T.C.

İSTANBUL KEMERBURGAZ ÜNİVERSİTESİ

Sosyal Bilimler Enstitüsü - Uluslararası Ticaret Hukuku

HAKİM DURUMUN FAHİŞ FİYAT YOLUYLA KÖTÜYE KULLANILMASI

Reyyan Turgut

Yüksek Lisans Tezi

Danışman Prof. Dr. İ. Yılmaz ASLAN

İstanbul, 2015

HAKİM DURUMUN FAHİŞ FİYAT YOLUYLA KÖTÜYE KULLANILMASI

Reyyan Turgut

[Bahçeşehir Üniversitesi, 2010]

[İstanbul Kemerburgaz Üniversitesi, 2015]

İstanbul Kemerburgaz Üniversitesi

[YüksekLisans, Uluslararası Ticaret Hukuku]'na

sunulmuştur.

Bu çalışma tarafımızca incelenmiş olup, kapsam ve kalite açısından Yüksek Lisans tezi olmaya yeterli bulunmuştur.

Yrd. Doç. Dr. Ahmet Cemil YILDIRIM
Eş Danışman

Prof. Dr. İsmail Yılmaz ASLAN
Danışman

İnceleme Komitesi Üyeleri (İlk isim jüri başkanına, ikinci isim tez danışmanına aittir.)

Prof. Dr. İsmail Yılmaz ASLAN (Jüri)

Doç. Dr. Leyla ATEŞ (Jüri)

Yrd. Doç. Dr. Türkay ÖZDEMİR (Jüri)

Bu çalışma bir Yüksek Lisans tezinin tüm gerekli şartlarını taşımaktadır.

Yrd. Doç. Dr. Ahmet Cemil YILDIRIM
Bölüm Başkanı

[Üniversite] onayı 09/06/2015

Yard. Doç. Dr. Saadet ÇETİNKAYA
Enstitü Müdürü

Bu dökümandaki tüm bilgilerin akademik kural ve etiğe bağlı kalınarak yazıldığını ve tez yazım kuralları kapsamında bu çalışmada bulunan ve original olmayan bütün bilgi ve materyallerin referanslandırıldığını temin ederim.

Reyyan Turgut

[İmza]

İTHAF

Her zaman yanımda olan ve benden desteğini esirgemeyen Canım Annem Kadriye TURGUT'a teşekkür ederim.

ÖZET

HAKİM DURUMUN FAHİŞ FİYAT YOLUYLA KÖTÜYE KULLANILMASI

Reyyan Turgut

Yüksek Lisans, Uluslararası Ticaret Hukuku Bölümü, İstanbul Kemerburgaz Üniversitesi,

Danışman: Prof. Dr. İ. Yılmaz Aslan

Tez konusu olan Hakim Durumun Fahiş Fiyat Yoluyla Kötüye Kullanılması büyük ölçüde Türk Rekabet Kurulu kararları çerçevesinde incelenmiştir. Konuya ışık tutmakta yardımcı olduğu ölçüde ABD ve AB uygulamalarına da yer verilmiştir. İncelemelerimizde genel olarak Hakim Durum ve Kötüye Kullanma konularına yer verilmemiş, özel olarak fahiş fiyat konusunun gerektirdiği ölçüde değinmekle yetinilmiştir. Böylece tezin sınırları, tez konusu ile sınırlı tutulmaya çalışılmıştır. Bu çerçevede fahiş fiyat incelemelerinin rekabet hukuku kapsamında soruşturulmasının hem ABD hem AB hem de Türk Hukuku'nda istisnai bir durum olduğu tespit edilmiştir. Rekabet Otoriteleri fahiş fiyata özellikle fiili veya yasal tekel, ya da doğal tekel hallerinde müdahale etmektedirler.

Rekabet Otoriteleri fahişliğin tespitinin çok zor olduğunu kabul etmekle beraber EDT (ekonomik değer testi) denilen bir test ile sonuca ulaşmaya çalışmaktadırlar. EDT, iki aşamalı bir test olarak karşımıza çıkmaktadır. Birinci aşamada maliyetler ile fiyat karşılaştırılarak arada makul sayılamayacak bir fark olup olmadığını tespit etmektedirler. Ancak neyin makul olduğunu tespit etmekteki zorluklar daha fazla incelemeyi zorunlu kılmaktadır. EDT' nin ikinci aşamasında ise teşebbüsün fiyatları rakiplerle mukayese edilmektedir. Ancak teşebbüsün tekel durumunda olduğu düşünülecek olursa ilgili pazarda mukayese edebilecek bir rakip bulmak çoğu zaman mümkün olmamaktadır. Bu durumda ise ekonomik ve hukuki çevresi birbiri ile benzer olan pazarlar araştırılmakta ve bu pazarlardaki benzer teşebbüslerle soruşturma konusu teşebbüs karşılaştırılmaktadır. Ancak hemen fark edileceği gibi ekonomik ve hukuki bakımdan birbirine benzeyen pazarlar bulmakta da ciddi sıkıntılar yaşanmakta, bu nedenle fahiş fiyatlar nedeniyle kötüye kullanma kararları çok zor verilebilmektedir.

Rekabet Otoriteleri bu incelemeleri yaparken fahişlik tespit etseler bile bunun arızi bir durum olup olmadığını, teşebbüsün sistematik politikasının olup olmadığını da tespit etmek için fahiş fiyat uygulanan sürelerin ne kadar sürdüğünü araştırmaktadırlar. Çok kısa süreli yüksek fiyatlar kötüye kullanma olarak kabul edilmemektedir.

İncelediğimiz kararlardan çıkan diğer bir sonuç ilgili piyasanın regüle bir piyasa olup olmamasıdır. Genellikle fiyatları regüle eden bir düzenleyici kurum varsa Rekabet Otoriteleri konunun çözümüne müdahil olmaktan kaçınmakta, çözümü sektörel düzenleyici kuruma bırakmaktadırlar.

Yukarıda özetlediğimiz hususlar tüm ABD, AB ve Türk kararlarında aşağı yukarı aynı olmakla birlikte buna istisna teşkil eden tek bir karar bulunmaktadır. O da ceza ile sonuçlanan son Tüpraş kararıdır. Konuya müdahil olan bir düzenleyici kurul (EPDK) olmasına karşın Rekabet Kurulu %14-15 gibi bir yüksek fiyatın kriz döneminde 2,5 ay gibi kısa bir süre ile uygulanmasını kötüye kullanma saymıştır.

ABSTRACT

MISUSE OF DOMINANT POSITION BY ILLICIT PRICE

ReyyanTurgut

Post Graduate, Department of International Trade Law, İstanbul KemerburgazÜniversitesi,

Supervisor: Prof. İ. YılmazAslan

The subject of the thesis; “Misuse of Dominant Position by Illicit Price” has, to a large scale, been studied within the frame of decisions of the Turkish Competition Authority. The US and EU enforcements have also been taken into account to an extent of the insight they have provided for the subject. The issues of Dominant Position and Misuse have not been the general point of emphasis within the scope of our studies, but rather, specifically, the reference towards the topic of illicit price has been contented with. Thus, the boundaries of the thesis have been aimed to be limited with the subject of the thesis. Within this framework, the inquiry of illicit price studies within the scope of the competition law has been ascertained to be an exceptional case within the USA, EU and Turkish Law. The Competition Authorities interfere with the illicit price, particularly in de facto or de jure monopoly or natural monopoly cases.

The Competition Authorities, in addition to acknowledging the severe difficulty in identifying illicitness, are endeavouring to reach a conclusion via a test called EVT (economic value test). The EVT stands as a two-stage test. In the first stage, whether an unreasonable difference exists is determined through the comparison of costs and price. However, the difficulties in determining what is corresponded with reasonable requires further investigation. In the second stage of EVT, on the other hand, the prices of the enterprise is compared with its competitors. However, if the enterprise is to be considered to be in a state of monopoly, more often than not, finding a competitor for comparison within the related market is impossible. In such case, markets with similarities in terms of economic

and legal environment are surveyed and the similar enterprises within the abovementioned markets and the enterprise subject to investigation are compared. However, as it can instantaneously be recognised, significant difficulties are experienced in finding similar markets, therefore the rendering of decisions on misuse on the basis of illicit prices is quite a challenge.

Despite the cases, where the Competition Authorities detect illicitness within the process of these investigations, said authorities also investigate the duration of the illicit price imposed period to determine whether this is an incidental case or whether it is a systematic policy of the enterprise. Very short-termed high prices are not considered as misuse.

Another result obtained from the decisions analysed is whether the related market is a regulated market. In general, in case of existence of a regulatory body, which regulates the prices, the Competition Authorities abstain from interfering with the settlement of the matter, handing over the settlement of the issue to the sectoral regulatory body.

Notwithstanding the more or less similarity of the above summarised matters in all of the decisions of USA, EU and Turkey, there exists a single decision, which constitutes an exception. This is the latest Tüpraş decision, which was concluded with a penalty. Despite the involvement of a regulatory body (EMRA) to the issue, the Competition Authority has regarded the implementation of a high price of 14-15% during the crisis period for a short period of time, comprised of only 2.5 months.

İÇİNDEKİLER

ÖZET vi

ABSTRACT viii

İÇİNDEKİLER x

KISALTMALAR xii

Giriş 1

1. FAHİŞ FİYAT KONUSUNDA, REKABET HUKUKU TEORİSİ AÇISINDAN REKABET KURULU'NUN YETKİSİ 3

1.1. Fahiş Fiyatlamanın Rekabet Hukukundaki Yeri 3

1.2. ABD, AB ve Türk Rekabet Hukuku'nda Aşırı Fiyatlama Yaklaşımı 5

2. REKABETİ KORUMA HAKKINDA KANUNUN 6. MADDESİ UYGULAMA KOŞULLARI 9

2.1.Hakim Durum 9

2.2. Hakim Durumun Tespiti 9

2.3.Fahiş Fiyatin Kötüye Kullanma Sayilabilmesi İçin Gerekli Hakimlik Kriteri 12

2.3.1. Doğal Tekel 13

2.3.2. Yasal Tekel 15

2.3.3. İlaç Patentinin Yasal Tekel Sağlayıp Sağlamama Durumu 17

2.3.4. Süper Hakimlik 18

2.3.5. Teknolojik Ürünlerin Yedek Parçalari 21

2.3.6. Sanat Eserlerinde Ürünün Fiyatının Fahiş Olup Olmadığı Değerlendirmesi 25

3. KÖTÜYE KULLANMA KAVRAMI 28

3.1. Hakim Durumun Kötüye Kullanılmasının Unsurları 29

3.1.1. Teşebbüs 29

3.1.2. Hakim Durum 30

3.1.3. Kötüye Kullanma 31

3.2.Kanunda Yer Alan Kötüye Kullanma Örnekleri Hakkında Kısaca Açıklamalar 32

3.2.1. Rekabet Kanunu 6/2 (a) : Girişleri Engelleme ve Rakipleri Zor Durumda Bırakma 33

3.2.2. Mal Vermeyi Kesme 34

3.2.3. Tekelden Temin Yükümlülüğü Koymak 34

3.2.4. Rekabet Kanunu 6/2 (c) : Haksız Ticari Koşullar Koymak 35

3.2.5. Rekabet Kanunu 6/2 (b) : Ayrımcılık 35
3.3.Fiyatlara İlişkin Kötüye Kullanma Örnekleri 37
4. FAHİŞ FİYAT YOLUYLA KÖTÜYE KULLANMA 40
4.1.Fahiş Fiyatın Tanımı 40
4.2.Fahiş Fiyatın Unsurları 41
4.2.1. Fahişlik 44
4.2.2. Fahişlik Süresi 49
4.3.Fahişliğin Tespitinde Kullanılan Yöntemler 52
4.3.1. Önceki Fiyat-Sonraki Fiyat (Maliyet ve Karlılık Yapısı) 54
4.3.2. Ekonomik Değer Testi 56
4.3.2.1. Maliyet – Fiyat Karşılaştırması– Karlılık 63
4.3.2.2. Benzer Pazarda, Benzer Firma İle Karşılaştırma 66
4.3.2.3. DiğerKarşılaştırmalar (Maliyetlerin Tespit Edilmesinin Mümkün Olmadığı Durumlar) 69
5. REGÜLE EDİLMİŞ PİYASALARDA FAHİŞ FİYAT TARTIŞMALARI 74
5.1. ABD'de Durum 74
5.2. Avrupa Birliği'nde Durum 74
5.3. Türk Hukuku'nda Durum 75
5.4. Rekabet Kurulu'nun Emsal Kararları 76
SONUÇ 88
KAYNAKÇA 93

KISALTMALAR LİSTESİ

AB Avrupa Birliği

ABİDA Avrupa Birliği'nin İşleyişine Dair Anlaşma

AR-GE Araştırma - Geliştirme

AT Avrupa Topluluğu

ABD Amerika Birleşik Devletleri

ATAD Avrupa Topluluğu Adalet Divanı

BDDK Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu

BT Bilgi Teknolojileri

BTK Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu

EDT Ekonomik Değer Testi

EEA European Economic Area (Avrupa Ekonomik Alanı)

EPDK Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu

FSEK Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu

MESAM Türkiye Musiki Eseri Sahipleri Meslek Birliği

MÜYAP Bağlantılı Hask Sahibi Fonogram Yapımcıları Meslek Birliği

MÜYORBİR Müzik Yorumcuları Meslek Birliği

RATEM Radyo Televizyon Yayıncıları Meslek Birliği

RK Rekabet Kurulu

RKHK Rekabetin Korunması Hakkında Kanun

SPK Sermaye Piyasası Kurulu

TTK Türk Ticaret Kanunu

GİRİŞ

Türkiye Avrupa Birliği'ne tam üyelik yolunda kendisinden birçok alanda reformlar yapması beklenen ülkedir. Bunlardan birisi de Rekabet Hukuku alanıdır. AB'de Rekabet politikası ve diğer ortak politikalarına çok önem verilmektedir. Türkiye'den bu alanda da istekleri olmaktadır. Bazı başlıkları tekel oluşumunun engellenmesi, hakim gücün kötüye kullanılmaması, patent hakları gibi mevzular oluşturmaktadır. AB'de Rekabet Hukuku ile ilgili mevzuat uzun yıllarda şekillenmiştir. Türkiye'de bu mevzuatı kendisine uyarlamıştır.

Türkiye'de Rekabetin Korunması Hakkında 4054 Sayılı Kanun, konuyla ilgili yayınlanan yönetmelikler ve Rekabet Kurulu'nun çeşitli tarih ve sayı ile aldığı kararları rekabet kurallarının belirlenmesinde ve rekabet ortamının geliştirilmesi çabalarında çok önemlidir.

Bu tez çalışmasında Rekabet Hukuku alanında, hakim durumun fahiş fiyat yoluyla kötüye kullanılması kavramsal olarak ve Rekabet Kurulu kararlarından esinlenerek açıklanmaktadır. Hakim durumdan bir teşebbüsün bir piyasada diğer teşebbüsler üzerinde kurduğu hakimiyeti anlamaktayız. Teşebbüs bu hakimiyetini kendi lehine kullanmayı sürdürmeyi ister. Bunun için piyasaya başka teşebbüslerin girmesini engellemek ister, bunu başardığı ölçüde de tekel karı elde etmeye çalışır.

Tekel karı içeren fiyatların ne zaman rekabet hukuku anlamında fahiş fiyat teşkil edeceği ise kesin olarak ve her bir olayda uygulanabilecek tarzda belirlenememektedir. Bu nedenle tez konusu olarak "Hakim Durumun Fahiş Fiyat Yoluyla Kötüye Kullanılması" tercih edilmiştir.

Birinci bölümde fahiş fiyatın rekabet hukuku teorisi açısından Rekabet Kurulu'nun yetkisine girip girmediği ve tekel oluşumların fiyatlarına müdahale sınırları tartışılmaktadır.

İkinci bölümde genel olarak Rekabetin Koruması Hakkında Kanun'un 6. Maddesinin uygulama koşulları açıklanmaktadır. Bu bölümde incelenen başlıkları hakim durumun ne demek olduğu, nasıl tespit edildiği, fahiş fiyatın kötüye kullanma sayılabilmesi için gerekli hakimlik kriteri ve bu kapsamda doğal tekel, yasal tekel, ilaç patentinin yasal tekel sağlayıp sağlamadığı, süper hakimlik, teknolojik ürünlerin yedek parçaları ve sanat eserlerinde ürün fiyatlarının fahiş olup olmadığının değerlendirilmesi oluşturmaktadır.

Üçüncü bölümde genişçe Rekabet Mevzuatı'nda önemli bir yer tutan ve tartışılan kötüye kullanma mevzuuna açıklık getirilmektedir. Bu bölümde işlenecek konularda kanunda yer alan kötüye kullanma örnekleri hakkında kısa açıklamalar yapılması ve fiyatlara ilişkin kötüye kullanma örneklerinin açıklanması oluşturmaktadır.

Dördüncü bölümde fahiş fiyat yoluyla kötüye kullanma mevzuu ve fahiş fiyatın unsurları açıklanmaktadır. Bu bölümde önce fahiş fiyatın tanımı yapılmaktadır. Sonra fahiş fiyatın unsurları açıklanmaktadır. Fahişliğin tespitinde kullanılan yöntemlere de bu bölümde açıklama getirilmektedir.

Beşinci bölümde regüle edilmiş piyasalarda fahiş fiyat tartışmalarına yer verilmiştir.

Sonuç bölümünde tez çalışması boyunca türetilen çeşitli sonuçlar bir araya getirilmekte ve bu sonuçlarla ilgili genel değerlendirmelerde bulunulmaktadır.

Kaynakça bölümünde de tez çalışması için yararlanılan muhtelif kaynaklar alfabetik sırada listelenmektedir.

1. FAHİŞ FİYAT KONUSUNDA REKABET HUKUKU TEORİSİ AÇISINDAN REKABET KURULUNUN YETKİSİ

Bu bölümde fahiş fiyatın Rekabet Hukuku teorisi açısından Rekabet Kurulu'nun yetkisine girip girmediği açıklığa kavuşturulmaktadır.

Rekabet kanunları rekabetçi liberal ekonomilerin anayasası olarak kabul edilmektedir. Rekabetçi liberal ekonomilerde piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerin birbirleri ile rekabet etmeleri sonucunda devletin müdahalesine gerek kalmadan birçok piyasa unsuru kendiliğinden doğru bir şekilde belirlenmiş olur. Bu nedenle devletin neyin ne miktarda ve kaç liradan üretilmesi gerektiğini ve elde edilecek gelirlerin kimlere nasıl dağıtılacağına karar vermesi gerekmez. Aksine devletin piyasaya müdahale etmemesi, piyasanın kendi düzeni içinde gerçekleşecek olan ve ülke ekonomisi bakımından en iyi sonucu doğuracak olan rekabet yapısına karışmaması gerekmektedir. Bu nedenle Rekabet kanunlarının amacı fiyatlara müdahale etmek değil, piyasada oluşan fiyatların gerçekten rekabet sonucu oluştuğundan, arz ve talep koşullarının fiyatı oluşturduğundan emin olmaktır. Yani rekabet kanunlarının amacı fiyat kontrolü değildir, aksine fiyatların piyasa şartlarına göre oluşmasını sağlayacak ortamı korumaktır. Nitekim 4054 sayılı Kanun'un Genel Gerekçesi'nin 3. paragrafına göre; "Genel olarak piyasa ekonomilerinde rekabet; kar, satış miktarı ve pazar payı gibi belirli iktisadi hedeflere ulaşmak amacıyla ekonomik birimler arasında ortaya çıkan bir yarış veya karşıtlık şeklindeki ilişkiler süreci olarak tanımlanmaktadır. Rekabet, firmaları verimli olmaya, kaliteli ve düşük bedelle daha fazla ürün ve hizmet sunmaya yönelten çok önemli bir süreçtir. Rekabetin egemen olduğu bir piyasa ekonomisinde fiyat ve kar göstergeleri müdahalelerden uzak olarak belirlenir."

Yukarıda alıntıladığımız, 4054 sayılı Kanun'un Genel Gerekçesi'nden de anlaşılacağı üzere Kanun müdahaleci bir kurum oluşturma amacında değildir. Aksine fiyatlara müdahale edilmemesi gerektiğini belirtmektedir.[1]

1.1 Fahiş Fiyatlamanın Rekabet Hukukundaki Yeri

Rekabet Kurulu fahiş fiyatlama doktrinine şüphe ile yaklaşmakta ve uygulamaktan kaçınmaktadır. Nitekim bu durum Rekabet Kurulunun 09-52/1246-315 sayılı, 04.11.2009

[1] Orak, Cem Çağatay, Kamu Hizmetleri Ve Kamu Teşebbüslerine Rekabet Hukuku Kurallarının Uygulanması, Haziran 2011, Ankara, s.4 vd.

tarihli kararında; " Sömürücü davranışlar arasında sayılabilecek olan aşırı fiyat uygulaması, tüketici refahında doğrudan bir kayba ve dağılım etkinsizliğine yol açan bir eylem olarak rekabet politikaları bakımından temel ilgi alanlarından biridir. Bununla birlikte rekabet hukuku bakımından aşırı fiyatlamaya ilişkin farklı yaklaşımlar bulunduğu görülmektedir. Örneğin ABD rekabet hukuku bakımından aşırı fiyatlama davranışı bir hukuka aykırılık teşkil etmemekte iken, AB rekabet hukukunda yasaklanmış bir eylem olarak ortaya çıkmaktadır. AB rekabet hukukunda aşırı fiyatlama bir ihlal olarak kabul edilmekle birlikte, aşırı fiyatlamanın kötüye kullanma olarak kabul edildiği AB Komisyonu ve ATAD kararları oldukça sınırlı sayıdadır ki, bu da Komisyonun aşırı fiyatlamayı istisnai durumlarda rekabet hukuku kapsamında kabul etme politikasının bir göstergesidir. (…)"

"4054 sayılı Kanunun uygulaması bakımından içtihatlara bakıldığında aşırı fiyatlamanın bir ihlal olarak kabul edilmekle birlikte uygulamada bu alanda bir katılığın olmaması yönüyle AB uygulamalarıyla bir benzerliğin bulunduğu söylenebilir. Gerek Komisyonun gerekse Türk Rekabet Kurulunun aşırı fiyatlamaya ilişkin uygulamalardaki politikasında, aşırı fiyatlamaya ilişkin tespitlerin zorluğunun yanında, aşırı fiyatlamaya yapılan müdahalelerin serbest piyasa ortamına getirdiği olumsuzluklar da rol oynamaktadır. Bu olumsuzluklar şu şekilde özetlenebilir:

- Aşırı fiyatlara müdahalenin pazara yeni girişler önünde caydırıcı bir etkiye sahip olması,
- Teşebbüslerin yatırım ve inovasyon güdüsünün azaltılması,
- Aşırı fiyatın tespitinde ve müdahale ile belirlenecek adil fiyatın oluşturulmasında yapılacak hata riski,

"Yukarıda belirtilen hususların sonucu olarak, daha önce de belirtildiği üzere ABD uygulamalarında olduğu gibi aşırı fiyat konusu tamamen rekabet hukuku uygulama alanından çıkarılmakta ya da AB Komisyonu ve Türkiye uygulamalarında olduğu gibi rekabet hukuku kapsamında olduğu kabul edilmekle birlikte istisnai durumlarda yaptırım uygulanmaktadır. Bu noktada, hangi durumların rekabet hukukunun uygulanacağı istisnai durumları oluşturduğu sorusu ortaya çıkmaktadır"

Rekabet Kurulu'nun 17.01.2014 tarihli 14-03/60-24 sayılı kararında, aşırı fiyatlama, ancak hakim durumdaki firma, kendisine tanınan münhasır haklar nedeniyle tekel konumunda ise ve piyasaya fiili veya yasal giriş engelleri var ise mümkün olmakta, kararda böyle durumlarda dahi rekabet otoritelerince fiyata doğrudan müdahale edilmesinin doğru olmadığı,

müdahalenin giriş engellerini ortadan kaldırmakla sınırlı olması ve ilgili düzenleyici kurum tarafından gerçekleştirilmesi gerektiği belirtilmektedir.

Netice olarak 4054 Sayılı Kanun'da fahiş fiyatlamanın hakim durumun kötüye kullanılması sayılacağına dair açık bir hüküm bulunmamaktadır. Nitekim ABİDA 102. Maddesinin (a) bendinde "haksız fiyat" koymanın hakim durumun kötüye kullanılması sayılacağına dair açık bir hüküm vardır. Bu hüküm 4054 Sayılı Kanun'un 6. Maddesindeki örnekleri arasına alınmamıştır. Bu durumda fahiş fiyatlamanın Rekabet Hukuku'ndaki yerini tespit etmek için AB, ABD ve Türk uygulamalarına bakılması gerekmektedir.

1.2. ABD, AB ve Türk Rekabet Hukuku'nda Aşırı Fiyatlama Yaklaşımı

Aşırı fiyatlama Rekabet Hukuku'nun en tartışmalı konularından birisidir. Zira, aşırı fiyatlamanın tespiti ve aşırı fiyatlamaya müdahale edilmesi noktasında Rekabet Hukuku'nun doğru bir enstrüman olup olmadığı değerlendirilerek; ardıl (ex-post) müdahalenin Rekabet Hukuku ile korunması istenen menfaatin sağlanamaması ve hatta rekabetçi zarar ortaya çıkması sonucunu doğurabileceği ifade edilmektedir.[2] Bu tartışmanın belki de en önemli göstergesi; ABD Rekabet Hukuku'nda aşırı fiyatlamanın ihlal olarak kabul edilmemesine karşın, AB Rekabet Hukuku'nda ancak çok istisnai durumlarda ihlal olarak kabul edilebilmesidir. Nitekim Komisyon yıllık raporlarında fiyat düzenleyici bir fonksiyon üstlenmek istemediğini açıkça şu cümlelerle ifade etmiştir.[3]

"Komisyon, karar alma uygulamalarında normal olarak yüksek fiyat düzeylerini kontrol etmez ve suçlamaz."[4]

"Komisyon fiyat düzenleyici değildir ve fiyat düzenleyici gibi davranmak istememektedir."[5]

Bu kanaatlere sahip olan Komisyon, tüketiciyi korumanın başka yollarla mümkün olmadığı, son derece sınırlı durumlarda aşırı fiyatlamaya müdahale etmektedir.[6] Özellikle pazarın kısa

[2] GAL, M., "Monopoly Pricing as an Antitrust Offence in the US and the EC: Two Systems of Belief About Monopoly?", The Antitrust Bulletin,Vol. 49, 2004.

[3] ÜNAL, Ç., Aşırı Fiyat Kavramı ve Aşırı Fiyatlama Davranışının Rekabet Hukukundaki Yeri, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No: 103, Ankara, 2010.

[4] XXIVth Report On Competition Policy, 1994.

[5] XXVIIth Report On Competition Policy, 1997

[6] Guidance on the Commission's Enforcement Priorities in Appliying Article 82 EC Treaty to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings (drafttext).

ya da orta vadede kendisini düzeltmesinin beklendiği hallerde aşırı fiyatlamaya müdahale edilmemesi gerektiği kabul edilmektedir[7].

Komisyon'un kararlarına bakıldığında sömürücü kötüye kullanmaya ilişkin kararlarının, dışlayıcı kötüye kullanmalara nazaran oldukça az sayıda olduğu görülmektedir. Bu durum, Avrupa Birliği'nin İşleyişine Dair Anlaşma'nın ("ABİDA") 102. maddesinin modernizasyonu sürecinde de gündeme gelmiş ve reform çalışmalarında aşırı fiyatlama dahil sömürücü kötüye kullanma hallerine yer verilmemiştir.[8] Bu süreç Rekabet Kurumu tarafından da takip edilerek, 18.07.2013 tarihinde yayınlanmış olan "Hakim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Kötüye Kullanma Niteliğindeki Davranışlarının Değerlendirilmesine İlişkin Kılavuz Taslağı"nda sömürücü kötüye kullanma hallerine yer verilmemiştir.

Ülkemizde Rekabet Kurulu'nun 15 yıllık uygulamasına bakıldığında ise aşırı fiyatlama eyleminin bugüne kadar iki soruşturmaya konu edildiğini görmekteyiz. Bu durum Rekabet Kurulu'nun yaklaşımının da tıpkı AB Komisyonu tarafından yapıldığı gibi, aşırı fiyatlamaya ilişkin uygulamaların ancak istisnai hallerde ele alınması yönünde olduğunu göstermektedir.[9]

Gerek AB Komisyonu'nun gerekse Türk Rekabet Kurulu'nun aşırı fiyatlama bakımından izlediği; istisnai hallerde müdahalede bulunma politikasında, aşırı fiyatlamaya ilişkin tespitlerin zorluğunun yanında, aşırı fiyatlamaya yapılan müdahalelerin serbest piyasa ortamına getirdiği olumsuzluklar da rol oynamaktadır.

Rekabet Kurulu'nun 03.01.2008 tarih ve 08-01/5-4 sayılı HAVAŞ kararında "ürünün ekonomik değeriyle kabul edilebilir bir ekonomik bağı bulunmayan aşırı fiyatın hakim durumun kötüye kullanılması olarak değerlendirileceği tespiti yapılmaktadır. 06.04.2001 tarih ve 01-17/150-39 sayılı BELKO kararında ise aşağıdaki ifadeler yer almaktadır: "Uygulamada Kanun'da öngörülenlerden başka bir takım kötüye kullanma halleri benimsenebileceğine göre, tekelci fiyatın da bunlardan biri olmaması için bir sebep bulunmamaktadır. … tekelci fiyat tekelden kaynaklanan sosyal maliyetin temel sebeplerinden biridir ve eğer anti-tekel hükmüyle izlenen amaç tekelden kaynaklanan olumsuzlukların bertaraf edilmesi ise, bu uygulamanın yasaklama kapsamında kabul edilmesi doğal bir netice olarak karşımıza çıkmaktadır. Nitekim anlamı itibarıyla kötüye kullanma

[7] ÜNAL, Ç., Aşırı Fiyat Kavramı ve Aşırı Fiyatlama Davranışının Rekabet Hukukundaki Yeri, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No: 103, Ankara, 2010.
[8] Ünal, 2010: 117.
[9] ÖZDEMİR, Ü.N., Fiyatlamaya İlişkin Tek Taraflı Davranışların Değerlendirilmesinde Kullanılan Maliyet Ölçütleri, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No: 96, Ankara, 2009: 71.

kavramına tekelci fiyatlamadan belki de daha uygun bir örnek davranış biçimi bulmak güçtür. Her ne kadar fiyatlara müdahale mercii olmasa da Rekabet Kurumu, gerek sömürücü gerekse dışlayıcı sonuçlar doğursun, hakim durumdaki teşebbüslerin bu tür uygulamaları karşısında önlem alma zorunluluğunda olan yegane Kurum olarak karşımıza çıkmaktadır." Kararda Ekonomik Değer Testi (EDT) esas alınmış, BELKO' nun fiyatlarının diğer coğrafi pazarlardaki fiyatlardan %50-60 oranında daha yüksek olduğu tespit edilmiş ve yapılan değerlendirme sonucunda BELKO' nun aşırı fiyat uygulayarak hakim durumunu kötüye kullandığına karar verilmiştir. Bu noktada yargı sürecinin tamamlandığını ve söz konusu kararın Danıştay tarafından onandığını belirtmek gerekmektedir. Danıştay 10. Dairesi'nin 2001/4817 E., 2003/4770 K. sayılı söz konusu kararında, aşırı fiyat uygulamasının Kanun'un 6. maddesi kapsamında ele alınabileceği belirtilerek, "rekabet koşullarının bulunmadığı, piyasanın kendi kendini düzeltemediği, aşırı fiyatlandırmanın yeni girişleri teşvik etmediği, giriş engellerinin bulunduğu, bilgi akışının tam ve homojen olmadığı bir ekonomide … [aşırı fiyat] gibi istismar edici eylemlere rekabet kuralları aracılığıyla müdahale edilebileceği" ifade edilmektedir.".[10]

AB rekabet hukukunun sömürücü aşırı fiyatlama davranışına müdahale etmesinin yasal dayanağını Avrupa Birliği'nin İşleyişine Dair Anlaşma'nın 102. Maddesi oluşturmaktadır. Bu maddede kötüye kullanma örnekleri arasında sayılan "Doğrudan ya da dolaylı olarak haksız alım ya da satış fiyatları uygulamak veya haksız ticari koşullar öne sürmek", sömürücü aşırı fiyatlamayı da içine alan bir başlık olarak kabul edilmiştir. Türk rekabet hukuku bakımından meseleye bakıldığında ise, 102. maddenin 4054 sayılı Kanun'daki karşılığı olan 6. Maddede sayılan kötüye kullanma örnekleri arasında böyle bir örnek bulunmamaktadır. Ancak, konuya ilişkin alınan çeşitli Kurul kararlarında bu davranış, 6. maddenin ihlali olarak değerlendirilmiştir.

Teşebbüslerin aşırı fiyatlama davranışının 4054 sayılı Kanun'un 6. Maddesi bağlamında hâkim durumun kötüye kullanılması teşkil edebilmesi için, teşebbüsün hakim durumda bulunması ve bu hakim durumunu kötüye kullanması anlamına gelecek şekilde aşırı fiyat uyguluyor olması şartları kümülatif olarak aranacaktır.[11]

Rekabet Kurulu Gestaş Kararı'nda; "Aşırı fiyata ilişkin söz konusu tespit zorlukları ve müdahalenin pazara girişleri caydırıcı etkide bulunması veya teşebbüslerin yatırım ve yenilik

[10] Karar Sayısı: 14-03/60-24 Karar Tarihi: 17.01.2014.
[11] Karar Sayısı: 11-57/1475-531 Karar Tarihi: 17.11.2011.

yapma güdüsünü azaltması gibi olası olumsuzluklar karşısında, ancak pazara giriş engellerinin yüksek olduğu, rekabet otoriteleri ve diğer ilgili otoriteler tarafından söz konusu giriş engellerinin kaldırılarak pazarın rekabete açılmasının mümkün olmadığı ve ilgili sektörel düzenleyici kuruluşların aşırı fiyatlamaya ilişkin düzenleme ve denetimlerinin olmadığı durumlarda aşırı fiyata rekabet hukuku çerçevesinde müdahale edilmesi yerinde olacaktır.

İnceleme konusu dosyada sahip olduğu avantajlar nedeniyle Gestaş'ın ciddi bir pazar gücüne sahip olduğu ve ayrıca bu sektörü düzenleyen bağımsız bir otorite olmadığı gibi fiyatlandırma gibi ticari hususlara ilişkin düzenlemelerin de bulunmadığı göz önüne alındığında, Gestaş tarafından aşırı fiyat uygulanıp uygulanmadığının rekabet hukuku kapsamında değerlendirilmesi gerektiği anlaşılmıştır."[12]

Rekabet Kurulu'nun TÜPRAŞ Kararı'nda kurul üyesi Reşit Gürpınar'ın karşı oy gerekçesi şöyledir; "Aşırı fiyatlama ile ilgili rekabet hukuku uygulaması ve doktrininde, bu tür davranışlara sınırlı durumlarda müdahale edilmesi yolunda bir yaklaşımın izlendiği görülmektedir. Bu yaklaşımın ardında yatan temel gerekçeler;

i-müdahale sonucunda teşebbüslerin karlarının sınırlanacak olması nedeniyle pazara girişlerin engelleneceği ve teşebbüslerin araştırma geliştirme çalışmalarının ve yatırımlarının azalacağı gibi pazarın işleyişine ilişkin sakıncalar,

ii-rekabet otoritelerinin aşırı fiyatlamayı doğru biçimde ortaya çıkaramayacak olmaları nedeniyle hatalı karar verme riski ve aşırı fiyatlamayı etkin şekilde önleyemeyeceğine yönelik kaygılar gibi rekabet otoritelerinin müdahalesinden kaynaklanan sakıncalar şeklinde iki ana gruba ayrılmaktadır."[13]

ABD, AB ve Rekabet Kurulu kararları çerçevesinde bakıldığında fahiş fiyatlamaya Rekabet Hukuku kapsamında müdahale edilebilmesinin sadece çok istisnai şartlarda mümkün olması gerektiği anlaşılmaktadır. Kural olarak fiyatı piyasa kendisi düzenleyecektir ancak bunun mümkün olmadığı istisnai durumlarda devlet Rekabet Kuralları'ndan yararlanarak fahiş fiyata müdahale edebilecektir. Aşağıdaki bölümlerde bu istisnai durumların neler olduğu irdelenecektir.

[12] Karar Sayısı: 10-60/1256-470 Karar Tarihi: 23.09.2010.
[13] Karar Sayısı: 14-03/60-24 Karar Tarihi: 17.01.2014.

2. REKABETİ KORUMA HAKKINDA KANUNUN 6. MADDESİ UYGULAMA KOŞULLARI

2.1 Hakim Durum

Türk Rekabet Hukuku'nda hakim durum, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun (RKHK)' nun 6. Maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre hakim durumun kötüye kullanılması, "bir veya birden fazla teşebbüsün, ülkenin bütününde veya bir bölümünde bir mal veya hizmet piyasasındaki hakim durumunu tek başına yahut başkaları ile yapacağı anlaşmalar ya da birlikte davranışlar ile kötüye kullanması hukuka aykırı ve yasaktır."

"4054 sayılı Kanun'un 3. maddesinde hakim durum, "Belirli bir piyasadaki bir veya birden fazla teşebbüsün, rakipleri ve müşterilerinden bağımsız hareket ederek fiyat, arz, üretim ve dağıtım miktarı gibi ekonomik parametreleri belirleyebilme gücü" olarak ifade edilmiştir."

Bu tanımda "rakiplerden ve müşterilerden" bağımsızlık vurgulandığı halde, "sağlayıcılardan" bağımsızlık belirtilmemiştir. Piyasanın alıcılar, satıcılar ve rakiplerden oluştuğu düşünülürse bunun bir eksiklik olduğu açıktır. Ancak "sağlayıcıların" da tanıma eklenmesi durumunda dahi bu tanım ne kadarlık bir gücün hakim durum sayılması gerekeceği konusunda yol göstermemektedir. Bu nedenle hakim durumun nasıl tespit edileceği ile ilgili olarak kararlara bakmak gerekmektedir.

2.2 Hakim Durumun Tespiti

Hakim durumun tespiti ile ilgili Avrupa Birliği'nin oluşturduğu mevzuat referans alınabilir. ABİDA 102. Maddesi ile bir veya daha fazla işletmenin ortak pazarda veya onun önemli bir bölümünde hakim durumlarını kötüye kullanmalarını üye ülkeler arası ticareti etkilediği ölçüde yasaklamıştır.[14] Buna göre, AB mevzuatında uygulamasında üye ülkeler arası ticareti etkilemesi ölçü olarak alınmıştır. Yukarıdaki tarif edilen hakim durum olgusu Türk mevzuatında da benzer şekilde yerini almıştır. Türkiye'deki uygulamasında doğal olarak firmalar arasındaki ilişkilerle birisinin diğerleri üzerinde bunu bir baskınlık aracı olarak kullanmasının önlenmeye çalışıldığı açıktır. Hakim durum, ekonomik güç edimi ve bunun sürekliliği ile ilişkili bir kavramdır.

