

REKABET DERGİSİ

COMPETITION JOURNAL

Cilt/Volume: 21

Sayı/Number: 2

Aralık/December 2020

E-ISSN 2651-4990
ISSN 1302-552X

 **REKABET
KURUMU**

ISSN 1302 -552X

E-ISSN 2651-4990

REKABET DERGİSİ

COMPETITION JOURNAL

Cilt/Volume:21 • Sayı/No:2 • Aralık/December 2020

Altı ayda bir yayımlanan hakemli dergi
Refereed journal published semi-annually

REKABET KURUMU ADINA SAHİBİ
OWNER ON BEHALF OF PUBLISHER TURKISH COMPETITION AUTHORITY
Bırol KÜLE

SORUMLU MÜDÜR / MANAGING DIRECTOR
Dr. Mehmet Fazıl ÖZKUL

EDİTÖRLER / EDITORS

Ömer Faruk ÇELİK
Dilara Nur Cansu ISLAM
Muhammed Ali BEKTEMUR

YAYIN KOMİSYONU / EDITORIAL BOARD

Dr. Faik Metin TİRYAKİ
Haluk Recai BOSTAN
Zeynep MADAN
Ömer Faruk ÇELİK
Dilara Nur Cansu ISLAM
Muhammed Ali BEKTEMUR

YAYIN SEKRETERİ / PUBLISHING SECRETARY

Özlem ERDOĞAN

DANIŞMA KURULU / ADVISORY BOARD

Prof. Dr. İzak ATIYAS (Sabancı Üniversitesi)
Prof. Dr. Mehmet BARCA (Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi)
Prof. Dr. Lale DAVUT (Emekli Öğretim Üyesi)
Prof. Dr. Ercüment ERDEM (Avukat)
Prof. Dr. Celal GÖLE (Atılım Üniversitesi)
Prof. Dr. Nihat IŞIK (Kırıkkale Üniversitesi)
Prof. Dr. İsmail KIRCA (TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi)
Prof. Dr. Fuat OĞUZ (Yıldırım Beyazıt Üniversitesi)
Prof. Dr. Ergun ÖZSUNAY (Emekli Öğretim Üyesi)
Prof. Dr. Turgut TAN (Bilkent Üniversitesi)
Prof. Dr. Erol TAYMAZ (Orta Doğu Teknik Üniversitesi)
Prof. Dr. Metin TOPRAK (İstanbul Üniversitesi)
Prof. Dr. Unal ZENGİNOBUZ (Boğaziçi Üniversitesi)
Doç. Dr. Mahmut YAVAŞI (Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi)
Dr. Öğr. Üyesi Fatih Cemil ÖZBUĞDAY (Yıldırım Beyazıt Üniversitesi)
Dr. Öğr. Üyesi Hamdi PINAR (Bilkent Üniversitesi)
Dr. Öğr. Üyesi Murat ŞAHİN (İzmir Demokrasi Üniversitesi)

YÖNETİM YERİ / MANAGING OFFICE:

Üniversiteler Mahallesi 1597. Cadde No: 9 06800
Bilkent-Çankaya/ANKARA

Telefon-Faks / Telephone-Fax: (90) 312 291 44 44 - (90) 312 291 40 00

E-posta / E-mail: rekabetdergisi@rekabet.gov.tr

Web Adresi / Web Address:

<https://dergi.rekabet.gov.tr>

Basım Tarihi / Publication Date: Şubat / February 2022

Baskı / Print: Pelin Ofset (0312) 395 25 80

Rekabet Dergisi, Rekabet Kurumu tarafından altı ayda bir yayımlanan hakemli bir dergidir. Rekabet Dergisi'nde, rekabet hukuku, politikası ve sanayi iktisadı alanlarındaki Türkçe veya İngilizce özgün makalelere, vaka yorumları ve benzeri görüşler ile haberlere yer verilmektedir. Yazılarda belirtilen düşünce ve görüşlerden yazarlar sorumludur; bu düşünce ve görüşler Rekabet Kurumu açısından bağlayıcılık teşkil etmez.

Competition Journal is a refereed journal published semi-annually by the Turkish Competition Authority. Competition Journal, publishes original articles, case comments and news in Turkish and English in the field of competition law, policy and industrial organization. Any opinions expressed in the Competition Journal represent solely the views of contributing writers and not necessarily those of the Turkish Competition Authority.

İÇİNDEKİLER

Rekabet Hukuku İhlallerinde Cezaların Şahsiliği İlkesine Bir İstisna: Ekonomik Devamlılık Prensibi

*An Exception to the Principle of Personal Liability in Competition Law
Infringements: The Economic Continuity Principle*

Bahar ERSOY ZENGİN / 4

Rekabet Hukuku Reform Tartışmaları Çerçevesinde “Öldürücü Devralmalar”: İnovasyon Mu Yerleşiklerin Süreklileşmesi Mi?

*Killer Acquisitions” Within the Framework of Competition Law Reform
Debates: Innovation or Perpetuation of the Incumbents?*

Emine TOKGÖZ / 44

Ekonomik Bağımlılık Kapsamında Üstün Pazarlık Gücünün Kötüye Kullanılması

*Abuse of Superior Bargaining Position Within the Scope
of Economic Dependence*

Nimet ALACAPINAR, Nur ÖZKAN / 126

Yayın İlkeleri ve Makale Yazım Kuralları / 164

Publication Policy and Notes for Contributors / 172

Rekabet Hukuku İhlallerinde Cezaların Şahsiliği İlkesine Bir İstisna: Ekonomik Devamlılık Prensibi

14 Temmuz 2021’de alındı; 05 Ekim 2021’de kabul edildi.

Araştırma Makalesi

Bahar ERSOY ZENGİN*

Öz

Rekabet hukuku kurallarının etkin bir şekilde uygulanması, rekabet otoritelerinin ceza politikaları ile yakından ilişkilidir. Uygulanacak yaptırımlarda, teşebbüsler açısından önemli olan, hukuki belirliliğin sağlanmasıdır. Hukuki belirliliği sağlayan temel ilkelerden biri, kuşkusuz, cezaların şahsiliği ilkesidir. Evrensel nitelikteki bu ilke uyarınca, her teşebbüs kendi gerçekleştirdiği hukuka aykırı davranışlardan sorumlu tutulmaktadır. Bununla birlikte, pratikte bu ilkeden bazı durumlarda taviz verilmesi söz konusu olabilmektedir. Bu çerçevede, ekonomik halefiyet ilkesi ya da ekonomik devamlılık prensibi, ihlalin gerçekleştirildiği dönemde ihlal konusu mal ve hizmetlere yönelik faaliyette bulunmadığı halde, sırf ekonomik halef olması sebebiyle, teşebbüse o ihlalden dolayı sorumluluk atfedilmesine olanak sağlamaktadır. Dolayısıyla, söz konusu ilke uyarınca, teşebbüslerin sorumluluklarının genişlemesi gündeme gelmektedir. Avrupa Birliği rekabet hukuku içtihadında önemli bir yere sahip olan ilkenin uygulama alanı, zamanla daha da genişlemiştir. Ne var ki benimsenen bu yaklaşım, günümüzde çeşitli açılardan eleştiri konusu yapılmaktadır. Çalışmada, ekonomik devamlılık prensibinin çerçevesi ve sınırları üzerinde durulması planlanmakta olup mehz uygulamanın yanı sıra Türk rekabet hukuku uygulaması ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler: *para cezalarından dolayı sorumluluk, cezaların şahsiliği ilkesi, sorumluluğun atfedilmesi, ekonomik devamlılık prensibi, halefiyetten doğan sorumluluk.*

* Rekabet Kurumu, Daire Başkan Yardımcısı Vekili, bersoy@rekabet.gov.tr **Orcid Id:** 0000-0002-8040-6558. Çalışmada yer verilen görüşler, yazarın kendi görüşleri olup, Rekabet Kurumunu bağlayıcı değildir.

An Exception to the Principle of Personal Liability in Competition Law Infringements: The Economic Continuity Principle

Received 14 July 2021; accepted 05 October 2021
Original Article

Bahar ERSOY ZENGİN*

Abstract

Implementation of competition law rules is closely related to the fining policies of competition authorities. In sanctions to be imposed, it is important to provide legal certainty for undertakings. One of the fundamental principles for providing legal certainty is definitely the principle of personal liability. According to this universal principle, every undertaking is responsible for its own illegal acts. However, in certain circumstances, it is possible to derogate from the principle of personal liability in practice. In this context, the economic succession or economic continuity principle enables to hold undertakings liable for the infringement only for the reason that they are economic successors, even though they did not actually engage in infringing activities. Therefore, pursuant to this principle, extending liability of the undertakings would come up. The scope of application of the economic continuity principle which have a significant role in European Union competition law, has been further expanded in the course of time. Nevertheless, this approach is being discussed from different points nowadays. In this article, focusing on the framework and the boundaries of the economic continuity principle has been planned. Together with the implementation in European Union competition law, Turkish competition law approach will also be held.

Keywords: *liability for fines, principle of personal responsibility, attribution of liability, economic continuity principle, successor's liability.*

* Rekabert Kurumu, Deputy Head of Department, **Orcid Id: 0000-0002-8040-6558.**

GİRİŞ

Rekabet ihlallerinde kural olarak, cezaların şahsiliği ilkesi geçerli olup her teşebbüsün kendi gerçekleştirdiği davranışlardan sorumlu tutulması söz konusudur. Bununla birlikte, rekabet hukuku uygulamasında her zaman rekabet ihlalini gerçekleştiren teşebbüsün sorumlu tutulmadığı görülmektedir. Avrupa Birliği'nde (AB) özellikle mahkeme içtihatlarıyla şekillenerek günümüz uygulamasına yön veren yaklaşımlar ve benimsenen ilkeler doğrultusunda, teşebbüslerin istisnai durumlarda sorumluluklarının genişlemesi, bir başka ifadeyle teşebbüslerin başka teşebbüslerin rekabeti kısıtlayıcı davranışlarından sorumlu tutulabilmesi mümkün hale gelmiştir.

Rekabet hukuku kurallarının etkin bir şekilde uygulanabilmesi, rekabet ihlalinde bulunan muhatapların rekabet otoritelerince doğru bir şekilde tespit edilebilmesine bağlıdır. Ancak kimi zaman, ihlali gerçekleştiren teşebbüsün ihlalden sorumlu tutulması bakımından pratikte birtakım sorunlar ile karşılaşılabilir. Nitekim teşebbüs, faaliyetlerini durdurmuş olabileceği gibi, piyasadan çıkmış ve tüzel kişiliği sonlandırılmış olabilecektir. Bu gibi durumların haricinde, teşebbüsün organizasyon yapısını tamamen değiştirmiş olması, ihlale konu malvarlıklarını elden çıkarmış olması veya ihlale konu iş kolunu başka bir teşebbüse devretmiş olması yahut tamamen farklı bir alanda faaliyet gösteren bir teşebbüs tarafından devralınmış olması da muhtemeldir. Söz konusu durumlarda, hâlihazırda idari para cezası uygulanacak bir muhatap bulunup bulunmadığı, yeni bir organizasyon yapısına geçen yahut malvarlıklarını veya belli iş kollarını elinden çıkaran teşebbüsün geçmişte gerçekleştirdiği rekabet ihlalinden dolayı hâlihazırda sorumlu tutulup tutulamayacağı, yine devredilen iş kolunu satın alan teşebbüsün devralma öncesinde gerçekleşen rekabete aykırı davranışlardan sorumlu olup olmayacağı, bir başka ifadeyle devralan teşebbüsün devre konu teşebbüsün devralma öncesinde gerçekleştirdiği rekabet ihlallerinin muhatabı olup olamayacağı gibi tartışmalar gündeme gelebilmektedir. Bu doğrultuda, hangi teşebbüse sorumluluk atfedilebileceği meselesi, Avrupa Komisyonu (Komisyon) ve AB mahkemelerinin benimsediği “ekonomik devamlılık prensibi / ekonomik halefiyet ilkesi” çerçevesinde çözüme kavuşturulmaktadır.

Bu bağlamda, ekonomik devamlılık prensibi, esasen cezaların şahsiliği ilkesinin bir istisnasını teşkil etmekte olup söz konusu prensibin dar bir şekilde yorumlanması önem taşımaktadır. Aksi halde, rekabet ihlallerinin cezalandırılmasında teşebbüslerin sorumluluğunun genişletilmesi riski bulunmaktadır.

