

Prof. Dr. M. Tamer MÜFTÜOĞLU

Rekabet Kurumu Başkanı

Kurul üyesi ve Başkanı olmaktan onur duyduğum Rekabet Kurumunun faaliyete başlamasından bu yana altı yıl geçti. Gücünü uygulamakla yükümlü olduğu 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanundan ve özerk idarî ve malî yapısından alan Rekabet Kurumunun bugün geldiği noktaya liyakatli personelinin özverili çalışmaları sonucu ulaşmıştır.

Bu geçen altı yıllık süre içinde, ki bunun altı ayı kuruluş aşamasıdır, yapılan başvuruların yüzde 90'dan fazlası sonuçlandırılmıştır. Bu başvurular neticesi açılan 57 soruşturmadan 47 tanesi nihaî karara bağlanmış ve rekabete aykırı davrandığı tespit edilen teşebbüslere yaklaşık 35 trilyon Türk Lirası para cezası uygulanmıştır. Bu para cezasının uygulanmasında, Kurumumuzun yeni oluşması, ülkemizde rekabet politikasının yeni uygulamaya başlamasının bir gereği olarak aşarî diyebileceğimiz seviyelerde cezalar uygulanmıştır, ki yasamıza göre üst tavan cironun %10'u olmasına rağmen şimdiye kadar uyguladığımız en yüksek ceza cironun %3'ü olarak gerçekleşmiştir.

Bu soruşturmaların sektörel dağılımına bakıldığında, en fazla soruşturmaya konu olan sektörlerin sırasıyla; medya, gıda, hizmet, gübre ve ilâç sektörleri ile telekomünikasyon sektörü olduğu görülmektedir.

Kurumumuza rekabet ihlali kapsamında yapılan başvuruların önemli bir kısmının Rekabet Kurulunun görev alanına girmeyen konulara ilişkin olduğu görülmektedir. Bu da, henüz Kurumumuzun görev alanının ve 4054 Sayılı Kanunun yeterince bilinmediğini göstermektedir. Bizler, düzenlediğimiz sempozyum ve konferanslarla, çıkardığımız yayınlarla ve çeşitli vesilelerle sektör katılımcılarıyla yaptığımız toplantılarda bu tanıtma faaliyetini yerine getirme çabası içindeyiz. Sektörel medya başta olmak üzere basın ve yayın kuruluşları da Kurul kararlarına ve Kurum faaliyetlerine yer vermektedirler. Bu gayretlerin bir sonucu olarak Kurumumuz, görev alanına girmeyen konulara ilişkin başvuruların gittikçe azaldığını mutlulukla gözlemlemektedir.

Bilindiği üzere Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun bir gereği olarak ait oldukları pazarda belirli pazar payı veya ciro eşliğinin üzerinde bulunan birleşme ve devralmalar için Rekabet Kurulunun izni gerekmektedir. Bu eşikler bugün itibarıyla pazar payı olarak yüzde 25 ve ciro olarak da yıllık 25 trilyon Türk Lirası olarak öngörülmüştür.

Geçtiğimiz altı yıl boyunca Kurumu yapılan 500'e yakın birleşme devralma başvurusunun hemen tamamı sonuçlandırılmıştır.

Rekabet Kurulu, kendisine intikal eden birleşme ve devralma başvurularını değerlendirirken, bunların ait oldukları sektörlerde rekabeti önemli ölçüde kısıtlayabilecek bir hâkim güç oluşturup oluşturmadıklarını esas almaktadır. Bu değerlendirmeyi yaparken de, ilgili birleşme ya da devralma neticesi ortaya çıkan firmaların pazardaki göreceli gücünün yanında söz konusu pazarın yapısı ve dinamikleri de dikkate alınmaktadır.

Rekabet Kurumu eliyle yürütülen rekabet politikasının başarısı, çağın gereklerine cevap veren, uygar dünyanın ölçülerine uyan ve ülkenin ekonomik koşullarını dikkate alan bir Rekabet Kanununun ve bu kanunu uygulayacak her türlü etkiden uzak bağımsız bir rekabet otoritesinin varlığına bağlıdır. Batı ülkelerinin uzun bir uygulama dönemi sürecinde edindikleri deneyim bu gerçeği açıkça ortaya koymaktadır.

Bilindiği üzere 4054 sayılı Kanun, Avrupa Birliği rekabet mevzuatı esas alınarak hazırlanmıştır. Ancak, ikincil düzenlemeler olarak çıkarılan tebliğlerde Türkiye'ye özgü koşullar da dikkate alınmaktadır. Rekabet Kurumu teşkilatını oluşturduktan sonra sür'atle mevzuat çalışmalarını tamamlamış, kanunun uygulanmasında teşebbüslere yol gösteren tebliğleri çıkararak uygulamaya koymuştur.

Rekabet Kurumunun altı yıllık deneyimi göstermiştir ki, kamu kurum ve kuruluşlarının rekabeti bozucu eylem ve işlemlerinin önlenmesi en az özel teşebbüslerin rekabeti ihlal eden davranışlarının önüne geçilmesi kadar önemlidir. Bilindiği üzere bizim yasamıza göre rekabet hukuku bağlamında teşebbüs niteliğindeki kamu kurumlarının işlemlerine Rekabet Kanunu hükümleri uygulanmaktadır. Yasamız, gerek özerk, gerek kamu teşebbüsleri, gerek yerli-yabancı teşebbüsler ve gerekse küçük, orta, büyük teşebbüs ayırımı yapmadan tüm teşebbüsleri kapsamına almaktadır. Ancak, devletin teşebbüs olarak nitelendirilemeyecek birimlerinin rekabet kurallarıyla çatışan tasarrufları mevzuat gereği bu uygulamanın dışında kalmaktadır. Bu eylem ve işlemler, devlet yardımları veya münhasır bir hakkın oluşturulması ya da var olanın devredilmesi olabileceği gibi, başta regülasyon amaçlı olanlar olmak üzere piyasaların yapısını etkileyen yasa, tüzük, yönetmelik ve benzeri düzenlemeler de olabilmektedir.

Rekabet politikasının işlerliğinin gereklerinden biri olan Avrupa Birliği'yle bütünleşme hedefine ve ülke koşullarına uygun bir Rekabet Kanununun yapılabilmesine dönük çalışmalar da Kurumumuz bünyesinde devam etmektedir.

Rekabet Kurumu, 4054 sayılı Kanunun altı yıllık uygulaması esnasında elde ettiği birikim ve tecrübeyi bu çalışmada ortaya koyarak daha işlevsel ve etkili bir kanunun ortaya çıkabilmesini teminen bir tartışma metni oluşturmuştur. Ve bu metin yakında Kurumumuz web sayfası üzerinden ilgili kamuoyunun görüş ve değerlendirmesine sunulacaktır.

Kurumun altı yıllık uygulamaları ışığında elde edilen tecrübenin ortaya koyduğu bir diğer ihtiyaç da, 4054 sayılı Kanunun sadeleştirilerek daha anlaşılır kılınması ihtiyacıdır. Ayrıca, ihlalde bulunan veya yapılan incelemelerde Kurumla gerekli işbirliğini yapmaktan kaçınan teşebbüslere uygulanacak para cezaları tahsilatının kısa sürede gerçekleştirilmesine olanak tanınması hedeflenmektedir. Uygulama ışığında düzenleme ihtiyacı hissedilen bir diğer alan da, Rekabet Kurumunun yargı organlarıyla olan ilişkileridir.

Bu çerçevede yapılması gereken bir diğer çalışma da, özellikle Rekabet Kanununun kabul tarihi olan 7.12.1994 tarihinden önce ülkemizde yürürlüğe girmiş olan tüm kanun, tüzük, yönetmelik ve diğer hukukî düzenlemelerin taranarak, bu metinlerde rekabet kurallarıyla çelişen hükümlerin belirlenmesi ve sağlıklı bir rekabet ortamının oluşturulması bakımından yürürlükten kaldırılması gerekenlerin tespitiyle, bu durumun başta Türkiye Büyük Millet Meclisi olmak üzere ilgili kurum ve kuruluşlara iletilmesi çalışmasıdır. Rekabet Kurumunca yürütülen bu çalışmanın sonuçları önümüzdeki dönemde daha da olgunlaştırılacaktır.

Bu bağlamda son derece önemli bir nokta da, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun özünü teşkil eden anlaşma ve uyumlu eylemlerle ya da hâkim durumun kötüye kullanılması yoluyla rekabet ihlallerine ilişkin inceleme ve soruşturma yapma yetkisinin ve yoğunlaşma kontrolünün münhasıran Rekabet Kurumunun elinde bulunmasının gerekliliğidir.

Rekabet Kurumunun altı yıldır kararlılıkla sürdürdüğü inceleme, denetim ve soruşturma faaliyetlerinin tam bir başarıyla yerine getirilmesi, yukarıda özetle bahsettiğim adımların atılmasına ve gereken hukukî düzenlemelerin yapılmasına bağlıdır. Verimli bir rekabet politikasının kaynak dağılımını etkinleştirmedeki ve dolayısıyla asıl hedef olan tüketici refahını artırmadaki rolü açıktır. Etkin bir Rekabet Kanunu ve politikası her şeyden önce ülkemiz ekonomisinin sağlıklı işleyişine ve son tahlilde tüketiciye hizmet etmektedir. Tüketiciler, kaliteyi yükselten, fiyatları düşüren rekabetin doğal müttefikidir.

Bugünkü toplantımız aynı zamanda Rekabet Kurumunun ilk altı yıllık dönemini geride bıraktığı güne rastlamaktadır. Kurum, geçen altı yıllık sürede bir yandan rekabet kurallarını etkin bir biçimde uygulamaya, bir yandan da

rekabet kültürünün yaratılması ve benimsenmesi için tanıtım ve bilgilendirmeye yönelik çalışmalarına ağırlık vermiştir. Nerelerde başarılı olduk, nerelerde yeterince yol kat edemedik ve bu alanlarda önümüzdeki altı yıllarda neler yapılmalıdır sorularının cevaplarını ve gereklerini ilgililere bırakıyorum. Ancak, izninizle, 2001 yılında OECD tarafından Türkiye incelemesi sonucu hazırlanan ve Başbakanlıkça İngilizce ve Türkçe olarak çoğaltılıp dağıtılan raporun 77'nci sayfasında yer alan bir paragrafı sizlerle paylaşmak istiyorum. Aynen yollama yapıyorum söz konusu rapora.

“Kurul ve Kurumun”, yani burada Rekabet Kurulu ve Rekabet Kurumunun, “Türkiye’deki idarî teamüle getirmiş olduğu usul ve yöntemler diğer düzenleme organlarının reform uygulaması için model teşkil edebilir, kanunu uygulama süreçleri rakiplerin sözlü savunmalarında yoğunlaşmaktadır, Kurulun kanunu uygulama usulleri, tarafların karar verme sürecine katılımını tarihsel olarak öngörmeyen Türkiye’deki idarî teamülde bir yenilik oluşturmuştur, Kurulun soruşturma yetkileri geniş kapsamlıdır, süre sınırlamaları, sürecin her safhasını yönlendirmektedir, şeffaflık önceliklidir, ancak bilgilerin yayılımı hâlen zorluk teşkil etmektedir, uygulamacılar, ortaya konulduklarında, Kurul kararlarının uygun gerekçelere dayandığını tespit etmektedir, rekabet politikası konularına ilişkin düzenli konferans ve seminerlerden oluşan bir program halka açık olup, yüksek düzeyde bir katılımı gerçekleştirilmektedir, Kurumun çabalarına rağmen genel olarak kamuoyu ve hatta iş sektörü, rekabet politikasındaki gelişmelerden henüz yeterince haberdar değildir, konuyla ilgilenenler arasında, Kurum, kaliteli idaresiyle üne sahiptir”.

Özverili çalışmalarıyla OECD’nin hakkımızda bu yönde bir değerlendirme yapmasını sağlayan her düzeydeki çalışma arkadaşlarıma huzurunuzda ayrı ayrı teşekkür ediyor, saygılarımı sunuyorum.

“HYEC”in güzel bir tespiti vardır; “iktisat doğal bir olaydır, fakat içinde insan vardır” şeklinde. Tabii, insanın olduğu her yerde insan hem melek karakteri, hem şeytan karakteriyle devreye girmektedir. Dolayısıyla, sadece hukukî düzenlemeler, sadece hukukî kurallar tüketici mutluluğunu, toplum mutluluğunu yeterince karşılayamamaktadır. Bu açıdan kanaatimce, piyasa ekonomisinin iki önemli boyutu olan özgürlük ve hukukî kurullar yanında birbirini çok kere zıtlayan bu iki boyut yanında olayın etik tarafının, ahlâkî tarafının da çok önemli olduğunu vurgulamak istiyorum. Tabii bu önemli konu bir süreç gerektiren, zaman gerektiren bir konu. Bu konuda epeyi yol almamız gerekmektedir. Fakat, bu konuya da önemli şekilde ağırlık verilmesi gerektiğini düşünüyorum.

Konuşmama son verirken, burada, “Octavia Paz”ın “Öteki Ses” adlı kitabında, ki kitap İnkılap Kitabevi tarafından yayınlanmıştır, demokrasiyi üç sözcükle özetliyor; “özgürlük, eşitlik ve kardeşlik”. Daha sonra, bu üç sözcük kavram arasındaki ilişkiyi pek alışmadığımız bir biçimde şöyle açıklıyor: Tekrar yollama yapıyorum Octavia Paz’a, “bunlar arasındaki ilişki belirgin değildir ya da daha doğrusu belkiliktir, karşılıklı çelişme içerir”, yani özgürlük, eşitlik ve kardeşlik arasındaki ilişki, “onları bağlayacak köprü nerede?” Gördüğüm kadarıyla bu üçlünün ana sözcüğü kardeşliktir ve kanaatimce etik de tam burada devreye girmektedir. “Diğer ikisi, yani özgürlük ve eşitlik ona takılmışlardır, yani kardeşliğe takılmışlardır, özgürlük, eşitlik olmadan var olabilir, yalıtılmış özgürlük eşitsizliği daha derin bir hâle getirir ve zorbalıkları körükler, eşitlik özgürlüğü ezer ve sonunda onun yok eder, ama kardeşlik onları birleştiren bağtıdır, onları insanlaştıran ve uyumlaştıran bir erdemdir, onun öteki adı da dayanışmadır”. Ve devam ediyor, “insanlar eşitliği yok etmeyen bir özgürlük, özgürlüğü yok etmeyen bir eşitlik istiyor, büyük Fransız devriminin ilkesi olan özgürlük, eşitlik, kardeşlik üçlüsünden eşitliksiz özgürlüğe kapitalist dünya el koymuş, özgür olmayan eşitliğe de komünist dünya üstlenmiş ve kardeşlik ortada kalmıştır, ama aslına bakarsanız, kardeşliğin ve adaletin ne anlama geldiğini bilemedikleri için ikisi de tarih önünde bozguna uğradı, komünizm bu gerçeği kabul edip dağıldı, ancak liberal kapitalizm bunu kabul edemeyecek kadar mağrur ve inatçı, kör ve sağır, insanlığın geleceği bireylerin ve toplumlarnın kardeşlik erdemini keşfedip, uygulamasına bağlı, ama çok zor, düşünün ki, bu erdemi ne dinler, ne kapitalizm, ne de komünizm insanlığa öğretebildi”. Fakat insanlık bu yolda ileriye doğru yol alırsa her hâlde en büyük mutluluğumuz bu olacak diye düşünüyorum.

Ali COŐKUN

Sanayi ve Ticaret Bakanı

Globalleşme çağı içinde aslında bir rekabet yarışı başlamıştır. Gümrük duvarlarının hızla yıkıldığı, ekonomik sınırlarnın kalktığı bir dönemi yaşıyoruz. Özellikle 2005 yılında Dünya Ticaret Örgütünün kararlarının yürürlüğe girmesiyle serbest pazar ekonomisi anlayışı içinde bütün dünyada bu küreselleşme sürecinde rekabetin belki de çok şiddetli olacağı bir döneme doğru gidiyoruz.

Bana göre, bir taraftan stratejik hammadde durumunda olan enerji kaynaklarına sahip olma, diğer taraftan, ekonomik teknolojik gücü ortaya

koyarak rekabeti üst noktalara taşıma bakımından, hatta bölgesel güçler oluşmakta. Bunun en çarpıcı örneğini Avrupa Birliği'nde görüyoruz. Avrupa Birliği'nde siyasî sınırlar bile kalkmakta, siyasî entegrasyonla birlikte bir devletler topluluğu meydana gelmektedir. Diğer taraftan, lider ülke olduğunu öne süren Amerika Birleşik Devletleri, daha da güçlü olabilme bakımından Kuzey Amerika Serbest Ticaret Bölgesini oluşturmuştur, NAFTA'yı kurmuştur. Böyle bir gelişme içinde Türkiye'nin belki de ekonomik bakımdan var olma savaşındaki hedefi, rekabet gücü yüksek bir Türkiye'yi oluşturmak olmalıdır.

Aslında kapalı ekonomilerde bildiğiniz gibi yaş hadlerini devlet tayin eder ya da yarı devlet sisteminde, ki Türkiye, karma ekonomik model içinde yıllarca bunu yaşadı, o zaman gümrük duvarları arkasına gizlenmiş hizmet ya da diğer üretim sektörlerinin aslında piyasa şartlarını satıcı oluşturur. Oysa ki, serbest piyasa ekonomisinde bildiğiniz gibi, rekabete açık olduğu için şartları alıcı oluşturur, alıcı pazarı hâkimdir. Ancak, bu pazarın da kontrolü gerekmektedir. Çünkü, Kurumumuzun yaptığı görevlere bakarsak, üç temel alanda görürüz: Bir tanesi, rekabeti kısıtlayıcı unsurlar; ikincisi, mevcut ortamda istismara sebebiyet veren gelişmeler; üçüncüsü de, bugün çok değerli arkadaşlarımızın tartışacağı yoğunlaşmaların kontrolü. Çünkü, nasıl ki devletler arasında bile rekabet gücünü artırmak için birleşmeler oluyorsa, şirketlerde de evlenmeler ve özellikle sektör bazında toplanmalar meydana gelmektedir sırf rekabet gücünü artırmak için. Ancak, bu bütün şartları tek bir elde toplayarak tüketiciye empoze etme yoluna, yani serbest pazar ekonomisindeki alıcı pazarını yeniden bu yoğunlaşmalarla satıcı pazarı hâline dönüştürmenin de fevkalâde yanlış olduğunu biliyoruz. İşte bunun da önlenmesi gerekir.

Yalnız bu polisiye tedbirlerle önlenemeyeceği için ekonomik tedbirlerle mutlak surette kontrol altına alınması lâzım. O bakımdan, serbest pazar ekonomisi, devletin hiç kontrol etmediği bir düzen değildir. Bu bakımdan, Kurumumuz, bu üç ana konuda piyasadaki gelişmeleri, rekabetin kötüye kullanılmamasını denetleyen bir Kurum olarak başarılı hizmetler yapmaktadır. İnanıyorum ki, altı yıllık tecrübeye elde edilen sonuçların değerlendirileceği, değerli Başkanımızın belirttiği, mevzuattaki değişikliklerin internet ortamında tartışılması, çeşitli sivil toplum kuruluşları ile tartışılarak daha da etkin, daha verimli bir yapıya kavuşacaktır.

Abdüllatif ŞENER

Başbakan Yardımcısı

Gerçekten rekabet veya serbest piyasa ekonomisi, üzerinde fazla tartışılmayan, ama kuralların nasıl işler hâle getirileceğinin tartışıldığı bir ana, temel ekonomik konudur. Aslında bakarsanız, küreselleşmenin bu boyutlara ulaştığı günümüz dünyasında bütün ülkeler, hatta bireyler, bu korkunç uluslararası rekabet ortamında mesafe almaya çalışmaktadırlar, var olma mücadelesi vermektedirler, gelişen refahtan daha yüksek pay alma çabası içerisinde bulunmaktadırlar.

Yeni bir parti kurma hazırlıkları içerisinde bulunduğumuz dönemlerde benim de zihnimdeki temel konulardan biri buydu. Pek çok alanla birlikte acaba dünyanın değişik bölgelerinde kalkınma dinamikleri nasıl harekete geçti, o ülkeler nasıl mesafe aldılar, dünyanın bazı bölgelerinde neden gelişmeler daha yavaş ilerledi ve gelişmekte olan ülkeler diye nitelendirildiler diye sormuşumdur. Buna istinaden, o dönemde sürekli bu alanla ilgili literatürü taramaya çalıştım. Değer kamu kuruluşlarında ve üniversitelerde bulunan hocalarımızdan, uzmanlardan yararlanmaya çalıştık. Çok sayıda makale veya kitap okuduk veya okuttuk. Ama mutlaka tartıştık. Bu yoğun mesailer sonrasında kalkınmanın determinantlarıyla ilgili geçen yüzyıldan bugüne kadar düşünen, yoğunlaşan iktisatçıların farklı birtakım kavramlara vurgu yaptıklarını gördük. Ya bir veya birkaç veya sayacağım determinantlardan tamamını göz önünde bulundurarak kalkınma kavramına yaklaşan iktisatçılar olduğunu gördük. Bazıları daha yüzeysel, doğal kaynaklara bağlı bir kalkınma açılımı sergilemişler, bazıları teknolojiye vurgu yapmışlar, kimi insan faktörüne vurgu yapmış, bazıları kurumsal yapıları kalkınmanın temel dinamiği olarak, tetikleyicisi olarak görmüşler, daha çok Marksist iktisatçılar da kalkınma, gelişme olayını “sömürü” kavramıyla ifade etmişlerdir veya bu determinantlardan tamamına vurgu yaparak birini ön plâna çıkaranlar da bulunmuştur. Ama, bu yoğun mesailer sonrasında ulaştığım şahsî kanaat şudur ki; insan faktörü her şeyin özü ve esasıdır.

İnsanın ayağa kalkmadığı, davranış kalıpları itibarıyla gelişmeyi tetikleyecek alışkanlıklara ve yarışa katılmadığı ortamlarda ülkelerin, bireylerin mesafe alması mümkün değil. Onun için, günümüz iktisatçıları, nitelikli nüfus kavramını, nitelikli iş gücü kavramını çok önemsemektedirler ve insan sermayesi başlı başına bir üretim faktörü olarak bile değerlendirilmektedir. Ancak, nitelikli nüfusun, nitelikli iş gücünün ortaya çıkabilmesinde kurumsal

yapılar son derecede önemlidir. Kurumsal yapılardan kastettiğimiz sadece kamu kurumlarını veya özerk kurumları veya sivil kitle örgütlerini ifade eden bir kavram değil elbette. Toplumdaki aile, anlayış, bunların tamamı da o toplumla ilgili kurumsal yapıları ifade eden kavramlardır. Böyle bir yapı içerisinde insanı aktif hâle getiren, dünyanın koşulları içerisinde rekabet gücü yüksek bir alışkanlıkla donatmak son derecede önemlidir. Bunun gerçekleşebileceği zemin ise, elbette piyasanın, ekonominin bunu elverişli olmasıdır, buna elverişli dizayn edilmiş olmasıdır.

Rekabetin olmadığı ortamlarda, tüm kurum ve kurallarıyla işleyen bir piyasa ekonomisinin olmadığı ortamlarda her şeyden önce kaynak israfı ortaya çıkmaktadır. Zaten sınırlı olan kaynakların israf edildiği, gerekli üretim faktörleri kombinezonunun optimum düzeyde gerçekleştirilemediği bir ortamda o ülkenin, o toplumun mesafe alması mümkün değildir. Dünyadaki gelişen refahtan payını istediği ölçüde elde edebilmesi de mümkün değildir.

Bu bakımdan, tekellerin ekonomi üzerindeki zararları, kaynak dağılımına etkisi herkesin, tüm iktisatçıların tahlil ettiği bir hâdisedir, rekabeti bozan temel yapıdan biridir. Ama bunun ötesinde, özellikle kamu işletmeciliğinin, kamu iktisadî teşebbüslerinin de kaynak dağılımını bozucu etkileri önemlidir. Tüm kurum ve kurallarıyla işleyen bir piyasa ekonomisinde ağırlıklı bir kamu işletmeciliğinin varlığı, bir taraftan kaynak dağılımını olumsuz etkilerken, kaynak israfına yol açarken, diğer taraftan da, tüm kurum ve kurallarıyla işleyen bir piyasa ekonomisinin yapısını bozmaktadır, böylesine bir yapının ortaya çıkmasını engellemektedir.

Konuyla da bağlantılı olarak bana bağlı bir kurum, bir birim olması hasebiyle özelleştirmenin önemli olduğunu düşünüyorum. Eğer piyasa ekonomisi kendi mantığı içerisinde işleyecekse, ekonomi rasyonelleşecekse, kamu işletmelerinin artık yerini özel işletmelere devretmesi lâzım. Kamunun elindeki işletmelerin de sür'atli bir şekilde özelleştirilmesi lâzım. Maalesef bu konu dünyanın değişik ülkelerinde gündemden kalkmış olduğu hâlde Türkiye'de hâlâ sanki başlanmamış gibi. Toplam bundan 20 sene önceki portföyü değerlendirdiğinizde, şu anda kamu işletmelerinin sadece yüzde 5'i ila 8'i arasındaki bir oranda özelleştirme yapıldığını düşünecek olursanız, önümüzde daha bir hayli yol, bir hayli mesafe var demektir. Bunu gerçekleştirebilmek açısından iddialı, kararlı bir özelleştirme programı açıkladık ve sür'atli bir şekilde hem yabancı yatırımcıların, hem yerli yatırımcıların bu alana ilgi duymasını ve özelleştirme programının tamamlanmasını beklemekteyiz.

Bu arada, özelleştirme uygulamalarımız açısından Rekabet Kurumuyla da yoğun ilişkilerimiz olmakta. Çünkü, her özelleştirmeye ilgili olarak rekabeti

bozucu bir ortamın bulunup bulunmadığıyla ilgili olarak değerli Kurul üyelerimizin görüşleri önem arz etmektedir.

Ancak, şunun önemli olduğuna inanıyorum: Rekabeti bozucu unsurların bulunup bulunmadığını bir kapalı ekonomi mantığı içerisinde düşündüğümüz takdirde yanılırız. Veya yasalarımız, o anlayış tarzının henüz tasfiye edilmediği bir algılamamızın ürünü olarak düzenlenmişse, bunun da düzeltilmesi gerekir diye düşünüyorum. Çünkü, artık sınırlar açılmış, uluslararası rekabet korkunç düzeylere ulaşmış, belli bir ülke açısından tekel gördüğünüz hâdise sınırlar ve gümrük duvarları açıldığı takdirde uluslararası rekabetin baskısı altında tekel olma niteliğini doğrudan doğruya kaybetmektedir. Ve de, o uluslararası rekabete karşı belki de güçlü bir yapının zaten burada var olması gerekebilir.

İktisatta kavramlar, kurallar, anlayışlar dinamik bir anlam ifade ediyor. Statik, durağan değerlendirmeler her zaman bazı eksiklikleri zaman zaman içeriyor. Gelişen koşulları okumak son derecede önemli bir hâdise olarak değerlendiriliyor. Ama şunu biliyoruz ki, uluslararası rekabetin sağlanabilmesinde rekabetçi bir strateji üretebilme kabiliyetine sahip firmaların varlığı son derecede önemlidir. Bunun sağlanabilmesi için o ülkede firma bazında, işletmeler bazında bir rekabet kültürünün, rekabet refleksinin gelişmiş olması en önemli hâdisedir. Her ne kadar uluslararası rekabeti belirleyen değişik faktörler ön plâna çıkıyorsa da, maliyetler vesaire sürekli tartışılıyorsa da, asıl belirleyici olanın rekabet kültürü ve rekabet refleksi olduğu bir gerçektir. Bu refleks zaman zaman kötü niyetlerle kullanılmaya başlandığında da devletin bir düzenleyicilik fonksiyonunun ön plâna çıkması lâzım.

Rekabetin bozulduğu, haksız rekabetlerin ortaya çıktığı ve güçlü firmaların piyasa koşullarından da yararlanarak piyasa mekanizmalarını bozmaya yönelik birtakım oluşumlar ve davranışlar sergilemeye başladığı ortamda elbette devletin düzenleyici fonksiyonu ortaya çıkacaktır, çıkması gerekmektedir; bu da Anayasamızın 167'nci maddesinde düzenlenmiştir. Devlete, piyasada oluşacak tekelleşmeyi ve kartelleşmeyi önleme görevi yüklenmektedir. Bu görevin bir gereği olarak, bağımsız bir üst kurul olarak Rekabet Kurumu oluşturulmuştur. 1997 yılından bugüne kadar gerçekten altı yıl geçmiştir. O altı yıllık süre zarfında Başkanlarıyla, Yönetim Kurulu üyeleriyle, tüm personeliyle önemli hizmetler yaptığını inanmaktayım. Bu Kurumda emeği geçen tüm arkadaşlarımıza ayrı bir sevgimiz, ayrı bir saygımız vardır. Kendilerine teşekkür ediyoruz. Bundan sonra bu Kurumda görev alacak, bu fonksiyonları ileriye taşıyacak olan değerli arkadaşlarımız da çok önemli görevler ifa edeceklerdir; onlara da başarılar diliyoruz.

Türkiye'nin gücünün, Türkiye ekonomisinin niteliğinin gelişebilmesi için bu Kuruma büyük görevler düşmektedir. Belirttiğim gibi, rekabet kültürü, rekabet refleksi son derecede önemlidir.

Piyasa mekanizmasından yararlanarak bu rekabet ortamının bozulması sadece bir firmanın başka firmalar aleyhine bir yapı geliştirmesi anlamına gelmez, aynı zamanda topyekün bir ekonominin zaafa uğraması anlamına gelir. Bu zaaf ortamının ortadan kaldırılabilmesi için Rekabet Kurumunun görevlerini yerine getirirken uyguladığı kurallar ve hassasiyetler son derecede önemlidir.

Elbette bazı sorunlar var, aşılması gereken problemler var; yasalardan kaynaklanan bazı sıkıntılar bulunabilir. Ama, zaten hayatın var olduğu yerde sorunlar olur. Önemli olan o sorunları çözme iradesidir.

Ben, Hükümetimizle Kurum arasında kurulacak diyaloglarla, özellikle yasal bazdaki sorunların, aşılması gereken noktaların, Kurumun görüşlerinden yararlanmak suretiyle aşılabacağına inanıyorum. Bazı küçük değişikliklere ihtiyaç var. Onun ötesinde, diğer bazı sektörlerle yönelik olarak kurulmuş, oluşturulmuş bulunan üst kurullarla Rekabet Kurumu arasında eşgüdümün varlığı, devamı son derecede önemli. Ama, bunların hepsi şu ana kadar önemli bir problem arz etmeden, sağlıklı bir yapıya ait görüntüleri veren bir çizgide yoluna devam etmektedir.

Her şeyin daha güzel olması için, daha iyi olması için gerekenlerin yapılması için de irade vardır. Bu irade elbette Türkiye'yi güzel günlere taşıyabilme özelliklerine de sahiptir diyorum.

Av. Gönenç GÜRKAYNAK

White&Case LLP, Brüksel

TEBLİĞ METNİ

Rekabet Hukukunda Yoğunlaşmaların Kontrolü: “Neden ve Nasıl” Üzerine Düşünceler.

“Niçin Yoğunlaşmaların Kontrolü?” sorusu etrafında bir tebliğ sunmam teklif edildiğinde bunu yapmanın iki yolu olduğunu düşündüm. Bunu salt yoğunlaşmaların rekabet hukuku eliyle kontrolüne neden ihtiyaç duyulduğunun teorik temellerinin verildiği bir tebliğ olarak tasarlamak da mümkündü, “hakikaten, neden yoğunlaşmaları kontrol ediyoruz?” biçiminde bir sorgulamaya dönüştürmek de. Ben, genel olarak rekabet hukuku anlayışı bakımından yakın

olduğum okul dolayısıyla, Türk Rekabet Kurumu'nun tam beş sene evvel kurulduğundan günden bu yana her tür tartışmaya ve görüşe coşkuyla sahip çıkmasından da cesaret alarak, soruyu zaman zaman ikinci anlamında alıp biraz sorgulama da yapmaya başlamak isterim.

“Niçin Yoğunlaşmaların Kontrolü?” sorusu etrafında şekillendirmeye gayret ettiğimiz bu tartışmada, öncelikle birleşme ve devralmaların kontrolünde tutarlı ve anlamlı bir rekabet hukuku politikası oluşturulabilmesi için “amaç” tartışmasının olgunlaşmasının önemini ortaya koymaya çalışacağız. Ardından, hem yoğunlaşmaların kontrolü konusunda hem de genel olarak rekabet hukukunda “amaç” tartışmasının genel çerçevesini çizerek oyun alanını belirginleştirmeye gayret edeceğiz. Daha sonra, yoğunlaşmaların kontrolü bakımından bu oyun alanındaki doğru pozisyonun ne olduğuyla ilgili düşüncelerimize ve bu düşüncelere bağlı olarak Türk rekabet hukuku uygulamasında atılması anlamlı olan ilk adımlara yer vereceğiz.

Kanımcıca, “rekabet kültürünü yerleştirme ve bunu yaparken hep beraber görüp öğrenme” dönemini başarıyla geçirdiğimiz ilk beş senenin sonunda, Türk rekabet hukuku uygulaması için de “amaç” meselesinin derinliklerine inilmesinin zamanıdır. Böylelikle hem “hukuk ve iktisat” bakımından anlamlı hem de Türkiye’deki sosyoekonomik şartlarla doğru biçimde kol kola giren bir politikanın oturtulması mümkün olacaktır. Bugün, birleşme ve devralmaların kontrolü konusu özelinde bu yönde bir adım atmaya gayret edeceğiz. Umuyorum ki, hukukçuların başka hukuk alanlarındaki tecrübeleri dolayısıyla son derece iyi bildikleri üzere, amaç tartışması ne kadar olgunlaşırsa, anlamlı ve tutarlı bir rekabet hukuku politikası oluşturmak da o kadar mümkün ve kolay olacaktır. Bu noktada, “Niçin yoğunlaşmaların kontrolü?” sorusuyla ilgilenirken neden dönüp dolaşıp “amaç” tartışmasına girmek zorunda olduğumuzun altını çizmek herhalde faydalı olacaktır. Zira, kanımızca, bütün mesele bu sorunun rekabet hukuku için anlamlı bir “amaç” perspektifi akılda tutularak cevaplanabilmesi meselesidir. Rekabet hukuku için ulaşılması mümkün ve anlamlı bir “amaç” anlayışı ise ancak bu anlayış ve uzantısı olan politika tercihleri iktisadi olarak anlam ifade ettiği sürece oluşturulabilir. ABD Yüksek Mahkemesi’nin *Syufy Enterprises*¹ kararında açıklıkla ortaya koyduğu gibi, “Bütün rekabet hukuku davaları iktisadi olarak anlam ifade etmek zorundadır”. Bunu, “rekabet hukuku altında anlam ifade edecek bir amaç perspektifinin ve buna bağlı rekabet politikasının öncelikle iktisadi olarak anlam ifade etmesi gerekir” biçiminde okumak da mümkündür.

¹ *Syufy Enterprises v. United States*, 404 U.S. 802 (1971).

Konunun bu yönüne girmeden evvel, bugün elde edebileceğimiz en önemli kazanımın birleşme ve devralmaların kontrolü bakımından amaç tartışmasının önemine inanılması ve Türk rekabet hukukunun farklı alanlarında amaç tartışmasının artarak devam etmesi olduğunu düşündüğüm için, sunumumun girişini “Niçin yoğunlaşmaların kontrolü?” sorusu niçin önemli?” sorusuna ayırdım. İlk bakışta biraz karmaşık görünen bu soru aslında konunun ta temelinde yer almaktadır.

(1) Olgunlaşmış Bir Amaç Perspektifinin Yoğunlaşmaların Kontrolü İçin Önemi

Yoğunlaşmaların kontrolü, belki de rekabet hukukunun en incelikli alanlarından biridir. Bunun böyle olduğu avukatın dikkatini her zaman çekmeyebilir. Neticede, hele ilgili ürün pazarını iyi biliyorsanız, yapılan bildirim rekabet hukuku uygulamanızın oldukça standart bir kısmını oluşturmaya başlayabilir. Asıl ilginç ve incelikli işlerin soruşturmalarda verilen savunmalar ve genel olarak müvekkillere rekabet hukuku labirentlerinde yol gösterici rol oynanan “önleyici avukatlık” işleri olduğu fikri kolayca egemen olur. Sonuçta, bildirimi Amerika’da Federal Ticaret Komisyonu’na da, Avrupa’da Komisyon’a da, Türkiye’de Rekabet Kurumu’na da yapıyor olsanız, en temel kural aynıdır: İstisnai durumlar hariç, tarafların işlem sonrası pazar payı önemli seviyelere ulaşmadıkça, ortada çok fazla tartışılması gereken bir konu yoktur. Bir sene içinde bir rekabet hukuku avukatının önüne gelen bildirim işlerinden büyük bölümü de bu “zararsız” kategoriye ait olur. Zaman zaman bu bildirimlerin incelenmesi sırasında ilgili rekabet otoritesi tarafından hassasiyet gösterilen konular ilerisi için kaygı yaratabilse de, aynen tuttuğunuz takım lider durumdayken ve tüm maçlarını kazanıyorken takımınız aleyhine verilen hatalı hakem kararlarına “bu hakemlerle bu lig bitmez” tepkisi vermeye zahmet etmeyeceğiniz gibi, müvekkiliniz bir sorunla karşılaşmadıkça birleşme ve devralmaların kontrolündeki belli tercihleri sorgulamadan yaşamanız mümkündür.

Öte yandan, ilgili rekabet otoritesinin ve temyiz merciinin bir an için bile böyle bir lüksü yoktur. Türk Rekabet Kurumu izin verirken de, izni belli şartlara bağlarken de her an kendi politika tercihlerini ve amaç anlayışını gözden geçirmek, bu konularda dünyanın nereye gittiğiyle irtibat halinde olmak ve Türkiye’deki rekabet hukuku uygulamasıyla ilgili tüm çevrelere amacına uygun sinyalleri vermek zorundadır. Üstelik, eğer ortada gerçek bir kontrol faaliyeti varsa, elbette “izin için bildirimde bulunulan işlemin reddi” de bir olasılık olarak daima oradadır. Özellikle bu olasılık gerçekleştiğinde, hem avukatın ve müvekkilin hem de Türk Rekabet Kurumu’nun ve Danıştay’ın belli sorgulamalar için hazır olması gerekir. Bu sorgulamalar, hiç şüphe yok ki,

özellikle “amaç nedir?” sorusu etrafında yoğunlaşacaktır. Hele Türk rekabet hukuku rejimi gibi rekabet hukuku politikasını yeni yeni oluşturmaya başlayan bir hukuk sisteminde bazı rekabet politikası tercihleri sorgulanacaksa, bu sorgulamalara girişmeden evvel rekabet hukuku uygulaması ile neyin amaçlandığını özenle ortaya koymak ve “rekabet hukuku”nun nasıl tanımlandığına dikkatle yaklaşmak gerekecektir.

Ayrıca, yoğunlaşmaların kontrolü meselesiyle doğrudan ilgili pek çok başka konunun çözümlenmesinde de sağlıklı ve yeterince tartışılmış bir amaç perspektifinin yerleşmiş olmasının büyük önemi vardır. Örneğin, 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un² ülke dışı uygulanması meselesinden (Erol, 2000; 154-156) başlayıp Türkiye’de üzerinde çalışılan özelleştirmelerle rekabet hukuku uygulamasının dayanışma içine girmesinin nasıl sağlanacağına (Öz, 1999; 4)³ kadar pek çok başka konu bile “amaç” kavramının doğru tanımlanmasını gerektirmektedir. Bu konuların da yoğunlaşmaların kontrolü sorusuyla doğrudan ilgili olduğuna şüphe yoktur. Bir ucu Türkiye’yi de etkileyen yoğunlaşma doğurucu birleşme ve devralma işlemleri sıklıkla uluslararası nitelik arz edebilmektedir. Benzer biçimde, özelleştirmelerin rekabet hukuku prensipleri ve tercihleri göz önüne alınarak yapılmasında da yoğunlaşmaların kontrolü ile ilgili tercihler doğrudan rol oynayacaktır.

Kaldı ki, Türkiye’nin Avrupa Birliği’ne tam üyelik yolunda ilerlediği, Avrupa Birliği ve ABD makamlarının pazarların işleyişini denetlerken işbirliği olanaklarını her geçen gün biraz daha artırdığı ve hem ticarete hem de rekabete etki eden unsurlardan pek çoğunun belirlenmesinde ulusal sınırların anlamsızlaşabildiği şu dönemde, Türk rekabet hukuku uygulamasının uluslararası alandaki rolünü sancısız ve anlamlı bir biçimde yerine getirebilmesi için de, amacın ne olduğu tartışmasının olgunlaşmaya başlaması gerekmektedir. Bir başka deyişle, “pazarların uluslararası nitelik kazanması, rekabet hukuku normlarının uygulanma alanını değiştiren bir durum olarak, rekabet hukukunun amacının açıklığa kavuşmasını gerekli kılmaktadır.” (Gerber, 1988; 694)

Üstelik, Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde ve dışında Türk pazarlarını etkileyecek biçimde ticari faaliyet gösteren tüm tacirlerin de genel olarak Türk rekabet hukuku uygulamasında ve yoğunlaşmaların kontrolü bakımından sağlıklı bir amaç perspektifinin yerleşmesinde büyük menfaatleri vardır. Neticede yarı-

² 13 Aralık 1994 tarih ve 22140 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir. Çalışmanın geri kalanında, “Rekabetin Korunması Hakkında Kanun”, “Türk Rekabet Kanunu”, “4054 Sayılı Kanun” yahut “RKHK” olarak anılacaktır.

³ “Arzu edilmemekle birlikte, özellikle uygulamada ortaya çıkan bazı sonuçlara bakıldığında, özelleştirmenin sonuçları ile rekabet hukukunun amaçlarının çatışması da mümkün olabilmektedir.” (Öz, 1999; 4)

cezai nitelik arz eden rekabet hukuku uygulamasının herhangi bir amaca hizmet edebilmesi ve kendi kendisinin düşmanı halini almaması için, bu hukuk alanındaki uygulamanın “öngörülebilir” olması büyük önem taşımaktadır. Rekabet hukuku uygulamasına bu özelliği kazandırmanın başlıca yolu ise belirgin ve olgunlaşmış bir “amaç” perspektifi etrafında birbiriyle tutarlı kararların alınmasıdır. Rekabet hukukunun, nasıl bir amaç perspektifi benimsenirse benimsensin, amacına ulaşabilmesi için, müteşebbislerin pazarda kendine güven içinde ticari faaliyette bulunabilmeleri ve zaten ticaret hayatının doğasında olan riskin üzerine bir de hukuk eliyle getirilen suni bir riskin altında kalmamaları gerekir. Rekabet hukuku ancak açık prensipler dahilinde ve anlamlı bir “amaç” perspektifiyle uygulanırsa kendi başına bir “risk” olmaktan çıkıp ticari kararlara sağlıklı biçimde dahil edilebilecek bir veriye dönüşecektir. Bir ticari karar olarak, “şirketin birleşme ve devralma işlemine taraf olmasına” karar vermekle ilgili durum da farklı değildir.

Son olarak, bu tebliğ kapsamında değinilmeyecek olsa da, “amaç” kavramının nasıl şekillendiğinin rekabet hukuku muhakeme sürecinde izlenecek usule de etkisi olduğu tespit edilmelidir. Bu etki, yukarıda bahsedilen tutarlılık ve öngörülebilirlik ile de ilgilidir. Zira, “Rekabet Kanunu’ndaki usul hükümlerine egemen olan (ve olması gereken) ilkelerin belirlenmesi, ortaya çıkan usuli sorunların çözümü, genel ifadeyle kanunun yorumu, Rekabet Kanunu’nun amacı ile doğrudan ilişkilidir” (Yılmaz, 1999; 89). Dolayısıyla, rekabet hukuku muhakeme sürecini “olması gereken”e yaklaştıracak prensipleri oluştururken de net ve olgun bir “amaç” perspektifine ihtiyaç vardır.

Yoğunlaşmaların kontrolü için politika belirlenirken amaç tartışmasının niçin kaçınılmaz ve önemli olduğunu bu şekilde genel hatlarıyla ortaya koyduktan sonra, söz konusu amaç tartışmasının genel çerçevesini de çizmekte fayda vardır.

(2) Amaç Tartışmasının Sınırları: Yoğunlaşmaların Kontrolünde Olası Amaçlar

Bu aşamada görülmesi gereken önemli bir nokta, rekabet hukukunun geri kalan sahalarındaki uygulama için kabul edilen “amaç” perspektifi ile yoğunlaşmaların kontrolü için kabul edilen amaç yaklaşımının birbirinden ancak bir ölçüde farklı olabileceği ve nihai olarak ortak bir tabana sahip olmaları gerektiğidir. Dolayısıyla, yoğunlaşmaların kontrolü için benimsenebilecek olası amaçlarla ilgili olarak genel bir çerçeve çizmek için, genel olarak rekabet hukukunun olası amaçlarına kısaca göz atmak yeterli olacaktır. Daha önce kısaca değindiğimiz üzere, kaynağını iktisat biliminin veri ve bulgularından alması rekabet hukuku uygulamasının ayaklarını yere bastıran önemli bir unsurdur. Serbest piyasa mekanizmasının en yüksek toplumsal refah seviyesini

sağlayacak kaynak dağılımına yol açması için, rekabetçi biçimde işliyor olması gereklidir. Serbest piyasa mekanizmasının doğal işleyişi ise bu rekabet sürecini zayıflatacak biçimde olabilmektedir. Bu durumda hukuk eliyle söz konusu rekabet sürecinin korunması gerekmektedir. Bu şartlar altında, rekabet hukukunun çıkış noktalarından birinin refahın en yüksek seviyeye çekilmesine yardımcı olmak olduğuna şüphe yoktur. Bu sebeple de, rekabet hukukunda başlıca amaçlardan birinin iktisadi etkinliği sağlamak olduğu, ilk olarak ABD rekabet hukukunda ortaya çıkan örnek kararlar⁴ öncülüğünde, genel kabul görmektedir. Bugün rekabet hukuku sahasındaki başlıca tartışma “iktisadi etkinliğin sağlanması” amacının yanısıra rekabet hukukunun başka amaçları da olup olmadığıdır.

İktisadi etkinliğin sağlanması amacına önem veren görüşün, bundan başka hiçbir amacın kabul edilemeyeceği yönünde ciddi bir uzantısı vardır. Rekabet hukukunun tüm amacını iktisadi etkinliğin sağlanmasından ibaret gören görüşün en iyi ifade edildiği metinler genellikle Chicago ekolü yazarları (Posner, 1979 ve Bork, 1978) tarafından kaleme alınmış olmakla beraber, Harvard ekolünün en önemli temsilcileri olan Areeda ve Turner (1978) da zaman zaman bu görüşe oldukça yaklaşmışlardır.⁵ Rekabet hukuku bakımından bir ekonomik modelde ifade bulamayacak başka değerlerin varlığına inanan ve bu sebeple hem “iktisadi etkinliğin korunması” amacının yanısıra başka amaçları da rekabet hukuku analizine dahil eden hem de iktisat biliminin rekabet hukuku sahasındaki rolünü nispeten kısıtlı gören bir başka ciddi akım ise “küçük teşebbüslerin büyük teşebbüslerden korunması”, “tüketicinin korunması”, “ekonomik ve siyasi gücün bir elde toplanmasının önüne geçilmesi”, “adil bir gelir dağılımının sağlanması”, “pazara giriş kolaylığının muhafaza edilmesi”, “teşebbüslerin ticari tavırlarında hakçalığın (fairness) özendirilmesi” ve hatta “dev şirketlerin gayrişahsi (impersonal) iş görme biçimlerinin engellenmesi”

⁴ United States v. General Dynamics Corp., 415 U.S. 486 (1974); Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania Inc., 433 U.S. 36 (1977); *Brunswick v. Pueblo Bowl-O-Mat*, 429 U.S. 477 (1977); *National Society of Professional Engineers v. United States*, 435 U.S. 679 (1978); Broadcast Music, Inc. v. Columbia Broadcasting Sys., Inc., 441 U.S. 1 (1979); *Reiter v. Sonotone Corp.*, 442 U.S. 330 (1979).

⁵ Bu yazarlara (Areeda ve Turner, 1978; 103-105) göre, rekabet hukukunun diğer (ekonomik olmayan) amaçlarını desteklemenin uygun yöntemi “doğrudan bu konulara ilişkin bağımsız yasalar çıkartmak”tır. “Her hangi bir makul yorum tarzına bağlı kalındığı müddetçe, rekabet hukuku bu amaçlar bakımından ancak marjinal bir etkiye sahip olabilir. Üstelik, birbiriyle çatışan menfaat ve amaçların tartılıp değerlendirilmesi mahkemeleri, esasen politik olan ve haklarında uygulanabilir bir yasal standart bulunmayan kararlarla karşı karşıya bırakır. Bu da onların üstlenmek için yeterli olanağa ve donanımına sahip olmadıkları bir düzenleyici ve denetleyici rolü üstlenmelerine yol açar.”

gibi hususları rekabet hukukunda “amaç” olarak görmektedir (Örneğin, Sullivan, 1975; Elzinga, 1977; Schwartz, 1979; Pitofsky, 1979 ve Hovenkamp, 1982).^{6 7}

Türk rekabet hukuku bakımından ise, yukarıda doktrin ve yargı kararlarından örneklerle ortaya koyduğumuz olası amaçlar listesinin bir benzerine Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un Genel Gerekçesi’nde⁸ yer verilmektedir (Farklı olası amaçların ilgili paragraf içinde daha rahat görülebilmesi için, parantez içindeki vurgular eklenmiştir):

“Rekabet sürecinin korunması ile, ülke kaynaklarının halkın taleplerine göre dağıtımı (*dağılım etkinliği*) sağlanırken, artan ekonomik verimlilik ile birlikte, genel refaha olumlu katkılar da sağlanmış olacaktır (*toplumsal refah*). Ticari faaliyete katılanlar arasındaki rekabet, daha verimli üretim ve işletmeciliği beraberinde getirirken, daha az kaynak kullanılmasını, daha az maliyetle üretim yapılmasını (*maliyet etkinliği*), teknolojik yenilikler ve gelişmelerin ortaya çıkmasını (*dinamik etkinlik*) teşvik edici bir görev üstlenmiş olacaktır. Bu da daha kaliteli mal ve hizmeti daha ucuza alabilme fırsatının doğması, böylece tüketicilerin ve toplumun tümünün refah düzeyinin artması sonucunu doğuracaktır (*tüketici refahı ve toplumsal refah*). Rekabet düzeni ile yukarıda belirtilen amaçların yanında ikincil amaçlara ulaşmak da hedeflenmektedir. Her şeyden önce rekabet düzeni, pazara giriş engellerini ortadan kaldırarak, küçük işletmelerin korunmasına (*küçük teşebbüslerin korunması*) yardımcı olmaktadır...Öte yandan, rekabet düzeni piyasada doğruluk ve dürüstlüğün yaygınlaşmasına da katkıda bulunmaktadır (*hakçılığın özendirilmesi*). Ayrıca, rekabetçi ortamın enflasyonun aşağı çekilmesinde önemli yararları olduğu da bilinmektedir (*enflasyonla mücadele*). Rekabet Kanunu ile çözümlenmesi beklenen diğer önemli bir husus da, ülkede girişimci ruhun yeniden canlandırılmasıdır (*girişimciliğin teşvik edilmesi*).”

Görüldüğü gibi, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un Genel Gerekçesi’nde rekabet hukukunda “amaç” olarak görülebilecek pek çok kavrama yer verilmiş ve aralarında birincil-ikincil ayırımı yapılmakla beraber bu kavramların tümünün ulaşılacak amaçlar olduğu fikrinden hareket edilmiştir. Bu noktada, artık tartışmanın cereyan ettiği sahanın genel çerçevesini de

⁶ Rekabet hukukuna ekonomik amacı dışında verilen diğer amaçlara dair tartışmaların iyi bir özeti için bkz. Sullivan ve Grimes, 2000.

⁷ Ayrıca, daha önce monopolize edilmiş yahut regülasyona tabi pazarların özgürleştirilmesi ve rekabete açılması da rekabet hukukunun amaçlarından biri olarak zaman zaman dile getirilmiş ise de (Bellamy ve Child, 1996; 12), aslında bunun da tanımlanması gereken başka bir ana amaca yönelik bir politika kararı olduğu açıktır.

⁸ Rekabetin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı ve Adalet ve Sanayi ve Teknoloji ve Ticaret Komisyonları Raporları (1/542), T.C. Başbakanlık Kanunlar ve Kararlar Genel Müdürlüğü, Sayı: B.02.0.KKG/101-485/04689 ve Tarih: 10.5.1993

çizdiğimizize göre, bu konulardaki açıklamalarıma “amaç” konusundaki görüşümü kısaca özetledikten sonra devam etmem belki bu tebliğ sonrasındaki tartışmaları şimdiden tetikleyebilmek bakımından daha iyi olur.

Rekabet hukuku uygulaması için ve bu arada yoğunlaşmaların kontrolü için görüşüm, (sonuçta her biri iktisadi etkinliğe ait kavramlar olan dağılım etkinliği, maliyet etkinliği ve dinamik etkinlik hariç) yukarıda bahsedilen kavramlar arasında hangisinin amaçlandığı konusunda bir seçim yapılması gerekebileceği ve pek çok durumda bu kavramların beraberce amaçlanamayacağıdır. Buna bağlı olarak, kanımca, Türk rekabet hukukunun genel olarak ve bu arada yoğunlaşmaların kontrolü için takip etmesi gereken birincil amacı iktisadidir ve “iktisadi etkinliğin sağlanması suretiyle toplumsal refahın⁹ en üst seviyeye çekilmesi” amacıdır.

Yoğunlaşmaların kontrolündeki amacın ne olduğu tartışmasının genel çerçevesini çizerken bir şey kesin bir biçimde göze çarpmaktadır: Rekabet hukukunun pek çok sahasında olduğu gibi, “amaç” analizinde de siyah-beyaz bir görüntü yoktur. Rekabet hukukunun amacı olarak ortaya konulan her bir değerini ilgili olduğu sosyoekonomik şartlar içinde ele alınması ve hem kanımızca ana amaç olan “iktisadi etkinlik” amacından ne ölçüde sapma yaratacağına, hem de getirileriyle götürülerinin objektif bir mukayesesine göre değerlendirilmesi gerekir. “Amaç” konusu irdelenirken, genelgeçer bir formül değil, yukarıda adını koyduğumuz diğer faktörleri de tartabilecek bir terazi kullanılmalıdır. Dolayısıyla, farklı sosyoekonomik koşullar rekabet hukukuna farklı amaçlar yüklenmesini haklı kılabilir.

Öte yandan, salt belli bir ülkede farklı sosyoekonomik koşullar var diye amaç analizinde bir karmaşa yaşamak da hata olacaktır. Örneğin, Türkiye’de amaç analizi yapılırken görülmelidir ki, rekabet hukuku uygulamasında ve yoğunlaşmaların kontrolünde yalnızca “iktisadi etkinliğin sağlanması suretiyle toplumsal refahın en üst seviyeye çekilmesi” amacının takip edilmesi gerektiğini

⁹ Bu noktada neden “tüketici refahı”nı değil “toplumsal refah”ı esas aldığımızı çok kısaca açıklamak faydalı olabilir. Nihai amaç olarak tüketici refahını değil toplumsal refahı en üst seviyeye çekmeyi görmemizin ana sebebi, refahın bölüştürülmesine ilişkin düşüncelerin rekabet hukukundaki amaç analizinin dışında tutulması gerektiğini düşünmemizdir. Özellikle Türkiye gibi büyüme ve bölüşüm dengelerinde önemli sorunlar olan bir ülkede sosyal adaletin sağlanması kendi içinde son derece önemli bir araç olmakla birlikte, bunun için doğru aracın (örneğin bir defa rekabet hukuku doğru amaç perspektifiyle uygulanarak toplam pasta büyütüldükten sonra vergi ve maliye politikalarının kullanılması gibi) kullanılması gerekir. Gelirin nasıl dağıtılacağına ilişkin kaygıların amaç tanımına sokulması halinde bu durum zaman zaman etkinliğin sağlanması amacıyla çelişerek rekabet hukukunu acizleştirecektir. Refahın adil paylaşılmasına yönelik sonuçları doğurmaya rekabet hukuku uygulamasından daha elverişli başka araçlar da mevcut bulunduğuna göre, rekabet hukuku uygulaması sosyal politika alanında kendi üzerine düşeni yapmak ve iktisadi etkinliği hedefleyerek toplumsal refahı artırmaya odaklanmak durumundadır.

savunurken, iktisadi etkinlik sağlandı diye Türk ekonomisinin, özellikle de imalat sanayiinin, yapısal sorunlarından kurtulacağını varsaymış olmuyoruz. Dolayısıyla, rekabet hukuku doğru uygulanırsa etkinlikte ve verimlilikte sağlanacak olan artışın, istihdam, ücretler ve yatırım artışları gibi alanlarda gerekli etkiyi yaratmaması olasılığı bulunduğunu düşünüyoruz. Hatta, Türk ekonomisindeki etkinlik artışlarının Türk Rekabet Kurumu'nun teşkilatını oluşturarak faaliyete geçtiği dönemden önceki önceki akıbetine bakacak olursak,¹⁰ bu olasılığın son derece kuvvetli olduğunu görürüz.

Elbette bu durum, hem Türk ekonomisi bakımından hem de Türkiye'de rekabet hukuku uygulamasının anlamlılığı bakımından çok önemli bir meseleyi içermektedir. Yine de, bağımsız olarak üzerinde önemle durulması gereken bu sorunun varlığı, Türk rekabet hukuku uygulamasındaki doğru amacın ne olduğu tartışmasına doğrudan etki edemez. Zira, "amaç" kavramı, bu amaca ulaşılması halinde beklenen faydanın meydana gelip gelmeyeceğinden bağımsız olarak incelenmelidir. Amaca ulaşıldığı halde arzulan etkilerin doğmaması olasılığı sebebiyle "amaç" tanımı tahrif edileceğine, bu olasılığı ortadan kaldırmak için, uygun vasıtalar kullanılarak, ayrıca mücadele edilmelidir.

Aslında "Niçin Yoğunlaşmaların Kontrolü?" sorusuyla ilgilenirken yapılması uygun olan, yukarıda yer verilen amaç yaklaşımlarının teker teker incelenip tartışılması ve böylece olgunlaşması bu derece önemli olan "amaç" tartışmasının her bir olası amaç bakımından ayrı ayrı yapılmasıdır. Yoğunlaşmaların kontrolü meselesiyle sınırlı bile olsa öyle bir çaba bu tebliğin kapsamını aşacağı için ve üstelik genel olarak rekabet hukuku uygulamasının amacı meselesiyle ilgilenen detaylı bir çalışmayı zaten yakında bugün başladığımız bu tartışmaya dahil etmeyi umut ettiğim için, ben burada konunun öncelikle tartışılması gereken ana hatları üzerinde duracağım.

(3) "Niçin Yoğunlaşmaların Kontrolü?" Sorusu Üzerine Bazı Düşünceler

(A) Fiyatlandırma Meselesi ve Enflasyonla Mücadele

Elbette, "Niçin Yoğunlaşmaların Kontrolü?" sorusunun öncelikle tartışılması gereken açılımı, yoğunlaşma olan sektörlerde rekabetçi fiyatlandırmanın olamayacağı varsayımdır. Bu varsayım, birleşme ve devralmaların kontrolü esnasında yüksek pazar payından rahatsızlık duyulmasının en önemli sebeplerinden birini oluşturmaktadır. Dolayısıyla, tüketici refahının korunması ile yüksek pazar paylarının engellenmesi arasında bir bağlantı kurulabilmektedir. Hele bir de Türkiye'deki enflasyon koşullarının

¹⁰ Bu konuda net bir fikir veren çalışmalar için bkz. Boratav, Yeldan ve Köse, 2000 ve Taymaz, 1999.

ağırlığı, bu koşulların meydana getirdiği hasar ve sosyoekonomik şartlar ile rekabet hukukundan beklenenler arasındaki ilişki göz önünde tutulduğunda, “Niçin Yoğunlaşmaların Kontrolü?” sorusuna “çünkü yoğunlaşma kötüdür” gibi bir cevap verilmesi olasılığı artmaktadır. Bu, son derece tehlikeli bir olasılıktır.

Bu yüzeysel yaklaşıma saplanıp kalmak, yoğunlaşmaların kontrolü faaliyetini salt yüksek pazar payından ürken ve bu ürküntü içinde asıl amaç perspektifini gözden kaçıran bir noktaya kolayca getirebilir. Yoğunlaşmaların kontrolü konusunda, “büyük kötüdür” düşüncesi etrafındaki bir ezbere uygulama uzun vadede hiçbir tutarlı rekabet hukuku politikasına hizmet edemeyecektir. AFONSO’nun yerinde olarak tespit ettiği gibi, “prensipten ziyade rekabetçi bir pazar yapısını koruma amacıyla tüketicinin refahını artırma amacı arasında bir çatışma olmamalıdır...Yoğunlaşma gösteren pazarlar genellikle tüketici menfaatlerine rekabetçi pazarlar kadar iyi hizmet etmezler...Yine de, yüksek yoğunlaşma içeren pazarlarda yapılacak tüm birleşmeleri engelleyen ve sadece önceki yetersiz durumu korumaya çalışan müdahaleler tüketicilere yardım etmemektedir. Bu sebeple, tüketici refahına dikkat eden hukuk uygulaması bir birleşmenin mevcut rekabetçi duruma nasıl etki edeceğine odaklanmaya meyletmektedir. Bu gerekli perspektif, her bir işlemin rekabetçi ve rekabete aykırı etkilerinin değerlendirilmesindeki maliyete rağmen seçici birleşme politikalarının kabul edilmesinin ve hazır şablon hukuka aykırılık kurallarının reddedilmesinin arkasındaki mantığı oluşturmaktadır.” (Afonso, 1992; 64)

Dolayısıyla, izne tabi birleşme ve devralma işlemi sonrasında tarafların sahip olacağı pazar payı ne olursa olsun, bu işlemin rekabete ilişkin etkilerinin ve iktisadi etkinlikle ilgili açılımlarının dikkatle değerlendirilmesi gerekir. Özellikle Türkiye’deki sosyoekonomik şartlar gözönüne alındığında, bu dikkatli değerlendirme faaliyetinin ne kadar gerekli olduğu, Türk rekabet hukuku uygulamasında birleşme ve devralma analizlerinde iktisadi etkinliğin amaç olarak benimsenmesinin önemi ve ölçek ekonomilerini sağlayacak işlemlerin yaşatılması için mümkün olan çabanın gösterilmesinin gerektiği görülebilmektedir. Nitekim, T.C. Merkez Bankası Araştırma Genel Müdürlüğü bünyesinde yakın tarihte yapılan bir araştırmada (Kotan, 2002) ulaşılan sonuçlar da, Türkiye’nin diğer ülkeler karşısındaki rekabet gücünü önemli ölçüde yitirmekte olduğunu (Kotan, 2002; 5-15) ortaya koymakta ve sadece parasal önlemlerin yetersiz kaldığı göz önüne alınarak “özellikle verimliliği artırıcı önlemler almak”, “yeni yatırımlar, eğitilmiş insan gücü ve araştırma-geliştirme faaliyetleri gibi yapısal faktörlere yönelmek”, “üretim planlarında büyük ölçekli düşünmek” ve “rekabet imkanlarının iyileştirilmesi için çalışmalar yapmak” zorunlu görülmektedir (Kotan, 2002;15-16). Sosyoekonomik koşullara değindiğimiz şu noktada Türkiye’deki enflasyon ve rekabet hukuku uygulaması

etkileşiminin yoğunlaşmaların kontrolü faaliyetine etkisine geri dönecek olursak, yoğunlaşmaların kontrolü meselesine “enflasyonla mücadele” perspektifinden yaklaşmanın sakıncalı olduğu görülmelidir.

Öncelikle, günümüzde iktisat sahasında yoğunlaşma ile enflasyon arasındaki bağlantının mevcudiyetine ilişkin olarak da niteliğine ilişkin olarak da uzlaşa bulunduğunu söylemek mümkün değildir. Pek çok çalışmada böyle bir bağlantının mevcut olmadığı (ve hatta bazıları bakımından tersine bir bağlantı bulunduğu) sonucuna varılırken, böyle bir ilişkinin mevcut olduğunu iddia eden çalışmaların büyük bir bölümünde de yoğunlaşmanın fiyat artış oranlarına etki düzeyi son derece sınırlı görünmektedir. WEISS’ın ABD’de 1959-1963 yılları arasındaki dönemi esas alacak biçimde yaptığı çalışma, yoğunlaşma ile fiyat artış oranları arasında istatistiksel öneme sahip bir ilişki bulmamıştır (Weiss, 1966; 61). Amerikalı Hakim MCLAREN de, 1970 yılında Birleşik Ekonomik Komite önünde verdiği bir ifadede, Federal Ticaret Komisyonu’nun Rekabet Bölümü’nde kendi denetimi altında ve hem yoğunlaşma bulunan hem de bulunmayan pazarlarda 1963 ile 1969 yılları arasında yapılan bir çalışmayı, yoğunlaşma ile fiyat artışlarının oranı arasında tersine bir ilişki bulunduğunun göstergesi olarak ileri sürmüştür (McLaren, 1971; 99, 102-103). Oysa, Federal Ticaret Komisyonu’nun eski baş iktisatçısı MUELLER ise “Amerika’da kısıtlanmamış pazar gücünün varlığının enflasyona yol açtığını” ileri sürmüştür (Mueller, 1974). Aynı sıralarda başka iki iktisatçı, LUSTGARTEN ve WESTON, yaptıkları bir çalışma ile yoğunlaşma ile fiyat artış oranları arasında bir bağlantı bulunmadığını ileri sürmüşlerdir (Lustgarten ve Weston, 1974). Türkiye’de ise, YELDAN, VOYVODA ve METİN-ÖZCAN tarafından yapılan yeni bir çalışmada, Türk üretim sektörlerinde 1980 sonrası yoğunlaşma ile karlılık arasındaki ilişki de incelenmiş ve 1980 ile 1996 yılları arasındaki dönemde 29 alt sektörden elde edilen veriler üzerinde yapılan araştırmada, kârlılık ile yoğunlaşma gücü arasında önemli düzeyde olumlu ilişki olduğu sonucuna varılmıştır (Yeldan, Voyvoda, Metin-Özcan, 2000).

Çeşitli çalışmaların vardıkları farklı noktalar arasındaki bu karmaşada kesin olan bir şey varsa, o da Joe BAIN’in 1951 yılındaki meşhur çalışmasından (Bain, 1951)¹¹ bu yana, yoğunlaşma olan sektörlerde rekabetçi fiyatlandırmanın olamayacağı gibi bir varsayımın doğmuş bulunduğu. Oysa, bu konu yukarıda yer verdiğimiz tarihsel gelişim süreci içerisinde ABD rekabet hukuku uygulaması gündeminin birinci sırasına oturduğu sırada bu çalışma daha büyük bir ölçekte yinelenmiş ve bu sefer yoğunlaşma bulunan sektörlerde

¹¹ BAIN, seçilen 42 farklı sektörde 1936 ve 1940 yılları arasında yaptığı bu çalışmada, en büyük sekiz firmanın ilgili sektörün toplam %70’inden fazla pazar payına sahip olduğu sektörlerde karlılık oranlarının sektörlerin genelindeki karlılığa göre daha yüksek olduğunu bulmuştur.

diğerlerinden daha yüksek bir karlılık söz konusu olmadığı sonucuna varılmıştır (Brozen, 1974). Bir an için böyle bir bağlantının mevcut olduğu varsayılsa ve söz konusu etkinin varlığının öne sürüldüğü çalışmalarda bu etkinin genellikle çok sınırlı görüldüğü de unutulsa bile, bu kez de bu bağlantının varlığını iddia eden iktisatçılar böyle bir bağlantının nedenleri konusunda fikir ayrılığına düşmektedirler. Örneğin, DEMSETZ'e göre, o bağlantı pazardaki firma büyüklüklerinin çeşitliliği ile karlılık arasında oluşmaktadır (Demsetz, 1974). WEISS ise yoğunlaşma bulunan pazarlardaki yüksek karlılığın bu pazarlarda uyumlu eylemde bulunulmasının kolaylığı dolayısıyla ortaya çıktığını savunmaktadır (Weiss, 1974). Bir diğer görüş ise yoğunlaşma ile kar oranları arasındaki bağlantının yoğunlaşmanın maliyet etkinliğine dair sonuçlarından kaynaklandığını ileri sürmüştür.¹² BOCK ise, bütün bu görüşlere karşı çıkarak, böyle bir bağlantının varlığı kabul edilse de eldeki verilerin anlamlı sonuçlara varmaya elverişli düzeyde olmadığını savunmuştur (Bock, 1972).

Görüldüğü gibi, yoğunlaşma ile enflasyon arasında bir bağlantının mevcut olup olmadığı, böyle bir bağlantının dikkate alınacak ve bir sosyal politika aracı ile takip edilecek bir etki düzeyinde gerçekleşip gerçekleşmediği ve böyle bir etkileşim mevcutsa bunun neden kaynaklandığı konularından her biri tereddüt yaratmaktadır. Burada amacımız, yoğunlaşma ile enflasyon arasında bir bağlantı bulunmadığını iddia etmek değildir. Tezimiz, “enflasyonla mücadele” kavramına Türk rekabet hukuku uygulamasında “amaç” muamelesi yapılmaması gerektiğidir. Bunu ortaya koyarken de iktisat sahasında enflasyon ile yoğunlaşma arasında kurulabilen bağlantının, rekabet hukukuna doğrudan enflasyonla ilgili görev yüklemeyi ve rekabet hukukunu bu taahhüdün ve amaç anlayışının altında bırakmayı haklı kılacak kuvvette olmadığını görmenin önemli olduğunu düşünüyoruz.

Sonuçta “ilgili pazarlar monopolize edilmiş olduğu takdirde para politikası tedbirlerinin etkisinin azalacağı görülebilmekle beraber, rekabet hukuku uygulaması ile enflasyon arasındaki ilişki zayıf ve uzak görünmektedir.” (Handler, 1991; 192) Dolayısıyla, yukarıda yaptığımız biçimde bu kavramlar arasındaki iktisadi bağlantının oldukça bulanık olduğunu ortaya koyarak, yoğunlaşmaların kontrolü faaliyetinin Türk ekonomisinin mevcut sorunları sebebiyle sadece fiyat artışlarına odaklanmasının hatalı olacağını düşünüyoruz.

Genel olarak rekabet hukuku altında ve bu arada yoğunlaşmaların kontrolü özelinde analiz yapılırken sadece kısa vadede fiyatların nasıl etkileneceğiyle değil uzun vadede iktisadi etkinliğin ve toplumsal refahın nasıl etkileneceğiyle ilgilenilmelidir. Meseleye bir an için salt “tüketici refahı”

¹² Federal Ticaret Komisyonu, Politika Planlama ve Değerlendirme Bölümü, BNA Antitrust / Trade Reg. Report No. 692, E-5 (1974).

perspektifinden yaklaşılsa bile, Hakim HAND'in *United States v. Corn Products Refining Co.*¹³ kararında belirttiği gibi, "tüketicilerin uzun vadedeki menfaatleri, kısa vadede fiyatlarda bir düşme meydana gelmesindeki menfaatlerinden daha yüksek olabilir". Elbette, yoğunlaşmaların fiyata etkilerinin tamamen analizin dışında tutulması gerektiğini savunuyor değiliz. Nitekim, bir birleşme ve devralmanın fiyatlara ne şekilde etki edebileceği Amerika'daki ve Avrupa'daki rekabet hukuku uygulamasında da gayet önemlidir. Öte yandan, yukarıda pazar paylarıyla ilgili olarak da açıklamaya çalıştığımız gibi, bunun yalnızca analize etki eden bir faktör olarak görülmesi ve en önemli ölçüde dönüştürülmemesi gerekir. Nitekim, o tarihte Hakim HAND'in bile görmesinin belki de pek mümkün olmadığı fakat bugün rekabet hukuku analizine bir an evvel entegre edilmesi gereken bazı gelişmeler, bizim Türk rekabet hukuku için "amaç" anlayışımızı önemli ölçüde etkilemelidir. Örneğin, artık dünyada bilginin önemi ve dolaşım hızı, ürün icadı ve yeni üretim yöntemi geliştirme hızı gibi nedenlerle, rekabet hukuku analizine tabi konularda dinamik etkinliğin sağlanması amacı, kısa vadede fiyatların düşürülmesi amacının önüne geçebilmelidir. Gerçekten de, rekabet hukuku analizlerinin böyle bir amaç perspektifiyle yapılabilmesi uzun vadede fiyatların düşmesine ve tüketici refahının olumlu etkilenmesine de yol açabilecektir.

(B) Rakip Teşebbüslerin Değil "Rekabet Süreci"nin ve İktisadi Etkinliğin Korunması Gerekliği

(a) ABD Rekabet Hukuku Bakımından

Özellikle amaçsal perspektifler bakımından "son dönem Chicago ekolü" etkisine girmiş bulunan ABD rekabet hukuku uygulaması öncülüğünde, global olarak rekabet hukuku yaklaşımlarında teşebbüslerin birbirleri karşısındaki konumunun korunması fikri giderek önemini yitirmekte ve küçük teşebbüslerin büyükler karşısında korunması fikri de dahil olmak üzere, rekabet hukukunun amaç analizi "teşebbüsün korunması" düşüncelerinden arındırılmaktadır. Kanımızca, bu rekabet hukukunun doğru bir amaç anlayışıyla gelişimi ve rekabeti düzenleyici bağımsız idari otoritelerin pazarlardaki rolünün doğru

¹³ *United States v. Corn Products Refining Co.*, 234 F. 964 (S.D.N.Y. 1916).

anlaşılması bakımından memnuniyet verici bir durumdur.¹⁴ ABD rekabet hukuku uygulaması altında artık küçük teşebbüsün büyük karşısında nasıl etkileneceği değil genel olarak rekabet sürecinin ve bunun sonunda da refah maksimizasyonu amacının nasıl etkileneceği analize konu olmaktadır.

Nitekim, yakın tarihli *Nynex v. Discon*¹⁵ kararında bu prensiplerden bazılarına bağlı kalan ABD Federal Yüksek Mahkemesi, şikayetçinin şikayetinde yalnızca bir rakip olarak kendisine değil, genel olarak “rekabet süreci”ne zarar verildiğini iddia ve ispat etmesini şart koşarak “teşebbüsün korunması” amacını tanımamıştır. Benzer biçimde, *Brown Shoe*¹⁶ kararında da rekabet hukukunun amacı “rakipleri değil rekabeti korumak” olarak ortaya konmuştur.¹⁷ Teşebbüsün korunmasını rekabet hukukunun amacı olarak tanımayan ve “rekabet süreci”ni korunacak değer olarak işaret eden yakın tarihli bu kararlardan evvel de, açıkça “küçük teşebbüslerin korunması amacı”ni reddeden ve esas meseleyi “rekabetin korunması” olarak gören kararlar

¹⁴ Bu noktada, rekabet hukuku verileri altındaki bu görüşümüzün KOBİ’lerin rekabet hukuku dışındaki politika kaynaklarıyla desteklenmesi konusuna ilişkin görüşümüzden bağımsız olduğunun altını önemle çizmek isteriz. Buradaki amacımız KOBİ’lerin kaderlerine terk edilmelerini sağlamak değil, Türk rekabet hukuku politikasını anlamlı ve gerçekleştirilebilir bir “amaç” tanımı çerçevesinde şekillendirecek yönde adım atmaktır. Türkiye’de, özellikle imalat sanayiinin yoğunlaşma oranları dikkate alındığında (bkz. Güneş, Köse ve Yeldan, 1996; 33-47; Kaytaç, Altın ve Güneş, 1993 ve Katırcıoğlu, 1990), KOBİ’lerin desteğe ihtiyaç duydukları açıktır. Yine de, yukarıda ortaya konulduğu gibi, bu desteğin, rekabet politikası bir araç olarak kullanılmak suretiyle verilmeye çalışılmaması gerekir. Aksi halde, başka bir amaca ulaşmak bakımından anlam ifade edebilecek bir hukuk rejimi hem o amaca zarar verecek hem de yönlendirildiği yeni amacı toplumsal refahı ciddi ölçüde azaltmadan sağlamaya elverişsiz olduğu için, kendi içinde de anlamsızlaşacaktır. KOBİ’lerin desteklenmesi, rekabet hukuku uygulamasının asıl amacından saptırılması suretiyle değil, ortak kabul gören bir KOBİ tanımı ve ilgili sınıflandırmalar yapıldıktan sonra verilecek bağımsız destekle olmalıdır. Bu kapsamda, KOBİ’lere destek vermenin doğru yolları, KOBİ’lere vergi kolaylıkları sağlanması, risk sermayesi yatırım ortaklıklarının desteklenmesi, esnaf kredisi programlarının kuvvetlendirilmesi ve KOBİ girişimciliğini özendirici tedbirlerin alınması gibi, bir kısmı Sanayi ve Ticaret Bakanlığı, Küçük ve Orta Ölçekli Sanayi Geliştirme ve Destekleme İdaresi Başkanlığı, Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği ve/veya Esnaf ve Sanatkarlar Konfederasyonu eliyle takip edilebilen önlem ve önerilerin Türkiye’de bir an evvel oturtulmasıdır. Bu konunun uzmanları zaten KOBİ’leri desteklemekte kullanılabilecek araçları teşhis etmek ve önermek için çalışmalar yapmışlardır (bkz., özellikle, Müftüoğlu, 1991 ve Akgemici, 2001) ve bu konudaki çabalar devam etmektedir.

¹⁵ *Nynex v. Discon* 119 S. Ct. 493 (1998)

¹⁶ *Brown Shoe Co. v. United States*, 370 U.S. 294, 320, 344 (1962).

¹⁷ Bu karar rekabet hukukunun amacının rakipleri değil rekabeti korumak olduğunu ortaya koyan bir karar olarak önem arz etmektedir. Öte yandan, bu kararın genel yaklaşımı küçük teşebbüsün büyük teşebbüslerin iktisadi etkinliğinden korunması düşüncesine bağlı olmuştur. *Brown Shoe Co.* kararı bu yönüyle küçük teşebbüslerin korunmasını bir rekabet hukuku “amacı” olarak reddeden bir karar değil, küçük teşebbüslerin korunmasını bir amaç olarak gören istisnai iki karardan biridir. Bu karardan 4 yıl sonra aynı yaklaşımı benimseyen diğer istisnai karar ise *United States v. Von’s Grocery Co.*, 384 U.S. 270 (1966) kararıdır.

olmuştur. Bunlardan en önemlisi ve ABD rekabet hukuku rejiminin gelişiminde en çok iz bırakılan *Topco*¹⁸ kararıdır.¹⁹ Bu kararda, 25 kadar küçük ve orta ölçekli işletmenin kurdukları kooperatif vasıtasıyla yürürlüğe koydukları yöresel sınırlamalar, açıkça diğer büyük markalarla rekabet için getirildikleri ve alt derece mahkemesinin kararına göre bu amacı da yerine getirdikleri halde, ABD Federal Yüksek Mahkemesi tarafından yasaklanmış ve cezalandırılmıştır.²⁰

ABD rekabet hukukundaki bu tutumun bugün ele aldığımız konu olan “yoğunlaşmaların kontrolü” meselesine ilişkin yansımalarına bakıldığında da görülecek olan, hem 1914 yılında çıkartılan Clayton Yasası hem de 1950 yılında bunu takip eden Celler-Kefauver Yasası²¹ aslında Amerikan ekonomisindeki yoğunlaşma eğiliminin önüne geçerek küçük teşebbüsleri korumayı hedefliyor olmakla beraber,²² artık asıl olan değerlendirme ölçütünün küçük teşebbüslerin nasıl etkileneceği değil “rekabetin ciddi ölçüde kısıtlanması yönünde ciddi bir olasılık bulunup bulunmadığı” olduğudur.²³ ²⁴ Ayrıca, Adalet Bakanlığı ile

¹⁸ United States v. Topco Associates 405 U.S. 596 (1972)

¹⁹ Hakim Bork, *Rothery Storage & Van Co. v. Atlas Van Lines, Inc.* 792 F. 2d 210 (D.C. Cir. 1986), cert. denied, 479 U.S. 1033 (1987) kararında, Topco kararının artık geçerliliği bulunmadığını savunmaktadır. Öte yandan, bugün ABD’de pek çok rekabet hukuku avukatı Topco’nun halen kullanılabilir içtihat olduğu görüşünü benimsemekte ve ortak girişimleri, yöresel sınırlamaların per se hukuka aykırılığını ve/veya ayrılmaz yan sınırlamaları ilgilendiren davalarında bu kararı kullanmaktadır.

²⁰ Bu kararın, *Chicago Board of Trade v. United States* 246 U.S. 231 (1918) kararı ile *United States v. Socony-Vacuum Oil Co.* 310 U.S. 150 (1940) kararlarının yarattığı per se paradigmasında sıkışarak rekabetçi etkileri incelemeyi baştan reddetmesine katılmamakla beraber, küçük teşebbüslerin salt küçük oldukları için büyüklere karşı korunması fikrine kapılmayan bir karar olarak önemi bulunduğunu düşünüyoruz.

²¹ Bir cümleyle açıklayacak olursak, Celler-Kefauver Yasası, birleşme ve devralma işlemlerine uygulanacak mevzuat olarak önceden çıkartılmış olan Clayton Yasası’nı mal varlığı devirlerine ve birbirlerinin direkt olarak rakibi olmayan teşebbüsler arasındaki birleşme/devralma işlemlerine uygulanabilir kılmak için çıkartılmıştır.

²² *United States v. Alcoa*, 377 U.S. 271, 280 ve *U.S. v. Philadelphia National Bank*, 374 U.S. 321, 362-363 gibi kararlarda bu kanunların çıkarılış amacı tartışılmaktadır. Celler-Kefauver Yasası ile ilgili olarak, Celler’in kanunun çıkartılması tartışmaları esnasındaki kaygı belirten “Ülkemizi kuran küçük, bağımsız ve merkezleşmemiş teşebbüsler hızla yok olmakta ve dev yoğunlaşmalara bağımlı hale gelmektedir” (95 Kongre Kayıtları, 11486) sözleri de amaç konusuna ışık tutmaktadır.

²³ Bkz., *United States v. Philadelphia National Bank* 374 U.S. 321 (1963); *FTC v. Consolidated Foods Corp.* 380 U.S. 592 (1965) ve *FTC v. Staples*, 970 F. Supp. 1066 (D.D.C. 1997) gibi kararlar.

²⁴ ABD rekabet hukukundaki “rekabetin ciddi ölçüde kısıtlanması yönünde ciddi bir olasılık bulunup bulunmadığı” testinin, AB rekabet hukukunda ve Türk rekabet hukukunda kullanılan “hakim durum tesis edilmesi yahut mevcut bir hakim durumun kuvvetlendirilmesi” testinden farklı sonuçlar doğurduğu tartışılmaktadır. Çok yakın tarihte çıkardığı Yeşil Kağıt (Konsey Regülasyonunun Gözden Geçirilmesine Dair Yeşil Kağıt (EEC) 4064/89, COM(2001) 745/6, 11 Aralık 2001) ile Komisyon, AB rekabet hukukunda kullanılan testin ABD’dekine yaklaştırılması konusunu tartışmaya açmış ve fakat sonuçta, tahmin edildiği gibi, bu konuda bir değişikliğe gitme kararı almıştır. Kanımızca, AB rekabet hukukunda ve Türk rekabet hukukunda kullanılan hakim durum

Federal Ticaret Komisyonu tarafından 2 Nisan 1992 ve 8 Nisan 1997 tarihlerinde hazırlanan “Yatay Birleşme Rehberi”nde de hem esas değerlendirme ölçütü rekabetin ne ölçüde kısıtlanmış olacağı olarak belirlenmiştir hem de iktisadi etkinliğin sağlanmasına dair savunmaların dikkate alınacağı açıkça belirtilmiştir. Rekabetin ciddi ölçüde kısıtlanması olasılığının varlığını ve ciddiyet düzeyini irdelerken pazardaki mevcut yoğunlaşma düzeyi (ve dolayısıyla küçük teşebbüslerin durumu) analizle ilgili hale gelmekle beraber,²⁵ artık asıl analiz küçük teşebbüsün korunması perspektifinden değil pazardaki mevcut rekabetin ciddi ölçüde kısıtlanmasının engellenmesi amacı benimsenerek yürütülmektedir. Bu tavrın birkaç istisnası²⁶ olduysa da, o istisnai bir iki karardan çok sonra çıkan “Yatay Birleşme Rehberi”²⁷ eğer o kararlar tarihinde mevcut olsaydı, muhtemelen bu davalar Federal Yüksek Mahkeme’nin önüne bile gelmemiş olacaktı.²⁸ Nitekim, ABD rekabet hukukunda 1980’li yıllardan itibaren son derece ciddi büyüklüklerdeki yatay birleşme ve devralmalara izin verilmiş ve bu konuda çok az sayıda dava açılmıştır.²⁹

ABD rekabet hukukunda küçük teşebbüsün korunmasının bağımsız bir amaç olarak kabul edilmesi eğiliminin terk edilip asıl amacın iktisadi etkinliğin sağlanması olarak kabul edilmesi ile ilgili bir diğer göstergeye de aykırı (conglomerate)³⁰ birleşmelere ilişkin olarak benimsenen rekabet hukuku politikasında rastlanmaktadır. Özellikle 1965 ile 1975 yılları arasında yaşanan “aykırı birleşme” dalgası esnasında, önceleri *Procter & Gamble Co.*³¹ kararıyla

testinin iktisadi etkinliğe ilişkin savunma ve argümanların samimiyetle dinlenip değerlendirilmesini engelleyen bir yönü yoktur.

²⁵ “Pazardaki yoğunlaşma zaten yüksekse, o pazardaki küçük yoğunlaşma artışlarını bile engellemek aynı ölçüde önem kazanmaktadır.” U.S. v. Philadelphia National Bank, 374 U.S. 321, 365, n.42

²⁶ Bkz., örneğin, *United States v. Von’s Grocery Co.*, 384 U.S. 270 (1966) ve *Brown Shoe Co. v. United States*, 370 U.S. 294, 320, 344 (1962).

²⁷ ABD Adalet Bakanlığı ve Federal Ticaret Komisyonu tarafından hazırlanan, “Yatay Birleşme Rehberi”, (2 Nisan 1992 ve 8 Nisan 1997)

²⁸ Nitekim, FOX, 1982 tarihli “Yatay Birleşme Rehberi”ni bazı birleşmelerin hukuka aykırı bulunduğu önceki tarihli Federal Yüksek Mahkeme kararlarına uyguladığı çalışmasında, aralarında Von’s kararının da olduğu bir çok davada meselenin Federal Yüksek Mahkeme’nin önüne bile getirilmiş olmayacağı sonucuna varmaktadır. (bkz. Fox, 1982).

²⁹ Bu konuda daha fazla ayrıntı için bkz. Eckard, 1995.

³⁰ “Aykırı Birleşmeler” kavramı, Türkçe’de “Conglomerate Birleşmeler” yerine kullanılmak üzere, ilk olarak Yılmaz Aslan tarafından önerilmiştir. (bkz. Aslan, 2001; 252) “Aykırı” terimi, bir eylem ya da işlemin hukuka aykırı olduğunu çağrıştırmak gibi bir sakıncayı barındırmaktadır. Öte yandan, hem bu terimin seçilmesine dair gerekçenin kuvveti hem de bu yabancı terimin karşılığının Türk rekabet hukuku yazınında bir an önce yerleşmesi gerekliliği dolayısıyla, biz de bu Türkçe kavramı benimsiyor ve ödünç alıyoruz.

³¹ *FTC v. Procter & Gamble Co.*, 386 U.S. 568 (1967)

ortaya çıkan “sağlamlaştırma (entrenchment) doktrini”nin³² 1982 yılında hem Federal Ticaret Komisyonu hem de Adalet Bakanlığı tarafından terk edilmesinde de rekabet hukukunun esas amacının “küçük teşebbüsün korunması” değil “iktisadi etkinliğin sağlanması” olduğu gerçeği rol oynamıştır.

Söze konu örnek kararda, zaten yoğunlaşma gözlenen “ev tipi beyazlatıcı” pazarında lider durumda bulunan ve %49 pazar payını daha da arttırmakta olan Clorox, beyazlatıcı üretmemekle beraber başka ev tipi temizlik ürünlerinin büyük bir üreticisi olan Procter & Gamble tarafından devralınmak istenmektedir.

1967 yılındaki bu kararda, ABD Federal Yüksek Mahkemesi, Federal Ticaret Komisyonu’nun devralmanın engellenmesi yönündeki kararını onamıştır. Başlıca gerekçe ise “kuvvetli durumdaki devralan teşebbüsün (P&G), daha küçük ama yine de kendi pazarında hakim durumda bulunan teşebbüs yerine geçmesi işleminin pazardaki diğer küçük firmaların agresif biçimde rekabet etme isteğini kırma etkisi yaratacağı”dır. Mahkeme’ye göre, bu devralma işlemi rekabeti olumsuz etkileyecektir, zira pazara yeni girecek yahut coğrafi olarak mal verdikleri alanı genişletecek üreticiler, P&G ile rakip konumunda kalmak konusunda daha küçük Clorox ile olduğundan çok daha isteksiz olacaklardır.

Kaynağını “büyük kötüdür” düşüncesinin kalıntılarından alan bu yaklaşım başta AREEDA ve TURNER (Areeda ve Turner, 1980) ile BORK (Bork, 1978) olmak üzere pek çok ünlü rekabet hukukçusunun eserlerinde eleştirilmiş ve rekabet hukukunun asıl amacının büyük teşebbüsü durdurmak yahut küçük teşebbüsü korumak değil iktisadi etkinliği sağlamak olduğu vurgulanmıştır. BORK konuyu ele alırken, “Procter & Gamble kararı ancak rekabet hukuku küçük teşebbüs yanlısı bir rejim olarak düşünüldüğünde anlam ifade etmektedir. Aslında o zaman bile pek anlamlı değildir zira küçük teşebbüsler Clorox’un maliyet avantajından yalnızca eğer bu avantaj devralma yoluyla elde ediliyorsa korunabilmiş olmaktadır.” (Bork, 1978; 255) diyerek kararın rekabet hukukuna yanlış bir amaç perspektifiyle yaklaştığını vurgulamıştır. BORK’un da ortaya koyduğu üzere (Bork, 1978; 252-257), aslında mahkemenin ve Federal Ticaret Komisyonu’nun bu devralma işlemine

³² “Sağlamlaştırma doktrini”, 1982 yılından itibaren, ABD Federal Ticaret Komisyonu ve ABD Adalet Bakanlığı tarafından yatay olmayan birleşmelerin soruşturulması ve zaman zaman engellenmesi gerekçelerinden biri olmaktan tamamen çıkmıştır. AB rekabet hukukunda kullanılan “portföy etkisi (portfolio effect)” kavramının ele aldığı konuyla da ilgilenmekle beraber, “sağlamlaştırma doktrini” aslında farklı özelliklere de sahiptir. Amacımız bağımsız olarak bu kavramları incelemek olmadığı ve söz konusu doktrinin geldiği nokta ABD rekabet hukukunda “amaç” konusu incelenirken örnek olarak kullanıldığı için burada daha fazla ayrıntıya girilmeyecektir.

yüklediği tüm etkiler iktisadi etkinliğin sağlanmasının görüntü biçimleridir ve bu sebeple işlemin kınanmasının değil ancak izin almasının gerekçeleri olabilirler.

Nitekim, rekabet hukukunda doğru amaç anlayışıyla hareket edilirse Procter & Gamble yaklaşımının hatalı olacağını gören mahkemeler ve Federal Ticaret Komisyonu, P&G kararından sonra “sağlamlaştırma doktrini”nden giderek soğumuş³³ ve bu doktrini kullanmayı 1980’lerin başından itibaren tamamen bırakmışlardır.³⁴ Böylece, birleşme ve devralma analizlerinde “küçük teşebbüslerin korunması”nın bir amaç olarak belirmesi olasılığı tamamen ortadan kalkmış ve “iktisadi etkinliğin sağlanması” başlıca amaç olarak kabul edilmiştir.

Artık ABD rekabet hukukunda, iktisadi etkinlik toplumsal refahı artırdığı ve böylece rekabetin korunmasından beklenen faydayı sağladığı için, teşebbüslerin iktisadi etkinliği sağlayan ticari eylem ve işlemleri, belli bir teşebbüsü rakipleri karşısında güçlendirebilir bile, teşvik edilmektedir. ABD Federal Yüksek Mahkemesi de “Sherman Yasası’nın amacı teşebbüsleri pazarın işleyişinden korumak değil, toplumu pazarın işlememesinden korumaktır” dediği *Spectrum Sports, Inc.*³⁵ kararında bu gerçeğe işaret etmektedir.