[14] EFEM, G. ve BADUR, E., AB Rekabet Hukuku, Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşmalar ve Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, Çankaya Üniversitesi, Ankara 2002: 97.

Hakim durumun;

- Monopol
- Oligopol (Birlikte Hakimlik)

gibi türleri vardır.[15]

Bunlara açıklık getirilecek olursa mutlak monopol, bir malın pazarında toplam arzın tek bir işletme tarafından karşılandığı bir piyasa şeklidir. Örneğin, Türkiye Petrolleri Anonim Ortaklığı, Türkiye'de petrol arama ve çıkarma konusunda tek şirket olmuştur. Bir başka örnek, içki sektöründe 80'li yıllara kadar Tekel adı üstünde Türkiye'deki pazarda satılan yegane yerli alkollü içecek olmuştur. 80 yılı ve sonrasında dünyada pazarın serbestleşmesi eğilimleri ile birlikte, ve Özal'ın politikaları ile Tekel firması tek el olmaktan çıkarılmıştır ve serbest rekabet düzeni Türkiye'ye yerleştirilmiştir.

Oligopol'e de açıklık getirecek olursak, Avrupa Topluluğu Anlaşması'nın 86. Maddesi RKHK'nun 6. Maddesi ile hakim durumun birlikte hakim olmak yoluyla da yaratılabileceği kabul edilmiştir. Oligopol oluşumunda pazarlarda bir ürünün üretimi az sayıda ve birbirine yakın güçte işletmelerin elinde yoğunlaşmaktadır.[16]

"4054 sayılı Kanun'un "Tanımlar" başlıklı 3. maddesinde hâkim durum, "belirli bir piyasadaki bir veya birden fazla teşebbüsün, rakipleri ve müşterilerinden bağımsız hareket ederek fiyat, arz, üretim ve dağıtım miktarı gibi ekonomik parametreleri belirleyebilme gücü" olarak tanımlanmıştır. Hâkim durum tespitinde genel olarak başvuruya konu teşebbüs ve rakiplerinin ilgili pazardaki pazar payı, pazardaki potansiyel rekabet, pazara giriş engellerinin bulunup bulunmadığı, teşebbüsün pazardaki davranışları gibi unsurlar değerlendirilmektedir. Yukarıda da belirtildiği üzere, rekabet hukuku incelemelerinde hâkim durum tespiti yapılırken kullanılan ölçütlerin başında, pazar payı gelmektedir. Hem ilgili teşebbüsün hem de rakiplerinin pazar payları bu açıdan önemlidir. Bir firmanın ilgili pazardaki pazar payının çok yüksek olması çoğu zaman o firmanın hâkim durumda olduğuna dair önemli bir gösterge olmakla birlikte, tek başına hâkim durumu göstermek bakımından yeterli değildir. Pazara giriş engellerinin olmadığı ve potansiyel rekabetin yüksek olduğu piyasalarda çok yüksek pazar payları bulunsa dahi, bu durum, teşebbüsün hâkim durumda olduğu sonucuna ulaşmakta yeterli olmamaktadır. Şayet bir pazarda potansiyel rekabetin varlığından

[15] Efem ve Badur, 2002.
[16] Efem ve Badur, 2002: 101-102.

bahsedilebiliyorsa, mevcut firmaların hâkim durumdaki teşebbüsler gibi davranamayacakları, örneğin fiyatlarını tekelci seviyeye yükseltemeyecekleri genel olarak kabul edilmektedir. Rekabet hukuku anlamında potansiyel rekabetin varlığından söz edebilmek için ise, pazara girişlerin olası (likely), etkili (sufficient) ve zamanlı (timely) olması gerekmektedir. Girişin olası olması için, pazara eklenecek üretim miktarı ve pazardaki yerleşik firmaların tepkileri dikkate alındığında potansiyel rakipler açısından pazara girişin rasyonel olması gereklidir. Bunun yanında girişin çabuk ve pazar gücüne karşı koyabilecek ölçüde etkili olması da önemlidir. Pazar özelliklerine bağlı olmakla beraber, genellikle iki yıllık bir süre içerisindeki girişler zamanlı kabul edilebilmektedir. Girişin etkili olması için de yoğunlaşmanın rekabet karşıtı etkilerine karşı koyabilecek yeterli kapsam ve büyüklükte olması, küçük ölçekli bir giriş olmaması gerekmektedir."[17]

Rekabet Kurulu'nca verilen bir kararda; "Hâkim durumun tespitinde genel olarak, ilgili teşebbüs ve rakiplerinin pazardaki payı, pazardaki potansiyel rekabet, pazara giriş engellerinin bulunup bulunmadığı, dikey bütünleşme, finansal güç, atıl kapasite ve teşebbüsün pazardaki davranışları gibi unsurlar dikkate alınmaktadır. Yüksek pazar payı hakim durumun varlığına ilişkin tek gösterge olmamakla birlikte genellikle teşebbüsün pazar gücüne ve pazarın yapısına ilişkin önemli ipucu vermektedir."[18]

Rekabet Kurulu bir kararında, "ilgili pazar olarak belirlenen İstanbul–Gaziantep hattında havayolu ile yolcu taşımacılığı hizmetleri pazarında, PEGASUS'un pazar payının en fazla %(…..) civarında gerçekleştiği ve karşısında THY gibi daha yüksek pazar payına sahip güçlü bir rakibin bulunduğu ve hali hazırda THY'nin İstanbul Gaziantep hattında az sayılamayacak sayıda (üç ile sekiz adet arasında değişen doğrudan) seferinin bulunduğu, dolayısıyla, PEGASUS'un ilgili pazarda hakim durumda olmadığı tespit edilmiştir. Bu gerekçelerden yola çıkarak, PEGASUS'un fahiş fiyat uyguladığı ve istediği fiyatı müşterilerine kabul ettirdiği iddialarına konu fiyatlama eyleminin 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesi çerçevesinde de değerlendirilmesi mümkün olmamıştır" [19] demiştir.

[17] Karar Sayısı: 10-73/1518-580 Karar Tarihi: 25.11.2010.
[18] Karar Sayısı: 12-33/938-294 Karar Tarihi: 14.06.2012.
[19] Karar Sayısı: 12-33/940-295 Karar Tarihi: 14.06.2012.

2.3 Fahiş Fiyatın Kötüye Kullanma Sayılabilmesi İçin Gerekli Hakimlik Kriteri

Yukarıda belirttiğimiz gibi fahiş fiyat uygulamalarına rekabet kuralları kapsamında müdahale edilmesi sadece istisnai şartlar altında mümkündür. Bu istisnai şartlardan birisi hakimlik kriteri ile ilgilidir.

Her hakim teşebbüsün fiyatlarının denetlenmesi mümkün değildir. Çünkü etkili rakipleri olan bir hakim teşebbüs söz konusu olduğunda, bu hakim teşebbüsün fiyatlarını rakiplerinin piyasa fiyatları baskısıyla kendiliğinden düzelmesi mümkündür. Böyle durumlarda, yani fiyatların piyasa tarafından düzeltilebilme olanağı olan hallerde Rekabet Kurulu müdahalesi gereksizdir. O zaman fahiş fiyatlara müdahale için nasıl bir hakimlik gereklidir, araştırmak gerekir.

Rekabet Kurulu'nun kararında; "Dosya mevcudu bilgilere göre, Aras Kargo'nun Fillo Kargo ile birlikte (Aras-Fillo) toplam pazar payının %(…..) aralığında gerçekleştiği, sektördeki lider firmanın ise Yurtiçi Kargo olduğu anlaşılmaktadır. Her ne kadar sektör üç-dört firmada yoğunlaşsa da, ilgili pazarda sahip olduğu pay dikkate alındığında, mevcut durumda Aras-Fillo'nunhakim durumda bulunmadığı kanaatine varılmıştır. Dolayısıyla Aras-Fillo bakımından hakim durumun varlığı tespit edilemediğinden, 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesinin ihlalinden bahsedilmesi de mümkün değildir."[20]

Rekabet Kurulu'nun kararında; 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun (4054 sayılı Kanun)'un 6. maddesi ile bir veya birden fazla teşebbüsün hakim durumunu kötüye kullanması yasaklanmaktadır. Aşırı fiyat iddiaları da kimi durumlarda hakim durumun kötüye kullanılması olarak değerlendirilebilmektedir.

Belko[21], ASKİ[22] ve Havaş[23] gibi bazı Kurul kararlarında aşırı fiyatlandırma, hakim durumun kötüye kullanılması kapsamında değerlendirmeye alınmıştır. Söz konusu kararlar incelendiğinde, bu kararların tamamında aşırı fiyatlandırmanın ancak belirli özel şartların oluşması halinde bir kötüye kullanma olabileceği sonucuna varıldığı görülmektedir. Bu koşullardan biri piyasaya girişlerin önünde yüksek giriş engellerinin bulunmasıdır. Söz konusu engeller, yasal (imtiyazlar gibi) ya da yapısal (doğal giriş engelleri gibi) olabilmektedir. Bunun yanında hakim durumun tekele yaklaşması, ilgili pazarda müşteriye daha adil şartlarla

[20] Karar Sayısı: 12-33/938-294 Karar Tarihi: 14.06.2012.
[21] Karar Sayısı: 2011-2-306 Karar Tarihi: 21.12.2011.
[22] Karar Sayısı: 05-36/484-115 Karar Tarihi: 26.05.2005.
[23] Karar Sayısı: 8-01/5-4 Karar Tarihi: 03.01.2008.

hizmet satacak başka bir firmanın olmaması, piyasada faaliyet gösterme potansiyeli bulunan firmaların bilgi asimetrisinden kaynaklı olarak piyasa hakkında yeterli bilgiye sahip olamamaları da aşırı fiyat değerlendirmesinde göz önüne alınmıştır.

Ancak herhangi bir teşebbüsün tek taraflı davranışının ihlal olarak değerlendirilebilmesi için öncelikle bahse konu teşebbüsün faaliyet gösterdiği ilgili pazarda hakim durumda olup olmadığının tespiti gerekmektedir."[24]

Rekabet Kurulu'nca verilen bir kararda, "Şikayet konusu teşebbüsler Ambarlı Liman Tesislerindeki büfe ve restorandır. Her ne kadar liman içerisinde hazır gıda üreten başka bir restoranın bulunmadığı belirtilse de, şikayetçiden liman çevresindeki restoranlardan sipariş vermenin önünde bir engel olmadığı öğrenilmiştir. Restoran işletmeciliği gibi giriş engellerinin oldukça düşük olduğu, yüksek sermaye gereksiniminin olmadığı ve çok sayıda teşebbüsün faaliyet gösterdiği bir sektörde bir restoran ya da büfenin hakim durumda olduğu söylenemeyecektir.

Bu bakımdan, Ambarlı Liman Tesislerindeki büfe ve restoranın aşırı fiyatlama yaparak 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesini ihlal edebilecek nitelikte bir davranışta bulunmadığı kanaatine varılmıştır."[25]

2.3.1 Doğal Tekel

Doğal tekel oluşumu ile ilgili olarak, doğal tekellerin fiyatlandırma yöntemlerinin fiyat ayrımcılığı kapsamında değerlendirilmesinin bir verimlilik ikilemine neden olduğu söylenmektedir. Şöyle ki; doğal tekelin tekelci fiyatlandırma stratejisi benimsemesi durumunda fiyatını marjinal gelir ve marjinal maliyet ilişkisi içerisinde belirleyeceğinden sabit maliyetlerini kurtaramayacağı ifade edilmektedir. Çünkü bu tip sektörlerde marjinal maliyet oldukça düşük kalmaktadır. Devletin sübvansiyon politikaları da fiyat ayrımcılığından daha kötü sonuçlar ortaya çıkarmaktadır.[26]

Rekabet Kurulu bir kararında, "Görüldüğü üzere, Mersin Limanı, konteynır elleçleme hizmetleri pazarında, Akdeniz kıyısındaki limanlar arasında %…'lik pazar payı ile çok büyük bir işlem hacmine sahiptir. Ülkemizin Akdeniz kıyı şeridinde Mersin Limanı dışında konteynır elleçleme hizmeti veren Ortadoğu Antalya Limanı'nın pazar payı %… olup TCDD İskenderun

[24] Karar Sayısı: 12-65/1652-607 Karar Tarihi: 19.12.2012.
[25] Karar Sayısı: 10-65/1362-504 Karar Tarihi: 14.10.2010.
[26] ASLAN, İ.Y., Rekabet Hukuku Teori, Uygulama ve Mevzuat, 4. Baskı, Ekin Kitabevi, Bursa 2007: 44.

Limanı'nın pazar payı (%…) ise ihmal edilebilir derecede düşüktür. Akdeniz kıyısında bulunan bu limanlardan Ortadoğu Antalya Limanı'nın, Mersin ve TCDD İskenderun limanlarından farklı bir coğrafi pazarda bulunduğu dikkate alındığında, Mersin Limanı'nın ilgili pazardaki payının %100'e yakın olduğu görülmektedir.

Mersin Limanı'nın Akdeniz Bölgesi'ndeki limanlar içerisinde konteynır elleçleme hizmetlerinde oldukça yüksek bir pazar payına sahip olmasının en başta gelen nedeni, limanın alt ve üst yapısının, konteynır elleçlemeye imkân verecek nitelikte olmasıdır. Gerçekten de Mersin Limanı, coğrafi konumunun yanında, konteynır elleçlemesi için kilit unsurlar olan liman arka sahası genişliği, su derinliği (draft), rıhtım uzunluğu, rıhtımların taşıma kapasitesi, mendirek uzunluğu, demir ve kara yolları ile bağlantı ve konteynır elleçlemesi için gerekli araçlar bakımından ülkemizin Akdeniz kıyı şeridindeki diğer limanlardan ayrışmakta ve konteynır taşımacılığı için elverişli bir liman olarak ön plana çıkmaktadır."[27]

Mersin Limanı, gerek coğrafi konumu, gerek konteynır elleçlemesi için kilit unsurlar bakımından ülkemizin Akdeniz kıyı şeridindeki diğer limanlardan farklı olarak ilgili pazardaki payının %100'e yakın olması nedeniyle doğal tekel olarak görülmektedir.

Rekabet Kurulu'nun kararında, "Eskişehir ilini kapsayan doğal gaz dağıtım bölgesinde doğal gazın dağıtımı ve serbest olmayan tüketicilere perakende satışı faaliyetlerini münhasıran yürüten ESGAZ, ilgili coğrafi bölgede, dağıtım ve serbest olmayan tüketicilere yapılan perakende satış faaliyetleri bakımından tekel durumundadır. Dolayısıyla, ESGAZ, anılan bölgede doğal gaz dağıtımı pazarında hakim durumdadır ve söz konusu şebeke faaliyeti bakımından kendisine rakip başka bir hizmet sağlayıcısı bulunmamaktadır.

"Dosyadaki bilgilere göre, 2011 yılında Türkiye toptan satış piyasasında, toplam ulusal doğal gaz tüketiminin %87,5'lik kısmı, piyasanın ana tedarikçisi olan BOTAŞ tarafından karşılanmıştır. Sözleşme devri mekanizması sonucu piyasa tedarikçisi olan dört şirket ile ithalat (spot LNG) lisansı sahibi şirketlerin piyasadaki payları toplamı %10,8, toptan satış lisansı sahibi üretim şirketlerinin payları ise %1,7 olarak gerçekleşmiştir. Bu bilgiler çerçevesinde, BOTAŞ'ın, doğal gazın toptan satışı pazarında hakim durumda olduğu anlaşılmaktadır."[28]

[27] Karar Sayısı: 10-73/1518-580 Karar Tarihi: 25.11.2010.
[28] Karar Sayısı: 12-41/1171-384 Karar Tarihi: 09.08.2012.

Her ne kadar BOTAŞ toptan gaz pazarında çok yüksek paylı bir hakim şirket olsa da doğalgaz boru hattı işletmeciliği bakımından doğal tekel niteliğine sahiptir.

2.3.2 Yasal Tekel

Yukarıda aşırı fiyatlamanın unsurlarında da yer verildiği üzere, aşırı fiyatlama ihlalinden bahsedebilmek için ortada tekel ya da tekele yakın hakim durumda bulunan bir teşebbüsün bulunması gerekmektedir. Dolayısıyla salt hakim durumun varlığı yeterli görülmemektedir.
Rekabet Kurulu'nun vermiş olduğu Belko Kararı'nda ve bu kararın incelendiği 5.12.2003 tarih ve 2003/4770 sayılı Danıştay 10. Dairesi kararında;
"Bu duruma göre, Belko'nun mutlak tekel olması ve incelemeye konu olan ürünün kömür gibi bir temel madde olması, dolayısıyla sosyal refahı ve tüketici yararını doğrudan ilgilendirmesi, pazara giriş yasağı nedeniyle yeni girişleri teşvik etmemesi, piyasanın kendi kendini düzeltme ve rekabet ortamının sağlanması olanağının bulunmaması, Belko'nun satış fiyatlarının diğer pazarlarda oluşan fiyatlara oranla %50-60 oranında yüksek olması, bunun kabul edilebilir ölçütler ele alınarak yapılan incelemeyle yüksek maliyetlerden kaynaklandığının saptanması, yüksek maliyetlerin ise tekel hakkı verilmesinden doğan ortam içerisinde şirket çıkarlarının gözetilmemesi, şirketin verimsiz yönetilmesi, kömür ticareti dışında zararla sonuçlanan faaliyetlerde bulunulması nedeniyle ortaya çıkması, ortaya çıkan durumun tekelci teşebbüse haksız kaynak aktarımına ve tüketicinin sömürülmesine yol açması, dolayısıyla rekabet düzenlemelerinin asli amacıyla bağdaşmaması karşısında, dava konusu işlemle fiyat uygulamasının hakim durumun kötüye kullanılması sayılarak rekabet kurallarıyla müdahale edilmesinde hukuka aykırılık görülmemektedir…" ifadelerine yer verilmektedir.
Rekabet Kurulu Havaş Kararı'nda Havaş'ın havaalanı şehir merkezleri arasında gerçekleştirdiği yolcu taşımacılığı sırasında hakim durumunu kötüye kullanıp kullanmadığı hususunda bir değerlendirmede bulunmuştur. Bu kararda Kurul;
"Havaş'ın aşırı fiyatla hizmet satmasının sebebi, ilgili pazarda sahip olduğu tekel gücünün istismarı ve tekel karının elde edilmek istenmesidir. Uygulanan bu fiyatlar, rekabet ortamında uygulanma imkanını kaybedecektir. Bundan dolayı ilgili piyasada rekabetin hiç olmaması ve potansiyel rekabetin de bir tehlike yaratmayacak olduğu durumda Havaş, hak etmediği bir kara kavuşmakta ve dolayısıyla haksız bir kazanç ortaya çıkmaktadır. Aşırı fiyatları müşterilere empoze edebilmesinin sebebi, ilgili pazarda müşteriye daha adil

şartlarla hizmet satacak başka bir firmanın olmamasıdır. Havaalanı-şehir merkezi arasında yolculuk yapacak bir kişi, daha adil fiyatlarla hizmet sunan bir taşıyıcı bulamadığı için tekel işletme konumundaki Havaş'ın aşırı fiyatlarına katlanmak zorunda kalmaktadır." ifadelerine yer vermiştir.

Rekabet Kurulu 1.2.2002 tarih ve 02-06/51-24 sayılı kararında ise aşağıdaki ifadeleri kullanmıştır:

"son olarak, BCS'nin hakim durumda olduğu düşünülen Bolu-Gerede pazarında, "aşırı fiyat" uygulamak suretiyle bu konumunu kötüye kullanıp kullanmadığı sorusunun cevaplanması gereklidir. Yapılan incelemeler neticesinde, BCS'nin hakim durumu ve sektörde uygulanan fiyat sistemine bağlı olarak, en yüksek fiyatla satış yaptığı dolayısıyla en büyük kar marjına sahip olduğu bölgenin Bolu pazarı olduğu tespit edilmiştir. Ancak yukarıdaki belge ve analizlere rağmen, Kurul, herhangi bir doğal ya da hukuki tekelin bulunmadığı çimento pazarında, BCS'nin hakim durumda olduğu Bolu-Gerede pazarında diğer bölgelere oranla daha yüksek fiyat uygulamasının, hakim durumun kötüye kullanılması şeklinde değerlendirilemeyeceği sonucuna ulaşmıştır."

İzocam Kararı'nda[29] Rekabet Kurulu şu değerlendirmede bulunmuştur:

"Birinci olarak..., İzocam'ın hakim durumun ötesine gecen bir piyasa gücüne sahip olup olmadığı noktası önem kazanmaktadır. Piyasaya 2003 yılında Ozpor, 2008 yılında İzober firmalarının girmesi, piyasada %(….) seviyelerinde ithalat gerçekleşmesi ve İzocam'ın pazar payının %(….) seviyesinde olmasından hareketle, İzocam'ın hakim durumunun, tekel gücüne yaklaşan bir boyutta olmadığı anlaşılmaktadır."

Aşırı fiyatlama konusunun incelendiği 07.12.2011 tarih, 11-60/1565-556 sayılı kararında Kurul; "makul fiyat düzeyinin ve dolayısıyla aşırı fiyatın tespit edilmesinin zorluğu, teşebbüslerin fiyatlama davranışlarına müdahalenin piyasanın işleyişine engel olarak orta ve uzun vadede piyasaya girişleri caydırarak zararlı etkiler doğurabileceği endişesi, fiyat düzenlemesine ihtiyaç duyulan sektörlerde rekabet otoritesince yapılacak müdahalenin etkin olmayacağı ve kalıcı sonuçlar veremeyeceği öngörüsüyle aşırı fiyatlamaya ilişkin müdahale alanını daraltmıştır. Bu çerçevede Kurul, genel olarak piyasada yasal ya da doğal tekel niteliğinde bir teşebbüs varsa ve ilgili piyasada fiyata ilişkin bir düzenleme yoksa aşırı fiyatlamaya rekabet hukuku çerçevesinde müdahale edilebileceği görüşünü benimsemiştir."

[29] Rekabet Kurulu'nun 08.02.2010 tarih ve 10-14/175-66 sayılı kararı.

ifadesini kullanarak aşırı fiyatlama uygulamasının genel olarak belirli piyasa koşullarının varlığı durumunda (örneğin yasal ya da doğal tekel niteliğindeki piyasalarda) itibar göreceği ve bu alanlarda müdahalenin gerçekleştirilmesi gerektiği görüşünü benimsemiştir.

Rekabet Kurulu kararına göre, "Hakim durumda olan bir firmanın ürün veya hizmetlerinin bedelinde süreye bağlı olarak indirim yapması, mevcut rakiplerin faaliyetlerini zorlaştırma veya potansiyel rakiplerin pazara girişlerini engelleme amacını taşıyabilir. Bu çerçevede, Türk Telekom'un 2004 yılı başına kadar ses iletiminde tekel hakkına sahip olacağı, ancak 4673 sayılı Kanun uyarınca, Türk Telekom'un sermayesindeki kamu payının %50'nin altına düşmesinden itibaren tekel hakkının ortadan kalkacağı dikkate alınmalıdır.

Dosya mevcudunda yapılan incelemeler sonucunda, 3, 5 ve 7 yıllık sözleşmelere uygulanan ve %5 ila %25 arasında değişen indirim oranlarının ve işletmeleri sözleşmelere bağlı kılmak amacıyla uygulanan cezai şartın, piyasaya girmek isteyecek rakipleri caydıracak nitelikte olduğuna dair herhangi bir bulguya rastlanmamıştır. İlgili pazarda, teknolojinin hızla değişmesi nedeniyle devrelerin taşıma kapasitelerinin sürekli olarak arttığı, mevcut devrelerin kısa sürede atıl kalma riski ile karşı karşıya bulunduğu ve piyasanın bu özelliğine rağmen GSM operatörlerinin halihazırda sözleşmelerini 7 yıl üzerinden yaptıkları ve kapasite artırımları söz konusu olduğunda, daha yüksek kapasiteli bir devre kiralayarak, cezai şart ödemek pahasına daha düşük kapasiteli devreleri iptal ettikleri dikkate alındığında, sözleşme sürelerinin uzun olmasının piyasada etkin bir şekilde faaliyet gösterebilecek teşebbüsler açısından caydırıcı olmadığı anlaşılmaktadır. Bu durumun aynı zamanda, Türk Telekom'un, süreye bağlı indirimlerin "yapılan yatırımın maliyetlerini karşılamadan devre dışı kalmasını önleme amacı" taşıdığı şeklindeki açıklaması ile de uygunluk arz ettiği görülmektedir. Dolayısıyla, özel devre kiralarında sözleşme süresine bağlı olarak indirim yapılmasının piyasaya girişi engelleyeceğine dair herhangi bir kanaat oluşmadığı"[30] ifade edilmiştir.

2.3.3 İlaç Patentinin Yasal Tekel Sağlayıp Sağlamama Durumu

Patent hakları sınai mülkiyet hakları kapsamındadır. Sınai mülkiyet hakları hak sahibine tekelden kullanma yetkisi verir. Rekabet kuralları ise, bir yandan tekelleşmeye karşı çıkarken, tekel gücünün kullanılarak rekabetin sınırlanmasına karşı durmaktadır. Patent hukukunun

[30] Karar Sayısı: 01-41/411-105 Karar Tarihi: 28.08.2001.

amaçları burada önemlidir. Kişilerin yeni buluşlara yönelmesini teşvik içindir. Aynı zamanda, ekonomik ve teknolojik gelişmeye katkıda bulunmaktadır.[31]

Rekabet Kurulu SANOFİ AVENTİS kararında, "30 ayrı ilgili pazarda yer alan Sanofi Aventis ilaçlarının, jeneriği yani farmasötik eşdeğeri bulunmamaktadır. Ketek isimli ilaç ise 2015 yılına kadar patent koruması altındadır. Yani bu ilacın 2015 yılına kadar herhangi bir jeneriği üretilemeyecektir. Bu çerçevede, uygulama sürecinde, Sanofi Aventis'in jeneriği bulunmayan 31 ilacının herhangi bir muadilinin ne ecza deposu tarafından eczanelere, ne de eczacılar tarafından hastalara sunulması mümkündür.

Her ne kadar Sanofi Aventis 30 ayrı ilgili pazarda %100 paya sahip olsa da, hakim durum tespiti için söz konusu ilaçların satış koşulları ile kullanım alanlarının da ele alınması gerekmektedir. Bunun için de Sanofi Aventis'in uygulamaya konu ilaçlarının satış koşullarına tekrar değinmek gerekmektedir. Uygulamaya konu ilaçlardan 1. grup olarak adlandırılan ürünlerde 250.000 YTL üzeri satışlar için 60 gün vade, 2. grup olarak adlandırılan ürünler için de 150 gün vade yapılacağı Sanofi Aventis tarafından taahhüt edilmiştir. 17 İlaç sektöründeki en önemli rekabet koşullarından birisi olan ve sektördeki dağıtım kanallarının faaliyetini ve karlılığını doğrudan etkileyen vadeler, doğal olarak pazardaki ilaçların talebi ve vazgeçilmezliği hususunda da önemli göstergelerdir. İlaç harcamalarının çok büyük bir kısmını gerçekleştiren kamu kurumları bu alımdan kaynaklanan borçlarını ortalama 75-90 gün vade ile ödemektedir. Söz konusu vadelerin geçerli olduğu bir yapıda bir teşebbüsün ilaçlarının büyük çoğunluğunu 60 gün vade ile satabilmesi o teşebbüsün söz konusu ilaçlar ve dahil oldukları pazarlar bakımından önemli bir pazar gücüne sahip olduğunun göstergesidir"[32] demiştir.

Bu karara göre Rekabet Kurumu, Sanofi Aventis firmasını 30'a yakın ilaç patentine sahip olduğu için yasal tekel olarak görmektedir.

2.3.4 Süper Hakimlik

Bu kısımda çok yüksek pazar payı olan bir şirket fahiş fiyatla yargılanabilir mi sorusuna yanıt aranmaktadır. Ne kadarlık bir pazar payı olmalıdır, ölçüsü nedir sorularıyla birlikte Tüpraş kararı önümüze gelmektedir.

Kurul'un TÜPRAŞ hakkında vermiş olduğu bir kararda ise şu ifadelere yer verilmiştir:

[31] ASLAN, İ.Y., Rekabet Hukuku, 2. Baskı, Ekin Kitabevi, Bursa 2001: 331-332.
[32] Rekabet Kurulu'nun 20.04.2009 tarih ve 09-16/374-88 sayılı kararı.

“Aşırı fiyatlamanın rekabet hukuku kapsamında değerlendirilmesi için gerekli olan unsurlardan ilki pazar koşullarıdır. Şöyle ki; aşırı fiyatlamanın kötüye kullanma olarak kabul edilmesi için teşebbüsün hakim durumda olmasının yeterli olmadığı düşünülmektedir. Daha önce de belirtildiği üzere, mevcut durumda hakim durum bulunsa da pazarda giriş engellerinin bulunmaması durumunda, aşırı fiyatlamaya müdahalenin pazara yeni girişler acısından caydırıcı olması söz konusu olabilecektir.

Bu nedenle, aşırı fiyatlamanın kötüye kullanma olarak kabul edilmesi için tekele ya da tekele yakın bir duruma yol açan yüksek ve geçici olmayan pazara giriş engellerinin varlığının ya da tekel veya tekele yakın durumun hali hazırda mevcut olan ya da geçmişten gelen münhasır veya özel haklardan ileri gelen bir durum olmasının tespitinin gerektiği değerlendirilmektedir.”[33]

Anılan Karar’da TÜPRAŞ’ın jet yakıtı tedariği pazarında hakim durumda olduğu tespit edilmiş olmasına karşın anılan hakim durumun tekel ya da tekele yakın seviyede olmadığı gerekçesi ile aşırı fiyatlama ihlalinin oluşmayacağına kanaat getirilmiştir.

Görüldüğü üzere Kurul, aşırı fiyatlamaya ilişkin değerlendirme yaptığı tüm kararlarda, ilgili teşebbüsün tekel ya da tekele yakın bir hakim durumda bulunmasını aramıştır.

Kurul’un emsal bir kararında da ifade edildiği üzere TÜPRAŞ Türkiye’de faaliyet gösteren tek rafineri şirketi olmakla birlikte, petrol ürünleri ithalatı önünde yasal bir engel bulunmamaktadır. Nitekim BP, Shell ve Mobil gibi teşebbüsler kurşunsuz benzin ve motorin ithalatı yapmaktadır. Söz konusu ithalatın İsrail ve Yunanistan’da bulunan rafinerilerden gerçekleştiği gibi, şirketlerin kendilerine ait rafinerilerden de ürün getirdiği görülmektedir.

Bununla birlikte Rekabet Kurulu TÜPRAŞ hakkında verdiği daha sonraki bir kararında (yine önceki kararı ile aynı dönemi – 2008 yılı – incelemesine rağmen) TÜPRAŞ’ı bir çeşit süper hakim firma olarak görmüş ve fahiş fiyat incelemesi yapmıştır. Kararda bu süper hakimlik analizi şu şekilde yapılmıştır:

“Dosya kapsamında TÜPRAŞ’ın Kanun’un 6. maddesi kapsamındaki uygulamaları incelenmektedir. Bu çerçevede öncelikle TÜPRAŞ’ın ilgili ürün pazarlarında hâkim durumda olup olmadığının tespit edilmesi gerekmektedir.”

“Rekabet Kurulu’nun TÜPRAŞ’ın özelleştirilmesine ilişkin 21.10.2005 tarih ve 05-71/981- 270 sayılı kararında, TÜPRAŞ’ın Türkiye rafinaj pazarında hâkim durumda olduğu tespiti yapılmış;

[33] Rekabet Kurulu’nun 04.11.2009 tarih ve 09-52/1246-315 sayılı kararı.

20.06.2008 tarih, 08-40/537-202 sayılı ve 04.11.2009 tarih, 09-52/1246- 315 sayılı kararlarda da bu tespit tekrar edilmiştir."

"Dosya mevcudu bilgilere göre, 2012 yılında akaryakıt dağıtım firmaları tarafından yapılan benzin satışlarının %97,8'i, motorin satışlarının %56'sı ve siyah ürün satışlarının ise %77'si TÜPRAŞ'a ait rafinerilerden temin edilmiştir. 2005 yılında bu oranların sırasıyla %76, %65 ve %91 düzeyinde olduğu görülmektedir. Dolayısıyla 2005 yılından bu yana TÜPRAŞ'ın pazar paylarının dalgalanmalarla birlikte yüksek seviyelerini koruduğu anlaşılmaktadır."

"İlgili pazarlarda oldukça yüksek giriş engelleri bulunmaktadır. Ortalama 5-6 milyon ton/yıl ham petrol işleme kapasitesine sahip olan bir rafineri kurulması yaklaşık 5 milyar ABD Doları gibi yüksek bir yatırım maliyeti ve faaliyete başlaması da oldukça uzun bir zaman gerektirmektedir. Bunun yanı sıra batık maliyetlerin yüksekliği de vurgulanmalıdır."

"Nitekim TÜPRAŞ'ın özelleştirilmesinin üzerinden geçen yaklaşık 8 yılda yeni bir rafineri faaliyete geçmediği gibi, hâlihazırda pazara girişe yönelik tek somut adım olan SOCAR Türkiye Enerji A.Ş. tarafından İzmir Aliağa'da yatırımına başlanan rafinerinin de 2018 yılından önce üretime başlaması beklenmemektedir."

"Akaryakıt ürünlerinin toptan satış pazarlarında ithalat ve dağıtıcılar arası ticaret yoluyla da faaliyette bulunmak mümkün olmakla birlikte, bu kanalların TÜPRAŞ'a etkin bir alternatif oluşturmadığı anlaşılmaktadır. 2015 yılında tamamlanması planlanan, tamamlandığında TÜPRAŞ'ın beyaz ürün üretim kapasitesini yaklaşık 3,5 milyon ton artıracak olan fuel oil dönüşüm ünitesinin faaliyete geçmesiyle birlikte, kısa vadede TÜPRAŞ'ın pazardaki konumunun daha da güçlenmesi öngörülebilir."

Hakim durum değerlendirmesinde dikkate alınan bir kriter de alıcı gücüdür. Alıcıların görece büyük, alternatif temin kaynakları hakkında yeterince bilgili ve makul bir sürede başka bir sağlayıcıya geçme ya da kendi arzlarını yaratma imkânına sahip olmaları halinde, pazarlık ve böylelikle alıcı gücüne sahip oldukları kabul edilmektedir. Bu noktada TÜPRAŞ'ın her mali yıl öncesinde dağıtım şirketlerine gönderdiği ve aşağıda da yer verilecek olan yıllık satışlara ilişkin yazılara değinmek gerekmektedir. Bu uygulama kapsamında dağıtım şirketlerinin iletecekleri yıllık tahsisat taleplerine uygulanacak vade, vade farkı, prim ve iskonto gibi hususların TÜPRAŞ tarafından belirlenerek dağıtım şirketlerine bildirildiği, dağıtım şirketlerinin ise kayda değer bir pazarlık imkânının olmadığı görülmektedir.

TÜPRAŞ tarafından arzın öngörülmeyen şekilde sınırlandırılması durumunda POAŞ gibi Türkiye'nin en büyük dağıtım şirketinin dahi makul bir süre içinde alternatif temin kaynaklarına ulaşmasının mümkün olmadığı anlaşılmaktadır.

Bu hususlar çerçevesinde TÜPRAŞ'ın ilgili ürün pazarlarında hakim durumda olduğu sonucuna ulaşılmaktadır"[34] denmiştir.

2.3.5 Teknolojik Ürünlerin Yedek Parçaları

Rekabet Kurulu satış sonrası servis hizmetleri ve yedek parça pazarında aşırı fiyatlama iddiasıyla değerlendirdiği bir teşebbüsün ardıl pazardaki hakimliğine şu şekilde değinmiştir: "Mevcut dosya kapsamında, diş ve çene tıbbi görüntüleme ve teşhis cihazları pazarı öncül pazar, bu cihazlara ait yedek parça ve teknik servis ise ardıl pazar olarak değerlendirilmektedir. Görüntüleme cihazları üreticileri söz konusu cihazların yedek parçalarının tek üreticisi konumundadır. Bu kapsamda verilen servis hizmetlerinin de büyük bölümü yine üretici firmalar veya distribütörleri tarafından gerçekleştirilmektedir. Söz konusu cihazların fiyatlarının yüksek olması ve cihazı bir kez alan müşterinin yüksek yedek parça fiyatlarına rağmen cihazı değiştirememesi gibi piyasaya ilişkin hususlar, ardıl pazardaki fiyatların öncül pazardan bağımsız bir şekilde değerlendirilerek, daha yüksek düzeylerde belirlenebilmesine imkan tanıyabilmektedir. Öte yandan, dosya kapsamında yapılacak değerlendirmelere herhangi bir etkisinin bulunmayacağından hareketle detaylı bir hakim durum analizinin yapılmasına gerek duyulmamıştır. Dolayısıyla, yapılacak değerlendirmelerin SMD'nin Instrumentarium marka diş ve çene tıbbi görüntüleme ve teşhis cihazlarının bakım onarım ve yedek parça piyasasında hakim durumda olduğu varsayımı altında gerçekleştirilmesinin uygun olacağı kanaatine varılmıştır.".[35]

Rekabet Kurulu'nca verilen bir kararda; "Bilgisayar yazıcılarında kullanılan kartuşlar iki parçadan oluşmaktadır. Bu parçalar, mürekkep püskürtmeli yazıcılar için mürekkep ve dış muhafaza, laser yazıcılar için ise toner ve muhafazadır. Laser yazıcılarda kullanılan teknolojinin benzer olması sebebiyle kullanılan toner, markalar açısından farklılık göstermemektedir. Ancak mürekkep püskürtmeli yazıcılarda kullanılan teknoloji markalar arasında farklılık gösterdiği için kullanılan mürekkebin de o markada kullanılabilecek nitelikte olması gerekmektedir. Bu malzemelerin içine konduğu ve kullanım aşamasında yazıcı içine

[34] Karar Sayısı: 14-03/60-24 Karar Tarihi: 17.01.2014.
[35] Karar Sayısı: 2011-2-306 Karar Tarihi: 21.12.2011.

yerleştirildiği muhafazalar ise yine markadan markaya değişiklik göstermektedir. Dolayısıyla, yazıcı üreticilerinin ürünlerini tüketiciye satarak onları sarf malzemeleri konusunda kendilerine bağımlı kılmaları sonucunda bu avantajlarını kullanarak sarf malzemeleri fiyatlarını tekelci kar elde edecek şekilde artırmaları halinde büyük mürekkep üreticilerinin pazara girişleri söz konusu olabilmektedir. Bu giriş için ise, piyasada mevcut tüm yazıcı markalarının tüm modellerine yönelik ürün sunulacak bir ölçeğin sağlanması gerekecektir. Bu nedenle, yazıcı üreticileri kendi pazarladıkları markalarda kullanılan sarf malzemeleri pazarlarında hakim durumdadırlar." tespitinde bulunmuştur.[36]

Rekabet Kurulu öncül ve ardıl pazarları bir kararında şöyle tanımlamaktadır:"Dayanıklı malların oluşturduğu ve lazer epilasyon cihazlarının da içerisinde yer aldığı pazarlar, zamanla tamamlayıcı ürün ve hizmetlere ihtiyaç duymaları sebebiyle, "öncül" pazarlar olarak adlandırılmaktadır. Yedek parça, sarf malzemesi, tamir, bakım-onarım hizmetleri gibi öncül ürünle birlikte kullanılan ve öncül ürünün satın alınmasından belli bir süre sonra ihtiyaç duyulan ürün ve hizmetlerin bulunduğu pazarlar ise "ardıl" pazarlar olarak tanımlanmaktadır. Rekabet hukuku literatüründe, bu tip pazarları kapsayan yapılacak incelemelerde öncül ve ardıl ürün ve hizmetlerin yer aldığı pazarların tanımlanmasında;

i) söz konusu ürün ve hizmetlerin aynı pazara dahil edilip edilemeyeceği,
ii) eğer bu sonuca ulaşılamazsa ardıl ürün ve hizmetlerin yer aldığı pazarların marka-spesifik tanımlanıp tanımlanamayacağı hususları değerlendirilmektedir."[37]

Rekabet Kurulu ilgili pazarda hakim durumda gördüğü bir teşebbüsün satış sonrası servis hizmetleri ve yedek parça pazarında aşırı fiyatlandırma yaptığı iddiasını şu şekilde değerlendirmiştir: "Bu cihazların özelliği, üretimde ileri teknoloji gerektirmeleri ve yüksek fiyatlarla satışa sunulmaları olarak ifade edilmektedir. Söz konusu cihazların fiyatının, servis ve yedek parça fiyatlarıyla kıyaslandığında çok yüksek olması nedeniyle, satın alındıktan sonra başka marka cihazlarla çok zor değiştirilebileceği kanaati bulunmaktadır.

