

İÇİNDEKİLER

§ 1. Giriş

§ 2. Tekel Sorununa ve Tekelci Fiyatlandırma Kavramına Genel Bir Bakış

- I. Ekonomik Açıdan Tekel Modeli
- II. Tekelci Fiyatlandırma ve Tekelin Sosyal Maliyeti
- III. Ekonomi Bilimi Açısından Rekabet Hukukunun Uygulanabilirliği

§ 3. Amerikan ve Avrupa Birliği Rekabet Hukuklarında Tekelci Fiyatlandırma

- I. Giriş
- II. A.B.D. Rekabet Hukuku
- III. Avrupa Birliği Rekabet Hukuku
- IV. A.B.D. ve Avrupa Birliği Rekabet Hukuklarında Tekelci Fiyatlandırmaya İlişkin Farklı Yaklaşımların Olası Nedenleri

§ 4. Türk Rekabet Hukukunda Tekelci Fiyatlandırma

- I. Giriş
- II. Tekelci Fiyatlandırma Üzerine Hukuki İnceleme
 - A. Giriş
 - B. Lafzi Yorum
 - C. Kanunun Ruhu Çerçevesinde Yapılan Yorum
- III. Uygulamaya Yönelik Çeşitli Öneriler
 - A. Giriş
 - B. Uygulamada Doğabilecek Olası Sorunlar Açısından Çeşitli Öneriler
 - 1. Potansiyel Rekabet
 - 2. İdari Güçlükler
 - a) Giriş
 - b) Maliyetin Belirlenmesi
 - c) Aşırı Karlılığın Belirlenmesi
 - 3. Motivasyon Sorunu
 - a) İzlenecek Yaklaşım ve Özellikle Uygulanacak Yaptırımın Niteliği
 - b) Teorik Açıdan Motivasyon Sorununun Gerçekliği Üzerine Düşünceler

- ba . Henüz Tekel Piyasası Özellikleri Göstermeyen Piyasalar Bakımından
- bb. Tekel Piyasaları Bakımından
- C. Elde Edilecek Fayda Açısından Çeşitli Öneriler
 - 1) Verimliliğin Artırılması
 - a. Hukuka Aykırılığın Belirlenmesi Açısından
 - b. Yaptırımın Belirlenmesi Açısından
 - 2) Gelir Adaletsizliğinin Önlenmesi
 - a. Hukuka Aykırılığın Belirlenmesi Açısından
 - b. Yaptırımın Belirlenmesi Açısından

§ 5. Sonuç

Kaynakça

REKABET HUKUKUNDA TEKELCİ FİYATLANDIRMA

Kerem Cem SANLI

İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırma Görevlisi

•••

§ 1. GİRİŞ

Tekel (veya monopol) konumuna sahip teşebbüslerin, tam rekabet ortamında faaliyet gösteren teşebbüslere kıyasla, daha verimsiz olarak ve/veya daha yüksek fiyatlarla faaliyette bulundukları ekonomistler tarafından genel olarak kabul gören bir gerçektir. Teşebbüsün “*ideal olandan*”, daha doğru bir ifadeyle, marjinal maliyetlerden (*marginal cost*) daha yüksek fiyatlar uygulaması, “*tekelci fiyatlandırma*” (*monopoly pricing*) olarak adlandırılmaktadır. Bu durum, dağılım verimsizliğine (*allocative inefficiency-deadweight loss*) sebep olmakta, aynı zamanda tüketicilerden tekele kaynak transferine (*wealth transfer*) yol açarak toplumdaki gelir dağılımını bozmaktadır.

Nitekim tekel konumuyla özdeşleştirilen bu (ve diğer bir takım) olumsuz sonuçlar neticesinde, tekel sorununun rekabet hukuklarının varlık nedeni ve aynı zamanda temel hedefi olduğunu söylemek herhalde yanlış olmaz¹. Fakat belirtmek gerekir ki, her ne kadar tekel sorununun ekonomik açıdan analizi aynı olsa da, rekabet hukuku sistemlerinin soruna yaklaşımında önemli denebilecek farklılıklar mevcuttur. Örneğin bu farklılıklardan belki de en çarpıcı olanı, ekonomik açıdan tekelleşmenin yarattığı sosyal maliyetin ana kaynağını teşkil eden “*tekelci fiyatlandırma*” halinin rekabet hukuku sistemlerinde ele alınış biçimidir. Amerika Birleşik Devletleri gibi, piyasa ekonomisinin işlerliğine önemli ölçüde güven duyulan ülkelerde “*tekelci fiyatlandırma*” hukuka uygun ve olağan bir davranış biçimi olarak kabul edilirken², Avrupa Birliği gibi nispeten müdahaleci bir

¹ Burada tekel sorunuyla kastedilen, sadece teknik anlamda “tekel” veya “monopol” değil; aynı zamanda ekonomik etkileri açısından benzer özellikler gösteren kartel benzeri birliktelikler, daha doğru ve genel bir ifadeyle iktisadi yoğunlaşma olgusudur.

² Bkz §3/II

geleneğe sahip ekonomilerde bu uygulama rekabet hukukuna aykırı görülebilmektedir³.

“*Tekelci fiyatlandırma*” gibi, ekonomik açıdan olumsuz etkileri çok açık olan bir uygulama karşısında dahi, mevcut rekabet hukuku sistemleri içerisinde en köklü ve çağdaş olarak kabul edilen bu iki sistemin birbirine zıt yaklaşımı, kanımızca son dönemlerde hızla yaygınlaşan yeni rekabet hukuku sistemleri için, bu uygulamalar karşısında ne çeşit bir yaklaşım sergilenmesi gerektiği sorusunu ortaya çıkarmaktadır. Şüphesiz bu sorunun yanıtı, büyük ölçüde ilgili ülkenin ekonomik ve sosyal yapısına bağlıdır. Ancak rekabet hukukuna yeni yürürlük kazandıran ülkelerin ekonomik açıdan benzer vasıflara sahip olması, bu hususta bir takım genellemeler yapmaya da imkan vermektedir. Ayrıca bu ülkelerin hemen hemen tamamının gelişmekte olan ve az gelişmiş ülkeler grubuna dahil olması kanımızca soruya verilecek yanıtın önemini artırmaktadır⁴.

Çalışmamızda, “*tekelci fiyatlandırma*” uygulamalarına karşı rekabet hukukunun uygulanabilirliği sorununa temel olarak Türk rekabet hukuku çerçevesinde yanıt aranacaktır. Bu yapılırken, doğal olarak, mukayeseli hukuktan faydalanılacaktır. Hemen ifade edelim ki, çalışmamızda savunduğumuz görüşümüz çerçevesinde “*tekelci fiyatlandırma*”yı, Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun’un 6. maddesi kapsamında değerlendirmek mümkündür⁵. Bununla birlikte, “*tekelci fiyatlandırma*”ya ilişkin olarak, Kanun’un 6. maddesinde yer alan anti-tekel hükmünün kaynak düzenleme teşkil eden Roma Antlaşması’nın ilgili hükmünden ayrılması, kanımızca konunun, hukukumuz açısından ayrıca tartışma konusu yapılmasını gerektirmektedir.

İleri sürdüğümüz görüşün, kısmen teorik temellere ve kısmen de Türkiye’nin sosyo-ekonomik gerçeklerine dayandığı söylenebilir. Genel olarak ifade etmek gerekirse, doğru bir rekabet hukuku uygulaması, hukuk ve ekonomi bilimlerinin, ilgili ülkenin sosyal, ekonomik ve hukuki gerçekleri ışığında değerlendirilmesiyle oluşturulabilir. Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un getirmiş olduğu sistem çerçevesinde, “*tekelci fiyatlandırma*”nın Kanun kapsamında görülmesinde hukuki tekniği açısından herhangi bir engel olmadığı

³ Bkz §3/III

⁴ Tekelci fiyatlandırmanın rekabet hukuku kapsamında görülüp görülmeyeceği yukarıda anılan gruba dahil ülkeler için önemlidir; zira tekel fiyatlarından kaynaklanan refah kaybı, gelişmiş ülkelerle kıyaslandığında bu ülkelerde çok daha ağır düzeyde olmaktadır.

⁵ Bkz. Genel Olarak §4/II

gibi⁶, esasen bu tür bir yaklaşım Kanunun ruhuna daha uygundur⁷. Özellikle Ülkemizin sosyo-ekonomik yapısı dikkate alındığında, “*tekelci fiyatlandırma*”dan kaynaklanan sosyal maliyetin, gelişmiş ülkelere kıyasla daha ağır olduğu kolaylıkla görülmektedir. Esasen bu durum, savunduğumuz görüşün hareket noktasını oluşturmaktadır.

Bununla birlikte belirtelim ki, hangi tür fiyat uygulamalarının hukuka aykırı olarak nitelendirilmesi gerektiği hususunda kesin ve mutlak kriterler vermek oldukça güçtür. Oysa piyasa tarafından serbestçe oluşan fiyatlar üzerinde yapılacak olan bir müdahalenin olumsuz sonuçları dikkate alındığında, bu husustaki yaklaşımın netleştirilmesi hukuk güvenliği ve ekonomik yaşamın sağlıklı işlemesi bakımından zorunludur. Nitekim çalışmamızda da “*tekelci fiyatlandırma*”ya karşı rekabet hukukunun oldukça sınırlı hallerde uygulanması ve bu sınırlı hallerin belirlenmesinde de, ekonomi bilimi prensiplerinin hassasiyetle göz önünde tutulması önerilmektedir⁸.

Çalışmamız giriş ve sonuç kısımları hariç olmak üzere üç ana kısımdan oluşmaktadır. İlk kısımda “*tekelci fiyatlandırma*” ve genel olarak tekel probleminde hukukçu gözüyle ekonomik açıdan yaklaşım ve sorunun genel çerçevesi çizilmeye çalışılmıştır. İkinci kısımda, A.B.D. ve Avrupa Birliği rekabet hukuklarındaki uygulama mukayeseli olarak kısaca ele alınmış ve hukukumuzda yol göstermesi bakımından bu iki sistem arasındaki farklı uygulamanın olası nedenleri araştırılmıştır. Ve nihayet son kısımda ise, öncelikle Türk rekabet hukukunun “*tekelci fiyatlandırma*”ya uygulanmasının mümkün olup olmadığı sorusuna yanıt aranmıştır. Bunu takiben ise, hangi hallerde hukuka aykırılığın söz konusu olabileceği ve hukuka aykırılığın söz konusu olduğu hallerde de uygun yaptırımın ne olabileceği hususunda, genel bir takım önerilere yer verilmiştir. Çalışmamızın sınırlarının çizilmesi açısından belirtmek gerekir ki, “*tekel*” veya Kanun’un tabiriyle “*hakim durum*” (*dominant position*) kavramına⁹ ve fikri mülkiyet hukukuna ilişkin konular kapsam dışı bırakılmıştır.

⁶ Bkz. §4/II/B

⁷ Bkz. §4/II/C

⁸ Bkz. Genel Olarak §4/III

⁹ Belirtelim ki, ekonomi biliminde verilen “tekel” tanımı ile, rekabet hukukundaki “hakim durum” kavramı arasında farklılıklar bulunmakta, rekabet hukukundaki hakim durum, en azından uygulamada, dar ve teknik anlamıyla “tekel” veya “monopol” kavramından daha geniş bir alanı ifade etmektedir. Bununla birlikte, piyasa davranışları ve neden oldukları ekonomik sorunlar açısından her iki kavram arasında ciddi bir farklılık yoktur. Bu itibarla, takip eden bölümlerde yapılan ekonomik

§ 2. TEKEL SORUNUNA ve “TEKELCİ FİYATLANDIRMA” KAVRAMINA GENEL BİR BAKIŞ

“Tekel” (veya “*hakim durum*”), rekabet hukuku bağlamında genel olarak, piyasadaki rekabeti dışlamaya veya fiyatı kontrol etmeye imkan veren güç olarak tanımlanmaktadır¹⁰. Bu gücün varlığı ve kullanılması ekonomi literatüründe pek çok olumsuzluğun kaynağı olarak gösterilmektedir. Genel olarak ifade etmek gerekirse, tekel konumundaki teşebbüs piyasadaki arzı kısırarak fiyatların optimum seviyesinden daha yüksek bir seviyeye çıkmasına neden olmaktadır. Bu durumun da, kaynak dağılımında verimsizliğe ve gelir dağılımında bozulmalara yol açtığı ifade edilmektedir¹¹.

Kolaylıkla anlaşılabileceği üzere “*tekelci fiyatlandırma*” ve bundan kaynaklandığı ileri sürülen meseleler, temelde ekonomi biliminin konusudur. Dolayısıyla konuya ilişkin sağlıklı bir hukuki değerlendirme yapabilmek için, öncelikle tekel piyasası, “*tekelci fiyatlandırma*” ve bu fiyatlandırmanın olası sonuçlarının ekonomik açıdan analizi gerekir. Ancak bu sayede anti-tekel hükmü ile izlenen amacın tespit edilmesi ve yapılacak hukuki yorumun sağlam temellere oturtulması mümkün olur. Bu itibarla, aşağıdaki alt başlıklar altında bu iktisadi meselelere bir hukukçu gözüyle kısaca değinilecektir.

Ekonomik Açıdan Tekel Modeli

Tekel modeline ilişkin değerlendirmelerin büyük ölçüde tam rekabet piyasaları esas alınarak mukayeseli bir şekilde yapılması, ekonomik açıdan tekel modelini tam olarak kavrayabilmek için, öncelikle “*tam rekabet*” (*perfect competition*) modeline kısaca değinilmesini gerektirmektedir. Her ne kadar tekel piyasası gibi tam rekabet modeli de pratikte pek karşılaşılmayan bir piyasa şekli olsa da, bu iki modelin mukayesesi fiyatın oluşumu ve sosyal refah analizi açısından önemli ipuçları sağlar.

“*Tam rekabet*” piyasası olarak adlandırılan modelin (bkz. tablo 1), genel olarak; atomisite, homojenlik, serbestlik, akıcılık ve saydamlık olmak üzere beş

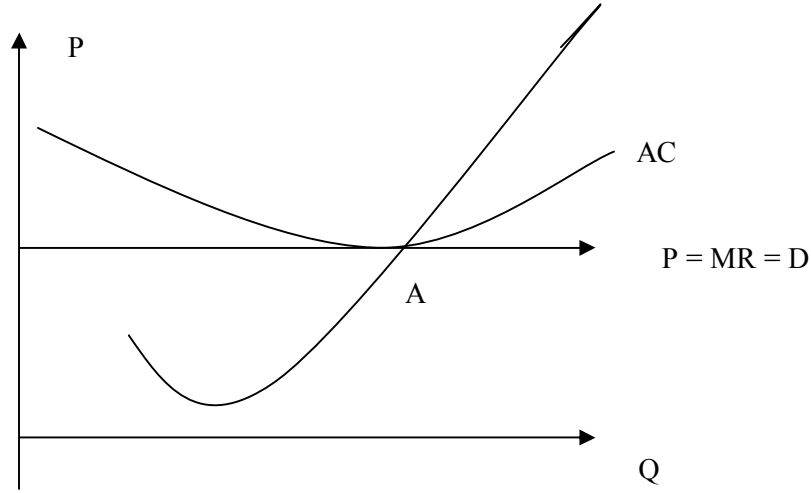
değerlendirmelerde kullanılan tekel teriminin, hakim durum olarak anlaşılması mümkündür.

¹⁰ Areeda/Kaplow, sh.554; Sullivan, sh.33; Gelhorn/Kovacic, 94; Whish/Sufrin, sh.260; Sanlı, sh.208; Aslan, sh.86; ayrıca krş. RKHK. md.3

¹¹ Viscusi/Vernon/Harrington, 74-93; Gelhorn/Kovacic, 67, 68; Breyer, 10; Clarke/Davies/Driffeld, 6; Areeda/Kaplow, 16

koşula dayandığı söylenebilir¹². Tam rekabet piyasasında çok sayıda teşebbüsün faaliyet göstermesi¹³ ve malların tam ikame edilebilme özelliği nedeniyle, teşebbüslerin fiyatı veya arzı belirleme iktidarı bulunmamaktadır. Fiyat bu teşebbüsler için bir veri teşkil etmektedir¹⁴. Dolayısıyla teşebbüsler üretimlerini bu piyasa fiyatına ayarlamakta ve rekabet baskısı kar oranlarını aşağı çekerek marjinal maliyetlerde (*marginal cost-MC*) üretim yapmaya zorlamaktadır. Talebin sonsuz elastik olması nedeniyle piyasa fiyatı teşebbüslerin marjinal gelirine (*marginal revenue-MR*) eşit olmakta ve karını maksimize etmeyi amaçlayan teşebbüs üretimini marjinal maliyetin, marjinal gelir ile eşitlendiği (veya kesiştiği) noktaya kadar arttırmaktadır (firma dengesi = A).

Tablo (1)MC



Buna karşılık tekel piyasalarında fiyatın oluşumunda farklı prensipler hakimdir. Tekel piyasası tek bir teşebbüsün giriş engelleri nedeniyle rekabet baskısından uzak faaliyette bulunduğu ve yakın ikame edilebilir malların bulunmadığı piyasa yapısını ifade eder¹⁵. Tekel arzı kontrol altında tutabilmekte, bununla birlikte talep miktarı, fiyata ve/veya arz miktarına göre değişkenlik göstermektedir. Bir başka ifadeyle, tekel fiyatı kırıdığında talep artmakta,

¹² Özgüven, sh. 265,266; Ünsal, sh. 287

¹³ Atomisite olarak da adlandırılan bu koşula göre, sadece arz tarafında değil, aynı zamanda talep tarafında da çoğulculuk şartının gerçekleşmesi bir başka ifadeyle çok sayıda alıcı veya tüketicinin bulunması gerekir.

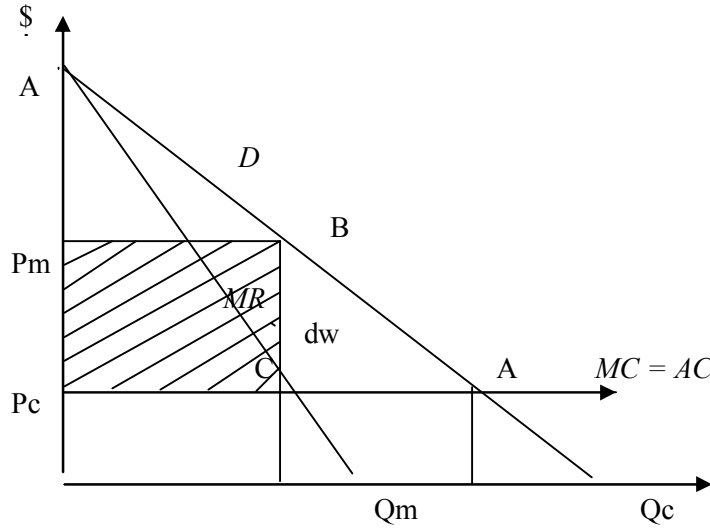
¹⁴ Bir başka ifadeyle tam rekabet piyasasında faaliyet gösteren teşebbüsler fiyat kabul edici (price taker) konumundadırlar.

¹⁵ Ünsal, sh.341

artırdığında ise talep azalmaktadır. Tekelin fiyat ve talep üzerindeki etkisine bağlı olarak talep eğrisi, tam rekabet modelinden farklı olarak sonsuz esnek bir eğri değil, alçalan bir eğri görünümündedir (bkz Tablo 2; D).

İşte bu duruma bağlı olarak marjinal gelir fiyata eşit değil, daha aşağıda seyrederek. Zira daha fazla satmak isteyen tekeli, “fiyat ayrımcılığı” (*price discrimination*) yapmadığı sürece, sadece son sattığı mallarda değil tüm mallarda fiyatlarını indirmek zorunda kalır. Bu durum ise, marjinal gelirlerin hızla düşmesine sebep olur (bkz MR fonksiyonu). Fiyatın “done” olmaması ve arz miktarına göre değişkenlik göstermesi, tekeli (talep eğrisi üzerinde) karını maksimize edecek üretim miktarını bulmaya zorlar. Kar maksimizasyonu amacını taşıyan tekeli, doğal olarak, ancak marjinal gelirinin marjinal maliyetine eşit olduğu noktaya kadar üretime devam eder (C). Zira bu noktadan sonra marjinal gelir negatif olmakta ve tekeli zarar etmektedir.

Tablo (2)



Tekelci Fiyatlandırmanın ve Genel Olarak Tekelin Sosyal Maliyeti

Yukarıda ifade edilenler çerçevesinde, her ne kadar tekeli rasyonel veya daha doğru bir ifadeyle kar maksimizasyonu (*profit maximization*) amacına uygun davrandığı söylenebilirse de, bu durum, tekeli piyasalarında üretimin yapay bir şekilde kısıyor olması gerçeğini değiştirmemektedir. Üretimin veya arzın kısılması ise, fiyatların tam rekabet piyasasındakine kıyasla daha yüksek düzeyde

seyretmesine yol açmaktadır. Nitekim bu seviyedeki fiyat, “*tekeli fiyatı*” olarak isimlendirilmektedir¹⁶.

Genel olarak “*tekeli fiyatlandırma*”nın ekonomik açıdan iki farklı olumsuz etkisi olduğu söylenebilir. Bunlardan ilki, tekel fiyatlarının marjinal maliyetlerden yüksek olması nedeniyle kaynak dağılımında verimsizliğin (*allocative inefficiency*) ortaya çıkmasıdır (bkz Tablo 2 ABC üçgeni=deadweight loss). Kısaca ifade etmek gerekirse; tekelin üretimi kısmasının bir sonucu olarak, marjinal maliyet seviyesindeki fiyatlardan mal almaya hazır tüketici topluluğu (bkz. Tablo 2; BA doğrusu) ikame mal almaya yönelecektir. Bu durum ise, görünürde daha ucuz olmakla beraber, kullanılan gerçek kaynaklar açısından daha maliyetli olan başka bir malın ikame edilmesine¹⁷ ve ayrıca, üretimin, tüketici tercihlerinden uzaklaşılmasına yol açmaktadır¹⁸.

“*Tekeli fiyatlandırma*”nın bir diğer olumsuz etkisi ise, fiyatın tam rekabet piyasalarına kıyasla daha yüksek oluşması nedeniyle, tüketicilerin daha fazla bedel ödemek zorunda kalmalarıdır. Bu fazla bedel, genellikle tekel karı (*monopoly profit*) olarak tüketicilerden tekele kaynak transferi teşkil eder (bkz Tablo 2; PmPcBC dikdörtgeni; taralı alan)¹⁹. Her ne kadar ekonomi biliminde bu

¹⁶ Kısaca açıklamak gerekirse, yukarıda da değinildiği üzere tam rekabet piyasasında da fiyat, marjinal gelirin marjinal maliyet ile kesiştiği nokta esas alınarak tespit edilmekte, bununla birlikte tam rekabet piyasasında piyasa talebinin (yatay talep fonksiyonu) marjinal gelire eşit olması nedeniyle, fiyat da talep ile marjinal gelirin kesiştiği noktada ortaya çıkmaktadır. Oysa tekel piyasasında marjinal gelir talep fonksiyonu ile aynı doğru üzerinde değil, her zaman daha aşağıda seyredir. Bunun sonucu olarak fiyat daha yüksek ortaya çıkar ve arz kısılır. Bunu tablo üzerinde değerlendirecek olursa, tekel piyasasında tam rekabet şartlarının bulunduğu bir varsayımda, fiyat Pm değil Pc (ki bu fiyat makul fiyat olarak da nitelendirilebilir) arz da Qm değil Qc olacaktır. Görüldüğü üzere tam rekabet piyasasında arz daha fazla olmakta ve fiyat seviyesi ise düşmektedir.

¹⁷ Hemen belirtelim ki gerçek kaynaklar açısından ikame edilen malın daha maliyetli olması, söz konusu malın tam rekabet modelinde üretiliyor olması varsayımına dayanır. Nitekim bu varsayımın gerçek hayatta ne derece geçerli olduğu şüphelidir (“*the theory of second best*”).

¹⁸ Areeda/Kaplow, sh.18; Breyer, sh.10; Gelhorn/Kovacic, sh.67; Posner, sh.301, Stiglitz, sh.449

¹⁹ Belirtelim ki her ne kadar tüketiciler tekelin arz ettiği mal için makul olmayandan fazla bir bedel ödemek zorunda kalabilirlerse de, bu bedelin tekel karı teşkil etmemesi ihtimali de bulunmaktadır. Tekel verimsiz bir şekilde faaliyet gösteriyor ve verimsizliğini de maliyetlere yansıtıyor ise, söz konusu kaynak transferinin tekel karı olarak nitelendirmek güçtür. Böyle bir ihtimalde, herhalde gelir dağılımını bozucu bir etkiden de bahsetmek doğru olmayacaktır. Kabul etmek gerekir ki, söz konusu

transferin olumlu veya olumsuz olduğuna dair kesin bir değerlendirme yapılmıyorsa da, kanımızca toplumdaki gelir dağılımını bozduğu ölçüde söz konusu kaynak transferini sosyal maliyetin bir parçası olarak kabul etmek gerekir.

Belirtelim ki tekelin sosyal maliyeti yukarıda ifade edilenlerle sınırlı değildir. Kanımızca “*tekelci fiyatlandırma*” ile doğrudan ilgili olmamakla birlikte, tekelden kaynaklanan diğer olumsuzlukların dikkate alınması konumuz açısından büyük önem taşır. Ekonomi literatüründe tartışmalı olmakla birlikte²⁰, “*maliyet etkinsizliği*” (x-inefficiency) tekelin bir başka sosyal maliyeti olarak gösterilmektedir. Oldukça basit bir mantığa dayanan bu teoriye göre, aktüel veya potansiyel rekabet baskısının bulunmaması, tekelin maliyeti düşürücü tedbirleri alma hususunda isteksiz davranmasına yol açmaktadır. Bu durum kaynakların verimsiz kullanılması, teknolojik ilerlemenin yavaşlaması ve kalitenin düşmesi gibi olumsuz neticeler meydana gelmektedir²¹. Tekelin ve hatta “*tekelci fiyatlandırma*”nın sebep olduğu sosyal maliyete bir başka örnek olarak ise²², teşebbüslerin, tekel rantını elde etmek amacıyla sosyal açıdan herhangi bir faydaya hizmet etmeyen kaynakları israf etmeleridir. “*Rant kollamaya dayalı davranış*” (*rent seeking behavior*) olarak adlandırabileceğimiz bu hale, “rüşvet”, “lobi faaliyetleri” ve “fiyat dışı rekabet” (non-price competition) gibi uygulamalardan kaynaklanan maliyet örnek olarak gösterilebilir²³.

Son olarak belirtelim ki, her ne kadar bütün bu olumsuzlukların kaynağı tekel olarak gösterilmekteyse de, “*doğal tekel*” (*natural monopoly*) özelliği gösteren piyasalarda, malın veya hizmetin tekel tarafından tek başına sunulmasının en verimli üretim biçimi olduğu kabul edilmektedir²⁴. Dolayısıyla tekel, ekonomik açıdan her zaman için istenmeyen bir piyasa yapısı değildir.

transferinin etkilerini, örneğin olumlu veya olumsuz olduğunu da tam olarak tespit edebilmek oldukça güçtür.

²⁰ Bu tartışmalar için bkz. §4/III/3/b; ayrıca Viscusi/Vernon/Harrington, sh.92; Areeda/Kaplow, sh.31; Atiyas, sh.33-35

²¹ Atiyas sh. 33,34; Areeda/Kaplow, sh.21; Posner, sh.304,305; Breyer, sh.10; Viscusi/Vernon/Harrington, sh.83; Gelhorn/Kovacic, sh.69; Stiglitz, sh.451; Siegfried/Wheeler, Cost Efficiency and Monopoly Power : A Survey (in Calvani/Siegfried) sh.62.

²² Belirtmek gerekir ki, rant kollamaya dayanan davranış doğrudan doğruya tekelci fiyatlandırmanın bir sonucu olmamakla birlikte, tekelci fiyatlandırılma ihtimali bu sosyal maliyetin ortaya çıkış sebebidir.

²³ Viscusi/Vernon/Harrington, sh.83,84; Stiglitz, sh.451, Gelhorn/Kovacic, sh.69; Stiglitz, sh.411; Posner, sh.304; Areeda/Kaplow, sh.25; Siegfried/Wheeler, sh.63

²⁴ Posner, sh.377; Viscusi/Vernon/Harrington, sh.351; Breyer, sh.15

Fakat bu neviden piyasalarda tekelin (veya az sayıda teşebbüsün) üretim verimliliği açısından da arzu edilebilir olması, bu yapının hiç bir sosyal maliyetinin bulunmadığı anlamına gelmez²⁵.

Ekonomi Bilimi Açısından Rekabet Hukukunun Uygulanabilirliği

Tekelin olumsuz etkileri dikkate alındığında, tekelin (ve genel olarak ekonomik gücün) neden rekabet hukuklarının temel endişesi olduğunu anlamak hiç de zor değildir. Rekabet hukuku düzenlemelerinin, ekonomik gücün “kartelleşme” ve “*tekel*” görünümünde yoğunlaşmasına engel olmak ve diğer bazı amaçların yanı sıra²⁶ genel olarak yoğunlaşmadan kaynaklanan sosyal refah kaybını ortadan kaldırmak amacıyla yürürlüğe konduğu söylenebilir. Bununla birlikte, rekabet hukuku sistemlerinin yoğunlaşma sorununu ele alış biçimlerinde ciddi farklılıklar bulunmaktadır.

Yukarıda ifade edildiği üzere, “*tekelci fiyatlandırma*” bunun tipik bir örneğidir. “*Tekel fiyatları*”, yoğunlaşmadan kaynaklanan sosyal maliyetin temel sebebi olmakla birlikte, bazı hukuk sistemlerinde bu tip uygulamalar sadece teorik olarak hukuka aykırı kabul edilmekte, bazılarında ise tamamen hukuka uygun görülmektedir. “*Tekelci fiyatlandırma*”nın hukuka aykırı kabul edildiği ülkelerde, tam olarak hangi tür davranışın yasaklanması gerektiği konusunda görüş ve

²⁵ Esasen yukarıda ifade ettiğimiz sakıncalar, “doğal monopol” özelliği taşıyan piyasalarda faaliyet gösteren tekeller bakımından da geçerlidir. Üretim verimliliği açısından tekelin arzu edilebilir olması, sadece piyasanın tek ya da az sayıda teşebbüsün faaliyet göstermesine imkan verecek şekilde oluşturulmasını gerektirmektedir. Yoksa bu teşebbüs veya teşebbüslerin tamamen serbest bırakılması gibi bir yaklaşım söz konusu değildir. Nitekim özellikle bu gibi hallerde piyasanın rekabete açılması yerine, bu yapının muhafaza edilerek tekelin kötüye kullanma ve istismar edici davranışlarının kontrol altında tutulması en uygun yaklaşım olarak görülmektedir. A.B.D.’nde uygulanan bu yöntem, gelişmekte olan ülkelerde henüz tam anlamıyla kullanılmamakla birlikte, yavaş yavaş benimsenmektedir. Kanımızca söz konusu piyasa modeli, tekelin başka bir mevzuat tarafından kamu otoritesinin denetimi altında olmaması kaydıyla, özellikle tekelci fiyatlandırma bakımından anti-tekel hükmünün uygulanması için elverişli bir zemin oluşturur.

²⁶ Bilindiği üzere rekabet hukukunun sadece ekonomik değil, aynı zamanda siyasal ve sosyal amaçlara da hizmet ettiği genel olarak kabul edilmektedir. Bununla birlikte, izlenen bu amaçların uygulamada birbiriyle çatışması halinde, ki bu özellikle verimlilik ile diğer sosyal amaçlar arasında cereyan etmektedir, hangisinin üstün tutulması gerektiği hususunda tam bir görüş birliği yoktur. Yine de, genel olarak rekabet hukukunun öncelikli amacının ekonomik olduğu söylenebilir (bkz bu konuda özellikle Calvani, sh.7-15; ayrıca Bork, sh. 72 vd.).

uygulama birliğı bulunmamaktadır. Nitekim bu konudaki terim karmaşası bile bunu ortaya koymaktadır. Bu fiyat uygulamasını ifade etmek üzere, “aşırı” (excessive), “haksız” (unfair) ve “tekerci” gibi farklı terimler kullanılmakta ve bunların kavramsal çerçevesi tam olarak çizilememektedir. Bir parantez açıp belirtelim ki, bilimsel bir temele dayanmasından dolayı biz çalışmamızda “tekerci fiyatlandırma” terimini kullanmayı uygun gördük. Fakat görüşümüz çerçevesinde, rekabet hukuku anlamında (hukuka aykırı) “tekerci fiyatlandırma”, ekonomi biliminde belirtilenden daha dar bir anlama sahiptir. Kısaca, bununla verimliliğe dayanmayan yüksek veya aşırı fiyatlandırmayı kast ediyoruz denilebilir.

Rekabet hukuku sistemleri içerisinde “tekerci fiyatlandırma” konusunda tutarlı bir hukuki uygulamanın olmaması, (hatta bazı sistemler açısından uygulamanın dahi bulunmaması) genel olarak bu uygulamaya karşı isteksiz ve toleranslı bir yaklaşımın bulunduğu gerçeğı ile açıklanabilir. İlk bakışta bu yaklaşım, rekabet hukukuyla izlenen temel amaçla çelişkili görülebilir. Zira, rekabet hukukunun temel amacı, yoğunlaşmadan kaynaklanan sorunların ortadan kaldırılması ve de özellikle toplumun aşırı fiyatlardan korunması olduğuna göre, buna sebep olan uygulamaların başında gelen “tekerci fiyatlandırma”nın tolere edilmesi bu amaca aykırı değil midir ? Zira teorik açıdan bakıldığında “tekerci fiyatlandırma”nın önüne geçilebildiğı takdirde, gerek dağılım verimliliğinde, gerekse gelir dağılımında iyileştirmeler sağlanacak; bu ise, toplumsal refaha katkıda bulunacaktır.

Ayrıca, ekonomik temeller açısından aynı mantığa dayanan fiyat karteli “per se” hukuka aykırı kabul edilirken²⁷, sosyal refah üzerindeki maliyeti genellikle daha ağır olan “tekerci fiyatlandırma”nın hukuka uygun olarak nitelendirilmesi²⁸, sadece rekabet hukukuyla izlenen amaç değil, aynı zamanda rekabet hukukunun kendi sistemiği açısından da tezat oluşturmaktadır.

²⁷ Karteller (özellikle fiyat ve arz kartelleri) sadece A.B.D. hukukunda değil (U.S. v. Socony-Vacuum Oil Co., 310 U.S. 150, (1940)), Avrupa Birliğı Hukuku ve bunlardan esinlenerek kaleme alınan hukuk sistemlerinde de “per se” veya niteliğı gereğı hukuka aykırı kabul edilmektedir (bkz. Sanlı, sh. 106-113). Bu durum, yukarıda da ifade edildiğı üzere, kartellerin ekonomik açıdan hiçbir fayda sağlamayıp, sadece rekabetin sınırlandırılması amacına hizmet ediyor olması gerçeğı ile açıklanabilir.

