

**T.C.
GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI**

**REKABET HUKUKU AÇISINDAN
OLİGOPOLİSTİK BAĞIMLILIK**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Zafer KAHRAMAN

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Ercüment ERDEM

Temmuz 2007

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER	I
KISALTMALAR	V
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM
Oligopolistik Bağımlılık Teorisi

I. Pazarın Özel Bir Görünümü: Oligopol Pazarlar	6
A. Oligopol Kavramı	7
1. Tanım Sorunu	7
<i>a. Kavram</i>	<i>7</i>
<i>b. Unsurlar</i>	<i>8</i>
<i>aa. Az Sayıda Teşebbüs</i>	<i>8</i>
<i>bb. Yoğunlaşmış Pazar Gücü</i>	<i>8</i>
<i>cc. Oligopolistik Bağımlılık</i>	<i>9</i>
2. Tekel, Tam Rekabet Piyasası ve Oligopol Pazar	10
B. Oligopol Pazarlarda Arz ve Fiyatın Belirlenmesine İlişkin Modeller	13
1. Oligopol Pazarlarda Bağımsız Davranışları Açıklamaya Yönelik Temel Modeller	14
<i>a. Cournot ve Bertrand Modelleri</i>	<i>14</i>
<i>b. Nash Dengesi</i>	<i>15</i>
2. İşbirlikçi Oligopol Modelleri	17
<i>a. İşbirliği Saikinın Açıklanması</i>	<i>17</i>
<i>b. Aldatmaca Tehdidi</i>	<i>18</i>
<i>c. İşbirliğinin Sürdürülebilirliği</i>	<i>18</i>
<i>d. İşbirliğine İlişkin Varılan Sonuçlar</i>	<i>22</i>
3. Oyun Teorisi Yaklaşımı ve Tekrarlanan Oligopol Oyunu	23
<i>a. Oyun Teorisi Açıklaması ve Tutuklular Açmazı Örneği</i>	<i>24</i>
<i>b. Tekrarlanan Oligopol Oyunu</i>	<i>26</i>
II. Oligopol Sorunu	28
A. Kartel Anlaşmaları ve Oligopolistik Bağımlılık Karşılaştırması	28
1. Kartel Anlaşmaları	28
<i>a. Kartel Anlaşmasının Oluşmasına Elverişli Koşullar</i>	<i>30</i>
<i>aa. Pazara İlişkin Koşullar</i>	<i>30</i>
<i>aaa. Pazarın Yapısal Özellikleri</i>	<i>30</i>
<i>bbb. Talebe İlişkin Özellikler</i>	<i>31</i>
<i>bb. Kartel Üyelerinin Özellikleri</i>	<i>31</i>
<i>cc. Teşebbüsler Arası Bağlantı</i>	<i>32</i>
<i>b. Kartelin Varlığını Sürdürmesi ve Aldatmaca Tehdidi</i>	<i>33</i>
2. Oligopolistik Bağımlılık	36
B. Oligopol Sorununun İncelenmesi	38
1. Tanım ve Sorunun Ortaya Konması	39
<i>a. Oligopolistik Bağımlılığın Açıklamadaki Önemi</i>	<i>39</i>
<i>b. Genel Olarak Oligopol Sorunu</i>	<i>41</i>
2. Oligopol Sorununa İlişkin Görüşler ve Oyun Teorisinin Katkıları	43
<i>a. Okulların Görüşleri</i>	<i>43</i>
<i>aa. Harvard Ekolü</i>	<i>44</i>
<i>bb. Chicago Ekolü</i>	<i>45</i>
<i>b. Oyun Teorisinin Katkıları</i>	<i>49</i>

3. Whish'in Eleştirileri.....	53
a. Aldatmacalara Karşı Etkin Cezalandırma	53
b. Uzlaşının Sağlanması.....	54
c. Rekabetin Devam Etme Olasılığı	55
d. Fiyat Liderliği.....	56
4. Değerlendirme	57

İKİNCİ BÖLÜM

Oligopol Pazarlarda Uyumlu Eylem

I. Uyumlu Eylem	62
A. Kavram.....	63
1. Tanım	63
a. Yabancı Doktrin ve Mahkeme Kararlarında Yapılan Tanımlar	63
aa. Yabancı Kararlardaki Tanımlar	63
bb. Yabancı Doktrin	65
b. Türk Doktrini ve Mahkeme Kararlarında Yapılan Tanımlar	67
aa. Türk Doktrini	67
bb. Türk Rekabet Kurumu Kararları.....	69
c. Görüşümüz.....	70
2. Anlaşma Kavramının Yanındaki Rolü	71
a. Amaç Bakımından.....	71
b. Uygulama Bakımından	73
B. Uyumlu Eylemin Unsurları	75
1. Genel Olarak	75
a. Doktrinde Aranılan Unsurlar	75
b. İçtihatlarda Sayılan Unsurlar.....	76
2. Unsurların Değerlendirilmesi	77
a. Birden Çok Teşebbüsün Varlığı	78
b. Teşebbüsler Arası Bağlantı veya Ortak Plan Arayışı	80
aa. Bağlantı	80
bb. Ortak Plan Arayışı.....	81
c. Bilinçli Paralellik	82
d. Ekonomik ve Rasyonel Bir Gerekçeyle Açıklanamama	85
e. Rekabeti Sınırlayıcı Amaç veya Etki.....	86
II. Oligopol Pazarlarda Uyumlu Eylem Arayışı.....	91
A. Uyumlu Eylemin İspatı	91
1. Teşebbüsler Arasındaki Bağlantı	93
a. Doğrudan Bilgi Değişimi	94
b. Dolaylı Bilgi Değişimi Sağlayan Yöntemler.....	96
aa. Toplantılara Katılma	96
bb. Tavsiyeler	97
cc. Kamuya Yönelik Duyurular	99
2. Dolaylı İspat Yönteminin Uygulanması	102
a. Amerikan Rekabet Hukukunda Ek Faktörler	103
aa. İşbirlikçi Davranış İçin Makul ve Mantıklı Bir Saikin Varlığı.....	103
bb. Birlikte Uygulanmadığında Teşebbüsün Çıkarına Aykırı Olan Davranışlar	104
cc. Kolaylaştırıcı Eylemlere Başvurulması.....	106
dd. Pazar Yapısı Müsait Olmamasına Rağmen Paralel Davranışlar Gözlenmesi.....	108

<i>ee. Davranışın Uyumlu Eylem Haricinde Makul Bir Ticari Açıklaması Olmaması</i>	109
<i>b. Avrupa Rekabet Hukukunda Dolaylı İspat</i>	110
<i>c. Türk Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylem Karinesi</i>	112
B. Oligopole Özgü Paralel Davranışların Değerlendirilmesi	115
1. Sherman Act §1 ve ATA.m.81 Kapsamında Değerlendirme	116
<i>a. Amerikan Rekabet Hukukundaki Yaklaşımlar</i>	116
<i>b. Avrupa Hukukundaki Durum</i>	119
2. RKHK.m.4 Kapsamında Değerlendirme	121
3. Değerlendirme	128

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

Oligopol Pazarlarda Birlikte Hakim Durum

I. Birlikte Hakim Durum Kavramı	131
A. Hakim Durum	131
1. Kavram	131
<i>a. Tanım</i>	131
<i>b. Unsurlar</i>	134
<i>aa. Ekonomik Gücün Varlığı</i>	134
<i>bb. Bağımsızlık</i>	135
<i>cc. Devamlılık</i>	136
2. İlgili Pazarın Tespiti.....	136
<i>a. İlgili Ürün Pazarı</i>	136
<i>b. İlgili Coğrafi Pazar</i>	138
B. Birlikte Hakim Durum	139
1. Kavramın Ortaya Çıkışı.....	141
<i>a. Kavramın Kabulünden Önceki Aşamalar</i>	141
<i>b. Kavramın Kabulü ve Gelişimi</i>	143
2. Birlikte Hakim Durum İncelemesi	147
II. Oligopol Pazarlarda Birleşme ve Devralmaların Denetimi	152
A. Birleşme ve Devralmalar Analizi	153
1. Amerikan ve Avrupa Rekabet Hukukundaki Durum.....	154
2. Türk Rekabet Hukukundaki Durum	158
B. Oligopol Pazarlarda Etkin Rekabetin Kısıtlanması	160
1. Pazarın Yoğunluğu	161
2. Oligopolün İç ve Dış Rekabete Kapalı Olması	163
<i>a. Oligopol Dışı Rekabete Karşı Kapalı Olma</i>	163
<i>aa. Pazara Giriş Engelleri</i>	163
<i>aaa. Hukuki Engeller</i>	165
<i>bbb. Yapısal Engeller</i>	165
<i>ccc. Ölçek Ekonomileri</i>	166
<i>bb. Karşıt Güç Yokluğu veya Yetersizliği</i>	167
<i>b. Pazarda İç Rekabetin Bulunmaması: Eşgüdüm</i>	168
<i>aa. Eşgüdümün Kurulması İçin Gerekli Özellikler</i>	168
<i>aaa. Pazarın Şeffaflığı</i>	168
<i>bbb. Ürünlerin Türdeşliği</i>	170
<i>ccc. Fiyat Dışı Rekabetin En Az Seviyede Olması</i>	170
<i>ddd. Pazarın Olgunluğu</i>	171
<i>eee. Teşebbüslerin Simetrisi</i>	172
<i>(i). Maliyet yapısı</i>	172

<i>(ii). Pazar Payı</i>	173
<i>(iii). Kapasite</i>	173
<i>fff. Talebin Durağanlığı ya da Elastik Olmaması</i>	173
<i>ggg. Geçmiş Performans</i>	174
<i>hhh. Yapısal Bağlar</i>	175
<i>bb. Eşgüdümün Devamlılığı İçin Gerekli Özellikler: Cezalandırma</i> <i>Mekanizmaları</i>	175
<i>aaa. Aldatmacanın Tespiti</i>	175
<i>bbb. Etkin Cezalandırma</i>	176
SONUÇ	178
KAYNAKÇA	186

KISALTMALAR

ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
ATA	: Avrupa Topluluğu Antlaşması
ATAD	: Avrupa Topluluğu Adalet Divanı
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
CMLR	: Common Market Law Review
ECLR	: European Commission Law Report
dn.	: dipnot
ECR	: European Court Reports
FTC	: Federal Trade Commission
Komisyon	: Avrupa Birliği Komisyonu
m.	: madde
No.	: Numara
OECD	: Organization for Economic Cooperation and Development
OFT	: Office of Fair Trading
OJ	: Official Journal
p.	: paragraf
RG	: Resmi Gazete
RK	: Rekabet Kurumu
RKHK	: Rekabetin Korunması Hakkında Kanun
S.	: Sayı
s.	: sayfa
str.	: satır
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
US	: United States
vb.	: ve bunun gibi
vd.	: ve devamı
vs.	: ve saire

GİRİŞ

Genel olarak, rekabetçi bir piyasada teşebbüsler, kârlarını en üst düzeye çıkarmak ve daha çok pazar payına sahip olmak için mücadele ederler. Bu mücadelenin nihai noktası, kârın en üst düzeye eriştiği, pazar payının tamamen ele geçirildiği, bütün rakiplerin yenilerek piyasadan çekildiği andır. Bu zorlu mücadelede teşebbüsler, pazarın ekonomik yapısında var olan bütün risklerle karşı karşıyadırlar ve faaliyetlerini sürdürmek hususunda pazarın tüm gereksinimlerini karşılamak durumundadırlar. İşte bu sebeple, rekabetin yol açacağı tüm risk ve ihtiyaçları karşılamak durumunda olan teşebbüsler, etkin rekabet ortamında var olan zorlayıcı piyasa koşullarının dışına çıkarak, bu engelleri ortadan kaldıracak ve risklerden uzak kalmayı sağlayacak çeşitli yollara başvurabilmektedirler.

Pazardaki rekabeti kısıtlayıcı davranışlar sergileyen teşebbüsler, bu şekilde, rakiplerinin önüne geçmenin ötesinde, serbest piyasa ekonomisine ve liberal ekonomik politikalara, yani pazarın kendisine zarar vermektedirler. İşte bu sebeple, serbest rekabet ortamını korumak maksadıyla Rekabet Hukuku düzenlemeleri ortaya çıkmıştır. Bu amacın iki görünümü mevcuttur: İlk olarak, piyasa aktörlerinin pazarın kapanmasına yol açacak davranışlarını önleyerek pazardaki rekabet koşullarının herkes için eşitliğinin sağlanması¹ ve ikinci olarak ise, pazar mekanizmalarının düzgün işleyişinin sağlanmasıdır². O halde, Rekabet Hukukunun nihai amacı, serbest piyasa ekonomisi koşulları içinde, rekabet sisteminin düzgün işleyişini sağlamak suretiyle piyasaları korumaktır³. Bu şekilde, piyasaların korunması sağlanacağı gibi, pazarda etkin rekabetin sürmesi, kalite artışı ve fiyat düşüşü gibi etkiler yaratacağından, dolaylı olarak tüketicilerin de menfaatleri korunmuş olacaktır.

¹ FALLON, Marc, Droit Matériel Général de L'Union Européenne, éd. Bruylant, 2.bası, Louvain Belçika 2002, s.260 ; ULAŞ KISA, Seda, Avrupa Topluluğu Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Rekabet Karşıtı Eylem ve İşlemlerle Kötüye Kullanılması, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2004, s.10.

² ERDEM, Ercüment, Türk ve AT Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmalar, Beta Yayınevi, İstanbul 2003, s.7.

³ VAUTHERIN, Laurent, Etude de deux cas: Position Dominante Collective et Abus de Position Dominante Collective (www.minefi.gouv.fr/dgccrf/02_actualite/ateliers_concu/dominer.7htm, 03.07.2006).

Rekabet Hukuku otoriteleri, bu amacı yerine getirmek için, üç değişik hukuki yola başvurabilir: Kararlar, anlaşmalar ve uyumlu eylemler yoluyla piyasalarda meydana gelebilecek rekabet kısıtlamalarının önlenmesi veya hakim durumda olan bir teşebbüsün bu durumunu kötüye kullanmasının denetlenmesine ilişkin düzenlemeler ile birleşme ve devralmalar yoluyla sağlanan ekonomik yoğunlaşmaların, rekabeti kısıtlayacak veya tamamen ortadan kaldıracak şekilde hakim durum yaratması veya mevcut bir hakim durumu güçlendirmesinin engellenmesi amacıyla yapılan incelemeye olanak veren düzenlemeler, Rekabet Hukuku otoritelerinin her türlü pazarda (tam rekabet piyasaları, oligopol pazarlar ve tekel halinde) meydana gelebilecek rekabet karşıtı davranışların kontrolünde faydalandığı imkanlardır.

Bu kontrol mekanizmalarının uygulanmasında, zaman içinde, dar oligopolün (*Tight oligopol*) teşebbüsleri rekabet karşıtı davranışa yönelttiği ve bunun da Rekabet Hukuku tarafından yeterince denetlenemediği fark edilmiştir⁴. Bu durum, dar oligopolün yapısına mündemiçtir: Az sayıda teşebbüsün faaliyet gösterdiği pazarlarda, bu pazarın yapısal özellikleri gereği, bu teşebbüslerin paralel davranışlar sergileyerek ve fakat Rekabetin Korunması Hakkında Kanun m.4, Avrupa Topluluğu Antlaşması m.81 ve Sherman Act Section I anlamında bir anlaşma ya da uyumlu eylem içerisine girmeden, yahut girmesine gerek kalmaksızın, pazarda birbirine uygun hareket ederek çeşitli çıkarlar elde etmeleri, kartel benzeri bir pazar görünümü meydana getirmekte, rekabet politikaları ve Rekabet Hukuku bakımından bir sorun teşkil etmekte ve tartışılmaktadır⁵.

Kısaca, oligopol piyasalarda, tüm teşebbüsler, aldıkları kararların rakiplerin kararlarını etkilediğini ve her bir teşebbüsün kârının sadece kendi davranışına değil, bu davranış karşısında rakiplerin göstermiş olduğu tepkilere de bağlı olduğunun farkındadır⁶. Bu bilinç durumu sonucu, açıkça işbirliğine yönelme dahi, bir teşebbüsün rakiplerinin davranışlarına paralel hareket ederek yüksek kârlara ulaşması mümkündür. Fakat bu çaba, rakiplerin birbirleriyle uyum içinde hareket etmesi sonucunu meydana getireceğinden, rekabeti azaltıcı bir etki doğurur. Doktrinde

⁴ RAFFAELLI, Enrico Adriano, European Union Competition Policy Subsequent to The Airtours Case, Annual Proceedings of Fordham Law Institute, International Antitrust Law&Policy, Bölüm 9, Juris Publishing 2003, s.130; TEKDEMİR, Yaşar, The Principle of Collective Dominance Under EC Competition Law: A New Approach to The Problem of Oligopoly, Yüksek Lisans Tezi, The London School of Economics and Political Science, The European Institute 1999, s.1.

⁵ WHISH, Richard, Competition Law, 5.bası, Lexis Nexis, London 2003, s.505.

⁶ RYAN, Patrick S., The Wireless Oligopoly Problem, Columbia Journal of European Law, C.11, s.356 (www.ssrn.com, 15.11.2006).

genellikle “oligopol sorunu”⁷ olarak isimlendirilen bu durum, söz konusu davranışın açık bir rekabet yasağı ihlali olmaması sebebiyle tartışılmakta ve rekabet otoritelerinin bu pazarlara özel bir önem atfetmesine sebep olmaktadır.

Rekabet Hukukunda, bu konudaki esas tartışma, belirtilen ekonomik problemin varlığının kabulü halinde, onunla nasıl başa çıkılması gerektiğidir. Bu bağlamda, oligopol problemi, pazarda faaliyet gösteren teşebbüslerin davranışsal özellikleri bakımından ele alındığında, Amerikan Hukukunda Sherman Act Section I ve II, Topluluk müktesebatında ATA. m.81 ve 82 (eski m.85 ve 86) ve Türk Hukukundaki görünümü olan RKHK m.4 ve 6 ile çözümlenmeye çalışılması veya pazarın yapısal özelliklerinden kaynaklanması halinde ise birleşme ve devralmaların kontrolü sistemi vasıtasıyla yapısal çözümlere yönelmesi gündemdedir. Acaba, esasen mevcut düzenlemelerde yer alan ve rekabet otoritelerinin kararlarıyla şekillenmiş olan “anlaşma” ve “uyumlu eylemler” ile “birlikte hakim durum” kavramları ve yoğunlaşmaların kontrolü sistemleri bu soruna ışık tutabilecek midir? Yoksa oligopol pazarların denetlenmesi konusunda bir boşluğun olduğundan mı bahsetmek gerekecektir? Bu konuda, oligopolistik bağımlılığın, rekabet ihlallerine karşı bir savunma olarak ileri sürülmesi ve bu pazarlara özgü paralel davranışların mutlak olarak denetim dışında kalması mümkün olacak mıdır? Tezimiz bu sorunu ele alacaktır.

Tezin hazırlanma amacı, oligopol pazarlara ilişkin olarak, piyasa dinamiklerini açıklamakta zorlanan ve çeşitli tartışmalara yol açan ekonomik yaklaşımların, Rekabet Hukuku otoritelerince oligopol pazarların denetiminde nasıl ele alındığını ve oligopolistik bağımlılık teorisinin Rekabet Hukukundaki etkilerini incelemektir. Bu inceleme sonucunda ulaşılmak istenen amaç, mevcut Rekabet Hukuku düzenlemelerinin, ekonomik anlamda çok tartışılan oligopolistik bağımlılık kavramının ve bundan doğan rekabet kısıtlamalarının denetiminde ve değerlendirilmesinde yeterli olup olmadığının ortaya konmasıdır. Bu bakımdan, ekonomik teoride ortaya atıldığı üzere bir denetim boşluğu mu söz konusudur, yoksa

⁷ Bkz. TURNER, Donald F., The Definition of Agreement Under the Sherman Act: Conscious Parallellism and Refusals to Deal, Harvard Law Review, C.75, S. 4, Şubat 1962, s.655-706; POSNER, Richard A., “Oligopoly and the Antitrust Laws: A Suggested Approach”, 1969, Stanford Law Review, s. 1562; BAKER, Jonathan B., “Two Sherman Act Section I Dilemmas: Parallel Pricing, The Oligopoly Problem, and Contemporary Economic Theory”, The Antitrust Bulletin, C.38, Bahar 1993; WHISH, s.507; BROCK, James W., Antitrust Policy And The Oligopoly Problem, The Antitrust Bulletin, C.51, No.2, Yaz 2006, s.227-280.

rekabet otoritelerinin elinde uygulanabilir bir mevzuat var mıdır? Bu sorunun cevabı araştırmamızın sonunda ortaya çıkacaktır.

Tezin konusu, yoğunlukla Avrupa Birliği ve ABD uygulamaları ışığında incelenmiştir. Avrupa Topluluğu Adalet Divanı, Avrupa İlk Derece Mahkemeleri ve Avrupa Birliği Komisyonunun yaklaşımları, Avrupa Birliği rekabet politikasına ilişkin raporlar, ABD Yüksek Mahkemesi kararları, Rekabet Kurumu'nun yaklaşımı ve konuyla ilgili eserler incelenerek oligopol sorununa nasıl yaklaşıldığı sistemli bir biçimde ele alınmaya çalışılmıştır.

Tez üç ana bölümden oluşmaktadır. İlk bölümde oligopolistik bağımlılık teorisi ve bu konuda ortaya konan sorunlara ve eleştirilere genel olarak değinilmiştir. Bunun için öncelikle oligopol pazarlar tanımlanmış ve çeşitli özellikleriyle açıklanmıştır. Ayrıca, oligopol pazarlarda fiyat ve arzın nasıl belirlendiğine ilişkin ortaya atılan ekonomik modeller incelenmiştir. Bundan sonra, oligopolistik bağımlılık kavramı ele alınmış, ekonomik teoride sık sık birlikte anıldığı için karıştırılmaması amacıyla kartel anlaşmasıyla karşılaştırılmış ve oligopol sorunu çeşitli açıklamalarla ortaya konmuştur.

Bu bölümde, oligopol pazarların açıklanması amacıyla ortaya konan temel ekonomik modeller, ana unsurlarıyla oligopol sorununu göz önüne sermek için anlatıldıysa da, konunun ve tartışmanın genişliği düşünüldüğünde, teorik anlamda tüm oligopol pazarları kapsayan ekonomik bir açıklama yapmak hedeflenmemiştir.

İkinci bölümde ise, “uyumlu eylem” kavramı incelenerek oligopol pazarlarda uygulanabilirliği ele alınmıştır. Burada, uyumlu eylemin tanımı ve unsurları değerlendirilmiştir. Ardından pazarda gözlenen paralel davranışlar, bu paralel davranışların ortaya çıkmasını destekleyen çeşitli pazar özellikleri ve işbirliğini destekleyen etkenler incelenmiş ve oligopol pazarlarda uyumlu eylemin ispatı sorunu, özellikle Türk Rekabet Hukukunda yer alan uyumlu eylem karinesi çözümü de değerlendirilmiştir. Bu bağlamda, uyumlu eylem karinesinin oligopol pazarlarda gözlenen paralellikler bakımından uygulanabilirliği ve oligopolistik bağımlılığın bu karineye karşı bir savunma olarak ne şekilde ele alınması gerektiği incelenmiştir.

Bu bölümde, Rekabet Hukukunun yasakladığı anlaşmalardan ziyade uyumlu eylemlere değinilmiş olması, çözümlenmeye çalıştığımız oligopol sorununun

yapısından kaynaklanmaktadır. Buna göre, oligopol pazarlarda bir anlaşmanın varlığı da, özellikle meydana gelebilecek kartel anlaşmaları düşünüldüğünde, ihtimal dahilinde bir rekabet kısıtlamasıdır. Ancak, anlaşmalar, açık ya da örtülü de olsa, zaten Rekabet Hukukunca yasaklanmıştır. Bu durumun tespiti halinde, rekabet otoritelerinin faydalanacağı hukuki yapı mevcuttur. Oysa, bu tezde açıklanan sorun, oligopol pazarlarda gözlenen paralel davranışların, pazar özellikleri sonucunda, teşebbüsler arasında bir anlaşma veya doğrudan ya da dolaylı bir bilgi değişimi dahi olmaksızın meydana gelebileceğini ortaya koyan ekonomik teorinin işaret ettiği oligopol sorunudur. Dolayısıyla, bu sorunun ele alınmasında, ikinci bölüm altında, teşebbüslerin arasında bir anlaşma olmadığı hallerde, oligopole özgü paralelliklerin denetiminde, rekabet ihlali teşkil eden işbirliği hallerinden biri olan uyumlu eylemlerin soruna çözüm getirip getirmediği ön plana çıkmaktadır.

Üçüncü bölümde ise, oligopolistik piyasaların birlikte hakim durum kapsamında değerlendirilmesinin mümkün olup olmadığı, bu kavramın ortaya çıkışı ve kapsamı incelenerek araştırılmıştır. Bunun için öncelikle hakim durum kavramı ele alınmış ve Rekabet Hukuku otoritelerince sonradan kabul gören bir kavram olan “birlikte hakim durum” açıklanmıştır. Buna göre, oligopolistik bağımlılık içinde bulunan teşebbüslerin, bu durumları sebebiyle, kendiliklerinden “birlikte” hakim durumda olduklarının kabul edilip edilemeyeceği incelenmiştir. Ayrıca, bu bölümde, birleşme ve devralmalar yoluyla oligopolistik pazarların meydana gelmesi yahut mevcut oligopollerin daha da yoğunlaşması halinde yürütülmekte olan rekabet politikaları, Rekabet Hukuku düzenlemeleri ve otoritelerin uygulamaları değerlendirilmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

Oligopolistik Bağımlılık Teorisi

Oligopol pazarlarda, az sayıda teşebbüs bulunduğundan, teşebbüsler çeşitli davranışları ile rakiplerinin fiyatlarını ve kârlarını etkilemektedirler⁸. Oligopolistik piyasalarda faaliyet gösteren teşebbüsler, aldıkları kararların rakiplerin kararlarını etkilediğini ve her bir teşebbüsün kârının sadece kendi davranışına değil, bu davranış karşısında rakiplerin göstermiş olduğu tepkilere de bağlı olduğunun farkındadır⁹. Teşebbüsler arasında oluşan bu bağımlılık neticesinde oligopolistik piyasalarda, teşebbüsler arasında herhangi bir işbirliği olmamasına rağmen paralel davranışlar ortaya çıkabilmekte ve rekabet üstü kârlar elde edilebilmektedir¹⁰. Bu tip davranışların, bir Rekabet Hukuku ihlali teşkil edip etmediği halen tartışılmakta ve bu tartışmanın temel dayanağı olarak da ekonomik modellemeler kullanılmaktadır. Bu nedenle, oligopolistik bağımlılığın Rekabet Hukukundaki etkilerinin anlaşılabilmesi için, öncelikle oligopol pazar yapısının ve oligopolistik bağımlılık kavramının anlaşılması gerektiğini düşünüyoruz.

Bu sebeple, bu bölümün başlığı altında öncelikle oligopol pazarlar anlatılacak (I) ve ardından, “oligopol sorunu” ele alınacaktır (II).

I. Pazarın Özel Bir Görünümü: Oligopol Pazarlar

Bu başlık altında öncelikle, “oligopol” kavramının ekonomik olarak neyi ifade ettiğine ilişkin çeşitli tanımlar ele alınacak ve bu pazar yapısının tek el veya tam rekabet piyasalarına nazaran nasıl ele alınmasının gerektiği açıklanacaktır (A). Bunun ardından, oligopol pazarlarda arz ve fiyatın nasıl belirlendiği ve dengenin nasıl oluştuğunu saptamaya yönelik ekonomik modellere değinilecektir (B). Bu bölümde amaç, hukuki sorunu meydana getiren pazar koşullarının ve teşebbüs davranışlarının anlaşılabilmesidir.

⁸ CARLTON, Dennis W./ ROSS, David, Modern Industrial Organization, 2. bası 1994 (JENNY, Frederic, Collective Dominance and The EC Merger Regulation, Annual Proceedings of Fordham Law Institute, International Antitrust Law&Policy, Bölüm 13, Juris Publishing 2002, s.362'den naklen).

⁹ BAKER, Jonathan B., s.149.

¹⁰ ÇELEN, Aydın, Oligopolistik Pazarlarda Gözlenen Paralel Davranışların Rekabet Hukuku Açısından Değerlendirilmesi: Uyumlu Eylem ve Birlikte Hakim Durum, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No.10, Ankara 2003, s.9, YÜKSEL, Onur Yelda, Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylem, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No.61, Ankara 2004, s.7.

A. Oligopol Kavramı

1. Tanım Sorunu

a. Kavram

Kelime anlamı olarak ‐oligopol‐, az sayıdaki büyük teŖebbüsün, çok sayıdaki alıcı karşısında pazardaki arz gücünü elinde tuttıkları pazar yapısını ifade eder¹¹.

Whish, oligopol kavramını, tek elde başlayan ve tam rekabet piyasalarında son bulan bir hayali çizginin herhangi bir yerinde bulunan bir pazar durumu olarak betimlemektedir¹². ‐Oligopol‐ sözcüğünün etimolojik kökenine (*oligo-*) baktığımızda ‐az sayıda‐ ya da ‐birkaç‐ gibi niceliksel anlamlarla karşılaşmakla birlikte¹³, ekonomik ve hukuki anlamı, Rekabet Hukuku bakımından sorunun niceliksel olmadığına işaret etmektedir. Oligopol pazardan bahsederken, pazar gücünün az sayıdaki teŖebbüslerin elinde yoğunlaşmış olmasını anlamak daha doğrudur¹⁴. Bu şekilde sınırlı sayıdaki teŖebbüs arasında dağılmış pazar gücünün tespiti de, pazardaki teŖebbüslerin sayısı ile doğrudan ilgili olmayabilecektir¹⁵.

O halde, oligopol pazarlardan bahsederken, tek başına hakim durumda olmayan az sayıda teŖebbüsün herbiri birbirinden ayrı olmak üzere ellerinde pazar gücünün toplanmış olduğu piyasalar söz konusudur¹⁶. Burada bahsedilen güç, tüketicilerin aleyhine olarak arzı sınırlayarak fiyatları artırabilme kabiliyetidir. Kabul etmek gerekir ki, bu durum daha ziyade az sayıda teŖebbüsün bulunduğu yoğunlaşmış piyasalarda ortaya çıkan bir oligopol görünümüdür.

¹¹ Le Grand Robert de la Langue Française, C.6, Dictionnaires Le Robert, Paris 1996, s.916; Dictionnaire Hachette Encyclopédique Illustré, Hachette Livre 1994, s.1338; Collins Paperback English Dictionary, Harper Collins Publishers, 1999, s.557.

¹² WHISH, s.506; Aynı şekilde, STROUX, Sigrid, ‐Is EC Oligopoly Control Outgrowing Its Infancy?‐, World Competition Law and Economics Review, C.23, Kluwer Law International 2000, s.1.

¹³ Le Grand Robert de la Langue Française, s.915.

¹⁴ WHISH, s. 506; JONES, Alison / SUFRIN, Brenda, EC Competition Law, Text, Cases, and Materials, 2.bası, Oxford University Press, New York 2004, s. 12; FAULL, Jonathan / NIKPAY, Ali, The EC Law of Competition, Oxford University Press, New York 1999, s. 24, p.1.71-72; AKINCI, Ateş, Rekabetin Yatay Kısıtlanması, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi No.5, Ankara 2001, s. 25.

¹⁵ WHISH, s. 507.

¹⁶ GAL, Michal S., Competition Policy for Small Market Economies, Harvard University Press, London 2003, s.154; TEKDEMİR, Yaşar, The Principle of Collective Dominance Under EC Competition Law: A New Approach to The Problem of Oligopoly, Yüksek Lisans Tezi, The London School of Economics and Political Science, The European Institute 1999, s.4; STROUX, s.1.

OECD'nin "Oligopol Raporu"nda ise, oligopol piyasasının, büyük lider teşebbüslerden oluşan küçük bir grupla birlikte, çok sayıda küçük teşebbüsten oluşan rekabetçi bir grubun yer aldıkları piyasayı da kapsayacak şekilde geniş tanımlamanın mümkün olduğu belirtilmektedir¹⁷.

Oligopol pazarlara dair tipik bir tanım olarak, 1999 yılı OECD Raporunda; "Herbir teşebbüsün rakiplerinin mevcut eylemlerini ve gelecekteki tepkilerini dikkate almasını zorunlu kılacak kadar küçük olan az sayıda teşebbüsün bulunduğu bir pazar yapısı" denmektedir¹⁸. Bu tanımda, oligopol pazarın "küçük" olarak nitelenmesi yeterli bir ifade değildir; zira betimlenmek istenen özellik, pazarın teşebbüslerce "yoğunlaşmış" olmasıdır.

Kanaatimizce, oligopol pazar yapısı, önemli bir pazar gücünü birbirlerinden bağımsız olarak elinde tutan az sayıda teşebbüs arasında rekabetin gerçekleştiği ve bu teşebbüslerin stratejik kararlarını alırken buna tepki alacaklarını bildikleri bir pazar olarak tanımlanabilir.

b. Unsurlar

aa. Az Sayıda Teşebbüs

Yukarıda değindiğimiz çeşitli tanımlarda bulunan ortak unsur, oligopol pazarlarda, pazardaki arz gücünün az sayıda teşebbüsün elinde olmasıdır. Bu şekilde, sayısal olarak iki teşebbüsün bulunduğu "*duopol*" pazarlar ile üç teşebbüsün bulunduğu pazarlar en güçlü oligopol yapılar olarak ön plana çıksa da, daha çok sayıda teşebbüsün de bir oligopol meydana getirmesi mümkündür. Bu bakımdan, ekonomik teoride bir üst sınır belirtilmemiştir¹⁹.

bb. Yoğunlaşmış Pazar Gücü

Oligopolistik pazar yapısında önemli olan, arzın sadece az sayıda teşebbüs tarafından gerçekleştirilmesi değil, pazar gücünün bu teşebbüslerin elinde toplanmış olmasıdır. Bu sebeple, oligopol pazarın tanımında öncelikli olarak teşebbüslerin az sayıda olması önem taşısa da, bu tanım sadece niceliksel bir sayı analizine değil, niteliksel

¹⁷ O.E.C.D. , (1999) : DAFPE/CLP (99)25, "Oligopoly Report", s.18.

¹⁸ OECD Raporu, s.54.

¹⁹ FAULL/NIKPAY, s.24, p.1.72.

bir duruma da işaret eder. O halde, pazar gücünün, az sayıdaki teşebbüste yoğunlaşmış olması oligopol pazarın bir unsuru olarak karşımıza çıkar.

cc. Oligopolistik Bağımlılık

Oligopol pazarların bir diğer unsuru ise, teşebbüslerin, yoğunlaşmış pazarda birbirlerinin davranışlarını yoğunlaşmamış pazar koşullarına nazaran daha sıkı takip etmesidir. Bunun sebebi, bir teşebbüsün stratejik kararlarını verirken, pazar koşullarını ve rakiplerini izleme gereksiniminin, az sayıda teşebbüsün olduğu pazarlarda daha çok hissedilmesidir. Bu tip pazarlarda, pazarı etkileyebilecek gücü elinde tutan az sayıda teşebbüs, her davranışının rakipleri tarafından izlendiğini tahmin etmekte ve kendisi de rakiplerini sürekli izlemektedir. Bunun sonucu olarak da, her teşebbüs, kendisinin attığı herhangi bir adıma karşı, rakiplerinden tepki alacağını bilmektedir.

Keza, oligopol pazarın yapısal özellikleri gereği, pazardaki bir teşebbüsün davranışlarının rakiplerinin pazardaki durumlarına etkisi, çok sayıda teşebbüsün bulunduğu bir pazara nazaran daha bariz şekilde hissedilmektedir. Bu durum, söz konusu davranıştan etkilenen teşebbüsün ticari anlamda bir tepki vermesine yol açmaktadır.

Aynı yönde, Chamberlin'e göre, piyasada az sayıda teşebbüsün bulunması halinde, kârını en üst düzeye çıkarmaya çalışan her mantıklı teşebbüs, kendi kararlarının rakipleri üzerinde bir etki yaratacağının farkındadır ve rakiplerinin onun bu davranışlarına karşı bir misillemeye girişebilecekleri ihtimalini göz önünde bulundurmaktadır²⁰.

Bu özellik, teşebbüsleri, rakiplerinin kendi davranışlarına verecekleri tepkiyi sürekli olarak tahmin etme zorunluluğu altına sokar. Zira bu tepki, doğrudan rekabetçi bir mücadeleye sebep olabilir ve bu mücadele sonucunda, teşebbüsler elde etmeyi planladıkları kârdan mahrum kalabilir. Bu tehdit, kâr kaybından olabildiğince kaçınmaya çalışan teşebbüsler arasında, stratejik kararları bakımından, karşılıklı bağımlılık durumu meydana getirir. Bu durum, oligopol pazarların karakteristik özelliği olan oligopolistik bağımlılığa işaret eder.

²⁰ CHAMBERLIN, Edward, The Theory of Monopolistic Competition, Harvard University Press 1933, s.48 (YÜKSEL, s.7'den naklen); Aynı yönde, BAKER, s.149; YAO/DESANTI, s.116.

Nitekim, Kantzenbach'a göre, bir grup rakip arasındaki bir teşebbüsün bir davranış parametresindeki değişiklik, diğer rakip teşebbüsler için satış koşullarında kayda değer bir değişikliğe sebep oluyorsa ve bu teşebbüsler de pazardaki davranışlarını buna uygun olarak değiştirmeye yöneliyorsa oligopolistik bağımlılık söz konusudur²¹.

2. Tekel, Tam Rekabet Piyasası ve Oligopol Pazar

Pazar yapısına dair incelemelerde, ele alınan pazarla ilgili olarak yelpazenin bir ucunda tekel, diğer ucunda ise tam rekabet pazar yapısının bulunduğu genel kabul gören iktisadi bir gerçektir²². İktisat literatüründe tam rekabet ve tekel piyasalarının tanımlanmasına ve özelliklerinin belirlenmesine ilişkin açıklamalar, belirli bir düzlemdeki iki uç nokta olarak ele alınmakta; piyasalardaki etkileri ise kaynak dağılımı ve fiyat açıklamalarıyla açık bir biçimde ortaya konulmaktadır. Anılan iki uç nokta arasında bulunan oligopol piyasalarının ise tam olarak nerede yer aldığı belirlenememesi, iktisatçıların varlığını ortaya koyarak çözmeye çalıştıkları önemli bir sorun olarak ortaya çıkmaktadır²³. Hemen ifade olunmalıdır ki, oligopol bir pazar içerisinde, fiyatların belirlenmesine ilişkin genel olarak kabul gören bir iktisadi kuram bulunmamaktadır. Pazardaki ürünlerin fiyatları, tam rekabet koşulları çerçevesindeki kadar düşük veya tekel ihtimalindeki kadar yüksek, ya da bu iki uç arasında bir yerde olabilmektedir²⁴.

Esasen tekel ve tam rekabet yapıları, teorik modellerdir²⁵. Gerçekten de, bir teşebbüsün piyasanın tüm talebini karşılamak durumunda olduğu tekel hallerine veya sınırsız sayıda teşebbüsün, piyasa koşullarından her an haberdar olan sınırsız sayıdaki tüketicilere, nitelikleri itibarıyla benzer ürünleri sunduğu ve diğer yapısal koşulların da gerçekleştiği tam rekabet haline çok rastlanmaz²⁶. Bu sebeple, hayatın

²¹ KANTZENBACH, 1995 (OECD Raporu, s.73'den naklen).

²² TURNER, Donald F., The Definition of Agreement Under the Sherman Act: Conscious Paralellism and Refusals to Deal, Harvard Law Review, C.75, S.4, Şubat 1962, s.655vd. ; POSNER, Richard A. "Oligopoly and the Antitrust Laws: A Suggested Approach"(1969) 21 Stanford Law Review 1562 (WHISH, s.506'dan naklen); SARIOĞLU, Ilgaz, Oligopolistic Markets Under EU Law From The Aspect of Collective Dominance, Rekabet Bülteni S.13, §2 (www.esrc.com, 1.12.2006); MCGREGOR, Lorna, The Future for The Control of Oligopolies Following Company Maritime Belge, ECLR Ekim 2001, C.22, s.436.

²³ SABUNCU, Hakan, Birlikte Hakimiyet Kavramının Birleşme ve Devralma Açısından Değerlendirilmesi, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No.40, Ankara 2003, s.1.

²⁴ FAULL / NIKPAY, s. 24, p.1.71; AKINCI, s. 25.

²⁵ WHISH, s. 6; JONES / SUFRIN, s. 13; AKINCI, s. 25.

²⁶ FAULL/NIKPAY, s.21, p.1.51.

akışında en sık rastlanan modelin oligopol tipi pazar yapılanmaları olduğunu söylemek hatalı olmaz. Bu durum da, oligopol piyasaları incelemeye değer kılmaktadır.

Tam rekabette, pazarda sınırsız sayıda alıcı sınırsız sayıda satıcıyla karşılaşır. Bu durumda arz ve talep pazarda herhangi bir kısıtlama olmaksızın karşılaştığında, fiyat hiçbir dış etkene bağlı olmaksızın, tamamen pazardaki arz ve talebe göre belirlenecektir²⁷. Bundan yola çıkarak, tam rekabet piyasaları, hiçbir üretici ve tüketicinin piyasa fiyatı üzerinde etkisi olmadığı pazarlar olarak tanımlanabilir. Bunlar, özellikleri bakımından, çok sayıda satıcı ve alıcıların var olduğu, giriş engellerinin olmadığı, türdeş ünlü ve tamamen şeffaf olan pazarlardır²⁸. Piyasa fiyatı belli olduğu için satıcıların kendi fiyatlarını belirlemeleri gibi bir durum söz konusu değildir. Teşebbüsler, piyasa fiyatı üzerinden diledikleri kadar satış yapabilirler²⁹. Esasen bu özelliğiyle tam rekabet piyasasındaki satıcıların birbirleriyle yarış halinde olmadıkları da ifade edilebilir. Zira, her bir teşebbüs ürettiği malların tamamını piyasa fiyatından satabilmektedir.

Tekelde ise tek elci tek üreticidir. Hem kendi satış fiyatını ve hem de üretim miktarını, herhangi bir rekabet baskısı altında kalmaksızın, talep eğrisi üzerinde istediği gibi belirleyebilmektedir. Tekel, elde edilebilecek en yüksek pazar gücünü ifade eder. Tek bir satıcının tüm pazar gücünü elinde tuttuğu, pratik olarak hiçbir mevcut ya da potansiyel rakiple karşılaşmadığı (pazara giriş engelleri çok yüksektir) ve en yüksek kârı elde ettiği pazarlar olarak tanımlanır³⁰. Tekel gücüne ulaşan teşebbüs, fiyatları pazar koşullarından bağımsız olarak kendi başına belirleyebilir³¹.

Tekel pazarlarda, teşebbüsler, arz miktarını kısararak, ürettikleri mal ve hizmetlerin fiyatlarında rekabetçi koşulların dışında (örneğin, maliyetin çok üzerinde) artışlara sebep olabilirler. Bunun neticesi olarak, teşebbüsler, rekabetçi koşullara nazaran daha fazla kâr elde ederken, piyasa, kısıtlanan miktardaki mal ve hizmetten mahrum kalacaktır. Oligopol hallerinde de, tekellere benzer şekilde, teşebbüsler, sahip

²⁷ STROUX, s.1.

²⁸ FAULL/NIKPAY, s.19, p.1.52-53; GABSZEWICZ, Jean, La Concurrence Imparfaitte, La Découverte Yayınevi, Paris 1994, s.3; JENNY, Frédéric/ WEBER, André Paul, L'Entreprise et Les Politiques de Concurrence, Ententes, Cartels, Monopoles, Editions d'Organisations Yayınevi, Paris 1976, s.23.

²⁹ JENNY/WEBER, s.23.

³⁰ KLOOSTERHUIS, Erik, Joint Dominance and The Interaction Between Firms, ECLR, Mart 2001, C.22, s.82.

³¹ FAULL/NIKPAY, s.21, p.1.58-60.

oldukları pazar gücünü kullanarak arz ettikleri mal ve hizmet miktarında kısıntıya giderek ya da doğrudan fiyat artırımını yoluyla, tüketicilerin aleyhine fiyat artışlarına sebep olabileceklerdir³².

Tam rekabet ve saf tekel piyasalarında teşebbüslerin ekonomik yapı içindeki davranışlarını ve bunların sonuçlarını öngörmek mümkündür³³. Buna karşın oligopol pazarlar, karmaşık ve değişken yapıdadır³⁴. Scherer ve Ross'un da belirttiği üzere "Oligopolde herşey mümkündür"³⁵.

Tekel durumunda olan bir teşebbüs, piyasadaki hakimiyeti sonucu, bütün kararlarında bağımsızdır: hiçbir davranışında rakiplerine bağlı değildir³⁶. Bu durumda, tekel halindeki teşebbüs, kendi maliyet yapısına uygun biçimde arz miktarını belirleyecek ve fiyatları kârını en üst düzeye çıkaracak biçimde belirleyecektir. Tam rekabet piyasalarında ise arz ve fiyat dengeleri tamamen pazarda belirlenecektir. Görüldüğü gibi bu iki durum da öngörülebilir koşullar içerir.

Oysa oligopol pazardaki bir teşebbüs, kararlarını alırken, tekelden farklı olarak davranışlarına tepki alacağını bilir ve tam rekabet halinden farklı olarak ise, davranışlarıyla faaliyet gösterdiği pazarın görünümünü, diğer bir deyişle rekabet ettiği ortamı etkileyebileceğini bilir³⁷. Buna göre, oligopol pazarlarda teşebbüsler, bağımsız karar verirken dahi belli bir sürede rakiplerinin bundan etkilenip tepki vereceklerini bilmektedirler³⁸. Oligopol pazarda satıcı az sayıda olduğu için, tek bir satıcının bile fiyat ve üretim miktarına ilişkin stratejik kararları rakiplerini yakından ilgilendirir. Oligopolistlerin her birinin stratejik hamleleri, pazar görünümünü

³² WHISH, s. 507; "Yoğunlaşmış bir pazarda lider teşebbüsler, arzlarını kısarak rekabet üstü fiyatlar elde edebilirler, ancak bunun için etkinlikleri, mevcut ve potansiyel rakiplerine nazaran bu davranışı sürdürecektir yeterlilikte olmalıdır." (BORK, Robert H., The Antitrust Paradox, A Policy At War With Itself, FreePress New York 1993, s.178); Aynı yönde: SARIOĞLU, §2 (www.esrc.com, 1.12.2006).

³³ Office of Fair Trading, Merger Appraisal in Oligopolistic Markets, Research Paper 19, Kasım 1999, s.21.

³⁴ HOVENKAMP, Herbert, Federal Antitrust Policy, The Law of Competition and its Practice, Hornbook Series, West Group, St. Paul, Minn.1999, §4.2 s.157; MCGREGOR, s.436.

³⁵ SCHERER, Frederic M. / ROSS, David, Industrial Market Structure and Economic Performance, 3.bası, Houghton Mifflin Company 1990, s.206; NIELS, Gunnar, Collective Dominance: More than Just Oligopolistic Interdependence, ECLR, Mayıs 2001, C.22, s.172.

³⁶ Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un "tanımlar" başlıklı 3. maddesinde, hakim durumun, rakipleri ve müşterilerinden bağımsız hareket ederek fiyat, arz, üretim ve dağıtım miktarı gibi ekonomik parametreleri belirleyebilme gücünü ifade ettiği açıklanmıştır. Oysa bir teşebbüsün, hakim durumda olsa dahi, müşterileri, başka bir deyişle talebi dikkate almadan fiyat belirleyebilmesi mümkün değildir. Bu bakımdan, söz konusu bağımsızlık, ekonomik anlamıyla, müşterilerden değil, "rakiplerden bağımsız davranmak" şeklinde anlaşılmalıdır.

³⁷ OFT Raporu, s.21; BAKER, s.149; FAULL/NIKPAY, s.24, p.1.72; JENNY, s.362.

³⁸ KORAH, Valentine, An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice, 8.bası, Hart Publishing, Oxford-Portland Oregon 2004, s.53.

değiştirecek ve diğerlerini etkileyecektir³⁹. Etki elbette ki karşılıklı olacaktır. Başka bir ifadeyle, bir teşebbüsün kârı sadece teşebbüsün kendi kararlarına değil, rakiplerinin verdiği kararlara da bağlıdır⁴⁰. Bu da oligopol pazarlarda karşılıklı bağımlılık düşüncesini meydana getiren özelliktir.

B. Oligopol Pazarlarda Arz ve Fiyatın Belirlenmesine İlişkin Modeller

Oligopol pazarlara dair yapılan iktisadi incelemelerde, bu pazarlardaki davranış yapıları, arz ve fiyatın belirlenmesinde rol oynayan etkenler ve teşebbüslerin davranışlarında esas aldıkları unsurlar açıklanmaya çalışılmıştır. Arz ve fiyat bir teşebbüsün önceliğidir⁴¹. Bu sebeple teşebbüslerin bu kararları nasıl aldıklarının incelenmesi önem arz eder.

Oligopol teorisi ve oligopole ilişkin tartışmalar ilk olarak Fransız matematikçi Augustin Cournot'nun 1838 yılında oligopolistik davranışı açıklamaya yönelik modeliyle başlamış ve Bertrand⁴², Chamberlin⁴³, Stigler⁴⁴, Green ve Porter⁴⁵ gibi isimlerin başını çektiği çalışmalarla geliştirilerek farklı oligopol modelleri ortaya konmuştur. Bu modellerin hepsinde oligopol pazarlardaki davranış kalıplarının açıklanması, oligopolistik bağımlılığın daha iyi anlaşılabilmesi için önem arz etmektedir. Bu bakımdan ekonomik modellerin burada incelenmesini gerekli görüyoruz.

Teşebbüslerin pazar içindeki davranışlarının açıklanması konusunda, aynı koşullar altında karşılıklı etkileşim içindeki teşebbüslerin verdikleri stratejik kararları

³⁹ YAO, Dennis A. / DESANTI, Susan S., "Game Theory and The Legal Analysis of Tacit Collusion", The Antitrust Bulletin, C.38, Bahar 1993, s.116; CENGİZ, Dilek, Türk Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylem ve Bu Eylemin Hukuki Sonuçları, Örnek Model Olarak Amerika Birleşik Devletleri ve Mehaz Olarak Avrupa Birliği Rekabet Hukuku Sistemleri Işığında, Beta Yayınevi, İstanbul 2006, s.166-167.

⁴⁰ ÇELEN, s.2; STROUX, s.5; JONES/SUFRIN, s.773-774.

⁴¹ ALESE, Femi, "The Economic Theory of Non-Collusive Oligopoly and The Concept of Concerted Practices Under Article 81", ECLR 1999, C.20, s.381.

⁴² BERTRAND, J, Review of "Théorie Mathématique de La Richesse Sociale" and "Recherches sur les Principes Mathématiques de la Théorie des Richesses", Journal des Savants, 1883, s.499-508 (MORRISON, Clarence C., "Cournot, Bertrand and Modern Game Theory", Atlantic Economic Journal, Haziran 1998, C.26, No. 2, <http://www.indiana.edu/~econweb/faculty/morrpap1.html>, 17.05.2007'den naklen).

⁴³ CHAMBERLIN, Edward H., On The Origin of "Oligopoly", The Economic Journal, C.67, No.266, Haziran 1957, s.211-218 (www.jstor.org, 17.05.2007).

⁴⁴ STIGLER, George J., A Theory of Oligopoly, Journal of Political Economy, C.72, S.1, Şubat 1964, s.44-61.

⁴⁵ GREEN, Edward J./ PORTER, Robert H., "Non Cooperative Collusion Under Imperfect Price Information", Econometrica, C.52, No.1, Ocak 1984, s.87-100.

inceleyen oyun teorisinin⁴⁶ katkıları çok fazla olmuştur. Yine de, oligopol pazarlara ilişkin bütün olasılıkları içeren bir model yaratılamaması, günümüzün ihtiyaçlarını karşılayacak düzeyde oligopole ilişkin genellemelerde bulunulamaması sonucunu ortaya çıkarmıştır. Oligopol pazarların birçok nüans içermesi sebebiyle, bu pazarlarda sabit ve her koşulda kabul edilebilir bir genelleme yapmak mümkün olmamaktadır⁴⁷. Bu nedenle iktisatçılar açısından oligopol sorununun dile getirilmesi, üzerinde uzlaşmaya varılmış bir tanım üzerinden değil ancak sorunun ana başlıklar etrafında toplanması şeklinde yapılmaktadır. Bu başlık altında, oligopol pazarlarda teşebbüslerin davranışlarını açıklamaya çalışan belli başlı bazı ekonomik modellere değinilecektir.

1. Oligopol Pazarlarda Bağımsız Davranışları Açıklamaya Yönelik Temel Modeller

Oligopol pazarlarda bağımsız davranışları açıklamak için iki temel model söz konusudur: Cournot ve Bertrand Modelleri oligopol pazarlarda teşebbüslerin aralarındaki etkileşimi temel kuramlardır⁴⁸. Her iki yaklaşımda da, teşebbüslerin etkileşiminden ortaya çıkan sonuç olarak “Nash Dengesi”⁴⁹ gösterilir⁵⁰.

a. Cournot ve Bertrand Modelleri

En temel oligopol modeli Cournot tarafından geliştirilmiştir. Cournot, oligopolistik piyasalarda teşebbüslerin karar değişkeni olarak üretim miktarını temel aldıklarını varsaymıştır.

Bu modeldeki odak noktası fiyat değil, arz miktarıdır. Cournot modelinin belirgin özelliği olarak, her teşebbüs ne miktarda ürün üretmesi gerektiğine karar verir. Her bir satıcı rakiplerinin üretim miktarlarını sabit tutacakları varsayımıyla kendi üretim

⁴⁶ SELA Aner/VLEUGELS Jan, Game Theory (<http://www.sfb504.uni-mannheim.de/glossary/game.htm>, 23.11.2006).

⁴⁷ RAFFAELLI, s.130.

⁴⁸ TIROLE, Jean, “The Theory of Industrial Organization”, MIT Press, 6.bası, Cambridge 1993, s.221

⁴⁹ Kavram, oyun teorisi üzerine yaptığı çalışmalarla tanınan John F. Nash’den gelmektedir. Bkz. NASH, John F., “Equilibrium Points in n-Person Games”, Proceedings of The National Academy of Sciences USA, 1950 ve NASH, John F., “Non-Cooperative Games” Annals of Mathematics 54, 1951 (KREPS, David M., “Nash Equilibrium”, The New Palgrave, A Dictionary of Economics, C.3, Palgrave Publishers Ltd, New York 2002, s.584-588’den naklen).

⁵⁰ ATİYAS İzak / GÜRKAYNAK Gönenç, “Uyumlu Eylem Karinesi Üzerine Hukuki ve Ekonomik Çözümlemeler”, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu IV, 7 Nisan 2006, Kayseri (www.rekabet.gov.tr/sempozyum.html, 01.07.2007), s.84.

miktarını belirlemektedir⁵¹. Bir kez bu karar verildiğinde (ve ürünler üretildiğinde) artık bu miktarın tamamının satılmasını sağlayacak bir fiyat oluşacaktır⁵².

Bertrand, Cournot yapısını değişik yönlerden eleştirir⁵³. Bu görüşe göre, pazarda temel değişken olarak fiyat ele alınır⁵⁴. Buna göre, üretim miktarlarının, teşebbüslerce belirlenen fiyatta oluşan talebi karşılayacak kadar gerçekleşeceği varsayılır⁵⁵.

Temel değişken olarak miktar yerine fiyat ele alındığında, teşebbüslerin fiyat indirerek pazar paylarını ve kârlarını artırebilecekleri varsayılır. Çünkü alıcılar nezdinde, benzer ürünler arasında fiyatı az olan ürün tercihe şayan olacaktır. Bu da teşebbüslerin daha çok pazar payı elde etmek için bir fiyat indirimi savaşına girmelerine yol açabilir. Eğer teşebbüslerin marjinal maliyetleri birbirinden farklı ise, her teşebbüsün bu fiyat savaşında fiyatlarını indirebileceği son nokta birbirlerinden farklıdır. Bu durumda, en etkin biçimde rekabet eden teşebbüs, marjinal maliyeti diğerlerinden daha az olandır; çünkü, bu teşebbüsün fiyatını indirebileceği son nokta (fiyatın maliyete eşit olduğu nokta) diğerlerinden daha aşağıdadır.

Bertrand dengesi için genellemeler yapmak zordur. Fakat, belirli maliyet ve talep koşullarında, fiyat belirleme modelinin (Bertrand modeli), arz miktarını belirleme modeline (Cournot modeli) göre daha rekabetçi olduğu söylenebilir⁵⁶.

b. Nash Dengesi

Nash Dengesi, teşebbüsler arası etkileşim sonucu ortaya çıkan dengedir. Her teşebbüsün stratejisinin diğerleri karşısında en iyi cevap niteliğinde olması düşüncesiyle ortaya çıkar. Her teşebbüs kendi kârını en üst düzeye çıkarmaya çalışır ve bu amaçla, bağımsız olarak her teşebbüs, stratejik değişken ne ise (Cournot modelinde üretim miktarı veya Bertrand modelinde fiyat) onun muhtemel değerleri

⁵¹ ÇELEN, s.9.

⁵² OFT Raporu, s.22.

⁵³ Bkz. BERTRAND, J, Review of “Théorie Mathématique de La Richesse Sociale” and “Recherches sur les Principes Mathématiques de la Théorie des Richesses”, Journal des Savants, 1883, s.499-508 (MORRISON, Clarence C., “Cournot, Bertrand and Modern Game Theory”, Atlantic Economic Journal, Haziran 1998, C.26, S.2, <http://www.indiana.edu/~econweb/faculty/morrpap1.html>, 17.05.2007'den naklen).

⁵⁴ TIROLE, s.212; MORRISON, s.1 (<http://www.indiana.edu/~econweb/faculty/morrpap1.html>, 17.05.2007).

⁵⁵ ATİYAS/GÜRKAYNAK, s.84

⁵⁶ OFT Raporu, s.25; NIELS, s.170; ATİYAS/GÜRKAYNAK, s.85.

arasından, diğerlerinin tercihleri verili iken, optimum stratejiyi benimser⁵⁷. Bu denge bir kez yakalandığında, hiçbir oligopolist, bunu bozmaya istekli olmaz; çünkü söz konusu dengenin bozulması herkesin çıkarına ters düşecektir. Bu tanım, Nash Dengesi'nin varlığına işaret etmektedir⁵⁸.

Nash Denge noktası, her teşebbüsün, rakiplerinin arz miktarı veya fiyatları verili iken kendi kârını en üst düzeye çıkaracak olan arz miktarını üretmesi veya fiyatı belirlemesiyle ortaya çıkar. Bir kez bu denge oluştuğunda, sistem kendiliğinden zorlayıcıdır, çünkü kârını en üst düzeye çıkaran hiçbir teşebbüs rakipleri davranışlarını değiştirmeden kendi davranışlarında değişiklik yapmayacaktır. Hiçbir teşebbüsün, kendiliğinden, değişiklik yönünde bir saiki olmayacaktır, çünkü kârını en üst düzeye çıkaran bir teşebbüs, bu durumu herhangi bir dış etken olmaksızın değiştirmek istemeyecektir⁵⁹.

Kısaca, Nash Dengesi'nde, her bir teşebbüs kendi fiyatlarını veya arz miktarını değiştirmekte özgürdür ancak bunu diğerlerinden bağımsız olarak yapmak hiçbir teşebbüsün çıkarına değildir. Bir teşebbüsün arz miktarını veya fiyatlarını yükseltmesi veya indirmesi ancak rakipleri de aynı hareketi yapıyorsa anlamlıdır, çünkü diğer tüm teşebbüsler dengede olduğunda söz konusu teşebbüs de Nash Dengesi'ndedir. Bu modelde, diğerlerinin davranışları veya stratejik seçimleri verili iken, her teşebbüs kârını en üst düzeye çıkaran stratejiyi seçmiştir ve hiçbiri bu durumdan sapmak istememektedir⁶⁰. Bu sebeple fiyatların tek tip ve sabit kalması eğilimi bu dengeye ulaşıldığında güçlüdür⁶¹.

Sonuç olarak Nash Dengesi, her teşebbüsün birbirinden bağımsız olarak, diğerlerinin seçimleri verili iken bunlara en iyi cevap teşkil eden ve kârlarını en üst düzeye taşıyan optimum stratejiyi belirlediği, bu stratejiden sapma dürtüsünün olmadığı, işbirliği içermeyen bir denge noktası sunar.

⁵⁷ ATİYAS/GÜRKAYNAK, s.84; FORGES, Françoise / THISSE, Jacques-François, "Game Theory and Industrial Economics: An Introduction", The New Industrial Economics, Recent Developments in Industrial Organization, Oligopoly and Game Theory, Edward Elgar Publishing Company, 1993, s.14.

⁵⁸ OFT Raporu, s.22; FRIEDMAN, James W., Game Theory With Application to Economics, 2. bası, Oxford University Press, New York 1990, s.63-64; AKKAYA, s.9.

⁵⁹ Bu durum elbette ki pazarın iç ve dış etkenlerine göre değişiklik gösterecektir. (KLOOSTERHUIS, s.89).

⁶⁰ HOVENKAMP, Federal Antitrust Policy, s.159.

⁶¹ SCHÖDERMEIER, Martin, "Collective Dominance Revisited: An Analysis of The EC Commission's New Concepts of Oligopoly Control", ECLR 1990, C.11, s.31.

2. İşbirlikçi Oligopol Modelleri

İşbirlikçi stratejiler, mükemmel işleyen bir kartel yahut tekel seviyesinde kârlar elde edebilmek amacıyla teşebbüslerin aynı fiyat ve arz seviyelerini tutturmak için uyguladıkları yöntemlerdir⁶².

a. İşbirliği Saikinın Açıklanması

Stigler, Cournot ve Bertrand'a nazaran daha farklı bir oligopol modeli öne sürmüştür⁶³. Bu model oligopol pazarlardaki teşebbüslerin kârlarını artırmak için “dayanışma” (*collusion*)⁶⁴ kurmaya yönelik saiklerinden kaynaklanır.

Bu modelde, daha iyi bir alternatif dururken teşebbüslerin işbirlikçi olmayan bir dengeyi kabul etmeyecekleri öne sürülür. Bu sebeple teşebbüsler, gizli ya da açık bir şekilde işbirliği içinde davranmayı tercih ederler. Bu da, bir ölçüde tekel görünümüne benzer ve işbirlikçi olmayan rekabete nazaran daha çok kâr getirir.

Kreps, birçok denge ihtimali varken, oyuncularını belli bir dengeyi oluşturmaya iten sebebin geçmiş deneyimler ve rakiplerin genelde nasıl davrandığına ilişkin kanaat olduğunu belirtmektedir⁶⁵. Buna ilişkin olarak Tirole de, teşebbüslerin birlikte davranarak kârlarını en üst düzeye çıkarmaları amacını taşıdığını söyler⁶⁶.

⁶² HOVENKAMP, Federal Antitrust Policy, s.160.

⁶³ STIGLER, George J., “A Theory of Oligopoly”, Journal of Political Economy, C.72, Sayı 1, Şubat 1964, s.44-61.

⁶⁴ Kavrama karşılık gelmek üzere birçok terim öne sürülmüştür. En sık kullanılan Türkçe karşılık “danışıklılık” kavramıdır. Bunun sebebi “danışıklı dövüş” deyiminin dilimizde uygun bir karşılık olarak görülmesidir. Ancak bu tezde “danışmak” fiil kökünden türeyen bu sözcük yerine kavramı tam olarak ifade edebilmek için “dayanışma” sözcüğü tercih edilecektir. Zira “*collusion*” terimi danışıklı olmaya yol açacak herhangi bir iletişim yahut bağlantı içermemektedir. Bu tercihin bir diğer nedeni de, günümüzde “muvazaa” kavramı yerine kullanılmaya başlanan ve 2005 tarihli Türk Borçlar Kanunu tasarısında da yer alan “danışıklık” sözcüğüyle bir karışıklık yaşanmasının önlenmesidir. Ayrıca, “işbirliği” terimi de anlamı kısmen karşılmasına rağmen “*cooperation*” sözcüğünü karşılamak üzere kullanıldığından anlam karmaşasına mahal vermemek için “*collusion*” kavramının karşılığı olarak tercih edilmemiştir.

⁶⁵ KREPS, D., “Game Theory and Economic Modelling”, Oxford University Press, Oxford 1991 (OFT Raporu, s.28’den naklen).

⁶⁶ TIROLE, s.239 vd.

b. Aldatmaca Tehdidi

Anlaşmalı fiyatların uygulandığı bir ortamda, teşebbüsler bu anlaşmadan saparak daha düşük bir fiyat belirleme yolunu tercih edebilir. Bu şekilde fiyat kırarak işbirlikçi fiyatları uygulamama haline “aldatmaca” (*cheating*) denir⁶⁷.

İşbirliği halindeki fiyatlar tekel fiyatına yaklaştıkça, aldatmaca olma ihtimali artar, yani işbirliğini korumak zorlaşır; çünkü fiyat indirerek aldatmaya yönelecek olan teşebbüs, tekelin biraz aşağısında bir fiyata indiğinde uyguladığı fiyat yine yüksektir, ancak rakiplerinden az fiyat belirlediği için pazar payı artar. Kısaca, fiyat seviyesi tekel fiyatına yakınsa, aldatmacadan doğacak kâr büyüdüğü için, aldatmaca saiki güçlenir. Bu da teşebbüsü aldatmacaya yöneltir.

Porter gelecekteki kârdan indirim yapmanın (aldatmacanın) birkaç faktöre bağlı olduğunu öne sürmüştür. Buna göre; rakiplerin tepki süresinde gecikme olması, aldatmacanın sağlayacağı çıkarların çabucak elde edilebilmesi ve oyunun sınırlı bir zaman boyu süreceğinin bilinmesi, özellikle son oyunlarda teşebbüsleri aldatmacaya iter⁶⁸.

Pazar koşullarındaki belirsizlikler de aldatmaca saikini etkiler. Buna göre, dengedeyken saik işbirliğinden sapmamaktan yanayken, pazarda belirsiz ve öngörülemez talep şoklarının olması, mevcut ve beklenen satışlar arasında büyük farklar yaratır ve bu da fiyat savaşlarını doğurur. Çünkü talepteki belirsiz ve ani değişim, teşebbüsleri korkutur. Bunun sonucu olarak da, uzun vadeli düşünmek yerine kısa vadede kâr elde etme çabası ön plana çıkar ve bu da teşebbüsleri aldatmacaya yöneltir. Bu sebeple talepteki belirsizlik, işbirlikçi fiyatı rekabetçi seviyelere yaklaştırır. Çünkü, talepteki belirsizlik fiyat savaşına yol açabilecektir. Rekabet ihtimali henüz bir adım ötededir.

c. İşbirliğinin Sürdürülebilirliği

Yukarıda da belirtildiği gibi, işbirliğinin sağlandığı durumlarda teşebbüslerden birinin aldatmaca içine girerek dengeyi kendi lehine bozması riski her zaman mevcuttur. Bu halde, aldatmacaya yönelen teşebbüs, diğerlerinden daha fazla kâr

⁶⁷ GINSBURG, Douglas H., “Nonprice Competition”, The Antitrust Bulletin, Bahar 1993, s.88.

⁶⁸ PORTER, R., “On the Incidence and Duration of Price Wars”, Journal of Industrial Economics, C.23, Haziran 1985, s. 415-416.

elde edebilecektir. İşbirliği saikine yönelen bu tehdide rağmen işbirliğinin sağlanıp, sürdürülebilmesinin mümkün olduğu ileri sürülmektedir. Bunun sağlanması, pazarda etkin bir denetim-tespit ve cezalandırma mekanizmasının bulunmasıyla mümkün olabilir⁶⁹. Bunun anlamı, aldatmacanın, amaçlanan kârı elde edemeyecek kadar çabuk tespit edilip buna karşı misilleme hareketinin de etkin biçimde uygulamaya konabilmesidir. Cezanın yeterliliği, yani ne kadar korku verdiği ile bağlantılı olarak aldatmacalar azalır⁷⁰. Bu sebeple, ekonomistlerin çoğu, etkin bir cezalandırma mekanizmasının yokluğunda, teşebbüslerin aldatmacaya yönelerek bireysel fiyat kırma politikalarına yöneleceklerini savunmaktadırlar⁷¹.

Bazı hallerde pazar yapısının işbirliğine elverişli olduğu görülür. Yoğunlaşmış pazarlarda işbirliği daha olasıdır ve oyuncu sayısının azlığı sebebiyle aldatmaca, daha kolay tespit edilebileceği için daha az görülür⁷². Çünkü teşebbüsler işbirliğinden sapmalarının kolay tespit edildiği bir ortamda aldatmacaya yönelmekten çekinirler. Nitekim, rekabet otoriteleri ve mahkemeler, yoğunluğun belirgin biçimde arttığı oligopol pazarlarda, pazarın bu özelliği sebebiyle eşgüdüm olasılığının ve veriminin diğer pazarlara nazaran çok daha fazla olduğunu kabul ederler⁷³.

Posner'a göre, pazara giriş engelleri olsa bile, talepte fiyat esnekliğinin çok yüksek olması, birçok ikame ürünün varlığı sebebiyle birlikte fiyat artırmak mantıksız olabilir. Pazarda teşebbüslerin yoğunlaşması ve büyük pazar gücünü elinde tutması halinde rekabetin kendiliğinden yok olacağı ileri sürülemez⁷⁴. Bu bakımdan, gizli ya da açık bir dayanışmayı oluşturup sürdürebilmek için, pazarın yoğunluğu dışında bazı faktörler daha gerekmektedir. Bunlar şu şekilde özetlenebilir:

- Arzın yoğunlaşmış olması, buna karşın, alım gücünün yoğunlaşmamış olması ve küçük teşebbüs (*fringe firm*) rekabetinin olmaması: Pazar gücünün alıcılara ve oligopolistler harici küçük teşebbüslere dağılması, oligopol gücünü azaltacağından rekabetin oluşmasına sebep olabilir.

⁶⁹ CAFFARRA, Cristina/KÜHN, Kai-Uwe, "Joint Dominance: The CFI Judgment on Gencor Lonrho", ECLR 1999, C.20, s.355.

⁷⁰ JONES/SUFRIN, s.774.

⁷¹ KORAH, s.53; GINSBURG, s.90.

⁷² STROUX, s.7; Yoğunlaşmış bir pazarda aldatmacaların gözlenmesi, tespiti ve cezalandırılması mekanizmalarının işleyişi diğer pazarlara nazaran daha kolay ve masrafsızdır. (GINSBURG, s.86).

⁷³ BAKER, s.148.

⁷⁴ POSNER, s.64 ve 69.

- Pazara girişlerin zor ve zaman alıcı olması; ürünlerin rekabet sadece fiyatta oluşacak şekilde standart olması: Eğer fiyat dışı etkenler önem arz ediyorsa, bu durumda teşebbüsler her ne kadar fiyatları belirleseler de fiyat dışı rekabet devam edecektir. Ayrıca çok çeşitli ürünler arasında adil bir fiyat belirlenmesi neredeyse imkansızdır, bu sebeple adil bir denge kurulamayacağından bütün teşebbüsler işbirliğine aynı ölçüde yanaşmayacaklardır.

- Teşebbüslerin dağıtım zincirinde aynı seviyede ve benzer maliyet yapısı ve benzer kapasitede olması: Değişik talep ve maliyet yapıları olan teşebbüsler arasında denge sağlanması mümkün değildir. Dengeyi bulamayan teşebbüsler işbirliğine razı olmazlar.

- Talebin durgun olması: Talep sürekli artarken aldatmacanın tespiti zorlaşır, piyasaya giriş imkanı artar ve teşebbüsler bu belirsizlikte bireysel hareket saiki taşırlar.

Selten, kartele dahil bazı teşebbüsler olduğu gibi dışarda da teşebbüslerin halen mevcut olduğunu ve dikkate alınması gerektiğine işaret eder⁷⁵. Buna göre, dışarda rekabet sürecektir ve bu sebeple içerde bir denge gözetildiği kadar dışarda da ayrı bir denge oluşacaktır. Bu dış dengenin kurulamadığı bazı hallerde kartelin dışında kalmak daha cazip hale gelebilir. Örneğin, eğer dış rekabette küçük teşebbüs (*fringe firm*) sayısı karteli umursamayacak yeterlilikte ise, teşebbüsler işbirliği yerine fiyatlarını indirerek kartel dışı rekabeti tercih edebilirler. Bu sebeple, işbirliğinin sürdürülebilirliği açısından, küçük teşebbüslerin etkinliği de göz önünde bulundurulmuş bir etkidir.

Williamson ise, işbirliğinin sürdürülmesinin kolaylaştıran etkenler içinde en önemlisinin ürünlerin türdeşliği, teşebbüslerin talep ve maliyet yapılarındaki simetri olduğunu, bunlar olmaksızın işbirlikçi veya dayanışma oluşmasının mümkün olamayacağını söyler. Ayrıca, önemsiz sayılamayacak giriş engelleri olan, arz bakımından yoğunlaşmış ve teknolojik bakımdan olgunlaşmış oligopol pazarlarda türdeş ürünler üretilmesi halinde meydana gelebilecek Rekabet Hukuku problemleri istisna tutulursa, oligopolistik bağımlılığın bir Rekabet Hukuku problemi teşkil

⁷⁵ SELTEN, R., "A Simple Model of Imperfect Competition Where Four Are Few and Six Are Many", International Journal of Game Theory, S.2, 1973, s.141-201 (OFT Raporu, s.26'dan naklen).

etmesinin çok zor olduğunu ileri sürmektedir⁷⁶. Zira, dar olmayan normal oligopol halinde, dayanışmaya varma çabaları kolaylıkla başarılı olamayacak, eğer başarılı olursa da bu başarı, ancak yeterli iletişimin kurulabilmesi sayesinde olacaktır.

Ürünlerin türdeş olması ile ilgili olarak ise, Levy ve Reitzes'e göre ürünlerin türdeşliği işbirlikçi anlaşmaların temel elemanı değildir⁷⁷. Değişken ürünlü pazarlarda da pekala işbirliği olabilir. Hatta bazen yoğunlaşmalar da bunu kolaylaştırabilir: Eğer aldatmacaya girecek teşebbüse ürün bazında yakın olan teşebbüsler birleşirlerse gözlem ve tespit kolaylaşacak ve cezalandırma maliyetinin paylaşılması sonucu doğacaktır. Bu da kartel anlaşmasından sapmaya meyilli teşebbüslerin saf dışı bırakılması için bir yöntem olarak işbirliğine yol açabilir.

Türdeş ürünlerin az sayıda satıcısı fiyat rekabetinde denge kurmaya çalıştıklarında eğer tek bir kez oynanan bir oyun⁷⁸ söz konusu ise fiyat marjinal maliyete eşit olacaktır. Oysa birden çok kez oynanan oyunlarda bu değişebilir. Bu durumda, bir teşebbüs gelecek kârları için yeterince yüksek (örneğin, tekel fiyatı) bir fiyat belirlerse, diğer teşebbüsler de bundan ders alarak bir dahaki oyunda rekabet üstü fiyatlar belirleyebilirler. Fakat birisi fiyat kırmak suretiyle bunun altına inerse diğerleri de rekabet etmeye başlar. Buna misilleme (*retaliation*) mekanizması denir. Burada işbirliği veya dayanışma hali, aldatmacaya girişen teşebbüsü (*cheater*) cezalandırma tehdidi sayesinde sürer.

Pazarın yapısıyla ilgili olarak bir başka düşünce ise, durağan pazarlarda işbirliğinin dinamik pazarlara göre daha olası olmasıdır; çünkü dinamik pazarlarda oynanan oyunun doğası radikal biçimde sık sık değişebilir, beklenen koşullar her zaman oluşmayabilir. Bu durumda teşebbüsler, belirsizlik ortamının getirdiği güvensizlik ile

⁷⁶ WILLIAMSON, O., "Markets and Hierarchies: Analysis and Antitrust Implications" The Free Press, New York 1975 (OFT Raporu, s.27'den naklen).

⁷⁷ LEVY, D./ REITZES, J., "Anticompetitive Effects of Mergers in Markets with Localised Competition", Journal of Law, Economics and Organization, S.8, Yaz 1992 (OFT Raporu, s.31'den naklen).

⁷⁸ Oyun teorisini inceleyen ekonomistlerce sıkça kullanılan bu terim, kararları birbirini etkileyecek olan birden çok oyuncunun, aynı rekabet koşulları içinde aynı anda, olası ihtimaller arasından, belirli bir stratejik karar vererek çıkar sağlaması veya kaybetmesi durumunu ifade eder. Bu terimin seçilme nedeni, bütün oyunlarda, belirli kurallar olmasıdır. Bu kuralların yarattığı koşullarda, herkes rakibinin davranışını önceden kestirmeye çalışarak belirli bir strateji belirler ve buna göre atacağı adımlarla oyunu kazanır veya kaybeder. Rekabet içinde olan teşebbüsler de sürekli böyle kararlar vererek bu şekilde oyun oynamaktadırlar. (Bkz. FRIEDMAN, James W., Game Theory With Application to Economics, 2. bası, Oxford University Press, New York 1990, s.3); "Belirli stratejik davranışlar arasından birisinin seçilmesi oyunu" (SELA Aner/VLEUGELS Jan, Game Theory, <http://www.sfb504.uni-mannheim.de/glossary/game.htm>, 23.11.2006); "Ekonomik bir pazar analizi oyun teorisi anlamında bir oyuna benzetilebilir" (MARSCHAK/SELTEN, s.71).

rekabete yöneleceklerdir. Nitekim, belirsiz dinamik pazarlarda bugün kurulan bir dengenin yarın sürüp sürmeyeceği belirsizdir ve bu durumda dengeyi korumaya çalışmaktan, bir başka deyişle uzun vadeli getirileri belirsiz bir işbirliğine yönelmektense, kısa vadede kâr getirecek olan aldatmaca daha cazip görünecektir.

Green ve Porter, aldatmacanın tespit edilmesinin çok güç olduğu pazarlarla ilgili çalışmışlardır⁷⁹. Atipik talep (talepteki belirsizlik) veya aldatmaca sebebiyle ortaya çıkan öngörülen satış fiyatlarından sapma (*deviation*), fiyat savaşlarını ortaya çıkarır. Pazardaki güvenli ortamı yitiren teşebbüs, yukarıda değindiğimiz üzere rekabete girecektir.

Ancak belirsizlik, rekabete yol açtığı kadar rekabet karşıtı davranışa da yol açabilecektir. Teşebbüsler, fiyat savaşlarındaki belirsiz ortam sebebiyle de gizli veya açık işbirliğine yönelebilirler. Belirsizlikten kaçan teşebbüsler, bu örnekte, geleceği belirsiz fiyat savaşlarından uzak durmak için işbirliğine yöneleceklerdir.

d. İşbirliğine İlişkin Varılan Sonuçlar

Bu modellerin incelenmesi sonucunda oligopol pazarlarda işbirliğine ilişkin bazı sonuçlara varmak mümkündür.

Öncelikle, işbirliğinin sağlanabilmesi gerekmektedir. Bunun için simetrik teşebbüsler söz konusu olmalıdır. Bunun anlamı, benzer ürünler üreten, üretim kapasiteleri, maliyet ve talep yapıları birbirine benzer teşebbüsler olmalarıdır. Aksi halde, her teşebbüsün buluşacağı ortak bir denge noktasını bulmak güçleşecektir.

Bir kez denge kurulduktan sonra, ortaya çıkan sorun bunun sürdürülebilmesidir. Teşebbüslerin kısa vadede kâr elde etme amacıyla aldatmaca yoluna gitmeleri engellenmelidir. Bunun bir yolu, elbette ki, aldatmacaların etkin bir biçimde gözlenmesi, tespiti ve cezalandırılması mekanizmalarının (*Monitoring-detect-retaliatory mechanisms*) varlığıdır. Aksi halde, rakibinin anlaşmadan sapma ihtimali olduğunda hiçbir teşebbüs aralarındaki anlaşmaya sadık kalmak istemeyecektir. Bu da, aldatmacaların en hızlı tespit edilebildiği yoğun pazarlarda işbirliğini daha olası kılar. Demek ki, pazarın yoğunluğuyla işbirliği yakından ilgilidir.

⁷⁹ Bkz. GREEN, Edward J./ PORTER, Robert H., “Non Cooperative Collusion Under Imperfect Price Information”, *Econometrica*, C.52, No.1, Ocak 1984, s.87-100.

Bunun dışında, herhangi bir ceza tehdidi olmaksızın dahi, dayanışma içinde hareket eden her teşebbüs, aralarındaki anlaşmaya katlanmayı tercih edecektir. Bunun sebebi, uzun vadede rekabet ortamının acımasızlığından kendilerini sakınarak, işbirliği yoluyla daha iyi kâr elde etmeleridir. Nitekim, işbirliği için teşebbüslerin uzun vadede bir ödülü olmalıdır. Teşebbüslerin kısa vadede kâr getirecek olan aldatmacaya yönelmeyip, gelecekteki kâr kaygısıyla hareket etmeleri, bu davranışın uzun vadede bir getirisi olması sebebiyle mümkün olacaktır.

Son olarak, talep kalıpları ve benzeri pazar etkenlerinin yeterli derecede öngörülebilir olmasının işbirliği için şart olduğu açıktır. Aksi takdirde, uzun vadede kendisini bekleyen ödülün belirsiz olması halinde, hiçbir teşebbüs uzun vadeli belirsizliği kısa vadedeki kazanca tercih etmeyecektir.