Bu çerçevede, çalışma kapsamında Komisyon kararları ve AB mahkemelerinin rehber niteliğindeki içtihatları ışığında ekonomik devamlılık / ekonomik halefiyet ilkesinin çerçevesi ve sınırları üzerinde durulması planlanmaktadır. Çalışmada ayrıca, konu bakımından Türk rekabet hukuku uygulamasında öne çıkan yaklaşıma değinilecek, bu doğrultuda ilgili Rekabet Kurulu (Kurul) kararları incelenerek mehz uygulama ile benzerlik ve farklılık gösteren yönler ele alınacaktır.

1. AVRUPA BİRLİĞİ UYGULAMASINDA EKONOMİK DEVAMLILIK PRENSİBİ

Ceza hukukunun evrensel ilkelerinden biri olan cezaların şahsiliği ilkesi, rekabet hukuku ihlalleri bakımından da geçerli bir ilkedir. Söz konusu ilke uyarınca, rekabet ihlalini gerçekleştiren teşebbüs veya teşebbüs birliklerinin ihlalden sorumlu tutulması gerekmektedir¹. Bir başka ifadeyle, her teşebbüs kural olarak kendi gerçekleştirdiği rekabet ihlallerinden sorumludur (De Stefano 2011, s. 344; Brown ve Schonberg 2013, s. 2). Bununla birlikte, “ekonomik devamlılık prensibi” veya “ekonomik halefiyet ilkesi” olarak anılan ilke doğrultusunda Komisyon, rekabet hukuku kurallarının ihlal edildiği gerekçesiyle, söz konusu ihlali gerçekleştirmeyen teşebbüsleri de ihlalden sorumlu tutabilmektedir². Bu doğrultuda, Komisyonun takdir hakkına sahip olduğu, mahkeme içtihatlarıyla ortaya konulmuş durumdadır.

Bilindiği üzere halefiyet, bir başkasının bir hakkına veya malvarlığına sahip olmak suretiyle o kimsenin yerine geçmeyi ifade etmektedir. Dolayısıyla halefiyet, hak sahibinin değişmesine işaret eden bir kavramdır (Nomer 1997, s. 243). Bu bağlamda, külli halefiyet, bir

¹ Bkz. Case T-6/89 *Enichem Anic v Commission* [1991] ECR II-1628, para. 236. Benzer kararlar için bkz. Case C-248/98 *NV Koninklijke KNP BT v Commission* [2000] ECR I-9641, para. 71; Joined Cases T-117/07 and T-121/07 *Areva and Others v Commission* [2011] ECR II-633, para. 65.

² “The Economic Continuity Principle”, s. 1.

malvarlığının tüm hak ve borçlarıyla birlikte bir küll (bütün) halinde bir kişiden bir başka kişiye geçmesi anlamına gelmektedir (Dural ve Öz 2001, s. 14). Ticaret hukuku hükümleri doğrultusunda şirket birleşmelerinde, bir şirketin malvarlığının külli halefiyet yoluyla iktisap edilmesi geçerli olup, devre konu şirketin malvarlığı tüm aktif ve pasifleri ile birlikte kendiliğinden devralana geçmektedir³ (Pulaşlı 2012, s. 86).

AB rekabet hukukunda karşımıza çıkan ekonomik devamlılık prensibi veya ekonomik halefiyet ilkesi ise, bir teşebbüsün, ihlalin gerçekleştiği dönemde ihlal konusu mal ve hizmetlere yönelik faaliyette bulunmadığı halde, sırf ekonomik halef olması (söz konusu ekonomik faaliyetleri hâlihazırda yürütüyor olması) sebebiyle o ihlalden sorumlu tutulmasını sağlayan bir prensiptir⁴ (De Stefano 2011, s. 345). Cezaların şahsiliği ilkesine istisna teşkil eden bu prensibin çerçevesi, AB mahkemeleri tarafından çizilmiştir. Bu kapsamda, ekonomik devamlılık ilkesinin, esas olarak, bir teşebbüsün hukuki veya fiili olarak mevcudiyetinden artık bahsedilemeyeceği hallerde uygulandığı söylenebilecektir (De Stefano 2011, s. 345, Brown ve Schonberg 2013, s. 2). AB rekabet hukukunda, bir teşebbüsün başka bir teşebbüse devredilmesi veya başka bir teşebbüs ile birleşmesi sonucunda tüzel kişiliğinin son bulduğu durumlarda, rekabet hukuku ihlallerinden doğan sorumluluğun halef teşebbüse geçtiği kabul edilmekte ve bu durum hukuki halefiyet ilkesi ile açıklanmaktadır (Dyckjær-Hansen ve Høegh 2003, s. 205; Brown ve Schonberg 2013, s. 3). Bununla birlikte Komisyon ve AB mahkemeleri kararlarında geçen ekonomik halefiyet ilkesinin⁵, hukuki halefiyet ilkesini de içerecek şekilde kullanıldığı ve ekonomik halefiyet kavramının hukuki halefiyet kavramından çok daha geniş bir kavram olarak ele alındığı görülmektedir. Aşağıda ayrıntılarına yer verileceği üzere, ekonomik halefiyet ilkesi, başka istisnai durumlarda da uygulanabilmektedir. Bu nedenle, çalışmada “ekonomik halefiyet ilkesi” veya “ekonomik devamlılık prensibi” ifadelerinin kullanımı tercih edilmiştir.

³ Külli halefiyet ilkesi, ancak kanunda öngörülen hallerde geçerli olup istisna teşkil etmektedir. Cüz’i halefiyet ilkesi ise, bir malvarlığını oluşturan hak ve borçların ayrı ayrı ve uygun devir işlemleri ile devredilmesini ifade etmekte olup kanuni şekil şartına tabidir (Dural ve Öz 2001, s. 14).

⁴ “The Economic Continuity Principle”, s. 1.

⁵ İlgili kararlarda genel olarak, “ekonomik devamlılık ilkesi” ifadesi kullanılmaktadır.

Ekonomik devamlılık prensibinin teşebbüslerin sorumluluğunu genişletme riski bulunduğundan, anılan ilkenin dar bir şekilde yorumlanması oldukça önem taşımaktadır. Genel Mahkemenin *Coveris Rigid France* kararında⁶ da belirttiği üzere, söz konusu prensip cezaların şahsiliği ilkesini tamamlayıcı nitelikte olup AB rekabet hukuku kurallarının orantılı ve etkin bir şekilde uygulanabilmesi için gereklidir. Garzaniti ve Scasselati-Sforzolini (1995, s. 348), başka bir teşebbüsün gerçekleştirdiği rekabet ihlallerinden dolayı idari para cezası almanın teşebbüsler açısından bir risk teşkil ettiğini, teşebbüslerin “potansiyel, önemli ve gizli bir sorumluluk” ile karşı karşıya gelmesinin mümkün olabileceğini, bu durumun potansiyel devralma işlemleri bakımından teşebbüslerde tereddüt yaratabileceğini, bununla birlikte bir rekabet soruşturması kapsamında herhangi bir teşebbüse böyle bir sorumluluk atfedilmesinin her zaman kolay olmadığını belirtmektedir.

Çalışmanın bu bölümünde, farklı senaryolar üzerinde durularak ekonomik devamlılık prensibinin AB rekabet hukukunda ne şekilde uygulandığı hakkında bilgi verilecektir.

1.1. İhlali Gerçekleştiren Teşebbüsün Faaliyetlerinin Son Bulması

AB rekabet hukuku uygulamasında, ihlali gerçekleştiren teşebbüslerin hukuken veya fiilen faaliyetlerine son vermesi halinde, ekonomik haleflerin ihlalden sorumlu tutulması gündeme gelebilmektedir (Cassels ve Gardner 2013, s. 1; Petr 2014, s. 173). Teşebbüslerin hukuken faaliyetlerinin son bulması, tüzel kişiliklerinin sona erdiği hallere işaret etmekte iken; teşebbüslerin fiilen faaliyetlerinin son bulması ise, teşebbüslerin tüzel kişilikleri devam etmekle birlikte ekonomik faaliyetlerinin sonlandırıldığı halleri kapsamaktadır. Bu noktada cezaların şahsiliği ilkesinin uygulanması halinde, idari para cezası verilebilecek bir muhatap bulunamaması ihtimaline karşılık, Komisyon, ekonomik halefleri ihlalden sorumlu tutarak rekabet hukuku kurallarının etkin bir şekilde uygulanmasına çaba göstermektedir (Brown ve Schonberg 2013, s. 2)⁷.

⁶ Case T-531/15 *Coveris Rigid France v Commission* [2018], para. 49.

⁷ Ayrıca bkz. “The Economic Continuity Principle”, s. 2.

1.1.1. Tüzel Kişiliğin Sona Ermesi

Bir teşebbüsün tüzel kişiliği devam ediyorsa, gerçekleştirdiği rekabet ihlallerinden sorumlu tutulması esastır (Horvath 2011, s. 8). Tüzel kişiliğin sona ermesi halinde, teşebbüslere ne şekilde sorumluluk atfedileceği meselesi bakımından ise, *Anic* davasında⁸ yer verilen genel kurallara dikkat çekilmesinde fayda bulunmaktadır. Anılan davada, Genel Mahkeme, öncelikle “*Bir ihlalin gerçekleştirildiği kanaatine varıldığında, ihlalin gerçekleştiği dönemde ihlale konu faaliyetin yürütülmesinden sorumlu gerçek veya tüzel kişinin tespit edilmesi gerekir.*” şeklinde bir açıklamada bulunmuş ve akabinde teşebbüslerin tüzel kişiliklerinin sona erdiği durumlara ilişkin olarak, “...öncelikle, ihlale katkı sağlayan fiziki ve beşeri unsurların kombinasyonunun ortaya çıkarılması” ve “daha sonra, ihlal konusu faaliyetlerin yürütülmesinden sorumlu teşebbüsün tespit edilmesi” gerekliliğine dikkat çekmiştir⁹. Bir başka ifadeyle, Genel Mahkeme, öncelikle ihlali gerçekleştiren ekonomik birimin tespit edilmesi gerekliliğinden bahsetmiş¹⁰ ve akabinde söz konusu ekonomik birimin kim (hangi teşebbüs) tarafından işletildiğine karar verilmesi gerektiğini belirtmiştir (Garzaniti ve Scasselati-Sforzolini 1995, s. 348). Bu doğrultuda, bahsi geçen ekonomik birimin tüzel kişiliği haiz olması gerekmemekte olup önemli olan, ekonomik birimin hangi teşebbüs dâhilinde faaliyet gösterdiğinin saptanması ve o teşebbüsün muhatap olarak alınmasıdır (Garzaniti ve Scasselati-Sforzolini 1995, s. 348). Buna göre, rekabet ihlallerinden doğan sorumluluğun, tüzel kişiliği takip ettiği söylenebilecektir (Høegh 2004, s. 534).

Tüzel kişiliğin sona erdiği hallerde, AB rekabet hukuku uygulamasının nasıl olduğuna dair ele alınabilecek ilk karar, Komisyonun *Polypropylene* kararıdır¹¹. Anılan kararda, polipropilen pazarında faaliyet gösteren teşebbüslerin 1977-1983 yılları arasında rekabeti kısıtlayıcı nitelikte davranışlarda buldukları, bu çerçevede dönem dönem hedef veya

⁸ Case T-6/89 *Enichem Anic v Commission* [1991] ECR II-1628, para. 236.

⁹ A.g.k., para. 237.

¹⁰ İhlali gerçekleştiren ekonomik birimin (teşebbüsün) tespiti bakımından, yönetim yapısı, personel, yıllık bütçe, stratejik kararlar, finansal dokümanlar, fiyat listeleri, müşteri listesi, rakipler, satış ekibi ve satış ofisleri gibi kriterler gözden geçirilebilecektir (Garzaniti ve Scasselati-Sforzolini 1995, s. 349).

