

**REKABET HUKUKUNDA
TEK TARAFLI SÖMÜRÜCÜ DAVRANIŞLAR**
UNILATERAL EXPLOITATIVE CONDUCT IN COMPETITION LAW

Çiğdem ÜNAL*

Öz

Yüksek pazar gücüne sahip teşebbüslerin pazardaki rekabet yapısı üzerinde etki doğurmaksızın doğrudan tüketicilere zarar veren sömürücü davranışlarının rekabet hukuku çerçevesinde ne şekilde ele alınacağı kavramsal ve uygulamaya dönük tartışmalara neden olmaktadır. Bu tartışmalar nedeniyle, uygulamacılar ve akademisyenler arasında sömürücü davranışlara rekabet hukuku çerçevesinde müdahalenin istisnai koşullarla sınırlı tutulması yönünde bir görüş birliği bulunmaktadır. Ancak, bu koşullara ve yapılacak müdahalenin biçimine ilişkin görüşler rekabet hukukunun ne derece müdahaleci olması gerektiğine yönelik anlayış çerçevesinde değişmektedir. Esas olarak, 'yüksek pazar gücüne sahip teşebbüslerin sömürücü davranışlarına rekabet hukuku çerçevesinde müdahale edilmeli mi?' ve 'Eğer müdahale edilecekse, bu müdahalenin koşulları ve biçimi ne olmalı?' sorularına yanıt arayan bu çalışmanın ilk bölümünde Amerika Birleşik Devletleri'nde ve Avrupa Birliği'nde sömürücü davranışların ne şekilde ele alındığı incelenmekte ve sömürücü davranışlara rekabet hukuku çerçevesinde müdahale edilmesine yönelik tartışmalara yer verilmektedir. İkinci bölümde Avrupa Birliği içtihadı ışığında sömürücü davranış türleri ve bunlara müdahalenin yaratabileceği sonuçlar açıklanmakta, müdahale koşullarına ve biçimine yönelik genel bir değerlendirme yapılmaktadır. Son bölümde ise, Rekabet Kurulu kararları çerçevesinde sömürücü davranışların yeri incelenmekte ve ikinci bölümde yapılan değerlendirmeler ışığında Türk Rekabet Hukuku uygulaması bakımından çeşitli öneriler ortaya konmaktadır.

Anahtar Kelimeler: *Sömürücü Kötüye Kullanma, Aşırı Fiyat, Haksız Sözleşme Koşulları, Etkinsizlik, Ayrımcılık*

* Rekabet Kurumu, Rekabet Uzmanı. Bu çalışmada ifade edilen görüşler yazarın şahsi görüşleri olup, Rekabet Kurumunu bağlayıcı nitelikte değildir. Desteğinden ve katkılarından ötürü Rekabet Başkanını Ali DEMİRÖZ'e, yardımlarından ötürü Rekabet Uzman Yardımcısını Cemal Ökmen YÜCEL'e teşekkürlerimi sunarım.

Abstract

The question of how the exploitative conducts of the undertakings having high market power should be evaluated in the scope of competition law raises serious discussions. Due to divergence in those discussions, which have conceptual and practical aspects, there is a consensus of opinion among practitioners and academicians on intervention in the exploitative conducts being limited to exceptional circumstances within the area of competition law. However, the opinions on the circumstances and the method of the intervention are evolving in parallel to the shifting insights on interventionism of the competition law. In the first part of this study, which basically seeks for the answer to the questions 'Shall the exploitative conducts of the undertakings having high market power be intervened within the scope of competition law?' and 'If the answer is affirmative, what should be the conditions and methods of intervention?', it is assessed that how the exploitative conducts are handled in United States of America and European Union and the discussions on the intervention in the exploitative conducts in competition law are introduced. In the second part, the types of exploitative conduct and the possible results of intervention are explained in the light of European case law and a general assessment is made on the circumstances and methods of the intervention. In the last part, the concept and practice of exploitative conduct in the decisions of the Turkish Competition Board is analyzed and a number of suggestions for the Turkish competition law practice are made in the light of the assessments made in the second part.

Keywords: *Exploitative abuse, Excessive price, Unfair Contract Terms, Inefficiency, Discrimination*

GİRİŞ

Hem Amerika Birleşik Devletleri (ABD) hem de Avrupa Birliği (AB) rekabet hukuku sistemlerinde yüksek pazar gücüne sahip teşebbüslerin tek taraflı davranışlarına yönelik düzenlemeler bulunmaktadır. ABD'de Sherman Yasası'nın tekelleşmeye ilişkin ikinci bölümünde yer bulan bu düzenlemeler, AB'nin İşleyişine Dair Anlaşma'nın¹ (ABİDA) hâkim durumun kötüye kullanılmasına ilişkin 102. maddesinde yer almaktadır. Bu düzenlemeler ve bu düzenlemeler ışığında gelişen içtihat kapsamında dışlayıcı davranışların ele alınmış biçimi büyük ölçüde paralellik göstermekle birlikte, sömürücü

¹ 1.12.2009 tarihinde Lizbon Antlaşması'nın yürürlüğe girmesiyle birlikte AB Kurucu Antlaşması (Treaty establishing the European Community), AB'nin İşleyişine Dair Antlaşma (Treaty on the functioning of the European Union) olarak; AB Kurucu Antlaşması'nın 82. maddesi de AB'nin İşleyişine Dair Antlaşma'nın 102. maddesi olarak değişmiştir. Bu çerçevede çalışma kapsamında 82. maddeye yapılan atıflar, ABİDA'nın 102. maddesine yapılmış olarak kabul edilmelidir.

davranışların ele alınması bakımından önemli farklılıklar söz konusudur. ABD’de tekelleşme yasağına yönelik uygulama, teşebbüslerin sadece dışlayıcı nitelikteki tek taraflı davranışlarına yönelmiştir ve teşebbüslerin sömürücü nitelikteki davranışları hukuka uygun kabul edilmektedir. AB’de ise, hâkim durumun kötüye kullanılmasına yönelik yasaklama çerçevesinde hâkim durumdaki teşebbüslerin hem dışlayıcı hem de sömürücü nitelikteki tek taraflı davranışları ele alınmaktadır.

AB rekabet hukukunda, teşebbüslerin sömürücü nitelikteki tek taraflı davranışlarının ABİDA’nın 102. maddesi kapsamında ele alındığı açıktır. Bununla birlikte, son yıllarda uygulamada dışlayıcı davranışların önem kazandığı ve AB Komisyonu’nun (Komisyon) hâkim durumun kötüye kullanılmasına ilişkin mevcut politikanın değerlendirilmesi ve bu politikanın daha etkin ve şeffaf hale getirilmesine yönelik yollar aranması amacıyla², ABİDA’nın 102. maddesinin reformuna yönelik olarak 2003 yılından itibaren sürdürdüğü çalışmalarının³ bütünüyle teşebbüslerin dışlayıcı davranışlarına odaklandığı görülmektedir. Nitekim bu reform çalışmalarının ilk ürünü olarak ortaya çıkan Kılavuz⁴ ile Komisyon’un sadece dışlayıcı kötüye kullanmalara yönelik uygulama öncelikleri ortaya konmaktadır.

Reform sürecinde önceliğin dışlayıcı kötüye kullanmalara verildiği belirtilmekle birlikte, sömürücü kötüye kullanmaların da 102. madde uygulamasından bütünüyle dışlanmadığı sıklıkla vurgulanmaktadır. Reform sürecinin başında yaptığı bir konuşmada zamanın rekabetten sorumlu Komisyoneri, sömürücü kötüye kullanmaların reform çalışmalarının ikinci ayağına bırakıldığını belirtmiştir⁵. Ayrıca Kılavuz’da da tüketiciyi doğrudan sömüren davranışların ABİDA’nın ihlali anlamına gelebileceği ve tüketicinin

² Bkz. o dönemin Rekabetten Sorumlu Komisyoneri Mario Monti’nin Haziran 2003’te 8. AB Rekabet Hukuku ve Politikası Çalıştayı’nda yaptığı konuşma. C. D. Ehlermann ve I. Atanasiu (der.), *What is an abuse of a dominant position?* içinde, Hart Publishing, 2006, s. 3-9.

³ 2003 yılında Komisyon 102. maddenin gözden geçirilmesine yönelik bir iç çalışma başlatmıştır. Bu çalışma kapsamında 2005 yılının Aralık ayında 102. maddenin dışlayıcı kötüye kullanmalara uygulanmasını ele alan bir Tartışma Metni (“DG Competition Discussion Paper on the Application of the Treaty to Exclusionary Abuses”, Brussels, 2005, <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf>.) yayımlanmış ve 102. madde üzerinde geniş bir tartışma başlatmak amacıyla kamuoyuna duyurulmuştur. Sürecin detayları için bkz. <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/index.html>.

⁴ Guidance on the Commission’s Enforcement Priorities in Applying Article 82 EC Treaty to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings, 24.2.2009, 2009/C45/02.

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2009:045:0007:0020:EN:PDF>

⁵ KROES, N. (2005), “Preliminary Thoughts on Policy Review of Article 82”, Speech at the Fordham Corporate Law Institute, 23.11.2005, New York.

<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/05/537&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>

korunmasının başka yollarla sağlanamadığı hallerde Komisyon'un bunlara müdahale edebileceği belirtilmiştir⁶. Bununla birlikte, hâlihazırda, sömürücü kötüye kullanmalara yönelik olarak, başlatıldığı kamuoyuna duyurulan bir çalışma bulunmamaktadır.

Her ne kadar sömürücü kötüye kullanmalar AB'de şu ana kadar 102. maddeye ilişkin olarak yapılan çalışmalarda kendilerine yer bulamamış olsalar da bunların rekabet hukuku uygulamasında ne şekilde ele alınacağına ilişkin standartlar belirlenmesi önemlidir. Çünkü hem AB'nin rekabet hukuku mevzuatında hem de rekabet hukuku sistemlerini AB mevzuatını esas alarak oluşturan çok sayıda ülkenin⁷ mevzuatı çerçevesinde sömürücü kötüye kullanmalar yasaklanmaktadır. Pek çok rekabet hukuku sisteminde açık biçimde yasaklanmış olmasına rağmen sınırlı sayıda karara konu olan sömürücü kötüye kullanmaların rekabet hukuku çerçevesindeki yeri rekabet hukukunun en tartışmalı alanlarından birini oluşturmaktadır.

Sömürücü kötüye kullanmaların rekabet hukukundaki yerine ilişkin tartışmaların kavramsal ve uygulamaya dönük iki boyutu bulunmaktadır. Tartışmaların kavramsal boyutu, başta aşırı fiyatlandırma olmak üzere, sömürücü kötüye kullanmaların tanımlanmasına ilişkindir. Şöyle ki; sömürücü kötüye kullanma tanımları temelde rekabetçi pazar koşulları esas alınarak yapılmaktadır. Ancak bu şekilde yapılan tanımlamalarda hâkim durumda bulunan teşebbüslerin sahip oldukları pazar gücü nedeniyle, bir başka deyişle hâkim durumun tanımı gereği, rekabetçi pazar koşullarından farklı davranmalarının beklendiği göz ardı edilmektedir. Bu da, hâkim durumda bulunmanın getirdiği olağan davranış biçimleriyle sömürücü nitelikteki davranış biçimleri arasındaki sınırın nerede çizileceği sorusunu doğurmaktadır.

Sömürücü kötüye kullanmaların kavramsal boyutuna ilişkin soruların tatmin edici biçimde cevaplanabildiği varsayılsa dahi, bu defa uygulamaya yönelik tartışmalar gündeme gelmektedir. Bunlar, esas olarak, pazarın işleyişine rekabet hukuku çerçevesinde müdahale etmenin getireceği sakıncalara ve piyasa mekanizmasının işlemediği pazarlarda rekabet hukukunun sömürücü uygulamaları engellemek noktasında doğru bir enstrüman olup olmadığına yöneliktir.

⁶ Kılavuz, dn. 4, par. 7.

⁷ KOVACIC, son 30 yılda rekabet kanunlarını yürürlüğe koyan 80'den fazla hukuk sisteminin çoğunun AB rekabet hukuku sistemini model olarak benimsediğini belirtmektedir. (KOVACIC, W.E. (2008), "Competition Policy in the European Union and the United States: Convergence or Divergence?", *Bates White Fifth Annual Antitrust Conference*, Washington, s. 4, <http://www.ftc.gov/speeches/kovacic/080602bateswhite.pdf>).

Bu tartışmalar nedeniyle, sömürücü kötüye kullanmalar ile ilgili olarak öncelikle üzerinde durulması ve açıklığa kavuşturulması gereken husus, hâkim durumdaki teşebbüslerin “sömürücü” tabir edilen uygulamalar yoluyla tüketicilerden rant sağlamasının rekabet hukuku çerçevesinde incelenmesinin gerekip gerekmediğidir. Bu çerçevede bu çalışma kapsamında esas olarak “pazardaki rekabet yapısı üzerinde etki doğurmayan sömürücü kötüye kullanmalara rekabet hukuku kapsamında müdahale edilmeli mi?” sorusuna yanıt aranmaktadır. Bu sorunun olumlu yanıtlanması halinde, yapılacak müdahalenin koşullarını ve biçimini belirlemeye yönelik açıklamalar da çalışmada yer bulmaktadır.

Bu çerçevede çalışmanın birinci bölümünde, öncelikle, ABD’nin ve AB’nin rekabet hukuku düzenlemelerinde ve mevcut uygulamalarında yüksek pazar gücüne sahip teşebbüslerin sömürücü davranışlarının ne şekilde ele alındığına ilişkin açıklamalar yapılacaktır. Ardından, rekabet hukukunun amacı çerçevesinde sömürücü davranışlara rekabet hukuku kapsamında müdahale edilmesine ilişkin tartışmalara yer verilecektir.

Yukarıda söz edildiği üzere yüksek pazar gücüne sahip teşebbüslerin sömürücü davranışları AB rekabet hukukunda yasaklanmaktadır. Bu çerçevede, konuya ilişkin literatürün de büyük ölçüde AB uygulaması etrafında oluşmuş olmasından hareketle, çalışmanın ikinci bölümünde AB Komisyonu ve mahkeme kararları ışığında sömürücü kötüye kullanma türleri incelenecektir. Bu inceleme, sömürücü kötüye kullanmalara ilişkin tanımlamaları ve bunların tespit edilmesi amacıyla kullanılan yöntemleri mümkün olduğunca sistematik bir şekilde ortaya koymayı amaçlamaktadır. Ayrıca, sömürücü kötüye kullanma türlerine rekabet hukuku çerçevesinde müdahale edilmesinin getirdiği sakıncalara ve bu sakıncalar nedeniyle müdahale alanının daraltılmasına yönelik tartışmalara da bu bölümde değinilecektir. Nihai olarak ise, önerilen istisnai koşullar altında yapılacak müdahalenin biçimine ilişkin değerlendirmeler yapılacaktır.

Çalışmanın son bölümünde, Türk Rekabet Hukuku mevzuatında ve uygulamasında sömürücü kötüye kullanmaların yeri ikinci bölümde yapılan değerlendirmeler ışığında incelenecek ve Rekabet Kurulu’nun (Kurul) sömürücü kötüye kullanmalara müdahalede tutarlı ve etkin bir politika oluşturmasına yönelik önerilere yer verilecektir.

1. SÖMÜRÜCÜ DAVRANIŞLAR VE REKABET HUKUKUNDAKİ YERİ

1. 1. Genel Olarak ABD ve AB Rekabet Hukukunda Sömürücü Davranışlar

Rekabet hukuku çerçevesinde teşebbüslerin tek taraflı davranışları temel olarak dışlayıcı (*exclusionary*) ve sömürücü (*exploitative*) davranışlar olarak ikiye

ayrılmaktadır⁸. Dışlayıcı davranışlar, teşebbüsün rakiplerinin rekabetçi konumuna zarar vermeyi veya onları bütünüyle pazar dışına itmeyi amaçlayan davranışlardır. Sömürücü davranışlar ise yüksek pazar gücüne sahip bulunan teşebbüsün, sahip olduğu pazar gücünün sağladığı fırsatları tüketicilere doğrudan zarar vermek için kullanması sonucu ortaya çıkan davranışlardır⁹. Sömürücü davranışlarda, yüksek pazar gücüne sahip teşebbüs, pazar gücünün avantajını kullanarak fiyatlama ya da diğer uygulamalar yoluyla, belirli düzeyde pazar gücüne sahip olmayan bir teşebbüsün elde edemeyeceği şekilde tüketicilerden rant elde etmekte ve tüketici refahında doğrudan bir kayba yol açmaktadır¹⁰.

ABD’de Sherman Yasası’nın tekelleşmeyi ve tekelleşmeye teşebbüsü yasaklayan ikinci kısmı çerçevesinde gelişen uygulamada teşebbüslerin dışlayıcı nitelikteki davranışları ele alınmaktadır ve ABD rekabet hukuku çerçevesinde teşebbüslerin sömürücü nitelikteki davranışları hukuka uygun kabul edilmektedir¹¹. ABD’de geçerli olan bu yaklaşımın arkasında esas olarak, piyasa mekanizmasının işleyişine duyulan inanç ve devletin ekonomik hayatın işleyişine müdahale etmemesi gerektiği anlayışı yatmaktadır¹². Bununla birlikte, dışarıdan bir otoritenin teşebbüslerin performans kararlarını etkin bir şekilde düzenleyebilme becerisine yönelik endişeler ile mahkemelerin düzenlemeye yönelik yetersizlikleri gibi uygulamaya dönük nedenler de sömürücü davranışlara rekabet hukuku çerçevesinde müdahale edilmemesine yönelik yaklaşıma yol açan etkenler arasında sayılabilecektir¹³.

⁸ PARDOLESİ, R. ve L. ARNAUDO (2010), “Single-Firm Conduct: A Discipline in Search of Itself (Try with Google?)”, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1541928, s. 3. Ancak bazı kaynaklarda tek taraflı davranışlar; dışlayıcı, sömürücü ve ayrımcı (*discriminatory*) olmak üzere üçlü bir ayrıma tabi tutulmuştur. (Örneğin, PAULIS, E. (2007), “Article 82 EC and Exploitative Conduct”, *12. Annual Competition Law and Policy Workshop*, Robert Schuman Centre, EUI, Florence, s. 1). Nitekim Kroes da 23.11.2005 tarihli konuşmasında (dn. 5, s. 3) bu üçlü ayrımı esas almıştır.

⁹ FAULL, J. ve A. NIKPAY (1999), *The EC Law of Competition*, Oxford University Press, s. 146.

¹⁰ O’DONOGHUE, R. ve A.J. PADILLA (2006), *The Law and Economics of Article 82 EC*, Hart Publishing, Oxford, s.174-175.

¹¹ Bu husus teknelci fiyatlama özelinde Yüksek Mahkeme’nin *Trinko* kararında “Tekel gücüne sahip olunması ve bunun doğal sonucu olan teknelci fiyatlar uygulanması sadece Yasa’ya uygun olmakla kalmamakta, aynı zamanda serbest piyasa sisteminin de önemli bir unsurunu teşkil etmektedir. En azından kısa bir süre için teknelci fiyatlama fırsatı, iş aklını (*business acumen*) cezbeden unsurdur; ayrıca inovasyon ve ekonomik büyüme yaratacak risk almayı da teşvik eder.” ifadeleriyle açıkça ortaya konmuştur. (*Verizon Communications, Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko*, 540 US 398 (2004)).

¹² SANLI, K.C. (2000b), “Rekabet Hukukunda Teknelci Fiyatlandırma”, *Perşembe Konferansı*, Rekabet Kurumu, Ankara, s. 94.

¹³ GAL, M. (2004), “Monopoly Pricing as an Antitrust Offence in the US and the EC: Two Systems of Belief About Monopoly?”, *The Antitrust Bulletin*, Vol. 49, s. 355-358.

AB’de ise hâkim durumdaki teşebbüslerin kötüye kullanma niteliğindeki tek taraflı davranışları ABIDA’nın 102. maddesi ile yasaklanmıştır. AB’deki rekabet hukuku uygulamasının ilk yıllarında 102. madde yasaklamasının teşebbüslerin dışlayıcı nitelikteki davranışlarına mı, sömürücü nitelikteki davranışlarına mı yönelik olarak uygulanacağı yoğun tartışmalara neden olmuştur¹⁴. Avrupa Birliği Adalet Divanı¹⁵ (ABAD), 1972 yılında aldığı *Continental Can* kararıyla¹⁶ bu tartışmalara nokta koymuş ve “82. madde sadece tüketicilerin doğrudan zararına olan uygulamaları değil, aynı zamanda etkin rekabet yapısı üzerindeki etkileri vasıtasıyla tüketicilere zararı olabilecek davranışları da içerir.” değerlendirmesiyle 102. madde ile getirilen yasaklamanın hem dışlayıcı hem de sömürücü davranışlar bakımından uygulanacağını açıklığa kavuşturmuştur¹⁷.

102. maddenin hem dışlayıcı hem de sömürücü nitelikteki kötüye kullanmalara uygulanacağını ABAD kararlarıyla açıklığa kavuşturulmuş olmasına rağmen yarım asrı aşan AB rekabet hukuku uygulamasına bakıldığında sömürücü kötüye kullanmaların ele alındığı karar sayısının dışlayıcı kötüye kullanmaların ele alındığı karar sayısına kıyasla oldukça az olduğu¹⁸ ve uygulamadaki ağırlığı dışlayıcı kötüye kullanmaların oluşturduğu görülmektedir¹⁹. Nitekim bu durum özellikle 102. maddenin modernizasyonuna yönelik çalışmalar çerçevesinde açıkça dile getirilmiş ve öncelik, dışlamanın genellikle daha sonra tüketicilerin sömürülmesinin temelinde yattığı gerekçesiyle, dışlayıcı nitelikteki kötüye kullanmalara verilmiştir²⁰. Nitekim modernizasyon çalışmalarının bir ürünü olarak ortaya çıkan Kılavuz’da da Komisyon’un uygulamasını pazarların uygun şekilde işlemesine yönlendireceği ve tüketicilerin firmalar arasındaki etkin rekabetin sonucu olarak ortaya çıkan

¹⁴ Tartışmaların ayrıntıları için bkz. SCHWEITZER, H. (2007), “Parallels and Differences in the Attitudes towards Single-Firm Conduct: What are the Reasons? The History, Interpretation and Underlying Principles of Sec.2 Sherman Act and Art.82 EC”, *EUI Working Papers Law*, No. 32., s.18-20.

¹⁵ Lizbon Antlaşması’nın yürürlüğe girmesiyle Avrupa Toplulukları Adalet Divanı (ATAD), Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) adını almıştır.

¹⁶ Case 6/72 Europemballage and Continental Can v. Commission [1973] ECR 215.