3. Oyun Teorisi Yaklaşımı ve Tekrarlanan Oligopol Oyunu

Karşılıklı bağımlılık teorisi üzerindeki tahmin ve analizlerde kullanılacak modern yaklaşım oyun teorisi (*Game Theory*)⁸⁰ tarafından sunulmaktadır. Bu yaklaşım, teşebbüslerin stratejik kararlarını nasıl aldıklarını inceleyerek, bireysel ile birlikte yapılan davranışları ayırt etmeye yarar⁸¹. Bu bakımdan, oligopolistlerin davranışlarının rekabete aykırı bir anlaşma teşkil edip etmeyeceğinin tespitinde oyun teorisi büyük katkı sağlamıştır⁸².

Bu teoriye göre teşebbüsler (oyuncular), kendilerini stratejik bir oyunun parçası olarak gördükleri ve her bir teşebbüs davranışının bir diğerini etkilediği ortamda, kendi kişisel kârlarını en üst düzeye çıkarmaya çalışmaktadırlar⁸³.

Yukarıda açıklanan Nash Dengesi⁸⁴ bu teorinin temel kavramıdır. Bu denge her bir teşebbüsün, diğer teşebbüslerin hareketlerini göz ardı etmeden, kendi kârını

⁸⁰ STROUX, s.6; Bkz. MORGENSTERN, Oskar, "Oligopoly, Monopolistic Competition, and The Theory of Games", The American Economic Review, C.38, No.2, Papers and Proceedings of The Sixtieth Annual Meeting of The American Economic Association, Mayıs 1948, s.10-18 (www.jstor.org, 17.05.2007); SHAPIRO, Carl, "The Theory of Business Strategy", The RAND Journal of Economics, C.20, No.1, Bahar 1989, s. 131 vd.; FRIEDMAN, James W., Game Theory With Application to Economics, 2. bası, Oxford University Press, New York 1990; SONNENSCHNEIN, Hugo, "Oligopoly and Game Theory", The New Palgrave, A Dictionary of Economics, C.3, Palgrave Publishers Ltd, New York 2002, s.705-708.

⁸¹ YAO/DESANTI, s.126.

⁸² YAO/DESANTI, s.121.

⁸³ AKKAYA, s.3.

⁸⁴ Bkz. Birinci Bölüm, I, B, 1, b.

olabildiğince en üst düzeye çıkaracak şekilde akılcı davrandığı varsayımı altında tanımlanmıştır.

Bu bakımdan, bu başlık altında öncelikle oligopolde işbirliği saiki oyun teorisi ve tutuklular açmazı örneğinin yardımıyla kısaca açıklanacak ve ardından oligopol pazarlarda tekrarlanan oyunların işbirlikçi olmayan açıklamalara katkısı ele alınacaktır.

a. Oyun Teorisi Açıklaması ve Tutuklular Açmazı Örneği

Oyun teorisi, rakiplerin birbirlerini gözleyerek, en çok kârı elde etmek için ne çeşit bir tutum izlemeleri gerektiğini ve birden çok teşebbüsün, rakiplerinin davranışlarını ve olası tepkilerini tahmin ederek, hangi kâr çizgisinde denge kurabileceklerini açıklamaya çalışan bir kuramdır⁸⁵. Burada oynanan oyun, rekabet koşulları içinde akılcı bir şekilde hareket ederek stratejik kararlar vermeye dayalıdır.

Bu teoriye göre, her teşebbüs, kârını en üst düzeye çıkarmak için, rakiplerinin en iyi stratejilerini değerlendirerek; kendi en iyi stratejisini belirlemeye çalışmaktadır⁸⁶. Bu şekilde, her teşebbüs, kendisine en büyük kazancı sağlayan stratejiyi belirleme yoluna gidecektir.

Buna uygun olarak, mantıklı bir oligopolistik davranış, pazardaki stratejilerin karşılıklı bağımlılığının bilincinde olarak hareket etmeyi gerektirir. Oligopolistlerin rakiplerinin mevcut ve muhtemel stratejilerine karşı seçtikleri en iyi bireysel strateji, karşılıklı bağımlılığı dikkate alarak ortaya çıkabilir⁸⁷. Herkes kendiliğinden en iyi stratejiyi seçmeye çalışır ki, bu da rakiplerin davranışlarına karşı en iyi tepkiyi oluşturan stratejidir⁸⁸.

En iyi strateji olarak bilinen “Nash Dengesi”⁸⁹ ise rakiplerce tercih edilen davranışları verili iken, her teşebbüsün kârını en üst düzeye çıkarmasını sağladığı bir denge düzeyidir⁹⁰. Her oyuncu kendisi için en uygun stratejiyi mantıklı bir şekilde belirlemektedir. Ekonomik mantığa uygun olduğu ölçüde aynı tercih, her oyuncu

⁸⁵ HANÇERLİOĞLU, Orhan, Ekonomi Sözlüğü, Remzi Kitabevi, 4.bası, İstanbul 1993, s.191-192.

⁸⁶ STROUX, s.6; TIROLE, s.206; CENGİZ, s.169; AKKAYA, s.3.

⁸⁷ YAO/DESANTI, s.122.

⁸⁸ FAULL/NIKPAY, s.26, p.1.78; AREEDA, Phillip / KAPLOW, Louis, Antitrust Analysis, Problems, Text, Cases, Aspen Law Business, 5.bası, New York 1997, s.254.

⁸⁹ Bkz. yukarıda, Birinci Bölüm, I, B, 1, b.

⁹⁰ KANTZENBACH, s.25 (SABUNCU, s.5’den naklen); AKKAYA, s.4.

tarafından yapılmaktadır⁹¹. Elbette ki, bu tercihlerin, sonuçta meydana getirdiği denge durumunda, teşebbüsün çıkarına ne kadar uygun olduğu, her bir teşebbüsün bireysel kararlarını verirken sahip olduğu pazar bilgisi ve geleceğe yönelik öngörüsüne göre değişecektir⁹².

İşbirlikçi olmayan oyun teorisi en iyi “Tutuklular Açmazı” (*Prisoners’ Dilemma*) ile anlaşılabilir⁹³. Bu ikileme göre herkes kendisi için en iyi tercihi yaptığında da optimal noktada buluşan ortak bir görünüm meydana gelir. Bu denge noktası baskın stratejilerin bulunduğu noktadır. Bu sebeple, söz konusu denge, pazardaki mevcut teşebbüsler için optimumdur, çünkü herbiri aynı şekilde kendisi için en iyi makul stratejiyi seçmiştir⁹⁴.

Tutuklular açmazında, polis iki tutukluyu itiraf etmek ile etmemek kararları karşısında bırakır. Bunun için ayrı ayrı hücrelere konan tutuklular birbirlerinden ayrı karar vermek zorundadırlar: İkisi de suçlarını itiraf etmezse kurtulacaklar, ikisi de itiraf ederse az bir ceza alacaklar, biri itiraf eder diğeri etmezse, itiraf etmeyen çok ceza alacaktır. Daha az ceza alabilmek için ikisi de itiraf eder. Zira birbirlerinden izole olduklarından, diğer tarafın da itiraf edeceğini düşünmektedirler. Bu örnekte baskın strateji ceza almamak yahut en az cezayı almayı sağlayan “itiraf etmek”tir⁹⁵.

Oysa, oligopolistik özellik taşıyan bir pazarda, söz konusu ikilemdeki tutuklular gibi birbirlerinden izole edilme durumu yoktur. Herkesin birbirinin davranışlarını takip ettiği ve büyük ölçüde birbirinden haberdar olduğu bir ortam söz konusudur. Bu durumda, birbirinden izole olmayan oligopolistler, Rekabet Hukuku yasaklamamış olsaydı, en yüksek çıkarı elde edebilmek için işbirliği anlaşmaları yapmayı tercih edebilirler. Keza, oligopolistik pazarlarda rekabet etmek ya da etmemek seçenekleri arasında işbirliği en iyi strateji strateji olarak karşımıza çıkar. Bu strateji uyarınca

⁹¹ McCAIN Roger A., Game Theory (<http://william-king.www.drexel.edu/top/prin/txt/Imch/Im24.html>, 24.11.2006); Nash Dengesinin özel bir durumunda ise baskın strateji söz konusu olabilir. Bu, bir oyuncunun bireysel davranışının yol açması muhtemel farklı sonuçları görerek bunların arasından kendisi için en uygun olanı seçmesidir. Bu tercih, diğer oyuncuların tercihleri ne olursa olsun değişmeyecek olan, bir oyuncu için en iyi stratejiyi oluşturan tercihtir (HOVENKAMP, Federal Antitrust Policy, s.162).

⁹² YAO/DESANTI, s.124.

⁹³ FAULL/NIKPAY, s.26, p.1.79.

⁹⁴ YAO/DESANTI, s.123.

⁹⁵ Örnek için Bkz. McCAIN Roger A., Game Theory (<http://william-king.www.drexel.edu/top/prin/txt/Imch/Im24.html>, 24.11.2006).

oyuncular ortak bir plan dahilinde, birlikte davranışlar içine girerler. Kısaca, ortak çıkar amacıyla eşgüdümlü bir strateji takip etmek isterler⁹⁶.

Elbette bu çıkarsama, ekonomik anlamda mantıklı olsa da, Rekabet Hukuku bakımından anlaşmalar yasağına takılmaktadır. Bu sebeple, işbirlikçi olmayan yöntemler, açık veya gizli bir anlaşmanın kolayca tespit edilebileceği korkusu yüzünden tercih edilmektedir⁹⁷.

b. Tekrarlanan Oligopol Oyunu

Tek seferlik oyunlar söz konusu olduğunda, tutuklular açmazının açıkladığı tercihler yapılır ve bu oyunun sonudur. Oyun bir tek kez oynanır ve sona erer. Oysa gerçek ticari yaşamda oyunlar sürekli tekrar eder⁹⁸. Bunun pratik önemi şuradadır: Belki devam edeceğini bildikleri oyunlarda oyuncular, davranışlarını ortak kârı artıracak şekilde belirleyebilirler⁹⁹. Zira, bu durumdaki oyuncular geleceği de hesaba katmak zorundadırlar.

“Tekrarlanan oyunlar”da, statik bir oyun defalarca tekrarlanır. Bu şekilde, tek seferlik oyunun aynı biçimiyle sonsuza kadar tekrarlanması halinde, kartel fiyat ve kârları bir Nash Dengesi olarak ortaya çıkabilir¹⁰⁰. Bu oyunlarda, hiçbir işbirliği anlaşması olmasa da, hatta teşebbüsler arasında herhangi bir irtibat veya iletişim bulunmasa da, bağımsız davranışlar yoluyla kartel benzeri eşgüdümlü sonuçlar elde edilebilir¹⁰¹. Geçmiş oyunlarda, rakiplerin uyguladıkları stratejiler gözlenerek buna uygun en iyi yanıt verilir. İşbirlikçi stratejilerden farklı olarak burada uyum kendiliğinden oluşmuştur ve varlığını sürdürmek için bir dış cezalandırma mekanizmasına ihtiyaç duymamaktadır. Zira, tanım gereği, Nash Dengesine ulaşan teşebbüsler zaten bu pozisyonlarını bozmak istememektedirler.

⁹⁶ Bkz. MARSCHAK, T./ SELTEN, R., “Restabilizing Responses, Inertia Supergames, and Oligopolistic Equilibria”, *The Quarterly Journal of Economics*, C.92, S.1, Şubat 1978, s. 71-93.

⁹⁷ HOVENKAMP, *Federal Antitrust Policy*, s.161.

⁹⁸ Nitekim, statik yaklaşım bu açıdan eleştirilerek, az sayıda teşebbüs arasında geçen stratejik etkileşimin incelenmesinin, doğası gereği dinamik olması gerektiği ileri sürülmüştür. (Bkz. CHAMBERLİN, E., “The Theory of Monopolistic Competition” 6.bası, Harvard University Press, 1950; STIGLER, G., “The Theory of Oligopoly”, *Journal of Political Economy*, C.72, S. 1, Şubat 1964, s.44-61; KREPS, D./SHEINKMAN, J., “Quantity Precommitment and Bertrand Competition Yield Cournot Outcomes”, *Bell Journal of Economics*, C.14, S. 2, Sonbahar 1983, s. 326-337).

⁹⁹ HOVENKAMP, *Federal Antitrust Policy*, s.163.

¹⁰⁰ ATİYAS/GÜRKAYNAK, s.87.

¹⁰¹ HOVENKAMP Herbert, *The Antitrust Enterprise, Principle and Execution*, Harvard University Press, Cambridge-Massachusetts-London 2005, s.126-127

Kaldı ki, Nash Dengesi de kendi içinde bir cezalandırma mekanizması içerir: Herşeye rağmen, rakipleri denge üretim miktarı veya denge fiyatına sadık kalırken oligopolistlerden birinin bu dengeden sapması halinde, rakiplerin yapabilecekleri optimum davranış biçimi, onların da oyunun sonraki tekrarlarında üretim miktarlarını arttırmaları ve fiyatlarını düşürmeleridir. Bu durumda, dengeyi bozarak üretim miktarını arttıran veya fiyatını düşüren oligopolist, bu davranışından amaçladığı kârı uzun vadede elde edemeyecek ve üretim miktarı veya fiyatların rekabetçi seviyelere inmesi sebebiyle zarar edecektir¹⁰². Bunun dışında bir dış cezalandırma mekanizmasının varlığının da, aldatmacadan elde edilecek kârı yok etmesi bakımından işbirliği saikini güçlendireceği ve bu dengeyi korumada önemli olduğu ileri sürülmektedir¹⁰³.

Tekrarlanan oyunlarla ilgili olarak Green ve Porter'in ortaya attıkları modelde ise, teşebbüsler rakiplerinin sonsuz sayıda tekrar eden davranışlarını takip etmek için yeterli bilgiye sahip olmasalar dahi, pazarda meydana gelen fiyat, talep, maliyet veya teknoloji konusundaki değişimlere verdikleri tepkileri gözlemleyebilirler¹⁰⁴. Bu değişim zamanlarındaki dalgalanma, aşırı rekabetçi fiyat savaşlarına yahut bunun karşıtı olan işbirlikçi dengeye yol açabilir. Eğer bu değişimlerden sonra fiyatlar belli bir seviyenin altına düşerse herkes fiyat indirerek fiyat savaşlarına girişecektir. Bu savaş belli bir süre devam etse de sonunda işbirlikçi bir dengeye ulaşır; çünkü fiyat savaş korkusu, teşebbüsleri işbirliğine iter¹⁰⁵.

Oyuncular yapılan anlaşmadan saparak elde edecekleri gelecek kârlarının bugünkü değerlerini, bu anlaşmadan sapmazlarsa elde edecekleri gelecekteki kârlarının bugünkü değeriyle kıyaslarlar. Eğer bu kıyaslama, uzun dönemde gizli anlaşmadan sapmanın kârlı olmadığını gösterirse, aralarında bu konuda bir işbirliği kurulmasa dahi anlaşma dengesini korumaya devam edeceklerdir¹⁰⁶. Bu halde, anlaşma sona erse bile, işbirliğine dayanmayan Nash Dengesi durumu görülür. Nash Dengesi,

¹⁰² Nash dengesi hiçbir oyuncunun tek taraflı olarak saparak kazanç sağlayamayacağı bir durum olarak tanımlanabilir. (BAĞIŞ AKKAYA, Meltem, Gizli Anlaşma: Oyun Teorisi Yaklaşımı, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara 2003, s.4).

¹⁰³ HAUPT, Heiko, "Collective Dominance Under Article 82 EC. and EC. Merger Control in the Light of the Airtours Judgment", ECLR, Eylül 2002, C.23, s.435.

¹⁰⁴ Bkz. GREEN, Edward J./ PORTER, Robert H., "Non Cooperative Collusion Under Imperfect Price Information", Econometrica, C.52, No.1, Ocak 1984, s.87-100.

¹⁰⁵ YAO/DESANTI, s.130-131.

¹⁰⁶ NEVEN, Damien/ PAPANDROPOULOS, Pénélope/ SEABRIGHT, Paul, Trawling For Minnows, European Competition Policy and Agreements Between Firms, Centre for Economic Policy Research, London 1998, s.49; KÜHN, Kai-Uwe, "Fighting Collusion by Regulating Communication Between Firms" Economic Policy: A European Forum, Nisan 2001, s.172.

genel olarak, hiçbir oyuncunun halihazırdaki ortak stratejiden saparak fayda elde edemeyeceği bir dengeyi göstermektedir. Bu halde en mantıklı strateji, işbirliğinden sapmamaktır¹⁰⁷. Bu tür stratejiler, ortak ve uyumlu hareket tarzını sürdürmenin ekonomik mantığını açıklamakta kullanılırlar. Bu bakımdan, gizli anlaşma veya uyumlu eylemlerle ilgili açıklamalarda oyun teorisine başvurulmaktadır.

II. Oligopol Sorunu

Yukarıda incelenen modeller uyarınca, oligopol pazarlarda gözlenen teşebbüsler arası ilişkilerle ilgili olarak, iki ayrı bakış açısı ön plana çıkmaktadır. Buna göre, oligopol pazarlarda ortaya çıkan paralellikleri açıklamak, işbirlikçi modeller (kartel anlaşması) ve işbirlikçi olmayan modeller (oligopolistik bağımlılık) ile mümkündür. Bu ayrım en geniş anlamıyla teşebbüsler arasında bir anlaşma olup olmamasına göre yapılır¹⁰⁸. Bu başlık altında, öncelikle bu iki yapı arasında bir karşılaştırma yapılacaktır (A) ve ardından oligopol sorunu ve buna ilişkin çeşitli görüşler ortaya konacaktır (B).

A. Kartel Anlaşmaları ve Oligopolistik Bağımlılık Karşılaştırması

İktisatçılar oligopolistik bağımlılığa ilişkin görüşlerini aktarırken, oligopolistik pazarları sık sık kartellerle karşılaştırmaktadırlar¹⁰⁹. Çünkü oligopolistik bağımlılık sonucunda, pazarda kartel benzeri sonuçlar Nash Dengesi olarak ortaya çıkabilir. Bu bakış açısı, kartel anlaşmasının meydana getirdiği yapıyla oligopolün benzerliğinden kaynaklanmakta ise de, iki pazar görünümünün Rekabet Hukukundaki etkileri farklı olacaktır. Konuya açıklık getirmek ve oligopol sorununu daha iyi ortaya koyabilmek amacıyla bu karşılaştırmayı yapmakta fayda görüyoruz.

1. Kartel Anlaşmaları

Hukuki baskıların yokluğunda rakipler pazar paylaşımı, fiyat artırımını ve arzın kısılması suretiyle, aralarında anlaşarak rekabeti kısıtlayıcı davranışlara katılırlar¹¹⁰. Pazarda faaliyet gösteren teşebbüslerin aralarındaki rekabeti azaltarak ortak kârlarını en üst düzeye çıkarmak amacıyla yaptıkları bu anlaşmalara “kartel anlaşması”

¹⁰⁷ HAUPT, s.436.

¹⁰⁸ FORGES/THISSE, s.12.

¹⁰⁹ ÇELEN, s.2; Aynı yönde KOVACIC, William E., “The Identification and Proof of Horizontal Agreements Under The Antitrust Laws”, The Antitrust Bulletin, Bahar 1993, s.8.

¹¹⁰ AREEDA/KAPLOW, s.166; WHISH, s.468.

denir¹¹¹. Oligopolistik bağımlılık halinden farklı olarak kartellerde, bireysel kâr maksimizasyonu değil, birlikte edinilen toplam kârın en üst düzeye çıkarılması söz konusudur¹¹². Mükemmel işleyen bir kartel, tekel gücüne ulaşarak tekel fiyatları uygulayabilir¹¹³. Bu sebeple, teşebbüslerin kartel ya da işbirlikçi yapılanmalarına ilişkin ihtimaller rekabet otoritelerinin başlıca endişesini oluşturmaktadır.

Kartel anlaşmalarının en basiti olan fiyatların veya arzın belirlenmesine yönelik anlaşmalar, fiyat belirsizliklerini ortadan kaldırır ve uzun vadeli üretim ve fiyatlamayı öngörülebilir kılar. Fiyatların ve arzın belirlenmesine dair anlaşmalar yoluyla teşebbüsler, adeta bir tekel gibi birlikte davranışlarda bulunabilirler, yapay olarak yüksek fiyatların oluşumuna yol açarak rekabet ortamına ve tüketicilere zarar verebilirler¹¹⁴. Bu sebeplerle, fiyat veya arzın belirlenmesine yönelik anlaşmalar kendiliğinden (*per se*) hukuka aykırıdır (RKHK m.4, ATA. m.81, Sherman Act §I).

Ancak karteller, tekellere göre daha dayanıksızdırlar. Nitelikleri gereği, aldatmaca tehdidi altındadırlar¹¹⁵. Anlaşmaya ulaşmaktaki zorluklar, fiyat kırarak anlaşmayı bozucu aldatmacalara girişenlerin tespiti ve cezalandırılmasındaki problemler, fiyat dışı rekabetin varlığı¹¹⁶, tekel sonuçlarının olduğu gibi elde edilmesini önler. Diğer bir deyişle, karteller hiçbir zaman tekel kadar verimli olamazlar. Bunun sebebi eşgüdümün sağlanması ve korunmasında (aldatmacaların önlenmesinde) sarf edilen çabanın maliyetidir¹¹⁷. Bu bakımdan, kartel sonuçları tekele nazaran mükemmel değildir¹¹⁸.

¹¹¹ HOVENKAMP, Federal Antitrust Policy, s.144; GOYDER, D.G., EC Competition Law, 4.bası, Oxford University Press, New York 2003, s.140.

¹¹² ATİYAS/GÜRKAYNAK, s.85-86.

¹¹³ ÇELEN, s.4; HOVENKAMP, Federal Antitrust Policy, s.144; BAKER, s.144.

¹¹⁴ KORAH, s.52 BAKER, s.144.

¹¹⁵ HOVENKAMP, Federal Antitrust Policy, s.145.

¹¹⁶ Eğer bir kartel anlaşması fiyatları belirliyor fakat fiyat dışı rekabeti engellemiyorsa, fiyat dışı rekabete yönelik teşebbüslerin maliyetleri bu sebeple artacak ve yatırımlarından beklenen rekabet üstü ekonomik faydayı elde edemeyeceklerdir. Belli başlı fiyat dışı rekabet örnekleri: Kapasite, planlama, reklam, promosyon gibi rekabet unsurlarıdır. (GINSBURG, s.94; AREEDA/KAPLOW, s.259; ALESE, s.381); Ürün rekabeti halinde, pazarda değişken sayısı artacağı için oligopolistik dengeyi bozabilecek kapasitede çok sayıda bilinmeyen oluşur ve bundan ayrı olarak elde edilen rekabet üstü kâr azalır. Bu bakımdan, ideal işbirliği için, ürünlerin tamamen birbirine eş olması gerekir.(BORK, s.187-188); Aynı yönde, E.I. Dupont de Nemours Co. 729 F.2d 128, 132-133 (2.daire, 1984): “Erken satın alma halinde bedava ekstra hizmet promosyonu (...) rekabetin fiyat dışı koşullarda varlığını gösterir.”

¹¹⁷ HOVENKAMP, Federal Antitrust Policy, s.155; WHISH, s.468; POSNER, s.65.

¹¹⁸ AREEDA/KAPLOW, s.166.

Kartel dendiğinde iki ayrı sorun dikkate değerdir: Arz ve fiyat konusunda anlaşmaya ulaşmak ve bunu korumak çeşitli sebeplerle zordur¹¹⁹. O halde, kartel anlaşmasının sağlanması ve bunun sürdürülebilmesi için kartelin başarısına yönelik tehditleri bertaraf etmeyi sağlayacak belirli koşulların varlığı çok önemlidir.

a. Kartel Anlaşmasının Oluşmasına Elverişli Koşullar

Arz ve fiyatı belirleyerek bir kartel anlaşmasına ulaşmak bazı koşulların varlığında, diğer hallere nazaran daha kolaydır. Bu koşullar, gerek pazarın yapısal özellikleri, gerekse de kartel üyesi teşebbüslerin özellikleri bakımından ele alınmalıdır.

aa. Pazara İlişkin Koşullar

aaa. Pazarın Yapısal Özellikleri

Bazı pazarlarda işbirliğinin sağlanarak davranışların paralelleştirilmesi diğer pazarlara nazaran daha olasıdır. Bu tür pazarlarda teşebbüsler yoğundur; benzer büyüklükte az sayıda teşebbüs vardır ve giriş engelleri sayesinde potansiyel rakiplerin ortaya çıkması söz konusu değildir¹²⁰. Giriş engellerinin yetersiz olduğu bir pazarda, tekel kârından faydalanmak isteyen teşebbüsler kolayca piyasaya girerlerse, pazar tekrar rekabetçi hale gelecek ve tekel kârı ortadan kalkacaktır¹²¹.

Bunlara ek olarak, pazardaki şartların öngörülebilir olması gerekir. Bunun en rahat sağlandığı pazarlar, gelişim hızı çok az olan ya da daha fazla teknolojik gelişim göstermeyecek olan pazarlardır¹²².

Ayrıca, teşebbüslerin birbirlerinin hareketlerini gözlemleyebilmesi, aldatmacanın tespiti ve cezalandırılabilmesi için büyük önem taşır. Daha az şeffaf veya şeffaf olamayan, daha çok sayıda teşebbüsün yer aldığı, ürünlerin değişken olduğu ve

¹¹⁹ HOVENKAMP, Federal Antitrust Policy, s.145.

¹²⁰ JONES/SUFRIN, s.774; HOVENKAMP, Federal Antitrust Policy, s.145-146; KORAH, s.52; IVALDI, Marc/ JULLIEN, Bruno/ REY, Patrick/ SEABRIGHT, Paul/ TIROLE, Jean, Final Report for DG Competition, European Commission, "The Economics of Tacit Collusion", Toulouse Mart 2003, s.16.

¹²¹ AREEDA/KAPLOW, s.167; FAULL/NIKPAY, s.16, p.1.43.

¹²² MONTI, Mario, "Cartels Why and How? Why should we be concerned with cartels and collusive behaviour?" Stockholm 3th Nordic Competition Policy Conference, 11 Eylül 2000 tarihli konuşma (<http://ec.europa.eu/comm/competition/speeches>, 5.12.2006).

talebin öngörülemez olduğu pazarlarda anlaşmadan sapmaların tespiti güçtür. Bu sebeple, bu özellikleri taşıyan pazarlarda işbirliğinin korunması güçleşir¹²³.

bbb. Talebe İlişkin Özellikler

Kartel için, talep özellikleri de önem taşımaktadır. Buna göre, talebin elastik olmaması gerekir; bu sayede teşebbüsler fiyat artırdıklarında alıcılar ikame ürünlere kaymayacak yahut kartel ürününü almaktan vazgeçmeyeceklerdir¹²⁴. Ayrıca, eğer belirsiz ve tek seferde büyük ölçekli alımlar varsa aldatmacaya yönelme saiki büyük olur, çünkü oyun tek bir kez gerçekleşir ve kazanana cevap verilemez. Tepki almayacağını bilen teşebbüs aldatmacaya girişecektir.

Bunun dışında, kartelin etkin biçimde işleyebilmesi için alıcıların pasif kalmaları, yani alım gücünün kartel karşısında dağınık ve güçsüz olması gerekmektedir¹²⁵.

bb. Kartel Üyelerinin Özellikleri

Kartelin amacına uygun olarak tekel fiyatını uygulayabilmesi için, hem kartel üyelerinin eşit güçte olmaları, yani maliyet yapısı, etkinlik (*efficiency*)¹²⁶ ve pazar payının benzer olması¹²⁷; hem de ticarete konu olan malın türdeş olması gerekmektedir¹²⁸. Teşebbüslerin simetrik¹²⁹ olmaları bir anlaşmaya varmak için önem taşırken, ürünlerin türdeş olması ürünler üzerinden fiyat dışı rekabet olasılığını azaltarak, rekabetin fiyat üzerinde oluşmasını sağlar¹³⁰.

Anlaşmaya varmak isteyen taraflar çoğu zaman farklı konum ve özelliklere sahiptirler: Satıcıların etkinlikleri ve maliyet yapıları birbirinden farklı olduğunda kârı en yüksek kılan fiyat düzeyi ve üretim seviyesi her bir teşebbüs için farklı seviyelerde olabilecektir¹³¹. Bunun yanında, rekabet etmeyi bırakıp işbirliğine girişen teşebbüslerin bu kararları dolayısıyla kaçırdıkları fırsat maliyetleri de farklı

¹²³ JONES/SUFRIN, s.774; KORAH, s.52.

¹²⁴ JONES/SUFRIN, s.774.

¹²⁵ JONES/SUFRIN, s.777.

¹²⁶ “Etkinliği yüksek bir teşebbüs, fiyat savaşı halinde, fiyatlarını diğerlerine nazaran daha düşük seviyelere kadar indirip, daha etkin rekabet edebilecektir.” (WHISH, s.468).

¹²⁷ JONES/SUFRIN, s.774, 776.

¹²⁸ HOVENKAMP, Federal Antitrust Policy, s.145.

¹²⁹ Bkz. yukarda, Birinci Bölüm, I, B, 2, d.

¹³⁰ JONES/SUFRIN, s.775.

¹³¹ WHISH, s.468; GINSBURG, s.87.

oranlardadır¹³². Dolayısıyla böyle bir ortamda teşebbüslerin tamamını memnun edecek bir kartel fiyatında anlaşmak güçleşecektir¹³³.

Marjinal gelirlerini marjinal maliyetlerine eşitleyerek kârlarını en yüksek düzeye çıkardıkları noktada, teşebbüslerin birbirinden oldukça farklı fiyatlar uygulamaları gerekmektedir. Kısaca, optimum fiyat veya arz noktası her teşebbüs için farklıdır. Böyle bir ortamda teşebbüslerin tek bir kartel fiyatında anlaşmaları oldukça zordur¹³⁴. Belirlenen kartel fiyatının bireysel kârları en yüksek düzeye çıkaran fiyatlardan önemli ölçüde farklı olması durumunda, teşebbüsler kartelden beklenen faydayı elde edemeyeceklerini düşünerek kendilerini kartel fiyatıyla bağlı hissetmeyecek ve bu fiyatı uygulamayacaklardır¹³⁵.

Bazı hallerde ise, kartel üyeleri arasında eşgüdüm mekanizmaları oluşturulması gerekir: Fiyat, pazar payı, kota ve faaliyet gösterecekleri coğrafi bölgelerin paylaşılması gibi hususlarda anlaşmaları gerekmektedir¹³⁶. Bir de aldatmacaların kolayca tespit edilmesi amacıyla pazarda şeffaflığı sağlayacak arz ve fiyatların kontrolüne ilişkin denetim mekanizmaları kurabilirler¹³⁷. Buna örnek olarak, fiyat listeleri hazırlanarak belirli dönemlerde ilan edilmesi, arzın sürekli ilan edilen ya da açık bir ihale düzeniyle yapılması gösterilebilir.

cc. Teşebbüsler Arası Bağlantı

Kartel organizasyonunun kurulabilmesi için, öncelikle tarafların anlaşmanın şartları konusunda anlaşabilmesi ve ayrıca daha sonra bu anlaşmanın sürdürülebilirliğini sağlayacak mekanizmaların kurulması gereklidir. Tüm bu düzenlemelerin yapılabilmesi için, eğer pazarın doğal koşulları bu bilgileri sağlamıyorsa, teşebbüslerin aralarında, anlaşma koşulları hakkında pazarlık yapabilmek ve bunun sürdürülebilmesi için gerekli çalışmaları yürütebilmek için, bir irtibat kurmaları gerekliliği ortaya çıkar¹³⁸. Kartel anlaşmalarının hukuka aykırı olması sebebiyle bu irtibat genellikle gizli yollardan kurulacak ve çoğu zaman tespiti güç olacaktır.

¹³² GINSBURG, s.87.

¹³³ ÇELEN, s.4.

¹³⁴ WHISH, s.468.

¹³⁵ ÇELEN, s.5.

¹³⁶ JONES/SUFRIN, s.776.

¹³⁷ HOVENKAMP, Federal Antitrust Policy, s.149.

¹³⁸ NEVEN/ PAPANDROPOULOS/ SEABRIGHT, s.46.

b. Kartelin Varlığını Sürdürmesi ve Aldatmaca Tehdidi

Yukarıda değindiğimiz gibi, kartel anlaşmasına girişen teşebbüslerin halletmesi gereken birden çok sorun mevcuttur. Anlaşmaya varmada problemler aşılsa dahi bu sefer de mevcut anlaşmanın sürdürülebilirliği sorunuyla karşılaşılır. Teşebbüsler tüm rakiplerinin rekabetçi seviyelerin üstünde fiyatlar belirlediği bir ortamda fiyat kırarak bireysel çıkar elde etmek isteyebilirler. Buna aldatmaca denir¹³⁹.

İşbirlikçi oyun teorisinde de değinildiği üzere, pazardaki bir oyuncu, eğer rakipleri kendisinden yüksek bir fiyat belirlerse, düşük fiyat uygulamanın daha çok müşteri çekerek pazar payını artıracağına bilincindedir¹⁴⁰. Kısaca, kartel anlaşmasını bozarak üzerinde uzlaşılan dayanışma fiyatlarının altına inmek, teşebbüsün daha çok satış yapmasını sağlayacaktır¹⁴¹. Zira ekonomik mantık, bir ürünün fiyatı artınca müşterilerin aynı ürünü başkasından almasıdır. Sadece hakim durumdaki teşebbüs bundan korkmaz¹⁴².

O halde, üzerinde mutabakata varılan kartel fiyatından daha düşük bir fiyatla satış yapması durumunda (aldatmaca halinde) kartel üyesinin bireysel kârı artacaktır. Bunun bilincinde olan bir teşebbüsle pazarda fiyatlara dair bir anlaşma yapmak ve bunu korumak zordur¹⁴³. Nitekim, fiyat belirlenmesi veya satış kotaları konması yoluyla maliyetin çok üstünde fiyatlar ortaya çıkarsa, kartel üyesi engellenmediği sürece aldatmaca yapma gayreti içerisinde olacaktır¹⁴⁴. En mükemmel kartelde bile aldatmaca tehdidi mevcuttur¹⁴⁵.

Aldatmaca içerisine girerek kendi kârlılığını artıran bir kartel üyesinin, üretim miktarını artırması yahut fiyatlarını düşürmesi, üretim miktarını ve fiyatlarını sabit tutan diğer üyelere büyük zararlar verecektir. Kartel üyelerinden birinin bu şekilde arzını artırması veya fiyatını düşürmesi, söz konusu üyenin kârlılığını arttırırken kartelin toplam kârlılığını azaltacaktır. Zira piyasa fiyatı düşmüştür¹⁴⁶. Sonuç olarak,

¹³⁹ GINSBURG, s.88.

¹⁴⁰ POSNER, Richard A., Antitrust Law, 2.bası, The University of Chicago Press, Chicago-London 2001, s.57.

¹⁴¹ BISHOP, Simon /WALKER, Mike, The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement, 2.bası, Sweet&Maxwell 2002, p.5.21.

¹⁴² ALESE, s.379.

¹⁴³ JONES/SUFRIN, s.773-774.

¹⁴⁴ ÇELEN, s.6; AREEDA/KAPLOW, s.167.

¹⁴⁵ HOVENKAMP, Federal Antitrust Policy, s.148.

¹⁴⁶ HOVENKAMP, Federal Antitrust Policy, s.147.

işbirlikçi davranış veya kartel anlaşmaları, teşebbüslerden birinin kendi başına hareket etmeye karar vermesi ve aldatmacaya girişmesi ile yıkılır¹⁴⁷.

Kartel üyelerinin belirlenen kartel fiyatı üzerinden aldatmaca içerisine girme yönünde güdülerinin olmasının tek nedeni, piyasadaki mevcut kartel fiyatının teşebbüslerin marjinal maliyetlerinden yüksek olmasıdır. Başka bir ifadeyle, aldatmacayı kartel üyeleri için cazip hale getiren, üyelerin kartel fiyatının altında, ancak marjinal maliyetlerinin üstünde bir fiyattan satış yaparak kârlılıklarını artırabilmeleridir. Kartel üyelerinden birisi, fırsatını bularak kartel fiyatının altındaki bir fiyattan satış yapması durumunda daha çok müşteri çekecek ve satış miktarında büyük artışlar gerçekleştirebilecektir. Kartel üyelerinin aldatmaca yoluyla önemli kazançlar elde etme imkanı, kartelde denge oluşmasını güçleştirir¹⁴⁸.

Kartelin yürüyebilmesi için öncelikle üyelerin aldatmacalarının tespit edilebilmesi gerekmektedir¹⁴⁹. Zira, teşebbüslerden hiçbiri, rakibinin kartel üretim miktarından fazla üretmeyeceği ya da fiyat kırmayacağı (aldatmaca yapmayacağı) konusunda emin olmadan, kendi üretim miktarını düşürmeyecek, yani kartel üretim miktarını uygulamayacaktır. Bu da her bir üyenin fiyat ve üretim miktarlarının kontrol altında tutulması, mal ya da hizmetlerin standart hale getirilmesi ve tüm satışların açık biçimde yapılması yoluyla sağlanabilir.

Kartelin yürüyebilmesi için aldatmacaların tespit edilmesinin yanısıra etkin bir biçimde cezalandırılmaları da gerekmektedir¹⁵⁰. Cezalandırma, kartel anlaşmasından sapan bir teşebbüse karşı kartel üyesi teşebbüslerin misillemesidir¹⁵¹. En etkili cezalandırma yöntemi kartelin diğer üyelerinin de satış fiyatlarını düşürmeleri yahut üretim miktarlarını artırmalarıdır¹⁵². Bir kartel üyesinin üretim miktarını artırması veya ürün fiyatını düşürmesi karşısında, pazar kaybına uğramak istemeyen diğer teşebbüsler de doğal olarak, aralarında herhangi bir iletişime gerek olmaksızın, üretim miktarlarını artıracak yahut fiyatlarını düşüreceklerdir¹⁵³. Bu davranış, bilinçli ve toplu bir tepki olarak gerçekleşebilir. Ancak, bu tepkinin devamında fiyat kırma

¹⁴⁷ FAULL/NIKPAY, s.28, p.1.84.

¹⁴⁸ ÇELEN, s.12.

¹⁴⁹ JONES/SUFRIN, s.774; HOVENKAMP, Federal Antitrust Policy, s.145; KORAH, s.52.

¹⁵⁰ ATİYAS/GÜRKAYNAK, s.86; NEVEN/ PAPANDEPOULOS/ SEABRIGHT, s.49.

¹⁵¹ BISHOP/WALKER, p.5.27.

¹⁵² HOVENKAMP, Federal Antitrust Policy, s.167; NEVEN/ PAPANDEPOULOS/ SEABRIGHT, s.49.

¹⁵³ POSNER, s.56.

savaşları gözlenebilir ve bu halde, rekabetçi piyasa kuralları işlemeye başlayabilir. Nitekim, aldatan teşebbüsleri disipline etmek için pazardaki üretim miktarının artırılması ya da fiyatların indirilmesi sonucu, pazardaki fiyatlar rekabetçi seviyelere kadar gerileyebilir¹⁵⁴. Bu da aldatmacaya girişen teşebbüsün bundan doğan kârını azaltır. Fiyatların rekabetçi düzeylerde seyretmesi olasılığı ne kadar gerçekçi ve inanılır ise o kadar korku vericidir ve teşebbüste aldatmacadan kaçınması ve rekabetin risklerinden uzak kalma saiki yaratır¹⁵⁵.

Cezalandırma mekanizmasının etkinliği ve korku vermesi konusunda diğer bir önemli nokta ise, aldatmacanın tespitinin ve misilleme tepkinin (cezalandırmanın) çabuk yapılmasıdır. Aldatmaca ile tepki davranışı arasında zaman farkı çok olursa, aldatmacaya yönelen teşebbüsün bu davranışından yeterli kâr elde edecek fırsatı olur. Oysa amaç, aldatmacanın kâr getirmesini önlemektir¹⁵⁶.

Aldatmacanın çabuk tespiti halinde, tepki de hızlı olabilecektir: Rakipler buna kendi fiyatlarını indirerek tepki vereceklerdir. Bu halde, buna girişen teşebbüsün kârı kısa sürede düşecektir, çünkü ulaşmak istediği amaç herkesin fiyatlarını rekabetçi seviyelere indirmesi sonucu ortadan kalkacaktır¹⁵⁷. Bu şekilde, karşıt tepkiyi çabuk alacağını bilen teşebbüs bu kısa sürede elde edeceği kâr yerine uzun vadede kartel kârını tercih edecektir¹⁵⁸. Cezalandırma mekanizması çalıştığında rekabet fiyatlarına inilecektir. Sonuç olarak, tespit ve cezalandırma mekanizmasının etkin çalıştığı pazarlar, kartel oluşumuna diğer pazarlardan daha müsaittir.

Ayrıca, cezalandırma mekanizmasının korku vermesini sağlayan bir diğer etken ise, cezanın sürdürülebilir olmasıdır. Bu bakımdan, cezalandıran teşebbüsün fazla kapasiteye sahip olması, finansal gücünün uzun süreli bir fiyat düşüklüğüne dayanacak güçte olması veya üretim gücünün uzun süreli yüksek arzı kaldıracak seviyede olması gibi etkenler de, cezanın sürdürülebilirliği açısından önem taşımaktadır. Bunun yanında, cezalandırmanın birden fazla pazarda yapılmasının mümkün olması da cezayı daha korkunç kılarak aldatmacanın önlenmesine hizmet eder¹⁵⁹.

¹⁵⁴ ÇELEN, s.8-9.

¹⁵⁵ BISHOP/WALKER, p.5.27; GINSBURG, s.89; HOVENKAMP, Federal Antitrust Policy, s.167.

¹⁵⁶ POSNER, s.57; STIGLER, s.46.

¹⁵⁷ GINSBURG, s.89; FAULL/NIKPAY, s.38, p.1.117.

¹⁵⁸ HOVENKAMP, Federal Antitrust Policy, s.151; FAULL/NIKPAY, s.29, p.1.88.

¹⁵⁹ BISHOP/WALKER, p.5.28.

2. Oligopolistik Bağımlılık

Oligopol pazarların unsurları ele alınırken değindiğimiz üzere, oligopol pazarda faaliyet gösteren teşebbüslerin kendi pazar stratejilerinin rakiplerinin pazar stratejilerine bağlı olduğunun farkında olması, “oligopolistik bağımlılık” olarak nitelendirilmektedir¹⁶⁰.

Teşebbüsler, pazar koşullarına karşı en mantıklı cevabı oluşturacak davranışlarda bulunurlar¹⁶¹. Bu da çoğu zaman, pazarın durumuna ve rakiplere ilişkin sahip oldukları bilgilere dayanarak, kârlarını en üst düzeye çıkaracak stratejinin seçilmesi şeklinde olur. Pazardaki oyuncuların sayısı azaldıkça, herbirinin çıkarı diğerlerinin davranışlarına daha da bağlı hale gelir. Önemli pazar gücüne sahip az sayıda teşebbüsün bulunduğu oligopol pazarlarda, bu güce sahip her mantıklı teşebbüs, kendi davranışlarının diğerlerinin davranışları üzerinde belirgin bir etkisi olduğunun ve hareketlerinin pazardaki diğer teşebbüslerin belirli şekillerde tepki vermesine sebep olacağına bilincindedir¹⁶².

Buna göre, bu tür pazarlarda mantıklı davranış, her oligopolistin karar alma sürecinde, rakiplerinin eylemlerini ve bu eylemlerin sonuçlarını dikkate alması olarak biçimlenir¹⁶³. Pazarın yapısı gereği, teşebbüslerin diğerlerinin varlığına karşı dikkat seviyeleri yükselmiştir¹⁶⁴. Bu nedenle, tamamen bireysel hareket eden ve aralarında hiçbir irtibat bulunmayan teşebbüsler arasında dahi karşılıklı etkileşim kaçınılmaz olur. Bu etkileşim sonucu teşebbüsler, herhangi bir gizli ya da açık işbirliğine işaret eden iletişimde bulunmasalar da aralarında sanki bir anlaşma varmış gibi eşgüdümlü hareket edebileceklerdir¹⁶⁵. Bu durumda, kartel sonuçları, tamamen oligopolistik bağımlılık sonucu oluşabilecektir.

O halde oligopolistler, diğer teşebbüslerin pazardaki varlığına dikkat etmek durumundadırlar. Onların davranışlarını gözlemlemeye ve karşılıklı bağımlılıklarının

¹⁶⁰ Oligopolistik bağımlılık ya da karşılıklı bağımlılık kavramlarına karşılık olarak “oligopolistik karşılıklı bağımlılık” (*oligopolistic interdependence*) ve bunun yanı sıra “eşgüdümlü etkileşim” (*coordinated interaction*), “gizli eşgüdüm” (*tacit coordination*), “eşgüdüm” (*coordination*) ve “gizli işbirliği” (*tacit co-operation*) gibi kavramlar da kullanılmaktadır. (WHISH, s.504; POSNER, s.53).

¹⁶¹ JONES/SUFRIN, s.818; AREEDA/KAPLOW, s.254.

¹⁶² YAO/DESANTI, s.116; CHAMBERLIN, Edward, *The Theory of Monopolistic Competition*, Harvard University Press 1933, s.48 (YÜKSEL, s.7’den naklen); Aynı yönde, BAKER, s.149.

¹⁶³ JONES/SUFRIN, s.818.

¹⁶⁴ TEKDEMİR, s.1.

¹⁶⁵ POSNER, s.52.

farkında olmaya mecburdurlar¹⁶⁶. Bunun için oligopol pazarlardaki teşebbüsler, kararlarını rakiplerinin davranışlarını dikkate alarak belirlerler¹⁶⁷. Aynı şekilde oyun teorisine göre, oligopolistik bir pazarda bağımsız karar yoktur, bütün ticari kararlar karşılıklı bağımlıdır. Böyle bir pazarda tek taraflı davranışlar içinde bulunan teşebbüs ancak ticari geleceğini yok eden bir hata yapmaktadır¹⁶⁸.

Nitekim, bir oyuncunun kârı diğerlerinin davranışlarına bağlı hale gelirse o da kararlarını rakiplerinin davranışlarına göre şekillendireceği stratejik bir oyun oynamaya başlar. Kendi optimal stratejisini uygulamakta olan bir oyuncu bu durumda, diğerlerinin de aynı şeyi yaptığının bilincine varacak ve böylelikle, işbirliğine dayanmayan stratejik bir oyun ortaya çıkacaktır. Her teşebbüsün hamlesi, piyasaya dair sahip oldukları bilgilere göre ve rakiplerinin muhtemel stratejilerine göre şekillenecektir¹⁶⁹.

Oligopolistik pazar özelliklerinin, teşebbüsler arasında karşılıklı bağımlılık oluşturması, Rekabet Kurumu'nun Sigara kararında da ortaya konmaktadır. Buna göre, *“Türkiye sigara pazarı, tekel gibi önemli derecede pazar gücüne sahip olan bir firmanın bulunduğu yoğunlaşmış oligopol pazardır. Piyasadaki tüm firmalar kendi faaliyetlerini rakiplerinin hareketlerini dikkate alarak düzenlemektedirler. Pazarın sıkı oligopol özelliği olan şeffaf bir pazar olması dolayısıyla teşebbüsler başta fiyat hareketleri olmak üzere birbirlerinin hareketlerini sürekli olarak gözlemlemekte ve herhangi bir teşebbüsün piyasadaki bir uygulamasından kısa zamanda haberdar olmaktadır. Az sayıda firmanın varlığında karşılıklı bağımlılık ilişkisi ortaya çıkmakta, bu durum da fiyat kararlarına etki etmektedir. Bahsedilen piyasa yapısı, az sayıda firma arasında denge oluşmasına neden olmakta, lider firmanın takip edilmesi ve izleyicilerden birinin yaptığı zammı diğerinin öğrenip ona uygun davranmasına yol açmaktadır.”*¹⁷⁰.

Görüldüğü üzere, oligopol pazarlarda herhangi bir anlaşma ya da işbirliği olmaksızın da kartel benzeri sonuçlara ulaşmak mümkündür; hatta buna imkan veren pazar

¹⁶⁶ JONES/SUFRIN, s.783.

¹⁶⁷ KOVACIC, s.31.

¹⁶⁸ YAO/DESANTI, s.126.

¹⁶⁹ SELA Aner/VLEUGELS Jan, Game Theory (<http://www.sfb504.uni-mannheim.de/glossary/game.htm>, 23.11.2006); Aynı yönde, CENGİZ, s.168.

¹⁷⁰ Sigara kararı, RK.04-31/365-91, 03.05.2004 , s.3-4.

koşulları dahi kartellerle benzeşmektedir¹⁷¹. Ancak, oligopolistik bağımlılıktan bahsedildiğinde, kartel anlaşmalarına nazaran çok temel bir fark söz konusudur: kartel yapısı, gizli veya açık bir anlaşmaya dayalı oluşan bir işbirliği olduğu halde, oligopolistik bağımlılık, oligopol pazarların karakteristik bir özelliğidir ve Nash Dengesinin olduğu hallerde, herhangi bir işbirliği anlaşması bulunmamasına rağmen kartel benzeri sonuçlara da yol açabilir¹⁷².

Bunun yanı sıra, tekrarlanan oyunlarda gözlenen işbirlikçi olmayan oligopolistik bağımlılık hali, işbirlikçi olan kartel anlaşmalarına nazaran daha durağan ve sürdürülebilirdir¹⁷³. Zira oligopolde işbirlikçi olmayan Nash Dengesinin tanımı uyarınca, kârı en üst seviyeye çıkaran bir denge bulunduğu, modelin işleyişi gereği her teşebbüs kendi kârını da en üst seviyeye çıkarmış olacağından, bir dış baskıya ihtiyaç duymaksızın bu dengeyi bozmaktan kaçınacaklardır¹⁷⁴. Buna karşın, kartel yapısında fiyat kırmak bireysel çıkarıdır. Bu sebeple kartelde aldatmaca ciddi bir tehdittir ve tespit-cezalandırma mekanizmasının etkin şekilde işlememesi halinde kartel çökecektir¹⁷⁵. İşbirliğine dair ayarlamalar (*arrangements*) söz konusu olduğunda bunlar, teşebbüsler birbirlerine ve işbirliği koşullarına katlanabildikleri sürece devam edecek, aksi halde aynı aldatmaca tehdidiyle karşılaşacaktır¹⁷⁶.

B. Oligopol Sorununun İncelenmesi

Rekabet politikalarındaki en önemli sorunlardan birisi şudur: Açık bir anlaşmaya dair hiçbir kanıt bulunmasa dahi pazarda görülen rekabet eksikliği nasıl açıklanabilir?¹⁷⁷ Diğer bir ifadeyle, sonuçları bakımından açık işbirliğine yahut anlaşmalara benzeyen bu kurum Rekabet Hukukunda nasıl ele alınmalıdır?¹⁷⁸ Kısaca, “oligopol sorunu”, fiyatların belirlenmesine ilişkin yürütülen gizli dayanışmanın ortaya çıkarılarak, engellenmesi veya cezalandırılması sorunundan ibarettir¹⁷⁹. Bu başlık altında, bu sorun ele alınacaktır.

¹⁷¹ Bkz. STROUX, s.7-13.

¹⁷² POSNER, s.53.

¹⁷³ BORK, s.185.

¹⁷⁴ HOVENKAMP, Federal Antitrust Policy, s.164.

¹⁷⁵ JONES/SUFRIN, s.774; HOVENKAMP, Federal Antitrust Policy, s.145; KORAH, s.52.

¹⁷⁶ HOVENKAMP, Federal Antitrust Policy, s.164.

¹⁷⁷ HOVENKAMP, Federal Antitrust Policy, s.169.

¹⁷⁸ JONES/SUFRIN, s.785.

¹⁷⁹ BAKER, s.145.

1. Tanım ve Sorunun Ortaya Konması

a. Oligopolistik Bağımlılığın Açıklamadaki Önemi

Oligopol piyasaların karakteristik özelliği, teşebbüslerde, davranışlarını eşgüdümlemek suretiyle rekabetin baskısını azaltma veya yok etme imkanı yaratır¹⁸⁰. Oligopol pazarlarda faaliyet gösteren teşebbüsler arasındaki karşılıklı bağımlılığın sonucu olarak, aralarında hiçbir doğrudan iletişim bulunmamasına rağmen¹⁸¹ istikrarlı bir rekabetten kaçınma durumu söz konusu olabilir¹⁸². Teşebbüsler arası bağımlılık ve hassasiyet, birinci amaçları kârlarını en üst düzeye çıkarmak olan bu piyasa aktörlerini, birbirleriyle haberleşme gereği duymaksızın, arzı sınırlamaya ve fiyatları tekelci seviyelere tırmandırmaya yönlendirebilir¹⁸³. Teşebbüsler, aralarında gerçek anlamda bir anlaşma olmamasına rağmen, paralel davranışlar sergileyerek rekabeti kısıtlayabilmekte, kâr artırımını amaçlı kararlarıyla hareket ederek, tekol yapısından beklenen sonuçları elde edebilmektedirler¹⁸⁴. Bu şekilde oligopolistler, kendi aralarındaki rekabetten sıyrılarak rekabet üstü fiyatlar belirleyebilir ve yüksek pazar gücüne ulaşabilirler¹⁸⁵. Bu durumda, pazarda rekabet üstü fiyatlar hakim olacaktır¹⁸⁶. Bu, oligopol pazarın yapısı dolayısıyla ortaya çıkan bir sorundur.

Burada, yüksek fiyatlar teşebbüslerin işbirlikçi davranışlarından değil, rakiplerinin davranışlarından etkilenecek yaptıkları bağımsız davranışlarından kaynaklanabilir¹⁸⁷. Örnek olarak, bir teşebbüsün fiyatlarını düşürmesi, diğerlerinin misillemede bulunmalarına yol açacak ve bu da kaçınılmaz olarak kendi kârının düşmesi anlamına geleceğinden, hiçbir teşebbüs fiyatlarını düşürmeyecektir. Böylece teşebbüsler esasen birbirlerinden bağımsız hareket ettikleri halde, sanki aralarında rekabet karşıtı bir anlaşma varmış gibi tekol düzeyinde kârlar elde

¹⁸⁰ GAL, s.154.

¹⁸¹ BLACK, Oliver, "Concerted Practices, Joint Action and Reliance" ECLR, Mayıs 2003, C.24, s.225; AREEDA/KAPLOW, s. 254.

¹⁸² LANG, John Temple, Oligopolies and Joint Dominance in Community Antitrust Law, Annual Proceedings of Fordham Law Institute, International Antitrust Law&Policy, Bölüm 12, Juris Publishing 2002, s.272.

¹⁸³ Bkz. WHISH, s. 507; FAULL / NIKPAY, s. 28, p.1.84; JONES / SUFRIN, s. 663.

¹⁸⁴ REES, R., "Tacit Collusion", Oxford Review of Economic Policy, 1993, No.2, s. 27-39 (SABUNCU, s.4'den naklen); JONES/SUFRIN, s.783 ve 818; AREEDA/KAPLOW, s. 222; BISHOP/WALKER, p.5.08; SCHERER/ROSS, s.226; STROUX, s.5-6; GOYDER, s.71.

¹⁸⁵ JONES/SUFRIN, s.818.

¹⁸⁶ BAKER, s.149; SARIOĞLU, §2; BISHOP/WALKER, p.5.08 .

¹⁸⁷ JONES/SUFRIN, s.784.

edebileceklerdir¹⁸⁸. Oligopolistlerden birinin üretimini kısarak kendi fiyatını yükseltmesi eylemi karşısında rakiplerinin de aynı davranışı benimsemesi durumunda kartele benzer bir görünüm ortaya çıkmaktadır¹⁸⁹.

Elbette ki, bazı pazar koşullarının veya davranışların varlığı oligopolistik sonuçları daha olası hale getirmektedir. Oligopollerde rekabet üstü fiyatlama ancak satıcıların yoğunlaştığı ve buna karşılık alıcıların çok sayıda ve dağınık olduğu piyasalarda mümkündür. Pazara girişlerin kolay oluşu veya küçük firmaların kapasitelerini artırmaları yüksek fiyatlama kabiliyetini ortadan kaldırabilir. Pazardaki ürünlerin birbirlerinden farklı olmaları veya teşebbüslerin denk verimde olmamaları¹⁹⁰ başarılı bir oligopol fiyatlamasına engeldir¹⁹¹.

Ayrıca, teşebbüslerin rakiplerinin davranışlarını kolayca takip edebileceği bir pazar yapısına ihtiyaç vardır. Değişik teşebbüslerin ürünleri arasındaki fiyat farkları konusunda fikri bir uzlaşmanın (*meeting of mind*) gerçekleşebilmesi için, teşebbüsler fiyatları karşılaştırabilecek durumda olmalıdırlar ve ürünler arası kalite farkları sorun yaratmayacak şekilde olmalıdır. Bu da pazarın şeffaf olması demektir¹⁹².

Ancak, oligopolistik pazarların tamamında paralel davranışlar görüleceği ve rekabet üstü fiyatların oluşacağı anlaşılmamalıdır. Zira, teşebbüslerin kartel oluşturmalarını ve yürütmelerini zorlaştıran etmenlerin tamamı (maliyet farklılıkları, pazara yeni girişlerin olması ve aldatmacalar gibi) oligopolistik pazarlarda da bilinçli paralellik oluşmasını engelleyen unsurlardır¹⁹³. Bu bakımdan, bazı dar oligopol pazarlarda etkin bir rekabet, fiyat savaşları ve fiyat dışı rekabet görülmektedir¹⁹⁴.

Sonuç olarak, belirli özelliklere sahip oligopol pazarlarda, herhangi bir kartel anlaşmasına gerek kalmaksızın, teşebbüslerin paralel davranışlar sergilemeleri ve bu

¹⁸⁸ OECD Raporu, s.18; AREEDA/KAPLOW, s.222; CHRISTENSEN, Peder/RABASSA, Valérie, The Airtours Decision: Is There A New Approach to Collective Dominance?, ECLR 2001, C.22, s.227.

¹⁸⁹ ÇELEN, s.11.

¹⁹⁰ “Teşebbüsler, maliyet, pazar stratejileri, bilgi ve bunun gibi sebeplerle farklı fiyatlar belirlemeyi tercih edebilirler.” (AREEDA/KAPLOW, s.254).

¹⁹¹ HOVENKAMP, Federal Antitrust Policy, s.168; AREEDA/KAPLOW, s.254.

¹⁹² AREEDA/KAPLOW, s.254.

¹⁹³ Bork’a göre, oligopol pazar yapısı her halükarda kartel benzeri sonuçlar vermeyecektir. İlk olarak, aralarında iletişim kurmayan teşebbüslerin bu fiyat artırımını teoride belirtildiği gibi kolayca yapmadığını ve bu sebeple teşebbüslerin çoğunun açık anlaşmalar yapmayı tercih ettiklerini ileri sürmektedir. Bundan başka, eşgüdümün sürdürülmesinin zor olduğunu, zira çoğunlukla, aldatmaca veya başka bir rakibin pazarda ortaya çıkması gibi sebeplerle rekabetçi davranışlara dönüldüğünü belirtmektedir. (BORK, s.181-183).

¹⁹⁴ STROUX, s.6; WHISH, s.510-511.

şekilde rekabet üstü kârlar elde etmeleri mümkündür¹⁹⁵. Teşebbüslerin bu yönde bir dayanışma sergilemeleri için, aralarında bir anlaşma veya uyumlu eylemin varlığını ortaya koyabilecek bağlantının bulunması da gerekmemektedir¹⁹⁶. Bu çerçevedeki “gizli dayanışma¹⁹⁷”nın ne şekilde önüne geçilebileceği de, öteden beri oligopol pazarlar ile ilgili bir soru olarak tartışılmalıdır. Takip eden bölümde, bu tartışmaya ilişkin bazı temel görüşlere değineceğiz.

b. Genel Olarak Oligopol Sorunu

Oligopol piyasaları ile ilgili rekabet politikalarını ilgilendiren esas tartışma, oligopolistlerin fiyatlar konusunda rekabet etmemeleri ve başka yollarla rekabet etmek konusunda çok az istekli olmaları şeklindedir. Pazar yapısının sağladığı ortamın bir sonucu olarak söz konusu teşebbüsler, Rekabet Hukukunun yasakladığı uyumlu eylem veya rekabeti ortadan kaldıracı nitelikteki anlaşmalar içinde yer almadan rekabetçi seviyelerin üzerinde kâr elde edebileceklerdir¹⁹⁸.

Tam rekabetçi piyasalarda herhangi bir teşebbüsün fiyat hareketliliğinin diğer teşebbüsler üzerinde etkisi yoktur. Bu pazarlarda, çok sayıda satıcı bulunmaktadır ve Tek bir satıcının fiyat ve arz konusundaki kararı (Arzını artırma veya fiyatını düşürme davranışı) pazarı çok az etkiler. Bu sebeple söz konusu teşebbüs, karşıt bir tepkiyle karşılaşmaz. Oysa birkaç satıcının bulunduğu oligopol pazarda, bir satıcının satışlarını artıracak bir fiyat düşürme hareketi, diğerlerinin satışlarını belirgin şekilde düşürecektir. Bu durumda, yeni fiyat politikasından etkilenen rakipler de pazar payı kaybetmemek için aynı fiyatları karşılamak üzere fiyatlarını düşürürler. Bu da fiyat düşürme inisiyatifini ele alıp ilk davranışı yapan teşebbüsün bundan elde etmeyi planladığı kazancı yok eder¹⁹⁹.

¹⁹⁵ TURNER, s.660.

¹⁹⁶ BLACK, s.225; HOVENKAMP, Antitrust Enterprise, s.127.

¹⁹⁷ “Gizli dayanışma” (*Tacit collusion*), “Bilinçli paralellik” (*conscious parallelism*) veya “gizli eşgüdüm” (*tacit coordination*): Bunlar öyle davranışlardır ki, teşebbüsler, bunlar sayesinde, aralarında Rekabet Hukuku terminolojisine uyan (dolayısıyla, hukuka aykırı) bir anlaşma yapmaksızın, pazar koşullarından, tüketicilerin zararına olacak şekilde faydalanmaktadırlar; Bkz. WHISH, s. 508; JONES/SUFRIN, s. 635.

¹⁹⁸ GOYDER, s.71; HOVENKAMP, Antitrust Enterprise, s.126-127; Aynı yönde; “Oligopolistler bazı hallerde rekabete aykırı paralel davranışlar sergilerler; ancak, bu davranışlar tarafların bireysel kararlarından kaynaklandığı için uyumlu eylemleri yasaklayan hükmün kapsamından kurtulurlar.” (BLACK, s.223).

¹⁹⁹ POSNER, s.56.

Benzer şekilde fiyatlardaki artış da bir teşebbüsün tek taraflı artışı ile gerçekleşmeyecek, diğerlerinin de bu artışa katılımı gerekecektir. Eğer rakipleri kendisini takip etmez ve benzer bir davranışta bulunmazsa, tek başına fiyat artışına yönelik teşebbüs, müşterileri tarafından terk edilecektir.

Bu mekanizmanın kendiliğinden işleyeceği bilinci, rakiplerin davranışlarına karşı ciddi bir hassasiyet yaratır. Bundan dolayı, oligopol teorisi oligopolistlerin birbirlerine karşı bağımlılığı üzerine kurulmaktadır. Sonuç olarak, oyun teorisinin de açıkladığı gibi, oligopol piyasalarında rakipler arasındaki fiyat rekabeti ya çok düşük seviyede olmakta ya da hiç olmamakta ve oligopol piyasası *rekabet etmeme* kavramı üzerinde denge yaratmaktadır²⁰⁰.

Teşebbüs ya da teşebbüslerin kârlılıklarını en üst seviyeye çıkarma arzuları, tekel nitelikli pazarlarda ürün arzının kısılması ya da fiyatların artırılması ile, oligopol pazarlarda ise ancak teşebbüslerin karşılıklı bağımlılıklarının farkına vararak bundan faydalanacak şekilde akılcı davranmaları ile gerçekleşebilmektedir²⁰¹. Pazar davranışları konusunda, tamamen birbirinin davranışını takip edip, tahmin etmek suretiyle uyum sağlandığında ise her bir teşebbüs, rekabet ihlali içerecek bir anlaşma yapma ihtiyacında olmadan rekabetçi seviyelerin üzerindeki fiyatlarla aşırı kâr elde edebilecektir. Bu şekildeki bir pazar yapısında teşebbüslerin karşılıklı bağımlılığa dayanan paralel davranışları, fiyatları tekelci seviyelere doğru yükseltecektir²⁰².

Oligopollerdeki gizli işbirliği, teşebbüslerin kısa dönemde ve gelecekte ne kadar kâr elde edebileceklerine ilişkin karara dayanır. Bu sebeple Kloosterhuis'e göre teşebbüsün kendi kendine sorması beklenen soru, aktif rekabet ile kazancı ya da kaybının ve rekabet etmeme halinde net faydasının ne olacağı olmalıdır²⁰³.

Elbette ki, paralellik her halükarda mükemmel bir kartel benzeri görünüm arz etmez. Başarılı paralel davranışlar, hiçbir teşebbüsün ortak davranıştan kaçınmamasını (aldatmacaya girişmemesini) gerektirir. Bu sebeple her bir teşebbüs açısından diğerinin fiyat ve arz konusundaki davranışını öğrenmek, hatta bunun pazarın

²⁰⁰ Bkz. yukarıda, Birinci Bölüm, I, B, 3.

²⁰¹ KASERMAN, s.185 (SABUNCU, s.5'den naklen).

²⁰² WHISH, s.507.

²⁰³ KLOOSTERHUIS, s.82.

şeffaflığına bağlı olarak en çabuk şekilde öğrenilmesi, birlikte pazar gücünün devamı için teşebbüsler arasındaki disiplinin sağlanması açısından çok önemlidir²⁰⁴.

Gizli bir eşgüdüm yaratan paralel davranışlar sergilemenin faydası, bazı teşebbüslerin amaca yönelik standart davranışların dışına çıkması ile kaybolacaktır. Bu sebeple, önlem olarak, uygun davranış kalıbı dışına çıkacak teşebbüslere yaptırımlarda bulunmak amacıyla bazı misilleme mekanizmalarının varlığı gereklidir. Bu mekanizmanın en çok görülen türü; eşgüdümü bozan teşebbüse karşı hemen ve kendiliğinden tetiklenecek bir rekabetin başlamasıdır. Bunun sonucunda da, her bir teşebbüse zarar verebilecek keskin (*Cut-throat*) fiyat savaşları ortaya çıkar²⁰⁵. Gizli işbirliğinin yıkılması ve fiyat savaşlarının başlaması pazardaki bütün teşebbüsler için aleyhte bir durum olacağından, korku yaratır. Adeta bir uyarı mahiyetindedir²⁰⁶.

Böyle bir korkunun varlığı ve yukarıda açıklandığı üzere ortak çıkarın varlığı, teşebbüslerin kendiliğinden eşgüdümlü hareket etmelerini sağlar. Bunun için, herhangi bir irade uyuşmasına gerek kalmamıştır. Zira, teşebbüsler birbirlerinin ne düşündüğünün ve nasıl davranacağına farkındadır. O halde oligopol pazarlarda eşgüdüm içinde hareket eden teşebbüsler, pazardaki rekabeti kısıtlamaktadırlar. Ancak, bunu yaparken, başkalarının iradesinden bağımsız olarak, tamamen kendi özgür iradeleriyle hareket etmektedirler. Bu da Rekabet Hukuku otoriteleri bakımından dikkate değer bir sorun yaratmıştır: Bu özel durumun hukuki denetiminin ne şekilde yapılması gerektiği tartışılmaktadır.

2. Oligopol Sorununa İlişkin Görüşler ve Oyun Teorisinin Katkıları

a. Okulların Görüşleri

Rekabet analizlerinde yapısalcı okulun ağırlığını hissettirdiği 1950’li ve 60’lı yıllarda oligopolistlerin, karşılıklı bağımlılıkları sonucunda fiyatları rekabetçi düzeyin üzerine çıkarmayı başarabilecekleri düşünülmekteydi²⁰⁷. Bu nedenle bir “sorun” olarak nitelendirilen oligopolistik bağımlılık ve oligopol piyasalarındaki teşebbüs

²⁰⁴ ALONSO, J.F.B., “Economic Assessment of Oligopolies Under The Community Merger Control Regulation”, ECLR 1993, s.119.

²⁰⁵ AREEDA/KAPLOW, s.168-169; POSNER, s.56.

²⁰⁶ WHISH, s.509.

²⁰⁷ BAKER, s.145.

davranışlarının, Rekabet Hukuku tarafından nasıl değerlendirileceğine ilişkin ilk görüşler Harvard Okulu temsilcilerinden Turner²⁰⁸ tarafından geliştirilmiştir²⁰⁹. Ardından bu görüşlere karşılık, başta Stigler²¹⁰ ve Posner²¹¹ olmak üzere Chicago Ekolü temsilcileri değişik bir bakış açısı ileri sürmüşlerdir. Bu başlık altında bu görüşler incelenecektir.

aa. Harvard Ekolü

Oligopolistik bağımlılığın rekabet ihlali olup olmadığı konusundaki ilk teori Harvard Okulu teorisisdir ve Bain ve Turner tarafından geliştirilmiştir. Turner yaptığı hukuki analizlerinde büyük ölçüde Chamberlin'in ekonomik analizlerini temel almıştır²¹².

Harvard Ekolü görüşleri uyarınca oligopol sorununa yapısalcı bakış açısıyla yaklaşmak gerekir. Buna göre, pazar yapısı teşebbüslerin davranışlarını belirler ve bu şekilde pazarın performansı ortaya çıkar²¹³. Kısaca, pazar görünümünü ortaya çıkaran, pazar yapısıdır. Bu bakımdan, pazarın yoğunluğu ve giriş engelleri incelemesi önem kazanmaktadır²¹⁴.

Genel olarak, kârını en üst seviyeye çıkarmak, ekonomik mantık gereğince, pazardaki her teşebbüsün amacıdır. Bunun için her teşebbüs içinde bulunduğu koşulları değerlendirerek kendisi için, kârını en üst düzeye çıkaracak arz miktarını ve fiyatı belirler. Bunu yaparken, rakiplerinin muhtemel tepkilerini de gözönünde bulundurmaya zorundadır²¹⁵. Çünkü oligopol bir pazarda rakiplerin davranışları, diğerlerini belirgin şekilde etkilemektedir. Bu pazarlarda, rakiplerinin vereceği tepkileri göz ardı etmek demek, akılcı davranmamak demektir²¹⁶. Keza, en iyi fiyat, pazardaki rakiplerin davranışlarına bağlı olarak değişecek ise, buna uygun

²⁰⁸ Bkz. TURNER, Donald F., "The Definition of Agreement Under the Sherman Act: Conscious Paralellism and Refusals to Deal", Harvard Law Review, C.75, S.4, Şubat 1962, s.655-706.

²⁰⁹ LOPATKA, John E., "Solving The Oligopoly Problem: Turner's Try", The Antitrust Bulletin, Kış 1996, s.843.

²¹⁰ Bkz. STIGLER, George J., "A Theory of Oligopoly", Journal of Politicial Economy, C.72, S.1, Şubat 1964, s.44-61.

²¹¹ Bkz. POSNER, Richard A., Antitrust Law, 2.bası, The University of Chicago Press, Chicago-London 2001.

²¹² LOPATKA, s.869.

²¹³ Yapı-Davranış-Performans paradigması olarak adlandırılır. (SABUNCU, s.8-10).

²¹⁴ FAULL / NIKPAY, s.6, p.1.10.

²¹⁵ ÇELEN, s.14; HOVENKAMP, Federal Antitrust Policy, s.165; TURNER, s.665.

²¹⁶ YÜKSEL, s.8.

davranarak diğerlerini takip etmek, davranışlarını öngörmeye çalışmak ve kendi fiyatını bu öngörüye bağlı olarak belirlemek gereklidir²¹⁷.

Bunu yaparken, teşebbüslerin pazara ve birbirlerinin davranışlarına ilişkin sahip oldukları bilgiler genellikle eksiktir ve bu sebeple, bunlara dayanarak yaptıkları çıkarımlar her zaman gerçeğe örtüşmeyebilir. Ancak, Turner'ın görüşüne göre, oligopol pazarlarda açık bir anlaşmaya ya da iletişime ihtiyaç duymaksızın, her teşebbüs davranışlarının sonucunda rakiplerinin buna vereceği muhtemel tepkilere dair mantıklı bir çıkarım yapabilir ve bunu kendi davranışlarında hesaba katabilir. Bu durum paralel davranışlara sebep olabilir²¹⁸. Bu şekilde, rakiplerinin muhtemel davranışlarını öngörerek kendi fiyat politikalarını belirleyen teşebbüslerin davranışları bir paralellik oluştursa dahi, bu davranış tek başına Rekabet Hukuku tarafından yasaklanmamalıdır²¹⁹. Zira bu davranışlar, birbirlerine benzer olsalar dahi, bireysel çıkarılarını gözeterek teşebbüslerin kendi çıkarlarına uygun bağımsız kararlarından kaynaklanıyor da olabilir.

O halde, oligopolistik bağımlılık neticesinde oluşan paralel davranışlar pazarın yapısı göz önünde bulundurulduğunda mantıklı bir davranıştır ve kaçınılmazdır²²⁰. Bu sebeple, fiyat veya arz seviyesini belirlemeye çalışan bir teşebbüsten rakiplerinin fiyat politikalarını dikkate almamasını beklemek mantıksızdır²²¹.

Bu şekilde, rekabet otoritelerinin teşebbüslerden mantıklı davranmamalarını isteyemeyeceğini belirten Turner, oligopolistik bağımlılık neticesinde oluşan paralelliklerin rekabet ihlali teşkil eden bir anlaşma olarak kabul edilemeyeceğini ileri sürmektedir. Bu durumda, rekabeti kısıtlayan bu davranışlar, rekabet ihlali sayılamayacağından, Rekabet Hukuku bakımından bir boşluğun olduğu ileri sürülebilecektir²²².

bb. Chicago Ekolü

Oligopolistik pazarlarda gözlenen paralel davranışlar neticesinde rekabetçi olmayan sonuçlar ortaya çıksa da Rekabet Hukuku anlamında bir rekabeti kısıtlama iradesinin

²¹⁷ TURNER, s.663-664.

²¹⁸ TURNER, s.661.

²¹⁹ TURNER, s.671-672.

²²⁰ HOVENKAMP, Federal Antitrust Policy, s.165; BAKER, s.171.

²²¹ TURNER, s.669.

²²² TEKDEMİR, s.1; ÇELEN, s.14.

mevcut olmadığı ve bu tip paralelliklerin, pazarın yapısal özelliklerinin dayatması sonucu meydana gelmesi sebebiyle rekabet ihlali olarak değerlendirilemeyeceği yönünde Harvard Ekolünün ileri sürdüğü yapısalcı görüşler sonraki yıllarda sorgulanmaya başlanmıştır.

Buna göre, Harvard Ekolünün öne sürdüğü yapısalcı temel, pazarın yapısı ile teşebbüs davranışları arasındaki nedenselliğin doğrudan olmadığı öne sürülerek eleştirilmiştir. Bu eleştirilere temel olarak, bütün teşebbüslerin birbirine denk olmadığı, bazı teşebbüslerin diğerlerine nazaran daha etkin rekabet gücüne sahip oldukları düşüncesinden yola çıkılmıştır²²³. Bu bakış açısı, genel olarak, rekabet koşullarının kendi kendini iyileştirebileceğine dair güven taşımaktadır.

Chicago Okulu Teorisi olarak bilinen yeni görüşe göre, oligopolistik pazar yapısı ile oligopolistik davranış arasındaki nedensellik ilişkisi Harvard görüşündeki gibi bir karine olarak kabul edilemez. Başka bir ifadeyle, bir pazarın oligopolistik özellikler göstermesi, o pazarda rekabetçi olmayan paralel davranışların kendiliğinden ortaya çıkacağı anlamına gelmez²²⁴.

Chicago Okulunun görüşlerinin bu yönde gelişiminde George Stigler²²⁵ önemli rol oynamıştır. Stigler'e göre teşebbüslerin paralel davranmalarının kolay olduğunu varsaymak yanlıştır²²⁶. Gerçekte teşebbüsler bu amaçla uzlaşmakta ve uzlaşmalarının koşulları konusunda bir fikir birliğine ulaşmakta ciddi zorluklarla karşılaşacaklardır. Örnek olarak, Stigler'e göre ortak kârların en üst düzeye çıkarılabilmesi için farklı müşteri gruplarına satış yapmaktan kaynaklı maliyet farklarının da dikkate alınması gerekmektedir. Bu nedenle türdeş ürünler için bile birbirinden çok farklı fiyatlar ortaya çıkabilir. Fiyat yapısının karmaşık hale gelmesi teşebbüslerin ortak kârı en üst seviyeye çıkaracak fiyat düzeyini belirlemelerini güçleştirecektir.

Diğer yandan, böylesi bir fiyat ve arz düzeyi ayarlaması yapılsa dahi, bunun süreklilik göstermesini sağlamak da ciddi bir sorun olarak oligopolistlerin karşısına çıkacaktır. Oligopolistik bir piyasada faaliyet gösteren teşebbüs, rakiplerinin tekeli fiyatlar uygulamaya devam etmeleri halinde, fiyatlarını düşürerek veya arz miktarını gizlice artırarak tekeli fiyatı uygularken elde ettiği kârdan çok daha fazlasını elde

²²³ FAULL / NIKPAY, s.6, p.1.13.

²²⁴ ÇELEN, s.14-15.

²²⁵ Bkz. STIGLER, George J., "A Theory of Oligopoly", Journal of Political Economy, C.72, S.1, Şubat 1964, s.44-61.

²²⁶ STIGLER, s.46-48.

edecektir. Bu teşebbüsün, rakipleriyle fiyat dışı rekabete girişmesi olasıdır²²⁷. Bu nedenle teşebbüslerde ister istemez piyasa genelinde uygulanan fiyattan veya arz miktarından sapma eğilimi olacaktır. Bu sapsmalar tespit edilip cezalandırılmadıkça teşebbüsler bireysel olarak fiyat kırmaya devam edeceklerdir. Bu durumda, aldatmaca tehdidi sebebiyle, ayarlanmış fiyatların uygulanmasına güven kalmayacak ve piyasa genelinde benzer fiyatların uygulanması ve rekabetçi düzeyin üzerinde kârlar elde edilmesi mümkün olmayacaktır²²⁸.

O halde, teşebbüslerin uzlaşmadan sapma eğilimlerinin yüksek olduğunu düşünmesi nedeniyle, Stigler'e göre, teşebbüslerin paralel davranışlar sergileyerek rekabetçi düzey üstünde kârlar elde edebilmeleri için üç unsuru yerine getirmiş olmaları gerekmektedir: (i) Uzlaşmanın şartları konusunda fikir birliğine varmış olmalıdırlar. (ii) Uzlaşmadan sapsmaları tespit edebilmelidirler. (iii) Uzlaşmadan sapsmaları etkin biçimde cezalandırabilmelidirler²²⁹. Ayrıca, bu mekanizmanın çalışacağına dair piyasadaki güven tam olmalıdır. Aksi takdirde, uzlaşmadan sapsmaların engellenmesi mümkün olmayacaktır.

Harvard Okulunun ileri sürdüğü görüşlerin tersine Chicago Okulu, teşebbüslerin, aralarında bir işbirliği olmadığı sürece sadece oligopolistik bağımlılık sonucunda rekabetçi düzeyin üstünde fiyatlar uygulayabilecekleri ve kârlar elde edebilecekleri düşüncesini reddetmiştir. Bu görüşe göre, oligopol piyasalarda teşebbüsler arası bağımlılık sebebiyle kartel benzeri sonuçlar elde edilmesi kaçınılmaz ve mutlak bir durum değildir. Bu görüşe göre, oligopol sorunu gizli bir fiyat anlaşmasının ortaya çıkarılması sorunundan farklı değildir.

Aynı yönde, bu görüşün savunucularından Posner'a göre, oligopol piyasaları paralel ve yüksek fiyatların uygulanmasını kolaylaştırabilecektir. Ancak bu durum piyasa yapısının zorunlu bir sonucu değildir²³⁰. Oligopolistlerin kartel benzeri sonuçlar elde edebilmeleri için aralarında bir tür iletişim olması gerekmektedir. Bu nedenle oligopol piyasalarında ancak teşebbüslerin gönüllü hareketleri ile kartel benzeri sonuçlar elde edilecektir. Dolayısıyla mesele sadece teşebbüslerin gizlice anlaşmalarını ortaya koyan delillerin bulunması meselesidir.

²²⁷ GINSBURG, s.88-89.

²²⁸ BAKER, s.150-151.

²²⁹ Bkz. STIGLER, George J., "A Theory of Oligopoly", Journal of Political Economy, C.72, S. 1, Şubat 1964, s.44-61; Aynı yönde, BAKER, s.152.

²³⁰ POSNER, s.55vd.

Posner, özellikle Harvard görüşünün dayandığı temel varsayımları eleştirmiştir. Bu görüşe göre, bir oligopolistin fiyat indirmesi karşısında rakiplerin satışlarının olumsuz etkileneceği ve tepkilerine neden olacağı yönündeki varsayım abartılmıştır. Örneğin, pazardaki talep arzın çok üzerinde ve doymamış durumdaysa, bir teşebbüsün arzını artırması ya da fiyatını indirmesi diğerlerinin pazar payını etkilemeyebilir. Talep esnekliğine bağlı olarak pazar dışı talep de pazara çekilebilir. Bu durumda, fiyat düşüren oligopolist sadece rakiplerinin müşterilerini çekerek değil, daha önce piyasada alım yapmayan teşebbüslere de mal satarak satışlarını arttırabilecektir. Bazı hallerde de, fiyat kıran teşebbüsün bu hareketinin geçici olduğu barizdir ve sonradan fiyatını tekrar yükseltmesi gerekecektir. Arzını yükselten teşebbüsün arz ettiği ürün tam anlamıyla rakiplerinin ürünleriyle ikame edilebilir de olmayabilir: Yani kalite farkı ya da marka gücü sebebiyle rakipler pazar payını kaybetmeyebilirler²³¹.