¹¹ *Polypropylene* [1986] OJ L230/1.

minimum fiyatları birlikte belirledikleri, hedef fiyatlara yönelik bilgi değişiminde buldukları, üzerinde anlaşılan fiyatlara uyumlu şekilde zam yaptıkları, satış hedefleri ve kota miktarlarını belirlemek suretiyle pazarı paylaştıkları tespit edilmiştir. Bir Norveç kamu iktisadi teşebbüsü olan Statoil, 1983 yılında söz konusu polipropilen karteline katılan teşebbüslerden biri olan SAGA Petrokjemi'yi (SAGA) devralmış, 1 Ocak 1984 tarihinde ise Statoil ve SAGA'nın birleşme işlemi neticesinde SAGA'nın tüzel kişiliği son bulmuş ve SAGA'nın faaliyetleri Statoil bünyesinde ayrı bir ekonomik birim olarak yürütülmeye başlanmıştır. Komisyon anılan kararında, Statoil'in bahsi geçen devralma ve akabindeki birleşme işleminden sonra Statoil'in SAGA'nın ihlal teşkil eden davranışlarını sürdürdüğüne ilişkin herhangi bir delil elde edilmediğini, SAGA'nın tüzel kişiliği devam etmiş olsaydı ihlalden SAGA'nın sorumlu tutulmasının gerektiğinin açık olduğunu, bununla birlikte SAGA'nın hukuki yapısının değiştiğini, Statoil'in sorumlu tutulabilmesi için SAGA'nın ihlal teşkil eden davranışlarını sürdürmesinin gerekli olmadığını, burada belirleyici kriterin SAGA ile halef Statoil arasında ekonomik ve işlevsel bir devamlılık bulunup bulunmadığının ortaya konulması olduğunu belirtmiştir. Bu çerçevede Komisyon, Statoil'in SAGA'nın ekonomik faaliyetlerini yürütmeye devam ettiği, SAGA'nın organizasyon yapısı ve çalışanlarının aynı kaldığı, değişen tek şeyin ekonomik faaliyetlerin yönetiminin Statoil'e geçmesi olduğu tespitinde bulunmuş; ayrı bir tüzel kişiliği bulunmayan ve yalnızca bir ekonomik birim teşkil eden SAGA'ya idari para cezası verilmesinin mümkün olmadığı sonucuna ulaşarak ihlalden dolayı ekonomik halef olan Statoil'i sorumlu tutmuştur¹².

Bu karardan çıkan sonuca göre, soruşturmanın yürütüldüğü dönemde teşebbüsün tüzel kişiliği devam ediyorsa, soruşturmanın ve idari para cezasının muhatabı o teşebbüs olacaktır. Bununla birlikte, söz konusu teşebbüsün daha sonradan tüzel kişiliği son bulmuşsa, artık rekabet ihlalden sorumlu tutulamayacaktır (Garzaniti ve Scasselati-Sforzolini 1995, s. 349). Benzer şekilde, ihlali gerçekleştiren teşebbüsün tüzel kişiliği yoksa ait olduğu tüzel kişiliğin sorumlu tutulması gerekecektir. Garzaniti ve Scasselati-Sforzolini (1995, s. 349), bir teşebbüsün tüzel kişiliğinin son bulması halinde rekabet ihlalden

¹² A.g.k., para. 97-101.

sorumlu tutulmamasının gerekçesinin, Komisyonun soruşturma raporunu ve idari para cezasını pratik nedenlerle tüzel kişiliği bulunan bir teşebbüse yöneltmek istemesinden kaynaklandığı görüşündedir.

Tüzel kişiliğin son bulması bakımından incelenebilecek bir diğer dava, *Suiker Unie* davasıdır¹³. Komisyon, Suiker Unie UA (Suiker) ile Hollanda, Almanya ve İtalya'da şeker üretimi alanında faaliyet gösteren on beş teşebbüsün 1968-1969 ve 1971-1972 yılları arasında pazar paylaşımında bulunduğu, bu bağlamda söz konusu teşebbüslerin rakiplerinin ulusal pazarlarına girmekten kaçındığı veya söz konusu pazarlara girerken rakiplerinden izin istediği kanaatine ulaşmıştır. Bu kapsamda, 1966 yılında Hollandalı üreticilerden dört kooperatifin “Coöperative Vereniging Suiker Unie UA” isimli bir dernek kurduğu, 16 Temmuz 1970 tarihinde bahsi geçen dört kooperatifin daha yakın işbirliği içine girmek amacıyla aynı isimde bir şirket (Suiker) kurduğu ve 31 Aralık 1970 tarihinde tüzel kişiliklerini sona erdirerek 1 Ocak 1971 tarihinde tüm malvarlıklarını ve borçlarını söz konusu yeni şirkete (Suiker) devrettikleri, şirketin faaliyete başlamasıyla birlikte derneğin ticari faaliyetlerine son verdiği ve 1 Haziran 1971 tarihinde ise feshedildiği tespit edilmiştir.

Suiker tarafından yapılan savunmada, derneğin 1968-1969 yılları arasındaki rekabeti kısıtlayıcı davranışlarından kendisinin sorumlu tutulmaması gerektiği, zira Suiker'in söz konusu faaliyetlere 1 Ocak 1971 tarihinde başladığı iddia edilmiştir¹⁴. Söz konusu savunmaya istinaden Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) tarafından yapılan değerlendirmede ise, Suiker'in derneğe üye dört kooperatifin tüm hak ve borçlarını devralması sebebiyle, Suiker'in hem feshedilen derneğin hem de dört kooperatifin ekonomik halefi olduğu, “Suiker Unie” isminin aynı teşebbüsleri kapsadığının inkâr edilemez olduğu, zira gerek feshedilen derneğin gerekse de yeni şirketin büyük ölçüde aynı personel ile aynı kayıtlı merkezde faaliyette bulunduğu, keza Suiker'in şeker piyasasındaki davranışlarının derneğin ilgili piyasadaki rekabeti kısıtlayıcı davranışlarından farklılık arz etmediği, Suiker'in faaliyetlerinin derneğin faaliyetlerinin devamı niteliğinde olduğu, dolayısıyla derneğin ilgili

¹³ Joined Cases 40 to 48, 50, 54 to 56, 111, 113 and 114/73 *Coöperative Vereniging Suiker Unie UA and Others v Commission* (Sugar) [1975] ECR I-1663.

¹⁴ A.g.k., para. 77-80.

dönemdeki rekabeti kısıtlayıcı davranışlarından doğan sorumluluğun Suiker'e atfedilebileceği sonucuna ulaşmıştır¹⁵.

Suiker Unie davasında ABAD'ın yaptığı değerlendirme göstermektedir ki, ekonomik halef konumundaki teşebbüs, tüzel kişiliği son bulmuş olan selefının faaliyetlerine kaldığı yerden devam ediyorsa, bir başka ifadeyle selef ile temel olarak aynı faaliyetlerde bulunuyorsa, selefının gerçekleştirdiği rekabet ihlallerinden sorumlu tutulabilecektir (Garzaniti ve Scasselati-Sforzolini 1995, s. 350). Bu noktada, ekonomik halefin, ayrıca rekabeti kısıtlayıcı davranış sergileyip sergilemediğinin önemi bulunmamaktadır (Garzaniti ve Scasselati-Sforzolini 1995, s. 350).

Benzer şekilde, CRAM ve Rheinisches Zinkzwalzerk GmbH & Co. (RZ) isimli teşebbüslerin 1976 yılında paralel ticaretin engellenmesi suretiyle uyumlu eylemde bulunmalarını konu alan *Cram ve Rheinzink* davasından¹⁶, Komisyonun RZ'nin rekabete aykırı davranışlarda bulunduğuna kanaat getirdiği, ancak RZ'nin halefi olması sebebiyle sorumluluğu Rheinzink GmbH'ye (Rheinzink) atfettiği¹⁷, buna istinaden ABAD'ın da Komisyonu haklı bularak Rheinzink'in rekabet ihlalinden sorumlu tutulması gerektiği sonucuna ulaştığı görülmektedir¹⁸. Bu sonuca ulaşırken ABAD, Komisyonun değerlendirmelerine atıfta bulunarak, RZ ve Rheinzink'in "tek ve aynı teşebbüs" olduğuna, RZ'nin ismini ve hukuki yapısını değiştirdiğine, bununla birlikte şirket merkezi, yönetimi ve ekonomik faaliyetlerinin Rheinzink adı altında devam ettiğine, dolayısıyla Rheinzink'in RZ'nin hukuki halefi olmasının yanı sıra ekonomik faaliyetlerine devam etmesi nedeniyle aynı zamanda ekonomik halefi olduğuna, bu çerçevede bir teşebbüsün ismini ve hukuki yapısını değiştirmek suretiyle sorumluluktan kaçmasının mümkün olmadığına, zira her iki şirketin de esasında aynı teşebbüs olduğuna hükmetmiştir¹⁹.

¹⁵ A.g.k., para. 84-87.

¹⁶ Joined Cases 29/83 and 30/83 *CRAM and Rheinzink v Commission* [1984] ECR I-1679.

¹⁷ Rheinzink, 1 Ekim 1981 tarihinde RZ'nin halefi olmuştur. Bu kapsamda, ihlalin, RZ'nin tüzel kişiliğinin sona ermesinden çok daha önce gerçekleştiği anlaşılmaktadır.

¹⁸ Komisyonun kararı için bkz. *Rolled Zinc Products and Zinc Alloys* [1982] OJ L362/40.

¹⁹ Joined Cases 29/83 and 30/83 *CRAM and Rheinzink v Commission* [1984] ECR I-1679, para. 8-9.

Raiffeisen Zentralbank Österreich davasında²⁰ da benzer bir yaklaşım söz konusu olmuştur. Buna göre, bankacılık ürün ve hizmetlerinde fiyat ve faiz oranları gibi unsurları birlikte belirlemek suretiyle 1 Ocak 1995 ila 24 Haziran 1998 tarihleri arasında sekiz bankanın rekabeti kısıtlayıcı anlaşma ve uyumlu eylemlerde bulunduğu, ihlal konusu davranışları gerçekleştiren teşebbüslerden GiroCredit'in Ekim 1997'de Erste Bank ile birleşerek tüzel kişiliğinin son bulduğu, GiroCredit'in rekabet hukukundan doğan sorumluluğunun Erste Bank'a atfedildiği ve Erste Bank'ın tüm ihlal döneminden sorumlu tutulduğu anlaşılmaktadır.

1.1.2. Ekonomik Faaliyetlerin Fiilen Sona Ermesi

Rekabet hukuku uygulamalarında teşebbüslerin halefiyetini gündeme getiren bir diğer husus ise, teşebbüslerin ekonomik faaliyetlerini sona erdirmesidir. Örneğin *All Weather Sports* davasına²¹ konu olayda, Dunlop Slazenger International Ltd. ile bazı distribütörlerinin paralel ticaretin engellenmesine yönelik eylemlerde bulunduğu kanaatine varılmış olup söz konusu distribütörler arasında All Weather Sports International BV (AWS International) de bulunmaktadır. Bunun yanı sıra, All Weather Sports BV'nin (AWS Sports) spor ürünlerinin ticaretine yönelik malvarlıklarının -AWS International'ın distribütörlükten doğan tüm hakları ile birlikte- All Weather Sports Benelux BV'ye (AWS Benelux) devredildiği, devralma işleminin akabinde AWS Sports ve AWS International'ın isimlerini BT Sports BV ve BT Sports International BV olarak değiştirerek ticari faaliyetlerine son verdiği, bununla birlikte vergi konuları sebebiyle hukuken varlıklarını sürdürmeye devam ettikleri tespit edilmiştir²². Söz konusu durumu dikkate alan Komisyon, AWS International'ın rekabete aykırı davranışlarından dolayı AWS Benelux'e idari para cezası vermiştir²³.

Komisyonun kararı üzerine açılan davada Genel Mahkeme, sırf AWS Sports'un (yeni ismiyle BT Sports BV) malvarlığını devralması

²⁰ Joined Cases T-259/02 to T-264/02 and T-271/02 *Raiffeisen Zentralbank Österreich AG v Commission* [2006] ECR II-5169, para. 22, 326-328.

²¹ Case T-38/92 *All Weather Sports Benelux BV v Commission* [1994] ECR II-211.

²² A.g.k., para. 1-3.

