



KADİR HAS ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

**REKABET HUKUKUNDA YIKICI FİYAT UYGULAMASI
YAPMAK SURETİYLE HAKİM DURUMUN KÖTÜYE
KULLANILMASI**

CAN KURDAK

DANIŞMAN: DR. ÖĞR. ÜYESİ ASLIHAN ERBAŞ AÇIKEL

EŞ DANIŞMAN: DR. ÖĞR. ÜYESİ ZAFER KAHRAMAN

YÜKSEK LİSANS TEZİ, İSTANBUL, 2018

**REKABET HUKUKUNDA YIKICI FİYAT UYGULAMASI
YAPMAK SURETİYLE HAKİM DURUMUN KÖTÜYE
KULLANILMASI**

CAN KURDAK

DANIŞMAN: DR. ÖĞR. ÜYESİ ASLIHAN ERBAŞ AÇIKEL
EŞ DANIŞMAN: DR. ÖĞR. ÜYESİ ZAFER KAHRAMAN

YÜKSEK LİSANS TEZİ

KADİR HAS ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

İSTANBUL, HAZİRAN, 2018

Ben, CAN KURDAK;

Hazırladığım bu Yüksek Lisans Tezinin tamamen kendi çalışmam olduğunu ve başka çalışmalardan yaptığım alıntıların kaynaklarını kurallara uygun biçimde tez içerisinde belirttiğimi onaylıyorum.

CAN KURDAK



22.06.2018

KABUL VE ONAY

CAN KURDAK tarafından hazırlanan **REKABET HUKUKUNDA YIKICI FİYAT UYGULAMASI YAPMAK SURETİYLE HAKİM DURUMUN KÖTÜYE KULLANILMASI** başlıklı bu çalışma **06.06.2018** tarihinde yapılan savunma sınavı sonucunda başarılı bulunarak jürimiz tarafından **YÜKSEK LİSANS TEZİ** olarak kabul edilmiştir.

Dr. Öğr. Üyesi Aslıhan Erbaş Açıkel	Danışman	Kadir Has Üniversitesi	
Dr. Öğr. Üyesi Zafer Kahraman	Eş Danışman	Bahçeşehir Üniversitesi	
Prof. Dr. İsmail Yılmaz Aslan		İstanbul Aydın Üniversitesi	
Dr. Öğr. Üyesi Esra Hamamcıoğlu		Kadir Has Üniversitesi	

Yukarıdaki imzaların adı geçen öğretim üyelerine ait olduğunu onaylarım.

İMZA

Müdür/SBE

ONAY TARİHİ: Gün/Ay/Yıl

06/06/2018

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER.....	iii
KISALTMALAR.....	vi
ÖZET	viii
ABSTRACT	ix
GİRİŞ.....	1
BİRİNCİ BÖLÜM.....	7
HAKİM DURUM	7
I) HAKİM DURUM KAVRAMI VE TANIMI.....	7
II) HAKİM DURUMUN UNSURLARI	9
A) Ekonomik Güç	9
B) Bağımsızlık	11
C) Devamlılık.....	12
III) HAKİM DURUMUN BELİRLENMESİ	13
A) Hakim Durumun Belirlenmesinde İlgili Pazar	13
1. Genel olarak	13
2. İlgili ürün pazarının tespit edilmesi.....	14
(a) Talep ikamesi.....	15
(b) Arz ikamesi.....	19
3. İlgili coğrafi pazarın tespit edilmesi.....	22
4. İlgili dönemsel pazarın tespit edilmesi.....	25
B) Hakim Durumun Belirlenmesinde Başlıca Faktörler.....	26
1. Genel olarak	26
2. Pazar payı	26
3. Pazara giriş engelleri	29
(a) Genel olarak.....	29
(b) İlgili pazarın özelliklerinden kaynaklı giriş engelleri.....	30
(c) Teşebbüsün özelliklerinden kaynaklı giriş engelleri	31
(d) Teşebbüs davranışından kaynaklı giriş engelleri.....	34
IV) BİRLİKTE HAKİM DURUM.....	35
İKİNCİ BÖLÜM	38
YIKICI FİYAT UYGULAMASI	38
I) GENEL OLARAK.....	38
II) YIKICI FİYAT UYGULAMASININ TANIMI VE UNSURLARI.....	41
A) Tanım	41
B) Unsurlar.....	41
1. Hakim durumda bulunma.....	41
2. Olağan dışı düşük fiyat.....	44
(a) Genel olarak.....	44
(b) Maliyet ölçütleri	45
3. Niyet.....	47
III) YIKICI FİYAT UYGULAMASINDA HASAT DÖNEMİ	50
IV) YIKICI FİYAT UYGULAMASINA YÖNELİK YAKLAŞIMLAR.....	52
A) Genel Olarak	52
B) Klasik Görüş	53

C) Modern Görüş	55
1. Mağaza zinciri paradoksu.....	55
2. Diğer yaklaşımlar	57
V) YIKICI FİYAT UYGULAMASININ TESPİTİNE VE ÖNLENMESİNE DAİR DOKTRİNDE ÖNERİLEN TESTLER VE KURALLAR	60
A) Genel Olarak	60
B) Yıkıcı Fiyat Uygulamasının Tespitine Dair Testler.....	60
1. Kısa dönem fiyat-maliyet analizi testi.....	60
2. Uzun dönem fiyat-maliyet analizi testi	62
3. Rule of Reason testi.....	64
4. İki Aşamalı (Two-Tier) test.....	64
5. Görüşlerin değerlendirilmesi.....	65
C) Yıkıcı Fiyat Uygulamasının Önlenmesine Dair Kurallar	66
1. Arz sınırlaması kuralı	66
2. Fiyat kontrolü kuralı.....	67
3. Görüşlerin değerlendirilmesi.....	68
VI) YIKICI FİYAT KONUSUNDA ABD, AB VE TÜRK HUKUK SİSTEMLERİNDEKİ UYGULAMALARIN DEĞERLENDİRİLMESİ	69
A) ABD Uygulaması.....	69
1. Erken dönem (Utah Pie kararı).....	69
2. Areeda – Turner maliyet analizi dönemi.....	71
3. Matsushita ve Brooke kararları	72
4. Modern dönem	76
5. Ara sonuç.....	78
B) AB Uygulaması.....	79
1. Kararlar.....	79
(a) Akzo kararı	79
(b) Tetra – Pak kararı	81
(c) Wanadoo kararı.....	83
2. Avrupa Birliği Dışlayıcı Davranışlar Kılavuzu'nun yaklaşımı.....	85
3. Ara sonuç.....	88
C) Türkiye Uygulaması.....	89
1. Kararlar.....	89
(a) Coca Cola A.Ş. kararı	89
(b) Knauf kararı.....	91
(c) UN RO-RO kararı.....	93
(d) THY kararı.....	95
2. Dışlayıcı Davranışlar Kılavuzu'nun yaklaşımı	98
3. Ara sonuç.....	99
ÜÇÜNCÜ BÖLÜM.....	101
UYGULANACAK YAPTIRIMLAR.....	101
I) GENEL OLARAK.....	101
II) İDARİ TEDBİRLER, KARARLAR VE YAPTIRIMLAR	105
A) İhtiyati Tedbir Kararları.....	105
B) Para Cezaları	107
C) İhlale Son Verme	110
D) Menfi Tespit Kararı.....	112
III) HUKUKİ YAPTIRIMLAR.....	114
A) Genel Olarak	114
B) Geçersizlik Yaptırımı.....	115
C) Tazminat Davaları.....	117

1. Tazminat esasları.....	117
2. Tazminat miktarı	122
3. Rekabet Kurulu – Adli Mahkemeler arasındaki ilişki.....	123
SONUÇ	126
KAYNAKÇA.....	130
ÖZGEÇMİŞ	140



KISALTMALAR

AB	: Avrupa Birliği
ABAD	: Avrupa Birliği Adalet Divanı
ABİDA	: Avrupa Birliğinin İşleyişine Dair Anlaşma
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
AETA	: Avrupa Ekonomik Topluluğu Antlaşması
AT	: Avrupa Topluluğu
Bkz.	: Bakınız
CMLR	: Common Market Law Review
COMP	: Competition
c.	: Cilt
dn.	: Dipnot
D.	: Danıştay
Ed.	: Edition
ECJ	: European Court of Justice
ECLI	: European Case Law Identifier
ECR	: European Court Report
EU	: European Union
HD	: Hukuk Dairesi
Komisyon	: Avrupa Birliği Komisyonu
Kurul	: Rekabet Kurulu
L.	: Law
LHD	: Legal Hukuk Dergisi
m.	: Madde
no	: Numara
OECD	: Organisation for Economic Co-operation and Development
OJ	: Official Journal
par.	: Paragraf

Rev.	: Review
RKK	: Rekabet Kurulu Kararı
RKHK	: Rekabetin Korunması Hakkında Kanun
s.	: Sayfa
S	: Sayı
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TCK	: Türk Ceza Kanunu
v	: versus
vd.	: ve devamı
vb.	: ve benzeri
vol.	: Volume
Y.	: Yargıtay

ÖZET

Kurdak, Can. Rekabet Hukukunda Yıkıcı Fiyat Uygulaması Yapmak Suretiyle Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2018.

Bu yüksek lisans tezinde, hâkim durumun yıkıcı fiyat uygulaması suretiyle kötüye kullanılması konusu incelenmiştir. Yıkıcı fiyat kavramı, Türk uygulamasına yeni bir konu olsa da ABD ve AB uygulamasında yıllardır tartışılan gelen bir husustur. Bu sebeple, yıkıcı fiyat konusunda sağlıklı bir analiz yapılabilmesi amacıyla ABD ve AB yaklaşım ve içtihatları detaylı bir şekilde değerlendirilmiştir. Bu bağlamda Chicago Okulu'nu etkisindeki klasik görüş ile Oyun Teorisi etrafında şekillenen modern görüş hakkında bilgiler verilerek genel bir karşılaştırma yapılmıştır. Öte yandan Türk rekabet hukuku mevzuatı ve uygulaması hakkında da detaylı açıklamalara yer verilmiştir. Bu kapsamda mahkemelerin ve idari kurulların, yıkıcı fiyat konusunda vermiş oldukları kararlardan faydalanılmıştır. Ayrıca konu, yıkıcı fiyat uygulaması dışında hakim durum ve uygulanacak yaptırımlar yönlerinden de ele alınmıştır. Tezde detaylı bir hakim durum incelemesinin yapılmış olmasının sebebi, yıkıcı fiyat uygulamasının hakim durumda olmayan bir teşebbüs tarafından gerçekleştirilmesi halinde, rekabetçi bir davranış olarak kabul edilmesinden kaynaklanmaktadır. Yaptırımlar konusu ise yıkıcı fiyat şeklindeki bir rekabet ihlalinin; idari, hukuki ve cezai anlamda karşılaşılabileceği yaptırımların belirlenmesi amacıyla incelemeye tabi tutulmuştur.

Anahtar Kelimeler: Rekabet Hukuku, Yıkıcı Fiyat Uygulaması, Hakim Durumun Kötüye Kullanılması.

ABSTRACT

In this master's thesis, the subject of abuse of dominance through predatory pricing practises has been examined. Although the concept of predatory price is a new subject for Turkish application, it has been discussed for a long time in USA and EU. For this reason, the US and EU approach and their case law have been evaluated in detail to make a in depth analysis on the predatory pricing practices. In this context, classical approach influenced by the Chicago School and the modern approach formed around Game Theory have been explained and a general comparison for their standings is made. After these explanations, the current legislations and application of Turkish Law related to predatory price practices is analyzed. In this regard, decisions given by the courts and the administrative bodies have been examined in a detailed way. Moreover, other than predatory pricing itself, issues of dominant position and sanctions to be applied are also discussed in the thesis. The reason for the detailed examination of dominant position is that predatory pricing practices are considered to be a competitive behavior if it is carried out by a firm which is not dominant on the marketplace. The issue of sanctions is explained to specify consequences of predtory pricing practices including administrative, judicial and criminal sanctions.

Keywords: Competition Law, Predatory Pricing, Abuse of Dominance.

GİRİŞ

Piyasa ekonomisi, idarenin herhangi bir müdahalesi olmaksızın kaynak dağılımının bizatihi olarak alıcı ve satıcı tarafından belirlenen arz ve talep doğrultusunda gerçekleştiği bir ekonomik düzeni ifade etmektedir. İlk olarak Adam Smith önderliğindeki klasik ekonomistler¹ tarafından ortaya konan serbest piyasa ekonomisinde, teşebbüslerin kendi çıkar ve menfaatleri doğrultusunda aldıkları bireysel kararların, en nihayetinde toplumsal refahı olumlu olarak etkileyeceği öngörülmektedir². Bu noktada, pazardaki “görünmez el”in bireysel menfaatler doğrultusunda alınan kararları, devletin herhangi bir müdahalesine gerek kalmaksızın toplumsal faydaya dönüştürdüğü düşünülmektedir³.

Piyasa ekonomisi içerisinde faaliyet gösteren teşebbüsler daha fazla kâr etmek, satış yapmak ya da piyasa payı kazanmak amacıyla rakipleri ile dinamik bir yarış içerisine girerler⁴. İşte bu durum rekabet olarak ifade edilmektedir. Teşebbüsler arasında gerçekleşen rekabetin sağlıklı bir şekilde ilerlemesi halinde, hem kaynakların etkin dağılımı sağlanmış olacak, hem de teşebbüsler daha kaliteli malları daha ucuza üretmiş olacaklardır. Böylelikle kısıtlı kaynaklar en verimli şekilde kullanılmış olacaktır⁵. Ancak

¹ Klasik ekonomi olarak adlandırılan görüş, iktisat alanındaki ilk modern ekol olarak kabul edilmekte olup bu ekolden gelen yazarlar ve uygulayıcılar klasik ekonomistler olarak adlandırılmaktadır. Bu görüşün savunucularına göre; ekonomi, arz ve talebin birbirini karşıladığı denge noktasına (equilibrium) devletin müdahalesine gerek olmadan, pazarın kendi dinamikleri vasıtasıyla ulaşacaktır. Bu görüşe göre, devletin elinde bulundurduğu gücü kullanarak piyasaya yapay bir şekilde (gümrük vergileri, harçlar vs.) müdahale etmesi ekonomiyi olumsuz olarak etkileyeceğinden, devletler serbest ekonomi modelini benimsemeli ve piyasaya herhangi bir müdahalede bulunmamalıdır. Bu görüşün önde gelen savunucuları Adam Smith, David Ricardo, Thomas Malthus ve John Stuart Mill'dir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Screpanti, Ernesto/ Zamagni, Stefano: An Outline of the History of Economic Thought, New York 2005, s. 27-28.

² Ayrıntılı bilgi için bkz. Smith, Adam: An Inquiry Into Nature and Causes of The Wealth Of Nations, Editör: S. M. Soares, Meta Libri Digital Library 2007, s. 349.

³ Jones, Alison/ Brenda, Sufrin: EU Competition Law, 4th ed., Oxford 2011, s. 2.

⁴ Glossary Of Industrial Organisation Economics and Competition Law, OECD, 2003, s. 22, <http://www.oecd.org/regreform/sectors/2376087.pdf>, Erişim Tarihi: 06.04.2018. Rekabet; RKHK'nın 3. maddesinde, mal ve hizmet piyasalarındaki teşebbüsler arasında özgürce ekonomik kararlar verilebilmesini sağlayan yarış olarak belirtilmişse de doktrindeki kimi yazarlar kanunda yer alan bu tanımın hatalı ve eksik bir tanım olduğunu ifade etmektedirler. Bkz. Topçuoğlu, Metin: Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler Arası İşbirliği Davranışları ve Hukuki Sonuçları, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi No: 7, Ankara 2001, s. 6; Aslan, İsmail Yılmaz: Rekabet Hukuku Teori - Uygulama - Mevzuat, 5. Baskı, Bursa 2017, s. 16.

⁵ Günay, Cevdet İlhan: Rekabet Kanunu Şerhi, Ankara 2010, s. 33.

pazardaki rekabetin istenilen düzeyde olmaması halinde burada bahsedilen müspet sonuçlara ulaşılması mümkün değildir⁶.

Nitekim klasik ekonomistler tarafından tasavvur edilmiş olan ideal piyasa ortamı, uygulamada birebir aynı sonuçları vermemiştir. Piyasa ekonomisi sistemini benimseyen birçok devlet, tekelci piyasa yapıları, karteller ve rekabetçi olmayan diğer teşebbüs davranışları ile karşılaşmaları üzerine ekonomik düzenin ve toplumsal refahın korunması adına piyasalara müdahale etmek durumunda kalmışlardır. İşte rekabet hukuku, bu noktada devletlerin piyasaya müdahale araçlarından bir tanesi olarak ortaya çıkmıştır. Rekabet hukukunun gerçek anlamda bir tanımını yapmak gerekirse; rekabet hukuku, mal ve hizmet piyasalarında serbest rekabet ortamının oluşturulmasını, korunmasını ve bozulan rekabetçi yapının tekrar tesis edilmesini ve en nihayetinde iktisadi etkinliğin ve toplumsal refahın oluşmasını sağlayan düzenleyici, denetleyici ve yasaklayıcı normlar bütünüdür⁷.

Devletlerin rekabet hukuku düzenlemeleri, o devletler tarafından benimsenmiş bulunan rekabet politikaları doğrultusunda evirilmekte olup birbirlerinden farklılık gösterebilmektedir. Örneğin, Amerika Birleşik Devletleri piyasada tek el durumunda bulunmayı doğrudan bir piyasa aksaklığı olarak değerlendirirken; AB'ye üye ülkeler ise piyasadaki tek el gücünün rekabete aykırı davranışlarla kötüye kullanılmasını bir piyasa aksaklığı olarak değerlendirmektedirler. Bu sebeptendir ki, bir ülkeye ait rekabet hukuku sistemi ancak o sisteme ait rekabet politikalarının olduğu sosyal, ekonomik ve politik iklim göz önünde tutulursa doğru bir şekilde analiz edilebilecektir⁸.

Rekabet hukukunda ilk önemli yasal düzenleme olan Sherman Act'in⁹ kabul edildiği ABD'de, rekabet hukuku esas olarak iki okulun ve bu okullar arasında yaşanan "amaç" tartışmalarının etkisi altında gelişmiştir. Çıkış noktası 1930'lu yıllara dayanan Harvard Okulu'na göre, bir pazarın iktisadi analizi ancak o pazarın yapısı, teşebbüslerin

⁶ İzak, Atiyas: "Rekabet Politikasının İktisadi Temelleri Üzerine Düşünceler", Rekabet Dergisi, 2000/1, s. 39.

⁷ Güven, Pelin: Rekabet Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2008, s. 22; Günay, Cevdet İlhan: Rekabet Hukuku Dersleri, 2014 Ankara, s. 46.

⁸ Rodger, Barry J. / MacCulloch, Angus: Competition Law and Policy In The EU and UK, 5th. Edition, New York 2014, s. 2.

⁹ Act of July 2, 1890(Sherman Anti-Trust Act), July 2, 1890; Enrolled Acts and Resolutions of Congress, 1789-1992; General Records of the United States Government; Record Group 1; National Archives.

davranışları ve ekonomik performans arasındaki ilişki tam olarak ortaya konulabilirse gerçekleştirilebilir¹⁰. Yine aynı görüşe göre, rekabet hukukunun amacı salt olarak iktisadi etkinliğin sağlanması ile sınırlı olmamalı; rekabet hukuku, küçük ve orta ölçekli teşebbüsler ile tüketicilerin korunmasını da amaçlamalıdır. Bu bağlamda, rekabet hukuku kurallarının daha sıkı bir şekilde uygulanması ve devlet müdahalelerinin daha yoğun olması gerektiği savunulmaktadır. Gerçekten de ABD anti-tröst hukukunun Harvard Okulu'nun etkisinde olduğu 1950'li yıllarda, rekabet otoritelerinin piyasalara sıklıkla müdahalede bulunduğu görülmüştür.

ABD rekabet hukukunu etkisi altına alan bir diğer akım olan Chicago Okulu'na göre ise rekabet hukukunun amacı, salt olarak iktisadi etkinliğin sağlanması olmalı ve rekabet hukuku kuralları daha esnek bir şekilde uygulanmalıdır. Zira devletin piyasaya müdahalesi olmadan piyasalar daha iyi çalışacağından devletin müdahalesi en düşük düzeyde olmalıdır¹¹. Chicago Okulu'nun Amerikan Rekabet otoriteleri tarafından benimsenmesi sonrasında, özellikle bu çalışmanın konusunu oluşturan “yıkıcı fiyat ihlalleri”nin yaptırıma tabi tutulması noktasında negatif yönlü bir eğilim hâkim olmuş ve yıkıcı fiyat iddiasıyla açılan davaların büyük çoğunluğu mahkemeler tarafından reddedilmeye başlanmıştır. Bu sebeple, Harvard ve Chicago okullarına dair vermiş olduğumuz bilgilerin, eserin devamında ele alınacak konuların anlaşılmasında önemli bir yer tutacağı kanaatindeyiz.

AB rekabet hukuku ise ordoliberalizm adı verilen bir ekonomik ideolojiden etkilenerek gelişmiş bulunmaktadır. Ordoliberalizm ideolojisinde, özel sektörün ve politik gücün kontrol altına alınması suretiyle fiyat istikrarının sağlandığı ve bireylerin korunduğu bir ekonomik düzenin oluşturulması amaçlanmaktadır¹². Söz konusu yaklaşım, serbest piyasa ekonomisini desteklemekle beraber rekabetin de hukuk sistemi tarafından korunması gereken bir değer olduğuna inanmaktadır¹³.

Ülkemizde ise rekabet hukuku, hukukun diğer alanlarına nispeten daha genç bir hukuk dalı olup bu alanı düzenleyen 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun

¹⁰ Güven, s. 32.

¹¹ Güven, s. 31-32.

¹² Gormsen, Liza Lovdahl: A Principled Approach to Abuse of Dominance in European Competition Law, New York 2010, s. 41.

¹³ Öztunalı, Aydın: Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, Ankara 2014, s. 19.

(RKHK) 1994 yılında yürürlüğe girmiştir. RKHK, esas itibariyle AB Rekabet Hukuku'nu model olarak geliştirilmiş bir kanuni düzenlemedir. Bu nedenle, ülkemizdeki ekonomik ve sosyal şartların yansımaları doğrudan RKHK'da görmek mümkün değildir. Ancak yirmi yılı aşan uygulamanın ve çıkartılan ikincil mevzuatların bu yönde bir karakteristik yapı kazanmış oldukları söylenebilir.

Rekabet hukuku sistemleri, farklı ekonomik akımlardan etkilenerek gelişmiş olsalar da her bir sistemin odağında pazardaki etkin rekabeti sınırlayıcı nitelikteki davranışlar bulunmaktadır. Bu davranışlardan bir bölümü de pazarda elde edilen hakim durumun kötüye kullanılması şeklinde ortaya çıkmaktadır. Bu noktada kötüye kullanmadan anlaşılması gereken, teşebbüslerin normal rekabet koşullarında elde edemeyecekleri menfaatleri elde etmek için başvurdukları davranışlardır. Kötüye kullanma birçok farklı şekilde meydana gelebilir. Bu nedenle, rekabet hukuku düzenlemeleri kötüye kullanma hallerini örnekseme yoluyla yasaklamayı tercih etmektedir. Bu yaklaşım sayesinde kötüye kullanma kavramı, teşebbüslerin farklı iktisadi koşullar altında gerçekleştirilebilecekleri çeşitli eylem ve işlemlerin denetlenmesine izin verecek şekilde geniş yorumlanabilmektedir¹⁴. Keza RKHK'nın 6. maddesinde benzer bir yaklaşım benimsenmiş olup¹⁵, Kanunda sayılan örnekler arasında açıkça yer almayan benzer nitelikteki başka birtakım hallerin de kötüye kullanma olarak kabul edilmesi mümkündür.

Biz de bu eserimizde RKHK'nın 6. maddesinde sayılan haller arasında doğrudan yer almasa da bu hallerden "*Ticari faaliyet alanına başka bir teşebbüsün girmesine doğrudan veya dolaylı olarak engel olunması ya da rakiplerin piyasadaki faaliyetlerinin zorlaştırılmasını amaçlayan eylemler*" kapsamında bir kötüye kullanma hali olarak

¹⁴ Ulaş Kısa, Seda: Avrupa Topluluğu Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Rekabet Karşıtı Eylem ve İşlemlerle Kötüye Kullanılması, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2005, s. 13.

¹⁵ RKHK'nın 6. maddesinde kötüye kullanma halleri şu şekilde sayılmıştır:

- a) *Ticari faaliyet alanına başka bir teşebbüsün girmesine doğrudan veya dolaylı olarak engel olunması ya da rakiplerin piyasadaki faaliyetlerinin zorlaştırılmasını amaçlayan eylemler,*
- b) *Eşit durumdaki alıcılara aynı ve eşit hak, yükümlülük ve edimler için farklı şartlar ileri sürerek, doğrudan veya dolaylı olarak ayırimcilik yapılması,*
- c) *Bir mal veya hizmetle birlikte, diğer mal veya hizmetin satın alınmasını veya aracı teşebbüsler durumundaki alıcıların talep ettiği bir malın veya hizmetin, diğer bir mal veya hizmetin de alıcı tarafından teşhiri şartına bağlanması ya da satın alınan bir malın belirli bir fiyatın altında satılmaması gibi tekrar satış halinde alım satım şartlarına ilişkin sınırlamalar getirilmesi,*
- d) *Belirli bir piyasadaki hakimiyetin yaratmış olduğu finansal, teknolojik ve ticari avantajlardan yararlanarak başka bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabet koşullarını bozmayı amaçlayan eylemler,*
- e) *Tüketicinin zararına olarak üretimin, pazarlamanın ya da teknik gelişmenin kısıtlanması.*

değerlendirilen¹⁶ ve yasaklanan yıkıcı fiyat uygulaması suretiyle hâkim durumun kötüye kullanılması konusunu inceleyeceğiz. Yıkıcı fiyat uygulaması, ABD ve AB rekabet hukuku uygulamalarında köklü bir geçmişe sahiptir. Ülkemiz uygulamasında ise daha kısa süreli bir geçmişe sahiptir. Bu konuyu seçmiş olmamızın nedeni ülkemiz rekabet hukuku doktrininde, doğrudan yıkıcı fiyat uygulamasını ele alan eserlerin sayısının azlığıdır. Güncel gelişmelerin de ele alındığı bu eserimizin, bu alandaki boşluğu doldurmasını amaçlıyoruz.

Üç bölümden oluşan eserimizin birinci bölümünde hakim durum konusu irdelenecektir. Hakim durum konusunda ayrıntılı bir incelemeye tabi tutulması, mevcut yasal düzenlemeler ile Danıştay'ın hakim durumun kötüye kullanılması konusunda geliştirmiş olduğu içtihatlardan kaynaklanmaktadır. Nitekim RKKH'nın 6. maddesi ile onun mehz düzenlemesi olan Avrupa Birliği'nin İşleyişine Dair Anlaşma (ABİDA)'nın 102. maddesi, bizatihi olarak hakim durumda bulunmayı değil hakim durumun kötüye kullanılmasını yasaklamıştır¹⁷. Bu nedenle incelenen teşebbüsün hakim durumda olmadığına tespit edilmesi halinde, kötüye kullanma hallerinin ayrıca incelenmesine gerek bulunmamaktadır. Keza Danıştay'a göre de Rekabet Kurulu tarafından gerçekleştirilen bir soruşturmada hakim durum incelemesi gerçekleştirilmeden doğrudan kötüye kullanmaya dair bir değerlendirme yapılması isabetli değildir¹⁸. Eserimizde, hakim durum başlığı altında öncelikle hakim durum kavramı ve hakim durumun unsurları irdelenmiştir. Ardından hakim durumun tespiti açısından büyük önem arz eden ilgili pazar kavramı ve diğer önemli faktörler ele alınmıştır. Son olarak oligopolistik pazarlar yönünden birlikte hakimiyet incelemesi gerçekleştirilmiştir.

¹⁶ Öz, Gamze Aşçıoğlu: Avrupa Topluluğu ve Türk Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, Rekabet Kurumu Yayınları Doktora Tezleri Serisi No:88, Ankara 2000, s. 175.

¹⁷ Mehaz AB rekabet politikasının, hakim durumda bulunmayı değil de hakim durumun kötüye kullanılmasını yaptırma tabi tutmayı seçmiş olmasında, ABD ve Japonya gibi güçlü ticaret blokları ile rekabet edilebilmesini sağlama amacının yatmakta olduğu ileri sürülmektedir. Nitekim böyle bir yaklaşımın benimsenmesi ile ortak pazarda yoğunlaşmış sermaye yapılarının oluşması sağlanmıştır. Bkz. Öz, s. 125; Rodger/ MacCulloch, s. 13.

¹⁸ "...Bu çerçevede, eylem kötüye kullanma niteliğinde değilse, teşebbüsün hâkim durumda olup olmamasının önemi yoktur. Bu noktadan hareketle, mevcut olay bakımından, öncelikle şikâyete konu eylemin hâkim durumu kötüye kullanma davranışı teşkil edip etmediği incelenmiştir." RKK No: 11-43/915-284, 14.07.2011. Bu görüş doktrinde, bazı hallerde kötüye kullanma niteliğindeki davranışın bizatihi olarak hâkim durumun göstergesi olması sebebiyle eleştirilmektedir. Bkz. Öz, 126.

Eserimizin ikinci bölümünde, bir kötüye kullanma hali olarak yıkıcı fiyat konusu incelenmiştir. İlk olarak yıkıcı fiyatın kötüye kullanma halleri içerisindeki yeri belirlenmiş, devamında ise yıkıcı fiyatın tanımı ve unsurları yönünden bir değerlendirme yapılmıştır. Bu noktada konunun daha iyi anlaşılabilmesi için yıkıcı fiyat teorisine ilişkin klasik ve modern görüşlere değinilmiştir. Ardından yıkıcı fiyatın tespitinde ve önlenmesinde kullanılması önerilen yaklaşımlar değerlendirilmiştir. Bu bölümde son olarak ABD, AB ve Türkiye içtihatları nezdinde ayrı ayrı karar incelemeleri gerçekleştirilmiştir.

Çalışmamızda son olarak yıkıcı fiyat uygulayan teşebbüslerin karşılaşılabilecekleri yaptırımlar ele alınmıştır. Yaptırımlar konusu, ilgili düzenlemeler gereğince hakim durumun kötüye kullanılması odaklı olarak irdelenmiş olsa da gerekli yerlerde yıkıcı fiyat özelinde örneklerden de faydalanılmış ve bu minvalde açıklamalar yapılmıştır. Yapılan incelemede, idari ve hukuki yaptırımlar yönünden detaylı açıklamalar yapılmış olmakla birlikte, cezai yaptırımlar ülkemiz ve AB uygulamasında geniş bir uygulama alanı olmaması sebebiyle daha yüzeysel bir şekilde ele alınmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM

HAKİM DURUM

D) HAKİM DURUM KAVRAMI VE TANIMI

Her teşebbüs, faaliyet gösterdiği alanda başarılı olarak rakiplerine karşı üstün bir duruma gelmeyi arzu eder. Çünkü hakim durumda olmak, teşebbüslere pazardaki ekonomik parametreleri serbest bir şekilde belirleme ve kârlılıklarını maksimize etme imkânı tanımaktadır¹⁹. Zira teşebbüslerin böyle bir saikle hareket etmesi, serbest piyasa ekonomisinin de öngörülen sonuçları arasında yer almaktadır²⁰. Bu anlayışla gerek AB mevzuatı gerekse de (RKHK), teşebbüslerin hakim durumda bulunmalarını değil, hakim durumlarını kötüye kullanmalarını yasaklamıştır.

RKHK için mehz nitelikte olan ABİDA, her ne kadar 102. maddesi ile hakim durumun kötüye kullanılmasını yasaklamış olsa da, açıkça bir hakim durum tanımı yapmamıştır. Bu durumun, dinamik bir unsuru statik parametrelere bağlamama amacından kaynaklandığı ifade edilmektedir²¹. AB Rekabet Hukukunda, hakim durum tanımı ilk kez Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD)'nın *United Brands* kararında ortaya konmuştur²². İlgili kararda hakim durum, teşebbüsün rakipleri, müşterileri ve tüketicilerden “belirgin ölçüde” bağımsız hareket etmesini sağlayan iktisadi güç olarak tanımlanmıştır.

Hakim durum, RKHK'nın Tanımlar başlıklı 3. maddesinde ise; “belirli bir piyasadaki bir veya birden fazla teşebbüsün, rakipleri ve müşterilerden bağımsız hareket ederek fiyat, arz, üretim ve dağıtım miktarı gibi ekonomik parametreleri belirleyebilme gücü” olarak tanımlanmıştır. Görüldüğü üzere RKHK'da yer alan tanımda, büyük oranda *United Brands* kararından esinlenilmiştir. Ancak bu noktada doktrindeki bir görüş, RKHK'da yer alan hakim durum tanımını, mehz aldığı *United Brands* kararında geçen “belirgin

¹⁹ İnan, Nurkut/Piker, Mehmet: Rekabet Hukuku El Kitabı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2007, s.57.

²⁰ Topçuoğlu, s. 6 vd.

²¹ Tekinalp, Ünal/ Tekinalp, Gülören: Avrupa Birliği Hukuku, 2. Baskı, İstanbul 2000, s. 444.

²² Case 27/76, *United Brands v Commission* (1978), ECR 207.

ölçüde” kriterini içermemesi sebebiyle eleştirmektedir²³. Bizim de katıldığımız bu eleştiri, esasında hiçbir teşebbüsün müşterilerden ve rakip şirketlerden mutlak olarak bağımsız davranamayacak olmasından kaynaklanmaktadır²⁴. Nitekim Rekabet Kurumu tarafından 2014 yılında yayımlanan, Hakim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Kötüye Kullanma Niteliğindeki Davranışlarının Değerlendirilmesine İlişkin Kılavuz (“Dışlayıcı Davranışlar Kılavuzu”) ile *United Brands* kararında yer verilen “to appreciable extent” (belirgin ölçüde) kriteri Türk Rekabet Hukuku mevzuatına da dahil edilmiş bulunmaktadır²⁵. Dışlayıcı Davranışlar Kılavuzu’nun 8. paragrafında, bir teşebbüsün, rekabetçi baskılardan belirgin bir şekilde bağımsız davranma gücüne sahip olması halinde, o teşebbüsün hakim durumda olduğunun kabul edileceği ifade edilmektedir.

RKHK’da yer alan hakim durum tanımına getirilen bir diğer eleştiri ise, tanımda teşebbüsün, müşteri ve rakiplerinden bağımsızlığı vurgulanırken, kendisine mal sağlayan tedarikçilerden bağımsızlığının vurgulanmamış olmasıdır²⁶. Keza teşebbüsler, sahip oldukları iktisadi gücü sağlayıcı pazarında olduğu gibi tedarikçi pazarında da pekâlâ kötüye kullanabileceklerdir²⁷. Nitekim Rekabet Kurulu, *Erdemir Lojistik* kararında²⁸; ABAD ise *British Airways* kararında²⁹ tedarikçi pazarı dahilinde bu kapsamda bir inceleme gerçekleştirmiştir. Hal böyle iken RKHK düzenlemesinde “tedarikçilerden bağımsızlık” ibaresine yer verilmemesi isabetli olmamıştır.

Neticede hakim durum kavramının, belirli bir piyasada faaliyet gösteren bir veya birden fazla teşebbüsün rakiplerinden, tüketicilerden ve tedarikçilerden belirgin ölçüde bağımsız

²³ Öztunalı, s. 37.

²⁴ “Belirgin ölçüde” ifadesinin, hakim durum tanımına eklenmesinin, bu tezin esas konusunu oluşturan yıkıcı fiyat uygulamasının kötüye kullanma hali olarak kabul edilebilmesi ve yasaklanabilmesi için de son derece gerekli olduğu kanaatindeyiz. Şöyle ki; hakim durumda bulunan teşebbüslerin, ekonomik parametreleri mutlak bir bağımsızlık içerisinde belirleyebildikleri kabul edilecek olursa, bu teşebbüslerin, rakiplerini piyasanın dışına çıkartmak veya onları disipline etmek için yıkıcı fiyatlama şeklinde bir uygulamaya başvurmasının teori ve pratikte hiçbir anlamı kalmayacaktır.

²⁵ Hakim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Kötüye Kullanma Niteliğindeki Davranışlarının Değerlendirilmesine İlişkin Kılavuz (“Dışlayıcı Davranışlar Kılavuzu”), Rekabet Kurumu, Kabul Tarihi:29.1.2014, Karar Sayısı:14-05/97-RM(1), par. 8, <http://www.rekabet.gov.tr/Dosya/kilavuzlar/hakim-durumdaki-tesebbuslerin-dislayici-davranislarina-iliskin-kilavuz1.pdf>, Erişim Tarihi: 07.04.2018.

²⁶ Aslan, İsmail Yılmaz: Rekabet Hukuku Dersleri, 6. Baskı, Bursa 2017, s.170; Ocak, Nazmi: Rekabet Hukukunda Teşebbüsler ve Teşebbüslerin Hakim Durumunun Tespiti, İstanbul 2016, s.169.

²⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. Büyükkuşoğlu, Burak: Rekabet İktisadi Çerçevesinde Monopson (Tek Alıcı), Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No: 148, Ankara 2004, s. 22 vd.

²⁸ RKK No: 0763/772-280, 02.08.2007.

²⁹ Case C-95/04 P, *British Airways v Commission* (2007), OJ C 106.

hareket ederek fiyat, arz, üretim ve dağıtım miktarı gibi ekonomik parametreleri belirleyebilme gücü olarak tanımlanmasının daha isabetli olacağı kanaatindeyiz. Bu tanımdan yola çıkarak hakim durumun unsurlarını şu şekilde sıralayabiliriz: Ekonomik güç, bağımsızlık ve devamlılık.

II) HAKİM DURUMUN UNSURLARI

A) Ekonomik Güç

Bir işletmenin hakim durumda olduğunun kabul edilebilmesi için, öncelikle belirli bir düzeyde ekonomik güce sahip olması gerekmektedir. Burada belirtilen ekonomik gücün ne kadarlık bir güç olacağı hususu, somut olayın şartlarına göre belirlenecektir³⁰. Fakat teşebbüsün, her hâlükârda pazar koşullarına bağlı kalmadan, keyfi olarak hareket etmesini sağlayabilecek nitelikte bir ekonomik güce sahip olmasının gerekli olacağı ifade edilmektedir³¹.

Bir teşebbüsün hakim durumda olduğunun kabul edilmesi için, pazarda mutlaka tekel (monopol)³² konumunda bulunmasına gerek bulunmamaktadır. Ancak tekeli bir pazar yapısı söz konusuysa tekel konumundaki teşebbüs, diğer unsurların incelenmesine gerek olmaksızın doğal olarak hakim durumda kabul edilmelidir³³.

Bir piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerin sahip oldukları ekonomik güç, genellikle pazar payları dikkate alınarak hesaplanmaktadır³⁴. Ancak bu noktada belirtmek gerekir ki, pazar payı itibarıyla lider konumunda bulunan teşebbüs, her zaman hakim durumda

³⁰ Balta, İdil: Türk Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, İstanbul 2014, s. 9 (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi>).

³¹ Aslan, Rekabet Hukuku Dersleri, s. 170.

³² Tekel, piyasada tek bir satıcının olduğu durumu anlatmaktadır. Tekel konumunda bulunan teşebbüs belirlediği fiyatlar üzerinde önemli güce sahiptir. Tekel ve tam rekabet sonuçlarının karşılaştırılması, tekelinin daha yüksek bir fiyat belirlediğini, daha düşük bir üretim yaptığını ve ekonomik kârdan fazla kazandığını (buna bazen tekel rantları da denir) ortaya koyar. Genellikle rekabetçi baskılardan büyük ölçüde uzak olan tekelcilerin, maliyetleri minimuma indirme veya teknolojik değişim gerçekleştirme yönünde yeterli motivasyonlara sahip olmadıkları kabul edilir. Bkz. Rekabet Terimleri Sözlüğü: Rekabet Kurumu, Ankara 2014, s. 182

³³ Güven, Pelin: Rekabet Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2009, s.148.

³⁴ Aslan, Rekabet Hukuku Dersleri, s. 171.

bulunmuyor olabilir³⁵. Nitekim, bazı hallerde lider konumunda bulunan teşebbüs, diğer teşebbüslerin davranışlarını izleyerek hareket ettiğinden ve mevcut ya da potansiyel bir rekabet baskısı altında bulunduğundan, pazardaki ekonomik parametreleri tek taraflı olarak belirleyemez³⁶. İşte bu gibi durumlarda, pazar payı itibarıyla lider konumunda bulunan teşebbüsün, hâkim durumda olduğunun kabul edilebilmesi için liderliğinin niteliksel anlamdaki birtakım unsurlarla da desteklenebiliyor olması gerekmektedir. Teşebbüsün fazla kapasiteye, ileri teknolojiye, marka tanınmışlığına ya da imtiyazlı haklara sahip olması ile piyasaya giriş çıkış engelleri ve batık maliyetin yüksekliği bu noktada dikkate alınabilecek olan unsurlar arasında bulunmaktadır³⁷. Teşebbüsün piyasadaki lider konumunun, bu unsurlardan bir veya birkaçı ile desteklenmekte olduğunun tespit edilmesi halinde, o teşebbüsün piyasada hakim durumda olduğu kabul edilecektir. Öte yandan bu noktada belirtmek gerekir ki; niteliksel anlamdaki unsurların mevcudiyeti, yeterli bir pazar payı olmaksızın tek başına incelenen teşebbüsün hakim durumda olduğunun kabul edilmesi için yeterli değildir. Teşebbüsün muhakkak somut olayın şartlarına göre belirlenecek seviyede bir pazar payına da sahip olması gerekmektedir. Ayrıca, iktisadi gücün tespitinde, RKHK'nın 4. maddesinden faydalanılması da mümkündür³⁸. Zira 4. ve 6. madde fonksiyonel olarak birbirilerini tamamlamaktadır³⁹. Bu nedenle, 4. maddeye göre iki veya daha fazla teşebbüsün aralarında anlaşarak yapabilecekleri kısıtlamayı, bir teşebbüs tek başına yapabiliyorsa bu teşebbüsün hakim durumda olduğu kabul edilmelidir⁴⁰.

Son olarak uygulamada kimi hallerde, teşebbüslerin süper hakim durum (super dominance) olarak değerlendirilen bir ekonomik güce sahip oldukları kabul edilebilmektedir. Bu şekilde bir tanımlama ilk kez AB rekabet hukuku uygulamasında ortaya çıkmıştır. Komisyon *Dafra-Lines* kararında⁴¹, incelenen teşebbüsün “tekele yakın çok kuvvetli bir hakim duruma” sahip olduğuna karar vermiştir. Rekabet Kurulu ise

³⁵ Doktrinde yer alan bir görüşe göre; pazarda elde edilen lider konum uzun süredir ve aralıksız bir şekilde devam etmekte ise söz konusu teşebbüsün hakim durumda olduğunun kabulü gerekir. Bkz. Gül, İbrahim: Teşebbüsün Alıcılarına Ayrımcılık Yaparak Hakim Durumunu Kötüye Kullanması, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi No:2, Ankara 2000, s. 10.

³⁶ Gül, s. 10.

³⁷ Günay, Rekabet Hukuku Dersleri, s. 85.

³⁸ Tekinalp, Ünal: “AET Rekabet Hukukunda Piyasaya Egemen İşletme”, İktisat-Maliye 1980, c. 26, S.12, s. 498; Aslan, Rekabet Hukuku Dersleri, s. 171.

³⁹ Ocak, s. 175.

⁴⁰ Aslan, s. 171.

⁴¹ Case C-395/96 P, *Compagnie Maritime Belge Transports and Others v Commission* (1993), ECR I-1365.

Trakya Cam kararında⁴², *Trakya Cam*'in düz cam piyasasında “güçlü bir biçimde hakim durumda bulunduğunu” belirterek benzer bir tanımlamada bulunmuştur. Ancak bu noktada belirtmek isteriz ki, “süper hakim durum” ya da “güçlü bir biçimde hakim durum” şeklinde yapılan tanımlamaların, rekabet hukuku teorisinde yarattıkları sonuçlar bakımından standart hakim durum tanımlamasından herhangi bir farkı bulunmamaktadır.

B) Bağımsızlık

Hâkim durum tespitinde ekonomik gücün yanında dikkate alınması gerekli olan bir diğer unsur bağımsızlık unsurudur. RKKH'da hakim durum için yapılan tanım, teşebbüsün müşterilerinden ve rakiplerinden bağımsız davranabilme gücüne sahip olması gerektiği açıkça ifade edilmiştir.

Bu kapsamda yapılacak bir değerlendirmede bağımsızlık unsuru iki ayrı yönüyle irdelenmelidir. İlk olarak bağımsızlık, keyfi davranabilme gücünü ifade etmektedir. Bir teşebbüs, pazar faaliyetlerine yönelik olarak alacağı kararlarda, rekabet baskısını dikkate almama keyfiyetine sahipse, o teşebbüsün bağımsız davranabilme gücünü haiz olduğu kabul edilmelidir⁴³. İkinci olarak ise şirketler hukuku müessesesi olan şirketler topluluğu yönünden yavru ve hakim şirket değerlendirmesi yapılmalıdır. Şöyle ki, eğer bir firma kötüye kullanma niteliğindeki davranışlarını, mensubu olduğu şirketler grubundan aldığı iktisadi güçle gerçekleştiriyorsa, bu firmanın rekabet hukuku anlamında teşebbüs niteliğine sahip olduğundan söz edilemeyecektir⁴⁴. Böyle bir durumda yavru ve ana şirket tek bir teşebbüs olarak değerlendirilmeli ve buna göre bir hakim durum incelemesi yapılmalıdır⁴⁵. Zira yavru şirket, hakim durum için gerekli olan bağımsızlık unsurundan yoksundur.

Nitekim Rekabet Kurulu tarafından verilmiş olan *Pınar-Et* kararı, hakim durum tespitinde bağımsızlık unsurunun incelendiği bir karar olarak karşımıza çıkmaktadır⁴⁶. Karara konu

⁴² RKK No: 11-57/1477-533, 17.11.2011.

⁴³ Ocak, s. 175.

⁴⁴ Şirketler topluluğu ve hakim şirket kavramları hakkında detaylı bilgi için bkz. Pulaşlı, Hasan: Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Ankara 2017, s. 157 vd.; Poroy, Reha/ Tekinalp, Ünal/ Çamoğlu, Ersin: Ortaklıklar Hukuku II, 13. Bası, İstanbul 2017, s. 700 vd.

⁴⁵ Tekinalp/Tekinalp, s. 383-384; Aslan, Rekabet Hukuku Dersleri, s. 171.

⁴⁶ RKK No: 99-41/435-274(a), 06.09.1999.

olayda, Mc Donalds restoranlarında kullanılan et ürünleri pazarında üretim yapan tek üretici Pınar- Et firmasıdır. Ancak Pınar-Et firması, fason üretici olarak hareket etmekte olup, söz konusu et ürünleri ile ilgili ekonomik kararların alınmasında bağımsız değildir. Öyle ki et ürünlerinin, kime hangi fiyattan satılacağı gibi hususlar Mc Donalds ile yapılan görüşmeler neticesinde belirlenmektedir. Kurul bu hususları göz önünde tutarak, Pınar-Et'in ilgili ürün pazarında bağımsızlık unsurundan yoksun olması nedeniyle hâkim durumda olmadığına karar vermiştir. Kurul tarafından verilen bu kararın yerinde bir karar olduğu kanaatindeyiz. Keza Pınar-Et somut olayda her ne kadar yeterli bir pazar payına sahip olsa da bağımsız olarak karar alma imkânından yoksundur.

C) Devamlılık

Bir teşebbüsün pazarda hakim durumda bulunduğu kabul edilebilmesi için, sahip olduğu ekonomik gücün devamlılık arz etmesi gerekmektedir⁴⁷. Nitekim pazardaki rakiplere yalnızca geçici bir süre ile üstünlük sağlanmış olması, hakim durum tespitinin yapılabilmesi için yeterli değildir. Bu üstünlüğün pazarda belirli bir süre boyunca devam etmiş olması gerekmektedir. Ancak, ekonomik gücün ne kadar bir süre boyunca devam etmiş olmasının gerektiği hususunda, uygulamada yeknesaklık sağlanabilmiş değildir. AB rekabet hukuku uygulamasında beş yıl ve üzerinde devam eden bir iktisadi üstünlüğün, ilgili teşebbüsün hakim durumda olduğuna işaret eden unsurlar arasında yer aldığı kabul edilmektedir⁴⁸. RKHK'da bu kapsamda bir süre öngörülmemiş olsa da Dışlayıcı Davranışlar Kılavuzu'nda, incelenen ürünün ve pazarın özelliklerine göre değişebilmekle beraber, bu süre genellikle iki yıl olarak kabul edileceği ifade edilmiştir⁴⁹.

⁴⁷ Ocak, s. 176.

⁴⁸ Ülgen, Sinan: Avrupa Birliğinde Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması, TÜSİAD, İstanbul 1998, s. 43; Ayrıca bkz. Case Tetra Pak II (1992), OJ L72/1.

⁴⁹ Dışlayıcı Davranışlar Kılavuzu, dn. 3; Öğretide bizim de katıldığımız bir görüşe göre; hakim olunan süre içerisinde kanunun yasakladığı davranışlar yapılabılmışse, bu süre hakim durum tespiti için yeterli kabul edilmelidir. Aslan, Rekabet Hukuku, s. 673.

III) HAKİM DURUMUN BELİRLENMESİ

A) Hakim Durumun Belirlenmesinde İlgili Pazar

1. Genel olarak

Teşebbüsler pazar kavramını genellikle mallarını sattıkları alan veya daha geniş olarak mensup oldukları sektörü ifade etmek için kullanırlar⁵⁰. Oysa rekabet hukukunda kullanılan ilgili pazar tanımının, çoğunlukla başka alanlarda kullanılan tanımlardan daha farklı olduğu görülmektedir. Nitekim rekabet hukukunda pazar tanımlaması yapılmasındaki temel amaç, inceleme altındaki teşebbüslerin davranışlarını sınırlama ve etkin bir rekabetçi baskıdan bağımsız olarak davranmalarını engelleme gücüne sahip rakiplerinin ortaya çıkartılmasıdır⁵¹. Daha geniş bir ifadeyle, rekabet hukukunda ilgili pazarın tanımlanmasıyla birlikte, inceleme altındaki teşebbüslerin karşı karşıya buldukları rekabet koşulları belirlenmiş olmaktadır.

İlgili pazarın belirlenmesi hakim durum değerlendirmesi yönünden büyük bir önem taşımaktadır⁵². Zira hakim durum değerlendirmesinde kullanılan pazar payı, giriş engelleri, ürün çeşitliliği vb. kriterler, tespiti yapılan pazar sınırları dahilinde bir değerlendirmeye tabi tutulmaktadır. Yani ilgili pazarın belirlenmesi konusunda hatalı bir değerlendirme yapılması halinde, bunun sonuçları verilen karar üzerinde doğrudan etkili olmaktadır⁵³. Basit bir örnek vermek gerekirse; tekerlekli bavul pazarında %50, bavul pazarında ise %25 oranında pazar payı bulunan bir A teşebbüsünün, ürünlerini fahiş olarak kabul edilebilecek bir fiyattan sattığı iddiası ile yürütülecek bir soruşturmada, davranışın gerçekleştiği pazar tekerlekli bavul pazarı olarak belirlenirse A teşebbüsü, uyguladığı davranış sebebiyle yaptırıma tabi tutulacaktır. Ancak rekabet otoritesi ilgili pazarı daha geniş bir şekilde bavul pazarı olarak niteleyecek olursa, davranış hala aynı

⁵⁰ İlgili Pazarın Tanımlanmasına İlişkin Kılavuz, Rekabet Kurumu, Kabul Tarihi:10.1.2008, Karar Sayısı:08-04/56-M, s. 2, par.2, <https://www.rekabet.gov.tr/Dosya/kilavuzlar/ilgili-pazarin-tanimlanmasina-iliskin-kilavuz.pdf>, Erişim Tarihi: 07.04.2018.

⁵¹ İlgili Pazarın Tanımlanmasına İlişkin Kılavuz, Rekabet Kurumu, s. 2 par. 1.

⁵² Güven, Rekabet Hukuku, s. 275; Ülgen, s. 22.

⁵³Gürkan, Çiçek: Avrupa Toplulukları'nda Rekabet Hukuku ve Antidamping Hukukunun Temel Kavramlarına Karşılaştırmalı Bir Bakış Topluluk Menfaati-İlgili Ürün Pazarı-Fiyat Ayrımcılığı-Yıkıcı Fiyat-Hakim Durumun Hukuki Yollara Başvurulması Suretiyle Kötüye Kullanılması, Ankara 2008, s. 42 (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi>).

davranış olmasına rağmen A teşebbüsü bu sefer hakim durumda bulunmadığı için herhangi bir yaptırıma tabi tutulmayacaktır.

Öte yandan uygulamaya bakıldığı zaman da rekabet otoriteleri ile teşebbüslerin hukuk danışmanları arasındaki en çetin tartışmaların, genellikle ilgili pazarın belirlenmesi noktasında vuku bulduğu görülmektedir. Nitekim Komisyon tarafından son dönemin en büyük idari para cezalarından birinin verilmiş olduğu *Microsoft* kararında⁵⁴ dahi ilgili pazar tespitinde yapılan hatalı değerlendirmenin, bu denli büyük bir idari para cezasının verilmesine yol açtığı savunulmaktadır⁵⁵. Bu görüşe göre, Komisyon'un *Microsoft* kararında yapmış olduğu ilgili ürün pazarı tanımlaması, yapay ve keyfi bir tanımlamadır. Nitekim Komisyon'un, ürün (yazılım ürünü) esaslı olarak değil de ürünün üzerinde bulunan donanım (sürücü) esaslı olarak bir tanımlama yapmasının hatalı olduğu belirtilmektedir. Zira bu şekilde bir yaklaşım benimsenecek olursa "aynı teslimat kamyonu için ne taşıdığına bağlı olarak farklı ürün pazarları" söz konusu olabilecektir.

Sonuç olarak ilgili pazar tespitinin taşıdığı yüksek önem bakımından farklı yönlerden ele alınarak detaylı bir şekilde analiz edilmesi gerekmektedir⁵⁶. Bu nedenle ilgili pazar kavramı, yapılan bir hakim durum değerlendirmesinde, ilgili ürün pazarı, ilgili coğrafi pazar ve ilgili dönemsel pazar olmak üzere üç ayrı yönden irdelenmeli ve ortaya çıkan sonuçlara göre bir pazar belirlenmelidir.

2. İlgili ürün pazarının tespit edilmesi

İlgili pazar tanımlanırken ilk olarak inceleme konusu pazarın hangi mal veya hizmetlerden oluştuğunun belirlenmesi yani ilgili ürün pazarının tespit edilmesi gerekmektedir⁵⁷. Böyle bir belirlemenin yapılabilmesi için de üreticilere ve tüketicilere göre ürünlerin birbirlerinin yerine geçebilmelerinin bir ölçütü olan ikame edilebilirlik kavramından faydalanılacaktır⁵⁸. İkame edilebilirlik ölçütünde, aynı ihtiyacı karşılayan

⁵⁴ Case COMP/C-3/37.792 *Microsoft* (2007), OJ L32/23.

⁵⁵ Bkz. Gürkaynak, Gönenç: "Microsoft Davası Ekseninde İnnovasyon Pazarlarında Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Teorisinin Yeri ve Etkileri Üzerine Düşünceler", Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Sorunlar ve Çözüm Önerileri Sempozyumu, Editör: Kerem Cem Sanlı, İstanbul 2011, s. 527.