²⁸ Genel olarak denilebilir ki, her ne kadar tekel ve kartelin ekonomik açıdan zararlı sonuçları benzer de olsa, tekel konumu, ölçek veya kapsam ekonomisinin (economies of scale veya scope) elde edilmesi ya da başkaca nedenlerden ötürü maliyet avantajına sahip olabilir. Bir anlamıyla (ki bu sosyal refahı nasıl tanımladığımıza göre değişir) sosyal refah artırdığını söyleyebileceğimiz bu faydalı durumu, kartel açısından görmek

Burada doğal olarak akla gelen soru, rekabet hukukları uygulamasında genel olarak hakim olan bu yaklaşımın hangi temele dayandığıdır. Tekelin sosyal maliyetini açıklayan ekonomi bilimi, bu sorunun yanıtını da çeşitli teoriler vasıtasıyla büyük ölçüde izah etmektedir. Bunlardan klasik olduğunu söyleyebileceğimiz ve temeli “*potansiyel rekabet*” ilkesine dayanan teoriye göre, tek el tarafından uygulanan yüksek fiyat politikası, ilgili piyasayı potansiyel rakipler açısından cazip hale getirir ve yeni girişleri teşvik eder²⁹. Bunun doğal sonucu ise, rekabet baskısının fiyatları tekrar aşağı çekmesidir. Bu açıdan “*tek elci fiyatlandırma*” aynı zamanda tek elin sonunu hazırlamaktadır. Hatta piyasada rekabetin canlanmasına yol açması nedeniyle, “*tek elci fiyatlandırma*”nın anti-rekabetçi değil; bilakis (pro-) rekabetçi özellikler gösterdiğini söylemek mümkündür. Özetle, “*tek elci fiyatlandırma*” kısa dönemde ekonomik açıdan olumsuz neticeler meydana getirmekle birlikte, orta ve uzun dönemdeki etkileri olumludur ve bu sebeple, piyasa ekonomisine müdahale gereksiz; hatta zararlıdır.

Oldukça tatmin edici olarak gözüken bu teoride dikkati çeken ilk nokta, “*giriş engelleri*” faktörünün göz ardı edilmesidir. Tekelin, tanım gereği giriş engellerinin söz konusu olduğu piyasada faaliyet göstermesi bir kenara³⁰, gerçek yaşamda fiyat mekanizmasının (veya görünmez elin) tek el gücünün istismar edici şekilde kullanılmasını etkin biçimde önleyemediği pek çok durum bulunmaktadır. Mesela, potansiyel rakiplerin karlılık hakkında asimetrik bilgiye sahip olması³¹, hatta verimsizlikten dolayı aşırı karlılığın olmaması, büyük çapta yatırımın gerekli olması gibi bazı hallerde piyasaya girişler çok uzun zaman alabileceği gibi; bazı hallerde de piyasanın yapısal özelliklerinden dolayı giriş imkansız olabilir. Buna verilebilecek en güzel örnek, girişlerin hukuken mümkün olmaması halidir. Patent veya imtiyaz koruması pek çok durumda bundan yararlanan teşebbüse “*tek elci fiyatlandırma*”da bulunma olanağı sağlar. Keza “*doğal tek el*” (*natural*

mümkün değildir. Fakat tek elin sosyal maliyetinin fazla olması, fiyat veya arz kartelinin oluşumunda ve başarılı bir şekilde yürütülmesinde rastlanan güçlükler nedeniyle, bunların “*tek elci fiyatlandırma*” uygulamasından daha seyrek olarak ortaya çıkmaları sebebine dayandırılmaktadır (krş. Areeda/Kaplow, sh.485,486; Lipsey/Steiner/Purvis, sh.235).

²⁹ Lipsey/Steiner/Purvis, sh.234

³⁰ Bkz. §2/1

³¹ Takip eden başlıklar altında ifade edileceği üzere, tek elci fiyatlandırma yasağının tatbik edilmesinin, özellikle maliyet-kar analizinin zorluğu nedeniyle idari açıdan oldukça güç bir faaliyet olduğu genellikle ifade edilmektedir. Burada şu çelişkiye dikkat çekilebilir : “Değil mi ki fiyat-maliyet analizinin yapılması ve karlılığın belirlenmesi güç, diğer teşebbüslerin ve hatta henüz ilgili piyasada faaliyet göstermeyen teşebbüslerin bu piyasanın cazip olduğunu nasıl olup da fark edecek ?”

monopoly) özelliği gösteren bazı piyasalarda veya kısıtlı doğal kaynakların veya ham maddenin tekel tarafından kontrol edildiği durumlarda, potansiyel rekabet baskısının uzun dönemde dahi fiyatlar üzerinde etkili olduğu söylenemez. Dolayısıyla bu gibi hallerde aşırı fiyatlar veya aşırı karlılık atfedilen amaca hizmet etmekten uzaktır. Ayrıca bazı hallerde giriş engeli piyasanın yapısal özelliklerinden değil, teşebbüsün bizzat kendi stratejik davranışlarından (*strategic competition*) da kaynaklanabilir³². Netice itibarıyla, tekelin yüksek giriş engelleri ile korunduğu hallerde, yukarıda ifade edilen teori büyük ölçüde geçerliliğini yitirmektedir.

Ekonomistler tarafından, “*tekerci fiyatlandırma*”nın rekabet hukuku kapsamında değerlendirilmemesi gerektiği savına dayanak gösterilen bir başka teoriye göre, piyasada serbestçe oluşan fiyatlar üzerinde uygulanacak herhangi bir devlet müdahalesi, teşebbüslerin motivasyonlarını (*incentive problem*) olumsuz bir şekilde etkileme riski taşır³³. Daha açık bir şekilde belirtmek gerekirse, tekel konumuna ulaşmak ve bu konumun nimetlerinden faydalanmak, son tahlilde ekonomik bir başarıyı ifade etmektedir. Tekel karını elde etme olasılığı, teşebbüsleri bu amaç uğruna mücadele etmeye teşvik eder ve aralarındaki rekabeti kamçılar³⁴. Dolayısıyla tekel karının “*ex post*” kontrolü, deyim yerindeyse yarışın sonunda elde edilecek kupanın verilmeyeceğinin önceden belli olması durumuna benzer olarak, rekabet halindeki teşebbüslerin rekabet etmeye dair motivasyon ve dürtülerini negatif yönde etkiler. Mevcut konumu itibarıyla tekel konumunda olan teşebbüsler açısından da benzer etkiler söz konusu olabilir. Zira rekabet baskısının bulunmadığı hallerde dahi, tekel kar güdüsüyle hareket etmekte ve dolayısıyla maliyet etkinliği büyük önem taşımaktadır. Üstelik “*tekerci fiyatlandırma*”nın yasaklanması, kar maksimizasyonu doğal amacına ters düştüğü ölçüde, irrasyonel bir nitelik arz eder.

Tekel karının rekabet hukukuna aykırı olarak değerlendirilmesinin yukarıda ifade edilen ve kısaca “*motivasyon sorunu*” (*incentive problem*) olarak adlandırabileceğimiz probleme yol açması mümkün gözükmektedir. Bununla

³² Stratejik rekabet ile kastedilen, halihazırda piyasada faaliyet gösteren teşebbüsün gelecekteki piyasa pozisyonunu iyileştirme ve sağlamlaştırmayı amaçlayan davranışlar içine girmesi olarak tanımlanabilir. Genel olarak giriş maliyetlerinin artırılması veya maliyet düşürücü politikalar izlenmesi şeklinde ortaya çıkan bu davranışa, “*yıkıcı fiyat uygulamaları*” (*predatory pricing*) ve “*limit fiyatlandırma*” (*limit pricing*), “*marka farklılaştırma*” (*brand proliferation*) örnek gösterilebilir (Viscusi/Vernon/Harrington, sh.171 vd.).

³³ Areeda/Hovenkamp, sh.206, Sullivan, sh.117, Hawk, sh.882

³⁴ Boner/Krueger, sh.89; Fox, sh.15

birlikte, söz konusu sorunun gerek aktüel gerçekliği, gerekse kapsam ve etkisi hususunda kesin bir yargıya varmak oldukça güçtür. Her şeyden önce bu iddia, yukarıda tekelin sosyal maliyetine örnek gösterilen “*rant kollamaya dayalı davranış*” savıyla çelişmektedir³⁵. Ayrıca aşağıda daha detaylı bir şekilde değinileceği üzere³⁶, söz konusu etkinin amaca uygun ve doğru bir hukuk tatbikatı vasıtasıyla azaltılması da olasıdır. Kısaca değinmek gerekirse, fiyat müdahalesinin motivasyon üzerinde olumsuz etki oluşturmaması pek muhtemel olan bazı hallerde, tekeli fiyatlandırmaya muafiyet tanımak; rekabet hukukunun uygulanacağı hallerde ise esnek ve ekonomik açıdan amaca uygun yaptırımlar tatbik etmek ve genel olarak rekabet hukukunu mümkün mertebe sınırlı bir çerçeve içerisinde çeşitli şart ve kriterler ışığında uygulamak, motivasyon sorununu önemli ölçüde ortadan kaldıracaktır.

Sonuç olarak, yukarıda kısaca özetlenen ekonomik savlar, rekabet hukukunun uygulanması açısından önemli noktalara işaret etmekte. Bu açıdan, bunların uygulamada dikkate alınması zorunludur. Bununla birlikte, bunlardan hiçbiri, kanımca, rekabet hukukunun “*tekeli fiyatlandırma*”ya karşı uygulanmasına engel değildir. Dolayısıyla teorik açıdan, anti-tekel hükmünü “*tekeli fiyatlandırma*”ya karşı etkin bir şekilde tatbik ederek, tekel fiyatlarını önlemek mümkündür. Bu sayede, rekabet hukukunun öncelikli amacı olarak ifade edebileceğimiz, toplumsal refahı artırılabilir.

Şüphesiz öncelikli amacımız toplumsal refahın artırılması olunca, bu amaca uygun hukuk tatbikatı ancak “*ekonomik verimlilik*” (*efficiency*) ilkesinin gerek maddi hukuk ve gerekse usul hukuku açısından (usul ekonomisi olarak da adlandırılabilir) benimsenmesi ile gerçekleşebilir (ki kanımca, ekonomik verimlilik idarenin hemen hemen tüm uygulama ve politikalarında dikkate alınması gereken bir ilke olmalıdır). Zira aksi halde anti tekel hükmünün tatbik edilmesinden kaynaklanan zarar, “*tekeli fiyatlandırma*”nın azaltılmasından elde edilen menfaatten fazla olabilir ki, bu hiç de arzu edilir bir sonuç değildir. Bu itibarla, “*tekeli fiyatlandırma*”dan kaynaklanan dağılım verimsizliğinin önlenmesi ve hatta gelir dağılımındaki bozulmanın azaltılması³⁷ ile elde edilmesi olası fayda, rekabet hukukunun tatbikinden doğması olası maliyetten yüksek olduğu müddetçe,

³⁵ Bkz. §2/II

³⁶ Bkz §4/III/B/3

³⁷ Üstelik fayda kalemine, tekeli fiyatlandırmanın gelir dağılımındaki olumsuz etkilerinin azaltılması da dahil edildiği takdirde, ki gelir dağılımının düzeltilmesini toplumsal refah kavramına dahil etmek mümkündür ve özellikle rekabet hukukunun diğer amaçları arasında yer alması itibarıyla bu yerindedir, ekonomik verimlilik açısından hukukun uygulama alanı genişleyecektir

rekabet hukukunun uygulanması yerinde görülmelidir³⁸. Bu yaklaşım, bir anlamda Avrupa Birliği Hukukunda uygulanan “*de minimis*” doktrinine de benzetilebilir. Takip eden kısımda, rekabet hukukunun “*teknelci fiyatlandırma*”ya uygulanmasından doğması olası teorik veya pratik sorunlar, A.B.D. ve Avrupa Birliği rekabet hukuklarının incelenmesi ve mukayese edilmesi yoluyla tespit edilmeye çalışılacaktır. Sanırız ki, rekabet hukuku alanında en ileri düzeyde olduğu düşünülen ve Türk rekabet hukukuna da model olan bu iki hukukun incelenmesi konumuz açısından yol gösterici olacaktır.

§ 3. A.B.D. ve AVRUPA BİRLİĞİ REKABET HUKUKLARINDA TEKELCİ FİYATLANDIRMA

I. Giriş

Çalışmamızda mukayeseye konu olarak, neden Avrupa Birliği ve A.B.D. rekabet hukuklarının seçildiği açıktır. İlk olarak, bu hukuk sistemleri, rekabet hukukunun en çağdaş ve gelişmiş modelleri olarak kabul edilmektedir. Bunun yanı sıra, söz konusu hukukların konuyu ele alış biçimleri oldukça farklıdır. Yasal düzenlemelerin büyük ölçüde paralel nitelik arz etmesine karşılık, A.B.D. hukukunda “*teknelci fiyatlandırma*” hukuka uygun olarak kabul edilirken, Avrupa Birliği hukukunda tekelin aşırı fiyat politikası izlemesi hukuka aykırılık riski ile karşı karşıyadır³⁹. Dolayısıyla farklı yaklaşımın olası nedenlerinin ortaya konması, hukukumuz açısından uygun yaklaşımın belirlenmesinde önemli rol oynayacaktır.

Son olarak, bu iki hukuk sistemi, yeni yürürlüğe giren pek çok rekabet hukuku mevzuatının hazırlanmasında etkili olduğu gibi, Türk rekabet hukuku bakımından da model oluşturmıştır. Dolayısıyla “*teknelci fiyatlandırma*”nın anılan hukuk sistemleri çerçevesinde incelenmesi, kanımızca Türk rekabet hukukunun üzerinde kurulduğu temel prensiplerin tespiti açısından zaruridir. Takip eden alt başlıklar altında, sırasıyla A.B.D. ve Avrupa Birliği rekabet hukukundaki yaklaşımlar kısaca ortaya konacak ve son olarak da, iki hukuk sistemi arasındaki farklılığın nedenleri araştırılacaktır.

³⁸ Bkz. bu konuda : Polinsky, sh. 75 vd.

³⁹ “*Tekeci fiyatlandırma*” sadece Avrupa Birliği rekabet hukukunda değil, diğer pek çok hukuk sisteminde rekabet hukuku kapsamında değerlendirilmektedir. Almanya, İngiltere, Finlandiya ve İsveç, aşırı fiyatların veya karlılığın hukuka aykırı kabul edilme riskinin bulunduğu Avrupa ülkelerinden sadece birkaçıdır. Bu durum, aynı zamanda, kara Avrupasında tekelin performansının devletin müdahalesi vasıtasıyla kontrol altında tutulabileceğine dair anlayışın göstergesi olarak yorumlanabilir.

II. A.B.D. Rekabet Hukuku

Amerikan rekabet hukukunda, tekel gücünün kontrolüne ilişkin hukuki düzenleme Sherman Yasasının 2. maddesinde yer almaktadır. Söz konusu düzenlemeye göre : “*Federe devletler veya federe devletler ile yabancı ülkeler arasındaki ticaretin herhangi bir kısmında tekelleşen veya tekelleşmeye teşebbüs eden ya da başkası veya başkalarıyla tekelleşmek üzere birleşen yahut anlaşılan herkes işlediği bu cürumdan dolayı suçlu addedilecektir*”. Açıkça görüldüğü üzere, hüküm oldukça geniş ve muğlak bir ifade kullanmaktadır. Hukuka aykırılık açısından belirleyici kriter olduğu anlaşılan, “*ticaretin herhangi bir kısmında tekelleşme*” (ve/veya “*tekelleşme teşebbüsü*”) deyimi de, oldukça belirsiz bir anlama sahiptir⁴⁰.

Genel olarak “*vaka hukukçuluğu*” (*case law*) sisteminin uygulandığı Amerikan rekabet hukukunda, doğal olarak, söz konusu kavramların anlamını tespit etmek ve hükmü yorumlamak görevi mahkemelere bırakılmıştır. Mahkeme uygulamasına bakıldığında, anti-tekel hükmünün esnek lafzına rağmen, yargıçların bu hükmü “*performans*” kontrolüne yol açacak şekilde yorumlamaktan istikrarlı bir şekilde kaçındıkları görülmektedir⁴¹. “*Tekelleşme*” terimi, piyasadaki rekabetin azaltılması ve rekabetçi yapının zarar görmesi sonucunu doğurabilecek dışlayıcı özellikler gösteren davranış biçimi olarak yorumlanmıştır⁴².

⁴⁰ Bu belirsizlik sadece Sherman Yasasının 2. maddesinde değil, yine aynı Yasa’nın ilk maddesinde ve hatta genel olarak tüm rekabet hukuku mevzuatlarında söz konusudur. Nitekim bu durum, genel olarak yorum faaliyeti ve bu faaliyetin amaca uygun bir şekilde gerçekleştirilmesi için gerekli olan ekonomik analizin önemine işaret etmektedir.

⁴¹ Hemen belirtelim ki, antitröst hukukunun bu yorum tarzına istisna teşkil edecek şekilde uygulandığına ilişkin kararlara da rastlamak mümkündür. Örneğin Federal Ticaret Komisyonu, Toyota ve General Motors’un A.B.D. ortaklaşa kuracakları otomobil fabrikası için oluşturdukları ortak girişimin, her sene ancak belirli sayıda otomobil üretebileceklerini belirterek, arz miktarını sınırlamıştır (GM Corp., 103 FTC., 374,384,393 (1984)).

⁴² A.B.D.’nde mahkemeler Sherman Yasasının ihlal edilebilmesi için; “ilgili piyasada tekel gücü ve bu gücün şans veya yüksek performansa ve verimliliğe dayalı olmayacak şekilde elde edilmesi veya sürdürülmesi” şeklinde iki unsurun bir arada bulunmasını aramışlardır (U.S.- Grinnell Corp., 384 U.S. 563, 570-71 (1966)). İşte burada ifade edilen ikinci unsur, genellikle dışlayıcı uygulama veya rakiplerin hareketlerinin kabul edilmeyecek ölçüde zorlaştırılması şeklinde tezahür etmektedir.

Bu yorum tarzı kendi sistematığı içerisinde tutarlıdır. Fakat bunun rekabet hukukuyla izlenen amaca uygun düşüp düşmediği tartışma konusu yapılabilir. Zira Sherman Yasası'nın temel amacı, yoğunlaşmadan kaynaklanan sosyal maliyetin azaltılması veya önlenmesi olduğuna göre⁴³, bunun temel kaynağı olarak gösterilebilecek “*tekelci fiyatlandırma*”nın hukuka uygun olarak kabul edilmesi ve hatta bu hususun A.B.D. rekabet hukuku literatüründe tartışma konusu dahi olmaması oldukça şaşırtıcıdır⁴⁴.

Kanımızca bu yaklaşımın nedenlerini, Amerikan hukukunun üzerine kurulduğu temel ilkelerde aramak gerekir. Birey özgürlüğünün kutsal ve dokunulmaz bir değer olarak görüldüğü ve devletin ekonomik ve sosyal hayatın işlemesine müdahalesinin her zaman şüphe ile karşılandığı bu ülkede, hukuki sistemin de aynı değerleri taşımaması kaçınılmazdır. Rekabet hukukunun da yardımıyla, piyasa mekanizmasının fiyatları ideal seviyeye indireceği düşünülmekte ve bu sebeple, ne mahkemelerin ne de kamu otoritelerinin fiyatlara müdahalesinin gerekli olmadığı düşünülmektedir.

Bu bağlamda, anti-tekul hükmünün, tekulin performansına ilişkin davranışların düzenlenmesi yerine, piyasalarda rekabetin işletilmesini sağlayacak ortamın korunmasını sağlayacak şekilde yorumlanması gerektiği fikri benimsenmektedir. Tekelin geçici bir hadise olduğu varsayılmakta ve performans kontrolünün, ancak rekabet mekanizmasının kendisinden beklenen düzenleyici fonksiyonu etkin bir şekilde yerine getiremeyeceği sınırlı hallerde caiz olduğu kabul edilmektedir. Nitekim bu istisnai hallerde tüm piyasadaki teşebbüslerin piyasa davranışları, somut olayın özelliklerine göre bir üst kurul tarafından kapsamlı bir düzenlemeye tabi tutulmaktadır.

Tekel fiyatının (veya aşırı karlılığın) rekabet hukuku kurallarına muhatap olup olmayacağı hususu pek tartışma konusu yapılmamış olmakla birlikte, bu konuya değinen çeşitli mahkeme kararlarına da rastlamak mümkündür⁴⁵. Bu

⁴³ Hatta bu konuda Sherman Yasasının hazırlayan komisyonda görev alan ve Yasa'nın isim babası olan Senatör Sherman'ın ifadesi oldukça çarpıcıdır : “....*bu Yasa rekabeti engellemek veya ticareti sınırlamak yahut üreticilerin tüketiciler üzerinden haksız kar elde etmesini sağlamak amacıyla ortaya çıkan yoğunlaşmaları önlemek üzere yürürlüğe sokulmuştur*”.

⁴⁴ Nitekim bu durum Sullivan tarafından da ifade edilmektedir (Sullivan A., sh.116).

⁴⁵ Bu konuda verilmiş birtakım alt derece mahkeme kararlarına rastlanmaktadır : Continental Cablevision of Ohio Inc., v. American Elec. Power Com., 715 F2d 1115 (6.Daire. 1983); Kartell v. Blue Shield, 749 F 2d 922 (1. Daire. 1984) cert denied, 471

kararlar arasında konunun dikkate değer bir şekilde tartışıldığı ve genel olarak literatürde örnek gösterilen Berkey Photo kararında⁴⁶, Temyiz Mahkemesi (Court of Appeals 2.circuit) aynen şu ifadeyi kullanmıştır: “*Tekel gücünün kullanılması şeklinde sürdürülen aşırı fiyatlar, Sherman Yasasının düzeltmeyi amaçladığı kötülüklerin başında gelmektedir..... Fakat tekel gücünü yanlış bir davranış vasıtasıyla artırmadığı müddetçe, sadece fiyatlarının daha sonradan aşırı bulunması nedeniyle ceza ödemeye mecbur edilemez. Yüksek fiyatlandırma tekel gücünün kullanılması olarak telakki edilebilir, fakat bu başlı başına anti-rekabetçi özellikler taşımaz. Esasen, her ne kadar tekelin serbest rekabet şartlarında oluşan fiyatlardan daha yüksek bir fiyat uygulaması beklenebilirse de, belki de bu yüksek fiyatlar nedeniyle hakim gücünün zorlanmaya maruz olacağı daha emin bir yol bulunmamaktadır.....Fiyat politikalarını yargısal denetime tabi kılmak, mahkemeleri düzenleyici idari otoritelerinin yerine koyar.....Kongre bizi bu görevle açıkça yetkilendirmediği sürece, bu görevi reddetmek akılcı olacaktır.*”

Karardaki bu ifade çerçevesinde, Mahkeme’nin çok da açık olmayan iki ayrı gerekçeye dayandığı görülmektedir. Bunlardan ilki, yukarıda da üzerinde durduğumuz “*potansiyel rekabet*”e ilişkin olan teoridir⁴⁷. Kısaca tekrarlamak gerekirse, “*tekerci fiyatlandırma*”nın yol açtığı aşırı karlılık (ki her zaman gerçekleşmeyebilir), piyasayı çekici hale getirecektir. Doğal olarak bu yeni girişleri veya en azından rekabet baskısını beraberinde getirecektir. Bunun neticesinde ise tekelin (ki esasen bu şartların oluşması halinde tekelden bahsetmek de yanlıştır) fiyat üzerindeki gücü ortadan kalkacaktır⁴⁸. Oysa fiyatlara müdahalede bulunulduğu takdirde, örneğin fiyatların belirli bir seviyeye indirilmesine karar verildiği bir durumda, bu seviyenin tespitinin güçlüğü bir kenara, karlılığın azalması nedeniyle piyasa cazip olmaktan çıkacaktır. Bir anlamda bu müdahale sonucunda tekelin varlığı devlet eliyle korunmuş olacaktır.

Hiç şüphe yok ki, böyle bir durumda esasen rekabet hukuku müdahalesi söz konusu olmamalıdır. “*Tekerci fiyatlandırma*”nın anti-tekel hükmü çerçevesinde kontrol edilmesi, ancak piyasanın bu durumu, kendi iç dinamiği ile düzeltemediği hallerde söz konusu olmalıdır. Bir başka ifadeyle, anti-tekel

U.S. 1029 (1985); Williamsburg Wax Museum, Inc v. Historic Figures Inc., 810 F.2d 243 (D.C. Cir. 1987).

⁴⁶ Berkey Photo Inc v. Eastman Kodak Co., 603 F.2d 263, 276 (2d Cir. 1979), *cert. denied*, 44 U.S. 1093 (1980)

⁴⁷ Bkz. §2/III

⁴⁸ Fox, sh. 15; Kauper, sh. 6; Hawk, sh. 882; Areeda/Hovenkamp, sh. 206; Sullivan A., sh.117

hükümünün uygulanabilmesi için, yüksek giriş engelleri nedeniyle tekelin uzun dönemde rekabet baskısını dikkate almaksızın faaliyet göstermesi gerekir. Nitekim bu hususa takip eden kısımlar altında daha detaylı bir şekilde değinilmiştir⁴⁹.

Kararda yer verilen bir diğer gerekçe, fiyatlara kontrolünün mahkemelerin değil, idari makamların görev alanına girmesidir. Bu yaklaşım temeli, Amerikan hukukunun üzerinde kurulduğu değerlere dayanmakla birlikte, doktrin tarafından da belirtildiği üzere⁵⁰, bir başka neden, mahkemelerin, fiyatlara müdahale edecek yeterliliğe ve kapasiteye sahip olmadığını kabul etmesidir. Kısaca “*idari güçlükler*” (*administrative difficulties*) olarak ifade edebileceğimiz bu gerekçe, temelde, fiyatlara yapılacak müdahalenin, daha doğru bir deyimle fiyat kontrolünün, oldukça zahmetli ve maliyetli bir faaliyet olması düşüncesine dayanmaktadır. Maliyet-kar ve/veya mukayeseli piyasa analizi gerektirmesi nedeniyle, genel olarak fiyatlara ilişkin değerlendirmelerin güçlüğü bir kenara, “*tekelci fiyatlandırma*”nın önlenmesindeki asıl güçlük, amaca uygun bir yaptırımın tatbik edilmesidir. Olayların pek çok kısmında sadece aşırı karın varlığı değil, aynı zamanda uygun kar marjının da tayin edilmesi gerekir. Bu ise büyük ölçüde keyfîlik arz etmektedir. Dolayısıyla mesele uygun fiyatın tayini olunca, karar merciini mahkemelere değil, piyasanın kendisine bırakmak daha uygundur⁵¹. Ayrıca mahkemelerin görevi burada da bitmemekte, aynı zamanda, tatbik ettikleri yaptırma uygun davranıp davranılmadığını izlemeleri gerekmektedir. Bu ise, tekel olan teşebbüsün piyasa davranışlarının belirli bir süre denetlenmesini gerektirmektedir ki, böyle bir faaliyetin mahkemelerin kapasitesini aştığından hiç şüphe yoktur. Netice itibarıyla, gerek söze konu olan davranışın ve gerekse bunu uygulayacak olan makamın özellikleri göz önünde tutulduğunda, “*tekelci fiyatlandırma*” sorunun çözümünde rekabet hukukunun elverişli bir vasıta olmadığı kabul edilmekte ve bu yaklaşım tarzı ekonomik verimlilik ilkesiyle de uygunluk arz etmektedir.

Anti-tekel hükmünün “*tekelci fiyatlandırma*”yı kapsayacak şekilde uygulanmasının, özellikle adli kurumlar için oldukça ağır bir külfet getireceği

⁴⁹ Bkz. §4/III/B/1

⁵⁰ Hawk, sh. 882; Fox, sh. 15; Boner /Krueger, sh. 85,86; Kauper, Whither, sh. 663; Areeda/Hovenkamp, sh. 206; Sullivan A., sh. 117

⁵¹ Nitekim bu yaklaşım tarzını, fiyat karteli davalarında verilen kararlarda da gözlemlemek mümkündür. Tarafların tespit edilen fiyatın makul ve hatta oluşması muhtemel piyasa fiyatından daha düşük olduğu yolundaki savunmalar, mahkemeler tarafından, fiyatların makul olup olmadığının tespit edileceği makamın mahkemeler olmadığı gerekçesiyle reddedilmiştir (U.S.-Trenton Potteries Co., 273 U.S. 392,397, 1927).

kesindir. Bu açıdan mahkemelerin bu görevi gerektiği gibi yerine getirmesi oldukça güçtür. Bununla birlikte, A.B.D. hukukundaki mevcut yaklaşımın, kendi içerisinde tutarlı olduğunu söylemek de mümkün değildir. Zira, “yıkıcı fiyat uygulamaları” (*predatory pricing*) ve “fiyat ayırimcılığı” (*price discrimination*)⁵² gibi, yapılacak incelemenin yükleyeceği külfet açısından hemen hemen hiçbir farklılık göstermeyen başka bir takım fiyatlandırma uygulamaları⁵³, A.B.D. rekabet hukuku kapsamında görülmekte ve bunların hukuka aykırılığı mahkemeler tarafından değerlendirilebilmektedir⁵⁴. Bu konuya takip eden başlıklar altında daha detaylı olarak değinilmiştir⁵⁵.

Yukarıda belirtilen gerekçelerin yanı sıra, doktrinde de diğer bir takım gerekçelere yer verilmiştir. Bunlardan en kayda değer olanı yukarıdaki kısım altında değindiğimiz “*motivasyon*” veya “*teşvik*” sorunudur (*incentive problem*). Tekel karının teşvik edici fonksiyonu olduğunu ileri süren bu görüşe göre⁵⁶,

⁵² Fiyat ayırimcılığı temelde Robinson Patman Yasası tarafından düzenlenmektedir. Fakat eğer söz konusu uygulama, tekel gücünü haiz bir teşebbüs tarafından rakiplere zarar verecek şekilde (*prime line injury*) gerçekleştirildiği takdirde, aynı zamanda Sherman Yasasının 2. maddesi kapsamında değerlendirilmektedir. Belirtelim ki, Robinson Patman Yasasında yer alan düzenlemeler, kendine has bir takım özellikler içermekte ve bu açıdan Sherman Yasası ile bağdaşmayan yönleri bulunmaktadır. Özellikle ekonomik açıdan arzın kısılması değil, tam aksine artırılmasına yol açması nedeniyle faydalı yönlerinin olduğu kabul edilen diskriminasyonun, söz konusu Yasa ile oldukça katı bir şekilde düzenlenmesi, genel olarak eleştiri konusu olmaktadır. Bu nedenle de rekabet hukukunun genel mantığı ile bağdaşmayan bir Yasa olarak telakki edilmektedir. Nitekim kanımca bu durum yukarıda ifade ettiğimiz çelişkiyi daha da açık bir şekilde gözler önüne sermektedir.

⁵³ Konumuza ilişkin olarak burada zikredilebilecek belki de bir başka tutarsız uygulama, State Oil kararıyla birlikte, maksimum fiyat tespiti öngören dikey anlaşmaların “*per se*” doktrini dışında tutularak “*rule of reason*” analizi kapsamında görülmeye başlanmasıdır. Gerçi bu yaklaşım kendi içinde tutarlı olmakla birlikte, bu tür uygulamaların, dikey fiyat tespiti ve minimum fiyat tespiti anlaşmalarından hangi gerekçe ile farklı bir analize tutulduğu dikkate alındığında, esasen bir tutarsızlığın bulunduğu söylenebilir.

⁵⁴ Özellikle “yıkıcı fiyat uygulamaları”, yıkıcılığın hangi şartlarda söz konusu olacağı bir başka ifadeyle, hangi seviyedeki fiyatlandırmanın yıkıcı veya dışlayıcı etkiler doğuracağını tespit edilmesi, tekelleri fiyatlandırmanın belirlenmesinden dahi daha güç ve aynı zamanda keyfî nitelik arz etmektedir. Üstelik yıkıcılığın tespitinde uygulanacak kriterler hususunda doktrinde bir fikir birliğinin bulunmaması da, meselenin çözümünü daha güç bir hale sokmaktadır.

⁵⁵ Bkz. §4/III/B/2

⁵⁶ Areeda/Hovenkamp, 206; Sullivan A., 117; Hawk, 882

tekelin aşırı karlılığının kontrol edilmesinden kaynaklanan “*motivasyon sorunu*”, (ki bu sorun dinamik rekabet sürecinde ve tek el piyasasında olmak üzere iki boyutludur), aşırı karların törpülenmesinden elde edilecek faydadan daha ağır basmaktadır. Bu sebeple “*tek elci fiyatlandırma*”ya hukuki müdahale yanlıştır.

Tek el karlarının kontrol edilmesinin piyasalarda bir teşvik veya motivasyon sorununa yol açabileceği hususundaki endişe yerinde gözükmeyle birlikte, takip eden kısımda daha detaylı bir şekilde açıklanacağı üzere, bunun kapsamı ve etkisi konusunda hassas davranmak gerekir. Zira kanımızca tek el karının teşvik edici özelliğinin ekonomik açıdan önemli yarar sağladığını ileri sürmek, bu savın, aynı zamanda tek elin sosyal maliyeti arasında sayılan; “*maliyet etkinsizliği*” ve “*rant kollamaya dayalı davranış*” teorileriyle çelişmesi karşısında kredibilitesini yitirmektedir⁵⁷. Örneğin meseleye tek elin motivasyon sorunu açısından bakıldığında⁵⁸, tek el karının yasaklanmasının, zaten rekabet baskısı altında olmayan tek elin, maliyeti düşürücü veya kalite artırıcı ya da teknolojik ilerlemeye yönelik çabalarının üzerindeki olumsuz etkisi belirsizdir⁵⁹. Netice olarak A.B.D. rekabet hukukunda dile getirilen kaygılar, büyük ölçüde haklılık payı taşımakla birlikte, uygun bir rekabet hukuku uygulamasının benimsenmesi halinde aşılması mümkün olan sorunlar olarak gözükmektedir.

III. Avrupa Birliği Rekabet Hukuku

Avrupa Birliği rekabet hukukunda tek elin kontrol edilmesine yönelik düzenleme Roma Antlaşmasının 82. maddesinde yer almaktadır. Söz konusu düzenlemenin ilk fıkrası : “*Bir veya birden fazla teşebbüsün Ortak Pazarın tamamında veya önemli bir kısmındaki hakim durumunu kötüye kullanması üye devletler arasındaki ticareti etkilediği sürece Ortak Pazar ile bağdaşamaz kabul edilecek ve yasaklanacaktır*” şeklinde bir genel yasaklama hükmü öngörmekte, takip eden fıkrada ise dört bent halinde örnek kötüye kullanma halleri sıralanmaktadır. Genel yasaklama hükmü dikkate alındığında, hukuka aykırılık açısından belirleyici davranışın “*kötüye kullanma*” olduğu açıkça görülmektedir.

