

TÜKETİCİLER İÇİN İYİ HABER Mİ KÖTÜ HABER Mİ?: AŞIRI FİYAT UYGULAMALARINDA AB MAHKEMELERİNİN YENİ İSTİKAMETİ

IS IT BAD NEWS OR GOOD NEWS FOR CONSUMERS?: A NEW DIRECTION OF THE EU COURTS' JURISPRUDENCE ON EXCESSIVE PRICES

Dr. Öğretim Üyesi Eda ŞAHİN*

ÖZ

Tekel ya da hâkim durumda bulunan teşebbüslerin aşırı fiyat uygulaması, tüketicileri aldıkları mal veya hizmete rekabetçi fiyatın çok üzerinde bir fiyat ödemeye mahkûm etmektedir. Doğrudan tüketici zararına yol açmasına rağmen aşırı fiyatın tanımı, aşırı fiyatlandırmanın nasıl tespit edileceği, tespit edilmesi halinde bu fiyatlara müdahale edilip edilmeyeceği ve müdahale edilecekse hangi pazarların müdahaleye uygun olduğu hususları belirsizliğini korumaktadır. Çalışmamız, tüm bu hususları şu ana dek Avrupa Birliği Adalet Divanı tarafından oluşturulan içtihatlar ve doktrindeki görüşler kapsamında inceleyecek, aşırı fiyatlandırma analizi ve bu analizde yaşanan sorunlara ışık tutacaktır. Bu noktada söz konusu sorunların rekabet hukukunun amaçlarından olan tüketici refahını sağlamanın önündeki engellerden biri olduğuna dikkat çekilecektir. Sonrasında Divan'ın son içtihadı ile ortaya çıkan yaklaşım değişikliği ve bu değişikliğin tüketiciler bakımından olası yansımaları tartışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Sömürücü Davranışlar, Aşırı Fiyatlandırma, Tüketici Zararı

ABSTRACT

Consumers have to pay over-competitive prices for the goods and services they purchased due to the excessive prices charged by monopolies and dominant undertakings. Although the infringement caused a direct loss to consumers, there has been uncertainty about the definition of excessive prices, the proper way to identify excessive prices, the need for intervention by competition authorities and which markets are candidates for intervention. This article seeks address these uncertainties, considering the EU case law and relevant literature and sheds light on the excessive pricing analysis and the problems associated with this analysis. It draws attention to the fact that these uncertainties make it difficult to realise one of the goals of competition law, ie consumer welfare. Subsequently, the article looks to the change in approach of the Court of Justice of the European Union in its recent decision and the possible implications of this change for consumers.

Keywords: Exploitative Practices, Excessive Pricing, Consumer Loss

* EBYÜ Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, Lisans (İstanbul), LLM (University of East Anglia), PhD (Queen Mary University of London) (e.sahin@qmul.ac.uk; ORCID: 0000-0002-4741-2171) (Araştırma Makalesi; Geliş Tarihi: 07.01.2019 / Kabul Tarihi: 06.04.2019).

I. GİRİŞ

Yüksek pazar gücüne sahip teşebbüslerin tek taraflı davranışları ile rekabeti bozmalarının Avrupa Birliği (AB) rekabet hukukunun engellemeye çalıştığı ihlallerden biri olduğuna şüphe yoktur. Avrupa Birliği'nin İşleyişine Dair Anlaşma'nın (ABİDA) 102. maddesi hâkim durumun kötüye kullanılmasını düzenlemektedir. Söz konusu madde, hâkim durumda bulunan teşebbüslerin rekabeti bozucu hem dışlayıcı ve sömürücü davranışlarını yasaklamakta hem de – sınırlı sayı esasına tabi olmamakla birlikte – hangi davranışların hâkim durumun kötüye kullanılmasında oluşturacağını örnek mukabilinde saymaktadır.¹

Görüldüğü üzere, hâkim durumun kötüye kullanılmasının iki görünümü vardır. Bunlardan ilki, hâkim durumda bulunan teşebbüslerin dışlayıcı davranışlarıdır (*exclusionary practices*). Bu davranışlar, rakiplerin piyasadan çıkmasını sağlamayı ya da onların rekabetçi pozisyonlarına zarar vermeyi² veya potansiyel rakiplerin (*potential entrants*) pazara girişini engellemeyi ya da kısıtlamayı amaçlar.³ Söz konusu teşebbüslerin bu davranışları, doğrudan rakiplerine zarar verirken, tüketiciler dolaylı olarak ve orta/uzun vadede zarar görürler. Örneğin, yıkıcı fiyatlama (*predatory pricing*) yapan bir teşebbüs, ürün/hizmeti o kadar düşük fiyatla satmaktadır ki rakipleri onunla rekabet edemeyip piyasadan çıkmak zorunda kalır. Rakipler piyasadan çıktıktan sonra bozulan rekabetçi yapı sayesinde söz konusu

teşebbüs fiyatlarını fahiş fiyat seviyesine çıkarma imkanı bulur, böylelikle yıkıcı fiyatlama döneminde uğradığı zararı da çıkarır. Bu dönemde, yani yıkıcı fiyatlama ile rakipler piyasadan çıkarıldıktan sonra tüketiciler zarar görmeye başlar. Dolayısıyla, dışlayıcı davranışlar tüketicilere dolaylı ve orta/uzun vadede zarar verirler.

Hâkim durumun kötüye kullanılmasının ikinci görünümü ise sömürücü davranışlar (*exploitative practices*) olarak karşımıza çıkar. Bu davranışlar hâkim durumda bulunan teşebbüsün pazar gücünü kullanarak⁴ doğrudan tüketicilere zarar vermesi şeklinde gerçekleşir.⁵ İşte çalışmamızın konusunu oluşturan aşırı fiyatlama uygulamaları, hâkim durumunda bulunan teşebbüslerin sömürücü davranışlarından birisidir.⁶ Tüketicilerin en kolay ve açık şekilde fark edebilecekleri rekabet ihlali olan aşırı fiyatlama, 'tipik ekonomik şeytan', 'güçlü teşebbüslerin tüketicileri sömürmesi' ya da 'rekabet hukukunun engellemeye çalıştığı verimsizliğin kaynağı' olmak üzere çeşitli şekillerde adlandırılmaktadır.⁷

Aşırı fiyatlama (*excessive pricing*) ile hâkim durumda bulunan teşebbüs, pazar gücünün kendisine sağladığı imkânları değerlendirerek hâkim durumda olmasaydı uygulamayacağı yüksek bir satış fiyatı belirlemekte ve tüketicileri aldıkları mal veya hizmete rekabetçi piyasa fiyatının çok üzerinde bir fiyat ödemek durumunda bırakmaktadır.⁸ Bu

¹ Akman, Pinar (2010), 'The European Commission's Guidance on Article 102 TFEU: From *Inferno* to *Paradiso*?', *Modern Law Review*, S:73, C:4, s. 606 ("Akman, The European Commission's Guidance"). Türk hukuku da aynı şekilde bir düzenleme içermektedir, bkz. 4054 sayılı Kanun'un Madde Gereklere, Madde 6'nın gerekçesi, <<https://www.rekabet.gov.tr/Sayfa/Mevzuat/4054-sayili-kanun/madde-gereklere>> s.e.t. 17 Aralık 2018.

² Akman, Pinar (2008), 'Exploitative Abuse in Article 82 EC: Back to Basics?', University of East Anglia, CCP Working Paper no: 09-1, s. 4, <http://www.uea.ac.uk/polopoly_fs/1.105848!ccp09-1.pdf> s.e.t. 17 Aralık 2018 ("Akman, Exploitative Abuse").

³ Oxaer & Komninos, Assimakis & others (2009), *Quantifying Antitrust Damages - Towards Non-binding Guidance for Courts*, Study Prepared for the Commission (Luxembourg), s. iii; AB Komisyonu (2013), *Staff Working Document: Practical Guide Quantifying Harm in Actions for Damages based on Breaches of Article 101 or 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union Accompanying the Communication*

from the Commission on quantifying harm in actions for damages based on breaches of Article 101 or 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union (SWD(2013) 205, Strasbourg) para 180 ("Practical guide").

⁴ Akman, Exploitative Abuse, s. 3-4; Schmidt, Hedvig K.S. 'Private Enforcement - Is Article 82 EC special?': Mackenrodt, Mark-Oliver & Gallego, Beatriz C. & Enchelmaier, Stefan (editörler) (2010) *Abuse of Dominant Position: New Interpretation, New Enforcement Mechanisms?*, Berlin, Springer, s. 151.

⁵ Akman, Exploitative Abuse, s. 8.

⁶ Whish, Richard & Bailey, David (2012), *Competition Law*, 7. Bası, Oxford, Oxford University Press, s. 202.

⁷ Ezrachi, Ariel & Gilo, David (2008), 'Are Excessive Prices Really Self-Correcting?', *Journal of Competition Law and Economics*, S:5, s. 249.

⁸ OECD (2011), *Quantification of Harm to Competition by National Courts and Competition Agencies* (DAF/COMP (2011)25, s. 22.

yolla, tüketiciler sömürülmekte, tüketicilerden hâkim durumda bulunan teşebbüse bir kaynak transferi (*wealth transfer*) gerçekleşmekte ve dağılım verimsizliği (*allocative inefficiency-deadweight loss*), yani gelir dağılımı bozukluğu oluşmaktadır.⁹ Sonuç itibarıyla hâkim durumda bulunan teşebbüsün üretimi azaltması ve aşırı fiyat uygulaması tüketicilere iki şekilde zarar vermektedir: Tüketiciler *i.* aşırı fiyatlamaya konu mal/ hizmeti hiç almayarak ikame mal ve hizmetlere yönelmekte (*deadweight loss*)¹⁰ ya da *ii.* aşırı fiyatlamaya konu mal/hizmeti alarak daha fazla bedel ödemektedirler.¹¹

Çalışmamızın ilk bölümünde AB hukukunda sömürücü davranışlar ve ABİDA m.102'nin kapsamı açıklanacak, sonrasında aşırı fiyatlama tanımlanarak, aşırı fiyatlamaya rekabet hukuku kapsamında müdahale edilip edilmemesine ilişkin tartışma doktrinin farklı yaklaşımları ışığında ele alınacak ve hangi pazarların müdahaleye uygun olduğu belirtilecektir. İkinci bölümde AB'de verilen aşırı fiyatlamaya ilişkin önemli kararlar dikkate alınarak aşırı fiyatlama analizi ve bu analizde yaşanan sorunlar incelenecektir. Üçüncü bölümde, Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD)'nın kısa bir zaman önce verdiği AKKA/LAA kararı¹² kapsamında aşırı fiyatlamaya ilişkin yeni yaklaşım ve bu yaklaşımın tüketiciler bakımından olası yansımaları tartışılacaktır.

II. AB HUKUKUNDA SÖMÜRÜCÜ DAVRANIŞLAR VE AŞIRI FİYATLAMA

A. SÖMÜRÜCÜ DAVRANIŞLAR

Avrupa Birliği rekabet hukukunun ihdasının ilk zamanlarında o zaman yürürlükte olan anlaşma kapsamında hâkim durumun kötüye kullanılmasına ilişkin maddenin (şimdi ABİDA m.102'nin) yalnızca sömürücü davranışları kapsadığına ilişkin görüşler ileri sürülmektedir.¹³ Bu tartışma, ABAD'nın 1973 yılında *Continental Can* kararında ilgili maddenin dışlayıcı davranışları da kapsadığını belirtmesiyle son bulmuştur. *Continental Can*, ABİDA m.102'nin kapsamına, tüketicilere doğrudan zarar veren sömürücü davranışların yanı sıra etkin rekabet ortamını bozarak tüketicilere dolaylı olarak zarar veren tek yanlı davranışların da girdiğini ifade etmiştir.¹⁴ Bu karar sonrası doktrinde ABAD'nın söylediğinin tam aksini savunarak ABİDA m.102'nin yalnızca dışlayıcı davranışları ya-saklaması gerektiği, rekabet otoritelerinin sömürücü davranışlara ya hiç müdahale etmemesi ya da çok kısıtlı oranda müdahale etmesi gerektiğini belirten yazarlar olmuştur.¹⁵

Sömürücü davranışlar, doğrudan tüketici refahını azaltan uygulamalar olsalar da¹⁶ son yıllarda AB Komisyonunun (Komisyon) da hâkim durumun kötüye kullanılmasına ilişkin politikasını daha

<<http://www.oecd.org/daf/competition/QuantificationofHarmtoCompetition2011.pdf>> s.e.t. 17 Aralık 2018.

⁹ **Sanlı**, Kerem C. 'Rekabet Hukukunda Tekelci Fiyatlandırma': Perşembe Konferansları 10, Ankara, Rekabet Kurumu Yayınları, s. 79; **Ünal**, Çiğdem (2010) 'Rekabet Hukukunda Tek Taraflı Sömürücü Davranışlar', Rekabet Dergisi, S:11, C:4, s. 134-135.

¹⁰ **Leslie**, Charles R. (2006), 'Antitrust Damages and Deadweight Loss', Antitrust Bulletin, S:51, C:3, s. 521.

¹¹ **Sanlı**, s. 85. Rekabet ihlallerinin tüketicilerin seçeneklerini azaltması, teknolojik ilerlemeyi yavaşlatması ve daha kalitesiz ürünlerin piyasaya sürülmesine sebep olması da mümkündür. **Lande**, Robert H. & **Averitt**, Neil W. (2007), 'Using the Consumer Choice Approach to Antitrust Law', Antitrust Law Journal, S: 74, s. 175.

¹² Case C-177/16 *Autortiesību un komunikāciju konsultāciju aģentūra/Latvijas Autoru apvienība v Konkurences padome* [2017] ECLI:EU:C:2017:689 (henüz rapor edilmemiş) ("AKKA/LAA").

¹³ **Joliet**, Rene (1970), *Monopolization and Abuse of Dominant Position*, The Hague, Martinus Nijhoff; **Paulis**, Emil 'Article 82 EC and Exploitative Conduct': Ehlermann, Claus-Dieter & Marquis, Mel (editörler) (2008) *European Competition Law Annual 2007: A Reformed Approach to Article 82 EC*, Oxford, Hart Publishing, s. 515.

¹⁴ Case 6/72 *Europemballage Corporation and Continental Can Company Inc. v Commission* [1973] ECR 00215, para 26.

¹⁵ **Evans**, David & **Padilla**, Atilano J. (2005), 'Excessive Prices: Using Economics to Define Administrable Legal Rules', *Journal of Competition Law and Economics*, S:97, C:1, s. 122; **Motta**, Massimo & **de Streel**, Alexandre 'Exploitative and Exclusionary Excessive Prices in EU Law': Ehlermann, Claus-Dieter & Atanasu, Isabella (editörler) (2006), *European Competition Law Annual 2003: What Is an Abuse of a Dominant Position?*, Oxford, Hart Publishing, s. 91 vd.

¹⁶ **O'Donoghue**, Robert & **Padilla**, Atilano J. (2013), *The Law and Economics of Article 102 TFEU*, Oxford, Hart Publishing, s. 732.

etkin ve şeffaf hale getirmeye yönelik olarak başlatıldığı çalışmalarının¹⁷ tümüyle dışlayıcı davranışlara odaklandığı yayınlanan Kılavuzdan¹⁸ da görülmektedir.¹⁹ Her ne kadar dışlayıcı davranışlara öncelik veren Kılavuz, bağlayıcı bir doküman olmasa da burada Komisyon, kısıtlı kaynaklarını, daha büyük rekabeti kısıtlayıcı etkileri bulunduğu gerekçesiyle dışlayıcı davranışları önlemeye ayırdığını belirtmektedir.²⁰ Önceliğin dışlayıcı davranışlara verilmesinin nedeni olarak da bu davranışların daha sonra sömürücü davranışlara yol açmak suretiyle tüketicilere zarar vermesi gösterilmiştir.²¹ Bu ifadenin bir paradoksu beraberinde getirdiği açıktır.²² Şöyle ki Komisyon birçok defa AB rekabet hukukunun temel amacının tüketici refahını sağlamak olduğunu vurgulamıştır.²³ Ancak doğrudan tüketiciye zarar veren sömürücü davranışlar yerine uzun vadede ve dolaylı olarak tüketiciye zarar veren dışlayıcı davranışlar, Komisyon'un öncelik verdiği davranışlar olmuştur. Sömürücü davranışlar tamamen Kılavuzun kapsamı dışında bırakıldıkları gibi, bir teşebbüsün hâkim durumunu kötüye kullanıp kullanmadığı saptanırken ilgili davranışın tüketici zararına sebep olduğuna ilişkin kanıt da aranmamaktadır.²⁴

Kaldı ki ABİDA m.102'nin hangi kötüye kullanma hallerini yasakladığına bakıldığı zaman madenin sömürücü davranışları yasakladığına dair bir şüphe bulunmamaktadır.²⁵ Fakat kanun koyucunun iradesinin aksine, şu ana kadarki m.102 uygulamalarının büyük ölçüde dışlayıcı davranışları hedef aldığı görülmektedir.²⁶ Gerçekten de 1998-2010 yılları arasında Komisyon tarafından 40 dışlayıcı davranışa ilişkin karar verilirken, sömürücü davranışa ilişkin kararlar 11 ile sınırlı kalmıştır.²⁷ Bu kararların ise çok az bir kısmının aşırı fiyatlamaya ilişkin olduğu görülmektedir.²⁸

B. ABİDA MADDE 102(A)'NİN KAPSAMI

Hâkim durumun kötüye kullanılması hallerinin pek çoğunun dolaylı olarak aşırı fiyatlamaya sebep olması mümkün olmakla birlikte, aşırı fiyatlama nihayetinde tek başına bir hâkim durumun kötüye kullanılması halidir. Buradaki soru, ABİDA m. 102(a)'nin kapsamına giren 'aşırı fiyatlama' ihlalinin ne olduğudur.

Gerçekten de 'anlaşma yapmayı reddetme' (*refusal to deal*) olarak adlandırılan kötüye kullanma hali, aslında hâkim durumda bulunan teşebbüsün anlaşma yapmayı direk reddetmesi şeklinde değil de anlaşma yapmak isteyen firmaya ekonomik

¹⁷ 2005 yılında ABİDA m.102'nin dışlayıcı kötüye kullanmalara uygulanmasına ilişkin bir Tartışma Metni yayınlanmıştır. **AB Komisyonu** (2005), *DG Competition Discussion Paper on the Application of the Treaty to Exclusionary Abuses*, (Brussels), <<http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf>> s.e.t. 17 Aralık 2018 ("Discussion Paper").

¹⁸ **AB Komisyonu** (2009), *Guidance on the Commission's Enforcement Priorities in Applying Article 82 EC Treaty to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings*, (Brussels, 2009/C45/02), <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2009:045:0007:0020:EN:PDF>> s.e.t. 17 Aralık 2018.

¹⁹ **Ünal**, s. 113.

²⁰ **Whish & Bailey**, s. 176.

²¹ **Kroes**, Neelie 'Tackling Exclusionary Practices to Avoid Exploitation of Market Power: Some Preliminary Thoughts on the Policy Review of Article 82': Hawk, Barry (editör) (2006) *International Antitrust Law and Policy*: Fordham Corporate Law Institute Annual Proceedings 2005, New York, Juris Publishing, s. 384.

²² **Lyons**, Bruce (2007) 'The Paradox of the Exclusion of Exploitative Abuse': *The Pros and Cons of High Prices*, Swedish Competition Authority, s. 65.

²³ **Almunia**, Joaquin (2010) 'Competition and Consumers: The Future of EU Competition Policy', speech at *European*

Competition Day, Madrid, <http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-10-233_en.pdf> s.e.t. 17 Aralık 2018; Discussion Paper, para 4, 54, 88.