⁵⁶ Tekinalp/Tekinalp, s. 437.

⁵⁷ Öz, s. 92.

⁵⁸ İkame edilebilirlik konusuna istinaden ekonomik anlamdaki detaylı açıklamalar için bkz. Bulmuş, İsmail: Mikro İktisat, 6. Baskı, Ankara 2008, s. 83-114.

ürün ve hizmetlerin birbirleri ile ikame edilebilir oldukları kabul edilmektedir. Nitekim Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında 2010/4 sayılı Tebliğ'in ekinde yer alan Bildirim Formu'nun 5. maddesinde de ilgili ürün pazarı, "tüketicinin gözünde fiyatları, kullanım amaçları ve nitelikleri bakımından birbiriyle değiştirilebilir veya ikame edilebilir olarak kabul edilen bütün mal veya hizmetlerden oluşan pazar" olarak değerlendirilmiş ve ikame edilebilirlik ölçütü ilgili ürün pazarı değerlendirilmesinde esas alınmıştır.

İlgili ürün pazarının tespitinde, ikame edilebilirlik; talep ikamesi ve arz ikamesi olmak üzere iki ayrı yönden değerlendirilebilecektir. Ancak, ilgili ürün pazarının belirlenmesinde öncelikle talep ikamesinin esas alınmasının gerekli olduğu öğretide belirtilmektedir⁵⁹. Arz ikamesi ise, ancak talep ikamesine eşdeğer bir etkisi olduğu durumlarda ilgili ürün pazarı tanımlanmasında dikkate alınacaktır⁶⁰.

(a) Talep ikamesi

Talep ikamesi olan mal ve hizmetler arasında, tüketicilerin gözünde nitelik, fiyat ve kullanım amaçları yönünden benzerlik bulunur⁶¹. Bu sebeple, tüketicilerin bu ürünlerden birini her zaman diğerinin yerine tercih etmesi mümkündür⁶². Ürünler arasında talep ikamesinin mevcut olduğunun tespit edilebilmesi için öncelikle çapraz fiyat elastikiyetinin incelenmesi gerekmektedir. Çapraz fiyat elastikiyeti, bir ürün veya hizmetin fiyatında yaşanan değişimlerin, başka bir ürünün satışında yarattığı etki olarak tanımlanmaktadır⁶³. Herhangi iki ürün veya hizmet arasında çapraz fiyat elastikiyetinin yüksek olması durumunda, bu ürünlerin birbiriyle ikame edilebileceği kabul

⁵⁹ Ülgen, s. 22.

⁶⁰ İlgili Pazarın Tanımlanmasına İlişkin Kılavuz, Rekabet Kurumu, s. 3.; Ayrıca bu konuyla ilgili olarak verilmiş olan Kurul kararları için bkz. RKK No: 07-11/65-20, 01.02.2007, RKK No: 00-11/109-54, 23.03.2000.

⁶¹ AB mevzuatında talep ikamesi açık bir şekilde tanımlanmamıştır. Söz konusu kavram, içtihatlar çerçevesinde gelişmiş olup, Komisyon'un Dupont/ICI davasında; "İki ürünün ikame edilebilir olarak kabul edilmesi için tüketici, bir ürünün fiyatının diğer ürüne göre yeterli derecede artmasına kısa zamanda tepki göstermeyi gerçekçi ve akılcı bir seçenek olarak algılamalıdır." şeklinde yol gösterici bir açıklamada bulunulmuştur. Case No IV/M.984 - DUPONT/ICI, http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m984_en.pdf, Erişim Tarihi: 08.04.2018.

⁶² Ocak, s. 191.

⁶³ Çetinkaya, Murat: İlgili Pazar Kavramı ve İlgili Pazar Tanımında Kullanılan Nicel Teknikler, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No:4, Ankara 2003, s. 33.

edilebilecektir. Bu kapsamda, tüketici tercihleri ve bu tercihlerin fiyat artışları karşısındaki yönelimleri tahlil edilmelidir. Tüketici, bir ürünün fiyatında meydana gelen artış karşısında, bu ürünü benzer bir ürünle değiştirme eğilimindeyse, bu ürünler arasında çapraz fiyat elastikiyetinin yüksek olduğu ve bu ürünlerin aynı ürün pazarında yer aldıkları kabul edilebilir⁶⁴. Yapılan bu inceleme doktrinde “reaksiyonel ikame edilebilirlik” ya da “sübjektif ikame edilebilirlik” olarak kabul edilmektedir⁶⁵. Ancak, talep ikamesi konusunda daha güvenilir sonuçlara ulaşılabilmesi için, ikame edilebilirliğin aşağıda açıklanmış bulunan diğer kriterler yönünden değerlendirilmesi gerekmektedir.

Ürünlerin fiziki ve işlevsel özellikleri, ilgili ürün pazarının belirlenmesinde faydalanılan kriterlerden bir tanesidir. Bu kapsamda yapılacak bir incelemede, ürünlerin fiziki özellikleri ve yerine getirdikleri fonksiyonlar birbirleri ile karşılaştırılmaktadır. Yapılan bu değerlendirme doktrinde “ürünün objektif ikame edilebilirliği” olarak adlandırılmaktadır⁶⁶. Ancak ürünün yalnızca fiziksel ve işlevsel özelliklerine itibar edilmesi de her zaman güvenilir sonuçlar vermeyebilir. Çünkü bir ürünün teoride diğerinin yerine kullanılabilmesinin kabul edilmiş olması, bu ürünlerin fiili olarak da birbirlerinin ikamesi oldukları anlamına gelmeyecektir. Doktrinde verilen bir örneğin bu durumu gayet açık bir şekilde ortaya koyduğu kanaatindeyiz. Şöyle ki her ne kadar yeşil mercimek ve kırmızı et içerdikleri yüksek protein oranları sebebiyle teoride, işlevsel özellikleri bakımından birbirlerinin yerine kullanılabilir gibi görünse de fiili durumda iki ürün arasındaki çapraz talep esnekliği son derece düşük olup, bu ürünlerin aynı ürün pazarında olduklarının değerlendirilmesi mümkün değildir⁶⁷.

Öte yandan ilgili ürün pazarının belirlenmesinde son yıllarda teknik analizlere dayanan testler de yoğun bir şekilde kullanılmaya başlanmıştır. Bu kapsamda yaygın bir şekilde uygulanan SSNIP (Small But Significant and Non-Transitory Increase in Price) testi ile esas itibariyle, incelemeye konu ürünün fiyatında küçük ama kalıcı farazi bir artış yapılmakta (%5-%10 aralığında) ve bu artış neticesinde tüketicilerin ikame ürün ya da

⁶⁴ Öz, s. 94.

⁶⁵ Langen, Eugen/Bunte, Herman Josef: Kommentar Zum Deutschen Und Europäischen Kartellrecht, 9. Auf., B.1, 2011, s.19 (Ocak, s.194'den naklen); Öz s. 95.

⁶⁶ Öz, s. 93.

⁶⁷ Aslan, Rekabet Hukuku Dersleri, s. 41.

tedarikçilere olan yönelimleri değerlendirilmektedir. Eğer ki yapılan farazi artış sonucunda tüketicilerin benzer nitelikteki ürünlere yönelimleri, ilgili teşebbüse satışların düşmesi sebebiyle fiyat artışından kâr etme imkânı tanımayacak bir düzeye ulaşıyorsa, tüketicilerin yöneldikleri ürünlerin de ikame ürün kabul edilerek ilgili pazar tanımı içerisine alınması gerekmektedir. Bu uygulama, fiyat artışı ilgili teşebbüs için kârlı bir duruma gelinceye kadar devam ettirilir ve ilgili ürün pazarı bu şekilde belirlenmiş olur⁶⁸. SSNIP tekniği, Komisyon'un ilgili pazarın tanımlanmasına dair hazırladığı Genelge'de yer almıştır⁶⁹. Keza bu teknik Türkiye uygulamasında da hızlı bir şekilde benimsenmiş, aynı standartlar İlgili Pazarın Tanımlanmasına İlişkin Kılavuz'a derç edilmiştir⁷⁰.

Yine bu konuda faydalanılabilecek bir diğer teknik ise fiyat korelasyonu tekniğidir. Bu tekniğin uygulanmasında, ürünlerin fiyatları arasındaki ilişki incelenmekte ve bu inceleme neticesinde fiyatlar arasındaki ilişki matematiksel değerlerle ifade edilmektedir. Şöyle ki, ürünlerin fiyatları aynı yönde ve birlikte hareket ediyor ise +1 değeri, tersi durumda -1 değeri, ürün fiyatları arasında herhangi bir bağlantı bulunmuyorsa 0 değeri esas alınacak ve buna göre bir ilgili ürün pazarı tanımı yapılacaktır⁷¹.

Talep ikamesi konusunda yukarıda bahsedilen kriterlerden hangisinin kullanılacağı, inceleme altında bulunan endüstri ile mal ve hizmetlerin özelliklerine göre değişiklik gösterebilecektir. Bu nedenle, bir değerlendirmede kullanılan kriter başka bir değerlendirme için uygun olmayabilir⁷².

Talep ikamesine dayalı olarak ilgili ürün pazarının belirlenmesinde, doktrinde en çok atıf yapılan kararlardan bir tanesi *United Brands* kararıdır⁷³. Keza bu karar gerek fiziksel özelliklerin gerekse de tüketici tercihlerinin ikame edilebilirliğe etkisi yönünden iyi bir örnek teşkil etmektedir. Nitekim bu kararda yer alan ilgili ürün pazarı değerlendirmesinde; muzun tadı, yumuşaklığı ve kolay yenilmesi gibi özellikleri ile

⁶⁸ Kalkan, Erdem: Demand Estimation, Relevant Market Definition and Identification Of Market Power In Turkish Beverage Industry, Rekabet Kurumu Yayın No: 243, Ankara 2010, s. 19 vd.

⁶⁹ Commission Notice On The Definition Of Relevant Market For The Purposes Of Community Competition Law, par. 17-18.

⁷⁰ İlgili Pazarın Tanımlanmasına İlişkin Kılavuz, s. 3.

⁷¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Öztunalı, s. 33.

⁷² Güven, Rekabet Hukuku, s. 285.

⁷³ Case 27/76, *United Brands v Commission* (1978), ECR 207; Case C-95/04 P, *British Airways v EU Commission* (2007), OJ C 106.

çocuklar, hastalar ve yaşlılar tarafından diğer meyvelere göre daha fazla tercih edilmesi sebebiyle tüketiciler nezdinde diğer taze meyvelerle ikame edilebilir olmadığı kabul edilmiştir. Bu nedenle *United Brands* kararında ilgili ürün pazarı taze meyve pazarı olarak değil, muz pazarı olarak belirlenmiştir.

ABAD'ın *Hoffman-La Roche* kararında ise, C ve E vitaminlerinin aynı ürün pazarı içerisinde bulunup bulunmadıkları değerlendirilmiştir⁷⁴. Soruşturma sırasında Hoffman-La Roche tarafından yapılan savunmada, C ve E vitaminlerinin antioksidan içeriği bulundurmaları sebebiyle tüketiciler tarafından aynı amaçla kullanıldıkları ve bu nedenle bu iki ürünün aynı ürün pazarında oldukları ifade edilmiştir⁷⁵. Ancak ABAD, Hoffman-La Roche tarafından yapılan bu savunmayı kabul etmemiş; her bir vitamin türünün farklı bir kullanım alanı olduğunu belirterek, C ve E vitaminlerinin farklı ürün pazarları oluşturduklarına karar vermiştir.

Bu konuyla ilgili verilmiş olan bir diğer Komisyon kararında⁷⁶, yüksek hızlı internet hizmeti ile düşük hızlı internet hizmetinin tüketiciler için ikame edilebilir nitelikte olup olmadıkları değerlendirilmiştir. Yapılan incelemede, tüketicilerin söz konusu hizmetler arasındaki teknik farklılıkların bilincinde oldukları ve bu farklılıkların tüketici tercihlerinde etkili olduğu tespit edilmiştir. Nitekim bu değerlendirmeye istinaden verilen kararda, yüksek hızlı internet hizmeti ile düşük hızlı internet hizmeti farklı ürün pazarları olarak kabul edilmiştir.

Rekabet Kurulu tarafından verilen kararlar incelendiğinde ise talep ikamesine dayanılarak yapılan ilgili ürün pazarı tanımlamalarının somut olayın şartlarına göre kimi durumlarda daha genel kimi durumlarda daha spesifik olmak üzere, geniş bir spektrumda yer aldığı görülmektedir⁷⁷. Rekabet Kurulu tarafından verilen *Bookingcom* kararında⁷⁸; “Konaklama Rezervasyonu Hizmetleri” olarak isimlendirilebilecek üst pazarın kendi içinde “Geleneksel Kanallardan Sunulan Konaklama Hizmetleri” ve “Çevrimiçi Konaklama Rezervasyonu Platform Hizmetleri” olarak iki alt pazara ayrıldığı belirlenmiştir. Bu pazarların gerek yapılanmaları gerek işleyişleri gerekse de nitelikleri

⁷⁴ Case 85/76, *Hoffman-La Roche & Co. AG v Commission* (1979), ECR 461.

⁷⁵ *Jones/Sufrin*, s. 303.

⁷⁶ Case COMP/38.233, *Wanadoo Interactive* (2003), OJ 2003 L 1.

⁷⁷ Öztunalı, s. 29.

⁷⁸ RKK No: 17-01/12-04, 05.01.2017.

ve hitap ettikleri tüketiciler nedeni ile birbirlerine alternatif olamayacakları ifade edilmiştir. Tüm bu değerlendirmelerin akabinde, Bookingcom'un soruşturma konusu faaliyetlerinin bizzat örtüştüğü "Çevrimiçi Konaklama Rezervasyonu Platform Hizmetleri" içerisinde yer aldığına karar verilmiştir.

Kurul'un son dönemde verdiği bir diğer karar olan *Mey İçki* kararında ise alkollü içkiler, öncelikle fermente ve distile içkiler olarak iki alt pazara ayrılmıştır⁷⁹. Devamında ise yüksek alkol içeren distile içki türleri özelinde bir inceleme yapılmış ve tüketici tercihlerinin farklılaşmış olması sebebiyle distile içkiler içerisinde yer alan her içki türünün ayrı bir ürün pazarı oluşturduğu kabul edilmiştir. Bu nedenle soruşturmaya konu ilgili ürün piyasası, "rakı piyasası" olarak belirlenmiştir.

Rekabet Kurulu'nun son derece dar bir ürün piyasası tanımı yaptığı *HP* kararında⁸⁰ ise ilgili ürün piyasası, ürünün teknik özelliklerinin farklılaşmış olması sebebiyle "HP markalı yazıcıların satış sonrası servis hizmetleri, HP markalı yazıcılarda kullanılan yedek parça ve sarf malzemeleri piyasası" olarak tanımlanmıştır.

(b) Arz ikamesi

İlgili mal veya hizmet piyasasının belirlenmesinde, zaman zaman talep ikamesinin yanında arz ikamesinin de incelenmesi gerekebilir. Zira yalnızca talep ikamesi yönünden bir değerlendirme yapılması, somut olayın özelliklerine göre ilgili pazarın çok dar yorumlanmasına ve inceleme altındaki teşebbüsün pazar payının hatalı bir şekilde hesaplanmasına yol açabilecektir⁸¹. ABAD'ın *Continental Can* kararında⁸², ilgili ürün pazarının tanımlanmasında arz ikamesinin kullanılmamış olması ve bu nedenle pazarın Komisyon tarafından olması gerekenden daha dar bir şekilde tanımlanmış olması sebebiyle bozulmuştur. ABAD'a göre somut olayda, silindir konserve pazarındaki diğer üreticilerin, et ve balık konserveleri pazarına girmelerinin mümkün olup olmadığının değerlendirilmesi ve buna göre bir pazar tanımlaması yapılması gerekirdi⁸³. Aynı şekilde

⁷⁹ RKK No: 17-07/84-34, 16.02.2017.

⁸⁰ RKK No: 01-22/192-50, 08.05.2001.

⁸¹ Güven, Rekabet Hukuku s. 293.

⁸² Case 6-72, Europemballage Corporation and Continental Can Company Inc. v Commission (1973), ECR 215.

⁸³ Rodger/MacCulloch, s. 98.

somut olayda yalnızca arz ikamesinin değerlendirilmesi de ilgili pazarın olduğundan daha geniş bir şekilde tanımlanmasına yol açabilecektir⁸⁴. Bu nedenle talep ikamesi ile arz ikamesinin birlikte değerlendirilmesi isabetli olacaktır⁸⁵.

İki ürün arasında arz ikamesinin mevcut olduğunun söylenebilmesi için, sağlayıcıların fiyatlarda meydana gelen küçük ama kalıcı artışlar karşısında kısa vadede önemli maliyetlere ve risklere katlanmadan üretimlerini başka ürünlere kaydırabiliyor ve bu ürünleri de yine aynı iktisadi elverişlilikle pazarlayabiliyor olmaları gerekmektedir⁸⁶. Bu durumda pazara sürülecek ilave üretimin, incelenen teşebbüsler üzerinde rekabetçi bir baskı yaratacağı kabul edilmektedir⁸⁷.

Arz ikamesine dair yapılacak bir değerlendirmede ilk olarak, üretimin bir üründen diğer bir ürüne kaydırılabilmesi için kayda değer bir masraf yapılmasına gerek olup olmadığı ve bu işlemin kısa bir süre içerisinde gerçekleştirilip gerçekleştirilemeyeceği değerlendirilecektir⁸⁸. Kurul'un *Luxotica* kararında⁸⁹; güneş gözlükleri ile reçeteli optik gözlükleri çerçevesinde bir değerlendirme yapılmış ve bu ürünler, üretimleri arasında geçiş yapılabilmesi için herhangi bir zorluk veya kısıtlama olmadığından bahisle arz

⁸⁴ Güven, Rekabet Hukuku, s. 292.

⁸⁵ Doktrindeki bir görüşe göre teşebbüsler, olağan şartlar altında pazarlamasına hakim oldukları ve normal düzeyde kâr sağladıkları bir ürünün üretiminden vazgeçerek yeni bir ürünün üretimine geçmeyecektir. Bu sebeple arz ikamesi yönünden bir inceleme yapılırken azami ölçüde dikkatli olunması gerekmektedir. Aslan, İsmail Yılmaz: Rekabet Hukuku ve RKHK, Bursa 1997, s. 98; Bu konudaki benzer görüşler için bkz. Sanlı, Kerem Cem: Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanunda Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği, Rekabet Kurumu Lisans Ustu Tez Serisi No:3, Ankara 2000, s. 281.

⁸⁶ İlgili Pazarın Tanımlanmasına İlişkin Kılavuz, par. 13.

⁸⁷ Arz ikamesi kavramının daha iyi anlaşılabilmesi için, hem AB mevzuatında hem de kılavuzda yer verilen kağıt üretimine dair örneğe değinilmesinin faydalı olacağı kanaatindeyiz. Kağıt, genelde standart yazı kağıdından sanat kitaplarında kullanılan yüksek kaliteli kağıtlara kadar farklı kalitede ürünleri içeren geniş bir yelpazede pazara sürülür. Talep yönünden bir inceleme yapıldığında, farklı kalitedeki kağıtların aynı yayınların basımında kullanılmasının mümkün olmadığı görülür. Öyle ki bir sanat yayınında düşük kaliteli kağıt kullanılması mümkün değildir aksi halde tüketicilerin beklentileri karşılanmamış olacak ve talepler düşecektir. Ancak, kağıt üreticileri her kalitede kağıdı üretmelerini sağlayacak imkânlarla sahip olduğundan, belirli bir kalitedeki kağıdın üretiminden bir diğerine kayda değer ek maliyetlere katlanmaksızın geçiş yapabilirler. Bu durumda kağıt üreticileri arasındaki rekabetin, yalnızca belirli bir kalitedeki kağıt ürünleri açısından değil değişik kaliteden farklı kağıt ürünleri açısından gerçekleştiği söylenebilecektir. Bu nedenle yapılacak bir değerlendirmede, ilgili ürün pazarına bütün kağıt ürünleri dahil edilerek bir tanım yapılmalıdır. Bkz. İlgili Pazarın Tanımlanmasına İlişkin Kılavuz, par. 14.

⁸⁸ Rodger/Macculloch, s. 98; Kurul'un arz ikamesi hususunu sigorta şirketleri yönünden ele aldığı bir kararında; sigorta şirketlerinin mevzuatları gereği her sigorta branşında farklı ruhsatlar kullanmak zorunda olduklarına dikkat çekilerek, farklı sigorta branşları arz olarak ikame kabul edilmemiştir, RKK No: 17-23/383-166, 19.07.2017.

⁸⁹ RKK No: 17-08/99-42, 23.02.2017.

açısından ikame kabul edilmiştir. Ancak söz konusu ürünler talep olarak ikame olmamaları sebebiyle ayrı pazarlarda değerlendirilmiştir.

Komisyonun *Aerospatiale/ Alenia/ De Havilland* kararında⁹⁰ ise arz ikamesi süre yönünden değerlendirilmiş, küçük boylu uçakların üretilmesi amacıyla kullanılmakta olan tesislerin büyük boylu uçakların üretilmesinde kullanılabilmesi için üç dört sene sürecek bir düzenlemenin gerektiği tespit edilerek, bu sürenin pazar tanımlanmasında hesaba katılmak için fazla uzun olduğu belirtilmiştir⁹¹. Yine Komisyon'un süre yönünden değerlendirme yaptığı bir diğer karar olan *Lucas/Eaton*⁹² kararında, üretimler arası geçiş için azami süre bir yıl olarak tespit edilmiştir. Komisyon'a göre bir teşebbüsün, başka bir ürünün üretimini yapmak için üretim mekanizmasında yapacağı düzenlemelerin süresi azami bir yıl olmalıdır⁹³. Nitekim kısa süreyi esas alan bu uygulamanın arz ikamesi yönünden yapılan pazar tanımlamasının mahiyeti ile de uyumlu olduğu yönündeki görüşe katıldığımızı belirtmek isteriz⁹⁴. Zira bu sürenin uzun tutulması halinde, farklı ürünlerin yapay bir şekilde aynı ürün pazarı içerisinde kabul edilmesi riski mevcuttur.

Üretim geçişinin elverişliliği yönünden yapılan değerlendirmenin akabinde ikinci olarak ise müşteri tercihleri yönünden bir değerlendirme yapılarak üretimin diğer ürüne kaydırılması durumunda, pazardaki mevcut talebe benzer bir müşteri rağbetinin yeni ürün için de söz konusu olup olmayacağı araştırılacaktır. Öyle ki teşebbüsün, pazara süreceği yeni ürün için yüksek meblağlarda reklam ve pazarlama harcaması yapması gerekiyorsa, incelenen ürünlerin arz yönünden ikame olmadıkları kabul edilecektir. Nitekim Kurul'un *Coca Cola* kararında özetle; ticari içecekler sektörü gibi marka bağımlılığının yüksek olduğu pazarlarda, teşebbüslerin kısa bir dönemde, yüksek maliyetlere katlanmaksızın farklı ürünlerin üretimini gerçekleştirme imkânına sahip olmasının, müşteri tercihleri üzerinde sınırlı bir etki yaratacağı, bu nedenle ilgili ürün pazarının tespitinde herhangi bir etkisinin olmayacağı ifade edilmiştir. Bu sebeple, pazarlama ve finansman olanakları sınırlı bir meyve suyu üreticisinin, küçük bir ek yatırımla, kolalı içecek üretmesinin,

⁹⁰ Case IV/M053, *Aerospatiale-Alenia/de Havilland* (1991), OJ L 336 .

⁹¹ Ülgen, s. 33.

⁹² Case IV/M.149, *Lucas/Eaton* (1991), OJ C328/1.

⁹³ Güven, s. 294.

⁹⁴ Sanlı, *Yasaklayıcı Hükümler*, s. 248-249.

meyve suyu ile kolalı içeceklerin aynı pazarda yer aldığı anlamına gelmeyeceği belirtilmiştir⁹⁵.

3. İlgili coğrafi pazarın tespit edilmesi

İlgili piyasa tanımının bir sonraki aşamasını, ilgili coğrafi piyasanın belirlenmesi oluşturmaktadır. Bu kapsamda yapılacak bir değerlendirme ile hakim durumdaki teşebbüsün coğrafi sınırları belirlenmiş olacaktır⁹⁶. RKHK'da açıkça ilgili coğrafi piyasa tanımı yapılmamış olsa da Kanununun 6. ve 7. maddelerinde "...ülkenin bütününde veya bir kısmında herhangi bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabet..." denilerek, ilgili coğrafi piyasanın somut olaya göre ülkenin bütününden veya bir kısmından oluşabileceği belirtilmiştir. Nitekim gerçek anlamda bir coğrafi piyasa tanımı, Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ'in ekinde yer alan Bildirim Formu'nun 5. maddesinde yapılmıştır. Bu düzenlemeye göre "İlgili coğrafi pazar, teşebbüslerin, mal ve hizmetlerinin arz ve talebi konusunda faaliyet gösterdikleri, rekabet koşullarının yeterli derecede homojen ve özellikle rekabet koşulları komşu bölgelerden hissedilir derecede farklı olduğu için bu bölgelerden kolayca ayrılabilen bölgeler"dir.

Coğrafi pazarın belirlenmesinde, farklı unsurlardan faydalanılması mümkündür. Bu kapsamda tüketici tercihleri, mal ve hizmetlerin teknik ve fiziksel özellikleri, nakliye maliyetlerinin yüksekliği, pazara giriş engelleri ve ilgili bölge ile komşu bölgelerdeki teşebbüslerin pazar payları ile mal ve hizmetlerin fiyatları bakımından hissedilir bir farklılığın olup olmadığı kullanılabilir kriterler arasındadır. Ancak yapılacak bir soruşturmada, hangi kriter veya kriterlerin kullanılması gerektiği, o soruşturmaya konu olayın özelliklerine göre değişecektir.

Tüketicilerin geçmişteki davranışlarının incelenmesi, ilgili coğrafi pazarın belirlenmesinde önemli bir rol oynamaktadır. Bu bağlamda yapılan bir incelemede, tüketicilerin geçmişte yaşanan fiyat artışlarında başka bölgelerdeki arz opsiyonlarına yönelip yönelmedikleri değerlendirilmekte ve buna göre bir sınırlama yapılmaktadır.

⁹⁵ RKK No: 04-07/75-18, 23.01.2004.

⁹⁶ Şiramun, Serpil: Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda Kötüye Kullanma Kriterleri, İstanbul 2005, s. 24.

İlgili coğrafi pazarın değerlendirilmesinde kullanılacak bir diğer kriter, inceleme altında bulunan ürünlere yönelik talebin niteliğidir. Öyle ki; kimi durumlarda müşteri tercihleri ve yerel markalara bağlılık gibi özellikler, coğrafi pazarın sınırlanmasına yol açabilmektedir. Bu noktada, Rekabet Kurulu'nun *LPG-Adıyaman* kararından bahsedilmesinin, bölgesel tercihlerin ilgili coğrafi pazarın belirlenmesi üzerindeki etkisini ortaya koyması açısından faydalı olacağı kanaatindeyiz. Karara konu olayda, şikayete konu teşebbüsler bütün Türkiye'de LPG dolum ve dağıtımını yapmaktadırlar ve ülke genelinde piyasa payları yaklaşık %80 civarındadır. Ancak, bu firmaların Adıyaman ilindeki pazar payları %20 seviyesinde olup, yerel firmalar %80 civarında çok yüksek bir pazar payına sahiptir. Ayrıca Adıyaman ilindeki fiyat değişimlerinin etkisi diğer bölgelerden hissedilmemektedir⁹⁷. Bu hususlar yerel markalara bağlılığı açıkça ortaya koymaktadır. Nitekim Kurul da bu göstergelere dayanarak coğrafi pazarı Türkiye olarak değil, Adıyaman ili olarak belirlemiştir. Keza ABAD'ın *United Brands* kararında, muz piyasasına ilişkin olarak coğrafi pazar tanımlaması yapılırken İngiltere, İtalya ve Fransa, bu ülkelerdeki rekabet şartlarının pazarın geri kalanından farklılaşmış olması sebebiyle değerlendirme dışında tutulmuştur. Rekabet şartlarındaki bu farklılaşmanın sebebi olarak, muz üretimi yapan ülkelerin, İngiltere, İtalya ve Fransa'nın eski kolonileri olmaları ve bu ülkeler arasında geçmişe dayanan kültürel ve ticari bağların bulunması gösterilmiştir⁹⁸.

İlgili ürünün özelliklerinden kaynaklı engeller de coğrafi pazar tanımlamasının sınırlandırılmasını gerektirebilir. Bu bağlamda, Kurul'un *Halk Ekmek* kararında yer alan tespitlerin iyi bir örnek teşkil ettiği kanaatindeyiz⁹⁹. İlgili kararda coğrafi pazar değerlendirilmesi yapılırken ekmek ve diğer unlu mamullerin kolay bayatlaması nedeniyle yerleşim birimleri arasında kolayca taşınmadığı, ancak İstanbul'un ilçeleri arasında ekmek ve diğer unlu mamuller ticareti yapılabildiği dikkate alınarak ilgili coğrafi pazar "İstanbul ili" olarak belirlenmiştir.

Coğrafi pazar tanımlamasında kullanılabilecek bir diğer kriter nakliye maliyetlerinin yüksekliğidir. Rekabet Kurulu'nun çimento sektörünü konu alan *Akçansa* kararında¹⁰⁰ ise çimentonun yükte ağır pahada hafif bir ürün olmasının ekonomik olarak satılabildiği

⁹⁷ Güven, Rekabet Hukuku, s. 300.

⁹⁸ Rodger/MacCulloch, s. 99.

⁹⁹ RKK No: 09-43/1100-280, 1.10.2009.

¹⁰⁰ RKK No: 16-39/654-293, 16.11.2016.

bölgeyi sınırlandırmakta olduğu tespit edilmiştir. Bu nedenle ilgili coğrafi pazar, nakliye masraflarının, ürünün fiyatına ve/veya toplam maliyetine olan oranı esas alınarak belirlenen bölge ile sınırlı tutulmuştur. Sonuç olarak anılan kararda ilgili coğrafi pazar, fabrikanın bulunduğu yeri (Çanakkale) 250-300 km çevreleyen bölge ile sınırlı tutulmuştur¹⁰¹. Bu yöntem neticesinde belirlenen coğrafi pazarın dışına satış yapılmasının, ilgili teşebbüsün karlılığını ortadan kaldırdığı ifade edilmiştir.

İlgili coğrafi pazarın belirlenmesinde, ilgili ürün pazarının belirlenmesi için geliştirilen SSNIP testinden faydalanılması da mümkündür. Nitekim Rekabet Kurulu'nun *Oyak Çimento* kararında¹⁰², SSNIP testine dayanılarak fiyatlarda %10'luk oranda farazi bir artış gerçekleştirilmiş ve diğer bölgelere bir yönelim olup olmadığı değerlendirilmiştir. Elde edilen veriler ışığında ilgili coğrafi pazarlar, Kocaeli-Sakarya, Bolu-Düzce ve Zonguldak olarak belirlenmiştir.

Türkiye'deki bir alıcının, aynı veya benzer şartlarla yurtdışındaki sağlayıcılara yönelebileme imkânına sahip olduğu durumlarda coğrafi pazar, ülke sınırlarını aşarak ikame edilebilirlik ölçüsünde genişletilebilmektedir¹⁰³. Kurul, *CNR* kararında¹⁰⁴ RKKH 2. maddesine atıf yaparak, coğrafi pazar tanımını kanunun yer bakımından uygulama alanı ile sınırlı tutmuştur. Ancak daha sonra verilen kararlarda bu uygulamadan vazgeçilmiş ve coğrafi pazar gerekli olması halinde ülke sınırlarını aşarak tanımlanmıştır¹⁰⁵.

¹⁰¹ Çimento ve hazır beton sektörleri çerçevesinde yapılan ilgili coğrafi pazar analizleri hakkında detaylı bilgi için bkz. İnan, Nurkut/ Çekinmez, Boğaz/ Çekinmez, Mert: "Rekabet Kurulunun Çimento ve Hazır Beton Sektörlerindeki Soruşturmaları", Rekabet Hukuku İle İlgili Kurul ve Yargı Kararları Sempozyumu, Editör: Murat Gürel, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2010, s. 144-145.

¹⁰² RKK No: 09-56/1338-341, 18.11.2009.

¹⁰³ Erol, Kemal: Rekabet Kurallarının Ülke Dışı Uygulanması, Rekabet Kurulu Yayını No:48, Ankara 2000, s. 157-158; Ocak, s. 218.

¹⁰⁴ RKK No: 00-40/443-243, 20.10.2000.

¹⁰⁵ "Ekonomik Analiz ve Araştırma Dairesi Başkanlığı'nın yaptığı çalışma sonuçları da soruşturma döneminde faal olan Türkiye'den Avrupa'ya yönelik tüm ro ro hatlarının birbiri üzerinde rekabetçi baskı oluşturduğu ve aynı coğrafi pazarda olduğunu ortaya koymaktadır. Bu durum, ilgili coğrafi pazarın Türkiye'den Avrupa'ya yönelik tüm ro ro hatlarını kapsayacak şekilde belirlenmesini zorunlu kılmaktadır. Tüm değerlendirmeler dikkate alındığında, soruşturma konusu döneme ilişkin ilgili coğrafi pazar İtalya varışlı Pendik/Ambarlı/Mersin/Çeşme/Tekirdağ-Trieste, Fransa varışlı Pendik-Marsilya ve Tekirdağ-Toulon ro ro hatlarının tamamını içerecek şekilde "Türkiye-Avrupa arasındaki ro ro hatları" olarak tanımlanmıştır." RKK No: 12-47/1413-474, 01.10.2012; Rekabet Kurulu'nun, ilgili coğrafi pazarı Türkiye Cumhuriyeti sınırlarından daha geniş bir şekilde tanımladığı *MNG* kararında ise ilgili coğrafi pazar, "Türkiye'nin de içinde bulunduğu Avrupa, Orta Doğu, Kuzey Afrika, Orta Asya ve Rusya'yı içeren bölgesel sınırlar" olarak belirlenmiştir. RKK No: 10-80/1653-628, 23.12.2010.

Bu noktada rekabet kurallarının, ihlâlin olduğu ülkede yerleşik olmayan teşebbüslere uygulanmasına imkân sağlayan “Etki Prensibi”nden de bahsetmek gerekmektedir. Bu prensibe göre, rekabet düzenlemelerinin, o ülkede doğrudan varlığı bulunmasa bile eylem ve işlemleri rekabet şartlarını etkileyen yabancı teşebbüslere de uygulanması gerekir¹⁰⁶. ABAD’ın *Commercial Solvents*¹⁰⁷ ve *Dyestuffs*¹⁰⁸ kararlarında etki doktrini kabul edilerek, AB rekabet hukuku kurallarının birlik içerisinde yerleşik olmayan teşebbüslere uygulanabileceği kabul edilmiştir. Etki doktrini konusunda, Rekabet Kurulu uygulaması, AB uygulamasını takip ederek RKKH yaptırımlarının Türkiye’de yerleşik olmayan teşebbüslere de uygulanabileceği yönünde kararlar almıştır¹⁰⁹.

4. İlgili dönemsel pazarın tespit edilmesi

Somut olayın şartları, ilgili pazar tanımlamasının zaman ve dönem açısından da incelenmesini gerektirebilir. Öyle ki kimi sektörlerde teşebbüsler ilgili pazarda yalnızca belirli dönemlerde hakim durumda bulunurlarken, diğer zamanlarda hakim durumda görünmeyebilirler¹¹⁰. Özellikle kriz zamanları ile sergi, fuar, oyun gibi yalnızca belirli dönemlerde gerçekleştirilen organizasyonlarda böyle bir durum söz konusudur¹¹¹. Bu gibi özellikli durumlarda zaman unsurunun ilgili pazar değerlendirilmesine muhakkak dahil edilmesi gerekmektedir, aksi halde ilgili pazar tanımlamasında hatalı tespitlere ulaşılabacaktır.

Nitekim rekabet otoriteleri de bu gibi özellikli durumlara dair verdikleri kararlarda, zaman unsurunu yaptıkları incelemeye dahil etmektedirler. Rekabet Kurulu’nun *CNR Fuarçılık* kararında¹¹², fuarcılık hizmetinin zaman yönünün ihmal edilmemesi gerektiği belirtilmiş ve yaptığı inceleme neticesinde ihtisas fuarları arasında arz ikamesinin bulunmuyor olması sebebiyle, her ihtisas fuarını ayrı bir ürün pazarı olarak tanımlamıştır.

¹⁰⁶ Ateş, Mustafa: Rekabet Hukukuna Giriş, Ankara 2003, s. 375; Günay, s. 42.

¹⁰⁷ Joined Cases 6-7/73, *Commercial Solvents v Commission* (1974), ECR 223. *Commercial Solvents* kararı hakkında detaylı analizler için bkz. Gürzumar, Osman Berat: Zorunlu Unsur Doktrinine Dayalı Sözleşme Yapma Yükümlülüğü Hakim Durumun Rakiple Anlaşma Yapmaktan Kaçınmak Suretiyle Kötüye Kullanılması, Ankara 2006, s. 134-135, 185.

¹⁰⁸ Case 48-69, *Dyestuffs, Imperial Chemical Industries Ltd v Commission* (1972), ECR 619.

¹⁰⁹ RKK No: 03-60/733-343, 11.09.2013.

¹¹⁰ Güven, Rekabet Hukuku, s. 301.

¹¹¹ Ocak, s. 221.

¹¹² RKK No: 07-62/736-264, 26.07.2007.

Bu konuda Alman Kartel Dairesi tarafından verilen bir kararda, reklam panosu sektöründe hizmet gösteren bir teşebbüsün, olimpiyat oyunları süresince reklam panolarının fiyatlarını % 200 arttırmasına yönelik iddialar değerlendirilmiş ve söz konusu teşebbüsün oyunların icra edildiği süre ile sınırlı olmak üzere hakim durumda olduğu tespit edilmiştir¹¹³.

B) Hakim Durumun Belirlenmesinde Başlıca Faktörler

1. Genel olarak

İnceleme altındaki teşebbüsün faaliyette bulunduğu pazarın belirlenmesinden sonra, bu pazarda hâkim duruma ilişkin koşullarının gerçekleşip gerçekleşmediği değerlendirilmelidir¹¹⁴. Hakim durum tespiti ile esas itibariyle inceleme altındaki teşebbüsün, rekabetçi baskılardan ne ölçüde bağımsız hareket edebildiği ortaya konulduğundan, öncelikle incelenen teşebbüsün ve rakiplerinin pazar payları tespit edilmelidir¹¹⁵. Pazar payına dair yapılacak tespitler, pazarın genel yapısı hakkında bir izlenim yaratacak olmakla birlikte, hakim duruma ulaşan bir ekonomik gücün tespit edilebilmesi için her zaman yeterli olmayabilir. Örneğin, düşük pazar payına sahip bir teşebbüs de faaliyet gösterdiği diğer pazarlardan elde ettiği finansman gücü sayesinde, rakip teşebbüsleri piyasa dışına çıkartabilmek amacıyla anti-rekabetçi davranışlarda bulunabilir¹¹⁶. Bu nedenle pazar payına istinaden yapılan değerlendirmelere ek olarak, pazara giriş engellerinin de muhakkak değerlendirilmesi gerekmektedir¹¹⁷.

2. Pazar payı

Teşebbüslerin hakim durumda bulduklarına karar verilen çoğu durumda, inceleme altındaki teşebbüsün yüksek seviyede bir pazar payına sahip olduğu görülmektedir. Bu nedenle, pazar payı incelemesi hakim durum tespitinde önemli bir kriter olarak

¹¹³ Tatigkeitsbericht des Bundeskartellamtes (TB) 1972, (Ocak, s. 222'den naklen).

¹¹⁴ Ocak, s. 222.

¹¹⁵ Öztunalı, s. 40.

¹¹⁶ Gülergün, E.Cenk: Türkiye İçin Yoğunlaşma Kontrolü Modeli, Rekabet Politikası ve Yoğunlaşmaların Kontrolü, Rekabet Kurumu, Ankara 2003, s. 200; Güven, Rekabet Hukuku Dersleri, s. 177.

¹¹⁷ Dışlayıcı Davranışlar Kılavuzu, par. 10.

kullanılmaktadır¹¹⁸. Bu çerçevede yapılacak bir değerlendirmede hem inceleme altındaki teşebbüsün hem de rakiplerinin pazar payları belirlenecektir.

Pazar payının hesaplanmasında farklı yöntemlerden faydalanılması mümkündür. Dışlayıcı Davranışlar Kılavuzu uyarınca pazar payı, satışların parasal değeri ya da satış miktarı üzerinden hesaplanabilecek olmakla birlikte, şartların gerektirmesi halinde hesaplama kapasite ya da rezerv miktarı gibi göstergelerden de faydalanılabilir¹¹⁹. İlgili Pazarın Tanımlanmasına İlişkin Kılavuz'da ise pazar paylarının çoğu zaman araştırma şirketlerinden veya meslek birliklerinden temin edilecek bilgilerden elde edilebileceği, bunlar güvenilir bulunmadığında ise pazar paylarının hesaplanması için her tedarikçiden kendi satış rakamını bildirmesinin istenilebileceği belirtilmiştir¹²⁰.

Pazar payı değerlendirmelerinde rekabet otoritelerinin, bir teşebbüsün hakim durumda sayılabilmesi için delil olarak kullandıkları mutlak bir pazar payı eşiği bulunmamaktadır. Somut olayın şartlarına göre farklı değerlendirmeler söz konusu olabilmektedir. Bu noktada, inceleme altındaki teşebbüsün pazar payının, rakip teşebbüslerin pazar paylarına göre durumu (nispi pazar payı)¹²¹ belirleyici bir rol oynamaktadır. Öyle ki, teşebbüsün pazar payı ile rakiplerin pazar payları arasında fark arttıkça, teşebbüsün hakim durumda bulunma ihtimali de artacaktır.

Avrupa Birliği Rekabet Hukuku uygulamasında, farklı seviyelerdeki pazar paylarının hakim durum olarak kabul edilebilmesi için farklı şartların arandığını görmekteyiz. Nitekim ABAD, *Hoffman-La Roche* kararında ¹²²% 70, % 80 ve % 90 seviyelerinde gerçekleşen çok yüksek pazar paylarının hakim durum için karine oluşturduğunu kabul etmiştir. Böyle bir durumda hakim durumda olmadığını iddia eden teşebbüsün bu durumun aksini ispatlaması gerekmektedir¹²³. ABAD benzer bir şekilde *Akzo* kararında en az üç sene boyunca devam eden % 50 seviyesindeki pazar payını hakim durumun

¹¹⁸ Güven, Rekabet Hukuku Dersleri, s. 178.

¹¹⁹ Kılavuzda ilgili ürün veya endüstrinin özelliklerine göre pazar payının kullanılan referans noktasının değişebileceği belirtilmektedir. Örnek olarak; ihale pazarında aktör sayısının, havacılık sektöründe filo büyüklüğünün ve madencilik sektöründe rezerv miktarının kurul tarafından esas alınması gösterilmiştir. Sırasıyla ilgili kararlar; RKK No: 07-59/675-234, 11.7.2007, RKK No: 07-09/53-18, 24.1.2007.

¹²⁰ İlgili Pazarın Tanımlanmasına İlişkin Kılavuz, par. 41.

¹²¹ İnan/Piker, s. 60.

¹²² Case 85/76, *Hoffman-La Roche & Co. AG v Commission* (1979), ECR 461.

¹²³ Jones /Sufirin, s. 328.

tespiti için yeterli bulmuştur. *United Brands ve British Airways* kararlarında¹²⁴ ise % 40 ile % 45 arasında değişen pazar paylarının hakim durumun ispatı için tek başına yeterli olmadığı belirtilmiş; bu noktada rakip teşebbüslerin pazar paylarının da karşılaştırılması suretiyle bir değerlendirme yapılmıştır¹²⁵.

Buna karşılık pazar payının çok düşük olduğu durumlarda ise diğer şartlar dikkate alınmaksızın, teşebbüsün hakim durumda bulunmadığı kabul edilmektedir¹²⁶. Nitekim ABAD'ın *Metro* kararında¹²⁷, % 10 seviyesindeki bir pazar payı hakim durum tespiti için çok düşük kabul edilmiş; bu düzeydeki bir pazar payının ancak olağanüstü şartların varlığı halinde hakim durum için yeterli olacağı kabul edilmiştir¹²⁸.

Türk Rekabet Hukuku uygulamasında da AB uygulaması ile benzer bir şekilde aksine bir durum söz konusu değilse, faaliyet gösterdikleri pazarda % 70'in üzerinde pazar payına sahip olan teşebbüsler karine olarak hakim durumda kabul edilmektedirler¹²⁹. Öte yandan Kurul kararlarında, %40'ın altında pazar payı bulunan teşebbüslerin ise hakim durumda olma ihtimallerinin düşük olduğu kabul edilmektedir¹³⁰. Nitekim Rekabet Kurulu'nun *Afyon Ekmek* kararında¹³¹, teşebbüsün Afyon ekmeği pazarında sahip olduğu % 22'lik payı, hakim durum tespiti için yeterli bulmamıştır.

Bu noktada, pazar payının yanında vurgulanması gereken bir diğer hususun da pazar payının istikrarı olduğu kanaatindeyiz. Yukarıda devamlılık başlığı altında belirttiğimiz üzere; ilgili piyasada ele geçirilen kısa süreli bir hakimiyet, teşebbüslere hakim durumun sağladığı önemli ayrıcalıkları sağlamayacaktır. Gerek ABAD gerekse de Rekabet Kurulu, hakim durum tespitine dair verdikleri kararlarda, hakim durumun tespiti için gerekli olan pazar payının belirli bir süre ile elde tutulmuş olmasını şart koymaktadır.

¹²⁴ Case 27/76, *United Brands v Commission* (1978), ECR 207.

¹²⁵ Ülgen, s. 45.

¹²⁶ Aslan, İsmail Yılmaz: *Avrupa Topluluğu Rekabet Hukuku, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü*, Ankara 1992, s. 196-197.

¹²⁷ Case 26-76, *Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG v Commission* (1977), ECR 1875.

¹²⁸ Ocak, s. 224.

¹²⁹ RKK No: 02-24/243/98, 16.04.2002; RKK No: 08-01/06-05, 03.01.2008.

¹³⁰ RKK No: 10-36/575-205, 12.05.2010; RKK No: 10-52/956-335, 05.08.2010; RKK No: 10-62/1286-487, 30.09.2010.

¹³¹ RKK No: 00-29/314-181, 3.8.2000.

3. Pazara giriş engelleri

(a) Genel olarak

Pazardaki rekabetin durumunu niceliksel yönden ele alan değerlendirmelerin, hakim durumun tespiti noktasında tek başına yetersiz kalması muhtemeldir¹³². Bu sebeple, hakim durum incelemesinde bir sonraki adımı, pazara giriş engellerinin incelenmesi oluşturmaktadır.

İncelenen pazar, yeni girişlere ve mevcut teşebbüslerin büyümesine ne derece müsaitse, pazardaki yerleşik aktörler üzerindeki rekabetçi baskı da o derece yüksek olacaktır. Bu nedenle pazara giriş engellerinin düşük seviyede olduğu bir pazar yapısı, pazarda faaliyet gösteren teşebbüsler üzerindeki rekabetçi baskıyı arttıracığından, yerleşik durumdaki teşebbüslerin hakim durumda bulunma ihtimallerini azaltacaktır. Aksi durumda, yani pazara giriş engellerinin yüksek olduğu bir pazar yapısında ise teşebbüsler üzerindeki rekabetçi baskı düşük olacağından, yerleşik teşebbüslerin hakim durumlarını sürdürme veya güçlendirme ihtimalleri artacaktır¹³³.

Pazara giriş engellerinin kapsamına hangi hallerin dahil edileceği, bu kapsamda yapılan bir soruşturmaya doğrudan etki edecektir. Nitekim bu konuda doktrinde iki ayrı görüş mevcuttur. İlk görüş¹³⁴, pazara giriş engellerinin kapsamının dar tutulmasını, aksi halde pazardaki yerleşik teşebbüslerin cezalandırılmış olacaklarını savunurken; karşı görüş¹³⁵ ise rekabetçi pazar yapısının korunması için, kapsamın daha geniş bir şekilde belirlenmesi gerektiğini savunmaktadır. Bu konudaki düzenleme ve uygulamalar, ülkelerin benimsedikleri rekabet hukuku politikaları doğrultusunda evrilmiştir. Nitekim piyasalardaki rekabetçi yapının korunması için daha muhafazakar bir rekabet hukuku politikası benimsemiş bulunan Avrupa Birliği'nin, bu bağlamda pazara giriş engellerini

¹³² Yanık, Mehmet: Rekabet Hukukunun Hakim Durum ve Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Uygulamalarında Piyasaya Giriş Engelleri, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No: 19, Ankara 2003, s. 18.

¹³³Rodger/MacCulloch, s. 101.

¹³⁴ Bork, Robert H.: The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself, New York 1978, s. 310-311; Bellamy Christopher / Child Graham: European Community Law of Competition, 7th ed., 2014, s. 606.

¹³⁵ Whish, Richard/ Sufrin, Brenda: Competition Law, 3rd Edition, London 1993, s. 45; Aslan, AT Rekabet Hukuku, s. 45; Tekinalp/Tekinalp, s. 446.

de geniş bir şekilde tanımlamayı seçtiğini görüyoruz¹³⁶. Türk Rekabet Hukuku sistemi de mehz AB mevzuatı ile benzer bir yaklaşım benimseyerek pazara giriş engellerinin kapsamını geniş tutmuştur. Nitekim Dışlayıcı Davranışlar Kılavuzu'nda pazara giriş engelleri üç ana başlık altında, ilgili pazarın özelliklerinden kaynaklanan engeller, ilgili teşebbüsün özelliklerinden kaynaklanan engeller ve teşebbüsün davranışlarından kaynaklanan engeller olarak sınıflandırılmıştır¹³⁷.

(b) İlgili pazarın özelliklerinden kaynaklı giriş engelleri

İlgili pazarın özelliklerinden kaynaklı giriş engelleri, yasal engeller ve maliyet kaynaklı engeller olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Yasal giriş engelleri, bir kamu otoritesi veya idari otorite tarafından verilen imtiyazlardan, tekel haklarından ya da lisanslama gerekliliklerinden kaynaklanıyor olabilir. Nitekim ABAD'ın idari otoriteler tarafından teşebbüslere sağlanan kamu imtiyazlarını pazara giriş engelleri olarak kabul ettiği birçok kararı bulunmaktadır¹³⁸. Keza Rekabet Kurulu'nun kamu imtiyazları çerçevesinde bir değerlendirme yaptığı *Belko* kararında¹³⁹, *Belko*'nun yasal olarak elde ettiği tekel hakkının, pazarı yeni girişlere mutlak anlamda kapattığı tespit edilmiş ve *Belko*'nun yasal olarak elde ettiği tekel hakkı ile sahip olduğu hakim durumunu kötüye kullandığına karar verilmiştir.

Öte yandan yasal giriş engelleri; marka, patent, lisans hakları gibi kanuni düzenlemelerle korunan fikri ve sınai haklardan da ileri gelebilir¹⁴⁰. Ancak bu noktada dikkat edilmelidir ki; inceleme altındaki ürün veya hizmetin fikri ve sınai haklar ile korunuyor olması, o ürün veya hizmetin satışını gerçekleştiren teşebbüsün doğrudan hakim durumda olması sonucunu doğurmayacaktır. Böyle bir sonuca varabilmek için incelenen ürünle rekabet

¹³⁶ Öz, s. 110; Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, s. 253. Ayrıca bkz. Guidance on the Commission's Enforcement Priorities In Applying Article 82 of the EC Treaty to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings (Guidance on Exclusionary Conduct), par. 16-17.

¹³⁷ Pazara giriş engelleri yönünden yapılan bir başka ayırım olan, doğal giriş engelleri – suni giriş engelleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Öz, s. 111; Ocak, s. 229; Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, s. 253.

¹³⁸ Case 30/87, *Bodson v Pompes Funebres des Regions Liberes* (1998), ECR 2479; Case L43/7, *Decca Navigator v Commission*, 4 CMLR 627.

¹³⁹ RKK No: 09-32/703-163, 08.07.2009.

¹⁴⁰ Bu yöndeki ABAD kararları için bkz. Case 22/78, *Hugin Kassaregister AB & Hugin Cash Registers Ltd. v Commission* (1979), ECR 1869; Case IV/M.269, *Shell/Montecatini* (1994), OJ L-332/48.

halinde olan başka ürünlerin mevcut olup olmadığı araştırılmalı ve buna göre bir değerlendirme yapılmalıdır.

Pazarın özelliklerinden kaynaklanan giriş engelleri, maliyetlere bağlı olarak da ortaya çıkabilir. Özellikle birim maliyetin en aza indirgenebilmesi için belirli bir asgari üretim ölçğine ulaşılmasının gerekli olduğu ölçek ekonomilerinde, pazara yeni giriş yapacak olan teşebbüsün büyük meblağlarda yatırım yapması gerekecektir¹⁴¹. Nitekim yapılacak yatırımın büyüklüğünün, teşebbüsün karlılığını büyük ölçüde ortadan kaldıracığı hallerde; bu durumu öngören rasyonel teşebbüsten, pazara girmekten vazgeçmesi beklenecektir. Yine benzer şekilde, geri kazanılamaz maliyetler olarak adlandırılan batık maliyetin yüksekliği de potansiyel rakipleri piyasaya girmekten caydırabilir¹⁴². Çünkü bu maliyetler, sektörden çıkarken malvarlığının elden çıkartılması ya da başka bir sektörde kullanılması yoluyla tekrar nakde dönüştürülemeyen maliyet kalemleridir. Öte yandan, yerleşik firmaların yüksek ar-ge ve reklam maliyetlerine katlanıyor olmaları, potansiyel rakipler için bir diğer pazara giriş engeli olarak karşımıza çıkmaktadır.

(c) Teşebbüsün özelliklerinden kaynaklı giriş engelleri

Teşebbüsün özelliklerinden kaynaklı giriş engelleri ise; teşebbüsün kilit girdilere sahip olması, atıl kapasite, dikey bütünleşik yapı, üstün teknoloji, güçlü dağıtım ağı, geniş ürün portföyü, yüksek marka bilinirliği ve sağlam bir finansal yapı olarak sayılabilir. Bunlardan bir veya birkaçının somut olayda varlığı halinde, pazar payı yönünden yapılan değerlendirme de dikkate alınmak kaydıyla inceleme altındaki teşebbüsün hakim durumda bulunduğuna karar verilecektir.

Pazara girmek isteyen potansiyel rakiplerin, yerleşik teşebbüslerin sahip oldukları kilit girdilere erişim imkânlarına sahip olmamaları, önemli bir pazara giriş engelidir. Zira kilit girdilere sahip olmayan teşebbüsün, ilgili ürün veya hizmeti meydana getirmesi ve pazardaki rakipleri ile rekabet içerisine girmesi mümkün değildir. Kilit girdi kavramına, havaalanlarında havayolu şirketlerine tahsis edilen slotlar ile sınai mülkiyet hakları ile

¹⁴¹ Kahraman, Zafer: Rekabet Hukuku Açısından Oligopolistik Bağımlılık, İstanbul 2008, s. 134.

¹⁴² Case 27/76, United Brands v Commission (1978), ECR 207; Case Comp/C-3/37.990, Intel (2010), CMLR 314.

korunan ürünler örnek olarak gösterilebilir. Yine potansiyel rakiplerin hammaddeye ulaşım imkânının bulunmaması da bu kapsam da değerlendirilebilmektedir¹⁴³.

