Komisyon Kılavuz'da da yıkıcı fiyatlamaların tespitinde başlangıçtaki kayıpların giderilmesi olasılığının ispatını açık bir biçimde reddetmiştir²⁰⁴.

SONUÇ

Pazarda hakim durumdaki işletmelerin yıkıcı fiyat uygulamalarının da dahil olduğu dışlayıcı uygulamalar, Avrupa Birliği Komisyonu'nun son yıllardaki reform çalışmalarının konusunu oluşturmaktadır. Bu nedenle konu, son yıllarda yeni bir boyut kazanmış ve Avrupa Birliği hukuku doktrininde de tartışmalara neden olmuştur.

Avrupa Birliği Komisyonu'nun Kılavuz'unda ekonomiye ağırlık veren yaklaşım benimsenmiştir. Fakat bu metinde, dışlayıcı davranışların tüketiciler üzerindeki etkilerinin nasıl değerlendirileceğine ilişkin ayrıntılı açıklamaya yer verilmemiştir.

Hakim durumdaki işletmenin yıkıcı fiyat uygulamasının tespitinde, ekonomiye ağırlık veren yaklaşım hukuk güvenliğini kaldıracak derecede karmaşık olduğundan, yıkıcı fiyat uygulamasının tespitinde, Avrupa Birliği hukukunda olduğu gibi, normatif kriterler ekonomik etki analizleri ile kuvvetlendirilerek dikkate alınmalıdır. Zira tüketici refahı kriteri, hakim durumdaki işletmenin davranışının, kötüye kullanma niteliğinde olup olmadığı hususunda tek başına ayırım yapmaya uygun değildir. Rekabet hukukunda ekonomiye ağırlık verilmesinin sınırı hukuk güvenliğidir.

Komisyon, Kılavuz'da yıkıcı fiyat uygulamasının tespitine ilişkin olarak, ekonomik olarak eşit etkinlikteki rakibin engellenmesini kriter olarak almıştır. Ancak Komisyon, somut durumda tüketici refahı için pazarda hakim işletme gibi ekonomik olarak etkin olmayan rakipleri de korumanın gerekli

²⁰² RKK, 16.12.2009, S. 09-59/1441-376, Nr. 540, 550, 650.

²⁰³ Bkz. Örn. EuG Compagnie Maritime Belge Transports SA vd. /Kommission, 8.10.1996, T-24/93, T- 25/93, T -26/93 ve T-28/93, Slg. 1996, II-01201, Nr. 149.

²⁰⁴ Kılavuz, Nr. 71.

olabileceğini vurgulayarak eşit etkinlikte rakip testine istisna getirmiştir. Bu istisnaya göre, maliyet verilerine ilişkin güvenilir bilgilerin mevcut olmaması ve rekabetin korunması için hakim durumdaki işletme gibi henüz etkin hale gelmemiş rakibi korumanın gerekli olması halinde artık bu test uygulanmamalıdır.

Komisyon yıkıcı fiyat uygulamasının tespitinde, “Eşit Etkinlikte Rakip Testi” yanında “Kârdan Feda Testi” ve “Pazarın Kapatılması” kavramlarını kriter olarak almıştır. Komisyon, kaçınılabilir maliyetlerin altındaki fiyatları fedakarlık biçiminde kayıplara katlanma, bunu da hakim durumun kötüye kullanılmasının işareti olarak değerlendirmiştir. Kaçınılabilir maliyetlerin satın alma büyüklüğünün, Avrupa Toplulukları Adalet Divanı’nın kararlarında kriter olarak kabul edilmiş olan değerken maliyetlerden daha büyük olması nedeniyle, bundan böyle fiyat indirimlerinin daha sık olarak yıkıcı fiyat uygulamasının tespitine neden olacağı yorumu yapılmıştır.

Kaçınılabilir maliyetler yanında ortalama uzun vadeli artan maliyetler de Komisyon tarafından fiyat alt sınırı olarak önerilmiştir. Bu maliyet türünde ortalama kaçınılabilir maliyet türünden farklı olarak ürüne özgü tüm maliyetler, yani sadece geri alınabilir maliyetler değil, batık maliyetler de dikkate alınır. Komisyon prensip olarak, ortalama uzun vadeli artan maliyetin altındaki fiyat indirimlerinin eşit etkinlikteki rakipler karşısında pazarın kapatılması etkisi yaptığından hareket etmektedir. Böylece ortalama uzun vadeli artan maliyetler, fiyatların dışlama etkisinin tespitinde belirleyici büyüklük olarak hem ortalama değerken maliyetlerin hem de ortalama toplam maliyetlerin yerine geçmiştir.