¹⁷ A.g.k, par. 26.

¹⁸ WHISH, R. (2005), *Competition Law*, Fifth Edition, Oxford University Press, New York, s. 194.

¹⁹ Zamanın Rekabet Genel Müdürü Philip Lowe, 16.10.2003 tarihinde Brüksel’de Amerikan Barolar Birliği’nin toplantısında yaptığı “How Different is EU Anti-trust? A Route Map for Advisors” başlıklı konuşmasında “... uygulamamızın çoğu ABD’de olduğu gibi dışlayıcı kötüye kullanmalara odaklanmıştır...” demiştir.

Konuşmanın tam metni için bkz.

(http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2003_038_en.pdf).

²⁰ Kroes, dn. 5, s. 3.

etkinlik ve verimlilikten düşük fiyatlar, daha yüksek kalite, yeni ve geliştirilmiş ürün ya da hizmet seçenekleri yoluyla yararlanacağı belirtilmektedir²¹.

Buna karşın Kılavuz'da, hâkim durumdaki teşebbüslerin sahip oldukları pazar gücünü kullanarak yüksek fiyatlar uygulama, kaliteyi düşürme, mal ve hizmet çeşitliliğini azaltma, inovasyonu azaltma gibi doğrudan tüketici refahını azaltan sömürücü nitelikteki davranışları ikinci plana atılmış ve bunlara ancak tüketicilerin korunmasının başka şekilde sağlanamaması durumunda müdahale edilebileceği belirtilmiştir²². Komisyon'un Kılavuz ile de açıkça ortaya koyduğu bu yaklaşımından sömürücü kötüye kullanmaların yasaklanmasına son çare²³ olarak başvurulacağı anlaşılmaktadır.

1.2. Sömürücü Uygulamalara Rekabet Hukuku Kapsamında Müdahale Edilmesine İlişkin Tartışmalar

ABD ve AB bakımından rekabet hukukunun temel amacının tüketici refahını artırmak ve etkinlik sağlamak olduğu kabulü altında²⁴, doğrudan tüketici refahını azaltmaları nedeniyle rekabet otoritelerinin öncelikli müdahale alanı olması beklenen²⁵ sömürücü nitelikteki davranışlar, yukarıda açıklandığı üzere, rekabet hukuku uygulamasından önemli ölçüde dışlanmakta ve bunların rekabet hukukundaki yeri literatürde önemli tartışmalara neden olmaktadır.

Sömürücü davranışların rekabet hukukundaki yerine ilişkin bu tartışmaların kavramsal ve uygulamaya dönük olmak üzere iki boyutu bulunmaktadır. Kavramsal tartışmalar, hâkim durum ve pazar gücü kavramları ile sömürücü kötüye kullanma kavramının paralelliğine odaklanmıştır²⁶.

ABİDA'nın 102. maddesinde hâkim durum kavramı tanımlanmamıştır. Bununla birlikte, ABAD içtihatlarında hâkim durum; *“teşebbüse rakiplerinden, müşterilerinden ve nihai olarak tüketicilerinden önemli ölçüde bağımsız davranma gücü vererek ilgili pazardaki etkin rekabeti önleme olanağı sağlayan ekonomik güce sahip olmak”* olarak tanımlanmaktadır²⁷. Bu tanım, hâkim

²¹ Kılavuz, dn. 4, para. 5.

²² Kılavuz, dn. 4, para. 7.

²³ Paulis, dn. 8, s. 3.

²⁴ KROES, N. (2007), “Antitrust in the EU and the US-Our Common Objectives” başlıklı konuşma metni, 26.11.2007, Brussels.

http://ec.europa.eu/commission_barroso/kroes/antitrust_eu_us.pdf

²⁵ AKMAN, P. (2008), “‘Consumer Welfare’ and Article 82 EC: Practice and Rhetoric”, CCP Working Paper 08-25, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1210802, s. 13.

²⁶ Sömürücü kötüye kullanmaların AB rekabet hukukunda yasaklanmış olması nedeniyle konuyla ilgili literatür büyük ölçüde AB rekabet hukukuna dayanmaktadır. Buna paralel olarak bu çalışmanın devamında, AB rekabet hukuku terminolojisi esas alınacaktır.

²⁷ Case 27/76 United Brands Company v. Commission [1978] ECR 207 (*United Brands*), para. 65; Case 85/76 Hoffmann-La Roche & Co AG v Commission [1979] ECR 461, para. 39.

durumdaki teşebbüslerin fiyat belirleyici konumda oldukları ve kâr maksimizasyonu davranışlarının bir gereği olarak rekabetçi fiyat düzeyinin üzerinde fiyatlama yapacakları şeklinde yorumlanmaktadır²⁸. Nitekim hâkim durum kavramının ekonomik tanımı da, bu yorumu destekler biçimde, “*devamlı olarak rekabetçi düzeyin önemli ölçüde üzerinde fiyat uygulayabilecek ya da üretim miktarını rekabetçi düzeyin önemli ölçüde altında sınırlayabilecek yüksek pazar gücüne sahip olmak*” olarak yapılmaktadır²⁹. Pazar gücü ise “*fiyatı üretim düzeyini azaltmak suretiyle, kârlı olarak, rekabetçi koşullar altında olabilecek düzeyden daha yukarıya çekebilme becerisi*” olarak tanımlanmaktadır³⁰. Dolayısıyla, rekabetçi koşullarda olacağından daha yüksek fiyatlar uygulanması pazar gücüne sahip olmanın ve hâkim durumda bulunmanın ayrılmaz bir parçası olarak kabul edilmektedir. Ancak, literatürde pazar gücünün fiyat ile sınırlandırılması doğru bulunmamış, bu gücün kalite, hizmet ve inovasyon düzeyi gibi diğer unsurlar üzerinde de uygulanabileceği belirtilmiştir^{31 32}.

Sömürücü kötüye kullanmalar ise temelde rekabetçi pazar koşullarına atıf yapılarak tanımlanmaktadır³³. Nitekim Komisyon’un 1965 tarihli “Yoğunlaşmalara İlişkin Memorandum”unda “*hâkim durumun kötüye kullanılması, hâkim durumdaki teşebbüsün hâkimiyetinden kaynaklanan fırsatlardan uygulanabilir ve yeterli derecede etkin rekabet koşullarında elde edemeyeceği faydaları elde etmesi*” olarak tanımlanmıştır³⁴. Hâkim durumun ve kötüye kullanmanın tanımlanmasında esas kabul edilen *United Brands* kararında ise ABAD, kötüye kullanma değerlendirmesinde, “*hâkim durumdaki teşebbüsün bu durumundan kaynaklanan, normal ve yeterli derecede etkin rekabetin olması*

²⁸ VAN DER WOUDE, M. (2007), “Unfair and Excessive Prices in the Energy Sector”, 12. *Annual Competition Law and Policy Workshop*, Robert Schuman Centre, EUI, Florence., s. 3.

²⁹ O’Donoghue ve Padilla, dn. 10, s. 108.

³⁰ GERADIN, D., P. HOFER, F. LOUIS, N. PETIT ve M.WALKER (2005), “The Concept of Dominance in EC Competition Law”, GCLC Research Papers, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=770144, s. 2.

³¹ A.g.k. s. 5

³² Nitekim Kılavuz’da (dn. 4, par. 11) da hâkim durum tanımı “*yeterli düzeyde etkin rekabet sınırlamalarıyla karşılaşmadan fiyatları kârlı olarak önemli bir zaman dilimi boyunca rekabetçi düzeyin üzerine çıkarabilmek*” olarak yapılmış ve bu tanımda kullanılan “fiyatları artırmak” teriminin fiyatlar, üretim miktarı, inovasyon düzeyi, mal ve hizmetlerin çeşitliliğini ve kalitesini de içerecek şekilde kullanıldığı belirtilmiş, Kılavuz’un 19. paragrafı ile tüketici tercihleri de bu unsurlara ilave edilmiştir.

³³ JONES, A. ve B. SUFRIN (2008), *EC Competition Law*, Third Edition, Oxford University Press, New York, s. 316.

³⁴ O’Donoghue ve Padilla, dn.10, s. 195.

halinde elde edemeyeceği ticari faydaları elde edebileceği imkânlardan faydalanıp faydalanmadığının belirlenmesi"nin önemine vurgu yapmıştır³⁵.

Hâkim durum tanımı ile sömürücü kötüye kullanma tanımı arasındaki bu paralellik, fiyat düzeyi, üretim miktarı, ürün çeşitliliği, kalite, hizmet düzeyi, inovasyon gibi değişkenleri rekabetçi pazarlarda olabileceğinden farklı düzeyde belirleyerek, rekabetçi pazarlarda sağlayamayacakları getirileri elde eden teşebbüslerin kâr maksimizasyonu amacı güden davranışlarıyla sömürü amaçlı davranışları arasındaki sınırın nerede çizileceği sorusunu ortaya çıkarmaktadır. Bilindiği üzere 102. madde teşebbüslerin hâkim durumda bulunmasını yasaklamamaktadır. Ancak hâkim durumda olan teşebbüslerin bu pazar gücünü kullanmaları ise sömürücü kötüye kullanma olarak tanımlanmakta ve 102. madde çerçevesinde yasaklanmaktadır. Dolayısıyla, sömürücü kötüye kullanmaları yasaklamak belli düzeyde pazar gücüne sahip teşebbüslerin kâr maksimizasyonu davranışlarını yasaklamak anlamına gelebilecektir³⁶. Bu ise uzun vadede pazarın işleyişine müdahale edilmesi nedeniyle pazara girişlerin, dinamik etkinliğin ve piyasa mekanizmasının işleyişinin engellenmesi endişesini ortaya çıkarmaktadır.

Sömürücü kötüye kullanmalara rekabet hukuku çerçevesinde müdahale edilmesine yönelik tartışmaların bir diğer nedeni ise uygulamaya dönük zorluklardır. Yukarıda açıklanan kavramsal karışıklığın getirdiği sömürücü kötüye kullanmaların tespit edilmesinin zorluğu ve sömürücü kötüye kullanmalara müdahalenin rekabet otoritelerini teşebbüslerin performanslarını denetleyici konuma sokması, rekabet hukukunun sömürücü kötüye kullanmalara müdahale etmede doğru enstrüman olup olmadığı tartışmalarını beraberinde getirmektedir.

Bu tartışmaların uygulama bazında ayrıntılarına aşağıda yer verilecektir. Ancak bu tartışmalara girmeden önce, bu tartışmalara bir zemin oluşturabilmek bakımından, pek çok ülkenin rekabet hukuku uygulamasına esas teşkil eden ve sömürücü kötüye kullanmalara ilişkin literatürün büyük ölçüde kendisine bağlı olarak şekillendiği AB rekabet hukuku çerçevesinde temel sömürücü kötüye kullanma davranışları incelenecektir.

2. SÖMÜRÜCÜ KÖTÜYE KULLANMA TÜRLERİ

ABİDA'nın hâkim durumun kötüye kullanılmasını yasaklayan 102. maddesinde genel bir yasaklama hükmüne yer verilmiş ve kötüye kullanma niteliği taşıyan bazı davranışlar örnek olarak sayılmıştır. Sayılan örnek kötüye kullanma halleri arasında ise sömürücü ve dışlayıcı kötüye kullanmalara yönelik bir ayırım

³⁵ *United Brands*, dn. 27, par. 249.

³⁶ *Van Der Woude*, dn. 28, s. 3.

yapılmamıştır. Bununla birlikte literatürde sömürücü kötüye kullanmalara yönelik farklı sınıflandırmalara yer verilmiştir³⁷. Bu çalışma kapsamında sömürücü kötüye kullanmalar; aşırı fiyatlama, haksız sözleşme koşulları uygulama, etkisizlik ve ayrımcılık başlıkları altında ele alınacaktır.

Ancak vurgulanmalıdır ki sömürücü ve dışlayıcı kötüye kullanmalar arasında her zaman katı bir ayırım bulunmamaktadır³⁸. Hâkim durumdaki teşebbüslerin bazı davranışları her iki etkiyi barındırabilmekte veya sömürücü davranışlar bazen dışlayıcı bir davranışın aracı olarak da kullanılabilir. Bu çalışmada birbirinden ayrılabilirdiği ölçüde pazardaki rekabet yapısı üzerinde etkisi olmayan ve sadece sömürücü nitelik taşıyan davranışlar ele alınmaya çalışılacaktır.

Yine belirtmelidir ki, sömürücü kötüye kullanmalara yönelik olarak zaten sınırlı olan içtihat özellikle aşırı fiyatlama konusunda yoğunlaşmış ve konuya ilişkin literatür, sömürücü kötüye kullanmaları büyük ölçüde aşırı fiyatlama üzerinden incelemiştir. Bu nedenle en kapsamlı değerlendirmeler aşırı fiyatlamaya yönelik olarak yapılmıştır. Diğer sömürücü kötüye kullanma türlerine ise uygulama ve literatürdeki tartışmaların azlığı dikkate alınarak daha sınırlı bir şekilde değinilmiştir.

2.1. Aşırı Fiyatlama

Aşırı fiyat³⁹ (*excessive price*), haksız fiyatın (*unfair price*) bir biçimi olarak yorumlanmakta ve adil fiyat (*fair price*) kabul edilebilecek bir fiyat düzeyinin varlığı varsayımı çerçevesinde tanımlanmaktadır. Aşırı fiyat tanımına esas teşkil edecek adil fiyatın ne olacağı farklı ekonomik anlayışlar çerçevesinde farklı yorumlanmıştır. Bununla birlikte modern sanayi iktisadı çerçevesinde bir mal veya hizmetin adil fiyatının, o mal veya hizmetin rekabetçi piyasa fiyatına eşit olacağı düşüncesi benimsenmiş ve aşırı fiyat “*pazar gücünün uygulanması*

³⁷ O’Donoghue ve Padilla (dn. 10, s. 603-658), sömürücü kötüye kullanmaları; aşırı fiyatlama, tek alıcı gücünün kötüye kullanılması ve haksız ve sömürücü sözleşme koşulları uygulanması olarak sınıflandırmaktadır. Jones ve Sufirin (dn. 33, s. 585-607) ise; haksız yüksek ya da düşük fiyatlama, ABİDA’nın 102 (c) maddesine aykırı biçimde ayrımcılık yapılması, haksız ticari koşullar uygulanması ve kısıtlayıcı anlaşmalar yapılması ve etkisizlik şeklinde bir sınıflandırmayı tercih etmiştir. Faull ve Nikpay (dn. 9, s. 189-198) ise haksız veya aşırı fiyatlama, diğer haksız koşullar uygulama, üretimin, pazarların ve teknik gelişmenin sınırlandırılması ve ayrımcı uygulamalar olarak dörtlü bir sınıflandırmayı tercih etmiştir.

³⁸ Whish, dn. 18, s. 194.

³⁹ Literatürde bu fiyatlama davranışı için haksız (*unfair*), tekelci (*monopoly*), sömürücü (*exploitative/abusive*), fiyat kavramları da kullanılmaktadır. Ancak bu çalışma çerçevesinde Komisyon ve Rekabet Kurulu kararları ile de uyumlu olacak şekilde aşırı fiyat/aşırı fiyatlama kavramları tercih edilmiştir.

sonucunda sürekli olarak rekabetçi düzeyin önemli ölçüde üzerinde belirlenen fiyat” olarak tanımlanmıştır⁴⁰.

Modern sanayi iktisadının aşırı fiyata yönelik bu tanımı, rekabet hukuku çerçevesinde de büyük ölçüde kabul görmüştür. Nitekim aşırı fiyatın tanımlanmasına ve tespitine yönelik hukuki çerçeveyi çizen ve halen aşırı fiyata yönelik Komisyon, üye ülke rekabet otoriteleri ve rekabet kanunlarını mevzuat olarak ABİDA'nın rekabete ilişkin hükümlerini esas alarak oluşturan ülke rekabet otoritelerinin kararlarına emsal teşkil eden ABAD kararlarında da rekabetçi fiyat düzeyinin aşırı fiyat için bir kıstas oluşturduğu görülmektedir. ABAD'ın aşırı yüksek fiyatlamasının⁴¹ ABİDA'nın 102 (a) maddesinin⁴² ihlali anlamına geleceğini doğrudan ya da dolaylı olarak ortaya koyduğu daha erken tarihli çeşitli kararları⁴³ bulunmakla birlikte, aşırı fiyatın tanımına ve aşırı fiyatlamasının değerlendirilmesine yönelik en detaylı kararın ABAD'ın, Komisyon'un *Chiquita* kararına⁴⁴ karşı yapılan temyiz başvurusunu değerlendirdiği *United Brands* kararı⁴⁵ olduğunu söylemek mümkündür. Söz konusu kararda ABAD, “sunulan ürünün ekonomik değerine kıyasla aşırı” fiyat uygulamanın bir kötüye kullanma hali olduğunu belirtmiştir⁴⁶. Bununla birlikte, kararda, aşırı fiyat tanımının merkezine oturtulan *ekonomik değer* kavramına ilişkin herhangi bir açıklama yapılmamıştır.

⁴⁰ O'Donoghue ve Padilla, dn. 10, s. 604.

⁴¹ Alım pazarındaki yüksek pazar gücüne sahip teşebbüslerin aşırı düşük alım fiyatları uygulaması da ABİDA'nın 102 (a) maddesi kapsamında ihlal olarak değerlendirilebilmektedir. AB'de aşırı düşük alım fiyatlarının değerlendirildiği tek karar ABAD'ın *CICCE* kararıdır (Case 298/83 *CICCE* [1985] ECR 1105, [1986] CMLR 486). Çalışma kapsamında yapılan açıklamalar ve değerlendirmeler aşırı düşük alım fiyatları bakımından da geçerlidir. Ayrıntılı bilgi için bkz. BÜYÜKKUŞOĞLU, B. (2004), *Rekabet İktisadi Çerçevesinde Monopson (Tek Alıcı)*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi, No:56, Rekabet Kurumu, Ankara, s. 22-23.

⁴² ABİDA'nın 102 (a) maddesinde “Doğrudan ya da dolaylı olarak haksız alım ya da satış fiyatları uygulamak veya haksız ticari koşullar öne sürmek” bir kötüye kullanma hali olarak sayılmıştır.

⁴³ Aşırı fiyata yönelik ilk kararlar ABAD'ın aşırı fiyatlamasının ABİDA'nın 102. maddesi kapsamında ele alınabileceğinin ipuçlarını verdiği fikri mülkiyet haklarının kullanımıyla ilgili davalardır. Bunlar; *Parke Davis* (Case 24/67 *Parke, Davis & Co v Probel* [1968] ECR 55, [1968] CMLR 47), *Sirena* (Case 40/70 *Sirena v. Eda* [1971] ECR 69, [1971] CMLR 260) ve *Deutsche Grammophon* (Case 78/70 *Deutsche Grammophon v Metro-SB-Grossmarkte* [1971] ECR 487, [1971] CMLR 631) kararlarıdır. Komisyon'un aşırı fiyatlamayı ihlal olarak değerlendirdiği ilk karar ise *General Motors* ([1975] OJ L29/14, [1975] 1 CMLR D20) kararıdır. Komisyon'un *General Motors* kararını değerlendiren ABAD, çeşitli nedenlerle Komisyon'un kararını bozmakla birlikte “sunulan hizmetin ekonomik değerine kıyasla aşırı” fiyat uygulanmasının ABİDA'nın 102(a) maddesi anlamında kötüye kullanma teşkil edebileceğini açıkça kabul etmiştir (Case 26/75 *General Motors v. Commission* [1975] ECR 1367, [1976] 1 CMLR 95, para.12).

⁴⁴ *Chiquita* [1976] OJ L95/1.

⁴⁵ *nited Brands*, dn. 27.

⁴⁶ A.g.k., para. 250.

United Brands kararı aşırı fiyatın tespit edilmesine yönelik temel testi ortaya koyması bakımından da hayli önemlidir. ABAD, kararda *ekonomik değer* kavramına ilişkin bir tanımlama yapmamış olmakla birlikte, söz konusu aşırılığın incelemeye konu olan ürünün satış fiyatı ve üretim maliyetleri arasında kâr marjını ortaya koyan bir karşılaştırma yapılarak hesaplanabilmesi halinde objektif olarak tespit edilebileceğini belirtmiş⁴⁷ ve bunun için literatürde *Ekonomik Değer Testi*⁴⁸ (EDT) veya *United Brands Testi*⁴⁹ olarak adlandırılan iki aşamalı bir test öngörmüştür. Bu test çerçevesinde:

... cevaplanması gereken sorular, fiilen katlanılan maliyetler ve fiilen uygulanan fiyat arasındaki farkın aşırı olup olmadığı ve eğer bu soruya verilen cevap olumlu ise, uygulanan fiyatın kendi içinde ya da rakip ürünlerle karşılaştırıldığında haksız olup olmadığıdır⁵⁰.

EDT ile aşırı fiyatın tespit edilmesine yönelik temel esasları belirlemekle birlikte, ABAD bu test çerçevesinde yapılacak kıyaslamaları sınırlamamış aksine aşırı fiyatın tespitine yönelik başka yollar bulunabileceğini ifade etmiştir⁵¹. Nitekim daha sonraki tarihli kararlarında Komisyon, ABAD ve üye ülke rekabet otoriteleri EDT ile çizilen temel çerçeveye bağlı kalarak olay özelinde daha bütünlük testler uygulamışlardır.

EDT çerçevesinde ilk aşama, incelemeye konu olan ürünün/hizmetin fiyatının aşırı olup olmadığını tespit etmeye yönelik fiyat-maliyet karşılaştırmasıdır. Testin ikinci aşaması ise ürünün/hizmetin fiyatının kendi içinde ya da rakip ürünlerin/hizmetlerin fiyatlarına kıyasla haksız olup olmadığını tespit etmeye yönelik fiyat kıyaslamasını içermektedir⁵².

EDT'nin teşebbüsün elde ettiği kâr marjını ortaya koymayı ve bu marjın aşırı olup olmadığını belirlemeyi amaçlayan ilk aşamasında, teşebbüsün incelemeye konu olan ürün/hizmet için uyguladığı satış fiyatı ile söz konusu ürünün üretimi/hizmetin sunulması için teşebbüsün fiilen katlandığı maliyetler arasındaki fark değerlendirilmektedir. İncelemeye konu mal veya hizmetin üretimi için teşebbüsün katlandığı üretim maliyetlerine oranla belli bir kâr

⁴⁷ A.g.k., para. 251.

⁴⁸ GLADER, L. ve S.C. LARSEN (2006), "Article 82: Excessive Pricing", *Competition Law Insight*, Vol. 5, Issue 7, s. 3.