²⁴ **Akman**, Pinar (2016) 'The Reform of The Application of Article 102 TFEU: Mission Accomplished?', *Antitrust Law Journal*, S: 81, C:1, s.147 ("Akman, The Reform of Article 102 TFEU").

²⁵ **Akman**, Exploitative Abuse, s. 9.

²⁶ **Akman**, Exploitative Abuse, s. 11.

²⁷ **Hubert**, Patrick & **Combet**, Marie-Laure (2011), 'Exploitative Abuse: The End of the Paradox?', *Concurrences Doctrines*, S:1, C:1, s. 45.

²⁸ Bkz. **AB Komisyonu**, 75/75/EEC *General Motors Continental* [1975] OJ L 29/14, para 8; **AB Komisyonu**, 76/353/EEC *Chiquita* [1976] OJ L 95/1, para 8 ("*Chiquita* kararı"); **AB Komisyonu**, 84/379/EEC *British Leyland* [1984] OJ L 207/11 para 26; **AB Komisyonu**, *Deutsche Post AG — Interception of cross-border mail* [2001] OJ L 331/40, [2002] 4 CMLR 598 ("*Deutsche Post AG*") para 166-167; **AB Komisyonu**, 2001/463/EC *DSD* (Duales System Deutschland) (COMP D3/34493) [2001] OJ L 166/1, para 111-113; Case C-385/07P *Der Grüne Punkt - DSD v Commission* [2009] ECR I-06155, para 92-93.

olmayan erişim koşulları önermesi üzerine gerçekleşmektedir.²⁹ Aşırı fiyat isteme de bu koşullardan birisi olabilmektedir. Benzer şekilde, 'marj sıkıştırması' (*margin squeeze*) davalarında hâkim durumda bulunan teşebbüsün, perakende fiyatına oranla yüksek bir toptan satış fiyatı talep ederek kendisinden ürün almayı alt pazardaki alıcılar için kazançsız hale getirdiği gözlemlenmektedir.³⁰

Aşırı fiyatlamaya uygulamaları, 'paket satış ve bağlama' (*tying and bundling*) davalarında da görülmektedir. Örneğin, iki ürünün gerçekten birlikte satılması gerekirken gerekmediği araştırmasında hâkim durumda bulunan teşebbüsün ürünleri ayrı ayrı satmayı reddetmesinin gerekçesi hem ürünlerin tek başlarına satıldıklarında fiyatlarının çok yüksek olması, hem de ürünlerin ayrı ayrı sağlanmasının pratik nedenlerle reddedilmesi olmalıdır.³¹ Hâkim durumda bulunan teşebbüsün benzer işlemlere farklı ticari koşullar uygulayarak fiyat avantajı sağlaması olarak tanımlanabilecek olan 'fiyat ayrımcılığı'³² (*price discrimination*) davalarında da hâkim durumda bulunan teşebbüsten mal/hizmet satın alan bir firmadan, diğer firmalardan farklı olarak, aşırı fiyat ödemesi istenmiş olabilir.³³

Ne çalışmamız ne de aşırı fiyatlandırmanın düzenlendiği ABİDA m.102(a) yukarıda sayılan kötüye kullanma hallerinden hiçbirini kapsamaz. ABİDA m.102(a), hâkim durumda bulunan teşebbüsün doğrudan veya dolaylı olarak müşterisine uyguladığı haksız fiyat ya da başkaca haksız ticari koşulları kapsar.³⁴ İşte doğrudan tüketici refahı kaybına yol açan hâkim durumda bulunan teşebbüsün

haksız olarak aşırı fiyat uygulaması ABİDA m.102(a) kapsamında değerlendirilmektedir.³⁵ AB rekabet hukukunda aşırı fiyatlamaya müdahale edilmesinin nedeni söz konusu yüksek fiyatların tüketici zararına yol açmasıdır.³⁶ Bu noktada, aşırı fiyatın tanımını yapmak ve aşırı fiyatlamaya müdahale edilip edilmemesine ilişkin tartışmaya yer vermek yerinde olacaktır.

C. AŞIRI FİYATLAMAYA İLİŞKİN TARTIŞMALAR

1. Aşırı Fiyatlamamanın Tanımı

Genel kabul görmüş bir haksız ya da aşırı fiyat tanımı bulunmamaktadır.³⁷ Doktrinde tekelci fiyat (*monopoly price*)³⁸, sömürücü fiyat (*exploitative/abusive*)³⁹ veya fahiş fiyat terimleri de kullanılan aşırı fiyat, adil fiyat (*fair price*) kabul edilebilecek bir fiyat düzeyinin üzerinde belirlenen haksız fiyatın (*unfair price*)⁴⁰ bir biçimi olarak tanımlanmaktadır.⁴¹ Modern endüstriyel örgüt teorisyenleri⁴² de benzer şekilde aşırı fiyatı, pazar gücünü kullanmak suretiyle önemli ölçüde ve sürekli biçimde rekabetçi fiyatın üzerinde belirlenen fiyat olarak tanımlamaktadırlar.⁴³ Bu tanımlar, aşırı fiyatı tespit edebilmek için öncelikle hangi düzeyde bir fiyatın adil ya da rekabetçi bir fiyat olduğunun belirlenmesini gerektirmektedir. Zira aşırı fiyat, adil ya da rekabetçi fiyatın üzerinde belirlenmiş bir fiyat olacaktır.

Klasik iktisatçılar⁴⁴ adil fiyatı belirlemede maliyete dayalı teoriye ağırlık verirken,⁴⁵ neo-klasik

²⁹ O'Donoghue & Padilla, s. 732.

³⁰ O'Donoghue & Padilla, s. 732.

³¹ O'Donoghue & Padilla, s. 732.

³² Gerard, Damien M.B. (2005), 'Price Discrimination under Article 82 (2) (C) EC: Clearing up the Ambiguities', Global Competition Law Centre Research Paper on the Modernisation of Article 82 EC, s. 3 <<http://ssrn.com/abstract=1113354>> s.e.t. 7 Aralık 2018.

³³ O'Donoghue & Padilla, s. 732.

³⁴ O'Donoghue & Padilla, s. 732.

³⁵ Evans & Padilla, s. 98.

³⁶ Sanlı, s. 100.

³⁷ O'Donoghue & Padilla, s. 733.

³⁸ Sanlı, s. 79; Gal, Michael S. (2004), 'Monopoly Pricing as an Antitrust Offense in the US and the EC: Two Systems of Belief about Monopoly?' New York University Law and Economics Working Papers, No: 15, s. 5

<http://lrs.nellco.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1017&context=nyu_lewp> s.e.t. 17 Aralık 2018.

³⁹ Furse, Mark (2008), 'Excessive Prices, Unfair Prices and Economic Value: The Law of Excessive Pricing under Article 82 EC and the Chapter II Prohibition' European Competition Journal, S:59, s. 67.

⁴⁰ Evans & Padilla, s. 97.

⁴¹ Ünal, s. 121, dipnot 39.

⁴² Bu teori, pazarın ve firmanın yapısını ve firmaların birbiriyle ilişkisini inceleyerek firmaların stratejik davranışlarını ortaya çıkarmayı amaçlar. Tirole, Jean (1988) The Theory of Industrial Organization, Cambridge, MA, MIT Press, s. 3.

⁴³ Tirole, s. 66 vd.; O'Donoghue & Padilla, s. 733.

⁴⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz., Schumpeter, Joseph A., 'History of Economic Analysis': Schumpeter, E. Boody (editör) (1954), New York, Oxford University Press.

⁴⁵ Sanlı'ya göre, marjinal maliyetlerin üzerinde belirlenen fiyat, tekelci fiyatlandırma olarak adlandırılabilir, Sanlı, s. 79.

iktisatçılar⁴⁶ adil fiyatın arz ve talebe bağlı olarak tam rekabetçi piyasada⁴⁷ belirleneceğine inanırlar.⁴⁸ Neo-klasik iktisatçılara göre bir mal veya hizmetin adil fiyatı, onun rekabetçi fiyatıdır.⁴⁹ Adil fiyatın rekabetçi piyasa fiyatı olduğunu savunan bu görüş, hem skolastik ekonomik düşünce⁵⁰ hem de AB rekabet hukukunun gelişimine büyük etkisi olduğu iddia edilen ordoliberal düşünce⁵¹ tarafından da kabul edilmektedir.⁵²

Görüldüğü üzere, yukarıdaki tanımların muğlak oluşu⁵³ da aşırı fiyatlamayı ifade etmek için kullanılan birbirinden farklı terimler⁵⁴ de bu konuda bir fikir birliği bulunmadığına işaret etmektedir. Belirsizliğin aşılması, bir diğer deyişle, aşırı fiyatı belirlemede kesin ve belirli kistaslar olması hem rekabet otoritelerinin hem de mahkemelerin hangi seviyedeki fiyatın tüketici refahını azaltan aşırı bir fiyat olduğunu tespit etmeleri bakımından büyük öneme sahiptir.⁵⁵ Tüm bu belirsizlikler göz önüne alındığında rekabet hukukunda aşırı fiyatlamaya uygulamalarına müdahale edilmesi gerekip gerekmediği sorunu ortaya çıkmaktadır.

2. Aşırı Fiyatlamaya Müdahale Edilmeli mi?

Doktrinde rekabet hukuku uygulamalarının aşırı fiyatlamaya müdahale etmesi gerekip gerekmediğine ilişkin bir tartışma bulunmaktadır. Müda-

hale edilmemesi gerektiğini savunanların, buna ilişkin gösterdikleri gerekçeler beş ana başlık altında toplanabilir. Aşağıda bu gerekçeler incelenecek ve akabinde bunların her birini çürüten görüşlere yer verilecektir.

İlk olarak, müdahale edilmemesi gerektiğini savunan görüşe göre, eğer bir tekel ya da hâkim durumda bulunan teşebbüs aşırı fiyat uygulamasıyla yüksek kazanç elde edebiliyorsa, bu durum, yeni firmalara cazip gelir ve onları pazara girmeye teşvik eder.⁵⁶ Hal böyle olunca da rekabet baskısı, orta ve uzun vadede hâkim durumda bulunan teşebbüsü fiyatları aşağıya çekmek zorunda bırakır.⁵⁷ Tüketiciler fiyatlar rekabetçi fiyat seviyesine gelene dek fazla fiyat ödedikleri için zarar görürler ancak bu zarar, orta/uzun vadede piyasa dengesinin kurulmasıyla telafi edilir.⁵⁸ O yüzden orta ya da uzun vadede pazarın doğal işleyişi içerisinde düzeltilebilecek olan aşırı fiyatlamaya rekabet otoritelerinin müdahale etmesi, söz konusu doğal işleyişi bozacaktır.⁵⁹ Amerikan rekabet uygulamasında bu görüş kabul görmüş ve aşırı fiyatlamaya müdahale edilmemesi politikası benimsenmiştir.⁶⁰

Her ne kadar ikna edici gibi görünse de yukarıdaki görüşün değerlendirme dışı bıraktığı üç husus vardır. Öncelikle, pazara 'giriş engelleri'ni göz ardı edilmektedir.⁶¹ Hâlbuki tekel veya hâkim durumunda olan bir teşebbüs varsa pazarın bazı yapısal özellikleri gereği giriş engelleri olabilir. Buna

⁴⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz., **Marshall**, Alfred (1890), *Principles of Economics*, London, Macmillan.

⁴⁷ Tam rekabetçi piyasa, çok sayıda firmanın bulunduğu, malların tam ikame edilebilirliğinin olduğu piyasadır. Böylece piyasada belirlenen fiyata göre, rekabet baskısıyla firmalar fiyatlarını belirlemekte, bu da onları kârlarını aşağıya çekmek durumunda bırakmaktadır. **Sanlı**, s. 83.

⁴⁸ **Evans & Padilla**, s.100; **O'Donoghue & Padilla**, s. 733.

⁴⁹ **O'Donoghue & Padilla**, s. 733.

⁵⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz., **Spiegel**, Henry W. 'Scholastic Economic Thought': J. Eatwell, M. Milgate ve P. Newman (editörler) (1991), *The World of Economics*, London, The New Palgrave, s. 627 vd.

⁵¹ **Gerber**, David J. (1998), *Law and Competition in Twentieth Century Europe: Protecting Prometheus*, Oxford, Oxford University Press, s. 264. Aksi görüşte olan Akman, ABİDA m.102'nin hazırlık çalışmalarını inceleyerek bu maddenin aslında ordoliberal düşüncenin ürünü olmadığını ortaya koymuştur. **Akman**, Pınar (2009) 'Searching for the Long-Lost Soul of Article 82 EC', *Oxford Journal of Legal Studies*, S:29, s. 269.

⁵² **Evans & Padilla**, s.101; **O'Donoghue & Padilla**, s. 733.

⁵³ **O'Donoghue & Padilla**, s. 733.

⁵⁴ Sanlı, bunu terim karmaşası olarak ifade etmektedir. **Sanlı**, s. 88.

⁵⁵ **O'Donoghue & Padilla**, s. 733.

⁵⁶ **Whish & Bailey**, s. 719; **O'Donoghue & Padilla**, s. 735; **Bishop**, Simon & **Walker**, Mike (2010) *The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement*, 3. Bası, London, Sweet & Maxwell, s.171; **Sanlı**, 89; **Pozdnakova**, Alla (2010), 'Excessive Pricing and the Prohibition of the Abuse of a Dominant Position', *World Competition*, S: 33, C:1, s. 122.

⁵⁷ **Ezrachi & Gilo**, s. 254; **Sanlı**, s. 89.

⁵⁸ **Sanlı**, s. 119.

⁵⁹ **Whish & Bailey**, s. 719; **Sanlı**, s. 89.

⁶⁰ **Fox**, Eleanor M. (1986), 'Monopolization and Dominance in the United States and the European Community: Efficiency, Opportunity and Fairness', *Notre Dame Law Review*, S:61, s. 993-994; *Verizon Communications Inc v Law Offices of Curtis Trinkl* 540 US 398 [2004] ("Verizon").

⁶¹ **Sanlı**, s. 119.

örnek olarak, verimsizlik nedeniyle aşırı fiyatlandırma ya rağmen kârlılığın olmaması veya pazara giriş için büyük çapta yatırımın gerekmesi verilebilir.⁶² Benzer şekilde, pazara giriş hukuken mümkün olmayabilir. Örneğin, patent ya da imtiyaz korumasından yararlanan teşebbüs ya da kısıtlı doğal kaynakları veya hammaddeyi kontrol ederek doğal tekel konumunda bulunan teşebbüs, aşırı fiyatlandırma yapma olanağı bulur. Böyle yüksek giriş engellerinin bulunduğu pazarlara, aşırı fiyatlandırma yapılsa dahi, yeni rakiplerin (*new entrants*) girmesi mümkün olmaz.⁶³

Yukarıdaki görüşün göz ardı ettiği ikinci husus, pazara giriş engelleri düşük olsa da aşırı fiyatlandırmanın, yeni rakipleri pazara girmeye sevk etmeye bilecek olmasıdır.⁶⁴ Şöyle ki, Ezrachi ve Gilo'ya göre, potansiyel rakipler pazara girmeden önce pazara giriş öncesi – yüksek olan – fiyatları değil de girdikten sonra oluşacak fiyatı dikkate alarak pazara girip girmemeye karar verirler. Hâkim durumda bulunan teşebbüs, yeni bir rakibin pazara girmesiyle birlikte genellikle hemen fiyatları çok alt seviyelere – yıkıcı fiyat (*predatory price*) seviyesine – çekerek fiyat savaşı başlatır. Eğer hâkim durumda bulunan teşebbüs, hâlihazırda o pazarda faaliyet göstermesinin avantajları nedeniyle – deneyim, markasının tanınması, müşteri bağlılığı ve ölçek ekonomisi (*economies of scale*)⁶⁵ – potansiyel rakibe göre ekonomik olarak daha verimli (ekonomik verimlilik – *efficiency*) ya da tüketicileri kendisine çekme bakımından daha başarılı ise, aşırı fiyat uygulamasına rağmen potansiyel rakip pazara girmeyecektir.⁶⁶ Eğer potansiyel rakip, hâlihazırda pazarda faaliyet gösteren teşebbüsten (*incumbent*) ekonomik olarak daha verimli olduğu kanısında ise aşırı fiyatlandırma olsun ya da olmasın o pazara girecektir.⁶⁷

Bu noktada giriş engellerinin düşük olduğu bir pazardaki aşırı fiyatlamaya rekabet otoritesi müdahale edene dek yılların geçeceği ve o sırada yeni rakiplerin pazara girerek pazarın aşırı olan fiyatı doğal işleyişi içinde çoktan düzeltilmiş olacağı eleştirisi öne sürülebilir.⁶⁸ Ancak gözden kaçırılmamalıdır ki, rekabet hukukunun yalnızca meydana gelmiş bir ihlali durdurma amacı yoktur. Rekabet hukuku caydırıcılık amacı gereği ilk başta böyle bir ihlalin yapılmasını önlemeyi hedeflemektedir. Hâkim durumda bulunan teşebbüsü aşırı fiyatlandırma yoluyla rekabet kurallarını ihlal etmekten alıkoyacak bir yaptırım olmazsa, müdahale uygulanıp sonuç verinceye dek geçen yıllar boyunca uygulanan aşırı fiyatlandırma optimal düzeyin altında ürün/hizmet alımına sebep olacak ve ekonomik verimsizliğe yol açacaktır.⁶⁹

Aşırı fiyatın yeni rakipleri pazara çekmesiyle ilgili göz ardı edilen son husus ise böyle aşırı bir fiyatlandırmanın kartel-benzeri bir fiyatlandırma yapılmasına olanak tanınmasıdır. Eğer tüketiciler hâlihazırda pazarda faaliyet gösteren teşebbüsün uyguladığı aşırı fiyatı ödemeyi kabul etmişlerse, potansiyel rakibin pazara girmesinden sonra da ödemeye devam edebilirler. Bu da demektir ki potansiyel rakip ile hâlihazırda pazarda faaliyet gösteren teşebbüs arasında aşırı fiyat uygulamaya ilişkin bir anlaşma yapılabilir. Yüksek ve rasyonel bir danışıklı hareket etme olasılığı içeren bir pazara giriş, aşırı fiyatlandırmanın pazarın doğal işleyişi içinde düzelmesini sağlamaz.⁷⁰

İkinci olarak, müdahale edilmemesi gerektiğini savunan görüşe göre, aşırı fiyatlamaya müdahale edilmesi firmaların yatırım ve yenilik yapma motivasyonlarını düşürür,⁷¹ bir diğer deyişle, motivasyon sorunu (*incentive problem*) yaratır.⁷² Hâkim durumda bulunan bir teşebbüs yeterli büyüklükte kârlar elde etmeye devam etmelidir ki pahalı ve

⁶² Sanli, s. 89.

⁶³ Sanli, s. 89.

⁶⁴ O'Donoghue & Padilla, s. 735; Ezrachi & Gilo, s. 249; Sanli, s. 89.

⁶⁵ Ölçek ekonomisi, büyük ölçekli üreterek sürümden kazanma olarak tanımlanabilir.

⁶⁶ Ezrachi & Gilo, s. 255-256. Aynı görüşte, O'Donoghue & Padilla, s. 735-736.

⁶⁷ O'Donoghue & Padilla, s. 736.

⁶⁸ Ezrachi & Gilo, s. 263.

⁶⁹ Ezrachi & Gilo, s. 263.

⁷⁰ Ezrachi & Gilo, s. 256-257.

⁷¹ Whish & Bailey, s. 719; O'Donoghue & Padilla, s. 735; Ezrachi & Gilo, s. 250.

⁷² Sanli, s. 90; Akman, Pinar & Garrod, Luke (2010), 'When Are Excessive Prices Unfair?', University of East Anglia, CCP Working Paper no: 10-4, s. 3.