²³ Komisyonun kararı için bkz. *Newitt/Dunlop Slazenger International and Others* [1992] OJ L131/32.

sebebiyle, AWS Benelux'e, AWS International'ın rekabete aykırı davranışlarından dolayı sorumluluk atfedilmesinin uygun olmadığını; AWS Sports'un ve AWS International'ın tüzel kişiliğini devam ettirdiğini, Komisyonun AWS Benelux'ü sorumlu tutmasının makul bir açıklamasının olmadığını, dolayısıyla AWS Benelux'ün ekonomik halef olarak sorumlu tutulmaması gerektiğini belirterek Komisyon kararının ilgili kısmını iptal etmiştir²⁴. Bu doğrultuda, en nihayetinde BT Sports BV (AWS Sports) ve BT Sports International BV (AWS International) ihlale katılımlarından dolayı sorumlu tutulmuştur. Söz konusu mahkeme kararı, bir teşebbüsün tüzel kişiliği devam ediyorsa, gerçekleştirdiği rekabet ihlallerinden dolayı sorumlu tutulmasının esas olduğunu bir kez daha göstermiştir. Anılan dava ile ilgili olarak, Garzaniti ve Scasselati-Sforzolini (1995, s. 351), Komisyonun, BT Sports BV (AWS Sports) ve BT Sports International BV (AWS International) yerine AWS Benelux'e sorumluluk atfetmesindeki motivasyonun bir çeşit çıkara dayandığını, nitekim söz konusu iki şirket yerine AWS Benelux'ten para cezasını tahsil etmenin daha kolay olduğunu, bununla birlikte Genel Mahkemenin Komisyonu haksız bularak yasal ilkeler doğrultusunda değerlendirme yapılmasını şart koştuğunu savunmaktadır.

Bununla birlikte çelik üreticilerinin birlikte fiyat tespiti, pazar paylaşımı ve bilgi değişimi gibi davranışlarını konu alan *NMH Stahlwerke* davasında²⁵, Genel Mahkemenin, ekonomik devamlılık prensibinin uygulanması gerektiği sonucuna ulaştığı dikkat çekmektedir. Bu çerçevede, Eisenwerk-Gesellschaft Maximillians-hütte mbH (Eisenwerk) isimli teşebbüsün iflasını duyurması²⁶ sebebiyle malvarlıklarının büyük bir bölümünü ihlalin gerçekleştiği dönemde elden çıkararak NMH Stahlwerke GmbH (NMH) isimli teşebbüse 23 Ekim 1989 tarihinde devrettiği, NMH'nin ise bazı malvarlıklarını 30 Haziran 1990 tarihine kadar leasing sözleşmesi kapsamında Eisenwerk'in kullanımına sunduğu ve söz konusu tarih itibarıyla ilgili malvarlıklarının NMH'ye geri verildiği, NMH'nin Eisenwerk'in çelik üretiminde kullandığı esaslı mallarını devralmak suretiyle ticari

²⁴ Case T-38/92 *All Weather Sports Benelux BV v Commission* [1994] ECR II-211, para. 26-36.

²⁵ Case T-134-/94 *NMH Stahlwerke GmbH v Commission* [1999] ECR II-239.

²⁶ Komisyon kararından, Eisenwerk'in 16 Nisan 1987 tarihinde iflas duyurusunda bulunduğu anlaşılmaktadır. Bkz. *Steel Beams* [1994] OJ L116/1.

faaliyetlerine 1 Temmuz 1990 tarihinde başladığı, buna ilaveten Eisenwerk'in çalışanlarının bir kısmının NMH'ye transfer edildiği, Komisyon tarafından ihlal kararının alındığı dönemde (16 Şubat 1994 tarihinde) Eisenwerk'in tüzel kişiliğinin devam ettiği, bununla birlikte Eisenwerk'in faaliyetlerinin Temmuz 1990 itibarıyla fiilen son bulduğu, NMH'nin ise faaliyete geçtikten sonra rekabete aykırı davranışları sürdürdüğü tespit edilmiş ve bu bağlamda, Eisenwerk'in tüzel kişiliğinin devam etmesine karşın, NMH'nin ekonomik halef olması sebebiyle tüm ihlal döneminden sorumlu tutulması gerektiği kanaatine ulaşılmıştır²⁷. Görüldüğü üzere, *NMH Stahlwerke* davasında, *All Weather Sports* davasından farklı olarak, teşebbüsün tüzel kişiliği devam etmekle birlikte, ekonomik halefin sorumlu tutulması gerektiğine hükmedilmiştir. Söz konusu yaklaşımın, uygulamada tahsil edilecek para cezaları bakımından önem arz ettiği düşünülmektedir. Zira teşebbüsün tüzel kişiliği devam etmekle birlikte ekonomik faaliyetlerine son verdiği durumlarda, teşebbüs herhangi bir ciro elde etmeyeceğinden yahut elde etse bile söz konusu ciro oldukça kısıtlı olacağından, para cezasının tahsil edilmesinde sorun yaşanabilecektir. Bununla birlikte, ekonomik halef olan teşebbüsün sorumlu tutulması halinde, söz konusu riskin ortadan kaldırılmış olacağı açıktır.

Son olarak, ABAD'ın, İtalyan Rekabet Otoritesinin ön karar (*preliminary ruling*) talebinin ele alındığı *ETI* davasına²⁸ atıf yapılmasında fayda bulunmaktadır. Söz konusu davada ABAD, ihlali gerçekleştiren teşebbüsün ekonomik faaliyetlerini fiilen durdurması halinde, ekonomik devamlılık prensibinin uygulanabileceğini vurgulamıştır. Bu çerçevede, teşebbüsün hukuken varlığını sürdürmekle beraber, fiilen faaliyetlerini sona erdirdiği durumlarda, caydırıcı olmayacağı gerekçesiyle ihlalden sorumlu tutulmasının makul olmayacağı değerlendirilmiştir²⁹.

ABAD'ın yukarıda yer verilen kararı doğrultusunda, ekonomik faaliyetlerin fiilen sona erdiği durumlarda, ekonomik haleflerin devralma işlem öncesinde gerçekleştirilen rekabete aykırı davranışlardan

²⁷ Case T-134/94 *NMH Stahlwerke GmbH v Commission* [1999] ECR II-239, para. 128-130, 137-138.

²⁸ Case C-280/06 *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato v ETI SpA and others* [2007] ECR I-10893.

²⁹ A.g.k., para. 40.

sorumlu tutulup tutulmayacağı meselesi ABAD nezdinde açıklığa kavuşturulmuştur.

1.2. İhlali Gerçekleştiren Teşebbüsün Varlığını Sürdürmesi

AB rekabet hukuku uygulamasında, ihlali gerçekleştiren teşebbüs piyasada varlığını sürdürmekle birlikte, ihlal konusu iş kolunu veya malvarlığını başka bir tüzel kişiliğe devretmiş olması halinde, ekonomik devamlılık prensibinin uygulandığı durumlarla karşılaşılabilmektedir. Aşağıda, farklı senaryolar halinde, ekonomik devamlılık prensibinin uygulanıp uygulanamayacağına dair açıklamalarda bulunmaktadır.

1.2.1. İhlale Konu İş Kolunun / Malvarlığının Başka Bir Teşebbüse Devri

1.2.1.1. İhlal Döneminden Sonra Devir

İhlali gerçekleştiren teşebbüsün, ihlale konu iş kolu veya malvarlığını ihlal döneminden sonra devrettiği hallerde, ihlali gerçekleştiren teşebbüsün varlığını sürdürmesi halinde, rekabet hukuku kapsamındaki sorumluluğu baki kalmaktadır. Başka bir ifadeyle, ihlali gerçekleştiren teşebbüs, cezaların şahsiliği ilkesi uyarınca ihlalden sorumlu tutulmaktadır. Teşebbüse atfedilen sorumluluğun arka planındaki gerekçe ise şu şekilde özetlenebilecektir: *“Bu gibi hallerde, ekonomik halefiyet ilkesi, gereksiz ve mesnetsizdir. Aksi halde, teşebbüs, ihlale konu varlıklarını üçüncü bir kişiye satmak suretiyle kolaylıkla sorumluluktan kaçabilecektir.”*³⁰. Dolayısıyla, bir teşebbüs ihlale konu malvarlıklarını satarak yahut ihlale konu iş koluna son vererek sorumluluktan kaçamayacaktır (De Stefano 2011, s. 344).

Komisyonun *Polypropylene* kararında³¹, Anic ve Rhone-Poulenc isimli teşebbüslerin polipropilen iş kolunu başka teşebbüslere devretmelerine karşın, tüzel kişiliklerini devam ettirdikleri, dolayısıyla söz konusu iki teşebbüsün polipropilen sektöründen çıkana kadar gerçekleştirdikleri ihlalden sorumlu tutulmaları gerektiği sonucuna

³⁰ “The Economic Continuity Principle”, s. 2.

³¹ *Polypropylene* [1986] OJ L230/1, para. 101.

ulaşmıştır. Bunun üzerine Anic tarafından açılan davada³², kendisinin Kasım 1977 - Aralık 1982 döneminde polipropilen pazarındaki rekabet ihlallerinden sorumlu tutulmaması gerektiğini, 1982 yılı başına kadar İtalyan polipropilen pazarına üç büyük teşebbüsün (Anic, SIR ve Monte) yön verdiğini, 9 Aralık 1981 tarihinde SIR isimli teşebbüsün polipropilen iş kolunu Anic'in bir iştirakine (SIL) devrettiğini, Aralık 1982'de ise Anic'in polipropilen iş kolunu Monte isimli teşebbüse devrettiğini, bu doğrultuda söz konusu tarihten itibaren İtalyan polipropilen pazarına Monte'nin hâkim olduğunu, dolayısıyla ihlalden dolayı Monte'nin sorumlu tutulması gerektiğini savunmuştur. Ancak bu savunma, Anic'in tüzel kişiliğinin devam ediyor olması sebebiyle Genel Mahkeme tarafından reddedilmiştir³³. ABAD tarafından yapılan temyiz değerlendirmesinde³⁴ de, söz konusu savunma reddedilerek Anic'in cezaların şahsiliği ilkesi uyarınca tüm ihlal dönemi boyunca sorumlu tutulması gerektiği kanaatine ulaşılmış ve Monte'ye herhangi bir sorumluluk atfedilmemiştir. Genel Mahkemeyi haklı bulan ABAD, "ekonomik devamlılık testi"nin yalnızca, ihlali gerçekleştiren teşebbüsün ihlalden sonra tüzel kişiliğinin son bulması halinde işletilebileceğini vurgulamıştır.

İhlal döneminden sonra gerçekleştirilen devralmalar bakımından, söz konusu devirlerin rekabet hukuku ihlallerinden sorumlu tutulmayı engellemek niyetiyle yapılmasının da teorik olarak mümkün olduğu göz ardı edilmemelidir. *HFB* davasında³⁵, bu gibi hallerde rekabet hukuku kurallarının etkin bir şekilde uygulanabilmesini teminen ekonomik halefin sorumlu tutulmasının söz konusu olabileceği belirtilmiştir (Dyckjær-Hansen ve Høegh 2003, s. 211; Høegh 2004, s. 535; Horvath 2011, s. 9). Buna göre, ihlali gerçekleştiren teşebbüs hukuken varlığına son vermemiş olmakla birlikte ihlale konu malvarlığını yahut iş kolunu sırf rekabet hukuku ihlallerinden doğabilecek para cezalarından kaçınmak amacıyla başka bir teşebbüse devretmesi halinde, devralan teşebbüsün ekonomik devamlılık prensibi doğrultusunda sorumlu tutulması söz konusu olabilecektir (Vasbeck 2018, s. 3). Nitekim herhangi bir yaptırımla karşı karşıya

³² Case T-6/89 *Enichem Anic v Commission* [1991] ECR II-1628, para. 228.

³³ A.g.k., para. 235-243.

³⁴ Case C-49/92P *Commission v Anic Partecipazioni SpA* [1999] ECR I-4125, para. 145.