Ayrıca, fiyat indirimi karşısında, pazarın şeffaf olmaması veya kapasite problemleri gibi nedenlerle rakiplerin anında cevap vermeleri mümkün olamıyorsa fiyat indirimi cazip hale gelecektir. Bunun yanında, rakiplerine arzını artırmak suretiyle eşgüdümünden sapması halinde, misilleme olarak kendi arz seviyesini artırmak isteyen teşebbüsün, bunu diğerini takip edecek hız ve seviyede yapması yüksek maliyetli olabilir. Dolayısıyla, oligopolistik piyasadaki bir teşebbüsün, rakipleri karşılık verecek diye fiyat indirimi yapmaktan imtina edeceği varsayılmaz²³².

Kaldı ki, dayanışma suretiyle birlikte fiyat artırımını yahut arzın kısılması davranışının, her zaman teşebbüs için optimum strateji olduğunu söylemek de güçtür. Birlikte fiyat artırımından elde edilecek kârı talep esnekliği belirler. Buna göre bir fiyat artışı gelirlerde keskin bir azalmaya neden olabilir. Bu da fiyat artışını yararsız kılar ki bu durumda kimse fiyatını artırmayacak ya da arzını kısımayacaktır²³³. Bunun yanında, teşebbüslerin değişik dağıtım ve üretim maliyetleri olması da mümkündür. Bu durumda, farklı maliyet yapısına sahip teşebbüslerin ortak fiyat belirlemesi zordur²³⁴.

Dolayısıyla, bu görüş uyarınca, teşebbüsler arasındaki eşgüdümün pazar yapısı sebebiyle kendiliğinden ortaya çıkması değil, bunun ayarlanmış bir anlaşma olması daha muhtemeldir. Bu durumda, rekabet otoritelerinin yapması gereken, buradaki

²³¹ POSNER, s.58.

²³² POSNER, s.57-58.

²³³ POSNER, s.61-62.

²³⁴ POSNER, s.65.

gizli anlaşmayı ortaya çıkarmaktır. O halde, oligopolistik piyasalarda gözlenen rekabetçi olmayan davranışlarla mücadelede Harvard görüşünün iddia ettiğinin aksine bir boşluk bulunmamaktadır²³⁵.

b. Oyun Teorisinin Katkıları

Ekonomi teorisinde ortaya çıkan gelişmeler ise Stigler ve Posner'in düşüncelerinden farklı sonuçlar doğurmuştur. Stigler teşebbüsler arası uzlaşmaya ilişkin görüşlerini her teşebbüsün bir kere karşı karşıya geldiği ve rekabet etmek ya da iş birliği yapmak yönündeki kararını bir kere verdiği bir modele dayandırmıştır. Oysa tek hamleli oyun olarak nitelendirilen bu modelde, karşı karşıya gelen teşebbüslerin uzlaşmadan sapma eğilimleri çok yüksektir. Dolayısıyla, dayanışma ve gizli işbirliği mümkün olmayacaktır. Çünkü bir kez oynanan oyun sona erer. Tepki verecek ikinci bir oyun olmaz. Bu tip oyunlarda geçmiş ve gelecek yoktur²³⁶.

Ancak, teşebbüslerin piyasadaki davranışlarının değerlendirilmesinin, tek hamleli oyunlardan çok, tekrarlanan, diğer bir deyişle teşebbüslerin birçok kez karşı karşıya geldikleri, oyun modellerine (*repeated games*²³⁷) daha uygun olduğu anlaşılmıştır²³⁸. Nitekim, teşebbüsler rakipleriyle birçok kez²³⁹ karşı karşıya geleceklerinin bilincindedirler. Bu nedenle, söz konusu teşebbüsler, kararlarını rakiplerinin geçmişte nasıl davrandıklarını dikkate alarak vereceklerdir. Ayrıca, şu anda verecekleri kararların ileride rakiplerinin davranışlarını bir şekilde etkileyeceğinin de farkındadırlar²⁴⁰. Buna göre, karşılıklı bağımlılığın sınırsız sayıda oyunun oynandığı hallerde dayanışmaya yol açacağı²⁴¹, fakat bunun da ancak aldatmacaların önlenmesi halinde varlığını sürdürebileceği düşünülmektedir²⁴².

²³⁵ ÇELEN, s.15.

²³⁶ YAO/DESANTI, s. 134; BAKER, s.153.

²³⁷ Tekrarlanan oyunları "supergame" olarak niteleyen Friedman, oligopol pazarların da bu şekilde görülebileceğini ifade etmektedir. (FRIEDMAN, James W., A Non Cooperative Equilibrium for Supergames, The Review of Economic Studies, C.38, No.1, Ocak 1971, s.1, www.jstor.org, 17.05.2007); Aynı şekilde, oligopol pazar incelemesinde, sürekli tekrar eden bir ekonomik oyun oynandığına dair bkz. MARSCHAK, T. / SELTEN, R., "Restabilizing Responses, Inertia Supergames, and Oligopolistic Equilibria", The Quarterly Journal of Economics, C.92, S.1, Şubat 1978, s. 71-93.

²³⁸ CENGİZ, s.228.

²³⁹ "Çoğu kez oyunun kaç defa tekrarlanacağını da bilmemektedirler. Bu belirsizlik ortamında işbirliği daha mantıklı gelebilir." (FAULL/NIKPAY, s.30, p.1.91).

²⁴⁰ BISHOP, W., "Oligopoly Pricing: A Proposal", The Antitrust Bulletin, Yaz 1983, s.314; BAKER, s.153.

²⁴¹ FAULL/NIKPAY, s.29, p.1.88.

²⁴² YAO/DESANTI, s.133.

Baker'a göre, piyasadaki oyunun tekrarlanması Stigler'in ulaştığı sonuçları değiştirecektir²⁴³. Uzlaşmadan sapma niyetinde olan teşebbüsün, bu durumda, uzlaşmadan saparak elde edeceği kısa dönemli kâr ile uzlaşmadan sapmasının yol açacağı tepkilerin getireceği maliyetleri karşılaştırması gerekmektedir. Uzlaşmadan sapmanın maliyeti, teşebbüsün bir daha kartel fiyatından satış yapamamasıdır. Tekrarlanan oyun modelinde uzlaşmadan sapan teşebbüsün bu davranışlarını göz önünde bulunduracak rakip teşebbüsler, bu teşebbüsü cezalandırmak için misilleme olarak kendi fiyatlarını düşüreceklerdir. Bu durumda cezalandıran teşebbüslerin de uzun dönemde kayıplarla karşılaşmaları kaçınılmazdır. Ancak, piyasada sadece fiyat rekabetinin başlayacak olması bile tek başına inandırıcı ve ciddi bir cezalandırılma tehdidi oluşturacaktır²⁴⁴. Bu nedenle Stigler'in iddiasının tersine, teşebbüsler uzlaşmadan sapmanın maliyetlerini göz önünde bulundurarak rekabet etmek yerine uzlaşmayı tercih edebileceklerdir²⁴⁵. Bununla birlikte, tekrarlanan oyunlarda da uzlaşmanın başarısı için Stigler'in ileri sürdüğü, yukarıda bahsetmiş olduğumuz üç koşulun (Uzlaşmanın şartları konusunda fikir birliğine varmış olmak, uzlaşmadan sapmaları tespit edebilmek ve uzlaşmadan sapanları etkin biçimde cezalandırabilmek²⁴⁶) varlığı gerekmektedir.

Tekrarlanan oyun modelinin katkılarından biri de teşebbüsler arasındaki uzlaşmanın tam olmasının gerekmediği yönündedir. ABD Yatay Birleşme Rehberinde de belirtildiği üzere, teşebbüsler arasındaki uzlaşma, pazarda faaliyet gösteren her teşebbüsü ya da müşteriyi kapsamayabileceği gibi, teşebbüslerin her rekabet etme aracı üzerinde anlaşmaya varmış olmaları da gerekmemektedir²⁴⁷. Bu nedenle ortaya çıkan fiyatlar tekel fiyatları seviyesine ulaşmak zorunda değildir²⁴⁸. Stigler'den önceki ekonomistlerin belirttiği gibi fiyatlar, rekabetçi düzey ile tekel düzeyi arasındaki herhangi bir noktada gerçekleşebilir²⁴⁹.

²⁴³ BAKER, s.159.

²⁴⁴ ABD Yatay Birleşme Rehberin (1992)'de de, piyasada geçici de olsa teşebbüslerin bir fiyat savaşına girecek olmalarının yeterli ve inandırıcı bir cezalandırılma tehdidi oluşturduğu belirtilmektedir.

²⁴⁵ "Dayanışma sonucu elde edilmesi beklenen gelecek kârları, tek bir sefer elde edilecek kısa dönemli kâr karşılığında feda etmek istemeyecektir." (FAULL/NIKPAY, s.29, p.1.88).

²⁴⁶ Bkz. yukarıda, Birinci Bölüm, II, B, 2, a, bb.

²⁴⁷ 1992 Horizontal Merger Guidelines, p.2.11 (www.ftc.gov/bc/docs/horizmer.htm, 5.12.2006).

²⁴⁸ OECD Raporu, s.239.

²⁴⁹ BISHOP, Proposal, s.312.

Baker'a göre tekrarlanan oyun modellerinin ortaya koyduğu diğerk bir gelişme ise, odak noktaları²⁵⁰ (*focal points*) sayesinde, Stigler'in ileri sürdüğünün aksine, teşebbüslerin uzlaşmalarının koşullarını kolaylıkla belirleyebilmelerinin mümkün olmasıdır²⁵¹. Bunlar bir uzlaşımın tüm ayrıntılarıyla değil, ana hatlarıyla sağlanmış olmasının, ortak bir stratejiyi benzer davranış kalıplarıyla yürütebilmek için yeterli olduğunu ve teşebbüslerin kendiliğinden ortaya çıkan, bariz bir yolu izleyebileceklerini açıklar²⁵². Bu, bütün parametreleri belirleyemeyen teşebbüslerin, sadece belirli unsurları ele alarak ve bu odak unsurların bariz şekilde ortaya koyduğu diğerk unsurları da kendiliklerinden davranışlarına ekleyerek bir ortak plana ulaşabileceklerini ifade eder. Örneğın bir basın toplantısı sırasında bir teşebbüsün gelecek fiyatlamalarla ilgili olarak yapacakları artırım yahut indirimler hakkındaki tek taraflı açıklaması²⁵³, kendisini izlemekte olan diğerk teşebbüsler için bir ipucu olacak ve uzlaşmanın koşulları üzerinde kendiliğinden bir anlaşmaya varılacaktır.

Lopatka'ya göre, tekrarlanan oyun modelleri, Stigler'in üç koşulundan hareketle Posner'ın belirlediği piyasa koşullarının varlığı halinde teşebbüslerin, Turner'ın belirttiği gibi herhangi bir iletişime ya da rekabete aykırı bir anlaşmaya girişmeksizin, sadece birbirlerinin davranışlarını gözleyerek ve bu davranışlara makul cevaplar vererek paralel fiyatlar uygulayabileceklerini ortaya koymuştur²⁵⁴. Diğerk bir deyişle Posner'ın belirlediği piyasa koşulları, hem oligopolistik bağımlılığın ortaya çıkacağı ideal piyasa koşullarını yansıtmakta, hem de teşebbüslerin rekabete aykırı bir anlaşmaya girişmelerinin en kolay olduğu piyasa özelliklerini işaret etmektedir.

Pazar koşullarının oligopolistik bağımlılığa tam olarak uygun olması halinde teşebbüsler sadece birbirlerini gözleyerek, paralel davranışlarla yüksek kârlar elde edebileceklerdir²⁵⁵. Baker'a göre bu tür piyasalarda teşebbüslerin ayrıca gizli ya da açık anlaşmalara girmelerine gerek yoktur. Harvard Ekolüne yaklaşan bu görüşe

²⁵⁰ Oligopol teorisinde, kendi kendini ortaya koyan, bariz bir pazar yahut davranış görünümüne odak (*focal*) adı verilmektedir (BAKER, s.163; KLOOSTERHUIS, s.83).

²⁵¹ BAKER, s.163.

²⁵² NEVEN/ PAPANDROPOULOS/ SEABRIGHT, s.50

²⁵³ Bu tür davranışlar "ucuz konuşma" (*cheap talk*) olarak adlandırılarak, maliyetsiz iletişim anlamında kullanılmaktadır. Bu şekilde teşebbüsler, rakiplerinin izlediğinden emin oldukları bazı ipuçları bırakarak, uzlaşma arayışı içine girebilirler. (BAKER, s.163); Bunların tercih edilme nedeni hiçbir bağlayıcılığın olmamasıdır. (KLOOSTERHUIS, s.83).

²⁵⁴ LOPATKA, s.878.

²⁵⁵ OECD Raporu, s.204.

göre, oligopolistik bağımlılık, bu tür anlaşmalara girişmeksizin teşebbüslerin paralel fiyatlarla yüksek kârlar elde etmelerini mümkün kılacaktır²⁵⁶.

Pazar koşullarının kısmen oligopolistik bağımlılığa elverişli olması halinde ise, teşebbüslerin eşgüdümünün koşulları üzerinde kendiliğinden uzlaşmaya varmalarını engelleyen ya da uzlaşmadan sapanların tespit edilmesini zorlaştıran bir takım faktörler bulunmaktadır. Ürünün türdeş, teşebbüslerin simetrik, maliyet yapılarının benzer olmaması gibi faktörler, teşebbüslerin kendiliğinden paralel davranışlar sergilemelerini engelleyecektir. Ancak tekrarlanan oyun modellerinin, eşgüdümün tam olmasının gerekmediğini ve odak noktalarının teşebbüslerin paralel davranışlar sergilemelerini kolaylaştıracağını ortaya koymasıyla birlikte fiyat liderliği ya da bir teşebbüsün tek taraflı yaptığı fiyat açıklaması gibi birtakım uygulamalar teşebbüslerin stratejilerine ilişkin belirsizlikleri ortadan kaldırarak aralarında herhangi bir anlaşma olmaksızın, paralel davranışlar sergilemelerini sağlayacaktır²⁵⁷.

Kısmen oligopolistik bağımlılığa uygun pazarlar, aynı zamanda teşebbüslerin gizli anlaşmalara girmelerinin en muhtemel olduğu pazarlardır. Piyasada oligopolistik bağımlılık tam olmasa da, bu bağımlılık için uygun koşullar bulunduğundan, teşebbüslerin anlaşmalarının koşullarını açık olarak belirlemelerine gerek olmayacaktır. Bu sayede, rekabet otoriteleri tarafından yakalanma riski daha az olan gizli anlaşmalara yönelmek mümkün olabilecek ve teşebbüsler kartel oluşturmaya cesaret edebilecektir. Bu tür pazarlarda teşebbüslerin rekabet etme araçlarından biri ya da birkaçı üzerinde bir anlayış birliğine varmış olmaları yeterli olacağından, bunların gizli anlaşmalara girişmeleri ya da en azından oligopolistik bağımlılığın tam olarak ortaya çıkmasını zorlaştıran unsurları ortadan kaldırmak üzere çeşitli kolaylaştırıcı eylemlere başvurmaları halinde paralel davranışlar ortaya çıkacaktır.

Oligopolistik bağımlılığın ortaya çıkmasına tamamen elverişsiz pazarlarda ise, mahkemelerin bu pazarlarda ortaya çıkan paralel davranışlardan, bir anlaşmanın varlığı sonucuna ulaşılacağı yönündeki görüşlerine karşı²⁵⁸, Baker'a göre, bu pazar koşulları altında, teşebbüslerin uzlaşmaları, uzlaşmadan sapanları tespit ederek, bunları cezalandırmaları çok zor olduğundan, teşebbüslerin bir anlaşmaya girişmeleri

²⁵⁶ BAKER, s.147.

²⁵⁷ OECD Raporu, s.229.

²⁵⁸ KOVACIC, s.34.

anlamsızdır²⁵⁹. Bunun altında yatan temel neden, teşebbüslerin uzlaşmalarının koşulları üzerinde bir fikir birliğine varmış olsalar bile bu anlaşmayı sürdürmelerinin mümkün olmamasıdır.

Elzinga ise bir adım daha ileri giderek, bu tür pazar koşulları altında teşebbüslerin anlaşma girişiminde bulunmaları halinde, Stigler'in ortaya koyduğu söz konusu üç koşulu (Uzlaşmanın şartları konusunda fikir birliğine varmış olmak, uzlaşmadan sapmaları tespit edebilmek ve uzlaşmadan sapanları etkin biçimde cezalandırabilmek²⁶⁰) yerine getirmek üzere verdikleri çabanın “dumanı tüten tabanca” (*smoking gun*) tipinde, doğrudan deliller bırakmalarını gerektirdiğini vurgulamaktadır²⁶¹. Bu nedenle Elzinga'ya göre bu tür deliller olmaksızın, teşebbüslerin anlaşmalarına elverişli olmayan koşullar altında gizli anlaşmalara giriştiklerinin ortaya konması, açık ve doğrudan kanıtlar olmaksızın mümkün görünmemektedir.

3. Whish'in Eleştirileri

Whish'e göre, oligopol pazarların mutlaka bir işbirliğine yol açacağı, bu işbirliğinin gerek açık bir şekilde karteller ve gerekse de oligopolistik bağımlılık teorisinin savunduğu şekilde Nash Dengesi'nin sağlanarak meydana geleceği varsayımı her zaman doğru olmamaktadır²⁶². Bu konuda, benzer şekilde Bork da, klasik oligopol teorisinin beklentileri her zaman karşılamadığını ileri sürmektedir²⁶³. Karşılıklı bağımlılığın mutlak surette rekabeti kısıtlayıcı sonuçlar doğurmayacağı yahut bu sonuçların gözleendiği oligopol hallerinin başka açıklamalarının bulunabileceği konusunda yapılan eleştiriler dört noktada yoğunlaşmaktadır. Bu başlık altında, bu eleştiriler ele alınacaktır.

a. Aldatmacalara Karşı Etkin Cezalandırma

Oligopolistik bağımlılık teorisi, pazardaki teşebbüslerin karşılıklı bağımlılıklarını ortaya koymaktadır: Simetrik bir oligopolde, diğer bir deyişle teşebbüslerin pazar

²⁵⁹ BAKER, s.146.

²⁶⁰ Bkz. yukarıda, Birinci Bölüm, II, B, 2, a, bb.

²⁶¹ ELZINGA, K.G., “New Developments On The Cartel Front”, The Antitrust Bulletin, Bahar 1984, s.25.

²⁶² WHISH, s.510-512.

²⁶³ BORK, s.178 vd.

payı, büyüklük, ürün kalitesi ve maliyet yapısı, arz ve talep eğrileri bakımından birbirlerine denk olduğu oligopol bir pazarda, bir teşebbüsün diğerlerinden gizli bir şekilde fiyat indirimine gittiği, diğerlerinin ise bunu fark etmede geciktiği varsayıldığında; fiyat indirimine giden teşebbüs, tepki gelinceye kadarki süreçte, olası bir fiyat savaşındaki maliyetleri karşılayacak düzeyde tatminkar bir kâr elde edebilecektir. Karşıt tepkinin zamanlaması bu bakımdan önemlidir. Söz konusu tepkinin gecikmesi veya hiç oluşmaması hallerinde, aldatmacaya niyetlenen teşebbüs rakiplerinin misillemesinden korkmayacak ve bireysel davranabilecektir²⁶⁴. Bazı hallerde de, rakipler muhtemel bir tepki indirimi için artan talebi karşılayacak nitelikte kapasitelerini arttırabilecek kadar başarılı olamayacaklardır²⁶⁵.

Bazı hallerde ise, cezalandırma çok maliyetlidir. Tepkisel fiyat indirimi şeklinde gerçekleşen misillemeler, fiyat savaşlarına yol açabilecektir. Bundan başka, arzın artırılması suretiyle tepki vermek de, üretim maliyetleri sebebiyle maliyetli olabilir. Yahut, cezalandırmayı sürdürmek de bazı teşebbüsler için cazip olmayabilir.

b. Uzlaşının Sağlanması

Oligopol pazar yapısı hakkında çok basit bir tablo ortaya konulmaktadır. Oysa gerçekte yaşanan durum bu basitlikte olmayabilir. Simetrik bir oligopolde üreticilerin eş maliyetlerle türdeş ürünler üretmeleri tutarlı olabilir; ancak gerçek pazar koşulları genel olarak çok karmaşık olup, oligopolistlerin farklı maliyet seviyelerinde olmaları kaçınılmazdır²⁶⁶. Buna ek olarak, pazarda oligopolistlerin yalnız olmamaları da mümkündür: Pazarda rekabetçi baskı uygulamakta olan bir kısım küçük teşebbüsler (*fringe firms*) olabilir. Bunlar, genellikle pazarı yönlendirme gücü olmayan, fakat pazara girebilme başarısını gösterir göstermez, fiyat veya arzı rekabetçi seviyelere çekip kâr elde edebilecek küçük teşebbüslerdir.

Ayrıca, pazarın satın alma tarafındaki yoğunluğu da çok önemlidir²⁶⁷. Pazar ne kadar yoğunlaşmış ise oligopolistler de o derecede rekabetten uzaklaşacaktır²⁶⁸. Fiyatlar ile

²⁶⁴ POSNER, s.57.

²⁶⁵ WHISH, s.510.

²⁶⁶ WHISH, s.510.

²⁶⁷ Bunun önemi hem kâr pastasını paylaşacak daha az teşebbüs olması hem de anlaşmaya daha kolay varılması ve tabii ki rakiplerin sayısı az olduğu için davranışlarının daha kolay takip edilebilmesindedir. (Final Report for DG Competition, European Commission, "The Economics of Tacit Collusion", s.12).

²⁶⁸ HOVENKAMP, Federal Antitrust Policy, s.168; STROUX, s.7.

ilgili bilginin şeffaflığı ise önemli bir karar değişkenidir²⁶⁹. Fiyatlara ilişkin şeffaflık ne kadar az olursa, oligopolistlerin pazar stratejilerinde birbirlerine karşı temkinli olmaları ve karşılıklı bağımlılıkları da o kadar az olacaktır. Bu ve buna benzer durumlardan dolayı oligopol piyasaları birbirinden farklılaşmakta ve bu sebeple de ikna edici teorik açıklamalar zorlaşmaktadır.

Bütün bunların yanında, pazarı statik şekilde ele almak yanlıştır. Oyun modellerinin dinamik şekilde düşünülmesi gerçek duruma daha yakın sonuçlar verecektir. Oyun hiçbir zaman durağan şekilde sürmeyecektir. Yani tek bir defa değil birçok defa tekrarlanan oyun aslında hiçbir zaman durmayan devamlı bir süreçtir. Bu sebeple analizlerin statik değil dinamik yapılması gerekir²⁷⁰.

Dinamik bir incelemede, pazara giriş-çıkışların mevcudiyeti, sürekli teknolojik gelişim²⁷¹ ve ürün farklılaşması, maliyet ve talepte yaşanan değişimler gibi zamana yayılan etkiler görülecektir. Esasen oyunun devam etmesi söz konusu olduğunda, oligopol pazarların kendiliğinden işbirliği yaratacağı düşüncesi²⁷² doğruluğunu kaybedebilecektir²⁷³.

c. Rekabetin Devam Etme Olasılığı

Karşılıklı bağımlılık teorisine dayanarak ileri sürülen oligopol sorunu, kısaca rekabetin pazar yapısı sebebiyle kısıtlanmış olması, bazı hallerde geçersiz olmaktadır: Rekabeti kısıtlayıcı davranışlar herhangi bir pazar yapısına mündemiç olamaz, zira rekabet etme durumları farklı şekillerde ortaya çıkabilmektedir²⁷⁴. Açık fiyat rekabetinin belki sınırlı ancak fiyat savaşlarının periyodik bir şekilde ortaya çıktığı oligopol özellikleri gösteren piyasalar vardır. Açık fiyat rekabetinin sınırlanmış olması, gizli ve dönemsel fiyat indirimlerinin (aldatmacaların) olamayacağı ya da fiyat dışı rekabetin yapılamayacağı anlamına gelmemektedir.

²⁶⁹ STROUX, s.10.

²⁷⁰ FAULL/NIKPAY, s.39, p.1.119.

²⁷¹ Ürün ve fiyat farklılaşmasına sebep olarak rekabete yol açar. (IVALDI/ JULLIEN/ REY/ SEABRIGHT/ TIROLE, s.30).

²⁷² Az sayıda teşebbüsün faaliyet gösterdiği pazarlarda baskın stratejinin işbirliği olacağı yönünde; FAULL/NIKPAY, s.39, p.1.101.

²⁷³ FERSHTMAN, Chaim / PAKES, Ariel, A Dynamic Oligopoly With Collusion and Price Wars, Working Paper 6936 National Bureau of Economic Research 1999, s.36 (<http://www.nber.org/papers/w6936>, 7.12.2006).

²⁷⁴ “Yoğunlaşmış pazarlarda dahi teşebbüsler, doğal olarak rekabet etmenin bir yolunu arayacaklardır. Esasen zor olan ve emek isteyen rekabeti kısıtlamaya çalışmaktır.” HOVENKAMP, Antitrust Enterprise, s.129.

Oligopol pazarlarda fiyat dışı konularda rekabet, fiyat rekabetinden daha yoğun bir biçimde gerçekleşebilmektedir²⁷⁵.

d. Fiyat Liderliği

Genel olarak ekonomik teoride, teşebbüslerin, müşterilerini rakiplerine kaptırmamak için tek taraflı olarak fiyatlarını arttıramayacağı belirtilmektedir²⁷⁶. Bazı hallerde, bu inisiyatif alan bir teşebbüsü diğerleri izlemektedir. Bu durum, fiyat liderliği kavramıyla açıklanmaya çalışılmıştır. Buna göre, fiyat liderliği, bir teşebbüsün fiyatlarında yaptığı artışı, diğer teşebbüslerin çeşitli sebeplerle takip etmesidir. Fiyat liderliği üçlü ayrıma tabi tutulabilir²⁷⁷. Birincisi hakim fiyat liderliğidir: Tek başına bir teşebbüs pazara kendi fiyatını kabul ettirmekte, rakipler de lideri izlemektedir. İkinci tür, barometrik fiyat liderliğidir (*barometric price leadership*): Bir teşebbüsün artan maliyetler karşısında fiyat artırması ve rakiplerin bunu izlemesi durumudur. Ancak artan maliyetler karşısında fiyat artıran bir teşebbüsün kanuna karşı hareket ettiğinin varsayılması çok zordur. Üçüncüsü ise anlaşmaların yasaklanmasına ilişkin düzenlemeler tarafından cezalandırılacak türde, rakipler içinden birinin fiyat artırması durumunda diğerlerinin de buna uymak üzere anlaştığı, işbirlikçi fiyat liderliğidir²⁷⁸.

Bazı hallerde, oligopol pazardaki teşebbüsler arasında, herhangi bir işbirliği olmaksızın paralel fiyatların gözlenerek teşebbüslerin aşırı kârlar elde edebilmesi, fiyat liderliği sebebiyle de ortaya çıkabilmektedir. Oligopolistler arasında işbirliği olmadan fiyatların birbirine paralel kalabilmesi; pazarın koşullarındaki bir değişmeye tepki olarak herkesin fiyat artırımına gittiği hallerde veya kısa süreli piyasa dalgalanmalarında gözlenen barometrik fiyat liderliği veya hakim durumda olan teşebbüsün fiyat artırımını yapması karşısında küçük ve güçsüz teşebbüslerin kâr fırsatını görerek en mantıklı strateji olarak bunu takip etmelerine işaret eden baskın

²⁷⁵ GINSBURG, s.88-89.

²⁷⁶ ALESE, s.379.

²⁷⁷ İlk öneren: Stigler, “*The Kinky Oligopol Demand Curve and Rigid Prices*”; Markham tarafından geliştirilmiştir. (MARKHAM, Jesse W., *The Nature And Significance of Price Leadership*, *The American Economic Review*, C.41, No.5, Aralık 1951, s.891-905, www.jstor.org, 17.05.2007).

²⁷⁸ SCHERER, F.M./ ROSS, D. “*Industrial Market Structure and Economic Performance*”, 3.bası, Houghton Mifflin Company, 1990; FLINT, D., “*Abuse of Collective Dominant Position*”, *Legal Issues of European Integration*, 1978, s.21-80 (SABUNCU, s.7’den naklen); MARKHAM, Jesse W., *The Nature And Significance of Price Leadership*, *The American Economic Review*, C.41, No.5, Aralık 1951, s.891-905 (www.jstor.org, 17.05.2007).

fiyat liderliği (*dominant price leadership*) modelleri²⁷⁹ ile açıklanabilmektedir²⁸⁰. Bahsedilen fiyat liderliği modellerine göre, fiyat artıran bir teŖebbüsü takip etmenin iŖbirliđi haricinde çeŖitli sebepleri olabilir: Buna göre, fiyat artırımını yapan bir teŖebbüsü takip eden fiyat artırımları, barometrik fiyat liderliğinde tüm pazarı etkileyen maliyet ya da etkinlik koŖullarındaki Ŗok deđiŖimler sebebiyle yahut pazardaki döneysel etkilerden kaynaklanıyor olabilir. Ayrıca, hakim bir teŖebbüsü takip etmek, bazı hallerde ticari mantığa da uymaktadır²⁸¹.

Buna karŖılıđ Posner, hakim fiyat liderliğinin çoğu zaman ticari mantıkla uyuŖmadıđını ileri sürmektedir. Fiyat liderliğine göre, lider teŖebbüs fiyatını artırırsa diğerleri de kâr elde etmek için fiyat artıracaklardır. Oysa oligopolistler zaten fiyat indirme eğilimindedir. Yani diğerleri fiyatlarını artırırken, kendi fiyatlarını sabit tutup beklemek de akıllıca olabilir. Hatta, teŖebbüs fiyat liderini takip edecek olsa bile, fiyat artırımını diğerlerinden daha yavaŖ yapması da kısa vadede kâr getirecektir²⁸².

4. Değerlendirme

Gerçekte çok az sayıda piyasa tam rekabetçi ya da tekeldir. Oligopol pazarlar, bu iki uç arasındaki geniŖ yelpazede, rekabetin tam değil, aksak olduğu bir yapı sergiler. Bu tip pazarlarda, az sayıda teŖebbüs bulunmaktadır. Ancak, bunun tek baŖına bir anlamı yoktur. Zira, oligopol pazarların incelenmesi, niceliksel değil niteliksel bir kapsamda yapılabilir. Esasen oligopol, pazar gücünün az sayıda teŖebbüsün elinde toplandığı ve bu teŖebbüsler arasında bir karŖılıklı bağımlılık durumunun olduğu pazar yapısını ifade eder.

Burada sözü edilen karŖılıklı bağımlılık unsuru, özellikle ekonomik gücün az sayıda teŖebbüsün elinde yođunlaŖtıđı ve pazarın Ŗeffaf olduğu, teŖebbüslerin maliyet yapıları, üretim ve dağıtım kapasiteleri bakımından birbirlerine denk olduğu ve ürünlerin standart, birbirleriyle ikame edilebilir olduğu dar oligopol pazarlarda belirgin olarak ortaya çıkmaktadır.

²⁷⁹ Fiyat liderliği modelleri için bkz. MARKHAM, Jesse W., *The Nature And Significance of Price Leadership*, *The American Economic Review*, C.41, No.5, Aralık 1951, s.891-905, www.jstor.org, 17.05.2007.

²⁸⁰ STROUX, s.6-7.

²⁸¹ SABUNCU, s.7; STROUX, s.6.

²⁸² POSNER, s.59.

Oligopolistik bağımlılık olarak anılan bu durum, kârını en üst düzeye çıkarmaya çalışan teşebbüslerin, açık bir irade uyuşmasına gerek kalmaksızın paralel davranışlar sergileyerek, tüketiciye zarar verecek şekilde üretimlerini kısımlarına ve ürünlerin fiyatlarını yükseltmelerine imkan sağlamaktadır. Bu şekilde, teşebbüsler, rekabet ihlali teşkil edecek herhangi bir kartel anlaşmasına ihtiyaç duymaksızın, gizli bir dayanışma içinde ortak çıkarlarını takip ederek ve diğerlerinin de bu çıkarı takip edeceğine güvenerek, karşılıklı davranışlarını eşgüdümlü hale getirebilirler²⁸³.

Elbette ki bu koşullar az sayıda teşebbüsün bulunduğu her türlü pazarda meydana gelmemektedir. Az sayıda teşebbüsün bulunduğu birçok pazar, aşırı rekabetçi özellikler gösterirken; çok sayıda teşebbüsün olduğu bazı pazarlarda ise rekabet mekanizması başarılı bir şekilde işlemeyebilmektedir. Bu anlamda, az sayıda teşebbüsün bulunduğu bazı oligopol pazarlar, rekabet etkileri açısından “iyi huylu” (*Benign*) olmakla birlikte; bazıları da özellikle rekabeti ortadan kaldıran sonuçlar doğurucu nitelikte “kötü huylu” (*Malign*) olabilmektedir²⁸⁴. Dolayısıyla, ekonomik yaklaşımın ortaya koyduğu ve oligopol pazarlarda varlığı genel kabul gören teşebbüsler arası karşılıklı bağımlılık, esasen her zaman işbirliği doğuran bir yapı teşkil etmeyecektir.

Bu bakımdan, Harvard Ekolü’nün savunduğu üzere, oligopolistik bağımlılığın her halükarda, kaçınılmaz olarak bir eşgüdüm meydana getireceği görüşüne katılmak mümkün değildir. Zira, çeşitli koşulların araya girmesiyle, bir eşgüdümün sağlanması yahut sürdürülmesinin mümkün olmayabileceği; yahut ortaya çıkan paralelliklerin gizli dayanışma dışında ekonomik olarak başka birtakım mantıklı gerekçelerle de açıklanabileceği haller mevcuttur. Bununla birlikte, Harvard Ekolüne vardığı bazı sonuçlar bakımından katılmaktayız. Zira, bir teşebbüsün bağımsız davranışlar sergilemesine rağmen, tamamıyla pazar yapısı sebebiyle davranış paralelliklerinin ortaya çıkabileceği haller de mevcut olabilir. Bu durumda, Turner’ın açıkladığı üzere, bir teşebbüsün ekonomik olarak mantıksız davranması kendisinden beklenemeyeceğinden, yaptığı akıllıca davranışlar sebebiyle bu teşebbüsün Rekabet Hukukunu ihlal ettiği öne sürülemez.

²⁸³ KOVACIC, s.31; SCHERER/ ROSS, s.199; Aynı yönde: Bkz.VENIT, J.S., “Two Steps Forward and No Steps Back: Economic Analysis and Oligopolistic Dominance After Kali&Salz”, CMLR, 1998, No.35, s.1101-1134 (SABUNCU, s.7’den naklen).

²⁸⁴ WHISH, s.506-507.

Ayrıca, dar oligopol pazar yapısının, kartel benzeri sonuçların yaratılmasına daha müsait olduğu ekonomik teori tarafından açıklanmıştır. Nitekim, Chicago Ekolü taraftarları da oligopolistik bağımlılığın, bazı ek unsurların da varlığını aramak kaydıyla eşgüdümüne işaret ettiğini açıklamaktadır. Burada, sadece pazara ilişkin yapısal bir inceleme değil, teşebbüs ve talebe ilişkin davranışsal bir analiz de söz konusudur. Bu bakımdan, gerçek ekonomik durumu daha net yansıtan sonuçlara ulaşılabileceği görüşünderiz. Bu konudaki en büyük ilerleme, Oyun Teorisi sayesinde olmuştur. Bu teoremin katkılarıyla, teşebbüslerin davranışları ve bunların altındaki saikler daha iyi anlaşılabilmiş ve oligopol pazarlardaki paralel davranışlar çözümlenebilmiştir.

Tüm bu açıklama çabalarına rağmen ortada bir sorun vardır: Oligopolistik bağımlılık hallerinde ortaya çıkan paralel davranışlar, Rekabet Hukuku tarafından nasıl ele alınmalıdır? Bu tartışma, günümüz Rekabet Hukukunda halen sürmekte olan bir sorun teşkil etmektedir.

Çeşitli ekonomik açıklamaların mevcut olduğu oligopol pazara ilişkin rekabet analizlerinde, oligopol pazarların yapısından kaynaklandığını yukarıda belirttiğimiz teşebbüsler arası bağımlılık halinin mevcudiyeti sebebiyle paralel davranışların ortaya çıkmasının bir rekabet ihlali teşkil edip etmeyeceği, oligopolistlerin ekonomik bağlamda mantıklı (rasyonel) davranışlar mı sergilediği yoksa bunun Rekabet Hukuku düzenlemeleri yasakları kapsamında mı değerlendirilmesi gerektiği incelenmekte ve tartışılmaktadır. “Oligopol sorunu” olarak adlandırılan²⁸⁵ bu sorun Rekabet Hukuku uygulayıcıları ve doktrinerler tarafından çeşitli hukuki yollarla çözülmeye çalışılmıştır. Bundan sonraki bölümlerde bu hukuki yaklaşımlar ele alınacaktır.

²⁸⁵ WHISH, s.507.

İKİNCİ BÖLÜM

Oligopol Pazarlarda Uyumlu Eylem

Oligopol pazarların yapısı gereği teşebbüslerin karşılıklı bağımlılık içerisinde oldukları ve bu bağımlılığın farkında olarak uyumlu davranışlar sergilemek suretiyle rekabet üstü yüksek kârlar elde edebildikleri ekonomik teori tarafından ortaya konmuştur. Pazarın ortaya koyduğu bu yapı, birden çok teşebbüsün paralel davranışları sebebiyle meydana geldiğinden, Rekabet Hukuku doktrininde genellikle “Anlaşma” veya “Uyumlu Eylem” başlığı altında incelendiğini görüyoruz. Bunun başlıca sebebi, Avrupa Rekabet Hukukunda ATA. m.81, Amerikan Rekabet Hukukunda Sherman Act §I ve Türk Rekabet Hukukunda RKHK m.4 düzenlemelerinin, bir anlaşma, karar ya da uyumlu eylem içinde paralel davranışlar sergilemeyi yasaklayan hükümlerinin, birden çok teşebbüsün karıştığı rekabet kısıtlamalarına uygulanması alışkanlığıdır.

Bunun yanında, oligopol sorununun ele aldığı üzere, her teşebbüs bireysel, tek taraflı davranışlarıyla kendisi için en iyi stratejiyi seçerek bağımsız hareket etmesine rağmen, pazarda kartel benzeri bir görünüm ortaya çıkabilir²⁸⁶. Bu teşebbüsün rekabeti kısıtlama amacıyla değil, tek taraflı ticari kararlarıyla oluşan bir durumdur. Örneğin, bir teşebbüs, rekabeti kısıtlama amacı taşımaksızın, pazarda fiyat liderini takip etmeyi seçebilir²⁸⁷. Nitekim Lang, karşılıklı bağımlılığı, yoğunlaşmış bir pazarda ürünlerin türdeş olması ve fiyatların şeffaflığına bağlı olarak kendi çıkarları uyarınca mantıklı hareket eden teşebbüslerin arasındaki rekabet eksikliği olarak tanımlamıştır²⁸⁸. Bu hallerde, bağımsız ve bireysel davranışlarda bulunan teşebbüslerin eşgüdüm içinde olduklarını ve rekabete aykırılığı ileri sürmek mümkün olacak mıdır?

Bu bölümde ele alınacak konu, oligopol pazarlarda gözlenen paralel davranışların ATA. m.81, RKHK. m.4 ve Sherman Act Section I anlamında bir rekabet yasağı teşkil edip etmeyeceğidir. Bu bakımdan, önemli olan, salt bilinçli paralellikler ile uzlaşmalar arasındaki ayrımın tespit edilmesidir²⁸⁹. Bilindiği üzere, “uzlaşma²⁹⁰”

²⁸⁶ Bkz. yukarıda, Birinci Bölüm, II, A.

²⁸⁷ YAO/DESANTI, s.117; STROUX, s.6.

²⁸⁸ LANG, s.274.

²⁸⁹ Rekabet Kurumu'nun verdiği Seramik kararının (RK.04-16/123-26, 24.02.2004) Danıştay tarafından iptal edilmesi üzerine üç ayrı kararda, Avrupa ve Amerikan Rekabet Hukuku içtihatları, özellikle Komisyon'un Polypropylene kararının temyizi üzerine ATAD'ın aldığı çeşitli

kavramı, Rekabet Hukuku düzenlemeleri ve uygulama bakımından hep geniş anlamda ele alınmıştır²⁹¹. Bu kavram, nasıl şekillendirilmiş olursa olsun²⁹², hatta hukuki anlamda bağlayıcı olmasa dahi²⁹³ tüm anlaşmalar, teşebbüs kararları ve hatta görünürde açık ve net hiçbir ortak irade açıklaması olmaması halinde dahi uyumlu eylemleri de kapsamaktadır²⁹⁴.

Ekonomik teorinin bahsettiği üzere, oligopol pazarlarda, oligopolistik bağımlılık yapısı sebebiyle, teşebbüslerin arasında hiçbir anlaşma bulunmaksızın, kendiliğinden ortaya çıkan paralel davranışlar gözlemlenmektedir. Ortaya çıkan bu paralel davranışların rekabet ihlali teşkil edip etmediği ve Rekabet Hukukunca nasıl değerlendirilmesi gerektiği incelenirken akla ilk gelen “uyumlu eylem” kavramı olmaktadır. Zira, ortada açık veya gizlenmiş rekabeti kısıtlayıcı nitelikte bir anlaşma yoktur. Nitekim, böyle bir anlamının varlığı *per se* rekabet ihlali oluşturacak ve bunun tespiti halinde, başka bir incelemeye gerek kalmayacaktır. Oysa, oligopol sorunu olarak nitelendirilen, oligopolistik bağımlılık içinde bulunan teşebbüsler arasında rekabeti kısıtlayıcı paralel davranışlar tespit edilse dahi, bunların dayanışma sonucu oluşup oluşmadığı tartışmalıdır. Bu soruna bağlı olarak, oligopol pazarlarda

kararlar dikkate alınarak yapılan değerlendirmede, anlaşma ve uyumlu eylem kavramlarının ayrımının bir önem taşımadığı, önemli olanın salt bilinçli paralellikler ile uzlaşmalar arasındaki ayrımın tespit edilmesi olduğu açıklanmıştır. (Seramik I, RK.06-08/121-30, 02.02.2006, s.137-140, str.6592-6722; Seramik II, RK. 06-29/355-87, 24.04.2006, s.135-138, str.6452-6584; Seramik III, RK.06-80/1034-299, s.132-135, str.6363-6494); Aynı yönde, WESSELY, Thomas W., “Case C-49/92P, Commission v. Anic,(1999) ECR I-4125; Case C-199/92P, Hüls v. Commission, (1999) ECR I-4287; Case C-235/92P, Montecatini v. Commission, (1999) ECR I-4539; Judgments of 8 July 1999 (together: Polypropylene appeal cases)”, CMLR 2001, C.38, s.741-742.

²⁹⁰ RKHK. m.4, ATA m.81 ve Sherman Act Section I düzenlemelerinin getirdiği rekabet yasaklarının özünde yer alan, genel anlamda bir uyuşmayı ifade eden “*entente*” veya bir karşılıklı anlayışı ifade eden “*understanding*” terimlerinin karşılığı olarak tercih edilmiştir.

²⁹¹ JONES/SUFRIN, s.127; FAULL/NIKPAY, s.70, p.2.27; VAN BAEL, Ivo / BELLIS, Jean-François, Droit de la Concurrence de la Communauté Economique Européenne, Bruylant-Bruxelles 1991, s.44, p.209; WHISH, s.91; KORAH, s.45; Aynı şekilde, LPG kararı, RK. 93/750-159, 26.11.1998, s.12 ve 30; Danıştay’ın iptal kararı üzerine verilen LPG kararı, RK. 05-73/986-273, 25.10.2005, s.11, str.485-492.

²⁹² JONES/SUFRIN, s.130-131; ASLAN, İ.Yılmaz, Rekabet Hukuku Dersleri, Ekin Kitabevi, Bursa 2006, s.42; Motor Yenileme kararı, RK.01-10/100-24, 27.2.2001, s.20.

²⁹³ RKHK. m.4’ün gerekçesi, “Madde Gereçekleri”, TBMM Tutanak Dergisi, Dönem: 19, Cilt 73, Yasama yılı 4, 46. birleşim, 06.12.1994, (www.rekabet.gov.tr, 10.12.2006); “Anlaşmaların bağlayıcı olup olmaması Rekabet Hukuku bakımından önem arz etmez.” (JONES/SUFRIN, s.127; WHISH, s.91-92; ASLAN, s.42; FALLON, s.286).

²⁹⁴ SOAMES, Trevor, “An Analysis of The Principals of Concerted Practices and Collective Dominance: A Distinction Without a Difference?”, ECLR 1996, C.17, s.25; Hercules v.Commission, T-7/89, ECR (1991) II-1711, p.240; Gıda kararı, RK. 99-53/575-365, 24.11.1999, s.81; Çimento I kararı, RK. 02-06/51-24, 01.02.2002, s.xii; Gübre kararı, RK. 02-07/57-26, 08.02.2002, s.93; Danıştay’ın iptal kararı üzerine verilen Gübre kararı, RK. 06-02/45-7, 05.01.2006, s.93-94; Danıştay’ın iptal kararı üzerine verilen Beton kararı, RK. 06-77/991-286, 19.10.2006, s.38-39; Danıştay’ın iptal kararı üzerine verilen Ege Çimento kararı, RK. 05-57/850-230, 13.9.2005, s.57.

rekabet kısıtlamalarıyla mücadele eden rekabet otoriteleri, uyumlu eyleme ilişkin düzenlemelerden faydalanmayı düşünmüşlerdir.

Bu bakımdan, öncelikle uyumlu eylem kavramı ve unsurları ele alınacak, ardından oligopol pazarlarda gözlenen paralel davranışların uyumlu eylemler kapsamında değerlendirilmesinin mümkün olup olmadığı araştırılacaktır. Bu çalışmada, Avrupa ve Amerikan Rekabet Hukukundaki ispat yöntemleri dikkate alınacak ve Türk Rekabet Hukukunda yer alan uyumlu eylem karinesi incelenecektir.

I. Uyumlu Eylem

Rekabet Hukuku bu kavram ile anlaşmalara ilişkin rekabet kısıtlamalarının kontrolünde çok önemli bir silahla donanmıştır²⁹⁵. Bu sayede, anlaşma kavramının dar yorumlanması halinde müdahalede bulunamayacağı yahut müdahalenin zorlaşacağı²⁹⁶ birçok paralel davranışa müdahale imkanı doğmuştur²⁹⁷. Amaç, anlaşma olarak nitelendirilmede yahut ispatında sorunlar olabilecek teşebbüsler arası ilişkileri rekabet otoritelerinin denetimi kapsamına almaktır²⁹⁸. Ayrıca, rekabeti kısıtlama amacı taşıyan teşebbüslerin bu sonuca farklı yollardan ulaşmaları da engellenmek istenmektedir²⁹⁹.

Yukarıda da değindiğimiz gibi Rekabet Hukuku, teşebbüsler arası uzlaşmaları düzenlerken bu kavramı geniş algılamakta ve bağlayıcı olsun olmasın her türlü anlaşmayı ve hatta zımnî veya açık bir anlaşma olmasa dahi “uyumlu davranışları” denetim altına almaktadır³⁰⁰. Bu bağlamda, uyumlu eylemlerin uygulama alanı anlaşmalara nazaran daha geniştir, zira uyumlu eylem kavramı, şekli önemsemeden ve bir sözleşmede var olan bağlayıcılık unsurunu aramaksızın teşebbüslerin davranışlarındaki uyuşmayı ifade eder³⁰¹.

²⁹⁵ BLASSELLE, Richard, *Traité de Droit Européen de la Concurrence*, Tome I, éd. Publisud, Paris 2002, s.174.

²⁹⁶ ARI, Zekeriya, *Rekabet Hukukunda Danışıklılık Kavramı (Anlaşma, Karar, Uyumlu Eylem) ve Hukuki Sonuçları*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2004, s.34.

²⁹⁷ BLASSELLE, s.174; WHISH, s.99; SOAMES, s.25; FAULL/NIKPAY, s.76, p.2.45.

²⁹⁸ ARI, s.78; CENGİZ, s.20; “(...) uyumlu eylem kavramı ile karinesinin Kanun’a koyuluş amacının, 4. madde kapsamındaki irade uyuşmalarının ispatında kolaylık sağlanmak olduğunu ortaya koymaktadır.” Yemek Çeki kararı, RK. 06-36/465-127, 26.5.2006, s.16, str.747-749; Aynı şekilde, Karadeniz Ro-ro kararı, RK. 06-29/357-88, 24.4.2006, s.21, str.825-837.

²⁹⁹ BADUR, Emel, *Türk Rekabet Hukukunda Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşmalar*, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi No.6, Ankara 2001, s.64; Cartonboard, OJ 1994, L-243/1, p.126.

³⁰⁰ BAEL/BELLIS, p.212, s.47; GOYDER, s.71-72; WHISH, s.99.

³⁰¹ AKINCI, s.141.

Nitekim Avrupa İlk Derece Mahkemesi, anlaşma kavramının varlığı için, en az iki taraf arasında özel bir şekilde davranacaklarına ilişkin iradelerin bir uyumunun ortaya çıkmasının yeterli olduğunu ve tarafların amacı doğru bir şekilde ortaya konduğu takdirde, bu uyumun ortaya çıkış şeklinin önemli olmadığını karara bağlamıştır³⁰².

Kavramın amacı her ne kadar “anlaşmalar” kavramına yüklenen geniş anlamı tamamlamak olsa da, “uyumlu eylemler”in kapsamını gereğinden fazla genişletmek, uygulamada belirsizliklere yol açabilecektir. Bu sebeple, öncelikle “uyumlu eylem” kavramına netlik kazandırmak gerektiğini düşünüyoruz.

A. Kavram

1. Tanım

“Uyumlu eylem” kavramı, yasal metinlerde tanımlanmamaktadır. Bunun bir nedeni, kavramın katı bir şekilde tanımlanmasının, işlevini daraltacağı endişesidir³⁰³. Bu sebeple, yasal bir tanımı bulunmayan uyumlu eylemlere ilişkin doktrin ve içtihatlarda çeşitli tanımlar yapılmıştır.

a. Yabancı Doktrin ve Mahkeme Kararlarında Yapılan Tanımlar

aa. Yabancı Kararlardaki Tanımlar

Avrupa Rekabet Hukukunda ATAD, paralel fiyat artırımlarının incelendiği Dyestuffs³⁰⁴ (boya maddeleri) ve pazar paylaşımının ele alındığı Suiker Unie³⁰⁵ (şeker karteli) kararlarında, uyumlu eylem kavramının tanımlanmasına ilişkin olarak sonraki kararlara ışık tutan temel ilkeleri belirlemiştir.

Teşebbüslerce gerçekleştirilen ileriye dönük fiyat açıklamalarına ilişkin Dyestuffs kararında ATAD³⁰⁶, teşebbüslerin, rakiplerinin mevcut ya da öngörülebilir davranışlarını hesaba katarak, pazar politikalarını değiştirmekte serbest olduklarını

³⁰² Bayer AG v. Commission, T-41/96, ECR (2000)II-3383, p.67-68; Hercules v.Commission, T-7/89, ECR (1991) II-1711, p.241.

³⁰³ İKİZLER, Metin, Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylemler, Seçkin Yayınevi, Ankara 2005, s.57

³⁰⁴ Imperial Chemical Industries, Case 48/69, ECR (1972) I-619.

³⁰⁵ Suiker Unie and Others v Commission, Cases 40-48, 50, 54-56, 111, 113 ve 114/73, ECR (1975) I-1663.

³⁰⁶ Imperial Chemical Industries, Case 48/69, ECR 1972, I-619, p.118-119.

ifade etmiş, ancak koordine bir eylem akışı belirlemek ve bir eylemin başarıyla uygulanmasını sağlamak için işbirliğine girişilmesini rekabet kurallarına aykırı bulmuştur.

Dyestuffs kararına göre uyumlu eylem, “*bir anlaşmanın tamamlanması aşamasına ulaşılmasına gerek olmaksızın, teşebbüslerin rekabetin risklerine karşı bilerek ikâme ettikleri, aralarında pratik bir işbirliği sağlayan bir eşgüdüm şeklidir.*”³⁰⁷. Bunun yanında, “*Niteliği gereği uyumlu eylem, bir anlaşmanın bütün unsurlarını ihtiva etmez. Ancak, teşebbüslerin davranışlarından çıkarılabilecek açık bir eşgüdüm olmaksızın, sadece karşılıklı davranışların takip edilmesi suretiyle ortaya çıkabilir.*”³⁰⁸.

Uyumlu eyleme ilişkin olarak Dyestuffs’dan sonraki ikinci önemli karar, bölge paylaşımının incelendiği Suiker Unie kararıdır. Dyestuffs kararındaki uyumlu eylem tanımı üzerinden giden ATAD, bu tanımda geçen “işbirliği” ve “koordinasyon” kavramlarının teşebbüslerin “ortak bir plan”ı yürütüyor olmalarını gerekli kılmadığını belirtmiştir. teşebbüsler arası “doğrudan ya da dolaylı bir iletişim” tespit edilmesi durumunda hukuk dışı bir uyumlu eylemin sözkonusu olacağı belirtilmiştir³⁰⁹.

Suiker Unie kararında uyumlu eylem kavramı, “*bir anlaşmanın tamamlanması aşamasına ulaşılmasına gerek olmasızın, ürün yapısı, teşebbüslerin sayısı ve büyüklükleri, piyasa yapısı ve büyüklüğü dikkate alındığında, olağan şartlar altında piyasada bulunması gereken koşullara uymayan rekabet koşullarının ortaya çıkmasına yol açan, teşebbüslerin rekabetin getireceği risklere karşı bilerek ikâme ettikleri, aralarında pratik bir işbirliği sağlayan bir eşgüdüm şekli*” olarak tanımlanmıştır³¹⁰.

Sonraki kararlarında da bu temel ilkelere sadık kalan ATAD, uyumlu eylem tanımını bu iki karar üzerine inşa etmiştir. Buna göre uyumlu eylemler, gerçek bir sözleşme ilişkisi kurulmaksızın³¹¹, rekabetin risklerinden kaçınmak için pratik bir işbirliğinin

³⁰⁷ Imperial Chemical Industries, Case 48/69, ECR (1972) I-619, p.64.

³⁰⁸ Imperial Chemical Industries, Case 48/69, ECR (1972) I-619, p. 65.

³⁰⁹ Suiker Unie and Others v Commission, Cases 40-48, 50, 54-56, 111, 113 ve 114/73, ECR (1975) I-1663.

³¹⁰ Suiker Unie and Others v Commission, Cases 40-48, 50, 54-56, 111, 113 ve 114/73, ECR (1975) I-1663, p.26, 173-174.

³¹¹ Bu konuda Gleiss-Hirsch, bir sözleşme veya kararın sahip olması gereken unsurlardan yoksun davranışların uyumlu davranış sayılabileceğini iddia etmektedir (GLEISS/HIRSCH, Common Market

sağlanması yoluyla teşebbüsler arasında kurulan eşgüdüm şekli olarak tanımlanmıştır³¹². Bu eşgüdüm, pazarı normal koşullarından uzaklaştırarak³¹³ etkin rekabeti ortadan kaldırır ve uyumlu eylemler ortaya çıkar. Kısaca, amacı veya etkisi pazarın normal koşullarından farklı koşullar yaratmak olan dolaylı yada dolaysız iletişim, uyumlu eylem olarak görülebilir³¹⁴.

Amerikan Rekabet Hukukunda ise, uyumlu eylem kavramı mevcut değildir. Bunun yerine, komplo (*conspiracy*) kavramı kullanılmaktadır. Bu kavramla ilgili olarak, Trans Missouri Freight kararında Amerikan Yüksek Mahkemesi, Sherman Act Section I'in, genel sözleşmeler hukuku prensiplerine aykırı olarak hukuki bağlayıcılığı olmayan ve teknik formalitelere uymayan karşılıklı irade değişimlerine de uygulanabileceğini belirtmiştir³¹⁵. Buna göre, teşebbüslerin, belli bir şemaya uyacaklarını objektif bir şekilde göstermeleri, en muğlak hareketler de dahil olmak üzere sözlü güvence vermek, fiziksel davranış ya da istenen bir eylemin gerçekleştirilmesi gibi, Rekabet Hukuku anlamında bir sözleşme, birliktelik veya komplo teşkil edecektir. Benzer şekilde, ticari hayatta görülen bazı davranışlar da, kendisinden gizli bir dayanışmanın varlığı sonucu çıkarılabilecek olan dolaylı deliller olarak kabul edilebilirler³¹⁶.

bb. Yabancı Doktrin

Türk Rekabet Hukuku doktrininin aksine, kavramın ilk defa yasal metinlere alındığı Avrupa Birliği Rekabet Hukuku doktrininde, ayrı bir tanımlama gayretine gidilmemekte, ATAD'ın Dyestuffs³¹⁷ (boya maddeleri) ve Suiker Unie³¹⁸ (şeker karteli) kararlarındaki tanımlar izlenmektedir.

Cartel Law, Washington DC. 1981, s.52 [AKINCI, s.144'den naklen]); Aynı yönde, FALLON, s.287; MERCIER, Pierre/ MACH, Olivier/ GILLIERON, Hubert/ AFFOLTER, Simon, Grands Principes du Droit de la Concurrence, Droit Communautaire Droit Suisse, Dossiers de Droit Européen No.7, s.70.

³¹² Imperial Chemical Industries, Case 48/69, ECR (1972) I-619, p.64; Suiker Unie and Others v Commission, Joined Cases 40/73 vs., ECR (1975) I-1663, p.26, 174 ve 191; Aynı yönde: Ahlström Osakeyhtiö and others v Commission, Cases 89/85 vs., ECR (1993) I-1307, p.2 ve 63; Commission v. Anic Participazioni SpA, Case 49/92, ECR (1999) I-4125, p.117; Züchner v Bayerische Vereinsbank AG., Case 172/80, p.14; John Deere v Commission, Case 7/95 P., ECR (1998) I-3111, p.87.

³¹³ "Rekabetin sağlayabileceği normal fiyat dengesinden farklı bir seviyede fiyatın belirlenmesi..." (Imperial Chemical Industries, Case 48/69, ECR (1972) I-619, p.67).

³¹⁴ Cimenteries CBR and Others v Commission of the European Communities (Cement), Cases T-25/95 vs. ECR (2000) II-491, giriş p.19 ve karar p.1852; McGregor, pazarın olağan halinin paralel davranışlara yol açması ihtimalini öne sürerek, bu tanıma göre, fiyat paralelliğinin pazarın olağan durumu olması halinde, bunun rekabete aykırı sayılmayacağını belirtiyor. (McGREGOR, s.435).

³¹⁵ Trans Missouri Freight, 166 US 290, 301-306 (1897).

³¹⁶ Theatre Enterprises Inc. v. Paramount Film Distributing Corp., 346 US 537 (1954).

³¹⁷ Imperial Chemical Industries, Case 48/69, ECR (1972) I-619, p.64-65.

Dyestuffs kararından yola çıkan Faull ve Nikpay, uyumlu eylemi, herhangi bir eylem planı yahut anlaşma olmaksızın³¹⁹ teşebbüslerin “aralarındaki rekabetin risklerini pratik işbirliği ile bilinçli olarak ikame ettikleri”³²⁰ bir çeşit eşgüdüm olarak tanımlamıştır³²¹. Buna göre, hem teşebbüsler arasında doğrudan ya da dolaylı bir bağlantı olmalı, hem de teşebbüsler arasında rekabet etmek yerine işbirliğine yönelik fikri bir uzlaşma yahut fikirler buluşması (*consensus, meeting of minds, mutual assent*) bulunmalıdır³²².

Suiker Unie kararının ortaya koyduğu tanımı eleştiren Alese, “pazarın normal koşulları”na dayanan bu bakış açısını, oligopol pazar yapısında fiyat ve arzın belirlenmesinin muammalı yapısı sebebiyle eleştirmektedir. Bu görüşe göre mahkeme, oligopol pazarlarda belirli koşulların olduğunu ve bunlardan uzaklaşıldığı takdirde bunun dayanışmaya işaret edeceğini söylerken, oligopol pazar yapısının tek tip bir “normal koşul”a sahip olmadığı ekonomik gerçeğini göz ardı etmektedir³²³.

Yine mahkeme kararlarından yola çıkan Black’e göre, uyumlu eylemler bağlantı içerir ancak yükümlenme içermez. Burada, hiçbir taahhüt olmamasına rağmen karşılıklı uyandırılan güven söz konusudur³²⁴. Bu güven sayesinde teşebbüsler, birbirlerine uygun hareket edebilirler³²⁵. Buna göre, uyumlu eylem için esas olan, teşebbüslerin rekabet etmek yerine birlikte davranmayı seçmeleri ve rekabetin risklerini bilinçli olarak pratik bir işbirliği ile ikame etmeleridir³²⁶.

Kovacic’e göre uyumlu eylem kavramının uygulanması, teşebbüsler arasındaki eşgüdümün, karşılıklı taahhütlerin dolaylı yollardan değişimi yoluyla sağlanması hallerinde söz konusudur. Salt rakiplerinin davranışlarını taklit etmek ya da kendi kararlarını verirken rakiplerinin de çıkarına hareket etmiş olmak tek başına uyumlu eylem için yeterli bir delil teşkil etmez³²⁷. Areeda ise, Amerikan hukukundaki

³¹⁸ Suiker Unie and Others v Commission, Cases 40-48, 50, 54-56, 111, 113 ve 114/73, ECR (1975) I-1663, p.26.

³¹⁹ Züchner v Bayerische Vereinsbank AG., Case 172/80, giriş p.3.

³²⁰ Imperial Chemical Industries, Case 48/69, ECR (1972) I-619, p.64.

³²¹ FAULL/NIKPAY, s.76, p.2.45.

³²² FAULL/NIKPAY, s.78, p.2.49; Aynı yönde, MCGREGOR, s.434.

³²³ ALESE, s. 380.

³²⁴ BLACK, s.219.

³²⁵ Örneğin, Soda Ash Solvay davası OJ L-152/1, 1991, p.59: “... bir anlaşmaya varılmamış ancak her teşebbüs diğerinin şartlara bağlı kalacağına (*commitment*) dair bir çıkarımda bulunabiliyor.”

³²⁶ Hercules v.Commission, T-7/89, ECR (1991) II-1711, p.240.

³²⁷ KOVACIC, s.23.

“işbirliği” (*collaboration*) kavramına dayanmakta ve bu kavramı sözleşme yapma iradesi taşımayan bir işbirliği iradesi olarak ele almaktadır³²⁸.

Lane ise, uyumlu eylemlerin konusunu anlaşma olarak nitelendirilemeyecek işbirliği durumları olarak ifade etmektedir. Lane, bu bakımdan, uyumlu eylemleri anlaşmaların bir alt türü olarak görmemekte ya da anlaşmaların varlığının ispatlanmasında karşılaşılan ispat güçlüklerini azaltmak için bir araç olarak değerlendirmemekte, kendine ait bir kapsam ve uygulama alanı olan bağımsız bir kavram olarak ele almaktadır³²⁹.

b. Türk Doktrini ve Mahkeme Kararlarında Yapılan Tanımlar

aa. Türk Doktrini

Özsunay, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun öncesinde, Avrupa Rekabet Hukukunda bulunan bu kavramı, “önceden mutabık kalınan uyumlu uygulamalar” olarak çevirmiştir³³⁰. Fakat, “mutabık kalmak” anlaşma kavramını çağrıştırdığı gerekçesiyle daha sonradan tercih edilmemiştir.

Atiyas ve Gürkaynak’a göre, uyumlu eylemin iki anlamı vardır³³¹: Buna göre uyumlu eylem, ilk olarak, Nash Dengesiyle açıklanabilen³³², işbirlikçi olmayan bir dayanışmayı ifade eder. Bu, teşebbüslerin herhangi bir ilişki içine girmeksizin eşgüdüm oluşturabildikleri hallerdir³³³. İkinci olarak ise, girilen bir ilişki kapsamında bir fikri uzlaşmaya varılması halinde oluşan eşgüdümü ifade eder.

Aslan, uyumlu eylemi iki veya daha fazla işletmenin, ekonomik ve rasyonel gerekçelerle açıklanamayan³³⁴ ve bir anlaşmaya dayanmayan fakat bilinçli olarak birbirine paralel hale getirilmiş rekabeti sınırlayıcı pazar davranışları olarak tanımlamaktadır³³⁵.

³²⁸ AREEDA, Antitrust Analysis, Problems, Cases, Boston 1981, s.351 (AKINCI, s.144’den naklen).

³²⁹ LANE, R., EC Competition Law, Longman, London 2000, s.54.

³³⁰ ÖZSUNAY, Ergun, Kartel Hukuku, Fakülter Matbaası, İstanbul 1985, s.163-164.

³³¹ ATİYAS/GÜRKAYNAK, s.93.

³³² Bkz. yukarıda, Birinci Bölüm, I, B, 1, b.

³³³ Bkz. yukarıda, Birinci Bölüm, II, B.

³³⁴ Benzer şekilde, Lazerow’a göre uyumlu eylem, ekonomik bakımdan açıklanamayan ya da herhangi bir ekonomik gerekçeye dayanmayan, piyasadaki tüm yeknesak davranışları kapsamaktadır. (LAZEROW, Price Discrimination and the Treaty of Rome: The Jurisdictional Element, 23 Federal Bar Journal, 1963, s.154 [AKINCI, s.145’den naklen]).

³³⁵ ASLAN, Dersler, s.46-48; Aynı şekilde, BADUR, s.68-69.

Akinci'ya göre uyumlu eylem, piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerin, aralarında bir sözleşme olmaksızın, rekabet ederek kârlarını artırmak yerine, rekabeti ortadan kaldırmaya yönelik, ekonomik açıdan akıllıca olmayan birbirine benzer davranışlardır³³⁶. Burada bahsedilen “gerçek bir sözleşme olmaksızın” sözünden, sözleşmeler hukuku anlamında icap ve kabulden oluşan karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamalarıyla oluşan bağlayıcı bir sözleşmenin mevcudiyetinin uyumlu eylem için gerekli olmadığı anlaşılmalıdır³³⁷.

Gülören Tekinalp ise, sözlü ya da yazılı bir mutabakata varmadan, aynı yönde alınmış, aynı amacı taşıyan veya sonuçları aynı doğrultuda olan bir karar yahut sadece uyum halinde bir uygulama olarak tanımlamaktadır³³⁸. Teşebbüslerden biri tarafından gerçekleştirilen bir fiyat artışının hemen ya da eş zamanlı olarak diğerlerince takip edilmesi gibi durumlarda, anlaşma bulunmamakla birlikte bir uyumlu eylem vardır³³⁹.

İkizler'in tanımı da yukarıdaki tanımlarla benzeşmektedir. İkizler uyumlu eylemleri farklı yönleriyle ele almış, dayanışma ve paralel davranış karakteristiği, misyonu ve unsurları bakımından ayrı ayrı tanımlama yoluna gitmiştir. Buna göre uyumlu eylem, teşebbüsler arasında, bir anlaşmanın varlığı aşamasına gelmeyen³⁴⁰, rekabet risklerine karşı bilerek ikame edilmiş, büyüklüğü ve yapısı kadar, teşebbüslerin sayısı, önemi ve ürün tipi bakımından, pazarın normal şartlarına uygun olmayan rekabet koşullarına yol açan, pratik bir işbirliği sağlayan eşgüdüm şeklidir³⁴¹.

³³⁶ AKINCI, s.145.

³³⁷ Aynı yönde; MATHIJSSEN, s.169 (AKINCI, s.142'den naklen); HOVENKAMP, Federal Antitrust Policy, s.176; American Tobacco, 328 US 781, 1125 (1946); MERCIER/MACH/GILLIERON/AFFOLTER, s.70.

³³⁸ TEKİNALP, Gülören, Uyumlu Eylemler Kavramı, Prof. Dr. Hayri Domaniç'e Armağan, İstanbul 1995, s.203; Aynı yönde; TEKİNALP, Ü./TEKİNALP, G., Avrupa Birliği Hukuku, İstanbul 2000, §28, s.394-395.

³³⁹ TEKİNALP, Gülören, s.204.

³⁴⁰ Aynı yönde, “RKHK m.4'de teşebbüsler arasındaki rekabeti bozucu nitelikleri nedeniyle yasaklanan işbirliği şekilleri düzenlenmiş ve bu işbirliği şekilleri arasında; (...) (anlaşma ve teşebbüs birliği kararına nazaran) daha alt düzeydeki uzlaşmaları ifade etmek üzere uyumlu eylemler terimi kullanılmıştır.” (CENGİZ, s.13).

³⁴¹ İKİZLER, s.60; Aynı yönde: Commission v. Anic Partecipazioni SpA, Case 49/92, ECR (1999) I-4125, p.117; Suiker Unie and Others v Commission, Joined Cases 40/73 vs., ECR (1975) I-1663, p.26, 174 ve 191; Züchner v Bayerische Vereinsbank AG., Case 172/80, p.14; John Deere v Commission, Case 7/95 P., ECR (1998) I-3111, p.87.

Topçuoğlu, kavramın uygulama alanını genişleterek, teşebbüslerin aralarındaki rekabet riskini bertaraf etmeye yönelik, hukuken bağlayıcı iradeden yoksun, işbirliği esasına dayanan paralel davranışlar olarak tanımlamıştır³⁴².

Sanlı, uyumlu eylemleri, “*bir anlaşmanın varlığının ispatlanamadığı durumlarda, piyasadaki fiyat değişmelerinin veya arz ve talep dengesinin ya da teşebbüslerin faaliyet bölgelerinin, ekonomik ve rasyonel gerekçelere dayandırılmayacak biçimde rekabetin kısıtlandığı piyasalardakine benzerlik göstermesi ve özellikle piyasaların fiilen paylaşılması, fiyatın pazarlarda faaliyet gösteren teşebbüslerce birbirine yakın aralıklarla artırılması, uzun sayılacak bir süre piyasadaki fiyatların kararlılık göstermesi gibi hallerde ortaya çıkan teşebbüsler arası işbirliği durumu*” olarak tanımlamıştır³⁴³.

bb. Türk Rekabet Kurumu Kararları

Uyumlu eyleme dair kararlarda Rekabet Kurumu'nun, RKHK m.4'ün gerekçesine ve doktrinde yapılan tanımlara başvurduğunu ve genellikle ayrı bir tanımlama yapma gayretine girmediğini görmekteyiz.

RKHK m.4 gerekçesinde³⁴⁴, “*Teşebbüsler arasında bir anlaşmanın varlığı tesbit edilemese bile teşebbüsler arasında kendi bağımsız davranışları yerine geçen bir koordinasyon veya pratik bir işbirliği sağlayan doğrudan veya dolaylı ilişkiler de eğer aynı sonucu doğuruyorsa yasaklanmıştır*” denmektedir. Bu gerekçeden çıkan çok basit bir tanım vardır: Uyumlu eylem, “*teşebbüsler arasında kendi bağımsız davranışları yerine geçen bir koordinasyon veya pratik işbirliği*” halidir³⁴⁵.

Rekabet Kurumu bir başka kararında ise, RKHK m.4'ün lafzı ve amacından yola çıkarak şu tanımı yapmıştır: “*Uyumlu eylem, bir anlaşmanın varlığının ispatlanamadığı durumlarda, piyasadaki fiyat değişmelerinin veya arz ve talep dengesinin ya da teşebbüslerin faaliyet bölgelerinin, ekonomik veya rasyonel gerekçelere dayandırılmayacak biçimde rekabetin kısıtlandığı piyasalardakine benzerlik göstermesi ve özellikle, piyasaların fiilen paylaşılması, fiyatın piyasalarda*

³⁴² TOPÇUOĞLU, Metin, Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler Arası İşbirliği Davranışları ve Hukuki Sonuçları, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi No.7, Ankara 2001, s.200.

³⁴³ SANLI, Kerem Cem, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği, Ankara 2000, s.79.

³⁴⁴ TBMM Tutanak Dergisi, Dönem: 19, Cilt 73, Yasama yılı 4, 46. birleşim, 06.12.1994; “Madde Gerekçeleri”, (www.rekabet.gov.tr, 10.12.2006).

³⁴⁵ Yemek Çeki kararı, RK. 06-36/465-127, 26.5.2006, s.16, str.773-804.

faaliyet gösteren teşebbüslerce birbirine yakın aralıklarla artırılması, uzun sayılacak bir süre piyasadaki fiyatların kararlılık göstermesi gibi hallerde ortaya çıkan teşebbüsler arası işbirliği durumudur.”³⁴⁶.

c. Görüşümüz

Uyumlu eylemde temel düşünce, bütün somut ekonomik durumları, hatta ne kadar resmiyetten uzak olursa olsun³⁴⁷, Rekabet Hukuku uygulayıcılarının denetimine sokabilmektir³⁴⁸. Bu amaçla, karşılıklı olarak bağlayıcılık arz etmeden değişik şekillerde tezahür eden işbirliğini de uyumlu eylem başlığı altında incelemekteyiz³⁴⁹.

Avrupa ve Türk Rekabet Hukukunda yer alan “uyumlu eylem” kavramı esasen Amerikan Rekabet Hukukundaki “komplo” (*conspiracy*) kavramının bir benzeri olarak geliştirilmiş bir kavram olduğundan, “gizli dayanışma” veya “işbirliği” şeklinde de ifade edilebilir³⁵⁰. Nitekim, bütün farklı tanımlarda ortak bir nokta mevcuttur. Buna göre, uyumlu eylem, bir dayanışma (*collusion*)³⁵¹ içerir.

Bu dayanışma, pazarda paralel davranışların ortaya çıkmasına ve teşebbüsler arasında bir eşgüdümün sağlanmasına yol açabilir. Bu şekilde, birbirleriyle uyumlu davranışlar sergileyen teşebbüslerin kendi aralarındaki rekabet azalacak veya yok olacaktır. Bunun sonucunda, olağan pazarlarda mantıklı görülemeyecek şekilde, fiyat ve arz politikalarının talep koşullarından bağımsız belirlenmesi ve pazarın paylaşılması gibi sebeplerle rekabet koşullarının kısıtlanması söz konusu olacaktır.

O halde, yukarıda değinilen bütün tanımlardan vardığımız sonuç, uyumlu eylemin, teşebbüslerin bağımsız davranışları yerine, ilgili pazarda rekabetin doğuracağı riskleri ve belirsizliği yok etmeye yönelik olarak, pazarın olağan ekonomik koşullarıyla bağdaşmayan davranışlar sergileyerek, teşebbüsler arasında rekabeti kısıtlama amacıyla veya böyle bir etkiye yol açacak şekilde bilinçli olarak bir eşgüdüm sağlanması olarak ifade edilebileceğidir.

³⁴⁶ Motor Yenileme kararı, RK. 01-10/100-24, 27.2.2001, s.20.

³⁴⁷ Whish'e göre, “gayri resmi mutabakat” sözkonusudur.(WHISH, Fighting Cartels, s.100 [ARI, s.34'den naklen]); Aynı yönde, JONES/SUFRIN, s.130-131; ASLAN, Dersler, s.42; Aynı yönde, Fort Howard Paper Co. v. FTC, 156 F.2d 878 (7.daire 1946).

³⁴⁸ BLASSELLE, s.174; WHISH, s.99; GOYDER, s.71-72.

³⁴⁹ American Tobacco Co. v. US, 328 US 781,809 (1946); WHISH, s.92-93; JONES/SUFRIN, s.130-131.

³⁵⁰ AKINCI, s.141; ASLAN, Yılmaz, Rekabet Hukuku, 2. baskı, Ekin Kitabevi, Bursa 2001, s.81.

³⁵¹ Ekonomik teoride aynı anlamda kullanılan işbirliği (*cooperation, collaboration*) veya eşgüdüm (*coordination*) sözcükleri de tercih edilebilir.

2. Anlaşma Kavramının Yanındaki Rolü

Uyumlu eylem kavramı, genellikle, anlamı ve kapsamı değerlendirilirken “anlaşma” kavramının bir tamamlayıcısı gibi düşünülmektedir. Bu bakımdan, iki kavram arasındaki ilişkiyi incelemekte fayda görülmüştür. Bu ilişki önce kavramların amaçları bakımından, ardından uygulama bakımından ele alınacaktır.

a. Amaç Bakımından

Rekabet Hukuku sistemleri; sınırlanmamış, kısıtlanmamış ve bozulmamış bir rekabet ortamının varlığı için mevcuttur. Bu doğrultuda, Amerikan Hukukunda Sherman Act Section I, Avrupa Birliği mevzuatında ATA.m.81 ve Türk Rekabet Hukukunda RKHK m.4 düzenlemelerinin temel amacı, teşebbüslerin işbirliği yaparak piyasa politikalarına ilişkin belirsizlikleri ortadan kaldırmalarını önleyerek, her bir işletmenin kendi ticari politikalarını ve piyasadaki faaliyetlerini tek başına, diğerlerinden bağımsız olarak belirlemesidir³⁵².

Nitekim ATAD, Dyestuffs kararında, her teşebbüsün elbette ki rakiplerinin mevcut ve öngörülebilir davranışlarına göre kendi tavrını belirlemede özgür olduğunu; ancak bunu yaparken hiçbir şekilde rekabet yasakları kapsamına giren, eşgüdüm sağlamaya ve bu suretle pazardaki rakiplerinin gelecekteki davranışlarına ilişkin belirsizlikleri ortadan kaldırmaya yönelik bir işbirliği içine girmeksizin hareket etmesi gerektiğini belirtmiştir³⁵³.

Bu amacı gerçekleştirmek için, ATA. m.81 ve RKHK. m.4’de anlaşma, teşebbüs birliklerinin kararları ve uyumlu eylem kavramları birarada kullanılmıştır. Üç ayrı işbirliği şekline aynı düzenleme içinde yer verilmesinin temel nedeni, hepsinin amaç

³⁵² RKHK.m.4 incelemelerinde Rekabet Kurumu, hukuki gerekçelendirmeye, önce maddenin amacını belirterek başlamaktadır. Buna ilişkin bkz. LPG kararı, RK. 93/750-159, 26.11.1998, s.12; Danıştay’ın iptal kararı üzerine verilen LPG kararı, RK. 05-73/986-273, 25.10.2005, s.10, str.438-444; Ege Çimento kararı, RK.99-30/276-166 (a), 17.06.1999, s.53; Gıda kararı, RK. 99-53/575-365, 24.11.1999, 99-53, s.81; Çimento I kararı, RK. 02-06/51-24, 01.02.2002, s.xii; Gübre kararı, RK. 02-07/57-26, 08.02.2002, s.92; Danıştay’ın iptal kararı üzerine verilen Gübre kararı, RK. 06-02/45-7, 05.01.2006, s.93-94; Ege Çimento II kararı, RK. 04-77/1108-277, 02.12.2004, s.57, str.2282-2291; Beton kararı, RK. 04-77/1109-278, 02.12.2004, s.38, str.1386-1395; Danıştay’ın iptal kararı üzerine verilen Beton kararı, RK. 06-77/991-286, 19.10.2006, s.38-39; Çimento II kararı, RK. 05-05/42-17, 13.01.2005, s.38, str.1511-1514; Türk Eczacılar Birliği kararı, RK.00-35/393-220, 18.09.2000, s.20.

³⁵³ Imperial Chemical Industries, Case 48/69, ECR (1972) I-619, p.118.

bakımından benzerlik göstermesi ve rekabeti bozucu etkileri ve hukuki sonuçlarının aynı olmasıdır³⁵⁴.

İşbirliğinin, teşebbüslerin anlaşması veya teşebbüs birliklerinin kararları şeklinde tezahür eden açık ve net iradelerine dayandığı durumlar ile teşebbüsler arasında gizli bir eşgüdüm şeklinde ortaya çıktığı haller aynı çatı altında düzenlenmesi, rekabeti kısıtlayıcı dayanışma hallerinin, boşluk bırakmaksızın her halükârda önlenmesi amacına hizmet eder.

RKHK m.4'ün gerekçesinde, maddenin amacı bakımından anlaşma kavramının "*Medeni Hukukun geçerlilik koşullarına uymasa bile tarafların kendilerini bağlı hissettikleri her türlü uzlaşma ya da uyuşma anlamında*" kullanıldığı belirtilmiştir. Bu bakımdan, anlaşma kavramı, Türk Rekabet Hukuku çerçevesinde yazılı veya sözlü yapılabileceği gibi, başka bir şekil şartına bağlanmaksızın Borçlar Hukukundaki sözleşme kavramından daha geniş bir kavram olarak değerlendirilmektedir. Hattâ, taraflar arasında hukuken bağlayıcı olmamakla birlikte, rekabeti sınırlayıcı yahut ortadan kaldıracı hükümleri ihtiva eden ve literatürde "centilmenlik anlaşmaları" olarak tanımlanan sözleşmelerin de, 4054 sayılı RKHK.'un 4. maddesi kapsamında bir değerlendirmeye tabi tutulması mümkündür³⁵⁵. Önemli olan husus; tarafların bu anlaşmayla kendilerini bağlı hissetmeleri, belli bir konu üzerinde mutabakata varmalarıdır³⁵⁶.

Ancak, rekabeti kısıtlayıcı anlaşmaların yasaklandığı bir hukuk düzeninde genellikle bu tür anlaşmalar gizli yapılmakta ve bunların varlığının ispatı oldukça güç, bazen de imkansız olmaktadır. Bazı hallerde ise, herhangi bir anlaşma dahi bulunmamakta, teşebbüsler, sadece birbirlerine uygun hareket etmek suretiyle bir eşgüdüm sağlayabilmektedirler. Örneğin, taraflar birbirlerine karşı bir anlaşmanın şartlarını

³⁵⁴ CENGİZ, s.23.

³⁵⁵ LPG kararı, RK. 93/750-159, 26.11.1998, s.12 ve 30; Danıştay'ın iptal kararı üzerine verilen LPG kararı, RK.05-73/986-273, 25.10.2005, s.11, str.485-492; Çimento I kararı, RK.02-06/51-24, 01.02.2002, s.xii; Gübre kararı, RK.02-07/57-26, 08.02.2002, s.93; Danıştay'ın iptal kararı üzerine verilen Gübre kararı, RK.06-02/45-7, 05.01.2006, s.93-94; Danıştay'ın iptal kararı üzerine verilen Beton kararı, RK.06-77/991-286, 19.10.2006, s.38-39; Danıştay'ın iptal kararı üzerine verilen Ege Çimento kararı, RK.05-57/850-230, 13.9.2005, s.57; Motor Yenileme kararı, RK. 01-10/100-24, 27.2.2001, s.20.