<https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1578181> s.e.t. 17 Aralık 2018.

riskli olan araştırma ve geliştirme (ar-ge) faaliyetlerine devam etsin.⁷³ Bu, aşırı fiyatlamının ve dolayısıyla aşırı kazanç elde etmenin pozitif etkisi (*positive effects*) olarak adlandırılmaktadır.⁷⁴

Ancak bu görüş savunulacak olursa hâkim durumda bulunan bir teşebbüsün yeterli büyüklükte kâr elde etmesinin önünü açmak için yaptığı rekabete aykırı hiçbir davranışa müdahale edilmemesi gerektiği gibi bir anlam çıkabilir. Sonuçta hâkim durumda bulunan bir teşebbüsün dışlayıcı hareketler ile rakiplerinin pazardan çıkmasına sebep olması da ona yeterli büyüklükte kâr elde ettirecek bir uygulamadır. O yüzden de hâkim durumda bulunan bir teşebbüse yeterli büyüklükte kâr elde etmesi için rekabete aykırı aşırı fiyatlama yapma serbestisi değil, doğru motivasyonlar sağlanmalıdır.⁷⁵

Üçüncü olarak, müdahale edilmemesi gerektiğini savunan görüşe göre, uygulamada rekabetçi fiyatı ve hâlihazırda piyasada uygulanan fiyatın aşırı olup olmadığını tespit etme belirsizlikler olduğundan zaten aşırı fiyata rekabet otoritelerinin müdahale etmesi beklenemez.⁷⁶ Müdahale edilmesi gerektiği kabul edilse bile fiyatın aşırı olduğunu belirleyecek gerçekçi bir hukuki test benimsenmesi ve hâkim durumda bulunan teşebbüsün bu testi uygulamak suretiyle hukuka aykırı bir fiyat belirleyip belirlemediğini tespit etmesi çok zor gözükmektedir.⁷⁷

Fakat bu görüşün dikkate alınmadığı bir husus vardır, o da, marj sıkıştırması, ayrımcı fiyatlandırma, yıkıcı fiyatlandırma ya da şartlı indirim (*conditional rebates*) ihlallerinin hepsinin aşırı fiyatlama için yapılması gereken gibi karmaşık ve detaylı bir analiz gerektirmesidir. Rekabet otoriteleri ve mahkemeler zaten bu ihlaller için maliyet-fiyat karşılaştırması ve pazar analizi şeklindeki bu türlü incele-

meleri yapmaktadırlar.⁷⁸ Ayrıca, rekabet hukukunda sınırları kesin olarak çizilemeyen ve belirsizlikler içeren buna benzer pek çok husus vardır. Örneğin, 'rekabetin sınırlanması' kriterinin tam olarak nasıl yorumlanması ve ihlalin tespitinde nasıl uygulanması gerektiği ile ilgili de kesin sınırlar çizilememektedir. Rekabet hukukunun yapısı ve rekabet ihlallerinin kendine has niteliği gereği pratikte böyle sorunlarla karşılaşılması mümkün olduğundan, yalnızca bu neden aşırı fiyatlamaya müdahale edilmesini gerektirmez.⁷⁹

Dördüncü olarak, müdahale edilmemesi gerektiğini savunan görüşe göre, bir rekabet otoritesinin aşırı fiyatlamaya müdahale etmeye karar vermesi halinde karşılaşacağı bir diğer güçlük de buna nasıl bir hukuki yaptırım uygulayacağıdır. Aşırı fiyatlamaya baş edecek (*pro-competitive*) rekabetçi bir yaptırım türü belirlenmesi kolay değildir. Gerçekleşmiş ihlal için idari para cezası mı verilmelidir, yoksa gelecekte böyle bir ihlalin tekrar gerçekleştirilmesi için sürekli kontrol gerektiren bir yaptırım mı uygulanmalıdır?⁸⁰

Bu görüş karşısında ilk akla gelen, böyle bir sorunun marj sıkıştırması ve yıkıcı fiyatlandırma ihlallerinde de ortaya çıktığıdır. Söz konusu dışlayıcı uygulamalara da rekabete aykırı olduklarında müdahale edilmekte ve yaptırım uygulanmaktadır. Aşırı fiyatlamaya ilişkin rekabet ihlali, bu hususta, sayılan ihlallerden farklı değildir.⁸¹ O'Donoghue ve Padilla, giriş engellerini azaltan ya da ortadan kaldıran yapısal ya da benzeri yaptırımlar yoluyla doğru müdahalenin yapılabileceğini savunmaktadır.⁸² Sanlı da benzer şekilde, "piyasa kurallarının işleme-
sini ve rekabet baskısının yaratılmasını sağlayacak piyasa merkezli yaptırım ve tedbirlerin uygulanması" gerektiğini savunmaktadır.⁸³

Son görüş tarafından ise, aşırı fiyatlamaya müdahale edildiğinde, müdahalenin, bir şekilde fiyatta düzenleme yapılması sonucunu doğuracağı

⁷³ **Whish & Bailey**, s. 719. Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin *Verizon* kararı da bu görüşü desteklemektedir.

⁷⁴ **AB Komisyonu** (2011), Directorate for Financial and Enterprise Affairs Competition Committee, *Excessive Prices* (DAF/COMP/WP2/WD(2011)54, Brussels), s. 3 ("AB Komisyonu, Excessive Prices").

⁷⁵ **Paulis**, s. 518. Sanlı motivasyon sorunu yaşanabilecek durumda aşırı fiyatlamaya muafiyet tanınabileceği, rekabet hukuku yaptırımları uygulanacağı durumlarda da olabildiğince sınırlı bir müdahale olması gerektiği görüşündedir. **Sanlı**, s. 91.

⁷⁶ **Whish & Bailey**, s. 719; **O'Donoghue & Padilla**, s. 735; **Ezrachi & Gilo**, s. 250.

⁷⁷ **Whish & Bailey**, s. 719.

⁷⁸ **O'Donoghue & Padilla**, s. 736.

⁷⁹ **Sanlı**, s. 125.

⁸⁰ **Whish & Bailey**, s. 719.

⁸¹ Bkz., **Paulis**, s. 517.

⁸² **O'Donoghue & Padilla**, s. 736.

⁸³ Soruşturma açıldığının ilanının dahi pazara yeni girişleri teşvik etmesi ve aşırı fiyatlamaya son verilmesi hususunda hâkim durumda bulunan teşebbüs üzerinde baskı yaratması mümkündür, **Sanlı**, s. 127.

öne sürülmektedir.⁸⁴ Müdahale edilmemesi gerektiğini savunan bu görüşe göre, rekabet otoriteleri fiyat belirleyen kuruluşlar değildir. Kaldı ki fiyat belirlemeye çalıştıklarında, pazar hakkında geniş bilgiye sahip olmadıkları için doğru fiyatı belirleme ihtimalleri de çok düşük olacaktır.⁸⁵

Ancak bu noktada gözden kaçırılmamalıdır ki, otoriteler ve mahkemeler hâlihazırda hem rekabet hem de tüketici hukuku alanında fiyat belirlemeyle ilgili müdahaleler yapmaktadırlar.⁸⁶ Aşırı fiyatlamayı belirlemek için tutarlı ve gerçekçi bir hukuki test benimsendiği takdirde fiyatta düzenleme anlamına gelen müdahaleler yapılması sorun teşkil etmeyecektir.⁸⁷

Tüm bu anlatılanlar ışığında, bir rekabet ihlali olan ve hâkim durumda bulunan teşebbüsün sömürücü davranışı sebebiyle oluşan aşırı fiyatlandırma uygulamalarına hem rekabet otoritelerinin hem de mahkemelerin, şartları oluştuğunda, müdahale etmesi ve tüketicileri bu ihlaller karşısında koruma görevlerini yerine getirmeleri gerekir. Özellikle giriş engelleri veya başkaca sebepler yüzünden rekabetçi ortamın yaratılmadığı ve dolayısıyla rekabet hukukunun piyasayı düzenleyici rolünü yerine getiremediği haller, rekabet hukuku vasıtasıyla müdahaleyi gerektiren hallerdir.⁸⁸ Bu görüşümüzün sonucu olarak karşımıza, hangi pazarların müdahale için uygun olduğu sorusu çıkmaktadır.

3. Müdahale Edilmesini Gerektiren Pazar Yapıları

Doktrinde hangi pazar yapılarının aşırı fiyatlamaya müdahale edilmesini gerektiren pazarlar olduğuna dair farklı görüşler ileri sürülmüştür. İlk olarak, Motta ve de Streel'e göre *i.* yüksek veya kalıcı giriş engelleri olan, *ii.* şu anda veya geçmişte monohasır ya da özel haklar tanındığı için tekel ya da te-

kele yakın bir durumda bulunan teşebbüsün var olduğu, *iii.* rekabet otoritesinin müdahale etmeksizin giriş engellerini etkin bir şekilde ortadan kaldırmasının mümkün olmadığı ve *iv.* sektörel bazda düzenleme yapan bir kurumun bulunmadığı pazarlara müdahale edilmelidir.⁸⁹ Evans ve Padilla ise *i.* firmanın pazarda tekele yakın konumda bulunması, *ii.* firmanın uyguladığı fiyatın toplam maliyetinin çok üstünde olması ve *iii.* söz konusu aşırı fiyatın komşu pazarlarda yeni ürün ve hizmetlerin çıkışına engel olma riskinin bulunması halinde müdahale edilmesi gerektiğini savunmaktadırlar.⁹⁰ O'Donoghue ve Padilla, hâkim durumda olan bir teşebbüsün fiyatlandırma politikasına *i.* pazarın yüksek giriş engelleri ile korunması, *ii.* tüketicilerin hâkim durumdaki firmanın ürünlerine uygun alternatif ürün bulamamaları ve *iii.* pazarda yatırım ve inovasyonun hiç ya da çok az rol oynaması durumunda müdahale edilebileceğini belirtmektedirler.⁹¹ Son olarak, Röller – eski AB Rekabet Otoritesi baş ekonomisti – müdahale edilecek pazar özelliklerini şu şekilde sıralamaktadır: *i.* önemli giriş engellerinin bulunması, *ii.* pazarın kendi kendisini düzeltme imkânının bulunmaması, *iii.* pazarı başkaca bir yapısal yolla düzeltmenin mümkün olmaması ve *iv.* sektörel bazda düzenleme yapan bir kurumun bulunmaması.⁹²

Görüldüğü üzere, tüm bu görüşlerin aşırı fiyatlamaya müdahale edilecek pazar bakımından ortak olarak sarf ettikleri tek özellik, 'yüksek giriş engellerinin varlığı'dır.⁹³ Pazara giriş engelleri düşük olsa da bunun mutlaka yeni rakiplerin pazara girmesi ve aşırı fiyatlamaya rekabet baskısı ile düzeltilmesi anlamına gelmediğini açıklamıştık.⁹⁴ Ancak ortak olarak üzerinde anlaşmaya varılan 'yüksek giriş engellerinin varlığı' kriteri müdahale için aranmalıdır, zira böyle bir durumda pazara potansiyel bir rakibin girme ihtimali bulunmadığından ya da

⁸⁴ O'Donoghue & Padilla, s. 736.

⁸⁵ Whish & Bailey, s. 720; *Attheraces Ltd v The British Horseracing Board Ltd* [2005] EXCH 3015, [2005] UKCLR 757.

⁸⁶ O'Donoghue & Padilla, s. 736.

⁸⁷ Paulis, s. 517.

⁸⁸ Sanlı, s. 120.

⁸⁹ Motta & de Streel, s. 91 vd..

⁹⁰ Evans & Padilla, s. 119.

⁹¹ O'Donoghue & Padilla, s. 776.

⁹² Röller Lars-Hendrik, 'Exploitative Abuses': Ehlermann, Claus-Dieter & Marquis, Mel (editörler) (2008) European Competition Law Annual 2007: A Reformed Approach to Article 82 EC, Oxford, Hart Publishing, s. 525-532.

⁹³ Paulis, s. 520.

⁹⁴ Bkz., II/B.

bu ihtimal çok düşük olduğundan pazarın, rekabetin olağan işleyişi içerisinde kendisini düzeltmesi mümkün olmayacaktır.

Yukarıda belirtilen diğer kriterler değerlendirilecek olursa, öncelikle pazarda tekel ya da tekele yakın durumda bulunan bir teşebbüsün faaliyeti gösteriyor olması aranmaktadır. Bu kriterin süreklilik gösteren yüksek giriş engelleri ile bağlantılı olduğu açıktır. Böyle bir giriş engelini varlığı, pazarda tekel ya da tekele yakın bir durumda bulunan bir teşebbüsün oluşmasına yol açar. Dolayısıyla, müdahale için 'yüksek giriş engellerinin varlığı' kriterinin aranması yeterli olup ayrıca teşebbüsün tekel ya da tekele yakın bir durumda olup olmadığını araştırmaya gerek olmadığı savunulmuştur.⁹⁵ Kanımızca yüksek ve sürekli giriş engellerinin yanı sıra pazarda tekel ya da tekele yakın bir durumda bulunan bir teşebbüsün var olup olmadığını araştırmak bir sakınca bulunmamaktadır. Zira ilk bakışta tekel ya da tekele yakın bir durumda bulunan bir teşebbüsün var olup olmadığını tespit etmek daha kolay olacaktır. Pazarın kendi kendisini düzeltme imkânının bulunmaması kriteri de aynı şekilde yüksek giriş engelleri içerisinde değerlendirilebilir.

Bir diğer kriter olan münhasır ya da özel haklar tanındığı için tekel ya da tekele yakın bir durumda bulunan bir teşebbüsün olması kriteri de yine süreklilik gösteren yüksek giriş engelleri ile bağlantılıdır. Zira doğal ya da hukuki tekel durumları yüksek giriş engelleri yaratır.⁹⁶ Pazara giriş engellerinin neden olduğundan ziyade hâlihazırda var olup olmadığının araştırılması yeterlidir.⁹⁷ Ayrıca münhasır ya da özel haklar tanınması nedeniyle tekel ya da tekele yakın bir durumun oluşması kriterinin aranması, aşırı fiyatlamaya müdahalenin yalnızca yeni özelleşmiş telekomünikasyon ya da enerji gibi sektörlere yapılması anlamına geleceği, ancak rekabet hukukunun hâkim durumun kötüye

kullanılması ile ilgili kurallarının sektörel bazda uygulanmak için tasarlanmadığı eleştirisine sebep olmuştur.⁹⁸

Müdahale etmeksizin rekabet otoritesinin etkin bir yolla giriş engellerini ortadan kaldırmasının mümkün olmamasına ilişkin kriter bakımından ise ifade edilmek istenen dışlayıcı davranışlar olan stratejik giriş engelleri değildir. Burada hâlihazırda bulunan hukuki giriş engellerinden bahsedilmektedir. Hukuki giriş engellerini ortadan kaldırmak için lobi faaliyetlerinin yapılabileceği, ancak bunun doğrudan aşırı fiyatlamaya müdahale edilmemesi anlamına gelmeyeceği ifade edilmiştir.⁹⁹ Görüldüğü üzere, bu kriter de giriş engelleri ile bağlantılıdır.

Sektörel bazda düzenleme yapan bir kurumun bulunmaması halinde müdahale edilmesi gerektiğine ilişkin kriter bakımından ise akla şöyle bir soru gelmektedir: böyle bir kurum bulunmasına rağmen kurumun müdahale etmeme kararı alması ya da hâkim durumda bulunan teşebbüsün rekabete aykırı olan davranışını devam ettirmesine izin vermesi halinde rekabet kurumları ve mahkemeler yine de müdahale etmemeli midir?¹⁰⁰ Böyle bir durumda rekabet kurumları ve mahkemeler, sektörel düzenleme yapan kurumların harekete geçmediği ya da rekabet hukukuna aykırı karar aldıkları hallerde hâkim durumda bulunan teşebbüsün uyguladığı aşırı fiyatlamaya müdahale etme opsiyonunu ellerinde bulundurmalıdırlar. Komisyonunun, sektörel bazda düzenleme yapan kuruluşların aşırı fiyatlamayı engellemedikleri veya aşırı fiyatlamayı pozitif buldukları vakalara müdahale ettiği görülmüştür.¹⁰¹

Aşırı fiyatın komşu pazarlarda yeni ürün ve hizmetlerin çıkışına engel olma riskinin bulunması halinde müdahale edilmesi gerektiğine ilişkin kriter, AB'de dışlayıcı anlaşmayı reddetmenin (*exclusionary refusal to supply*) ötesinde tüketicilere aşırı fiyat yüzünden ürün/hizmetin hiç sunulmadığı durumlarda¹⁰² uygulanmıştır.¹⁰³ Ancak Evans ve Padilla'nın giriş engellerini hiç saymayıp müdahaleyi bu kriterle sınırlandırması doğru olmamıştır.

⁹⁵ Paulis, s. 520.

⁹⁶ Paulis, s. 520.

⁹⁷ Paulis, s. 520.

⁹⁸ O'Donoghue & Padilla, s. 771.

⁹⁹ Paulis, s. 521.

¹⁰⁰ Paulis, s. 520.

¹⁰¹ AB Komisyonu, COMP/C-1/37.451, 37.578, 37.579 Deutsche Telekom AG [2003] OJ L263/9; AB Komisyonu,

COMP/38.784 Wanadoo España v Telefónica [2007] OJ C 83/6.

¹⁰² Joined Cases C-241/91 and C-242/91 P, Radio Telefis Eireann (RTE) and Independent Television Publications Ltd (ITP) v Commission [1995] ECR 743; Case C-418/01, IMS Health GmbH & Co OHG v NDC Health GmbH & Co KG [2004] ECR I-5039.

¹⁰³ Paulis, s. 521.

Son olarak, pazarda yatırım ve inovasyonun/ar-ge'nin hiç ya da çok az rol oynaması durumunda müdahale edilmesine ilişkin kriter, önemli kriterlerden biridir. Zira pratikte görüldüğü üzere müdahale edildiğinde teşebbüslerin yenilikçi yatırımlar yapmaya ilişkin motivasyonu azalabilir.¹⁰⁴ Yüksek kazanç genellikle ar-ge'si daha iyi yapılmış ve risk alan bir yatırımın sonucunda elde edildiğinden, müdahale ile yenilikçi ve risk alan tutum cezalandırılmamalıdır.¹⁰⁵ Ayrıca gözden kaçırılmamalıdır ki, ar-ge maliyetini karşılayabilmek için de fiyatlar üretim maliyetinin çok üzerinde belirlenmiş olabilir.¹⁰⁶ Fakat yatırım ve ar-ge'nin yüksek olduğu pazarlarda – mutlaka kalıcı olmasa da – yüksek giriş engelleri bulunmaktadır.¹⁰⁷ Kaldı ki, inovasyonun yüksek olduğu pazarlarda uygulanan aşırı fiyatların tamamen müdahale dışı bırakılması doğru bir yaklaşım olmayacaktır. Yalnızca bu noktada müdahale ederken teşebbüslerin motivasyonu ile yapılacak müdahale arasında denge sağlanması gerekir.¹⁰⁸

Sonuç olarak, yukarıdaki tartışma, yüksek ve kalıcı giriş engellerinin olduğu ve bunun sonucunda da tekel ya da tekele yakın konumda olan bir teşebbüsün bulunduğu pazarlara müdahale edilmesi gerektiğine işaret etmektedir. Müdahale için yüksek ve kalıcı giriş engelleri aranmaksızın diğer kriterlerin aranması uygun görünmemektedir.¹⁰⁹ Buradan hareketle aşağıdaki bölüm, AB rekabet hukuku uygulamasında aşırı fiyatlamaya ilişkin yaklaşımı ve bu yaklaşımdaki tutarsızlıkları inceleyecektir.

