

Hukuk Bülteni

Rekabet Hukuku | Şubat 2020

REKABET KURULU'NUN SAHİBİNDEN'E YÖNELİK AŞIRI FİYATLAMA KARARI İPTAL EDİLDİ

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 6. maddesi belirli bir mal veya hizmet piyasasında hâkim durumda olan bir teşebbüsün bu gücünü kötüye kullanmasını yasaklamaktadır. Rekabet hukukundaki en tartışmalı kötüye kullanma hallerinden biri olan aşırı fiyatlama, Rekabet Kurumu tarafından bir ürünün ekonomik değeri ile fiyatı arasında makul olmayan düzeyde bir farklılığın bulunması olarak tanımlanmaktadır.¹

1997-2017 yılları arasında Rekabet Kurulu ("Kurul") aşırı fiyatlama iddialarını incelediği toplam 14 kararının sadece ikisinde ihlal tespitinde bulunarak para cezası uygulamıştır.² Kurul'un geçmiş kararları uyarınca, aşırı fiyatlama yalnızca (i) piyasaya yeni girişin mümkün veya olası olmadığı ve (ii) buna bağlı olarak piyasa mekanizmasının fiyatı kendi kendine düzeltemeyeceği durumlarda ihlal olarak değerlendirilmiştir³. 2018 yılında ise aşırı fiyatlama, Sahibinden kararı⁴ ile tekrar gündeme gelmiştir. Bu karar hem dijital platformlarda hâkim durum tespitinin unsurları hem de aşırı fiyat ihlalinin unsurları bakımından Kurul'un yerleşik yaklaşımının önemli ölçüde değiştiği bir karar olmuştur.

¹ Rekabet Terimleri Sözlüğü, Rekabet Kurumu

² Harun Gündüz, Rekabet İhlallerine İlişkin Soruşturmalar ve Para Cezaları: Rekabet Kurulu'nun 20 Yılıın Bilançosu, s. 66

³ Örneğin, Kurul, 6 Nisan 2001 tarih ve 01-17/150-39 sayılı Belko kararında Belediyenin Belko'ya bir tekel hakkı sağladığını kabul etmiş, 4 Kasım 2009 tarih ve 09-52/1246-315 sayılı Tüpraş kararında ise yüksek giriş engelleri nedeniyle Tüpraş'ın hâkim durumunun tartışmasız olduğuna kanaat getirmiştir.

⁴ Kurul'un 1 Ekim 2018 tarih ve 18-36/584-285 sayılı kararı

Sahibinden Kararı ve Yeniden Değerlendirilmesi Talebine İlişkin Karar

1 Ekim 2018 tarihli kararı ile Kurul, Sahibinden'in (i) emlak satış/kiralama hizmetlerine yönelik online platform hizmetleri ile vasıta satış hizmetlerine yönelik online platform hizmetleri pazarlarında hâkim durumda olduğuna ve (ii) emlak satış/kiralama ve vasıta kiralama pazarlarında hizmet veren kurumsal müşterilerine aşırı fiyat uygulamak suretiyle hâkim durumunu kötüye kullandığına karar verdi. Bu karar sonucunda Sahibinden'e 10 milyon TL'yi aşan bir idari para cezası uygulandı.

Kurul'un aşırı fiyat kararlarında tekrar ettiği "*tekel veya yüksek giriş engelleri ile korunan tekele yakın pazar gücü*" kriterinin Sahibinden kararında yer almadığı görülmektedir. Sahibinden'in çok taraflı bir platform olması ve ağ etkileri nedeniyle bu kriterden vazgeçildiği düşünülebilecek olsa dahi, Kurul'un 2012 tarihli kararında⁵ yine çok taraflı bir platform olan Biletix hakkındaki aşırı fiyatlanma iddiaları incelenirken Biletix'in "*geçici olmayan ve aşılabilir pazara giriş engelleri sonucunda ortaya çıkan mutlak tekel*" konumunda olmadığı tespitinin yapılmış olması, Kurul'un aşırı fiyat incelemelerinde çok taraflı platformlar bakımından bir ayrıma gitmediğini göstermektedir. Sahibinden kararında ise Kurul, aşırı fiyatlanma ihlal türü bakımından platform iş modelleri özelindeki yaklaşımını değiştirmiştir.