Teşebbüslerin faaliyette bulundukları ürün pazarındaki ve bu ürünlere ilişkin yedek parça ve servis pazarındaki uygulamalarının esasen birbirleri ile yakın ilişki içinde olduğu anlaşılmıştır. Ana ürün ile o ürüne ilişkin yedek parça, servis ve bakım gibi ürün ve hizmetler, farklı zamanlarda ihtiyaç duyulan tamamlayıcı nitelikteki ürünlerdir. Birincil ve ikincil ürünlerin

[36] Karar Sayısı: 01-22/192-50 Karar Tarihi: 08.05.2001.
[37] Karar Sayısı: 2012-3-114 Karar Tarihi: 19.12.2012.

fiyat ve talebi, bu ürünlerin tamamlayıcı nitelikte olması nedeniyle birbirinden etkilenmektedir. Bununla beraber, müşteriler birincil ürünü seçerken, yaygın bir servis ağı ya da ürünü tamir ettirebilecekleri bağımsız servis sağlayıcılarının mevcut olup olmadığını göz önünde bulundurabilmektedir.

Ülkemizin Avrupa Birliği mevzuatına uyum çalışmaları çerçevesinde tıbbi cihazlara yönelik üç adet yönetmelik (Vücuda Yerleştirilebilir Aktif Tıbbi Cihazlar Yönetmeliği, Tıbbi Cihaz Yönetmeliği ve Vücut Dışında Kullanılan Tıbbi Tanı Cihazları Yönetmeliği) hazırlanmış ve yürürlüğe konulmuştur.

Tamamlayıcı ürünlerin birbirlerinin fiyatı ve talebi üzerindeki etkisi nedeniyle, genel olarak birincil ürün açısından rekabet içinde olan teşebbüslerin, bu ürün bakımından rekabet güçlerini arttırmak amacıyla yedek parça fiyatlarını düşürmek ya da yaygın servis hizmeti sağlamak gibi uygulamalar içinde bulunması beklenmektedir.

Bununla birlikte, üreticiler, ürünlerinin bağımsız servis sağlayıcıları tarafından tamir edilmesi halinde, kötü tamiratların kendi firma imajlarını zedeleyebileceği düşüncesinde olabilmektedir. Tamirat sonrasında, kullanılan üründeki sorunları devam eden müşteriler, bağımsız servis sağlayıcıların verdiği hizmetin kalitesi yerine, ürünün kalitesinin düşük olduğu sonucuna varabilmektedir. Böyle bir durumda teşebbüs, kendi servis ağı dışına yedek parça sağlamamak suretiyle ürününe ilişkin servis hizmetini sadece kendisi sağlamayı hedefleyebilmektedir. Ayrıca, özellikle yüksek teknolojili ürünlerde arıza tespiti için özel alet ve yazılımların kullanılması zorunluluğunun, bu ürünlere ilişkin servis hizmetinin sadece üretici tarafından sağlanmasını gerekli kıldığı durumlar da olabilmektedir.

İkincil ürünleri içeren ardıl pazarın, tek başına ilgili pazar olarak belirlenmemesinin iki koşuldan en az birinin varlığına bağlı olduğu kanaati bulunmaktadır:

(a) Diğer üreticiler tarafından üretilen ikame ikincil ürünlerin varlığı,

(b) başka bir birincil ürünün ikame olması dolayısıyla ikincil piyasada fiyatların yükselmesinin engellenmesi. İkinci ihtimali değerlendirirken değiştirme maliyetini de ayrıca hesaba katmak gerekmektedir. Özellikle birincil ürün fiyatının, ikincil ürün fiyatına nazaran çok yüksek olduğu durumlarda birincil ürünü değiştirmek kolay olmayacaktır. Bu gibi durumlarda, ürünü daha önceden alanlarla, gelecekte alacaklar arasında da ayrım yapılması gerekecektir. Rekabet literatüründe; ileride alım yapacakların, ikincil ürünleri içeren ardıl pazarda dezavantajlı koşullar sunan markaları tercih etmeyebileceği, ancak ürünü hali hazırda almış olanların bu ürünlerini cazip koşullarla ellerinden çıkarma imkanlarının bulunmadığı

durumlarda farklı marka ürünlere yönelme olasılıklarının da bulunmayacağı ifade edilmektedir.

Bu çerçevede; yedek parça temininin cihaz üreticisi firmanın tekelinde (distribütöründe) olması, garanti kapsamında sunulan bakım onarım hizmetinin üretici firmanın yetkilendirdiği distribütör firma tarafından yapılabilmesi ve cihazın değiştirme maliyetinin yüksekliği gibi hususlar değerlendirildiğinde, ilgili ürün pazarı "Instrumentarium marka diş ve çene tıbbi görüntüleme ve teşhis cihazlarına yönelik teknik servis ve yedek parça pazarı" olarak tanımlanmıştır."[38]

Ancak bu kararda soruşturma açılmamasına karar verilmiş olmasına rağmen tarafımızca da kabul edilen karşı oy gerekçesi şu şekilde kayıtlara geçmiştir: "Yukarıda belirtildiği gibi aşırı fiyat eyleminin 4054 Sayılı Kanun'a aykırı bir davranış olmasının ön koşulu, teşebbüsün hakim durumda olmasıdır. 4054 sayılı Kanun'un 3.maddesinde hâkim durum, "Belirli bir piyasadaki bir veya birden fazla teşebbüsün, rakipleri ve müşterilerinden bağımsız hareket ederek fiyat, arz, üretim ve dağıtım miktarı gibi ekonomik parametreleri belirleyebilme gücü" olarak tanımlanmıştır. Kararda ilgili ürün pazarı; "Instrumentarium marka diş ve çene tıbbi görüntüleme ve teşhis cihazlarına yönelik teknik servis ve yedek parça pazarı" olarak belirlenmiştir. Kurul kararının 4.sayfasında; Mevcut dosya kapsamında, diş ve çene tıbbi görüntüleme ve teşhis cihazları pazarı öncül pazar, bu cihazlara ait yedek parça ve teknik servis ise ardıl pazar olarak değerlendirilmektedir. Görüntüleme cihazları üreticileri söz konusu cihazların yedek parçalarının tek üreticisi konumundadır. Bu kapsamda verilen servis hizmetlerinin de büyük bölümü yine üretici firmalar veya distribütörleri tarafından gerçekleştirilmektedir. Söz konusu cihazların fiyatlarının yüksek olması ve cihazı bir kez alan müşterinin yüksek yedek parça fiyatlarına rağmen cihazı değiştirememesi gibi piyasaya ilişkin hususlar, ardıl pazardaki fiyatların öncül pazardan bağımsız bir şekilde değerlendirilerek, daha yüksek düzeylerde belirlenebilmesine imkan tanıyabilmektedir.'' denmiştir.

Yukarıda yapılan açıklamalar ve kurul kararından da anlaşılacağı üzere SMD Sağlık Malzemeleri Dağıtım San. ve Tic. Ltd. Şti. ilgili ürün pazarında hakim durumdadır. Bu durumda, şikayet edilen taraf hakim durumda kabul edildiğine göre, aşırı fiyatlama konusunun irdelenmesi gerekir. Olayımızda şikayet edilen tarafın, ilgili pazardaki ürünlerine ilişkin maliyet-fiyat analizi yapılmadığı dosyadan anlaşılmaktadır.

[38] Karar Sayısı: 2011-2-306 Karar Tarihi: 21.12.2011.

Konunun açıklığa kavuşması gerçekten olayda sömürücü fiyatın olup, olmadığının saptanması için maliyet-fiyat analizi yapılmalı ve ilgili teşebbüsün şikayete konu yedek parçalara ilişkin alış faturaları temin ile diğer maliyet unsurları tespit edilerek bu analizin yapılması adına soruşturma açılması gerektiği"[39] kararı verilmiştir.

2.3.6 Sanat Eserlerinde Ürün Fiyatının Fahiş Olup Olmadığı Değerlendirmesi

Sanat eserlerinde ürünün fahiş olup olmadığı ile ilgili Rekabet Kurulu'nun kararları emsal teşkil etmektedir. Kararlar üzerinden yola çıkacak olursak Rekabet Kurulu bir kararında, "FSEK uyarınca hak sahipleri; müzik eserleri sahipleri, yapımcıları ve yorumcuları olarak çeşitli mali haklara sahip olan veya asıl iştigal konusu bunlar olmamakla birlikte miras, satın alma vb. yollarla bu hakları devralmış olan gerçek veya tüzel kişilerdir. Hak sahipleri, gerek tek başlarına, gerekse meslek birlikleri aracılığıyla bu hakları ticari faaliyete konu etmeleri nedeniyle 4054 sayılı Kanun açısından teşebbüstürler. MESAM, MÜYAP, MÜYORBİR ve RATEM de FSEK uyarınca eser sahiplerinin ve komşu hak sahiplerinin haklarının takip ve tahsili için kurulmuş meslek birlikleridir. Bu açıdan bakıldığında bunların da "teşebbüs birlikleri" olduğunun söylenebileceği, meslek birliklerinin üyelerinin haklarını kullanma biçimi, üyeler adına sözleşme yapılması, elde edilen bedelin bir kısmının doğrudan meslek birliğinin geliri olması, üyelerin kendi eserlerinin bedelini tayin etme imkanlarının olmaması gibi hususlar göz önünde bulundurulduğunda, kâr amacı gütmeseler dahi üyeleri adına ticari faaliyette bulundukları ve elde edilen gelirin üyeler arasında paylaştırıldığı görüldüğü, bu nedenle, meslek birliklerinin 4054 sayılı Kanun'un 3. Maddesi kapsamında "teşebbüs" olarak nitelendirilmesinin gerektiği sonucuna varılmıştır. Buna göre 4054 Sayılı Kanun açısından bu konudaki hak sahipleri gerek bireysel olarak, gerekse meslek birlikleri aracılığıyla teşebbüs sayılmaktadırlar. Böylece bir teşebbüs ile ilgili verilen tüm kararlar onlar için de emsal teşkil etmektedir. Hakları korunmakta, bununla birlikte her türlü teşebbüs için geçerli olduğu şekilde bunların da sanat eserlerine fahiş fiyat belirlememeleri, Rekabet Hukuku'nun konusunu teşkil etmektedir. Sözleşme şekillerinin ve tüm haklarının korunmasının yanında sanat ürünleri için fahiş fiyat tespit edilmemesi rekabetin korunması adına önem arz etmektedir.

[39] Karar Sayısı: 2011-2-306 Karar Tarihi: 21.12.2011.

Aynı kararın devamında FSEK'in 42. maddesi uyarınca aynı alanda (aynı nitelikteki hakka) ilişkin birden fazla meslek birliği kurulmasının da mümkün olduğu, ancak bunun asgari şartının, kurulacak meslek birliğinin, aynı alanda kurulmuş bulunan ve en fazla üyeye sahip olan meslek birliğinin üye sayısının üçte biri kadar üye potansiyeline sahip olması gerektiği, bu durumun, bir alanda birden fazla meslek birliğinin kurulmasını zorlaştırdığı, meslek birliklerinin hakim durumda olup olmadıklarına ilişkin değerlendirmesinde de;

a. Meslek birliklerinin sahip oldukları izin verme yetkileri ve yayıncı kuruluşlarla yapılmış olan sözleşmeler,

b. meslek birliklerinin üye sayıları (aynı alandaki hak sahiplerinin toplamı içindeki payı),

c. meslek birliklerinin sahip oldukları repertuar (aynı alandaki hak sahiplerinin toplamı içindeki payı),

d. radyo ve televizyonlarda yayınlanan eserlerin ne kadarının meslek birliklerinin üyelerine ait olduğu,

e. radyo ve televizyonlarda yayınlanan eserlerin kullanılma sıklıklarının,

f. meslek birliklerine üye olmayan hak sahiplerinin sayıları ve bunların sahip olduğu repertuarın büyüklüğü ve yayın kuruluşlarında yayınlanma sıklıklarının dikkate alınabileceği düzenlenmiştir.

Devamında, radyo ve televizyonlarda kullanılan eserlerin listelemesinin yapılamamasından dolayı (d) ve (e); meslek birliğine üye olmayan hak sahiplerinin sayısının bilinememesinden dolayı da (b), (c) ve (f) bentlerindeki kriterlere dair sağlıklı bilgilere ulaşılamadığı, ancak herhangi bir meslek birliğine üye olmaksızın haklarını kendi başlarına kullanan kişilerin, bir radyo veya TV kanalını besleyecek kadar eser üretmeleri ihtimalinin ihmal edilebilir derecede az olmasının, müzik yayını yapmak isteyen yayıncıların bu meslek birlikleri ile sözleşme yapmaları zorunluluğu ve meslek birliklerinin (a) bendinde yer verilen izin yetkisinin dikkate alınarak; meslek birliklerinin davranışlarının, kendi alanlarında hakim durumda oldukları varsayımı ile 4054 sayılı Kanun'un ilgili hükümleri çerçevesinde değerlendirildiği hükmüne varılmıştır[40]. Yine aynı kararda, "Müzik eserleri, diğer piyasalarda karşılaşılan hizmetlerden veya sınai mallardan farklı bir nitelik taşımaktadır. Sınai malların ve hizmetlerin üretilmesinde veya sunulmasında teşebbüslerin katlandıkları maliyetlerin objektif ve somut bir şekilde tespit edilmesi mümkün iken, fikir ve sanat eserleri için bu

[40] Karar Sayısı: 02-27/290-118 Karar Tarihi: 07.05.2002.

durumun söz konusu olmadığı, fikir ve sanat eserlerinin değerinin, söz konusu eseri yaratan kişi veya kişilerce sübjektif olarak tayin edildiği, dolayısıyla müzik eserlerinin maliyetine ilişkin bir tespit yapılamamış olduğu, diğer yandan başka piyasalar (radyo ve televizyon yayınları) için vazgeçilmez nitelikte bir girdi olması nedeniyle müzik eserlerinin diğer birçok fikir ve sanat eserinden ayrıldığı,bu nedenle, bu eserlerin kullanım bedellerinin her iki tarafa da zarar vermeyecek bir şekilde tespit edilmesinin gerektiği düzenlenmiştir.

Kararın b fıkrasında, istenen bedelin kullanıcının toplam geliri veya gideri içindeki yeri mevzu edilmiştir. Buna göre radyo ve televizyon yayınlarında büyük ölçüde müzik eseri kullanma gerekliliği, yayıncıların (özellikle radyoların) gelirlerinin oluşmasında bu eserlerin büyük rol oynadığı dikkate alındığında, kullanılan eserler için yayıncıların geliri ile orantılı bir bedel tespit edilmesinin ve/veya belirlenecek asgari bir ücretin de söz konusu gelirlerle orantılı olması gerektiği düzenlenmiştir.

Kararın c fıkrasında da ürünün niteliği gereği eserlerin yayıncılar tarafından kullanılmasının hak sahiplerine yüklediği maliyetler mevzu edilmiştir. Buna göre özellikle yapımcılar açısından, müzik eserlerinin radyo ve televizyonlarda kullanımı, kaset, CD vb. ürünlerin satışlarını düşürmek suretiyle yapımcıları olası gelirlerden mahrum bırakmakta olup, telif müessesesinin söz konusu zararların tazmini amacıyla bir araç olarak kullanılmaması gerektiği" düzenlenmektedir.[41]

Rekabet Kurulu yukarıdaki kararında meslek birliklerinin kendi alanlarında hakim olduğunu kabul etmiş, bu birliklerin eserlerin kullanım izni karşılığında radyo ve televizyonlardan talep ettikleri bedellerin RKHK 6. maddesi çerçevesinde fahiş fiyat uygulaması olup olmadığı ile ilgili değerlendirmesinde, bu konuda yeterli kanaat oluşturacak yeterli bilgi ve belgenin bulunmadığını gerekçe göstermiş oybirliği ile bu yönde karar vermiştir. Bu kararında Rekabet Kurulu'nun fiyat araştırması yapmamış olduğu; karar metninde sadece ilgili meslek kuruluşlarının talep ettiği fiyatlara yer verildiği, bu fiyatların Rekabet Kurulu, ürünün maliyeti, istenen bedelin kullanıcının toplam geliri veya gideri içindeki yeri, ürünün niteliği gereği eserlerin yayıncılar tarafından kullanılmasının hak sahiplerine yüklediği maliyetler gibi kısa ve genel ifadelerle değerlendirildiği, bununla birlikte herhangi bir fiyat karşılaştırılması yapılmadan Rekabet Kurulunca bir değerlendirme yapıldığı" noktasında eleştirilmiştir.[42]

[41] Karar Sayısı: 02-27/290-118 Karar Tarihi: 07.05.2002.

[42] ÇINAR, S., Fikri Hakların Rekabet Hukuku ile Etkileşimi: Fikri Haklara İlişkin Rekabet Hukuku Uygulamasının Esasları, Kültür ve Turizm Bakanlığı Telif Hakları ve Sinema Genel Müdürlüğü, Uzmanlık Tezi, Ankara, Şubat 2009: 41.

3. KÖTÜYE KULLANMA KAVRAMI

Konunun bütünlüğünü sağlamak amacıyla aşırı fiyat konusuna geçmeden önce kötüye kullanma kavramı üzerinde kısaca durulacaktır.

4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 6. Maddesinde veya tanımları içeren 3. Maddesinde "kötüye kullanma" kavramı tanımlanmamıştır. Ancak hüküm okunduğunda hakim durumda olmanın yasaklanmadığı onun kötüye kullanılmasının yasaklandığı anlaşılmaktadır. Hüküm şu şekildedir:

"Bir veya birden fazla teşebbüsün ülkenin bütününde ya da bir bölümünde bir mal veya hizmet piyasasındaki hakim durumunu tek başına yahut başkaları ile yapacağı anlaşmalar ya da birlikte davranışlar ile kötüye kullanması hukuka aykırı ve yasaktır.

Kötüye kullanma halleri özellikle şunlardır:

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 ayırımcılık 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."

Kanun'un 6. Maddesinin 1. Fıkrası kötüye kullanmayı tanımlamak yerine sayma yöntemini benimsemiştir. Burada sayılan hallerin sınırlayıcı olmadığı örnek kabilinden olduğu fıkradaki "kötüye kullanma halleri özellikle şunlardır" ifadesinden anlaşılmaktadır.

Bu maddeden anlaşılacağı üzere kötüye kullanma; bir hakim işletmenin rekabeti sınırlayıcı, bozucu veya engelleyici olan ya da kendisine haksız avantajlar sağlayabilecek her türlü davranıştır.

Bu nedenle kötüye kullanmalar genellikle rekabeti sınırlayıcı (girişi engelleyici) ve sömürücü kötüye kullanmalar olarak ikiye ayrılmaktadır. 6. Madde de sayılan örneklerden bazıları rakipleri dışlayıcı yani onların pazara girişlerini ya da büyümelerini önleyici, bazıları müşterileri sömürücü bazıları ise her iki sonucu da doğurmaya uygun örneklerdir.

Kanun hakim durumda olmayı değil onun kötüye kullanılmasını yasaklamıştır. Bu durumda kötüye kullanmayı yasaklama sistemi batılı ülkelerde oluşturulmuştur. Kötüye kullanma sistemini uygulayan ülkelerde kartellerin, sınırlayıcı uygulamaların ya da pazara hakim işletmelerin varlığı yasaklanmamakta, bununla birlikte pazar davranışları sıkı kontrol altında tutulmakta, böylece bu gücün kötüye kullanılması yasaklanmaktadır.[43]

Hakim durumun kötüye kullanılmasının unsurları teşebbüs, hakim durum, ve kötüye kullanma olarak tespit edilebilmektedir.

3.1. Hâkim Durumun Kötüye Kullanılmasının Unsurları

3.1.1. Teşebbüs

Piyasa teşebbüsleri[44], kar etmek amacıyla kurulmuşlardır. Bu amaca ulaşmak için mal veya hizmetleri ile ilgili üretim, pazarlama, satış tekniklerini kullanarak işletme ömürlerini sürdürüp, bunun devamlılığını sağlamaya çalışırlar. Amaca ulaşmak için rekabet içinde oldukları başka teşebbüsler olacaktır. Nitekim, Rekabet Kanunu'nda da bununla ilgili hükümler vardır. Kanunda teşebbüsün bir tanımının da yapıldığı görülmektedir. Kanunun 3. maddesinde yer alan tanım gereğince Rekabet Kanunu bakımından teşebbüs"...piyasada mal veya hizmet üreten, pazarlayan, satan gerçek ve tüzel kişilerle, bağımsız karar verebilen ve ekonomik bakımdan bir bütün teşkil eden birimleri" ifade etmektedir. Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere, Rekabet Kanununda "teşebbüs", TTK'nunda düzenlenmiş olan ticari işletme sayılan kuruluşlardan ve Türk Ticaret Kanunu'nda da tanımlanmış olan ticari işletme kavramından daha geniş olarak tanımlanmıştır. Hatta bağımsız karar alabilen ve ekonomik bakımdan bir bütün teşkil eden birimler de tüzel kişiliği olup olmadığına bakılmaksızın teşebbüs kavramı kapsamına girebilecektir. Bu durumda teşebbüs kavramı hukuki bir

[43] Aslan, 2001, a.g.e., s.11.

[44] Ateş, Mustafa, Rekabet Hukukuna Giriş, Ağustos,2013, s.197, Kerem Cem Sanlı, Rekabet Kurumu, İlk Baskı, Ekim 2000,Ankara, s.29, Ahmet Eğerci ,Rekabet Kurulu Kararlarının Hukuki Niteli ve Yargısal Denetimi,Haziran,2005,Ankara,s.26

kavram olmaktan çok iktisadi bir kavramdır. Hukuki kavram olarak "kişilik" kavramının yarısına "iktisadi bütünlük teşkil eden birim" de teşebbüs kabul edilmiştir.

3.1.2. Hâkim Durum

Hakim duruma kanunda açıklık getirilmektedir. Piyasadaki teşebbüslerin bir veya daha fazlasının ekonomik güçleriyle ve teknoloji, bilgi, vb sahip oldukları avantajlarıyla piyasa koşullarını belirleme güçlerini ifade etmektedir. Hakim durum, kanunun 3. maddesinde de bu yönde "Belirli bir piyasadaki bir veya birden fazla teşebbüsün, rakipleri ve müşterilerinden bağımsız hareket ederek, fiyat, arz, üretim ve dağıtım miktarı gibi ekonomik parametreleri belirleyebilme gücünü ifade eder" şeklinde tanımlanmıştır. Bu tanım, ABİDA 102. Maddesinde açıklanan tanımı karşısında AB Rekabet mevzuatının ülkemizde benimsendiğini göstermektedir. Sadece iktisadi kaygılar değil, başka hususlar da göz önünde bulundurularak AB' nin temel amaçlarına hizmet edecek şekilde düzenlenmiştir. Hakim durumun belirlenmesinde ilgili piyasa ya da pazara bakılmaktadır. Piyasa koşullarına ve piyasada teşebbüsün konumuna, bu hakim konumunu ne ölçüde kendi lehine kullandığına bakılmaktadır. Bir teşebbüsün, hakim durumda olup olmadığını belirleyebilmek için öncelikle teşebbüsün faaliyette bulunduğu ilgili mal, ya da hizmet piyasası tespit edilmekte, sonra bu piyasada hakimiyetin olup olmadığı veya teşebbüsün hakim durumunu güçlendirip güçlendirmediğine bakılarak belirlenmektedir.[45] Yani hakim durumun belirlenmesinde ilgili pazar önemli bir role sahip olmaktadır. Çünkü bir teşebbüs ancak belirli bir piyasa varlığında hakim olabilmektedir. Bu durumda hakim durumla ilgili tespitlere, ilgili pazarın tespit edilmesiyle başlanmalıdır.[46] Hakim durumun belirlenmesinde incelenmesi gereken kriterlerin başında işletmenin pazar payı bulunmaktadır. Teknolojik üstünlük, ve başka üstünlüklerine de bu sırada bakılmalıdır. Böylece ekonomik gücün tespiti gerekmektedir.[47]

[45] Güven, a.g.e., s.275-276.
[46] Efem ve Badur, a.g.e., s.105.
[47] Sanlı, age.s.245 vd., Murat USTA, Bağımsız İdari Otorite Sistemi İçinde Rekabet Kurulu Ve Rekabet Uygulamaları,Yetkin, 2007, s.127., Abdulgani GÜNGÖRDÜ, Tuğçe KOYUNCU, Danıştay İçtihatları Işığında Rekabet Kurulu Kararları, Seçkin, Ankara, 2011, s.38. İ.Yılmaz ASLAN, Rekabet Hukuku Dersleri, Ekin, 2010,s.159 vd.

3.1.3. Kötüye Kullanma

Kötüye kullanma hallerini düzenleyen hükmü yukarıda vermiştik. Özetle, bir başka teşebbüsün pazara girmesini önleme, eşitlere farklı muamele, koşul koyma, elindeki avantajları kendi lehine ve piyasanın aleyhine kullanma, ayrıca tüketicinin zararına olacak kararlar ve uygulamaları içermektedir. Burada temel amaç, bir teşebbüsün mümkün olduğunca kendi lehine faydalar elde etmesi olmaktadır. Kötüye kullanma örneklerini çoğaltmamız mümkündür;

-Girişleri engelleme ve rakipleri zor durumda bırakma,

-Mal vermeyi kesme,

-Tekelden temin yükümlülüğü koymak,

-Haksız ticari koşullar koymak,

-Ayrımcılık,

-İndirim sistemleri yoluyla piyasayı rakiplere kapatmak,

-Ek yükümlülük koymak,

-Bir pazardaki hakim durumun başka bir pazarda kötüye kullanılması,

-Fiyatlar yoluyla kötüye kullanmalar gibi.

Aslan, kötüye kullanmayı "Bir hakim işletmenin rekabeti sınırlandırıcı, bozucu ya da engelleyici olan veya kendisine haksız avantajlar sağlayabilecek olan her türlü davranışı kötüye kullanmadır" şeklinde tanımlamıştır.[48] Rekabet Kurulu'nun Tüpraş Kararı'nda kurul üyesi Reşit Gürpınar kötüye kullanma ile ilgili olarak karşı oy gerekçesinde, "4054 sayılı Kanun'un 6.maddesi ile ; "Bir veya birden fazla teşebbüsün ülkenin bütününde ya da bir bölümünde bir mal veya hizmet piyasasındaki hâkim durumunu tek başına yahut başkaları ile yapacağı anlaşmalar ya da birlikte davranışlar ile kötüye kullanması hukuka aykırı ve yasaktır." şeklinde düzenleme getirilmiş, bu maddenin devamında da bir şekilde kötüye kullanma hallerine örnekler sayılmıştır.

Başka bir anlatımla, hakim durumdaki teşebbüslerin, piyasada normal ve etkin bir rekabetin işlevsel olduğu bir dönemde yapamayacakları uygulamaları, hakim durumda olmanın getirdiği olanakları kullanarak yapmaları ve tabiatıyla piyasadaki rekabeti bozucu , engelleyici

[48] Aslan, 2001, a.g.e., s.85.

ve kısıtlayıcı sonuçlar doğurarak bu sayede, normal kazançlarının üzerinde bir ticari kazanç sağlamaları, yasa hükmü ile yasaklanmaktadır.[49]

Hakim durumdaki teşebbüslerin, kötüye kullanma olarak kabul edilebilecek davranışları, Rekabet Hukuku'nda iki ana grupta değerlendirilmektedir.[50] Bunlar sömürücü davranışlar ve dışlayıcı davranışlardır. Sömürücü davranışlarda, hakim durumdaki teşebbüs pazar gücünün avantajını kullanarak fiyatlama ya da diğer uygulamalar yoluyla, belirli düzeyde pazar gücüne sahip olmayan bir teşebbüsün elde edemeyeceği şekilde müşterilerden rant elde etmektedir. Sömürücü davranışların en önemli özelliği tüketici refahında doğrudan bir kayba yol açmasıdır. Dışlayıcı davranışlarda ise, rakiplere yöneltilen ancak, dolaylı olarak tüketici refahını da azaltan, rakiplerin rekabet etme yeteneğini yasaya aykırı şekilde sınırlayan davranışlar söz konusu olmaktadır"[51] şeklinde kötüye kullanmayı açıklamıştır.

3.2. Kanunda Yer Alan Kötüye Kullanma Örnekleri Hakkında Kısa Açıklamalar

Kanun'un 6. maddesinde yasaklanan eylemleri genel olarak sömürücü, dışlayıcı ve ayrımcı nitelikteki eylemler olarak gruplayabiliriz. Sömürücü eylemler, temelde hakim durumdaki teşebbüsün müşterilerinden aşırı fiyatlama veya benzeri yollarla değer transferini hedef alan eylemler olmaktadır. Dışlayıcı eylemlerin kapsamını hakim durumdaki teşebbüsün rakiplerini pazar dışına itmeye yönelik eylemleri oluşturmaktadır. Ayrımcılık kapsamındaki eylemler ise hâkim durumdaki teşebbüsün ilgili piyasadaki rekabet koşullarını kendi lehine çevirmesine ilişkindir. Sömürücü eylemler kapsamına, fahiş fiyat uygulamaları da girmektedir. Teşebbüs, malı için normal piyasa rayicine değerinden fazla bir fiyatı koyarak, onun satışından kısa sürede daha fazla kar elde etmeyi gütmektedir. Bugün rekabet mevzuatı da tüketici koruma hakları da bunu önleyici tedbirler içermektedir. Bir yandan böylesi dayatmalar, diğer yandan pazarla ilgili yapılan makro düzeydeki düzenlemelerle bu tür kötüye kullanmalar engellenebilmektedir. Geçmişe oranla tüketiciler de çok daha bilinçlidirler. Teşebbüsler için artan rekabet koşullarında mallarına sınırsız fiyat biçme olanakları da yok olmaktadır. Çünkü daha çok fiyat üzerine rekabete yoğunlaşılmaktadır. Mala yüksek fiyat belirlemek yerine optimal bir fiyat belirlenmesi günümüz pazar koşullarında daha makul olmaktadır.

[49] Sanlı, age. s.261 vd.

[50] Çidem Ünal "Rekabet Hukukunda Tek Taraflı Sömürücü Davranışlar", Kerem Cem Sanlı (Editör) Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, Sorunlar ve Çözüm Önerileri Sempozyumu, İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Haziran, 2010, s.153 vd.

[51] Rekabet Kurulu'nun 17.01.2014 tarih ve 14-03/60-24 sayılı kararı

Malına yüksek fiyat belirleyenlerin karşısında fiyat düşürenler, fırsat sağlayabilmektedir. Sonuç olarak, pazarın kendi koşulları da yüksek fiyat belirlemeye izin vermemektedir. Yeter ki piyasada hakim işletmeye rakip olabilecek başka işletmeler bulunsun. Örneğin; Turkcell hakim durumda olmakla birlikte Vodafone ve Avea gibi güçlü rakipleri olduğundan fahiş fiyat koyarak bu durumunu kötüye kullanamamaktadır. Turkcell bir çok dosyada hakim durumu kötüye kullanma nedeniyle ceza almıştır. Ancak bunların gerekçesi fahiş fiyat değil, genellikle rakiplerinin eylemlerini zorlaştırıcı eylemlerdir.

Dışlayıcı eylemlere örnek olarak, güçlü konumdaki bir teşebbüsün kendi gücünü korumak kaygısıyla diğerlerini yok etmeye çalışması, bir başka örnekte de giriş engelleri oluşturarak yeni teşebbüslerin piyasaya girmesini önleme çabalarını gösterebilmekteyiz. Pazara girişi engelleme, kanundaki boşluklardan istifade edilerek, güç kullanılarak yapılmaktadır.

3.2.1. Rekabet Kanunu 6/2 (a) : Girişleri Engelleme ve Rakipleri Zor Durumda Bırakma

Girişleri engelleme ve rakipleri zor durumda bırakma Kanun'un 6/2.a fıkrasında düzenlenmektedir. Buna göre, hakim durumda olan bir teşebbüs, başka bir teşebbüsün pazara girişini engellemek istemektedir. Bu yönde eylemler yapmaktadır. Bu tür faaliyetleri kötüye kullanma kapsamındadır. Teşebbüsler, rekabet kurallarına uymak zorundadırlar. Uymadıklarında rakiplerini zor durumda bırakacaklardır. Faaliyetlerinde sınırlanma olacaktır. Bu tür eylemler rekabet mevzuatımızda uygun görülmemektedir. Rakiplerin faaliyetlerini zorlaştırmada ölçüyü, bir teşebbüsün rakiplerin faaliyetlerini zorlaştırması, bu türden eylemlere girişmesi, rekabetçi sınırlayıcı yönde hareket etmesi ve meşru görülemeyecek başka uygulamaları olmaktadır. Bu türden faaliyetlerde sıkça karşılaşılan birini de fiyat uygulamaları oluşturmaktadır. Hakim durumda olan bir işletmenin pazara girmek isteyen yeni rakipleri önleme çabası giriş engeli yaratma çabaları rekabeti sınırlayıcı nitelikte olmaktadır. ABİDA 102/a maddesi doğrudan veya dolaylı olarak haksız alış veya satış fiyatları ya da haksız ticaret koşulları koymayı bir kötüye kullanma olarak kabul etmiştir.[52]

Hakim durumun kötüye kullanılmasına ilişkin rekabet ihlalleri çeşitli düzeylerde ortaya çıkabilmektedir. Avrupa Komisyonu'nun emsal teşkil eden kararları vardır. Astra Zeneca Kararı buna bir örnektir. Bu karar ilaç sektörüne yönelik alınmıştır. Ülser tedavisinde

[52] Aslan, 2007, a.g.e., s.467-468.

kullanılan patentli ilacı Losec'e rakip olan jeneriklerin pazara girişini geciktirerek patent sistemine ve ilaçların piyasaya sürülmesine yönelik prosedürü suistimal ettiğine ve hakim durumunu kötüye kullanarak AB ve Avrupa Ekonomik Alanı (EEA) rekabet kurallarını ihlal ettiğine hükmetmiştir.[53] Burada teşebbüsün engelleyici tavrı ön plandadır.

3.2.2. Mal Vermeyi Kesme

Mal vermeyi kesmenin kötüye kullanma olarak değerlendirilmesi için ölçü olarak, bir teşebbüsün bir diğer teşebbüse uzun zamandır mal alışverişinde bulunması ve bu alışverişini sadece rekabeti bozmak amacıyla kesmesi anlaşılmaktadır. Değerlendirilmesinde ortaya konulan sebepler ve bu sebeplerin inandırıcılığı araştırılarak oluşan kanaate göre kararı verilmektedir. Bu mevzuu AB içtihatlarından neşet etmiş ve Türk mevzuatında yer almıştır. Sonuç olarak, mal vermeyi kesmenin hakim durumun kötüye kullanılması sayılabilmesi için bazı şartların oluşmuş olması gerekmektedir. Mal vermeyi haklı sebeplerle kesmek söz konusu ise bir ihlal olmayacaktır.

3.2.3. Tekelden Temin Yükümlülüğü Koymak

Hakim teşebbüsler gerek doğrudan müşterilerine rekabet yasakları koyarak gerekse dolaylı olarak sadece kendisi ile çalışanlara diğerlerine göre avantajlar sağlayarak müşterileri rakiplerine kapatmaya çalışırlar. Böylece rakipleri mallarını sattıracak müşteri, bayi ya da yeniden satıcı bulamasın isterler. Çeşitli satıcılarla bu yönde tekelden temin anlaşmaları yapmasıyla, rakiplerinin pazara girmesini zorlaştırmaktaysa bu durum hakim durumun kötüye kullanılması olmaktadır. Temelde burada rakiplerin pazara girmesinin engellendiği görülmektedir. Bu konuda Aslan, eğer hakim durumda olan işletmenin pazarında markalar arası rekabet etkin bir şekilde sürmekteyse, tekelden temin yükümlülüğünün kötüye kullanma olarak kabul edilmeyebileceğini söylemektedir.[54]

[53] Cumhur Atalay Hatipoğlu, İlaç Sektöründeki Rekabet Hukuku Uygulamalarında AR-GE İzin Sürecindeki İlaçlar, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No 92, Ankara 2003, s.49.
[54] Aslan, 2007, a.g.e., s.481.

3.2.4.Rekabet Kanunu 6/2 (c) : Haksız Ticari Koşullar Koymak

Haksız ticari koşullar koymak fiilinin oluşması için bir teşebbüsün ticari koşul koyabilme gücünün olması, bununla birlikte bu gücünü haksız bir şekilde uygulaması gerekmektedir. Bu kıstaslara bakılmaktadır. Bir başka durumda, hakim durumdaki teşebbüs bir başka teşebbüsle sözleşme ile iş akdi sağlamış olsun. Sonra kendi isteğiyle sözleşmenin amacı dışına çıkarak karşıdaki teşebbüsü sınırlayıcı, özgürlüğünü kısıtlayıcı yönde hareket etsin, bu şekilde oluşan haksız ticari şartlarla üçüncü kişilerin pazara girmesi engellensin. Bu durum mevzuatımızda kötüye kullanma olarak değerlenmektedir. Kanunun 6/2(c) maddesi bu mevzudadır ve şöyledir; "...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..." hükmünü içermektedir.