⁵⁷ Bkz. §2/II

⁵⁸ Keza tek el karının “*rant kollamaya dayanan davranışa*” da (*rent seeking behavior*) yol açtığı iddia edildiğine göre, bu rantın törpülenmesinden doğan motivasyon sorunun ekonomi üzerindeki nispi olumsuz etkisi de tartışma götürür. Bu tek el karının ne ölçüde rekabeti teşvik edici özelliğinin olduğunun tespit edilmesiyle ilgili olduğu kadar, “*rant kollamaya dayalı davranış*”ın sosyal maliyetinin kapsamının belirlenmesi ile de ilgili bir meseledir. Açıkçası bu hususta kantitatif bir değerlendirme yapmak hemen hemen imkansızdır

⁵⁹ Bkz. §4/III/B/3/b

Rekabet hukuku kurallarının aynı ekonomik temele dayandığı ve aynı amaca hizmet ettiği göz önünde tutulduğunda, “*kötüye kullanma*” ifadesinin “*tekelleşme*” kavramı ile aynı şekilde anlaşılması gerektiği düşünülebilir. Hatta, Roma Antlaşmasının ilgili hükmünün büyük ölçüde Sherman Yasası’ndan etkilendiği de dikkate alınırsa⁶⁰, bu ifade farklılığının hukuki yorum açısından önemli olmadığı dahi iddia edilebilir. Ancak bu yaklaşım yanıltıcıdır. Roma Antlaşması kötüye kullanma eylemini tanımlamamakla birlikte, dört farklı kötüye kullanma eylemine yer vermekte ve söz konusu örnekler kötüye kullanmanın farklı ve kendine özgü bir anlamı olduğunu açıkça ortaya koymaktadır. Bu açıdan ilgili hükmün anlam ve amacının, A.B.D. hukukundaki paraleline kıyasla daha açık olduğu da söylenebilir.

Hükümün 2. fıkrasında yer alan örnek kötüye kullanma halleri ışığında, ilgili hükmün Sherman Yasasından farklı olarak tekellerin performansını da düzenlemeyi amaçladığı açıkça görülmektedir⁶¹. Hüküm, tekel gücünün kendisini veya elde edilmiş biçimini yasaklamamakta, buna karşılık rekabet üzerinde azaltıcı etkisi olmasa dahi, tekel gücünün müşteriler, tüketiciler ve sağlayıcılara zarar verecek şekilde kullanılmasını sakıncalı kabul etmektedir⁶². Örneğin ikinci fıkranın ilk iki bendi, doğrudan doğruya tekelden kaynaklanan sosyal maliyetin önlenmesine yöneliktir. Bu açıdan, hükmün tekelin zararlı etkilerine karşı daha katı bir yaklaşımı haiz olduğu söylenebilir⁶³.

Hiç şüphesiz bu yaklaşımın en çarpıcı örneği, ikinci fıkranın “a” bendinde yer alan “*haksız fiyatlandırma*”ya ilişkin düzenlemedir. Söz konusu düzenlemeye göre, “*doğrudan veya dolaylı olarak haksız alım veya satım fiyatı ya da başkaca haksız ticari koşullarının dayatılması*” hakim durumun kötüye kullanılması teşkil eder. Her ne kadar hükümde açıkça “*tekelci fiyatlandırma*” deyimini kullanılmamışsa da, kapsam olarak daha geniş bir alanı ifade ettiğini söyleyebileceğimiz; “*haksız alım ya da satım fiyatı*” terimi herhalde tekel fiyatlarını da içermektedir⁶⁴. Dolayısıyla Roma Antlaşması, Komisyon’u ve

⁶⁰ Fejo, sh.13

⁶¹ RA.’nın 82/2. maddesinde yer verilen örnek kötüye kullanma hallerinin hemen tamamında bu özellik görülebilmekle birlikte, özellikle (a) ve (b) bentlerinde oldukça açık bir şekilde ortaya çıkmaktadır.

⁶² Bellamy/Child, sh.424; Joliet, sh.11

⁶³ Kauper, sh.4,6

⁶⁴ Söz konusu düzenlemenin, tekelci fiyatlandırmanın yanı sıra, yıkıcı fiyatlandırma halini de kapsadığı genel olarak kabul edilmektedir (Hilderbrand, sh.; Bellamy/Child, sh.424; Sîragusa, sh.185 dnot. 14)

Adalet Divanını, tekel fiyatlarının kontrol edilmesinde yetkili kılmaktadır. Nitekim Antlaşma'nın yürürlüğe girdiği ilk yıllardan itibaren, “*tekelci fiyatlandırma*”nın ilgili bent kapsamında değerlendirildiği çeşitli kararlara rastlanmaktadır. İlgili kararlara kısaca değinmeden önce belirtelim ki, tekel fiyatlarının kontrolü temelde, aşırı fiyatların tüketiciler açısından zararlı olduğu düşüncesine dayanmaktadır⁶⁵.

Avrupa Birliği otoritelerinin konuyla ilgili uygulamasına bakıldığında ise, Komisyon'un sadece bir kaç vakayla ilgili olarak “*haksız (tekelci) fiyatlandırma*”nın bulunduğu karar verdiği ve bu vakalarda da, Komisyon kararlarının Adalet Divanı tarafından bozulduğu görülmektedir. Dolayısıyla Roma Antlaşması'nda yer alan açık hükmün, uygulamada sıklıkla işletildiği ve Avrupa otoritelerinin “*tekelci fiyatlandırma*”ya müdahale etmekte istekli davrandığı söylenemez. İlk yıllarda “*tekelci fiyatlandırma*”nın prensip olarak anti-tekel hükmünün kapsamında değerlendirilebileceğine değinen ve fikri mülkiyet hukukunu konu alan bir takım kararlar dışında⁶⁶, Komisyon tarafından başlatılan konuya ilişkin ilk soruşturma “General Motors” davasıdır. Komisyon bu olayda ilk defa hakim durumda olan bir teşebbüsün “*aşırı fiyatlandırma*”sını (*excessive pricing*) kötüye kullanma olarak değerlendirmiş ve anti-tekel hükmünün ihlal edildiğine karar vermiştir. Kısaca özetlemek gerekirse, Belçika hükümeti, trafiğe uygunluk standartlarının denetlenmesi ve uygunluk belgelerinin verilmesi görevlerini araba üreten teşebbüslere devretmiştir. Bu devir çerçevesinde hareket eden General Motors şirketi, Almanya'dan ithal ettiği bazı arabalar için, yerine getirdiği denetim hizmeti karşılığı yüksek bedel talep etmiş ve bu uygulama hakim durumun kötüye kullanılması olarak kabul edilmiştir.

Hükmün temyiz edilmesi üzerine Adalet Divanı, “*sunulan hizmetin ekonomik değerine kıyasla aşırı fiyatlandırmanın*” halinin prensip olarak 82/2.a anlamında kötüye kullanma teşkil edebileceğini kabul etmiştir⁶⁷. Fakat somut olayda, başkaca hafifletici sebeplerin yanı sıra, özellikle General Motors'un

⁶⁵ Hatta hakim gücün kontrol edilmesine ilişkin olan söz konusu hüküm, büyük ölçüde örnek olarak sıralanan kötüye kullanma hallerinin özellikleri nedeniyle R.A.'nın ilk yıllarında sadece “sömürüye dayalı kötüye kullanmaları” kapsayacak şekilde yorumlanmıştır. Bu yaklaşım Continental Can kararıyla (Euroemballage and Continental Can Co.,- Komisyon, dava 6/72, (1973) ECR 215) birlikte değiştirilmiş ve rekabeti azaltıcı davranışlar da kötüye kullanma kavramı kapsamında değerlendirilmeye başlanmıştır.

⁶⁶ Parke, Davis & Co. v. Probel, ECR 55 (1968), 7 CMLR 47 (1968); Sirena v. Eda S.R.L.ve diğerleri, dava 40/70 (1971); Deutsche Grammophon v. Metro-SB-Grossmarkte, (1971) ECR 487, 10 CMLR 631 (1971); CICRA v. Renault, dava 53/87, 1988 ECR).

⁶⁷ General Motors v. Commission, 1 C.M.L.R. 95 (1976).

fiyatları aşşağı çekmesi nedeniyle hukuka aykırılığın gerçekleşmediğine karar vermiştir. General Motors kararı, Adalet Divanının 82/2.a bendinin “*tekelci fiyatlandırma*”lara uygulanabileceğini tasdik etmesi açısından önem taşımakla birlikte, anti-tekel hükmünün uygulanmasına dair açık kriterlerin getirilmemesi nedeniyle eleştiriye açıktır. Kararda “*ekonomik değer*”in (*economic value*) tam olarak nasıl tespit edileceği ve hangi oranda aşırılığın, rekabet hukuku müdahalesine yol açacağı hususunda kriterler öngörülmemiş olması eksikliklerdir. Üstelik olayın “*paralel ithalat*” boyutunun da olması, söz konusu kararın, 82/2.a bendinin örnek bir uygulaması olarak gösterilmesine engeldir.

“*Haksız (tekelci) fiyatlandırma*”ya dair hukuki yaklaşımın United Brands davasında bir parça açıklığa kavuşturulduğu söylenebilir⁶⁸. Söz konusu davada Komisyon, 82/2.c. bendi anlamında “*coğrafi ayrımcılığın*” (*geographical discrimination*) yapılması dışında, “*United Brands*” isimli teşebbüsün markalı muzları için aşırı fiyatlar uygulamasını 82/2.a bendi anlamında hukuka aykırı kabul etmiştir. Komisyon’a göre, İrlanda ve kara Avrupası ülkelerinde uygulanan fiyatlar arasında oldukça esaslı (*substantial*) fiyat farklılıkları bulunmaktadır. United Brands’ın İrlanda’da uyguladığı fiyatlarda kar ettiğini kabullenmiş olması, kara Avrupası’nda uygulanan fiyatlarda aşırı karlılığın bulunduğu anlamına gelir. Bu gerekçeyi desteklemek amacıyla Komisyon ayrıca, United Brands’ın markalı ve markasız muzları ve Chiquita muzları ile diğer teşebbüslerin muzları arasındaki fiyat farklılıklarının, objektif olarak maliyet ve kalite farklılığına dayandırılmadığını ileri sürmüştür⁶⁹. Yaptırım olarak ise, belirli fiyat seviyeleri öngörülmüş ve buna uyulup uyulmadığının denetlenmesi amacıyla United Brands’ın yıllık raporlar sunması şart koşulmuştur⁷⁰.

Kararın temyiz aşamasında Adalet Divanı, somut olayda “*aşırı (tekelci) fiyatlandırma*”nın hukuki şartlarının gerçekleşmediğine karar vermiştir. Bununla birlikte, Komisyon’un hukuki yorumunun zımnen yerinde olduğunu belirtmiş ve 82/2.a maddenin uygulanmasına ilişkin ilginç saptamalar yapmıştır. Divan, Komisyon’un United Brands’ın maliyet yapısını analiz etmemiş olması nedeniyle, aşırı karlılığın tespitine yönelik yeterli delilin sunulmadığını ifade etmiştir. Hatta Divan United Brands’ın, iddia edildiğinin aksine önemli karlar elde etmediğini,

⁶⁸ United Brands v. Commission, 1 C.M.L.R. 429, PP 249-51 (1978)

⁶⁹ Komisyon böyle bir iddiaya dayanmakla bir anlamda, tüketici tercihlerinin doğruyu yansıtmadığını, tüketicilerin zevk ve beğenisini kendisinin tüketicilerden daha iyi takdir edebileceğini ileri sürmüştür ki buna katılmak mümkün değildir.

⁷⁰ Belirtelim ki, Komisyon tarafından başvuru bu yaptırım, son çare olarak kullanılması kaydı ile, amaca uygundur.

zira İrlanda'daki yatırımının zarar ettiğini tespit etmiştir. Böylelikle kararda, sunulan mal veya hizmetin ekonomik değerinin tespit edilmesi için öncelikle ilgili ürünün maliyetinin belirlenmesi şart koşulmuş olmaktadır. Divan ayrıca kararında, maliyet belirlenmesine ilişkin analizin oldukça külfetli bir faaliyet olduğunu kabul etmiş, bununla birlikte, bu konuda ekonomistler tarafından geliştirilen bir takım yöntemlerin bulunduğunu ve dolayısıyla bu analizin yapılabileceğini ifade etmiştir. İlgili ürünün maliyetinin tespit edilmesini takiben ise, ikinci aşama olarak maliyet ve fiyat arasındaki marjın belirlenmesi gerektiği ifade edilmiş ve yüksek kar marjının, kötüye kullanmanın delili olabileceği belirtilmiştir. Ancak yüksek kar marjı ile tam olarak neyin kastedildiği açıklanmamıştır⁷¹.

Belirtilmelidir ki, 82/2. a. bendinin uygulanabilmesi için ilgili ürünün maliyet analizi tek ve mutlak bir kriter değildir. Divan kararında, ürün maliyetinin teorik veya pratik nedenlerle objektif analizin yapılmasının mümkün olmadığı hallerde, Komisyon'un alternatif metodlara, ki bu metodların tam olarak nelerden ibaret olduğu belirtilmemiştir, başvurabileceğini kabul ederek yukarıdaki maliyet analizi şartını yumuşatmıştır. Örneğin kıyaslanabilir malların veya diğer coğrafi piyasalardaki aynı malların fiyatlarının, tekelci olduğu iddia edilen fiyatlarla mukayese edilmesi faaliyetinin, tali veya asli metod olarak kullanılabileceği genellikle kabul edilmektedir⁷².

Hatta maliyetin objektif olarak tespit edildiği ve buna bağlı olarak belirlenen kar marjının önemsiz olduğu hallerde dahi, doğrudan hukuka aykırılığın bulunmadığı sonucuna varmak yanlış olabilir. Zira tespit edilen maliyetin, maliyet etkinsizliğine bağlı olarak büyük ölçüde şişirilmiş olması mümkündür. İşte malın maliyeti ile fiyat arasındaki kar marjının olağan olduğu durumlarda dahi, tespit edilen maliyetin, maliyet etkinsizliği nedeniyle yüksek olduğu sonucuna varılırsa, 82. madde uygulanabilir⁷³. Belirtelim ki bu yaklaşım sadece 82/2.a. bendinin değil, doğrudan tekelden kaynaklanan verimsizliği önlemeyi amaçlayan 82/2.b. bendinin de bir gereğidir⁷⁴. Şüphesiz böyle bir durumda maliyet etkinsizliğinden arındırılmış gerçek maliyetlerin tespit edilmesi ve daha sonra bu maliyetlerle fiyat

⁷¹ Adalet Divanı kar marjına ilişkin bir saptama yapmamış olmakla birlikte, Komisyon kararında, United Brands'in markalı ve markasız muzları arasındaki fiyat farklılığının % 30 ila 40 seviyesinde olmasının, aşırılık açısından yeterli olduğunu ileri sürmüştür.

⁷² Söz konusu kararla ilgili bir başka nokta ise rekabet üzerinde herhangi bir etkinin gerçekleşmiş olmasının aranmamış olmasıdır.

⁷³ *Ministere Public v. Tournier*, case 395/87 (1989) ECR 2521, (1991) 4 CMLR 248

⁷⁴ Bkz Korah, sh.79, Hawk, sh.879

arasındaki marjın esaslı olup olmadığına bakılmalıdır. Fakat somut olayda maliyet etkinsizliğinin bulunup bulunmadığını veya bulunuyorsa bunun şişirilmiş maliyetler içindeki payını tespit etmek oldukça güçtür. Dolayısıyla bu hususta oldukça dikkatli davranmak gerekir. Verimsizliğin ancak çok belirgin olduğu hallerde bu incelemeyi yapmak uygun görünmektedir.

United Brands davasından sonra da, “*tekelci fiyatlandırma*”yı konu alan çeşitli kararlara rastlamak mümkündür. Fakat bu kararlarda da, ne Komisyon’un, ne de Divan’ın açık ve tatmin edici prensipler ortaya koyabildiği söylenemez. Özellikle haksız fiyatların hangi metod uyarınca belirleneceği ve kar marjının ne zaman aşırı sayılması gerektiği konusunda tutarlı bir yaklaşım bulunmamaktadır⁷⁵. Bununla birlikte, doğrudan uygulanabilir ve emredici nitelikteki 82. maddenin, Avrupa Birliği hukukunun yerelleşmesi eğilimi çerçevesinde yakın gelecekte ulusal mahkemelerde yaygın bir şekilde uygulanacağı düşünülürse, açık ve net uygulama kriterlerinin belirlenmesi zorunludur.

Son olarak, Avrupa Birliği otoritelerinin uygulama pratiğine ilişkin bazı ortak noktaların belirtilmesinde fayda vardır. İlk olarak, Komisyon’un “*tekelci (aşırı) fiyatlandırma*”ya ilişkin olarak başlattığı soruşturmaların önemli bir kısmındaki ortak özellik, olayların aynı zamanda bir “*coğrafi ayrımcılık*” boyutunun bulunmasıdır⁷⁶. Şüphesiz bu durum, piyasa entegrasyonu hedefinin Avrupa Birliği rekabet hukukunda özel bir önem taşıması ile açıklanabilir. İkinci olarak, United Brands davası dışında, konusu tekelci fiyatlandırma olan olaylarda, ilgili piyasa, mallardan ziyade hizmetlerin sunulması ile ilgili olmuştur⁷⁷. Nihayet son olarak, konuya ilişkin olaylardaki hakim durumda bulunan teşebbüslerin önemli bir kısmı ya fiili, ya da hukuki tekel konumundadır⁷⁸. Bu genelleme United Brands⁷⁹ için geçerli değilken, General Motors⁸⁰, British Leyland⁸¹ ve Naloo için geçerlidir.

IV. A.B.D. ve Avrupa Birliği Rekabet Hukuklarında Tekelci Fiyatlandırmaya İlişkin Farklı Yaklaşımların Olası Nedenleri

⁷⁵ Gerber, sh.75; Jebsen/Stevens, sh.48; Merkin/Williams, 154; Adams, 9; Hawk, 878; Fox, sh.15; Bael/Bellis, sh.164; Siragusa, sh.193

⁷⁶ Siragusa, 190; Bellamy/Child, sh.425; Bael /Bellis, 265

⁷⁷ Whish/Sufrin, sh.501

⁷⁸ Kauper, Whither, sh.659; Whish/Sufrin, sh.501; Gerber/Jebsen, sh.49

⁷⁹ United Brands v. Commission, 1 C.M.L.R. 429, PP 249-51 (1978)

⁸⁰ General Motors v. Commission, 1 C.M.L.R. 95 (1976)

⁸¹ OJ. (1984) L 207/11, (1984) 3 CMLR 92

Yukarıda kısaca açıklandığı üzere, Avrupa Birliği ve A.B.D. rekabet hukuklarının “*tekelci fiyatlandırma*” karşısındaki yaklaşımları birbirinden farklıdır. Kanımızca farklılığın dayandığı olası nedenlerin belirlenmesi, bu hukukların etkisi altında kaleme alınmış olan Türk anti-tekel hükmünün sağlıklı bir şekilde yorumlanması ve isabetli bir hukuk uygulamasının oluşturulması açılarından önem taşımaktadır. İncelememize geçmeden önce belirtelim ki, belki de beklenenin aksine, yaklaşımların bu şekilde oluşmasında pek çok neden etkili olmuştur. Burada ise, sadece konumuz açısından önemli gördüklerimize değinmekle yetineceğiz.

Yaklaşım farklılığının nedenini belirleyebilmek için, doğal olarak, önce anti-tekel hükümlerinin lafzını değerlendirmek gerekir. Şüphesiz bu değerlendirmede, özellikle 82. madde açısından, anti-tekel hükümleri bir bütün olarak ele alınmalıdır. Bu aşamada ilk göze çarpan husus, söz konusu hükümlerin oldukça farklı şekilde kaleme alınmış olmalarıdır. Genel yasaklayıcı paragraftaki farklılıkların dışında⁸², Roma Antlaşmasının 82. maddede bir takım kötüye kullanma örneklerine yer verilmiştir. Bu örnekler göz önünde tutulduğunda, genel yasaklayıcı hükmün yorumu ve anti-tekel hükmünün genel karakterinin tespit edilmesi herhangi bir zorluk göstermez. Buna göre, 82. madde tekel gücünün kontrol edilmesini ve özellikle bu gücün tüketiciler (veya alıcılar) üzerindeki olumsuz etkilerinin telafisini amaçlamaktadır. Tekelden kaynaklanan olumsuz sonuçların önlenmesi korunan temel menfaati oluşturur ve bu yönüyle, tekellerin performansı anti-tekel hükmünün denetimine tabidir. Nitekim “*tekelci fiyatlandırma*”nın rekabet hukuku bağlamında değerlendirilmesi de bunun tipik örneğidir. Bu aynı zamanda, 82. maddenin düzenleyici ve müdahaleci özelliğine işaret etmektedir.

Sherman Yasası’ndaki paralel hükmün (ve özellikle “*tekelleşme*” kavramının) muğlaklığı göz önünde tutulduğunda, A.B.D. rekabet hukukunda da benzer yorumun benimsenmemesi için görünürde hiçbir sebep bulunmamaktadır. Fakat, uygulamaya bakıldığında, A.B.D. hukukunu tatbik etmekle (ve hatta bir anlamda yaratmakla) yükümlü mahkemelerin, istikrarlı bir şekilde, bu şekil bir yaklaşım tarzını benimsemekten kaçındığı görülmektedir. Mahkemeler anti-tekel hükmünün kapsamını, tekel gücünün rekabeti azaltıcı veya dışlayıcı etkiler

⁸² Sherman Yasasının 2. maddesi, haklı görülemeyecek şekilde tekel oluşturmaya teşebbüsü (attempt to monopolize) hukuka aykırı kabul ederken; R.A.’nda buna karşılık teşkil edecek bir düzenleme veya uygulama mevcut değildir. Bunun haricinde tekelleşme ile kötüye kullanma kavramları da gerek terminolojik gerekse uygulama açısından farklı bir anlama gelmektedirler.

doğuracak şekilde kullanılması halleriyle sınırlamışlardır. Bu açıdan A.B.D. hukukunda anti-tekel hükmünün daha dar uygulama alanı olduğu söylenebilir.

A.B.D. hukukunda tekel gücünün oluşumu ve bunun haklı görülmeyecek metodlarla muhafaza edilmesi anti-tekel hükmünün kapsamında iken, Avrupa Birliği hukukunda tekel gücünün istismara yol açacak şekilde kullanılması rekabet hukuku müdahalesiyle karşılaşmaktadır. Bir başka ifadeyle, 82. madde doğrudan tekelin sosyal maliyetini, yani tekelin fiyat ve arz etkilerini engellemeyi amaçlamakta, A.B.D. hukukunda ise, bu olumsuz fiyat ve arz etkilerinin ortaya çıkmasına sebep olabilecek piyasa davranışları hukuka aykırı kabul edilmektedir⁸³. A.B.D. anti-tekel hükmü piyasanın yapısına zarar verebilecek türden eylemleri yasaklarken, Avrupa Birliği hukuku, hem piyasa yapısını, hem de performansı koruma amacı taşımaktadır.

İşte anti-tekel hükümlerinin yorumundaki bu farklı yaklaşımların doğal bir sonucu olarak, “*tekerci fiyatlandırma*” her iki hukukta farklı bir şekilde ele alınmaktadır. Anti-tekel hükümlerinin neden farklı yorumlandığına gelince, bunun çok çeşitli nedenlerinin bulunduğu söylenebilir. Rekabet hukukunun doğuşunda egemen olan dinamikler, gelişim süreci ve uygulandığı ekonomik, siyasal, sosyal ve hatta hukuki çevre, tamamen farklı özellikler taşımaktadır. Herşeyden önce, 82. madde, 2. maddenin oluşumunda etkili olan düşünce ve anlayıştan farklı bir ortamın ürünüdür. Bilindiği üzere Sherman Yasası, hakim gücün oluşumunu engellemek ve ekonomik gücün belirli merkezler etrafında toplanmasının önüne geçmek amacıyla, toplumun geniş bir kesiminin siyasi baskısı üzerine yürürlüğe koyulmuştur. Her ne kadar rekabet hukuku kurallarının tatbiki ekonomik hayata müdahale sonucunu doğurmaktaysa da, A.B.D.’nde her zaman piyasa sisteminin işlerliğine güven duyulmuş ve rekabet, piyasaların devlet eliyle düzenlenmesine tercih edilmiştir⁸⁴.

Oysa Avrupa Birliği’ndeki tablo bundan oldukça farklıdır. Özellikle Roma Antlaşmasının kaleme alındığı yıllarda, Avrupa Birliği’nde hakim gücün oluşumu, hatta yaratılmasına karşı olumlu bir bakış açısının bulunduğu söylenebilir. Bunun iki önemli nedeni vardır. İlk olarak, Ortak Pazar dahilinde hakim teşebbüslerin faaliyet göstermesinin, piyasa entegrasyonu amacına hizmet ettiği düşünülmüştür⁸⁵. Büyük ve güçlü teşebbüsler ulusal sınırlar tanımaksızın üye ülkelerde faaliyet gösterecek, bu ise, entegrasyon sürecini hızlandıracak ve

⁸³ Joliet, sh.9

⁸⁴ Fox, sh.2,3; Kauper, Whither, sh.655

⁸⁵ Joliet, sh..3; Fox, sh.4; Kauper, Whither, sh.655

aynı zamanda Ortak Pazar'ın rekabet gücüne olumlu katkıda bulunacaktır. Bunun dışında Avrupa ülkeleri, devletin her zaman ekonomik hayatın içinde bulunduğu bir siyasi gelenekten gelmektedir. Bu gelenek çerçevesinde, devletin ekonomik hayata müdahalesinin zararlı değil, bilakis yararlı olduğu düşünülmüş ve piyasa ekonomisi, sosyal piyasa ekonomisi biçiminde tatbik edilmiştir. Genel olarak, devletin tekelin zararlı davranışlarını düzenleyebileceği ve ekonomik gücü kontrol altında tutabileceği inancının hakim olduğu söylenebilir⁸⁶. Nitekim 82/2. maddenin (a) ve (b) bentleri de bu inancı yansıtmaktadır.

Rekabet hukuklarının birbirinden değişik amaçlara sahip olması da, anti-tekel hükümlerinin farklı yorumunda ve uygulamasında etken olmuştur. Öncelikle belirtmek gerekir ki, Avrupa Birliği rekabet hukukunun, A.B.D. hukukuna kıyasla birbirinden farklı (ve çoğu kez de birbiriyle çelişen) pek çok amaca hizmet ettiği kabul edilmektedir. A.B.D.'nde, rekabet hukuku kuralları ile tam olarak neyin amaçlandığı dönem dönem farklılık göstermiş ve şu an için de tartışma konusu olmakla birlikte, temel amacın "*toplumsal refah*"ın (*consumer welfare*) artırılması olduğu genellikle kabul görmektedir⁸⁷. Bunun haricinde ifade edilen amaçlar ise, en azından mevcut uygulama açısından pek bir ağırlık taşımamaktadır.

Oysa A.B.D. hukukundan farklı olarak, Roma Antlaşması (ve buna dayanarak çıkarılan ikincil mevzuat), rekabet kurallarıyla neyin, daha doğru bir ifadeyle nelerin amaçlandığını açık bir şekilde düzenlemektedir. Buna göre, rekabet hukuku kuralları sadece toplumsal refahı değil, aynı zamanda piyasa entegrasyonu, gelir dağılımı, fırsat eşitliği, tüketicilerin korunması, işsizliğin önlenmesi ve küçük ve orta ölçekli teşebbüslerin kollanması gibi pek çok amaca hizmet etmektedir⁸⁸. Kanımızca bu amaçlardan özellikle tüketicilerin korunması ve gelir dağılımı, "*teknelci fiyatlandırma*" durumuna neden 82. madde içerisinde yer verildiğini bir ölçüde açıklamaktadır. Belirtmek gerekir ki, izlenen amaçlar açısından Avrupa Birliği hukukunu A.B.D. hukukundan ayıran asıl fark, piyasa entegrasyonu hedefinin temel amaç olarak kabul edilmesidir. Şüphesiz A.B.D.'nde pazarın entegre edilmesi gibi bir kaygının bulunmaması nedeniyle, böyle bir amacın izlenmesi söz konusu olamaz⁸⁹. Oysa bu amaç, Roma Antlaşması'nda

⁸⁶ Kauper, sh.3; Fox, Comparison, sh.371

⁸⁷ Calvani, sh.12,13; Fox, sh.3,4; Gelhorn/Kovacic, sh.35; Posner, Antitrust Law, sh.4; Kaplow, sh.12; Hilderbrand, 131; Jebsen/Stevens, sh.6

⁸⁸ Hawk, International Application of Sherman Act, sh.6; Korah, sh.55; Fejo, sh.30,31; Hilderbrand, sh.12-18; Kauper, sh.3; Jebsen/Stevens, sh.6; Fox, Comments on Bulgarian Draft, sh.11

⁸⁹ Fejo, sh.9,32; Hilderbrand, sh.132; Jebsen/Stevens, sh.6,7

açıkça ifadesini bulmuş ve Avrupa Birliği otoriteleri tarafından rekabet hukukunun yorumunda oldukça sıklıkla referans noktası olarak alınmıştır. Nitekim bunu “*tekelci fiyatlandırma*”ya ilişkin kararlarda da gözlemlemek mümkündür.

Rekabet hukukunun farklı makamlarca tarafından tatbik edilmesi de, anti-tekel hükümlerinin farklı yorumu ve uygulanmasında önemli etkindir⁹⁰. Bilindiği üzere Avrupa Birliği rekabet hukuku, merkezi bir idari organ olan Komisyon tarafından, büyük ölçüde idare hukuku kuralları çerçevesinde yürütülmektedir. Komisyon sadece rekabet hukuku kurallarını değil, Roma Antlaşmasının diğer kurallarını da tatbik etmektedir. Ayrıca sahip olduğu geniş yetkiler sayesinde rekabet hukuku politikasını diğer ekonomik ve sosyal politikalarla uyumlu ve dengeli bir şekilde yürütebilmektedir⁹¹. Oysa A.B.D.’nde rekabet hukuku, temel olarak mahkemeler tarafından uygulanmakta ve büyük ölçüde ceza hukuk vasfı taşımaktadır. Her ne kadar rekabet hukukunun uygulanması, mahkemelerin dışında Adalet Bakanlığı’nın ve Federal Ticaret Komisyonu’nun da görev alanına girmekteyse de, (ki bu çift başlı idari örgütlenmenin başka bir hukuk sisteminde örneği yoktur), bu iki kurum oldukça az sayıda davaya bakabilmektedir.

İşte A.B.D.’nde bu yapı, tekellerin performansını kontrol etmeyi amaçlayan bir hukuk politikasının sağlıklı bir şekilde yürütülmesi için elverişli değildir. Herşeyden önce, “*tekelci fiyatlandırma*” yasağının uygulanması, büyük çapta bilgi, finansal kaynak, tecrübe ve işgücüne ihtiyaç gösterir ki, mahkemelerin yapı itibarıyla bunu sağlaması güçtür. Bu daha çok Avrupa Hukukunda olduğu gibi, ekonomik açıdan bağımsız ve uzmanlaşmış merkezi idari makamların bünyesine uygun bir faaliyettir. Bunun dışında tekellerin kontrolü ve düzenlenmesi faaliyetinin, büyük ölçüde sanayi politikalarının bir parçası olması gerekir. Hal böyle olunca, söz konusu hukuk politikasının diğer ekonomi politikaları ile eş güdüm halinde uygulanmalı, onunla çelişmemelidir. Mahkemeler ise, nitelikleri gereği böyle bir eşgüdüm ihtiyacını yerine getirebilecek konumda değildir. Son olarak belirtmek gerekir ki, mahkemelerin hukuku uygularken uymakla yükümlü usul ve tatbik edebilecekleri yaptırımların sınırlı olması da, (özellikle ceza hukukunun uygulandığı bir ihtimalde), tekellerin davranışlarının düzenlenmesi ve “*tekelci fiyatlandırma*” yasağının amaca uygun bir şekilde tatbiki açısından elverişli değildir. Nitekim kısaca özetlenen bu gerekçeler, A.B.D. hukukunda “*idari güçlükler*” (*administrative difficulties*) savının neden anti-tekel hükmünün

⁹⁰ Fejo, sh.10

⁹¹ Hilderbrand, sh.132; Hawk, International Application of Sherman Act, sh.6

tekellerin performansını kontrol edecek bir şekilde uygulanmamasında önemli rol oynadığını açıklamaktadır⁹².

§ 4. Türk Rekabet Hukukunda Tekelci Fiyatlandırma

I. Giriş

Bilindiği üzere, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun 1994 yılında yürürlüğe girmiştir⁹³. Fakat Rekabet Kurumunun 1997 yılında kurularak faaliyete başlaması ile Kanun ancak üç yıldır fiilen tatbik edilmektedir. Bu durum, rekabet hukukunun ülkemiz açısından henüz yeni bir hukuk dalı olduğuna işaret etmektedir⁹⁴. Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, temel olarak Avrupa Birliği hukuku mevzuatı esas alınarak kaleme alınmış olmakla birlikte, bazı hususlarda, Amerikan hukuku ve Avrupa Birliği uygulamasında geliştirilen prensiplerin etkisiyle farklı düzenlemeler benimsenmiştir⁹⁵. Örnek vermek gerekirse, 82/2.maddenin (a) bendinde yer alan “*haksız fiyatlandırmaya*” (veya *tekelci fiyatlandırmaya*) ilişkin kötüye kullanma durumuna, Kanun’da yer verilmemiştir.

Aşağıda, Kanun’un mehzaz düzenlemeden farklı bir yaklaşım benimsemiş olmasının, hukukumuz açısından kötüye kullanma kavramının “*tekelci fiyatlandırma*”yı kapsayacak şekilde yorumlanmasına engel olup olmadığı soruna cevap aranacaktır. Bu sorunun yanıtının olumlu olduğu varsayımına dayanarak, takip eden başlıklar altında da bu yorumun uygulanmasında karşılaşılabilecek sorunlara ve özellikle uygun yaptırım problemine değinilecektir.

II. Tekelci Fiyatlandırma Üzerine Hukuki İnceleme

A) Giriş

⁹² Jebsen/Stevens, sh.4

⁹³ Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, sy.4054, RG.13.12.1994, S.22140

⁹⁴ Dolayısıyla mukayeseli hukuktaki uygulama ve geliştirilen prensipler ülkemiz açısından özel bir önem taşımaktadır.

⁹⁵ Somutlaştırmak gerekirse; RKHK.’nda haksız fiil sorumluluğun söz konusu olması halinde, Amerikan hukukuna benzer bir şekilde 3 katına kadar tazminatın talep edilebileceğine ilişkin olan 58/3. madde hükmü, rakiplerin eylemlerinin zorlaştırılmasını (veya boykotu) düzenleyen 4/2(d) ve 6/2(a) hükümleri ve hakim durumdaki teşebbüsün başka piyasalardaki rekabet koşullarını bozması halini düzenleyen 6/2(d) hükmü örnek olarak sayılabilir.