(b) Avrupa Birliği Rekabet Hukuku Bakımından

ABD rekabet hukuku rejimine oranla, Avrupa Birliği’nde “teşebbüsün konumunun korunması” ve küçük teşebbüsün büyükler karşısında korunması gibi düşüncelere daha sık rastlanmaktadır. Avrupa Birliği bakımından bu durum, sosyoekonomik şartların rekabet hukukunun amaçlarını şekillendirmesine güzel bir örnektir. Zira, tek pazar entegrasyonunun yok ettiği gümrüklerin ve ticaret kotalarının korumasından çıkan küçük ve orta ölçekli işletmeler, diğer üye devletlerdeki büyük firmalarla rekabette çaresiz kalmaktadır (Korah, 1994; 9). Avrupa Birliği’nde küçük işletmelerin korunması amacına daha hassas

³³ Örneğin, *Emhart Corp. v. USM Corp.*, 527 F.2d 177 (1st Cir. 1975) kararında mahkeme per se “sağlamlaştırma doktrini uygulaması”nı reddetmiş ve davaya konu işleme izin vermiştir. İkinci daire de, benzer biçimde, *Missouri Portland Cement Co. v. Cargill, Inc.*, 498 F.2d 851 (2d Cir. 1974) kararında sağlamlaştırma doktrinini kullanmaktan kaçınmıştır. Gerekçenin şu kısmı konuyu mükemmelen özetlemektedir: “Pek çok iş kolu zaten dev teşebbüsler tarafından kontrol edilmektedir. Buna rağmen, küçük teşebbüsler varlıklarını koruyabilmişlerdir. Küçük bir rakibin salt o pazarda evvelce varlığı bulunmayan büyük firma tarafından devralınmakla diğer küçük teşebbüslerin aşamayacakları bir engel yaratması mümkün görünmemektedir.”

³⁴ Federal Ticaret Komisyonu tarafından açılan son iki “sağlamlaştırma doktrini” dosyası olan *Heublein, Inc.*, 96 F.T.C. 385 (1980) ve *Beatrice Foods*, 101 F.T.C. 733 (1983) da, birleşmelerin tarafı olan teşebbüslerin ilgili pazardaki konumlarını sağladıkları gösterilemediğinden, sonuçsuz kalmıştır.

³⁵ *Spectrum Sports, Inc. v. McQuillan*, 506 U.S. 447, 458 (1993)

yaklaşılmasının en önemli sebeplerinden biri de, doğal olarak, bu durumun hem üye devletlerin iç siyasetinde hem de genel olarak Avrupa Birliği'nin amaçlarına ulaşabilmesi bakımından arz ettiği önemdir.³⁶

Bu hassasiyetin bir parçası olarak, Avrupa Birliği rekabet hukukunda, bugünkü konumuz olan birleşme ve devralmalarla, özellikle de aykırı birleşmelerle ilgili rekabet politikası alanında rakip teşebbüslerin korunması eğilimi ve “büyük kötüdür” düşüncesi zaman zaman gözlenmektedir. Aynı düşüncenin küçük teşebbüslerin kendi aralarında yaptıkları yatay rekabet kısıtlamalarına hoşgörü gösterilmesi gibi bir sonucundan bahsetmeye imkan yoktur. Nitekim Komisyon, çok yakın tarihli *Zinc Phosphate*³⁷ kararında, kimyasal ürün üreten altı teşebbüsün fiyat belirleme ve pazar paylaşma yönündeki bir kartele iştirak etmiş olmalarını, hepsi küçük ölçekli işletmeler olduğu halde, global cirolarının ciddi bir yüzdesini teşkil edecek bir meblağla³⁸ cezalandırmıştır. Oysa, yukarıda bahsettiğimiz gibi, birleşme ve devralma politikası bakımından durum farklıdır.³⁹

³⁶ FORRESTER, Avrupa Birliği'ndeki siyasi baskıların Komisyon'un rekabet hukuku analizlerine etkilerini değerlendirirken “üye devletlerin kendi milli teşebbüsleri adına sürece dahil oldukları ve böylece alınan tedbirlerin davada çalışanların tercih edeceklerinden daha yumuşak olduğu pek çok dava bulunmaktadır.” demektedir. (Forrester, 2001; 176)

³⁷ 11 Aralık 2001 tarihli Komisyon Kararı 37.027. Henüz yayınlanmamıştır.

³⁸ Toplam 100.8 Milyon EURO.

³⁹ Yine de, Avrupa'da Amerikan rekabet hukuku rejimine oranla belli bir hassasiyetin varlığını kabul ederken, Avrupa Birliği rekabet hukuku rejimindeki de minimis uygulamalarının ve küçük teşebbüsleri kapsam dışı tutan bazı düzenlemelerin varlığının “küçük teşebbüsleri koruma” amacının benimsendiğini gösterdiğini düşünmüyoruz. Bu tip düzenlemelerin birincil gayesi bir amaç tercihinin yansıtması değil, rekabet üzerindeki etkisi az olan işlemlerle uğraşırken asıl önemli konulara eğilememeye olasılığının önüne geçmektir. Öte yandan, bu tip pek çok hükmü beraberce barındıran ve hem yapısı hem de getirdiği düzenlemeler itibarıyla küçük teşebbüsün korunmasını rekabet hukukunun bir amacı sayan rekabet hukuku rejimleri de yok değildir. Örneğin, Alman rekabet hukuku, kanımızca, doğrudan KOBİ'lerin (Mittelstand) korunmasını amaçlamaya çalışan bir rejimdir. Almanya'da 1980 tebliği ile ve Alman Rekabet Kanunu'nun 1. maddesine küçük teşebbüslerin kurduğu alım-satım ortak girişimleri için getirilen istisna ile benimsenen “küçük teşebbüs istisnaları”nın mevcudiyeti, Alman rekabet hukukunu “küçük teşebbüsün korunması”nı amaçlamaya çalışan bir rejim örneği olmaya yaklaştırmaktadır. Genel olarak Alman rekabet hukukunda küçük teşebbüslerin ayrı sujeler olarak görülmesi ve rekabet hukuku hükümlerinin uygulanmasında farklılık gözetilmesi dolayısıyla, Alman rekabet hukuku düzenini küçük teşebbüslerin korunmasını amaçlayan rejimlere bir örnek olarak verebiliyoruz. Mesela, KOBİ'lerin (ki bu kavram rekabet mevzuatında tanımlanmış olmadığından, uygulamada en azından Alman Rekabet Kanunu'nun birleşme ve devralmaları düzenleyen 35. maddesinin birinci fıkrasındaki ciro eşiklerini aşmayan teşebbüslerin rekabet mevzuatı uygulaması bakımından KOBİ oldukları varsayılmaktadır) iktisadi faaliyetlerini anlamlı kılan kartel teşekkülleri Alman Rekabet Yasası'nın 4. maddesinin ilk fıkrasında getirilen hükümlerle aynı kanunun 1. maddesi ile getirilen yasaktan muaf tutulmuştur. Ayrıca, Alman Federal Kartel Ofisi de KOBİ'ler arasındaki işbirliğinin geliştirilmesiyle ilgili yazılı açıklamalar yapmakta ve bilgi notları yayınlamaktadır. Bunun yanında, Alman Rekabet

Örneğin, *Guinness / Grand Metropolitan*⁴⁰ kararıyla Komisyon, pazar paylarında bir örtüşme bulunmamasına rağmen, birleşen teşebbüsün Yunanistan’da Bacardi rom dağıtımını sona erdirmesini talep etmiştir. Birleşme tarafları farklı pazarlarda faaliyet gösteriyor olduğu halde bu tür bir koşulun öne sürülmesi, bir teşebbüs büyüdükçe salt büyüklüğü dolayısıyla efektif rekabeti olumsuz etkileyebileceği yönündeki genel korkudan kaynaklanmaktadır. Bir başka deyişle, bu karar, “büyük kötüdür” kararıdır. Nitekim Komisyon, kararının başlıca gerekçesini “önemli markaları içeren geniş bir portföyün fiyatta esnek davranma olanağını ve ciddi pazarlama olanaklarını beraberinde getirdiği”⁴¹ olarak göstermektedir.

Aşağıda açıklayacağımız üzere, kanımızca, Avrupa Birliği’nde “portföy gücü” kavramına dayanılarak üretilen analizler, rekabet hukukunun amaçları siyasi içerikten arındırıldığında ortaya çıkacak amaç perspektifi olan “iktisadi etkinliğin sağlanması” amacına terstir. “Portföy gücü” kavramı kullanılarak alınan kararlarda ortak olarak belirtilen endişelerden büyük bölümü, bizatihi o birleşmeyle iktisadi etkinliğin sağlandığını gösteren emarelerle beslenmektedir. Bu kavrama dayalı olarak analiz geliştirilen kararlarda, aynı zamanda iktisadi etkinlik amacına da ters olduğu için, gerçekten de endişe doğurması yerinde olan tek husus, artan portföy gücü dolayısıyla ürünlerin birbirine bağlanması olasılığının da artmasıdır. Karar bu endişeye dayalı olduğu takdirde, “portföy gücü” iktisadi etkinliğin sağlanması amacı bakımından bir anlam ifade edebilecektir.⁴² O takdirde bile, yeterli iktisadi analiz yapıldığında aslında kimi durumlarda ürünlerin bağlanmasının tüketici refahına olumsuz etki etmeyeceği

Yasası’nın 20. maddesi uyarınca, KOBİ’ler, eğer bir sağlayıcıya itimat edip ona bağımlı faaliyet göstermekte iseler, bu sağlayıcı kendilerinin ticari faaliyetlerini haksız olarak bozacak yahut güçleştirecek tek taraflı bir eylem ya da işlem yaptığında, söz konusu sağlayıcı hakim durumda olmasa bile şikayetçi olabileceklerdir. Son olarak, Alman Rekabet Kanunu’nun 22. maddesinin ilk fıkrasında amacı veya etkisi ilgili kanun hükümlerini dolanmak olan tavsiye fiyat uygulamaları yasaklanırken, aynı maddenin ikinci fıkrası uyarınca bu yasağın belli şartların sağlanması kaydıyla KOBİ’lere uygulanmayacağı hükme bağlanmıştır. Bu ve benzeri örneklerin gösterdiği gibi, kimi rekabet hukuku rejimleri küçük teşebbüslerin korunmasını amaçlamaya gayret etmektedir. Ancak, bu takdirde, ilgili rejimlerin mevzuatlarında ve uygulamalarında, yukarıda Almanya örneğinde görüldüğü gibi, ciddi ve çok çeşitli göstergelere rastlanmaktadır. Basit ve istisnai bazı göstergelerden belli bir rekabet hukuku rejiminin bir politika kararı olarak küçük teşebbüslerin korunması amacını benimsediği sonucuna varılmamalıdır.

⁴⁰ *Guinness/Grand Metropolitan*, 1998 O.J. (L 288) 24-54 (Case No. IV/M. 938, October 15, 1997)

⁴¹ a.g.k., s. 99-100

⁴² Örneğin, Federal Ticaret Komisyonu üyesi LEARY’nin ortaya koyduğu gibi, Federal Ticaret Komisyonu’nun 2001 yılında gerçekleşen *PepsiCo, Inc. / The Quaker Oats Company (Gatorade)* birleşmesiyle ilgili ikiye iki oyla biten ve böylece birleşmeye karşı çıkmayan kararında birleşmeye karşı olan üyelerin başlıca endişelerinden biri budur (Leary, T., 2001: 3).

görülebileceğinden,⁴³ detaylı bir analize ihtiyaç duyulacaktır. Her halukarda, “portföy gücü” düşüncesine dayanan bir kararın, eğer kaynağını ürünlerin birbirine bağlanarak pazarlanması olasılığında almıyorsa, “büyük kötüdür” düşüncesine yaslanması kaçınılmazdır.

Örneğin, Komisyon’un *Boeing / McDonnell Douglas*⁴⁴ kararında yer verdiği “hükümet destekli askeri araştırma/geliştirmenin ikiye ve genel olarak savunma ve uzay sanayiindeki gelirlerin üçe katlanacak olması, Boeing’in esas olarak rekabete karşılık verme ihtiyacı duyduğu ticari hava taşıtı satışlarıyla ilgili olarak onun firma içi sübvansiyon aktarımı (cross-subsidization) olanaklarını artıracaktır.”⁴⁵ cümlesinde aslında ortaya konulan, Komisyon’un, iktisadi etkinliğin nasıl etkileneceği ile ilgili değil, salt ortaya çıkacak teşebbüsün büyüklüğü ile ilgili kaygıdır.

Komisyon’un *Coca-Cola / Carlsberg*⁴⁶ kararı da, “küçük teşebbüsün korunması amacı” adı altında alınan bir kararın iktisadi etkinlik amacını nasıl göz göre göre feda etmek zorunda kaldığının iyi bir örneğidir. Komisyon’un, birleşen teşebbüsün “gazlı alkolsüz içecekler” pazarındaki bir şişeleme firmasındaki payıyla Danimarka’daki üçüncü en büyük kola markası üzerindeki haklarını bırakmasını şart koşarken kullandığı önemli bir gerekçe şudur: “Carlsberg’inkiler gibi kuvvetli birer bira ve ambalajlı su markasının içecekler portföyüne katılması, bu markalara eğer ayrı satılsalardı sahip olacaklarından daha fazla pazar gücü vermektedir.”⁴⁷ Komisyon, buna ilave olarak ve çelişkiyi iyice derinleştirecek biçimde, gazlı alkolsüz içecekler pazarında ölçek ve kapsam ekonomilerinin ana rekabetçi faktörler olduğunu ileri sürerek birleşmeyle oluşacak olan bu yeni firmanın söz konusu iktisadi etkinlik durumunu efektif rekabetin aleyhinde kullanacağı endişesine kapılmıştır.⁴⁸

⁴³ Örneğin birleşmeyle ortaya çıkan “Cournot etkisi” yüzünden yahut kapsam ekonomileri (economies of scope) dolayısıyla bağlı ürünleri beraberce üretip satmanın maliyeti onları ayrı ayrı üretip satmanın maliyetinden düşük olduğu için bağlı ürün fiyatı ürünlerin ayrı ayrı fiyatları toplamından ciddi ölçüde azsa, bu durumda da portföy etkisinden bahisle birleşmenin engellenmesi, bizim ortaya koyduğumuz biçimiyle rekabet hukukunun amacına ters olacaktır.

⁴⁴ *Boeing/McDonnell-Douglas*, 1997 O.J. (L 336) 16-47 (Case No. IV/M, 30 Temmuz 1997).

⁴⁵ a.g.k., s. 78, 81.

⁴⁶ *Coca-Cola/Carlsberg*, 1998 O.J. (L 145) 41-62 (Case No. IV/M. 833, September 11, 1997).

⁴⁷ a.g.k., s. 67.

⁴⁸ Bu yaklaşım, söz konusu davada iktisadi etkinliğin rekabet aleyhine kullanılması olasılığını teşhis etmiş olmak gibi çok iddialı ve zor bir görevin başarıldığını ima etmektedir. Kanımızca, rekabeti düzenleyici kurumların tüketici refahına (ve dolayısıyla toplumsal refaha) yol açan etkinliğin söz konusu olduğu durumda, seyrek olarak ortaya çıkabilecek bir durum olan “rekabeti tüketicilerin büyük bölümü zararına bozacak bir etkinlik” durumunu birbirinden ayırma olanağı yoktur. Bir birleşme veya devralma işlemi henüz izin alma aşamasındayken ilgili rekabet kurumunun elinde olan iktisadi verilerle “iyi etkinlik - kötü etkinlik” ayırımı yapılarak toplumsal refahın yahut tüketici refahının korunmasına imkan bulunmamaktadır. Üstelik, etkinliği artırıcı etkisi olan bir birleşmenin

“Dağıtım sistemlerinde en yüksek hacme ve en geniş içecek portföyüne sahip olan teşebbüsler en düşük maliyetlere ve en yüksek sayıda müşteriye sahip olacaklardır” tespitinden açıkça anlaşılan iktisadi etkinliğin sağlanması durumu her nedense endişe ile karşılanmaktadır. ABD rekabet hukukunda 30 yıl kadar evvel terk edilen⁴⁹ “etkinliğin rekabeti bozması” düşüncesi “büyük kötüdür” sloganından kalma korkularla desteklenerek asıl amacın ne olduğu tamamen gözden kaçırılmaktadır. Oysa, nihai amacın iktisadi etkinliği sağlayarak toplumsal refahı en üst seviyeye taşımak olduğu bir rekabet hukuku rejiminde böylesi bir endişeye de karara da yer yoktur.

Burada gözlenen her iki endişe de yersizdir. Birleşme işleminin birleşen teşebbüsü rakiplerinden daha etkin yapması olasılığının korku doğurması da, birleşen firmanın salt büyüklüğünden dolayı rekabette avantaj elde edeceğine dair düşünce de⁵⁰ kanımızca herhangi bir iktisadi temele dayanmamaktadır. Aslında, birleşen teşebbüsün rekabette avantaj elde etmesi o teşebbüsün etkinliğinde birleşme işleminden kaynaklanan artışa ne kadar bağlı ise, bu birleşme işleminden rekabete ve toplumsal refaha zarar geleceğini savunmak da o ölçüde zorlaşmalıdır. Bir rekabet hukuku rejiminde birleşme ve devralmalarla ilgili olarak toplumsal refahı sağlamak, birleşme ve devralmaların iktisadi etkinlik amacına yönelmesini ve iktisadi etkinliği sağlamasını teminat altına alarak olur. Eğer gerçekten ticari faaliyet kapsamını arttırmak suretiyle elde edilebilecek bir iktisadi etkinlik ve sağlanabilecek maliyet kısıntıları varsa, rakipler de kontr-birleşme yoluyla yahut başka yollarla söz konusu maliyet kesintisini kendi ticari faaliyetlerine yansıtmak isteyecek ve bu durum genelde daha düşük fiyatı ve üretim artışını beraberinde getirerek toplumsal refahı arttıracaktır. Bu sebeple, yukarıda belirtilen iki temelsiz korkuya dayanılarak birleşmelerin engellenmesi, neredeyse her durumda, faydadan çok zarar getiren bir rekabet politikası tercihi olacaktır.

Öte yandan, faydadan çok zarar getirdiğini iddia ettiğimiz bu yaklaşım, ABD rekabet hukukunda “sağlamlaştırma doktrini” ile ilgili olarak gelinen noktadan farklı olarak, Avrupa Birliği rekabet hukuku uygulamasında yakın zamana kadar kullanılmış olan bir yaklaşım biçimidir. En son *General*

tüketici refahını olumsuz etkileyecek sonuç verdiği bir tarihsel örnek vermek de pek mümkün görünmemektedir.

⁴⁹ ABD Federal Ticaret Komisyonu en son 1974 yılındaki *In re Ash Grove Cement*, 85 F.T.C. 1123, 1148 (23 Eylül 1974) kararında “iktisadi etkinliği” bir işleme karşı çıkmanın gerekçesi olarak kullanmıştır.

⁵⁰ Sermayenin akışkan olduğu ve derhal iyi fırsatlara yöneldiği günümüzde, teşebbüsün büyüklüğünü otomatik olarak pazarda daha fazla “iktisadi güç” elde edilmesi olarak algulamak hatalı olacaktır. Kaldı ki, bir pazarda kapsam ekonomisi ve ölçek ekonomisi geçerli olduğu müddetçe büyüklük daha düşük maliyetleri beraberinde getirecektir. Bu da, büyüklüğün rekabet üzerinde etkisi olduğu durumlarda bunun sıklıkla olumlu ve etkinlikten kaynaklanan bir etki olması demektir.

*Electric/Honeywell*⁵¹ kararında Komisyon'un birleşmenin engellenmesi yönündeki kararına yine "portföy etkisi" düşüncesi altında yukarıda belirttiğimiz görüş dayanak teşkil etmiştir.⁵² Avrupa Birliği rekabet hukuku uygulamasında, zaman zaman, gerek "portföy etkisi" adı altında gerek başka yaklaşımlarla, bu zararın göz ardı edilmesinde siyasi sebepler ve Avrupa Birliği'nin hiçbir üye devletin milli ekonomisini mağdur etmeksizin bütünleşme amacı rol oynamaktadır. Oysa, pek çok milli rekabet hukuku rejimi gibi, kendi rekabet hukuku politika kararlarına salt rekabet hukuku dinamikleriyle ve iktisadi perspektiften yaklaşma lüksü olan Türk Rekabet Kurumu'nun, doğru "amaç" tanımıyla hareket ederek, kendi uygulamasını gerekli olduğu ölçüde farklılaştırması mümkün ve faydalı olabilir.

Üstelik, Avrupa'daki uygulamanın geleceği de tavsiye edilen yöne doğru hızla kaymaktadır. Avrupa Topluluğu Adalet Divanı'nın Birinci Derece Mahkemesi tarafından önce *Airtours/First Choice* birleşmesi ile ilgili olarak 6 Haziran 2002 tarihinde verilen ve Komisyon tarafından daha evvel verilmiş yasaklama kararını⁵³ bozma kararı,⁵⁴ ardından da 2002 yılı Ekim ayı sonunda verilen ve Komisyon'un yine son dönemdeki yasaklama kararlarından olan *Schneider Electric*⁵⁵ ve *Tetra Laval*⁵⁶ kararlarına ilişkin bozma kararları,⁵⁷ Avrupa Birliği'nde iktisadi açıdan daha sağlam bir amaç perspektifi altında uygulama yapılması konusunda gelişme beklemenin yersiz olmadığı ümidini vermektedir.

Son dönemde Avrupa Birliği'nde yoğunlaşmaların kontrolü ile ilgili hemen tüm yaklaşımlara etki eden bu üç bozma kararı arasından özellikle *Tetra Laval* kararı, yukarıda aykırı birleşmelere ilişkin olarak ortaya konulan bazı sorunlu yaklaşımların düzeltilmesi zorunluluğunu beraberinde getirecektir. Örneğin, Komisyon için bundan sonra "portföy etkisi" argümanına sığınmanın eskisi kadar kolay olmayabileceği açıkça görülmektedir. Çoğu aykırı birleşmenin rekabetçi olabileceğini ortaya koyan ve yeterli delil gösterilmeden

⁵¹ Case No. IV/M. 2220, (3 Temmuz 2001).

⁵² Oysa tarihteki en büyük endüstriyel devralma olacak olan bu işleme, yine yukarıda açıkladığımız görüş değişimi dolayısıyla, ABD makamları tarafından izin verilmişti. Bu kararın, ABD rekabet otoriteleriyle AB makamlarının aynı işlem için farklı karar verdiği ilk birleşme olması bakımından da önemi vardır. GE / Honeywell kararını "hukuk ve iktisat" perspektifinden ve ABD'deki mevcut eğilimler altında inceleyerek başka davalarla kıyaslayan bir çalışma için bkz. (Gürkaynak, Eylül 2002).

⁵³ Case IV/M.1524 (*Airtours-First Choice*), (22 Eylül 1999).

⁵⁴ Case T-342/99, *Airtours v Commission*, (6 Haziran 2002).

⁵⁵ Case COMP/M.2283 (*Schneider-Legrand*), (10 Ekim 2001).

⁵⁶ Case COMP/M.2416 (*Tetra Laval-Sidel*), (30 Ocak 2002).

⁵⁷ Case T-310/01, *Schneider Electric v. Commission*, 22 Ekim 2002 ve Case T-5/02, *Tetra Laval v. Commission*, (25 Ekim 2002).

geleceğe ilişkin korkulara dayalı yasaklama kararları almanın sakıncalarına işaret eden *Tetra Laval* kararı, daha önce yer verdiğimiz *GE/Honeywell* yasaklama kararının temyizi konuları da dahil olmak üzere, Komisyon'un birleşme ve devralmalarla ilgili mevcut yaklaşımının eksik olduğunun ileri sürüldüğü tüm davalar için bir umut ışığı yakmıştır. Komisyon da bu gelişmelere kayıtsız kalmayarak, zaten üzerinde çalışmakta olduğu⁵⁸ reform paketini⁵⁹ Avrupa Konseyi'nin onayına sunmuş, En İyi Uygulamalar (Best Practices) metnini yenilemeye başlamış⁶⁰ ve aynı zamanda Komisyon'un ekonomik analiz yeteneğini arttıracak tedbirleri almaya başlamıştır.⁶¹ Atılan bu ilk adımlar kendi başlarına yeterli büyüklükte olmamakla beraber, en azından doğru yönde atıldığı tartışmasız adımlardır. Kanımızca Avrupa Birliği'nde birleşme ve devralmaların kontrolü alanında son dönemde yaşanan bu hızlı gelişmeler, hem rekabet hukuku uygulamamızı uyumlu halde götürdüğümüz hukuk rejiminin gelecekteki yönünü göstermesi bakımından hem de rekabet otoritelerinin kararlarının sıkı bir yargısal denetime tabi bulunmasının ilerlemenin olmazsa olmaz şartı olduğunu açıkça ortaya koydukları için Türk rekabet hukuku bakımından önem taşımaktadır.

“Niçin yoğunlaşmaların kontrolü?” sorusuyla ilgili olarak farklı rejimlerin verdikleri cevaplardan da faydalanarak görüşümüzü ortaya koyduğumuz bu çalışmanın şu noktasında Türk rekabet hukuku uygulaması için bazı çıkarımlara yer vermek de faydalı olabilir.

(C) Türk Rekabet Hukuku Bakımından

Genel olarak Türk rekabet hukuku uygulamasında Avrupa Birliği rekabet hukuku rejimindeki kararlar takip edilirken meseleyi çevreleyen şartların dikkatle incelenmesi uygun olur. Zira, Avrupa Birliği rekabet hukuku rejimindeki uygulamanın Roma Anlaşması'nın 2. maddesinde belirtilen diğer amaçlara uyum gösterme gayretinden dolayı, Avrupa Birliği'ndeki rekabet

⁵⁸ Pek çok kişinin sandığının ve iddia ettiğinin aksine, Komisyon reform paketini yukarıda sözü edilen üç adet bozma kararıyla karşılaşmadan evvel gündemine alıp üzerinde çalışmaya başlamış, ancak bu kararlar elbette reform paketinin Komisyon'un elinden çıkışını hızlandırmış ve önerilen değişikliklerin içeriğine etki etmiştir.

⁵⁹ COM 2002(711), 11 Aralık 2002, 2002/0296 (CNS); http://www.europa.eu.int/comm/competition/mergers/review/com_2002_0711_en.pdf

⁶⁰ Bu metnin görüşe açık son hali (19 Aralık 2002 tarihli metin) için bkz. http://www.europa.eu.int/comm/competition/mergers/others/best_practices_public_cons.pdf

⁶¹ *Tetra Laval/Sidel* davası özelinde ise, Komisyon 8 Ocak 2003 tarihi itibarıyla Avrupa Toplum Adalet Divanı Birinci Derece Mahkemesi'nin bozma kararı aleyhine temyiz yoluna başvurmuştur. Bununla birlikte Komisyon, ilk kararında analize dahil etmediği belli hususlar ve taraflarca verilen bazı güvenceler ışığında 13 Ocak 2003 tarihinde bu işleme izin vermiştir. Bkz. *Tetra Laval/Sidel* kararı, Komisyon basın açıklaması, IP/03/36, (13 Ocak 2003); http://europa.eu.int/rapid/start/cgi/guesten.ksh?p_action.gettext=gt&doc=IP/03/36/01RAPID&lg=EN

hukuku uygulamasının analize dahil ettiği bazı amaçsal perspektifler, henüz tam üyeliğe kabul edilmemiş bir ülkenin kendi milli rekabet hukuku rejiminde aynen benimsenmeye müsait olmayabilir. Nitekim, örneğin birleşme ve devralma analizleriyle ilgili olarak, *Comite Central d'Enterprise de la Societe Anonyme Vittel v. Eurpoean Commission*⁶² kararında ilk derece mahkemesinin “aslında (Regülasyon 4064/89) öncelikli olarak serbest rekabetin teşekkülü ile ilgilenmekle beraber, eğer Roma Anlaşması'nın 2. maddesindeki diğer amaçları olumsuz etkileyecekse, bazı durumlarda belli bir yoğunlaşmanın sosyal etkileri de dikkate alınabilir” görüşü bu konuda ilginç bir örnek sunmaktadır.⁶³ Daha önce *Hoffman-La Roche & Co. v. EC Commission*⁶⁴ kararı ile ortaya koyulmuş olan, “Roma Anlaşması'nın doğrudan rekabet hukukuna ilişkin hükümleri bu anlaşmanın diğer amaçlarıyla beraber değerlendirilmelidir” ilkesi de gözönüne alındığında, Avrupa Birliği'ndeki rekabet hukuku uygulaması altında geliştirilen bazı yaklaşımların henüz Türk rekabet hukuku uygulaması için öncelik kazanmamış olan bazı amaçlara göre de şekillenme olasılığı bulunduğu iyice belirginleşmektedir. Elbette, tüm bu kararlardan evvel *Europemballage and Continental Can v. Commission*⁶⁵ kararıyla kabul edildiği üzere, “(etkin rekabet) mevcut bulunmaksızın Roma Anlaşması'nın pek çok hükmü anlamsızlaşacaktır”. Bununla birlikte, Avrupa Birliği rekabet hukuku rejimindeki etkin rekabetin korunması yönteminin, mevzuatı neredeyse aynı olsa bile, etkin rekabeti korumak suretiyle iktisadi etkinliği sağlamak dışındaki amaçsal kaygıları kendisiyle aynı düzeye olmayan bir milli rekabet hukuku rejiminin ideal koruma yöntemi ile örtüşmeyebileceği görülmelidir.

Dolayısıyla, Türk rekabet hukuku uygulamasında belli bir konuda Avrupa Birliği rekabet hukuku uygulamasındaki yaklaşımlar da dikkate alınarak analiz geliştirilirken o yaklaşımlara dayanak teşkil eden amaç anlayışının farklı olabileceğinin farkında olmak, Türk rekabet hukuku uygulamasının Türkiye gerçekleri bakımından kullanılabilir bir amaç perspektifiyle şekillenmesi için son derece önemli görünmektedir. Neticede, Avrupa Birliği rekabet hukuku uygulaması bazı yönlerden Türk rekabet hukukunun uygulandığı şartlardan daha farklı şartlarda ve daha farklı bir amaçlar hiyerarşisi altında uygulanmaktadır. Bu durumun sadece söz konusu farklılığın doruğa çıktığı “tek pazarın

⁶² *Comite Central d'Enterprise de la Societe Anonyme Vittel v. Eurpoean Commission* Case T-12 /93 (1995) 2 ECR 1247

⁶³ Bununla birlikte, Avrupa Birliği rekabet hukuku rejiminde, *Aerospatiale/Alenia/de Havilland* (1992) 4 CMLR M2 ve *Mannesmann/Vallourec/Ilva* Case IV/M.315 (1994) OJ L102 gibi, Roma Anlaşması'nın 2. maddesi altındaki farklı amaç perspektiflerinin rekabet hukukunun amaçlarıyla çatışmasına çok müsait bazı başka davalarda, salt rekabete dair amaçlara öncelik tanındığı da olmuştur.

⁶⁴ *Hoffman-La Roche & Co. v. EC Commission* (1979) 3 CMLR 211

⁶⁵ *Europemballage and Continental Can v. Commission*, Case 6/72 (1973) ECR 215

entegrasyonu amacı” veya “küçük teşebbüslerin korunması eğilimi” konularında değil, genel olarak Türk rekabet hukuku uygulamasında belli bir amaç perspektifiyle analiz geliştirilirken göz önünde tutulmasında fayda vardır.

Üstelik, kendi uygulandığı sosyoekonomik koşullar göz önüne alındığında da, Türk rekabet politikası açısından yerinde olan tercih, doğruca “iktisadi etkinliğin sağlanması” amacının benimsenmesi olarak belirginleşmektedir. Zira, rekabet hukuku ancak bu yolla Türkiye’deki teşebbüsleri bir an evvel global rekabete hazırlayabilecektir. Dolayısıyla, bu noktada görüşümüz, özellikle giriş engellerinin yüksek olmadığı pazarlarda, “yarışmacı piyasa modeli”ni benimsemeye yakındır. “İktisadi etkinliğin sağlanması amacı” kabul edilerek rekabet hukuku yaklaşımı üretilmesi ile Türkiye’de etkin faaliyete zorlanacak olan teşebbüsler pazar gücüne kavuşabilirler, aslında global anlamda ancak rekabet edecek düzeye gelmiş olacaklar ve global pazarda potansiyel rekabet tehdidi ile etkinliklerini muhafaza edeceklerdir.⁶⁶ Türkiye’de bir Rekabet Kanunu hazırlanması fikrinin o zamanın hükümetine önerilmesinde rol oynayan GÜNEŞ, bu konudaki yorumunda (Güneş, 2000; 5),⁶⁷ Türk Rekabet Kanunu’nun çıkartıldığı dönemde Türk ekonomisinin yeterince gelişmemiş olduğuna işaret ederek, Türk rekabet politikası tercihlerinin Türkiye’nin uluslararası rekabet gücünü olumsuz etkilememesi konusuna dikkat edilmesi gerekliliğini vurgulamaktadır. Benzer biçimde, MORGİL de, “rekabet sadece iç piyasaya yönelik olan bir şey değil” dediği konuşmasında, rekabetin “artık global seviyede olduğunu” ve meselelere bu perspektiften bakmak gerektiğini vurgulamaktadır (Morgil, 1999; 95). Daha Türk Rekabet Kanunu çıkmak üzereyken Devlet Planlama Teşkilatı bünyesinde hazırlanan “Rekabet Hukuku ve Politikası Özel İhtisas Komisyonu Raporu”nda

⁶⁶ Aslında bu mesele, ilgili pazar tanımlanırken, rekabetin oluştuğu ilgili coğrafi pazarın doğru tanımlanıp tanımlanmadığıyla doğrudan ilgilidir.

⁶⁷ “Yine Türk Rekabet Yasasının bir önemli özelliği de şu: Türk ekonomisine baktığımız zaman bu yasa çıktığında Türk ekonomisi yeterince gelişmemişti. Türkiye’de çok büyük firmalar, yani piyasa payı açısından vardı ama, dünya ölçeğine baktığımız zaman benzer endüstrilerde ölçükleri bakımından çok büyük ölçüklerde firmalar değildiler. Yani, uluslararası rekabete açtığımız zaman, belki büyük bir kısmı rekabet edemeyecek ölçekte ekonomilerin, sanayilerin oluştuğu bir dönemde bu yasa çıktı ve burada Türk ekonomisinden ciddi tepkiler ve eleştiriler alabilirdi. Bence bu önemli bir tartışmadır. Çünkü, ölçük ekonomisiyle rekabet arasında ciddi çelişkiler olabilir. Eğer ki, rekabeti piyasa payı olarak algılasak, yani piyasada belli bir payı geçmemesi olarak algılasak o zaman belli bir ölçüğe ulaşmaması durumu olabilir ki, o zaman da belki rekabeti sağlıyorsunuz ama...istediğiniz ölçekte üretimi yakalayamazsınız...ve uluslararası rekabet gücünüzü yitirebilirsiniz.” (Güneş, 2000; 5)

da⁶⁸ rekabet hukuku ve politikası ile milli sanayinin gelişmesini temin etmeye önem verilmesi gerektiği vurgulanmaktadır.^{69 70}

Nitekim Türk Rekabet Kurulu da, *Borusan/Mannesmann*⁷¹ kararıyla, Türkiye'deki sosyoekonomik şartların gerektirdiği politika tercihlerini üretebilecek çok yönlü analizleri geliştirmekte olduğunu göstermiştir. Rekabet Kurulu bu kararıyla hem Türkiye'nin rekabet gücünün korunması adına yarışmacı piyasa ekonomisi modeline sıcak bakarak⁷² hem de iktisadi etkinliği sağlamak imkanından vazgeçmektense pazardaki rekabetçi durumu yakın takip altına alma külfetine girmeyi⁷³ tercih ederek Türk rekabet hukuku uygulamasına

⁶⁸ Rekabet Hukuku ve Politikası Özel İhtisas Komisyonu Raporu, Devlet Planlama Teşkilatı Özel İhtisas Komisyonu Raporları içinde, <http://ekutup.dpt.gov.tr>, (Aralık 1994)

⁶⁹ Elbette bu noktadaki görüşümüz rekabet hukuku uygulaması yoluyla özellikle ve sadece milli sanayinin desteklenmesi gerektiği değildir. Önemli olan Türkiye'deki teşebbüslerin rekabet gücünün artırılmasıdır ve Türkiye'deki rekabet hukuku uygulamasında yerli-yabancı ayırımı yapılmaksızın iktisadi etkinliğin sağlanması amacı benimsendiğinde, bu yarış sonunda Türk ekonomisinin rekabet gücü artacaktır. Tarihte aksi görüşün desteklendiği ve rekabet hukukunun teşebbüsleri belli bir zümreye mal etmek amacıyla uygulanması gerektiğinin iddia edildiği de olmuştur. Örneğin, ABD Federal Yüksek Mahkemesi'nin (ana iddiası itibariyle artık kullanılmayan) *United States v. Falstaff Brewing Co.*, 410 U.S. 527 (1973) kararında, Hakim Douglas rekabet hukukuna, teşebbüslerin kontrolünü etki etikleri yerel toplumda tutmak ve aslında o toplumun parçası olmayan yabancıların (ilgili davada bu kişiler başka eyaletlerde çok katlı gökdelenlerde oturan yatırımcılardır) böyle teşebbüsleri kontrol etmesini engellemek görevi vermektedir. "Rekabet hukukunun ana amacı rekabeti korumak ve böylece nihai olarak *Amerikan* (vurgu eklenmiştir) tüketicilerinin menfaatlerini korumaktır" cümlesine yer veren *Laker Airways Ltd. v. Sabena, Belgian World Airlines*, 731 F.2d 909 (1984) kararı, benzer bir yaklaşımın kalıntılarına rastlanan son karardır ve kanımızca aynı hatanın bir parçasıdır. Rekabet hukukunun evrim süreci içinde böyle bir görüş zaman zaman su yüzüne çıkmış olduğu için, "milli sanayi"den bahsedilen bu noktada kendi görüşümüzü açıklama ihtiyacı duyduk.

⁷⁰ Rekabet Hukuku ve Politikası Özel İhtisas Komisyonu, rekabet hukukunda doğruca benimsenmesi gereken amaç anlayışının iktisadi etkinliğin sağlanması yolundan geçmek durumunda olduğu savımıza katılmamıştır. (Rekabet Hukuku ve Politikası Özel İhtisas Komisyonu Raporu, 1994; 9-12.)

⁷¹ Rekabet Kurulu'nun *Borusan/Mannesmann* (20.08.1998, 80/617-119, 30.4.2000 tarihli ve 24035 sayılı RG) kararıyla, Borusan Holding A.Ş., Borusan Yatırım ve Pazarlama A.Ş. ve Mannesmannröhren Werke AG tarafından Borusan Mannesmann Endüstri ve Yatırım A.Ş. adıyla bir ortak girişim kurulması işlemine koşullu izin verilmiştir.

⁷² *Borusan/Mannesmann* kararının gerekçesinde, elde edilen yüksek pazar payına rağmen bu ortak girişime şartlı izin verilmesinin başlıca sebeplerinden biri olarak, "Avrupa Birliği ile oluşturulan Gümrük Birliği çerçevesinde, boru sektöründeki gümrüklerin sıfıra indirilerek Türk boru pazarının Avrupa Birliği'nden kaynaklanan yoğun rekabete açılması ve dolayısıyla bu işlem sonucunda ilgili ürün pazarında rekabetin önemli ölçüde azalmayacağı" gösterilmektedir.

⁷³ *Borusan/Mannesmann* kararıyla söz konusu ortak girişime izin verilmiş, "ancak bu iznin rekabeti kısıtlayıcı potansiyel etki değerlendirmesinin bir gereği olarak da Borusan Mannesmann Endüstri ve Yatırım A.Ş.'nin faaliyetlerinin ve işlemin sektöre etkilerinin incelenebilmesi amacıyla...Borusan Mannesmann Endüstri ve Yatırım A.Ş. Ortak Girişimi tarafından, her bir boru alt sektörü için ayrı ayrı olmak üzere, aylık bazda hazırlanan üretim, satış (iç piyasa ve ihracat) ve fiyat rakamlarını

aydınlık bir mesaj göndermiştir. Gerçekten, Türkiye'nin diğer ülkeler karşısındaki rekabet gücünün korunması için ihtiyaç duyulan rekabet politikasının temeli, yüksek pazar payından ürkererek derhal yasakçı bir tavır alma kolaycılığında yatmamaktadır.⁷⁴

(4) **İktisadi Etkinliğin Sağlanması: “Dinamik Etkinlik” ve Diğerleri**

Türk rekabet hukuku uygulamasında “Niçin Yoğunlaşmaların Kontrolü?” sorusunun cevabını “rekabet süreci korunmak suretiyle, toplumsal refahın artırılması amacıyla, iktisadi etkinliğin sağlanması ve hedeflenebilmesi için” biçiminde verdiğimiz şu düşüncelerimizin bu noktasında, iktisadi etkinliğin sağlanması hedefi⁷⁵ ile ilgili olarak da bazı kısa tespitlerde bulunmak faydalı olabilir.

Kanımızca, toplumsal refah fonksiyonunun rekabet hukukunda amaç meselesine yaklaşıırken “yol gösterici” özelliği olan ve toplumsal refahı en üst seviyeye çekmekte kullanılacak unsurları, “dinamik etkinlik”in, “maliyet etkinliği”nin ve “dağılım etkinliği”nin sağlanmasıdır. İşte “iktisadi etkinliğin sağlanması” bu sebeple hedef kavram olarak kullanılmaktadır. Rekabet hukuku uygulaması sayesinde mal ve hizmetlerin tüketiciler arasındaki dağılımının etkin olmasını sağlamak ve pazar gücüne sahip teşebbüslerin mal ve hizmet dağılımında etkinsizlik yaratması olasılığının önüne geçmek mümkündür. Bu, doğrudan hedeflenebilir ve kontrol edilebilir bir amaç tanımıdır. Amaç tanımının dağılım etkinliğini güvenceye alan bu yönüne ek olarak, rekabet hukuku uygulaması kullanılarak, mal ve hizmetleri üreten teşebbüslerin o mal ve hizmetleri mümkün olan en düşük maliyetle üretmelerini sağlamaya çalışmak da mümkündür.⁷⁶ Maliyet etkinliğinin sağlanmasına yönelik bu amaç tanımı da, dağılım etkinliği ile ilgili olarak olduğu gibi, yine hedeflenebilir ve kontrol edilebilir bir nitelik arz etmektedir. Son olarak, sosyal refahı artıracak yeni mal ve hizmet tiplerinin ve üretkenliği artıracak üretim biçimlerinin icadı ve geliştirilmesi olanaklarının rekabet hukuku eliyle korunup desteklenmesi de

içeren bilgilerin ve bu çerçevede pazar paylarının, Rekabet Kurumu'na 6 ayda bir bildirilmesi” koşulu getirilmiştir.

⁷⁴ Örneğin, Borusan Holding A.Ş., Borusan Yatırım ve Pazarlama A.Ş. ve Mannesmannröhren Werke AG tarafından kurulması Rekabet Kurulu'nun iznine sunulan ortak girişim Türkiye'de tesisat/hat ve özel boru alt sektörlerinde %80'e varan bir pazar payına sahip olacaktı.

⁷⁵ Zaman zaman iktisadi etkinliğin sağlanmasından “amaç” olarak bahsetsek de, detaya inildiği takdirde, daha farklı bir üçlü ayrımın doğru olduğuna inanıyoruz. Kanımızca, “araç” rekabet sürecinin korunması (yani rekabet hukuku uygulaması), “hedef” iktisadi etkinliğin sağlanması, “amaç” ise toplumsal refahın en üst seviyeye çekilmesidir.

⁷⁶ Rekabet ile maliyet etkinliği arasındaki bağlantıya dair ayrıntılı bir çalışma için bkz. Siegfried ve Wheeler, 1981.

mümkündür. Rekabet hukuku dinamik etkinliğin sağlanmasıyla ilgili bu amacına yönelirken kullanılacak ölçütlerin saptanması ve dinamik etkinliğin ölçülmesi nispeten daha zor olabilir.⁷⁷ ⁷⁸ Üstelik rekabet ile dinamik etkinlik arasındaki ilişki hala tartışılmakta ve keşfedilmektedir.⁷⁹ Yine de, rekabet hukukuyla dinamik etkinliğin sağlanmasının amaçlanması dağılım etkinliğinin ve maliyet etkinliğinin amaçlanması kadar mümkün ve bizce o amaçlardan daha bile önemlidir.

Rekabet hukuku, fiyatlandırmada etkinlikle ilişkisi en kolay görülen iktisadi etkinlik türü o olduğu için, geleneksel olarak dağılım etkinliğine diğerlerinden fazla önem vermiştir. Bu açıdan bakıldığında, pazarlardaki yoğunlaşmaların rekabet hukukunun baş düşmanı olarak görülmesi, “büyük kötüdür” düşüncesine bağlı kararlar verilmesi ve fiyatları marjinal maliyetlerin üzerine çıkaracağı düşünülen her türlü durumun üzerinde daha fazla durulması kaçınılmaz olmuştur. Oysa, rekabet hukuku uygulamasında iktisadi etkinlik türleri arasında nasıl bir denge gözetileceğine karar verilirken, o etkinlik türünün ölçülmesindeki kolaylıktan ziyade bunlardan hangisinin bir “hedef” olarak toplumsal refahın en yüksek seviyeye çekilmesi amacına en fazla hizmet ettiği esas alınmalıdır. Bu sebeple, diğer etkinlik türlerine de önem ve hatta öncelik verilmesi gerektiği, SCHUMPETER’in bu konudaki önemli çalışması (Schumpeter, 1942) esas alınarak, hem Avrupa Birliği rekabet hukuku için hem ABD uygulaması için son dönemlerde artan bir sıklıkla tartışılmaya başlanmıştır (Bkz., örneğin, Scherer, 1987; Brodley, 1987; Jorde ve Teece, 1992; Gilbert, 2000 ve Fox, 2001).

Artık rekabet hukuku uygulamasında kabul etmemiz gereken bir gerçek şudur ki, Cournot ve Bertrand’ın standart rekabet modelleri yalnızca fiyat ve arz (ki bunlar da zaten aynı madalyonun iki yüzüdür) üzerinde dönen belli bir rekabet biçiminin şematik bir biçimde ortaya konulmasından ibarettir.⁸⁰ Gerçek

⁷⁷ Örneğin, ABD Rekabet Hukuku’nda, Yatay Birleşme Rehberi’nde 1997 Nisan’ında yapılan değişiklikten sonra, “etkinlik aynı zamanda yeni yahut geliştirilmiş ürünler sonucunda da ortaya çıkabilir...” ve “Diğer etkinlik tipleri, mesela araştırma ve geliştirme ile ilgili olanlar, potansiyel olarak önemlidir fakat genellikle ispatlanmaya daha az müsait oldukları gibi rekabet karşıtı arz kısıtlamalarının bir sonucu da olabilirler” denilmektedir.

⁷⁸ Dinamik etkinliğin kendi içinde incelenmesi ve rekabet ile ilgisinin kurulması konusunda da ilgilenen yaklaşımlar için bkz. Porter, 1996; Porter, 1985 ve Porter, 1980. PORTER bu eserlerinde dinamik etkinliğin ölçülmesi ve rekabet imkanlarıyla ve düzeyiyle ilgili değişmelerle olan ilgisinin kurulması yönünde analiz geliştirmektedir.

⁷⁹ Rekabet ile dinamik etkinlik arasındaki ilişkiye dair tartışmanın bir özeti için bkz. Scherer ve Ross, 1990 ve Atiyas, 2000; 35-37.

⁸⁰ Ayrıca, Nobel Ödüllü İktisatçı STİGLER bu modellerle ilgili olarak ilginç ve önemli bir eleştiride bulunmaktadır. Her iki model de rekabetin doğasına ve yapısına ilişkin bulgulara erişmek yerine varlığını varsayımları koşullar üzerine kurulmuştur. Kanımızca, STİGLER bu durumu modellerin başsarızsız olduğu yolunda yorumlarsa da, bu varsayımlar belli durumlarda yanlış olmadığı için,

hayattaki üretim ve ticaret faaliyeti ise bu modellerin yaşadığı aşırı uçlarda yaşanmamakta ve fiyat dışı parametreler de rekabet ve refah bakımından önemli olmaktadır. İnsanlar salt geçinmelerine yetecek bir hayat standardından fazlasını hedefledikçe, ürün kalitesi ve bunların üretilmesi sürecinde kullanılan yöntemler gibi niteliğe ilişkin faktörler iktisadi refahın gittikçe daha fazla bir bölümünü ilgilendirecektir. Dolayısıyla, arz ve fiyat ile ilgili göstergeler tüketici refahı fonksiyonunun tamamına ilişkin bir fikir vermemektedir. “Bir endüstri için, yeni veya daha yüksek kalitedeki ürünlerin üretilmesine yarayacak yeni bilgileri ortaya çıkarmakta etkin olmanın, en az zaten bilinen ürünlerin üretiminde kullanılan kaynaklarda tasarrufu sağlayan yeni bilgilere ulaşmaktaki etkinlik kadar önemli olduğuna inanılmaktadır” (Viscusi, Vernon ve Harrington, 2000; 88-89). Başarılı yeni teknolojilerin, üretim yöntemlerinin ve ürünlerin eskilerinin yerine geçerek ekonomik sisteme yayılması süreci (SCHUMPETER buna “yaratıcı yıkım süreci” diyor) ne kadar gelişkinse, toplumsal refah bundan o kadar olumlu etkilenecektir. Bu gerçek, şu anda bildiğimiz yöntemler dinamik etkinliğin ve bunun toplumsal refaha olan etkisinin ölçülmesine ve tanımlanmasına tam olarak kifayet etmiyor diye gözardı edilmemelidir.⁸¹ Bugün, RICARDO’nun ve MALTHUS’un gözden kaçırdıkları ve onların ekonominin geleceğiyle ilgili kötümser tahminlerini haksız çıkaran en önemli etken teknolojik gelişme olarak görülmektedir (Scherer, 1999; 16).⁸² SCHUMPETER bir diğer önemli eserinde (Schumpeter, 1911) yeni ürün ve üretim yöntemleri geliştirmenin, yeni pazarlar açılmasının ve yeni arz kaynakları bulunmasının iktisadi büyümenin kalbinde yer aldığını ortaya koyduğundan bu yana, dinamik etkinliğin iktisadi büyüme üzerindeki keşfedilen etkileri durmadan artmıştır. Hatta, Nobel ödüllü iktisatçı SOLOW’a göre, uzun vadede iktisadi büyüme doğrudan ve yalnızca teknolojik buluş ve gelişmelere bağlıdır (Solow, 1956).⁸³

Cournot ve Bertrand modelleri bu durumlara ilişkin olarak hala öğreticidir. Öte yandan, bu modellerin bizatihi rekabetin karmaşık yapısına ilişkin fikir üretilirken yahut bu yapının ticari dünyadaki çeşitli görünüm biçimlerini kavrayacak politikalar geliştirilirken temel çıkış noktası olarak alınmaması daha uygun görünmektedir.

⁸¹ Bu noktada, Indiana Üniversitesi’nde işletme ekonomisi ve kamu politikası alanlarında çalışan Profesör RASMUSEN’in ekonomik ve sosyal regülasyonla ilgili olarak henüz yazmakta olduğu kitabında benzer bir bağlamda yer vereceği şu benzetmeyi, izin verdiği için kendisine teşekkür ederek, kullanmak isteriz: “Ekonomik analiz esnasında, bir partiden evine dönmeye çalışan ve kayıp araba anahtarlarını bir sokak lambası altında arayan çakırkeyif insanın vaziyetine düşmemek için özellikle dikkatli olmak gerekir. ‘Anahtarlarını orada düşürdüğünden emin misin?’ – ‘Hayır, ama onları düşürdüğüm yer çok karanlık’”. (Rasmusen, Ekim 2000 taslağı; 42)

⁸² Nitekim, daha sonra Karl MARX, kapitalist sistemin işleyiş dinamiklerini ele aldığı ve bu sistemin “üretim araçları mütemediyen değiştirilip yenilenmedikçe” ayakta kalamayacağını ifade ettiği eserinde, Ricardo’nun gözden kaçırdığı bu unsura kendi formülasyonu içerisinde yer vermektedir. (Marx, 1955; 12)

⁸³ SOLOW’un teknolojik gelişmeyi dışsal (exogenous) bir faktör olarak alan teorik modeliyle iktisadi büyüme tartışmalarına yaptığı bu katkıdan sonra, teknolojik büyüme neyin belirlediği üzerine bir

İş saati başına çıktı miktarındaki artışın (verimlilik artışı) araştırma ve geliştirme faaliyetlerine yapılan harcama ile yakın ilişkisini ortaya koyan çalışmalar da (örneğin, Terleckyj, 1974)⁸⁴ konunun bir başka ilgili yönüne ışık tutmaktadır. Dolayısıyla, artık dinamik etkinlik, iktisadi büyümenin arkasındaki en önemli faktörlerden biri olarak kabul edilmektedir (Denison, 1974; Thurow, 1987; Griliches, 1995; Crepon, Duget ve Mairesse, 1998, Scherer, 1999 ve Klette ve Griliches, 2000).

Son yıllarda, özellikle ABD rekabet hukuku uygulaması, dinamik etkinliğin sağlanmasıyla ilgili konulara hassasiyet göstermektedir. Türk rekabet hukuku politikalarının henüz oluşturulmakta olduğu şu yıllarda, diğer gelişkin rekabet politikalarının tecrübeleri ve yeni yeni yönelmekte oldukları hedefler iyi gözlemlenerek dinamik etkinlik hedefine de hak ettiği önemin verilmesi gerektiği belirginleşmektedir.⁸⁵ Zira, dinamik etkinliğe hak ettiği önemi vermeyen bir rekabet hukuku politikası, toplumsal refahı artırmakta kullanılabilecek hedeflerden en büyüğünü ıskalama riskiyle karşı karşıya kalacaktır⁸⁶ (Rowe, 1984). Bunun anlamı, eğer bir eylem veya işlemin dinamik etkinliği sağlayan bir yönü varsa maliyet etkinliği ve dağılım etkinliği analizlerine girilmeksizin izin verilmesi gerektiği değildir. Elbette, rekabet hukuku aracının temel amacı olarak toplumsal refahın sağlanmasını gördüğümüze göre, neticede son tahlilde toplumsal refahın nasıl etkilendiğine

başka tartışma kaçınılmaz olmuştur. MANKIW, ROMER ve WEIL'in teknolojik gelişmenin dışsal olduğunu varsayarak bunun sonuçlarını uygulamalı olarak test eden ve bulunan sonuçların bu varsayıma uzak düşmediğini ortaya koyan görgül çalışması (bkz. Mankiw, Romer ve Weil, 1992) ile yeni bir boyut kazanan bu tartışmada, son olarak, BERNANKE ve GÜRKAYNAK, teknolojik büyüme hızlarını hesaplayarak uzun dönemli büyümenin davranışsal değişkenlerle (tasarruf hadleri, eğitime yapılan yatırım ve nüfus artış hızı) yakından ilişkili olduğunu ve bu ilişkinin büyümeyi dışsal bir değişken olarak ele alan modellerle açıklanmasının pek kolay olmadığını bulmuşlardır (Bernanke ve Gürkaynak, 2001). Tüm bu çalışmalarda, teknolojik gelişme dışsal bile kabul edilse, teknolojik buluş ve gelişmelerin iktisadi büyüme üzerindeki etkisi tartışma dışıdır.

⁸⁴ Verimlilik artışı ile araştırma-geliştirme faaliyetlerine yapılan harcamalar arasındaki ilişki üzerine yapılan çalışmaların gözden geçirilmesi için bkz. Griliches, 1995.

⁸⁵ Dinamik etkinliğin gittikçe daha iyi anlaşılabilir ve takdir edilen önemi, son dönemlerde global kamuoyunun dikkatini rekabet hukuku uygulamasına çeken *Microsoft* davasının da başlıca hassasiyetlerinden birini oluşturmuştur. Mahkemenin bu davada ilgili hassasiyeti tanıdığını ve kararını bu hassas dengeyi gözeterek aldığını belirttiği ifadesi şudur: "Belli bilgisayar ürünlerinin hukuka aykırı olarak birbirlerine bağlandıkları kararı, ancak bilgisayar donanımı ile yazılım programını birbirine bağlayan teknolojik faktörün, teknolojik olarak avantajlı başka bir sonucu hedefleyerek değil, salt bu maksatla dizayn edildiği durumlarda verilmelidir. Başka herhangi bir uygulama, mahkemeleri ürün icadının ve geliştirilmesinin haklı gösterilmesini talep etme batağına saplayacaktır." (*United States v. Microsoft Corp.*, 147 F.3rd 935,949-50, D.C. Bölge Mah., (1998))

⁸⁶ Bu anlamda, Türk rekabet hukuku uygulaması bakımından, teknoloji transferi ve lisans anlaşmalarının grup muafiyeti rejiminin bir an evvel belirlenmesi de büyük önem arz etmektedir.

bakılmalıdır.⁸⁷ Dinamik etkinlik üzerinde durduğumuz şu kısımda asıl amacımız dinamik etkinliğe hak ettiği önemin verilmesi gerektiğini vurgulamaktır. Bu anlamda, Türk rekabet hukukunda dinamik etkinliğin sağlanmasının bir amaç olarak benimsenmesi konusunda, AB rekabet hukuku rejiminin bu konudaki yaklaşımından daha samimi bir yaklaşım geliştirileceğini umuyor ve bu çalışmayla bunu tavsiye ediyoruz. AB rekabet hukuku bakımından, Konsey Regülasyonu 4064/89⁸⁸ madde 2(1)(b) ile Komisyon'un "tüketicinin lehine olan teknik ve ekonomik gelişimin, rekabete bir engel teşkil etmemek kaydıyla, geliştirilmesini" dikkate alması talep edilmekle beraber, bunun birleşme ve devralmalarda dinamik etkinliğe dair mülahazaların göz önünde tutulması yönünde ciddi ve samimi bir çaba olduğundan kuşkuluyuz. Neticede, ortada ilgili piyasadaki rekabeti etkileyen bir durumun hepten bulunmadığı hallerde, Komisyon'un neyi göz önüne aldığına da pek bir kıymeti bulunmayacaktır. İlgili birleşme veya devralma ile belli bir düzeyde yoğunlaşma yaratılmakla beraber teknik ve ekonomik gelişme bakımından bunu aşan bir fayda yaratılacak olması halinde ise, ilgili maddenin uygulanmasının ön koşulunun rekabete engel teşkil eden bir durum bulunmaması olduğu mülahazasıyla, Komisyon ilgili maddeyi uygulamayacaktır. Nitekim, *MSG/Media Service* kararında⁸⁹ dijital ödemeli-TV (pay-TV) alanında faaliyet gösterecek bir ortak girişimi yasaklayan Komisyon, MSG dijital televizyonun gelişimine katkıda bulunacak olmakla beraber, rekabetin belli bir ölçüde kısıtlanacağını öne sürerek ortak girişime izin vermemiştir. Bu kararda Komisyon, dinamik etkinliğin sağlanması ile ilgili gelişmeyi başvuru lehine bir faktör olarak değerlendirmek şöyle dursun, ortak girişimin bu tür bir etkinliği sağlayarak rekabeti daha fazla kısıtlayabileceği kaygısına kapılmıştır. Daha yakın tarihli *Nordic Satellite Distribution*⁹⁰ kararıyla da Komisyon, ne yazık ki, zaten kendi içinde paradoksal olan madde 2(1)(b) ile ilgili daha olumlu bir noktaya ulaşamamıştır. 2001 yılı sonunda çıkan Konsey Regülasyonunun Gözden Geçirilmesine Dair Yeşil Kağıt da daha sonra Avrupa

⁸⁷ Örneğin, teknoloji pazarındaki iki teşebbüsten biri getirdiği (patent korumasından istifade edemeyen) yeniliklerin hemen diğeri tarafından takip edildiğini ve bu yenilikleri yapabilmek için katlandığı araştırma ve geliştirme maliyetlerinin anlamsızlaştığını, araştırma ve geliştirme faaliyetlerinde bulunması için bir motivasyonunun kalmadığını ve söz konusu ikinci teşebbüsle birleşerek yeniliklerini içselleştirebileceğini ileri sürerek birleşme işlemine izin talep ettiğinde, bu işlemin diğer etkinlik tipleri (bu örnekte özellikle dağılım etkinliği) üzerindeki potansiyel olumsuz etkisinin büyüklüğü son tahlilde tüketici refahının işlem öncesi durumdan daha kötü bir noktaya gelmesine yol açacaksa işleme izin verilmemesi makul olabilir.

⁸⁸ Regülasyon 1310/97 (1997) O.J. L180/1, düzeltme (1998) O.J. L40/17 ile değiştirilmiş Konsey Regülasyonu 4064/89 (1989) O.J. L395/1, düzeltme O.J. L257/14.

⁸⁹ *MSG/Media Service*, (1994) O.J. L364/1.

⁹⁰ *Nordic Satellite Distribution*, (1996) O.J. L53/20.

Konseyi'ne onay için sunulan reform paketi de⁹¹ AB rekabet hukukunda dinamik etkinliğin üzerinde durulması ve korunması konusuna hiç değinmeden gelip geçmiştir. Çok yakın zamanda Avrupa'daki rekabet hukuku akademisyenlerinin, uygulamacılarının ve etkilenecek teşebbüslerin görüşüne sunulan Yatay Birleşmelerin Değerlendirilmesi Hakkında Taslak Tebliğ⁹² de Cournot ve Bertrand çizgisine saplanarak birleşmeleri rekabetin fiyat konusunda mı yoksa arz bakımından mı gerçekleştiğine göre kategorize etmeyi teklif etmektedir. Bizim bu çalışmada ortaya koymaya çalıştığımız hususların benimsenmesi halinde, Türk rekabet hukuku uygulamasının hem etkinliği rekabete karşıt bir kavram gibi algılamanın nihai amaç bakımından bir hata olduğunu gören hem de iktisadi etkinlik analizinde dinamik etkinliğe gerekli önemi veren bir olgunlaşma sürecine bir an evvel gireceğini ve bu bakımdan gerekli olan adımların AB rekabet hukuku uygulaması beklenmeksizin atılacağını umuyoruz.

(5) Atılabilecek İlk Adımlar

Eğer Türk rekabet hukuku uygulamasında gerçekten yukarıda teklif ettiğimiz yönde adım atılacaksa, öncelikle görülmesi gereken iki önemli konu vardır:

Birincisi, “Niçin Yoğunlaşmaların Kontrolü?” sorusuyla ilgili olarak bu çalışmada belirginleşen cevap tamamen yahut kısmen kabul görecektse iktisadi analizin tüm rekabet hukuku analizlerine katılmasının önemi dolayısıyla, bağımsız ve uzman iktisatçıların belli eylem ve işlemlerle ilgili görüş ve analizlerine önem verilen bir uygulama tarzının bir an evvel yerleştirilmesi Türk rekabet hukuku uygulamasının öncelikli gündem maddelerinden biri olmak durumundadır.

SCHMALENSEE'nin dediği gibi, “sağlam bir rekabet politikası dünyanın basit olduğu hayali üzerine kurulamaz” (Schmalensee, 1982; 1789). “İktisat sahasındaki çeşitli modellerin amacı, sosyal politika sahasında kullanılmadan evvel gerçek dünyada test edilmesi gereken hipotezler sağlamaktır. Teori, kendi başına, rekabet hukuku uygulamasına yol göstermeye yeterli olmayacaktır” (Jorde ve Harris, 1983; 464). Dolayısıyla,

⁹¹ COM 2002(711), 11 Aralık 2002, 2002/0296 (CNS); http://www.europa.eu.int/comm/competition/mergers/review/com_2002_0711_en.pdf

⁹² bkz. özellikle parag. 17

“mikroekonomik modeller, üzerine kuruldukları varsayımların hepsi gerçek dünyada mevcut bulunmayabileceğinden, pazar davranışının hatasız tahminçileri olarak düşünülmemelidirler” (Stemmons, 1986; 6). Bu sebeple de, iktisat sahasındaki çeşitli modelleri rekabet hukukunun ilgilendiği eylem ve işlemlere uygulayarak rekabet hukuku uygulamasında yoğun ihtiyaç duyulan iktisadi analizi sağlayabilecek olan uzmanlaşmış iktisatçıların görüşlerine, hem soruşturmalarda belli iddialar yöneltilirken hem teşebbüslerin savunmalarında hem de birleşme ve devralma analizlerinde, gerekli önemin verilmeye başlanması ilk olarak atılması gereken adımdır. Bugün bu platformu Amerika’da bu konu üzerinde uzmanlaşmış çok kıymetli bir iktisatçı dostumla paylaştığım için ben bu konunun daha fazla detayına girmeyeceğim.

İkincisi, uygulamada atılacak ilk adımlar rekabet hukukunda belli bir kavramın “amaç” olarak benimsenmesinin anlamını ilgilendirdiği için, uygulamaya dair şu saptamayı yapmamız gerekiyor: Bu çalışmanın savına katılarak rekabet hukukunun amacına giden yolu “iktisadi etkinlik”ten geçiren uygulamacıların, tüm rekabet hukuku yaklaşımlarında öncelikle bağımsız bir “iktisadi etkinlik” analizi yapmaları gerekmektedir. Bir eylem ya da işlemden rekabeti kısıtlayan etkilerin ortaya çıkması olası görüldüğü takdirde o eylem ya da işlemlerle iktisadi etkinliğin sağlanmasına olanak bulunmadığını varsayan yaklaşım, bu çalışmada yer verdiğimiz amaç analizine katılamaz. Bir başka deyişle, eldeki eylem ya da işlemin iktisadi etkinliği sağladığını yalnızca bu eylem ya da işlemin rekabeti kısıtlayıcı bir yönü olmadığı düşünüldüğünde dikkate alan yaklaşım biçimi, rekabet hukukuna hala doğru amaç perspektifinden bakmamaktadır. Amaç iktisadi etkinlik olarak kabul edildiğinde asıl aranan “iktisadi etkinlik”in kendisidir. “İktisadi etkinliğin sağlanması”nı rekabet hukukunun amacı olarak görmenin anlamı, eldeki eylem ya da işlemin öncelikli olarak iktisadi etkinliğin sağlanmasıyla ilgili etkileri bakımından analize tabi tutulması ve elde edilen sonuçların genel değerlendirmede bağımsız bir ağırlığının olmasıdır.^{93 94}

Bu yaklaşıma ABD rekabet hukukunda yoğunlaşmaların kontrolünden bir örnek verelim: Bu örnek, 1984 yılında General Motors Corp. (GM) ile Toyota Motors Corp. (Toyota) arasında California’da Japon tipi bir otomobil üretmek için bir ortak girişim kurulması işlemi ile ilgilidir. Otomotiv sektöründe dünyanın en büyük iki teşebbüsünün aralarında kuracakları bu üretime yönelik ortak girişim elbette ilgili pazarlarda rekabetin önemli ölçüde bozulmasına yol

⁹³ Bu konuda iyi bir tartışma için bkz. Fisher, Johnson ve Lande, 1989.

⁹⁴ Rekabet üzerinde olumsuz etkisi olabilmekle beraber yüksek iktisadi etkinlik sağlayan birleşme ve devralma işlemlerinin diğerlerinden ayırt edilebilmesi için kullanılacak bir model yaratırken başlangıç noktası olarak alınabilecek bir çalışma için bkz. Williamson, 1968 ve Williamson, 1988.

açabilecekti. Buna karşın, Federal Ticaret Komisyonu, kurulacak ortak girişimin büyüklüğünden ve rekabete etkileri bakımından taşıdığı yüksek riskten otomatikman rahatsız olup bu birleşmeye karşı çıkmak yerine, eldeki işlemi öncelikli olarak iktisadi etkinliğin sağlanmasıyla ilgili etkileri bakımından analize tabi tutmuş ve elde edilen sonuçlara genel değerlendirmede bağımsız bir ağırlık vermiştir. Bu analiz sonucunda Federal Ticaret Komisyonu, ortak girişimin (i) GM'in Japon otomobil üretim tekniklerini öğrenmesini sağlayacağını (*dinamik etkinlik*), (ii) Amerikan pazarındaki arzı ithalat kotalarıyla suni olarak kısılmış olan Japon tipi arabaların pazardaki mevcudiyetini artıracığını (*dağılım etkinliği*)⁹⁵ ve (iii) GM'in benzer küçük arabaları üretmek için katlanmak durumunda kalmış olacağı maliyetten daha az maliyetle bu arabaları üretmesine olanak tanıyacağını (*maliyet etkinliği*) görererek, söz konusu ortak girişime karşı çıkmak yerine, tarafların mutabakatına bağlı olarak verdiği kararıyla⁹⁶ ortak girişimin yapısına ve işleyişine ilişkin birkaç düzenlemede bulunmakla yetinmiştir.⁹⁷

Türk rekabet hukukundaki birleşme ve devralma analizlerinde de, yukarıda verdiğimiz örneğe benzer durumlar yaşanmaktadır. Gelişen bilişim teknolojilerine bağlı pazarlarda yukarıda yer verdiğimiz tartışmaların yakın gelecekte Türk rekabet hukuku uygulamasında daha sık yapılacağına da şüphe yoktur. Türk rekabet hukukunda yoğunlaşmaların kontrolü alanında iktisadi etkinliğin amaç olarak benimsenmesinin özellikle belli görünüş ve uygulanma biçimleri Türk Rekabet Kanunu'nun algılanışı ve halihazırdaki yorumlanışı altında esneklik gerektirecektir.

Öte yandan, başta “ayrılmaz yan sınırlama” doktrini ve “muhakeme kuralı (rule of reason)”⁹⁸ analizi⁹⁹ olmak üzere, rekabet hukukunda kabul gören

⁹⁵ İşlemin bu yönünü, bir mal veya hizmetin arzının serbestleşmesinin marjinal maliyet fiyatlandırmasına yönlendirici etkisi dolayısıyla, dağılım etkinliğiyle ilişkilendiriyoruz.

⁹⁶ Federal Ticaret Komisyonu'nun bu tür kararlarının İngilizce terminolojideki karşılığı “consent decree”dir.

⁹⁷ General Motors Corp., 103 F.T.C. 372 (1984).

⁹⁸ “Rule of reason”, İngilizce rekabet terminolojisinde yer alan terimlerden Türkçe'ye çevrilmesi belki de en güç olanıdır. Zira, İngilizce'deki “reason” kelimesi, hepsi rekabet hukukundaki bu analiz şeklinin çıkışıyla ve kullanılışıyla ilgili bulunan “akıl”, “neden”, “anlayış”, “mantık”, “adalet”, “muhakeme etmek” ve “gerekçe” kavramlarının tümüyle ilişkilidir. Türkçe'de tüm bu kavramları çağrıştıran tek bir kelime bulunmamaktadır. Bu sebeple, “rule of reason” terimini, bu analiz şeklinin karşıt kavramı olan per se analiz biçiminden en açık biçimde ayıran özelliğine ağırlık vererek “muhakeme kuralı” biçiminde çeviriyoruz.

⁹⁹ Neticede, belli iddiaları değerlendirirken “muhakeme kuralı” ile analiz yürütülmesi rekabet hukukunun amaçlarıyla yakından ilgilidir (*Clamp-All Corp. v. Cast Iron Soil Pipe Institute*, 851 F.2d 478 (1988)). Bu noktada, rekabet hukukunun amacı olarak öne sürdüğümüz iktisadi etkinliğin sağlanması ile ilgili argümanların ne ölçüde dikkate alınacağını yakından ilgilendirdiği için, “muhakeme kuralı” ve “per se” analiz yöntemleri arasındaki farkı, bu kavramların ortaya çıktıkları

pek çok esnek yaklaşım ve analiz şekli, aslında doğru amaç perspektifi akılda tutulduğunda ulaşılan doğru sonucun yansımalarıdır ve halihazırda Türk rekabet hukukunda da kullanılmaktadır. Rekabet hukukunun asıl amacına götüren cesur adımları yalnızca eğer bu adımlar atılmazsa ortaya derhal ve apaçık bir çelişki çıkacağı zaman yahut bu adımlar başka rekabet hukuku rejimleri tarafından atıldığı zaman atmamak kanımızca doğru bir politika değildir.

Kanımızca, rekabet hukukunda yapılacak doğru amaç tarifi altında, birleşme ve devralma analizlerinde iktisadi etkinlik argümanları mümkün olan en geniş ölçüde ve samimiyetle dinlenilmeli ve değerlendirilmelidir. Zira, bir kısmı yukarıda anılan pek çok sebeple, bir birleşme veya devralma işlemi sonucunda elde edilen yüksek pazar payı teşebbüsün fiyatları artırma ve diğer rekabet parametrelerini belirleme gücünü beraberinde getirmeyebilir. Üstelik, belli durumlarda, elde edilecek pazar gücü dolayısıyla gerçekten de tüketiciden

ABD rekabet hukuku içindeki gelişimleri bakımından kısaca ortaya koymakta fayda vardır. Kanımızca, “per se” kavramına rekabetçi etkilerin ve etkinlik argümanlarının hepten dinlenmemesi yönünde bir işlev veren ve bu kavramı kullandığında analiz ve gerekçelendirme yollarını tamamen kapatan görüş hatalıdır. Bu sebeple, zaten işin en temelinde işlevinin sorgulanması gerektiğini düşündüğümüz bu kavramın günümüz ABD rekabet hukuku uygulamasında “muhakeme kuralı” karşısında geldiği nokta açıklıkla ortaya konmalıdır. Kanımızca, rekabet hukuku, rekabet sürecini zedeleyen etkilerle buna yol açan eylem ve işlemlerin rekabeti yahut doğrudan etkinliği ilgilendiren gerekçeleri arasındaki savaş alanında cereyan etmektedir. ABD rekabet hukuku bakımından bu durum, en önemli başlıklarını *Standard Oil, Socony-Vacuum, Chicago Board of Trade, BMI (Broadcast Music, Inc. v. Columbia Broadcasting System, Inc.), National Collegiate Athletic Association v. Board of Regents of The University of Oklahoma* 468 U.S. 85 (1984), *Northwest Wholesale Stationers Inc. v. Pacific Stationery and Printing Co.* 472 U.S. 284 (1985) ve *California Dental Association v. FTC* 119 U.S. 1604 (1999) kararları ile işaretleyebileceğimiz evrim sürecinin sonunda bir derecelendirme ölçeğinin yaratılmasına yol açmıştır. “Per se” ve “rule of reason (muhakeme kuralı)” kavramlarının işlevi ise aslında bu ölçeğin farklı kısımlarına atıfta bulunmaktan ibarettir. Per se kategorisi, ölçeğin, belli bir eylem ya da işlem tipinde rekabeti bozan unsurların var sayıldığı kısmına tekabül eder. Ölçeğin bu kısmında da rekabeti veya iktisadi etkinliği sağlayan gerekçeleri her alanda ileri sürmek hala mümkün olmakla beraber (bkz. *BMI*), ölçeğin bu kısmında bu tür bir gerekçeye dayanılarak o eylem ya da işlem lehinde karar verilmesi belli eylem ya da işlem tipleri için (örneğin, grup boykotları; bkz. *Northwest Wholesale Stationers* kararı.) diğerlerinden (örneğin, yatay fiyat anlaşmaları; bkz. *Socony Vacuum* kararı) daha olasıdır. Ölçeğin per se kategorisine ait bu kısmında, “yanlış karar verilmesi durumunda doğacak mağduriyet” ile “sonuçta yine per se kuralının vereceği sonucu vermesi pek muhtemel olan muhakemenin maliyeti” arasındaki tartma işlemi sonrasında ikinci kısım ağır gelmekte ve bu alanda kalan eylem ve işlemlerin rekabeti bozan etkileri olduğu varsayılarak per se kuralı uygulanmaktadır. Ölçeğin muhakeme kuralına ait olan diğer kısmında ise rekabeti bozan etkilerin varsayılması mümkün değildir ve ihlalden bahsedilebilmesi için bu etkilerin açıkça ortaya konması gerekir. Ölçeğin bu kısmında, rekabeti bozan etkiler –ki bunlar bir eylem ya da işlemin *Standard Oil* kararı anlamında “makul olmayan rekabet sınırlaması” getirdiğini ortaya koyarlar- bazı eylem veya işlem tipleri için (örneğin, bkz., *NCAA* kararı) görülmesi daha kolay bir nitelik arz ederken, diğer bazı eylem veya işlem tiplerinde (örneğin, bkz. *California Dental* kararı) daha düşük olasılıkla görülebilirler. Ölçeğin bu kısmında da rekabeti sağlayan veya doğrudan etkinliğe yönelen gerekçelerin ileri sürülmesine daima imkan vardır.

üreticiye refah akışı gerçekleşecek olsa bile, aynı birleşmenin dinamik etkinliği yahut maliyet etkinliğini artırıcı etkisi dolayısıyla, toplumsal refahın birleşme öncesi duruma göre hala olumlu etkilenmiş olması veya tüketici refahının uzun vadede olumlu etkilenecek olması olasılığı vardır. Bu sebeple, birleşme yahut devralma sonucunda ulaşılabilecek pazar payı ne olursa olsun, iktisadi etkinliğin sağlanmasına ilişkin argümanların sınır tanınmaksızın dikkate alınması ve dikkatli bir iktisadi analizin bütün analizin bağımsız bir parçası yapılması gereklidir.¹⁰⁰

(6) **Sonuç**

Yukarıdaki düşünceler ışığında, Türk rekabet hukuku uygulamasında yoğunlaşmalar kontrol edilirken “iktisadi etkinliğin sağlanması”nın hedeflenmesini öneriyoruz. İktisadi etkinliğin sağlanması hedeflenirken dinamik etkinliğin sağlanması yönünde kaydedilen gelişmelere özellikle dikkat edilmesinin önemini de vurguladık. Zira, kanımızca, “toplumsal refahı artırma amacına hizmet edecek” hedef olan iktisadi etkinlik bakımından bu yönde etkisi en güçlü olan unsur dinamik etkinliktir.

Bu “amaç” perspektifi kabul edildiğinde, iktisadi etkinlikle ilgili bulgulara tereddütlü yaklaşmanın, “iyi etkinlik-kötü etkinlik” ayrımı yapmaya çalışmanın ve etkinliği rekabete karşıt bir kavram gibi algılayarak salt bir kavram olarak rekabeti korumak için rekabeti korumanın hatalı olduğunun

¹⁰⁰ Kanımızca rekabet hukukunun nihai amacı göz önüne alındığında mutlaka benimsenmesi gereken bu tutum, artık ABD rekabet hukuku uygulamasında iyice belirginleşmeye başlamıştır. İlk olarak 1984 yılındaki *American Medical International Inc.*, 104 F.T.C. 1 (1984) (karar düzeltme 104 F.T.C. 617 (1984) ve 107 F.T.C. 310 (1986)) kararıyla birleşme işlemlerinin değerlendirilmesinde etkinlik argümanlarının göz önüne alınması gerektiği noktasına gelen ABD rekabet hukuku uygulaması, bu konuda büyük yol katetmiştir. Son olarak, her ne kadar yapılan analiz sonucunda ilgili işleme izin verilmediyse de, bebek maması pazarında faaliyet gösteren üç teşebbüsten ikisinin birleşmesiyle ilgili pazarı bir duopol haline getirecek olan bir birleşme işlemine ilişkin olarak, *FTC v. H.J. Heinz Co.* 246 F.3d 708 (D.C. Cir. 2001) kararında etkinlik argümanları en ince detayına kadar değerlendirilmiştir. Bunun bir sonucu olarak, görünüşe bakılırsa izin alınması neredeyse imkansız olacak olan bu işleme, Federal Ticaret Komisyonu tarafından ancak üçe karşı iki oyla alınabilen bir kararlar karşı çıkmıştır. Kanımızca, ABD rekabet hukuku avukatları arasında geleneksel olarak “üçten ikiye indirmek zordur (three to two, hard to do)” biçiminde bilinen yaklaşımın, yakın gelecekte, iktisadi etkinlik argümanları belirgin ve kuvvetli işlemlerin değerlendirilmesi sonrasında değişmesi bile şaşırtıcı olmayacaktır. Özellikle Federal Ticaret Komisyonu’nun şimdiki başkanı olan MURIS’in geçmişten bu yana birleşme ve devralmalardaki etkinlik analizine yüksek önem atfeden bir rekabet hukukçusu olduğu göz önüne alındığında (örneğin, bkz. Muris, 1980), bu düşüncemiz kuvvetlenmektedir. (BALTO, birleşme ve devralmalarda etkinlik argümanının yakın gelecekte ciddi bir rolü olup olmayacağı konusunda bizim kadar iyimser değildir. Ona göre, “1997 Birleşme Rehberi’ne etkinlik değerlendirmesi kısımlarını koyanların açık niyetlerine rağmen, etkinlik analizi Federal Ticaret Komisyonu’nun kara kutusunda sıkı bir şekilde muhafaza edilmektedir” (Balto, 2001: 2)).

görüleceğini ve Türk rekabet hukuku uygulamasının doğal gelişim çizgisi içinde “Niçin yoğunlaşmaların kontrolü?” sorusunun cevabının bu ışık altında verileceğini ümit ediyoruz.

KAYNAKÇA

Afonso, M. (1992), "A Catalogue of Merger Defenses Under European and United States Antitrust Law", 33 Harvard International Law Journal 1

Akgemici, T., (Haziran, 2001), "KOBİ'lerin Temel Sorunları ve Sağlanan Destekler", <http://www.kobinet.org.tr/hizmetler/bilgibankasi/ekonomi/docs/TA.pdf>

Areeda, P. ve L. Kaplow (1997), Antitrust Analysis, 5. Baskı, Aspen Law & Business

Areeda, P. ve D. Turner (1978), Antitrust Law: An Analysis of Antitrust Principles and Their Application, Boston: Little, Brown

Aslan, Y. (2001), Rekabet Hukuku, Bursa, Ekin Kitabevi

Atiyas, İ. (Mart, 2000), "Rekabet Politikasının İktisadi Temelleri Üzerine Düşünceler", Rekabet Dergisi, Cilt: 1 Sayı:1, Ankara, Rekabet Kurumu Yayını

Bain, J. (1951), "Relation of Profit Rate to Industry Concentration: American Manufacturing, 1936-1940", 65 Q.J. Econ. 293

Balto, D., (2001), "The Efficiency Defense in Merger Review: Progress or Stagnation?", Antitrust 74, http://www.whitecase.com/article_efficiency_defense_balto.pdf

Bellamy, C. ve G. Child (1996), Common Market Law of Competition, 4. Baskı, Sweet & Maxwell

Bernanke, B. ve R. Gürkaynak (2001), "Is Growth Exogenous? Taking Mankiw, Romer, and Weil Seriously", NBER Working Paper No. 8365 (Yayınlanacağı kaynak: NBER Macroeconomics Annual, M.I.T. Press, Cambridge, 2001)

Bock, B. (1972), "Concentration, Oligopoly, And Profit: Concepts vs. Data", The Conference Board

Boratav K., E. Yeldan ve A. Köse (Şubat, 2000), "Globalization, Distribution And Social Policy: Turkey: 1980-1998", New York, CEPA and The New School for Social Research, Working Paper Series, No: 20

Bork, R. (1978), The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself, 2. baskı, New York: Basic Books, Inc.

Brodley, J. (1987), "The Economic Goals of Antitrust: Efficiency, Consumer Welfare and Technological Progress", 62 New York University Law Review 1020

Brozen, Y. (1974), "Concentration and Profits: Does Concentration Matter?", 19 Antitrust Bull. 381

Crepon, B., E. Duget ve J. Mairesse (1998), "Research Innovation and Productivity: An Econometric Analysis at Firm Level", NBER Working Paper No. 6696

Denison, E. (1974), "Accounting for United States Economic Growth 1929-1969", Washington, D.C.: Brookings Institution

Demsetz, H. (1974), "Two Systems of Belief About Monopoly", "Industrial Concentration: The New Learning" içinde, Little, Brown & Co.

Eckard, E. (1995), "The Impact of the 1980's Merger Movement on U.S. Industrial Concentration", 40 Antitrust Bulletin 397

Elzinga, K. (1977), "The Goals of Antitrust Other Than Competition and Efficiency, What Else Counts?", 125 U. Pa. L. Rev. 1191

Erol, K. (2000), Rekabet Kurallarının Ülke Dışı Uygulanması, Ankara, Rekabet Kurumu Yayını

Fisher, A., F. Johnson ve R. Lande (1989), "Price Effects of Horizontal Mergers", 77 California Law Review 777, 813

Forrester, I. (2001), "The Reform of the Implementation of Articles 81 and 82 Following Publication of the Draft Regulation", "European Issues of Legal Integration", Legal Issues of Economic Integration içinde, Vol. 28, Hollanda, Kluwer Law International

Fox, E., "Modernization: Efficiency, Dynamic Efficiency, and the Diffusion of Competition Law", "The Modernization of EC Antitrust Policy", European Competition Law Annual 2000, Ehlermann, C. ve I. Atanasiu (der), Oxford, Hart Publishing, (Mayıs, 2001)

Fox, E. (1982), "The New Merger Guidelines – A Blueprint for Microeconomic Analysis", 27 Antitrust Bulletin 519, 590-591

Gerber, D. (1989), "Antitrust and the Challenge of Internationalization, Foreword to Symposium on Antitrust Law and the Internationalization of Markets", 64 CHI.-KENT L. REV. 689

Gilbert, R. (Mart 2000), "Exclusive Dealing, Preferential Dealing, and Dynamic Efficiency," *Review of Industrial Organization*, Cilt. 16, No. 2

Griliches, Z. (1995), "R&D and Productivity: Econometric Results and Measurement Issues", P. Stoneman (der), *Handbook of Economics of Innovation and Technological Change* içinde, Oxford, Blackwell, 53-89

Güneş, M., A. Köse ve E. Yeldan (1996), "Input-Output Tablosu Sektör Tasnifine Göre Türkiye İmalat Sanayiinde Yoğunlaşma Eğilimleri", *Ekonomik Yaklaşım*, 8(26): 33-47

Güneş, H., "Türk Rekabet Yasasını Hazırlama Güdülleri ve Uygulamasına İlişkin Öneriler", Perşembe Konferansları, Ankara, <http://www.rekabet.gov.tr/etkinliklerimiz.html> , Sıra No: 25, (6 Nisan 2000)

Gürkaynak, G., "An Approach to the Contemporary Treatment of Vertical Integration Cases in Antitrust Law from a Law and Economics Perspective: Recent Experiences in the US and EU", ERC/METU VI. International Conference in Economics, Ankara, <http://www.econ.utah.edu/ehrbarerc2002/pdf/i015.pdf> , (11-14 Eylül 2002)

Hovenkamp, H. (1982), "Distributive Justice and the Antitrust Laws", 51 *Geo. Wash. L. Rev.* 1, 24-26

Handler, M. (1991), *Antitrust in Transition*, Transnational Juris Publications, Inc.

Jorde, T. ve D. Teece (1992), *Antitrust, Innovation and Competitiveness*, New York, Oxford University Press

Jorde, T. ve R. Harris (1983), "Market Definition in The New Merger Guidelines: Implications for Antitrust Enforcement", 71 *California Law Review* 464; Yeniden Basım: Fox, E. ve J. Halverson (der.) (1984), "Antitrust Policy in Transition: The Convergence of Law and Economics", American Bar Association

Katırcıoğlu, E. (1990), "Türkiye İmalat Sanayiinde Yoğunlaşma ve Yoğunlaşmayı Belirleyen Faktörler: 1975 – 1985", İstanbul, TÜSES

Kaymaz M., S. Altın, ve M. Güneş, "Türkiye İmalat Sanayiinde Yoğunlaşma", TMMOB Sanayi Kongresi Bildiriler Kitabı, Cilt 1, TMMOB-MMO Yayını, Ankara, (1993)

Klette, T. ve Z. Griliches (2000), "Empirical Patterns of Firms Growth and R&D Investment: A Quality Ladder Model Interpretation", *The Economic Journal*

Kotan, Z. (Ocak 2002), “Uluslararası Rekabet Gücü Göstergeleri: Türkiye Örneği”, Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası Araştırma Genel Müdürlüğü, <http://www.tcmb.gov.tr/~research/discus/dpaper53.pdf>

Korah, V. (1994), An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice, 5. baskı, Londra, Sweet & Maxwell

Leary, T. (2001), “Three Hard Cases and Controversies: The FTC Looks at Baby Foods, Colas and Cakes”, <http://www.ftc.gov/speeches/leary/learythree.htm>

Lustgarten, S. ve J. Weston (1974), “Concentration and Inflation”, “Industrial Concentration: The Economic Issues” içinde, Little Brown and Co.

Mankiw, N., D. Romer, and D. Weil (1992), “A Contribution to the Empirics of Economic Growth”, Quarterly Journal of Economics, 107(2), 407-37

Marx, K. ve F. Engels (1955), The Communist Manifesto, New York: Appleton-Century-Crofts

McLaren, R. (1971), “Oligopoly and Inflation (III): The View from the Justice Department”, 4 Antitrust L. & Econ. Rev.

Morgil, O., “Rekabet Politikası ve Özelleştirme Sempozyumu”, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara, (1999)

Mueller, W. (1974), “Industrial Concentration: An Important Inflationary Force”, “Industrial Concentration: The New Learning” içinde, Little, Brown & Co.

Muris, T. (1980), “The Efficiency Defense Under Section 7 of the Clayton Act”, 30 Case Western L. Rev. 381, 403-07

Müftüoğlu, T., (1991), Türkiye’de Küçük ve Orta Ölçekli İşletmeler: Sorunlar ve Öneriler, Ankara, Sevinç Yayınevi

Müftüoğlu, T. (Mart, 2000), “Rekabet Kanunu ve İki Yıllık Uygulaması”, Rekabet Dergisi, Cilt: 1 Sayı: 1, Ankara, Rekabet Kurumu Yayını

Öz, G., “Rekabet Politikası ve Özelleştirme Sempozyumu”, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara, (1999)

Pitofsky, R. (1979) “The Political Content of Antitrust”, 127 U. Pa. L. Rev. 1051

Porter, M. (Kasım/Aralık 1996), “What is Strategy?”, Harvard Business Review

Porter, M. (1985), Competitive Advantage, The Free Press

Porter, M. (1980), Competitive Strategy, The Free Press

Rasmusen, E. (Ekim 2000 taslağı), “Economic Regulation and Social Regulation”, henüz yayınlanmamıştır, <http://Php.indiana.edu/~erasmuse/papers/social.pdf>

Rowe, F. (1984), “The Decline of Antitrust and the Delusions of Models: The Faustian Pact of Law and Economics”, 72 Geo. L.J. 1511, 1553-59

Scherer, F. (1999), New Perspectives on Economic Growth and Technological Innovation, Washington D.C., Brookings Institution Press

Scherer, F. ve D. Ross (1990), Industrial Market Structure and Economic Performance, 3. Baskı, Boston: Houghton Mifflin Company

Scherer, F. (1987), “Antitrust, Efficiency, and Progress”, 62 NYU Law Review 998

Schmalensee, R. (1982), “Another Look at Market Power”, 95 Harvard Law Review 1789

Schumpeter, J. (1942), Capitalism, Socialism and Democracy, 3. Baskı, New York: Harper & Row

Schumpeter, J. (1934) (Almanca aslı; 1911), The Theory of Economic Development: An Inquiry Into Profits, Capital, Credit, Interest And The Business Cycle, Cambridge, Harvard University Press

Schwartz, L. (1979), “‘Justice’ and Other Non-Economic Goals of Antitrust”, 127 U.Pa.L. Rev. 1076

Solow, R. (1956), “A Contribution to the Theory of Economic Growth”, Quarterly Journal of Economics, 70, 65-94

Stemmons, R. (1986), “The Adoption and Confusion of Microeconomic Theory And Policy in Antitrust Law”, 51 Missouri Law Review 239

Sullivan, P. ve W. Grimes (2000), The Law of Antitrust: An Integrated Handbook, St. Paul, West Publishing

Sullivan, L. (1975) Book Review, 75 Colum. L. Rev. 1214

Taymaz, E., (1999), "Trade Liberalization and Employment Generation: The Experience of Turkey in the 1980s", Middle East Technical University Economic Research Center Working Paper, No. 1999-11, Ankara

Terleckyj, N. (1974), "Effects of R&D on The Productivity Growth of Industries: An Exploratory Study", Washington, National Planning Association

Thurow, L. (Aralık, 1987), "A Weakness in Process Technology", Science

Weiss, Y. (1974), "The Concentration Profits Relationship and Antitrust", "Industrial Concentration: The New Learning" içinde, Little, Brown & Co.

Weiss, Y. (1966), "Business Pricing Policies and Inflation Reconsidered", 74 J. Pol. Econ. 177

Williamson O. (1988), "Economies as an Antitrust Defense Revisited", 125 U. Pa. L. Rev. 699, Calvani, T. ve Siegfried, J. (der.), Economic Analysis and Antitrust Law içinde, 2. Baskı, Boston, Little, Brown and Company

Williamson, O. (1968), "Economies as an Antitrust Defense: The Welfare Tradeoffs", 58 American Economic Review 18

Viscusi, K., J. Vernon ve J. Harrington (2000), Economics of Regulation and Antitrust, Londra, 3. Baskı, The MIT Press

Yeldan, E., E. Voyvoda ve K. Metin-Özcan (Ekim 2000), "On The Patterns of Trade Liberalization, Oligopolistic Concentration and Profitability: Reflections from Post-1980 Turkish Manufacturing", http://www.bilkent.edu.tr/~yeldane/ERF_mv00-2.PDF

Yılmaz, E., "Rekabet Kanunu Uygulamasında Usul ve İspat Sorunları", Perşembe Konferansları 2, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara, (1999).