⁴⁹ GERADIN, D. (2007), "The Necessary Limits to the Control of 'Excessive' Prices by Competition Authorities-A View from Europe", *TILEC Discussion Paper*, DP 2007-032, s. 6. <http://www.tilburguniversity.nl/tilec/publications/discussionpapers/2007-032.pdf>

⁵⁰ *United Brands*, dn. 27, para. 252.

⁵¹ *United Brands*, dn. 27, para. 253.

⁵² FURSE, M. (2008), "Excessive Prices, Unfair Prices and Economic Value: The Law of Excessive Pricing under Article 82 and The Chapter II Prohibition", *European Competition Journal*, Vol. 4, No. 1, s. 81.

marjını sağlayan bir eşik fiyatın varlığı ve hâkim durumdaki teşebbüslerin bu eşik üzerinde uygulayacakları fiyatların aşırı olacağı⁵³ anlayışına dayanan bu test çerçevesinde *ekonomik değer* üretim maliyetine bu maliyetin belli bir oranı şeklinde hesaplanacak makul bir kâr marjının eklenmesi suretiyle tespit edilmektedir. Literatürde *maliyet artı yaklaşımı* (*cost plus approach*) olarak bilinen bu yaklaşımda maliyetin ve üzerine eklenen makul kâr marjının toplamını aşan fiyatlar aşırı kabul edilmektedir⁵⁴.

Ekonomik değer kavramını bütünüyle maliyetler gibi arz yanlı faktörlere endeksleyen maliyet artı yaklaşımı, fiyatı incelenen ürüne/hizmete ilişkin talep yanlı faktörleri göz ardı ettiği yönünde eleştirilmektedir. *Ekonomik değer* kavramına ilişkin bu eksiklik Komisyon'un, *United Brands* kararından sonra aşırı fiyatlamaya yönelik en önemli kararlar kabul edilen⁵⁵, *Port of Helsingborg* kararlarında⁵⁶ açıkça ortaya konmuştur. Her iki kararda da Komisyon şikâyetleri reddetmekle birlikte, *ekonomik değer* kavramına ilişkin algılamasını açıkça vurgulamıştır. Komisyon bu kararlarında, *maliyet artı yaklaşımı* ile sunulan ürün ya da hizmetin *ekonomik değerinin* belirlenmesinin mümkün olmadığını, *ekonomik değer* ancak olayın kendine has özellikleri ve ürüne/hizmete olan talep gibi maliyet dışı unsurlar dikkate alınarak belirlenebileceğini ifade etmiştir^{57 58}.

Halen aşırı fiyat değerlendirmelerinin bel kemiğini oluşturan *maliyet artı yaklaşımının* tek eksikliğini barındırdığı *ekonomik değer* yanlılığı olduğunu söylemek mümkün değildir. Şöyle ki; maliyet artı yaklaşımının aşırı fiyatlamaya ilişkin bir gösterge olduğu kabul edilse dahi değerlendirmeye esas alınacak maliyetin ve bu maliyetin üzerine eklenecek makul kâr oranının belirlenmesini gerekli kılan bu yaklaşım kesin ve objektif sonuçlar sağlamaktan hayli uzaktır. Öncelikle maliyetin hesaplanmasında; hangi maliyet ölçütünün

⁵³ MOTTA, M. ve A. STREEL (2007), "Excessive Pricing in Competition Law: Never Say Never?", Swedish Competition Authority (Konkurrensverket), *The Pros and Cons of High Prices* içinde, Stockholm, s. 33.

⁵⁴ LAMALLE, M., L. LINDSTRÖM-ROSSI ve A.C. TEIXEIRA (2004), "Two Important Rejection Decisions on Excessive Pricing in the Port Sector", *Competition Policy Newsletter*, No.3, s. 42.

⁵⁵ Furse, dn. 52, s. 67.

⁵⁶ Case COMP/A.36.568/D3-Scandlines Sverige AB v. Port of Helsingborg [2006] 4 CMLR 23 (*Scandlines*) ve COMP/A.36.568/D3 Sundbusserne Sverige AB v. Port of Helsingborg [2006] 4 CMLR 22 (*Sundbusserne*). (Söz konusu kararlarda Port of Helsingborg'un feribot işletmecilerine sunduğu hizmetler için aşırı fiyat uyguladığı iddiası değerlendirilmiş ve sonuçta şikâyetler reddedilmiştir. Aynı şikâyet konusunun değerlendirildiği bu kararlar çalışmanın devamında *Port of Helsingborg* kararları olarak birlikte anılacaktır.)

⁵⁷ Lamalle vd., dn. 54, s. 42.

⁵⁸ İngiltere Temyiz Mahkemesi'nin ekonomik değer kavramına ilişkin benzer yorumu için bkz. Attheraces Ltd and The British Horseracing Board, [2007] EWCA Civ 38 Case no: A3/2006/0126.

esas alınacağı⁵⁹, bu ölçüt çerçevesinde maliyetin hesaplanması, ortak maliyetlerin ve genel giderlerin farklı ürünler arasında ne şekilde dağıtılacağı⁶⁰, maliyet hesaplarının kimin tarafından yapılacağı, teşebbüs tarafından yapılarak rekabet otoritesine sunulacak maliyet hesaplarının muhasebe maliyetleri ile ekonomik maliyetler arasında fark yaratması olasılığı⁶¹, ar-ge harcamalarının yüksek olduğu sektörlerde başarısız projelerin maliyetlerinin ne şekilde muhasebeleştirileceği⁶² gibi sorunlar söz konusu olmaktadır. Maliyetlerin doğru bir şekilde belirlenmesi halinde de ortaya üretim maliyetinin üzerine eklenecek ne ölçüde bir kâr marjının aşırı kabul edileceği sorusu çıkmaktadır. Nitekim Komisyon'un, üye ülke rekabet otoritelerinin ve ABAD'ın aşırı fiyatlamaya ilişkin kararları incelendiğinde bu marjın ne olması gerektiğine ilişkin bir tespitin yapılmadığı, dahası içtihatlar arasında da yol gösterici olabilecek bir tutarlılık bulunmadığı görülmektedir⁶³. Kaldı ki makul kâr marjı değerlendirilirken göz önünde bulundurulması gereken başlangıç yatırımlarının miktarı, yatırım riskinin düzeyi, batık maliyetlerin büyüklüğü, maddi olmayan varlıkların değerleri, fırsat maliyetleri ve ölçek ekonomileri gibi etkenler⁶⁴ ve bu etkenlere bağlı olarak değişen beklenen getiri düzeyi⁶⁵ her sektör bakımından farklılaşmakta ve belirli ve sabit bir kâr oranının takdir edilmesini gerektiren bir yaklaşımı anlamsız kılmaktadır.

Fiyat-maliyet karşılaştırmasının taşıdığı yukarıda sayılan belirsizlikler nedeniyle EDT'nin ilk aşamasında elde edilen sonuçların testin ikinci aşamasında elde edilecek bulgularla desteklenmesi öngörülmüştür. EDT'nin, ilk aşamasında fiyat-maliyet arasındaki farkın aşırı bulunması halinde başvurulacak olan⁶⁶, ikinci aşaması fiyat kıyaslamasıdır. Teorik olarak, yapılabilecek en ideal

⁵⁹ Konuya ilişkin tartışmalar için bkz. ÖZDEMİR, Ü.N. (2009), *Fiyatlamaya İlişkin Tek Taraflı Davranışların Değerlendirilmesinde Kullanılan Maliyet Ölçütleri*, Yayımlanmamış Uzmanlık Tezi, Rekabet Kurumu.

⁶⁰ Ortak maliyetlerin ve genel giderlerin dağıtım yöntemleri hakkında bilgi için bkz. CCNCO - COMMONWEALTH COMPETITIVE NEUTRALITY COMPLAINTS OFFICE (1998), "Cost Allocation and Pricing", *CCNCO Research Paper*, Canberra ve NERA - NATIONAL ECONOMIC RESEARCH ASSOCIATE (2001), *Regulatory Approaches to Cost Allocation*, London.

⁶¹ LYONS, B. (2007), "The Paradox of the Exclusion of Exploitative Abuse", Swedish Competition Authority (Konkurrensverket), *The Pros and Cons of High Prices* içinde, Stockholm, s. 71.

⁶² Geradin, dn. 49, s.7, 8.

<http://www.tilburguniversity.nl/tilec/publications/discussionpapers/2007-032.pdf>

⁶³ ÜNAL, Ç. (2009), *Aşırı Fiyat Kavramı ve Aşırı Fiyatlama Davranışının Rekabet Hukukundaki Yeri*, Yayımlanmamış Uzmanlık Tezi, Rekabet Kurumu, s. 107.

⁶⁴ O'Donoghue ve Padilla, dn. 10, s. 615.

⁶⁵ Motta ve Streeck, dn. 53, s. 34.

⁶⁶ ABAD, maliyet hesaplamasının mümkün olmadığı durumlarda, aşırı fiyatın tespitinde fiyat kıyaslamasının tek başına kullanılabileceği görüşündedir. Bkz. *Lucazeau* (Joined Cases 110, 241 & 242/88 François Lucazeau and Others v. SACEM and others [1989] ECR 2811, [1991] 4 CMLR

fiyat kıyaslaması hâkim durumdaki teşebbüsün fiyatının varsayımsal olarak belirlenen rekabetçi fiyat ile karşılaştırılmasıdır. Ancak rekabetçi fiyat düzeyinin belirlenmesi pratikte olanaksız olduğu için rekabet otoriteleri aşırı fiyatın tespitinde gerçek kıstaslara başvurmaktadır⁶⁷. Bu çerçevede fiyatın kendi içinde ya da rakip ürünlerle kıyaslandığında haksız olup olmadığının belirlenmesi amacıyla yapılan bu kıyaslamada hem incelenen teşebbüsün kendi fiyatları hem de diğer teşebbüslerin fiyatları ölçüt alınabilmektedir⁶⁸. Teşebbüsün kendi fiyatlarının ölçüt alınması halinde teşebbüsün farklı coğrafi bölgelerde uyguladığı fiyatların kıyaslanmasına⁶⁹, teşebbüsün farklı müşteri gruplarına uyguladığı fiyatların kıyaslanmasına⁷⁰ ve teşebbüsün farklı zaman dilimlerinde uyguladığı fiyatların kıyaslanmasına⁷¹ başvurulmaktadır. Diğer teşebbüslerin fiyatlarıyla yapılacak fiyat kıyaslamasında ise fiyatlar aynı ilgili pazardaki rakiplerinin uyguladığı fiyatlarla kıyaslanabileceği⁷² gibi, rekabetçi pazarlarda faaliyet gösteren diğer teşebbüslerin fiyatlarıyla⁷³ veya başka bir coğrafi pazarda hâkim durumda bulunan bir teşebbüsün fiyatlarıyla⁷⁴ da kıyaslanabilecektir.

EDT'nin ikinci aşamasını oluşturan ve kullanılacak kıyaslama kriteri olayın kendine özgü koşulları çerçevesinde tercih edilecek olan fiyat kıyaslaması gerek davranışı incelenen teşebbüsün kendi fiyatlarıyla gerek diğer teşebbüslerin fiyatlarıyla yapılsın sağlıklı sonuçlar vermesi ancak kıyaslamaya konu ürünler ve pazar koşulları bakımından tutarlılık sağlanması ile mümkün olacaktır⁷⁵. Davranışı incelenen teşebbüsün özel şartlarının yanında kıyaslamaya konu olacak ürünlere ve pazarlara ilişkin oldukça ayrıntılı bir analiz yapılmasını gerektiren bu yöntemin oldukça maliyetli ve kesin sonuçlar sağlamaktan uzak bir yöntem olduğunu söylemek mümkündür.

248) ve *Tournier* (Case 395/87 *Ministere Public v. Jean-Louis Tournier* [1989] ECR 2521) kararları.

⁶⁷ GREEN, N. (2003), "Problems in the Identification of Excessive Prices: The United Kingdom Experience in the Light of NAPP", C. D. Ehlermann ve I. Atanasiu (der.), *What is an abuse of a dominant position?* içinde, Oxford, s. 81.

⁶⁸ EDT'nin ikinci aşamasında fiyat düzeylerinin kıyaslanması esas olmakla birlikte olay özelinde kâr marjları da kıyaslamaya konu olabilmektedir.

⁶⁹ *Chiquita*, dn. 44.

⁷⁰ *General Motors*, dn. 43; *British Leyland* (British Leyland [1984] OJ L207/11, Case 226/84 *British Leyland Public Limited Company v. Commission* [1986] ECR 3263); *Deutsche Post-Interception of cross-border mail* ([2002] OJ L331/40, [2002] 4 CMLR 598); *Port of Helsingborg*, dn. 56.

⁷¹ *British Leyland*, dn. 70.

⁷² *Deutsche Grammophon*, dn. 43; *Chiquita*, dn. 44; *United Brands*, dn. 27.

⁷³ *Bodson* (Case 30/87 *Corinne Bodson v. Pompes funebres des regions liberees CA* [1988] ECR 2479, [1989] 4 CMLR 984)

⁷⁴ *Lucazeau ve Tournier*, dn. 66.

⁷⁵ O'Donoghue ve Padilla, dn.10, s. 617.

EDT, aşırı fiyatın tespitinde rekabet otoriteleri ve mahkemeler için büyük ölçüde yol gösterici olmakla birlikte, yukarıda açıklandığı üzere, net olarak tanımlanmamış olması, ex ante belirlilik sağlamaması ve kolay uygulanamaması gibi pek çok sakıncayı da içinde barındırmaktadır⁷⁶. Bu sakıncaları bertaraf etmek amacıyla, ABAD'ın da *United Brands* kararında öngördüğü üzere⁷⁷ aşırı fiyatın tespiti amacıyla farklı yaklaşımlar önerilmiştir. Bunlar kullanılan sermayenin getirisi ile sermaye maliyetinin karşılaştırılmasına dayanan *aşırı kârlılık yaklaşımı*⁷⁸, tek bir kıstasın aşırı fiyatın tespiti bakımından güvenilir sonuçlar sağlamayacağı endişesinden doğan ve çeşitli maliyet, fiyat ve kârlılık kriterlerinin eş anlı değerlendirilmesini esas alan *kanutların sayıca fazlalığı yaklaşımı*⁷⁹, pazara yeni girişler olduktan sonra pazarda yerleşik teşebbüsün gerçekleştirdiği fiyat düşüşlerini bir kriter olarak kabul eden *giriş sonrası fiyat düşüşleri yaklaşımı*⁸⁰ ve teşebbüsün hâkim durumunu ne şekilde elde ettiğini ve sürdürdüğünü öncelikli olarak değerlendiren *yapısal yaklaşım*⁸¹ olarak sıralanabilecektir.

⁷⁶ AKMAN, P. ve L. GARROD (2010), When Are Excessive Prices Unfair?, forthcoming CCP Working Paper 10/04, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1578181, s. 6-7.

⁷⁷ *United Brands*, dn. 27., para. 253.

⁷⁸ Aşırı kârlılık yaklaşımı Hollanda Rekabet Otoritesi'nin *KLM* kararlarında (Case 273 Vereniging Vrije Vogel v. KLM (8.11.2000), Case 906 Swart v. KLM (8.11.2000), Case 11 Shiva v. KLM (8.10.2001)) kullanılmıştır. Yaklaşımın uygulanması ve yaklaşıma yönelik eleştiriler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. WILLIAMS, M. (2007), "Excessive Pricing", Swedish Competition Authority (Konkurrensverket), *The Pros and Cons of High Prices* içinde, Stockholm, s. 131-145; HORDIJK, E.P. (2001), "Excessive Pricing Under EC Competition Law; An Update In The Light Of 'Dutch Developments'", B.E. Hawk (der.), *International Antitrust Law & Policy* içinde, Fordham University School of Law, s. 484-489; GROUT, P.A. ve A. ZALEWSKA (2006), "Profitability Measures and Competition Law", *Centre for Market and Public Organisation Working Paper*, No. 06/144.

http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=893522

⁷⁹ Kanutların sayıca fazlalığı yaklaşımı OFT'nin *Napp* kararında (Napp Pharmaceutical Holdings Limited CA 98/2/2001, [2001] UK CLR 585) kullanılmıştır. Yaklaşımın uygulanması ve yaklaşıma yönelik eleştiriler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. O'Donoghue ve Padilla, dn.10, s. 634; KON, S. ve S. TURNBULL (2003), "Pricing and the Dominant Firm: Implications of the Competition Commission Appeal Tribunal's Judgement in the Napp Case", *European Competition Law Review*, Issue 2, s. 70-86.; EVANS, D.S. ve A.J. PADILLA (2004), "Excessive Prices: Using Economics to Define Administrable Legal Rules", *CEMFI Working Paper*, No. 0416.

⁸⁰ Yaklaşım hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. GILO, D. ve Y. SPIEGEL (2007), "Excessive Price Regulation", *1. Conference of Research Network on Innovation and Competition Policy: Modern Approaches in Competition Policy*, Mannheim.

<ftp://ftp.zew.de/pub/zewdocs/veranstaltungen/rnic/papers/YossiSpiegel.pdf>

⁸¹ ROBERTS, S. (2008), "Assessing Excessive Pricing-the Case of Flat Steel in South Africa", *Journal of Competition Law and Economics*, Vol.4, s. 871-891, WALKER, M. (2010), Excessive Pricing Disharmony, *European Competition Law Review*, Vol. 31, Issue 4, s. 143-145. Ayrıca yapısal yaklaşımın uygulandığı kararlar için bkz. Güney Afrika Rekabet Mahkemesi'nin *Harmony*

Yapısal yaklaşımın aslında bir ölçüde AB uygulamalarında da göz önünde bulundurulduğu söylenebilecektir. Şöyle ki; ABİDA'nın 102 (a) maddesi çerçevesinde hangi pazar koşullarında aşırı fiyatlama davranışının yasaklanması gerektiği konusunda bir belirleme yapılmamıştır. Ancak, Komisyon'un kararları incelendiğinde, rekabetçi pazarlarda aşırı fiyatlama davranışının kötüye kullanma olarak kabul edilerek cezalandırıldığı tek kararın *Chiquita* kararı olduğu görülmektedir. Diğer kararlar, özel hakların ya da aşılamaz pazara giriş engellerinin söz konusu olduğu pazarlar ile ilgilidir. Dolayısıyla AB rekabet hukuku uygulamasında aşırı fiyatlama davranışının gerçekleştiği pazarın yapısal özelliklerinin, hâkim durumdaki teşebbüsün fiyatlama davranışının değerlendirilmesini etkilediğini söylemek mümkündür.

Aşırı fiyatlamaya müdahalenin sınırlarının daraltılmasına yönelik bu eğilimin arkasında yüksek fiyatların olumlu etkileri ve rekabet otoritelerinin aşırı fiyatlamaya müdahalede karşılaştığı pratik zorluklar yatmaktadır. Bilindiği üzere, giriş engellerinin bulunmadığı pazarlar bakımından yüksek fiyatlar, pazara girmeyi düşünen teşebbüsler tarafından pazarın kârlılığı hakkında olumlu bilgi veren sinyaller olarak algılanmakta ve pazara girişleri tetiklemektedir. Dolayısıyla yüksek fiyat düzeylerinin gözlemlendiği pazarlarda yeni girişler sayesinde hâkim durumdaki teşebbüsün pazar gücünün azalarak fiyatların kendiliğinden rekabetçi düzeylere düşmesi beklenmektedir⁸². Oysa rekabet otoritelerinin hâkim durumdaki teşebbüsün aşırı fiyatlama davranışına, teşebbüsün kârını azaltacak biçimde müdahale etmesi yukarıda açıklanan sürecin kesilmesi etkisini yaratacaktır. Bu etki nedeniyle fiyatlar sinyal işlevini yitirecek ve söz konusu pazardaki hâkim durumun süresini uzatabilecektir⁸³. Ayrıca, yüksek fiyatlar ve kârlar genellikle teşebbüslerin katlandığı riskler, inovasyonları ve yatırımları için bir ödül olarak görülmektedir⁸⁴. Oysa aşırı fiyatlamaya rekabet hukuku çerçevesinde müdahale edilmesi, teşebbüslerin fiyatlarına bir tavan belirlenmesiyle aynı etkilere sahip olacak⁸⁵ ve bu şekilde kârlarını sınırlandırmak teşebbüslerin inovasyon ve yatırım güdülerine zarar

v. *Mittal* [2004] 13/CR/FEB04 sayılı kararı ve Güney Afrika Rekabet Temyiz Mahkemesi'nin bu kararı bozan Case 70/CAC/Apr07 sayılı kararı.

⁸² MOTTA, M. ve A. STREEL (2003), "Excessive Pricing and Price Squeeze under EU Law", C. D. Ehlermann ve I. Atanasiu (der.), *What is an abuse of a dominant position?* içinde, Oxford, s. 108.

⁸³ FLETCHER, A. ve A. JARDINE (2007), "Towards an Appropriate Policy for Excessive Pricing", *12. Annual Competition Law and Policy Workshop*, Robert Schuman Centre, EUI, Florence, s. 2.

⁸⁴ Motta ve Streele, dn. 53, s. 18.

⁸⁵ AHLBORN, C., V. DENICOLO, D. GERADIN ve A.J. PADILLA (2006), "DG Comp's Discussion Paper on Article 82: Implications of the Proposed Framework and Antitrust Rules for Dynamically Competitive Industries", http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=894466, s. 3.

verebilecektir. Dolayısıyla fiyatları düşürdüğü için kısa dönemde yararlı olarak kabul edilebilecek bir müdahale, müdahale edilmemesi halinde gerçekleşecek girişleri engelleyerek ve dinamik etkinsizliğe neden olarak uzun dönemde zararlı sonuçlara yol açabilecektir⁸⁶.

Rekabet otoritelerinin aşırı fiyatlama müdahale alanının daraltılmasına yönelik eğilimin diğer bir nedeni de müdahalede karşılaşılan pratik zorluklardır. Bu zorluklar aşırı fiyatın tespit edilmesi ile yaptırım ve tedbir uygulanması noktasında ortaya çıkmaktadır. Yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı üzere, aşırı fiyatın tespit edilmesi için kullanılan yöntemlerin tümü maliyetlerin hesaplanması, makul kâr marjının ve kıyaslama kriterinin tespiti gibi hususlarda eksiklikler barındırmakta ve ancak gösterge niteliğinde sonuçlar sağlayabilmektedir. Bu durum da rekabet otoritelerinin yanlış karar vermesi riskini doğurmaktadır. İhlal tespit edilen aşırı fiyatlama davaları bakımından alışılmış yaptırım teşebbüslere idari para cezası uygulanması ve fiyatların sömürücü olmayan düzeylere indirilmesine yönelik davranışsal tedbirler uygulanmasıdır. Ancak aşırılığın giderilmesine yönelik olarak davranışsal tedbirlere başvurulması bir nevi teşebbüslerin fiyatlarının rekabet otoriteleri tarafından düzenlenmesi anlamına gelmektedir. Böyle bir düzenleme üç nedenle sorun teşkil etmektedir. Bu nedenlerden ilki, teşebbüslere getirilecek fiyat tavanının belirlenmesinin adil fiyatın tespit edilmesine benzer zorluklar içermesidir⁸⁷. İkincisi, rekabet otoritelerinin fiyat düzenleyici olarak hareket edebilmek ve bunun beraberinde getirdiği sürekli izleme ve uyum gerekliliklerini karşılamak bakımından yeterli olmamasıdır⁸⁸. Son neden ise, fiyat düzenlemesinin teşebbüslerin rekabet etme, yatırım yapma ve ar-ge güdülerini azaltarak nihai olarak tüketici refahına zarar verme riski taşımasıdır⁸⁹.