“*Haksız (veya tekелci) fiyatlandırma*”ya ilişkin olarak, Kanun’da, anti-tekel hükmüne mehz teşkil eden Roma Antlaşmasından farklı bir düzenleme öngörölmüş olması, doktrinde iki farklı görüşün ortaya atılmasına neden olmuştur. Bir kısım yazarlar, bu farklılıktan yol çıkarak Kanun koyucunun meseleyi olumsuz tarzda düzenlemeyi amaçladığını (ki esasen hazırlık çalışmalarından da bu sonucu çıkarmak mümkündür) ve bu nedenle de “*tekелci fiyatlandırma*”nın bir kötüye kullanma durumu olarak değерlendirilemeyeceğini ileri sürmüşlerdir⁹⁶. A.B.D. rekabet hukukundan esinlendiğı söylenebilecek olan bu görüşü desteklemek üzere ise, “*potansiyel rekabet*” savını temel almışlardır⁹⁷.

Bizim de benimsediğimiz diğер bir görüş ise, Kanun’da söz konusu düzenlemeye yer verilmemiş olmasının, anti-tekel hükmünün “*tekелci fiyatlandırma*”yı kapsayacak şekilde yorumlanmasına engel olmadığını ileri sürmektedir⁹⁸. Buna göre, bilakis aksi yorumun kabulü Kanun’un ruhuna uygun düşmediğı gibi, esasen anti-tekel hükmünde de zımnen “*tekелci fiyatlandırma*” hali kötüye kullanma örnekleri arasında düzenlenmiştir. Nitekim Türkiye’nin Avrupa Birliğı ile olan ilişkilerinden kaynaklanan hukuki yükümlölükleri dikkate alındığında, bu yorum tarzı daha gerçekçi görünmektedir. Aşağıdaki alt başlıklar altında bu görüşü daha detaylı olarak inceleyeceğiz.

B) Lafzi Yorum

“*Haksız fiyatlandırma*”nın (*unfair pricing*) kötüye kullanma örnekleri arasında sayılmamış olması, ilk bakışta meselenin olumsuz bir şekilde düzenlenmek istendiğı şeklinde yorumlanabilir. Bir başka anlatımla, burada kanun koyucu “*haksız fiyatlandırma*” halinin kötüye kullanma kapsamında değерlendirilmesini arzu etmemiştir. Nitekim Kanun’un hazırlık çalışmaları da bu yorumu desteklemektedir. Zira bu konu Kanun komisyonu’nda tartışma konusu olmuş, ve açıkça anlaşılabilirdiğı üzere, ilgili kötüye kullanma örneğinin Kanun’da yer almaması yönündeki görüş ağır basmıştır⁹⁹.

⁹⁶ D.P.T., sh.34; Aslan, sh.104 (Yazar, tekелci fiyatlandırma örneğinin kötüye kullanma kapsamında olması gerektiğini ileri sürmekte ve bunun gerekçelerini de açıklamaktadır. Bu açıdan fiyatlara ve özellikle tekелci fiyatlandırmaya ilişkin kötüye kullanma örneğinin Kanun’a alınmamasını yerinde olmadığını ifade etmekte, fakat bu halin yorumla Kanun kapsamında görölebileceğini kabul etmemekte, bilakis oldukça açık bir ifade tarzıyla bu halin Kanun kapsamı dışında kaldığını belirtmektedir.)

⁹⁷ D.P.T., sh. 34

⁹⁸ Sanlı, sh. 272,273, Aşçıoğlu Öz, sh.171

⁹⁹ Bkz. Avrupa Topluluğı Rekabet Politikaları Hukuk Düzeni ve Türk Rekabet Kanunu Tasarısı, tartışmalar, İstanbul 1993, sh.67,68

Buna karşılık belirtelim ki, ne kanun koyucunun susmuş olması, ne de hazırlık çalışmaları (*tarihi yorum*), isabetli bir yorumun yapılmasında kesin olarak belirleyici faktörler değildirler. Bir hüküm yürürlüğe girmekle birlikte objektif hukuk metni halini alır ve artık bu metin, bunu kaleme alanların iradelerinden bağımsız duruma gelir¹⁰⁰. Şüphesiz Kanun'un hazırlık çalışmaları yorumda dikkate alınması gereken bir unsurdur, fakat bunun diğer yorum kriterleriyle bir arada değerlendirilmesi ve, deyim yerindeyse, teyid edilmesi gerekir. Türk hukukunda yorumun hangi esaslara göre yapılması gerektiği, Medeni Kanun'un ilk maddesinde belirtilmiştir. Buna göre, öncelikle kanunun lafzına bakılacak ve lafzından çıkan anlam kanunun ruhu ışığında değerlendirilecektir¹⁰¹.

Konumuz açısından bu temel ilkeyi uygulayacak olursak, öncelikle Kanun'un "*tekeli fiyatlandırma*" hususunda susmasını lafzı açısından değerlendirmek gerekir. Şüphesiz bu noktada anti-tekel hükmünü bir bütün olarak ele alınmalıdır. Anti-tekel hükmü Kanun'un 6. maddesinde düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemeye göre, "*Bir veya birden fazla teşebbüsün ülkenin bütününde veya bir bölümünde, bir mal veya hizmet piyasasındaki hakim durumunu tek başına yahut başkaları ile yapacağı anlaşmalar ya da birlikte davranışlar ile kötüye kullanması hukuka aykırı ve yasaktır*". Maddenin ilk fıkrasında yer alan bu yasaklama koşulunun yanı sıra, ikinci fıkra; "*Kötüye kullanma halleri özellikle şunlardır*" şeklinde bir hükme yer verilerek birtakım kötüye kullanma halleri sınırlı olmayacak şekilde sıralanmıştır.

İkinci fıkra da sayılan örneklerin sınırlı sayıda olmadığına açıkça belirtilmesi karşısında, hükmün lafzı itibarıyla değerlendirildiğinde, kanun koyucunun konuyu olumsuz tarzda düzenlediği sonucunu çıkarmak mümkün gözükmemektedir. Uygulamada Kanun'da öngörülenlerden başka bir takım kötüye kullanma hallerinin benimsenebileceğine göre, "*tekeli fiyatlandırma*"nın da bunlardan biri olmaması için bir sebep görünmemektedir. Bunu tespit etmek için ise, "*tekeli fiyatlandırma*"nın, maddi hukuk açısından kötüye kullanma kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceğine bakmak gerekir. Esasen bu husus takip eden başlık altında daha detaylı olarak incelenmiştir¹⁰², fakat burada değinmekte fayda vardır.

¹⁰⁰ Tekinay, sh.61; krş. Oğuzman, sh.49

¹⁰¹ Oğuzman, sh. 46,47

¹⁰² Bkz. §4/II/C

Yukarıda açıklandığı üzere¹⁰³, “*tekelci fiyatlandırma*” tekelden kaynaklanan sosyal maliyetin temel sebeplerinden biridir ve eğer anti-tekel hükmüyle izlenen amaç tekelden kaynaklanan olumsuzlukların bertaraf edilmesi ise, bu uygulamanın yasaklama kapsamında kabul edilmesi doğal bir netice olarak karşımıza çıkmaktadır. Nitekim anlamı itibarıyla kötüye kullanma kavramına “*tekelci fiyatlandırma*”dan belki de daha uygun bir örnek davranış biçimi bulmak güçtür. Ayrıca hüküm bir bütün olarak değerlendirildiğinde, kötüye kullanma kavramının A.B.D. hukukundaki “*tekelleşme*”ye (*monopolization*) benzer bir şekilde yorumlanması da güçtür. Zira kötüye kullanma örnekleri arasında performans kontrolünü amaçlayan çeşitli hallere yer verilmiştir ki, bu “*tekelleşme*” kavramının anlamı ile bağdaştırılamaz. Bu açıdan mehz düzenleme teşkil eden Avrupa Birliği’ndeki sistemin, büyük ölçüde Kanun’a aktarılmış olduğu söylenebilir.

Fakat daha önemlisi, anti-tekel hükmünün ikinci fıkrası dikkatle incelendiğinde, esasen “*tekelci fiyatlandırma*” halinin kötüye kullanma örnekleri arasında dolaylı bir şekilde sayıldığı görülmektedir. İkinci fıkranın (e) bendine göre: “*tüketicinin zararına olarak üretimin, pazarlamanın ya da teknik gelişmenin kısıtlanması*” hakim durumdaki bir teşebbüs tarafından gerçekleştirildiğinde, Kanun bunu bir kötüye kullanma durumu olarak kabul etmektedir¹⁰⁴. Sayılan bu uygulamalardan “*üretimin kısılması*”, aslında “*tekelci fiyatlandırma*”dan başka bir durumu ifade etmemektedir. Üretimin kısılmasının doğal sonucu fiyatların artmasıdır ki, bundan gerek toplumsal refah, gerekse tüketiciler olumsuz bir şekilde etkilenir. Yukarıda da değinildiği üzere¹⁰⁵, üretimin kısılması kar maksimizyonu amacını taşıyan tekelin olağan piyasa davranışıdır ve tekelci fiyatların temel sebebidir. Netice olarak, ilgili hüküm lafzı itibarıyla değerlendirildiği zaman, burada konunun olumsuz bir şekilde düzenlenmiş olması bir kenara, kanunun susmuş olduğu dahi söylenemez. “*Tekelci fiyatlandırma*” 6. maddedeki kötüye kullanma örnekleri arasında dolaylı olarak zikredilmiştir ve dolayısıyla lafzen 6. madde kapsamındadır.

C) Kanun Ruhu Çerçevesinde Yapılan Yorum

Yukarıda açıklandığı üzere, Kanun’un lafzı açısından yapılan değerlendirme bakımından, “*tekelci fiyatlandırma*”nın hakim durumun kötüye kullanılması olarak kabul edilmesine engel yoktur. Buna rağmen, genel yorum

¹⁰³ Bkz. §2/II

¹⁰⁴ Aynı önde Öz, sh. 171

¹⁰⁵ Bkz. §2/I ve §2/II

esasları çerçevesinde, bu belirlenen anlamın, Kanun'un ruhu ışığında ayrıca değerlendirmek ve kanunun ruhu ile lafzından çıkan anlamın birbirine uygun olup olmadığını tespit etmek, isabetli olacaktır. Medeni Kanun, "*kanun ruhu*" deyimini ile neyi kastettiğini açıklamamış olmakla birlikte, doktrin bu hususta; "*kanunun amacı*", "*sistemi*", "*hazırlık çalışmaları*", "*doktrin ve mahkeme kararları*" ve nihayet "*yorumun yapıldığı zamanın şartları ve ihtiyaçları*" göz önünde tutularak, kanunun ruhunun tespit edilebileceğini kabul etmektedir¹⁰⁶.

Hemen belirtelim ki, bu kriterler ışığında lafzı yorumdan çıkan anlam kanunun ruhu ile çatışmamakta, bizzat teyid edilmekte ve hatta güçlenmektedir¹⁰⁷. Bu açıdan burada "*açıklayıcı yorum*" söz konusudur. Kanımızca konumuz açısından yukarıda sayılanlardan, özellikle, "*kanunun amacı*" ve "*yorumun, zamanın şartları ve ihtiyaçları dikkate alınarak yapılması gerektiğine*" ilişkin yorum prensipleri önem taşımaktadır. Diğer prensiplerden "*hazırlık çalışmaları*"ndan çıkan sonuç ise, hükmün lafzına uygun olmadığı gibi diğer yorum metodlarıyla tespit edilen anlamla da çelişmektedir.

Rekabet hukukunun en genel amacının işleyebilir bir rekabet sisteminin korunması ve hatta kurulması olduğu genel olarak kabul edilmekte, ve işleyebilir rekabet sistemini tehdit eden temel unsur olan "*ekonomik yoğunlaşma*" (*economic concentration*) olgusu, rekabet hukukunun önlemeyi amaçladığı olguyu ifade etmektedir. Bununla birlikte hukuk düzeninin ekonomik yoğunlaşma olgusunu neden sakıncalı olarak telakki ettiği, bir başka deyişle rekabet hukukunun neden ekonomik yoğunlaşma olgusunu önlemeyi amaçladığı ve korunan menfaatin ne olduğu hususunda çok farklı yaklaşımlar sergilenmektedir. Bu konu rekabet hukukunun en fazla tartışılan konularından biridir ve burada bu tartışmaya girmek çalışmamızın boyutlarını aşmaktadır.

Fakat şu kadarını söylemek gerekir ki, bunlar arasında ilk kısımda açıkladığımız¹⁰⁸ iktisadi yaklaşımı benimseyen görüşler ağır basmakta ve rekabet hukukunun öncelikli amacının iktisadi olduğu genel olarak kabul görmektedir. Kısaca tekrar etmek gerekirse, diğer zararlarının yanı sıra, yoğunlaşma

¹⁰⁶ Oğuzman, krş. Tekinay, sh.60-62

¹⁰⁷ Belirtelim ki, tekeli fiyatlandırma konusunda Kanun'un susmuş olduğu ve bundan da konunun olumsuz düzenlendiği sonucuna varılmış olsaydı bile, kanunun ruhu çerçevesinde yapılacak yorum neticesinde, tekeli fiyatlandırmanın hüküm kapsamında değerlendirilmesinin mümkün olduğu sonucuna varılabilirdi. Zira böyle bir ihtimalde, kanunun lafzı ve ruhunun çatışması kanun boşluğu olarak değerlendirilecek ve bu boşluk kanunun ruhuna uygun bir şekilde doldurulacaktır.

¹⁰⁸ Bkz. §2/II

olgusunun, genel olarak arzın kısılarak fiyatlarda artışa neden olduğu, bunun da “dağılımda verimsizliğe” ve (haksız) “refah transferi”ne neden olarak toplumun gelir dağılımını bozduğu kabul edilmektedir. Gerçi ekonomik yaklaşımı benimseyen görüş, “refah transferi”nin olumlu olup olmadığı noktasında herhangi bir değerlendirme yapmamakta ve bunun bir hukuk politikası meselesi olduğuna işaret etmektedir.

Bu yaklaşım benimsendiği takdirde, anti-tekel hükmüyle öncelikli olarak neyin amaçlandığını tespit etmek hiçbir zorluk içermez. Amaç tekelin yukarıda ifade edilen olumsuz sonuçları ise, buna yol açan davranışların, ki bunun başında hiç şüphesiz “tekelci fiyatlandırma” gelmektedir, hukuken düzenleme altına alınması veya yasaklanması icap eder. Dolayısıyla “amaç” ekonomik yaklaşım doğrultusunda belirlendiği takdirde, “tekelci fiyatlandırma”nın kötüye kullanma örneği olarak kabul edilmesi bu amaca uygun bir yorum tarzı olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu ise lafzı yorumu teyid etmektedir.

Bu sonucu, *yorumun, zamanın şartları ve ihtiyaçları dikkate alınarak yapılması gerektiğine* ilişkin prensip çerçevesinde değerlendirdiğimizde de, neticenin pek farklı olmayacağını hemen belirtelim. Herşeyden önce Rekabetin Korunması Hakkında Kanun Türkiye piyasalarındaki rekabeti korumak ve tesis etmek üzere yürürlüğe konmuştur. Dolayısıyla kanun hükümlerinin uygulanmasında ve yorumunda, Türkiye piyasalarının veya ekonomisinin kendine özgü şartlarının dikkate alınması zaruridir. Kanun’da yer alan anti-tekel hükmünü, Türkiye ekonomisinin şartlarını dikkate alarak yorumladığımızda ise, konumuz “tekelci fiyatlandırma” açısından özellikle iki nokta önem taşımaktadır.

İlk olarak, toplumsal refahın artırılmasının yanısıra, gelir dağılımının düzeltilmesi de, kanun hükmü ile korunan menfaati teşkil etmelidir. Bunun sebebi açıktır: Herşeyden önce Türk toplumundaki gelir seviyesi oldukça düşük düzeylerde seyretmekte ve hatta toplumun önemli bir kesimi fakirlik sınırında yaşamaktadır. Ayrıca sorun sadece fakirlik değil, milli gelirin adaletli bir şekilde dağılmamış olmasıdır. Yıllardır süren kronik yüksek enflasyonun bir sonucu olarak, toplumdaki gelir adaletsizliği çok ciddi boyutlara ulaşmıştır. İşte böyle bir ortamda, tekelin tüketiciler üzerinden aşırı karlar elde etmesini ya da tüketicilerden tekele yapılan zenginlik transferini, anti-tekel hükmünün engellemeyi amaçladığı bir durum olarak görülmemesi, kanımızca Kanun’un isabetli bir yorumu olarak kabul edilemez. “Tekelci fiyatlandırma”nın yol açtığı gelir adaletsizliği, (ki istisnai bazı hallerde bu sonuç ortaya çıkmayabilir)¹⁰⁹, gerek

¹⁰⁹ Tekrar hatırlatmakta fayda vardır ki, tekelci fiyatlandırmanın yasaklanması, tekel karlarının yasaklanması şeklinde değil, aşırı fiyatların yasaklanması olarak

adalet duygusunu, gerekse kamu vicdanını rahatsız etmektedir. Bu itibarla hukukun meşruiyet kazanması açısından gelir dağılımının düzeltilmesi hedefi de dikkate alınmalıdır.

Şunu da ifade edelim ki, belki aksi bir yaklaşım, A.B.D veya Avrupa Birliği gibi gelişmiş ekonomilerde daha kolay savunulabilir. Zira anılan ülkelerde gelir seviyesi genel olarak yüksek seyrettiği gibi, milli gelirin dağılım da nispeten adaletlidir. Dolayısıyla bir kısım tüketici refahının, tekel karına dönüşmesi çok önemli bir sosyal sorun olarak görülmeyebilir. Hatta A.B.D. gibi, şirket mülkiyetlerinin gerçek anlamıyla anonim olduğu ekonomilerde, tekel karının belirli ellerde toplanmayıp, kar payı olarak hissedarlara yani küçük yatırımcılara dağıtılması nedeniyle, gelir adaletsizliği gibi bir sorunun ortaya çıkmadığı dahi iddia edilebilir. Fakat bu duruma rağmen, anılan ülkelerde dahi gelir dağılımının önlenmesi, rekabet hukukunun hedefleri arasında sayılmaktadır. Netice olarak, “*tekelci fiyatlandırma*”nın bir sonucu olan gelir adaletsizliğinin, Türkiye gibi gelişmekte olan ülkede çok daha ağır sosyo-ekonomik sorunlara yol açabileceği dikkate alındığında, bu amacı anti-tekel hükmüne atfetmemek mümkün görülmektedir.

Kanun’un yorumunda Türkiye piyasalarının şartlarını dikkate aldığımızda çıkarılabilecek bir diğer netice ise, rekabet hukukunun sadece piyasalardaki rekabetin korunması amacına hizmet edecek şekilde değil, aynı zamanda rekabetin tesis edilmesini sağlayacak şekilde uygulanması gerektiğidir. Bu ise pratikte, rekabet hukukunun daha müdahaleci ve düzenleyici bir şekilde uygulanması anlamına gelir. Neden bu tarz bir yaklaşımın benimsenmesi gerektiğini kısaca açıklamak gerekir. Türkiye’de henüz piyasa ekonomisinin kurumsal altyapısı kurulamamıştır¹¹⁰. Pek çok piyasada eksik rekabet şartlarının hakim olması,

algılanmalıdır. Bu nedenle, matliyet etkinsizliğinden dolayı şişirilmiş maliyetlerle faaliyet gösteren teşebbüsler uyguladıkları tekel fiyatlarına rağmen aşırı kar elde etmemeleri ve hatta zarar etmeleri tekelci fiyatlandırmanın bulunduğu gerçeğini değiştirmez. Bu hallerde de anti-tekel hükmü uygulanabilir. Bununla birlikte bu takdirde burada gelir adaletinin düzeltilmesi amacının izlendiği söylenemez (bkz. §4/III/B/2).

¹¹⁰ Türkiye’de uzun yıllar boyunca hakim olan karma ekonomik yapı; son 20 yıldır uygulanan liberal politikalara bağlı olarak değişmekte ve piyasa ekonomisine geçiş döneminin sancıları yaşanmaktadır. Piyasaların liberalleşerek rekabete açılması ve rekabet ilkesinin ekonomik hayatta benimsenmesi ise kolay bir süreç değildir. Dolayısıyla henüz pek çok açıdan ekonominin gelişmiş ülkeler anlamında piyasa modeline geçtiği ve rekabet şartlarının yerleştiği söylenemez. Devlet halen ekonomide ağırlığını sürdürmekte ve üstelik bu ağırlık sadece bizzat devletin aktif rol alması

rekabeti bozucu ve tüketicileri istismar edici davranışların gelişmiş ülke ekonomilerine kıyasla daha sık ve yaygın biçimde ortaya çıkmasına neden olmaktadır. Örneğin yoğunlaşmanın fazla olması veya devletin yerinde olmayacak şekilde hukuki tekeller yaratması nedeniyle “*tekelci fiyatlandırma*” daha sık rastlanan bir durum olabilir.

Bunun dışında, piyasa ekonomisinin işlerliği için gerekli unsurların eksikliği nedeniyle, fiyat ve piyasa mekanizmasının “*düzeltilici fonksiyonu*” da sınırlıdır. Mesela, sermaye birikiminin yetersizliği, bilgi akışının sağlıklı olması veya kredi piyasalarının zayıflığı gibi nedenlerle, “*tekelci fiyatlandırma*”nın potansiyel rekabeti teşvik etmesi güçtür. Bu itibarla “*tekelci fiyatlandırma*” bu tür şartlar altında sadece yaygın olma değil, aynı zamanda kalıcı ve etkin olma riskini de taşımaktadır. Bir başka deyişle, rekabeti bozucu davranışların sadece nicelik değil, nitelik açısından da zararlı etkilerinin daha ağır olması pek olasıdır. Dolayısıyla, zaten toplum için izafi olarak ağır olan sosyal maliyet, bu gibi özelliklere bağlı olarak katmerlenerek ağırlaşabilmektedir. Bu durum ise, dışarıdan müdahale ihtiyacını gerekli kılmaktadır.

İşte piyasaların bu gibi özellikler gösterdiği ekonomilerde, rekabet hukukunun amacı sadece mevcut rekabet yapısının korunması değil, aynı zamanda eksikliği duyulan rekabetçi yapının tesis edilmesi olmalıdır¹¹¹. Esasen bu amaç, sadece rekabet hukukunun müdahaleci tarzda uygulanmasıyla değil, aynı zamanda, piyasaların serbest rekabete açılması ilkesinin kamu politikalarında benimsenmesi ile gerçekleşir. Gerçi A.B.D. gibi, rekabet hukukunun kaynağı olarak gösterilen ülkelerde rekabet hukuku pasif bir tarzda tatbik edilmekte ve piyasanın kendi haline bırakıldığı takdirde, rekabet açısından olumsuz durumun düzelerek rekabetin kendiliğinden canlanacağına inanılmaktadır (piyasaların düzeltilici fonksiyonu). Fakat bu yaklaşımın geçerliliği, ancak piyasa ekonomisi kurumlarının yerleşmiş olmasına ve sistemin kendi halinde işlemesi iktidarına

şeklinde değil, rekabetin tesis edilmesiyle çelişen uygulamalar şeklinde de tezahür edebilmektedir. Bunun haricinde ekonominin pek çok sektöründe kronik yoğunlaşma gözlemlenmekte ve bu durum rekabetin tesis edilmesi açısından kaygı vermektedir. Özetle, yaygın (hukuki veya fiziki) giriş engelleri, sermaye ve bilgi birikiminin yetersizliği, rekabet kültürünün eksikliği, zayıf ve çarpık finans ve kredi (veya faktör) piyasaları, elverişsiz hukuki düzenlemeler ve devletin ekonomik hayata yaygın müdahalesi gibi faktörlere nedeniyle, Türkiye’de piyasa ekonomisinin altyapısının tam olarak kurulduğu söylenemez.

¹¹¹ Gelişmekte olan ülke ekonomilerinde rekabet hukukunun bu amacı da taşıması gerektiği yazarlar tarafından genellikle ifade edilen bir tespittir.

bağlıdır. Oysa yukarıda sayılan sebeplerden dolayı, Türkiye gibi gelişmekte olan bir ekonomide, pasif yaklaşımın pek isabetli olduğu söylenemez.

Netice itibarıyla, kanunun ruhu ile tespit edilen anlam, lafzından çıkan anlamı doğrulamaktadır. Dolayısıyla yorum kuralları çerçevesinde “*tekelci fiyatlandırma*”nın hakim durumun kötüye kullanılmasının özel bir durumu olarak 6. madde kapsamında düzenlenmiş olduğunun kabulü gerekir. Üstelik bu yorum tarzı, Avrupa Birliği hukukundaki uygulama ile de uyumludur¹¹². Nitekim Rekabet Kurumu’nun da bu yorum tarzını benimsemiş olduğu görülmektedir. Bu konuya ilişkin olarak örnek gösterilebilecek “Havaş” soruşturmasında, Kurul aşırı fiyatlandırma iddiasını reddetmiş olmakla birlikte, kabul etmeyişi özetle; “*fiyatların aşırı kar elde edecek seviyede gerçekleşmemiş olması*” gerekçesine dayandırmıştır. Dolayısıyla zımnen de olsa, “*tekelci fiyatlandırma*”nın Kanun’un 6. maddesi kapsamında değerlendirilebileceği kabul edilmiş olmaktadır¹¹³. Kurul daha sonra verdiği başka bir kararda¹¹⁴ ise; “*aşırı fiyatlandırmanın, ilgili pazarda hakim durumun mevcudiyeti durumunda, 4054 sayılı Kanun’un 6’ncı maddesi ile yasaklanan “kötüye kullanma” halleri arasında sayılacağı dikkate alınarak, uygulanan fiyatlar Kanun’un bu hükmü yönünden de değerlendirilmiştir*” şeklinde bir ifade kullanarak, “*tekelci fiyatlandırma*”nın kötüye kullanma kapsamına girdiğini açıkça kabul etmiştir. Fakat söz konusu kararda hakim durum şartının gerçekleşmemiş olması nedeniyle hukuka aykırılığın gerçekleşmediğine karar verilmiştir. Her ne kadar, bu yaklaşım hukuki bir gerekçeye dayandırılmadıysa da, özellikle bu son olaydaki net yaklaşım, yukarıdaki yorumumuzu teyid etmesi açısından sevindiricidir.

Henüz karara bağlanmamış, fakat ön araştırma neticesinde soruşturma açılmasına karar verilen bir başka olayda ise, Ankara Büyükşehir Belediyesinin bir yan kuruluşu olan Belko adındaki kömür dağıtım ve satışı ile uğraşan şirketin, kömürü % 60 daha yüksek fiyatla satması, hakim durumun kötüye kullanılması olarak değerlendirilmiştir¹¹⁵. Bu son olaydaki yaklaşım, konunun ön araştırma raporunda ele alınış tarzı ve özellikle anti-tekel hükmünün performans kontrolünü kapsayacak şekilde yorumlanması bakımından oldukça tatmin edicidir.

¹¹² Gerek mehzaz düzenleme vasfını taşıması, gerekse Türkiye’nin Avrupa Birliği ile girdiği ilişkilerden kaynaklanan hukuki yükümlülükler nedeniyle göz önünde tutulması gereken Avrupa Birliği hukuku uygulaması, ndaki uygulamanın ve prensiplerin kanunun yorumunda dikkate alınması zaruridir

¹¹³ Havaş, dava 99-12/89-31, 03.03.1999

¹¹⁴ Minibüsçüler, dava, 00-4/33-15, 25.01.2000

¹¹⁵ Kömür soruşturması hakkında Rekabet Kurumu ön soruşturma raporu : 29.11.1999 (Kaynak : www.Radikal.com.tr, son dakika haberler : 26 ocak 2000)

Son olarak belirtelim ki, “*tekelci fiyatlandırma*”dan kaynaklanan sosyal maliyetin önlenmesinde kullanılabilecek tek hukuki vasıta rekabet hukuku mevzuatları değildir. Hatta ekonomistler bu hususta rekabet hukukundan ziyade, vergilendirme, regülasyon ve kamu iktisadi teşebbüsleri gibi alternatif metodların kullanılmasının daha uygun olduğunu ifade etmektedirler. Örneğin A.B.D.’nde vergilendirme politikaları haricinde, oldukça sınırlı hallerde, (ki bu haller genel olarak doğal tekel özelliği gösteren piyasalardır), tekel karları, salt bu amaca yönelik ihdas edilmiş bir idari otoritesi tarafından iktisadi regülasyonlar eliyle kontrol kontrol edilmektedir. Çeşitli Avrupa ülkeleri ve gelişmekte olan ülkelerde ise, ağırlıklı olarak kamu iktisadi teşebbüsleri modeli tercih edilmektedir¹¹⁶.

Belirtelim ki, bu çalışmanın amacı, tekelci fiyatlandırma probleminin çözümünde en uygun vasıtanın tespit edilmesi değildir. Aynı şekilde, rekabet hukukunun “*tekelci fiyatlandırma*”nın önlenmesinde en etkin araç olduğu da iddia edilmemektedir. Burada, rekabet hukukunun “*tekelci fiyatlandırma*”ya karşı uygulanmasının önünde ciddi bir hukuki ve ekonomik engelin bulunmadığı ve anti-tekel hükmünün bu davranışa karşı tatbik imkanının göz ardı edilmemesi gerektiği ileri sürülmektedir. Hatta, özellikle gelişmekte olan ülkeler açısından, alternatif olarak sayılan diğer hukuki vasıtaların ortak noksanlıkları dikkate alındığı takdirde, somut olayın özelliklerine göre rekabet hukukunun daha elverişli olabileceği dahi iddia edilebilir. Üstelik rekabet hukukunun, ikincil bir vasıta, bir başka deyişle, alternatif tedbirlerin yeteri derecede başarılı olamadığı hallerde tamamlayıcı bir araç olma özelliği de bulunmaktadır. Esasen diğer hukuki vasıtaların başarılı olması halinde, zaten rekabet hukuku müdahalesine ihtiyaç dahi duyulmayacaktır. Sonuç olarak, “*tekelci fiyatlandırma*” sorunu, belirli prensipler dahilinde özenli ve tutarlı bir yaklaşım sergilenmesi halinde rekabet hukuku mevzuatları vasıtasıyla büyük ölçüde çözümlenebilir. Takip eden başlık altında da, uygulamada dikkate alınması gerekli prensiplerin neler olabileceğinin belirlenmesine çalışılacaktır.

III. Uygulamaya Yönelik Öneriler

A) Giriş

Hukuken hakim durumun kötüye kullanılması kavramının “*tekelci fiyatlandırma*”yı kapsayacak şekilde yorumlanabileceğini tespit ettikten sonra, bu yorum tarzının uygulamada ne gibi güçlükler ile karşılaşabileceğinin ve hatta

¹¹⁶ Bkz. bu konuda: Viscusi/Vernon/Harrington, sh. 377,453,454; Stiglitz, sh452 vd.

pratikte uygulanmasının mümkün olup olmadığının incelenmesi gerekir. Zira söze konu olan “*tekel*” bile olsa, teşebbüslerin fiyat politikalarına dışarıdan yapılacak bir müdahalenin, ekonomik açıdan olumsuz etkileri olduğu haklı olarak ifade edilmektedir. Kabul etmek gerekir ki, iktisadi açıdan rasyonel ve tartışmalı olmakla birlikte rekabeti teşvik edici olduğu kabul edilen “*tekelci fiyatlandırma*”nın yasaklanması, sebep olabileceği yan etkiler göz önünde tutulduğu takdirde, rekabet otoriteleri açısından yürütülmesi oldukça güç bir faaliyettir. Özellikle anti-tekel hükmünün emredici karakteri ve yaptırımların “*ex post*” olarak uygulanacak olması dikkate alındığında, bu yasağın uygunsuz bir şekilde tatbik edilmesinin, teşebbüslerin rekabete dair motivasyonları ve piyasaların işleyişi üzerinde olumsuz etkilere yol açması riski bulunmaktadır. Bu nedenle, “*tekelci fiyatlandırma*” yasağının uygulama kapsamı ve şartları açık ve net bir biçimde ortaya konmalıdır.

Belirtelim ki, “*tekelci fiyatlandırma*” yasağının uygulanmasına dair kapsamlı ve detaylı bir talimatname (guidelines) hazırlamak bu çalışmanın kapsamını aşmaktadır. Bununla birlikte, kanımızca yasağın uygulanmasında karşılaşılabilecek sorunların tespit edilmesi ve bu sorunlar karşısında alınacak tedbir ve yaklaşımlar, uygulama açısından yol gösterici prensiplerin büyük ölçüde ortaya çıkmasında yardımcı olacaktır. Bunun yanı sıra, “*tekelci fiyatlandırma*”nın önlenmesinden elde edilecek faydanın göz önünde tutulması da, uygulamanın genel çerçevesini büyük ölçüde belirleyecektir¹¹⁷. Takip eden başlıklar altında da, anti-tekel hükmünün uygulanmasında “sorunlar” ve “fayda” açısından çeşitli önerilere yer verilmiştir.

B) Uygulamadan Doğabilecek Sorunlar Açısından Çeşitli Tavsiyeler

1. Potansiyel Rekabet

“*Tekelci fiyatlandırma*”nın hukuka uygun olması gerektiğini savunan görüşün temel gerekçesi, yüksek karlılığın tekel piyasasına yeni girişleri teşvik edeceği ve bunun sonucu fiyatların düşeceğiğidir. Fiyatların düşmesi ise, piyasaya başka teşebbüslerin girmesi sonucu olabileceği gibi, potansiyel rekabet baskısı

¹¹⁷ Kısaca belirtecek olursak, yasağın uygulanmasından doğması olası faydanın, yani dağıtımda verimliliğin ve gelir dağılımının iyileştirilmesi, yasaktan kaynaklanan sosyal maliyetin yani uygulama maliyeti, motivasyon sorunundan doğan maliyetin üzerinde olduğu söylenebiliyorsa, o zaman tekelci fiyatlandırma yasağının uygulanması yerinde olacaktır. Her ne kadar maliyet değerlerinin ölçümü ve buna bağlı olarak tam bir değerlendirme yapabilmek çok güç de olsa, yine de yol gösterici olabilecek genel bir takım genel kriterler tespit edilebilir.

sonucu da olabilir. Bu açıdan “*tekelci fiyatlandırma*” geçici bir hadisedir. Her ne kadar tüketiciler yüksek fiyatların uygulandığı dönem boyunca fazladan bir ödemede bulunuyorlarsa da, bu kaynak transferinin yüklediği maliyet, uzun dönemde piyasa dengesinin kurulması ile telafi edilebilir. Dolayısıyla esasen “*tekelci fiyatlandırma*” rekabeti bozucu bir davranış biçimi olarak dahi nitelendirilmemelidir¹¹⁸. Doğal olarak bu şartlar altında rekabet hukuku müdahalesi gereksizdir.

Bu görüş, piyasalar arası mobilitenin bulunduğu yani giriş engellerinin bulunmadığı varsayımına dayanmaktadır. Örneğin A.B.D. gibi piyasa sisteminin sağlıklı bir şekilde işlediği ekonomilerde, en azından uzun dönemde piyasalar arasında bu gibi sermaye hareketlerinin kolaylıkla gerçekleşebileceği ve dolayısıyla “*tekelci fiyatlandırma*”nın rekabet kurallarıyla değil, piyasa kuralları ile ortadan kaldırılabilceği söylenebilir. Esasen görüşümüze göre de, “*tekelci fiyatlandırma*”nın rekabet baskısı vasıtasıyla önlenemediği hallerde, rekabet hukuku veya başka bir hukuki vasıta ile müdahalede bulunmak ihtiyacı yoktur.