Av. Gönenç GÜRKAYNAK

White&Case LLP, Brüksel

SUNUŞ¹⁰¹

¹⁰¹ Bu bölümdeki açıklamaların takibi için lütfen bkz. SUNUŞ-1

Bütün rekabet hukuku davaları iktisadî olarak anlam ifade etmek zorundadır kararını (Amerikan Yüksek Mahkemesinin) burada gündeme getirmek istedik. Zira, iktisadî olarak anlam ifade etmeyen bir rekabet hukuku davasında bir kararın aslında netice itibarıyla üzerinden seneler geçtikten sonra, biz bu işte yanlış yapmışız, bu pazarı olumsuz yönde etkilemişiz, hatta belki hiç ellemeseymişiz daha iyiymiş noktasına bizi getirebileceğini artık bugün biliyoruz. Dolayısıyla, amaç meselesini tartışmaya başladığımız anda ilk cümle olarak iktisadî analiz son derece önemli ve iktisatla hukuk kol kola girmek zorunda, ki anlamlı ve tutarlı bir amaç perspektifini yerleştirebilelim diyebilmek istedim.

Zaten tutarlı ve anlamlı bir rekabet politikası için olgunlaşmış bir amaç perspektifine muhtaç olduğumuzu söylediğimize göre, bu olgunlaşma yolunda atılacak hiçbir adımın kötü bir adım olamayacağını da çabucak tespit etmek her hâlde faydalı olur. Yani, esas kazanım, amaç meselesinin tartışılmaya başlanmasıdır kanımca. Benim tabii bu konuda görüşlerim var, başkalarının başka görüşleri var, bütün dünyada bu konuda görüşler çok fazla ve çarpışan görüşler var. Ama, belli bir rekabet hukuku rejiminde bu çarpışma ne kadar şiddetliyse ve bu tartışmalar ne kadar fazla ise, amaç perspektifi o kadar olgunlaşmış oluyor ve bunun başlı başına bir önemi var. Bunu belirttikten sonra, elbette ortaya koymamız gereken, oyun sahasının ne olduğu; yani kimler ne diyor ve niye tartışıyoruz aslında? Ona geçmeden evvel ise, belki birazcık bu amaç tartışmasının açılımlarının neler olduğu meselesine girmek lâzım.

Dolayısıyla önce açılımlardan bahsedeceğim, ardından oyun sahasının ne olduğunu söyleyeceğim. Açılımlardan kastım şu: Amacı netleştiriyoruz da ne oluyor, bize ne gibi fayda sağlıyor, yoğunlaşmaların kontrolünü hangi amaç perspektifiyle gerçekleştirdiğimizi bilmek?

Bir defa, yoğunlaşmaların kontrolü politikasının sorgulanması ve bu sorgulamanın bizi ileriye götürebilmesi için muhtacız amaç perspektifinin netleşmiş olmasına. Bizi ileriye götürecek bir eleştiri sisteminin kurulabilmesi için amacın netleşmiş olması şart. Dolayısıyla, tacir, Rekabet Kurumunu eleştirdiğinde, Rekabet Kurumu tacire davranışlarını değiştirmesi, eylem ve işlemlerinde farklı davranması gerektiğini söylediğinde, bütün bunların, bunu biz hangi amaç için, niye yapıyoruz sorusu akılda tutularak yapılabilmesi ancak bizi ileri götürecek. Aynı şekilde 4054 sayılı Kanunun ülke dışı uygulanması meselesiyle ilgili olarak da, yine üzerinde çalışılan özelleştirmelerle rekabet hukuku uygulamasının nasıl kol kola girebileceğiyle ilgili olarak da amaç perspektifinin netleşmesi sonsuz önem arz ediyor. Pazarların uluslararası nitelik kazması da yine son derece önemli bir boyutu bu hâdisenin. Zira, uluslararası sınırlar yahut ticaret faaliyeti uluslararasılaştıkça, yani sınırlar ortadan kalktıkça,

aynı şekilde taciri takip eden bir hukuk disiplini olarak rekabet hukuku da uluslararası ve uluslar üstü bir hâl almaya başlıyor. Rekabet hukukunun globalleşmeye başladığı noktada zira ticarî faaliyet globalleşiyor. Bu entegrasyonun tam olarak ortaya çıkabilmesi için, farklı rekabet otoritelerinin aynı işlemlerle ilgili olarak kol kola girebilmeleri için hangi amaç perspektifinden yaklaştıklarının meseleye, netleşmesi büyük önem arz ediyor. Bugün Avrupa Birliği'yle Amerika arasındaki uyuşmazlık ve özellikle "GE-Honeywell" davasında yaşanan büyük sıkıntılar aslında bir ölçüde de amaç yaklaşımlarının farklılığından kaynaklanıyor.

Öngörülebilirlik ise, kanımızca, tacirlerin özellikle çok önemsemeleri gereken bir hâdise; dolayısıyla Rekabet Kurumunun da. Zira, tacirler zaten pazarda bir belirsizlik altında faaliyet göstermekte; zaten bir risk altındalar. Ticaret hayatının doğasında olan bir risk bu. Bunun üstüne bir de hukuk eliyle sunî bir riskin getirilmesinden kaçınılması lâzım. Bunun yapılabilmesinin tek yolu da, tacirlerin hangi amaçla bu uygulamanın yapıldığını yine görebilmeleri.

Muhakeme usulü konusuna değinmeyeceğim. Sadece hızla, muhakeme usulünün de aslında amacın netleşmesi sonrasında ancak tam doğru şeklini alabileceğini ortaya koymakta belki fayda var.

Gelelim oyun sahasının ne olduğu meselesine. Burada görüşleri ikiye ayırdım. Tabii bunu yaparken, kendi taraftarı olduğum görüşü bir tarafa, diğerleri şeklinde diğerlerini öbür tarafa aldım.

Chicago ve Harvard ekollerinin özellikle ortaya attığı görüşü benimsemenin yerinde olacağına inanıyorum. Bu aslında "Bork" ile başlamış, arkasından "Posner"la devam etmiş, "Areeda" ve "Turner"ın da takip ettikleri ve bugün Harvard için "Kaplow" tarafından kullanılan ve genel olarak Chicago ekolünde de kabul gören bir görüş. Ve dediği şu: "İktisadî etkinliğin sağlanması esas amaç olmalıdır yahut en azından esas amaç ne olacaksa, ki bu refah maksimizasyonudur son tahlilde" demekteler, "bunun yolu iktisadî etkinliğin sağlanmasından geçmek durumundadır". Bir adım daha atmaktalar bu görüşün taraftarları. "Üstelik bu birincil amaç olmak durumunda olduğu gibi, diğer olası amaçlar", ki sağ tarafta yer veriyorum listesine, "diğer olası amaçların bağımsız birer amaç olarak, politika amacı olarak takip edilmesi durumunda bizim ortaya koyduğumuz amaç görüşü sakatlanacaktır" demekteler.

Dolayısıyla tavsiyeleri, refah maksimizasyonu ve iktisadî etkinliğin sağlanması. Burada refah maksimizasyonu olarak aldım ve toplumsal refah mıdır, tüketici refahı mıdır maksimize etmemiz gereken; bunun detayına girmedim. Bunu bilinçli bir tercih olarak yaptım. Bu da çok çok önemli bir tartışma. Ama, burada şu anda bence ilk atacağımız adım, yolun iktisadî

etkinlikten geçmesi gerektiğini ortaya koymak. Diğer görüşler ise, küçük teşebbüslerin büyük teşebbüslerden korunması bir amaç perspektifi idi. Artık dünyada teşebbüsün korunması yerine rekabet sürecinin korunması fikri ön plâna çıktıkça bu görüşten uzaklaşıyoruz iktisadî analizin de dahilyle.

Tüketicinin korunması bir görüş; ama bunu ayırıyorum. Tüketici refahının maksimizasyonundan bahsetmiyorum burada; tüketicinin korunması diye sosyal sahada bir başka amaç tanımlayarak, bunu bağımsız olarak takip etmekten bahsediyorum. Bunun takip edilmesinde olanak bulunmadığı da yine tartışılmakta. Tebliğde ayrıntılarına da biraz yer vermeye çalıştım.

Ekonomik ve siyasî gücün bir elde toplanması meselesi aslında Rekabet kanunlarının çıkış noktası. Yani, Amerika'da "Sherman Act" ortaya çıkacakken, Sherman Yasası ortaya çıkacakken, "yahu, bütün pazarlarda yoğunlaşma oluyor, çok ciddi bir siyasî gücü de bu beraberinde getiriyor ve devletin kamusal erki böylece zora girmiş oluyor, istediğimizi yaptırma olanaklarımız sakatlanmış oluyor" diyerek çıkmıştır. Ama, çıkış noktası bu diye böyle kalmamıştır ve kalmamalıdır. Nitekim artık başlı başına, ki bu tebliğimde bir perspektifi bu olsun istedik, başlı başına yoğunlaşmanın kendisi kınanan bir şey olmaktan çıkmıştır. Adil bir gelir dağılımının sağlanmasının yegâne amaç olması gerektiğini yine ortaya koyanlar olmuştur. Bu görüşe de katılmaya imkân bulamadık. Zira, adil gelir dağılımını sağlamaya elverişli vergi ve maliye politikaları gibi başka vasıtaların olduğunu düşünmekteyiz. Rekabet hukuku eliyle bunu bir ölçüde takip etmek mümkündür ama, bütün sıkıntı burada, neticede adil bir gelir dağılımı amacını takip edersek, rekabet hukukunun pastayı büyütmeye olanaklarının kısıtlanacak olması.

Biz diyoruz ki, rekabet hukuku iktisadî etkinlik yoluyla toplumsal refahı maksimize ederse, büyümüş olan bu pastayı daha elverişli vasıtalar dağıtabilir. Yoksa, hele Türkiye gibi gelir dağılımı sorunlarının gerçekten ciddi boyutlarda olduğu bir ülkede gelir dağılımında adaletin önemsiz olduğunu savunmak gibi bir densizlik içinde değiliz.

Pazara giriş kolaylığının muhafaza edilmesi ve hakçalık meselelerini yine hızlı geçmek istiyorum. Kaldı ki, hakçalık bizde zaten Ticaret Kanunu altında ayrıca haksız rekabet vasıtasıyla biraz daha kavranan bir mesele.

Gayrişahsi iş görme biçimlerinin engellenmesi ise, teşebbüslerin büyüdükçe iş görme biçimlerinin insana değer vermeyen noktalara geldiği fikrinden hareket ediyor. Elbette insan unsuruna önem veren bir görüş; ama yol gösterici değil. Bir politika amacı olmaya, yeterli bir amaç anlayışı değil her hâlde. Burada bu kadar araç şudur, amaç budur dedikten sonra en önemli şey belki de araç, hedef ve amaç kavramlarının ayrıştırılmasının çok çok önemli

olduğu, belki de tartışmanın en fazla bu mesele üzerinde yapılması lâzım. Aynı bunun gibi neyin amaç, neyin bir işlev ve neyin bir sonuç olduğunun da tartışılması gerekirdi; bunu dışarıda bırakmak durumundayım. Ama, araç, hedef ve amaç kavramları gerçekten çok önemli.

Kanımızca araç, rekabet hukukudur, rekabet sürecinin korunmasıdır. Rekabet hukuku bir araç olarak kullanılırsa, hedeflenen kavram iktisadî etkinlik olabilir, ki bu, araç, hedef, amaç ayırımını, para politikasıyla ilgilenen birisiyle aynı platformda konuşurken kullanmak iyice her hâlde yerinde. Zira, aslında bu bir anlamda iktisat alanından çaldığımız bir düşünme biçimi.

Hedeflenecek kavramın iktisadî etkinliğin sağlanması olması daha yerinde. Zira, toplumsal refahın maksimizasyonu başlı başına her davada önümüzde beliren bir olanak olmayabilir. Oysa, iktisadî etkinlikle ilgili argümanlar iktisadî açıdan rahatlıkla ortaya konulabilir savunma makamları tarafından da, Rekabet Kurumu tarafından da.

Amaç da dolayısıyla, toplumsal refahın maksimizasyonu olacaktır. Demin adil gelir dağılımı meselesini, rekabet hukukunun amaç perspektifinin dışında bıraktığım için, benim görüşümde toplumsal refahın maksimizasyonu ana amaç olmuş oluyor tüketici refahının maksimizasyonu yerine. Ama, bu boyutu konunun ayrı bir tartışma ve iktisadî etkinliğin sağlanmasının bir amaç olması gerektiği meselesini sakatlamamalı her hâlde.

Gelelim iki ayağına ve içeriğe ilişkin tartışmaya, yani ne diyoruz? Benim burada üzerinde durmak istediğim iki konu var: Birincisi, bir yoğunlaşmanın fiyatlar üzerindeki etkisinin sonsuz önemde olduğu ve bunun öncelikli olarak ele alınması gerektiği, ikincisi ise, teşebbüsün korunması noktasından çıkılıp, rekabet sürecinin korunması noktasına gelinmesinin önemli olacağı.

Burada “Bain”in 1951 senesinde yaptığı bir araştırmadan sonra bulduğu, “yoğunlaşma olan sektörlerde rekabetçi fiyatlandırmaya imkân yoktur” bulgusundan itibaren yoğunlaşmaya bizatihi kötü bir şey olduğu gözüyle bakılma eğilimi doğmuştur. Hele Türkiye’de, fiyatlandırmayla ilgili olarak konuşuyorum, bütün, özerk dahi olsalar, bağımsız dahi olsalar, bütün Türkiye için bir mücadele veren birimlerin enflasyon gerçeği karşısında fiyatla ilgili olarak iyice duyarlı olmaları da normaldir. Bu böyle olabilecektir. Herkese fiyatlandırma meselesiyle ilgili görev düşmektedir bir anlamda. Bain’in yoğunlaşmayla ilgili söyledikleri ve enflasyon koşullarının fiyatla ilgili olarak yarattığı bu duyarlılık bir araya getirildiğinde, niçin yoğunlaşmaların kontrolü?.. “Çünkü yoğunlaşma kötüdür” gibi bir noktaya ulaşılması olasılığı olabilir ve bu olasılık kanımızca çok tehlikelidir. Bu olasılığın dışına kaçmak ve büyük her

zaman kötü bir şey değildir, bizatihi biz yoğunlaşmayla, yoğunlaşmanın kendisiyle, yani pazar payının ne orana geleceğiyle değil, aslında rekabetin nasıl etkileneceğiyle ve toplumsal refahın yahut başka görüşe göre tüketici refahının nasıl etkileneceğiyle ilgilenmek durumundayız demek gerekir. Bunun için seçici birleşme politikaları gerekir ve statik şablon hukuk kurallarını uygulamak yerine, iktisadî analizi mümkün olduğunca hâdiseye entegre etmek ve analizi paralel olarak, hukuk ve iktisat boyutlarını bir arada götürmek şart olmaktadır gerçek amaç analizi altında yoğunlaşmaların incelenebilmesi için.

Türkiye için hızla bakacak olursak, demin dediklerim yanlış anlaşılmasın diye tekrar söylemek isterim ki, fiyata etkiler çok önemlidir ve fiyata etkilerin görülmesi gerekir. Neticede tüketici refahı ya alt toplumsal refah, fiyatta gereksiz bir şişme, fiyatın fazla yukarıda oluşması olasılığı yoğunlaşmalar dolayısıyla teşhis edildiği zaman elbette Rekabet Kurumunun konuya duyarlı davranması gerekecektir ve bunun çeşitli yöntemleri var, görmenin birtakım basit yöntemlerine yahut en azından “Indicator”lerine Serdar Dalkır meslektaşım, arkadaşım işaret edecek zaten.

Dediğimiz gibi, enflasyonla mücadele adına ama bunu fazla ileri götürmek hatalı olabilir. Aslında burada dediğimizi “Learned Hand”, Amerikan Yüksek Mahkemesinin zamanında Başkanı ve en etkili üyelerinden bir tanesi olmuş Learned Hand, eski bir kararda, 1916 tarihli bir kararda, “tüketicilerin uzun vadedeki menfaatleri, kısa vadede fiyatlarda düşme olmasındaki menfaatlerinden farklı olabilir” diyerek ortaya koymuştur.

1916 senesinde Learned Hand’ın “dinamik etkinlik” gibi bir kavramla tanışmış olacağını zannetmiyorum. Ama, bu aslında çok ilginç bir teşhis. Zira, bunun doğru olduğu durumlarla biz Türkiye’de karşılaşacağız, dünyada karşılaşılmaktadır.

Neticede, tüketicilerin tek refah fonksiyonunun içine giren tek unsur fiyat unsuru değildir; kalite unsuru da, ürünün kalitesi, ürünün üretilmesindeki niteliksel faktörler de yine elbette bu analize entegre olmak durumundadır. Bu böyle olduğu durumda da elbette dikkat edilmesi gereken başka faktörler var demektir. Kısa vadede fiyatlarda azıcık artış yaratacak, bununla birlikte araştırma, geliştirme faaliyetlerinde muazzam bir sinerjiye yol açacak olan bir birleşmeye izin verilip verilmeyeceği hâlâ tartışma konusu olabilmelidir.

Amerika Birleşik Devletleri’nde son dönem Chicago ekolü ile rakip teşebbüslerin değil, rekabet sürecinin korunması gerektiği meselesine eğilinmiştir. O yüzden ikinci ayağını sunumumuzun buna yönlendirdik.

Nitekim yakın tarihli (1998) kararlarıyla mahkeme, şikâyetçi teşebbüse, senin şikayetinde ispat etmen gereken şey, sana bir zarar verildiği değil, rekabet

sürecine bir zarar verildiği olmak zorundadır, bu sebeple şikayetini reddediyorum diyerek açıklıkla teşebbüsün korunması amacını reddetmiştir. Gerçi Clayton Yasası aslında çıkarıldıkları an itibarıyla küçük teşebbüsün korunması, teşebbüsün pozisyonunun pazarda diğer rakiplere göre korunması fikrinden hareket etmekteydiler. Ama, rekabetin ciddî ölçüde kısıtlanması testi getirilmek suretiyle esas hâdise, rekabetin nasıl etkilendiğine odaklanmıştır. Nitekim yatay birleşmeler bugün açıklıkla iktisadî etkinlik argümanlarını akomode etmekte, bunları barındırmaktadır.

“Spectrum Sports” kararı yine sevdiğimiz ve konuya güzel açıklık getiren iyi bir atfa yer verdiği için burada onu alma ihtiyacı hissettik. Bu kararda Yüksek Mahkeme demektedir ki, “aslında rekabet hukuku teşebbüsleri, pazarın işlemesinden değil, tüketicileri pazarın işlememesinden korumak zorundadır”. Bu teşhis kanımızca son derece yerindedir. Dolayısıyla, teşebbüse sadece odaklı bir analizin de çok doğru sonuç vermemesi olasılığı vardır.

Avrupa Birliği ayağını birazcık daha hızlı geçeceğim. Zira, öğleden sonraki oturumda bu konu üzerinde durulacağını biliyorum.

Siyasal faktörlerin Avrupa Birliği içerisinde çok büyük önemi olduğunu burada idrak etmek lâzım. Öyle olduğu için de bazı kararlarda Rekabet Kurumu daha özgür ve bizdeki Rekabet Kurumu bu faktörlerle uğraşmak durumunda olmadığı için doğrudan toplumsal refahı takip edebilecek durumda olabilir; bu lüksü kullanmak da elbette yerinde olur.

Avrupa Birliği’nde bugün en fazla tartışma yaratan mesele portföy gücü kavramıdır. Özetle demekte olduğu da bunun; portföyüne daha fazla marka katma hareketinin, bir teşebbüsün bu eylem ya da işleminin başlı başına bir sıkıntı doğurabileceği, böyle bir sonuç doğuracak birleşme/devralmaların başlı başına kötü olabileceği idi. Bunun “büyük kötüdür” kararı olduğu özellikle Amerikalı meslektaşlarca senelerce savunuldu; ama bu görüşten vazgeçilmedi. Arkada gördüğünüz birtakım kararlar var ve bu tırnak içine aldığım ibarelerin hepsi, gerekçenin, birleşme/devralmanın neden reddedilmesi gerektiğine dair kısmında yer aldı. Bu büyük hayretle karşıladığımız bir durum oldu. Zira, aslında bunu okuduğunuz ve gördüğünüz zaman teşhis ettiğiniz, iktisadî etkinlikle değil, büyüklükle ilgili kaygıların birleşme ve devralmanın önüne geçtiği ve iktisadî analizin, aslında iktisadî etkinliğin kötü etkilendiği yönünde değil, yalnızca elde edilecek olan iktisadî etkinliğin rekabeti bozması gibi bir karmaşık kaygı ile geleceğe ilişkin korku ile bunun yapıldığı, bu yasaklama kararının verildiği.

“Coca-Cola Carlsberg” gibi kararlar ve diğerleri ardından GE-Honeywell kararıyla birdenbire bütün konjonktürün Avrupa’da değiştiğini

görüyoruz. Zira, GE-Honeywell kararı, Amerika tâbiyetindeki iki teşebbüsün birleşmelerine dair bir karar idi. Federal Ticaret Komisyonu bu kararı çok detaylı şekilde inceledi, iktisadî analize tabi tuttu ve ondan sonra iznini verdi. Avrupa Birliği'nde ise bu karar reddedildi ve işlem çökme tehlikesiyle karşı karşıya kaldı. Çok büyük bir işlem idi. Amerikalı rekabet hukukçularıyla Avrupalı rekabet hukukçuları ciddî ölçüde karşı karşıya geldiler hem kurumlar düzeyinde, hem avukatlar düzeyinde. Zira, iktisadî etkinliğin rekabeti bozması düşüncesi Amerika'da çok uzun seneler evvel terk edilmiş bir yaklaşım biçimi.

Daha evvel koyduğumuz araç, hedef ve amaç ayırımını eğer berraklaştırıp düşünecek olursak, ortaya çıkıyor ki, burada rekabetin başlı başına bir değer olduğu ve rekabetin korunması lâzım geldiği gibi bir düşünceyle hareket etmekte Avrupa Birliği'ndeki Komisyon. Oysa, aslında rekabeti koruma sebebimiz, iktisadî etkinliği ve toplumsal refahı korumaksa, iktisadî etkinlikle, elde edilecek olan iktisadî etkinlikle, "sen şimdi rekabeti bozarsın" gibi bir korkuyla yasaklama kararına yer vermemek daha uygun olur idi. Ve bu çok ciddî ölçüde tartışıldı. Ardından daha da ciddî gelişmeler oldu. 2002 senesinin, geçtiğimiz senenin hemen sonunda Air Tours, Schneider Electric ve Tetra Laval kararlarıyla bütün konjonktür tersine döndü. Zira, Birinci Derece Mahkemesi, İlk Derece Mahkemesi bu kararlarda, Komisyonun iktisadî analizinin yetersiz olduğuna karar verdi ve bu kararları, Komisyonun birleşmeyi durdurma kararlarını bozdu. Bu bozma kararlarıyla beraber birdenbire iktisadî analize daha fazla yer verilmesi gerektiği ortaya çıktı. Hele portföy etkisi bakımından, daha evvel bahsettiğim yaklaşım bakımından artık Tetra Laval yüzünden özellikle, çünkü ispat standardını çok yukarı çeken bir karar Birinci Derece Mahkemesinin kararı, Avrupa Birliği makamlarının biraz elinin kolunun bağlandığı intibayı doğdu. 8 Ocak 2003 tarihi itibarıyla Komisyon enteresan bir şey yaparak, hem bu birleşmeye izin verdi, hem de temyizi için, yani Birinci Derece Mahkemesinin aldığı iptal kararının temyizi için başvuruda bulundu. İzin verirken daha evvel görmediği başka faktörleri gördüğünü ortaya koydu. Taraflar da böyle bir talepte bulunmuşlardı. Fakat, bu temyizi yine de istemesi doğrusu çoğu insanı pek şaşırtmadı. Çünkü, bu kararın temyizi, ki ilerideki günlerde göreceğiz, eğer Birinci Derece Mahkemesinin kararının iptali noktasına getirmezse Komisyonun altında kaldığı ispat yükü gerçekten son derece yüksek ve Amerika'dakine artık yakın bir noktaya gelmiş vaziyette. Elbette bir karara tepki gösterirken ölçülü olmak lâzım. Bunu görmek bir şekilde önemli. Zira, karara tepki gösterirken ölçülü olunmaz ise tam tersi sonuçlar da doğabiliyor. İlginizi toparlamak açısından böyle de bir görüntüye yer verdim.

Avrupa'da yapılan ölçülü, ama kararlı eleştiri ilerleme getirmiştir dedim. Gerçekten Avrupa'da yapılan eleştiri dozundaydı ve Komisyonu, geleceğe ilişkin korkuları çok fazla ön plâna çıkardığı yönünde eleştirmekteydi

ve bunlar ilerlemeyi getirdi. Bugün reform ve modernizasyon hareketi büyük ölçüde yaşanmakta Avrupa’da. Reform paketi 11 Aralık 2002 tarihi itibarıyla Komisyon tarafından Konseye sunuldu. Yatay birleşmelere ilişkin bir rehber hazırlanıyor, ki bu çok önemli kanımızca. Ve her hâlde bizim Kurumumuz da yakın zamanda böyle bir rehber hazırlama yoluna gidecektir inşallah diye düşünüyoruz.

“Best Practices”, “En İyi Uygulamalar” metni güncelleştirildi ve bir yeniden yapılanmaya gittiler. Şu anda bir birim oluşturuluyor Komisyon içerisinde. Bu oluşturulan birimin başına bir baş iktisatçı atanacak. Şu anda biz konuşurken Avrupa gazetelerinde çarşaf çarşaf ilanlarla bu iktisatçı aranmakta. Ve bu iktisatçı tayin edildikten sonra ona bir ekip sağlanacak. Sağlanacak olan ekip doğrudan rekabet DG’si Başkanı “Philip Lowe”e bağlı olacak. Bunun anlamı şu: Son tahlilde, en son noktada hâlâ iktisadî analizle ilgili olarak birileri söz söyleyecekler ve “bunun böyle olması yerindedir, değildir” diyebilecekler. Dolayısıyla, dosyaya erken bir safhada girip, sonradan unutulacak, sonradan üzerine bambaşka kaygılarla bir karar inşa edilecek bir şey olmayacak; bu doğrudan Philippe Lowe’ın bir birimi olacak. Elbette biz de, paralel gittiğimiz mevzuat böyle bir geleceğe hazırlanıyorsa bunu bilmekten menfaat sahibiyiz. Biz de bu gelişmeleri takip etmek durumundayız. Üstelik de rekabet otoritesinin kararlarının denetiminin de ilerleme getirdiğini böylece görme olanağına bir kez daha kavuşmuş oluyoruz.

Türkiye için amaç perspektifine hızla bakarsak, Avrupa Birliği’ndeki siyasal faktörler bizde olmadığı için sosyoekonomik koşulların dikkate alınması anlamında, yani farklılıkların gözlenebilmesi anlamında bize vazife düştüğünü düşünüyorum. Elbette Avrupa’yla harmonizasyon için de bunu yapıyoruz ama, özellikle Türkiye’yle ilgili mücadelenin bir parçası olarak biz bunu yapıyoruz, Türkiye’de refah standardını yükseltmek için yapıyoruz. Öyleyse, her hâlde sosyoekonomik koşulların Türkiye’deki farklılığının da göz önüne alınması gerekir. Ayakları daha yere basan bir söz söyleyecek olursam, bence Türkiye’de küçük teşebbüslerin korunması ve teşebbüsün korunması eğilimleri bakımından Amerika’ya daha yakın, Avrupa’dan daha uzak ve iktisadî etkinlikle daha fazla doğrudan ilgilenen bir yaklaşım biçiminin oluşturulmasının önünde çok fazla bir engel olmayabilir. Aynı şekilde bizde tek pazarın entegrasyonu da bir kaygı olmadığına göre, yani bir supranasyonel yapı olan Avrupa Birliği’nde rekabet hukukuna bu yönde görevler düştüğü hâlde bizde böyle bir durum söz konusu olmadığına göre tek pazarın entegrasyonu kaygısının rekabet hukukuna empoze ettiği bazı amaç perspektiflerinden de sıyrılmamızın yerli yerinde olacağını düşünmek mümkün.

İktisadî etkinliğin sağlanması suretiyle toplumsal refahın maksimizasyonu amacını takip etmek böylece bize önemli görünüyor. Bu anlamda sabah da açılış konuşmasında Sayın Başbakan Yardımcısı değindiler biraz. Yarışmacı piyasa modeline de tamamen uzak olmamakta her hâlde fayda var. Yani, yarışmacı piyasa modeli derken kastettiğimiz, eğer bir teşebbüs daha büyük bir resmin parçası olarak rekabet içerisindeyse, yani onun rekabet platformu sadece Türkiye ile sınırlı değilse ve Türkiye’de karşı karşıya olduğu potansiyel rekabet baskısı onu hizaya getirecek ölçüde kuvvetliyse, bu teşebbüse, pazar payı yükselecek olsa dahi iktisadî etkinlik ile ilgili argümanları dolayısıyla izin vermek mümkün olmalıdır. Bir başka deyişle, bir teşebbüs, iki teşebbüs birleşme için başvuruda bulduklarında bir iktisadî etkinlik elde edecekleri, ama bunun yoğunlaşma doğuracağı görünüyorsa, bu yoğunlaşmanın Türkiye’de yüksek bir oranda seyretmesi başlı başına ret sebebi olmamalı ve hele eğer gümrük duvarlarının da artık kaldırıldığını göz önüne aldığımızda, hele eğer bu teşebbüsler daha global bir rekabetin parçası iseler, bunlara müsaade etmek mümkün olmalıdır. Zira zaten onlar potansiyel rekabetin baskısı altında kalabilirler. Bu konuda Rekabet Kurumunun daha ilk kurulduğu yıllarda çok ümit veren ışıklı, aydınlık bir kararı Borusan Manesman kararı vardır. İktisadî analiz yapılarak bu noktaya gelinip gelinmediği benim bilgim dahilinde değil. Ama, en azından yarışmacı piyasa modelinin görüldüğüne dair, böyle bir modelin farkındalığına dair güzel bir sinyal vermekte. Bu tarafların yaptığı başvuruda son derece yüksek bir pazar payına ulaşılacak olmasına rağmen bu iki taraf sadece Türkiye’de değil, Avrupa’da da rekabetin parçası oldukları için ve Avrupa’dan çok ciddi ölçüde ithalat yapılarak, aslında bunlar Türkiye’de de rekabetçi baskı altında buldukları için, tarafların ticarî gelişiminin gözlenmesi kaydı ile izin verilmiştir. Bu hem yarışmacı piyasa modelinin benimsenmesi açısından ümit vermiştir, hem de Rekabet Kurumu kendi üzerine bir yük, bir külfet almayı tercih etmiştir, ki bu her rekabet otoritesinin yaptığı bir şey değildir. Bu yönden çok mutluluk vericidir. Yani, altı ayda bir bildirilecek olan raporlarla pazardaki seyrin ne olduğunu ben gözetlerim. Ama şu anda buna yasaklama kararı vermek istemiyorum, zira belli sinerjiler görüyorum. Tarafların Türkiye’de büyüyecek olması doğru olabilir ama, bunları şu anda bu birleşmeden mahrum bırakırsam global rekabeti de sakatlamış olacağım düşüncesi bizi memnun eden bir düşüncedir.

İktisadî etkinlik amacı üzerine bakıldığında üç tip etkinlik tipi görülmektedir: Bunlar; dağılım etkinliği, maliyet etkinliği ve dinamik etkinliktir. Ben dinamik etkinlik üzerinde durmayı istiyorum. Zira, dağılım etkinliği ve maliyet etkinliği zaten tip olarak herkesin bildiği bir etkinlik tipidir.

Dinamik etkinlik ile ilgili hızla söylenebilecek şeyler, artık Cournot ve Bertrand modellerinden biraz sıyrılmasının zamanın geldiğidir. Bunlar

didaktik açıdan çok önemli modeller olmakla birlikte aslında standart rekabet tiplerini ortaya koymaktadırlar. Yani, söyledikleri şey arza ve fiyata bağlı, -zaten bunlar da aynı madalyonun iki yüzü- arza ve fiyata bağlı yaklaşımların, bir rekabet çeşidinin nasıl modellenebileceğidir. Oysa ticaret hayatında gün geçtikçe hele, artık rekabet sadece fiyat üzerinde olmamakta, ürün kalitesi üzerinde de olmaktadır. Tüketiciler de bu talep içerisinde. Dolayısıyla Schumpeter'in zamanında dediği gibi, dinamik etkinliğin göz önüne alınması sonsuz önem arz etmektedir. Üstelik Nobel ödüllü iktisatçı Schumpeter'e göre ve pek çok takipçisine göre, iktisadî büyümenin dışsal ve tek etkeni teknolojik gelişmedir. Dolayısıyla, bunu kolayca sakatlatıvermek ve sadece dağılım etkinliğine ilişkin kaygılarla sakatlatıvermek hatalı bir tercih olabilir; ileride bu noktaya gelebiliriz.

Bugün için bizi sıkıntılıandıran nokta ise, dinamik etkinliğin ortaya konulmasında iktisadî gereçlerin hâlen yetersiz bulunmasıdır ve bu elbette her rekabet otoritesi gibi bizim Rekabet Kurumumuzu da zaman zaman zorlayabilecektir. Yine de haddinden fazla ağır elli olunmaması her hâlde dinamik etkinlikleri ilgilendiren, özellikle bilişim pazarları gibi dinamik pazarlarda, telekomünikasyon pazarlarında önemli olabilecektir. Bunları örnek olarak yalnızca söylüyorum.

Son olarak önerilerimizin ne olduğunu bu son slaytta söylemek isteriz, ki somut birkaç adımı da böylece katabilmiş olalım.

Bir defa, iktisadî analize dayalı uygulamanın menfaatimize olduğu ümidini taşıyoruz. İktisadî analiz ne kadar erken entegre edilirse, ne kadar erken kullanılmaya başlanırsa bize o kadar çabuk amaç perspektifi altında tutarlı sözler söyleme olanağı bahşetmiş olur diye düşünüyoruz.

Bunun için, hâkim durum testi yerine kanundaki, rekabet bazlı bir test getirilmesi mümkün olabilir. Bu, daha evvel benim bilgim dahilinde Türkiye'de böyle bir platformda ortaya atılıp tartışılmadı galiba. Bunu benim ortaya atmamsa tuhaf bir rastlandı. Çünkü, ben aslında bu testin değiştirilmesinden yana değilim. Gerekli olmadığını düşünüyorum bu testin değiştirilmesinin. Zira, zaten iktisadî etkinliği bizim şu andaki testimiz de yeterince barındırabiliyor. Bizim şu andaki testimiz sadece hâkim durumu yasaklamak da değil; rekabeti önemli ölçüde sınırlayan hâkim durumları yasaklamakta.

Bu perspektiften bakıldığında da, aslında eğer niyet varsa, iktisadî etkinlik argümanlarına yer vermeye olanak var. Avrupa Birliği'nde niyet yok. Avrupa Birliği bu konuda çok yavaş adımlar attı bugüne kadar. Dolayısıyla da, Avrupa Birliği'nde bu niyetin olmayışının bize yansımalarının belki sınırlanabilmesi çabası içine girmemiz daha faydalı olabilir kanunu değiştirmek

eğer zor bir yol diye görünüyorsa. Ama değil ise, elbette, eh, kanun böyle diyor, yapacak bir şey yok diyemeyeceğimize göre ve diğer yorum biçiminin de adapte edilemeyeceği düşünülüyorsa yapacak bir şey yok. O zaman, kanunun rekabet bazlı bir teste dönüştürülmesi daha yerinde bir hareket olur.

Tavsiyemiz Rekabet Kurumunda, sanayi iktisadı konusunda uzman bir birimin oluşturulması ve aynı Federal Ticaret Komisyonundaki yapı ve aynı Avrupa Birliği Komisyonundaki yapı, şimdi olacak olan yapı gibi doğrudan başkana bağlı ve doğrudan nihaî analize etki etme kudretine sahip bir sanayi iktisadı takımının oluşturulabilmesidir. Elbette bağımsız iktisatçı raporlarını bizler de avukatlar olarak kullanmak isteriz. Bu eminim iktisadî analize katkısı olacak olan bir şeydir. Ama, bu raporların şu anda itibar görüp görmeyeceğinden emin olmaya pek imkân yok. Böyle bir sinyal alındığı noktada Rekabet Kurumu uygulamacılardan da iktisadî analiz için yardım elbette görecektir. Zira, bir defa hâdise iktisadî analiz üzerinde dönmeye başladığı zaman uygulamacılar da artık Rekabet Kurumuna yaptıkları savunmalarla beraber bir de ekte iktisatçı raporu sunacaklardır. İktisadî analizin bütün analizde bağımsız bir ağırlığa dolayısıyla sahip olması kanımızca önem arz etmekte.

Sadece rekabet sınırlandığı zaman, “rekabet sınırlandı, dolayısıyla iktisadî analiz meselesini artık bir tarafa bırakalım” diyen görüş hâlâ iktisadî analize yeterli önemi vermekte değildir kanımızca. İktisadî analizin esas önemi, rekabet sınırlandığı hâlde bu yaklaşım yapılırsa ortaya çıkmaktadır.

Son olarak, iktisadî etkinlik savunmalarının önünün açılması lâzım. Ben bugün Avrupa Birliği’nde çalışmakta olan bir avukat olarak Komisyona iktisadî etkinlik savunması yaparken ürküntü duyuyorum. Bu ürküntünün kaynağı da, iyi etkinlikle kötü etkinlik arasında benim göremediğim, bulamadığım bir tuhaf ayırım yapılıyor olması. Yani, bazen iktisadî etkinlik savunmalarımız, “Bak kendi dilinle tutuldun, işte iktisadî etkinliğe kavuşacaksın, ondan sonra da rekabeti sınırlayacaksın” gibi bir tepkiye yol açmakta, bazen, işte “iktisadî etkinlik var, demek ki, öyleyse buna izin vermek lâzım” ile karşılaşmakta. Böyle bir analize iktisadî anlamda imkân olduğunu düşünmüyoruz. Dolayısıyla, iyi etkinlik-kötü etkinlik ayırımının yapılmaksızın bir birleşme/devralma rehberi hazırlanması, uygulamacıların böylece transparan bir rejimle karşı karşıya kalmaları ve neyin ne olduğunu açıklıkla görebilmeleri ve bu açıklık içerisinde de eğer olabiliyorsa, ortaya konulabildiği ölçüde dinamik etkinliğe hak ettiği önemin, Schumpeter’in arzu ettiği önemin verilmesi gerektiğini düşünüyoruz.

Dr. Serdar DALKIR

Micra Inc. Washington DC

SUNUŞ²

Birleşme kontrol mekanizmasının uygulanabileceği örnek durumlar konusunda bir çerçeve hazırlamaya çalıştım.

Üstte sütun başlıkları olarak şirket karakteristikleri ve piyasa karakteristiklerini görüyorsunuz. Bunlar küçük şirketler ve yerel girişin kolay olduğu piyasalar ile büyük şirketler ve ulusal giriş engelli piyasalar olarak ayrılıyor. Satır başlıkları olarak, rekabeti ihlal edebilecek, rekabete zarar verebilecek ve refaha zarar verebilecek davranış türleri; uyumlu davranışlar, örneğin fiyat belirlemesi, pay saptama ve ikinci olarak hâkim durum ve tek yönlü davranışlar.

Öncelikle burada dört tane kare ortaya çıkıyor. Şirketlerin küçük, girişin kolay olduğu piyasalarda hâkim duruma yol açacak, tek yönlü davranışlara yol açacak bir olanak her hâlde olası değil büyük bir ihtimalle. Orada boş küme görüyoruz.

Bu piyasalarda ve şirketler için uyumlu davranışlar konusuna baktığımızda, bu piyasalara giriş kolay, ama, belki bu piyasalarda bu yönde bazı istismarlar vuku bulmakta, şirketlerin fiyat ve piyasa payı saptamaları veya tüketicilere rekabet görünümü verirken aslında rekabet etmiyor olmaları suretiyle. Burada para cezaları bir kontrol mekanizması olarak zaten elimizde, Kurumun elinde mevcut.

Birleşme kontrolü bunun, bu ilk karenin tam “Diametric” olarak, diyagonal olarak aksi istikamette, büyük şirketlerin hâkim duruma yol açabilecek davranışları için uygun bir mekanizma olarak karşımıza çıkıyor.

Arada kalan bir örtüşme; büyük şirketlerin giriş engelli piyasalarda uyumlu davranışlara yol açabilecek davranışları veya etkinlikleri. Burada da para cezaları ve belki birleşme kontrolü üst üste örtüşmekte. Ve bu açıdan, bu örtüşme bağlamında para cezalarının etkin olarak kullanımı aslında birleşme kontrolünün de bu sayede daha etkin kullanımına yol açabilecek bir uygulama olacaktır. Bu açıdan, Sayın Başkanın belirttiği para cezalarının reformu yaklaşımına, düşüncesine ve faaliyetine yürekten katıldığımızı belirtmek isteriz. Bu sadece para cezalarını etkinleştirmekle kalmayacak, aynı zamanda para

¹ Bu bölümdeki açıklamaların takibi için lütfen bkz. SUNUŞ-2

cezalarının etkin ya da etkili olarak uygulanamaması dolayısıyla birleşme kontrolüne gitme zorunluluğunu kaldıracak olduğu için bu iki politikanın etkileşimini etkinleştireceği ve uyumlaştıracağı için gerçekten olumlu yönde atılmış çok iyi bir adım olduğunu düşündüğümü söylemek isterim.

Birleşme kontrol mekanizması hangi tür davranışlara uygulanabilir iktisadî olarak, iktisadî bir perspektifte? Eğer davranış açıkça refaha zarar verici ise bunları kontrol etmek istiyoruz. Eğer zararın büyüklüğü ve -bunların hepsi 've ve' diye gidiyor- eğer zararın büyüklüğü veya niceliği etkili ve etkin kontrolün fırsat maliyetini haklı çıkaracak büyüklükten, yani eşikten az değilse, yani daha büyükse, zarar daha büyükse, birleşme kontrolü, bu zarar verici davranış için, bunu önlemek için etkin bir araç ise, daha etkili ya da etkin araçlar mevcut değil ise, ki burada yine para cezalarıyla birleşme kontrolünün de örtüşmesini bir örnek olarak düşünebilirsiniz ve son olarak, hatalı pozitif, yani birinci tip hata istatistikî olarak olasılığı yüksek değilse, yani bir zararın olmadığı durumda, kullandığımız test, zararın olmadığı durumda bir zarar varmış görüntüsünü yaratmıyorsa veya bu olasılık düşükse, Gönenç, toplam refah ölçütüne değindi ve bunun, iktisadın refah hukukunun uygulanımında, iktisadî etkinliğin, toplam refahın belki bu sözlerle değil, genel olarak iktisadî refahın en çoklaştırılmasını bir hedef olarak öne koydu, öncelikle, genel olarak iktisadî refahın en çoklaştırılması hedefine bir iktisatçı olarak katılmamam beklenemez zaten. Bunun iki yönü var ve Gönenç bu ayrıntılara girmede; bunu bir katı olarak önünüze getirmeyi düşündüm.

Bir toplam refah ölçütü olabilir veya tüketici refahı ölçüsü olabilir. Toplam refahın hedef olarak belirlenmesi için bir örnek düşünelim, bunun hangi koşullarda toplam refahın bir ölçütü olarak hangi sebeple düşünülebileceği konusunda. Örneğin bir birleşme sonrasında iki piyasadan, "A" piyasasındaki fiyatlar artıyorsa, fakat "B" piyasasındaki fiyatlar düşecekse ve "B" piyasasındaki olumlu refah artışı, "B" piyasasındaki olumlu refah etkisi "A" piyasasındaki olumsuz etkiden büyükse bu birleşme engellenmeli midir? Bunun hesabını nasıl yapacağız?

Değişik piyasalardaki değişik tüketicilerin refahı arasında bir değiş tokuş hesabı yapmak güç olduğu için toplam refahın maksimizasyonu elle tutulabilir, somut ve görece basit bir hedef olarak ortaya konabilir; bu toplam refah ölçüsünü destekleyen bir görüş ve genel olarak buna iştirak ettiğimi söyleyeyim. Bunun yanı sıra tüketici refahı bir kavram olarak, hedef olarak görülebilir.

Bu tüketici refahıyla toplam refah gerçekten o kadar birbirinden uzak mı veya hangi sebeplerle birbirinden uzaklaşabilir ya da yakınlaşabilir? Tüketici refahını bir hedef olarak görmenin ya da bir hedefe ulaşmada ara bir hedef

olarak görmenin bir desteği kuşkusuz fiyat etkisini tahmin etmenin maliyet etkisini tahmin etmekten daha kolay olması gerçeğidir. Bu, bütün iktisatçıların iktisatla, iktisadî analizle, birleşme hukuku çerçevesinde iktisadî analizlerle uğraşan hemen hemen bütün uzmanların görebildiği ve yaşayarak öğrendiği bir gerçek. Bunun yanı sıra, eğer firmaların hâkim durumdan elde ettikleri kâr veya rantlar bu piyasa gücünü elde ederken ve savunurken sarf ediliyorsa veya başka etkinliklere, meselâ siyasî gücün, -Gönenç buna da Sherman Yasasının ortaya çıkış nedenleri arasında değindi- siyasî gücün elde edilmesi için örneğin sarf ediliyorsa bu rantlar veya kârlar veya örneğin üretim faktörlerine yine bir rant şeklinde aktarılıyorsa bu kârlar ve rantlar, kurumun tüketici refahını hedeflemesi aslında sonuçta toplam refah standardı ile benzer, paralel sonuçlar getirecektir.

Buradan sonra birleşme kontrolünde izlenebilecek bazı genel geçer kurallardan aklama gelenleri veya kabul görenleri özetlemeyi düşündüm. Birincisi, sinerji doğurmayan birleşmeler fiyatları artırır. Burada sinerjiden kastım, marjinal maliyetlerde oluşacak tasarruflar birleşme sonrasında. Burada statik etkinlik/dinamik etkinlik ayrımına girmeyeceğim. Ancak, bu sinerjinin oluşacağı vadenin kısa vade veya uzun vade olarak tanımlanması durumunda bu etkinlikler statik veya dinamik olarak tanımlanabilir. Burada, fiyatların artması tüketici refahını azaltan bir unsur olarak önümüze çıkıyor. Sinerjiyi, marjinal maliyetlerin azalması olarak tanımladım. Çünkü, ancak marjinal maliyetlerin azalması, yani birim maliyetlerin azalması fiyatları düşürücü etki gösterecektir. Müşterilerin şikâyetçi olduğu birleşmelerin fiyatları artıracığı çıkarsınabilir. Bu belki söylenmesi bile gerekmeyen; fakat yol gösterici olması bakımından önemli bir kural.

Son olarak, rakiplerin şikâyetçi olduğu birleşmelerin net, yani etkinlikler sonrası fiyatları düşüreceği çıkarsınabilir. Niye? Çünkü rakipler, birleşme sonucu oluşacak etkinliklerden ürkmekteler ve daha etkin bir firmanın, daha rekabetçi bir firmanın oluşması karşısında bir şikâyette bulunmaktalar. Buna bu şekilde bakarak, eğer rakipler şikâyetçi oluyorsa, bu muhtemelen iyi bir birleşmedir diye başlayabiliriz. Ama, tabii rakipler, bizim böyle düşündüğümüzü biliyorlar. Onun için onlar kendi davranışlarını değiştirmeye veya saklama yoluna gideceklerdir. Fakat, sonuçta herkesi belki aldatabilirsiniz; fakat sermaye piyasalarını aldatmak bir hayli güç. Sermaye piyasalarındaki fiyat oynamalarına bakarak rakiplerin gerçekten çıkarlarının nerede yattığını görmek belli koşullar altında, belli varsayımlar altında mümkündür. Burada olay çalışmalarını kastediyorum, hisse senedi fiyatlarındaki inme-çıkmalara bakarak.

Birleşme kontrol mekanizmasının uygulanabileceği örnek durum var. Daha önce sunuşumda belirttiğim düşünceler ve perspektifler ışığında bu kontrol mekanizmalarının etkin ve etkili olarak kullanılmasının ve muhtemelen

daha etkili bir aracın olmadığı durumların, büyük şirketlerin giriş engelli piyasalarda hâkim duruma yol açacak birleşmeleri olarak basite indirmek veya bir başlangıç noktası olarak saptamak mümkün. Bu birleşmelerin uyumlu davranışa yol açma olasılığı var ise de, para cezaları eğer etkin ve etkili olarak kullanılırsa bunları durdurmada başarılı olabilir ve bu sağlanırsa, bunun sağlandığı ölçüde birleşme kontrolünün uygulama alanı bu türden birleşmeler için daha da tasarruflu olarak kullanılabilir, daha tasarruflu ve daha etkin olarak kullanılabilir.

Şirketlerin küçük, girişin kolay olduğu piyasalarda istismara yol açan davranışlar birleşme kontrolü aracılığıyla değil, tamamıyla para cezalarına dayanarak büyük ölçüde önlenilebilir. Ve bunun bu şekilde düşünülmesi de, başlangıçta değindiğimiz, aslında bir sorun yokken sizin uyguladığınız testin ortada bir sorun varmış gibi göstermesi olasılığını da en aza indirgeyecektir, yani birinci tip hata olasılığını en aza indirgeyecektir.

Yaşar TEKDEMİR

Rekabet Uzmanı

“Niçin Yoğunlaşmaların Kontrolü” konulu ilk Panelimizde sayın tebliğci Gönenç Gürkaynak esas olarak amaç perspektifini çizdi bu temel soru başlığa altında ve daha sonra Sayın Dalkır bu konuyu biraz daha etkinlik perspektifinden açtı. Ben de bu gün bu perspektifle ilgili olmak üzere biraz daha farklı bir perspektife değinmek istiyorum. Çünkü, amaç perspektifi içerisinde yoğunlaşmaların kontrolünün amacı ne olması gerektiği detaylı bir şekilde ele alındı ve irdelendi ve bu çerçevede öncelikli olarak rekabet sürecinin korunması yoluyla iktisadî etkinliğin korunmasının bir amaç olduğu ve amaç olması gerektiği ifade edildi. Gerçi bahsedilen bu amaç her ne kadar sadece yoğunlaşmaların kontrolü değil, tüm rekabet politikasının ya da bu rekabet politikasının üzerine oturduğu kuralların amacı olsa da, yoğunlaşmalar bakımından da vurgulanması oldukça yerinde diye düşünüyorum.

Bilindiği üzere pazardaki aksaklıkları gidermek amacıyla Rekabet kurumlarına Rekabet kanunları tarafından birtakım enstrümanlar sağlanmakta. Nitekim bunlardan birisi bu gün tartışıyor olduğumuz yoğunlaşmaların kontrolü mekanizması.

Asıl olarak öncelikle bu mekanizmaların ne olduğuna kısaca yer verdikten sonra, arkasından, gerçekten yoğunlaşmaların kontrolü enstrümana

gerek var mıdır sorusuna, niçin yoğunlaşmaların kontrolü sorusu bağlamında yanıt bulmaya çalışacağım, bu konuyu irdelemeye çalışacağım.

Genel olarak baktığımızda, Rekabet kanunları rekabet otoritelerine iki temel enstrüman sağlamakta pazarda görülen aksaklıkları gidermek üzere: Bunlardan ilki davranışsal enstrümanlardır, diğeri ise bugün tartıştığımız yapısal enstrümanlar, yani yoğunlaşmaların kontrolü konusudur.

Davranışsal enstrümanlar konusuna baktığımızda, bizim kanunumuzdan örnek vermek gerekirse, 4'üncü madde, ki bu madde esas olarak teşebbüsler arası rekabeti kısıtlayıcı eylemleri denetlemekte ve gerekli görüldüğü zaman yasaklamakta. Diğeri 6'ncı maddemiz; malûm, hâkim durumdaki firmaların bu konularını kötüyle kullanmalarını yasaklamakta. Yapısal enstrüman olarak da 7'nci maddede öngörülen yoğunlaşmaların denetimi enstrümanıdır. Öncelikle bu iki enstrüman arasındaki temel farkı ortaya koymaya çalışacağım.

Baktığımızda, davranışsal enstrümanlar, ex-post dediğimiz, yani eylem gerçekleştikten sonra ya da gerçekleştiği sırada kullanılan enstrümanlardır ve de asıl olarak eylemin yasaklanması ve bu yasaklanması sonucunda gerekli görülen önlemlerin alınması ve de cezaî yaptırımların uygulanması esasına dayanır.

Diğer taraftan, yoğunlaşmaların kontrolü enstrümanı ise ex-ante bir fonksiyon yerine getirir. Yani, işlem gerçekleşmeden önce Rekabet kurumlarının öne gelir ve Rekabet Kurumu söz konusu işlemi değerlendirip, eğer bu işlem sonucunda piyasadaki rekabetçi süreç açısından olumsuz sonuçlar doğuracağı sonucuna varılırsa bu işleme önceden müdahale edilerek yasaklanmasına imkân tanınır. Nitekim kanunumuzun 7'nci madde de yoğunlaşmaların kontrolünü düzenleyen bir maddedir.

Yoğunlaşmalar, az önce de sayın tebliğci ve sayın tartışmacılar tarafından da çok detaylı bir şekilde ele alındı. Esas olarak iki temel olumsuz sonuç doğurur: Bunlardan birincisi, tek taraflı etki dediğimiz etkidir. Az sonra ayrıntısına gireceğim kısa bir şekilde; diğeri ise uyumlu eylem etkisi veya koordinasyon etkisi olarak tanımlayabileceğimiz etkidir. Bu her iki etkinin pazarda gösterebileceği en temel ya da en öncelikli sonuç ise, fiyatların yükselmesi riskinin bulunmasıdır. Tabii ki yoğunlaşmalar sadece bu olumsuz etkileri doğurmazlar, ki az önceki tartışmalarda da bu çok ciddi şekilde vurgulandı ve de Rekabet kurumlarının da dikkate alması gerektiği söylendi, yoğunlaşmaların bir diğer önemli etkisi de ortaya koyduğu etkinliklerdir, "Efficiency"lerdir. Bu etkinlikler çok çeşitli şekillerde ortaya çıkabilir; kaynak

etkinliği şeklinde, “Productive efficiency”, üretim etkinliği ve de Sayın Gürkaynak’ın çok ciddi şekilde vurguladığı dinamik etkinlik olarak gündeme gelebilir.

Bu noktada rekabet otoritesinin gerçekten, az önce bahsetmiş olduğum olumsuz etkiler ile bu olumlu etkileri karşı karşıya getirmesi, çok ciddi analiz etmesi ve en nihayetinde işleme izin verme ya da vermeme konusunda bir karar vermesi gerekir. Tam bu noktada şu soru gündeme gelebilir: Madem bu analizleri yapmak bu kadar da kolay değildir, bu durumda rekabet otoriteleri eğer ki etkinlik doğurabilecek işlemleri yasaklama riskini ortaya koyuyorsa, bu mekanizmayı kullanmak yerine, yoğunlaşmaların ortaya çıkabileceği riskler diğer davranışsal mekanizmalarla da giderilebilir. Bu nedenle, o davranışsal mekanizmalarla giderilmesi imkânı var iken biz neden yoğunlaşmaların kontrolü gibi riskli bir enstrümanı kullanmak durumunda kalıyoruz? Bu gerçekten dile getirilen önemli bir soru. Bununla alakalı olarak ya da argüman, bir diğer argüman ise şudur: Bilindiği üzere rekabet hukukları esas olarak hâkim durumu değil, o hâkim durumun kötüye kullanılmasını yasaklamaktadır. Bu durumda şu argüman ileri sürülebilir: Denilebilir ki, madem asıl yasaklanan hâkim durumun kötüye kullanılması, pazar gücünün kötüye kullanılması, bu durumda, bırakın yoğunlaşma sonucunda hâkim durum ya da o yoğunlaşmaya izin verin, o olsun, etkinlikleriyle beraber ortaya çıksın. Ancak, daha sonra teşebbüsler, bu hâkim durumlarını kötüye kullanırlarsa, yine az önce bahsettiğim gibi, davranışsal eylem, enstrümanlarla bunları denetleyin, bunları ortadan kaldırın denilebilir, dolayısıyla yoğunlaşmaların kontrolü gibi riskli bir enstrümanın kullanılmasının sakıncaları giderilebilir şeklinde birtakım argümanlar ileri sürülebilir. Her ne kadar bu argümanlar kendi içinde tutarlı olarak görülse ve kabul edilse bile, yoğunlaşmaların kontrolünün asıl fonksiyonu ve yoğunlaşmaların kontrolü enstrümanının yerine getirdiği fonksiyonları diğer enstrümanların yerine getirme konusunda gösterdiği eksiklikler aslında yoğunlaşmaların kontrolü enstrümanına büyük bir önem kazandırmaktadır. Madem hâkim durum değil, hâkim durumun kötüye kullanılması yasaklanıyor, öncelikle ben, bu durumda ne gerek var yoğunlaşmaların kontrolü argümanına kısaca değinmek istiyorum.

Öncelikle şunu ifade etmek gerekir ki; burada kastedilen hâkim durum değil, hâkim durumun kötüye kullanılması yasaklanmaktadır ibaresinin ya da kabulünün temelde dayandığı varsayım şudur: İki şekilde teşebbüsler hâkim duruma gelebilirler; bunlardan birincisi, bu gün tartıştığımız konu olan yoğunlaşma sonucu gelebilirler, bir de daha önemlisi, teşebbüsler kendi iç etkinlikleri sonucunda hâkim duruma gelebilirler. Eğer ki bir pazarda rekabetçi süreç içerisinde teşebbüsler, o rekabetin gerektirdiği tedbirleri alıp gerekli etkinlik seviyesine ulaşıyorlarsa ve de rakipleri o etkinliği gösteremiyorlarsa beklenen şudur ki; o etkinliği gösteremeyen rakipler piyasa dışına itilecek, o

etkinliği gösteren teŖebbüsler ise piyasada pazar gücüne sahip olacaklardır. Nitekim bu tür başarılı teŖebbüslerin yasaklanması ya da engellenmesi değil, kutlanması gerekir, tabii ki bu kutlamayı dozunda bırakmak kaydıyla. Kaldı ki, teŖebbüslerin kendi iç etkinlikleriyle elde ettikleri pazar güçleri doğrudan doğruya o rekabetçi süreç için içsel bir değişken olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak, yoğunlaşmalar sonucunda ortaya çıkan pazar gücü o rekabetçi süreç bakımından dışsal bir etken olarak değerlendirilmekte ve bu dışsal etkenin ancak ex-ante, yani işlem gerçekteşmeden önce kontrol edilmesi gerekmektedir. Bundan sonra şimdi asıl önemli olan argümana değinmek istiyorum, yani 4'üncü ve 6'ncı madde dururken, -bizim kanunumuzdan örnek vermek gerekirse- ne gerek var bu 7'nci maddeye ya da yoğunlaşmaların kontrolüne? Bu konuda yazarlardan "Hoven Kamp" Ŗu örneği vermekte ve biraz da bu soruyla da ilişkilendirmekte: Örneğin şehirler arası yollarda 100 kilometre üzerinde araba kullanmak sürücü için tehlikeli olabilir; ancak buna karşılık, bu tehlikeye karşılık bu limiti aşmak kanunen yasaktır. Yani, hız limitinin aşılmasının sürücü hayatını riske atması her ne kadar kendi içinde yeterince caydırıcı olarak görüle bile, bu yeterli görülmemekte ve bu caydırıcılığa ek olarak yasaklanma ihtiyacı kaçınılmaz olmaktadır. Hoven Kamp bu örneği verdikten sonra Ŗu soruyu sormaktadır: Madem uyumlu eylem Sherman Kanunu çerçevesinde, örneğin 1'inci madde de yasaklanmıştır, bu durumda pazarda muhtemel bir uyumlu eylem sonucunu doğuracak, işlemi siz ne diye önceden yasaklıyorsunuz, ne diye o işlemin birtakım etkinlikler doğurarak piyasada varlık göstermesine izin vermiyorsunuz sorusunu sormaktadır.

Bu konuda öncelikle Ŗunu ifade etmem gerekir ki; bu her iki enstrüman birbirinin alternatifi değil, birbirini tamamlayan enstrümanlardır. Kaldı ki, bırakın davranışsal enstrümanların, yapısal bir enstrümanın yerine geçmesini, 4'üncü ve 6'ncı maddelerin oluşturduğu bu davranışsal enstrümanlar kendi içlerinde bile birbirinin yerine çoğu zaman, istisnai hâller hariç olmak üzere birbirinin yerine kullanılmamaktadır. Bu nedenle, bu iki enstrümanı birbiri ile rakip enstrüman yerine, birbirini tamamlayan enstrümanlar olarak görmekte fayda vardır.

Bu çerçevede rekabet hukuku sistemi içerisinde bir yoğunlaşmaların kontrolüne duyulan ihtiyaç, bu tamamlayıcı nitelikten ve yoğunlaşmaların kontrolünün yerine getirdiği fonksiyonları tam anlamıyla değer enstrümanların yerine getirememesinden dolayı bu enstrümanın önemli olduğu söylenebilir. Ben bunu biraz daha açmak istiyorum az önce vermiş olduğum bir yoğunlaşmanın ortaya koydular etkiler çerçevesinde.

Daha önce de bahsettiğim gibi, yoğunlaşmalar iki tür etkiyi ortaya koyabilir ya da iki başlık altında bu sınıflandırılabilir: Tek taraflı etkiler ve diğeri de “Coordinated effects” denilen koordinasyon etkileridir.

Tek taraflı etkilere baktığımızda, bu, bir firmanın, teşebbüsün yoğunlaşma sonucunda pazar gücü elde etmesi ve pazarda belirli rekabet sürecini etkileyecek temel parametreleri etkileyebilme gücüne sahip olmasıdır.

İlk bakışta teşebbüsün, pazar gücüne sahip olan teşebbüsün eylemleri her ne kadar 6’ncı madde çerçevesinde denetlenebileceği argümanı ileri sürülse bile, aslında tek taraflı etki dediğimiz tüm etkilerin, gerçek anlamda o piyasada çıkması sonucunda bu etkilerin tamamının 6’ncı madde gibi bir enstrümanla yasaklanması mümkün değildir. Düşünün ki, teşebbüs belli bir güce ulaştı ve fiyatını belli bir seviyenin üzerine çıkardı, aşırı fiyat hâlleri hariç olmak üzere teşebbüslerin fiyat uygulamalarına Rekabet kanunların ses çıkarması çok da mümkün değildir. Kaldı ki, aşırı fiyat hâli bile sorgulanmaktadır. Bunun dışında, teşebbüsün elde ettiği pazar gücü sayesinde birtakım etkisiz sonuçlar doğuran eylemlerde bulunması, kaynak dağılımında etkisizliğe yol açması, hatta belki dinamik etkinlikten kaçınması gibi birtakım etkinlik kayıplarına, gerçek anlamda bu davranışsal enstrüman ile müdahale etmek o kadar da kolay değildir.

Bir diğer nokta, yine koordinasyon etkileri üzerinde 4’üncü maddenin etkisizliği belki söylenebilir.

Koordinasyon etkileri bir yoğunlaşma işleminin belki de tek taraflı etkilere göre ortaya koyduğu daha karmaşık bir etki olarak değerlendirilebilir. Kısaca bu etkinin ne olduğuna bakacak olursak, yoğunlaşma işlemi sonrasında pazar içerisinde firma sayısı azalacağı için sonuç olarak rekabetçi süreç üzerinde teşebbüsler üzerine rekabetçi baskı azalacağı için teşebbüsler kolaylıkla birbirlerini takip ederek rekabetten kaçınabilme imkanına sahip olmakta veya teşebbüsler kolaylıkla bir anlaşma ya da kartel anlaşması ya da uyumlu eylem içerisine girebilmektedir.

Özellikle oligopol sorunu bağlamında bu büyük önem kazanmaktadır. Çünkü, bilindiği üzere oligopolistik pazarlardaki eylemlerin gerçekten bir uyumlu eylemden mi, yoksa pazar yapısının bir gereği olduğu mu sorularına net cevap vermek, bu ikisi arasında net ayırmalarda bulunmak çok da kolay olmamaktadır. Dolayısıyla, bir yoğunlaşma sonucunda pazarın daha fazla yoğunlaşması her ne kadar tek bir teşebbüsün pazar gücüne sahip olmasına imkân vermeyecek derecede de olsa, daha fazla yoğunlaşması ve oligopolistik bir niteliğe kavuşması ya da pazarın oligopolistik niteliğinin artması kolaylıkla, örneğin bizim 4’üncü maddemiz çerçevesinde giderilemeyecek bir aksaklıktır. Kaldı ki, bugün gerek Amerika’da, gerek Avrupa Birliği’nde örneğin oligopol

çok ciddî bir sorun olarak değerlendirilmekte ve bu sorunla nasıl mücadele edileceği konusu üzerinde çok ciddî tartışmalar yürütülmektedir. Ve bu çerçevede yoğunlaşma işlemlerinin ortaya koyduğu bu tür koordinasyon etkilerinde 4'üncü madde ya da diyelim ki Topluluktaki 81'inci madde ya da Sherman Kanunu 1'inci maddesinin çok da etkin, işlevsel maddeler olmadığı kabul edilebilir. Nitekim bugün Avrupa Birliği uygulamalarına baktığımızda, bu tür koordinasyon etkileri bizim 4'üncü maddemizin muadili olan 81'inci maddeyle yeterince denetlenemediği için Avrupa Birliği Komisyonu “birlikte hâkimiyet” diye bir kavram icat etmiştir; bu kavram çerçevesinde hem 82'nci maddeyi, hem de birleşme ya da yoğunlaşmaların kontrolü mekanizmasını kullanmak suretiyle bu tür niteliği oligopolistik olan ya da oligopolistik niteliği artan pazarlardaki yoğunlaşmaların önüne geçmeye çalışmaktadır.

Bütün bu açıklamalarımın sonucu olarak şu söylenebilir ki; davranışsal enstrümanlar dediğimiz, örneğin 4'üncü ve 6'ncı maddemiz, bizim kanunumuzun sahip olduğu işlev, tam olarak bir yoğunlaşma sonucunda ortaya çıkacak etkinlik kayıplarını yok etmede yeterli değildir. Bu nedenle de, yoğunlaşmaların kontrolü gerçekten önemli bir araçtır. En azından yoğunlaşmaların kontrolü aracı ile o pazardaki rekabetçi sürecin bozulması, dolayısıyla, bu rekabetçi sürecin en son aşamada ya da son noktada ortaya çıkaracağı ya da çıkarılması beklenen kaynak dağılımının en etkin şekilde olmasına imkân tanınabilir. En azından rekabetçi o pazar yapısının bozulması engellenmiş olur. Bu açıdan bu enstrüman önemlidir diye düşünüyorum ben.

Bu özellikle Türkiye gibi yoğunlaşmış pazarların çok sayıda olduğu bir ülke düşünüldüğünde ve hatta son günlerde çok gündeme gelen bir konu bu özelleştirme konusu, özelleştirmelerin çok sıkı bir şekilde gündeme geldiği bugünlerde ülkemizde bence yoğunlaşmaların kontrolü mekanizması, bu pazarlardaki rekabetçi süreçlerin korunması ve de bu pazarlardaki kaynak dağılımının etkinliğini sağlama bakımından oldukça önemlidir.

Aslında asıl sorgulanması gereken yoğunlaşmaların kontrolü mekanizmasının ya da enstrümanın gereksizliğinden ziyade nasıl bir yoğunlaşma kontrolü olması gerektiği sorusudur.

Sayın Gürkaynak, yoğunlaşmaların kontrolünün amacı olarak etkinliği gösterdi. Bu gerçekten önemli bir tespittir. Bu çerçevede şunu söyleyebilirim: Bu soru yerine belki şu sav ileri sürülebilir: Öncelikle yoğunlaşma kontrolü gereklidir. Ancak önemli olan, yoğunlaşma işlemlerinin ortaya koyduğu gerçek etkinlik kazançlarını analiz eden ve bunları muhtemel rekabeti bozucu etkilerle karşılaştıran ve ayrıca mümkün olduğu kadar da bürokrasiden arındırılmış bir yoğunlaşma kontrolü olması gerekir savı ileri sürülebilir.

Dr. Ercan KUMCU

En önemlisi, benim dikkatimi çeken nokta, Türkiye’de bu anlamda ciddi bir insan kaynağı eksikliği olduğunu düşünüyorum. Yani; doktorumuz var doktorluk yapıyor, tüccarımız var tüccarlık yapıyor, iktisatçımız var iktisatçılık yapıyor, hukukçumuz var hukukçuluk yapıyor. Fakat, rekabet hukuku gibi bir konuda bizim hukukçu olan iktisatçılara ve iktisatçı olan hukukçulara ihtiyacımız var. Halbuki şu anda, iktisattan hoşlanan hukukçularla, hukuk bildiğini sanan iktisatçılarla bu işi götürmeye çalışıyoruz. Sakın Rekabet Kurumunda çalışan arkadaşlarımız alınmasınlar söylediklerime. Eminim gayet iyi durumdalardır kendileri. Fakat, yalnızca Rekabet Kurulunda değil, bütün hukukun geçtiği tüm “Constituency”lerin diyelim, kullanabileceği böyle bir insan kaynağına ihtiyacımız var. Burada belki Rekabet Kurulumuzun da önderliğinde üniversitelerimizden böyle bir talebkâr belki olmuşsunuzdur, benim haberim yok ama, mutlaka olması gerektiğini düşünüyorum.

İkinci söyleyeceğim konu, iktisadî analiz odaklı rekabet hukukunun kapsama alanı konusunda birkaç şey söylemek istiyorum; yani İngilizce “Domain” dedikleri. Nerelere el atmalı rekabet hukuku dediğimizde, burada gördüğüm benim iki tane önemli yer var: Bir tanesi, kamu gücünü elinde bulunduranların tasarruflarının rekabet hukukunun Domain’ine alınmasıdır. Yani, kamu iktisadî teşebbüslerinin yaptıklarını kastetmiyorum burada. Burada, kamu idaresinin iyi yönetim (Good governance) ilkesine de çok ciddi katkı yapacağını düşünüyorum bunun.

Bir diğer alan ise, denetlenen ve düzenlenen sektörlerde, yani “Regulated industries”de rekabet hukukunun geçerliliği. Burada da tabii yine bu alanda çalışma yapan otonom kurumlara büyük önem düşüyor; yani bizdeki Rekabet Kuruluya Bankacılık Denetleme Kurulu, SPK, Enerji Yüksek Kurulu falan gibi.

Bir üçüncü nokta da, -burada da keseceğim, eminim acıkmaya başlamışsınızdır- iktisadî analiz odaklı rekabet hukukunun uygulanmasında tabii yalnızca bütün topu Rekabet Kurulu diye, Kurumu gibi bir Kuruma atamayız, yüksek yargı organları da bunun bir parçası olmak durumunda. Yüksek mahkemeleri kast ediyorum.

İlmutluhan SELÇUK

Rekabet Uzmanı

TEBLİĞ METNİ

I. GİRİŞ¹⁰²

Rekabet hukuku ile ilgili yazını takip edenler, bu hukukun uygulanmasında belirli konuların dönemsel olarak ön plana çıktığını farkedebileceklerdir. Birleşme ve devralmalar, dikey anlaşmalar, zorunlu unsur, mal vermeyi red etme, fikri mülkiyet hakları, ortak girişimler bu alanların belli başlılarıdır. Yoğunlaşma işlemlerinin¹⁰³, bahsi geçen bu konular arasında, belki de en dikkat çekici tartışmalara sahne olması bakımından, ayrıcalıklı bir yeri hakettiğini söylemek yanlış olmayacaktır. Bu konuya ilişkin tartışmaların önemi, yasa koyucuların rekabet kanunları ile ulaşmak istediği amacın özellikle yoğunlaşma işlemlerinin kontrolü esnasında belirginleşmesinden kaynaklanmaktadır.

Halihazırda altmışın üzerinde ülkede yoğunlaşmaların kontrolüne ilişkin düzenlemeler bulunmakla birlikte, bu sayı giderek artmaktadır¹⁰⁴. Bu düzenlemeler incelendiğinde yoğunlaşmaların kontrolüne ilişkin ağırlıklı olarak iki hukuk sisteminde geçerli kuralların temel alındığı görülmektedir. Sistemlerden ilkinin rekabet hukuku uygulamasında en *eski* olduğu söylenebilecek Amerika Birleşik Devletleri'nde (ABD) kullanılan *rekabetin önemli ölçüde azaltılması* testi (*rekabet testi*), ikincisini ise Avrupa Birliği'nde (AB veya Topluluk) kullanılan *etkin rekabetin önemli derecede engellenmesi sonucunu doğuracak şekilde hakim durum yaratılması veya mevcut bir hakim durumun güçlendirilmesi* testi (*hakim durum testi*) oluşturmaktadır. Bu tebliğin konusunu, bu sistemler arasında baskın olduğu söylenebilecek ABD ve AB uygulamalarının karşılaştırılması oluşturmaktadır. Karşılaştırma, yatay birleşmelerin değerlendirilmesi ile sınırlı tutulacaktır.

Uluslararası ticaretin artması ile birlikte firmaların tabi oldukları hukuk kuralları sayısı da doğal olarak fazlalaşmakta, bu durum, uluslararası ticareti

¹⁰² Çalışmaya yorum ve değerlendirmeleri ile katkı sağlayan Rekabet Uzmanı Hakan BİLİR'e teşekkür ederim. Bu çalışmada ifade edilen görüşlerin sorumluluğu yazara aittir. Çalışma, Rekabet Kurumu'nun görüşlerini yansıtmaz.

¹⁰³ Bu metnin takip eden bölümlerinde "yoğunlaşma işlemleri" ile "birleşme veya devralma işlemleri" aynı anlamda kullanılacaktır.

¹⁰⁴ Rowley and Baker *Merger Control: The International Regulation of Mergers and Joint Ventures* (Sweet & Maxwell, 3rd edition, 2000).

gelişmesi bakımından bir takım zorlukları da beraberinde getirmektedir. Özellikle, sözkonusu kuralların arasındaki *farklılıklar*, uluslararası ticaretin gelişmesi önünde ciddi engeller teşkil edebilmektedir. Kuşkusuz bu farklılıkların en fazla hissedildiği alanlardan birini uluslararası birleşme ve devralma işlemleri teşkil etmektedir.

Yoğunlaşmaların kontrolü konusunda Topluluk rekabet hukuku bir dönüm noktasında bulunmaktadır. AB Komisyonu tarafından 2001 yılı sonunda yayınlanan Yeşil Kitap¹⁰⁵ ile teşebbüsler arasında Yoğunlaşmaların Kontrolü Üzerine Konsey Tüzüğü'nde¹⁰⁶ (Konsey Tüzüğü veya Tüzük) değişiklikler yapıp yapılmaması tartışmaya açılmıştır. Yeşil Kitap, birleşme ve devralmaların kontrolünde kullanılan test ile birlikte usul kurallarını da tartışmaya açması nedeni ile önem taşımaktadır.

Son olarak, Yeşil Kitabın yayınlanması ve tartışmaya açılması ertesinde 2002 yılı sonunda Komisyon tarafından değişiklik önerilerini içeren Taslak Konsey Tüzüğü¹⁰⁷ (Taslak) ve bu Taslağa paralel olarak yatay birleşmelerin değerlendirilmesi ile ilgili Taslak Duyuru¹⁰⁸ (Duyuru) yayınlanmıştır.

Topluluk Hukukunda birleşme ve devralmalara ilişkin önemli gelişmeler yalnız yasal düzenlemeler ile sınırlı değildir. Birleşme ve devralmalara ilişkin alınan kararların yargısal denetiminde de köklü değişiklikler yaşanmaktadır. 2002 Haziran ayında *Airtours/First Choice*¹⁰⁹ davasında alınan karar ile ilk defa Komisyon'un birleşme ve devralmalara ilişkin aldığı bir yasaklama¹¹⁰ kararı Topluluk mahkemeleri tarafından esastan bozulmuştur. *Schneider/Legrand*¹¹¹ ve *Tetra Laval/Sidel*¹¹² kararları da konu hakkındaki diğer örneklerdir.

Yoğunlaşmaların kontrolü konusunda gözlerin Komisyon üzerine çevrilmesi yalnızca iki başlık altında bahsettiğimiz bu gelişmelerden

¹⁰⁵ *Green Paper on the Review of Council Regulation (EEC) No 4064/89 COM(2001) 745/6 Final*, 11.12.2001

¹⁰⁶ Council Regulation (EEC) No 4064/89 of 21 December 1989 on the Control of Concentrations Between Undertakings, OJ L 395, 30.12.1989 (with amendments introduced by Council regulation (EC) No 1310/97 of 30 June 1997)

¹⁰⁷ *Proposal for a Council Regulation on the control of concentrations between undertakings*, Brussels, 11.12.2002 COM(2002) 711 final 2002/0296 (CNS)

¹⁰⁸ *Commission Notice on the appraisal of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings*. Brussels, 11.12.2002 COM(2002) Duyuru birleşme ve devralmaların esastan incelenmesinde izlenecek yolu göstermesi bakımından alanında bir ilk teşkil etmektedir.

¹⁰⁹ Case T-342/99, *Airtours*, 6.6. 2002

¹¹⁰ M.1524, *Airtours*

¹¹¹ Case T-310/01, *Schneider*, 22.10. 2002,

¹¹² Case T-80/02, *Tetra Laval*, 25.10.2002

kaynaklanmamaktadır. Özellikle *GE/Honeywell*¹¹³ davasında Komisyon tarafından alınan yasaklama kararı, yoğunlaşmaların kontrolünün amacı konusunu tartışmaya açmış, bahsi geçen işleme Amerikan otoritelerinin izin vermiş olması, sistemler arası benzerlik/farklılıklara ilişkin tartışmaların gündeme gelmesine neden olmuştur¹¹⁴.

Topluluk hukukuna nazaran çok daha sakin geçtiği söylenebilecek olan Amerikan uygulamasında özellikle *Heinz/Beech Nut*¹¹⁵ kararı ile birlikte yoğunlaşmaların kontrolünde etkinliklerin rolü konusunda tartışmalar artmıştır.

Bu çerçevede metnin devamında, AB ve ABD arasında, hangi tür yoğunlaşmaların yasak olduğunun tespitinde kullanılan *rekabet ve hakim durum* testleri, bu testlerin kullanılması esnasında izlenen *yöntemler* ve dikkate alınan *faktörler* bazında bir karşılaştırma yapılmıştır.

Hukuk kurallarının uygulanış şeklinin, en az bu kuralların lafzı kadar önem arzettiği dikkate alındığında, bu karşılaştırmada yasal düzenlemelerin yanı sıra kaçınılmaz olarak yetkili otoritelerin aldıkları kararların da incelenmesi gerekmektedir. Bu çerçevede, yoğunlaşmaların kontrolüne ilişkin yapılacak karşılaştırma, ilgili düzenlemelerin yanı sıra, uygulamayı gösteren kararları da kapsamaktadır.

Bu Tebliğin devamında yapılan karşılaştırma, ilk olarak bugüne kadar ki uygulamalar çerçevesinde Topluluk Hukukunda birleşme ve devralma işlemlerinin kontrolüne yönelik getirilen kuralların amacına yönelik bir belirsizliğin olduğu *sonucunu* ortaya çıkarmaktadır.

Avrupa Birliği Komisyonu'nun rekabet kurallarının uygulanmasından sorumlu üyesi *Mario Monti* tarafından¹¹⁶ her ne kadar yoğunlaşmaların kontrolünde Amerikan uygulamasına paralel olarak Topluluk rekabet hukukunda da tüketici refahının korunmasının amaçlandığı ifade edilse de uygulamada alınan kararların kimi zaman bu amaçla çeliştiği görülmektedir¹¹⁷.

¹¹³ *GE/Honeywell* COMP/M.2220

¹¹⁴ AB ve ABD arasında özellikle işlemin doğurabileceği etkilere ilişkin kullanılan teoriler bazında farklılıkların su üstüne çıkması konusunda *Boeing/Mc Donnell Douglas* (Case No IV/M.877) davasının da önemli bir yeri olduğunu söylemek mümkündür. Birleşmeye ilişkin AB ve ABD kararlarının karşılaştırılması için bkz. Kovacic, W.E., *Transatlantic Turbulence: The Boeing – McDonnell Douglas Merger and International Competition Policy*, 805, ALJ, Vol. 68(3), (2001)

¹¹⁵ FTC v. H.J. Heinz Co. 246 F. 3d. 708 (D.C. 2001)

¹¹⁶ Monti, M. (2001), “*The Future for Competition Policy in the European Union*”, 9.6.2001; http://europa.eu.int/rapid/start/cgi/guesten.ksh?p_action.getfile=gf&doc=SPEECH/01/340101AGED&lg=EN&type=PDF

¹¹⁷ Kolasky, W. *What is Competition?* (2002) www.usdoj.gov/atr.

Özellikle birleşmeler ile getirilen etkinliklere yönelik olumsuz yaklaşım bu konuda ön plana çıkmaktadır.

Birleşme ve devralmaların değerlendirilmesinde kullanılan testlerin, esasa ilişkin bu farklılığın ortaya çıkmasında *belirleyici* bir rol oynamadığı düşünülmektedir. Yoğunlaşmaların kontrolüne ilişkin uygulanan test aynı olsa da Amerikan uygulamasında bu teste 1960'larda yüklenen anlam ile günümüzde yüklenen anlam arası farklılığın, kullanılan testlerin değil ancak bu testlere yüklenen anlamın belirleyici olduğuna ilişkin en açık örneği teşkil etmektedir.

Ancak ulaşılan bu sonuç, kullanılan testler arası bir karşılaştırma yapıldığında *hakim durum* testinin bir çok açıdan aksaklıklarının bulunduğunu ortadan kaldırmamaktadır. Bu aksaklıkların kimi zaman iki sistem arasında kararlar alınmasında bir kılıf olarak kullanıldığı, testlerin kaleme alınış şeklinin esasa etki edebildiği görülmektedir.

Hakim durum testinin yorumlanması sonucunda Topluluk tarafından yoğunlaşmaların yarattığı tek taraflı ve işbirliği doğurucu etkilerin ele alınabildiği görülmektedir.

Ancak, tek taraflı etkilerin incelenmesinde hakim durum testinin (*işlem sonrasında birleşen tarafların pazarda lider konuma geldikleri*) klasik hakim durum dışında kalan tek taraflı etkilerin ele alınmasında bir belirsizlik içinde olduğu anlaşılmaktadır.

Bu belirsizlik kimi durumlarda birleşmelerin yarattığı tek taraflı ile işbirliği doğurucu etkilerin ortaya konulmasına karışıklığa yol açmakta, Komisyon tarafından bu karışıklığın farkına varıldığı anlaşılrsa da, bunun ortadan kaldırılması yönünde olumlu bir çaba içinde bulunduğu görülememektedir.

Topluluk hukukunda yaşanan gelişmelerden, *birleşmelerin kontrolünde gözetilen amaç* konusunda yaşanan tartışmalara son verilmek istendiği anlaşılmaktadır¹¹⁸. Hatta, Amerikan hukukuna paralel olarak tüketici refahının artırılmasının, açık bir şekilde Topluluk rekabet hukuku uygulaması ile gözetilen amaç olarak belirlendiği görülmektedir¹¹⁹.

Bu gelişme paralelinde, yoğunlaşmaların kontrolünde aynı amacın gözetildiği sonucuna ulaşılmakta ise de, bu amaca ulaşmak için kullanılan

¹¹⁸Green Paper on the Review of Council Regulation (EEC) No 4064/89 COM(2001) 745/6 Final, 11.12.2001; *Proposal for a Council Regulation on the Control Of Concentrations Between Undertakings*, Brussels, 11.12.2002 COM(2002) 711 final 2002/0296 (CNS) Brussels, 11.12.2002 COM(2002); *Commission Notice on the Appraisal of Horizontal Mergers Under The Council Regulation On The Control Of Concentrations Between Undertakings*

¹¹⁹ Bkz. Duyuru.

araçlar arası farklılıklarda ısrar etmek ve bu kuralların aynı amaca ulaşmak için şu veya bu şekilde yorumlanması gerektiğinin söylenilmesi, kurallar arası uyumun sağlanmasının olanak dahilinde olduğu dikkate alındığında uygun bir yöntem olarak düşünülmemektedir.

Farklı testler kullanılmasında ısrar edilmesinin, bu kuralların muhatabı teşebbüslere bir faydası olmadığı görülmektedir. Aksine, kurallar arası yapay farklılıklar yaratılması suretiyle ticari hayatta ihtiyaç duyulan güvenin zedelendiği, kurallara uyulmasının maliyetinin artırıldığı düşünülmektedir.

Uluslararası arenada rekabet otoriteleri arasındaki işbirliği 2001 yılında hayata geçen Uluslararası Rekabet Ağı (ICN)¹²⁰ hareketi ile artmıştır. Bu hareket ile beraber geçmişte çok daha önceye dayanan OECD ve Dünya Ticaret Örgütü (DTÖ) altında yapılan çalışmalar, uluslararası ticaretin gelişmesinde önemli bir rolü bulunan rekabet hukukunun farklı sistemler arasında uyumlaştırılması bakımından büyük önem taşımaktadır. Bu güne kadar atılan somut adımlar çerçevesinde daha çok ikili anlaşmalar çerçevesinde gerçekleşen işbirliği çalışmaları, kapsamı bakımından ortak yürütülecek incelemelerde izlenecek usul ile sınırlı kalmış, ancak özellikle son dönemde birden fazla ülkenin yetki alanına giren işlemlerde farklı sonuçlara ulaşılmış olması, işbirliğinin genişletilmesi zorunluluğunu doğurmuştur. Bu nedenle ICN'in 2003 gündemini rekabet hukukunun *amacı* oluşturmaktadır. Sistemler arası farklılıkların tartışılarak asgariye indirilmesi ve yakınlaşmanın azami ölçüde sağlanması, kuralların muhatabı teşebbüsler ve bu kuralların uygulanması ile benimsenen amaçlara ulaşılması açısından kuşkusuz büyük önem arz etmektedir.

Çalışmanın devamına geçilmeden önce okuyucuya yönelik düşülmesi gereken kişisel bir not bulunmaktadır. Bu Tebliğin iki sistem arasında yapılabilecek bir mukayesenin tüm ayrıntılarını içermesi beklenmemelidir. Çalışma ile sistemler arası farklılıkların ortaya çıktığı temel konulara değinilecek, okuyucuya bu iki sisteme ve sistemler arası farklılıklara ilişkin genel bir bakış açısı verilmesi amaçlanacaktır.

Yoğunlaşmaların kontrolünde izlenen usul kuralları, özellikle yargının usulün içindeki yeri (*ex-ante* ve *ex-post* yargı denetimleri arası farklılıklar) sistemlerin birbirine yaklaşması veya birbirinden uzaklaşmasında önemli bir etken olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak bu konu başlı başına bir Tebliğ konusu olabilecek niteliktedir. Bu nedenle *usul* konusuna burada değinilmemiş, konu başka bir Tebliğe bırakılmıştır.

¹²⁰ International Competition Network, <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/about.html>

II. AB ve ABD’de YOĞUNLAŞMALARIN KONTROLÜNÜN ESAS BAKIMINDAN İNCELENMESİ

Yoğunlaşmaların kontrolüne ilişkin AB ve ABD sistemleri arasında bu başlık altında yapılacak karşılaştırmada temel olarak yoğunlaşmaları kontrolünde kullanılan hakim durum ve rekabetin önemli ölçüde azaltılması testi testleri ve bu testlerin uygulanması üzerinde durulacaktır.

III. AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİ

III.I. Yoğunlaşmaların Kontrolünde Kullanılan Test

Amerikan hukukunda hangi tip yoğunlaşmaların yasak olup olmadığının tespitinde kullanılan testi, yoğunlaşmanın “*rekabetin önemli ölçüde azaltılması*” sonucunu doğurup doğurmadığının belirlenmesi oluşturmaktadır¹²¹.

1914 tarihli *Clayton Yasası*¹²² ile getirilen “*rekabetin önemli ölçüde azaltılması*” testi, bu tarihten günümüze çok farklı yorumlamalardan geçmiş, halihazırda bu teste yüklenen anlam 1980’lerden itibaren şekillenmiştir.

Özellikle 1960’lı yıllarda alınan kararlar ve günümüzde bu teste yüklenen anlamlar arası farklılık Topluluk hukuku ile Amerikan hukuku arasında yoğunlaşmaların kontrolüne ilişkin kullanılan testlerin yakınlaştırılması başlığı altında, belirleyici olanın testler değil ancak bu testlere yüklenen anlamlar olduğunu ortaya koymaktadır.

Birleşme ve devralmalara ilişkin yapısalcı yaklaşımların ağırlığını hissettirdiği ve rekabetin önemli ölçüde azaltılması testinin en geniş yorumlandığı dönemi 1960’lar oluşturmaktadır. Antitröst hukuku uygulamalarında rekabetin bir amaç olarak benimsendiği bu döneme ilişkin alınan kararlardan *Brown Shoe*¹²³, *Von’s Grocery*¹²⁴ ve *Proctor&Gamble*¹²⁵ kararları testin ne şekilde geniş bir yoruma müsait olduğunu göstermesi bakımından dikkat çekicidir.

Brown Shoe kararı ile Yüksek Mahkeme, ayakkabı üretimine ilişkin ulusal pazar payı %4 olan ve aynı zamanda ürettiği ayakkabıların bir kısmını da

¹²¹ *Clayton Act* s.7

¹²² *Clayton Yasası*; a) yalnızca hisse alım satımlarının kontrolüne müsaade etmesi, b) rekabetin önemli ölçüde azaltılması hususunda alıcı ile satıcı arasındaki ilişkiye ağırlık vermesi, c) aykırı birleşmelerin kontrolüne imkan verip vermediği konularında eksiklikler içermesi nedeniyle 1950’de, yasaya büyük ölçüde günümüzdeki şeklini veren, *Celler Kefauver Yasası* ile değiştirilmiş, yasa en son 1976 yılında birleşme ve devralmalara ilişkin izin sisteminin getirildiği *Hart-Scott-Rodino Yasası* ile son halini almıştır.

¹²³ *Brown Shoe Co. v. United States*, 370 U.S. 294 ff. (1962)

¹²⁴ *United States v. Von’s Grocery Co.*, 384 U.S. 270, 86 S.Ct. 1478 (1966)

¹²⁵ *FTC v. Procter&Gamble.*, 386 U.S. 568 (1967)

tüketicilere doğrudan satan Brown ile ayakkabı perakende pazarında yalnızca % 1.2 pazar payına sahip olan Kinney arasındaki birleşmenin rekabeti önemli ölçüde azalttığı sonucuna ulaşmıştır.

Benzer şekilde, Mahkeme'nin pazarda en büyük üçüncü ve sekizinci manav zinciri arasındaki birleşmeyi yasakladığı *Von's Grocery* kararı, pazarda yoğunlaşmanın olmadığı, birleşen tarafların toplam pazar paylarının %7.5 olması ve birleşmeye taraf şirketler dışında pazarın en büyük aktörünün %8'lik bir pazar payına sahip olduğu göz önünde bulundurulduğunda dikkat çekmektedir. Bu karar ile ilgili altı çizilmesi gereken diğer bir nokta, kararın, esasen yalnızca rekabetin önemli ölçüde azaltılması kavramının yorumlanması bakımından değil, aynı zamanda *Clayton Yasasına* 1950 tarihinde yapılan değişikliklerin gerekçesini de yansıtmaması bakımından önemli olduğudur.

Bu çerçevede, esasen ulaştığı sonuç bakımından anlamsız bulunmasına karşın, karar, *Clayton Yasası*'nda değişiklikler yapan 1950 tarihli *Celler Kefauver Yasası* ile Amerikan Kongresi'nin, küçük teşebbüsleri koruma ve yoğunlaşmaların önüne geçme gereklerine dayanması¹²⁶ nedeni ile, tutarlı bulunmaktadır¹²⁷.

Birleşme ve devralmalara ilişkin bu olumsuz yaklaşımın en belirginleştiği bir diğer dava olan ve aykırı bir birleşme örneği teşkil eden *Procter&Gamble*'da¹²⁸ mahkeme, birleşme ile tarafların belirli etkinlikler elde edeceğini ortaya koymuş ancak elde edilen bu etkinliklerin birleşen firmayı rakiplerine göre daha avantajlı hale getireceği gerekçesiyle birleşmenin pazardaki rekabet üzerine olumsuz etki doğuracağı sonucuna ulaşmıştır. Mahkeme kararında açıkça, rekabetin ulaşılacak istenen bir amaç olarak benimsendiğini ifade etmiş ve ulaşılacak istenen bu yapının bozulmasına neden olacak herhangi bir etkinliğin hukuka aykırılığa karşı kullanılamayacağını ifade etmiştir.

Bu tarihlere ilişkin dikkat çekici bir diğer noktayı Amerikan Adalet Bakanlığı tarafından 1968 yılında birleşmelerin incelenmesine yönelik ilk Rehberin yayınlanması oluşturmaktadır.