Aşırı fiyatlama rekabet hukuku çerçevesinde müdahale edilmesinin taşıdığı bu sakıncalar nedeniyle aşırı fiyatlama sadece istisnai koşullarda müdahale edilmesi gerektiği görüşü genel olarak kabul edilmiştir. Ancak bu istisnai koşulların ne olacağına ilişkin akademik tartışmalar halen devam etmektedir. Bazı akademisyenler rekabet hukuku çerçevesinde aşırı fiyatlama müdahale edilmesi bakımından sınırlı bir yaklaşım benimserken, bazıları ise

⁸⁶ Motta ve Streeck, dn. 53, s. 18.

⁸⁷ Green, dn. 67, s. 80-81.

⁸⁸ GUAL, J., M. HELLWIG, A. PERROT, M. POLO, P. REY, K. SCHMIDT, R. STENBACKA (2005), "An Economic Approach to Article 82", *EAGCP Report*.

http://ec.europa.eu/comm/competition/publications/studies/eagcp_july_21_05.pdf s. 11.

⁸⁹ Fletcher ve Jardine, dn. 83, s. 4.

daha müdahaleci bir yaklaşım sergilemektedir⁹⁰. Bununla birlikte, üzerinde uzlaşmaya varılan koşulun yüksek giriş ve büyüme engellerinin varlığı olduğunu söylemek mümkündür. Ortaya konan diğer koşullar ise rekabet hukukunun ne kadar müdahaleci olması gerektiğine yönelik anlayışla paralel olarak değişmektedir. Kanımızca da eğer aşırı fiyat rekabet hukuku düzenlemeleri çerçevesinde yasaklanacaksa uygulayıcılar müdahalenin sınırlarını, müdahaleden kaynaklanan sakıncaları asgari düzeye indirecek şekilde çizmelidir. Bu sınırların çizilmesi bakımından en anlamlı kriterler ise yukarıda açıklandığı üzere pazar koşullarına dayanan kriterler olarak görülmektedir.

2.2. Haksız Sözleşme Koşulları Uygulama

ABİDA'nın 102 (a) maddesi kapsamında yasaklanan bir diğer sömürücü kötüye kullanma davranışı da; hâkim durumdaki bir teşebbüsün, sahip olduğu pazar gücünün avantajını kullanarak pazar gücüne sahip olmaması durumunda uygulayamayacağı⁹¹, bir başka deyişle haksız, sözleşme koşulları uygulamasıdır⁹². Komisyon'un ve mahkemelerin içtihatlarında ya da AB rekabet hukuku literatüründe haksız sözleşme koşullarının neleri kapsayacağına ya da haksız sözleşme koşullarının ne şekilde tespit edileceğine ilişkin bir belirleme yapılmamıştır⁹³. Hâkim durumda bulunan bir teşebbüsün uyguladığı bir ticari koşulun haksız olup olmadığının belirlenmesi de aşırı fiyatın tespitinde yaşanan sorunlara benzer sorunlar barındırmaktadır. Çünkü haksız sözleşme koşullarına ilişkin olarak yapılacak değerlendirme de rekabet otoritesinin rekabetçi bir pazar yapısında söz konusu olabilecek ticari koşulları belirlemesini gerekli kılmaktadır⁹⁴. Bununla birlikte konuyla ilgili Komisyon ve mahkeme kararları sözleşme koşullarının hangi durumlarda haksız olarak nitelendirilebileceği ve 102 (a) çerçevesinde ihlal teşkil edebileceği konusunda yol göstericidir.

1974 tarihli *BRT/SABAM* kararında⁹⁵ ABAD, haksız sözleşme koşullarına ilişkin değerlendirmesini *gereklilik* kavramı üzerine kurmuştur. Belçika'da kurulu bir fikir ve sanat eserleri sahipleri meslek birliği olan SABAM'ın, üyelerine mevcut ve gelecekte doğacak tüm telif haklarını tüm dünyada geçerli olacak biçimde kendisine devretmesi ve bu şekilde devredilen hakların üyenin ayrılmasını izleyen beş yıl boyunca SABAM'ın faydalanmasına

⁹⁰ İstisnai müdahale koşullarına yönelik tartışmalar için bkz. Evans ve Padilla, dn. 79, s. 29; Motta ve Streele, dn. 82, s. 109-112, Motta ve Streele, dn. 53, s. 24; RÖLLER, L.H. (2007), "Exploitative Abuses", *ESMT Business Brief*, No. BB-107-002, s. 11; Paulis, dn. 8, s. 6.

⁹¹ O'Donoghue ve Padilla, dn.10, s. 195.

⁹² Bu kötüye kullanma hali bazı kaynaklarda haksız ticari koşullar uygulanması olarak yer almaktadır. Örneğin bkz. Jones ve Sufirin, dn. 33, s. 604.

⁹³ O'Donoghue ve Padilla, dn.10, s. 195.

⁹⁴ Faull ve Nikpay, dn. 9, s. 193.

⁹⁵ Case 127/73, *Belgische Radio en Televisie v SV SABAM and NV Fonior* [1974] ECR 313.

birakılması yönünde bir yükümlülük getiren koşulların değerlendirildiği kararda ABAD, telif haklarının meslek birliği tarafından sözleşme sonrası dönem için elde tutulmasının muhtemel bir ihlal olduğu yönünde görüş bildirmiştir. ABAD, bu görüşünü koşulların sözleşmenin amacının elde edilmesi için mutlak surette gerekli olmamasına⁹⁶ ve birlik üyesinin kendi telif hakkını kullanma özgürlüğünün haksız olarak sınırlandırılmasına⁹⁷ dayandırmıştır.

Haksız sözleşme koşullarının değerlendirilmesine ilişkin daha detaylı açıklamalar Komisyon'un yine bir fikir ve sanat eserleri sahipleri meslek birliğinin davranışlarını değerlendirdiği *GEMA II* kararında⁹⁸ yer almaktadır. GEMA'nın üyeleriyle yaptığı sözleşmelere, telif haklarının GEMA'ya devri halinde hak sahibinin birlikten ayrılmasını ve GEMA ile ya da benzeri meslek birlikleriyle karşılıklı anlaşmalara giren teşebbüslerle doğrudan ilişkiye girmesini engelleyen hükümler eklemesini incelemiştir. Komisyon, incelenen hükmün telif haklarının korunması bakımından mutlak zorunlu olan sınırları aşip aşmadığını ve bu hükümlerin telif hakkı sahibinin çalışması üzerinde tasarruf etme hakkını olması gerekenden fazla kısıtlayıp kısıtlamadığını değerlendirerek⁹⁹ GEMA'nın davranışını kötüye kullanma olarak görmemiştir. Literatürde bu değerlendirmeler zorunluluk testi (*indispensability test*) ve hakkaniyet testi (*equity test*) olarak anılmaktadır¹⁰⁰.

GEMA II kararında Komisyon'un kullandığı ve zorunluluk ile hakkaniyet kavramlarına dayanan iki aşamalı test haksız sözleşme koşullarının değerlendirilmesinde kullanılacak ana çerçeveyi çizmektedir. Bununla birlikte, zorunluluk ve hakkaniyet kavramlarının ne şekilde kullanılacağı belirsizlik taşımaktadır¹⁰¹.

Haksız sözleşme koşullarına yönelik en dikkat çekici karar ise temyiz aşamasında Genel Mahkeme¹⁰² (*General Court*) tarafından da onanan¹⁰³ Komisyon'un *Tetra Pak II* kararıdır¹⁰⁴. Bu karar hem değerlendirmeye konu olan sözleşme koşullarının sayıca fazlalığı hem de Komisyon'un yaptığı ayrıntılı değerlendirmeler nedeniyle önem taşımaktadır. Karar'da, hâkim durumda

⁹⁶ A.g.k. par. 1.

⁹⁷ A.g.k. par. 15.

⁹⁸ GEMA II, OJ 1982 L 94/12.

⁹⁹ A.g.k. par. 36.

¹⁰⁰ AKMAN, P. (2009), "Exploitative Abuse in Article 82EC: Back to Basics?", CCP Working Paper 09-1, papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1328316, s. 18.

¹⁰¹ O'Donoghue ve Padilla, dn. 10, s. 650.

¹⁰² Lizbon Antlaşması'nın yürürlüğe girmesiyle İlk Derece Mahkemesi (*Court of First Instance*), Genel Mahkeme (*General Court*) adını almıştır.

¹⁰³ Case T-83/91, *Tetra Pak v Commission* [1994] ECR II-755.

¹⁰⁴ *Tetra Pak II*, OJ 1992 L 72/1.

olduğu tespit edilen ve sıvı gıdaların paketlenmesine yönelik karton ambalaj ekipmanı ve sarf malzemeleri üretimi alanında faaliyet gösteren Tetra Pak'ın bu ekipman ve sarf malzemelerinin kiralanmasına, satılmasına ve kullanımına yönelik olarak uyguladığı koşullar değerlendirilmiştir. Tetra Pak'ın sözleşmelerinde yer alan; alıcının herhangi bir modifikasyon yapmasını yasaklamak suretiyle sağlayıcıya makinelerin konfigürasyonu üzerinde mutlak kontrol hakkı veren, makinelerin bakımı, tamiri ve makinelere yedek parça sağlanmasında sağlayıcıya münhasırlık tanıyan, ekipmanın mülkiyetinin ya da kullanım hakkının devrinde sağlayıcının izninin alınmasını zorunlu kılan, üç yıldan dokuz yıla kadar uzayan ve sözleşme hükümlerinin ihlali halinde miktarı sağlayıcının takdirine bağlı kılınan tazminat ödenmesini içeren uzun süreli kiralama zorunlu kılınan koşullar Komisyon tarafından kötüye kullanma olarak değerlendirilmiştir¹⁰⁵. Komisyon değerlendirmesinde; anılan yükümlülüklerin sözleşmenin amacıyla bağlantısı olmamasını, alıcının/kiralayanın mülkiyet ve kullanım hakkını kısıtlamasını, alıcıyı/kiralayanı gereğinden uzun bir dönem boyunca sağlayıcıya bağlı kılmasını gerekçe göstererek sözleşme hükümlerinin haksız ve kötüye kullanma niteliğinde olduğu sonucuna varmıştır.

Tetra Pak II kararı ile, *makul olmak*, haksız sözleşme koşullarının değerlendirilmesine yönelik yeni bir kriter olarak getirilmiştir. Bu kriter çerçevesinde, hâkim durumdaki teşebbüsün, bu teşebbüsün ticari ilişki içinde bulunduğu tarafların ve nihai olarak tüketicilerin çıkarları göz önünde bulundurularak incelenen sözleşme koşullarının makul olup olmadığı sorgulanmıştır. Ancak söz konusu dava bakımından somut olayın koşullarının çok ağır olması ve dışlayıcı nitelik taşıması¹⁰⁶ nedeniyle ihlal açık olduğundan makul olma kriterinin ne şekilde yorumlanması gerektiğine ilişkin ayrıntılı değerlendirmeler yapılmamıştır¹⁰⁷.

Komisyon, daha yakın tarihli *DSD* kararı¹⁰⁸ ile haksız sözleşme koşullarının değerlendirilmesine *oransallık* ilkesini de dâhil etmiştir. 'Green Dot' geri dönüşüm ticari markasının yaratıcısı DSD'nin, bu ticari markanın fiilen kullanılmadığı koşullarda da lisans ücreti talep etmesini değerlendiren Komisyon, gerekçesinde, haksız ticari koşulların "*hâkim durumdaki bir*

¹⁰⁵ Benzer sözleşme koşulları uygulanması, ABAD'ın *Alsatel v SA Novasam* (Case 247/86 [1988] ECR 5987) kararına da konu olmuş ancak Alsatel hâkim durumda bulunmadığı için koşulların haksız olup olmadığına dair ayrıntılı değerlendirmeler yapılmamıştır.

¹⁰⁶ Dışlayıcı nitelik taşıyan haksız sözleşme koşullarının değerlendirildiği kararlar için bkz. Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato, OJ 1998 L 252/47, Case T-139/98 Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato v Commission, [2001] ECR II-3413 (Temyizde karar onanmıştır).

¹⁰⁷ O'Donoghue ve Padilla, dn. 10, s. 652.

¹⁰⁸ DSD (Der Gruene Punkt-Duales System Deutschland AG), OJ 2001 L 166/1.

teşebbüsün oransallık ilkesine uymadığında” ortaya çıktığını vurgulamış¹⁰⁹ ve teşebbüsün bu davranışıyla ilgili pazardaki hâkim durumunu kötüye kullandığı kanaatine ulaşmıştır.

Komisyon ve mahkemelerin yukarıda yer verilen kararlarından hareketle O’Donoghue ve Padilla, haksız sözleşme koşullarının değerlendirilmesi bakımından AB rekabet hukuku uygulamasında benimsenen testi iki aşamalı bir test olarak sistematize etmiştir. Buna göre testin ilk aşamasında koşulların sözleşmenin amacı bakımından merkezi olup olmadığı, ikinci aşamasında ise koşulun sözleşmenin taraflarının görelî çıkarlarını göz önünde bulundurarak orantılı olup olmadığı değerlendirilmektedir¹¹⁰. Yazarlar, koşulların orantılı olup olmadığı değerlendirilmesinde; sözleşmenin amacının, sözleşmenin koşullarının ve sözleşmeyi yapan hâkim durumdaki teşebbüsün bu koşullara yönelik gerekçelerinin dengelenmesinin esas olduğunu vurgulamaktadır. Kısaca, koşulların;

- tüketicinin sömürülmesi dışında yasal amaçları olması,
- bu yasal amaca ulaşılmasını sağlayıcı nitelikte (etkin) olması,
- gerekli olması (sözleşmenin yasaya uygun amacına ulaşmada aynı etkinlikte ve daha az kısıtlayıcı veya daha az sömürücü etkileri olan başka bir alternatif bulunmaması),
- orantılı olması (ticari ilişki içinde bulunulan diğer taraf üzerindeki sömürücü etkisinin, hâkim durumdaki teşebbüsün elde etmek istediği yasaya uygun amaçtan ağır basmaması)

durumunda haksız olarak kabul edilemeyeceği ve davranışın kötüye kullanma teşkil etmeyeceği kabul edilmektedir¹¹¹.

Akman ise, yine Komisyon ve mahkeme içtihatlarından yola çıkarak sözleşme koşullarının haksız olup olmadığının değerlendirilmesinde sözleşme taraflarının çıkarlarının dengelenmesine¹¹² ve sözleşme koşullarıyla müşterilerin hareket özgürlüğünün kısıtlanmamasına¹¹³ vurgu yapmış ve koşulların hâkim durumdaki teşebbüsün keyfi, baskıcı ve tek taraflı davranışlarının yansıması olmasının, şeffaflıktan ve objektiflik uzak olmasının ve hâkim durumdaki teşebbüse geniş takdir yetkisi bırakmasının koşulların haksız bulunmalarının gerekçelerini oluşturabileceğini belirtmiştir¹¹⁴.

¹⁰⁹ A.g.k. par. 112.

¹¹⁰ O’Donoghue ve Padilla, dn.10, s. 654.

¹¹¹ O’Donoghue ve Padilla, dn. 10, s. 654.

¹¹² Akman, dn. 100, s. 18.

¹¹³ Akman, dn. 100, s. 20.

¹¹⁴ Akman, dn. 100, s. 19.

AB içtihatları çerçevesinde haksız sözleşme koşullarının net bir çerçevede tanımlanamamış olması ve tespit edilmesinin bir takım subjektif kriterlere bağlanmış olması, aşırı fiyatlamaya benzer şekilde rekabet hukuku çerçevesinde haksız sözleşme koşullarına müdahale edilmesi noktasında da soru işaretleri doğurmaktadır. Şöyle ki; müdahaleden yana bir yaklaşım haksız kabul edilecek sözleşme koşullarının tespit edilmesi bakımından rekabet otoritelerini rekabetçi pazar koşullarında söz konusu olabilecek sözleşme koşulları hakkında bir öngöründe bulunmak durumunda bırakmaktadır. Bu durum da aşırı fiyatlamada olduğu gibi rekabet otoritelerinin hatalı karar verme riskine yol açmaktadır. Ayrıca haksız sözleşme koşullarının ortadan kaldırılmasına yönelik tedbirler alınması, yine aşırı fiyatlamaya benzer şekilde rekabet otoritelerinin teşebbüslerin pazardaki rekabetçi yapı üzerinde etki doğurmayan davranışları üzerinde düzenleyici rol oynamasını gerektirmektedir. Oysa tüketicilerin teşebbüsler arasında seçim yapabildikleri ve dolayısıyla sözleşme koşulları üzerinde belirleyici olabilecekleri pazarlar bakımından pazarın olağan işleyişi çerçevesinde haksız sözleşme koşullarının uzun süre uygulanması olası görünmemekte, en azından pazarın işleyişinin önünde yapay engeller oluşturulmaması halinde bunların zamanla ortadan kalkacağı düşünülmektedir. Pazara giriş ve büyüme engellerinin olduğu, tekel ya da tekele yakın konumda bulunan teşebbüslerin faaliyet gösterdiği pazarlar bakımından ise tüketicilerin teşebbüsler arasında seçim yapma imkânından, dolayısıyla da sözleşme koşulları üzerinde belirleyici olmalarından bahsedilemeyecektir. Bu nedenle, bu nitelikteki pazarlarda faaliyet gösteren teşebbüsler herhangi bir rekabetçi baskıyla karşı karşıya kalmaksızın, pazar güçlerinin avantajını kullanarak sözleşme koşullarını tek taraflı olarak belirleyebilmektedir. Bu noktada haksız sözleşme koşullarına rekabet hukuku çerçevesinde müdahale sınırının aşırı fiyatlamada olduğu gibi pazar koşullarıyla çizilmesi, tüketicilerin korunmasına yönelik ayrıntılı düzenlemelerin varlığı ve yaygınlaşmasıyla birlikte değerlendirildiğinde¹¹⁵, uygun bir yaklaşım olarak görülmektedir.

2.3. Etkinsizlik

Ekonomi teorisinde ortaya konan iki uç piyasa yapısından biri, bilindiği üzere, tekeldir. Rekabet hukukunda tekele karşı çıkılmasının nedenleri tam rekabetçi

¹¹⁵ O'Donoghue ve Padilla (dn.10, s. 646), AB'de haksız sözleşme koşullarını değerlendiren karar sayısının azlığını, temel olarak: AB üyesi ülkelerin haksız sözleşme koşulları karşısında uygulanacak ve tüketicilerin makul olmayan koşullardan korunmasını amaçlayan sözleşme ve haksız fiil hukuklarının bulunmasına ve AB'de tüketicilere yönelik haksız koşulları önlemeye yönelik çok sayıda kural getirilmiş olmasına bağlamaktadır. Nitekim Türkiye'de de 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun 23.2.1995 tarihinde kabul edilmiş ve 8.3.1995 tarihli ve 22221 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

durumla kıyaslandığında tüketicilerden üreticilere doğru bir refah transferine¹¹⁶ ve dağılım etkinsizliğine¹¹⁷ yol açmasıdır. Pazardaki tüm üretimi gerçekleştiren tekeli teşebbüsler, arz ve talep kanunları vasıtasıyla pazardaki üretim miktarını ya da fiyat düzeyini belirleyici konumdadır. Tekel teorisi çerçevesinde kârını maksimize etmek isteyen tekeli bir teşebbüs bunu sağlamak için ulaşabileceği maksimum üretim düzeyinin altında üretim yapacaktır. Tekeli teşebbüsün bu kâr maksimizasyonu davranışı sonucunda tam rekabetçi denge durumuna kıyasla üretim miktarı azalacak ve fiyatlar artacak; buna paralel olarak da tüketiciler rekabetçi fiyat düzeyinin geçerli olması halinde almaya razı olacakları miktardan daha az ürün alabilecekler ve daha yüksek fiyatlar ödemek durumunda kalacaklardır¹¹⁸.

Tekelin dağılım etkinsizliği yaratmasının haricinde, tekeli teşebbüs kendisini maliyetlerini düşürmeye sevk edecek rekabetçi güçlerle sınırlanmadığından üretim etkinsizliğine neden olması da mümkündür. Literatürde maliyet etkinsizliği (*X-inefficiency*) olarak tanımlanan bu durumda kaynaklar olabileceğinden daha az verimli kullanılmaktadır. Yine rekabetçi baskının olmaması nedeniyle tekeli teşebbüslerin daha iyi ve gelişmiş mal ve hizmetler sunma, dolayısıyla inovasyon güdüsü de olmayacaktır¹¹⁹.

Tekelin etkinsizliğine yönelik bu değerlendirmeler yüksek pazar gücüne sahip teşebbüsler bakımından da geçerlidir. Bu çerçevede AB rekabet hukuku uygulamasında hâkim durumda bulunan teşebbüslerin etkinsizlik doğuran davranışları da pazardaki rekabetçi yapıya zarar vermeseler de kötüye kullanma olarak kabul edilebilmekte ve ABİDA'nın 102 (b) maddesi¹²⁰ çerçevesinde yasaklanabilmektedir¹²¹.

ABAD, bu durumu 1991 tarihli *Port of Genoa* ön kararında¹²² (*preliminary ruling*) açıkça ortaya koymuştur. Bu kararda ABAD, limandaki rıhtım işlerinin yürütülmesinde münhasır hakka sahip olan teşebbüsün modern teknolojiyi kullanmayı reddederek maliyetlerde artışa ve yapılacak işlerin süresinin uzamasına neden olmasının bir kötüye kullanma olabileceğini ifade etmiştir¹²³.

¹¹⁶ Sanlı, dn. 12, s. 86.

¹¹⁷ ÜNSAL, E.M. (1998), *Mikro İktisat*, İkinci Baskı, Kutsan Ofset Matbaacılık, Ankara, s. 368.

¹¹⁸ Whish, dn. 18, s. 5.

¹¹⁹ Whish, dn. 18, s. 5.