Kanun'un 6/2(c) maddesinde yeniden satışa ilişkin şu koşulların düzenlendiği görülmektedir;

i) bir mal veya hizmetle birlikte diğer bir mal veya hizmetin satın alınması koşulu,

ii) talep edilen bir mal veya hizmetin satışının, alıcı tarafından başka mal ve hizmetlerin de teşhiri şartına bağlanmış olması,

iii) satın alınan bir malın veya hizmetin yeniden satışında belirli bir fiyatın altında satılmaması gibi yeniden satışa ilişkin koşulları düzenlemektedir.

Ek yükümlülük yüklemek ya da bir ürüne başka bir ürünü bağlamak olarak da bilinen bu kötüye kullanma halinde hakim durumda olan teşebbüs, hakim durumda olduğu bir mala, hakim durumda olmadığı ya da etkin olmadığı, bu nedenle de tercih edilmeyen bir başka malı bağlayarak, etkin olmadığı mal piyasasında da güçlenmeye çalışmasıdır. Örneğin deterjan piyasasında hakim durumda olan bir teşebbüsün yumuşatıcı piyasasında da etkin olmak için bu iki ürünü birbirine bağlayarak satması bu kapsama girebilir.

3.2.5. Rekabet Kanunu 6/2 (b) : Ayrımcılık

Kanunun 6/2(b)maddesi ayrımcılıkla ilgilidir, buna göre; "...Eşit durumdaki alıcılara aynı ve eşit hak, yükümlülük ve edimler için farklı şartlar ileri sürerek, doğrudan veya dolaylı olarak ayrımcılık yapılması..." kötüye kullanmadır. Şartlarının oluşması için aranan ölçü ayrımcılığa neden olan anlaşma, doğal olarak iki teşebbüsün var olması ve bunlara farklı uygulamalar

yapılması olmaktadır. Yani üç taraf bulunmaktadır. Ana teşebbüs, ve onun ilişkide olduğu diğer iki teşebbüs. Bununla birlikte bu kanun maddesi çerçevesindeki ayrımcılık hakim durumda olan teşebbüsün tek taraflı eylemleriyle de gerçekleşebilmektedir. ABİDA 102/c maddesi işlemlerin taraflarına eş edimler için eşit olmayan koşullar uygulayarak onları rekabette dezavantajlı duruma sokma teşebbüsünü kötüye kullanma olarak kabul etmiştir. Kanunun 6/b maddesinin hükmü de buna benzemektedir. Bununla birlikte tehlikeli sonuçlar doğuracak şekilde önemli bir unsuru eksik bıraktığı Aslan tarafından ifade edilmektedir. Yazarın görüşüne göre, eşit durumdaki alıcılara aynı ve eşit hak yükümlülük ve edimler için farklı şartlar ileri sürerek doğrudan veya dolaylı olarak ayrımcılık yapılması kötüye kullanmadır. Burada rakiplerin birbirine karşı dezavantajlı duruma sokulması unsuru aslında maddenin amacını gösteren bir unsurdur. Bunun olmaması halinde rekabeti hiçbir şekilde etkilemeyen ayrımcı uygulamalar da yasaklanacaktır. Ayrımcı uygulamaların rekabeti sınırlayıcı olabilmesi için ayrımcı uygulamada bulunan işletmelerin en azından potansiyel olarak birbirinin rakibi olması gerekmektedir.[55] "Hakim durumda bulunan teşebbüsün doğrudan fiyat ayrımcılığını uygulaması genellikle bölgesel fiyat ayrımcılığında ortaya çıkmaktadır. Bölgesel doğrudan fiyat ayrımcılığında hakim durumda bulunan teşebbüsün iki ana amacı olabilmektedir. Birincisi, rakibin faaliyet gösterdiği bölgeye diğer bölgelere göre düşük fiyat uygulayarak rakibini pazar dışına itmek şeklinde görülmekte, ikicisi de, daha fazla ödeme gücü olan alıcılarını sömürerek daha fazla kar elde etmek istemektedir"[56]. "Dolaylı fiyat ayrımcılığını hakim durumda bulunan teşebbüsün eşit durumdaki alıcılarından bazılarına ikame edilebilir ilişkiler için alıcıların hepsine eşit fiyat uyguluyor görünmesine karşılık eşit fiyatın diğer etkenlerle birleşmesi sonucunda farklı fiyata dönüşmesi olarak ifade edilebilir.[57] Kanunun 4. Maddesinin e bendi, 6. Maddenin b bendi gibi ayrımcılığı düzenlemektedir. Bu iki düzenleme arasında amaç bakımından açık bir fark bulunmamaktadır. Temelde her ikisi de ayrımcı davranışlarla rekabet bakımından farklılık yaratılmasını düzenlemektedir ve hakim teşebbüslere karşıdaki teşebbüsler karşısında eşit ve objektif davranma yükümlülüğü getirmektedir. Ayrımcılıktan söz edilebilmesi için eşit koşullardaki müşterilere ayrımcı davranılması gerekmektedir. Rekabet ile ilgili kurallarla bu önlenmeye çalışılmaktadır. Çeşitli bölgelerdeki farklı piyasa koşullarına uygun davranmak ve

[55] Aslan, 2007, a.g.e., s.482.
[56] Gül, İbrahim; Teşebbüsün Alıcılarına Ayrımcılık Yaparak Hakim Durumunu Kötüye Kullanması, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara 2000, s.77.
[57] Gül, Tez, s.81.

üretimi planlayabilmek amacıyla farklı fiyatların uygulanması kötüye kullanma oluşturmamaktadır. Bu mevzuda Rekabet Kurulu'nun çeşitli kararları vardır. Rekabet Kurulu, kimi kararlarında yurtiçi ve yurtdışı alıcıları eşit durumda alıcılar olarak görmemiştir. Dolayısıyla hakim durumdaki teşebbüsün yurtdışı firmalarla yurtiçi firmalar arasında ayrımcı fiyat uygulamasını kanuna aykırı kabul etmemiştir. Bir kararında, Rekabet Kurulu, bir teşebbüsün yavru şirketi ile onun rakiplerine aynı şekilde davranma yükümlülüğü olmadığına, yavru şirket ile diğer şirketlerin sırf bu nedenle eşit durumda olmadıklarına karar vermiştir.[58] Rekabet Kurulu, alıcıların farklı iktisadi ve hukuki şartlar altında bulundukları hallerde uygulanan farklı satış koşullarının rekabeti sınırlayıcı ve dolayısıyla 6. Madde kapsamında bir ayrımcılık sayılmayacağına da karar vermiştir.[59] Aynı üreticiden farklı modellerde kombiler ithal eden iki firmanın eşit durumdaki alıcı kabul edilemeyeceğine de bir kararında belirtmiştir.[60]

3.3. Fiyatlara İlişkin Kötüye Kullanma Örnekleri

Fiyatlara ilişkin kötüye kullanmalara çeşitli örnekler verilebilmektedir. Fakat bu örneklere geçmeden önce AB mevzuatına bir bakmakta fayda vardır. Önümüzde haksız fiyatların kötüye kullanma oluşturduğuna dair AB Kurucu Anlaşması'nın 82. Maddesi örneği vardır. Kanun tasarısı önerisini hazırlayan uzmanların böyle bir hükmün fiyat denetimine dönüşebileceği kaygısı ile bu örneği kanuna almak istemedikleri bildirilmektedir. Bununla birlikte Aslan'a göre istisnai hallerde özellikle regüle edilmemiş doğal ve hukuki tekel hallerinde haksız fiyat koymanın kötüye kullanma sayılmasının mümkün olduğunu söylemektedir. Ancak, Rekabet Kurulu'nun fiyatlarla ilgili soruşturmaları açmakta ve fiyatları çeşitli açılardan analiz ederek aşırı veya düşük olup olmadıklarını incelediği ifade edilmektedir. Bu tarz soruşturmaların çoğalmasının kanunu hazırlayan uzmanların kaygılarının yerinde olduğunu da tespit etmektedir.[61] Fiyatlarla ilgili kötüye kullanmalar uygulamada görülen örneklerden bulunmaktadır. Rekabet Kurulu'nun bu mevzuda da çeşitli tarih ve sayı ile aldığı kararları mevcuttur. Örneğin, Rekabet Kurulu Botaş Kararı'nda , "Kötüye kullanma hallerini mal ve hizmetin fiyatı ile ilişkili olarak ele aldığımızda genel olarak üç türlü kötüye kullanma ile karşılaşılmaktadır:

[58] Karar Sayısı: 01-33/331-94, Karar Tarihi: 17.07.2001.
[59] Karar Sayısı: 04-60/866-205, Karar Tarihi: 20.09.2004.
[60] Karar Sayısı: 06-36/462-124 Karar Tarihi: 26.05.2006.
[61] Aslan, 2007, a.g.e., s.506-507.

- ***Aşırı Fiyat***

Sağlanan ürünün ekonomik değeriyle makul bir ilişki kurulamayacak derecede fazla fiyat uygulamak şeklinde tanımlanabilir.

- ***Yıkıcı Fiyat***

Hakim durumdaki teşebbüsün rakiplerini zor durumda bırakmak veya rakiplerini pazar dışına çıkarmak için ürettiği mal veya hizmeti üretim maliyetinin altında bir fiyattan satması durumunda ortaya çıkmaktadır.

- ***Fiyat Farklılaştırması***

Bu kötüye kullanma örneği, hakim durumdaki teşebbüsün aynı nitelikteki ürün için değişik coğrafi bölgelerde veya müşteri grupları arasında farklı fiyat uygulaması ve bu fiyat farklılığının geçerli nedenlere dayanmaması halinde ortaya çıkmaktadır. Hakim durumdaki teşebbüslerin, etkin rekabetin olduğu piyasalarda makul bir fiyat uygularken; rekabetin olmadığı, dolayısıyla müşterilerinin söz konusu ürünü temin edeceği başka alternatif kaynaklarının bulunmadığı piyasalarda aşırı fiyat uygulayarak müşterilerini ekonomik bakımdan sömürmeleri, sahip oldukları gücün kötüye kullanılması olarak kabul edilmektedir. Bu durum genellikle hakim durumdaki teşebbüsün paralel ticareti engelleyip pazar bölme girişimiyle birlikte ortaya çıkmaktadır".[62]

Aşırı fiyatı, normal olması gereken fiyatının üzerinde bir fiyatın mala konulmasıdır. Ölçü olarak makul olması şartı aranmaktadır. Bu şart sağlanamıyorsa aşırı fiyat olarak değerlendirilmektedir.

Yıkıcı fiyat dendiğinde ise bir teşebbüsün rakiplerini zor duruma sokacak şekilde malına olması gerekenin çok altında bir fiyat biçmesini anlamaktayız. Ölçü olarak iki veya daha fazla teşebbüsün olması, bunlardan birinin rekabet kaygısıyla ve kendisine avantaj sağlayacak şekilde malına düşük fiyat belirlemesi, bu şekilde rakiplerinin zor durumda kalacaklarını ve rekabette avantaj sağlayacağını düşünmesidir. Bir diğer hal de, teşebbüsümüz bir başka teşebbüsü veya teşebbüsleri pazar dışına itmeye zorlamaktadır. Böylece pazarda tek avantajlı teşebbüs olmak istemektedir. Burada düşük fiyattan söz edilebilmesi için genellikle ortalama maliyetlerin altında fiyatların olması gerektiği kabul edilmektedir.

[62] Karar Sayısı: 02-137127-54 Karar Tarihi: 8.3.2002.

Fiyat farklılaştırması konusunda diyebileceklerimiz ise, bunun da bir kötüye kullanma oluşturduğudur. Nasıl oluşmaktadır, teşebbüs aynı malına aynı nitelik ve kalitede olduğu halde bir bölgede farklı, başka bir bölgede başka fiyat uygulamak isteyebilmektedir. Bu durum eşit muamele ilkesine uymamakta ve ayrımcılık kapsamına girmektedir.

4. FAHİŞ FİYAT YOLUYLA KÖTÜYE KULLANMA

Bu bölümde fahiş fiyat yoluyla kötüye kullanma ve fahiş fiyatın unsurları açıklanmaktadır. Konuya giriş yapmadan önce fahiş fiyatın bir tanımını yapmak konunun daha iyi anlaşılmasını sağlayacaktır. [63]

4.1 Fahiş Fiyatın Tanımı

Aşırı fiyat, piyasa şartlarında bir teşebbüsün ürettiği malı için belirleyebileceği diğer teşebbüslerin malları için belirledikleri fiyatları göz önünde almadan veyahutta kötü niyetle kendisine bir menfaat sağlamak amacıyla malına normal olması gereken makul bir fiyatın üzerinde fiyat biçmesiyle görülen haldir. Rekabet sözlüğünde; "hakim durumun kötüye kullanımı sonucunda bir ürünün ekonomik değeri ile fiyatı arasında makul olmayan farklılığın bulunmasıdır." şeklinde tanımlanmaktadır.[64]

Aşırı fiyatın Rekabet Kurulu Kararları'nda da tarif edildiği görülmektedir. Örneğin, Rekabet Kurulu'nun ASKİ Kararı'nda , "Aşırı fiyat, sağlanan ürünün ekonomik değeri ile fiyatı arasında makul olmayan bir farklılığın bulunması olarak tanımlanabilir. Bu kötüye kullanma şekli 4054 sayılı Kanun'un 6. Maddesinde sayılan kötüye kullanma halleri arasında yer almamakla birlikte, maddede sayılan hususlar tahdidi değildir ve aşırı fiyatlandırma kanun kapsamında değerlendirilmelidir." denmiştir.[65] Rekabet Kurulu'nun başka kararlarında da aşırı fiyata açıklık getirildiğini görürüz. Örneğin, Rekabet Kurulu bir kararında, "Aşırı fiyat, pazar gücünün uygulanması sonucunda sürekli olarak rekabetçi düzeyin önemli ölçüde üzerinde belirlenen fiyat olarak tanımlanmaktadır."[66] Rekabet Kurulu verdiği bir başka kararında, "Başvuruda yer alan bir diğer iddia ise Ambarlı Liman Tesislerindeki büfe ve restoranda fahiş fiyat uygulandığı yönündedir. Aşırı fiyat, 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesi ile yasaklanan hakim durumun kötüye kullanılması hallerinden biridir. Sömürücü kötüye kullanma hallerinden biri olan aşırı fiyatlama davranışı "belli bir düzeyde pazar gücüne sahip teşebbüslerin rekabetçi fiyat düzeyinin önemli ölçüde üzerinde fiyat belirlemesi" olarak tanımlanabileceği hükmüne varmıştır. Bu karara göre aşırı fiyatlama davranışının 4054 sayılı

[63] DEMİRÖZ, Ali, TUNÇEL, Çiğdem "Tek Taraflı Davranışların Değerlendirilmesine Yönelik Standart Arayışında Danıştay Kararlarının Yol Göstericiliği", Rekabet Hukuku İle İlgili Kurul Ve Yargı Kararları Sempozyumu, Bildiriler-Tartışmalar, Banka ve Ticaret Hukuku Asraştırma Enstitüsü (T.İş Bankası A.Ş. Vakfı), 25 Kasım, 2011,s. 174 vd.
[64] Rekabet Kurumu, Rekabet Terimleri Sözlüğü, s.54.
[65] Karar Sayısı: 01-12/114-29 Karar Tarihi: 13.3.2001.
[66] Karar Sayısı: 2014-2-28 Karar Tarihi: 07.08.2014.

Kanun kapsamında bir ihlal olarak nitelendirilebilmesi için davranışı gerçekleştiren teşebbüsün hakim durumda olması şartı aranmaktadır."[67]

Rekabet Kurulu'nca verilen bir diğer kararda; "Dosya konusu iddia, Aras Kargo'nun diğer rakiplerine göre yüksek fiyat uyguladığına ilişkindir. Rekabet hukukunda "aşırı fiyatlama", hakim durumdaki bir teşebbüsün tek taraflı davranışları aracılığıyla bu durumunu kötüye kullanması halinde ihlal olarak kabul edilmektedir. Esasen bir eylemin hâkim durumun kötüye kullanılması olarak değerlendirilebilmesi için ilgili teşebbüsün hâkim durumda bulunması ve eyleminin kötüye kullanma olarak kabul edilebilecek nitelikte olması gerekmektedir. Sözü edilen iki kriterden herhangi birisinin bulunmaması durumunda 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesinin ihlalinden bahsedilemez. Bu çerçevede, önce hakkında ön araştırma yapılan teşebbüsün hakim durumda bulunup bulunmadığı incelenmiştir."[68]

Rekabet Kurulu kararlarında, aşırı fiyatı "pazar gücünün uygulanması sonucunda sürekli olarak rekabetçi düzeyin önemli ölçüde üzerinde belirlenen fiyat" olarak tanımlamaktadır. Rekabetçi düzeydeki fiyatların ne olduğunun uygulamada tespit edilmesinin neredeyse imkânsız olması sebebiyle, mehaz mevzuatta aşırılık öncelikle teşebbüsün fiyat ve maliyetlerinin karşılaştırılması ile tespit edilmeye çalışılmakta, fiyat ve maliyetler arasında bir aşırılık tespit edilebilirse diğer testlere geçilmektedir. Alternatif test olarak ise, fiyat kıyaslaması başlığı altında rekabetçi pazarlarda faaliyet gösteren diğer teşebbüslerin fiyatlarıyla veya başka bir coğrafi pazarda hâkim durumda bulunan bir teşebbüsün fiyatlarıyla kıyaslaması yapılması mümkündür."[69]

Aşırı fiyatla ilgili bu kadar çok tarif yapılmasının Rekabet Kurulu tarafından bir sebebi vardır. O da aşırı fiyat belirleme konusundaki kanundaki ve uygulamalardaki boşluklardan kaynaklanan tekrar tekrar izah edilme gereğidir. Aşırı fiyat göreceli bir kavramdır. Bu nedenle ince ayrımlarının açıklanış çabaları önemlidir.

4.2 Fahiş Fiyatın Unsurları

Rekabet Kurulu aşırı fiyat iddiası ile ilgili olarak üç önemli karar almıştır. Bunlardan ikisi Ankara Su ve Kanalizasyon Genel Müdürlüğü'nün ("ASKİ") su fiyatını maliyetinin çok üstünde belirlediği iddiası (Rekabet Kurulu'nun 13.3.2001 tarih ve 01-12/114-29 sayılı, 26.05.2005

[67] Karar Sayısı: 10-6571362-504 Karar Tarihi: 14.10.2010.
[68] Karar Sayısı: 12-33/938-294 Karar Tarihi: 14.06.2012.
[69] Karar Sayısı: 11-57/1475-531 Karar Tarihi: 17.11.2011.

tarih ve 36/484-155 sayılı kararları); diğeri ise Belko Ankara Kömür ve Asfalt İşletmeleri San. ve Tic. Ltd. Sti.'nin ("BELKO") ithal parça kömür pazarında aşırı fiyat uyguladığı iddiası hakkındadır.[70] Yukarıda sözü edilen kararlarda Kurul'un aşırı fiyatlamaya ilişkin yaklaşımını hatırlatmak bakımından aşağıdaki tespitleri yapmak mümkündür:

Kurul aşırı fiyatı, AB yaklaşımı ile paralel şekilde, "sağlanan ürünün ekonomik değeri ile fiyatı arasında makul olmayan bir farklılığın bulunması" olarak ele almıştır.[71]

1. Kararlara konu her iki teşebbüs de mutlak tekel konumundadır. Söz konusu teşebbüsler tarafından sağlanan ilgili ürünler ikame edilemediği gibi, yasal korumalar nedeniyle rakip bir teşebbüsün ilgili pazara girmesi de imkansızdır.

2. Aşırı fiyatlandırmanın rekabet hukuku açısından bir ihlal olup olmadığı ele alınırken; aşırı fiyata müdahalenin gereksiz olduğu görüşlerinin, "tekelin yüksek giriş engelleri ile korunduğu hallerde" geçerli olmadığının altı çizilmiştir.[72]

3. Aşırı fiyatın belirlenmesi için; "ürün maliyetinin net ve kesin olarak hesaplanabildiği durumlarda" tüm üretim maliyetleri toplamı ile fiyatın karşılaştırılması ve ilgili pazardaki/komşu pazarlardaki aynı veya benzer ürünlerin fiyatlarının karşılaştırılması[73] yapılmakta, ayrıca pazara giriş engellerinin derecesi[74] ele alınmaktadır.

4. Kurul "Tekelci fiyatlama uygulamaları, ilgili piyasadaki rekabet ortamına doğrudan zarar vermemekle birlikte, özellikle tüketici boyutunda sömürücü olma niteliğiyle rekabet hukukunun kapsamına girmektedir." ifadesiyle, aşırı fiyatta esasen tüketicinin mağduriyetinin ele alınması gerektiğinin altını çizmiştir.[75]

Rekabet Kurulu'nun vermiş olduğu; Ataköy Marina[76], Stroer-Kentvizyon[77], Havaş[78] gibi bazı kararlarda da aşırı fiyatlandırma, hakim durumun kötüye kullanılması kapsamında değerlendirmeye alınmış ve yukarıda ifade edilen unsurlarla paralel hususlar değerlendirilmiştir.

Danıştay da, aşırı fiyat kavramını incelerken, söz konusu uygulamanın 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesi kapsamında ele alınabileceğine hükmetmiş, "rekabet koşullarının bulunmadığı,

[70] Rekabet Kurulu'nun 06.04.2001 tarih ve 01-17/150-39 sayılı kararı.
[71] Rekabet Kurulu'nun 13.3.2001 tarih ve 01-12/114-29 sayılı kararı.
[72] Rekabet Kurulu'nun 06.04.2001 tarih ve 01-17/150-39 sayılı kararı.
[73] Rekabet Kurulu'nun 13.3.2001 tarih ve 01-12/114-29 sayılı kararı.
[74] Rekabet Kurulu'nun 06.04.2001 tarih ve 01-17/150-39 sayılı kararı.
[75] Rekabet Kurulu'nun 06.04.2001 tarih ve 01-17/150-39 sayılı kararı.
[76] Rekabet Kurulu'nun 24.4.2008 tarih ve 08-30/373-123 sayılı kararı.
[77] Rekabet Kurulu'nun 15.2.2007 tarih ve 07-14/114-34 sayılı kararı.
[78] Rekabet Kurulu'nun 3.1.2008 tarih ve 8-01/5-4 sayılı kararı.

piyasanın kendi kendisini düzeltemediği, aşırı fiyatlandırmanın yeni girişleri teşvik etmediği, giriş engellerinin bulunduğu, bilgi akışının tam ve homojen olmadığı bir ekonomide… [aşırı fiyat] gibi istismar edici eylemlere rekabet kuralları aracılığıyla müdahale edilebileceğini" ifade etmiştir.[79]

Literatür, mehaz AB mevzuatı ve Yüksek Mahkeme içtihatlarında ise, aşırı fiyatlandırmaya ilişkin yapılacak bir tahlilde aşağıdaki unsurların göz önüne alınması gerektiği belirtilmektedir[80]:

- Teşebbüsün piyasada ne kadar hakim durumda olduğu, ne ölçüde tekel ya da tekele yakın olarak değerlendirilebileceği,
- Bu hakim durumun teşebbüs tarafından kazanılıp kazanılmadığı, teşebbüsün piyasa gücünün, dışlayıcı uygulamalar ya da inhisari haklar elde edilmesi aracılığıyla mı yoksa teşebbüsün rakiplerinden daha üstün performans göstermesi sonucu mu tesis edildiği,
- Piyasada hukuki, teknik ya da iktisadi giriş engellerinin olup olmadığı, girişlerin ne ölçüde mümkün olduğu, söz konusu giriş engellerinin geçici mi kalıcı mı olduğu,
- Maliyetler ile fiyatlar arasında ne büyüklükte bir fark olduğu,
- Düzenleyici bir otoritenin bulunup bulunmadığı,
- Pazarın kendisini düzeltme imkanının bulunup bulunmadığı,
- Aşırı fiyatlandırmaya temel teşkil eden sorunun alınacak yapısal bir tedbir ile ortadan kaldırılmasının mümkün olup olmadığı,
- Uygulanan fiyatı haklı gösterecek talep koşullarının var olup olmadığı,
- Aşırı fiyatlandırma uygulamasının, idari otoritenin bir iradesi sonucu mu yoksa firmanın kendi iradesiyle mi benimsendiği, teşebbüsün aşırı fiyatlandırma yapmaya ne ölçüde sevk edildiği.

Görüldüğü üzere aşırı fiyatlama iddialarına ilişkin olarak değerlendirilmesi gereken en önemli hususlardan birisi, sağlanan ürünün ekonomik değeri ile fiyatları arasındaki farkın büyüklüğüdür. Bunun içinse Ekonomik Değer Testi (EDT) yapılması gerekmektedir.

Fahiş fiyatın uygulanması AB mevzuatında olduğu gibi Türk mevzuatında da yerini almıştır. AB Rekabet Hukuku'nda ortaya konulan unsurlardan yararlanılmıştır. Uygulamada fahiş

[79] Danıştay, 2001/4817 E., 2003/4770 K. sayı, 5.12.2003 tarihli kararı: 8.

[80] Bkz. ATAD'ınGeneral Motors [1975] OJ L29/14, [1975] 1 CMLR D20 ve British Leyland Public Limited Company v Commission of the European Communities. Case 226/84 kararları ile AB Komisyonu'nun OJ L 207, 2.8.1984 84/379/EEC ve Case COMP/A.36.568/D3 – Scandlines Sverige AB v Port of Helsingborg kararları.

fiyatın varlığına delalet eden temel kriterler AB Rekabet Hukuku'nda yer alan fahiş fiyata ilişkin prensipler çerçevesinde şekillendirilmiştir. Bu kriterleri şu başlıklar altında toplayabilmekteyiz;

- Yüksek giriş engellerinden kaynaklanan güçlü bir hakim durumun varlığı,
- Sektöre özgü fiyat regülasyonunun bulunmaması,
- İlgili mal, hizmetin piyasa değerinin üzerinde fiyatlamanın tespit edilmesi.[81]

Rekabet Kurulu kararında, "Özellikle yüksek giriş engeli olan pazarlarda uzun süredir devam eden pazar gücünün varlığında alıcı gücü de yoksa rekabetçi düzeyin önemli ölçüde üzerinde belirlenen fiyatlandırma aşırı fiyatlandırma olup hâkim durumun kötüye kullanılmasıdır. Bu cümleden olarak, aşırı fiyatlandırma yoluyla hâkim durumun kötüye kullanıldığı sonucuna ulaşabilmek için aşağıdaki faktörler değerlendirilmelidir.

- pazar payları ve pazardaki yoğunlaşma oranları,
- pazara giriş ya da pazarda genişleme engelleri (yasal engeller, kapasite sınırlamaları, kapsam ve ölçek ekonomileri, mutlak maliyet avantajları, anahtar girdiye ayrıcalıklı erişim, yüksek derecede gelişmiş dağıtım ve satış ağı, yerleşik firmanın pozisyonu –tecrübe, şöhret ve kapasitesi-, ve şebeke etkisi, uzun süreli stratejik engeller gibi diğer stratejik engeller),
- alıcı gücü."[82]

Rekabet Kurulu kararında; "Ancak herhangi bir fiyatlamanın hâkim durumun kötüye kullanılması kapsamında bir "aşırı fiyat" olarak değerlendirilebilmesi için, öncelikle ilgili teşebbüsün ilgili mal veya hizmeti sunduğu pazarda hâkim durumda bulunması, ardından da uygulanan fiyatın "aşırı fiyat" niteliğini taşıması gerekmektedir.[83]

Aşırı fiyatın yani fahişliğin ne olduğu, nasıl tespit edildiği aşağıda incelenmiştir.

4.2.1 Fahişlik

Fahişlik kavram olarak, bir şeyin aşırı olmasına delalet etmektedir. Ancak fahişlik ya da aşırılık ne zaman hukuka aykırı olacaktır? Bunun bir somut ve her olayda uygulanabilir kıstasını bulmak mümkün görülmemektedir.

[81] G. Gürkaynak, "Rekabet Hukuku Teorisi, Hakim Durumun Kötüye Kullanılmasının Özel Görünüm Şekli Olarak Aşırı Fiyatlama", Çimento Endüstrisi İşverenleri Sendikası Dergisi, Kasım 2012, s.39.
[82] Karar Sayısı: 11-57/1475-531 Karar Tarihi: 17.11.2011.
[83] Karar Sayısı: 11-44/995-341 Karar Tarihi: 03.08.2011.

Her firma kar amacıyla faaliyet gösterir. Bu durumda Rekabet Otoriteleri belirli bir karlılık oranına makul diğerlerine ise fahiş demeleri gerekecektir. Ne kadarlık bir karın makul olduğunun bu şekilde tespiti Rekabet Otoriteleri için aşırı zorlukları olan bir konudur. Rekabet Kurulu'nun bir kararında, "Bilindiği üzere 100 kilometrenin üzerinde bulunan karayolu ile yolcu taşıma güzergâhları T.C. Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığı'nın (ULAŞTIRMA BAKANLIĞI) düzenlemeleri kapsamında bulunmaktadır. Konuyla ilgili olarak, Yozgat-Ankara güzergâhı için ULAŞTIRMA BAKANLIĞI 1. Bölge Müdürlüğü tarafından onaylanan fiyat tarifesinin (…..) olduğu tespit edilmiştir. Ayrıca, yüksek (fahiş) fiyat iddiasına ilişkin olarak, benzer uzunluktaki mesafelere ilişkin yolcu taşıma bedelleri de dikkate alınabilir. Örneğin, 288 kilometre olan Konya-Ankara güzergahı için (…..) bedel talep edilmekte olup, 259 kilometre olan Afyon-Ankara güzergahı için de (…..) bedel talep edilmektedir. Değinilen sebeplerle de 218 kilometre olan Yozgat-Ankara güzergahı için talep edilen (…..) bedelin yüksek (fahiş) olmadığı kanaatine ulaşılmıştır.

Yukarıda verilen bilgiler ışığında, Yozgat-Ankara güzergâhı için talep edilen yolcu taşıma bedelinin ULAŞTIRMA BAKANLIĞI' nın düzenlenmeleri kapsamında onaylandığı ve bu sebeple de yüksek (fahiş) olmadığı anlaşılmıştır."[84] Sonuç olarak, Rekabet Kurulu'nun bu kararı fahiş fiyat uygulanması ile ilgili olmuştur. Bu kararında Yozgat- Ankara güzergahı için talep edilen yolcu taşıma bedelinin fahiş olmadığı yönündeki kararını vermiştir.

Rekabet Kurulu BOTAŞ kararında, "Botaş 1999 yılında maksimum karlılık düzeylerine çıkmıştır. Yıllar itibarıyla bakıldığında; ortalama karlılık oranı 1997'de %32, 1998'de %53, 1999'da %77, 2000'de %7 ve 2001'de %8 olarak gerçekleşmiştir.

Dağıtım kuruluşlarının benzer şekilde, sanayi kesiminde oluşan yıllık karlılık ortalamaları, 1997'de %32, 1998'de %50, 1999'da %67, 2000'de %9 ve 2001'de %8 olarak gerçekleşmiştir. Aşırı fiyatlandırma açısından bakıldığında, 2000 ve 2001 yılları itibarıyla ortaya çıkan karlılık düzeylerinin yüksek olarak değerlendirilemeyeceği açıktır.

1999 yılında meydana gelen % 67-77 seviyelerindeki karlılık düzeyinde, iki etken rol oynamaktadır. Bunlardan ilki 1998 yılında petrol fiyatlarındaki düşüşe bağlı olarak Botaş'ın ithalat fiyatlarında meydana gelen düşüşün, satış fiyatlarına yansıtılmamasıdır. İkinci etken ise alım fiyatlarında dolar bazında gerileme yaşanmasına rağmen, ekonomideki genel enflasyonist eğilime paralel olarak döviz kurundaki artışların satış fiyatlarına yansıtılmasıdır.

[84] Karar Sayısı: 12-33/975-299 Karar Tarihi: 14.06.2012.

Bu durumda, BOTAŞ'ın, gerek mevcut durumda gerekse en yüksek karlılık oranlarına sahip olduğu 1999 yılında aşırı fiyatlandırma yaptığı yolunda değerlendirmede bulunmak mümkün değildir."[85]

Rekabet Kurulu ASKİ-2 kararında, "Elde edilen sonuçlara göre, ayda ortalama 15 m 3 su tüketen bir konut abonesi Ankara'da 1 yılda 396,79 YTL su tüketim bedeli öderken İstanbul'da 311,04 YTL, İzmir'de ise 259,80 YTL ödemektedir. Dolayısıyla, ayda ortalama 15 m³ miktarında su tüketimi için Ankara'daki konut abonesi İstanbul'a göre %27, İzmir'e göre ise %52 daha fazla ödeme yapmaktadır. Aylık ortalama tüketim 20 m 3 kabul edildiğinde de, bu miktarı tüketen konut abonesinin, Ankara'da 1 yılda 578,88 YTL su tüketim bedeli 300 öderken, İstanbul'da 414,72 YTL, İzmir'de ise 445,20 YTL ödediği görülmektedir. Dolayısıyla ayda ortalama 20 m³ miktarında su tüketimi için Ankara'daki konut abonesi İstanbul'a göre %40, İzmir'e göre ise %30 daha fazla ödeme yapmak durumunda kalmaktadır. Dolayısıyla, aylık ortalama tüketim miktarına göre yapılan kıyaslamada Ankara'daki bir konut abonesinin her iki ile oranla yüksek miktarda ödeme yaptığı görülmüştür.

Şikayet dilekçesinde yer alan ve faturalandırmanın zamanında yapılmamasına ilişkin iddia da değerlendirilmiştir. Su tüketimini belirlemekle sorumlu görevlilerin belirli periyotlarda işlerini yapamadıkları, bu durumun da faturalardaki su tüketim miktarını artırdığı böylece de tüketicilerin fazla ödeme yapmasına neden olduğu iddiasıyla ilgili olarak ASKİ'nin 45 günden fazla süredeki faturalandırmalarında tüketimleri 45 günlük tüketime endekslediği anlaşıldığından faturaların gecikmesi durumunda tüketicilerin bundan dikkate değer bir zarar görmediği anlaşılmıştır.

ASKİ'nin yasal olarak sağlanmış bir tekel hakkına sahip olduğu ve şebeke suyu pazarına girişlerin mutlak anlamda kapalı olduğu, dolayısıyla rekabet koşullarının bulunmadığı ve teknik anlamda pazarın rekabete açılmasının mümkün olmadığı bu pazarda ASKİ'nin uyguladığı fiyatlamaya ilişkin olarak şikayet konusu edilen iddialar konusunda soruşturma açılmasına gerek olmadığı, bununla birlikte fiyatlandırma mekanizmasının aşırı fiyat düzeylerinin önüne geçecek ve tüketicilerin faydasına olacak şekilde ilgili ve yetkili kuruluşlarca yeniden tanzim edilmesi gerektiği..."[86] kararı vermiştir.

Rekabet Kurulu İzmir Jeotermal Kararı'ında , "Aşırı fiyat değerlendirmesi yapılırken ne ölçüde bir kâr marjının aşırılığın göstergesi olacağına dair genel kabul görmüş bir kuraldan

[85] Karar Sayısı: 02-13/127-54 Karar Tarihi: 08.03.2002.
[86] Rekabet Kurulu'nun 20.12.2006 tarih ve 06-92/1176-354 sayılı kararı.

bahsetmek mümkün değildir. Bununla birlikte en az %100 oranındaki bir kâr marjının aranması gerektiği yönünde görüşler vardır. İşbu dosya özelinde yapılan hesaplamalar çerçevesinde İzmir Jeotermalin gerek birim kâr oranlarının, gerekse de dönem karlılığının %20'yi aşmadığı tespit edilmiştir. Bu oranda bir kâr düzeyinin de aşırı fiyatın göstergesi olabileceğini söylemek olanaklı değildir.

İzmir Jeotermal'in aşırı fiyat uyguladığı iddiasına ilişkin değerlendirme ısınma bedellerinde aşırı fiyat uygulandığı ve kalorimetre cihazlarının satışında aşırı fiyat uygulandığı iddialarına yönelik olarak iki ayrı başlık altında gerçekleştirilmiştir. İzmir Jeotermalin ısınma bedellerinde aşırı fiyat uyguladığına yönelik analizde, öncelikle fiyat-maliyet karşılaştırması yapılarak teşebbüsün birim kâr/zarar oranları, ardından teşebbüsün dönem karlılığı değerlendirilmiştir. Tespit edilen kâr marjlarının aşırı fiyatlamanın bir göstergesi olarak değerlendirilemeyeceği açıktır. Fiyat kıyaslamasında ise ısınma dönemleri, coğrafi pazarlar ve yakıt türleri itibarıyla fiyat kıyaslaması yapılmıştır. Kıyaslama neticesinde aşırı fiyatlamayı işaret edecek fiyat farkları tespit edilmediği"[87] kararı vermiştir.

Rekabet Kurulu Biletix Kararı'nda, "Biletix'in kar marjı biletin internetten ya da çağrı merkezinden alınmasına bağlı olarak %11,11 ile %17,78 arasında değişmektedir ki bu oranların aşırı fiyatlandırma olarak değerlendirilemeyecek kadar düşük olduğu anlaşılmıştır. Dolayısıyla, "sağlanan ürünün ekonomik değeri ile fiyatı arasında makul olmayan bir farklılığın" bulunmadığı sonucuna varılmaktadır. Bu bağlamda, Biletix tarafından gerçekleştirilen eylemin 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 6. maddesi çerçevesinde hâkim durumun kötüye kullanılması olarak değerlendirilemeyeceği kanaatine ulaşıldığı"[88] kararı vermiştir.

Rekabet Kurumu BELKO kararında ise , "1996 yılından bu yana alternatif temin kaynağı bulunmayan Ankara'lı tüketicilerin bir ton kömüre İstanbul'daki tüketicilerden yaklaşık % 46 ila % 57 oranında daha yüksek bedel ödediği görülmektedir. Diğer yandan dökme kömürde de torbalı kömürde olduğu gibi, Belko'nun aşırı yüksek fiyatla satış yaptığı tespit edilmiştir. Şöyle ki; İstanbul Ticaret Odası verilerine göre İstanbul'da, 1997, 1998 ve 1999 yılları dökme kömür perakende satış fiyatı KDV dahil, adrese teslim olarak ortalama 100-105 ABD Doları/Ton olup, söz konusu dönemde Belko fiyatlarının ortalaması sırasıyla 163, 171 ve 175 ABD Doları/Ton olarak gerçekleşmiştir.