III. AB UYGULAMASINDA DAVALAR VE AŞIRI FİYATIN TESPİTİ

A. MAHKEME İÇTİHATLARI

1. General Motors

*General Motors*¹¹⁰, Komisyon'un aşırı fiyatlamayı tespit ettiği ve hâkim durumda bulunan teşebbüse idari para cezası verdiği ilk karardır. Karara

konu olay, Belçika'nın, trafiğe uygunluk standartlarının denetlenmesi ve uygunluk belgelerinin verilmesi görevlerini araba üreten teşebbüslere devretmesi üzerine gerçekleşmiştir.¹¹¹ Belçika, denetleme için özel şirket niteliğindeki teşebbüslere veya onların yetkili temsilcilerine tam yetki vermiş ve denetim karşılığı alınacak ücret bakımından da herhangi bir kısıtlama getirmemiştir.¹¹² Bu kapsamda General Motors şirketi, pazarda hukuki tekel (*legal monopoly*) pozisyonuna ve bunun sonucu olarak da fiyatları istediği gibi belirleme özgürlüğüne sahip olmuştur.¹¹³ Şirket, ilk başta bu hizmet için 146 Euro talep etmiş, sonrasında bu fiyatı Avrupa'dan ithal edilen arabalar için 25 Euro'ya kadar düşürmüştür.¹¹⁴

Komisyon, General Motors'un Avrupa'dan ithal edilen arabalara uyguladığı fiyatı aşırı ve ABİDA m.102(a)'ya (o zaman yürürlükte olan Roma anlaşması kapsamında m.86'ya) aykırı bulmuştur. Kararına gerekçe olarak *i.* Avrupa'dan ithal edilen arabaların denetim maliyetinin Amerika'dan ithal edilenlere göre çok daha düşük olmasına rağmen ikisine de aynı fiyatın uygulanmasını, *ii.* General Motors'un yüksek fiyatı ödemek istemeyen müşterilerine bu hizmeti 25 Euro'dan sunmaya hazır olmasını, *iii.* diğer üreticilerin yetkili temsilcisi olarak hareket eden Belçika firmalarının General Motors'un verdiği hizmeti 70 Euro ve altında fiyatlara sağlamasını ve *iv.* General Motors'un hukuki tekel olmadan önce Belçika hükümetinin bu hizmet için talep ettiği ücretin sadece 30 Euro olmasını göstermiştir.¹¹⁵

Temyiz edilerek önüne gelen davada ABAD, sunulan hizmetin ekonomik değerine (*economic value*) kıyasla aşırı olan bir fiyatın haksız bir fiyat oluşturacağını ve bunun da hâkim durumun kötüye kullanılması olduğunu belirtmiştir.¹¹⁶ Bunu takiben ABAD, Komisyon'un kararını bozmuş, buna gerekçe olarak da çok yeni ve alışılmıştın dışında olan

¹⁰⁴ Paulis, s. 521.

¹⁰⁵ AB Komisyonu, Excessive Prices, s. 4.

¹⁰⁶ Paulis, s. 522.

¹⁰⁷ Paulis, s. 521.

¹⁰⁸ AB Komisyonu, Excessive Prices, s. 4.

¹⁰⁹ Paulis, s. 522.

¹¹⁰ AB Komisyonu, 75/75/EEC *General Motors Continental* [1975] OJ L 29/14, [1975] 1 CMLR D20.

¹¹¹ Sanlı, s. 100.

¹¹² AB Komisyonu, Excessive Prices, s. 5.

¹¹³ AB Komisyonu, Excessive Prices, s. 5.

¹¹⁴ Motta & de Streel, s. 99.

¹¹⁵ Motta & de Streel, s. 99.

¹¹⁶ Case 26/75 *General Motors v Commission* [1975] ECR 1367, [1976] 1 CMLR 95, para 12.

bir hizmeti ilk kez sunarken fazla fiyat istenmesinin normal olduğunu ve sonrasında zaten fiyatın hemen hizmetin ekonomik değerine uygun bir fiyata getirildiğini göstermiştir. Sonuç olarak ABAD, aşırı fiyat uygulamasının geçici bir durumu yansıtmamasından bahisle müdahalenin gereksiz olduğu kanaatine varmıştır.¹¹⁷ Her ne kadar *General Motors* kararı, ABAD'nın m.102(a)'nın aşırı fiyatlamaya uygulanacağını onaylaması bakımından önemli olsa da¹¹⁸ ekonomik değer ne olduğunu tanımlamaması ve bir fiyatın haksız olduğunun nasıl tespit edileceğini söylememesi bakımından eksik kalmıştır.¹¹⁹

2. United Brands

Aşırı fiyatlamasının tartışıldığı ve ABAD'nın iki aşamalı bir hukuki test öngördüğü ikinci dava, *United Brands* davasıdır.¹²⁰ United Brands Company (UBC), Chiquita markasına da sahip, dünyanın en büyük muz şirketi olup Belçika, Lüksemburg, Danimarka, Almanya, İrlanda ve Hollanda'da satılan muzların %45'ini sağlamaktadır, yani %45 pazar payına sahiptir.¹²¹ Komisyon, diğer ihlallerin yanı sıra bu davada UBC'nin aşırı fiyatlamaya yaptığına da hükmetmiştir. Buna göre Komisyon, UBC'nin markalı ve markasız muzlarının fiyatlarını karşılaştırıp Chiquita markalı muzların diğerlerine kıyasla %30-40 daha fazla fiyata satıldığını ve Chiquita markalı muzların fiyatını diğer teşebbüslerin muzları ile karşılaştırıp yine Chiquita'nın rakiplerin fiyatlarından daha fazla fiyatla satıldığını tespit etmiştir.¹²²

Komisyon'un aşırı fiyatlama ihlali yapıldığına ilişkin temel dayanağı, diğer üye ülkelere kıyasla UBC'nin muzlarını en düşük fiyatla sattığı ülkenin İrlanda olması ve buna rağmen İrlanda'da kâr elde etmesi olmuştur. Komisyon, Dublin limanına taşıma maliyetiyle diğer üye ülkelere taşıma maliyetini de hesaba katmış ama yine de Danimarka, Hol-

landa, Belçika, Lüksemburg ve Almanya'da uygulanan fiyatların İrlanda'daki fiyatlardan iki kat daha fazla olduğunu bulmuştur.¹²³ Buna istinaden, Komisyon, UBC'nin üretim fiyatlarını dikkate alarak adil bir fiyat belirlemeye çalışmaksızın İrlanda dışında uygulanan fiyatın aşırı olduğuna karar vermiştir.¹²⁴ Sonuç olarak, UBC'ye hem idari para cezası verilmiş hem de fiyatı belirli seviyelere düşürmesi – örneğin, Hollanda için fiyatta en az %15 oranında azalma – istenmiştir. Fiyatların düşürülüp düşürülmediğinin denetimi bakımından UBC'nin 2 yıl boyunca 6 aylık raporlarını Komisyona sunmasına karar verilmiştir.¹²⁵

Bu kararı temyiz eden UBC, Komisyon'un gösterdiği temel dayanağa karşı iddialarda bulunmuş, İrlanda'da her zaman kâr elde etmediğini, örneğin, 1975 yılı hariç olmak üzere 1973-1978 yılları arasında hiç kârlılığı olmadığını ileri sürmüştür.¹²⁶ Böylelikle dava ABAD'nın önüne gelmiştir. İlk olarak ABAD, önceki kararında olduğu gibi, sunulan ürün/hizmetin ekonomik değeriyle makul bir bağlantısı olmayan bir fiyatın haksız bir fiyat olduğunu, bunun da kötüye kullanma oluşturacağını tekrarlamıştır. Ekonomik değeri belirlemede ilk aşamanın ise fiyatla üretim maliyetini karşılaştırmak olduğu ifade edilmiştir.¹²⁷ Devamında ABAD iki aşamalı bir test önermiştir: *i.* maliyet ile fiyatı karşılaştırmak ve *ii.* fiyatın kendi içinde ya da rakiplerin fiyatlarıyla karşılaştırınca haksız olup olmadığını saptanmak.¹²⁸ Bu test, bundan sonra *United Brands* testi olarak adlandırılmıştır.

Testin ilk aşaması bakımından ABAD'na göre, maliyet-fiyat karşılaştırması sonucu bulunan kâr marjının aşırı yüksek olduğu belirlenirse testin ikinci aşamasına geçilecektir.¹²⁹ Burada kötüye kullanma bulunduğunu gösteren bir veri olarak kabul edilen 'aşırı yüksek kâr marjı' ifadesinin ne anlama

¹¹⁷ **AB Komisyonu**, *Excessive Prices*, s. 6.

¹¹⁸ **Sanlı**, s. 100.

¹¹⁹ **Sanlı**, s. 100; **AB Komisyonu**, *Excessive Prices*, s. 5; **Motta & de Streel**, s. 99.

¹²⁰ *Case 27/76 United Brands Company and United Brands Continental BV v Commission of the European Communities - Chiquita Bananas* [1978] ECR 207, [1978] 1 CMLR 429 ("Chiquita").

¹²¹ *Chiquita*, para 7; **O'Donoghue & Padilla**, s. 742.

¹²² *Chiquita*, para 5.

¹²³ *Chiquita*, para 3(c).

¹²⁴ **O'Donoghue & Padilla**, s. 743.

¹²⁵ *Chiquita*, bölüm B.

¹²⁶ **O'Donoghue & Padilla**, s. 743.

¹²⁷ *Chiquita*, para 251.

¹²⁸ *Chiquita*, para 250, 252.

¹²⁹ *Chiquita* para 251-252.

geldiği açıklanmamıştır.¹³⁰ Ayrıca ABAD bu noktada, ekonomistlerin geliştirdiği diğer yöntemlerle de bir fiyatın haksız olup olmadığının tespit edilebileceğini ifade etmiştir.¹³¹ Doktrin, haklı olarak, ABAD'nın 'diğer yöntemler'den kastının ne olduğunu açıklamamasını eleştirmiştir.¹³² Testin ikinci aşamasında ise fiyatın hâkim durumda bulunan teşebbüsün uyguladığı diğer ve karşılaştırılabilir fiyatlarla ya da benzer ürünlere rakipler tarafından uygulanan fiyatlarla karşılaştırılması öngörülmüştür.¹³³

Testi önündeki olaya uygularken ABAD, Chiquita markalı muzların diğer markasız muzlara kıyasla %30-40 daha fazla fiyata satılmasını aşırı fiyatlama olarak görmüş,¹³⁴ fakat Komisyon'un üretim maliyetlerini hesaplamamasını, dolayısıyla kâr marjını dikkate almadan karar vermesini eleştirmiştir. Üretim maliyetlerinin hesaplanmasının çok külfetli bir iş olduğuna dikkat çekilse de bu davada UBC'nin iştiraklerinin sayısı ve onlarla olan ilişkisi gereği muzun üretim maliyetinin hesaplanabilir olduğu belirtilmiştir.¹³⁵ Böylece Komisyon testin ilk aşamasını sağlamayı başaramamıştır. Ayrıca ABAD, İrlanda satışlarının son 5 yıl boyunca -1975 hariç- kâr sağlamadığı hesaba katılırsa Komisyon'un İrlanda'daki fiyatları, aşırı fiyatlamayı belirlemek için bir kıstas olarak kullanmasını doğru bulmamıştır.¹³⁶ UBC'nin fiyatlarını rakiplerin fiyatlarıyla karşılaştıran ABAD, aralarında yalnızca %7'lik bir fiyat farkı bulmuş ve bu farkın da otomatik olarak aşırı fiyatlamaya işaret etmediğini ifade etmiştir.¹³⁷ Bu tespitle Komisyon'un testin ikinci aşamasını sağlamada da başarısız olduğu vurgulanmış ve UBC'nin aşırı fiyatlama yaptığına ilişkin Komisyon kararı bozulmuştur.

Sonuç olarak, *United Brands*, aşırı fiyatlamasının nasıl tespit edileceğine ilişkin ABAD'nın yön gösteren ilk kararı olmuştur.¹³⁸ Bu davada ABAD'nın *United Brands* testinin kümülatif olarak

uygulanacağı yönündeki görüşüne¹³⁹ rağmen bundan sonraki davalarda testin farklı şekillerde uygulandığına şahit olunacaktır.

3. British Leyland

British Leyland davasına konu olay, *General Motors*'a çok benzer olup trafiğe uygunluk standartlarının denetlenmesi ve uygunluk belgelerinin verilmesi hizmetine uygulanan fiyatın aşırı olup olmadığının tespitini içermektedir.¹⁴⁰ Buradaki tartışma, Komisyon'un *United Brands* testinin ilk aşaması olan maliyet-fiyat analizi yapmaması, bunu yapmadan *British Leyland*'ın aşırı fiyatlamaya yaptığına ilişkin karar vermesi, bu kararın da ABAD tarafından onaylanması üzerine başlamıştır.¹⁴¹ Bu noktada akla, *United Brands* testinin kümülatif olarak uygulanmasının gerekip gerekmediği ve sonuç olarak testin iki aşamasının birbirine alternatif olarak ele alınıp alınamayacağı sorusu gelmektedir.

Davaya konu olay, hem sağdan hem de soldan direksiyonlu arabalar için aynı fiyat uygulanırken soldan direksiyonlular için uygulanan fiyatın 1 Temmuz 1981'de bir anda altı katına çıkarılması ile ilgilidir.¹⁴² ABAD, öncelikle idari tekel durumunda olan bir teşebbüsün sunulan hizmetin ekonomik değeriyle orantısız bir fiyat uygulamasının kötüye kullanma oluşturacağını belirtmiştir.¹⁴³ *British Leyland* savunmasında, uyguladığı fiyatın maliyetle bağlantılı olmadığını, yalnızca bir kere olmak üzere çok özel bir araba satıcısına bu fiyatı uyguladığını söylemiştir.¹⁴⁴ Ancak fiyatın sonrasında da düşürülmediği ortaya çıkmıştır. Dolayısıyla ABAD, *British Leyland*'ın soldan direksiyonlu arabalara önceki fiyatına kıyasla altı kat daha fazla fiyat uyguladığını ve bu fiyatın aynı hizmetin verildiği sağdan direksiyonlu arabalar için istenen fiyatın da altı katı olduğunu tespit etmiştir. Sonuç olarak, *British Leyland*'ın fiyat politikasının soldan direksiyonlu arabaların tekrar ithalatını dezavantajlı hale getirdiği belirtilmiştir.¹⁴⁵

¹³⁰ Sanlı, s.102.

¹³¹ *Chiquita*, para 253.

¹³² Sanlı, s. 102; **Pozdnakova**, s. 124; **Hou**, Liyang (2011), 'Excessive Prices within EU Competition Law', *European Competition Journal*, S:47, C:7, s.58.

¹³³ *Chiquita*, para 228; **AB Komisyonu**, *Excessive Prices*, s. 10-11.

¹³⁴ *Chiquita*, s. 244.

¹³⁵ *Chiquita*, para 254.

¹³⁶ *Chiquita*, para 261-262.

¹³⁷ *Chiquita*, para 266.

¹³⁸ **Gal**, s. 30.

¹³⁹ **O'Donoghue & Padilla**, s. 745.

¹⁴⁰ Case 226/84 *British Leyland Public Limited Company v Commission* [1985] ECR 3300-3306 ("*British Leyland*").

¹⁴¹ **Gal**, s. 33.

¹⁴² *British Leyland*, para 25.

¹⁴³ *British Leyland*, para 27.

¹⁴⁴ *British Leyland*, para 29.

¹⁴⁵ *British Leyland*, para 29.

United Brands testinin ilk aşamasını oluşturan, maliyet-fiyat araştırması yapmadan¹⁴⁶ ABAD, soldan direksiyonlu arabalar için istenen fiyatla sağlanan hizmetin ekonomik değeri arasında oransızlık bulunduğunu ifade etmiştir.¹⁴⁷ Dolayısıyla, burada soldan direksiyonlu arabalar için istenen önceki ve sonraki fiyat karşılaştırılarak kötüye kullanma olduğuna hükmedilirken maliyet-fiyat analizi kapsam dışı bırakılmıştır.¹⁴⁸

4. Bodson

United Brands'te öne sürülen iki aşamalı testin iki aşamasının da kümülatif olarak mı değerlendirileceği yoksa iki aşamanın birbirlerine alternatif olarak mı aranacağı sorusunun tekrar gündeme gelmesine neden olan diğer dava, ABAD'nın önüne ön karar¹⁴⁹ usulüyle gelen *Bodson*¹⁵⁰ kararıdır. *Bodson* davasının konusu, Fransız hukukundaki cenaze töreniyle ilgili düzenlemedir. Fransa'da cenaze töreni düzenleme görevi belediyelere verilmişse de belediyelerin bazı özellikli törenler bakımından özel şirketlere münhasır yetki vermeleri mümkündür. Bu kapsamda Pompes Funebres şirketi, birçok belediye tarafından dış hizmetler (*external services*) bakımından münhasıran yetkilendirilerek büyük bir pazar payına sahip olmuştur. Bodson ise cenaze hizmeti veren pek çok firmanın oluşturduğu bir ağa dâhil olup farklı ve rekabetçi bir pazarda faaliyetini sürdürmekte ve Pompes Funebres'ten daha düşük fiyatla hizmet sunmaktadır.¹⁵¹ Bodson, Pompes Funebres'in münhasıran yetkilendirildiği bir pazarda hizmet sununca Pompes Funebres'in açtığı, verdiği hizmeti durdurmasını talep eden davayla karşılaşmış ve hakkında ihtiyati tedbir kararı veri-

lince buna ilişkin yaptığı itirazında Pompes Funebres'in hâkim durumunu kötüye kullanarak aşırı fiyatlamaya yaptığını da iddia etmiştir.

Ön karar usulü ile önüne gelen davada ABAD, burada yalnızca *United Brands* testinin ikinci aşamasını uygulayarak aşırı fiyatlama olup olmadığının bulunabileceğini belirtmiştir. Münhasır yetkilendirilen bir şirketin uyguladığı fiyat ile farklı pazarda faaliyet gösteren ancak münhasır yetkilendirilmeyen şirketlerin fiyatlarının karşılaştırabileceğini söylemiştir (coğrafi fiyat karşılaştırması).¹⁵² ABAD, rekabetçi bir piyasada faaliyet gösteren münhasır yetkilendirilmeyen şirketlerin fiyatlarıyla münhasır olarak yetkilendirilmiş tekel durumunda bulunan bir firmanın fiyatlarını karşılaştırmıştır.¹⁵³ Bu karar sonucunda *United Brands* testinin ilk aşaması olan maliyet-fiyat arasındaki fark bulunmadan aşırı fiyatlamının tespit edilebileceği ve iki aşamanın birbirine alternatif olarak arandığı kanısı güçlenmiştir.¹⁵⁴

5. SACEM

*SACEM*¹⁵⁵ kararında ABAD, aşırı fiyatlamayı belirlemek için farklı bir coğrafi bölgede hâkim durumda bulunan teşebbüse rakip olabilecek bir faaliyeti yürüten teşebbüsün fiyatlarını karşılaştırma için esas almıştır.¹⁵⁶ *Societe des Auteurs, Compositeurs at Editeurs de Musique* (SACEM) Fransa'da telif haklarını toplayan, ulusal tekel konumunda bulunan bir kurumdur. Fransa'daki diskolar, SACEM'in diğer üye ülkelerde telif haklarını toplayan benzer kurumlara oranla lisans için çok daha fazla ücret istediğini iddia etmişlerdir. Ön karar usulü ile önüne gelen davada ABAD, hâkim durumda bulunan teşebbüsün devamlı olarak yapılan

¹⁴⁶ Gal, s. 33.

¹⁴⁷ *British Leyland*, para 30.

¹⁴⁸ Hou, s. 59.