¹²⁰ ABİDA'nın 102 (b) maddesinde "Tüketicinin zararına olacak şekilde üretimi, pazarlamayı ya da teknik gelişmeyi kısıtlamak" kötüye kullanma hallerinden biri olarak sayılmaktadır.

¹²¹ Akman, dn. 100, s. 21.

¹²² Case C-179/90 *Merci convenzionali porto di Genova SpA v Siderurgica Gabrielli SpA* [1991] ECR I-5889.

¹²³ A.g.k. par. 19.

Diğer bir ön karar olan *Macrotron* kararında¹²⁴ ise ABAD, yöneticilere yönelik istihdam sağlama faaliyetini tekel olarak yürüten kamuya ait bir istihdam bürosunun sunduğu hizmetlere yönelik talebi karşılayabilecek durumda olmamasını kötüye kullanma olarak değerlendirmiştir¹²⁵. Komisyon'un *British Telecommunications* kararında¹²⁶, hâkim durumdaki teşebbüsün demode olmuş sistemleri kullanmaya devam etmesi, tüketicilerin zararına olacak şekilde teknik gelişmenin kısıtlanması olarak kabul edilmiş ve bunun bir kötüye kullanma olduğu sonucuna varılmıştır¹²⁷.

P&I Clubs kararında¹²⁸ ise Komisyon, deniz sigortası yapan bir teşebbüsün, kendisine yönelik talebin önemli bir kısmını karşılamayan tek seviyeli bir sigorta sunmasını açıkça sömürü yoluyla kötüye kullanma olarak kabul etmiştir¹²⁹. Bu karar, Komisyon'un etkinsizliğe müdahale biçimine ilişkin yaklaşımını sergilemesi bakımından da önem taşımaktadır. Komisyon bu kararında, açıkça, sigortanın kapsamının ne olması gerektiğine karar veremeyeceğini ancak talebin önemli bir kısmının ihtiyaç duyduğu hizmetlerden yoksun kaldığına yönelik açık ve tartışmasız kanıtlar olması halinde müdahale edebileceğini ifade etmiştir¹³⁰.

Hâkim durumdaki teşebbüslerin maliyet etkinsiz çalışmaları, zaman zaman teşebbüslerin aşırı fiyatlama yaptığı iddialarının değerlendirilmesinde de dolaylı olarak ele alınmıştır. Aşırı fiyatlamamanın tespitinde EDT'nin ilk aşamasında teşebbüsün elde ettiği kâr oranının aşırı olmamasına rağmen yapılan fiyat kıyaslaması sonucunda aşırılığa işaret eden bir sonuç elde edilmesi halinde de teşebbüslerin maliyetlerinin yüksekliğinden kaynaklanan bu durum kötüye kullanma olarak kabul edilebilmektedir. Nitekim ABAD, *Lucazeau* kararında karşılaştırmaya konu olan maliyetlerin hâkim durumu nedeniyle üretim maliyetlerini şişirmiş olabilecek incelemeye konu teşebbüsün maliyetleri değil, etkin bir teşebbüsün maliyetleri olacağını belirtmiştir¹³¹. ABAD'ın bu değerlendirmesine karşın Genel Mahkeme, *Industrie des Poudres Sphériques* kararında "...hâkim durumda olsa dahi bir üretici ürünlerini üretim maliyetinin

¹²⁴ Case C-41/90 Klaus Höfner and Fritz Esler v Macrotron GmbH [1991] ECR I-1979.

¹²⁵ A.g.k., par. 31.

¹²⁶ British Telecommunications (IV/29/877) 82/861/EEC [1982] OJ L360/36.

¹²⁷ A.g.k., par. 34.

¹²⁸ P&I Clubs, IGA and P&I Clubs, Pooling Agreement (IV/D-1/30.373 ve IV/D-1/37.143) 1999/329/EC [1999] OJ L 125/12.

¹²⁹ A.g.k. par. 128.

¹³⁰ A.g.k. par. 128.

¹³¹ *Lucazeau*, dn. 66, para. 29.

altında satmaya zorlanamaz.” diyerek maliyet etkinsizliği yaşayan teşebbüslerin fiyatlama davranışlarının değerlendirilmesinde farklı bir tutum benimsemiştir¹³².

Yukarıdaki kararlardan anlaşıldığı üzere, Komisyon’un ve ABAD’ın hâkim durumdaki teşebbüsün rekabetin olmaması nedeniyle sürdürdüğü sakin tekel hayatının (*quiet monopoly life*) ve bundan kaynaklanan üretim etkinsizliğinin rekabet hukuku hükümleri çerçevesinde kötüye kullanma kabul edileceğine¹³³ dair eğilimden bahsetmek mümkündür. Bununla birlikte, ABAD’ın henüz konuyla ilgili nihai karar niteliğinde bir hükmü oluşmamıştır. Bu nedenle pazardaki rekabet yapısı üzerinde herhangi bir etkisi olmayan etkinsizliğin AB rekabet hukuku uygulamasındaki yerine ilişkin kesin bir yorumda bulunmak mümkün değildir.

Ancak, hâkim durumdaki teşebbüslerin etkinsiz çalışmalarına rekabet hukuku çerçevesinde müdahale edilmesinin gerekip gerekmediği tartışmaları bakımından, yukarıda yer verilen diğer sömürücü kötüye kullanmalara yönelik olarak dile getirilen hususlar geçerlidir. Şöyle ki; pazara giriş ve büyüme engellerinin olmadığı ve piyasa mekanizmasının sağlıklı biçimde işleyebildiği pazarlarda etkin olarak faaliyet göstermeyen teşebbüsler piyasada tutunamayacak ve faaliyetlerine son vermek durumunda kalacaklardır, dolayısıyla pazarın kendi kendini düzelten (*self correcting*) niteliğinden bahsetmek mümkündür. Pazara giriş ve büyüme engellerinin olduğu ve tekel ya da tekele yakın konumda bulunan teşebbüslerin faaliyet gösterdiği pazarlar bakımından ise etkinsizliğe rekabet hukuku çerçevesinde müdahale edilmesi rekabet otoritesinin olması gereken maliyet, üretim ve inovasyon düzeylerini takdir etmesini ve etkinsizliğin ortadan kaldırılmasına yönelik tedbirler alınması bakımından teşebbüslerin performans kararlarına müdahale etmesini gerektireceğinden önceki bölümlerde açıklanan sakıncaları barındırmaktadır.

2.4. Ayrımcılık

Hâkim durumda bulunan bir teşebbüsün haklı bir gerekçeye dayanmaksızın eşit işlemlere farklı koşullar uygulaması ya da farklı işlemlere aynı koşulları uygulaması olarak tanımlanan¹³⁴ ayrımcılık, AB rekabet hukuku uygulamasında kötüye kullanma olarak kabul edilen hallerden biridir. Başta fiyat ayrımcılığı¹³⁵

¹³² T-5/97 *Industrie des Poudres Spheriques v. Commission* [2000] ECR II-3755, [2001] 4 CMLR 28, para. 179.

¹³³ Akman, dn. 100, s. 22.

¹³⁴ AKMAN, P. (2006), “To Abuse, or not to Abuse: Discrimination between Consumers”, CCP Working Paper 06-18, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=947573, s. 9.

¹³⁵ GERARD, fiyat kavramının fiyat avantajına çevrilebilecek her türlü unsuru kapsadığını ve fiyat ayrımcılığının geniş bir kapsamda tüm ticari davranışları içerecek şekilde anlaşılması gerektiğini

olmak üzere, ayrımcılık uygulamalarının AB rekabet hukuku kapsamında ele alınmasının arkasında üç temel endişe rol oynamıştır¹³⁶. Bunlar; fiyat ayrımcılığının hâkim durumdaki teşebbüs tarafından fiili ya da potansiyel rakipleri dışlamak amacıyla kullanılması, tek pazar oluşturma hedefine zarar vermesi ve hâkim durumdaki teşebbüsün fiyat ayrımcılığı yoluyla tüketicileri sömürerek tüketici refahını ya da toplam refahı azaltması ihtimalidir¹³⁷. Bu endişelerden hareketle literatürde de ayrımcılık davranışının yöneltildiği tarafın niteliği bakımından; birincil seviye ayrımcılık (*primary line discrimination*) ve ikincil seviye ayrımcılık (*secondary line discrimination*) şeklinde ikili bir sınıflandırmaya gidilmiştir¹³⁸. Birincil seviye ayrımcılık, hâkim durumdaki teşebbüsün rakipleri üzerinde doğrudan etki doğurmada ve dışlayıcı nitelik taşımaktadır. İkincil seviye ayrımcılıkta ise hâkim durumdaki teşebbüsün müşterilerine yönelik ayrımcı uygulamalar söz konusudur¹³⁹. Pazardaki rekabet yapısı üzerinde herhangi bir etkisi olmayan ve sadece hâkim durumdaki teşebbüsün tüketiciler arası farklılıklardan yararlanmak suretiyle kârını artırmayı amaçladığı nihai tüketiciye yöneltilen sömürücü nitelikteki ayrımcılık uygulamalarının ise hangi kapsamda değerlendirileceğine ilişkin net bir belirleme yapılmamıştır. Bununla birlikte, aşağıda ayrıntılı olarak yer verileceği üzere, literatürde sömürücü nitelikteki ayrımcılık uygulamalarının da ikincil seviye ayrımcılık uygulamalarıyla birlikte ABİDA'nın 102 (c) maddesi¹⁴⁰ çerçevesinde ele alınacağına yönelik bir uzlaşma bulunmaktadır. Bu çerçevede bu çalışmanın sınırları bakımından sadece, AB rekabet hukuku uygulamasında ABİDA'nın 102 (c) maddesi çerçevesinde değerlendirilen ayrımcılık uygulamalarına yer verilecek, pazardaki rekabet yapısı üzerinde etkisi olan ve dışlayıcı nitelik taşıyan ayrımcılık uygulamaları kapsam dışında tutulacaktır¹⁴¹.

vurgulanmıştır. (GERARD, D. (2005), "Price Discrimination under Article 82 (2) (C) EC: Clearing up the Ambiguities", GCLC Research Paper, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1113354, s. 3, 16).

¹³⁶ ARMSTRONG, M. (2006), "Price Discrimination", MPRA Paper, No: 4693, http://mpra.ub.uni-muenchen.de/4693/1/MPRA_paper_4693.pdf, s. 1.

¹³⁷ Armstrong, dn. 136, s. 1, 2.

¹³⁸ Jones ve Sufrin, dn. 33, s. 442-443.

¹³⁹ O'Donoghue ve Padilla, dn. 10, s. 552, 553.

¹⁴⁰ ABİDA'nın 102 (c) maddesinde "Ticari taraflar arasında eşit işlemler için farklı koşullar uygulayarak onları rekabetçi açıdan dezavantajlı konuma düşürmek" bir kötüye kullanma hali olarak sayılmıştır.

¹⁴¹ Dışlayıcı nitelik taşıyan ayrımcılık uygulamaları 102. maddenin ikinci fıkrasında ayrı bir bent halinde sayılmamıştır. Bununla birlikte literatürdeki genel kabul dışlayıcı nitelik taşıyan ayrımcılık uygulamalarının tek başlarına değil, başka bir dışlayıcı davranışın bir parçası olarak ortaya çıktığı, dolayısıyla diğer dışlayıcı davranış çerçevesinde ABİDA'nın 102 (b) maddesi çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği yönündedir. (GERADIN, D. ve N. PETIT (2005), "Price Discrimination under EC Competition Law", Pros and Cons of Price Discrimination içinde, Konkurrensvetket, s. 42, 43).

En basit haliyle, “*Hâkim durumda bulunan bir teşebbüsün haklı bir gerekçeye dayanmaksızın eşit işlemlere farklı koşullar uygulaması ya da farklı işlemlere aynı koşulları uygulaması*” şeklinde tanımlanabilen ayrımcılık uygulamalarının tespit edilmesi ve değerlendirilmesi kolay değildir. Çünkü bu tanımdan hareketle ayrımcılık uygulamalarının tespit edilmesi, incelenen işlemlerin hangi koşullar altında eşit ve karşılaştırılabilir işlemler olduğunun tanımlanmasını, bu işlemlere yönelik davranışları farklı kılacak kriterlerin belirlenmesini ve ayrımcı uygulamaları haklı kılacak gerekçelerin ortaya konmasını gerektirmektedir¹⁴². Ancak ne literatürde ne de Komisyon ve mahkeme kararları çerçevesinde ayrımcılığın tanımına ve tespit edilmesine ilişkin sistematik bir çerçeve ortaya konabilmiştir¹⁴³.

ABİDA'nın 102 (c) maddesinin lafzına bakıldığında hâkim durumdaki bir teşebbüsün davranışının kötüye kullanma olarak değerlendirilebilmesi için üç koşulun kümülatif olarak arandığı düşünülmektedir. Bunlar; ayrımcılığın hâkim durumdaki teşebbüsün ticari ilişkide bulunduğu taraflara (*trading partner*) yönelik olması, hâkim durumdaki teşebbüsle ticari ilişki içinde bulunan bu tarafların birbirleriyle rekabet halinde bulunması ve hâkim durumdaki teşebbüsün uyguladığı ayrımcı davranış sonucunda birbiriyle rekabet halinde olan bu taraflardan birinin ya da birkaçının diğerleri karşısında rekabetçi açıdan dezavantajlı duruma düşmesidir¹⁴⁴.

102 (c) çerçevesinde aranan bu koşulların katı bir biçimde uygulandığı varsayımında doğrudan tüketicilere yöneltilen ve onların ödeme istekliliklerindeki farklılıklardan yararlanarak kâr maksimizasyonu sağlamayı amaçlayan, pazardaki rekabet yapısı üzerinde herhangi bir etkisi olmayan, bir başka deyişle salt sömürücü nitelikteki ayrımcılık uygulamalarının 102. madde kapsamında bir kötüye kullanma olarak değerlendirilmeyeceği düşünülebilir.

Oysa Komisyon ve mahkemeler bu şartları 102. maddenin ikinci fıkrasında sayılan hallerin sınırlı sayıda olmamasına dayanarak¹⁴⁵ katı bir biçimde uygulamamakta ve nihai tüketicilere yönelik ayrımcılık uygulamalarının da 102 (c) kapsamında ihlal teşkil edebileceğinin ipuçlarını vermektedir. Örneğin *United Brands* kararında farklı üye ülkelerde bulunan dağıtıcıların birbiriyle rekabet halinde olmamasına rağmen ABAD, konuyu 102 (c) kapsamında değerlendirerek ayrımcılığa maruz kalan tarafların birbirleriyle rekabet halinde olması gerekliliğini göz ardı etmiştir. Benzer bir yaklaşım

¹⁴² Akman, dn. 134, s. 5.

¹⁴³ Akman, dn. 134, s. 9.

¹⁴⁴ PERROT, A. (2005), “Towards an Effects-based Approach of Price Discrimination”, Pros and Cons of Price Discrimination içinde, Konkurrensverket, s. 165.

¹⁴⁵ Akman, dn. 134, s. 21.

birbiriyle rekabet halinde olmayan uluslararası nakliye hatlarına karşı uygulanan ayrımcı davranışın 102 (c) kapsamında incelendiği *Corsica Ferries I* kararında¹⁴⁶ da uygulanmıştır. Komisyon'un *1998 Football World Cup*¹⁴⁷ ve *Deutsche Post* kararlarında¹⁴⁸ ise ayrımcılık sonucu rekabetçi zarar ortaya çıkması gerekliliği açıkça değerlendirme dışı bırakılmış ve nihai tüketicilere karşı uygulanan ayrımcılığın da 102 (c) kapsamında bir kötüye kullanma teşkil edeceği ortaya konmuştur.

Bu değerlendirme, Komisyon'un *BdKEP-Restrictions on Mail Preparation* kararında¹⁴⁹ yer alan "çok sayıda emsal karar göstermektedir ki Komisyon ve mahkemeler bu hükmü aynı pazarda faaliyet göstermeyen müşteriler arasında yapılan sömürücü ayrımcılık için hâkim durumdaki teşebbüsleri sorumlu tutacak şekilde geniş yorumlamıştır."¹⁵⁰ değerlendirmesiyle uygulamacı otorite tarafından da açıkça kabul edilmiş ve tüketicilere yönelik ayrımcılık uygulamalarının da 102. madde çerçevesinde ele alınacağına yönelik tereddütler büyük ölçüde giderilmiştir.

Ancak uygulamada Komisyon ve mahkemeler sömürücü bir uygulama olarak ayrımcılıkla neredeyse hiç ilgilenmemişlerdir¹⁵¹. Nitekim Komisyon'un ya da mahkemelerin önüne giden ayrımcılık iddialarının hiç biri gerçek anlamda sömürücü nitelikte ayrımcılık değildir¹⁵². Komisyon'un ve mahkemelerin pek çok kararında¹⁵³ milliyet temeline dayalı bir ayrımcılık ya da yerel faaliyetleri uluslararası faaliyetler ya da yerel olmayan faaliyetler karşısında kayırmaya yönelik eylemler söz konusudur¹⁵⁴. Literatürde, Komisyon'un ve mahkemelerin milliyet unsuruna dayalı olarak gerçekleştirilen bu davranışları rekabet hukuku kapsamında değerlendirmesi eleştirilmekte ve bu davranışların teşebbüslerin değil üye ülkelerin sorumluluğunda olduğundan hareketle ABİDA'nın mal ve hizmetlerin serbest dolaşımına ilişkin hükümleri çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği belirtilmektedir¹⁵⁵.

¹⁴⁶ *Corsica Ferries Italia Srl v. Corporazione dei Piloti del Porto di Genova (Corsica Ferries)*, Case C-18/93, [1994] ECR I-1783.

¹⁴⁷ *1998 Football World Cup*, Case No IV/36/388) (2001/12/EC) [2000] OJ L5/55

¹⁴⁸ *Deutsche Post*, dn. 70.

¹⁴⁹ *BdKEP-Restrictions on Mail Preparation* (Case COMP/38.745) 20.10.2004.

¹⁵⁰ *BdKEP-Restrictions on Mail Preparation*, dn. 149, par. 95.

¹⁵¹ *Armstrong*, dn. 136, s. 1.

¹⁵² *Geradin ve Petit*, dn. 141, s. 53.

¹⁵³ *Corsica Ferries*, dn.146; *Brussels National Airport* 95/364 28.6.1995, OJ L 216 12.11.1995 p.8-14; *Portuguese Airports* 1999/199 10.2.1999, OJ L69 16.3.1999 p.31-39; *Alpha Flight Services/Aéroports de Paris* 98/153 11.6.1998, OJ L 230 18.8.1998 p.10-27

¹⁵⁴ *Geradin ve Petit*, dn. 141, s. 44.

¹⁵⁵ *Gerard*, dn. 135, s. 4.

102 (c) çerçevesinde alınan kararların bir kısmı ise, farklı coğrafi bölgelerde aynı mal ve hizmetler için farklı fiyatlar uygulanması olarak tanımlanan¹⁵⁶ coğrafi fiyat ayrımcılığı iddialarını değerlendiren kararlardır¹⁵⁷. Sadece bir rekabet hukuku problemi olmayan ve pazar bütünleşmesi amacına aykırılık taşıyan bu uygulamanın¹⁵⁸, ABİDA'nın 102. maddesi kapsamında kötüye kullanma olarak değerlendirilmesi Komisyon'un ve mahkemelerin pazarın ulusal sınırlara bölünmesini önleme güdülerine bağlanmıştır¹⁵⁹. Ancak Komisyon'un ve mahkemelerin coğrafi fiyat farklılaştırmasını rekabet ihlali olarak kabul etmek yönündeki bu yaklaşımı ortak pazar yaratma amacına aykırı görülmekte ve eleştirilmektedir. Bu eleştirilerin arkasındaki gerekçe, üye ülkeler arası fiyat farklılıklarının topluluk çerçevesinde paralel ticaretin ortaya çıkmasına yol açacağı, böylece üye ülkelerde uygulanan fiyatların düşük olan fiyat seviyesine yaklaşarak eşitleneceği, bir başka deyişle piyasa mekanizmasının fiyat farklılıklarını ortadan kaldırmada yeterli olacaktır. Bu anlayış çerçevesinde rekabet otoritelerine biçilen rol, fiyat farklılıklarının varlığıyla ilgilenmek değil, paralel ticaret yoluyla ülke dışından gelen rekabetin, firmaların yapay ticaret engelleri oluşturması suretiyle engellenmemesini sağlamaktır¹⁶⁰.

Saf sömürücü nitelikteki ayrımcılık uygulamaları AB rekabet hukuku uygulamasında herhangi bir karara konu olmamış olmakla birlikte, Komisyon'un ve mahkemelerin yorumları çerçevesinde doğrudan tüketicilere yönelen sömürücü nitelikteki ayrımcılık uygulamalarının ABİDA'nın 102. maddesi çerçevesinde kötüye kullanma sayılabileceği açıktır. Ancak, tüketicilere karşı yapılan ayrımcılığın kötüye kullanma kabul edilmesi, hükmün kapsamını genişletmekte ve hâkim durumdaki teşebbüslerin yükümlülüklerini tüketicilerle olan ilişkilerinde de ayrımcı uygulamalardan kaçınmak yönünde artırmaktadır¹⁶¹. Tüketicilere yönelik ayrımcılığı kötüye kullanma kabul eden bu yaklaşım, teşebbüslerin kararlarına aşırı müdahale edilmesi riskini taşımasının yanı sıra, hâkim durumdaki teşebbüslerin sözleşme özgürlüğünü büyük ölçüde sınırlamakta ve özel sorumluluklarını genişletmektedir¹⁶². Bu yaklaşımın benimsenmesi halinde, teşebbüslere yönelik sonuçlarının yanı sıra rekabet hukuku uygulamasıyla ilgili sonuçlar da doğacaktır. Şöyle ki; pek çok sektör bakımından yaygın olan ayrımcılık uygulamalarının kötüye kullanma olarak kabul edilmesi, ayrımcılığa maruz kaldıklarını iddia eden pek çok tüketicinin

¹⁵⁶ Jones ve Sufirin, dn. 33, s. 597.

¹⁵⁷ *United Brands*, dn.27; *Tetra Pak II*, dn. 104; *Irish Sugar*, [1997] OJ L258/1, [1997] 5 CMLR 666.

¹⁵⁸ Jones ve Sufirin, dn. 33, s. 597.

¹⁵⁹ Faull ve Nikpay, dn. 9, s. 196.

¹⁶⁰ Geradin ve Petit, dn. 141, s. 59.

¹⁶¹ Akman, dn. 134, s. 3.