³⁵ Case T-9/99 *HFB and Others v Commission* [2002] ECR II-1487, para. 106-107.

kalmak istemeyen teşebbüsün içinin “boşaltılmış” olması söz konusu olabileceğinden, para cezasını ödeyemeyecek durumda olması ihtimal dâhilindedir. Bu durumda, devralan şirketin para cezasının muhatabı olması gündeme gelebilecektir. Ancak Genel Mahkemenin *Coveris Rigid France* kararında³⁶ belirttiği üzere, teşebbüslere böyle bir sorumluluk atfedilmesi için, devralma işleminin iki bağımsız teşebbüs arasında gerçekleşmesi esastır (Vasbeck 2018, s. 3). Bununla birlikte, henüz böyle bir tespit bulunulan vakaya AB rekabet hukukunda rastlanmamaktadır³⁷.

1.2.1.2. İhlal Döneminde Devir

İhlali gerçekleştiren teşebbüsün, ihlale konu iş kolu veya malvarlığını ihlal devam ederken elden çıkarması da ekonomik devamlılık prensibinin uygulanmasında bir başka durum olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu noktada önemli olan husus, devralmanın akabinde, ihlale konu iş kolu bakımından rekabet ihlalinin devam edip etmediğidir. Rekabet ihlalinin devam ettiği durumlarda, devralan teşebbüsün sorumluluğu devralma işlemi akabinde gerçekleştirilen davranışlarla sınırlı olacaktır (Horvath 2011, s. 12). Bir başka ifadeyle, cezaların şahsiliği ilkesi uyarınca devralanın ve devredenin sorumlulukları ihlale katıldıkları dönemle sınırlı olmak üzere gündeme gelecektir (Brown ve Schonberg 2013, s. 3)³⁸.

Bu kural, Komisyonun *PVC* kararında³⁹ ortaya konulmuştur (Garzaniti ve Scasselati-Sforzolini 1995, s. 352). Anılan kararda, PVC sektöründe faaliyet gösteren teşebbüslerin 1980-1984 yılları arasında yaptığı fiyat ve kota anlaşmaları ele alınmıştır. Komisyon tarafından yapılan değerlendirmede⁴⁰, 1983 yılının başlarında DSM ve SAV isimli şirketlerin PVC iş kollarını LVM’ye devrettiği, LVM’nin DSM ve SAV’ın ortaklığında kurulan bir ortak girişim şirketi olduğu, LVM’nin PVC iş kolunu devraldıktan sonra ihlale konu davranışlarda bulunduğu, diğer yandan gerek DSM’nin gerek SAV’ın söz konusu

³⁶ Case T-531/15 *Coveris Rigid France v Commission* [2018], para. 50.

³⁷ “The Economic Continuity Principle”, s. 3.

³⁸ Ayrıca bkz. a.g.k., s. 3.

³⁹ *PVC* [1989] OJ L74/1.

⁴⁰ A.g.k., para. 43.

devir işlemi akabinde tüzel kişiliğinin devam ettiği, dolayısıyla DSM ve SAV'ın LVM'nin kurulduğu tarihe kadar ve LVM'nin ise 1983 yılı itibarıyla ihlalden sorumlu tutulması gerektiği kanaatine ulaşılmıştır.

Diğer yandan, aynı Komisyon kararında ihlale katıldığı tespit edilen ATO Chimie ve PCUK bakımından yapılan değerlendirmelere de yer verilmesinde fayda bulunmaktadır. Komisyon, Atochem isimli teşebbüsün 1980 yılında Chloe Chimie isminde kurulduğunu, Chloe Chimie'nin 30 Eylül 1983 tarihinde ATO Chimie isimli kardeş şirketini ve PCUK'nin büyük bir kısmını devralarak ismini Atochem olarak değiştirdiğini tespit etmiştir⁴¹. Söz konusu devralma işlemi neticesinde, ATO Chimie'nin tüzel kişiliği son bulmuştur. Kararda yer verilen açıklamalardan, Atochem'in (Chloe Chimie'nin) PVC iş kolunu devraldıktan sonra rekabete aykırı davranışlarda bulunduğu anlaşılmaktadır. Komisyon tarafından yapılan değerlendirmede, bir teşebbüsün PVC işkolunu başka bir teşebbüse devretmiş olmasının önemsiz olduğu, devralanın devreden rekabete aykırı davranışlarından otomatikman sorumlu olmadığı, devre konu teşebbüsün -devralma işlemine rağmen tüzel kişiliğini devam ettiriyorsa- ihlalden sorumlu tutulması önünde bir engel bulunmadığı belirtilmiştir⁴². Karar tarihinde Chloe Chimie ve ATO Chimie'nin tüzel kişiliğinin son bulmuş olduğu dikkate alınarak, Atochem'in Chloe Chimie ve ATO Chimie'nin ekonomik halefi olması sebebiyle söz konusu iki şirketin devralma işlemi öncesinde gerçekleştirdiği rekabete aykırı davranışlardan sorumlu tutulduğu, bununla birlikte PCUK'nin tüzel kişiliğinin devam etmesi sebebiyle PCUK'nin gerçekleştirdiği eylemlerden Atochem'in sorumlu tutulamayacağı sonucuna ulaşıldığı görülmektedir⁴³.

Yukarıda yer verilen açıklamalar ışığında, kural olarak, ihlali gerçekleştiren teşebbüsün, ihlale konu iş kolu veya malvarlığını ihlal devam ederken elden çıkarması ve devralan teşebbüs tarafından rekabeti kısıtlayıcı davranışlara devam edilmesi halinde, ekonomik devamlılık prensibinin uygulanmadığı; bunun yerine cezaların şahsiliği ilkesinin uygulandığı söylenebilecektir. Ancak bunun için, rekabeti kısıtlayıcı davranışlarda bulunan ilk teşebbüsün, devir işlemi akabinde hukuken varlığını sürdürmesi gerektiği hususu göz ardı edilmemelidir.

⁴¹ A.g.k., para. 43.

⁴² A.g.k., para. 42.

⁴³ A.g.k., para. 43.

1.2.2. İhlale Konu İş Kolunun / Malvarlığının Grup İçi Transferi

İhlale konu iş kolunun ya da malvarlığının grup içi transferi durumunda, teşebbüslerin sorumluluğunun ne şekilde olması gerektiği hususu, ABAD'ın *Aalborg Portland*⁴⁴ ve *Versalis*⁴⁵ kararlarında ele alınmıştır. Söz konusu kararlarda, devreden ve devralan şirketin aynı teşebbüs tarafından kontrol edilmesi halinde, ekonomik devamlılık prensibinin uygulanabileceği vurgulanmıştır. Esasen burada şirketlere atfedilen sorumluluk, ekonomik bütünlük kavramı ile yakından ilişkilidir⁴⁶. Devreden ve devralan şirketin aynı grup içinde yer alması ve aynı teşebbüs tarafından kontrol ediliyor olması nedeniyle her iki şirket de aynı ekonomik bütünlük içinde değerlendirilmekte ve somut olayın özelliklerine göre devreden yahut devralan şirkete ihlalden dolayı sorumluluk atfedilebilmektedir⁴⁷. Bu noktada, devralan şirketin sorumlu tutulabilmesi bakımından önemli olan husus, devreden ve devralan şirketin aynı teşebbüs tarafından kontrol ediliyor olması ve söz konusu şirketler arasında yakın ekonomik ve organizasyonel bağların bulunmasıdır (De Stefano 2011, s. 345). Bu gibi durumlarda, devreden şirketin tüzel kişiliği devam etmekle birlikte, devralan şirket devreden şirketin devralma işleminden önce gerçekleştirdiği rekabet ihlallerinden sorumlu tutulabilmektedir.

Aalborg Portland davasına konu olayda Komisyon, aralarında Aalborg Portland A/S'nin (Aalborg) de bulunduğu çimento üreticilerine pazar paylaşımında bulunmaları sebebiyle idari para cezası vermiştir⁴⁸. Söz konusu karardan, esasen ihlali Aalborg Portland – Cement Fabrik A/S (Aalborg Cement Fabrik) gerçekleştirmekle beraber, ihlalden dolayı Aalborg'un sorumlu tutulduğu anlaşılmaktadır. Aalborg Cement Fabrik, Komisyon ceza vermeden önce, 1990 yılında, malvarlığını yeni bir şirket olarak kurulan Aalborg'a devretmiştir. Aalborg Cement Fabrik, Aalborg üzerinde %50 oranında hisseye sahip olup hisselerin diğer yarısı ise, Blue Circle Industries plc (Blue Circle) isimli başka bir

⁴⁴ Joined Cases C-204/00P, C-205/00P, C-211/00P, C-213/00P, C-217/00P and C-219/00P *Aalborg Portland v Commission* [2004] ECR I-123.

⁴⁵ Case C-511/11 *Versalis SpA v Commission* [2013].

⁴⁶ "The Economic Continuity Principle", s. 4.

⁴⁷ A.g.k., s. 4.

⁴⁸ *Cement* [1994] OJ L343/1.

teşebbüse aittir⁴⁹. Genel Mahkeme, Aalborg'a sorumluluk atfedilmesini makul bulmuş⁵⁰ ve bunun üzerine, konu, Genel Mahkeme kararının iptali istemiyle konu ABAD nezdine taşınmıştır. Aalborg, çalışmanın önceki kısımlarında bahsi geçen ABAD'ın *Suiker Unie, Anic ve CRAM and Rheinzink* davalarına atıfta bulunarak, bir teşebbüsün gerçekleştirdiği ihlallerden dolayı başka bir teşebbüse sorumluluk yüklenebilmesi için, o teşebbüsün tüzel kişiliğinin devam etmemesi gerektiğini ileri sürmüş ve Aalborg Cement Fabrik'in tüzel kişiliğinin devam etmesi sebebiyle ihlalden onun sorumlu tutulması gerektiğini iddia etmiştir⁵¹. Bunun üzerine ABAD⁵², Anic davasına işaret ederek, söz konusu devralma işleminin aralarında herhangi bir yapısal bağ bulunmayan iki teşebbüs arasında gerçekleştiğini; bununla birlikte, bu davada ise, bu durumun tam tersinin yaşandığını vurgulamış ve Aalborg'un savunmasını reddetmiştir. Bu kararlar birlikte, ihlali gerçekleştiren şirket ile devralan şirket arasında yapısal bağın (fiziki ve beşeri unsurların kombinasyonunun) ortaya konulduğu durumlarda ekonomik halefin sorumlu tutulabilmesinin önü açılmıştır (Høegh 2004, s. 536). Görüldüğü üzere ABAD, yapısal bir bağdan söz edilebilmesi bakımından ortak girişim üzerinde %50 oranında hisse sahibi olunmasını yeterli bulmuştur. Bununla birlikte ABAD'ın, kalan %50 oranındaki payın Blue Circle isimli bağımsız üçüncü teşebbüse ait olduğu hususunu tartışmadığı anlaşılmaktadır.

Versalis davasına konu olayda ise, aralarında *Versalis SpA'nın* (*Versalis*) da bulunduğu kauçuk üreticilerine, Mayıs 1996 – Kasım 2002 döneminde fiyat tespiti yaptıkları, müşterileri paylaştıkları ve fiyatlara, rakiplere ve müşterilere yönelik hassas bilgi paylaşımında buldukları gerekçesiyle idari para cezası verilmiştir. Somut olaydan, *Enichem SpA'nın* (*Enichem*, yeni adıyla *Syndial SpA'nın*) kauçuk iş kolunu *Versalis'e* 1 Ocak 2002 tarihinde devrettiği ve her iki şirketin

⁴⁹ Joined Cases C-204/00P, C-205/00P, C-211/00P, C-213/00P, C-217/00P and C-219/00P *Aalborg Portland v Commission* [2004] ECR I-123, para. 344.

⁵⁰ Joined Cases T-25/95, T-26/95, T-30/95 to T-32/95, T-34/95 to T-39/95, T-42/95 to T-46/95, T-48/95, T-50/95 to T-65/95, T-68/95 to T-71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 and T-104/95 *Cimenteries CBR and Others v Commission* [2000] ECR II-491, para. 1335-1336.

⁵¹ Joined Cases C-204/00P, C-205/00P, C-211/00P, C-213/00P, C-217/00P and C-219/00P *Aalborg Portland v Commission* [2004] ECR I-123, para. 347-348.