Yerleşik teşebbüsün sahip olduğu atıl kapasitenin büyüklüğü, pazara yatırım yapmayı planlayan potansiyel rakipler için bir diğer giriş engeldir. Çünkü yerleşik teşebbüs aslında sahip olduğu atıl kapasiteyle; pazara yeni girişler olması halinde üretimi arttırarak fiyatları düşüreceğinin, dolayısıyla yapılacak yatırımları kazançsız hale getireceğinin mesajını vermektedir.

Bir teşebbüsün, üretimden pazarlama ve dağıtıma kadar tedarik zincirinin her aşamasında bir bütünlük oluşturacak şekilde aktif rol alması, rakiplerin pazara girişi için engel oluşturacaktır¹⁴⁴. Nitekim ABAD'ın *United Brands* kararında¹⁴⁵ yapmış olduğu hakim durum değerlendirmesinde, teşebbüsün sahip olduğu dikey bütünleşik yapı önemli bir rol oynamıştır. Kararda, muzun çabuk bozulan bir ürün olmasına rağmen dünyanın dört bir yanındaki dağıtıcılara bozulmadan ulaştırılabilmesi, teşebbüsün sahip olduğu dikey bütünleşik yapıyla ilişkilendirilmiş ve bu husus potansiyel rakipler için bir pazara giriş engeli olarak değerlendirilmiştir¹⁴⁶.

Yerleşik teşebbüsün ürettiği ürünlerin geniş bir yelpazeye yayılması, ABAD tarafından diğer faktörlerle birlikte hakimlik göstergesi olarak kabul edilebilmektedir. ABAD, *Michelin* kararında¹⁴⁷, Michelin'in sahip olduğu geniş ürün yelpazesinin, pazarda belirli ürünlerin yalnızca Michelin tarafından tedarik ediliyor olmasının ve Michelin'in, ticari satış temsilcileri ile arasındaki geniş network ağının, pazarın genel durumu (mutlak ve nispi pazar payları) ile birlikte hakim durum yarattığını tespit etmiştir.

Teşebbüsün faaliyet gösterdiği pazarda sahip olduğu dağıtım ve satış ağının etkililiği, o teşebbüsün hakim durumda olduğunun kabul edilmesinde önemli bir rol oynayacaktır. Öyle ki; pazarda faaliyet gösteren teşebbüsün güçlü ve oturmuş bir dağıtım ağına sahip olması, potansiyel rakipler için pazara giriş yapmaları bakımından caydırıcı bir etkidir.

¹⁴³ Case L10/50, *BPB Industries v Commission* (1989), 4 CMLR 464.

¹⁴⁴ Aslan, *Rekabet Hukuku Dersleri*, s. 179; Ocak, s. 234; Jones/Sufrin, s. 344.

¹⁴⁵ Case 27/76, *United Brands v Commission* (1978), ECR 207

¹⁴⁶ Dikey bütünleşik yapının değerlendirildiği Kurul kararları için bkz. RKK No: 04-66/955-231, 19.10.2004; RKK No: 14-43/789-352, 04.11.2014.

¹⁴⁷ Case T-203/01, *Manufacture française des pneumatiques Michelin v Commission* (2003), ECR II-4071.

Zira pazara giriş yapacak teşebbüslerin kısa bir süre içerisinde bu seviyede bir dağıtım ağı oluşturarak güçlü bir müşteri portföyüne sahip olmaları mümkün değildir¹⁴⁸. Bu bağlamda verilen *Hoffman-La Roche* kararında¹⁴⁹, teşebbüsün sahip olduğu üstün pazar payı ile birlikte, güçlü satış ağı ve potansiyel rekabetin¹⁵⁰ yokluğu hakim durumun göstergesi olarak kabul edilmiştir.

Yerleşik teşebbüsün sahip olduğu üstün teknoloji, potansiyel rakiplerin pazara girmelerini önler ve giriş engeli yaratır¹⁵¹. Çünkü pazara girebilmek için ileri düzeyde bir teknolojinin gerekli olduğu hallerde, bu teknolojiye ulaşılabilmesi için yüksek maliyetli ar-ge yatırımlarının yapılması gerekecektir. Bu doğrultuda yapılacak olan harcamalar batık maliyet olduğundan, teşebbüs ilgili teknolojiye ulaşsa dahi bu sefer de pazarda istediği kârlılık seviyesine ulaşamayacaktır. İşte bu durumu öngören makul bir teşebbüsün pazara girmekten vazgeçmesi beklenir. Ancak üstün teknolojinin yüksek ar-ge yatırımları yapılmasına gerek olmadan ve önemli masraflara katlanılmadan öğrenilebildiği durumlarda, üstün teknoloji bir pazara giriş engeli olarak değerlendirilmemelidir¹⁵².

Alıcıların sahip oldukları ekonomik güç, hakim durum incelemesinde değerlendirilmesi gereken niteliksel anlamdaki bir diğer kriterdir¹⁵³. Bir piyasada, piyasanın önemli bir kısmını temsil eden ekonomik olarak güçlü alıcıların bulunuyor olması, o piyasada üretici konumunda bulunan teşebbüslerin hakim duruma gelmelerini zorlaştıracaktır¹⁵⁴. Piyasadaki müşteri kitlesinin ekonomik olarak sınırlı bir güce sahip olması durumunda ise alıcı gücünün ilgili teşebbüs üzerinde yüksek düzeyde bir rekabetçi baskı oluşturmadığı düşünülecektir¹⁵⁵. Piyasadaki alıcı gücünün, etkin bir düzeyde olduğunun değerlendirilebilmesi için alıcı konumundaki teşebbüsün, rekabetçi olmayan teşebbüs

¹⁴⁸ European Commission DG Competition: DG Competition Discussion Paper On The Application Of Article 82 Of The Treaty To Exclusionary Abuses, 2005, par. 40.

¹⁴⁹ Case 85/76, *Hoffman - La Roche & Co. AG v Commission* (1979), ECR 461.

¹⁵⁰ Potansiyel rekabet, mevcut teşebbüslerin piyasaya yeni giriş olasılığı karşısında hissettiği baskı olarak tanımlanmaktadır. Bkz. Rekabet Terimleri Sözlüğü, s. 161.

¹⁵¹ Aslan, Rekabet Hukuku Dersleri, s. 179.

¹⁵² Jones/Sufrin, s. 343.

¹⁵³ İnce, Ebru: Alıcı Gücü: Perakende Sektörü Özelinde Kaynakları, Sonuçları, Ele Alınışı ve Politika Yansımaları, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tez Serisi No:124, Ankara 2012, s. 4 vd.; Karakılıç, Hasan: Rekabet Hukukunda Bağlama Uygulamaları, İstanbul 2013, s. 514 vd.; Ocak, s. 253.

¹⁵⁴ Öztunalı, s. 48.

¹⁵⁵ Dışlayıcı Davranışlar Kılavuzu, par. 21.

davranışlarından yalnızca kendisini değil, pazarın tamamını koruyabiliyor olması gerekmektedir¹⁵⁶.

Komisyon'un *Prokent/Tomra* kararında¹⁵⁷, alıcı tarafındaki yoğunlaşmanın sağlayıcı tarafındaki yoğunlaşmadan çok daha düşük seviyede olması sebebiyle, ilgili teşebbüsün hakim durumunun alıcı gücünden etkilenmediği yönünde bir değerlendirmede bulunulmuştur. Rekabet Kurulu'nun da piyasadaki alıcı gücünün, hakim durum üzerindeki etkisini incelediği kararları bulunmaktadır¹⁵⁸.

(d) Teşebbüs davranışından kaynaklı giriş engelleri

Teşebbüs davranışı, normal şartlar altında hakim durumun kötüye kullanılması yasağı çerçevesinde gerçekleştirilen bir soruşturmada, kötüye kullanmanın incelendiği safhada ele alınacaktır. Ancak, bazı özel hallerde teşebbüs davranışının, hakim durum değerlendirmesi sırasında da incelenmesi gerekebilir¹⁵⁹. Nitekim Dışlayıcı Davranışlar Kılavuzu'nda; ilgili teşebbüsün, mevcut ya da potansiyel rakiplerinin karşılık vermek zorunda kalacakları büyük nitelikte yatırımlar yapmasının ve alıcılarla, pazarın rakiplere kapanmasına yol açabilecek nitelikte anlaşmalar imzalamasının, bu teşebbüsün pazarda hakim durumda bulunduğuna işaret edebileceği ifade edilmiştir¹⁶⁰. Rekabet Kurulu'nun özel olarak teşebbüs davranışını incelediği *Algida* kararında¹⁶¹, Algida'nın, rakip teşebbüslerin yoğun pazarlama faaliyetleri yaptığı bir dönemde reklam harcaması yapmamasının, hakim durumda olduğuna karine oluşturduğuna hükmedilmiştir.

Sonuç olarak yapılacak bir hakim durum değerlendirmesinde yukarıda açıklanan pazara giriş engelleri, tek başına değil bir bütün olarak değerlendirilmelidir. Çünkü ancak yapılacak genel bir analiz neticesinde pazarın yeni girişlere veya büyümeye müsait olup olmadığı doğru bir şekilde tespit edilebilecektir¹⁶².

¹⁵⁶ Jones/Sufrin, s. 350.

¹⁵⁷ Case T- 155/06, Tomra Systems ASA v Commission, 010 ECR II- 000 (2011), 4 CMLR 416.

¹⁵⁸ Bkz. RKK No: 07-26/238-77, 21.03.2007; RKK No:08-33/421-147, 15.05.2008.

¹⁵⁹ O'Donoghue, R./ Padilla, A.J.: The Law and Economics of Article 82, Oxford 2006, s. 128-129; Öztunalı, s. 45.

¹⁶⁰ Dışlayıcı Davranışlar Kılavuzu, par. 19.

¹⁶¹ RKK No: 08-33/421-147, 15.05.2008.

¹⁶² Dışlayıcı Davranışlar Kılavuzu, par. 20.

IV)BİRLİKTE HAKİM DURUM

Birlikte hakimiyet kavramı, pazarda faaliyet gösteren az sayıdaki firmanın davranışlarını koordine ederek sanki tek bir hakim duruma sahiplermiş gibi davranma yeteneğine sahip olmalarını ifade etmektedir¹⁶³. Birlikte hakim durumdan söz edilebilmesi için öncelikle ilgili pazarda birden fazla teşebbüsün faaliyet gösteriyor olması gerekmektedir¹⁶⁴. Bu noktada, aralarında ekonomik birlikteliğin var olduğu tespit edilen firmaların rekabet hukuku bağlamında ayrı teşebbüsler olarak değil, tek bir teşebbüs olarak değerlendirilecekleri hususuna dikkat edilmesi gerekir. Ticaret hukuku bağlamında şirketler topluluğu olarak tanımlanabilecek bu yapılar için yavru şirketle hakim şirket arasındaki iktisadi bağımlılık sebebiyle, birlikte hakim durum değerlendirmesi yapılamayacaktır.

Birlikte hakim durumda bulunan teşebbüsler tek başlarına değerlendirildiklerinde ilgili pazarda hakim durumda değildirler. Ancak birlikte değerlendirildiklerinde, pazarda az sayıda teşebbüsün bulunması, pazarın doygunluk seviyesine ulaşmış olması, ürünlerin homojenliği ve pazara giriş engellerinin yüksekliği gibi birtakım unsurların etkisiyle pazarda hakim durumda oldukları görülmektedir¹⁶⁵.

Birlikte hakim durumun, genellikle fiyatların rekabetçi seviyenin üzerinde kalması için davranışlarını gizli veya açık bir biçimde koordine edebilen az sayıda büyük teşebbüsün faaliyet gösterdiği oligopolistik piyasalarda meydana geldiği ifade edilmektedir¹⁶⁶. Bu noktada oligopolistik pazar yapısından kısaca bahsetmek gerekirse, bu tip pazarlarda teşebbüs sayısının düşük; yoğunlaşmanın ise yüksek seviyede olduğu gözlenmektedir¹⁶⁷. Oligopolistik bir pazarda az sayıda teşebbüsün bulunuyor olması, teşebbüslerin arz miktarı ve ürün fiyatı noktasında birbirlerinin davranışlarını dikkate almalarına yol

¹⁶³ Tekdemir, Yaşar: “AT Rekabet Hukuku Işığında “Birlikte Hakimiyet” Kavramı: Oligopol Sorununa Yeni Bir Yaklaşım”, Perşembe Konferansları, 2000, s. 5, <https://www.rekabet.gov.tr/Dosya/persembe-konferanslari-yayinlari/perskonfyyn70.pdf>, Erişim Tarihi: 30.03.2018.

¹⁶⁴ Ocak, s. 257.

¹⁶⁵ Öztunalı, s. 39.; Rekabet Kurulu tarafından verilen YAYSAT kararında sırasıyla Sabah, Doğan ve İhlas gruplarına ait olan BBD, BİRYAY ve YAYSAT teşebbüslerinin gazete ve dergi dağıtım piyasasında birlikte hakim durumda buldukları ve bu hakim durumlarını kötüye kullandıkları tespit edilmiştir. Bkz. RKK No: 00-26/292-162, 17.07.2000.

¹⁶⁶ Oligopolistik bağımlılık hakkında detaylı bilgi için bkz. Sabuncu, Hakan: Birlikte Hakimiyet Kavramının Birleşme Devralmalar Açısından Değerlendirilmesi, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No:126, Ankara 2003, s. 19-20.

¹⁶⁷ Kahraman, s. 7-8.

açmaktadır. Bu durum doktrinde oligopolistik bağımlılık olarak adlandırılmaktadır¹⁶⁸. Örnelemek gerekirse, tam rekabetçi piyasalarda bir teşebbüsün fiyatlarını düşürmesi halinde normal şartlar altında beklenilmesi gereken, bu teşebbüsün müşteri sayısında ve pazar payında artış yaşanmasıdır. Oysa oligopolistik pazarlarda, bir teşebbüsün fiyatlarını düşürmesi halinde, pazarın yapısı sebebiyle diğer teşebbüsler bu durumu ivedi bir şekilde fark edecek ve herhangi bir kayıp yaşamamak amacıyla fiyatlama stratejilerini benzer bir şekilde değiştireceklerdir. Bu sebeple, oligopolistik pazarlarda, bir teşebbüsün düşük fiyat şeklinde bir strateji uygulaması, teşebbüslerin pazar paylarında önemli bir değişiklik yaratmayacaktır¹⁶⁹.

Ancak oligopolist teşebbüsler, birbirlerinin davranışları karşısındaki bu hassas tepkilerini farkına vardıklarında, bu durumu pazardaki ürünlerin fiyatlarını yükselterek karlarını maksimize için de kullanmak isteyeceklerdir. Bu noktada, oligopolist teşebbüslerin arasındaki koordinasyon, doğrudan ya da dolaylı yollardan gerçekleşebilecektir.

ABİDA'nın 102. maddesinde birden fazla teşebbüsün pazarda hakim durumlarını kötüye kullanılmasından bahsedilmiş olmakla birlikte, birlikte hakim durum kavramına ilişkin bir tanımlama yapılmamış konunun uygulamada şekillenmesi istenilmiştir. Oysa RKHK'nın 6. maddesinde, ABİDA'nın 102. maddesinden farklı olarak, "Bir veya birden fazla teşebbüsün ... tek başına yahut başkaları ile yapacağı anlaşmalar ya da birlikte davranışlar ile kötüye kullanması" ifadesi yer almıştır. Yani RKHK'ya göre birlikte hakim durum şeklinde bir değerlendirme yapılabilmesi, birden fazla teşebbüsün aralarında anlaşma yapmış olmalarına ya da birlikte davranışlar sergilemelerine bağlıdır. RKHK'nın bu yaklaşımı, birlikte hakim durum müessesini yalnızca iki halle sınırlandırılmış ve 4. madde ile arasında bir muğlaklık yaratmış olması bakımından doktrinde eleştiri konusu olmuştur¹⁷⁰. Bize göre de RKHK'nın birlikte hakim durumu tanımlarken tercih etmiş olduğu yaklaşım, kanunun genel sistematigi göz önünde

¹⁶⁸ Ocak, s.257, dn. 1040.

¹⁶⁹ Rodger, MacCulloch, s. 104 vd.

¹⁷⁰ Ocak, s. 265; Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, s.257; Aksi yönde Aslan, bu konuyla ilgili yaptığı değerlendirmede, RKHK'da yer verilen "birlikte davranış" ve "başkalarıyla yapılacak anlaşma" kavramlarının kötüye kullanmanın yolu olarak değil, birlikte hakim durumda bulunmanın unsurları olarak yorumlanması gerektiğini ifade etmektedir. Yazar, bu noktada mevhumu muhaliften hareket ederek, birlikte davranış ve başkalarıyla yapılacak anlaşma halleri dışındaki kötüye kullanma hallerinin yasaklama dışında bırakılmış olmasının, kanun tarafından amaçlanmasının mümkün olmadığını belirtmektedir. Bkz. Aslan, Rekabet Hukuku, s.690.

tutulduğunda 4. ve 6. madde arasındaki tamamlayıcı ilişkiye zarar vermekte ve birlikte hakim durum müessesini gereğinden fazla sınırlandırmaktadır. Sorunun giderilmesi için “tek başına yahut başkaları ile yapacağı anlaşmalar ya da birlikte davranışlar ile” ifadesinin kanun metninden çıkartılması yeterli olacaktır.

Komisyon’un *Italian Flat Gas*¹⁷¹ ve *Cewal*¹⁷² kararlarında, pazarda birlikte hakim durum şeklinde tespit yapılabilmesi için teşebbüslerin arasında illa ki bir anlaşma veya hukuki bağ bulunmasının gerekli olmadığı belirtilmiş, pazarın yapısı üzerinde yapılacak ekonomik analizler neticesinde ortaya konan diğer faktörlerin de (özel ve ortak bağlantılar, ürünlerin sistematik değişimi, imtiyazlı ilişkiler vb.) birlikte hakim durumun tespit edilmesi için yeterli olabileceği kabul edilmiştir¹⁷³. Rekabet Kurulu ise *Haydarpaşa* kararında¹⁷⁴, Haydarpaşa gümrüğünde örgütlü üç taşıma kooperatifinin ve bir anonim şirketin, tek tek incelendikleri zaman hakim durumda olmadıklarını kabul etmiş ama toplam pazar payları % 85’e ulaşan bu teşebbüslerin aralarındaki ilişkiyi göz önünde tutarak birlikte hakim durumda olduklarına kanaat getirmiştir.

¹⁷¹Case 326/12, Italian Flat Glass (1981), OJ 133/34.

¹⁷² Case C-395/96 P, Compagnie Maritime Belge Transports and Others v Commission (1993), ECR I-1365.

¹⁷³ Rodger/MacCulloch, s. 105; Kahraman, s. 116.

¹⁷⁴ RKK No: 01-21/191-49, 26.04.2001.

İKİNCİ BÖLÜM

YIKICI FİYAT UYGULAMASI

D) GENEL OLARAK

Teşebbüslerin daha yüksek pazar payı elde edebilmek ya da satış rakamlarını arttırmak gibi sebeplerle normal rekabet koşulları içerisinde düşük fiyat stratejisi uygulamaları, rekabet politikası tarafından arzulanan bir davranış biçimidir¹⁷⁵. Nitekim böyle bir uygulama sonucunda, pazardaki teşebbüslerin kıyasıya bir fiyat rekabeti içerisine girecekleri ve bu durumun en nihayetinde toplumsal refahı arttıracığına inanılmaktadır. Ancak teşebbüslerin sahip oldukları hakim duruma güvenerek pazardaki rekabeti kısıtlamak amacıyla olağandışı düşük fiyat uygulamaları, hakim durumun kötüye kullanılması yasağına tabi olacaktır. Yıkıcı fiyat (predatory pricing) olarak adlandırılan bu uygulama adil rekabete dayanmayan bir kötüye kullanma halidir. Bu sebeple, yıkıcı fiyatlamanın, adil ve serbest rekabete dayalı fiyat indirimlerinden ayrılması rekabet hukuku açısından çok büyük önem taşımaktadır¹⁷⁶. Keza bu ayırımın doğru bir şekilde yapılmaması halinde iki önemli risk ortaya çıkmaktadır: Bunlar ilk olarak, toplumsal refaha katkı sağlayan ve tüketici faydasına olan rekabetçi bir fiyat stratejisinin hatalı bir şekilde yasaklanması¹⁷⁷, ikinci olarak ise aslında kötüye kullanma niteliğinde olan ve yasaklanması gereken bir yıkıcı fiyat uygulamasının hatalı olarak yaptırıma tabi tutulmamasıdır¹⁷⁸.

¹⁷⁵ Gerardin, Damien/ Layne-Farrar, Anne/ Petit, Nicolas; EU Competition Law and Economics, Oxford 2012, s. 238; O'Donoghue/Padilla, s. 303; Güven, Rekabet Hukuku Ders Kitabı, s.208; İnan, Rekabet Hukuku El Kitabı, s. 62; Öztunalı, s. 103.

¹⁷⁶ Bu ayırımın doğru bir şekilde yapıldığı Kurul'un Paşabahçe kararı: "...Dolayısıyla, mevcut durumda Topkapı serisi ürünler ve söz konusu ürünlerin rakip ürünleri arasında bir rekabet yaşanmakta, mevcut fiyatlandırma da bu rekabetin bir sonucu olarak ortaya çıkmakta, ancak Paşabahçe'nin yıkıcı fiyat uyguladığından bahsetmek mümkün olmamaktadır." ifadeleri yer almıştır. Bkz. RKK No: 06-53/693-199, 20.7.2006.

¹⁷⁷ Bu durum doktrinde suçsuzun cezalandırılması/hatalı müdahale anlamına gelen "false positive" tabiri ile açıklanmaktadır. Bkz. Madan, Zeynep: ABD ve AB Perspektifinden Dışlayıcı Uygulamaların Tespitine Yönelik Standart Tartışmaları, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No:85, Ankara 2008, s. 12; Öztunalı, s. 61.

¹⁷⁸ Bu durum ise cezalandırılması gereken bir davranışın cezasız bırakılması anlamına gelen "true negative" kavramı ile açıklanmaktadır. Bkz. Öztunalı, s. 61.

Yıkıcı fiyat uygulamasının, rakipler ve tüketiciler üzerindeki olumsuz etkileri iki ayrı aşamada meydana gelmektedir¹⁷⁹. Doğrudan rakiplerin olumsuz olarak etkilendikleri ilk aşamada, yıkıcı fiyatlama yapan teşebbüs “derin cep” (deep pocket)¹⁸⁰ olarak adlandırılan ekonomik güce güvenerek kısa dönemde satış fiyatlarını maliyetlerinin altında belirlemektedir. Bu noktada, teşebbüsün anti-rekabetçi davranışından hem mevcut rakipleri hem de pazara girmeyi düşünen potansiyel rakipleri etkilenmektedir.

Yıkıcı fiyat uygulamasının rakipler üzerindeki olumsuz etkilerinden ilki, mevcut rakipler üzerinde oluşan dışlayıcı etkidir. Dışlayıcı etkinin temelinde satış fiyatının, ilgili ürünün üretim ve satış süreçlerinde katlanılan maliyetlerin altında belirlenmesi yatmaktadır. Yıkıcı fiyat uygulayan teşebbüs, sahip olduğu finansal kaynaklar sayesinde maliyetin altında satış yapmaya uzunca bir süre dayanabilmektedir. Ancak teşebbüsün ekonomik gücü kendisine göre daha zayıf olan rakipleri, aynı direnci gösterememektedir¹⁸¹. Her ne kadar başlangıçta müşterilerini kaybetmemek adına onlar da fiyatlarını düşürecek olsalar da bu rekabetin uzun bir süre devam etmesi beklenemez. Üretim ve satış süreçlerinde yapmış olduğu masrafları karşılayamayan teşebbüs, en nihayetinde ya iflas edecek ya da daha fazla zarara katlanmamak için ticari bir karar olarak piyasayı kendisi terk edecektir. Hatta bazı durumlarda, piyasayı terk eden teşebbüsün, yıkıcı fiyat uygulayan teşebbüs tarafından devralınması dahi söz konusu olabilecektir¹⁸².

Yıkıcı fiyat uygulamasının bu aşamadaki bir diğer etkisi ise potansiyel rakipler üzerinde oluşan caydırıcı etkidir¹⁸³. Zira caydırıcı etkiye sahip olmayan bir yıkıcı fiyat uygulamasında, pazardaki mevcut rakipler piyasadaki çıkartılmış olsa dahi pazara yeni giren teşebbüsler, fiyatların rekabetçi seviyenin üzerine çıkmasına izin vermeyerek, yıkıcı fiyat uygulayan teşebbüsün uzun vadedeki hedeflerine ulaşmasını engelleyecektirler.

¹⁷⁹ Uzunallı, Sevilay: “Avrupa Birliği Rekabet Hukuku Işığında Yıkıcı Fiyat Uygulamaları ile Hakim Durumun Kötüye Kullanılması”, Rekabet Dergisi, 2010, S. 11(4), s. 63.

¹⁸⁰ Derin Cep (Deep Pocket) olarak nitelenen bu kavram, büyük teşebbüslerin, küçük işletmelere göre, finansal kaynaklara erişiminin daha kolay ve bu finansal kaynakların miktarının daha yüksek olduğu ve dolayısıyla uzun süre maliyetin altında satış yapabilmesini sağlayan durumu ifade etmektedir. Bkz. Rekabet Terimleri Sözlüğü, s. 82; Russo, Francesco/ Schinkel, Marteen Pieter/ Günster, Andrea/ Carree, Martin: European Commission Decisions on Competition, Paperback Edition, New York 2011, s. 138.

¹⁸¹ Balta, s. 67.

¹⁸² Gürkaynak, Gönenç: “Rekabet Kurulu Kararları Işığında Yıkıcı Fiyatlandırma Suretiyle Hakim Durumun Kötüye Kullanılması”, Çimento İşveren Dergisi, Eylül 2011, s. 33.

¹⁸³ Çeçen, Halil: Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Fiyat Uygulamaları Yolu İle Kötüye Kullanılması, İstanbul 2014, s. 55.

Böyle bir durumda, yıkıcı fiyat uygulayan teşebbüsün kısa vadede yapmış olduğu fedakârlıklar da kendisine zarar olarak geri dönecektir. Oysa pazarda caydırıcı etkinin oluşması halinde potansiyel rakipler, ilgili pazarda faaliyet göstermeleri durumunda istedikleri seviyede bir kârlılığa ulaşamayacakları düşüncesiyle pazara girmekten vazgeçeceklerdir. Bu durumda teşebbüs bir sonraki aşamaya geçerek pazarda teknelci fiyatlar uygulayabilecektir. Bu sebeple, yıkıcı fiyat uygulayan teşebbüsün uyguladığı strateji ile potansiyel rakiplerine caydırıcı bir mesaj aktarıyor olması¹⁸⁴ son derece önemlidir. Hatta caydırıcı etkinin pazarda istenilen düzeye ulaşması halinde, yıkıcı fiyat uygulamasının kendisi piyasaya giriş engeli hâline gelmiş olacaktır¹⁸⁵. Bir firmanın rakipleri üzerinde bu şekilde caydırıcı bir izlenim yayması öğretide “şöhret etkisi” olarak ifade edilmektedir¹⁸⁶.

İkinci aşamada pazar anti-rekabetçi bir yapıya sahip olmakta ve yıkıcı fiyat uygulayan/yırtıcı (predator) teşebbüs için kısa dönemde yaptığı fedakarlıkların meyvelerini toplamaktadır. Hasat dönemi olarak adlandırılan bu aşamada, teşebbüsün anti-rekabetçi davranışlarından en çok zarar görenler ise müşteriler ve tüketiciler olmaktadır. Zira kısa dönemde maliyet altında belirlediği fiyatlar sebebiyle zarar etmiş olan teşebbüs, güçlenen hakim durumu ile bu dönemde fiyatlarını rekabetçi seviyenin de üzerinde belirlemekte ve müşterileri ile tüketicilerin alım gücünü olumsuz olarak etkilemektedir. Ayrıca ilk aşamada rakiplerin pazardan çıkartılmış olması, uzun vadede tüketicileri seçme haklarından da mahrum bırakarak sunulan mal veya hizmetin kalitesinin düşmesine neden olmaktadır¹⁸⁷. Tüketici refahında meydana gelen azalma, yeniden satıcılar nezdinde gerçekleşebileceği gibi nihai tüketiciler nezdinde de ortaya çıkabilecektir¹⁸⁸.

¹⁸⁴Mesaj aktarımı konusunda yapılan değerlendirmeler göstermektedir ki, yıkıcı fiyat uygulayan teşebbüsün, çeşitli yollarla yukarıda anlatıldığı şekilde caydırıcı bir mesaj aktarımında bulunabilmesi mümkündür. Mesaj aktarımı, yıkıcı fiyat uygulamasının bizzat geçmişteki örnekleri olabileceği gibi kapasite arttırmakla batık maliyetini çoğaltan firmanın gerektiğinde yıkıcı fiyat uygulayabileceği yönünde göstermiş olduğu kararlılık da olabilir. Kara, Alper Fevzi: Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Aracı Olarak Yıkıcı Fiyat Uygulaması (ABD ve AT Uygulamalarından Dersler), Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi No:100, Ankara 2003, s. 14.

¹⁸⁵ Smith, R./ Round, D.: “Competitive Assessment and Strategic Behaviour” E.C.L.R., vol.19, issue:4, (1998), s. 228.

¹⁸⁶ Ekdi,Barış: Gümrük Birliği Çerçevesinde Damping Ve Yıkıcı Fiyat Uygulamaları, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi No:089, Ankara 2003, s. 5; Kara, s. 14; Uzunallı, s. 77.

¹⁸⁷ Yiğit, İlhan: “Rekabet İhlallerinden Doğan Tazminat Sorumluluğu, İstanbul 2013, s. 144.

¹⁸⁸ Dışlayıcı Davranışlar Kılavuzu, par. 22.

II) YIKICI FİYAT UYGULAMASININ TANIMI VE UNSURLARI

A) Tanım

Yıkıcı fiyatın genel teorisine ilişkin yapmış olduğumuz yukarıdaki açıklamalardan hareketle yıkıcı fiyatı; hâkim durumdaki bir teşebbüsün mevcut rakiplerinden birini veya daha fazlasını piyasa dışına çıkarmak ya da potansiyel rakiplerinin piyasaya girişlerini engellemek amacıyla, olağandışı düşük satış fiyatı uyguladığı rekabet karşıtı bir fiyatlama stratejisi olarak tanımlamak mümkündür¹⁸⁹. Bu tanımdan yola çıkarak yıkıcı fiyat uygulamasının unsurlarını, hakim durum, olağandışı düşük fiyat ve niyet olarak belirlemekteyiz.

B) Unsurlar

1. Hakim durumda bulunma

Yıkıcı fiyatlama şeklindeki bir davranıştan söz edilebilmek için öncelikle, yıkıcı fiyat uygulayan teşebbüsün hakim durumda olması gerekmektedir¹⁹⁰. Hakim durumun tespitine ilişkin detaylı açıklamalar önceki bölümlerde yapılmış olduğundan, burada yalnızca yıkıcı fiyata özgü birtakım hususları irdedeleyeceğiz.

¹⁸⁹ Yıkıcı fiyat uygulaması, doktrinde çarpıcı bir biçimde şu şekilde ifade edilmiştir: “Düşük fiyat uygulaması rakibi piyasadan sürebilmenin ilk aracı olarak görülüyor. Düşük fiyat deyince, devamlı düşük fiyat anlamayın, bunun manası şudur: Rakibi piyasadan silmek veya piyasaya sokmamak veya piyasada zayıflatmak için geçici bir süre yani, gerekli zamana yayılan düşük fiyat uygulamasıdır. Buna İngilizce kitaplarda “predatory pricing” deniliyor. “Predatory”, et-obur hayvanların avlarını parçalamak için gösterdikleri eylem; burada da bir hakim işletme, rakiplerini silmek, parçalamak için fiyatı adeta bir yırtıcı hayvan gibi kullanmak yoluna gidiyor ve fiyatı düşürüyor. Rakip artık buna dayanamasın veya gelecekse rakip gelmesin, bu konuda hevesi ortadan kalksın; işte o noktaya kadar düşük fiyat uyguluyor. Hakim teşebbüs rakiplerini piyasadan silmek veya dışlamak için fiyatları adeta “yırtıcı bir hayvan gibi” kullanmakta ve düşürmektedir. Tekinalp, Ünal: “ATAD Kararları Işığında Hakim Durumun Kötüye Kullanılması”, Perşembe Konferansları, Rekabet Kurumu, Ankara 2000, s. 76, www.rekabet.gov.tr, Erişim Tarihi: 10.01.2018.

¹⁹⁰ Amerikan rekabet hukuku uygulamasında pazar gücü, daha çok “tekkel” kavramına yakın bir şekilde kullanılmakta ve AB öğretisindeki “hakim durum” kavramından farklılık arz etmektedir. Bu nedenle, Amerikan rekabet hukukuna göre bir teşebbüsün yıkıcı fiyat uyguladığının söylenebilmesi için öncelikle teşebbüsün pazardaki fiyatları kontrol edebilecek ve rekabeti kısıtlayabilecek seviyede bir pazar gücüne sahip olduğunun ortaya konması gerekmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Broader, Douglas: U.S. Antitrust Law and Enforcement: A Practice Introduction, New York 2010, s. 87.

Yıkıcı fiyatlama yapacak bir teşebbüsün finansal olarak güçlü bir durumda bulunması gerektiği konusunda şüphe bulunmamaktadır. Zira böyle bir fiyat stratejisi uygulayacak bir teşebbüsün, maliyet altında satış yapacağı dönemde uğrayacağı zararlara, en azından rakiplerini pazar dışına çıkarana ya da onları disipline edene kadar katlanabiliyor olması gerekmektedir¹⁹¹. Öğretide derin cep olarak adlandırılan finansal anlamdaki bu güç, teşebbüsün başka pazarlarda sahip olduğu hakim durumundan veya sermaye araçlarına rakiplerine göre daha kolay ulaşabiliyor olmasından ya da sahip olduğu üretim kapasitesinden kaynaklanıyor olabilir¹⁹².

Bir piyasada sahip olunan hakim durumdan elde edilen tekелci menfaatlerin, başka bir piyasada kötüye kullanma aracı olarak kullanılması doktrinde ve uygulamada çapraz sübvansiyon olarak ifade edilmektedir¹⁹³. Çapraz sübvansiyon yıkıcı fiyat uygulayan teşebbüslerin sıklıkla başvurdukları bir yöntemdir. Çünkü bu sayede, yıkıcı fiyat uygulayan bir teşebbüs, yıkıcı fiyat uyguladığı pazarda yaşadığı kayıplarını, “komşu”, “bağlantılı” ve “yakın” pazarlardan elde ettiği kârlarla sübvansiyon etmektedir.

Rekabet Kurulu’nun *TDİ* kararında¹⁹⁴, *TDİ*’nin, yıkıcı fiyat uyguladığı iddiasıyla şikayete konu edildiği Çanakkale boğaz hatları pazarında gerçekten de sürekli zarar ettiği tespit edilmiştir. *TDİ*’nin bu şekilde bir zarara katlanabilmesinin nedeni olarak da farklı bir coğrafi pazardaki hâkim durumu (Eskihisar-Topçular hattı) ile farklı bir pazar konumundaki kılavuzluk ve römorkaj hizmetlerindeki tekел olma konumu şeklinde gerçekleşen hâkim durumundan aşırı kâr elde ediyor olması gösterilmiştir. Bu kapsamda, *TDİ*’nin bağlantılı pazarlardan elde ettiği finansal üstünlüğü sayesinde, karara konu Çanakkale boğaz hatları pazarında yıkıcı fiyat uyguladığına karar verilmiştir.

¹⁹¹ Ekdi, s. 12.

¹⁹² Doktrindeki bir görüşe göre; kamu teşebbüslerinin, sahip oldukları sınırsız kamusal kaynaklar sebebiyle, kısa dönemde katlandıkları zararları uzun dönemde tolere etmek şeklinde bir amaçları bulunmamaktadır. Bu nedenle kamu teşebbüsleri, özel teşebbüslere göre yıkıcı fiyat uygulamasına daha rahatlıkla başvurabilirler. Rekabet Kurulu tarafından verilen *TMO* kararında, incelenen teşebbüsün bu yönünün değerlendirilmemiş olmaması eleştirilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Uzunallı, s. 76; Kamu teşebbüslerinin incelendiği Komisyon ve Kurul kararları için bkz. Case COMP/38.233, Wanadoo Interactive (2003), OJ 2003 L 1; RKK No: 08-50/720-280, 14.08.2008.

¹⁹³ Şahin, Ayşe: “Rekabet Kurumu Kurul Kararları Işığında Hakim Durumun Yıkıcı Fiyatlandırma Yoluyla Kötüye Kullanılması”, Erdoğan Teziç’e Armağan, Galatasaray Üniversitesi Yayınları Armağan Serisi No:5, İstanbul 2007, s. 979; Kara, s. 61.

¹⁹⁴ Danıştay Kararı Üzerine Verilen RKK No: 10-45/801-264, 24.06.2010.

Teşebbüsün sermaye piyasası araçlarına erişim imkânlarının rakiplerine göre daha elverişli olması da yıkıcı fiyat uygulamak için gerekli olan ekonomik güce sahip olduğunun bir göstergesi olabilir. Zira söz konusu teşebbüs bu imkanları kullanarak zarar ettiği dönemde kendisini dışardan finanse etmekte ve pazarda tutunabilmektedir. Hatta, teşebbüsün böyle bir imkâna kendi grup şirketleri içerisinde sahip olması, yani grup şirketlerinden bir tanesinin sermaye piyasası operasyonları alanında faaliyet gösteriyor olması teşebbüsün sahip olduğu finansal gücü daha da etkin bir şekilde kullanmasını sağlayacaktır¹⁹⁵. Bu sebeple, yıkıcı fiyat uygulaması kapsamında yapılacak bir hakim durum değerlendirilmesinde, inceleme altındaki teşebbüsün sermaye piyasası araçlarına erişim imkânlarının da değerlendirmeye dahil edilmesi gerekmektedir.

Öte yandan, inceleme altındaki teşebbüslerin olduğu kadar rakiplerin sermaye piyasası araçlarına erişim imkânları da yıkıcı fiyat değerlendirmesinde önemli bir yer tutmaktadır. Zira yıkıcı fiyat uygulamayı planlayan teşebbüsün, bu davranışını rakibinin finansman araçlarına erişimini zorlaştırmak suretiyle gerçekleştirmesi de muhtemeldir. Hakim durumdaki teşebbüsler, yıkıcı fiyata maruz kalan teşebbüs ile bu teşebbüsün yatırımcıları arasındaki ilişkiyi ve kredi verenlerin kredi verdikleri firmanın ekonomik durumunu ölçme konusunda tam bilgiye sahip olmamaları gerçeği karşısında yıkıcı fiyat uygulamak suretiyle bu ilişkiyi manipüle edebilecektir¹⁹⁶. Bu durumda, yıkıcı fiyat uygulaması karşısında direnç gösterebilmek için gerekli finansmana ulaşamayan teşebbüs, daha uzun süre zarar etmeye katlanamayacak ve pazarı terk etmek durumunda kalacaktır.

¹⁹⁵ Boutiny, Xavier/ Cestonez, Giacinta/Fumagallix, Chiara/ Pica, Giovanni/ Serrano-Velardek, Nicolas: “Deep Pocket Effect of the Internal Capital Market”, Journal of Financial Economics (JFE), 2009, s. 1-3. <https://ssrn.com/abstract=1469455>, Erişim Tarihi: 27.03.2018.

¹⁹⁶ “...Modelin varsayımlarına göre, yatırımcılar veya kredi verenler belirli bir teşebbüse finansman sağlarken, belirli bir düzeyde ahlaki risk ve/veya asil-vekil sorunu ile karşı karşıyadırlar. Bu sorun, yatırımcıların ve kredi verenlerin göz ardı edebileceği bir sorun değildir. Finansman alan teşebbüsün yeni bir pazara girdiği durumlarda bu sorunların daha şiddetli bir şekilde yaşanması söz konusudur. Bu durumda yatırımcılar veya kredi verenler bakımından bu sorunu aşmanın bir yolu, kredi sözleşmelerine borçlu teşebbüsün krediyi etkin bir şekilde kullanmasını teminat altına alan birtakım yükümlülükler koymaktır. Bu nedenle, dışarıdan finansman temin etmek suretiyle faaliyetlerini sürdüren bir teşebbüsün bu finansmanı garantileyebilmesi ve sonraki dönemlerde de makul koşullarda finansman temin etmesi, faaliyetinin ilk dönemlerindeki performansı ile yakından ilgilidir. Bu durumun farkında olan hâkim durumdaki bir teşebbüsün, yıkıcı fiyat uygulamak suretiyle rakibinin mali durumunu kötüleştirme mümkündür. Böyle bir durumda kredi verenler ve yatırımcılar, kredi verdikleri teşebbüsün mali durumundaki kötüleşmeyi görecekler, ancak bunun yıkıcı fiyatlamadan mı yoksa firmanın kötü performansından mı kaynaklandığını tam olarak teşhis edemeyeceklerdir...” RKK No: 12-47/1413-474, 01.10.2012.

Hakim güç bakımından incelenmesi gereken bir diğer unsur atıl kapasitedir. Öyle ki bir teşebbüsün sahip olduğu üretim kapasitesi, rakipleri üzerinde caydırıcı bir etkiye sahip olup, uygulamada hakim durumun göstergesi olarak kabul edilmektedir¹⁹⁷. Yine aynı şekilde yıkıcı fiyat uygulamasının istenildiği gibi sonuçlanması durumunda rakiplerini piyasa dışına itmiş olan teşebbüsün, kendisine yönelecek yüksek düzeydeki talebi karşılayacak seviyede bir kapasite fazlasına sahip olması gerekmektedir¹⁹⁸. Nitekim, kapasite fazlasına sahip olmayan teşebbüs, yıkıcı fiyat uygulasa dahi kendisine yönelen talebe cevap veremeyeceği için uzun dönemde arzuladığı şekilde bir kazanç elde edemeyecektir¹⁹⁹.

2. Olağan dışı düşük fiyat

(a) Genel olarak

Yıkıcı fiyat uygulamasının karakteristik özelliği hakim duruma sahip olan teşebbüsün, olağandışı düşük fiyat uygulamasıdır. Bir fiyatın olağandışı sayılabilmesi için öncelikle makul olmayacak derecede düşük olması gerekmektedir²⁰⁰. Burada belirtilen makul olmama ölçüsü ile fiyatların, normal rekabet şartları altında, kârlı kabul edilemeyecek bir seviyeye çekilmiş olması ifade edilmektedir. Bu noktada temel ölçütün iktisadi verimlilik olduğu ve maliyet altında satış yapan bir teşebbüsün, rekabeti verimlilik dışında adil olmayan bir alana çektiği kabul edilmektedir²⁰¹.

Bu doğrultuda fiyatın olağandışı düşük olduğunun tespit edilebilmesi için öncelikle, inceleme altındaki ürün veya hizmetin objektif bir şekilde maliyet hesabı yapılmalıdır²⁰². Maliyet hesabının yapılmasının ardından, ilgili ürün veya hizmet için teşebbüs tarafından pazarda uygulanmakta olan satış fiyatı incelenmeli ve bu ürün veya hizmete dair bir fiyat-maliyet analizi çıkartılmalıdır²⁰³. Fiyat-maliyet analizinde, satış fiyatının maliyetin

¹⁹⁷ Ocak, s. 246.

¹⁹⁸ Kara, s. 10.

¹⁹⁹ Ekdi, s. 12.

²⁰⁰ RKK No: 06-66/887-256, 19.9.2006; RKK No: 03-56/655-301, 14.8.2003.

²⁰¹ RKK No:04-07/76-18, 23.01.2004.

²⁰² Aktaş, Cihan: Gelişmekte Olan Ülkelerde Rekabet Politikası, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi No: 0114, Ankara 2003, s. 66.

²⁰³ Tekinalp/Tekinalp, s. 451.

altında kaldığı tespit ediliyorsa, olağandışı düşük fiyat unsurunun gerçekleşmiş olduğu kabul edilecektir²⁰⁴.

(b) Maliyet ölçütleri

Olağandışı düşük fiyatın tespiti bakımından yapılacak somut olayın şartları ve inceleme altındaki ürün veya hizmetin niteliğine göre farklı maliyet ölçütlerinden yararlanılması mümkündür. Bu noktada, uygulamada sıklıkla kullanılan maliyet ölçütlerine ve bunların hangi maliyet kalemlerini içerdiklerine kısaca değinilmesinin yerinde olacağı kanaatindeyiz.

Bir teşebbüsün, üretim miktarından bağımsız olarak faaliyet göstermese dahi katlanmakta olduğu maliyet kalemleri, sabit maliyet olarak adlandırılmaktadır²⁰⁵. Üretim tesislerinin kira bedelleri, üretimde kullanılan makinelerin amortismanı ve finansman için kullanılan kaynakların faiz giderleri sabit maliyete örnek olarak gösterilebilir. Teşebbüsün katlanmakta olduğu sabit maliyet kalemlerinin tamamının toplanması ile toplam sabit maliyet elde edilmektedir. Toplam sabit maliyetin toplam üretim miktarına oranı, ürün başına düşen ortalama sabit maliyeti gösterir. Teşebbüsün üretim miktarına bağlı olarak farklılık gösteren maliyet kalemleri ise değişken maliyetlerdir. Üretim arttıkça değişken maliyetler de aynı yönde artar²⁰⁶. Hammadde, işçilik ve ara girdi maliyetleri değişken maliyet kalemleri arasında yer almaktadır. Teşebbüsün katlanmakta olduğu değişken maliyet kalemlerinin tamamının toplanması ile toplam değişken maliyet elde edilmektedir. Toplam değişken maliyetin toplam üretim miktarına oranı, ürün başına ortalama düşen değişken maliyeti gösterir²⁰⁷. Teşebbüsün, üretim sürecinde katlanmakta

²⁰⁴ Kara, s. 4.

²⁰⁵ Öztunalı, s. 106.

²⁰⁶ Özdemir, Ümit Nevruz: Fiyatlamaya İlişkin Tek Taraflı Davranışların Değerlendirilmesinde Kullanılan Maliyet Ölçütleri, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No: 247, Ankara 2010, s. 30.

²⁰⁷ Fiyat – maliyet analizinde esas alınacak olan süre, maliyet kalemlerinin sabit veya değişken olarak sınıflandırılması açısından büyük önem taşımaktadır. Öyle ki, fiyat-maliyet analizi kısa bir zaman aralığı esas alınarak yapıldığında, üretimde ortaya çıkan maliyetlerin büyük çoğunluğu sabit maliyet olarak değerlendirilecektir. Uzun dönem esas alınarak yapılacak bir maliyet analizinde ise üretimde ortaya çıkan maliyetlerin büyük bir kısmı değişken maliyet olarak tanımlanacaktır. Bu durum esas olarak, kısa vadede sabit maliyet olarak değerlendirilen maliyet kalemlerinin, uzun vadede değişken maliyete dönüşmesinden kaynaklanmaktadır. Örnek vermek gerekirse, düzenli olarak ödendiği için kısa vadede sabit maliyet olarak kabul edilebilecek kira ödemeleri, uzun vadede kira süresi sona ereceği için değişken maliyet olarak tanımlanabilecektir. Öte yandan, yıkıcı fiyat uygulamalarında bu sürenin belirlenmesinde, pazarda yıkıcı fiyat uygulandığı iddia edilen ya da uygulanacağı tahmin edilen dönemin esas alınmasının gerektiği

olduğu sabit ve değişken maliyetlerin tamamını kapsayan maliyet ölçütü ise toplam maliyet olarak ifade edilmektedir. Toplam maliyetin, toplam üretim miktarına oranı ise ürün başına düşen ortalama toplam maliyeti göstermektedir.

Yıkıcı fiyat değerlendirmelerinde sıklıkla kullanılan bir diğer maliyet ölçütü olan marjinal maliyet, teşebbüsün mevcut tesislerinde üretimini gerçekleştireceği her bir ilave ürün için katlandığı maliyet kalemlerini içermektedir. Marjinal maliyet, ürün miktarıyla değişen ve ürünle doğrudan ilişkilendirilebilir maliyetleri kapsamaktadır²⁰⁸. Bu nedenle, üretim miktarına bağlı olarak değişiklik göstermeyen sabit maliyet kalemleri ve ürünle doğrudan ilişkilendirilemeyen değişken maliyet kalemleri, marjinal maliyet hesaplamasına dahil edilmemektedir.

Kaçınabilir maliyet ise teşebbüsün belirli bir üretimden vazgeçmesi halinde katlanmayacağı veya tasarruf edeceği maliyet kalemlerini kapsamaktadır. Kaçınabilir maliyetin, vazgeçilen üretim miktarına bölünmesi ile ortalama kaçınabilir maliyet bulunmaktadır. Ortalama kaçınılabılır maliyet, tüm değişken maliyet kalemlerinin yanı sıra batık olmayan bazı sabit maliyet kalemlerini de ihtiva etmektedir²⁰⁹. Sabit maliyetlerin tamamının batık olması halinde ortalama kaçınabilir maliyet ile ortalama değişken maliyet birbirine eşit olacaktır²¹⁰. Ortalama kaçınabilir maliyetin hesaplanması, maliyetin kaçınabilir olup olmadığının değerlendirilebileceği bir zaman aralığının belirlenmesini gerekli kılmaktadır. Kısa dönemde kaçınabilir olmayan pek çok maliyet kalemi, uzun dönemde kaçınabilir olarak nitelenebilmektedir.

Son olarak uzun dönem artan maliyet, her bir ilave ürün üretimi için uzun dönemde katlanılan maliyeti ifade etmektedir²¹¹. Bu maliyet ölçütüne o ürüne özgü olması kaydıyla tüm maliyet kalemleri girmektedir. Uzun dönem artan maliyet, özellikle şebeke ve altyapı sektörleri gibi yüksek sabit maliyetler ile ihmal edilebilir düzeyde değişken maliyetlerin

belirtilmektedir. Bu görüşün arkasındaki mantığa göre yıkıcı fiyat, ancak uygulandığı dönem içerisinde maliyetten düşük olursa başarılı olabilecektir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Baumol, W.J.: "Predation and the Logic of the Average Variable Cost Test" Journal of Law & Economics 39, 1996, s. 49-70.

²⁰⁸ Özdemir, s. 32.

²⁰⁹ Özdemir, s. 45.

²¹⁰ O'Donoghue/Padilla, s. 247.

²¹¹ Kurul'un ortalama kaçınılabılır maliyet ve uzun dönem ortalama artan maliyet hakkındaki detaylı analizleri için bkz. RKK No: 12-62/1633-598, 06.12.2012.

bulunduđu pazarlarda yapılan soruřturmalarda, olađandıřı dűřűk fiyatın tespit edilmesinde ۆnemli bir rol oynayacaktır²¹².

Neticede rekabet otoritelerinin gerçekleřtirecekleri bir soruřturmada hangi maliyet ۆlűtűnű kullanacakları, bűyűk oranda maliyetin hesaplanmasında esas alınacak olan sűreye bađlı olarak belirlenecektir. Zira kısa dۆnem esas alınarak yapılacak hesaplamalarda, ortalama deđiřken maliyet, marjinal maliyet ve ortalama kaçınılabilir maliyet daha uygun bir tercih olacakken; uzun dۆnemin esas alınması halinde uzun dۆnem ortalama artan maliyetin tercih edilmesi daha isabetli olacaktır.

3. Niyet

Yıkıcı fiyat uygulaması kapsamında gerçekleřtirilen bir soruřturmada ise niyet unsuru yۆnűnden bir deđerlendirme yapılmasının sebebi, teřebbűsűn maliyetin altında satıř yaparak hangi sonuca ulařmayı arzuladıđının belirlenmesine duyulan ihtiyaçtır. Zira çođu durumda, teřebbűsűn faaliyet gۆsterdiđi pazarda yıkıcı fiyat uyguladıđının kabul edilebilmesi için salt olarak maliyetin altında satıř yapılmakta olduđunun tespit edilmiř olması yeterli olmayacaktır²¹³. űnkű maliyetin altında satıř řeklinde tezahűr eden bir teřebbűs davranıř, bozulabilen űrűnleri hızlı bir řekilde elden çıkarmak ya da satıřları arttırmak gibi rekabetçi saiklerle de ortaya konmuř olabilir. İřte bu noktada teřebbűslerin hatalı bir řekilde yaptırma tabi tutulmaması için, maliyet altında satıř řeklinde gerçekleřen teřebbűs davranıřının, rakipleri pazarın dıřına çıkarmak veya pazara yeni giriřleri engellemek řeklinde bir niyet ile de destekleniyor olması gerekmektedir²¹⁴. Dolayısıyla yıkıcı fiyat uygulamasında niyet, ilgili teřebbűsűn bu uygulama ile mevcut rakiplerini pazarın dıřına çıkarmayı veya pazara giriř yapmayı planlayan potansiyel rakiplerini engellemeyi amalamasını ifade etmektedir.

²¹² Altunsaray, Yasin/ űnal, Orhan: “Elektronik Haberleřme Sektۆrűnde Rekabeti Bozucu Fiyat Uygulamaları: Yıkıcı Fiyatlandırma ve Dűzenleyici Yaklařımlar”, Sosyoekonomi Dergisi, S. 2013-2, Ankara 2013, s. 207.

²¹³ Sanlı, Kerem Cem/ Ardıyok, řahin: “řirketler için Rekabet Hukuku Rehberi”, ICC Tűrkiye Milli Komitesi, 2013, s.71.

²¹⁴ şahin, s. 979.

Niyet unsuru, yıkıcı fiyatın tespit edilmesi noktasında son derece önemli bir rol oynamaktadır. Hatta doktrinde bir yazar, niyet unsurunun taşıdığı önemi vurgulayabilmek adına şöyle bir karşılaştırmada bulunmuştur: Niyet, cinayet davalarında katilin, rekabet ihlali davalarında ise sorumlu teşebbüsün tespit edilmesinde yardımcı bir faktör olarak kullanılabilir²¹⁵. Öte yandan *Posner*'a göre haksız fiil sorumluluğu ve ceza hukukunda kullanılan niyet kavramının doğrudan rekabet hukukuna aktarılması mümkün değildir²¹⁶. Yazar bu konuyla ilgili olarak verdiği örneklerde rekabet hukuku ve ceza hukuku bağlamında bir karşılaştırma yapmaktadır: Bu örneklerden ilkinde, faaliyet gösterdiği pazarda daha yüksek pazar payı elde etmek isteyen A firması, uyguladığı düşük fiyatlar veya sahip olduğu üstün teknoloji vasıtası ile rakibi B firmasının müşterilerini kendisine çekmekte ve onu pazarın dışına itmektedir. İkinci durumda ise A kişisi, B kişisini öldürerek onun parasını çalmaktadır. Yazara göre her iki durumda da saldırgan taraf, diğer tarafın malvarlığını ele geçirmekte ancak ulaşılan sonuçlar farklılık arz etmektedir. Öyle ki ilk durumda, A teşebbüsü toplumsal refahı arttırdığından bahisle toplum nezdinde takdir edilirken; ikinci durumda ise A kişisi suç niteliğindeki davranışı nedeniyle toplum tarafından kınanmaktadır.