¹⁴⁹ İngilizcesi *preliminary ruling* olarak ifade edilen ön karar ile ilgili ayrıntılı açıklama için bkz., Dörter, Pınar (2008) 'Avrupa Toplulukları Adalet Divanı'nda Ön Karar Usulü ile Görülen Davalar' (Yüksek Lisans) Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, <<http://dspace.deu.edu.tr/xmlui/bitstream/handle/12345/11155/226860.pdf?sequence=1>> s.e.t. 17 Aralık 2018.

¹⁵⁰ Case 30/87 *Corinne Bodson v Pompes Funebres des régions libérées SA* [1988] ECR. 2479, [1989] 4 CMLR 984 ("*Bodson*").

¹⁵¹ Quitzow, Carl M. (2001) *State Measures Distorting Free Competition in the EC: A Study of the Need for a New Community Policy Towards Anti-Competitive State Measures in*

the EMU Perspective, The Netherlands, Kluwer Law International, s. 121.

¹⁵² *Bodson*, para 31.

¹⁵³ AB Komisyonu, *Excessive Prices*, s. 12; Gal, s. 36. Ayrıca bu yönetime 'yardstick' yöntemi denilmektedir, *Which & Bailey*, s. 723.

¹⁵⁴ Gal, s. 35; Hordijk, Erik P. 'Excessive Pricing Under EC Competition Law: An Update in the Light of Dutch Developments': Hawk, Barry (editör) (2002) *International Antitrust Law and Policy: Fordham Corporate Law Institute Annual Proceedings 2001*, New York, Juris Publishing, s. 469-472.

¹⁵⁵ Case C-395/87 *Ministère public v Jean-Louis Tournier* [1989] ECR 2521, [1991] 4 CMLR 248 ("*SACEM I*"); Joined Cases 110/88, 241/88 and 242/88 *Lucazeau and others v SACEM* [1989] ECR 281 ("*SACEM II*").

¹⁵⁶ Gal, s. 33.

karşılaştırmalarda diğer üye ülkelerde aynı hizmete istenen fiyatın çok üstünde fiyat istemesinin kötüye kullanmaya işaret ettiğine hükmetmiştir. Hâkim durumda bulunan teşebbüsün faaliyet sürdürdüğü ülke ile diğer üye ülkeler arasındaki objektif farklılıkları kanıtlayarak kendisinin diğerlerine nazaran neden aşırı fiyat uyguladığını haklı gösterebileceği, dolayısıyla ispat yükünün üzerinde olduğu ifade edilmiştir.¹⁵⁷ Bu bakımdan aslında *United Brands* testinin ilk aşamasının göz önüne alındığı söylenebilir.¹⁵⁸ ABAD, Fransa'nın diğer üye ülkelerden farklı olduğu yönüne ilişkin SACEM'in ileri sürdüğü argümanların bu derecede bir fiyat farkı yaratacağına ikna olmamıştır.¹⁵⁹ Zira ABAD, makul fiyatı tespit ederken aşırı ya da orantısız maliyetlerin dikkate alınmayacağını söylemiştir. Davaya konu kurum fiilen tekel konumunda olup rekabet yokluğu nedeniyle yüksek yönetim giderlerine sahiptir ve bu giderleri düşürmek için de hiçbir nedeni yoktur.¹⁶⁰ Bu yüzden de ABAD, yüksek maliyetlerin aşırı fiyatlamayı açıklamak için kullanılmayacağını belirtmiştir.

SACEM'e konu olayda ürün, bir müzik eserinin yaratımı ve korunması olduğundan, söz konusu ürüne ilişkin bir maliyet-fiyat analizi yapmak mümkün olmamıştır. Bu sebeple, *United Brands* testinin ilk aşaması uygulanamamış, ikinci aşama olan birbiriyle karşılaştırılabilir pazarlarda uygulanan fiyatlar, aşırı fiyatlamayı bulmak için kullanılmıştır.¹⁶¹ Hem SACEM hem de *Bodson* kararları, benzer şekilde, birbiriyle karşılaştırılabilir pazarlardaki fiyat kıyaslamasını tek başına aşırı fiyatlamının tespitinde kullanmışlardır. Hâlbuki SACEM'de gerçekten maliyet-fiyat analizi yapılamazken *Bodson*'da cenaze hizmetleri için yapılabilirdi.¹⁶² Bu karar da ilk aşamasını uygulamak mümkün olmadığı için *United Brands* testinin yalnızca ikinci aşamasının aşırı fiyatlamayı bulmak için kullanıldığını göstermektedir.

6. Deutsche Post

Bu dava, Alman posta servisinin (*Deutsche Post*) İngiltere'den Almanya'ya gönderilen postalar için aşırı fiyat istediğine ve bu postaları haftalarca geciktirdiğine ilişkin İngiliz posta servisinin (*British Post Office*) Komisyon'a yaptığı şikâyet üzerine görülmüştür. Komisyon, Alman posta servisinin Alman posta pazarında hukuki tekel konumunda olduğunu¹⁶³ ve İngiltere'den gönderilen postalara, sağladığı hizmetin ekonomik değerinin en az %25 üzerinde bir fiyat uyguladığını tespit etmiştir.¹⁶⁴ Kararda, *General Motors* ve *United Brands*'e atıf yapılarak bir fiyatın adil bir fiyat olup olmadığını belirlemek için fiyatla ürünün ekonomik değerini kıyaslamak gerektiği ve ekonomik değer de maliyete belirli bir kâr marjı eklenerek bulunacağı ifade edilmiştir. Ancak o sırada Alman posta servisi şeffaf bir maliyet muhasebesi sistemine sahip olmadığından maliyeti bulmak için detaylı bir maliyet analizi yapılması gerekmiştir.¹⁶⁵ Komisyon da Alman posta servisinin sağladığı hizmetin maliyetini bulmak için detaylı bir analiz yapamayacağını belirtmiş, alternatif olarak Alman posta servisinin Almanya'dan ülke dışına gönderilen postalara uyguladığı fiyat ile ülke dışından Almanya'ya gönderilen postalara uyguladığı fiyatı karşılaştırarak %25 rakamını bulmuştur.¹⁶⁶ Böylece Komisyon, Alman posta servisinin pazardaki hâkim durumunu kötüye kullandığına, uyguladığı fiyatla servisin gerçek maliyeti arasında makul bir bağ bulunmadığına, aşırı fiyatlarla tüketicileri sömürdüğüne hükmetmiş ve teşebbüse sembolik bir para cezası –1000 Euro– vermiştir.¹⁶⁷

Aşırı fiyatlandırmayı araştırırken Komisyon'un maliyet analizi yapmayı eleştirilmiştir. Whish ve Bailey bu davada maliyeti bulmanın kolay olmadığını fakat imkânsız da olmadığını, ayrıca daha önce de karmaşık maliyet analizleri yapılan davaların bulunduğunu belirtmiştir.¹⁶⁸ Görüldüğü gibi, bu davada da *United Brands* testinin ilk aşaması uygulanmamıştır.¹⁶⁹

¹⁵⁷ SACEM I, para 25. Gal'e göre böylece ispat külfeti davalıya yüklenmiş olmaktadır; bu da ABAD'nın ispat külfetini Komisyon'a yüklediği *United Brands* kararıyla çelişmektedir. Gal, s. 34.

¹⁵⁸ AB Komisyonu, Excessive Prices, s. 12. Ayrıntılı açıklama için bkz., aşağıdaki bölüm 2.8.

¹⁵⁹ AB Komisyonu, Excessive Prices, s. 7.

¹⁶⁰ Whish & Bailey, s. 723.

¹⁶¹ Gal, s. 34.

¹⁶² Gal, s. 35; Hordijk, s. 469-472; O'Donoghue & Padilla, s. 744.

¹⁶³ *Deutsche Post AG*, para 5-6-7.

¹⁶⁴ *Deutsche Post AG*, para 162, 166.

¹⁶⁵ AB Komisyonu, Excessive Prices, s. 13.

¹⁶⁶ *Deutsche Post AG*, para 162-166.

¹⁶⁷ AB Komisyonu, Excessive Prices, s. 8.

¹⁶⁸ Whish & Bailey, s. 722.

¹⁶⁹ Aynı şekilde ilk aşama uygulanmadan yalnızca ikinci aşamanın uygulandığı bir diğer dava da AB Komisyonu, COMP/38.636 *Rambus* [2009].

7. Port of Helsingborg

Helsingborgs Hamn AB (HHAB), İsveç'in Helsingborg şehrindeki Helsingborg limanının işletilmesinde tek sorumlu olan şirket olup doğal tekel konumunda bulunmaktadır. HHAB limandaki inşaat işlerini yapmakta, limanı kullanan gemilere ilişkin tüm servisi sağlamakta ve söz konusu servise ilişkin ücretleri belirlemektedir.¹⁷⁰ Scandlines Sverige AB (Scandlines) Komisyon'a yaptığı şikâyetinde HHAB'ın limanı kullanan feribotlara sağladığı servis için fiili maliyetini yansıtmayan aşırı fiyatlar uyguladığını ve bu yolla ABİDA m.102'yi ihlal ettiğini iddia etmiştir.¹⁷¹

Bu davada Komisyon, *United Brands* testinin kümülatif olarak uygulanması gerektiğini vurgulamıştır.¹⁷² Buna göre, ilk aşamada *i.* maliyet ile fiyat arasındaki farka bakılarak kârın aşırı olup olmadığı belirlenecek ve eğer birinci aşamada verilen cevap olumlu ise ikinci aşamaya geçilerek *ii.* fiyatın kendi içinde ya da rakip ürünlerin fiyatıyla karşılaştırıldığında haksız olup olmadığı saptanacaktır.¹⁷³

Testin ilk aşaması bakımından Komisyon, bir maliyet-fiyat analizi yapmış ve liman için istenen ücretlerden elde edilen kazancın fiilen uğranılan masraflardan fazla olduğunu bulmuştur. HHAB'ın feribotlara ilişkin servislerden kazanç sağladığı ancak limanın verdiği diğer hizmetler dolayısıyla zarara uğradığı görülmüştür.¹⁷⁴ Komisyon testin birinci aşaması sonucunda maliyet ile fiyat arasındaki farkın aşırı olup olmadığına ilişkin kararını belirtmeden ikinci aşamaya geçmiştir.¹⁷⁵

Testin ikinci aşamasında öncelikle HHAB'ın fiyatı, rakiplerin uyguladığı fiyatlarla kıyaslanmıştır. Bunun için Komisyon, HHAB'ın fiyatlarını başka limanlarda aynı hizmetler için uygulanan fiyatlarla karşılaştırmış fakat bu karşılaştırmayı yap-

ması kolay olmamıştır. Zira her limanın demirbaşlarının ve yatırımlarının, sağladığı hizmetlerle bu hizmetlerin maliyetinin ve getirisinin birbirinden çok farklı olduğu görülmüştür.¹⁷⁶ Yine de karşılaştırma sonucunda Komisyon, HHAB'ın fiyatlarının diğer liman işletmecilerinin uyguladığı fiyatlardan çok fazla olmadığını saptamıştır. Sonuç itibarıyla bu karşılaştırmanın HHAB'ın feribotlara uyguladığı fiyatların haksız olduğuna ilişkin bir kanıt sağlamadığına karar verilmiştir.¹⁷⁷

Son olarak Komisyon, fiyatların kendi içinde haksız olup olmadığını araştırmıştır. Bunun için basit bir maliyet-fiyat analizi yapmanın yeterli olmayacağı belirtilerek hizmetin ekonomik değeri üzerine yoğunlaşmıştır.¹⁷⁸ Hizmetin ekonomik değerinin maliyet ve maliyetin belli bir değeri üzerinden hesaplanan kâr marjının toplamından oluşmadığına dikkat çekilmiştir. Onun yerine ekonomik değer, davanın kendine has özellikleri ve ürün/hizmete ilişkin talep gibi fiyat-dışı faktörler dikkate alınarak belirlenmesi gerektiğine işaret edilmiştir.¹⁷⁹ Komisyon iki sebepten ötürü HHAB'ın uyguladığı fiyatların aşırı ya da haksız olmadığına karar vermiştir: *i.* Helsingborg limanının mükemmel konumunun feribotların süratli bir şekilde Øresund'a geçmelerini sağlaması ve *ii.* HHAB'ın fiyatının aşırı/haksız olduğuna ilişkin yeterli kanıt bulunmaması.¹⁸⁰

Bu karar, Komisyon'un HHAB'ı daha iyi bir hizmet sağlıyor diye cezalandırmak istemediği şeklinde yorumlanmıştır.¹⁸¹ Davada *United Brands* testi kümülatif olarak ele alınmış ve hatta Komisyon testin kümülatif bir şekilde uygulanması gerektiğine işaret etmiştir. Dolayısıyla, bu dava sonrasında da *United Brands* testinin nasıl uygulanacağı ile ilgili tartışmanın devam ettiğini söylemek yanlış olmayacaktır.

¹⁷⁰ **AB Komisyonu**, COMP/36.568/D3 *Scandlines Sverige AB v Port of Helsingborg* [2004] para 12 ("*Port of Helsingborg*").

¹⁷¹ *Port of Helsingborg*, para 16; **AB Komisyonu**, *Excessive Prices*, s. 8.

¹⁷² **O'Donoghue & Padilla**, s. 744.

¹⁷³ *Port of Helsingborg*, para 101.

¹⁷⁴ *Port of Helsingborg*, para 122.

¹⁷⁵ **AB Komisyonu**, *Excessive Prices*, s. 8.

¹⁷⁶ *Port of Helsingborg*, para 162-163.

¹⁷⁷ *Port of Helsingborg*, para 207; **AB Komisyonu**, *Excessive Prices*, s. 9.

¹⁷⁸ **Whish & Bailey**, s. 723.

¹⁷⁹ *Port of Helsingborg*, para 209; **AB Komisyonu**, *Excessive Prices*, s. 9.

¹⁸⁰ **AB Komisyonu**, *Excessive Prices*, s. 9.

¹⁸¹ **AB Komisyonu**, *Excessive Prices*, s. 13.

B. ARA DEĞERLENDİRME

1. Hukuki Test

United Brands testinin yukarıdaki kararlar kapsamında nasıl uygulandığı kısaca özetlenecek olursa, öncelikle ilk karar olan *General Motors* ile başlamak gerekir. Bu davada test daha geliştirmemiş olsa da örtülü bir şekilde maliyet-fiyat analizi yapılmıştır.¹⁸² Zira daha az maliyetli olsa da Avrupa'dan ithal arabalara Amerika'dan ithal edilenlerle aynı fiyatın uygulandığına dikkat çekilmiştir.¹⁸³ Ayrıca rakiplerin fiyatlarıyla olan kıyaslama da yapılarak ikinci aşama gerçekleştirilmiştir.

Bir sonraki karar olan *United Brands* davasında ABAD'nın iki aşamalı testi geliştirmesinin nedeni, Komisyon'un yapılabilecek olduğu halde UBC'nin üretim maliyetini bulmaması, dolayısıyla aşırı fiyatlamayı tespit ederken maliyetleri hesaba katmaması olmuştur.¹⁸⁴ Maliyet-fiyat analizine bu kadar önem verilirken *Bodson* kararında ABAD, maliyeti bulabilecek olmasına rağmen bulmamış, testin yalnızca ikinci aşamasını uygulamış ve rekabetçi bir piyasada uygulanan fiyatla hukuki tekelin bulunduğu piyasada uygulanan fiyatı birbiriyle karşılaştırmıştır.¹⁸⁵ *Deutsche Post* davasında da aynı şekilde maliyeti bulabilecekken bulmamış, yalnızca testin ikinci aşamasını uygulamıştır.

SACEM'de de testin ikinci aşaması ele alınarak üye devletlerde uygulanan fiyatlarla hâkim durumda bulunan teşebbüsün faaliyet gösterdiği ülkede uygulanan fiyatlar karşılaştırılmıştır. Bu davada ürünün kendine has özelliği gereği maliyeti bulmak mümkün olmamıştır. Ancak ABAD, *SACEM*'in neden bu denli yüksek fiyatlar uyguladığını haklı gösterecek verileri ileri sürebileceğini söylemiştir. Bu da ABAD'nın maliyet ile fiyat arasındaki farkın aşırı, yani makul olmayan seviyelerde olması halinde kötüye kullanma olduğunu tespit etmeye meyilli olduğu yönünde değerlendirilmiştir.¹⁸⁶

Son olarak, *Port of Helsingborg*'ta çok açık şekilde testin iki aşamasının da aşırı fiyatlamayı tespit ederken kümülatif olarak ele alınması gerektiği belirtilmiştir.

Özetlemek gerekirse, her ne kadar birbirinden farklı kararlar çıkmış olsa da aşırı fiyatlama olduğuna hükmedebilmek için *United Brands* testinin iki aşamasının da sağlanması, bir diğer deyişle, testin kümülatif olarak uygulanması gerektiği kanaatindeyiz. *United Brands* testinin ikinci aşamasını oluşturan, fiyatların kendi içinde ya da rakip ürünlerle karşılaştırınca haksız olduğuna ilişkin bölüm bakımından ise alternatifli bir uygulama yapılacaktır. ABAD da *Athens International Airport*¹⁸⁷ kararında bu yönde bir görüş beyan etmiştir. Söz konusu dava, Atina uluslararası havaalanının yolcular ve uçak firmalarına uyguladığı bazı fiyatların aşırı olduğuna ilişkin yapılan şikâyet üzerine görüşülmüştür. Fiyatın aşırı olup olmadığının tespiti bakımından *United Brands* kararına atıf yapan ABAD, açıkça testin ikinci aşamasının kümülatif olarak uygulanmayacağını ya fiyatın kendi içinde ya da rakip ürünlerle karşılaştırınca haksız olduğuna ilişkin tespitlerden birinin yapılmasının yeterli olacağını ifade etmiştir.¹⁸⁸

Testin ikinci aşaması, testin en gelişmiş bölümüdür. Altı farklı kıstas (*benchmark*) belirlenmiştir:¹⁸⁹ *i.* hâkim durumda bulunan teşebbüsün aynı ürüne uyguladığı eski fiyat,¹⁹⁰ *ii.* hâkim durumda bulunan teşebbüsün diğer ürünler için aynı pazarda uyguladığı şu anki fiyat,¹⁹¹ *iii.* hâkim durumda bulunan teşebbüsün rakiplerinin ilgili pazarda uyguladığı fiyat,¹⁹² *iv.* hâkim durumda bulunan teşebbüsün rakiplerinin aynı ürün için farklı coğrafi pazarlarda istedikleri fiyat,¹⁹³ *v.* hâkim durumda bulunan teşebbüsün benzer ürünler için diğer pazarlarda uyguladığı fiyat¹⁹⁴ ve *vi.* diğer teşebbüslerin karşılaştırılabilir ürünlerinin diğer pazarlardaki fiyatları.¹⁹⁵

¹⁸² **AB Komisyonu**, *Excessive Prices*, s. 12.

¹⁸³ Ayrıntılı analiz için bkz., bölüm 2.1.

¹⁸⁴ **AB Komisyonu**, *Excessive Prices*, s. 12.

¹⁸⁵ **AB Komisyonu**, *Excessive Prices*, s. 12.

¹⁸⁶ **AB Komisyonu**, *Excessive Prices*, s. 12.

¹⁸⁷ Case C-159/08 *P Isabella Scippacercola ve Ioannis Terezakis v Commission* [2009] ECR I-46.

¹⁸⁸ *Athens International Airport*, para 47. Dava, aşırı fiyatlamının bulunmadığı bir sonuçla bitmiştir; şikâyetçilerin iddialarını desteklemek için öne sürdüğü veriler hatalı veya yetersiz bulunmuştur.

¹⁸⁹ **Hou**, s. 63.

¹⁹⁰ Bkz., *British Leyland* davası.

¹⁹¹ Bkz., *British Leyland* ve *United Brands* davaları.