⁵² A.g.k., para. 359-361.

de aynı teşebbüsün (Eni SpA) kontrolünde olduğu anlaşılmaktadır⁵³. Bu kapsamda Versalis, Mayıs 1996 ila Ocak 2002 dönemi bakımından Enichem'in sorumlu tutulması gerektiğini, kendisinin ise 1 Ocak 2002 tarihi itibarıyla kauçuk sektöründe faaliyet göstermesi sebebiyle bu tarihten itibaren sorumlu tutulması gerektiğini, bununla birlikte Komisyonun Enichem'i sorumlu tutmadığını, tüm ihlal döneminden kendisinin sorumlu tutulmasının doğru olmadığını ileri sürmüştür⁵⁴. Bunun üzerine ABAD, Enichem ve Versalis'in ihlal dönemi boyunca Eni SpA'nın doğrudan ve/veya dolaylı kontrolünde olduğunu, dolayısıyla her iki şirketin aynı ekonomik bütünlük içinde olduğunu, bir başka ifadeyle Enichem ve Versalis arasında yakın ekonomik ve yapısal bağların bulunduğunu belirtmiş ve Enichem'in hukuken varlığını sürdürmesine karşın, Enichem'in ekonomik halefi olması sebebiyle Versalis şirketine idari para cezası uygulanmasının mümkün olduğuna hükmetmiştir⁵⁵.

Benzer şekilde ABAD, aynı kamu kurumu/kuruluşu tarafından kontrol edilen şirketler arasında gerçekleştirilen bir devralma işlemi bakımından da, ekonomik devamlılık prensibinin uygulanabileceği kanaatine ulaşmıştır. *ETI* davasına⁵⁶ konu olayda, İtalyan Rekabet Otoritesi bir kamu iktisadi teşebbüsü olan *Eti SpA*'ya (*ETI*) 1993 – 2001 yılları arasında sigara karteline katıldığı ve bu kapsamda diğer sigara üreticileriyle birlikte sigara fiyatlarını belirlediği gerekçesiyle para cezası vermiştir. *ETI* 1999 yılında kurulmuş olup 1 Mart 1999 tarihinde *AAMS* isimli başka bir kamu iktisadi teşebbüsünün sigara iş kolunu devralmıştır. İtalyan Rekabet Otoritesi, devralma tarihi olan 1 Mart 1999 tarihi itibarıyla *AAMS*'ın sigara sektöründeki üretim ve satış faaliyetlerinin son bulduğu gerekçesiyle söz konusu tarihten önce *AAMS* tarafından gerçekleştirilen rekabeti kısıtlayıcı davranışlardan dolayı -*AAMS*'ın hukuken varlığını sürdürmesine karşın- ekonomik halefi konumundaki *ETI*'yi sorumlu tutmuştur⁵⁷. İtalyan Rekabet Otoritesi'nin ön karar talebiyle başvurduğu davada

⁵³ Case C-511/11 *Versalis SpA v Commission* [2013], para. 6.

⁵⁴ A.g.k., para. 33, 44.

⁵⁵ A.g.k., para. 50-60.

⁵⁶ Case C-280/06 *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato v ETI SpA and others* [2007], ECR I-10893, para. 8.

⁵⁷ A.g.k., para. 9.

ABAD, her iki kamu iktisadi teşebbüsünün de İtalyan Ekonomi ve Finans Bakanlığının sahipliğinde olduğu, bu bağlamda söz konusu kamu iktisadi teşebbüslerinin İtalyan Ekonomi ve Finans Bakanlığının kontrolünde olduğunun İtalyan Rekabet Otoritesi tarafından ispatlanması durumunda, ETI'nin AAMS'nin ekonomik halefi olduğu gerekçesiyle kartel konusu faaliyetlerin gerçekleştirildiği tüm dönem bakımından sorumlu tutulması önünde herhangi bir engel bulunmadığı sonucuna ulaşmıştır⁵⁸.

Yukarıda yer verilen kararlar, aralarında yapısal ve ekonomik bağ olduğu düşünülen ve aynı ekonomik bütünlük içinde olduğu kabul edilen şirketler arasında gerçekleşen devralma işlemleri bakımından, AB mahkemelerinin devralan şirkete sorumluluk atfetme eğiliminde olduğunu göstermektedir. Bu kapsamda, rekabet ihlalini gerçekleştiren şirket tüzel kişiliğini sürdürse bile, devralan şirketin ekonomik devamlılık ilkesi uyarınca sorumlu tutulduğu görülmektedir.

1.2.3. İhlale Konu İş Kolumun / Malvarlığının Başka Bir Teşebbüse Devri Öncesinde Grup İçi Transfer

AB rekabet hukuku uygulamasında teşebbüslerin ekonomik devamlılık prensibi kapsamındaki sorumluluğu bakımından ele alınması gereken son husus ise, ihlale konu iş kolu veya malvarlığının üçüncü kişilere satışı öncesinde grup içinde devridir. Bu durumda ihlale konu iş kolu veya malvarlığının aynı ekonomik bütünlük içinde mevcut veya yeni kurulan bir şirkete (araç şirket) satılması söz konusu olup, bu işlem yalnızca söz konusu iş kolu veya malvarlığının bağımsız üçüncü kişilere satışını kolaylaştırmak adına yapılmaktadır⁵⁹.

Bu doğrultuda ilk olarak, *Hoechst* davasından bahsedilmesinde fayda bulunmaktadır⁶⁰. Dava konusu olay, aralarında Hoechst AG'nin (Hoechst) de bulunduğu monoklorasetik asit piyasasında faaliyet gösteren teşebbüslerin kota, müşteri ve fiyat paylaşımlarına yönelik kartel davranışlarını esas almaktadır. Komisyon, 1 Ocak 1984 – 30 Haziran 1997 tarihleri arasında kartel faaliyetlerine doğrudan katıldığı gerekçesiyle Hoechst'e idari para cezası vermiştir. Hoechst tarafından

⁵⁸ A.g.k., para. 49-52.

⁵⁹ "The Economic Continuity Principle", s. 4.

⁶⁰ Case T-161/05 *Hoechst GmbH v Commission* [2009] ECR II-3555, para. 50-67.

açılan davada, monoklorasetik iş kolunu satmış olması sebebiyle ihlalden sorumlu tutulmasının hukuka aykırı olduğu ileri sürülmüştür. Bunun üzerine Genel Mahkeme, Hoechst'in 30 Mayıs 1997 tarihinde monoklorasetik iş kolunu (ve diğer bazı iş kollarını), hisselerinin tamamına sahip olduğu Virteon GmbH (Virteon) isimli iştirakine sattığı, 30 Haziran 1997 tarihinde ise Hoechst'in Virteon'daki hisselerinin tamamını bağımsız üçüncü bir teşebbüs olan Clairant AG'ye (Clairant) satmak suretiyle monoklorasetik iş kolunu devrettiği, bir teşebbüse başka bir teşebbüsün faaliyetlerinden dolayı sorumluluk atfedilebilmesi için o teşebbüsün hukuken varlığının son bulmuş olması gerektiği yahut ekonomik olarak faaliyetlerinin sona ermiş olması ve iki teşebbüs arasında ekonomik ve organizasyonel bağlantıların bulunması gerektiği, somut olayda ise Clairant ve Hoechst'in iki ayrı teşebbüs olduğu ve aralarında herhangi bir yapısal veya organizasyonel bağ bulunmadığı, dolayısıyla Hoechst'in ihlalden dolayı sorumlu tutulmasında herhangi bir hukuka aykırılık bulunmadığı sonucuna ulaşmıştır⁶¹. Genel Mahkeme ayrıca, ihlale konu iş kolunun yahut malvarlığının devrinin rekabet hukukundan doğacak sorumluluklarının bertaraf edilmesi amacıyla yapılması halinde, devralan şirketin ihlalden sorumlu tutulabileceği ve bu şekilde daha etkin bir cezalandırma politikasının mümkün olduğu, bununla birlikte somut olayda böyle bir durumun söz konusu olmadığı, nitekim Hoechst'in hukuken ve fiilen varlığını sürdürdüğü kanaatine ulaşmıştır⁶².

Bu konuda ele alınabilecek diğer bir dava, deniz hortumu üreticilerinin ihalelerde danışıklı hareket ettiği, birlikte fiyat tespiti yaptığı, kota ve pazar paylaşımında bulunduğu iddialarını konu alan *Parker Hannifin* davasıdır⁶³. Komisyon, Parker ITR Srl'ye (Parker ITR, eski adıyla ITR Rubber Srl) 1986 - 2007 yılları arasında kartel faaliyetlerinde bulunduğu gerekçesiyle idari para cezası vermiştir. İhlalin gerçekleştiği dönemde, ihlale konu iş kolu Parker-Hannifin isimli başka bir teşebbüse (bağımsız bir üçüncü kişiye) devredilmiştir. Söz konusu devir işlemi iki aşamadan oluşmuştur. Öncelikle, 1 Ocak 2002 tarihinde, ITR SpA ihlale konu iş kolunu yeni kurulan ve hisselerinin tamamına sahip olduğu ITR Rubber Srl isimli iştirakine satmıştır. İkinci

⁶¹ A.g.k., para. 50-67.

⁶² A.g.k., para. 64.

⁶³ Case C-434/13 *Commission v Parker Hannifin Manufacturing and Parker-Hannifin* [2014].

olarak ise, 31 Ocak 2002 tarihinde ITR Rubber Srl, Parker-Hannifin Corporation isimli başka bir teşebbüse devredilmiş ve ismi birkaç ay sonra Parker ITR olarak değiştirilmiştir. Komisyon, Parker ITR'nin ITR SpA'nın ekonomik halefi olduğu gerekçesiyle, Parker ITR'yi tüm ihlal döneminden sorumlu tutmuştur. Öte yandan Komisyon, Parker Hannifin'in 31 Ocak 2002 – 2 Mayıs 2007 dönemi bakımından Parker ITR ile birlikte müteselsilen sorumlu olduğu kanaatine varmıştır. Anılan kararda Komisyon, 1 Nisan 1986 – 31 Aralık 2001 tarihleri arasında bizzat ITR SpA'nın ve 1 Ocak 2002 – 2 Mayıs 2007 tarihleri arasında bizzat Parker ITR'nin rekabeti kısıtlayıcı nitelikte davranışlarda bulunduğu tespitinde bulunmuştur. Bununla birlikte Komisyon, 1 Ocak 2002 tarihinde ITR SpA'nın yeniden yapılanma kapsamında deniz hortumları iş kolunu ITR Rubber Srl'ye (Parker ITR) sattığını, ITR SpA ve ITR Rubber Srl (Parker ITR) arasında bir ekonomik bağ bulunduğunu, söz konusu ekonomik bağın ana şirket ve yavru şirket arasındaki ilişkiden kaynaklandığını ve her iki şirketin aynı ekonomik bütünlük içinde yer aldığını belirtmiştir. Bu doğrultuda, mahkeme içtihatlarını da dikkate alan Komisyonun, devreden şirket hukukun varlığını sürdürse bile, devralan şirketin devreden şirketin geçmişte gerçekleştirdiği hukuka aykırı davranışlardan sorumlu tutulabileceği ve bu çerçevede somut olayda ITR Rubber Srl'nin (Parker ITR) ITR SpA'nın ekonomik halefi olarak sorumluluğunun gündeme gelmesi gerektiği sonucuna ulaştığı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla, Parker ITR yalnızca ihlale konu iş kolunu elinde bulundurduğu dönem (1 Ocak 2002 sonrası) ile sınırlı değil, devralma işleminin gerçekleştiği 1 Ocak 2002 tarihi öncesi itibarıyla de kartelden sorumlu tutulmuştur⁶⁴.

Söz konusu kararın iptali istemiyle Parker ITR tarafından açılan davada⁶⁵, Genel Mahkeme Komisyonun anılan kararını iptal etmiş ve ekonomik devamlılık prensibinin dava konusu olayda uygulanmasının söz konusu olmadığı sonucuna ulaşmıştır. Genel Mahkeme, devralma işleminin ilk aşamasının göz ardı edilmesi gerektiğini, zira işlemin ilk aşamasının iş kolunun nihayetinde bağımsız bir üçüncü kişiye devri amacıyla gerçekleştirildiğini, bu sebeple söz konusu aşamanın esasen “malvarlığının başka bir teşebbüse devrine” hizmet ettiğini ve bu

⁶⁴ *Marine Hoses*, Case COMP/39.406 [2009], para. 327-329, 370-373.