³⁵⁶ Gıda kararı, RK.99-53/575-365, 24.11.1999, 99-53, s.81.

telaffuz etmemiş dahi olsalar, herbiri diğ erinin davranışlarından bir taahhüt çıkarabildiği hallerde rekabeti kısıtlayıcı bir iş birliği sonucu oluşabilecektir³⁵⁷.

Bu gibi hallerde, teşebbüsler arasında bir anlaşmanın varlığı tespit edilemese bile teşebbüsler arasında kendi bağımsız davranışları yerine geçen bir eşgüdüm veya pratik bir iş birliği sağlayan doğrudan veya dolaylı ilişkiler de eğer aynı sonucu doğuruyorsa yasaklanmıştır. Bu şekilde, RKHK. m.4 gerek esinde belirtildiği üzere, “teşebbüslerin kanuna karşı hile yolu ile rekabeti sınırlayıcı uygulamaları meşru göstermeleri engellenmek istenmiştir.”³⁵⁸. Kanaatimizce bununla kastedilen, kanunun yasakladığı rekabeti kısıtlayıcı iş birlikçi bir anlaşma mevcut olmasa dahi, aynı iş birliği sonucuna başka dolaylı yollardan ulaşılmasının da engellenmek istenmesidir³⁵⁹.

b. Uygulama Bakımından

Anlaşmaların analizinde, esas olarak rekabeti kısıtlama amacı içeren açık veya gizli bir irade uyuşmasının ortaya çıkarılması çabası söz konusudur. Bu araştırma sonucunda, karşılıklı mutabakat içeren irade beyanlarının varlığının ispatlanması halinde “anlaşma”dan bahsedilebilecektir. Burada ispatlanması gereken husus, Medeni Hukuk anlamında bir sözleşmenin tespiti değil, hukuki anlamda bağlayıcılığı olmasa dahi tarafların kendilerini bağılı hissettikleri bir uzlaşmanın varlığıdır³⁶⁰.

Bir anlaşmada, rekabeti sınırlama amacı açıksa, anlaşmanın kendisi veya en azından rekabeti bozucu hükümleri, *per se* bir rekabet ihlali oluşturur. Bu durumda anlaşmanın rekabet üzerindeki etkilerinin incelenmesine gerek yoktur. Sadece rekabete aykırı bir anlaşmaya taraf olmak, anlaşma etkilerini gerçekleştirmemiş olsa

³⁵⁷ Soda Ash Solvay, OJ L-152/1, 1991, p.59.

³⁵⁸ RKHK. m.4’ün gerekçesi, TBMM Tutanak Dergisi, Dönem: 19, Cilt 73, Yasama yılı 4, 46. birleşim, 06.12.1994; “Madde Gerekçeleri”, (www.rekabet.gov.tr, 10.12.2006).

³⁵⁹ Fakat elbette ki, burada pazar özellikleri sebebiyle ortaya çıkan kartel benzeri sonuçların yasaklandığı anlaşılmalıdır. Zira, yasaklanan pazar görünümü değil, bunun altında yatan iş birlikçi davranışlardır. Rekabet otoritelerinin yapması gereken, bilinçli olarak eşgüdüm yaratmak için uğraşan teşebbüsler ile böyle bir saiki olmadan salt bir karşılıklı etkileşim içinde olan ve kendi ticari çıkarlarına uygun davranmaya çalışan teşebbüsleri ayırt etmektir. (NEVEN/ PAPANDROPOULOS/ SEABRIGHT, s.51-52).

³⁶⁰ Gıda kararı, RK.99-53/575-365, 24.11.1999, 99-53, s.81.

dahi yasaktır³⁶¹. Buna göre, sadece ilgili teşebbüsler arasında mutabakatı gösteren deliller bulunduysa, anlaşma sonucuna ulaşılabilir.

Ancak, bazı hallerde pazarda teşebbüslerin, rekabeti kısıtlayacak şekilde ortak tavır sergilemesine ve paralel davranışların gözlenmesine rağmen bir anlaşmanın varlığının ispatlanması mümkün olmayabilir yahut bu paralellikler bir anlaşmadan kaynaklanmıyor olabilir. İlk ihtimal anlaşmanın ispat edilmesine ilişkin bir sorun iken, ikincisi söz konusu davranışların hukuka aykırılığının tartışılacağı bir duruma işaret eder. Bu hallerde, işbirlikçi görünümün kaynağının anlaşma mı yoksa uyumlu eylem mi olduğunun araştırılmasından ziyade, gözlenen paralelliklerin, işbirliği bilinci içinde rekabeti kısıtlama amacıyla oluşturulan bir dayanışmadan mı yoksa herhangi bir uzlaşmaya dayanmayan bağımsız davranışlardan mı oluştuğunun tespit edilmesi önem taşımaktadır. Zira yasaklanan, pazarda gözlenen alelade bir paralellik değil, dayanışmadır (*collusion*). Bu bakımdan, paralel davranışların bir rekabet ihlali teşkil edip etmediği araştırılmasında, anlaşma ve uyumlu eylem kavramları birarada kullanılabilir³⁶². Nitekim, her iki kavram da Rekabet Hukuku düzenlemelerince yasaklanmış işbirliği durumlarının önlenmesi, tespiti ve cezalandırılmasına hizmet etmektedir.

Bu kavramların birarada kullanılması ihtiyacı ilk olarak, karmaşık kartel yapılarının incelenmesinde kendini göstermiştir. Avrupa Rekabet Hukuku uygulamasında, ATAD ve Komisyon kararları, özellikle Polypropylene kararı³⁶³ ve bunun temyizi üzerine verilen kararlarda³⁶⁴, ayrı ayrı her türlü anlaşmanın ve rekabet ihlalinin tek tek tespit edilmesinin mümkün olmadığı karmaşık düzenlemelerin (*complex arrangements*) varlığı söz konusu olduğunda, anlaşma ve uyumlu eylem kavramları birlikte kullanılmıştır. Buna göre, her bir rekabet ihlalinin ve işbirliği şeklini ayrı ayrı tespit etmeye çalışan statik bir yaklaşım yerine, rekabetin ihlal edildiği bütün süreci kapsayan “devam eden tek bir anlaşma (*a single continuing agreement*)” kavramı

³⁶¹ LPG kararı, RK. 93/750-159, 26.11.1998, s.12; Ege Çimento kararı, RK.99-30/276-166 (a), 17.06.1999, s.54; Gübre kararı, RK. 02-07/57-26, 08.02.2002, s.92; Çimento I kararı, RK. 02-06/51-24, 01.02.2002, s.xii; Danıştay’ın iptal kararı üzerine verilen Yonga ve Lif Levha Üreticileri kararları, RK. 05-85/1182-336, 19.12.2005, s.26, str.1179-1220; RK. 06-29/365-94, 24.4.2006, s.26.

³⁶² Seramik kararı, RK: 04-16/123-26, 24.02.2004, s.145-149; Danıştay’ın iptal kararı üzerine verilen üç ayrı Seramik kararı : Seramik I, RK.06-08/121-30, 02.02.2006, s.137-140, str.6592-6722; Seramik II, RK. 06-29/355-87, 24.04.2006, s.135-138, str.6452-6584; Seramik III, RK.06-80/1034-299, s.132-135, str.6363-6494.

³⁶³ Polypropylene, OJ (1986) L-230/1.

³⁶⁴ Özellikle, Commission v. Anic Partecipazioni SpA, C-49/92, 1999 ECR I-04125; Hüls AG v. Commission C-199/92P, ECR 1999, I-4287.

ileri sürülmüştür. Aynı yaklaşım, sonraki içtihatlarda da sürdürülmüştür³⁶⁵. Bu bakış açısı, Türk Rekabet Hukukunda, Rekabet Kurumu kararlarında da kabul görmüştür³⁶⁶.

Görülüyor ki, amaçları aynı olan bu kavramlar, zaman zaman uygulamada da, işbirliği hallerinin tespit ve cezalandırılmasında, birbirini tamamlayacak şekilde ele alınmaktadır: İşbirlikçi bir görünüm arz eden pazarların incelenmesinde, ne kadar geniş anlamda ele alınırsa alınsın, bir anlaşmanın varlığı tespit edilemediği takdirde uyumlu eylem incelemesi yapılabilmektedir.

B. Uyumlu Eylemin Unsurları

1. Genel Olarak

Esasen sözcük anlamıyla uyumlu eylem, “uyum” ve “eylem” unsurlarından ibaret görünse de, doktrin ve içtihatlarda uyumlu eylemle ilgili yapılan tanımların farklılaştığı ve içtihatlarda farklı kriterlere değer verildiği görülmektedir.

a. Doktrinde Aranılan Unsurlar

Akıncı, uyumlu eylem incelemesinde objektif ve sübjektif olmak üzere iki unsur aramaktadır³⁶⁷. Buna göre, objektif unsurlar birden çok teşebbüsün varlığı ve pazarda gözlenen paralel bir eylemin olmasını ve sübjektif unsur ise uyumun varlığını arar.

İkizler, uyumlu eylemlerin unsurlarını, iki ya da daha çok teşebbüsün varlığı, teşebbüsler arasında bir bağlantının bulunması, pazarda bu bağlantıya istinat eden paralel davranışların görülmesi ve rekabetin sınırlanmış olması şeklinde saymıştır³⁶⁸.

³⁶⁵ PVC I OJ (1989) L74/1; LdPE OJ (1989) L74/21; Cartonboard OJ (1994) L243/1; Cement OJ (1994) L343/1.

³⁶⁶ Yonga ve Lif Levha Üreticileri kararı, RK. 03-12/135-63, 25.2.2003, s.26; Danıştay’ın iptal kararı üzerine verilen Yonga ve Lif Levha Üreticileri kararları, RK. 05-85/1181-335, 19.12.2005, s.27, str.1249-1266; RK. 05-85/1182-336, 19.12.2005, s.26, str.1179-1220; RK. 06-29/365-94, 24.4.2006, s.26; RK. 06-29/364-93, 24.4.2006, s.27, str.1234-1251; RK. 06-35/441-113, 22.5.2006, s.27, str.1228-1245; Seramik kararı, RK: 04-16/123-26, 24.02.2004, s.145-149; Danıştay’ın iptal kararı üzerine verilen üç ayrı Seramik kararı : Seramik I, RK.06-08/121-30, 02.02.2006, s.137-140, str.6592-6722; Seramik II, RK. 06-29/355-87, 24.04.2006, s.135-138, str.6452-6584; Seramik III, RK.06-80/1034-299, s.132-135, str.6363-6494.

³⁶⁷ AKINCI, s.146.

³⁶⁸ İKİZLER, s.64.

Tekdemir, uyumlu eylemin oluşması için, teşebbüsler arasında dolaylı ya da doğrudan bağlantı sonucu ortaya çıkan ve amacı pazar davranışlarını etkilemek olan eşgüdümlü davranışların mevcudiyetini aramaktadır³⁶⁹.

Sanlı, içtihat ve doktrinde şekillenen uyumlu eylem unsurlarını; birden fazla teşebbüsün varlığı, bunlar arasında bilinçli davranışı veya farazi uyuşmayı sağlayacak bir sosyal temasın bulunması³⁷⁰, bu temasın gelecekteki piyasa davranışlarına etkide bulunma ve pazardaki rekabet sürecinin belirsizliklerini bertaraf etme amacına yönelmesi ya da teşebbüslerin ticari davranışlarını piyasadaki rekabet baskısından farklı etkilemesi şeklinde belirtmiştir³⁷¹.

Topçuoğlu'na göre, bir uyumlu eylemden bahsedebilmek için, taraf teşebbüslerin paralel davranışlar içine girmeleri, paralel davranışların teşebbüsler arasındaki işbirliği sonucunda ortaya çıkması ve teşebbüslerin aralarındaki rekabet riskini ortadan kaldırma amacının olması gereklidir³⁷².

Suiker Unie kararından yola çıkarak, Bael ve Bellis, uyumlu eylemin varlığı için şu şartların gerekli olduğunu belirtmektedir: Teşebbüsler arası pratik bir işbirliği yahut eşgüdüm şeklinin teşebbüslerin bağımsız davranışlarının yerini alması; bu eşgüdümün doğrudan veya dolaylı bir ilişki şeklinde ortaya çıkması ve rakiplerin gelecek davranışları hakkındaki belirsizliğin önceden yok edilmesi amacının güdülmesi gerekmektedir³⁷³.

b. İçtihatlarda Sayılan Unsurlar

Rekabet Kurumu da Gazete kararında, uyumlu eylemin unsurlarını şu şekilde saymıştır³⁷⁴: (i) Taraflar arasında genellikle sözlü ya da yazılı şekilde ifade edilen toplantılar, tartışmalar, bilgi değişimi veya araştırmaları içeren olumlu temaslar olmalıdır. (ii) Bu temas, pazar davranışını etkileme ve özellikle bir teşebbüsün gelecekteki rekabetçi davranışının belirsizliğinin önceden ortan kaldırma amacı

³⁶⁹ TEKDEMİR, s.8.

³⁷⁰ Kanaatimizce burada, “sosyal temas” ile, sözlü ya da yazılı gerçekleşmesi önemli olmaksızın teşebbüsler arasında toplantılar, tartışmalar, bilgi değişimi vb. şekillerde tezahür eden yapıcı bir bağlantı bulunması kastedilmektedir.

³⁷¹ SANLI, s.81.

³⁷² TOPÇUOĞLU, s.198-199.

³⁷³ BAEL/BELLIS, p.212, s.47-48; Aynı yönde: STEVENS, Dallal, “Covert Collusion and Conscious Parallelism in Oligopolistic Markets: A Comparison of EC and US Competition Law”, Yearbook of European Law, C.15, Clarendon Press, Oxford 1995, s.64; SOAMES, s.27.

³⁷⁴ Gazete kararı RK.00-26/291-161, 17.07.2000, s.14-15.

taşınmalıdır. (iii) İlgili teşebbüslerin ticari davranışlarını, tam olarak rekabetçi etkiler tarafından belirlenmeyecek bir şekilde oluşturma ya da değiştirme etkisi olmalıdır. Burada önemli olan, teşebbüslerin, rakiplerinin gelecekteki davranışlarını öğrenmeleri ve pazardaki belirsizliğin ortadan kaldırılmasıdır.

Başka kararlarında ise Rekabet Kurumu uyumlu eylem için şu kriterlerin mevcudiyetini aramıştır³⁷⁵: (i) En az iki veya daha fazla teşebbüs olmalı, (ii) Bilinçli paralellik³⁷⁶ bulunmalı, (iii) Bu paralel davranışlar ekonomik ve rasyonel gerekçelerle açıklanamamalı, (iv) Rekabet sınırlanmalıdır. Karara göre, bunlardan birinin mevcut olmaması durumunda uyumlu eylemden söz edilemeyecektir.

Rekabet Kurumu, yeni kararlarından birinde ise, uyumlu eylemin unsurlarını şu şekilde özetlemektedir: *“teşebbüsler arasında bir tür koordinasyon ya da işbirliği bulunmalıdır. Koordinasyon, taraflar arasındaki doğrudan ya da dolaylı bir bağlantıdan kaynaklanmalıdır. Bu bağlantının amacı, rakiplerin gelecekteki davranışlarına ilişkin belirsizlikleri ortadan kaldırmak olmalıdır. Buradaki önemli nokta, uyumlu eylem için, teşebbüsler arası koordinasyon ya da işbirliğinin taraflar arasındaki doğrudan veya dolaylı bir bağlantıdan kaynaklanması gerekliliğidir.”*³⁷⁷.

Bundan başka ATAD, 1999 tarihinde Polypropylene olayına ilişkin verdiği iki ayrı kararda, uyumlu eylemin mevcudiyeti için, teşebbüslerin uyumu, buna yönelik pazar davranışı ve ikisi arasında nedensellik bağı bulunması gerektiğini sıralamıştır³⁷⁸.

2. Unsurların Değerlendirilmesi

Doktrin ve içtihatların uyumlu eylemlerin analizinde dikkate aldıkları kıstaslar incelendiğinde, şu unsurların ön plana çıktığı görülmektedir: (i) Birden çok teşebbüsün varlığı; (ii) Söz konusu teşebbüsler arasında bir bağlantının olması; (iii) Bu bağlantı sonucunda teşebbüslerin eşgüdümlü davranışlar sergileyerek, bilinçli olarak birbirlerine paralel hareket etmeleri; (iv) Ortaya çıkan paralel davranışların

³⁷⁵ Süt kararı, RK.00-11/109-54, 23.03.2000, s.12, p.43; Philip Morris kararı, RK. 02-80/937-385, 24.12.2002, s.21; Aynı şekilde, ASLAN, Dersler, s.46-47.

³⁷⁶ “Amerikan antitröst hukuku kökenli bir kavram olan “bilinçli paralellik”, oligopolistik piyasalarda oligopolistik bağımlılık da dahil, paralel pazar davranışlarını kapsayacak şekilde teşebbüslerin, rakip teşebbüslerin ne yapacağını bilerek benzer davranışlar içine girmeleri anlamında kullanılmaktadır. Bu nedenle oligopolistik bağımlılık ve bilinçli paralellik çakışmaktadır.” (YÜKSEL, s.61).

³⁷⁷ Yemek Çeki kararı, RK. 06-36/465-127, 26.5.2006, s.16, str.773-804.

³⁷⁸ Commission v. Anic Partecipazioni SpA Case 49/92P, ECR (1999) I-4125, p.118; Hüls AG v. Commission Case 199/92P ECR 1999, I-4287, p.161 (Her iki karar da 8 temmuz 1999 tarihli olup, Polypropylene olayına ilişkin kararlardandır).

ekonomik ve rasyonel bir gerekçeye dayanmaması; (v) Bu davranışlar ile rekabetin kısıtlanmasının veya ortadan kalkmasının amaçlanması veya böyle bir etkinin ortaya çıkmış olması uyumlu eylemlerin tespitinde aranacak koşullardır. Bu başlık altında, sayılan bu unsurlar değerlendirilecektir.

a. Birden Çok Teşebbüsün Varlığı

Uyumlu eylemlerin değerlendirilmesinde ilk olarak, birden çok teşebbüsün varlığının tespiti gerekmektedir. Ancak, karmaşık yapılanmalarda, teşebbüs kavramının nerede başlayıp nerede sona erdiğini tespit etmek her zaman kolay olmayabilir³⁷⁹. Bu durumda, tek bir teşebbüsün mü yoksa birden ziyade teşebbüsün mü söz konusu incelemeye tabi olduğunu anlamak önem taşımaktadır.

Teşebbüs kavramı, Rekabet Hukukunun aktörlerini ifade eder. RKHK m.3'e göre teşebbüs, piyasada mal ve hizmet üreten, pazarlayan, satan gerçek ve tüzel kişilerle, bağımsız karar verebilen ve ekonomik bakımdan bir bütün teşkil eden birimleri ifade eder. Kanunumuzun bu tanımından yola çıkan Arı, ekonomik bakımdan bir bütün teşkil eden, bağımsız ve ekonomik bir faaliyet yürüten işletmelerin teşebbüs olarak nitelendirilebileceğini açıklamaktadır³⁸⁰.

Aslan ise teşebbüsleri, "işletme, üretim, dağıtım veya hizmet verme gibi ekonomik faaliyetlerde bulunan ve bağımsız karar verme özgürlüğüne sahip ekonomik varlıklar" olarak tanımlamıştır³⁸¹. Bu bağımsızlık, ekonomik karar verme şeklinde ortaya çıkar³⁸².

Aşçıoğlu-Öz de benzer şekilde, teşebbüslerin "piyasada mal ve hizmetlerin üretimi, pazarlanması veya satışı gibi ekonomik faaliyetler gösteren ve bu faaliyetleri sırasında piyasada bağımsız kararlar verebilen gerçek veya tüzel kişileri" ifade ettiğini belirtmiştir. Ancak Aşçıoğlu-Öz, bu tanımı geliştirerek şu sonuca varmıştır: Ekonomik faaliyetleri sırasında piyasada bağımsız kararlar veremeyen gerçek veya

³⁷⁹ ARI, s.145.

³⁸⁰ ARI, s.147 vd.; Benzer bir tanım için; TEKİNALP/TEKİNALP, s.390.

³⁸¹ ASLAN, Dersler, s.20.

³⁸² GOYDER, s.65; Ahmet Saeed, Case 66/86, ECR (1989) I-803, p.36.

tüzel kişiler ekonomik kararlarını kontrolü veya bağı altında verdikleri gerçek veya tüzel kişilerle ekonomik bir bütün oluşturur ve tek teşebbüs sayılırlar³⁸³.

Bir şirketler grubu yahut holding söz konusu olduğunda ise, sadece ortak kontrol altında hareket ettiğinde tek bir teşebbüs olarak kabul edilebilecektir³⁸⁴.

Topçuoğlu ise, teşebbüsün ekonomik faaliyet yürütmesi ve sadece ekonomik bir bağımsızlık değil, hukuken de hak ehliyetinin, yani haklara ve borçlara sahip olabilme kabiliyetinin olması gerektiğini belirtmiş, ayrıca devamlılık unsurunun altını çizerek, faaliyetin sürekli ve bağımsız bir şekilde devam etmesi gerektiğini söylemiştir³⁸⁵.

ATAD ise, çeşitli kararlarında, varlığın yasal statüsüne veya nasıl finanse edildiğine bakılmaksızın, ekonomik faaliyetle uğraşan her varlığı teşebbüs olarak nitelemiştir³⁸⁶. Ekonomik faaliyetten anlaşılması gereken ise pazarda bir hizmet veya ürün sunmaktır³⁸⁷. Ticari aktiviteye katılmak yeterlidir. Kâr amacı güdülmesi aranmaz³⁸⁸.

Whish, bu tanıma fonksiyonel yaklaşmak gerektiğini belirtmektedir. Zira önemli olan teşebbüsün genel yapısı değil, sadece Rekabet Hukukuna konu olan faaliyet bakımından teşebbüs sayılıp sayılmayacağı önemlidir³⁸⁹.

Kanaatimizce, teşebbüs kavramı bir Rekabet Hukuku oyuncusu olarak ele alındığında, pazardaki ekonomik etkileri önem arz eder. Bu sebeple pazarda ekonomik olarak etki gösteren bir faaliyette bulunan, bu faaliyeti yönlendiren kararları bağımsız olarak alıp uygulamaya koyabilen her oyuncu, Rekabet Hukuku bakımından “teşebbüs” olarak addedilmelidir.

³⁸³ AŞÇIOĞLU-ÖZ, Gamze, Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi No.4, Ankara 2000, s.149.

³⁸⁴ KORAH, s.43.

³⁸⁵ TOPÇUOĞLU, s.109-115.

³⁸⁶ Höfner&Elser v. Macroton, Case 41/90, ECR (1991) I-1979, p.21-22; Aeroport de Paris v. Commission ECR (2000), II-3929, p.109; Commission v. Italian Republic Case 35/96, ECR (1998) I-3851, p.49; Fédération Française des Sociétés d'Assurances Case 244/94, ECR (1995) I-4013, p.14

³⁸⁷ Commission v. Italy Case 118/85, ECR (1987) 2599, p.7.

³⁸⁸ Fédération Française des Sociétés d'Assurances Case 244/94, ECR (1995) I-4013, p.17.

³⁸⁹ WHISH, s.82-83.

b. Teşebbüsler Arası Bağlantı veya Ortak Plan Arayışı

aa. Bağlantı

Uyumlu eylemlerden bahsedilirken ortaya çıkarılmaya çalışılan, teşebbüslerin arasında bir dayanışma ya da işbirliğinin olmasıdır. Bunun ise, doğrudan ya da dolaylı bir bağlantı yada irtibat olarak kendini gösterdiği genel kabul görmektedir³⁹⁰. Esasen burada denetlenen, davranışların tek taraflı (*unilateral*) mı yoksa birlikte (*collective*) mi icra edildiklerinin ayırılmasıdır³⁹¹. Zira, işbirliği hallerine ilişkin incelemelerde, ekonomik teori, pazar davranışlarının, rekabeti kısıtlayıcı olup olmaması bakımından iktisadî sonuçlarıyla ilgilenirken, hukuki yaklaşım, davranışın bireysel veya birlikte yapılmasıyla, başka bir deyişle saikleriyle ilgilenir³⁹².

Faull ve Nikpay da, uyumlu eylemlerin varlığı için öncelikle bir bağlantının varlığını aramakta ve bunun akabinde teşebbüslerde rekabetten ziyade işbirliği yapmak yönünde bir zihinsel uyuşmanın gerçekleşmesini ya da fikirlerin buluşmasını şart görmektedir³⁹³.

Akıncı ise, uyumlu eylemlerin temelinde var olduğu kabul edilen uyuşmanın oluşumunu aşamalara ayırarak incelemektedir: Geleceğe yönelik istek ve arzuların olması ve bu istek ve arzuları içeren düşüncelerin karşı tarafa iletilmesi yani başka bir deyişle bağlantı kurulması gereklidir. Arzu ve tasavvurlar iç alemden dış aleme açıklama yoluyla akseder. Bu şekilde, pazardaki bir oyuncunun niyeti belirsizken netlik kazanır. Ortak menfaatlerin belirlenmesi uyum için gereklidir³⁹⁴.

Burada bahsedilen bağlantı, bir ortak plan çerçevesinde ya da sadece eşgüdümlü hareket etmek amacıyla uzlaşma arayışıdır. Temel olarak bu, pazarın normal rekabetçi koşullarından sapması sonucunu doğuran yahut bunu amaçlayan bir bağlantıdır³⁹⁵. Burada eşgüdümlü davranışın doğrudan ya da dolaylı bağlantı sonucu meydana gelmesinin yanı sıra, pazar davranışlarını etkileme amacının olması da bağlantıya işaret eder³⁹⁶.

³⁹⁰ GOYDER, s.101; BAEL/BELLIS, s.47-48.

³⁹¹ KOVACIC, s.21-22; BLACK, s.220.

³⁹² YAO/DESANTI, s.126; Aynı yönde, KÜHN, Fighting Collusion, s.173.

³⁹³ FAULL/NIKPAY, s.78, p.2.49.

³⁹⁴ AKINCI, s.147.

³⁹⁵ BLASSELLE, s.181.

³⁹⁶ SOAMES, s.27.

Bağlantı, rekabeti sınırlayıcı paralel pazar politikaları uygulanmasına zemin hazırlayan teşebbüsler arası yakınlaşmayı ifade eder. Önemli olan bağlantı sonucu ulaşılan bilgi, fikir ve kanaatlerin gelecek pazar politikalarının belirlenmesinde oynadığı roldür. Eğer bunlar, rekabeti sınırlayıcı paralel davranışlara neden oluyorsa uyumlu eylem gerçekleşmiş olur³⁹⁷.

Bağlantının paralel davranışlara ve eylemlere neden olması, her bir teşebbüsün bağlantı sonucu edindiği bilgileri karar alma sürecinde rekabet aleyhine kullanmasından dolayıdır³⁹⁸. Bağlantı sonucunda teşebbüsler, rakiplerinin belirli bir tarzda davranacağı hususunda beklentiye girerler. Böylece pazarda nasıl davranacaklarına ilişkin kendi kararlarını verirken, rakiplerinin beklenen politikalarını da hesaba katarlar ve sonuç olarak paralel politikalar üretilebilir.

bb. Ortak Plan Arayışı

Gleiss'e göre, teşebbüslerin ortak bir planı takibi, karşılıklı uyumun esaslı bir ölçütüdür. Burada önemli olan, katılımcıların bilinçli bir şekilde, ortak bir anlayışta buluşmaları ve bunu ortaklaşa gerçekleştirmeye yönelmeleridir³⁹⁹.

Amerikan Hukukunda, Interstate Circuit kararında, salt ortak bir planın varlığı halinde de gizli işbirliğinden bahsedilebileceği ifade edilir. Bu olayda, sinema işletmecilerinden birisi, sinema filmi dağıtıcılarına gönderdiği mektuplarda, diğer sinema işletmecileriyle yapacakları sözleşmelere minimum fiyatlar ve filmlerin aynı anda gösterimine ilişkin maddeler koymalarını istemiştir. Her dağıtıcı bu mektubun diğerlerine de gittiğini bilmekte ve buna göre hareket edebilmektedir. Ortak bir plana bağlılık bilinci oluşmuştur. Buna göre, rekabeti kısıtlayıcı şartların gerçekleşmesi, hukuka aykırı bir komplonun varlığı için önkoşul değildir. Önemli olan, uyumlu eyleme niyetlenerek hareket edilmesi ve teşebbüslerin bir ortak plana onay vererek buna uygun davranmalarınıdır⁴⁰⁰.

Avrupa hukukunda ise, ATAD, Suiker Unie ve Dyestuffs kararlarında, uyumlu eylemleri tanımlarken kullandığı eşgüdüm ve işbirliğinin varlığı için bu anlamda bir

³⁹⁷ İKİZLER, s. 104-105.

³⁹⁸ İKİZLER, s.110.

³⁹⁹ GLEISS, A., *Der Begriff der "aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen" in Art. 85 EWG-Vertrag*, WuW 1964, 485 vd., 491-492 (İKİZLER, s.93-94'den naklen).

⁴⁰⁰ Interstate Circuit Inc. v. US, 306 US 208, 226 (1939); Aynı yönde: US v. Masonite Corp., 316 US 265, 275 (1942); US v. Paramount Pictures, 334 US 142 (1948).

planın ya da programın varlığının zorunlu olmadığını belirtmiştir⁴⁰¹. ATAD'a göre ölçüt, teşebbüslerin gelecek pazar politikalarını belirlerken birbirlerinden bağımsız olarak hareket edip etmediğidir⁴⁰².

Pre-Insulated Pipes kararında Komisyon, pazarda belirli eylemlerden kaçınmak ya da eylemlerini bir çizgide tutmak suretiyle, teşebbüslerin bireysel ticari hareketlerini sınırlayan ya da sınırlayabilecek nitelikte olan ortak bir plana bağlı kalmalarını devam eden tek bir anlaşma olarak nitelendirmiştir⁴⁰³. Komisyona göre bu tür bir anlaşma, müşterek karar alma mekanizması ve ortak bir plan ya da projenin taahhüt edilmesi olmak üzere iki unsur içermektedir. Aynı karara göre, ayrıca açık ya da örtülü bir anlaşmaya varılması gerekmez. Tarafların, pazar davranışlarının eşgüdümünü kolaylaştıran dayanışma araçlarını bilerek benimsemeleri veya bunlara bağlı kalmaları yeterlidir.

Aynı karara göre, teşebbüslerin tüm hususlarda anlaşmamış olması⁴⁰⁴, anlaşma şartlarına bazen aykırı davranışları, hatta ara sıra karşılıklı rekabete girişmeleri, ortak plan çatısı altında oldukları söylenebildiği sürece anlaşmanın sona erdiği ya da kurulmadığı anlamına gelmez.

c. Bilinçli Paralellik

Gerek Türk, gerekse de Amerikan ve Avrupa Rekabet Hukuku düzenlemeleri ve uygulamasında yer alan “Uyumlu eylemler” (*concerted practices-pratiques concertées*) lafzında bir “eylem” barındırmaktadır. Fakat içtihatlarla dikkat edecek olursak, bununla kastedilen belirli bir “davranış” şekli değildir. Önemli olan, pazarda paralellik veya uyum gösteren davranışların, teşebbüsler arasında rekabeti ikame etme amacı taşıyan ve pazarın normal rekabetçi koşullarında makul sayılmayacak bilinçli bir işbirliğini veya eşgüdümü işaret etmesidir⁴⁰⁵.

⁴⁰¹ “Bir planın varlığı ya da yokluğu danışıklılığın ispatı için önem taşır, fakat bunun bir unsuru değildir. Hukuki incelemenin dayanak noktası ‘bağlantı’dır.” (ALESE, s.382).

⁴⁰² Imperial Chemical Industries, OJ C-48/69, ECR (1972) I-00619, p.67, 106-112; Suiker Unie and Others v Commission, birleşik kararlar Joined Cases 40/73 vs., ECR (1975) I-1663, p.173.

⁴⁰³ Pre-Insulated Pipes, OJ (1999) L-24/1, p.129.

⁴⁰⁴ “Focal Points” denen odak noktalarında anlaşmış olmak, ana hatlarıyla izlenebilecek ortak bir yol oluşturur ve anlaşmanın yahut uyumlu eylemin varlığı için yeterlidir. (BAKER, s.162 vd.).

⁴⁰⁵ “4054 sayılı Kanun’un 4. maddesi ile yasaklanan uyumlu eylemden bahsedilebilmesi için, bu teşebbüsler arasında bilinçli bir paralellik olmalıdır.” (Kargo İşletmeleri Derneği kararı, RK. 02-66/814-332, 31.10.2002, s.3).

Burada dikkat edilmesi gereken, yasaklananın işbirliği bilinci olmasıdır. Keza, Amerikan Rekabet Hukukunda yasaklanan, dayanışma oluşturmak amacı taşıyan birlikte hareket etme bilinci iken Türk Rekabet Hukuku içtihatları bu konuda ayrımı vermeksizin “bilinçli paralellik” unsurunu uyumlu eylem için şart koşturmuştur. Kanaatimizce burada yasaklanan bilinç, işbirliği bilinci olarak anlaşılmalıdır. Zira Rekabet Hukukunda yasaklanan eşgüdüm sonucu oluşturan paralelliklerin tamamı değil, yalnızca dayanışmadır⁴⁰⁶.

Anlaşmalardan kaynaklanmayan durumlarda, teşebbüslerin aralarındaki bağlantı sonucu pazarda paralel hareket etmelerine yol açan bir işbirliği mevcutsa uyumlu eylemin varlığına hükmedilir. Uyumlu eylemlerde görülen bu işbirliğini ifade etmek için pratik bir işbirliğinden söz edilmektedir⁴⁰⁷. Pratik işbirliği, ortak davranış ya da tutumun, uygulamaya geçirilmiş olması şeklinde ifade edilebilir⁴⁰⁸.

İşbirliği unsuru mutlaka bir anlaşmanın veya resmi bağlayıcılık unsurunun varlığını gerektirmez⁴⁰⁹. Ancak, en azından pazardaki belirsizliği ortadan kaldıracak yahut azaltacak bir niyet açıklaması, bilinçli olarak davranışlarını paralelleştirmeye yönelik bir uygulamanın varlığı gerekmektedir⁴¹⁰.

Bu bakımdan eşgüdüme işaret eden en önemli unsur, bağlantıya istinat eden paralel davranışların varlığıdır⁴¹¹. Paralel davranışlar, belirli bir pazarda faaliyet gösteren rakip teşebbüslerin birbirine paralel pazar politikaları uygulamalarıdır. Ancak paralel davranışların varlığı, *per se* uyumlu eylem teşkil etmez⁴¹². Çünkü, uyumlu eylem kavramı, teşebbüslerin davranışlarının benzerliğini değil, bu benzerliğin ötesinde fikri bir uzlaşmayı ifade eder⁴¹³.

Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda uyumlu eylemin tanımının yapıldığı temel kararlar olan Dyestuffs ve Suiker Unie kararlarında, uyumlu eylem, teşebbüslerin

⁴⁰⁶ HOVENKAMP, Antitrust Enterprise, s.135.

⁴⁰⁷ Commission v. Anic Partecipazioni SpA Case 49/92P, ECR (1999) I-4125, p.115; Ahlström Osakeyhtiö and others v Commission, Joined Cases 89/85 vs., ECR (1993) I-01307, p.63; Hüls AG v. Commission Case 199/92P, ECR (1999) I-4287, p.158.

⁴⁰⁸ İKİZLER, s.64.

⁴⁰⁹ JONES/SUFRIN, s.127; WHISH, s.91-92; ASLAN, Dersler, s.42; FALLON, s.286; MATHIJSEN, A Guide to European Community Law, London 1985, s.169 (AKINCI, s.144'den naklen).

⁴¹⁰ FALLON, s.287.

⁴¹¹ İKİZLER, s.147.

⁴¹² Imperial Chemical Industries, Case 48/69, ECR (1972) I-619, p.66.

⁴¹³ YÜKSEL, s.64; MERCIER/MACH/GILLIERON/AFFOLTER, s.74.

rekabetin risklerine karşı “bilerek ikâme ettikleri” bir eşgüdüm şekli olarak tanımlanmıştır⁴¹⁴. Buradaki davranışın bilinçli olması aranmaktadır.

Ryan “bilinçli paralelliği”, rakip teşebbüslerin benzer veya karşılıklı bağımlılık içinde hareket etmeleri hali olarak tanımlamıştır⁴¹⁵.

Rekabet Kurumu ise, Avrupa içtihadına uygun olarak, Süt kararında, bilinçli paralelliği sadece oligopol pazarlara ilişkin bir özellik olarak ele almamakta, tüm uyumlu eylemlere dair bir unsur olarak kabul etmektedir. Bu karara göre, “*Rekabet Hukukunda paralel fiyatlandırma değil, firmalar arasındaki bilinçli paralellikler yasaklanmıştır.*”⁴¹⁶.

Amerikan Rekabet Hukukunda ise, Interstate Circuit kararında, iki film gösterim şirketi, film dağıtıcısı teşebbüslerden bazı taleplerde bulunmuş ve dağıtıcıların tamamı kendilerine gönderilen teklif mektubunun içeriğine uygun davranmışlardır. Bu mektupların başında, aynı mektubun diğerlerine de gönderildiğinin gösterilmiş olması, rakiplerin de aynı taleple karşılaştığını bilmelerine sebep olmaktadır. Her bir teşebbüs, mektupta belirtilen davranışı tek taraflı benimsemesi halinde (yani ortak bir tavır benimsenmez ise) ticari kayıplara uğrayabileceği riskinin bilincindedir. Ayrıca herkesin bu teklife uygun davranması halinde kazançlarının büyüyebileceğinin de farkındadır. Karara göre, anlaşmanın varlığının ortaya konulmasına gerek olmaksızın, dağıtıcıların bir plan etrafında toplanmış ve ona katılmış olmaları, bunu yaparken de uyumlu eylemlerinin farkında olarak hareket etmeleri yeterlidir. Amerikan Yüksek Mahkemesi, bu kararında, açık bir uyuşma ve açık bir anlaşmanın varlığını aramamış, salt tekliflerin bu bilinçle kabul edilmiş olmasını uyumlu eylem için yeterli görmüştür⁴¹⁷.

Benzer şekilde Amerikan Yüksek Mahkemesi, Cement Institute kararında, amaçlanan uyumlu eylemi vereceği bilgisi ya da bilinci ile teşebbüsler bir plana girer ya da bağlanırlarsa, o zaman bir fiili birlikteliğin gerçekleştiği sonucuna varmıştır⁴¹⁸.

⁴¹⁴ Imperial Chemical Industries, Case 48/69, ECR (1972) I-619, p.64; Suiker Unie and Others v Commission, Cases 40-48, 50, 54-56, 111, 113 ve 114/73, ECR (1975) I-1663, p.26, 173-174

⁴¹⁵ RYAN, s.356.

⁴¹⁶ Süt kararı, RK 00-11/109-54, 23.03.2000, s.5, p.13; Aynı yönde, Telsim-Turkcell I kararı, RK. 99-57/614-391, 14.12.1999, s.4; Kargo İşletmeleri Derneği kararı, RK. 02-66/814-332, 31.10.2002, s.3.

⁴¹⁷ Interstate Circuit Inc. v. US, 306 US 208, 227 ve 472 (1939).

⁴¹⁸ FTC v. Cement Institute, 333 US. 683, 721 (1948).

d. Ekonomik ve Rasyonel Bir Gerekçeyle Açıklanamama

Pazarda gözlenen eşzamanlı hareketler, her halükârda rekabeti kısıtlayıcı bir anlaşmanın veya uyumlu eylemin var olduğu anlamına gelmemektedir. Bazı hallerde, pazar koşulları herkes için aynı yönde değişirse, teşebbüslerin değişen koşullara tepki olarak, eşzamanlı ve benzer hareketleri oluşabilir⁴¹⁹. Bazı hallerde de, yine pazar koşullarına bağlı olarak, teşebbüslerin paralel davranışları ekonomik anlamda mantıklı bireysel kararlarının sonucu da olabilir⁴²⁰.

Olağan rekabet koşullarında her teşebbüs, kararlarında bağımsız olmalı, işbirliğine girişmemelidir. O halde önemli olan, herbir teşebbüsün pazar politikasını diğerlerinden bağımsız olarak belirleyip belirleyemediğidir⁴²¹. Teşebbüsler, bağımsız kararlarını verirken elbette ki, ekonomik mantık çerçevesinde, pazar koşullarını ve rakiplerinin muhtemel tepkilerini göz önüne alırlar ve buna uygun hareket ederler. Hiçbir teşebbüsten, pazar koşullarına ve rakiplerinin davranışlarına karşı kayıtsız kalması beklenemez⁴²². Kendini değişen koşullara uyarlamak, her teşebbüsün en doğal davranışı olacaktır.

Hukuk düzeni, bu ekonomik gerçeği yadsıyamaz. Bu sebeple, Rekabet Hukuku düzenlemeleri teşebbüslerin kendilerini pazarın koşullarına ve rakiplerinin davranışlarına makul şekilde uyarlama hakkından mahrum bırakmayacaktır. Buna karşın, uyarlama hakkının varlığı, Rekabet Hukukunun, mevcut ya da potansiyel oyuncuların pazardaki davranışlarını etkileyecek şekilde, teşebbüsler arasında rekabeti kısıtlayacak herhangi bir doğrudan ya da dolaylı bağlantıya meydan verdiği anlamına da gelmemelidir⁴²³.

⁴¹⁹ Eğer ilk hareket eden doğru karar verirse, diğer tüm rakiplerin bu doğru kararı, kendileri için değişen pazar koşullarına karşı en iyi strateji olduğu için takip etmesi beklenir. Bu durum fiyat liderliğinin ortaya çıkışına benzetilebilir. (SOAMES, s.24).

⁴²⁰ “(...) Firmaların, bazı dönemlerdeki fiyat değişim tarihleri ve oranları arasında görülen paralellikler pazarın gereği olan davranışlardır ve iktisadi gerekçelerle açıklanabilir nitelikte görülmüştür.” (Süt kararı, RK. 00-11/109-54, 23.03.2000, s.5-6).

⁴²¹ İKİZLER, s.104.

⁴²² “(...) Pazarda böyle bir ortam varken teşebbüslerden, fiyat paralelliği ortaya çıkmasını diye faaliyetlerini normal şartların dışına çıkarması beklenmemelidir.” (Akdeniz Çimento kararı, Tuncay Songör’ün karşı oy yazısı, RK. 06-69/930-267, 03.10.2006, s.32).

⁴²³ BLASSELLE, p.181; Züchner v Bayerische Vereinsbank AG., Case 172/80, p.14; Suiker Unie and Others v Commission, birleşik kararlar Cases 40/73 vs., ECR (1975) I-1663, p.4-5, 174; Commission v. Anic Participazioni SpA Case 49/92P, ECR (1999) I-4125, p.117; Hüls AG v. Commission Case 199/92P ECR (1999) I-4287, p.160; Hercules, p.259-260; Pre-Insulated Pipes, OJ (1999) L-24/1, p.129-138.

Bu sebeple, bir davranışın uyumlu eylem olarak nitelenebilmesi için, teşebbüslerin sergiledikleri paralel davranışların temelindeki mantığın da bireysel değil, kollektif çıkara yani eşgüdümüne işaret etmesi gerekmektedir⁴²⁴. Peki bir teşebbüs, hem kendisinin çıkarlarına hem de kollektif çıkarlara hizmet eden bir davranış sergilediğinde ne olacaktır? Bu durumda da teşebbüsün davranışının altında yatan mantık ortaya çıkarılmaya çalışılacaktır. Başka bir deyişle, eşgüdüm benzeri bir pazar görünümü ortaya çıkarmış olması değil, bağımsız veya işbirlikçi hareket edip etmediği araştırılacaktır. Nitekim, bir teşebbüsün diğer bir teşebbüs ile anlaşmasından ya da aralarındaki uyumlu eylemden etkilenmeksizin veya bir işletme birliği kararına uyma amacı dışında tamamen bağımsız bir pazar politikası olarak yaptığı eylem ve işlemler yasak kapsamına girmemektedirler⁴²⁵.

Bu sebeple, Türk Rekabet Hukukunda RKHK. m.4, uyumlu eylem karinesini kabul ederken, teşebbüslere de bir kurtuluş beyyinesi tanımıştır. Buna göre, karineye tabi paralel davranışlar sergileyen teşebbüsler, kendi davranışlarının ekonomik anlamda mantıklı olduğunu ve rasyonel gerçeklerle bağdaştığını ispat etmek suretiyle uyumlu eylem yasağı kapsamından çıkabileceklerdir.

e. Rekabeti Sınırlayıcı Amaç veya Etki

ATA m.81/I ve RKHK m.4'e göre, rekabeti sınırlama amacı taşıyan veya böyle bir etkiyi doğuran⁴²⁶ anlaşma, karar ve uyumlu eylemler hukuka aykırıdır⁴²⁷. Bu sebeple, teşebbüs davranışlarının pazarda rekabeti sınırlayıcı etkiler doğurmasından ayrı

⁴²⁴ Bu konuda, Amerikan Yüksek Mahkemesi de, Copperweld Corp v. Independence Tube Corp kararında, Sherman Act §I'in tek bir teşebbüsün tamamen tek taraflı, bireysel ve bağımsız davranışlarına uygulanamayacağına karar vermiştir. (Copperweld Corp v. Independence Tube Corp., 467 US 767-768 [1984]).

⁴²⁵ Kargo İşletmeleri Derneği kararı, RK. 02-66/814-332, 31.10.2002, s.3; "(...) bankaların bir uyumlu eyleminden ziyade, kendi iktisadi çıkarlarının gerçekleşmesine yönelik rasyonel davranışlarından söz etmek yerinde olacaktır." (Sigorta kararı, RK. 99-24/211-124, 20.5.1999, s.3).

⁴²⁶ JONES/SUFRIN, s.158; MERCIER/MACH/GILLIERON/AFFOLTER, s.86; Aynı yönde BİAK kararı, RK. 99-13/99-40, 04.03.1999, s.9; Bu konuda Züchner kararında, rekabete aykırı etkinin, işbirliği karakteristiği görülen davranışların rekabeti hissedilir derecede olumsuz etkileyecek kabiliyette olması halinde, uyumlu eylem teşkil edeceği ileri sürülmüştür. (Züchner v Bayerische Vereinsbank AG., C-172/80, p.22); Faull ve Nikpay da, bir uyumlu eylemin yasak kapsamına girmesi için, amacının yahut etkisinin yeterli ölçüde rekabeti kısıtlayıcı olması gerektiği görüşündedir. (FAULL/NIKPAY, s.81, p.2.60); Aynı şekilde, "Teşebbüsler arasındaki bir anlaşma veya uyumlu eylemin 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında bir ihlal olarak kabul edilebilmesi için, taraflar arasındaki anlaşma veya uyumlu eylemin rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacı taşıması yahut bu yönde bir etkiye yol açması gerekmektedir." (RK. 02-36/396-164, 06.06.2002, s.4; Yonga ve Lif Levha Üreticileri kararı, RK. 03-12/135-63, 25.2.2003, s.27).

⁴²⁷ WHISH, s.110-111.

olarak, rekabete aykırı amaçlarla hareket edilmesi, sonuç rekabeti kısıtlayıcı olmasa dahi uyumlu eylem yasağı kapsamında değerlendirilir.

Teşebbüslerin ve teşebbüs birliklerinin rekabeti kısıtlama amaçlı davranışları, bu amacı taşımasalar bile ortaya çıkan ekonomik sonucun rekabeti kısıtlayıcı olması veya potansiyel rekabetin kısıtlanma ihtimalinin bulunması hukuka aykırılık açısından ayrı ayrı yeterli sayılmıştır⁴²⁸. Buna göre, Türk ve Avrupa Rekabet Hukuku düzenlemelerinde rekabeti kısıtlayıcı “amaçlı” veya “etkili” uygulamalar bir ayrıma tabi tutulmamaktadır⁴²⁹.

Bu bakımdan, uyumlu eylemin varlığına hükmetmek için, pazarda rekabete aykırı bir etkinin mevcudiyetinin yanında “rekabete aykırı amaç” da tek başına yeterli sayılmaktadır⁴³⁰. Anlaşma, eylem ya da kararın uygulanması sonucunda rekabeti kısıtlama etkisinin gerçekleşmesi ise ağırlaştırıcı olarak değerlendirilmektedir⁴³¹. O halde, önemli olan, rekabete aykırı surette, rekabetin işbirliği ile ikame edilmesinin amaçlanmasıdır.

Rekabetin sınırlanması amacından bahsedildiği zaman, tarafların sübjektif amaç ya da hareketleri önem arz etmez⁴³². Uyumlu eylemlerde amaç unsuru objektifleşmiştir: Kötü niyetin varlığı ya da rekabet karşıtı kasıt taşıyan bir zihniyetle hareket edilmiş olması gerekmektedir⁴³³. Ortak ekonomik amacın takibi suretiyle pazardaki fiyatların normal seyrini değiştirmek amacı taşıyan⁴³⁴ uyum niyetinin varlığı önemlidir⁴³⁵.

Rekabet Kurumu da anlaşma ve uyumlu eylemleri incelediği birçok kararında benzer bir yoruma ulaşmıştır. Örneğin BİAK kararında, “*Bir anlaşmada, rekabeti sınırlama*

⁴²⁸ Türk Eczacılar Birliği kararı, RK.00-35/393-220, 18.09.2000, s.20.

⁴²⁹ Örneğin, RK. 06-29/364-93, 24.4.2006, s.27, str.1234-1251; RK. 06-35/441-113, 22.5.2006, s.27, str.1228-1245.

⁴³⁰ Hüls AG v. Commission, C-192/92P, ECR (1999) I-4287, p.163-165; Aynı yönde, British Sugar, OJ (1999) L-76/1, p.97; BAKER, s.176; RK. 06-56/714-204, 26.7.2006, s.36, str.1537-1545 Danıştay’ın iptal kararı üzerine verilen Yonga ve Lif Levha Üreticileri kararları, RK. 05-85/1182-336, 19.12.2005, s.26, str.1179-1220; RK. 06-29/365-94, 24.4.2006, s.26.

⁴³¹ RK. 06-56/714-204, 26.7.2006, s.36, str.1537-1545 Danıştay’ın iptal kararı üzerine verilen Yonga ve Lif Levha Üreticileri kararları, RK. 05-85/1182-336, 19.12.2005, s.26, str.1179-1220; RK. 06-29/365-94, 24.4.2006, s.26.

⁴³² FAULL/NIKPAY, s.82, p.2.61; TEKİNALP/TEKİNALP, §28 p.33.

⁴³³ BİAK kararı, RK. 99-13/99-40, 04.03.1999, s.13.

⁴³⁴ Rhône-Poulenc v. Commission, T-1/89, ECR (1991) II-867,1073, p.126.

⁴³⁵ Shell v. Commission, T-11/89, ECR (1992) II-757,781, p.299; Rhône-Poulenc v. Commission, T-1/89, ECR (1991) II-867,1073, p.120-124; “etkileri tamamen masum olsa da rekabete aykırı amaç komploya işaret eder.” American Tobacco, 328 US 781,809 (1946).

amacı açıksa, anlaşmanın kendisi veya en azından rekabeti bozucu hükümleri per se rekabet ihlali oluşturur. Bu durumda anlaşmanın rekabet üzerindeki etkilerinin incelenmesine gerek yoktur. Rekabeti bozucu nitelikte olan anlaşmalar, tarafların kendi bağımsız rekabetçi faaliyetlerini ortak çıkarlar adına gözden çıkardıkları bir yapısal çerçeve yaratır. Bu sebepten dolayı, sadece rekabete aykırı bir anlaşmaya taraf olmak, anlaşma etkilerini gerçekleştirmemiş olsa bile yasaktır.” denmiştir⁴³⁶. Benzer şekilde, Yonga ve Lif Üreticileri kararlarında “*Soruşturma konusu toplantıların piyasada hiçbir etki ortaya çıkarmadıkları ve bu toplantılarda üzerinde uzlaşılan kararlara teşebbüslerin, hiçbir şekilde uymadıkları varsayılsa bile 4054 sayılı Kanun’un 4. maddesinin teşebbüslerarası anlaşmaları hem amaç hem de etki yönünden yasakladığı unutulmamalıdır. Bu çerçevede rekabeti engelleyici, sınırlayıcı, veya bozucu “amaçlı” uygulamalar 4054 sayılı Kanun’a aykırıdır.”* denmiştir⁴³⁷.

İkizler’e göre ise, teşebbüslerin uyumlu eylemin hazırlık safhasındaki girişimleri başarısız olabilir. Bu durumda ortada herhangi bir paralel davranış da yokken uyumlu eylemden bahsedilmesi mümkün değildir⁴³⁸.

Avrupa Rekabet Hukukunda ise konuyla ilgili en önemli tartışma Polypropylene kararında yapılmıştır. Bu kararda, uyumlu eylemler bahsinde, uyumun tespit edilmesinden başka, bunun uygulamaya geçilmesinin aranıp aranmayacağı tartışılmıştır⁴³⁹. Polypropylene kararında Komisyon, 15 polypropylene üreticisi teşebbüsün, bireysel faaliyetleri hakkında detaylı bilgi değişimi içeren ve bağlantılara girişmek suretiyle eylemlerinde eşgüdümü sağladıklarını (fiyat ve kota ayarlamalarına gittiklerini) tespit etmiştir⁴⁴⁰. Teşebbüsler, savunmalarında, uyumlu

⁴³⁶ Ege Çimento kararı, RK. 99-30/276-166, 17.06.1999, s.53-54 Benzer şekilde; Hüls AG v. Commission, T-9/89, ECR (1992) II-499, p.284; Hüls AG v. Commission Case 199/92P, ECR (1999) I-4287, p.163; Aynı yönde: Thyssen Stahl AG v. Commission, T-141/94, ECR (1999) II-347, p.635-636.

⁴³⁷ Yonga ve Lif Levha Üreticileri kararı, RK. 03-12/135-63, 25.2.2003, s.27; Danıştay’ın iptal kararı üzerine verilen Yonga ve Lif Levha Üreticileri kararları, RK. 05-85/1182-336, 19.12.2005, s.26, str.1179-1220; RK. 06-29/365-94, 24.4.2006, s.26.

⁴³⁸ İKİZLER, s.206.

⁴³⁹ “Davanın önemi, uyumun varlığının ispata ihtiyaç duymayacak şekilde mevcudiyetine rağmen yasak kapsamına girmesi için bir eyleme ihtiyaç olup olmadığının ilk kez tartışılmasındandır.” (WESSELY, s.743).

⁴⁴⁰ Polypropylene, OJ (1986) L-230/1, p.80.

eylemler için pazar üzerinde uygulamaya geçilmiş “açık ve somut” (*physical element-practice*) eylemlerin varlığının gerekli olduğunu öne sürmüşlerdir⁴⁴¹.

Oysa Komisyon, uyumlu eylemlerin ispatı için bu tür bir eylemin ortaya konulması gerekli görülse dahi somut olayda, teşebbüslerin ortak amaçlarını gerçekleştirmek için atmış olduğu bazı adımların bu şartı karşıladığını belirtmiştir. Nitekim olayda, fiyatın belirlenmesine ilişkin toplantılar yapılmak suretiyle girişimler mevcuttur⁴⁴².

Komisyon, teşebbüslerin üzerinde anlaşılan davranışları sergilememiş olsalar bile, fiyat tespitine ve pazar paylaşımına ilişkin tartışmaların yapıldığı toplantılara sadece katılmakla uyumlu eylem içinde olduklarını belirtmiştir. Komisyon’a göre, sonrasında belli bir davranış ortaya çıkmasa bile, teşebbüslerin birbirleriyle amacı rekabeti bozmak ya da engellemek olan bağlantılar kurdukları anda uyumlu eylem gerçekleşmektedir⁴⁴³. Uyumlu eylemin varlığını kabul için pazarda belli bir davranışa yol açtığıın gösterilmesinin gerekmesi halinde, amacı rekabeti engellemek olmakla birlikte böyle bir etki yaratmayan uygulamaların da anlaşma ve uyumlu eylem yasakları kapsamında değerlendirilmemesi gerekmektedir. Wessely’e göre Komisyon, anlaşma gibi uyumlu eylemin de sadece amacından dolayı uyumlu eylemleri yasaklayan ATA m.81’e aykırı olabileceğini ileri sürmektedir⁴⁴⁴.

Olayı inceleyen ATAD, eylem unsurunun göz ardı edilemeyeceğini belirtmiş, ancak aralarındaki bağlantı sonucu uyum içinde olan teşebbüslerin, pazar davranışlarını belirlerken, rakipleri hakkında edindiği verileri ister istemez değerlendirmeye alacağını, bunun rekabete aykırı etki yaratacağının karineten kabulünün gerektiğini belirtmiştir⁴⁴⁵. Kısaca bu karar uyarınca, uyuma sebep olacak bir ilişki içerisine giren bir teşebbüsün buna uygun (uyumlu) davranacağı varsayımının aksi ispatlanmadıkça kabulü gerekmektedir.

Rekabet Kurumu da, Seramik kararlarında, bu yaklaşımı benimsemiştir. Buna göre, *“ilişkinin ardından paralel davranış şartı aranmamakta, pazardaki iktisadi sonuçlara bütün olarak bakılmaktadır. İşte bu noktada uyumlu eylem karinesi*

⁴⁴¹ Rhone-Poulenc SA v. Commission (Polypropylene olayının temyiz davalarındandır.) T-1/89 etc., ECR (1991) II-867, p.107-110.

⁴⁴² Polypropylene, OJ (1986) L-230/1, p.88.

⁴⁴³ Rhone-Poulenc SA v. Commission (Polypropylene olayının temyiz davalarındandır.) T-1/89 etc., ECR (1991) II-867, p.114-116.

⁴⁴⁴ WESSELY, s.744-745.

⁴⁴⁵ Commission v. Anic Partecipazioni SpA, C-49/92, 1999 ECR I-04125, p.118-121; Aynı şekilde; Hüls AG v. Commission C-199/92P, ECR 1999, I-4287, p.162.

devreye girecek; bilgi değişiminin, antirekabetçi amaçlı toplantılara katılımın genel pazar davranışlarını etkilemediğinin ispatı, ilgili teşebbüslere bırakılacaktır.”⁴⁴⁶.

Yüksel, bu karara farklı bir açıdan yaklaşmıştır. Yüksel’e göre; fikri uzlaşma gerçekleştiği anda uyumlu eylemin de ortaya çıktığını söylemek mümkündür. Bu görüşe göre, paralel davranış uyumlu eylemin bir sonucu olarak ortaya çıkmakta ve uyumlu eylemin bir unsuru olmaktan çok, delilini teşkil etmektedir⁴⁴⁷.

Bir karine söz konusu olduğu cihetle bunun aksinin de ispatı mümkündür. Ancak, teşebbüslerin üzerinde uzlaşılan davranışı sergilememiş olmaları ATAD tarafından iddiayı çürütmek için yeterli görülmediğinden, teşebbüsler üzerinde uygulamada yerine getirilmesi çok güç bir ispat yükü bulunmaktadır⁴⁴⁸.

Wessely’e göre, “pazar davranışı” ile “etki” kavramlarını birbirine karıştıran ATAD ve Avrupa İlk Derece Mahkemesi’nin tutumu uyumlu eylemin objektif unsuru olan paralel davranışın tamamen bir kenara bırakılması ve sadece bilgi alışverişinde bulunan, ancak sonrasında herhangi bir paralel davranış sergilemeyen teşebbüslerin sorumlu bulunması riskini beraberinde getirmektedir⁴⁴⁹. Teşebbüsler arasında bir uzlaşma olduğunu somut bir şekilde ortaya koyan tek şey paralel davranıştır. Esasen araştırılması gereken, bu paralel davranışın amacı ya da etkisinin eşgüdüm oluşturmak suretiyle rekabeti kısıtlayıcı olmasıdır.

Kanımızca, pazarda stratejileri uyumlaştırma amacı taşıyan bilinçli yapılmış paralel davranışların varlığının yahut etkilerinin gözlenmesi halinde uyumlu eylemden bahsedilebilmelidir. Aksi takdirde, rekabeti kısıtlama amacına yönelik belli bir davranışla (örneğin bilgi değişimi) ortaya konmayan bir niyetin tek başına yasak kapsamına girmesi genel sorumluluk prensipleri ve Rekabet Hukukunun anlaşmalar yasağıyla hedeflediği amaçla bağdaşmamaktadır.

⁴⁴⁶ Seramik kararı, RK: 04-16/123-26, 24.02.2004, s.145-149; Danıştay’ın iptal kararı üzerine verilen üç ayrı Seramik kararı : Seramik I, RK.06-08/121-30, 02.02.2006, s.137-140, str.6592-6722; Seramik II, RK. 06-29/355-87, 24.04.2006, s.135-138, str.6452-6584; Seramik III, RK.06-80/1034-299, s.132-135, str.6363-6494.

⁴⁴⁷ YÜKSEL, s.56-57.

⁴⁴⁸ WESSELY, s.753.

⁴⁴⁹ WESSELY, s.755-756.

II. Oligopol Pazarlarda Uyumlu Eylem Arayışı

Oligopol pazarlarda gözlenen paralel davranışların uyumlu eylem kapsamında değerlendirilmesinin mümkün olup olmadığına dair yapılan incelemelerde iki sorun göze çarpmaktadır: Bunlardan ilki, teşebbüsler arasında doğrudan bir bağlantının varlığının ortaya çıkarılmasındaki güçlük, ikincisi ise oligopolistik bağımlılık sonucunda ortaya çıkan paralel davranışların Sherman Act §I, ATA. m.81 ve RKHK.m.4 anlamında rekabet ihlali teşkil edip etmeyeceği sorudur. Bu başlık altında, öncelikle uyumlu eylemin ispatı ele alınacak (A), ardından oligopol pazarlara özgü paralellikler incelenecektir (B).

A. Uyumlu Eylemin İspatı

Uyumlu eylemlerden bahsederken, yapılan bütün tanımlar, “işbirliği” kavramına dayanmakta ve teşebbüsler arası bir eşgüdüm yaratılmasından söz etmektedir. Rekabet otoriteleri, uyumlu eylemlerin incelenmesinde, eşgüdüme işaret eden teşebbüsler arası bağlantılar aramaktadırlar. Ancak, bağlantının içeriği doldurulmamıştır. Daha önce de belirttiğimiz gibi, “bağlantı” tanımı ve tespiti zor, esnek bir kavramdır. Fakat, elbette ki burada kastedilen temel düşünce açıktır: Teşebbüslerin bir uzlaşısı, fikir birliği (*consensus*) içinde olması, fikirlerin buluşmasıdır (*meeting of minds*)⁴⁵⁰.

Uyumlu eylemlerin bir özelliği olarak, bu uzlaşının Medeni Hukuk anlamında icap ve kabul gerektiren bir anlaşma şeklinde olması gerekmediği gibi⁴⁵¹, teşebbüslerin herhangi bir doğrudan ilişki içinde olması dahi gerekmemektedir⁴⁵². Bu sebeple, bazı hallerde doğrudan bir bağlantının varlığını ortaya koymak güç olduğundan dolayı bağlantılar da araştırılmaktadır.

⁴⁵⁰ FAULL/NIKPAY, s.78, p.2.49; WHISH, s.84; Aynı yönde, American Tobacco Co. v. United States, 328 US 781, 809-810 (1946).

⁴⁵¹ RKHK. m.4’ün gerekçesi, TBMM Tutanak Dergisi, Dönem: 19, Cilt 73, Yasama yılı 4, 46. birleşim, 06.12.1994; “Madde Gerekçeleri”, (www.rekabet.gov.tr); HOVENKAMP, Federal Antitrust Policy, s.176; American Tobacco, 328 US 781, 1125 (1946); Imperial Chemical Industries, Case 48/69, ECR (1972) I-619, p.64; Suiker Unie and Others v Commission, Joined Cases 40/73 vs., ECR (1975) I-1663, p.26.

⁴⁵² Suiker Unie and Others v Commission, Joined Cases 40/73 vs., ECR (1975) I-1663, p.174; Commission v. Anic Participazioni SpA, C-49/92, ECR (1999) I-4125, p.117; Züchner v Bayerische Vereinsbank AG., C-172/80, p.14; John Deere v Commission, C-7/95 P., ECR (1998) I-3111, p.87.

Doğrudan ispat yönteminin yetersiz kaldığı hallerde dolaylı ispat yöntemine⁴⁵³ (*circumstantial evidence*⁴⁵⁴) başvurmayı kabul eden Avrupa ve Amerikan mahkemeleri, bu hallerde paralel davranışların uyumlu eylem teşkil edeceğinin ispatı konusunda paralel davranışlara ek olarak bazı incelemelerin yapılması gerekliliğini benimsemiştir⁴⁵⁵. ATAD, Dyestuffs kararında pazarın normal koşullarına uymayan paralel davranışların varlığının uyumlu eylemin güçlü bir delili olacağını vurgulamıştır⁴⁵⁶. Amerikan Hukukunda ise Amerikan Yüksek Mahkemesi, bu noktada, paralel davranışların, teşebbüslerin bağımsız davranışlarından değil de uyumlu eylemlerden kaynaklandığının ortaya çıkarılabilmesi için, paralel davranışların yanında birtakım ek faktörlerin (*plus factors*⁴⁵⁷) de varlığını araştırmıştır⁴⁵⁸. Buna göre paralel davranışlar tek başlarına Sherman Act §1, ATA m.81 ve RKHK.m.4 anlamında hukuka aykırılık teşkil etmez. Paralel davranışlar, bağımsız rekabetçi davranışların uyumu halinde meydana gelebilir veya rekabet etmemeye yönelik fikir birliğine dayanmayan bir kararın pazardaki yansımaları olabilir. Gizli bir işbirliğinden bahsetmek için ek vaka veya olayların ortaya konması gerekir⁴⁵⁹.

Türk Rekabet Hukukunda ise, ispat sorunu, RKHK.m.4'de yer alan uyumlu eylem karinesiyle çözülmeye çalışılmıştır. Buna göre, “*Bir anlaşmanın varlığının ispatlanamadığı durumlarda piyasadaki fiyat değişmelerinin veya arz ve talep dengesinin ya da teşebbüslerin faaliyet bölgelerinin, rekabetin engellendiği,*

⁴⁵³ Emarelere dayanan ispat: Kanuni unsurların doğrudan doğruya ispatının mümkün olmaması halinde, bu unsurların gerçekleştiğine dair emare teşkil edecek dolaylı vakaların ortaya konması suretiyle yapılan ispata denir. (ÜSTÜNDAĞ, Saim, Medeni Yargılama Hukuku, C.1-2, 7.bası, Nesil Matbaacılık, İstanbul 2000, s.621; ALANGOYA, Yavuz H./ YILDIRIM, Kâmil/ DEREN-YILDIRIM, Nevhis, Medeni Usul Hukuku Esasları, 6.bası, Alkım Kitabevi, İstanbul 2006, s.323; PEKCANITEZ, Hakan / ATALAY, Oğuz / ÖZEKES, Muhammet, Medeni Usul Hukuku, 5.bası, Yetkin Yayınevi, Ankara 2006, s.410-411; CENGİZ, s.266-267).

⁴⁵⁴ Kavram için bkz. OECD Raporu, s.202 ve 234; “Uyumlu eylemlerin emareler yoluyla ispatı” (İKİZLER, s.288-289); “dolaylı kanıt yöntemi” (CENGİZ, s.267).

⁴⁵⁵ BAKER, s.174-175; “Bu konuda Avrupa Rekabet Hukuku yüksek bir ispat standardı öngörmekte, sadece bir uyum hipotezini kabul etmemektedir.” (BAILEY, David, “Standart of Proof in EC Merger Proceedings: A Common Law Perspective, CMLR 2003, C. 40, s.856).

⁴⁵⁶ Imperial Chemical Industries, Case 48/69, ECR (1972) I-619, p.66.

⁴⁵⁷ Kavram için bkz. OECD Raporu, s.202.

⁴⁵⁸ KOVACIC, s.33; GOYDER, s.72; HOVENKAMP, Antitrust Enterprise, s.131; Ek faktörlere vurgu yapılan başlıca kararlar: US v. Morton Salt Co., 235 F.2d 573, 577 (10.daire 1956), Pittsburg Pilate Glass Co. v.US, 260 F.2d 397, 401 (4.daire 1958), Delaware Valley Marine Supply Co. v. American Tobacco Co., 297 F.2d 199, 205 (3.daire 1961); In Re Baby Food Antitrust Litigation, 166 F.3d 112, 118 (3.daire 1996) [ATIYAS/GÜRKAYNAK, s.99-100'den naklen].

⁴⁵⁹ Modern Home Institute Inc. v. Hartford Accident & Indemnity Co., 523 F.2d. 110 (2. daire 1975); Benzer şekilde; Reserve Supply Corp. V. Owens-Corning Fiberglas Corp., 971 F2d 37, 50 (7. daire 1992); E.I. du Pont de Nemours & Co. v. FTC, 729 F.2d 128,139 (2.daire 1984); Market Force Inc. v. Wauwatosa Realty Co., 906 f.2d 1167,1172-1173 (7.daire 1990); Clamp-All Corp. v. Cast-Iron Soil Pipe Inst. 851 F.2d 478, 484 (1.daire 1988) [KOVACIC, s.33, dn.91'den naklen].

bozulduğu veya kısıtlandığı piyasalardakine benzerlik göstermesi, teşebbüslerin uyumlu eylem içinde olduklarına karine teşkil eder.”. Bu karinenin aksini ispat ise, ilgili teşebbüsün davranışının ekonomik ve rasyonel gerekçelere dayandığını ispatlaması ile mümkündür. (RKHK.m.4/III,IV)

1. Teşebbüsler Arasındaki Bağlantı

Paralel davranışların gözlemlendiği bir pazarda esas sorun, bu davranışların teşebbüsler arasında eşgüdüm oluşturmak amaçlı, diğerlerinin davranışlarını bu yönde etkilemeye yönelik bir bağlantıdan kaynaklandığının tespit edilmesidir⁴⁶⁰. Bu bağlantının doğrudan tespiti, teşebbüsler arasında iletişimin varlığını gösteren yazışmalar, belgeler vb. açık delillerle mümkün olabilir. Ancak salt bir iletişimin varlığı, kendi başına bir uzlaşımın sağlandığını göstermeyecektir. Bu bir uzlaşma fırsatı olarak değerlendirilebilir⁴⁶¹. Önemli olan alışverişi yapılan bilginin niteliğidir. Bu durumda söz konusu yazışma ve belgelerin içerikleri incelenerek, uzlaşmayı kolaylaştıracak surette, mevcut ve gelecekteki pazar politikalarına ilişkin bilgi değişiminin varlığı halinde uyumlu eylem sonucuna ulaşılabilecektir⁴⁶². Bu sebeple, rakiplerin doğrudan iletişim imkanları olması veya bilfiil iletişimde olmaları eşgüdümü kolaylaştıran etkenler içinde sayılmaktadır⁴⁶³.

Ancak, her halükarda bunun, bu kadar doğrudan olması mümkün olmamaktadır. Bazı hallerde, teşebbüsler arasındaki bilgi değişimleri değişik şekillerde meydana gelebilir. Zira, çeşitli iletişim yolları vasıtasıyla bir uzlaşmaya varmak mümkündür⁴⁶⁴. Taraflar arasındaki doğrudan veya dolaylı iletişim, duruma göre, toplantılar yapılması, bilgi değişimi veya bazı bilgilerin piyasaya ilan edilmesi gibi eylemlerle kurulabilir. Kurulan bu iletişimin amacı, teşebbüslerin fiilleri her ne kadar

⁴⁶⁰ NEVEN/PAPANDROPOULOS/ SEABRIGHT, s.56

⁴⁶¹ Seegood Trading Corp. v. Jericco Inc., 924 F.2d 1555, 1574-1575(11. daire 1991); Bolt v. Halifax Hosp. Medical Center, 891 F.2d 810, 827 (11. daire); Market Force, 906 F.2d 1171-1173 (KOVACIC, s.45-47’den naklen).

⁴⁶² Gelecekteki davranışları hakkında bilgi değişimi eşgüdüm sağlamayı kolaylaştırır. Zira, Nash dengesinde herkesin oynayacağı stratejiler verilir. Oysa oynanabilecek çok sayıda strateji ve ortaya çıkabilecek çeşitli dengeler olduğunda hangisinin oynanacağı önceden bilinemez, başka bir deyişle, stratejik belirsizlik vardır. Gelecek pazar politikalarına ilişkin bilgi değişimi bu belirsizliği ortadan kaldırır. (Bkz. KÜHN, Fighting Collusion, s.180-181).

⁴⁶³ BAKER, s.176.

⁴⁶⁴ “İletişimin çeşitli formları ve dereceleri mevcuttur” (BLACK, s.221).

birbirlerine bağımlı olsa da, pazarlarda var olan ve teşebbüslerin rekabet etmelerini sağlayan "belirsizliği" yok etmeye ve pazarı şeffaf hale getirmeye çalışmaktır⁴⁶⁵.

Bir bağlantının varlığından bahsetmek için, tarafların gelecek pazar politikalarını birlikte belirlemeleri gerekmez, sadece rakiplerin davranışlarındaki belirsizliği ortadan kaldıran davranışlar vasıtasıyla eşgüdümlü davranışlar oluşturabilmek gerekir⁴⁶⁶. Bu başlık altında, bu hallerden en sık karşılaşılan bazılarını inceleyeceğiz.

a. Doğrudan Bilgi Değişimi

Ticari hayatta bir sosyal ve ticari ilişkiler düzeyi vardır ki bu, teşebbüslerin çeşitli vesilelerle biraraya gelmesine zemin hazırlar⁴⁶⁷. Sektördeki teşebbüslerin hazır bulunduğu böyle bir ortamda, pazar üzerindeki faaliyetlerin ve bunların sonuçlarının tartışılması halinde, rekabet üzerinde olumsuz etkileri olabilecek bir bilgi değişiminin varlığı gündeme gelebilir⁴⁶⁸.

Bilgi değişimi, teşebbüslerin rekabet üzerinde etkili olabilecek ekonomik faaliyet ve politikaları ile ilgili bilgilerin değişimini yapmaları, bunları paylaşmaları ya da bir diğerine iletmeleri olarak ifade edilebilir⁴⁶⁹. Burada sözü edilen bilgi, geçmiş ve halihazırdaki ekonomik faaliyetlere ilişkin verileri ve geleceğe yönelik pazar politikalarını kapsayacak derecede geniştir⁴⁷⁰.

Türdeş ürünlerin arz edildiği oligopol piyasalarda bu tür bilgi değişimlerinin rekabeti sınırlayıcı etkileri olduğu söylenebilir. Ancak, bilgi değişim sistemleri *per se* rekabete aykırı görülmemiştir⁴⁷¹. Ne de olsa rekabet etmek isteyen teşebbüsler de

⁴⁶⁵ Fırıncılar Federasyonu-Maya Üreticileri, RK. 00-24/255-138, 27.06.2000, s.12; "Pazardaki belirsizlikleri yok ederek eşgüdümü kolaylaştırmak..." (Imperial Chemical Industries, Case 48/69, ECR (1972) I-619, p.118); "(...) ve bu amaçla doğrudan ya da dolaylı iletişim kurmak uyumlu eylem teşkil eder." (Suiker Unie and Others v Commission, Joined Cases 40/73 vs., ECR [1975] I-1663, p.174).

⁴⁶⁶ JONES, Alison, "Wood Pulp: Concerted Practice and/or Conscious Paralellism" ECLR 1993, s.273, 275-276; KÜHN, Fighting Collusion, s.174.

⁴⁶⁷ İKİZLER, s.114.

⁴⁶⁸ LEONE, V.M./ PATRICCIONE, R.M., "Recent Developments Concerning Exchange of Information" EL Rev., 13/1988, s.196 (İKİZLER, s.115'den naklen); Örneğin, Fatty Acids, OJ (1987) L-3, s.17-26, p.39; UK Tractors, OJ (1992) L-68, s.19-33, p.8.

⁴⁶⁹ CENGİZ, s.190.

⁴⁷⁰ LEONE/ PATRICCIONE, s.196 (İKİZLER, s.115'den naklen).

⁴⁷¹ Commission Européenne, VIIème Rapport sur la Politique de Concurrence, Luxembourg 1978, s.19-21.

önlerini görmek ve buna göre strateji belirlemek isteyeceklerdir⁴⁷². Esas olan bu bilginin içeriğidir.

Uyumlu eylemlerin tespit edilmesinde önemli olan teşebbüsler arasındaki bilgi değişimini sağlayan doğrudan ya da dolaylı bir bağlantının ortaya çıkarılmasıdır⁴⁷³. Fakat bu iletişim için pozitif bir iletişim kurma niyeti olmalı ya da diğerinin bu bilgiyi edineceği bilinciyle hareket edilmelidir. Rakiplerinin ticari kararlarını alırken bu bilgiyi göz önünde bulunduracaklarını ve benzer tavırlar takınacaklarını öngörerek kendisinin nasıl davranacağını önceden bildirmek uyumlu eylemdir⁴⁷⁴. Kısaca, iletişim kurma amacı taşıyan bir davranış olmalı, tesadüfen gerçekleşen bir bilgi aktarımı olmamalıdır. Şeffaf pazarlarda bu ayrımı yapmak son derece kritiktir⁴⁷⁵.

Rekabet açısından tehlike, pazarda normal rekabetçi şartlarda bulunmayan bir şeffaflığın teşebbüslerce yapay olarak sağlanmasıdır. Bilgi değişimi ile yapay bir şeffaflık yaratılarak eşgüdümün kurulması ve sürdürülmesi kolaylaştırılmış olur⁴⁷⁶. Bilgi akışı normalde dolaylı şekilde olması gereken çok aşamalı bir süreç iken, bir teşebbüsten diğerine doğrudan sağlanması pazarın normal rekabetçi koşullarında görülemeyecek bir olgudur. İşbirliği görünümü doğurur⁴⁷⁷.

Örneğin, *United States v. Container Corp.* davasında⁴⁷⁸, Amerika'nın güney doğusunda satılan karton kutuların yaklaşık % 90'ını sağlayan onsekiz teşebbüsün davranışları değerlendirilmiştir. Bu teşebbüsler düzenli olmamakla birlikte birbirleriyle iletişim kurmaktadır. Giriş engellerinin düşük ve ürünün homojen olduğu bu piyasada, teşebbüsler telefon görüşmeleri yaparak belirli müşterilere verdikleri fiyatı birbirlerine açıklamaktadır. Bu bilgilere başka şekilde ulaşım imkanı da mevcut değildir. Amerikan Yüksek Mahkemesi, davalılardan her birinin ileride aynı bilgiyi diğerlerinden almak umuduyla, yani bir karşılıklılık bilinciyle hareket

⁴⁷² CENGİZ, s.190.

⁴⁷³ "Bilgi değişiminin varlığı yahut planlanması halinde, görünürde hiçbir bağlantı olmasa dahi, uyumlu eylem oluşur." (*Züchner v Bayerische Vereinsbank AG.*, C-172/80, p.14,21); Gazete kararı RK.00-26/291-161, 17.07.2000, s.15.

⁴⁷⁴ *Pre-Insulated Pipes*, OJ (1999) L-24/1, p.129-134.

⁴⁷⁵ GOYDER, s.74.

⁴⁷⁶ *UK Tractors*, OJ (1992) L-68, s.19-33, p.51.

⁴⁷⁷ BEESER, S., "Strategische Allianzen im EU-Wettbewerbsrecht" Hallstadt, 1995 (İKİZLER, s.122'den naklen).

⁴⁷⁸ 393 U.S. 333, 355 (1969).

ettiğini belirterek, satış fiyatlarına ilişkin bilgi değişiminden taraflar arasında gizli bir anlaşma olduğu sonucuna ulaşmıştır.

Bilgi değişimi, kendi başına uyumlu eylemlere neden olabilir⁴⁷⁹. Pazar stratejilerinden rakiplerin haberdar olması ve bu sayede karşılıklı etkileşime girilmesini sağlar⁴⁸⁰. Uyumlu eylemlerde bilgi değişimi, bizzat onun esaslı unsurlarından birinin gerçekleştiğini, teşebbüslerin yakınlaştığını gösterir. Aynı zamanda kolaylaştırıcı bir etken olarak, dayanışma kurmaya yahut mevcut dayanışmayı sürdürmeye hizmet eder⁴⁸¹.

Örneğin, Beton kararında Rekabet Kurumu, pazar paylarına ve satış miktarlarına ilişkin bilgi değişiminin, hazır beton pazarı gibi oligopol bir yapıda şeffaflığı artırarak rekabeti sınırlayıcı bir etki yaratacağını belirtmiş ve uyumlu eylem bulunduğunu kabul etmiştir⁴⁸².

b. Dolaylı Bilgi Değişimi Sağlayan Yöntemler

aa. Toplantılara Katılma

Dayanışma, anlaşma ya da kararlara nazaran daha düşük seviyede bir şekil gerektirir⁴⁸³. O halde, uyumlu eylemlerin varlığı ancak, pazardaki operasyonların detaylı incelenmesi sonucu tespit edilebilir. Bu bakımdan incelendiğinde, toplantılara katılma da teşebbüslerin karşılaştıkları bir ortam olmanın ötesinde bir bağlantı teşkil edebilir. Zira, doğrudan ya da dolaylı bilgi değişimini sağlayarak gelecekteki belirsizlikleri önler ve rakiplerinin takip edeceği açığa çıkan politikalarını önceden anlayabilme ve pazar politikalarını etkileyebilme olanağı sağlar⁴⁸⁴.