¹⁹² Bkz., *United Brands* davası.

¹⁹³ Bkz., *SACEM* davası.

¹⁹⁴ Bkz., *Deutsche Post* davası.

¹⁹⁵ Bkz., *Bodson* ve *Port of Helsingborg* davaları.

2. Müdahale Edilecek Pazarlar

Yukarıdaki davalar, Komisyon'un ve ABAD'nın aşırı fiyatlamaya müdahale ettiği pazarlarla ilgili de bilgi vermektedir. Bu pazarlar genellikle yerleşmiş hâkim durumun bulunduğu, etkin rekabeti öngörüle-bilen bir zamanda sağlayacak şekilde bir giriş ve genişleme imkânının olmadığı pazarlardır. *General Motors* ve *Deutsche Post* davalarındaki teşebbüsler hukuki tekel konumunda bulunurlarken British Leyland idari tekel durumundadır.

Bodson'da münhasır yetkilendirilmiş bir firma vardır ve bu yetkilendirme pazarın diğer önemli bir kısmını rekabetten arındırmıştır. *SACEM*'de ağ etkisine (*network effects*) bağlı ulusal bir tekel bulunurken *Port of Helsingborg*'daki teşebbüs doğal tekel konumundadır. Tüm bunların tek istinası *United Brands*'te yeşil muzlara ilişkin pazardır, ancak bu davada da ABAD aşırı fiyatlama olma-dığına hükmetmiştir.¹⁹⁶

Yüksek ve kalıcı giriş engelleri nedeniyle yüksek kârlılık ve yüksek fiyatların olağan fonksiyonunu yapıp yeni rakiplerin pazara girmesini sağla-madığı pazarlarda aşırı fiyatlamaya müdahale edil-diğinden müdahalenin son çare olarak görüldü-ğünü de söylemek yanlış olmayacaktır. Geçici ola-rak aşırı fiyatlamanın izlendiği pazarlara – talep ve arzın birbiriyle uyuşmaması ya da pazar gücünün bu yönde kullanılması nedenleriyle– hemen müda-hale edilmemekte, pazarın kendi kendisini düzelt-mesi ve fiyatları normal seviyelere çekmesi beklen-mektedir.¹⁹⁷

3. 'Ekonomik Değer' Kavramı

İlk olarak *General Motors* davasında öne sü-rülen 'ekonomik değer' kavramının ne anlama gel-diği o kararda açıklanmamıştır. Bu kavramı yorum-layan Komisyon, rekabetçi fiyatın ekonomik değeri yansıttığı kanısına varmıştır.¹⁹⁸ ABAD'nın hukuki tekel konumunda bulunan firmaların fiyatlama po-litikasını değerlendirdiği *General Motors* ve *British*

Leyland kararlarında ekonomik değer ile maliyet arasındaki bağlantıya bakıldığı görülmektedir.¹⁹⁹ Gerçekten de *General Motors*, teşebbüsün Ame-rika'dan ve Avrupa'dan ithal ettiği arabalara, Av-rupa'dan ithal olanlar daha az maliyetli olmasına rağmen aynı fiyatı uygulaması üzerine, *British Ley-land* ise maliyeti aynı olmasına rağmen soldan ve sağdan direksiyonlu arabalara uygulanan fiyatlar arasında fahiş farkın olması üzerine kurulmuştur.²⁰⁰ *General Motors*'ta hâkim durumda bulunan teşeb-büsün aşırı fiyatlamaya ilişkin açıklamaları ikna edici bulunurken *British Leyland*'da bulunmamış-tır.²⁰¹ *Deutsche Post* davasında – farklı bir ifadeyle – bir fiyatın adil bir fiyat olup olmadığını belirlemek için fiyatla ürünün ekonomik değerini kıyaslamak gerektiği ve ekonomik değer de maliyete belirli bir kâr marjı eklenerek bulunacağı ifade edilmiştir.

Port of Helsingborg davası ekonomik değerle ilgili standart ekonomik teoriyi izleyen bir yaklaşım sergilemiştir. Standart ekonomik teoriye göre, bir ürün/hizmetin ekonomik değeri, tüketicilerin o ürün/hizmet için ödemeye hazır oldukları fiyat ve maliyetin birlikte değerlendirilmesi ile bulunur.²⁰² Komisyon, *Port of Helsingborg* davasında açıkça "Müşteriler, değerli olduğunu düşündükleri spesifik bir özelliği içeren ürün/hizmete daha fazla fiyat öde-meye gönüllü olabilir. Bu özellik sağlayıcı için illa ki yüksek üretim maliyeti anlamına gelmez." demiştir.²⁰³ Komisyon, ekonomik değer kavramının daha kompleks olduğunu, elle tutulan ve tutulmayan fak-törlerin içerisine girdiğini, özellikle talep-tarafı hu-susların dikkate alınmasını gerektiğini, maliyetin tek başına belirleyici olmadığını ileri sürmüştür.²⁰⁴ Hatta Komisyon bazı durumlarda yüksek yatırım maliyetini karşılamak için yüksek fiyat uygulama-nın gerekli olabileceğini belirtmiştir.²⁰⁵ Ayrıca *Port of Helsingborg*'ta limanın mükemmel konumu da elle tutulmayan ve yıllık bilanço'ya yansıtılmayan bir faktör olsa da ekonomik değer analizinin içerisine alınmıştır.²⁰⁶

¹⁹⁶ AB Komisyonu, Excessive Prices, s. 10.

¹⁹⁷ AB Komisyonu, Excessive Prices, s. 10.

¹⁹⁸ O'Donoghue & Padilla, s. 745.

¹⁹⁹ O'Donoghue & Padilla, s. 741-742.

²⁰⁰ O'Donoghue & Padilla, s. 745-746.

²⁰¹ O'Donoghue & Padilla, s. 742.

²⁰² O'Donoghue & Padilla, s. 746.

²⁰³ Port of Helsingborg, para 227.

²⁰⁴ O'Donoghue & Padilla, s. 742, 746.

²⁰⁵ Olayda limanın yüksek batık maliyeti olduğu da kaydedil-miştir, Port of Helsingborg, para 209.

²⁰⁶ Port of Helsingborg, para 209.

IV.ABAD'nın AKKA/LAA Kararı: Yeni bir Yaklaşım Mı?

Tüm bu açıklamalardan sonra ABAD'nın daha birkaç ay önce aşırı fiyatlandırma ilgili olarak verdiği AKKA/LAA kararı tartışılacak ve bu kararın AB rekabet hukukunda yeni bir politika mı belirleniyor yoksa daha önce verilen kararların devamı niteliğinde mi ilerlenecek sorusuna cevap aranacaktır.

A. Karara Konu Olay

Karara konu olayın taraflarından Autoritiesibu un komunikēšanās konsultāciju aģentūra – Latvijas Autoru apvienība (AKKA/LAA), Letonya'da hukuki tekel konumunda bulunan bir meslek birliği olup halka açık gösterilerde kullanılacak müzik eserleri için lisans vermektedir. Uyguladığı fiyatlar, müzik eserinin kullanılacağı yerin metrekaresine göre değişmektedir.²⁰⁷ 2008 yılında Letonya rekabet kurumu, hâkim durumunu kötüye kullandığı ve eser sahiplerine ödenecek telif ücretleri bakımından aşırı fiyat istediği gerekçesiyle AKKA/LAA'ya idari para cezası vermiştir.²⁰⁸

Bu kararı takiben 2011 yılında AKKA/LAA eser sahiplerine ödenecek telif ücretleri bakımından yeni tarifelerini açıklamıştır. 2012 yılında Letonya rekabet kurumu bu yeni fiyatları değerlendirmek için inceleme başlatmıştır. AKKA/LAA'nın yeni fiyatları hem komşu Litvanya ve Estonya'da hem de diğer üye ülkelerde uygulanan fiyatlarla karşılaştırılmıştır. Litvanya ve Estonya, tüketim alışkanlıkları, ekonomisi ve gayri safi yurt içi hâsıla (*gross domestic product*) bakımından Letonya'ya benzerliği sebebiyle seçilmiştir. Diğer üye ülkeler ise gayri safi yurt içi hâsıla üzerinden hesaplanan satın alma gücü paritesi endeksi (*power parity index*- PPP endeksi) bazında sıralanmıştır. Bu karşılaştırmalar sonucunda AKKA/LAA'nın fiyatlarının komşu ülkelerde uygulanan fiyatların çok üstünde – hatta pazarın bazı bölümlerinde iki katı – ve üye ülkeler bazında da AB'de uygulanan ortalama fiyatın %50 ile %100

üzerinde olduğu bulunmuştur.²⁰⁹ Kısacası, AKKA/LAA'nın hem komşu ülkeler içerisinde hem de üye ülkeler arasında en yüksek fiyatlara sahip meslek birliği olduğu gözlemlenmiştir.²¹⁰ 2013 yılında Letonya rekabet kurumu, hem ulusal rekabet kanunu m.13(4)'ü hem de ABİDA m.102(a)'yı ihlal ettiği gerekçesiyle AKKA/LAA'ya idari para cezası vermiştir. Bu karar, AKKA/LAA tarafından temyiz edilmiştir.²¹¹

Temyiz nedeniyle Letonya Bölge İdare Mahkemesi önüne gelen davada mahkeme, kararın bir kısmını onamış bir kısmını da bozmuştur.²¹² Taraflar kararı tekrar temyiz edince karar Letonya Yüksek Mahkemesi'nin önüne gelmiştir.²¹³ Ön karar usulü kapsamında Yüksek Mahkeme de karar vermeden önce ABAD'na aşağıdaki soruları yöneltmiştir.²¹⁴

1) Ulusal telif hakkı yönetimi organizasyonun yabancı yazarlara da uyguladığı fiyatları içeren fiyat listesi, ABİDA m. 102(a) kapsamında aranan üye ülkeler arasındaki ticareti etkileme bakımından değerlendirilmeli midir?

2) ABİDA m. 102(a)'daki 'haksız fiyat' kavramını tanımlamak için söz konusu pazardaki ve komşu pazarlardaki fiyatlar arasında bir kıyaslama yapmak yeterli ve yerinde midir? Bu kıyaslama hangi vakalarda yapılmalıdır?

3) ABİDA m. 102(a)'daki 'haksız fiyat' kavramını tanımlamak için gayri safi yurt içi hâsıla üzerinden hesaplanan PPP endeksini kullanmak yeterli ve yerinde midir?

4) Kıyaslama pazarın her kullanıcı bölümü (belirli bir yüzey alanına sahip mağazalar ve hizmet merkezleri) için ayrı ayrı mı yapılmalı yoksa pazardaki ortalama fiyat bulunarak mı yapılmalıdır?

5) Hâkim durumda bulunan teşebbüsün fiyatlarının adil olduğunu kanıtladığı bir durumda ne zaman kıyaslama sonucu bulunan fiyat farklılığı

²⁰⁷ Kanun Sözcüsü Wahl'ın AKKA/LAA davasına ilişkin görüşü, para 8, <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=189662&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1273145>> s.e.t. 17 Aralık 2018.

²⁰⁸ Kanun Sözcüsü Wahl'ın AKKA/LAA görüşü, para 9.

²⁰⁹ Kanun Sözcüsü Wahl'ın AKKA/LAA görüşü, para 10.

²¹⁰ Kanun Sözcüsü Wahl'ın AKKA/LAA görüşü, para 10.

²¹¹ Kanun Sözcüsü Wahl'ın AKKA/LAA görüşü, para 11.

²¹² Kararın idari para cezasının miktarına ilişkin olan kısmı bozulmuştur, Kanun Sözcüsü Wahl'ın AKKA/LAA görüşü, para 12.

²¹³ Kanun Sözcüsü Wahl'ın AKKA/LAA görüşü, para 12.

²¹⁴ Son soru verilecek para cezasının miktarıyla ilgili olup çalışmamız kapsamı dışında kaldığından çevirisi yapılmamıştır. Kanun Sözcüsü Wahl'ın AKKA/LAA görüşü, para 13.

ABİDA m. 102(a) kapsamında kayda değer bir farklılık olarak değerlendirilmelidir?

6) Eğer ürünün niteliği gereği maliyet hesaplaması yapılamıyorsa hâkim durumda bulunan teşebbüsün fiyatlarının adil olduğunu kanıtlaması için hangi bilgileri sunması gerekir? Yoksa adil fiyatın tespiti için mutlaka maliyetin mi kanıtlanması gereklidir?

B. KANUN SÖZCÜSÜ WAHL'IN KANAATI

Bu noktada ABAD'nın kararı öncesi açıklanan Kanun Sözcüsü Wahl'ın görüşlerini kısaca özetlemek gerekirse, Wahl ilk olarak ABİDA m.102(a)'nın giriş engellerinin olmadığı, yüksek fiyatların yeni rakipleri pazara girmeye teşvik ettiği özgür ve rekabetçi bir pazarda uygulanmasına gerek olmadığını, çünkü böyle bir pazarın kendisini düzleteceğini söylemiştir.²¹⁵ Fakat Wahl'a göre, aynen bu olayda olduğu gibi, hukuki giriş engellerinin olduğu ya da hukuki tekelin bulunduğu pazarların kendisini düzeltmesi mümkün değildir.²¹⁶

Aşırı fiyatlamaya ilişkin yöntem bakımından *United Brands* testine atf yapan Wahl, ilk aşamada hâkim durumda bulunan teşebbüsün uyguladığı fiyatlarla bu teşebbüs rekabetçi bir pazarda faaliyet gösterseydi uygulayacağı fiyatların karşılaştırılacağını söylemiştir.²¹⁷ Wahl'a göre, bir fiyatın aşırı olduğunu tespit edebilmek için birçok yöntem kullanılabilir; örneğin fiyatla maliyeti karşılaştırma yöntemi uygun olduğu zaman uygulanabilir.²¹⁸ Benzer şekilde hâkim durumda bulunan teşebbüsün fiyatlarıyla rakiplerin fiyatları ya da aynı teşebbüsün eski ve yeni fiyatları ya da aynı teşebbüsün farklı coğrafi bölgedeki fiyatları ya da rakiplerin farklı coğrafi bölgelerdeki fiyatları karşılaştırılabilir.²¹⁹ Bu kıyaslamalar sonucu hâkim durumda bulunan teşebbüsün fiyatıyla karşılaştırılan fiyat arasında büyük bir fark olursa testin ikinci aşamasına

geçilecektir.²²⁰ İkinci aşamada söz konusu farkın pazar gücünün kötüye kullanılması dolayısıyla mı yoksa meşru bir sebeple mi oluştuğu sorusuna cevap aranacaktır.²²¹ Meşru bir sebep yoksa fiyatın m.102(a) kapsamında haksız olduğuna hükmedilecektir.²²²

Letonya yüksek mahkemesinin ilk sorusu bakımından, faaliyet tek ülkede yürütülse de kötüye kullanmanın üye ülkeler arasındaki ticareti etkileyebileceğini söyleyen Wahl,²²³ ikinci soruya ilişkin analizinde öncelikle şu anki iktisadi düşünceye göre aşırı fiyatlamayı belirlemek için tek bir yöntem bulunmadığını, hukukçular, ekonomistler ve kurumlar tarafından pek çok yöntemin önerildiğini, hepsinin de kendine göre zayıf yanlarının olduğunu kaydetmiştir.²²⁴ O yüzden hangi yöntemin kullanılacağına, olayın kendine has özellikleri dikkate alınarak karar verilmelidir. Örneğin, söz konusu davanın konusu müzik eserleri olduğundan fiyat-maliyet karşılaştırması yapmak mantıklı olmayacaktır.²²⁵ Benzer şekilde maliyet analizi yapabilmek için gerekli bilgiler hatalı ya da eksik olabilir²²⁶ ya da piyasalar homojen olmadığı için coğrafi bölgeler arası kıyaslama riskli olabilir²²⁷ veya rakipler arası kıyaslama farklı değer/kalite farklılıklarını göz ardı edebilir²²⁸ ya da zaman içindeki kıyaslama pazar koşullarının ya da iş stratejilerinin çok hızlı değiştiği durumlarda hatalı sonuç verebilir.²²⁹ Bu sebeple, yapılacak her karşılaştırmada tip 1 (fiyatın hatalı olarak rekabetçi fiyatın üzerinde olduğuna karar verilmesi) ve/veya tip 2 (fiyatın hatalı olarak rekabetçi fiyatın üzerinde olmadığına karar verilmesi) hatalarının oluşması muhtemeldir.²³⁰

Riski asgari seviyeye indirmek için Wahl'a göre, standart ekonomik teori tarafından kabul edilen birden çok yöntemi bir arada uygulamak gerekir.²³¹ Birden çok yöntemin bir arada uygulanması

²¹⁵ Kanun Sözcüsü Wahl'ın AKKA/LAA görüşü, para 3.

²¹⁶ Kanun Sözcüsü Wahl'ın AKKA/LAA görüşü, para 4.

²¹⁷ Kanun Sözcüsü Wahl'ın AKKA/LAA görüşü, para 17.

²¹⁸ Kanun Sözcüsü Wahl'ın AKKA/LAA görüşü, para 18.

²¹⁹ Kanun Sözcüsü Wahl'ın AKKA/LAA görüşü, para 19.

²²⁰ Kanun Sözcüsü Wahl'ın AKKA/LAA görüşü, para 20.

²²¹ Kanun Sözcüsü Wahl'ın AKKA/LAA görüşü, para 21.

²²² Kanun Sözcüsü Wahl'ın AKKA/LAA görüşü, para 22.

²²³ Kanun Sözcüsü Wahl'ın AKKA/LAA görüşü, para 31.

²²⁴ Kanun Sözcüsü Wahl'ın AKKA/LAA görüşü, para 36.

²²⁵ Kanun Sözcüsü Wahl'ın AKKA/LAA görüşü, para 37.

²²⁶ Kanun Sözcüsü Wahl'ın AKKA/LAA görüşü, para 38.

²²⁷ Kanun Sözcüsü Wahl'ın AKKA/LAA görüşü, para 39.

²²⁸ Kanun Sözcüsü Wahl'ın AKKA/LAA görüşü, para 40.

²²⁹ Kanun Sözcüsü Wahl'ın AKKA/LAA görüşü, para 41.

²³⁰ Kanun Sözcüsü Wahl'ın AKKA/LAA görüşü, para 42.