Komisyon Kılavuz ile maliyet-fiyat analizi yanında, pazarda hakim durumdaki işletmenin kendine zarar verdiği ve pazarı kapattığı hususlarının, maliyet-fiyat analizini destekleyen delillerle de ispat edilebileceğini kabul etmiştir. Bunun yanında pazarda hakim durumdaki işletmenin ortalama toplam maliyetlerinin üzerindeki fiyatlarının da istisnai olarak rekabet hukukuna aykırı olabileceğini kabul ederek, yıkıcı fiyatlamanın tespitinde maliyet-fiyat analizi yanında diğer unsurlara da önem vermiştir.

Kılavuz’da Komisyon’un, hakim durumda bulunan işletmenin davranışını haklı gösteren iddialarını da inceleyeceği belirtilmiştir. Bu bakımdan hakim durumdaki işletme ya davranışının objektif olarak zorunlu olduğunu veya yıkıcı fiyatlama ile önemli etkinlik avantajları sağladığını ispatlamalıdır. Bu durumda hakim durumda bulunan işletmenin artık, 102. maddenin yasaklamalarına tabi olmayacağı kabul edilmektedir.

Türk rekabet hukukunda, delilleri serbestçe takdir etme hakkına sahip olan Rekabet Kurulu, rneğin iktisadi analizlere dayalı, tecrübe ile geçerli kabul edilmiş Kârdan Feda Testi’nden hareketle yıkıcı fiyat uygulamasının

mevcut olduğu sonucuna tam ispat ölçütünü sağlayarak ulaşabilir. Ancak Rekabet Kurulu'nun yürüttüğü soruşturma bir tür idari yargılamadır. Dolayısıyla idari yargılamada karine nedeniyle delil gösterme yükünün karşı tarafa geçtiğinden söz etmek zordur. Çünkü Rekabet Kurulu'nun yürüttüğü soruşturmada, medeni yargılama hukukunda olduğu gibi eşit güçteki kişilerin karşı karşıya bulunması söz konusu değildir. Rekabet Kurulu'nun kendiliğinden harekete geçmesi ilkesi geçerlidir ve onu harekete geçiren şikayet, kamu ile ilgili bir ihlâlin Kurul'a bildirilmesi anlamındadır. Rekabet hukukunda şikayet edeni taraf (davacı) olarak, hakkında soruşturma yapılan işletmeyi de davalı olarak nitelemek mümkün değildir. Rekabet hukuku sisteminde, "davacı - davalı" taraflar yoktur. Ayrıca idarenin yargı benzeri işlemler alanında "şüpheden sanık yararlanır ilkesi" geçerlidir ve bu ilke temelinde idare, maddi olayın gerçekleşmiş olduğunu tam ispat ölçütünü sağlayarak ispatlamakla yükümlüdür.

Türk rekabet hukukunda da, hakim durumda bulunan işletmenin, savunma hakkına dayanarak, dışlayıcı davranışı için objektif gerekçesi olduğunu veya yıkıcı fiyatlama ile önemli etkinlik avantajları sağladığını ispatlaması halinde, RKHK m. 6'nın yasaklamalarına tabi olmayacağı kabul edilmelidir. Zira hakim durumun kötüye kullanılmasının RKHK m. 6'ya göre denetiminde geniş kapsamlı menfaatlerin dikkate alınması gerekir. Ancak Rekabet Kurulu, davranışın kötüye kullanma teşkil edip etmediğini saptarken, davranışın objektif gerekçesi veya etkinlik açısından da değerlendirme yapmalı, bunun için delil gösterme yükü tamamen hakim durumdaki işletmeye bırakılmamalıdır. Hakim durumdaki işletme istisnai durumlarda delil sağlama yükümlülüğü altında bırakılmalıdır.