Kararda Sahibinden'in pazar gücü değerlendirmesinde, hizmet sunduğu emlak satış/kiralama hizmetleri ve araç satış hizmetleri pazarlarında hem ilan verenlerin hem de ilan arayanların bir platforma bağlı kalmayıp birden fazla platformda ilan verme/arama eğiliminde olmaları (multi-homing) dikkate alınmamıştır. Aksine birden fazla platformda yer alma maliyetinin (multi-homing cost) Sahibinden'in pazar gücünü arttırdığı tespitinde bulunulmuştur. Ancak bu tespit dayanağı kararda açıklanmamaktadır. Bununla birlikte, emlak satın alma/kiralama'nın tüketici bütçesi içindeki payı ve önemi birden fazla platformda arama yapmayı; emlak satış/kiralamasından alınacak komisyonun emlak komisyoncusunun geliri içindeki payı ve önemi de emlak komisyoncularının birden fazla platforma ilan vermelerini gerektirebilmektedir. Multi-homing'in yaygın olduğu platform iş modellerinde platformlar arasında rekabetin, single-homing'in (tek platform kullanımının) yaygın olduğu modellere göre daha yüksek olduğuna ilişkin ekonomik literatürün göz ardı edilmemesi gerekmektedir.⁶ Pazarın önemli dinamiklerinden olan multi-homing kavramının Sahibinden kararında yeterince yer bulmadığı söylenebilir.

Aşırı fiyat tespitinde Kurul, Sahibinden'in geçmiş ve güncel komisyonlarını incelemiş ve komisyon artışlarının yüksek oranda olduğunu belirtmiştir. Ayrıca Sahibinden'in rakibi niteliğindeki diğer platformların ilan verenlerden aldıkları ücretler ile Sahibinden'in ilan verenlerden aldığı ücretler

⁵ 6 Haziran 2012 tarih ve 12-30/896-274 sayılı Biletix kararı

⁶ Bknz. Rochet, J., and Tirole, J. (2003). Platform competition in two-sided markets. Journal of the European Economic Association, 1(4): 990-1029; Rochet, J., and Tirole, J. (2004). Two-sided markets: An overview, <https://pdfs.semanticscholar.org/1181/ee3b92b2d6c1107a5c899bd94575b0099c32.pdf>; Chen, Kai and Tse, Edison T., Dynamic Platform Competition in Two-Sided Markets (2008). SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1095124> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1095124>

KOLCUOĞLU DEMİRKAN KOÇAKLI

karşılaştırılarak, Sahibinden'in kullanıcılarına rakiplerinden daha yüksek fiyatlar uyguladığı tespit edilmiştir.⁷ Sahibinden'in aylık 43.3 milyon kullanıcısı varken en yakın rakibi konumundaki hürriyetemlak'ın aylık kullanıcı sayısı 7 milyondur.⁸ Bir emlak veya vasıta komisyoncusu bakımından bu iki platformun ekonomik değerinin aynı olmasının ve Sahibinden'in uyguladığı fiyat ile hürriyetemlak'ın uyguladığı fiyatın arasında fark olmamasının beklenmesi, aşırı fiyatın tanımında yer alan "ekonomik değer" kavramının platform ekonomileri bakımından sorgulanmasını gerektirmektedir. Kararda Sahibinden'in şebeke etkisinin platform değerine etkisi tanımlanmış olmakla birlikte, bu husus sadece bir giriş engeli olarak ele alınmış⁹ ve bu durumun Sahibinden'in sunduğu hizmetin ekonomik değerine etkisine ilişkin değerlendirmeye yer verilmemiştir.

Kararda aşırı fiyat tespitinin dayanağı olan analizlerden biri de Sahibinden ile platform iş modeline dayalı olarak faaliyet gösteren farklı sektörlerdeki teşebbüslerin öz sermaye ve net satış kârlılık oranlarının karşılaştırılmasıdır. Kurul, bir teşebbüsün salt platform iş modeli ile faaliyet gösteriyor olmasını, kârlılık bakımından diğer sektörlerdeki platformlarla karşılaştırılabilir olduğu sonucuna ulaşmak için yeterli görmüştür. Bu kapsamda, bir başka platform ile Sahibinden'in sermaye gerekliliği ve işletme giderleri benzer olsa da platformlar üzerinde aracılık edilen ürünlerin değerleri (ve dolayısıyla platformdan kazanılan gelir) karşılaştırılabilir olmayabilecektir.