Fakat piyasaların her zaman bu varsayım doğrultusunda tepki vereceğini düşünmek gerçekçi olmaktan uzaktır. Özellikle, Türkiye gibi gelişmekte ekonomiye sahip olan ülkelerde, genel olarak, sermaye birikiminin zayıflığı, kredi piyasalarının yetersizliği, bilgi akışının gerektiği ölçüde gerçekleşmemesi ve hukuki tekellerin ekonomide ağırlığı gibi nedenlerden ötürü, piyasaların her zaman rekabet baskısını etkin bir şekilde yaratabilmesi zordur. Genel olarak denilebilir ki, tekelin yüksek giriş engelleri nedeniyle rekabet baskısı duymadığı bir durumda, (ki tekelin tanımı da esasen bunu içermektedir), yukarıdaki varsayımın geçerliliği tehlikeye düşmektedir. Örneğin, tekelin hukuki imtiyaz sahibi olması, ölçek ekonomisini haiz olması, atıl kapasite bulundurması ve hammaddenin kontrolünü elinde bulundurması gibi durumlarda, “*tekelci fiyatlandırma*”nın rekabet baskısı

¹¹⁸ Burada hemen belirtelim ki, esasen tekelci fiyatlandırma halinin anti-rekabetçi değil, rekabetçi olduğu yönündeki bu düşünce 2 sebepten ötürü tereddütlerle karşılanmalıdır. Her şeyden önce burada 6. madde kapsamında hukuka aykırılık riski ile muhatap olan aşırı karlılık değil, aşırı fiyatlardır. Şüphesiz bu pek çok durumda aşırı karlılığı da beraberinde getirecektir, fakat bunun böyle olması zorunlu değildir. Pek çok olayda aşırı fiyatlar verimsizliğin bir sonucu olabilir. Dolayısıyla ilk gerekçemiz, tekelci fiyatlandırmanın kavramsal çerçevesine ilişkin olanıdır. Aşırı fiyatların karlılığı beraberinde getirdiği hallerde ise, aşırı karlar bir nevi “deep pocket” etkisi yapar ve zaten hakim durumda olan teşebbüsün finansal açıdan daha güç olmasına neden olur. Böyle bir durumu ise, orta ve uzun vadede hakim durumun güçlenmesi nedeniyle, herhalde rekabeti azaltıcı veya anti-rekabetçi olduğunu söylemek gerekir. En azından bunun “rekabetçi” olmadığına hiç şüphe yoktur.

ile ortadan kalkmasını beklemek isabetli gözükmemektedir. Üstelik rekabet baskısının olmaması, sadece giriş engelleri gibi bir nedenden de kaynaklanmayabilir. Tekel aşırı fiyat uygulamakla birlikte, maliyet etkinsizliği sebebiyle aşırı kar elde etmeyebilir veya karlılığın aşırı olmasına rağmen, bilgi akışının zayıflığı gibi bir nedenden ötürü bu durum fark edilmeyebilir¹¹⁹. Rekabet baskısını hissetmeyen tekelin, (talep elverdiği ölçüde) yüksek fiyat uygulamaktan vazgeçmesi için herhangi bir sebep de yoktur.

Netice itibarıyla, “*tekelci fiyatlandırma*”nın her zaman rekabet baskısına yol açtığını ve bunun da tekel karlılığını ortadan kaldırdığını varsaymak gerçekçi bir yaklaşım olmaktan uzaktır. Bu nedenle, giriş engelleri veya başkaca sebeplerden ötürü “*tekelci fiyatlandırma*”nın fiyat (piyasa) mekanizması çerçevesinde önlenemediği hallerde, devlet müdahalesi gerekli görülebilir. Rekabet hukukunun ise bu amaca hizmet etmemesi için herhangi bir teorik neden bulunmadığını ifade etmiştik. Dolayısıyla rekabet hukukunun uygulanmasında dikkate alınması gereken ilk koşul; “*Anti-tekel hükmünün, ancak piyasaların, giriş engelleri veya başkaca sebeplerden¹²⁰ ötürü uzun dönemde rekabet baskısını yaratamadığı (ve dolayısıyla düzenleyici fonksiyonunu icra edemediği) hallerde uygulanması gerektiğidir*”.

2. İdari Güçlükler

a. Giriş

“*Tekelci fiyatlandırma*” yasağının uygulanmasında ortaya çıkması olası bir diğer sorun, yukarıda da değinildiği gibi¹²¹, söz konusu yasağın uygulanmasında yaşanması muhtemel “*idari güçlükler*”dir. Somut olayda “*tekelci fiyatlandırma*”nın yapılıp yapılmadığının belirlenmesi, tekelin maliyet yapılarının analiz edilmesini gerektirir. Hukuka aykırılık unsuru açısından da, isabetli bir performans kriterinin belirlenmesi zorunludur. Bu neviden bir faaliyetin ise, bunu yürütecek makam açısından önemli bir külfet teşkil etmesi bir kenara, kamu makamlarının uygun fiyat ve arz seviyesinin ne olması gerektiği konusunda

¹¹⁹ Buna karşılık fiyatların az olup da karlılığın aşırı olması durumu esasen verimliliğin göstergesidir ve bu nedenle anti-tekel hükmünün konusu olamaz.

¹²⁰ Hemen belirtelim ki, motivasyon sorunu gereği, giriş engeli tekelin üstün performansından kaynaklanıyorsa o takdirde rekabet hukuku müdahalesi uygun değildir.

¹²¹ Bkz. §3/II

değerlendirme yapabilme yeterliliğine sahip olmadığı genel olarak dile getirilmektedir.

“İdari güçlükler” sorunu kanımızca iki yönden incelenebilir. Bunlardan ilki, “*tekelci fiyatlandırma*”nın kamu makamlarınca tespit edilmesinde yaşanabilecek güçlüklerdir. Belirtelim ki burada tespit ile kastedilen; hukuka aykırılığın tespiti değil, “*tekelci fiyatlandırma*” soruşturmasına temel olabilecek fiyat uygulamasının varlığının ortaya çıkarılmasıdır. Bunun, anti-tekel hükmünün uygulanmasında önemli bir sorun teşkil etmeyeceğini hemen belirtelim. Her şeyden önce “*tekelci fiyatlandırma*”dan bahsedebilmek için, hakim durumda bulunan bir teşebbüs ve bu teşebbüsün yüksek giriş engellerinin bulunduğu bir piyasada rekabet baskısından uzak bir şekilde faaliyet göstermesi koşulları bir arada bulunmalıdır. Bunun yanı sıra, uygulanan fiyatların, “*toplumda rahatsızlığa yol açacak ölçüde aşırı*” veya eğer kıyaslama imkanı bulunmaktaysa, emsal fiyatlardan esaslı bir şekilde yüksek olması gerekir¹²². Bu şartların kümülatif olarak bulunmaması halinde, esasen rekabet hukuku anlamında “*tekelci fiyatlandırma*”dan bahsetmek doğru da değildir. Bu ifade edilenler ışığında, kamu makamlarının anti-tekel soruşturmasına esas olabilecek türden fiyatları tespit etmeleri herhalde önemli bir güçlük arz etmez.

İdari güçlükler altında ifade edilebilecek ikinci nokta ise, hukuka aykırılığa esas olacak “*makul fiyat*”ın veya olayların hemen tamamında (aşırı) “*kar marjı*”nın tespit edilmesidir. Belirtelim ki, yukarıdaki durumdan farklı olarak, söz konusu inceleme sonucunda tatmin edici bir sonuca ulaşmak oldukça güçtür. Zira “*makul fiyat*”, tam rekabet koşullarında ortaya çıkması beklenen hayali bir fiyatın belirlenmesini gerektirir ki, tekel koşullarının hakim olduğu bir piyasada böyle bir soyutlama yapabilmenin güçlüğü ortadadır.

Her ne kadar istisnai bazı hallerde doğru sonuca götürmese de, kanımızca makul fiyatın tespit edilmesinde, söze konu olan malın maliyetini ve fiyatını kıyaslamak en uygun yöntemdir. Bu husus üzerinde kısaca durmakta fayda vardır. Herşeyden önce “*tekelci fiyatlandırma*” ile kastedilen pek tabi ki tekelin sadece mallarını belirli bir fiyattan arz etmesi değil, “*fahiş*” fiyattan arz etmesidir. İşte fiyatın “*fahiş*” veya “*aşırı*” olup olmadığının belirlenmesinde en doğru yöntem, söz konusu malın maliyetinin tespit edilmesi ve bunun uygulanan fiyatla karşılaştırılmasıdır. Her ne kadar fiyatın aşırı olup olmadığının belirlenmesinde maliyet hesabı yerine, kıyaslanabilir malların fiyatları ile yapılacak mukayese yöntemi ikame edilebilirse de, söze konu olan piyasanın tekel piyasası olduğundan

¹²² §4/III/C

bahisle, her zaman mukayese yapmak imkanı olmayabilir. Bunun dışında, yapılan mukayese, maliyet analiziyle desteklenmediği hallerde yanıltıcı sonuçlar verebilir. Zira kıyaslanabilir mallar arasındaki fiyat farklılığı, “*tekelci fiyatlandırma*”dan değil, bizzat maliyetlerdeki gerçek farklılıklardan da kaynaklanabilir.

Gerçek maliyetlerin tespit edilmesini takiben, ikinci aşama olarak fiyat-maliyet aralığı tespit edilmeli ve hangi ölçüde karlılığın, (ki bazı hallerde farazi karlılık söz konusu olabilir), “*aşırı*” olarak kabul edilerek “*tekelci fiyatlandırma*”ya esas olacağı belirlenmelidir. Burada önemle dikkati çekmek gerekir ki, “*tekelci fiyatlandırma*” yasağı “*aşırı karlılığı*” değil, “*aşırı fiyatları*” yasaklamaktadır. Şüphesiz, olayların önemli bir kısmında bu ikisi bir arada bulunacak, aşırı fiyatlandırma, aşırı karları beraberinde getirecektir. Fakat bu böyle olmayabilir de. Eğer maliyet etkinsizliğinden veya kısaca verimsizlikten dolayı, (ki bu durum özellikle devlet işletmeleri için geçerlidir), tekel yüksek maliyetlerle faaliyet gösteriyor ve bunu da fiyatlarına yansıtıyorsa, teorik olarak bu durum da “*tekelci fiyatlandırma*” olarak adlandırılmalıdır.

Bunun aksi durum, yani fiyatların makul düzeyde olmasına karşın¹²³, tekelin aşırı karlı bir şekilde faaliyet göstermesi ise “*tekelci fiyatlandırma*” olarak nitelendirilemez. Zira bu durumun yasaklanması, üstün performans ve ticari başarının cezalandırılması anlamına gelir ki, bir sonraki başlık altında açıklanacağı üzere, bunun dinamik rekabet süreci üzerinde olumsuz etkiler doğurması kaçınılmazdır. Üstelik “*tekelci fiyatlandırma*” yasağının farklı bir şekilde uygulanması, performans kontrolünü amaçlayan 6. maddenin amacına da aykırıdır. Dolayısıyla gerçek maliyetlerin belirlenmesi denildiği takdirde, bununla verimsizlikten arındırılmış maliyetler kastedilmektedir.

Hiç kuşku yok ki, verimsizliğin ve bundan doğan maliyetin tespiti ancak oldukça istisnai durumlarda ve kıyaslanabilir malların bulunduğu hallerde söz konusu olabilir. İstisnai halleri bir kenara bırakacak olursak, “*tekelci fiyatlandırma*”nın tespitinde, “*maliyet*” ve “*fiyat*” mukayesesi en uygun yöntem olarak görülmektedir. Bu bağlamda, hukuka aykırılığa ilişkin incelemeyi de, “*maliyetin*” ve “*kar marjının*” belirlenmesi olarak ikiye ayırarak incelemek herhalde yanlış olmayacaktır.

b. Maliyetin Belirlenmesi

¹²³ Bunun tespiti ise ancak kıyaslama ile mümkündür zira burada sadece maliyet testini kullanmak yanlış sonuçlara yol açar.

Maliyet analizinin güçlüğü rekabet hukuku literatüründe genel olarak ifade edilmekte ve bu analizin hukuku uygulayacak makamlara olağanüstü külfet yüklediğine işaret edilmektedir. Maliyet hesaplanması, sadece kamu makamlarının fazladan kaynak kullanımına neden olmamakta, aynı zamanda içinden çıkılması güç pek çok teorik sorunu beraberinde getirmektedir. Örnek vermek gerekirse, sabit maliyetlerin (*fixed costs*) nasıl değerlendirileceği, araştırma ve geliştirme (*research and development*) veya pazarlama harcamalarının hangi oranda hesaba katılacağı, maliyetlerin hesaplanmasında sorun olacak türdendir. Soruşturma konusu olan malın maliyetinin hesaplanmasında, hangi giderlerin dikkate alınacağı problemi bir kenara, malın çok uluslu bir şirket veya çok çeşitli ürünler üreten bir teşebbüs (*multi-product monopolist*) tarafından arz edildiği bir ihtimalde, maliyet hesabına esas teşkil edecek giderlerin dahi tam olarak elde edilememesi ihtimali bulunmaktadır. Bunun haricinde, 6. maddeye dair yorumumuz çerçevesinde sadece malın görünen maliyetinin değil, verimsizlikten arındırılmış gerçek maliyetlerin tespit edilmesi zarureti, hesaplamayı büsbütün zorlaştırmaktadır. Özetle, maliyet analizi pek çok açıdan yerine getirilmesi oldukça külfetli bir faaliyettir. Bunun yanı sıra hesaplamada karşılaşılan teorik sorunlar hukuk güvenliğini tehlikeye sokabilecek cinstendir.

Maliyet analizinin niteliğine dair bu ifade edilenler yerinde olmakla birlikte, bunun “*tekelci fiyatlandırma*” yasağının uygulanmaması yönünde yeterli bir sebep oluşturup oluşturmadığı şüphelidir. Herşeyden önce, rekabet hukukunun genel karakteri göz önünde tutulduğu takdirde, uygulamada pek çok inceleme ve soruşturma faaliyeti açısından benzer sorunların ortaya çıkabileceği görülecektir. Örneğin, rekabet hukuku vakalarının önemli bir kısmında karşılaşılan “*ilgili piyasa belirlenmesi*” faaliyeti dahi, bazı şartlar altında maliyet analizinden daha karmaşık bir nitelik arz edebilir. Bunun dışında maliyet analizinin zorluğu sebebi nedeniyle, anti-tekel hükmünün “*tekelci fiyatlandırma*”ya tatbik edilmemesi gerektiğini ileri süren görüşler, rekabet hukukunun mevcut tatbikıyla da çelişki halindedir. Zira Kanun’daki anti-tekel hükmü, “*tekelci fiyatlandırma*” haricinde; “*ayırıcı fiyatlandırma*” ve “*yıkıcı fiyatlandırma*” gibi, maliyet analizi yapılmasını gerektiren başkaca fiyat uygulamalarına tatbik edilebilmektedir. Yapılan maliyet analizinin zorluğu bakımından, “*tekelci fiyatlandırma*”nın diğer fiyat uygulamalarından farklı ele alınmasını gerektiren hiçbir haklı sebep olmadığına göre, bu gerekçeye dayanmak çelişkilidir.

Son olarak, yukarıda da değinildiği gibi, “*tekelci fiyatlandırma*”ya konu olan davranış aşırı karlılık değil, makul olmayacak derecede yüksek fiyatların uygulanmasıdır. Dolayısıyla kıyaslanabilir fiyatların bulunduğu ihtimallerde, maliyet analizinin yapılmaması veya yapılacaksa en azından ispat yükünün yer

değiştirerek tekel tarafından yerine getirilmesi tavsiye edilebilir. Farklı fiyatlara esas olabilecek maliyet farklılığının tekel tarafından ispatlanması mecburiyeti, kamu makamlarını önemli bir külfetten kurtaracaktır. Kanımızca, gerek genel ispat kaidesi ve gerekse Kanun'un 59. maddesi böyle bir yoruma müsaittir.

Kıyaslanabilir fiyatların bulunmadığı hallerde ise, maliyet analizinin kanunu uygulayacak makam tarafından gerçekleştirilmesi gerekir. Zira genel ispat esasları bunu gerektirir. Kanun'un getirmiş olduğu sistem çerçevesinde, maliyet analizinin yüklediği külfet ise, yerine göre, ya mahkemeler ya da Rekabet Kurumu tarafından yüklenilecektir. Hemen belirtelim ki, mahkemelerin böyle bir analizin gerektirdiği finansal kapasiteye, işgücüne ve tecrübeye sahip olduğunu düşünmek gerçekçi değildir. Üstelik Türkiye'de adli teşkilata ayrılan kaynak ve rekabet hukukunun oldukça yeni bir hukuk dalı olduğu dikkate alındığında, mahkemelerin bu faaliyeti gerektiği ölçüde yerine getirmesi neredeyse imkansızdır. Nitekim mahkemelerin yetersizliği, yaklaşık bir asırdır rekabet hukukunu uygulayan A.B.D.'nde dahi, "*tekerci fiyatlandırma*" yasağının benimsenmemesinin temel gerekçelerinden biri olarak gösterilmektedir.

Dolayısıyla maliyet analizinin, Rekabet Kurumu gibi finansal açıdan güçlü, yeterli işgücü, uzmanlık ve tecrübeye sahip merkezi bir otorite tarafından yerine getirilmesi daha uygun olacaktır. Ayrıca maliyet analizinin merkezi bir otorite tarafından yapılması, ölçek ve kapsam ekonomisinin sağlanarak analizin daha az kaynak ve zaman sarfedilerek gerçekleştirilebilmesi nedeniyle, verimlilik ilkesi açısından da yerindedir. Bir başka deyişle, maliyet analizinin yol açtığı idari külfet ortadan kaldırılamamakla birlikte, uygulayacak makam açısından yapılacak bir tercih ile biraz olsun hafifletilebilecektir¹²⁴. Bunun dışında, "*tekerci fiyatlandırma*" yasağının mahkemeler yerine merkezi idari bir kurum tarafından tatbik edilmesi, genellikle sanayi ve rekabet politikalarıyla uyum arz etmesi icap eden bu tip bir uygulama için daha isabetlidir. Bir parantez açıp belirtelim ki, esasen sadece "*tekerci fiyatlandırma*" değil, rekabet hukukunun başkaca olaylara uygulanmasında da benzer zorluklar yaşanmaktadır. Bu itibarla önerilen modeli genele yaymak ve rekabet hukukunun, genel mahkemeler yerine, idari açıdan özerk, mali açıdan bağımsız ve merkezi bir otorite eliyle yürütülmesinin daha uygun olduğunu kabul etmek herhalde çok yanlış olmaz.

c. Aşırı Karlılığın Belirlenmesi

¹²⁴ Şüphesiz bu bir hukuk politikası tercihidir ve kanun koyucunun takdirine kalmıştır.

Maliyetin tespit edilmesini takiben, fiyat maliyet marjının, yani karlılığın, aşırı olup olmadığını tespit etmek gerekir. Bu tespit ise, güç olmaktan ziyade keyfi bir nitelik taşımaktadır. Nitekim burada eleştiri konusu olan da bu keyfiliktir. Zira tam rekabet koşullarının bulunmadığı bir piyasada, “*eğer tam rekabet koşulları bulunsa idi, söz konusu olacak fiyat ne olurdu*” sorusunun tam olarak cevabını verebilmek, herhalde pek mümkün değildir. Üstelik değerlendirmenin keyfiliği, teşebbüsler açısından da belirsizlik yaratacak niteliktedir. Zira tekel konumundaki bir teşebbüsü, belirlenmesi mümkün olmayan makul kar miktarını elde etmeye zorlamak haksızlık olduğu gibi, kar maksimizasyonu amacına aykırı düştüğü ölçüde mantıksızdır da.

Söz konusu sav geçerlilik taşımakla birlikte, gerçek maliyetlerin tespit edildiği bir ihtimalde tekeli fiyatlandırmadan söz edebilmek için karlılığın normalin esaslı bir şekilde üstünde olması koşulu aranır. Burada tekelin makul karı belirlemesi veya makul karlılık altında faaliyet göstermesi gibi zorlama bulunmamakta, sadece aşırı kar elde etmekten kaçınmaya dair “*menfi yükümlülük*” yüklenmektedir. Şühesiz yine de aşırılığın tam olarak ne zaman söz konusu olacağı hususunda kesin kriterler vermek mümkün değildir. Bu ise bir noksanlıktır ve hukuk güvenliğini zedeleyebilir.

Bununla birlikte, diğer rekabet hukuku kurallarının niteliği ve kaleme alınmış tarzı göz önünde tutulduğunda, bu durumun esasen rekabet hukuku uygulamasında genel bir sorun olduğu söylenebilir. Örneğin Kanun’un 4. maddesine baktığımızda, hukuka aykırılığın temel kriteri olan “*rekabetin sınırlandırılması*” kavramının dahi tam olarak nasıl yorumlanması gerektiği ve pratikte nasıl uygulanacağı hususunda tam bir görüş birliği yoktur. Keza A.B.D. hukuku uygulamasına bakıldığında da, “*per se*” ve “*rule of reason*” doktrinleri arasındaki sınır halen tam olarak çizilememektedir. Bu örnekleri çoğaltmak mümkündür.

Netice olarak, anti-tekel hükmünün “*tekeli fiyatlandırma*”ya uygulanmasından kaynaklanması olası hukuki belirsizliğin, rekabet hukuku uygulamasının genel bir özelliği olduğu söylenebilir. Dolayısıyla sadece bu sebebe dayanarak, “*tekeli fiyatlandırma*”nın hukuka uygun olarak nitelendirilmesi gerektiğini savunmak tutarlı olmaktan uzaktır. Üstelik belirtelim ki, oldukça karmaşık olmakla birlikte, makul kar oranının belirlenmesinde ekonomistler tarafından geliştirilen bir takım teknikler bulunmaktadır. Bu teknikler, A.B.D.’nde ekonomik regülasyonun uygulandığı piyasalarda yaygın bir şekilde kullanılmaktadır. Dolayısıyla Rekabet Kurumu da bu tip karmaşık muhasebe tekniklerden faydalanabilir. Daha basit tekniklerin, örneğin benzer piyasalarda

veya aynı piyasada, daha önceden söz konusu olan karlılık oranları ile yapılan mukayese de, aşırılığın belirlenmesinde dikkate alınması da düşünülebilir.

3. Motivasyon Sorunu

Tekel tarafından uygulanan aşırı fiyatların hukuka aykırı kabul edilmesinin, “*teknolojik yenilik*” (*innovation*) ve “*verimlilik*” (*efficiency*) üzerinde olumsuz etkileri olduğu genel olarak ileri sürülmektedir. Kısaca ifade etmek gerekirse, tekelin aşırı kar elde etmesinin veya böyle bir olasılığın varlığının, rekabeti ve yeniliği (veya genel olarak verimlilik) teşvik edici bir özelliğinin bulunduğu kabul edilmektedir. Tekelci fiyatlandırmanın yasaklanmasının ise, aşırı karlılığın engellenmesinden ötürü, teşebbüsler üzerinde motivasyon sorununa yol açacağı ileri sürülmektedir. Üstelik hukuka aykırılık hususunda kesin ve net bir maddi kriterin bulunmaması ve buna bağlı oluşan belirsizlik ortamının da, bu sorunu ağırlaştırdığı söylenebilir. Kanımızca motivasyon sorununu, “*izlenecek yaklaşım*” ve “*motivasyon sorununun teorik gerçekliği*” olmak üzere iki farklı başlık altında incelemek uygun olur.

a. İzlenecek Yaklaşım ve Özellikle Uygulanacak Yaptırımın Niteliği

“*Tekelci fiyatlandırma*”nın yasaklanmasının gerçekten motivasyon sorununa yol açıp açmadığını incelemeye geçmeden önce, bu yasağın tatbik edilmesinde izlenecek yaklaşımın ve özellikle yaptırımın bu sorunun hafifletilmesinde büyük rol oynayacağını ifade etmek gerekir. Öncelikle belirtelim ki, amaca uygun bir şekilde tatbik edilmesindeki güçlük ve yol açabileceği yan etkiler nedeniyle, “*tekelci fiyatlandırma*” yasağı, kamu makamlarınca sıklıkla başvurulması gereken bir hukuki vasıta olarak görülmemelidir. Daha önce de değinildiği üzere, burada rekabet hukukunun “*tekelci fiyatlandırma*” sorunun çözümünde ideal bir vasıta olduğu veya tekel özelliği gösteren tüm piyasaların anti-tekel hükmü vasıtasıyla düzenlenebileceği gibi bir iddia ileri sürülmemektedir.

Anti-tekel hükmü, “*tekelci fiyatlandırma*”ya belirli şartlar ve kriterler dahilinde sınırlı bir şekilde tatbik edilmelidir. Böylelikle hukuk güvenliği sağlanabilir. Yukarıda ifade edildiği üzere¹²⁵, tekel gücü (hakim durum) ve uzun dönemde rekabet baskısını ortadan kaldıran giriş engellerinin varlığı şüpheye yer bırakmayacak şekilde tespit edilmelidir. Bunun haricinde, fiyatların aşırı olup olmadığının belirlenmesinde mümkün olduğu ölçüde malın “*gerçek*” maliyeti esas

¹²⁵ §4/III/B/1

alınmalı ve maliyet ile fiyat arasındaki farkın “*esaslı*” olmasına dikkat edilmelidir¹²⁶. Bilhassa homojen nitelik taşımayan mallara ilişkin değerlendirmede özel bir hassasiyet gösterilmelidir.

Sayılan bu maddi koşulların varlığının tespit edilmesi durumunda dahi, Rekabet Kurumu, ilk çare olarak “*makul fiyatların*” veya “*arz miktarlarının*” dayatılması gibi düzenleyici yaptırımlara başvurmaktan kaçınmalıdır. Bunun yerine, mümkün olduğunca piyasa kurallarının işlemlerini ve rekabet baskısının yaratılmasını sağlayacak piyasa merkezli yaptırım ve tedbirlerin uygulanması tercih edilmelidir. İlgili piyasada “*tekelci fiyatlandırma*”nın yapıldığına dair soruşturmanın ilan edilmesi, potansiyel rakipler için bir giriş sinyali olarak değerlendirileceği ölçüde, bu türden bir tedbir olarak düşünülebilir. Ayrıca soruşturmanın ilanı sadece girişleri teşvik etmekle kalmayacak, aynı zamanda tekel üzerinde aşırı fiyat uygulamasının son verilmesi yönünde baskı oluşturacaktır.

Kurum’un, “*tekelci fiyatlandırma*” yasağının ihlaline karşı tatbik edeceği yaptırımı, tekeli uzlaşmaya sevk edecek şekilde, caydırıcı bir şekilde formüle etmesi ve uzlaşma yollarının aranması, kanımızca bunun piyasa merkezli olması bakımından, doğrudan performans kontrolünü hedefleyen yaptırımlardan daha uygundur. Böylelikle makul fiyatın belirlenmesi zorunluluğu kısmen ortadan kalktığı gibi, piyasaya yapılan müdahale de minimum düzeyde kalacaktır. Fakat eğer uzlaşma gerçekleşmez ve fiyatlarda da bir azalma olmazsa, doğal olarak bu takdirde yaptırım uygulanması gerekecektir. Verimlilik ilkesiyle de uyumlu bir şekilde, yaptırım olarak belirli bir kar oranı veya arz miktarının empoze edilmesi yerine, belirli fiyat seviyelerinin tespit edilmesi, motivasyon sorunu açısından daha arzu edilebilir bir çözümdür. Zira karlılığın sınırlanmamış olması nedeniyle, tekel kar maksimizasyonu amacından sapmayacak ve bu amaç doğrultusunda maliyetlerini düşürmenin yollarını arayacaktır. Şüphesiz bu durum maliyet etkinliğini sağlayacaktır. Doğal olarak yaptırıma uyulmasını sağlamak üzere, belirli bir dönem boyunca tekelin fiyat politikaları denetime tabi tutulmalıdır.

Netice olarak, anti-tekel hükmünün tatbikinin çeşitli şart ve kriterlerin bağlanması, hukuk güvenliğinin sağlanmasına hizmet edecek ve “*tekelci fiyatlandırma*”nın yasaklanmasından kaynaklanabilecek olumsuz etkileri bir ölçüde hafifletecektir. Tedbir ve yaptırımların yukarıda kısaca özetlenen prensipler göz etilerek tatbik edilmesi de, kanımızca piyasalara müdahalenin neden olabileceği motivasyon sorununu azaltacaktır.

¹²⁶ §4/III/B/2

b. Teorik Açıdan Motivasyon Sorununun Gerçekliği Üzerine Düşünceler

“*Tekelci fiyatlandırma*”nın yasaklanmasının, gerek tekel ve gerekse tekel piyasası özelliklerini göstermeyen piyasalarda faaliyet gösteren teşebbüsler üzerinde motivasyon sorununa yol açtığı iddiası, kanımızca teorik açıdan tartışılmaya değer bir konudur. Konuyu gösterdiği farklı özelliklerle nedeniyle, “*tekel piyasası*” ve “*henüz tekel özellikleri göstermeyen piyasalar*” açısından ayrı ayrı incelemek uygun olacaktır.

ba. Tekel Piyasası Özellikleri Göstermeyen Piyasalar Bakımından

Tekel karı elde etme ihtimalinin varlığının, piyasada faaliyet gösteren teşebbüsler için gerçekten teşvik edici bir etkisinin bulunduğu veya bu etkinin büyük önemi haiz olduğu hususunda tereddüt duymak için çeşitli nedenler bulmak mümkündür. Öncelikle teşebbüsleri motive eden temel unsur, tekel karı elde etmek değil, karın maksimize edilmesidir. Bu açıdan, teşebbüslerin tekel karı elde edebilme umuduyla faaliyet göstermesi ve son tahlilde sadece bir olasılıktan ibaret olan tekel karının, yenilik (*innovation*) veya verimliliğin sağlanmasında önemli etkisinin olması şüphelidir. Verimlilik ve teknolojik yenilik, en genel olarak, rekabet şartları ve kar maksimizasyonu güdüsünün korunması ile sağlanabilir. Belirtelim ki, tekel karının piyasalar üzerinde böyle bir etkisinin bulunduğu kabul edilse dahi, anti-tekel hükmünün yukarıda tavsiye edildiği şartlar dahilinde tatbik edilmesi¹²⁷ ve en önemlisi, yaptırımın, “*kar maksimizasyonu*” hedefini olumsuz etkilemeyecek tarzda uygulanması, bu etkiyi büyük ölçüde azaltacaktır.

Bunların haricinde, tekelin sosyal maliyeti arasında saydığımız “*rant kollamaya dayanan davranış*” (*rent seeking behavior*) ve burada ifade edilen “*motivasyon sorunu*” (*incentive problem*) savları arasında tam bir zıtlık bulunmaktadır. Zira bu görüşlerden biri tekel karının ekonomik açıdan olumlu etkisinin bulunduğunu kabul ederken, diğeri, bunun verimsizliğe yol açtığını ileri sürmektedir. Eğer “*rant kollamaya dayanan davranış*” tekelin sosyal maliyeti olarak kabul ediliyorsa, ki özellikle Türkiye gibi ülkelerde bunun oldukça yaygın bir sorun olduğu bile iddia edilebilir, o takdirde tekel karının motivasyon üzerinde olumlu etkisinin bulunduğu savı geçerliliğini yitirmektedir.

¹²⁷ Bkz. §4/III/3/a

Fakat bundan da önemlisi, anti-tekel hükmünün genel vasfına da uygun olarak, tekel gücünün genel olarak öngörüye, üstün performansa ve yaratıcılığa dayanarak elde edildiği ve sürdürüldüğü hallerde, “*tekelci fiyatlandırma*” yasağının uygulanmasından mümkün mertebe imtina edilmesidir. Zira anti-tekel hükmünün, tekellerin performansını düzenlemek üzere uygulandığı hallerde temel amaç verimsizliğin ortadan kaldırılmasıdır. Bu bağlamda, üstün performansa dayanan tekelin verimliliğini koruduğu bir durumda, anti-tekel hükmünün tatbik edilmesi bu amaca aykırıdır¹²⁸. Bu yaklaşım “*tekelci fiyatlandırma*” açısından motivasyon sorununu da ortadan kaldıracak; hatta “*rant kollamaya dayalı davranış*”tan kaynaklanan sosyal maliyeti de azaltacaktır. Fakat şunu da ifade edelim ki, olayların önemli bir kısmında verimliliğin veya üstün performansın belirlenmesi oldukça güç olacaktır. Bu nedenle, bu konudaki iddiaların dikkatle değerlendirilmesi gerekir. Herhalde ancak tekel gücünün verimliliğe dayandığının açıkça tespit edilebildiği hallerde anti-tekel hükmünün uygulanmasından kaçınılmalıdır.

Son olarak belirtelim ki, gelişmiş ekonomilerle kıyaslandığı takdirde, Türkiye ekonomisinin teknolojik (yenilik) üretkenliği (*innovative efficiency/productivity*) oldukça zayıftır. Dikkat edilmelidir ki burada, ekonominin yeniliğe açık olup olmadığı değil, Türkiye’nin yeni teknolojilerin kaynağı olmadığı kastedilmektedir. Türkiye piyasalarında faaliyet gösteren teşebbüsler araştırma ve geliştirme faaliyetlerine yeteri kadar kaynak ayırmak yerine, teknolojiyi veya yeniliği, ya lisans yoluyla (ya da hukuk dışı yollardan) elde etme yolunu tercih etmekte ve dolayısıyla teknolojik üretkenliğin ekonomideki payı düşük düzeyde kalmaktadır. İşte bundan dolayıdır ki, Türkiye’de (ve benzer özelliklere sahip ülkelerde) tekel karının yenilik üzerindeki olumlu etkisi, (eğer var ise), fazla abartılmamalıdır.

bb. Tekel Piyasaları Bakımından

“*Tekelci fiyatlandırma*”nın yasaklanmasının, bizzat tekelin motivasyonu üzerinde olumsuz bir etki yaratacağı iddiası da, tartışmaya açıktır. Herşeyden önce bu iddia, tekelin ekonomik verimsizliğe sebep olduğunu ileri süren teoriyle çelişmektedir. “*X-verimsizliği*”ni (*X-inefficiency*), tekelin sosyal maliyeti olarak benimsediğimiz takdirde, tekel konumunu haiz teşebbüslerin verimliliği veya

¹²⁸ Önemle ifade edelim ki, üstün performansın anti-tekel hükmünden muafiyeti sağladığı haller, ancak performans kontrolünü amaçlayan kötüye kullanma halleriyle sınırlıdır. Bunun dışındaki rekabeti azaltıcı veya dışlayıcı kötüye kullanma halleri açısından performans kriterini böyle bir etkiye sahip olması söz konusu olmamalıdır.

kaliteyi artırmak ya da yenilik peşinde koşmak gibi kaygılar taşımadığını kabul etmek gerekir (*quiet life*). Dolayısıyla, tekeli fiyatlandırmanın yasaklanmasının, zaten rekabet baskısını hissetmeyen tekel üzerinde ciddi bir motivasyon sorununa yol açacağı şüphelidir.