[87] Rekabet Kurulu'nun 15.07.2009 tarih ve 09-33/739-176 sayılı kararı.
[88] Rekabet Kurulu'nun 01.03.2007 tarih ve 07-18/165-54 sayılı kararı.

Kasım 1999 itibarıyla iç bölgelerimizdeki iller de dahil olmak üzere 1995-1996 döneminden sonra Bursa ve İstanbul'daki fiyatlar incelendiğinde, torbalı kömür fiyatlarının 120 - 125 ABD Doları seviyelerinde oluştuğu görülmektedir. Öte yandan, Ankara'da mutlak bir tekel konumunda olan Belko'nun fiyatlarının ise birden fazla teşebbüsün faaliyet gösterdiği pazarlarda oluşan fiyatlarlara göre oldukça yüksek olduğu "[89] kararını vermiştir. Bu noktada yargı sürecinin tamamlandığını ve söz konusu kararın Danıştay tarafından onandığını belirtmek gerekir.

Rekabet Kurulu'nun TÜPRAŞ kararında da, TÜPRAŞ fiyatları ile Platts İtalya CIF Med fiyatlarının karşılaştırılmasında "TÜPRAŞ RSF'lerine ilişkin olarak 2008-2012 yıllarının tamamını kapsayacak şekilde bir aşırı fiyatlama tespiti yapmak mümkün olmamakla birlikte, özellikle 2008 yılının son üç ayında RSF'lerin Platts İtalya CIF Med fiyatlarının önemli ölçüde üzerinde olduğu görülmektedir. 11.10.2008 - 01.01.2009 tarihleri arasında ortalama RSF, ortalama Platts İtalya CIF Med fiyatlarından benzinde %14,5 ve motorinde %15 oranında daha yüksek gerçekleşmiştir.

Bu noktada yıllık bazda yapılan karşılaştırmada en yüksek %5 civarında olan farkın 11.10.2008 - 01.01.2009 tarihleri arasında yaklaşık 3 katına çıktığı vurgulanmalıdır.

Yine, TÜPRAŞ yurt içi RSF'leri ile ihracat fiyatlarının aylık ortalamalarına bakıldığında, kurşunsuz benzin RSF'lerinin her zaman ihracat fiyatlarının üzerinde gerçekleştiği; 2008'in son üç ayında ise aradaki farkın %20-30 oranına kadar çıktığı görülmektedir. Aynı karşılaştırma motorin için yapıldığında ise bazı dönemlerde ihracat fiyatları yurt içi RSF'lerin altına düşmekle birlikte, yine 2008'in son üç ayında RSF'lerin ihracat fiyatlarından yaklaşık %20 daha yüksek olduğu"[90] açıklamasıyla fiyatlandırma yoluyla hakim durumunu kötüye kullandığına ve RKHK'un 6. Maddesini ihlal ettiğine karar vermiştir.

Rekabet Kurulu'nun kararlarına göre, örneğin ASKİ-2 kararında İSKİ'ye göre %17 civarında fiyat farkı, İzmir Jeotermal kararında %20 fiyat farkı, Botaş kararında %67-77 fiyat farkı, Biletix kararında %11-17 fiyat farkı fahiş fiyat sayılmamasına rağmen, Belko kararında tespit ettiği %57-70 oranlarını ve TÜPRAŞ kararında %14-15 oranlarını aşırı fiyat olarak kabul etmiştir.

[89] Rekabet Kurulu'nun 06.04.2001 tarih ve 01-17/150-39 sayılı kararı.
[90] Rekabet Kurulu'nun 17.01.2014 tarih ve 14-03/60-24 sayılı kararı.

Dolayısıyla Rekabet Kurulu'nun fahiş fiyatla ilgili en son ceza kararı olan Tüpraş kararının pek çok yönden Rekabet Kurulu'nun önceki kararlarında uyguladığı kriterlerle bağdaşmadığı, özellikle fahişlik oranları bakımından istisnai bir karar olduğu görülmektedir.

4.2.2 Fahişlik Süresi

Bu başlık altında üzerinde durulması gereken ilk husus aşırı fiyatlamanın varlığından söz edebilmek için ne kadarlık bir süreye ihtiyaç olduğunun tespitidir.

Kurul'un emsal kararlarında[91] da ifade edildiği üzere aşırı fiyat, "pazar gücünün uygulanması sonucunda sürekli olarak rekabetçi düzeyin önemli ölçüde üzerinde belirlenen fiyat" olarak tanımlanmaktadır.

Aşırı fiyatlama yoluyla hâkim durumun kötüye kullanılması, hâkim durumda bulunan bir teşebbüsün fiyatları rekabetçi seviyenin üzerinde belirleyip, uzun sayılabilecek bir süre boyunca da bu davranışını devam ettirebilmesi demektir.[92]

İDO Kararı'nda, aşırı fiyatın rekabet ihlali olarak kabul edilebilmesi için hakim durumdaki firmanın fiyatının sürekli bir biçimde ve önemli ölçüde rekabetçi fiyatın üzerinde olması gerektiği ifade edilmiştir.[93]

Havaş Kararı'nda, uygulanan yolcu taşıma ücretlerinin, Havaş'ın alternatifsiz olarak bulunduğu havalimanları-şehir merkezi arası yolcu taşıma piyasasındaki tekel konumunu kötüye kullandığını gösterdiği tespit edilmiştir. Kurul kararı devamında; hakkında önaraştırma yürütülen gerek aşırı fiyatlar gerekse girişlerin engellenmesi noktasında Ulaştırma Bakanlığı'nın yayınladığı Genelge'nin çeşitli çözüm yolları öngörmekte olduğu, ancak 29.12.2006 tarihinde yayınlanan Genelge'nin aşırı fiyatlamayı giderebilecek hükümlerinin uygulanmasının 31.12.2007 tarihine ertelenmiş olması sebebiyle uygulamanın 6 ve 12 aylık sonuçlarının takip edilmesine; bunun sonucunda gereklilik halinde 4054 sayılı Kanun çerçevesinde işlem yapılmasına karar verilmiştir.

Görüldüğü üzere Kurul, aşırı fiyatlama eyleminin regülasyon yoluyla giderilebilme ihtimaline istinaden piyasanın izlenmesine karar vermiş ve regülasyonun 1 yıl gecikmiş olmasını da ihlalin oluşması için yeterli görmemiştir. Kurul aşırı fiyatlamanın tespiti için ise piyasanın 1 yıl süreyle izlenmesine hükmetmiştir.

---

[91] Rekabet Kurulu'nun 17.11.2011 tarih ve 11-57/1475-531 sayılı, 16.06.2011 tarih ve11-37/773-241 sayılı, 17.03.2011 tarih ve 11-16/292-94 sayılı kararları.

[92] Rekabet Kurulu'nun 25.08.2011 tarih ve 11-46/1133-398 sayılı kararı.

[93] Rekabet Kurulu'nun 31.05.2012 tarih ve 12-29/854-254 sayılı kararı.

ASKİ-2 Kararı'nda (Rekabet Kurulu'nun 26.05.2005 tarih ve 05-36/484-115 sayılı kararı) ASKİ'nin su satış miktar ve tutarları, tarife ortalamaları, birim su maliyetini etkileyen işletme gelir ve giderleri 2000-2004 yılları için incelenmiş ve birim suyun ortalama maliyet ve satış tutarları kıyaslanmıştır. Yapılan incelemeden birim suyun maliyet ve ortalama satışı açısından, ASKİ'nin kâr oranının sadece iki yılda pozitif olduğu, diğer yıllar için negatif olduğu anlaşılarak, aşırı fiyatlama yapılmadığına karar verilmiştir. Söz konusu kararda Kurul, ASKİ'nin fiyatlarını yıllık olarak incelemiştir.

Yine BOTAŞ Kararı'nda, İzmir Jeotermal Kararı'nda, Bereket Jeotermal Kararı'nda, ve BELKO Kararı'nda 4'er yıllık zaman dilimlerinin aşırı fiyatlama analizine esas alındığını görmekteyiz.

Görüldüğü üzere kurul, fiyatın aşırı olup olmadığını değerlendirirken, genellikle 4 senelik bir dönemi esas almaktadır. Bu sadece aşırı fiyatın belirli bir süre devam etmesi açısından değil, ortalamayı tespit etmek ve süreç içerisinde katlanılan maliyetlerin/kârların ne şekilde dağıtıldığını tespit etmek için yapılmaktadır.[94]

AB Rekabet Hukuku'nda ise aşırı fiyatlama kavramı ilk kez General Motors Kararı'nda detaylı olarak ele alınmıştır. Kararda Belçika yerel kanunlarının gerektirdiği teknik standartlara ve güvenlik standartlarına uygunluk sertifikalarının verilmesine ilişkin olarak kendi araçları için münhasıran yetkilendirilen General Motors'un, paralel ithalat yoluyla Belçika'ya giren araçlar için farklı ve aşırı yüksek muayene ücretleri uyguladığı iddiası değerlendirilmiştir. Komisyon anılan Karar'da aşırı fiyatlamanın tanımını "sunulan ürünün/hizmetin ekonomik değeriyle karşılaştırıldığında aşırı olan fiyat uygulaması" olarak yaparak mevcut durumda aşırı fiyatlamanın varlığına ve General Motors'a para cezasının uygulanmasına karar vermiştir. Ancak ATAD, General Motors'un incelemeye konu fiyat uygulamasını dört buçuk ay (15 Mart ve 31 Temmuz 1973) gibi geçici bir süre sürdürdüğü, fiyatlarını Komisyon'un müdahelesine maruz kalmadan ve çok kısa bir süre içerisinde olması gereken seviyelere indirdiği gibi hususları göz önünde bulundurarak Komisyon'un kararını iptal etmiştir. Komisyon'un ve ATAD'ın General Motors Kararları'nda aşırı fiyatın ne şekilde tespit edileceğine dair bir açıklama yapılmamıştır.[95]

TÜPRAŞ kararında Soruşturma Heyeti, Rekabet Kurulu'nun emsal kararları ile paralel bir biçimde 4 yıllık zaman dilimini değerlendirmiş ve bu zaman dilimi içerisinde aşırı fiyatlama

[94] Bkz. 14.02.2008 t. ve 08-15/146-49 sayılı; 15.07.2009 t. ve 09-33/739-176 sayılı; 12.05.2010 t. ve 10-36/577-207 sayılı; 14.07.2011 t. ve 11-43/922-291 sayılı kararlar. Üç senelik döneme ilişkin 20.12.2006 t. ve 06-92/1176-354 sayılı kararlar.

[95] Case 26/75 General Motors v. Commission (1975) ECR 1367, (1976) 1 CMLR 95

ihlalinin gerçekleşmediğini tespit etmiştir. Ancak Heyet, bu tespitine rağmen, Türk Rekabet Hukuku'nda, AB Rekabet Hukuku literatür ve içtihatlarında yer almayan bir metodoloji ile inceleme yapmaya başlayarak, aşırı fiyatlama ihlalinin günlük olarak gerçekleşip gerçekleşmediğini araştırmaya koyulmuş ve 2008 yılının son 2 ay 20 gününde aşırı fiyatlama yapıldığı sonucuna ulaşmıştır. Oysa, yukarıda yer verilen kararlarda da açıkça ifade edildiği üzere aşırı fiyatlama ihlalinden söz edebilmek için ihlalin sürekli olması gerekmektedir. TÜPRAŞ kararında ise bir süreklilikten söz etmek hiçbir biçimde mümkün değildir.

Rekabet Kurulu'nun TÜPRAŞ Kararı'nda Dr. Murat Çetinkaya'nın aşırı fiyatlandırmada süreklilik hususunda karşı oy gerekçesinde, "kararda aşırı fiyatlandırmanın analizinin doğru temeller üzerine kurulmadığı açıklanmış ve bu izah edilmiştir. Dosyada her bir ürünün maliyetlerine ulaşılamadığından hareketle temel olarak, EPDK'ya bildirilen hesaplama sistematiği göz önüne alınarak TÜPRAŞ tarafından uygulanan fiyatların bu sistematikten yüksek olmasından hareket edilmiştir. Halbuki mezkur dosya bazında her bir ürünün maliyetlerinin ayrı ayrı hesaplanmasına gerek bulunmadığı, bir varil ham petrolün rafineride işlenmesi sonucunda zorunlu olarak elde edilen birkaç ürünün benzin, motorin gibi bulunduğu, yani ortada birbirinden net bir şekilde ayrıştırılabilen fiyatlandırmaları birbirinden bağımsız ve ayrışık yapılabilecek ürünler bulunduğu, böyle bir durumda ham madde maliyetleri ile birlikte diğer üretim maliyetlerinin de birlikte düşünülerek, maliyetlerin toplam çıktı üzerinden bir değerlendirmesinin yapılmasının muhasebe açısından doğru bir yaklaşım olduğu gibi iktisaden de mantıklı bir uygulama olduğu, bu şekilde ilgili girdi miktarı ve diğer maliyetler baz alınarak toplam karlılık dikkate alınarak aşırı bir kar elde edilip edilmediğinin, bunun ardından da fiyatların aşırı bir şekilde belirlenip belirlenmediğinin tespit edilebileceği ancak kararda bu sistematiğin takip edilmediği, aksine kurulun günlük fiyat değişmelerini dikkate alarak yaklaşık iki ay boyunca uygulanan fiyatların ortalama olarak %15 dolaylarında belirtilen sistematikle hesaplanan yüksek olduğu sonucuna ulaşıldığı, halbuki fiyatların belirtilen sistematikten yüksek olmasının aynı zamanda aşırı fiyatlandırma yapıldığı anlamına gelmediği, zira fiyatların belirtilen sistematikten %15 dolaylarında yüksek seyretmesinin aşırı fiyatlandırma analizinde gerekli olan önemlilik kriterini sağlamaktan uzak olduğu gibi, ele alınan 50 günlük sürenin de süreklilik kriterine uygunluk göstermediği dikkatle incelendiğinde, bu dönemde uygulanan bu fiyatlara rağmen TÜPRAŞ'ın finansal olarak zarar ettiği incelenen dönem dikkate alındığında, zarar eden bir firmanın aşırı fiyatlama yaptığını ileri sürmenin ciddi bir iddia olduğu, bu durumda Pazar

gücüne dayanarak aşırı fiyat uygulayan bir firmanın karlılığının yüksek olması gibi bir kabulü de beraberinde getirmediği…" görüşü benimsenmiştir.

Rekabet Kurumu İDO kararında, "İDO'nun özelleştirildiği tarih ile daha önce açıklanan ön araştırmaya ilişkin kurul kararının alındığı 31.05.2012 tarihi arasındaki dönem için İDO'nun karlılık durumu ve fiyat politikaları bahse konu ön araştırmada analiz edilmiş, işaret edilen dönemde aşırı fiyat uygulamasının söz konusu olmadığının sonucuna ulaşıldığı, Rekabet Kurulu'nca bu doğrultuda aşırı fiyatın tanımı üzerinden giderek tanımın ilk aşamasını oluşturan söz konusu fiyatların sürekli olmasının gereği tartışıldığında bu fiyat uygulamasının hakkında inceleme yürütülen firma tarafından sürekli uygulanan bir durumun olmadığının görüldüğü, dolayısıyla hakim durumun varlığının da tartışmalı olduğu, bu olay bazında söz konusu fiyat uygulamasının da süreklilik arz etmediğinin açık olduğu, bu çerçevede başvuru konusu iddialara konu fiyatlamanın 4054 Sayılı Kanun çerçevesinde hakim durumun kötüye kullanılması olarak değerlendirilebilecek bir aşırı fiyatlama uygulamasını içermediğinin kanaatine varıldığı ifade edilmiştir.[96]

Rekabet Kurulu'nca yapılan inceleme sonucunda şikayete konu hususun arızi bir durum ile ilgili olduğunun anlaşıldığı, SMD'nin sistematik bir şekilde servis ve yedek parçalarda fahiş fiyat uygulayarak tüketiciyi sömürücü bir politika güttüğüne veya benzer bir politika izleyerek rakibi olabilecek teşebbüsleri saf dışı bırakma amacı taşıdığına yönelik herhangi bir bulguya ulaşılamadığı hükmü verilmiştir.[97]

Bu kararlara bakıldığında genellikle 2-3 ay gibi kısa sürelerin fahişlik için yeterli görülmediği üç dört yıl gibi çok uzun sürelerin araştırıldığı anlaşılmaktadır. Ancak Tüpraş kararında bu kriter bakımından da çok önemli bir istisna getirildiği görülmektedir.

4.3 Fahişliğin Tespitinde Kullanılan Yöntemler

Bir teşebbüsün hakim durumunu aşırı fiyat yoluyla kötüye kullanıp kullanmadığını tespit etmek için öncelikle maliyet ve karlılık yapısı incelenmektedir. Değerlendirmenin doğruluğunu netleştirmek için testler uygulanmaktadır. Örneğin, Ekonomik Değer Testi uygulanmaktadır. Aşamaları vardır ve ilgili pazardaki veya komşu pazarlardaki aynı ya da benzer ürünlerin fiyat kıyaslamaları ve fiyat- maliyet karşılaştırması yapılmaktadır. EDT'nin birinci aşaması maliyet ve fiyat karşılaştırmasını içerir. EDT'nin ikinci aşaması ise fiyat

[96] Rekabet Kurulu'nun 01.11.2012 tarih ve 12-53/1497-524 sayılı kararı.
[97] Rekabet Kurulu'nun 21.12.2011 tarih ve 11-62/1646-582 sayılı kararı.

kıyaslamalarını kapsamaktadır. EDT'nin ikinci aşamasında kullanılan kıyaslama yöntemlerini şu şekilde sınıflandırmak mümkündür:

i. Hakim durumdaki teşebbüsün aynı ürün için aynı ilgili pazarda geçmişte uyguladığı fiyatlar ile kıyaslama,
ii. Hakim durumdaki teşebbüsün aynı ilgili pazardaki başka ürünler için uyguladığı fiyatlar ile kıyaslama,
iii. Hakim durumdaki teşebbüsün rakiplerinin aynı ilgili pazarda uyguladığı fiyatlar ile kıyaslama,
iv. Hakim durumdaki teşebbüsün aynı ürün için başka coğrafi pazarlarda uyguladığı fiyatlar ile kıyaslama,
v. Hakim durumdaki teşebbüsün başka pazarlardaki ilişkili ürünler için uyguladığı fiyatlar ile kıyaslama
vi. Diğer teşebbüslerin başka pazarlardaki karşılaştırılabilir ürünler için uyguladığı fiyatlar ile kıyaslama.

Belirtmek gerekir ki, anılan yöntemlerden ilk üç tanesinde, aynı ilgili pazardaki ürünlerin fiyatları kıyaslandığından ve aynı ilgili pazardaki ürünlerin daha fazla ortak özelliği bulunduğundan, bu yöntemlerle yapılan kıyaslamalar son üç yönteme göre daha sağlıklı sonuçlar vermektedir.[98]

Örneğin bir kararında TÜPRAŞ'ın Türkiye Rafinaj pazarında tek oyuncu olmasının farklı coğrafi pazarlarda faaliyet gösteren rakip teşebbüslerin ise ham petrol temin kaynaklarının, lojistik koşullarının, tabi oldukları yasal düzenlemelerin farklı olması gibi nedenlerle sonuç vermeyeceği kanaatine ulaşılması nedeniyle rakipler pazarlar arasında fiyat karşılaştırması veya coğrafi fiyat karşılaştırmasının yapılmamış olduğu ifade edilmiştir.[99]

Rekabet Kurulu'nun BOTAŞ Kararı'nda pazar karşılaştırması yaklaşımına teşebbüsün maliyet yapısının belirlenemediği veya maliyetinin makul sayılamayacak kadar yüksek olduğu durumlarda hakim durumdaki teşebbüsün uyguladığı fiyatın aşırı olup olmadığının söz konusu teşebbüsün ürünün satışında uyguladığı fiyat ile aynı veya benzer ürünlerin değişik coğrafi pazarlardaki satış fiyatlarının karşılaştırılarak tespit edildiği, ancak bu tespit sırasında

[98] Hou, a.g.e., s.63.
[99] Rekabet Kurulu'nun 17.01.2014 tarih ve 14-03/60-24 sayılı kararı.

karşılaştırılan pazarların benzer koşullara sahip olması gerektiği şeklinde ifadelerle yer vermişlerdir.[100]

Rekabet Kurulu'nun ASKİ Kararı'nda aşırı fiyatı belirlemek için tüm üretim maliyetleri toplamı ile fiyatın karşılaştırılmasının ilgili pazardaki aynı veya benzer ürünlerin fiyatlarının karşılaştırılmasının komşu pazarlardaki aynı veya benzer ürünlerin fiyatlarının karşılaştırılması gibi yöntemler kullanıldığı bildirilmektedir.[101]

4.3.1 Önceki Fiyat-Sonraki Fiyat (Maliyet Ve Karlılık Yapısı)

Aşırı fiyat tespitine ilişkin ATAD'ın onadığı tek komisyon kararı olan British Leyland Kararı'nda[102], ulusal tip uygunluk sertifikalarını vermekle yükümlü British Leyland'ın İngiltere'ye paralel ithal edilen soldan direksiyonlu araçlar için uygulamakta olduğu 25 £ sertifika ücretini, 1 ağustos 1981 tarihinden itibaren aniden 150 £ seviyesine yükseltmesi aşırı fiyatlama kapsamında değerlendirilmiştir. Ağustos 1981 ve Nisan 1982 arasındaki yaklaşık olarak dokuz aylık bir dönemde uygulanan % 600 oranındaki fiyat artışının herhangi bir maliyet artışı gerekçesiyle açıklanamadığı tespit edildiğinden, komisyon tarafından aşırı fiyat uygulamasının ve ihlalin varlığına ilişkin verilen karar ATAD tarafından da onaylanmıştır. Komisyon, Scippacercola Kararı[103]'nda ise bu incelemeyi yine yapmış, ancak 9 eylül saldırıları nedeniyle Atina'daki Spata Havalimanı'nda uygulanan güvenlik ücretlerindeki artışın maliyetlerdeki artışla açıklanabildiği gerekçesiyle şikayeti reddetmiştir.

TÜPRAŞ kararında kurul gerekçelendirme işine hiç girmemiş, aşırı fiyatlama yapıldığı iddia edilen 2,5 aylık süreçte dünya piyasalarında yaşanan finansal ve ekonomik kriz ile TÜPRAŞ'ın (ekim 2008=349 milyon, kasım 2008=130 milyon ve aralık 2008=81 milyon usd olmak üzere) toplamda 560 milyon usd dolar zarara uğradığı gerçeğini değerlendirmeye almamıştır.

Rekabet Kurulu'nca İDO fiyatlarının incelendiği ön araştırmanın tamamlandığı tarihten dinamik fiyat uygulamasının sona erdiği tarihe kadar ardından sabit fiyat sistemine geçildiği tarihten mevcut ön araştırmanın yapıldığı tarihe kadar geçerli olan dönemlere ait aylık ayrıntılı gelir ve gider kalemleri incelenmiş, İDO'nun deniz otobüsü seferlerinde yolcu gelirinin toplam giderleri karşılıyor olmakla birlikte karlılık oranının Bostancı-Yenikapı-Marmara-Avşa hattı haricinde %(…) düzeyini aşmadığının görüldüğünün, ayrıca İDO'nun hızlı

[100] Rekabet Kurulu'nun 08.03.2002 tarih ve 02-13/127-54 sayılı kararı.
[101] Rekabet Kurulu'nun 20.12.2006 tarih ve 06-92/1176-354 sayılı kararı.
[102] Case 226/84, British LeylandPublic Limited Company v. Commission, [1986] ECR 3263.
[103] Isabella Scippacercola Case COMP/D3/38469, Komisyonun 2 Mayı 2005 tarihli kararı.

feribot seferlerinde bu kapsamdaki hatlar içerisinde hattı %(…) karlılık oranıyla incelenen dönemde hızlı feribot hatları içerisinde en karlı hat olduğu, İDO'nun tek dış hat arabalı vapur seferi olan (…) hattındaki verilere bakıldığında ise diğer hatların aksine karlılığın tüm inceleme döneminde yüksek sayılabilecek bir düzeyde olduğunun görüldüğü, buna göre anılan hatta işletilen arabalı vapur seferlerinin inceleme dönemi içerisindeki ortalama karlılığının %(…) üzerinde gerçekleştiği, bu noktada belirtilmesi gereken en temel hususun söz konusu karlılık oranlarının fiyat değişiminden kaynaklanmadığının, nitekim dosya mevcudu bilgilere göre karlılık oranının %(…) üzerinde olduğu 3 hatta önceki ön araştırma kapsamında yapılan inceleme sonrasında bir başka deyişle Nisan 2012 itibariyle herhangi bir fiyat artışının gerçekleştirilmemiş olduğu hatta 09 Temmuz- 16 Ağustos 2012 tarihleri arasında …hattında … indirim uygulandığı bu bilgiler çerçevesinde söz konusu hatlardaki karlılık artışının … nedeniyle oluştuğu değerlendirilmiş, diğer iki hat için de benzer nitelikteki dalgalanmaların söz konusu olduğu, ayrıca önceki ön araştırma kapsamında mezkur hatta ilişkin olarak aşırı fiyatlama yoluyla kötüye kullanmanın gerçekleştirildiğine yönelik herhangi bir tespitin de olmadığı dikkate alındığında bu tespitin yapıldığı dönem ile aynı seviyedeki fiyatların geçerli olduğu, sonraki dönem için de aşırı fiyatlama yoluyla kötüye kullanmanın gerçekleştirildiğine yönelik herhangi bir tespitte bulunmanın mümkün olmadığı neticesine varılmış, bu çerçevede dosyada bulunan tüm hatlara ilişkin verilerin bir bütün olarak değerlendirilmesiyle incelenen hiçbir hattaki karlılık durumunun aşırı fiyatlama şüphesi doğuracak nitelikte görülmediği, nitekim, ortalama karlılık oranları dikkate alındığında %(…) oranının üzerinde karlılığın gerçekleştiği tek hat olan … hattında Nisan 2012 itibariyle herhangi bir fiyat artışı yapılmadığı, belirtilen değerlendirmeye ilişkin diğer bir göstergenin sözkonusu hattaki birim karlılık oranının …olarak hesaplanmış olduğu daha önce açıklanan hususların inceleme dönemi içerisinde İDO tarafından aşırı fiyatlama uygulaması suretiyle kötüye kullanmanın vuku bulmadığını ortaya koyar nitelikte olduğunu açıklamıştır.[104]

Bu kararda özetle, İDO'nun özelleştirilmeden önceki dönemde yapılan Rekabet Kurulu ön araştırması sonucu aşırı fiyatlandırmaya ilişkin bir tespitte bulunulmadığı gibi sonraki dönem olan özelleşme sonrasındaki dönemde de hakim durumun kötüye kullanılması yoluyla herhangi bir aşırı fiyatlama tespitinde bulunulmamıştır.

[104] Rekabet Kurulu'nun 12-53/1497-524 tarih ve 01.11.2012 sayılı kararı.

4.3.2 Ekonomik Değer Testi

Aşırı fiyatın tespit yöntemine ilişkin açıklamalara ilk kez Avrupa Topluluğu Adalet Divanı'nın ("ATAD"), Komisyon'un Chiquita *Kararı*[105]'na karşı yapılan başvurusunu değerlendirdiği United Brands Kararı[106]'nda yer verilmiştir. Komisyon, Chiquita markalı muzların sağlayıcısı olan ve Belçika, Lüksemburg, Danimarka, Almanya, İrlanda ve Hollanda'dan oluşan ilgili pazarlarda hakim durumda olduğu tespit edilen United Brands'in hakim durumunu; yeniden satış koşullarını belirlemek, fiyat ayrımcılığı yapmak, mal vermeyi reddetmek ve haksız satış fiyatları uygulamak suretiyle kötüye kullandığına karar vermiştir. Bu karara karşı yapılan başvuruda ATAD "sunulan ürünün/hizmetin ekonomik değeriyle karşılaştırıldığında aşırı olan fiyat uygulamaları" bakımından "ekonomik değer" kavramının nasıl tespit edileceğine ilişkin bir test öngörmüştür. ATAD'ın United Brands Kararı'nda uyguladığı Ekonomik Değer Testi ("EDT") olarak adlandırılan bu test, eksikliklerine rağmen halen Komisyon'un, üye ülke rekabet otoritelerinin ve mehaz mevzuat olarak Roma Anlaşması'nın rekabete ilişkin hükümlerini esas alarak rekabet kanunlarını oluşturan ülkelerin aşırı fiyat değerlendirmelerine esas teşkil etmektedir. Bu test çerçevesinde:

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

Komisyon'un Port of Helsingborg Kararları'nda, bahsi geçen testin iki aşamalı olduğu ve ancak birinci aşamanın olumlu sonuçlanması halinde ikinci aşamaya geçilebileceği ifade edilmiştir. Bu kararda *Komisyon United Brands Kararı'na* atıfta bulunarak, EDT'nin uygulanmasında:

- Öncelikle ürünün satış fiyatı ile üretim maliyeti arasında kalan kâr marjının ve söz konusu kâr marjının aşırı olup olmadığının,
- Ardından incelemeye konu fiyatın kendi içerisinde ve rakip ürünlerle karşılaştırılması sonucunda haksız olup olmadığının,

tespit edilmesi gerektiğini belirtmiştir.

[105] Chiquita OJ [1976] L95/1.
[106] Case 27/76, United BrandsCompanyand United BrandsContinental BV v. Commission, [1978] ECR 207.

Kurul'un BELKO ve İzmir Jeotermal Kararı[107] gibi muhtelif kararlarında da; öncelikle fiyat-maliyet karşılaştırması yapılarak teşebbüsün birim kâr/zarar oranları, ardından teşebbüsün dönem karlılığı değerlendirilmiş, takiben ise dönemler, coğrafi pazarlar ve ürün türleri itibarıyla fiyat kıyaslaması yapılmıştır.

TÜPRAŞ kararında ise testin birinci aşaması olan fiyat-maliyet analizi yapılmadan doğrudan fiyat kıyaslaması yapılmış ve takiben yapılan fiyat-maliyet analizi sonucunda ise tespitleri haklı gösterecek nitelikte sağlıklı sonuçlara ulaşılamamıştır. Zira, kararda da ifade edildiği üzere; rafinaj sektörünün özellikleri ve rafineri üretim teknolojileri ürün bazında sağlıklı bir maliyet hesaplaması yapılması önünde engel oluşturmaktadır; TÜPRAŞ'ın ürün maliyetleri sadece muhasebe ve vergi amaçlı hesaplanmakta olup, gerçek maliyetleri yansıtmamaktadır; ayrıca ürünlerin fiyatları maliyetlerinden bağımsız bir biçimde uluslararası piyasada belirlenmektedir; birden fazla ürünün üretiminin zorunlu olduğu rafinaj sektöründe maliyet ve karlılık analizleri ürün bazında değil, topluca yapılmaktadır; son olarak yüksek kurulum ve işletim maliyetleri de ürün maliyetlerini sağlıklı bir biçimde yansıtmamaktadır. Tüm bu değerlendirmeler çerçevesinde kurul tarafından; maliyet analizinin aşırı fiyat değerlendirmesi kapsamında güvenilir bir veri kaynağı oluşturmadığı ifade edilmiştir.[108]

Esasen, aşırı fiyatlama eylemine AB Rekabet Hukuku'nda çok istisnai hallerde müdahale edilmesinin önemli sebeplerinden birisi de yukarıda anılan, EDT'nin uygulanmasından doğan zorluklardır. Testin ilk aşaması olan fiyat-maliyet analizinde;

(i) Hangi maliyet ölçüsünün dikkate alınacağı sorunu karşımıza çıkmaktadır. Bu kapsamda; marjinal maliyetin mi, ortalama değişken maliyetin mi, ortalama toplam maliyetin mi yoksa başka bir maliyet ölçüsünün mü dikkate alınacağı tartışma konusudur.

(ii) Takiben maliyetin hesaplanmasına ilişkin zorluklar gündeme gelmektedir. Özellikle çok sayıda pazarda faaliyet gösteren teşebbüsler açısından muhasebeden kaynaklı sorunlar çıkmaktadır. Bu sorunları gidermek amacıyla geliştirilen yöntemler ise tatmin edici olmaktan uzak olup, tutarsızlık doğurmakta ve kesin sonuçlara ulaşmak mümkün olmamaktadır.

(iii) Bir diğer önemli zorluk ise makul kâr marjının ne olduğudur.[109] Bu zorluklar fiyat maliyet kıyaslamasının objektif ve hatasız bir şekilde ortaya konmasını mümkün kılmamaktadır.

[107] Rekabet Kurulu'nun 15.07.2009 tarih ve 09-33/739-176 sayılı kararı
[108] Rekabet Kurulu'nun 14-03/60-24 tarih ve 17.01.2014 sayılı kararı.
[109] Ünal, a.g.e., s.33-35.

Kurul'un emsal kararlarında ifade edildiği üzere aşırı fiyat değerlendirmesi yapılırken ne ölçüde bir kâr marjının aşırılığın göstergesi olacağına dair genel kabul görmüş bir kuraldan bahsetmek mümkün değildir. Bununla birlikte en az %100 oranındaki bir kâr marjının aranması gerektiği yönünde görüşler dahi vardır.

Stroer-Kentvizyon Kararı'nda Kurul, sektörün % 20'lik kâr marjının önemli ölçüde üzerinde elde edilen kâr haddinin bile aşırı fiyatlama için dayanak oluşturamayacağı sonucuna ulaşmıştır.[110]

Kurul Biletix Kararı'nda[111], Biletix'in kâr marjının biletin internetten ya da çağrı merkezinden alınmasına bağlı olarak %11,11 ile %17,78 arasında değişmekte olduğunu ve bu oranların aşırı fiyatlandırma olarak değerlendirilemeyecek kadar düşük kaldığını; dolayısıyla, "sağlanan ürünün ekonomik değeri ile fiyatı arasında makul olmayan bir farklılığın" bulunmadığı sonucuna varmıştır.

BOTAŞ Kararı'nda[112] Kurul, ithalatçı konumundaki BOTAŞ'ın1997'de %32, 1998'de %53 ve 1999 yılında sahip olduğu %67-77'lik bir kâr ortalamasının aşırı kâr olarak değerlendirilebilmesi bakımından doğrudan karşılaştırma yapılabilecek başka bir teşebbüs ya da yakın bir pazar bulunmadığını ancak, BOTAŞ'ın bu kadar yüksek bir kâr oranına sahip olmasına rağmen, Türkiye pazarında oluşan perakende satış fiyatlarının AB ortalamalarının altında olması sebebiyle aşırı fiyatlama bulunmadığına karar vermiştir. Görüldüğü üzere Kurul, BOTAŞ'ın Belko'dan bile yüksek bir yıllık kâr ortalamasına sahip olduğunu tespit etmiş olmasına karşın, dinamikleri çok farklı bir pazar olan AB'yi dikkate alarak aşırı fiyatlama ihlalinin oluşmadığına karar vermiştir.

İzmir Jeotermal Kararı'nda yapılan hesaplamalar çerçevesinde İzmir Jeotermal'in dönem kârlılığının %20 seviyesinde kaldığı tespit edilmiştir. Nihai olarak bu oranda bir kâr düzeyinin aşırı fiyatın göstergesi olabileceğini söylemenin mümkün olmadığı kanaatine ulaşılmıştır. Burada dönem kârlılığı ile kast edilen 2005-2008 yıllarında, yıl bazında elde edilen kârdır.[113]

Yine Bereket Jeotermal Kararı'nda da Kurul, aşırı fiyatlama değerlendirmesini yıllık olarak yapmıştır. Kurul, beş yıllık zaman dilimi içinde, bazı yıllarda birim kâr oranının oldukça yüksek olmasına karşın bazı yıllarda düşük olmasını, 2004 yılında ise yüksek bir negatif değere karşılık gelmesini aşırı fiyatlamanın söz konusu olmadığına dayanak göstermiştir. Nitekim

[110] Rekabet Kurulu'nun 20.05.2014 tarih ve 14-18/347-153 sayılı kararı.
[111] Rekabet Kurulu'nun 01.03.2007 tarih ve 07-18/164-54 sayılı kararı.
[112] Rekabet Kurulu'nun 08.03.2002 tarih ve 02-13/127-54 sayılı kararı.
[113] Rekabet Kurulu'nun 15.07.2009 tarih ve 09-33/739-176 sayılı kararı.

2007 yılı verileri dikkate alındığında Bereket Jeotermal tarafından elde edilen birim kâr oranının %101 gibi aşırı yüksek bir orana karşılık geldiği tespit edilmiş olmasına karşın, bu fiyatlamanın yalnızca bir sene boyunca uygulanması ve yıllık dalgalanmalar söz konusu olması sebebiyle toplamda aşırı fiyatı çağrıştıran bir göstergenin bulunmadığına kanaat getirilmiştir.[114]

AB uygulamalarına bakıldığında ise, örneğin United Brands Kararı'nda ATAD, Komisyon'un Chiquita Kararı'ndaki değerlendirmelerinde üretim maliyetlerinin hesaplanabilmesi mümkünken bu maliyetleri hesaba katmaması ve diğer hususlarda da ihlale ilişkin yeterli veri bulunmaması sebebiyle Chiquita Kararı'nı iptal etmiştir. Bu noktada belirtmek gerekir ki, daha önce detaylı olarak açıklandığı üzere özellikle maliyet ölçütünün belirlenmesinde ve maliyetin hesaplanmasında önemli zorluklarla karşılaşılmaktadır. Nitekim ATAD, üretim maliyetlerinin hesaplanmasına temel alınacak verilerin eleştiriye açık olduğunu ve bu durumda oluşacak herhangi bir şüpheden ihlal iddiası yöneltilen teşebbüsün yararlanması gerektiğini ifade etmiştir.[115] United Brands Kararı'ndan sonra Komisyon'un kendiliğinden maliyet hesaplaması yaptığı tek karar Port of Helsingborg[116]Kararı olmuştur.

Port of Helsingborg Kararları'nda Komisyon, Port of Helsingborg'un feribot işletmecilerine sunduğu hizmetler için aşırı fiyat uyguladığı iddiasını değerlendirmiştir. Komisyon hesaplamalarında ortak maliyetleri, ilgili hizmetin getirisinin HHAB'nin toplam gelirleri içerisindeki payına göre dağıtmıştır. Bununla birlikte, güvenilir bilgi bulunmaması sebebiyle sermaye maliyetleri hesaplamanın dışında tutulmuştur. Tüm hesaplamalar, HHAB'nin denetlenmiş finansal raporlarına göre yapılmıştır. Komisyon'un hesaplamaları sonucunda, ilgili hizmet bakımından 1994-2000 yılları arasında HHAB'nin kâr marjının % 40-60 ve % 50-70 arasında değişkenlik gösterdiği tespit edilmiştir. Kararda, uygulanan fiyat ile anılan hizmetin ekonomik değeri arasında makul olmayan bir fark bulunduğuna ilişkin yeterli delil bulunmadığı gerekçeleriyle aşırı fiyat uygulamasının söz konusu olmadığı tespitinde bulunmuştur.