Aşırı fiyat tespiti, teşebbüsün makul kâr marjının ne olması gerektiği sorusunu da beraberinde getirmektedir. Kurul'un aşırı fiyatlama yaptığı tespit edilen teşebbüsün fiyatını hangi seviyede belirlemesi gerektiğine ilişkin yol gösterici olmaması halinde ihlal tespiti ile karşı karşıya kalan teşebbüs için belki de en önemli parametrelerden biri olan fiyat belirleme konusunda hukuki belirlilik ortadan kalkmış olmaktadır. Hâkim durumun kötüye kullanılması ile ilgili kararlarında Kurul, teşebbüslere genellikle ihlalin son verilmesine yönelik yükümlülükler getirmektedir. Bununla birlikte, Sahibinden kararının sonuç bölümünde aşırı fiyat tespiti yapılmasına karşın, Sahibinden'e, ihlale son vermesi için herhangi bir yükümlülük getirilmemiştir. Kurul'un ihlal tespitinde bulunup, ihlale son verilmesine ilişkin yol gösterici olmaması hukuki belirlilik tartışmasını beraberinde getirmektedir.

Sahibinden, pek çok yönüyle tartışmalı olan kararın yeniden değerlendirilmesi talebi ile 6 Mart 2019'da karar düzeltme başvurusunda bulunmuştur. Kurul, Sahibinden kararının yeniden değerlendirilmesine ilişkin başvuru sonucunda, 2 Mayıs 2019 tarihli kararı ile tespitlerini yinelemiş ve ilk kararında değişik yapmamıştır. Kurul, bu ikinci, kararında, rakip olmayan platformlarla yapılan kârlılık karşılaştırmasının hatalı olduğu iddiası değerlendirmiş ve ancak yalnızca Sahibinden'in maliyetlerinin ayrıştırılamaması nedeniyle bu yöntemin izlendiğini belirterek bunun

⁷ Kurul'un 1 Ekim 2018 tarih ve 18-36/584-285 sayılı kararı, s. 26

⁸ Kararda ticari sır gerekçesi ile yer verilmediği için Sahibinden ile en yakın rakibi olan hürriyetemlak'ın aylık kullanıcı sayılarına ilişkin veriler kendi internet sitelerinden alınmıştır: <https://www.sahibinden.com/kurumsal/hakkimizda/> <https://www.hurriyetemlak.com/hurriyet-emlak/hakkimizda/>; Erişim tarihi: 21.11.2019

⁹ Kurul'un 01 Ekim 2018 tarih ve 18-36/584-285 sayılı kararı, s. 24

KOLCUOĞLU DEMİRKAN KOÇAKLI

ötesinde bir açıklamaya yer vermemiştir¹⁰. Bunun üzerine süreç, Sahibinden'in kararı yargıya taşınması ile devam etmiştir.

İdare Mahkemesinin İptal Kararı

Ankara 6. İdare Mahkemesi, Kurul'un Sahibinden'in aşırı fiyat yoluyla hâkim durumunu kötüye kullandığına ilişkin kararının iptaline karar vermiştir.¹¹ Karar, ispat standardı bakımından önemli tespitler içermektedir. Kurul kararında ihlale esas teşkil eden bazı tespitler için "bir gözlemden veya varsayımdan öteye geçememe" değerlendirmesinde bulunan mahkeme, ispat standardı için "veriye ve delile dayalı olma" gerekliliğine vurgu yapmıştır. Mahkeme ayrıca, tüketici davranışlarına ilişkin bir saptamanın yapılabilmesi için, nihai tüketici davranışlarına ilişkin olarak yapılmış, kapsamlı ve bilimsel tüketici davranış analizlerinin mevcut olması gerektiğini belirtmiştir.

Mahkeme, Kurul kararında maliyetlerin ayrıştırılamaması nedeniyle fiyat-maliyet karşılaştırması yapılamadığı halde Sahibinden'e, maliyet odaklı fiyatlama yapılması önerisinde bulunulmasını tutarsızlık olarak değerlendirmiştir. Mahkeme, Kurul kararında Sahibinden ile farklı sektörlerde platform hizmeti sunan şirketlerin kâr oranlarının karşılaştırılmasını da uygun görmemiştir. Mahkeme, fiyat karşılaştırmasına ilişkin olarak "*uygun olmayan farklı pazarlarda faaliyet gösteren teşebbüslerle karşılaştırma yapıldığı, buna karşın, farklı coğrafyalarda ve özellikle global oyuncuların bulunduğu ülkeler ile fiyat kıyaslamasına gidilmediği*" tespitinde bulunmuştur.