⁶⁵ Case T-146/09 *Parker ITR and Parker-Hannifin v Commission* [2013].

kapsamda ele alınması gerektiğini belirtmiştir. Bu kapsamda, *Hoechst* davasına da atıfta bulunarak, ITR SpA ve Parker-Hannifin arasında ekonomik halefiyetten söz edilemeyeceği, zira söz konusu teşebbüsler arasında yapısal bir bağ bulunmadığı, ITR Rubber Srl'nin (Parker ITR'nin) yalnızca ihlale konu iş kolunu devraldığı 1 Ocak 2002 tarihi itibarıyla kartelden sorumlu tutulabileceği, söz konusu tarihten önceki sorumluluğun ise ITR SpA'ya atfedilmesi gerektiği sonucuna ulaşmıştır⁶⁶. Bu noktada Genel Mahkemenin, devralma işleminin ilk aşamasını göz ardı etmesi, ekonomik devamlılık prensibinin uygulanmaması sonucunu beraberinde getirmiş ve dolayısıyla teşebbüsler bakımından cezaların şahsiliği ilkesinin gündeme gelmesine sebep olmuştur (Atlee 2016, s. 2).

Bunun üzerine, Komisyon söz konusu mahkeme kararını temyize taşımıştır. ABAD, devralma işleminin bir parçası olan grup içi transfer aşamasının göz ardı edilmemesi gerektiğini, bir başka ifadeyle devralma işlemi bakımından ara basamak teşkil eden bu aşamanın ekonomik devamlılık prensibinin uygulanması bakımından dikkate alınmasının önem teşkil ettiğini belirtmiş ve dosyayı esas hakkında karar almak üzere Genel Mahkemeye geri göndermiştir⁶⁷. Bu noktada, ABAD'ın yaklaşımı şu şekilde özetlenebilecektir: İlk aşama olan grup içi transfer aşaması göz ardı edildiği takdirde, ikinci aşamada bağımsız üçüncü bir teşebbüse devir söz konusu olduğundan iki teşebbüs arasında ekonomik ve yapısal bir bağdan söz edilemeyecek, dolayısıyla ekonomik devamlılık prensibi işletilemeyecektir (Atlee 2016, s. 2).

ABAD'ın kararı üzerine yeniden değerlendirme yapan Genel Mahkeme, bu kez Komisyonu haklı bulmuş ve ekonomik devamlılık prensibinin somut olayda uygulanabileceği sonucuna ulaşmıştır (Slaughter and May 2016, s. 3). Bu çerçevede, Genel Mahkemenin kararından⁶⁸, ITR SpA'nın ITR Rubber Srl'nin ilk aşamada %100'üne sahip olduğuna ve ITR SpA ile ITR Rubber Srl (Parker ITR) arasındaki yapısal bağlara dikkat çekildiği, bu bağlamda Parker ITR'nin 1986 – 2007 döneminde ihlalin tamamından sorumlu tutulduğu

⁶⁶ A.g.k., para. 111, 115-130.

⁶⁷ Case C-434/13 *Commission v Parker Hannifin Manufacturing and Parker-Hannifin* [2014], para. 46, 53-55.

⁶⁸ Case T-146/09 *RENV Parker Hannifin Manufacturing and Parker-Hannifin v Commission* [2016].

görülmektedir. Bir başka ifadeyle, 1986-2002 dönemi bakımından Parker ITR, ITR SpA'nın ekonomik halefi olması sebebiyle ve 2002-2007 dönemi bakımından ise cezaların şahsiliği ilkesi uyarınca sorumlu tutulmuştur.

Görüldüğü üzere, ABAD'ın içtihadı doğrultusunda Genel Mahkeme, *Parker* davasında *Hoechst* davasından farklı bir tutum benimsemiştir. *Parker* davasında benimsenen bu yaklaşım, uygulamada ciddi bir şekilde eleştiri konusu yapılmaktadır. Bu doğrultuda Atlee (2016, s. 3), bağımsız üçüncü kişilerden malvarlığı satın alırken teşebbüslerin artık daha dikkatli olması gerektiğini, söz konusu yaklaşımın teşebbüslerde tereddüt yaratabileceğini ileri sürmektedir. Zira somut olaydakine benzer koşulların mevcut olduğu durumlarda, ekonomik devamlılık ilkesinin uygulanması gündeme gelebilecek ve devralan şirket devralma öncesinde gerçekleşen rekabeti kısıtlayıcı davranışlardan dolayı sorumlu tutulabilecektir. Bu doğrultuda, potansiyel alıcıların hiç dâhil olmadıkları ve devralma esnasında da bilgi sahibi olmalarının beklenmediği geçmiş tarihli rekabet hukuku ihlallerinden dolayı sorumlulukları gündeme gelebileceğinden, devralmalar bakımından daha temkinli davranmaları gerekecektir (Pike ve Tosheva 2016, s. 108).

1.3. AB Rekabet Hukuku Uygulamasına İlişkin Çıkarımlar

Çalışmanın önceki bölümlerinde yer verilen Komisyon kararları ve mahkeme içtihatları doğrultusunda, teşebbüslere atfedilebilir sorumluluk bakımından benimsenen ana kuralın cezaların şahsiliği ilkesi olduğu ("*Anic*" kuralı); bu bağlamda bir teşebbüsün tüzel kişiliği devam etmekle birlikte, hissedarlık yapısının değiştiği (bir başka ifadeyle, hisse devrinin gerçekleştiği) veya ihlale konu malvarlığını yahut iş kolunu devrettiği (bir başka ifadeyle varlık devrinin gerçekleştiği) durumlarda, teşebbüsün önceden geçekleştirdiği rekabet hukuku ihlallerinden dolayı sorumluluğunun kural olarak cezaların şahsiliği ilkesi uyarınca devam ettiği anlaşılmaktadır (Brown ve Schonberg 2013, s. 3, Vasbeck 2018, s. 4).

Cezaların şahsiliği ilkesine istisna teşkil eden ekonomik devamlılık prensibinin ise, AB rekabet hukuku uygulamasının ilk dönemlerinde,

bir teşebbüsün faaliyetlerinin hukuken veya fiilen son bulması halinde uygulandığı, ancak zamanla daha geniş bir uygulama alanı bulduğu söylenebilecektir. Bu kapsamda, AB rekabet hukukunda ekonomik halefiyet ilkesinin hâlihazırda aşağıdaki hallerde uygulamaya konu olabildiği görülmektedir (Dyckjær-Hansen ve Høegh 2003, s. 212; Høegh 2004, ss. 534-536; Horvath 2011, ss. 8-9):

- (i) Rekabeti kısıtlayıcı eylemlerde bulunan teşebbüsün tüzel kişiliğinin sona ermesi,
- (ii) Rekabeti kısıtlayıcı eylemlerde bulunan teşebbüsün, tüzel kişiliği devam etmekle birlikte, rekabet ihlalden doğan idari para cezasını ödeyemeyecek durumda olması (ekonomik faaliyetlerini fiilen durdurmuş olması),
- (iii) Devralma işleminin, rekabet ihlalden doğacak sorumluluktan kaçınmak amacıyla gerçekleştirilmesi,
- (iv) Rekabeti kısıtlayıcı davranışlarda bulunan bir şirketin, aynı ekonomik bütünlük içinde faaliyet gösteren ve aynı zamanda kendisiyle yapısal ve ekonomik bir bağ gösteren başka şirkete iş kolunu / malvarlığını devretmesi (grup içi transfer),
- (v) Rekabeti kısıtlayıcı davranışlarda bulunan bir şirketin, bağımsız üçüncü kişilere devir öncesinde, aynı ekonomik bütünlük içinde faaliyet gösteren bir şirkete iş kolunu / malvarlığını devretmesi.

Ekonomik devamlılık ilkesinin uygulama alanının zaman içinde genişlemesi, bazı yazarlar tarafından eleştiri konusu yapılmakta ve bu durumun, özellikle potansiyel alıcılar bakımından bir risk teşkil ettiği vurgulanmaktadır. Bu bağlamda, ilk iki istisnanın yerinde olduğu, diğer istisnaların ise hukuki belirliliği azaltarak uygulamada karışıklığa yol açtığı, dolayısıyla bahsi geçen istisnaların kapsamının oldukça dar tutulması gerektiği savunulmaktadır (Dyckjær-Hansen ve Høegh 2003, s. 206; Høegh 2004, ss. 536-537). Bu çerçevede, devralma işlemlerinin hukuki açıdan güvenli bir şekilde yapılabilmesini teminen, gerek Komisyonun gerek mahkemelerin söz konusu ilkeyi dar yorumlaması gerektiğinin altı önemle çizilmektedir (Pike ve Tosheva 2016, s. 109).

Kanımızca, ekonomik devamlılık prensibi bakımından yukarıda sayılan ilk üç istisna makuldür. Öncelikle, ilk istisnanın ticaret hukukunda geçerli olan külli halefiyet ilkesi ile yakından bağlantılı

olduğu, hukuken varlığı son bulmuş teşebbüslerin hukuki halefi konumunda bulunan teşebbüslerin geçmişte gerçekleştirilen rekabet hukuku ihlallerinden sorumlu tutulmasının mümkün olduğu değerlendirilmektedir. Diğer yandan, ikinci istisnanın da pratikte idari para cezalarının uygulanabilirliği, bir başka ifadeyle idari para cezası uygulanabilecek bir muhatapın bulunması bakımından önem teşkil ettiği düşünülmektedir. Zira aksi takdirde, rekabete aykırı davranışlarda bulunan ve hukuken varlığı devam eden, ancak herhangi bir ekonomik gücü kalmayan (örneğin iflas etmiş) teşebbüslerden söz konusu para cezalarının tahsil edilmesi mümkün olmayacaktır. Bu durum ise, bazı rekabet hukuku ihlallerinin fiilen cezalandırılmaması sorununu beraberinde getirecektir. Buna ilaveten, üçüncü istisnanın da idari para cezasının uygulanacağı muhatap bulunması ve caydırıcılığın sağlanması açısından önem arz ettiği değerlendirilmektedir. Nitekim devralma işleminin, rekabet hukukundan doğacak sorumluluklarının bertaraf edilmesi amacıyla gerçekleştirilmesi halinde, ekonomik halefin sorumlu tutulması, rekabet hukuku ihlallerinin yaptırımsız kalmasını engelleyeceği gibi, aynı zamanda teşebbüslerin bu tarz bir girişimde bulunmasını önleyebilecektir.

Rekabeti kısıtlayıcı davranışlarda bulunan bir şirketin ihlale konu iş kolunu / malvarlığını, aynı ekonomik bütünlük içinde faaliyet gösteren başka bir şirkete devri halinde, devralan şirketin sorumlu tutulmasının ise, cezaların şahsiliği ilkesi ile çeliştiği düşünülmektedir. Zira istisna kapsamına giren durumlarda, devreden şirketin tüzel kişiliği devam etmesine karşın aynı ekonomik bütünlük içinde bulunan devralan şirketin sorumluluğu gündeme gelmektedir. Bu da teşebbüslere atfedilen sorumluluk bakımından uygulamada karışıklığa yol açabilecektir. Her ne kadar Komisyon ve AB mahkemeleri, devreden ve devralan şirketin aynı ekonomik bütünlük içinde olması sebebiyle, pratik bir çözüm olarak devralan şirkete sorumluluğu atfetse de, ortada tüzel kişiliği devam eden bir şirket olduğunun dikkate alınması gerektiği, dolayısıyla devreden şirkete para cezası verilmesi önünde hukuken herhangi bir engel bulunmadığı değerlendirilmektedir. Öte yandan, yukarıda detaylarına yer verilen *Aalborg* davasındakine benzer koşulların bulunduğu bir durumda, ortak girişimin diğer pay

sahipleri konumunda olan ve ihlali gerçekleştiren şirket ile arasında herhangi bir yapısal bağ bulunmayan bağımsız üçüncü teşebbüslerin de sorumluluğu gündeme gelebileceğinden, bu durumun hakkaniyete aykırı olabileceği, benimsenen bu yaklaşım nedeniyle teşebbüslerin bir ortak girişimde pay sahibi olmaya karar verirken çok daha dikkatli olması gerekeceği düşünülmektedir.