Niyet unsurunun, yıkıcı fiyat bakımından büyük önem arz ettiği yönündeki görüşe biz de katılıyoruz. Zira sübjektif bir unsur olan niyet dahil edilmeden salt olarak ekonomik parametreler kullanılarak yapılan bir inceleme, son derece mekanik bir değerlendirme olacaktır. Keza teşebbüslerin muhasebesel kayıtlarında yapacakları değişikliklerle bu değerlendirmeleri manipüle etmeleri son derece yüksek bir ihtimaldir. Sübjektif bir kavram olan niyet unsurunun bertaraf edilmesi, bu unsur şirket içi yazışmalara ve teşebbüsün davranışlarına yansıtacağından o kadar kolay olmayacaktır. Ancak sübjektif bir kavram olan niyetin fazla geniş yorumlanması da aslında rekabetçi bir saikle ortaya konan davranışın yaptırma tabi tutulmasına sebep olabilecektir.

Yıkıcı fiyat bağlamında gerçekleştirilen bir soruşturmada niyet araştırması yapılarak, esas itibariyle anti-rekabetçi sonuçlara yönelen kasıtlı bir davranışının bulunup bulunmadığı

²¹⁵ D., Greer: "A Critique of A&T's Standard for Predatory Practices", *The Antitrust Bulletin*, vol.24, s.223-261 (Kara, s.10'dan naklen)

²¹⁶ *Olympia Equis. leasing Co. v Western Union Tel. Co.*, 797 F.2d 370, 379 (7th Cir. 1986), Willard K., Tom: "Game Theory in the Everyday Life of the Antitrust Practitioner", *5 George Mason Law Review* 457, 1997, s. 464.

tespit edilmeye çalışılmaktadır. Bu noktada, teşebbüsün inceleme altındaki davranışlarını isteyerek ve bu davranışlarının rekabet karşıtı sonuçlara yol açacağı bilincinde olarak hareket etmiş olduğunun ispatlanması gerekecektir. Ancak satış fiyatının, ortalama değişken maliyetin²¹⁷ altında kaldığı hallerde ayrıca bir niyet araştırması yapılmadan bahse konu davranışın kasıtlı olarak gerçekleşmiş olduğu karine olarak kabul edilmektedir. Ancak bu noktada belirtmek gerekir ki, inceleme altındaki teşebbüsün, ibraz edeceği somut delillerle bu durumun aksini yani somut olayda niyet unsurunun bulunmadığını ispat etmesi her zaman mümkündür. Satış fiyatının ortalama değişken maliyet ile ortalama toplam maliyet arasında olması durumunda ise inceleme altındaki teşebbüsün anti-rekabetçi bir niyetle hareket ettiği, ilgili rekabet otoritesi tarafından ortaya konulmalıdır²¹⁸. Öte yandan son dönemlerde, fiyatların ortalama değişken maliyet ile ortalama toplam maliyet arasında olduğu ancak yıkıcı niyetin tespit edilemediği durumlarda ilave olarak bir de eşik etkinlikteki rakip yönünden bir değerlendirme yapılmaktadır²¹⁹. Eşit etkinlikteki rakip ifadesi ile inceleme altındaki pazarda hakim durumdaki teşebbüs kadar etkin olan varsayımsal bir rakip tasvir edilmektedir²²⁰. Eşit etkinlikteki rakip yönünden yapılan bir değerlendirme ile inceleme altındaki teşebbüsün fiyatlama davranışlarının, eşit etkinlikteki rakibi pazardan dışlayıcı nitelikte olup olmadığı araştırılmaktadır. Yapılan incelemede, teşebbüs davranışının eşik etkinlikteki rakibi pazardan dışlayıcı nitelikte olduğuna kanaat getirilmesi durumunda, diğer deliller de dikkate alınarak bahse konu davranış yıkıcı fiyat olarak değerlendirilebilecektir²²¹.

Rekabet otoriteleri tarafından gerçekleştirilecek bir niyet araştırmasında, doğrudan veya dolaylı ispat yöntemlerinin kullanılmaları mümkündür. Doğrudan ispat yönteminde, hakim durumdaki teşebbüsün dışlama niyetini açıkça ve tam olarak ortaya koyan belge ve beyanlardan faydalanılacaktır²²². Doğrudan deliller, dışlayıcı veya engelleyici nitelikteki belirli bir davranışın uygulanacağını gösteren detaylı bir plan veya dışlayıcı davranışa yönelik somut bir tehdidi gösteren deliller gibi teşebbüs içi belgelerden

²¹⁷ Somut olayın gerekliliklerine göre, ortalama değişken maliyetin yerine marjinal maliyet, ortalama kaçınılabilir maliyet veya uzun dönem ortalama artan maliyetin kullanılması da mümkündür.

²¹⁸ İlgili kararlar için bkz. Case 62/86, Akzo v EC Commission (1991), ECR 359; Deutsche Post AG, OJ 2001 L 125/27; RKK No: 04-07/75-18, Tarih: 23.01.2004; RKK No: 06-66/887-256, 19.9.2006.

²¹⁹ RKK No: 14-54/932-420, 25.12.2014; Case C-209/10, Post Danmark A/S v Konkurrencerådet (2012), Erişim Tarihi: 15.05.2018.

²²⁰ Rekabet Terimleri Sözlüğü, s. 93.

²²¹ Dışlayıcı Davranışlar Kılavuzu, par. 27-29.

²²² Uzunalli, s. 85.

oluşmaktadır. Dolaylı ispat yönteminde ise incelenen teşebbüsün davranışlarından yapılan çıkarımlardan faydalanılmaktadır²²³. Bu ispat yöntemi medeni usul hukukundan emare ispatı olarak ifade edilmektedir ve bu ispat yöntemi ile komşu vakıaların ispatı ile asıl vakıalar hakkında bir kanaat oluşturulmaya çalışılır²²⁴.

Komisyon *Tetra Pak II* kararında; somut olayda ürünlerin spesifik olarak belirli bir ülkeye gönderilmiş olmasını ve zararın ulaştığı boyutu göz önünde tutarak, inceleme altındaki teşebbüsün yıkıcı strateji uyguladığına kanaat getirmiştir²²⁵. Kurul'un *TMO* kararında²²⁶ ise niyet çerçevesinde yapılan incelemede, öncelikle TMO'nun faaliyet amacı irdelenmiştir. Kararda TMO'nun faaliyet amacının tarım ürünlerini piyasasını düzenlemek ve bu piyasalardaki üreticileri oluşabilecek düşük fiyatlara, tüketicileri ise yüksek fiyatlara karşı korumak olduğu ifade edilmiştir. Kurul buradan hareketle niyet konusunda yapmış olduğu nihai değerlendirmede, TMO'nun somut olayda maliyetin altında satış yapmış olabileceğini ancak bu davranışın rakipleri dışlama niyetiyle değil genel ekonomik menfaati korumak amacıyla yapılmış olduğu belirtmiştir.

III) YIKICI FİYAT UYGULAMASINDA HASAT DÖNEMİ

Hasat ile yıkıcı fiyat uygulayan teşebbüsün rakiplerini piyasanın dışına ittikten sonra, fiyatları başlangıçtaki seviyenin de üstüne çekerek uğramış olduğu zararları kapatması ve teknelci kârlar elde etmesi ifade edilmektedir. Hasat döneminin varlığı, tarafımızca yıkıcı fiyat uygulamasının bir unsuru olarak kabul edilmemekle birlikte uygulamadaki farklılıkların daha iyi anlaşılabilmesi için muhakkak irdelenmesi gereken bir mevzudur. Hasatı yıkıcı fiyat uygulamasının bir unsuru olarak kabul eden görüşe göre, yıkıcı fiyat uygulamasının nihai amacı, fiyat kırarak rakipleri piyasa dışına çıkardıktan sonra

²²³ Dışlayıcı Davranışlar Kılavuzu, s. 7.

²²⁴ Emare ispatı, uygulanacak hukuk düzenlemesindeki koşul vakıaya komşu vakıaların ispatlanması suretiyle, hayat tecrübesi kurallarına dayanılarak, hukuki sonuç doğuran vakıaların ispatlanması (ya da ispatlanmış olması) şeklinde tanımlanmaktadır. Örneğin, evinde yangın çıkan bir kimsenin, kısa süre önce evinini yüksek tutarda sigortalatmış olması; ayrıca o sırada mali durumunun iyi olmaması ve yangından hemen önce birkaç bidon benzim almış olması, evin kasten yakıldığı şüphesini doğuracaktır. Pekcanitez, Hakan: Medeni Usul Hukuku, Editörler: Pekcanitez, Hakan/ Özekes, Muhammet/ Akkan, Mine/ Taş Korkmaz, Hülya, 15. Bası, Cilt II, İstanbul 2017, s. 1620.

²²⁵ Case T-83/91, Tetra Pak International SA v Commission (1994), ECR I-5951.

²²⁶ RKK No: 08-50/720-280, 14.08.2008.

fiyatların tekrar yükseltilmesidir²²⁷. Hasat olarak adlandırılan bu dönemin varlığı sayesinde yıkıcı fiyat uygulayan teşebbüs, maliyet altı satış yaptığı dönemde girdiği zararları kapatabilmekte ve tekeli karlar elde etmek suretiyle nihai amacına ulaşabilmektedir²²⁸. Yine bu görüşe göre, yıkıcı fiyat uygulaması, ancak ilgili teşebbüsün hasat yapma imkânının bulunması halinde rasyonel bir strateji olarak kabul edilmelidir. Aksi takdirde maliyetin altında satışın farklı gerekçelerle yapıldığı kabul edilmeli ve söz konusu davranış yıkıcı fiyat olarak nitelenememelidir²²⁹. Kurul'un *Aycell* kararında bu konuyla ilgili olarak şu ifadeler yer almıştır:

“Aycell’in uygulamakta olduğu bu kampanyaya yönelik olarak, müşteri kazanmak dışında rasyonel bir gerekçe bulmak oldukça güçtür. Yıkıcı fiyatın temel hedeflerinden biri olan getiri için, bu uygulamanın rakiplerin piyasa dışına çıkarılmasını müteakip sonlandırılması ve fiyatların yükseltilmesi gerekmektedir. Ancak Aycell yapmış olduğu kampanya kapsamında imzalanan sözleşme sürelerini 10 yıl olarak belirlemektedir. Dolayısıyla uzun dönemde de bu firmanın getiri elde etmesinin güç olduğu anlaşılmaktadır.”

Pazara giriş engellerinin düşük olduğu piyasalarda, yıkıcı fiyat uygulamak isteyen teşebbüs mevcut rakiplerini piyasada çıkarsa dahi piyasaya yeni girecek rakipleri ile savaşmak için fiyatlarını tekrar düşürmek durumunda kalacağından, hasat imkânının bulunmadığı kabul edilmektedir. Nitekim Rekabet Kurulu *Metro Turizm* kararında; “Metro Turizm mevcut fiyat tarifesi ile İzmir-Kuşadası hattında faaliyet gösteren söz konusu rakiplerini dışlasa bile, dışlama sonucunda fiyatların artırması halinde, pazara giriş önünde önemli engeller olmadığı için pazara yeni girişlerin olması beklenecek, dolayısıyla Metro Turizm’in hasat yapma imkânı olmayacaktır” şeklinde bir tespitle bulunarak Metro Turizm hakkındaki yıkıcı fiyat iddiası reddedilmiştir.

Kanımızca hasatın yıkıcı fiyat uygulamasında bir koşul olarak öngörülmesi ve yıkıcı fiyat iddiasında bulunan tarafa bu anlamda bir ispat yükü getirilmesi isabetli değildir²³⁰.

²²⁷ Kara, s. 11.

²²⁸ Şahin, s. 983-984.

²²⁹ RKK No: 03-56/655-301, 14.08.2003; RKK No: 11-43/915-284, 14.07.2011.

²³⁰ Hasat imkânın ispatlanması noktasında ABD uygulamasının, AB ve uygulamasına göre daha katı bir yaklaşım benimsediği görülmektedir. Öyle ki, ABD rekabet otoriteleri Brooke kararıyla birlikte, yıkıcı fiyat uygulayan teşebbüsün hasat yapma imkânına sahip olduğunun, yıkıcı fiyat iddiasında bulunan tarafça

Nitekim yıkıcı fiyatın uygulandığı her durumda rakiplerin piyasadan çıkartılması amaçlanmamaktadır. Kimi hallerde ilgili teşebbüs pazara giriş yapmayı planlayan potansiyel rakiplerin engellenmesi gayesini taşımakta olup; bu amacın gerçekleşmesi halinde, hasat gerçekleşmese dahi yıkıcı fiyat uygulanan pazarda anti – rekabetçi etkiler söz konusu olabilecektir²³¹. İşte bu gibi durumlarda, hasatın ispatlanması çok zor olacağından, hasatı bir ispat yükü olarak öngörmek, anti-rekabetçi etkileri bulunan bir yıkıcı fiyat uygulamasının cezasız kalması anlamına gelecektir ki, bu durum hakim durumun kötüye kullanılması düzenlemelerinin ruhuna aykırıdır.

Sonuç olarak yıkıcı fiyat uygulamasının unsurlarına ve hasat dönemine dair yapmış olduğumuz açıklamalar, bu uygulamanın sınırlarının doğru bir şekilde belirlenebilmesi bakımından önem taşımaktadır. Bu açıklamalarımızın devamında, yıkıcı fiyat teorisinin yaşadığı gelişim sürecinin analiz edilebilmesi amacıyla öğretilerde bu konuyla ilgili olarak ileri sürülmüş olan yaklaşımları değerlendireceğiz.

IV)YIKICI FİYAT UYGULAMASINA YÖNELİK YAKLAŞIMLAR

A) Genel Olarak

Yıkıcı fiyatlama uygulamasının ilk defa anti-rekabetçi bir davranış olarak değerlendirilmesi, 1911 yılında ABD mahkemeleri tarafından verilen *Standard Oil* kararına²³² kadar uzanmaktadır. Söz konusu kararda, mahkeme Standard Oil firmasının birçok bölgesel pazarda rakiplerini dışlayabilmek amacıyla agresif bir fiyat politikası

ispatlanması gerektiği yönünde bir pozisyon almışlardır. AB uygulamasında ise hasat konusunda daha esnek davranılmakta ve hasatın ispatlanması konusunda, yıkıcı fiyat iddiasında bulunan tarafa herhangi bir ispat yükü getirilmemektedir. Hatta hasatın yıkıcı fiyatın bir unsuru olarak kabul edilmesinin, ABİDA'nın 102. maddesinin rekabetin bozulmasını önleme amacı ile çelişeceği ifade edilmektedir. Türk Rekabet Hukuku uygulamasının ise hasatın ispatı, mehz AB uygulamasından ayrılarak biraz daha ABD uygulamasına yakın durduğu görülmektedir. Hovenkamp, H. J.: *The Antitrust Enterprise Principle and Execution*, Paperback Edition, Massachusetts 2008, s. 168; Whish, Richard/Bailey, David: *Competition Law*, Seventh Edition, Newyork 2012, s. 745; Şahin, s.90; Bu konuda detaylı açıklamalar için bkz. İkinci Bölüm/III Yıkıcı Fiyat Konusunda ABD, AB Ve Türk Hukuk Sistemlerindeki Yaklaşımların Değerlendirilmesi.

²³¹ Lang, Temple/O'Donoghue, R.: "Defining Legitimate Competetition: How to Clarify Pricing Abuses under Article 82EC", *Fordham International Law Journal* 83, 2002, s. 144-145.

²³² *Standard Oil Co. (N.J.) v United States*, 221 U.S. 1 (1911); Vaheesan, Sandeep: "Reconsedering Brooke Group: Predatory Pricing in Light of Emprical Learning", *Berkeley Business Law Journal*, Volume 12, Issue 1, Article 3, 2015, s. 85.

izlediğini tespit etmiş ve Standard Oil firmasını cezalandırmıştır²³³. Bu kararın haklı bir karar olup olmadığı hususu, kararın üzerinden bir asırdan fazla bir süre geçmiş olmasına rağmen doktrinde halen tartışmalıdır²³⁴. Keza aynı şekilde yukarıda hasat dönemi başlığı altında değinildiği üzere, yıkıcı fiyat konusunun çok temel meseleleri üzerinde dahi halen bir fikir birliğinin sağlanabilmiş olduğunu söylemek mümkün değildir. Bu kapsamda yıkıcı fiyat uygulamasının, bir rekabet ihlali olarak ortaya çıkıp çıkmayacağı hususunda iki farklı görüş bulunmaktadır.

B) Klasik Görüş

Klasik teori esas itibarıyla, yıkıcı fiyatlamamanın teşebbüsler için akılcı ve kârlı bir uygulama olmadığını savunmaktadır. Klasik teorinin ortaya çıkmasına, 1958 yılında *Standard Oil* kararı hakkında yayınladığı eleştirel makalesi ile John McGee öncülük etmiştir²³⁵.

McGee, yıkıcı fiyat uygulaması ile rakiplerin piyasadan çıkartılmasının mümkün olmadığını, böyle bir stratejinin uygulanması halinde hedef alınan rakibin, dışardan alacağı finansal destekler ve müşterilerin sergileyeceği makul davranışlar sayesinde

²³³ Gazeteci Ida M. Tarbell'in, Amerikalı iş adamı John D. Rockefeller'ın sahibi olduğu Standard Oil şirketi hakkında yapmış olduğu haberler ve yayınlamış olduğu kitap (*The History of the Standard Oil Company*), şirketin anti-rekabetçi davranışlar sebebiyle yargılanarak ceza almasında ve akabinde tasfiye edilmesinde önemli bir yer tutmuştur. Standard Oil şirketinin tasfiye edilmesinin akabinde, şirketin farklı bölgelerdeki yatırımları farklı teşebbüsler tarafından devralınmış ve bu şirketler varlıklarını günümüze kadar sürdürmüştür (Mobil Oil, Chevron, Exxon, BP). Neticede anti- rekabetçi davranışlarla tekelleşen bir Pazar yapısı bu sürecin neticesinde daha rekabetçi bir yapıya kavuşmuştur. Bu anlamda, gazeteci Ida M. Tarbell tarafından yapılan çalışmaların rekabet hukuku ve yıkıcı fiyat uygulamalarını tarihi bakımından büyük önem arz ettiği kanaatindeyiz. Detaylı bilgi için bkz. www.britannica.com/topic/Standard-Oil-Company-and-Trust, Erişim Tarihi: 27.03.2018.

²³⁴ Standard Oil olayında yıkıcı fiyat tespiti yapılmadığı yönündeki görüşler için bkz. McGee, John S.: "Predatory Price Cutting: The Standard Oil (NJ) Case", vol. 1, *Journal of Law and Economics*, 1958, s. 153; Aksi yöndeki görüşler için bkz, Leslie, Christopher R.: "Revisiting the Revisionist History of Standard Oil", 85 *S. Cal. L. Rev.*, 2012, s. 573.

²³⁵ McGee, *Predatory Price Cutting*, s. 137-169; Ayrıca yazar, yıkıcı fiyat konusundaki yeni yaklaşımlara cevap olarak 1980 yılında önceki görüşlerini savunduğu bir makale daha kaleme almıştır. Yazar bu makalesinde de yıkıcı fiyatı bir rekabeti ihlali olarak kabul etmemektedir. Zira yazara göre, yıkıcı fiyat uygulamasının yaptırma tabi tutulmasıyla birlikte daha üstün nitelikli teşebbüsler ve rekabetçi fiyatlar cezalandırılmış olmaktadır. Öte yandan yazar, yıkıcı fiyat konusunda illa ki bir hukuki düzenleme getirilecekse de bunun fiyat-maliyet analizini esas alan bir kural olması gerektiği belirtmektedir. Çünkü yazara göre fiyat-maliyet analizini esas alan kurallar, uygulama bakımından daha az masraflı olup; piyasadaki rekabete de daha az zarar verecektir. Yazar yıkıcı fiyat konusunda geliştirilen diğer kuralların uygulanabilir olmadığını savunmaktadır. McGee, John S.: "Predatory Pricing Revisited", *The Journal of Law and Economics*, vol. 23, no. 1, 1980, s. 326.

piyasada kalmaya devam edeceğini belirtmektedir²³⁶. Ayrıca *McGee*, yıkıcı fiyatlandırma stratejisinin uygulanabileceği her durumda, birleşme/devralmanın daha karlı ve akılcı bir strateji olduğunu, teşebbüslerin yıkıcı fiyatlandırma stratejisi ile vakit kaybetmek yerine bu yolu tercih edeceklerini değerlendirilmektedir²³⁷. *Mcgee* tarafından yıkıcı fiyat noktasında getirilen eleştirel yaklaşım Chicago Okulu'na mensup ekonomistler ve hukukçular tarafından hızlı bir şekilde benimsenmiş ve geliştirilmiştir²³⁸.

Chicago okulunun savunucularından *Bork*'a göre; gerçekleşmesi yalnızca çok istisnai durumlarda gerçekleşebilecek veya hiçbir zaman gerçekleşmeyecek bir fenomen (yıkıcı fiyat) için düzenlemeler yapmak akılcı bir yaklaşım değildir²³⁹. Yazar, yıkıcı fiyat uygulamasının, bunu uygulayacak olan teşebbüs için çok masraflı olması sebebiyle akılcı olmadığını ileri sürmektedir²⁴⁰. Ancak belirtmek gerekir ki; yazar, eserinde yıkıcı fiyat uygulamasının gerçekleşme ihtimali olduğunu kabul etmekte hatta yıkıcı fiyat uygulaması için bir tanım dahi vermektedir²⁴¹. Yazarın yıkıcı fiyat uygulamasına getirdiği eleştiri, uygulamanın gerçekleşme ihtimalinin düşüklüğü ve tespit edilmesinin zorluğuna ilişkindir²⁴².

Easterbrook ise, yıkıcı fiyat uygulamasını birçok yönden başarısız bir uygulama olarak değerlendirmiştir²⁴³. Nitekim yazar, öncelikle yapmış olduğu uzun matematiksel değerlendirmeler neticesinde, yıkıcı fiyat uygulayarak uzun vadede kar edilmesinin mümkün olmadığı kanaatine ulaşmıştır. Yazarın bu konudaki bir diğer tezi de piyasadaki rakiplerin yıkıcı fiyat stratejisine karşı müşterilerine daha iyi şartlarda teklifler sunmak gibi akılcı çözümlere başvuracakları ve bu durumu önceden tahmin eden teşebbüsün de yıkıcı fiyatlandırma stratejisini uygulamaktan vazgeçeceği'dir. Öte yandan yazar, yıkıcı fiyat

²³⁶ McGee, *Predatory Pricing Revisited*, s. 293.

²³⁷ McGee, *Predatory Pricing Revisited*, s. 298.

²³⁸ Giocoli, Nicola: *Predatory Pricing in Antitrust Law and Economics – A historical perspective*, First Edition, New York 2014, s. 22.

²³⁹ Bork, s. 144.

²⁴⁰ Bork, s. 148-155.

²⁴¹ Yazar'a göre yıkıcı fiyat uygulaması, teşebbüsün bir veya daha fazla rakibine karşı kasıtlı olarak uyguladığı, rakiplerin piyasayı terk etmesi ve yıkıcı fiyat uygulayan teşebbüsün tekelleri elde etmesi şeklinde sonuçlanmaması halinde karlı olarak kabul edilmesi mümkün olmayan bir ticari uygulamadır. Bork, s. 144.

²⁴² Bork, s. 145.

²⁴³ Easterbrook, Frank H. : "Predatory Strategies and Counterstrategies" 48 *University of Chicago Law Review* 263 (1981), s. 263-337; OECD, *Predatory Pricing*, 1989, s. 8.

stratejisi için hukuki bir düzenleme öngörülecekse de bu düzenlemelerin mutlak kurallar olması gerektiğini söylemektedir²⁴⁴.

Türk Rekabet Hukuku doktrininde klasik teoriyi temsil eden görüşe göre, yıkıcı fiyat uygulaması rekabet hukuku teorisinin çok zayıf bir alanını oluşturmaktadır²⁴⁵. Bu görüşü temsil eden yazarlardan *Gürkaynak*, yıkıcı fiyat uygulamasında piyasa dışına itilmek istenilen teşebbüsün malvarlığının iflas masasından her zaman satın alınabilecek olması ile piyasaya yapılan yeni girişlerin fiyatları tekrar marjinal maliyete doğru baskılayacak olması sebepleriyle bu uygulamanın mantık dışı bir uygulama olduğunu belirtmektedir²⁴⁶.

C) Modern Görüş

1. Mağaza zinciri paradoksu

Modern ya da stratejik teori olarak adlandırabilecek olan görüşün önde gelen isimlerini, oyun teorisi (game theory)²⁴⁷ üzerinde çalışan ekonomistler oluşturmaktadır. Bu alanın öncülerinden Alman ekonomist *Selten* tarafından yapılan çalışmaların asıl odak noktası endüstriyel organizasyon konusu olsa da bu çalışmaların yıkıcı fiyat konusu üzerinde de önemli bir etkisi olmuştur. Bu nedenle *Selten*'in mağaza zinciri paradoksuna kısaca değinilmesinin faydalı olacağı kanaatindeyiz.

Selten tarafından ortaya konan çalışmada²⁴⁸; tam ve eksiksiz bilginin bulunduğu bir piyasada faaliyet göstermekte olan tekelci firmanın, o piyasaya girmeyi düşünen potansiyel rakibinin davranışları karşısında vereceği tepkiler ve bu tepkilerin sonuçları incelenmiştir. İlk olarak tek aşamalı bir inceleme yapılmış olup, potansiyel rakibin pazara girme ya da girmeme kararı karşısında, tekelci firmanın tepkileri göz önünde tutularak

²⁴⁴ Easterbrook, s. 333-337.

²⁴⁵ Gürkaynak, Yıkıcı Fiyatlandırma Suretiyle Hakim Durumun Kötüye Kullanılması s. 33; Teşebbüslerin fiyat politikalarına rekabet hukuku aracılığıyla müdahale edilmemesi gerektiği yönündeki bir başka görüş için bkz. Akıncı, Ateş: Rekabetin Korunması Hakkında Kanun Üzerine Eleştirel Bir Bakış, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un Küçük ve Orta Ölçekli İşletmelere Etkisi, Yayına Hazırlayan: Doç. Dr. Nurkut İnan, TES-AR Yayınları No:20, s. 51 vd.

²⁴⁶ Gürkaynak, Yıkıcı Fiyatlandırma Suretiyle Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, s. 33.

²⁴⁷ Öğretide Oyun Teorisi olarak adlandırılan bu yaklaşımda, teşebbüslerin ticari kararlarını alırken, rakiplerinin muhtemel davranış ve tepkilerini hesaba kattıkları ve nasıl davranacaklarına bu şekilde karar verdikleri kabul edilmektedir. Whish/Bailey, s. 561.

²⁴⁸ Selten, R.: "The Chain-Store Paradox", Theory and Decision 9, 1978, s. 127-159.

tarafkların kazanç durumları değerlendirilmiştir. Buna göre, potansiyel rakibin pazara girmeme kararı alması durumunda, tekerci firmanın herhangi bir tepki vermesine gerek olmadığından bu durumda her iki teşebbüsün de herhangi bir kazancı olmayacaktır. Potansiyel rakibin pazara girme kararı alması halinde ise tarafların nihai durumları tekerci firmanın vereceği tepkilere göre Őekillenecektir. Eğer ki, tekerci firma pazara giriş karşısında uzlaşmacı bir tavır sergileyerek sessiz kalırsa, bu durumda tekerci firmanın herhangi bir kazancı olmayacak, pazara yeni giriş yapan firma ise belirli bir oranda kazanç sağlayacaktır. Tekerci firma agresif davranarak pazarda yıkıcı fiyat uygularsa bu durumda, tekerci firma zarara uğrayacak, pazara giriş yapan firma ise öncekinden de yüksek bir kazanç sağlayacaktır. Bu nedenle, tam ve eksiksiz bilginin mevcut olduğu bir pazar yapısında, potansiyel teşebbüs için akılcı olanın piyasaya girmek, tekerci teşebbüs için ise yeni girişler karşısında uzlaşmacı davranmak olduğu ileri sürülmektedir. Bu noktada bir ihtimalden daha bahsedilmektedir, o da yeni giriş yapacak teşebbüsün tekerci teşebbüsün agresif davranacağını varsayarak piyasaya girmeme kararı almasıdır, ancak bu durumun yalnızca eksik bilginin mevcut olduğu piyasa yapılarında mümkün olabileceği ifade edilmektedir.

Tek aşamalı değerlendirmenin akabinde *Selten*, tekerci firmanın yirmi farklı pazarda faaliyet gösterdiğini farz ederek bu uygulamayı tekrar ele almıştır. Başlangıçta, tekerci firmanın birinci sıradaki pazara yapılan girişe, diğer pazarlara giriş yapmayı düşünen potansiyel rakipler üzerinde Şöhret etkisi yaratmak ve o pazarlara yapılacak girişleri engellemek amacıyla agresif bir tepki göstereceği ve bu durumun yirminci sıradaki pazara kadar devam edeceği düşünülmektedir. Ancak *Selten*, verdiği örneğe bir de sondan yaklaşarak durumun aslında böyle olmadığını göstermektedir. Şöyle ki, son aşamaya geldiğinde başka bir giriş tehdidi kalmadığından ve yukarıdaki paragrafta açıklandığı üzere münferit olarak uygulandığında daha kârlı olacağından tekerci teşebbüs, uzlaşmacı davranacak ve piyasaya girişe sessiz kalacaktır. Bu da demek oluyor ki, son aşamada piyasaya giriş her türlü gerçekleşeceğinden, tekerci teşebbüsün sondan bir önceki aşamada da agresif davranarak yıkıcı fiyat uygulaması kendisi için mantıklı ve kârlı bir karar değildir. Bu durum geriye doğru her aşamada tekrar edildiğinde, teşebbüsün yirmi aşamanın hiçbirinde agresif davranmasının mantıklı olmadığı ortaya çıkmaktadır. Ortaya çıkan bu durum, mağaza zinciri paradoksu olarak adlandırılmaktadır.

Neticede *Selten* tam ve eksiksiz bilginin bulunduğu piyasalarda makul ve akılcı hareket eden bir teşebbüsün, yıkıcı fiyatlamaya uygulamayacağını doğrulamış, yıkıcı fiyatlamaya uygulamasının ancak eksik bilginin bulunduğu piyasalarda teşebbüsler için akılcı bir yol olabileceğini ifade etmiştir²⁴⁹.

2. Diğer yaklaşımlar

Milgrom ve Roberts ise *Selten* tarafından ortaya konan teoriyi, eksik bilginin mevcut olduğu reel piyasalar yönünden ele alarak yeni bir değerlendirme yapmışlardır²⁵⁰. Yapılan değerlendirmeye göre, eksik bilginin mevcut olduğu pazarlarda teşebbüslerin pazarın durumu hakkındaki görüşleri rakiplerinin davranışları çerçevesinde olduğundan, yıkıcı fiyat uygulayan bir teşebbüsün davranışlarıyla rakiplerini manipüle etmesi mümkündür. Yazarlar, yıkıcı fiyat uygulamasının pazarda yaratacağı şöhret etkisi ile özellikle pazara girmeyi düşünen teşebbüsler üzerinde etkili olacağını belirtmektedirler. Zira pazara girmeyi düşünen teşebbüslerin piyasa hakkındaki tahmin ve beklentileri, yerleşik teşebbüsün piyasa verilerine ve davranışlarına dayanmaktadır. Bu nedenle, teşebbüsün faaliyet gösterdiği veya bağlantılı pazarlarda daha önce yıkıcı fiyat uygulaması yapmış olması, pazara girmeyi düşünen potansiyel rakiplerin bu kararlarından vazgeçmesine sebep olabilecektir. Tüm bu nedenlerle, yazarlar eksik bilginin mevcut olduğu reel piyasa yapılarında yıkıcı fiyatlamaya uygulamasının teşebbüsler için başvurulması mantıklı bir uygulama olabileceğini ileri sürmektedirler²⁵¹.

Kreps ve Wilson tarafından yapılan çalışmada, *Selten*'in ortaya koyduğu paradoks yine eksik bilgi çerçevesinde ele alınmış ancak bu sefer teşebbüsün birden fazla pazarda faaliyet gösteriyor olduğu kabul edilerek değerlendirmeler yapılmıştır²⁵². Yapılan çalışmada; birden fazla pazarda faaliyet gösteren teşebbüsün, bu pazarlardan bir tanesinde yıkıcı fiyat uygulayarak rakipleri üzerinde yaratacağı şöhret etkisi ile onları, faaliyet gösterdiği diğer pazarlara girmekten caydırabileceği değerlendirilmiş ve yıkıcı fiyat

²⁴⁹ *Selten*, s. 127-159.

²⁵⁰ *Milgrom, Paul/Roberts, John*: "Predation, Reputation and Entry Deterrence", *Journal of Economic Theory* 27(2), 1980, s. 280-312.

²⁵¹ *Milgrom/Roberts*, s. 304-305.

²⁵² *Kreps, David M./ Wilson, Robert*: "Reputation and Imperfect Information", *27 Journal of Economic Theory* 27, 1981, s. 253-279.

uygulamasının bu bağlamda teşebbüsler için mantıklı bir strateji olabileceği sonucuna varılmıştır. Yine bu çalışmaya göre, pazara girmeyi düşünen rakipler üzerinde şöhret etkisinin oluşması için teşebbüsün sahip olduğu ekonomik gücün (fazla kapasite, finansal durum vb.) yıkıcı fiyatlama yapılabilecek bir boyutta olması da yeterlidir.

Fudenberg ve Tirole tarafından yapılan çalışma ise yıkıcı fiyatlamanın, potansiyel rakiplerin pazardan aldıkları bilgileri onlara farklı sinyaller göndererek manipüle etmek için kullanılabilmesi değerlendirilmiştir²⁵³. Nitekim, eksik bilginin mevcut olduğu bir pazar yapısında, pazara girmeyi düşünen teşebbüsler pazarın genel yapısı hakkında bilgi toplamak isteyeceklerdir. İşte bu gibi durumlarda, pazarda yerleşik bulunan teşebbüs gizli bir şekilde yıkıcı fiyatlama uygulayarak pazardaki ürün fiyatları ve karlılık gibi ekonomik parametreleri manipüle edebilecek ve potansiyel rakiplerine pazar hakkında yanlış sinyaller gönderebilecektir. Pazardan aldığı manipüle edilmiş bilgilere göre hareket eden bir teşebbüs de pazarın yapısının ticari anlamda elverişli olmadığına kanaat getirecek ve en nihayetinde pazara girme kararından vazgeçecektir.

Easley, Masson ve Reynolds ise yaptıkları çalışma ile birden fazla pazarda faaliyet gösteren bir teşebbüs ele alınmıştır. Yapılan çalışmada, teşebbüsün bu pazarlara ard arda girişlerin olacağına kanaat getirmesi halinde, bu pazarlardan birinde belirli bir süre ile yıkıcı fiyat uygulayarak rakiplerinin diğer pazarlara girişlerini yavaşlatabileceğini ifade etmişlerdir²⁵⁴. Yazarlar bu durumun da yıkıcı fiyat uygulamak için geçerli bir sebep olduğunu ileri sürmektedirler.

Benoit tarafından yapılan çalışma, öncekilerden farklı olarak, pazarda yıkıcı fiyat uygulayacak teşebbüsün eksik bilgiye sahip olduğunu kabul ederek hareket etmiştir²⁵⁵. Verilen örnekte yıkıcı fiyat uygulayacak teşebbüs, piyasa girecek firmanın piyasada kalmak için nasıl bir isteğe ve savaşıma gücüne sahip olduğu konusunda bilgili değildir. Ancak, rakibin piyasaya bir kere girdikten sonra çıkmasının çok zor olacağını farkındadır. Bu düşünceyle hareket eden bir teşebbüs için, pazara yapılan ilk girişte yıkıcı

²⁵³ Fudenberg, D./Tirole, J.: "A 'Signal-Jamming' Theory of Predation", *Rand Journal of Economics* 17 (3), 1986, s. 366-377.

²⁵⁴ Easley, David / Masson, Robert/ Reynolds, Robert: "Preying for Time", *Journal of Industrial Economy* 33, 1985, s. 443-447.

²⁵⁵ Benoit, J. S.: "Financially Constrained Entry in a Game with Incomplete Information", *The Rand Journal of Economics* 15 (4), 1984, s. 490-499.

fiyatlamaya uygulayarak rakibi pazar dışına atmak akılcı olabilecektir. Bu örnekte, yıkıcı fiyat sonraki girişler için bir mesaj verilmesi amacıyla değil bizatihi olarak giriş yapan firmanın piyasadan çıkartılması için uygulanmaktadır. Daha sonraki yıllarda da bu bağlamda çalışmalar yapılmaya devam edilmiş olup, bu çalışmalar yıkıcı fiyatlamayı farklı yönlerden ele alarak böyle bir stratejinin teşebbüsler için akılcı bir yöntem olabileceğini ortaya koymuşlardır²⁵⁶.

Modern teori, klasik teoriyi esas itibariyle, pazarı eksiksiz ve tam bilginin mevcut olduğu bir ortam olarak tahayyül etmesi sebebiyle eleştirmekte ve klasik teorinin argümanlarını eksik bilginin mevcut olduğu reel pazarlar özelinde tekrar değerlendirmektedir. Bu bağlamda pazardaki teşebbüslerin; şöhret etkisi, bilgi manipülasyonu ve mevcut girişlerin yerleşik hale gelmesinin önlenmesi gibi sebeplerle yıkıcı fiyat uygulamasına başvurmalarının makul bir teşebbüs davranışı olduğu kabul edilmektedir.

AB uygulaması modern görüş çerçevesinde konumlanmış olup, yıkıcı fiyat iddiaları AB bünyesinde günümüzde dahi rekabetin korunması kapsamında önemli bir risk olarak görülmektedir. Türk rekabet hukuku doktrininde ise doğrudan yıkıcı fiyat konusunu ele alan eserler incelendiğinde, çoğunluğun modern görüşe daha yakın olduğu görülmektedir²⁵⁷. Keza modern görüşün reel piyasa şartlarını dikkate alarak yapmış olduğu değerlendirmeler, tarafımızca da klasik görüşün argümanlarına göre daha ikna edici bulunmaktadır. Çünkü piyasanın tam ve eksiksiz bilginin bulunduğu bir yer olarak tanımlanması reel piyasa şartlarını yansıtmamaktadır. Gerçekten de reel piyasa ortamı ne kadar şeffaf bir yapıya sahip olursa olsun, ticari kararların alınmasında teşebbüslerin birbirleri üzerinde yarattıkları algının da önemli bir etkisi olacaktır. Bu nedenle, teşebbüslerin farklı fiyat stratejileri uygulayarak mevcut veya potansiyel rakiplerini manipüle etmesi veya onlar üzerinde şöhret etkisi yaratması her zaman muhtemeldir. Özellikle de piyasadaki fiyat, arz, dağıtım miktarı gibi parametreleri tek başına belirleyebilecek bir güce sahip olan hakim durumdaki teşebbüsün, bu şekilde bir yola başvurarak yıkıcı fiyat uygulamasının, kendisi için de son derece akılcı bir strateji olacağı kanaatindeyiz.

²⁵⁶ Bolton, S./ Brodley, J. F./ Riordan, M. H.: “Predatory Pricing: Strategic Theory and Legal Policy”, Georgetown Law Review 88, 2000, s. 2239-2330.

²⁵⁷ Ekdi, s. 9; Kara, s. 64-65; Uzunallı, s. 104; Şahin, s. 988.

V) YIKICI FİYAT UYGULAMASININ TESPİTİNE VE ÖNLENMESİNE DAİR DOKTRİNDE ÖNERİLEN TESTLER VE KURALLAR

A) Genel Olarak

Yukarıda detaylı bir şekilde ele alınmış olan teorik tartışmalar çerçevesinde, yıkıcı fiyat uygulamasının teşebbüsler için akılcı bir davranış olmasının mümkün olup olmadığı değerlendirilmiştir. Yıkıcı fiyat uygulamasının teşebbüsler için mantıklı bir strateji olduğunu ileri süren görüş, aynı zamanda bu uygulamanın önüne geçilmesi amacıyla da çeşitli yöntemler önermektedir. Bu yöntemlerin bir bölümü yıkıcı fiyat uygulaması gerçekleştirildikten sonra bu uygulamanın tespit edilerek yaptırıma tabi tutulmasını amaçlayan testlerden oluşurken; bir bölümü de yıkıcı fiyat uygulamasının önlenmesi amacını ihtiva eden önleyici nitelikte kurallardan oluşmaktadır.

B) Yıkıcı Fiyat Uygulamasının Tespitine Dair Testler

1. Kısa dönem fiyat-maliyet analizi testi

Yıkıcı fiyat uygulamasının tespitinde fiyat-maliyet analizinin kullanılması ilk kez ABD rekabet hukukunun temsilcileri *Areeda ve Turner* tarafından önerilmiştir²⁵⁸. Bu yaklaşıma göre pazarda hakim durumdaki teşebbüsün marjinal maliyetinin altındaki fiyatlarda yaptığı satışlar mutlak olarak yasaklanmalı, marjinal maliyetin üzerindeki fiyatlarda yaptığı satışlar ise mutlak olarak hukuka uygun kabul edilmelidir²⁵⁹. Çünkü, marjinal maliyetin altında yapılacak satışlar kârdan feda edilmesi anlamına geleceğinden, bu şekilde bir fiyatlama yıkıcılığın belirtisi olarak kabul edilmelidir. Yazarlar, yıkıcı fiyat incelemesinde marjinal maliyeti esas almalarının sebebi olarak, teşebbüslerin uzun dönem maliyetlerinin spekülasyona açık olmasını göstermişlerdir. Ancak yazarlar teşebbüslerin muhasebe kayıtlarından marjinal maliyeti belirlemenin zorluğunu göz önünde tutarak, yapılacak yargılamalarda marjinal maliyet yerine ikame ve hesaplaması

²⁵⁸ Uzunallı, s. 68.

²⁵⁹ Areeda, S. E./ Turner, D. F.: "Predatory Pricing and Related Practices under Section 2 of the Sherman Act", Harvard Law Review 88 (4), 1975, s. 697-733.

görece daha kolay olan ortalama değişken maliyetin kullanılmasını önermişlerdir²⁶⁰. Bu yaklaşım, kısa süre içerisinde ABD mahkemeleri tarafından benimsenmiş ve *Brooke* kararına kadar uygulamada esas alınan yöntem olmuştur. *Areeda-Turner* testinin AB ve Türkiye uygulaması üzerinde de önemli bir etkisi olmuştur²⁶¹.

Areeda-Turner testinin uygulama ve doktrinde yarattığı etki yadsınamayacak düzeyde olsa da bazı yönlerden haklı eleştiriler aldığı da görülmektedir. Bu bağlamda, ilk eleştiri marjinal maliyetin ikamesi olarak kabul edilen ortalama değişken maliyetin, üretim miktarı ideal seviyenin üzerine çıktığında marjinal maliyetin altında kalması sebebiyle ikame olarak kullanılamayacağına ilişkindir. Nitekim yıkıcı fiyat uygulayan teşebbüslerin genellikle yüksek üretim yapan teşebbüsler olması sebebiyle, ortalama değişken maliyetin esas alınmasının bu teşebbüslerin lehine bir durum yarattığı söylenmektedir²⁶². *Areeda - Turner* testine yöneltilen bir diğer eleştiri ise sabit maliyetlerin, değişken maliyetlere göre önemli derecede yüksek olduğu pazarlarda (havayolu, kamu hizmetleri sektörleri, sınai mülkiyet haklarının yoğun olarak kullanıldığı sektörler) ortalama değişken maliyetin çok düşük seviyelerde kalması sebebiyle yıkıcı fiyat uygulanması için bir alan oluşturduğu yönündedir²⁶³.

Kısa dönem fiyat-maliyet analizinde kullanılması önerilen bir diğer maliyet ölçütü, ortalama kaçınabilir maliyettir. İnceleme altındaki teşebbüsün ortalama kaçınabilir maliyetin altında satış yapmak yoluyla aslında kaçınabileceği zararlara katlanmakta olduğunun belirlenmesi durumunda, o teşebbüsün kısa vadede kardan feragat ettiği ve eşit etkinlikteki rakibinin zarar etmeden hedeflenen müşterilere hizmet sunamayacağı değerlendirilmektedir²⁶⁴. Nitekim inceleme altındaki teşebbüsün, bu yönde bir fiyatlama

²⁶⁰ Areeda/ Turner, *Predatory Pricing and Related Practices*, s. 717.

²⁶¹ Case 62/86, *Akzo v EC Commission* (1991), ECR 359; Case C-333/94 P, *Tetra Pak International SA v Commission (Tetra Pak II)* (1996), ECR I-5951; Case T-5/97, *Industrie des poudres sphériques SA v Commission*, (2000), ECR II-3755; RKK No: 02-24/244-99, 16.04.2002; RKK No: 04-07/75-18, 23.01.2004.

²⁶² Oliver E. Williamson: "Predatory Pricing: A Strategic and Welfare Analysis", *Yale Law Journal* 87, 1977, s. 284.

²⁶³ Scherer, F. M.: "Predatory Pricing and the Sherman Act: A Comment", *Harvard L. Rev.* 89(5), 1976, s. 869-890; Jones/Sufirin, s. 394.

²⁶⁴ Buna göre, eşit etkinlikteki rakibin hâkim durumdaki bir teşebbüsün fiyatlama davranışları ile etkin bir şekilde rekabet edemeyeceği tespit edilirse, diğer niceliksel ve/veya niteliksel deliller de dikkate alınarak ihlal konusunda genel bir değerlendirme yapılacaktır. Öte yandan, istisnai bazı hallerde, hâkim durumdaki teşebbüsten daha az etkin rakipler yönünden de bir inceleme yapılabileceği kabul edilmiştir. Bkz. Madan, Zeynep: "Roma Antlaşması'nın 82. Maddesindeki Reform Çalışmaları ve Eşit Etkinlikteki Firma Testi", *Rekabet Dergisi*, S. 31, 2007, s.14-19. Dışlayıcı Davranışlar Kılavuzu, par. 27-28.

stratejisi izlemesi yıkıcı fiyat uyguladığına işaret etse de kesin bir sonuca varılabilmesi için muhakkak yıkıcı fiyatın diğer unsurları yönünden de bir inceleme yapılması gerekmektedir.

Öte yandan kısa dönem esas alınarak yapılan analizlerde, sabit maliyetlerin tamamı batık maliyet olarak değerlendirileceğinden ortalama kaçınılabılır maliyet ile ortalama değişken maliyet aynı maliyet kalemlerini ifade edecektir. Bu nedenle, yapılacak bir değerlendirmede ortalama değişken maliyetin ya da ortalama kaçınılabılır maliyetin kullanılması bir fark yaratmayacaktır. Ancak teşebbüsün yıkıcı fiyatlama uygulayabilmek için kapasite artırımı yapması gereken hallerde bazı sabit maliyet kalemlerinin de incelemeye dahil edilmesi gerekeceğinden, bu gibi durumlarda ortalama kaçınılabılır maliyet, ortalama değişken maliyete göre daha uygun bir ölçüt olacaktır. Aksi takdirde, yani değişken maliyetin kullanılması halinde ise sabit maliyetler hesaplama katılamayacağından, teşebbüsün üretim maliyeti olması gerekenden daha düşük çıkacaktır.

2. Uzun dönem fiyat-maliyet analizi testi

Doktrindeki bir görüş²⁶⁵, *Areeda - Turner* tarafından ortaya konan kısa dönem maliyet analizi yerine, uzun dönem maliyet analizlerinin esas alınması gerektiğini savunmaktadır. Bu görüşün temsilcisi *Posner*'e göre, kısa dönem maliyet analizi esas alınarak belirlenen bir yıkıcı fiyat uygulaması, aslında teşebbüsün yürüttüğü promosyon veya benzeri bir rekabetçi stratejiden kaynaklanıyor olabilecektir. Yazar bu nedenden ötürü kısa dönem maliyet analizlerinin güvenilir olmadığını belirtmektedir²⁶⁶. Yazara göre, teşebbüsün esas olarak uzun dönem maliyetleri (kira, sigorta vb. masraflar) pazarda kalabilmek için sübvans etmek zorunda olduğu maliyet kalemleridir²⁶⁷.

Bu görüş zaman içerisinde kendisine uygulama içerisinde de yer bulmuştur. Gerek mehz AB uygulaması gerekse de Türk Rekabet Hukuku, ilgili pazarın koşulları dikkate alınarak bazı istisnai hallerde yıkıcı fiyat uygulamasının tespitinde uzun dönem ortalama artan

²⁶⁵ Posner, Richard A.: "Predatory Pricing", 10 J. Reprinted from *Antitrust Law: An Economic Perspective*, L. & Econ., 1979, s. 85-97.

²⁶⁶ Posner, s. 89.

²⁶⁷ Posner, s. 90.

maliyetin kullanılmasının, kısa dönem maliyet ölçütlerine göre daha uygun olacağını kabul etmektedirler²⁶⁸. Uzun dönem ortalama artan maliyet, ürünle ilişkilendirilebilir batık maliyetler de dâhil olmak üzere, kısa dönemde kaçınılabılır maliyet kalemi olarak görülemeyen maliyetleri kapsamına alabildiğinden, genellikle ortalama kaçınılabılır maliyetten yüksek, ortalama toplam maliyete ise yakın seviyelerdedir. Hatta yalnızca bir çeşit ürün üreten teşebbüsler için uzun dönem ortalama artan maliyet ile ortalama toplam maliyet aynı değerde olacaktır.

Uzun dönem ortalama artan maliyetin kapsadığı maliyet kalemleri itibariyle, özellikle sabit maliyetlerin çok yüksek, değişken maliyetlerin ise çok düşük olduğu şebeke endüstrileri, altyapı sektörleri, teknoloji piyasaları ve yüksek ar-ge yatırımları yapılan piyasalar için daha uygun bir maliyet ölçütü olduğu belirtilmektedir²⁶⁹. Çünkü bu piyasalarda faaliyet gösteren firmalar, pazarda kalabilmek için esas olarak yüksek yatırımlar gerektiren sabit maliyetlere katlanmak durumunda olup bu maliyetlerin ortalama kaçınılabılır maliyet veya ortalama değişken maliyete dahil edilmesi mümkün değildir. Bu sebeple, bu piyasalarda uzun dönem ortalama artan maliyetin esas alınması yıkıcı fiyat uygulamasının tespiti yönünden de daha isabetli bir karar olacaktır. Nitekim, teşebbüsün fiyatlarının uzun dönem ortalama artan maliyeti karşılamıyor olması halinde, pazarın eşit etkinlikteki rakiplere kapatılması söz konusu olacak ve uygulanan fiyatlar yıkıcı olarak değerlendirilecektir²⁷⁰. Uzun dönem ortalama artan maliyetin üstündeki fiyatlama ise

²⁶⁸ Kurul'un uzun dönem ortalama artan maliyet hakkındaki detaylı analizleri için bkz. RKK No: 12-62/1633-598, 06.12.2012; Dışlayıcı Davranışlar Kılavuzu, par. 54.

²⁶⁹ Dışlayıcı Davranışlar Kılavuzu, dn. 12.

²⁷⁰ Avrupa Komisyonu'nun *Deutsche Post* kararında, yıkıcı fiyat yapıldığının tespiti için önceki kararlardan farklı olarak ortalama değişken maliyetin yerine uzun dönem ortalama artan maliyetin kullanılmasının daha uygun olduğuna karar verilmiştir. Komisyon, bu kararının sebebi olarak *Deutsche Post*'un posta servislerini sağlamak yönünde bir yasal yükümlülüğü olmasını ve bu bağlamda alt yapı sistemlerini kurmak için yüksek tutarlarda sabit maliyetlere katlanmak durumunda olması zorunluluğunu göstermiştir. Bu bağlamda, Komisyon maliyetlerin belirlenmesinde yalnızca ilgili hizmetin verilmesi sebebiyle katlanılan masrafları dikkate almıştır. Yapılan hesaplamalar doğrultusunda *Deutsche Post* tarafından uygulanan fiyatların uzun dönem ortalama artan maliyetin altında kaldığı tespit edilerek yıkıcı fiyat uygulandığına karar verilmiştir. Ancak, bu olayda uygulanan maliyet analizi yöntemlerinin yıkıcı fiyat davranışının yapıldığı dönemde mevcut olmaması sebebiyle *Deutsche Post* yıkıcı fiyat fiili sebebiyle cezalandırılmamıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Case 463/10P, *Deutsche Post AG* (2001), OJ L 125/27; Danimarka Rekabet otoritesi *Post-Danmark* kararında yargılamayı bekleterek, ortalama toplam maliyet ile uzun dönem ortalama artan maliyet arasındaki bir fiyatlamanın hakim durumun kötüye kullanılması olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği hususunda *ABAD*'ın görüşüne başvurmuştur. *ABAD*, bu noktada *AKZO* kararında oluşturulan, ortalama toplam maliyet ile ortalama değişken maliyet arasındaki fiyatlarda niyet unsurunun aranması gerektiğine yönelik içtihadı atf yaparak, somut olayda *Post Danmark*'ın dışlayıcı niyeti ortaya konulmadığı için ilgili fiyatlama davranışının kötüye kullanma olarak değerlendirilemeyeceği yönünde bir görüş bildirmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Rosenblatt, Howard/ Armengod, Hector/ Scordamaglia - Touis/

pazardaki rekabetçi yapıyı koruyacağından yıkıcı fiyatlama olarak değerlendirilemeyecektir.

3. Rule of Reason testi

Maliyetin altındaki fiyatları mutlak olarak yıkıcı kabul eden fiyat-maliyet analizinin alternatifini olan rule of reason (haklı sebep) testi, ilgili teşebbüs davranışının rekabete aykırı olup olmadığını başta pazar yapısı olmak üzere pazar için karakteristik olan tüm özellikleri dikkate alarak belirler²⁷¹. Bu yaklaşımın altında, etkinliği ve rekabeti artırabilecek ancak, kimi hallerde rekabet karşıtı etkilere de sahip olabilecek teşebbüs davranışları değerlendirmeye tabi tutulmaktadır²⁷².

Yıkıcı fiyat uygulamasının tespit edilmesinde, rule of reason yaklaşımından faydalanılması, ilk olarak *Scherer* tarafından teklif edilmiştir. Yazar, esasen *Areeda-Turner* kuralına ilişkin cevaplarını içeren makalesinde, fiyat-maliyet analizine dayanan kurallara eleştirel bir açıdan yaklaşarak uzun dönem etkinliğini esas alan yeni bir yöntem önermiştir²⁷³. Bu yöntemde, incelenen teşebbüs tarafından uygulanan davranışın diğer teşebbüsler üzerindeki etkisi, pazardaki teşebbüslerin durumları, minimum etkinlik skalası, rakibin dışlanmasından önceki ve sonraki üretim durumları ve incelenen teşebbüsün niyeti gibi hususlar analiz edilerek maksimum refahın sağlanacağı fiyat belirlenmekte ve buna göre bir sonuca varılmaktadır. *Scherer* tarafından ortaya konan bu yaklaşım başlarda uygulanabilir olmaması sebebiyle eleştirilmiş olsa da AB rekabet hukuku doktrininde bu görüşü benimseyen birtakım yayınlar yapıldığı görülmektedir²⁷⁴.

4. İki Aşamalı (Two-Tier) test

Joskow ve *Kleworick* yalnızca fiyat-maliyet ilişkisine dayanan testleri, pazarı statik olarak ele almaları sebebiyle eleştirmişler ve pazarın dinamik yapısı ele alınmadan yapılacak

Andreas: "Post Danmark: Predatory Pricing In The European Union", *Global Competition Review*, 2013, s. 23-24, www.globalcompetitionreview.com, Erişim Tarihi: 25.01.2018.

²⁷¹ Uzunallı, s. 64.

²⁷² Rekabet Terimleri Sözlüğü, s. 112.

²⁷³ Scherer, s. 869.