¹²⁶ Bkz. Gellhorn, E., Kovacic, W., *Antitrust Law and Economics*, sf. 365, In a Nutshell Series, 2nd ed. (1994)

¹²⁷ Hovenkamp, H. *Federal Antitrust Policy The Law Of Competition And Its Practice*, 2nd Ed (1999) sf 500

¹²⁸ Bkz Dipnot 25; karşı için bkz *Cargill v. Monfort of Colorado, Inc.* 479 U.S. (1986). Mahkeme davada, *Procter&Gamble* kararını zımni olarak değiştirmiş ve bir birleşmenin yarattığı etkinlikler nedeniyle yasaklanmasının antitröst hukukunun özüne aykırı olduğunu belirtmiştir. Mahkemenin kararında "antitröst hukukunun rakiplerin, fiyat rekabeti nedeniyle karlarını kaybedecek olmaları nedeniyle koruması, esasen firmaların pazar paylarını artırmak amacıyla fiyat kırma kararlarını yasaklamak anlamına gelecektir." şeklinde kullandığı ifadeler çok önemlidir.

Kararlar, 1970'lerde akademisyenler¹²⁹ tarafından sert bir şekilde eleştirilmiş ve antitröst hukukunun kabuk değiştirdiği ve birleşme/devralmalar ilişkin yapısalcı yaklaşımın terk edildiđi¹³⁰ 70'li yıllar ertesinde, Amerikan Adalet Bakanlığı 1982, 1984 ve son olarak Federal Ticaret Komisyonu ile birlikte 1992 (1997 değişiklikleri ile beraber) yılında birleşmelerin incelenmesi ile ilgili yayınladıkları Rehberlerde birleşmelere yönelik bu olumsuz yaklaşımı terk etmiştir.

II.I.I.I. Rehberler¹³¹

Amerikan rekabet hukuku sisteminde birleşme ve devralmaları incelemekle yetkili otoriteler olan Adalet Bakanlığı ve Federal Ticaret Komisyonu tarafından birleşme devralmalara yönelik olarak ıkarılan Rehberler¹³², *Clayton Yasası*'nda yer verilen rekabetin önemli ölçüde azaltılması testinin ne şekilde yorumlanacağını ve birleşmelerin hangi analitik süreç dahilinde inceleneceğini göstermeleri bakımından önem taşımaktadır. Bu Rehberlerin, mahkemeler üzerinde bağlayıcılığı olmasa da son dönemde özellikle alt derece mahkemeleri tarafından sıkca başvurulan kaynaklar oldukları görülmektedir¹³³.

Rehberler ile ilgili göze çarpan en önemli husus, 1982 tarihli Rehber ile birleşme ve devralma analizlerinin yatay birleşmeler üzerinde ağırlık kazanmış olmasıdır. Dikey ve özellikle aykırı birleşmelere ilişkin Adalet Bakanlığı ve Federal Ticaret Komisyonu politikaları, 1980'lerden itibaren (antitröst hukukuna ilişkin akademik yazının gelişmesine paralel olarak) büyük ölçüde değişmiş ve bu tarihten itibaren aykırı birleşmelere yönelik neredeyse hiç dava açılmamıştır¹³⁴.

Bu çerçevede metnin devamında yatay birleşmelerin değerlendirilmesinde otoritelerin yaptıkları analizler açıklanmaya çalışılmıştır.

¹²⁹ Bkz örn. Bork, R. *The Antitrust Paradox: A Policy At War With Itself* (1st ed, 1978; 2nd ed 1993) sf 210; *Brown Shoe* kararı, Bork tarafından, Amerikan antitröst tarihinin en kötü kaleme alınmış karar olarak nitelendirilmiştir.

¹³⁰ Bu konuda bkz. U.S. v. General Dynamics, 415 U.S 486 (1974) Davada mahkeme, birleşme sonrasında oluşan yoğunlaşmanın tek başına yeterli olmadığını ortaya koymuştur.

¹³¹ Horizontal Merger Guidelines <http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/hmg.htm>

¹³² Rehber'lerin gelişimi ile ilgili bkz Scheffman, D., Coate, M., Silvia, L., *20 Years Of Merger Guidelines Enforcement: An Economic Perspective*” www.usdoj.gov/atr; Kolasky, W.J. ve Dick, A.R. “*The Merger Guidelines And The Integration Of Efficiencies into Antitrust Review Of Horizontal Mergers*” www.usdoj.gov/atr

¹³³ Bu konuda, özellikle etkinlik savunmaları başlıklarında bkz. FTC v. Staples, Inc. 970 F. Supp 1066 (D.D.C 1997); FTC v. Cardinal Health, Inc. 12 F. Supp. 2d 34 (D.D.C 1998); FTC v. Swedish Match, 131 F.Supp 2d 151 (D.D.C 2000)

¹³⁴ Hovenkamp, H. *Federal Antitrust Policy The Law Of Competition And Its Practice*, 2nd Ed (1999) sf 552

II.I.I.II. Yatay Birleşmeler Rehberi

Rehberin temel amacı, birleşme devralmaların analizinde yetkili makamların takip edecekleri inceleme metodunu ortaya koymaktır¹³⁵.

Rehber ile *Clayton Yasası*'nda rekabetin önemli ölçüde azaltılması olarak belirtilen kriterin, bir birleşme işlemi sonucunda pazar gücü yaratılıp yaratılmadığı testi yapılmak suretiyle uygulanacağı ifade edilmektedir. Pazar gücü, Rehber'de firmanın fiyatlarını önemli kayıplara uğramaksızın önemli bir süre zarfı için rekabetçi fiyat seviyesinin üstünde belirlemesi olarak tanımlanmaktadır. Buna göre bir birleşme işlemi sonucunda pazar gücü yaratılıp yaratılmadığı işlemin yarattığı *etkiler* incelenerek belirlenmektedir.

Yatay birleşmelerin yaratabileceği olumsuz etkilere Rehber'de tek taraflı etkiler ve işbirliği doğurucu etkiler olmak üzere iki başlık altında yer verilmektedir.

Buna göre bir birleşme işlemi sonucunda birleşen firmanın tek taraflı olarak, rakipleri ile koordinasyona veya işbirliğine girme ihtiyacı olmaksızın fiyatları yükseltebilme olanağına kavuşması halinde birleşmenin rekabeti sınırlayıcı etki doğurduğu kabul edilmektedir.

Birleşme işlemleri ile firmalar tek taraflı olarak fiyatları yükseltebilme olanağına sahip olmasalar bile, işlem ile birleşik firma ve rakiplerin açık ya da zımnî işbirliğine girmek sureti ile aynı amaca ulaşmaları için zemin hazırlanıyorsa, birleşme işlemi yarattığı bu işbirliği doğurucu etkiler nedeniyle rekabeti sınırlayıcı olarak kabul edilmektedir. Bununla beraber birleşme sonrasında pazar gücüne sahip teşebbüslerin fiyat dışında ürün kalitesi, hizmet veya teknolojik gelişme konusunda da rekabeti azaltabileceği kabul edilmektedir¹³⁶.

Bu çerçevede, yapılan analizin, işlem sonucunda firmaların tek başlarına ya da birlikte pazar gücüne sahip olmalarının sağlanıp sağlanmadığı, bu işlem neticesinde fiyatların yükselmesi etkisinin yaratılıp yaratılmayacağından oluştuğu görülmektedir. Tek taraflı ve işbirliği doğurucu etkileri birbirinden ayıran temel noktayı işlem ertesinde birleşen tarafların rakipler ile koordinasyona girip girmeyeceği oluşturmaktadır.

II.I.II. Birleşmelerin İncelenmesinde Takip Edilen Yöntem

Bildirilen birleşmelerin yasaklanması için yargı yoluna başvurulup başvurulmamasına karar verilirken yetkili makamlar tarafından,

¹³⁵ Rehber Bölüm 1

¹³⁶ Rehber sf 2

- öncelikle işlemin pazarda yoğunlaşmayı artırıp artırmadığı,
- bunun ertesinde yoğunlaşma ve pazara hakim diğer özellikler nedeniyle işlemin olumsuz (tek taraflı veya işbirliği doğurucu) etkiler doğurup doğurmama ihtimalinin bulunup bulunmadığı,
- pazara girişlerin bu etkileri bertaraf edip edemeyeceği,
- varsa işlem sonucunda elde edilen etkinliklerin birleşmenin olumsuz etkilerini bertaraf edip edemeyeceği,
- son olarak taraflardan birisinin batan firma olup olmadığı değerlendirilmekte ve ancak tüm bu değerlendirmelerin yapılması neticesinde işlemin pazar gücü yaratıp yaratmadığı sonucuna ulaşılmaktadır.

II.III.I. Yoğunlaşma Oranı

A. İlgili pazar¹³⁷

Yoğunlaşma oranının hesaplanması öncelikle iyi yapılmış bir pazar tanımını gerekli kılmaktadır. Yetkili Makamlar, ilgili ürün ve coğrafi pazarın tanımı için SSNIP (hipotetik tekel testi) testinden faydalanmaktadır. SSNIP testine göre, tekel olduğu varsayılan bir teşebbüsün, belli bir ürünün fiyatında küçük, önemli ve kalıcı bir artış uygulaması, tüketicilerin başka ürünlere yönelmelerine yol açıyorsa ve bu durum sonucunda da yapılan fiyat artışı karlı olmuyorsa firmanın ürettiği ürünle tüketicilerin yöneldiği ürünlerin aynı pazarda yer aldığı sonucuna ulaşılmaktadır¹³⁸. Bu çerçevede ilgili pazar tanımında ağırlıklı olarak talep ikamesi üzerinde durulmaktadır. Arz ikamesinin oynadığı rolün buna göre daha az olduğu görülmektedir.

B. Yoğunlaşma

Yoğunlaşma oranının hesaplanmasında HHI¹³⁹ endeksinden¹⁴⁰ faydalanılmakta, buna göre pazarda yoğunlaşmanın seviyesi aşağıda yer alan üçlü sınırlandırma çerçevesinde değerlendirilmektedir:

¹³⁷ İlgili pazar tanımlanmasında Rehber'in uygulanması için bkz. Scheffman, D., Coate, M., Silvia, L., *20 years of Merger Guidelines Enforcement: An Economic Perspective*, sf 10-23 www.usdoj.gov/atr

¹³⁸ Çetinkaya, M. *İlgili Pazar Kavramı ve İlgili Pazar Tanımında Kullanılan Nicel Teknikler*, sf 12, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No:3 [Ankara 2003](#).

¹³⁹ *Hirschman-Herfindahl Index*. Yoğunlaşmanın ilgili pazardaki aktörlerin sayısı ve pazar paylarının bir fonksiyonu olduğundan hareket eden endeks, pazardaki bütün teşebbüslerin pazar paylarının kareleri toplanmak suretiyle hesaplanmaktadır Bkz. Rehber sf 15

¹⁴⁰ İlgili makamlar 1984 yılına kadar CR4 analizini kullanmışlardır. 1984 tarihli Rehber ile CR4 terkedilerek HHI endeksini kullanılmaya başlanmıştır.

a) birleşme sonrası HHI'nin 1000'in altında çıkması halinde birleşmenin herhangi bir sakıncası bulunmadığına ve işlem hakkında daha fazla inceleme yapılmasına gerek olmadığı,

b) birleşme sonrası HHI'nin 1000-1800 arasında çıkması halinde, HHI'nin 100'den az artmasına neden olan birleşmeler hakkında daha fazla inceleme yapılmasına gerek olmadığı; bu oranın üstünde çıkan artışlar halinde ise birleşmenin potansiyel olarak risk içerebileceği,

c) birleşme sonrası HHI'nin 1800'ün üstünde çıkması halinde, HHI'nin 50'den az artmasına neden olan birleşmeler hakkında daha fazla inceleme yapılmasına gerek olmadığı; bu oranın üstünde artışların varlığı halinde ise birleşmenin potansiyel olarak risk içerebileceğine; HHI'nin 100'den fazla artması halinde ise Rehberin diğer bölümleri çerçevesinde yapılacak değerlendirmeler saklı kalmak kaydı ile birleşmenin pazar gücü yarattığının varsayılacağı kabul edilmektedir^{141,142}.

II.II.II. Birleşmenin Olumsuz Etkileri

A. İşbirliği Doğurucu Etkiler

Rehber'de, birleşme sonucunda ilgili pazarda faaliyet gösteren aktörler arasında, tüketicilerin aleyhine olarak (gizli veya açık) işbirliğine gidilmesi ihtimalinin artması ve bu işbirliğinin başarılı olması ihtimalinin güçlenmesi durumunda işlemin (diğer koşullar sonucu değiştirmedeği ölçüde) rekabetin önemi ölçüde azalması sonucunu doğuracağı ifade edilmektedir. Bu çerçevede Rehber, rekabeti sınırlayıcı nitelikte bir işbirliğinden bahsedilebilmesi için aşağıdaki koşulların varlığını aramaktadır;

- a) işbirliğinin doğmasına olanak tanıyacak koşullar, örneğin,
 - ürünlerin homojen olup olmaması,
 - halihazırda piyasada gerçekleşen ilişkiler (ürün çeşitlerine veya fiyatlandırmaya ilişkin standardizasyon, ilgili pazarda veya başka bir pazarda firmalar arası açık işbirliğinin daha önce veya halihazırda gerçekleşip gerçekleşmediği),
 - şeffaflık (rakipler hakkında bilginin piyasadan elde edilebilmesi)

¹⁴¹ Tek taraflı etkiler altında, farklılaştırılmış ürünler bazında, ek bir eşik daha getirilmektedir. Bkz. Rehber 2.211; 2.22

¹⁴² Bu konuda daha detaylı bir bilgiye ve belirlenen HHI endeksi oranlarının eleştirisine yer verilen bir çalışma için bakınız: Kalkan, E. (2002) – “Yatay Birleşmelerin İncelenmesinde İktisadi Tekniklerin Kullanılması”, Uzmanlığa Yükseltme Tezi, Rekabet Kurumu.

b) işbirliğinin takibini / tespitini kolaylaştıran ve işbirliği koşullarından ayrılanların cezalandırılmasına / caydırılmasına olanak tanıyacak koşullar.

İlgili makamlar birleşme işlemi sonucunda işbirliği doğurucu bir durumdan söz edilebilmesi için, işbirliğinin aktüel olarak gerçekleşeceği şartını aramamakta, gerçekleşmesi olasılığının bulunup bulunmadığını değerlendirmektedirler.

Ancak, işbirliği doğurucu bir etkiden bahsedilebilmesi için özellikle yukarıda yer verilen koşulların bir bütün olarak/tümünün varlığının her olay bazında incelenmesi gerekmektedir. Buna göre örneğin pazarda yoğunlaşmanın fazla olması elbette rakiplerin işbirliği içine girebilmesi için önemli bir unsur teşkil edecek ve pazarda yer alan rakip sayısının fazlalaşması ile birlikte koordinasyonun sağlanması güçleşecektir. Ancak bu durum sonuca ulaşılmasında tek başına yeterli olmamaktadır. Yoğunlaşmanın çok yüksek olması durumunda dahi, örneğin pazarda 2, 3 veya 4 aktörün olması (veya kalacak olması), pazarda rekabetin olmadığı / olmayacağı anlamına gelmeyecek veya rakiplerin işbirliği içinde olduğu sonucuna ulaşılması için yeterli olmayacaktır.

Keza, bir birleşmenin gerçekleştiği pazarda şeffaflığın olması (+ aktör sayısının azlığı) da tek başına yeterli olmamaktadır. Firmaların aralarında gerçekleşebilecek işbirliğini sürdürebilmeleri; işbirliğinden vazgeçen firmaların da tespiti (bu etkinin doğmasını engelleyebilecek örneğin, fiyat ayrımcılığı gibi koşulların varlığı) ve firmaları işbirliğini sürdürmeye itecek cezalandırma gibi mekanizmaların da varlığını gerektirmektedir.

B. Tek Taraflı Etkiler

Bir birleşme veya devralma sonucunda rekabeti sınırlayıcı etki yalnızca firmaların işlem sonrası işbirliği içine girmeleri ile değil, firmaların diğer firmalar ile işbirliği içine girmeksizin tek taraflı olarak üretimi kısıp fiyatları yükseltebilme olanaklarına sahip olmaları durumunda da söz konusu olabilecektir. Rehber tek taraflı etkilerin bir çok farklı koşulda gerçekleşebileceğini belirtmekle beraber bu etkilere örnek olarak iki durumu¹⁴³ bünyeteç altına almaktadır.

Bunlardan ilkinin pazarda yer alan ***firmaların ürünleri arası farklılıklar nedeniyle ayrıldığı durumlar*** oluşturmaktadır. Pazarda firmaların ürün farklılaştırmasına gittiklerinin ve firmaların bu farklılıklar nedeniyle tüketicinin

¹⁴³ Yatay Birleşmeler Rehberi, 21 no'lu dipnotta ihale modeline ilişkin de açıklamalar getirmekte ve bu durumda da tek taraflı etkilerden bahsedilebileceğini ifade etmektedir.

gözünde ayrıldıklarının belirlenmesi halinde firmalar arası gerçekleşecek birleşmeler,

a) birleşen firmaların ürünlerinin birbirine yakınlığı [örneğin ürünlerin tüketicilerin/ müşterilerin tercih sıralamalarında kaçınıcı sırada yer aldıkları (tüketicinin 3. tercihini ve 5. tercihini oluşturan veya tüketicilerin 2 ve 3. tercihlerini oluşturan ürünleri üreten firmaların birleşmesi gibi)],

b) rakiplerin birleşme ertesinde eksilen rekabeti tamamlama / doldurabilme olanakları

gibi koşullar dikkate alınarak değerlendirilmektedir. Ayrıca, bir farklılaşmış ürün piyasasında yukarıda verilen yoğunlaşma eşiklerinin aşıldığı bir durumda, eğer birleşmeye konu ürünler tüketicilerin gözünde en yakın ikameler ise (örneğin birinci ve ikinci tercihleri olması) ve birleşen ürünlerin toplam pazar payları %35' i geçiyorsa tek taraflı etkiler bağlamında söz konusu birleşmenin rekabeti sınırlayıcı fiyat etkileri doğurabileceğine yer verilmiştir¹⁴⁴.

Yapılacak bir incelemede kuşkusuz en kritik noktayı oluşacak etkilerin ekonomik analizler ile ölçülmesi oluşturmaktadır¹⁴⁵.

Tek taraflı etkilere örnek ikinci hali ise, ***firmaların kapasitelerine göre farklılaşmış olduğu durumlar*** teşkil etmektedir. Firmaların ürünlerinin nisbi olarak birbirine daha yakın olduğu ancak firmalar arası rekabetin koşullarının ağırlıklı olarak kapasite oranlarına göre belirlendiği durumlarda birleşme, yeni firmaya, işlem ertesinde daha büyük bir seviyede satış oranı yakalanması neticesinde fiyatlarını tek taraflı olarak artırıp arzı kısma olanağı tanıyabilecek ve müşterilerin böyle bir durumun gerçekleşmesi halinde yönelebilecekleri potansiyel diğer firmanın birleşme neticesinde ortadan kalkması sayesinde bu olasılığın gerçekleşmesi için ortam hazırlanmış olabilecektir. Elbette bu durum, birleşen firma tarafından fiyatların artırılması neticesinde oluşacak bu yeni durumda rakiplerin toplam üretimlerini artırarak cevap verip veremeyeceklerine, pazarda bunu gerçekleştirebilecek sayıda yeterli aktör bulunup bulunmamasına bağlı olacaktır. Rehber'de, bu durum için de %35'lik bir eşğin getirildiği görülmektedir.

¹⁴⁴ Rehber para 2.211

¹⁴⁵ Robinson, C.K. *Quantifying Unilateral Effects in Investigations And Cases* (11.9.1996) www.usdoj.gov/atr. Yapılacak ekonomik analizler hakkında bilgi için bkz. Kalkan, E. (2002) – “Yatay Birleşmelerin İncelenmesinde İktisadi Tekniklerin Kullanılması”. Uzmanlığa Yükseltme Tezi, Rekabet Kurumu.

II.II.III. Girişler

Pazara girişler, birleşmelerin etkileri değerlendirilirken üçüncü aşamayı oluşturmaktadır. Pazara girişlerin kolay olması, birleşme ile oluşabilecek rekabeti sınırlayıcı etkilerin oluşmasına veya bu etkilerin azalmasına neden olabilmektedir. Ancak, birleşme sonrası rekabetin azalması ihtimalinin bulunduğu durumlarda pazara girişlerin bu etkilerin bertaraf edebilecek nitelikte olabilmesi için Rehber:

- a) girişlerin gerçekleşme zamanı,
- b) pazara girişin karlı olup olmayacağı,
- c) pazara girişlerin rekabetin azalması sonucunu bertaraf edecek nitelikte olup olmadığı

şeklinde üç aşamada inceleme yapılmasını öngörmektedir.

II.II.IV. Etkinlikler

Rekabetin bir amaç olmaktan çıkması ve yapısal yaklaşımların ve birleşmelerin kontrolünde özellikle *Procter&Gamble* kararı ile belirginleşen etkinliklere yönelik olumsuz bakış açısının terki¹⁴⁶ ile birlikte etkinlikler uygulamada giderek artan bir önem kazanmış¹⁴⁷ ve etkinlikler konusu en son 1992 tarihli Rehber'de yapılan 1997 yılı değişikliklerin de gerekçesini oluşturmuştur¹⁴⁸.

Birleşme ve devralmalar rekabeti sınırlayıcı etkiler doğurabilmekle beraber bazı etkinliklerin sağlanması amacına da hizmet etmektedir. Birleşmeler ile sağlanan etkinlikler (örneğin maliyetlerin düşmesi, daha önce etkin çalışmayan iki firmanın etkinliğin artmasına neden olacak bir çatı altında birleşmeleri) aracılığıyla firmalar, daha güçlü surette rekabet edebilme olanağına kavuşmakta ve en önemlisi kaynakların kullanımında etkinlik sağlamak suretiyle toplumsal refahın artmasına katkıda bulunmaktadır. Ne var ki bütün birleşmelerin etkinlik sağladığını söylemek mümkün değildir. Birleşmeler gerçek anlamda rekabetin azalmasına neden olabilmektedir. Bu nedenle birleşmeler aracılığıyla gerçekleşen etkinliklerin dikkatle incelenmesi / değerlendirilmesi gerekmektedir.

¹⁴⁶ Ne var ki etkinlikler konusuna, Amerikan antitröst hukukunda kuşkusuz çok önemli bir yere sahip Chicago okulunun önde gelen isimleri bile şüphe ile yaklaşmışlardır. Bkz. Bork, R. *The Antitrust Paradox: A Policy At War With Itself* (1st ed, 1978; 2nd ed 1993) sf 126-127

¹⁴⁷ Örn. Bkz. General Motors/Toyota 103 FTC 374 (1984)

¹⁴⁸ Etkinlik analizinin Amerikan Antitröst hukukunda gelişimi için bkz. Kolasky, W.J. ve Dick, A.R. "The Merger Guidelines And The Integration Of Efficiencies Into Antitrust Review Of Horizontal Mergers" www.usdoj.gov/atr

Rehber, açık bir dille birleşmeler sonucunda etkinlik sağlanabileceğini kabul etmekle beraber, yaratılan etkinliklerin birleşmelerin yarattığı olumsuz etkileri bertaraf edip edemeyeceğine ilişkin bazı kriterler koymak suretiyle ilgili makamların etkinlikleri değerlendirmede izleyecekleri analitik yapıyı ortaya koymaktadır. Bu çerçevede Rehber, etkinliklere ilişkin kantitatif ve kalitatif bir değerlendirme yapılmasını öngörmektedir.

Rehber’de konuya ilişkin getirilen temel kriteri etkinliklerin “birleşmeye has” olması gerekliliği oluşturmaktadır. İkinci ölçütü ise etkinliklerin “kavranabilir” olması oluşturmaktadır. Kavranabilir etkinlikler Rehber’de birleşmeye has, doğruluğu gösterilebilir ve rekabeti sınırlayıcı bir biçimde arzın kısıtlanması sonucunda oluşmayan etkinlikler olarak tanımlanmaktadır¹⁴⁹.

Bununla birlikte, etkinliklerin gösterilmesi ve ölçülmesi zorluk teşkil ettiğinden, bunların varlığına ilişkin ispat yükü birleşmeyi gerçekleştiren taraf üzerinde bulunmaktadır.

Rehber, kavranabilir etkinliklerin birleşmenin olumsuz etkilerini (etkinliklerin ilgili pazarda fiyatların artmasını engelleyecek nitelikte olup olmadığını) bertaraf etmeye yetecek ölçüde olmaları durumunda birleşme aleyhine işlem tesis edilmeyeceğini belirtmekte ancak, buna ilişkin birleşmenin olumsuz etkileri ne kadar fazla ise kavranabilir etkinliklerin de o kadar büyük olması gerektiğini ifade etmek suretiyle *artan oran prensibini* benimsemektedir.

Değerlendirmede bazı etkinliklerin diğer etkinlik türlerine göre ölçülebilme, kısa /uzun dönemde gerçekleşebilme gibi nedenlerden dolayı daha ön plana çıktığı da görülmektedir. Örneğin artan maliyetlerde düşüşü sağlayacak bir etkinliğin, fiyatlarda yapacağı etkinin diğer etkinliklere göre daha fazla olması nedeniyle ön plana çıktığı görülmektedir.

II.II.V. Batan Firma

Rehber’de birleşmelerin incelenmesi ile ilgili son başlığı “*batan firma*” konusu oluşturmaktadır. Buna göre Rehber, birleşme taraflarından birinin,

- a) yakın gelecekte mali yükümlülüklerini yerine getiremeyeceği,
- b) İflas yasası gereğince firmanın yeniden yapılandırılmasının mümkün olmadığı,

¹⁴⁹ “Kavranabilir”, “birleşmeye has” kavramları hakkında daha detaylı bilgi için bkz. Ibid. 27-33

c) Başkaca firmalara yönelik olarak, malvarlığını ilgili pazarda tutacak ve piyasadaki rekabet üzerinde planlanan birleşmeden daha az tehlike içerecek devralmalar ile ilgili iyi niyetli tekliflerde bulunduğu,

d) Devralma olanağı dışında firmanın malvarlığının ilgili pazardan çıkacağı durumlarda pazar gücünün yaratılmasından bahsedilmeyeceğini ifade etmekte ve bu işlemler aleyhine yargı yoluna gidilmeyeceğini belirtmektedir¹⁵⁰.

II.II. AVRUPA BİRLİĞİ

II.II.I. Yoğunlaşmaların Kontrolünde Kullanılan Test

Topluluk hukukunda hangi tip yoğunlaşmaların yasak olup olmadığına tespitinde hukukunda kullanılan testi, yoğunlaşma işlemi sonucunda “*etkin rekabetin önemli derecede engellenmesi sonucunu doğuracak şekilde hakim durum yaratılması veya hakim durumun güçlendirilmesi*”¹⁵¹ oluşturmaktadır.

Yoğunlaşmaların kontrolüne ilişkin 4064/89 sayılı Konsey Tüzüğü, henüz 13 yıllık bir geçmişe sahip olmasına rağmen bu kısa süre içinde Komisyon tarafından çok etkin bir şekilde uygulanmıştır. Ancak, Amerikan uygulamasının geçirdiği sürece paralel olarak, Konsey Tüzüğü’nde yer verilen *hakim durum testi* Tüzüğün yayınlandığı tarihten bu yana sürekli yorumlanarak¹⁵² gelişen bir test olmuştur.

Son dönemde Tüzüğün gözden geçirilmesine yönelik yayınlanan Yeşil Kitap, Tüzük’te değişiklik yapılmasını öngören Taslak ve Duyuru’dan bu değişimin, önümüzdeki dönemde de devam edeceği anlaşılmaktadır. Başka bir ifade ile birleşme devralmalara ilişkin Topluluk hukukunun henüz tam olarak oturduğunu söylemek mümkün görünmemektedir.

Konsey Tüzüğü’nde birleşme ve devralmaların kontrolüne ilişkin getirilen “*etkin rekabetin önemli derecede engellenmesi sonucunu doğuracak şekilde hakim durum yaratılması veya hakim durumun güçlendirilmesi*” kavramı kaynağını Topluluk hukukundan almaktadır. Bu anlamda öncelikli olarak söz konusu kavramdan ne anlaşıldığına bakılması gerekmektedir.

¹⁵⁰ Batan firma savunması hakkında daha fazla bilgi ve literatürün tarandığı bir çalışma için bkz. Çetinkaya, M., *Mergers Involving A Failing Firm, Literature Survey and A Case Study*, Essex University, (2002)

¹⁵¹ Konsey Tüzüğü madde 2 (3)

¹⁵² Yeşil Kitap para. 163

A. Hakim Durum

Hakim durum kriterinden ne anlaşılması gerektiği konusunda öncelikle kavrama kaynaklık eden Kararlara bakılması yerinde olacaktır. Hakim durum, Avrupa Toplulukları Adalet Divanı (ATAD) tarafından 82. madde (eski 86. madde) çerçevesinde *Continental Can*¹⁵³, *Hoffman La-Roche*¹⁵⁴ ve *United Brands*¹⁵⁵ davalarında,

“teşebbüse müşterilerinden, rakiplerinden ve nihai olarak tüketicilerden bağımsız davranmaya olanak tanımak suretiyle ilgili pazarda etkin rekabeti engelleme yetisi sağlayan ekonomik güce sahip olma durumu”

olarak tanımlanmıştır.

Yapılan bu tanım incelendiğinde hakim durum kavramında “bağımsızlık” unsuru üzerinde durulduğu görülmektedir. Ne var ki kavram bu hali ile uygulamaya yardımcı olmaktan uzak görünmektedir.

Komisyon tarafından 2002 yılında yayınlanan “*Topluluk Rekabet Politikasında Kullanılan Terimler - Antitröst ve Yoğunlaşmaların Kontrolü*” başlıklı yayında¹⁵⁶ hakim durum kavramı ile ilgili olarak ATAD tarafından yapılan tanım özü itibarıyla korunmakta, ancak bu tanım genişletilmektedir. Yapılan tanımda,

“bu şekilde pazar gücüne sahip bir hakim firma fiyatları rekabetçi seviyenin üstünde belirleyebilme yeteneğine sahip olacak”

denilmek suretiyle kavramın esasının iktisatta kullanılan pazar gücü olduğu¹⁵⁷ üzerinde durulmaktadır. Kavramın bu şekilde ele alınması yeni bir durumu ifade etmemekte, yalnızca Komisyon tarafından hakim durum kavramının uygulamada ne şekilde anlaşıldığını yansıtmaktadır¹⁵⁸.

Bununla beraber Komisyon tarafından Konsey Tüzüğü’nde değişiklik yapılmasını önerilen Taslak¹⁵⁹ ile bütün bu tartışmalara son verilmesi amacıyla birleşme ve devralma işlemlerine özgü bir hakim durum tanımının getirilmesi

¹⁵³ Case 6/72 *Continental Can* ECR [1973] 215

¹⁵⁴ Case 85/76 *Hoffmann-La Roche* ECR [1979] 461

¹⁵⁵ Case 27/76 *United Brands* ECR [1976] 425

¹⁵⁶ *Glossary of Terms Used in EU Competition Policy, Antitrust and Control of Concentrations* <http://europa.eu.int/comm/competition/>

¹⁵⁷ Kühn, K.U., *Closing the Pandora’s Box Joint Dominance Under Airtours Judgement*, sf 47 The Pros and Cons of Merger Control 10th Anniversary of the Swedish Competition Authority (2002)

¹⁵⁸ Levy, N., “*Dominance v. SLC: A Subtle Distinction ?*” EC Merger Control Conference, 7-8 November 2002, Belgium

¹⁵⁹ *Proposal for a Council Regulation on the Control of Concentrations Between Undertakings*, Brussels, 11.12.2002 COM (2002) 711 final 2002/0296 (CNS)

önerilmektedir. Bu çerçevede Taslak'ın dibacesinde *belirli büyüklükte ekonomik gücü*¹⁶⁰ e işaret ettiği ortaya konulan kavram aşağıdaki şekilde tanımlanmaktadır:

Bu Tüzüğün amacı çerçevesinde, bir veya birden fazla teşebbüs, işbirliği içinde veya tek başlarına fiyatlar, üretim, arzın kalitesi, dağıtım veya teknolojik gelişme¹⁶¹ gibi rekabet parametrelerini hissedilir ve kalıcı ölçüde etkileyebilecek ekonomik güce sahip olmaları veya rekabeti hissedilir oranda zorlaştırabilmeleri durumunda hakim durumda sayılırlar.

Tanımdaki “*ekonomik güç*” kavramından, ve özellikle “*fiyat, üretim gibi rekabet parametrelerini*” etkileyebilme ifadesinden, esasen hakim durum kavramı ile pazar gücünün işaret edildiğini söylemek yanlış olmayacaktır.

Buna göre Tüzük'te yer alan ifade tekrar yorumlandığında birleşme ve devralmaların değerlendirilmesinde benimsenen esas “*etkin rekabetin önemli derecede engellenmesi sonucunu doğuracak şekilde pazar gücü yaratılması veya pazar gücünün güçlendirilmesi*” olarak şekillenmektedir.

Birleşme ve devralmaların kontrolünde kullanılan “*etkin rekabetin önemli derecede engellenmesi sonucunu doğuracak şekilde hakim durum yaratılması veya hakim durumun güçlendirilmesi*” ifadesi yalnızca hakim durum kavramı ile ilgili tartışma yaratmamakta, Tüzük'te geçen bu ifadenin iki aşamalı bir test mi içerdiği sorusunu gündeme getirmektedir.

B. İki Aşamalı Test ?

Taslak'ta hakim durum kavramı açıklanmakla birlikte, Tüzük'te yer verilen testin iki aşamalı bir test olup olmadığı sorusu yanıtızsız bırakılmaktadır.

Yoğunlaşmaların kontrolü ile ilgili testin iki ayağı olup olmadığının tartışılmasına “*etkin rekabetin önemli derecede engellenmesi sonucunu doğuracak*” ifadesi yol açmaktadır.

Davalar ve Komisyon kararları incelendiğinde, İlk Derece Mahkemesi'nin, *Air France*¹⁶² ve *Schneider/Legrand*¹⁶³ kararlarında testin iki aşamalı olduğunu açık bir şekilde ortaya koyduğu görülmektedir. Buna paralel olarak Komisyon'un *Aerospatiale-Alenia/de Havilland*¹⁶⁴ kararından da testin iki aşamalı olduğu izlenimi doğmaktadır.

¹⁶⁰ Taslak Tüzük (Dibace) madde 20

¹⁶¹ *innovation*

¹⁶² Case T-2/93, *Air France*, ECR, 1994, II-323, s. 79

¹⁶³ Case T-310/01, *Schneider /Legrand*, 22.10.2002,

¹⁶⁴ Case IV/M.53 *Aerospatiale-Alenia / de Havilland* p. 42, s. 53, 72

Ancak yine de uygulamanın net olduğunu söylemek mümkün değildir¹⁶⁵.

Testin iki aşamalı olduğu yönünde görüşler, uygulamada önce hakim durumun var olup olmadığının tespitinin yapılması, daha sonra bu durum sonucunda *etkin rekabetin önemli derecede engellenmesi sonucununun* doğup doğmadığının değerlendirilmesi gerektiği yönündedir. Bu sayede teste iki aşamalı bir kimlik kazandırılmaktadır.

Ancak hakim durumun pazar gücü olarak ele alınması gerektiği yönünde literatürde oluşan ve Komisyon tarafından da benimsendiği anlaşılan görüş dikkate alındığında bu görüş anlamsız kalmaktadır. Pazar gücü yaratılan bir durumun yani *hakim durumun* varlığına kanaat getirilmesinin *yapılacak tüm değerlendirmelerin nihai sonucu* olması gerekmektedir.

Buna paralel olarak hakim durumun salt pazar payından ibaret olmadığı da dikkate alındığında, hakim durumun etkin rekabetin önemli ölçüde azaltıldığı bir durum olarak ele alınması daha doğru olacaktır. Ne var ki bu görüşün, uygulamada testin tek aşamalı olduğu yönündeki görüşlerde benimsenen anlayış ile karıştırılmaması gerekmektedir.

Buna göre işlem ile *etkin rekabetin önemli derecede engellenmesi sonucunun* doğup doğmadığı her olayda incelenmeli, işlemin rekabeti sınırlayıcı (örneğin birleşme ertesinde pazarda yer alan aktörler arası koordinasyon yaratma riski olması) bir etki doğurma ihtimalinin varlığı halinde, oluşabilecek etkinin, etkinlik savunması, pazara girişler vb. diğer faktörler ile birlikte ele alınması gerekmektedir.

Söz konusu faktörler, ulaşılan bu kanaati bertaraf etmeye yetecek düzeyde değilse işlemin, pazar gücü / hakim durum yarattığı ve bu hakim durumun etkin rekabetin önemli derecede engellenmesi sonucunu doğurduğundan bahisle yasaklanması gerektiği sonucuna ulaşılmalıdır. Başka bir ifade ile testin ağırlığı *etkin rekabetin önemli derecede engellenmesine* doğru kaymalı, hakim durumun yaratılıp yaratılmadığı kanaati yapılacak bu analizin sonucunu oluşturmalıdır.

Tüm bu tartışmalar ile ilgili tek bir doğru bulunmaktadır: Tüzük'te yer alan ifade yoruma muhtaç, yalınlıktan uzaktır.

¹⁶⁵ De la Mano, M., *For the customers sake: The Competitive Effects Of Efficiencies In European Merger Control*, Enterprise Papers No: 11 (2002), Enterprise Directorate General, European Commission sf 33-38

II.II.II. Birleşmelerin İncelenmesinde Takip Edilen Yöntem

Tüzüğün *Birleşmelerin Değerlendirilmesi* başlıklı 2. maddesi, Komisyon tarafından birleşme ve devralmalar değerlendirilirken dikkate alınması gerekli koşulları saymaktadır. Buna göre Komisyon, karar alırken

a) ilgili piyasanın yapısı ve Topluluk içinde veya dışında yerleşik teşebbüslerin fiili veya potansiyel rekabeti bakımından Ortak Pazar içinde etkin rekabetin sağlanması ve geliştirilmesi ihtiyacını,

b) ilgili teşebbüslerin, pazardaki durumunu, ekonomik ve mali güçlerini, sağlayıcı veya kullanıcı bulabilme alternatiflerini, arz kaynaklarına ulaşabilme veya pazarlara giriş olanaklarını; pazara girişte herhangi bir yasal veya diğer giriş engellerini, ilgili mal veya hizmetlere olan arz-talep eğilimlerini, aracı ve son tüketicilerin menfaatlerini, rekabet engeli şeklinde olmayan ve tüketiciye avantajlar sağlayan teknik ve ekonomik süreçteki gelişmeleri dikkate almak suretiyle karar verecektir.

Ne var ki, ilgili koşulların kendi içlerinde nasıl ele alınacağı ve bu konuda Komisyon tarafından takip edilecek analitik yöntem konusunda açıklayıcı duyuru, tebliğ vb. bir araç bulunmamaktadır. Bu, uygulamada eksikliği hissedilen bir durumdur¹⁶⁶. Ancak, birleşmelere ilişkin Komisyon kararlarının yayınlanması, yapılan incelemelerde bu koşulların ne şekilde ele alındığına ilişkin belirsizliğin ortadan kalkmasına yardımcı olmaktadır.

Ancak, Komisyon'un, Tüzük'te değişiklik yapılmasının önerildiği Taslağa dayanarak Yatay Birleşmeler Duyurusu'nu yayınlamak suretiyle, uygulamada konuya ilişkin oluşan bu eksikliği giderilmek istediği anlaşılmaktadır. Duyuru'nun henüz taslak aşamasında olması nedeniyle aşağıda, bugüne kadar ki uygulama gözönünde bulundurularak bazı açıklamaların yapılması uygun olacaktır.

II.II.II.I. Yoğunlaşma Oranı

A. Pazar Tanımı

İncelemelerin başlangıç noktasını birleşme veya devralmanın etkili olacağı ilgili ürün ve coğrafi pazarın tanımı oluşturmaktadır. *Kali & Salz*¹⁶⁷ davasında ATAD tarafından ifade edildiği üzere "*ilgili ürün pazarının tespiti birleşme ve devralmaların incelenmesi için ön koşulu oluşturmaktadır.*".

¹⁶⁶ Bu durumun nedenini 4064/89 sayılı Konsey Tüzüğü'nün 23. maddesi oluşturmaktadır. Bu madde ile Tüzüğün uygulanmasını gösterecek düzenlemeler yalnızca usul konusu ile sınırlı tutulmuştur.

¹⁶⁷ Cases C-68/94 and C-30/95, *France and Others v. Commission (Kali+Salz)* – ECR 1998, p. I-1375, §115).

İlgili ürün pazarının tespiti konusunda 1997 tarihli Komisyon Duyurusu'nda¹⁶⁸ ilgili ürün ve coğrafi pazarlar;

İlgili ürün pazarı; ürünün özellikleri, fiyatları ve kullanım amaçları açısından tüketici tarafından değiştirilebilir ya da ikame edilebilir sayılan bütün ürünleri ve/veya hizmetleri ,

Coğrafi pazar; ilgili teşebbüslerin ürün ya da hizmetlerin arzı ile uğraştıkları, kendi içinde rekabet şartlarının yeterince homojen olduğu ve komşu bölgelerdeki rekabet şartları belirgin bir şekilde farklı olduğu için oralardan ayırtedilebilen alanı kapsar.¹⁶⁹

şeklinde tanımlanmıştır. İlgili ürün pazarının tanımlanmasında ABD uygulamasına paralel olarak ağırlıklı biçimde talep ikamesi üzerinde durulmaktadır.

B. Yoğunlaşma

Birleşme ve devralmaların değerlendirilmesinde göz önünde bulundurulmuş önemli noktalardan birini ilgili pazardaki yoğunlaşma oranı oluşturmaktadır.

Son bir kaç yıla kadar pazardaki yoğunlaşmaların hesaplanmasında Komisyon tarafından *yoğunlaşma oranı* (CR) analizi kullanılmıştır. Bu analizde örneğin CR4'te pazar payı en yüksek 4 firmanın pazar payları toplanmakta ve kritik yoğunlaşma oranı değerleriyle karşılaştırılmaktadır. Bununla beraber son yıllarda yoğunlaşmaların hesaplanmasında HHI endeksinden de faydalanıldığı görülmektedir¹⁷⁰.

Yoğunlaşma oranları ile ilgili olarak Tüzüğün dibacesinin 15. Paragrafında, tarafların pazar payları toplamının %25'i aşmaması durumunda işlemin sakıncalı görülmeceği ifade edilse de bu seviyeden biraz daha yukarıdaki seviyelerde, örneğin [%37] *REWE/Meinl*¹⁷¹; [%36] *Hutchinson/ECT/RMPM*¹⁷² ve [%28] *Carrefour/Promodes*¹⁷³, hakim durumun varlığına kanaat getirildiği görülmektedir^{174,175}.

¹⁶⁸ Commission Notice on the *Definition Of The Relevant Market For The Purposes Of Community Competition Law* OJ C 372. 9/12/1997
http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/relevma_en.html

¹⁶⁹ Paragraf: 7-8. Bu konuda detaylı bir analiz için bkz Çetinkaya, M., *İlgili Pazar Kavramı ve İlgili Pazar Tanımında Kullanılan Nicel Teknikler*, Uzmanlığa Yükseltme Tezi, Rekabet Kurumu, Ankara, 2003. (Çeviri, adı geçen eserden alınmıştır.)

¹⁷⁰ Bkz. COMP/2498 *UPM-Kymmene/Haindl*; COMP/M 2499 *Norske Skog/Parenco Walsum* (dosyalar birbirleri ile bağlantılı işlemleri ele almaktadır).

¹⁷¹ Case No IV/M.1221 *REWE/Meinl*, OJ [1999] L 274/1, [2000] 5 CMLR 256.

¹⁷² Case No IV/M.1412. *Hutchinson/ECT/RMPM*

C. Yeni Duyuru

Duyuru'da¹⁷⁶ yoğunlaşmaların hesaplanmasına ilişkin olarak Komisyon tarafından HHI endeksinin kullanılacağı belirtilmekte ve birleşme sonrasında pazarda endeksin 1000'in altında çıkması halinde birleşmenin sakınca doğurmayacağı izleniminin oluşacağı ifade edilmektedir. Bunun yanı sıra Duyuru'da işbirlikçi olmayan oligopoller ile ilgili olarak homojen ürünler söz konusu ise, endeksin birleşme sonrasında toplamda 2000 veya üstü çıkması durumunda veya 150 ya da üstü oranında artması halinde işlem hakkında ciddi şüphelerin doğacağı¹⁷⁷ belirtilmektedir.

II.II.II.II. Hakim Durumun Yaratılması veya Güçlendirilmesi

Birleşmelerin piyasada yarattığı etkiler anlamında Tüzük'te tek bir kritere yer verilmektedir; hakim durumun yaratılması ya da güçlendirilmesi. Alınan kararlar ışığında birleşme ertesinde hakim duruma, tek başına bir firma tarafından olabildiği gibi, birlikte hakimlik şeklinde bir kaç firma tarafından da ulaşılabileceği görülmektedir. Buna göre Topluluk uygulamasında işlem sonrasında doğan rekabeti azaltıcı etkiler tek firma hakimliği ve birlikte hakimlik başlıkları altında incelenecektir.

A. Tek Firma Hakimliği

Tek firma hakimliği bugüne kadar ki Topluluk hukuku uygulamalarında birleşmeler ile doğan rekabeti azaltıcı etkiler arasında en belirgin şekilde ele alınan bir durumdur.

Hakim durum kavramı ve yoğunlaşma oranlarına ilişkin yaklaşıma yukarıda yer verilmiş olması nedeniyle burada tekrar değinilmeyecektir. Ancak, bugüne kadar ki uygulama dikkate alındığında tek firma hakimliği ile kastedilenin işlem sonrasında birleşen tarafların pazarda lider konuma geldikleri (önemli büyüklükte bir konuma ulaştıkları) durumlar olarak ele alındığının belirtilmesi yerinde olacaktır. Hakim durum yaratıldığı sonucuna ulaşılan dosyaların geneline bakıldığında, birleşen tarafların pazar paylarına ilişkin

¹⁷³Case No COMP/M.1684. *Carrefour/Promodes*

¹⁷⁴ Pazar payları, Komisyon uygulamasında hakim durumun tanımlanmasında tek başına yeterli olarak kabul edilmese de işlemin yaratacağı etkiler değerlendirilirken önemli bir konuma sahiptir. Örnek olarak bkz. Case 85/76 *Hoffman La-Roche* ECR 461(1979); Case C-62/86 *Akzo* ECR I-3359 para.60 (1991); *Mannesmann/Hoesch* OJ C128/4 (1993) para. 91; Case T- 221/95 *Endemol* ECR II-1299; Case IV/M. 890 *Blokker/Toys 'R' Us*

¹⁷⁵ Pazar payları konusunda bir karşılaştırma yapmak için örneğin bkz. Case No IV/M. 877 *Boeing/Mc Donnell Douglas*. Davada birleşen tarafların pazar payı %70'lere yaklaşmakta ve işlem ertesinde piyasada iki aktör kalmaktadır.

¹⁷⁶ Duyuru para. 16

¹⁷⁷ incelemenin II. safhaya geçmesi yönünde

aralığın geniş olduğu görülmekte ise de, bu durum, tek firma hakimliğinden genel olarak anlaşılanın pazarda lider konuma geçmiş birleşik firmalar olduğu sonucunu değiştirmemektedir.

B. Birlikte Hakimlik

Birleşmelerin rekabeti azaltıcı etkileri arasında, özellikle son dönemde gündemde olan bir diğer konuyu birlikte hakimlik teşkil etmektedir.

Birleşme sonrasında birleşik firma ile birlikte pazarda yer alan diğer firmaların, aralarındaki ilişki çerçevesinde birlikte hakim durumda olabileceklerinden, birleşmenin böyle bir durumun yaratılmasına neden olabileceğinden hareket eden birlikte hakimlik kavramı ilk olarak *Nestle Perrier*¹⁷⁸ davası ile 1992 yılında gündeme gelmiş, Konsey Tüzüğü'nün birlikte hakimlik kavramının kullanılmasına izin verip vermediği konusunda yaşanan tartışmalara 1998 yılında *Kali & Salz*¹⁷⁹, 1999 yılında *Gencor/Lornho*¹⁸⁰ davasında alınan kararlar ile ATAD tarafından son verilmiştir. Ancak, kavramın içinin ne şekilde doldurulacağı / nasıl yorumlanacağı konusunun netleştiğini, alınan kararlar ile belirsizliğin ortadan kalktığını söylemek mümkün görünmemektedir.¹⁸¹

1999 yılında Komisyon tarafından *Airtours*¹⁸² davasında alınan yasaklama kararı ile, birlikte hakimliğin hangi halleri kapsadığı konusu tekrar gündemi oluşturmuştur. 2001 yılında İlk Derece Mahkemesi tarafından bozulan bu karar¹⁸³, birleşmelere ilişkin mahkeme tarafından esastan bozulan ilk yasaklama kararı olması bakımından önemlidir. Ne var ki kararın esas dikkat çekici yanı birlikte hakimliğin söz konusu olabileceği halleri büyük ölçüde ortaya koymuş olmasıdır.¹⁸⁴

Hakim durum konusunda yer verdiğimiz açıklamalar çerçevesinde birlikte hakimlik, birden fazla teşebbüsün birleşme sonrasında pazar gücüne sahip olacağı durumlar olarak ifade edilebilecektir. Ancak tartışma esas olarak

¹⁷⁸ M. 190 *Nestle/Perrier*

¹⁷⁹ Cases C-68/94 and C-30/95, *France and Others v. Commission (Kali+Salz)* – ECR 1998, p. I-1375.

¹⁸⁰ Case T-102/96 *Gencor*, ECR II-743 (1999)

¹⁸¹ Bu konuda bkz: Kühn, K.U., *An Economists' Guide Through The Joint Dominance Jungle*, John M. Olin Center For Law & Economics, University of Michigan, Paper #02-014, <http://www.law.umich.edu/CENTERSANDPROGRAMS/OLIN/abstracts/discussionpapers/2002/Kuhn%2002014.pdf>

¹⁸² M. 1574

¹⁸³ Case T-342/99, *Airtours*, 6.6. 2002

¹⁸⁴ Neden büyük ölçüde ifade kullanıldığı içi bakınız sf. Takip eden bölüm (C) Tektarafı Etkiler.

bu teşebbüslerin hangi koşulların varlığı halinde birlikte hakim durumda sayılabilecekleri üzerinde yaşanmaktadır.

Mahkemeler tarafından birlikte hakimlik konusunun ele alındığı davalarda, teşebbüsler arası ekonomik / yapısal bağlantılardan, pazarın yapısına kadar bir çok şartın varlığı, teşebbüslerin birlikte hakim durumda sayılmaları için yeterli görülmüştür. Ancak ön plana çıkan hususu teşebbüslerin pazarda ortak bir politika benimseyerek bunu uygulayıp uygulayamayacakları oluşturmuştur.

Bu aşamada ise, teşebbüslerin hangi koşulların varlığı halinde birleşme ile ortak politika uygulama olanağına sahip olacakları konusu gündeme gelmektedir.

Bugüne kadar Komisyon tarafından alınan birlikte hakimlik kararlarında özellikle başka pazarardaki birlikteliklerin (anlaşma ya da ortak girişimler) varlığı ön plana çıkmıştır. Ancak *Gencor* davasında Komisyon ve İlk Derece Mahkemesi¹⁸⁵ tarafından alınan kararlar ile, birleşme sonrasında pazarda ortak politika adapte edilmesine olanak tanınacak bir durumun, yalnızca teşebbüsler arasında bu nitelikte yapısal linkler ile değil bizzat pazarın yapısından kaynaklanan koşulların varlığı halinde de söz konusu olabileceği belirtilmiştir. *Gencor* kararlarında benimsenen bu yaklaşım bize, iktisatta kullanılan zımnî işbirliği (*tacit collusion*) halini hatırlatmaktadır.

Gencor kararları, birleşme ile, pazarın yapısının teşebbüslerin açık bir anlaşma yapılmasına gerek olmaksızın ortak bir politika uygulamalarına (*zımnî işbirliği*) içine girmelerine olanak tanıyacak halde değişmesi veya halihazırda var olan bu koşulların birleşme ile güçlendirilmesi durumunda birlikte hakimiyetten bahsedilebileceğini ortaya koymaktadır. Bu durum, iktisat teorisi ile uyumlu bir hal sergilemektedir.

Kararlarda, birleşme ertesinde teşebbüsler arası zımnî işbirliğinin oluşmasından bahsedilebilmesi¹⁸⁶; pazardaki yoğunlaşma, ürünün homojenliği, pazarın şeffaf (pazarda gerçekleşen işlemlerin izlenebilir) olması, işbirliğinin takibini / tespitini kolaylaştıran ve işbirliği koşullarından ayrılanların cezalandırılmasına olanak tanıyacak koşulların varlığı gerekli haller olarak sayılmıştır. Bu koşullar, yalnızca pazarın yapısının oligopolistik özellikte olmasının yeterli olmadığını, bununla beraber teşebbüslerin gizli işbirliği içine girebilmeleri için diğer koşullarında varlığını aranmasını zorunlu kılmaktadır.

¹⁸⁵ Case T-102/96 *Gencor*, ECR II-743 (1999) para. 276

¹⁸⁶ *ibid.* para 276-277

Ancak, İlk Derece Mahkemesi'nin söz konusu koşulların gerekliliği konusundaki yaklaşımı, Komisyon tarafından bu şekilde algılanmamıştır. *Airtours*¹⁸⁷ kararı ile Komisyon, birlikte hakimlikten bahsedilebilmesi için bu koşulların tamamının, özellikle işbirliğinden ayrılanların cezalandırılmasına olanak tanıyacak koşulların varlığının gerekli olmadığını belirtmiş ve işlemin yasaklanmasına karar vermiştir. Bu anlamda bir kez daha, birlikte hakimlik söz konusu olabilmesi için, iktisat bilimi çerçevesinde gizli/açık işbirliğine olanak tanıyacak koşulların yaratılmasının mı yoksa başkaca bir halin mi gerektiği, tartışma konusu olmuştur.

İlk Derece Mahkemesi, 2002 yılında Komisyon'un *Airtours* kararını bozmuş ve birlikte hakimliğin varlığından bahsedilebilmesi için *Gencor* kararına paralel olarak pazardaki yoğunlaşma, ürünün homojenliği, pazarın şeffaf (pazarda gerçekleşen işlemlerin izlenebilir) olması, işbirliğinin takibini / tespitini kolaylaştıran ve işbirliği koşullarından ayrılanların cezalandırılmasına olanak tanıyacak koşulların *birlikte* varlığının aranması gerektiğini ortaya koymuştur.

Airtours kararının ortaya çıkardığı hususlar yalnızca birlikte hakimliğin koşullarının netliğe kavuşması ile sınırlı değildir. Esasen Komisyon tarafından benimsenen yaklaşım incelendiğinde, kararda birlikte hakimlik kavramı kullanılmak suretiyle esasen, Amerikan hukuku uygulamasına yukarıda yer verdiğimiz, tek taraflı etkilerin soruşturulduğu görülmektedir. Ürünlerin homojen olmaması ve pazardaki teşebbüs sayısının 4'ten 3'e düştüğü ancak teşebbüsler arasında zımnî işbirliği içine girilebileceğini gösteren koşulların mevcut olmadığı dikkate alındığında, Komisyon kararından birlikte hakimlik kavramının tek taraflı etkiler teorisini de kapsayacak şekilde genişletilmeye çalışıldığı görülmektedir.

Ancak, karardaki dikkat çekici noktayı ne tek taraflı etkilerin oluşacağı konusunda detaylı bir analizin, ne de *Gencor* davasına paralel olarak zımnî işbirliğinin oluşması için gerekli koşulların varlığına hakkında bir analizin yapılmamış olması teşkil etmektedir. Bu iki kavram belirsiz bir şekilde birlikte kullanılarak işlem sonucunda birlikte hakimlik yaratılacağı ileri sürülmüştür¹⁸⁸.

¹⁸⁷ Case M/1524 *Airtours*

¹⁸⁸ Christensen, P., Rabassa, V., *The Airtours Decision: Is There A Common Approach To Collective Dominance?* 227 ECLR (2001) karşı. Richardson, R., Gordon, C., *Collective Dominance: The Third Way?* 416 ECLR (2001) ; Kühn, K.U., *Closing The Pandora's Box Joint Dominance Under Airtours Judgement*, sf 47 The Pros and Cons of Merger Control 10th Anniversary of the Swedish Competition Authority (2002); *The Airtours Case*, Lexecon Competition Memo, November 1999, www.lexecon.co.uk ; Niels, G., *Collective Dominance: More Than Just Oligopolistic Dominance*, 168 ECLR (2001); *Collective Dominance Under European Merger Regulation: The*

Bu tartışma beraberinde doğal olarak önemli bir soruyu gündeme getirmektedir: acaba Konsey Tüzüğü'nde ifadesini bulan hakim durum yaratılması veya hakim durumun güçlendirilmesi ifadesi Amerikan hukukunda yer alan (birleşme ertesinde önemli büyüklükte pazar konumuna ulaşılması dışındaki, örneğin pazardaki 4. aktör ile 5. aktörün birleştiği ve pazarda ikinci konuma geldikleri) tek taraflı etkileri kapsamakta mıdır? Soru başka bir şekilde ifade edildiğinde Tüzük'te yer alan bu ifade acaba yalnızca yukarıda yer verilen ve klasik hakim durum olarak tanımladığımız halleri mi kapsamaktadır?

C. Tek Taraflı Etkiler ?

4064 sayılı Konsey Tüzüğü'nün yürürlüğe girdiği 1990 yılında yapılan tartışmalarda Tüzük'te yer verilen hakim durum testinin 82. maddede (eski 86. madde) yer alan hakim durum tanımı ile aynı olup olmadığı ile bu testin birleşme sonrası pazarda zımnî işbirliğinin doğacağı halleri kapsayıp kapsamadığı soruları gündeme gelmiş ve Tüzük'te yalnızca hakim durum yaratılması yada güçlendirilmesi ifadesinin yer alması nedeniyle bu nitelikte etkiler doğuracak birleşmelerin yakalanabilmesi için hakim durum eşliğinin kaçınılmaz olarak aşağılara çekilmesi gerekeceği belirtilmiştir¹⁸⁹.

Ancak (*birlikte hakimlik haricinde*) uygulamada zımnî olarak tek firma hakimliğinin anlaşıldığı hakim durum testinin, birleşen firmanın pazarda tek başına lider firma haline gelmediği ve pazarın teşebbüsler arası koordinasyona yol açacak/teşebbüsleri zımnî işbirliğine itecek koşullar da içermediği durumları kapsayıp kapsamadığı tartışmalıdır. *Airtours* davasında Komisyon tarafından alınan kararın hakim durum testinin esasen bu nitelikte bir durumu kapsayıp kapsamadığına ilişkin bir *deneme* olduğunu söylemek mümkün görünmektedir.

İlk Derece Mahkemesi'nin *Airtours* kararında Komisyon'un birleşme ertesinde birlikte hakim durumun (*rakipler arasında zımnî işbirliğinin*) oluşacağı yönündeki savları red edilirken, tek taraflı etkiler konusuna özellikle değinilmediği ve analizin zımnî işbirliğinin koşullarının oluşup oluşmadığı ile sınırlı tutulduğu görülmektedir. Bu durum mevcut Tüzük çerçevesinde tek taraflı etkilerin gerçekleşeceğinin ortaya koyulduğu bir davada mahkeme tarafından ne yönde bir karar alınabileceği sorusunu yanıtsız bırakmaktadır¹⁹⁰.

Implications of the Airtours Case, Amerikan Bar Assosiaion (ABA) November 2002 www.antitrustsource.com

¹⁸⁹ Venit, J., *The Evaluations Of Concentration Under Regulation 4064/89: The Nature Of The Beast*, 519, *International Mergers and Joint Ventures* (1991) Ed. Barry E Hawk, Fordham Corporate Law Institute

¹⁹⁰ Christensen, P., Rabassa, V., *The Airtours Decision: Is There A Common Approach To Collective Dominance?* 227 *ECLR* (2001); *Collective Dominance Under European Merger*

Dolayısı ile, birleşme ve devralma ertesinde ele alınabilecek haller konusunun halen tamamlanmamış, Tüzüğün kapsamının netleşmemiş olduğunu söylemek mümkün görünmektedir¹⁹¹. Ne var ki Duyuru'da bu konu açıklığa kavuşturulmaktadır.

D. Duyuru

Birleşme ve devralmaların kontrolüne yönelik halihazırda eksikliği hissedilen en önemli konunun birleşmelerin hangi analitik çerçevede inceleneceğini gösteren rehberlerin olmaması olduğuna daha önce değinilmiştir. 4064/89 sayılı Konsey Tüzüğü'nde yapılması önerilen değişikliklere paralel olarak Komisyon tarafından bu alanda atılan en önemli adımı, Taslak Duyuru'nun yayınlanması oluşturmaktadır. Kuşkusuz Duyuru'da en önemli başlıklardan birisini birleşme ertesinde doğabilecek rekabeti sınırlayıcı etkilerin çerçevesinin çizilmesi oluşturmaktadır.

Ancak, Rehber ile ilgili açıklamalara geçilmeden önce 4064/89 sayılı Konsey Tüzüğü'nde değişiklikler yapılmasının önerildiği Taslak¹⁹² ile gündeme getirilen çok önemli bir konuya değinilmesi gerekmektedir: Taslak ile Topluluk hukukunda ilk defa düzenleyici bir metinde hakim durum tanımı yapılmaktadır.

Hakim durumun tanımı Antlaşma metninde yer almamaktadır. Antlaşma'nın 82. maddesinde ve birleşmelerin kontrolüne yönelik 4064/89 sayılı Konsey Tüzüğü'nde kullanılan kavramın bu güne kadar Komisyon ve Mahkemeler tarafından yorumlandığına, ancak kavramın içeriğinin doldurulması konusunda halen bir belirlilik bulunmadığına daha önce değinilmiştir. Şimdi, bu tartışmalara son verilmesi amacıyla Komisyon tarafından hakim durumun tanımı yapılmakta, aşağıda bu tanıma yer verilmektedir:

Bu Tüzüğün amacı çerçevesinde, bir veya birden fazla teşebbüs, işbirliği içinde veya tek başlarına fiyatlar, üretim, arzın kalitesi, dağıtım veya teknolojik gelişme¹⁹³ gibi rekabet parametrelerini hissedilir ve kalıcı ölçüde etkileyebilecek ekonomik güce sahip olmaları veya rekabeti hissedilir oranda zorlaştırabilmeleri durumunda hakim durumda sayılırlar.

Regulation: The Implications Of The Airtours Case, Amerikan Bar Assosiaion (ABA) sf.7 (F.Enrique Gonzalez-Diaz) (2002) www.antitrustsource.com

¹⁹¹ Karşı yönde bkz. Kühn, K.U., *Closing the Pandora's Box Joint Dominance Under Airtours Judgement*, sf 47 The Pros and Cons of Merger Control 10th Anniversary of the Swedish Competition Authority (2002). Kühn, hakim durum kavramından Pazar gücünün anlaşılması gerektiği konusunda literatürde bir fikir birliği olduğuna göre Tüzük'te tek taraflı etkilerin ele alınmayacağı / bu konuda bir boşuk olduğu yönündeki görüşlere katılmamaktadır

¹⁹² Taslak madde 2.2

¹⁹³ *innovation*

Tanımda ilk olarak göze çarpan husus, kavramın *ekonomik güç* eksenine yerleştirilmesidir. Yeni tanım ile bugüne kadar hakim durum tanımında ön plana çıkan (*rakiplerden, müşterilerden ve nihai olarak tüketicilerden*) *bağımsızlık* unsurunun “*fiyatlar, üretim, arzın kalitesi, dağıtım veya teknolojik gelişme gibi rekabet parametrelerini hissedilir ve kahçı ölçüde etkileyebilecek ekonomik güç olarak*” yorumlandığı görülmektedir.

Duyuru'nun (6) numaralı dipnotunda, Duyuru'da yer verilen “*önemli büyüklükte pazar konumuna ulaşılmasının teşebbüse fiyatları artırabilme olanağı vereceği*” ifadesinde geçen “*artan fiyatlar*” ın ne anlama geldiği açıklanmakta, bu ifadenin azalan ürün ve hizmet kalitesi ile seçme olanaklarını, azalan teknolojik gelişmeyi ve etkin rekabetin bulunmadığı durumların sonuçlarını işaret ettiği belirtilmektedir. Bu açıklama ile yukarıda yer verilen tanım birlikte yorumlandığında, hakim durumun fiyatları artırabilme ve arzı, teknolojik gelişmeyi kısıtlayabilme olarak anlam kazandığı görülmektedir. Bu çerçevede kavramın pazar gücü ile yakın / benzer anlamda olduğu söylenebilecektir. Buna göre bir birleşmenin, tanımda yer verildiği üzere bir veya birden fazla teşebbüse arzı kısıtlama, fiyatları yükseltebilme olanağı tanınması halinde birleşmenin hakim durum yarattığından bahsedilebilecektir.

Tanımda yer verilen bir diğer dikkat çeki noktayı ise tanımda yer verilen “*işbirliği içinde veya tek başlarına*” ifadesidir. Bu sayede öncelikle birlikte hakimlik konusuna ilgili düzenleme içinde de yer verilmiş olunmaktadır. Hakim durum kavramının işlem sonrası fiyatları tek başına ya da birlikte artırabilme gücü olarak tanımlanması nedeniyle bu kavramın birleşmeler sonucunda oluşan (ancak önemli büyüklükte pazar konumuna ulaşılmadığı hallere ilişkin) tek taraflı etkileri de kapsadığı görülmektedir. Nitekim aşağıda yer verilen yatay birleşmelere ilişkin Komisyon Duyurusu'nda bu duruma açık bir şekilde yer verilmektedir.

D.I. Birleşme Ertesinde Doğabilecek Rekabeti Sınırlayıcı Etkiler

Birleşme ertesinde doğabilecek rekabeti sınırlayıcı etkiler Duyuru'da üç başlık altında ele alınmaktadır¹⁹⁴;

- a) Birleşme ile önemli büyüklükte pazar konumuna ulaşılması,
- b) Birleşme ile oligopolistik pazarlarda rekabetin seviyesinin, bir ya da birden fazla satıcı üzerinden rekabetçi baskının, bunların müteakiben fiyatları yükseltebilmelerine olanak tanıyacak şekilde, ortadan kaldırılması suretiyle azaltılması,

¹⁹⁴ Duyuru sf. 3

c) Birleşme ile oligopolistik bir pazarın yapısının, önceden işbirlikçi davranışlarda bulunmayan satıcıların işbirliğine girmelerine ve dolayısıyla fiyatları yükseltebilmelerine olanak tanıyacak şekilde değiştirmesi

Duyuru, birleşme sonucunda oligopolistik pazarlarda etkin rekabetin (b) ve (c) maddelerinde sayılan durumlarda sınırlanabileceğini ortaya koymakta ve tek bir işlem ile bu iki durumun ilişkilendirilebileceğini belirtmektedir.

D.II. Önemli Büyüklükte Pazar Konumu

Duyuru'nun bu başlığı altında bugüne kadar ki Topluluk hukuku uygulamalarında birleşmeler ile doğan rekabeti azaltıcı etkiler arasında en belirgin bir şekilde ele alınan, işlem sonrasında birleşen tarafların pazarda lider konuma geldikleri durumları (*klasik hakim durum*) tanımlanmaktadır¹⁹⁵.

D.II. İşbirlikçi Olmayan Oligopoller

Duyuru, oligopolistik pazarlarda bazı birleşmeler ile rekabetin seviyesinin, bir ya da birden fazla satıcı üzerinden rekabetçi baskının, bu satıcıların müteakiben fiyatları yükseltebilmelerine olanak tanıyacak şekilde, ortadan kaldırılması suretiyle azaltılabileceğini ifade etmekte, bu etkiye örnek olarak birleşen tarafların birleşme öncesi birbirleri üzerinde yarattıkları rekabetçi baskıyı göstermektedir.

Buna göre örneğin, birleşme öncesi taraflardan birinin arzı kısım fiyatları yükseltmesi halinde bu tarafın müşterilerinin diğer tarafa geçecek olması nedeniyle ticari açıdan karlı olmayacak davranışlar, teşebbüslerin birleşmesi neticesinde karlı hale gelebilecektir.

Duyuru, bu bölümün devamında, bu nitelikte etkilerin nasıl gerçekleşebileceğine ilişkin firmaların arz (homojen ürün birleşmeleri) veya fiyat (farklılaştırılmış / heterojen ürün birleşmeleri) üzerinden rekabet ettikleri iki modele ve ihale pazarlarına yönelik açıklamalarda bulunmaktadır.

D.III. İşbirliği Riskinin Artması

Oligopolistik bir pazarın yapısının, önceden işbirlikçi davranışlarda bulunmayan satıcıların işbirliğine girmelerine ve dolayısı ile fiyatları yükseltebilmelerine olanak tanıyacak şekilde değiştirmesi suretiyle rekabetin sınırlanacağı hallerden bahsedilebilmesi için Duyuru'da üç önemli koşuldan bahsedilmektedir. Bunlar;

a) işbirliğinin takibi,

¹⁹⁵ Birleşik firmanın ekonomik gücünü ölçülmesinde dikkate alınacak hususlar için bakınız Duyuru para 21.

- b) caydırıcı mekanizmaların varlığı,
c) işbirliği dışında kalanların (pazarda bulunan ya da potansiyel rakiplerin) davranışları olarak sayılmıştır¹⁹⁶.

D.II. Yeni Duyuru'nun Rekabeti Sınırlayıcı Etkiler Başlıklı Bölümüne İlişkin Değerlendirme

Yatay birleşmelere ilişkin Duyuru, uygulamada belirliliğin sağlanması açısından çok önemlidir. Ancak, Duyuru'nun en önemli bölümü olarak sayılabilecek *birleşme ertesinde doğabilecek rekabeti sınırlayıcı etkiler* kısmının, bu belirliliği büyük ölçüde sağlamakla beraber, bazı açılardan eksik olduğu görülmektedir.

Rehber ile açıklığa kavuşturulan ilk husus birleşmelerin tek taraflı ve işbirliği doğurucu etkileri arası ayrımdır. Duyuru'da (a) ve (b) başlıkları altında sayılan tek taraflı etkilerin ilki, bugüne kadarki uygulama çerçevesinde anlaşılabilir, geleneksel hakim durum kavramına işaret etmekte, (b) bendinde ise bu eşiğe ulaşmayan tek taraflı etkiler konu edinilmektedir. Bu sayede işlem sonrası birleşen tarafların pazar lideri konumuna gelmedikleri ancak rekabetin tek taraflı olarak sınırlandırılabilmesi hallerin kapsamda olup olmadığı konusu açıklığa kavuşturulmuş olmaktadır. Bu etkiler homojen ürünler veya farklılaştırılmış ürünler üreten firma birleşmelerine yönelik olarak iki ayrı modelde ele alınmaktadır.

Komasyon, Duyuru'da (a) başlığı altında, (önemli büyüklükte pazar konumuna ulaşılmasına paralel olarak) homojen ürünlere yönelik olarak bir eşik [(HHI 2000) (işlemin incelemenin ikinci aşamasına kalması açısından)] getirmekle beraber, farklılaştırılmış ürünlere yönelik bir eşik getirmemektedir¹⁹⁷. Bu durum, farklılaştırılmış ürün birleşmelerine yönelik olarak %25'in üstü birleşmeleri risk altında bırakmaktadır.

İktisadi olarak farklılaştırılmış ürünlere yönelik eşikler konulması zor olsa da, mevcut öneri çerçevesinde %25'in üstündeki birleşmelerin Tüzük anlamında tek taraflı etkiler yarattığından bahsedilebilecek olması, özellikle ispat yükünün kimde olduğunun belirlenmesi açısından anlamlı değildir. Duyuru son halini almadan önce, ispat yükünün netliğe kavuşturulması bakımından

¹⁹⁶ İşbirliği doğurucu hallerle ilişkin Duyuru'da yer alan bu koşullar, birlikte hakimliğin incelendiği *Airtours* (Case T-342/99) davasında İlk Derece Mahkemesi tarafından birlikte hakimiyetten söz edilebilmesi için varlığı gerekli olarak belirlenen şartlardır.

¹⁹⁷ Taslak'ta, Tüzük'ün dibacesininin 15. maddesinde yer alan %25'lik pazar payı eşiğinin korunduğu gözönüne alındığında Duyuru'da yer verilen %25'lik pazar payının yeni bir eşik olmadığını söylemek mümkündür.

Amerikan hukukunda farklılaştırılmış ürünlere yönelik getirilen eşige¹⁹⁸ paralel yeni bir düzenlemenin yapılmasının tartışılması, bu nedenle gereklilik arz etmektedir.

Bir diğer husus ise Duyuru'da tek taraflı ve işbirliği doğurucu etkilerin her ikisinin de tek bir birleşme ile alakasının kurulabileceğinin öngörülmesidir. Her ne kadar Duyuru'da işbirliği doğurucu etkiler net olarak çizilmiş olsa da tek taraflı etkilere ve işbirliği doğurucu etkilere yönelik incelemenin karıştığı *Airtours (Komisyon)* kararı dikkate alındığında, neden böyle bir duruma ihtiyaç duyulduğunun ve bunun ne şekilde gerçekleşebileceğinin açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Aksi taktirde yapılacak değerlendirmeler bulanıklaşabilecektir¹⁹⁹.

II.II.III. Diğer Faktörler

Birleşme ertesinde hakim durumun oluşup oluşmayacağı konusunda Komisyon tarafından değerlendirmede göz önünde bulunan diğer faktörleri,

- a) pazara giriş engelleri,
- b) rakiplerin konumu²⁰⁰,
- c) alıcıların gücü,
- d) teşebbüslerin ekonomik ve finansal gücü

oluşturmaktadır. Tüzüğün ikinci maddesinde yer alan²⁰¹ bu koşullardan biri olan *teknik ve ekonomik süreçteki gelişmeler faktörüne* yukarıda yer verilmemiş, konunun ayrı bir başlık altında ele alınmasının yerinde olacağı düşünülmüştür.

¹⁹⁸ Rehber 2.211

¹⁹⁹ Birleşmenin tek taraflı ve işbirliği doğurucu etkilerinin incelenmesine ilişkin olarak bkz: FTC v. H.J. Heinz Co. 246 F. 3d. 708 (D.C. 2001)

²⁰⁰ Birleşme ertesinde rakiplerin konumu, Topluluk uygulamalarına ilişkin (*rekabet hukuku, rakipleri (ve rakipliği) mi yoksa bir süreç olarak ele alınması gereken rekabeti mi korur* başlığı altında) en fazla tartışılan konulardan birisidir. Esasen bu tartışmanın başlığını "rekabet" kavramından ne anlaşılması gerektiği olarak da koymak mümkündür, ve hatta daha yerindedir. Bu konuda detaylı bilgi için bkz. Kolasky, W. *What is Competition?* (2002) www.usdoj.gov/atr

Özellikle birleşme ile sağlanan etkinliklerin (*efficiencies*) rakipleri ne şekilde etkileyeceği konusunda Komisyon tarafından *pazarın rakiplere kapatılması ya da rakiplerin pazardaki faaliyetlerinin zorlaştırılması (foreclosure)* başlıkları altında kullanılan teoriler ve bu teorilere dayanılarak alınan kararlar (bkz GE/Honeywell); bu teorilere bakış açısının Amerikan uygulaması ile temelden farklılıklar içerdiği nedeniyle sert bir şekilde eleştirilmektedir. Bu konuda özellikle bkz. Shapiro, C., Patterson, D.E, *Transatlantic Divergence in GE/Honeywell: Causes and Lessons*, Sf. 7 www.usdoj.gov/atr

²⁰¹ Bu koşullara Duyuru'da da yer verilmektedir.

II.II.III.I. Teknik ve Ekonomik Süreçteki Gelişmeler

Birleşme ve devralmaların incelenmesi ile ilgili son dönemde önemli ölçüde tartışma yaratan bir noktayı, birleşmelerin değerlendirilmesinde, birleşme ile yaratılmasına olanak tanınacak *Teknik ve Ekonomik Süreçteki Gelişmeler* konusu teşkil etmektedir. Bu başlık altında teknik ve ekonomik gelişmelerden, genel olarak *etkinlikler*²⁰² olarak bahsedilecektir.

Etkinliklerin genel olarak birleşmelerin değerlendirilmesindeki rolü konusunda tam bir netlik bulunmamaktadır. Burada sorun teşkil eden konuyu, birleşme işlemi değerlendirilirken, yokluğu halinde yasaklanacak bir işleme, etkinlikler gözönüne alınarak izin verilip verilemeyeceği, etkinliklerin ne zaman ve nasıl değerlendirileceği oluşturmaktadır. Bu konuda birbirleri ile çelişen görüşler mevcuttur²⁰³. Elbette sorunun kaynağını Tüzük'te kullanılan ifade şekli oluşturmaktadır²⁰⁴.

Komisyon tarafından etkinliklerin değerlendirildiği kararlara bakıldığında,

- *AT&T/NCR*²⁰⁵ kararında birleşme ile sağlanan etkinliklerin, hakim durum yaratılması/güçlendirilmesine katkısı olabileceği şeklinde, başka bir ifade ile etkinliklerin ilgili pazarda rekabetin azalmasına katkıda bulunabileceği şeklinde değerlendirildiği,

²⁰² *Efficiencies*

²⁰³ Bahsedilen çelişkili görüşler yalnızca Tüzük'te etkinliklerin ele alınmasında değil, etkinliklerin ele alınmasına ilişkin akademik yazında da mevcuttur. Bkz. Camesasca, P.D., *The Explicit Efficiency Defence in Merger Control: Does it Make the Difference?*, 16 ECLR (1999). Etkinliklerin türleri ve değerlendirilmesi ile ilgili daha detaylı çalışmalar için örneğin bkz. Röller, H-L., Stennek, J., Verboven, F., *Efficiency Gains From Mergers*, sf. 66-69, Working Paper No. 543, The Research Institute of Industrial Economics, (2000); De la Mano, M., *For The Customers Sake: The Competitive Effects Of Efficiencies In European Merger Control*, Enterprise Papers No: 11 (2002), Enterprise Directorate General, European Commission; Shapiro, C., Farrel, J *Scale Economies and Synergies in Horizontal Merger Analysis*, 685, ALJ, (2001); Gülergün, C., *Efficiencies Consideration in Horizontal Mergers: Total Welfare Standard versus Consumer Surplus Standard?* City University, London. (October 2002)

²⁰⁴ Benzer bir ifade 81 (3). Maddede de bulunmaktadır. Bu madde ile Tüzük'ün ilgili maddesi karşılaştırıldığında, 81(3). Maddede geçen ifadelerin Tüzük'ten daha geniş bir yoruma olanak tanıdığı görülmektedir. Bu konuda daha detaylı bilgi için bkz. Röller, H-L., Stennek, J., Verboven, F., *Efficiency Gains From Mergers*, sf. 70-71; Working Paper No. 543, The Research Institute of Industrial Economics, (2000); Ilkovitz, F., MeikleJohn, R., *European Merger Control: Do We Need an Efficiency Defence?* Sf. 11-13 Paper prepared for the 5th Annual EUNIP Conference Vienna, (2001)

²⁰⁵ Case IV/M 050 - *AT&T/NCR*, para. 28-30.

- *Aerospatiale-Alenia/de Haviland*²⁰⁶ kararında birleşme ile sağlanacak etkinliklerin yeterli olmadığı ve farklı yollar ile de gerçekleştirilebileceğinin tartışıldığı, başka bir ifade ile önceki yorumdan farklı olarak etkinliklerin değerlendirmede daha olumlu bir şekilde dikkate alındığı,

- *MSG/Media Service*²⁰⁷ kararında ise işlem ile teknik ve ekonomik süreçteki gelişmelere katkı sağlanacak olsa bile Tüzüğü ilgili maddesinde etkin rekabetin önemli ölçüde azaltılmaması şartı getirildiği gerekçesi ve birleşme ertesinde hakim durum yaratılması nedeniyle işlemin yasaklanması gerektiği,

- *Nordic Satellite Distribution*²⁰⁸ kararında işlem ile önemli etkinlikler sağlanacak olsa bile, işlem sonucunda ortaya çıkan rekabeti sınırlayıcı etkilerin bu etkinliklerin sağlanması için zorunluluk teşkil etmediğine, sonuç olarak birden fazla pazarda hakim durum yaratılacağından bahisle işlemin yasaklanması gerektiği,

- *Danish Crown/Vestjyske Slagterier*²⁰⁹ kararında taraflarca ileri sürülen etkinliklerin birleşmeye has olmadığı ve tarafların bu etkinlikler ile elde edilebilecek faydaların başka yollar ile elde edilemeyeceğini ortaya koymadıkları ve esasen ilgili pazarlarda hakim durum yaratılmış olmasının taraflarca ileri sürülen etkinlik argümanlarının birleşmenin değerlendirilmesinde ele alınmayacağı anlamına geldiği, son olarak,

- *GE/Honeywell*²¹⁰ kararında ise işlem ile yaratılan etkinlikler sonucunda rakiplerin faaliyetlerinin zorlaştırılacağı ve sonuç olarak rakiplerin piyasa dışına itileceği, bu nedenle işlemin rekabetin azalmasına yol açacağı gerekçesiyle yasaklanması gerektiği ifade edilmektedir.

Kararlar incelendiğinde Komisyon'un etkinliklere yönelik çizgisinin tutarlı olmadığı net bir şekilde görülmektedir. Bahsi geçen kararlardan özellikle *AT&T/NCR*, *MSG/Media*²¹¹ ve *GE/Honeywell* davalarında etkinliklerin birleşme aleyhine sonuç doğurduğu görülmektedir. Bu durum, etkinliklerin teşebbüslere yönelik bir *suçlama* olarak değerlendirildiği izlenimini doğurmaktadır²¹².

²⁰⁶ Case IV/M.053 - *Aerospatiale-Alenia/de Haviland*, paragraphs 65-71.

²⁰⁷ Case IV/M.469 - *MSG Media Service*, paragraph 100-101.

²⁰⁸ Case IV/M.490 - *Nordic Satellite Distribution*.

²⁰⁹ Case COMP/M.1313 *Danish Crown/Vestjyske Slagterier*

²¹⁰ Case COMP/M.2220- *GE/Honeywell*

²¹¹ Karar hakkında bkz. Cook, C.J., Kerse, C.S. *EC Merger Control*, sf. 177, 3rd ed. (2000) Sweet&Maxell

²¹² bkz: Kovacic, W.E., *Transatlantic Turbulence: The Boeing – McDonnell Douglas Merger and International Competition Policy*, 805, ALJ, Vol. 68(3), (2001); Shapiro, C., Patterson D.E., *Trans Atlantic Divergence in GE/Honeywell: Causes and Lessons*, sf 7-8 www.usdoj.gov/atr (2001); Kolasky, W., *Conglomerate Mergers and Range Effects: Its a Long Way From Chicago To*

Etkinliklerin Topluluk hukukunda ele alınması ile ilgili ilk görüş, Tüzüğün ilgili maddesinde yer alan “rekabet engeli şeklinde olmayan ve tüketiciye avantajlar sağlayan” ifadesinden hareketle, hakim durum yaratan veya mevcut bir hakim durumu güçlendiren birleşmelerde, bu birleşmenin kendi içinde “rekabet engeli” oluşturması veya “etkin rekabet önemli ölçüde azalacağı” nedenleriyle, etkinliklerin ele alınmasına olanak bulunmadığı yönündedir²¹³. Buna göre etkinliklerin ancak izin verilecek birleşmelerde dikkate alınabileceği ve bu anlamda Tüzük’te yer alan bu ifadenin esasen herhangi bir fonksiyonu olmadığı ortaya çıkmaktadır²¹⁴.

Yukarıda yer verilen birinci görüş değerlendirildiğinde bu görüşte etkinliklerin dar anlamda bir “savunma” olarak ele alındığı görülmektedir²¹⁵. Buna ilişkin eşik olarak da hakim durumun oluşması gösterilmekte, hakim durumun oluştuğu durumlarda etkinliğin bir savunma olarak kullanılamayacağı sonucuna ulaşılmaktadır. Komisyon tarafından konuya ilişkin olarak 1996 yılında ifade edilen görüşte “Tüzük’te etkinlik savunmasının bulunmadığı ve etkinliklerin ancak hakim durum sınırına kadar olan birleşmeler söz konusu olduğu zaman dikkate alındığı, etkinliklerin toplamda birleşme ile hakim durum yaratılıp yaratılmadığı aşamasında dikkate alındığı ve bunların olmaması halinde yasaklanacak bir birleşmeyi geçerli kılmak için kullanılmadığı”²¹⁶ belirtilmektedir. Bu görüşler çerçevesinde açık olan tek bir nokta bulunmaktadır: kritik noktayı bir kez daha hakim durumdan ne anlaşılması gerektiği oluşturmaktadır.

Brussels, sf. 9-10, George Mason University Symposium (2001), www.usdoj.gov/atr; Majoras, D.P., GE/Honeywell: The US Decision, (2001), www.usdoj.gov/atr; *The Economics of GE/Honeywell – Part 1 Mixed Bundling*, sf.2 www.lexecon.co.uk; Bishop, S., Walker, M., *The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement*, sf.294-296, 2nd ed. Sweet&Maxell (2002). Karşı yönde Monti, M., “Review of the EC Merger Regulation - Roadmap For The Reform Project”, Conference on Reform of European Merger Control, British Chamber of Commerce, Brussels, Belgium, (2002). Monti, konuşmasında Topluluk hukukunda birleşme ve devralmaların kontrolüne ilişkin etkinlik suçlaması gibi bir şeyin olmadığını ifade etmektedir.

²¹³ Görüşler hakkında bilgi için bkz. Levy, N., *Dominance v. SLC: A Subtle Distinction?* sf. 14, EC Merger Control Conference, 7-8 November 2002, Belgium; Röller, H-L., Stennek, J., Verboven, F., *Efficiency Gains From Mergers*, sf. 66-69, Working Paper No. 543, The Research Institute of Industrial Economics, (2000)

²¹⁴ Cook, C.J., Kerse, C.S. *EC Merger Control* sf. 176, 3rd ed. (2000) Sweet&Maxell

²¹⁵ Etkinliklere ilişkin geniş anlamda “savunmayı” etkinliklerin rekabeti sınırlayıcı sonuçların ortaya çıkmasını veya ortaya çıkabilecek bu hallerin etkilerini bertaraf eden ve totalde işlemin rekabeti azaltıcı olarak addedilmesinin önüne geçen bir anlayış oluşturmaktadır. Bu konuda İngilizce kullanılan ifadelerde *efficiency defense-efficiency rebuttal* ayrımı yapılmaktadır.

²¹⁶ Röller, Stennek, Verboven ibid. sf 67

Tüzük'te geçen *etkin rekabeti önemli ölçüde azaltacak şekilde hakim durum yaratılması veya hakim durumun güçlendirilmesi* testinin istikrarlı bir yorumunun yapılamayışı, etkinliklerin nasıl ve ne zaman ele alınacağını tespit edebilmeyi engellemekte, yapılan yorumları yorumları kısır döngü içine sokmaktadır.

Bu çerçevede ikinci yorum, Tüzük'te yer alan bu testin esasının pazar gücünün yaratılmasının veya pazar gücünün güçlendirilmesi olduğundan hareket etmekte, *etkin rekabeti önemli ölçüde azaltacak şekilde* ifadesini yasaklanan bu durumun oluşup oluşmadığının tespitinde kullanılan temel bir kriter olarak değerlendirmektedir²¹⁷.

Buna göre pazar payları, yoğunlaşma oranları, pazara giriş engelleri, pazar koşulları, alım gücü ve etkinlik kazanımlarının hepsinin işlem sonucunda rekabetin önemli ölçüde azaltılıp azaltılmadığının değerlendirilmesinde kullanılması öngörülmekte ve ancak tüm bunlar bir potada eşdeğerde değerlendirildikten sonra, işlemin sınırlayıcı etki doğurmasının (örneğin işbirliği doğurucu etkilerin) diğer haller (örneğin alımgücü, etkinlikler vb) tarafından bertaraf edilmemesi durumunda, işlemin pazar gücü / hakim durum yarattığı gerekçesi ile yasaklanması gerektiği sonucuna ulaşmaktadır.

Dolayısı ile etkinlik hakim duruma karşı (dar anlamda) bir savunma olarak değil, hakim durumun oluşup oluşmadığının tespitinde kullanılması gereken bir husus olarak karşımıza çıkmaktadır. Buna göre Tüzük'te geçen *rekabet engeli şeklinde olmayan* ifadesi, etkinliklerin birleşmeye has / kavranabilir olup olmadığının²¹⁸ tespiti anlamında kullanılabilir, bu sayede örneğin etkinliklerin rekabeti sınırlayıcı surette arzı kısıtlamak suretiyle gerçekleşeceği gibi bir savunmanın da önüne geçilmesine olanak tanınacaktır. Hakim durum testi korunduğu müddetçe bu yorum tercih edilmelidir.

II.II.III.II.Taslak ve Duyuru

Etkinlikler ile ilgili son olarak belirtilmesi gereken noktayı Tüzük'te değişiklik yapılmasını öngören Taslak²¹⁹ ve bu Taslağa dayanarak yayınlanan Duyuru oluşturmaktadır.

Komisyon tarafından 2001 yılında yayınlanan Yeşil Kitap²²⁰ ile tartışmaya açılan önemli bir başlığı etkinlikler konusu oluşturmuştur. Yeşil

²¹⁷ Etkinlik savunmasının *etkin rekabetin önemli ölçüde azalması* başlığı altında değerlendirilebileceği konusunda bkz. Camesasca, P.D., *The Explicit Efficiency Defence in Merger Control: Does it Make the Difference?*, 16 (bkz. sf.24) ECLR (1999)

²¹⁸ Bu ifadelerin içinin doldurulması için örnek olarak bkz. Duyuru

²¹⁹ *Proposal for a Council Regulation on the Control Of Concentrations Between Undertakings*, Brussels, 11.12.2002 COM(2002) 711 final 2002/0296 (CNS)

Kitap'ta tartışmaya açılmış olsa da Taslak ile etkinlikler konusunda Tüzük'te herhangi bir değişikliğin yapılması öngörülmemiştir.

Etkinliklere ilişkin en önemli gelişmeyi Taslağa ilişkin yapılan açıklamalarda *Tüzüğün mevcut haliyle etkinliklerin değerlendirilmesine olanak tanıdığı* oluşturmaktadır²²¹. Bu durum etkinliklerin Topluluk hukukunda değerlendirmeye alınıp alınmadığı konusundaki tartışmalara son vermektedir. Ancak, bu konuda daha da ciddi bir gelişme, yatay birleşmelerin değerlendirilmesinde izlenecek yolu çizmesi bakımından çok önemli bir gelişme olan Duyuru'da etkinliklerin değerlendirilmesine ilişkin izlenecek yol hakkında açıklamalar yapılmış olmasıdır.

Rehber'de etkinlikler, Amerikan hukukuna paralel olarak birleşmelerin değerlendirilmesinde yapılacak analizin ayaklarından birisi olarak ele alınmakta ve bu açıdan etkinliklerin hangi aşamada değerlendirileceğine ilişkin tartışmalara son vermektedir. Hakim durum yaratılması veya güçlendirilmesi kavramının işleme ilişkin değerlendirmelerde en son varılacak bir sonucu teşkil etmesi nedeniyle Duyuru ile birlikte etkinliklerin "*hakim durumun etkilerini bertaraf edebilecek mi yoksa hakim durumun oluşup oluşmadığının değerlendirilmesi aşamasında mı gündeme geleceği*" tartışmaları son bulmaktadır. Duyuru açık bir şekilde ikinci yolun benimsendiğini göstermektedir.

Duyuru'da yapılan değerlendirmede,

- a) etkinliklerin, işleme ilişkin genel değerlendirmenin [değerlendirmenin diğer başlıklarını işlem sonucunda rekabeti sınırlayıcı (işbirliği doğurucu vb.) bir etki doğma ihtimalinin bulunup bulunmadığı, alıcıların gücünün bu etkiyi bertaraf edip edemeyeceği, giriş engellerinin durumu, batan firma koşullarının olup olmadığı oluşturmaktadır] bir bölümü olduğu,
- b) etkinliklerin birleşmeye has ve kavranabilir olması gerektiği,
- c) etkinliklerin doğrudan tüketicilerin yararına olması gerektiği,
- d) etkinliklerin ilgili pazarda gerçekleşmesi gerektiği,
- e) etkinliklere ilişkin artan oran prensibinin benimsendiği,

²²⁰ *Green Paper on the Review of Council Regulation (EEC) No 4064/89*, para. 170-172, COM(2001) 745/6 Final, 11.12.2001

²²¹ Taslak, açıklamalar Madde 59-60

f) etkinliklere ilişkin ispat yükünün birleşmenin taraflarında olduğu

ifade edilmektedir.

Duyuru'da etkinliklerin ele alınması konusunda açık bir dil kullanılmış olsa da bazı hususlar, etkinliklerin ne şekilde ele alınacağı konusunda kuşkular yaratmaktadır. Bu kuşkuların başında Taslak ile Tüzüğün ilgili maddesinin değiştirilmemiş olmasının uygulamayı nasıl etkileyeceği gelmektedir. Açıkçası bu durum, etkinliklerin ele alınması ile ilgili olumlu bulunan çabaları gölgede bırakmaktadır.