¹⁶² Akman, dn. 134, s. 4.

hâkim durumdaki teşebbüs aleyhine yasal yollara başvurmasına neden olacaktır. Bu durum da 102. maddenin kamu hukuku ve özellikle de özel hukuk uygulamasını genişletecek kapsamlı sonuçlar doğuracaktır. Ayrıca, ayrımcılığa ilişkin hükmün tüketiciler bakımından uygulanması daha karmaşık ve zordur. Çünkü rekabet otoritesi ayrımcılıktan fayda gören ve zarara uğrayan tüketici gruplarının çıkarları arasında bir tercih yapmak zorunda kalacak, dolayısıyla bu yaklaşım etkinlik ve adalet arasında bir çatışma meydana getirecektir¹⁶³.

Tüketicilere yönelik ayrımcılığın kötüye kullanma kabul edilmesine yönelik yukarıda açıklanan uygulamaya dönük endişelerin yanı sıra, ayrımcılık uygulamalarının toplam refah ve etkinlik üzerindeki olumlu etkileri de ayrımcılığı yasaklayan 102. madde hükmünün kapsayıcı biçimde uygulanması yönünde çekinceler doğurmaktadır. Öncelikle, fiyat ayrımcılığı ilgili varlıkların kullanımını ve dolayısıyla üretim düzeyini maksimize etmeye yönelik olduğundan çoğunlukla rekabetçi etkiler doğurmaktadır. Bununla birlikte, daha yüksek düzeyde tek fiyat uygulandığında mal ve hizmet satın alamayacak konumdaki pek çok tüketicinin söz konusu mal ve hizmetlere erişimini sağlayarak çoğu durumda da net bir tüketici yararı ortaya çıkarmaktadır¹⁶⁴. Fiyat ayrımcılığının, tek tip fiyatlama olduğunda dışlanan tüketicilere hizmet edilmesini sağlayacak şekilde üretim düzeyini artırması halinde, bu aksi takdirde hayata geçirilemeyecek yatırım projelerinin hayata geçirilmesini sağlayacak kârlılığı tetikleyebilecek ve ayrımcılıktan sağlanan kazançlar teşebbüsleri daha çok yatırım yapmaya teşvik edebilecektir¹⁶⁵.

Bütün bu etkilerin bir arada analiz edilmesiyle, fiyat ayrımcılığının genellikle üretim düzeyinde artışa neden olarak toplam refahı ve tüketici refahını önemli ölçüde artırdığı sonucuna ulaşılmaktadır¹⁶⁶. Kanımızca, rekabet hukukunun amacına hizmet edecek böyle bir uygulamanın, şekilci bir yaklaşımla kötüye kullanma olarak değerlendirilerek yasaklanması uygun olmayacaktır. Bu çerçevede ayrımcılığın hangi koşullar altında kötüye kullanma olarak kabul edileceği netleştirilmeli ve teşebbüslerin ayrımcı uygulamalarına müdahale alanı mümkün olduğunca sınırlandırılmalıdır.

Nitekim literatürde de, özellikle 102. maddenin uygulanmasında benimsenen etki temelli yaklaşımın (*effects-based approach*) etkisiyle, bu görüş ağırlık kazanmıştır. Bu çerçevede, rekabet hukukunun sadece tüketici refahına zararı olan ayrımcılığı yasaklaması gerektiği ve refah artırıcı ayrımcılığı

¹⁶³ Akman, dn. 134, s. 4-5.

¹⁶⁴ O'Donoghue ve Padilla, dn. 10, s. 574, 575.

¹⁶⁵ GEHRIG, T.P. ve R. STENBACKA (2005), "Price Discrimination, Competition and Antitrust", Pros and Cons of Price Discrimination içinde, Konkurrensverket, s.134.

¹⁶⁶ Akman, dn. 134, s. 30.

engellememesi gerektiği anlayışı hâkimdir¹⁶⁷. Bu anlayış çerçevesinde, teşebbüsün ayrımcılık uygulamakta kârını maksimize etmek dışında bir amacının olmaması ve ayrımcılığın tek tip fiyatlamaya kıyasla tüketici refahında azalmaya yol açmaması ve herhangi bir dışlayıcı etki yaratmaması hallerinde ayrımcılık kötüye kullanma olarak kabul edilmemelidir¹⁶⁸.

Ancak bu yaklaşım ayrımcılık sonucunda tek tip fiyatlama durumundan fazla fiyatlar ödemek durumunda kalan tüketiciler ile fiyat ayrımcılığı sonucu tek tip fiyatlama durumuna kıyasla daha düşük bir bedel ödeyen ve bu sayede daha önce erişemediği mal ve hizmetlere erişebilen tüketiciler arasındaki ödünleşimi (*trade off*) göz ardı etmektedir. Oysa literatürde, bazı tüketicilerin zararına olan fakat toplamda tüketici refahını artıran bir davranışın yaptırımı tabi tutulmaması gerektiği anlayışından hareketle zarara uğrayan tüketiciler bakımından gerekli korumanın düzenlemeyle sağlanması gerektiği yaklaşımı benimsenmiştir. Bununla birlikte, ayrımcılığın bazı tüketicilerin sömürülmesine yol açması ve toplamda tüm tüketicilere bunu telafi edecek bir fayda sağlamaması halinin kötüye kullanma olarak değerlendirilebileceği kabul edilmekte fakat pazardaki rekabet yapısı üzerinde herhangi bir etki doğurmayan bu duruma tüketicinin korunması hukuku ya da düzenleme yerine rekabet hukuku çerçevesinde müdahale edilmesi gereken bir durum olup olmadığına ilişkin tartışmalar devam etmektedir¹⁶⁹.

Kanımızca toplam refahta bir artışa yol açmayan sömürücü nitelikteki ayrımcılığın rekabet hukuku çerçevesinde ele alınmasında da pazar koşulları bakımından yapılacak bir ayırım yerinde olacaktır. Bu çerçevede rekabet hukukunun müdahale alanı, diğer sömürücü kötüye kullanmalara paralel biçimde, pazara giriş ve büyüme engellerinin olduğu ve dolayısıyla pazarın kendi kendini düzeltemediği durumlar ile sınırlı tutulmalıdır.

2.5. Sömürücü Kötüye Kullanmalara İlişkin Genel Değerlendirme

Yukarıda detaylı olarak yer verildiği üzere, AB rekabet hukuku uygulamasında ABİDA'nın hâkim durumun kötüye kullanılmasını yasaklayan 102. maddesi hâkim durumdaki teşebbüslerin pazardaki rekabet yapısı üzerinde etki doğurmayan sömürücü nitelikteki davranışlarını da yasaklar şeklinde yorumlanmıştır. Bununla birlikte, teşebbüslerin sömürücü nitelikteki davranışları, çoğu aşırı fiyatlamasının ele alındığı kararlar olmak üzere, sınırlı sayıda Komisyon ve mahkeme kararına konu olmuştur. Bu, Komisyon'un ve

¹⁶⁷ Akman, dn. 134, s. 39.

¹⁶⁸ Akman, dn. 134, s. 41.

¹⁶⁹ Akman, dn. 134, s. 42.

mahkemelerin sömürücü kötüye kullanmalara müdahale bakımından çekingen bir tavır izlediğinin göstergesidir.

Sömürücü kötüye kullanmalara rekabet hukuku çerçevesinde müdahale edilmesine yönelik çekingen tavrın arkasında yatan temel sebepler; aşırı fiyatlama başlığı altında ayrıntılı olarak incelendiği üzere, pazara giriş ve büyüme engellerinin olmadığı pazarlar bakımından, pazarın kendi kendini düzelteceği ve pazarın işleyişine müdahale edilmesi halinde kısa vadede yararlı sonuçlar doğuran bu müdahalenin orta ve uzun vadede pazarın yoğunlaşmış yapısının sürdürülmesine ve dinamik etkinsizliğe yol açarak zararlı sonuçlar doğurabileceğidir. Ayrıca, sömürücü kötüye kullanmaların tespiti bakımından objektif ve net kriterler ortaya konamaması nedeniyle rekabet otoritelerinin hatalı karar verme riskiyle karşı karşıya olması ve sömürücü kötüye kullanmaların ortadan kaldırılmasına ilişkin olarak sağlıklı ve sürdürülebilir tedbirler alınması noktasında yetersiz olması da bu çekingenliğin başka bir nedenidir.

Literatürde de kabul gören bu sakıncalar nedeniyle sömürücü kötüye kullanmalara rekabet hukuku çerçevesinde müdahale alanının daraltılması yönünde bir yaklaşım benimsenmiştir. Müdahale sınırlarının nerede çizileceğine yönelik farklı görüşler olmakla birlikte, müdahalenin giriş ve büyüme engellerinin bulunduğu, dolayısıyla tekel ya da tekele yakın konumda bulunan teşebbüslerin faaliyet gösterdiği pazarlarla sınırlı tutulması gerektiği konusunda bir uzlaşma sağlandığından söz edilebilecektir. Nitekim AB rekabet hukuku içtihatları incelendiğinde sömürücü kötüye kullanmaların yasaklanması bakımından büyük ölçüde bu çerçevede hareket edildiği görülmektedir.

Sömürücü kötüye kullanmalara hangi durumlarda rekabet hukuku çerçevesinde müdahale edilmesi gerektiğine yönelik sınırlar belirlendikten sonra, cevaplanması gereken bir diğer soru müdahalenin ne şekilde yapılması gerektiğidir. Sömürücü kötüye kullanmaların objektif bir biçimde tespit edilemeyecek olması ve rekabet otoritesi tarafından sürekli biçimde ortadan kaldırılamayacak olması nedeniyle, rekabet otoritesi yaptırım ve davranışsal tedbirler uygulama biçiminde bir müdahaleden kaçınmalı bunun yerine odağını sömürücü kötüye kullanmalara olanak sağlayan pazar koşullarına çevirmelidir. Bu noktada rekabet otoritelerinin üzerine düşen, ortadan kaldırılabilir nitelikte giriş ve büyüme engelleri bulunan pazarlar bakımından, bu engelleri ortadan kaldırmaya yönelik girişimlerde bulunmaktır. Bu engeller hâkim durumda bulunan teşebbüsün dışlayıcı davranışlarından kaynaklanan engeller ise kaldırılmalarına yönelik girişimler rekabet hukuku çerçevesinde, yasal düzenlemelerden kaynaklanan engeller ise rekabet savunuculuğu çerçevesinde olacaktır. Pazara giriş engellerinin pazarın doğal tekel niteliğinden

kaynaklanması durumunda ise rekabet otoritesinin çabalarıyla ortadan kaldırılmaları mümkün olamayacaktır. Doğal tekel olan pazarlar bakımından sömürücü kötüye kullanmaların kalıcı biçimde önlenmesi ancak o pazara ilişkin bir düzenleme yapılmasıyla mümkün olacaktır. Bu noktada rekabet otoritesinin, düzenlemeye tabi kılınmamış doğal tekel niteliğindeki bir pazarda ortaya çıkan sömürücü bir kötüye kullanma bakımından alacağı tedbir rekabet savunuculuğu çerçevesinde pazarın düzenlemeye tabi kılınmasına yönelik girişimlerde bulunmak olmalıdır.

3. TÜRK REKABET HUKUKUNDA SÖMÜRÜCÜ KÖTÜYE KULLANMALAR

3.1. 4054 sayılı Kanun Çerçevesinde Sömürücü Kötüye Kullanmalar

1994 yılında yürürlüğe giren ve mehzaz mevzuat olarak büyük ölçüde ABİDA'nın rekabete ilişkin hükümlerini esas alan 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un (Kanun) 6. maddesi, ABİDA'nın 102. maddesine paralel şekilde hâkim durumun kötüye kullanılmasını yasaklamaktadır. İlk fıkrasında genel bir yasaklama hükmüne yer verilen maddenin ikinci fıkrasında kötüye kullanma teşkil edebilecek haller örnek olarak sayılmıştır. Bu noktada dikkat çeken en önemli husus, ABİDA'nın 102. maddesinden farklı olarak, Kanun'un 6. maddesinde sayılan örnekler arasında sömürücü kötüye kullanmaların önemli kısmının değerlendirilmesine esas oluşturan "*haksız alım ve satış fiyatları uygulamak veya haksız ticari koşullar öne sürmek*" hükmünün yer almıyor olmasıdır. Bu durum, özellikle aşırı fiyatlama özelinde, sömürücü kötüye kullanmaların Kanun'un 6. maddesi çerçevesinde kötüye kullanma olup olmayacağına yönelik akademik tartışmalara neden olmuştur. Ancak aşırı fiyatlamının Kanun kapsamında kötüye kullanma olarak değerlendirilmesi gerektiğine ve Kanun'un düzenlenişi bakımından da bunun önünde bir engel olmadığına yönelik bir görüş birliğinden söz etmek mümkündür¹⁷⁰. Kanımızca aşırı fiyatlama bakımından yapılan tartışmalar ve varılan sonuçlar diğer kötüye kullanmalar bakımından da geçerli kabul edilmelidir. Nitekim Rekabet Kurulu (Kurul) da, 2001 tarihli bir kararında¹⁷¹ uygulamada Kanun'da öngörülenlerden başka bir takım kötüye kullanma hallerinin benimsenebileceğinden hareketle,

¹⁷⁰ AŞÇIOĞLU ÖZ, G. (2000), Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması, Rekabet Kurumu Lisans Üstü Tez Serisi, No: 4, Rekabet Kurumu, Ankara, s. 171; SANLI, K.C. (2000a), Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun'da Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği, Rekabet Kurumu Lisans Üstü Tez Serisi, No:3, Rekabet Kurumu, Ankara, s. 273, 274; ASLAN, Y. (2007), Rekabet Hukuku Teori, Uygulama ve Mevzuat, Dördüncü Baskı, Ekin Kitabevi, Bursa, s. 507.

¹⁷¹ 6.4.2001 tarihli ve 01-17/150-39 sayılı *Belko* kararı (soruşturma). Danıştay'ın bozma kararı üzerine 8.7.2009 tarih ve 09-32/703-161 sayı ile tekrar alınmıştır.

...Rekabet Kurumu, gerek sömürücü gerekse dışlayıcı sonuçlar doğursun hakim durumdaki teşebbüslerin bu tür uygulamaları karşısında önlem alma zorunluluğunda olan yegane Kurum olarak karşımıza çıkmaktadır.

değerlendirmesini yaparak sömürücü kötüye kullanmaların Kanun kapsamında kötüye kullanma olarak kabul edileceğini açıkça ortaya koymuştur.

Aşağıda sömürücü kötüye kullanma türleri itibarıyla Kurul kararları incelenecek ve Kurul'un sömürücü kötüye kullanmalara müdahaleye ilişkin politikası ortaya konmaya çalışılacaktır. Sömürücü kötüye kullanmaları ele alan Kurul içtihadı da AB'ye benzer biçimde aşırı fiyatlama üzerinde yoğunlaşmıştır. Bu nedenle yine en kapsamlı değerlendirmeler aşırı fiyatlama özelinde yapılmış, diğer kötüye kullanmalara ancak sınırlı sayıda Kurul kararı çerçevesinde yer verilmiştir.

3.2. Aşırı Fiyatlama

Kurul'un 13 yıllık uygulaması incelendiğinde, aşırı fiyatlamının ihlal olarak değerlendirilerek hakkında soruşturma yürütülen teşebbüse idari para cezası uygulanan tek kararın *BELKO* kararı¹⁷² olduğu göze çarpmaktadır. *BELKO* kararı aşırı fiyatlamının 4054 sayılı Kanun çerçevesindeki yerine, tespitine ve önlenmesine yönelik olarak Kurul yaklaşımını ortaya koyan çok temel unsurlar barındırmaktadır. Yasal düzenlemeler sonucunda, Ankara ilinde kömür ithalatı ve satışı hakkını münhasıran elinde bulunduran bir belediye teşebbüsü olan *BELKO*'nun Ankara ısınma amaçlı kömür pazarındaki hâkim durumunu aşırı fiyat uygulayarak kötüye kullandığı iddiasının değerlendirildiği kararda, neden olduğu sosyal maliyetin önlenmesi amacıyla, aşırı fiyatlamının 4054 sayılı Kanun çerçevesinde ele alınması gereken bir kötüye kullanma hali olduğu açıkça dile getirilmiştir¹⁷³. Bununla birlikte, Kurul, pazarın özelliklerini bütünüyle göz ardı etmemiş ve kötüye kullanma değerlendirmesi yaparken; *BELKO*'nun yasal olarak sağlanmış bir tekel hakkı olmasına, pazarın yeni girişlere mutlak olarak kapalı olmasına ve fiyatlama konusunda olası istismaların önüne geçmek için gerekli yasal düzenlemelerin yapılmamış olmasına vurgu yapmıştır. Kurul'un pazarın yapısına ilişkin bu değerlendirmelerinin ışığında, aşırı fiyata müdahale etmek için pazarın yasal ya da doğal bir tekel niteliği taşımasını ve fiyat düzenlemesine tabi tutulmamış olmasını aradığını söylemek mümkündür.

¹⁷² *BELKO*, dn. 171.

¹⁷³ Kurul, daha önce, 3.3.1999 tarihli ve 99-12/89-31 sayılı *HAVAŞ-1* ve 23.11.2000 tarihli ve 00-46/488-266 sayılı *MS Corp.* kararlarında (öneraştırma) nedenlerine ilişkin tartışmalara yer vermeksizin, Kanun'un 6. maddesinin, hâkim durumda olan teşebbüslerin aşırı fiyat uygulamalarını yasakladığı yorumunu yapmıştır.

BELKO kararında aşırı fiyatın tespit yöntemine ilişkin olarak da önemli açıklamalar vardır. Kurul aşırı fiyatın tespitinde ABAD'a benzer şekilde ürünün/hizmetin ekonomik değerini esas almakla birlikte, ABAD'dan farklı olarak, önceliği fiyat kıyaslamasına vermiş ve fiyat-maliyet karşılaştırmasına ancak maliyetlerin kesin olarak belirlenebilmesi halinde başvurulması gerektiğini ifade etmiştir¹⁷⁴. Nitekim söz konusu kararda da Kurul, değerlendirmesinde öncelikle *BELKO*'nun uyguladığı fiyatlar ile rekabete açık diğer coğrafi pazarlarda faaliyet gösteren teşebbüslerin fiyatlarını karşılaştırarak *BELKO*'nun fiyatlarının diğer teşebbüslerin fiyatlarından %50-60 oranında yüksek olduğunu tespit etmiştir. Analizin ikinci aşamasında ise teşebbüsün maliyetlerine yönelik derinlemesine bir mali analiz gerçekleştirmiştir. Bu analiz sonucunda, teşebbüsün cüzi bir kâr payı ile çalışmakta olduğu hatta bazı dönemlerde zarar ettiği tespit edilmiştir. Ancak Kurul, hâkim durumdaki teşebbüsün aşırı kâr elde etmesi sonucunu doğurmasa dahi gerçek veya fiktif maliyetlerin aşırı olması nedeniyle ortaya çıkan aşırı fiyatlamayı bir kötüye kullanma kabul ederek, *BELKO*'nun ilgili pazarda “*tekel imtiyazının verdiği rahatlıkla kömür alımında ve sonrasında oluşan maliyetlerin olması gerekenden yüksek seviyelerde gerçekleşmesine neden olmak ve buna bağlı olarak aşırı yüksek fiyat uygulamak suretiyle*” Kanun'un 6. maddesini ihlal ettiğine karar vermiştir.

Bu karar ile Kurul'un tavrını sergilediği konulardan biri de aşırı fiyatlamamanın önlenmesi ve aşırı fiyatlamaya yönelik tedbir alınmasıdır. Kurul, “...*fiyat seviyeleriyle ilgili olarak varılacak sonuçlar, fiyatların ne seviyede belirlenmesine hükmedilmesi değil, ne seviyelerde olmaması gerektiği şeklinde olacaktır.*” anlayışından hareketle Kanun'un 9/1. maddesi uyarınca *BELKO*'ya “*kömür satış fiyatlarının, rekabetçi piyasalardaki fiyatlar ile kıyaslanabilir makul seviyelere indirilmesi gerektiğinin*” bildirilmesine karar vermiş ancak bunun için herhangi bir izleme mekanizması öngörmemiştir. Ayrıca, Kurul'un, kararında sıklıkla vurguladığı pazar yapısına yönelik hassasiyeti, kararın sonuç kısmına da taşınmış ve rekabet savunuculuğu çerçevesinde pazarın rekabete açılmasının önündeki engellerin kaldırılması amacıyla ilgili kamu kurumlarına “*ilgili pazardaki rekabet ortamının nasıl tesis edileceğine dair Kurul görüş ve*

¹⁷⁴ Bununla birlikte Kurul'un aşırı fiyatlamaya ilişkin çok sayıda kararında fiyat-maliyet karşılaştırmasına başvurduğu görülmektedir. Ancak maliyet hesaplaması noktasında tutarlı bir yöntem benimsendiğini söylemek mümkün değildir. Ayrıntılar için bkz. 13.3.2001 tarihli ve 01-12/114-29 sayılı *ASKİ-1* kararı (ilk inceleme), *BELKO* kararı (dn.171), 30.4.2002 tarihli ve 02-26/262-102 sayılı *TEDAŞ* kararı (önaraştırma), 25.3.2004 tarihli ve 04-22/233-49 sayılı *Ege Liman İşletmeleri* kararı (önaraştırma), 14.2.2008 tarihli ve 08-15/146-49 sayılı *Bereket Jeotermal* kararı (önaraştırma), 15.7.2009 tarihli ve 09-33/739-176 sayılı *İzmir Jeotermal* kararı (önaraştırma).

önerilerinin bildirilmesine” karar verilmiştir. Kurul’un bu yaklaşımını fiyat düzenlemesinden kaçındığı ve aşırı fiyatlandırma davranışının ortaya çıkmasına olanak sağlayan pazar yapısının ortadan kaldırılmasına öncelik verdiği şeklinde yorumlamak mümkündür.

BELKO kararında Kurul, aşırı fiyatlandırmanın bir kötüye kullanma olarak kabul edilebilmesi için doğal ya da yasal tekel niteliğinde fiyat düzenlemesine tabi kılınmamış bir pazarda ortaya çıkması gerektiğini öncelikli olarak dile getirmiştir. Nitekim sonraki tarihli Kurul kararlarında da pazarın yapısına yönelik bu yaklaşım gözetilmiştir. Örneğin, *Çimento* kararında¹⁷⁵, Kurul, bazı çimento sağlayıcısı teşebbüslerin tanımlanan ilgili pazarda hâkim durumda olduklarını tespit etmekle birlikte, isabetli şekilde, pazarın yasal ya da doğal tekel niteliği taşımasından dolayı bu teşebbüslerin yüksek fiyatlandırma davranışının hâkim durumun kötüye kullanılması olarak değerlendirilemeyeceği sonucuna varmıştır. Bununla birlikte, yakın tarihli bazı kararlarında¹⁷⁶ Kurul, ilgili pazarın yapısını göz ardı ederek tekel niteliği taşımayan bazı pazarlarda faaliyet gösteren teşebbüsler bakımından aşırı fiyatlandırma değerlendirmesi yapmıştır.