²³¹ Kanun Sözcüsü Wahl'ın AKKA/LAA görüşü, para 43.

birbirlerinin zayıf oldukları yanları ortadan kaldırmasa da muhtemel referans fiyatın bulunmasını sağlayacaktır.²³² Eğer olayın kendine has özellikleri gereği tek bir yöntem uygulanabileceksa, bu yöntemin bulunduğu sonuçlar sıradaki faktörler göz önüne alınarak kontrol edilmelidir: *i.* pazarın yüksek giriş ve genişleme engelleri ile korunup korunmadığı,²³³ *ii.* pazarda bir sektörel düzenleyici olup olmadığı – varsa müdahale etmesinin muhtemel olmadığı ya da müdahale edebilecekken hatalı olarak etmediği –²³⁴ *iii.* alıcının pazar gücünün olup olmadığı²³⁵ ve *iv.* olayın gerektiği ilgili diğer faktörler.²³⁶

Kıyaslama için Litvanya ve Estonya'nın seçilme kriterlerini objektif bulan Wahl, hizmetin ekonomik değerini etkileyecek sıradaki faktörlerin de dikkate alınması gerektiğini belirtmiştir: *i.* müşterilerin AKKA/LAA'nın sağladığı hizmete ödemeyi istedikleri ve alım güçlerinin el verdiği fiyat ve *ii.* AKKA/LAA'nın müşterilerinin bu hizmetten sağlayacakları ve karşılığında da kendi müşterilerine hizmet sunarken onlara iletecekleri ekonomik yarar.²³⁷ Dolayısıyla, ikinci soru bakımından, kural olarak, söz konusu pazardaki ve komşu pazarlardaki fiyatlar arasında kıyaslama yapmak uygundur, ancak bu kıyaslanmanın doğru yapıldığından ve yeterli olduğundan mahkemenin emin olması gerekir.²³⁸

Üçüncü soru kapsamındaki PPP endeksi bakımından Wahl, Letonya rekabet kurumunun 19 üye ülkenin fiyatlarını, Letonya'daki fiyatlarla karşılaştırmadan önce, alım gücünü dikkate alarak düzeltmesine değinmiştir. Wahl'a göre karşılaştırma çok benzer ürünler bakımından ve benzer ekonomik durumlar arasında yapılmalıdır.²³⁹ AB'de dahi aynı ürün için istenen fiyat bakımından büyük farklılıklar olduğuna dikkat çeken Wahl, PPP endeksinin yararlı ve uygun bir araç olduğuna karar ver-

miştir.²⁴⁰ Dördüncü soru kapsamında da fiyat karşılaştırmasının her kullanıcı bölümü için ayrı ayrı yapılması gerektiği, çünkü ancak ilgili pazarda yapılan bir karşılaştırmanın anlam ifade edeceği kaydedilmiştir.²⁴¹

Beşinci soru kapsamında Wahl, rekabetçi fiyattan sapan her fiyata müdahale edilmesi gerektiğine ilişkin bir görüşün ne gerçekçi ne de önerilebilir bir görüş olduğuna inanmaktadır.²⁴² Zira ABİDA m.102 kapsamındaki bir inceleme hem referans fiyatın (*benchmark price*) belirlenmesi bakımından güçlük içermekte ve tip 1 hatasının yapılmasını daha muhtemel hale getirmektedir,²⁴³ hem de hâkim durumda bulunan teşebbüsün öncesinde fiyatının hukuki olup olmadığını tespit etmesi²⁴⁴ ve rekabet otoritelerinin fiyat düzenleyicisi olarak çalışmaya uygun olmamaları bakımından zorluklar içermektedir.²⁴⁵

Dolayısıyla Wahl'a göre, referans fiyatın sürekli olarak (*persistently*) ve anlamlı ölçüde (*significantly*) üstünde olan bir fiyat, ABİDA m.102 kapsamında aşırı fiyat olarak kabul edilebilir.²⁴⁶ 'Anlamlı ölçüde' (*significant*) kavramının da ne olduğu 'kayda değer ölçüde daha yüksek' (*appreciably higher*) olarak, 'sürekli olmak' (*persistent*) da uzun/önemli bir zaman dilimi boyunca (*substantial period of time*) referans fiyatın üzerinde olmak şeklinde tanımlanmıştır.²⁴⁷ Ayrıca ne kadar uzun ya da ne kadar önemli ölçüde üzerinde sorularına cevap verilemeyeceği, her olayın özelliğine göre bunun değiştiği belirtilmiştir.²⁴⁸ Sonuç olarak, aşırı fiyatlamaya hiç şüphe kalmayacak şekilde emin olduğunda müdahale edilmesi gerektiği, referans fiyat ile hâkim durumda bulunan teşebbüsün fiyatı arasındaki fark ne kadar çoksa ve bu fiyat ne kadar uzun süredir uygulanıyorsa müdahale etmenin de o kadar kolay bir karar olacağı vurgulanmıştır.²⁴⁹ Altıncı

²³² Kanun Sözcüsü Wahl'ın AKKA/LAA görüşü, para 45.

²³³ Kanun Sözcüsü Wahl'ın AKKA/LAA görüşü, para 48.

²³⁴ Kanun Sözcüsü Wahl'ın AKKA/LAA görüşü, para 49.

²³⁵ Kanun Sözcüsü Wahl'ın AKKA/LAA görüşü, para 50.

²³⁶ Kanun Sözcüsü Wahl'ın AKKA/LAA görüşü, para 51.

²³⁷ Kanun Sözcüsü Wahl'ın AKKA/LAA görüşü, para 63.

²³⁸ Kanun Sözcüsü Wahl'ın AKKA/LAA görüşü, para 81.

²³⁹ Kanun Sözcüsü Wahl'ın AKKA/LAA görüşü, para 84.

²⁴⁰ Kanun Sözcüsü Wahl'ın AKKA/LAA görüşü, para 86-92, 95.

²⁴¹ Kanun Sözcüsü Wahl'ın AKKA/LAA görüşü, para 98-99.

²⁴² Kanun Sözcüsü Wahl'ın AKKA/LAA görüşü, para 102.

²⁴³ Kanun Sözcüsü Wahl'ın AKKA/LAA görüşü, para 103.

²⁴⁴ Kanun Sözcüsü Wahl'ın AKKA/LAA görüşü, para 104.

²⁴⁵ Kanun Sözcüsü Wahl'ın AKKA/LAA görüşü, para 105.

²⁴⁶ Kanun Sözcüsü Wahl'ın AKKA/LAA görüşü, para 106.

²⁴⁷ Kanun Sözcüsü Wahl'ın AKKA/LAA görüşü, para 107-108.

²⁴⁸ Kanun Sözcüsü Wahl'ın AKKA/LAA görüşü, para 109-111.

²⁴⁹ Kanun Sözcüsü Wahl'ın AKKA/LAA görüşü, para 112.

sorunun cevabı ise pazar gücünün kötüye kullanılması isteği ve yeterliliği karşısında, aşırı fiyatlamaya bu istek ve yeterlilik dışında başka hiçbir rasyonel ekonomik açıklama getirilemediğinde yüksek fiyatların m.102 kapsamına girdiğinin varsayılması gerektiğidir.²⁵⁰

Görüldüğü gibi Wahl, doğru vakalara müdahale edilmesini desteklerken aşırı fiyatlamasının tespitine ilişkin yerinde bir akıl yürütme de yapmış ancak bazı soruların cevabını açık bırakmıştır. Örneğin, fiyat, referans fiyata göre ne kadar yüksek olmalı ve ne kadar süreyle yüksek olarak uygulanmış olmalı ki aşırı fiyatlama vardır denilebilsin. Özellikle uygulamada müdahaleyi rekabet otoritelerinin inisiyatifine bırakması ve onların emin oldukları zaman müdahale etmelerini salık vermesi dikkat çekicidir.

C. ABAD'nın Değerlendirmesi

14 Eylül 2017 tarihinde ABAD, AKKA/LAA ile ilgili kararını açıklamıştır. ABAD öncelikle, birinci soru kapsamında tekel durumunda olan bir teşebbüsün fiyatlarının sınır ötesi ticareti etkileyeceğini, dolayısıyla ABİDA m.102'nin bu teşebbüsün davranışlarına uygulanacağını belirtmiştir.²⁵¹ Davada ikinci, üçüncü ve dördüncü sorular birlikte değerlendirilmiştir. ABAD, komşu pazarlarda uygulanan fiyatlarla hâkim durumda bulunan teşebbüsün fiyatlarının karşılaştırılmasının uygun ve yeterli olup olmadığı ve hangi davalarda uygun ve yeterli olacağı sorularına tatmin edici cevaplar vermemiştir. Karşılaştırmanın uygun olduğunu söyledikten sonra ABAD, daha önceki kararlarına atıf yaparak, üye ülkeler arasında yapılan karşılaştırmaların yerinde olduğunu ve bulunan önemli farkın kötüye kullanmanın bir işareti olarak değerlendirilebilece-

ğini belirtmiştir.²⁵² Ancak bu karşılaştırma aşırı fiyatlamayı bulmak için yeterli olacak mı, olacaksak hangi vakalarda yeterli olacak soruları yanıtız bırakılmıştır.

Ayrıca farklı pazarlarda uygulanan fiyatları karşılaştırmanın ne zaman aşırı fiyatlamının yapıldığına dair yeterli bir gösterge olacağına ilişkin husus, açıkça ABAD'na başvuran mahkeme tarafından sorulmasa da sorulan sorulardan bu hususu sormak istediği anlaşıldığından yanıtlanmıştır.²⁵³ Genellikle elmayla armudun birbiriyle karşılaştırılmaması için önemli olan bu soruya verilen cevaptan ne yazık ki uygulamaya yönelik dersler çıkarmak mümkün olmamıştır.²⁵⁴ ABAD, "yalnızca sınırlı sayıda üye ülkenin hesaba katılması, bir karşılaştırmanın yetersiz bir gösterge oluşturduğu anlamına gelmez" demiştir.²⁵⁵ Karar, söz konusu ifadedeki 'yalnızca' kelimesinin nasıl yorumlanacağına ve neden ilgili bir faktör olduğuna dair bir açıklama getirmemesi nedeniyle eleştirilmiştir.²⁵⁶

Bu tespitin devamında ABAD, karşılaştırmanın yerindeliliğinin referans alınan üye ülkelerin nesnel, uygun ve kanıtlanabilir ölçütlere göre seçilmesine bağlı olduğunu,²⁵⁷ bu ölçütlerin, diğerlerinin yanı sıra, tüketim alışkanlıkları, ekonomik ve sosyo-kültürel faktörleri, kültürel ve tarihi mirası içerebileceğini²⁵⁸ belirterek karşılaştırmanın tutarlı bir şekilde yapılması gerektiğine dikkat çekmiştir.²⁵⁹ ABAD'nın 'nesnel, uygun, kanıtlanabilir ve tutarlı' kelimelerini kullanması eleştirilmiştir.²⁶⁰ Bu kelimelerin anlamlarının yoruma açık olduğu, her olayda farklı şekilde yorumlanabileceği, bunun sonucunda da benzer olaylar karşısında rekabet otorite ve mahkemelerince farklı ve birbiriyle çelişen kararlar verilmesi riski taşıdıkları ileri sürülmüştür.²⁶¹ Aynı şekilde 'ekonomik ve sosyo-kültürel faktörler, kültürel ve tarihi miras'ın nesnel ve kanıtlanabilir ölçütlere verilecek çok da iyi örnekler olmadığı açıktır.²⁶²

²⁵⁰ Kanun Sözcüsü Wahl'ın AKKA/LAA görüşü, para 131.

²⁵¹ AKKA/LAA, para 29-30.

²⁵² AKKA/LAA, para 38.

²⁵³ AKKA/LAA, para 39; **Lamadrid**, Alfonso (2017) 'On Excessive Pricing and Subjectivity- The CJEU's Judgment in case C-177/16 AKKA/LAA', Chilling Competition, s. 2, <<https://chillingcompetition.com/2017/09/28/on-excessive-pricing-and-subjectivity-the-cjeus-judgment-in-case-c-17717-akka-laa/>> s.e.t. 17 Aralık 2018.

²⁵⁴ **Lamadrid**, s. 2.

²⁵⁵ AKKA/LAA, para 40.

²⁵⁶ **Lamadrid**, s. 2.

²⁵⁷ AKKA/LAA, para 41.

²⁵⁸ AKKA/LAA, para 42.

²⁵⁹ AKKA/LAA, para 44.

²⁶⁰ **Lamadrid**, s. 3.

²⁶¹ **Lamadrid**, s. 3.

²⁶² **Lamadrid**, s. 3.

“Eğer fiyatları karşılaştırmak, rekabet otorite ve kurumlarının kültürleri ve tarihi mirası karşılaştırmalarını gerektiriyorsa, öznellik önemli bir rol oynamaya devam edecek demektir.”²⁶³ Sonuç olarak ABAD’na göre, ulusal mahkemeler, davanın özelliklerine göre uygun ölçütleri kullanmalıdırlar.²⁶⁴

Aşırı fiyatlamayı saptamak için yapılacak karşılaştırmada seçilen üye devletler bakımından gayri safi yurt içi hâsıla üzerinden hesaplanan PPP endeksini kullanmanın yeterli ve yerinde olup olmadığına ilişkin soru bakımından ABAD, üye devletler arasında karşılaştırma yapılırken söz konusu endeksin mutlaka dikkate alınması gerektiğine hükmederek²⁶⁵ yenilikçi bir bakış açısı ortaya koymuştur. Bu tespite gerekçe olarak, tamamen birbiriyle aynı hizmetler için üye devletlerde uygulanan fiyatlar arasında önemli farklılıklar bulunduğu ve bu farklılığın da PPP endeksinde ifadesini bulan vatandaşların alım gücüyle doğrudan bağlantısı olduğu belirtilmiştir.²⁶⁶ Sonuç olarak, fiyatları komşu üye ülkelerin fiyatlarıyla karşılaştırmanın uygun olduğuna, PPP endekse göre düzeltilmiş diğer üye ülkelerin fiyatlarıyla karşılaştırmanın ise zorunlu olduğuna karar verilmiştir.²⁶⁷

Başvuran mahkemenin her kullanıcı bölümü için ayrı karşılaştırma mı yapılmalı yoksa ortalama bir fiyatın karşılaştırma için esas alınması uygun olur mu sorusuna ABAD, aşırı fiyatlamanın etkilediği bir ya da birden çok bölüme bakılabileceğini söylemiştir.²⁶⁸ Böylece ortalama fiyatın değerlendirme için dikkate alınmasının uygun olmadığı ifade edilmiştir.²⁶⁹ Ayrıca ABAD, karşılaştırmayı yapacak rekabet otoritesi ya da mahkemenin çerçeveyi belirlemesi gerektiğini, bunu yaparken de belirli bir manevra alanı olduğunu ve uygun tek bir yöntemin bulunmadığını açıklamıştır.²⁷⁰

Aşırı fiyat analizi bakımından çok önemli olan ne zaman bir fiyat farkının önemli ve kötüye kullanmanın göstergesi olduğuna ilişkin beşinci ve

altıncı sorulara ABAD, birlikte cevap vermiştir. ABAD, ilk olarak, AKKA/LAA’nın fiyatlarının, Estonya ve Litvanya’da uygulanan fiyatların iki katı ve AB ortalamasından %50 ile %100 fazla olmasını, SACEM I ve SACEM II davalarında meslek birliklerinin uyguladığı fiyatlar kadar büyük bulmamıştır.²⁷¹ ABAD’na göre, bu tespit, davaya konu olaydaki fiyat farkının kötüye kullanma teşkil etmediği anlamına gelmez, aslında bir farkın ‘kayda değer ölçüde daha yüksek’ olarak kabul edilmesini gerektiren asgari bir eşik değeri yoktur, her olayın kendine has özellikleri dikkate alınarak buna karar verilmelidir.²⁷² ABAD da, Wahl gibi, fiyatlar arasındaki farkın ‘kayda değer ölçüde’ (*appreciable*) olarak nitelenebilmesi için hem anlamlı (*significant*) hem de sürekli (*persistent*) olma özelliklerine sahip olması gerektiğini ifade etmiştir.²⁷³ Buna göre, fark belli bir süre boyunca devam etmiş olmalı, geçici veya dönemsel olmamalıdır.²⁷⁴ Neyin anlamlı olduğu, ne kadar zamanın belirli bir süre devam etmiş olma kriterini sağlamaya yeterli olduğu ve neyin geçici olarak nitelenmesi gerektiği soruları dışında ABAD’nın cevabının mantıklı olduğu söylenebilir.²⁷⁵ Sonuç olarak, anlamlı ve sürekli olan bir fiyat farkı kötüye kullanmaya işaret eder, objektif nedenlerden ötürü fiyatının adil olduğunu ispat yükü hâkim durumda bulunan teşebbüse düşer.²⁷⁶

Özetlemek gerekirse ABAD, *i.* üye ülkeler arası kıyaslamaya göre mi yoksa başka metotlara göre mi aşırı fiyatlamayı tespit etme, *ii.* kıyaslama kullanılacaksa ekonomik, sosyo-kültürel ve tarihi unsurları içeren nesnel, uygun ve kanıtlanabilir kriterler kullanarak kıyaslanacak ülkeleri seçme, *iii.* bir veya birkaç spesifik bölümde kıyaslama yapıp yapmama ve *iv.* bulunan fiyat farkının anlamlı ve sürekli olduğuna karar verme yetkilerinin hepsini rekabet otorite ve mahkemelerine bırakmıştır. Wahl’ın hiçbir yöntemin mükemmel olmadığına, yöntemlerin kombinasyonunun kullanılmasının

²⁶³ Lamadrid, s. 3.

²⁶⁴ AKKA/LAA, para 42.

²⁶⁵ AKKA/LAA, para 45.

²⁶⁶ AKKA/LAA, para 46.

²⁶⁷ AKKA/LAA, para 51.

²⁶⁸ AKKA/LAA, para 50.

²⁶⁹ Lamadrid, s. 3.

²⁷⁰ AKKA/LAA, para 49.

²⁷¹ AKKA/LAA, para 54.

²⁷² AKKA/LAA, para 55.

²⁷³ AKKA/LAA, para 55.

²⁷⁴ AKKA/LAA, para 56.

²⁷⁵ Lamadrid, s. 3.

²⁷⁶ AKKA/LAA, para 61.

uygun olduğuna, bir dava incelenirken otoritelerin standart ekonomik teorinin kabul ettiği pek çok yöntemden yararlanmaları gerektiğine ilişkin ana düşüncesine ABAD'nın yer vermediği görülmektedir. Kanaatimizce hem neyle neyin karşılaştırılacağı hem de yapılan karşılaştırmanın sonucunun tatmin edici olup olmadığı hususlarında rekabet otorite ve mahkemelerinin büyük oranda bir manevra alanı olduğu kabul edildiğine göre aşırı fiyatlamaya ilişkin üye devletlere kesin ve net bir yön gösterilmediğini söylemek doğru olacaktır.²⁷⁷

D. AKKA/LAA KARARININ TÜKETİCİLER AÇISINDAN YANSIMALARI

Öncelikle rekabetçi fiyattan sapan her fiyata müdahale edilmemesine ilişkin görüşte bir değişiklik olmadığı, kısıtlı ve belirli hallerde müdahalenin gerekeceği tekrarlanmıştır. Söz konusu kısıtlı ve belirli hallerde örnek olarak, hukuki giriş engellerinin olduğu ya da hukuki tekelin bulunduğu pazarların müdahaleye uygun olması verilmiştir. Bu tip pazarlar, kendisini düzeltmesi mümkün olmayan, bu sebeple de aşırı fiyatlar nedeniyle tüketicilerin uzun süre boyunca zarar gördükleri pazarlardır. Dolayısıyla, böyle pazar yapıları, tüketici zararını azaltmak ve rekabetçi piyasa koşullarını tekrar sağlamak bakımından rekabet hukuku kapsamında yapılacak bir müdahaleyi gerektirir.

Kararda aşırı fiyatlamayı bulmak için geçerli tek bir yöntemin bulunmadığının vurgulanması önemlidir. Kanun sözcüsünün çok doğru bir şekilde ifade ettiği üzere, aşırı fiyatlamayı bulmak için birden çok yöntemin kullanılması hata riskini en aza indirmek ve muhtemel referans fiyatı belirlemek bakımından gereklidir. Eğer olayın kendine has özellikleri tek bir yöntemin kullanılmasını gerektiriyorsa, bu yöntem sonucu elde edilen bulgular, *i.* pazarın yüksek giriş ve genişleme engelleri ile korunup korunmadığı,²⁷⁸ *ii.* pazarda bir sektörel düzenleyici olup olmadığı ve *iii.* alıcının pazar gücünün olup olmadığı gibi faktörler dikkate alınarak kontrol edilmelidir. Dolayısıyla, *United Brands* testi uygulanmalı, mümkünse maliyet-fiyat analizi yapılmalı, bu mümkün değilse diğer yöntemler kullanılarak fiyat

kıyaslaması sonucu bulunan fiyat için bir kontrol sistemi benimsenmeli, tek bir yöntemle uyulmak zorunluysa yukarıdaki faktörler göz önünde bulundularak aşırı fiyatlamaya karar verilmelidir. Bu yol izlenip ayrıntılı inceleme yapıldıktan sonra fiyatların aşırı olduğu saptanırsa artık aşırı fiyat analizinde belirsizlik olduğundan söz edilemeyecek, rekabet otorite ve mahkemelerince tüketicilerin daha fazla zarar görmesinin önüne geçilmeye çalışılacaktır.