Rekabet Kurulu'nun konuyla ilgili içtihatları örneklendirilecek olursa; Tüpraş Kararı'nda, "Aşırı fiyata ilişkin değerlendirmede ekonomik değer testinin (EDT) esas alındığı, daha sonra

[114] Rekabet Kurulu'nun 14.02.2008 tarih ve 08-15/146-49 sayılı kararı.

[115] M. Lamalle, L. Lindström and A.C. Teixeira, Two Important Rejection Decisions On Excessive Pricing In The Port Sector, Number 3, Autumn 2004.

[116] ScandlinesSverige AB v. Port of Helsingborg Case COMP/A.36.568/D3, [2006] 4 CMLR 23. SundbusserneSverige AB v. Port of Helsingborg Case COMP/A.36.568/D3, [2006] 4 CMLR 22.

geliştirilen yöntemlerin ise EDT ile çizilen temel çerçeveye dayandığı görülmüş, İki aşamalı bir test olan EDT'nin ilk aşamasında inceleme konusu ürün/hizmetin fiyatı ile maliyeti; ikinci aşamada ise fiyat kendi içinde ya da rakip ürün fiyatları ile karşılaştırılmış, fiyat-maliyet karşılaştırmasında, ürün maliyetleri ile fiyat arasındaki fark ve teşebbüsün ne oranda kar elde ettiği tespit edilmiş, maliyetlerin ve üzerine eklenen makul kar marjının toplamını aşan fiyatların aşırı olduğu kabul edilmiştir. Ancak maliyetlerin ve makul kar oranının sağlıklı olarak belirlenmesine ilişkin zorlukların, bu yöntem ile aşırı fiyat tespitinde eksik ve hatalı sonuçlar doğurabildiği, bu nedenle aşırı fiyat tespitinde ilk aşamada ulaşılan sonuçların ikinci aşamada elde edilen bulgularla birlikte değerlendirilmesi gerektiği açıklanmıştır. Test iki aşamadan oluşmaktadır. İkinci aşamasında, ürün fiyatının teşebbüsün hem kendi fiyatı (farklı coğrafi bölgeler, farklı müşteri grupları ve farklı zaman dilimlerinde uyguladığı fiyatlar) ile hem de rakip teşebbüs fiyatları ile karşılaştırılmış, bu kapsamda fiyat düzeylerinin kıyaslanması esas olmakla birlikte, kar marjlarının kıyaslanması da söz konusu olabileceği" düzenlenmiştir.[117]

Rekabet Kurulu'nun TÜPRAŞ Kararı'nın karşı oy gerekçesinde ise, "Aşırı fiyatlamanın saptanmasında, rekabet otoritelerince uygulanan yöntemlerin esas olarak Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın ekonomik değer testi olarak bilinen iki aşamalı test öngören United Brands kararı ile ortaya konulduğu, söz konusu testin ilk aşamasının fiyat-maliyet karşılaştırmasını içerdiği, ikinci aşamada ise, ürünün fiyatının kendi içinde zaman veya coğrafi pazarlar bakımından kıyaslanması ya da rakip ürünlerin fiyatları ile kıyaslanması yolu izlendiği, ancak ekonomik değer testinin, maliyetlerin doğru şekilde hesaplanamaması, makul kar marjının yanlış takdir edilmesi ve kıyaslamanın tutarlı şekilde yapılamaması gibi pek çok riski barındırdığı, bu nedenle de sadece gösterge şeklinde sonuçlar verdiği ve sözü edilen, United Brands kararının Adalet Divanı tarafından iptal edildiğinin de belirtilmek istendiği" görüşüne yer verilmiştir. Burada bir yandan EDT'nin aşamalarına açıklık getirilirken diğer yandan uygulamasında ortaya çıkan eksiklikler dikkat çekmektedir. Bu eksiklikler; tekrar edecek olursak maliyetlerin doğru şekilde hesaplanmasını sağlayamaması, uygulamasında makul kar marjının yanlış takdir edilmesi ve kıyaslama tutarlı şekilde yapılamamaktadır. Aşağıda testin ikinci aşaması ile ilgili bilgi verilmektedir.

[117] Rekabet Kurulu'nun 17.01.2014 tarih ve 14-03/60-24 sayılı kararı.

Ekonomik Değer Testinin 2. Aşaması:

Testin ikinci aşaması olan fiyat kıyaslamasında ise çeşitli yöntemler benimsenebilmektedir. Bu kapsamda teşebbüsün kendi fiyatlarıyla yahut diğer teşebbüslerin fiyatlarıyla kıyaslama yapılabilecektir.

TÜPRAŞ kararında EDT kapsamında ilk olarak TÜPRAŞ rafineri satış fiyatları ile Platts İtalya CIF Med (CIF) fiyatlarını karşılaştırılmış ve 2008-2012 döneminde yıllık bazda yapılan değerlendirmede en yüksek %5 oranında fiyat farkı bulunması sebebiyle aşırı fiyatın söz konusu olmadığını ve fakat günlük bazda TÜPRAŞ fiyatları ile CIF fiyatları arasında kurşunsuz benzinde %40'a varan, motorinde ise %26'ya varan farklar olduğunu, 2008 yılının son 2 ay 20 gününde ise ortalama farkın benzinde %14,5, motorinde ise %15 seviyesine çıktığını; daha sonra yurtiçi fiyatları ile ihracat fiyatlarını karşılaştırarak, bu fiyatlar arasındaki farkın en yüksek orana ulaştığı 2008 yılının son üç ayında kurşunsuz benzin bakımından %20-30, motorin bakımından ise %20 oranında bir fark söz konusu olduğunu; dolayısıyla uygulanan fiyatların aşırı fiyatlama teşkil ettiğini tespit edilmiştir.

Ancak aşağıda detaylı olarak belirtileceği üzere bu karşılaştırmalar ve analizler emsal kararlara uygun yapılmamış, eksik inceleme ile sonuca varılmıştır.

Öncelikle, fiyat karşılaştırma analizlerinde, hâkim durumdaki firmanın fiyatının rakiplerin fiyatlarının oldukça üzerinde olduğunun ve dolayısıyla aşırı kârlar elde ettiğinin açıkça gösterilmesi gerekmektedir.[118] Oysa kararda bu husus eksik bırakılmıştır. Kararda TÜPRAŞ fiyatları rakip rafineri fiyatları ile değil, Platz İtalya fiyatları ile karşılaştırılmıştır.

EDT'nin ikinci aşaması olan kıyaslama değerlendirmelerini çeşitli yöntemlerle yapmak mümkündür. Aşağıda bu yöntemlerin bazıları Rekabet Kurulu'nun ve AB Komisyonu ile ATAD'ın ilgili kararlarına yer verilmek suretiyle örneklendirilmiştir.

Rekabet Kurulu'nca verilen GESTAŞ Kararı'nda; "Hâkim durumdaki teşebbüslerin sömürücü nitelikteki davranışları arasında sayılabilecek olan aşırı fiyat uygulaması, tüketici refahında doğrudan bir kayba ve dağılım etkinsizliğine yol açan bir eylem olarak rekabet politikaları bakımından temel ilgi alanlarından biri olmuştur. Kararda aşırı fiyat değerlendirmelerinde yukarıda açıklanan ekonomik değer testinin kullanıldığı, Ekonomik Değer Testinde öncelikle ilgili ürünün maliyeti ve fiyatının kıyaslanarak yüksek bir kar marjının olup olmadığının incelendiği, bu tespitin ardından ise ürünün fiyatının kendi içinde ya da rakip

[118] Rekabet Kurulu'nun 02.06.2011 tarih ve 11-33/703-216 sayılı kararı.

ürünlerin/hizmetlerin fiyatlarına kıyasla haksız olup olmadığının tespit etmeye yönelik fiyat kıyaslamasını içerdiği, ancak bu tespitlerin yapılmasında fiyat/maliyet kıyaslaması yaparken maliyet ölçütünün belirlenmesinin, maliyetin hesaplanması ve makul kar marjının ne olduğunun belirlenmesi ile ilgili zorluklar ortaya çıkardığı, bu nedenle de Ekonomik Değer Testinin birinci aşamasından sonra ikinci aşamaya geçilerek fiyat kıyaslaması yapıldığı, bu kıyaslamada teşebbüsün kendi fiyatlarıyla yapılan karşılaştırmaların (teşebbüsün farklı zamanlarda, farklı ürünlere, farklı müşteri gruplarına veya farklı coğrafi pazarlarına uyguladığı fiyatların kıyaslanması) kullanılabileceği gibi, teşebbüsün rakiplerinin uyguladığı fiyatlandırmaların da kullanılabilmekte olduğu" düzenlenmiştir.[119]

Bir başka kararında, Sony Eurasia'nın ilgili pazarda hakim durumda olduğu kabul edilerek teşebbüsün eyleminin analiz sebepleri; "İki aşamalı bir test olan EDT'nin ilk aşamasında incelemeye konu ürün/hizmet fiyatı ile maliyeti karşılaştırılmakta; ikinci aşamada ise incelenen fiyatın kendi içinde ya da rakip ürün/hizmet fiyatları ile kıyaslandığı, fiyat-maliyet karşılaştırmasında, bir ürün/hizmetin sunulması için katlanılan maliyetler ile satış fiyatı arasındaki farkın değerlendirildiği ve bir teşebbüsün ne oranda kâr elde ettiğinin tespit edildiği belirtilmiştir. Bu yaklaşımda maliyetin ve üzerine eklenen makul kâr marjının toplamını aşan fiyatların aşırı olduğunun kabul edildiği, ancak yöntemin uygulanmasına yönelik bazı zorlukların, fiyat-maliyet karşılaştırmasının her zaman ve her sektör için doğru sonuçlar verememesine yol açtığı, bu nedenle aşırı fiyat tespitinde ilk aşamada ulaşılan sonuçların tek başına yeterli olmaması nedeniyle ikinci aşamada elde edilen bulgularla birlikte değerlendirilmesinin gerektiği düzenlenmiştir. Aynı kararın devamında teşebbüsün, faaliyet gösterdiği farklı coğrafi bölgelerde uyguladığı fiyatların kıyaslanmasının her ne kadar uygulanmasının kolay bir yöntem gibi gözükse de teşebbüsün ve incelemeye konu olan ürünün karşılaştırmaya konu olan pazarlardaki durumunun, yerel vergiler nedeniyle ortaya çıkan direkt maliyetler, farklı pazarlardaki işgücü piyasalarının kendine has koşulları, tüketicilerin gelir düzeyleri ve o ürüne yönelik talep esneklikleri vb. unsurların teşebbüsün karşılaştırmaya konu olan bölgeler arasında farklı fiyatlar uygulamasını haklı çıkarabilecek ve dolayısıyla yapılan karşılaştırmadan anlamlı sonuçlar elde edilmesini engelleyebileceği belirtilmiştir. Devamında, aşırı fiyatın bir göstergesi olarak değerlendirilebilecek teşebbüsün farklı zaman dilimlerinde uyguladığı fiyatların kıyaslanmasının; girdi fiyatlarındaki artışlar,

[119] Karar Sayısı: 10-60/1256-470 Karar Tarihi: 23.09.2010.

pazar koşullarındaki değişiklikler, dönemsel talep artışları, yatırımlara finansman sağlama ihtiyacı gibi fiyat artışına neden olan etkenlerin de doğru biçimde analizini gerektirdiği sonucunu açıklamıştır.[120]

Rekabet Kurulu hemen hemen bütün kararlarında EDT uygulanması gerektiğini açıkça kabul etmiş olmasına rağmen ve hatta Tüpraş kararında da bu hususu vurgulamasına karşın Tüpraş kararında EDT gereği gibi yapılmamış, sonuçta her yönden istisnai bir karar ortaya çıkmıştır.

4.3.2.1 Maliyet – Fiyat Karşılaştırması– Kârlılık

Karşılaştırmaya konu ürünlerin/hizmetlerin maliyet yapılarının da karşılaştırılabilir olmasının gerektiği belirtilmektedir. Zira maliyet yapısındaki farklılıklar farklı fiyatlandırmaya sebebiyet vermektedir. Komisyon, karşılaştırmaya konu teşebbüslerin maliyet yapılarının büyük olasılıkla benzer olmayacağını kabul ederek, Port of Helsingborg ve Scippacercola Kararları'nda genel hatlarıyla doğrudan faaliyet giderleri, amortisman giderleri ve yatırımları esas almıştır. Port of Helsingborg Kararları'nda karşılaştırmaya konu hizmetler bakımından farklı amortisman giderlerinin söz konusu olduğu ve incelemeye konu teşebbüsün rüzgara ve sudaki akıma karşı koyabilmek için referans alınan teşebbüsün coğrafi konumu nedeniyle yapmasına gerek olmayan bazı yatırımlar yapması gerektiği tespit edilmiştir. Bu nedenle incelemeye konu hizmetler ile referans alınan hizmetlerin eşdeğer olmadığına karar verilmiştir.

Eşdeğer özelliklere ve karşılaştırılabilir maliyetlere sahip ürünlerin/hizmetlerin mevcut olduğu belirlendikten sonra, fiyatlandırma bakımından bir değerlendirme yapılabilecektir.

Rekabet Kurulu bu yöntemi kullanarak değerlendirme yaptığı Okul Kıyafeti Kararı'nda ise hakim durumdaki firma ile rekabet koşulları itibariyle karşılaştırılabilir bir coğrafi pazarda faaliyet gösteren rakibi arasındaki fiyat farkının %20-30 civarında olmasını aşırı fiyatlama olarak görmemiştir.[121]

Bu mevzuda Rekabet Kurulu'nun BOTAŞ Kararı bulunmaktadır. Kurul mevzuyu "Hakim durumdaki teşebbüsün aşırı fiyat uygulayıp uygulamadığının tespitinin söz konusu ürünün, makul sayılabilecek bir kar marjını da içeren, maliyeti ile satış fiyatının karşılaştırılarak yapıldığını" belirtmiştir.[122]

[120] Karar Sayısı: 2014-2-28 Karar Tarihi: 07.08.2014.
[121] Rekabet Kurulu'nun 14.03.2012 tarih ve 12-11/372-107 sayılı kararı.
[122] Karar Sayısı: 02-13/127-54 Karar Tarihi: 8.3.2002.

Bir başka Rekabet Kurulu Kararı'nda , "Aşırı fiyat kavramına ve tespitine yönelik çeşitli Kurul kararlarında da yer verildiği üzere, hâkim durumda bulunan bir teşebbüsün rekabetçi şartlarda uygulayamayacağı ve sunduğu ürünün/hizmetin ekonomik değerinin önemli ölçüde üzerinde olan fiyatların rekabet hukuku anlamında aşırı fiyat olarak değerlendirildiğini, fakat bununla birlikte düzenlemeye tabi olmayan sektörler bakımından, hâkim durumun kötüye kullanılması anlamına gelecek bir aşırı fiyat tespiti yapılmasını sağlayacak kar marjı eşiği hakkında kesin bir kuralın varlığından da söz etmenin mümkün olmadığını" düzenlemiştir.[123]

Rekabet Kurulu'nca, "İnceleme dönemi verileri baz alınarak yapılan çalışmada, (…..) hattındaki giderlerin yolcu-araç taşıması bakımından ayrıştırılamadığı, birim başı araç ve yolcu maliyetinin eşit olduğu varsayımı ile tüm giderlerin toplam yolcu ve araç sayısına bölünerek birim başı maliyetin hesaplandığı, buna göre (…..) TL ortalama yolcu fiyatına karşılık (…..) TL birim maliyet ortaya çıktığı, bu durumda fiyatın, maliyetin %(…..) oranında üstünde olduğu sonucuna ulaşılmıştır.(…..) güzergahında karayolu taşımacılığı imkanı da bulunmakla birlikte, karayolunun 75 dakika olan gidiş süresinin ve (…..) TL olan fiyatı ile İDO'nun 45 dakika süren ve ortalama (…..) TL olan hızlı feribot seferinin ikame olmadığı, (…..) nitekim (…..) hattından hizmet alan müşteri sayıları incelendiğinde 2011 yılında toplam (…..) yolcu hizmet alırken inceleme dönemini kapsayan (Nisan-Ağustos 2012) 5 aylık dönemde (…..) yolcunun bu hattı kullandığı görülmüş, (…..) bu nedenlerle (…..) hattındaki maliyetinin üstüne uygulanan yaklaşık %(…..) oranındaki bir kâr marjının sömürücü bir kötüye kullanmaya örnek teşkil edecek boyutta olamayacağı kanaatine varmıştır.".[124]

Rekabet Kurulu'nca arızi faaliyetin maliyeti ile ilgili verilen bir kararda, "Dosya konusu olay bazında, ücretlendirilen hizmetlerin liman işletmesinin rutin faaliyetlerinden olmadığı dikkate alınarak, söz konusu fiyatların maliyetler ile karşılaştırılmasının doğru olmayacağı neticesine varılmış, ayrıca liman işletmesinin TDİ tarafından belirlenen tarifelerle bağlı olmaması bir yana, Liman işletmesi yetkilisi tarafından da belirtildiği üzere, tüm limanın kullanımının 40 gün için devredilmesinin ücretinin belirlenmesinin söz konusu olduğu bir durumda, anılan tarifelerde yer alan ücretlerin de karşılaştırma yapmak için referans alınmasının doğru olmayacağı düzenlenmiştir. Bu doğrultuda aşırı fiyatın tanımı üzerinden giderek, tanımın ilk aşamasını oluşturan söz konusu fiyatların sürekli olmasının gereği, tartışılacak olursa bu fiyat uygulamasının hakkında inceleme yürütülen firma tarafından

[123] Karar Sayısı: 11-57/1475-531 Karar Tarihi: 17.11.2011.
[124] Karar Sayısı: 12-53/1497-524 Karar Tarihi: 01.11.2012.

sürekli uygulanan bir durum olmadığının görüldüğü, dolayısıyla hâkim durumun varlığının da tartışmalı olduğu bu olay bazında söz konusu fiyat uygulamasının da süreklilik arz etmediğinin açık olduğu ve bu çerçevede başvuru konusu iddialara konu fiyatlamanın 4054 sayılı Kanun çerçevesinde hâkim durumun kötüye kullanılması olarak değerlendirilebilecek bir aşırı fiyatlama uygulaması içermediği kanaatine varılmıştır.".[125]

Rekabet Kurulu'nun teşebbüsün ilgili ardıl pazarda hakim durumda olması sebebiyle fiyat maliyet araştırması yapmadan soruşturma açılmasına gerek olmadığı kararının karşı oy gerekçesi şu şekilde olmuştur: "Yukarıda yaptığımız açıklamalar ve kurulumuz kararından da anlaşılacağı üzere SMD Sağlık Malzemeleri Dağıtım San. ve Tic. Ltd. Şti. ilgili ürün pazarında hakim durumda olup, şikayet edilen taraf hakim durumda kabul edildiğine göre, aşırı fiyatlama konusunun irdelenmesi gerektiği, olayımızda şikayet edilen tarafın, ilgili pazardaki ürünlerine ilişkin maliyet-fiyat analizi yapılmadığı dosyadan anlaşılmış, konunun açıklığa kavuşması gerçekten olayda sömürücü fiyatın olup, olmadığının saptanması için maliyet-fiyat analizi yapılmasının gerektiğinin ve ilgili teşebbüsün şikayete konu yedek parçalara ilişkin alış faturaları temin ile diğer maliyet unsurlarının tespit edilerek bu analizin yapılması adına soruşturma açılmasının gerektiği inancı ortaya konmuştur.[126]

Rekabet Kurulu'nun bir çok kararında, şikayete konu teşebbüsün, diğer teşebbüslerle ve kendi içindeki oluşumda belirli dönemlerdeki fiyat-maliyet karşılaştırmasının yapılarak karlılık oranının tespit edilmesiyle, aşırı fiyat değerlendirmesi yapılmıştır. Ancak birçok kararında bu yöntemle aşırı fiyatlandırma sonucuna ulaşılamadığı kanaatine varılmıştır. Şu hususu da belirtmekte yarar vardır. Her bir sektörün maliyet yapısı birbirine benzememektedir. Örneğin belli bir malı alıp satıyorsanız maliyetiniz gayet net bir şekilde belirlenebilir olduğu halde bir hammaddeden üretim yapıyorsanız ve bu üretim sonucunda birden fazla ürün ortaya çıkmak zorunda kalıyorsa üretim maliyetinin bu ürünlere nasıl paylaştırılacağı ciddi bir sorun olarak ortaya çıkmaktadır. Tüpraş kararında bu gibi durumlarda tek tek ürün maliyetlerine değil genel olarak üretim maliyetine bakılması gerektiği ileri sürülmüşse de Rekabet Kurulu ürün maliyetlerini dikkate almaya çalışmış ancak sağlıklı bir veriye ulaşamamıştır.

[125] Karar Sayısı: 10-36/577-207 Karar Tarihi: 12.05.2010.
[126] Karar Sayısı: 2011-2-306 Karar Tarihi: 21.12.2011.

4.3.2.2 Benzer Pazarda, Benzer Firma İle Karşılaştırma

EDT'nin ikinci aşamasında hakim durumda olan firmanın fiyatları benzer pazarlardaki benzer firmalarla ya da rakip firmalarla karşılaştırılmaktadır. Rekabet Kurulu'nun MTS'nin yedek parça teminini geciktirmek ve aşırı fiyatlandırma yapmak suretiyle hakim durumunu kötüye kullanıp kullanmadığını incelediği MTS Kararı'nda, MTS tarafından rakiplerine nazaran %25-30 oranında daha yüksek fiyat uygulanmasının aşırı fiyat olarak değerlendirilemeyeceği kanaatine varılmıştır.[127]

Stroer-Kentvizyon Kararı'nda Kurul, Ströer/Akademi Grubu'nun İstanbul billboard piyasasında fiyatları ortalama %45 civarında ve megaboard piyasasında ise yaklaşık %128 oranında yükselttiği, Ströer/Akademi Grubu fiyatlarının pazar ortalamasının oldukça üzerinde olduğu tespit edilmiş, ancak bu durum aşırı fiyatlandırma için yeterli görülmemiştir.

United Brands Kararı dışında, incelemeye konu teşebbüslerin faaliyet gösterdikleri pazarda rakibi bulunmadığından bu karşılaştırma yöntemi AB Komisyonu tarafından kullanılmamıştır. Anılan kararda Chiquita markalı muzların fiyatları, rakiplerinin markalı muzlar için uyguladıkları fiyatlarla kıyaslanarak uygulanan fiyatlar arasında % 7 oranında bir fark tespit edilmiş, ancak söz konusu oran ATAD tarafından fiyatlandırmanın aşırı olduğunun tespiti için yeterli görülmemiştir.

Rekabet Kurulu kararında, "Fiyat kıyaslamasının aşırı fiyata ilişkin sağlıklı sonuç verebilmesinin ancak kıyaslamaya konu olan ürünler ve pazar koşulları bakımından tutarlılığın sağlanması halinde mümkün olacağı, diğer illerde de aynı hizmetin benzer şekilde sunulması ve diğer illerle rekabet koşullarının benzerliğinin yanı sıra sunulan hizmetin görece homojen olmasının dikkate alınarak, mevcut dosya bakımından aşırı fiyat değerlendirilmesi için fiyat kıyaslamasına başvurulabileceği" kararı verilmiştir.[128]

Rekabet Kurulu ASKİ Kararı'nda , "ASKİ su satışı ve kanalizasyon hizmetleri konusunda doğal tekel niteliğinde olduğu için ilgili pazardaki aynı veya benzer ürünlerin fiyatları ile karşılaştırma yapma olanağı bulunmadığını, ancak ASKİ ile aynı hukuki statüye sahip olan diğer büyükşehir belediyelerine bağlı olarak faaliyet gösteren kuruluşların tarifeleri ile karşılaştırma yapılması mümkün" olduğunun kararını almıştır.[129]

[127] Rekabet Kurulu'nun 26.05.2006 tarih ve 06-36/462-124 sayılı kararı.
[128] Karar Sayısı: 11-57/1475-531 Karar Tarihi: 17.11.2011.
[129] Karar Sayısı: 01-12/114-29 Karar Tarihi: 13.3.2001.

Rekabet Kurulu kararında, “Sonuç olarak, Mersin Limanı’nda konteynır elleçleme ile ilgili hizmetler için uygulanan ücretlerin ülkemizdeki ve Akdeniz’deki benzer limanlarda uygulanan ücretlerle karşılaştırılması sonucunda, ücretlerinin aşırı fiyat olarak nitelendirilebilecek şekilde rakiplerinden yüksek olmadığının görüldüğü, genel kârlılık düzeyinin de aşırı fiyat iddialarını destekleyecek düzeyde olmadığı dikkate alındığında, Mersin Limanı’nda 2008 ve 2010 yıllarında yayımlanan fiyat tarifeleri ile oluşan fiyatların, aşırı fiyat niteliğini taşımadığı kanaatine varılmıştır.”.[130]

Rekabet Kurulu bir kararında: “Yedek parça ve sarf malzemesi konusunda aşırı fiyat değerlendirmesinde kullanılabilecek bir diğer yöntem Yardstick Competition adlı yöntem olup, daha çok doğal tekellerin performansının seçilen bir hedefe göre değerlendirilmesinde kullanılan bu yöntemde, seçilen hedef ülkede aynı sektörde faaliyet gösteren diğer bölgesel tekellerle birlikte endüstrinin ortalama maliyetinin, bunun mümkün olmadığı durumlarda diğer ülkelerde tekel olan bir firmanın kar oranı ve ortalama maliyetleri olabilmekte olduğu, benzer yaklaşımın Türkiye'de satılan HP ürünlerinin ayrı bir pazar kabul edilmesinden dolayı Türkiye'deki rakiplerinin fiyatlandırma politikaları ile Avrupa'da rekabetçi kabul edilen pazarlarda HP ve/veya rakiplerinin fiyatlandırma mekanizmalarının karşılaştırılması şeklinde uygulanabileceği, bu amaçla HP'nin Türkiye'deki en önemli rakibinin fiyat listeleri incelendiğinde HP'nin fiyatlandırma politikalarına benzer politikaların benimsendiği ve HP'nin Avrupa'daki satış fiyatlarının Türkiye'de uygulananlardan pek farklı olmadığının görüldüğü, bu karşılaştırmalardan çıkarılacak sonucun, yedek parça ve özellikle sarf malzemelerinin fiyatlarının ürün fiyatına kıyasla yüksek olmasının bir rekabet ihlalinin sonucu değil, sektörün yapısının bir gereği olduğu ve kullanıcıların satın alma kararını verirken sadece ürünün fiyatını değil, ürünün ekonomik kullanım süresince oluşması muhtemel maliyetlerin büyüklüğünü de dikkate almaları gerektiği, bu durumda rekabet kuralları açısından önemli hale gelen hususun, marka içi rekabetin sağlanıp sağlanmadığı olduğu, bu hususun ise doğrudan ürünlerin dağıtım aşamasıyla ilgili olduğu” denerek soruşturma açılmasına gerek olmadığı belirtmiştir.[131]

Rekabet Kurulu hakim durumda olduğunu tespit ettiği Sony Eurasia’nın fiyatlarının, farklı bölgelerdeki fiyatlarıyla ve benzer pazarda benzer rakip firma ile kıyaslayarak fahiş fiyatın olup olmadığını araştırmış ve sonuçta şu kararı vermiştir: “Oyun konsolu, aksesuarları ve

[130] Karar Sayısı: 10-73/1518-580 Karar Tarihi: 25.11.2010.
[131] Karar Sayısı: 01-22/192-50 Karar Tarihi: 08.05.2001.

oyunları alanında Playstation 4 ürünlerinin rakibinin Microsoft firmasına ait Xbox ürünleri olduğu görüldüğü, Xbox'ın Playstation 4'ün muadili olan Xbox One modelinin Türkiye'de satışına 2014 yılının Eylül ayında başlanacağı, bununla ilgili olarak Sony Eurasia'nın, Eylül ayına kadar satışlarını azami seviyeye çıkarmak için fiyatların düşmesini teşvik ettiklerini ifade ettiği, dolayısıyla hâlihazırda Türkiye pazarı açısından Playstation 4 ile karşılaştırılabilecek bir piyasa satış fiyatı bulunmamakla birlikte, Xbox One'ın ABD ve Avrupa'da satışına başlandığı, Xbox One'nın 2013 yılında ABD'de 499 Dolar satış fiyatıyla piyasaya çıktığı, Haziran 2014'te fiyatının 399 Dolar'a düştüğü, Türkiye satış fiyatının henüz belirlenmemiş olsa da ürünün, ülkemizde alternatif satış kanallarında 1679 TL'ye satıldığı belirtilmiş ve her ne kadar Xbox One'ın Türkiye'deki resmi satış fiyatının belirlenmiş olmasa da, ürünün alternatif kanallardaki ve ABD'deki satış fiyatının gerçek satış fiyatına ilişkin ipuçlarını verdiği, bu doğrultuda Xbox One'ın ülkemizde, rakibi Playstation 4'ten büyük oranda düşük ya da yüksek bir fiyattan satışına başlanmayacağı kanısına ulaşıldığı, Sony Eurasia tarafından Kuzey Amerika, Japonya ve Avrupa'da Playstation 3 ürünlerinin rakibi Xbox 360'ın, Playstation 3'ten daha düşük fiyatla satıldığının, bu fiyat avantajının Xbox 360'a erken satış başarısı sağladığı, bu deneyimden yola çıkılarak Playstation 4 için Xbox 360'tan daha düşük bir satış fiyatı açıklanmasının önemli olduğunun düşünüldüğü ifade edilerek, ABD'de Playstation 4'ün fiyatının daha düşük olmasının sonucunda, Xbox One oyun konsolu ve kamerasının Playstation 4'ün fiyatıyla rekabet edebilen bir fiyattan piyasaya farklı ambalajlarla tekrar arz edilmesine sebep olduğu belirtilmiş, Xbox One'ın Türkiye'deki ithalat fiyatının Playstation 4'ten yüksek olduğunun dikkate alındığında, Türkiye'de de benzer senaryonun gerçekleşmesinin muhtemel olduğunun değerlendirildiği, bu kapsamda Sony Eurasia tarafından tavsiye edilen satış fiyatlarının aşırı fiyat olarak nitelendirilebilecek şekilde rakiplerinden yüksek olmadığı kanaatine varıldığının" kararı verilmiştir.[132]

Rekabet Kurumu'nun anılan kararlarında, teşebbüslerin hakim durumunu aşırı fiyat yoluyla kötüye kullanıp kullanmadığının tespiti için benzer pazardaki benzer firmalar ile fiyat karşılaştırması yapılmış olup, kararların birçoğunda teşebbüslerin yüksek fiyat uygulamasının aşırı fiyat olarak değerlendirilmediği görülmüştür. Ancak Tüpraş kararında Tüpraş fiyatlarının rakip rafinerilerle karşılaştırılmadığı Platz İtalya fiyatları ile karşılaştırma yapıldığı, Platz İtalya'nın ise rafineri olmadığı gibi petrol ticareti yapmayan bir araştırma şirketi olduğu ve

[132] Karar Sayısı: 2014-2-28 Karar Tarihi: 07.08.2014.

araştırdığı fiyatların ise rafineri fiyatları olmayıp uluslar arası ticarete konu petrol ürünlerinin fiyatları olduğu anlaşılmaktadır.

4.3.2.3 Diğer Karşılaştırmalar (Maliyetlerin Tespit Edilmesinin Mümkün Olmadığı Durumlar)

Hakim durumdaki maliyetlerin tespit edilmesinin mümkün olmadığı durumlara aşağıda açıklık getirilmektedir.

- **Hakim Durumdaki Teşebbüsün Aynı Ürünlere İlişkin Diğer Coğrafi Pazarlarda Uyguladığı Fiyatlar:**

Rekabet Kurulu'nun *BELKO Kararı*'nda; 1996-1999 yılları arasında alternatif temin kaynağı bulunmayan Ankara'lı tüketicilerin bir ton kömüre İstanbul'daki tüketicilerden yaklaşık % 46 ila % 57 oranında daha yüksek bedel ödediği; diğer yandan dökme kömürde de torbalı kömürde olduğu gibi, BELKO'nun aşırı yüksek fiyatla satış yaptığı bu kapsamda, İstanbul Ticaret Odası verilerine göre İstanbul'da, 1997, 1998 ve 1999 yılları dökme kömür perakende satış fiyatının KDV dahil, adrese teslim olarak ortalama 100-105 ABD Doları/Ton olduğu, söz konusu dönemde BELKO fiyatlarının ortalamasının sırasıyla 163, 171 ve 175 ABD Doları/Ton olarak gerçekleştiği; Ankaralı tüketicilerin kendilerinden sadece 75 km. uzaklıktaki tüketicilere göre kömüre yaklaşık %70 oranında daha yüksek bedel ödediği tespitleri yapılmıştır. Son tahlilde, BELKO'nun satış fiyatlarının aynı ya da eş değer niteliklere sahip kömürlerin rekabete açık diğer coğrafi pazarlarda oluşan fiyatlarına göre, 1996-1999 döneminde ortalamada % 50 - 60 oranında yüksek seviyelerde belirlendiği tespiti yapılarak, BELKO'ya aşırı fiyatlama sebebiyle para cezası uygulanmıştır.

BELKO Kararı'na ilişkin Danıştay Kararı incelendiğinde de, BELKO'nun satış fiyatlarının diğer pazarlarda oluşan fiyatlara oranla %50-60 oranında yüksek olmasının aşırı fiyat kapsamında ele alındığı görülmektedir.[133]

Komisyon'un Chiquita Kararı'nda da bu karşılaştırma yöntemi kullanılarak, United Brands'in farklı üye ülkelerde uyguladığı fiyatlar arasında karşılaştırma yapılmış, diğer tespitlerin yanı sıra, en düşük fiyat uygulanan ülke olan İrlanda ile diğer ülkeler arasındaki fiyat farkının %100'e ulaştığı hususu göz önünde bulundurularak İrlanda dışındaki ülkelerde uygulanan

[133] Danıştay, 2001/4817 E., 2003/4770 K. sayı, 5.12.2003 tarihli karar: 12.

fiyatların aşırı olduğuna karar verilmiştir. Ancak bu kararın ATAD tarafından iptal edildiğini ve İrlanda'daki fiyatların zararına uygulanmasından dolayı bu fiyatların karşılaştırmaya referans olarak kullanılıp kullanılamayacağının şüpheli olduğunu belirtmek gerekir.

- **Diğer Teşebbüslerin Başka Pazarlardaki Karşılaştırılabilir Ürünlere Uyguladığı Fiyatlar:**

SACEM[134] ve Tournier[135]Kararları'nda ATAD, incelemeye konu tekel konumundaki teşebbüs ile farklı bir coğrafi pazarda faaliyet gösteren yine tekel konumunda bir diğer teşebbüsün fiyatlarının karşılaştırılabileceğini ifade etmiştir. Bununla birlikte, Bodson[136] Kararı'nda ise ATAD, karşılaştırma için referans alınan pazarın rekabetçi bir pazar olması gerektiği, tekelci yapıda veya regüle pazarların referans alınamayacağı tespitinde bulunmuştur.[137] Port of Helsingborg ve Scippacercola Kararları'nda ise Komisyon, karşılaştırmada referans alınan hizmetlerin belirlenmesinde ne gibi kriterlerin dikkate alınmasının gerektiğine ilişkin açıklamalarda bulunmuş ve yapılan karşılaştırmaların bu kriterleri sağlamadığı kanaatine varmıştır. Bu yöntemle karşılaştırma yapabilmek için:

i. Sağlanan ürünler/hizmetler karşılaştırılabilir olmalıdır.
ii. Fiyatlandırma sistemleri anlamlı bir karşılaştırmaya imkan vermelidir.

Sağlanan ürünlerin/hizmetlerin karşılaştırılabilir olması için aynı şekilde isimlendirilmeleri yeterli olmayıp, söz konusu ürünlerin/hizmetlerin özelliklerinin eşdeğer olması şartının yerine getirilmesi gerekmektedir. Port of Helsingborg Kararları'nda, karşılaştırmaya konu iskelenin referans alınan iskeleye göre çok daha gelişmiş bir yapıya sahip olduğu ve bu iskeleden sunulan hizmetin referans iskelede sunulmayan iskeleye yanaşma (demir alma) hizmetini de kapsadığı belirtilerek, karşılaştırılan hizmetlerin eşdeğer olmadığı ifade edilmiştir. Aynı şekilde Scippacercola Kararı'nda da, Atina'daki Sparta Havalimanı tarafından sağlanan güvenlik hizmeti ve yolcu tesisi hizmetleri ile Avrupa'daki diğer havalimanlarından sağlanan referans hizmetlerin karşılaştırılmasında, söz konusu hizmetlerin tür, kapsam ve/veya kalite bakımından önemli derecede farklılıklar gösterdiği belirtilerek, bu hizmetlerin karşılaştırılabilir olmadığı kanaatine varılmıştır.

[134] JoinedCases 110/88, 241/88 & 242/88 François Lucazeau v. SACEM, [1989] ECR 2811, [1991] 4 CMLR 248.
[135] Case 395/87, MinistèrePublic v. Tournier, [1989].
[136] Case 30/87, CorinneBodson v. Pompesfunèbresdesrégionslibérées, CA [1988] ECR 2479, [1989] 4 CMLR 984.
[137] Liyang Hou, Excessive Prices Within EU Competition Law, European Competition Journal, April 2011, s.67.