Bununla beraber etkinliklerin ele alınması konusunda bir başka dikkat çekici noktayı etkinliklerin doğrudan tüketicinin faydasına olması gerekliliğinin ne şekilde yorumlanacağı oluşturmaktadır. Etkinliklerin gerçekleşmesine ilişkin yeterli derecede kanıt sunulması önemli bir şart oluşturmaktaysa da, etkinliklerin gerçekleşmesi zaman alabilecektir. Duyuru'da yer alan "*doğrudan tüketicinin yararına olması*" ifadesinin bu çerçevede etkinliklerin gerçekleşmesine yönelik projeksiyonlarda dar anlamda mı geniş anlamda mı yoksa yorumlanacağı önem arz etmektedir. Duyuru'nun son halini almasından önce bu konunun da açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

Ancak tabiidir ki söz konusu prensiplerin uygulamaya nasıl yansıtacağı da en az prensiplerin benimsenmesi kadar önem arz etmektedir.

III. MUKAYESE

İktisadi açıdan yoğunlaşmaların iki türlü refah etkisi bulunmaktadır. Bunlardan ilki yoğunlaşmalar sonucunda pazar gücünün yaratılması ikincisi ise yoğunlaşmalar ile etkinliklerin sağlanmasıdır. Buna göre yoğunlaşmaların kontrolü ile ilgili bir sistemin ele alınmasında bu iki konu üzerinde durulmalıdır.

AB ve ABD uygulamaları arasında bu başlık altında yapılacak mukayesede de temel olarak bu iki konu üzerinde durulacaktır. Bunlar uygulamada farklılıkların belirginleştiği *yoğunlaşmaların kontrolünde kullanılan testler* (rekabeti sınırlayıcı etkilerin tespiti) ve birleşme devralmalar ile gerçekleştirilen *etkinliklerin incelenmesi* alanlarıdır.

III.1. Yoğunlaşmaların Kontrolünde Kullanılan Testler

A. Testlerin Kapsadığı Haller

Birleşmelerin yarattığı olumsuz etkiler *Amerikan* hukukunda iki başlık altında toplanmaktadır: tek taraflı etkiler ve işbirliği doğurucu etkiler. Her iki etki konusunda bugüne kadar ki uygulamalar çerçevesinde oturmuş bir

uygulama bulunmakta²²² ve bu iki halin varlığının ispatı için yoğun ekonomik tahlillerin gerekliliği vurgulanmaktadır²²³.

Topluluk hukukunda birleşmelerin yarattığı olumsuz etkiler başlığı altında ise bugüne kadar ağırlıklı olarak tek firma hakimliği (geleneksel hakim durum etkisinin üzerinde) durulduğu görülmektedir. Ancak, özellikle son dönemde birleşmelerin yarattığı işbirliği doğurucu etkiler üzerinde yoğunlaşıldığı, bununla beraber, (pazarda lider konuma gelecek birleşik firma hali dışında) tek firma hakimliğinin incelenmesinin yollarının araştırıldığı da görülmektedir.

Ne var ki, birleşmelerin etkisi konusunda, (Taslak ve Duyuru bir kenara bırakılacak olursa) uygulamada gerekli netliğin tam olarak sağlandığını söylemek mümkün görünmemektedir.

Birleşmelerin işbirliği doğurucu etkiler doğurabileceği konusu Komisyon ve Mahkemeler tarafından geçtiğimiz 10 yıl içinde kabul edilirken, işbirliği doğurucu etkilerin içinin doldurulması ancak geçtiğimiz yıl İlk Derece Mahkemesi tarafından alınan *Airtours*²²⁴ kararı ile sağlanabilmiştir. Halihazırda bu karar çerçevesinde dahi işbirliği doğurucu etkilerin netliğe kavuşturulduğunu söylemek mümkün görünmektedir.

Bununla beraber Komisyon'un bu etkilere ilişkin yaptığı incelemelerde pazar payları, yoğunlaşma oranları ile sınırlı kalmayarak ekonomik analize verdiği önem hissedilir derecede artmıştır. Ancak bu konuda da çelişkili kararlar mevcuttur. *GE/Honeywell*²²⁵ davasında Komisyon ekonomik analizlerin incelemelerdeki rolüne şüphe ile yaklaşılmasına neden olacak ifadeler kullanırken, *UPM-Kymmene/Haindhl*, ve *Norske Skog/Parengo Walsum*²²⁶ davalarında ciddi ekonomik analizlerin yapıldığı görülmektedir²²⁷.

²²² Bu etkilerin incelenmesine ilişkin ekonomik çalışmalar sürmekle beraber, antitröst davalarında ekonominin yeri ile ilgili yol gösterici olması açısından bkz. "Bütün antitröst davaları gibi, bu dava da ekonomik açıdan akla yatkın olmalıdır." *Syufy Enterprises v. United States*, 404 U.S. 802 (1971)

²²³ Kolasky, W., "Sound Economics and Hard Evidence:" *The Touchstones of Sound Merger Review*, (2002), www.usdoj.gov/atr

²²⁴ Case T-342/99, *Airtours*, 6.6. 2002

²²⁵ Case COMP/M.2220- GE/Honeywell, para. 352 "Bir çok ekonomik analiz, .. özellikle de üçüncü kişiler tarafından bağlama konusunda sunulan ekonomik analizler teknik olarak tartışılabilir konumdadır. Ancak Komisyon, bağlamanın.. olduğu sonucuna ulaşmak için bu ekonomik modellerin biri ya da başkasına dayanmak zorunda değildir." (Orjinal metinde kullanılan ifadelerden kısaltılarak çeviri yapılmıştır.)

²²⁶ *UPM-Kymmene/Haindhl* COMP/2498; *Norske Skog/Parengo Walsum* COMP/M 2499 (dosyalar birbirleri ile bağlantılıdır)

²²⁷ *Norske Skog/Parengo Walsum*, Bishop, S., Walker, M., *The economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement*, sf. 286, 2nd ed. Sweet&Maxell (2002)

Birleşme ile pazar lideri konumuna gelinmediği haller dışında kalan *tek taraflı* etkiler konusunda uygulama (Taslak ve Duyuru bir kenara bırakılacak olursa) henüz netlik kazanmamıştır. *Airtours (Komisyon)* kararı²²⁸ ile birlikte rekabeti sınırlayıcı etkiler bakımından tek taraflı ve işbirliği doğurucu etkiler kavramları arasında oluşan karışıklığın, İlk Derece Mahkemesi'nin bozma kararı ertesinde de ortadan kalktığını söylemek mümkün görünmemektedir. Kararın hemen ardından yapılan açıklamalar bunu kanıtı destekleyici niteliktedir²²⁹.

Ancak, çizilen bu tablo birleşme ve devralmalara ilişkin değişiklikler yapılmasını öngören yeni düzenlemelerden bahsedilmediği taktirde eksik kalacaktır.

Topluluk, 2001 yılında yayınladığı Yeşil Kitap ile birlikte birleşme ve devralmalara ilişkin *uygulamalarını* ve *Konsey Tüzüğü'nü* tartışmaya açmış, elde edilen görüşler neticesinde 2002 yılının sonunda 4064/89 sayılı Konsey Tüzüğü'nde değişiklikler yapılmasını öngören Taslağı ve beraberinde yatay birleşmelerin değerlendirilmesinde izlemek analitik yapıyı gösterir Duyuru'yu yayınlamıştır. Kuşkusuz bu gelişmelerde mahkemelerin *Airtours*²³⁰, *Tetra Laval*²³¹ ve *Schneider/Legrand*²³² davalarında aldığı bozma kararlarının izlerini görmek mümkündür. Bu gelişmeler ile Komisyon, birleşmelere ilişkin daha fazla ekonomik analiz kullanılmasını öngören bir yol çizmektedir²³³.

Hakim durum testinin korunduğu ancak, hakim durum kavramından ne anlaşılması gerektiğinin Topluluk hukukunda ilk defa bir düzenleme ile ortaya konduğu Taslak ve Duyuru'da birleşmeler ile oluşabilecek rekabeti sınırlayıcı etkiler, önemli ölçüde pazar konumuna ulaşılması, işbirlikçi olmayan oligopoller ve işbirliği doğurucu etkiler olarak üç başlık altında incelenmektedir.

Tek taraflı etkiler olarak sayılabilecek ilk iki hal ile, birleşmenin işbirliği doğurucu etkileri konusunda ayırımın netleştirilmiş olması ve *pazarda*

²²⁸ M.1524 *Airtours*

²²⁹ Bu konuda bkz. Christensen, P., Rabassa, V., *The Airtours Decision: Is There A Common Approach To Collective Dominance ?* 227 ECLR (2001); *Collective Dominance Under European Merger Regulation: The Implications Of The Airtours Case*, Amerikan Bar Association (ABA), November 2002 www.antitrustsource.com

²³⁰ Case T-342/99, *Airtours*, 6.6. 2002

²³¹ Case T-80/02, *Tetra Laval*, 25.10.2002

²³² Case T-310/01, *Schneider*, 22.10. 2002,

²³³ Monti, M. (2002), "Review of the EC Merger Regulation - Roadmap for the reform project", speech for the Conference on Reform of European Merger Control, British Chamber of Commerce, Brussels, Belgium, 4 June 2002. Nitekim Monti'nin açıklamalarından da bu konudaki çabaların artırılmasının planlandığı anlaşılmaktadır. http://europa.eu.int/rapid/start/cgi/guesten.ksh?p_action.getfile=gf&doc=SPEECH/02/25210|AGED&lg=EN&type=PDF

lider konuma gelecek birleşik firma hali dışında birleşme ile yaratılabilecek tek taraflı etkilerin Tüzük kapsamında ele alınabileceğinin net bir biçimde ortaya koyulması kuşkusuz Duyuru'nun en önemli yanını oluşturmaktadır. Ancak, Duyuru, içerdiği bazı ayrıntılar bazında eleştiriye de açıktır.

Duyuru'da tek taraflı etkiler homojen (kapasite) ve farklılaştırılmış (fiyat) ürünlere yönelik iki model çerçevesinde ele alınmakta, önemli büyüklükte pazar konumuna ulaşılması haline paralel olarak homojen ürünlere ilişkin birleşmelere yönelik bir eşik (HHI 2000) (işlemin incelemenin ikinci aşamasına kalması açısından) getirilmekte ancak, farklılaştırılmış ürünlere yönelik bir eşğin getirilmediği görülmektedir²³⁴. Bu durum, farklılaştırılmış ürün birleşmelerine yönelik olarak %25'in üstü birleşmeleri risk altında bırakmaktadır.

İktisadi açıdan farklılaştırılmış ürünlere yönelik tek taraflı etkilerin değerlendirilmesinde eşikler konulması zor olsa da²³⁵ %25'in üstündeki birleşmelerin Tüzük anlamında tek taraflı etkiler yarattığından bahsedilebilecek olması ve ispat yükü bakımından homojen ürünlerin söz konusu olduğu birleşmelere nazaran, farklılaştırılmış ürün birleşmelerinin risk altında bırakılması anlamlı değildir. Duyuru son hali almadan önce ispat yükünün netliğe kavuşturulması bakımından Amerikan hukukunda farklılaştırılmış ürünlere yönelik getirilen eşğe²³⁶ paralel bir düzenlemenin yapılmasının tartışılması gereklilik arz etmektedir.

Duyuru'ya ilişkin bir diğer kritik nokta ise tek taraflı etkilerin ve işbirliği doğurucu etkilerin her ikisinin de tek bir birleşme ile alakasının kurulabileceğinin öngörülmesidir. Her ne kadar Duyuru'da işbirliği doğurucu etkilerin sınırları net olarak çizilse de tek taraflı etkilere ve işbirliği doğurucu etkilere yönelik incelemenin karıştığı *Airtours (Komisyon)* kararı dikkate alındığında, neden böyle bir duruma ihtiyaç duyulduğunun ve bunun ne şekilde gerçekleşebileceğinin açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Aksi taktirde yapılacak değerlendirmelerin bulanıklaşabilmesi ihtimali bulunmaktadır.

Birleşmelerin değerlendirilmesine yönelik bu gelişmeler kuşkusuz olumlu yöndedir, ancak bu niyetin gerçekleşip gerçekleşmediğine uygulama karar verecektir.

²³⁴ Taslak'ta, Tüzüğün dibacesinin 15. maddesinde yer alan %25'lik pazar payı eşğinin korunduğu gözönüne alındığında Duyuru'da yer verilen %25'lik pazar payının yeni bir eşik olmadığını söylemek mümkündür.

²³⁵ Bishop, S., Walker, M., *The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement*, sf 264, para. 7.18, 2nd ed. Sweet&Maxell (2002)

²³⁶ Rehber 2.211

B. Kullanılan Testlerin Genel Özellikleri²³⁷

Birleşmelerin kontrolüne yönelik iki hukuk sisteminde farklı testlerin kullanılmasının, uygulamaya yönelik önde gelen farklılıklarına yukarıda yer verilmiştir. Bu başlık altında ise testlerin genel özellikleri itibarıyla uygulamada farklılıkların oluşmasına katkıda bulunmaya müsait olup olmadıkları incelenecektir.

İki testin karşılaştırılmasında ön plana çıkan noktalar aşağıdaki gibidir;

B.I. Testlerin Birleşmelerin Kontrolünde İlgili Makamlara Tanıdığı Yetkilerin Genişliği Bakımından Karşılaştırılması

“*Hakim durum*” ile “*rekabetin önemli ölçüde azaltılması*” testleri arasında yapılacak bir karşılaştırmada öne çıkan ilk noktayı, bu ifadelerden ikincisinin ilgili makamlara birleşmelere müdahale etmek konusunda çok daha geniş yetki verdiği şeklindedir.

Bu açıdan, hakim durum testinin, testin lafzı itibarıyla bir birleşmenin yasaklanabilmesi için Komisyon üzerindeki ispat yükünü ağırlaştırdığı, ancak “*rekabetin önemli ölçüde azaltılması*” testinin ise, ilgili makam(lar) üzerindeki birleşme ile pazarda rekabetin azalıp azalmadığına ilişkin ispat yükünü çok daha hafif tuttuğu söylenebilecektir.

Bu çerçevede, 1960’larda Amerika’da alınan *Brown Shoe*²³⁸ (%4 pazar payı), *Von’s Grocery*²³⁹ (%7.5 pazar payı) ve *Procter & Gamble*²⁴⁰(birleşme ile sağlanacak etkinliklerin rakiplere zarar vereceği) kararları, testin ne şekilde geniş bir yoruma müsait olduğunun anlaşılması bakımından dikkat çekicidir.

Kullanılan testlerin uygulayıcıya tanıdığı yetki bakımından yapılan bu karşılaştırmada, karşılaştırmaya konu davaların geçtiği dönemler ile şu an ki uygulamalar arası farklılıklar göz ardı edilmektedir. *Brown Shoe* kararının alındığı dönem ile *şu an ki* Amerikan uygulaması arasında ciddi farklılıklar bulunduğu açıktır. Bu kararın ve benzer diğer kararların ciddi eleştirilerden

²³⁷Bu konuda yayınlanan eserlerden bazıları için bkz. Yeşil Kitap hakkında görüşler <http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/review/comments.html> (bu görüşlerden özellikle: *Comment Concerning The Green Paper on the Review of Council Regulation (EEC) No 4064/89*, Shearman & Sterling (29.2.2002)); Whish, R., *Substantive Analysis under EC Merger Regulation: Should the dominance test be replaced by ‘substantial lessening of competition’ ?* (2002); Levy, N., “*Dominance v. SLC: A Subtle Distinction?*” EC Merger Control Conference, 7-8 November 2002, Belgium; *Prohibition Criteria in Merger Control -Dominant Position versus Substantial Lessening of Competition?* Discussion paper for the meeting of the Working Group on Competition Law (8-9.9.2001) Bundeskartellamt (English translated version)

²³⁸ *Brown Shoe Co. v. United States*, 370 U.S. 294 ff. (1962)

²³⁹ *United States v. Von’s Grocery Co.*, 384 U.S. 270, 86 S.Ct. 1478 (1966)

²⁴⁰ *FTC v. Procter&Gamble.*, 386 U.S. 568 (1967)

geçmesi ve antitröst hukukuna ilişkin akademik çalışmaların artması neticesinde, 1970'lerden başlamak üzere Amerikan antitröst hukukunda önemli değişiklikler yaşanmış ve bu kararlara yansıyan hakim anlayış terkedilmiştir.

Nihai amacın, rakiplerin²⁴¹ veya küçük teşebbüslerin korunması yerine iktisadi etkinliğin sağlanması olduğu²⁴², bu çerçevede birleşmelere ilişkin temel kaygının pazar gücünün yaratılması / güçlendirilmesi olduğu 1982-84-92-97 yıllarında yayınlanan Rehberler ile açıklığa kavuşturulmuştur²⁴³.

Hakim durum kriteri, ilk etapta daha az müdahaleci bir görüntü çizmekle beraber Komisyon tarafından alınan kararlara bakıldığında, her ne kadar 4064/89 sayılı Tüzüğün dibacesinde²⁴⁴ tarafların pazar payları toplamının %25'i aşmaması durumunda işlemin sakıncalı görülmeceği ifade edilmiş olsa da, bu seviyeden biraz daha yukarıdaki durumlarda, örneğin, %37 *REWE/Meinl*²⁴⁵; %36 *Hutchinson/ECT / RMPM*²⁴⁶ ve %28 *Carrefour/Promodes*²⁴⁷ davalarında hakim durumunun varlığına kanaat getirildiği görülmektedir. Pazar paylarının yapılan incelemelerde ağırlıklı bir şekilde belirleyici olarak ele alınması da²⁴⁸ hakim durum kriterinin rekabetin önemli ölçüde azaltılması kriterinden daha az müdahaleci bir yaklaşım içermediğini göstermektedir. Bunun yanı sıra özellikle etkinliklerin hakim durumunun yaratılması / güçlendirilmesinde bir kriter²⁴⁹ olarak ele alınması, birleşmelerin kontrolünün amacı konusunda tartışma yaratmakta, testin uygulamada müdahaleci bir yaklaşıma kılıf olarak nasıl kullanılabileceğini göstermesi bakımından dikkat çekmektedir.

Bu açıklamalar çerçevesinde kesin olarak söylenebilecek tek hususu, belirleyici unsurun testlerin lafzının değil uygulanmasının oluşturmuş olduğudur.

²⁴¹ Bu konuda farklı görüşleri karşılaştırmak için bkz. Götz, D., *Unbundling GE/Honeywell: the assessment of Conglomerate mergers under EC Competition Law*, sf 197-198 Fordham Corporate Law Institute 183 (2001) k. Kolasky, W. *What is Competition ?* (2002) www.usdoj.gov/atr.

²⁴² Bu konuda detaylı bir inceleme için bkz. Gürkaynak, G., *Türk Rekabet Hukuku Uygulaması İçin Hukuk ve İktisat Perspektifinden Amaç Tartışması*, <http://www.geocities.com/gonencgurkaykan/research.html> (30.4. 2002)

²⁴³ Kolasky, W. *What is Competition?* (2002) www.usdoj.gov/atr.

²⁴⁴ Para. 15

²⁴⁵ Case No IV/M.1221 *REWE/Meinl*

²⁴⁶ Case No IV/M.1412. *Hutchinson/ECT / RMPM*

²⁴⁷ Case No COMP/M.1684. *Carrefour/Promodes*

²⁴⁸ Case 85/76 *Hoffman La-Roche* ECR 461(1979); Case C-62/86 *Akzo* ECR I-3359 para.60 (1991); *Mannesmann/Hoesch* OJ C128/4 (1993) para. 91; Case T- 221/95 *Endemol* ECR II-1299; Case IV/M. 890 *Blokker/Toys 'R' Us*

²⁴⁹ Case IV/M 050 - *AT&T/NCR*; Case IV/M.469 - *MSG Media Service*; Case COMP/M.2220-*GE/Honeywell*

B.II. Testlerin Uygulamaya Yatkınlığı

4064/89 sayılı Konsey Tüzüğü yayınlanmadan önce, kullanılacak teste ilişkin yapılan tartışmalarda, hakim durum kriterinin kullanılması ile 82. madde çerçevesinde ortaya çıkan içtihatlardan faydalanılacağı gündeme gelmiş, bu durum Tüzük'te hakim durum testinin benimsenmesi yönünde önemli bir etken olmuştur²⁵⁰. Ne var ki, hakim durumun kötüye kullanılması ve birleşmelerin kontrolü testlerinin aynı olmasının uygulamada yarardan çok zarar getirdiği de ifade edilmektedir²⁵¹.

Her iki hale ilişkin aynı kavramın kullanılmasının, 82. maddenin mevcut hale, birleşmeler ile yaratılacak etkilerin ise geleceğe yönelik bir inceleme gerektirmesi, birleşmelerin kontrolünde temel kaygıyı gelecekte oluşabilecek kötüye kullanmaların değil²⁵² etkin rekabetin korunmasının amaçlanması oluşturması nedeniyle eleştirilmiş; bunun her iki düzenlemenin amaçları konusunda karışıklık yaratacağı ifade edilmiştir. Bunun yanı sıra hakim durumun kötüye kullanılması ve birleşmelerin bu şekilde aynı kavrama dayandırılmasının, bu kuralların uygulanması esnasında da karışıklık doğurduğu da belirtilmiştir²⁵³.

Bunun yanı sıra hakim durum testinin uygulanması ile ilgili bugüne kadar yapılan tartışmalardan bir diğerini hakim durum kavramının ne anlama geldiği, ve birleşmeler ertesinde hangi koşulların varlığı halinde hakim durumun yaratılmış / güçlendirilmiş sayılacağı konusu oluşturmuştur. Hakim durum ile pazarda bir veya birden fazla teşebbüsün lider hale gelmesinin mi kastedildiği yoksa pazar gücü kavramı çerçevesinde birleşme işlemi sonrasında arzı

²⁵⁰ Whish, R., *Substantive Analysis under EC Merger Regulation: Should The Dominance Test Be Replaced By 'Substantial Lessening Of Competition' ?* sf. 11 (2002); Levy, N., "Dominance v. SLC: A Subtle Distinction ?" EC Merger Control Conference, sf. 9, 7-8 November 2002, Belgium

²⁵¹ ibid. Whish sf.12

²⁵² Bu konuda bkz. Case T-102/96 *Gencor*, ECR II-743 (1999) para 106

²⁵³ Burada ilginç bir konuyu da, bir birleşme dosyasında hakim durumun varlığına ancak güçlendirilmediğine karar verilmesi ertesinde hakim durumda bulunduğu tespit edilen teşebbüsün ileride gerçekleştireceği davranışlarından ötürü, birleşme dosyasında yapılan tespit dikkate alınarak, 82. madde altında sorumlu tutulabilme riski altında olup olmadığıdır. Bu konuda bkz: Case T-125/97, T-127/97 *The Coca Cola Company and Coca – Cola Enterprises* ECR II-1737 (2000). Mahkeme, tarafın birleşme dosyasında hakim durumda bulunduğu tespit edilmesinin diğer bir olayda, o olayın gerçeksetiği zaman ve koşullar çerçevesinde tekrar pazar analizi yapılması ihtiyacını ortadan kaldırmadığını belirtmiştir. Ne var ki, teşebbüslerin kendilerini, bir birleşme ile hakim durumda olduklarının tespit edilmesi halinde, herhangi bir kötüye kullanma davranışında bulunmasalar dahi geleceğe yönelik rekabet soruşturması geçirebilme riski altında hissedecekleri açıktır. Nitekim bahsi geçen davanın ardında yatan (*stigmatizing effect* olarak da adlandırılan) temel kaygı budur. Bu konuda bkz. *Comment Concerning The Green Paper on the Review of Council Regulation (EEC) No 4064/89*, Shearman & Sterling (29.2.2002))

kısıtlayıp fiyatları yükseltebilme olanağına kavuşulmasının mı kastedildiği konusundaki tartışmalara burada tekrar değinilmeyecektir.

Burada değinilecek temel noktayı hakim durumun, kaynağını hukuktan alan bir kavram, *rekabetin önemli ölçüde azaltılması testi* nin ise iktisat bilimine daha yakın bir kavram olduğu oluşturmaktadır²⁵⁴.

Görüş ve eleştiriler incelendiğinde, bunların daha çok “birleşmelerin kontrolünde amaçlananın / üzerinde durulması gereken noktanın işlemin yaratacağı “etki” lerin²⁵⁵ ölçülmesi olduğu” ekseninde gerçekleştiği görülmektedir. Bu çerçevede, hakim durum testinin işlemin “etki” lerinin ölçülmesinde daha “statik” bir yaklaşımı benimsediği, “rekabetin azaltılması” testinin ise, birleşmeler ile yaratılan etkilerin ölçülmesi amacına daha uygun bir yaklaşım içerdiği söylenebilecektir.

III.I. Etkinlikler

AB ve ABD uygulamaları arasında yapılacak mukayesenin ikinci ayağını *etkinlikler* oluşturmaktadır. Konu, son dönemde Komisyon tarafından *GE/Honeywell*²⁵⁶ birleşmesinde alınan karar çerçevesinde yoğun eleştirilerin yapılmasına neden olmuştur.

İktisadi açıdan yoğunlaşmalardan kaynaklanan refah etkilerinin ikinci ayağını oluşturan etkinlikler konusu, Amerikan antitröst hukukunda iktisatın kullanımının artması ile birlikte giderek artan bir önem kazanmıştır. Bu çerçevede etkinliklerin birleşmelerdeki rolü, birleşmelere ilişkin 1968’de yayınlanan ilk Rehber ile birlikte gündeme gelmiş, bunu takip eden 1982, 1984

²⁵⁴ Bu konuda, Yeşil Kitap ile başlatılan tartışmalar çerçevesinde, iktisatçıların biraraya gelerek hakim durum testi hakkında oluşturdukları görüşler için “*Collective Letter by a Group of Academic Economists*” başlığı altında bkz. <http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/review/comments.html>

²⁵⁵ Hakim durum testinin kullanılması, işlemin pazarda herhangi bir etki bir etki yaratmayacağı tespit edilse bile, “ortada bir hakim durumun bulunup bulunmadığı” tespitini gerektirmektedir. Bu, açıkçası, faydası olmayan bir değerlendirmedir. Yapılması gerekenin işlemin yarattığı etkilerin tespiti olması gerektiği halde, “bir hakim durum bulunup bulunmadığı”nın tespitine çalışılmasının, işlem hakkında yapılacak değerlendirmelerde üzerinde de negatif bir dışsallığı olduğunu söylemek mümkündür. Bunun yanı sıra, hakim durum tespiti, hakim durumun güçlendirilip güçlendirilmediğine karar verilmesi gerekliliğini de beraberinde getirmekte; bu da, değerlendirmelerin merkezden uzaklaşmasına neden olabilmektedir. Bu konuda bkz. Kovacic, W.E., *Transatlantic Turbulence: The Boeing – McDonnell Douglas Merger and International Competition Policy*, 805, ALJ, Vol. 68(3), (2001) sf. 853-863

²⁵⁶ GE/Honeywell COMP/M2220

ve 1992 tarihli Rehberlerde etkinlikler konusu en önemli başlıklardan birisini oluşturmuştur²⁵⁷.

Amerikan hukukunda etkinlikler, birleşmelerin incelenmesi aşamasında diğer faktörler (rekabeti sınırlayıcı tek taraflı veya işbirliği doğurucu etkiler, pazara girişler vb.) ile birlikte ele alınmakta ve birleşme işleminin sonucunda *totalde* rekabetin önemli ölçüde azaltılıp azaltılmadığının tespiti incelemesinin bir ayağını oluşturmaktadır²⁵⁸. Uygulamada, her ne kadar etkinliklerden, “*etkinlik savunması*” adı altında bahsedilse de, bu durum yanıltıcı olmamalıdır.

Etkinlikler, “*rekabeti önemli ölçüde azalttığı sonucuna*” varılan bir birleşmeye izin verilmesi için değil, bu sonuca varılmadan önce, işlem ile rekabeti sınırlayıcı (tek taraflı veya işbirliği doğurucu) sonuçlar doğurup doğurmayacağı ya da doğması muhtemel bu etkinin (örneğin fiyatların artması ihtimalinin bulunması) sonuçlarının işlem ile gerçekleştirilebilecek *etkinlikler* ile bertaraf edilip edilemeyeceği şeklinde değerlendirilmektedir²⁵⁹.

Yatay birleşmelere ilişkin Amerikan hukukunda etkinliklerin değerlendirilmesinde kullanılan kriterlere daha önce yer verildiği için burada tekrar değinilmeyecektir.

Konsey Tüzüğü’nde *Birleşmelerin Değerlendirilmesi* başlığı altında etkinliklerin rolü konusunda ise bugüne kadar ki uygulamalar çerçevesinde bir netliğin bulunduğunu söylemek mümkün görünmemektedir²⁶⁰. *Teknik ve Ekonomik Süreçteki Gelişmeler*²⁶¹ başlığı altında ele alınabilecek etkinliklerin

²⁵⁷ Etkinlikler, son Rehberde 1997 yılında yapılan değişikliklerin de ana başlığını oluşturmaktadır. Rehberlerde Etkinliklerin ele alınması hakkında detaylı bilgi için bkz. Kolasky, W.J. ve Dick, A.R. “*The Merger guidelines and the Integration Of Efficiencies Into Antitrust Review Of Horizontal Mergers*” www.usdoj.gov/atr

²⁵⁸ Etkinliklerin değerlendirildiği kararlara örnek olarak bkz. FTC v. University Health, Inc 938 F. 2d (11th Cir. 1991); FTC v. Tenet Helath Care Corp 186 F. 3d 1045 (8th Cir.1999); FTC v. H.J. Heinz Co. 246 F. 3d. 708 (D.C. 2001); FTC v. Staples, Inc. 970 F. Supp 1066 (D.D.C 1997); FTC v. Cardinal Health, Inc. 12 F. Supp. 2d 34 (D.D.C 1998); FTC v. Swedish Match, 131 F.Supp 2d 151 (D.D.C 2000)

²⁵⁹ Bu ayırım ilgili metinlerde *efficiencies defence- efficiencies rebuttal* olarak ele alınmaktadır.

²⁶⁰ Bkz. Camesasca, P.D., *The Explicit Efficiency Defence in Merger Control: Does it Make the Difference?*, 16 ECLR (1999). Röller, H-L., Stennek, J., Verboven, F., *Efficiency Gains From mergers*, sf. 66-69, Working Paper No. 543, The Research Institute of Industrial Economics, (2000); De la Mano, M., *For The Customers Sake: The Competitive Effects Of Efficiencies In European Merger Control*, Enterprise Papers No: 11 (2002), Enterprise Directorate General, European Commission; Shapiro, C., Farrel. *J Scale Economies and Synergies in Horizontal Merger Analysis*, 685, ALJ, (2001); Gülergün, C., *Efficiencies Consideration in Horizontal Mergers: Total Welfare Standard versus Consumer Surplus Standard ?* City University, London.(October 2002)

²⁶¹ Tüzük madde 2.1 (b)

ne zaman ve nasıl değerlendirileceği konusunda yaşanan bu belirsizliğin kaynağını ise ilk olarak Tüzük'te kullanılan ifade şekli oluşturmaktadır²⁶².

Kararlar incelendiğinde Komisyon'un etkinliklere yönelik çizgisinin tutarlı olmadığı net bir şekilde görülmekte, özellikle *AT&T/NCR*, *MSG/Media*²⁶³ ve *GE/Honeywell* davalarında etkinliklerin birleşme aleyhine sonuç doğurduğu görülmektedir. Bu durum, etkinliklerin teşebbüslere yönelik bir *suçlama* olarak değerlendirildiği izlenimini doğurmaktadır²⁶⁴.

Yeşil Kitap'ta Komisyon tarafından, etkinlik konularının bugüne kadar çok az dosyada gündeme gelmiş olduğu şeklinde bir savunma yapılmış da, birleşme sonrasında hakim durum yaratılıp yaratılmadığına karar verilirken, işlem ile yaratılabilecek etkinliklerin bu kanıyı destekleyici bir faktör olarak ele alınması, neden etkinlik savunmalarının teşebbüslerce fazla kullanılmadığını açıklamaktadır.

Buna göre iki sistem arasında yapılacak bir karşılaştırma ile ortaya çıkan farklılıklardan ilkinin etkinliklerin *suçlama* olarak ele alınması konusu (birleşme sonrasında hakim durum yaratılmasında yaratılabilecek etkinliklerin bu kanıyı destekleyici bir faktör olarak görülmesi), ikincisini ise etkinliklerin ele alınmasında izlenen yol oluşturmaktadır.

²⁶² Benzer bir ifade 81(3). Maddede de bulunmaktadır. Bu madde ile Tüzüğün ilgili maddesi karşılaştırıldığında, 81(3). Maddede geçen ifadelerin Tüzük'ten daha geniş bir yorumla olanak tanıdığı görülmektedir. Bu konuda daha detaylı bilgi için bkz. Röller, H-L., Stennek, J., Verboven, F., Efficiency gains from mergers, sf. 70-71; Working Paper No. 543, The Research Institute of Industrial Economics, (2000); Ilkovitz, F., MeikleJohn, R., *European Merger Control: Do we need an Efficiency Defence?* Sf. 11-13 Paper prepared for the 5th Annual EUNIP Conference Vienna, (2001)

²⁶³ Karar hakkında bkz. Cook, C.J., Kerse, C.S. *EC Merger Control*, sf. 177, 3rd ed. (2000) Sweet&Maxell

²⁶⁴ Bkz: Kovacic, W.E., *Transatlantic Turbulence: The Boeing – McDonnell Douglas Merger and International Competition Policy*, 805, ALJ, Vol. 68(3), (2001); Shapiro, C., Patterson D.E., *Trans Atlantic Divergence in GE/Honeywell: Causes and Lessons*, sf 7-8 www.usdoj.gov/atr (2001); Kolasky, W., *Conglomerate Mergers And Range Effects: Its A Long Way From Chicago To Brussels*, sf. 9-10, George Mason University Symposium (2001), www.usdoj.gov/atr; Majoras, D.P., *GE/Honeywell: The US Decision*, (2001), www.usdoj.gov/atr; *The Economics of GE/Honeywell – Part 1 Mixed Bundling*, sf.2 www.lexecon.co.uk; Bishop, S., Walker, M., *The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement*, sf.294-296, 2nd ed. Sweet&Maxell (2002). Karşı yönde Monti, M., "Review of the EC Merger Regulation - Roadmap For The Reform Project", Conference on Reform of European Merger Control, British Chamber of Commerce, Brussels, Belgium, (2002). Monti, konuşmasında Topluluk hukukunda birleşme ve devralmaların kontrolüne ilişkin etkinlik suçlaması gibi bir şeyin olmadığını ifade etmektedir.

Etkinlik *suçlaması* gibi bir teori Amerikan hukukunda bulunmamaktadır. Rekabet kanunlarının amacı konusunun net olarak çizilmesinin ne derece önemli olduğunu gösteren bu konuda Komisyon uygulamalarına karşı Avrupa ve Amerika'dan sert eleştiriler gelmiştir²⁶⁵.

Bu eleştirilerin Komisyon üzerinde etkili olmadığını söylemek yanlış olacaktır. Nitekim, birleşmelere ilişkin değerlendirmelerde etkinliklerin ele alınması hakkında yeni gelişmeler çerçevesinde büyük ölçüde Amerikan hukukuna paralel düzenlemelerin yapılmasının önerilmesi, bu durumu teyit eder niteliktedir. Ne var ki, Taslak'ta Tüzüğün ilgili maddesinin değiştirilmeden bırakılması, bu çabaların üstüne gölge düşürmektedir.

Bu aşamada söylenebilecek olan, bu konuda da belirliliğin ancak kuralların uygulanması ertes

İlmutluhan SELÇUK

Rekabet Uzmanı

SUNUŞ³

Bence amaç tartışması çok önemli, özellikle birleşme/devralmaların kontrolü konusunda. Biraz önce, Gönenç bizi amaç tartışmasıyla tanıştırdı dedim. Burada tanıştırma ifadesini kullanmamın temel nedeni, bu tartışmanın mutlaka devam etmesi gerektiği ve tartışmanın çok önemli olduğu.

Benim konum, Avrupa ve Amerika arasında birleşmelerin kontrolü konusunda bir mukayese yapmak. Avrupa'yla Amerika arasında birleşmelerin kontrolü konusunda bir mukayese iki eksenli olabilir; bu amaç eksenli ve araç eksenli olabilir. Ben bu toplantıda, bu Oturumda daha çok araç eksenli bir karşılaştırma yapacağım. Ancak, araç eksenli bir karşılaştırma yapmam amaç konusuna değinmeyeceğim anlamına da gelmiyor; mutlaka ve mutlaka o araçların uygulanmasıyla ilgili amaç konusuna da değinmemiz gerekecek.

Birleşme/devralmaların kontrolüyle ilgili yapacağım mukayese yatay birleşmeler ile sınırlı. Bu çerçevede dikey ve ayrıksı (conglomerate) birleşmelere değinmeyeceğim. Bununla beraber, birleşme/devralmaların kontrolü konusunda usul başlığına da değinmeyeceğim. Usul başlığı çok önemli,

²⁶⁵ ibid.

¹ Bu bölümdeki açıklamaların takibi için lütfen bkz. Sunuş-3

özellikle birleşmelerin kontrolü konusunda maalesef usul konusu esasa etki edebiliyor. Özellikle yargının izlenecek usul içindeki rolü, yargının iki sistem arasında ex-ante ve ex-post denetim bakımından ayrı ayrı yerlere sahip olması, usul konusunda ciddi bir öneme sahip. Ancak bu konu başlı başına bir tebliğ olabilecek nitelikte. Ben bu nedenle usul konusuna değinmeyeceğim.

Rekabet kanunlarının amacı konusunun özellikle birleşme/devralmalarda netleştikten bahsettik ve bu tartışmada araçlar konusuna değineceğimizi söyledik. Bu tartışmada araçlardan kastettiğimiz, bir birleşme/devralma başvurusu Komisyon veya Amerika Birleşik Devletleri'nde Federal Ticaret Komisyonu veya Adalet Bakanlığının kapısından girdikten sonra bir birleşme başvurusuna ne oluyor, o birleşme başvurusu içeride hangi şartlar, hangi koşullar göz önünde bulundurularak değerlendiriliyor; bunu inceleyeceğiz. Ancak, buna geçmeden önce özellikle de birleşme/devralmalar konusunda son dönemde yaşanan gelişmelere de değinmemizde fayda var. Çünkü, birleşme/devralmalar konusu son dönemde çok, çok, üzerinde tartışılan bir nokta.

Tartışmalarla ilgili başlıklara deyinecek olursak, özellikle Avrupa uygulamasında, 2001 Aralık'ta Yeşil Kitabın yayınlanması, geçtiğimiz Aralık ayında Taslak Tüzük ve Yatay Birleşmeler Duyurusunun yayınlanması ve özellikle 2002 yılında Topluluk hukukunda ilk defa gerçekleşen, Topluluk hukukunda birleşme/devralmalara ilişkin yasaklama kararının esastan bozulduğu, Air Tours kararıyla başlayan ve daha sonra "Schneider Electric" ve "Tetra-Laval" davalarıyla devam eden üç tane bozma kararı var. Öğleden önce Gönenç'in söylediği gibi, bu konu hakikaten çok büyük bir etki yarattı. Komisyonun üzerinde bir soğuk duş etkisi yarattığını söylemek mümkün. Bunun olumlu etkilerini bekliyoruz. Gönenç biraz önce konuşmamızda, "evet, hakikaten Komisyonda çok şeylerin değişmesini bekliyoruz" dedi, ben de aynı şekilde umuyorum. Ama, bu davaların yanı sıra özellikle bir dava var ki, GE-Honeywell davası. Bu dava, Avrupa'yla Amerika arasında bu davada verilen kararların farklı olması nedeniyle çok büyük tartışma kopardı. GE-Honeywell davasının yarattığı dışsallıklar yalnızca Avrupa'yla Amerika arasındaki tartışmalar değil, Topluluk hukukunun amaç konusunda da bir belirsizlik içinde olduğunu ortaya koyması. Bununla beraber, Amerika Birleşik Devletleri'ne bakacak olduğumuzda Amerika Birleşik Devletleri'nde özellikle son dönemde alınan "Heinz Beechnut" kararıyla etkinlikler konusunun gündeme oturduğunu görmekteyiz. Biraz ilerleyen bölümlerde etkinlikler konusuna tekrar deyineceğiz.

Amerika'yla Avrupa Birliği arasında yapacağımız karşılaştırmaya başlamadan önce isterseniz öncelikle bir testlere bakalım. Amerika'yla Avrupa

arasında karşılaştırmada testlerin, ne olduğunu ortaya koyacak olursak, AB’de, “hâkim durum yaratan veya güçlendiren ve bunun sonucunda etkin rekabeti önemli ölçüde azaltan birleşme ve devirler yasaktır” diyor, tüzük. Amerika’ya baktığımız zaman “Clayton” Yasasının 7’nci Bölümü, “rekabeti önemli ölçüde azaltan birleşme ve devirler yasak” diyor. Acaba bu iki test arasında farklılıklar bizi nereye götürecektir göreceğiz.

Öncelikle ilk söz eski olanın, Amerika Birleşik Devletleri. Amerika Birleşik Devletleri’nde kullanılan teste baktığımız zaman, “rekabetin önemli ölçüde azaltılması”; ne demek bu? Yani, öyle bir kavram ki, istediğiniz yöne çekebilirsiniz. 1960’lara baktığımız zaman, 1960’larda bu kavrama yüklenen anlam hakikaten testin ne kadar esnek olabileceğini gösteriyor. “Brown Shoe, Von’s Grocery, Procter & Gamble” kararlarına baktığımız zaman, bakınız dikkat çekici, “Von’s Grocery”: birleşen tarafların pazar payı yüzde 7.5, en büyük pazardaki yüzde 8; ama, “birleşme, rekabeti önemli ölçüde azalttı” sonucuna varılarak mahkeme tarafından yasaklandı, daha doğrusu, mahkeme tarafından ilgili makamlarca yapılan yasaklama başvurusuna izin verildi.

Bu testin 1980 ve sonrasındaki uygulaması çok daha farklı 1960’lardan. 1970’lerde özellikle antitröst literatürünün değişmesi ve gelişmesiyle beraber 1980 ve sonrasında bu teste, bu test ağırlıklı olarak yatay birleşmelerin kontrolü konusunda uygulandı ve ayrıksı birleşmeler, dikey birleşmeler konusu yatay birleşmelere nazaran çok daha, özellikle 1970’lerden sonra ayrıksı birleşmeler aleyhine, Adalet Bakanlığı veya Federal Ticaret Komisyonu tarafından, yargı yoluna başvurulmadı.

Amerikan hukukunda bizim karşımıza çıkan çok önemli bir kavram var; “rehberler”. Topluluk hukukuyla ilgilenen buradaki arkadaşlarımızın çoğu rehberler konusunda Topluluk hukukunda sadece pazar tanımı vesaireyle ilgili rehberlerden haberdar. Ancak, Amerikan uygulamasında özellikle birleşmeler konusunda rehberlerin rolü çok önemli.

1968, 82, 84 ve 97’de, en sonra 1997’deki değişiklikleriyle beraber rehberler, Amerikan uygulamasında uygulamayı göstermesi bakımından çok önemli bir yere sahip.

Yatay birleşmeler konusunda ne demiştik? 1992 tarihli rehber çok önemli. Bakalım bu rehber ne diyor. Yatay birleşmelere ilişkin rehber ve rekabetin önemli ölçüde azaltılması ifadesi, yani bu Clayton Yasasının 7’nci bölümündeki ifadenin birleşme işlemi sonucunda “pazar gücü yaratılması” anlamına geldiği şeklinde yorumlanıyor.

Pazar gücü rehberde şöyle tanımlanmış: Firmanın fiyatlarını, önemli kayıplara uğramaksızın önemli bir süre zarfı için rekabetçi fiyat seviyesinin

üzerinde belirlemesi. Şimdi burada dikkat çekici olan bir nokta var; bir fiyatlar, iki etkiler, birleşme işlemi sonucunda yaratılan etkiler.

Yatay rehber bize, birleşme işleminde o binanın içinde ne, hangi aşamaların yürüdüğüne ilişkin bir fikir veriyor ve açık açık da zikrediyor. Birleşme işlemine ilişkin hangi aşamaların takip edildiği, Amerikan hukukunda, beş bölümde söylenebilir: Bunlar:

- 1) Birleşme işlemin sonucunda yoğunlaşma ne kadar artıyor?
- 2) Birleşmenin olumsuz etkileri doğurma ihtimali var mı?
- 3) Girişler olumsuz etkilerin, risklerin doğmasını engelleyebiliyor mu?
- 4) Birleşmeyle gerçekleştirilecek etkinlikler var mı? Etkinlikler konusu çok önemli. Birazdan üzerinde çok söz edeceğiz.
- 5) Taraflardan biri batan firma mı?

Rehber çerçevesinde Amerikan hukukunda bizim bir birleşme işlemini inceledikten sonra kendimize sorduğumuz bir tek soru var; işlem sonucunda pazar gücü yaratılıyor mu?

Bu sorunun, pazar gücünün ne şekilde yaratılıp yaratılmadığına karar vermeden önce testin aşamalarına tekrar bakalım derim ben.

Amerikan hukukunda yatay rehberde yoğunlaşma konusuyla, önce birleşme işlemini incelerken önce yoğunlaşmanın artıp artmadığına bakıyoruz, işlem ile ne derece arttığına önce yoğunlaşmaların ne seviyede olduğuna bakıyoruz. Bununla ilgili, elbette bir yoğunlaşmadan söz edebilmek için önce bir pazar tanımı gerekli. Bu, Komisyon uygulamasında da aynı. Pazar tanımında testin detaylarına fazla girmeyeceğim ama, ağırlıklı olarak “SSNIP” test denilen yüzde 5’le yüzde 10 arasında fiyat artırımıyla ilgili bir test uygulanıyor. Detaylarına fazla girmiyorum dediğim gibi. Ve yoğunlaşma oranının, pazardaki yoğunlaşma oranının ölçülmesiyle ilgili “HHI” endeksi kullanılıyor.

HHI endeksini gördüğümüz slaytta formülize etmeye çalıştım. Pazardaki yoğunlaşma oranı, aktör sayısı ve firmaların pazar paylarının bir fonksiyonudur şeklinde çevirdim. Ve pazardaki yoğunlaşma oranının HHI endeksi kullanılarak hesaplanması sonucunda yatay rehber bize bazı fikirler veriyor; diyor ki, “birleşme işlemi sonucunda pazardaki HHI endeksi şu çıkarsa şöyle olur, bu çıkarsa böyle olur”. Bunların detaylarına fazla girmiyorum. Rehberde ve tebliğ metninde çok açık bir şekilde yer alıyor.

Esas önemli olan bir konu var. Avrupa’yla Amerika arasındaki karşılaştırmalarda gerçekten önemli bir konu ve birazdan netlikler olup olmadığı

konusunda buna değineceğiz. Bir işlem sonucunda potansiyel olumsuz etkiler doğması. Bizim araştırdığımız konu neydi? İşlem sonucunda pazar gücü yaratılıp yaratılmadığı?

Bir işlem sonucunda pazar gücü iki şekilde yaratılabilir; tek taraflı ya da aktörlerin birlikte davranması ihtimali sonucunda elde edilen bir pazar gücü şeklinde olabilir.

Bu tek taraflı ve işbirliği doğurucu olarak ikiye ayırabileceğimiz bu etkilerden ilkinde, işbirliği doğurucu etkilerde birleşme pazardaki aktörler arasında gizli veya açık, başarılı bir şekilde işbirliğine gidilmesi ihtimalini artırıyor mu, artırmıyor mu; kendimize sorduğumuz soru bu. Anahtar kelime işbirliğinin başarılı olması. Bu anahtar kelimenin Avrupa uygulamasında ne derece farklı yorumlandığına ilişkin birazdan deyineceğiz.

İşbirliği doğurucu etkilerle ilgili iki temel şart var Amerikan hukuku uygulamasında. Bunlar çok yerleşmiş ve özellikle iktisat bilimiyle de çok yakından alakalı şartlar. İşbirliğinin doğmasına olanak tanıyacak koşulların varlığı, örneğin ürünlerin homojen olup olmaması, halihazırda piyasada gerçekleşen ilişkiler, şeffaflık ve esas önemli olan takip, tespit ve cezalandırma mekanizmaları, yani birleşme işlemi sonucunda işbirliği doğurucu etkilerden bahsedebilmek için incelediğimiz iki nokta bu.

Tek taraflı etkiler, birleşik firmanın işlem sonrasında diğer firmalar ile işbirliği içine girmeksizin tek taraflı olarak üretimi kısıp, fiyatları yükseltebilme olanağına sahip olup olmaması anlamına geliyor. Tek taraflı etkiler konusu acaba Avrupa’da uygulanan hâkim durumla aynı mı? Avrupa uygulamasını değerlendirdiğimizde cevap kendiliğinden ortaya çıkacak.

Tek taraflı etkiler iki şekilde ele alınmış rehberde. Bunlara baktığımız zaman, “ürünler arası farklılıklar ve firmaların kapasitelerine göre farklı olduğu durumlar” başlığı altında ele alınmış. Bunların çok detaylarına da yine girmiyorum.

Rehberde geldiğimizde hatırlarsanız ne demiştik, önce yoğunlaşma oranı, ondan sonra olumsuz etkiler. Üçüncü olarak dikkate alınan nokta, pazara girişler. Pazara girişler konusunda üç önemli noktaya değiniliyor. Girişlerin ne derece etkili olduğunu tespit etmemiz lâzım. Dikkat ettiyseniz hep test etki üzerine.

Girişler konusunda üç nokta var; girişlerin etkisin ne zaman hissedilecek, pazara giriş kârlı olacak mı, pazara girişler olumsuz, tek taraflı veya işbirliği doğurucu etkileri ortadan kaldıracak mı? Ve, sondan bir önceki nokta, etkinlikler konusu.

Biraz önceki davaları size tekrar hatırlatacağım zaman, Procter & Gamble davasından bahsettim, Procter & Gamble kararında, 1960’larda söylenen çok önemli bir şey var. Sanırım, bu birazdan yapacağımız karşılaştırmalar da size hiç yabancı gelmeyecek.

Birleşmeyle yaratılan etkinlikler diğer pazardaki aktörleri (Rakipleri) rahatsız ediyor. Diğer aktörleri rekabet için daha fazla çabalamaya zorluyor. Dolayısıyla da, o tarih itibarıyla hedeflediğimiz bizim “bir amaç olarak rekabet” olduğu için bu etkinlikler zararlı görünüyor. Ama, Procter & Gamble’den sonra çok şey değişti. Birleşmeyle sağlanan etkinlikler artık çok önemli. Bir birleşmenin refaha iki tür etkisi var: Biri, yarattığı olumsuz etkiler, iki, etkinlikler konusu. Bu yüzden birleşmelerin olumlu etkisi sayabileceğimiz etkinlikler, yatay birleşmelere ilişkin yaptığımız analizlerin önemli bir noktasını oluşturmaktadır.

Ancak, etkinliklerin ölçülmesi zor ve etkinliklerle ilgili Amerikan hukukunda iki tane kavram karşınıza çıkıyor. Bunlara baktığımız zaman, bir, etkinliklerin, birleşmeyle sağlanan etkinliklerin birleşmeye has olması, yani başka bir yolla gerçekleştirilememesi gerekmekte. Bu, çok dar yorumlanan bir şey değil. İkinci olarak, kavranabilir olması lâzım etkinliklerin. Kavranabilir etkinlikler birleşmeye has ve gerçekleşeceği gösterilebilir deniliyor. Tebliğ metninde bu kavramlar hakkında daha detaylı bilgiye yer veriyoruz.

Rehber baktığımız zaman, etkinlikler konusunda artan oran, “Sliding Scale Principle” denilen bir prensip getiriliyor. Bu prensip, birleşmeyle yaratılan olumsuz etkilerin derecesi ne kadar artarsa sağlanacak etkinliklerin de miktarı o kadar fazla olmak zorunda.

Amerikan uygulamasıyla ilgili son konu “batan firma savunması”ydı; buna değinmedim izninizle. Batan firma savunması da temel olarak birleşen taraflardan ve işlem sonucuna acaba rekabet üzerinde ne derece etki yapılacak; bununla ilgili bazı testler var. Ama, bu konuya değinmemeyi tercih ettim.

AB’de uygulanan test, hâkim durum yaratan veya güçlendiren ve bunun sonucunda etkin rekabeti önemli ölçüde azaltan birleşme ve devirler yasaktır.

Aklımıza bu testi koyduğumuz zaman birçok soru geliyor. Açıkçası, ben bu Kuruma girdiğim zaman benim de aklıma gelmişti. Bir, hâkim durum ne demek? İktisatta var mı böyle bir şey? Yok.

Hâkim durum ne anlama geliyor? Bakalım, madem iktisadî bir kavram değil, hukukî bir kavram, United Brands, Hoffman La Roche, Continental Can davalarında denilmiş ki, hâkim durum, rakipleri, müşterileri ve tüketicilerden

bağımsızlık anlamına gelir. Şimdi, karşınıza gelen ikinci soru, bağımsızlık ne demek?

Taslak tüzüğe baktık. Komisyon tarafından yapılan yeniliklerden bir tanesi “Terimler Rehberi”ne baktık ve literatüre baktık. Çok daha fazla detaylarına girmeksizin hâkim durum kavramının pazar gücü kavramıyla eş tutulduğunu görmekteyiz.

İkinci soru, hâkim durumun güçlendirilmesi. Bunlar sadece testten bizim karşımıza çıkan sorular. Hâkim durumun güçlendirilmesi ne demek? Şimdi bakalım. Kendi kendimize birkaç soru soralım. Pazar lideri birleşmeyle daha etkin hâle geliyorsa hâkim durum güçlendirilmiş olur mu? Birleşme işlemi sonucunda daha fazla etkin olmak acaba hâkim durumu güçlendirir mi?

İki, ya rakipler birleşme ertesinde daha da etkin çalışmak zorundaysa; bu durum, birleşme sonucunda rakiplerin pazar dışına itilmesi sonucunu doğuruyor mu demektir? Özellikle pazar dışına itilmek konusunda, Topluluk ve Amerika arasında ciddi farklılıkların olduğunu söylemek mümkün.

Üçüncü sorumuz yine testten kaynaklanan, ne diyor? Hâkim durum yaratan ve güçlendiren ve bunun sonucunda rekabeti önemli ölçüde azaltan. İki aşamalı bir test mi bu? Belli değil. Hâkim durum yaratan veya hâkim durum yaratan, ama rekabeti önemli ölçüde azaltmayan durumlar var mı? Bilmiyorum. Hâkim durum, rekabetin önemli ölçüde azalmasını zımnen kapsayan bir şey mi? Sizler cevap verin. Farklı görüşler mevcut. Mahkeme diyor ki, “iki aşamalı bir test bu” diyor. Ve biraz önce hâkim durumun tanımıyla ilgili söylediğimiz pazar gücünü de dikkate alırsak, bu soruyu bir kenara bırakıyorum.

Topluluk uygulamasında rehberlerin olmadığını söyledik. Topluluk uygulaması bize verdiği yol, çizdiği, gösterdiği yol ne? Birleşmelerin kontrolüyle ilgili Tüzük. Tüzüğün 2’nci maddesi bize, birleşmelerle ilgili nelerin dikkate alınması gerektiğini söylüyor. Ben saydığım için burada tekrar saymayacağım. Ama, üç aşağı beş yukarı aynı şeyler.

Gelelim testin aşamalarına, Avrupa’yla Amerika’yı karşılaştırırken. Bir, yoğunlaşma. Önce ilgili pazardan başlıyoruz, aynen Amerika’da olduğu gibi.

Kali&Salz’da denilmiş ki, “ilgili pazar konusu yapılan incelemenin başlangıç noktasını teşkil eder”. Yoğunlaşma konusunda biraz önce size Amerika uygulamasında HHI indeksinin kullanıldığını söylemiştim. Ama, Avrupa uygulamasında “CR4” incelemesi, yani “Concentration Ratio 4 (CR4)”, yani yoğunlaşma oranı endeksi kullanılıyor. Ancak bu, son zamanlarda, birkaç davada HHI indeksinin kullanılmaya başlamasıyla değişmekte.

Tüzükte herhangi bir Threshold - eşik getirilmiyor. Bu konuyla ilgili tüzüğün Dibacesinin 15'inci paragrafında, yüzde 25'i aşmayan birleşmeler çok fazla sakıncalı görülmediği söylenmekle beraber, kararlara baktığımız zaman, yüzde 37, yüzde 36, yüzde 28'le birleşen tarafların hâkim durumda olduğu veya bulunduğu sonucuna ulaşıldığını görüyoruz.

Sunumumuzun başında Topluluk hukuku ciddî değişiklikler yaşıyor dedik. Bunlardan ilki tüzükle ilgili yeni taslak ve bununla beraber ikinci değişiklikle de duyuruydu.

Duyuruya baktığımız zaman, yoğunlaşmalarla ilgili HHI indeksinin kullanılacağını ve yeni pazar payı eşiklerinin getirileceğini söylüyor; bunu görebiliyoruz.

Topluluk hukukuyla ilgili bizim üzerinde durmamız gereken önemli noktalardan bir tanesi hâkim durum yaratılması ve güçlendirilmesi. Zaten kavramın kendisi biraz sorunlu. Ama, bakalım uygulamada nasıl yorumlanıyor?

Topluluk hukukunda hâkim durum yaratan veya güçlendiren durumlar iki aşamalı: Bunlar, tek firma hâkimliği, lider firma olarak algılanıyor bu genelde ve de birlikte hâkimlik. Kali&Salz, Gencor ve Airtours davalarında birlikte hâkimlik konularından hepimiz aşınayız.

Hepberaber bakalım birlikte hâkimliğe. Gencor davasında denilmiş ki, birleşme işlemi sonucunda, birleşen tarafların diğer aktörlerle birlikte, birlikte hâkim durumda olduğundan bahsedebilmek için iktisat kavramındaki "Tacit collusion", yani gizli işbirliğine bakmamız lâzım". "Air Tours" kararı, Komisyon, "hayır, bakmam" diyor, özellikle de gizli işbirliğinin sağlanmasıyla ilgili biraz önce size söyledim, "cezalandırma şartının varlığı gerekli değil" diyor. Air Tours, İlk Derece Mahkemesi, "hayır, bakmak zorundasın" diyor. Gördüğümüz, ulaştığımız sonuç ne? Birlikte hâkimlik konusunda Air Tours kararını belirleyici olarak ele alırsak, birlikte hâkimliğin içeriği konusunda halihazırda bazı sorunlar olduğu.

Şimdi bir retorik yapalım, pazar lideri olmadan hâkim durum olur mu ? Diyelim ki, üçüncüyle beşinci birleşti, en büyük ikinci oldu. Hâkim durum yaratılması veya güçlendirilmesi var mıdır? Bir birleşme işlemi sonucunda pazarda en büyük ikinci hâline gelmek, birleşmenin tek taraflı etkisi midir?

Air Tours kararı. Komisyon tarafından alınan kararlar; bakalım. Birlikte hâkimlik kararı; ürünler homojen değil, pazar oligopolistik, ama işbirliği doğurucu hiçbir koşul yok, birleşik firmayla en büyük rakibi arasında yüzde 4'lük fark var. Burada birlikte hâkimlik yok. Acaba Komisyon tek taraflı etkileri

mi denemek istedi ? Yani, acaba Komisyon, birleşen taraflar pazar lideri olmasa da tek taraflı etkilerden bahsedilebilir mi diyor. Limbo, boşluk, belki.

Duyuru, acaba bu boşlukları, bu tartışmayı değiştiren bir şey mi?

Yeni duyuruda bir birleşme işlemi sonucunda hâkim durum yaratılması veya güçlendirilmesi üç başlık altında ele alıyoruz:

1. Önemli ölçüde pazar konumuna ulaşılması.

2. Oligopolistik pazarlarda rekabetin seviyesinin tek taraflı olarak azaltılması tek taraflı işlemlerle.

3. Oligopolistik pazarın yapısını, satıcıların işbirliğine girmelerine olanak tanıyacak şekilde değiştirmesi.

Birincisi, pazarda lider konuma gelmek: Klasik hâkim durum, bizim bugüne kadar anladığımız. İki, işbirlikçi olmayan oligopoller: Diyor ki, “birleşme öncesi taraflardan birinin arzı kısıp, fiyatları yükseltmesi hâlinde bu tarafın müşterilerinin diğer tarafa geçecek olması nedeniyle, ticarî açıdan kârlı olmayacak davranışlar artık teşebbüslerin birleşmesi neticesinde kârlı hâle gelebilecek”. Bakın, burada bildiğim klasik hâkim durumdan, yani pazar lideri konumuna geçmekten farklı bir şey söyleniyor. Klasik hâkim durumu birincide söyledik. Komisyon artık diyor ki, “işlem sonrasında pazar lideri olunmasa da, işlemin tek taraflı etkilerinden bahsedebilirim, hâkim durum yaratılıyor ve güçlendiriyor diyebilirim”.

Yeni duyurunun üçüncü ayağı; işbirliğinin artması, işbirliği riskinin. Yeni duyuru açıkçası tek taraflı etkiler ve işbirliği doğurucu etkiler konusunda hakikaten olumlu bir yol çiziyor ve işbirliği riskinin artmasıyla ilgili Air Tours İlk Derece Mahkemesinin kararını aldığı yolu takip ediyor ve diyor ki, “bir işlem sonucunda pazarda işbirliğine ilişkin etkiler doğma ihtimali artmış”, buna birlikte hâkim durum, collective, joint, oligopolistik, ne demek isterseniz, ne şekilde adlandırmak isterseniz o şekilde adlandırabiliriz, “birleşme işlemin sonucunda işbirliği riskinin artması için işbirliğini takibi, caydırıcı mekanizmaların varlığı ve işbirliği dışında kalanların durumu incelenir” diyor.

Hâkim durum tanımlandı tüzükte. Avrupa uygulamalarında ilk defa hâkim durum tanımlanıyor yazılı bir metinde. Olumlu bir şey. İkinci, işbirlikçi, tek taraflı etkiler, birleşmeyle ilgili, ayırım yapılması; olumlu. Üç, yoğunlaşma eşikleri; olumlu ama eksik. Dört, tek taraflı işbirlikçi etkilerin aynı dosyada incelenebileceğini söylüyor yeni duyuru bize. Air Tours kararını dikkate alırsak biraz daha dikkatli olmak lazım.

“Alıcıların gücü, teşebbüslerin ekonomik ve finansal gücü, teknik ve ekonomik süreçteki gelişmeler” diyor, özellikle etkinlikler. Etkinlikler konusu çok önemli. Buna ayrı bir başlık altında değiniyoruz.

Tüzükte diyor ki, “rekabet engeli şeklinde olmayan ve tüketiciye avantajlar sağlayan teknik ve ekonomik süreçteki gelişmeler dikkate alınır”. Ne demek bu? Rekabet engeli şeklinde olmayan etkinlikler; ben bunu çözememdim, kimse de çözememiş zaten. Kısır döngü; rekabet engeli, hâkim durum yaratılıyorsa ne olacak, etkinlikler? Bilmiyoruz.

Söylediğimiz bir şey var; “İki kişi arasındaki ilişki yanlış ayaklarda başlarsa bozulmaya mahkûmdur”, tüzükteki bu ifadenin değişmesi lâzım. Aksi takdirde işlem veya burada yer alan ifadeler sürdürüldükçe sürdürülebilir. İlginç olan bir nokta var; bu ifade yeni tüzükte değişmedi.

Etkinlikler konusunda Komisyonun takip ettiği yola bakalım. “AT&T, MSG Media, GE-Honeywell” davalarına baktığımız zaman, birleşme işlemi, biraz önce size retorik olarak sorduğum soruların birinci cevabı bu. Etkinlikler hâkim durum yaratılmasına kanıt olarak kullanılabilir; yani, bir işlem sonucunda eğer işlem ile birleşen taraflar etkin hâle geliyorsa, hakikaten hâkim durumun yaratılması, güçlendirilmesi için bu konu kanıt olarak kullanılabilir.

Etkinlik suçlaması; yani etkin olduğu için birilerini suçluyorsunuz ve bununla beraber sağlamaştırma doktrini denen bir doktrin geliyor. Şimdi, bu bize “Brown Shoe” vesaireyle ilgili 1960’lar Amerikasındaki Procter & Gamble kararını hatırlattı mı? Etkinlikler suç, maalesef.

Duyuruda diyor ki, ilginç bir şey, “etkinlikler olumlu bir unsur” diyor. Çok güzel. “Etkinlikler değerlendirmenin bir ayağını oluşturur, hâkim durum varılacak en son sonuç...” Hani biraz önce size söylediğim, acaba hâkim durum yaratan bir şeyin etkinliği vesaire konusuna duyuru son noktayı vuruyor. Duyuru olumlu. Ancak, dediğimiz gibi, tüzüğün 2.1-M maddesi, yani rekabet engeli şeklinde olmayan ifadesi değişmediği ölçüde durum belirsiz.

Gelelim mukayeseye. Birleşmenin iki tane etkisi var, refah etkisi: Bir, pazar gücü yaratılması, iki, etkinlikler. Dolayısıyla, AB ve Amerika arasında yapacağımız karşılaştırma da bu iki konu üzerinde olmak zorunda.

Bir, testlerin kapsadığı hâller. ABD, testlere ilişkin oturmuş bir uygulama var. İşbirliği doğurucu, tek taraflı etkiler konusu; biraz önce, öğleden önceki yapılan sunumlardan da sinyallerini aldık, gayet oturmuş bir uygulaması var ve bu konu gittikçe gelişiyor.

AB; testlerin kapsadığı hâller konusu hâlâ net değil. İşbirliği doğurucu hâller ve tek taraflı etkiler konusunun sınırları Air Tours kararına rağmen belli değil. Duyuruyu saymazsak, duyuruda bile bir sürü boşluk var.

Mukayese etkinlikler: ABD, etkinlikler olumlu bir unsur. Procter & Gamble 1960'ta kaldı.

AB, etkinlikler hâkim durumun yaratılması, güçlendirilmesine kanıt olarak kullanılabilir. Etkinlik suçlaması; evet.

Yeni düzenlemeler: AB-ABD arası farklılıkları azaltıyor mu? Testin kapsadığı hâllere bakalım, etkinliklere bakalım. Testin kapsadığı hâller konusu; hâkim durum testi korunuyor. Ancak, işbirliği ve tek taraflı etkiler arasında ayırım net olarak çiziliyor. Tek taraflı etkiler artık Komisyon uygulamasında da kapsam içinde. Bundan sonra önümüze, pazar lideri olunmadığı, ancak hâkim durum yaratıldığı dosyalarla karşılaşacağız. Her ne kadar literal olarak bize yabancı bile gelse de.

Etkinlikler: Etkinlikler, birleşmede dikkate alınacak olumlu bir unsur yeni düzenlemelerle. Ancak, tüzüğün 2.1-M maddesinin değişmemesi bu konuda bazı sorunlar yaratabilir.

Kullanılan testlerin genel özelliklerine bakalım bir de. Hâkim durum testi ve rekabet testi: Bir; testin tanıdığı yetkilerin genişliği açısından bir karşılaştırma: Komisyon tarafından hâkim durum testinden vazgeçilip, rekabet testine geçilmesi konusunda getirilen eleştirilerden bir tanesi bu. Ama, rekabet testi çok geniş bir yetki tanıyor. Şimdi bakalım. Bu biraz yanlış. 1960'lar Amerikasında yapılan yorumlarıyla şu an Amerika arasında ciddi farklılıklar var.

Hâkim durumun ilk etapta Komisyon üzerindeki ispat yükünü artırıyor gibi görünse de, yüzde 28'lik Carrefour davasını unutmayalım.

Kullanılan testlerin genel özellikleri konusuna tekrar dönecek olursak, ikinci başlığımız, "testlerin uygulamaya yatkınlığı".

Ne dedik? Hâkim durum hukukî bir kavram ve bu hukukî kavramın kullanılmasına negatif dışsallıklar olduğunu yaklaşık 25 dakikadır ben söylüyorum size. Evet, hâkim durum ne demek, güçlendirilmesi ne demek vesaire. Ancak, bizim birleşme/devralmaları kontrol ederken dikkate almamız gereken nokta ne? Birleşme/devralmalarla yaratılan etkiler. Dolayısıyla, rekabet testi veya Amerika Birleşik Devletleri'nde kullanılan test iktisat bilimine daha yakın bir test. Ve önemli olan, birleşmeye yaratılan etki ise, bu test kullanımında daha olumlu.

Ekonomik analiz konusu; Toplulukla Amerika arasında ciddi farklılıklardan bir tanesi.

İki tane dava; hemen bakalım.

Öğleden önce Gönenç'in söylediği "Syufy Enterprises" davası, Amerika; ne demiş davada yargıç? "Bütün antitröst davaları gibi bu dava da iktisadî açıdan anlamlı olmalıdır". Çok güzel. Komisyona bakalım; 2001 davası, GE-Honeywell.

Komisyon kararında; "bağlama eyleminin, ... olacağı konusuna ulaşmak için bahsi geçen ekonomik modellerin bir ya da başkasına dayanmak zorunda değildir". Neye dayanacak o zaman? Bilmiyorum.

Sonuçlar:

1. Testlerin kapsadığı alanlar konusunda AB'de belirsizlik var. Aşılıyor diyebiliriz en azından.

2. Etkinlikler konusu AB'de bir suçlama olarak ele alınabiliyor. Bu durum kesinlikle değişmeli. Olumlu bir şey etkinlik. Yeni değişiklikler olumlu, ancak kesin bir şey söylemek için çok erken.

3. Testler ne olursa olsun önemli olan hangi amaçla uyguladığınız. Amaç net olmalı. Amaç konusunda AB'de belirsizlik hâkim. Ancak, bu kazmaya devam etmek anlamına gelmiyor. Ne demek kazmak? Sevdiğim bir söz var; "eğer bir çukurun içindeysen, yapacağınız ilk şey kazmayı bırakmaktır". Artık hâkim durum kavramını, benim şahsî kanaatim, bazı zorluklar yarattığını, negatif dışsallıklar doğurduğunu biliyoruz. Ama, hâkim durum kavramını esnettikçe esnetiyoruz. Bence kazmayı bırakmak lâzım.

Sonuç; bütün bu değişiklikler sonucunda son sözü uygulama söyleyecek. Görelim Komisyon nasıl uygulayacak yeni şeyleri ve farklılıklar ne şekilde gerçekleşecek?

Korkmaz İLKORUR

Ticaret ve Sanayi Danışma Komitesi

Türkiye hepimizin bildiği gibi ekonomisine bir çıkış yolu ve çıkışta kullanabileceği araçların arayışı içinde. Çıkış yolu, ekonomiyi sürekli ve artan bir şekilde rekabete açmaktan başka bir yol değil. Bu çıkış yolunda da kullanılabilecek en etkili araçlardan biri hiç şüphesiz şirketler arasında Birleşme ve devralmalardır. Bu çıkış yolunun “olmazsa olmaz” kurumlarından biri olan Rekabet Kurulunun, bu önemi aracın ekonomimize daha etkinlikle katılmasını ve dolayısıyla daha iyi tanınmasını temin etmek maksadıyla hazırlamış olduğu bu toplantının, biraz evvel bahis ettiğim arayışlar çerçevesinde fevkalâde zamanlı olduğunu ifade etmek ve bu nedenle toplantıyı tertip eden Rekabet Kurulu yetkililerine tebriklerimi sunmak isterim. Aynı zamanda, bu toplantıya katılmaktan ötürü ne kadar büyük bir memnuniyet içinde olduğumu ifade eder ve gerek bu önemli konuda bilgilenmemize, gerekse kendi bilgi dağarcığımızdaki bazı hususları sizler ile paylaşmamıza olanak sağladıklarında dolayı başta Sayın Profesör Doktor Tamer Müftüoğlu Bey olmak üzere tüm yetkililere şükranlarımı arz etmek isterim.

Benden Sayın İlmütluhan Selçuk Beyin mukayeseli olarak Avrupa Birliği ve Amerika Birleşik Devletleri’nde Yoğunlaşmaların Kontrolü adlı tebliğini tartışmam istendi. Sayın Selçuk’un hazırlamış olduğu tebliği dikkat ve büyük bir beğeni ile baştan aşağı okudum, notlar tuttum. Kendisini bu çalışmasından dolayı kutluyorum. Tebliğ gerek Amerika Birleşik Devletleri’nde, gerekse Avrupa Birliği’nde yoğunlaşmaların kontrolü hukukuna esas teşkil eden birleşmelerin kontrolünde gözetilen amaçlar çerçevesinde yapmış olduğu kıyaslamaların fevkalâde kapsamlı oluşunun yanı sıra, rekabet hukukunun gelişmesindeki sürekliliği, değişimdeki hızı ve içeriğindeki giderek artan karmaşıklığı gözler önüne sürmesi açısından da çok önemli bir çalışmadır.

Ben bir hukukçu değilim; dolayısıyla Sayın Selçuk’un tebliğinde kapsamlı ve örneklere dayanarak verdiği yoğunlaşmaların kontrolünde kullanılan testler, takip edilen yöntemlerin hukuksal boyutları hakkında bir yorum getirmem mümkün olmadığı gibi benim burada tartışmacı olarak bulunmamın maksadına da çok uygun düşmeyecektir kanısındayım. Zira, benim kısıtlı hukuk bilgim veya mantığım bana, yoğunlaşmaların kontrolünde kullanılan testler ve takip edilen yöntemlerin yoğunlaşmaların kontrolünde esas alınan amaç veya amaçların bir fonksiyonu olması gerektiğini söylüyor. Dolayısıyla, bir iktisatçı olarak Amerika Birleşik Devletleri’nde ve Avrupa

Birliği'nde esas alınan bu amaç veya amaçları irdelemem gerekiyor kanısındayım. Bu kanının burada temsil ettiğim OECD BIAC, yani "Business and Industry Advisory Committee" veyahut da "İş ve Sanayi İstişare Danışma Komitesi"nin bu konuda neler düşündüğünü seslendirme gereğiyle de kuvvetlendiriliyor. Ama, çok daha önemlisi, bu kanım, Sayın Selçuk'un tebliğinin giriş bölümündeki ifadelerinden kuvvet kazanıyor. Kendisi tebliğinin giriş bölümünde, Topluluk rekabet hukukunun neden bir dönüm noktasında olduğunu iki nedenle izah ediyor, ki bunlardan bir tanesi, 2001 yılındaki Yeşil Kitap ve 2002'de Taslak Konsey tüzüğünün yayınlanması, diğeri, birleşme ve devralmalara ilişkin alınan kararların yargısal denetimindeki köklü değişiklikler. Bunları izah ettikten sonra kendisi şöyle diyor: "Yoğunlaşmaların kontrolü konusunda gözlerin Komisyon, yani Avrupa Birliği üzerine çevrilmiş olması yalnızca iki başlık altında bahsettiğimiz bu gelişmelerden kaynaklanmamaktadır. Özellikle "General Electric-Honeywell" davasında Komisyon tarafından alınan yasaklama kararı yoğunlaşmaların kontrolü amacı konusunu tartışmaya açmış, bahse geçen işleme Amerikan otoritelerinin izin vermiş olması, sistemler arası benzerlik/farklılıklara ilişkin tartışmaların gündeme gelmesine neden olmuştur" diyor kendisi.

Sayın Başkan, bu kuvvetlendiriciler karşısında ve benim temsil ettiğim BIAC'ın düşüncelerinin seslendirilmesi açısından görüşlerimi yoğunlaşmaların kontrolü amacı boyutunda sınırlandırmama izin vermenizi rica edeceğim.

Temsil ettiğim BIAC, yani İş ve Sanayi Danışma Komitesini kısaca tanıtmak isterim her ne kadar birçoğunuz aşına olmanıza rağmen yine kısa bir izahatta bulunmak istiyorum. Türkiye'nin de kurucu üyesi olduğu OECD resmi bir kuruluş. Uzun yıllar boyunca ana işlevi olan sürekli gelişen bir dünya ekonomisi yaratmak maksadıyla çalışmalar yapan OECD, bugün çok ciddi fikir ve politika üretim Kurumu hâline gelmiştir. Yapılan çok yönlü ekonomik ve sosyal kalkınma içerikli çalışmalara üye ülkeler hükümetleri vasıtasıyla veri ve talep aktarmaktadırlar. Bu şekilde OECD'nin üreteceği politika tavsiyelerinin, üye ülkelerinin özellikle taleplerini de dikkate alarak oluşmasına gayret gösterilmektedir.

OECD, yapılan çalışmaları hükümetlerin yanı sıra, dünyanın hangi ülkesi olursa olsun ülke ekonomisinin iki ayrılmaz tarafının da veri ve taleplerini yansıtmaktadır. Bu taraflar; işverenler ve çalışanlardır. Bu maksatla OECD içinde iki özel pencere açılmıştır: Bunlardan biri BIAC, öbürü "TUAC"dır.

BIAC, ülkelerin bağımsız ve gönüllü işveren temsilci kuruluşları vasıtası ile işverenleri temsil eden penceredir OECD'de. Bu pencerede Türkiye'nin temsilcisi TÜSIAD ve TİSK'tir. Diğer pencere olan TUAC, yani

“Trade Union Advisory Committee” ise sendikalar vasıtası ile çalışanlar kesimini temsil etmektedir. TUAC’taki Türkiye temsilcileri de HAK-İŞ, TİSK ve TÜRK-İŞ’tir yanılmıyorsam değil mi?

Her iki komite, OECD’de yapılmakta olan her türlü çalışmaya paralel olarak kendi çalışmalarını yürütmekte, çalışmalara veri koymakta ve oluşacak politikalar için görüşlerini belirtmektedir ve politikaların oluşmasına katkıda bulunmaktadırlar.

OECD’nin 2001 senesinde başlayıp 2002 senesinde sonuçlandırdığı ve Rekabet Kurulu yetkili ve uzmanlarının da geniş ölçüde katkıda bulunduğu “Düzenleyici Reform Türkiye’yi Gözden Geçirme” çalışması sırasında BIAC, TÜSİAD kanalıyla çalışmaların tüm aşamalarına ve toplantılarına katılmış ve katkıda bulunmuştur.

Bu kısa açıklamadan sonra ilk not etmek istediğim husus, gerek BIAC’ın, gerekse Başkanlığını yaptığım BIAC Düzenleyici Reform Governance Çalışma Grubunun düzenleyici reform, düzenleyiciler ve bunların önemli bir parçası olan bağımsız kuruluşlar hakkındaki düşünceleri üzerine olacaktır.

BIAC fevkalâde karmaşık ve değişken hâle gelen piyasa ekonomisi sisteminin nihaî tüketici aleyhine çalışmasını önlemek maksadıyla yapılan düzenlemelerin ve bu düzenlemelerin sistematik bir şekilde reforme edilmesinin tam bir destekçisidir. Ancak, bu desteğin olmazsa olmaz iki koşulu bulunmaktadır. Tabii BIAC’ın iş dünyasının fikirlerini yansıttığını söylememe gerek yok.

Birincisi, bu iki olmazsa olmaz koşuldan birincisi, düzenleyicilerin sistematize ve reform edilmesi, her alanda regülasyon yapılması ve regülasyonların sayılarının ve iş dünyası üzerindeki administrative ve uyum yüklerinin, compliance yüklerinin artırılması anlamına gelmemektedir. Tam tersine, reform süreci içinde düzenleyicilere alternatiflerin geliştirilmesi ve her türlü yükün azaltılmasının hedeflenmesi savunulmaktadır. Desteğin olmazsa olmaz ikinci şartı, regülasyonların inovasyon, yani yenilikleri ve kaynakların kullanımındaki verimliliği engellememesidir. BIAC, bu şartın yerine getirilebileceği tek ortamın rekabet ortamı olduğunu kuvvetle savunmaktadır.

BIAC’ın düzenleyici kurullar içinde düşüncesi ise, düzenleyici kurulların yalnızca, özellikle devlet monopolünden özel sektöre geçen enerji, telekomünikasyon gibi bağlantı endüstrilerinde sermaye piyasaları ve finans sektörü gibi sektör spesifik, sektöre ait regülasyon gereğinin yüksek olduğu veya rekabet gibi tüm sektörleri ortak kesen alanlarda ve tam siyasî serbesti içinde dengeli bir malî ve denetim serbestisi içinde olması şeklindedir.

Türkiye’de izlediğimiz eğilim gibi, kamunun ekonomi üzerindeki giderek azalan etkisini telâfi etmek maksadıyla siyasî nitelikli çok sayıda düzenleyici kurulun, birinci olarak belirttiğimiz olmazsa olmaz şartı zedelediği kanısındayız.

Bu ilkelerden yola çıkıldığında BIAC’ın yoğunlaşmalar hakkındaki düşünceleri de ortaya çıkmış olmaktadır, yani;

1. BIAC bir düzenleyici kurum olarak rekabet otoritesinin destekçisidir.

2. BIAC, rekabet otoritesinin, yoğunlaşmaların kontrolü çalışmalarına tam destek vermektedir. Ancak BIAC, bu Konferansta, özellikle Türkiye açısından fevkalâde isabetli ve zamanlı bir şekilde ele alındığı şekilde yoğunlaşmaların kontrolü amacı konusunda Avrupa Birliği’ne hâkim olunan düşünceden ziyade, daha oturmuş ve hedefi ve dolayısıyla uygulanabilirliği daha açık ve ekonomik tabanlı olan Amerika Birleşik Devletleri düşünce tarzına daha yakındır. Zira BIAC, serbest piyasa ekonomilerinin üretimlerini organize etmelerinde esas olarak ürün ve hizmet piyasalarındaki rekabeti temel olarak aldıklarının bilincindedir.

Rekabet, yeniliği uyarmakta ve teşvik etmekte, kaynaklarının dağılımında ve kullanımında verimliliği zorlamakta, ürün çeşitlendirmesine ve daha düşük fiyatlara yol açmaktadır kanısındayız.

Dolayısıyla BIAC, yoğunlaşmaların kontrolü amacının temelinde yatan nihaî tüketicinin çıkarlarının korunmasının rekabetçi ürün ve hizmet piyasalarından geçtiğini savunmaktadır.

Ancak, sabahki Oturumda sunulan, Sayın Gürkaynak’ın tebliğinde fevkalâde bir analizle sunulduğu gibi ve Sayın İlmutluhan Selçuk’un hukuksal boyuttaki kontrol testleri ve yöntemlerine taşıdığı üzere yoğunlaşmaların kontrolündeki amaç açısından Amerika Birleşik Devletleri ve Avrupa Birliği arasında çok ciddi farklılıklar bulunmaktadır. Sayın Selçuk’un ifade ettiği gibi, Avrupa Birliği Komisyonu bu farklılıkları, Topluluğun içinde bulunduğu tek pazar ve sosyoekonomik kısıtlar çerçevesinde gidermeye çalışmaktadır. Ancak, amaç farklılıkları, Avrupa Birliği’ndeki yasaklama örneklerinde de görüldüğü gibi hâlâ uygulamalarda ciddi farklılıklar yapacak düzeyde devam etmektedir.

Her iki tebliğ, bu amaç farklılıklarını fevkalâde açık bir şekilde irdelemiş olduğundan ben yalnızca, BIAC’ın nihaî tüketicinin çıkarının korunması maksadıyla Amerika Birleşik Devletleri’nde hâkim olan teşebbüsün korunması amacından ziyade rekabet sürecinin korunması amacının savunucusu olduğunu söylemekle yetineceğim. Çünkü, esas olan kaynakların en verimli şekilde dağıtılması ve kullanılmasıdır. Bunu sağlayacak olan sürecinin

korunması çoğu zaman verimsiz olan mevcudun korunmasından daha önemlidir. Dolayısıyla, hukuksal boyutta istihdam edilecek testler ve yöntemler bu ekonomik verimliliğin ölçüm ve tespitine yönelik olmalıdır.

Şüphesiz bu savunu; sabahki Oturumda Sayın Gürkaynak'ın tebliğinde de işaret edilen ve sosyoekonomik açıdan bakıldığında her ülkenin omurgasını teşkil eden küçük ve orta ölçekli işletmelerin kendi kaderlerine bırakılması anlamına gelmez. Onların sermaye güçlerinin, ölçeklerinin ve rekabet erklerinin geliştirilmesi ayrı bir gayret konusudur. Yalnızca rekabet hukuku ile ve bilhassa "büyük kötüdür" şeklindeki bir rekabet hukuku anlayışıyla çözülemeyeceği kanısındayız.

BIAC, rekabetin kuvvetinin belirleyicilerinin bireysel piyasalara özgü olduğu ve bu kuvvetin yoğunluğunun açık ve muğlak olmayan, endikatörlerin az olduğu kanısındadır. O nedenle BIAC ve "International Chamber of Commerce"ın, OECD Rekabet Kanunu ve Politikası Çalışma Grubunun bir uluslararası birleşme ve devir alma kontrol usulleri hakkında bir taslak, "en iyi uygulamalar" kodu, yani tüzüğü hazırlanması talebine cevaben yazdığı yorumda bile en iyi uygulamalar bir tüzük, yani bir kod şeklinde değil, en iyi uygulamalar için tavsiye edilen çerçeve veyahut da Sayın Selçuk'un da ifade ettiği gibi bir rehber şeklinde sunulmuştur. Zira, kod yönelimli bir yaklaşım çok daha az esnek olduğu gibi, çoğu zaman piyasaların kendilerine özgü en iyi uygulamalarını belirleme ve daha da önemlisi, geliştirmesini engellediği kanısındayız. Buna karşılık, yoğunlaşmaların kontrolü usullerinde en iyi uygulamalar için tavsiye edilen rehber çerçeve yaklaşımı, ana ilkelerin tespitinin yapılarak, ayrıntıların, piyasaların kendi özelliklerine göre belirlenmesine olanak verdiğini düşünüyoruz.

BIAC ve "ICC"nin müştereken hazırladığı 4 Ekim 2001 tarihli bu cevapta da belirtildiği gibi, bugün 60'tan fazla hukuk sistemi jurisdiction şu veya bu derecede yoğunlaşma kontrol regülasyonuna sahiptir. Bu miktarın yaklaşık 10 sene önce ancak 10 kadar olduğu düşünülür ise ve buna da, yapılan yoğunlaşma işlemlerinin giderek artan bir sayısının bir uluslararası unsur içerdiği ilave edilecek olur ise, ne kadar çok sayıda çoklu jurisdiction ihtiva eden, gözden geçirmenin ortaya çıktığı daha kolaylıkla anlaşılır. Dolayısıyla, bu tür uluslararası nitelikli işlemlere taraf olanlar bugün tâbi olarak çok sayıda jurisdiction' ın yoğunlaşma kontrol mevzuatına tâbi olmaktadır. Herhangi bir jurisdiction' ın ekonomisi üzerinde materyal bir rekabet etkisi olan bir işlem hâlinde, o hukuk alanındaki rekabet otoritesinin, işlemin, tarafların milliyeti, üretim aktiflerinin bulunduğu yer veya oransal "... hacimleri gibi faktörler ile belirlenen yoğunluk merkezinin ulusal sınırların dışında olmasına bile bakmayarak işlemi gözden geçirmesi tartışmasız bir gerektir. BIAC ve ICC,

kendi piyasaları üzerinde materyal rekabet etkisi yaratan bu gibi eşlemlerde her jurisdiction'ın kendi yoğunlaşma yasalarını uygulama hükümranlığını tamamıyla desteklemektedir. Ancak bu noktada, amacın, teşebbüsün kurtarılması değil, rekabet sürecinin korunması olduğunu bir kez daha hatırlatmak isterim.

Diğer taraftan, yoğunlaşma kontrol rejimlerinin çoğalması hemen hemen tüm birleşme ve devir alma işlemlerinin maliyetlerini aşırı boyutta ve gereksiz bir şekilde artırmaktadır.

BIAC ve ICC, yoğunlaşma kontrol test ve yöntemlerine ilişkin en iyi uygulamalarının önemli bir objektifinin bu gereksiz maliyetlerin ... olduğu gereğini de savunmaktadır.

Doruk UTKU

Bilkent Üniversitesi Araştırma Görevlisi

Öncelikle hâkim durum kavramı üzerinde çok durulduğunu yeni tebliğ değişikliğinde gördüm ve benim bu tebliğden önce sahip olduğum bir kanaat vardı; Avrupa Birliği rekabet hukuku ve Amerikan rekabet hukuku gittikçe yakınlaşıyor birbirine. O yüzden, Korkmaz Beyin ifade ettiği endişelerin önümüzdeki 10 sene içinde pek o kadar kalmayacağını, sönmeyeceğini tahmin ediyorum.

Yalnız, bu yakınlaştırma sürecinde genellikle olduğu gibi Avrupa Birliği rekabet hukukunun baştan kabul ettiği birtakım kavramların zorlandığını sürekli olarak görüyorum. Bu birleşme/devralmalarda da aynı duruma rastladım. Ve hâkim durum kavramının biraz fazla zorlandığını, İmutluhan Beyin deyimiyle kazınmaya başlandığını gördüm. Ve kesinlik kazanan, artık genel bir kesinliğe sahip olan ayrıntılar haricinde hâkim durum kavramı yerine vurgunun, “birlikte hâkim durumluk” kavramı üzerine olduğunu söylemek istiyorum.

Birlikte hâkimlik durumu, en azından bizim bildiğimiz anlamda, ki anladığım kadarıyla oldukça değişmiş, bildiğimiz gibi, yapısal bağlantı ve ekonomik bağlantı üzerine kurulacak şekilde iki şekilde anlaşılabilir. Ancak, bunların ortak noktası paralel davranışlar, yani hâkim durumun kötüye kullanılması niteliğinde olan bir eylemde paralel davranışlar, firmalar arasında paralel davranışlar görülmesi, paralelliğin nedenleri tartışılabilir, yapısal bir bağlantı veya piyasa şartlarından doğan ortak bir çıkan noktasında firmaların

bulunması ve bilinçli bir paralellik yaratılması olabilir. Ancak burada, yani birleşme ve devralmalar konusunda birlikte hâkim durumluğun âdeta pazar yapısının işbirliğine imkân verebilecek bir hâle gelmesiyle eş anlamlı olarak alındığını ve kavramın aşırı esnetildiğini, dibinin kazıldığını ve hatta eğer hâkim durum kavramına bu şekilde yüklenilirse, yakın bir tarihte köşe başındaki bakkalın bile hâkim durumda olmakla, bu şekilde sıfatlandırılabilceğini düşünmeye başladım. Çünkü, henüz yapılmamış olan bir hareketin, henüz doğmamış olan bir işbirliğinin, ki oligopolistik pazarlar konusunda ortaya konulan teoriler, böyle bir işbirliğinin oluşacağına kesin gözle bakmamızı engelliyor biraz. Yapılmamış olan bir işbirliğiyle firmanın suçlanması ve pazarın yapısı nedeniyle, klasik anlamda, bildiğimiz anlamda hâkim durumda olmadığı için veya birlikte hâkim durumda görülemeyeceği için böyle bir varsayıma dayanılarak birlikte hâkim durumda olmakla suçlanmaları gerçekten birleşme ve devralmaların engellenmesindeki amacı yerine getirmek için mevcut kavramlara aşırı yüklenilmesi anlamına geliyor. Böyle bir durumda, kanaatimce, eğer Amerikan hukukunda benimsenen amaçların ve izlenen yöntemlerin Avrupa Birliği hukukunda da uygulanması isteniyorsa ve suretle bu çoklu yargı anlayışlarının ortadan kaldırılması amaçlanıyorsa, hâkim durum kavramının örneğin birleşme ve devralmalarda terk edilip veya birlikte hâkim durumluk kavramının terk edilip, doğrudan pazarın yapısı üzerinde odaklanması gerektiğini düşünmekteyim. Netice olarak, yasaklanabilecek birlikte hâkim durumlukların pazar yapısını antirekabetçi olacak şekilde değiştiren birleşme ve devralmalar şeklinde tanımlanabilir olduğu düşüncesindeyim. Bu tamında hâkim duruma şu ya da bu şekilde yer verilmesi ya 82'nci madde anlamında, bizim hukukumuzda 6'ncı madde anlamında hâkim durum kavramının ikileştirilmesi ya aşırı esnetilmesi ve zaten muğlak olan birlikte hâkimlik durumunun belirgin ve daha da belirginliğini kaybetmesi sonucunu doğurmakta ya da bu kavramları tamamen bırakmamızı gerektirmekte ve bunları âdeta içi boş bir kalıp olarak kullanmaya bizi zorlamaktadır. Ki, anlamı belli olmayan kavramların kullanılması, özellikle iktisada da dayandığı için hukukî güvenliği çok zedelediği ileri sürülen rekabet hukukunu daha da, rekabet hukukuna yönelik bu tip eleştirileri daha da artıracaktır.

Bu nedenle, eğer Amerika Birleşik Devletleri'ndeki anlayışın benimsenmesi düşünülüyorsa, ki son taslakta bunu görüyoruz, hâkim durum kavramının birleşme/devralmalardan tamamen çıkarılması ve Amerikan hukukunda kullanılan kavramların kullanılması tercih edilebilirdi.