Pazarın yapısına ilişkin diğer bir önemli nokta da, tekel niteliği gösteren pazarların fiyat düzenlemesine tabi tutulmamış olmasının aranmasıdır. *BELKO* kararından sonra alınan kararlara bakıldığında, Kurul’un düzenlenen pazarlardaki aşırı fiyatlandırma davranışlarına müdahale etmediği görülmektedir. Ancak Kurul’un bazı kararlarda¹⁷⁷, pazarın fiyat düzenlemesine tabi tutulduğu gerekçesiyle fiyata yönelik herhangi bir inceleme yapmaksızın başvuruyu reddettiği, bazı kararlarında¹⁷⁸ ise düzenlenen pazarlarda da aşırı fiyat analizi yaptığı görülmektedir.

Düzenlemeye tabi pazarlar bakımından Kurul’un rolünün tartışılması gerektiği diğer bir konu da düzenleme başarısızlığı olması halidir. Kurul *ASKİ-2* kararında¹⁷⁹ bu durumda rekabet savunuculuğuna başvuracağını ortaya koymuştur. Ankara’da şebeke suyu pazarında yasal tekel olan ASKİ’nin fiyat tarifesi yoluyla hâkim durumunu kötüye kullandığı iddiasının değerlendirildiği

¹⁷⁵ 1.2.2002 tarihli ve 02-06/51-24 sayılı *Çimento* kararı (soruşturma). Danıştay’ın iptal kararı üzerine 24.4.2006 tarih ve 06-29/354-86 sayı ile yeniden alınmıştır.

¹⁷⁶ 1.3.2007 tarihli ve 07-18/164-54 sayılı *Biletix* kararı, 4.12.2008 tarihli ve 08-69/1123-439 sayılı *Darfilm* kararı, 4.11.2009 tarihli ve 09-52/1246-215 sayılı *TÜPRAŞ* kararı (öneri), 8.2.2010 tarihli ve 10-14/175-66 sayılı *İzocam* kararı (soruşturma).

¹⁷⁷ 8.3.2002 tarihli ve 02-13/127-54 sayılı *BOTAŞ-EGO-İZGAZ-İGDAŞ* kararı, 29.6.2006 tarihli ve 06-46/601-172 sayılı *Amity Oil & Trakya Gazdaş* kararı, 20.6.2007 tarihli ve 07-53/571-187 sayılı *Türk Telekom* kararı, 30.10.2008 tarihli ve 08-61/996-388 sayılı *Roche* kararı.

¹⁷⁸ 24.4.2008 tarihli ve 08-30/373-123 sayılı *Ataköy Marina* kararı.

¹⁷⁹ 20.12.2006 tarihli ve 06-92/1176-354 sayılı *ASKİ-2* kararı.

ASKİ-2 kararında, fiyat kıyaslaması ve fiyat-maliyet analizi sonrasında fiyatların aşırı olabileceği değerlendirilmesi yapılmıştır. Bununla birlikte ilgili mevzuatta fiyat tespit yöntemine ilişkin bir düzenlemenin bulunduğu, ancak teşebbüsün %10'dan aşağı olmayacak düzeyde kâr elde etmesini öngören bu düzenlemenin doğal ve yasal tekel niteliğindeki pazarlar bakımından uygun olmadığı tespiti yapılmıştır. Kararın sonucunda, bu tespite paralel olarak, “*fiyatlandırma mekanizmasının aşırı fiyat düzeylerinin önüne geçecek ve tüketicilerin faydasına olacak şekilde ilgili ve yetkili kuruluşlarca yeniden tanzim edilmesi gerektiği*” olduğu kanaati sonucunda “*ASKİ'nin su fiyatlarının tespitinde maliyet bazlı bir fiyatlama yaparak, aşırı fiyatlardan kaçınması*” konusundaki Kurul görüşünün gönderilmesine karar verilmiştir¹⁸⁰.

Kanımızca *ASKİ-2* kararı, Kurul'un aşırı fiyatlamaya müdahale konusundaki yaklaşımının *BELKO* kararından önemli ölçüde farklılaştığı kararlardan biridir. Kararın bütününe bakıldığında *BELKO* kararında benimsenen yaklaşımla bir tutarsızlık taşıdığı görülmektedir. Şöyle ki, *ASKİ-2* kararında yapılan tespitlerden biri de *ASKİ'nin* fiyat tespit ederken ilgili mevzuat ile belirlenen fiyat tespit yöntemine uymamış olduğu ve her ne kadar mevzuat ile öngörülen yöntem bazı sakıncalar barındırsa da o yöntemin uygulanmış olması ve gider tahminlerinin doğru yapılmış olması halinde fiyatların daha düşük olacağıdır¹⁸¹. Dolayısıyla, Kurul'un, *BELKO* kararıyla tutarlı davranması halinde, mevcut düzenlemeye uyulmaması gibi keyfi davranışlarından kaynaklanan yüksek fiyat uygulaması nedeniyle *ASKİ* hakkında soruşturma açması beklenirdi. Kurul'un yaklaşımındaki bu değişikliğin, aşırı fiyatlamaya ceza uygulamak ya da fiyat düzenlemesine gitmek yoluyla müdahale etmeye yönelik isteksizliğinin bir göstergesi olduğu düşünülmektedir¹⁸².

¹⁸⁰ Farklı güzergâhlarda otobüsle şehirlerarası yolcu taşımacılığı yapan teşebbüslerin aşırı fiyat uyguladıkları iddialarının değerlendirildiği 5.6.2008 tarihli ve 08-37/499-180 ve 5.6.2008 tarihli ve 08-37/502-182 sayılı kararında (ilk inceleme) da “... uygulanan fiyatın Bakanlığın onayladığı tavan fiyatı aşmaması kaydıyla, fahiş olduğu iddiasıyla inceleme konusu yapılamayacağı, böylesi bir durumda hatalı düzenlemenin gözden geçirilmesini teminen düzenleyicinin (Bakanlığın) uyarılmasının yerinde olacağı kanaatine varılmıştır.” değerlendirmesiyle Kurulun düzenleme başarısızlığı halinde izleyeceği tutum yinelenmiştir.

¹⁸¹ Ünal, dn. 63, s. 83.

¹⁸² Kurul, bu tutumunu 3.1.2008 tarihli ve 08-01/5-4 sayılı *HAVAŞ-2* kararında (öneriştirme) açıkça ortaya koymuştur. Ankara şehir merkezi ile Esenboğa Havalimanı arasında yolcu taşımacılığı yapan ve tekel durumunda bulunan *HAVAŞ*'in yüksek ücret aldığı iddiasını inceleyen Kurul, *HAVAŞ*'in fiyat tarifelerinin aşırı fiyat olarak değerlendirilebileceği sonucuna varmıştır. Ancak ilgili pazarda uygulanmaya başlayacak yeni bir yasal düzenlemenin sorunu ortadan kaldıracığı öngörüsünden hareketle *HAVAŞ* hakkında soruşturma açılmamasına ve uygulamanın 6 ve 12 aylık sonuçlarının izlenmesine karar verilmiştir.

Nitekim Kurul, yakın tarihli *Bereket Jeotermal*¹⁸³ ve *İzmir Jeotermal*¹⁸⁴ kararlarında da davranışları incelenen teşebbüslerin doğal tekel niteliğinde bir pazarda faaliyet göstermelerinden kaynaklanan aşırı fiyatlama riskine ve bu riskin kontrol edilmesi gerekliliğine vurgu yapmış ancak teşebbüsler hakkında soruşturma açmayı gerekli görmemiştir. *Bereket Jeotermal* kararında aşırı fiyatlama riskinin teşebbüsün davranışlarının beş yıl boyunca Rekabet Kurumu tarafından izlenmesi yoluyla önlenebileceğine hükmeden Kurul, *İzmir Jeotermal* kararında aşırı fiyatlama riskinin ancak sektöre özgü düzenlemeler yapılarak bertaraf edilebileceği kanaatine ulaşmış ve bunu teminen rekabet savunuculuğu çerçevesinde Başbakanlığa, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı'na ve Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu'na (EPDK) sektörün düzenlenmesi gerektiği yönünde görüş gönderilmesine karar vermiştir. Bu girişim sonucunda yapılması beklenen düzenlemenin jeotermal konut ısıtması faaliyeti gösterilen tüm pazarlar bakımından sonuç doğuracak olması nedeniyle Kurul, *Bereket Jeotermal*'e yönelik ikinci bir karar¹⁸⁵ olarak Rekabet Kurumu tarafından yapılması öngörülen izlemeyi ilk yılında sona erdirmiştir.

3.3. Diğer Sömürücü Kötüye Kullanmalar

Türk Rekabet Hukukununun 13 yıllık uygulamasında diğer sömürücü kötüye kullanma türlerinin değerlendirildiği karar sayısının yok denecek kadar az olduğunu söylemek mümkündür. Dolayısıyla aşırı fiyatlama dışında kalan sömürücü kötüye kullanma türleri bakımından yerleşmiş bir Kurul politikasından bahsedilememektedir.

Haksız sözleşme koşullarının değerlendirildiği tek karar, İzmirgaz'ın müşterilerinden yıllık alım taahhütleri istediği ve müşteriler tarafından yıllık alım taahhütlerinin üzerinde ya da altında doğal gaz çekişi gerçekleştirildiği takdirde ceza uyguladığı iddiasının değerlendirildiği *İzmirgaz* kararıdır¹⁸⁶. Kararda, şikâyetçilerin sözleşmelerinde yer alan alım taahhütlerine ilişkin hükümlerin taraflar arasında karşılıklı müzakereler yoluyla değil, İzmirgaz'ın bölgedeki tek sağlayıcı konumunda yani hâkim durumda olması nedeniyle tek taraflı olarak belirlenerek müşterilere zorla kabul ettirildiği, İzmirgaz'ın ilgili pazarı düzenleyen mevzuat uyarınca bu konuda yasal olarak tanınmış bir yetkisinin bulunmadığı tespitleri yapılmıştır. 'Haksız sözleşme koşulları uygulama' ifadesini zikretmekten kaçınılarak ihlalin türünün somutlaştırılmadığı kararda; İzmirgaz'ın Kanun'un 6. maddesini ihlal ettiği yönünde ciddi bulgular bulunduğu ifade edilmektedir. Bununla birlikte, İzmirgaz'ın davranışının 4646

¹⁸³ 14.2.2008 tarihli ve 08-15/146-49 sayılı *Bereket Jeotermal* kararı

¹⁸⁴ 15.7.2009 tarihli ve 09-33/739-176 sayılı *İzmir Jeotermal* kararı

¹⁸⁵ 16.12.2009 tarihli ve 09-59/1452-383 sayılı *Bereket Jeotermal-2* kararı

¹⁸⁶ 8.1.2009 tarihli ve 09-01/2-2 sayılı *İzmirgaz* kararı (önaraştırma).

sayılı Doğal Gaz Piyasası Kanunu açısından da aykırılık teşkil ettiği ve EPDK'nın da söz konusu uygulamaya son vermeye çalıştığından hareketle söz konusu uygulamanın sona erdirilmesi için EPDK ile işbirliğine gidilmesi gerektiği değerlendirilmiştir. Kanımızca, Kurul, bu karar ile haksız sözleşme koşullarının değerlendirilmesi bakımından sistematik ve tatmin edici bir çerçeve ortaya koymamıştır. Ancak incelenen eylemin düzenlenen bir pazarda ortaya çıkmış olmasını göz önünde bulundurarak Kurul, teşebbüsün söz konusu davranışı düzenleyici mevzuatın tanıdığı bir yetkiyle yapıp yapmadığını değerlendirmiş ve rekabet hukuku çerçevesinde müdahaleden kaçınarak, ihlal niteliği taşıyabileceği değerlendirilen eylemin düzenleyici otorite tarafından sonlandırılmasının uygun olacağına karar vermiştir. Bu yaklaşım, düzenlemeye tabi pazarlarda gerçekleşen sömürücü nitelikteki kötüye kullanmalara müdahalenin rekabet hukuku ile değil, düzenleyici mevzuat çerçevesinde yapılması yönündeki yaklaşımın bir yansıması olarak değerlendirilmektedir.

Kurul kararları incelendiğinde etkinsizliğin kendi başına bir kötüye kullanma hali olarak değerlendirildiği bir karara rastlanmamaktadır. Bununla birlikte, yukarıda ayrıntılarına yer verildiği üzere, *BELKO* kararında maliyet etkinsizliğinden kaynaklanan aşırı fiyat, teşebbüsün aşırı kâr etmesine yol açmasa da, bir kötüye kullanma olarak kabul edilmiştir. Benzer bir yaklaşım *TEDAŞ* kararında¹⁸⁷ da yer bulmaktadır. Bu kararda Kurul, maliyet etkinsizliğinin aşırı fiyatlama olarak değerlendirilebileceğini yinelemekle birlikte, maliyet etkinsizliği nedeniyle ortaya çıkacak aşırı fiyatlama davranışının “*ancak maliyetleri düşürmeye yönelik mekanizmaların geliştirilmesiyle*” çözülebileceği, karara konu olan elektrik piyasası bakımından bu görevin EPDK'ya ait olduğu savından hareketle soruşturma açılmasına gerek olmadığı sonucuna varmıştır. Kanımızca, bu karar ile aşırı fiyatlamaya ve etkinsizliğe olanak sağlayan pazarlarda bu davranışın önlenmesine yönelik tedbirler alınması bakımından sektörel düzenlemenin gerekliliği vurgulanmış ve doğru müdahale aracının rekabet hukuku olmadığına yönelik bir göndermede bulunulmuştur.

Ayrımcılık ise Kanun'un 6. maddesinin ikinci fıkrasının (b) bendinde ayrı bir kötüye kullanma hali olarak düzenlenmiştir. *ABİDA*'nın 102 (c) maddesinden ayrı olarak, Kanun'un lafzında ayrımcılığın ihlal kabul edilmesi için ayrımcılığa tabi tutulan tarafların birbirleri karşısında rekabetçi açıdan dezavantajlı konuma düşmeleri aranmamaktadır. Bununla birlikte, Kurul'un uygulamasına bakıldığında ayrımcılık iddialarının ele alındığı kararlarda birincil

¹⁸⁷ *TEDAŞ*, dn. 174.

seviye ve ikincil seviye ayrımcılık şeklinde bir ayrıma gidildiği¹⁸⁸ ve her iki ayrımcılık türü bakımından da kötüye kullanma unsurları arasında pazardaki rekabetin bozulmasının arandığı görülmektedir¹⁸⁹. Dolayısıyla her ne kadar Kanun'un 6. maddesinin (b) bendinin lafzından doğrudan tüketiciler bakımından zarar doğuran ve pazardaki rekabet yapısı üzerinde etki doğurmayan ayrımcılığın bir kötüye kullanma olarak değerlendirileceği anlaşılrsa da uygulamada bu nitelikteki ayrımcılığın kötüye kullanma olarak kabul edileceğini açıkça ortaya koyan bir karar bulunmamaktadır.

3.4. Sömürücü Kötüye Kullanmaların Türk Rekabet Hukukundaki Yerine İlişkin Değerlendirme

Rekabet Kurulu'nun 13 yıllık uygulaması kapsamında karşı karşıya kaldığı sömürücü kötüye kullanma iddialarının neredeyse tümü aşırı fiyatlamaya ilişkindir. Kurul'un aşırı fiyatlamaya ilişkin olarak zaman içinde bir bütünlüğe kavuşturduğu politikasını şu şekilde özetlemek mümkündür: Kurul öncelikle *BELKO* kararıyla açık bir şekilde doğal ve yasal tekel niteliğinde olan pazarlar ile girişlerin mümkün olduğu pazarlar arasında bir ayırım yapmış ve aşırı fiyatlamaya ancak doğal ya da yasal tekel niteliği taşıyan pazarlar bakımından kötüye kullanma niteliği taşıyabileceğini dile getirmiştir. Bu yaklaşım aşırı fiyatlamaya müdahale alanını isabetli biçimde sınırlamakla birlikte, Kurul'un içtihatlarında bu yaklaşımı tutarlı biçimde uygulamadığı, zaman zaman tekel niteliği taşımayan pazarlar bakımından da aşırı fiyat analizi yaptığı görülmektedir.

İkinci olarak, yine *BELKO* kararıyla Kurul, aşırı fiyatlamaya rekabet hukuku çerçevesinde müdahale edilebilmesi için ilgili pazarın düzenlemeye tabi kılınmamış olmasını aramaktadır. Nitekim pek çok kararında düzenlemeye tabi

¹⁸⁸ 20.7.2001 tarihli ve 01-35/347-95 sayılı *Turkcell* kararı (soruşturma) Danıştay'ın iptal kararı üzerine 29.12.2005 tarih v 05-88/1221-353 sayılı yeniden alınmıştır.

¹⁸⁹ 11.10.1999 tarihli ve 99-46/500-316 sayılı *Cine 5* kararı (soruşturma) Danıştay'ın iptal kararı üzerine 1.11.2007 tarih ve 07-83/1009-393 sayılı ile yeniden alınmıştır; 18.7.2002 tarihli ve 02-44/518-213 sayılı *Bayek* kararı (soruşturma); 30.10.2008 tarihli ve 08-61/996-388 sayılı *Roche* kararı (önaraştırma). Kurul, Danıştay'ın bozma kararı üzerine 23.4.2005 tarih ve 05-60/893-242 sayılı ile yeniden alınan, 6.7.2001 tarih ve 01-31/313-91 sayılı *İstanbul Otobüs İşletmeleri* kararında ise "Rekabet hukukunda ayrımcılığın ihlal teşkil etmesi için hakim durumda bulunan teşebbüsün alıcılara farklı davranmasının alıcılarını bir şekilde etkilemesi yeterlidir. Hâkim durumda bulunan teşebbüsün farklı şartlar ileri sürmüş olması yeterli olup, bu şartların uygulanması ya da muhatap teşebbüslerin rekabet gücünde bir etki doğurmuş olması gerekli görülmemektedir." değerlendirmesini yapmıştır. Bununla birlikte, İstanbul Otobüs İşletmeleri'nin değerlendirilen uygulaması ayrımcılığa muhatap tutulan teşebbüsleri rekabetçi bakımdan dezavantajlı konuma düşürdüğü ve pazardaki rekabet yapısını etkilediği için çalışma kapsamında saf sömürücü ayrımcılık olarak değerlendirilmemiştir.

pazarlar bakımından söz konusu olan aşırı fiyatlama iddialarını aşırı fiyat analizine gerek duymaksızın reddetmiştir. Bununla birlikte, bazı kararlarda ilgili pazarda fiyat düzenlemesi bulunmasına rağmen, sonucu baştan belli olacak biçimde, aşırı fiyat analizi gerçekleştirmiştir.

Bu pazar koşullarında faaliyet gösteren teşebbüslerin aşırı fiyatlama davranışının ortadan kaldırılmasına yönelik tedbirlerin alınması noktasında ise Kurul'un fiyat düzenleyici otorite gibi hareket etmekten kaçındığı görülmektedir. Örneğin aşırı fiyatlamanın tespit edilerek açıkça bir ihlal olarak değerlendirildiği *BELKO* kararında dahi fiyatların “rekabetçi piyasalardaki fiyatlarla kıyaslanabilir makul düzeye” indirilmesi yönünde bir tedbir uygulamıştır. Ancak uygulanan tedbirin doğurduğu sonuçların izlenmesine yönelik bir mekanizma öngörülmemiştir. Kurul tarafından öngörülecek bir davranışsal tedbirin hata riski barındırması ve aşırı fiyatlama riskini kalıcı biçimde ortadan kaldıramayacak olması nedeniyle Kurul'un daha sonraki kararlarında, genel politika olarak, aşırı fiyat iddialarına yönelik olarak soruşturma açmaktan ve yaptırım uygulamaktan kaçındığı görülmektedir. Bunun yerine aşırı fiyatlama riskini doğuran pazar koşullarına odaklanan Kurul, rekabet savunuculuğu çerçevesinde pazarın rekabete açılmasına ya da rekabete açmanın mümkün olmadığı pazarlar bakımından fiyat düzenlemesine gidilmesine yönelik girişimlerde bulunmayı tercih etmiştir.

Aşırı fiyatlama dışındaki sömürücü kötüye kullanmalar bakımından ise, karar sayısının azlığı nedeniyle Kurul'un politikasına yönelik genel bir değerlendirme yapmak mümkün görünmemektedir. Ancak gerek haksız sözleşme koşullarının incelendiği *İzmirgaz* kararında, gerek etkinsizliğin konu edildiği *TEDAŞ* kararında tekel niteliğindeki pazarlar söz konusu olup, ilgili pazarlara yönelik düzenlemeler nedeniyle sorunların düzenleyici otorite tarafından çözülmesi yönünde hareket edildiği, rekabet hukuku müdahalesinden kaçınıldığı görülmektedir.

SONUÇ

Yüksek pazar gücüne sahip teşebbüslerin, sahip oldukları pazar gücünün kendilerine sağladığı avantajları kullanmak suretiyle, doğrudan tüketicilere zarar verecek davranışlarda bulunarak rekabetçi pazar koşullarında sağlayamayacakları faydaları sağlamaları rekabet hukukunun en tartışmalı alanlarından birini oluşturmaktadır. Rekabet hukukunun öncelikli amacının tüketici refahının artırılması olduğu düşünüldüğünde, doğrudan tüketici refahını azaltıcı etkileri nedeniyle rekabet hukuku çerçevesinde yasaklanması beklenen sömürücü davranışlar, farklı rekabet hukuku sistemlerinde farklı biçimlerde ele alınmaktadır. ABD'de temelde piyasa mekanizmasının işleyişine duyulan inanç ve uygulamaya dönük zorluklar nedeniyle yasal kabul edilen sömürücü

davranışlar, AB’de ABİDA’nın 102. maddesinin ihlali anlamına gelebilmektedir.

Bununla birlikte AB Komisyonu ve mahkemelerin içtihatları incelendiğinde sömürücü davranışların çok az sayıda karara konu olduğu ve bunlara rekabet hukuku çerçevesinde müdahale edilmesinde çekingen bir yaklaşım benimsendiği görülmektedir. Bu çekingen yaklaşımın arkasında yatan nedenler; piyasa mekanizmasının işleyişine rekabet otoritesi tarafından müdahale edilmesinin doğurabileceği orta ve uzun vadeli zararlar ve rekabet otoritelerinin uygulamada karşılaşılabileceği pratik zorluklar ile bu zorlukların beraberinde getirdiği hata riski olarak özetlenebilecektir.