Rekabet Kurulu kararında, "Aşırı fiyatlamanın tespitinde rekabet otoritelerince kullanılan yöntemlerin esas olarak Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın ekonomik değer testi olarak bilinen iki aşamalı bir test öngören United Brands[138] kararı ile ortaya konulduğu, söz konusu testin ilk aşamasının, fiyat-maliyet karşılaştırmasını içerdiği; ikinci aşamada ise, ürünün/hizmetin fiyatının kendi içinde zaman veya coğrafi pazarlar bakımından kıyaslanması ya da rakip ürünlerin/hizmetlerin fiyatları ile kıyaslanması yoluna gidildiği, ancak ekonomik değer testinin, maliyetlerin doğru şekilde hesaplanamaması, makul kar marjının yanlış takdir edilmesi ve kıyaslamanın tutarlı şekilde yapılamaması gibi pek çok riski barındırdığı, bu nedenle de ancak gösterge niteliğinde sonuçlar sunduğu" düzenlenmiştir.[139]

Rekabet Kurulu kararında, "Ayrıca, liman işletmeciliği sektöründe maliyet ayrıştırması yöntemiyle hesaplanacak bir kârlılık düzeyinin aşırı fiyat tespiti için sağlıklı olmayacağı, liman işletmeciliğinde maliyet ayrıştırması yapılırken, yönetim giderleri gibi birtakım ortak maliyetlerin, farklı hizmetlere dağılımında objektif bir kriter geliştirmenin güç olduğu, maliyet ayrıştırması yapılırken genel olarak her bir hizmetin, toplam gelirler içindeki payı ölçüsünde maliyetten pay alması şeklinde bir yöntemin benimsenmekle birlikte, bu yaklaşımın ilgili hizmetin gerçek maliyetini yansıtmayacağının açık olduğu, kesin çizgilerle belirlenemeyen bir maliyet ayrıştırmasından hareketle herhangi bir teşebbüsün kârlılık düzeyinin tespit edilmesinin ve buradan hareketle ilgili teşebbüsün fiyat politikalarına müdahale edilmesinin ise, teşebbüslerin ticari faaliyetlerine haksız bir şekilde müdahale edilmesi riskini taşıdığı, liman işletmeciliği sektöründe aşırı fiyat tespiti yapılırken, limanda sunulan herhangi bir hizmet veya hizmetlerdeki aşırı fiyatın ve dolayısıyla tüketici zararının açık olduğu durumlar hariç olmak üzere, global bir bakış açısıyla, liman işletmecisinin limandaki operasyonlarının ve genel kârlılığının dikkate alınmasının isabetli olacağı" düzenlenmiştir.[140]

Rekabet Kurulu bir kararında; "İşletmelerin maddi amacının, işletmenin toplumsal işlevine ve varoluş nedenine uygun olarak, insanların ihtiyaç duyduğu iktisadi mal ve hizmetlerin üretilmesi olduğunu, işletmenin bu maddi amacı çerçevesinde, işletmede gelecek dönemlerde hangi mal ve hizmetlerden hangi miktarlarda üretileceğinin belirleneceğini, bunların işletmenin maddi amaçlarını oluştururken, parasal amaçların ise, kar

[138] Case 27776 United BrandsCompanyand United BrandsContinental BV v Commission (1978) ECR 207.
[139] Karar Sayısı: 12-41/1171-384 Karar Tarihi: 09.08.2012.
[140] Karar Sayısı: 10-73/1518-580 Karar Tarihi: 25.11.2010.

maksimizasyonu, rantabilite (karlılık) maksimizasyonu, satış geliri maksimizasyonu, işletmenin piyasa değerinin maksimizasyonu ve maliyet minimizasyonu gibi, belirli bir maksimizasyon ve minimizasyon hedefi olarak ortaya konulduğu, ancak bu amaçlara ulaşmak konusunda işletmenin vereceği en önemli kararın hangi ürünün üretileceği konusunda olacağı, çünkü üretilen ürünlerin satışının, işletmenin ürettiği üründe hedeflenen müşteri grubunun isteklerine cevap verebildiği ve şartlarına uyduğu ölçüde artacağı, bu özelliklerin gerek hedeflenen müşteri grubunun arzu ve istekleri ve gerekse işletmenin içinde bulunduğu pazar şartları ile uyum içinde olması gerektiği, bunu sağlamanın yolunun ise, hedef müşteri grubunun tanınması, hedef müşteri grubunun içinde bulunduğu pazar şartlarının iyi bilinmesi ile ilişkili olduğu, nitekim bilgi teknolojileri pazarında faaliyet gösteren bir teşebbüsün sektörün dinamikleri gereği Ar-Ge çalışmalarına önemli bir kaynak ayırmasının bu çalışmaların sonuçlarını mümkün olduğunca çabuk yeni ürünler haline getirmesi gerektiği, bu dinamizmi gerçekleştiremeyen teşebbüslerin pazardan çıkışlarının çok çabuk olacağı, pazara girişte ise Ar-Ge sonucunda ortaya konan ürünlerin performans/maliyet oranının önem kazandığı, bu oranı rekabet edilebilir düzeye çekmenin yolunun ise yeniliklerin mümkün olduğunca çok ürün grubunda kullanılarak maliyetlerin dağıtılmasından geçtiği, dolayısıyla bilgi teknolojileri sektöründe yatay entegrasyonun oldukça önemli bir konuyu oluşturduğu, sektörde büyüyen firmaların yatay yönde birleşme ve devralmalar gerçekleştirerek maliyetlerini düşürdükleri, özellikle büyük hacimli alıcılar olan kurumsal kullanıcılara paket çözümler sunularak rekabet avantajı elde edildiği, bu gelişmelerin somut örnekleri bilgi teknolojileri (BT) satışında önde gelen IBM ve HP açısından da gözlenebildiği, bu teşebbüslerin sektörün hem yazılım hem de donanım tarafında oldukça geniş bir ürün yelpazesi sunduğu, örneğin HP'nin avuç içi bilgisayardan bugün bankalar gibi büyük kuruluşların kullandığı sunucu türü büyük ölçekli bilgisayarlara kadar uzanan bir üretim çeşitliliği bulunduğu, benzer ürün çeşitliliğinin bilgisayar yazıcıları için de söz konusu olduğu, buradan çıkarılacak sonucun, BT sektöründe umut vaat eden bir alana yatırım yapmanın önkoşulunun yukarıda izah edilen ölçek büyüklüğü ve özellikle uzun yıllar süren Ar-Ge çalışmaları sonucu oluşan know-how birikimi nedeniyle önemli bir başlangıç maliyetine katlanılması olduğu ortaya çıktığı" düzenlenmiştir.[141]

[141] Karar Sayısı: 01-22/192-50 Karar Tarihi: 08.05.2001.

Genel olarak toparlayacak olursak, görüldüğü üzere Rekabet Kurulu birçok emsal kararında farklı kriterler üzerinden karşılaştırmalar yaparak;

- MTS tarafından rakiplerine nazaran %25-30 oranında daha yüksek fiyat uygulanmasını,
- Ströer/Akademi Grubu'nun, pazar ortalamasının oldukça üzerinde olacak şekilde, İstanbul billboard piyasasında fiyatları ortalama %45 civarında ve megaboard piyasasında ise yaklaşık %128 oranında yükseltmesini,
- Okul Kıyafeti Kararı'nda rekabet koşulları itibariyle karşılaştırılabilir bir coğrafi pazarda faaliyet gösteren rakibi arasındaki fiyat farkının %20-30 civarında olmasınıaşırı fiyatlama olarak görmemiştir.
- BELKO'nun ise satış fiyatları aynı ya da eş değer niteliklere sahip kömürlerin rekabete açık diğer coğrafi pazarlarda oluşan fiyatlara göre, 1996-1999 döneminde ortalamada % 50 - 60 oranında yüksek seviyelerde belirlendiği değerlendirilerek, para cezası uygulanmıştır.

5. REGÜLE EDİLMİŞ PİYASALARDA FAHİŞ FİYAT TARTIŞMALARI

Bu bölümde aşırı fiyat saptanması konusu ve rekabet otoritesi ile ilgili sektördeki düzenleyici kurumun karşılıklı görev ve yetkilerinin[142] etkileşimi genel olarak anlatılacaktır.

5.1 ABD'de Durum

ABD doktrininde; düzenleyici çözümlerin varlığı halinde Rekabet Hukuku müdahalesinin düzenleyici otoritenin eyleme müdahale etmeme veya eylemi aklama yönündeki takdir yetkisine saldırı olacağı ve uygulamanın tekrarlanmasına neden olacağı ifade edilmektedir.[143] Nitekim, Linkline Kararı'nda[144], rekabet ihlallerini engellemeye ve çözmeye yönelik düzenlemenin varlığı halinde Rekabet Hukuku müdahalesinin doğuracağı zararların, sağlayacağı yararlardan fazla olacağı ifade edilmiştir.

Yine Trinko Kararı'nda[145] mahkeme, düzenlemeye tabi bir pazarda gerçekleştirilmiş olan fiyat sıkıştırma eylemini, Rekabet Hukuku ihlali olarak görmemiştir. Karar, regüle edilen sektörlerde düzenleyici kurumun müdahale ederek ortadan kaldırabildiği rekabetçi endişelere ilişkin olarak, artık Rekabet Hukuku müdahalesine gerek olmadığının ortaya konulması açısından önem taşımaktadır.

ABD Hukuku'na baktığımızda; sektörel düzenlemeler ile Rekabet Hukuku düzenlemelerinin normlar hiyerarşisi açısından aynı seviyede bulunduğunu, eş seviyedeki düzenlemeler çatıştığında ilgili kurallar çerçevesinde sektörel düzenlemelere öncelik tanındığı görülmektedir.

5.2 Avrupa Birliği'nde Durum

AB Rekabet Hukuku açısından ise düzenleyici otoritenin varlığına ve hatta müdahalesine rağmen, AB Komisyon'un AB Rekabet Hukuku'nu uygulama bakımından sahip olduğu yetkileri kullanabileceği ifade edilmektedir.

---

[142] İÇÖZ, Özge, "Düzenlemeye Tabi Sektörlerde Rekabet Kurulu ve Danıştay Kararları",Rekabet Hukuku İle İlgili Kurul Ve Yargı Kararları Sempozyumu,Bildiriler-Tartışmalar, Banka Ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü (T. İş Bankası A.Ş. Vakfı, 15-16 Ekim 2010,s. İsmail Yılmaz Aslan, Enerji Hukuku Cilt 2., Petrol Piyasasında Rekabet Ve Regülasyon, Ekin, 2008, s.107.

[143] Sarıçiçek, s.31.

[144] Linkline Communications, Inc. v. SBC California, Inc. 305 F.3d 876 (9th Cir. 2007) Pacific Bell Telephone Co.,dba AT&T California, et al., Petitioners v. LinklineCo.

[145] Verizon Communications Inc. v. LawOffices of Curtis V. Trinko, LLP 540 U.S. 398, (2004).

Ancak, bu durum AB Hukuku'nda uygulanan normlar hiyerarşisinden kaynaklanmaktadır. AB'de sektörel düzenlemeler, ikincil düzeyde kaynaklarla yapılmakta, AB Rekabet Hukuku ise, ABİDA içinde yer alarak, temel kaynak niteliği taşımaktadır. Bu nedenle AB Rekabet Hukuku sektörel düzenlemelere oranla üstün ve öncelikli olarak gelmektedir. Komisyon da Rekabet Hukuku'nun öncelikli uygulanması kuralıyla bağlıdır ve AB Hukukunu uygularken bu kuralı dikkate almaktadır. Dolayısıyla sektörel düzenlemeler normlar hiyerarşisi itibariyle, AB Rekabet Hukuku'nun altında yer almaktadır. Bu nedenle ABİDA'da yer alan istisnalar haricinde, ATAD hiçbir sektörün, düzenleniyor olsa bile Rekabet Hukuku uygulamasından tamamen muaf tutulmasını kabul etmemiştir.

5.3 Türk Hukuku'nda Durum

Türk Hukuku'nda ise, gerek sektörel yasalar gerekse 4054 sayılı Kanun normlar hiyerarşisinde aynı sırada yer almaktadır. Bu sebeple sektörel yasalar ile 4054 sayılı Kanun'un eş zamanlı olarak uygulanabilirliği söz konusudur. Ancak, eş zamanda uygulanabilirliği olan bu normların aynı hususu farklı şekilde düzenlemeleri söz konusu olduğunda, uygulanacak normun tespitinde lexposterior ve lexspecialis ilkelerinin kullanılması söz konusu olacaktır. Bilindiği üzere lexposterior, sonraki tarihli normun öncelikli olarak uygulanmasını gerektirmekte iken, lexspecialis aynı konuda genel ve özel iki düzenlemenin bulunması halinde daha detaylı olması nedeniyle Kanunların yarışması söz konusu olduğunda sektörel özel düzenlemenin öncelikli olarak uygulanmasını gerektirmektedir.

Türkiye'de bağımsız idari otoriteleri kuran kanunlara bakıldığında, belirli bir sektöre yönelik düzenlemeler getirilmesi sebebiyle, tüm sektörlere uygulanan ve bu itibarla genel nitelikte olan 4054 sayılı Kanun'a nazaran özel niteliktedirler.[146]

Ancak aşağıdaki açıklamalarda yine de somut olayın özelliklerine bakılmış ve sektörel düzenlemeler ile 4054 sayılı Kanun'un hükümlerinin uygulanmasının olay özelindeki sonuçları incelenmiştir.

[146] Sarıçiçek, s.70.

5.4 Rekabet Kurulu'nun Emsal Kararları

Rekabet Kurulu "BOTAŞ-EGO-İZGAZ-İGDAŞ kararında aşırı fiyatlama davranışlarına müdahale edebilmek için teşebbüslerin fiyat serbestine sahip olması gerektiği ve doğal gaz satış fiyatlarının alt ve üst limitlerinin ilgili bakanlık tarafından belirlenmesi nedeniyle teşebbüslerin fiyat serbestisine sahip olmadıkları belirtilerek, aşırı fiyatlamanın bulunmadığına karar verilmiştir.

Düzenlemeye tabi bir pazarın incelendiği ASKİ-2 kararında fiyatların aşırı olabileceği değerlendirmesi yapılarak, fiyatlandırma mekanizmasının aşırı fiyat düzeylerinin önüne geçecek ve tüketicilerin faydasına olacak şekilde ilgili ve yetkili kuruluşlarca yeniden tanzim edilmesi gerektiği yönünde görüş gönderilmesine karar verilmiştir.

Kurul, TÜPRAŞ Kararı'nda[147], aşırı fiyatlama iddiasını incelerken, ilgili pazara özgü düzenleyici bir kurumun bulunduğu gerekçesi ile aşırı fiyatlamaya müdahale edilmemesi gerektiği hususunu şu şekilde değerlendirmiştir:

Aşırı fiyatlamanın rekabet hukuku kapsamına alınmasında bakılacak bir başka unsur da, ilgili pazara özgü düzenleyici bir kurumun bulunup bulunmadığı noktasıdır. Yapısal tedbirlerin mümkün olduğu ve düzenleyici hukukun varlığı halinde aşırı fiyatlamaya rekabet hukuku çerçevesinde müdahale edilmemesi gerektiği düşünülmektedir. Doğal tekelin ya da yüksek giriş engellerinin bulunduğu ya da önemli düzeyde ölçek ekonomilerinin söz konusu olduğu sektörler genellikle sektörel düzenlemelere tâbi tutulmaktadır. Bu kapsamda oluşturulan sektörel düzenlemeler, tekel gücüne sahip teşebbüslerin bu güce bağlı olarak uygulayacakları fiyatlama politikası ile sebep olacakları dağıtım etkinsizliğinin önüne geçmeyi amaçlamaktadır. Bu noktada, aşırı fiyatlama konusunda müdahalenin, ilgili sektörü sürekli izleyen, sektör dinamiklerine hakim, ayrıntılı fiyat-maliyet analizleri yapabilecek şekilde uzmanlaşmış sektörel düzenleyici kurumlar tarafından gerçekleştirilmesinin daha yerinde ve etkin olacağı düşünülmektedir. Buna ilaveten, rekabet otoritelerinin teşebbüslerin fiyatlama davranışlarına ardıl olarak müdahale etmesinin teşebbüsler bakımından belirsizlik doğuracağı, dolayısıyla düzenlemeye tâbi sektörler bakımından düzenleyici otoritelerin öncül müdahalelerinin daha sağlıklı sonuçlar yaratacağı da ileri sürülmektedir.

Bütün bu genel değerlendirmeler ışığında, aşırı fiyatlamanın sömürücü davranış olması bakımından Kanunun 6. maddesi kapsamına alınması için, fiyat maliyet karşılaştırması ve

[147] Rekabet Kurulu'nun 04.11.2009 tarih ve 09-52/1246-315 sayılı kararı.

diğer fiyat kıyaslamalarının yapılmasının tek başına yeterli olmadığı, söz konusu fiyatlandırmanın yapıldığı pazar koşullarının ve ayrıca bu pazarda sektörel düzenlemenin ve sektörel düzenleyicilerin bulunup bulunmadığı hususlarının da önem kazandığı görülmektedir.[148]

Kurul, Amity Oil & Trakya Gazdaş Kararı'nda aşırı fiyatlama değerlendirmesi açısından şu ifadelere yer vermiştir:[149]

"...dağıtım şirketlerinin serbest tüketicilere uyguladıkları fiyatların EPDK'nın düzenlemesine tabi olduğu, bu bakımdan... şikayet hakkında herhangi bir işlem yapılmasına gerek olmadığına..."

İzmir Jeotermal kararında ise düzenlemeye tabi olan inceleme konusu pazarda aşırı fiyatlama riskinin bulunduğu ve bu riskin sektörel düzenlemeler yapılarak bertaraf edilebileceği belirtilerek, rekabet savunuculuğu kapsamında ilgili kuruluşlara görüş gönderilmesine karar verilmiştir."[150]

Aynı İzmir Jeotermal Kararı'nda ise Kurul şu değerlendirmelerde bulunmuştur:

"Aşırı fiyatlamaya rekabet hukuku çerçevesinde müdahale edilmesi ile ilgili olarak üzerinde durulması gereken bir diğer konu da müdahale yöntemidir. Aşırı fiyatlama ihlali tespit edildiğinde rekabet otoritelerinin alışılmış müdahale yöntemi, aşırı fiyatlamada bulunan teşebbüse idari para cezası uygulanması ve fiyatların aşırı olmayan seviyeye indirilmesine yönelik davranışsal tedbirler uygulanmasıdır. Ancak, rekabet otoritelerinin fiyat düzenlemesine başvurması anlamına gelen bu tedbirler etkin ve uzun vadeli sonuçlar doğurmaktan uzaktır. Bunun temel nedeni, aşırı olmayan fiyat düzeylerinin, bir başka deyişle makul kar marjının rekabet otoritelerince takdir edilmesinin zorluğu ve rekabet otoritelerinin müdahalesinin bir defaya mahsus olmasıdır. Ürünün ya da hizmetin ekonomik değerini yansıtan makul fiyat düzeyinin tespiti ancak arz ve talebe ilişkin tüm unsurların bir arada değerlendirilmesiyle mümkün olabilecektir. Rekabet otoritelerinin kuruluş amaçları bu olmadığı gibi, bunu gerçekleştirebilecek yeterliliğe sahip olduklarından bahsetmek de oldukça güçtür. Kaldı ki, rekabet otoritelerinin makul fiyat düzeyini doğru şekilde takdir edebileceği kabul edilse dahi, ilgili ürüne yönelik arz ve talep koşulları sürekli değişeceğinden, takdir edilen fiyat düzeyinin bu değişimlere paralel olarak sürekli

[148] Rekabet Kurulu'nun 04.11.2009 tarih ve09-52/1246-315 sayılı kararı.
[149] Rekabet Kurulu'nun 29.06.2006 tarih ve 06-46/601-172 sayılı kararı.
[150] Rekabet Kurulu'nun 17.01.2014 tarih ve 14-03/60-24 sayılı kararı.

güncellenmesi gerekecektir. Böyle bir izleme işlevi de rekabet otoritelerinin değil, ihtiyaç gösteren pazarlar bakımından oluşturulmuş düzenleyici otoritelerin işi olmalıdır. Bu nedenlerle, öğretide ve uygulamada aşırı fiyatlama davranışı karşısında rekabet otoritelerinin yaptırım uygulamak ve fiyat düzenlemesine başvurmak yerine rekabet savunuculuğu çerçevesinde, aşırı fiyatlamaya olanak tanıyan pazar yapısını ortadan kaldırmaya yönelik tedbirler alması anlayışı giderek yaygınlaşmaktadır.

Özetle; rekabet otoritelerinin fiyat düzenlemesine benzer her türlü müdahalesi hata riskini barındırmakta ve ancak kısa vadeli etkiler doğurmaktadır. Pazardaki arz ve talep koşullarının sürekli takibini gerektiren böyle bir düzenleme ise ancak pazarda uzmanlaşacak ve pazarı sürekli izleyecek bir düzenleyici otorite tarafından yapılabilecektir."

Elektrik Dağıtım Şirketleri Kararı'nda[151], enflasyon oranının üzerinde artış yapan işletmecilerin tarifelerinin EPDK tarafından onaylanması sebebiyle, aşırı fiyatlama iddiasının EPDK'nın yetki alanına girdiğine karar verilmiştir:

"Dosya mevcudu bilgi ve belgelerden; TEDAŞ'ın son yıllarda faaliyetlerinden zarar ettiği hususu dikkate alındığında, olası bir aşırı fiyatlamanın, temelde maliyet etkinsizliğinin bir sonucu olarak ortaya çıkabileceği, bu yöndeki verilerin, aşırı fiyatlamaya yönelik kesin bulgular olarak kabul edilmesi halinde, sorunun ancak maliyetleri düşürmeye yönelik mekanizmaların geliştirilmesiyle çözülebileceği, bu işlevin ise Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu'na ait olduğu; maliyetlerdeki etkinliğin endüstriyi yeniden yapılandırma, özelleştirme, fiyat regülasyonu gibi bir dizi yapısal önlemle birlikte değerlendirilmesi gerektiği kanaatine varılmıştır."

Aşırı fiyatlama ihlali incelemesi yapılan Ataköy Marina Kararı'nda ilgili piyasadaki regülasyonun varlığı gözetilerek şu hususlara yer verilmiştir:

"Yapılan tüm bu değerlendirmelerin ötesinde ayrı bir önem arz eden husus da Turizm Bakanlığı'nın ilgili pazardaki fiyatlama politikasındaki rolüdür. Esasen, yat limanı işletmecileri Turizm Bakanlığı'nın sürekli ve sıkı gözetim ve denetimi altında faaliyet göstermektedirler. İşletmecilerin uygulamaya koydukları tüm faaliyetler Bakanlık tarafından sürekli olarak denetlenmekte ve gerekli görülmesi halinde Kanun çerçevesinde yaptırımlar uygulanmaktadır. Bu bağlamda herhangi bir yat limanı işletmecisinin Turizm Bakanlığı tarafından onaylanmamış bir fiyatı uygulaması mümkün değildir. Nitekim "Yat Turizmi

[151] Rekabet Kurulu'nun 30.04.2002 tarih ve 02-26/262-102 sayılı kararı.

Yönetmeliği"nin 35. maddesi, "Bu yönetmelik uyarınca faaliyet gösterecek yat işletmecileri bir sonraki yıla ait fiyat tarifelerini Kanunun 10 uncu maddesi uyarınca Bakanlığın tasdikinden sonra uygulayabilirler" seklinde düzenlenmiştir. Dolayısıyla Ataköy Marina tarafından uygulanan ve aşırı fiyatlama iddialarına konu olan fiyatlar, sektörün düzenleyicisi ve denetleyicisi konumunda bulunan ilgili Bakanlık tarafından piyasa şartları da göz önünde bulundurularak değerlendirilmiş ve uygun bulunarak onaylanmış fiyatlardır."

Görüldüğü üzere Kurul, aşırı fiyatlama iddialarını incelerken, ilgili fiyatların bir düzenleyici kurumun inceleme ve değerlendirmesine tabi tutulup tutulmadığını, ayrıca onay yahut kabul gibi bir idari süreçten geçip geçmediğini gözetmektedir. Bu bağlamda Kurul, düzenleyici kurum tarafından değerlendirilen ve kabul gören fiyatların aşırı fiyatlama teşkil etmeyeceğini kabul etmektedir.

Rekabet Kurulu Samsunport Samsun Limanı Kararı'nda[152] somut olayda bir aşırı fiyatla olup olmadığını tespit ederken, yürürlükteki regülasyonları göz önünde bulundurarak şu değerlendirmeleri yapmıştır:

"İmtiyaz Sözleşmesi'nin söz konusu (9.16-17-18.1.) maddeleri uyarınca, 2013 yılı Nisan ayına kadar Samsunport tarafından uygulanan liman ücretleri, TCDD tarafından Liman'da 15.03.2010 tarihinde uygulanan fiyatların üzerine çıkılmayacak şekilde belirlenmiştir. Aksi takdirde Samsunport'a para cezası verilmesi ile İmtiyaz Sözleşmesi'nin feshi dahi söz konusu olabilecektir. TCDD tarafından liman hizmet tarifelerine getirilen üst sınırın, yaptırımları ile birlikte 2013 yılına kadar devam edecek olması, yani Samsunport'un fiyatlarını belirleme serbestîsine sahip olmaması dikkate alındığında, bu dönem içerisinde Samsunport tarafından aşırı fiyat uygulanması mümkün görünmemektedir. Dolayısıyla, Samsunport tarafından uygulanan tarifelerinin aşırı fiyat niteliğinde olmadığı ve hâkim durumun kötüye kullanılmasının söz konusu olmadığı kanaatine varılmıştır."

Görüldüğü üzere Kurul, regülasyon yolu ile belirlenmiş olan tavan fiyat tarifesi sebebiyle, Samsun Liman işletmecisinin fiyat belirleme serbestisine sahip olmadığını; dolayısıyla aşırı fiyatlama ihlalinin söz konusu olmayacağını ifade etmiştir.

Havaş Kararı'nda Kurul, 2010 yılında başlayan uygulama ile Havaş otobüs seferlerine ilişkin tarifelerin, kârın yarısını alan Devlet Hava Meydan İşletmeleri Genel Müdürlüğünce değil,

[152] Rekabet Kurulu'nun 03.08.2011 tarih ve 11-44/995-341 sayılı kararı.

düzenleyici otorite olarak Ulaştırma Bakanlığı Kara Ulaştırması Genel Müdürlüğü tarafından onaylandığından bahisle aşırı fiyatlama ilişkin şikayeti reddetmiştir.[153]

Türk Telekom AŞ. Kararı'nda Kurul tarafından, Türk Telekom'un şikayet konusu telefon tarifelerinin ve ücretsiz kontör uygulamasında yapılan değişikliklerin Telekomünikasyon Kurumu'nun onayını almış olduğu, bu bağlamda, daha önceki benzer nitelikli bir şikayete yönelik olarak Rekabet Kurulu'nun 29.3.2007 tarih ve 07-29/274-101 sayılı Kararı'na paralel olarak, aşırı fiyatlama olduğu iddia edilen 60 yeni şehir içi tarifelerin ve ücretsiz kontör uygulamalarının 406 sayılı Kanun'un 30. maddesinde belirlenen ilkeler gözetilerek Telekomünikasyon Kurumu'nca onaylanması, bir başka ifadeyle söz konusu tarifelerin fiyat denetimine tabi olması nedeniyle, rekabet hukukunda "aşırı fiyatlandırma" olarak adlandırılan kötüye kullanma durumunun inceleme konusu olaya uygulanamayacağı sonucuna varılmıştır.[154]

İstanbul-Kütahya Yolcu Taşımacılığı Kararı'nda; aşırı fiyat uygulamalarının söz konusu olduğu durumlarda da Karayolu Taşıma Kanunu'nun 11. maddesindeki "… Yolcu ve eşya taşıma, yükleme, boşaltma, depolama ve aktarma hizmetleri de dahil olmak üzere ücret tarifelerinin, ülke ekonomisi ve kamu yararı aleyhine sonuç vermesi ve aşırı ücret uygulanması veya rekabet ortamının bozulması halinde ve gerektiğinde taban ve tavan ücretleri Bakanlıkça tespit edilebilir. …" hükmü uyarınca ULAŞTIRMA BAKANLIĞI'na tavan fiyat tarifesi yayımlama yetkisi verildiği, bu bağlamda şikayet edilen teşebbüsün hâkim durumda olduğu kabul edilse dahi aşırı fiyat uygulanması durumunda önleyici tedbirlerin alınması ve gerekli düzenlemelerin yapılması yetkilerinin Ulaştırma Bakanlığı'nda olduğundan bahisle şikayeti reddetmiştir.

Kablo TV Kararı'nda[155] Kurul, internet hizmeti sunabilmek için Kablo TV altyapısını kullanmak isteyen İSS'lerin bu talebini reddeden Türk Telekom hakkında başlatılan incelemede, Kablo TV'nin regülasyon kapsamında bir hizmet olup olmadığı irdelenmiş ve konu hakkında bir regülasyon bulunmaması sebebiyle Rekabet Hukuku müdahalesinin gerektiği sonucuna varılmıştır:

"Telekomünikasyon Kurumu'ndan gelen bilgi çerçevesinde, Telekomünikasyon Kurumu'nca kablo TV altyapısının Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliği kapsamında bulunmadığı şeklinde bir

[153] Rekabet Kurulu'nun 25.11.2010 tarih ve 10-73/1517-579 sayılı kararı.
[154] Rekabet Kurulu'nun 20.06.2007 tarih ve 07-53/571-187 sayılı kararı.
[155] Rekabet Kurulu'nun 10.02.2005 tarih ve 05-10/81-30 sayılı kararı.

değerlendirme yapıldığı, bir an için aksi yönde bir değerlendirme yapılsa dahi, bu Yönetmelik kapsamında kablo altyapısına ilişkin bir yükümlülük getirilebilmesi için Telekomünikasyon Kurulu'nca bu konuda bir "idari karar" alınması gerektiğinin mütalaa edildiği, ancak bu aşamada "Kablo TV altyapısının Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliği kapsamında bulunmadığı" yönünde bir değerlendirme yapılması nedeniyle bu yönde bir tasarrufta bulunulmadığı anlaşılmıştır. Bu çerçevede TTAŞ'nin kablo altyapısından talep eden İSS'leri faydalandırmak ya da faydalandırmamak konusundaki takdir yetkisinin Yönetmelik ile sınırlandırılmadığı, Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliği ile bu yönde bir yükümlülük getirilmediği ve bu eylemin vukuu durumuna yönelik "tedbir mahiyetli" bir hüküm içermediği, bu nedenle faydalandırmama eyleminin söz konusu olduğu şu an içerisinde TTAŞ'ye yönelik Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliği kapsamında bir yükümlülük getirilmediği, getirilmesinin de düşünülmediği, dolayısıyla mevcut düzenlemenin kablo altyapısından İSS'lerin faydalandırılmaması yönünde gerçekleşen veya gerçekleşebilecek eylemler sonucunda rekabetçi zarar oluşması riskini bertaraf etmediği, başka bir ifade ile bu yönde bir eylemden dolayı bir "zararın" oluşmasını engelleyici niteliğinin bulunmadığı kanaatine ulaşılmıştır."

Kablo TV Kararı'nda yapılan bu değerlendirmeleri takiben Kurul, Türk Telekom'un hakim durumunu kötüye kullandığına karar vermiş ve fakat sektörelregülasyon otoritesi olan BTK'nın altyapıyı rekabete açma konusunda çalışmaya başlamış olduğunu gözeterek ceza uygulamamış ve Kanun'un 9/3. maddesi çerçevesinde görüş yazısı göndermekle yetinmiştir.

ADSL Portları Kararı'nda[156] da BTK tarafından şikayet konusu hususta düzenleme yapmış olduğu gerekçe gösterilerek müdahale edilmemiştir:

"Mevcut düzenlemeler çerçevesinde, 60.000 ADSL portu dağıtımının talep eksikliği sebebiyle henüz tamamlanmadığı, dolayısıyla Telekomünikasyon Kurumu tarafından yapılmış düzenlemeler çerçevesinde İSS'lerin ADSL portlarına erişimleri mümkün olduğu bir durumda, 200.000 ADSL portunun dağıtımına ilişkin olarak çalışmaların da devam ettiği dikkate alınarak, Türk Telekom tarafından 200.000 ADSL portunun İSS'lere dağıtımının yapılmadığı gerekçesiyle Türk Telekom hakkında soruşturma açılmasının yerinde olmadığı kanaatine varılmıştır."

TTNet Kararı'nda[157] Kurul, Türk Telekom ve TTNet'in gelirlerinin maliyetlerinin karşılayıp karşılamadığını incelemiş ve perakende düzeydeki maliyetleri karşılamayan fiyatların

[156] Rekabet Kurulu'nun 02.09.2004 tarih ve 04-57/796-199 sayılı kararı.
[157] Rekabet Kurulu'nun 02.09.2004 tarih ve 04-57/796-199 sayılı kararı.

uygulandığını tespit etmiştir. Ancak Kurul bu tespiti yaparken, perakende geniş bant internet erişim hizmetleri pazarının herhangi bir sektörel düzenlemeye tabi olmadığını, fiyatların Tarife Yönetmeliği'ne tabi olmadığını; dolayısıyla perakende düzeyde TTNet'in fiyatlama serbestisine sahip olduğunu dikkate almıştır.

UMTH II Kararı'nda[158] Kurul, sektörel düzenlemelerin varlığını gözeterek müdahaleden kaçınmıştır:

"Türk Telekom'a Telekomünikasyon Kurulu tarafından A ve B tipi UMTH'nin alternatif işletmeciler tarafından sağlanabilmesi için teknik hazırlıkları yapmak üzere belirli sürelerin verilmiş olduğu, bu hazırlıkların tamamlanması neticesinde arabağlantı konusunda Türk Telekom ile Tellcom'un anlaşamaması üzerine Telekomünikasyon Kurumu gözetiminde uzlaştırma sürecinin başladığı ve söz konusu sürecin halihazırda devam ettiği görüldüğünden ..., şikayete yönelik olarak bu aşamada bir önaraştırma yapılmasına ya da soruşturma açılmasına gerek bulunmadığı kanaatine ulaşılmıştır."

Türksat Kararı'nda[159] Kurul, sektörel düzenlemeler ile ayrımcılık yapmama yükümlülüğü getirilmiş olması sebebiyle ayrımcılığa ilişkin iddiaların bu düzenlemelerin ihlali niteliğinde olduğuna; dolayısıyla konunun sektörel düzenlemeler çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiğine karar vermiştir:

"Karara konu şikayetin temelinde; erişim ve ara bağlantı altyapısını kontrol etmekte olan bir teşebbüsün, bu imkanlardan faydalanmak isteyen teşebbüslerden birine yönelik olarak ayrımcılık yapmak suretiyle rekabeti bozduğu iddiası yer almaktadır. Telekomünikasyon altyapısına erişim sağlanamaması ya da erişim talep eden taraflar arasında ayrımcılık yapıldığı iddiasının öncelikli olarak bu sektörde faaliyet göstermekte olan teşebbüslere yönelik ayrım gözetmeme ve eşit koşullarda hizmet sağlama yükümlülüklerini düzenleyen telekomünikasyon mevzuatı açısından ve yukarıda yer verilen hükümler çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği, bu nedenle 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesi çerçevesinde bir değerlendirme yapılmasının gerekli olmadığı sonucuna ulaşılmıştır."

Görüldüğü üzere Kurul düzenlemeye tabi sektörlerde, açık düzenleme yoksa müdahale etmekte, belirli bir düzenleme ile yetki verilen ya da onaylanan davranışlara ise müdahale etmemektedir.

[158] Rekabet Kurulu'nun 14.04.2006 tarih ve 06-27/331-81 sayılı kararı.
[159] Rekabet Kurulu'nun 11.03.2009 tarih ve 09-11/215-66 sayılı kararı.

Kurul, düzenleyici otoritelerin ekonomik ve teknik regülasyonlara odaklanmasıyla pazardaki rekabetin güçlendirilmesini, korunmasını ve geliştirilmesini önemsemektedir. Sektörel düzenlemelerin eksik ya da aksak olduğunu fark ettiği kararlarda ise Kurul, bu eksikliğin ya da aksaklığın giderilmesi için ilgili otoritelere görüş yazısı göndermektedir.[160]

Yine Kurul, aşırı fiyatlama gibi sektöre yönelik uzmanlık ve sektörün sürekli olarak izlenmesini gerektiren hususlarda müdahalenin sektörel düzenleyici kuruma bırakılmasının daha doğru olacağı yaklaşımını ortaya koymaktadır.[161]

Doktrinde de sektör spesifik regülasyonların fiyat düzenlemesi biçiminde ortaya çıktığı durumlarda, rekabet otoritelerinin fiyat düzenlemesi alanında yetkinliğe sahip kurumlar olmadığı ve sektör düzenleyicilerinin üstün konumda olduğu gerçeğinin dikkate alınması gerektiği kabul edilmektedir.[162]

Rekabet Kurulu para cezası verdiği son Tüpraş Kararı'nda Dr. Murat Çetinkaya aşırı fiyatlandırma konusunda karşı oy gerekçesinde, "Öncelikle Enerji Piyasası Düzenleme Kurulu'nun (EPDK) özelleştirme işleminin gerçekleştirilmesinden itibaren, TÜPRAŞ ile fiyatlama konusunda yakın bir temas içerisinde olduğu dosya içeriğinden anlaşıldığını, bu süreç içerisinde gerekli fiyatlandırma mekanizmasının TÜPRAŞ tarafından oluşturularak kendisine bildirilmesini isteyen EPDK'nın piyasayı yakından takip etmekte olduğu, soruşturma kapsamında aşırı fiyatlandırma olduğunun iddia edilen dönemde de yeni bir fiyatlandırma mekanizması üzerinde EPDK'nın onay verene kadar, TÜPRAŞ'ın 2006 tarihli fiyatlama mekanizmasına uyması gerektiğinin açıkça düzenleyici kurum EPDK tarafından TÜPRAŞ'a bildirildiği, diğer yandan, soruşturma heyetinin bilgi talebi üzerine, Karar'da da yer verildiği üzere, EPDK tarafından, TÜPRAŞ'ın uyguladığı fiyatların kendisine bildirilen sistematiğe uygun olarak gerçekleştirildiğinin ifade edildiği, EPDK'nın kendi onayına tabi bir fiyatlandırma uygulamasının onayının kapsamını aşıp aşmadığına ilişkin bu görüşü dikkate almak yerine, Karar'da bu durumun böyle olmadığının ispatlanmaya çalışılmasının ve buradan hareketle de TÜPRAŞ'ın fiyat serbestisine sahip olduğuna dayanarak aşırı fiyatlandırma değerlendirmesi yapılmasının kanılarınca hukuki temelden yoksun bir yaklaşım olduğu, fiyatlara ilişkin Karar'da yer verilen bu durumun gerçeği yansıtsa dahi, izlenecek birincil yöntemin, yapılan hesaplamalar neticesinde elde edilen bulguların EPDK ile

[160] Sarıçiçek, s.79.

[161] Selen Şahin, Yersu, Türk Enerji Sektöründe Rekabet Kurumu İle Sektörel Düzenleyici Kurum Arasındaki İlişki, Rekabet Dergisi, Rekabet Kurumu, 2010, 11(4), s.42.