Bu bakımdan, toplantılara katılmak, pazarda yapay bir şeffaflık sağlamaya yardımcı olur ve bu suretle işbirliğini kolaylaştırır⁴⁸⁵. Rekabet Kurumu'na göre, işbirliği ve

⁴⁷⁹ Fatty Acids, OJ (1987) L-3, s.17-26, p.37; Toplantıların uyum kanıtı olduğuna dair Polypropylene, OJ (1986) L-230/1, p.15 vd.

⁴⁸⁰ ALESE, s.380; “teşebbüslerin ileriye dönük fiyat hareketlerini rakiplerine bildirmeleri teşebbüsler arası bir anlaşma veya uyumlu eylemin göstergesi olabilmektedir.” (Yaş Ekmek Mayası kararı, RK. 02-46/557-227, 01.08.2002, s.3).

⁴⁸¹ İKİZLER, s.123-124.

⁴⁸² Beton kararı, RK. 04-77/1109-278, 02.12.2004, s.12, str.572-576; Danıştay'ın iptal kararı üzerine verilen Beton kararı, RK. 06-77/991-286, 19.10.2006, s.12, str.559-564.

⁴⁸³ Imperial Chemical Industries, Case 48/69, ECR (1972) I-619, p.64.

⁴⁸⁴ Shell, T-11/89, ECR (1992) II-757, p.301-302.

⁴⁸⁵ Shell, T-11/89, ECR (1992) II-757, p.301-302.

yapılan toplantılar, firmalar arasında rekabetin temelini oluşturan "bağımsız olarak karar alma" gerekliliğini ortadan kaldırmaktadır. Her firmanın içinde bulunduğu pazarın gereklerine göre davranışlarını belirleme özgürlüğü ticari hayatın bir gereğidir. Ancak, tarafların bir araya gelerek piyasa sistemi tarafından belirlenmesi gereken fiyat gibi unsurlar konusunda karar vermeleri, rakip firmanın gelecekte nasıl davranacağına bilinmemesi nedeniyle var olan belirsizliğin ortadan kaldırılması, piyasadaki aktörlerin, talep yönlü etkileri kararlarında dikkate almayacakları anlamına gelmektedir. Bu durum da piyasa sisteminin işleyişini engellemektedir. Bu, rekabetin engellendiği piyasaların tipik bir örneğini oluşturur⁴⁸⁶.

Bunun yanında, aynı pazardaki şirketler arasında yapılan ticari toplantılar ve bilgi değişimi, rakiplerin geleceğe ilişkin kararlarını daha tahmin edilebilir kıldığından ve uygun fiyat seviyelerine göre ortak ana hatlar sağladığından oligopolistik fiyat ayarlamasını da kolaylaştırabilir⁴⁸⁷.

Bu toplantılardan sonra firmanın üzerinde uzlaşılan davranışı sergilememesi ihlalin varlığını ortadan kaldırmamaktadır. Bu yaklaşımın nedeni, toplantılara katılarak rakiplerinin fiili durumlarına, uygulayacakları fiyatlara ve ticari hedeflerine ilişkin bilgi edinen bir firmanın, kendi politikalarını belirlerken elde ettiği bu bilgiyi görmezlikten gelemeyecek oluşu, dolayısıyla teşebbüslerin bu eylemlerinin çeşitli etkilerinin ortaya çıkacağı düşüncesidir⁴⁸⁸.

bb. Tavsiyeler

Bilgi değişimlerinde teşebbüsler kendi politikaları ile ilgili bir bilgiyi karşı tarafa aktarırlar. Bu bilgi mevcut satış ya da üretim miktarlarını ya da teşebbüsün gelecek pazar politikalarını gösteriyor olabilir. Tavsiyelerde ise, teşebbüslerden birinin ya da üçüncü bir kişinin bir diğer teşebbüsün politikaları ile ilgili görüş ve düşünceleri ön plandadır. Tavsiye, niteliği itibariyle, bağlayıcı olmayan, ancak belirli bir politikanın uygulanmasının yararlı olacağı noktasında karşı tarafa yapılan bir beyandır. Tavsiyelerin karşılıklı ya da tek bir odaktan gerçekleşmesi mümkündür. Uyuma

⁴⁸⁶ Gazete kararı, RK. 00-26/291-161, 17.07.2000, s.21-22.

⁴⁸⁷ Gübre kararı, RK. 02-07/57-26, 08.02.2002, s.54-56.

⁴⁸⁸ Danıştay'ın iptal kararı üzerine verilen Yonga ve Lif Levha Üreticileri kararları, RK. 05-85/1181-335, 19.12.2005, s.27, str.1249-1266; RK. 05-85/1182-336, 19.12.2005, s.26, str.1179-1220; RK. 06-29/365-94, 24.4.2006, s.26; RK. 06-29/364-93, 24.4.2006, s.27, str.1234-1251; RK. 06-35/441-113, 22.5.2006, s.27, str.1228-1245; Aynı şekilde Rhone-Poulenc SA v. Commission (Polypropylene olayının temyiz davalarındandır.) T-1/89 etc., ECR (1991) II-867, p.107-110.

neden olan tavsiyeler, doğrudan doğruya bir başkasının pazar politikalarına nüfuz etmeye yöneliktir. Rekabet Hukuku bakımından caiz görülmeyen ise, satış fiyatının, ilgiliye bağımsız hareket etme imkanı tanımayacak derecede belirlenmesidir⁴⁸⁹.

Örnek olarak, Rekabet Kurumu, tavsiye niteliğinde taban fiyat listelerinin yayınlanmasını incelendiği bir kararında, RKHK m.4'e aykırılığı tespit etmiştir. Buna göre, *“Reklamcılar Derneği taban fiyat listesi, reklam ajanslarının rakiplerinden bağımsız olarak müşterileriyle yaptıkları anlaşmalara göre değişen oranlarda indirimler yapılarak uygulandığından, fiili olarak bir uyumlu eylemden söz etmek zor görünmektedir. Ancak, söz konusu listenin gerek ajanslarca gerekse de reklam verenlerce üzerinden pazarlık yapılabilecek bir kıstas olarak algılanması, Reklamcılar Derneği'nin yayınladığı taban fiyat listesinin, bağlayıcılığı olmasa da piyasaya fiyatların ne yönde oluşması gerektiği yönünde bir sinyal gönderme işlevini yüklenme potansiyeli taşıdığını göstermektedir. Dolayısıyla söz konusu liste yürürlükte kaldığı müddetçe, fiyatların listenin belirlediği skala etrafında yoğunlaşarak uyumlu eyleme yol açma ihtimali geçerliliğini sürdürecektir.”*⁴⁹⁰.

Antlaşmanın 81/III maddesinin Dikey Anlaşma ve Uyumlu Eylemlere Uygulanmasına ilişkin 22.12.1999 tarihli Komisyon Tüzüğü'ne⁴⁹¹ göre, teşebbüslerin baskı veya teşvikleri ile desteklenmeyen satış fiyatı tavsiyeleri, satış fiyatlarının bağımsız belirlenmesi ilkesine aykırı görülmemiştir.

Komisyonun Dikey Sınırlamalar Hakkındaki Rehberi'nde⁴⁹² ise, grup muafiyetinin dışında kalan ağır rekabet sınırlamaları, yeniden satış fiyatının tespitine yönelik, amacı ya da etkisi doğrudan veya dolaylı olarak sabit fiyatın veya minimum fiyatın tespiti olan anlaşma ya da uyumlu eylemlerdir.

Rekabet Kurulu'nun 2002 tarihli Dikey Anlaşmalara ilişkin Grup Muafiyeti Tebliği'nde⁴⁹³ de tavsiyelere ilişkin benzer düzenlemeler getirilmiştir. Buna göre; bir malı satmak üzere alanların, kendi satış fiyatlarını belirleme serbestisinin engellenmesi yasaktır.

⁴⁸⁹ İKİZLER, s.125-127.

⁴⁹⁰ Reklamcılar Derneği kararı, RK. 02-45/530-219, 25.07.2002, s.9-10.

⁴⁹¹ Commission Regulation (EC) no.2790/1999 of 22 December 1999 on the Application of 81/III of the Treaty to Categories of Vertical Agreements and Concerted Practices OJ 1999 L 336/21, m.4/a.

⁴⁹² Commission Notice- Guidelines on Vertical Restraints, OJ 2000, C-291/1.

⁴⁹³ Dikey Anlaşmalara ilişkin Grup Muafiyeti Tebliği, No.2002/2, RG. 14.7.2002, S. 24815.

cc.Kamuya Yönelik Duyurular

Kamuya yönelik duyurularla diğer bilgi değişimleri arasındaki temel fark, ilişkinin pazarın karşı tarafını da içine alacak şekilde genel olduğu ve duyuru muhatabının yalnızca rakip teşebbüsler değil, pazarın kendisi ya da pazarın tarafları olduğudur. Kamuya yapılan duyurularda bu bilgi yalnızca rakiplere değil, toptancılara, yeniden satıcılara, alıcılara ve tüketicilere kadar yayılmış olur.

Kamuya yönelik duyuruların konusu gelecek pazar politikalarıdır. Kamuya yönelik duyurulardan teşebbüslerin amacı, pazarda uygulamayı düşündükleri politikayı rakiplerine önceden açığa vurmak olarak düşünülebilir. Ancak bunların amacı, tamamen işbirliği amacından uzak bir şekilde, yeni pazar uygulamasından kamuyu bilgilendirmek de olabilir⁴⁹⁴.

Buna karşın, kamuya yapılan duyurular yoluyla gizli pazarlıklar, uyum çabaları da yürütülebilir. Geçmiş ve gelecekteki talep ve maliyetin açıklanması, gelecek fiyatlandırmalar hakkında bilgilendirme, arz ve fiyat üzerine beklenti veya temennilerde bulunma gibi davranışlar, bir bakıma irade uyuşmasına yönelik, duyuruyu takip eden rakip teşebbüsler için satır aralarına serpiştirilmiş, açıklayıcı alt metinler içeren yol gösterici davranışlar olarak da değerlendirilebilir⁴⁹⁵.

ATAD, Dyestuffs kararında, teşebbüslerin, birbirlerine oldukça yakın zamanlarda benzer artış oranları içeren fiyat duyurularında bulunmalarını tesadüfi olmaktan uzak görmüştür. Bu duyurulardaki artış oranlarının normal koşullarda birbirlerine yakın olması oldukça zordur; Çünkü çok sayıda teşebbüsün bulunduğu ve farklı fiyat özelliklerinin görüldüğü bir pazar söz konusudur. Karara göre, bu denli eş zamanlı, birbirine benzer ve yaygın fiyat duyurularının varlığı işbirliğine işaret eder. Buna göre, fiyat ilanları pazarı yapay yollarla şeffaf kılar ve teşebbüslerin fiyat artışları da dahil olmak üzere gelecekteki politikalarındaki belirsizlikleri ve bağımsız davranış değişikliklerine dair riskleri ortadan kaldırır⁴⁹⁶, bağımsız hareketi önler⁴⁹⁷. Pazardaki diğer oyunculara, teşebbüsün gelecekteki fiyat politikalarını açıklar ve davranışların

⁴⁹⁴ İKİZLER, s.130.

⁴⁹⁵ AREEDA/KAPLOW, s.257.

⁴⁹⁶ Imperial Chemical Industries, Case 48/69, ECR (1972) I-619, p.101-103.

⁴⁹⁷ Imperial Chemical Industries, Case 48/69, ECR (1972) I-619, p.112.

birlikte düzenlenmesini kolaylaştırarak, oligopol pazarlarda gizli işbirliğinin oluşumuna zemin hazırlar⁴⁹⁸.

Elbette ki, her zaman bir teşebbüsün geleceğe ilişkin bir plan ya da politikasını değiştirmesi mümkündür. Ancak kamuya yapılan bir duyuru, tüm kamuoyunda belirli bir politikanın izleneceği konusunda beklenti yaratır. Ticari itibarını korumak isteyen bir teşebbüsün, ilan ettiği politikalardan vazgeçerek kendi açıklamalarına ters düşen davranışlara girişmesi, yalnızca rakiplere yapılan bir duyuru ya da bilgilendirmeden vazgeçmekten çok daha güç olacaktır⁴⁹⁹.

Görüldüğü kadarıyla önceden duyuruların tek başına bağlantıyı sağlaması için, ilk duyuruyu başka duyuruların takip etmesi, duyurular arasında zamansal bir yakınlık olması ve içeriklerinin birbirleri ile aynı ya da büyük ölçüde benzer olması önem kazanır.

Bir politikanın uygulanacağı yahut uygulanmasının düşünüldüğü zamandan çok önce duyurunun yapılması da uyumlu eylemlere neden olabilir. Belirleyici olan, duyuruda bulunanların duyuruları ile buna uygun yeni pazar davranışları arasında, rakip teşebbüslerin tepkilerini uygulamaya geçmeden önce görebilecekleri kadar bir zaman aralığı bırakmalarındır⁵⁰⁰.

Kağıt hamuru piyasasına ilişkin yaptığı bir incelemede Komisyon, fiyat duyurularının ve ardından fiyat artışlarının eşzamanlı yapıldığını tespit etmiş ve bunu rekabet ihlali olarak değerlendirmiştir. Bu karara göre, pazarda fiyat duyuruları yoluyla yapay bir şeffaflık doğmaktadır ve her bir üretici bir diğerinin fiyat uygulamalarına ilişkin hızlı bir şekilde bilgi edinebilmektedir⁵⁰¹.

Kamuya yönelik duyurular hakkında ATAD'ın görüşleri Wood Pulp II kararında açıkça görülmektedir. Buna göre, kamuya yönelik duyurular tek başına uyumlu eylem için yeterli görülmemiştir. ATAD öncelikle fiyat duyurusunun kendisini bir pazar davranışı olarak nitelendirmiş⁵⁰² ve bu davranışı, rakiplerinin hangi eyleme

⁴⁹⁸ JONES/SUFRIN, s.825.

⁴⁹⁹ İKİZLER, s.131.

⁵⁰⁰ İKİZLER, s.132.

⁵⁰¹ Ahlström Osakeyhtiö and others v Commission, Joined Cases 89/85 vs., ECR (1993) I-1307, OJ (1985) L 85/1, 26/03/1985, p.118.

⁵⁰² Buradaki ilanlar, müşterilerin (kağıt üreticilerinin) kendi maliyet hesaplarını yapabilmeleri ve ticari riskleri azaltmak için doğan bilgi ihtiyacını karşılamak için yapılmıştır. Bu da paralel davranışlar için

girişecekleri hakkında her bir teşebbüsün taşıdığı emin olamama durumunu azaltmaya elverişli bulmamıştır. Haliyle tek başına fiyat duyuruları teşebbüslerin ileride izleyecekleri pazar politikaları açısından pazarda bulunan belirsizlik durumunu azaltmamaktadır⁵⁰³.

ATAD, fiyat duyurularında ekonomik bir menfaatin de bulunduğunu kabul etmiştir. Buna göre, ilgili pazar üreticiler ile müşteriler arasında uzun dönemli ilişkilerin söz konusu olduğu bir pazardır ve bu nedenle hem alıcı hem de üretici ve satıcılar açısından fiyat duyuruları yoluyla ticari risklerin sınırlanması ya da azaltılmasında makul görülebilecek bir menfaat söz konusudur⁵⁰⁴. Dolayısıyla kamuya yönelik duyurularla bir pazar şeffaflığı sağlansa dahi bu şeffaflık, ATAD tarafından pazarın olağan işleyişi içinde görülmekte ve doğal karşılanmaktadır. Makul ve ticari gerekçesi olan bir davranış, teşebbüsün pazar koşullarına kendini makul şekilde uyarlamasının hukuken engellenmeyeceği ilkesi⁵⁰⁵ uyarınca yasak kapsamına girmeyecektir⁵⁰⁶.

Rekabet Kurumu da eşzamanlı olarak benzer katalog fiyatlarının ilan edilmesini incelediği bir kararında, bu fiyatların müşterileri bilgilendirmek amacıyla duyurulmasının zaruri olduğunu ve bunların sadece pazarlık yapmak için bir referans noktası teşkillettiğini, asıl fiyatın pazarda belirlendiğini tespit etmiş ve RKHK.m.4 anlamında bir ihlalin söz konusu olmadığına karar vermiştir⁵⁰⁷.

makul ve mantıklı bir açıklama sunmaktadır. (Ahlström Osakeyhtiö and others v Commission, Joined Cases 89/85 vs., ECR [1993] I-1307, p.126).

⁵⁰³ Ahlström Osakeyhtiö and others v Commission, Joined Cases 89/85 vs., ECR (1993) I-1307, p.64-65; VAN GERVEN, Gerwin /VARONA, Navarro E., "The Wood Pulp Case and The Future of Concerted Practices", CMLR 1994, No.31, s.595; GOYDER, s.75-76; YÜKSEL, s.42 vd.

⁵⁰⁴ Ahlström Osakeyhtiö and others v Commission, Joined Cases 89/85 vs., ECR (1993) I-1307, p.126

⁵⁰⁵ Suiker Unie and Others v Commission, Joined Cases 40/73 vs., ECR (1975) I-1663, p.174.

⁵⁰⁶ Ahlström Osakeyhtiö and others v Commission, Joined Cases 89/85 vs., ECR (1993) I-1307, p.71-81.

⁵⁰⁷ "(...) bu üç teşebbüsün de, kataloglarda ilan ettikleri fiyatlardan satış yaptıklarına dair bir belge ele geçirilememiştir. Aksine, bu üç teşebbüsün de, katalogdaki fiyatları, bir başlangıç ve referans rakamı olarak belirledikleri, bunun üzerinden değişik yüzde oranları içerisinde ve çeşitli adlar altında değişik indirimler uyguladıkları tespit edilmiş, buna karşılık, bu indirim nedenlerinin ve oranlarının, müşterilerle pazarlık yapmalarını engelleyecek ve serbest piyasa koşullarını bozacak biçimde rakipler arasında anlaşma ya da uyumlu eylem yoluyla belirlendiğine dair herhangi bir delil elde edilememiştir. Esasen re'sen açılan soruşturma sadece katalog fiyatlarının aynı olması olgusuna dayandığı gibi, teşebbüslerin birbirleriyle kıyasıya rekabet etmeleri sonucunda %80-85'lere varan çeşitli oranlarda indirimlerin uygulanması nedeniyle, katalog fiyatlarının birbirleriyle aynı olmasının rekabeti bozucu pratik bir yanının kalmadığı savunmalarını teyit eder belgelerin bulunduğu dikkate alınarak; (...) rekabeti bozma amacıyla veya bu sonucu doğuran anlaşma yapma ya da uyumlu eylemde bulunma fiilinin bu teşebbüsler yönünden gerçekleşmemiş olduğu kanaatine ulaşılmıştır." (DTV-SATEL-BİMAŞ-MEPAŞ-PRIME kararı, RK. 00-4/41-19, 01.02.2000, s.20-21).

2. Dolaylı İspat Yönteminin Uygulanması

Uyumlu eylemlerin incelenmesinde, toplanan delillerde teşebbüsler arası bir bağlantının varlığına işaret eden ve bu bağlantıya dayanarak eylemlerde bulunduğu dair açık ifadeler yer aldığı takdirde doğrudan ispat gerçekleşmiş olur⁵⁰⁸. Ancak, pekçok durumda, uyumlu eylemlerin gizli yöntemlerle gerçekleştirilmesi sebebiyle bağlantıya işaret eden doğrudan delillerin bulunması mümkün olmamaktadır⁵⁰⁹. Bu durumda, doğrudan ispat yöntemi etkisiz kaldığından, uyumlu eylemin gerçekleşmiş olduğuna dair emare teşkil edecek dolaylı olguların ortaya konması suretiyle dolaylı ispat yöntemine başvurulması gerekliliği kendini göstermiştir⁵¹⁰.

Bu sebeple, ilk olarak Amerikan Rekabet Hukukunda, paralel davranışların ne zaman gizli bir işbirliğinden, ne zaman tarafların bağımsız tek taraflı kararlarından oluştuğunu ayırtedebilmek maksadıyla “ek faktörler” (*plus factors*) yaklaşımı gelişmiştir⁵¹¹.

Ek faktörler, işbirliği sonucuna ulaşmanın makul ve mantıklı olup olmadığını değerlendirmede kullanılmakta ve Amerikan mahkemelerinin bu ek faktörleri geniş veya dar bir şekilde tanımlamak konusunda geniş takdir yetkileri bulunmaktadır⁵¹². Buna göre mahkemeler, birlikte hareket edildiğine kanaat getirir ve Sherman Act §1 uygulamasına aykırılığı tespit ederken, salt paralelliğin ötesine geçen, hareketlerin birbirinden bağımsız olmadığını ve makul bir komplonun varlığını tespit etmeye yönelik “ek faktörler” aramaya başlamışlardır⁵¹³.

Avrupa Rekabet Hukukunda ise, mevzuatta bu konuda bir düzenleme yer almamasına rağmen, uygulamada dolaylı ispat yöntemi, içtihatlarla kabul edilmiştir. Buna göre, pazarın ekonomik bir analizi yapılarak, somut olayın özellikleri de dikkate alınarak işbirliğine işaret eden olgular bir bütün halinde⁵¹⁴ incelenecektir.

⁵⁰⁸ İKİZLER, s.288.

⁵⁰⁹ CENGİZ, s.268.

⁵¹⁰ HOVENKAMP, Federal Antitrust Policy, s.172; KÜHN, Fighting Collusion, s.174.

⁵¹¹ YAO/ DESANTİ, s.117; HOVENKAMP, Federal Antitrust Policy, s.173.

⁵¹² KOVACIC, s.34.

⁵¹³ Dunnivant v. Bi-State Auto Parts, 851 F.2d 1575, 1583 (11. daire 1988); Wilcox v. First Interstate Bank, 815 F.2d 522, 525-526 (9.daire 1987); Royal Drug Co. v. Group Life & Health Ins. Co., 737 F.2d 1433, 1437 (5.daire 1984).

⁵¹⁴ “Delillerin bütün olarak değerlendirilmesi ilkesi” (STEVENS, s.72).

Türk Hukukunda ise, ispat sorunu, RKHK.m.4/III ile getirilen uyumlu eylem karinesi ile aşılmaya çalışılmıştır.

a. Amerikan Rekabet Hukukunda Ek Faktörler

Amerikan Hukukunda Sherman Act Section I uygulaması, rekabet karşıtı eylemlerin gizliliğe bürünmeleri ve ispat hiyerarşisinin en üstünde olan doğrudan delillere ulaşamaması sebebiyle dolaylı delilleri kabul etmektedir⁵¹⁵. Bu deliller, pazarın yapısı ve teşebbüslerin davranışlarının incelenmesi sonucu ortaya çıkacaktır. Gizli anlaşmaların ve uyumun tespiti konusunda ortaya atılan bu çözüm yolu kendi içinde sorunlar barındırmaktadır. En temel sorun, hangi davranış tiplerinin anlaşma teşkil edeceği ve bu anlaşmanın mahkemelerde nasıl ispat edileceğidir⁵¹⁶. Amerikan Yüksek Mahkemesi'ne göre teşebbüsler arası uyumun ispatında, teşebbüslerin davranışlarının bağımsız olması ihtimalini ortadan kaldıracak bir delil olmalıdır. O halde doğrudan ya da dolaylı delillerin, hukuka aykırı bir amaç doğrultusunda önceden çizilmiş, planlanmış bir şemaya bilinçli katılımı makul şekilde kanıtlanması gerekmektedir⁵¹⁷.

aa. İşbirlikçi Davranış İçin Makul ve Mantıklı Bir Saikin Varlığı

Amerikan Rekabet Hukukunda Amerikan Yüksek Mahkemesi, ekonomik açıdan anlamlı olmayan gizli bir anlaşmanın ispatlanabilmesi için bağımsız davranmış olma ihtimallerini ortadan kaldıran delillerin mevcudiyetini aramaktadır⁵¹⁸. First National Bank of Arizona v Cities Service Co. davasında Amerikan Yüksek Mahkemesi, paralel davranışın sadece tarafların uyumlu bir şekilde davranmak için mantıklı bir gerekçelerinin olduğunun tespiti halinde anlaşma sonucunu destekleyebileceğini belirtmiştir⁵¹⁹.

Matsushita Electrical Industrial Co. v. Zenith Radio Corp. davasında ise, Amerikan Yüksek Mahkemesi Japon teşebbüslerinin Amerika pazarında yıkıcı fiyat uygulamalarının ekonomik açıdan mantıklı olmadığını, diğer bir deyişle davalıların

⁵¹⁵ KOVACIC, s.18.

⁵¹⁶ KOVACIC, s.7.

⁵¹⁷ Monsanto Co. v. Spray Rite service Corp., 465 US 752, 768 (1984); Aynı şekilde Matsushita Elec. Co. v. Zenith Radio 475 US 574, 588 (1986).

⁵¹⁸ MONTI, Giorgio, "Oligopoly: Conspiracy? Joint Monopoly? or Enforceable Competition?", World Competition, C.19, no.3, s.71.

⁵¹⁹ First National Bank v. Cities Service Co., 391 US 253, 286-287 (1968).

bu konuda gizli bir anlaşmaya girmelerinin makul olmadığını belirtmiştir⁵²⁰. Kanaatimce bu gerekçe şu açıdan önem arz eder: Kararda, pazarın uyumlu davranış için mantıklı koşullar sunmaması, işbirliği saikinın böylesi bir pazarda mantıksız olması sebebiyle, aksine kuvvetli bir delil olmadıkça bu pazarda işbirliği olmadığına hükmediliyor. Gerekçe, davranıştaki paralelliğe rağmen pazar koşullarının işbirliğine müsait olmamasıdır.

Yao ve Desanti'ye göre, tarafların anlaşmak için bir nedenlerinin olması, anlaşma sonucuna ulaşmak için gerekli olmakla birlikte yeterli değildir⁵²¹.

bb. Birlikte Uygulanmadığında Teşebbüsün Çıkarına Aykırı Olan Davranışlar

Bir teşebbüsün çıkarına olan bir sonuç, bazı hallerde ancak belirli bir davranışın bütün teşebbüslerce uyum halinde yapılması ile ortaya çıkar⁵²². Bu davranışın tek taraflı olarak yapılması çıkar sağlama sonucunu doğurmayacağı için, ancak birlikte hareket edildiği takdirde mantıklı hale geldiği düşünülebilir⁵²³. Bu sebeple, genel olarak makul ticari bir açıklaması olmadıkça işbirliği saikinden kaynaklandığı düşünülebilir. Başka bir deyişle, gizli bir anlaşmadan kaynaklandığı iddia edilen davranışın, rakip teşebbüslerle birlikte uyum içinde hayata geçirilmesi halinde teşebbüsün yararına olup olmadığı, diğer bir deyişle davranışın tek taraflı uygulanması halinde teşebbüsün çıkarlarına zarar verip vermeyeceği dikkate alınan ek faktörlerden biridir⁵²⁴.

Kovacic, birlikte uygulanmadığı takdirde teşebbüslerin kendi çıkarlarına ters düşen davranışlarına örnek olarak, teşebbüslerin pazardaki arz ve talep koşullarında ortaya çıkan değişmelere makul tepkiler vermemelerini göstermektedir⁵²⁵. Azalan ya da durağan seyreden talebe ve maliyetlere karşın, pazar göstergelerinin işaret ettiği mantığın aksine olarak, teşebbüslerin fiyat artırımına gitmeleri anlaşma sonucuna ulaşılmasında dikkate alınacaktır⁵²⁶.

⁵²⁰ 175 US 574-575 (1986).

⁵²¹ YAO/DESANTI, s.118.

⁵²² Interstate Circuit, 306 US 222 : “yeterli bir ortak eylem olmaması, iş ve peştemaliye (*goodwill*) kaybına yol açacaktır. Oysa ortak eylemin varlığı, kâr elde etme imkanı sağlar.”.

⁵²³ HOVENKAMP, Federal Antitrust Policy, s.172.

⁵²⁴ “(...) teşebbüslerin bilinçli paralelliğe kendi çıkarları aleyhine bağlandıklarını ispat edilmesi gerekir.” Cayman Exploration Corp. v. United Gas Pipeline Co. 873 F.2d 1357, 1361 (10. daire 1989).

⁵²⁵ KOVACIC, s.41.

⁵²⁶ American Tobacco, 328 US 781, 805; Aynı yönde, MONTI, Oligopoly, s.68.

Örnek olarak, C-O- Two Fire Equipment v. United States davasında ise mahkeme, gizli anlaşma sonucuna ulaşırken, davalıların pazarda üretim fazlası olduğu dönemlerde fiyat artırmalarını özellikle dikkate almıştır⁵²⁷. Bond Crown&Cork Co. v. FTC davasında ise teşebbüslerin talep ve arzda ortaya çıkan değişmelere rağmen ve alıcı ve satıcı teşebbüslerin farklı yerlerde olmalarına karşın uyguladıkları fiyatlarda görülen benzerlik ve katılık gizli anlaşma sonucuna ulaşılmasında etkili olmuştur⁵²⁸.

Ball v. Paramount Pictures Inc. davasında davacı sinema sahibinin, dağıtıcılara, dağıtıcıların iş yaptıkları diğer sinema işletmecilerine göre çok daha iyi teklifler götürmesine karşın, ilk kez gösterime girecek filmleri tedarik edememesi, mahkemenin gizli anlaşma sonucuna ulaşmasında etkili olmuştur⁵²⁹.

Interstate Circuit kararında ise Amerikan Yüksek Mahkemesi, teşebbüslerden her birinin, diğer teşebbüslerin de plana katılımının istendiği bilgisini taşıması, bu planın başarısı için işbirliğinin şart olduğunun, aksi takdirde rakiplerin buna uymaması halinde zarara uğrayacağını bilmesi ve öngörülen davranışa uymak için herhangi mantıklı bir ticari sebebin olmaması halinde, bu plana uygun davranmak suretiyle yeknesak davranış kalıplarına girmenin işbirliğine işaret ettiğine karar vermiştir⁵³⁰. Aynı kararda Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin işbirliğinin ispatı açısından dayandığı önemli bir nokta da teşebbüslerin bu mektup ve peşi sıra gerçekleşen görüşmeler sonucunda yerleşmiş ticari uygulamalardan vazgeçmiş olmalarıdır.

İncelenen davranışın “ticari ve ekonomik gerekçe”den yoksun olmasının önem arz ettiği bir diğer dava ise Tobacco kararıdır⁵³¹. Bu olayda, piyasanın büyük kısmını elinde tutan üç şirket 20 yıldır aynı fiyat listeleri ve indirimler yapmaktadır. Aynı süreç içinde ise piyasa koşulları uzun süre aynı kalmamış, önemli maliyet düşüşleri, durgunluk zamanları olmuştur. Amerikan Yüksek Mahkemesi de herşeye rağmen aynı fiyat uygulanmasında ekonomik gerekçe bulamamıştır.

⁵²⁷ C-O- Two Fire Equipment, 344 U.S. 892 (1952).

⁵²⁸ Bond Crown&Cork Co. v. FTC, 176 F.2d 974 (4. daire1949).

⁵²⁹ Ball v. Paramount Pictures Inc., 169 F.2d 317 (3d Cir. 1948).

⁵³⁰ Interstate Circuit Inc. v. US, 306 US 208, 221-223 (1939).

⁵³¹ American Tobacco Co. v. United States, 328 US 781, 805 (1946).

Baker'a göre, teşebbüslerin davranışları için makul ticari bir gerekçe ileri sürmeleri, başka delillerin de varlığı halinde genellikle teşebbüsler arasında bir anlaşma olduğu iddiasını tek başına çürütmeye yetmemektedir⁵³².

cc. Kolaylaştırıcı Eylemlere Başvurulması

OECD Raporu'nun ABD bölümünde, kolaylaştırıcı eylemler, teşebbüslerin gelecekteki stratejilerine ilişkin belirsizlikleri ortadan kaldırarak aralarındaki uzlaşmadan sapma eğilimlerini azaltan, böylece oligopolistik bağımlılığın ve kartel benzeri sonuçların ortaya çıkmasını kolaylaştıran faaliyetler olarak tanımlanmaktadır⁵³³.

Kolaylaştırıcı eylemler, işbirlikçi görünümü engelleyen yahut ortadan kaldıran faktörlerin etkisini azaltmak yahut sınırlamak ve işbirlikçi sonuçları desteklemek amacıyla kullanılan yöntemlerdir⁵³⁴. Örneğin, aldatmaca yoluyla elde edilen kârın sınırlanması, cezalandırma mekanizmasının daha isabetli ve etkili çalışmasının sağlanması amacıyla rakiplerin davranışlarının takip edilerek aldatmacanın hızlı tespiti için çeşitli yöntemler kullanılması, eşgüdümün korunmasını kolaylaştırır. Bu sebeple, Yao ve Desanti'ye göre, teşebbüslerin kolaylaştırıcı eylemlere girişmeleri tek başına teşebbüslerin kolaylaştırıcı eylemleri uygulamak üzere anlaştıkları anlamına gelebileceği gibi, fiyat tespitine yönelik bir anlaşmanın dolaylı delili de olabilir⁵³⁵.

Bundan başka, kolaylaştırıcı yöntemlerden en önemlileri, fiyat veya arza ilişkin bilgi değişimi, ürünlerin veya satış koşullarının yeknesaklaştırılması, teslim fiyatlandırılması sistemleri, dikey entegrasyon, fiyatları sabitlemeye yönelik çeşitli tedbirler olarak düşünülebilir⁵³⁶.

Bunlar, teşebbüslerin eşgüdüm halinde hareket etme kabiliyetlerini artıran davranışlardır⁵³⁷. Bir bağlantının kurulmasına hizmet ederler⁵³⁸. Buna en basit örnek, karşılıklı bilgi değişimidir. Örnek olarak, kereste sektöründe üçyüzaltmışbeş

⁵³² BAKER, s.177, dn.68; Aksine görüş için bkz. STEVENS, s.56.

⁵³³ OECD Raporu, s.204; Aynı şekilde, HOVENKAMP, Federal Antitrust Policy, s.168; CENGİZ, s.187.

⁵³⁴ FAULL/NIKPAY, s.31, p.1.98; HOVENKAMP, Antitrust Enterprise, s.132.

⁵³⁵ YAO/DESANTI, s.120.

⁵³⁶ HOVENKAMP, Federal Antitrust Policy, s.176.

⁵³⁷ FTC v. Cement Institute, 333 US 683, 710-713 (1948); KORAH, s.55.

⁵³⁸ BLACK, s.225.

teşebbüsün katıldığı bir bilgi değişim sisteminin kurulmasını inceleyen Amerikan Yüksek Mahkemesi, bunun amacının fiyat istikrarını sağlamak olduğunu belirtmiş, amaç ve etkilerinin anlaşmalardan farklı olmadığına karar vermiştir⁵³⁹. *United States v. Container Corp.* davasında ise, kendisinden fiyatlara ilişkin bilgi istenen teşebbüsün bunun karşılıklı olacağına güvenerek istenen bilgiyi temin etmesi uyumlu eylem olarak kabul edilmiştir⁵⁴⁰. Yargıç Douglas, fiyatlara ilişkin bilgilendirmenin bazı pazarlarda rekabetçi fiyatları engellemeyeceğini, ancak oligopolistik pazarlarda bunun fiyat yeknesaklığına yol açacağını belirtmiştir⁵⁴¹.

FTC v. Cement Institute davasında birçok üretici tarafından gerçekleştirilen belli bir noktadan teslim fiyatlandırma uygulamaları (*multiple basing point system*) ele alınmıştır⁵⁴². Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin, bu üreticilerin aralarında bir anlaşma olmasa da haksız rekabeti düzenleyen FTC Act §5'i ihlal edeceği yönündeki değerlendirmesi, teşebbüslerin bireysel kararlarıyla uyguladıkları kolaylaştırıcı eylemlerin bir anlaşmanın gösterilmesine gerek kalmaksızın FTC Act çerçevesinde yasaklanabileceği sonucuna götürmüştür⁵⁴³.

Başka bir kolaylaştırıcı eylem örneği ise *United States v. General Electric Corp.* davasıdır⁵⁴⁴. Bu davada, yatırım sermayesinin yüksekliği ve ölçek ekonomileri nedeniyle, giriş engellerinin bulunduğu türbin jeneratörleri piyasasında faaliyet gösteren General Electric ve Westinghouse teşebbüslerinin aynı liste fiyatlarını ilan ederek ve uygulayarak aralarındaki fiyat rekabetinden kaçındıkları iddia edilmiştir.

1963 yılında General Electric, yeni bir fiyatlandırma politikası uygulamaya başlamıştır. Bu politika gereğince General Electric ilan ettiği fiyatlara bağlı kalmakta ve liste fiyatının belirlenmesinde basit formüller kullanmaktadır. Bu sistem sayesinde, Westinghouse, General Electric'in herhangi bir türbin jeneratörü projesinde hangi fiyatı vereceğini öğrenebilmektedir. General Electric'in yeni politikasının diğer bir özelliği ise, müşterilerle yaptığı sözleşmelere "fiyat koruması" başlıklı bir hüküm koymasıdır. Bu sistem sonucunda General Electric,

⁵³⁹ *American Column and Lumber Co. v. US*, 257 US 377 (1921); Aynı yönde, *Mapple Flooring Manufacturers*, 268 US 563 (1925) (AREEDA/KAPLOW, s.299-308'den naklen).

⁵⁴⁰ 393 US 333, 355 (1969).

⁵⁴¹ 393 US 337.

⁵⁴² 333 U.S. 683 (1948).

⁵⁴³ 333 U.S. 683, 715-716 (1948).

⁵⁴⁴ (1977-1) Trade Cas. (CCH) 712.

Westinghouse'a dolaylı olarak hem hangi fiyatı uygulayacağı bilgisini, hem de çeşitli iskонтolar uygulayarak fiyat indirimine gitmeyeceği sinyalini vermektedir⁵⁴⁵.

1964 yılında Westinghouse teşebbüsünün de benzer bir sistemi uygulamaya sokmasıyla bütün belirsizlikler ortadan kalkmıştır. Sonuç ise daha sonraki yıllarda teşebbüslerin aynı fiyatları iskonto yapmaksızın uygulamaları olmuştur. Westinghouse ve General Electric teşebbüsleri arasında herhangi bir anlaşma ya da iletişim bulunduğu dair bir delilin elde edilemediğini belirten Hay'e göre⁵⁴⁶, teşebbüsler aynı fiyatı uyguladıklarını kabul etmekle birlikte bu durumun oligopolistik bir piyasadaki fiyat liderliğinden ve bilinçli paralellikten kaynaklandığını ileri sürmüşlerdir⁵⁴⁷. Ancak yeni politikanın bu teşebbüsler tarafından paralel bir şekilde uygulanması, aralarında bir anlayış birliği oluşmasına ve fiyat rekabetinden kaçınmalarına olanak vermiştir. Böylelikle iki teşebbüs arasında Sherman Act §I anlamında bir anlaşma olduğu sonucuna ulaşılmıştır.

dd. Pazar Yapısı Müsait Olmamasına Rağmen Paralel Davranışlar Gözlenmesi

Rekabet uzmanları pazarın performansına ilişkin bilgileri, teşebbüslerin fiyat ve üretim kararlarını koordine etmeyi başarıp başaramadıklarını anlamak üzere kullanmaktadırlar. Bu amaçla, ilgili pazar performansını ortaya koyan, uzun süreler pazar paylarında görülen durağanlık, tarafların ve diğer pazar aktörlerinin kârlılık düzeyleri, pazar genelinde süreklilik arz eden rekabetçi düzeyin üstünde fiyatlandırma gibi faktörler dikkate alınmaktadır⁵⁴⁸.

Areeda ve Kaplow'a göre ise, tam rekabetin gerçekleştiği pazarlarda olması beklenenin aksine, marjinal maliyetin üstündeki fiyatlar ve normalin üstünde kâr elde edilmesi bir işbirliğine yahut dayanışmaya işaret edecektir, ancak bu verilerin ölçülmesi hem çok güçtür hem de anlamları tartışmalıdır⁵⁴⁹.

Modern rekabet incelemelerinde, pazar gücünün birlikte kullanılmasına ne derece imkan sağladığı, pazar yapısının karakteristiği düşünülerek ele alınır. Örneğin

⁵⁴⁵ HAY, George A., "The Meaning of Agreement Under The Sherman Act: Thoughts From The Facilitating Practices Experience", Review of Industrial Organization, C.16, No.2, Mart 2000 s.113.

⁵⁴⁶ HAY, s.115.

⁵⁴⁷ Buradaki "bilinç", bir teşebbüsün fiyat artırdığında diğerlerinin de takip edeceği beklentisinden kaynaklanan bilinçtir. (LANG, s.301).

⁵⁴⁸ KOVACIC, s.54.

⁵⁴⁹ AREEDA/KAPLOW, s.261.

Amerikan Yoğunlaşmalar Kılavuzu incelemesinde, pazar yapısı esas alınır⁵⁵⁰. Pazarın yapısal özellikleri ana hatlarıyla; pazara giriş koşulları, satıcıların sayısı ve dağılımı, ürün türdeşliği, alıcı yoğunluğu, alım-satım işlemleri sıklığı, teknolojik gelişim hızı değerlendirilerek ortaya konur.

İşbirliği araştırılırken pazarın bazı özelliklerine dikkat edilir. Örneğin, pazarda çok sayıda satıcının varlığı, pazara giriş engellerinin azlığı, ürünün nispeten türdeş oluşu ve teknolojik değişime konu olmayışı, nispeten az sayıda alıcının varlığı, seyrek alım-satım işleminin görünmesi gibi hallerde işbirliği olasılığı düşük görülmektedir. Bu koşullarda paralelliğin olasılığının az olmasına rağmen paralel davranışlar tespit edildiğinde, bunun işbirliğinden kaynaklandığı düşünülebilir⁵⁵¹.

Bu yaklaşım bazı mahkeme kararlarında kabul görmüştür. Örneğin, Petroleum Products kararında, ciddi biçimde az yoğunluklu pazarlarda paralel fiyatların gözlenmesinin başlı başına uyumlu eylemi işaret edeceği belirtilmiştir⁵⁵². Delaware Valley Marine Supply kararında ise, oligopolistik özellikler göstermeyen, karşılıklı etkileşimin var olmadığı bir pazarda paralelliklerin gözlenmesi halinde anlaşmanın varlığı savının güçleneceği kabul edilmiştir⁵⁵³.

ee. Davranışın Uyumlu Eylem Haricinde Makul Bir Ticari Açıklaması Olmaması

Oyun teorisi paralel davranışlara dair bir varsayım sunmaktadır: Buna göre, “bağımsız ticari mantıktan uzak bir karar bireysel olamaz.”⁵⁵⁴ İşbirliğine işaret eden bu düşüncenin temeli şudur: Eğer bir davranış, kendi çerçevesi içinde değerlendirildiğinde ekonomik bir anlam ifade etmiyorsa, yani ticari mantıktan uzak görünüyorsa, bunun bağımsız bir karar alma sürecinin ürünü olması olasılığı azdır. Bu davranışın rekabetçi olmayan başka bir açıklaması olması muhtemeldir⁵⁵⁵. Ancak, elbette ki, teşebbüslerin davranışlarının ticari mantıkla uyuşmaması, rakiplerinin davranışlarını yanlış değerlendirmelerinden yahut ticari bir hata yaparak bunları dikkate almamalarından da kaynaklanıyor olabilir.

⁵⁵⁰ US Merger Guidelines §2.

⁵⁵¹ KOVACIC, s.53.

⁵⁵² 906 F.2d 445.

⁵⁵³ 297 F.2d 203.

⁵⁵⁴ YAO/DESANTI, s.127.

⁵⁵⁵ BAKER, s.185, 192.

Amerikan Yüksek Mahkemesi, American Tobacco Co. kararında, piyasanın %90'ına sahip olan üç sigara üreticisi teşebbüsün aynı dönemlerde ve aynı oranlarda fiyat artırımına gitmelerinin gizli bir işbirliğinden başka ekonomik açıdan makul hiçbir açıklaması bulunmadığı ve ihlal kapsamında değerlendirilmesi gerektiği sonucuna ulaşmıştır⁵⁵⁶.

Bundan başka, Matsushita Electrical Industrial Co. v. Zenith Radio Corp. kararında ise, ancak teşebbüslerin bağımsız davrandığına ilişkin bütün ihtimalleri ortadan kaldıran delillerin mevcudiyeti halinde komplonun varlığından bahsedilebileceğine hükmetmiştir⁵⁵⁷. Bu konuda iki ayrı inceleme yapılabilir: Bağımsız ticari gerekçe aranır ve fakat bulunamazsa ya da ortak eylem haricinde davranışı açıklayan başka bir ihtimal yoksa davranışın bir komploya dahil olduğu düşünülebilir⁵⁵⁸.

Buna ek olarak, rekabetin haksız uygulamalarını düzenleyen FTC Act §5'e ilişkin bir davada da Amerikan Yüksek Mahkemesi, bir davranışın haksız rekabet sayılabilmesi için, bunun gizli anlaşmaya dayanmasa bile hiç değilse rekabete aykırı amaç taşıması veya makul bir ticari açıklamasının olmaması gerektiğini belirtmiştir⁵⁵⁹.

b. Avrupa Rekabet Hukukunda Dolaylı İspat

Uyumlu eylemlerin ispatı konusunda, Avrupa Birliği içtihadı bir gelişim izlemiştir. Dyestuffs kararında ATAD, paralel davranışların, normal koşullar altında piyasada olması gereken rekabet koşullarıyla bağdaşmayan bir görünümün ortaya çıkmasına yol açması halinde uyumlu eylemlerin güçlü kanıtını oluşturacağını belirtmiştir⁵⁶⁰. Ancak salt paralel davranışların tespiti, *per se* rekabet yasağı ihlali teşkil etmeyecektir⁵⁶¹. Bu kararda dikkate alınan ölçüt “normal pazar koşullarıyla bağdaşmama” esasına dayandığından, paralel davranışların kaynağı olarak

⁵⁵⁶ American Tobacco Co. v. US, 328 US 782 (1946).

⁵⁵⁷ Matsushita Electrical Industrial Co. v. Zenith Radio Corp., 175 U.S. 574-575 (1986); Aynı şekilde Monsanto Co. v. Spray Rite Service Corp., 465 US 752, 768 (1984).

⁵⁵⁸ YAO/DESANTI, s.118-119.

⁵⁵⁹ E.I. du Pont de Nemours & Co. v. FTC, 729 F.2d 128, 139 (2.daire 1984).

⁵⁶⁰ Imperial Chemical Industries, Case 48/69, ECR (1972) I-619, p.66.

⁵⁶¹ Aynı şekilde; “Sadece fiyat paralelliğinin ispatı uyumlu eylem için yeterli olmayacaktır.” (Compagnie Royale Asturienne des Mines SA and Rhein zinc v. Commission, Case 29/83 vs. ECR [1984] 1679, p.20).

teşebbüsler arasında herhangi bir bağlantı tespit edilememiş olsa bile, pazarın ekonomik bir analizi sonucu uyumlu eylem çıkarsaması yapılabileceği ortadadır⁵⁶².

Suiker Unie kararında ise, uyumlu eylemin ispatında ortaya konan vakıaların “sadece uyumlu eylemlerin varlığıyla makul şekilde açıklanabilir” olması aranmıştır⁵⁶³. Daha sonra, ATAD’ın Wood Pulp II kararında benimsediği ölçüt uyarınca, “*Farklı etkenlerin kanıtlayıcı gücünün belirlenmesinde, paralel davranışın tek makul açıklaması uyumlu eylem olmadıkça, bu davranış uyumlu eylem olarak kabul edilemez.*”⁵⁶⁴. Buna göre, paralel davranışların gözlendiği bir pazarda, uyumlu eylemlerin ispatına ışık tutacak doğrudan delillerin ortaya çıkarılmaması ya da yokluğu halinde, ilgili pazarın ekonomik analizi temelinde, paralel davranışların uyumlu eylemden başka makul bir açıklamasının olmadığı, kesin ve tutarlı bir şekilde kanıtlanabiliyorsa uyumlu eylem çıkarsaması yapılabilmektedir⁵⁶⁵.

O halde, uyumlu eylemler konusunda yeterli kanaate ulaşılmış sayılabilmesi için aksi yönde ciddi ya da makul bir şüphenin kalmamış olması aranmaktadır⁵⁶⁶. Buradaki temel ekonomik ölçüt, “paralel davranışların tek makul açıklamasının uyumlu eylem olması”dır⁵⁶⁷.

Buna karşın, pazar özellikleri dolayısıyla teşebbüslerin mevcut duruma uyarak paralel davranışlar sergilemeleri, pazardaki duruma uygun akılcı ve ticari mantığa uygun bireysel davranışlarının bir sonucu ise, bunu hukuka aykırı saymanın mümkün olmaması gerekir⁵⁶⁸. Zira, teşebbüslerin kendilerini pazar koşullarına uyarlaması hukuka aykırı görülemez⁵⁶⁹.

Bundan başka, Polypropylene kararının temyiz davalarından Anic ve Hüls davalarında, bilgi değişimi halinde, bir uyum karinesinden (*presumption of*

⁵⁶² STEVENS, s.68; “Dayanışmanın tespiti için fiziksel bir delil bulunamadığında paralel davranışlar dışında bir ispat vasıtası olarak ekonomik stratejilerin değerlendirilmesi yöntemleri vardır.” (ALESE, s.381).

⁵⁶³ Suiker Unie and Others v Commission, Joined Cases 40/73 vs., ECR (1975) I-1663, p.301.

⁵⁶⁴ Ahlström Osakeyhtiö and others v Commission, Joined Cases 89/85 vs., ECR (1993) I-1307, OJ (1985) L 85/1, 26/03/1985, p.71.

⁵⁶⁵ Aynı yönde, KÜHN, Fighting Collusion, s.175.

⁵⁶⁶ İKİZLER, s.291.

⁵⁶⁷ SACEM, Birleşik davalar, C-110,241-242/88, ECR (1989) I-2811, p.18; Cartonboard, OJ 1994, L-243/1, p.113; CENGİZ, s.284.

⁵⁶⁸ RYAN, s.357; HOVENKAMP, Antitrust Enterprise, s.127.

⁵⁶⁹ Suiker Unie and Others v Commission, Joined Cases 40/73 vs., ECR (1975) I-1663, p.174; Aynı yönde: Commission v. Anic Participazioni SpA, C-49/92, ECR (1999) I-4125, p.117; Züchner v Bayerische Vereinsbank AG., C-172/80, p.14; John Deere v Commission, C-7/95 P., ECR (1998) I-3111, p.87.

concertation) bahsedilebileceğine karar verilmiştir. Buna göre, aksi ilgili teşebbüslerce kanıtlanmadıkça, rakiplerin birbirleri ile değiştirdikleri bilgileri dikkate alarak davranışlarını belirledikleri karinesi mevcuttur⁵⁷⁰.

c. Türk Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylem Karinesi

Genel olarak, Usul Hukuku kuralları ispat yükünü iddia eden tarafa yükler. Ancak bazı hallerde, belirli gereklilikler sebebiyle, ispat külfetinin yer değiştirmesi ya da karinelerin kabul edilmesi suretiyle bu kurala istisnalar getirilmektedir. İspat güçlükleri, bu gerekliliklerden biridir. Rekabet Hukuku da bu genel kurala uygun olarak, bir davranışın rekabet yasakları kapsamına girdiğini iddia eden tarafa bunun ispatı külfetini yüklemiştir⁵⁷¹.

Fakat, teşebbüsler arasında anlaşma ve uyumlu eylemlerin genellikle gizli oluşu, ortak planların gizlenmesi, bunların ispatında bazı güçlüklerin ortaya çıkmasına neden olmaktadır⁵⁷². Dayanışma ilişkisi içinde davranan teşebbüsler için bu davranışlarının izlerini örtmek çok kolaydır. Pazarda açık bir ilişkinin gözlemlenmediği hallerde, sadece bir eşgüdümün varlığından yola çıkılarak anlaşma ve uyumlu eylemin ispat edilebilmesi bir hayli zordur⁵⁷³. Bunun yanında, dayanışma stratejilerinin rekabetçi stratejilerden ayırdedilmesi bazı hallerde kolay değildir⁵⁷⁴. Avrupa Rekabet Hukukunda uyumlu eylemin varlığı için aranan “tek mantıklı açıklamanın uyumlu eylem olması” şartının uygulanması alelade bir ihtimalin tespitinin ötesinde olacağından, rekabet otoritelerine zaman zaman ispat güçlüğü çıkarabilecektir⁵⁷⁵.

⁵⁷⁰ Commission v. Anic Partecipazioni SpA, C-49/92, ECR (1999) I-4125, p.118-121; Hüls AG v. Commission C-199/92P, ECR (1999), I-4287, p.162; Bu kararların önemi, Türk Rekabet Hukukunda da Rekabet Kurumu tarafından vurgulanmıştır. Bunun için bkz. Seramik kararı, RK.04-16/123-26, 24.02.2004, s.145-149; Danıştay’ın iptal kararı üzerine verilen üç ayrı Seramik kararı : Seramik I, RK.06-08/121-30, 02.02.2006, s.137-140, str.6592-6722; Seramik II, RK.06-29/355-87, 24.04.2006, s.135-138, str.6452-6584; Seramik III, RK.06-80/1034-299, s.132-135, str.6363-6494.

⁵⁷¹ Örneğin, Avrupa Rekabet Hukukunda m.81 ve m.82 denetiminde ispat külfeti Komisyona bırakılmıştır. (Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty, OJ [2003] L-1/1, m.2); Bu konuda ayrıntılı inceleme için bkz. ERDEM, Ercüment, 1/2003 Sayılı Konsey Tüzüğü ve Türk Rekabet Hukukuna Etkileri, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof.Dr. Erden Kuntalp’e Armağan, C. 1, Özel Hukuk, 1/2004, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul Haziran 2006, s.25-50.

⁵⁷² KOVACIC, s.18.

⁵⁷³ “Zira, ticari mantığa uygun, kabul edilebilir tek açıklama bu olmadıkça, her paralel davranış uyumlu eylem sayılamayacaktır.” (RODGER, Barry J., “Oligopolistic Market Failure: Collective Dominance versus Complex Monopoly”, ECLR 1995, C.16, s. 22).

⁵⁷⁴ ATİYAS/GÜRKAYNAK, s.96-97.

⁵⁷⁵ TEKDEMİR, s.13.

Bu durum, rekabet otoritelerinin takip ve ispat hukuku bakımından zorluklara yol açacağından, ispat kolaylığına ihtiyaç duyulmuştur. Nitekim, rekabeti kısıtlayıcı anlaşmaların yasaklandığı bir hukuk düzeninde, genellikle bu tür anlaşmalar gizli yapılmakta ve bunların varlığının ispatı oldukça güç, hatta çoğu zaman imkansız olmaktadır.

Bu nedenle, Avrupa ve Amerikan Rekabet Hukuklarında mevcut olmayan bir düzenlemeye gidilerek, Türk Rekabet Hukukunda RKHK m.4/III'de “*bir anlaşmanın varlığının ispatlanamadığı durumlarda piyasadaki fiyat değişmelerinin veya arz ve talep dengesinin ya da teşebbüslerin faaliyet bölgelerinin, rekabetin engellendiği, bozulduğu veya kısıtlandığı piyasalardakine benzerlik göstermesi*” halinde, teşebbüsler arasında bir uyumlu eylemin varlığı karine olarak kabul edilmiştir. Bu karineyle birlikte ispat yükü yer değiştirmiş, davalı teşebbüslerin uyumlu eylem içinde olmadıklarını ispat etmesi gerekmiştir⁵⁷⁶. Bu karinenin aksi, ekonomik ve rasyonel gerçekler⁵⁷⁷ gibi objektif kriterlerle ispat edilebilecektir⁵⁷⁸.

RKHK m.4 hükmünden anlaşılan, rekabetin kısıtlandığı piyasalardakine benzer koşullar oluşması halinde (örneğin, rekabet üstü fiyatların gözlenmesi durumunda) pazarda gözlenen paralelliğin uyumlu eylem karinesi teşkil edeceğidir.

Budak'a göre, buradaki “benzerlik” koşulunun, sadece şüphe uyandıran sıradan bir benzerlik olması yeterli olmayacaktır. Buna göre, Rekabet Kurumu, objektif ekonomik verilerden hareketle yaptığı incelemede, mevcut benzerliğin uyumlu eylemin varlığını gösterdiği konusunda makul kuşkuları ortadan kaldıran bir kanaate varmış olmalıdır⁵⁷⁹.

İkizler ise, “rekabetin bozulduğu piyasalara benzerlik” koşulunun, ATAD'ın Dyestuffs kararında geçen “normal pazar koşullarıyla bağdaşmama” ölçütünün Türk

⁵⁷⁶ TBMM Tutanak Dergisi, Dönem: 19, Cilt 73, Yasama yılı 4, 46. birleşim, 06.12.1994; “Madde Gereklileri”, (www.rekabet.gov.tr).

⁵⁷⁷ RKHK.m.4/IV'de geçen “gerçekler” sözcüğünün, düzenlemenin içerdiği anlam gereği, Türk Rekabet Hukuku doktrininde vurgulandığı ve Rekabet Kurumu kararlarında da kullanıldığı şekilde “gerekliler” olarak düzeltilmesi ve bu şekilde anlaşılması gereklidir. (CENGİZ, s.291; İNAN, Nurkut, “4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un Özel Hukuka İlişkin Hükümlerine Eleştirel Bir Bakış”, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu II, 9 Nisan 2004, Kayseri, s.54 [www.rekabet.gov.tr/sempozyum.html, 01.07.2007]; Süt kararı, RK.00-11/109-54, 23.03.2000, s.12; Motor Yenileme kararı, RK. 01-10/100-24, 27.2.2001, s.20; Fırıncılar Federasyonu-Maya Üreticileri kararı, RK. 00-24/255-138, 27.06.2000, s.12-13).

⁵⁷⁸ Ankara Motor Yenilemeciler Derneği, RK. 01-10/100-24, 27.02.2000, s.20; Philip Morris, RK. 02-80/937-385, 24.12.2002, s.23.

⁵⁷⁹ BUDAK, s.52-58.

Rekabet Hukukundaki karşılığı olduğunu ileri sürmektedir. Bu bakımdan, Avrupa Rekabet Hukukunda benimsenen “ihlalin gerçekleştiği hususunda aksi yönde hiçbir makul şüphenin bulunmaması” ölçütünün⁵⁸⁰, RKHK.m.4’ün getirdiği karine bakımından da uygulanabileceğini belirtmektedir⁵⁸¹. Kanaatimizce, bir karinenin uygulanması, ispat külfetini de karşı tarafa yükleyeceğinden, sonuçları bakımından sözkonusu ölçütten daha ağırdır. Bu bakımdan, iki kavramın benzerlikleri sebebiyle aynı şekilde ele alınmasının, hatalı sonuçlara yol açabileceği dikkate alınmalıdır.

Atiyas ve Gürkaynak, “rekabetin bozulduğu piyasalara benzerlik” koşulunu muğlak olduğu gerekçesiyle eleştirmiştir. Buna göre, oligopol pazarlarda yapılan incelemelerde, bu koşulun ne şekilde uygulanacağı sorunu çözümsüz kalmakta ve karinenin çok geniş uygulanmasına yol açabilmektedir⁵⁸². Bu bir yorum sorunudur. Karinenin konuluş amacına uygun bir yorum ile ve benzerlik koşulunu tespit edebilmek için gerekli ekonomik analizlerin tam yapılmasıyla böyle bir sorun kalmayacaktır. Bu konuda, karinenin uygulanması hakkında yasal belirliliğin sağlanabilmesi önemlidir. Zira, ispat yükü altına girecek teşebbüsler, hangi hallerde karineyle karşı karşıya kalacaklarını bilecekleri bir durumda olmalıdırlar. Bu sebeple, en azından “rekabetin bozulduğu piyasalar” kriterini açıklığa kavuşturulmalıdır.

Cengiz ise, bu karinenin, teşebbüsler üzerinde ağır bir ispat yükü oluşturabileceğini belirtmektedir. Bu görüşe göre, ayrıntılı ekonomik analizlere rağmen Rekabet Kurumu’nun varlığını kanıtlayamadığı teşebbüsler arasındaki bir bağlantının, bu teşebbüsler tarafından yokluğunun kanıtlanması olanağı bulunmamaktadır⁵⁸³. Bu eleştiriye tam anlamıyla katılmak mümkün değildir. Zira, ilgili teşebbüsler, bir bağlantının yokluğunu değil, kendi davranışlarının ekonomik mantığını öne süreceklerdir.

Kanunun ifadesinden yola çıkacak olursak, karinenin yalnızca bağlantının tespit edilemediği hallerde devreye girecek bir “bağlantı karinesi” olmadığı; teşebbüsler arasında herhangi bir bağlantı bulunmasa dahi rekabetin bozulduğu piyasalara benzerlik halinde uygulanacak, eşgüdümün varlığına işaret eden bir karine olduğu anlaşılmaktadır. Bu durumda, yukarıda da belirttiğimiz üzere, “rekabetin bozulduğu piyasalara benzerlik” kriterinin hangi hallerde meydana geldiğinin açıklığa

⁵⁸⁰ Bkz. yukarıda, İkinci Bölüm, II, A, 2, b.

⁵⁸¹ İKİZLER, s.294.

⁵⁸² ATİYAS/GÜRKAYNAK, s.111.

⁵⁸³ CENGİZ, s.308.

kavuşturulması karinenin uygulanması bakımından önem arz etmektedir. Bu sebeple, açıklayıcı nitelikte bir duyuru yapılmasının yerinde olacağı kanaatindeyiz.

B. Oligopole Özgü Paralel Davranışların Değerlendirilmesi

Ekonomik teoremin ortaya koyduğu üzere, az sayıda teşebbüsün faaliyet gösterdiği oligopol pazarlarda, ilgili teşebbüslerin, Rekabet Hukuku tarafından yasaklanan herhangi bir anlaşma ya da uyumlu eyleme girişmeksizin ya da bu tür eylemlere girişmelerine gerek kalmaksızın, pazarın özellikleri gereği paralel bir şekilde davranmaları ve birlikte pazar gücüne sahip olmalarından kaynaklanan faydaları elde etmeleri mümkündür⁵⁸⁴. “Oligopolistik bağımlılık” ya da “oligopol sorunu” olarak nitelendirilen bu durum, bu tür piyasalarda faaliyet gösteren teşebbüslerin kendi pazar stratejilerinin rakiplerin pazar stratejilerine bağlı olduğunun farkında olması nedeniyle ortaya çıkmakta ve teşebbüslerin aralarında herhangi bir anlaşma olmamasına karşın paralel şekilde davranabilmelerine ve rekabetçi düzeyin üstünde kârlar elde edebilmelerine olanak vermektedir⁵⁸⁵. Peki, burada bahsedilen farkındalık sonucu ortaya çıkan, diğer bir deyişle “oligopolistik bağımlılık bilinci” altında gerçekleşen paralel davranışlar, Rekabet Hukuku anlamında uyumlu eylem teşkil eden bir bilinçli paralellik durumu arz edecek midir? Oligopol sorununun “uyumlu eylemler” başlığı altındaki yansıması bu soruda gizlidir⁵⁸⁶.

Zira, rekabet otoritelerinin, uyumlu eylem için uzlaşının araştırılması aşamasında yapacakları araştırma, alelade bir paralel davranışın tespit edilmesi çabası değil, rekabeti kısıtlama amacı taşıyan bilinçli bir eşgüdümün tespitidir⁵⁸⁷. Ancak teşebbüslerin davranışlarında bu eşgüdüme işaret eden bilinçli bir paralelliğin tespiti halinde, uyumlu eylemler söz konusu olabilecektir⁵⁸⁸. Bu noktada, dayanışma içermeyen paralel davranışlar ile uyumlu eylemi ayırdedebilmek, özellikle oligopol pazarlarda önemli bir sorun olarak karşımıza çıkar⁵⁸⁹.

Bu bölümde oligopolistik bağımlılık sonucu oluşan paralel davranışların Sherman Act §1, ATA.m.81 ve RKHK.m.4 düzenlemeleri karşısındaki durumu incelenecektir.

⁵⁸⁴ NEVEN/ PAPANDROPOULOS/ SEABRIGHT, s.51

⁵⁸⁵ Sodexho kararı, RK. 03-43/490-229, 17.6.2003, s.11.

⁵⁸⁶ BAKER, s.144.

⁵⁸⁷ Hüls AG v. Commission, C-192/92P, ECR (1999) I-4287, p.163-165; WHISH, s.110.

⁵⁸⁸ Süt kararı, RK 00-11/109-54, 23.03.2000, s.5, p.13; Aynı yönde, Telsim-Turkcell I kararı, RK. 99-57/614-391, 14.12.1999, s.4; Kargo İşletmeleri Derneği kararı, RK. 02-66/814-332, 31.10.2002, s.3.

⁵⁸⁹ ALESE, s.379.

Bu konuda, doktrindeki tartışmalar ele alınacak ve Türk Rekabet Hukukundaki uyumlu eylem karinesi karşısında, Rekabet Kurumu'nun oligopolistik bağımlılık savunmasına yaklaşımı değerlendirilecektir.

1. Sherman Act §1 ve ATA.m.81 Kapsamında Değerlendirme

Oligopole özgü paralellikler oligopolistik bağımlılık bilinci altında gerçekleşir⁵⁹⁰. Bu bilinç, esas itibariyle dar oligopollerde kendini hissettirir. Bunun nedeni, dar oligopollerde bir teşebbüsün izlemiş olduğu pazar politikasının başarısının rakiplerinin davranışlarıyla yakından ilgili olmasıdır⁵⁹¹.

Bu durumda, oligopol pazarlarda faaliyet gösteren teşebbüslerin, rekabet otoritelerinden gizli, herhangi bir açık iletişim ve karşılıklı taahhüt vermeye (*exchange of assurances*) girişmeksizin, gizli bir anlaşma sonucu ortak bir plana riayet edermiş gibi davranışlarını paralelleştirdikleri hallerde, bu davranışın uyumlu eylem kapsamında değerlendirilmesinin mümkün olup olmadığı noktasında soru işaretleri mevcuttur⁵⁹². Diğer bir deyişle, bilinçli bir paralellik mi yoksa pazar koşullarının dayatmasıyla ortaya çıkan kaçınılmaz bir paralelliğin mi söz konusu olduğu, oligopol pazarları inceleyen Rekabet Hukuku otoriteleri için önem arz eden bir sorundur⁵⁹³.

a. Amerikan Rekabet Hukukundaki Yaklaşımlar

Oligopole özgü paralelliklerde karşılıklı bağımlılığın nedeni olarak pazar yapısı gösterilir⁵⁹⁴. Bu pazar yapısı, teşebbüsler bir araya gelmese dahi, paralelliğin sağlanması için elverişli bir zemin sunar⁵⁹⁵. Bu hallerde, pazardaki teşebbüsler bir diğerinin de politikalarını dikkate alarak davranışlarını paralelleştirirler. Bu paralellik, fiyat belirleme, kapasite seviyeleri ve ticarete ilişkin diğer koşulların belirlenmesi yönünde yapılmış bir anlaşmanın sonuçlarını doğurur⁵⁹⁶.

⁵⁹⁰ İKİZLER, s.138.

⁵⁹¹ VAN GERVEN/VERONA, s.576; JONES/SUFRIN, s.783; YAO/DESANTI, s.126.

⁵⁹² KOVACIC, s.7-8.

⁵⁹³ Bkz. yukarıda, Birinci Bölüm, II.

⁵⁹⁴ Bkz. yukarıda, İkinci Bölüm, II, B.

⁵⁹⁵ GOYDER, s.71.

⁵⁹⁶ KOVACIC, s.31.

Harvard Ekolü iktisatçıları tarafından ortaya atılan yapısalcı kuram, bu paralelliklerin oluşmasının pazarın kaçınılmaz bir sonucu olduğunu ileri sürmektedir⁵⁹⁷. Bu durumda, eşgüdümün pazarın kaçınılmaz bir sonucu olması halinde, bunların hukuka aykırı olarak değerlendirilmesi güçleşecektir. Amerikan Yüksek Mahkemesi, bu görüşe destek veren Theatre Enterprises Inc. v. Paramount Film Distributing Corp. kararında, şehir dışındaki bir sinema işletmecisinin, film dağıtım şirketlerinden film satın alma talebinin dokuz ayrı şirket tarafından reddedilmesinin rekabet ihlali oluşturmadığını belirtmiştir. Buna gerekçe olarak, oligopolistik karşılıklı bağımlılıktan kaynaklanan paralel davranışların da, karşılıklı bağımlılık bilincine rağmen, tek taraflı ve bağımsız kararlar olarak değerlendirildiklerini görüyoruz⁵⁹⁸. Bu bağlamda, tamamen tek taraflı bağımsız kararlardan kaynaklanan paralel davranışlar, işbirlikçi olmamaları sebebiyle, Sherman Act §1'in kapsamına dahil değildir. Zira, aynı ekonomik koşullar altında faaliyetlerini yürüten teşebbüslerin, içinde buldukları pazara ilişkin aynı ekonomik gerekçelerle verdikleri, benzer ama birbirleriyle ilgisi veya bağlantısı olmayan bireysel kararlar işbirlikçi olarak nitelenmemelidir⁵⁹⁹.

Bu görüşe karşılık daha sonraki yıllarda Chicago Ekolü tarafından ortaya atılan davranış ağırlıklı kuram, pazarda gözlenen rekabetçi olmayan görünümün, pazarın yapısından etkilendiği kadar, rakiplerin davranışlarına da bağlı olduğunu açıklamaktadır⁶⁰⁰. Bu görüşün savunucularından Posner'e göre, bu tür paralellikler, oligopolistik pazarın karakteristik bir özelliği değildir ve bunlar tıpkı kartellerde olduğu gibi teşebbüslerin hür iradeleri ile girişmiş oldukları davranışlardır. Bu nedenle bunun örtülü dayanışmanın bir türü olarak yasak kapsamında ele alınması gerekir⁶⁰¹. Posner bu sonuca, oligopollerde tek makul davranış tarzının paralel politikalar izlemek olmadığını, teşebbüslerin rekabetçi politikalar izlemesinin de rasyonel olduğunu gösteren ekonomik analizleri sonucu varmıştır. Bu durumda, ilgili teşebbüsün bireysel mi yoksa birlikte davranış mı sergilediğini ayırt etmek güçleşecektir⁶⁰². Bu noktada oyun teorisi, teşebbüslerin, aralarında herhangi bir

⁵⁹⁷ Bkz. yukarıda, Birinci Bölüm, II, B, 2, a, aa.

⁵⁹⁸ Theatre Enterprises Inc. v. Paramount Film Distributing Corp., 346 US 537 (1954).

⁵⁹⁹ TURNER, s.655-658.

⁶⁰⁰ Bkz. yukarıda, Birinci Bölüm, II, B, 2, a, bb.

⁶⁰¹ POSNER, s.55vd.

⁶⁰² BAKER, s.173.

bağlantı ya da anlaşma olmadan da paralel hareketlerde bulunabileceklerini doğrulamaktadır⁶⁰³.

İşbirlikçi olmayan oyun teorisi⁶⁰⁴ rekabet ve dayanışma arasındaki ilişkiyi anlamamızda faydalı olur. Buna göre, az sayıda teşebbüsün faaliyet gösterdiği yoğunlaşmış pazarlarda oyun teorisine başvurulduğunda ortaya çıkan baskın strateji işbirliğidir⁶⁰⁵.

Oyun teorisi bu durumu şu şekilde açıklamaktadır: Ticari hayatta rakipler devamlı karşı karşıyadırlar ve devamlı olarak stratejik kararlar almak durumundadırlar. Bu kararları alırken, içinde buldukları pazar koşullarını ve rakiplerinin muhtemel davranışlarını da hesaba katarak kendileri için en iyi stratejiyi benimsemeye çalışırlar. Oligopol pazarlarda ise, pazarın yapısı gereği, rakiplerin davranışlarına karşı dikkat üst düzeydedir. Bu durum karşılıklı etkileşimin bir sonucudur.

Teşebbüsler arasındaki karar verme oyunu, sürekli olarak tekrarlanmaktadır. İlk birkaç tekrardan sonra oligopolistler, bireysel kârlarını en üst düzeye çıkaran baskın strateji olarak, eşgüdümlü davranmaları halinde toplam kârlarını en üst düzeye çıkarabileceklerini, başka bir deyişle kartel seviyesinde kâr elde edebileceklerini fark ederler⁶⁰⁶. Bu bilince ulaşan teşebbüslerin, başta fiyat konusunda olmak üzere stratejik kararlar alırken rakiplerinin muhtemel tepkilerini de göz önünde bulundurmaları ve pazar koşullarının da buna müsait olması sonucunda, teşebbüsler arasında herhangi bir iletişim olmaksızın, sadece gözlem ve öngörü vasıtasıyla pazarda paralel davranışlar oluşabilmektedir⁶⁰⁷.

O halde bu görüşe göre, kendisi için en iyi stratejinin işbirliği olduğunu fark eden hiçbir mantıklı teşebbüs, pazar politikalarını belirlerken diğerlerinden bağımsız hareket edemez⁶⁰⁸. Bu bağımlılığın sonucu olarak, teşebbüsler arasında anlaşma olmaksızın dahi paralel davranışların ortaya çıkması mümkündür⁶⁰⁹. Bu bakımdan, Uyumlu eylemler için rekabete aykırı amacın varlığını arayan Bleecham'a göre de,

⁶⁰³ JONES/SUFRIN, s.783; AREEDA/KAPLOW, s. 222; YAO/DESANTI, s.116-118.

⁶⁰⁴ Bkz. yukarıda, Birinci Bölüm, I, B, 3.

⁶⁰⁵ FAULL/NIKPAY, s.31-32, p.1.96-101; Bu konudaki eleştiriler için bkz. yukarıda, Birinci Bölüm, II, B, 3.

⁶⁰⁶ HOVENKAMP, Federal Antitrust Policy, s.163; YAO/DESANTI, s.116; BAKER, s.153; JONES/SUFRIN, s.783; AREEDA/KAPLOW, s.222.

⁶⁰⁷ HOVENKAMP, Antitrust Enterprise, s.127.

⁶⁰⁸ ARI, s.96; YAO/DESANTI, s.126.

⁶⁰⁹ TEKDEMİR, s.6; ASLAN, s.231; VAN GERVEN/VERONA, s.576; GOYDER, s.71; ÇELEN, s.9, YÜKSEL, s.7.

oligopole özgü paralelliklerde teşebbüslerin arasında Sherman Kanunu anlamında bir işbirliğinden söz edilemez. Zira bu tür paralelliklerde teşebbüslerin birbirleriyle anlaşmak ve davranışlarını birbirine bağımlı kılmak niyeti yoktur⁶¹⁰.

Bununla birlikte, oligopol pazarlarda teşebbüsler için tek hareket tarzının oligopolistik bağımlılığa dayanan paralel davranışlar olduğu düşünülmemelidir. Bunlarda da teşebbüslerin rekabetçi pazar stratejileri uygulamaları mümkündür⁶¹¹. Nitekim, dar oligopollerde teşebbüslerin rekabetçi amaçla ilk harekete geçeninde elde edeceği düşünülen artı kâr vardır. Bunun dışında teşebbüslerin birbirlerine denk olmaması, eşgüdümü kurmanın ya da sürdürmenin maliyetli olması, teşebbüslerin ise her halükârda birbirlerini izlemeyecek olması yahut rekabetin fiyat dışı bazı alanlarda devam etmekte olması gibi sebeplerle işbirliği tercih edilmeyebilir⁶¹².

Amerikan Rekabet Hukukunda, 1990 sonrası dönemde Harvard ve Chicago Ekolünün yapısalcı ve davranışçı yaklaşımlarının bağdaştırılarak, soruna, pazar yapısının incelenmesinin yanında, teşebbüslerin davranışlarının da incelendiği ek faktörlerin (*plus factors*) birlikte değerlendirilmesi ile, diğer bir deyişle, olayın içinde geçtiği pazar koşulları ve teşebbüslerin bu koşullardaki davranışlarının derin bir ekonomik analizi ile çözüm getirilmektedir⁶¹³.

b. Avrupa Hukukundaki Durum

Avrupa Rekabet Hukukunda, Dyestuffs kararında paralel davranışların tek başına uyumlu eylem olarak nitelenemeyeceği kabul edilmiştir⁶¹⁴. Bu ifadeden anlaşıldığı üzere, işbirliğine dayanmayan paralel davranışların uyumlu eylem kavramı kapsamında değerlendirilemeyeceği açıktır. Bu bakımdan, salt oligopolistik bağımlılıktan kaynaklanan davranışların ATA.m.81 çerçevesinde hukuka aykırılık oluşturmadığı kabul edilmektedir.

⁶¹⁰ BLEECHAM, s.895 vd. (İKİZLER, s.143'den naklen); Böyle bir niyetin varlığını arayan kararlar mevcuttur. Örnek olarak, "...komisyon yukarıdaki delillere ek olarak; rekabet karşıtı niyet yada amacı kanıtlamalı veya ilgili teşebbüsün davranışlarında, bağımsız ve meşru ticari gerekçelerin bulunmadığını ispatlamalıdır." (E.I.Dupont de Nemours & Co., 729 F.2d 128, 139[2.daire 1984]).

⁶¹¹ STROUX, s.6; WHISH, s.510-511.

⁶¹² Bkz. yukarıda, Birinci Bölüm, II, B, 3.

⁶¹³ Pazarın eşgüdümü destekleyen yapısı sebebiyle, paralelliklerin pazar yapısından kaynaklandığının ileri sürülmesine rağmen, ek faktörlerin değerlendirilmesi ile Sherman Act §1'in ihlal edildiğine ilişkin iki karar örnek verilebilir. Bunlar, In Re Coordinated Pretrial Proceedings in Petroleum Products Antitrust Litigation, 906 F.2d 432 (9.daire 1990) ve US v. Airline Tariff Publishing Co., 1994-2 Trade Cases 70, 687 (DDC 1994) [HAY, s.118-122'den naklen].

⁶¹⁴ Imperial Chemical Industries, Case 48/69, ECR (1972) I-619, p.66.

Bunun yanında, Suiker Unie kararında ATAD, teşebbüslerin kendilerini tamamen bireysel ve bağımsız davranışlar ile pazar koşullarına uyarlamasının hukuka aykırı görülemeyeceğini belirtmiştir⁶¹⁵. Bu bakımdan, ilgili teşebbüslerin pazar koşullarına uygun davranmak amacıyla bireysel kararlar mı verdikleri, yoksa birlikte eşgüdümlü davranmak amacıyla mı hareket ettikleri önem arz eder. Nitekim, uyumlu eylemlerin tespiti bahsinde açıkladığımız üzere, bir davranışın uyumlu eylem sayılabilmesi için bunun rekabete aykırı amaçlarla gerçekleştirilmiş olması aranır. Pazara uyum sağlamak isteyen teşebbüslerin, bunun için gerçekleştirdikleri bireysel davranışlar, eğer makul şekilde ticari bir mantık ile açıklanabiliyorlar ise ve tek mantıklı açıklama uyumlu eylemi işaret etmiyorsa, uyumlu eylem olarak nitelenmemelidir.

Ancak, oligopol pazarların yapısı gereği, teşebbüslerin davranışlarını paralelleştirici etkisi vardır. Bu sebeple etkileri bakımından uyumlu eylemlere benzerler. Az sayıda rakibin bulunduğu piyasalarda, teşebbüslerden birinin pazar politikasındaki değişiklik, diğerleri üzerinde önemli bir etki doğurabilmektedir⁶¹⁶. Çünkü bu yeni politika başarılı olursa, aynı şekilde davranmayan diğer teşebbüsler bundan ciddi şekilde kayba uğrayacaklardır. Bu muhtemel kayıp, rakipleri kaçınılmaz olarak tepki vermeye zorlayacaktır. Bu da, karşılıklı dikkat ve birbirinin politikalarını takip zorunluluğu doğurur⁶¹⁷. Öte yandan rakip sayısındaki azlık, pazar politikalarının karşılıklı gözlemlenmesini kolaylaştıracak ve her rakibin bir diğerinin politikasını erken öğrenmesini sağlayacaktır⁶¹⁸. Tüm bunlar, teşebbüsler arasında bir karşılıklı bağımlılık meydana getirir.

Oligopol pazar yapısındaki paralelliklerin incelenmesiyle ilgili olarak Wood Pulp II kararında, paralel davranışların pazar özelliklerinden kaynaklandığı ve teşebbüslerin davranışlarının, rakiplerinin gelecekteki davranışlarındaki belirsizliği ortadan kaldırmak ya da azaltmak amacıyla yapılmadığı belirtilmiştir⁶¹⁹. Bu davranışlar

⁶¹⁵ Suiker Unie and Others v Commission, Joined Cases 40/73 vs., ECR (1975) I-1663, p.174; Aynı yönde: Commission v. Anic Partecipazioni SpA, C-49/92, ECR (1999) I-4125, p.117; Züchner v Bayerische Vereinsbank AG., C-172/80, p.14; John Deere v Commission, C-7/95 P., ECR (1998) I-3111, p.87.

⁶¹⁶ YAO/DESANTI, s.116.

⁶¹⁷ Bkz. yukarıda, Birinci Bölüm, I, A, 1, b, cc.

⁶¹⁸ İKİZLER, s.141.

⁶¹⁹ Karara göre önceden fiyat ilanlarının sebebi tamamen ticari mantığa uygundur: “Altında pazarlıkların devam ettiği bir tavan fiyat belirleyerek, hamur ve kağıt üreticilerinin (alıcı ve satıcıların) talep-arz dengesini sağlamak için ihtiyaç duydukları bilgiyi sağlamaktır.” (Ahlström Osakeyhtiö and others v Commission, Joined Cases 89/85 vs., ECR (1993) I-1307, OJ (1985) L 85/1, 26/03/1985, p.76); Aynı şekilde, “(paralel fiyat artışlarını)... her biri ihmal edilemeyecek büyüklükteki az sayıda üreticinin faaliyet gösterdiği, homojen bir malın söz konusu olduğu ve oligopolistik özellikler

sonucu oluşan paralellikler de oligopolistik pazar yapısı sebebiyledir⁶²⁰. Bu bakımdan, Savcı Darmon'un öne sürdüğü⁶²¹ ve ATAD tarafından kabul edilen görüşe göre, pazarda paralel davranışların gözlenmesi, bunların rekabeti kısıtlayıcı etkileri olsa bile, kendiliğinden uyumlu eylem sebebiyle hukuka aykırı sayılmamalıdır⁶²². Zira, oligopol pazar yapısından kaynaklanan ve rekabete aykırı bir amaç içermeyen paralelliklerde, teşebbüslerin rekabeti kısıtlayan uygulamaları, birbirinden bağımsız akıl yürütmelerin sonucu yahut pazarın koşullarının dayattığı şartlara en makul tepkinin her oyuncu tarafından bireysel olarak tekrarı olabilir⁶²³.