²⁷⁴ EC Commission, *Predatory Pricing*, Editor: Philips, Louis, 1987.

değerlendirmelerde hata oranlarının yüksek olacağını belirtmişlerdir²⁷⁵. Yazarlar, buradan hareketle pazarın dinamik faktörlerini de dikkate alan iki aşamalı bir test geliştirmişlerdir. İlk aşamada pazarın yapısının yıkıcı fiyat uygulaması için elverişli olup olmadığı değerlendirilmektedir²⁷⁶. Bu kapsamda, kısa dönem tekelleri güç, pazara giriş engelleri ve rakiplerin pazardaki dinamik etkileri incelemeye tabi tutulmaktadır²⁷⁷. Pazarın yıkıcı fiyatlandırma için elverişli olmayacağına kanaat getiriliyorsa ikinci aşamaya geçilmemektedir. Böylece gerçekte fiyat rekabeti niteliğinde olan davranışlar, yıkıcı fiyattan ayırt edilebilmekte ve rekabet düzenlemelerinin fiyat rekabetine karşı kalkan olarak kullanılması engellenmektedir²⁷⁸.

Yapılan incelemeler neticesinde pazarın yapısının yıkıcı fiyatlandırma için uygun olduğuna kanaat getirilirse, ikinci aşamaya geçilecektir. İkinci aşamada teşebbüslerin fiyatlandırma noktasındaki davranış ve stratejileri detaylı olarak incelenmektedir. Bu kapsamda, niyet unsurunun varlığı değerlendirilmekte ve fiyat-maliyet analizlerine başvurulmaktadır. Neticede yazarlar farklı maliyet aralıklarındaki fiyatlandırmalar için, farklı sonuçlara ulaşmışlardır: Ortalama değişken maliyetin altındaki fiyatlar, yıkıcı olarak kabul edilmeli; ortalama değişken maliyet ile ortalama toplam maliyet arasındaki fiyatlar aksi ispatlanamıyorsa yıkıcı olarak kabul edilmeli; ortalama toplam maliyetin üstündeki fiyatlar ise iki yıl içinde değişmemeleri kaydıyla yıkıcı kabul edilmemelidir²⁷⁹.

5. Görüşlerin değerlendirilmesi

Yıkıcı fiyat uygulamasının tespitine yönelik olarak yukarıda incelenmiş olan testlerin, bu uygulamanın tespiti için yeterli ve elverişli olmadığı kanaatindeyiz. Zira salt olarak fiyat-maliyet analizini esas alan ve bu analizin neticesine göre bir sonuca ulaşan testler, fazla mekanik olmaları nedeniyle yıkıcı fiyat uygulayan teşebbüslere kaçış imkanı sağlayacaktır. Buna karşın ağırlık olarak niyeti esas alan rule of reason testinin de yıkıcı karaktere sahip olamayan rekabetçi fiyat indirimlerini hatalı bir şekilde yaptırma tabi

²⁷⁵ Joskow, Paul L. / Klevorick, Alvin K.: "A Framework for Analyzing Predatory Pricing Policy", 10 J. Antitrust L. & Econ., 1979, s. 286.

²⁷⁶ Joskow/Kleivorick, s. 292-296.

²⁷⁷ Ekd, s. 27.

²⁷⁸ Kara, s.13.

²⁷⁹ Joskow/Kleivorick, s. 298-305.

tutma ihtimali bulunmaktadır. İki aşamalı test olarak adlandırılan yöntem ise etraflıca bir inceleme gerçekleştiriyor olsa da somut olay nezdinde uygulanabilir olmadığını düşünüyoruz.

Yıkıcı fiyatın tespitinde kullanılacak olan testin, yıkıcı fiyatın unsurları olan hakim durum, olağandışı düşük fiyat ve niyet unsurlarının tamamı yönünden detaylı bir inceleme gerçekleştiriyor olması gerekmektedir. Zira ancak bu şekilde yıkıcı fiyat uygulamaları, rekabetçi fiyat indirimlerinden doğru bir şekilde ayrılmış olacaktır. Nitekim mevcut yıkıcı fiyat uygulamasında, bu açıklamalarımıza en yakın uygulamanın aşağıda detaylı bir şekilde ele alınacak olan ABAD'ın *Akzo* kararı ile benimsediği kanaatindeyiz.

C) Yıkıcı Fiyat Uygulamasının Önlenmesine Dair Kurallar

1. Arz sınırlaması kuralı

Williamson, Areeda-Turner tarafından ortaya konan ve fiyat-maliyet analizine dayanan testi, birçok yönden eleştirerek, söz konusu testin uygulanması halinde, yıkıcı fiyat uygulamayı amaçlayan firmaların üretim tesislerine yapacakları yatırımlarla maliyetlerini yükselterek ihlâl sebepleri olan davranışlarını hukuka uygunluk kisvesi altında saklayacaklarını belirtmektedir²⁸⁰. *Williamson*, yıkıcı fiyat uygulamalarının önlenmesi noktasında, salt olarak fiyat-maliyet analizini esas alan testlerin yerine, kendisinin geliştirdiği arz sınırlaması kuralının uygulanmasını önermektedir²⁸¹. Bu kurala göre, piyasadaki yerleşik firmanın üretimi, piyasaya yeni giriş olduğu zaman 12-18 ay aralığında belirlenecek bir süre boyunca sınırlanmalı ve üretimin, giriş yapılmadan önceki üretim seviyesinin üstüne çıkartılması yasaklanmalıdır²⁸². Böylece giriş öncesi ve sonrasında etkin kaynak dağılımı sağlanmış olacak ve rekabetin ihlâl edilmesinin önüne geçilmiş olacaktır²⁸³.

²⁸⁰ Williamson, s. 105.

²⁸¹ Williamson, s. 112.

²⁸² Williamson, s. 113.

²⁸³ Williamson, s. 126.

Areeda ve Turner 1978 yılında yayınladıkları makale ile *Williamson* tarafından önerilen kuralın ikna edici olmadığı yönünde birtakım eleştirilerde bulunmuşlardır²⁸⁴. Yazarlar, arz sınırlaması kuralının teorik ve ampirik yönlerden soru işaretleri taşıdığını ve ayrıca söz konusu kuralın formüle edilişi itibariyle de uygulamaya uygun olmadığını belirtmişlerdir²⁸⁵. Yazarların bir diğer eleştirisi ise, toplumsal refahı ön planda tutan bu kuralın, pazardaki etkisiz teşebbüsler için koruyucu bir fiyat şemsiyesi oluşturacağına ilişkindir²⁸⁶.

2. Fiyat kontrolü kuralı

Yıkıcı fiyat uygulaması ile, piyasadaki rekabetçi ortamın bozulmasının önüne geçilmesi için önerilen yöntemlerden bir tanesi de *Baumol* tarafından geliştirilen fiyat kontrolü kuralıdır²⁸⁷. Bu kurala göre, yıkıcı fiyatlamanın ilk aşamasında teşebbüsün menfaatleri doğrultusunda yapacağı fiyat indirimlerine müdahale edilmeyecektir; ancak teşebbüsün herhangi bir rakibi bu indirimler karşısında piyasa dışına çıkmak durumunda kalırsa, ilgili teşebbüsün belirli bir süre boyunca fiyatlarını artırması yasaklanacaktır²⁸⁸. Eğer fiyat indirimi piyasada dışlayıcı bir etki yaratmıyorsa zaten yıkıcı fiyat söz konusu olmayacağı için fiyat artımı yönünden bir sınırlamaya gidilmesine gerek bulunmamaktadır²⁸⁹.

Bu yaklaşıma göre, piyasada yıkıcı fiyatlama olarak değerlendirilebilecek fiyat indirimlerinin, yalnızca belirli bir süre için sabitlenmeleri (quasi-permanence) halinde uygulanmaları mümkündür²⁹⁰. *Baumol* tarafından önerilen bu yaklaşım, maliyet kalemlerine dair bir hesaplama gerektirmiyor olması sebebiyle avantajlı görünmektedir. Yine aynı şekilde, teşebbüslere ne kadarlık bir indirim yapabilecekleri konusunda inisiyatif verilmiş olması, bu kuralın bir diğer olumlu özelliğidir.

²⁸⁴ Areeda, Phillip/Turner, Donald F.; “Williamson on Predatory Pricing”, The Yale Law Journal 87(7), 1978, s. 1337.

²⁸⁵ Areeda/Turner, Williamson on Predatory Pricing, s. 1338.

²⁸⁶ Areeda/Turner, Williamson on Predatory Pricing, s. 1340.

²⁸⁷ Baumol, William J.: “Quasi-Permanence of Price Reductions: A Policy for Prevention of Predatory Pricing”, Yale Law Journal, Number 89 (1), 1979, s. 1-26.

²⁸⁸ Yazar, ilgili eserinde fiyat artırımının sınırlanması gereken süreyi beş yıl olarak belirlemektedir. Bkz. Baumol, Quasi-Permanence of Price Reductions, s. 4.

²⁸⁹ Baumol, Quasi-Permanence of Price Reductions, dn. 12.

²⁹⁰ Baumol, Quasi-Permanence of Price Reductions, s. 4.

Bu kurala yönelik getirilen eleştiriler, teşebbüslerin fiyatları dolaylı yollardan arttırmaları noktasında toplanmaktadır. *Baumol*'un teorisine göre; işletmelerin, dışlayıcı sonuç elde edildikten sonra bile maliyetlerde ve talepte münferit değişimler yaşandığını göstermek kaydıyla fiyatlarını arttırmaları mümkündür²⁹¹. Bu durumun inceleme altındaki teşebbüslere bir kaçış imkânı sağlayacağı belirtilmektedir. Keza teşebbüslerin fiyat kontrolü kuralını ürünün model ve kalitesinde yapacakları spesifikasyonlarla atlatmaları da mümkündür. Son olarak bu kuralın, gerçekten de fiyatlarında indirim yapmak isteyen teşebbüsleri, tekrar artırım yapma imkânları olmayacağını düşünebileceklerinden, rekabetçi fiyatlar uygulamak konusunda çekingen davranmaya iteceği de ifade edilmektedir²⁹².

3. Görüşlerin değerlendirilmesi

İlk olarak, *Williamson* tarafından önerilen yasaklayıcı nitelikteki kuralın, mevcut yasal düzenlemelerimiz uyarınca Türk Rekabet Hukuku bakımından uygulanabilir değildir. Zira Anayasamızın Çalışma ve Sözleşme Hürriyeti başlıklı 48. maddesine göre; herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Bu madde altında düzenlenmiş olan çalışma hakkı herkese tanınmış sosyal bir hak olup temel hak ve özgürlükler arasında yer almaktadır. Bu nedenle bu hakkın sınırlandırılabilmesi, Anayasamızın yine 14. maddesi uyarınca Anayasa'da gösterilen sebeplere bağlı ve ölçülülük ilkesi ile uyumlu olarak ancak kanunla yapılabilir. Bu nedenle, arz sınırlaması kuralı uygulanarak bir teşebbüsün üretiminin sınırlandırılmasının Türk Hukuku uyarınca mümkün olmayacağı kanaatindeyiz.

Baumol'un fiyat kontrolü kuralının da uygulanabilir olmadığı kanaatindeyiz. Çünkü teşebbüslerin bahse konu kuralın etrafından dolanmaları için birçok seçeneği bulunmaktadır. Özellikle enflasyonist ekonomi yapılarında, teşebbüslerin fiyat kontrolü kuralı karşısında bu tür kaçış yollarına başvurmaları son derece muhtemeldir. Öte yandan bu kuralın uygulanması halinde, rekabetçi fiyat indirimleri yapmayı planlayan teşebbüsler üzerinde bir çekingenlik yaratacağı da aşikardır.

²⁹¹ Baumol, Quasi-Permanence of Price Reductions, s. 5.

²⁹² OECD, Predatory Pricing, s. 23.

Yıkıcı fiyat uygulamasının, rekabetçi fiyat indirimleri ile arasındaki hassas ilişki, bu uygulamanın yaptırma tabi tutulmasını dahi son derece zorlaştırmaktadır. Keza çoğu durumda bu ikisi arasındaki ayırımın, doğru bir şekilde yapılması mümkün olmamaktadır. Hal böyle iken, bu uygulama için yıkıcı fiyat uygulaması daha gerçekleşmeden öncül (ex-ante) nitelikte bir kural geliştirilmesi, rekabetçi fiyat indirimlerinin hatalı bir şekilde engellenmesi anlamına gelebileceğinden, toplumsal refahın zarar görmesi riskini arttıracaktır. Bu sebeple, bu yönde bir kural geliştirilmesinin isabetli olmayacağı kanaatindeyiz²⁹³.

VI)YIKICI FİYAT KONUSUNDA ABD, AB VE TÜRK HUKUK SİSTEMLERİNDEKİ UYGULAMALARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

A) ABD Uygulaması

1. Erken dönem (Utah Pie kararı)

ABD’de rekabet hukuku konusundaki ilk yasal düzenleme olan Sherman Kanunu’nun 1890 senesinde yürürlüğe girmesiyle birlikte, yıkıcı fiyat iddiaları da hukuki olarak denetime tâbi tutulmaya başlanmıştır. Nitekim daha önceki bölümlerde değinmiş olduğumuz *Standard Oil* kararı, ABD’de yıkıcı fiyat konusunda verilmiş olan ilk karardır²⁹⁴. Ancak, Sherman Kanunu’nun yürürlüğe girmesiyle başlayan ve 1936 yılında yürürlüğe giren Robinson Patman Kanunu uygulamasına kadar devam eden bu dönemde, yıkıcı fiyat uygulamasına ilişkin davalara rekabet ihlalleri içerisinde ender olarak rastlandığı görülmektedir²⁹⁵.

Ancak, Robinson Patman Kanunu’nun yürürlüğe girmesi ve özellikle 1940 yılında Federal Ticaret Komisyonu’un kurulması ile birlikte yıkıcı fiyatlama konusundaki

²⁹³ Düzenlemeye tabi piyasalarda, bu piyasaların yapısı itibariyle yıkıcı fiyat konusunda öncül düzenlemelerden faydalanılması mümkün olabilecektir. Detaylı bilgi için bkz. Altunsaray/ Ünal, s. 216-219.

²⁹⁴ İlgili kararda, bölgesel fiyat indirimleri bir rekabet ihlali olarak değerlendirilmiş ancak bu tipteki ihallerin ne şekilde analiz edileceği noktasında genel bir çerçeve ortaya konmamıştır. *Standard Oil Co. of New Jersey v U.S.*, 221 U.S. 1 (1911).

²⁹⁵ Bolton/Bradley/Riordon, s. 14

iddialar çok daha fazla ciddiye alınmaya başlanmış ve yaptırımlar daha yoğun bir şekilde icra edilmiştir. Buna karşın yıkıcı fiyat konusunda bu dönemde verilmiş olan mahkeme kararları, aceleci ve iktisadi temellerinin zayıf olması sebepleriyle eleştirilmektedir. Keza bu dönemde yıkıcı fiyat iddiasıyla cezalandırılan birçok teşebbüs davranışının aslında olağan pazar koşullarında gerçekleşen bir fiyat rekabeti olduğu ifade edilmektedir²⁹⁶. Bu dönem doktrinde, popülist dönem olarak da adlandırılmaktadır²⁹⁷.

Mahkemelerin popülist dönemde verdiği hatalı kararlara örnek olması açısından *Utah Pie* davasının²⁹⁸ iyi bir emsal olduğu belirtilmektedir²⁹⁹. Bir aile işletmesi olarak dondurulmuş tatlılar sektöründe faaliyet gösteren Utah Pie firması, Salt Lake City bölgesinde üretim ve satış yapmaktadır. Aynı coğrafi bölgede üç şirket daha dondurulmuş tatlılar sektöründe faaliyet göstermekte olup, bu şirketler aynı zamanda ulusal çapta satış ve pazarlama yapmaları sebebiyle üretimlerini görece daha bir uzak lokasyonda gerçekleştirmektedirler. Utah Pie, nakliye masrafları yönünden elde ettiği avantaj sayesinde Salt Lake City dondurulmuş tatlılar pazarında % 67'lik bir pazar payı elde etmiştir. Diğer üç firma, Utah Pie'in Salt Lake City pazarındaki hakim durumuna cevap olarak fiyatlarında düşüşe gitmişlerdir. Bunun üzerine Utah Pie'in izleyen yıllardaki pazar payı sırasıyla % 34 ve % 45 şeklinde gerçekleşmiştir. Utah Pie, pazar payında yaşanan bu düşüşler üzerine ulusal çapta faaliyet gösteren rakiplerinin düşük fiyat uyguladığı iddiasıyla mahkemeye başvurmuştur. İlk derece mahkemesi yaptığı incelemeler neticesinde Utah Pie aleyhine karar vermiştir. Ancak bu kararı inceleyen Yüksek Mahkeme, satışların maliyetin altında kalması ile rakiplerin husumet güden davranışlarını³⁰⁰ ve ulusal düzeyde sahip oldukları ekonomik gücün boyutunu gerekçe göstererek, söz konusu fiyat indirimlerini yıkıcı fiyat olarak değerlendirmiştir. Yüksek Mahkeme'nin bu kararı, Utah Pie'in, rakiplerin yaptığı fiyat indirimlerinden sonra dahi

²⁹⁶ Kara, s. 21.

²⁹⁷ Bolton/Bradley/Riordon, s. 14, Giocoli, s. 167.

²⁹⁸ Utah Pie Co. v Continental Baking Co., 386 U.S. 685 (1967).

²⁹⁹ Bowman, Ward: "Restraint of Trade by the Supreme Court", 1 J. Reprints Antitrust L. & Econ. 319, 1969, s. 70-85.

³⁰⁰ Bu kapsamda Yüksek Mahkeme, rakip firma Pet Milk'in üretim kalitesindeki sorunları tespit edilebilmek amacıyla Utah Pie'in tesislerine casus göndermesini, rakibe yönelik husumet güden bir davranış olarak değerlendirmiştir.

üretimini artırarak kar etmeye devam etmiş olmasının dikkate alınmamış olması sebebiyle hatalı bir karar olarak kabul edilmektedir³⁰¹.

Gerek *Utah Pie* davasında gerekse de mahkemelerin popülist dönemde verdikleri diğer kararlar, pazardaki rekabeti korumak yerine küçük çaplı aile işletmelerini korumayı tercih etmeleri ve rekabet hukuku düzenlemelerini bu bağlamda yorumlamaları sebebiyle eleştirilmektedir³⁰². Gerçekten de Robinson Patman Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden ve *Areeda-Turner* kuralına kadar devam eden bu süreçte verilen kararlar toplu olarak analiz edildiğinde, mahkemelerin, yıkıcı fiyat iddiasıyla açılan davalarda çoğunlukla davacılar lehine karar verdiği görülmektedir³⁰³.

2. Areeda – Turner maliyet analizi dönemi

ABD rekabet hukuku yargılaması, 1975 yılında *Areeda-Turner* tarafından yazılan makalenin yayımlanması ile büyük bir değişim yaşamıştır. Söz konusu kural daha önceki bölümlerde detaylı bir şekilde açıkladığımız üzere; kısa dönem fiyat-maliyet analizini esas almakta olup, sabit maliyetleri yıkıcı fiyat değerlendirmesinin dışında bırakmaktadır. Bu kurala göre, ortalama değişken maliyetin altındaki fiyatlandırmalar karine olarak yıkıcı, üstündeki fiyatlar ise karine olarak rekabetçi olarak kabul edilmektedir.

Areeda-Turner tarafından önerilen fiyat - maliyet analizi, ABD mahkemeleri tarafından hızlı bir şekilde benimsenmiştir. Nitekim yıkıcı fiyat iddiasına istinaden yapılan yargılamalar sırasında mahkemelerin bu yöntemden faydalanmaları, davaların neticeleri üzerinde de belirgin bir etki yaratmıştır³⁰⁴. Öyle ki *Areeda-Turner* kuralının uygulanmaya başlamasından itibaren ilk yedi yıl içerisinde yıkıcı fiyat davalarında, davacıların başarı oranının % 8'e kadar düştüğü gözlemlenmiştir. Bu oran popülist dönemde % 77 olduğu

³⁰¹ Kara, s. 21.

³⁰² Giocoli, s. 168; Kara, s. 21.

³⁰³ 1890 - 1971 yılları arasında yıkıcı fiyat iddiasıyla görülen toplam 123 davanın 95'inde yıkıcı fiyat uygulandığına hükmedilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Koller, Roland H. II: "The Myth of Predatory Pricing: An Empirical Study, 4 Antitrust L. & Econ. Rev.", 1971, s. 105-123.

³⁰⁴ Bolton/Bradley/Riordon, s. 14.

göz önünde tutulacak olursa, *Areeda-Turner* kuralının yıkıcı fiyat davalarının kazanılmasını belirgin ölçüde zorlaştırmış olduğu söylenebilecektir³⁰⁵.

İzleyen yıllarda, ABD mahkemeleri *Areeda-Turner* kuralını geliştirerek uygulamaya devam etmişlerdir. Bu bağlamda, fiyat-maliyet analizine ek olarak kimi durumlarda Pazar yapısı ve teşebbüsün niyeti de incelemeye dahil edilmiştir³⁰⁶. Bu gelişme, yıkıcı fiyat davalarındaki kazanma oranını, *Brooke* kararına kadar devam eden süreçte % 17 seviyesine kadar çıkartmıştır³⁰⁷. Sonuç olarak akademisyenler *Areeda* ve *Turner* tarafından ortaya konan kuralın, yarattığı etki bakımından yıkıcı fiyat uygulamasında bir mihenk taşı olduğu söylenebilir.

3. Matsushita ve Brooke kararları

Yüksek Mahkeme, yıkıcı fiyatlandırma içtihatlarında köklü bir değişikliğe gideceğinin ilk sinyallerini *Mathuista* kararında³⁰⁸ vermiştir. Bu kararda, Amerikan televizyon üreticileri, aynı pazarda faaliyet göstermekte olan Japon televizyon üreticilerini, Japonya pazarında elde ettikleri tekellerden faydalanmak suretiyle Amerika pazarında yıkıcı fiyat uyguladıkları iddiasıyla dava etmişlerdir. Yüksek Mahkeme yaptığı değerlendirmede, Japon televizyon üreticilerinin iddia olunduğu gibi rakiplerini pazar dışına çıkartmak için bir komplo içerisinde olduklarının davacılar tarafından ispatlanamamış olması ve Japon televizyon üreticilerinin Amerika pazarında yıkıcı fiyat uygulamak için geçerli bir nedenlerinin bulunmuyor olması sebepleriyle davanın reddine karar vermiştir.

Bu kararda Yüksek Mahkeme'nin, şikayete konu Japon televizyon üreticilerinin Amerikan pazarında yıkıcı fiyat uygulamak için geçerli bir nedenlerinin bulunup bulunmadığını araştırmış olması önemli bir ayrıntıdır. Zira Yüksek Mahkeme'nin geçerli bir neden değerlendirmesi yapmasının sebebi, yıkıcı fiyatlamayı adil rekabette ekonomik

³⁰⁵ Hurwitz, James D./ Kovacic, William E.: "Judicial Analysis of Predation: The Emerging Trends", 35 Vand.L. Rev., 1982, s. 140-145.

³⁰⁶ Bolton/Bradley/Riordon, s. 17.

³⁰⁷ Bolton/Bradley/Riordon, s. 19.

³⁰⁸ *Matsushita v Zenith Ratio Cors.*, 475 U.S. 574 (1986), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/475/574/>, Erişim Tarihi: 08.04.2018.

anlamı bulunmayan bir davranış (no economic sense)³⁰⁹ olarak kabul etmesinden kaynaklanmaktadır. Yüksek Mahkemeye göre bu kapsamda ileri sürülen iddiaların daha ikna edici nitelikteki delillerle ispatlanması gerekmektedir³¹⁰. Keza, yargılama sırasında davacılar tarafından sunulan uzman raporu, Japon televizyon üreticilerinin maliyet altında satış yaptığını göstermesine rağmen, pazarda yıkıcı fiyat uygulandığının kabul edilmesi için tek başına yeterli görülmemiştir³¹¹.

Yüksek Mahkeme bu kararında, Chicago Okulu'na mensup *McGee, Bork* ve *Easterbrook*'un yıkıcı fiyatlama konusundaki görüşlerine de yer vermiştir. Bu kapsamda, doktrindeki hakim görüşün, yıkıcı fiyat uygulamasını mantık dışı ve istisnai bir uygulama olarak değerlendirme eğiliminde olduğu belirtilmiştir³¹². Ancak Yüksek Mahkeme'nin yıkıcı fiyat konusunda diğer görüşleri yok sayarak yalnızca Chicago Okulu'na mensup akademik çevrelerin görüşlerine atıf yapmış olmasının sağlıklı bir hukuki analiz olmadığı kanaatindeyiz³¹³.

Matsushita kararı, *Areeda-Turner* kuralı ile davacılar getirilen yükümlülüğü bir seviye daha ileri götürerek, yıkıcı fiyat davalarında yıkıcı fiyat uygulanması için geçerli bir nedenin bulunuyor olduğunun ispatlanmış olmasını zorunlu kılmıştır. Öğretide *Matsushita* kararının yıkıcı fiyat uygulamasını, rekabet hukukunun yaptırım alanından çıkartmış olduğu ifade edilmiştir³¹⁴.

Nitekim, takip edilen yıllarda Yüksek Mahkeme tarafından verilen *Brooke* kararı³¹⁵, bu eleştirinin haklılığını ortaya koymuştur. Yüksek Mahkemenin bu kararında yıkıcı fiyat uygulamasının tespitine yönelik olarak getirdiği ölçütler, bu uygulamanın ABD rekabet hukukundaki yargısal denetimi anlamında önemli değişikliklere yol açmıştır.

³⁰⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Werden, Gregory J.: "The No Economic Sense Test for Exclusionary Conduct", 31 J. Cors. L. , 2006,s. 297; Uzunallı s. 86-87.

³¹⁰ OECD, Predatory Pricing, dn. 46.

³¹¹ Calvani, Terry/ Lynch, James M.: "Predatory Pricing After Matsushita", 7 Antitrust Newsletter 22, 1986, s. 24.

³¹² Kara, s. 25.

³¹³ Aynı görüşte bkz. Calvani/Lynch, s. 25.

³¹⁴ Calvani, s. 22.

³¹⁵ *Brooke Group Ltd. v Brown & Williamson Tobacco Cors.* 509 U.S.209 (1993), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/509/209/case.html>, Erişim Tarihi: 07.04.2018.

Öncelikle kısaca somut olaya değinmek gerekirse, *Brooke* kararına konu olan sigara üretim pazarında, yalnızca altı adet teşebbüs faaliyet göstermekte olup, pazarda yoğunlaşma yüksek seviyededir. Yani söz konusu pazar oligopolistik bir yapıya sahiptir. Nitekim pazardaki teşebbüslerin fiyatlandırma stratejileri incelendiği zaman teşebbüslerin arasındaki oligopolistik bağımlılık da açıkça görülmektedir³¹⁶. Ancak, pazarda en düşük paya sahip olan Liggett firması, pazar payını artırabilmek amacıyla aldığı ticari bir kararla markasız sigarasını pazara sürmüş, ürünün satış fiyatını da rakip firmalara ait ürünlerin satış fiyatlarının yaklaşık % 30 altında belirlemiştir. Liggett uyguladığı bu strateji sonucunda pazar payını belirgin ölçüde artırmıştır. Liggett'in bu hamlesine karşılık, rakibi Brooke Group'un da markasız sigarasını pazara sürmesiyle taraflar arasında yoğun bir fiyat savaşı yaşanmıştır. En nihayetinde maliyetin altında satış yapmaya daha fazla dayanamayan Liggett³¹⁷, Brooke Group'u yıkıcı fiyat uygulayarak rekabeti kısıtladığı iddiasıyla dava etmiştir. Liggett yerel mahkemeden lehe sayılabilecek bir karar almış olsa da, Yüksek Mahkeme pazar koşullarının kayıpları telafi etmeye (hasat yapmaya) uygun olmaması sebebiyle Liggett'in yıkıcı fiyat iddiasını reddederek somut olayda rekabet ihlali olmadığına karar vermiştir. Yüksek Mahkeme'nin bu davada yaptığı değerlendirmeler ve uyguladığı yöntemler, takip eden yıllarda yerleşik içtihat haline geldiğinden detaylı bir şekilde analiz edilmelidir.

Yüksek Mahkeme *Brooke* kararında, bir davranışın yıkıcı fiyat olarak kabul edilebilmesi için, öncelikle incelenen teşebbüsün maliyet altında satış yaptığının belirlenmesinin gerektiğini belirtmiştir. Maliyet altında satış yapılmış olmasının, yıkıcı fiyatın bir unsuru olarak kabul edilmesi önceki yıllarda verilen kararlarla da örtüşmektedir. Ancak *Brooke* kararında da hangi maliyet ölçütünün esas alınacağı noktasında net bir ayırım yapılmamıştır.

Brooke kararında, dönüm noktası olarak nitelenebilecek gelişme ise hasat unsuru yönünden gerçekleşmiştir. Öyle ki, önceki kararlardan farklı olarak *Brooke* kararında, hasat yapma imkânı yıkıcı fiyat iddiasının kabul edilebilmesinin bir ön koşulu olarak

³¹⁶ Hovenkamp, *The Antitrust Enterprise*, s. 169-170.

³¹⁷ Fiyat savaşının yaşandığı dönem içerisinde Liggett firmasının 18 ay boyunca maliyetlerin altında satış yaptığı tespit edilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Wickelgren, Abraham L.: "The Necessary Complexity of Predatory Pricing Analysis: A Comment on Richard S. Markovit's Treatment of Predatory Pricing Economics and Interpretation and Application of U.S. and E.U. Antitrust Law", *The Antitrust Bulletin* Vol 61(1), 2016, s. 191.

kabul edilmiş ve koşulun davacı tarafından ispat edilmesinin gerektiği belirtmiştir. Bu bağlamda, teşebbüsün faaliyet gösterdiği pazar koşulları (pazarın genel yapısı, pazara giriş engelleri, teşebbüslerin nispi pazar payları vb.) incelenerek, pazarın yıkıcı fiyat uygulanan dönemde uğranılan kayıpları sonradan telafi etmeye müsait olduğu ortaya konmalıdır³¹⁸. Ancak Yüksek Mahkeme, bu noktada emare ispatı yapılmasını kabul etmeyerek, doğrudan ispat yapılması gerektiğine karar vermiştir. Oysa *Brooke* kararında esnek davranılarak emare ispatı yönteminin kullanılması kabul edilmiş olsaydı, sonuç daha farklı olabilirdi. Şöyle ki karara konu olayda, maliyet altı fiyatlama sonlandırıldıktan sonra sigara üreticileri başarılı fiyat artışları gerçekleştirerek yüksek karlar elde etmiş olduğundan, bu durum hasat koşulunun gerçekleştiğinin bir göstergesi olarak kullanılabilirdi³¹⁹. Yüksek Mahkeme ise hasat unsurunun ispatı için bu derece yüksek bir eşik getirmesine gerekçe olarak, hasat yapılmayan bir yıkıcı fiyat uygulamasının pazardaki rekabet ve tüketiciler üzerinde anti-rekabetçi herhangi bir etki yaratmayacak olmasını göstermiştir³²⁰.

Özetlemek gerekirse *Brooke* kararı ile oluşan içtihat uyarınca, yıkıcı fiyat uygulandığının kabul edilebilmesi için şu iki şartın somut olayda gerçekleşmiş olduğunun muhakkak davacı tarafından ispatlanması gerekmektedir: ilk olarak maliyet altında satış yapılmış olduğu, ikinci olarak ise pazarın hasat yapmaya müsait olduğu³²¹. Doktrinde, *Brooke* kararı ile oluşturulan bu içtihada yönelik olarak bazı eleştiriler getirilmiştir. *Leslie*, yıkıcı fiyatın anti-rekabetçi bir davranış olup olmamasının hasat yapabilme imkânı ile bir bağlantısının bulunmadığını, hasat imkânı bulunmayan yıkıcı fiyat şeklindeki bir davranışın da pek ala anti- rekabetçi bir etki yaratarak toplumsal refahı azaltabileceğini belirtmektedir³²². Bir diğer eleştiri ise hasat konusunda davacılara getirilen ispat yükünün, yıkıcı fiyat uygulamasının mahkemeler nezdinde kabul edilmesini imkânsız bir hale getirdiğine ilişkindir³²³. Nitekim *Brooke* kararından sonra yıkıcı fiyat iddiasıyla açılan

³¹⁸ Madan, Dışlayıcı Uygulamaların Tespitine Yönelik Standart Tartışmaları, s. 17.

³¹⁹ Schwartz, Mark I.: "The Brooke Decision: The Supreme Court Revisits Predatory Pricing", 99 Com. L.J. 1994, s. 283-285.

³²⁰ Leslie, Christopher R.: "Predatory Pricing and Recoupment", Columbia Law Review, vol. 113, No. 7, 2013, s. 1703.

³²¹ Kara, s.24.

³²² Leslie, Predatory Pricing and Recoupment, s. 1765.

³²³ Hovenkamp, Herbert: "Post-Chicago Antitrust: A Review and Critique", Columbia Business Law Review 2001(2), 2001, s. 312; Vaheesan, s. 82.

davaların büyük çoğunluğunun davacılar aleyhine sonuçlanmış olması, doktrindeki bu görüşü destekler niteliktedir³²⁴.

Kanımızca, *Brooke* kararı ile yıkıcı fiyatın ispatlanması için bu derece yüksek bir eşiğin belirlenmesinin altında, popülist dönemde verilen hatalı kararların ABD rekabet hukuku dünyasında yaratmış olduğu travma yatmaktadır. Nitekim *Brooke* kararında, rekabetçi fiyatların yıkıcı fiyat olarak cezalandırılması riskinin yarattığı endişeye birçok defa atıf yapılmış olması, bu duruma işaret etmektedir³²⁵. Neticede Yüksek Mahkeme getirmiş olduğu yeni kural ile her ne kadar rekabetçi fiyatların hatalı bir şekilde cezalandırılması riskini tolere etmiş olsa da bir diğer önemli riski, yani yıkıcı fiyatlandırma niteliğindeki davranışların cezasız kalmasını göz ardı etmiştir.

4. Modern dönem

Brooke kararının ABD rekabet yargısı üzerindeki etkisi günümüzde de sürmekle birlikte, regülasyona tabi kimi pazarlarda yıkıcı fiyat uygulamasının hâlâ ciddi bir tehdit olarak algılandığı görülmektedir. Bu pazarlardan biri de yüksek giriş engelleri ve yıkıcı fiyatlamaya müsait yapısı ile havayolu taşımacılığı pazarıdır.

Havayolu taşımacılığı sektöründe yıkıcı fiyatlama, esas itibariyle ilgili pazarda yerleşik durumda bulunan firmaların pazara yeni giren ve “low cost carriers”³²⁶ olarak faaliyet göstermeyi amaçlayan firmaları pazardan çıkartarak tekel konumlarını korumak için kullandıkları bir yöntem olarak görülmektedir³²⁷. Bu bağlamda, havayolu sektöründe yıkıcı fiyat uygulamasının cezalandırılmasına ilişkin ilk kararlar 1980’li yıllarda verilmiş olsa da *Brooke* kararı ile birlikte havayolu taşımacılığı sektöründe de uzunca bir süre yıkıcı fiyat davaları davacıların lehine sonuçlanmamıştır. Ancak *Brooke* kararından sonra yıkıcı fiyat uygulandığı iddiasıyla açılan ve davacı lehine sonuçlanan ilk dava da yine

³²⁴ Bolton/Brodley/ Riordon, s. 25.

³²⁵ Vaheesan, s. 82.

³²⁶ Düşük bütçeli havayolu şirketleri olarak adlandırılan bu sınıf içerisinde yer alan şirketler en az maliyetle en çok etkinliği sağlamayı amaçlarlar. Ayrıntılı bilgi için bkz. <https://www.icao.int/sustainability/Pages/Low-Cost-Carriers.aspx>, Erişim Tarihi: 30.03.2018.

³²⁷ Öztunalı, s. 108.

havayolu taşımacılığı sektöründe gerçekleşmiştir³²⁸. Bu karara konu olan somut olayda Spirit Airlines, Detroit kalkışlı iki ayrı pazarda (Detroit-Boston, Detroit-Philadelphia) “low cost carrier” olarak faaliyet göstermeye başlamıştır; rakibi Northwest Airlines ise her iki pazarda da uzun süredir yerleşik olup hakim durumdadır. Spirit Airlines’ın, Northwest Airlines’ın pazardaki tekeli korumak için yolcu ücretlerinde yıkıcı fiyat uyguladığı iddiasıyla rakibine karşı dava açmıştır. İlk derece mahkemesi ilgili hizmet pazarını tüm uçuş sınıfları olarak belirlemiş ve maliyetlerin altında satış yapılmadığından bahisle davalı Northwest’in lehine karar vermiştir. Kararı inceleyen Yüksek Mahkeme ise ilgili hizmet pazarını daha dar yorumlayarak düşük ücretli uçuşlar sınıfı olarak belirlemiştir. Bu değerlendirme neticesinde satış fiyatları maliyetlerin altında kalmıştır. Yüksek Mahkeme, *Brooke* kararında benimsenen içtihata uygun olarak, hasat yönünden de bir inceleme yapmış ve pazarın yapısının hasat yapmaya elverişli olduğuna karar vermiştir³²⁹. Neticede Yüksek Mahkeme ilk derece mahkemesi kararını bozarak Northwest’in somut olayda yıkıcı fiyat uyguladığına karar vermiştir. Bu karar her ne kadar *Brooke* kararı ile getirilen içtihatı takip ederek verilmiş bir karar olsa da yıkıcı fiyat iddialarının hala anti-rekabetçi bir davranış olarak değerlendirilebileceğini göstermiş olması bakımından önem taşımaktadır.

Amerikan Ulaştırma Bakanlığı’nın havayolu taşımacılığı sektörüne ilişkin olarak yayınladığı tebliğde ise, pazarın yapısının şöhret etkisine ve hasata müsait bir yapıda olduğu belirtilmiş, yıkıcı fiyat uygulamasının önlenmesi için pazara yeni girişin olduğu durumlarda, yerleşik teşebbüslerin kapasite artışına gitmemeleri gerektiği değerlendirilmiştir³³⁰. Bu düzenleme, modern görüş tarafından ortaya konan şöhret etkisi ve kapasite sınırlaması gibi kavramlara yer vermiş olması bakımından önem arz etmektedir.

Öte yandan ABD eyalet uygulama ve düzenlemelerinde de yıkıcı fiyatın hala ciddi bir rekabet ihlali olarak değerlendirildiği görülmektedir. Öyle ki birçok eyaletin bu konudaki rekabet hukuku düzenlemeleri, federal uygulamanın şüpheli yaklaşımının aksine yıkıcı

³²⁸ Spirit Airlines, Inc., Plaintiff-appellant, v Northwest Airlines, Inc., Defendant-appellee, 429 F.3d 190 (6th Cir. 2005), <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F3/429/190/494747/>, Erişim Tarihi: 08.04.2018.

³²⁹ Wessling, Erica: “Spirit Airlines, Inc v Northwest Airlines, Inc.: A Case For Increased Regulation Of The Airline Industry”, 6 Wm. & Mary Bus. L. Rev. 711 (2015), s. 731 vd.

³³⁰ Kara, s. 26.

fiyatlamaya karşı daha agresif bir tutum içerisinde. Bu durumun sebebi olarak, eyalet ekonomileri içerisinde küçük ölçekli aile işletmelerin önemli bir yer tutması gösterilmektedir³³¹.

5. Ara sonuç

ABD rekabet hukuku politikası, erken dönemlerinde yıkıcı fiyat uygulamasına ilişkin olarak aşırı korumacı bir tavır sergilerken; *Areeda-Turner* testi ile bu yaklaşımını dengelemiş, *Brooke* kararı ile başlayan dönemde ise yıkıcı fiyat uygulamasını rekabet hukukunun ihmal edilebilir bir alanı olarak değerlendirmiştir. Öncelikle popülist dönemdeki aşırı korumacı yaklaşımın pazardaki rekabeti olumsuz olarak etkilediği noktasında şüphe bulunmamaktadır. Ancak, *Brooke* kararı ile getirilen yaklaşımın kabulü halinde de piyasalar tekelleşme tehlikesi ile karşı karşıya bırakılmış olacaktır. Hele ki son dönemde yapılan çalışmalarda³³², yıkıcı fiyatlamanın şöhret etkisi, bilgi manipülasyonu ve benzeri sebeplerle teşebbüsler için akılcı bir davranış olabileceğinin kanıtlanmış olması, bu tehlikeyi daha net bir şekilde ortaya koymaktadır.

Sonuç olarak ABD rekabet hukuku yargılamasında, yıkıcı fiyat konusundaki en makul uygulamanın *Areeda-Turner* testinin benimsendiği dönemde yakalanmış olduğu kanaatindeyiz. Zira *Areeda-Turner* testi zaman içerisinde geliştirilmiş, testin bizatihi yaklaşımından kaynaklanan eksiklikler de niyet ve pazarın yapısı gibi unsurların değerlendirmeye dahil edilmesiyle birlikte giderilmiştir. Bu bağlamda, mahkeme kararlarında yerinde bir denge yakalanmışken, *Brooke* kararı ile yıkıcı fiyat uygulamasını ihmal eden bir yaklaşımın benimsenmesinin isabetli olmadığı kanaatindeyiz. Bu sebeple, ABD rekabet hukuku yargılamasının güncel gelişmeleri de dikkate almak suretiyle *Areeda Turner* testinin türevi niteliğinde bir içtihat geliştirmesi yıkıcı fiyat konusundaki risklerin bertaraf edilmesini sağlayacaktır. Nitekim, ABD rekabet hukuku yargısının doktrinindeki görüşlere önem gösterdiği ve kararlarında bu alanda yapılan çalışmalara atıf

³³¹ Gultinan, Joseph S./Gundlach, Gregory T.: “Aggressive and Predatory Pricing: A Framework for Analysis”, *Journal of Marketing*, vol. 60, No. 3, American Marketing Association, 1996, s. 87-102.

³³² Detaylı bilgi için bkz. İKİNCİ BÖLÜM/IV/C Modern Görüş.

yaptığı dikkate alınacak olursa, yakın dönemde, modern teoriye ilişkin çalışmalar çerçevesinde yeni bir içtihadın geliştirilebileceği düşünülebilir³³³.

B) AB Uygulaması

1. Kararlar

(a) Akzo kararı

AB rekabet hukukunda yıkıcı fiyat uygulamasının tespitine yönelik uygulama ve mevzuatın gelişmesinde *Akzo* kararının³³⁴ önemli bir etkisi olmuştur. Öyle ki bu kararın yıkıcı fiyat konusunda belirlemiş olduğu ölçütler, zaman içerisinde AB uygulamasında yerleşik içtihat haline gelmiştir.

Karara konu olan olay Engineering and Chemical Supplies Ltd. (ECS) ve Akzo arasındaki uyuşmazlığa ilişkindir. ECS, İngiltere’de faaliyet göstermekte olan küçük bir İngiliz teşebbüsüdür. Şirket, kimyasal bir madde olan ve aynı zamanda un katkı maddesi olarak kullanılan benzol peroksit üretimi gerçekleştirmekte olup; şirketin asıl olarak faaliyet gösterdiği pazar un katkı maddeleri pazarıdır. ECS’nin faaliyet gösterdiği coğrafi pazar ise İngiltere ve İrlanda ile sınırlıdır. Şirket aldığı bir ticari kararla, plastik endüstrisinde kullanılan organik peroksit pazarına girerek işlerini genişletmeye karar vermiştir. Bu kararın arkasında Almanya’da kimyacılık alanında üretim yapan fabrikalara ihracat yapma hedefi yatmaktadır.

Akzo, ise uluslararası ölçekte bir şirketler grubuna mensup olup tüm AB bünyesinde faaliyet göstermektedir. Hem un katkı maddesi pazarında hem de plastik pazarında en güçlü teşebbüs olduğu değerlendirilmekle beraber, Akzo için un katkı maddesi pazarından elde ettiği gelirler, plastik pazarından elde ettiği gelirlerin yanında ihmal edilebilecek bir düzeydedir. Akzo, ECS plastik pazarına girdikten bir süre sonra, tekelci gücünü kaybetmemek adına ECS’yi pazardan çıkması için uyarılmış, ECS’nin pazardan çıkmaması üzerine de, ECS’nin ana gelir kaynağını oluşturan İngiltere un katkı maddeleri

³³³ Benzer bir görüş için bkz. Kara, s. 27; Guiltinan/Gundlach, s. 99.

³³⁴ Case 62/86, *Akzo v EC Commission* (1991), ECR 359.

pazarında benzol peroksiti ECS'nin rakiplerine olağandışı düşük fiyatlardan satmaya başlamıştır.

Bunun üzerine ECS Komisyon'a başvurarak Akzo hakkında şikâyetle bulunmuştur. Komisyon yıkıcı fiyatın tespiti konusunda fiyat-maliyet analizine dayalı *Areeda-Turner* testi yerine, dışlayıcı niyetin araştırılmasına dayanan bir yaklaşım çerçevesinde değerlendirme yapmıştır. Dışlayıcı niyeti esas alan bu yaklaşım çerçevesinde somut olay değerlendirildiğinde; un katkı maddeleri pazarında maliyetin altında satışların gerçekleşmiş olması, satışların yalnızca ECS'nin müşterilerini hedef alması ve Akzo'nun tesislerinde ECS'yi plastik pazarından atmayı amaçlayan plan ve yazışmalara rastlanılmış olması Akzo'nun dışlayıcı niyetinin göstergesi olarak kabul edilmiştir. Komisyon yaptığı bu değerlendirmeler neticesinde Akzo'nun yıkıcı fiyat uyguladığına karar vermiştir.

Akzo'nun başvurusu üzerine ABAD yaptığı incelemede, yıkıcı fiyatın tespiti noktasında Komisyon tarafından uygulanan ve ağırlıklı olarak incelenen teşebbüsü niyetini esas alan yaklaşımı reddetmiştir. ABAD, bu yaklaşım yerine *Areeda-Turner* testinin geliştirilmiş bir türevini uygulamayı tercih etmiştir. ABAD'a göre hakim durumdaki bir teşebbüsün ortalama değişken maliyetin altında bir fiyatla satış yapması doğrudan yıkıcı fiyat olarak kabul edilmelidir. Bu seviyede fiyat uygulandığının tespit edilmesi halinde, ayrıca rakipleri dışlayıcı niyetin varlığının aranmasına gerek bulunmamaktadır. Teşebbüsün uyguladığı fiyatların ortalama değişken maliyet ile ortalama toplam maliyet arasında olması durumunda ise, ancak dışlayıcı niyetin varlığı halinde bu seviyedeki fiyatlamalar yıkıcı olarak kabul edilebilecektir. Ortalama toplam maliyetin üstündeki fiyatlar ise aksi ispatlanamıyor ise bizatihi olarak hukuka uygun kabul edilmelidir³³⁵. ABAD'ın *Akzo* kararında, eşit etkinlikteki firma yönünden de bir inceleme gerçekleştirilmiştir. Bu bağlamda, ortalama toplam maliyetin altındaki fiyatların eşit etkinlikte ancak daha sınırlı finansal kaynaklara sahip olan teşebbüslerin pazarın dışına çıkmalarına sebep olacağı

³³⁵ Maliyet üstü fiyatlama ile yıkıcı fiyat uygulanması konusunda detaylı bilgi için bkz. Ağvaz, Beyza: Hakim Durum Kötüye Kullanılmasında Maliyet Üstü Fiyatlama, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No:146, Ankara 2017, s.36 vd.

belirtilmiştir³³⁶. ABAD'ın bu kararında hasat, yıkıcı fiyatın gerçekleşmesi için bir gereklilik olarak kabul edilmemiş ve bu yönde bir inceleme yapılmamıştır³³⁷.

Neticede ABAD, Akzo'nun çoğunlukla ortalama değişken maliyetin kimi zaman da ortalama toplam maliyetin altında satış yapmış olmasını ve dışlayıcı niyetini göz önünde tutarak yıkıcı fiyat uyguladığına hükmetmiş ve farklı bir yöntem kullanmış olsa da, Komisyon ile aynı sonuca ulaşmıştır. ABAD'ın bu kararda hem fiyat-maliyet analizini hem de hakim durumdaki firmanın dışlayıcı niyetini hesaba katan bir yaklaşım benimseyerek yıkıcı fiyat incelemesini belirli bir standarda oturtmuş olduğu görülmektedir³³⁸.

(b) Tetra – Pak kararı

AB rekabet hukukunda yıkıcı fiyat uygulamasının değerlendirildiği bir diğer karar Komisyon'un *Tetra Pak* kararıdır³³⁹. İsviçre'de mukim İsveç kökenli Tetra Pak isimli grup, sıvı gıdaların muhafazasının sağlandığı karton kapların üretimini gerçekleştirmekte olup, bu alanda dünya genelinde lider firmalar arasındadır. Tetra pak tarafından üretilen karton kaplar, aseptik ve aseptik olmayan şekilde³⁴⁰ iki ayrı ürün pazarında yer almaktadır. Tetra Pak, AB genelinde aseptik karton kaplar pazarında % 90, aseptik olmayan karton kaplar pazarında ise % 50-55 arasında bir pazar payına sahiptir. Tetra Pak'ın rakiplerinden olan Elopak firması, Tetra Pak'ın İtalya'daki fiyat uygulamalarını komisyon nezdinde şikâyet etmiştir. Komisyon yaptığı araştırmalar neticesinde; Tetra Pak'ın aseptik karton kaplar pazarında % 90 pazar payı ile net bir şekilde hakim durumda olduğunu tespit etmiş, aseptik olmayan pazarlarda ise hakim değerlendirmesi yapmak yerine çapraz sübvansiyon teorisinden faydalanmıştır. Buna göre; bir piyasada hakim durumda olan bir işletme, hakim durumda olmadığı bir başka piyasada da, bu piyasaların

³³⁶ Nitekim bu tespit sonraki yıllarda Komisyon'un dışlayıcı davranışlar kılavuzunda dahi kendisine yer bulmuştur. Bkz. Guidance on Exclusionary Conduct, par. 26-27.

³³⁷ *Akzo* kararında hasat unsuru yönünden bir inceleme gerçekleştirilmemesi doktrinde bazı çevrelerce eleştiri konusu yapılmıştır. Bkz. Hannigan, Simon: "Predatory Pricing after *Akzo-Chemie*", 4 Trinity College Law Review 36, 2001, s. 47-48.

³³⁸ Kara, s. 34.

³³⁹ Case C-333/94, *Tetra Pak II* (1992), OJ L72/1.

³⁴⁰ Aseptik kaplar çoğunlukla taze sütlerin paketlenmesinde kullanılırken, aseptik olmayan kaplar yüksek sıcaklıklarda aseptik koşullarda işlem görerek buzdolabına gerek olmaksızın uzun süre muhafaza edilebilen sütlerin paketlenmesinde kullanılmaktadır. Bkz. <https://www.tetrapak.com/tr/packaging/aseptic-solutions>, Erişim Tarihi: 08.04.2018.

bağlantılı olması nedeniyle pazar gücünü kötüye kullanabilecektir³⁴¹. Komisyon bu kapsamda aseptik pazarlar ile aseptik olmayan pazarların bağlantılı pazarlar olduğunu kabul ederek, Tetra Pak'ın aseptik karton kaplar pazarındaki hakim durumunu aseptik olmayan karton kaplar pazarında da kötüye kullanabileceğini değerlendirmiştir.

Soruşturma sırasında elde edilen bilgilerden Tetra Pak'ın İtalya ve İngiltere'de aseptik olmayan kartonlar pazarında maliyetinin çok altında zararına satışlar gerçekleştirdiği, bu zararlarını da aseptik karton kaplar pazarında elde ettiği karlar ile sübvansede ettiği tespit edilmiştir. Komisyon Tetra Pak'ın İtalya karton kaplar pazarındaki en önemli rakibi olan Elopak'ın, Tetra Pak'ın bu fiyat stratejisi yüzünden piyasadan çıkma tehlikesiyle karşı karşıya kaldığını tespit etmiş ve Tetra Pak'ı hakim durumunu yıkıcı fiyat uygulayarak kötüye kullandığı gerekçesiyle cezalandırmıştır.

Tetra Pak bu karara karşı, yıkıcı niyet ve hasat koşullarının ispatlanamadığından bahisle ABAD nezdinde itirazda bulunmuştur. ABAD önce niyet itirazı yönünden bir inceleme yapmıştır. Yapılan incelemede Tetra Pak tarafından uygulanan fiyatın, Akzo kararı ile benimsenen fiyat-maliyet analizi çerçevesinde, niyetin ayrıca ispatına gerek bulunmaksızın yıkıcı fiyatın tespit edilmesine olanak sağlayan sınırlar içerisinde kaldığı tespit edilmiştir. ABAD'ın hasat konusunda yapılan itiraz karşısında ise ABD içtihadının Brooke kararı ile benimsediğinin aksine hasat yapılmış olmasını veya yapma imkânının bulunuyor olmasını, yıkıcı fiyatlamanın bir koşulu olarak kabul etmediğini ifade etmiştir. ABAD'a göre rakiplerin berteraf edilmesi riskinin bulunduğu her durumda yıkıcı fiyatlama şeklindeki uygulamalar cezalandırılmalıdır. Tüm bu sebeplerle ABAD, Tetra Pak'ın itirazlarını reddederek Komisyon tarafından verilen cezayı onamıştır³⁴².

Tetra Pak kararına getirilen eleştiriler, hakim durumun kötüye kullanılmasına ilişkin yaptırımların uygulama alanının bu kararla birlikte esnetilmiş olduğu noktasında toplanmaktadır³⁴³. Buna göre, *Tetra Pak* kararı ile birlikte ABADA'nın 102. maddesinin hakim durumda olmayan teşebbüslere uygulanmasının önü açılmıştır. Ancak, ABAD ilgili kararında bu eleştirilerin gelebileceğini de öngörmüş ve bir pazarda hakim durumda

³⁴¹ Kara, s. 35.

³⁴² Case C-333/94 P, Tetra Pak International SA v Commission (Tetra Pak II) (1996), ECR I-5951.

³⁴³ Kareff, Scott M.: "Tetra Pak International Sa v Commission (Tetra Pak II): The European Approach to Monopoly Leveraging", 28 Law & Policy In International Business, 1997, s. 574.

olan bir teŖebbüsün hakim durumda olmadığı başka bir pazardaki davranışı sebebiyle ABİDA'nın 102. maddesinin (AETA'nın 82. maddesi) kapsamında cezalandırılmasının istisnai bir durum olduğunun altını çizmiştir.

AB rekabet hukuku yargılaması, *Tetra Pak* kararında benimsemiş olduğu yaklaşım ile birlikte hakkaniyetin sağlanması ve küçük işletmelerin korunması konusundaki hassasiyetini bir kez daha ortaya koymuştur³⁴⁴. ABAD'ın bu konuda göstermiş olduğu hassasiyet tarafımızca da isabetli bulunmaktadır. Küçük ve orta boyutlu işletmelerin, ekonomik olarak düşük etkinlikteki teŖebbüsler olarak değerlendirilmemesi gerekmektedir. Zira gerçekleştirdikleri üretim bakımından sınırlı bir etkiye sahip olsalar da bu teŖebbüslerin bir bütün olarak ele alındıklarında, pazardaki daha büyük ölçekli rakipleri üzerinde önemli bir rekabetçi baskı oluşturdukları görülecektir. İşte bu nedenle, küçük ve orta boyutlu işletmelerin, hakim durumdaki teŖebbüsler tarafından adil olmayan bir şekilde pazarın dışına itilmelerine göz yumulması pazardaki rekabetin önemli oranda azalmasına yol açacak; bu durum en nihayetinde toplumsal refahın azalmasına yol açacaktır.