Bununla birlikte, ekonomi literatüründe buna karşı çeşitli savlar ileri sürülmüş ve tekelin verimsiz olduğuna dair teori çürütülmeye çalışılmıştır. Kısaca ifade etmek gerekirse, tekel, rekabet ortamının bulunduğu piyasalardaki teşebbüslere kıyasla, yeniliğe ve teknolojik gelişmeye daha yatkın bir konumdadır. Zira teknolojik ilerlemenin gerektirdiği finansal kaynak, sahip olduğu ekonomik güç nedeniyle tekel tarafından daha kolay sağlanabilir (*deep pocket*). Bundan da önemlisi, tekel elde ettiği buluşu başka teşebbüs veya teşebbüslerle paylaşmak zorunda değildir ve, somut olayın özelliklerine bağlı olarak, yeniliğin kendisine sağladığı rekabet avantajını uzun süre koruyabilir. Oysa rekabet piyasasında faaliyet gösteren teşebbüsler tarafında elde edilen bir buluşun kısa sürede rakip teşebbüsler tarafından taklit edilme riski bulunmaktadır.

Bu görüşlerde haklılık payı bulunmakla birlikte, henüz bunları teyid eden ampirik veri elde edilememiştir. Ayrıca hukuk düzeni, belirli şartların varlığı halinde elde edilen buluş üzerinde buluş sahibine tekel hakları sağlamak ve kısmen de olsa yeniliği teşvik etmektedir. Kanımızca iktisat biliminde de tartışılan bu konu üzerinde bir neticeye varmak konumuz açısından mümkün değildir. Üstelik, tekelin teknolojik ilerleme ve yeniliği daha fazla teşvik edici olduğu görüşü benimsense dahi, “*tekeli fiyatlandırma*” yasağının bunu önemli ölçüde etkilediğini savunmak güçtür. Zira herşeyden önce anti-tekel hükmü tekel olmayı yasaklamadığı gibi, prensip olarak aşırı karlılığı da yasaklamamakta, sadece aşırı fiyatları törpülemektedir. Üstelik çalışmamızda ekonomik gücün verimliliğe ve üstün performansa dayanması halinde, anti-tekel hükmünün uygulanmaması önerilmektedir¹²⁹. Dolayısıyla “*tekeli fiyatlandırma*” yasağı, sadece tekelin finansal açıdan aşırı bir şekilde güçlenmesini etkileyebilecektir. Bunun olumsuz etkisi ise herhalde çok sınırlı olacaktır. Ayrıca tekrar belirtelim ki, anti-tekel hükmünün yukarıda belirtildiği şekliyle uygulanması ve de özellikle kar maksimizasyonu amacına ters düşmeyecek bir yaptırımın tatbik edilmesi, zaten sınırlı bir şekilde ortaya çıkması beklenen etkiyi, büyük ölçüde ortadan kaldıracaktır¹³⁰.

C) Elde Edilecek Fayda Açısından Çeşitli Öneriler

¹²⁹ Bkz. §4/III/B/3/b/ba

¹³⁰ Bkz. §4/III/B/3/a

Anti-tekel hükmünün “*tekelci fiyatlandırma*”ya uygulanması ile elde edilmesi amaçlanan fayda, “*dağılımda verimsizliğin*” yol açtığı “*refah kaybının azaltılması*” ve tüketicilerden tekele “*kaynak transferinin önlenmesidir*”. Kanımızca “*tekelci fiyatlandırma*” yasağı ancak, bu yasağın uygulanması ile elde edilecek faydanın, bu uygulamanın neden olduğu sosyal maliyetin üzerinde hallerde tatbik edildiği hallerde bir anlam ifade eder. Dolayısıyla isabetli bir hukuk tatbikatı, ancak faydanın maksimize edileceği hallerin belirlenmesi ile mümkün olabilir. Bu açıklamalar ışığında, fayda açısından tavsiyelerimizi bu iki başlık altında toplamak uygun olur.

1. Verimliliğin Artırılması

a. Hukuka Aykırılığın Belirlenmesi Açısından

Verimlilik temel kriter olarak ele alındığı takdirde, doğal olarak, anti-tekel hükmünün verimsizliğin yol açtığı refah kaybının fazla olduğu hallerde tatbik edilmesi en isabetli yaklaşımdır. Böylelikle, hem anti-tekel hükmünden maksimum fayda elde edilecek, hem de kamu kaynaklarının en doğru bir şekilde kullanılması sağlanacaktır. “*Dara kaybı*”nın (*deadweight loss*) büyüklüğünün belirlenmesinde ise, şüphesiz fiyat-maliyet aralığı yani karlılık temel kriter olmalıdır. Genel olarak denilebilir ki, uygulanan fiyat maliyetten (makul fiyatlardan) yüksek olduğu ölçüde, “*tekelci fiyatlandırma*”ya bağlı ortaya çıkan “*dara kaybı*” büyümektedir. Dolayısıyla verimlilik kriteri açısından, fiyat maliyet aralığı ne kadar büyük olursa, müdahale de o ölçüde uygun olacaktır¹³¹. Bu çözüm tarzı, yukarıda “*anti-tekel hükmünün ancak fiyatların maliyetlerden esaslı ölçüde yüksek olması halinde uygulanabileceği*” şeklinde ifade edilen koşula da uygundur¹³².

Fiyat-maliyet farklılığının dışında, refah kaybını etkileyen diğer faktörler, tekel tarafından arz edilen malın “*ticaret hacmi*” ve ilgili piyasadaki “*talep elastikiyeti*”dir. Piyasadaki talebin elastik olması, fiyatların artmasından dolayı rölatif olarak fazla tüketicinin başka bir mala yönelmesini ifade eder. Tüketicilerin başka mala yönelmesi ise, dağılımda verimsizlik anlamına gelmektedir. İşte talebin elastik olduğu piyasalarda, “*tekelci fiyatlandırma*”nın yol açtığı yüksek fiyat daha fazla tüketicinin yer değiştirmesine ve dolayısıyla daha fazla refah kaybının ortaya çıkmasına yol açacaktır. Bu nedenle verimlilik ilkesi açısından uygulamada talebin elastikiyeti ve bunun sosyal refah kaybı üzerindeki etkisinin

¹³¹ Belirtelim ki fiyat-maliyet aralığının esaslı olması koşulu sadece verimliliğin sağlanması değil, gelir adaletsizliğinin önlenmesi hedefi açısından da yerindedir.

¹³² Bkz. §4/III/B/2/c

dikkate alınması uygun olur. Nihayet verimlilik ilkesi açısından dikkate alınması gereken diğer faktör de, tekelin arz ettiği malın “*ticaret hacmi*”dir. Diğer parametreler aynı kalmak kaydıyla malın ticaret hacmi fazla olduğu ölçüde, “*tekelci fiyatlandırma*”dan kaynaklanan sosyal refah kaybı daha fazla olacaktır. Bu nedenle, müdahalenin özellikle “*sürümü*” ve “*değeri*” fazla olan mallar bakımından yapılması daha uygun olur. Özetle, verimlilik ilkesi bakımından, fiyat-maliyet aralığının fazla, talebin elastik ve ticaret hacminin yüksek olduğu hallerde müdahale uygundur¹³³.

b. Yaptırımın Belirlenmesi Açısından

Verimlilik ilkesi sadece “*tekelci fiyatlandırma*” yasağının kapsamının tespitinde değil, aynı zamanda uygun yaptırımın belirlenmesinde de dikkate alınmalıdır. Öncelikle belirtelim ki, başlı başına anti-tekul hükmünün “*tekelci fiyatlandırma*” haline tatbik edilecek olması dahi, ekonomi üzerinde olumlu bir takım etkiler meydana getirecektir. Her yasak gibi, “*tekelci fiyatlandırma*”nın yasaklanması, teşebbüsler üzerinde caydırıcı bir etki yaratacak ve doğal olarak bu, yasağın bulunmadığı bir durumda gerçekleşmesi muhtemel “*tekelci fiyatlandırma*” ve “*rant kollamaya dayanan davranış*”larda azalmaya yol açacaktır. Şüphesiz caydırıcı etkinin oluşabilmesi için, bu yasağın etkin bir yaptırıma bağlanması zorunludur.

En basit ifadeyle caydırıcılık açısından “*etkin yaptırım*” (*effective punishment*), tekelin, tekelci fiyatlandırmadan elde etmeyi umduğu faydanın, yaptırımın neden olacağı zarardan daha az olması halinde söz konusu olur. Yaptırımın zarara yol açması ile en basit şekile para cezası uygulamakla mümkün olur. Dolayısıyla verilecek para cezası, somut olayın özelliklerine uyarlanabilmeli ve genel kaide olarak, “*tekelci fiyatlandırma*”nın sağlayacağı olası faydadan daha az olmamalıdır. Hukuka aykırılığın sabit olması halinde para cezası uygulamak, bir sonraki başlık altında incelediğimiz gelir adaletsizliği sorunu açısından da uygun bir çözümdür¹³⁴.

¹³³ Yukarıda ifade edilen kriterlerden, fiyat-maliyet aralığının esaslı olması ve ticaret hacminin yüksek olması koşulu sadece verimliliğin sağlanması değil, gelir adaletsizliğinin önlenmesi hedefi açısından da yerindedir. Bununla birlikte aynı yorumun talep elastikiyeti kriteri açısından yapmak mümkün değildir. Zira talebin elastik olması durumunda, fiyatın yükselmesi, yükselme oranına kıyasla daha fazla tüketicinin başka mallara yönelmesine yol açmakta ve bu nedenle daha az kaynak transferi gerçekleşmektedir.

¹³⁴ §4/III/C/2/b

Bu ifade edilenler, hukuka aykırılığın sabit olmasından önceki dönem için geçerlidir. Etkin yaptırıma ilişkin belirtilmesi gereken diğer nokta ise, hukuka aykırılığın tespitinden daha sonraki aşamada, tekelin aşırı fiyat uygulamaya devam etmesinin engellenmesidir. Verimlilik açısından amaç, “*dara kaybı*”nın (*deadweight loss*) azaltılması olduğuna göre, fiyatların düşürülmesi (veya aynı sonucu sağlayacak olan arzın artırılmasını) gerekir. Dolayısıyla burada Rekabet Kurumu tarafından yapılacak olan, belirli bir fiyat tavanının (veya güç olmakla birlikte arz tavanının) belirlenerek, bunun tekele dayatılmasıdır¹³⁵. Şüphesiz bu türden bir yaptırımın amaca ulaşması, büyük ölçüde piyasa koşullarının ve teşebbüsün kapasitesinin buna uygun bir tepki verip veremeyeceğiyle de ilgilidir. Dolayısıyla yaptırımı belirlemeden evvel, özenli bir piyasa analizinin yapılması gerekir. Ayrıca makul fiyatların belirlenmesinin güçlüğü karşısında tespit edilecek olan fiyat tavanı, optimum olandan farklı olabilir. Fakat amaç optimum fiyatların uygulanması değil, sosyal maliyetin azaltılmasıdır. Son olarak belirtmek gerekir ki, tespit edilen tavan fiyatlara riayet edilip edilmediğini denetlemek üzere, teşebbüsün gelecekteki fiyat uygulamaları denetlenmelidir. Verimlilik ilkesi açısından bakıldığında en uygun denetim modeli, teşebbüsün belirli aralıklarla rapor ibraz etmekle yükümlü kılınmasıdır.

2. Gelir Adaletsizliğinin Önlenmesi

a. Hukuka Aykırılığın Belirlenmesi Açısından

“*Tekelci fiyatlandırma*”ya bağlı olarak oluşan kaynak transferinin, olayların önemli bir kısmında gelir adaletsizliğine yol açmaktadır. Bu adaletsizliğin önlenmesinin, özellikle gelişmekte olan ülkeler için rekabet hukuku ile izlenen amaçlar arasında yer alması gerektiğini söylemiştik¹³⁶. Anti-tekel hükmünün bu amaca uygun bir şekilde tatbik edilebilmesi için, “*tekelci fiyatlandırma*”nın hangi hallerde gelir adaletsizliğine yol açabileceğinin belirlenmesi gerekir. Gelir adaletsizliğinden söz edebilmek için, aşırı fiyatları ödemek zorunda olan tüketici grubu ile tekelin farklı gelir gruplarını temsil etmelidir. Tekel konumundaki teşebbüsün veya bu teşebbüsün hissedarlarının genelde üst gelir grubuna dahil olduğunu kabul etmek herhalde uygun olur. Bununla birlikte, tekelin kamuya ait olduğu hallerin bu genel kurala bir istisna

¹³⁵ Dikkat edilsin ki, burada makul kar marjının tespit edilerek bunun dayatılması söz konusu değildir. Her ne kadar hukuka aykırılığın belirlenmesinde kar marjı göz önünde tutulabilirse de, kar marjının yaptırım olarak uygulanması maliyet etkinsizliğine neden olması açısından isabetli değildir

¹³⁶ §4/II/C

teşkil ettiği hatırdı tutulmalıdır. Böyle bir durumda gelir adaleti amacı anti-tekel hükmünün uygulanmasında herhangi bir etkiye sahip olmamalıdır.

Dolayısıyla gelir adaletsizliği bakımından, daha ziyade tüketici grubunun kimliğinin önem taşıdığını kabul etmek yanlış olmaz. Bu konuda ise şu genel saptamayı yapmak mümkündür. Tüketiciler açısından, gelir adaletsizliğinin söz konusu olamayacağı yegane durum, kanımızca lüks tüketim malları gibi üst gelir seviyesine hitap eden malların arz edildiği piyasalarda yapılan “*tekelci fiyatlandırma*”dır. Zira bu halde tüketicilerden tekele bir zenginlik transferinin yapılmasına rağmen, her iki tarafın da yüksek gelir sahibi olması gelir adaletini bozucu etkinin ortaya çıkmasına engeldir. Bunun dışındaki hallerde ise, gelir adaletsizliği farklı derecelerde etkilenmesine rağmen, anti-tekel hükmünün uygulanmasında göz önünde tutulmalıdır. Özellikle toplumun yaygın bir kesimi ve/veya düşük gelir düzeyine mensup tüketiciler tarafından tüketilen mallar söz konusu ise, gelir adaletsizliği kriteri kanımca değerlendirmede özel bir ağırlığa sahip olmalıdır.

b. Yaptırımın Belirlenmesi Açısından

Gelir adaletsizliği amacının maddi hukukun uygulanmasındaki yerini belirttikten sonra, bunun uygulanacak yaptırım üzerimde oynayacağı role de kısaca değinmek gerekir. Ortaya çıkan gelir adaletsizliğinin gidermenin doğal yolu, hakkeğilmediğı düşünölen kaynak transferinin, tekelden alınıp tüketicilere geri verilmesidir. Fakat neden olacağı idari güçlükler (*administrative costs*) nedeniyle, bu yaptırımın uygulanması en azından rekabet hukuku açısından mümkün gözükmemektedir. Kanımızca burada tatbiki uygun olan yaptırım, en azından elde edilen ekstra kazancın tekelden alınıp kamuya aktarılmasıdır. Bunu sağlamanın basit yolu ise, somut olayın özelliklerine göre hesaplanan para cezaları uygulanmasıdır. Hatırlatalım ki, uygulanacak olan para cezasının bir de caydırıcılık boyutu bulunmaktadır; dolayısıyla cezanın miktarının hesaplanmasında caydırıcılık kriteri temel alınacak, fakat hesaplanan bu ceza miktarı, tekelin elde ettiğı kazançtan aşağı olmayacak, bir başka deyişle kaynak transferi tutarı cezanın alt sınırını oluşturacaktır.

Son olarak belirtelim ki para cezaları, teşebbüsün gelecekteki fiyat politikaları denetlenmediğı zaman pek bir anlam ifade etmez. Zira tekel doğal olarak ceza olarak ödemekle yükümlü olduğı bu ekstra miktarı maliyetlerine yansıtabacak ve bu da fiyatların tekrar artmasına neden olacaktır. Bu ise tahmin edilebileceğı üzere, arzu edilen bir sonuç değıldir. Dolayısıyla belirli bir dönem

boyunca tekelin gelecekteki fiyat politikalarının denetim altında tutulması gereklidir¹³⁷.

§ 5. SONUÇ

“*Tekelci fiyatlandırma*”nın, tekelden kaynaklanan sosyal maliyetin temel sebebi olduğu üzerinde herhangi bir fikir uyuşmazlığı bulunmamaktadır. Tekel fiyatları, sadece dağılım verimsizliğine değil, aynı zamanda gelir adaletini bozucu kaynak transferine neden olmaktadır. Nitekim bu ve başka sebeplerden dolayı tek el gücünün, rekabet hukuklarının temel endişesi olduğunu söylemek yanlış olmaz. Fakat ilginçtir ki, rekabet hukuku mevzuatlarının “*tek elci fiyatlandırma*”nın önlenmesinde uygun bir vasıta olmadığı görüşü yaygın olarak dile getirilmektedir. Ayrıca bu görüş ekonomik literatürde de önemli ölçüde desteklenmektedir. Büyük ölçüde bu durumun etkisiyle, temel rekabet hukuku sistemlerinin “*tek elci fiyatlandırma*” sorunu karşısında, hoş görülü bir yaklaşım sergilediği söylenebilir. Hatta A.B.D. gibi bazı sistemlerde, “*tek elci fiyatlandırma*” hiç bir zaman rekabet hukuku kapsamında değerlendirilmemiştir.

Burada hemen şu soru akla gelmektedir : “Rekabet hukukunun temel hedefi tekelden kaynaklanan sosyal maliyetin önlenmesi olduğuna göre, bu maliyetin ana nedenini oluşturan “*tek elci fiyatlandırma*”ya neden hoş görü ile yaklaşmaktadır ?” İşte kanımızca çelişkili olan bu durumun, çalışmamızın hareket noktasını oluşturduğu söylenebilir. Özellikle ekonomistler, bu çelişkiyi açıklamaya yönelik olarak, “*Potansiyel rekabet*”, “*motivasyon problemi*” gibi çeşitli teoriler ileri sürmüştür. Bununla birlikte kanımızca bunlardan hiçbiri, bu çelişkiyi tatmin edici bir şekilde izah edememektedir. Bu itibarla anti-tek el hükmünün “*tek elci fiyatlandırma*”ya tatbik edilmesinde teorik bir engelin bulunmadığı söylenebilir. Üstelik Kanun’un yorumundan çıkan anlam da, aksi bir yaklaşımın benimsenmesini güçleştirmektedir. Zira iddia edildiğinin aksine, Kanun’un 6.maddesinde tek elci fiyatlandırma bir kötüye kullanma hali olarak düzenlenmiştir. Ayrıca belirtelim ki, Türkiye gibi gelişmekte olan bir ülke açısından, anti-tek el hükmünün uygulanmasını haklı kılan diğer başka gerekçeler de mevcuttur.

Bu ifade edilenler ışığında, Türk hukuku bakımından RKHK.’nın 6. maddesinde yer alan anti-tek el hükmünün “*tek elci fiyatlandırma*”ya tatbik edilmesi isabetli olacaktır. Bu görüşümüz basit bir mantığa dayanmaktadır. Rekabet hukuku kurallarının, tatbik edileceği ülkenin sosyal, ekonomik ve politik

¹³⁷ krş. §4/III/C/1/b

şartlarından soyutlanarak yorumlanması ve uygulanması mümkün değildir. Gelişmiş ülkelerde “*tekelci fiyatlandırma*”nın tolere ediliyor olması, Türkiye gibi gelişmekte olan ekonomiye sahip bir ülkede yerinde bir yaklaşım tarzı olmayabilir. Nitekim yakından incelendiğinde, en azından iki farklı nedenden dolayı anti-tekel hükmünün “*tekelci fiyatlandırma*”ya uygulanmasının daha uygun olduğu görülecektir.

İlk olarak, piyasa ekonomisinin yapısal koşullarının tam olarak kurulamadığı ekonomilerde, rekabet hukukunun sadece rekabetin korunması değil, aynı zamanda kurulması amacına hizmet etmesi gerektiği fikri genel olarak kabul görmektedir. Bu çerçevede, özellikle fiyat mekanizmasının düzenleyici fonksiyonunu yerine getiremediği hallerde, bu düzenleyici fonksiyonun, zaten performans kontrolüne imkan veren anti-tekel hükmü tarafından yerine getirilmemesi için hiç bir neden yoktur. Bunun yanı sıra, Türk toplumundaki refah seviyesi ve gelir dağılımındaki bozukluklar, “*tekelci fiyatlandırma*”dan kaynaklandığı kabul edilen sosyal maliyetin olumsuz etkisini daha da ağırlaştırmaktadır. Bu nedenle, “*tekelci fiyatlandırma*”nın yasağının gelir adaletini düzeltici etkisi, bir diğer haklı nedeni oluşturur.

Fakat şunu da önemle belirtelim. Bu çalışmada, rekabet hukukunun “*tekelci fiyatlandırma*”dan kaynaklanan sorunların çözümünde en uygun hukuki vasıta olduğu şeklinde bir iddia öne sürülmemektedir. Zira bu sorunun çözümünde başkaca hukuki vasıtaların kullanılması mümkün olduğu gibi, açıkçası, rekabet hukukunun son tahlilde fiyat kontrolünü içerecek şekilde uygulanacak olması, pek çok teorik ve pratik sorunu beraberinde getirmektedir. Dolayısıyla burada ileri sürülen, neden olabileceği sorunların anti-tekel hükmünü uygulayacak makam tarafından hassasiyetle göz önünde tutulması ve hukuka aykırılığın sınırlarının açıkça belirlenmesi koşuluyla, rekabet hukukunun “*tekelci fiyatlandırma*”ya karşı etkin bir vasıta olarak kullanılabileceğidir. Nitekim çalışmamızda da, hangi hallerde hukuka aykırılığın söz konusu olabileceğinin belirlenmesine çalışılmıştır.

KAYNAKÇA

ADAMS Gregory, “European and American Antitrust Regulation of Pricing by Monopolists” *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, p.2-67, 1985

AREEDA Phillip / HOVENKAMP Herbert, “Antitrust Law : An Analysis of Antitrust Principles and Their Application” Volume III Revised Edition, 1996

AREEDA Phillip / KAPLOW Louis, “Antitrust Analysis, Problems, Text, Cases”, 5th Edition, New York 1997

ASLAN Yılmaz, “Rekabet Hukuku ve Rekabetin Korunması Hakkında Kanun”, Bursa 1997

ATİYAS İzak, “Rekabet Politikasının İktisadi Temelleri Üzerine Düşünceler”, *Rekabet Dergisi*, S.1,C.1 sh.25-46

BAEL Ivo Van/BELLIS Jean Francois, “Competition Law of the E.E.C.”, 1987

BELLAMY Christopher / CHILD Graham, “Common Market Law of Competition”, 4th Edition, London 1993

BONER Roger Alan / KRUEGER Reinald, *The Basics of Antitrust Policy: A Review of Ten Nations and the European Communities*, 2nd Printing, 1993

BORK H. Robert, “The Antitrust Paradox, A Policy at War with Itself”, 2nd edition, New York 1993

BREYER Stephen, “Regulation and Its Reform”, Cambridge, 1982

CLARKE Roger/ DAVIES Stephen/ DRIFFIELD Nigel, “Monopoly Policy in the U.K.; Assessing the Evidence” 1998

CALVANI Terry, “What is the Objective of Antitrust”, p.7-15, from : Economic Analysis and Antitrust Law, 2nd edition (Editors : CALVANI Terry/SIEGFRIED John), 1988

D.P.T, “Rekabet Hukuku ve Politikası Alanında AT Mevzuatına Uyum Değerlendirme Raporu”, 1994

FEJO Jens, “Monopoly Law and Market : Studies of EC Competition Law with US American Antitrust Law as a Frame of Reference and Supported by Basic Market Economics”, Deventer 1990

FOX Eleanor M., “Monopolization and Dominance in the United States and the European Community : Efficiency, Oppurtunity and Fairness”, 61 Notre Dame Law Review, 981, 1986

FOX Eleanor M., “Abuse of a Dominant Position under the Treaty of Rome- Comparison with U.S. Law”, 1983 Fordham Corporate Law Institute, editor Barry Hawk, chapter 10, p.367-417 (Fox, Comparison,...)

FOX Eleanor M., “Comments on Bulgarian Antitrust Law”, 60 Antitrust Law Journal 245, Issue 139th Annual Spring Meeting, Washington, April 10-12 1991 (Fox, Comments on Bulgarian Draft,..)

GELHORN Ernest/KOVACIC William E., “Antitrust Law and Economics”, 4th Edition, Washington, 1994

GERBER J. David, “Law and the Abuse of Economic Power in Europe”, 58-104, Tulane Law Review November 1987

GREEN Nicholas, “Commercial Agreements and Competition Law, Practice and Procedure in the UK. and EEC.”, London 1986

GYSELEN Luc, “Abuse of Monopoly Power within the Meaning of Article 86 of the EEC Treaty : Recent Developments”, 1989 Fordham Corporate Law Institute, editor Barry Hawk, chapter 27, p.597-651

HAWK Barry, “U.S., Common Market and International Antitrust : A comparative Guide” 2nd edition, Volume II, Supp. 1990

HAWK Barry E., “The Sherman Act: The Second Century: The International Application of the Sherman Act in its Second Century”, 59 Antitrust

Laws Journal, Issue 1 38th Annual Spring Meeting, Washington D.C., March 21-23 1990 (Hawk, International Application of Sherman Act,...)

HILDERBRAND Doris, “The Role of Economic Analysis in the EEC Competition Rules” Hague, 1998

JEBSSEN Per/STEVENS Robert, “Assumptions, Goals and Dominant Undertakings : The Regulation of Competition Under 86 of the European Union”, 64 Antitrust Law Journal 443. Spring 1996

JOLIET Rene, “Monopolization and Abuse of Dominant Position: A Comparative Study of the American and European Approaches to the Control of Economic Power” 1970

KAUPER E. Thomas, “The Road to 1992 : Article 86, Excessive Prices and Refusal to Deal”, 59 Antitrust Law Journal, Issue 2, 38th Annual Meeting, Chicago, August 6-8 1990

KAUPER E. Thomas, “Whither Article 86? Observations on Excessive Prices and Refusals to Deal”, 1989 Fordham Corporate Law Institute, editor Barry Hawk, chapter 28, p.651-686 (Kauper, Whither.....)

KORAH Valentine, “ An Introductory Guide to E.E.C. Competition Law and Practice”, 4th Edition, London 1990

LANG, “Abuse of Dominant Position in E.Y.”, 1978 Fordham Corporate Law Institute, editor Barry Hawk, part I, p. 25-84,

LIPSEY G. Richard / STEINER O. Peter / PURVIS D. Douglas, “Economics” 8th Edition, New York 1987

MERKIN Robert / WILLIAMS Karen, “Competition Law : Antitrust Policy in the U.K. and the E.E.C.”, London 1984

OĞUZMAN Kemal, “Medeni Hukuk Dersleri”, 7. Bası, İstanbul 1994

ÖZ AŞÇIOĞLU Gamze, “Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması”, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara 2000

ÖZGÜVEN Ali, “İktisat Bilimine Giriş”, 6. Bası İstanbul 1991

POSNER Richard, “Economic Analysis of Law” 4th Edition, Aspen 1992
POSNER Richard, “Antitrust Law, An Economic Perspective”, 1976
(Posner, Antitrust Law,..)

SANLI Kerem Cem, “Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’da Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği”, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara 2000

SCHMIDT, “Different Approaches and Problems in Dealing with Control of Market Power : A Comparison of Germany, E.U. and U.S. Policy Towards Market Dominating Enterprise”, 28 Antitrust Bulletin 417, (1983)

IEGFRIED John / WHEELER Edwin H., ”Cost Efficiency and Monopoly Power: A Survey” p.49-67, From : Economic Analysis and Antitrust Law, 2nd edition (Editors : CALVANI Terry/SIEGFRIED John), 1988

SIRAGUSA Mario, “The Application of Article 86 to Pricing Policy of Dominant Undertakings”, 16 Common Market Law Review, L 179-194, 1979

STIGLITZ E. Joseph, “Principles of Micro-economics”, 1993 New York

SULLIVAN Lawrence Anthony, “Handbook of the Law of Antitrust”, 1977 St Paul

TEKİNAY Selahattin Sulhi, “Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku”, 6. Bası, İstanbul 1992

ÜNSAL M. Erdal, “Mikro İktisat”, 2. Bası, İstanbul 1998

VISCUSI W. Kip / VERNON M. John / HARRINGTON E. Joseph JR., “Economics of Regulation and Antitrust” 2nd Edition Cambridge 1998

WHISH Richard / SUFRIN Brenda, “Competition Law”, 3rd Edition London 1993

SORU ve CEVAP BÖLÜMÜ

Oturum Başkanı - Toplantımız kayda geçtiği için, soru sormak isteyenlerin isimleri ve bağlı oldukları kurumu belirtmeleri gerekmektedir.

Hasan AYRANCI - Doktor Hasan Ayrancı, Ankara Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Ana Bilim Dalı. Arkadaşımızı tebrik ediyoruz, çok ayrıntılı bilgiler verdi bize. Benim aklıma takılan birkaç konu var, arada da biraz konuştuk onunla, ama yine de bir daha sormak istiyorum.

Şimdi tebliğden çok iyi anlaşılamadı, yasak olan, müdahale edilmesi gereken şey, maliyetlerin bizihi şişirilmiş olması mı, yoksa gerçekten maliyetin, mesela bir tekelerde çok yüksek olması nedeniyle buna da müdahale edilebilir mi? Eğer, müdahale edilebilir deniyorsa Rekabet Kurumu'nun HAVAŞ'la ilgili verdiği karara bir mukayese yapılması gerekir. Çünkü, kendisi de değindi, HAVAŞ ile ilgili verdiği kararda Rekabet Kurumu oy çokluğuyla maliyet ve kâr analizi yapmış ve bu kadar yüksek maliyetlerin olması halinde, bu kadar yüksek bedellerin mümkün olabileceğini söylemiştir.

Gerçekten bugünün şartlarında o oyçokluğu verilen karara konu olan olayda HAVAŞ mesela bugün 2 bin 500 liraya taşımacılık yapmaktayken, 2 milyon 500 bin liraya, normal bir taşımacılık faaliyetiyle bu 400-500 bin liraya yapılabilmektedir. Bu bakımdan konuyu değerlendirebilir misiniz?

İkincisi, Roma Anlaşmasının 90'ıncı maddesinde, kamu teşebbüsleri veya kamu kudretini kullananlar tarafından hukukî tekel meydana getirilmesi halinde uygulamada bazı zorluklar meydana gelebilir mi, ne gibi zorluklar meydana gelebilir? Bu konuda aydınlatmasını istiyorum.

Nihayet, Rekabet Kurumunun acaba tüketiciyi koruma gayesi var mıdır gerçekten, yoksa bu gaye başka kanunlarla, başka düzenlemelerle yapmak gerekir? Son olarak birde bunu rica ediyorum. Teşekkür ederim.

Kerem Cem SANLI - Sağolun. Son sorudan başlayayım. Rekabet Hukukunun amaçları arasında bu da sayılıyor, tüketicinin korunması. Ama bu, bence öncelikli veya belirleyici amaçlarından biri değil. Yani, biz kanunu

yorumlarken bu amacı temel almamak durumundayız. Tüketicinin korunması, eğer biz bunu teknik anlamıyla kastediyorsak, Kanun'un doğrudan tüketicinin korunması, amacı yok, açık amacı yok. Ama, evet, sonuç olarak biz iktisadi hayatı belirli saiklerle düzenliyoruz. Ve son tahlilde rekabet hukuku kurallarının amaca uygun bir şekilde uygulanmasından faydalanan olan tüketicilerdir.

Bunun dışında, kanundaki münferiden bazı hallere baktığımızda en fazla tüketiciler de korunuyormuş gibi geliyor açıkçası, bunu itiraf etmek gerekir. Söz konusu olan tekelci fiyatlandırmaya ilişkin hükümde de, Avrupa Birliğindeki yazarlarca ifade edildiği gibi, tüketiciyi koruma gayesi var, deniyor açıkça. Ama, bunun teknik anlamıyla, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun anlamında, tüketicinin korunması kavramıyla eşdeğer tutmamak gerekir.

Yani, netice olarak tüketicinin korunması diye bir gaye vardır Rekabet Hukukunun amaçları arasında, fakat bu konu çok tartışmalıdır ve bu öncelikli amaçlardan biri değildir. Ama dikkate alınabilir, ama asli amaçları arasında değildir.

İkinci sorunuz, Roma Antlaşması'nın eski haliyle 90/2. maddesi ile ilgiliydi galiba. 90/2. madde konusunda ben çok etraflıca bir inceleme yapmış değilim, ama bunun bir istisna hükmü olduğunu biliyorum. Rekabet kurallarının, yanlışsam beni düzeltin; rekabet kurallarının kamu teşebbüslerine uygulanmasında bir nevi muafiyet tanıyor. Bazı kamu teşebbüslerine, orada belirtilen niteliklere haiz kamu teşebbüslerine. Bizde de böyle bir madde yok, böyle bir düzenleme yok.

Tabidir diyor, evet bizde de tabidir zaten. Teşebbüs kavramının tanımlanmasıyla ilgili bir husus bu.

Kerem Cem SANLI - Var tabii, hangi kamu teşebbüslerinin, kamuya bağlı hangi teşebbüslerin kanun anlamında teşebbüs sayılabileceği, daha doğrusu hangi kamu işletmelerinin Rekabet Kanununu anlamında teşebbüs sıfatına haiz olduğu tartışılabilir.

Bence normal şartlar altında olağanüstü bir şey yoksa, ki bunun kriterleri Avrupa Birliğindeki uygulamadan esinlenerek belirlenebilir. Kamu iktisadi teşebbüslerinin 4 üncü madde kapsamına girdiği hususunda bir tereddüt yok. Ama burada doğrudan sonuca gitmek yerine, somut olayın özelliklerine ve sunulan hizmetin niteliğine bakmak gerekiyor, kamu iktisadi teşebbüsün faaliyet amacına bakmak gerekiyor. Ben o kriterleri şu an açıkçası hatırlamıyorum, ama birtakım

kriterlerin net bir şekilde oluşturulmuş olduğunu biliyorum, bu konuda da Avrupa Birliği hukukunda da epey bir uygulama olması lâzım.

Üçüncü soru, maliyet konusuydu onu açalım. Ben tekelci fiyatlandırmadan neyi kastediyorum. Tekelci fiyatlandırmadan aşırı fiyatları kastediyorum her şeyden önce. Aşırı fiyatlar, somut olaylara baktığımız zaman nasıl ortaya çıkabilir? Eğer o malı siz kıyaslama imkânı bulabiliyorsanız başka mallarla, aynı mal ise bu. Mesela, farklı coğrafyalar düşünün. Bir yerde hakim olan bir teşebbüs var, başka coğrafi piyasalarda ise başka teşebbüsler hakim durumda. Kıyas suretiyle hakim olan teşebbüsün bulunduğu yerde fiyat farkı anormal, buradan anlıyoruz. Aşırı fiyat olması gerekiyor bir. İkincisi bu aşırı fiyat çoğu kez maliyet ve fiyat aralığının aşırı olması anlamına geliyor, fakat bu şart değil dedim.