Sonuç olarak, oligopole özgü paralellikler, doğrudan uyumlu eylemler kapsamında görülemeyeceği gibi, başlı başına bir dayanışma türü olarak da kabul edilemezler. Çünkü, oligopolistlerin sırf oligopol özellikleri gösteren bir pazarda olmakla kendiliğinden sorumlu olmaları kabul edilemez⁶²⁴. Bu bakımdan, oligopol pazarlarda gözlenen paralel davranışların incelenmesinde Avrupa Rekabet Hukukunda da, uyumlu eylem sonucuna ulaşmak için, eşgüdümeye ilişkin ekonomik bir analiz yapılması zorunluluğu mevcuttur.

2. RKHK.m.4 Kapsamında Değerlendirme

Paralel davranışların incelenmesinde gördüğümüz gibi, pazarda salt paralel davranışların gözlenmesi *per se* rekabete aykırılık teşkil etmeyecektir. Aykırılık hususunda araştırılan, bu paralelliğin "bilinçli" olmasıdır⁶²⁵. Bu konuda, özellikle

gösteren ekmek mayası pazarında gözlenen paralel fiyat hareketlerini pazarın yapısından kaynaklanan, piyasanın 'ekonomik ve rasyonel gerçekleri olarak değerlendirmek mümkündür.' (Fırıncılar Federasyonu-Maya Üreticileri, RK. 00-24/255-138, K.27.06.2000, s.12).

⁶²⁰ Ahlström Osakeyhtiö and others v Commission, Joined Cases 89/85 vs., ECR (1993) I-1307, OJ (1985) L 85/1, 26/03/1985, p.126.

⁶²¹ Ahlström Osakeyhtiö and others v Commission, Joined Cases 89/85 vs., ECR (1993) I-1307, OJ (1985) L 85/1, 26/03/1985, Savcı Darmon, p.195.

⁶²² "Ekonomik analizi takiben belirtilmelidir ki, uyum bu olayda paralel davranışların tek makul açıklaması değildir. Bu davranışlar, ticari riskleri azaltmak gerekliliği hisseden alıcı ve satıcıların (kağıt üreticileri ile kağıt hamuru satıcıları) pazarın uzun vadeli yapısına karşı en mantıklı tepkileridir. Aynı şekilde fiyat ilanlarının benzer dönemlerde yapılması ise pazarın şeffaflığının bir sonucudur. Sonuç olarak fiyat paralellikleri de pazarın oligopolistik eğilimlerinden kaynaklanmaktadır ve bundan bir uyumun varlığı sonucu çıkarılamaz." Ahlström Osakeyhtiö and others v Commission, Joined Cases 89/85 vs., ECR (1993) I-1307, OJ (1985) L-85/1, 26/03/1985, p.71,76, 77 ve 126.

⁶²³ Örnek olarak barometrik fiyat liderliği verilebilir: "Pazarın değişen koşullarına hep birlikte ayak uydurulması, örneğin, hammadde fiyat artışlarından kaynaklanan barometrik fiyat liderliği sonucu ortaya çıkan paralellikler, uyumlu eylem için yeterli delil olmayacaktır." (Zinc Producers Group, OJ [1984] L-220/27, p.75-76).

⁶²⁴ Cartonboard, OJ (1994) L-243/1, p.73.

⁶²⁵ Benzer şekilde; şişe sütü fiyatlarının paralel olarak artırıldığı iddiasının söz konusu olduğu Süt kararında da pazarın oligopolistik özellikler gösterdiği, bu nedenle paralel davranışların makul olduğu belirtildikten sonra, paralel davranışın değil, bilinçli paralelliğin kanun kapsamında yasaklandığı belirtilmektedir. (Süt kararı, RK. 00-11/109-54, 23.03.2000, p.13); Aynı yönde, Turcell-Telsim

oligopol pazarlarda teşebbüslerarası karşılıklı bağımlılık teorisi büyük tartışmalara yol açmıştır. Buna göre, teşebbüslerin bu bağımlılığın farkında olması halinde, yani oligopolistik bağımlılık bilinci altında oluşan paralellikler söz konusu olduğunda⁶²⁶, bu paralellik, hukuka aykırı bir uyumlu eylem teşkil edecek midir? RKHK.m.4'de belirtilen uyumlu eylem karinesi, oligopolistik bağımlılık sonucu oluşan paralel davranışlara uygulanabilecek midir?

Teşebbüslerin paralel davranışlarının anlaşmanın ya da uyumlu eylemin varlığı sonucuna götürüp götürmeyeceği, yahut hangi koşullar altında böyle bir sonuca ulaşılacağı, özellikle oligopol nitelik taşıyan pazarlarda ciddi bir sorun teşkil etmektedir. Burada hareket noktası, az sayıda teşebbüsün bulunduğu piyasalarda teşebbüslerin karar alırken diğer teşebbüslerin vereceği tepkileri de hesaba katması gerekeceği, bunun ise doğal olarak paralel davranışlara yol açacağı görüşüdür. Söz konusu pazarlardaki teşebbüslerin kendi stratejilerinin rakiplerin stratejilerine bağlı olduğunun farkında olması “oligopolistik bağımlılık” olarak adlandırılmakta, bu koşulda, herhangi bir anlaşma olmaksızın, salt paralel davranışlar sonucunda rekabetçi düzeyin üzerinde kârlar elde edilebilmektedir⁶²⁷. Zira, oligopol pazarlarla ilgili olarak ekonomik yaklaşım, oyun teorisinin de katkılarıyla, teşebbüsler arasında hiçbir doğrudan bağlantı bulunmasa dahi, oligopolistlerin pazarda ortak davranışlar sergileyebileceklerini göstermiştir⁶²⁸.

RKHK.m.4/III'e göre, “*bir anlaşmanın varlığının ispatlanamadığı durumlarda piyasadaki fiyat değişmelerinin veya arz ve talep dengesinin ya da teşebbüslerin faaliyet bölgelerinin, rekabetin engellendiği, bozulduğu veya kısıtlandığı piyasalardakine benzerlik göstermesi, teşebbüslerin uyumlu eylem içinde olduklarına karine teşkil eder.*”. Bu karine aksi ispatlanabilen adi karine niteliğindedir. RKHK.m.4/IV'e göre, “*ekonomik ve rasyonel gerçeklere dayanmak koşuluyla taraflardan herbiri uyumlu eylemde bulunmadığını ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilir.*”.

kararı, RK. 99-57/614-391, 14.12.1999, s.4; Kargo İşletmeleri Derneği kararı, RK. 02-66/814-332, 31.10.2002, s.3.

⁶²⁶ Bu konuda, teşebbüslerin oligopolistik bir pazarda faaliyet göstermesine ve bu nedenle birbirlerinin davranışlarını dikkate almaları gerekmesine rağmen bilinçli paralelliğin bulunmayacağına ilişkin bkz. Turkcell-Telsim I kararı, RK. 99-57/614-391, 14.12.1999, s.4.

⁶²⁷ Yemek Çeki kararı, RK. 06-36/465-127, 26.5.2006, s.17, str.761-771; Aynı yönde, Sodexho kararı, RK. 03-43/490-229, 17.6.2003, s.11.

⁶²⁸ Bkz. yukarıda, Birinci Bölüm, I, B, 3.

Karinenin uygulanması, “rekabetin bozulduğu pazarlara benzerlik” koşuluna bağlanmıştır. Bu benzerlik, ekonomik teorinin ortaya koyduğu üzere oligopolistik bağımlılık sonucu oluşan kartel benzeri yapıda kendini göstermektedir⁶²⁹. Ancak, oligopol sorununun açıkladığı şekilde anlaşma ya da uyumlu eylem teşkil edecek bir işbirliği bulunmaksızın da paralel davranışlar ortaya çıkabilmektedir⁶³⁰. Bu durumda, işbirlikçi bir stratejinin varlığından bahsedilemeyecektir⁶³¹.

Açıklamak gerekirse, oligopol pazarlarda, teşebbüslerin başarılı olabilmesi ve varlıklarını sürdürebilmeleri, rakiplerin davranışlarını iyi takip etmelerine ve bunlara gerektiği zaman ve gerektiği ölçüde tepki verebilmelerine bağlıdır⁶³². Teşebbüslerin vermiş olduğu tepki bazen, piyasa koşullarının gerektirdiği şekilde, rakiplerinin almış olduğu kararların benzeri hatta aynısı dahi olabilir⁶³³. Bu durum, RKHK m.4’de belirtilen benzerlik koşulunun oligopol pazarlarda teşebbüslerin iradesi dışında ve pazar özellikleri sebebiyle karşılandığını gösterir⁶³⁴.

⁶²⁹ “Oligopolistik bağımlılık ya da oligopol sorunu olarak nitelendirilen bu durum, bu tür piyasalarda faaliyet gösteren teşebbüslerin kendi pazar stratejilerinin rakiplerin pazar stratejilerine bağlı olduğunun farkında olması nedeniyle ortaya çıkmakta ve teşebbüslerin aralarında herhangi bir anlaşma olmamasına karşın paralel şekilde davranabilmelerine ve rekabetçi düzeyin üstünde kârlar elde edebilmelerine olanak vermektedir.” (Sodexo kararı, RK. 03-43/490-229, 17.6.2003, s.11).

⁶³⁰ “Oligopol piyasası en geniş şekliyle az sayıda oyuncunun bulunduğu bir piyasa olarak tanımlanabilir. Oligopol piyasasında faaliyet gösteren firmaların kendi pazar stratejilerinin rakiplerinin stratejilerine bağlı olduğunun farkında olması oligopolistik bağımlılık olarak nitelendirilmekte, bu bağımlılık nedeniyle firmalar arasında herhangi bir anlaşma olmamasına karşın, paralel davranışlar ortaya çıkabilmektedir. Bu şekildeki paralel davranışlar firmaların piyasa koşullarından kaynaklı bilinçli tercihlerinin sonucu olarak gelişmektedir.”(Karadeniz Ro-ro kararı, RK. 06-29/357-88, 24.4.2006, s.21, str.825-837); “Stratejik davranışlarda bulunurken rakiplerini de gözetmek zorunda bulunan teşebbüslerin faaliyet gösterdiği oligopolistik pazarlarda, herhangi bir anlaşma veya uyumlu eylem olmamasına rağmen özellikle fiyatlarda paralel hareketler gözlenebilmektedir.” (Yaş Ekmek Mayası kararı, RK. 02-46/557-227, 01.08.2002, s.3).

⁶³¹ ALESE, s.381.

⁶³² “teşebbüsün söz konusu fiilden elde edeceği kazanç, rakiplerinin o fiile karşı gösterecekleri tepkiye bağlıdır. "Oligopolistik bağımlılık" olarak ifade edilen bu özellik oligopolistik pazarlarda faaliyet gösteren teşebbüslerin faaliyetlerinde paralelliklerin oluşmasına neden olabilmektedir. Söz konusu pazarın homojen bir ürünün alınıp satıldığı bir pazar olması, pazarda haberleşmenin kolay olması ve teşebbüslerin birbirlerine yakın güçte olmaları "oligopolistik bağımlılığı" ve dolayısıyla paralel davranışları daha da arttırmaktadır.” (Fırıncılar Federasyonu-Maya Üreticileri kararı, RK. 00-24/255-138, 27.06.2000, s.12-13).

⁶³³ TEKİNALP/TEKİNALP, s.395; ASLAN, s.82; TOPÇUOĞLU, s.195; Star/Posta/Takvim kararı, RK 99-56/599-381, 08.12.1999, s.4; Telsim-Turkcell I kararı, RK 99-57/614-391, s.4.

⁶³⁴ “Türkiye sigara pazarı, Tekel gibi önemli derecede pazar gücüne sahip olan bir firmanın bulunduğu yoğunlaşmış oligopol pazardır. Piyasadaki tüm firmalar kendi faaliyetlerini rakiplerinin hareketlerini dikkate alarak düzenlemektedirler. Pazarın sıkı oligopol özelliği olan şeffaf bir pazar olması dolayısıyla teşebbüsler başta fiyat hareketleri olmak üzere birbirlerinin hareketlerini sürekli olarak gözlemlemekte ve herhangi bir teşebbüsün piyasadaki bir uygulamasından kısa zamanda haberdar olmaktadır. Az sayıda firmanın varlığında karşılıklı bağımlılık ilişkisi ortaya çıkmakta bu durum da fiyat kararlarına etki etmektedir. Bahsedilen piyasa yapısı, az sayıda firma arasında denge oluşmasına neden olmakta, lider firmanın takip edilmesi ve izleyicilerden birinin yaptığı zammı diğerinin öğrenip ona uygun davranmasına yol açmaktadır.” (PMSA-JTI- British American Tobacco kararı, RK. 04-31/365-91, 03.05.2004, s.3-4).

Bu durumda, benzerlik koşulunun oluşması sebebiyle karinenin uygulanacağı bu durumlarda, teşebbüslerin “ekonomik ve rasyonel gerekçe” olarak, paralellığın kaynağının pazar koşulları olduğunu göstermesi, Rekabet Kurumu’nun birçok kararında “oligopolistik bağımlılık savunması” olarak kabul görmüştür.

Örneğin, Sigorta kararında Rekabet Kurumu, “*oligopolistik pazarlarda, arada herhangi bir anlaşma olmadan, kendiliğinden teşebbüsler arası paralel davranışlar söz konusudur. Anılan bu paralel davranışlar rekabetin belirsizliğinin ve getirdiği risklerin koordinasyon ve işbirliği ile ikame edilmesinden, bu amaçla rekabetten kaçınılması ve bazı çıkarlardan vazgeçilmesinden ya da bazı fırsatların değerlendirilmesinin rakiplere terk edilmesinden ziyade pazarın yapısından kaynaklanan sebeplerle en rasyonel davranışlar olarak ortaya çıkmaktadırlar.*” yorumunu yapmıştır⁶³⁵.

Başka bir kararda ise, “*Her ne kadar bulgular soruşturma açılan teşebbüslerin maliyetlerden bağımsız olarak paralel olarak artırdıklarını ortaya koymakta ise de pazarın oligopolistik yapısının fiyat artışlarında rakiplerin izlenmesi gibi bir zorunluluğu gerekli kılması, maya üreticileri arasında pazardaki belirsizliği yok edecek nitelikte doğrudan ya da dolaylı iletişime rastlanılmaması, maya üreticilerinin maya satış fiyatlarına uyguladıkları artışlarının incelemeye alınan dönem itibarıyla DIE’ce yayınlanan Tüketici Fiyat endeksindeki artışların altında gerçekleşmiş olması sebebiyle, bu artışların, bir uyumlu eylem neticesinde olmadığı kanaatine ulaşılmıştır. Bu durumu her biri ihmal edilemeyecek büyüklükteki az sayıda üreticinin faaliyet gösterdiği, homojen bir malın söz konusu olduğu ve oligopolistik özellikler gösteren ekmek mayası pazarında gözlenen paralel fiyat hareketlerini pazarın yapısından kaynaklanan, piyasanın "ekonomik ve rasyonel gerçekler"i olarak değerlendirmek mümkündür.*” sonucuna varmıştır⁶³⁶.

Süt kararında ise, teşebbüslerin bazı dönemlerdeki fiyat değişim tarihleri ve oranları arasında görülen paralellikler, oligopol pazarın gereği olan davranışlardır ve iktisadi gerekçelerle açıklanabilir nitelikte görülmüştür⁶³⁷.

⁶³⁵ Sigorta kararı, RK. 99-24/211-124, 20.5.1999, s.3-4.

⁶³⁶ Fırıncılar Federasyonu-Maya Üreticileri kararı, RK. 00-24/255-138, 27.06.2000, s.12-13.

⁶³⁷ “Sektördeki firmaların pazar payları ve firma sayıları dikkate alındığında islenmiş süt pazarının oligopolistik bir yapıya sahip olduğu söylenebilir. Gerek pazarın oligopolistik yapıda olması ve gerekse aşağıda ayrıntılı olarak açıklanacağı gibi, firmaların maliyet yapılarının, işin mahiyeti gereği,

Çimento I kararı incelemesinde ise, soruşturma kapsamındaki bazı teşebbüsler, “*homojen bir malın söz konusu olduğu, ürünün niteliği gereği maliyetlerin de birbirine çok yakın seyrettiği oligopolistik çimento sektöründe uyumlu hareketlerin zorunlu bir sonuç olduğunu*” ileri sürmüş; bazıları ise, “*‘oligopolistik bağımlılık’ argümanının, ‘fiyat tespiti’ ve ‘pazar paylaşımı’ iddialarına karşı savunma olarak kabul edilmesi gerektiğini*” söylemiştir⁶³⁸. Rekabet Kurumu’nun bu savunmaya karşı açık bir tavır aldığı görülmektedir: “*Buna karşılık Kurul, “oligopolistik bağımlılık” savunmasını kabul etmektedir. Zaten bu savunmayı kabul ettiğinden, fiyat hareketlerinin maliyetlerden bağımsız paralellliğini; rakip teşebbüslerin mevcut maliyet yapıları ve fiyat seviyeleri ile birbirlerinin ana hinterlandlarına satış yapabileceğini gösterdiği durumlarda bile, uyumlu eylem karinesine başvurmadan, teşebbüsler arasındaki koordinasyonu gösteren delillerin varlığını aramıştır. Başka bir deyişle, yalnızca iktisadi analizlerin bulunduğu durumlarda, “uyumlu eylem karinesi”ne bile başvurmadan, ihlalin bulunmadığı sonucuna ulaşmıştır.*”⁶³⁹.

Ancak Rekabet Kurumu, şunu da eklemektedir : “*Buna karşılık, teşebbüsler arasındaki koordinasyonu gösteren delillerin varlığında “oligopolistik bağımlılık” savunmasının kabul edilemeyeceği; aksine, bunun, teşebbüslerin yapacakları diğer savunmaların çürütülmesinde kullanılabileceği açıktır.*”⁶⁴⁰. Buradan varılacak sonuç ise, eşgüdümü gösteren, teşebbüsler arasındaki bağlantıya ilişkin doğrudan delillerin varlığı halinde bu savunma kabul edilmeyeceğidir.

Bu kararda dikkat çeken en önemli unsur, Rekabet Kurumu’nun, ekonomik analizlerin oligopolistik bağımlılığı ortaya koyması durumunda, uyumlu eylem karinesine bile başvurmadan, eşgüdümü ortaya koyacak doğrudan delilleri aramaya başladığını açıklamasıdır. Bu açıklama, sonraki kararlarında yine Rekabet Kurumu’nun kendisi tarafından, karineyi bertaraf ettiği gerekçesiyle eleştirilmiştir.

Rekabet Kurumu, bu yorumunda, “*Dolayısıyla, piyasalardaki fiyat değişimlerinin rekabetin bozulduğu piyasalardakine benzerlik göstermesi durumunda yahut*

birbirlerine benzer olması nedeniyle fiyat politikaları arasında paralellikler görülmektedir.”(Süt kararı, RK. 00-11/109-54, 23.03.2000, s.5-6, p.12-14).

⁶³⁸ Çimento I kararı, RK. 02-06/51-24, 01.02.2002, s.24, str.1182-1187.

⁶³⁹ Çimento I kararı, RK. 02-06/51-24, 01.02.2002, s.24, str.1189-1197.

⁶⁴⁰ Çimento I kararı, RK. 02-06/51-24, 01.02.2002, s.24, str.1197-1201, str.4953-4967 ve 4992-5003; Benzer şekilde başka bir kararda, “oligopolistik pazarlarda faaliyet gösteren teşebbüslerin paralel davranışları aralarında kurmuş oldukları doğrudan veya dolaylı iletişim ile sağlamaları halinde tarafların uyumlu eylem halinde olduklarından bahsedilebilir.” denmiştir. (Fırıncılar Federasyonu-Maya Üreticileri kararı, RK. 00-24/255-138, 27.06.2000, s.12-13).

rekabetçi piyasalardakinden farklılık göstermesi durumunda, bu durum teşebbüslerin uyumlu eylem içinde olduklarına karine teşkil edecektir. Oligopol pazarlarda, teşebbüslerin karşılıklı bağımlılık içinde oldukları ve dolayısıyla söz konusu davranışların bu bağımlılıktan kaynaklandığı savunmalarının kabul edilmesi halinde, paralel davranıştan başka herhangi bir delil bulunamaması durumunda ihlal sonucuna ulaşamayacaktır. Öte yandan, paralel davranışın yanında rakipler arası koordinasyonu da gösteren delillerin bulunması durumunda, karine kullanılmasına gerek kalmaksızın, uyumlu eylem olduğu sonucuna varılabilecektir. Dolayısıyla, karinenin kullanılabilmesi için de, paralel davranış ve koordinasyon gösteren delillerin aranması karineyi etkisiz hale getirecektir. Kanun'un açıkça verdiği bir yetkinin kullanılmaması ya da gereksizliği söz konusu olmayacağına göre, koordinasyonun varlığının ispatlanmasına gerek olmadan, piyasadaki fiyat değişimlerinin rekabetin bozulduğu pazarlara benzemesi yahut rekabetçi pazarlardan farklılık göstermesi durumunda uyumlu eylem karinesi kullanılabilir.” demektedir⁶⁴¹.

Rekabet Kurumu, benzer bir yoruma ulaştığı Beton kararında ise şöyle demektedir: *“Dolayısıyla, karinenin kullanılabilmesi için de, paralel davranış ve koordinasyon gösteren delillerin aranması karineyi etkisiz ve kullanılamaz hale getirecektir. Kanun'un açıkça verdiği bir yetkinin gereksizliği söz konusu olmayacağından, karinenin kullanılabilmesi için aranan delil şartının uyumlu eylemin ispatı için aranandan daha düşük olduğu anlaşılmaktadır.”⁶⁴².*

Bunların dışında, oligopolistik bağımlılık savunmasına rağmen, ekonomik gerekçelerle uyumlu eylemin varlığına hükmedildiği de görülmektedir. Buna örnek olarak, Maya II kararında, *“Her ne kadar oligopolistik piyasalarda fiyat hareketlerinin benzerlik göstermesi oligopol tanımında yer alsa da; dört firmanın birden piyasa koşullarında objektif herhangi bir değişme olmaksızın üretim maliyetlerindeki artışın ve enflasyon oranlarının hayli üzerinde fiyat artışına gitmelerinin ve bu artışları başlangıçta üst üste iki ay ve yüksek oranda gerçekleştirebilmelerinin ve ilerleyen zamanlarda da istikrarlı bir şekilde fiyat artış trendlerini devam ettirebilmelerinin uyumlu eylemden başka bir iktisadi gerekçesi*

⁶⁴¹ Ege Çimento II kararı, RK. 04-77/1108-277, 02.12.2004, s.40-41, str.1476-1507.

⁶⁴² Beton kararı, RK. 04-77/1109-278, 02.12.2004, s.36-37, str.1304-1350.

bulunmamaktadır.” denmiştir⁶⁴³. Bu kararda, Avrupa Rekabet Hukukunda uyumlu eylemlerin ispatında görülen, davranışın “uyumlu eylemden başka bir makul açıklaması olmama” kıstasının uygulandığı göze çarpmaktadır.

Rekabet Kurumu, beton pazarında paralel fiyat artışlarını incelediği bir kararda ise, oligopol pazarlara ilişkin incelemelerdeki önceki farklı kararlara değinerek, her olayın kendine özgü yapı içinde incelenmesi gerektiğini belirtmiştir. Buna göre, *“Birlikte fiyat artırımlarının oligopolistik bağımlılık sonucu olabileceği, Kurul’un da önceki içtihadının bu yönde olduğu, dolayısıyla oligopolistik bağımlılık nedeniyle uyumlu eylem karinesine dayanılamayacağı savunulmaktadır. Paralel davranış oligopolistik bağımlılık sonucu da ortaya çıkabilecek olmasına rağmen, oligopolistik pazarların mutlak bir sonucu değildir. Dahası, oligopol pazarlarda, herhangi bir teşebbüsün diğerleri ile işbirliği yapmaksızın fiyatını artırması oldukça riskli bir davranıştır. Zira, diğer teşebbüslerin bu fiyat artırımına uymamaları durumunda fiyatını artıran teşebbüs zarara uğrayacaktır. Kurul’un daha önceki kararları incelendiğinde ise, oligopol pazarlardaki paralel fiyat artışlarına yönelik oluşmuş kesin bir içtihaddan söz etme imkanı bulunmamaktadır. Zira her olayın kendine has özellikleri mevcuttur ve dolayısıyla her olay kendi içinde değerlendirilmelidir.”*⁶⁴⁴. Kurum ayrıca, değerlendirmesinde, önceki bir karara⁶⁴⁵ atıf yaparak, söz konusu kararda yer alan uyumlu eylem olmadığı yönündeki tespitin, sadece oligopolistik bağımlılık savunmasına dayanmayıp, teşebbüsler arasında herhangi bir iletişimin bulunmayışı ve fiyat artış oranlarının enflasyonun altında olmasını da dikkate aldığını belirtmektedir⁶⁴⁶.

Buradan çıkartılacak bir sonuç ise, oligopol pazarlarda gözlenen paralelliklerin kendiliğinden uyumlu eylem olarak yorumlanamayacağı gibi, tam aksinin de ekonomik bir analiz olmaksızın söylenemeyeceğidir. Bu bakımdan, her olay kendi koşulları içinde değerlendirilerek, paralel davranışın pazar yapısından mı

⁶⁴³ Maya II kararı, RK. 05-60/896-241, 23.9.2005, s.39, str.1508-1539; Benzer şekilde, başka bir kararda ise, “Savunmada yer verilen, oligopolistik bağımlılık iddiası ise, mal vermeyi reddetmenin ekonomik ve rasyonel gerekçelere dayanmaması durumunda geçersiz hale gelecektir.” denilerek, oligopolistik bağımlılığa rağmen ekonomik ve rasyonel gerekçe aranmıştır. (Çimento II kararı, RK. 05-05/42-17, 13.01.2005, s.26-27, str.992-1015).

⁶⁴⁴ Beton kararı, RK. 04-77/1109-278, 02.12.2004, s.36-37, str.1304-1319; Danıştay’ın iptal kararı üzerine verilen Beton kararı, RK. 06-77/991-286, 19.10.2006, s.36, str.1283-1297.

⁶⁴⁵ Fırıncılar Federasyonu-Maya Üreticileri kararı, RK. 00-24/255-138, 27.06.2000, s.12-13.

⁶⁴⁶ Beton kararı, RK. 04-77/1109-278, 02.12.2004, s.36-37, str.1319-1330; Danıştay’ın iptal kararı üzerine verilen Beton kararı, RK. 06-77/991-286, 19.10.2006, s.36, str.1297-1308.

kaynaklandığı yoksa bireysel bir stratejinin sonucu mu olduğunun tespiti gerekmektedir⁶⁴⁷.

Kanaatimizce, uyumlu eylem karinesi, oligopol pazarlarda gözlenen paralel davranışların değerlendirilmesinde, kanuni bir karine olduğundan tartışmasız uygulanacaktır. Ancak, hiçbir teşebbüsün, sırf oligopol bir pazarda bulunması sebebiyle, bu yönde hiçbir işbirlikçi davranışı olmaksızın, uyumlu eylem içinde bulunduğu kabul edilememelidir. Bu bakımdan, bu durumdaki teşebbüslerin “ekonomik ve rasyonel gerekçe” olarak yapacakları oligopolistik bağımlılık savunmasının da ekonomik bir analiz eşliğinde kabul edilmesi yerindedir. Buna karşın, söz konusu savunmanın, adeta RKHK.m.4 kapsamındaki iddialara karşıt bir savunma karinesi olarak kabul edilmesi, yukarıdaki kararlarda belirtildiği üzere uyumlu eylem karinesini “etkisiz ve geçersiz” hale getireceğinden mümkün görülmemelidir.

3. Değerlendirme

Oligopol pazarlarda gözlenen paralel davranışların Sherman Act §1, ATA.m.81 ve RKHK.m.4 kapsamında incelenmesinde, pazar yapısından kaynaklanan oligopole özgü paralelliklerin, rekabetin bozulduğu, kısıtlandığı veya ortadan kalktığı bir pazar görünümü oluşmasına rağmen, işbirlikçi teşebbüs davranışlarından kaynaklandığı açıkça ortaya konmadıkça, anlaşma veya uyumlu eylem çatısı altında değerlendirilemeyeceği görülmektedir. Keza, pazarda böyle bir ortam varken teşebbüslerden, paralel davranışlar ortaya çıkmasını diye faaliyetlerini normal şartların dışına çıkarması beklenmemelidir.

Bu konuda, Türk Rekabet Hukukunda RKHK m.4 ile getirilen uyumlu eylem karinesinin oligopole özgü paralelliklerde uygulanması ise, bir uzlaşma bilincinin varlığının ortaya konması ile mümkündür. Salt oligopolistik bağımlılığın varlığı, her ne kadar rekabeti kısıtlayan ya da azaltan paralellikler meydana getirirse de, kendi davranışlarını pazara uyarlamaya çalışan bir teşebbüsün, RKHK.m.4’de düzenlenen

⁶⁴⁷ “Özellikle, ilgili ürünün homojen ve haberleşmenin kolay olduğu oligopolistik pazarlarda gözlemlenen paralel fiyat hareketlerini uyumlu eylem olarak değerlendirmek güçleşmektedir. Ancak, bu durum oligopolistik pazarlardaki paralel fiyat hareketlerinin hiç bir zaman uyumlu eylem olarak yorumlanamayacağı anlamına da gelmemekte; aksine, söz konusu paralel davranışların pazarın oligopolistik yapısının mı, yoksa teşebbüslerin anlaşma veya uyumlu eylemlerinin mi sonucu olduğu konusunun değerlendirilmesi gerektiği anlamına gelmektedir.” (Maya II kararı, RK. 05-60/896-241, 23.9.2005, s.4-5, str.180-209; Aynı şekilde, Yaş Ekmek Mayası kararı, RK. 02-46/557-227, 01.08.2002, s.3).

anlaşma ve uyumlu eylem yasağını ihlal ettiği anlamına gelmez. Zaten, ilgili teşebbüsler, birbirleriyle uyumlu değil de, pazar koşullarına uygun hareket ettiklerine dair ileri sürecekleri ekonomik ve rasyonel gerekçeler ile bu karineden kurtulabileceklerdir. O halde, hem karinenin uygulanması hem de kurtuluş beyyinesine dayanan teşebbüslerin savunmalarında, salt oligopolistik bağımlılık içinde bulunmak tek başına bir anlam ifade etmeyecektir.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

Oligopol Pazarlarda Birlikte Hakim Durum

Bu bölümde, oligopolistik bağımlılık incelemesinde diğer bir önemli bir nokta olan “oligopolistik hakimiyet” değerlendirilecektir. Oligopolistlerin pazar yapısı dolayısıyla, aralarında herhangi bir bağlantı dahi kurmaksızın karşılıklı bağımlılıklarının farkına vararak paralel davranışlar sergilemeleri halinde, oligopol yapısının hakim duruma gelerek, oligopolistlerin birlikte hakim durum oluşturmasının mümkün olup olmayacağı ele alınacaktır.

Özellikle, oligopolistik pazarlardaki teşebbüslerin birbirlerine olan karşılıklı bağımlılıkları neticesinde oluşan zayıf ekonomik performansla mücadelede “uyumlu eylem”in etkin biçimde uygulamaya sokulamaması, dikkatlerin birlikte hakim durum kavramına yönelmesine neden olmuştur⁶⁴⁸. Önceki bölümde incelediğimiz gibi, oligopol pazarlarda ortaya çıkan paralellikler, *per se* uyumlu eylem teşkil etmeyeceklerdir. Bu durumda, anlaşma, karar veya uyumlu eylem teşkil etmediği için anlaşma denetiminden kurtulan paralellikleri, birlikte hakim durum kapsamında denetlemek Avrupa ve Türk Rekabet Hukukunda tartışma konusudur⁶⁴⁹. Birlikte hakim durumun saptanmasının önemi, Türk Rekabet Hukuku ve Avrupa Birliği mevzuatı bakımından hakim durumun kötüye kullanılmasının yasaklanmış olmasındandır. Oligopole özgü paralellikleri yasak kapsamında bir kötüye kullanma testine tabi tutmak için, öncelikle teşebbüslerin birlikte hakim durumda olduğunun tespiti gerekmektedir. Ayrıca, birleşme ve devralmalar yoluyla meydana gelen yoğunlaşmaların analizinde de hakim durum oluşturulmasının veya hakim durumun güçlendirilmesinin tespiti önem taşımaktadır.

Buradaki sorun, oligopol pazarlarda gözlenen teşebbüsler arası karşılıklı bağımlılığın, birlikte hakim durum için “birliktelik” koşulunu sağlayıp sağlamayacağı tartışmasında yatmaktadır. Bu konuda, oligopol pazarlarda, hakimiyet üzerine analiz yapmak öncelikle birlikte hakim durum kavramını anlamayı gerektirdiğinden öncelikle bu kavram açıklanacaktır (A). Ardından, oligopol

⁶⁴⁸ ÇELEN, s.33; Aynı yönde, RYAN, s.359; Tekdemir, birlikte hakim durum kavramının oligopol pazarların denetimindeki boşluğu doldurmak için ortaya çıktığını ileri sürmektedir. (TEKDEMİR, s.2).

⁶⁴⁹ Bkz. LANG, s.272; WITHERS, Chris/JEPHCOTT, Mark, “Where to now for EC oligopoly control?”, ECLR, C.22, Ağustos 2001, s.302.

pazarlarda birleşme ve devralmaların gerçekleşmesi halinde, oligopol sorunu olarak adlandırılan teşebbüsler arası karşılıklı bağımlılığın, rekabet otoritelerince nasıl değerlendirildiği incelenecektir (B).

I. Birlikte Hakim Durum Kavramı

Birlikte hakim durum kavramının anlaşılabilmesi, oligopol pazarların denetiminde kavramın uygulanabilirliği bakımından önem arz etmektedir. Zira, dar oligopol pazarların yapısı gereği, sadece teşebbüslerin sayısal azlığı değil, aynı zamanda oligopolistlerin belirli bir pazar gücüne sahip olması söz konusudur. Bu sebeple, oligopolistik bir hakimiyetin bu tip pazarlarda mevcudiyeti araştırılmaktadır. Bu başlık altında, öncelikle hakimiyet kavramı ele alınacak (A.1), ardından hakimiyetin “birlikte” olması incelenecektir (A.2).

A. Hakim Durum

1. Kavram

a. Tanım

Teşebbüsler piyasada ekonomik olarak yarış içindedirler. Bu rekabet ortamında her teşebbüs, çeşitli yollara başvurarak rakiplerinin önüne geçmeye ve bu ekonomik yarışta kazanmaya çabalar. Bazı hallerde bu teşebbüsler, gerek piyasanın yapısı gereği, gerekse de verdikleri doğru ekonomik kararlar sonucu, belli bir ekonomik güce ulaşırlar. Söz konusu ekonomik güç, bazen teşebbüsü piyasada hakim duruma kılabilir.

Rekabet Hukuku düzeninde, bir işletmenin rakiplerine üstün duruma gelmek için çabalaması ve bu çabalarının işletmeyi hakim duruma taşımaması, rekabet ortamının doğal sonuçlarından biri olarak kabul edilmektedir. Hukuk düzeni hakim durumu kendiliğinden yasaklamamaktadır⁶⁵⁰. Ancak, Rekabet Hukuku tarafından engellenmek istenen, hakim durumda olan söz konusu işletmenin bu gücünü kötüye

⁶⁵⁰ ULAŞ KISA, s.24; ERDEM, s.118; ASLAN, Dersler, s.121-122; AŞÇIOĞLU-ÖZ, s.157-158.

kullanarak piyasadaki etkin rekabeti engellemesidir. Bu sebeple, çeşitli hukuk düzenlerinde hakim durumun kötüye kullanılmasının yasaklandığını görmekteyiz⁶⁵¹.

RKHK.6.maddesinde “*bir veya birden fazla teşebbüsün, ülkenin bütününde ya da bir bölümünde bir mal ya da hizmet piyasasındaki hakim durumunu tek başına yahut başkaları ile yapacağı anlaşmalar ya da birlikte davranışlar ile kötüye kullanması*” yasaklanmıştır. Aynı şekilde, AT Antlaşması’nın 82. maddesindeki genel yasaklama şu şekilde ifade edilmiştir: “*Bir veya birden fazla teşebbüsün Ortak Pazar veya onun önemli bir bölümünde hakim durumlarını kötüye kullanmaları ülkeler arasındaki ticareti etkilediği ölçüde Ortak Pazar’la bağdaşamaz ve yasaktır.*”

O halde, bu yasak kapsamında yapılan incelemelerin ilk adımı, hakim durumun tespit edilmesidir⁶⁵². Ne zaman, hangi halde bir teşebbüs hakim durumda sayılmalıdır? Bunun için hakim durum kavramına ilişkin kanunda, doktrin ve içtihatlarda rastlanan çeşitli tanımlara bakmak yerinde olacaktır. Öncelikle, RKHK’un 3. maddesinde hakim durumun Türk Hukuku açısından yasal tanımı verilmiştir. Buna göre hakim durum, “belirli bir piyasadaki bir ya da birden fazla teşebbüsün rakipleri ve müşterilerinden bağımsız hareket ederek fiyat, arz, üretim ve dağıtım miktarı gibi ekonomik parametreleri belirleyebilme gücünü (...) ifade eder”.

Avrupa Topluluğu Adalet Divanı’nın artık yerleşik hale gelmiş içtihadına göre ise hakim durum, “*bir veya birden çok teşebbüsün, müşterilerden, rakiplerden ve tüketicilerden yeterli ölçüde bağımsız davranarak ilgili pazarda etkin rekabeti önleyebilecek bir güce sahip oldukları durumdur.*”⁶⁵³. Nitekim, aynı tanıma Avrupa Hukukunda 4064/89 sayılı Konsey Tüzüğü’nün⁶⁵⁴ içeriğinden anlaşıldığı kadarıyla

⁶⁵¹ Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda ATA m.82 ve Türk Rekabet Hukukunda RKHK m.6, hakim durumda olan bir veya birden çok teşebbüsün bu durumunu kötüye kullanmalarını yasaklarken, Amerikan Rekabet Hukukunda Sherman Act §2 tekel oluşturmak veya tekel oluşturmaya teşebbüs etmeyi yasaklamaktadır.

⁶⁵² ERDEM, s.119.

⁶⁵³ Hoffman-LaRoche, Case 85/76, ECR (1979) 461, p.38; Aynı şekilde, United Brands Co. and United Brands Continental BV v. Commission, Case 27/76, ECR 1978, I-207, p.65; Benzer şekilde: “Bir teşebbüsün hakim durumda olması, bu teşebbüsün rakiplerini, müşterilerini ve sağlayıcılarını dikkate almadan, bağımsız olarak hareket edebilmesini ifade eder. Bu durum, bir teşebbüsün pazar payı veya bununla birlikte sahip olduğu teknik bilgi, hammadde veya sermaye sayesinde, ilgili pazarda fiyatı veya üretimi ya da dağıtımını kontrol etmesi halinde ortaya çıkmaktadır. Teşebbüs açısından böyle bir pazar gücünden söz edilebilmesi için, pazardaki diğer teşebbüslerin varlığına tamamen son verilebilmesine yetecek hakimiyet kurması gerekmez. Bu gücün derecesi her pazarda farklı olsa dahi, söz konusu teşebbüslere davranışlarında bağımsız davranabilme özgürlüğü sağlaması yeterlidir.” (Continental Can Company Inc. v Commission, Case 6/72, ECR [1973] 215).

⁶⁵⁴ Council Regulation (EEC) No. 4064/89 of 21 December 1989 on the control of concentrations between undertakings (Şu anda yürürlükte değildir. Yürürlükte olan Tüzük için bkz. Council

Avrupa Yatay Birleşmeler Kılavuzunda⁶⁵⁵ rastlıyoruz.⁶⁵⁶ Görüldüğü gibi Türk ve Avrupa Rekabet Hukuku tanımları genel olarak benzeşmektedir. Ancak RKHK ekonomik parametreleri belirleyebilmeyi ararken, Avrupa Rekabet Hukukunda “etkin rekabetin önlenmesi” ön planda tutulmuştur.

Doktrinde, Azevedo ve Walker bu tanımı eleştirmiştir⁶⁵⁷. Bu eleştiri uyarınca, ekonomik olarak hiçbir teşebbüs, müşterilerden etkilenmeksizin fiyat artıramaz. Bu etki mutlaka vardır, çünkü genel kural uyarınca, fiyat arttıkça talep azalır. Yazarlara göre, hakim durum için iki olası tanım mümkündür. Buna göre, hakim durum, müşterilerin, rakiplerin ya da tüketicilerin bağımsız davranışlarından etkilenmeksizin başarılı bir şekilde rekabeti kısıtlayıcı davranışlar sergileme kabiliyetidir. Diğer olası bir tanım olarak da, hakim durumun, ilgili pazarda arzı kısıtlama kabiliyeti olduğu ileri sürülmüştür⁶⁵⁸.

Gül’e göre hakim durum, bir ya da birden fazla teşebbüsün pazarda güçlü bir konumda bulunmasını ifade eder. Güçlü konumdan kasıt, teşebbüsün “pazarda rekabeti önleme veya serbestçe davranabilme yada istediği stratejiyi pazara kabul ettirebilme”⁶⁵⁹ gücüne sahip olmasıdır. Smith ve Herzog’a göre ise hakim durum, “bir firmanın tek yanlı davranışlarıyla rekabeti bozma, engelleme veya sınırlama gücüne sahip olmasıdır”⁶⁶⁰.

Aşçıoğlu Öz ise, RKHK’un birden fazla teşebbüsün hakim durumda olabileceği çeşitli olasılıkları göz önünde bulundurarak şu tanımı vermiştir: “Bir veya birden fazla teşebbüsün ülkenin bütününde ya da bir bölümünde bir mal ya da hizmet piyasasında aynı anda birlikte veya bağımsız olarak ayrı ayrı hakim durumda

Regulation No.139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings – The EC Merger Regulation- OJ 29.01.2004, L 24/1).

⁶⁵⁵ Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings, OJ 05.02.2004, C 31/03, s.5-18.

⁶⁵⁶ Aynı şekilde, United Brands Co. and United Brands Continental BV v. Commission, Case 27/76, ECR 1978, I-207, p.65; Continental Can Company Inc. v Commission, Case 6/72, ECR (1973) 215.

⁶⁵⁷ AZEVEDO, João/ WALKER, Mike, Dominance: Meaning and Measurement, ECLR, C.23, Temmuz 2002, s.364 .

⁶⁵⁸ AZEVEDO/WALKER, s.365-366.

⁶⁵⁹ GÜL, İbrahim, Avrupa Birliği ve Amerika Birleşik Devletleri İçtihatları Işığında Rekabetin Korunması Hakkında Kanun Açısından Teşebbüsün Alıcılarına Ayrımcılık Yaparak Hakim Durumunu Kötüye Kullanması, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi No.2, Ankara 2000, s.8.

⁶⁶⁰ SMITH, H./ HERZOG, P., The Law of the European Economic Community, Matthew, New York 1976, s.253 (ASLAN, s.210’dan naklen).

olmaları halinde bu hakim durumlarını kötüye kullanmaları hukuka aykırı ve yasaktır”⁶⁶¹.

Tekinalp’e göre, bazı teşebbüsler piyasaya hakimdir. Hakim durum, işletmenin piyasada büyük bir paya sahip olmasından, ekonomik gücünden, bağımsız hareket edebilme veya karar alabilme olanağından, kapasitesinden, ürettiği malın kalitesinden, markasının tanınmışlığından, patentlerinin rakipsizliğinden veya başka herhangi bir özellik veya niteliğinden doğabilir. Hakim teşebbüs piyasada ya tekeldir ya da tekel benzeri bir durumdadır⁶⁶².

Kanaatimizce, hakim durum, esasen bir teşebbüsün belirli bir pazarda, pazardaki rekabet koşullarından bağımsız şekilde hareket ederek, arz ve fiyat dengelerini tamamen tek taraflı kararlarıyla belirleyebileceği ekonomik güce sahip olduğu ve bu şekilde devamlı olarak üstün bir konumda bulunması durumunu ifade eden iktisadi bir kavramdır. Bu sebeple, kavramın, tanımı ve içeriği ekonomik bir analiz ile doldurulabilir.

b. Unsurlar

Hakim durumun saptanmasına yönelik bir inceleme yürütülürken dikkat edilmesi gereken ilk husus kavramın içeriğinin doldurularak niteliklerinin saptanması ve bu özellikleri karşılayan durumun mevcut olup olmadığının incelenmesidir. Bu sebeple, öncelikle hakim durumun unsurları tespit edilmelidir.

Doktrinde, hakim durum kavramının tanımından çıkarılan üç unsurun varlığı kabul görmüştür. Kanaatimizce bu unsurlar, kavramın tabiatı gereğidir. Bu üç unsur mevcut değil ise hakim durumdan bahsedilemeyecektir. Bu unsurlar, (i) belli bir ekonomik gücün varlığı, (ii) ekonomik bağımsızlığı haiz olmak ve (iii) bu unsurların devamlılığıdır⁶⁶³.

aa. Ekonomik Gücün Varlığı

Hakim durumun tanımından da anlaşılacağı üzere, bir teşebbüsün hakim durumda olduğunun kabulü için belli bir ekonomik güce sahip olması şarttır. Bu gücün, pazar

⁶⁶¹ AŞÇIOĞLU-ÖZ, s.157-158.

⁶⁶² TEKİNALP, Ü./TEKİNALP, G., s.434.

⁶⁶³ ERDEM, s.121-122; ASLAN, Dersler, s.122-124; FALLON, s.301-303.

parametrelerini belirlemeye yetecek şekilde ve teşebbüsün pazardaki diğer aktörlerden bağımsız davranabilmesini sağlayacak nitelikte olması gerekmektedir.

Ekonomik güç ile tekel gücünün kastedildiği konusunda da fikirler mevcuttur⁶⁶⁴. Kanaatimizce burada bahsi geçen güç, mutlaka tekel niteliği arz etmez. Bu, tek taraflı davranabilme kabiliyeti veren her türlü durumdur. Hakim durum, tekeli de kapsayan fakat tekelden daha geniş bir kavramdır⁶⁶⁵. Zira ATA.m.81 ve RKHK.m.4 “*bir veya birden çok teşebbüsün hakim durumunu kötüye kullanmasını*” yasaklamıştır.

Bu unsur, Rekabet Kurumu kararlarında değerlendirmeye alınmakta ve çeşitli ölçütler kullanılarak değerlendirilmektedir. Örneğin, Benkar kararında Rekabet Kurulu bu unsuru şu şekilde açıklamıştır: “Bir teşebbüsün bir mal veya hizmet piyasasındaki hakim durumunu tespit ederken; ilgili teşebbüsün pazar payı, pazara giriş koşulları, hakim durumun devamlılığı, bağımsız davranabilme yeterliliği, sahip olunan ekonomik güç gibi kriterler dikkate alınır. Bir piyasada teşebbüslerden biri rekabeti bozacak, kısıtlayacak ya da engelleyecek ekonomik güce sahipse, sahip olunan bu güç dolayısıyla ilgili teşebbüsün piyasaya hakim olduğu söylenebilir. Pazar payı ve pazara giriş koşulları bu ekonomik gücün tespitinde en önemli kriterlerdir. İlgili firmanın pazarda sahip olduğu pay yüksekse şüpheye gerek kalmadan hakim durum saptaması yapılabilmektedir; ancak her olayın kendine has özellikleri olması sebebiyle pazar payı ile birlikte diğer kriterler açısından da değerlendirmek gerekebilir”⁶⁶⁶

bb. Bağımsızlık

Teşebbüsün hakim durumda sayılabilmesi için, pazardaki diğer aktörlerden (sağlayıcılardan, müşterilerden, rakiplerden ve tüketicilerden) bağımsız olarak davranabilme gücü olmalıdır. Bu nokta, gerek RKHK m.3’de yapılan tanım gerekse ATAD ve Komisyonun tüm kararlarında vurgulanmıştır.

Burada bahsedilen bağımsızlık, ekonomik kararları alırken ekonomik bağımsızlığa sahip olmak, başka irade veya koşullara bağlı olmamaktır. Örneğin, Rekabet Kurumu, bir kararında “*(...)ürünlerinin fiyatları konusunda da (...)bağımsız hareket edememektedir. Sonuç olarak, (...) ekonomik kararları almada bağımsız hareket*

⁶⁶⁴ ASLAN, Dersler, s.122.

⁶⁶⁵ GÜL, s.9.

⁶⁶⁶ Benkar kararı, RK. 99-21/167-86, 28.04.1999, s.5.

edememesi nedeniyle, sözkonusu üretici firmanın hakim durumda olduğunun ileri sürülemeyeceği(...) ortadadır” demiştir⁶⁶⁷.

cc. Devamlılık

Hakim durumdan bahsedilirken, ekonomik güç ve bağımsızlık unsurları kadar, bunların devamlılık arz etmesi de önem taşır. Zira geçici bir ekonomik hakimiyet, hakim durum ölçüsü olmaz⁶⁶⁸. Nitekim, olağan rekabetçi pazarlarda, her teşebbüs gücünün doruğunda geçici bir hakimiyet anı yaşamış, fakat asla pazar koşullarından bağımsız hareket ederek pazar parametrelerini belirleyebilecek konuma ulaşmamış olabilir. Bu bakımdan, hakim durumun bir unsuru da, bu durumun devamlılık arz etmesidir⁶⁶⁹.

2. İlgili Pazarın Tespiti

Komisyon ve ATAD kararlarında, bir teşebbüsün, pazarda hakim durumda bulunup bulunmadığının tespiti için, öncelikle bu hakimiyetin söz konusu olduğu pazarın tanımlanması gerektiği belirtilmektedir. Bu açıdan “hakim durumda olmak” soyut bir kavram olmayıp, belirli bir pazara ilişkin bir durumdur. Bu durumda, hakim durumu incelerken önce çerçevesini çizmek, yani hangi pazarda hakim durumu incelediğimizi belirlemek gerekir⁶⁷⁰. Aksi halde tüm dünya pazarlarında hakim durumda olmak mümkün olmayacağından esasında incelenen bir ilgili pazarda hakim durumda olmaktır.

a. İlgili Ürün Pazarı

Kullanım amaçları ve nitelikleri bakımından aynı sayılan mal veya hizmetlerden oluşan pazar dikkate alınır. İlgili ürün pazarı, özellikleri, fiyatları ve kullanım amaçları itibarıyla tüketicinin birbiri yerine yeterli derecede ikame edilebilir kabul ettiği tüm ürün veya hizmetleri kapsar⁶⁷¹. Burada, ikame edilebilirlik kavramı ön

⁶⁶⁷ Pınar Et kararı, RK. 99-41/435-274(a), s.5-6, p.13-15.

⁶⁶⁸ ERDEM, s.122; ASLAN, Dersler, s.123.

⁶⁶⁹ “(...) ilgili pazarda hakim durum kriterlerinden ikincisi olan ekonomik gücün sürekliliği söz konusu değildir.” (Hürriyet-Sabah-Bursa-Olay Basın Yayıncılık kararı, RK.00-33/356-200, 05.09.2000, s.4).

⁶⁷⁰ Continental Can, Case 6/72, ECR (1973) 215, p.32.

⁶⁷¹ Hoffman-LaRoche, Case 85/76, ECR (1979) 461, p.28.

plana çıkmaktadır⁶⁷². Kısaca, inceleme konusu mal ve “tüketicinin gözünde aynı olan”, yani ikame edilebilir mallar aynı pazarda kabul edilebilecektir⁶⁷³.

Buna göre, bir üründen diğerine geçmenin kolay ve tercih edilebilir olduğu hallerde bu iki ürünün aynı pazarda oldukları kabul edilecektir. Bu durumun tespiti için ise, ürünün arz ve talep esnekliği incelenecek, çapraz esnekliği dikkate alınacaktır.

İlgili ürün pazarının değerlendirilmesinde öncelikle gözetilecek husus talep ikamesidir. Bunun için talep esnekliği (*elasticity of demand*) ölçülmelidir. Tüketici nezdinde ikame edilebilir mahiyeti haiz ürünlerin belirlenebilmesi için, Avrupa Rekabet Hukukunda ürünlerin birbiri arasındaki çapraz esnekliklerini, başka bir deyişle diğer faktörlerin aynı kalması kaydıyla bir mal veya hizmete olan talebin, başka mal ya da hizmetin fiyatında gerçekleşen değişikliğe olan duyarlılığını⁶⁷⁴ ölçmeye yarayan ve SSNIP (*Small but significant non-transitory increase in price*⁶⁷⁵) testi adı verilen bir metod benimsenmiştir⁶⁷⁶. Bu test çerçevesinde, varsayımsal olarak ilgili ürün veya hizmete küçük fakat önemli, geçici olmayan bir fiyat artışı uygulandığı takdirde, o ürün müşterilerinin davranışının ne yönde olacağı incelenir⁶⁷⁷. Bu artış neticesinde, tüketiciler, başka ürünlere yöneliyorlarsa ve bu yönelim neticesinde söz konusu fiyat artışı kâr getirmeyecek bir mahiyete bürünüyorsa, bu halde, ilgili pazarın, tüketicilerin yöneldikleri ürünü de kapsadığı kabul edilir. Bu şekilde, ikame ürünler tüketilerek, yapılacak farazi fiyat artışı kârlı hale gelene kadar işleme devam edilecek; neticede ortaya çıkan ürünler topluluğu ilgili ürün pazarını ortaya koyacaktır.

Talebin çapraz esnekliği (*cross elasticity of demand*) ise, diğer etkenlerin sabit kaldığı bir halde, bir mal veya hizmete olan talebin, başka mal ya da hizmetin fiyatında gerçekleşen değişikliğe karşı olan hassasiyetidir⁶⁷⁸.

Fiyat dışı etkenlerin dikkate alınılmasının zorunlu olduğu haller bakımından ise, ürünün kalite, marka bağımlılığı ya da fonksiyonel bir özelliği sebebiyle diğer

⁶⁷² JONES/SUFRIN, s.300.

⁶⁷³ ERDEM, s.137; ASLAN, s.222; AŞÇIOĞLU-ÖZ, s.92 ve s.152.

⁶⁷⁴ AŞÇIOĞLU-ÖZ, s.93.

⁶⁷⁵ ÇETİKAYA, Murat, İlgili Pazar Kavramı ve İlgili Pazar Tanımında Kullanılan Nicel Teknikler, Rekabet Kurumu, Ankara 2003, s.5.

⁶⁷⁶ Commission Notice on the definition of the relevant market for the purposes of Community Competition Law OJ (1997) C 372.

⁶⁷⁷ JONES/SUFRIN, s.307-308.

⁶⁷⁸ AŞÇIOĞLU-ÖZ, s.93.

ürünlerden kendisini ayıran yapısı sebebiyle ne derecede ikame edilebilir olduğu tüketici ve müşteri tercihleri bakımından dikkate alınmalıdır. Örneğin, United Brands davasında, Avrupa Komisyonu tarafından, ilgili ürün pazarı taze meyve pazarı yerine muz pazarı olarak tanımlanmış, ikame edilebilirlik derecesi belirlenirken ürünün bütün özellikleri ve tüketici tercihlerini etkileyen bütün faktörlerin dikkate alınarak değerlendirildiği ifade edilmiştir. Buna göre, muz pazarı, tüketici grubunu başka meyveleri bu kadar kolaylıkla yiyemeyecek olan yaşlı, çocuk ve bakıma muhtaç hastaların oluşturması sebebiyle, diğer meyvelerden ayrı tutulmuştur⁶⁷⁹. Başka bir kararda ise Avrupa İlk Derece Mahkemesi, UHT sütleri ile tetra pak ambalajının teknolojik gereksinimleri farklı olduğu gerekçesiyle farklı pazarlarda olduklarına karar vermiştir⁶⁸⁰. Amerikan Yüksek Mahkemesinden bir örnekte ise, Brown Shoe davasında Mahkeme, erkek, bayan ve çocuk ayakkabılarını ayrı ürün pazarları olarak değerlendirmiştir⁶⁸¹.

Arz ikamesinin incelenmesi ise, arz esnekliği (*elasticity of supply*) ile ölçülecektir. Bununla anlatılmak istenen, bir teşebbüsün kısa vadede, yüksek masraf ve risk altına girmeksizin üretimini inceleme konusu olan ürüne kaydırabileceği ve bu ürünü pazarlayabileceği hallerde, söz konusu iki ürünün aynı pazarda sayılacağıdır⁶⁸².

Türk Hukukunda da ikâme edilebilirliğin önem arz ettiği görülmektedir. Buna göre, telekomünikasyon sektöründe etkin rekabet ortamının sağlanması amacıyla çıkarılan Etkin Piyasa Gücüne Sahip İşletmecilerin Belirlenmesine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik m.4/ç ilgili ürün pazarını şöyle tanımlamaktadır: “İlgili Ürün/Hizmet Pazarı : Fiyatları, kullanım amaçları ve fonksiyonel özellikleri ile rekabet koşulları ve/veya arz talep yapısı açısından birbirleriyle değiştirilebilir ya da ikame edilebilir ürün ve hizmetleri, (...) ifade eder.”⁶⁸³

b. İlgili Coğrafi Pazar

Coğrafi pazar, teşebbüslerin, mal ve hizmetlerin arz ve talebi konusunda faaliyet gösterdikleri, rekabet koşullarının yeterli derecede homojen ve özellikle rekabet

⁶⁷⁹ United Brands Co. and United Brands Continental BV v. Commission, Case 27/76, ECR 1978, I-207.

⁶⁸⁰ Tetra Pak, Case T-51/89, ECR (1990) II-309, p.2.

⁶⁸¹ Brown Shoe Co. v U.S. 370 U.S. 294 (1962).

⁶⁸² AŞÇIOĞLU-ÖZ, s.97-99.

⁶⁸³ Etkin Piyasa Gücüne Sahip İşletmecilerin Belirlenmesine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik, 7 Ocak 2007 Tarihli ve 26396 Sayılı Resmî Gazete.

koşulları komşu bölgelerden hissedilir derecede farklı olduğu için bu bölgelerden kolayca ayrılabilen bölgelerdir⁶⁸⁴.

Bu bakımdan önemli olan, rekabet koşullarının sınırları saptanabilen belirli bir coğrafi alanda oluşmasıdır. Belirli bir ürün için yapılan araştırmada, bu araştırmaya konu olan teşebbüsler arasındaki ilişkinin, diğer coğrafi alanlardan farklı olmasıdır.

Çetinkaya'ya göre ilgili coğrafi pazar, *“incelemeye konu teşebbüslerin ürün fiyatlandırmasını ve ilgili ürün pazarındaki diğer faaliyetlerini etkileyebilecek ve bu teşebbüslerin eksik rekabetçi bir piyasadaymış gibi davranmasını önleyebilecek nitelikte rekabetçi baskılar/zorlamalar yapabilen bütün teşebbüslerin yer aldığı coğrafi alanı kapsar.”*⁶⁸⁵

B. Birlikte Hakim Durum

Birden fazla işletmenin pazarda hakim durumda bulunması olasılığı RKHK. m.6 ve ATA. m.82'de dikkate alınmıştır. Buna göre, bir veya birden fazla teşebbüsün hakim durumunu kötüye kullanması yasaklanmıştır. Bu maddelerde açıkça “bir veya birden fazla teşebbüs” ibaresi yer almasına rağmen, özellikle Avrupa uygulamasında, ekonomik anlamda birbirinden bağımsız birden fazla teşebbüsün pazarda hakim durumlarını kötüye kullanıp kullanamayacakları ve özellikle teşebbüslerden hiçbirinin tek başına hakim durumda olmadığı oligopolistik pazarlara bu maddenin uygulanıp uygulanamayacağı hususu uzunca bir süre belirsizliğini korumuştur⁶⁸⁶. Bu husus, Komisyon ve ATAD kararları çerçevesinde tartışılmıştır.

Bu tartışma öncelikle hükmün anlamını yorumlayan iki görüş çevresinde toplanmıştır. Buna göre, “bir veya birden fazla teşebbüs” ibaresi ile, dar anlamıyla, ekonomik bütünlük teşkil eden teşebbüs birliklerine işaret edilmekte; buna karşılık, geniş anlamda, ekonomik olarak bağımsız teşebbüsler kastedilmektedir⁶⁸⁷. Günümüzde bu tartışma çözüme kavuşmuştur: Birlikte hakim durum, en basit ifadesiyle, ilgili pazarda aralarında ekonomik bağlar olan birden çok teşebbüsün, tek başlarına hakim durumda olmadıkları halde birarada sahip oldukları hakim

⁶⁸⁴ Commission Notice on the definition of the relevant market for the purposes of Community Competition Law OJ (1997) C 372; ERDEM, s.136; ASLAN, s.220-222.

⁶⁸⁵ ÇETİNKAYA, s.8.

⁶⁸⁶ ÇELEN, s.33.

⁶⁸⁷ RODGER, s.22; WHISH, s.520-521; TEKDEMİR, s.14.

konumdur⁶⁸⁸. Ancak bu teşebbüslerin işbirliği halinde davranmalarına gerek yoktur⁶⁸⁹.

Esasen birlikte hakimiyet, iktisadi olarak doğrudan karşılığı olmayan hukuki bir kavramdır⁶⁹⁰. Birlikte hakimiyet kavramına karşılık gelen ve literatürde “*collective dominance*”, “*joint dominance*”, “*oligopolistic dominance*” olarak anılan kavramlar arasında fark bulunmamaktadır⁶⁹¹. Bu kavramların hepsi, pazar gücünün, genellikle dar oligopol bir pazarda az sayıda teşebbüsün elinde olmasını ifade eder. Genel bir ifade ile, birlikte hakimiyetin, fiyatları rekabetçi seviyelerin üzerinde tutabilmek için davranışlarını gizli işbirliği ile koordine edebilen, az sayıda büyük firmanın olduğu pazarlarda meydana geldiği düşünülür⁶⁹².

Caffarra ve Kühn’e göre, az sayıdaki büyük teşebbüslerin fiyatları rekabetçi seviyelerin üstünde tutmak için eylemlerini işbirliği halinde yapabilecekleri hallerde, birlikte hakim durum söz konusu olur⁶⁹³. Ancak, birlikte hakim durumun varlığı için ATA.m.81 ve RKHK.m.4 anlamında bir anlaşma yahut uyumlu eylemin varlığı bir önkoşul değildir⁶⁹⁴.

Kantzenbach’a göre, işbirliği olasılığının değerlendirilebilmesi için bunu kolaylaştıran ya da zorlaştıran faktörlerin incelenmesi gereklidir⁶⁹⁵. Buna göre, eşgüdümün oluşması saikinın ortaya çıkması, işbirliğinin sürdürülebilirliği,

⁶⁸⁸ “Bu madde çerçevesinde, bazı piyasalarda, tek başına hakim durumda bulunmayan teşebbüslerin, birlikte hakim durumda olmaları ve bu durumlarını 6. maddeye aykırı bir şekilde kötüye kullanabilmeleri mümkündür. Başka teşebbüslerin piyasaya girmelerine engel olmak veya piyasada faaliyet gösteren diğer teşebbüslerin rekabet gücünü azaltmak gibi amaçlar, teşebbüsleri bazı durumlarda bir anlaşmanın mevcudiyeti aranmaksızın bir araya getirebilmektedir.” (Turkcell-Telsim II kararı, RK.03-40/432-186, 09.06.2003, s.33, str.1397-1403); Benzer şekilde, KORAH, Valentine, “Gencor v. Commission: Collective Dominance”, ECLR 1999, C.20, s.337; WHISH, s.521.

⁶⁸⁹ AŞÇIOĞLU-ÖZ, s.156.

⁶⁹⁰ CHRISTENSEN/RABASSA, s.228.

⁶⁹¹ UPM-Kymmene/Haindl, COMP/M.2498-2499, OJ 30.08.2002, L 233, p.75, dn.27; Airtours/First Choice, Case IV/M.1524, OJ (2000) L-93/1, p.58, dn.45; Compagnie Maritime Belge, Savcı Fennelly, p.36.

⁶⁹² “birlikte hakimiyet kavramı, pazarda faaliyet gösteren az sayıdaki firmanın davranışlarını koordine ederek, tek bir teşebbüs gibi davranma yeteneğine sahip olmalarıdır.” (Turkcell-Telsim II kararı, RK.03-40/432-186, 09.06.2003, s.33, str.1405-1407); Aynı yönde, GELLHORN/KOVACIC, s.266 (SABUNCU, s.19-20’den naklen).

⁶⁹³ CAFFARRA/KÜHN, s.355; Aynı şekilde, BISHOP, Simon B., “Power and Responsibility: The ECJ’s Kali&Salz Judgment”, ECLR 1999, C.20, s.37.

⁶⁹⁴ Örneğin, “4054 sayılı Kanunun 6. maddesinde yer alan “*anlaşmalar ya da birlikte davranışlar*”, Kanunun 4. maddesinde yasaklanan anlaşmalar ve uyumlu eylem niteliğindeki birlikte davranışlardan farklı yönere sahiptir. 6. maddede adı geçen anlaşmalar 4. maddede yasaklanmış veya yasaklanmamış anlaşmalar olabilir.” (Turkcell-Telsim II kararı, RK.03-40/432-186, 09.06.2003, s.33, str.1407-1410).

⁶⁹⁵ KANTZENBACH, s.72-73 (SABUNCU, s.20’den naklen).

aldatmaca eğilimleri ve bunların tespiti ve cezalandırılmasına yönelik etkin mekanizmaların varlığı araştırılmalıdır.

Lang ise, birlikte hakim durum kavramını, gerek ilgili teşebbüslerin kendi aralarında ve gerekse de pazardaki diğer küçük teşebbüslerle aralarında etkin rekabetin bulunmaması şeklinde ifade etmektedir. Yazara göre, etkin rekabetin eksikliği söz konusu teşebbüslerin arasındaki bir sözleşmesel veya şirkette sahip olunan paya dayalı yahut başka bir bağdan ya da sadece pazarın koşullarından kaynaklanabilir⁶⁹⁶.

Alman Rekabet Hukuku uygulamasına göre, eğer etkin rekabet yeknesak pazar davranışları sebebiyle sona eriyorsa, bu halde paralel davranışlar birlikte pazar hakimiyetine (*collective market dominance*) işaret eder⁶⁹⁷. Bu açıklamaya göre, etkin rekabet, bütün rekabet faktörlerinin piyasaya ağırlığını koyması olarak tanımlanır.

En basit tanımlamaya göre ise, birlikte hakim durum, aynı pazarda faaliyet gösteren birden fazla teşebbüsün benzer politikalar benimseyebilme kabiliyetidir⁶⁹⁸. Belirli bir ekonomik gücü barındırır⁶⁹⁹.

1. Kavramın Ortaya Çıkışı

a.Kavramın Kabulünden Önceki Aşamalar

1970'li yıllarda Komisyon birlikte hakimiyet kavramını sürekli olarak kullanmakta, ancak ATAD bunu reddeder görünmekteydi⁷⁰⁰. Komisyon çeşitli kararlarında birden çok teşebbüsün hakim durumda olabileceğini ileri sürmüştür. Buna karşılık ATAD 1990'lara kadar koruduğu bakış açısıyla, çok dar bir yorumda bulunarak, ATA. m.82 (eski 86)'nin uygulanması için, söz konusu teşebbüslerin aynı ekonomik bütünlük içinde olması gerektiğini belirtmiştir⁷⁰¹. Oysa, ekonomik bütünlük içerisindeki firmaların eylemlerine ATA.m.82'nin uygulanabileceği yönündeki yaklaşım pratikte bir anlam taşımamaktadır. Zira, ekonomik bütünlük içerisindeki firmaların tamamı

⁶⁹⁶ LANG, s.269.

⁶⁹⁷ SCHÖDERMEIER, s.31.

⁶⁹⁸ RYAN, s.357.

⁶⁹⁹ CHRISTENSEN/RABASSA, s.228.

⁷⁰⁰ SCHÖDERMEIER, s.28-34.

⁷⁰¹ Bodson, Case 30/87, ECR (1988) 2479, p.37; Benzer şekilde, hukuki anlamda ana-yavru şirket ilişkisi için bkz. Europemballage Corporation and Continental Can Company Inc. v Commission, Case 6/72, ECR (1973) 215; Çok yakın ekonomik bağlar sayesinde tek bir ekonomik bütünlük için bkz. Commercial Solvents, Joined Cases 6-7/73, ECR (1974) 223.

tek bir “teşebbüs” olarak nitelendirildiği takdirde, “birlikte hakim durum” kavramına gerek olmaksızın, bütünlük içerisindeki firmaların eylemlerinin tamamını tek teşebbüs hakimiyeti kapsamında değerlendirmek mümkün olacaktır.

Avrupa Rekabet Hukukunda, Komisyonun ısrarcı tutumuna rağmen ATAD ve Avrupa İlk Derece Mahkemeleri, uzunca bir süre, değişik kararlarında bugün anladığımız anlamıyla birlikte hakim durum kavramını reddetmiştir. Alsatel/Novasam kararında Komisyon, oligopol bir pazar yapısında, teşebbüsler arasında bir komplo tespit edilememesine rağmen, söz konusu teşebbüslerin paralel davranışlar sergileyerek müşterilere pazarlık şansı bırakmadıklarını ve bunun da birlikte hakim duruma işaret edeceğini açıklamış, Avrupa İlk Derece Mahkemesi de bunu “sadece paralel davranışa dayanarak birlikte hakim duruma hükmedilemeyeceği” gerekçesiyle reddetmiştir⁷⁰².

ATAD, Komisyonun birden çok teşebbüsün hakim durumda olduğunu ileri sürdüğü bir diğer kararında da, 1973-74 dünya petrol krizi sırasında petrol sağlayıcısı her teşebbüsün “ayrı ayrı” müşterilerine karşı hakim durumda oldukları sonucuna varmıştır⁷⁰³. Benzer bir kararda Avrupa İlk Derece Mahkemesi, üç televizyon firmasının, televizyon magazin dergilerinde yer alması amacıyla yayın programlarını isteyen üçüncü kişilere, televizyon programı akış planının basım lisans hakkını vermeyi reddetmeleri üzerine yapılan incelemede, kendi yayın akışı konusunda, bu bilgiyi başka yerden bulması mümkün olmayan dergiler karşısında tekel durumunda olan bu teşebbüslerin “ayrı ayrı” hakim durumda olduklarına dair Komisyon kararına katılmıştır⁷⁰⁴. Bu iki kararda da “birlikte hakimiyet” söz konusu değildir⁷⁰⁵.

Hoffman LaRoche davasında oligopollerde gözlenen eşgüdümün 82. madde altında kontrol edilemeyeceğini öne süren ATAD’a göre, “Hakim durumun oligopole özgü ve teşebbüslerin karşı reaksiyonu niteliğindeki davranış kalıpları neticesinde ortaya çıkan paralel davranışlardan ayırt edilmesi gereklidir; çünkü hakim durumda olan bir

⁷⁰² Alsatel/Novasam, Case 247/86, ECR (1988) 5987, p.19, 21-22.

⁷⁰³ ABG, OJ 1977, L 117/1; Müşterilerin oligopolistlere bağımlı olması, Alman Hukukunda birlikte hakim duruma işaret eder. (SCHÖDERMEIER, s.32).

⁷⁰⁴ Magill, Case T-69/89, ECR (1991) II-485, p.13,63.

⁷⁰⁵ Teşebbüslerin aynı pazarda ayrı ayrı hakim durumda olabileceğine dair bkz. Turkcell-Telsim kararı, RK.99-57/614-391, 14.12.1999.

teşebbüsün bu yolla elde edeceği kâr, büyük çapta tek taraflı kararların sonucunda oluşmaktadır.”⁷⁰⁶

1981 yılındaki Züchner kararında ise ATAD, bu görüşünü tekrarlamış ve 81(1) maddede geçen “uyumlu eylem”in iki taraflı davranışlara, 82. maddedeki “hakim durumun kötüye kullanılması”nın ise tek taraflı davranışlara uygulanabileceğini, iki uygulamayı birbirinden ayırt etmenin şart olduğunu belirtmiştir⁷⁰⁷.

Türk Rekabet Hukuku uygulaması ise, RKHK m.6 hükmü gereği, birlikte hakim durumu kendiliğinden kabul etmiş, Avrupa deneyiminin sağladığı öngörüyle⁷⁰⁸, herhangi bir tartışmaya yer bırakmaksızın uygulamıştır. Örneğin, İlaç sanayi kararında Rekabet Kurumu, RKHK m.3’de yapılan tanıma dayanarak, teşebbüslerin birlikte hakim durumda olmalarının mümkün olduğunu söylemektedir. Buna göre, *“4054 sayılı Kanun’un 3 üncü maddesinde, hakim durum, belirli bir piyasadaki bir veya birden fazla teşebbüsün, rakipleri ve müşterilerinden bağımsız hareket ederek fiyat, arz, üretim ve dağıtım miktarı gibi ekonomik parametreleri belirleyebilme gücü şeklinde tanımlanmıştır. Tanımın da cevaz verdiği üzere, birden fazla teşebbüsün ilgili pazarda hakim durumda olması mümkündür. Daha açık bir ifadeyle, birden fazla teşebbüsün rakiplerinden ve alıcılarından bağımsız bir şekilde ekonomik değişkenleri belirleyebilmesi, bunların birlikte hakim durumda olduğunu göstermektedir. Bu noktada önemli olan, birden fazla teşebbüsün hakim durumdaki bir teşebbüsün hareket ettiği gibi hareket edebilmesini sağlayacak ortak iradenin sergilenmesi ve pazar koşullarının buna uygun olmasıdır.”*⁷⁰⁹.

b. Kavramın Kabulü ve Gelişimi

Birlikte hakim durum kavramının kabulü ilk olarak olarak Italian Flat Glass⁷¹⁰ kararıyla olmuştur. Komisyon, özel ve ortak bağlantıların ve ürünlerin sistematik

⁷⁰⁶ Hoffman LaRoche, Case 85/76, ECR 1979, I-461, p. 39.

⁷⁰⁷ Züchner v Bayerische Vereinsbank AG., C-172/80, p.10 vd.

⁷⁰⁸ “ATAD’ın içtihatlarıyla bugün artık Rekabet Hukuku literatüründe yerleşik ifadesini bulan birlikte hakim durumun tespit edilebilmesi için, ilgili teşebbüs ya da birlikte hakim durumda oldukları kabul edilen teşebbüslerin rakiplerinden ve müşterilerinden bağımsız hareket ederek fiyat, arz, üretim ve dağıtım miktarı gibi ekonomik parametreleri belirleyebilme gücüne sahip olması gerekmektedir.” Bimaş kararı, RK.04-4/41-19, 01.02.2000, s.34-35.

⁷⁰⁹ İlaç sanayi kararı, RK. 00-1(b)/11-5, 12.01.2000, s.24; Aynı yönde, “Bu madde çerçevesinde, bazı piyasalarda, tek başına hakim durumda bulunmayan teşebbüslerin, birlikte hakim durumda olmaları ve bu durumlarını 6. maddeye aykırı bir şekilde kötüye kullanabilmeleri mümkündür.” (Turkcell-Telsim II kararı, RK.03-40/432-186, 09.06.2003, s.33, str.1397-1400).

⁷¹⁰ Societe Italiano Vetro SpA v. Commission, Case T-68/89, ECR (1992) II-1403.

değişimi şeklinde imtiyazlı ilişkilerin varlığını tespit etmiş ve rekabete aykırı bir anlaşmanın mevcut olduğu sonucuna varmıştır. Bu bakımdan, bağımsız cam üreticilerinin ülkeler arası ticareti engelledikleri, satış fiyatlarını ve kotalarını birlikte belirledikleri gerekçesiyle ATA m.81/I'ı, birlikte hakim durumlarını kötüye kullandıkları gerekçesiyle de ATA m.82'yi ihlal ettikleri belirtilmiştir. Oligopolistik bir pazarda faaliyet gösteren ve aralarında önemli ölçüde bağımlılık olan teşebbüsler, ATA.m.81/I ihlali olan eylemler sayesinde, pazarda üç ayrı teşebbüs olarak değil de, tek bir teşebbüs gibi hareket etmektedirler⁷¹¹. Avrupa İlk Derece Mahkemesi de kararında, oligopol pazarın birer üyesi olan üç İtalyan düz cam üreticisinin birlikte hakim durumda bulduklarını kabul etmiştir. Bu karara göre, “iki ya da daha fazla bağımsız ekonomik birimin belirli bir pazarda bir takım ekonomik bağlarla birleşmesi ve aynı pazardaki teşebbüslere karşı birlikte hakim durumu ellerinde buldurmaları gibi bir durumun olmadığı, örneğin iki ya da daha fazla bağımsız teşebbüsün bir arada anlaşma ya da lisans yoluyla, rakipleri ve alıcılar üzerinde fark edilir büyüklükte bağımsız davranacak şekilde güç sağlayıcı teknolojik üstünlüklerle hareket etmeleri ancak birlikte hakimiyete konu olabilir.”⁷¹²

Görüldüğü üzere, pazarda diğer teşebbüslerden bağımsız davranabilmelerini sağlayacak biçimde teşebbüsler arasında ekonomik bağlar bulunduğu takdirde birlikte hakim durumdan bahsetmek mümkün olabileceği kabul edilmiştir. Ancak bu karardan ne tür ekonomik bağların firmalar arasında birlikte hakimiyete neden olacağı ya da ekonomik bağların birlikte hakimiyet için gerekli olup olmayacağı anlaşılammamaktadır. Bu açıklama, “birlikte” hakim durumda oldukları belirtilen teşebbüslerin birlikteliğini sağlayan iç ilişkiyi aydınlatmamaktadır. Aralarındaki bağın hukuki mi yoksa ekonomik bir bağ mı olması gerektiği sorusu cevapsız kalmıştır⁷¹³.

Ayrıca, tek başına hakimiyetten farklı olarak birlikte hakim durumda birden çok teşebbüs söz konusu olduğuna göre, bunlar arasında, tam bir anlaşma, karar yahut uyumlu eylemin varlığı mı gereklidir, yoksa ekonomik anlamda aynı ya da benzer davranışların varlığı, sebebi her ne olursa olsun yeterli olacak mıdır? Bu konuda, Monti, birlikte hakim duruma ilişkin 82. madde uygulamasının sadece anlaşma, karar ve uyumlu eylemle sınırlı tutulmasının anlamsız olduğu, teşebbüslerin

⁷¹¹ Italian Flat Glass, Case IV/31. 906, OJ (1989) L 33, p.78-79.

⁷¹² Societe Italiano Vetro SpA v. Commission, Case T-68/89, ECR 1992, II-1403, p. 358.

⁷¹³ HAUPT, s.438; WHISH, s.522.

arasındaki bağlantının 81. madde kapsamından daha geniş ele alınması gerektiği görüşündedir⁷¹⁴. Nitekim, Gencor kararında Avrupa İlk Derece Mahkemesi, teşebbüslerin aralarında herhangi bir anlaşma yahut uyumlu eylem olmaksızın dahi birlikte hakim duruma gelebileceklerini belirtmiştir⁷¹⁵.

Birlikte hakim durumun kötüye kullanılmasına ilişkin olarak ATAD'ın vermiş olduğu ilk karar Almelo kararıdır⁷¹⁶. Buna göre ATAD, "*Birlikte hakim durumun varlığından söz edebilmek için teşebbüslerin, pazarda aynı davranışı sergilemelerini sağlayacak şekilde birbirleriyle bağlantılı olmaları gerektiğini*" belirtmiştir⁷¹⁷. Kararı yorumlayan Soames'e göre, oligopolistik bağımlılığın birlikte hakim durum için gerekli olan "yeterince güçlü bağlantı" şartını sağladığı ve dolayısıyla oligopolistik pazarlarda gözlenen bilinçli paralelliklerin birlikte hakim durumun kötüye kullanılması olarak değerlendirilebileceğini ileri sürmek mümkün olacaktır⁷¹⁸. Kanaatimizce, bu karardan böyle bir sonuç çıkarmak için yeterli gerekçe mevcut değildir. Zira, oligopol pazarlarda teşebbüsler arası karşılıklı bağımlılık ilişkisinin yarattığı paralellikler, işletmelerin birlikte müşterilerden ve tüketicilerden bağımsız hareket edebilmelerini mümkün kılarak birlikte hakim durumun varlığına işaret etse bile⁷¹⁹, kendiliğinden bir "kötüye kullanma" olarak nitelenememelidir.

Komisyon, birlikte hakim durum kavramını French-West African Shipowners Committees kararında da kullanmıştır⁷²⁰. Buna göre, Fransa ile onbir Afrika ülkesi arasında gemi taşımacılığı ticareti ile uğraşan teşebbüslerin, kurmuş oldukları komiteler vasıtasıyla gemi taşımacılığı pazarını aralarında paylaştıklarını tespit etmiştir. Buna yönelik olarak teşebbüsler arasında resmi anlaşmalar olması nedeniyle Komisyon, anlaşmaları yasaklayan 81. maddenin ihlal edildiği sonucuna varması kolay olmuştur. Ancak Komisyon, 81. madde ile birlikte 82. maddeyi de uygulama

⁷¹⁴ MONTI, Giorgio, The Scope of Collective Dominance Under Articles 82 EC, CMLR 2001, C.38, Kluwer Law International, s.132; Aynı yönde, RODGER, s.24.

⁷¹⁵ Gencor v. Commission, Case T 102/96, ECR (1999) II-753, p.277.

⁷¹⁶ Almelo, Case C-393/92, ECR (1994) I-1477, p.42-43.