(c) **Wanadoo kararı**

Wanadoo Interactive SA (WIN), Fransa'da telekomünikasyon sektöründe yerleşik bir teŖebbüs olan France Telecom grubu bünyesinde, internet erişim hizmetleri alanında faaliyet göstermektedir. Komisyon 1999 yılında aldığı bir kararla, internet erişim hizmetleri sektörünü AB genelinde sektörel araştırmaya tabi tutmaya karar vermiştir. Bu araştırma kapsamında, yüksek hızlı internet hizmeti pazarında WIN tarafından kullanıcılara uygulanan fiyat tarifeleri de incelemeye alınmış ve WIN tarafından uygulanan fiyatların, maliyetleri karşılayacak düzeyde olmadığı tespit edilmiştir. Bunun üzerinde Komisyon tarafından ABİDA'nın 102. maddesinin ihlal edildiği iddiasıyla WIN hakkında soruşturma başlatılmıştır. Yapılan soruşturma sonucunda Komisyon, WIN tarafından uygulanan fiyat stratejisinin yüksek hızlı internet pazarını ele geçirmek

³⁴⁴ Bu konuda yapılmış detaylı analizler için bkz. Gürkaynak, Gönenç: Türk Rekabet Hukuku Uygulaması İçin "Hukuk ve İktisat" Perspektifinden "Amaç" Tartışması, Rekabet Kurumu, Yayın No: 0134, Ankara 2003, s. 36 -43; Aslan, Rekabet Hukuku, s. 12-13.

amacıyla yapıldığına kanaat getirmiş ve WIN'i yıkıcı fiyat uygulaması sebebiyle cezalandırmıştır³⁴⁵.

Bu kararda olağandışı fiyatın tespiti noktasında ortalama değişken maliyetten yararlanılmıştır. Ancak Komisyon, pazarın genç yapısını göz önünde tutarak, maliyet değerlendirilmesinin dinamik hale getirilmesi gerektiğini belirtmiş ve müşteri elde etmek için bir defaya mahsus olarak yapılan masrafları, maliyet hesaplamasına dahil etmemiştir³⁴⁶.

Bu karar özelinde, Komisyon'un yeni oluşan pazarlara müdahale etmesinin doğru bir yaklaşım olup olmadığı sorusu da gündeme gelmiştir. Komisyonun bu bağlamda yaptığı değerlendirmelerde, ABİDA'nın 102. maddesinin yeni oluşan pazarlara müdahale edilmesinin önüne geçen istisnai bir düzenlemesinin bulunmadığı belirtilmiştir. Hatta Komisyon, telekomünikasyon pazarı gibi sonradan liberalleştirilen pazarların, yerleşik teşebbüslerin saldırgan davranışları sebebiyle tekelleşmeye müsait bir yapılarının bulunduğunu belirtmiş ve bu pazarların denetlenmesinin özellikle önem taşıdığını ifade etmiştir³⁴⁷.

WIN verilen bu karara itiraz ederek ABAD'a başvuruda bulunmuştur. Yapılan başvuruda karara konu olan fiyatlama stratejisinin, rekabeti karşılamak amacıyla uygulandığı yönünde bir savunma yapılmıştır. Bu kapsamda, maliyetlerin altında satış yapılmasının sebebi olarak, fiyatların rakip teşebbüslerin fiyatları ile aynı seviyeye getirilmeye çalışılması göstermiştir. Ancak ABAD, hakim durumun kötüye kullanılması niteliğindeki bir davranışın meşrulaştırılması için mutlak bir biçimde rekabetin karşılanması savunmasına dayanılamayacağını belirterek WIN'in bu yöndeki itirazlarını reddetmiştir. WIN'in komisyon kararına bir diğer itirazı ise, hasat konusunda olmuştur. Nitekim WIN, hasat yapma imkânı bulunduğunun komisyon tarafından ispatlanamadığı görüşündedir. ABAD bu konuda önceki kararlardaki standardını koruyarak, yıkıcı fiyat yapıldığının tespit edilmesi için hasat unsurunun bir gereklilik olmadığını belirtmiş ve WIN'in bu yöndeki itirazlarını da reddetmiştir. Ancak kararda, hasatın incelenen davranışın kötüye

³⁴⁵ Case COMP/38.233, Wanadoo Interactive (2003), OJ 2003 L 1.

³⁴⁶ Uzunallı, s. 75.

³⁴⁷ Gurpegui Ballesteros, Iratxe/ Szarka, Agnes: "Predatory Pricing In The Telecoms Sector: The ECJ Rules On The Issue Of Recouping Losses", Competition Policy Newsletter, Number 2, 2009, s. 35-37.

kullanma niteliğinde olup olmadığının tespiti noktasında kullanılabilceği ayrıca belirtilmiş olup bu değerlendirme, hasat unsurunun AB uygulamasındaki yerinin belirlenmesi açısından önem arz etmektedir. Sonuç olarak ABAD, yaptığı bu değerlendirmelere istinaden Komisyon'un *Wanadoo* kararını onamıştır³⁴⁸.

Rekabeti karşılama savunmasına ilişkin olarak *Wanadoo* kararında yapılan değerlendirmelerin, AB'nin yıkıcı fiyat içtihadı bakımından önemli bir gelişme olduğu kanaatindeyiz. Öyle ki, yapılan değerlendirme ile yıkıcı fiyat-rekabetçi fiyat ayrımı bir kez daha doğru bir şekilde ortaya konmuş ve rekabetçi fiyat kavramının yıkıcı fiyatın meşrulaştırılması için kullanılmasının önüne geçilmiştir.

2. Avrupa Birliği Dışlayıcı Davranışlar Kılavuzu'nun yaklaşımı

Komisyon, kötüye kullanma hallerinden dışlayıcı nitelikte olanları, tüketiciler üzerindeki menfi etkileri bakımından en riskli kötüye kullanma halleri olarak değerlendirmektedir³⁴⁹. Nitekim Komisyon tarafından, hakim durumun kötüye kullanılmasını düzenleyen ABİDA'nın 102. maddesinin, bu davranış biçimleri yönünden uygulanmasına özel bir önem gösterilmektedir. Bu kapsamda, uygulamada açıklığın ve tahmin edilebilirliğin sağlanması amacıyla bir Kılavuz yayınlanmıştır. Kılavuzda yer alan düzenlemeler esas itibariyle yol gösterici bir niteliğe sahip olup, bu düzenlemelerin hukuki anlamda bir bağlayıcılıkları bulunmamaktadır.

Kılavuzda yıkıcı fiyat konusunda da birtakım değerlendirmeler yer almaktadır. Buna göre; hakim durumdaki teşebbüslerin mevcut veya potansiyel rakiplerine engel olmak veya pazar paylarını arttırmak maksadıyla kısa vadede kasıtlı olarak zarar etmek etmeleri (kârdan feda) halinde, Komisyon tarafından söz konusu pazara müdahalede bulunulacağı belirtilmektedir³⁵⁰. Bu müdahalenin sebebi olarak, bu şekilde tezahür eden bir teşebbüs davranışının en nihayetinde tüketicilerin zararına yol açacak olması gösterilmiştir.

³⁴⁸ Case C-202/07 P, France Télécom SA v Commission, ECJ (2009).

³⁴⁹ Guidance on Exclusionary Conduct, par. 5.

³⁵⁰ Kılavuzda, yıkıcı fiyat şeklindeki bir davranışın hakim durumda bulunulan pazarın yanı sıra, henüz hakim durumda bulunulmayan ikincil pazarlarda da vuku bulabileceği açıklanmıştır. Bu şekilde bir uygulamada, teşebbüsün hakim durumda bulunduğu pazardan elde ettiği karları, henüz hakim durumda

Kılavuzun yıkıcı fiyat uygulamasının tespitinde, uygulanmasını önerdiği yöntemlerden ilki, hakim durumdaki teşebbüs tarafından fedakârlık yapıp yapılmadığını araştırılmasıdır. Bu bağlamda, bir teşebbüsün, düşük fiyat uygulamak ya da üretim miktarını arttırmak suretiyle belirli bir süre boyunca zarar etmeye katlandığının tespit edilmesi halinde, bu teşebbüsün fedakarlık yaptığı kabul edilecektir³⁵¹. Kılavuz, AB rekabet hukukundaki emsal kararları takip ederek düşük fiyatın tespiti noktasında ortalama kaçınılabilir maliyetten faydalanmayı tercih etmiştir. Nitekim Kılavuz'a göre, bir teşebbüs ortalama kaçınılabilir maliyetin altında bir fiyat politikası uyguluyorsa, o teşebbüs aslında kaçınması mümkün olan bir zarara katlanıyordur.

Ancak salt olarak ortalama kaçınılabilir maliyetin altında bir fiyat uygulanmış olması, her durumda fedakarlığın mevcut olduğunun kabul edilmesi için yeterli olmayabilir. Öyle ki Komisyon'un kimi hallerde teşebbüsün uğradığı zararlardan alternatif bir strateji uygulayarak kaçınmamasının mümkün olup olmadığını araştırması gerekebilir. Burada araştırılacak alternatif strateji, farazi veya teorik bir strateji olmayıp mevcut pazar koşulları içerisinde teşebbüs tarafından uygulanması makul ve akılcı olarak kabul edilebilecek bir stratejidir³⁵².

Kılavuzun önerdiği bir diğer yöntem ise, incelenen teşebbüs tarafından uygulanan fiyatlandırma stratejisinin, eşit etkinlikteki rakibin rekabet etmesini önleme kabiliyetine sahip olup olmadığının analiz edilmesidir. Bu bağlamda yapılacak bir analizde, incelenen teşebbüs tarafından uygulanan fiyatların, eşit etkinlikteki rakiplerin pazarda rekabet etmelerini engelleyip engellemedikleri incelenecek ve diğer delillerin de değerlendirilmesiyle yıkıcı fiyat konusunda bir sonuca varılacaktır³⁵³. Kılavuz uzun dönem ortalama artan maliyetin altındaki fiyatların, çoğunlukla eşit etkinlikteki rakiplerin pazarda rekabet etmelerini engelleyici etkisinin bulunduğunu kabul etmektedir³⁵⁴. Ayrıca Kılavuz'da yerinde bir karar ile modern teori ışığında gelişen hususlara da yer verilmiştir.

bulunmadığı pazarlardaki etkin rekabeti bozmak için kullanması söz konusudur. Bkz. Guidance on Exclusionary Conduct, s. 45/16, dn. 2.

³⁵¹ Guidance on Exclusionary Conduct, par. 64.

³⁵² Guidance on Exclusionary Conduct, par. 65.

³⁵³ Guidance on Exclusionary Conduct, par. 25-27.

³⁵⁴ Guidance on Exclusionary Conduct, par. 67.

Bu bağlamda, inceleme altındaki teşebbüs davranışının, bilgi manipülasyonu ve şöhret etkisi gibi yönlerden de incelenmesinin gerekli olduğu ifade edilmiştir³⁵⁵.

Kılavuzun yıkıcı fiyat konusundaki bir diğer önemli tespiti, rekabet karşıtı davranışın gerçekleştiğinin kabul edilmesi için rakibin pazarı terk etmiş olduğunun ya da fiyatların yükseltilerek hasat yapılmış olduğunun gösterilmesine gerek bulunmamasıdır. Bu bağlamda, bir teşebbüs için rakibi disipline etmenin onu pazardan elemine etmekten daha akıllıca bir strateji olabileceği ifade edilmiştir³⁵⁶. Nitekim bir teşebbüsün, hasat yapmak amacıyla rakibini pazarın dışına itmesi halinde karşılaşması muhtemel birtakım riskler bulunmaktadır. Örnek vermek gerekirse; teşebbüsün rakibi pazarı terk ettikten sonra ona ait olan tesislerin düşük fiyattan pazara girmeyi amaçlayan firmalarca satın alınması halinde, yeni giriş yapan firmalar fiyatları düşük tutmak isteyeceklerinden, yıkıcı fiyat uygulayan teşebbüs fiyatları rekabet üstü bir seviyeye çekemeyecektir.

Ayrıca kılavuza göre yıkıcı fiyatın, rakibin yalnızca belirli müşterilerini hedef alan seçici fiyatlama³⁵⁷ şeklinde uygulanması halinde, uygulamanın başarı şansı daha yüksek olacaktır. Zira seçici fiyatlamada maliyetin altındaki fiyatlar, pazarın tamamında değil yalnızca belirli müşteriler nezdinde uygulandığından teşebbüsün, kısa dönemde katlanması gerekli olan zararların sınırlanmış olacağı öngörülmektedir³⁵⁸.

Kılavuzda son olarak, yıkıcı fiyat uygulayan teşebbüsler tarafından ileri sürülmesi muhtemel objektif gereklilik ve ekonomik etkinlik savunmalarını değerlendirilmiştir. Bu savunmaları ileri süren bir teşebbüs, yıkıcı fiyat uygulamakta haklı gerekçesinin bulunması sebebiyle yaptırıma tabi tutulmamasını talep edecektir. Objektif gereklilik savunması bakımından öncelikle bahse konu yıkıcı fiyat uygulamasının, dış faktörler gereği uygulanması kaçınılmaz bir davranış olup olmadığı değerlendirilecektir. Bu kapsamda, yıkıcı fiyat uygulamasının toplum sağlığını veya güvenliğini ilgilendiren bir sebeple gerçekleştirilmiş olmasının ispatlanması durumunda yaptırımın uygulanmaması

³⁵⁵ Guidance on Exclusionary Conduct, par. 68.

³⁵⁶ Guidance on Exclusionary Conduct, par. 69.

³⁵⁷ “Seçici fiyatlama, hâkim durumdaki teşebbüslerin, rakiplerinin faaliyetlerini zorlaştırma amacı çerçevesinde maliyetlerden bağımsız olarak müşteriler ya da ürünler arasında seçici düşük fiyatlandırma yapmasıdır.” Bkz. Rekabet Terimleri Sözlüğü, s. 168.

³⁵⁸ Guidance on Exclusionary Conduct, par. 72.

söz konusu olabilecektir³⁵⁹. Ancak, her hâlükârda yıkıcı fiyat şeklinde gerçekleşen davranışın olumsuz etkilerinin, bu davranışın yöneldiği amaçla ölçülü ve orantılı olması gerekmektedir. Ekonomik etkinlik savunmasının Komisyon tarafından haklı bulunabilmesi için ise, bahse konu ekonomik etkinliğin yıkıcı fiyat sonucu ortaya çıktığı, bu düzeydeki bir ekonomik etkinliğin yakalanabilmesi için başka bir alternatifinin bulunmadığı, yıkıcı fiyat uygulaması sonucunda pazardaki etkin rekabetin tamamıyla ortadan kaldırılmadığı ve davranış ile sonucun ölçülü olduğu ortaya konulmalıdır³⁶⁰. Komisyon, bu şartların gerçekleşmesi halinde ABİDA'nın 102. maddesi anlamında bir yaptırım uygulanmasına gerek olmadığı kanaatindedir³⁶¹.

3. Ara sonuç

Yıkıcı fiyat uygulaması konusundaki uygulama ve düzenlemelerin AB rekabet hukukunda Komisyon ve ABAD kararları çerçevesinde evrildiği görülmektedir. Bu bağlamda, olağandışı düşük fiyatın tespitine yönelik olarak *Akzo* kararı ile getirilen yöntemin önemli bir mihenk taşı olduğu söylenebilir. Söz konusu yöntemin, bir dönem ABD rekabet hukukunda son derece etkili olan *Areeda-Turner* testinden esinlenilerek geliştirildiği görülmektedir. Ancak *Akzo* kararı ile getirilen yöntem yıkıcı niyet incelemesini de değerlendirmeye dahil ederek *Areeda-Turner* testinin mekanik yapısından kaynaklanan hakkaniyete aykırı durumları bertaraf etmiştir. Bu bağlamda, Komisyon'un genelde kullanmayı tercih ettiği maliyet kalemlerinin ortalama değişken maliyet ve ortalama kaçınılabilir maliyet olduğu görülmekle birlikte, özellikle sabit maliyetlerin çok yüksek olduğu şebeke ve altyapı hizmetleri gibi pazarlarda uzun dönem ortalama artan maliyetten faydalandığı da görülmektedir.

AB rekabet hukukunun hasat konusunda da istikrar kazanmış bir yaklaşımı bulunduğu görülmektedir. Öyle ki AB rekabet hukuku, ABD uygulamasının aksine hasat yapılmış olmasını ya da hasat yapma imkânının bulunmasını yıkıcı fiyatın bir koşulu olarak kabul etmemektedir. İncelen teşebbüsün hasat yapma imkânının bulunduğu ispat edilmesi, yıkıcı niyetinin var olduğunun ortaya konulması bakımından önem taşımaktadır. AB

³⁵⁹ Guidance on Exclusionary Conduct, par. 28, 29.

³⁶⁰ Guidance on Exclusionary Conduct, par. 30.

³⁶¹ Guidance on Exclusionary Conduct, par. 74.

rekabet hukukunun hasat konusunda benimsediği bu yaklaşım, oyun teorisi çerçevesinde geliştirilen modern görüşle de uyumludur. Ayrıca son dönem Komisyon ve ABAD kararlarında, objektif gereklilik ve ekonomik etkinlik savunmalarının da detaylı bir şekilde ele alındığı görölmektedir³⁶². Sonuç olarak AB rekabet hukuku, yıkıcı fiyat uygulamasını ortak pazarı hala ciddi olarak tehdit eden anti-rekabetçi bir teşebbüs davranışı olarak ele almaktadır.

C) Türkiye Uygulaması

1. Kararlar

(a) Coca Cola A.ř. kararı

Rekabet Kurulu kendisine gelen bir ihbar üzerine, Coca Cola Satış ve Dağıtım A.ř (“Coca Cola A.ř.”)’nin sade gazoz alt pazarında yıkıcı fiyatlandırma yoluyla RKHK 6. Maddesini ihlâl edip etmediği hakkında önce ön araştırma yapılmasına, ardından da soruşturma açılmasına karar vermiştir.

Coca Cola A.ř. firması, içecek sektöründe faaliyet gösteren önemli firmalardan bir tanesidir. Firmanın ürün yelpazesi; kolalı içecekler, meyve suları, sade ve meyveli gazozlar, soda, soğuk çay, su ürünleri ve enerji içeceklerinden oluřmaktadır³⁶³. Coca Cola A.ř.’nin, yıkıcı fiyat uyguladığı pazarın sade gazoz alt pazarı olduğu iddia edilmişse de, Kurul yaptığı incelemede sade gazoz, meyveli gazoz ve kolanın tüketici gözünde ikame edilebilir içecekler olduğuna dikkat çekerek ilgili ürün pazarını, gazlı alkolsüz içecekler pazarı olarak belirlemiřtir³⁶⁴. Gazlı alkolsüz içecekler pazarı kapsamında; nispi ve mutlak pazar payları, pazara giriş engelleri, marka ve imaj bağımlılığı, reklam harcamaları,

³⁶² Lowe, Philip: EU Competition Practice On Predatory Pricing Introductory Address To The Seminar Pros And Cons Of Low Prices, Stockholm 2003, http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2003_066_en.pdf, s.6-7.

³⁶³ RKK No: 04-07/75-18, 23.01.2004, s. 3.

³⁶⁴ RKK No: 04-07/75-18, 23.01.2004, s. 4-9.

finansal güç, dağıtım ağı ve portföy gücü yönünden yapılan incelemeler neticesinde Coca Cola A.Ş.'nin hakim durumda olduğu tespit edilmiştir³⁶⁵.

İlgili pazar ve hakim durum konusunda yapılan tespitlerin akabinde, yıkıcı fiyat iddiasının değerlendirilmesine geçilmiştir. Kurul, ilk olarak yıkıcı fiyatlamaya ilişkin teorik bir değerlendirme yapma ihtiyacı duymuştur³⁶⁶. Bu doğrultuda yıkıcı fiyatın temel unsurları iktisadi üstünlük, olağandışı düşük fiyat, niyet ve hasat olarak belirlenmiştir. Ancak, hasat unsuru yönünden ABD ve AB rekabet hukuku sistemleri karşılaştırılmış ve AB uygulamasının benimsendiği ifade edilmiştir³⁶⁷. Kurul bu kapsamda Coca Cola A.Ş.'nin karara konu davranışlarını iktisadi üstünlük, olağandışı düşük fiyat ve niyet unsurları yönünden incelemiştir.

İktisadi üstünlük unsurunun, Coca Cola A.Ş.'nin gazlı alkolsüz içecekler pazarında hakim durumda bulunduğu tespit edilmiş olması sebebiyle somut olayda mevcut olduğuna karar verilmiştir³⁶⁸. Olağan dışı düşük fiyat yönünden yapılan incelemede ise Komisyon'un *Akzo* kararında kullandığı fiyat – maliyet analizi yönteminden faydalanılmıştır. Kurul, bu kapsamda maliyet ölçütü olarak ortalama değişken maliyet ve ortalama toplam maliyeti kullanmıştır. Bu bağlamda, Coca Cola A.Ş. tarafından uygulanan fiyatların ortalama değişken maliyetten yüksek, ortalama toplama maliyetin ise altında olduğu tespit edilmiş, bu seviyedeki fiyatların yıkıcı sayılabilmesi için de yıkıcı niyetin varlığının ortaya konulabiliyor olmasının gerektiği ifade edilmiştir³⁶⁹. Kurul son olarak niyet unsuru yönünden bir değerlendirme yapmıştır. Yapılan değerlendirmede ilk olarak, Coca Cola A.Ş.'nin düşük fiyat uygulamasını rekabetçi bir güdüyle hareket ederek uygulamış olduğu varsayılmıştır³⁷⁰. Bu kapsamda, Coca Cola A.Ş.'nin sade gazoz alt pazarındaki markasını güçlendirmeyi amaçlayarak düşük fiyat uygulamış olmasının, son dönemde daha rekabetçi bir hal kazanmış olan pazar şartlarında kendisinden

³⁶⁵ RKK No: 04-07/75-18, 23.01.2004, s. 11-19, 44, 50.

³⁶⁶ Kurul, teorik bir değerlendirme yapmaya ihtiyaç duymasının sebebi olarak, yıkıcı fiyat uygulamasının rekabet etmek ile rekabeti ortadan kaldırmak eylemleri arasındaki sınır doğrusu üzerinde yer almasını ve ABD ile AB rekabet hukukunun bu konuda farklı yaklaşımlar benimsemiş olmasını göstermiştir. Bkz. RKK No: 04-07/75-18, 23.01.2004, s. 39.

³⁶⁷ Kurul bu noktada, hasatın uzun bir döneme yayılması ve piyasada şöhret etkisinin doğması gibi hususlardan bahisle hasat koşulunun tespitinde yaşanan güçlükler atıf yapmıştır. Bkz. RKK No: 04-07/75-18, 23.01.2004, s. 42.

³⁶⁸ RKK No: 04-07/75-18, 23.01.2004, s. 44.

³⁶⁹ RKK No: 04-07/75-18, 23.01.2004, s. 45.

³⁷⁰ RKK No: 04-07/75-18, 23.01.2004, s. 46.

beklenebilecek bir davranış olduğu tespit edilmiştir. Bu değerlendirmenin ardından ise Coca Cola A.Ş.'nin yıkıcı bir niyet ile hareket ederek düşük fiyat uyguladığı varsayımı ele alınmıştır. Bu bağlamda, Coca Cola A.Ş.'nin tekel haline gelmesinin (hasat yapma imkânı) veya pazarın dışına iteceği teşebbüslere ait markaları satın almasının ya da pazara girmek isteyen rakiplerine gözdağı vermesinin (şöhret etkisi) mümkün olup olmadığı, mevcut pazar koşulları çerçevesinde farazi olarak değerlendirilmiştir. Ulaşılan sonuçlar göstermiştir ki Coca Cola A.Ş. tarafından yıkıcı bir niyetle hareket edilse dahi pazarın yapısı farazi olarak öngörülmüş olan imkânları elde etmeye uygun değildir. Sonuç olarak Kurul, Coca Cola A.Ş.'nin rekabetçi bir güdüyle düşük fiyat uyguladığına kanaat getirmiş ve bu soruşturma çerçevesinde yaptırım uygulanmasına yer olmadığına karar vermiştir³⁷¹.

Sonuç olarak, Rekabet Kurulu her ne kadar teoriye ilişkin yaptığı değerlendirmede, hasatı yıkıcı fiyatın bir unsuru olarak kabul etmediğini belirtmiş olsa da somut olayı değerlendirirken aksi yönde bir usul izlemiş ve Coca Cola'nın hasat imkânının mevcut olup olmadığı yönünden de bir inceleme yapmıştır. Kurul'un aynı karar içerisinde hasat unsuru yönünden farklı değerlendirmelerde bulunmuş olması, doktrinde eleştiri konusu olmuştur³⁷². Bize göre de Kurul'un Coca Cola kararında ortaya koymuş olduğu birbirleri ile çelişen değerlendirmeler, kararın hukuki temelini zayıflamasına yol açmıştır. Kanımızca, Kurul'un teoriye ilişkin yaptığı değerlendirmeleri somut olayı analiz ederken de koruması daha isabetli olurdu.

(b) Knauf kararı

Türk Rekabet Hukukunda, yıkıcı fiyat iddiasının incelendiği bir diğer önemli karar *Knauf* kararıdır³⁷³. Rekabet Kurulu, Knauf İnşaat ve Yapı Elemanları San. Ve Tic. A.Ş. ("Knauf") hakkında alçı levha pazarında yıkıcı fiyat uygulayarak pazara girişleri engellediği iddiasıyla yapılan şikayete istinaden ön araştırma yapılmasına karar vermiştir.

Knauf Almanya merkezli bir yapı malzemeleri üreticisi olup, Türkiye'deki faaliyetlerine 1997 senesinde Ankara'da yerleşik bir alçı fabrikasına ortak olarak başlamıştır. İlerleyen

³⁷¹ RKK No: 04-07/75-18, 23.01.2004, s. 47-50.

³⁷² Uzunalli, s. 99.

³⁷³ RKK No: 09-59/1441-376, 16.12.2009.

yıllarda fabrikanın tamamını satın alan Knauf, karara konu dönemde, alçı taşı maden ruhsatı sahibi olan Madinsan'ın üç ortağından birisi konumundadır. Rekabet Kurulu, Knauf'un şikayete konu olan davranışları bakımından ilgili ürün pazarlarını "toz alçı pazarı" ve "alçı levha pazarı" olarak tanımlamış ve bu yönde bir inceleme gerçekleştirmiştir.

Alçı levha pazarında yapılan hakim durum analizi neticesinde, incelenen göstergelerden bazılarının Knauf'un hakim durumda olduğunu göstermesi, bazılarının ise bu iddiayı desteklememesi sebebiyle, bu hususta kesin bir yargıya varılmaksızın, Knauf'un hakim durumda olduğu varsayılarak, yıkıcı fiyat iddiası incelenmeye başlanmıştır³⁷⁴. Kurul öncelikle, olağandışı düşük fiyatın tespitinde kullanılacak maliyet ölçütünü ve fiyatın yıkıcı olacağı alt seviyeyi belirleme yoluna gitmiştir. Yapılan değerlendirmelerde, *Areeda-Turner* testine atıf yapılarak ortalama değişken maliyetin altındaki fiyatlar yıkıcı, ortalama değişken maliyetin üstündeki fiyatlar ise makul olarak değerlendirilmiş, ortalama toplam maliyete eşit veya daha yüksek fiyatlar ise rekabetçi kabul edilmiştir³⁷⁵. Dışlayıcı niyetin varlığının ise fiyatların ortalama değişken maliyet ile ortalama toplam maliyet arasında olduğu durumlarda aranacağı belirtilmiştir. Kurula göre dışlayıcı niyetin kabulü için rakipleri piyasa dışına çıkarma, disipline etme veya yeni girişleri engellemeye yönelik bir stratejinin varlığının ispatlanması gerekmektedir. Ayrıca Kurul bu kararında, yıkıcı fiyatın tespiti bakımından teşebbüsün yıkıcı fiyatlama sonrasında katlanılan zararları telafi edebilme imkânının bulunup bulunmadığının önemli olduğunu belirterek, hasatı yıkıcı fiyatın bir unsuru olarak kabul etmiştir.

Kurul, teorik olarak yaptığı değerlendirmelerin akabinde somut olayı değerlendirmiştir. Bu bağlamda, Knauf'un uyguladığı fiyatların çok kısa bir süre için maliyetlerin altında kalmış olmasının söz konusu fiyatların yıkıcı olarak değerlendirilmesi için yeterli olmadığı ifade edilmiş ve yıkıcı niyetin varlığı incelenmiştir. Kurul, yıkıcı niyetin varlığını doğrudan ve dolaylı ispat yöntemlerine başvurarak birçok yönden irdelemiş ancak Knauf'un rakiplerini dışlayıcı nitelikte niyetini ortaya koyan bir bilgi veya belgeye ulaşamamıştır. Ayrıca objektif gereklilik yönünden de bir inceleme yapılarak, Knauf

³⁷⁴ Kurul, iddia olunan ihlalin tespit edilmesi halinde daha detaylı bir hakim durum incelemesi gerçekleştireceğini ifade etmektedir. Bkz. RKK No: 09-59/1441-376, 16.12.2009, s. 14.

³⁷⁵ RKK No: 09-59/1441-376, 16.12.2009, s. 16.

tarafından uygulanan indirimlerin, incelenen dönemde yaşanan ekonomik krizin ve yeni girişlerin pazarda yarattığı rekabetçi ortamın bir gereği olduğu da ifade edilmiştir³⁷⁶.

Kararda, Knauf'un alçı levha pazarındaki hakim durumunu toz alçı pazarında kötüye kullandığı (çapraz sübvansiyon) iddiası da değerlendirilmiş; ancak Knauf'un fiyatlarının her iki pazarda da düşme eğiliminde olması, pazardaki oyuncu sayısının fazlalığı ve sektördeki firmaların sahip olduğu kapasite fazlası dikkate alınarak bu iddianın yerinde olmadığına kanaat getirilmiştir³⁷⁷.

Knauf kararı çerçevesinde bir değerlendirme yapmak gerekirse, özellikle niyetin varlığı ve objektif gereklilik yönünden yapılan detaylı incelemelerin, Türk Rekabet Hukuku içtihadına bir derinlik kattığı görülmektedir. Öte yandan, Kurul'un maliyet analizleri noktasında Komisyon tarafından kullanılması önerilen ortalama kaçınılabilir maliyet ve uzun dönem ortalama artan maliyet yerine ortalama değişken maliyeti esas alması mehz uygulama ile bir farklılık doğurmuştur³⁷⁸. Yine Kurul'un hasat kavramını yıkıcı fiyat uygulamasının bir unsuru olarak kabul etmesi, Kurul uygulamasını AB uygulamasından uzaklaştırarak ABD uygulamasına yakınlaştırmıştır.

(c) UN RO-RO kararı

Rekabet Kurulu, en kapsamlı yıkıcı fiyat değerlendirmelerinden bir tanesini UN Ro Ro kararında yapmıştır³⁷⁹. Karara konu olayda, UN Ro-Ro İşletmeleri A.Ş.'nin Türkiye-Avrupa arasındaki Ro-Ro hatlarında sunulan Ro-Ro taşımacılığı hizmetlerinde UND Deniz Taşımacılığı A.Ş.'ye (UND Deniz) karşı yıkıcı fiyat uygulayarak RKHK'nın 6. maddesini ihlal ettiği iddia edilmiştir.

Kurul tarafından ilgili pazar ve hakim durum tespitinin yapılmasının akabinde, yıkıcı fiyatın teorisine ilişkin olarak genel bir açıklama yapılmıştır. Bu bağlamda klasik yıkıcı fiyat teorisinin yanında, modern teori çerçevesinde geliştirilen finansmana erişimi zorlaştırmak suretiyle dışlamaya yol açan yıkıcı fiyat modeli ile şöhret etkisi yoluyla

³⁷⁶ RKK No: 09-59/1441-376, 16.12.2009, s. 20-21.

³⁷⁷ RKK No: 09-59/1441-376, 16.12.2009, s. 25-27.

³⁷⁸ Uzunallı, s. 103.

³⁷⁹ RKK No: 12-47/1413-474, 01.10.2012.

dışlamaya yol açan yıkıcı fiyat modelleri irdelenmiştir³⁸⁰. Nitekim Kurul, modern teori ile uyumlu olacak bir şekilde bu kararında hasatı yıkıcı fiyatın bir unsuru olarak kabul etmemiştir. Bu kapsamda UN Ro-Ro'nun şikâyete konu davranışları, maliyet altı fiyatlama, yıkıcı niyet ve rekabet karşıtı piyasa kapama yönlerinden değerlendirilmiştir.

Maliyet altı fiyatlama konusunda yapılan incelemede, fiyat-maliyet analizi noktasında ortalama kaçınılabilir maliyet esas alınmış ve UN Ro-Ro'nun ortalama fiyatının şikâyete konu dönemde ortalama kaçınılabilir maliyetin altında kalıp kalmadığı değerlendirilmiştir. Yapılan değerlendirmede, UN Ro-Ro'nun UND Deniz'in pazarda faaliyet gösterdiği dört aylık süreçte ortalama kaçınılabilir maliyetin altında fiyatlar uygulayarak zarar ettiği tespit edilmiştir.

Yıkıcı niyetin varlığına istinaden yapılan incelemede ise UN Ro-Ro'nun rakiplerini dışlayıcı stratejisine işaret eden delillerin varlığı araştırılmıştır. Nitekim şirket içi belgelerin ve e-mail yazışmaların değerlendirilmesi ile UN Ro-Ro tarafından yürütülen rekabet stratejisinin, UND Deniz'i pazardan dışlamayı hedeflediği tespit edilmiştir.

Öte yandan rekabet karşıtı piyasaya kapamanın mevcut olup olmadığı noktasında, UND Deniz'in pazardan dışlanması UN Ro-Ro bakımından rasyonel bir strateji olup olmadığı değerlendirilmiştir. Buna göre, UND Deniz'in pazardan dışlanması halinde UN Ro-Ro pazardaki mevcut bir rakibini bertaraf etmiş olmanın yanında, potansiyel rakiplerini de pazara girmekten caydırmış olacağı için bu yönde bir strateji uygulamış olması rasyonel bir strateji olarak ortaya çıkmaktadır³⁸¹.

Bu tespitler ışığında, UN Ro-Ro'nun Pendik-Marsilya hattında sergilediği maliyet altı fiyatlamaların yıkıcı fiyat niteliği taşıdığına karar verilmiştir. Rekabet Kurulu'nun *UN Ro-Ro* kararı ile yıkıcı fiyat konusunda ideale yaklaşan ve hukuki anlamda tatmin edici bir inceleme gerçekleştirmiş olduğu kanaatindeyiz.

³⁸⁰ RKK No: 12-47/1413-474, 01.10.2012, par. 147-151.

³⁸¹ Ulukaya, Selda: Deniz Ulaştırmasında Rekabet Hukuku Sorunları: Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, İstanbul 2015, s. 282-283.

(d) THY kararı

Rekabet Kurulu'nun *THY* kararı³⁸², yıkıcı fiyat uygulamasının havayolu taşımacılığı sektörünün kendine has yapısı çerçevesinde değerlendirildiği bir karar olması sebebiyle önem taşımaktadır. Karara konu olan şikâyetin sahibi Pegasus Hava Taşımacılığı A.Ş. (PEGASUS), Türkiye'de havayolu taşımacılığı sektörünün liberalleştirilmesi ile birlikte bu alanda faaliyet göstermeye başlamış ve sektörde önemli bir rekabetin doğmasını sağlamıştır. Somut olayda Pegasus'un iddiası, havayolu taşımacılığı pazarında yerleşik konumda bulunan Türk Hava Yolları A.O. (THY)'nin, Pegasus'un faal olduğu yurtiçi ve yurtdışı hatlarda rekabet karşıtı fiyat uygulamaları ile hakim durumunu kötüye kullandığı yönündedir.

Kurul, soruşturma kapsamında öncelikle ilgili ürün pazarı ile ilgili coğrafi pazarı belirleme yoluna gitmiştir. Bu kapsamda yapılan detaylı analizler neticesinde; ilgili ürün pazarı, havayolu ile tarifeli yolcu taşımacılığı hizmetleri olarak belirlenmiştir³⁸³. İlgili coğrafi pazarın belirlenmesinde kalkış noktası-varış noktası esasından faydalanılmış ve İstanbul kalkışlı yurtiçi ve yurtdışı hatlarının her biri ayrı bir coğrafi pazar olarak belirlenmiştir³⁸⁴. Bu tespitlerin ardından, Pegasus ve THY'nin faaliyetlerinin çakıştığı pazarları belirlemiş ve bu pazarlarda THY'nin hakim durumda olup olmadığını incelemiştir. Bu kapsamda mutlak ve nispi pazar payları, THY'nin bayrak taşıyıcı firma olmasından kaynaklanan avantajlar, slot tahsisi, dikey bütünleşik yapı, pazarlama

³⁸² Rekabet Kurulu, kendisine gelen şikâyet üzerine yaptığı ilk incelemede THY'nin hâkim durumun kötüye kullanmadığına karar vermiştir. RKK No: 11-65/1692-599, 30.12.2011; Ancak Kurul'un anılan kararı, Ankara 11. İdare Mahkemesinin 11.07.2013 tarihli ve 2013/1083 K. ve 2012/1727 E. Sayılı kararı ile iptal edilmiştir. İdare mahkemesi kararında, hakim durum tespiti yapılmaksızın doğrudan kötüye kullanma değerlendirilmesi yapılmasının yerinde olmadığı, Atatürk Hava Limanı ve Sabiha Gökçen Havalimanı'ndan gerçekleştirilen uçuşların birbirleri ile ne derece ikame olduğunun tespit edilmediği ve THY'nin AJET firması ile SGH'de faaliyet göstermeden önce ve sonra Pegasus tarafından uygulanan fiyatların analiz edilmediği hususları iptal gerekçeleri olarak gösterilmiştir. Bu karar üzerine Kurul, RKK'nın 41.maddesi uyarınca yeni bir soruşturma açmış ve daha detaylı bir analiz yaparak karar vermiştir. RKK No: 14-54/932-420, 25.12.2014.

³⁸³ RKK No: 14-54/932-420, 25.12.2014, s. 12.

³⁸⁴ Atatürk Havalimanı(AHL) ile Sabiha Gökçen Havalimanı(SGH)'ndan yapılan uçuşların, Ankara, Antalya, Bodrum, Dalaman ve İzmir illerine yapılan uçuşlar dışında, birbiri ile ikame edilebilir oldukları tespit edilmiş olduğundan, sayılan hatlar istisna tutularak, AHL ve SGH yönünden ayrı bir coğrafi Pazar tanımı yapılmamıştır. RKK No: 14-54/932-420, 25.12.2014, s. 13-21.

stratejileri ve filo durumu gibi hususlar değerlendirilmiş ve THY'nin inceleme altındaki pazarların birçoğunda hakim durumda olduğuna karar verilmiştir³⁸⁵.

Kurul hakim durum incelemesinin ardından kötüye kullanma niteliğindeki davranışları incelemeye geçerek, şikayete konu davranışların yıkıcı fiyatlama olup olmadığını değerlendirmiştir. Bu bağlamda, öncelikle havayolu yolcu taşımacılığı sektöründe yıkıcı fiyat uygulamasının değerlendirildiği yabancı rekabet otoriteleri kararları incelenmiştir. İncelenen kararlar çerçevesinde, havayolu taşımacılığı sektöründe yıkıcı fiyat analizlerinin soyut değerlendirmelerden çok fiyat-maliyet analizlerine dayandığı belirlenmiştir. Yine aynı şekilde havayolu taşımacılığı sektöründe maliyetlerin üzerinde kalan fiyatlarla dahi yıkıcı fiyat uygulanmasının mümkün olduğu ve yıkıcı fiyattın kapasite arttırımı gibi fiyat dışı davranışlarla da gerçekleştirilebildiği tespit edilmiştir³⁸⁶.

İncelemenin devamında, yıkıcı fiyat konusunda AB içtihat ve uygulamasında son dönemde yaşanan gelişmelere değinilmiştir. Kurul, ABAD'ın *Post Danmark* kararında³⁸⁷, ortalama toplam maliyetin üzerindeki fiyatları rekabetçi fiyat olarak kabul ederek, bu kararın teşebbüsler için güvenli bir liman yaratmış olduğuna işaret etmiştir. Yine aynı karara vurgu yapılarak, ortalama toplam maliyetin altında uzun dönem ortalama artan maliyet üzerinde olan, ancak herhangi bir dışlayıcı niyetin ortaya konmadığı fiyat uygulamalarında rekabet ihlallerinin tespit edilebilmesi için eşit etkinlikteki firma çerçevesinde bir değerlendirme yapılmıştır. Kurul, eşit etkinlikteki firma açısından pazarda dışlayıcı etki oluşup oluşmadığını hasat unsuru ile beraber değerlendirmiştir. Öyle ki, Kurul'a göre eşit etkinlikteki rakip üzerinde dışlayıcı bir etki oluşup oluşmadığının ancak hasat imkânı çerçevesinde yapılacak bir analiz ile tespit edilebilir³⁸⁸. Kurul bu yorumu ile birlikte, Knauf kararında benimsemiş olduğu ve hasatı yıkıcı fiyatın tespitine dahil eden yaklaşımını THY kararında da sürdürmüştür. Yıkıcı fiyat uygulamasının genel teorisine ve son dönemde yaşanan gelişmelere değinilmesinin akabinde, karara konu fiyat uygulamaları; maliyet altında satış, eşit etkinlikteki rakibin

³⁸⁵ RKK No: 14-54/932-420, 25.12.2014, s. 21-32.

³⁸⁶ RKK No: 14-54/932-420, 25.12.2014, s. 36.

³⁸⁷ Case C-209/10, *Post Danmark A/S v Konkurrencerådet* (2012), ECLI:EU:C:2012:172.

³⁸⁸ RKK No: 14-54/932-420, 25.12.2014, s. 37.

pazardan dışlanması, hasat ve haklı gerekçe yönlerinden analiz edilerek bir sonuca varılmıştır³⁸⁹.

THY kararında fiyat-maliyet analizi noktasında Kurul tarafından ortalama kaçınılabilir maliyet tercih edilmiştir. THY, yapılacak analizlerde ortalama kaçınılabilir maliyetin tercih edilmesine, ortalama kaçınılabilir maliyetin hesaplanmasında sabit maliyetlerin de hesaplama katılıyor olması sebebiyle itiraz etmiş ve yıkıcı fiyatın tespitinde ortalama değişken maliyetin esas alınması gerektiği yönünde bir savunma yapmıştır. Kurul, bu savunma karşısında önceki AB ve Kurul kararlarına atıf yaparak eksik yönleri bulunmasına rağmen yıkıcı fiyatlamanın tespitinde en uygun maliyet ölçütünün ortalama kaçınılabilir maliyet olduğunu belirtmiştir. Nitekim ortalama kaçınılabilir maliyet çerçevesinde yapılan incelemeler neticesinde, THY'nin inceleme altındaki hatların bir kısmında maliyetlerinin altında satışlar yaptığı tespit edilmiştir. Bunun üzerine Kurul, maliyet altında gerçekleşen satışların eşit etkinlikteki rakibi dışlayıcı bir etkisinin bulunup bulunmadığını incelemiştir. Bu bağlamda THY'nin iç yazışmaları incelenmiş ve teşebbüsün bu yönde bir strateji geliştirip geliştirmediği araştırılmıştır. Nitekim, incelenen iç yazışmaların bazılarında dışlayıcı niyet olarak kabul edilmesi mümkün olan bilgi ve belgelere rastlanmıştır. Ancak Kurul, eşit etkinlikteki rakip olarak değerlendirdiği Pegasus'un, anılan yazışmaların yapıldığı dönemde finansal parametrelerinin yukarı yönlü olmasını dikkate alarak, söz konusu girişimlerin pazardaki etkilerinin sınırlı olduğuna kanaat getirmiştir³⁹⁰. Neticede, Kurul THY'nin hakim durumda bulunduğu pazarların bir kısmında maliyetin altında fiyat uyguladığını tespit etmiş, ancak bu uygulamaların eşit etkinlikteki rakibi pazardan dışlayıcı etkilerinin bulunmuyor olması sebebiyle yıkıcı fiyat olmadığına karar vermiştir³⁹¹.

Kurul'un *THY* kararında eşit etkinlikteki rakip yönünden yaptığı incelemenin yerinde bir yaklaşım olduğu kanaatindeyiz. Ancak, Kurul'un bu yönde yapılacak bir incelemeye hasat unsurunun da dahil edilmesi gerektiği yönündeki görüşüne katılmıyoruz. Zira bu yaklaşım, Kurul'un eşit etkinlikteki rakip testi noktasında kendisine dayanak aldığı AB mevzuatı ve uygulaması ile de çelişir niteliktedir. Yine belirtmek gerekir ki; Kurul'un

³⁸⁹ RKK No: 14-54/932-420, 25.12.2014, s. 38.

³⁹⁰ RKK No: 14-54/932-420, 25.12.2014, s. 5-12, 68.

³⁹¹ RKK No: 14-54/932-420, 25.12.2014, s. 78.

THY kararında yıkıcı fiyatın tespiti noktasında yaptığı analizlerde, şöhret etkisi ve bilgi manipülasyonu gibi ihtimalleri incelememiş olmasının önemli bir eksiklik olduğu kanaatindeyiz. Öyle ki; THY'nin hakim durumda olduğu hatlarda yıkıcı fiyat uygulayarak sahip olacağı şöhretle, rakiplerini faaliyet gösterdiği diğer hatlardan uzak tutması olası ve akılcı bir strateji olup, şikayete konu davranışların bu yönüyle de değerlendirilmesi gerekirdi.

2. Dışlayıcı Davranışlar Kılavuzu'nun yaklaşımı

Dışlayıcı Davranışlar Kılavuzu'nda, yıkıcı fiyat uygulaması hakim durumun kötüye kullanılması hallerinden biri olarak kabul edilmiş ve bu kapsamda da bir takım açıklamalar yapılmıştır. Dışlayıcı Davranışlar Kılavuzu'na göre, yıkıcı fiyat konusunda yapılan bir soruşturmada öncelikle inceleme altındaki teşebbüsün, uyguladığı fiyatlar ile kısa dönemde feragatte bulunup bulunmadığı araştırılacaktır. Feragatin tespitinde, fiyat-maliyet karşılaştırmalarının yapıldığı analizlerden faydalanılacaktır. Teşebbüslerin uyguladıkları fiyatların, soruşturmada esas alınacak olan maliyet ölçütlerinin altında kalması durumunda teşebbüslerin feragatte buldukları kabul edilecektir. Dışlayıcı Davranışlar Kılavuzu, bu bağlamda maliyet ölçütü olarak ortalama kaçınılabılır maliyeti esas almaktadır³⁹². Ortalama kaçınılabılır maliyetin altında gerçekleşen fiyatlamalar, teşebbüsün aslında ilgili üretimi gerçekleştirilerek kaçınılabılır zararlar katlandığını gösterecektir³⁹³. Öte yandan Dışlayıcı Davranışlar Kılavuzu'nda, sabit maliyetlerin yüksek olduğu ağ endüstrileri, teknoloji piyasaları ve yüksek ar-ge yatırımları gerektiren piyasalar kapsamında yapılacak yıkıcı fiyat soruşturmalarında uzun dönem ortalama artan maliyetten faydalanılabileceği de öngörülmüştür³⁹⁴.

Dışlayıcı Davranışlar Kılavuzu, her ne kadar Rekabet Kurulu uygulaması aksi yönde ilerlese de hasat konusunda da mehz AB düzenlemelerini takip etmiş ve yıkıcı fiyatlamaların tespitinde rakiplerin pazardan fiilen çıkmış olmasının aranmayacağını kabul etmiştir³⁹⁵.

³⁹² Dışlayıcı Davranışlar Kılavuzu, par. 52.

³⁹³ Dışlayıcı Davranışlar Kılavuzu, par. 53.

³⁹⁴ Dışlayıcı Davranışlar Kılavuzu, dn. 12.

³⁹⁵ Dışlayıcı Davranışlar Kılavuzu, par. 57.

Ayrıca Dışlayıcı Davranışlar Kılavuzu'na göre, yıkıcı fiyat şeklinde bir teşebbüs davranışı incelenirken fiyat- maliyet analizlerinin yanında, potansiyel rakiplerin pazara girmekten caydırılması, finansal kaynaklara erişimin engellenmesi ve yıkıcı fiyatlama konusunda bilinirlik yaratılması (şöhret) gibi hususların da dikkate alınması gerekebilir³⁹⁶. Dışlayıcı Davranışlar Kılavuzu'nda yer alan bu düzenleme ile modern teori çerçevesinde yapılan çalışmalar Türk Rekabet Hukuku mevzuatına da dahil edilmiş bulunmaktadır.

3. Ara sonuç

Rekabet Kurulu'nun yıkıcı fiyatın tespiti konusunda AB uygulamasına göre, ABD uygulaması kadar olmamakla birlikte daha katı bir yaklaşım benimsediği görülmektedir. Kurul her ne kadar *Coca Cola* kararında ABD ve AB sistemlerini karşılaştırarak, açık bir şekilde AB'nin niyete dayalı yaklaşımını benimsediğini ifade etmiş olsa da bu durum uygulamanın geneline yansımamıştır. Öyle ki Kurul'un yıkıcı fiyat konusunda verdiği kararların büyük bölümünde, şikâyete konu teşebbüs davranışları hasat unsuru yönünden de detaylı bir incelemeye tabi tutulmuştur³⁹⁷. Hatta Kurul, son dönem AB uygulamasında kabul edilmiş olan eşit etkinlikteki rakip testini dahi hasat unsuru ile birlikte değerlendirmektedir. Kurul'un bu uygulaması, yıkıcı fiyat iddialarının hakim durumun kötüye kullanılması anlamında ispatlanmasını son derece zorlaştırmıştır.

Ayrıca yine belirtmek gerekir ki; Kurul kararlarında, yıkıcı fiyat uygulamasının hasat dışında potansiyel rakipleri pazara girmekten caydırmak ya da faaliyet gösterilen diğer piyasalarda şöhret edinmek amaçlarıyla da kullanılabileceği ihtimallerine gerekli önemin gösterilmediği kanaatindeyiz. Kurul'un kararlarında bu noktaya daha fazla eğilmesi isabetli olacaktır. Sonuç olarak Kurul'un, hasatı yıkıcı fiyatın bir unsuru olarak kabul ederek bu yönde bir içtihat geliştirmeye devam etmesi halinde; ABD uygulamasında

³⁹⁶ Dışlayıcı Davranışlar Kılavuzu, par. 56.

³⁹⁷ RKK No: 11-43/915-284, 14.07.2011; RKK No: 14-54/932-420, 25.12.2014; RKK No: 09-59/1441-376, 16.12.2009; RKK No: 04-07/75-18, 23.01.2004; RKK No: 03-56/655-301, 14.08.2003. Öte yandan Kurul'un hasatı yıkıcı fiyatın bir unsuru olarak kabul etmediği UN RO-RO kararı, bu genellemenin dışında kalmaktadır. RKK No: 09-59/1441-376, 16.12.2009.

Brooke kararı sonrası oluşan hakkaniyete aykırı durumun bir benzerinin Türk Rekabet Hukuku'nda yaşanacağı kanaatindeyiz.



ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

UYGULANACAK YAPTIRIMLAR

D) GENEL OLARAK

Rekabet Hukuku ihlalleri için idari, hukuki ve cezai anlamda yaptırımlar öngörülebilmektedir. Bu kapsamda kimi ülkeler yalnızca idari ve hukuki anlamda yaptırımları yeterli görürken; kimi ülkeler bunlara ilaveten cezai yaptırımlar içeren yasalar da çıkarmaktadır. Bu farklılık ülkelerin benimsedikleri rekabet politikalarına göre değişebilmekle birlikte, son dönemde ülkelerin rekabet ihlalleri için cezai yaptırımlar da benimseme eğilimi içerisinde oldukları görülmektedir³⁹⁸.

Rekabet hukuku düzenlenmelerine ilk rastlanan ülke olan ABD, teşebbüslerin rekabete aykırı nitelikteki davranışlarının etkin bir şekilde denetlenmesine büyük önem göstermektedir. Keza ABD’de rekabet ihlalleri gerek Adalet Bakanlığı gerek Federal Ticaret Komisyonu gerekse de özel hukuka tabi mahkemeler tarafından yaptırıma tabi tutulabilmektedir³⁹⁹. Adalet Bakanlığı bünyesindeki Antitröst Birimi’nin rekabet hukuku ihlallerinin tespiti, sonlandırılması ve cezalandırılması amacıyla gerçekleştirdiği soruşturmalar ve bu soruşturmalar neticesinde gerek kamu hukuku gerekse de özel hukuk mahkemelerinde açtığı davalar, ABD Rekabet Hukuku yaptırım sisteminin amiral gemisini oluşturmaktadır⁴⁰⁰. Adalet Bakanlığı Antitröst Birimi, yaptığı soruşturmaların neticesinde gerekli görürse, ilgili teşebbüs aleyhine yaptırım uygulanması amacıyla kamu hukuku veya özel hukuk mahkemelerine başvurabilir. Nitekim teşebbüslerin bu bağlamda yürütülecek davaların sonucunda ihlâlin sona erdirilmesi ve tazminat ödenmesi gibi özel hukuk yaptırımlarının yanında, para cezası ve hapis cezası gibi kamu hukuku yaptırımları ile karşılaşması da muhtemeldir⁴⁰¹. Ancak bu noktada belirtmek gerekir ki ABD Rekabet

³⁹⁸ Jones,Keith/ Harrison, Farin: “Criminal Sanctions: An Overview Of EU And National Case Law”, National Competition Laws Bulletin, 2015, s. 1, www.concurrences.com, Erişim Tarihi: 08.02.2018.

³⁹⁹ Broader, s. 177-206; Özsunay, Ergun: “Rekabet Kısıtlamalarının Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları”, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu III, Editör: Ayşe Odman Boztosun, Ankara 2005, s. 118-120.

⁴⁰⁰ Broader, s. 177.

⁴⁰¹ Özsunay, s. 117.

⁴⁰¹ Broader, s. 177.

Hukukunda, hapis cezası şeklindeki yaptırımların genelde kartellere yönelik olarak uygulandığı; hakim durumun kötüye kullanılması şeklindeki rekabet ihlalleri yönünden ise bu yaptırım türünün tercih edilmediği görülmektedir⁴⁰².

Öte yandan yukarıda değindiğimiz üzere, rekabet ihlallerinin tespiti ve sonlandırılması noktasında, idari bir kurum olan Federal Ticaret Komisyonu'nun da ABD Rekabet Hukuku yaptırım sistemi içerisinde önemli bir rolü bulunmaktadır⁴⁰³. Ancak Federal Ticaret Komisyonu'nun esas amacı tüketicileri korumak olduğundan⁴⁰⁴, bu kurumun genelde tüketicilerin etkilenme ihtimalinin daha yüksek olduğu sektörlerde yaşanan rekabet ihlallerine müdahale ettiği görülmektedir⁴⁰⁵. Federal Ticaret Komisyonu, yaptığı bir soruşturmanın akabinde dava açılmasının gerekli olduğuna kanaat getirir ise idare mahkemesine şikâyetle bulunacaktır. İdare mahkemesi tarafından yapılacak yargılamada teşebbüsün sorumlu bulunması halinde, ihlalin sona erdirilmesi veya para cezası yaptırımlarının uygulanması karar verilebilir⁴⁰⁶. Ancak Federal Ticaret Komisyonu'nun hapis cezasına veya tazminata ilişkin kararlar alması mümkün değildir.