Sömürücü kötüye kullanmalara rekabet hukuku çerçevesinde müdahale edilmesinin barındırdığı bu sakıncaların önlenmesi için literatürde müdahale alanının belli koşulları taşıyan pazarlarla sınırlandırılması yönünde bir görüş birliği bulunmaktadır. Bununla birlikte, bu koşulların ne olması gerektiğine ilişkin öneriler rekabet hukukunun ne derecede müdahaleci olması gerektiğine yönelik anlayışa paralel olarak değişmektedir. Ancak, temelde, asgari müdahale koşulu olarak yüksek pazara giriş ve büyüme engellerinin mevcudiyetinin arandığı söylenebilecektir.

Sömürücü kötüye kullanmaların rekabet hukukundaki yerine ilişkin olarak açıklığa kavuşturulması gereken diğer bir husus da, bunlara rekabet otoriteleri tarafından ne şekilde müdahale edileceğidir. Kanımızca, rekabet otoriteleri bu noktada hata riski barındıran ve sürekliliğinin sağlanması mümkün olmayan davranışsal tedbirlere ve yaptırımlara başvurmak yerine sömürücü davranışların ortaya çıkmasına olanak tanıyan pazar koşullarına odaklanmalıdır. Bu çerçevede pazara giriş engellerinin kaldırılmasının mümkün olduğu pazarlar bakımından rekabet otoritesinin üzerine düşen, pazara giriş engelinin niteliğine göre rekabet hukuku ya da rekabet savunuculuğu aracılığıyla, bu giriş engellerinin kaldırılması yönünde çaba harcamaktır. Rekabete açılması mümkün olmayan doğal tekel niteliğindeki pazarlar bakımından ise yapısal olarak var olan sömürücü davranış riski ancak söz konusu pazarın düzenlemeye tabi kılınmasıyla etkin ve kalıcı biçimde önlenebilecektir. Rekabet otoritesi düzenlemeye tabi olmayan doğal tekel niteliğindeki pazarlar bakımından, pazarın düzenlenmesi yönünde girişimlerde bulunarak sömürücü kötüye kullanma riskinin ortadan kaldırılmasını sağlayabilecektir.

Rekabet Kurulu’nun içtihatları incelendiğinde sömürücü kötüye kullanmalara yönelik politikasının önemli ölçüde aşırı fiyatlama çerçevesinde oluştuğu söylenebilecektir. Bu çerçevede Kurul’un, isabetli biçimde, sömürücü kötüye kullanmalara müdahalesini doğal ya da yasal tekel niteliğini haiz ve düzenlemeye tabi tutulmamış pazarlarla sınırlandırdığı görülmektedir.

Sömürücü kötüye kullanmalara müdahale biçimi bakımından ise Kurul, anlayışını zaman içinde değiştirmiş ve yaptırım ile davranışsal tedbirler uygulamak yerine sömürücü kötüye kullanma riskini yaratan pazar koşullarının değiştirilmesine odaklanmıştır.

Ancak, ana hatlarıyla tutarlı ve etkin olduğu söylenebilecek olan Kurul politikasının zaman zaman çizilen bu çerçeveden ayrıldığı görülmektedir. Teşebbüsler bakımından belirsizlik yaratan bu durumun giderilmesi, Kurul kararlarında tutarlılığın sağlanması ve kaynakların etkin kullanımını teminen Kurul'un sömürücü kötüye kullanmalara hangi pazar koşullarında, ne şekilde müdahale edeceğini açıkça ortaya koymasının yerinde olacağı düşünülmektedir. Bu çerçevede Rekabet Kurulu için önerilen politika; sömürücü kötüye kullanmalara müdahalenin yasal ya da doğal tekel olan ve düzenlemeye tabi kılınmayan pazarlar ile sınırlandırılması, buna paralel olarak sömürücü kötüye kullanmalara ilişkin başvuruların değerlendirilmesinde önceliğin pazarın yapısının analizine verilmesidir. Bu analiz sonucunda, sömürücü kötüye kullanma riski taşıyan bir pazarın söz konusu olduğunun tespit edilmesi halinde, bu riski taşıyan pazar yapısına neden olan sorunun saptanması ve bu sorunun giderilmesi yönünde girişimlerde bulunulmasının sömürücü kötüye kullanmaları kalıcı olarak ortadan kaldırmaya yönelik en etkin politika olduğu düşünülmektedir.

KAYNAKÇA

AHLBORN, C., V. DENICOLO, D. GERADIN ve A.J. PADILLA (2006), “DG Comp's Discussion Paper on Article 82: Implications of the Proposed Framework and Antitrust Rules for Dynamically Competitive Industries”.

http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=894466

AKMAN, P. (2006), “To Abuse, or not to Abuse: Discrimination between Consumers”, CCP Working Paper 06-18),

http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=947573

AKMAN, P. (2008), “‘Consumer Welfare’ and Article 82 EC: Practice and Rhetoric”, CCP Working Paper 08-25,

http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1210802

AKMAN, P. (2009), “Exploitative Abuse in Article 82EC: Back to Basics?”, CCP Working Paper 09-1,

http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1328316

AKMAN, P. ve L. GARROD (2010), When Are Excessive Prices Unfair?, forthcoming CCP Working Paper 10/04,

http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1578181

ARMSTRONG, M. (2006), “Price Discrimination”, MPRA Paper no: 4693, http://mpra.ub.uni-muenchen.de/4693/1/MPRA_paper_4693.pdf,

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

AŞÇIOĞLU ÖZ, G. (2000), *Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması*, Rekabet Kurumu Lisans Üstü Tez Serisi, No: 4, Rekabet Kurumu, Ankara.

BÜYÜKKUŞOĞLU, B. (2004), *Rekabet İktisadi Çerçevesinde Monopson (Tek Alıcı)*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi, No:56, Rekabet Kurumu, Ankara.

CCNCO - COMMONWEALTH COMPETITIVE NEUTRALITY COMPLAINTS OFFICE (1998), “Cost Allocation and Pricing”, *CCNCO Research Paper*, Canberra.

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

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

EVANS, D.S. ve A.J. PADILLA (2004), "Excessive Prices: Using Economics to Define Administrable Legal Rules", *CEMFI Working Paper*, No. 0416.

FAULL, J. ve A. NIKPAY (1999), *The EC Law of Competition*, Oxford University Press

FLETCHER, A. ve A. JARDINE (2007), "Towards an Appropriate Policy for Excessive Pricing", *12. Annual Competition Law and Policy Workshop*, Robert Schuman Centre, EUI, Florence.

FURSE, M. (2008), "Excessive Prices, Unfair Prices and Economic Value: The Law of Excessive Pricing under Article 82 and The Chapter II Prohibition", *European Competition Journal*, Vol. 4, No. 1, s. 59-83.

GAL, M. (2004), "Monopoly Pricing as an Antitrust Offence in the US and the EC: Two Systems of Belief About Monopoly?", *The Antitrust Bulletin*, Vol. 49, s. 343-384.

GEHRIG, T.P. ve R. STENBACKA (2005), "Price Discrimination, Competition and Antitrust, Pros and Cons of Price Discrimination içinde, Konkurrensverket, s. 131-160

GERADIN, D. (2007), "The Necessary Limits to the Control of 'Excessive' Prices by Competition Authorities-A View from Europe", *TILEC Discussion Paper*, DP 2007-032.

<http://www.tilburguniversity.nl/tilec/publications/discussionpapers/2007-032.pdf>

GERADIN, D. ve N. PETIT (2005), "Price Discrimination under EC Competition Law", Pros and Cons of Price Discrimination içinde, Konkurrensverket, s. 21-63

GERADIN, D., P. HOFER, F. LOUIS, N. PETIT ve M. WALKER (2005), "The Concept of Dominance in EC Competition Law", GCLC Research Papers, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=770144

GERARD, D. (2005), "Price Discrimination under Article 82 (2) (C) EC: Clearing up the Ambiguities", GCLC Research Paper http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1113354

GILO, D. ve Y. SPIEGEL (2007), "Excessive Price Regulation", *1. Conference of Research Network on Innovation and Competition Policy: Modern Approaches in Competition Policy*, Mannheim. <ftp://ftp.zew.de/pub/zewdocs/veranstaltungen/rnic/papers/YossiSpiegel.pdf>

GLADER, L. ve S.C. LARSEN (2006), “Article 82: Excessive Pricing”, *Competition Law Insight*, Vol. 5, Issue 7, s. 3-5.

GREEN, N. (2003), “Problems in the Identification of Excessive Prices: The United Kingdom Experience in the Light of NAPP”, C. D. Ehlermann ve I. Atanasiu (der.), *What is an abuse of a dominant position?* içinde, Oxford, s. 79-90.

GROUT, P.A. ve A. ZALEWSKA (2006), “Profitability Measures and Competition Law”, *Centre for Market and Public Organisation Working Paper*, No. 06/144.

http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=893522

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

HORDIJK, E.P. (2001), “Excessive Pricing Under EC Competition Law; An Update In The Light Of ‘Dutch Developments’”, B.E. Hawk (der.), *International Antitrust Law & Policy* içinde, Fordham University School of Law, s. 463 - 495.

JONES, A. ve B. SUFRIN (2008), *EC Competition Law*, Third Edition, Oxford University Press, New York.

KON, S. ve S. TURNBULL (2003), “Pricing and the Dominant Firm: Implications of the Competition Commission Appeal Tribunal’s Judgement in the Napp Case”, *European Competition Law Review*, Issue 2, s. 70-86.

KOVACIC, W.E. (2008), “Competition Policy in the European Union and the United States: Convergence or Divergence?”, *Bates White Fifth Annual Antitrust Conference*, Washington.

<http://www.ftc.gov/speeches/kovacic/080602bateswhite.pdf>

KROES, N. (2005), “Preliminary Thoughts on Policy Review of Article 82”, Speech at the Fordham Corporate Law Institute, 23.11.2005, New York.

<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/05/537&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>

KROES, N. (2007), “Antitrust in the EU and the US-Our Common Objectives” başlıklı konuşma metni, 26.11.2007, Brussels.

http://ec.europa.eu/commission_barroso/kroes/antitrust_eu_us.pdf

- LAMALLE, M., L. LINDSTRÖM-ROSSI ve A.C. TEIXEIRA (2004), “Two Important Rejection Decisions on Excessive Pricing in the Port Sector”, *Competition Policy Newsletter*, No.3, s. 40-43.
- LOWE, P. (2003), “How Different is EU Anti-trust? A Route Map for Advisors” başlıklı konuşma metni, 16.10.2003, Brussels.
http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2003_038_en.pdf
- LYONS, B. (2007), “The Paradox of the Exclusion of Exploitative Abuse”, Swedish Competition Authority (Konkurrensverket), *The Pros and Cons of High Prices* içinde, Stockholm, s. 65-87.
- MONTI, M. (2003), “Speech at 8th EU Competition Law and Policy Workshop”, C. D. Ehlermann ve I. Atanasiu (der.), *What is an abuse of a dominant position?* içinde, Hart Publishing, 2006, s. 3-9.
- MOTTA, M. ve A. STREEL (2003), "Excessive Pricing and Price Squeeze under EU Law", C. D. Ehlermann ve I. Atanasiu (der.), *What is an abuse of a dominant position?* içinde, Oxford, s. 91-125.
- MOTTA, M. ve A. STREEL (2007), “Excessive Pricing in Competition Law: Never Say Never?”, Swedish Competition Authority (Konkurrensverket), *The Pros and Cons of High Prices* içinde, Stockholm, s. 14-46.
- NERA - NATIONAL ECONOMIC RESEARCH ASSOCIATE (2001), *Regulatory Approaches to Cost Allocation*, London.
- O'DONOGHUE, R. ve A.J. PADILLA (2006), *The Law and Economics of Article 82 EC*, Hart Publishing, Oxford.
- ÖZDEMİR, Ü.N. (2009), *Fiyatlamaya İlişkin Tek Taraflı Davranışların Değerlendirilmesinde Kullanılan Maliyet Ölçütleri*, Yayınlanmamış Uzmanlık Tezi, Rekabet Kurumu.
- PARDOLESİ, R. ve L. ARNAUDO (2010), “Single-Firm Conduct: A Discipline in Search of Itself (Try with Google?)”,
http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1541928
- PAULIS, E. (2007), “Article 82 EC and Exploitative Conduct”, *12. Annual Competition Law and Policy Workshop*, Robert Schuman Centre, EUI, Florence.
- PERROT, A. (2005), “Towards an Effects-based Approach of Price Discrimination”, *Pros and Cons of Price Discrimination* içinde, Konkurrensverket, s. 161-185
- ROBERTS, S. (2008), “Assessing Excessive Pricing-the Case of Flat Steel in South Africa”, *Journal of Competition Law and Economics*, Vol. 4, s. 871-891.

RÖLLER, L.H. (2007), “Exploitative Abuses”, *ESMT Business Brief*, No. BB-107-002.

SANLI, K.C. (2000a), *Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun'da Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği*, Rekabet Kurumu Lisans Üstü Tez Serisi, No:3, Rekabet Kurumu, Ankara.

SANLI, K.C. (2000b), “Rekabet Hukukunda Tekelci Fiyatlandırma”, *Perşembe Konferansı*, Rekabet Kurumu, Ankara.

SCHWEITZER, H. (2007), “Parallels and Differences in the Attitudes towards Single-Firm Conduct: What are the Reasons? The History, Interpretation and Underlying Principles of Sec.2 Sherman Act and Art.82 EC”, *EUI Working Papers Law*, No. 32.

ÜNAL, Ç. (2009), *Aşırı Fiyat Kavramı ve Aşırı Fiyatlama Davranışının Rekabet Hukukundaki Yeri*, Yayınlanmamış Uzmanlık Tezi, Rekabet Kurumu

ÜNSAL, E.M. (1998), *Mikro İktisat*, İkinci Baskı, Kutsan Ofset Matbaacılık, Ankara.

VAN DER WOUDE, M. (2007), “Unfair and Excessive Prices in the Energy Sector”, *12. Annual Competition Law and Policy Workshop*, Robert Schuman Centre, EUI, Florence.

WALKER, M. (2010), Excessive Pricing Disharmony, *European Competition Law Review*, Vol. 31, Issue 4, s. 143-145.

WILLIAMS, M. (2007), “Excessive Pricing”, Swedish Competition Authority (Konkurrensverket), *The Pros and Cons of High Prices* içinde, Stockholm, s. 128 - 153.

WHISH, R. (2005), *Competition Law*, Fifth Edition, Oxford University Press, New York.

ABD Yüksek Mahkeme Kararı

Verizon Communications, Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, 540 US 398 (2004).

Komisyon Kararları

General Motors OJ [1975] L29/14, [1975] 1 CMLR D20

Chiquita OJ [1976] L95/1

GEMA II, OJ 1982 L 94/12

British Telecommunications (IV/29/877) 82/861/EEC [1982] OJ L360/36

British Leyland 84/379 [1984] OJ L207/11
Tetra Pak II, OJ 1992 L 72/1.
Brussels National Airport 95/364 28.6.1995, OJ L 216 12.11.1995
Irish Sugar, [1997] OJ L258/1, [1997] 5 CMLR 666
Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato, OJ 1998 L 252/47
Alpha Flight Services/Aéroports de Paris 98/153 11.6.1998, OJ L 230 18.8.1998
P&I Clubs, IGA and P&I Clubs, Pooling Agreement (IV/D-1/30.373 ve IV/D-1/37.143) 1999/329/EC [1999] OJ L 125/12
Portuguese Airports 1999/199 10.2.1999, OJ L69 16.3.1999
1998 Football World Cup, Case No IV/36/388) (2001/12/EC) [2000] OJ L5/55
DSD (Der Gruene Punkt-Duales System Deutschland AG), OJ 2001 L 166/1.
Deutsche Post-Interception of cross-border mail [2002] OJ L331/40, [2002] 4 CMLR 598
BdKEP-Restrictions on Mail Preparation (Case COMP/38.745 [2004]
Scandlines Sverige AB v Port of Helsingborg Case COMP/A.36.568/D3, [2006] 4 CMLR 23
Sundbusserne Sverige AB v Port of Helsingborg COMP/A.36.568/D3 [2006] 4 CMLR 22

Genel Mahkeme Kararları

Case T-83/91, Tetra Pak v Commission [1994] ECR II-755
T-5/97 Industrie des Poudres Spheriques v. Commission [2000] ECR II-3755, [2001] 4 CMLR 28
Case T-139/98 Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato v Commission, [2001] ECR II-3413

ABAD Kararları

Case 24/67 Parke, Davis & Co v Probel [1968] ECR 55, [1968] CMLR 47
Case 40/70 Sirena v. Eda [1971] ECR 69, [1971] CMLR 260
Case 78/70 Deutsche Grammophon v Metro-SB-Grossmarkte [1971] ECR 487, [1971] CMLR 631
Case 6/72 Europemballage and Continental Can v. Commission [1973] ECR 215
Case 127/73, Belgische Radio en Televisie v SV SABAM and NV Fonior [1974] ECR 313.
Case 26/75 General Motors v. Commission [1975] ECR 1367, [1976] 1 CMLR 95

Case 27/76 United Brands Company and United Brands Continental BV v Commission [1978] ECR 207

Case 85/76 Hoffmann-La Roche & Co AG v Commission [1979] ECR 461

Case 298/83 CICCE [1985], ECR 1105, 1986-1 CMLR 486

Case 226/84 British Leyland Public Limited Company v. Commission [1986] ECR 3263

Case 30/87 Corinne Bodson v. Pompes funebres des regions liberees CA [1988] ECR 2479, [1989] 4 CMLR 984

Case 247/86 Alsatel v SA Novasam [1988] ECR 5987

Case 395/87 Ministere Public v. Jean-Louis Tournier [1989] ECR 2521

Joined Cases 110, 241 & 242/88 François Lucazeau and Others v. SACEM and others [1989] ECR 2811, [1991] 4 CMLR 248

Case C-179/90 Merci convenzionali porto di Genova SpA v Siderurgica Gabrielli SpA [1991] ECR I-5889

Case C-41/90 Klaus Höfner and Fritz Esler v Macrotron GmbH [1991] ECR I-1979

Case C-18/93 Corsica Ferries Italia Srl v. Corporazione dei Piloti del Porto di Genova [1994] ECR I-1783

Diğer Ülke Kararları

İngiltere

Attheraces Ltd and The British Horseracing Board, [2007] EWCA Civ 38 Case no: A3/2006/0126 (CCAT)

Napp Pharmaceutical Holdings Limited CA 98/2/2001, [2001] UK CLR 585 (OFT)

Hollanda

Case 273 Vereniging Vrije Vogel v. KLM (8.11.2000)

Case 906 Swart v. KLM (8.11.2000)

Case 11 Shiva v. KLM (8.10.2001)

Güney Afrika

Harmony v. Mittal [2004] 13/CR/FEB04

Competition Appeal Court of South Africa, Case 70/CAC/Apr07

Rekabet Kurulu Kararları

- 3.3.1999 tarihli ve 99-12/89-31 sayılı *HAVAŞ-1* kararı
11.10.1999 tarihli ve 99-46/500-316 sayılı *Cine 5* kararı (Danıştay'ın iptal kararı üzerine 1.11.2007 tarih ve 07-83/1009-393 sayı ile yeniden alınmıştır.)
23.11.2000 tarihli ve 00-46/488-266 sayılı *MS Corp.* kararı
6.7.2001 tarihli ve 01-31/313-91 sayılı *İstanbul Otobüs İşletmeleri* kararı (Danıştay'ın iptal kararı üzerine 23.4.2005 tarih ve 05-60/893-242 sayı ile tekrar alınmıştır.)
6.4.2001 tarihli ve 01-17/150-39 sayılı *BELKO* kararı (Danıştay'ın iptal kararı üzerine 8.7.2009 tarih ve 09-32/703-161 sayı ile tekrar alınmıştır.)
13.3.2001 tarihli ve 01-12/114-29 sayılı *ASKİ-1* kararı
20.7.2001 tarihli ve 01-35/347-95 sayılı *Turkcell* kararı (Danıştay'ın iptal kararı üzerine 29.12.2005 tarih v 05-88/1221-353 sayıyla yeniden alınmıştır.)
1.2.2002 tarihli ve 02-06/51-24 sayılı *Çimento* kararı (Danıştay'ın iptal kararı üzerine 24.4.2006 tarih ve 06-29/354-86 sayı ile yeniden alınmıştır.)
8.3.2002 tarihli ve 02-13/127-54 sayılı *BOTAŞ-EGO-İZGAZ-İGDAŞ* kararı
30.4.2002 tarihli ve 02-26/262-102 sayılı *TEDAŞ* kararı
18.7.2002 tarihli ve 02-44/518-213 sayılı *Bayek* kararı
25.3.2004 tarihli ve 04-22/233-49 sayılı *Ege Liman İşletmeleri* kararı
29.6.2006 tarihli ve 06-46/601-172 sayılı *Amity Oil & Trakya Gazdaş* kararı
20.12.2006 tarihli ve 06-92/1176-354 sayılı *ASKİ-2* kararı
1.3.2007 tarihli ve 07-18/164-54 sayılı *Biletix* kararı
20.6.2007 tarihli ve 07-53/571-187 sayılı *Türk Telekom* kararı
3.1.2008 tarihli ve 08-01/5-4 sayılı *HAVAŞ-2* kararı
14.2.2008 tarihli ve 08-15/146-49 sayılı *Bereket Jeotermal* kararı
24.4.2008 tarihli ve 08-30/373-123 sayılı *Ataköy Marina* kararı
5.6.2008 tarihli ve 08-37/499-180 sayılı *şehirlerarası yolcu taşımacılığı* kararı
5.6.2008 tarihli ve 08-37/502-182 sayılı *şehirlerarası yolcu taşımacılığı* kararı
30.10.2008 tarihli ve 08-61/996-388 sayılı *Roche* kararı
4.12.2008 tarihli ve 08-69/1123-439 sayılı *Darfilm* kararı
8.1.2009 tarihli ve 09-01/2-2 sayılı *İzmirgaz* kararı
15.7.2009 tarihli ve 09-33/739-176 sayılı *İzmir Jeotermal* kararı
4.11.2009 tarihli ve 09-52/1246-215 sayılı *TÜPRAŞ* kararı
16.12.2009 tarihli ve 09-59/1452-383 sayılı *Bereket Jeotermal-2* kararı

8.2.2010 tarihli ve 10-14/175-66 sayılı *İzocam* kararı

Diğer Kaynaklar

Guidance on the Commission's Enforcement Priorities in Applying Article 82 EC Treaty to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings.

[http://eur-](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2009:045:0007:0020:EN:PDF)

[lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2009:045:0007:0020:EN:P](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2009:045:0007:0020:EN:PDF)

[DF](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2009:045:0007:0020:EN:PDF)