Rekabet Kurulu incelediğimiz kararlarında, düşük fiyat nedeniyle ortaya çıkan zararın telafi edilmesi olanağını yıkıcı fiyatın zorunlu koşulu olarak değerlendirmiştir. Oysa Avrupa rekabet hukukunda hakim durumun kötüye kullanılmasının denetiminde, fiyat indirimi nedeniyle maruz kalınan kayıpların hakim durumdaki işletme tarafından sonradan telafi edilmesi veya telafi olanağının bulunması zorunlu koşul değildir. Komisyon Kılavuz'da da yıkıcı fiyatlamının tespitinde başlangıçtaki kayıpların giderilmesi olasılığının ispatını açık bir biçimde reddetmiştir.

KAYNAKÇA

AKSOYLU, Ö. (2006), 4054 Sayılı Kanun'un 4. ve 6. Maddeleri Uyarınca Rekabet Kurulu Tarafından İzlenen İdari Usuller, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul

ALBERS, M. (2007), "Der more economic approach bei Verdrängungsmissbräuchen Zum Stand der Überlegungen der Europäischen Kommission", B. Ahrens, P. Behrens ve P. v. Dietze (der.), Marktmacht und Missbrauch- Forum Wissenschaft und Praxis zum Internationalen Wirtschaftsrecht/Hamburger Forum Kartellrecht, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden içinde, s. 11-36.

AREEDA, P. ve D.F. TURNER (1975), "Predatory Pricing and Related Practices of the Sherman Act", Harward Law Rewiew, Vol. 88, Nr. 4, s. 697-733

ASLAN, İ.Y. (2007), Rekabet Hukuku-Teori-Uygulama Mevzuat, 4. Baskı, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa.

BECHTOLD, R., I. BRINKER, W. BOSCH ve S. HIRSBRUNNER (2009), EG-Kartellrecht Kommentar, 2. Aufl., Verlag C.H. Beck, München.

BITTNER, C. (2007), "Verdrängungsstrategien durch Kampfpreise" B. Ahrens, P. Behrens ve P. v. Dietze (der.), Marktmacht und Missbrauch-Forum Wissenschaft und Praxis zum Internationalen Wirtschaftsrecht/ Hamburger Forum Kartellrecht, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden içinde, s. 65-76.

BÖGE, U. (2004), "Der "more economic approach" und die deutsche Wettbewerbspolitik", WuW, Nr. 7 ve 8, s.726-733.

BÜYÜKMİRZA, K. (2003), Maliyet ve Yöntem Muhasebesi, 9. Baskı, Gazi Kitabevi, İstanbul.

CENGİZ, D. (2006), Türk Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylem ve Bu Eylemin Hukuki Sonuçları, Örnek Model Olarak Amerika Birleşik Devletleri ve Mevzuat Olarak Avrupa Birliği Rekabet Hukuku Sistemlerinin Işığında, Beta Yayınları, İstanbul.

DICHTL, E. ve O. ISSING (1993), (Hrsg.) Vahlens Großes Wirtschaftslexikon, 2. Aufl., München.

DREHER, M. (2008), "Die Zukunft der Missbrauchsaufsicht in einem ökonomisierten Kartellrecht", WuW Nr. 1, s. 23-27.

EKDİ, B. (2002), "Rekabet Hukuku Açısından Yıkıcı Fiyat Uygulaması", Rekabet Dergisi, Nr. 10, s. 3-32.

ENGELSING, F. (2007), "Modernisierung von Art. 82 EG: Konsumentenwohlfahrt und Effizienz als neue Leitbilder?", B. Ahrens, P. Behrens ve P. v. Dietze (der.), *Marktmacht und Missbrauch-Forum Wissenschaft und Praxis zum Internationalen Wirtschaftsrecht/ Hamburger Forum Kartellrecht*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden içinde, s. 89-99.

GÖKDEMİR, B. (2004), *Tarımda Piyasa Reformu Türk Tarımı Özelinde Tarım ve Rekabet Politikası İlişkisi*, (Uzmanlık Tezi) Rekabet Kurumu, Ankara.