⁷¹⁷ Almelo, Case C-393/92, ECR (1994) I-1477, p.42; Aynı yönde, Centro Servizi Spediporto Srl v. Spedizioni Marittime del Golfo Srl, Case C-96/94, ECR (1995) I-2883, p.33; DIP Spa v Comune di Bassano del Grappa, Case C-140/94, ECR (1995) I-3257, p.26; Sodemare, Case C-70/95, ECR (1997) I-3395, p.46.

⁷¹⁸ SOAMES, s.34.

⁷¹⁹ Bu yönde, "Oligopol piyasaların en önemli özelliği, bu piyasada faaliyet gösteren işletmelerin piyasadaki yoğunluğun bilincinde olarak, diğer teşebbüslerin hareketlerine göre kendi hareket tarzlarını tayin etmeleridir. Oligopol piyasada faaliyet gösteren işletmelerin birlikte müşterilerden ve tüketicilerden bağımsız hareket edebilmeleri mümkündür." (BBD-BİRYAY-YAYSAT kararı, RK. 00-26/292-162, 17.07.2000, s.37-38).

⁷²⁰ French-West African Shipowners Committees, Case IV/32.450, OJ (1992) L-134/1, p.52-69.

yolunu seçmiş ve komite üyelerinin birlikte hakim durumda olduklarına ve bu durumu kötüye kullandıkları sonucuna varmıştır. Mahkeme Komisyon'un kararına ilişkin bir yorum yapmamış ve birlikte hakim durum konusundaki belirsizlikler devam etmiştir.

Komisyon gemi taşımacılığına ilişkin olarak ikinci kararı olan Cewal kararını almıştır⁷²¹. Komisyon, 4056/86 sayılı grup muafiyeti kapsamında bir gemi taşımacılığı konferansı olan Cewal'in eylemlerine ATA m.82'yi uygulamıştır. Cewal konferans anlaşmasının birlikte hakim durum için gerekli olan ekonomik bağlantıyı oluşturduğu⁷²² ifade edilen Komisyon kararında, Cewal'in, faaliyet gösterdiği Kuzey Avrupa-Zaire deniz taşımacılığı rotasında hakim durumda olduğu ve Cewal üyelerinin hakim durumlarını kötüye kullandıkları sonucuna varılmıştır⁷²³.

Komisyonun Cewal kararına karşı temyiz başvurusunda bulunulması üzerine, temyiz davası olarak İlk Derece Mahkemesi Compagnie Maritime Belge (CMB) kararında Komisyon'un tespitlerine katılmıştır. CMB kararında özellikle, Cewal üyelerinin aynı stratejileri benimsemeleri neticesinde Cewal'in pazarda tek bir bütünlük gibi faaliyetlerini sürdürdüğüne işaret edilmiş ve birlikte hakim durumun kötüye kullanıldığı yönündeki Komisyon kararı onanmıştır⁷²⁴. İlk Derece Mahkemesi'nin bu kararı üzerine taraflar temyiz için ATAD'a başvurmuşlardır. Ancak, ATAD da birlikte hakim durumun kötüye kullanılmasına ilişkin İlk Derece Mahkemesinin kararını onanmıştır⁷²⁵. ATAD'ın bu kararı "ekonomik bağ"dan ne anlaşılması gerektiği hususunda birlikte hakim durum kavramını aydınlatmıştır⁷²⁶.

Bu kararda ATAD, hakim durumun birden çok teşebbüs tarafından kullanılabileceğini⁷²⁷; bir anlaşma ya da hukuki bir bağlantının varlığının birlikte hakim durum için mutlaka gerekli olmadığını, bağlantıyı oluşturan başka ekonomik

⁷²¹ Cewal, OJ (1993) L 34/20.

⁷²² Gemi taşımacılığı konferansının bazı eylemlerinin 4056/86 sayılı grup muafiyeti kapsamında olmasının 82. maddenin uygulanmasına engel teşkil etmediği hususunda bkz. Tetra Pak v. Commission, Case T-51/89, ECR (1990) II-309, p. 25, 29-30.

⁷²³ Aynı yönde, Atlantic Container Line AB and Others v Commission, Joined cases T-191, 212 ve 214/98, p.67.

⁷²⁴ Compagnie Maritime Belge Transports SA v. Commission, Joined Cases T-24/93 vs., ECR (1996) II-1201.

⁷²⁵ Compagnie Maritime Belge, Joined Cases 395-396/96 P, ECR (2000), I-1365.

⁷²⁶ WITHERS/JEPHCOTT, s.295.

⁷²⁷ Compagnie Maritime Belge, Joined Cases 395-396/96 P, ECR (2000), I-1365, p.36.

etkenlerin ve pazar yapısının değerlendirilmesinin de birlikte hakim durumun tespiti için yeterli olabileceğini belirtmiştir⁷²⁸.

Nihayet, Avrupa İlk Derece Mahkemesi Gencor kararında, dar bir oligopolde karşılıklı bağımlılık ilişkisi içinde olan teşebbüslerin durumunu, birlikte hakim durum için gerekli olan hukuki ya da ekonomik bağlantı kavramının dışında tutmak için hiçbir sebep olmadığına karar vermiştir⁷²⁹. Buna göre, oligopolistlerin pazara adapte olmasının rekabeti kısıtlayıcı paralel davranışlara sebep olması halinde, oligopol hakim duruma gelebilecektir. Bu karardan yola çıkan Jenny⁷³⁰, birlikte hakim durum kavramını, oligopolistler arasında veya oligopolistler ile piyasadaki diğer teşebbüsler arasında rekabetin kısıtlandığı bir durum olarak tanımlamaktadır.

Gencor kararını benzer şekilde yorumlayan Monti, dar oligopollerde teşebbüslerin pazar yapısına tepki hareketlerinin oluşturduğu bir birliğin söz konusu olduğunu, kısaca pazar yapısı sebebiyle birbirleriyle bağlantılı olduklarını belirterek, bunlar arasında pazardan kaynaklanan bir birlikte hakim durumun mevcut olduğunu ileri sürmüştür⁷³¹.

2. Birlikte Hakim Durum İncelemesi

Birlikte hakim durum incelemesinde cevaplanması gereken bazı temel sorular vardır. Buna göre, yoğunlaşmış bir pazarda güçlü teşebbüslerin⁷³² pazar politikaları arasındaki eşgüdüm⁷³³, bunların dış rekabete karşı bağımsızlığı olması ve aralarında etkin rekabetin bulunmaması durumları araştırılmalıdır⁷³⁴. Bu incelemede kullanılan ölçütler birleşme ve devralmaların denetiminde kullanılan kriterlerle benzeşmekte ise de, esasen burada mevcut durumun sonradan (*ex post*) incelemesi söz konusudur.

⁷²⁸ Compagnie Maritime Belge, Joined Cases 395-396/96 P, ECR (2000), I-1365, p.41 ve 45.

⁷²⁹ Gencor v. Commission, Case T 102/96, ECR (1999), II-753, p.276.

⁷³⁰ JENNY, s.362.

⁷³¹ MONTI, Collective Dominance, s.134.

⁷³² Toplam pazar payı pazarın kalanından bağımsız hareket etmeyi mümkün kılacak derecede yüksek olan teşebbüslerden bahsedilmektedir. Ancak bunun bir pazar payına dayalı karine olarak kabulü mümkün değildir. (Gencor v. Commission, Case T 102/96, ECR (1999), II-753, p.206; France v. Commission, Joined Cases, C-68/94, ve C-30/95, ECR (1998) I-1375, p.226).

⁷³³ “Bu eşgüdüm sayesinde pazardaki gücünü artıran teşebbüsler hakim duruma gelebilir ve bunu koruyabilirler.” (Fondements de la Position Dominante Collective Dans le Cadre des Concentrations, Textes et Publications, Revue de la CCRF S.131, http://www.finances.gouv.fr/dgccrf/03_publications/revueccrf/131b.htm, 03.07.2006).

⁷³⁴ LANG, s.270.

O halde, öncelikle, hakim durumun oluşması için, oligopolistlerin, oligopol içi veya dışındaki diğer teşebbüslerle arasındaki “dış rekabet” tamamen yok olmalıdır. Öyle ki, ilgili teşebbüsler müşteriler, tüketiciler ve rakiplerinden bağımsız hareket edebilmelidirler⁷³⁵. Bunun dışında hakim durumun “birlikte” olması gerekir. Bu da bağımsız teşebbüslerden oluşan grubun içinde etkin rekabetin olmamasıdır. Bu, aktif işbirliğiyle olabileceği gibi, dar oligopollerde gözlenen işbirlikçi olmayan karşılıklı bağımlılık ile de mümkündür⁷³⁶. Ancak, oligopol pazarların temel özelliği olan teşebbüsler arası karşılıklı bağımlılık halinin varlığında dahi teşebbüslerin pazar performansları ya da rekabeti kısıtlayıcı davranışlara girişip girişmeyeceklerini kestirebilmek mümkün değildir⁷³⁷.

Benzer şekilde, yoğunlaşmalar söz konusu olduğunda, eski Birleşmeler Tüzüğü m.2.(2) ve (3) teşebbüslerin kendi aralarında veya diğer teşebbüsler ile, yani içte ve dışta etkin rekabetle karşılaşmamaları ve bu şekilde rakiplerinden, müşterilerden ve tüketicilerden bağımsız davranabilmeleri halini araştırmaktadır⁷³⁸.

Burada araştırılan dış rekabet aksaklığı incelemesi, tek bir teşebbüsün hakim durumda olması halinde yapılan araştırmayla aynıdır. Oysa, iç rekabette aksaklığın tespiti, Kali&Salz kararında da belirtildiği gibi⁷³⁹, ancak, teşebbüslerin ortak pazar politikaları benimsemelerini sağlayacak karşılıklı ilişkilerin ve buna ilişkin etkenlerin ayrıntılarıyla incelenmesi sayesinde mümkün olacaktır.

Bu karara göre, birlikte hakim durumun ileri sürülebilmesi için, Komisyon ilgili pazarın ayrıntılı bir incelemesini yaparak, yoğunlaşmanın sonucunda, bir veya birden çok teşebbüsün aralarındaki bir bağlantı sayesinde birlikte hareket ederek ortak politikalarıyla etkin rekabeti önleyebileceğini ve bu şekilde pazardaki rakiplerinden, müşterilerden ve tüketicilerden bağımsız hareket edebileceğini ortaya koymalıdır⁷⁴⁰.

⁷³⁵ Societe Italiano Vetro SpA v. Commission, Case T-68/89, ECR (1992) II-1403, p.358; Compagnie Maritime Belge, Joined Cases 395-396/96 P, ECR (2000), I-1365, p.39 vd.

⁷³⁶ Pazar yapısının birlikte hakim durumu mümkün kılabileceğine dair: Compagnie Maritime Belge, Joined Cases 395-396/96 P, ECR (2000), I-1365, p.45; Aynı yönde, “dört grubun faaliyette bulunduğu bu pazarın oligopolistik bir nitelik gösterdiği dikkate alınrsa, (...) bu piyasada Sabah Grubu ile Doğan Grubu’nun “birlikte hakim durumda” olabileceklerinden söz edilebilir” Star-Posta-Takvim kararı, RK.99-56/599-381, 08.12.1999, s.3.

⁷³⁷ JENNY, s.362.

⁷³⁸ Nestlé/Perrier, Case IV/M.190, OJ (1992), L-356/1, p.118; ABB/Daimler-Benz, Case IV/M.580, OJ (1997) L-11/1, p.86; Airtours/First Choice, Case IV/M.1524, OJ (2000) L-93/1, p.54.

⁷³⁹ France v. Commission, Joined Cases, C-68/94, ve C-30/95, ECR (1998) I-1375, p.221.

⁷⁴⁰ France v. Commission, Joined Cases, C-68/94, ve C-30/95, ECR (1998) I-1375, p.221.

Bu karar ışığında, karşılıklı eşgüdümü ortaya koyan her türlü ekonomik bağın birlikte hakim durumun tespiti için yeterli olduğu açıktır. Bu durumda, dar oligopollerde gözlenen işbirlikçi olmayan karşılıklı bağımlılığın da ekonomik bir bağ olarak ele alındığında birlikte hakim duruma sebebiyet verebileceği kabul edilmelidir⁷⁴¹. Nitekim Gencor kararında da Avrupa İlk Derece Mahkemesi⁷⁴², oligopol pazarlarda gözlenen karşılıklı bağımlılığın mevcudiyetinin birlikte hakim durumu oluşturan veya oluşumunu kolaylaştıran bir ekonomik bağlantının varlığını kanıtlamaya yeteceğini belirtmiştir⁷⁴³. Korah, bu kararı, birlikte hakim durumun incelendiği bir pazarda, oligopolistik bağımlılığın varlığının tespiti halinde, artık teşebbüsler arasında bir ekonomik bağlantı araştırmasına gerek olmayacağı şeklinde yorumlamıştır⁷⁴⁴. Buna karşılık, Monti'ye göre ise, bunun için oligopolün birlikte hakim durum oluşturacak kadar dar olması gerekir. Ancak bu halde dahi, oligopol sadece birlikte hakim durumun oluşmasını kolaylaştıran bir etkenden öteye bir karine teşkil etmemektedir⁷⁴⁵.

Nitekim, oligopol pazarlarda, oligopolistik bağımlılık teorisinin ortaya koyduğu karşılıklı bağımlılık sebebiyle, kârını en üst düzeye çıkarmak isteyen teşebbüsler, rakiplerinin davranışlarını göz önünde tutarak paralel davranışlar sergileyecekler ve sonuçta bağımsız stratejik kararları eşgüdümlü sonuçlar doğacaktır⁷⁴⁶. Bu durum, rekabetin etkinliğini azaltacaktır; çünkü teşebbüsler, aralarında bu yönde eşgüdümüne ilişkin dolaylı ya da dolaysız herhangi bir anlaşma olmaksızın rekabet etmemeye yöneleceklerdir⁷⁴⁷. O halde, ekonomik teoriye uygun olarak teşebbüsler, tamamen tek taraflı bireysel davranışlarıyla birlikte hakim durumun meydana gelmesine sebebiyet verebilirler⁷⁴⁸.

Amerikan Yüksek Mahkemesi ise, yoğunlaşmış bir pazardaki teşebbüslerin, Rekabet Hukukuna aykırı bir davranışa girişmeksizin, sadece aralarındaki bağımlılığın farkına

⁷⁴¹ HAUPT, s.440; WITHERS/JEPHCOTT, s.300; Benzer şekilde, oligopolistik bağımlılığın birlikte hakim durum için yeterli bir ekonomik bağlantı teşkil ettiğine dair bkz. Notice on Access Agreements in The Telecommunication Sector, OJ (1998) C 265/2, p.79.

⁷⁴² Gencor v. Commission, Case T 102/96, ECR (1999) II-753, p.277.

⁷⁴³ Analiz için bkz. RYAN, s.364.

⁷⁴⁴ KORAH, Gencor, s.341.

⁷⁴⁵ MONTI, Collective Dominance, s.145, 151.

⁷⁴⁶ Baskın stratejinin işbirliği olacağı yönünde bkz. Birinci Bölüm, I, B, 3.

⁷⁴⁷ HAUPT, s.435.

⁷⁴⁸ KLOOSTERHUIS, s.85.

vararak, tekel gücünü paylaşabileceklerini, fiyatlarını rekabet üstü seviyelere kadar yükseltip, kârlarını en üst düzeye çıkarabileceklerini belirtmiştir⁷⁴⁹.

Benzer şekilde, Rekabet Kurumu, konuya ilişkin verdiği bir kararda, pazarın oligopolistik özellikler göstermesinin birlikte hakim durumun varlığı için yeterli olduğunu ifade etmiştir⁷⁵⁰. Bununla birlikte Rekabet Kurumu başka bir kararında, oligopolistik bağımlılığın, başka hiçbir araştırmaya ihtiyaç duyulmaksızın kendiliğinden bir birlikte hakim duruma yol açmasının mümkün olmadığını öne sürmüştür⁷⁵¹. Kararlar arasındaki çelişki yorum metodundan kaynaklanmaktadır. Anılan ilk karar, yapısal bir analizle pazarın karakteristik özelliklerine önem atfetmiş, bu bakımdan oligopolistik bağımlılık teorisine değinmiştir. Oysa, ikinci kararda aynı teori, uyumlu eylem temelli bir düşünceyle, rekabeti kısıtlama amacı ya da etkisi aranarak ele alınmıştır⁷⁵². Kanaatimizce, hakim durumda olmanın tek başına yasaklanmadığı RKHK.m.6 incelemesinde, birlikte hakim durumun varlığının ispatı için rekabeti kısıtlama amacının aranmasında anlam yoktur. Zira, birlikte hakim durumda olmak, kötüye kullanma olmaksızın tek başına yasaklanmamıştır. Nitekim, Rekabet Kurumu'nun sonraki kararlarında görüş değiştirerek, uyumlu eylem temelli bu yaklaşımı uygulamadığı görülmektedir⁷⁵³.

⁷⁴⁹ Brooke Groupe Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp., 509 US 209, 227 (1993).

⁷⁵⁰ "Oligopolistik pazarlarda, arada herhangi bir anlaşma olmadan, kendiliğinden teşebbüsler arası paralel davranışlar söz konusudur. Anılan bu paralel davranışlar rekabetin belirsizliğinin ve getirdiği risklerin koordinasyon ve işbirliği ile ikame edilmesinden, bu amaçla rekabetten kaçınılması ve bazı çıkarlardan vazgeçilmesinden ya da bazı fırsatların değerlendirilmesinin rakiplere terk edilmesinden ziyade pazarın yapısından kaynaklanan sebeplerle en rasyonel davranışlar olarak ortaya çıkarmaktadırlar. Yapısal şartlara bağlı olarak meydana gelen birlikte hakimlik (...)İlgili ürün pazarında bir birlikte hakim durumda olma ihtimalini destekleyecek pazar yapısının bulunup bulunmadığı araştırıldığında, ilgili ürün pazarında faaliyet gösteren teşebbüslerin sayısı (74 adet) ve bunların birbirlerine karşı nisbi büyüklükleri dikkate alınarak, bu pazarın birlikte hakim durum oluşturulması için elverişli bir dar oligopolistik pazar olarak tanımlanmasının mümkün olmadığı görülmektedir." (Sigorta kararı, RK. 99-24/211-124, 20.05.1999, s.3-4).

⁷⁵¹ "iki teşebbüsün birbiriyle belirli bir konuda işbirliği yapması ve bunun yaratacağı sinerjiden yararlanmasını yasaklayabilmek için, onun mutlak olarak rekabeti bozma amaç ya da etkisini doğurması ya da doğurabilecek nitelikte olması gerektiği gibi, rekabete aykırı olmayan böyle bir işbirliğinin sonucunda avantaj sağlanmış olmasını hakim durumda olmanın bir kanıtı saymak ve buradan hareketle birlikte hakim durumda oldukları sonucuna varmak doğru değildir." (Bimaş kararı, RK.04-4/41-19, 01.02.2000, s.34).

⁷⁵² Paralel davranışların rekabeti kısıtlama amacı olmaksızın uyumlu eylem kapsamında yasaklanamayacaklarına ilişkin bkz. yukarıda İkinci Bölüm, I, B, 2, e.

⁷⁵³ Örneğin; "Birlikte hakim durum ise, bir anlaşma ile, birlikte davranış ile ya da pazarın özellikleri gereği ortaya çıkabilir." (Hürriyet-Sabah-Bursa-Olay Basın Yayıncılık kararı, RK.00-33/356-200, 05.09.2000, s.4).

Birlikte hakim durum kavramına ilişkin Avrupa Rekabet Hukukunda verilen en önemli karar ise Airtours kararıdır⁷⁵⁴. Bu karara göre birlikte hakim durum; ilgili pazarın mevcut karakteristiğine ve yoğunlaşma sonucunda yaşayacağı değişime bağlı olarak, pazarın oligopol yapısı sebebiyle, oligopolistik bağımlılık içinde bulunan teşebbüslerin ortak çıkarlarının farkına varmasıyla, ATA.m.81 anlamında bir anlaşma yahut uyumlu eylem içinde olmaksızın, rekabet üstü fiyatlarla satış yapmak amacıyla ekonomik anlamda mümkün, mantıklı ve tercihe şayan olan ortak politikayı bireysel ve bağımsız kararlarıyla seçerek, hiçbir mevcut ya da potansiyel rakiple de karşılaşmaksızın sadece müşteriler ve tüketicilerle başbaşa kalarak etkin hareket etme özgürlüğüdür⁷⁵⁵. Bu karar, birlikte hakim durum kavramını geniş olarak ele almaktadır. Bundan çıkan sonuca göre, oligopolistik bağımlılık sonucu oluşan paralellikler de, her ne kadar ATA.m.81 ve RKHK.m.4 anlamında rekabet yasağı ihlali teşkil etmese, hatta ekonomik ve rasyonel bir gerekçe olarak kabul görse bile, birlikte hakim durum kapsamında yer alabileceklerdir.

Karar uyarınca Komisyon, ciddi kanıtlarla ve detaylı bir şekilde mevcut pazar koşullarının gelecekteki iç ve dış rekabeti ne şekilde etkileyeceğini göstermelidir⁷⁵⁶. Bunun için Komisyonun araştırması gereken, ekonomik bağın varlığına işaret eden belli başlı veriler şunlardır: Öncelikle, oligopolistler, birbirlerinin nasıl davrandığını takip edebilecek durumda olmalıdırlar. Şeffaflık, diğerlerinin ne yaptığından haberdar olarak pazarda birlikte hareket edebilmeyi⁷⁵⁷ ve bu hareketten sapmaların çabuk tespitini ve cezalandırılabilmesini sağlar⁷⁵⁸. Bundan başka, eşgüdümün uzun vadede teşebbüslerin çıkarına olması gerekir. Herkes bu ortak çıkarın farkında olarak benzer yahut aynı politikaları benimseyebilir ve bundan sapanlar inisiyatiflerinin çıkar sağlamayacağını görürse, herkes eşgüdüme bağlı kalmayı sürdürecektir⁷⁵⁹. Ayrıca Komisyon, birlikte hakim durum incelemesinde, mevcut ve potansiyel

⁷⁵⁴ Airtours v. Commission, Case T-342/99, ECR (2002) II-2585; Nikpay ve Houwen bu kararın Avrupa Rekabet Hukukundaki önemini kabul etmekle birlikte, kararın kendisinden önce verilmiş kararların bir özeti ve sonucu olmaktan öteye gidemediğini, ispat sorununa çözüm bulamayıp sadece Komisyonun daha iyi bir ekonomik inceleme ve ayrıntılı analizler yapması gerektiğine işaret ettiğini ileri sürmüşlerdir. (NIKPAY, Ali/HOUWEN, Fred, “Tour de Force or a Little Local Turbulence? A Heretical View on The Airtours Judgment”, ECLR 2003, C.24, s.193 vd.).

⁷⁵⁵ Airtours v. Commission, Case T-342/99, ECR (2002) II-2585, p.61.

⁷⁵⁶ RICHARDSON, Russell/GORDON, Clive, “Collective Dominance: The Third Way?”, ECLR, Ekim 2001, C.22, s.419; Airtours v. Commission, Case T-342/99, ECR (2002) II-2585, p.63.

⁷⁵⁷ Airtours v. Commission, Case T-342/99, ECR (2002) II-2585, p.62.

⁷⁵⁸ Airtours v. Commission, Case T-342/99, ECR (2002) II-2585, p.159.

⁷⁵⁹ Airtours v. Commission, Case T-342/99, ECR (2002) II-2585, p.62, 193-195.

rakiplerin öngörülebilir tepkilerini de dikkate almalı, bu tepkinin oligopolün hakimiyetine etkisi olup olmadığına bakmalıdır⁷⁶⁰.

Bu incelemede zorluk, ekonomik bağları ortaya koymaktadır⁷⁶¹. Ancak, oligopolistik bağımlılığın mevcudiyeti buradaki ekonomik bağları açıklamakta yeterli olmaktadır⁷⁶². Buna göre, oligopol özellikler gösteren bir pazarda, teşebbüsler arası bağımlılığın mevcudiyeti ekonomik anlamda ortaya konabiliyorsa, pazarın durumu sebebiyle hakim durumda olmak nasıl kabul edilebilir bir olguysa burada da, oligopolistlerin, diğer koşulların da bu hakimiyete işaret ettiği hallerde, birlikte hakim durumda olduklarının kabul edilebileceği kanaatindeyiz. Sadece dikkat edilmesi gereken, oligopol pazarda olmanın birlikte hakim duruma işaret edeceği hallerde dahi, bunun kendiliğinden bir kötüye kullanma teşkil etmeyeceğidir⁷⁶³. Zira, Rekabet Hukuku düzenlemelerince yasaklanan kötüye kullanma, bir rekabete aykırılık amacı güdüldüğünü gerektirmektedir⁷⁶⁴.

II. Oligopol Pazarlarda Birleşme ve Devralmaların Denetimi

Birleşme ve devralmalara ilişkin sözleşmeler denetim altına alınmış, rekabet otoritelerinin kararlarına bağlı olarak değiştirilmek durumunda kalmış yahut bazıları yasaklanmıştır. Sözleşme yapma serbestisine getirilmiş böylesi bir denetimin nasıl yapılması gerektiği muğlak bırakılmamalıdır. Bu sebeple Rekabet Hukuku otoriteleri, kanuni düzenlemeler ve içtihatlar ışığında, çeşitli ölçütler ve inceleme metodları geliştirmişlerdir.

Oligopol pazarların doğurması muhtemel eşgüdüm ve bunun yoğunlaşma sonucunda gerçekleşme olasılığı, rekabet otoritelerinin kararlarını verirken değerlendirdikleri ve birçok belirsizlik içeren bir araştırma sahasıdır. Özellikle, bir birleşme yahut devralma işleminin birlikte hakim duruma yol açıp açmayacağıının incelendiği bir durumda, oligopolistlerin nasıl bir etkileşime gireceklerini önceden kestirmek çok

⁷⁶⁰ Airtours v. Commission, Case T-342/99, ECR (2002) II-2585, p.62.

⁷⁶¹ RYAN, s.367.

⁷⁶² Korah, Gencor kararından yola çıkarak, oligopolistik pazarlarda gözlenen teşebbüsler arası bağımlılığın bu kriteri karşıladığı görüşündedir. (KORAH, Gencor, s.341); Aksi görüşte olan Monti'ye göre, oligopol sadece birlikte hakim durumun oluşmasını kolaylaştıran bir etkenden öteye bir karine teşkil etmemektedir. (MONTI, Collective Dominance, s.145, 151).

⁷⁶³ "Hakim durumun varlığı elbette ki per se rekabete aykırı değildir." (TEKDEMİR, s.21).

⁷⁶⁴ Hakim durumda olan teşebbüsün özel bir sorumluluğu vardır. Buna göre, hakim durumdaki teşebbüs bu durumunu rekabeti kısıtlayacak davranışlarla kötüye kullanmamak durumundadır. (Michelin, Case 322/81, ECR [1983] 3461, p.57).

zor bir görevdir⁷⁶⁵. Bu konuda “matematikselsel bir ihtimal hesabı” yapılamaz⁷⁶⁶. Ancak, oyun teorisinin katkılarıyla anlamaya başladığımız oligopol pazarlara ilişkin bir incelemede, bu pazarın ve ilgili teşebbüslerin özellikleri ele alındığında baskın stratejinin işbirliği olduğunun tespiti halinde bu birleşme ve devralmanın eşgüdümlü etkiler yaratacağı gerekçesiyle birlikte hakim duruma yol açacağı varsayılabilir.

Buna göre, eğer bir birleşme ya da devralma işlemi sonucunda pazarda kalan teşebbüslerin pazarda çeşitli davranışlar sergileyerek kârlarını artırmaları, diğer teşebbüslerin başarılı işbirlikçi tepkilerine bağlı ise, fiyat artırımına gitmek ya da arzı kıstak suretiyle kartel benzeri kârlara ulaşabilirler⁷⁶⁷. Kısaca, gizli eşgüdüm oluşturarak, birlikte hakim duruma gelebilirler. Bu eşgüdümün, birleşme ve devralma sonrasında oluşması halinde, etkin rekabetin kısıtlanması söz konusu olacağından, Rekabet Hukuku düzenlemeleri bunu yasaklamış ve sıkı denetim altına almışlardır.

Bu başlık altında öncelikle, yoğunlaşmaların denetiminde analizin nasıl yapıldığı incelenecek, ardından birlikte hakim durum kavramına işaret eden eşgüdümlü etkiler ele alınacaktır.

A. Birleşme ve Devralmalar Analizi

Birleşme birden fazla teşebbüsün tek bir teşebbüs haline gelecek şekilde⁷⁶⁸ aynı yapı içinde yoğunlaşması iken, devralma işlemi halihazırda bir teşebbüsü kontrol eden kişi veya kişilerin, başka bir teşebbüsün kontrolünü elde etmesidir⁷⁶⁹. Şunu da belirtmek gerekir ki, bir veya birden fazla teşebbüse, bir veya birden fazla teşebbüsün yönetimi üzerinde etkili olma olanağını sağlayan her türlü işlem de yine birleşme niteliğindedir⁷⁷⁰. Birleşme ve devralmaların pazar üzerinde yaptıkları temel etki, hiç kuşkusuz pazardaki teşebbüs sayısını azaltarak yoğunlaşmaya sebep

⁷⁶⁵ LINDSAY, Alistair, *The EC Merger Regulation: Substantive Issues*, Sweet&Maxwell, London 2003, s.308; RAFFAELLI, s.132.

⁷⁶⁶ BAILEY, s.886.

⁷⁶⁷ 1992 US Horizontal Merger Guidelines, §2.1 (www.usdoj.gov).

⁷⁶⁸ Üç tip birleşmenin olduğundan bahsedilir: Bir mal ve hizmetin elde edilmesinin aynı aşamasındaki teşebbüslerin birleştiği yatay birleşmeler; bir ürünün üretim sürecinin farklı aşamalarındaki teşebbüslerin birleştiği dikey birleşmeler ve aynı pazarda bulunmayan teşebbüslerin birleştiği aykırı (*conglomerate*) birleşmeler (ERDEM, s.36-39; ASLAN, Dersler, s.164-166; KULAKSIZOĞLU, Şebnem, *Rekabet Hukukunda Yatay Birleşmeler: Antirekabetçi Etkiler ile Öne Sürülen Savunma ve Yararlar*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri, Ankara 2003, s.3-4).

⁷⁶⁹ ASLAN, s.164; Bu kontrol yasal veya fiili (*de facto*) olabilir. (British-American Tobacco and Reynolds Industries [Philip Morris davası], Cases 142 ve 156/84, ECR [1987] 4487, p.37-38).

⁷⁷⁰ ERDEM, s.29.

olmalarındır⁷⁷¹. Bu yoğunlaşma sonucunda, diğer bütün ekonomik faktörlerin değişmeden kaldığı varsayılırsa, pazarda kalan bir veya birden çok teşebbüsün pazar gücüne hakim olabilecekleri düşünülebilir⁷⁷². Bu sebeple, Rekabet Hukuku sistemleri, bazı büyük ölçekli birleşme ve devralmaları rekabet otoritelerinin denetimine tabi tutmaktadır. Aşağıda bu sistemler genel olarak ele alınacaktır.

1. Amerikan ve Avrupa Rekabet Hukukundaki Durum

Amerikan Rekabet Hukukunda, Clayton Act §7, rekabeti kısıtlayan veya tekel yaratan birleşme ve devralmaları yasaklamaktadır⁷⁷³. Buna göre, eşgüdüm elverişli pazarlarda, birleşme ve devralma işlemi, muhtemel eşgüdümü daha etkin (*effective*) kılıyor veya tamamlıyorsa yasak kapsamına alınmalıdır⁷⁷⁴. 1992 tarihli Yatay Birleşmeler Kılavuzu⁷⁷⁵, rekabet otoritelerinin incelemesini dört ana başlık etrafında toplamıştır. Buna göre, ilk önce ilgili pazarın tespiti yapılmalı, ardından yoğunlaşmanın potansiyel rekabeti kısıtlayıcı etkileri incelenmelidir. Rekabeti kısıtlayıcı etki ise, yoğunlaşma sonucu doğacak tek taraflı etkiler (*unilateral effects*) ile eşgüdümlü etkilerin (*coordinated effects*) ortaya konmasıdır. Bunun dışında, pazara giriş koşulları ve batan şirket savunmasının söz konusu olup olmadığı da incelenecektir.

Yoğunlaşmaların denetimiyle ilgili olarak Avrupa Birliği Rekabet Hukuku ise, ATAD ve Avrupa İlk Derece Mahkemesi içtihatlarının işaret ettiği yolda, 2004 yılında bir reform⁷⁷⁶ geçirmiştir. Öncelikle yoğunlaşmanın tanımı, kontrolün sürekli olarak el değiştirmesi şartına bağlanmıştır. Bundan başka, yasaklamanın kıstası farklılaşmıştır. Eski Yoğunlaşmalar Tüzüğü⁷⁷⁷ uyarınca, sadece hakim durum yaratan veya mevcut bir hakim durumu güçlendiren bir yoğunlaşma sonucunda pazarda veya pazarın önemli bir bölümünde etkin rekabeti kısıtladığı haller yasaklanmaktaydı. Bunun anlamı, bir yoğunlaşmanın yasaklanabilmesi için, bir hakim durum veya

⁷⁷¹ Bu sebeple Avrupa uygulamasında kavram genellikle “Yoğunlaşma” (*concentration*) olarak ele alınır (Council Regulation No.139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings).

⁷⁷² US Horizontal Merger Guidelines §2.0.

⁷⁷³ 15 USC §18 (1988).

⁷⁷⁴ BAKER, s.199-200.

⁷⁷⁵ 1992 Horizontal Merger Guidelines(1997 değişiklikleri ile birlikte), (<http://www.ftc.gov/bc/docs/horizmer.htm>, 10.12.2006).

⁷⁷⁶ VOIGT, Stefan/SCHMIDT, André, “The Commission’s Guidelines on Horizontal Mergers: Improvement or Deterioration?”, CMLR 41, Kluwer Law International 2004, s.1583.

⁷⁷⁷ Council Regulation (EEC) No 4064/89 of 21 December 1989 on the control of concentrations between undertakings (OJ [1989] L 395/1 ve yeniden yayımı OJ [1990] L 257/90 P 13) m.2/2 ve 3.

birlikte hakim durumun tespitinin mutlaka gerekli olduğudur. Oysa yeni Tüzük⁷⁷⁸ 2. ve 3. maddelerinde, incelenen yoğunlaşmanın, ancak pazarın tamamında yahut önemli bir kısmında, özellikle bir hakim durum yaratılması yahut mevcut bir hakim durumun güçlendirilmesi yoluyla, etkin rekabeti belirgin biçimde engellemesi halinde yasaklanacağını aksi hallerde hukuka uygun sayılacağını belirtmiştir. Bu hükümden açıkça anlaşıldığı üzere, artık Avrupa rekabet otoriteleri, hakim durum söz konusu olmasa dahi, “etkin rekabeti belirgin biçimde azaltacak” etkileri olan yoğunlaşma işlemlerini yasaklayacaktır⁷⁷⁹. “Hakim durum” bu azalmanın sadece önemli bir örneğidir⁷⁸⁰.

Nitekim, 139/2004 sayılı Tüzük, girişin 25. paragrafında, özellikle oligopol pazarlara değinerek, etkin rekabetin korunması gerektiğini; oligopolistik özellikler sergileyen birçok pazarda rekabetin sağlıklı bir şekilde sürmesine rağmen, bazı hallerde yoğunlaşmaların rekabetçi yapıya zarar verdiğini, işbirliği olasılığı bulunmasa dahi, işbirlikçi olmayan davranışlarla dahi rekabeti kısıtlayan etkiler gösterebileceğini belirtmiştir⁷⁸¹. Bu bakımdan, bir hakim durum yaratmasa dahi, etkin rekabeti olumsuz etkilemesi sebebiyle birleşmenin yasaklanması mümkündür. Bu yönde bir değişikliğe ihtiyaç duyulmuş olması, esas hakkında incelemenin dayandığı eski kıstasların oligopol pazar analizi bakımından bazı boşluklara sebep olduğu ve bunun rekabeti kısıtlayıcı yoğunlaşma işlemleri yarattığına dair görüşü destekler niteliktedir⁷⁸².

Avrupa Rekabet Hukukunda bu değişime yol açan içtihatlardan en önemlisi Airtours kararıdır. Avrupa İlk Derece Mahkemesi'nin vermiş olduğu bu karar, iki noktanın altını çizmiştir. İlk olarak, bir birleşme sadece pazardaki teşebbüslerin sayısını

⁷⁷⁸ Council Regulation No.139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings.

⁷⁷⁹ Bu konuda Fingleton, tüzük değişikliğine ihtiyaç olduğunu ortaya koyarak, “Hakim durum testi”nin, oligopol pazarlara ilişkin uygulamada ortaya çıkaracağı sorunlar sebebiyle, “çok yönlü” (*multilateral*) veya “eşgüdümlü” (*coordinated*) etkilerin incelenerek “etkin rekabetin azaltılması” (*substantial lessening of competition*) testinin yapılması gerektiğini açıklamıştır. (FINGLETON, John, Does Collective Dominance Provide Suitable Housing For All Anti-Competitive Oligopolistic Mergers?, Annual Proceedings of The Fordham Corporate Law Institute, International Antitrust Law&Policy, 12. bölüm, Juris Publishing, New York 2003, s.181-199).

⁷⁸⁰ Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings, OJ (2004) C 31/03, (Avrupa Yoğunlaşmalar Kılavuzu), m.2.

⁷⁸¹ Council Regulation No.139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings, Giriş p.25.

⁷⁸² Ayrıntılı değerlendirme için bkz. ERDEM, Ercüment, “Teşebbüsler Arası Yoğunlaşma İşlemlerinin Denetlenmesine İlişkin 20 Ocak 2004 Tarihli 139/2004 Sayılı Konsey Tüzüğü İle Getirilen Değişiklikler”, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu II, 9 Nisan 2004, Kayseri, s.15-41 (www.rekabet.gov.tr/ sempozyum.html, 01.07.2007)

azalttığı gerekçesiyle engellenemez veya birleşmenin teşebbüslerin stratejik kararlarını rakiplerinin tepkilerini öngörerek belirlediği bir pazarda gerçekleşmesi onun engellenmesini gerektirmez. Bu konuda, Suiker Unie kararında ATAD, bir teşebbüsün pazarda karşılaştığı rekabetçi koşullara kendini uyarlama hakkının olduğunu ve bu şekilde bir davranışın hukuk tarafından engellenemeyeceğini belirtmiştir⁷⁸³. Oysa Komisyona göre, bir birleşme ve devralma işleminin engellenmesi için; bir teşebbüsün davranışlarını pazar koşullarına uyarlayarak, tek taraflı davranışlarıyla, rakipleriyle arasındaki rekabeti azaltacak ve bu şekilde müşterilerden, dış rakiplerden ve tüketicilerden bağımsız hareket edebilmeyi sağlayacak davranışlar içine girmelerini mantıklı kılması yeterlidir⁷⁸⁴.

İkinci olarak, Komisyon bir yoğunlaşma işlemi engellerken, yoğunlaşma işleminin bir hakim durum yaratarak veya güçlendirerek yahut başka bir şekilde etkin rekabeti azaltacak olduğunu, neden sonuç ilişkilerini ortaya koyacak analizi yaparak açık ve ikna edici kanıtlarla ortaya koymalıdır⁷⁸⁵. Komisyonun sadece yoğunlaşmanın geleceğine yönelik olasılıklara göre karar vermesi kabul edilemez⁷⁸⁶. Buna karşılık, ekonomistler de pazardaki yapısal değişimin eşgüdüm olasılığı üzerindeki etkilerinin tamamen öngörülmesinin mümkün olmadığını, ihtimalin az mı çok mu olduğunu tam olarak tespit edilemeyeceğini söylemektedirler⁷⁸⁷.

Bu noktada, oligopol pazarlar bakımından, meydana gelen yoğunlaşma sonucunda oluşan yahut iyice daralan bir oligopol pazarda teşebbüsler arasında karşılıklı bağımlılık halinin yoğunlaşmanın denetimini nasıl etkileyeceği sorusu akla gelmektedir. Oligopol pazarlarda, teşebbüslerin arasında pazar yapısı sebebiyle oluşan bir karşılıklı bağımlılık durumu olduğu ve bunun sonucunda oluşan paralelliklerin rekabeti olumsuz yönde etkilediği yönündeki ekonomik teori, adeta bir eşgüdüm karinesi ortaya koymaktadır. Bu eşgüdüm bilinçli paralellik kapsamında sayılmadığından, uyumlu eylemler başlığı altında değerlendirilememekte ise de,

⁷⁸³ Suiker Unie v. Commission, ECR (1975) 1663, p.173-174.

⁷⁸⁴ Case IV/M.1524 Airtours/First Choice, OJ (2000) L 93/1, p.54.

⁷⁸⁵ Airtours v. Commission, Case T-342/99, ECR (2002) II-2585, p.63, 294; Benzer şekilde, Kali&Salz kararı da Komisyona etkin rekabetin azlığı, karşıt pazar güçlerinin zayıflığı ve eşgüdümün yoğunlaşmanın sonucu olduğunun ispatı külfetini yüklemiştir. (France v. Commission, C-68/94 vs. ECR [1998] I-1375).

⁷⁸⁶ Tetra Laval BV v. Commission, Case T-5/02, ECR (2002) II-4381, p.160; Aynı şekilde, HAWK, Barry E./HUSER, Henry L., European Community Merger Control: A Practitioner's Guide, Kluwer Law International, The Hague-London-Boston, 1996, s.252.

⁷⁸⁷ LINDSAY, s.309-310, dn.18.

birleşme ve devralmaların denetlenmesinde “etkin rekabeti azaltıcı” bir karine olarak kabulü mümkün olacak mıdır?

Avrupa Yoğunlaşmalar Kılavuzunun 4. maddesi, oligopolistik bir yapıda meydana gelen yoğunlaşmalarda, birlikte hakim durum kavramının uygulanabileceğini belirtmiştir. Ancak bunun hukuki bir karine olarak kabul edilmesi yönünde bir açıklama içermemektedir.

Bu konuda, Komisyon eski bir kararında, eşgüdümlü etkilerin yoğunlaşmadan kaynaklandığına dair bir karinenin söz konusu olmadığını, yoğunlaşmaların yasaklandığı her olayda, yoğunlaşmış pazardaki lider teşebbüsten etkin şekilde rekabet etmesinin beklenemeyeceğinin ispatının gerektiğini kabul etmiştir⁷⁸⁸. Daha yeni bir karar olan Kali&Salz davasında Savcı Tesauro ise, “Yoğunlaşmaların denetlenmesi tüzüğü (4064/89) hiçbir hukuka aykırılık karinesi içermemektedir.” demektedir⁷⁸⁹. Aynı şekilde yeni tüzükte de (139/2004) bir hukuka aykırılık karinesi mevcut değildir.

Oligopol pazarlarda gözlenen paralelliklerin belli bir eşgüdüm sonucunda meydana gelmesi halinde, rekabetin etkinliği azalacaktır. Ancak, teşebbüslerin karşılıklı bağımlılığı, eşgüdüm benzeri durumlar meydana getirirse de, bu konuda bir ekonomik varsayım olmaktan öte hukuki bir karine sunmamaktadır. Bununla birlikte, Avrupa Yoğunlaşmalar Kılavuzu, 139/2004 sayılı Tüzüğün giriş kısmınının 25. paragrafına dayanarak işbirlikçi olmasa da rekabeti kısıtlayıcı etkileri olan davranışları yasak kapsamına almıştır. Bu tanım elbette ki oligopol pazarları bünyesine almaktadır. Kanaatimizce, pazarın mevcut durumunun oligopolistik özellikler göstermesi halinde, pazarın birleşme sonrası daha da yoğunlaşacağı düşünülerek rekabeti kısıtlayıcı etkiler göstermesi olasılığı yüksek de olsa, bu sadece güçlü bir ispat vasıtası teşkil eder. Ne de olsa, dar oligopolistik pazarlarda rekabetin sürmesi de mümkündür.

O halde burada araştırılacak olan, pazarın gizli işbirliğine yol açacak oligopolistik özellikler taşıması değil, birleşme ve devralma işleminin işbirlikçi bir yapıyı

⁷⁸⁸ Alcatel/AEG, Case IV/M.165, 10.01.1992, p.22.

⁷⁸⁹ Savcı Tesauro'nun görüşü, 6 Şubat 1997, France v. Commission, C-68/94 ve C-30/95, ECR (1998) I-1375, p.7.

destekleyen, rekabete aykırı eşgüdümlü etkileridir⁷⁹⁰. Bunun için, sadece yapısal bir inceleme yeterli olmayacak, teşebbüslerin davranış ve yapı özellikleri de dikkate alınacaktır⁷⁹¹. O halde, oligopol pazar yapısı ve teşebbüsler incelenerek, birleşme ve devralma işlemi sonrasındaki pazar durumu ortaya konmalıdır.

Bu incelemede dikkate alınması gereken ispat standardı ise, Avrupa İlk Derece Mahkemesi'nin Airtours⁷⁹² ve Tetra Laval⁷⁹³ kararları dikkate alındığında, gelecek pazar yapısını makul şekilde ortaya koyan yüksek ve ikna edici standartta olmalıdır⁷⁹⁴. İspat külfeti ise Komisyondadır⁷⁹⁵. Komisyonun yapması gereken, gelecekte oluşacak pazar yapısında mevcut ve potansiyel teşebbüslerin ve tüketicilerin rekabeti olumsuz etkileyecek öngörülebilir davranışlarını tespit etmektir⁷⁹⁶. Bu inceleme belirsiz bir alan olan gelecekte yapıldığı için etkin rekabetin kısıtlanacağı hususunda kesin ispatın mümkün olmayacağı açıktır⁷⁹⁷. Ancak, yine de kararların sadece ihtimallere dayanması kabul edilemez. Gelecekteki pazar koşulları ve teşebbüsler arası rekabet, detaylı bir ekonomik inceleme ile makul ve mantıklı şekilde ortaya konmalıdır⁷⁹⁸.

2. Türk Rekabet Hukukundaki Durum

Türk Rekabet Hukukunda, RKHK m.7'de "*Bir ya da birden fazla teşebbüsün hakim durum yaratmaya veya hakim durumlarını daha da güçlendirmeye yönelik olarak, ülkenin bütünü yahut bir kısmında herhangi bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuracak şekilde*" birleşme veya devralma işleminin hukuka aykırı olduğu belirtilmiştir. Bu yasağın denetiminin nasıl yapılacağı ise, 1997/1 sayılı Rekabet Kurulu tebliği ile açıklanmıştır⁷⁹⁹. Bu tebliğin, "Birleşme ve Devralmaların Değerlendirilmesi" başlıklı 6. maddesi uyarınca;

⁷⁹⁰ Bu konuda Fingleton, gizli işbirliğinin statik yaklaşımından ziyade, pazarın dinamik bir analiz ile değerlendirilip ortaya çıkması muhtemel çok yönlü etkilerin (*multilateral effects*) incelenmesi gerektiğini savunmuştur. (FINGLETON, s.182-186).

⁷⁹¹ JENNY, s.370.

⁷⁹² Airtours, Case T-342/99, ECR (2002) II-2585, p.63.

⁷⁹³ Tetra Laval, Case T-5/02, ECR (2002) II-4381, p.162.

⁷⁹⁴ BAILEY, s.846-847.

⁷⁹⁵ Airtours, Case T-342/99, ECR (2002) II-2585, p.77.

⁷⁹⁶ Airtours, Case T-342/99, ECR (2002) II-2585, p.210.

⁷⁹⁷ BAILEY, s.875.

⁷⁹⁸ BISHOP, Power, s.37.

⁷⁹⁹ 1998/2, 1998/6, 2000/2 ve 2006/2 sayılı Rekabet Kurulu Tebliği ile Değişik, Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ, Tebliğ No : 1997/1, RG - 12.08.1997, 23078.

“Rekabet Kurulu, birleşme ve devralmaları Kanun’un 7. ve müteakip maddeleri çerçevesinde değerlendirir. Bu değerlendirmede özellikle:

a) İlgili piyasanın yapısı ve ülke içinde veya dışında yerleşmiş olan teşebbüslerin fiili ve potansiyel rekabeti bakımından ülkedeki etkin rekabetin korunması ve geliştirilmesi ihtiyacı;

b) İlgili teşebbüslerin, pazardaki durumu, ekonomik ve mali güçleri, sağlayıcı ve kullanıcı bulabilme alternatifleri, arz kaynaklarına ulaşabilme veya pazarlara giriş olanakları; pazara girişte herhangi bir yasal veya diğer giriş engelleri, ilgili mal ve hizmetlere olan arz-talep eğilimleri, aracı ve son tüketicilerin menfaatleri, rekabet engeli şeklinde olmayan ve tüketiciye avantajlar sağlayan teknik ve ekonomik süreçteki gelişmeler ve diğer hususlar gözönünde tutulur.

(...) Bir hakim durum yaratan veya mevcut bir hakim durumu güçlendiren ve bunun sonucunda ülkede veya bir bölümünde etkin rekabeti önemli ölçüde engelleyen birleşme veya devralmaların Kanuna aykırı olduğu kabul edilir ve bunlara izin verilmez.”

Buna göre Rekabet Kurumu, incelemesini, ilk önce bir hakim durumun ortaya çıkması veya mevcut bir hakim durumun güçlendirilmesinin tespiti, ardından da etkin rekabetin önemli ölçüde engellenmesi üzerine oturtacaktır⁸⁰⁰. Fakat, burada tehlikeli olan nokta, oligopol pazarların nasıl değerlendirileceğinde yatmaktadır. Oligopolistik bağımlılığın birlikte hakim duruma yol açtığı düşüncesinin kabulü halinde oligopol pazarlarda gerçekleşen her türlü birleşme ve devralma işleminin yasak kapsamında değerlendirilmesi gerekecektir. Bu konuda, ya oligopolistik bağımlılığın doğrudan birlikte hakim duruma yol açacağı reddedilmeli ya da Avrupa sisteminin de yaşadığı değişim dikkate alınarak, esasen ele alınması gereken kriter olarak “etkin rekabetin engellenmesi” benimsenmelidir⁸⁰¹.

Ancak, Türk Rekabet Hukukunda, birleşme ve devralmaların analizinde kullanılan kıstas halen daha “ hakim durum” kavramına dayanmakta ise de, uygulamada Rekabet Kurumunun, birlikte hakim durum kavramını değerlendirirken, paralelliğin gözlenmesinin makul olduğu pazar koşullarını tıpkı oligopol pazar analizine benzer

⁸⁰⁰ ERDEM, s.128.

⁸⁰¹ NIEMEYER, Hans-Jörg, (NIEMEYER/DRAUZ/JENNY/LANG) Collective Dominance/Oligopoly Behavior Under Articles 81/82 and The EC Merger Regulation, Annual Proceedings of Fordham Law Institute, International Antitrust Law&Policy, Bölüm 14, Juris Publishing 2002, s.378.

şekilde ele aldığını ve bu şekilde rekabeti kısıtlayıcı oligopole özgü paralellikleri de denetlediğini görmekteyiz⁸⁰².

Avrupa ve Türk Hukukunda, yoğunlaşmaların denetiminde, gelecekteki pazar koşullarının özellikle oligopole özgü özellikler gösterdiği hallerde araştırılmasında hangi kriterlerin inceleneceği, aşağıdaki bölümde ele alınacaktır.

B. Oligopol Pazarlarda Etkin Rekabetin Kısıtlanması

Bu başlık altında, birleşme ve devralma işleminin sonucu olarak oligopol pazar yapısının meydana gelmesi veya mevcut bir oligopol pazarın daha da yoğunlaşarak dar oligopol haline gelmesi incelenecektir. Oligopolistik bağımlılık incelemesi yaptığımız bu tezde, birleşme ve devralma işlemleri sonucu ortaya çıkan tek başına hakimiyet ya da tekel durumları konunun dışında bırakılacaktır.

Birleşme ve devralmaların rekabeti kısıtlayıcı etkilerinin incelenmesi iki safhada yapılacaktır. İlk önce, pazarın yoğunluğu ele alınacaktır. Ardından oligopole dahil teşebbüsler ile oligopol dışı teşebbüsler arasındaki rekabeti kısıtlayıcı etkenler ile oligopolistlerin kendi aralarında rekabetin kısıtlanmasına veya ortadan kalkmasına yol açan etkenler değerlendirilecektir. Bunlar, oligopol pazarlarda eşgüdümü mantıklı ve mümkün kılan etkenlerdir. Belirtmek gerekir ki, rekabeti kısıtlayıcı eşgüdümlü etkilerin oluşması için mutlaka işbirliğinin varlığı veya rekabete aykırılık amacı güdülmesi gerekmez⁸⁰³.

İnceleme metodu olarak, genel olarak kabul edildiği üzere, sadece yapısal bir incelemeye dayanılarak karar verilmesi doğru olmayacaktır⁸⁰⁴. Buna göre, sadece pazardaki yoğunlaşmaya dayanarak karar verilemeyeceğinden, pazarın yapısal özellikleri yanında, teşebbüslerin eşgüdüm riski yaratan özelliklerine ve bunların pazardaki eşgüdümlü etkilerine değinilecektir. Belirtmek gerekir ki bu incelemede tek başına hiçbir faktör belirleyici değildir. Tüm faktörlerin somut olayın özelliklerine göre ayrı ayrı araştırılması gerekir⁸⁰⁵.

⁸⁰² Bu konuda dikkatli bir pazar analizi yapılan, en ayrıntılı karar örnekleri: Ladik Çimento/Akçansa-Türkerler, RK.05-86/1188-340, 20.12.2005; Valtra (Kone)/Agco, RK.03-75/911-385, 20.11.2003; Trabzon Çimento / Aşkale-Gisad, RK.05-86/1189-341, 20.12.2005.

⁸⁰³ KLOOSTERHUIS, s.79.

⁸⁰⁴ JENNY, s.370.

⁸⁰⁵ KLOOSTERHUIS, s.87.

1. Pazarın Yoğunluğu

Birleşme ve devralma işlemlerinin doğal sonucu, pazarda faaliyet gösteren bağımsız teşebbüs sayısını azaltması olacaktır. İşlem sonrası kalan teşebbüs sayısı ne kadar az olursa, kısaca pazar ne kadar yoğun olursa işbirliği ihtimali de o kadar artacaktır⁸⁰⁶. Kısaca, bir pazarda faaliyet gösteren teşebbüs sayısı azaldıkça, teşebbüsler arası eşgüdüm ihtimali artar. Zira, az sayıda sağlayıcının davranışlarını koordine etmelerinin daha kolay olmasının yanı sıra, bu tür pazarlarda eşgüdümden sapanların (*deviate*) belirlenmesi de kolaydır⁸⁰⁷. Teşebbüslerin sayısı arttıkça teşebbüsler arasındaki kollektif çıkar bilinci de azalacaktır⁸⁰⁸.

Bu sebeple, çoğu zaman tek başına yeterli bir kriter olmamakla birlikte, pazar incelemesinde en önemli ve ilk başvurulmuş ölçüt “yoğunluk”tur⁸⁰⁹. Bundan kasıt, birleşme ve devralma işlemi sonucunda, pazarda toplam pazar payı yüksek olan az sayıda teşebbüsün kalmış olmasıdır. Yoğunluk, rekabet denetimi uygulamasında “Yoğunlaşma Oranları” (*concentration ratios*) veya “Herfindahl-Hirshman İndeksi” (HHI)⁸¹⁰ ile hesaplanmaktadır⁸¹¹.

Yoğunlaşma oranları denince kastedilen, birleşme ve devralma sonrası pazarda kalan teşebbüslerin toplam pazar payının hesaplanmasıdır. Pazarda birleşme ve devralma sonrası kalan teşebbüslerin toplam pazar payı oranlarının yüksekliğine oligopolistik hakimiyete yol açabileceği düşüncesiyle önem verilmiştir⁸¹². Bu önem Alman Rekabet Hukukunda üst düzeydedir. Alman Rekabet Hukukunda, üç veya daha az

⁸⁰⁶ MOTTA, Massimo, EC Merger Policy and The Airtours Case, European University Institute, Florence, 1999, s.5 (<http://www.eui.eu/Personal/Motta/Airtours2.pdf>, 24.12.2006); Gencor, Case T-102/96, ECR (1999) II-753, p.276; Aynı yönde, BISHOP, Power, s.38; “Bunun sebebi, işbirlikçi teşebbüs sayısı ne kadar artarsa kâr pastasından düşen pay o kadar azalacak, bu da işbirliği saikini azaltacaktır.” (IVALDI/ JULLIEN/REY/SEABRIGHT/ TIROLE, s.12).

⁸⁰⁷ AREEDA/KAPLOW, s.255; FAULL/NIKPAY, s.57, p.1.159.

⁸⁰⁸ STROUX, s.7; OECD Raporu, s.59; US Merger Guidelines, §2.1.

⁸⁰⁹ Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings, OJ (2004) C 31/03, m.14; TEKDEMİR, s.27.

⁸¹⁰ Pazar payının karesi alınarak yapılan bir hesaplama yöntemidir. Uzun yıllardır Amerikan Rekabet Hukukunda birleşme sonrası etkilerin araştırılmasında kullanılan bir kriterdir. (VOIGT/SCHMIDT, s.1589).

⁸¹¹ BRIONES, Juan, “Oligopolistic Dominance. Is There A Common Approach in Different Jurisdictions? A Review of Decisions Adopted by The Commission Under The Merger Regulation”, European Study Conference, Brussels, 18.11.1995 tarihli konuşma metni (<http://europa.eu.int/comm/competition/speeches>, 20.12.2006).

⁸¹² Kali&Salz/MdK/Treuhand, Case IV/M.308, OJ (1994) L-186/38, p.51, 62-63; Nestlé/Perrier, Case IV/M.190, OJ (1992) L-356/1, p.119, 136-138; Mannesmann/Vallourec/Ilva, Case IV/M.315, OJ (1994) L-102/15, p.47-48; “Pazar payları toplamı %85 olduğu ve normal kapasite kullanım oranları çok düşük olduğu için ilgili teşebbüs ve teşebbüs birliklerinin birlikte hakim durumda olduğuna karar verilmiştir.” (Haydarpaşa gümrük kararı, RK.01-21/191-49, 26.04.2001, s.23).

teşebbüsün toplam pazar payının %50'nin üzerinde olması halinde birlikte hakim durum karinesinden bahsedilmektedir⁸¹³. Oysa Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda böyle bir karine olmadığı için⁸¹⁴, somut olaya göre diğer pazar özellikleri de incelemeye alınacaktır⁸¹⁵.

Pazar payı incelemesinin yanında kullanılan HHI indeksi ise, matematiksel bir yöntem sunmaktadır. Buna göre, birleşme ve devralmanın sonrasında HHI düzeyinin belli miktarlarda değişimi ve belli eşikleri aşması halinde işbirliği tehlikesinden bahsedilebilecektir⁸¹⁶. Açıklamak gerekirse, ABD Adalet Bakanlığı'nın ve Federal Ticaret Komisyonu'nun beraber yayımladıkları "Yatay Birleşme Rehberi"nde yer bulan Herfindahl-Hirschman İndeksi (HHI), ABD'nin yanı sıra Avrupa Toplulukları'nda da, birleşmeler (birleşme ve devralmalar) değerlendirilirken kullanılmaktadır. HHI pazarda var olan firmaların pazar paylarının karelerinin toplanması suretiyle hesaplanmaktadır. Bu şekilde firmaların pazar payları kendileriyle çarpılarak ağırlıklandırılmakta, yüksek pazar payına sahip firmalar indeksi daha fazla artırırken düşük paylı firmaların indeks üzerindeki etkisi daha düşük kalmaktadır. HHI, daha önceden kullanılan "n" firmalı yoğunlaşma oranından (CR "n") farklı olarak, sadece en büyük birkaç firmanın durumu hakkında değil pazarın geri kalanı hakkında da bilgi sahibi olunmasını sağlamakta ve aynı zamanda yukarıda da belirtildiği gibi büyük firmaların paylarına daha fazla ağırlık vererek bunların piyasadaki önemlerini de vurgulamış olmaktadır⁸¹⁷.

HHI testinde, hem birleşme sonrası pazarda oluşan yoğunlaşma oranı hem de birleşmeden dolayı yoğunlaşma oranında meydana gelen artış göz önünde bulundurulmaktadır. Değerlendirme aşağıdaki çerçevede yapılmaktadır:

⁸¹³ LINDSAY, s.326, dn.9.

⁸¹⁴ %100'e yaklaşan toplam pazar payına rağmen diğer faktörlerin de incelendiğine dair bkz. American Cyanamid/Shell, Case IV/M.354, p.26-36; Benzer şekilde Akzo Nobel/Monsanto, Case IV/M.523, p.44-48; Pilkington-Techint/SIV, Case IV/M.358, OJ (1994) L-158/24.

⁸¹⁵ BRIONES, Juan, Oligopolistic Dominance: Is There A Common Approach in Different Jurisdictions? A Review of Decisions Adopted by The Commission Under The Merger Regulation, ECLR 1995, C.16, s.336; Alcatel/AEG Kabel, Case IV/M.165, p.19-26.

⁸¹⁶ BRIONES, s.335; Bu konuda üç tane eşik verilmektedir. Buna göre; (i) Birleşme ve devralma sonrası eşik 1000'in altında kalması halinde işbirliği tehlikesi yoktur. Ancak, (ii) HHI indeksinin 1000-2000 arasında olması ve birleşme ve devralma işleminin indekste 250 birimin üstünde artılabileceği veya (iii) indeksin 2000'in üstünde olduğu hallerde birleşme ve devralmanın 150 birimin üstünde artışa neden olması halinde işbirliği tehlikesi mevcuttur. (Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings, OJ [2004] C 31/03, m.20).

⁸¹⁷ Ayrıntılı analiz için bkz. İstanbul Gübre Sanayii A.S. (IGSAS) (Özelleştirme) / Toros Gübre Kimya, RK.00-43/464-254, 03.11.2000, s.23-24.

- .birleşme sonrası HHI 1000'den az ise: Bu eşiğin altında kalan piyasalar yoğunlaşmamış kabul edilmekte ve bu durumdaki piyasalarda meydana gelecek birleşmelerin rekabeti engelleyici etkiler taşımadığı düşünülmektedir.

-birleşme sonrası HHI 1000 ile 1800 arasında ise: Bu aralıkta yer alan piyasalar orta derecede yoğunlaşmış olarak değerlendirilmekte, HHI'da meydana gelen 100 birimden az bir artış rekabeti sınırlamayacak nitelikte kabul edilmektedir.

-birleşme sonrası HHI 1800'den büyük ise: Bu eşiğin üzerindeki piyasalar yüksek ölçüde yoğunlaşmış olarak kabul edilmektedir. Bu ölçüde yoğunlaşmış piyasalarda birleşme sonrasında indekste meydana gelecek artış 100 birimden fazla olursa, birleşmenin pazar gücü yaratma ya da güçlendirme etkisi doğuracağı kabul edilmektedir.

Türk Rekabet Hukuku uygulamasında da, yoğunluğun ve etkilerinin incelenmesinde, Rekabet Kurumunun her iki ölçütü birlikte ele aldığını görmekteyiz⁸¹⁸. Bu noktada ise, rekabet otoritelerinin, bu iki metodun birbiriyle çelişen sonuçlar vermesi halinde hangisini ölçüt olarak alacakları muammadır⁸¹⁹.

2. Oligopolün İç ve Dış Rekabete Kapalı Olması

Oligopolistlerin kendi aralarında eşgüdümü sağlayabilmesi için, dışarıdan gelebilecek herhangi bir rekabetçi baskıya maruz kalmamaları ve içerde bir uzlaşmaya varıp bunu sürdürebilmeleri gerekir⁸²⁰. Bu başlık altında, bunu sağlayacak koşullar incelenecektir.

a. Oligopol Dışı Rekabete Karşı Kapalı Olma

aa. Pazara Giriş Engelleri

Tam rekabet piyasalarının en önemli özelliklerinden bir tanesi, teşebbüslerin piyasaya giriş-çıkışlarının serbest olmasıdır. Bu özellik sayesinde kaynakların

⁸¹⁸ Örneğin, Glaxo-SmithKline, RK.00-29/308-175, 03.08.2000, s.8; Ladik Çimento/Akçansa-Türkerler, RK.05-86/1188-340, 20.12.2005, s.9-10; Efes-Miller, RK.02-70/843-347, 14.11.2002, s.4; DimonStandard Inc. Birl., RK.05-14/168-61, 11.3.2005, s.6; Nestle Waters, RK.06-59/774-227, 24.8.2006, s.8-9.

⁸¹⁹ VOIGT/SCHMIDT, s.1590.

⁸²⁰ BRIONES, s.335; CAFFARRA/KÜHN, s.357.

optimum dağılımı yoluyla etkin kullanımı mümkün olabilmektedir⁸²¹. Fakat pazara girişlerin çeşitli sebeplerle zorlaşması halinde, rekabetin bu etkinliği azalacaktır. Zira, pazara giriş engellerinin varlığı halinde, pazardaki mevcut teşebbüsler üzerinde rekabetin yaratacağı herhangi bir baskı olmayacak veya bu baskı sınırlı olacaktır⁸²².

Olağan rekabet koşullarında, bir pazarda ekonomik mantık dahilinde kârını en üst düzeye çıkaracağını fark eden teşebbüs, bu pazara girmek isteyecek, bunun için mücadele edecektir⁸²³. Bu teşebbüsün rekabetçi çabasının önünün kesilmesi, içerdeki kâr için dışarıdan gelecek teşebbüslerin başlatacağı rekabetin engellenerek, içerde bunun rahatça paylaşılması için işbirliği imkanı sağlayacaktır⁸²⁴. Bunun anlaşılabilirliği için öncelikle pazarın girişleri zorlaştıran veya engelleyen koşulları incelenmeli ve ardından, pazara girişlerin olması veya pazarın genişlemesi olasılığının içerdeki teşebbüsleri nasıl etkileyeceğinin de araştırılması gerekmektedir⁸²⁵.

Giriş engelleri bakımından önemli olan bir nokta ise, bu engellerin mevcudiyetinin yanında, potansiyel giriş engellerinin incelenmesidir⁸²⁶. Kısaca, birleşme ve devralma sonrası durum değerlendirilerek, potansiyel rekabet tehdidinin varlığının araştırılması, buna karşılık teşebbüslerin tepkileri ve bu tehdidin ciddiyetine bağlı olarak caydırıcılığı incelenmelidir⁸²⁷. Potansiyel rekabet tehdidi, aldatmacaları önleyici gücü bakımından önemlidir. Rekabetin kısıtlanabilmesi için mutlak gerekli bir koşul olsa da, sadece buna yardımcı bir etkidir, doğrudan rekabeti kısıtlayamaz⁸²⁸.

⁸²¹ YANIK, Mehmet, Rekabet Hukukunun Hakim Durum ve Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Uygulamalarında Piyasaya Giriş Engelleri, Rekabet Kurumu, Ankara 2003, s.1.

⁸²² AŞÇIOĞLU-ÖZ, s.90 vd.; “Bir teşebbüsün bir pazarda pazar gücüne dayalı olarak rekabetçi olmayan uygulamalarda bulunabilmesi, potansiyel rakiplerin pazara kolaylıkla girememelerine de bağlıdır.” (Turkcell kararı, RK. 01-35/347-95, 20.07.2001, s.10); Aynı yönde, KORAH, Gencor, s.337.

⁸²³ IVALDI/ JULLIEN/REY/SEABRIGHT/ TIROLE, s.16.

⁸²⁴ STROUX, s.9; OECD Raporu, s.59-60; AREEDA/KAPLOW, s.260; CHRISTENSEN/RABASSA, s.233; MCI WorldCom/Sprint, Case COMP/M.1741, p.283-290.

⁸²⁵ HAWK/HUSER, s.225.

⁸²⁶ Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings, OJ (2004) C 31/03, m.14; TEKDEMİR, s.28.

⁸²⁷ VOIGT/SCHMIDT, s.1591; BRIONES, Juan, “Oligopolistic Dominance. Is There A Common Approach in Different Jurisdictions? A Review of Decisions Adopted by The Commission Under The Merger Regulation”, European Study Conference, Brussels, 18.11.1995 tarihli konuşma metni (<http://europa.eu.int/comm/competition/speeches>, 20.12.2006).

⁸²⁸ JENNY, s.365.

Giriş engelleri çeşitli sebeplerle ortaya çıkabilir⁸²⁹. Bunları belli başlıklar altında toplayarak inceleyeceğiz.

aaa. Hukuki Engeller

Bir pazarda faaliyet gösterebilmek için bir kamu otoritesi tarafından tahsis edilen herhangi bir münhasır hak⁸³⁰, imtiyaz, işletme lisansı ve fikri hak⁸³¹; bunun yanında idare tarafından konulan tarife⁸³² yahut kota, faaliyet izni veya ruhsat alma mecburiyeti gibi yasal ve idari engeller söz konusu olabilir.

bbb. Yapısal Engeller

Bazı hallerde maliyet, talep veya teknoloji gibi temel pazar koşulları, pazara giriş engeli teşkil edebilir. Buna örnek olarak batık maliyet⁸³³, doğal kaynaklara erişememek⁸³⁴, pazarın ileri teknoloji gereksinimi⁸³⁵, mevcut satım-dağıtım ağlarının

⁸²⁹ “Pazara giriş engelleri, ilgili piyasanın yapısal özelliklerinin yeni giriş yapacak teşebbüsler için uygun olmaması halini ifade eder. Söz konusu engeller; yasal engeller, hammadde temininde karşılaşılan sıkıntılar, yüksek yatırım maliyetinin gerekliliği, piyasanın yapısı itibarıyla fazla sayıda teşebbüsün kârlı biçimde faaliyet göstermesine izin vermemesi, fikri ve sınai mülkiyet haklarının varlığı, teknolojik üstünlük, farklılaştırılmış ürünler, ölçek ekonomileri, dikey entegrasyon, teşebbüsün finansal gücü ve işletme politikaları olarak sıralanabilir.” (Frito Lay kararı, RK.04-32/377-95, 4.5.2004, s.42).

⁸³⁰ Case IV/M.1430, Vodafone/Airtouch, p.27-28; Case IV/M.2016, France Télécom/Orange, p.33; Bir pazarda faaliyet gösterebilmek için bir kamu otoritesi tarafından tahsis edilen herhangi bir münhasır hak, o pazarda giriş engeli yaratmaktadır. Bu çerçevede kamusal otorite kullanan bir kurum bir imtiyaz, bir işletme lisansı, faaliyette bulunabilmek için bir izin, ruhsat alma mecburiyeti söz konusu pazara girmek isteyen yeni teşebbüsler için "yasal veya idari giriş engeli" oluşturmaktadır. (Turkcell kararı, RK. 01-35/347-95, 20.07.2001, s.10; Danıştayın iptali üzerine verilen Turkcell kararı, RK.05-88/1221-353, 29.12.2005, s.10).

⁸³¹ Case IV/M.269, Shell/Montecatini, OJ (1994) L-332, p.32; Rekabet Kurumu ise bir kararında, paralel ithalatı incelemiş ve fikri hakların pazara giriş engeli teşkil edebileceğine karar vermiştir. (Armada Bilgisayar kararı, RK.05-79/1099-316, 24.11.2005, s.26-27).

⁸³² Case COMP/M.1693, Alcoa/Reynolds, OJ (2002) L-58, p.87.

⁸³³ Pazardan çıkma halinde kaybedilecek olan, geri dönüşü mümkün olmayan maliyet harcaması olarak açıklanabilir. (ICN Merger Guidelines Workbook, Prepared for the Fifth Annual ICN Conference in Cape Town, Nisan 2006, s.56); “Batık maliyet, bir sektörde faaliyet gösterebilmek için yapılan maliyetlerden, sektörden çıkarken o varlığı elden çıkarma yoluyla tekrar paraya dönüştürülemeyen ya da yapılan harcamanın geri kazanılamaz veya başka bir faaliyet alanında kullanılamayacak nitelikte olanlarını ifade etmektedir. Çimento sektöründe var olan batık maliyetlerin yanı sıra, sektöre Giriş önemli miktarda sermaye gerektirmekte ve bu da sektöre yeni girecek firmalar açısından caydırıcı bir durum teşkil etmektedir.” (Ladik Çimento/Akçansa-Türkerler, RK.05-86/1188-340, 20.12.2005, s.12).

⁸³⁴ Case IV/M.754, Anglo American Corp./Lonrho, OJ (1998) L-149, p.118-119; “gerekli teknoloji yatırımlarını yapmakta geciken veya zorluklar yaşayan operatörlerin rekabet etme gücü azalacaktır.” (Turkcell kararı, RK. 01-35/347-95, 20.07.2001, s.13).

⁸³⁵ Case IV/M.774, Saint-Gobain/Wacker-Chemie/NOM, OJ (1997) L-247, p.184-187.

yerleşmiş olması⁸³⁶ gibi pazar koşullarından kaynaklanan sebepler, engel teşkil edebilecektir.

ccc. Ölçek Ekonomileri

Ölçek ekonomilerinde işletmelerin, üretim birim maliyetini en aza indirgeyebilmek için, belirli bir asgari üretim ölçeğine ulaşmış olmaları gerekmektedir, zira bunun altında üretim yapıldığı takdirde maliyet artacaktır. O halde, bu tip üretim yapılarında yüksek kâr, ancak belli bir üretim noktasının üzerine çıkıldığında mümkün olacak, sürümden kazanma olarak tabir edilen durum yaşanacaktır. Dolayısıyla zaten bu geniş ölçekli yatırımı yapmış teşebbüsler karşısında üretim gücüne güvenmeyen teşebbüs, pazara girmekten cayacaktır⁸³⁷.

Bu kavramın sadece üretim ölçeğiyle ilgili olduğu düşünülmemelidir. Karşısında rekabet etmek için altyapı ve yatırım maliyetlerini artırmak gereken bazı koşullar da ölçek ekonomisi kapsamında değerlendirilebilir. Bunlar, marka gücü ve buna ilişkin müşteri bağımlılığı⁸³⁸, promosyon ve reklamlar yoluyla yaratılan imaj bağımlılığı⁸³⁹, mevcut teşebbüslerin fazla kapasiteye sahip olması⁸⁴⁰ gibi ekonomik engellerdir⁸⁴¹.

⁸³⁶ “Potansiyel olarak pazara girecek teşebbüslerin tamamının, şişeleme ve dağıtım ağına erişmeleri engellenecektir. Nitekim, Danimarka içecek pazarında her teşebbüsün kendi şişeleme ve dağıtım ağı vardır.” (Case IV/M.833, The Coca-Cola Company/Carlsberg A/S, OJ [1998] L-145, p.74); “Söz konusu piyasada yoğunlaşma oranının çok yüksek olması ve yoğunlaşma sonrasında bu iki şirketle rekabet edebilecek bir firma kalmamasının yanısıra, bir dağıtım şirketi kurmanın maliyeti, mevcut bayi ağlarına girilememesi ve oluşturulacak yeni bayilik ağını besleyecek yeteri kadar yayın sayısına ulaşamaması gibi faktörler yüzünden piyasaya yeni bir teşebbüsün girmesi ihtimali oldukça düşüktür.” (Yaysat-BDD-Biryay kararı, RK.00-26/292-162, 17.07.2000, s.38); Aynı yönde, Ladik Çimento/Akçansa-Türkerler, RK.05-86/1188-340, 20.12.2005, s.13.

⁸³⁷ ICN Merger Workbook, s.56.

⁸³⁸ Case IV/M.833, The Coca-Cola Company/Carlsberg A/S, OJ (1998) L-145, p. 72-73; “çeşitli nedenlerden bu firmanın GSM hizmetlerinde bir farklılaşma yaratabildiği ve hizmetlerine karşı bir marka bağımlılığı oluşturabildiği görülmektedir.(...) Turkcell sadık bir tüketici kitlesi kazanmıştır. (...)veriler rakip operatör hattı ile satılan cep telefonlarının daha ucuz olmasına rağmen Turkcell hatlarına olan talebin azalmadığını göstermektedir. Turkcell hatlarına olan talebin bu yapısı ise Turkcell'in rekabetçi bir piyasada geçerli olmayacak uygulamalarda bulunma olanağına sahip olmasına neden olmaktadır.” (Turkcell kararı, RK. 01-35/347-95, 20.07.2001, s.14).

⁸³⁹ Case COMP/M.2097, SCA/Metsä Tissue, OJ (2002) L-57, 83-84.

⁸⁴⁰ Case IV/M.1813, Industri Kapital Nordkem/Dyno, OJ (2001) L-154, p.100; Ege Çimento II kararı, RK. 04-77/1108-277, 02.12.2004, s.9, str.394-405; Rekabet Kurumu bu karardan hareketle, daha sonraki bir kararında ise şöyle demiştir: “Çimento sektöründe, ana işlemin basit olması, ürünün homojen olması ve teknolojinin herkes tarafından uygulanabilir olması sebebiyle, ölçek ekonomilerinin sabit maliyet ve emek maliyetleri üzerinde önemli bir etkisi bulunmaktadır. Bu nedenle, sektöre yeni girecek teşebbüsün fiyat rekabeti yapabilmesi için büyük miktarlarda yatırım ve geniş ölçekte üretim yapması gerekmektedir. (...)Bir sektördeki arz fazlasının o sektöre giriş açısından bir engel teşkil ettiği açıktır. Talepte bir artış yasanasa dahi, ülkemiz çimento sektöründeki kapasite fazlası ve ölçek ekonomilerinden faydalanan firmaların varlığı nedeniyle yeni firmaların pazara girme

bb. Karşıt Güç Yokluğu veya Yetersizliği

“Karşıt güç” ile kastedilen, pazarda oligopolistlerin karşısında, rekabetçi davranmamaları halinde karşılaşabilecekleri, rekabet yönünde baskı yaratan, yoğunlaşmış alım gücü veya küçük rakip teşebbüslerdir⁸⁴². Küçük rakiplerin yahut önemli müşterilerin pazarda oligopole mevcut ya da potansiyel bir alternatif bir güç teşkil edip etmediği⁸⁴³, oligopolistlerin pazardaki durumları için önem arz etmektedir⁸⁴⁴. Nitekim, ekonomik mantık gereğince, olağan rekabetçi bir pazarda müşterilerin fiyat artırımını ya da arzın kısılması daha az fiyata satılan benzer ürüne yönelmelerine sebep olacak ve fiyatını düşük tutup daha çok üretebilen rekabetçi teşebbüs savaşı kazanacaktır. Ancak, başka bir güç buna engel olmadıkça, pazardaki rekabeti kısıtlayan politikanın eşgüdümlü bir şekilde uygulanması halinde rekabet üstü kâr elde etmek mümkün olabilecektir⁸⁴⁵.

Fakat eğer oligopolistler fiyat artırırken yahut arzını kısırkken tam aksini yapabilen bir küçük teşebbüs eşgüdümü bozacak kadar etkili olabiliyorsa⁸⁴⁶ yahut alıcıların çok güçlü olması sebebiyle satıcılar fiyat artırmayı ya da arzı kısmayı göze alamıyorlarsa⁸⁴⁷, bu pazardaki teşebbüsler eşgüdümlü davranmamayı seçeceklerdir. Zira, karşılardaki rekabetçi güç buna engel olacaktır⁸⁴⁸.

Henkel/Nobel davasında Komisyon⁸⁴⁹, ikame ürünlerin rekabetçi etkisi, pazar payı az olan küçük firmaların gücü ve talep tarafında artan yoğunlaşma sebebiyle, birleşme ve devralma sonrası etkin rekabetin devam edeceğine karar vermiştir.

olasılığı düşük görülmektedir.” (Ladik Çimento/Akçansa-Türkerler, RK.05-86/1188-340, 20.12.2005, s.13).

⁸⁴¹ Bu unsurlar, stratejik dezavantajlar olarak da anılmakta ve pazara sonradan giren olmaktan kaynaklanan belli sorunlar yaratmaktadır. (ICN Merger Workbook, s.56).

⁸⁴² “Küçük teşebbüslerin rekabetçi davranmalarının da oligopolistlerin yüksek fiyatlar belirlemelerini engellemesi muhtemeldir.” (SCHERER/ROSS, s.277).

⁸⁴³ BRIONES, s.345; Bu konuda, pazara girmese de, bir teşebbüsün dışarıdan rekabet tehdidi yaratmasının pazarı etkileyeceğine dair bkz. VOIGT/SCHMIDT, s.1592; CHRISTENSEN/RABASSA, s.233.

⁸⁴⁴ TEKDEMİR, s.28.

⁸⁴⁵ Bu sebeple, Komisyon analizinde karşıt güç araştırması yapmalıdır. (France v. Commission, Cases C-68/94 ve C-30/95, ECR [1998] I-1375, p.248-249).

⁸⁴⁶ “Yerel kaynak suyu üreticileri, ulusal su üreticilerine rakip olmayacak kadar küçük ve dağıtmıktırlar” (Nestlé/Perrier, Case IV/M.190,OJ [1992] L-356/1, p.129).

⁸⁴⁷ Pirelli/BICC, Case IV/M.1882, p.73-80 ; IVALDI/ JULLIEN/ REY/ SEABRIGHT/ TIROLE, s.53; TEKDEMİR, s.30.

⁸⁴⁸ BAKER, s.202.

⁸⁴⁹ Henkel/Nobel, Case IV/M.186, p.16-17.

b. Pazarda İç Rekabetin Bulunmaması: Eşgüdüm

Bu başlık altında eşgüdümün kurulmasını ve bunun devamlılığını sağlayan etkenler incelenecektir. Ekonomik teori uyarınca, oligopol pazarlarda bu uzlaşının sağlanması ve devamlılığı diğer pazar özelliklerine nazaran daha kolaydır. Bu sebeple, birleşme ve devralmaların analizinde, oligopol pazar incelemelerinde bahsi geçen birçok kavramı kullanmak gerekmektedir. hangi pazar koşulları altında paralel davranışların ortaya çıkmasının makul olduğunun incelenmesinde fayda vardır. Ne de olsa bu pazar koşulları, teşebbüslerin eşgüdüm kabiliyetini de etkilemektedir⁸⁵⁰.