Mahkemenin "*aşırı fiyatlamaya müdahale konusundaki temkinli yaklaşım ve yöntemin istisnai bir yöntem olması nedeniyle, böyle bir müdahalenin, ancak aşırı fiyatlamaya müdahalenin olumlu sonuçları olacağına kesin verilerle ortaya konulması halinde mümkün olabileceği*" tespiti bundan sonraki aşırı fiyatlama dosyalarında yol gösterici olacaktır. Mahkeme, yüksek fiyatlamanın rakiplerin pazara girmesini güçleştirici değil aksine kolaylaştırıcı bir unsur olduğuna vurgu yaparak, Kurul'un kararında Sahibinden'in fiyatlarının düşmesinin pazara yeni girişleri ne şekilde kolaylaştıracağına ilişkin saptamada bulunmadığını tespit etmiştir.

Mahkemenin, Sahibinden'in faaliyet gösterdiği pazarın çift taraflı yapısına ilişkin değerlendirmeleri de dikkate değerdir. Mahkeme, ilan veren kurumsal kullanıcılar ile bireysel kullanıcıların farklı tüketici grupları olduğunu ve aşırı fiyatlama incelemesinde kurumsal kullanıcılar üzerindeki refah düşürücü etkinin yanında bireysel kullanıcıların refahı üzerindeki etkinin de değerlendirilmesi gerektiğini tespit etmiştir. Mahkeme, kurumsal kullanıcılardan alınan ücretin düşürülmesinin, bireysel kullanıcılardan da ücret alınması sonucunu doğurup doğurmayacağını incelenmemesini eksik inceleme olarak değerlendirmiştir. Bu tespit ile Mahkeme çift taraflı pazarların ekonomik yönünü de dikkate almış ve çift taraflı pazarlarda ortaya çıkan ihlaller bakımından pazarın iki yönünün refahının dikkate alınması gerektiğini ortaya koymuştur.

¹⁰ Kurul'un 2 Mayıs 2019 tarih ve 19-17/239-108 sayılı kararı, s. 5

¹¹ Ankara 6. İdare Mahkemesi'nin 18 Aralık 2019 tarihli, 2019/246 E. / 2019/2625 K. numaralı kararı

KOLCUOĞLU DEMİRKAN KOÇAKLI

İptal Kararı Sonrası Süreç

Kurul kararlarının şirketler üzerindeki etkisi sadece idari para cezası uygulanması ile sınırlı değildir. Zira Kurul'un ihlal olarak değerlendirdiği bir davranışın tekrarlanması tekrar soruşturma açılması ve ceza alma riskini beraberinde getirmektedir. Dolayısıyla Kurul kararları şirketlerin iş yapma modellerini değiştirmeleri ile sonuçlanabilmekte ve bu durum şirketler için idari para cezalarından çok daha zorlayıcı olabilmektedir. Kurul'un ihlal ispat standardının düşük olması ise şirketler bakımından hukuki belirsizliğe neden olmakta ve düşük ispat standardı ile alınan kararların pazarlara olumsuz etkisi olabilmektedir. Sahibinden kararının hem aşırı fiyat tespitinde ispat standardının düşmesi hem de ihlalin sonlandırılmasına ilişkin yol göstericilikten uzak olması nedeniyle hukuki belirsizliğe yol açtığı söylenebilecektir. Mahkemenin oldukça detaylı olan iptal kararı da bu hususu teyit etmektedir.

İdare Mahkemesi'nin iptal kararı sonrasında Kurul'un dosyayı tekrar değerlendirmesi bekleniyor. Kurul dosyayı yeniden incelerken ispat standardı ve aşırı fiyat ihlalinin unsurları bakımından, mahkemenin yol gösterici kararının yanında, Kurul kararlarının hukuki belirlilik sağlama amacını da mutlaka dikkate alacaktır. Bununla birlikte, Kurul'un aşırı fiyat tespitini yineleyip yinelemeyeceği ise merak konusu.

İLETİŞİM



Neyzar Ünübol

nunubol@kolcuoglu.av.tr



Av. Ali Tunçsav

atuncsav@kolcuoglu.av.tr



Stj. Av. Jülide Erdem

jerdem@kolcuoglu.av.tr