GÜNALP, B. ve S.M. CİLASUN (2002), "Türk İmalat Endüstrilerinde Piyasaya Giriş Davranışı", *Ege Akadeik Bakış, Ekonomi, İşletme, Uluslar arası İlişkiler ve Siyaset Bilimleri Dergisi*, C. 2, S.2, s. 43-53.

GÜVEN, P. (2005), *Rekabet Hukuku, Yetkin Yayınları*, Ankara.

HANÇER, H. ve Ö. İÇÖZ (2007), "Roma Anlaşmasının 82. Maddesinde Öngörülen Revizyon Hakkında Değerlendirme ve Türk Rekabet Hukuku Bakımından Etkileri", *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-V, Kayseri*, s. 125-174.

HEITZER, B. (2007), "Schwerpunkte der deutschen Wettbewerbspolitik", *WuW*, Nr. 9, s. 854-864.

IMMENGA, U., E-J. MESTMÄCKER ve W. MÖSCHEL (1997-2001), *Wettbewerbsrecht Kommentar zum Europäischen Kartellrecht 1. Aufl.*, Verlag C.H. Beck, München.

IMMENGA, U., E-J. MESTMÄCKER ve H. SCHWEITZER (2004), *Europäisches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl.*, Verlag C.H. Beck, München.

IMMENGA, U. (2006), "Grenzen der Rechtsauslegung -Das Diskussionspapier der EG-Kommission zu Art. 82 EG", *EuZW*, s. 481.

İNAN, N. ve M.B. PİKER (2007), *Rekabet Hukuku El Kitabı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü*, Ankara.

KARA, A. F. (2003), *Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Aracı Olarak Yıkıcı Fiyat Uygulaması*, (Uzmanlık Tezi) Rekabet Kurumu, Ankara.

KELLERBAUER, M. (2009), "Der "more economic approach" bei Anwendung des Artikels 82 EG-Vertrag- Das Vorgehen gegen Behinderungsmissbräuche in der Europäischen Union vor and nach der Erläuterungsmittelung zu den Prioritäteten der Europäischen Kommission", *AJP/PJA*, s. 1576-1588.

KİSHALI, Y. ve S.S. İŞIKLILAR (1999), *Maliyet Muhasebesi ve Maliyet Hesaplamaları*, Beta Yayınları, İstanbul.

LANGE, K. W. (2005), “KampfpPreisstrategien (predatory pricing) im europaischen Kartellrecht”, ZHR 169, s. 495-508.

LANGEN, H-J. BUNTE ve D. DIRKSEN (2006), Kommentar zum deutschen und europaischen Kartellrecht, Band 2 Europaisches Kartellrecht, 10. Aufl., Wolters Kluwer Deutschland GmbH, Munchen.

LOEWENHEIM, U., K.M. MEESEN, A. RIESENKAMPFF ve T. LUBBIG (2009), Kartellrecht - Europaisches und Deutsches Recht - Kommentar, 2. Aufl., Verlag C.H. Beck Munchen.

MADAN, Z. (2007),”Roma Antlaşması’nın 82. Maddesindeki Reform alışmaları ve Eşit Etkinlikteki Firma Testi”, Rekabet Dergisi, Nr. 31, s. 3-29.

MADAN, Z. (2008), ABD ve AB Perspektifinden Dışlayıcı Uygulamaların Tespitine Yonelik Standart Tartışmaları, (Uzmanlık Tezi), Rekabet Kurumu, Ankara.

MOLLER, S. (2008), Verbraucherbegriff und Verbraucherwohlfahrt im europaischen und amerikanischen Kartellrecht, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden.

OZ, G. A. (2000), Avrupa Topluluğu ve Turk Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kotuyeye Kullanılması, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara.

PRIES, T.W. (2009), KampfpPreismissbrauch im okonomisierten EG-Kartellrecht, Mohr Siebeck, Tubingen.

SCHMIDT, A. ve S. VOIGT (2006), “Der “more economic approach in der Missbrauchaufsicht”, WuW, Nr. 11, s. 1097-1106.

UMAR, B. ve E. YILMAZ (1980), İsbat Yuku, 2. Bası, Kazancı Matbaacılık Sanayi, Buyukekmece.

WIEDEMANN, G. ve G-K. DE BRONETT (2008), Handbuch des Kartellrechts, 2. Aufl., Verlag C.H. Beck, Munchen.