Etkinlik amaçları konusunda yine hâkim durumun, hâkim duruma dayanılmasının getirdiği birtakım risklerden bahsetmek istiyorum. Etkin firmaların hâkim duruma geldikleri pazarlarda bilinen bir gerçek ve Avrupa Birliği rekabet hukukunda ve biz rekabet hukukumuzda, bir firmanın etkin

olduğu için hâkim duruma gelmesiyle suçlanması söz konusu değil. Ancak, burada birleşme/devralmalarda görmekteyiz ki, Avrupa Birliği hukukunda verilen son birleşme/devralma kararlarında etkinlik, hâkim duruma gelmek neticesini doğurduğu için birleşme ve devralma sonucunda hâkim durumun oluştuğu ve bu nedenle de birleşme/devralmaların yasaklandığını görüyoruz, ki bu kararlar 30 sene sonra ya da 40 sene sonra Amerika'daki Procter & Gamble kararının bir tekrarı niteliğini kazanıyor böyle bir durumda. Ve sistemi Amerikan hukukuna yaklaştırmaya çalışırken, tam aksine, Amerika'nın bugün artık terk etmiş olduğu belli amaçların, belli görüşlerin Avrupa Birliği hukukunda bilinçli ya da bilinçsiz yeniden doğmaya başladığını görüyoruz.

Bu itibarla ben şu son kanaatimi ifade etmek istiyorum: Eğer birleşme ve devralmalarda etkinlik, yeni geçerli olmaya başlayan küçükler arasındaki rekabet değil, iyi olan büyükler arasındaki rekabettir görüşü savunulmaya başlayacaksa, birleşme ve devralmalarda hâkim durumun tamamen terk edilmesi ve birleşme/devralmanın kontrolünde, bu birleşme sonucunda pazarın antirekabetçi bir yapıya dönüştüğünün tespit edildiği noktalarda birleşmenin yasaklanması şeklinde bir tanım yapılması ve yolun izlenmesi gerektiğini düşünmekteyim.

Soru ve Cevaplar

DR. Hamdi PINAR- (Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Öğretim Görevlisi.) Ben, sabahki toplantıyla bağlantı olarak bir konuyu gündeme getirmek istiyorum. Toplantının sonunda tartışma oldu mu bilmiyorum. Dersim vardı gitmek zorunda kaldım. O da şu: Rekabet politikamızı tayin ederken, meselâ Amerika/Avrupa tercihi yaparken bu konuda biz ne kadar acaba içindeyiz veya dışındayız ve tercihimizde ne kadar kendi başımıza karar verebiliriz veyahut Avrupa'yla bu konuda farklılığımız olabilir mi, olmayabilir mi?

Ben, Gümrük Birliği kararını gündeme getirmek istiyorum. Ortak Konseyinin 1'e 95 sayılı Gümrük Birliği kararında, -elimdeki Avrupa Toplulukları Resmî Gazetesi, oradaki madde numarasına göre, çünkü Türkçe tercümesindeki madde numaraları birazcık, tam birebir uymuyor, (a-b diye yazmışlar) örtüşmüyor tam olarak- rekabet konusunu düzenleyen Gümrük Birliğinde rekabet kuralları, 32'nci ve devamı maddelerinde düzenleyen hükümler var. Ve bunun devamında, 35'inci maddede, rekabet hukukunda ilgili maddelerin, özellikle Avrupa Toplulukları sözleşmesi olan ilgili maddenin 81,

82 ve 86 ve 87 olması lâzım, oradaki uygulamalardaki kriterlerin Avrupa Topluluğu sözleşmesinin hukukunun aynı şekilde de Türk hukukuna uygulanacağı kabul edilmiş ve onun devamındaki hükümlerde, birinde de, 39'uncu maddede de, 39'uncu maddede de, hukukî hükümlerin uyumlaştırılması konusunda da Türk Kanunu ve uygulaması hazırlanırken ve uygulanırken Avrupa hukukundaki içtihatların da dikkate alınacağı belirtilmiş.

Sabahki toplantıyla bağlantılı olarak sormak istiyorum; sabahki toplantıda arkadaşımız şey dedi, Chicago ve Harvard okulları, ekolleri var bunların ve Avrupa'da köken olarak da "Freiburg" okulu var. Bu Avrupa Topluluğu rekabet hukukunda etkili olan bir okul. Ve bunlar kendi arasındaki hedef noktasında birbirinden ayrı düşünüyorlar. Şimdi, biz bunları dikkate aldığımızda, artık Brüksel'in bu, rekabet hukuku açısından "Brüksel görüşü" diye yaygınlaşmaya başlayan kavramda Türkiye bu konuda, dikkate alındığında, rekabet politikasında tercihini Gümrük Birliği'ndeki hükümleri dikkate alarak sadece, işte bizim için en uygunu Amerikan sistemidir diyerek karar verip veremeyeceği konusunda şüphelerim var. Çünkü, buradaki hükümler açık ve bariz bir şekilde; Gümrük Birliği içindeki rekabet kurallarının da uyumlaştırılması. Politikaların da benzer olması gerekiyor. Çünkü, Türkiye'nin hedef noktasındaki üyelik sürecine baktığımız zaman, tek pazarın gerçekleştirilmesinde baktığımızda, sadece malların serbest dolaşımı olarak bakarsanız, Türkiye tek pazara dahil bir ülke. Gümrük Birliği birden fazla, "beş temel hürriyet" dediğimiz, onları kapsıyor, ama biz, sadece malların serbest dolaşımı bazında Gümrük Birliği'ne dahil olduğumuzdan dolayı tek pazara dahiliz. Şimdi, bunları dikkate alarak özellikle Sayın Selçuk'un karşılaştırmalı olarak, mukayeseli olarak incelediği konuda Türkiye açısından neyi tercihimiz olacak ve tercih yaparken, o aradaki, Gümrük Birliğindeki o hükümleri de dikkate alarak ne kadar bir oynama veyahut tercih hakkımız var? O konuda hedef denen, çünkü rekabet hukukundaki ekollerin tercihinin sonuca ne kadar etkili olduğunu sabah da gördük. Ama, sabahki dediğiniz gibi, benim için Harvard School veyahut Chicago School değil, yani tercih belki de iyi olabilir, bu sizin düşünceniz, ama bir de karşıda Avrupa hukukunda hâkim olan bir görüş var ve Türkiye de Gümrük Birliği çerçevesinde bu uyumlaştırılması gereken kurallar var ve politika olarak da, rekabet politikası olarak da Avrupa'yla uyumlu bir şekilde hareket etmemiz gerekiyor. Bu konuda Sayın Selçuk'un fikrini almak istiyorum özellikle.

Doç. Dr. Ünal ZENGİNOBUZ- (*Boğaziçi Üniversitesi Ekonomi Bölümü Öğretim Üyesi.*) Sabahki konuşmacılar, ayrıca burada İlmütlühan Bey de çok önemli bir konuya temas ettiler; bu da, etkinlik konusu, etkinlik tartışması. Özellikle bu tehlikeli etkinlik noktasında önemle durdular, ki gerçekten çok önemli bir konu. Ben bu konuda bir, Amerikan uygulamasında

yakında gündeme gelen Microsoft davası ile alakalı, bağlantılı hipotetik bir soru sormak istiyorum. Çünkü, tehlikeli etkinlik kavramının arasında, bir parça da rasyonel olduğunu da düşünüyorum açıkçası bir iktisatçı olarak ve gelecek Oturumda tartışmacı olarak da bu konulara deyineneğim. Bir parça “şeytanın avukatlığı”nı yapacağım hazır iktisadı olumlayan hukukçular bulmuşken ben de ters taraftan bazı şeyler söyleme imkânı bulacağımı umuyorum.

Microsoft davasına baktığımız zaman orada şöyle bir şey görüyoruz: Eğer Microsoft davası açılmadan 3-5 sene, 5-10 sene önce Microsoft, “Netscape” web tarayıcısı şirketini satın almayı başarabilseydi çok farklı bir yönde gidebilirdi bilgisayar endüstrisi, Software endüstrisi. Ve burada Network endüstri dediğimiz, ağ endüstri dediğimiz endüstrilerin çok farklı bir özelliğini görüyoruz. Her ne kadar tamamen rekabete açık bir endüstri ise de, neden Microsoft’un tekellerini kırmak aşağı yukarı imkansız? Çünkü, bir defa dünyada milyonlarca insan Microsoft’un ürünlerini kullanmaya başladığında, ancak ve ancak hepsi bir arada başka bir ürüne geçiyorlar ise etkili bir rekabet olabilir.

Dolayısıyla, ağ endüstrilerinin olduğu yerlerde bir parça etkinlik kavramını dinamik anlamda özellikle, nereye gideceğini daha ayrıntılı incelemek gerekiyor diye düşünüyorum. Bu konudaki görüşlerinizi rica edeceğim.

Bir de şu var: Microsoft çok erken veya herkesten çok daha önce Netscape’in kendisi için çok çok büyük bir tehlike olduğunu sezmiş durumdaydı; çünkü ancak da onlar sezebilecek durumda bunu, çünkü onlar biliyorlar bunu ve başka kimse de bunu görebilmek durumunda değil. Tesadüfler sonucu alamamış durumdalar. Öyle bir birleşme gelseydi, kimsenin zaten bunu göze alması bile söz konusu olmayacaktı; çünkü Netscape ufak bir şirket idi. Ve Microsoft’un da verimlilik yönünde evrilmediğini de çok iyi biliyoruz. Bütün Software uzmanları açıkçası Microsoft düşmanıdır. Bu çerçevede görüşlerinizi rica ediyorum Amerikan sistemi bakımından da. Özellikle Amerika da aslında Microsoft’un bu durumunu takip etmesine rağmen, Microsoft’un tekelinin faydalarının sonuna gelinceye kadar beklemiş, ondan sonra davasını açmıştır. Artık bundan sonra Microsoft’un tekelinin devam etmesi için bir sebep kalmadı teknolojik gelişme açısından. Ayrıca da, yatırımların da, aşırı fazlasıyla çıkardılar. Bu dinamik etkinlik kavramı çok çetrefil bir kavram. Bu açıdan değerlendirirseniz memnun olurum.

Oğuzkan GÜZEL (Rekabet Uzmanı)- Sorum Korkmaz İlkorur Beye olacak. Bu sabahki Panel kısmında da, şu anda da ve devam eden kısımda da yoğunlaşmaların kontrolünde etkinliğin önemi bahsediliyor ve etkinlik bir nevi rekabet kısıtlaması olsa bile, rekabet azalsa bile etkinliğin getirdiği faydalar, ekonomik bir bakış açısıyla, genel ekonomik gelişmeye daha faydalıdır, millî

gelir artışını yaratmaktadır, verimliliği artırmaktadır gibi bir yaklaşım var. Ama, kaynakların dağılımı konusunda bir sorun olduğu; bu OECD çalışmalarında da gündeme gelen bir husus. Kaynakların dağılımı konusunda, bu kaynakların etkin çalışan, ama lider olan ve büyük firmaların elinde toplanması söz konusu. Rekabet kurallarının bu şekilde uluslararası bir kurumla yoğunlaşmaların kontrolünün tek elden yürütülmesi gibi bir yaklaşım da var ama, Sempozyumun başından beri devam eden Amerika Birleşik Devletleri örneği, Avrupa Birliği örneği, yüzyıllık bir tecrübelerin devamında gelen bir örnekler ve tam rekabetçi diyebileceğimiz ekonomilerin örnekleri. Bunların ulusal ekonomilere yansımalarında çıkan sorunlar var. Yani, rekabet kurumlarının Avrupa Birliği'nin kendi içindeki üye ülkelerinde dahi bir ulusal şampiyon destekleme politikaları izlenebiliyor. Ülkelerin etkin çalışan kurumlara sahip olma, firmalara sahip olma, teşebbüslere sahip olmaları desteklenmeleri söz konusu olabiliyor; ama bu ülkelerin kendi içerisinde, ekonomilerin rekabetçi yapıdan uzaklaşmasını da getiriyor. Bunu dünya ölçeğine vurduğumuzda da, çok büyük uluslar üstü firmalar gündeme geliyor. Ve bu firmalar bu ulusal şampiyonların bulunduğu ülkelere girmelerinde de bu şeyden bir dilemma şeklinde kendileri sorun çıkartabiliyorlar. Biz bu piyasalara nasıl gireceğiz? Ya oradaki hâkim durumdaki firmayla birlikte gireceksiniz ya da onu satın alarak gireceksiniz gibi dünya ölçeğinde de böyle bir etkin, ama rekabeti azaltan bir durum var. Bu çerçeveden, ülkemiz için uygulanacak politikanın ne olması gerektiği hakkında görüşleri merak ediyorum.

Sinan ÜLGEN- Benim Korkmaz Beye bir sorum var. Özellikle bu son siyasî gelişmeler çerçevesinde de belki değerlendirebilir.

İlmutluhan Beyin yapmış olduğu sunuşta, son dönemde Avrupa Birliği uygulamasıyla Amerika uygulaması arasında gözle görülen bir farklılık olduğu ortaya çıktı. Şimdi, OECD genel olarak aslında bu iki tarafın görüşlerini tek potada eritmek için kurulmuş olan bir forum. Ve OECD'de pişen yemek daha sonra Dünya Ticaret Örgütünde çok taraflı bir anlaşmaya dönüşüyor.

Sizin katıldığımız toplantılarda, İlmutluhan Beyin de ifade ettiği, bu ayrılığı iki bölge arasında izliyor musunuz ve dolayısıyla bunun, Türkiye'nin de tarafı olduğu Dünya Ticaret Örgütü anlaşması çerçevesinde yürütülen müzakerelere de etkisi ne olacak, yani nasıl bunun bir iz düşümü olacak; bu konudaki yorumlarınızı dinlemekten memnuniyet duyarım.

Murat ÇETİNKAYA (Rekabet Uzmanı)- Ben, şu anda yapılan konuşmaları sabahki konuşmayla bağlamak istiyorum ve bu konudaki, bu bağlama sonucunda birkaç düşüncemi ortaya koymak istiyorum ve her üç konuşmacıdan da bunun eleştirisini veya desteğini alabilirim. Tek bir kişiye yönelik değil.

Sayın Gürkaynak, rekabet politikasının amaçlarından bahsetti. Rekabet politikasının belli bir amacı olmalı; evet, bunu herkes kabul ediyor. Değişik ekoller var bu amaçlar konusunda. Avrupa Birliği'nin hedeflediği amaçlar var, Amerika Birleşik Devletleri'nin hedeflediği amaçlar var. Bizim öncelikle bu amaçları tartışmaya açmamız gerektiğini düşünüyorum. Bu amaçları göz ardı ederek, bu amaçlar için kullanılan araçları, Amerika Birleşik Devletleri'nin amaçları bu, Avrupa Birliği'nin amaçları bu şeklinde amaçları göz ardı ederek yan yana koyup, birinde etkinlik savunması var, diğesinde yok, birinde hâkim durum böyle kullanılıyor, diğesinde hâkim durum yok, işte Substantial Lessening of Competition - rekabet testi kullanılıyor şeklinde ortaya koymak elmayla armudu karşılaştırmak gibi geliyor bana. Neden? Çünkü, temel amaçlarda farklılık var.

Amerika Birleşik Devletleri tek bir devlet, bir ülke ve bir ülkenin rekabet politikasından gerçekleştirmek istediği amaçları var; diğere tarafta, hiçbir konuşmacı buna deyinmedi, deyinmesini isterdim, Avrupa Birliği supranasyonel bir organ ve tek tek ülkelerden oluşmuş bir organ. Bu supranasyonel organın, Avrupa Birliği'nin "Treaty of Rome"da Roma Anlaşmasından itibaren, her bir anlaşmasında, Single European Act' te, Treaty of Europe' ta ortaya koyduğu temel amaçları var. Nedir en temel amaç? "A Proper Functioning Union", doğru düzgün işleyen bir birlik. Ve bütün politikalarda, sanayi politikası olsun, rekabet politikası olsun ve diğere makroekonomik politikalar olsun, hepsi bu tek bir Avrupa Birliği'ni gerçekleştirmek için kullanılıyor. Diğere, Amerika Birleşik Devletleri'nde hedeflenen amaçlar aslında Avrupa Birliği için bir amaç değil. Single Europe, tek bir Avrupa Birliği'ne ulaşmak için (ana amaç bu) kullanılan ikincil amaçlar. Dolayısıyla, Amerika Birleşik Devletleri'ni bir tarafa, Avrupa Birliği'ni bir tarafa koyarak karşılaştırmamız yanlış olacağını düşünüyorum. Ve Türkiye için çıkarılabilecek rekabet politikası amaçlarının da bunu göz ardı etmeden çıkarılması gerektiğine inanıyorum.

İlmutluhan SELÇUK- (Rekabet Uzmanı)- Önce Doktor Pınar'ın sorusu; "Amerika-Avrupa tercihini yaparken ne kadar işin içindeyiz, karar verirken serbest miyiz?"

Küçük bir örnek olay anlatayım, Daire Başkanımın bana söylediği. Bir divan edebiyatı sınavında iki tane öğrenci kopya çekmeye çalışıyor ve bir öğrenci divan edebiyatını çok iyi biliyor. Sınav esnasında, daha az bilen öğrenci diğere öğrenciye Nedim'in bir beyitinde geçen "kande dür" ifadesi ne demek diye soruyor. Diğere öğrenci de "nerede" diye cevap veriyor. Öğrenci sinirleniyor ve tekrar "kande dür" ne demek diyor. Diğere öğrenci de sinirleniyor ve "nerede" diye cevaplıyor. Bu iki-üç defa daha devam ederken hoca geliyor ve bunları yakalıyor. Kopya çekmeye çalışan öğrenci diyor ki, "Bir kopya çekmeye

çalıştık, onda da çocuğa “kande dür” ne demek, “kande dür” ne demek diye soruyoruz, o da ‘nerede’ diye cevap verip duruyor” diyor. Hocanın verdiği cevap çok ilginç. Diyor ki hoca, “kopya çekmek için bile asgarî bir bilgiye sahip olmak zorundasınız, “kande dür”, “nerede” demek, bu ifadenin anlamı “nerede”. Dolayısıyla kopya da çekemiyorlar.

Bunu anlatmamın nedeni, biz Türk hukuku olarak Avrupa Birliği’nden herhangi bir şekilde kopya çektik demiyorum; bu bizim ihtiyacımız olan bir sistemdi. Ancak, iki sistemi eleştirirken de, iki sistemde neler olduğunu bilmemiz lâzım. Bu yüzden, yapılacak olan her karşılaştırmayı ben çok faydalı buluyorum.

Dolayısıyla önce sistemlerin ne olduğunu anladıktan sonra biz bir tercih yapabiliriz ve karşılaştırma da doğru bir şeydir ve faydalı da olur diyorum.

İkinci soruyla ilgili olarak, 1/95 ile beraber gelen durum.

Gündemi biraz takip edersek, İrlanda ve İngiltere’nin hâkim durum testinden vazgeçip, rekabetin önemli ölçüde azaltılması testine geçtiğini biliyoruz. Avrupa Birliği’nin içinde bunlar. İrlanda ve İngiltere vazgeçti; dediler ki, “biz bundan sonra SLC”, yani rekabet testini uygulayacağız.

İlk bölümle beraber 1/95’e baktığımız zaman, 1/95 aslında bir prensiplerdir, takip edilmesi istenen prensiplerdir. 1/95’te sayılan maddelere baktığımız zaman, evet, 1/95 Roma Antlaşmasında geçen maddeleri sayar. Ancak Yoğunlaşmaların kontrolü Roma Antlaşmasında yok. Ve 1/95’te yer alan hâllere baktığımız zaman, -ben bunu biz yoğunlaşmaları kontrol etmeyelim anlamında demiyorum- ama uyum konusu başlığı altında hep önümüze bir soru olarak gelebilecek olan bu 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi kararıyla ilgili uyum sorunu yok; çünkü Ortaklık Konseyi kararının içinde birleşme/devralmalara ilişkin madde yok. İkinci soru Ünal Hocanın sorusu. Sayın Zenginobuz, etkinlik tartışmasını söyledi.

Ünal Hocanın sorduğu soru bana “Boeing/McDonnell Douglas” davasını hatırlattı. Hemen kısaca açıklayayım. “Boeing/McDonnell Douglas” davası da biliyorsunuz Avrupa’yla Amerika arasındaki tartışmaların yine tepe noktasına çıktığı kararlardan bir tanesi. Ve orada üç tane aktörden iki tane aktöre düşüldü. Tabii taraflardan bir tanesinin “Airbus” olması, Avrupa kökenli olması, diğer tarafın “Boeing” olması, Amerika kökenli olması ve birleşen tarafların Boeing ve McDonnell Douglas, iki tane Amerikan şirketi olması ve bir tane karşısında Avrupalı şirketin kalması tabii ki bir sürü tartışmayı yarattı; işin içine siyasileri de soktu. Ama, şimdi, o karar ile ilgili yapılan bütün eleştirilere bakıldığı zaman, aslında karar bence çok siyasî değil; çünkü, Avrupa klasik çizgisinde devam etti.

Boeing kararını anlatmamın nedeni ne? Boeing kararında yapılan tartışmalarda, özellikle “Kovacic”in için bir makalesi var, orada şey diyor, “dinamik etkinlik ve statik etkinlik arasında bir “Trade off”; Türkçesi, bir şey yapıldığı zaman hangisi tercih edilmeli? Örneğin bir işlem sonucunda eğer iki aktör değil, tek aktör kalırsa veya iki aktörün kalması dinamik pazardaki teknolojik gelişmelerin gelişmesi açısından ne derece faydalı; özellikle o piyasaya ilişkin yapılmış olan bir tartışma vardı.

Microsoft davasına bakacak olursak, bir noktayı hemen koymak lâzım. “Dava çok sonra açıldı...” Aslında dava çok önce açıldı. Ama dava çok uzun sürdü.

Bununla beraber o Microsoft davasında, evet, Microsoft’un almak istediği bir yazılım şirketlerine daha önce de izin verilmediği oldu. Özellikle teknolojik alanlarda ve şebeke ekonomilerince bence dinamik etkinliğin rolü hakikaten çok önemli ve çok hassas davranılması gerekiyor, özellikle bahsettiğiniz şebeke dışsallıklarının rolü yüzünden. Bu çerçevede işleme izin verilip verilememesi konusunda ben kesin bir şey diyemiyorum. Dinamik etkinliklerin rolü konusunda; Gönenç’e şu açıdan katılıyorum: Dinamik etkinlikler bence çok çok önemli şu gündemde ve diğer etkinlik türlerine nazaran ön plâna çıkabilir, özellikle Gönenç’in amaç tartışmasına ilişkin kitabında birleşmelere ilişkin bir etkinlik sıralaması yaptığında, yanlış hatırlamıyorsam dinamik etkinlik ön plandaydı, önce dinamik etkinlik geliyordu, ondan sonra üretim etkinliği, maliyet etkinliği geliyordu, ondan sonra da şey geliyor.

Bu çerçevede ben kaygularınıza katılıyorum, özellikle teknoloji konusunda. Ama, uygulamada nasıl olur? Ben tamamen, özellikle de bu alanda, hızlı gelişen alanda çok hassas davranılmalı ve ancak dosya bazında bir değerlendirme yapılmalı. Aslında bu konuda aramızda bulunan Gürkaynak, Sayın Gürkaynak Microsoft davasıyla ilgili bir kitabın yazımı konusunda da çok ciddi katkıları olmuştur Harvard’da. O açıdan, eğer benim eksik bıraktığım noktaları aslında kendisinden Sayın Başkan aracılığımızla isteyebilirsek katkılarını...

Son bir noktaya deyinmek istiyorum; Sayın Çetinkaya’nın dediği, “amaçların tartışmaya açılması lâzım”. Rekabet hukukunu, amaç tartışmasını açmadan uygulamak yanlış, körü körüne uygulamak yanlış. Ve amaç tartışması bu açıdan çok önemli. Ancak, Avrupayla Amerika; elmayla armudu karşılaştırıyoruz denildi. Aslında biz elmayla armudu birbirine çarpıştırmıyoruz; önce, armudu öğrenmek istiyoruz. Benim yapmaya çalıştığım buydu. Elmada durum böyle, armutta durum böyle dedim. Esasen elma ya da armudu birbirine mukayese etmedim. Yapmak istediğim, isim olarak belki mukayeseydi . Ancak

önce sistemlerin tanınması, anlaşılması sonra farklı uygulamaların neden ve sonuçlarının anlaşılmasıydı. Avrupa Birliği'nde, tek pazar konusu hakikaten önemli bir unsur. Ama, eş derecede ulusal ekonomiler konusu da çok önemli ama, Boeing McDonnell Douglas konusunda verdiğim örnek de aynı, aynı endişeler orada da söz konusuydu.

Avrupa Birliğinde tek pazar kaygısı vardır, özellikle de tüzüğün dibacesine baktığımız zaman o hâllerin sayıldığını da görürüz; ama, bu çerçevede Avrupa Birliği'nde yapılan incelemeleri, değerlendirirken yalnızca yalnızca tek pazarı belirleyici unsur olarak ele alıp tek pazar her şeyi etkiliyor demek de mümkün değil bence. Bu çerçevede incelemenin devam etmesinin faydalı olacağını düşünüyorum ben.

Korkmaz İLKORUR- Her şeyden evvel kaynakların dağılımında bir sorun varsa, demek ki, rekabette bir sorun var demek. Dolayısıyla, kaynakların dağıtımındaki sorunu çözmek de rekabetin korunmasıyla ancak mümkün. Dolayısıyla rekabet hukuku, Rekabet Kanunu, ürün piyasaları kadar hizmet piyasalarını da dikkate almak mecburiyetinde; birinci söyleyeceğim bu.

İkincisi, KOBİ'lere ilişkin olarak söylediğim gibi, gerek hizmet piyasalarında, gerek ürün piyasalarında kaynak jenerasyonu ve kaynak yönlendirilmesi yalnız rekabet hukuku uygulamalarıyla sağlanabilecek şeyler değil. Diğer desteklerin, diğer kurumsal desteklerin mutlaka sağlanması şart. Ümit ederiz ki, Türkiye de giderek bunun farkında olur ve bu tür mekanizmaları devreye sokar.

İkincisi, Sinan kardeşimin sorduğu; tabii, elbette ki OECD'de bu Avrupa Birliği'yle, Avrupa Birliği ülkeleriyle Amerika Birleşik Devletleri arasındaki friksiyonu toplantılarda izliyoruz. Hatta bir üçüncü sessiz friksiyon yaratıcısı var; o da Japonya. Ama o daha farklı bir şekilde.

Ama, hemen şunu söylemem gerekiyor: Gözlemim şudur ki; bir hükümetler arası organizasyon olan OECD'de, hükümet düzeyinde ABD-AB farklılıkları iş dünyası düzeyinde o kadar fazla değil. Ne de olsa çünkü, Avrupa Birliği ve özellikle Kıta Avrupası biraz gecikmeyle ve biraz itirazlarla da olsa Amerika Birleşik Devletleri düşüncesine ve normlarına yaklaşıyor. Dolayısıyla, rekabet hukuku açısından da Doruk kardeşimin söylediği yakınlaşma da bu tür yol çiziyor. Bu yakınlaşmayı özellikle rekabet hukuku açısından hızlandıracak olan bir araç, kurum, kurul, neyse OECD'nin içinde, düzenleyici reform çalışması. Düzenleyici reform çalışması gerçekten bu yakınlaşmayı hızlandıracak ve devreye şimdi, sizin de belirttiğiniz gibi, Dünya Ticaret Örgütü çalışmaları da giriyor ve bu maksatla zaten 25 Mart'ta da Cenevre'de özellikle düzenleyici reform ve "DOHA" üzerindeki etkisi konusunda bir alıştırmaya

toplantısı yapılıyor. Dolayısıyla, evet, izliyoruz, ama iş dünyası arasındaki, iki bloktaki iş dünyası arasındaki uyum bu ayrılıkları kapatmada daha etken oluyor diyebilirim.

Doruk UTKU- Ben zaman açısından tek bir soruya deyinmek istiyorum, amaç konusunda sorulan soruya, Avrupa Birliği'nin rekabet hukuku uygulamalarındaki amacın aynı zamanda tek pazar hedefine yönelik olduğu ve bu nedenle Amerika'yla karşılaştırılmasının güç olduğu hususuna deyinmek istiyorum.

Belli rekabet hukuku konularında tek pazar gerçekten ortaya çıkıyor. Çünkü, ortak amaçlar tek pazara yönelik olan kuralların, yani malların ve hizmetlerin, sermayenin, kişilerin serbest dolaşımını sağlamaya yönelik olan kuralların rekabet hukukuyla kol kola yürümesini sağlıyor. Örneğin, bu Sempozyum fikri sınaî haklar ve rekabet hukuku konusunda söz konusu olsaydı aynı eleştirileri ben de yöneltebilirdim. Ancak, öyle rekabet hukuku uygulamaları var ki, amaçlar açısından Amerika'yla Avrupa Birliği arasında fark yaratılması, özellikle ortak pazarda rekabetin korunması hedefleniyorsa, yani ortak pazarın yaratıldığı bir varsayım olarak kabul ediliyor veya yaratılacağı ve burada rekabetin korunması hedefleniyorsa, bu tip uygulamalar açısından Amerika'yla Avrupa Birliği arasında ortam olarak pek büyük bir farklılık yok ulusal sınırların söz konusu olması açısından. Ancak yapı gereği, yani pazarların yapısı gereği amaç açısından bir farklılık olabilir. Avrupa Birliği'nin daha çok KOBİ'lerden yana bir tavır koyması, buna karşılık Amerika'nın daha çok etkinlikten ve büyük firmaların mevcudiyetinden yana bir tavır koyması olarak bir farklılık olabilir. Fakat bu bir politika farklılığıdır. Türkiye'nin hangisini belirleyeceğine, hangi politikayı belirleyeceğine karar verebilmesi için her ikisinin de incelenmesi, gerek politika düzeyinde, gerek o politikanın güttüğü amaçları elde etmek için kullanılan usuller düzeyinde incelenmesi şarttır. Bu nedenle, katılıyorum görüşünüze. Avrupa Birliği'nin uygulamalarını her durumda Türkiye'ye örnek olarak almak çok doğru bir davranış değil. Çünkü bunlar, tek pazar amacının çok baskın olduğu, hatta rekabeti sağlamaktan daha baskın olduğu uygulamalar da olabilir. Ama bunları uygulamadan uygulamaya, her sorum durumunda, her somut incelenen konuda teker teker değerlendirip, ona göre bir davranış içine girilmesi gerektiğini düşünüyorum ve bu konuda bu alanda ulusal sınırların veya tek pazarı gerçekleştirme hedefinin çok baskın olmadığını, çok geçerli olmadığını düşünmekteyim.

İlmutluhan SELÇUK- Sayın Zenginobuz'un sorusuyla ilgili bir noktayı daha eklemek istiyordum. O da, etkinlikler konusunda özellikle teknoloji pazarlarında statik testlerle veya pazar paylarıyla vs.ye dayanarak sürekli gelişen, gelişme hızı çok hızlı olan bu pazarlara ilişkin bir değerlendirme

yapmak, statik verilere, pazar payı vs.ye ilişkin bir değerlendirme yapmak hakikaten çok sakıncalı. Ve sanırım biraz önce benim eksik anladığım, sormak istediğiniz soru da buydu;

Bir yandan pazar payı gibi kavramları kullanmak çok riskli, ama bir yandan da özellikle gerekli bazı tedbirleri almaksızın, özellikle o yaratabilecek olumsuz etkiler konusunda, bu tip pazarların kendine has özelliklerinden dolayı da ileride önüne geçilemeyecek sonuçlar doğma riski bulunabilir. Dediğiniz çok doğru; hassas davranılması gerek.

Av. Gönenç GÜRKAYNAK- Çok fazla ismim geçti ve bizim soru-cevap kısmına girmeye olanağımız sabahki Oturumda olmadı.

Doğrusu, ben zaten bu tartışmaların kendisini çok sağlıklı bulduğumu söyleyerek başlamıştım lafa ve hiçbir şeyi beceremezsek amaç tartışmasını başlatmayı ve olgunlaştırmayı becermeliyiz demektedirim.

Benim bu noktada söylemek istediğim elbette her bir soruyla ilgili pek çok şey var ama, çok fazla vaktinizi çalmak istemem. Microsoft davasıyla ilgili olarak Mutlu, özellikle benim yardımım olabileceğini söylediği için iki şeyi bir arada söylemek durumundayım: Birincisi, doğrudur, Mutlu bunu nereden biliyor bilmiyorum gerçi ama, Harvard'da yaptığım çalışmalardan bir tanesi, Microsoft davasının analiz edilmesi idi asistan iken.

Benim buradaki kanaatim, benim son geldiğim nokta, çok fazla data vermeye şu anda olanak yok, bunun aslında, dinamik etkinliğin tehlikeli olabileceğini gösteren bir dava olarak kullanılmasına olanak bulunmadığı idi. Yani, Sayın Zenginobuz'un, tehlikeli bir dinamik etkinlik tipi olabileceği görüşüne ben katılıyorum. Bu doğru ve bu mümkün. Ama benim görüşüm, hassas davranılmak olarak adını koydukları şeyin pazara müdahale etmemek şeklinde tezahür etmek durumunda bulunduğu şu anda, yine iktisat sahasından bir teoriyle yaklaşacak olursak, para politikacılarının iyi bildiği bir teoriye gönderme yapılabilir, yani pazarda ne olacağını, müdahalenizin sonucunu bilmiyorsanız, bu müdahaleyi yapmamaktır hassas davranmak. Yoksa, dinamik etkinlik doğacak diye yahut dinamik etkinlik tehlikeli bir potansiyeli barındırmaya müsaittir diye hassas davranmak için eğer birleşmenin önüne geçerseniz, bunun sıkıntı yaratabileceğini düşünüyorum. Öte yandan ama, tekrar söylüyorum, görüşe katılıyorum.

Microsoft davasının içeriğine ilişkin daha fazla söz söyleme imkanındansa yoksun bulunuyorum. Çünkü, o zaman çalışmayı yaparken salt akademisyendim; bugün ise avukatım ve Avrupa Birliği'nde şu anda Microsoft benim müvekkilim. Dolayısıyla, konunun daha fazla detayına girme olanağımdan şu anda biraz yoksun bulunuyorum.

Son olarak söylemek istediğim şey de; dinamik etkinliğin öneminden bahsederken ve amaç tartışmasından bahsederken, belli konularda uzlaşa sağlanırsa sonraki basamaklarda yapacağımız tartışmanın bize daha çok fayda getireceği idi. Yani, kavramlar birbirine karışır ve hepsini aynı anda tartışır isek bence etkin bir tartışma gerçekleştirememiş olacağız.

Kanımcıca, iktisadî etkinlikten amaç tartışmasında yolun geçmesi gerektiğini bugün genel bir uzlaşa tabanı olarak ortaya koyabilmek bilme çok çok büyük bir bulgu. Ondan sonra, bunun toplumsal refah için mi, tüketici refahı için mi olduğu yahut belli etkinlik tiplerinin kötü etkinlik olarak adlandırılıp adlandırılmayacağı, iktisat sahasında bunları bulmanın yollarının olup olmadığı gibi tartışmalar ayrıca o temel üzerine kurulup ileriye götürülürse faydalı olur diye düşünüyorum.

E. Cenk GÜLERGÜN

Rekabet Uzmanı

TEBLİĞ METNİ

TÜRKİYE İÇİN YOĞUNLAŞMA KONTROLÜ MODELİ ÖNERİSİ:

REKABET TESTİ²⁶⁶

Avrupa Topluluğu rekabet hukukunda yoğunlaşma kontrolünün çatısını 4064/89 sayılı “Yoğunlaşma Tüzüğü” oluşturmaktadır.²⁶⁷ Tüzük’ün 2/3’üncü maddesi ile, hakim durum yaratan veya mevcut bir hakim durumu güçlendiren ve bunun sonucunda ortak pazarda ya da bunun önemli bir kısmında rekabeti önemli ölçüde engelleyen yoğunlaşmalar²⁶⁸ yasaklanmaktadır. Yoğunlaşmanın yasaklanmasıyla sonuçlanabilecek değerlendirme süreci kabaca, işlemin 1’inci madde uyarınca Topluluk düzeyinde olduğunun belirlenmesinin ardından ilgili

²⁶⁶ Tebliğ’deki görüşler yazara ait olup Rekabet Kurumu’nu bağlamaz.

²⁶⁷ “30 Haziran 1997 tarihli ve 1310/97 sayılı Konsey Tüzüğü” (OJ L 180, p.1, 09.07.1997) ile değişik “21 Aralık 1989 tarihli ve 4064/89 sayılı Teşebbüsler Arası Yoğunlaşmaların Kontrolü Üzerine Konsey Tüzüğü” (OJ L 257, p.13, 21.09.1990)

²⁶⁸ Mevzuatımızda “birleşme ve devralma sayılan haller” iktisat yazınında, Amerikan ve Topluluk anti-tröst hukuklarında “birleşmeler” ve “yoğunlaşmalar” başlıkları altında ifade edilmektedir. Tebliğ’de bu işlemler çoğu yerde yoğunlaşma, bazı yerlerde ise birleşme olarak anılacaktır.

pazar tanımı yapılması ve işlemin bu belirlenen pazardaki olası etkisinin “hakim durum testi” kullanılarak ölçülmesinden oluşmaktadır.²⁶⁹

Topluluk'ta on yılı aşkın süreli yoğunlaşma kontrolü uygulamasının ardından Komisyon, çıkardığı Yeşil Kitap ile 4064/89 sayılı Tüzük'le ilgili bazı noktalarda tartışma başlatmıştır.²⁷⁰ Ağırlıklı olarak ciro eşikleri ve yoğunlaşma kavramı üzerine olan Yeşil Kitap'ta, esasa yönelik olarak “hakim durum testi” ile “rekabetin önemli ölçüde azaltılması testi”nin (rekabet testinin) karşılaştırılması ve etkinlik savunması gündeme getirilmiştir. Bu noktadaki esasa ilişkin tartışmalar, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 7'nci maddesi ve 1997/1 sayılı “Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ” ile kapsamı ve yöntemi belirlenmiş “birleşme-devralma” denetimi uygulamamız açısından anlamlıdır.

Sunuş, temel olarak dayandıkları iktisadi yaklaşımlar açısından Topluluk ve ABD yoğunlaşma kontrolü uygulamalarının karşılaştırılması ışığında Türkiye deneyimi için politika önerisi üzerinedir. Daha açık bir deyişle, tartışmanın odağı, ülkemiz açısından bazı sonuçlara ulaşmak üzere, Topluluk'ta benimsenen “hakim durum testi” ile Amerikan uygulamasının ürünü “rekabet testi”nin değerlendirilmesidir. Bu sunuştaki tartışma politika ve iktisadi yöntem seviyesinde olduğundan, “usul” büyük ölçüde göz ardı edilmiştir. Dolayısıyla, 1997/1 sayılı Tebliğ'in ekinde yer alan bildirim formunun 2.4'üncü maddesinde ne demek istendiği veya Kanun'un 10/2'nci maddesinde düzenlenen nihai incelemelerde hangi usul kurallarının izlendiği gibi soruların yanıtı bu sunuşta bulunamayacaktır.

Bilindiği üzere, yoğunlaşmaları yatay yoğunlaşmalar, dikey yoğunlaşmalar ve aykırı yoğunlaşmalar olarak sınıflandırmak mümkündür. Üretim seviyesindeki iki rakip teşebbüsün etkinliklerini bu alanda kuracakları bir ortak girişime bırakması yatay yoğunlaşmaya, aynı pazarın dağıtım seviyesindeki bir teşebbüsün üretim seviyesindeki bir teşebbüsü devralması dikey yoğunlaşmaya, farklı ve ilgisiz pazarlarda faaliyet gösteren teşebbüslerin birleşmesi ise aykırı yoğunlaşmaya örnektir. Tebliğ'in tamamına yakını yatay yoğunlaşmaların kontrolü üzerinedir. Bunun nedenlerini şu şekilde sıralamak mümkündür:

²⁶⁹ Tüzük'ün 2/1'inci maddesi uyarınca, yoğunlaşmaları değerlendirirken Komisyon,

- ortak pazarda etkili rekabeti sağlamak ve geliştirmek ihtiyacı ile
- tarafların pazardaki konumu, ekonomik ve finansal gücü; sağlayıcı ve müşterilerin alternatifleri, bunların temin kaynaklarına ve piyasaya erişim olanakları; pazara giriş engelleri, arz ve talep eğilimleri, ara ve nihai kullanıcıların çıkarları, tüketicinin faydasına olacak ve rekabet engeli oluşturmayacak şekilde teknik gelişmenin ve ekonomik ilerlemenin sağlanması gibi unsurlara dikkat etmektedir.

²⁷⁰ 4064/89 sayılı Konye Tüzüğü'nün Gözden Geçirilmesi Üzerine Yeşil Kitap (11.12.2001)

- Rekabet açısından daha ciddi sonuçlar doğuran yatay birleşmeler, dikey ve aykırı birleşmelere göre hem içtihatla hem de yazında daha geniş yer kaplamaktadır.

- Dikey birleşmelerin dışlayıcı eylemleri kolaylaştırabilmesine ve aykırı birleşmelerin portföy gücü yaratabilmesine karşın, hakim durum testi açısından yatay birleşmeler daha anlamlıdır.

- Topluluk uygulamasının Amerikan uygulamasına yaklaşması, Komisyon'un yatay birleşmeler üzerine bir duyuru²⁷¹ yayımlanmasıyla, bu alanda somutlaşmıştır.

Tebliğ altı bölümden oluşmaktadır. İlk bölüm, Yeşil Kitap'ın rekabet testini gündeme almasını gerektirecek gelişmeler ve koşullar ile konu hakkındaki tartışmalar üzerinedir. İkinci bölümde, Topluluk uygulamasının ABD uygulamasına yaklaşmasının somut ürünü olan Yatay Yoğunlaşmalar Duyurusu kısaca tanıtılacak ve Yatay Birleşmeler Rehberi'yle karşılaştırılacaktır. İzleyen iki bölümde, Türkiye uygulaması için önerilerde bulunulmasının zeminini hazırlamak için, hakim durum ve pazar gücü kavramlarının ne kadar ikame olduğu veya olmadığı tartışılacak, hakim durum testi ile rekabet testi bu çerçevede karşılaştırılacaktır. Türkiye deneyimiyle ilgili tespitlerin yapıldığı beşinci bölümde, yoğunlaşma kontrolü politikası ve bunların iktisadi araçları açısından mevzuat ve içtihatımız değerlendirilecektir. Son bölümde, bu açıklama, tespit ve değerlendirmeler ışığında Türkiye için yapılacak önerilere yer verilecektir.

I. YEŞİL KİTAP'IN BAŞLATTIĞI TARTIŞMALAR

Yeşil Kitap'ta, rekabet testinin tartışmaya açılmasının gerekçelerinden biri olarak yoğunlaşma kontrolünde global düzeyde uyumun sağlanması gösterilmiştir. Buna göre Amerika, Kanada, Avustralya, İngiltere, İrlanda uygulamalarına Topluluk uygulaması yaklaştırılacak ve böylece global işlemlerin ortak bir ölçüte göre değerlendirilmesi sağlanacak, rekabet otoriteleri arasında karşılaştırma (*benchmarking*) yapılması kolaylaştırılacaktır. Diğer yandan, rekabet testinin iktisadi analize daha yatkın bir model olduğu ve özellikle yoğunlaşmış piyasalardaki işlemlerin (örneğin, ikinci ve üçüncü oyuncunun, pazardaki yoğunlaşmayı ciddi düzeyde artıracak şekilde birleştiği, ancak pazar lideri olmadığı işlemlerin) değerlendirilmesinde uygulayıcıya esneklik sunduğu belirtilmiştir. Yeşil Kitap'ta bunlara karşılık, hukuki belirlilik açısından hakim durum testinin (içtihatla gelinen nokta itibarıyla) tercih edilir olduğu belirtilmiştir.

²⁷¹ "Teşebbüsler Arası Yoğunlaşmaların Kontrolü Üzerine Konsey Tüzüğü Kapsamındaki Yatay Yoğunlaşmaların Değerlendirilmesi Hakkında Komisyon Duyurusu" (11.12.2002)

I.A. Oligopolistik Pazarlardaki Koşut Davranışlar

Bu noktada, rekabet testinin değerlendirmeyi daha kolay ve sağlıklı kıldığı düşünülen oligopolistik pazarlardaki koşut davranışlar ve bunların ortaya çıkış koşullarının üzerinde kısaca durmakta fayda bulunmaktadır.

Koşut davranışları açık işbirliği ve gizli işbirliği şeklinde ayırmak mümkündür. Bunların arasındaki fark, anlaşmaya ne şekilde varıldığıdır. Açık işbirliğinde (*explicit collusion*), taraflar karşılıklı bir eylem planı oluşturmakta ve ortak davranışların izlenmesinin güvencelerini yine karşılıklı olarak ortaya koymaktadır. Gizli işbirliği (*tacit collusion*), firmaların rakiplerinin fiyatlama davranışlarını gözleyerek veya tahmin ederek davranışlarını uyumlulaştırabilmeleri anlamına gelmektedir. Firmalar, karşılıklı bağımlılık ilişkisi içinde olduklarını ve uyumlu hareket etmenin avantajlarını bildiğinden, bir firma fiyat artırdığında diğer firmaların kendisini izleyeceğini pekala öngörebilecektir. Böylece firmalar, bu bilgiyle ortak bir davranış içine girmektedir (Church ve Ware, 2000).

Aşağıdaki unsurların varlığı halinde, koşutluğun ortaya çıkması daha muhtemeldir (Venit, 1991):

- Durağan ve olgunlaşmış, az sayıda oyuncunun bulunduğu bir pazar,
- homojen bir mal,
- fiyat şeffaflığı,
- önemli pazara giriş engelleri,
- düşük talep esnekliği.

Bishop ve Walker (2002) bu unsurlara, özellikle yoğunlaşma işlemleri sonrasında gizli işbirliğinin oluşması bakımından, aşağıda yer verilenleri eklemiştir:

- Pazardaki oyuncuların benzer özelliklerde olması,²⁷²
- oyunbozan (*maverick*) firmaların yokluğu,
- karmaşık ve büyük alıcıların yokluğu,
- atıl kapasitenin yokluğu,
- küçük ama rekabetçi firmaların yokluğu,

²⁷² Maliyet yapısı veya büyüklüğü itibarıyla farklılaşan firmaların, bu açılarından simetrik firmalara göre, uyumlu hareket edebilmesi daha zayıf bir olasılıkla ifade edilir; çünkü kar çoğaltmak noktasında farklı en uygun dengeleri olan bu firmaların satış değişkenleri üzerine uzlaşması güçtür.

- piyasada işlemlerin küçüklüğü ve sıklığı.²⁷³

Çelen (2001), yukarıda sayılan koşulların yanında, Komisyon ve ATAD'ın yoğunlaşma işlemleri sonucunda "birlikte hakim durum"²⁷⁴ oluşup oluşmayacağını belirlemede göz önünde bulundurduğu diğer unsurları şu şekilde sıralamıştır:

- Birleşme sonrası pazar yoğunlaşması oranı,²⁷⁵
- teşebbüsler arasında bağ olması,
- pazarın geçmiş performansı.

I.B. Komisyon Kararları

Yoğunlaşmanın pazarda koşut davranışları tetikleyebileceği endişesinin sorgulandığı bazı Komisyon kararları vardır. *Nestle / Perrier Kararı*'nda, birleşmiş teşebbüs olan Nestle – Perrier ile rakibi BSN'nin Fransa şişelenmiş su pazarında işlem sonrasında birlikte hakim durumda olacağı gerekçesiyle, Nestle'nin bazı markaları üçüncü kişilere devretmesi koşuluyla izleme izin verilmiştir.²⁷⁶ *Kali-Salz Kararı*'nda²⁷⁷ Komisyon;

- pazarın oligunlaşmış ve ürünün homojen olduğu,
- üretim, fiyat ve ticarete ilişkin bilgiler anlamında şeffaflık söz konusu olduğu,
- birleşmiş firma ile bir rakibinin pazar paylarının toplamının %80 olduğu,

tespitlerinden hareketle işlemin birlikte hakim durum yaratacağı veya güçlendireceği sonucuna ulaşmıştır.²⁷⁸ *Kali-Salz*'da, Mahkeme Komisyon'un

²⁷³ Alımların büyük ve nadir olduğu piyasalarda uyumlu hareket etmek daha zordur. Bu durumda işbirliği yapma motivasyonu azalacak veya ortadan kalkacak ve caydırıcılık azalacaktır. Örneğin, yılda birkez açılan bir ihalede; üç firma bu ihaleyi paylaşamayacak ve bu ihaleyi kazanmak için yoğun bir rekabete girecektir. Bu ihalede ayrıca, oyunbozan firma en erken bir yıl sonra cezalandırılabileceğinden, bu firma üzerinde baskı kurulamayacaktır.

²⁷⁴ Yoğunlaşma kontrolü özelinde "birlikte hakim durum" kavramının kullanılmasının eleştirisine Sunuş'un ilerleyen kısımlarında yer verilecektir.

²⁷⁵ Oligopolistik pazarlarda faaliyet gösteren teşebbüs sayısı arttıkça, bu teşebbüslerin birbirlerine olan bağımlılıkları zayıflamakta ve koşut davranışlar sergilemeleri zorlaşmaktadır.

²⁷⁶ OJ L 356, 05/12/1992, p. 0001 - 0031

²⁷⁷ OJ C 275, 03/09/1998, p. 0003

²⁷⁸ Bu ve izleyen Karar itiraz üzerine İlk Derece Mahkemesi'ne intikal etmiştir. Mahkeme, birlikte hakimlik için geçmişte taraflar arasında yapısal ilişkilerin bulunmasının bir koşul olmadığını; karşılıklı bağımlılığın, üretim kısıp fiyat yükseltilecek ortak karın en çoklanabilmesine olanak tanıyacak şekilde diğer tarafın davranışlarının tahmin edilebilmesi sonucunu doğuracağını

birlikte hakimiyetin birleşme yoluyla yaratılmasının Yoğunlaşma Tüzüğü ile engellenmesi yönündeki görüşünü onaylamıştır.²⁷⁹ Komisyon, *Gencor / Lonrho* Kararı ile, birlikte hakim durum yaratılacağı veya güçlendirileceği gerekçesiyle işlemi yasaklamıştır.²⁸⁰ İlk Derece Mahkemesi Komisyon Kararı'nı onaylamıştır.²⁸¹ ATAD ise, birlikte hakimiyet kavramının Tüzük kapsamında değerlendirilebileceğini belirtmiş; ancak Karar'a dayanak olarak gösterilen " taraflar arasındaki bağların" yeterince iyi kurulamadığı gerekçesiyle Karar'ı iptal etmiştir²⁸² (2001).

Komisyon, İngiltere'deki paket tatillerin organizasyonu hizmetini ilgilendiren *Airtours / First Choice* Kararı'nda; piyasadaki başlıca oyuncu sayısını dörtten üçe düşürecek birleşme işlemi, birlikte hakimiyet yaratılacağı gerekçesiyle yasaklamıştır.²⁸³ İlk Derece Mahkemesi bu Karar'ı iptal ederken şu tespitlere dayanmıştır:²⁸⁴

- Farklılaşmış bir üründe (tatil paketi) fiyatta anlaşmak mümkün değildir.
- Talep oldukça değişken olup kapasite kararları gizli işbirliğine elvermeyecek şekilde karmaşıktır.
- Bu pazarda şeffaflıktan söz edilemez.

Mahkeme, Komisyon'un cezalandırma mekanizmalarına ilişkin iddialarını da reddetmiştir. Şöyle ki, Komisyon'un birleşmeyi reddetme yönündeki kararının en önemli dayanağı (ve de en çok eleştiri alan yönü), dava konusu oligopolistik paket tatil pazarında meydana gelecek herhangi bir hile (koşut hareket etmeme yönünde oyunbozanlık) durumunda misilleme mekanizmalarının en erken bir yıl sonra etkisini göstereceği ve nedenle de misillemenin olamayacağından hilenin ortaya çıkacağı yönündeki taraf savunmalarını reddetmesi olmuştur (Sabuncu).

Görüldüğü üzere, yoğunlaşmaların koşutluğa yol açıp açmayacağıının ne şekilde değerlendirileceği noktasında olgunlaşmış ve tutarlı bir Topluluk içtihatından söz etmek olanaksızdır. Ayrıca Roma Antlaşması'nın 82'nci maddesinin uygulanmasında doğan birlikte hakim durum kavramının

belirtmiştir. Burada Mahkeme birlikte hakimiyet kavramının içini gizli işbirliği kavramı ile doldurmuştur (Çelen).

²⁷⁹ C-68/94

²⁸⁰ 24.04.1996, Case No IV/M.619

²⁸¹ 25.03.1999, T-102/96

²⁸² C-30/95

²⁸³ OJ L 093, 13/04/2000 p. 0001 - 0033

²⁸⁴ 06.06.2002, T-342/99

Yoğunlaşma Tüzüğü altındaki işlemlerin değerlendirilmesinde kullanılmasının isabetli olup olmayacağı tartışmalıdır. O halde, rakip sayısını azaltarak pazarın oligopolistik yapısını güçlendiren işlemlerin değerlendirilmesinde, hakim durum testinin zaaflarının bulunduğu ve rekabet testinin daha sağlıklı sonuçlar vereceği yönündeki görüş ciddi ve anlamlıdır.

I.C. Rekabet Hukuku Karşısında Gizli İşbirliği

Ortak iradenin ürünü açık işbirliğinin yokluğunda, koşut davranışların rekabet hukukuna aykırı sayılıp sayılmayacağı noktasında belirsizlik bulunmaktadır. Şöyle ki, oligopolistik piyasa oyuncularının herbirinin tek taraflı davranışlarıyla fiyatı yükseltmesi nedeniyle “ortak çıkar”dan söz edilebilecek, ancak işbirliği açık olmadığından “ortak irade” tespit edilemeyecektir. Gizli işbirliği, bir anlaşmanın yokluğunda uyumlu hareket edilerek pazar gücü uygulanması olduğuna göre; fiyat yükselecek, dağılım etkinsizliği oluşacak ve tüketici refahı bundan olumsuz etkilenecektir. Ancak iktisadi açıdan sakıncalı olan gizli işbirliğinin görüldüğü pazarlara müdahale etmek hukuki sakıncalar doğurabilecektir. Nitekim, Çelen’in de işaret ettiği üzere, hem Topluluk hem de Amerikan uygulamasında, oligopolistik bağımlılıktan kaynaklanan koşut davranışlar tek başına ihlal olarak görülmemektedir. Teşebbüslerin, pazardaki diğer teşebbüslerin davranışlarını izleyerek rakiplerinin mevcut ya da gelecekteki davranışlarına akıllıca ayak uydurmalarının uyumlu eylem olmadığı konusunda AT Rekabet Hukuku’nda yerleşik bir içtihat oluşmuştur.

Areed (1980), rekabet politikaları için bu tür işbirliğinin açık işbirliğinden daha tehlikeli olması nedeniyle, yoğunlaşma politikalarının ana amacının; bu gibi oligopolistik pazar yapılarında yoğunlaşma yoluyla gizli işbirliği oluşturulması ya da güçlendirilmesi olasılıklarının önüne geçilmesi olduğunu belirtmiştir. Çelen ve Sabuncu da, oligopolistik pazarlarda bu tür koşutlukların oluşmasına uygun pazar yapılarının oluşmasını önleyen bir yaklaşımın benimsenmesini önermiştir.

Hakim durum testinin tartışmaya açılmasında, yoğunlaşma sonrasında pazarda koşutluğun oluşması endişesinin bu testin öngördüğü analizle yeterince ve sağlıklı bir şekilde incelenememiş olmasının etkisi büyüktür. Kaldı ki, Sabuncu’nun vurguladığı gibi, “birlikte hakim durum” kavramı gizli işbirliğini içerecek şekilde kullanılamayacaktır çünkü birlikte hakim durum ortak bir iradeyi (çoğu zaman bir anlaşmayı) gerektirirken, gizli işbirliği bir anlaşmanın yokluğunda, firmaların herbirinin tek taraflı ancak koşut hareket etmesini ifade etmektedir. Diğer taraftan, rekabet testi, kavramsal bir kargaşaya yol açmayacak ve özellikle gizli işbirliği riski karşısında, fiyat merkezli değerlendirmesiyle sağlıklı bir incelemeyi olanaklı kılacaktır.

I.D. Yeni Hakim Durum Tanımı

Yeşil Kitap'la başlatılan tartışmaları dikkate alan Komisyon, Taslak Yoğunlaşma Tüzüğü'nü hazırlamıştır.²⁸⁵ Taslak'ın Dibace bölümünün 21'inci paragrafında, yukarıda yer verilen endişeler paylaşılmıştır. Burada, oligopolistik pazarlarda yoğunlaşma işlemi sonucunda oluşan yapıda etkili rekabetin engellenmiş olabileceği ve bu nedenle hakim durum tanımının bu endişe giderilecek şekilde gözden geçirilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Taslak'ın 2/2'nci maddesinde bu çerçevede önerilen hakim durum tanımı şu şekildedir: "Koordinasyonla veya koordinasyonsuz²⁸⁶; fiyat, üretim, ürün kalitesi, dağıtım, buluş gibi rekabet değişkenlerini önemli ölçüde ve devamlı şekilde etkileyebilecek ya da rekabeti önemli ölçüde engelleyebilecek ekonomik güce sahip bir veya birden fazla teşebbüs, bu Tüzük anlamında hakim durumda sayılır." Bu tanımda iki husus dikkat çekmektedir:

- Amerikan Yatay Birleşme Rehberi'nde işaret edilen ve Topluluk içtihatında halihazırda "birlikte hakim durum kavramı" ile karşılanmaya çalışılan koordinasyon etkilerine hakim durum tanımı içinde yer verilmiş,

- bu tanımın Yoğunlaşma Tüzüğü için yapıldığı vurgulanmıştır.

İkinci husus, 82'nci madde altındaki birlikte hakimiyet ile Tüzük anlamında koşutluğun karışıklığa yol açacak şekilde çakışmasından kaçınmak için vurgulanmış olmalıdır.

II. YATAY YOĞUNLAŞMALAR ÜZERİNE DUYURU

Komisyon, Taslak Tüzük'le eşzamanlı olarak Yatay Birleşmelerin Değerlendirilmesi Üzerine Duyuru'yu çıkarmıştır. Duyuru, ABD Federal Ticaret Komisyonu ve Adalet Bakanlığı'nın birlikte çıkardığı Yatay Birleşme Rehberi'yle²⁸⁷ içerik olarak geniş ölçüde uyumlu olup Taslak Tüzük'de önerilen yeni hakim durum tanımının içeriğini doldurmaktadır. Duyuru, beş unsur üzerine temellendirilmiştir:

- Yoğunlaşmaların olası anti-rekabetçi etkileri,
- alıcı gücünün birleşme sonucunda oluşabilecek pazar gücüne karşı dengeleyici olma olasılığı,
- etkili rekabeti sağlayacak pazara giriş potansiyeli,
- yoğunlaşmanın etkinlikler doğurma olasılığı,

²⁸⁵ 11.12.2002

²⁸⁶ tek taraflı

²⁸⁷ Rehber 1997 yılında gözden geçirilmiştir.

- batan firma savunmasının koşulları.

Yatay Birleşme Rehberi'nde de benzer bir sistematik izlenmektedir. Buna göre, rekabet otoritesi yatay yoğunlaşmaları değerlendirirken sırasıyla şu soruları yanıtlayacaktır:

- İşlem yoğunlaşmayı önemli ölçüde artırıp yoğunlaşmış bir pazarın oluşmasına neden olacak mı?

- Yoğunlaşma anti-rekabetçi etki doğuracak mı?

- Olası bir anti-rekabetçi etki karşısında; pazara giriş mümkün mü, zamanlı ve bu anti-rekabetçi etkiyi telafi etmeye yeterli olabilir mi?

- Diğer yollarla sağlanması mümkün olmayan etkinlik kazanımları söz konusu olacak mı?

- İşlemin yokluğunda, taraflardan biri, malvarlığı piyasayı terkedecek şekilde batacak mı?

II.A. Anti-Rekabetçi Etkilerin Tanımı

Duyuru'da, yatay yoğunlaşmaların rekabeti başlıca üç şekilde azaltabileceği belirtilmiştir:

- Bir yoğunlaşma üstün pazar konumu yaratabilir veya mevcut böyle bir konumu güçlendirebilir.²⁸⁸ Bu durumdaki bir teşebbüs müşteri ve rakiplerinden bağımsız olarak fiyatı yükseltebilir.

- Bir yoğunlaşma işlemi, bir veya birden fazla satıcı üzerindeki rekabetçi baskıyı ortadan kaldırarak oligopolistik bir pazardaki rekabeti azaltabilir ve bunların fiyatlarını artırabilmelerini olanaklı kılabilir.²⁸⁹

- Bir yoğunlaşma oligopolistik bir pazarda önceden uyumlu hareket etmeyen teşebbüslerin uyumlu hareket etmesini ve fiyatları yukarı çekmesini

²⁸⁸ Burada, "hakim durum" kavramının kullanılmasından kaçınılmış, "üstün pazar konumu" ifadesine yer verilmiştir. Bunun nedeni, yeni hakim durum tanımının genişletilmiş olmasıdır.

²⁸⁹ Duyuru'da bu senaryo "işbirlikçi olmayan oligopoller" başlığı altında incelenmiştir. Burada, rakipler, birleşmiş teşebbüsün fiyat artışı veya arz kısıtlamasına karşı talep bunlara kayacağından, fiyatlarını artırmayı tercih edebilecektir.

Compecon Limited (2002) bu senaryoyu daha anlaşılır bir şekilde açıklamıştır. Buna göre, farklılaşmış ürünler pazarında, ürünleri en yakın olan üreticiler, toplam pazar payları hakim durumda olmayı gerektirecek kadar yüksek olmasa da, birleşerek fiyatı tek taraflı artıracak konuma gelebilecektir. Farklılaşmış ürün pazarında rekabet baskısı çeşitli malların ikame edilebilirliği ile belirlenmektedir. Bu ise tüketici tercihleri araştırmaları, alım yapılarının analizi, çapraz fiyat esnekliği (Diğer değişkenler sabitken, diğer bir ürünün fiyatındaki artışın ilgili ürüne olan talep üzerindeki etkisini ölçmektedir.) ile sapma oranının (İlgili ürünün fiyatı arttığında, diğer bir ürüne kayan talebin toplam satış kaybına oranını ölçmektedir.) hesaplanması ile ölçülmektedir.

sağlayabilir. Birleşme, paralel davranışların bulunduğu pazarlarda koşutluğu kolaylaştırabilir.²⁹⁰

Diğer yandan, yoğunlaşmaların anti-rekabetçi etkilerinin tanımlanması ve sınıflandırılmasında Rehber, daha açık bir yaklaşım sergilemiştir. Buna göre, işlem sonrasında birleşmiş firmanın fiyatı tek taraflı yükseltebilecek olması “tek taraflı etkiler”;²⁹¹ işlem sonrasında rekabetin azalarak firmaların daha başarılı, daha yüksek katılımla veya daha yüksek bir olasılıkla tüketici zararına olacak şekilde koşut davranabilmesi ise “koordinasyon etkileri” başlığı altında incelenmiştir. Koordinasyon etkileri açık veya gizli işbirliği şeklinde ortaya çıkacaktır.

II.B. Duyuru ile Rehber’in Farklılaştığı Noktalar

Duyuru ve Rehber; pazar yoğunlaşmasının, pazara girişin ve batan firma savunmasının değerlendirmeye dahil edilmesi noktalarında uyumludur. Yoğunlaşmaların anti-rekabetçi etkilerinin tanımlanmasında benzer bir yaklaşım benimsenmiş olsa da, Duyuru’daki ifadelerde bir belirsizlik söz konusudur. Duyuru’da, “tek taraflı etkiler”in bir kısmı hakim durum kavramına benzer “üstün pazar konumu”yla, diğer bir kısmı ise farklılaşmış ürünler pazarlarında işlem sonucunda oluşacak tek taraflı etkilerle ifade edilmiştir. “Koordinasyon etkileri”nin açıklanmasındaki ifade de yeterince açık değildir.

Duyuru ve Rehber’de pazar yoğunlaşmasının dikkate alınacağı belirtilirken, HHI (Herfindahl-Hirschman Index)²⁹² ölçüt olarak kabul edilmiş, ancak işlemin pazar yoğunlaşmasına katkısı itibarıyla şüpheyle karşılanmasının eşikleri farklı düzeylerde belirlenmiştir. Şöyle ki, Rehber’e göre,

- işlem sonrası endeks 1000 ila 1800 arasında ve işlemin endekse katkısı 100’ün üzerindeyse,

²⁹⁰ Birleşmenin koordinasyon etkilerinin öngörülmesinde şu unsurlar dikkate alınır: Koordinasyon koşullarında uzlaşabilme, bu koşullara uyumun denetlenebilmesi, bunlara uyulmaması halinde caydırıcı cezalandırma mekanizmalarının işletilebilmesi ve rakiplerin ya da müşterilerin dengeleyici tepkilerde bulunamaması.

²⁹¹ Tek yanlı etkiler ya niteliği ya da kapasitesi itibarıyla farklılaşmış ürünler pazarlarında görülmektedir. Rehber’de bunla ilgili olarak “ürünler hetorejense, birleşen firmalar birbirlerinin en yakın rakibiye ve birleşme sonrası ortak pazar payları %35’in üzerindeyse; birleşmiş firmanın fiyatı tek başına artırması olasılığının doğacağı” ifade edilmiş, bu durumda HHI belirli eşikleri aştığında işleme müdahale edilebileceği belirtilmiştir. Firmaların birbirinden kapasite açısından farklılaştığı durumda ise; diğer rakiplerin kapasite sınırında üretiyor ve üretimlerini kârlı bir şekilde artıramıyor olması halinde, birleşme sonucu önemli bir piyasa payı elde eden firmanın fiyatları tek yanlı olarak artırabileceği ifade edilmiştir (Kulaksızoğlu, 2001).

²⁹² Pazar yoğunlaşması, piyasadaki oyuncu sayısı ve bunların pazar paylarının bir fonksiyonudur. HHI pazardaki oyuncuların pazar paylarının karesinin toplamına eşittir.

- işlem sonrası endeks 1800'ün ve işlemin endekse katkısı 50'nin üzerindeyse,

işlemin rekabeti önemli ölçüde azaltılabileceği endişesi söz konusu olmakta ve işlem daha derinlemesine incelenmektedir. Ancak Duyuru'da, işlem sonrası HHI'nın 2000'in ve işlemin bu endeksteeki artışa katkısının 150'nin üstünde olması halinde birleşmeye şüpheyle yaklaşılacağı belirtilmiştir.

Tüketici refahı standartlarının benimsenmesi ve değişken veya marjinal maliyette düşüşün sağlanmasının sabit maliyette tasarruf sağlanmasına göre daha açıklanır bulunması gibi noktalarda, Duyuru ile Rehber'in etkinlik savunmasını düzenleyen hükümlerinin ortak olduğu görülmektedir.²⁹³ Ancak Taslak'da korunan ve etkinlik savunmasının dayanağını oluşturduğu düşünülen Tüzük'ün 2/1(b) maddesindeki ifade esasen bu savunmayı işlevsiz hale getirmiştir. Duyuru'da yinelenen bu ifade, "Komisyon yatay birleşmeleri değerlendirirken, tüketici yararına ve rekabeti engellemeyen teknik gelişmeler ile ekonomik ilerlemeleri dikkate alır." şeklindedir. Oysa ki, etkinlik savunması, pazar gücü yaratan işlemlerin aklanmasını sağlayan istisnai bir kuraldır. Bu kuralın dayanağını oluşturduğu ileri sürülen ifadede rekabetin engellenmemesi koşulunun yer alması, etkinlik savunmasının işletilemeyeceği anlamına gelmektedir.²⁹⁴

Öte yandan, buradaki "rekabetin engellenmesi"nin tanımı fiyatın yoğunlaşma sonrası artırılması şeklinde yapılması halinde bu ifade işler bir etkinlik savunmasının dayanağını oluşturacaktır. Söz gelimi, birleşme kaynaklı etkinlikler maliyeti önemli ölçüde azaltıp genişleyen kar marjına karşın fiyatı

²⁹³ Etkinlik savunmasının birleşme kontrolü sürecindeki yeri şu şekilde belirtilebilecektir:

- İşlemin yoğunlaşma oranını önemli ölçüde artıracığının ve işlem sonucunda yoğunlaşmış bir piyasa yapısı ortaya çıkacağına belirlenmesinin ardından, piyasa koşulları dikkate alınarak işlemin anti-rekabetçi endişeye yol açıp açmayacağı incelenmekte,
- böyle bir endişe belirtildiğinde, pazar gücü oluşmasını önleyecek şekilde zamanlı, karlı ve yeterli bir girişin olup olamayacağı incelenmekte,
- eğer bunun sonucunda anti-rekabetçi etkilerin oluşması ciddi bir olasılığı ifade ediyorsa, etkinlik savunması (ve varsa batan firma savunması) dikkate alınmaktadır.

²⁹⁴ Yeşil Kitap hakkındaki görüşlerin bir kısmında, yalnızca birkaç kararda gündeme gelen etkinlik savunmasına ilişkin içtihatın bu konuda bir değişikliğe gidilmesini mümkün kılacak ölçüde olgunlaşmadığı ileri sürülmüştür. Bazı eleştiri sahipleri ise, "etkinlik suçu" kavramını ortaya atmış ve birleşme kaynaklı etkinliklerin rekabeti azaltılabileceğini, bunun işlemi yasaklama gerekçelerinden biri olarak görülmesi gerektiğini ileri sürmüştür. Amerikan Barosu'nun konuyla ilgili tespiti yerindedir (<http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/review/comments.html>). Şöyle ki, taslak metinde, şu sorunun yanıtı belirsizdir: Etkinlik savunması, yokluğunda anti-rekabetçi bulunabilecek bir yoğunlaşma işleminin onaylanmasını sağlayabilecek bir savunma mıdır; yoksa pazara girişin kolaylığı veya piyasadaki mevcut rekabetin etkililiği gibi, işlemin rekabet üzerindeki etkilerinin değerlendirilmesinde bir ölçüt müdür? Tüzük'ün 2/1(b) maddesine göre ilk sorunun yanıtı "hayır"dır ve Komisyon'un ikinci soruya verecek bir yanıtı muhtemelen yoktur.

aşağı çekebilecek ve böylece pazar gücünün fiyat üzerinde olumsuz etkisi bulunabileceği endişesi etkinlik savunmasıyla giderilecektir. Nitekim, 1997 yılında yapılan değişiklikle, Yatay Birleşme Rehberi'nde "etkinlikler meselesi" savunma olmaktan çıkarılarak rekabet testinin içine alınmıştır. Yani, etkinlik savunmasıyla aklanan bir birleşme, tüketicinin rekabetin önemli ölçüde azaltmasından zarar görmesini etkinlik kazanımlarının önlemesi nedeniyle izin almış olmayacak, doğrudan bir değerlendirmeye rekabeti azaltıcı sayılmayacaktır. Burada rekabetin tanımı fiyata bağlantılı ve tüketiciye etki merkezli yapıldığından, bu sistem kendi içinde tutarlıdır.

Topluluk uygulaması fiyat analizi odaklı değildir. Etkinlik kazanımlarıyla fiyatı düşürme güdüsüne sahip birleşmiş teşebbüs, fiyat gibi rekabet değişkenlerini etkileyebilecek güce sahip olabileceğinden hakim durumda sayılacak ve bu durumda rekabet önemli ölçüde engellenmiş olacaktır. Böylece, tüketici faydasına bir durumda, etkinlik düzeneği devre dışı kalacaktır. Diğer taraftan, Topluluk rekabet hukukunda "rekabet" firmaların fiyat üzerindeki etkisinin ötesinde pazardaki oyuncu sayısı ve bunların görece büyüklüğü ile ölçüldüğünden, etkinlik tartışmasının bir savunma olarak görülmesi mevcut sistemin tutarlılığı açısından isabetli olacaktır.

III. HAKİM DURUM VE PAZAR GÜCÜ KAVRAMLARI

Komisyon, *Continental Can* davasında hakim durumu "rakipler, sağlayıcılar veya müşterilerden bağımsız hareket edebilme gücü" olarak tanımlamıştır.²⁹⁵ Benzer şekilde, *United Brands* Davası'nda Adalet Divanı hakim durum kavramına "firmaya ilgili pazarda rakiplerinden, müşterilerinden ve nihai olarak tüketicilerden önemli ölçüde bağımsız davranma gücü vererek pazarda var olan rekabeti engelleme gücünü sağlayan konum" tanımını getirmiştir.²⁹⁶ Hakim duruma ekonomik anlamda bir tanım getirmek gerekirse, "pazar gücü" kavramından söz etmek mümkündür (Kalkan, 2002).²⁹⁷ Buna göre, pazar gücü karını ençoklamaya çalışan bir firmanın fiyatlarını marjinal maliyetleri üzerinde istikrarlı bir biçimde tutabilmesi durumu ile açıklanabilecektir.²⁹⁸ ²⁹⁹ Hovenkamp'ın (1999), Yüksek Mahkeme tarafından

²⁹⁵ Europemballage Corporation and Continental Can Co. Inc. v EC Commission, (1973), ECR 215.

²⁹⁶ Case 27/76 United Brands v EC Commission, (1978), ECR 207.

²⁹⁷ Pazar gücüne yönelik kamu politikasının iki bacağı vardır. Pazar gücünün kullanılmasından kaynaklanan etkisizlikler düzenlemenin (regülasyonun) müdahale alanındadır. Buradaki müdahale, fiyatların kontrol edilmesiyle pazar gücünün kullanılmasına sınır getirilmesidir. Anti-tröst hukuku ise pazar gücünün edinilmesini, korunmasını veya genişletilmesini sınırlamaktadır (Church ve Ware).

²⁹⁸ 1992 Yatay Birleşme Rehberi'nden: Bu rehberin temel konusu, pazar gücü yaratan veya pazar gücünü artıran ya da bunun kullanılmasını tetikleyen birleşmelere izin verilmemesi gerektiğidir. Pazar gücü, fiyatın rekabetçi seviyenin üzerinde önemli bir süre tutulabilmesi ile ifade edilir. Pazar gücü ayrıca, bir monopsonistin, bir alıcı birliğinin veya monopsonist olmayan bir alıcının alımı

“du Pont” davasında³⁰⁰ yapılan pazar gücü tanımıyla ilgili eleştirisi bu doğrultudadır. Karar’da pazar gücü, fiyatı kontrol etme veya rekabeti dışlama gücü şeklinde tanımlanmıştır.³⁰¹ Bu tanım hem çok açıklayıcı değildir, hem de kısmen yanlıştır; çünkü pazar gücü başlıbaşına dışlayıcı olamaz, aksine fiyatın rekabetçi seviyenin üzerine çekilmesini piyasaya yeni satıcıların girmesi izler. “Fiyatı kontrol etmek” ifadesi de yeterince açıklayıcı değildir, çünkü fiyat yükseltildiğinde firma müşteri kaybedecektir. O halde vurgu, fiyatı rekabetçi seviyenin üzerine karlı (istikrarlı) bir şekilde çıkarabilmek üzerinde olmalıdır. Bu arada Bishop ve Walker, hakim durum kavramının zamanla pazar gücü kavramına yakınlaştığını ileri sürmüştür; Komisyon’un önde gelen bürokratlarının, Komisyon’un “bağımsız hareket edebilmek” ile “fiyatı yükseltebilmek” arasında sıkı bir bağ olduğuna inandığını eklemiştir.

Topluluk uygulamasında, hakim durumun başlıca ölçütü pazar payı olmuştur. O kadar ki, yazarlar sıkça pazar payı değerlerinden söz ederek hangi değer aralıklarında veya hangi oran aşıldığında hakim durumun oluşacağı üzerine genellemeler yapmaktadır. Hakim durumun iktisadi karşılığının pazar gücü olduğu düşünüldüğünde, pazar payı ile pazar gücü arasında bir ilişki bulunmakla birlikte,³⁰² pazar payının pazar gücünü her zaman ve orantılı olarak

rekabetçi seviyenin altında yapmaya zorlayabilmesini, dolayısıyla arzın düşmesine yol açabilmesini de ifade eder (0.1’inci madde).

²⁹⁹ Pazar gücü marjinal maliyetin üzerinde fiyatlandırma ile açıklansa da, bu işlevsel bir tanım değildir. Fiyatın marjinal maliyet seviyesinde oluşacağı tam rekabetçi pazarlar gerçek yaşamda karşımıza çıkmamaktadır. O halde pazar gücünü, bir veya bir grup firmanın, arzı kısırlık fiyatı rekabetçi koşullarda oluşabilecek olanın üzerine çıkarabilmesi ve böylece daha fazla kar edebilmesi şeklinde tanımlamak mümkündür. Bu tanım İngiltere (Adil Ticaret Ofisi) gibi bazı üye ülkeler tarafından benimsenmiştir. Komisyon bir dökümanında (“Elektronik İletişim Sistemleri ve Hizmetlerinin Düzenlenmesi Üzerine Çalışma Dökümanı: Pazar Analizi ve Önemli Pazar Gücünün Hesaplanması Üzerine Taslak Rehber”, 2001) bu tanıma, “satış ve ciroda önemli bir kayıp yaşamadan” ifadesini eklemiştir.

³⁰⁰ US v. E.I. du Pont de Nemours & Co. (1956)

³⁰¹ Bu tanım karışıklığa yol açmıştır. Ancak tanımın yorumlanmasıyla ilgili geniş bir uzlaşma söz konusudur. Buna göre, “tekel gücü” pazar gücünü ve kalıcı tekel karını, uzun vadede rakiplerin dışlanabilmesini anlatmaktadır.

³⁰² Diğer değişkenler sabitken, yüksek pazar payı olan bir firmanın fiyatı artırabilme gücü düşük pazar payına sahip diğer bir firmaninkine göre daha yüksektir. Pazar gücü ile pazar payı arasındaki bu ilişki, mahkemelere pazar payını pazar gücünün gelişmiş bir temsilcisi (*proxy*) olarak kullanılması olanağını tanımıştır.

Pazar payı ile pazar gücünün korelasyonu şu formülle açıklanabilir:

$$(P_m - P_c) / P_m = S_i / (\epsilon_m^d + \epsilon_j^s (1 - S_i))$$

Burada, P_m : tekel fiyatını,

P_c : Rekabetçi fiyatı (marjinal maliyeti),

S_i : Firmanın pazar payını,

ϵ_m^d : Piyasanın talep esnekliğini,

ϵ_j^s : Mevcut veya potansiyel rakiplerin arz esnekliğini,

gösterdiğini söylemek olanaksızdır. Kaldı ki, pazar payı düşük olmakla birlikte finansal açıdan güçlü bir teşebbüs, pazar payı yüksek bir teşebbüs gibi, yıkıcı fiyatlama yapabilecek veya başka şekillerde rekabeti sınırlayabilecektir. Ayrıca, Bishop ve Walker'ın işaret ettiği gibi; pazarda değil, pazar için rekabet sözü konusu olduğunda, pazar payı pazar gücünü yansıtmada zayıf bir göstergedir. Örneğin, düşük pazar paylı bir firma, o an içinde bulunduğu stok ve borç durumuna göre, agresif bir teklif vererek ihaleyi alabilecektir. Bunun yanında, talep esnekliğinin düşük olduğu bir piyasada düşük pazar paylı bir işletme pazar gücüne sahip olabileceken, talep esnekliğinin yüksek olduğu bir pazarda yüksek pazar payı pazar gücünü peşinden getirmeyebilecektir (Utton, 1995).

Bu ve diğer nedenlerle Schmalensee (1982) Lerner endeksi ve pazar payıyla birlikte; özellikle fiyat ayrımcılığı, yıkıcı davranışlar gibi yalnızca pazar gücünün varlığı halinde görülebilecek davranışların varlığının da incelenmesi gerektiğini belirtmiştir.³⁰³

Şenyücel (2001), yaptığı literatür taramasında, pazar payının pazar gücünü yansıtmada yanıltıcı olabileceğini gösteren bir çalışmayla karşılaşmıştır.

...sektörün oligopol gücünü değil, firmanın pazar gücünü ölçen bir inceleme ise Kahai, Kaserman ve Mayo (1996) tarafından yapılmıştır. Yazarlar, yaptıkları çalışmada AT&T firmasının artık talep esnekliğini bularak Lerner endeksiyle firmanın pazar gücünü ortaya çıkarmışlardır..... AT&T'nin pazar gücü önemli bir sonuca ulaştırmaktadır: firmanın yüksek pazar payına ve sektörde hakim durumda olmasına rağmen, AT&T düşük pazar gücüne sahiptir. Çalışma bir yönüyle YDP³⁰⁴ – YASI³⁰⁵ kıyaslaması olarak ele alınabilir. Ekonometrinin kullanılmasıyla sektör yapısının incelenmesi, pazar paylarını göz önüne alan 'geleneksel' yaklaşımın tersi bir sonuca götürmüştür. Bu ise, sektörü düzenleyici nitelikte kararlar alan rekabet otoritelerinin, bu kararlarında ileri seviyede iktisadi analizler yapmalarının gerekliliğini göstermektedir.

Bu çerçevede ulaşılmaması gereken sonuç, pazar payının pazar gücüyle çoğu zaman ilişkili olduğunu teslim etmekle birlikte, diğer dinamik koşulların göz ardı edilip yalnızca veya büyük ölçüde pazar payına dayanılarak pazar gücünü tespiti çalışmanın doğru olmadığıdır. Buna bağlı olarak pazar payıyla özdeşleşmiş hakim durum kavramı, başta uygulayıcılar olmakla birlikte tüm ilgilileri kemikleşmiş yanılığlara sürükleyebilecektir.

göstermektedir (Hovenkamp).

³⁰³ Schmalensee, R. (1982) – “Another Look at Market Power”. Harvard Law Review, 95, 1788-1816.

³⁰⁴ yapı-davranış-performans

³⁰⁵ yeni ampirik sanayi iktisadı

IV. HAKİM DURUM TESTİ ile REKABET TESTİNİN KARŞILAŞTIRILMASI

IV.A. Hakim Durum Kavramının Sınırlayıcılığı

Diğer birçok yazar gibi Baxter da, rakiplerden ve müşterilerden bağımsız hareket edebilmek ile tanımlanan hakim durum kavramının oldukça sınırlayıcı olduğunu düşünmektedir.³⁰⁶ %40, %60 gibi yüksek pazar payları söz konusu olduğunda bile, fiyat üzerinde rakiplerden bağımsız olarak belirleyici olmaktan söz etmek güçtür. ABD'deki ölçüt rekabetin önemli ölçüde azaltılmasıdır ve bu yalnızca tek taraflı bağımsızlıkla sınırlı olmayıp az sayıda oyuncunun bulunduğu pazarlarda karşılıklı bağımlılık ilişkisini de kapsamaktadır. Komisyon, işlem sonrasında fiyat artışı beklendiğinde bile, hakim durum yaratılmadığı veya bunun güçlendirilmediği sonucuna ulaşabilecektir. Oysa ki, önemli fiyat artışları, hakim durum yaratılmadan veya güçlendirilmeden de söz konusu olabilecektir. Yeşil Kitap'ın ilgili bölümünde bu nokta paylaşılmıştır. Örneğin, yüksek pazar payı olmayan firmalar, eğer ürünleri yakın ürünlerse, bu tür bir fiyat artışını gerçekleştirebilecektir. Bunun aksi de mümkündür. Yani, fiyat artışına yol açmaması beklenen bir işlem, hakim durum kavramı ile aklanamayabilecektir (Neven ve Röller).

Bir grup akademisyen, Komisyon'un rekabet kurallarının uygulanmasından sorumlu üyesi Monti'ye mektubunda, hakim durum kavramının sınırlayıcı olması nedeniyle fiyatı yükselterek refahı olumsuz etkileyecek işlemlere izin verilebileceğine işaret etmiştir. Bunlara göre, bir işletmenin fiyatı artırmasının önündeki engel, bu durumda müşterilerinin bir kısmının rakiplerince kapılacak olmasıdır. Eğer bu firma rakiplerinden biriyle

³⁰⁶ Burada tartışma, mevcut tanımda yer bulmayan bu tür durumların birlikte hakimiyet veya yapılacak yeni bir tanımda yer bulması gerekip gerekmediği noktasına kadar uzamaktadır. Halihazırdaki terminolojinin kullanımı sürdürülecekse, tek firma hakimiyeti analizi aynen korunmalı ve birlikte hakim durumluk kurumu daha geniş bir alanda uygulanmalıdır (Kühn).

birleşiyorsa, bir rakip ortadan kalktığı için üzerindeki rekabetçi baskı hafifleyeceğinden firma fiyatı daha rahat artırabilecektir. Buna rakiplerin de fiyat artışıyla karşılık vermesi halinde (Pek çok olayda bu söz konusu olacaktır.), birleşmiş firma hakim durumda olmasa da veya işlem bir uyumlu eylemi tetiklemese de, işlem sonucunda tüketici refahı azalacaktır. O halde, hakim durum testi, refah kaybına yol açacak bu tür birleşmeleri yasaklamaması halinde, amaca hizmet etmeyecektir.

Neven ve Röller, nihai incelemeye alınanların birçoğu dahil, Komisyon tarafından değerlendirilen birleşmelerin borsadaki etkisini incelemiştir. Birleşmenin duyurulmasına borsanın olumlu tepki vermesinin; işlemin rakipler açısından karlı bulunacağı, dolayısıyla pazarda fiyat artışına yol açacağı ve anti-rekabetçi olduğunu gösterdiği varsayılmıştır. Ulaştıkları sonuçlardan biri şudur: İkinci tür hata (anti-rekabetçi –fiyatı yükselten- işlemlere izin verilmesi), birinci tür hataya (anti-rekabetçi olmayan birleşmelerin yasaklanmasına) göre çok daha sık karşılaşılan bir durumdur.

IV.B. Statik Bir Yaklaşım: Hakim Durum Testi

Hakim durum, çoğunlukla pazar payı analiziyle tespit edildiğinden, statik bir yaklaşımı yansıtmaktadır.³⁰⁷ Bu yaklaşım, birleşmenin fiyatı artırma yeteneğine katkısını göz ardı etmektedir. Nitekim pek çok yazar, hakim durum testinin, ilgili teşebbüslerin büyüklüğü ve piyasadaki yoğunlaşma gibi durağan unsurlar üzerine odaklandığını, dinamik³⁰⁸ ve davranışsal unsurlara gerekli önemi vermediğini ileri sürmüştür. Bunlardan bazıları ise, hakim durum testinin koordinasyon etkisinin ölçülmesinde başarıyla geliştiğini, ancak yine de rekabet testinin bu tür vakaların gerektirdiği analize daha uygun olduğunu vurgulamıştır.

Topluluk sisteminde, rakiplerin korunması endişesi yoğunlaşma kontrolüne de damgasını vurmuştur. Birçok kararda etkinlik kazanımlarının suç olarak, yani hakim durum yaratıcı olarak görülmesi, bu yaklaşımı açıklamaktadır.³⁰⁹ Piyasadaki rakip sayısının azalmasının tüketici zararına

³⁰⁷ Duyuru'dan: Üstün pazar konumu yüksek pazar payına (çoğunlukla %50'den fazlasına) sahip olmayı gerektirmektedir.

³⁰⁸ Su'nun (2001) altını çizdiği gibi, pazar gücünün değerlendirmesinde, pazarın hangi evrede (doğuş, büyüme, olgunluk ve küçülme) olduğu dinamik unsurlardan biri olarak dikkate alınmalıdır. Söz gelimi, doğuş evresinde piyasadaki tek oyuncu bunun avantajıyla piyasada belirleyici olabileceği gibi, pazarın büyüme eğiliminde olmasına bağlı olarak o anki pazar payı kalıcı bir pazar gücünü ifade etmeyebilecektir. Burada, şebeke dışsallıkları da göz önünde bulundurulmalıdır. Hızla büyüyen bir pazarda bile (Türkiye'deki GSM operatörleri vb.), şebeke dışsallığı büyümenin yoğunlaşmayı dengelemesini olanaksız kılabilir.

³⁰⁹ Burada bir çelişki söz konusudur. Hakim durum testi yasaklama eşiğini yukarı çektiğinden, bu testi benimsemiş yoğunlaşma kontrolünün pazarlarda "büyük"lerin oluşmasına hoşgörülü yaklaştığı söylenecektir. Bu durum, küçüklerin büyüklere karşı korunması endişesi ile açıklanamayacaktır.

olacağı düşünülmektedir. Hakim durum kavramında bu endişenin izi vardır. Bu endişenin haklılık payı bulunmakla birlikte, anılan yaklaşım, işlemin değerlendirilmesinde dinamik etkenlerin ve piyasa koşullarının gerektiği gibi değerlendirilememesine yol açabilmektedir.

Buluşlarla özdeşleşmiş yeni ekonomiler bu açıdan anlamlı bir örnektir. Bu pazardaki işlemlerin değerlendirilmesinde rekabet testi daha başarılı sonuçlar verecektir, çünkü hakim durum testi o anlık yüksek pazar payının fotoğrafını çekecek ve bu resmin gelecekte değişebilecek olmasını ve dinamik etkenlerin pazar gücünü kısıtlayıcı etkisini yeterince inceleyemeyebilecek veya göz ardı edebilecektir. Ancak buna karşı, hakim durum testinin işlem anının fotoğrafını çekmediği, süregelen ve kalıcı bir gücü tespit ettiği, gelecekteki potansiyel gelişmeleri dikkate aldığı söylenebilecektir.

Diğer yandan, hakim durum testi birleşmiş firmanın rakiplerine göre büyüklüğünü esas mesele olarak görürken, işlemin tüketici ve piyasa üzerindeki toplam etkisini gözden kaçırmaktadır. Burada, yoğunlaşma işlemi sonrasında birleşmiş firmanın fiyatı artırmasına karşı rakiplerin ne şekilde tepki vereceği önemlidir. Farrell ve Shapiro'nun (1990) yatay birleşmelerin anti-rekabetçi etkileri üzerine literatüre yaptığı katkıda, bu olası senaryolar incelenmiştir. "Dışsallık analizi" modeli, işlemin, taraflar açısından karlılığının ötesinde, rakipler ve müşteriler üzerindeki etkisiyle ilgilidir. Birleşmiş firmanın fiyat artırması ve arzı kismasına karşı rakipler iki tür tepki verebilir: (i) Miktarı artırarak işlem taraflarından kaçan talebi karşılayabilirler, (ii) birleşmiş firma gibi, fiyatı yükseltip arzı kısımlarabilirler. İkinci durumda fiyatın aratacağı ve miktarın azaltacağı açıktır. Ancak ilk durumda, rakiplerin (veya pazara yeni gireceklerin) miktarı artırması, işlemin piyasa üzerindeki toplam anti-rekabetçi etkisini telafi edip pazarı dengeleyebilecektir.³¹⁰

IV.C. 82'nci Madde ve Tüzük Altında Birlikte Hakim Durum

Yukarıda da açıklandığı üzere, yoğunlaşmalar sonucunda ortaya çıkabilecek koordinasyon etkilerinin öngörülmesinde, Topluluk'ta birlikte hakim durum kavramı kullanılmıştır. Oysa ki, (ex-ante) yoğunlaşma kontrolü, 82'nci madde altındaki (ex-post) analize göre, farklı bir standart ve yaklaşım gerektirmektedir; çünkü yoğunlaşma analizi işlem sonrası ortaya çıkacak pazar yapısına bakarken, 82'nci madde analizi özel sorumlulukları bulunan hakim durumdaki firmanın davranışlarını incelemektedir. Uygulamada bu iki analizin

³¹⁰ Jacquemin ve Slade, X-etkinsizlik başat etki değilse, birleşme sonucunda pazar yoğunlaşmasının artmasının toplam piyasa karını ve firma başına karı artıracakını belirtmiştir. Ancak devralan işletmenin çabalarından faydalanıp faydalanmayacağı açık değildir. Stigler (1950) bu sorunu görmüş ve diğer firmaların birleşme taraflarını cesaretlendirme adına herşeyi yapabileceğini ifade etmiştir.

ayrı olarak gelişmesinde fayda bulunmaktadır. Bu iki yönlü işlemelidir: (i) 82'nci maddedeki yüksek standart yoğunlaşma değerlendirmesini sınırlamamalı, (ii) birleşme içtihatı ise 82'nci maddeye ilişkin içtihatla karıştırılmamalıdır. Aksi takdirde, 82'nci madde ile Tüzük uygulamaları bu kavramın kullanımı anlamında birbirlerini sınırlayacak ve karışıklığa yol açacaktır. Bu tür bir olası karışıklığa sıkça verilen örnek şudur: Gizli işbirliğine uygun bir pazar yapısı oluşturacağı endişesiyle bir işlem yasaklandığında, bu pazardaki oyuncuların tek taraflı eylemleri 82'nci madde karşısında tartışmalı hale gelebilecektir.

Yaygın ve haklı bir iddia da, birlikte hakim durum kavramının, gizli işbirliği için kullanılmayacağıdır. 82'inci madde altında birlikte hakimiyet, kötüye kullanma eylemini gerçekleştirenlerin ortak çıkarının yanında ortak iradesini de (örneğin bir anlaşma) gerektirmektedir. Oligopolistik pazarlardaki gizli işbirliğinde ise, ortak çıkar söz konusu olmakla birlikte, koşutluk firmaların ortak iradesi olmaksızın tek taraflı eylemler sonucunda ortaya çıkmaktadır.

IV.D. Yapısal Yöntem Olarak Hakim Durum Testi

Pazar gücünün belirlenmesinde başlıca üç yöntem kullanılmaktadır: (i) Yapısal yöntem, (ii) sapma oranı yaklaşımı, (iii) simülasyon (Kalkan). Bu yöntemlerden yapısal yöntemi diğerlerinin tamamlayıcısı olarak görmek mümkündür, çünkü işlemin derinlemesine incelenmesine gerek olup olmadığına karar verilirken yapısal yöntem kullanılmakta, derin incelemede ise diğer iki yöntem kullanılmaktadır. Diğer yandan, sapma oranı yaklaşımını simülasyondan kesin çizgilerle ayırmak doğru olmayacaktır, çünkü bu iki yöntem de dinamik etkenleri ölçmektedir.