Ayrıca, AKKA/LAA kararının tüketiciler bakımından bir diğer önemli yansıması da aşırı fiyat tanımına açıklık getirmesidir. Söz konusu tanım kapsamında aşırı fiyat, referans fiyatın sürekli olarak ve anlamlı ölçüde üstünde olan fiyattır. Bu bakımdan, fark belli bir süre boyunca devam etmiş olmalı, geçici veya dönemsel olmamalıdır. Her ne kadar neyin anlamlı olduğu, ne kadar zamanın belirli bir süre devam etmiş olma kriterini sağlamaya yeterli olduğu ve neyin geçici olarak nitelenmesi gerektiği ile ilgili açıklık olmasa da buradan rekabet otorite ve mahkemeleri için çıkarılabilecek sonuç, referans fiyat ile hâkim durumda bulunan teşebbüsün fiyatı arasındaki fark ne kadar çoksa ve bu fiyat ne kadar uzun süredir uygulanıyorsa müdahale etmenin de o kadar kolay bir karar olacağıdır. Tanımda sağlanan söz konusu belirlemenin aşırı fiyatı saptamada yardımcı olacağı ve rekabetçi pazar koşullarına bir an önce dönülmesi hususunda rekabet otorite ve mahkemelerine yol açacağı kesindir. Aşırı fiyat uygulamalarına ne kadar kısa sürede son verilirse, tüketicilerin zararı da o kadar az olacaktır.

Bir diğer husus ise AKKA/LAA kararı ile aşırı fiyatlamaya analizine PPP endeksinin girmiş olmasıdır. Farklı coğrafi pazarlarda fiyat karşılaştırması yapılacaksa, diğer ülkelerin fiyatları, karşılaştırma öncesi, PPP endeksinin sağladığı verilere göre alım gücünü dikkate alınarak düzeltilen sonra karşılaştırma için esas alınacaktır. ABAD net bir şekilde fiyatları komşu ülkelerin fiyatlarıyla karşılaştırmanın uygun olduğunu, PPP endekse göre düzeltilmiş diğer ülkelerin fiyatlarıyla karşılaştırmanın ise zorunlu olduğunu belirtmiştir. Artık aşırı fiyat analizinde PPP endeksinin sağladığı verilerden ya-

²⁷⁷ Lamadrid, s. 4.

²⁷⁸ Kanun Sözcüsü Wahl'ın AKKA/LAA görüşü, para 48.

rarlanmak suretiyle o ülkelerin fiyatlarını alım gücüne göre düzelterek karşılaştırmaya esas almak yerinde olacaktır. Böylece PPP endeksi sayesinde aşırı fiyat analizinde kesinlik sağlanan bir unsur daha ortaya konmuş olmaktadır.

Yukarıda sayılan tüm hususlar, aşırı fiyat analizini belirsizlikten kurtarıp aşırı fiyatları tespit etme ve bu fiyatlara müdahale etme noktasında tüketici zararını azaltma rolünü üstlenebilirler. Ancak AKKA/LAA kararının aşırı fiyat analizinde belirliği sağlama bakımından eksik kalan yanları da vardır. Bunlardan biri, hem kanun sözcüsünün hem de ABAD'nın rekabet otorite ve mahkemelerine büyük oranda manevra alanı tanıyarak karşılaştırma sonucunu bulan fiyat farkının tatmin edici olup olmadığı hususunu onların inisiyatifine bırakmasıdır. Bir diğer husus ise karşılaştırma için seçilecek ülkeler bakımından soyut kavramların belirlenmesidir. Buna göre, referans alınan ülkeler, nesnel, uygun ve kanıtlanabilir ölçütlere göre seçilmelidir. Bu ölçütlerin tüketim alışkanlıkları, diğer ekonomik ve sosyo-kültürel faktörleri, kültürel ve tarihi mirası da içermesi mümkündür. Maalesef bu kelimelerin anlamları yorumu açıktır. Söz konusu kriterler, olayın özelliklerine göre farklı şekillerde yorumlanarak benzer davalarda birbirleriyle çelişen sonuçlara ulaşılmasına imkân verebilirler. Bu da tüketicilere doğrudan ve bu denli büyük zarar veren aşırı fiyat analizi bakımından tutarlı bir uygulama sergilenmesini engeller.

V. SONUÇ

Rekabet hukukunun en tartışmalı konularından birisi olan aşırı fiyatlama, çalışmamız boyunca da açıklandığı üzere, tüketiciler üzerinde doğrudan ve açıkça görülebilen bir zarar yaratmaktadır. Buna rağmen, aşırı fiyatlama hem rekabet hukuku kapsamında ihlal olarak değerlendirilmesi hem de müdahaleyi gerektirip gerektirmemesi noktasında çeşitli sorunları bünyesinde barındırmaktadır. Aşırı fiyat ve adil fiyat tanımlamalarının yapıl-

masındaki güçlük, aşırı fiyatlamaya müdahale edilmesi gerekip gerekmediğine ilişkin hem doktrinde hem rekabet otorite ve mahkemeleri arasında bulunan tartışma hem de çeşitli ülkelerin farklı politikalar benimsemiş olmaları, müdahale edilecekse hangi pazar koşullarının bulunması halinde müdahale edilmesi gerektiğine ilişkin fikir ayrılığı ve aşırı fiyatlamayı tespit etmek için kullanılacak teste ilişkin belirsizlik aşırı fiyatlama konusunu daha da karmaşık hale getirmektedir.

AB rekabet hukuku uygulaması incelendiğinde rekabetçi pazar yapısını bozan ve doğrudan tüketici zararına yol açan aşırı fiyat uygulamalarına müdahale edilebileceği görüşü benimsenmiştir. Ancak pazarın yapısını ve ilgili teşebbüsün pazardaki konumunu dikkate alarak bu müdahalenin kısıtlı ve belirli durumlarda yapılması gerektiği kabul edilmektedir. Gerçekten de şu ana kadar Komisyon ve ABAD tarafından verilen kararlara bakıldığında, aşırı fiyatlamayı iddia eden ve tespit eden çok az sayıda karar olduğu görülmektedir. Çalışmamız boyunca incelediğimiz bu kararlar, AB'de aşırı fiyatlamayı tespit etmek için iki aşamalı *United Brands* testinin geliştirildiğini, bu testin aşamalarının bazen kümülatif bazen de alternatifli olarak uygulandığını ortaya sermiştir.

Bu kapsamda AKKA/LAA kararı ile AB uygulamasında gelinen son noktada aşırı fiyat analizinde tanım, yöntem ve PPP endeksi ile belirlilik sağlanarak tüketici refahını önemli ölçüde zedeleyen bu uygulamalarla savaşmak kolaylaştırılmıştır. Ancak rekabet otorite ve mahkemelerine geniş bir manevra alanının bırakılması ve fiyat karşılaştırması için seçilecek ülkelerde aranan soyut nitelikler analizin diğer hususlarında belirsizliğin devam ettiğini göstermektedir. Bu da maalesef tüketicilere doğrudan ve bu denli büyük zarar veren aşırı fiyat analizi bakımından tutarlı bir uygulama ortaya konmasını engelleyebilir.

KAYNAKÇA

- Almunia**, Joaquin, (2010), 'Competition and Consumers: The Future of EU Competition Policy', speech at European Competition Day, Madrid, <http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-10-233_en.pdf> s.e.t. 17 Aralık 2018.
- Akman**, Pinar (2008), 'Exploitative Abuse in Article 82EC: Back to Basics?', University of East Anglia, CCP Working Paper no: 09-1, <http://www.uea.ac.uk/polopoly_fs/1.105848!ccp09-1.pdf> s.e.t. 17 Aralık 2018.
- Akman**, Pinar (2009), 'Searching for the Long-Lost Soul of Article 82 EC', Oxford Journal of Legal Studies, S:29.
- Akman**, Pinar (2010), 'The European Commission's Guidance on Article 102TFEU: From *Inferno* to *Paradiso*?', Modern Law Review, S:73, C:4.
- Akman**, Pinar & **Garrod**, Luke (2010), 'When Are Excessive Prices Unfair?', University of East Anglia, CCP Working Paper no: 10-4, <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1578181> s.e.t. 17 Aralık 2018.
- Akman**, Pinar (2016), 'The Reform of The Application of Article 102 TFEU: Mission Accomplished?', Antitrust Law Journal, S:81, C:1.
- Bishop**, Simon & **Walker**, Mike (2010), The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement, 3. Bası, London, Sweet & Maxwell.
- Dörter**, Pinar (2008), 'Avrupa Toplulukları Adalet Divanı'nda Ön Karar Usulü ile Görülen Davalar' (Yüksek Lisans) Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, <<http://dspace.deu.edu.tr/xmlui/bitstream/handle/12345/11155/226860.pdf?sequence=1>> s.e.t. 17 Aralık 2018.
- Ezrachi**, Ariel & **Gilo**, David, (2008) 'Are Excessive Prices Really Self-Correcting?', Journal of Competition Law and Economics, S:5.
- Evans**, David & **Padilla**, Atilano J. (2005), 'Excessive Prices: Using Economics to Define Administrable Legal Rules', Journal of Competition Law and Economics, S:97, C:1.
- Fox**, Eleanor M. (1986), 'Monopolization and Dominance in the United States and the European Community: Efficiency, Opportunity and Fairness', Notre Dame Law Review, S:61.
- Furse**, Mar (2008), 'Excessive Prices, Unfair Prices and Economic Value: The Law of Excessive Pricing under Article 82 EC and the Chapter II Prohibition' European Competition Journal, S:59.
- Gal**, Michael S. (2004), 'Monopoly Pricing as an Antitrust Offense in the US and the EC: Two Systems of Belief about Monopoly?', New York University Law and Economics Working Papers, no: 15, <http://lsr.nellco.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1017&context=nyu_lewp> s.e.t. 17 Aralık 2018.
- Gerard**, Damien M.B. (2005), 'Price Discrimination under Article 82 (2) (C) EC: Clearing up the Ambiguities', Global Competition Law Centre Research Paper on the Modernisation of Article 82 EC, <<http://ssrn.com/abstract=1113354>> s.e.t.17 Aralık 2018.
- Gerber**, David J. (1998), Law and Competition in Twentieth Century Europe: Protecting Prometheus, Oxford, Oxford University Press.
- Hordijk**, Erik P., 'Excessive Pricing Under EC Competition Law: An Update in the Light of Dutch Developments': Hawk, Barry (editör) (2002) International Antitrust Law and Policy: Fordham Corporate Law Institute Annual Proceedings 2001, New York, Juris Publishing.
- Hou**, Liyang (2011), 'Excessive Prices within EU Competition Law', European Competition Journal, S:47, C:7.
- Hubert**, Patrick & **Combet**, Marie-Laure (2011), 'Exploitative Abuse: The End of the Paradox?', Concurrences Doctrines, S:I, C:1.
- Joliet**, Rene (1970), Monopolization and Abuse of Dominant Position, The Hague, Martinus Nijhoff.
- Kroes**, Neelie, 'Tackling Exclusionary Practices to Avoid Exploitation of Market Power: Some Preliminary Thoughts on the Policy Review of Article 82': Hawk, Barry (editör) (2006) International Antitrust Law and Policy: Fordham

Corporate Law Institute Annual Proceedings 2005, New York, Juris Publishing.

Lamadrid, Alfonso (2017), 'On Excessive Pricing and Subjectivity- The CJEU's Judgment in case C-177/16 AKKA/LAA', *Chilling Competition*, <https://chillingcompetition.com/2017/09/28/on-excessive-pricing-and-subjectivity-the-cjeus-judgment-in-case-c-17717-akkalaa/> s.e.t. 17 Aralık 2018.

Lande, Robert H. & **Averitt**, Neil W. (2007), 'Using the Consumer Choice Approach to Antitrust Law', *Antitrust Law Journal*, S:74.

Leslie, Charles R. (2006), 'Antitrust Damages and Deadweight Loss', *Antitrust Bulletin*, S:51, C:3.

Lyons, Bruce (2007), 'The Paradox of the Exclusion of Exploitative Abuse': The Pros and Cons of High Prices, Swedish Competition Authority.

Marshall, Alfred (1890), *Principles of Economics*, London, Macmillan.

Motta, Massimo & **de Streel**, Alexandre, 'Exploitative and Exclusionary Excessive Prices in EU Law': Ehlermann, Claus-Dieter & Atanasu, Isabella (editörler) (2006), *European Competition Law Annual 2003: What Is an Abuse of a Dominant Position?*, Oxford, Hart Publishing.

O'Donoghue, Robert & **Padilla**, Atilano J. (2013), *The Law and Economics of Article 102 TFEU*, Oxford, Hart Publishing.

Paulis, Emil, 'Article 82 EC and Exploitative Conduct': Ehlermann, Claus-Dieter & Marquis, Mel (editörler) (2008) *European Competition Law Annual 2007: A Reformed Approach to Article 82 EC*, Oxford, Hart Publishing.

Pozdnakova, Alla (2010), 'Excessive Pricing and the Prohibition of the Abuse of a Dominant Position', *World Competition*, S:33, C:1.

Quitow, Carl M. (2001), *State Measures Distorting Free Competition in the EC: A Study of the Need for a New Community Policy Towards Anti-Competitive State Measures in the EMU Perspective*, The Netherland, Kluwer Law International.

Röller, Lars-Hendrik, 'Exploitative Abuses': Ehlermann, Claus-Dieter & Marquis, Mel (editörler) (2008) *European Competition Law Annual 2007: A Reformed Approach to Article 82 EC*, Oxford, Hart Publishing.

Sanlı, Kerem C. (2010), 'Rekabet Hukukunda Tekelci Fiyatlandırma': Perşembe Konferansları 10, Ankara, Rekabet Kurumu Yayınları.

Schmidt, K.S Hedvig, 'Private Enforcement - Is Article 82 EC special?': Mackenrodt, Mark-Oliver & Gallego, Beatriz C. & Enchelmaier, Stefan (editörler) (2010) *Abuse of Dominant Position: New Interpretation, New Enforcement Mechanisms?*, Berlin, Springer.

Schumpeter, Joseph A., 'History of Economic Analysis': Schumpeter, E. Boody (editör) (1954), New York, Oxford University Press.

Spiegel, Henry W., 'Scholastic Economic Thought': J. Eatwell, M. Milgate ve P. Newman (editörler) (1991), *The World of Economics*, London, The New Palgrave.

Tirole, Jean (1988), *The Theory of Industrial Organization*, Cambridge, MA, MIT Press.

Ünal, Çiğdem (2010), 'Rekabet Hukukunda Tek Taraflı Sömürücü Davranışlar', *Rekabet Dergisi*, S:11, C:4.

Whish, Richard & **Bailey**, David (2012), *Competition Law*, 7. Bası, Oxford, Oxford University Press.

Avrupa Komisyonu Dökümanları

AB Komisyonu, *DG Competition*

Discussion Paper on the Application of the Treaty to Exclusionary Abuses, (Brussels, 2005),

<<http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf>> s.e.t. 17 Aralık 2018

("Discussion Paper").

AB Komisyonu, *Guidance on the Commission's Enforcement Priorities in Applying Article 82 EC Treaty to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings*, (Brussels, 2009/C45/02, 2009),

<<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2009:045:0007:0020:EN:PDF>> s.e.t. 17 Aralık 2018.

AB Komisyonu, Directorate for Financial and Enterprise Affairs Competition Committee, *Excessive Prices* (DAF/COMP/WP2/WD(2011)54, Brussels, 2011).

AB Komisyonu, *Staff Working Document: Practical Guide Quantifying Harm in Actions for Damages based on Breaches of Article 101 or 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union Accompanying the Communication from the Commission on quantifying harm in actions for damages based on breaches of Article 101 or 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union* (SWD(2013) 205, Strasbourg, 2013).

Oxera & Komninos Assimakis & others, *Quantifying Antitrust Damages - Towards Non-binding Guidance for Courts*, Study Prepared for the Commission (Luxembourg, 2009).

Avrupa Komisyonu Kararları

AB Komisyonu, 75/75/EEC *General Motors Continental* [1975] OJ L 29/14, [1975] 1 CMLR D20.

AB Komisyonu, 76/353/EEC *Chiquita* [1976] OJ L 95/1.

AB Komisyonu, 84/379/EEC *British Leyland* [1984] OJ L 207/11.

AB Komisyonu, 2001/463/EC *DSD* (Duales System Deutschland) (COMP D3/34493) [2001] OJ L 166/1.

AB Komisyonu, *Deutsche Post AG - Interception of cross-border mail* [2001] OJ L 331/ 40, [2002] 4 CMLR 598.

AB Komisyonu, COMP/C-1/37.451, 37.578, 37.579 *Deutsche Telekom AG* [2003] OJ L263/9.

AB Komisyonu, COMP/36.568/D3 *Scandlines Sverige AB v Port of Helsingborg* [2004].

AB Komisyonu, COMP/38.784 *Wanadoo España v Telefónica* [2007] OJ C 83/6.

AB Komisyonu, COMP/38.636 *Rambus* [2009].

ABAD Kararları

Case 6/72 *Europemballage Corporation and Continental Can Company Inc. v Commission* [1973] ECR 00215.

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

Case 27/76 *United Brands Company and United Brands Continentaal BV v Commission of the European Communities - Chiquita Bananas* [1978] ECR 207, [1978] 1 CMLR 429.

Case 226/84 *British Leyland Public Limited Company v Commission* [1985] ECR 3300-3306.

Case 30/87 *Corinne Bodson v Pompes Funebres des régions libérées SA* [1988] ECR. 2479, [1989] 4 CMLR 984.

Joined Cases 110/88, 241/88 and 242/88 *Lucazeau and others v SACEM* [1989] ECR 281.

Case C-395/87 *Ministère public v Jean-Louis Tournier* [1989] ECR 2521, [1991] 4 CMLR 248.

Joined Cases C-241/91 and C-242/91 P, *Radio Telefís Eireann (RTE) and Independent Television Publications Ltd (ITP) v Commission* [1995] ECR 743.

Case C-418/01, *IMS Health GmbH & Co OHG v NDC Health GmbH & Co KG* [2004] ECR I-5039.

Case C-159/08 *P Isabella Scippacercola ve Ioannis Terezakis v Commission* [2009] ECR I-46.

Case C-385/07P *Der Grüne Punkt - DSD v Commission* [2009] ECR I-06155.

Case C-177/16 *Autortiesību un komunikēšanās konsultāciju aģentūra/Latvijas Autoru apvienība v Konkurences padome* [2017] ECLI:EU:C:2017:689 (henüz rapor edilmemiş).

Kanun Sözcüsü Wahl'ın AKKA/LAA davasına ilişkin görüşü, para 8,

<<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=189662&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1273145>> s.e.t. 17 Aralık 2018.

Diğer Kaynaklar

4054 sayılı Kanun'un Madde Gerekçeleri, Madde 6'nın gerekçesi, <<https://www.rekabet.gov.tr/tr/Sayfa/Mevzuat/4054-sayili-kanun/madde-gerekceleri>> s.e.t. 17 Aralık 2018.

Verizon Communications Inc v Law Offices of Curtis Trinko 540 US 398 [2004].

Attheraces Ltd v The British Horseracing Board Ltd [2005] EXCH 3015, [2005] UKCLR 757.

OECD (2011), *Quantification of Harm to Competition by National Courts and Competition Agencies* (DAF/COMP(2011)25,

<<http://www.oecd.org/daf/competition/QuantificationofHarmtoCompetition2011.pdf>> s.e.t. 17 Aralık 2018.