Bu koşulların en önemlileri; pazarın yoğunluğu, şeffaflığı ve olgunluğu gibi bazı özellikleri, teşebbüslerin simetrisi, ürünlerin türdeşliği, talebin sabitliği, eşgüdümün mantıklı olması ve geçmiş işbirliğidir.

aa. Eşgüdümün Kurulması İçin Gerekli Özellikler

Eşgüdümün kurulabilmesi için öncelikle tarafların bu hususta açık bir iletişime ihtiyaç duymaksızın uzlaşabilmeleri gereklidir. Bu uzlaş, bazı pazar özellikleri ve teşebbüslerin birtakım davranışlarıyla daha kolay sağlanacaktır. Bu bakımdan, önceden (*ex ante*) yapılan bir incelemede, gelecekte teşebbüslerin nasıl davranacakları sezilemediği için pazarın dinamik bir analizi yapılarak çeşitli olasılıklar çıkarılır. Biz de burada, bu incelemede kullanılan kriterleri ele alacağız.

aaa. Pazarın Şeffaflığı

Şeffaflık, oligopol pazarlarda kritik öneme sahip bir durumdur⁸⁵¹. Esasen, tam rekabet koşullarından birisi olan şeffaflık, pazar ve rakiplerin davranışları hakkında tam bilgilenmeyi sağladığı için, taraflar arasında açık iletişime gerek olmaksızın eşgüdümün kurulması ve bunun sürdürülmesinde faydalı olur⁸⁵². Aynı zamanda, her

⁸⁵⁰ BAKER, s.169.

⁸⁵¹ BRIONES, s.342.

⁸⁵² Exxon/Mobil, Case IV/M.1383,p.474; Gencor, Case T-102/96, ECR (1999) II-753, p.276; “İlgili pazarda fiyata ilişkin şeffaflık nedeniyle firmalar birbirlerinin pazarlama ve fiyatlama davranışlarından haberdar olmaktadır bu da pazarda fiyat paralelliği sonucunu doğurmaktadır.”(PMSA-JTI kararı, RK. 02-80/937-385, 24.12.2002, s.21); BRIONES, Juan, “Oligopolistic Dominance. Is There A Common Approach in Different Jurisdictions? A Review of Decisions Adopted by The Commission Under The Merger Regulation”, European Study Conference, Brussels, 18.11.1995 tarihli konuşma metni (<http://europa.eu.int/comm/competition/speeches>, 20.12.2006).

teşebbüs yekdiğerinin davranışları hakkında rahatça bilgi sahibi olabildiği için, oligopolün birlikte hakim duruma gelmesini de sağlar⁸⁵³. Bazı hallerde bu bilgilenme, şeffaflığı artırıcı etkileri olan fiyat ilanları gibi mekanizmalar sayesinde olmaktadır⁸⁵⁴.

Burada önemli olan, fiyat ve arz gibi temel parametrelerden haberdar olmaktır⁸⁵⁵. Yoksa bir teşebbüs ile ilgili tüm bilgilerin şeffaf olmasına gerek yoktur⁸⁵⁶. Ancak bazı hallerde, bu temel bilgiler doğrudan değil, bazı referans noktaları sayesinde keşfedilebilir⁸⁵⁷.

Şeffaflık elbette ki eşgüdümün sürdürülmesi için de hayati önemi haizdir. Devam etmekte olan işbirliğinde teşebbüsler körlemesine hareket etmek istemezler. Hep birlikte pazar politikalarını şekillendirmek için şeffaflığın sürekliliğine ihtiyaç vardır. Şeffaflığın eksikliği, eşgüdümü zorlaştıracaktır⁸⁵⁸.

Ayrıca şeffaflık, aldatmacaların mümkün olduğunca çabuk tespitini sağlar⁸⁵⁹. Bu bakımdan aldatmacaya girenlerin çabuk tespitinin yanında, aldatmacaya girmeyi düşünen teşebbüsleri de caydırıcı etkisi vardır⁸⁶⁰. Zira, fiyatlara ve pazar stratejilerine ilişkin şeffaflığın fazla olduğu pazarlarda teşebbüslerin eşgüdümden sapan, aldatmaca (*cheating*) içerisine giren teşebbüsleri tespit etmeleri ve hemen misillemeye (*retaliation*) girişmeleri de mümkün olacaktır.

Tüm önemine rağmen şeffaflık tek başına ele alındığında, bir eşgüdüme işaret etmeyecektir. Nitekim, bu aynı zamanda tam rekabet piyasalarının da bir özelliğidir⁸⁶¹.

⁸⁵³ Airtours, Case T-342/99, p.156.

⁸⁵⁴ Nestlé/Perrier, Case IV/M.190,OJ (1992) L-356/1, p.121-122; Pilkington-Techint/SIV, Case IV/M.358, OJ (1994) L-158/24, p.36; Caydırıcı etkileri bakımından bkz. 1992 US Horizontal Merger Guidelines §2.12.

⁸⁵⁵ “Fiyat şeffaflığının olmaması fiyat dışı pazarlıklara yol açar ki bu da eşgüdümü zorlaştırır” (Knorr-Bremse /Allied Signal, Case IV/M.337, p.45).

⁸⁵⁶ “Fiyat” konusunda bir şeffaflık olmamasına rağmen diğer parametreler sayesinde teşebbüslerin aldatmacaları tespit edebileceğine dair bkz. Mannesmann/Vallourec/Ilva, Case IV/M.315, OJ (1994) L-102/15, p.94; Kloosterhuis’e göre, talep, ürün gelişimi ve maliyetlerin şeffaf olması yeterlidir. (KLOOSTERHUIS, s.86); CHRISTENSEN/RABASSA, s.231.

⁸⁵⁷ LINDSAY, s.322.

⁸⁵⁸ IVALDI/ JULLIEN/ REY/ SEABRIGHT/ TIROLE, s.22.

⁸⁵⁹ SCHERER/ROSS, s.215.

⁸⁶⁰ Airtours, Case T-342/99, p. 62 ve159.

⁸⁶¹ Bkz. yukarıda, Birinci Bölüm, I, A, 2.

bbb. Ürünlerin Türdeşliği

Ürünlerin türdeşliği, eşgüdümün kurulması aşamasında yaşanabilecek karmaşık sorunları önler⁸⁶². Zira, rekabetin sadece fiyatlar ya da arz miktarı üzerinde oluşması, bir uzlaşmaya varmayı daha kolay kılar⁸⁶³. Bunun için de, ürünlerin farklılaşmaması gerekir⁸⁶⁴. Aksi halde, birbirinden farklı kalitede ve değerinde ürünler oluşacak ve bunlar için ortak bir fiyat politikası belirlemek zorlaşacaktır. Buna rağmen, olasılığın az olmasına rağmen⁸⁶⁵ bazı hallerde, farklılaşmış ürünlerin bulunduğu bir pazarda eşgüdümün gözlenmesi mümkün olabilir⁸⁶⁶.

Bunun yanında, fiyatların eşgüdümü, karşılaştırılması ve fiyat kırılmasının tespitini kolaylaştırarak eşgüdümün sürdürülmesine yardımcı olur⁸⁶⁷. Ürünler birbirinin benzeri olacağından, tek taraflı davranışlarla (aldatmacayla) yüksek kâr elde etme ihtimalini azaltır⁸⁶⁸.

Ürün türdeşliği, özellikle bilgi değişimi, teknolojik gelişimin azlığı gibi ek faktörlerin de varlığında eşgüdüm olasılığını artırır⁸⁶⁹.

ccc. Fiyat Dışı Rekabetin En Az Seviyede Olması

Bu öncelikle rekabetin herhangi bir şekilde devam etmesini önlemek için önemlidir. Ayrıca, fiyat dışı rekabet halinde girişilecek reklam, promosyon, kalite artırımı, marka yatırımları hep maliyeti artıran etkenlerdir. Bu bakımdan ortak kâr sabitliğini

⁸⁶² SCHERER/ROSS, s.279.

⁸⁶³ HAWK/HUSER, s.241; CHRISTENSEN/RABASSA, s.231; Gencor, Case T-102/96, ECR (1999) II-753, p.276; BRIONES, 18.11.1995 tarihli konuşma metni; Fondements de la Position Dominante Collective Dans le Cadre de Concentrations, Textes et Publications, Revue de la CCRF S.131 (http://www.finances.gouv.fr/dgccrf/03_publications/revueccrf/131b.htm, 03.07.2006).

⁸⁶⁴ “Benzincilerin ürünlerinin türdeş olduğu yönündeki iddialara karşı, araba yıkama veya benzin markası gibi sebeplerle ürünlerin farklılaştığı iddiaları, ürünün satımının daha çok benzincinin yeri ve benzinin fiyatından etkilendiği gibi iddialarla reddedilmiştir.” (Case IV/M.1383, Exxon/Mobil, p.467-472).

⁸⁶⁵ Rhône-Poulenc, Case IV/M.206, p.24.

⁸⁶⁶ “BSN az mineralli iki su markasını elinde tutarken, Nestlé çok mineralli üç su markasını elinde tutacak, pazarda markaların bu şekilde ayrımı, yine tüketicileri kendilerine bağımlı hale getirecektir.” (Nestlé/Perrier, Case IV/M.190, OJ [1992] L-356/1, p.128); BRIONES, s.339.

⁸⁶⁷ STROUX, s.12; OECD Raporu, s.24; AREEDA/KAPLOW, s.258.

⁸⁶⁸ FAULL/NIKPAY, s.57, p.1.159.

⁸⁶⁹ Nestlé/Perrier, Case IV/M.190, OJ (1992) L-356/1, p.121-122; BRIONES, Juan, “Oligopolistic Dominance. Is There A Common Approach in Different Jurisdictions? A Review of Decisions Adopted by The Commission Under The Merger Regulation”, European Study Conference, Brussels, 18.11.1995 tarihli konuşma metni (<http://europa.eu.int/comm/competition/speeches>, 20.12.2006).

bozarlar⁸⁷⁰. Yatırımlardan işbirliği halinde oluşması beklenen rekabet üstü kâr bu maliyetler sebebiyle azaldıkça, teşebbüsler işbirliğini terk edeceklerdir.

ddd. Pazarın Olgunluğu

Talebin sabit kaldığı ya da çok yavaş arttığı pazarlarda teşebbüsler ancak diğer teşebbüslerin pazar payını elde ederek büyüyebilirler. Çünkü herhangi bir ekonomik yöntem, bu pazarlarda talebi artırmayacaktır. Teşebbüsler, ancak mevcut talebi kendine çekmek için rekabet ederler. Bu nedenle olgun ve doymuş bir pazar, teşebbüsler arası eşgüdüm riskini artıracaktır.

Buna karşılık, sürekli gelişen ve artan talep eğrisinin olduğu bir pazarda rakipler, oluşan yeni talepten pay kapmaya çalışacaklarından, belirgin bir şekilde büyüyen pazar ve talep, teşebbüslerin rekabetçi davranışlara girişme eğilimlerini artıracaktır⁸⁷¹.

Aynı etki teknolojik olgunlaşmanın olduğu pazarlarda da görülür. Buna göre, üretmek için kullanılması gereken teknoloji seviyesi yükseldikçe, ürünün ve üretim sürecinin karmaşıklığı nedeniyle eşgüdüm ihtimali azalacaktır. Olgunlaşmış bir teknolojinin bulunduğu pazarların tersine, araştırma geliştirme faaliyetlerinin yoğun olduğu pazarlarda ürün atılımları (*innovation*) ürün farklılaştırmasına yol açacak ve teşebbüsler arası eşgüdümü zorlaştıracaktır⁸⁷².

Bu sebeplerle, ürünlerin ve üretim teknolojilerinin gelişmeye devam ettiği pazarlarda eşgüdüm olasılığı diğerlerine nazaran daha azdır⁸⁷³. Aksine, gelişmeyen pazarlarda rekabet etme saiki güçlü değildir⁸⁷⁴; çünkü, herhangi bir teknolojik atılım yaşanmadıkça, pazarın geleceği daha öngörülebilir olacağından, rakiplerinin

⁸⁷⁰ FAULL/NIKPAY, s.57, p.1.159.

⁸⁷¹ STROUX, s.11; SCHERER/ROSS, s.248; OECD Raporu, 67.

⁸⁷² STROUX, s.13; “teknolojik bir gelişim söz konusu olmadığında ürünlerin hiçbiri gelişmediğinden, ürün türdeşliği meydana gelecek ve dolayısıyla pazarda eşgüdüm oluşabilecektir.” (Exxon/Mobil, Case IV/M.1383, p.473).

⁸⁷³ LINDSAY, s.331; BRIONES, s.339-340; “(...) belirli bir olgunlukta ve doyumlukta olduğu ve bu niteliğin piyasada dar oligopol ya da dar oligopol benzeri yapıyı güçlendirdiği ileri sürülebilir.” (MEPA Meşrubat kararı, RK. 00-18/176-94, 16.5.2000, s.4).

⁸⁷⁴ TEKDEMİR, s.29; Ege Çimento II kararı, RK.04-77/1108-277, 02.12.2004, s.9, str.416-420.

gelecekteki davranışlarını daha rahat çözümlenebilen teşebbüsler arasında eşgüdüm olasılığı da artacaktır⁸⁷⁵.

Ayrıca, gelişim oldukça buna yetişmek için rekabet etmeye ihtiyaç doğacaktır. Aksi takdirde, gelişmeye ayak uyduramayan taraf pazarın dışına itilecektir. Oysa, teknolojik gelişimini tamamlamış pazarlarda bu sebebe bağlı olarak rekabet etmeye gerek kalmayacaktır.

eee. Teşebbüslerin Simetrisi

Eşgüdümlü hareket etmek için, teşebbüslerin maliyet yapısı, pazar payları ve kapasitelerinin simetrik olması (benzer yapıda oluşu) fiyat ve arz seviyeleri konusunda bir fikir birliğine ulaşmayı kolaylaştıracağı gibi, aldatmacalara karşı caydırıcı bir etken de olacaktır⁸⁷⁶. Zira, rakiplerinin de kendilerine benzer yapıda olmaları, herhangi bir aldatmaca halinde aynı şiddette tepki vererek rekabete girişebileceklerini göstermektedir⁸⁷⁷. Bu bakımdan eşgüdümü kolaylaştırıcı bir etken olarak ele alınır⁸⁷⁸.

(i). Maliyet yapısı

Teşebbüslerin, maliyet yapıları benzer oldukça, aralarında uzlaşmaları kolaylaşır. Maliyet ve kârları birbirine nazaran farklı seviyelerde olan teşebbüsler doğal olarak farklı pazar fiyatları uygulamak isteyeceklerdir. Bu farklılık çoğu zaman kârını en üst seviyeye çıkarmaya çalışan teşebbüslerin benzer fiyatlandırmalara yönelmelerini engeller⁸⁷⁹. Zira bu durumda, ortak fiyat ve arz politikaları belirleyebilecekleri, hepsinin işine yarayan bir optimum nokta bulmaları ya da uzlaşsalar bile bunu sürdürebilmeleri çok zor olacaktır⁸⁸⁰. Ayrıca, maliyet yapıları birbirine benzer olan teşebbüslerin, herhangi bir rekabet halinde birbirlerine denk oldukları için birbirlerine eşit derecede tepki verebilecekleri düşünülür⁸⁸¹. Kısaca, bir arz artırımını

⁸⁷⁵ KLOOSTERHUIS, s.84; CHRISTENSEN/RABASSA, s.232; Nestlé/Perrier, Case IV/M.190, OJ (1992) L-356/1, p.93-94, 126.

⁸⁷⁶ STROUX, s.8; OECD Raporu, s.62; Nestlé/Perrier, Case IV/M.190, OJ (1992) L-356/1, p.123, 125; Aynı şekilde, 1992 US Horizontal Merger Guidelines.

⁸⁷⁷ JENNY, s.373.

⁸⁷⁸ BRIONES, s.343.

⁸⁷⁹ AREEDA/KAPLOW, s.256.

⁸⁸⁰ Nestlé/Perrier, Case IV/M.190, OJ (1992) L-356/1, p.125.

⁸⁸¹ Rexam/American National Can, Case COMP/M.1939, p.24.

savaşında birbirlerine karşı kesin bir zafer kazanma olasılığı olmayan teşebbüsler işbirliğini tercih edeceklerdir⁸⁸².

(ii). Pazar Payı

Pazardaki yoğunluğun yanında, pazar paylarının simetrik olmasının da rekabete aykırı paralel davranışların oluşma olasılığını artırdığı öne sürülmektedir⁸⁸³. Ancak, oligopolistik hakimiyetin sağlanması için pazar payının tam anlamıyla simetrik olmasına ihtiyaç yoktur⁸⁸⁴. Önemli olan aldatmacalara karşı misilleme yapabilecek yeterlilikte bir pazar payı benzerliğidir⁸⁸⁵.

(iii). Kapasite

Kapasite konusunda da, mevcut kapasitenin ve hatta varsa fazla kapasitenin simetrik olması da eşgüdüm için önem taşır⁸⁸⁶. Bunun sebebi, kapasitenin, arz ile yakından ilgili olması ve fazla kapasitenin genellikle cezalandırma mekanizmasının işleyişinde (fiyatların düşürülerek arzın artırılması sırasında) devreye sokulmasıdır⁸⁸⁷. Bu durumda herkes tam kapasiteye yakın faaliyet yürütmekte iken, içlerinden birinin fazla kapasite üretebilmesi, bunun fiyatları düşürerek diğerlerinden fazla kazanmalarını olası hale getirir ve bu durumda bu teşebbüs, diğerleriyle aynı fiyattan satış yapmaya razı olmaz⁸⁸⁸. Bu durum, oligopolistik bir dengenin oluşmasını engelleyecektir⁸⁸⁹.

fff. Talebin Durağanlığı ya da Elastik Olmaması

Burada, pazardaki teşebbüsler bakımından, taleple ilgili olarak geleceğin öngörülebilir olmasına dair bir araştırma söz konusudur. Talep yapısının sabit kalması yada az değişken olması sayesinde, pazarın gelecekte şimdikinden çok

⁸⁸² IVALDI/ JULLIEN/ REY/ SEABRIGHT/ TIROLE, s.36.

⁸⁸³ Mannesmann/Vallourec/Ilva, Case IV/M.315, OJ (1994) L-102/15, p.55.

⁸⁸⁴ CHRISTENSEN/RABASSA, s.232; “Teşebbüsler arası simetri, paralel davranma yönünde saik oluşturmaya katkıda bulunsa da, tek başına oligopolistik hakimiyet oluşturmak için bir önşart sayılamaz.” (Exxon/Mobil, Case IV/M.1383, p.477).

⁸⁸⁵ OECD Raporu, s.218.

⁸⁸⁶ Rexam/American National Can, Case COMP/M.1939, p.24; Shell/DEA, Case COMP/M.2389, OJ (2003) L-15/35, p.83.

⁸⁸⁷ Bkz. Alcoa/Reynolds, Case COMP/M.1693, OJ (2002) L-58/25, p.54; MCI WorldCom/Sprint, Case COMP/M.1741, p.261; Outokumpu/Norzink, Case COMP/M.2348, p.17.

⁸⁸⁸ Pilkington-Techint/SIV, Case IV/M.358, OJ (1994) L-158/24; Kapasitenin dengesiz dağıldığı piyasalara ilişkin: Case IV/M.390 Akzo/Nobel Industrier, p.18; Case IV/M.1517, Rodia/Donau Chemie/Albright&Wilson, p.71.

⁸⁸⁹ Case COMP/M.2542, Schmalbach-Lubecca/Rexam, p.18.

farklı olmayacağını bilen teşebbüsler, rakiplerinin gelecek pazar politikalarını öngörüp buna göre bir eşgüdüm oluşturabileceklerdir⁸⁹⁰. Bu durum, talebin durağanlığının yanında, özellikle ürünlerin türdeş ve teknolojik gelişim düzeyinin düşük olduğu piyasalarda daha belirgin şekilde ortaya çıkar⁸⁹¹.

Talebin esnek olmaması halinde, bu durumun özelliği gereği fiyat artırıldıkça müşteriler başka ürünlere kaçmayacağından, fiyat artırmak yönünde güçlü bir saik oluşacak ve toplam kârı artıracak paralellikler ortaya çıkacaktır⁸⁹².

Ayrıca, talep yapısının öngörülemez olduğu ve taleplerin belirsiz ama çok sık olmayan yüksek miktarlarda oluşması halinde, bu yüksek miktardaki talep için teşebbüslerin rekabete girmeleri, bunun sürekli tekrarlanmaması ve büyük bir fırsat olarak görülmesi sebebiyle daha olasıdır⁸⁹³. Örneğin, uçak yapım ihaleleri gibi çok sık tekrarlanmayan ve kazanılması halinde uzun süreli anlaşmalar yoluyla büyük kâr getireceği bilinen ihalelerde teşebbüsler ciddi bir rekabete gireceklerdir⁸⁹⁴.

ggg. Geçmiş Performans

Pazarın birleşme ve devralma öncesi performansı, paralelliklerin görülüp görülmediği ve eskiden beri süregelen bir rekabete aykırılığın var olup olmadığı gibi eski pazar yapısının incelenmesidir. Bu incelemenin sebebi, rekabet aktörlerinin oyunlarını daha iyi anlamak, geçmiş stratejileri, pazar yapısını ve teşebbüslerin organizasyonunu kavramaktır⁸⁹⁵.

Bunun önemi ise, birleşme ve devralma öncesi zaten rekabetin kısıtlanmış olduğu bir pazarın daha da yoğunlaşmasının elbette ki daha ciddi rekabet problemleri yaratabileceği düşüncesidir. Böyle bir pazarın yoğunlaşması, işbirliğini daha da kolaylaştıracaktır⁸⁹⁶. Kısaca, geçmiş işbirliği, ileride işbirliği olma olasılığına da işaret edecektir⁸⁹⁷.

⁸⁹⁰ STROUX, s.12; OECD Raporu, 61-62.

⁸⁹¹ HAWK/HUSER, s.229.

⁸⁹² HAWK/HUSER, s.229; BRIONES, s.340; BRIONES, 18.11.1995 tarihli konuşma metni; TEKDEMİR, s.31.

⁸⁹³ Voith/Sulzer, Case IV/M.478, p.33; IVALDI/ JULLIEN/ REY/ SEABRIGHT/ TIROLE, s.19.

⁸⁹⁴ SNECMA/TI, Case IV/M.368, p.26-31 ve 37.

⁸⁹⁵ BRIONES, s.346; TEKDEMİR, s.32.

⁸⁹⁶ Nestlé/Perrier, Case IV/M.190, OJ (1992) L-356/1, p.117,118 ve 120.

⁸⁹⁷ MOTTA, s.6; LANG, s.307; RICHARDSON/GORDON, s.419; CHRISTENSEN/RABASSA, s.234.

hhh. Yapısal Bağlar

Teşebbüslerin aralarında yapısal ya da hukuki bağların bulunmasının eşgüdümü kolaylaştıran bir etken olduğu ileri sürülmüştür. Ancak, özellikle Gencor kararının belirttiği üzere, eşgüdüm için bu tür bağların kurulmasına ihtiyaç yoktur⁸⁹⁸.

bb. Eşgüdümün Devamlılığı İçin Gerekli Özellikler: Cezalandırma Mekanizmaları

Teşebbüslerin ortak çıkarı takip etmek kadar, rakiplerini alaşağı edecek, fiyat kırma, arzını artırma yahut reklam, kalite artırımı gibi fiyat dışı etkenlerle rekabete girişmek de bireysel kârına hizmet edecek politikalar⁸⁹⁹. Teşebbüslerin rekabet etmeyerek kaybettikleri fırsat maliyeti, işbirliği kârından fazlaysa, bu teşebbüsler rekabete dönme eğilimi duyacak, işbirliğinden sapacaklardır. Bu bakımdan, ortak kârdan vazgeçip bireysel kazancının peşine düşmesi halinde zarara uğrayacak olan teşebbüsler, bunun önlenmesi için bazı mekanizmalara ihtiyaç duyarlar. Bu mekanizmalar, etkili bir cezalandırma ile caydırıcı olmak zorundadırlar. Bu sebeple, öncelikle aldatmacayı tespit edebilmeli ve ardından bunu cezalandırabilmelidirler⁹⁰⁰.

aaa. Aldatmacanın Tespiti

Teşebbüsler bazı hallerde cazip kısa vadeli kazançlarının peşine düşerek, uzun vadede kazanç sağlayan işbirliğini terk ederler. Bu hallerde, pazardaki diğer teşebbüsler, bu durumu ne kadar çabuk kavrar ise o kadar çabuk tepki gösterebileceklerdir. Buradaki çabukluk kritiktir. Çünkü hareketlerinin izlendiğini ve çabuk yakalanacağını bilen teşebbüsler aldatmacaya yönelmekten çekinirler. Bu da işbirliğinin sürmesine katkıda bulunur⁹⁰¹.

⁸⁹⁸ BRIONES, Juan, “Oligopolistic Dominance. Is There A Common Approach in Different Jurisdictions? A Review of Decisions Adopted by The Commission Under The Merger Regulation”, European Study Conference, Brussels, 18.11.1995 tarihli konuşma metni (<http://europa.eu.int/comm/competition/speeches>, 20.12.2006).

⁸⁹⁹ JENNY, Frederic, (NIEMEYER/DRAUZ/JENNY/LANG) Collective Dominance/Oligopoly Behavior UNDER Articles 81/82 and The EC Merger Regulation, Annual Proceedings of Fordham Law Institute, International Antitrust Law&Policy, Bölüm 14, Juris Publishing 2002, s.377.

⁹⁰⁰ Airtours, Case T-342/99, ECR (2002) II-2585, p.62.

⁹⁰¹ Bkz. MCI WorldCom/Sprint, Case COMP/M.1741, p.280.

Bu bakımdan, işbirliğinin oluşmasında olduğu kadar korunması bakımından da en önemli husus pazarın şeffaf olmasıdır⁹⁰². Buna göre, şeffaf bir pazarda rakiplerinin davranışlarını izleyebilen teşebbüsler, işbirliğinden sapma halinde, bu aldatmaca davranışını çok kolay tespit edebilecekler ve buna karşı hareketlerini çabucak planlayabileceklerdir⁹⁰³. Bu durum, işbirliği içinde olan teşebbüslerde, işbirliğini koruyan, aldatmacadan caydırıcı bir etken olur.

bbb. Etkin Cezalandırma

Gizli işbirliğinin sürmesi, diğer oligopolistlere verilen korku ve aldatmacadan caymalarını sağlayacak caydırıcı yöntemler sayesinde mümkündür. Bu da ciddi ve etkin bir cezalandırma tehdidi sayesinde olur⁹⁰⁴. Cezalandırma ise, bir teşebbüs fiyat kırdığı takdirde diğer hepsinin doğal olarak pazar payı kaybedeceklerinin bilincine vararak, pazardaki pozisyonlarını savunmak adına fiyat indirimine gitmeleri ve bu şekilde fiyat savaşının bir süreliğine yeniden başlaması ile olur⁹⁰⁵. Buradaki ceza, fiyatların rekabetçi seviyelere inmesi ve aldatmacaya yönelen teşebbüsün hem amaçladığı kârı elde edemeyip hem de eşgüdüm kârını kaybetmesi şeklinde gerçekleşecektir⁹⁰⁶. Burada fiyatlar rekabetçi seviyelere gerileyeceğinden, cezalandıran teşebbüslerin de bundan zarar göreceği açıktır. Ancak, özellikle oligopol pazarlarda teşebbüslerin birbirlerinin davranışlarından belirgin bir biçimde etkilendikleri düşünüldüğüne, aldatmacaya yönelen teşebbüs, düşük fiyatlar uygulayıp eşgüdüm içindeki rakiplerinin müşterilerini kendine çekerken, oligopolistlerin buna kendiliğinden tepki verecekleri bir mekanizma kurulmuş olur. Buna ekonomik teoride kendinden zorlayıcı (*self enforcing*) pazar yapısı denilmektedir⁹⁰⁷.

⁹⁰² “Oligopolistik pazarlarda görülen bilinçli paralelliklerin sürdürülebilir olabilmesi için, öncelikle teşebbüslerin gerçekleştirecekleri aldatmacaların tespit edilebilmesi gerekmektedir. Bu da ancak teşebbüslerin, faaliyet gösterdikleri pazardaki diğer teşebbüslerin davranışlarını gözlemleyebilmesi, başka bir ifadeyle pazarın saydamlığı ile mümkün olabilmektedir.” (Turkcell-Telsim II kararı, RK.03-40/432-186, 09.06.2003, s.37, str.1574-1578).

⁹⁰³ LINDSAY, s.353-354.

⁹⁰⁴ JENNY, s.363.

⁹⁰⁵ Burada artık aralarındaki güven ilişkisi bozulmuştur. Bunun üzerine teşebbüsler, işbirliğinin uzun vadede getireceği kâr kaybolunca, kendi kısa vadeli kârlarının peşine düşerler. Bu da fiyat savaşını başlatır. (IVALDI/ JULLIEN/ REY/ SEABRIGHT/ TIROLE, s.6).

⁹⁰⁶ IVALDI/ JULLIEN/ REY/ SEABRIGHT/ TIROLE, s.5.

⁹⁰⁷ Bkz. yukarıda, Birinci Bölüm, II, A, 2.

Cezalandırmanın gerçekleşmesi mümkün bir tehdit olması, caydırıcı olabilmesi için gereklidir⁹⁰⁸. Örnek olarak, dar bir oligopolde, teşebbüslerin fazla kapasitesi olması yahut kapasitesini çabucak ve hızla artıracak altyapısı olması⁹⁰⁹, küçük teşebbüslerin fiyat kırmaları ya da arzı artırmaları halinde, bunlara çabuk ve etkili yanıt vermelerini sağlayacağından aldatmacadan caydırıcı bir etkisi vardır⁹¹⁰. Aynı zamanda, pazara girmek isteyen teşebbüsleri de yine bu sebeple caydırmakta, bir çeşit pazara giriş engeli oluşturmaktadır⁹¹¹.

Bunun yanında cezanın etkin de olması gereklidir. Bunun anlamı, ceza o kadar korkunç olmalıdır ki hiçbir teşebbüs bunu kolay kolay göze almamalıdır⁹¹². Rekabet fiyatlarına veya arz seviyesine dönülmesi yoluyla kârın kaybedilmesinin bu tür bir korku yaratacağı varsayılmaktadır⁹¹³. Caydırıcılığın önemi, pazardaki eşgüdümü ve dengeye uyma saikini kendinden zorlayıcı (*self-enforcing*) kılmasıdır⁹¹⁴.

Tüm teşebbüslerin ekonomik mantık çerçevesinde kendisi için en uygun görünen yolu tercih edip, pazardaki hareketlerini mevcut duruma en uygun yanıtı oluşturacak şekilde planlayacaktır. Buna göre, kendisi için en uygun davranışı benimsemiş olan teşebbüsün bundan sapma saiki olmayacak ve bir Nash Dengesi oluşacaktır⁹¹⁵. İşte bu dengenin kendini koruyucu bir unsuru da, teşebbüslerin sapmadan kâr edemeyecek olması ya da aldatmaca saikini azaltacak caydırıcı mekanizmaların varlığıdır⁹¹⁶.

⁹⁰⁸ Danish Crown, Case IV/M.1313, OJ (2000) L-20/1, p.177; MCI WorldCom/Sprint, Case COMP/M.1741, p.261; Shell/DEA, Case COMP/M.2389, OJ (2003) L-15/35, p.116-125.

⁹⁰⁹ BAKER, s.203.

⁹¹⁰ CHRISTENSEN/RABASSA, s.232; Mannesmann/Vallourec/Ilva, Case IV/M.315, OJ (1994) L-102/15, p.64-67.

⁹¹¹ BRIONES, s.344; Pilkington-Techint/SIV, Case IV/M.358, OJ (1994) L-158/24, p.44.

⁹¹² LINDSAY, s.354-355; Caydırıcılık için iki şart ileri sürülmüştür: (i) Aldatmacaya yönelecek teşebbüse, bu davranışı büyük kâr kaybına mal olmalı ve (ii) diğer teşebbüsler için misilleme yapmak aldatmaca halinde en iyi strateji olmalıdır. Aksi takdirde tehdidin inandırıcılığı ve etkinliği azalacaktır. (IVALDI/ JULLIEN/ REY/ SEABRIGHT/ TIROLE, s.6-7).

⁹¹³ 1992 US Horizontal Merger Guidelines, p.2.12; Lang ise, cezanın etkinliğin, aynı zamanda, cezalandırmanın seçici misilleme (*targeted retaliation*) ile mümkün olacağını belirtmektedir. Yazara göre, tüm fiyatların rekabetçi seviyelere inmesi herkes için pazar payı veya kâr kaybına sebep olurken, seçici misilleme halinde, hedef alınan sadece aldatmacaya yönelen teşebbüs olacaktır. Böyle bir mekanizmanın varlığını bilmek, diğerlerinin kendileri de kayba uğramadan, rekabetçi fiyatlara da dönülmeksizin bunu uygulamaya gidebilecekleri anlamına geldiğinden daha caydırıcı olacaktır. (LANG, s.304).

⁹¹⁴ KLOOSTERHUIS, s.86.

⁹¹⁵ Bkz. Birinci Bölüm, I, B, 1, b.

⁹¹⁶ KÜHN, Kai-Uwe, Closing Pandora's Box, Joint Dominance After Airtours Judgment, University of Michigan 2002, (www.ssrn.com, 15.11.2006) s.5-6.

SONUÇ

Ekonomik hayatta tüm teşebbüsler; kârlarını, olabilecek en yüksek seviyeye çıkarmayı amaçlar. Söz konusu teşebbüsler, bu amaç doğrultusunda, ekonomik anlamda doğru kararları vermek ve akılcı davranmak zorundadırlar. Bu ise ancak pazara ve günün şartlarına en uygun politikaları benimsemek ile mümkün olacaktır. Bu sebeple teşebbüsler, kendi pazar stratejilerini belirlerken öncelikle içinde buldukları koşulları anlamak durumundadırlar. Bunun için en mantıklı adım, pazarı ve rakiplerini gözlemlemektir.

Aksi halde, uzun süren bir zaman periyoduna yayılmış ve süreklilik arz eden bir rekabet ortamında, rakiplerini ve pazar koşullarını dikkate almaksızın hareket eden teşebbüsler, kendilerini pazarın değişen koşullarına uyarlayamayacakları için piyasadan silinirler. İşte bu sebeple, ticari savaşta geride kalmamak amacıyla, teşebbüslerin sürekli gözlem yapıyor olmaları şarttır.

Oligopol pazarlarda ise, bu gereklilik daha derinden hissedilir. Zira, az sayıda teşebbüsün faaliyet gösterdiği yoğunlaşmış pazar yapısı sebebiyle, teşebbüslerin rakiplerinin davranışlarına olan hassasiyeti üst düzeydedir. Çünkü, birinin davranışı diğerinin kârını ve pazar payını hissedilir şekilde etkileyecektir. Böyle bir ortamda bulunan teşebbüsler, rakiplerinin pazardaki stratejik hamlelerini izleme gerekliliğini göz ardı edemezler. Kaldı ki, pazar yoğunlaşmış olduğundan, az sayıda olan rakiplerini takip etme kolaylığına sahiptirler. Kendi adımlarının da aynı ortamda ve aynı sebeplerle takip edildiğinin farkına vararak, faaliyetlerini yürütür ve rekabet ederken, rakiplerini sıkı bir gözetim altına alırlar.

Dinamik bir şekilde süregiden ve zaman içinde değişen pazar koşullarına ayak uydurma ve rekabetin çetin mücadelesinde hayatta kalmaya çabalayan teşebbüsler, sıklıkla, rakiplerinin hareketleri üzerine yaptıkları gözlemlere dayanarak, gelecekteki davranışlarını tahmin etmek zorunda kalırlar. Bu tahminler genellikle hassas olasılıklar üzerine oturmuştur ve amaç rakiplerin hareketlerini tahmin ederek, buna en uygun tepkiyi verebilmektir. Elbette ki, gelecek pazar politikalarına dair belirsizlik sebebiyle, seçilen stratejinin yüksek kâr beklentisini karşılaması her zaman mümkün olmayacaktır.

Oysa, mümkün olan en yüksek kârı elde etmek saikiyle teşebbüsler, kartel sonuçlarını (tekel seviyesine yaklaşan rekabet üstü arz ve fiyat seviyelerini) arzularlar. Bunun için en makul strateji, işbirliği yaparak, kartel benzeri kârlara ulaşmaktır. Ancak bir kartel anlaşmasının oluşum ve sürekliliği konusunda çeşitli sorunlar mevcuttur. Öncelikle, tarafların belli bir ortak uzlaşma noktasında buluşabilmesi gerekir. Fakat, çoğu zaman teşebbüslerin birbirlerinden maliyet, kapasite, kalite ve marka gücü gibi konularda farklı yapılarda olması sebebiyle, ortak uzlaşma zemini bulmak güçlük arz eder. Çünkü her teşebbüsün, yapısal farklılıkları nedeniyle kârını en üst düzeye çıkaracağı denge noktası birbirinden farklı olabilir.

Bunun yanında, bazı teşebbüslerin rekabet üstü fiyat ve arz uygulamak yerine işbirliği şartlarına uymayarak aldatmacaya yönelmesi de işbirliği anlaşmasının sürdürülmesi açısından bir tehdit arz eder. Zira, fiyat kırmak veya üretim miktarını artırmak suretiyle bu teşebbüsün kısa vadede kâr elde etmesi ve pazar payını diğerlerinin zararına olarak artırması mümkündür. Bu sebeple, bir kartel anlaşmasının sürdürülmesi, bu aldatmacaların etkin biçimde saptanıp cezalandırılmasına yönelik korkutucu bir mekanizmanın varlığına bağlıdır. Bu da maliyetli bir yol olduğundan beklenen yüksek kârı azaltacaktır.

Ayrıca, teşebbüslerin birbirlerine denk yapılarda (simetrik) olduğu varsayıldığında dahi şu sorun ortaya çıkmaktadır: Rekabet Hukuku teşebbüsler arası rekabeti kısıtlayıcı işbirliği anlaşmalarını yasaklamaktadır. Buna ek olarak, bu yasağın çevresinden dolanılmasını önlemek amacıyla Avrupa ve Türk Rekabet Hukuklarında uyumlu eylemler ve Amerikan Hukukunda ise “komplo” yasaklanmıştır. Bu durumda teşebbüslerin açık veya gizli uzlaşma yoluna gitmeleri hukuki engellere takılmaktadır.

Açık veya gizli uzlaşma ile oluşturulan işbirlikçi stratejiler, birçok açıdan zorlukla karşılaşması ve hukuka aykırı olması sebebiyle nadiren tercih edilmektedir. Oysa, ekonomik teoride ortaya atılan oyun teorisi yaklaşımı, oligopol pazarlarda, karşılıklı bağımlılıklarının bilincinde olan teşebbüslerin, aralarında herhangi bir işbirliği anlaşması yahut bir irtibat olmasına gerek olmaksızın, aynı kartel sonuçlarına ulaşabileceklerini ileri sürer.

Buna göre, oligopol pazarlarda, birbirlerini sürekli izlemekte olan teşebbüsler, pazara dair en mantıklı tercihleri yapıp, bunlara uygun bir politika izlediklerinde, kendileri

gibi en mantıklı ticari tercihi seçmiş olan diğerleriyle bir denge noktasında buluştuklarını fark ederler. Bir kez bu denge oluştuğunda, hiçbir teşebbüs bir dış etken araya girmeksizin, kendiliğinden davranışlarında değişiklik yapmayacaktır. Zira her teşebbüs, diğerlerinin seçimleri verili iken bunlara en iyi cevap teşkil eden ve kârlarını en üst düzeye taşıyan optimum stratejiyi belirlemiştir ve kimse bu pozisyonunu bozmak istememektedir. Buna Nash Dengesi denir.

O halde, Nash Dengesi oluştuğunda, kartel benzeri kâr elde eden teşebbüsler, herhangi bir dış baskıya ihtiyaç duymadan bu dengeyi sürdürme saikiyle hareket ederler. Bu şekilde, oligopolistik bağımlılık dolayısıyla teşebbüsler arasında rekabet üstü kâr getiren paralel davranışlar gözlenebilir. Ekonomik teoride açıklandığı üzere bu paralellik, dolaylı ya da dolaysız bir anlaşmadan kaynaklanmamakta, sadece pazara ve rakiplerinin davranışlarına ilişkin gözlem ve öngörülere dayanmaktadır. Keza, oligopol pazarlarda faaliyet gösteren her teşebbüs, zaten pazarı ve rakiplerinin davranışlarını inceleyerek buna uygun tavır almaya çalışmaktadır. Her oligopolist aynı içgüdüyle hareket ettiğinde ortaya çıkan manzara, aynı pazar yapısına uyum sağlayabilmek amacıyla, bu pazardaki o an için en mantıklı davranışı (en iyi tercih olan Nash Dengesini) sergileyen teşebbüsler arasında gözlenen paralel davranışlar olur.

Bu halde, şu soru ortaya çıkmaktadır: Tamamen ticari mantığa uygun hareket eden teşebbüslerin bu davranışları sonucunda oluşan paralellikler, Rekabet Hukuku yasaklarına takılacak mıdır? Bu soruya yanıt vermesi beklenen ilk hukuki denetim mekanizması, teşebbüsler arası uyumlu davranışları incelemesi dolayısıyla Avrupa Birliği ve Türk Rekabet Hukukundaki “uyumlu eylemler” ya da Amerikan Hukukunda yer alan “komplo” denetimidir. Nitekim, teşebbüsler arasında herhangi bir işbirliği anlaşması veya doğrudan ya da dolaylı irtibattan yoksun olan böylesi bir durumda, dar anlamıyla bir anlaşmanın söz konusu olamayacağı aşikardır.

Bu sebeple, uyumlu eylemlerin denetimiyle ilgili olarak yaptığımız incelemeler uyarınca, uyumlu eylem yasağının her türlü paralel davranışın varlığında değil, sadece rekabete aykırı amaç taşıyan yahut etkisi rekabete aykırı olan, işbirliği bilinci taşıyan paralelliklerin mevcudiyeti halinde uygulandığı ortaya çıkmıştır. Bu noktada ortaya çıkan bir sorun ise, oligopol pazardaki teşebbüslerin, pazarın eşgüdüm benzeri sonuçlar veren yapısından haberdar olmaları ve tabii ki buna uygun davranışları halinde bu anlamda “bilinçli” sayılıp sayılmayacaklarıdır.

Belirtmek gerekir ki, bir teşebbüsün pazar koşullarına kendini makul ve mantıklı bir biçimde uyarlaması, ticari hayatın bir gereği olduğundan rekabetçi bir davranıştır ve hukuk tarafından yasaklanamaz. O halde, teşebbüslerin kendilerini oligopol pazar koşullarına uyarlayarak buna uygun hareketleri, ticari mantığa uyduğu müddetçe yasaklanamamalıdır. Aynı zamanda bu cümlenin zıt anlamının da ortaya koyduğu üzere, bir davranış pazar koşullarına hiçbir şekilde uymuyor ve bunun tek mantıklı açıklaması “işbirliği” olarak görülebiliyorsa, uyumlu eylem yasağı kapsamına girecektir.

Bunun doğrudan ispatı çok zordur: Doğrudan veya dolaylı bir bilgi değişiminin ispatı gereklidir. Bunun ispat edilememesi halinde, dolaylı ispat yöntemlerine başvurulur. Buna göre, davranışların altında yatan saiklerin açıklanması, pazar verilerinin ayrıntılı şekilde incelenmesi ile yapılmaya çalışılır. Bunun için, Amerikan Rekabet Hukukunda ek faktörlerin incelenmesi yöntemine başvurulmuş, Avrupa Rekabet Hukukunda ise, davranışın uyumlu eylemden başka makul bir ticari açıklamasının bulunup bulunmadığı araştırılmıştır.

Türk Hukukunda ise, ispat güçlüğü karşısında, paralel davranışların gözlemlendiği ve “rekabetin bozulduğu piyasalara benzerlik gösteren” bir pazar görünümünün ortaya çıkması halinde, “uyumlu eylem karinesi”nin varlığı kabul edilmiştir. Ancak, karinenin hangi hallerde uygulanacağına ilişkin getirilen “rekabetin bozulduğu piyasalara benzerlik” kriterinin muğlak oluşu uygulamada belirsizliğe yol açmaktadır. Özellikle, ispat külfetini yer değiştiren bu karinenin uygulanmasına açıklık getirmek maksadıyla, bu konuda Rekabet Kurumu tarafından, nasıl bir inceleme yürütüleceğine ve hangi pazar özelliklerinin ortaya çıkması halinde karinenin uygulanacağına dair bir duyuru yayınlanmasının yerinde olacağı kanaatindeyiz.

Bu karinenin uygulandığı hallerde ise, teşebbüsler lehine, hukuki sorumluluktan kurtulabilmelerini sağlayacak bir kurtuluş beyyinesi kanun tarafından benimsenmiştir. Buna göre, bu karineye bir istisna getirilerek, oligopolistin, ekonomik ve rasyonel davranışlarda bulunulduğunun ispatı ile bu denetimden kurtulabileceği düzenlenmiştir.

Bu durumda, oligopole özgü paralelliklerin, yani oligopolistik bağımlılık bilinci altında gerçekleşen işbirlikçi olmayan paralel davranışların gözlemlendiği pazarlarda,

oligopolistik bağımlılık içinde olmanın kurtuluş beyyinesinden faydalanmak için yeterli olup olmadığı, uyumlu eylem karinesinin uygulamasında tartışılmıştır. Bu bağlamda, “oligopolistik bağımlılık” savunmasının mutlak bir şekilde kabulünün, karinenin bu pazarlardaki uygulamasını geçersiz hale getireceğinden, mümkün olmaması gerektiği sonucuna varılmıştır. Zira kanunun kabul ettiği bir karinenin uygulanmaz hale gelmesi kabul edilmemelidir. Bu savunma, ancak teşebbüslerin kendi davranışlarını, tek taraflı ve bağımsız davranma saikiyle pazar koşullarına uyarladıklarına dair ticari mantığa uygun, ekonomik ve rasyonel gerekçeler öne sürmeleri halinde geçerlidir.

O halde, oligopolistik bağımlılığın uyumlu eylem iddiaları karşısında mutlak bir savunma olarak kabul edilmesi, oligopol pazarlarda karineyi etkisiz kılacağından mümkün olmamalıdır. Bu durumda, uyumlu eylem karinesi oligopolistik bağımlılığın gözlemlendiği pazarlardaki işbirliği bilinci taşıyan paralelliklere söz konusu savunmayla karşılaşmaksızın uygulanabilecektir. Ancak bu bile, oligopole özgü paralelliklerin denetiminde bir boşluğa fırsat vermeye yeterli görülebilir. Zira, oligopolistik bağımlılık içinde ticari mantıkla uyuşan bağımsız ve bireysel davranışlar sergileyerek eşgüdüm benzeri bir durum yaratan ve bunun sonucunda oluşan paralellikler sayesinde rekabet üstü kârlar elde eden bir teşebbüsün, bu kârları elde etmek için Rekabet Hukuku anlamında bir komplo, anlaşma ya da uyumlu eylem içinde olmasına gerek olmadığını ekonomik teori ortaya koymaktadır. Bu hallerde, eşgüdümlü pazar görünümü oluştuğu ve rekabet kısıtlandığı halde, bu paralellikler anlaşma ve uyumlu eylem denetimi dışında kalmışlardır.

Bu şekilde rekabet denetiminde bir boşluk oluşacağı endişesi ile, Rekabet Hukuku düzenleyicileri ve uygulamacıları, rekabeti kısıtlayan böylesi bir durumun denetim altına alınmasını sağlayabilecek diğer kavramlara başvurmak yoluna gitmişleridir. Bu amaçla, oligopol pazarlarda gözlenen paralel davranışlar, oligopolistik bağımlılığın ekonomik bağlantı kriterini karşıladığı ve bir ekonomik birliktelik yarattığı gerekçesiyle “birlikte hakim durum” olarak kabul edilip, kötüye kullanma denetimine tabi tutulmaya çalışılmıştır.

Birlikte hakim durum kavramının kabulü ve denetiminin kıstasları Avrupa’da 1990’larda kabul görmüştür. Avrupa uygulamasını takip eden Türk Rekabet Hukukunda ise kavram kendiliğinden kabul görmüştür. Kavramın lafzında bulunan

“birliktelik” unsuru için teşebbüsler arasında bir ekonomik bağlantının bulunması gerektiği ileri sürülmüştür.

Bu bağlantının, bağımsız teşebbüslerin ekonomik olarak birlikte hareket etmelerinden bahsetmesi, oligopolistik bağımlılık halinin de bu kapsamda değerlendirilip değerlendirilemeyeceği sorusunu akla getirmektedir. Oligopolistik bağımlılık, bu konuda bir karine yaratmamaktadır. Zira, bir oligopol pazarda her ne kadar teşebbüsler arası bir bağımlılığın varlığından söz edilse de rekabetçi bir yapının oluşarak, teşebbüsler arasında etkin rekabetin sürmesi mümkündür. Ancak, kanaatimizce, bu konuda oligopol yapısının tam ve ayrıntılı bir ekonomik analiz ile değerlendirilerek, eşgüdümlü etkilerin ortaya konması halinde, oligopolistik bağımlılık, birlikte hakim durum kavramının “ekonomik bağlantı” unsurunu karşılayacaktır. Bu sonuç, “rekabete aykırılık amacı taşımayan” ve “ticari mantığa uygun davranışların hukuken yasaklanamayacağı” ilkesine de ters düşmemektedir. Keza, oligopolistik bağımlılık sonucunda birlikte hakim durumda olmak hukuken yasaklanan bir davranış değildir. Çünkü Rekabet Hukuku, hakim durumda olmayı değil, bunun kötüye kullanılmasını yasaklar. O halde, oligopol pazarlarda gözlenen paralel davranışların, birlikte hakim duruma ilişkin kötüye kullanma denetimine tabi tutulması mümkün olacaktır.

Bunun dışında, oligopolistik bağımlılığın denetimine ilişkin bir diğer tartışma ise, birleşme ve devralmaların bir pazarı oligopolistik hale getirmesi yahut mevcut bir oligopol pazarı daha da yoğunlaştırarak “dar oligopol” haline getirmesi halinde, bu birleşme ve devralma işleminin yasaklanıp yasaklanmayacağıdır.

Bu denetimde yoğunlaşmaların yasaklanması bakımından Avrupa ve Amerikan Rekabet Hukukunda yoğunlaşma sonucu “etkin rekabetin kısıtlanması” kriteri ön plana çıkmaktadır. Tekel veya hakim durum oluşturma yahut mevcut hakim durumun güçlendirilmesi ise ikinci sırada sayılmıştır. Oysa, Türk Rekabet Hukukunda “hakim durum oluşturma veya güçlendirme” kriteri önceliklidir. Rekabetin kısıtlanması bunun sonucu olarak araştırılır.

O halde, birleşme ve devralmaların incelenmesinde, Türk Rekabet Hukukunda birlikte hakim durum analizine oligopol pazarlar bakımından ihtiyaç duyulur. Bu durumda, Türk Rekabet Hukuku için çözüm yine ayrıntılı bir ekonomik analiz vasıtasıyla oligopolistik bağımlılığın ekonomik bağlantı kriterini karşılayıp

karşılamayacağını denetlenmesidir. Bu konuda, birlikte hakim durum değerlendirmesinden tek fark, birinin önceden yapılan (*ex ante*), diğ erinin sonradan yapılan (*ex post*) bir inceleme olmasıdır. Bu sebeple, rekabet otoritesi daha zor bir görevle karşı karşıyadır: Rekabet Kurumu, zaten ekonomik incelemesi bir çok belirsizlik içeren oligopol pazarların, birleşme sonrası durumuna ilişkin bir öngörüde bulunmak zorunda kalacaktır.

Avrupa Rekabet Hukuku ise bu konuda, içtihatların yön verdiği bir reform yaşayarak, “etkin rekabetin kısıtlanması” kavramını ön plana çıkarmış ve bir birleşme ve devralma işleminin, ilgili pazarda veya bunun önemli bir kısmında etkin rekabeti kısıtlaması halinde bu işlemin yasaklanacağını belirtmiştir. Bu kavramın kullanılmasıyla birlikte oligopolistik bağımlılık kavramını bu denetim mekanizmasına tabi tutmak kolaylaşmıştır. Buna göre, 139/2004 sayılı Tüzüğün de özellikle belirttiği gibi, birleşme ve devralmaların denetimi, oligopolistik bağımlılık hallerinde de söz konusu olacaktır. Kanaatimizce burada da doğrudan yasaklamaya dair bir hukuki karine söz konusu olmayacak, Avrupa Rekabet otoritelerinin, oligopolistik bağımlılığın varlığını ve bunun etkin rekabetin azalmasının kaynağı olduğunu ayrıntılı bir inceleme ile açıklığa kavuşturması gerekecektir.

Amerikan uygulaması ise bu konudaki ayrımı zaten tek taraflı ve eşgüdümlü etkiler üzerinden yapmakta ve buna göre eşgüdümlü etkilerin varlığı halinde birleşme ve devralma işlemini yasaklamaktadır. Burada yapılan denetim ve inceleme, son dönemlerde Avrupa Rekabet Hukukuna ışık tutmuştur.

Sonuç olarak, kanaatimizce, oligopolistik bağımlılığın, pazar koşullarının bir sonucu olarak ortaya çıktığı ve bu koşullara uyum sağlamaya çalışan teşebbüslerin mantıklı ticari kararlarının eşgüdüm benzeri bir denge yarattığı hukuk ve ekonomi literatüründe kabul gören bir ekonomik varsayımdır. Buna göre, oligopolistik bağımlılık dolayısıyla, pazarın adeta bir kartel anlaşması söz konusuymuş gibi eşgüdümlü bir görünüm arz etmesi mümkündür. Ancak bu görünümün, biri işbirliğine diğ eri ise bağımsız ve bireysel davranışlara dayalı olarak iki şekilde açıklanması mümkündür. Bunlardan işbirliği bilinciyle yaratılan eşgüdüm, anlaşma ve uyumlu eylemler yasağı kapsamında değerlendirilecektir. Oysa bağımsız ve bireysel mantığa dayalı davranışlar, paralellik yaratsa bile, bu yasaklanamaz. Zira yasak olan, pazar görünümü değil, “dayanışma”dır.

Nitekim bu gerçeği gören Türk kanun koyucusu, uyumlu eylem karinesinin uygulandığı hallerde dahi, teşebbüslere, davranışlarının ekonomik ve rasyonel gerekçelere dayandığını ispat etmek, başka bir deyişle davranışının altında yatan bireysel mantığı açıklamak suretiyle yasak kapsamından kurtulma imkanı tanımıştır. Ancak, bu da oligopolistik bağımlılık içinde bulunan bir teşebbüsün, bu durumu karineyi etkisiz hale getirecek şekilde mutlak bir savunma olarak kullanabileceği anlamına gelmemelidir.

Ayrıca, birlikte hakim durum için aranan “ekonomik bağlantı” unsurunu karşılayacak şekilde bir bağlantının oluşması halinde, oligopolistik bağımlılığın, birlikte hakim duruma sebebiyet verebileceği değerlendirilmiştir. Fakat bunun da oligopol pazarların kaçınılmaz bir sonucu olarak algılanmaması gereklidir. Ayrıntılı bir ekonomik inceleme ile birlikte hakim durum ortaya konduğu takdirde, bu paralelliklerin kötüye kullanma denetimine tabi tutulacağı kabul edilmelidir.

Bütün bu incelemelerden sonucunda, oligopolistik bağımlılık dolayısıyla oluşan paralellikler, Rekabet Hukukuna aykırı bulunmasa ve rekabet yasaklarının ihlali denetiminden kurtulsa dahi, bir birleşme yahut devralma işlemi söz konusu olduğunda, Avrupa rekabet Hukukunda etkin rekabeti kısıtlayıcı etkilerin oluşacağı yahut Türk Rekabet Hukukunda birlikte hakim durum meydana getirmek veya mevcut bir hakim durumu güçlendirmek suretiyle rekabeti kısıtlayacağı geleceğe yönelik dikkatli bir piyasa analizi sonucu ileri sürülebilir ise, yasak kapsamında değerlendirilebilecektir. Ancak, bu halde de, oligopolistik bağımlılığın kendiliğinden yasak kapsamında sayılacağından bahsedilemez. Söz konusu olan inceleme, birleşme veya devralmanın doğrudan sonucunun, oligopol pazar yapısının da kuvvetlendirdiği, rekabeti kısıtlayıcı etkilere yol açıp açmayacağı yönünde olacaktır.

KAYNAKÇA

Kitaplar

- ALANGOYA, Yavuz H./ YILDIRIM, Kâmil/ DEREN-YILDIRIM, Nevhis, Medeni Usul Hukuku Esasları, 6.bası, Alkım Kitabevi, İstanbul 2006.
- AREEDA, Phillip / KAPLOW, Louis, Antitrust Analysis, Problems, Text, Cases, Aspen Law Business, 5.bası, New York 1997.
- ARI, Zekeriya, Rekabet Hukukunda Danışıklılık Kavramı (Anlaşma, Karar, Uyumlu Eylem) ve Hukuki Sonuçları, Seçkin Yayınevi, Ankara 2004.
- ASLAN, İ.Yılmaz, Rekabet Hukuku, 2. baskı, Ekin Kitabevi, Bursa 2001.
- ASLAN, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku Dersleri, Ekin Kitabevi Bursa 2006 (Anılış: ASLAN, Dersler).
- BISHOP, Simon /WALKER, Mike, The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement, 2.bası, Sweet&Maxwell 2002.
- BLASSELLE, Richard ; Traité de Droit Européen de la Concurrence, Tome I, éd. Publisud, Paris 2002.
- BORK, Robert H., The Antitrust Paradox, A Policy At War With Itself, FreePress New York 1993.
- CENGİZ, Dilek, Türk Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylem ve Bu Eylemin Hukuki Sonuçları, Örnek Model Olarak Amerika Birleşik Devletleri ve Mehaz Olarak Avrupa Birliği Rekabet Hukuku Sistemleri Işığında, Beta Yayınevi, İstanbul 2006.
- Collins Paperback English Dictionnary, Harper Collins Publishers, 1999.
- Dictionnaire Hachette Encyclopédique Illustré, Hachette Livre 1994.
- ERDEM, Ercüment, Türk ve AT Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmalar, Beta Yayınevi, İstanbul 2003.
- FALLON, Marc, Droit Matériel Général de L'Union Européenne, éd. Bruylant, 2.bası, Louvain Belçika 2002.
- FAULL, Jonathan / NIKPAY, Ali, The EC Law of Competition, Oxford University Press, New York 1999.
- FRIEDMAN, James W., Game Theory With Application to Economics, 2. bası, Oxford University Press, New York 1990.
- GABSZEWICZ, Jean, La Concurrence Imparfaitte, La Découverte Yayınevi, Paris 1994.
- GAL, Michal S., Competition Policy for Small Market Economies, Harvard University Press, London 2003.
- GOYDER, Daniel G., EC Competition Law, 4.bası, Oxford University Press, New York 2003.
- HANÇERLİOĞLU, Orhan, Ekonomi Sözlüğü, Remzi Kitabevi, 4.bası, İstanbul 1993.
- HAWK, Barry E./ HUSER, Henry L., European Community Merger Control: A Practitioner's Guide, Kluwer Law International, The Hague-London-Boston 1996.
- HOVENKAMP, Herbert, Federal Antitrust Policy, The Law of Competition and its

- Practice, Hornbook Series, West Group, St. Paul, Minn.1999 (Anılış: HOVENKAMP, Federal Antitrust Policy).
- HOVENKAMP Herbert, The Antitrust Enterprise, Principle and Execution, Harvard University Press, Cambridge-Massachusetts-London 2005 (Anılış: HOVENKAMP, Antitrust Enterprise).
- İKİZLER, Metin, Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylemler, Seçkin Yayınevi, Ankara 2005.
- JENNY, Frédéric/ WEBER, André Paul, L'Entreprise et Les Politiques de Concurrence, Ententes, Cartels, Monopoles, Editions d'Organisations Yayınevi, Paris 1976.
- JONES, Alison / SUFRIN, Brenda, EC Competition Law, Text, Cases, and Materials, 2.bası, Oxford University Press, New York 2004.
- KORAH, Valentine, An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice, 8.bası, Hart Publishing, Oxford-Portland Oregon 2004.
- LANE, Robert, EC Competition Law, Longman, London 2000.
- Le Grand Robert de la Langue Française, C.6, Dictionnaires Le Robert, Paris 1996.
- LINDSAY, Alistair, The EC Merger Regulation: Substantive Issues, Sweet&Maxwell, London 2003.
- MERCIER, Pierre/ MACH, Olivier/ GILLIERON, Hubert/ AFFOLTER, Simon, Grands Principes du Droit de la Concurrence, Droit Communautaire Droit Suisse, Dossiers de Droit Européen no.7 Helbing&Lihtenhahn, Bâle 1999.
- NEVEN, Damien/ PAPANDROPOULOS, Pénélope/ SEABRIGHT, Paul, Trawling For Minnows, European Competition Policy and Agreements Between Firms, Centre for Economic Policy Research, London 1998.
- ÖZSUNAY, Ergun, Kartel Hukuku,Fakülteler Matbaası, İstanbul 1985.
- PEKCANITEZ, Hakan / ATALAY, Oğuz / ÖZEKES, Muhammet, Medeni Usul Hukuku, 5.bası, Yetkin Yayınevi, Ankara 2006.
- POSNER, Richard A., Antitrust Law, 2.bası, The University of Chicago Press, Chicago-London 2001.
- RODGER, Barry J./McCULLOH, Angus, Competition Law and Policy , 2.bası, Cavendish, London 2001.
- SANLI, Kerem Cem, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği, Ankara 2000.
- SCHERER, Frederic M. / ROSS, David, Industrial Market Structure and Economic Performance, 3.bası, Houghton Mifflin Company 1990.
- TEKİNALP, Ünal./TEKİNALP, Gülören., Avrupa Birliği Hukuku, 2. bası, İstanbul 2000.
- TIROLE, Jean, "The Theory of Industrial Organization", MIT Press, 6.bası, Cambridge 1993.
- ULAŞ KISA, Seda, Avrupa Topluluğu Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Rekabet Karşıtı Eylem ve İşlemlerle Kötüye Kullanılması, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2004.
- ÜSTÜNDAĞ, Saim, Medeni Yargılama Hukuku, C.I-II, 7.bası, Nesil Matbaacılık, İstanbul 2000.

- VAN BAEL, Ivo/ BELLIS, Jean-François, Droit de la Concurrence de la Communauté Economique Européenne, Bruylant-Bruxelles 1991.
- WHISH, Richard, Competition Law, 5.bası, Lexis Nexis, London 2003.

Tezler

- AKINCI, Ateş, Rekabetin Yatay Kısıtlanması, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi No.5, Ankara 2001.
- AŞÇIOĞLU ÖZ, Gamze, Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi No.4, Ankara 2000.
- BADUR, Emel, Türk Rekabet Hukukunda Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşmalar, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi No.6, Ankara 2001.
- BAĞIŞ AKKAYA, Meltem, Gizli Anlaşma: Oyun Teorisi Yaklaşımı, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara 2003.
- ÇELEN, Aydın, Oligopolistik Pazarlarda Gözlenen Paralel Davranışların Rekabet Hukuku Açısından Değerlendirilmesi: Uyumlu Eylem ve Birlikte Hakim Durum, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No.10, Ankara 2003.
- ÇETİKAYA, Murat, İlgili Pazar Kavramı ve İlgili Pazar Tanımında Kullanılan Nicel Teknikler, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara 2003.
- GÜL, İbrahim, Avrupa Birliği ve Amerika Birleşik Devletleri İçtihatları Işığında Rekabetin Korunması Hakkında Kanun Açısından Teşebbüsün Alıcılara Ayrımcılık Yaparak Hakim Durumunu Kötüye Kullanması, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi No.2, Ankara 2000.
- KULAKSIZOĞLU, Şebnem, Rekabet Hukukunda Yatay Birleşmeler: Antirekabetçi Etkiler ile Öne Sürülen Savunma ve Yararlar, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri, Ankara 2003.
- SABUNCU, Hakan, Birlikte Hakimiyet Kavramının Birleşme ve Devralma Açısından Değerlendirilmesi, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No.40, Ankara 2003.
- TEKDEMİR, Yaşar, The Principle of Collective Dominance Under EC Competition Law: A New Approach to The Problem of Oligopoly, Yüksek Lisans Tezi, The London School of Economics and Political Science, The European Institute 1999.
- TOPÇUOĞLU, Metin, Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler Arası İşbirliği Davranışları ve Hukuki Sonuçları, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi No.7, Ankara 2001.
- YANIK, Mehmet, Rekabet Hukukunun Hakim Durum ve Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Uygulamalarında Piyasaya Giriş Engelleri, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara 2003.
- YÜKSEL, Onur Yelda, Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylem, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No.61, Ankara 2004.

Makaleler

- ALESE, Femi, “The Economic Theory of Non-Collusive Oligopoly and The Concept of Concerted Practices Under Article 81”, ECLR 1999, C.20, s.379-383.
- ALONSO, J.F.B., “Economic Assessment of Oligopolies Under The Community Merger Control Regulation”, ECLR 1993, s.118-122.
- AZEVEDO, João/ WALKER, Mike, Dominance: Meaning and Measurement, ECLR, C.23, Temmuz 2002, s.363-367.
- BAILEY, David, “Standart of Proof in EC Merger Proceedings: A Common Law Perspective, CMLR 2003, C. 40, s.845-888.
- BAKER, Jonathan B., “Two Sherman Act Section I Dilemmas: Parallel Pricing, The Oligopoly Problem, and Contemporary Economic Theory”, The Antitrust Bulletin, C.38, Bahar 1993, s.143-219.
- BISHOP, Simon B., “Power and Responsibility: The ECJ’s Kali&Salz Judgment”, ECLR 1999, C.20, s.37-39 (Anılış: BISHOP, Power).
- BISHOP, W., “Oligopoly Pricing: A Proposal”, The Antitrust Bulletin, C.28, Yaz 1983, s.311-336 (Anılış: BISHOP, Proposal).
- BLACK, Oliver, “Concerted Practices, Joint Action and Reliance” ECLR Mayıs 2003, C.24, s.219-228.
- BRIONES, Juan, “Oligopolistic Dominance: Is There A Common Approach in Different Jurisdictions? A Review of Decisions Adopted by The Commission Under The Merger Regulation”, ECLR 1995, C.16, s.334-347.
- BROCK, James W., “Antitrust Policy And The Oligopoly Problem”, The Antitrust Bulletin, C.51, No.2, Yaz 2006, s.227-280.
- CAFFARRA, Cristina/KÜHN, Kai-Uwe, “Joint Dominance: The CFI Judgment on Gencor Lonrho”, ECLR 1999, C.20, s.355-359.
- CHRISTENSEN, Peder/RABASSA, Valérie, “The Airtours Decision: Is There A New Approach to Collective Dominance?”, ECLR Haziran 2001, C.22, s.227-237.
- ELZINGA, K.G., “New Developments On The Cartel Front”, The Antitrust Bulletin, C.29, Bahar 1984, s.3-26.
- ERDEM, Ercüment, “1/2003 Sayılı Konsey Tüzüğü ve Türk Rekabet Hukukuna Etkileri”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof.Dr. Erden Kuntalp’e Armağan, C. 1, Özel Hukuk, 1/2004, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul Haziran 2006, s.25-50.
- FINGLETON, John, “Does Collective Dominance Provide Suitable Housing For All Anti-Competitive Oligopolistic Mergers?”, Annual Proceedings of The Fordham Corporate Law Institute, International Antitrust Law&Policy, 12. bölüm, Juris Publishing, New York 2003, s.181-199.
- FORGES, Françoise / THISSE, Jacques-François, “Game Theory and Industrial Economics: An Introduction”, The New Industrial Economics, Recent Developments in Industrial Organization, Oligopoly and Game Theory, Edward Elgar Publishing Company, 1993, s.12-46.
- GINSBURG, Douglas H. : “Nonprice Competition”, The Antitrust Bulletin, C.38,

- Bahar 1993, s.83-111.
- GREEN, Edward J./ PORTER, Robert H., "Non Cooperative Collusion Under Imperfect Price Information", *Econometrica*, C.52, No.1, Ocak 1984, s.87-100.
- HAUPT, Heiko, "Collective Dominance Under Article 82 EC. and EC. Merger Control in the Light of the Airtours Judgment", *ECLR*. Eylül 2002, C.23, s.434-444.
- HAY, George A., "The Meaning of Agreement Under The Sherman Act: Thoughts From The Facilitating Practices Experience", *Review of Industrial Organization*, C.16, No.2, Mart 2000, s.113-129.
- JENNY, Frederic, "Collective Dominance and The EC Merger Regulation", *Annual Proceedings of Fordham Law Institute, International Antitrust Law&Policy*, Bölüm 13, Juris Publishing 2002, s.361-373.
- JONES, A. "Wood Pulp: Concerted Practice and/or Conscious Paralellism" *ECLR* 1993, s.273.
- KLOOSTERHUIS, Erik, "Joint Dominance and The Interaction Between Firms", *ECLR Mart* 2001, C.22, s. 79-92.
- KORAH, Valentine, "Gencor v. Commission: Collective Dominance", *ECLR* 1999, C.20, s.336-341 (Anılış: KORAH, Gencor).
- KOVACIC, William E., "The Identification and Proof of Horizontal Agreements Under The Antitrust Laws", *The Antitrust Bulletin Bahar* 1993 , s.5-81.
- KREPS, David M., "Nash Equilibrium", *The New Palgrave, A Dictionary of Economics*, C.3, Palgrave Publishers Ltd, New York 2002, s.584-588.
- KREPS, D./SHEINKMAN, J., "Quantity Precommitment and Bertrand Competition Yield Cournot Outcomes", *Bell Journal of Economics*, C.14, S.2, Sonbahar 1983, s. 326-337.
- KÜHN, Kai-Uwe, "Fighting Collusion by Regulating Communication Between Firms" *Economic Policy: A European Forum*, Nisan 2001, s.167-197 (Anılış: KÜHN, Fighting Collusion).
- LANG, John Temple, "Oligopolies and Joint Dominance in Community Antitrust Law", *Annual Proceedings of Fordham Law Institute, International Antitrust Law&Policy*, Bölüm 12, Juris Publishing 2002, s.269-359.
- LOPATKA, John E., "Solving The Oligopoly Problem: Turner's Try", *The Antitrust Bulletin*, C.41, Kış 1996, s.843-908.
- MARSCHAK, T. / SELTEN, R., "Restabilizing Responses, Inertia Supergames, and Oligopolistic Equilibria", *The Quarterly Journal of Economics*, C.92, S.1, Şubat 1978, s. 71-93.
- McGREGOR, Lorna, "The Future for The Control of Oligopolies Following Company Maritime Belge", *ECLR Ekim* 2001, C.22, s. 434-442.
- MONTI, Giorgio, "Oligopoly: Conspiracy? Joint Monopoly? or Enforceable Competition?", *World Competition*, C.19, No.3, s.59-102 (Anılış: MONTI, Oligopoly).
- MONTI, Giorgio, "The Scope of Collective Dominance Under Articles 82 EC", *CMLR* 2001, C.38, Kluwer Law International, s.131-157 (Anılış: MONTI, Collective Dominance).

- NIELS, Gunnar, "Collective Dominance: More than Just Oligopolistic Interdependence", ECLR Mayıs 2001, C.22, s.168-172.
- NIEMEYER Hans-Jörg/ DRAUZ, Götz /JENNY, Frederic/ LANG John Temple, "Collective Dominance/ Oligopoly Behavior Under Articles 81/82 and The EC Merger Regulation", Annual Proceedings of Fordham Law Institute, International Antitrust Law&Policy, Bölüm 14, Juris Publishing 2002, s.375-391.
- NIKPAY, Ali/HOUWEN, Fred, "Tour de Force or a Little Local Turbulence? A Heretical View on The Airtours Judgment", ECLR Mayıs 2003, C.24, s.193-202.
- PORTER, R., "On the Incidence and Duration of Price Wars", Journal of Industrial Economics, C.23, Haziran 1985, s. 415-428.
- RAFFAELLI, Enrico Adriano, "European Union Competition Policy Subsequent to The Airtours Case", Annual Proceedings of Fordham Law Institute, International Antitrust Law&Policy, Bölüm 9, Juris Publishing 2003, s.129-143.
- RICHARDSON, Russell/GORDON, Clive, "Collective Dominance: The Third Way?", ECLR Ekim 2001, C.22, s.416-423.
- RODGER, Barry J., "Oligopolistic Market Failure: Collective Dominance versus Complex Monopoly", ECLR 1995, C.16, s.21-29.
- SCHÖDERMEIER, Martin, "Collective Dominance Revisited: An Analysis of The EC Commission's New Concepts of Oligopoly Control", ECLR 1990, C.11, s.28-33.
- SHAPIRO, Carl, "The Theory of Business Strategy", The RAND Journal of Economics, C.20, No.1, Bahar 1989, s. 125-137.
- SOAMES, Trevor, "An Analysis of The Principals of Concerted Practices and Collective Dominance: A Distinction Without a Difference?", ECLR 1996, C.17, s.24-39.
- SONNENSCHNEIN, Hugo, "Oligopoly and Game Theory", The New Palgrave, A Dictionary of Economics, C.3, Palgrave Publishers Ltd, New York 2002, s.705-708.
- STEVENS, Dallah "Covert Collusion and Conscious Parallelism in Oligopolistic Markets: A Comparison of EC and US Competition Law" Yearbook of European Law, C.15, Clarendon Press, Oxford 1995, s.47-78.
- STIGLER, George J., "A Theory of Oligopoly", Journal of Political Economy, C.72, S.1, Şubat 1964, s.44-61.
- STROUX, Sigrid, "Is EC Oligopoly Control Outgrowing Its Infancy?", World Competition Law and Economics Review, C.23, Kluwer Law International 2000, s.1-50.
- TEKİNALP, Gülören ; "Uyumlu Eylemler Kavramı", Prof. Dr. Hayri Domaniç'e Armağan, İstanbul 1995.
- TURNER, Donald F., "The Definition of Agreement Under the Sherman Act: Conscious Paralellism and Refusals to Deal", Harvard Law Review, C.75, S.4, Şubat 1962, s.655-706.
- VAN GERVEN, Gerwin /VARONA, Navarro E., "The Wood Pulp Case and The Future of Concerted Practices" CMLR 1994, No.31, s.575-608.
- VOIGT, Stefan/SCHMIDT, André, "The Commission's Guidelines on Horizontal Mergers: Improvement or Deterioration?", CMLR 2004, C.41,

Kluwer Law International, s.1583-1594.

- WESSELY, Thomas W., “Case C-49/92P, Commission v. Anic,(1999) ECR I-4125; Case C-199/92P, Hüls v. Commission, (1999) ECR I-4287; Case C-235/92P, Montecatini v. Commission, (1999) ECR I-4539; judgments of 8 July 1999 (together: Polypropylene appeal cases)”, CMLR 2001, C.38, s.739-765.
- WITHERS, Chris/JEPHCOTT, Mark, “Where to now for EC oligopoly control?”, ECLR C.22, Ağustos 2001, s.295-303.
- YAO, Dennis A. / DESANTI, Susan S., “Game Theory and The Legal Analysis of Tacit Collusion”, The Antitrust Bulletin, C.38, Bahar 1993, s.113-141.

İnternette Yayınlanmış Makale ve Konuşmalar

- ATİYAS İzak / GÜRKAYNAK Gönenç, “Uyumlu Eylem Karinesi Üzerine Hukuki ve Ekonomik Çözümler”, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu IV, 7 Nisan 2006, Kayseri, s.80-115 (www.rekabet.gov.tr/sempozyum.html, 01.07.2007).
- BRIONES, Juan, “Oligopolistic Dominance. Is There A Common Approach in Different Jurisdictions? A Review of Decisions Adopted by The Commission Under The Merger Regulation”, European Study Conference, Brussels, 18.11.1995 tarihli konuşma metni (<http://europa.eu.int/comm/competition/speeches>, 20.12.2006).
- CHAMBERLIN, Edward H., On The Origin of “Oligopoly”, The Economic Journal, C.67, No.266, Haziran 1957, s.211-218 (www.jstor.org, 17.05.2007).
- Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des fraudes, Fondements de la Position Dominante Collective Dans le Cadre des Concentrations, Textes et Publications, Revue de la CCRF S.131(http://www.finances.gouv.fr/dgccrf/03_publications/revueccrf/131b.htm, 03.07.2006).
- ERDEM, Ercüment, “Teşebbüsler Arası Yoğunlaşma İşlemlerinin Denetlenmesine İlişkin 20 Ocak 2004 Tarihli 139/2004 Sayılı Konsey Tüzüğü İle Getirilen Değişiklikler”, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu II, 9 Nisan 2004, Kayseri, s.15-41 (www.rekabet.gov.tr/sempozyum.html, 01.07.2007).
- FERSHTMAN, Chaim / PAKES, Ariel, A Dynamic Oligopoly With Collusion and Price Wars, Working Paper 6936 National Bureau of Economic Research 1999 (<http://www.nber.org/papers/w6936>, 7.12.2006).
- FRIEDMAN, James W., A Non Cooperative Equilibrium for Supergames, The Review of Economic Studies, C.38, No.1, Ocak 1971, s.1-12 (www.jstor.org, 17.05.2007).
- İNAN, Nurkut, “4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un Özel Hukuka İlişkin Hükümlerine Eleştirel Bir Bakış”, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu II, 9 Nisan 2004, Kayseri, s.43-66 (www.rekabet.gov.tr/sempozyum.html, 01.07.2007).
- KÜHN, Kai-Uwe, Closing Pandora’s Box, Joint Dominance After Airtours Judgment, University of Michigan 2002, s.5-6 (www.ssrn.com,

- 15.11.2006).
- MARKHAM, Jesse W., The Nature And Significance of Price Leadership, The American Economic Review, C.41, No.5, Aralık 1951, s.891-905 (www.jstor.org, 17.05.2007).
- McCain Roger A., Game Theory (<http://william-king.www.drexel.edu/top/prin/txt/Imch/Im24.html>, 24.11.2006).
- MONTI, Mario, “Cartels Why and How? Why should we be concerned with cartels and collusive behaviour?” Stockholm 3th Nordic Competition Policy Conference, 11 Eylül 2000 tarihli konuşma (<http://ec.europa.eu/comm/competition/speeches>, 05.12.2006).
- MORGENSTERN, Oskar, “Oligopoly, Monopolistic Competition, and The Theory of Games”, The American Economic Review, C.38, No.2, Papers and Proceedings of The Sixtieth Annual Meeting of The American Economic Association, Mayıs 1948, s.10-18(www.jstor.org, 17.05.2007).
- MORRISON, Clarence C., “Cournot, Bertrand and Modern Game Theory”, Atlantic Economic Journal, Haziran 1998, C.26, No. 2 (<http://www.indiana.edu/~econweb/faculty/morrpap1.html>, 17.05.2007).
- MOTTA, Massimo, EC Merger Policy and The Airtours Case, European University Institute, Florence, 1999 (<http://www.eui.eu/Personal/Motta/Airtours2.pdf>, 24.12.2006).
- RYAN, Patrick S., The Wireless Oligopoly Problem, Columbia Journal of European Law, C.11, s.356 (www.ssrn.com, 15.11.2006).
- SARIOĞLU, Ilgaz, Oligopolistic Markets Under EU Law From The Aspect of Collective Dominance, Rekabet Bülteni S.13, §2 (www.esrcr.com, 1.12.2006).
- SELA Aner/VLEUGELS Jan, Game Theory (<http://www.sfb504.uni-mannheim.de/glossary/game.htm>, 23.11.2006).
- VAUTHERIN, Laurent, Etude de deux cas: Position Dominante Collective et Abus de Position Dominante Collective (www.minefi.gouv.fr/dgccrf/02_actualite/ateliers_concu/dominer.7htm, 03.07.2006).

Diğer İnternet Kaynakları

- ICN Merger Workbook, Cape Town’da yapılacak olan 5. yıllık ICN Konferansı için hazırlanmış kitapçık, Nisan 2006 (www.internationalcompetitionnetwork.org, 24.12.2006).
- TBMM Tutanak Dergisi, Dönem: 19, Cilt 73, Yasama yılı 4, 46. birleşim, 06.12.1994; “Madde Gerekçeleri”, (www.rekabet.gov.tr, 10.12.2006).
- 1992 Horizontal Merger Guidelines, p.2.11 (www.ftc.gov/bc/docs/horizmer.htm, 5.12.2006).
- Commission Notice- Guidelines on Vertical Restraints, OJ 2000, C-291/1 (www.europa.eu.int, 10.12.2006).
- Commission Regulation (EC) no.2790/1999 of 22 December 1999 on the Application of 81/III of the Treaty to Categories of Vertical Agreements and

Concerted Practices OJ 1999 L 336/21, (www.europa.eu.int, 10.12.2006).

Council Regulation No.139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings –The EC Merger Regulation- OJ 29.01.2004, L 24/1 (www.europa.eu.int, 10.12.2006).

Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings, OJ 05.02.2004, C 31/03, s.5-18 (www.europa.eu.int, 10.12.2006).

www.rekabet.gov.tr

www.usdoj.gov

www.ftc.gov

<http://europa.eu.int/eur-lex>

Raporlar

Commission Européenne, VIIème Rapport sur la Politique de Concurrence, Luxembourg 1978.

IVALDI, Marc/ JULLIEN, Bruno/ REY, Patrick/ SEABRIGHT, Paul/ TIROLE, Jean, Final Report for DG Competition, European Commission, “The Economics of Tacit Collusion”, Toulouse Mart 2003.

O.E.C.D., (1999) : DAFPE/CLP (99)25, “Oligopoly Report” (Anlış: OECD Raporu).

Office of Fair Trading, Merger Appraisal in Oligopolistic Markets, Research Paper 19, Kasım 1999 (Anlış: OFT Raporu).