Yapısal yöntemin ilk iki aşaması pazarın tanımlanması ve bunun ardından pazar payları ile yoğunlaşma oranlarının ya da endeksinin hesaplanmasıdır. Bu değerlerin önceden belirlenmiş yoğunlaşma oranı ve/veya pazar payı eşiklerinin altında kalması halinde inceleme durdurulmakta, aksi takdirde inceleme derinleştirilmektedir. Bu çerçevede, hakim durum testi yapısal yöntem başlığı altında yer almaktadır.

Bu noktada, yapısal yöntemin temellerini oluşturan ve yoğunlaşma kontrolü uygulamasına 1960'lı yıllarda damgasını vurmuş “yapı-davranış-performans” (YDP) paradigması ve bunla ilgili eleştiriler üzerinde durmakta fayda vardır. Yapı-davranış-performans modelinin pazar yapısı ile pazar gücü arasındaki ilişkiyle ilgili iki temel hipotezi vardır:

1. Yoğunlaşma oranı artıçça pazar gücünün kullanımı da artacaktır.
2. Pazar gücünün kullanımı, pazara giriş engelleri yükseldikçe artacaktır (Church ve Ware).

1970'lerle birlikte YDP yaklaşımına yönelik eleştiriler başlamıştır. Yapılan eleştiriler iki temel noktada ele alınabilecektir:

1. Yoğunlaşmanın fazla olduğu sektörlerde kar oranlarının yüksek olması, o sektörlerdeki olası bir işbirliğinden çok, verim artışından kaynaklanmaktadır.

2. Kar ve pazar yoğunlaşması arasında doğrusal bir bağ bulunmamaktadır (Şenyücel).

YDP paradigmasını eleştirmek, yapısal ölçütleri göz ardı etmek demek değildir. Pazar payları ve pazar yapısının işlemin olası etkisi açısından önemli olduğu kabul edilmelidir. Ancak bunun dışında, firmaların etkileşimi ve tüketicinin tepkisi gibi dinamik etkenler de incelemeye dahil edilmelidir. Nitekim, YDP literatürünü eleştiren oyun teorisine dayalı yeni stratejik literatür; bu paradigmanın yaptığı gibi, anti-rekabetçi stratejinin makul olup olmadığını belirlemek açısından piyasa yapısı gibi etkenlerin dikkate alınması gerektiğini vurgulamaktadır. Ancak yeni stratejik literatürün davranışı ele alışı farklıdır. Bu gruba dahil yazarlara göre, rekabet otoriteleri ortaya çıkan anti-rekabetçi stratejilerle daha çok ilgilenmelidir (Kulaksızoğlu).

1992 Yatay Birleşme Rehberi'nin de YDP paradigmasını tamamen reddettiği söylenemeyecektir; çünkü incelemenin ilk aşamasında pazar yapısına yönelik çalışma yapılmaktadır. Ancak paradigmanın öngördüğünden farklı olarak yüksek pazar yoğunlaşmasının veya pazar payının kötü bir performansa yol açacağı sonucuna doğrudan varılmamakta, işlem sonrası davranışı öngörebilmek için yapısal olmayan etkenlere de bakılmaktadır (Kulaksızoğlu). Yine de, Şenyücel'in dikkat çektiği üzere; iktisatçılar arasında yoğun tartışmayı beraberinde getirmesine karşın YDP yaklaşımı, yoğunlaşma oranının pratik bir araç olarak ortaya çıkmasını sağlamıştır.

Yoğunlaşma oranı ile karlılık ilişkisi üzerine yapılmış çalışmalar, pazar gücünü belirlemede pazar yoğunlaşmasının temel veya tek araç olarak görülmesinin sakıncalarını göstermektedir. Fairburn ve Geroski, yapılan bir çalışmada, Birleşik Krallık'ta yoğunlaşma-karlılık ilişkisinin zayıf çıktığını ifade etmiştir. Church ve Ware, yoğunlaşma oranı ve karlılık ilişkisiyle ilgili yapılmış ampirik çalışmalara değinmiştir. Bunlardan birinde, Weiss (1974) 1970'li yılların başında yapılmış 46 çalışmayı incelemiş ve bunların 42'sinde yoğunlaşma oranı ile karlılık arasında küçük bir ilişki tespit etmiştir. Collins ve Preston (1969) dört firma yoğunlaşma oranı ile karlılık arasında çok güçlü olmayan bir ilişki görmüştür. Salinger'in (1990) ulaştığı sonuç da bu yöndedir. Bain (1951) ile Bradburd ve Over (1982) ise bu ilişkinin sürekli olmadığını ve belirli eşiklerin bulunduğunu ileri sürmüştür. Bain'e göre, kritik yoğunlaşma

oranı %70 olup bunun altında ve üstündeki değişimlerin karlılık üzerindeki etkisi önemsiz düzeydedir. Bradburd ve Over ise, 4 firma yoğunlaşma oranı %68'e varıncaya kadar karlılığın yoğunlaşmadaki artışlara ciddi tepkiler vermediğini ve yoğunlaşmanın yüksek olduğu pazarlarda dört firma yoğunlaşma oranı %46'nın altına düşmediği sürece karlılığın da düşmediğini gözlemiştir.³¹¹

İzleyen kısımlarda ayrıntılı bir şekilde belirtileceği üzere, farklılaşmış ürünler pazarlarında yapısal yöntemler yanlış sonuçlar verebilecektir. Bu durum, doğru pazar tanımı yapmanın güçlüğünden kaynaklanmaktadır. Bu noktada, özellikle farklılaşmış ürünler pazarlarındaki işlemlerin değerlendirilmesindeki sıkıntıdan hareketle, başlıca iki alternatif yöntem geliştirilmiştir. Bunlardan ilki, sapma oranı yaklaşımıdır. Bu yaklaşım, Shapiro tarafından, talep fonksiyonunun tahmini epeyce ayrıntılı veriye sahip olunmasını gerektirdiğinden önerilmiştir. Sapma oranı, fiyatı arttıgında bir üründen kaçacak talep içinde belirli bir ürüne yönelecek talebin oranını ifade etmektedir. Sapma oranının hesaplanması ve talep yapısının tahmin edilmesiyle işlem sonrasında fiyat ve miktar üzerinde etkili olacak dinamik etkenler değerlendirmeye dahil edilmiş olmaktadır.³¹²

Pazar gücünün belirlenmesinde kullanılan yöntemlerden bir diğeri simülasyondur. Simülasyon modelleri birleşme öncesi pazar koşullarına ilişkin verilere dayanarak ve pazardaki firmaların davranışları üzerine bazı varsayımlar yaparak işlem sonrası fiyatları tahmin etmektedir. Bu yaklaşım, pazar tanımına çok fazla belirleyici rol tanınmasından öte, rakiplerin birbirlerine yaptıkları fiyat

³¹¹ Harrington, Vernon ve Viscusi'nin (2000) yaptığı literatür taraması, yoğunlaşma oranından hareketle pazar performansı hakkında sonuca ulaşmanın sakıncalı olabileceğini göstermektedir. Scherer ve Ross'a yaptıkları atf dinamik etkinlikle yoğunlaşma arasındaki ilişki üzerinedir. Scherer ve Ross ("*Industrial Market Structure and Economic Performance*") araştırma-geliştirme rekabeti üzerine modellerinde, pazar yapısının buluşlar üzerine çelişkili etkilerini şu şekilde ortaya koymuştur: (i) Daha çok rakip, bunların yeni bir ürün bulmada ilk olma isteklerine ve oransız getirilerden ilk olarak faydalanabilmek için yapacakları yarışa bağlı olarak daha hızlı buluş yapılmasını sağlayacaktır. (ii) Ancak aynı zamanda daha çok firma, buluş yapmanın getirisinin daha fazla parçaya bölünmesine neden olacağından, buluş yapma motivasyonunu azaltabilecektir.

³¹² Kalkan'ın tezinde tanıttığı sapma oranı yaklaşımının bazı zayıf noktaları vardır:

- Talep yapısıyla ilgili güçlü (iddialı) varsayımlar yapılmaktadır.

- Sapma oranının (A'dan B'ye) genel formülü: $Dab = (\epsilon_{ab}/\epsilon_a) / (qb/qa)$;

ϵ_{ab} = A'dan B'ye çapraz esneklik, ϵ_a = A'nın kendi fiyat esnekliği.

Bu eşitlikteki veriler bilinmezse, sapma oranı pazar payları üzerinden hesaplanabilir. Ancak bu kez de, farklılaşmış ürünlerde pazar tanımı yapmanın güçlüğü karşımıza çıkar.

- Belirli bir pazar tanımlanabilse bile, pazar dışındaki ürünlerin A markasına fiyat baskısı yaratmadığı varsayılmalıdır.

- Tüketiciler arasında heterojen bir yapı bulunması halinde, sapma oranının pazar payına dayanılarak hesaplanması bu oranın gerçekte alacağı değerden uzaklaşmasına neden olmaktadır. Örneğin, A malını tercih eden iki tüketici grubundan birinin ikinci tercihi B iken, diğersinin C olabilir. Bu durumda, fiyat artışı nedeniyle A'dan kaçan talebin B ve C'ye, B ve C'nin pazar payları oranında dağılacığını söylemek güçtür.

baskısının incelenmesini temel alan bir yöntem olarak önerilmektedir (Kalkan).³¹³ Böylece, yalnızca pazar yapısına dayalı güçlü varsayımlara güvenmek yerine, piyasanın durağan olmayan koşulları dikkate alınmaktadır. Simülasyon, özellikle farklılaşmış ürünler pazarlarında yoğunlaşmalar sonucunda ortaya çıkacak tek taraflı etkilerin öngörülmesinde önemi gitgide artan bir araç olup bu işlemlerin değerlendirilmesinde çok daha güvenilir sonuçlara ulaşabilmektedir.³¹⁴

Church ve Ware, simülasyon yaklaşımının yukarıda değinilen avantajlarını şu şekilde açıklamıştır:

(i) Ürünlerin pazarın içinde veya dışında olmasının, pazar tanımı sisteminde olduğu kadar önemi yoktur. Bir ürünün simülasyon dışında bırakılması, birleşmiş firmanın fiyatlarını artırırken bu ürünün fiyatının sabit kalacağına varsayılmasına denktir. Pazar tanımı yaklaşımında bu durum, pazar payı hesaplamasına büyük etki yapıp firmanın pazar gücüne sahip olduğu sonucuna ulaşılmasına neden olabilir. (ii) Ürünlerin yakınlığı veya diğer şekillerde ikame olması, birleşmiş firmanın fiyat artırabilme yeteneğini büyük ölçüde kısıtlar. Örneğin bir pazarda X ve Y ürünlerinin yakın ürünler olduğunu, W ve Z ürünlerinin ise bunlara uzak ürünler olduğunu düşünelim. X ve Y ürünlerinin sağlayıcıları birleştiğinde yüksek bir fiyat artışı gerçekleştirebilecekleri simülasyon yöntemiyle doğru olarak öngörülebilir.

³¹³ Üç varsayım vardır: (i) Farklılaşmış ürünler için “işbirlikçi olmayan fiyat rekabeti” (Bertrand oyunu), homojen ürünler için Cournot oyunu varsayılır. (ii) Genellikle, belirli bir aralıkta marjinal maliyetin sabit olduğu varsayılır. (iii) Talep sisteminin şekli için “sabit esneklikli talep” ve “logit talep” gibi birçok talep sistemi kullanılabilir.

Kalkan’ın bu yaklaşımın aşamalarını açıklaması özetle şu şekildedir: (i) Spesifik bir talep sistemi üzerinden esneklik tahmini yapılır. (ii) Eğer tahmin edilen fiyat sistemi birleşme öncesi fiyat ve miktar değerleriyle bağdaşmazsa, bu dengeleri birleşme sonrası dengelerle karşılaştırmak mümkün olmayacaktır. Bu yüzden, talep sisteminin birleşme öncesi dengelerle bağdaşmasını sağlayacak kalibrasyon yapılmalıdır. Burada, tahmin edilen esneklikler veri alınarak talep sisteminin kayma parametreleri hesaplanır. Kalibrasyon yapmadan önce, birleşmeden hemen önce gerçekleşen denge değerleri, bu mümkün değilse eldeki verilerden birleşme zamanına en yakın denge değerleri seçilir. (iii) Simülasyon öncesinde marjinal maliyet tahmini yapılmalıdır. Bertrand oyunu çerçevesinde, birleşme öncesi kar ençoklama koşulu üzerinden birleşme öncesi marjinal maliyetlere ulaşılır. Ayrıca, marjinal maliyetin fonksiyonel formu hakkında ek bilgi bulunmadığında, birleşme öncesi sabit marjinal maliyet varsayımı yapılır. (iv) Birleşme sonrası fiyat ve miktarları hesaplanır (simülasyon).

³¹⁴ Froeb ve Werden (2002), simülasyon modellerinin mahkemeler nezdinde kullanılmasıyla ilgili ilginç bir noktaya işaret etmiştir.

Bazı avukatlar, mahkemelerde simülasyon modellerini kullanmaktan çekiniyorlar, çünkü bunların hakimlerce belli bir düzeyde anlaşılamayacağından endişe ediyorlar. Oysa ki, bu modeller düzgün bir şekilde kurulur ve sunulursa, uzmanın verilerden sonuçlara nasıl ulaştığı rahatlıkla anlaşılacaktır. Burada özellikle varsayımların açıkça ortaya koyulması önemlidir. Böyle yapıldığında, veriler kullanılarak modelin savunulması ya da eleştirilmesi mümkündür.

Ancak pazar tanımı yaklaşımıyla, pazar tüm ürünleri içerecek şekilde tanımlanıp birleşmeye bağlı fiyat artışının yüksek olmayacağı söylenebilir.

Epstein ve Rubinfeld (2001), simülasyonun, işlemin anti-rekabetçi etkisinin öngörülmesinin yanında bu etkinin (veya endişenin) telafi edilebilmesinin unsurlarından olan ayırma (*divesture*),³¹⁵ pazara giriş ve rakip ürünlerin yeniden konumlandırılması (*product re-positioning*)³¹⁶ gibi konularda da uygulayıcıya yardımcı olabileceğini belirtmiştir. Örneğin, birleşmiş firmanın markalarından biri pazardaki küçük bir oyuncuya aitmiş gibi simülasyon yapıp sonuca göre bu markanın bu oyuncuya devri gündeme getirilebilecektir. Pazara giriş özelinde ise, işlem sonrasında fiyattaki yükselme ve arzdaki azalma simülasyonla belirleneceğinden, ne kadarlık bir girişin pazarı işlem öncesindeki dengeye götüreceği bu sonuçtan anlaşılabilir olacaktır. Bu miktar pazarda tutunabilmeyi sağlayacak en az ölçek ile karşılaştırıldığında, anti-rekabetçi etkiyi telafi edecek karlı bir girişin yapıp yapılamayacağı öngörülebilir. Ürünün yeniden konumlandırılmasında da buna benzer bir mantık izlenecektir.

IV.E. Farklılaşmış Ürünler Pazarlarındaki İşlemler

Farklılaşmış ürünler söz konusu olduğunda, ilgili pazarın sınırlarını çizmek güçtür. Çünkü farklı kalite, özellik ve fiyat kombinasyonlarını dikkate alan tüketici karmaşık yapıda tercihlerde bulunmaktadır. Böyle olunca farklılaşmış ürünler kalite, özellik ve fiyatlar açısından neredeyse kesintisiz bir yelpaze içinde yer almakta ve bunlardan hangisinin ilgili pazar içinde ya da dışında kaldığını belirlemek zorlaşmaktadır. Bu durumda, pazarın sınırları net çizilemeyecek ve ilgili ürün pazarı fazlasıyla geniş tanımlanabilecektir (Kalkan). Dolayısıyla, pazar tanımı ve pazar payları üzerine temellendirilmiş yapısalci yaklaşımı benimsemiş hakim durum testi, farklılaşmış ürünler pazarlarındaki işlemlerin değerlendirilmesinde yanlış sonuçlar verebilecektir.

Bishop ve Walker'ın işaret ettiği gibi, toplam satışlarda düşük payı olmakla birlikte yakın konumdaki rakiplerin (tüketicinin ilk ve ikinci tercihi olan ürünlerin sağlayıcılarının) birleşmesi sonucunda ortaya çıkabilecek tek taraflı etkileri hakim durum testi atlayabilecektir. Bu sorun ancak dar pazar tanımı yapılmasıyla aşılabilecektir. Diğer yandan, birleşme analizlerinde pazar payına verilen önem, homojenlikten uzaklaştıkça birleşen firmalar arasındaki

³¹⁵ İşlem rekabetin önemli ölçüde azaltmasına yol açabilecekse, bu endişenin giderilmesi için, birleşmiş teşebbüsün malvarlığının bir kısmının (marka ve üretim tesisi gibi) üçüncü kişilere devrinin taraflara koşul olarak getirilmesi.

³¹⁶ Ürünün yeniden konumlandırılması; farklılaşmış ürünler pazarında, özellik-kalite-fiyat kombinasyonunda değişiklik yaparak ürünün diğer bir rakip ürünle tüketici gözünde daha yakın olmasını sağlamayı ifade etmektedir. Böyle bir olasılık, birleşmiş firmanın tek taraflı olarak fiyatı artırmasını önleyebilecektir.

rekabetin derecesine kaymaktadır (Shapiro, 1996). Bu durumda, pazar yapısının ötesinde, firmaların birbirleri üzerindeki rekabetçi baskısını ve aralarındaki etkileşimi esas alan simülasyon (ve sapma oranı yaklaşımı) daha sağlıklı sonuçlar verecektir.

Bu çerçevede, farklılaşmış ürünler pazarlarındaki işlemlerin değerlendirilmesiyle ilgili iki sonuca ulaşılabacaktır:

- Yapısalci analiz daha çok homojen ürünler pazarları için geçerli olup farklılaşmış ürünler piyasalarının değerlendirilmesinde yetersizdir.³¹⁷

- Rekabet testi, farklılaşmış ürünler pazarlarında, hakim durum yaratmayacak ancak birbirine yakın iki ürünün üreticisinin taraf olduğu bir birleşme sonucunda ortaya çıkacak tek taraflı etkileri belirlemekte, hakim durum testine göre çok daha başarılıdır (Cleary Gottlieb Steen & Hamilton).

IV.F. Etkinlik Savunması ve Rekabet Testi

Özellikle tüketici refahı ölçütü altında, yüksek pazar gücü yaratacak işlemlerin anti-rekabetçi etkilerinin telafi edilebilmesi için epeyce yüksek ve etkili etkinlik kazanımlarının elde edilebileceğinin ortaya konması gerekir. Hakim durum, sınırlayıcı bir kavram olup fiyatın marjinal maliyetin üzerinde belirlenebilmesinin ötesinde epeyce etkili bir pazar gücünü ifade etmektedir. O halde, hakim durum yaratan bir birleşmenin etkinlik savunmasıyla açıklanması – ki etkinlik savunmasının bir işlemi aklamayı istisnadır- neredeyse olanaksızdır. O halde, etkinlik savunmasının rekabet testi altında daha anlamlı ve işler bir mekanizma olacağı, rekabet testiyle daha uyumlu olacağı söylenebilecektir.³¹⁸ Ayrıca, rekabet testinin yasaklama eşliğinin aşağı çekeceği düşünüldüğünde, etkinlik savunmasının dengeleyici bir rolü olduğu söylenebilecektir. Daha açık bir deyişle, rekabet testi hakim durum testinin izin vereceği bazı işlemleri yasaklayacağı ve rekabet testinin yasaklayacağı bazı işlemler etkinlik savunmasıyla aklanabileceğinden, rekabet testine geçişle etkinlik savunmasının işletilmesi birlikte gerçekleştirilmelidir.

IV.G. Hakim Durum Testi Taraftarlarının Savunması

³¹⁷ Yoğunlaşmanın düşük olduğu, ancak her bir firmanın kendince tekeli güce (pazarın bütününe etkileyebilecek güce değil) sahip olduğu tekeli rekabet pazarında genellikle marka, coğrafi konum vb. nedenlerden kaynaklanan ürün farklılaşması vardır (Su). Tekeli rekabet pazarlarındaki işlemlerin değerlendirilmesinde, hakim durum testi yanıltıcı sonuçlar verebilecektir.

³¹⁸ Prof. Dr. Jacques Steenbergen'in *Allen & Overy EU & Competition Law Team* adına Yeşil Kitap Hakkındaki Görüşü'nde (<http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/review/comments.html>) de etkinlik savunmasının rekabet testi ile daha uyumlu olduğu vurgulanmıştır.

Yeşil Kitap'ın başlattığı hakim durum testi tartışmasında, Tüzük'de düzenlenen ve içtihatla olgunlaşan hakim durum testinin aynen veya bazı değişikliklerle korunması gerektiği, bunun yerine rekabet testinin uygulanmasına geçilmesinin sakıncalı olacağı pekçok kişi tarafından dile getirilmiştir. Bunların savunmasının başlıca dört bacağı vardır. Bunlardan ilki, “*Bozulmuyorsa, düzeltme.*” endişesiyle açıklanabilecektir. Buna göre, “hakim durum testi” aksamadan işlediğinden ve amaca hizmet ettiğinden, politika değişikliğine gitmeye gerek yoktur. Savunmanın ikinci bacağı sanayi politikasına ilişkin bir yaklaşım belirlemektedir. CBI Avrupa sanayiinin yeniden yapılanması ve bütünleşmesi bakımından, daha sıkı bir yoğunlaşma kontrolü sistemini tartışılır bulduğunu belirtmiştir. Global rekabet gücünü Ortak Pazar'ın ve Avrupalı teşebbüslerin büyümesiyle ilişkilendiren bu görüş, tüketici zararına önemli fiyat artışıyla sonuçlanabilecek bazı yoğunlaşmaların hoşgörülmesi gerektiğini üstü kapalı olarak desteklemektedir. İlk iki görüş de, kendi içinde politika varsayımlarıyla mantıklı ve tutarlıdır.

Yeşil Kitap'la ilgili görüşlerin birçoğunda, hakim durum kavramı ve hakim durum testine ilişkin olgunlaşmış bir içtihat oluştuğu, rekabet testine geçişin uygulamada belirsizlikler getireceği ileri sürülmüştür. Hukuki belirlilik adına hakim durum lobisi yapılırken, yeni bir test kullanmanın özellikle başlarda sıkıntıya yol açacağı ve üye ülkelerin yoğunlaşma kontrolündeki yakınlaşma sürecini sekteye uğratacağı belirtilmiştir. Baker & McKenzie hakim durum testini desteklerken, belirsizliğin, rekabet testinin Komisyon'a geniş bir yetki alanı bırakmasından kaynaklanacağını ifade etmiştir. Baker & McKenzie, bu iddiasını dayandırdığı düşüncelerden biri olarak; hakim durum testinin birleşme değerlendirmesinin gerektirdiği yapısalci analize uygun olduğunu, rekabet testinde ise vurgunun pazar gücünde olduğunu göstermiştir.

Hukuki belirlilik diye adlandırılan durumun esasen iktisadi analize yani pazar gerçeğine sırt dönmek olduğunu ve belirliliğin ancak iktisadi analize dayanılarak yaratılabileceğini, hukukun ise bunun yolunu açması gerektiğini basit bir örnekle açıklamak mümkündür. Yapısalci analiz doğrultusunda pazar payı merkezli hakim durum testi, %50'lik bir pazar payını bir piyasada hakim durum eşiği olarak belirlerken, diğer bir piyasada bu eşik farklı bir değerde olacaktır. Diğer bir deyişle, bir pazarda %50 paya sahip bir teşebbüsün rakiplerinden ve müşterilerinden bağımsız hareket edebileceği, diğer bir pazarda ise aynı oranda paya sahip diğer bir teşebbüsün bu konumda olmadığı söylenecektir. Oysa ki, rekabet testi yalnızca, birleşme sonucunda fiyat artışı olup olmayacağını ölçecektir. Ayrıca hangi noktadan sonra rakip ve müşterilerden bağımsız davranılabileceği de bir bilinmezdir. Bu bağlamda, rekabet testinin daha nesnel ve tartışmasız olduğu açıktır.

Hakim durum testi taraftarlarının bir kısmı, bu test ile rekabet testi arasındaki farkın lafzi olduğu, özde bir farklılık söz konusu olmadığından iki testin de büyük ölçüde benzer sonuçlar verdiği görüşündedir. Langeheine, esas değerlendirmenin, birleşmenin rekabetin önemli ölçüde azaltılmasına neden olacak bir hakim durumun oluşmasına yol açıp açmayacağı üzerine olduğunu belirterek Tüzük'ün yasaklayıcı 2/3'üncü maddesindeki "rekabetin önemli ölçüde azaltılması" ifadesine vurgu yapmıştır. Bu maddede, hakim durum yaratacak veya güçlendirecek ve bunun sonucu olarak da ortak pazarda ya da bunun önemli bir kısmında etkili rekabeti önemli ölçüde önleyecek yoğunlaşmalar yasaklanmaktadır. Burada, değerlendirmenin ikiye ayrılarak "rekabetin önemli ölçüde engellenmesi"nin yasaklamanın ikinci koşulu olduğu ve bu nedenle iki testin birbirine denk olduğu ileri sürülmektedir. Oysa ki, bu ifade yalnızca hakim durumun güçlendirildiği (%80 + %0,1 gibi) bazı işlemlerde bir anlam taşıyacaktır. Ayrıca yukarıda yer verilen mantık şu soruyu tutarlı bir biçimde yanıtlamayacaktır: Hakim durum yaratılması başlıbaşına rekabetin önemli ölçüde azaltılması değil midir?

O halde, bu ifadeden hareketle iki testin benzer şekillerde kaleme döküldüğü ve var olan farklılıkların yorumdan kaynaklandığı söylenemeyecektir.³¹⁹ Kaldı ki, yoğunlaşmaların hangi durumlarda yasaklanacağıyla ilgili ifadenin iki ışıklı bir süreç olduğu iddiasında olanlar bile, uygulamanın bu yönde ilerlemediğini ve ilk ışıkta kırmızıya yakalanan işlemlere ikinci ışığa bakılmaksızın izin verilmediğini itiraf etmiştir.

Ancak burada bir hatırlatma yapılmalıdır. İki test arasındaki farkın ifadelerden kaynaklanmadığı söylenirken, bu testlerin uygulama alanları ve şekilleri göz önünde bulundurulmuştur. Diğer yandan, kavramların ve testlerin içinin nasıl doldurulduğunun oldukça önemli olduğu belirtilmelidir. Nitekim, ABD uygulamasında rekabet testi, 1960'lı yıllarda YDP paradigmasının etkisiyle oldukça katı bir şekilde uygulanırken; günümüzde "büyük kötüdür" anlayışı terkedilerek yüksek pazar payları ve yoğunlaşma oranları söz konusu olduğunda bile işlemin peşinen yasaklanmadığı ve analizin sürdürüldüğü bilinmektedir.

Yeşil Kitap'ta ve bunun başlattığı tartışmada, Komisyon ve ilgililer ağırlıklı olarak hakim durum testini desteklemiştir. Burada Topluluk çapında bir muhafazakarlıktan ve hatta duygusallıktan söz edilebilir. Şöyle ki, Komisyon'un, iktisat yazımından ayrılarak yarattığı kavramları ve yaklaşımı terketmeme noktasında bir bilinçaltı vardır. Hakim durum testinin hukuki

³¹⁹ Bishop ve Walker'ın yaklaşımı da bu tespiti destekler niteliktedir: Hakim durum "önemli pazar gücü" şeklinde tanımlanırsa, aradaki farklılık lafızdan ibaret kalır. Tüzük'e eklenecek yeni paragraf ile bu sorun aşılacaktır.

belirliliğin sürdürülmesi gerekçesiyle desteklenmesinde bu bilinçaltının izleri görülmektedir.

V. TÜRKİYE DENEYİMİYLE İLGİLİ TESPİTLER

Bilindiği üzere, ülkemizde yoğunlaşma kontrolü 4054 sayılı Kanun'un ilgili maddeleri ve 1997/1 sayılı Tebliğ'in³²⁰ belirlediği çerçevede yapılmaktadır.³²¹ Bu düzenlemelerle, hakim durum yaratan veya var olan bir hakim durumu güçlendiren ve bunun sonucunda rekabeti önemli ölçüde azaltan birleşme-devralmalar yasaklanmıştır. Kanun'un 7/2'nci maddesine dayanılarak çıkarılan 1997/1 sayılı Tebliğ, içerik itibarıyla, 4064/89 sayılı Tüzük ve ilgili Komisyon Duyuruları ile koşuttur. Tebliğ'in ekindeki bildirim formunun ise Komisyon'un 01.03.1998 tarihli ve 447/98 sayılı Yürürlük Tüzüğü'nün³²² ekindeki Yoğunlaşmalar Formu'na (Form CO'ya) benzer olduğu görülmektedir.

Topluluk ve Türkiye uygulamaları genel ilkeler ve kavramlar bakımından koşut olduğundan, Topluluk tarafından benimsenmiş hakim durum testiyle ilgili yukarıda yer verilen eleştiriler yoğunlaşma kontrolü düzenlemelerimiz ve içtihatımız için de geçerlidir. Bu nedenle, Topluluk uygulaması özelinde yukarıda yapılmış tartışmaların tümü bu başlık altına

³²⁰ 1998/2 sayılı "[Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkındaki 1997/1 Sayılı Tebliğ'in 4 üncü Maddesinde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Tebliğ](#)", 1998/6 sayılı "[Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ](#)", 2000/2 sayılı "[1997/1 Sayılı 'Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ'de ve 1997/2 Sayılı 'Anlaşmaların, Uyumlu Eylemler ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Kanunun 10 uncu Maddesine Göre Bildiriminin Usul ve Esasları Hakkında Rekabet Kurulu Tebliği'nde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Tebliğ](#)" ile değişik.

³²¹ Yine bu başlık altındaki özelleştirme yoluyla devralmaların bildiriminin ve değerlendirilmesinin usul ve esasları hakkında 1998/4 sayılı "[Özelleştirme Yoluyla Devralmaların Hukuki Geçerlilik Kazanabilmeleri İçin Rekabet Kurumuna Yapılacak Ön Bildirimlerde ve İzin Başvurularında Takip Edilecek Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ](#)" (1998/5 sayılı "[Özelleştirme Yoluyla Devralmaların Hukuki Geçerlilik Kazanabilmeleri İçin Rekabet Kurumuna Yapılacak Ön Bildirimlerde ve İzin Başvurularında Takip Edilecek Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ](#)" ile değişik) çıkarılmıştır.

³²² "4064/89 sayılı Teşebbüsler Arası Yoğunlaşmaların Kontrolü Üzerine Konsey Tüzüğü'nde Düzenlenen Bildirimler, Süreler ve Sözlü Savunma Toplantıları Hakkında Komisyon Tüzüğü"

taşınmayacaktır. Ancak yine de, dört yılı aşkın süredir yapılagelen yoğunlaşma kontrolü uygulamasında karşılaşılan “öze yönelik” sorunlara ve bu sorunların mevzuattaki kaynaklarına değinmekte fayda bulunmaktadır.

V.A. Yapısalci Yaklaşım

1997/1 sayılı Tebliğ’de yapısalci yaklaşımın hakim olduğu söylenebilecektir. Yani ilgili ürünün farklılaşmış olup olmadığına bakılmaksızın, ilgili ürün pazarı ve ilgili coğrafi pazar tanımlanacak, ardından pazar payları hesaplanacaktır. Yapısalci analizde ölçüt olarak pazar payı kullanılırken, bazı kararlarda işlemlerin pazar üzerindeki genel etkisinin gösterilmesi için yoğunlaşma endeksi (HHI) hesaplanmıştır. 1997/1 sayılı Tebliğ’de de belirtildiği üzere uygulamada; taraf teşebbüslerin mali güçleri, potansiyel rekabet ve talep eğilimleri gibi değişkenler de dikkate alınmaktadır. Ancak burada, işlemin firmaların birbirleri üzerindeki rekabetçi baskısını ortadan kaldırıp kaldırmadığının kantitatif tekniklerle ölçülmesinde olduğu gibi gelişmiş bir sistematik öngörülmemiş ve içtihat bu yönde gelişmemiştir. Diğer bir deyişle, yoğunlaşma sonucunda fiyatın önemli ölçüde artıp artmayacağını ötesinde, ilgili pazardaki firmaların görelü büyüklükleri üzerinde durulmaktadır. Bu anlamda, yukarıda da vurgulandığı gibi, Topluluk uygulamasının ürünü hakim durum testine ilişkin eleştiriler Türkiye uygulamasını da ilgilendirmektedir.

V.B. İktisadi Analiz

Türkiye yoğunlaşma kontrolü uygulamasındaki başlıca sorunlardan biri, simülasyon ve sapma oranı yöntemi gibi gelişmiş iktisadi yöntemlerin kullanılmamasıdır. Esasen hakim durum testi, işlemin fiyat üzerindeki etkisini göz ardı ederek kendi oluşturduğu kavramsal çerçeve içinde bu analize yer bırakmamaktadır. Ancak bilinmelidir ki, yoğunlaşma kontrolü politikasının başlıca endişesi, yoğunlaşmayla refah kaybına yol açılmasının önlenmesidir. Dinamik ve üretim etkinliğiyle ilgili hususlar değerlendirmede veya politika oluşturulmasında dikkate alınabilecek olsa da; buradaki temel endişe, fiyatın yükselmesinin tüketici refahını azaltmasıdır. O halde, fiyat analizini merkeze almayan ve bunu yapabilmenin iktisadi araçlarını kullanmayan uygulamamızın bu temel endişeyi tam anlamıyla sorguladığını söylemek güçtür.

Diğer yandan, iktisadi analiz yapabilmek için, donanımlı işgücüne ve yeterli veriye gereksinim vardır. Donanımlı işgücü sorunu eğitime yapılmakta ve yapılacak olan yatırımla aşılabilecektir. Veri toplanması noktasında ise, var olan sıkıntılardan biri, 1997/1 sayılı Tebliğ’in ekindeki bildirim formunda istenen bilgilerin gelişmiş analizleri yapabilmenin zeminini hazırlamamasıdır. Oysa ki, yine yapısalci yaklaşımı benimsemiş Komisyon’un hazırladığı bildirim

formunda, çok daha ayrıntılı bilgilerin somut verilere dayanıldığıının gösterilmesi koşuluyla istendiği bilinmektedir.

V.C. Koordinasyon Etkileri

4054 sayılı Kanun'un 7'nci maddesinde yasaklanan eylem, rakiplerinden ve müşterilerinden bağımsız hareket ederek ekonomik değişkenleri belirleyebilme gücüne sahip olacak ya da bu gücü önemli ölçüde artacak bir teşebbüsün yoğunlaşma sonucunda yaratılmasıdır. Bu hükümle, bir teşebbüsün yukarıda tanımlanan güce sahip olmasına, dolayısıyla olumsuz etki yaratabilecek olmasına vurgu yapılmaktadır. Birleşmiş teşebbüsü hakim duruma geçirmeyecek, ancak anti-rekabetçi etkinin karşılıklı bağımlılık sonucunda ortaya çıkmasına uygun bir pazar yapısı yaratacak işlemler bu ifadede açıkça yer bulmamıştır. Refah kaybına yol açacak davranışları kolaylaştıracak bu tür pazar yapılarının oluşmasına katkıda bulunacak işlemlerin değerlendirilmesinde, 6'ncı madde altındaki anlamını genişleterek "birlikte hakim durum" kavramını kullanmak mümkündür. Ancak bu noktada, Topluluk uygulamasının eleştirildiği bölümde belirtildiği üzere, bazı karışıklıklar ve çelişkiler söz konusu olacaktır. Eklenmelidir ki, 1997/1 sayılı Tebliğ'in ilgili hükümlerinde de, Kanun 7'nci maddesindeki koordinasyon etkilerine yönelik belirsizlik mevcuttur.

7'nci maddedeki "...rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuracak..." ibaresi, koordinasyon etkilerinin incelenmesinin gerekçesini açıkça ortaya koyma noktasında yetersizdir. Kaldı ki, içtihat, bu ifadeyle anlatılan durumun, yoğunlaşmaları yasaklamanın tam anlamıyla ikinci koşulu olarak görülmediğini ortaya koyacak şekilde gelişmiştir.³²³

V.D. Açıklayıcı Rehberlerin Yokluğu

1992 Yatay Birleşmeler Rehberi ve Yatay Yoğunlaşmaların Değerlendirilmesi Üzerine Duyuru, mevzuatın açıklanması ve içtihatı yol gösterilmesi açısından oldukça önemlidir. Yatay birleşmelerin yaratabileceği anti-rekabetçi etkiler, pazara giriş ve etkinlikler gibi etkenlerin anti-rekabetçi etkileri ne şekilde ve hangi koşullar altında telafi edebileceği bu metinlerde

³²³ Bu ifade, hakim durumun güçlendirilmesine yol açacak işlemlerden hangilerinin yasaklanacağını belirleyen bir niteliksel eşik işlevi görmektedir. İlgili teşebbüsün hakim durumda olmadığı ve işlemin hakim durum yaratmayacağı tespit edilmiş olmasına karşın, 02.05.2000 tarih ve 00-16/160-82 sayılı "Cisco / IBM" Kararı'nda (11.10.2000 tarih ve 24266 sayılı Resmi Gazete) yürütülen mantık bu yorumla koşuttur. Karar'da, IBM'in bazı veri ağı ürünlerine ilişkin fikri-mülkiyet haklarını devralacak Cisco'nun pazar lideri konumunun önemli ölçüde güçleneceği; ancak pazar yılda ortalama %30-40 oranında büyüdüğünden ve pazara giriş engelleri bulunmadığından rekabetin önemli ölçüde azaltılmayacağı sonucuna ulaşılmıştır.

açıklanmıştır. Türkiye’de ise, Rekabet Kurumu yoğunlaşmaların değerlendirilmesine ilişkin politikasını ve iktisadi araçlarını bu tür bir duyuruyla açıklamamıştır. Buna gerekçe olarak uygulamanın yeni olması ve belirli alanlarda olgunlaşmamış içtihatımızın bu tür bir hazırlığın yapılmasını olanaklı kılmadığı söylenebilecektir. Komisyon’un Yoğunlaşma Tüzüğü’nü (1989) yayımladıktan onüç yıl sonra böyle bir Duyuru çıkarabildiği gerçeği dikkate alındığında, bu iddianın o kadar da haksız olmadığı söylenebilecektir.

V.E. Etkinlik ve Batan Firma Savunmaları

Pazar gücü yaratacak işlemlerin onaylanmasını sağlayabilecek etkinlik ve batan firma savunmaları, esas değerlendirmenin birer parçasıdır. Bu nedenle, bu savunmaların mevzuat ve içtihatındaki yeri açıkça gösterilmelidir. Kanun’un 7’nci maddesindeki “...rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuracak...” ifadesinin anılan savunmaların dayanağını oluşturduğu söylenebilecektir. Ancak etkinlik savunması bakımından bu yorumu yapabilmek için, “rekabetin önemli ölçüde azaltılması” ile anlatılmak istenenin “işlem sonrasında fiyatın yükselmesi” olduğu varsayılmalıdır. Çünkü etkinlik kazanımlarıyla marjinal maliyetini önemli ölçüde azaltarak fiyatını aşağı çekebilecek bir teşebbüs, işlem sonrasında hakim duruma geçecek veya pazar gücüne sahip olacaktır. Batan firma savunması açısından ise, işlemin yokluğunda da pazar gücü oluşacağı bu ifadenin yorumunda yer bulmalıdır.

1997/1 sayılı Tebliğ’de bu savunmalara atıfta bulunulmamış ve bildirim formunda bunlara ilişkin açıklama getirilmesi taraflardan istenmemiştir. Bu durumda, uygulamadaki tartışmalar, mevzuatın açıkça gösterdiği yönde ve şekilde değil, kendiliğinden ve genellikle Topluluk deneyimine bakılarak yapılmıştır. Batan firma savunmasının tartışıldığı “Erciyas/Toros Bira” ve “Uzel/Efe” Kararları, ilgili mevzuat düzenlemelerinin nasıl yorumlandığını ve batan firma savunması özelinde içtihatın kendisine ne şekilde yol açtığını göstermektedir.³²⁴ Her iki Kararda da, hakim durum güçlenecek olmasına karşın, batan firma savunması tartışılarak işlemlere izin verilmiştir. İlk Karar’da, batan firma savunması açıkça tanımlanmamış olsa da, değerlendirme büyük ölçüde savunmanın koşullarının varlığı üzerinedir. İkinci Karar’da ise, batan firma savunması açıkça işletilmiştir. Şöyle ki, işlemin yokluğunda devralınacak teşebbüsün iflas edeceği, malvarlığının pazar dışına kayacağı ve pazar gücünün büyük ölçüde alıcıya geçeceği tespitlerine dayanılmıştır (Alpay, 2002).

³²⁴ 12.02.1998 tarihli ve 379-43 sayılı (19.11.1998 tarih ve 23528 sayılı Resmi Gazete) ile 20.07.1998 tarih ve 379-43 sayılı (05.03.2002 tarih ve 24686 sayılı Resmi Gazete) Kararları

Görüldüğü üzere, mevzuatımız, etkinlik ve batan firma savunmalarının mevzuattaki dayanağını bulma noktasında, bizleri zorlu yorumlar yapmaya itmektedir. Rekabet testinin kavram ve araçları, bu yapay sıkıntıları çözecektir.

V.F. İstatistikler

Resmi olmayan rakamlara göre, 2002 yılı sonu itibarıyla 407 birleşme-devralma başvurusu karara bağlanmıştır.³²⁵ Bu işlemlerden 197'sinin kapsam dışı veya bildirim tabi olmadığı belirlenmiştir. Geriye kalan işlemlerden, 208'ine izin verilirken (19'u koşullu izin), yalnızca ikisi yasaklanmıştır. Yasaklama Kararlarından ilki, likit petrol gazı (LPG) dağıtım pazarında faaliyet gösteren 39 şirketin LPG tedarik etmek amacıyla ortak girişim kurmasını konu almıştır.³²⁶ Kurulacak ortak girişim bağımsız bir iktisadi varlık olarak ortaya çıkmadığından ve rekabeti sınırlayıcı etkiler doğuracağından; işlem, Tebliğ kapsamında bulunmamış, Kanun'un 4'üncü maddesi anlamında bir anlaşma sayılmıştır. Gerekli koşullar var olmadığından işleme bireysel muafiyet tanınmamış, dolayısıyla ortak girişim şirketinin kurulmasına izin verilmemiştir. Tebliğ kapsamında bulunmadığından, işlemin birleşme-devralmalar başlığı altında yer alması doğru değildir. O halde, Rekabet Kurulu'nun izin vermediği yalnızca bir yoğunlaşma kalmaktadır. Bu da, İstanbul Gübre Sanayii A.Ş.'nin özelleştirme kapsamında Toros Gübre ve Kimya Endüstrisi A.Ş. (Toros Gübre) tarafından devralınmasıdır. Toros Gübre işlem sonucunda azotlu gübreler pazarında hakim duruma geçeceğinden, bu devralma yasaklanmıştır.³²⁷

Sonuç olarak her ne kadar bu tür istatistikler yanıltıcı yorumlar yapılmasına neden olabilese de, dörtüzdenden fazla karardan yalnızca birinde işleme izin verilmemiş olması, Kurul'un yoğunlaşmaları yasaklamama eğiliminde olduğunu göstermektedir.

Birleşme-devralma başlığı altındaki kararların neredeyse yarısında bildirim tabi işlemler kapsam dışı bulunmuş veya işlemlerin izne tabi olmadığı anlaşılmıştır. Bu tür kararların yıllar itibarıyla dağılımı, yine resmi olmayan rakamlara göre, şu şekilde olmuştur:

	1997	1998	1999	2000	2001	2002	Toplam
Kapsam dışı & izne tabi	4	21	43	51	45	33	197

³²⁵ 2003 yılı Ocak ayına ait az sayıda işleme ilişkin bilgiler de dahil edildiğinden, bu veriler 2002 yılı sonu kümülatif değerleri tam olarak yansıtmamaktadır.

³²⁶ 27.05.1999 tarihli ve 99-26/230-138 sayılı Karar (01.07.2000 tarih ve 24096 sayılı Resmi Gazete)

³²⁷ 03.11.2000 tarihli ve 00-43/464-254 sayılı Karar (14.02.2001 tarih ve 24318 sayılı Resmi Gazete)

değil							
Toplam karar	5	52	76	101	88	85	407

Görüldüğü üzere, gerekli olmamasına karşın izin başvurusunda bulunulduğu işlem sayısı çoktur ve uygulamanın ilerleyen yıllarında da bu tür başvurular önemli seviyede sürmüştür. Bu durumun kısmen, bazı kamu kurumlarının Kurumumuza yönlendirdiği başvurulardan kaynaklandığı söylenebilecektir. Ayrıca, işlemin Kurul karar alınca kadar bekletilmesi ve bazı masraflar pahasına, işlemin bildirim tabi olmadığını bilmelerine karşın bazı teşebbüslerin hukuki belirlilik yaratmak endişesiyle başvuru yapması da, “kapsam dışı” kararlarının sayısını şişiriyor olabilir. Ancak yine de, ilgilileri içtihatı ve düzenlemeleriyle yeterince yönlendiremediği için Kurul, mevzuat ve içtihat konularında kendilerini yeterince geliştiremediği için ilgililer ve bunların temsilcileri eleştirilebilecektir. Kapsam dışı kararlarından incelenen 156’sının 79’unun “grup içi” işlemleri konu alması, bu tespiti doğrulamaktadır.

VI. TÜRKİYE İÇİN ÖNERİLER

VI.A. Rekabet Testi Benimsenmelidir.

Türkiye’de yoğunlaşma kontrolü için, rakiplerin değil, rekabetin korunduğu, dolayısıyla tüketici çıkarının öncelikli olarak gözetildiği bir sistem öngörülmalıdır. Halihazırda “daha çok rekabet”in pazarların daha sağlıklı işleminin ve tüketicinin daha çok fayda sağlamasının koşulu olduğu çıkış noktasına dayanan uygulamamızda; “daha çok rekabet” “daha fazla oyuncu”yla birebir ilişkilendirilmemeli, yapısal koşullarla dinamik etkenler her işlem özelinde birlikte dikkate alınmalıdır. Özetle vurgu yoğunlaşmanın fiyat seviyesi üzerindeki etkisinde olmalıdır. Bu çerçevede ilk önerim, yoğunlaşma kontrolünde hakim durum testinin terkedilerek rekabet testinin benimsenmesidir. Bunun için atılacak ilk adım, 4054 sayılı Kanun ve 1997/1 sayılı Tebliğ’de buna olanak tanıyacak gerekli değişikliğin yapılması olacaktır. Burada, hakim durum ile pazar gücü kavramları ve hakim durum testi ile rekabet testi arasındaki farkın lafızdan ibaret olmadığı unutulmamalıdır.

Rekabet hukukunun yeni bir anlam yüklediği anlaşma gibi kavramların varlığına işaret edilerek “hakim durum” ifadesinin içinin iktisat teorisinin “pazar gücü”yle ilgili açıklamasıyla doldurulabileceği ileri sürülebilir. Ancak kendi içinde tutarlı bir şekilde geliştirilerek “anlaşma” gibi rekabet hukukunda farklı anlamı bulunan veya bu hukuka özgü kavramların yeri

sağlamlaştırılmıştır. Hakim durum kavramı, son yıllardaki gelişmelerle pazar gücü anlamına getirilmeye çalışılan bir kavramdır. Hakim durum testi ise, iktisadi tekniklerin yeterince kullanılmadığı ve statik bir değerlendirme süreciyle özdeşleşmiştir. O halde önerim, bu kavramın makyajlanıp içinin doldurulmasına çalışılması değil, bu kavram yerine iktisat teorinde yer bulmuş ve köklü Amerikan anti-tröst uygulamasında kullanılagelen terminolojinin kullanılmasıdır.

VI.B. Gelişmiş İktisadi Yöntemlerden Faydalanılmalıdır.

İkinci önerim, iktisat biliminin bize sağladığı araçlardan daha geniş bir şekilde faydalanılmasıdır. Bunun ilk önkoşulu, rekabet testinin benimsenmesi ve mevzuatta gerekli değişikliğin yapılmasıdır. Bunun ardından, derin iktisadi analiz yapılabilmesinin uygulamadaki zemini hazırlanmalıdır. Rekabet Kurumu bu hazırlığı üç şekilde yapacaktır. Öncelikle, gerekli teorik ve pratik donanımına sahip olması için, derin iktisadi analiz yapacak meslek personelinin eğitime yapılan yatırım hızlandırılmalı ve artırılmalıdır. Bunun yanında, özellikle son yıllarda, veri toplama sistemlerinde ve bilgisayar yazılımlarındaki gelişmelerle birlikte sanayi iktisadıyla ilgilenen iktisatçıların istatistiksel ve ekonometrik yöntemleri kullanarak yaptıkları çalışmalarla birleşme davalarına katkıda buldukları gözlenmektedir. Kalkan'ın belirttiği gibi, Kurumumuz sanayi iktisadının yoğunlaşma kontrolüne yönelik birikiminden uzman tanıklığı veya danışmanlık kurumu aracılığıyla yararlanabilmelidir. Komisyon, “Volvo / Scania” Kararı’nda,³²⁸ önerdiğim bu yolu izlemiştir. Davanın incelenmesi aşamasında Komisyon, İvaldi ve Verboven’den konuyla ilgili rapor hazırlamasını istemiştir. Bu çalışmanın bulguları, Komisyon’un pazar tanımı ve hakim durum analizini destekler niteliktedir. Özellikle Kuzey Avrupa ülkeleri pazarında ciddi fiyat artışları ve tüketici refahında azalmalar tahmin eden bu çalışma, pazar paylarını dikkate alan gelenekselci yaklaşımın bir adım ötesine geçerek olası anti-rekabetçi etkileri de göstermeye çalışmıştır.

Gelişmiş iktisadi yöntemlerin işletilebilmesinin son koşulu gerekli verinin istenen şekilde toplanmasıdır. Ancak bilgi isteme ve bunun dayanağının mevzuatta düzenlenmesi anlamında hazır bir haptan söz etmek mümkün değildir. Herbir işlemin değerlendirilmesinde ortaya çıkacak gereksinime göre ve araştırmacının tasarlaması üzerine, farklı veriler veya farklı şekillerde düzenlenmiş veriler gerekli olabilecektir. Bu nedenle, bildirim formunda üretim veya kapasite gibi değişkenlere ilişkin standart bilgi istenmesi her dosyada amaca hizmet etmeyebilecektir. En azından, derin iktisadi incelemenin

³²⁸ Dava No: COMP/M. 1672, Karar Tarihi: 15.03.2000

gerektirdiği verilerin taraflardan ve hatta ilgili üçüncü kişilerden istenebileceği, gerektiğinde bunların Rekabet Kurumu'yla işbirliği yapmak ve Kurumca yapılan çalışmayı desteklemek durumunda olacağı mevzuatta açıkça düzenlenmelidir.³²⁹

1997/1 sayılı Tebliğ'de veya konuyla ilgili hazırlanacak diğer bir düzenlemede; veri setinin sunumu, hesaplamalar ve sistemin işleyişiyle ilgili belirli ilkelere yer verilmelidir. Söz gelimi,

- hangi varsayımların kullanıldığının,
- modelin zayıf noktalarının,
- veri kaynağının içindeki çelişkilerin,

taraflarca açıklanması yükümlülüğü ve belki de, taraflar ile Kurum'un uzlaşamadığı noktalarda hakemlik kurumunun işletilmesi gibi konularda düzenleme getirilmelidir.

Derin iktisadi analizin yapılmasıyla ilgili, Rekabet Kurumu bünyesinde Komisyon'da olana (*Merger Task Force*) benzer bir birim oluşturulabilir. Meslek personelinin oluşturulacak bu birim, gerek görüldüğünde mesleki dairelere dosya bazında iktisadi analiz noktasında destek verecektir. Bu birim veri setinde gerekli düzenlemelerin yapılması, model kurulması veya tarafların iktisadi dayanağı olan savunmalarının değerlendirilmesi üzerine uzmanlaşacaktır. Hukuk tartışmalarının dışında tutulacak bu birim, Kanun'un 6'ncı maddesi anlamında ihlal iddialarının değerlendirilmesinde de, mesleki daireleri destekleyecektir.

VI.C. Süreler Yeterince Uzun ve Yeterince Kısa Olmalıdır.

Yoğunlaşma kontrolünde sürelerin belirlenmesinde çelişen iki endişe söz konusudur: (i) Derin iktisadi analiz uzun bir değerlendirme sürecini gerektirmektedir. (ii) İzin süreci, işlemin uygulanabilir olmasını önlememelidir. Çoğu yoğunlaşmada, bir yılda ve hatta aylarla ifade edilebilecek bir sürede işlemin koşulları değişebilmekte, bu gecikme taraflara ek mali yük getirmekte ya da işlemin uygulanabilirliğini ortadan kaldırmaktadır. Bu nedenle, süreler makul uzunlukta olmalı, işlemin gerçekleştirilebilmesinin karşısında caydırıcı veya cezalandırıcı olmamalıdır. 4054 sayılı Kanun'da bu endişe gözetilmiş ve değerlendirme sürecinin ilk aşaması bir ayla sınırlı tutulmuştur. Ancak nihai incelemede Kanun'un 40 ila 59'uncu maddelerinin geçerli olacağı belirtilerek soruşturma sürecine atıfta bulunulmuştur. Birçok örnekte görüldüğü üzere bir

³²⁹ Bu veriler ayrıca anket yapılarak veya yaptırılarak, pazardan toplanarak (örneğin marketlerin barkod sistemleri aracılığıyla) ve diğer kamu kurumlarından istenerek de sağlanabilecektir.

yıldan uzun sürebilen soruşturmalar, yoğunlaşma kontrolü için gerçekçi bir süreyi ifade etmemektedir.

Yukarıda sayılan endişelerin giderilmesi için bir ara yol bulunmalıdır. Yani süreler, gerektiğinde derin analiz yapabilmeyi engellemezken, işlemin yaşama geçirilmesi noktasında caydırıcı olacak kadar uzun da olmamalıdır. Somut olarak önerim,

- incelemenin yine iki aşamalı olarak kalması,
- ilk aşamanın bir ay, ikinci aşamanınsa üç-dört ay sürmesi,
- taraflara ikinci aşamada bir savunma hakkı tanınması,
- red kararının yalnızca ikinci aşamada alınabilmesidir.

IV.D. Pazar Payı Eşiğini Sınırlayıcı Olarak HHI Eşiği Belirlenebilir.

İşlemin bildirim tabi olup olmadığının belirlenmesinde, ilgili taraflara belirlilik sağlanmalıdır. Bu nedenle, halihazırda kullanılan eşikler sistemdeki yerini korumalıdır. Bu anlamda, yukarıdaki eleştirilere karşın, yapısalcı yaklaşımın bazı araçlarını kullanmak kaçınılmazdır. Burada bir öneri, yeni bir eşiğin HHI üzerine formülize edilerek oluşturulması olabilir.^{330 331} Yani işlem sonrasında HHI'ın ve işlemin HHI'a katkısının belirli değerlerin üzerinde olması halinde, işlem izne tabi sayılmalıdır. Anılan eşik, pazar payı eşiğiyle belirlenen kapsamı daraltıcı olarak görülmelidir. Örneğin, tarafların pazar paylarının %25'i aşması başlıbaşına bildirim zorunluluğunu doğurmamalı ve bu durumda HHI eşiklerinin aşılp aşılmadığına bakılmalıdır. Bu durumda, "25 + 0" denilerek karikatürize edilen, taraflardan yalnızca birinin pazar payı nedeniyle veya taraflardan birinin pazar payının epeyce düşük olmasına karşın izin başvurusunda bulunulması ve böyle bir işlemin değerlendirilmesi yükü ortadan kaldırılmış olacaktır. HHI eşiğinin belirlenmesinde, Kurum'a yapılmış başvurular ve bunların değerlendirilmesi üzerine olan raporlardaki pazar payı ve

³³⁰ Froeb ve Werden (1996), Bertrand rekabeti, sabit ve düşük maliyet, logit talep sistemi kabulleri altında; birleşme sonrası HHI, HHI'daki değişim ve tarafların pazar paylarının toplamını bunların fiyat ve refah üzerindeki etkileri yönüyle karşılaştırmıştır. Ulaştıkları sonuç, HHI endeksindeki değişimin diğer kriterlere göre daha iyi bir tahmin edici olduğudur.

³³¹ Pazar yoğunlaşmasını ölçecek eşik yoğunlaşma oranı endeksi (CR) üzerinden değil, HHI cinsinden belirlenmelidir, çünkü HHI'ın CR'a karşı üstünlükleri vardır. Su, bu karşılaştırmayı şu şekilde yapmıştır. Yoğunlaşma oranı endeksinin (CR'ın) iki önemli sakıncası vardır: (i) Endekse katılan firmaların göreceli büyüklükleri hesaba katılmamaktadır. (ii) Pazardaki toplam firma sayısı ve endekse katılmayan firmaların pazar payları ihmal edilmektedir. HHI endeksi bu sakıncaları taşımamaktadır. Ancak HHI endeksinin hesaplanabilmesi için, piyasadaki tüm oyuncuların payları bilinmelidir.

yoğunlaşma oranına ilişkin bilgilerden faydalanılabilecektir. Bu şekilde, ülkemiz için anlamlı ve geçerli bir değer bulunabilecektir.

VI.E. Ciro Eşiği Kalmalıdır.

Finansal güç pazar gücünün önemli unsurlarındandır. Pazar payı yüksek olmamakla birlikte finansal kaynaklara erişimde avantajlı bir teşebbüs, pazar gücünü kötüye kullanabilecek ve yıkıcı fiyat uygulama gibi eylemlerde bulunabilecektir. Ayrıca, yukarıda işaret edilen “25 + 0” sorunu, pazar payı düşük ancak finansal açıdan güçlü teşebbüslerin taraf olduğu işlemlerde söz konusu olmayacaktır. Bu işlemler, yoğunlaşma düzeyini önemli ölçüde etkilemese de, pazarda anti-rekabetçi etki doğurma potansiyeli dikkate alınarak incelenmelidir. O halde, 1997/1 sayılı Tebliğ’de ciro eşiği bulunması anlamlıdır. Ancak bunun, teşebbüsün finansal gücünü yansıtacak şekilde toplam ciro (ilgili pazardaki ciro değil) şeklinde yazılması zorunludur.

Bu noktada, bazı işlemler için basitleştirilmiş bildirim ve hızlandırılmış değerlendirme sürecinin öngörülmesi tartışılabilir. Daha açık bir söyleyişle, izne tabi olmanın eşikleri aşılmamakla birlikte belirli pazar payı ve HHI ya da ciro değerleri aşıldığında, izin için değil ancak bilgilendirmek için bildirim yapılmasının düzenlenmesi üzerine düşünülmeğe değer bir öneri olacaktır. Elbette ki, bu durumda bildirim içeriği ve şekliyle ilgili taraflara getirilecek yük hafifletilmelidir. Bazı yoğunlaşmalar için basitleştirilmiş usul kurallarının öngörülmesi, dikey ve aykırı anlaşmalar için de bir öneri olarak düşünülebilir. Nitekim, Komisyon’un “Belirli Yoğunlaşmaların Değerlendirilmesinde İzlenecek Basitleştirilmiş Usul Kuralları Üzerine Duyurusu”nda, basitleştirilmiş usul kurallarına tabi işlemler sayılırken, dikey ve aykırı yoğunlaşmalara yer verilmiştir.³³²

VI.F. Batan Firma ve Etkinlik Savunmalarının Sistemdeki Yeri Belirginleştirilmelidir.

Rekabet testine geçiş etkinlik ve batan firma savunmalarının işletilmesiyle desteklenmelidir. Etkinlik savunması fiyat merkezli analiz olmazsa olmaz unsuruyken,³³³ batan firma savunması pazar gerçeklerini ve işlemin rekabet üzerindeki gerçek etkisini değerlendirme sürecine dahil etmektedir. Bu noktada, etkinlik savunmasının yoğunlaşma kontrolü politikası açısından anlamlı bir yönü olduğu belirtilmelidir. Şöyle ki, yoğunlaşmanın kontrolünde izlenecek politika etkinlik savunmasında benimsenecek ölçüt

³³² OJ C 217, 29.07.2000, p. 32

³³³ Firmaların en fazla etkinliğe rekabet ederek ulaşabilecekleri ileri sürüle bile, birleşmelerin mevcut varlıkların daha iyi şekillerde kullanılmasına olanak tanınması halinde potansiyel olarak önemli etkinlik kazanımları getirebileceği kabul edilebilir (Kalkan).

açısından belirleyicidir. Söz gelimi, işlemin fiyat üzerindeki etkisini değerlendirmenin merkezine alan bir yoğunlaşma kontrolü politikasının, etkinlik savunmasında tüketici refahı ölçütünü benimsemesi beklenecektir. Çünkü tüketici refahı ölçütüne göre, pazar gücü yaratılacak olsa da, elde edilecek etkinlik kazanımlarıyla fiyat düşecekse işlem izin alacaktır. Böylece yoğunlaşma kontrolü politikasıyla bu sürecin bir parçası olan etkinlik savunmasının ölçütü ortak olacaktır. Toplam refah ölçütü tercih edildiğinde, bu sistem içinde bir adacık yaratılacak ve tüketici refahını azaltacak bazı işlemlere izin verilebilecektir. Ancak yine de bu yaklaşımın, büyük ulusal teşebbüsler oluşturulması yönündeki bir sanayi iktisadı politikasıyla veya toplam refahtaki artışın uzun vadede tüketici refahını da artıracığı kabulüyle açıklanabileceğinin altı çizilmelidir.³³⁴

Yukarıda belirtilen gerekçenin yanında, belki de daha önemlisi, etkinlik ve tüketici faydasının rekabet politikası açısından anahtar kelimeler olduğu düşünüldüğünde, etkinlik savunmasına birleşme kontrolü sisteminde yer verilmesi gerekmektedir. Ancak rekabet politikasının varsayımı, bu kazanımları rekabet ortamının doğuracağıdır. O halde, pazar gücü yaratılması pahasına tüketici faydasına etkinlikler yaratılması istisna bir durumu ifade etmektedir. Yalnızca rekabet perspektifiyle yoğunlaşmaların değerlendirilmesi, tüketici ve ekonomi faydasına olacak işlemlerin yasaklanmasına yol açabilecektir. Bu nedenle, istisna olduğu unutulmadan,³³⁵ etkinlik savunması Türkiye sisteminde işletilmelidir.³³⁶

³³⁴ Kanada, etkinlik savunmasında toplam refah ölçütünü benimsemiştir. Buna göre, birleşme toplam refahı artırıyor (üretici karındaki artış refah kaybından büyükse), tüketici refahının nasıl etkileneceğine bakılmaksızın işleme izin verilecektir. Toplam refah ölçütünün benimsenmesinin gerekçeleri şu şekilde verilmiştir:

- Tüketici ile üreticiler arasındaki gelir transferinde ekonominin kaybı söz konusu değildir. Yani para bir cepten çıkıp diğerine girer.

- Kanada ekonomisi küçüktür. Firmalar en az etkinlik eşliğinin altında üretim yapıyor olabilir. Yani etkinlik savunması, Kanada ekonomisinin ve firmaların rekabet gücüne hizmet etmemelidir.

- Tüketici çıkarları ile üretici karını karşılaştırmak güçtür. Bu bağlamda, tüketici çıkarına öncelik tanımak pratik bir çözüm değildir.

Kanada mevzuatında Amerikan yaklaşımından farklı olarak

- sabit maliyette düşüşe yol açabilecek etkinlikler dikkate alınmakta,
- genel denge yaklaşımıyla, bir pazardaki rekabetin kısıtlanması pahasına diğer bir pazarda etkinlik kazanımı elde edilmesi kabul edilebilmektedir.

³³⁵ Etkinlik savunmasına neden şüpheli yaklaşılmalıdır? Çünkü,

- birleşmelerin birçoğu etkinlik endişesiyle değil, pazar gücü elde edilmesi veya yönetici çıkarlarıyla açıklanabilir.

- Piyasa koşullarını, maliyet yapılarını ve birleşmenin gerçek nedenlerini taraflar otoritelerden daha iyi bildiğinden, asimetrik bilgi sorunu vardır.

- Pazar gücü elde edildiğinde etkin olma güdüsünün ortadan kalkmayacağı bir güvencesi yoktur.

VI.G. Açıklayıcı Rehberler Çıkarılmalıdır.

Bilindiği üzere, rekabet otoriteleri mevzuatı nasıl yorumladıklarını ve içtihatın ne yönde gelişeceğini çıkardıkları açıklayıcı metinlerde göstermektedir. Rekabet Kurumu bu anlamda yeterince üretken olamamıştır. Bunda yoğunlaşma kontrolü uygulamamızın eski olmamasının, içtihatımızın bazı noktalarda yeterince olgunlaşmamasının ve derinleşmemesinin etkisi vardır. Söz gelimi, Kurulumuzca tartışılmamış etkinlik savunmasının veya birlikte hakim durum kavramının 1997/1 sayılı Tebliğ altında uygulanmasının açıklanması kolay olmayacaktır. Ancak yine de, içtihatın olgunlaştığı yoğunlaşma kavramı gibi konularda rehber çıkarılmasının önünde bir engel yoktur. Ayrıca, Türk rekabet hukuku Topluluk rekabet hukukuyla uyumlu olduğundan, Komisyon'un açıklayıcı metinlerine benzer düzenlemeler yapılması mümkündür. Örneğin, Yatay Yoğunlaşmalar Duyurusu'nun aynen Türkçe'ye çevrilerek mevzuatımıza dahil edilmesi bile bu anlamda geçerli bir yöntemdir. Nitekim uygulamada, hem Kurum'un hem de ilgililerin bu tür metinlerden faydalandığı bilinmektedir.

- Ampirik çalışmalar, birleşmelerin etkinlik doğurup doğurmadığı konusunda tutarlı değildir. Ancak bu çalışmalar, birleşmelerin pazar gücü yarattığı ve tüketicilerden üreticilere gelir transfer edilmesini sağladığı sonucuna ulaşmıştır.

- Amerika ve Kanada'da, etkinlik savunmasıyla aklanmış bir birleşme dahi yoktur.

Ancak bu şüpheli yaklaşımı, etkinlikleri bir savunma unsuru olarak değil, bir suç unsuru olarak görmeye kadar vurdurmamak gerekir (Gülgün, 2002).

³⁵⁶ Etkinlik savunmasıyla açıklanabilecek kazanımlar işleme özel olmalıdır. Yani bu kazanımlar rekabeti daha az sınırlayıcı alternatiflerle elde edilemeyecek olmalıdır. Örneğin, büyüyen bir pazarda, birleşmenin amacı ölçek ekonomilerinin sağlanması olarak açıklandığında, bu hedefe içsel gelişme ve genişlemeyle ulaşılacağı söylenebilecektir. Diğer bir örnekte, pazardaki yoğun rekabetin firmalara maliyetlerini düşürme yönünde yeterli güdüyü sağladığı bir pazarda, birleşmeyle tasarruf sağlanacağı savunması şüpheyle karşılanacaktır. Bazı durumlarda, olası diğer birleşmeler ve daha az sınırlayıcı olduğu düşünülen, etkinlik yaratabilecek anlaşmalar alternatifler olarak dikkate alınmaktadır.

KAYNAKLAR

ALPAY, M.O. (2002) – *Birleşme ve Devralmalarda Batan Teşebbüs Savunması*. Rekabet Uzmanlığına Yükseltme Tezi, Rekabet Kurumu.

Baker & McKenzie.s European Competition Law Practice Group – *Yeşil Kitap Hakkında Görüş*.

<http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/review/comments.html>

BAXTER, W. (1991) – “Substantive Review Under Merger Regulation Başlıklı Paneldeki Konuşması”, HAWK, D.E. *International Mergers and Joint Ventures* içinde, Juris Publishing, ABD.

BISHOP, S. & WALKER, M. (2002) – *The Economics of EC Competition Law*. Sweet & Maxwell, Birleşik Krallık.

CBI – *Yeşil Kitap Hakkında Görüş*.

<http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/review/comments.html>

CHURCH, J. & WARE, R. (2000) – *Industrial Organization: A Strategic Approach*. McGraw Hill, Singapur.

Cleary Gottlieb Steen & Hamilton – *Yeşil Kitap Hakkında Görüş*.
<http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/review/comments.html>

Compecon Limited (2002) – *Economics at the Core of New Merger Control Regime*. <http://www.compecon.ie/news3.htm>

ÇELEN, A. (2001) – *Oligopolistik Pazarlarda Gözlenen Paralel Davranışların Rekabet Hukuku Açısından Değerlendirilmesi: Uyumlu Eylem ve Birlikte Hakim Durum*. Rekabet Uzmanlığı'na Yükseltme Tezi, Rekabet Kurumu.

EPSTEIN, R.J. & RUBINFELD, D.L. (2001) – *Merger Simulation: A Simplified Approach with New Applications*. Economics Department Working Papers, University of California, Berkeley.

FAIRBURN, J. & GEROSKI, P. (1993) - “The Empirical Analysis of Market Structure and Performance”, BISHOP, M. & KAY, J. - *European Mergers & Merger Policy* içinde, Oxford University Press, Oxford.

FARRELL, J. & SHAPIRO, C. (1990) – *Horizontal Mergers: An Equilibrium Analysis*. *American Economic Review*, vol 80, 107- 126.

FROEB, L.M. & WERDEN, G. (1996) - "Simulation as an Alternative to Structural Merger Policy in Differentiated Products Industries", COATE, M.

& KLEIT, A. – The Economics of the Antitrust Process içinde, Kluwer Academic Press, Boston.

GÜLERGÜN, E.C. (2002) – *Efficiencies Consideration in Horizontal Mergers: Total Welfare Standard versus Consumer Surplus Standard?*. Dissertation submitted in partial fulfillment of the MSc in Economic Regulation and Competition, Department of Economics, City University, London.

HARRINGTON, J.E. & VERNON, J.M. & VISCUSI, W.K. (2000) – *Economics of Regulation and Antitrust*. The MIT Press, Cambridge.

HOVENKAMP, H. (1999) – *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and its Practice*. West Group, ABD.

JACQUEMIN, A. & SLADE, M.E. (1989) – “Cartels, Collusion, and Horizontal Merger”, Schmalensee, R. & Willig, R.D. – *Handbook of Industrial Organization* içinde, Elsevier Science Publishers B.V., Hollanda.

KALKAN, E. (2002) – *Yatay Birleşmelerin İncelenmesinde İktisadi Tekniklerin Kullanılması*. Uzmanlığa Yükseltme Tezi, Rekabet Kurumu.

KULAKSIZOĞLU, Ş. (2001) - Yatay Birleşmelerin Antirekabetçi Etkileri İle Öne Sürülen Savunma ve Yararların Bir Bütün Olarak Değerlendirilmesi. Uzmanlığa Yükseltme Tezi, Rekabet Kurumu.

KÜHN, K.U. (2002) – “Closing Pandora’s Box? Joint Dominance after the Airtours Judgement”, İsveç Rekabet Otoritesi - *The PROS and CONS of Merger Control* içinde, Göteborg.

LANGHEINE, B. – “Substantive Review Under the EEC Merger Regulation”, HAWK, D.E. (1991) – *International Mergers and Joint Ventures* içinde, Juris Publishing, ABD.

NEVEN, D. & RÖLLER, L.H. – “Discrepancies between Markets and Regulators: An Analysis of the First Ten Years of EU Merger Control”, İsveç Rekabet Otoritesi (2002) - *The PROS and CONS of Merger Control* içinde, Göteborg.

SABUNCU, H. (2001) – Birlikte Hakimiyet Kavramının Birleşme ve Devralmalar Altında Değerlendirilmesi. Uzmanlığa Yükseltme Tezi, Rekabet Kurumu.

SCHMALENSEE, R. (1982) – *Another Look at Market Power*. Harvard Law Review, 95, 1788-1816.

STEENBERGEN, J. – Allen & Overy EU & Competition Law Team
Adına Yeşil Kitap Hakkındaki Görüş.
<http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/review/comments.html>

ŞENYÜCEL, O. (2001) – Rekabet İktisadında Ampirik Uygulamalar.
Rekabet Uzmanlığı'na Yükseltme Tezi, Rekabet Kurumu.

UTTON, M.A. (1995) – Market Dominance and Antitrust Policy.
Edward Elgar, İngiltere.

VENIT, J.S. (1991) – “The Evaluation of Concentrations Under
Regulation 4064/89: The Nature of the Beast”, HAWK D.E. - International
Mergers and Joint Ventures içinde, Juris Publishing, ABD.

E. Cenk GÜLERGÜN

Rekabet Uzmanı

SUNUŞ⁴

Tebliğimin başlığı Oturumun başlığından biraz farklı; “Türkiye İçin Yoğunlaşma Kontrolü Modeli Önerisi, Rekabet Testi”. Sunuşa geçmeden önce terminolojiyle ilgili kısa bir hatırlatma yapacağım; şöyle ki, birleşme ve devralma sayılan hâller yerine yoğunlaşma ve rekabetin önemli ölçüde azaltılması testi yerine rekabet testi ifadelerini kullanacağım.

Sunuş, hâkim durum testi ile rekabet testinin karşılaştırması ışığında Türkiye için öneriler üzerine olacak. Ve bu anlamda sayın meslektaşım Murat Çetinkaya'nın ifadesiyle, elmayla armudu karşılaştıracağım.

Tebliğim, yatay yoğunlaşmaların değerlendirilmesiyle sınırlı olacak. Ve usul, büyük ölçüde göz ardı edilecek. Dolayısıyla, bildirim formunun 2.4'üncü maddesinde ne demek istendiği gibi soruların yanıtı bu tebliğde bulunamayacaktır.

Tebliğ plânı: İlk bölümde “Yeşil Kitabın başlattığı tartışmalar”; ikinci bölümde “yatay yoğunlaşmalar üzerinde duyuru” yer alacak. İlk iki bölüme büyük ölçüde Sayın Selçuk değindiğinden bu bölümleri hızlıca geçeceğim. Hatta bu o kadar hızlı olacak ki, tebliğ metninde yer alan ikinci bölüm sunuşta hiç yer almayacak. Üçüncü bölümde hâkim durum ve pazar gücü kavramları; dördüncü

⁴ Bu bölümdeki açıklamaların takibi için lütfen bkz. SUNUŞ-4

bölümde ise hâkim durum testiyle rekabet testinin karşılaştırılması yer alıyor. Bu bölümlerde ise, son iki bölümdeki tartışmanın düşünsel zeminini hazırlamaya çalışacağım. Beşinci bölümde Türkiye deneyimiyle ilgili tespitler yapacağım. Son bölümde de Türkiye için önerilerde bulunacağım. Yeşil Kitap, hâkim durum testinin tartışmaya açılmasını gerekçesini özetle şu şekilde ifade etmiştir: Topluluk uygulaması Amerika Birleşik Devletleri uygulamasına yakınlaşmasıyla global düzeyde uyum sağlanacak ve böylece rekabet otoriteleri arasında karşılaştırma, “Benchmarking” yapma olanağı genişleyecek ve global ölçekteki işlemler ortak bir ölçüte göre değerlendirilecektir. Ayrıca, yine Yeşil Kitapta, rekabet testinin iktisadî analize daha uygun olduğu belirtilmiştir. Ancak, bunlara karşılık içtihat gelinen nokta itibarıyla hukukî belirlilik için hâkim durum testinin tercih edilir olduğu da ifade edilmiştir. Yani, Komisyonun içinde yatan aslan hâkim durum testidir.

Rekabet testinin iktisadî analize daha uyumlu olması özelinde özellikle oligopolistik pazarlardaki işlemler önemlidir. Bu tür pazarlarda yoğunlaşma, koşut davranışlarda bulunulmasına uygun bir pazar yapısı oluşturabilir.

Bildiğiniz üzere, bunların ayrıntıları üzerinde fazla durmayacağım, koşut davranışlar; açık işbirliği ve gizli işbirliği şeklinde ortaya çıkar.

Koordinasyon etkilerinin tartışıldığı Komisyon kararları vardır. Bu Komisyon kararları Avrupa Topluluğu Adalet Divanına ve İlk Derece Mahkemesine yansımıştır. Bu kararların ayrıntısı üzerinde de durmayacağım. Ama gördüğümüz şu ki, ortada özellikle koordinasyon etkileri anlamında olgunlaşmış ve tutarlı bir içtihat yoktur. O hâlde, bu tür işlemlerde hâkim durum testinin zaafının bulunduğu, rekabet testinin daha başarılı sonuçlar vereceği söylenebilecektir.

Rekabet hukuku karşısında gizli işbirliğinin değerlendirilmesi açısından da belirsizlik vardır. Önceki konuşmacıların ortaya koyduğu gibi, gizli işbirliği, firmaların tek taraflı davranışları üzerine fiyatın yükselmesi sonucunu doğuracak; dolayısıyla, tüketici refahı bundan olumsuz etkilenecektir. Ancak, iktisadî anlamda zararlı olan, olumsuz olan bu tür işbirliğinin hukuk karşısında ihlal olarak nitelendirilebilmesi açısından bir sıkıntı vardır. O hâlde, rekabet politikasının buna karşı aracı, buna uygun pazar yapılarının oluşmasına müdahale etmektir. Bu da, koordinasyon etkilerinin yoğunlaşmaların değerlendirilmesinde dikkate alınmasıyla mümkün olacaktır.

Özellikle bu konudaki endişeden hareketle yeni hâkim durum tanımı yapılmıştır. Buna Sayın Selçuk deyindi. Bu tanımda iki husus dikkat çekiyor: Birincisi, koordinasyon etkilerine tanımda yer verilmiştir; ikinci olarak ise, bu tanımın tüzük için yapıldığı vurgulanmıştır. Dolayısıyla, birlikte hâkimlik

kavramının (82'nci madde) ve tüzük uygulamaları altında kullanılmasının yol açabileceği karışıklıktan kaçınılmak istenmiştir.

Hâkim durum ve pazar gücü kavramları:

“United Brands” davasında “ATAD”, hâkim durumu, firmaya ilgili pazarda rakiplerinden, müşterilerinden ve nihaî olarak da tüketicilerden önemli ölçüde bağımsız davranmasını mümkün kılarak pazardaki rekabeti engelleyebilmeyi sağlayan konum şeklinde tanımlanmıştır.

Hâkim duruma ekonomik anlamda en yakın kavram “pazar gücü”dür.

Bildiğiniz üzere pazar gücü, fiyatların marjinal maliyet üzerinde istikrarlı bir şekilde tutulabilmesiyle ifade edilir. Uygulamada, hâkim durumun başlıca ölçütü pazar payı olmuştur. Hâkim durumun pazar gücünü yansıttığı düşünüldüğünde, pazar payının pazar gücünü tam anlamıyla yansıtmadığı bazı durumlar karşımıza çıkacaktır, örneğin pazar payı düşük, ama finansal açıdan güçlü bir teşebbüs, yıkıcı fiyatlama gibi pazar gücünün varlığını gerektirecek davranışlarda bulunabilecektir ya da pazarda değil, pazar içinde rekabet söz konusu olduğunda da yüksek pazar payı pazar gücünü ifade etmeyebilir. Örneğin firma, o anki stok ya da borç durumuna göre agresif bir teklif vererek o ihaleyi alabilir. O anki yüksek pazar payı bu firmanın kalıcı pazar gücüne sahip olduğunu göstermez.

Son olarak, talep esnekliği düşükse, düşük paylı firmanın pazar gücünden söz edilebilir. Sonuç olarak, yalnızca pazar payına dayanılarak pazar gücü belirlenemez.

Hâkim durum testi ile rekabet testinin karşılaştırılmasına geçiyorum.

Hâkim durum testi hâkim durum kavramına dayanmaktadır. Hâkim durum kavramı sınırlayıcıdır. İşlem sonucunda fiyat artışı, hâkim durum yaratılmadan veya hâkim durum güçlendirilmeden de söz konusu olabilir. Örneğin, bir farklılaşmış ürünler pazarında birleşmiş firma, toplam satışlar içindeki payı yüksek olmasa da fiyatı tek taraflı yükseltebilecektir. Bunun tersi de söz konusu olabilir. Yani, hâkim duruma geçecek teşebbüs örneğin etkinlik kazanımları sonucunda fiyatı düşürebilecektir.

Hâkim durum testi pazar payı analizine dayandığından statik bir yaklaşımı yansıtır. Rakiplerin birbirleri üzerindeki rekabetçi baskısını göz ardı edip, firmaların görece büyüklükleri üzerinden değerlendirme yapar. Böylece, işlemin piyasa ve tüketici üzerindeki toplam etkisini gözden kaçırabilir.

Hâkim durum testinin eleştirisiyle ilgili bir diğer başlık, 82'nci madde ve tüzük altında birlikte hâkim durum kavramının kullanılmasıdır.

Tüzük altında ex-ante analiz yapılır ve işlemin pazar yapısı üzerindeki etkisi dikkate alınır. 82'nci madde altında ise ex-post analiz yapılır ve özel sorumlulukları bulunan teşebbüsün davranışları değerlendirilir. Dolayısıyla, aynı kavramın bu iki başlık altında da kullanılması bazı karışıklıklara ve sınırlayıcılığa yol açabilir. Örneğin 82'nci madde altındaki yüksek standart, tüzük altında birlikte hâkim durum kavramının kullanılmasını sınırlayabilir.

Hâkim durum testi ile rekabet testinin karşılaştırılmasına devam ediyorum. Pazar gücünün belirlenmesinde başlıca üç yöntem kullanılır: Bunlar; yapısal yöntem, sapma oranı yaklaşımı ve simülasyondur. Tabii bu yöntemlerin tam anlamıyla birbirinin ikamesi olmadığını ve bunların çoğu yerde birbirinin tamamlayıcısı olarak kullanıldığına işaret etmem gerekir.

Yapısal yöntemde pazar tanımlanır ve buna bağlı olarak pazar payı ve yoğunlaşma oranları hesaplanır; değerlendirme ağırlıklı olarak bunun üzerinden götürülür.

Yapısalcı yöntemde yapı davranış performans paradigması belirleyici olmuştur, ki bu paradigma 1960'lı yıllarda, Sayın Selçuk'un ifade ettiği gibi, yoğunlaşmaların kontrolü uygulamasına damgasını vurmuştur. Bu paradigmanın hipotezlerinden biri, yoğunlaşma oranı yükseldikçe pazar gücünün kullanımının artacağı yönündedir. Yani bu paradigma, "büyük kötüdür" der.

Nitekim Amerika Birleşik Devletleri'nde 1960'lı yıllarda yüksek pazar payı ya da yoğunlaşma oranları söz konusu olmadığı hâlde birçok birleşme işleminin yasaklandığını biliyoruz. 1970'li yıllardan itibaren yapı davranış performans paradigması yoğun bir şekilde eleştirilmiştir. Yani, büyüğün kötü olmayabileceği ortaya atılmıştır; bu çerçevede örneğin, dinamik etkinlikler açısından yoğunlaşmış pazarların performansının daha yüksek olabileceği belirtilmiştir.

Yapı davranış performans paradigmasını eleştiren yeni sanayi iktisadı, yapısal unsurları bir kenara itmez. Ancak, bu unsurların yanında antirekabetçi stratejilerin de dikkate alınması gerektiğini ileri sürer. Bu etkiyle, "1992 yatay birleşmeler rehberi"nin de yapısalcı yöntemi tamamen reddettiği söylenemez. Nitekim inceleme, pazar tanımı ile başlar ve akabinde pazar payı ve yoğunlaşma oranları hesaplanır.

Farklılaşmış ürünler pazarlarında tüketicinin ürün tercihi yapısı karmaşıktır. Çünkü tüketiciler, kalite, özellik, fiyat kombinasyonlarını, farklı kombinasyonları dikkate alır tercihinde. Ürünler, kalite, özellik ve fiyat bakımından kesintisiz bir yelpaze içindedir, ki hangi ürünlerin pazar içinde, hangilerinse pazar dışında olduğunu belirlemek güçtür. Böyle olunca, pazar geniş tanımlanabilir ve toplam satışlarda payı düşük olmakla birlikte, birleşmiş

firmanın tek taraflı fiyat artırabileceği durumu göz ardı edilebilir. Bu nedenle, yapısal yöntemin farklılaşmış ürünler pazarlarında yanlış sonuçlar verebileceği ve buna karşı rekabet testinin daha başarılı olacağı söylenebilecektir.

Testlerin karşılaştırılmasında diğer bir alt başlık, etkinlik savunması ve rekabet testidir.

Bilindiği üzere hâkim durum, fiyatı artırabilmenin ötesinde epeyce yüksek bir pazar gücünü ifade etmektedir. Bu anlamda, hâkim durum yaratacak bir işlemin etkinlik savunmasıyla aklanması beklenmeyecektir. Çünkü, antirekabetçi etki yükseldikçe bunu telâfi edebilecek etkinlik kazanımlarının da yüksek olması gerekir. Bu nedenle, etkinlik savunmasının rekabet testi altında daha işler bir düzenek olduğu anlaşılır. Ayrıca, rekabet testi işlem sonucunda uygulanarak pratikte, işlem sonucunda fiyatın yükselip yükselmeyeceğini tahmin etmeye çalışırken, etkinlik savunması da aynı endişenin giderilmesinin bir aracıdır. Bu bağlamda, etkinlik savunması ile rekabet testinin daha uyumlu olduğu belirtilebilir.

Bu nokta hâkim durum testi taraftarlarının argümanlarını hatırlatacağım Yeşil Kitapta yer aldığı şekliyle.

Bu argümanlardan ilki, “bozulmuyorsa düzeltme” endişesiyle açıklanabilir. Bu endişenin taraftarlarına göre, hâkim durum testi işleyen, aksamayan bir testtir, bunun rekabet testi ile değiştirilmesine gerek yoktur.

Diğer bir argüman ise, Avrupa ekonomisinin yeniden yapılanması ve bütünleşmesi sürecinde daha sıkı bir yoğunlaşma kontrolünün tartışılır, tartışmalı olduğu yönündedir. Ayrıca, içtihat gelinen nokta itibarıyla, rekabet testinin belirsizlik getireceği, özellikle başlangıç döneminde belirsizlik getireceği dile getirilmiştir.

Diğer bir görüş, iki test arasındaki farkın lafızdan ibaret olduğu ve bu iki testin benzer sonuçlar verdiği yönündedir. Bu görüşe göre, yasaklamanın iki ön koşulu vardır: Bunlardan ilki, hâkim durum yaratılması veya güçlendirilmesidir; ikinci ön koşul ise, rekabetin önemli ölçüde azaltılmasıdır. Oysa ki, değerlendirme iki aşamalı değildir, tam anlamıyla iki aşamalı değildir. Rekabetin önemli ölçüde azaltılması ancak ve ancak hâkim durumun güçlendirildiği durumlarda bir anlam ifade eder. Nitekim bunun aksini savunacaklar şu soruyu tutarlı bir şekilde yanıtlamayacaktır: Hâkim durum yaratılması başlı başına rekabetin önemli ölçüde azaltılması değil midir? Kaldı ki, içtihat bu yönde gelişmemiştir. Yani, hâkim durum yaratan işlemler rekabeti önemli ölçüde azaltıp azaltmadığına bakılmaksızın yasaklanmıştır.

Ancak, Sayın Selçuk'un da vurguladığı gibi, yine de testlerin nasıl uygulandığı ve kavramların içinin nasıl doldurulduğu önemlidir.

Rekabet testinin 1960'lı yıllarda oldukça sıkı ve yasaklama eğiliminde olarak uygulandığı ve son yıllarda bu eğilimin terk edildiği hatırlandığında bu tespit yerini bulmuş olacaktır.

Son olarak, Topluluğun muhafazakârlığından söz etmeliyim.

Topluluk, iktisat yazınından ayrılarak hâkim durum kavramını yaratmıştır. Dolayısıyla Topluluk, kendi yarattığı kavramın arkasında durmaktadır diye düşünüyorum.

Türkiye deneyimiyle ilgili tespitler: "Power Point" sunuşunun, Sayın Selçuk ve Sayın Gürkaynak'ın Power Point sunuşlarının yanında epeyce sönük olduğunu fark edince, en azından bu slayttan sonra bazı görüntü efektlerine yer vermeye karar verdim dün.

Bildiğiniz üzere ülkemizde yoğunlaşma kontrolü uygulamasının çerçevesini 4054 Sayılı Kanunun 7'nci maddesi ve 1997'ye 1 sayılı tebliğ çizmektedir.

Türkiye uygulaması büyük ölçüde Topluluk uygulamasıyla koşut olduğundan Topluluk uygulamasıyla ilgili tartışmaların tümünü bu başlık altında taşımayacağım.

Evet, Türkiye deneyimiyle ilgili ilk tespitim; yapısalcı yaklaşımın benimsendiği yönündedir, yani değerlendirme kabaca pazar tanımı ve pazar paylarının hesaplanması üzerinedir, üzerine kurulmuştur.

Rakiplerin birbirleri üzerindeki rekabetçi etkisinin kantitatif testler kullanılarak öngörülmesi, tahmin edilmesini öngören bir sistem burada mevcut değildir.

İkinci tespitim; iktisadî analiz başlığı altında, Türkiye'de simülasyon ve sapma oranı gibi gelişmiş iktisadî yöntemler kullanılmamaktadır.

Üçüncü tespitim; koordinasyon etkileri başlığı altında, kanunun 7'nci maddesinde tek teşebbüs hâkimiyetine işaret edildiği kolaylıkla söylenebilecektir. Ancak, birlikte hakimlik tanımı genişletilerek koordinasyon etkileri endişesi söz konusu olduğunda değerlendirmede kullanılabilir. Ancak bu, önceden işaret ettiğim bazı belirsizlikleri ve çelişkileri beraberinde getirecektir.

Diğer bir eleştiri ise, açıklayıcı rehberlerin yokluğudur. Bununla ilgili belki makul bir açıklama şu olabilir: Uygulamamız yenidir ve bazı alanlarda

içtihadımız yeterince olgunlaşmış değildir. Bununla ilgili Sayın Ilıcak'ın bana bu gün hatırlattığı bir şey var ki, Komisyonun rekabet hukuku uygulaması 1960'lı yıllarda başlamıştır, birleşme/devralma kontrolünün uygulamasının başlaması 1980'li yılların sonunu ve bunun ardından da, değerlendirmeye ilgili bir duyurun çıkarılması 2002 yılını bulmuştur. Dolayısıyla, beş yıllık süre o kadar da fazla değil.

Etkinlik ve batan firma savunmalarıyla ilgili de 7'nci maddedeki "rekabetin önemli ölçüde azaltılması" ifadesinin bu savunmaların dayanağını oluşturduğu söylenebilir. Ancak, değerlendirmenin esaslı aşamalarını oluşturan bu savunmalara mevzuatımızda açıkça yer verilmesi gerektiği düşüncesindeyim. 1997'ye 1 sayılı tebliğde bu savunmalara atıf yoktur ve bildirim formunda, taraflardan bu konuyla ilgili açıklama istenmemektedir. Dolayısıyla uygulama, mevzuatın gösterdiği yönde değil, Topluluk uygulamasına bakılarak gelişmektedir. Ve bu noktada iki örnek kararlar karşılaştım: Bunlar, batan firma savunmasının tartışıldığı "Erciyas-Toros Bira" ve "Uzel-Efe" kararlarıdır. Her iki kararda da batan firma savunması koşullarının varlığı tartışılmış ve hâkim durum güçlendirilecek olmasına karşın işlemlere izin verilmiştir.

İstatistikler: Burada dile getireceğim rakamlar resmi rakamlar değildir; bunlar benim yaptığım çalışma sonucunda ulaştığım rakamlardır. 2002 yılı sonu itibarıyla, -ki bu kararlar içinde 2003 yılı Ocak'la karara bağlanmış bazı kararlara ilişkin veriler de dahildir- 407 başvuru karara bağlanmıştır. Bunlar içinde yalnızca iki yasaklama kararıyla karşılaşırız: Bunlardan ilki, LPG dağıtım piyasasında faaliyet gösteren teşebbüslerin LPG tedarik pazarında bir ortak girişim şirketi kurması işlemini konu almıştır. Ancak bu işlem, ortak girişim, bağımsız bir iktisadî varlık olarak ortaya çıkmayacağından ve işlemin rekabeti sınırlayıcı etkileri bulunduğundan tebliğ kapsamında bulunmamış, anlaşma sayılmıştır. O hâlde, bu işlemin birleşme/devralma başlığı altında değerlendirilmesi doğru değildir.

O hâlde geriye bir yasaklamak kararı kalır; o da "İGSAŞ" kararıdır. İGSAŞ'ın Toros Gübre tarafından devralınmasına, işlem sonucuna Toros Gübre, azotlu gübreler pazarında hâkim duruma geçeceğinden izin verilmemiştir.

İstatistikler içinde bir diğer husus dikkatimi çekti; 407 kararın 197'sinde, işlem kapsam dışı ya da bildirim tâbi olmadığı tespit edilmiştir. Neredeyse bu birleşme/devralmayla ilgili verilmiş olan kararların yarısı. Dolayısıyla, burada ilgilileri içtihat ve düzenlemeleriyle yeterince yönlendirememiş Rekabet Kurumu ve içtihat ve mevzuattaki gelişmeleri, bu konularda kendilerini yeterince geliştiremediği için ilgililer ve temsilcileri eleştirilebilecektir.