ABD Rekabet Hukuku sisteminde rekabet hukuku ihlallerinin sonlandırılması ve uğranılan zararların tazmin edilebilmesi için başvurulabilecek bir diğer yol, zarara uğrayanların doğrudan hukuk mahkemelerine başvurmalarıdır⁴⁰⁷. Hukuk mahkemelerinin gerçekleştireceği yargılama sonucunda ihlalin sonlandırılmasına veya tazminat ödenmesine karar verilmesi mümkündür. Bu kapsamda ABD rekabet hukukunda benimsenmiş üç kat tazminat uygulamasının, özel hukuk alanında yapılacak başvurular için önemli bir teşvik olduğu vurgulanmaktadır⁴⁰⁸. Yukarıda sayılan denetim mekanizmaları arasında yetki çatışması doğması muhtemel görünse de bu kurumların

⁴⁰² OECD Policy Roundtables, Remedies and Sanctions in Abuse of Dominance Cases, 2006, s. 73-80, <http://www.oecd.org/competition>, Erişim Tarihi: 24.02.2018.

⁴⁰³ Broader, s. 191.

⁴⁰⁴ Bu konuda ayrıntılı bilgiye kurumun internet sitesi üzerinden ulaşılabilir. <https://www.ftc.gov/about-ftc>, Erişim Tarihi: 24.02.2018.

⁴⁰⁵ FTC'nin özellikle tüketici harcamalarının yüksek olduğu, sağlık hizmetleri, ilaç, profesyonel hizmetler İnternet hizmetleri, gıda sektörü, enerji sektörü ve ilaç sektörleri gibi alanlara odaklandığı belirtilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. <https://www.ftc.gov/tips-advice/competition-guidance/guide-antitrust-laws/enforcers>, Erişim Tarihi: 09.02.2018.

⁴⁰⁶ Özsunay, s. 118-119.

⁴⁰⁷ Broader, s. 196.

⁴⁰⁸ Broader, s. 206.

farklı uzmanlık alanlarının bulunuyor olması sebebiyle esasında birbirlerini tamamlayıcı nitelikte oldukları ifade edilmektedir⁴⁰⁹.

Avrupa Birliği Rekabet Hukuku sistemi içerisinde rekabet ihlalleri esas olarak Komisyon'un idari denetimi altında bulunmaktadır. Nitekim ABİDA'nın 105. maddesi uyarınca, Komisyon gerek teşebbüsler arası anlaşma ve uyumlu eylem şeklindeki davranışları yasaklayan 101. maddenin gerekse de hâkim durumun kötüye kullanılması şeklindeki davranışları yasaklayan 102. maddenin ihlâl edilmesi halinde, ihlâlin sona erdirilmesi için gerekli tedbirleri almaya yetkilidir. AB Parlamentosu tarafından çıkartılan ve ABİDA'nın 101 ve 102. maddelerinin uygulamasına dair esasları belirleyen 2003/1 sayılı Tüzük⁴¹⁰ uyarınca, AB bünyesinde gerçekleşen rekabet ihlallerinin idari anlamda soruşturularak cezalandırılması hususunda Komisyon ile birlikte üye ülke rekabet otoriteleri⁴¹¹ de yetkili kılınmışlardır. Bu bağlamda Komisyon ve üye ülke rekabet otoriteleri arasındaki koordinasyonun sağlanması amacıyla Avrupa Rekabet Ağı (European Competition Network) oluşturulmuştur⁴¹². Avrupa Rekabet Ağı sistemine üye ülkeler, yaptıkları soruşturmalar ve aldıkları kararlar hakkında sisteme dâhil olan diğer rekabet otoritelerini bu sistem aracılığıyla bilgilendireceklerdir⁴¹³. Bu sistem ile birlikte AB sınırları içerisinde gerçekleşen rekabet hukuku ihlallerinin etkin bir şekilde denetlenmesi amaçlanmaktadır.

Üye ülke adli mahkemeleri ise rekabet hukuku ihlallerinin özel hukuka ilişkin sonuçları çerçevesinde yapılacak yargılamalar yönünden yetkilidir. Bu kapsamda rekabet ihlali neticesinde zarar görenler, zararlarının tazmin edilmesini üye ülke mahkemelerinden

⁴⁰⁹ Broader, s. 177.

⁴¹⁰ Council Regulation (EC) No 1/2003 Of 16 December 2002 On The Implementation Of The Rules On Competition Laid Down In Articles 81 And 82 Of The Treaty, www.europa.com, Erişim Tarihi: 10.02.2018.

⁴¹¹ Avrupa Birliği içerisinde yer alan ülkelerde, üç farklı rekabet otoritesi modeli bulunduğu görülmektedir. İlk modelde soruşturmayı yapan ve kararı veren idari merci aynıdır (Almanya, İtalya); ikinci modelde ise soruşturmayı yapan idari merci gerekli görürse mahkemeler nezdinde dava açmakta, kararı mahkemeler vermektedir (İrlanda, Avusturya); üçüncü ve son modelde ise soruşturma yapmakla ve karar vermekle görevli farklı idari merciler bulunmaktadır (Fransa, Belçika, İspanya). Ayrıntılı bilgi için bkz. Gerardin/Farrar/Petit, s. 327-328.

⁴¹² ECN hakkında detaylı bilgi için bkz. Joint Statement Of The Council And The Commission On The Functioning Of The Network Of Competition Authorities, http://ec.europa.eu/competition/ecn/joint_statement_en.pdf, Erişim Tarihi: 08.02.2018.

⁴¹³ Komisyon ve üye ülke rekabet otoriteleri tarafından gerçekleştirilecek yargılamalar arasındaki koordinasyonun sağlanması amacıyla çıkartılan düzenleme için bkz. Commission Notice On The Co-Operation Between The Commission And The Courts Of The EU Member States In The Application Of Articles 81 and 82 EC, www.europa.com, Erişim Tarihi: 10.02.2018.

talep edebileceklerdir. Komisyon, üye ülke mahkemelerinin verdiği kararlar arasında bir uyum sağlanabilmesi amacıyla 2014 senesinde bu konuyu düzenleyen bir Bildiri yayınlamıştır⁴¹⁴.

Yine belirtmek gerekir ki AB bünyesindeki üye ülkelerin bir kısmında, rekabet ihlallerine yönelik olarak cezai yaptırımlar da öngörülmüştür⁴¹⁵. Ancak AB Parlamentosu veya Komisyon tarafından bu bağlamda çıkartılmış ve üye ülkelerin tamamını kapsayan herhangi bir mevzuat veya tavsiye niteliğinde bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak Avrupa Parlamentosu'nun gerekli görmesi halinde, ABİDA'nın 83. maddesi uyarınca bu kapsamda üye ülkeleri bağlayıcı nitelikte bir düzenleme çıkartmaya yetkili olduğu kanaatindeyiz⁴¹⁶.

Türk Rekabet Hukuku sisteminde ise rekabet hukuku ihlallerinin idari denetimi RKHK'nın 20. maddesi uyarınca kamu tüzel kişiliğine haiz Rekabet Kurulu tarafından gerçekleştirilmektedir. Rekabet Kurulu'nun kanunda yasaklanan faaliyetler ve hukuki işlemler hakkında, araştırma ve soruşturma yapma yetkileri bulunmaktadır. Yapılan soruşturmalar neticesinde rekabeti sınırlayan bir ihlalin mevcut olduğunun tespit edilmesi halinde ise Kurul, ihlale son verilmesi için gerekli tedbirleri alacak ve ilgili teşebbüslere idari para cezası uygulayacaktır. Ayrıca Rekabet Kurulu, soruşturma sırasında şartların varlığı halinde ihtiyati tedbir niteliğinde kararlar almaya ve bu kararları uygulamaya da yetkilidir. Son olarak Kurul, teşebbüsler tarafından kendisine yapılan menfi tespit başvurularını da değerlendirecektir.

RKHK, rekabeti sınırlayan davranışların özel hukuka ilişkin sonuçları mehz ABİDA'dan farklı bir yaklaşım benimseyerek kendi bünyesinde düzenlemeyi tercih etmiştir. RKHK'da öngörülen hukuki sonuçlar geçersizlik yaptırımı ve tazminat davasıdır.

⁴¹⁴ Directive On Certain Rules Governing Actions For Damages Under National Law For Infringements Of The Competition Law Provisions Of The Member States And Of The European Union, http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/directive_en.html, Erişim Tarihi: 30.03.2018.

⁴¹⁵ Wagner-von Papp, Florian/ Viros, David / Zimmer, Daniel/ Kovacic, William E. / Stephan, Andreas: "Individual Sanctions for Competition Law Infringements: Pros, Cons and Challenges", *Concurrences Review* No: 2-2016, (May 17, 2016), s. 14-23, <https://ssrn.com/abstract=2782090>, Erişim Tarihi: 25.02.2018.

⁴¹⁶ Aynı görüşte bkz. Hakopian, Gurgen: "Criminalisation of EU Competition Law Enforcement – A possibility after Lisbon?", *The Competition Law Review*, Volume 7, Issue 1, 2010, s. 157-158.

Türk Rekabet Hukuku sistemi içerisinde, bizatihi olarak rekabet hukuku kurallarının ihlal edilmiş olması sebebiyle, ihlale sebep olan teşebbüsler ve onların yöneticileri hakkında cezai yaptırım uygulanmamaktadır⁴¹⁷. Ancak bu durumun istisnası olarak, rekabetin ihalelere danışıklı teklif verilmesi suretiyle ihlal edilmesi fiili gösterilmekte ve bu davranışı gerçekleştirenlerin ihaleye fesat karıştırma suçunu düzenleyen TCK'nın 235. maddesi kapsamında sorumlu olabilecekleri belirtilmektedir⁴¹⁸.

II) İDARİ TEDBİRLER, KARARLAR VE YAPTIRIMLAR

A) İhtiyati Tedbir Kararları

AB rekabet hukukunda Komisyon'un hangi hallerde ihtiyati tedbir kararı alabileceği, 2003/1 sayılı Tüzüğün 8. maddesinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre, Komisyon, pazardaki rekabet ortamının telafisi mümkün olmayacak bir şekilde zarar görme tehlikesinin bulunduğu durumlarda, “prima facie” (ilk görünüş ispatı) niteliğindeki tespitlere dayanarak ihtiyati tedbir kararı verebilecektir⁴¹⁹. Komisyon, ihtiyati tedbir kararını belirli bir süre ile sınırlamakla yükümlüdür; ancak belirlenen sürenin sonunda tedbir uygulanmasını gerektiren şartların varlığı halen devam ediyorsa ihtiyati tedbir süresi uzatılabilir⁴²⁰. Komisyon, ihtiyati tedbir uygulanmasına re'sen veya talep üzerine karar verebilir. Ancak Komisyon'un ilgililerin ihtiyati tedbir taleplerinin reddi yönünde verdiği kararların, ilgili maddenin kaleme alınış şekli itibariyle yargısal denetime açık olmadığı belirtilmektedir⁴²¹.

Rekabet Kurulu'nun rekabet ihlallerinin engellenmesi amacıyla hukuki tedbirlere başvurması nihai kararlar birlikte olabileceği gibi soruşturma aşamasında da mümkündür. Rekabet Kurulu'nun soruşturma sırasında vereceği bir ara karar ile ihtiyati tedbir

⁴¹⁷ Türk rekabet hukuku çerçevesinde detaylı bir ceza hukuku analizi için bkz. Özen, Muharrem: “Rekabet ve Ceza Hukuku”, 4054 sayılı RKHK ve Bu Kanunda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Taslak, Editör: Abdullahzade, Cavid, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2005, s. 235 vd.

⁴¹⁸ Ateş, Mustafa: “Rekabet Hukukunun Ceza Hukukuyla İlişkisi”, <https://www.rekabet.gov.tr>, Erişim Tarihi: 28.02.2018.

⁴¹⁹ 2003/1 Sayılı Tüzük, Madde 8/1.

⁴²⁰ 2003/1 Sayılı Tüzük, Madde 8/2.

⁴²¹ Gerardin/Farrar/Petit, s. 363.

uygulama yetkisinin bulunduğu, RKHK'nın 11. maddesinin 4. fıkrasında açıkça belirtilmiştir:

“Kurul, nihai karara kadar ciddi ve telafi olunamayacak zararların ortaya çıkma ihtimalinin bulunduğu durumlarda, ihlalden önceki durumu koruyucu nitelikte ve nihai kararın kapsamını aşmayacak şekilde geçici tedbirler alabilir.”

Bu hükme göre, Kurul tarafından yürütülen bir soruşturmada ihtiyati tedbir kararının verilebilmesi için, nihai karar alınana kadar soruşturmaya konu davranış sebebiyle ciddi ve telafi olunamayacak zararların doğması ihtimali bulunuyor olmalıdır. Bu kapsamda bir tespit yapılabilmesi için RKHK'nın 4, 6 ve 7. maddelerinin ihlal edildiğine yönelik olarak kuvvetli şüphe doğuran delillerin bulunması gerekmektedir⁴²². Öte yandan Kurul'un ihtiyati tedbir kararının, ihlalden önceki rekabet ortamını yeniden tesis edici ve nihai kararın kapsamını aşmayacak nitelikte olması gerekmektedir. Bir başka deyişle, uygulanan tedbir ile ilgili teşebbüsün ihlalden önceki durumundan daha iyi ya da daha kötü bir konuma getirilmesi söz konusu olamamalı; tedbir kararı, salt olarak ihlalden önceki pazar koşullarının yeniden tesis edilmesini amaçlamalıdır⁴²³. Nihai kararla ilgili teşebbüse hangi yükümlülükler getirilecekse, tedbir kararının kapsamı da bunlarla sınırlı olmalıdır⁴²⁴.

Her ne kadar RKHK'nın kurul kararlarına karşı yargı yolunu düzenleyen 55. maddesinde açıkça ifade edilmemiş olsa da doktrinde ve uygulamada, Kurul tarafından verilen ihtiyati tedbir kararlarına karşı iptal davası açılabileceği kabul edilmektedir⁴²⁵. Bu kapsamda

⁴²² Aynı yönde bkz. Aslan, Rekabet Hukuku Dersleri, s. 362; Rekabet Kurulu'nun bu noktada daha katı bir yaklaşım benimsediği görülmektedir. Zira Kurul'a göre geçici tedbir kararı verilebilmesi için rekabeti sınırlayan yasak bir davranışın mevcut olduğuna dair açık bir durumun varlığı aranmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. RKK No: 78/601-111, 13.08.1998.

⁴²³ Güven, Rekabet Hukuku Ders Kitabı, s. 365; Şiramun, s. 100.

⁴²⁴ Güven, Rekabet Hukuku, s. 365; Aslan, Rekabet Hukuku, s. 1278; Danıştay 10. Dairesi, Rekabet Kurulu'nun 03-45/522-M numaralı, 26.06.2003 tarihli soruşturması kapsamında vermiş olduğu ihtiyati tedbir kararı bakımından, söz konusu ihtiyati tedbir kararında, nihai karar ile hükmedilebilecek yükümlülüklerin aşılmış olması sebebiyle yürütmenin durdurulmasına karar vermiştir. D. 10. D, E.2003/5592, 09.03.2004. Güngördü, Abdulgani/ Koyuncu, Tuğçe: Danıştay İçtihatları Işığında Rekabet Kurulu Kararları, Ankara 2011, s. 61.

⁴²⁵ Günay, Rekabet Kanunu Şerhi, s. 1348-1353.

açılacak bir iptal davasında, yürütmenin durdurulmasının talep edilmesi de mümkündür⁴²⁶.

B) Para Cezaları

Rekabet ihlallerine yönelik yaptırımların belki de en önemlisi ve en etkilisi, teşebbüslere uygulanan idari para cezalarıdır. Çünkü bu yaptırım türü ile teşebbüsün yalnızca geçmişteki bir ihlali cezalandırılmamakta, aynı zamanda teşebbüs üzerinde geleceğe dönük olarak da caydırıcı bir etki yaratılmaktadır⁴²⁷. AB Rekabet Hukukunda hakim durumun kötüye kullanması halinde Komisyon tarafından uygulanacak olan para cezaları, 2003/1 sayılı Tüzük'ün 23. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemeye göre, ABİDA'nın 102. maddesini kasıtlı⁴²⁸ ya da kusurlu olarak ihlal eden teşebbüslere, bir önceki faaliyet yılı cirolarının % 10'una kadar para cezası uygulanabilecektir⁴²⁹. Para cezası için bu derece yüksek bir eşik belirlenmesinde, yukarıda belirtilen caydırıcılık amacı etkili olmuştur⁴³⁰.

Komisyon, para cezası miktarının belirlenmesinde, bu madde dahilinde geniş bir takdir yetkisine sahip olduğundan, Komisyon tarafından verilen kararlarda şeffaflığın ve tarafsızlığın sağlanabilmesi için ilave bir düzenlemeye ihtiyaç duyulmuştur. Bu kapsamda Komisyon, idari para cezalarının belirlenmesinde takip edilecek esasları detaylandıran bir kılavuz yayınlamıştır⁴³¹. Bu kılavuza göre cezanın belirlenmesinde, öncelikle ihlalin ağırlığı ve uygulandığı süre esas alınarak bir değerlendirme

⁴²⁶ Danıştay Onuncu Dairesi, Rekabet Kurulu'nun 26.06.2003 gün ve 03-45/522-M sayılı soruşturma kapsamında Göltaş Göller Bölgesi Çimento San. Ve Tic. A.Ş.'nin Özgür Çimento A.Ş.'ye uyguladığı klinker arz kısıtlamasına yönelik verdiği geçici tedbir kararı hakkında yasal şartların oluşmamış olması sebebiyle yürütmenin durdurulması kararı vermiştir. Bkz. Günay, Rekabet Kanunu Şerhi, s. 1350-1351.

⁴²⁷ Gerardin/ Farrar/Petit, s. 359.

⁴²⁸ Burada kasıttan anlaşılması gereken, ilgili teşebbüsün rekabetin kısıtlamak maksadıyla hareket etmiş olmasıdır, yoksa teşebbüsün düzenlemeleri ihlal etmek amacıyla hareket etmiş olması aranmamaktadır. Bkz. Jones/ Sufrin, s. 1096.

⁴²⁹ Komisyon, yıkıcı fiyat suretiyle hakim durumun kötüye kullanıldığını tespit ettiği Tetra Pak kararında, teşebbüsün bir önceki yıl cirosunun yaklaşık %2.2'si oranında, 75 milyon ECU (Avrupa Para Birimi) idari para cezası uygulanmasına karar vermiştir. Bkz. Case C-333/94, Tetra Pak II (1992), OJ L72/1; Yine yıkıcı fiyat ihlalinin tespit edildiği bir diğer karar olan Wanadoo kararında ise 10.35 milyon Euro idari para cezasına hükmedilmiştir. Bkz. Case COMP/38.233, Wanadoo Interactive (2003), OJ 2003 L 1.

⁴³⁰ Şiramun, s. 101.

⁴³¹ Guidelines On The Method Of Setting Fines Imposed Pursuant To Article 23(2)(a) of Regulation No 1/2003 (2006/C 210/02), www.europa.com, Erişim Tarihi: 11.02.2018.

yapılacaktır⁴³². Bu noktada dikkat edilmesi gereken bir diğer önemli husus, Komisyon tarafından verilecek cezanın Tüzük'ün 23. maddesinin 2. fıkrasında belirlenen üst limitleri aşamayacak olmasıdır. Bazı özel durumların varlığı halinde ise Komisyon tarafından verilecek ceza üzerinden indirim gidilebilecektir⁴³³.

RKHK'nın idari para cezası konusunda, mehz AB mevzuatında kullanılan usul ve yöntemleri benimsediği görülmektedir. RKHK'nın 16. maddesinin 4. fıkrasında, Kanunun 4, 6 ve 7'nci maddelerinde yasaklanmış davranışları gerçekleştirenlere, nihai kararın verildiği yıldan bir önceki mali yıl sonunda oluşan gayri safi gelirlerinin % 10'una kadar idari para cezası verileceği düzenlenmiştir. Ancak RKHK'da, AB hukukundan farklı olarak idari para cezasının uygulanması için kastın veya kusurun varlığı aranmamakta, salt olarak ihlalin gerçekleşmiş olması para cezası uygulanması için yeterli kabul edilmektedir⁴³⁴. Kastın varlığı ile kusurun ağırlığı ise, RKHK'nın 16. maddenin 5. fıkrası uyarınca Kurul tarafından para cezası tutarı belirlenirken dikkate alınacaktır⁴³⁵.

Ceza miktarının belirlenmesi konusunda, Rekabet Kurumu tarafından çıkartılan Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem Ve Kararlar İle Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik (Ceza Yönetmeliği)'ten faydalanılacaktır. Bu yönetmelik sayesinde, Kurul'un para cezası miktarının tayin edilmesi kapsamında sahip olduğu geniş takdir yetkisi sınırlandırılmış ve cezalandırma sürecinde şeffaflık sağlanmıştır. Ayrıca Ceza Yönetmeliği, verilecek para cezasının arttırılmasına veya indirilmesine sebep olacak ağırlaştırıcı ve hafifletici unsurları belirleyerek olumlu davranışları teşvik etmiş; olumsuz davranışlar yönünden ise caydırıcı bir etki sağlamayı amaçlamıştır⁴³⁶.

⁴³² Bkz. Guidelines On The Method Of Setting Fines, par. 2.

⁴³³ Teşebbüsün, Komisyon müdahalesinden hemen sonra ilgili ihlale son verdiğini ya da ihlalin, ihmal niteliğinde bir davranış sebebiyle meydana geldiğini ortaya koyan deliller ibraz ettiği haller ile ilgili teşebbüsün Komisyon'la etkin işbirliği yaptığı haller ve anti-rekabetçi davranışın kamu idareleri veya yasal düzenlemeler ile teşvik edildiği durumlar para cezasında indirim gidilebilecek haller olarak örneklendirilmiştir. Bkz. Guidelines On The Method Of Setting Fines, par. 29.

⁴³⁴ Buradaki açıklamamızdan, Kurul'un tespit ettiği her aykırılıkta idari para cezası uygulamak zorunda olduğu şeklinde bir çıkarım da yapılmamalıdır. Nitekim Kurul birçok kararında ihlali tespit etse dahi RKHK RKHK'nın 9. maddesinin 3. fıkrası uyarınca yalnızca görüş bildirmekle yetinmiştir. Örnek karar için bkz. RKK No: 05-10/81-30, Karar Tarihi: 10.02.2005.

⁴³⁵ Aslan, s. 1064.

⁴³⁶ Aslan, s. 1074.

Ceza Yönetmeliği uyarınca, Kurul tarafından öncelikle teşebbüsün piyasadaki iktisadi gücü ve ihlal sebebiyle oluşan veya oluşması muhtemel zararların ağırlığı değerlendirilecektir. Bu değerlendirmenin neticesinde somut olayın şartlarına uygun nitelikte bir temel para cezası belirlenecektir. Ceza Yönetmeliği'nin 5. maddesine göre, hakim durumun kötüye kullanılması şeklindeki ihlallerde temel para cezası, teşebbüsün bir önceki mali yıl sonunda oluşan gayri safi gelirinin % 0,5 ile % 3'ü arasında tayin edilecektir. Temel para cezasının belirlenmesinin ardından ihlalin uygulandığı süre yönünden bir değerlendirme yapılacak ve bir yıldan fazla süren ihlallerde temel para cezasında artırım yapılabilecektir. Son olarak Ceza Yönetmeliği'nin 6 ve 7. maddelerinde düzenlenen diğer ağırlaştırıcı ve hafifletici sebepler⁴³⁷ dikkate alınarak nihai ceza miktarı tayin edilecektir⁴³⁸.

RKHK'nın 16. maddesinin 5. fıkrasında, ihlalin oluşumunda belirleyici bir rol oynamaları halinde, teşebbüslerin yöneticilerine veya çalışanlarına da teşebbüs için verilen para cezasının yüzde beşine kadar idari para cezası verilebileceği düzenlenmiştir. Yönetmeliğin 8. maddesinde ise anılan kanun maddesi yönünden bir sınırlamaya gidilerek, rekabeti sınırlayıcı anlaşma ve uyumlu eylemlerde belirleyici etkisi bulunan yöneticiler açısından verilecek cezanın yüzde üç ile yüzde beşi arasında olacağı düzenlenmiştir. Hakim durumun kötüye kullanılması şeklindeki davranışlar yönünden ise bir alt sınır belirlenmemiştir. *Aslan*, Ceza Yönetmeliğinde RKHK'da olmamasına rağmen bazı nispi para cezaları yönünden alt sınır belirlenmesinin, Kurul'un kendisini bir alt sınırla bağlamasına yol açtığını belirtmekte; bu durumun Yönetmeliğin iptalini

⁴³⁷ Ağırlaştırıcı Unsurlar Madde 6- (1) Temel para cezası, a) İhlalin tekerrürü halinde, her bir tekrar için, b) Soruşturma kararının tebliğinden sonra kartelevat devam edilmesi halinde, yarısından bir katına kadar arttırılır. (2) Temel para cezası, a) Kanununun 4 üncü veya 6 ncı maddeleri kapsamında ortaya çıkan rekabet sorunlarının giderilmesine yönelik olarak verilen taahhütlere uyulmaması halinde, yarısından bir katına kadar, b) İncelemeye yardımcı olunmaması halinde yarısına kadar, c) Diğer teşebbüslerin ihlale zorlanması gibi hallerde dörtte bir kadar, arttırılabilir. "Hafifletici Unsurlar Madde 7- (1) Temel para cezası, yasal yükümlülüklerin yerine getirilmesi haricinde incelemeye yardımcı olunması, ihlalde kamu otoritelerinin teşvikinin veya diğer teşebbüslerin zorlamasının bulunması, zarar görenlere gönüllü olarak tazminat ödenmesi, diğer ihlallere son verilmesi, ihlal konusu faaliyetlerin yıllık gayri safi gelirler içerisindeki payının çok düşük olması gibi haller ilgili teşebbüs veya teşebbüs birliği tarafından ispatlanırsa, dörtte bir ile beşte üç arasında indirilebilir."

⁴³⁸ Rekabet Kurulu'nun yıkıcı fiyat ihlali sebebiyle verdiği para cezalarına örnek olarak; Türk Telekom kararında, 1.136.376,80 TL, TDİ kararından ise 5.800 TL idari para cezası uygulanmıştır. Verilen para cezaları arasında bu derece fark olması, Kanun'da nispi bir hesaplama yönteminin belirlenmiş olmasından kaynaklanmaktadır. Nispi yöntem, uygulanacak para cezasını teşebbüsün ekonomik büyüklüğüne göre kişiselleştirdiğinden tarafımızca da rekabet hukukunun yapısına uygun bir yaptırım türü olarak görülmektedir. İlgili kararlar için bkz. RKK No: 12-10/328-98, 08.03.2012; RKK No: 10-45/801-264, 24.06.2010.

gerektirdiğini ileri sürmektedir⁴³⁹. Gerçekten de RKHK'da nispi para cezalarına ilişkin olarak bir alt sınır belirlenmemiş olup, Kanunla düzenlenmeyen bir alana Yönetmelik ile sınırlama getirilmiş olmasının isabetli olmamıştır.

C) İhlale Son Verme

Rekabet otoriteleri, rekabeti sınırlayan eylem ve işlemler hakkında yürüttükleri soruşturmalar neticesinde verdikleri kararlar ile esas itibariyle ihlalden önceki rekabet ortamının yeniden tesis edilmesini amaçlamaktadırlar. Bu amacın gerçekleştirilebilmesi için de yapılan yargılama neticesinde sorumlu bulunan teşebbüslere, rekabet otoriteleri tarafından yapma veya yapmama şeklinde çeşitli emir ve talimatların verilmesi söz konusu olacaktır. Böylelikle ilgili teşebbüslerin rekabet ortamını bozucu nitelikteki davranışları pazardan men edilmesi amaçlanmaktadır. Ancak bu noktada belirtmek gerekir ki teşebbüslere verilecek emir ve talimatlar, eskisinden daha canlı bir rekabet ortamının tesis edilmesi için bir araç olarak kullanılmamalıdır⁴⁴⁰. İhlale son verilmesine ilişkin olarak tesis edilen bir kararla, salt olarak ihlalden önceki rekabet ortamına dönülmesi amaçlanmalıdır.

Nitekim AB Rekabet Hukuku mevzuatında bu alanı düzenleyen 2003/1 Sayılı Tüzük'ün 7. maddesi uyarınca ABİDA'nın 101 ve 102. maddelerinin ihlâl edildiğinin tespit edilmesi halinde, Komisyon ilgili teşebbüsten ihlale sebep olan eylem veya işlemlerine son vermesini talep etme yetkisine sahiptir⁴⁴¹. Komisyon bu bağlamda yapısal veya davranışsal tedbirler⁴⁴² uygulanmasına karar verebilir, ancak her hâlükârda uygulanacak olan tedbirin tespit edilen ihlal ile orantılı olması gerekmektedir⁴⁴³. Komisyon, yapısal yaptırımları ancak söz konusu ihlalin giderilmesi için davranışsal tedbirler yeterli olmadığında kullanabilir. Zira yapısal tedbirler, davranışsal tedbirlere göre, teşebbüsler ve pazar üzerinde çok daha ciddi etkiler yaratmaktadır. Ayrıca yine Komisyon

⁴³⁹ Aslan, s. 1074-1075.

⁴⁴⁰ Aslan, s. 1156.

⁴⁴¹ 2003/1 Sayılı Tüzük, m. 7.

⁴⁴² Yapısal tedbirler, işletme veya işkolunun devri gibi, ilgili teşebbüslere mal varlığı devri yükümlülüğü yükleyen ve pazarın yapısında değişikliğe yol açmaktadır. Davranışsal tedbirler ise, teşebbüsün piyasada davranışlarına ilişkin hükümlerle pazarın yapısında değişikliğe yol açmadan, anti-rekabetçi (rekabet karşıtı) etkiyi ortadan kaldırmaya yöneliktir. Bkz. Rekabet Terimleri Sözlüğü, s. 78.

⁴⁴³ Geradin/Layne-Farrar/Petit, s. 358.

uygulanmasında görülen bir diğerk tedbir, ihlale sebep olan teşebbüsten spesifik birtakım bilgileri kamuya açıklanmasının talep edilmesidir⁴⁴⁴.

Türk Rekabet Hukuku'nda ise RKHK'nın 9.maddesinin 1. fıkrasında Kurul tarafından, rekabetin tesisi ve ihlalden önceki durumun korunması için yerine getirilmesi ya da kaçınılması gereken davranışları kapsayan bir kararın, ilgili teşebbüslere bildirileceği düzenlenmiştir. Bu kapsamda Kurul, rekabet ihlallerinin sona erdirilmesi için her türlü davranışsal tedbiri uygulamaya yetkilidir⁴⁴⁵. Kurul'un uygulayacağı davranışsal tedbirlerin, kendi içerisinde yasaklayıcı ve düzenleyici tedbirler olarak ikiye ayrıldığı görülmektedir⁴⁴⁶. Yasaklayıcı tedbirlere örnek olarak, yıkıcı fiyat uygulayan bir teşebbüsün maliyet altında satış yapmasının yasaklanması gösterilebilecektir. Düzenleyici nitelikteki tedbire örnek olarak ise teşebbüslere sözleşme yapma yükümlülüğünün getirilmesi gösterilebilir⁴⁴⁷.

Türk Rekabet Hukuku düzenlemeleri mehz AB mevzuatından ayrılarak, yapısal anlamda tedbirler alma ve uygulama noktasında Kurul'a açıkça bir yetki vermemiştir. Bu durum gerek doktrinde gerekse uygulamada, Kurul'un pazarın yapısını değiştirebilecek nitelikte yapısal tedbirler alma yetkisinin bulunup bulunmadığı konusunda tartışmalara yol açmıştır. Rekabet Kurulu, TTAŞ (İSS) kararında yapısal tedbirler alma konusunda tam yetkili olduğu şeklinde bir değerlendirme yapmıştır⁴⁴⁸. Kurul'un bu kararı, doktrinde RKHK'da açıkça tanınmayan bir yetkiyi kendisinde görmesi anlamına geleceğinden bahisle eleştirilmiştir⁴⁴⁹. Kanımızca Kurul'un mevcut yasala düzenlemeler uyarınca yapısal tedbirler uygulama yetkisi bulunmamaktadır⁴⁵⁰. Zira Anayasa'da koruma altına alınmış bulunan mülkiyet hakkına müdahale etme yetkisi veren bir konunun, muhakkak kanunda açıkça düzenlenmiş olması gerekmektedir. Nitekim 2014 yılında TBMM'ye sunulan Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun

⁴⁴⁴ Örnek komisyon kararları için bkz.; Case Coms.F.1./35.918, 2000.; Case OJ L 69 OF (2002); Case Coms.IV/25.757, Hasselblad (1981); Case OJ L 161 OF (1982), www.europa.com, Erişim Tarihi: 13.02.2018.

⁴⁴⁵ Öztunalı, s.194.

⁴⁴⁶ Bozkuş, Sinan: Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Durumunda Uygulanan Tedbirler, Rekabet Kurumu, Uzmanlık Tezleri Serisi No:100, Ankara 2009, s. 34-35.

⁴⁴⁷ Bozkuş, s. 66.

⁴⁴⁸ RKK No: 02-60/755-305, 02.10.2002.

⁴⁴⁹ Bozkuş, s. 66.

⁴⁵⁰ Aynı yönde bkz. Aslan, Rekabet Hukuku, s. 1156.

Tasarısı'nın⁴⁵¹ ("Tasarı") RKHK'nın mevcut 9. maddesinin 1. fıkrasını aşağıdaki şekilde değiştirmeyi teklif etmiş olması da bu görüşümüzü destekler niteliktedir;

"Kurul, 4 üncü, ve 6 ncı veya 7 nci maddelerin ihlal edildiğini tespit ederse, ilgili teşebbüs veya teşebbüs birliklerine rekabetin tesisi için yerine getirilmesi ya da kaçınılması gereken davranışları ve teşebbüslerin belirli faaliyetlerini yahut ortaklık paylarını devretmeleri gibi yapısal tedbirleri nihai kararında bildirebilir."

Öte yandan RKHK'nın 9. maddesinin 3. fıkrasında Kurul'un, birinci fıkra kapsamında karar almadan önce, ilgili teşebbüslere bahse konu ihlali ne şekilde sonlandıracaklarına ilişkin görüş bildireceği düzenlenmiştir. Ancak Kurul tarafından bu kapsamda yapılacak bir bildirim, RKHK kapsamında ihlalin gerçekleştiğini anlamına da gelmeyecektir⁴⁵². Bahse konu düzenleme ile esas itibariyle rekabet hukukunda uzlaşma ve sulh mekanizmasının işletilmesinin amaçlanmaktadır⁴⁵³.

D) Menfi Tespit Kararı

Teşebbüsler kimi dönemlerde, belirliliği ve hukuki güvenliği sağlamak için gerçekleştirdikleri davranış ve işlemlerin rekabet hukuku düzenlemelerine aykırı olmadığına ilişkin olarak rekabet otoritelerinden bir tespit kararı almak isteyebilirler⁴⁵⁴. Nitekim AB rekabet hukukunda Komisyon'un, 2003/1 sayılı Tüzük'ün 10. maddesi kapsamında, hakim durumla ilgili olarak bildirici nitelik taşıyan bir hukuka uygunluk kararı vermesi mümkündür⁴⁵⁵. Komisyon, talep üzerine karar alabileceği gibi kamu yararının söz konusu olduğu durumlarda re'sen de hukuka uygunluk kararı alıp, ilgililere bildirebilir⁴⁵⁶.

⁴⁵¹ Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı, <http://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0636.pdf>, Erişim Tarihi: 07.04.2018.

⁴⁵² Günay, Rekabet Kanunu Şerhi, s. 1348.

⁴⁵³ Gürkaynak, Gönenç; "AB Rekabet Hukuku Uygulamasında Komisyon ve Teşebbüsler Arasında Uzlaşma ve Sulh", Perşembe Konferansları (18), Rekabet Kurumu, 2004, s. 65 vd.

⁴⁵⁴ Güven, Rekabet Hukuku, s. 632.

⁴⁵⁵ Güven, Rekabet Hukuku, s. 632.

⁴⁵⁶ Detaylı bilgi için bkz. Ersoy, Çiçek: "Avrupa Topluluğu Rekabet Usul Hukuku Reformu (Avrupa Topluluğunu Kuran Anlaşmanın 81. ve 82. Maddelerinin Uygulanmasına İlişkin 1/2003 Sayılı Tüzük)." Rekabet Dergisi, Sayı 16 (2003), s. 18-20.

Rekabet Kurulu ise kendisine gelen bir başvuru üzerine, RKHK'nın 8. maddesi uyarınca bir davranışın ya da işlemin Kanununun 4, 6 ve 7. maddelerine aykırı olmadığını gösteren bir menfi tespit belgesi düzenleyerek, bu belgeyi başvuru sahibine verebilir. Aynı maddenin ikinci fıkrasına göre, kanunda aranan şartların varlığı halinde Kurul, söz konusu davranış ya da işlemin aykırılık teşkil etmediğine ilişkin görüşünden her zaman dönebilecektir. Kurul'un menfi tespit kararından hangi hallerde dönebileceği RKHK'nın 13. maddesinde şu şekilde sıralanmıştır: 1-) Menfi tespit kararının verilmesine esas teşkil eden olayda bir değişiklik olması, 2-) Karara bağlanan şartların veya yükümlülüklerin yerine getirilmemesi, 3-) Kurul'un verdiği kararın yanlış veya eksik bilgiye dayanması. Bu hallerden herhangi birinin varlığı halinde Kurul, menfi tespit kararını geri alabilecektir. Kurul'un geri alma kararı yukarıda sayılan ilk halde değişiklik tarihinden, diğer hallerde ise menfi tespit kararının verildiği tarihten itibaren geçerli olacaktır. Menfi tespit kararından dönülmesi halinde, ilgili teşebbüse Kurul'un görüş değiştirdiği tarihe kadar olan dönem için idari bir yaptırım uygulanmayacaktır. Kurul'a verilen yanlış veya eksik bilginin ilgili teşebbüsün hile veya kastından kaynaklanması durumunda ise menfi tespit kararı hiç alınmamış sayılacaktır. Böyle bir durumda menfi tespit kararı para cezasından koruma sağlamayacak olup Kurul, menfi tespit kararından döndüğü tarihten önceki dönem için de ilgili teşebbüse idari para cezası uygulayabilecektir⁴⁵⁷.

RKHK'nın 55. maddesinde açıkça yer almasa da menfi tespit kararı talebinin Kurul tarafından reddedilmesi halinde, bu karara karşı yargı yoluna başvurulması mümkündür⁴⁵⁸. Nitekim Danıştay önüne gelen bir olayda, menfi tespit talebinin reddi kararının iptali amacıyla yapılan başvuruyu incelemeye tabi tutarak karara bağlamıştır.⁴⁵⁹

⁴⁵⁷ Aslan, Rekabet Hukuku Dersleri, s. 366.

⁴⁵⁸ Aslan'a göre menfi tespit kararı aleyhine yargı yoluna başvurulmaması gerekmektedir, bundan zarar görenler varsa Rekabet Kurulu'na başvurarak soruşturma açılmasını talep edebilir. Aslan'a göre ancak şarta bağlı olarak verilen menfi tespit kararları sebebiyle yargı yoluna başvurulabilir. Bkz. Aslan, Rekabet Hukuku, s. 1280-1281.

⁴⁵⁹ D. 10. D, E.2002/693, K.2003/5295, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

III) HUKUKİ YAPTIRIMLAR

A) Genel Olarak

Rekabet hukuku kurallarının hakim durumun kötüye kullanılması şeklindeki davranış ve işlemlerle ihlal edilmesinin özel hukuk alanında da sonuçları olacaktır. Bu sonuçlardan ilki geçersizlik yaptırımıdır. Zira hakim durumun kötüye kullanılması bir hukuki işlem vasıtası ile gerçekleşmiş ise bu işlemin tamamı veya bir bölümü hukuken geçersiz kabul edilecektir. Özel hukuk alanında görülen bir diğer sonuç, ihlal nedeniyle zarara uğrayanlar tarafından adli mahkemeler nezdinde açılacak olan tazminat davalarıdır. Bu yönde açılan bir davanın mahkeme tarafından kabul edilmesi halinde, ihlali gerçekleştiren teşebbüs, mahkeme kararında hükmedilen tazminat tutarlarını davacıya ödemek durumunda kalacaktır.

Mevzuat ABİDA'da özel hukuk alanındaki sonuçlardan yalnızca geçersizlik yaptırımı hakkında bir düzenlemeye yer verilmiş olup; tazminat davaları konusunda ise sessiz kalınmıştır. ABİDA'nın bu şekilde bir yöntem izleyerek, tazminat davalarının üye devletlerin yasal düzenlemeleri uyarınca ulusal mahkemeler nezdinde çözülmesini amaçlamıştır. Bu yaklaşım, topluluk içerisinde farklı uygulamalara sebep olunabileceği ve özel hukuka ilişkin sonuçlar yönünden bir standart yakalanamayacağı endişesiyle eleştirilmiştir⁴⁶⁰. Neticede bu eleştiriler haklı çıkmış ve Avrupa Birliği bünyesinde tazminat davaları bakımından yeknesak uygulama ve hedeflenen etkinlik sağlanamamıştır. Bu bağlamda 2014 yılında, Rekabet Hukuku İhlallerinden Kaynaklanan Tazminat Davalarına Dair 2014/104 sayılı Direktif ("Direktif") çıkartılmıştır. Direktif ile rekabetin ihlal edilmesi sonucunda mağdur olan kişilerin uğradıkları zararların tamamen tazmin edilmesi, zarara uğrayanlara AB içerisinde eşit korumanın sağlanması ve iç pazarda etkin rekabetin korunması amaçlanmaktadır⁴⁶¹. Direktif bu amaçların gerçekleştirilebilmesi için etkililik (effectiveness) ve eşdeğerlilik (equivalence) ilkelerini benimsemiştir⁴⁶². Direktif'in 4. maddesi uyarınca ulusal düzenlemeler, rekabet hukuku

⁴⁶⁰ Aslan, AT Rekabet Hukuku, s. 260.

⁴⁶¹ Önal, H. Emre/ Kesici, Buğra: "Rekabet Hukukunun İhlalinden Kaynaklanan Tazminat Davalarına Dair 2014/104 Sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Direktifi", LHD, c. 13, S. 148, İstanbul 2015, s. 85.

⁴⁶² Önal/Kesici, s. 86.

ihlalden kaynaklanan zararların tam tazminine yönelik olarak AB tarafından sağlan hakların kullanılmasını uygulamada imkânsız veya aşırı derecede zorlaştıramazlar. Yine anılan madde uyarınca ulusal hukukun rekabet hukuku ihlalleri için öngördüğü kanun ve usuller, ulusal hukukta benzer ihlalleri için öngörülen diğer kanun ve usullerden daha az elverişli olmayacaktır⁴⁶³. Üye ülkelerin, Direktifin 21. maddesi uyarınca, Direktif'le birlikte getirilen değişiklik ve iyileştirmeleri kendi hukuk sistemlerine dahil etmesi gerekmektedir.

RKHK ise rekabetin sınırlanmasının özel hukuk alanındaki sonuçları olan geçersizlik yaptırımı ve tazminat davalarını, kanunun beşinci kısmında dört madde altında düzenlemiştir. RKHK düzenlemelerinin büyük oranda Borçlar Hukuku ilkelerini takip ettiği görülmekle birlikte, TBK 81.maddesinin (BK m. 65) uygulanmaması, tazminat davalarında tazminat miktarının hesaplanması ve haksız fiilin konusunu oluşturan uygulamaların ispatlanması hususlarında genel ilkelerden uzaklaştığı görülmektedir⁴⁶⁴.

B) Geçersizlik Yaptırımı

RKHK'nın geçersizlik yaptırımını düzenleyen 56. maddesinde, RKHK'nın 4. maddesine aykırı anlaşma ve kararlar geçersiz olarak kabul edilmiş; RKHK'nın 6. maddesine aykırı anlaşmalardan ise söz edilmemiştir. Bu noktada RKHK'nın 56. maddesinde, RKHK'nın 6. maddesine aykırı işlemlerden bilinçli bir şekilde bahsedilmediği kanaatindeyiz. Zira TBK'nın 27. Maddesine göre, Kanunun emredici hükümlerine aykırı anlaşmalar geçersizdir. Yani RKHK'da geçersiz olacağına yer verilmiş olsun ya da olmasın, RKHK'da yer alan yasaklara aykırı nitelikteki bir hukuki işlemin genel hükümler uyarınca geçersizliğine gidilmesi her hâlükârda mümkündür⁴⁶⁵. RKHK'nın, 4. maddeye aykırı işlem ve kararların geçersizliği yönünden özel bir düzenlemeye yer vermiş olması ise, bu madde yönünden farklı bir sistematige ihtiyaç duyulmuş olmasından kaynaklanmıştır. Mevcut düzenleme uyarınca, RKHK'nın 4. maddesine aykırı işlem ve kararların otomatik geçersizliği söz konusudur. Oysa bu maddede düzenlenen otomatik

⁴⁶³ Önal/Kesici, s. 100.

⁴⁶⁴ Aksoy, M. Nazlı: Rekabetin Korunması Hakkında Kanuna Aykırılığın Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları, Rekabet Kurumu, Uzmanlık Tezleri Serisi No:52, Ankara 2004, s. 7.

⁴⁶⁵ Aksoy, s. 36; Öz, s. 191.

geçersizliğin, RKHK'nın 6. maddesi kapsamında gerçekleşen aykırılıklar için uygulanması hakkaniyete aykırı durumlara yol açabilecektir⁴⁶⁶. Bu konuda doktrinde verilen bir örneğin⁴⁶⁷ konuyu daha net bir şekilde açıklayacağı kanaatindeyiz: Verilen örnekte, Hakim durumdaki işletmeden mal alabilmek amacıyla bir takım ek yükümlülüklerle katlanan bir işletme söz konusudur ve taraflar arasında satış sözleşmesinin imzalanması ile birlikte hakim durumun kötüye kullanılması yasağını ihlal edilmiş olacaktır. Böyle bir durumda, taraflar arasında yapılan sözleşmenin RKHK 56. maddesi uyarınca otomatik olarak geçersiz kılınması halinde, kötüye kullanmanın mağduru konumunda olan işletmeye mal tedarikinin önü kesilerek bir mağduriyet daha yaşatılmış olacaktır. Oysa bu örnekte uygun olacak yaptırım, alım-satım sözleşmesinin yalnızca kötüye kullanma niteliğindeki hükümlerini geçersiz kılacak kısmi butlandır. Bu sebeple RKHK'nın 6. maddesine aykırı işlemlerin geçersizliği noktasında, somut olayın şartları da dikkate alınarak genel hükümlerden faydalanmak daha isabetli olacaktır⁴⁶⁸.

Geçersizlik yaptırımını yıkıcı fiyat özelinde değerlendirecek olursak, yıkıcı fiyat uygulamasının ilk aşamasında yani fiyatların maliyetlerin altında olduğu dönemde gerçekleştirilen bir hukuki işlemin geçersiz sayılması, müşteriler ve tüketiciler aleyhine bir durumun oluşmasına sebep olabilecektir. Zira bu dönemde müşteriler ve tüketiciler, ürünleri rekabetçi fiyatlarında altında bir fiyat üzerinden satın almışlardır. Bu nedenle, bu aşamada yıkıcı fiyat uygulaması çerçevesinde gerçekleştirilen bir hukuki işlemin geçersiz kabul edilmesinin isabetli olmayacağı kanaatindeyiz. Yıkıcı fiyat uygulaması bakımından geçersizlik yaptırımının söz konusu olabilmesi için hasat döneminin varlığı gerekmektedir. Hasat döneminin varlığı önceki bölümlerde açıklandığı üzere, yıkıcı fiyatın bir unsuru değildir. Ancak yıkıcı fiyat uygulayan teşebbüs, bu uygulama neticesinde hasat yapma imkanına ulaşmış ise pazarda tekeli satış fiyatları söz konusu olacaktır. Bu nedenle tekeli fiyatların uygulandığı dönemde gerçekleştirilen hukuki işlemlerin geçersiz olarak kabul edilmesi hem müşterilerin hem de tüketicilerin menfaatine olacaktır.

⁴⁶⁶ Aslan, Rekabet Hukuku, s. 309.

⁴⁶⁷ Aslan, Rekabet Hukuku, s. 309.

⁴⁶⁸ Aksi yönde bkz. Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, s. 440.

Ayrıca geçersizlik yaptırımının bir sonucu olarak, taraflar geçersiz bir hukuki işlemde kaynaklanan borçların ifasını talep edemeyeceklerdir. Ancak, geçersizliği tespit edilen hukuki işlem sebebiyle tarafların yerine getirmiş oldukları edimler mevcutsa, bunlar hakkında TBK'nın sebepsiz zenginleşme halinde iade prosedürünü düzenleyen hükümleri uygulanabilecektir⁴⁶⁹. Ayrıca RKHK'nın 56. maddesinin 2. fıkrası uyarınca, rekabet hukukundan kaynaklı geçersizlik hallerinde, TBK'nın 81. maddesinin geri istenememe hakkındaki düzenlemesine bir istisna getirilmiştir. Şöyle ki TBK'nın anılan madde hükmü uyarınca, hukuka veya ahlaka aykırı bir sonucun gerçekleşmesi amacıyla verilen şey geri istenmemektedir. Ancak bu düzenleme, RKHK'nın 56. maddesi kapsamına giren geçersizlik hallerinde uygulama alanı bulmayacaktır⁴⁷⁰.

AB Rekabet Hukukunda, ilgili hukuki işlemin geçersiz olduğu iddiası, genellikle konusu rekabet hukukuna aykırılık iddiasından başka talepleri içeren davalarda ileri sürülecektir. Bu duruma, hukuki işlemde kaynaklanan bir yükümlülüğün ifa edilmediği iddiasıyla açılan dava sırasında geçersizliğin ileri sürülmesi, örnek olarak gösterilebilir⁴⁷¹.

C) Tazminat Davaları

1. Tazminat esasları

RKHK'nın 57. maddesi uyarınca, hakim durumun kötüye kullanılması yasağına aykırı bir davranışta bulunduğu tespit edilen teşebbüs veya teşebbüs birlikleri, bu davranış sebebiyle zarar görenlerin her türlü zararını karşılamakla yükümlüdür. RKHK'nın bu düzenleme ile teşebbüslere getirmiş olduğu sorumluluk, esas itibariyle TBK'nın genel hükümler başlığı altında düzenlemiş olduğu haksız fiil sorumluluğu kapsamında değerlendirilmelidir. Zaten RKHK böyle bir düzenleme getirmemiş olsaydı dahi, ilgili yasal düzenlemeleri kusuru ile ihlal ederek üçüncü şahısların zarar görmesine yol açan teşebbüslerin genel hükümler uyarınca haksız fiil sorumluluğuna başvurulabilirdi. Ancak görüldüğü üzere kanun koyucu, rekabet ihlallerinin kendine özgü yapısı sebebiyle bu alanı RKHK'da da ayrıca düzenleme ihtiyacı duymuştur. Nitekim RKHK'nın 57. ve

⁴⁶⁹ Günay, Rekabet Kanunu Şerhi, s. 1539 – 1540.

⁴⁷⁰ Güven, Rekabet Hukuku Dersleri, s. 409.

⁴⁷¹ Öz, s. 193.

devamı maddelerinde getirilmiş bulunan özel nitelikteki düzenlemeler ile tazminatın hesaplanması ve haksız fiilin ispatlanması konularında, haksız fiil sorumluluğunun TBK’da düzenlenen genel ilkelerinden uzaklaşıldığı görülmektedir. Doktrindeki bir görüş, genel kanunlarla halledilebilecek hususların RKHK altında özel olarak düzenlenmiş olmasını hatalı bir yaklaşım olarak ifade etmektedir⁴⁷².

Rekabet hukuku düzenlemelerine aykırı bir davranış sebebiyle haksız fiil sorumluluğunun doğması için hangi şartların gerekli olduğu RKHK’da özel olarak düzenlenmemiştir. Bu sebeple böyle bir tespitte bulunulabilmesi için, öncelikle haksız fiil sorumluluğunun TBK’da sayılan unsurları incelenmelidir: Bu unsurlar hukuka aykırı fiil, kusur, illiyet bağı ve zarardır.

Haksız fiil sorumluluğunda hukuka aykırı fiil şartının gerçekleşmiş olduğunun kabul edilebilmesi için, söz konusu fiilin genel bir davranış kuralını ihlal etmiş gerekmektedir⁴⁷³. Burada bahsedilen hukuka aykırı davranış yasak öngören bir hukuk kuralının ihlal edilmesi şeklinde olumlu bir davranış olabileceği gibi bir şeyin yapılmasını emreden bir hukuk kuralının gereğini yerine getirilmeyerek hareketsiz kalınması gibi olumsuz bir davranış olarak da karşımıza çıkabilecektir. Hukuka aykırı fiil unsurunun rekabet hukukundaki yansıması ise RKHK’nın 4, 6 ve 7. maddelerinde öngörülen yasakların ihlal edilmesidir. İhlalin varlığının ispatlanması hususunda Rekabet Kurulu kararı önemli bir rol oynayacaktır.

Haksız fiil sorumluluğunun bir diğer unsuru olan kusur, Türk Borçlar Hukuku öğretisinde, hukuka aykırı sonucu istemek (kast) veya bu sonucu istememiş olmakla beraber hukuka aykırı davranıştan kaçınmak için iradesini yeter derecede kullanmamak (ihmal) şeklinde ifade edilmektedir⁴⁷⁴. Görüldüğü üzere kusur iki farklı şekilde karşımıza çıkmaktadır. Failin kasıtlı olması için davranışının hukuka aykırı olduğunun bilincinde ve isteğinde olması yeterlidir; ayrıca zararın öngörülmüş olması aranmayacaktır. İhmalde ise iki farklı ayrıma gidilmiş olup, failin kendi niteliklerine sahip kişilerin göstereceği

⁴⁷² Aslan, Rekabet Hukuku Dersleri, s. 310.

⁴⁷³ Oğuzman, Kemal/Öz, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 2, 11. Baskı, İstanbul 2014, s. 14; Eren, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 16. Baskı, Ankara 2017, s. 516; Reisoğlu, Safa: Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18. Baskı, İstanbul 2014, s. 164.

⁴⁷⁴ Tekinay, Selahattin Sulhi /Akman, Sermet /Burcuoğlu, Haluk / Altop, Alattin: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul 1993, s. 570 vd.; Oğuzman/ Öz, s. 53.; Eren, s. 110.

dikkat ve özeni göstermediği durumlarda ağır ihmalinin, yalnızca dikkatli ve özenli kişilerin göstereceği dikkat ve özeni göstermediği durumlarda ise hafif ihmalinin bulunduğu kabul edilmektedir⁴⁷⁵. Rekabet Hukuku bağlamında yapılacak bir kusur değerlendirmesinde de genel hükümlerden faydalanılarak teşebbüslerin kusurlu olup olmadıklarına karar verilecektir. Kusur konusunda değinilmesi gereken bir diğer nokta, mahkemelerin Kurul kararında yer alan değerlendirmelerle bağlı olup olmadığı hususudur. *Aslan*'a göre mahkemeler, Kurul kararlarında yer alan “kast”, “kusur” ve “ağır kusur” gibi tespitlere itibar etmemeli ve önlerine gelen tazminat davalarında bunların gerçekleşip gerçekleşmediğine kendileri karar vermelidirler⁴⁷⁶.