Maliyetler eğer şişirilmiş ise, yani gerçek maliyetleri yansıtmıyorsa, verimsizlikten kaynaklanan bir maliyet varsa ve dolayısıyla kâr marjları az ise veya zarar ediyorsa bu da aşırıdır benim için. Bence nispi bir aşırılık var burada ve şunu söyledim: Olayların büyük bir kısmı bu maliyet fiyat analiziyle tespit edilebilir. Bunun dışında haller varsa, kıyaslama imkânı varsa, kıyaslamadan biz bu aşırılığını çıkarabiliriz. O zaman maliyet analizini uygulamak zorunda kalmayız, bunu karşı tarafa yükleriz. Kıyaslama imkânı yoksa mecburen maliyet analizi yapacağız ve aşırı fark var mı, yok mu, onu tespit edeceğiz. Aşırı fark varsa sorun yok, aşırı fark yoksa o zaman maliyetler şişirilmiş mi, yani maliyet yüksekliği verimsizlikten mi kaynaklanıyor, yoksa gerçek maliyetler mi? Bunu tespit etmek gerekir, bunun tespiti çok zordur herhalde, ben bilmiyorum bunun tespiti nasıl yapılır. Ama, en azından teorik açıdan bunun böyle olması gerekiyor; çünkü 6'ncı madde performansı düzenliyor.

Amaç, verimliliğin doğrudan kontrol edilmesi. Aksi bir şey olmaz, verimliliği cezalandıramazsınız bir taraftan, yani çok kâr eden, ama makul fiyat uygulayan, aşırı fiyat uygulamayan, bunlar göreceli kavramlar. Yani, somut olayda konuşmak daha kolay olur. Ama, genel çerçeve bu.

Barış EKDİ - Barış Ekdi, Rekabet Kurumu. Bende sunumunuz için öncelikle teşekkür ediyorum.

Fakat, bir şey dikkatimi çekti. Özellikle maliyet analizi safhasında şuna değinmiştiniz: İşte Rekabet Kurumu ya bizzat kendisi yapabilir bunları, işte aşırı fiyatlandırma olup olmadığını anlayabilmek için, ya elinde yetkisi var uzmanlara yaptırabilir yahut da ispat yükümlülüğü vardır karşı tarafın. Bu çerçevede hakim

durumlarını kötüye kullanmadıkları ispat yükü, hakim durumda bulunan kişilere geçer.

Kerem Cem SANLI - Maliyet analizini yapma yükümlülüğünü biz onlara yükleyebiliriz. Şunu kastettim ben orada: Eğer biz o malı başka piyasalarda kıyaslama imkânı bulabiliyorsak ve bu kıyaslama sonucu uygulanan fiyatın aşırı olduğunu görebiliyorsak, diğer şartların da gerçekleşmesi şartıyla, karşı tarafa şunu söyleyebiliriz: “Biz bunu tespit ettik, sen aşırı fiyat uyguluyorsun bizce, altıncı madde ve kanunun 59’uncu maddesi çerçevesinde ispat yükü sendedir. Bunu ispatla, maliyet analizini sen yap.” Bize bunu gerekçelendir anlamında.

Barış EKDİ - Anladım. Şimdi şöyle: Kanun’un 4 üncü maddesine baktığımızda rekabetin bozulduğu piyasalarla ilgili olarak mevcut durum, işletmenin yaptığı, teşebbüsün faaliyetin rekabetin bozulduğu piyasalardaki faaliyetle benzerlik göstermesi yahut buna yakın bir durumun ortaya çıkması halinde, 4’üncü madde de, “bu teşebbüslerin uyumlu eylem içinde olduğu örnek teşkil eder” diyor. İspat yükümlülüğü bir tek burada geçiyor. Birde 59’uncu madde de dediğiniz gibi maddenin lafzına bakarsak şöyle bir şey diyor; “zarar görenlerin bu yargı organlarına sunulması halinde, piyasaların fiilen paylaşılması, uzun sayılacak süre piyasada fiyatında gözlenen kararlılık, fiyatın piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerce büyüklerine yakın aralıklarla artırıldığı gibi kanıtları yargı organlarına sunulması halinde teşebbüslerin uyumlu eylem içinde bulunmadıklarının ispat yükü davalara geçer” diyor.

Burada da sürekli olarak karine ya da ispat yükü hep uyumlu eylem için konulmuş, ben bu şekilde düşünüyorum. O yüzden yorumunuzu rica edeceğim.

Bir husus daha olacak, ikincisi daha kısa, şöyle ki: Konunun ele alınış şeklinde tekel, özellikle altıncı madde de; aşırı fiyatlandırma, hakim durumun kötüye kullanılması hallerinden biri midir? Sorusunun cevabını ararken, işte (e) bendine bak yahut direkt olarak kanunun içinde sayılıyor mu, sayılmıyor mu, bunlara baktık. Fakat, bunun idari alanda uygulaması olduğu kanunun dikkate alınarak ve ceza kanunu gibi özellikle tipik fiiller, tipik eylemler üzerinde durmadığını biz dikkate alarak, ille de biz aşırı fiyatlandırmayı; çünkü kanun özellikle aşağıdaki hallerde dediğine göre, hakim durumun kötüye kullanılmasını, ille de bu bentlerden birine sokma gereğimiz var mı? Direkt olarak bu bentlerin hiçbirinde bu yazmıyor, ama aşırı fiyatlandırma “şu şu şartlar halinde hakim durumun kötüye kullanılmasıdır” dememiz zaten yeterli oluyor. İlle bendinde veya

bunu kanunun başka bir yerinde bunu bulma gibi gereğimiz var mıydı? Teşekkür ederim.

Kerem Cem SANLI - Yok, zaten ben onu her şeyi saydıktan sonra söyledim. Yani çok teşekkür ederim, ben yanlış anlaşılmış olabilirim, şunu söylemeye çalıştım orada: Lafzına bakarken kanunu bütün olarak değerlendiriyoruz değil mi, altıncı maddeyi, baktığımızda bence bir kere kötüye kullanma halleri tahdidi değil, dedim. Buradan ne çıkıyor? Biz yaratabiliriz uygulamada.

İkincisi, zaten kötüye kullanmanın, terimsel anlamı itibariyle bence, tekelci fiyatlandırma, aşırı fiyatlandırmadan daha güzel bir hal yok. İki, bunları ben sadece gerekçem olarak bir kenara koyuyorum. Üç ve en önemlisi, diyorum ki, hatta amacı da söyledim. Amaca dayanarak da aynı şey çıkabilir, dört diyelim o zaman. En önemlisi kanunda var zaten, ben diyorum ki burada; kanun susmamış. Kanunun susması yok, biz o (a) bendini almamışız, ama bu susma değil, zaten (e) de var diyorum.

Dolayısıyla yanlış anlaşılmış olabilirim, benim söylemek istediğim zaten var demek istiyorum. Hiçbir şeye bakmasak bile (e) bendi var diyorum, yorum problemi yok orada.

Altıncı maddeden kastım, ben Rekabet Hukuku kanunun altıncı maddesi demek istemedim. Genel ispat kurallarına ilişkin Medeni Kanun'daki hükmü kastettim.

Yani, bizim normal medeni hukukta uygulanan ispat yükümlülüğü diye bir kavram vardır. Bu hukukun bütün alanlarına uygulanabilir. İdare hukuku boyutu olduğu doğru olmakla birlikte, Rekabet Hukuku da hukukun bir alanıdır, Ama, Rekabet Hukukunun özel hukuk boyutu da vardır. Dolayısıyla, genel ispat kurallarının uygulanmaz diye bir durumun söz konusu olmaması gerekir. RKHK.'nın 59'uncu maddesini yorumladığımızda ve altıncı maddeyle bir arada düşündüğümüzde, ispat yükünün yer değiştirilebileceğini söyledim.

Dağıttığım metinlerde ona dipnot ekleyecektim, onu da söyleyeyim dipnotlar daha işlenmemiştir bu metinlere, o zaman dipnotları işleyeceğim. Bu bilgiyi de büyük olasılıkla dipnotta vereceğim. Dolayısıyla, dördüncü maddeyi, anladım demek istediğinizi ama bence ispat yükünün olduğu yerde hayatın olağan akışına uygun şeyi siz ispatladığınızda karşı tarafa geçer bunun aksini ispatlamak; hukuk kuralı budur. Yani normal de, davacı iddia edilen şeyi ispatlamak

zorundadır. Ama, davacı hayatın olağan akışına uygun şeyleri ortaya koyabildiği zaman bir kere, artık o zaman ispat yükü karşı taraftadır. Karşı taraf kim? Neyi ispat etti davacı veya Rekabet Kurumu veya kim ise burada, fiyatların aşırı derecede yüksek olduğunu normal piyasa fiyatlarından. Bu hayatın olağan akışına göre tekелci fiyatlandırmanın bulunduğu karinedir. Hakim durumdaki teşebbüs eğer burada fiyatlandırmasını gerekçelendirilemiyorsa, aşırı fiyattır bu, yani tekелci fiyatlandırma. Şüphesiz pek çok şart var bunun yanı sıra, giriş engelleri gibi...

Yani, bence üstüne üstlük dördüncü maddeden kıyas yapmak mümkün, çareler tükenmiyor o açıdan. Bence, dördüncü maddeye münhasır değil o. Tatmin edici oldu mu biliyorum?...

Kerem Cem SANLI - Farkını anlamadım ben tam olarak.

Barış EKDİ - Dördüncü maddedeki olayı, yani Rekabet Kurumu sadece şuna benziyor deyip bırakabilir ve karşı taraf benzemediğini ispatlayacak.

Kerem Cem SANLI - Bana göre aynı şey, bilmiyorum farklı görüşler olabilir.

Gökşin KEKEVİ - Gökşin Kekevi, Rekabet Kurumu. Benim sorum bu aşırı fiyatlandırmanın, bu tekелci fiyatlandırmanın maliyet ayağına ilişkin olarak olacak. Uygulamanın ayağında biz şöyle bir sorunla karşılaşıyoruz: Şirketlerden maliyet rakamları istiyoruz ya da yerinde incelemelerde maliyet verilerini alıyoruz.

Şimdi bu maliyet verilerinden bazıları çok fazla sorun doğurmuyor. Örneğin, değişken maliyetleri, şirketin üretim yaparken kullandığı girdilerle hesaplanan maliyetler.

Bu ağırlıklı olarak gelir tablosu içerisinde satılan ticari mal maliyeti içerisinde gözüktüyor. Bunlarda işte iskontolar oluyor, indirimler oluyor ve satış kârı veya zararı oluşuyor. Bunun üzerine ağırlıklı olarak sabit maliyetlerin eklendiği; genel yönetim giderleri, araştırma- geliştirme, pazarlama, satış, dağıtım giderleri gibi giderler ekleniyor ve bunlarla da faaliyet kâr veya zararı ortaya çıkıyor.

Yalnız bu kalemlerin içerisinde tartışmalı olduğunu düşündüğüm bir kalem var; amortismanlar. Amortismanlar açıkça...

... içerisinde gözüken bir şey. Şimdi, Amortismanlar bir ölçüde tartışma sağlıyor, ama finansman giderlerinin fiyatla bile alakası yok. Yani, bir şirketin fiyatını belirlemesinde finansman giderleri doğrudan etkili değil. Eğer finansman giderleri, maliyet içerisinde dahil edilirse, o zaman tartışma faiz gelirleri gibi gelirleri de kapsayacak şekilde genişletilmesi gerekiyor.

Şimdi benim sorum, sizin doğrudan branşınız bu değil, ancak maliyetlere ilişkin olarak, bu çalışmayı yaparken birçok makale okuduğunuzu, kaynak okuduğunuzu düşünüyorum. Acaba, Amerika ve Avrupa uygulamalarında, özellikle Avrupa uygulamalarında neler maliyet olarak değerlendiriliyor? Bu soruya cevap verebilerseniz.

Kerem Cem SANLI - Cevap vermeye şöyle çalışayım, yani çok yerinde bir noktaya temas ettiniz. Çok teşekkür ederim soru için.

Yerinde bir noktaya temas ettiniz, o da şu: Ben, muhasebeden veya işte bu maliyet hesaplarından tam anlamıyorum. Dolayısıyla, nelerin maliyet gideri, maliyet kapsamında hesaba katılması gerektiğini, sadece tartışmalı olduğunu biliyorum ve açıkçası okuduğum eserler, genelde bunun zor olduğuna değiniyor ve bu konuda nelerin alınması, nelerin alınmaması gerektiği açık değerler var... Mesela, çoğu yazar zaten, bu böyle bir şey olmaması gerektiğini düşünüyor. Yani tekelci fiyatlandırma diye bir, böyle bir yasağın olmamasını söylüyor ve dolayısıyla onlar, işte bu giderler, buraya girmelidir, yani bunun uygulamaları şeylerini belirten, çerçeveyi çizen birisi yok. Ben görmedim. Okuduğum hiçbir şey, bana şunlar dikkate alınmalıdır, bunlar dikkate alınmalıdır demiyordu, hemen hemen. Ben burada çıkarmaya çalıştıklarımı sadece işte, bölük pörçük şeylerden bulmaya çalıştım. Yani, hangi maliyetler dersiniz, inanın bilemem derim. Çünkü, bilmiyorum. Benim, muhasebe benim anladığım bir konu değil. Benim bu hususa ilişkin bilgim açıkçası, çok temel şeylerle sınırlı. Ama, şunu söyleyebilirim size, yani faydalanmanız açısından: Bir tane kitap var. “Kaynakça”da var o, ona bakarsanız iyi olur. Bunu temin edemezseniz, bana haber verirseniz yine olur. “...” diye bir kitap var ve bir de “...Entegras” diye bir kitap var. Bir de, Brayer’in bir kitabı var. “Reglacion ... Reform” diye.

Bu iki, birde İngilizlerin yazdığı, İngiliz yazarların yazdığı birtakım kitaplar var. Onlar çünkü İngiltere’de daha farklı uygulanıyor. Bunu da ben aslında incelemek isterdim, daha doğrusu, bu çalışmaya katılmak isterdim, fakat yapamadım yani, vaktim olmadı.

Onlar da, řu anda yazarların ismini hatırlamıyorum, ama hangi giderlerin sayılması gerektiğine ilişkin birtakım değerlendirmeler var ve bu iki yazarda şeye ilişkin, regüasyon hesabı da aslında budur, yani onlar da maliyet hesabı yapıyorlar. İşte uygun kârlılığı tespit ediyorlar, verimlilikten etkilenmemesi için birtakım kriterler getiriyorlar. Dolayısıyla, bu yapılabilir. Regüasyon uygulamasından faydalanmak, bence Rekabet Hukukunu uygularken daha mantıklı. Zira Rekabet Hukukçuları bu konuda pek bir şey söylemiyor. Regüasyonu ekonomistler yaptığı için, onların uzmanlığı daha fazla ve daha fazla.

Açıkçası, benim okuduğum hemen hemen hiçbir yerde, işte řu gider vardır, bu gider yoktur diye bir şeye rastlamadım. Benim okuduklarım bu konuyu bir kenara atıyorlardı. İşte ideal maliyet analizi çok güçtür bunu yapamayız, fiyatlara müdahale edemeyiz diyorlar. Ben de aksinin olabileceğini ortaya koymaya çalışıyorum. Hatta bu konuyu belirledikten sonra, benim Amerika'daki danışmanım olan, bu Economics of Regulation and Antitrust kitabının yazarlarından, Prof. Viscusi'ye: "ben bu konuyu düşünüyorum deyince, "ne yapacaksın" dedi ve bana biraz önce çizdiğim diyagramı çizdi. Ben de şaşırdım. "Ne yapacaksın, bu diyagram üzerinde göster" filan dedi bana. Ben de, bilmiyorum dedim. Yani, sonuç olarak, maliyet hangi maliyet bilmiyorum.

H. Baha KARABUDAK - Baha Karabudak, Rekabet Kurumu. Birincisi, öyle sanıyorum ki finansman giderleri, maliyetler içerisinde benim görebildiğim kadarıyla ekonomik analizlerin tamamında yer alır. Yer almak zorundadır; çünkü Sermaye Maliyeti dediğimiz şeyin maliyetlerinin temelde finansal maliyetler olduğu düşünülür. Her temel iktisadi analizle de daha sofistike düzeylerdedir.

Türkiye'de, bu konuyla ilgili temel sorun şurada: Türkiye'de, arkadaşımızın demin, belirttiği şey, şirketlerin finansman gelirlerinin de buna katılması lâzım.

Şimdi bu tabii, Türkiye'deki durum son derece arızidir. Yani, Türkiye'de firmalar ister imalat sanayinde, ister hizmetler sektöründe, faaliyet gösteren firmaların kendi faaliyetlerine ilişkin kârlarından daha fazla oranda ya da miktarda kârları finansal gelir olarak, ayrıca elde ediyor olmaları bir dönemde tümüyle arızı bir olay. Yani Türkiye'nin konumu, burada da sizin söylediğiniz gibi özgündür.

Ondan ötürü finansal giderleri nereye yazacağız gibi bir sorun aslında yok. Finansal giderler maliyetler içerisinde yer almak zorunda. Fakat, bunun karşısında da evet, Türkiye’deki firmaların çok büyük bir bölümü, özellikle de büyük firmalardan söz ediyorsak, belli bir finansal artığı toplayabilen ve değerlendirebilen firmalarsa bunlar. Doğru, çok yüksek bir finansal ek gelir imkanları var ve bunu kullandılar. Çok uzun bir süre. Bu, bence “Case by case” dikkate alınması lâzım gelen bir husus. Yani, sanıyorum, toptan bir çözüm ya da toptan bir analiz zor.

İkincisi, değinmek istediğim bir nokta daha var. O, oraya çizdiğiniz üçgen çok iyi oldu, çünkü özellikle rekabet otoritelerinin, antitröst otoritelerinin anti tekel uygulamalarındaki temel amacı, oradaki, o küçük “Deadweightloss” üçgenini daha da küçültmeye çalışmak gibi bir amacı var mıdır, sorusuna ampirik olarak çalışmalar yapan iktisatçıların cevabı, hayır. Çünkü, Amerika Birleşik Devletleri başta olmak üzere, belli başlı, güçlü ekonomilerde bu tekelden doğan kayıplar çok küçük oranlarda çıkıyor. Yani gayrisafi yurtiçi hasılanın yüzde 1’i civarında falan bir şey çıkıyor ki, o bile şüpheli...

Fakat, temel bulgularımızdan bir tanesine katılıyorum. Oradaki temel unsur, kaynak transferi. En azından son derece karmaşık bir olgunun iki boyutlu bir teorik kurguda gösterilebildiği şekliyle tüketici fazlasının, üreticilere aktarılmasıdır. Tüketici fazlasının çok büyük bir bölümünün üreticilere aktarılması. Bu pareto optimalite anlamındaki bir tahsis etkinliği bakımından sakıncasızdır, teorik düzeyde öyle. Neden? Çünkü, ekonominin genelindeki bir refah kaybına yol açmıyor. Aktörler arasındaki bir yeniden bölüşümden ibaret bir durum, pareto anlamında.

Ama, gelir dağılımı diye baktığımızda çok ciddi bir refah kaybına yol açıyor. Özellikle yine Türkiye’nin özgün durumundan yola çıktığımızda, yıllarca gümrük duvarlarının arkasında gizlenmiş bir sınaî-ticarî yapıdan bahsettiğimizde, çok uzun bir dönem boyunca negatif faizlerle beslenmiş bir sınaî-ticarî yapıdan bahsettiğimizde, bu daha da önem kazanıyor. Neden? Çünkü, ciddi bir şey söylediniz, daha doğrusu söylediğiniz şeylerden bir tanesini ben çok ciddi buluyorum. Verimlilik yoluyla oluşturulmuş tekellere ne yapmak lâzım? Türkiye’de böyle bir tanımlı gerçekten uygulayabileceğimiz kaç kuruluş var bilmiyorum.

Kerem Cem SANLI - Bu da beni, yani bir anlamda haklı çıkarıyor. Yani, Türkiye’nin yapısı gereği, verimliliğe dayanan bence tekel herhalde yoktur. Yani, somut olayın şartlarına göre bakmak lâzım, ama.

H. Baha KARABUDAK - Yani, demek istediğim şey. Özellikle tekелci fiyatlandırma konusunda, hukukî düzenleme bazında neler yapmak gerekir sorusunun cevapları, tümüyle ayrı bir düzeyde tartışılması lâzım gelen bir şey bence. Fakat Türkiye’de Rekabet Hukukunun ve Rekabet Politikasının özellikle tekелci güç oluşturmaya karşı koymayı öngören bir perspektif çerçevesinde sürdürülmesi, yürütülmesi ve düzenlenmesi bence büyük önem taşıyor şu anda ve zaten perspektifte kısmen böyle bir unsur var, yok değil. Fakat, bu unsur, öyle sanıyorum ki en azından Türkiye’deki uygulama çerçevesinde henüz başat bir düzeye çıkmışda değildir. Sağ olun.

Kerem Cem SANLI - Ben bir şey ekleyip, bir şey söyleyebilir miyim ifade ettiklerinize? Yani, ben hukukçuyum ve bu gördüğümüz kavramlar bizim için, yani en azından benim için, yeni şeyler. Ben tezimi yazarken dahi, daha önceki yazdığım tezi, bu tip kavramlardan çok faydalanamadım. Faydalanmadım. Hukukçu olarak düşünmedim böyle bir şeyi ve Türkiye’de genelde böyle bir şey var yani, bir hukukçuyusak mesela, doğrudan metinleri alır okuruz, yorumlamaya çalışırız. Halbuki, bu hukukta biraz daha farklı olduğunu hissettim ve en azından bunlar çok basit şeyler şüphesiz, yani sizler için çok basit. Ama, en azından şu basit diagramdan başlıyorum, tablodan başlıyorum, benim için bir ilerleme.

Bunun tatbikatta, somut olaylarda işte var mıdır, yok mudur, nasıl uygulanır? İşte detaylara inmesinde çok zor, yani bizim, işte maliyet giderlerini nasıl hesaplayacağımız veya işte ne bileyim, piyasa analizindeki fonksiyonumuz ne kadar bilmiyorum. Yani, çok ...

Evrım ERİŞİR - Evrım Erişir. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Lisans öğrencisi.

Konuşmanızda, Avrupa Toplulukları uygulamasında 82 (a) maddesinin, Rekabetin Korunması Hakkında Kanuna alınmadığını ve bu durumda ortaya çıkan iki görüşün, tarihsel yorum ve amaçsal yorum yapılmak suretiyle değerlendirilebileceğini ifade ettiniz. Tarihsel yorum...

Kerem Cem SANLI - Tarihsel demedim. Orada pardon.

Evrım ERİŞİR - Kanun koyucunun, bu kanunun hazırlanması sırasında, hazırlık aşamalarındaki ifadelerinin değerlendirilmesi, sanırım tarihsel o.

Kerem Cem SANLI - Ben, onu dikkate alarak yorum yapalım demedim. Bunu söyleyerek yorum yapanlar var dedim. Yani, bunu temel alarak yorum yapanlar var.

Evrin ERIŞİR - Peki düzeltiyorum o zaman. Kanun koyucunun, hazırlık çalışmalarındaki değerlendirmenin, onun iradesini ortaya çıkarmak açısından değerlendirilebileceğini ifade ettiniz.

İkinci görüş de, bunun şu günkü, günümüz koşullarında değerlendirilmesini açıkladınız. Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun, yeni bir kanun olduğu ve bu hukukunda yeni bir hukuk olduğunu ülkemiz açısından kabul edersek, hem kanun koyucunun iradesini, kısa bir süre önce ortaya çıkmış, değerlendirmek hem de günümüz koşullarını değerlendirmek. Bu çok kısa zaman zarfı içerisinde bir çelişki teşkil etmez mi ve bu çelişkinin de 82 (a)'nın alınmasıyla giderilip, giderilemeyeceğini nasıl değerlendirdiğinizi öğrenmek istiyorum.

Bir, ikinci sorumda, ödeneklerin yetersizliği nedeniyle mahkeme sisteminin, Amerika'da olduğu gibi, Türkiye'de kabul edilemeyeceğini, bir unsur olarak belirttiniz. Acaba mahkemelerin, bu ödeneklerin fazlaştırılması durumunda oynayabileceği etkin rol ne olabilir, Türkiye koşullarında. Teşekkür ederim.

Kerem Cem SANLI - İkinci sorudan başlayayım. Çok teşekkür ederim sorular için. İkinci soruya şöyle bir şey söyleyebilirim: Ben, genel olarak mahkeme uygulamasını Rekabet Hukuku gibi teknik bir alan için, çok güç, yani amaca ne kadar uygun olur, olmaz bunu bilemem anlamında bir ifade kullanmak istedim. Yani, sadece biz bunu mahkemelere bırakırsak, bu hukuk nasıl uygulanır bilemiyorum.

Nitekim herhalde kanunun yürürlüğe gireli 3 yıldan daha fazla oldu. Mahkemede uygulama yolu açıkken fazla bir uygulama olmadı herhalde. Benim en azından, elime geçen bir bilgi yok bu konuda fazla. Birtakım olaylarda uygulanıyor, ama saf Rekabet Hukuku uygulaması değil.

Benim temel dayanak aldığım olay şeydi, siz de söylediniz, kanun çok yeni, bu bir; bilgi eksikliği var, yani tecrübesi yok Türkiye'nin bu konuda. Bırakın onu, yani biz, herkes, biz bile daha yeni, yeni öğrenmeye çalışıyoruz. Türkiye'deki adalet sisteminin durumu ortada. Bu durum karşısında ne derece uygulayabilirler, ne derece amaca uygun bir şekilde yerinde uygulayabilirler o tartışılabilir ve genel

olarak Rekabet Hukuku mevzuatlarının bence idari mekanizmalar tarafından uygulanmasının daha uygun olacağını söyledim. Özellikle performansı düzenleyen hükümler bakımından.

Bunların çeşitli sebepleri var, işte saydım. Yani, merkezi otoritelerin bir kere sanayi politikalarıyla (industrial policy) uyumlu olabileceği bir şekilde Rekabet Hukukunun uygulamaları imkânı var. Diğer politikalarla uyumlu bir şekilde uygulayabilirler, bu bir avantaj. Onun dışında; tecrübe, uzmanlık, ölçek ekonomisi vesaire. Finansal imkânlar daha fazla, uzmanları daha fazla. Bunu uygulayabilirler.

Mahkeme ve Rekabet Kurumu, bir arada nasıl olur, bilmiyorum yani. Zaten herhalde, kanun koyucu iyi olacağını düşünmüş. Belki iyi olur ikisinin bir arada uygulanacak olması. Sadece, tercihim açısından düşündüğümde Türk rekabet hukuku uygulamasının, genel olarak idari makamlarca daha etkin bir şekilde uygulanabileceğini düşündüm.

Siz, büyük olasılıkla avukat olacaksınız lisans öğrencisi olduğunuz göre. Avukat olduğunuz vakit, daha iyi anlarsınız. Türkiye’de adliye mekanizmasının nasıl işlediğini, bu mekanizma içerisinde Rekabet Hukukunu, hele bir sanayi politikası gibi bir iş bu sistem içinde nasıl yapılır bilemiyorum. Amerika’da işliyor, ama orada da çok tartışmalı bilin ki yani.

İlk sorunuz, ilk soruya şöyle bir cevap verebilirim, çok güzel bir soru açıkçası ben bunu düşünmemiştim, şöyle söyleyeyim: Birincisi ben lafzının uygun olduğunu tespit ettim. Bu konuda bir (e) bendi karşısında bence, bana göre bir tereddüt yok. Bunu, normalde yorum prensibi nasıldır? İlk önce Lafzına bakarsınız, lafzından çıkan anlam eğer bir şey çıkartabiliyorsanız, bu ruhuyla çatışmadığı sürece esas alınır.

Ben de, işte sadece teyit etmek amacıyla, çünkü lafzından ben o anlamı çıkarıyorum, kanun koyucu buraya düzenleme yapmış diyorum, sadece bunu teyit etmek amacıyla, kanunun ruhuyla değerlendiriyorum. Kanun Ruhu derken, kanunda açıkça, kanunun ruhu şudur diye bir şey yok. Doktrinde belirli kriterler belirtiliyor. Beş kriter mi sayılmış mesela çeşitli kitaplarda. O kriterlerin dışında, konumuz açısından iki kriterin önem taşıdığını söyledim ve o iki kriter açısından yaptığım yorum çerçevesinde, bunu yerinde olduğunu ifade ettim.

Sizin söylediğinize gelince, yani kanunu hazırlayanların iradesine gelince, bu konu hukukçular arasında tartışmalıdır. Derler ki, zaten, yeni de olsa, eski de

olsa fark etmez. Hukuk metni yürürlüğe girdiği anda objektif bir metin haline gelir ve kanunu hazırlayanların iradesinden bağımsız olur. Yani, kanun hazırlayanları ben tanıyorum, o böyle demek istedi, diyemezsiniz. Oradaki tartışmalar şüphesiz, kanun koyucunun amacının tespit edilmesinde esas alınır. Fakat, aksi sonuca siz gidiyorsanız ki, zannediyorum ben gittim. O vakit sorun yok. Yani, kanunu hazırlayanların iradesi, kanun komisyonunda ki tartışmalar sadece kriterler, beş kriterden biridir.

Ve, bence önem taşıyan diğer benim söylediğim ikisidir. Diğer dört kriter teyit ediyor benim yorumumu, bir kriter aykırı. Ama, o aykırılığın bence bir önemi taşımadı, taşıyor. Yani bence kanun koyucu, hukuka aykırılık açısından kötüye kullanma kavramını getirmekle, sınırlama yapmak istemediğini zımnen de olsa belirtmiştir. İleride doğması muhtemel, başkaca kötüye kullanmaları kabul edebiliriz şeklinde yorumlanabilir. Tasarı komisyonundaki tartışmaların o şekilde sonuçlanmış olması, bizim de o sonucu kabul edebileceğimiz anlamına gelmiyor. Ama, çok güzel bir noktaya temas ettiniz, yani çok yakın değil mi. Öyle zannediyorum, ama bu yorumumu sakatlamıyor kanımca.

Katılımcı - Ben de konuşmanız için teşekkür ediyorum. Ayrıntılara ilişkin bir çok soru soruldu, ama ben genel bir soru sormak istiyorum.

Kısaca konuşmanızın belli bölümlerinde değindiniz. Bu tekelci fiyatlandırma üzerine getirilecek denetimin “ex post” bir denetim olacağını, yani herhangi bir tekel konulan firma bu yola giderse, kurumun, özellikle Rekabet Kurumu ya da mahkemenin bunun üzerinde uygulayacağı denetim, artık olay olduktan sonra bu yolla elde edilmiş ...

Kerem Cem SANLI - ...bir yaptırım uygulaması.

Katılımcı - Bunun karşısında herhalde, regülasyon duruyor, başka bir şey göremiyorum.

Kerem Cem SANLI - Yani, “ex ante” uygulanması açısından ancak regülasyon var veya vergilendirme

Katılımcı - Bir bölümünde şeyi de değindiniz. Yani, bu denetim şeklinin ex ante bir etkisi de var, yani başlangıçta artı şey yapıyor, ama firmalar sonuçta yine bir noktada ona da temas ettiniz. Firma sonuç da bunun cezası ne kadar diye hesaplayıp, bu ex ante etkisini de ortadan kaldırılabiliyor, yani yine de bu yola gidebiliyor.

Kerem Cem SANLI - Ex ante etki şöyle azaltabilir: Birincisi, böyle bir yasağın varlığı bile ve bu sınırları belirlenmiş bir yasağın varlığı bile bir etki yaratacaktır ve bu bir ex ante etkisidir. Müteşebbis de bunu dikkate alacaklardır.

İkincisi, “Effective Punishment” yani, “Etkin Ceza”, dediğimiz olayda zaten, niteliği icabı teşebbüs bunu dikkate alamaz ex ante. Yani, ex ante dikkate alır, ama olumlu etkisi vardır, olumsuz değil. Çünkü, her zaman için teşebbüs bununla elde edeceği faydanın, tatbik edilecek cezadan az olacağını bilir. “Effective Punishment”ın anlamı, olasılık hesaplarına dayanır.

Katılımcı - Anladım. Benim sorum, bu noktada şu: “Ex ante” ve “Ex post” denetimi bir arada uygulanabilir mi? Yani, sektörün hem aynı anda regüle edilmesi, yalnız fiyat denetimlerini, fiyat uygulamasının doğrudan fiyat tespiti, maksimum fiyat tespiti, herhangi bir şekilde fiyat tespitini, sistemin dışarısına çıkartılıp, doğrudan yalnızca fiyat uygulamalarına, daha sonra denetiminin yapılması yoluna gidebilir mi, bunun örnekleri var mı? Bizim açımızdan pratik önem taşıyor; çünkü regülasyon uygulamaları öneriliyor, ama fiyata ilişkin denetimler bu regülasyon içerisinde mi yapılmalı, yoksa regülasyonu gerçekleştirecek olan idari örgütlenme dışında, Rekabet Kurumunun denetimine mi bırakılmalı? Teşekkürler.

Kerem Cem SANLI - Teşekkür ederim, çok güzel bir soru. Şunu söyleyeyim kısaca, yani, bir kere regülasyonun niteliğine bağlı bu, yani somut olayın özelliğiyle ilgili, ama genel kurallar yine de koymak mümkün. Eğer, regüle edilen piyasada, teşebbüslerin arz, fiyat veya ticarî politikalar bakımından esaslı diğer unsurları kontrol ediyorsa, yani teşebbüsün gerçek anladığımız anlamıyla bir özgürlüğü, ticarî özgürlüğü yok ise, o vakit tekелci fiyatlandırmanın kontrolünü zaten teşebbüs değil, bunu regüle eden makam yapmış olacaktır. Dolayısıyla onu uygulamayız, ama çok esnek bir regülasyon ki, ben bunun örneği var mı bilmiyorum. Aslında Amerika’da yok olduğunu söyleyebilirim, regülasyon uygulayanın. Ama, regülasyonu tanımlamak lâzım tabii, yani neyi kastediyoruz bu regülasyonla.

Katılımcı - Arz güvenliğinden tutunda...

Kerem Cem SANLI - Sadece güvenlikse örneğin, mesela sadece güvenlik standartlara uygunluk denetimi yapılıyorsa, o zaman tabii ki Rekabet Hukukunu uygularız. Ama, benim kastettiğim regülasyon, daha dar anlamıyla

yani, fiyatın kontrol edilmesi, arz miktarının kontrol edilmesi, ne bileyim çok belirleyici şeylerin kontrol edilmesi. Ekonomistler daha yetkindir bu konuda.