[162] Ünal, a.g.e., s.58.

paylaşılması ve EPDK'nın da bu varsayılan gerçekliği tespit etmesi ertesinde gerekli düzenleyici aksiyonu alması şeklinde olması gerektiği, bu düzenleyici müdahalenin sömürücü eylemin (ki aşırı fiyatlandırma sömürücü bir kötüye kullanma halidir) olası zararlarını ortadan kaldırmaması durumunda ise Rekabet Kurulu'nun konuya müdahil olabileceği izahtan vareste olduğunun"[163] bu yönde bir görüşün benimsendiği, yine Rekabet Kurulu'nun son TÜPRAŞ Kararı'nda kurul üyesi Reşit Gürpınar'ın karşı oy gerekçesinde, "Kurul'un, Tüpraş'ın jet motorlu uçaklarda yakıt olarak kullanılan Jet A-1 yakıtı pazarındaki hakim durumunu, aşırı fiyat uygulamak suretiyle kötüye kullandığının iddiasının değerlendirildiği kararında da[164]; "yapısal tedbirlerin mümkün olması ve düzenleyici hukukun varlığı halinde aşırı fiyatlamaya rekabet hukuku çerçevesinde müdahale edilmemesi" gerektiği belirtilmiş, doğal tekelin veya yüksek giriş engellerinin bulunduğu ya da önemli düzeyde ölçek ekonomilerinin söz konusu olduğu sektörlerde genellikle sektörel düzenlemeler uygulandığı, bu bağlamda tesis edilen sektörel düzenlemelerin, tekel gücüne sahip teşebbüslerin bu güce bağlı olarak uygulayacakları fiyatlama politikası ile sebep olacakları dağıtım etkinsizliğini önlemeyi amaçladığı, aşırı fiyatlama konusunda müdahalenin, ilgili sektörü sürekli izleyen, sektör dinamiklerine hakim ayrıntılı olarak fiyat-maliyet analizleri yapabilecek, kar marjlarını göz ardı etmeyecek şekilde uzmanlaşmış sektörel düzenleyici kurumlar tarafından yerine getirilmesinin daha uygun ve etkin olacağı, buna ilaveten, teşebbüslerin fiyatlama eylemlerine ilişkin olarak sektörel düzenleyici kurum tarafından yapılacak, eylem öncesi koruyucu ve önleyici düzenlemelerin (öncül müdahale), rekabet otoritesinin cezalandırıcı müdahalesinin (ardıl müdahale) ortaya çıkaracağı durumlardan daha sağlıklı sonuçlar doğuracağı" görüşü benimsenmiştir. Ayrıca EPDK ile ilgili kanısı ise şu şekilde olmuştur; "EPDK; '' Tüpraş, 5015 sayılı Kanunla fiyat konusunda yasaya ve bunun yanı sıra, şekli eksiklikler olsa ve sonradan tamamlasa da, benim koyduğum düzenlemelere uymuştur.'' Demiş, bu durum karşısında, Rekabet Kurulunun regüle edilen ve regülasyonu yapan Kurumca konulan kurallara uyulduğu da açıkça belirtilen bir alana müdahale etmemesi gerektiği inancı ortaya konmuş, yine salt rekabet mevzuatı açısından bakıldığında, 5015 sayılı yasa ile getirilen ve Tüpraş tarafından uygulanan mevcut fiyatlandırma modelinin, 4054 sayılı Kanun'un 6.maddesine aykırılık teşkil etmediği, bununla birlikte "uluslar arası fiyatlara uygunluğunun sağlanması" konusunda hangi kriterlere uyması gerektiği noktasında açıklık

[163] Karar Sayısı: 14-03/60-24 Karar Tarihi: 17.01.2014.
[164] Karar Sayısı: 09-52/1246-315 Karar Tarihi: 04.11.2009.

bulunmadığı ve bunun petrol piyasası mevzuatı çerçevesinde çözülmesi gereken bir konu olduğu kanısında olduklarını da ayrıca belirtmişlerdir.

Aşırı fiyat 4054 sayılı Yasanın 6.maddesi kapsamında değerlendirilen, çeşitli rekabet hukuk sistemlerinde farklı düzenlenen, bazılarında rekabet ihlali olarak bile görülmeyen, rekabet otoritesi tarafından saptanmasının ve bunun sonucu olarak sağlıklı ve doğru karar verilebilmesinin oldukça zor olduğu bir ihlal türü olup, 6.maddenin en hassas ve adeta rekabet otoritesinin yumuşak karnı olduğu, bu özelliklerinin yanı sıra, yapıldığı ileri sürülen aşırı fiyat eylemi, sektördeki düzenleyici kurumun bilgisi ve ortaya koyduğu düzenlemelerin uygulanması nedeniyle ortaya çıkmaktaysa, yani bir regülasyon sonucu doğmuşsa, bu eyleme Rekabet Kurulu tarafından müdahale edilmesi, tam olmasa da, bir anlamda bireysel başvuru kapsamında, Danıştay veya Yargıtay kararlarının Anayasa Mahkemesince incelenmesi yolu gibi düşünülebileceği, son 2010 Anayasa değişikliği ile getirilen bireysel başvuruda, adli ve idari yargının yüksek mahkemesi ve son karar organı olan, gerek Yargıtay'ın ve gerekse Danıştay'ın kesinleşmiş kararlarının Anayasa Mahkemesince incelenebilmekte olduğu, ancak Rekabet Kuruluna bu şekilde verilmiş bir görev ve yetkinin bulunmadığı düzenlenmekte, çeşitli sektörlere yönelik olarak, düzenleyici ve denetleyici kurumlar var olduğu, bunlara örnek olarak EPDK, BTK, SPK ve BDDK gösterilebileceği, her birinin kendi alanları ile ilgili piyasaları düzenlemekte ve denetlemekte oldukları, Rekabet Kurumu'nun bu düzenleyici ve denetleyici kurumlardan farkının, rekabet ihlalleri ile birleşme ve devralma (Bankacılık Kanun'undaki istisna hariç) yönünden tüm sektörlerde görevli ve yetkili olması olduğu, bunun tek istisnasının ise, bir başka düzenleyici ve denetleyici kurum veya kuruluşça regüle edilmesi olduğu düzenlenmiş, ilgili yasal düzenlemelerde de görüleceği üzere, bu hükümlerle, RK ile BTK arasında yasal bir işbirliği öngörüldüğü, bu işbirliğinin bir anlamda birbirini tamamlama ve görüş alma şeklinde görülmekte olduğu, bu nedenle, Danıştay 13.Daire kararında öngörülen içtihadın, RK ile BTK'nın bu ikili özel durumuna ilişkin olarak yasal hükümlerin cevaz vermesinin sonucu olduğunun düşünüldüğü, RK ile dosya konusu olayla ilgili düzenleyici kurum olan EPDK arasında, mevzuatta kamu kurumları bütünlüğü ilişkisi dışında, bu türde ikili ilişkileri ve işbirliğini sağlayan özel hükümler bulunmamakta olduğu, bu nedenle, Danıştay kararının bu anılan hükümlere dayalı, RK – BTK ilişkisine münhasır, özel bir karar olduğu genelleştirilmesinin ve tüm düzenleyici ve denetleyici kurumlara teşmil edilmesinin olanaklı olmadığı inancı ortaya konulmuş, son olarak aşırı fiyat konusuna ilişkin olarak belirtilen tüm nedenlerle, öncelikle

regüle edilen bir fiyatlama sistemi olması nedeniyle Rekabet Kurulunun müdahil olamayacağı, bir an için müdahil olması gerektiği düşünülse bile eksik ve hatalı yöntemler uygulanması nedenleriyle, aşırı fiyat konusunun kanıtlanamadığı ve ortaya açıkça konulamadığı için ihlal olduğu yolundaki Kurulun çoğunluk kararına katılmadığını ifade etmiştir.

Rekabet Kurulu kararında, "Kurulun 04.11.2009 tarih ve 09-52/1246-315 sayılı kararında da; yapısal tedbirlerin mümkün olması ve düzenleyici hukukun varlığı halinde aşırı fiyatlamaya rekabet hukuku çerçevesinde müdahale edilmemesi gerektiği ifade edilmiş, doğal tekelin ya da yüksek giriş engellerinin bulunduğu veya önemli düzeyde ölçek ekonomilerinin söz konusu olduğu sektörlerin genellikle sektörel düzenlemelere tabi tutuldukları, bu kapsamda oluşturulan sektörel düzenlemelerin, tekel gücüne sahip teşebbüslerin bu güce bağlı olarak uygulayacakları fiyatlama politikası ile sebep olacakları dağıtım etkinsizliğinin önüne geçmeyi amaçladığı, aşırı fiyatlama konusunda müdahalenin, ilgili sektörü sürekli izleyen, sektör dinamiklerine hakim, ayrıntılı fiyat-maliyet analizleri yapabilecek şekilde uzmanlaşmış sektörel düzenleyici kurumlar tarafından gerçekleştirilmesinin daha yerinde ve etkin olacağı, teşebbüslerin fiyatlama davranışlarına ilişkin olarak sektörel düzenleyici kurum tarafından yapılacak ex-ante düzenlemelerinde, rekabet otoritesinin ex-post müdahalesinin doğuracağı belirsizliğin önüne geçerek daha sağlıklı sonuçlar yaratacağı, önaraştırma kapsamında, rekabet otoritesinin, doğal gaz taşıma bedeline ilişkin olarak, "sunulan ürünün/hizmetin ekonomik değerine kıyasla aşırı fiyat"ın söz konusu olup olmadığı konusunda vereceği kararın, büyük ölçüde hata riski barındırdığı, ESGAZ'ın uygulamakta olduğu taşıma bedellerinin makul olup olmadığı ve/veya makul fiyat düzeyinin ne olması gerektiği konusunda verilecek kararın, Rekabet Kurumu tarafından değil; sektörü sürekli olarak izleme olanağı bulunan ve rekabet otoritesine oranla daha fazla sektörel teknik bilgiye sahip olan EPDK tarafından alınması gerektiğine inanıldığı, yukarıda yer verilen düzenlemeler yoluyla taşıma bedellerine yönelik olarak doğal gaz piyasası mevzuatında getirilen üst limitler, tekel konumundaki dağıtım şirketlerinin, dağıtım sistemi kullanıcılarından fahiş bedeller tahsil etmelerinin önüne geçmek amacını taşımakta olduğu, doğal tekelin söz konusu olduğu doğal gaz dağıtım pazarında, dağıtım şirketlerinin hakim durumlarını aşırı fiyatlama yapmak yoluyla kötüye kullanmasını engellemek üzere sektörel düzenlemeler kapsamında tedbirlerin halihazırda alınmış durumda olduğu, Danıştay Onüçüncü Dairesinin 2008/13184 Esas No.,

2012/359 Karar No.'lu kararında[165] geçen ifadelerin, bir sektörel düzenleyici kurumun yaptığı düzenlemelerin ve aldığı tedbirlerle rekabetçi sorunların ve rekabetçi zararın ortadan kalkması ve konunun salt sektörel mevzuatı ilgilendiren teknik bir hususa ilişkin olması halinde, Rekabet Kurulunun soruşturma açıp açmama konusunda takdir yetkisi bulunduğuna işaret etmekte olup, bu çerçevede, rekabet hukuku doktrini ve Rekabet Kurulu kararlarıyla süregelen uygulamalar çerçevesinde, ESGAZ'ın, sektörel mevzuat ve EPDK Kurul kararları doğrultusunda belirlenen üst limitlerden taşıma bedelinin tahsil etmesi hususunda soruşturma açılmasına gerek bulunmadığı kanaatine varılmış, ön araştırma kapsamında şikayete konu taraflardan olan BOTAŞ'ın, ESGAZ'ın uyguladığı taşıma bedelini EOSB'den tahsil ederek ESGAZ'a ödemesinin ise, doğal gaz piyasası mevzuatında getirilen düzenlemelerin bir sonucu olup, BOTAŞ'ın, taşıma bedelinin hangi düzeyde uygulanacağı konusunda alınan kararda herhangi bir dahli bulunmadığı, şikayetin BOTAŞ'a ilişkin boyutu bakımından da herhangi bir işlem yapılmasına gerek bulunmadığı değerlendirilmiştir.".[166]

Rekabet Kurulu'nun BOTAŞ Kararı'nda dağıtım kuruluşları ile ilgili olarak, "Dağıtım kuruluşlarının uygulayacakları doğal gaz satış fiyatlarının alt ve üst sınırının Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı tarafından belirlenmekte, bu nedenle dağıtım kuruluşları hiçbir dönemde fiyatlandırma serbestisine sahip olmamış oldukları, dağıtım kuruluşlarının Bakanlık tarafından yayımlanan fiyat sınırı içinde kaldıkları, işletme giderlerinin ne olursa olsun bu kuruluşlar açısından aşırı fiyatlandırma olasılığının gündeme gelmediği, işletme giderlerinin yüksek olması nedeniyle birçok dönemde bu kuruluşların zarar ettiklerinin görüldüğü" görüşünü ortaya koymuşlardı.[167]

Sonuç olarak son TÜPRAŞ kararına kadar ki aşırı fiyatları ya da sadece fiyatları ilgilendiren pek çok ön araştırma kararında veya nihai kararında şikayet konusu teşebbüsün faaliyet gösterdiği alanın bir düzenleyici otorite (regülasyon kurulu) tarafından düzenlenip düzenlenmediğinin, bu konuyla ilgili bir kararı olup olmadığının, hatta karar vermesinin mümkün olup olmadığını araştırmıştır. Regülasyon varsa hatta regülasyon yetkisi varsa konuyu incelemeyi sektörel düzenleyici otoriteye bıraktığı anlaşılmaktadır. Ama TÜPRAŞ Kararı'nda EPDK'nın konuya ilişkin bir kararı olmasına rağmen para cezası vermeyi tercih etmiştir. Bu çelişkili durum kararın yukarıda belirttiğimiz karşı oy yazılarına da yansımıştır.

[165] Türk Telekominikasyon A.Ş uygulamalarının 4054 sayılı Kanun'u ihlal edip etmediğinin değerlendirildiği 03.07.2008 tarih ve 08-43/586-219 sayılı Rekabet Kurulu kararının iptali isteminin incelendiği Danıştay Kararı.
[166] Karar Sayısı: 12-41/1171-384 Karar Tarihi: 09.08.2012.
[167] Karar Sayısı: 02-13/127-54 Karar Tarihi: 8.3.2002.

SONUÇ

Türk mevzuatı AB mevzuatından geniş ölçüde yararlanmaktadır. Özellikle Rekabet Hukuku ve onunla ilgili yapılmış düzenlemelerin Türkiye'ye aynı şekilde aktarıldığı görülmektedir.

Bu tez çalışmasında Rekabet Hukuku alanında, hakim durumun fahiş fiyat yoluyla kötüye kullanılması kavramsal olarak ve Rekabet Kurulu kararlarından esinlenerek açıklanmaktadır. Hakim durumdan bir teşebbüsün bir piyasada diğer teşebbüsler üzerinde kurduğu hakimiyeti anlamaktayız. Teşebbüs bu hakimiyetini kendi lehine kullanmayı sürdürmeyi ister. Bunun için piyasaya başka teşebbüslerin girmesini engellemek ister, bunu başardığı ölçüde de tekel karı elde etmeye çalışır.

Tekel karı içeren fiyatların ne zaman rekabet hukuku anlamında fahiş fiyat teşkil edeceği ise kesin olarak ve her bir olayda uygulanabilecek tarzda belirlenememektedir.

4054 Sayılı Kanun'da fahiş fiyatlamanın hakim durumun kötüye kullanılması sayılacağına dair açık bir hüküm bulunmamaktadır. Nitekim AB kurucu anlaşmasının 102. Maddesinin (a) bendinde "haksız fiyat" koymanın hakim durumun kötüye kullanılması sayılacağına dair açık bir hüküm vardır. Bu hüküm 4054 Sayılı Kanun'un 6. Maddesindeki örnekleri arasına alınmamıştır. Bu durumda fahiş fiyatlamanın Rekabet Hukuku'ndaki yerini tespit etmek için AB, ABD ve Türk uygulamalarına bakılması gerekmektedir.

ABD, AB ve Rekabet Kurulu kararları çerçevesinde bakıldığında fahiş fiyatlamaya Rekabet Hukuku kapsamında müdahale edilebilmesinin sadece çok istisnai şartlarda mümkün olması gerektiği anlaşılmaktadır. Kural olarak fiyatı piyasa kendisi düzenleyecektir ancak bunun mümkün olmadığı istisnai durumlarda devlet Rekabet Kuralları'ndan yararlanarak fahiş fiyata müdahale edebilecektir.

"4054 sayılı Kanun'un 3. maddesinde hakim durum, "Belirli bir piyasadaki bir veya birden fazla teşebbüsün, rakipleri ve müşterilerinden bağımsız hareket ederek fiyat, arz, üretim ve dağıtım miktarı gibi ekonomik parametreleri belirleyebilme gücü" olarak ifade edilmiştir."

Bu tanımda "rakiplerden ve müşterilerden" bağımsızlık vurgulandığı halde, "sağlayıcılardan" bağımsızlık belirtilmemiştir. Piyasanın alıcılar, satıcılar ve rakiplerden oluştuğu düşünülürse bunun bir eksiklik olduğu açıktır. Ancak "sağlayıcıların" da tanıma eklenmesi durumunda dahi bu tanım ne kadarlık bir gücün hakim durum sayılması gerekeceği konusunda yol göstermemektedir.

Yukarıda da belirtildiği üzere, rekabet hukuku incelemelerinde hâkim durum tespiti yapılırken kullanılan ölçütlerin başında, pazar payı gelmektedir. Hem ilgili teşebbüsün hem de rakiplerinin pazar payları bu açıdan önemlidir. Bir firmanın ilgili pazardaki pazar payının çok yüksek olması çoğu zaman o firmanın hâkim durumda olduğuna dair önemli bir gösterge olmakla birlikte, tek başına hâkim durumu göstermek bakımından yeterli değildir. Pazara giriş engellerinin olmadığı ve potansiyel rekabetin yüksek olduğu piyasalarda çok yüksek pazar payları bulunsa dahi, bu durum, teşebbüsün hâkim durumda olduğu sonucuna ulaşmakta yeterli olmamaktadır. Şayet bir pazarda potansiyel rekabetin varlığından bahsedilebiliyorsa, mevcut firmaların hâkim durumdaki teşebbüsler gibi davranamayacakları, örneğin fiyatlarını tekelci seviyeye yükseltemeyecekleri genel olarak kabul edilmektedir. Rekabet hukuku anlamında potansiyel rekabetin varlığından söz edebilmek için ise, pazara girişlerin olası (likely), etkili (sufficient) ve zamanlı (timely) olması gerekmektedir. Girişin olası olması için, pazara eklenecek üretim miktarı ve pazardaki yerleşik firmaların tepkileri dikkate alındığında potansiyel rakipler açısından pazara girişin rasyonel olması gereklidir. Bunun yanında girişin çabuk ve pazar gücüne karşı koyabilecek ölçüde etkili olması da önemlidir. Pazar özelliklerine bağlı olmakla beraber, genellikle iki yıllık bir süre içerisindeki girişler zamanlı kabul edilebilmektedir. Girişin etkili olması için de yoğunlaşmanın rekabet karşıtı etkilerine karşı koyabilecek yeterli kapsam ve büyüklükte olması, küçük ölçekli bir giriş olmaması gerekmektedir.

Her hakim teşebbüsün fiyatlarının denetlenmesi mümkün değildir. Çünkü etkili rakipleri olan bir hakim teşebbüs söz konusu olduğunda, bu hakim teşebbüsün fiyatlarını rakiplerinin piyasa fiyatları baskısıyla kendiliğinden düzelmesi mümkündür. Böyle durumlarda, yani fiyatların piyasa tarafından düzeltilebilme olanağı olan hallerde Rekabet Kurulu müdahalesi gereksizdir. O zaman fahiş fiyatlara müdahale için nasıl bir hakimlik gereklidir, araştırmak gerekir.

İncelememiz sonucunda fahiş fiyatlara Rekabet Kurulu'nun müdahale edebilmesi için standart bir hakimliğin yeterli olmadığı, ilgili teşebbüsün ilgili pazarda yasal tekel, fiili tekel, doğal tekel ya da tekele çok yakın bir güçte olması gerektiği sonucuna ulaşmaktayız.

Kanun hakim durumda olmayı değil onun kötüye kullanılmasını yasaklamıştır.

Hakim durumdaki teşebbüslerin, kötüye kullanma olarak kabul edilebilecek davranışları, Rekabet Hukukunda iki ana grupta değerlendirilmektedir. Bunlar sömürücü davranışlar ve dışlayıcı davranışlardır. Sömürücü davranışlarda, hakim durumdaki teşebbüs pazar gücünün

avantajını kullanarak fiyatlama ya da diğer uygulamalar yoluyla, belirli düzeyde pazar gücüne sahip olmayan bir teşebbüsün elde edemeyeceği şekilde müşterilerden rant elde etmektedir. Sömürücü davranışların en önemli özelliği tüketici refahında doğrudan bir kayba yol açmasıdır. Dışlayıcı davranışlarda ise, rakiplere yöneltilen ancak, dolaylı olarak tüketici refahını da azaltan, rakiplerin rekabet etme yeteneğini yasaya aykırı şekilde sınırlayan davranışlar söz konusu olmaktadır.

Aşırı fiyat, piyasa şartlarında bir teşebbüsün ürettiği malı için belirleyebileceği diğer teşebbüslerin malları için belirledikleri fiyatları göz önünde almadan veyahutta kötü niyetle kendisine bir menfaat sağlamak amacıyla malına normal olması gereken makul bir fiyatın üzerinde fiyat biçmesiyle görülen haldir. Rekabet sözlüğünde; "hakim durumun kötüye kullanımı sonucunda bir ürünün ekonomik değeri ile fiyatı arasında makul olmayan farklılığın bulunmasıdır." şeklinde tanımlanmaktadır.[168]

Literatür, mehaz AB mevzuatı ve Yüksek Mahkeme içtihatlarında ise, aşırı fiyatlandırmaya ilişkin yapılacak bir tahlilde aşağıdaki unsurların göz önüne alınması gerektiği belirtilmektedir[169]:

- Teşebbüsün piyasada ne kadar hakim durumda olduğu, ne ölçüde tekel ya da tekele yakın olarak değerlendirilebileceği,
- Bu hakim durumun teşebbüs tarafından kazanılıp kazanılmadığı, teşebbüsün piyasa gücünün, dışlayıcı uygulamalar ya da inhisari haklar elde edilmesi aracılığıyla mı yoksa teşebbüsün rakiplerinden daha üstün performans göstermesi sonucu mu tesis edildiği,
- Piyasada hukuki, teknik ya da iktisadi giriş engellerinin olup olmadığı, girişlerin ne ölçüde mümkün olduğu, söz konusu giriş engellerinin geçici mi kalıcı mı olduğu,
- Maliyetler ile fiyatlar arasında ne büyüklükte bir fark olduğu,
- Düzenleyici bir otoritenin bulunup bulunmadığı,
- Pazarın kendisini düzeltme imkanının bulunup bulunmadığı,
- Aşırı fiyatlandırmaya temel teşkil eden sorunun alınacak yapısal bir tedbir ile ortadan kaldırılmasının mümkün olup olmadığı,
- Uygulanan fiyatı haklı gösterecek talep koşullarının var olup olmadığı,

[168] Rekabet Kurumu, Rekabet Terimleri Sözlüğü, s.54.

[169] Bkz. ATAD'ın*General Motors [1975] OJ L29/14, [1975*] *1 CMLR D20* ve *British LeylandPublic Limited Company v Commission of theEuropeanCommunities. Case 226/84* kararları ile AB Komisyonu'nun *OJ L 207, 2.8.1984 84/379/EEC* ve *Case COMP/A.36.568/D3 – ScandlinesSverige AB v Port of Helsingborg*kararları.

- Aşırı fiyatlandırma uygulamasının, idari otoritenin bir iradesi sonucu mu yoksa firmanın kendi iradesiyle mi benimsendiği, teşebbüsün aşırı fiyatlandırma yapmaya ne ölçüde sevk edildiği.

Görüldüğü üzere aşırı fiyatlama iddialarına ilişkin olarak değerlendirilmesi gereken en önemli hususlardan birisi, sağlanan ürünün ekonomik değeri ile fiyatları arasındaki farkın büyüklüğüdür. Bunun içinse Ekonomik Değer Testi (EDT) yapılması gerekmektedir.

Dolayısıyla Rekabet Kurulu'nun fahiş fiyatla ilgili en son ceza kararı olan Tüpraş kararının pek çok yönden Rekabet Kurulu'nun önceki kararlarında uyguladığı kriterlerle bağdaşmadığı, özellikle fahişlik oranları bakımından istisnai bir karar olduğu görülmektedir.

İncelediğimiz kararlara bakıldığında genellikle 2-3 ay gibi kısa sürelerin fahişlik için yeterli görülmediği üç dört yıl gibi çok uzun sürelerin araştırıldığı anlaşılmaktadır. Ancak Tüpraş kararında bu kriter bakımından da çok önemli bir istisna getirildiği görülmektedir.

Rekabet Kurulu hemen hemen bütün kararlarında EDT uygulanması gerektiğini açıkça kabul etmiş olmasına rağmen ve hatta Tüpraş kararında da bu hususu vurgulamasına karşın Tüpraş kararında EDT gereği gibi yapılmamış, sonuçta her yönden istisnai bir karar ortaya çıkmıştır.

Örneğin belli bir malı alıp satıyorsanız maliyetiniz gayet net bir şekilde belirlenebilir olduğu halde bir hammaddeden üretim yapıyorsanız ve bu üretim sonucunda birden fazla ürün ortaya çıkmak zorunda kalıyorsa üretim maliyetinin bu ürünlere nasıl paylaştırılacağı ciddi bir sorun olarak ortaya çıkmaktadır. Tüpraş kararında bu gibi durumlarda tek tek ürün maliyetlerine değil genel olarak üretim maliyetine bakılması gerektiği ileri sürülmüşse de Rekabet Kurulu ürün maliyetlerini dikkate almaya çalışmış ancak sağlıklı bir veriye ulaşamamıştır.

Rekabet Kurumu'nun anılan kararlarında, teşebbüslerin hakim durumunu aşırı fiyat yoluyla kötüye kullanıp kullanmadığının tespiti için benzer pazardaki benzer firmalar ile fiyat karşılaştırması yapılmış olup, kararların birçoğunda teşebbüslerin yüksek fiyat uygulamasının aşırı fiyat olarak değerlendirilmediği görülmüştür. Ancak Tüpraş kararında Tüpraş fiyatlarının rakip rafinerilerle karşılaştırılmadığı Platz İtalya fiyatları ile karşılaştırma yapıldığı, Platz İtalya'nın ise rafineri olmadığı gibi petrol ticareti yapmayan bir araştırma şirketi olduğu ve araştırdığı fiyatların ise rafineri fiyatları olmayıp uluslar arası ticarete konu petrol ürünlerinin fiyatları olduğu anlaşılmaktadır.

ABD doktrininde; düzenleyici çözümlerin varlığı halinde Rekabet Hukuku müdahalesinin düzenleyici otoritenin eyleme müdahale etmeme veya eylemi aklama yönündeki takdir yetkisine saldırı olacağı ve uygulamanın tekrarlanmasına neden olacağı ifade edilmektedir.

AB Rekabet Hukuku açısından ise düzenleyici otoritenin varlığına ve hatta müdahalesine rağmen, AB Komisyon'un AB Rekabet Hukuku'nu uygulama bakımından sahip olduğu yetkileri kullanabileceği ifade edilmektedir. Ancak, bu durum AB Hukuku'nda uygulanan normlar hiyerarşisinden kaynaklanmaktadır.

Sonuç olarak son TÜPRAŞ kararına kadar ki aşırı fiyatları ya da sadece fiyatları ilgilendiren pek çok ön araştırma kararında veya nihai kararında şikayet konusu teşebbüsün faaliyet gösterdiği alanın bir düzenleyici otorite (regülasyon kurulu) tarafından düzenlenip düzenlenmediğinin, bu konuyla ilgili bir kararı olup olmadığının, hatta karar vermesinin mümkün olup olmadığını araştırmıştır. Regülasyon varsa hatta regülasyon yetkisi varsa konuyu incelemeyi sektörel düzenleyici otoriteye bıraktığı anlaşılmaktadır. Ama TÜPRAŞ Kararı'nda EPDK'nın konuya ilişkin bir kararı olmasına rağmen para cezası vermeyi tercih etmiştir. Bu çelişkili durum kararın yukarıda belirttiğimiz karşı oy yazılarına da yansımıştır.

KAYNAKÇA

ASLAN, İ.Y., Enerji Hukuku, Cilt 2., Petrol Piyasasında Rekabet ve Regülasyon, Ekin, 2008.

ASLAN, İ.Y., Rekabet Hukuku, 2. Baskı, Ekin Kitabevi, Bursa 2001.

ASLAN, İ.Y., Rekabet Hukuku Dersleri, Ekin, 2010.

ASLAN, İ.Y., Rekabet Hukuku Teori, Uygulama ve Mevzuat, 4. Baskı, Ekin Kitabevi, Bursa 2007.

ATEŞ, M., Rekabet Hukukuna Giriş, Ağustos 2013.

ÇINAR, S., Fikri Hakların Rekabet Hukuku ile Etkileşimi: Fikri Haklara İlişkin Rekabet Hukuku Uygulamasının Esasları, Kültür ve Turizm Bakanlığı Telif Hakları ve Sinema Genel Müdürlüğü, Uzmanlık Tezi, Ankara, Şubat 2009.

DEMİRÖZ, A., TUNÇEL, Ç., "Tek Taraflı Davranışların Değerlendirilmesine Yönelik Standart Arayışında Danıştay Kararlarının Yol Göstericiliği", Rekabet Hukuku İle İlgili Kurul ve Yargı Kararları Sempozyumu, Bildiriler-Tartışmalar, Banka ve Ticaret Hukuku Asraştırma Enstitüsü (T.İş Bankası A.Ş. Vakfı), 25 Kasım, 2011.

EĞERCİ, A., Rekabet Kurulu Kararlarının Hukuki Niteli ve Yargısal Denetimi, Ankara, Haziran 2005.

EFEM, G. ve BADUR, E., AB Rekabet Hukuku, Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşmalar ve Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, Çankaya Üniversitesi, Ankara 2002.

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

GÖRGÜLÜ, Ü., Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Kapsamında Fiyat Ayrımcılığı Uygulamaları, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No 32.

GÜNGÖRDÜ, A., KOYUNCU, T., Danıştay İçtihatları Işığında Rekabet Kurulu Kararları, Seçkin, Ankara 2011.

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

GÜL, İ., Teşebbüsün Alıcılarına Ayrımcılık Yaparak Hakim Durumunu Kötüye Kullanması, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara 2000.

GÜRKAYNAK, G., "Rekabet Hukuku Teorisi, Hakim Durumun Kötüye Kullanılmasının Özel Görünüm Şekli Olarak Aşırı Fiyatlama", *Çimento Endüstrisi İşverenleri Sendikası Dergisi*, Kasım 2012.

GÜVEN, P., Rekabet Hukuku 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2008.

HATİPOĞLU, Cumhur Atalay, İlaç Sektöründeki Rekabet Hukuku Uygulamalarında AR-GE İzin Sürecindeki İlaçlar, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No 92, Ankara 2003.

HOU, Liyang, Excessive Prices Within EU Competition Law, European Competition Journal, April 2011.

İÇÖZ, Ö., "Düzenlemeye Tabi Sektörlerde Rekabet Kurulu ve Danıştay Kararları", Rekabet Hukuku İle İlgili Kurul ve Yargı Kararları Sempozyumu, Bildiriler-Tartışmalar, Banka Ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü (T. İş Bankası A.Ş. Vakfı), 15-16 Ekim 2010.

KAYA, Y., Hakim Durumun Kötüye Kullanılması ve Fikri Mülkiyet Hakları, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No 15.

LAMALLE, M., LINDSTRÖM, L., TEIXEIRA, A.C., Two Important Rejection Decisions On Excessive Pricing In The Port Sector, Number 3, Autumn 2004.

ORAK, C.Ç., Kamu Hizmetleri ve Kamu Teşebbüslerine Rekabet Hukuku Kurallarının Uygulanması, Anzara, Haziran 2011.

ÖZDEMİR, Ü.N., Fiyatlamaya İlişkin Tek Taraflı Davranışların Değerlendirilmesi nde Kullanılan Maliyet Ölçütleri, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No: 96, Ankara, 2009.

REKABET KURUMU, Rekabet Terimleri Sözlüğü.

SANLI, K.C., Rekabet Kurumu, İlk Baskı, Ankara, Ekim 2000.

ŞAHİN, Selen, Yersu, Türk Enerji Sektöründe Rekabet Kurumu İle Sektörel Düzenleyici Kurum Arasındaki İlişki, Rekabet Dergisi, Rekabet Kurumu, 2010, 11(4).

USTA, M. Bağımsız İdari Otorite Sistemi İçinde Rekabet Kurulu ve Rekabet Uygulamaları, Yetkin, 2007.

ÜNAL, Ç., Aşırı Fiyat Kavramı ve Aşırı Fiyatlama Davranışının Rekabet Hukukundaki Yeri, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No: 103, Ankara, 2010.

ÜNAL, Ç., Rekabet Hukukunda Tek Taraflı Sömürücü Davranışlar, Rekabet Dergisi, 2010, 11(4).

ÜNAL, Ç., "Rekabet Hukukunda Tek Taraflı Sömürücü Davranışlar", Kerem Cem Sanlı (Editör) Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, Sorunlar ve Çözüm Önerileri Sempozyumu, İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi.

Danıştay Kararları:

Danıştay, 2001/4817 E., 2003/4770 K. sayı, 5.12.2003 tarihli kararı.

Rekabet Kurulu Kararları:

Karar Sayısı: 01-12/114-29 Karar Tarihi: 13.3.2001.

Karar Sayısı: 01-17/150-39 Karar Tarihi: 06.04.2001.

Karar Sayısı: 01-22/192-50 Karar Tarihi: 08.05.2001.

Karar Sayısı: 01-33/331-94 Karar Tarihi: 17.07.2001

Karar Sayısı: 01-41/411-105 Karar Tarihi: 28.08.2001.

Karar Sayısı: 02-13/127-54 Karar Tarihi: 8.3.2002.

Karar Sayısı: 02-26/262-102 Karar Tarihi: 30.04.2002.

Karar Sayısı: 02-27/290-118 Karar Tarihi: 07.05.2002.

Karar Sayısı: 04-22/233-49 Karar Tarihi: 25.03.2004.

Karar Sayısı: 04-57/796-199 Karar Tarihi: 02.09.2004.

Karar Sayısı: 04-60/866-205, Karar Tarihi: 20.09.2004.

Karar Sayısı: 05-10/81-30 Karar Tarihi: 10.02.2005.

Karar Sayısı: 05-36/484-115 Karar Tarihi: 26.05.2005.

Karar Sayısı: 06-92/1176-354 Karar Tarihi: 20.12.2006.

Karar Sayısı: 06-36/462-124 Karar Tarihi: 26.05.2006.

Karar Sayısı: 06-46/601-172 Karar Tarihi: 29.06.2006.

Karar Sayısı: 06-27/331-81 Karar Tarihi: 14.04.2006.

Karar Sayısı: 07-14/114-34 Karar Tarihi: 15.02.2007.

Karar Sayısı: 07-18/164-54 Karar Tarihi: 01.03.2007.

Karar Sayısı: 07-53/571-187 Karar Tarihi: 20.06.2007.

Karar Sayısı: 8-01/5-4 Karar Tarihi: 03.01.2008.

Karar Sayısı: 08-15/146-49 Karar Tarihi: 14.02.2008.

Karar Sayısı: 08-30/373-123 Karar Tarihi: 24.04.2008.

Karar Sayısı: 09-11/215-66 Karar Tarihi: 11.03.2009.

Karar Sayısı: 09-16/374-88 Karar Tarihi: 20.04.2009.

Karar Sayısı: 09-52/1246-315 Karar Tarihi: 04.11.2009.

Karar Sayısı: 09-33/739-176 Karar Tarihi: 15.07.2009.

Karar Sayısı: 09-59/1452-383 Karar Tarihi: 16.12.2009.

Karar Sayısı: 10-36/577-207 Karar Tarihi: 12.05.2010.

Karar Sayısı: 10-14/175-66 Karar Tarihi: 08.02.2010.

Karar Sayısı: 10-60/1256-470 Karar Tarihi: 23.09.2010.

Karar Sayısı: 10-65/1362-504 Karar Tarihi: 14.10.2010.

Karar Sayısı: 10-73/1517-579 Karar Tarihi: 25.11.2010.

Karar Sayısı: 10-73/1518-580 Karar Tarihi: 25.11.2010.

Karar Sayısı: 11-16/292-94 Karar Tarihi: 17.03.2011.

Karar Sayısı: 11-33/703-216 Karar Tarihi: 02.06.2011.

Karar Sayısı: 11-37/773-241 Karar Tarihi: 16.06.2011.

Karar Sayısı: 11-44/995-341 Karar Tarihi: 03.08.2011.

Karar Sayısı: 11-46/1133-398 Karar Tarihi: 25.08.2011.

Karar Sayısı: 11-53/1358-483 Karar Tarihi: 18.10.2011.

Karar Sayısı: 11-57/1475-531 Karar Tarihi: 17.11.2011.

Karar Sayısı: 11-62/1646-582 Karar Tarihi: 21.12.2011.

Karar Sayısı: 2011-2-306 Karar Tarihi: 21.12.2011.

Karar Sayısı: 12-11/372-107 Karar Tarihi: 14.03.2012.

Karar Sayısı: 12-29/854-254 Karar Tarihi: 31.05.2012.

Karar Sayısı: 12-33/938-294 Karar Tarihi: 14.06.2012.

Karar Sayısı: 12-33/940-295 Karar Tarihi: 14.06.2012.

Karar Sayısı: 12-33/975-299 Karar Tarihi: 14.06.2012.

Karar Sayısı: 12-41/1171-384 Karar Tarihi: 09.08.2012.

Karar Sayısı: 12-53/1497-524 Karar Tarihi: 01.11.2012.

Karar Sayısı: 12-65/1652-607 Karar Tarihi: 19.12.2012.

Karar Sayısı: 2012-3-114 Karar Tarihi: 19.12.2012.

Karar Sayısı: 14-03/60-24 Karar Tarihi: 17.01.2014.

Karar Sayısı: 14-18/347-153 Karar Tarihi: 20.05.2014.

Karar Sayısı: 2014-2-28 Karar Tarihi: 07.08.2014.

Diğer Kararlar:

XXIVth Report On CompetitionPolicy (1994).

XXVIIth Report On CompetitionPolicy (1997).

Case 226/84, British LeylandPublic Limited Company v. Commission, [1986] ECR 3263.

Case 26/75 General Motors v. Commission (1975) ECR 1367, (1976) 1 CMLR 95

Case 27/76, United BrandsCompanyand United BrandsContinental BV v. Commission, [1978] ECR 207.

Case 30/87, CorinneBodson v. Pompesfunèbresdesrégionslibérées, CA [1988] ECR 2479, [1989] 4 CMLR 984.

Case 395/87, MinistèrePublic v. Tournier, [1989].

Chiquita OJ [1976] L95/1.

ScandlinesSverige AB v. Port of Helsingborg Case COMP/A.36.568/D3, [2006] 4 CMLR 23.

SundbusserneSverige AB v. Port of Helsingborg Case COMP/A.36.568/D3, [2006] 4 CMLR 22.

Verizon Communications Inc. v. LawOffices of Curtis V. Trinko, LLP 540 U.S. 398, (2004).