Haksız fiil sorumluluğundan kaynaklı olarak tazminat talep edilebilmesi için, hukuka aykırı fiil sebebiyle zarara uğranıldığıının muhakkak mahkemeler nezdinde ispat edilmesi gerekmektedir. RKHK'nın 57. maddesinde, açılacak olan tazminat davasında davacılar tarafından her türlü zararın istenebileceği düzenlenmiş bulunmaktadır. Anılan maddede yer alan her türlü zarar ifadesinin kapsamına maddi tazminatın yanında manevi tazminatın da girip girmediği hususu doktrinde tartışma konusu olmuştur. Nitekim doktrindeki hakim görüş, zararın kapsamına manevi zararların da dahil edilmesi gerektiği yönündedir⁴⁷⁷. Bu görüşe göre, rakipleri dışlayıcı nitelikteki teşebbüs davranışları ve buna benzer rekabet ihlalleri, rakiplerin ekonomik faaliyetleri kadar iç huzurları, girişim özgürlükleri ve cesaretlerini de menfi olarak etkilemektedir⁴⁷⁸. Aksi görüşteki yazarlar, rekabetin sınırlanmasından kaynaklanan zararların malvarlığına ilişkin olduğunu, bu nedenle rekabet hukuku düzenlemelerinin ihlali sebebiyle açılan tazminat davalarında manevi zararların talep edilemeyeceğini ifade etmektedirler⁴⁷⁹. Bizim görüşümüze göre de manevi zararlar, RKHK düzenlemelerinin ihlali sebebiyle talep edilebilecek zararlar

⁴⁷⁵ Oğuzman, Öz, s. 53.

⁴⁷⁶ Aslan, Rekabet Hukuku Dersleri, s. 318.

⁴⁷⁷ Gürzumar, Osman Berat: “Özel Hukuk Açısından 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun”, ve Bu Kanun'da Değişiklik Yapılmasına İlişkin Taslak” (Sempozyum Bildiriler Kitabı), Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2006, s. 165; Tekinalp, Ünal: “Rekabetin Sınırlanması ve Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Yasağına Aykırılığın Özel Hukuka İlişkin Sonuçları”, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-III, Ankara, 2005, s. 260; Aslan, Rekabet Hukuku Dersleri, s. 314.; Güven, Rekabet Hukuku, s. 756; Özsunay, s. 236; Aksoy, s. 51.

⁴⁷⁸ Aslan, Rekabet Hukuku Dersleri, s. 314.

⁴⁷⁹ Kesici, Buğra: Rekabet Hukukunun İhlalinden Kaynaklanan Haksız Fiil Sorumluluğu, İstanbul 2017, s. 187; Akıncı, Ateş; Mukayeseli Hukuk Açısından Amerikan Ve Avrupa Topluluğu Hukukunda Rekabetin Yatay Kısıtlanması, Rekabet Kurumu, Lisansüstü Tez Serisi No: 5, Ankara 2001, s. 389; Sanlı, Kerem Cem; Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları: Genel Bakış ve Sorunlar ve Çözüm Önerileri Sempozyumu, İstanbul 2013, s. 40-41.

kapsamına dahil edilmelidir. Kaldı ki; rekabet ihlallerinin özel hukuk yönünden denetimini arttırmak amacıyla üç kat tazminat gibi Türk tazminat hukukuna yabancı bir uygulamayı kabul eden RKHK'nın, yine aynı amaçla hareket ederek manevi zararları da talep edilebilecek zararlar kapsamına dahil etmiş olması beklenir. Öte yandan zararın belirlenmesinde RKHK'nın 58. maddesinin 1. fıkrası uyarınca zarar gören teşebbüslerin geçmiş yıl bilançolarından faydalanılabileceği kabul edilmiştir.

Haksız fiil sorumluluğu kapsamında incelenmesi gerekli olan bir diğer unsur, illiyet bağıdır. İlliyet bağına varlığı için hukuka aykırı fiil ile bu fiil sebebiyle meydana gelen zarar arasında bir sebep sonuç ilişkisinin bulunması gerekmektedir⁴⁸⁰. Rekabet Hukuku özelinde bir değerlendirme yapacak olursak RKHK'nın ihlal edilmesinden zarar görenler, açacakları bir tazminat davasında talep edecekleri zararın, RKHK tarafından tespit edilen ihlal neticesinde gerçekleştiğini ortaya koymalıdır. Aksi halde zarar ile ihlal arasında illiyet bağına bulunmaması sebebiyle davacı tarafın tazminat talebinin reddedilmesi gerekmektedir.

RKHK'nın 57. maddesi tazminat davası açma hakkına sahip olanlar yönünden herhangi bir sınırlama getirmemiştir. Anılan düzenlemeye göre, zarar gören herkesin dava açması mümkündür. Dava açabilecekler arasında öncelikle rekabetin sınırlanmasından zarar gören müşteriler ve rakipler gelmektedir. Öte yandan şartların varlığı halinde potansiyel müşterilerin, dolaylı alıcıların, tedarikçilerin, tüketicilerin ve bağlantılı pazarlardaki teşebbüslerin de tazminat davası açma haklarının bulunduğu kabul edilmektedir⁴⁸¹.

Konu yıkıcı fiyat uygulaması özelinde ele alınacak olursa, teşebbüse hasat imkanı sağlamayan bir yıkıcı fiyat uygulamasında, müşterilerin ve tüketicilerin tazminat davası açma hakkının olmayacağı kanaatindeyiz. Çünkü müşteriler ve tüketiciler, fiyatların maliyet altında olduğu dönemde herhangi bir zarar uğramadıkları için, böyle bir durumda tazminat davası açmakta hukuki yararları bulunmayacaktır. Ancak yıkıcı fiyat uygulamasının, teşebbüse hasat imkânı da sağlaması durumunda, müşteriler ve tüketiciler de bu kapsamda uğramış oldukları zararları yıkıcı fiyat uygulayan teşebbüsten talep

⁴⁸⁰ Oğuzman/Öz, s. 44; Reisoğlu, s. 175; Eren, s. 536.

⁴⁸¹ Utku, Hilal/Polat, Belit/ Deniz, Seda: "Rekabet Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Davalarında Usul Sorunları", Rekabet Dergisi, S. 13(1), 2012, s. 140 vd.

edebileceklerdir. Zira müşteriler ve tüketiciler bu aşamada, pazardaki ürünleri rekabetçi fiyatlar üzerinden değil tekeli fiyatlar üzerinden satın almışlardır.

Yıkıcı fiyat uygulayan teşebbüsün ihlalden olumsuz olarak etkilenen rakiplerinin ise, her iki durumda da tazminat davası açarak uğramış oldukları zararları talep etmelerinin mümkün olduğu kanaatindeyiz. Amerikan Rekabet Hukukunun yıkıcı fiyat yönünden özel hukuk uygulaması, bu bağlamda iyi bir örnektir. Amerikan Rekabet hukukunda yıkıcı fiyat uygulaması sebebiyle tazminat isteyebilme hakkı, yalnızca yıkıcı fiyat uygulamasının doğrudan kurbanı olan rakip teşebbüse tanınmıştır; tüketiciler ancak tekeli fiyatlar söz konusu olduğunda tazminat talebinde bulunabilmektedir⁴⁸².

Öte yandan açılacak tazminat davalarında davalı sıfatı yönünden bir değerlendirme yapacak olursak, tazminat istemleri kural olarak rekabet ihlaline sebep olan teşebbüs veya teşebbüs birliklerine yöneltilmelidir⁴⁸³. Yıkıcı fiyat özelinde ise tazminat talebi, hakim durumunu kötüye kullanarak pazardaki rekabeti sınırlayan teşebbüse yöneltilmelidir. İhlale sebep olan teşebbüsün sayısının birden fazla olması durumunda ise bu teşebbüsler ortaya çıkan zararlardan müteselsilen sorumlu olacaklardır.

RKHK, rekabet ihlallerine istinaden açılacak olan tazminat davaları için özel bir zamanaşımı süresi öngörmemiştir. Bu nedenle, bu konuda TBK'da yer alan genel düzenlemeler uyarınca bir değerlendirme yapmak gerekmektedir. TBK'nın 72. maddesine göre; tazminat istemi, zararın ve tazminat yükümlüsünün zarar gören tarafından öğrenildiği tarihten itibaren iki yıl; herhalde ise on yılın geçmesi ile zamanaşımına uğrayacaktır.

RKHK'nın 59. maddesine göre, zarar görenlerin, rekabetin bozulduğu izlenimi veren özellikle piyasaların fiilen paylaşılması, piyasa fiyatında uzun süren istikrar ve fiyatların teşebbüsler tarafından yakın aralıklarla arttırılması gibi kanıtları mahkemeye ibraz etmeleri durumunda, uyumlu eylem içerisinde olmadıklarına dair ispat yükünün davalılara geçeceği düzenlenmiştir. Bu düzenleme ile davacılara genel hükümlerden farklı olarak bir ispat kolaylığı sağlanmıştır. Ancak bu madde bizatihi olarak RKHK'nın 4. maddesine ilişkin aykırılıklar ile sınırlanmış olup; RKHK'nın 6. maddesinin ihlali

⁴⁸² Özsunay, s. 121.

⁴⁸³ Aslan, Rekabet Hukuku Dersleri, s. 312.

sebebiyle açılan tazminat davaları kapsam dışında bırakılmıştır⁴⁸⁴. Bu nedenle RKHK'nın 6. maddesinin ihlali sebebiyle açılan tazminat davalarında, ispat konusunda RKHK'nın 59. maddesine değil genel hükümlere başvurulması gerekecektir.

2. Tazminat miktarı

Rekabet ihlalinin dolaylı zarara uğrayanların açacakları tazminat davalarında hangi zarar kalemlerini talep edebilecekleri, RKHK'nın 58. maddesinde düzenlemiştir. Anılan düzenlemede müşteriler/tüketiciler ile rakipler yönünden bir ayrıma gidilmiş olduğu görülmektedir. Nitekim RKHK'nın 58. maddesinin birinci fıkrasının birinci bendine göre, rekabetin kısıtlanmasından zarar görenler, ödedikleri bedelle, rekabet sınırlanmasaydı ödeyecekleri bedel arasındaki farkı zarar olarak talep edebileceklerdir. RKHK'nın bu hüküm ile rekabet ihlalinin zarar gören tüketiciler ve müşteriler yönünden bir düzenleme yaptığı düşünülmektedir⁴⁸⁵. Bedel farkı yönünden bir değerlendirme yaparken pazardaki diğer gelişmeler de muhakkak hesaba katılmalıdır. Keza fiyatlar arasında meydana gelen bu fark, rekabetin sınırlanması dışında başka bir iktisadi nedene de dayanıyor olabilir. Bu sebeple, böyle bir durumda eğer imkân varsa öncelikle rekabetin kısıtlanmamış olduğu benzer özelliklerdeki pazarlarla kıyaslama yapılarak bir değerlendirme yapılması isabetli olacaktır⁴⁸⁶.

RKHK'nın 58. maddesinin birinci fıkrasının ikinci bendinde ise, rakipler yönünden yapılacak bir tazminat hesaplamasında zarar gören teşebbüslerin elde etmeyi umdukları bütün kârların esas alınacağı ifade edilmiştir. Nitekim burada belirtilen zarar türünün mahrum kalınan kâr olarak değerlendirilmesi de mümkündür⁴⁸⁷. Örneğin yıkıcı fiyat uygulamasında, mağdur konumunda bulunan rakip teşebbüsün satışlarında yaşanan düşme onun mahrum kaldığı kâr olarak değerlendirilebilecektir⁴⁸⁸. Bu noktada teşebbüslerin geçmiş yıllara ait finansal tablolarından faydalanılacaktır.

⁴⁸⁴ İnan, Nurkut: "4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un Özel Hukuka İlişkin Hükümlerine Eleştirel Bir Bakış", Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-II, Kayseri 2004, s. 54.

⁴⁸⁵ Aslan, Rekabet Hukuku Dersleri, s. 314; Aksoy, s. 51; Öz, s. 195.

⁴⁸⁶ Aksoy, s. 52.

⁴⁸⁷ Aslan, Rekabet Hukuku Dersleri, s. 315; Şiramun, s. 113; Aksoy, s. 52.

⁴⁸⁸ Şiramun, s.113.

RKHK'nın 58.maddesinin ikinci fıkrasında ise zarara görenlere, ortaya çıkan zarar tarafların anlaşması ya da kararı veya ağır ihmalden kaynaklanıyorsa üç kat tazminat talep etme imkânı getirilmiştir. Üç kat oranında tazminata ilişkin getirilen bu düzenleme ile tazminat hukukunun, tazminatın bir zenginleşme aracı olarak kullanılmasını yasaklayan ve salt olarak zararın giderilmesini hedef edinen genel ilkesinin kapsamı dışına çıkılmıştır⁴⁸⁹. Bu düzenlemenin kaynağını esas itibariyle Amerikan Rekabet Hukukundan almakta olduğu ifade edilmektedir⁴⁹⁰. Nitekim genel ilkelerden ayrılan bu düzenleme ile esas itibariyle rekabet ihlalden zarar görenlerin dava açmaya teşvik edilmesi ve bu suretle özel hukuk yaptırımlarının etkililiğinin artırılması amaçlanmaktadır⁴⁹¹.

Ayrıca ilgili düzenleme çerçevesinde hâkimin takdir yetkisi yönünden de doktrinde bir tartışma mevcuttur. Şöyle ki bizim de katıldığımız bir görüşe göre, RKHK'nın 58. maddesinin 2. fıkrasında belirtilen şartların oluşması halinde hakim, üç katı oranında tazminata hükmedip hükmetmeme konusunda takdir yetkisine sahiptir, ancak tazminat vermeye karar vermesi halinde doğrudan üç katı oranında tazminat uygulamalı, herhangi bir takdiri indirimde bulunmamalıdır⁴⁹². Karşı yöndeki görüşe göre ise ilgili düzenleme hâkim, koşullar oluşmuşsa üç kata kadar tazminata hükmedebilir şeklinde anlaşılmalıdır⁴⁹³. Yani hâkim somut olayın şartlarını göz önünde tutarak, dilerse bir veya iki katı oranında da tazminata hükmedebilecektir.

3. Rekabet Kurulu – Adli Mahkemeler arasındaki ilişki

Tazminat talebi ile hukuk mahkemeleri önünde dava açıldığında bu konuda aynı zamanda RKHK'ya aykırılık iddiasıyla Kurul'a başvurulmuş ve Kurul kararına karşı da Danıştay'a gidilmiş olması durumunda, adli yargı ve idari yargının aynı konuda birbiri ile çelişkili kararlar vermesi söz konusu olabilecektir⁴⁹⁴. Örneğin Kurul'un hakim durumun kötüye kullanılması tespitinde bulanarak idari yaptırım uyguladığı bir davranış, hukuk mahkemesi tarafından kötüye kullanma olarak değerlendirilmeyecek ve bu kapsamda

⁴⁸⁹ Aksoy, s. 51.

⁴⁹⁰ Özsunay, s. 144.

⁴⁹¹ Akıncı, RKHK Üzerine Eleştirel Bir Bakış, s. 388.

⁴⁹² Aslan, Rekabet Hukuku Dersleri, s. 317.

⁴⁹³ Öz, s. 197.

⁴⁹⁴ Güven, Rekabet Hukuku, s. 768.

açılan tazminat davası da reddedilebilecektir. Bu noktada, Kurul kararı ile hukuk mahkemesinin kararı arasındaki uyumluluğun, büyük oranda hukuk mahkemesinin tazminat davasında izleyeceği muhakeme usulüne bağlı olduğu görülmektedir.

Nitekim RKHK'ya aykırılık sebebiyle hukuk mahkemesinde açılan bir dava sürerken aynı zaman Kurul'a başvurulmuş olunması halinde, burada mahkemenin iki seçeneği bulunmaktadır: Ya yargılamaya devam ederek RKHK bağlamında bir rekabet ihlali bulunup bulunmadığına karar verecek ya da Kurul'un ihlal başvurusu üzerine gerçekleştirdiği soruşturmanın sonuçlanmasını bekleyerek, ihlalin varlığı konusunda Kurul kararını esas alacaktır. Doktrindeki bir görüş, Kurul'un idari bir organ olması ve yargı organı olmaması sebebiyle mahkemenin Kurul kararıyla bağlı olmayacağını; bu yüzden Kurul tarafından yapılacak değerlendirmeyi beklemesine gerek olmadığını savunmaktadır⁴⁹⁵. Bu konuda Tekinalp, Rekabet Kurulu'nun idare içinde yer alan bir soruşturma kurulu olduğunu belirterek, Kurul tarafından ihlale ilişkin olarak verilen tespitin mahkemeyi bağlamaması gerektiğini belirtmektedir⁴⁹⁶. Oysa doktrinde bizim de katıldığımız bir diğer görüş ise hukuk mahkemelerinin, Kurul kararını beklemesi gerektiğini aksi halde hukuk dünyasında aynı konuda çelişkili kararlar çıkabileceğini ileri sürmektedir⁴⁹⁷. Gerçekten de Kurul'un ihlal konusunda doğru bir değerlendirme yapabilmek için gerekli teknik ve ekonomik verilere sahip olması ile rekabet yargılamasında uzun yıllar sonucunda elde ettiği tecrübe ve ihtisas göz önünde tutulacak olursa, hukuk mahkemesinin ihlalin tespiti konusunda Kurul'un değerlendirmesini beklemesi daha isabetli olacaktır⁴⁹⁸. Bu görüşümüz Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun bekletici mesele müessesini düzenleyen 165. Maddesi ile de uyumludur. Zira ilgili düzenlemeye göre, bir davada hüküm verilebilmesi başka bir davaya veya idari makamın tespitine bağlı ise mahkeme o dava sonuçlanana yahut idari makam kararını verene kadar yargılamayı bekletme yetkisine sahiptir. Mahkeme, kusur ve ihmal yönünden bir değerlendirme yaparken Kurul kararında yer alan tespitlerle bağlı olmamalı, kendisi genel

⁴⁹⁵ İnan, Nurkut: "Rekabet Hukuku Uygulamasında Adliye Mahkemelerinin Rolü", Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurulayı, Ankara 2002, s. 598 vd.; Öz, s. 189-190.

⁴⁹⁶ Tekinalp, Özel Hukuka İlişkin Sonuçlar, s. 262.

⁴⁹⁷ Aslan, Rekabet Hukuku Dersleri, s. 322.

⁴⁹⁸ Güven, Rekabet Hukuku, s. 770.

hükümler yönünden bir değerlendirme yapmalı ve bu değerlendirmesine istinaden bir karar almalıdır.

Uygulamada ise Yargıtay'ın, idari denetimin Kurul ve Danıştay aşamaları için farklı usuller benimsediği görülmektedir. Yargıtay, ortada henüz sonuçlanmamış bir Kurul soruşturması var ise mahkemenin tazminat davasında, Kurul kararını beklemesi ve Kurul'un ihlal bulunmadığı yönünde bir karar alması halinde de davayı reddetmesi gerektiğini belirtmektedir⁴⁹⁹. Öte yandan Yargıtay'a göre, Kurul kararına karşı Danıştay'a başvurulduğu durumlarda mahkemenin, Danıştay kararını beklemesine gerek bulunmamaktadır.⁵⁰⁰

Nitekim bu konu mehz AB mevzuatında Tazminat Davalarına Dair 2014/104 sayılı direktifi tarafından da ele alınmıştır. Direktifin 9. maddesine göre, ulusal bir rekabet otoritesinin ihlalin mevcudiyetine dair kesinleşmiş kararı, ihlalin meydana geldiği üye devletin hukuk mahkemelerinde kesin delil teşkil etmelidir⁵⁰¹. Ancak kararı veren rekabet otoritesi farklı bir üye devlette bulunuyorsa, kararın delil değeri aksi ispatlanana kadar doğru kabul edilen bir delil olarak kabul edilmelidir⁵⁰².

⁴⁹⁹ Y. 19. HD, 01.11.1999, E. 1999/3350, K. 1999/6364, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

⁵⁰⁰ Y. 19. HD, 29.11.2002, E. 2002/2827, K. 2002/7580, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

⁵⁰¹ Önal/Kesici, s. 89.

⁵⁰² Önal/Kesici, s. 90.

SONUÇ

Rekabet hukuku düzenlemeleri, serbest piyasa modelinin benimsemiş olduğu ekonomik sistemlerde, pazarın yapısından veya teşebbüslerden kaynaklı olarak ortaya çıkabilecek aksakların bertaraf edilebilmesinde önemli bir rol oynamaktadır. Bu aksaklıklar, teşebbüslerin rekabeti sınırlayıcı nitelikteki anlaşma, uyumlu eylem ve kararları ile birleşme ve devralmalar sonucunda meydana gelen sermaye yoğunlaşmaları şeklinde meydana gelebileceği gibi hakim durumun kötüye kullanılması niteliğindeki teşebbüs davranışları olarak da tezahür edebilir.

Hakim durumun kötüye kullanılması niteliğindeki davranışlara başvuran teşebbüsler, adil rekabetçi koşullar altında elde edilemeyecekleri menfaatleri hukuka aykırı yöntemlerle elde etmeye çalışırlar. Ancak, anti-rekabetçi nitelikteki bu uygulamalar rakipler, müşteriler ve tüketiciler de dahil olmak üzere toplumsal refaha katkı sağlayan sùjelerin tamamını olumsuz etkileyeceğinden, hukuk kurallarının böyle bir iktisadi yarışa müsaade etmesi beklenemez. Keza gerek RKHK'nın 6. maddesinde gerekse de mevzuat ABİDA'nın 102. maddesinde, teşebbüslerin hakim durumlarını kötüye kullanmaları açıkça yasaklanmıştır.

Hakim durumun kötüye kullanılması niteliğindeki davranışlar, ancak ilgili pazarda hakim durumda bulunan teşebbüsler tarafından uygulanırlarsa kötüye kullanma olarak kabul edilecek ve cezalandırılacaklardır. Nitekim bu davranışlar hakim durumda olmayan teşebbüsler tarafından uygulanmaları halinde rekabetçi bir nitelik taşıyacaklarından, rekabet hukuku anlamında cezalandırılmayacaklardır. Bu nedenle bir hakim durumun kötüye kullanılması iddiasında, kötüye kullanılma incelemesi gerçekleştirilmeden evvel incelemeye konu teşebbüsün faaliyet gösterdiği ilgili ürün pazarı ile coğrafi ve dönemsel pazarlar belirlenmeli; akabinde de teşebbüsün bu pazarlarda hakim durumda olup olmadığı değerlendirilmelidir. Teşebbüsün hakim durumda olduğuna kanat getirilmesi halinde ise, iddia konusu teşebbüs davranışının kötüye kullanma niteliği taşıyıp taşımadığı tespit edilmelidir.

İşte bu tezin esas konusunu oluşturan yıkıcı fiyat uygulaması da hakim durumun kötüye kullanılması kapsamında değerlendirilen anti-rekabetçi bir teşebbüs davranışdır. Yıkıcı

fiyat uygulamasında, hakim durumda bulunan teşebbüsün kısa dönemdeki karından, uzun dönemde elde edeceği bir takım üstün menfaatler için maliyetlerinin altında satış fiyatları belirlemek suretiyle feragat etmesi söz konusudur. Üstün menfaatler kavramı içerisine, rakiplerin piyasadan dışlanması suretiyle piyasada tek el haline gelmesi ve tek elci karlar elde edilmesi, pazara girmeyi düşünen teşebbüsler üzerinde şöhret etkisi yaratılması gibi yıkıcı fiyat uygulayan teşebbüsün adil rekabet koşulları içerisinde elde etmesi mümkün olmayan bir takım haksız kazanımlar girmektedir.

Yıkıcı fiyat uygulamasının rekabeti gerçekten de ciddi olarak tehdit eden bir uygulama olup olmadığı konusunda gerek teoride gerekse de uygulamada bir yeknesaklık sağlanabilmiş değildir. Zira *Mcgee*'nin öncülüğü ettiği klasik görüşe göre, yıkıcı fiyat uygulamasının pazarda başarılı olması, rakiplerin pazardan dışlanmasında yaşanacak güçlükler ile rakipler dışlansa dahi pazara yapılacak yeni girişler göz önünde tutulduğunda çok düşük bir ihtimal olup, bu uygulamanın kaybedeni çoğunlukla uygulamaya başvuran teşebbüs olacaktır. Bu nedenle, yıkıcı fiyat uygulaması, rekabet hukukunun ihmal edilebilir bir alanı olarak görülmelidir. Oyun teorisi etrafından şekillenen modern görüş ise yıkıcı fiyat uygulamasını klasik teoriden farklı olarak rakiplerin piyasadan dışlanmasının yanında, şöhret etkisi ve bilgi manipülasyonu gibi yönlerden de ele almıştır. Yapılan değerlendirmeler sonucunda, yıkıcı fiyat uygulamasının eksik bilginin bulunduğu reel piyasalarda teşebbüsler için rasyonel bir uygulama olabileceği kanaatine varılmış ve bu uygulamanın rekabet otoriteleri tarafından rekabeti kısıtlayıcı nitelikte ciddi bir tehdit olarak görülmesi gerektiği ifade edilmiştir.

Uygulamada yıkıcı fiyat uygulamasının unsurları yönünden de bir farklılık mevcuttur. Yıkıcı fiyat uygulamasının üzerinde mutabık kalınmış olan unsurları; hakim durum, olağan dışı düşük fiyat ve yıkıcı niyettir. Hasatın bir unsur olarak kabul edilip edilemeyeceği noktasında ise ikili bir ayrım söz konusudur. Klasik teorinin bir yansıması olarak görülebilecek ABD uygulamasına göre; bir teşebbüsün yıkıcı fiyat uyguladığının kabul edilebilmesi için, o teşebbüsün rakiplerini piyasanın dışına ittikten sonra hasat yapmış olduğunun veya yapma imkânı bulunduğunun davacı tarafından ispatlanabiliyor olması gerekmektedir. Modern teoriye yaklaşan AB uygulamasında ise yıkıcı fiyat uygulayan teşebbüsün, hasat yapmasa veya yapma imkânı bulunmasa dahi pazardaki rekabeti şöhret etkisi ve bilgi manipülasyonu gibi farklı yollardan olumsuz olarak

etkileyebileceği kabul edilmektedir. Türk rekabet hukuku uygulamasının ise hasat konusundaki yaklaşımının belirli bir çerçeveye oturtulması mümkün olmamıştır. Zira Rekabet Kurulu, bazı kararlarında AB uygulamasına atıf yapmak suretiyle hasatı açıkça yıkıcı fiyatın bir unsuru olarak kabul etmemesine rağmen birçok kararında da aksi yönde bir değerlendirme yaparak iddia konusu davranışı hasat yönünden de bir değerlendirmeye tabi tutmuştur.

Kanaatimizce yıkıcı fiyat uygulamasını rekabet hukukunun ihmal edilebilir bir alanı olarak gören klasik teorinin, yıkıcı fiyat uygulamasının teşebbüsler için pek çok yönden rasyonel bir davranış olabileceğini gerek matematiksel gerek iktisadi yönlerden ortaya koymuş olan modern yaklaşım karşısında bir geçerliliği kalmamıştır. Hakim durumdaki teşebbüsler, sahip oldukları ekonomik ve ticari güçle piyasadaki bilgi ve verileri rahatlıkla manipüle edebilme ve rakiplerini aldatma imkânına sahiptir. Hal böyle iken, yıkıcı fiyat uygulamasının rekabet otoriteleri tarafından ihmal edilmesi, piyasadaki rekabetin bu yolla sınırlandırılması ve cezasız bırakılması anlamında önemli bir risk doğuracaktır. Uygulama anlamında ise AB rekabet hukuku politikasının, klasik teori ışığında hasatı mutlak bir gereklilik olarak kabul eden ABD rekabet uygulamasından haklı olarak uzaklaştığı ve yıkıcı fiyatı tamamiyle yok saymak yerine daha dengeli bir yaklaşım benimsediği görülmektedir. Bu sayede AB uygulamasında, yıkıcı fiyat ihlallerinin cezasız bırakılması riskinin de bertaraf edilmesi mümkün olmuştur. Yıkıcı fiyat konusunda henüz istikrarlı bir yaklaşım benimseyememiş olan Türkiye uygulaması hakkında ise böyle bir yorum yapabilmek mümkün değildir.

Hakim durumun yıkıcı fiyat uygulanması suretiyle kötüye kullanılması halinde teşebbüslerin idari, hukuki ve cezai yaptırımlarla karşılaşmaları muhtemeldir. İdari yaptırımlar, ihtiyati tedbir ve menfi tespit kararları ile ihlalin sona erdirilmesine ilişkin kararlar ve idari para cezaları olarak karşımıza çıkmaktadır. Özellikle ciro üzerinden nispi olarak uygulanan idari para cezalarının yüksekliği göz önünde tutulduğunda, idari yaptırımların cezalandırıcı oldukları kadar önleyici bir nitelik taşımalarına önem gösterildiği anlaşılmaktadır. Hukuki yaptırımlar ise kötüye kullanma niteliğindeki davranıştan zarar görenlerin uğramış oldukları zararların telafi edilmesi amacıyla getirilmiş olan hukuki çarelerdir. Bunlar geçersizlik yaptırımları ve tazminat davalarıdır. Cezai yaptırımlara ise ABD hukukunda diğer hukuk sistemlerine göre daha sıklıkla

rastlanmakla birlikte, orda da hapis cezalarının genellikle kartel niteliğindeki ihlallere uygulandığı görülmektedir.



KAYNAKÇA

- Ağvaz, Beyza: Hakim Durum Kötüye Kullanılmasında Maliyet Üstü Fiyatlandırma, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No:146, Ankara 2017.
- Akıncı, Ateş: Mukayeseli Hukuk Açısından Amerikan Ve Avrupa Topluluğu Hukukunda Rekabetin Yatay Kısıtlanması, Rekabet Kurumu, Lisansüstü Tez Serisi No:5, Ankara 2001.
- Akıncı, Ateş: Rekabetin Korunması Hakkında Kanun Üzerine Eleştirel Bir Bakış, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un Küçük ve Orta Ölçekli İşletmelere Etkisi, Yayına Hazırlayan: Doç. Dr. Nurkut İnan, TES-AR Yayınları No:20, Ankara 1996.
- Aksoy, M. Nazlı: Rekabetin Korunması Hakkında Kanuna Aykırılığın Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları, Rekabet Kurumu, Uzmanlık Tezleri Serisi No: 52, Ankara 2004.
- Aktaş, Cihan: Gelişmekte Olan Ülkelerde Rekabet Politikası, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi No:0114, Ankara 2003.
- Altunsaray, Yasin/ Ünal, Orhan: “Elektronik Haberleşme Sektöründe Rekabeti Bozucu Fiyat Uygulamaları: Yıkıcı Fiyatlandırma ve Düzenleyici Yaklaşımlar”, Sosyoekonomi Dergisi, S. 2013-2, Ankara 2013, 196 - 224.
- Areeda, S. E./Turner, Donald F.: “Williamson on Predatory Pricing”, The Yale Law Journal 87(7), 1978, 1337-1352 (Williamson on Predatory Pricing).
- Areeda, S. E./Turner, Donald F.: “Predatory Pricing and Related Practices under Section 2 of the Sherman Act”, Harvard Law Review 88 (4), 1975, 697–733 (Predatory Pricing and Related Practices).
- Aslan, İsmail Yılmaz: Rekabet Hukuku Teori-Uygulama-Mevzuat, 5. Baskı, Bursa 2017 (Rekabet Hukuku).
- Aslan, İsmail Yılmaz: Rekabet Hukuku Dersleri, 6. Baskı, Bursa 2017 (Rekabet Hukuku Dersleri).
- Aslan, İsmail Yılmaz: Rekabet Hukuku ve RKHK, Bursa 1997.
- Aslan, İsmail Yılmaz: Avrupa Topluluğu Rekabet Hukuku, Ankara 1992 (AT Rekabet Hukuku).
- Ateş, Mustafa: “Rekabet Hukukunun Ceza Hukukuyla İlişkisi”, <https://www.rekabet.gov.tr>, Erişim Tarihi: 28.02.2018.
- Ateş, Mustafa: Rekabet Hukukuna Giriş, Ankara 2003.

- Baumol, W.J.: “Predation and the Logic of the Average Variable Cost Test” *Journal of Law & Economics* 39, 1996, 49 – 70.
- Baumol, William J.: “Quasi-Permanence of Price Reductions: A Policy for Prevention of Predatory Pricing”, *Yale Law Journal*, Number 89 (1), 1979, 1-26 (Quasi-Permanence of Price Reductions).
- Balta, İdil: *Türk Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması*, İstanbul 2014 (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi>).
- Bellamy Christopher/ Child Graham: *European Community Law of Competition*, 7th ed., London 2014.
- Benoit, J. S.: “Financially Constrained Entry in a Game with Incomplete Information”, *The Rand Journal of Economics* 15 (4), 1984, 490-499.
- Bolton, S./ Brodley, J. F./ Riordan, M. H.: “Predatory Pricing: Strategic Theory and Legal Policy” *Georgetown Law Review* 88, 2000, 2239–2330.
- Bork, Robert H.: *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself*, New York 1978.
- Boutiny, Xavier/ Cestonez, Giacinta/ Fumagallix, Chiara/ Pica, Giovanni/ Serrano-Velardek, Nicolas: “Deep Pocket Effect of the Internal Capital Market”, *Journal of Financial Economics (JFE)*, 2009.
- Bowman, Ward: “Restraint of Trade by the Supreme Court”, 1 *J. Reprints Antitrust L. & Econ.* 319, 1969, 70-85.
- Bozkuş, Sinan: *Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Durumunda Uygulanan Tedbirler, Rekabet Kurumu, Uzmanlık Tezleri Serisi No:100*, Ankara 2009.
- Broader, Douglas: *U.S. Antitrust Law and Enforcement: A Practice Introduction*, New York 2010.
- Bulmuş, İsmail: *Mikro İktisat*, 6. Baskı, Ankara 2008.
- Büyükkuşoğlu, Burak: *Rekabet İktisadı Çerçevesinde Monopson (Tek Alıcı), Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Yayın No: 148*, Ankara 2004.
- Calvani, Terry/ Lynch, James M.: “Predatory Pricing After Matsushita”, 7 *Antitrust Newsletter* 22, 1986, 22-26.
- Çeçen, Halil: *Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Fiyat Uygulamaları Yolu İle Kötüye Kullanılması*, İstanbul 2014.
- Çetinkaya, Murat: *İlgili Pazar Kavramı ve İlgili Pazar Tanımında Kullanılan Nicel Teknikler, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No:4*, Ankara 2003.

- Easley, David/ Masson, Robert/ Reynolds, Robert: "Preying for Time", Journal of Industrial Economy 33, 1985, 443-460.
- Easterbrook, Frank H.: "Predatory Strategies and Counterstrategies," 48 University of Chicago Law Review, 1981, 263-337.
- Ekdi, Barış: Gümrük Birliği Çerçevesinde Damping Ve Yıkıcı Fiyat Uygulamaları, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi No:089, Ankara 2003.
- Eren, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 16. Baskı, Ankara 2014.
- Erol, Kemal: Rekabet Kurallarının Ülke Dışı Uygulanması, Rekabet Kurulu Yayını No:48, Ankara 2000.
- Ersoy, Çiçek: Avrupa Topluluğu Rekabet Usul Hukuku Reformu (Avrupa Topluluğunu Kuran Anlaşmanın 81. ve 82. Maddelerinin Uygulanmasına İlişkin 1/2003 Sayılı Tüzük), Rekabet Dergisi, Sayı 16, 2003, 3-41.
- European Commission DG Competition: DG Competition Discussion Paper On The Application Of Article 82 Of The Treaty To Exclusionary Abuses, 2005.
- Fudenberg, D./Tirole, J.: "A 'Signal-Jamming' Theory of Predation", Rand Journal of Economics 17 (3),1986, 366-77.
- Gerardin, Damien/ Layne-Farrar, Anne/ Petit, Nicolas: EU Competition Law and Economics, Oxford 2012.
- Giocoli, Nicola: Predatory Pricing in Antitrust Law and Economics – A historical perspective, First Edition, New York 2014.
- Gormsen, Liza Lovdahl: A Principled Approach to Abuse of Dominance in European Competition Law, New York 2010.
- Goyder, D. G.: EC Competition Law, 4th Edition, Oxford 2003.
- Guiltinan, Joseph S./ Gundlach, Gregory T.: "Aggressive and Predatory Pricing: A Framework for Analysis", Journal of Marketing, vol. 60, No. 3, American Marketing Association, 1996, 87-102.
- Gurpegui Ballesteros, Iratxe/ Szarka, Agnes: "Predatory Pricing In The Telecoms Sector: The ECJ Rules On The Issue Of Recouping Losses", Competition Policy Newsletter, Number 2, 2009, 35-37.
- Gül, İbrahim: Teşebbüsün Alıcılarına Ayrımcılık Yaparak Hakim Durumunu Kötüye Kullanması, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi No:2, Ankara 2000.
- Gülergün, E. Cenk: Türkiye İçin Yoğunlaşma Kontrolü Modeli, Rekabet Politikası ve Yoğunlaşmaların Kontrolü, Rekabet Kurumu, Ankara 2003.

- Günay, Cevdet İlhan: Rekabet Hukuku Dersleri, Ankara 2014 (Rekabet Hukuku Dersleri).
- Günay, Cevdet İlhan: Rekabet Kanunu Şerhi, Ankara 2010 (Rekabet Kanunu Şerhi).
- Güngördü, Abdulgani/ Koyuncu, Tuğçe: Danıştay İçtihatları Işığında Rekabet Kurulu Kararları, Ankara 2011.
- Gürkan, Çiçek: Avrupa Toplulukları'nda Rekabet Hukuku Ve Antidamping Hukukunun Temel Kavramlarına Karşılaştırmalı Bir Bakış "Topluluk Menfaati-İlgili Ürün Pazarı-Fiyat Ayrımcılığı- Yıkıcı Fiyat-Hakim Durumun Hukuki Yollara Başvurulması Suretiyle Kötüye Kullanılması, Ankara 2008 (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi>).
- Gürkaynak, Gönenç: "Microsoft Davası Ekseninde İnnovasyon Pazarlarında Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Teorisinin Yeri ve Etkileri Üzerine Düşünceler", Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Sorunlar ve Çözüm Önerileri Sempozyumu, Editör: Kerem Cem Sanlı, İstanbul 2011.
- Gürkaynak, Gönenç: "Rekabet Kurulu Kararları Işığında Yıkıcı Fiyatlandırma Suretiyle Hakim Durumun Kötüye Kullanılması", Çimento İşveren Dergisi, Eylül 2011, 33-38 (Yıkıcı Fiyatlandırma Suretiyle Hakim Durumun Kötüye Kullanılması).
- Gürkaynak, Gönenç: "AB Rekabet Hukuku Uygulamasında Komisyon ve Teşebbüsler Arasında Uzlaşma ve Sulh", Perşembe Konferansları (18), Rekabet Kurumu, 2004, 65-106.
- Gürkaynak, Gönenç: Türk Rekabet Hukuku Uygulaması İçin "Hukuk ve İktisat" Perspektifinden "Amaç" Tartışması, Rekabet Kurumu, Yayın No: 0134, Ankara 2003.
- Gürzumar, Osman Berat: "Özel Hukuk Açısından 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun", ve Bu Kanun'da Değişiklik Yapılmasına İlişkin Taslak" (Sempozyum Bildiriler Kitabı), Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2006.
- Gürzumar, Osman Berat: Zorunlu Unsur Doktrinine Dayalı Sözleşme Yapma Yükümlülüğü Hakim Durumun Rakiple Anlaşma Yapmaktan Kaçınmak Suretiyle Kötüye Kullanılması, Ankara 2006.
- Güven, Pelin: Rekabet Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2009 (Rekabet Hukuku Ders Kitabı).
- Güven, Pelin: Rekabet Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2008 (Rekabet Hukuku).
- Hannigan, Simon: "Predatory Pricing after Akzo-Chemie", 4 Trinity College Law Review 36, 2001, 36-52.

- Hakopian, Gurgen: “Criminalisation of EU Competition Law Enforcement – A possibility after Lisbon?”, *The Competition Law Review*, Volume 7 Issue 1, 2010, 157-173.
- Hovenkamp, H. J.: *The Antitrust Enterprise Principle and Execution*, Paperback Edition, Massachusetts 2008 (The Antitrust Enterprise).
- Hovenkamp, Herbert: “Post-Chicago Antitrust: A Review and Critique”, *2001 Columbia Business Law Review* 2001(2), 2001, 257-337.
- Hurwitz, James D./ Kovacic, William E.: “Judicial Analysis of Predation: The Emerging Trends”, *35 Vand.L. Rev.*, 1982, 64-151.
- İnan, Nurkut/ Çekinmez, Boğaz/ Çekinmez, Mert: “Rekabet Kurulunun Çimento ve Hazır Beton Sektörlerindeki Soruşturmaları”, *Rekabet Hukuku İle İlgili Kurul ve Yargı Kararları Sempozyumu*, Editör: Murat Gürel, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2010, 135-187.
- İnan, Nurkut/Piker, Mehmet: *Rekabet Hukuku El Kitabı*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2007.
- İnan, Nurkut: “4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un Özel Hukuka İlişkin Hükümlerine Eleştirisel Bir Bakış”, *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-II*, Kayseri 2004, 43-67.
- İnan, Nurkut: “Rekabet Hukuku Uygulamasında Adliye Mahkemelerinin Rolü”, *Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı*, Ankara 2002, 598 vd.
- İnce, Ebru: *Alıcı Gücü: Perakende Sektörü Özelinde Kaynakları, Sonuçları, Ele Alınışı ve Politika Yansımaları*, *Rekabet Kurumu Uzmanlık Tez Serisi No:124*, Ankara 2012.
- İzak, Atiyas: “Rekabet Politikasının İktisadi Temelleri Üzerine Düşünceler”, *Rekabet Dergisi*, 2000/1, 24-45.
- Jones, Alison/ Brenda, Sufrin: *EU Competition Law*, 4th ed., Oxford 2011.
- Jones, Keith/Harrison, Farin: “Criminal Sanctions: An Overview Of EU And National Case Law”, *National Competition Laws Bulletin*, 2015, 1-10.
- Joskow, Paul L./Klevorick, Alvin K.: “A Framework for Analyzing Predatory Pricing Policy”, *10 J. Antitrust L. & Econ.*, 1979, 213- 270.
- Kahraman, Zafer: *Rekabet Hukuku Açısından Oligopolistik Bağımlılık*, İstanbul 2008.
- Kara, Alper Fevzi: *Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Aracı Olarak Yıkıcı Fiyat Uygulaması (ABD ve AT Uygulamalarından Dersler)*, *Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi No:0100*, Ankara 2003.

- Karakılıç, Hasan: Rekabet Hukukunda Bağlama Uygulamaları, İstanbul 2013.
- Kalkan, Erdem: Demand Estimation, Relevant Market Definition And Identification Of Market Power In Turkish Beverage Industry, Rekabet Kurumu Yayın No: 243, Ankara 2010.
- Kareff, Scott M.: “Tetra Pak International Sa v Commission (Tetra Pak II): The European Approach to Monopoly Leveraging”, 28 Law & Policy In International Business, 1997, 549-574.
- Kesici, Buğra: Rekabet Hukukunun İhlalinden Kaynaklanan Haksız Fiil Sorumluluğu, İstanbul 2017.
- Kısa, Seda Ulaş: Avrupa Topluluğu Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Rekabet Karşıtı Eylem ve İşlemlerle Kötüye Kullanılması”, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2005.
- Koller, Roland H. II: “The Myth of Predatory Pricing: An Empirical Study”, 4 Antitrust L. & Econ. Rev.”, 1971, 105-123.
- Kreps, David M./ Wilson, Robert: “Reputation and Imperfect Information”, 27 Journal of Economic Theory 27, 1981, 253-279.
- Leslie, Christopher R.: “Predatory Pricing and Recoupment”, Columbia Law Review, vol. 113, No. 7, 2013, 1695-1771 (Predatory Pricing and Recoupment).
- Leslie, Christopher R.: “Revisiting the Revisionist History of Standard Oil”, 85 S. Cal. L. Rev. (2012), 573-604.
- Lang, Temple/O’Donoghue, R.: “Defining Legitimate Competition: How to Clarify Pricing Abuses under Article 82EC”, Fordham International Law Journal 83, 2002, 83-162.
- Madan, Zeynep: ABD ve AB Perspektifinden Dışlayıcı Uygulamaların Tespitine Yönelik Standart Tartışmaları, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No:85, Ankara 2008.
- Madan, Zeynep: “Roma Antlaşması’nın 82. Maddesindeki Reform Çalışmaları ve Eşit Etkinlikteki Firma Testi”, Rekabet Dergisi, S. 31, 2007, 3-31.
- McGee, John S.: “Predatory Pricing Revisited”, The Journal of Law and Economics, vol. 23, no. 1, 1980, 289-330 (Predatory Pricing Revisited).
- Mcgee, John S.: “Predatory Price Cutting: The Standard Oil (NJ) Case, vol.1, The Journal of Law and Economics”, 1958, 137-169 (Predatory Price Cutting).
- Milgrom, Paul/ Roberts, John: “Predation, Reputation and Entry Deterrence”, Journal of Economic Theory 27(2), 1980, 280-312.

- Ocak, Nazmi: Rekabet Hukukunda Teşebbüsler ve Teşebbüslerin Hakim Durumunun Tespiti, İstanbul 2016.
- O'Donoghue, R./ Padilla, AJ.: The Law and Economics of Article 82, Oxford 2006.
- OECD: "Remedies and Sanctions in Abuse of Dominance Cases", OECD Policy Roundtables, 2006, <http://www.oecd.org/competition>, Erişim Tarihi:30.03.2018.
- OECD: Glossary Of Industrial Organisation Economics and Competition Law, 1993, <http://www.oecd.org/regreform/sectors/2376087.pdf>, Erişim Tarihi: 06.04.2018.
- OECD: Predatory Pricing, 1989, <http://www.oecd.org/competition/abuse/2375661.pdf>, Erişim Tarihi: 06.04.2018 (Predatory Pricing).
- Oğuzman, Kemal/Öz, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 2, 16. Baskı, İstanbul 2014.
- Önal, H. Emre/ Kesici, Buğra: "Rekabet Hukukunun İhlalinden Kaynaklanan Tazminat Davalarına Dair 2014/104 Sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Direktifi", Legal Hukuku Dergisi(LHD), c. 13, S. 148, Nisan 2015, İstanbul, 79-116.
- Öz, Gamze Aşçıoğlu: Avrupa Topluluğu ve Türk Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, Rekabet Kurumu Yayınları Doktora Tezleri Serisi No:88, Ankara 2000.
- Özdemir, Ümit Nevruz: Fiyatlamaya İlişkin Tek Taraflı Davranışların Değerlendirilmesinde Kullanılan Maliyet Ölçütleri, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No: 247, Ankara 2010.
- Özen, Muharrem: "Rekabet ve Ceza Hukuku", 4054 sayılı RKHK ve Bu Kanunda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Taslak, Editör: Abdullahzade, Cavid, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2005, 235 – 265.
- Öztunalı, Aydın: Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, Ankara 2014.
- Özsunay, Ergun: "Rekabet Kısıtlamalarının Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu III", Editor: Ayşe Odman Boztosun, Ankara 2005, 117-154.
- Pekcanitez, Hakan: Pekcanitez Usul – Medeni Usul Hukuku, Editörler: Pekcanitez, Hakan/ Özekes, Muhammet/ Akkan, Mine/ Taş Korkmaz, Hülya, 15. Bası, Cilt II, İstanbul 2017.
- Poroy, Reha/ Tekinalp, Ünal/ Çamoğlu, Ersin: Ortaklıklar Hukuku II, 13. Bası, İstanbul 2017.

- Posner, Richard A.: “Predatory Pricing”, 10 J. Reprinted from Antitrust Law: An Economic Perspective”, L. & Econ., 1979, 85-97.
- Pulaşlı, Hasan: Şirketler Hukuku Genel Esaslar, 5. Baskı, Ankara 2017.
- Rekabet Kurumu: Rekabet Terimleri Sözlüğü, Ankara 2014.
- Reisoğlu, Safa: Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18. Baskı, İstanbul 2014.
- Rodger, Barry J./ MacCulloch, Angus: Competition Law and Policy In The EU and UK, 5th. Edition, New York 2014.
- Rosenblatt, Howard/ Armengod, Hector/ Scordamaglia-Tousis, Andreas: “Post Danmark: Predatory Pricing In The European Union”, Global Competition Review, 2013, www.globalcompetitionreview.com, Erişim Tarihi: 30.03.2018.
- Russo, Francesco/ Schinkel, Marteen Pieteer/ Günster, Andrea/ Carree, Martin: European Commission Decisions on Competition, Paperback Edition, New York 2011.
- Sabuncu, Hakan: Birlikte Hakimiyet Kavramının Birleşme Devralmalar Açısından Değerlendirilmesi, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No:126, Ankara 2003.
- Sanlı, Kerem Cem: “Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları”: Genel Bakış ve Sorunlar ve Çözüm Önerileri Sempozyumu, İstanbul 2013.
- Sanlı, Kerem Cem/Ardıyok, Şahin: Şirketler için Rekabet Hukuku Rehberi, ICC Türkiye Milli Komitesi, İstanbul 2013.
- Sanlı, Kerem Cem: Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanunda Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği, Rekabet Kurumu Lisans Üstü Tez Serisi No:3, Ankara 2000 (Yasaklayıcı Hükümler).
- Scherer, F. M.: “Predatory Pricing and the Sherman Act: A Comment”, Harvard L. Rev. 89(5), 1976, 869-890.
- Schwartz, Mark I.: “The Brooke Decision: The Supreme Court Revisits Predatory Pricing”, 99 Com. L.J. 1994, 276-299.
- Screpanti, Ernesto/ Zamagni, Stefano: An Outline of the History of Economic Thought, New York 2005.
- Selten, R.: “The Chain-Store Paradox”, Theory and Decision 9, 1978, 127–159.
- Smith, Adam: An Inquiry Into Nature and Causes of The Wealth Of Nations, Editör: S. M. Soares, Meta Libri Digital Library 2007.

- Smith, R./ Round, D.: “Competitive Assessment and Strategic Behaviour” E.C.L.R., vol.19, Issue:4, 1998, 225-236.
- Şahin, Ayşe: “Rekabet Kurumu Kurul Kararları Işığında Hakim Durumun Yıkıcı Fiyatlandırma Yoluyla Kötüye Kullanılması”, Erdoğan Teziç’e Armağan, Galatasaray Üniversitesi Yayınları Armağan Serisi, No:5, İstanbul 2007, 967-989.
- Şıramun, Serpil: Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda Kötüye Kullanma Kriterleri, İstanbul 2005.
- Tekdemir, Yaşar: “AT Rekabet Hukuku Işığında “Birlikte Hakimiyet” Kavramı: Oligopol Sorununa Yeni Bir Yaklaşım”, Perşembe Konferansları, 2000, 3-47, <https://www.rekabet.gov.tr/Dosya/persembe-konferanslari-yayinlari/perskonfyyn70.pdf>, Erişim Tarihi: 30.03.2018.
- Tekinalp, Ünal: “Rekabetin Sınırlanması ve Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Yasağına Aykırılığın Özel Hukuka İlişkin Sonuçları”, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu -III, Ankara, 2005, 259-265 (Özel Hukuka İlişkin Sonuçlar).
- Tekinalp, Ünal/Tekinalp, Gülören: Avrupa Birliği Hukuku, 2. Baskı, İstanbul 2000.
- Tekinalp, Ünal: “ATAD Kararları Işığında Hakim Durumun Kötüye Kullanılması”, Perşembe Konferansları, Rekabet Kurumu, Ankara 2000, www.rekabet.gov.tr, Erişim Tarihi: 10.01.2018, 73-85.
- Tekinalp, Ünal: “AET Rekabet Hukukunda Piyasaya Egemen İşletme Kavramı II (Chiquita Kararı)”, İktisat -Maliye 1980, C. 26, S.12, 492 vd.
- Tekinay, Selahattin Sulhi/ Akman, Sermet/ Burcuoğlu, Haluk/ Altop, Alattin: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul 1993.
- Topçuoğlu, Metin: Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler Arası İşbirliği Davranışları ve Hukuki Sonuçları, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi No:7, Ankara 2001.
- Ulukaya, Selda: Deniz Ulaştırmasında Rekabet Hukuku Sorunları: Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, İstanbul 2015.
- Utku, Hilal/ Polat, Belit/ Deniz, Seda: “Rekabet Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Davalarında Usul Sorunları”, Rekabet Dergisi, 13(1), 2012, 129-162.
- Uzunallı, Sevilay: “Avrupa Birliği Rekabet Hukuku Işığında Yıkıcı Fiyat Uygulamaları ile Hakim Durumun Kötüye Kullanılması”, Rekabet Dergisi, 2010, 11(4), 59-109.
- Ülgen, Sinan: Avrupa Birliğinde Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, TÜSİAD, İstanbul 1998.

- Vaheesan, Sandeep: “Reconsidering Brooke Group: Predatory Pricing in Light of Emprical Learning, Berkeley Business Law Journal, Volume 12, Issue 1, Article 3, 2015, 81-110.
- Yanık, Mehmet: Rekabet Hukukunun Hakim Durum ve Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Uygulamalarında Piyasaya Giriş Engelleri, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No: 19, Ankara 2003.
- Yiğit, İlhan: “Rekabet İhlallerinden Doğan Tazminat Sorumluluğu, İstanbul 2013.
- Wagner-von Papp, Florian/ Viros, David/ Zimmer, Daniel/ Kovacic, William E./ Stephan, Andreas: “Individual Sanctions for Competition Law Infringements: Pros, Cons and Challenges”, Concurrences Review No 2-2016, 14-44, <https://ssrn.com/abstract=2782090>, Erişim Tarihi: 25.02.2018.
- Wessling, Erica: “Spirit Airlines, Inc v Northwest Airlines, Inc.: A Case For Increased Regulation Of The Airline Industry”, 6 Wm. & Mary Bus. L. Rev. 711 (2015), 713-738.
- Werden, Gregory J.: “The No Economic Sense Test for Exclusionary Conduct”, 31 J. Corp. L. , 2006, 293-305.
- Wickelgren, Abraham L.: “The Necessary Complexity of Predatory Pricing Analysis: A Comment on Richard S. Markovit’s Treatment of Predatory Pricing Economics and Interpretation and Application of U.S. and E.U. Antitrust Law, The Antitrust BulletinVol 61(1), 2016, 187-197.
- Williamson , Oliver E.: “Predatory Pricing: A Strategic and Welfare Analysis,” Yale L.J. 87, 1977, 284 - 340.
- Willard K., Tom: “Game Theory in the Everyday Life of the Antitrust Practitioner”, 5 George Mason Law Review 457, 1997, 457 - 469.
- Whish, Richard/ Sufrin, Brenda: Competition Law, 3rd Edition, London 1993.
- Whish, Richard/ Bailey, David: Competition Law, Seventh Edition, Newyork 2012.

ÖZGEÇMİŞ

Kişisel Bilgiler

Adı Soyad : Can Kurdak
Doğum Yeri ve Tarihi : Kars-28.06.1991

Eğitim Durumu

Lisans Öğrenimi : Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk (LLB).
Mezuniyet Tarihi : 14.06.2014

Yüksek Lisans Öğrenimi : Kadir Has Üniversitesi (Devam Ediyor)
Bildiği Yabancı Diller : İngilizce, Almanca.

İş Deneyimi

Çalıştığı Kurumlar ve Tarihleri : Dr. Levent Bıçakcı Hukuk Bürosu, Avukat, 01.06.2016-15.04.2018.
Dr. Levent Bıçakcı Hukuk Bürosu, Yasal Stajyer, 01.09.2014- 01.09.2015.

İletişim

Telefon : 05556354043
E-posta Adresi : ckurdak@gmail.com