Katılımcı - Bu, özellikle dağıtım kanallarının önem taşıdığı sektörlerde karşımıza çıkıyor, yani biz genelde dağıtım ağlarının kullanımının...

Kerem Cem SANLI - Onlara Rekabet Hukuku uygulanabilir gibi geliyor bana, ama hepsine ben, somut olayda konuşmam uygun olur. Aksi halde çok havada kalıyor söylediklerim, ama genel prensip olarak şunu söyleyebilirim: Benim regülasyonla kastettiğim, regülasyon da çok geniş bir kavram, ama benim kastettiğim daha çok fiyat, arz, gibi parametrelerini belirleyen bir otorite var ve o otorite genelde doğal tekel özelliğinin söz konusu olduğu piyasalarda faaliyet gösteriyor. Böyle bir piyasada regülasyon söz konusu.

Tabii bunun dışındaki her piyasa, geniş anlamda regüle edilir, her piyasa. Piyasaya ilişkin çok çeşitli standartlar getirmek mümkün. .

Katılımcı - Uygulanabilir mi?

Kerem Cem SANLI - Ama, regülasyonu nasıl tanımladığınıza bağlı yani bu tamamen.

İsmail Hakkı KARAKELLE - Ben de herkes gibi teşekkür ediyorum; çok güzel bir sunuştu.

Tam kaldığımız yerde, İsmail'in sorusuyla ilgili, ben de bir düşüncemi paylaşmak istiyorum sizlerle. Tekel, çeşitli nedenlerle olabiliyor; doğal tekel olabiliyor, başta ölçek ekonomilerinin bir sonucu olarak, başka sebeplerle de doğal tekel olabiliyor. Hukukî Tekel olabiliyor. Fikri Mülkiyet Haklarına dayalı, tekel olabiliyor ve bir dizi bunun dışında başka unsurlar olabiliyor.

Siz tercihinizi söylediniz sunuşunuzda, daha doğrusu düşüncenizi söylediniz. Bu benim söylediğim, tek alternatif değildir, dediniz. Regülasyon da yapılabilir, başka şeyde yapılabilir, vergileme yapılabilir. Sizin iddianız, sunuşunuzun belki son cümlesi ve özeti, rekabet kuralları da uygulanabilir. Türk Rekabet Kanunu bakımından da 6 ncı maddede uygulanabilir. Benim de fikrim, evet uygulanabilir. Hem yıkıcı fiyat anlamında, hem de aşırı fiyatlandırma anlamında uygulanır.

Fakat, siz ondan sonra Türkiye'ye dönüp, bir anlamda öneriler, tavsiyelerde geliştirdiğiniz için, oradan da cesaret alarak bende, yapılabilecek şeyler bakımından, pratikten çıkardığım bazı sonuçları paylaşmak istiyorum sizinle ve arkadaşlarımla.

Doğal tekel de ve hukukî tekelde, aşırı fiyatlandırma olması halinde bunu rekabet otoritesinin soruşturup da ortaya çıkartmasının güçlüklerini sizde söylediniz, açık yüreklilikle. Maliyet meselesi ciddi sorunlar ortaya çıkarıyor. Bizim meslek personeli arkadaşlarımız, sorularıyla dile getirdiler. Biz, şu anda yaşıyarak da biliyoruz onu, yani o çok güç bir iş.

Bir, yürümekte olan bir dosya için konuşmayacağım. Hayali bir örnek üzerinden konuşacağım. Siirt ilinde Hıfzısıhha Kurulu oturuyor diyor ki; “bundan sonra buraya kömürü -sağlık nedenleriyle hukukî tekel yaratıyor yani açıkçası-bundan sonra kömürü, “Selko” diye bir, belediyenin şirketi var -Siirt Belediyesinin kurduğu, “Selko”- bundan sonra kömür getirecek, yalnızca o dağıtacak, çünkü halk sağlığını doğrudan ilgilendiren bir şey. Aksi taktirde hava kirliliği oluyor”

Bunu diyor, fakat noktayıda koyuyor. Ondan sonra fiyata karışmıyor. Şimdi, öyle bir hukuki tekel ki, başka hiç kimse satamıyor oraya, sadece “Selko” satacak. Dolayısıyla kömürde, talep eğrisi bir hayli düşük eğilimli bir eğri. İhtiyacı olan almak zorunda. Siirt, soğuk bir bölge. Doğalgaz gitmemiş, halk kömürü almak zorunda.

Yani, siz elinizde bir hukukî tekel yaratıyorsunuz, devletin bir organı bir hukuki tekel yaratıyor, ama fiyat serbestisi veriyor. Ondan sonra, bir aşırı fiyatlandırma olduğu zaman, rekabet otoritesi soruşturacak ve aşırı fiyatı belirlerse, o labirentlerden, maliyet labirentlerinden geçerek soruşturarak belirleyecek.

Bundansa, Hukuk Politikasından söz ettiğiniz için söylüyorum. Orada, sağlık nedenleriyle o hukukî tekeli yaratan irade ve aynı zamanda o teknik fiyat anlamındaki regülasyonu da yapsa şu fiyattan da satacaksın dese. Bunu, sadece rekabet otoritesinin üstünden birtakım yükü almak bakımından değil, özellikle konuya ilişkin mühendislik vesaire teknik bilgileri bakımından gerektiriyor olmaları, o alanı kim regüle ediyorsa, tercihen doğal tekelde ve hukukî tekelde bunu o birimin yapmasında fayda var.

Kerem Cem SANLI - Aynı kanaattayım, katılıyorum. Çok önemli bir nokta. Ben, tabii konuşma sırasında her konuya değinmek mümkün olmuyor. Ekleyeceklerim de vardı. Hukuk politikası derken, kanun koyucunun tercihi açısından, şüphesiz rekabet hukuku ideal bir vasıta değil, ben onu iddia etmiyorum. O anlaşılmış zaten her halde.

Türkiye'nin özel şartları, nedeniyle bu hukuku uygulamak durumunda kalıyoruz gibi bir şey ortaya çıkıyor ve o açıdan da yerinde, ama tabii ki Hukuk Politikası açısından regülasyon bazı piyasalar bakımından tercih konusu olmalı. Regüle edilmesi gereken piyasalar sanırım bilimsel olarak tespit edilebilir. Özellikle doğal tekel özelliği taşıyan piyasalar mesela regülasyona daha müsait.

Esasen Türkiye'de öyle bir eğilim başladı gibi geliyor bana. Çeşitli üst kurullar kurulmaya başladı ve bu üst kurullar piyasayı yönlendiriyor. Sadece maliyet analizi değil, yani piyasanın kendi özellikleri var ki, bunları Rekabet Kurumunun çok iyi kavranıp ona göre çözümler getirmesi, olağanüstü bir maliyet.

İsmail Hakkı KARAKELLE - İzninizle, tekrar arkadaşımızdan müsaade isteyip bir örneği daha sizle paylaşmak istiyorum.

Devletin elindeyse, durum farklı, doğal tekel alanı. Özel bir firmaya devir yapılmışsa doğal tekel alanı, karşımıza ne çıkıyor o zaman? Düzenlenmiş tekel çıkıyor.

Şimdi bakın bir örnek, İstanbul Şehir Hatları, Denizcilik İşletmelerinin şehir hatları özelleştiriliyor. Denizcilik İşletmeleri, iki yaka bakımından, gidiş-geliş bakımından bir tekel karakteri arz etmiyor. Bir defa, karayoluyla alternatifi var, ayrıca da başka teknelerle vesaireyle gidip geliniyor. Ama, Adalarla, İstanbul merkezine gidiş-geliş neredeyse bir doğal tekel karakteri arz ediyor ve orada eğer, bunu siz özel tekele verdiğinizde, özel kuruluşa verdiğinizde, az önce söylediğim o Siirt örneğindeki, "SELKO" kömür şirketi örneğinde olduğu gibi, fiyatı da serbest bırakırsanız Adalarda ki, orta ve dar gelirli yurttaşlar merkeze gelemeyiz, şehir merkezine gelemeyiz. Çok yükselir fiyat; çünkü doğal tekel karakteri var.

Tüketiciyi gerçek anlamda korumak, gelir dağılımı vesaire dediniz ya, hem de tam o kaygılarla, halka da ilan ederek yapmalı. Doğal tekelerde de aynı, hukukî tekel gibi örneği var.

Kerem Cem SANLI - Evet. Bence zaten, ilk temel prensip şu olmalı devlet mekanizmasında: Bir kere, devlet hukukî tekel yaratmamalı, doğal tekel

özelliği göstermedikçe ilgili piyasa. Yani, veya başka böyle, yani kamusal sebepler olmadığı sürece. Bunlar olmadığı sürece yaratmamalı, ama devlet yaratıyor.

Ben, hatta çalışmama şunu yazmıştım, Türkiye piyasa şartlarından, neden fiyatın düzenleyici veya düzeltici olamayacağına ilişkin yazarken Devletin yok yere tekel yaratması demiştim. Sonra ifadeyi fazla buldum da, “yok yere”yi attım, ama doğru. Yani, devlet, tekel yaratıyor. Hiçbir bilimsel geçerliliği yok. Sadece keyfi ve böyle bir şey yaptığımızda, bunun fiyatları da serbest bıraktığımızda, ki doğal tekelerde de aynı şey olabilir, ama hukukî tekeller de, doğal olmayan hukukî tekelerde iyice oluyor, istediğini yapar tekel. Hiç müdahale imkanı yok, ama 6’ncı maddeyi biz uygulayabilirsek, ki uyguluyoruz, bunlara müdahale ederiz ve bence bu yerinde bir vasıta, diyorum. Sağ olun.

Nuran BELET - İsmim Nuran Belet, Gazi Üniversitesi İktisat Bölümündenim. Hukukçu değilim. Dolayısıyla, bazı kavramlar, bende de, sizde iktisatçı değilim ifadesiyle. Ben de, hukukçu değilim diyorum ve bir-iki şeye böyle değinerek, sizinde açıklamalarınızla bende bir katkıda bulunmak, elimden geldiği kadar çalışacağım.

Şimdi, Beyefendinin söylediği bir şey çok doğru. regülasyon ama kime, hangi tarafa, artı bu pozitif bir sosyal dışsallık yaratıyor mu? Şimdi bu çok önemli.

İki, önce şöyle bir teorik olmayan, ama iktisatçıların çok tartıştığı bir şey var, 80’lerden sonra. Piyasaların, artık aksak rekabet piyasalarına dönüştüğüyle ilgili ve bu tekel durumu pek rahatsız etmiyor, ülkeleri, durumuna göre. Nasıl? Gelişmekte olan ülkesiniz diyor, tipik örneği Asya’dır ... piyasalar yapılanıyor deniyor. Burada piyasalar yapılanırken bazı düzenlemelerde, Devlet, “.....development” dediğimiz devlet, piyasa dostu ancak müdahaleci olan yeni bir tanımdır. Müdahaleci olan, piyasayı, piyasa dostu şeklinde düzenleyecek uygulamalara gider. Burada Asya örnekleri var.

Artı, şimdi bu önce şu şekilde ilgili bir şey söyleyeceğim. Teorik kitaplarda çok basit tanımlar, hiç teorik açıklama yapmayacağım. O anlamda değil şeyim. Bir de, “Dirsekli Talep” diye bir monopol modeli vardır. Kayıptır talep eğrisi, maliyeti bilemezsiniz, yani firma bile karışır bazen. Dolayısıyla, burada fiyat dediğiniz şey, sıkıntı. Sizin o, aşırı dediğiniz, “aşırı” dediniz ya biraz önce. Sıkıntı. Fiyatlama zaten bir sıkıntı, ama, ama aşırılıkta ki sıkıntı şu: Özellikle rekabetle ilgili bir sıkıntı var şöyle: “... Piyasalar” diye yarışılabilir

piyasalar diye, aksak rekabet piyasa türü var. Bu piyasanın özelliği, giriş maliyetleriniz çok yüksektir, çıkışınız çok kolaydır. Özellikle havacılık sanayinde tipik örneğidir bu. Uçak üreten firmalar, işte bu hizmetleri veren firmalardır.

Şimdi, buradaki fiyatınız, kıyaslarsanız, buna benzer hizmetlere göre, giren firma için yüksektir. Sizin ifadenizle “aşırıdır”. Biz görelî fiyat diyoruz, siz aşırı diyorsunuz. Aynı şey nihayetinde. Aşırıdır. Siz bu aşırı fiyata, tekeli fiyat dersiniz, ben tırnak içinde bunu yani, doğru ya da yanlış yargısı yüklemiyorum, yükleyebiliriz aşırı çünkü. Buna, tekeli fiyat dersiniz ve hukukî düzenlemelerle burada kısıtlayıcı, düzenleyici, denetleyici demiyorum, kısıtlayıcı ve düzenleyici önlemlerle durdurursanız, kalırsınız bir noktada; teknolojidir çünkü. Teknoloji, çok çabuk demode olan, heterojen özelliği çok fazla olan, saydam yanının dışında görünmeyen, rakip olan kısmı var.

Şimdi, böyle bir sorun var, bu rekabetçi fiyat konusunda, tekeli fiyat konusunda. Yani, siz kötü niyetli olmasanız bile girdiğiniz piyasanın maliyetleri yüzünden, çünkü “Arya Maliyetleri”, Amerika’da falan biliyorsunuz çok yüksektir. Laboratuvar koşullarında denerler, vesaire. İyi bir parada ayırırlar. Fiyatlama konusu ciddi bir sıkıntıdır; çünkü, kişinin oturup da beyin gücünü fiyatlayamazsın, ama bunun dışında fiyatladığınız maliyetler de var.

Dolayısıyla, eğer piyasanız yeni şekillenen ya da yeni bir ürünle şekillenebilen bir piyasa ise, burada yenilik kavramı vardır ve hatta “Schumpeter” de bu yaratıcı tahrip gücüdür. Tahrip eder. Piyasaları, düzenlemeleri tahrip eder, kurumları tahrip eder; ama bir yenilik getirir nihayetinde. Dolayısıyla, orada kavga ettiğiniz şey, belki sizin kendi yarattığınız gölgenizdir.

İki, şeyle ilgili bir şey söylediniz. İki okul tartışır dediniz. İşte o, teorikte neo-klasik okul ile işte onun karşıtı olan okuldur. Ama, orada şöyle bir sıkıntı vardır: Tam rekabet piyasası söylediniz biraz önce. Fiyat vardır, işte ölçek problemleri vardır, ancak artık ölçeği gören artan getirilerin dışsallıkların olduğunu, pozitif dışsallık çok önemlidir ve beşerî sermayenin çok önemli olduğu, artık makinaları yaratan insanların eğitildiği, makinaların değil, yaratan insanların üretildiği ve bunun fiyatlandığı, dolayısıyla tam bilginin değil, yani tam doğru bilginin değil, asimetric bilgi dediğimiz insanlar, bir teknolojiyi bundan çok para kazanmak için AR-GE yatırımıyla destekler ve üretir.

Onun için para yaratır ve dolayısıyla piyasayı bozar. Yani, piyasayı tekeli konuma getirir. Tam rekabet konumuna yakın bile olsa. Dolayısıyla, her

tekelci, siz ülke koşulu diyorsunuz ama, ülke koşulunun dışında, ürününde, sektöründe çok önemli bir payı var.

Geçen ben bir konferanstaydım. Kapasite kullanım oranları ve sektörel analiz yapılıyordu. Türkiye rekabeti açısından, iki sektör çok önemli. Bunlardan birincisi, gıda sektörü, rekabet gücünde yüksek bulunmuş. İki, hesaplamışlar ama orada şüphemiz var, ama, iki; dokuma.

Ben sordum. dokuma dedim, hani, emek yoğun. Hayır, dediler. Alt sektörler itibariyle baktık ve emek yoğun değil, bilgi yoğun özelliktedir. Tezgâhların dizaynı, orada fark ediyor dediler.

Gıda, zaten biliyoruz teknoloji, ama ben şunu da biliyorum: Gıda sektöründe Rekabet Hukuku davaları var. Gıda sektörü de, bizim, yani rekabet açısından ileri bir sektörümüz. Türkiye açısından bakarsanız işte, 2000 yılı Rekabet Raporuna baktım ben, dünya şeyinin, internetten. 98’de 43 üncü; 99’da 42 nci; 97’de 47 nci durumdayız, rekabet anlamında.

Arkadaşlar yanlışsam düzeltebilirler, daha çok profesyoneller. Ancak, birinci sırada Singapur, ikinci sırada ABD geliyor. Yerleri değişiyor, ama ikisi var.

Singapur piyasası dediğimiz, Doğu Asya Piyasaları, devletin bozucu müdahalesinin çok olduğu. Bazı alanlarda rekabeti ve katı rekabeti, yerel piyasayı yarattığı bir “case” yani.

Şimdi öyle olunca, iktisatta şöyle bir şey var: Teori denilen bir şey de var, yani bu tekel savaşlarına göre. İki, asimetrik bilgi diyoruz. İşte Sosyal adalet dediğiniz gelir dağılımı, şöyle bir şey de söylüyorlar, katılıp katılmama anlamında bir yorum söylemiyorum: Ben diyor, uzun vadede bu piyasayı düzenleyip, bunu getirip, benim de bir yarış içine girmem lâzım; çünkü artık izleyen ülkeler var, lider ülkeler var, bir öncü sektörü yaratmam lâzım. Atıyorum, gıda sektörü öncü bir sektör. Ama, en çok belki, çoğunlukla davalara konu olanda sektör. Dolayısıyla, biraz böyle kötü bir alanda oynuyoruz. Yani, ayaklarımız böyle çok kötü bir yerde, çok zemin, çok kötü. Niye kötü? Hukukçu olarak, siz tabii ki bu düzenlensin diyorsunuz. Buna bir şey getirilsin, fiyat...

Vergi dediniz, benim tüylerim diken diken oldu, neden? Vergi düzenlemeleri genelde, biraz böyle ne deyim, zorunludur. Ödemek de zorunluluk

vardır ve bunun tüketiciye yansımaları bazı durumlarda çok kolaydır. Yani, siz onu bir yerde değindiniz aslında.

Kerem Cem SANLI - Maliyete.

Nuran BELET - Tabii, yani nereye gideceği önemli. Onun yerine, sanki bana, vergi yerine bu düzenlemeler yapılırken, özellikle sektörel bazda, bazı temel performans kriterlerine bakılarak, ceza ya da mükâfatlandırma da olabilir; çünkü ilerde bir performans artışı yapacaktır firma bazında, ülke bazında. Böyle bir düzenlemeye gidilmesinin daha faydalı olacağını, artı teknelci fiyat konusunda bir sıkıntı şu: Şimdi, teknelci fiyat dediğimiz zaman, tekeli neye göre tanımlıyorsunuz?

Bir, kavramın bir genel açıklaması var, ama bakış açısı. Siz hukukçu gözüyle bakıyorsunuz, ben iktisatçı gözüyle bakıyorum. Nedir tekel? Bir ona bakmak gerekiyor.

İki, Regülasyon konusunda da benim bir sıkıntı, bir de taraflı. Beyefendinin verdiği örnek de, fiyat konulmamış dediniz, düzenlemede. Oradaki fiyat farkı, mahalli idareye kalıyor zannediyorum, değil mi?

Nuran BELET - Hayır, hayır. Satıyor ve ama satan Belediye nihayetinde. Gelir oradan bir pay alıyor. Şimdi, Türkiye’de şöyle bir şey de tartışılıyor: Mahalli İdareler Kanunu var, çıkmıyor adam, yani diyor ki yönetici, “ben de böyle yaparım” diyor. Buna tekel diyoruz, gelir gösteriyor. Yasalarda işte tanımlar veriyor. Dolayısıyla, bana böyle teknelci fiyat dediğimiz zaman, bir; iyi bir piyasa analizi yapmamız gerektiğine inanıyorum, ama piyasa analizi yapılırken, şimdi iktisadın teorik de yetersiz, pratik de yetersiz kaldığı şeyler olduğu kadar, çok tanımlı şeyleri de var. Çok iyi analiz araçlarımız var bizim, yani biz sektör raporları çıkartırken, şu sektörü durdurun diyebiliyoruz, diyebiliyoruz yani, bazen yüzde yüz değil, anlamında hata payları vardır, o aralıklar vardır. Ama dolayısıyla, önce, önce bir planlamayla bunu ortaya koyup, hukuki düzenleme yapılırken, sanki...

Kerem Cem SANLI - Bundan faydalanmak gerekir.

Nuran BELET - Evet. Çünkü, ben yani, işte örnek olarak dediğim gibi, Hava Sanayiinde, askerî harcamalarda, yüksek teknoloji gerektiren tekel durumunda olan yatırımlar, harcamalar. Bunu, teknelci fiyat konumuyla, tanımlamasıyla sıkıntıya sokulabilir.

İki, Rekabet Kurumuyla ilgili bir şeyim var benim. Bu anlamda, Rekabet Kurumunun ben, inanılmaz zor bir işi yapmaya çalıştığına inanıyorum. O yüzden çok da saygı duyuyorum.

Zorluk şu: Zannediyorum, kurumsal düzenlemeyle beraber, piyasaları da bu şekilde, terbiye etme değil, terbiyeyi tırnak içinde “SchummPeter”in o yaratıcı tahrip gücü gibi düz görüyorum. Şu anlamda piyasalara da, işleyiş anlamında, ajanlar anlamında, iktisadi bilimler anlamında sinyaller verip, düzenlemeyle çalışıyorsunuz.

Hem hukukî ayağı olan, hem iktisadî ayağı olan ve birbiriyle çok çatışan şeyler bunlar, yani bir adamı, ben yolda çevirip, soyabilirim, öldürebilirim, parası için. Bu benim refahımı arttırabilir, ama hukuken birisini öldürüyorum nihayetinde.

Dolayısıyla, böyle ayağı, sakat bir ayak olan, böyle bir düzenleme içerisinde, bilemiyorum yaptırım güçlerinizi, cezalarınız falan var ama, yasal anlamda, taraflara regülasyon düzenlemelerinde, danışmanlık ama yaptırımlı bir danışmanlığınız varsa ve böyle bir rolü de üstlenebiliyorsanız, çok güzel. Ama, bunun dışında gerçekten önemli bir kurumsal, kurumsal görevi yerine getirdiklerine inanıyorum.

Son bir şey var. ABD ile ilgili bir sorum olacak benim size. Orada, tekelle ilgili dediniz, mahkemeler dediniz, zannediyorum ilgilenmiyor dediniz.

Kerem Cem SANLI - Tekelci fiyatlandırmayı..

Nuran BELET - Beni yanlışsam düzeltin lütfen. Orada zannediyorum, ihtisaslaşmış mahkemeler var, yani biz...

Kerem Cem SANLI - Ama, ne konuda olduğuna bağlı...

Nuran BELET - Tekelle ilgili, iktisatçı boyutunda söylüyorum yine. Bir fiyat oluşumunda eğer bir tekel oluşuyorsa piyasada ya da oluşturulacaksa, giriş, çıkışlarla. Bir Kurul var. Bu Kurul fiyat belirlemiyor, fakat oyunun kurallarını belirliyor. Bu oyun içinde, bu kurallar içinde “tekel rolünü oyna” diyor. Dolayısıyla, ben çok kaba tanımlarla söylüyorum, siz düzeltin yine. Dolayısıyla, bazen mahkemelere çok büyük şeyler olmadıkça iş düşmüyor.

Şimdi, ben bizim Türk Hukuku sistemi ile ilgili söylüyorum. Özellikle, bu tekeli firmalar, bunların fiyat yapılarıyla ilgili, vesaire konularla ilgili, mahkemeler de bilirkişilik anlamında, yani uzmanlık mahkemeleri, ama onları da gene İhtisas Mahkemelerini yine tırnak içinde söylüyorum ben, orada biraz sıkıntı var. Bu anlamda ticarî ya da hukukî belki vardır, siz bizi aydınlatırsınız ama, ticarî düzenlemeleri olan ve hukuk şeyi içerisinde, çerçevesi içinde olan kurumlar ya da mahkemeler olduğunu sanmıyorum. Yani bir firmanın, rekabet koşulları yaratıp, piyasalara vesaire etkiler yarattığı ile ilgili mahkemeye konu olduğu zaman, bunu gerçekten konunun ihtisası ile değerlendiren hakim, savcı, hukukçu deyim.

Kerem Cem SANLI - Amerika için konuşuyoruz değil mi?

Nuran BELET - Türkiye için söylüyorum. Amerika için böyle bir Kurulun olduğunu ve bunun çalıştığını söylüyorum ben. Türkiye için, böyle bir Kurulun olmadığını biliyorum ben. Olmadığını biliyorum, yani, hukukçu tanıdıklarından. Dolayısıyla, bizim yaptığımız biraz kör dövüşü gibi geliyor.

Kerem Cem SANLI - Evet, bir anlamda denebilir ama, yani ben sizin söylediklerinize hemen hemen

NURAN BELET - Yani, son bir şey söyleyeyim. Dolayısıyla tekeli fiyat konusunda, bence birazcık böyle esnek olmalıyız. Esnek, yani dirsekli talep yapısı varsa, nasıl bileceksiniz oradaki fiyatı?

Kerem Cem SANLI - İşte o zaman ekonomistlerden faydalanmak gerekiyor.

NURAN BELET - İşte orada da muallaklık var.

Kerem Cem SANLI - Şüphesiz. Diyorum ya her şey tartışmalı diye. Benim savunduğum görüş kısaca şu : 6. maddeyi uygulamak çok sınırlı hallerde mümkün zaten. Her zaman değil ve biz bunu uygularken piyasa analizi yapmadan, ekonomik analiz yapmadan uygulayamayız. Böyle bir şey yok. Ben sadece genel çerçeveyi çizdim, yani kanunun getirdiği sistem açısından, nasıl bir yorum yapılabilir?

Ve yine hukuki eleştiriler ve işte, hukukçular tarafından dikkate alınan ekonomik eleştirilerin, Türkiye bazında nasıl cevaplanabileceğine açıklamaya

çalıştım. Sizin dediğimize katılıyorum, yani Türkiye’de, ... şu andaki sistem ideal falan değil.

Amerika’daki uygulamaya bakarsak, mahkemeler boyutuna ilişkin olarak, rekabet hukuku orada normal mahkemeler tarafından uygulanıyor. Yani bu hukuku uygulamak amacıyla kurulmuş ihtisas mahkemeleri yok. Nitekim performans kontrolüne yol açan yorum, belki de bu nedenle Amerika’da rağbet görmemiş. Bu zaten ben tebliğimde de belirttim. Meseleye regülasyon açısından bakarsak, durum daha farklı. Bir kere regülasyon doğal olarak bağımsız idari kurumlar tarafından yapılıyor. Fakat pek tabi ki bu kurumların tasarruflarına ilişkin hukuki denetim söz konusu. İşte bu regülasyonu yapan idarî makamın fiyat tespitine ya da efendim başkaca tasarruflarına itiraz oluyor mesela. Bunlar her zaman denetime tabi. Şüphesiz bu konunun detayına girmem söz konusu değil zira bu konuda etraflıca bir çalışma yapmadım.

H. Baha KARABUDAK - Birincisi, öyle sanıyorum ki, bu fiyatlama konusunda fazla bir şey yapmıyorlar derken -Baha Karabudak, Rekabet Kurumu- özellikle işin bir de tarihsel boyutu var. Çünkü, vakti zamanında çok fazla şey yaptılar. Yani, firmalar bilmem kaç parçaya bölündü, yani tekeli fiyatlamaya yaptıkları için. Daha doğrusu, tekeli güçlerini işte kötüye kullandıkları için. Bu kötüye kullanma, insanları mesela dövmek yoluyla olmadı. Daha çok, daha çok fiyatlama yoluyla oldu ve yıllar boyunca 70’lere kadar “yaklaşım” ya da “paradigma” değişinceye kadar, bu böyle devam etti.

Şimdi, paradigma değişti. Ortalıkta bir “Standart Oil” falan gibi, böyle bir gerçekten Tröst deyince akla gelen bir şey de kalmadı. En azından, akla gelmemeye mümkün olduğu kadar dikkat ediyor bu konuma yakın bulunan kuruluşlar. Fakat, olayın bir tarihsel boyutu var, yani iş sizin söylediğiniz, betimlediğiniz şekle kendiliğinden ve başlangıçta zaten ulaşmış değildi. Bu, çok uzun bir antitröst mücadelesinden olduğu kadarıyla sonuçlarından bir tanesi. Bunu dikkate almak da fayda görürüm.

İkincisi, tekeli fiyatlamaya deyince, çok öyle afakî bir şeyden de esas itibarıyla bahsetmiyoruz. Bunun tezahür şekilleri var. Birincisi, mesela ilk akla gelmesi gereken bence, özellikle bir tekelin tüketici fazlasının tamamına el koymayı amaçladığı fiyat ayrımcılığı politikasını yürütüyor olmasıdır. Bu ortadadır ve tabiri lütfen af buyurun, “kabak gibi ortadadır” yapmaya kalktığı taktirde, yakasına yapışmamanız diye bir şey söz konusu olamaz. İkincisi, temelde tekeli fiyatlamaya eğer, bu kadar çok belirgin bir durum ortada yoksa, başka hiçbir

çare yoktur, maliyetlere göre ve karşılaştırma yoluyla ölçmek durumunda olduğunuz bir şeydir.

Şimdi, kuşkusuz maliyetler, çetrefil bir nesnedir analiz açısından. Özellikle de söz konusu kuruluş, eğer çok ürün üreten bir kuruluşsa, homojen olmaktan uzaksa, en azından ürettiği ürünler, başınız gerçekten dertte olabilir. Fakat bu durumda bile, bu durumda bile “Cansistınd” anlamında tutarlı bir maliyet yapısı çıkarmanız mümkündür. Burada önemli olan şey, “Perfect”, mutlak bir şekilde doğru bir maliyet yapısı çıkarmanız değildir orada yani. Karşılaştırmanıza imkân verecek, imkân verecek ve eğer hata yapıyorsanız belli kalemlerde, o hatayı “Cansistınd” bir şekilde tekrarlıyor olmanızı sağlayacak bir ölçü ortaya koyabilmenizdir. Çünkü, burada maksudınız, belli bir sapmayı ölçmektir. Ondan ötürü, ölçünün hassasiyeti, ölçünün nirengi noktasının iç yapısının nasıl işlediğine dair çetrefil bir analizle ortaya çıkartılacak bir expose değil burada. Burada karşılaştırmaya imkânı verecek “” anlamında tutarlı bir maliyet yapısı, ki bu imkânsız bir şey değil. Bu yapılabilir.

Üçüncüsü, bu maliyet yapısına bakarken, örneğin, eğer karşınızda tekel olma suçlamasıyla karşı karşıya ya da tekelleci güç kullanımı ya da hakim durumu kötüye kullanma iddiasıyla karşı karşıya bulunan kuruluş, size şunu demonstrate edebiliyorsa, ben piyasayı delmeye çalışıyordum ve benim çok ağır “...cost”larım vardı; çünkü bir dizi batık maliyet, işte reklamlar açısından ve başka bir dizi açıdan daha göğüslemek durumundaydım ve haliyle bu benim maliyet yapımı işte şu şekilde görüldüğü gibi kabarttı, diyebilir. Bu geçerli bir savunmadır.

İkincisi, ben burada, ayrıca bu tür reklam gibi batık maliyetlerin yanı sıra çok ciddi bir araştırma geliştirme; Patent, Lisans, Know How anlaşması yapmak durumunda kaldım ve canıma okundu. Bunun maliyetlerin içindeki payı da şekilde görüldüğü gibidir dediği anda, burada siz adamın yakasına yapışmazsınız, eğer hakikaten ciddi bir şey söylüyorsa. Yapışmışsanız da bırakmanız icap eder. Çünkü, sorun nedir? Sorun, hakim bir durumun ortada bulunup bulunmadığıdır bir. İkincisi, bu hakim durumun kötüye kullanılıp, kullanılmadığıdır. Sağ olun.

Kerem Cem SANLI - Çok teşekkür ederim, yorumlarınız için. Zaten, ben de hesaplanabileceğini, yani birtakım tekniklerin bulunduğunu, araştırmam sonucu tespit ettim. Yani, bu konuda tamamen çaresiz değiliz, amaçladığımız da makul kâr oranı tespit etmek değil, amaç sosyal maliyeti hafifletmek mesela,

Nuran BELET - Tespit durumu, bazı durumlarda o kadar kolay değil. nasıl? Çok canlı bir örneğini vereceğim. Türkiye’de beyaz eşyayla ilgili. Birkaç sektör raporu çünkü şey yapıyorum, şey olarak bakıyorum.

Yok, sadece bir şey soracağım. Tespit o kadar kolay değil. beyaz Eşyada örnek veriyorum. Bir firma, Türkiye’de büyük bir firma, beyaz eşyada söz sahibi bayilerine şöyle bir şey söylüyor: Eğer benim diyor, bu otomotiv için geçerliydi, hatta dava hâlâ görüşülüyor biliyorum ben Rekabet Kurumunda, yazılı hiçbir şey yok. Sözde şunu söylüyor, “benim, eğer ürünlerimle ilgili, benim ürünlerimde tamir vesaire yedek parça, yani aksamda, benim şeylerimi kullanmazsan, direk benden aldığın ürünleri, sana gecikmeli diye ürünleri tespit ederim.”

Evet, şu anda var. yazılı hiçbir şey olmadığı halde, kötüye kullanma var. Bunu şikayetiyle hemen devlet ya da ilgili birimler yakasına yapışabilir diyoruz, ama yazılı hiçbir şey yok, sadece beyan var; artı korkutma falanda olabilir. Çünkü, birebir anketle biz çalıştık, bu konuyla ilgili değildi ama sektörün durumuyla ilgiliydi ve şahısların hepsi, “biz böyle bir şey yapamayız şimdi, dururuz” dedi. Zaten kriz var, artı şunu söyledi: “İlgili dönemde mal vermediği zaman, ekonomide kriz olduğu döneme getiriyor.” İşte diyor ki, üretimi durdurdum vesaire diyor. Dolayısıyla, her zaman öyle tespit olmuyor. Tespit olmadığı zaman işte, hakim durumu kötüye kullanma daha da ağırlaşıyor, ama tespitiniz var, durdurursunuz müdahale edersiniz. Yani, böyle bir sıkıntı da var, bu tekel durumunda.

Kerem Cem SANLI - Evet, doğru.

Nuran BELET - Teşekkür ederim.

Kerem Cem SANLI - Yani, her zaman, ben tekelci fiyatlandırmaya ilişkin çok önemli bir tespit sorunu yaşanmayacağını özellikle şu açıdan söyledim. Tekelci fiyatlandırmadan önce tekel konumunu bir kere tespit etmek, giriş engellerinin varlığını iyice belirlemek, fiyatın aşırılığını saptamak gibi, birtakım koşulların yerine getirilmesi gerekir. Bu açıdan, her aşırı fiyatlandırma uygulamasının rekabet hukukunun kapsamına girmesi gibi sorun yok. Fakat bu kriterlerin veya şartların somut olaya uygulanmasında sorunlar yaşayabiliriz.

Oturum Başkanı - Ben, Sayın *Sanlı*’ya bize verdiği bilgilerden dolayı tekrar çok teşekkür ediyorum.