Türkiye için önerilere geçiyorum. Ülkemiz rekabet hukukunu, yoğunlaşmaların kontrolü uygulamasında rakiplerin değil, rekabetin korunduğu, dolayısıyla, tüketici çıkarının gözetildiği bir sistem oluşturulmalıdır. Yapısal koşulların yanında davranışsal ve dinamik unsurlar da göz önünde bulundurulmalıdır. Vurgu, işlemin fiyatı üzerinde, etkisinde olmalıdır.

Bu noktada belki dinamik unsurları atladığımdan Gürkaynak'ın muhalefeti gelebilir. O hâlde önerim, rekabet testinin benimsenmesidir.

Hâkim durum kavramının içinin pazar gücü kavramıyla ilgili iktisat teorisinin açıklamalarıyla doldurulabileceği ve hâkim durum testinin iktisadî analize daha uyumlu hâle getirilebileceği bu noktada bir öneri olarak, bir karşı görüş olarak ortaya atılabilir. Ancak, hâkim durum kavramı ile iktisadî tekniklerin yeterince kullanılmadığı ve statik bir yaklaşımla özdeşleşmiş hâkim durum testinin makyajlanması ve içeriğinin genişletilmeye çalışılmasının yerine, iktisat yazınında yer bulmuş ve köklü Amerikan antitröst uygulamasında yine yer bulmuş yeni kavram ve testin benimsenmesi gerektiğini düşünüyorum.

İkinci önerim, gelişmiş iktisadî yöntemlerden faydalanılması yönündedir. Tabii, burada ilk ön koşul, mevzuatta gerekli değişiklik yapılmalı ve rekabet testinin benimsenmesidir.

Derin iktisadî analizi yapacak personelin eğitimine yapılan yatırım hızlandırılmalı ve artırılmalıdır.

Burada ayrıca belirtmem gerekir ki, veri toplama alanındaki gelişmelerle iktisatçıların ekonometrik ve istatistiksel çalışmalarıyla birleşme dosyalarına katkıda bulduklarını biliyoruz. Bizler de, ülkemizde uzman tanıklığı ve danışmanlık hizmetleri aracılığıyla bu çalışmalardan faydalanmalıyız.

Diğer yandan, veri toplanması iktisadî analizin bir diğer ön koşuludur. Her dosyada farklı içerikte veya farklı şekillerde düzenlenmiş veri gerekli olabilir. Bu nedenle, bilgi isteme anlamında hazır bir haptan söz edilemez.

Ancak, en azından mevzuatta derin iktisadî analizin gerektirdiği bilginin taraflardan ve hatta üçüncü kişilerden istenebileceği ve bunların gerektiğinde Rekabet Kurumunun yürüteceği çalışmalara katkıda bulunmak durumunda olacağı açıkça düzenlenmelidir. Ayrıca, veri setinin sunumu, hesaplamalar ve sistemin işleyişiyle ilgili bazı ilkeler de yine düzenlemelerde belirlenebilir.

Diğer yandan, önceki bazı konuşmacıların da önerdiği gibi, Rekabet Kurumu bünyesinde iktisadî analiz konusunda uzmanlaşmış bir birim kurulmalıdır. Bu birim, meslekî dairelerin yürüttüğü incelemelere destek vermelidir.

Türkiye için bir diğer önerim şu şekilde ifade edilebilir: Süreler yeterince uzun ve yeterince kısa olmalıdır. Burada iki temel endişe vardır: Bunlar, birincisi, derin iktisadî analiz uzun bir inceleme sürecini gerektirir; diğer yandan birleşmeler, anlaşmalar gibi değildir. Bırakın bir yılı, aylarla ifade edilen sürelerde bile işlemin ve pazarın koşulları taraflar açısından değişebilir ve işlemin taraflar açısından çekiciliği ortadan kaldırılabilir. O zaman, süreler, işlemin uygulanabilirliğini ortadan kaldıracak kadar uzun da olmamalıdır.

Bu iki endişeyi, bu iki çelişen endişeyi gözeterek şu somut öneriyi getiriyorum: İnceleme iki aşamalı olarak kalmalıdır; ilk aşama bir ay, ikinci aşama üç-dört ay sürmelidir. İki aşamada taraflara savunma hakkı verilmelidir. Son olarak ise, ret kararları yalnızca ikinci aşamada alınabilmelidir.

İşlemlerin bildirim tâbi olup olmadığının bilinmesi anlamında taraflara belirlilik yaratılmalıdır. Yapısalcı yöntemi her ne kadar şimdiye kadar, tebliğimin bu kısmına kadar eleştirmiş olsam da, bu anlamda yapısalcı yöntemin araçlarından faydalanmak kaçınılmazdır. Yani, ciro ve pazar payı eşikleri kalmalıdır.

Burada bir öneri; pazar payı eşiğini sınırlayıcı olarak HHI eşığının belirlenmesi olabilir. Yani, tarafların pazar paylarının toplamı yüzde 25'i aştığında, HHI eşiği de aşıldığında bildirim zorunlu sayılmalıdır. Böylece "25 + 0" diye karikatürize edilen, taraflardan yalnızca birinin pazar payı nedeniyle ya da taraflardan diğerinin ya da diğerlerinin pazar payının oldukça düşük olmasına karşın bildirimde bulunulması ve bu işlemlerin değerlendirilmesi yükü ortadan kaldırılmış olur.

Pazar payı düşük olmakla birlikte finansal kaynaklara erişmede avantajlı teşebbüsler pazar gücüne sahip olabilirler. Dolayısıyla, 25 + 0 diye ifade ettiğimiz sorun bu örnekte geçerli değildir. Yani, pazara yeni girecek veya pazar payı düşük olmakla birlikte finansal açıdan güçlü bir teşebbüs 25 + 0 formülünün 0 kısmına denk geliyorsa eğer, bu işlem sıradan bir 25 + 0 işlemi değildir. Bu işlemler antirekabetçi etki doğurma potansiyeli yönüyle değerlendirilmelidir. Özetle; ciro eşiği kalmalıdır. Ancak, cironun gerçek anlamda teşebbüsün finansal gücünü yansıtacak şekilde ilgili ürün pazarındaki ciro olarak değil, toplam ciro olarak ifade edilmesi gerekir.

Bu noktada bazı işlemler için basitleştirilmiş usul kuralları önerilebilir. Bu, dikey ve aykırı yoğunlaşmalar için anlamlı bir öneri olarak görülebilir. Nitekim, Komisyonun bu konuyla ilgili duyurusunda dikey ve aykırı yoğunlaşmalar kapsamında tutulmuştur.

Türkiye için önerilere devam ediyoruz. Rekabet testine geçiş, etkinlik ve batan firma savunmalarının işletilmesiyle desteklenmelidir. Etkinlik savunması,

fiyat merkezli analizin olmazsa olmaz koşuluken, unsuruyken, batan firma savunması işlemin rekabet üzerindeki gerçek etkisini değerlendirme sürecine dahil eder. Ayrıca, etkinlik savunmasıyla ilgili olarak, etkinlik ve tüketici faydası rekabet politikası için anahtar kelimeler olduğu unutulmamalıdır.

Rekabet politikasının varsayımı her ne kadar etkinliğin rekabetle sağlanacağı yönünde olsa da, pazar gücü yaratıldığı bazı işlemlerde etkinlik kazanımları söz konusu olabilir.

O hâlde, yalnızca rekabet perspektifiyle tüketici ve ekonomi faydasına bazı işlemler yasaklanabilecektir. O hâlde, istisna olduğu unutulmadan etkinlik savunması Türkiye sisteminde işletilmelidir.

Son önerim, açıklayıcı rehberlerin çıkarılması yönündedir. Rekabet otoriteleri mevzuatı nasıl yorumladıklarını ve içtihadın ne yönde gelişeceğini ya da mevzuatın ne yönde değişeceğini çıkaracakları açıklayıcı rehberlerle gösterirler. Rekabet Kurumu bu konuda, yoğunlaşmaların kontrolü başlığı altında yeterince üretken olamamıştır. Uygulamanın yeni ve içtihadımızın belirli noktalarda yeterince olgunlaşmamış olması bir mazeret olarak gösterilebilir. Ancak, içtihadın olgunlaştığı alanlarda örneğin yoğunlaşma kavramı gibi bazı düzenlemelere gidilebilir.

Doç. Dr. Ünal ZENGİNOBUZ

Boğaziçi Üniversitesi Öğretim Üyesi

Öncelikle Sayın Gülergün'ün son derece kapsamlı ve Türkiye uygulamalarına ışık tutucu çalışması için tebrik ediyorum. Zevkle okudum ve öneriler bölümüyle ilgili de oldukça aydınlandım.

Ben, sabahki ve bir önceki oturumlarla oldukça bağlantılı olduğu için konumuz o bölümlerle de ilgili bazı şeyler söyleyeceğim. Fakat, spesifik olarak da Sayın Gülergün'ün makalesiyle bağlantılı olarak da bazı hususlara deyiyeceğim, özellikle Türkiye'yle ilgili öneriler bölümünde. Çünkü, genel değerlendirme bölümünde üzerinde durduğu hususlar, daha önceki oturumlarda üzerinden gidilen hususlarla örtüşmekte ve genelde görüşleri itibarıyla da çok fazla bir farklılık olmaması bakımından onların üzerinde ayrıntılı durmamayı seçtim.

Sabahki tartışmalar, özellikle amaç tartışması gerçekten son derece önemli bir konu. Daha önceki oturumlardaki hukukçu arkadaşların

kendilerinden beklediğimiz ve kendilerinden öğrendiğimiz türde bir muhakeme bütünlüğü ve güzelliği içerisinde bize sundukları hususları çok ciddiye almamız gerektiğini düşünüyorum. Gerçekten, “rekabet uygulamalarının amacı nedir” sorusundan başlamazsak hiçbir yere varmamız mümkün olmayacaktır.

Şüphesiz konu hukukla iktisadın kesiştiği noktada. Ve burada iktisat kavramları da çok önemli. Amaç konusu çok önemli, araç konusu çok önemli nereye gideceğimiz konusunda. Bütün bunlar çok önemli. Tabii iktisat açısından ve işin başlangıç noktası olması bakımından aslında belki bir ek konu da “rekabet ne demek” tartışması olacaktır. Çok kısaca ona deyinmek istiyorum.

Ne kastediyoruz rekabet derken, ki daha sonra sözünü ettiğimiz amaçlar çerçevesinde bir yere oturmalıyız? İktisadî anlamda rekabet nedir? Öncelikle hemen şunu söyleyeyim: Çok sayıda firma olmasıyla bir bağlantısı vardır dememiz mümkün müdür? Hayır.

Rekabet, iktisadî anlamda tam rekabetli bir piyasa dediğimiz anladığımız rekabet, hiçbir oyuncunun, üretici olsun, tüketici olsun, hiçbir oyuncunun piyasa üzerinde, piyasa değişkenleri üzerinde bir etkisi olmaması durumudur. Şimdi, bunun sayıyla ne alakası vardır? Doğrudan bir alakası yoktur. Özellikle oyun teorisindeki gelişmeler bize göstermiştir ki, iki, hatta bazen tek oyuncu, yani tek firma olduğu zaman dahi rekabet olabilir. İki firmanın olduğu durumda, eğer fiyat rekabetine giriştilerse fiyatlar marjinal maliyetler kadar incek ve sözünü ettiğimiz, en azından statik anlamda etkinlik o dönem için sağlanacaktır. Hatta bunu daha da ileri götürüp, potansiyel rekabet var ise, ki deyineceğim konulardan bir tanesi o olacak, özellikle ithalat bağlamında ve açık ekonomiler bağlamında, ithalat varsa bir monopol de, marjinal maliyetlerden, yani etkin fiyatlamadan çok uzaklaşamayacaktır. Dolayısıyla, sayılarla doğrudan bir bağlantısı yok. Peki, niye bu sayılar üzerine “Fiksasyon” olmuş; bunu da anlamak gerekiyor. Çünkü, sayılar üzerine fiksasyonu başlatan kişiler de son derece derin analizler yapabilen iktisatçılar ve hukukçular. Bunları da anlamak gerektiğini düşünüyorum. Paradigmaları değiştirirken bir parça, daha önceki paradigmaların niye ortaya çıktığını da anlamamızda fayda olduğunu düşünüyorum.

Şüphesiz sayılar rekabet için gerekli değildir. Ama, ne kadar çok firma varsa rekabet görme ihtimalimiz de o kadar fazla olacaktır. Bu neden böyle olacaktır? Çünkü, firmaların kendi başlarına bırakıldıklarında amaçları rekabet etmek değildir; firmaların amaçları kâr etmektir.

Firmalardan bizim istediğimiz, daha doğrusu serbest piyasa ekonomisinden istediğimiz, o firmaların kâr peşinde koşarken, müteşebbislerin kâr peşinde koşarken kendilerin içinde buldukları dinamizmin bize

getirecekleridir. Ve serbest piyasa ekonomisinin, rekabetin, dinamizmin; kendi menfaatleri peşinde koşan firmalar ve müteşebbisler ile geldiğini de tarihî deneyimler olarak görüyoruz. Niye bizim bu müteşebbislerin dinamizmine ihtiyacımız var, niye onlara kâr etme imkânı tanıyoruz bir yerde? Çünkü, kârın varlığı aslında etkinlikten uzaklığı göstermekte. Fakat biz kâra tolere ediyoruz. Bunun da özel bir sebebi var. Çünkü iktisat, iktisadî hayat belirsizliklerle dolu, bilgi problemleri, yeni ufuklar hep belirsizliklerle dolu ve bunları biz önceden öngöremiyoruz. Eğer her şeyi önceden öngörebilseydik, bilseydik, zaten aslında sosyalist ekonomilerin dediği gibi, oturur bir merkezde, her şeyi makinelerle planlar ve de bütün kaynakları öyle dağıtırdık. Ayrıca bir de, iktisadî aktörlerle ilgili müşevvik problemlerin, teşvik problemlerin ne denli önemli olduğunu çok acı deneyimlerle sosyalist ülkeler anladılar. Aksi takdirde, eğer bilgi tamsa, serbest piyasa ekonomisinin elde edeceği sonucu olduğu gibi plânlı bir ekonomide elde etmek mümkündür. Ama, maalesef o bilgi eksikliği çok derin bir problem. Aynı zamanda teşvik, “Incentive”, müşevvik problemi de çok derin bir problem. İktisadî aktörler kendi menfaatlerine olmayan şeyleri yapmak konusunda herhangi bir zorlamaya sokulamazlar uzun vadede veya sokabilirsiniz; o zaman da hiçbir şey yapmazlar. Özellikle iktisadî faaliyetten, yeni yeni ürünlerin üretilmesini, yeni tekniklerle üretilmesini, daha ucuz üretilmesini ve dolayısıyla refahın, tüketim yoluyla refahın artmasını istiyorsak, bir şekilde bu kâr motifine bel bağlıyoruz, buna tolere ediyoruz bir yerde; çünkü o büyük bir dinamizm getiriyor. Fakat tabii ki, bir firmanın amacı kâr etmek ise, onu edecektir, onu etmelidir. Onu etmeyen bir firmadan zaten bize serbest piyasa ekonomisi altında fayda gelmeyecektir.

Özetle demek istediğim, eğer bir firmayı zorlayan unsurlar yoksa onun rekabet etmesini beklemeyeceğiz. Dolayısıyla, ne kadar çok firma varsa rekabete o kadar yaklaşacağımız konusunda bir fikir elde ediyoruz. Çünkü, aslında firmaların da ne yaptığını o kadar çok yakından bilebilme durumunda da değiliz. Meselâ maliyetlerini yakinen bilmek, yeterli ölçüde çalışıp çalışmadıklarını bilmek pek mümkün değil. Ancak rekabet yoluyla test edebiliyoruz. Şimdi böyle olunca, o belirsizlikler içerisinde ne olup bittiğinin birtakım kaba göstergelerine bakmak ihtiyacı doğuyor. Bu çerçevede ne kadar çok firma varsa, biz, rekabetten uzaklaşmayacağı konusunda bir fikir elde etmiş oluyoruz. Bir parça ben, bu iktisadî yöntemin kullanılması veya işte piyasa sonuçlarının araştırılması ile hâkim durum testi arasındaki, Amerika-Avrupa arasındaki farklı bir parça da orada görüyorum. Aslında bu konudaki iktisatçılar açısından baktığımda ben çok daha basit bir çerçeveye indirgeyeceğim.

Benim hâkim durum testinden anladığım şu: Ben ayrıntılı olarak ileride ne olacağını bilemiyorum; baktığım zaman da göremiyorum. Çünkü piyasa belirsizliklerle dolu. Rekabet süreci, piyasa ekonomisinde bir sürü belirsizlik

var. Zaten özel aktörler bu belirsizlikleri çözsünler, bilgiyi oradan çıkarsınlar diye faaliyet gösteriyor. Fakat, ben birtakım endikatörlere bakacağım, kaba endikatörlere bakacağım. Çünkü biliyorum ki, hiçbir şeye bakmazsam rekabet de kendi başına garanti değil. O yüzden, bir basit kural, sayı. Bunun alternatifi nedir? Bunun alternatifi, çok ince ayrıntılı analizler yapmaktır. Ki iktisat bilimindeki gelişmeler bizi oraya yaklaştırma da değil, yaklaştırıyor. Ve sunucuların, üç sunucunun da üzerinde ayrıntılı bir şekilde durduğu, iktisadî analizin çok, iktisadî analize önem verilmesi hususu son derece yerindedir şüphesiz. Bunun teknikleri gelişmiştir. Fakat, her şeye rağmen de şunu unutmamak gerekmektedir: Bilgi problemi çok endemik bir problem. Dinamik etkinlik örneğinin, dinamik etkinliğin tamamen belirsizliklerle dolu bir kavram, belirsizliklerle dolu bir ortamda tanımlanması gereken bir kavram olduğunu tahmin etmemiz güç değil. Bu çerçevede iktisadî analizin yapacağı çok önemli görevler vardır. Sistematik bir şekilde inceleyip, neyin önemli, neyin önemsiz olacağı konusunda bize çok ışık tutacaktır.

Fakat şunu da unutmamamız gerekmektedir ki; bırakınız dinamik ortamı, statik ortamlarda dahi, eğer stratejik oyuncuların bahsediyorsak, aslında o oyunun birden çok, hatta sonsuz sayıda dengesi olabildiği durumlar olabilmektedir. Bundan kastettiğim şu: Siz bana bir hikâye anlatın bir oligopol piyasasıyla alakalı, şu şöyle olacak, böyle olacak; ben oturup bir iktisatçı olarak, bir oyun teorisi olarak onu rasyonelize edecek bir model yazabilirim. Bunu olduğu gibi görmekte fayda olduğunu düşünüyorum. Çok denge sorunu oyun teorisinin önemli problemlerinden bir tanesi. Bir de dinamik ortama geçtiğimiz zaman, aşağı yukarı birçok hikâyeyi iktisadî modellerle rasyonelize etmek mümkün. Şimdi bunu söyledikten sonra, iktisadî modeller hiçbir işe yaramaz demek de son derece yanlış olur tabii. İktisadî modellerin kullanılması lâzım; çünkü başka ne kullanacağız onun yerine? Bize sistematik olarak bütün varsayımları açıkça belirtilmiş bir şekilde ne olacağını söylemektedir o modeller. Ve o anlamda da daha iyi bir alternatifi kesinlikle yoktur.

Diğer taraftan, bunları söyledikten sonra da yine de bir değer yargısının kaldığı nokta olacaktır. Çünkü, sonuç itibarıyla tek bir büyük modeli kalibre edip, çözüp ve 3, 5, 10, 20, 30 sene sonra ne olacağını görmemiz de mümkün değil. O çerçevede kurallar önemli olabilir. Kurallardan vazgeçmek mümkün olmayacaktır diye düşünüyorum. En azından iktisadî olmayacaktır, her durumda uzun boylu analiz yapmamız mümkün olmayacaktır.

Kurallar ile daha ayrıntılı, inisiyatife kalmış analiz yapmanın şöyle bir zorunluluğu da, o ikisi arasında seçim yapmanın şöyle bir zorunluluğu olduğunu da düşünüyorum: Şimdi, özellikle birbirine entegre olmuş piyasalarda, ticaretin geliştiği piyasalarda, uluslararası ticaretin geliştiği, birbirine bağlandığı

piyasalarda yaşıyoruz ve artık üreticiler enternasyonal. Bütün ülkeler üretimi kendilerine çekmeye çalışıyorlar; bir yarış oluyor.

Bir yatırımcı bir ülkeye gelirken orada ne olacağını bilmek durumunda, ileride ne olacağını bilmek durumunda. Zaten doğal iş hayatında korkunç derecede belirsizlikler var, üzerine bir de rekabet uygulamalarının belirsizliği işleri karıştırabilecektir. Bu konu Merkez bankalarıyla alakalı olarak literatüre girmiş. Kurallar ile inisiyatif, “Rules versus discretion” tartışmasıyla çok derinden bağlı, kredibilite problemiyle derinden bağlı. Siz eğer basit kurallarla ne olacağını biliyorsanız, oraya girmek konusunda çok fazla zorluk çekmeyecek, o kararınız net ve açık olacaktır. Fakat, derin ve uzun analizler sonucunda ve eğer başka niyetler varsa, farklı türde de kullanılabilir analizler sonucunda girişiminiz ve kârlılık imkânlarınız sınırlanacaksa, o zaman girmekten çekineceksiniz. O zaman kredibilite problemi için, yani güvenilir taahhüt problemi için bir çözüm, kuralları yazmak, bazı durumlarda yanlış olduğunu bile yazmak ve onun yarattığı belirlilik içerisinde de oyunculara eşit oynama alanı sağlamak, o çerçevede başka ülkelere, başka yatırım alanlarından geriye düşmemek olabilir.

Kuralların önemiyle bağlantılı olarak bir de şu husus var: Rekabet uygulamaları iktisatla hukukun en fazla kesiştiği alan, birini diğerinden ayrı düşünmek mümkün değil. Özellikle ayrıntılı iktisadî analiz kullandığımızda şöyle bir problem de çıkıyor ortaya: Şimdi, iktisatçılar birçok şeyi bilmelerine rağmen her şeyi bilmiyorlar. Ayrıca, biraz önce bahsettiğim hususlardan dolayı da modellemelerle alakalı da bazı seçimler farklı sonuçlara yol açabilir. Bunların arasında nasıl karar vereceğiz? Hukukçulara başvurmak durumundayız veya prosedürün de uygulanması lâzım. Peki, hukukçular, yapılan o çok derin analizin doğru olup olmadığını nasıl anlayacaklar? Şimdi, onların da çok daha iyi ve çok daha güzel modelleri olan iktisatçıları olması lâzım. Böyle bir silsile içerisinde bir sonsuz kısır döngüye girmemiz mümkün. Yani, yüksek mahkemeler ne hakla ve nasıl bilerek karar veriyorlar? Yani, iktisadî analiz yoluyla olamayacaktır bu. Yani, hukukçularla iktisatçılar arasında bir iletişim problemi de var. O anlamda da kurallar bir yerde iktisadî prensipleri, en azından bilinenler çerçevesinde hukukçulara komünike etmenin, bildirmenin ve sonra da onların, iktisatçıların yapacaklarını kontrol etmesinin, ki o kontrol mutlaka gereklidir, çünkü bekleme yapanların bekleme kim olacaktır sorusu çok önemli bir soru, hukukçulara mutlaka ihtiyacımız var, o açıdan da bundan kaçınılamayacağını düşünüyorum. Bu amaç-araç konusundaki tartışmaların oldukça uzun süreceğini düşünüyorum.

Benim hâkim durumdan anladığım, dediğim gibi, bu basit kurallar. Öbür test de ayrıntılı analiz. Tabii basit kural konusu hukuk dilini çevrilirken hâkim

durum ve daha sonra da içinden çıkılmayan tanımlara bürünmüş olması da ayrı bir husus şüphesiz ki. Zannediyorum iktisatçılarla hukukçular anlaşamamışlar. Ve bir iktisatçı olarak hâkim durumdan anladığım bir basit kurala bakmaktır. Tabii bu yeterli olmamıştır ve kavram kargaşasından ondan sonra birçok şey birbirinin içerisine girmiştir. Onların ayrılması gerektiği son derece açıktır. Buna söylenecek hiçbir şey yok.

Sayın Gülergün'ün tebliğine bir parça dönecek olursam, hem de bitirmeye yaklaşarak, Türkiye'yle ilgili söyledikleri çerçevesinde şüphesiz tabii bu amaç konusunu bizim yeni baştan düşünmemiz lâzım. Nedir Türkiye'de rekabet uygulamalarının amacı? Şimdi, bu konu çok basit bir konu değil, birkaç düzeyde basit bir konu değil. Basit iktisat anlamında açık; statik veya dinamik olarak etkinlik. Aslında statik ve dinamik etkinlik diye ayırmanın da bir anlamı yok. Gerçek anlamda bir iktisadî etkinlik, aslında ne ise düşünme ve karar verme ufku, ona göre hareket etmelidir. Ama, statik bazı endüstriler var, hiç değişmiyorlar. O zaman da tutup, aynı şeyi elli defa tekrarlayan analizler yapmanın anlamı olmayacaktır. Ama, yeni endüstrilerde tabii ki dinamik analiz yapılmalıdır.

Bir de şunu söylemek istiyorum bu tüketici refahıyla toplam refah tartışmalarında: Aslında rekabet uygulamalarının amacı üretici kârını sifıra indirmektir. Ve o zaman da tüketici refahıyla toplam refah aslında aynı şey olacaktır. Statik anlamda bakarsanız, eğer uzun süre kârlar devam ediyorsa bir problem vardır; dinamik anlamda da öyle. Kârlar olabilir. Zaten o kâr peşinde koşmak kapitalizmin motoru. Ama, o kârların da zaman içerisinde erimesi lâzım. Erimiyorsa yine problem vardır. Yani sonuçta fiyata bakmak da çok kötü bir araç olmayabilir. Ayrıca, tek tek dönemler anlamında fiyatı izlemek, uzun vadeli dinamik süreçle alakalı bize çok bilgi verebilir. O açıdan bu hususlara dikkat edilmesi gerektiğini düşünüyorum.

Başka bir düzlem, ki daha önceki Oturumda bir soruyla da bağlantılı olduğunu düşünüyorum. Şimdi tabii, iktisat kendi başına içerisinde bir amaç taşıyor veya rekabetin, rekabet uygulamanın iktisadî anlamda bir kendi içinde amacı var; etkinlik. Ama diğer taraftan da şunu da biliyoruz: Serbest piyasa ekonomisi bize etkinlik vaat ediyor, hem de sonuna kadar. Fakat, hiçbir şekilde yaratılan değer dağılımıyla ilgili, gelir dağılımıyla alakalı hiçbir şey vaat etmiyor, eşitlik hiç vaat etmiyor. Eşitsizlik ve de üstelik, başlangıçtaki eşitsizlikler daha fazla büyüyerek geliyor. Şimdi, özellikle globalleşen ekonomi çerçevesinde baktığımızda, bütün her şeyin serbestçe yapıldığı bir çerçevede büyük bir ihtimalle ülkeler arası eşitsizlik daha da büyüyecektir, ki bir kısmını görüyoruz. Bu çerçevede Avrupa Topluluğu dahi bunu kabullenmek yerine başka amaçlara yönelmek isteyebiliyor. Şimdi, bunda başarılı olunur-

olunmaz ayrı bir husus. Fakat Japonya ve Kore örneklerine bakıyoruz; onlar bir çerçevede kendi pazarlarını koruyup, kendi sanayileriyle ilgili rekabete hiç dikkat etmeyip, ama aynı zamanda da ihracat yoluyla firmalarının verimlilik bakımından kontrol edilmesi ve rekabete alışmasını sağlamaları sonucunda bir sanayilerinde transformasyon geçirmişlerdir. Meselâ Türkiye olarak biz işte “buğday ambarı” veya “gömlek üreticisi” olarak kalmak gibi bir, geleceği, globalleşen serbest piyasa çerçevesinde kabullenmek durumunda olabiliriz eğer hiçbir müdahale yapmazsak. Tabii müdahale demek, büyük bir pandıra kutusunu açmakta ve işleri karıştırmakta. Fakat, bu yönlerini de görmemiz gerektiğini düşünüyorum. Çünkü, bazen dinamik anlamda mukayeseli avantaj elde etmek için bazı piyasa şartlarına uymayan, piyasaya, rekabete uymayan şeyler yapmayı seçebilirsiniz. Şimdi, dolayısıyla bu dinamik etkinlik kavramı biraz tehlikeli bir kavram. Yani bu periyot, fiyatlar yükseliyor diye gelecek periyottaki fiyat düşüşlerinden vazgeçmeyim türü bir etkinlik savunması aynı zamanda konuyu, peki ama üçüncü periyot, baktığımızda, ya fiyatlar çok yükselecekse ne olur türü bir argümanı da açmaktadır. Özellikle de mukayeseli avantaj, yani uluslararası ticaret anlamındaki çerçevede de, ben, var olan mukayeseli avantaj yapısı içerisinde kalıp, daha fakir bir ülke olmayı kabul etmek yerine bir şeyler yapmayı denemek isteyebilirim. Bunu Avrupa Topluluğu dahi istemekte. Tabii şüphesiz bir şeyler yapmaya çalıştığınızda daha da kötü bir sonuca yol açabilirsiniz. Söylediklerimin o yöndeki, o yönde bir, yani mutlaka müdahale edilmesi gereklidir, müdahale edilirse iyi sonuç çıkar anlamına alınmasını istemediğim için bunu vurgulamak istiyorum. Fakat, müdahale etmek istenebilir ve bunun da bir rasyoneli var. Başarılı olunamaz belki; o da ayrı bir husus.

Globalleşen dünyada bence Türkiye için bir birleşme politikasının mutlaka, bizim açık ve küçük bir ekonomi olduğumuz gerçeğini göz önüne alarak değerlendirilmesi gerektiğini düşünüyorum. Yani, ithalat bize ne kadar rekabet sağlamakta; acaba biz burada ölçek ekonomilerinden faydalansın diye tek bir firmaya izin versek ne olur; burada fiyatlar yüksek gibi olsa, ama bizim o firmamız dışarıda ihracat yapmak yoluyla edineceği kârları ülkeye getireceği için aslında toplamda daha iyi hâle gelir miyiz gibi sorularda bizim birleşme/devralma politikamızın bir cevapları olması gerektiğini düşünüyorum. Bu husus tebliğde ayrıntılı olarak değinilmemiz bir husus olarak geldi bana.

Bir de, birleşme ve devralmalarda şu husus var: Biz artık Gümrük Birliğindeyiz, bunu unutmamamız gerekiyor; çıkacağımız noktaya kadar yabancı firmalar da meselâ yerli firmalarla birleşebilir. Meselâ bütün bankalarımızı yabancı firmalar alsa bizim için iyi mi olur, kötü mü olur tüketici için statik etkinlik olarak, dinamik etkinlik olarak; bu konuda da düşünmemiz lâzım.

Bir de zannediyorum üzerinde durulması gereken Türkiye'ye özgü bazı noktalar var; onları da çok kısaca belirtip bitireyim. İhaleler konusu önemli bir konu, özellikle kamu ihaleleri önemli bir konu. Dolayısıyla, meselâ özellikle kamu tedarikinin önemli olduğu bazı alanlarda veya diyelim ki, kamuya ihale yoluyla tedarikte bulunan şirketler arasındaki birleşmeleri nasıl değerlendireceğiz? Bunlar, çünkü buradaki yöntem, ihale yöntemi normal piyasa rekabetinden farklı bir yöntem. O alan için farklı birleşme çerçeveleri düşünmek gerekebilir diye düşünüyorum.

Özelleştirmeyle alakalı olarak mutlaka biz birleşme ve devralmalarla ilgili ve aynı zamanda altyapı sektörlerinde, bu düzenlemeye açılmış, regülasyona açılmış sektörlerdeki birleşme/devralmayla ilgili hususların da daha aydınlığa kavuşması gerektiğini düşünüyorum.

Düzenlemelerin olduğu sektörlerde, bu bağımsız düzenleyici kurumlara bırakılmış olan birleşme ve devralma politikalarının da mutlaka ayrıca Rekabet Kurumu tarafından da bir şekilde bir mekanizmayla gözetilmesi gerektiğini düşünüyorum. Meselâ bankacılıkta, meselâ elektrikte bu birleşme ve devralmalar bildiğim kadarıyla düzenleyici kurumlara bırakılmış durumda. Bunun tabii sebepleri var. Uzmanlık gerektiren bir konu. Fakat, her zaman için iki farklı aktör tarafından denetlemekte de bilgi bakımından fayda var, özellikle rekabet ve birleşme/devralma konusunda uzmanlaşmış bir Rekabet Kurumu var iken.

Bir de, bir önceki Oturumda bahsettiğim ağ ekonomileri konusunda, özellikle ağ ekonomileri, yani network ekonomileri dediğimiz telekomünikasyon vesaire, o ekonomilerle ilgili birleşmelere de çok özel önem addedilmeli. Türkiye'nin koşulları çerçevesinde bu konuya da ilişkin değişik yöntemler geliştirme durumu ortaya çıkabilir.

Necati ARIKAN

Rekabet Çalışma Grubu Üyesi(TÜSİAD)

Bu Sempozyumda dinlediğim kadarıyla, bu Sempozyumun Rekabet Kurulu kararlarında yeni bir ufuk açacağına inanıyorum. Dolayısıyla kutluyorum. Gerçi Rekabet Kurulu altı yıllık gibi çok kısa bir çalışma süresi var. Biz bunu, yasanın çıkışından bugüne kadar yakından izleme fırsatı bulduk görevimiz icabı. Bu yasa, yasada belirtilenlerin dışında gayet yani amacına uygun şekilde uygulandığını, kararların çok gerçekçi ve realist alındığına çoğunlukla şahit olduk.

Ben Rekabet Kurulu üyelerini kutluyorum. Ve bu gün son günleri olan Sayın Profesör Doktor Başkan Tamer Müftüoğlu'yla görev süreleri dolan arkadaşlarımızı hem kutluyor, hem teşekkür ediyorum. İnşallah kendilerini yine bu konuyla ilgili çalışmalarda işbirliği içinde görürüz diye düşünüyorum. Bu kadar tecrübeler boşa gitmemeli.

Sayın Cenk Gülergün'ün tebliğini de dün aldım, okudum. Gerçekten teşekkürlerimi sunuyorum. Çok güzel ve kapsamlı bir tebliğ hazırlamış. Bizim de düşüncelerimiz aşağı yukarı bu doğrultuda idi. Fevkalâde memnun olduk.

Ben iş dünyasında aşağı yukarı 40 senemi geçirdim yönetici olarak ve birçok olayları birebir yaşama imkanım oldu. İthal ikamesi politikasından liberal ekonomiye geçişi, Gümrük Birliğine geçişi, Rekabet Yasasının çıkışını, uygulanışını ve bugünlere kadar gelişini her safhasında bu işlerde sorumlu görevlerde bulundum.

Rekabet Yasası çıkarken bizim iki konuda çok ciddi endişemiz vardı: Birisi, karine yoluyla uyumlu eylemlere karar verilmesi ve bunun aksinin ispat yükünün firmalara yüklenmesiydi. Bizim bu konuda endişemiz vardı. Ama, hiç bu konuda bir şey olduğunu sanmıyorum, takibat olduğunu. Yani olgunca bir uygulama yapıldı. İkincisi de buydu, yani hâkim durumu yaratan birleşmelerin yasaklanması.

Biz o zamandan da görüyorduk, yani Türkiye'nin dışa açılan ekonomik politikası içinde rekabet gücü kazanması için birtakım firmaların birleşmesi gereğine inanıyorduk. Böyle birleşmelerin önlenmemesi için yasal olarak bu konuda karşı görüşteydik. Görüşlerimizi çeşitli plâftformlarda ilettik, ama tabii yasa yine o şekilde çıktı. Ama uygulama öyle olmadığı için, uygulama da fevkalâde anlayışlı yürütüldüğü için çok memnunuz. Tekrar Rekabet Kuruluna teşekkür etmek isteriz.

Ben hukukçu değilim, rekabet uzmanı da değilim ama, TÜSİAD'da Rekabet Kurulunun kurulmasıyla birlikte biz de bir Çalışma Grubu oluşturduk. Türk iş âlemini hem eğitmek, bilgilendirmek, hem de görüşlerimizi Rekabet Kuruluna aktarmak için ortak seminerlerimiz, konferanslarımız oldu, çok yararlı işbirliğimiz oldu. Bundan da son derece memnunuz.

Aynı şekilde bu yasa çıktıktan sonra biz Koç Topluluğunda tüm şirketler için bir uyum plânı hazırladık. Bir yabancı danışman, Brüksel'den bir firmayla anlaştık, bütün şirketlerimizin uygulamalarını tarayarak, bu yasaya uyumunu sağlayacak tedbirleri aldık. Bir şirketimiz yakalandı Rekabet Yasasına. O da uzaktaki bir bölgede. Ki, LPG şirketlerinin pazarlama müdürleri bir araya gelmişler, piyasada yasalara aykırı davranan bir oyuncuyu piyasadan çıkarmaya karar vermişler. Ve tipik, yani yasaya aykırı uygulama şeklen, şeklen aykırı. Çünkü protokol de imzalamışlar. Fakat işin özüne uygun tarafı, bu oyuncu yasalara aykırı, uymuyor, yani yasalara uymuyor. Oradan bir ceza aldık. Biz de bu cezayı kabul ederek gereğini yerine getirdik. Bu uygulamanın dışında herhangi bir şeyimiz olmadı. Ama, hâlâ ben o uygulamanın haklı olduğuna inanmıyorum. Çünkü, yasalara aykırı bir oyuncuyu devlet çıkaramıyor devreden, onlar kendi aralarında çıkarmaya karar vermişler. Böyle bir uygulamamız oldu.

1994 yılında Rekabet Yasası çıkarken, yani Türkiye henüz Gümrük Birliğine girmemişti, yani bir ölçüde kapalı ekonomideydi, öyle sanıyorum ki, o yasanın bu maddeleri o kapalı ekonomi şartlarından biraz etkilenecek bugünkü şeylerde belirlendi. Ama, bugün daha değişik bir ortamdayız, bugün küreselleşen bir ortamdayız. Pazar tarifi değişti. Yani, kapalı ekonomi varken Türkiye pazarıydı. Şimdi bugün açık ekonomide, malların serbest dolaştığı bir ekonomide pazarı nasıl tarif edersiniz, pazar payını, pazara hâkim olma gücünü? Çok şey, yani sadece rakamlara bakarak böyle bir pazar payına karar vermek, ben doğru bulmuyorum. Şimdi bir misal vereceğim size.

Gümrük Birliği öncesinde bizim iki büyük otomotiv şirketimizin, yerli otomotiv şirketimizin pazar payı toplamı yüzde 70'ti, otomotiv gibi, hani nakliye maliyeti yüksek olan bir sektörde. Bugün ikisinin pazar payı yüzde 30, daha da aşağıya gidiyor. Yani, ithalatın olduğu bir yerde artık bir pazar payı şeyi kalmadı. Tamamen bütün dünyanın her yerindeki üreticisi geldi bu pazara girdi. Şimdi, bu da pazar payı hakimiyeti açısından bakarsanız böyle, yani yüzde 70'i tutamadılar, o hakimiyeti devam ettiremediler, buraya düştüler.

Öbür taraftan, başka bir yabancı firma, -burada çok güzel bir şeyden bahsedildi, pazar payı yerine, pazara hâkim olma yerine finansal güç- bir yabancı oyuncu, uluslararası finansal gücünü kullanarak, muhtemelen damping de yaparak Türkiye'de çok kısa sürede pazar payını yüzde 10'ların üzerine çıkardı. Şimdi burada bilmiyorum nasıl davranacak şey yani? İşte bu finansal

gücünü kullanıyor. Ama, bu finansal güç yurt dışında. O gücünü burada kullanarak böyle bir şey yapıyor.

Onun için, bu pazar payı izafi. Ben arkadaşımızın şeyine tamamen katılıyorum. Kriter pazar payı olmamalı. Rekabet testi; rekabet testi güzel bir kavram. Gerçekten bu tür birleşmelerde rekabet testine önem verilmeli.

İş hayatında birçok şirketlerin durumunu inceledim; Yönetim kurullarında bulundum. Bir piyasada çok sayıda firmanın olması, orada tüketici yararına bir rekabet ortamı olduğu anlamına kesinlikle gelmiyor. Şimdi ne oluyor? Size açıklayacağım örnekleriyle.

Bir sektöre, bakıyor ki kârlı, birçok oyuncu giriyor. Teşvik de alıyorlar. Bakıyorsunuz, üç firma varken altıya, yediye, sekize çıkmış. Hepsi kapasitelerinin yüzde 30'uyla çalışıyorlar. Şimdi, kapasitesinin yüzde 30'uyla çalıştığı zaman, daha yüzde 20'ye de düşen sektörler var, maliyeti otomatikmen artıyor. Bu maliyet arttığı zaman, onlar rekabet ediyorlar ama, verimsiz bir platformda ediyorlar. Yani, eğer onların maliyeti "x" olarsa normal şeyde, bu verimsizlik nedeniyle "x + y" kadar bir platformda rekabet ediyorlar hepsi. Dolayısıyla, bu tüketici lehine bir rekabet değil. Bunlardan birleşmeler olsa, verimlilik artsa, o zaman fiyatlar tüketici lehine aşağıya çekilecek.

En son bir birleşme kararı alındı; çok olumlu buldum. Benim de danışman olarak bulunduğum bir firma. Yönetim Kurulunda bulundum. Üretimini inceledim. Tam bizim düşündüğümüz tabirle yalın üretim. Hani yalın üretim derler ya, üretimde gayet iyi, her şey tasarruflu yapıyor. Ürün iyi, kalitesi iyi, fakat kâr edemiyor. Niye edemiyor? Bakıyoruz, "Overhead" denilen, yani o ürünü pazarda satmak için kurduğu kadronun maliyeti taşıyor, yani kafa şeyden ağır geliyor. Ben kendilerine şunu önerdim: Dedim ki, siz bu şekilde devam edemezsiniz. Yapacağınız tek şey var, bir rakibinizle birleşmektir. Onlar birkaç firma bir araya geldiler. Rekabet Kurumunda da iyi savundular şeylerini ve bu izni aldılar. Şimdi verimli bir teşebbüs ortaya çıktı.

Dolayısıyla, bu birleşme olmasaydı onlar o verimsiz platformda, bir kısmı batacaktı belki de, devam edemeyecekti, ama yine de tüketici veya kullanıcı yararına bir fiyat avantajı ortaya çıkmayacaktı.

Ben, bu yasanın uygulanmasında şunu arzu ediyorum: Amaç; (amacı daha genel amaç alıyorum, ben Türkiye'nin refahıyla ilgili amaca bağlamak istiyorum) birincisi, toplumun refahı veya tüketicinin refahı. Yani, muhakkak tüketici daha iyi ürünü daha ucuza alma imkanına sahip olmalı.

İkincisi, uluslararası rekabet gücü kazanmalıyız. Eğer biz bu gücü kazanamazsak, uluslararası rekabet gücü, o zaman Türkiye'nin ekonomik refahı tehlikeye girer.

Üçünü şey, ekonomik ölçek. Çok önemli ekonomik ölçek kriteri. Yani, her sektörde bir ekonomik ölçek var. Eğer o ekonomik ölçeğin altında faaliyet gösteriyorlarsa, o firmaların birleşmesinde izin verilmeli. Yani, sonuçta ekonomik ölçeğe eriştiği zaman, verimlilik artışı nedeniyle fiyatlarını düşürme imkanına, daha iyi teknolojiyi kullanma imkanına sahip oluyor. Dolayısıyla tüketiciciye bir avantaj sağlıyor.

Burada, yani hepsi birleşse ve tek firma olsa bile ithalat serbest; yani Türkiye pazarı Gümrük Birliğiyle bugün Avrupa Birliği'ne tamamen açıldı. Yakında, yine küreselleşen dünyada, biliyorsunuz Dünya Ticaret Örgütü Anlaşması var, o da 2004 yılında sanıyorum artık devreye girecek, 1994'te anlaşma yapılmıştı, o zaman dünya tek pazar hâline geliyor yani, herkes her yerde malını rahatlıkla satabilir. Böyle bir rekabet ortamında bizim birleşmeleri engellemek yerine teşvik ederek, uluslararası rekabet gücü olan, dış piyasalarda ... firmalar yaratılmasına yardımcı olmamız lâzım diye düşünüyorum.

Bir diğer konu, biz de artık Türkiye olarak uluslararası boyutlarda firmalar yaratmalıyız. Şimdi burada güzel bir örnek verildi; Erciyas-Toros birleşmesi. Ben çok takdir ediyorum. Efes bugün yurt dışında yatırımlar yapıyor. Yani bir Türk firması. Türkiye'de hâkim durumda. Oradan aldığı bu güçle dışarıda, Rusya'da, Doğu Avrupa ülkelerinde, Orta Asya ülkelerinde yatırımlar yapıyor. Bundan, yani gurur duymayı demiyorum, onun ötesinde, Türkiye ekonomisine dolaylı olarak büyük bir katkı sağlıyor.

Yine Türkiye'nin en büyük firması ciro olarak üç aşağı beş yukarı Arçelik. Bu, neresinden bakarsanız bakın, Arçelik'in cirosu 1.4 milyar dolar, 1 milyar 400 milyon dolar. En yakın rakibi ona Avrupa'daki, 6 milyar dolar. Şimdi, 6 milyar dolarlık rakiple mücadele edecek. Biz bunu büyütürsek, o mücadelede başarılı olur, o da bize, dünyaya yayılan, dünyada markası olan, güçlü markası olan bir kuruluş hâline gelir ve şeye yardımcı olur. Dolayısıyla, biz bu kararları uygularken Rekabet Yasasında, bu şeyleri, bu kriterleri hep kafamızın arkasında bulundurmalıyız diye düşünüyorum. Yoksa, şeklen bakarak, piyasa payı yüzde 25'in üzerinde olduğu için, işte gibi olmamak gerektiğini düşünüyorum.

Neden yoğunlaşma gereği var? Gayet açık. Yani, bütün firmalar, durduğu yerde kâr eden bir firma başka firmayla birleşmez, hele özellikle Türkiye'de. Çünkü, kimse işin kontrolünü kendi elinden kaçırmak istemez. Bugün KOBİ'leri biz birleşmeye teşvik ediyoruz. Diyoruz ki, yahu, siz rekabet edemiyorsunuz, gelin

birleşin. Onlar da, “yok, aman” diyor, “küçük olsun, benim olsun”. Biz de diyoruz ki, küçük olsun, senin olsun; bırak bu küçük felsefeyi, büyük olsun, senin de payın büyüsün, yani payın bugünkü durumundan büyüsün.

Dolayısıyla, bu şartlar bize birleşmelere doğru zorluyor. Dünyada başlayan birleşmeler ülkemize de geldi. İşte istatistikler var. Senede 100’ün üzerine çıktığı birleşme olmuş. Son yıllarda ekonomik şey nedeniyle 80’e, 90’a doğru düşmüş. Bu birleşmeler rekabet gücü kazanmak için yapılıyor. Rekabet gücü kazandığı zaman, yani hâkim gücünü kötüye kullanabileceğini de zannetmiyorum. Çünkü, bir yerde onu kullanmaya şey yaptığı zaman tüketici cezalandırıyor. Siz gereksiz yere fiyatınızı artırdınız piyasada, misal olarak söylüyorum, hâkim durumu, tüketici sizi cezalandırıyor; ithal malına kayıyor. Alamıyor. Daha fazla satmak için siz daha çok ucuzlatıp, daha çok tüketiciye erişmek istiyorsunuz. Dolayısıyla, bir tüketici rekabeti gibi bir şey daha karşımıza geliyor.

Sayın Gülergün’ün önerilerine genellikle iştirak ediyorum. Rekabet testi analizi, yani pazara hakimiyet testinin önüne geçmeli ve esas bu olmalı. Gerçekten rekabet testi nedeniyle böyle bir rekabeti önleyici durum var mı; ona bakılmalı. İkincisi iktisadî analiz; buna iştirak ediyorum. Gelişmiş iktisadî yöntemlerden gerçekten yararlanılmalı. Yani basit birkaç krize bakılmamalı.

Birlikte hakimlik; ben bu terimi biraz tehlikeli buluyorum. İşte birlikte hakimliğe örnek verdim. İşte iki büyük otomotiv şirketi birlikte hakimdi. Ne oldu? Yüzde 30’a düştü pazar payları. Başka oyuncular geldi, şeye girdi.

Batan firmanın; şimdi, batan firmanın birleşmesine izin vermesin de, o battığı zaman onun pazar payı en büyük firmanınkine ekleniyor yani. Ne olacak o pazar payı? Yok olacak değil. Yani onu, en avantajlı... Dolayısıyla, o batan firmaların birleşmesine de engel çıkarılmamalı diye düşünüyorum. Çünkü, sonuçta aynı yere geliyor.

Bugünkü şartlara göre, dediğim gibi, 1994’te hazırlanan bu yasada, o günkü ortama göre genellikle hazırlanmış olan ve bugünkü şartlara göre değişiklikler yapılması gerektiğini düşünüyorum.

Bir öneri daha getiriyor arkadaşımız; ona da tamamen katılıyorum. Danışmanlık, uzmanlık hizmetleri kurumun, reel sektörden, ben bunu reel sektör olarak alıyorum, reel sektörde, işin içinde yaşayanlardan, maliyet yapısını, fiyat yapısını bilen tarafsız kişilerin uzmanlığından ve danışmanlığından bu tür olaylarda yararlanılmalı.

“Ciro ve pazar payı eşiği kullanılmalı” dedi, işte buraya iştirak edemiyorum. Şimdi, bugünkü ciro eşiği 25 trilyon. 15 milyon dolar, 16 milyon

dolar. Yani, o küresel ortamda 16 milyon dolarlık ciro nedir ki? Yani, hem Rekabet Kurumunun yükünü hafifletmek, hem de bu konuyu teşvik etmek amacıyla bu rakam çok yükseltilmeli. Yani, 50 milyon dolar, 100 milyon dolar gibi yerlere gelmeli. Dünyadaki şeylere bakıyorsunuz, birleşmelere. Onlar nerelerle uğraşıyorlar, biz nerelerle uğraşıyoruz? Biz de kendimizi bir yerde dünyadaki bu gelişmelere açmalıyız.

Finansal güç yönünden, -bir şey daha aklıma geldi, ona işaret etmek istiyorum- finansal güç; bir, finansal gücü yüksek kullananlar var, bir de efendim, kamunun finansal gücünü kullanarak rekabeti bozan firmalar var. İsim vermeyeceğim. İsim vermeyeceğim. Somut. Bir şirketimiz bize geldi şikâyet etti; “ben” dedi, “bu haksız rekabetten şeyim”. Nedir haksız rekabet? Rakip firma bankadan kredi almış, geri ödemiyor, dolayısıyla sermaye maliyeti yok. Vergi ödemiyor, sigorta ödemiyor, ödemiyor, ama onunla fiyat kırıyor piyasada. Şimdi, bu kimin finansal gücünü kullanıyor? Kamunun finansal gücünü haksız yere kullanıyor. Bilmiyorum. Yani bu, böyle uygulamalarda Rekabet Kurumu ne yapabilir? Devreye girer mi, girmez mi; bu da akıllarda bulundurulacak. Bunlar maalesef şu anda o piyasada olan şeylerde.

“Çok açıklayıcı rehberler çıkarılmalı” dedi, tamamen katılıyorum. Bu açıklayıcı rehberler çıkarılmalı ve tartışmaya da açık olmalı. Yani, bu rehber çıktığı zaman, işte bu konudaki sivil toplum kuruluşları, bizim TÜSİAD’daki Rekabet Kurulu veya başka yerdeki kurullar gibi, onların görüşlerine de açık olmalı. Çünkü, yaşayan bizleriz, mevzuatı uygulayan sizlersiniz. O zaman, uygulamayla şey arasında gerçek anlamda çok yakın ilişkiler olmalı. Bunlar da tartışmaya açılmalı.

Bir konu daha var. Kamu sektörünün hâkim olduğu konularda maalesef Rekabet Kurulumuz bir şeyde bulunmuyor. Biz bundan şikayetçiyiz. Yani, öyle uygulamalar da oluyor ki, siz de biliyorsunuz, tabii gülümsüyorsunuz, birtakım özel, o sektörde şeye giren, hasbelkader faaliyete giren özel sektör kuruluşlarının batmasına yol açıyor yani uygulamalar. Onu, uygulamaları nereden alıyor kamu sektörü? Hazineden aldığı destekle birtakım uygulamalar yapıyor, o uygulamalar da birtakım özel firmaların... Dolayısıyla, burada da kamu sektörüne de, Rekabet Kurulumuzun bu konulara müdahale etmesi gerektiğini düşünüyorum.

Söylediğim gibi, asıl amaçlara sadık kalmamızın, tüketici lehine, toplum lehine, uluslararası rekabet gücü kazanacak, uluslararası firma, büyük firmalar yaratacak şekilde uygulanmasının yararlı olacağını düşünüyorum. Artık pazar kavramının da, küreselleşen ortamda değiştiğini, pazar kavramının sadece Türkiye olmayıp, bütün dünya olduğunu, her yerdeki oyuncunun rahatlıkla Türkiye piyasasına girdiğini, dolayısıyla uygulamaların, ki bugünkü çok ışık

tutuyor sanıyorum Rekabet Kurulunun bundan sonraki çalışmalarına, buna göre değişikliklerin yapılmasa bile, uygulamaların o yönde olmasını temenni ederek sözlerime son veriyorum.

Soru ve Cevaplar

Ahmet KAPUSUZ- Sabah ve öğleden sonra yapılan birinci toplantıda, gerek Avrupa Birliği'nde, gerek Amerika'daki modeller tartışıldı ve gayet isabetliydi. En azından benim gibi bu işi merak eden bir vatandaş, konunun ileri ülkelerdeki yönünü öğrenmiş oldu. Bu Oturumda bu modeller karşısında Türkiye'nin durumunun ortaya konulacağını ben ümit ediyordum. Geniş ölçüde tebliğ sahibi, yine sabahki veya biraz akademik yönüne ağırlık verdi ve son üç sayfasında da Türkiye'yle ilgili bazı öneriler getirdi.

Sayın Arıkan, tabii tecrübelerinin ışığında beklediğimiz birçok açıklamalarda bulundular ve faydalı oldu. Burada benim dikkatimi çeken husus, gerek Rekabet Kurulunun çok yeni olması, bununla beraber 200 civarında eğer yanılmıyorsam karar vermiş olduğunu da öğreniyoruz konuşmalardan, 200 kadar verilen kararın Avrupa Birliği ve Amerika'daki şirketlere göre emekleme çağında veya biraz daha ileride olan Türk şirketlerinin gelişmesinde verdikleri kararlarda niye öncelik verdikleri meselesini ben merak ediyorum.

Sayın Arıkan dediler ki, “baştaki tereddütlerimizi, verdikleri kararlarla, yani tereddüt ettiğimiz hususlarda rahatladık” dediler. Bunun anlamı; birleşmelerin sağlayacağı ekonomik etkinliklerin öncelik aldığı şeklinde algıladım ben. Muhtemelen doğrudur. Çünkü, önemli olan, her hâlde Türkiye'de, tabii ki tüketicilerin haklarının korunması çok önemli olmakla beraber, o tüketicilere hizmet ve mal üreten şirketlerin mevcudiyeti ve sağlamlığı belki de daha öncelikli olarak düşünülmesi gerekirdi. Ve o hususta, meselâ 200 kararın, en azından analitik bir yorumla, şu şekilde gelişti denilebilir mi? Yani, Rekabet Kurulumuzun ve Kurumumuzun aldığı kararların sanayimizin ve ticaretimizin gelişmesindeki etkisi ve eğilimi bu kararlarla bir mukayese edilebilir diye düşündüm.

İkincisi, gerek sabahki, gerek öğleden sonraki oturumlarda verilen bütün referanslar yabancı kaynaklı. Aşağı yukarı hiç Türkiye'den kaynak göremedim ben. Bu, üniversitelerimizin konuya eğilmediklerini mi gösterir, eğilip de tebliğ sahiplerinin bunları dikkate almadığını mı gösterir; onu da merak ediyorum. Çünkü, konu çok önemli, her açıdan önemli. Dolayısıyla, muhtemelen

üniversitelerimizin gelişmeleri takip ettiğini varsayıyorum. Eğer edilmiyorsa, her hâlde edilmelidir diye düşünüyorum.

Av. İlhan ÖZTÜRK- Ülker firmasından katılıyorum. Necati Bey özellikle sormak istediğim konuları açıkladı. Uygulamanın içerisinden geldiği için özellikle sorun olan ve soru olacak nitelikte olan soruları değerlendirdi.

Firmaları değerlendirirken, Türkiye açısından ve dünya açısından ayrı ayrı bakıldığında, firmaların büyüklüğü göreceli bir kavram olduğu için farklı değerlendirmelere tâbi tutulabilir. Yine kendileri de bir örnek verdi. Bir firma Türkiye gözüyle, Türkiye ölçeğinde bakıldığında büyüktür; ancak ulusal, global anlamda bakıldığında pazar payı ve büyüklük anlamında küçük bir yapıya sahiptir. Dolayısıyla Rekabet Kurulu, bir birleşme/devralmalarda müracaata, başvuru, Rekabet Kuruluna müracaat ederken 25 trilyon sınırını öngörürken, Türkiye’yi göz önüne alarak, Türkiye’deki ekonomik durumu göz önüne alarak böyle bir parite belirliyor. Ancak, bu değerlendirmeleri yaparken dünya gözüyle, global gözle bakıldığında pazar payları da elbette ki farklı olmaktadır. Birleşme ve devralmalar göz önüne alınırken burada kastedilen Rekabet Kurulu, ben daha dar anlamda Rekabet Kurulunun değerlendirmesi anlamında soruyorum, pazar payı derken, coğrafî alan derken, piyasa derken Türkiye, Türkiye piyasası mı, yoksa global anlamda, yoğun anlamda ve artık sınırların da kalktığı dünya anlamında mı değerlendiriliyor? Rekabet Kurulunun yönü hangi tarafa? Bu konuda Cenk Beyden rica edeceğim.

Av. Gönenç GÜRKAYNAK- Benim sorum Cenk Gülergün’e. Ciro eşikleri ile ilgili biraz daha fazla belki soru üzerine konuşmak isteyebilirsiniz diye ümit ettim. Sayın Necati Arıkan’ın bir tespiti var; “bu ciro eşiği çok düştü” diyor. Biz biliyoruz ki, ilk getirildiği anda bu eşik aşağı yukarı 100 milyon dolara tekabül ediyordu o zamanın kur’uyla. Şimdi ise bunun çok çok altına düşmüş vaziyette. Bu vaziyetle ilgili olarak, acaba eşiklerin çok düşmüş olduğu ve Rekabet Kurumunun iş yükünün de buna bağlı olarak anlamsız şekilde arttığı düşünülebilir mi, bu görüşe katılır mısınız?

İkinci soru da, acaba ciro eşiklerinin ilgili ürün pazarıyla sınırlı olarak anlaşılması meselesinde bir hata bulur musunuz?

Mert TINCİLER- Özellikle eleştirel yaklaşımları için Rekabet Kurumundan katılan uzman arkadaşlara kendi adıma çok teşekkür ediyorum. Aynı zamanda, âdet olduğu üzere değil ama, Rekabet Kuruluna da o toleransı

gösterdikleri için teşekkür ediyorum. Ancak, birkaç gördüğümüz eleştirileri arkadaşlar çok da ayrıntılı olarak yaptılar.

Cenk Beye sorum bir tebliğci sıfatıyla değil de, Rekabet Kurumu üyesi olarak soracağım. Gerekliliklerden söz ettiniz. Bu gereklikler sizce Kurulun çıkaracağı bir tebliğ şeklinde mi olmalı, yoksa kararların içerisinde yer alan bir şekilde mi olmalı? Çünkü ben Resmî Gazeteden takip etmeye çalışıyorum. Birleşme/devralma kararları, özellikle gerekçe bölümleri 6-7 satırı geçmiyor. Dolayısıyla ben o kararlardan yararlanamıyorum, yani bana yol gösterici olmuyor. Bence kararlar da yer almalı diye düşünüyorum.

Bir diğeri, sanırım Arıkan Bey de söylediler, diğer katılımcılar da belirttiler bu ciro eşikleri ve pazar payları konusunda; bunları Rekabet Kurumu nasıl belirliyor, Kurul nasıl belirliyor? Yani tartışma yöntemi, bunu belirleme kriterleri neler? Ve tebliğci sıfatıyla da bir soru sormak istiyorum müsaade ederseniz.

Son olarak, bu iki aşamalı bir yöntem öngördünüz ve ret kararlarının ikinci aşamada olması gerektiğini söylediniz. Acaba bundan anlamamız gereken, birleşme ve devralmaya olun ilk aşamada verilebileceği mi? Eğer öyleyse, o zaman hiç test yapılmayacak demektir mi? Yanlış mı anladım?

E. Cenk GÜLERGÜN- Önce Sayın Arıkan'ın sunuşunda tebliğime yaptığı atıflarla ilgili bir-iki açıklama yapmak gereksinimi hissediyorum.

Öncelikle kendisi, yoğunlaşma kontrolünde toplam ya da tüketici refahının ekonomik ölçeğin ve uluslararası rekabet gücünün önemli ölçütler olduğunu söyledi. Buna katılmamak mümkün değil. Ancak bütün sıkıntı, bu değişkenlerin çatıştığı alanlarda ortaya çıkıyor. Örneğin toplam refah ile tüketici refahın aynı yönde etkilenmediği işlemler karşımıza çıkabilir. Verilen örneklerde, belki uzun vadede dinamik etkinlik doğuracak işlemler kısa vadede tüketici refahının azalması sonucunu doğurabilir. O nedenle, bu ölçütleri ortaya koyarken, bunların bazı örneklerde çatışabileceğinin altını da çizmekte fayda var.

Diğer yandan, “hâkim durum yaratan işlemler global düzeyde rekabet gücü yaratacaksa yasaklanmamalıdır” dedi kendileri. Bu tamamen bir politika tercihi meselesidir. Eğer Türkiye'nin bu yönde bir sanayi iktisadı politikası olacaksa, elbette ki rekabet hukuku da bununla uyumlu olmalıdır. Ancak, kendisi benim hâkim durum testiyle ilgili eleştirilerime katıldığını söylerken, eğer benim hâkim durum yaratılan işlemlere izin verilmesi yönünde genel bir ifade kullandığımı düşünüyorsa eğer, bunun böyle olmadığını ifade etmek isterim. Kaldı ki, rekabet testi bazı örneklerde yasaklama işini aşağıya çekebilecektir, özellikle de oligopolistik pazarlarda.

Diğer yandan, bu uzmanlık ve danışmanlık hizmetleri anlamında reel sektörün içinden kişilerden faydalanılması gerektiğine değindi Sayın Arıkan. Buna katılıyorum. Ancak, bunların yanında iktisatçılar da, yani bunlar iktisatçılarla birlikte çalışmalılar ya da iktisatçılar bu kişilerin görüşleri üzerine modellerini temellendirmeliler.

Son olarak, eşikler kalmalıdır derken, burada kastım eşikler bu seviyede kalmalıdır değildi. Elbette ki ciro eşikleri güncellenmelidir, gözden geçirilmelidir. Nitekim ilgili ürün pazarındaki ciro değil, toplam ciro derken böyle bir gereklilik kendiliğinden ortaya çıkıyor.

Sayın Kapusuz, ilk sorusunun Sayın Arıkan'a yönelik olduğunu söylemişti. İkincisi sorusu her ne kadar bana yönelik olmasa da, bununla ilgili şöyle bir yanıt verebilirim: "Türkiye'de bu konularla ilgili kaynak yok mu" denildi. Bazı kaynaklar var elbette ki. Ancak, ben, bizlerin uzmanlık tezlerinin de bu anlamda kaynaklar olarak görülebileceğini düşünüyorum. Benim tebliğimin kaynakçasına bakarsanız, bu çalışmalardan faydalandığımı görürsünüz.

Sayın Öztürk, ilgili ürün pazarı ve ilgili coğrafi pazardan kastın Türkiye pazarı mı olduğunu sordu? 97'ye 1'deki ifade ve kanunun 7'nci maddesindeki ifade bana göre açık. İlgili coğrafi pazarı Türkiye'den daha geniş olarak tanımlamak bence mümkün değil. Ancak, eğer ithalat o piyasada ya da potansiyel giriş, yurt dışından potansiyel giriş o piyasada ciddi düzeyde rekabetçi baskı yaratıyorsa Rekabet Kurulu bunu dikkate alır.

Yine zannediyorum rekabet gücüyle ilgili, global düzeyde rekabet gücü yaratacak Ama belki, "ulusal pazarda rekabeti azaltabilecek işlemlerle ilgili Kurulun tavrı nedir ya da ne olmalıdır" şeklinde bir soru sorulduğunda, bunun gözetildiği bazı kararlardan söz edildi bu gün. Ancak dediğim gibi, o aslında bence Rekabet Kurulunu da aşan, bu ülkenin ekonomisiyle ilgili kararı veren tüm birimlerin birlikte takdir edebileceği, oluşturabileceği bir politikanın bu sorunuza yanıtlayabileceğini düşünüyorum. Elbette ki rekabet politikasının bir alt başlığı olan yoğunlaşmaların kontrolü de bununla uyumlu olmalıdır.

Sayın Gürkaynak, "ciro eşığının güncellenmemesi iş yükünü artırıyor mu" dedi. Elbette ki artırıyor. Ancak, "ciro eşığının güncellenmesi gerekir mi" dedi. Kişisel görüşüm, gerekir.

Diğer yandan, soyadını maalesef hatırlayamadığım sayın dinleyicimizin sorduğu soruyu ben şu şekilde özetliyorum: "Yol göstericilik içtihatla mı olmalı yoksa kararlarda mı buna yer verilmeli, yani gerekçeler, değerlendirmenin esası?" Bu içtihatlarda da açıkça yer almalıdır elbette. Ve bu esaslar içtihatla

yeterince olgunlaştığından, hatta bazı alanlarda ve zamanlarda mevzuatı zorlar hâle geldiğinde bunlara rehberlerde yer verilmelidir.

“Ciro ve pazar payları nasıl belirlenmiş, kriterler neler olmalıdır” diye sanıyorum yine sizden bir soru vardı.

Elbette ki ciro eşiği güncellenirken ülke koşulları dikkate alınmalı. Yani buradaki ölçüt, teşebbüslerin finansal gücünü tespit etmek olmalı. Ancak, bu eşiklerle ilgili enteresan bir durum var. Örneğin bizler Komisyon yetkilileriyle dikey anlaşmalar üzerine blok muafiyeti tüzüğü üzerine konuşurken neden yüzde 30 değil de, yüzde 40 dediğimizde yanıt alamadık? Yani, bu tür eşikler bazen de şu mantıkla ve uygulamayla ortaya çıkabiliyor: Biz bunu yüzde 30 olarak belirleyelim, ihtiyaca cevap verir-vermez, uygulamanın yarattığı baskı ve sıkıntılar dikkate alınarak biz bunu gözden geçiririz diyorlar. Buradaki pazar payı eşiği yüzde 25. Bunu da yine topluluk yoğunlaşma uygulamasının bir dokümanı olan bildirim formunda yüzde 25, etkilenen pazarlar anlamında yüzde 25’e bir atf var. Yine Sayın Selçuk’un söylediği gibi, tüzüğün dibacesinde de zannediyorum yüzde 25’e bir gönderme var.

Ret kararları ikinci aşamada verilmeli derken, burada vurgulamaya çalıştığım, ret kararlarının sorumluluğunun malûmunuz olduğu üzere daha ağır olduğuydu. Dolayısıyla, aslında birleşme/devralma bildirimini bence bir savunmadır. Taraflar, işlemlerin hâkim durum anlamında bir sakınca doğurmadığı yönünde savunma yaparlar bildirim formlarında. Ancak, ikinci bir savunma hakkı, işlemin daha derinlemesine incelenmesi gerektiğinde gündeme gelmelidir. Bu elbette ki, izin kararlarının ilk aşamada alınabileceği, ikinci aşamada da alınabilir anlamına gelir. Ama bu, ilk aşamada izin kararı verilirken gerekli iktisadî analiz yapılmayacağı anlamına gelmez.

Necati ARIKAN- İki kararın reddedildiğini birleşme yönünden, yanlış anlamıyorsam; demek ki, diğerleri kabul edildi. Demek ki, Rekabet Kurulu bu konuda önünü tıkamadı. Onun için hakikaten teşekkür ediyoruz. Başka bir konuya değinmek istiyorum; Sayın Ahmet Kapusuz’un sorusuyla ilgili. Bu yasanın çok çok önemli faydası oldu iş âlemine. Yasa çıkmadan önce şirketler arasında fiyat anlaşması yapmak, anlaşmalar yapmak falan böyle yaygındı, Bunlar tamamen kalktı. Dolayısıyla, işletmeler gerçekten rekabet gücü kazandılar. Yani, kolay yola gidip fiyat anlaşmasıyla vesaireyle şey yapmak yerine, rekabet ortamında nasıl kârlı olunur? Bu dolayısıyla çok önemli bir faydası oldu.

Tekrar bu uluslararası rekabet gücü kazanma ya da uluslararası boyutta firma yaratma şeyine geliyorum. Bu bir ülke politikası. Tüm insanların benimseyeceği bir ülke politikası olması diye düşünüyorum. Biz bugün

dünyadaki birçok hızlı gelişmek isteyen ülkeyle yarışıyoruz, yarış hâlindeyiz ve bugün yakaladığımız avantajlar kayboluyor. Yani, bir Çin'in dünya pazarlarına girmesi bizim sanayimizi çok ciddi ölçüde tehdit ediyor; çünkü onlarda iş gücü, emek gücü çok çok daha ucuz. Ve teknolojiyi de şimdi alıyorlar, getiriyorlar. Çünkü, dünyada o kadar çok Çinli var ki. Onlar geriye dönüyorlar, teknoloji getiriyorlar Çin'e. Böyle bir yarış içinde bizim tüm ülke olarak, tüm insanlar olarak bu yarışta biz nasıl geride kalmayız, nasıl uluslararası kuruluşlar yaratırız diye kafamızın arkasında bulunması lâzım. Bunun için kritere de gerek yok. Karar verecek Rekabet Kurulu üyeleri kafalarında bunu tutarlarsa kararları o doğrultuda olur diye düşünüyorum.

Bir örnek vereceğim. Kore, Kore'yle aynı yıllarda sanayileşmeye başladı. Hatta biz daha öndeyiz. Biliyorsunuz, 1950'deki Kore Savaşından sonra Kore'de sanayileşme hızlandı. Bugün bakın kaç tane uluslararası boyutta Kore firması var? "Samsung, Daewoo, Hyundai, Lucky Goldstar"; daha bunlar benim bildiğim. Bunun dışında daha birçok da firmalar bunlar.

Dilek Bey, Lucky Goldstar'ın cirosu ne kadar?

Dilek- 8 milyar dolar.

Necati ARIKAN- 8 milyar dolar. Yani en küçüklerinden birisi. Demek ki, Kore bunları yaratabildi. Yani biz niye yaratamadık? İşte bunu düşünmemiz ve bunu bundan sonra böyle yaratacak şekilde kararlar vermemiz gerektiğini ben burada tekrar vurguluyorum.

Av. Ayşe Ozandı KÖKSAM- Ben, Tütün, Tütün Mamulleri ve Alkollü İçkiler Piyasası Düzenleme Kurumundan Avukat Ayşe Ozandı Köksam.

Malûmunuz olduğu üzere mevzuat gereği tütün ve alkol sektörü tam rekabet kurallarının işletilmediği sektörlerden biri. Bu sebeple de regülatör olarak bir düzenleyici kurum ihdas edildi. Piyasadan örnek vermek gerekirse, örneğin sigara piyasasında sadece dört firma yer almakta, ki bunlardan üçü uluslararası boyuta sahip dev firmalar. Bir firma, dikkate değer pazar payına henüz ulaşmadı. Kalan üç firma ise, uzun süredir birbirine çok yakın oranlarda pazar payına haiz.

Anlaşılan o ki, oligopol piyasa niteliği arz eden ve talep esnekliği fazla olmayan, ama kâr marjı yüksek bu sektörde birlikte hâkim durumun varlığı belki tartışılabilir sanıyorum. Konunun uzmanı olmadığım için size bazı konularda danışma gereği duydum.

Tekelin özelleştirme kapsam ve programına alındığı da malûmunuz. Bu itibarla, kamu sağlığı yönünden hassas bir sektör olarak görülen ve bu sebeple sektöre özel bir Düzenleyici Kurum ile eksik rekabet kurallarıyla işleyen piyasa,

düzenleme ve denetleme gereğini hâlen sürdürmekte. Ancak, sosyal ve idarî regülasyonun yanı sıra üçüncü boyut olan iktisadî regülasyonun dört ayağından üçü; yani piyasaya giriş regülasyonu, fiyatlandırma ve teknik regülasyonun yanı sıra dördüncü ayak olan rekabetin korunması yönünde müdahale ve kontrol yetkisi Enerji Piyasasına verildiği gibi, yani Enerji Piyasasına verildiğinin aksine, Kurumumuza tanınmamıştır. Bu sektörlerde Rekabet Kurumu, yoğunlaşmaların kontrolünü yaparken ve rekabet politikasını belirlerken, Bakanımız Abdüllatif Şener'in belirttiği eşgüdümüne özel bir önem vereceğine ben inanıyorum. Ancak, Rekabet Kurumunun sektöre özel kurulan ve sektörde uzman olan, sektöre has tüm verilere sahip bulunan Düzenleyici Kurumun görüşünü ne orada dikkate alacağı da bizim için ayrıca bir merak konusu. Yani sıra, bu sektörlerde Amerikan antitröst anlayışı ile yoğunlaşmalara yaklaşılması yerinde bir tercih olur mu?

Oğuzkan GÜZEL (Rekabet Uzmanı)- Benim sorum Sayın Doçent Osman Gürzumar'a olacak. Kendisi Rekabet Kurumunun Başhukuk Müşavirliğini de yürütmüştü.

Sayın Ünal Zenginobuz'un tebliğiyle ilgili tartışmalar kısmında belirttiği tereddütlere katılarak bu soruyu sormak istiyorum. Yani, bu etkinlik analiziyle, rekabet testiyle şu andaki hâkim durum arasındaki bu hukukî belirlilik tartışması pek yapılamadı. Bu konudaki düşünceniz nedir?

İkinci sorum da Sayın Necati Arıkan Beye olacak. Hararetli iş dünyasının temsilcisi olarak, global düzeydeki rekabetin dikkate alınması gerektiğinden bahsediyor ve ülkemizdeki birleşme/devralma da bu yönde yaklaşılması gerektiğini bildiriyor. Bu noktada şöyle bir eleştiri getiriliyor uluslararası rekabet literatüründe: Ulusal düzeyde bu şekilde ulusal şampiyonlar yaratılması, rekabetin göz ardı edilmesi, yani bu ulusal şampiyonların rekabetçi bir ortamdan çıkmayarak, bu rekabet sınırlamalarıyla, kısıtlamalarıyla, birleşme/devralmalarla rekabet şartlarında çalışmamaya alışarak dünya rekabet şartlarını da bozuyor olması, Kore örneği de bu şekilde, Çin örneği de bu şekilde değerlendirildiğinde, bizim ulusal şampiyonlarımızın rekabetçi bir ortamdan çıkması daha mı doğru olur, yoksa bunun etkinlik, ekonomik etkinlik önceliklidir, rekabete bakmayalım gibi bir yaklaşımı mı savunuyor?

Abdullah Raşit GÜLAM- Telekomünikasyon Kurumundan. Ben Sayın Rekabet Kurumundan uzman arkadaşımıza sormak istiyorum.

Avrupa Birliği'ndeki genel yaklaşım yoğunlaşmaların kontrolünde, genel coğrafya olarak Avrupa Birliği sınırlarını mı alır, yoksa ülke sınırlarını mı alır? Tabii ki, biraz önceki Rekabet Kurumu uzmanı arkadaşımın da söylediğine belki bir şey olmak üzere, Çin'de "... Technologies" vardır. Bu şirket dünyanın

her tarafına mal satar ve son derece rekabetçi bir Kurumdur ve çıktığı yerde devlet korumasıyla çıkmıştır; ama şu anda rekabetçi bir pazarda bütün Alcatel’le, Siemens’le ve diğerleriyle yarışır durumdadır.

E. Cenk GÜLERGÜN- Öncelikle Sayın Köksam’ın soruyla başlayayım. Elbette ki düzenleyici kurumlar ile, sektör spesifik düzenleyici kurumlar ile rekabet otoritesi yakın işbirliği hâlinde çalışmalıdır. Her ikisi de kendi uygulama alanlarında diğerinin kendisine vereceği katkıyı, görüşü dikkate almalıdır. Bunun aksini söylemek akıllıca olmaz.

Ancak bir noktaya vurgu yapmak istiyorum. Antitröst hukukunun uygulaması bir uzmanlık işidir ve özellikle yoğunlaşma kontrolü bu uzmanlığın en derinleştiği alandır belki de. Bunu bir örnekle desteklemek istiyorum.

İngiltere’de düzenleyici otoritelerin rekabeti sınırlayıcı işlemleri değerlendirmede rekabet otoritelerine paralel yetkilerle donatıldığını biliyoruz. Yani, rekabeti sınırlayıcı bir anlaşmayı düzenleyici otorite, rekabet hukuku kurallarına göre soruşturabileceği gibi, bunu rekabet otoritesi de yapabilir. Bu elbette ki işbirliği hâlinde olacaktır. Ancak, düzenleyici otoritenin yetkilendirilmediği, rekabet hukukunu ilgilendiren tek bir alan vardır; o da yoğunlaşma kontrolüdür. Bana göre düzenleyici kurumlarla işbirliği hâlinde yoğunlaşma kontrolü Rekabet Kurumunun işi olarak kalmalıdır.

Diğer yandan, Telekomünikasyon Üst Kurumundan gelen dinleyici, onun sorusu; “Avrupa Birliği uygulamasında sınırlar Topluluk, Birlik sınırları olarak mı, ülke sınırları olarak mı belirlenir” dedi.

Elbette ki, oradaki rekabet koşulları bölgesellik arz ediyorsa, ülkelerle sınırlıysa ya da birkaç ülkeyle sınırlıysa, o zaman bölgesel seviyede, ama daha çok da Topluluk seviyesinde değerlendirildiğini biliyoruz. Bu ikisinin birlikte, hem aynı kararlarda birlikte göze alındı.

İsmail Hakkı KARAKELLE (Rekabet Kurumu Bşk. Yrd.)- Bu coğrafi pazarın sınırını Cenk söylerken, “en fazla olsa olsa Türkiye olur” dedi.

Sayın Gürzumar’la, ben bu görüşe katılmıyorum. Cenk bunu neye dayandırıyor bilmiyorum. Mamafih bu bizim Kurulumuzun da kararlarına yansımıştır. Yani, Kurulumuzun da birkaç kararında, kanunun 2’nci maddesine atfen, kanun, Türkiye Cumhuriyeti sınırlarında uygulanmaktadır, o yüzden de ancak Türkiye Cumhuriyeti’nin sınırlarına kadar gidebilir coğrafi sınır, pazarın coğrafi sınırı diye atıf vardır Kurulumuzun kararlarında da, Kurulumuzun kararlarına dayanak oluşturan raporlarda da. Cenk hangi gerekçeyle bunu söylüyor bilemiyorum. Zamanımız kalır da söylerse memnun olurum. Çünkü, o 2’nci maddeye atıf yapmadı Cenk. Bir 7’nci maddeye atıf yaptı bu, bir de

tebliğdeki maddelere atıf yaptı. Hangisi olursa olsun ben buna iştirak edemiyorum; tebliğdekine de. 2'nci madde de 7'nci madde anlamında.

Bizim pazar kavramımız iki yönlü: Birisi ürün pazarı, birisi de coğrafi pazar. Biz ürün pazarını değerlendirirken de hukukî tanımlara gitmiyoruz, iktisadî bir kavramdır bu, ikame edilebilirlikle bakıyoruz, coğrafi pazara giderken de biz ülkenin coğrafi sınırlarına bakmıyoruz. Genellikle, yüzde 80-90 oranında bu ülkenin sınırlarına tekabül ediyor olabilir; ama bu bambaşka nedenlerden; yani kanunun Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde uygulanıyor olması nedeniyle değil. Nitekim, -Raşit Beyin sorusuna cevaben de olsun lütfen izninizle- bırakın tek bir ülkeyi, bizim uygulamalarımızda da var, Toplulukta da var. Çimento örneğinde biz ülke almıyoruz; çimento fiyatı kapsamının etrafındaki bir 200-250 kilometrelik bir yarıçaplı daireyi alıyoruz, coğrafi pazarı. Niçin? Bildiğimiz nedenlerle; nakliyenin güçlüğü nedeniyle. Demek ki, başka kavramları kullanıyoruz biz. Yani, Türkiye Cumhuriyeti'nin sınırlarına çoğunlukla tekabül ediyor bizim coğrafi pazar ama, bunun sebebi, o kanunun bu alanda uygulanıyor olması nedeniyle değil. Hele hizmetler pazarını konuşurken, İstanbul'daki bir kişi, kayak hizmetinden, kayak sporundan, hizmetinden yararlanmayı düşünen bir kişi, önüne hem Uludağ'daki rakamları alıyor, hem Kartalkaya'daki rakamları alıyor, hem de Bulgaristan'daki rakamları alıyor, Romanya'daki rakamları alıyor. Bugünlerde televizyonda, hemen komşumuz bu ülkelerdeki, hatta İsviçre'ye kadar bile, kayak alanlarındaki kar kalınlıklarının verilmesi tesadüf değil. Demek ki, sınırların ötesinde bu kavram.

Hâkim durum tahlili bakımından da, Türkiye'de hâkim durumda olabilir, ama işte ithalat serbestse. Hayır. Biz hâkim durum tahlilini yaparken, işte bu Türkiye Cumhuriyeti sınırıyla düşünmüyoruz. Eğer ithalat serbestse, ama bu serbestiyi tam bir serbesti olarak düşünüyorum. Yani, ithalat sıfırdır ama, siz, işte bilinen tabiriyle "Non-tariff barrier", tarife dışı engellerle engelliyorsunuzdur, bunu kastetmiyorum; kelimenin tam anlamıyla bir sıfır gümrükten söz ediyorum, ama aynı zamanda da hareket edilebilir, mobilizasyonu yüksek mallardan söz ediyorum. Çimentodan söz etmiyorum örneğin. Böyle olduğu zaman biz niye coğrafi pazarı Türkiye Cumhuriyeti'yle sınırlayalım? İstesek de sınırlayamayız. Nereye kadar gidiyorsa oraya kadar. Bu dünya bile olabilir.

Nitekim Raşit Beyin sorusuna cevaben söylüyorum, tek bir ülkenin olduğu gibi örnekler de var, çimento örneğinde olduğu gibi, tek bir çimento fabrikasının etrafı da var, Avrupa Topluluğu'nun sınırı olan da var, dünyaya atfeden kararlar da var coğrafi pazarda, Topluluk'ta. Bulup örneklerini koyabilirim. Bizim bakımımızdan da geçerli olan bu diye düşünüyorum.

Doç. Dr. Ünal ZENGİNOBUZ- Tütün konusu gerçekten zor bir konu; daha doğrusu, tarımla ilgili her konu zor bir konu ve aşağı yukarı bütün ülkeler için böyle zannediyorum.

Ben şu sıralar tamamlanmakta olan bir rapor hazırlama grubunun içinde yer aldım, TÜSİAD için. Düzenleyici kurumlar ve Türkiye uygulaması üzerine bir rapor yazdık ve dolayısıyla bütün kurumlara baktık tek tek.

Tütün ve Şeker Kurumu var. Tabii bütün dünyaya baktık, acaba başka nerede Tütün, Şeker veya benzer kurullar var bu anlamda diye, açıkçası bir Jamaika'da bir Rom Kurumu var, rom sektörünü düzenliyor, onun dışında bulamadık.

Niye tütün diyoruz? Tabii tütün Türkiye için, en azından belli bölgeler için çok önemli bir ürün. Tarım konusunda açıkçası rekabet kurallarının tam anlamıyla uygulandığı bir ülke var mı bilmiyorum. Aşağı yukarı bütün ülkeler için çok özel bir mal. Bunun özel sebepleri var. Herkes kendisini koruyor; Amerika da böyle. Dolayısıyla, rekabet kavramları çerçevesinde düşünmek çok kısa zamanda duvara çarpacak bir husus; çarpıyor da. Allah size kolaylık versin demekten başka söyleyeceğim bir şey yok. Bu ülke politikası.

Burada şöyle bir problem var: Her ülke kendi pazarını koruyor tabii. Bakın Avrupa Topluluğu bizim tarım ürünlerimizi almıyor; kendisine bir sürü sübvansiyon yapıyor. Amerika da böyle. Ama onlar buraya girmek istiyorlar. Herkes kendisini koruyor. Şimdi, tabii bunun sonucu, topluca herkes aynı şeyi yaptığı için kötü oluyor. Bu yüzden, ticaretin artırılması için anlaşmalar yapılmaya, karşılıklı indirilmeye çalışıyor vesaire, böyle büyük bir savaş sürüyor. Şimdi, aynı husus rekabet kurallarının uygulanmasında da geçerli. Yani, herkes kendini korumaya çalıştığı zaman ortaya çıkan resim bir felâket olabiliyor. Yani, bu işte ulusal şampiyon ya da herkes ulusal şampiyon yaratmaya kalkınca tabii hiçbir ulusal şampiyon olma ihtimali yok. Bu yüzden rekabet kurallarının uygulanmasında mutlaka uluslararası işbirliğine gidilmesi şart.

O yüzden, eğer ticaretin serbest olmasını istiyorsak, ki istiyoruz, bunun iyi olması söz konusu, verimliliği artırması söz konusu, rekabet iyidir diyoruz, fakat bunun için bu şekilde herkesin eşit oyun kurallarında oynaması lâzım. Herkes kendisini düşünmeye başlayınca maalesef kötü olacak.

Tabii, işbirliğinin de hangi koşullarda yapılacağı; o da çok zor bir konu. Çünkü, güçler dengesi orada işbirliğinin şeklini de belirleyebiliyor. Bu yüzden, bu konu daha devam ediyor. Benim, kurullarla rekabet analizi arasında bir zorluk olduğunu söylememin arkasında da benzer bir kaygı yatıyor idi. Şimdi,

eşit şartları bütün ülkelere tanıyacaksak, bütün yatırımcılara tanıyacaksak, o zaman basit kurallara ihtiyaç doğabilir.

Tabii ki rekabet analizi çok önemli. Ama, kuralları ortadan kaldırırsak meselâ şöyle bir durum ortaya çıkabilir: Yüzde 3'lük bir pazar payıyla bir yabancı firma ülke sınırlarına girdiği zaman, o ülke rekabet analizi yapıp, bunun rekabeti öldürdüğüne karar verebilir. Bunlara engel olacak birtakım eşikler gerekebilir. Tabii burada kaygı, öbür tarafa işlemesi. Yani, yüzde 25 eşliğini koyduğu zaman, bu sefer de yüzde 100'lük bir eşik otomatikmen rekabet dışı mı sayılacak? Tabii hayır. O yüzden, ikili bir şeyde mutlaka fayda var. Yalnız, her zaman için az oyuncu olduğu durumlardan şüphelenmek de şart; onu söylemek gerektiği gereğini bir defa daha vurguluyorum. Her ne kadar ithalat çok önemli ise de, ki önemli, -ben, Sayın Kapusuz'a da cevap olacak, şu an başka bir araştırmamız tamamlanıyor, Gümrük Birliğinden sonra ithalatın Türkiye'deki sanayi yapısı üzerine etkisi üzerine bir çalışma, bu çok önemli tabii rekabet ve sanayi yapısı açısından- ithalat ne kadar burasını etkileyebiliyor ve buradaki sanayi yapısı ne kadar ithalata izin verebiliyor; bunlara mutlaka bakmak, ondan sonra karar vermek lâzım.

Bizim sanayimiz Gümrük Birliği uygulamalarında ilk üç-dört sene içerisinde hiç de sanıldığı kadar büyük darbeler yemiş değildir; bayağı sağlam durmuştur. İthalat oldukça önemli bir disiplin etkisi yaratmaktadır. Fakat, her şeye rağmen bu etki, burada rekabetin daha çok olduğu sektörlerde daha fazla olmaktadır. Rekabetin az olduğu sektörlerde de etki yapmaktadır; fakat o etki biraz daha sınırlı olmaktadır. Bu da bir bağımsız rekabet politikasına her şeye rağmen gerek olduğunu da göstermektedir.

Yine ayrıca birleşmelerle ilgili yine benim bir başka meslektaşımınla yaptığım bankacılık sektörüyle ilgili bir çalışma var. Onu da sizin dikkatinize sunmak isterim. Üniversitelerimizde böyle şeyler de yapılıyor. Eğer fırsat olursa çok daha fazla şeyler de yapmak istiyoruz. Fakat, bu analizler kullanılmadığı takdirde, müşterisi olmadığı takdirde bizim için de bir akademik eksersiz oluyor, bir hobi oluyor. Onun değişmesi için de, bütün tartışmacıların önerdikleri gibi, iktisadî analizin işe yaraması lâzım. İşe yaramayan şeyi de bizim yapmamamız lâzım, hobi dışında.

Necati ARIKAN- Bana yöneltilen, "...ulusal şampiyonların rekabeti"; buna tamamen iştirak ediyoruz.

Türkiye, artık geri dönüşü olmayan bir yeredir; yani tamamen dünyaya açılmıştır ve Dünya Ticaret Örgütü Anlaşmasıyla da, imzaladığı için, daha çok açılacaktır. Muhakkak ki bu şampiyonlar rekabetçi ortamdan çıkacak ama,

söylediğim gibi, yine bir, yani bir sahip çıkma duygusu içinde olursa kararlar çok daha iyi olacak.

Biz, İstanbul Sanayii Odasında bir Çalışma Grubumuz var KOBİ'lere destek olmak için, biz onlara, önerilerimizden birisi, birleşerek, güçlerinizi birleştirerek rekabet gücü kazanın. Onun için, bu 25 milyon trilyonluk eşiği çok az buluyoruz. Yani bunları engeller, en azından psikolojik olarak caydırır düşüncesindeyiz. Bunun artırılmasını talep ediyoruz.

Ben, Sayın Karakelle'nin coğrafi şeye getirdiği yorumdan çok memnun oldum. Eğer biz pazarı Avrupa Birliği olarak alırsak mesele kalmaz Sayın Karakelle.

Oturum BAŞKANI (Doç. Dr. Osman Berat GÜRZUMAR)- Bir tek Oğuzkan arkadaşımızın sorusu vardı. Şimdi bu soru, benim bir kere, Doçent Zenginobuz açıklamalarını yaparken tabii en çok dikkatimi çeken kısmı bu oldu. Yalnız, bu konuyu Sayın Gülergün tezinde de, tebliğinde de bir nebze açıklamış. Yani, kendisi görüşlerini açıklarken diyor ki, hâkim durum testinde ısrar edenler, bunun muhafaza edilmesini savunanlar özellikle hukuk güvenliği argümanını da ileri sürüyorlar; Sayın Zenginobuz da bu probleme, yani eğer rekabet testi yapılacak olursa hukuk güvenliği ne derece zedelenebilir kapsamında yanlış anlamadıysam deyindi. Problem doğru. Ama, sen bunun cevabını benden şimdi... Ben ne diyebilirim? Hâkim durum testi yapılırsa hukuk güvenliği sağlanır yahut da rekabet testi yapılırsa hukuk güvenliği sağlanır diyemem. Yapılması gereken, mutlak iktisatçıların bir kere bu konuda rekabet hukukunun amacını dikkate alarak karara varmaları, ama ondan sonra da, hiç kuşkusuz hukukçuya, hukukçuyla birlikte kullanılacak parametrelerin mümkün olduğunca belirli bir hâle getirmeleridir. Yani, bu taslakta getirilmiş olan koordinasyonla veya koordinasyonsuz fiyat üretim ürün kalitesi, dağıtım, buluş gibi rekabet değişkenlerini önemli ölçüde ve devamlı şekilde etkileyebilecek diye gidiyor, bu hâkim durumdur diyor. Yani, bizim hâkim durum tanımımıza bakıyoruz; o da bir tanım. Bunlardan hangisini tercih ettiğimi benim şu anda söyleyebilmem mümkün değil; haddimi aşmış olurum. Yani, zaten bu konu üzerine kafa da yormadım. Sabahleyin Cenk'in tebliğini okuduktan sonra kafa yormaya başlayacağım tabii.

Bu günkü toplantı benim katıldığım kısmıyla ve diğer katılan arkadaşlardan da, sabahki toplantıyla ilgili olarak aldığım bilgilere göre son derece yararlı bir toplantı oldu. Rekabet Kurumunu tekrar altıncı kuruluş yıldönümü nedeniyle kutluyoruz ve düzenlediği bu toplantıdan dolayı da kendilerine bir kez daha teşekkür ediyoruz.