Benzer şekilde, beşinci istisnanın da, teşebbüsler açısından uygulamada belirsizliğe yol açabileceği değerlendirilmektedir. Bu kapsamda, potansiyel alıcıların bağımsız üçüncü teşebbüsler olduğu dikkate alındığında, devreden ve devralan şirketlerin iki ayrı teşebbüs olduğu ve aralarında herhangi bir yapısal veya organizasyonel bağ olmasının beklenemeyeceği düşünülmektedir. Öte yandan, devreden şirketin hukuki varlığının da devam ettiği göz önüne alındığında, bağımsız üçüncü teşebbüs konumundaki devralan şirketin veya iştirakinin ekonomik devamlılık prensibi çerçevesinde sorumlu tutulmasının makul bir uygulama olmadığı değerlendirilmektedir. Aksi bir uygulama, devralma işlemleri bakımından pratikte teşebbüsler nezdinde tereddütlere yol açabilecek ve “masum” teşebbüslere fazladan sorumluluk yüklenmesine sebep olabilecektir. Bu noktada özellikle, ihlale konu iş kolu veya malvarlığının aynı ekonomik bütünlük içinde yeni kurulan araç şirkete satıldığı durumlar bakımından, araç şirketin kurulma sebebinin bağımsız üçüncü teşebbüslere malvarlığı yahut iş kolu devri olduğu ve o esnada herhangi bir ekonomik faaliyeti bulunmadığının dikkate alınmasında fayda bulunmaktadır. Bir başka ifadeyle, devralma işleminin ilk aşamasına şekli olarak yaklaşmak ve bu aşamayı bir grup içi işlem olarak ele almak yerine, esasen, işlemin amacına bakılmasının daha uygun olacağı; dolayısıyla işlemin ilk aşamasının göz ardı edilmesinin yerinde olacağı düşünülmektedir. Aksi bir tutumun ise, devralma öncesi gerçekleşen ve hakkında bilgi sahibi olunması beklenmeyen rekabet ihlallerinden üçüncü kişi konumundaki potansiyel alıcıların veya bu alıcıların iştiraklerinin sorumlu tutulması anlamına geleceği, bu durumun ise teşebbüslerin devralma işlemlerini gerçekleştirirken iki kere düşünmelerine sebep olacağı değerlendirilmektedir.

2. TÜRK REKABET HUKUKU UYGULAMASINDA HALEFLERİN SORUMLULUĞU

Çalışmada, mehzaz uygulamanın yanı sıra, konunun Türk rekabet hukukunda ne şekilde ele alındığına da değinilmesinde fayda bulunmaktadır. Bu kapsamda, aşağıda çeşitli Kurul kararlarına yer verilerek ülke uygulamasında öne çıkan yaklaşım üzerinde durulması planlanmaktadır. Bu noktada, haleflerin sorumluluğu bakımından az sayıda Kurul kararında tartışmaların gündeme geldiğini ve ilgili Kurul kararlarında “ekonomik halefiyet” yahut “ekonomik devamlılık” kavramlarına rastlanılmadığını belirtmek yerinde olacaktır.

*Hazır Beton Kararı*⁶⁹

Kararda, Marmara Bölgesi hazır beton pazarında faaliyet gösteren üç teşebbüsün 2002 yılında fiyat tespitinde bulunmak suretiyle rekabeti kısıtladıkları tespit edilmiştir. Buna göre, söz konusu teşebbüslerden Bolu Çimento Sanayi A.Ş.’ye (Bolu Çimento) ait olan tüm hazır beton tesislerinin 14.04.2004 tarihinde faaliyete başlayan Oyak Beton Sanayi A.Ş.’ye (Oyak Beton) devredildiği, bahsi geçen devralmanın 30.03.2004 tarihinden önce gerçekleştiği anlaşılmaktadır.

Diğer yandan karardan, Bolu Çimento’nun tüzel kişiliği devam etmekle birlikte soruşturma neticesinde Bolu Çimento’ya herhangi bir idari para cezası verilmesine yer olmadığına hükmedildiği, buna ilaveten Oyak Çimento’ya da herhangi bir yaptırım uygulanmadığı görülmektedir. Söz konusu durumun nedeni ise, Kurul üyelerinin farklı gerekçeleri ile karşı oy gerekçelerinden anlaşılmaktadır. Nitekim

⁶⁹ 02.10.2006 tarihli ve 06-68/927-266 sayılı karar. Söz konusu karar, daha sonra Danıştay 13. Dairesinin 23.07.2007 tarih, 2007/3602 E. sayılı yürütmenin durdurulması kararı ve bu karara yapılan itirazın reddine ilişkin Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun 04.10.2007 tarihli ve 2007/665 sayılı kararı ertesinde 02.04.2008 tarih ve 08-27/314-102 sayı ile Kurul tarafından yeniden ele alınmıştır. Kararın iptal edilme sebebi, bir teşebbüse uygulanan para cezasında esas alınacak mali yıla ilişkin gerekçelerdir. Anılan kararda işbu makalenin konusuna giren halefiyet tartışmalarına yer verilmediği görülmekle birlikte, iptal edilen 02.10.2006 tarihli ve 06-68/927-266 sayılı Kurul kararının özellikle karşı oy ve farklı gerekçelerinde konuya ışık tutabilecek tartışmaların yer aldığı dikkate alınarak, işbu makede iptal edilen karar dikkate alınmıştır.

bir Kurul üyesinin yaptığı karşı oy değerlendirmesinde şu açıklamalara yer verilmiştir:

Bolu Çimento Sanayi A.Ş.'nin tüzel kişiliği devam etmektedir. Bu durumda hakkında 4054 sayılı Yasanın 16/2.maddesine göre idari para cezası uygulanacak teşebbüs Bolu Çimento A.Ş. olması gerekirken hakkında soruşturma açılmadığından, olayda söz konusu ihlal eyleminden halefiyet esasına göre sorumlu tutulması mümkün olmayan Oyak Beton A.Ş.'ye ceza uygulanamayacağı görüşüyle (3-b) karar hükmüne⁷⁰ gerekçe yönünden karşıyım.

Bu doğrultuda, Bolu Çimento'ya idari para cezası uygulanmamasının, söz konusu teşebbüs hakkında soruşturma açılmamış olmasından kaynaklandığı; Bolu Çimento'ya soruşturma açılmış olsaydı, hazır beton tesislerini Oyak Beton'a devretmiş olmasına karşın, tüzel kişiliği devam ettiği için, geçmişte gerçekleştirdiği rekabet hukuku ihlallerinden dolayı cezaların şahsiliği ilkesi gereği kendisinin sorumlu tutulmasının söz konusu olacağı anlaşılmaktadır. Yine bir başka Kurul üyesinin farklı gerekçesinde yer verilen hususlar, bu çıkarımı destekler niteliktedir:

Bolu Çimento Sanayi A.Ş.'nin tüzel kişiliği devam etmektedir. TTK (Türk Ticaret Kanunu) anlamında bir birleşme değil, kısmi bir bölünme söz konusudur... kısmi halefiyet ilkesi de yasalarda yer almamaktadır... Oyak Beton Sanayi A.Ş. halefiyet ilkesi bağlamında sorumlu tutulamayacağına göre, bu durumda Bolu Çimento Sanayi A.Ş.'nin idari para cezası muhatabı kabul edilmesi gerekir. Soruşturma kapsamında yer almadığından, ihlalden dolayı bu teşebbüse de ceza verilemeyeceğine göre, idari para cezası verilmesi mümkün olamamaktadır...

Yukarıda yer alan gerekçeden de, hakkında soruşturma açılan Oyak Beton'un hukuki halef olmaması nedeniyle kendisine sorumluluk atfedilemeyeceğine vurgu yapıldığı, tüzel kişiliği devam eden Bolu Çimento'nun devralma işlemi öncesinde gerçekleştirdiği rekabete aykırı davranışlardan dolayı kendisinin sorumlu tutulması gerektiğinin belirtildiği, bununla birlikte Bolu Çimento hakkında soruşturma

⁷⁰ İlgili hükümde, "Bolu Çimento Sanayi A.Ş. (Oyak Beton Sanayi A.Ş.)'ye 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesi uyarınca idari para cezası verilmemesine Kurul Üyeleri... farklı gerekçeleri ve OYBİRLİĞİ ile" ifadesi yer almaktadır.

açılmamış olduğundan söz konusu teşebbüse herhangi bir yaptırım uygulanamadığı görülmektedir.

Doğuş Otomotiv Kararı⁷¹

Kararda, otomobil ve hafif ticari araç pazarında, Volkswagen (VW) marka araçların Türkiye distribütörü Doğuş Otomotiv Servis ve Ticaret A.Ş. (Doğuş Otomotiv) ile Doğuş Otomotiv Holding A.Ş.'nin (Doğuş Holding) i) bayilerin yeniden satış fiyatı ve indirim oranlarını belirledikleri, ii) filo satışlarında yeniden satış koşullarını belirledikleri ve iii) bayilerin bölge dışı pasif satışlarını kısıtladıkları; buna ilaveten, VW marka araçlarda kullanılan yedek parça ve aksesuarlar pazarında, Doğuş Otomotiv ile VW marka araçların yedek parça ve aksesuarının ithalatçısı olan Genpar Otomotiv Tic. A.Ş.'nin (Genpar) bayilerin yeniden satış fiyatı ve koşullarını belirledikleri kanaatine ulaşılmıştır. Kararda yer verilen bilgilerden, VW marka araçların Türkiye distribütörlüğünü 1999 yılı Kasım ayına kadar Doğuş Otomotiv Sanayi ve Ticaret A.Ş.'nin (yeni unvanıyla Doğuş Holding) yürüttüğü, organizasyon yapısında yapılan değişiklik neticesinde söz konusu faaliyetlerin Kasım 1999 tarihinden itibaren bu şirket ile aynı ekonomik bütünlük içinde bulunan Doğuş Otomotiv tarafından yürütülmeye başlandığı anlaşılmaktadır. Bu çerçevede Kurul kararında, otomobil ve hafif ticari araçlar pazarındaki rekabet ihlallerine ilişkin olarak⁷², aşağıdaki değerlendirme yapılmıştır:

Bu nedenle, tespit edilen ve 1999 Kasım ayına kadar olan 4054 sayılı Kanun'a aykırı uygulamalardan tüzel kişi olarak eski unvanı ile Doğuş Otomotiv Sanayi ve Ticaret A.Ş., yeni unvanı ile Doğuş Otomotiv Holding A.Ş.'nin; bu tarihten sonraki Kanun'u ihlal eden uygulamalardan da Doğuş Otomotiv Servis ve Ticaret A.Ş.'nin sorumlu olduğu kanaatine varılmıştır.

Öte yandan kararda, VW marka araçlarda kullanılan yedek parça ve aksesuarlar pazarında, Doğuş Otomotiv ve Genpar'ın rekabeti kısıtlayıcı davranışlarından söz edildiği görülmektedir⁷³.

⁷¹ 28.01.2010 tarihli ve 10-10/90-40 sayılı karar.

⁷² Karardan ihlal döneminin 1997-2000 yıllarına tekabül ettiği anlaşılmaktadır.

⁷³ Karardan ihlal dönemi tespit edilememektedir.

Bununla birlikte, kararda her iki ihlal bakımından Doğuş Otomotiv'e ceza verilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır. Bu sonuca ulaşırken Kurul, 24.03.2004 tarihi itibariyle Doğuş Holding ve Genpar'ın tasfiyesiz infisah yolu ile Doğuş Otomotiv'e devredilmesini ve Doğuş Otomotiv'in külli halefiyet ilkesi gereğince para cezasının muhatabı olmasını gerekçe göstermiştir. Dolayısıyla kararda yer alan açıklamalardan, Doğuş Holding ve Genpar'ın tüzel kişiliği son bulmamış olsaydı, cezaların şahsiliği ilkesi uyarınca ihlale katıldıkları dönem ile sınırlı olarak sorumlu tutulacakları ve Doğuş Otomotiv'e ise Kasım 1999 itibariyle sorumluluk atfedileceği anlaşılmaktadır.

Maaş Promosyonları Kararı⁷⁴

Kararda, bankacılık sektöründe faaliyet gösteren teşebbüslerin, özel firmalara promosyon verilmemesi ve protokolü devam eden kurumlara/ firmalara teklif verilmemesi hususunda yaptıkları centilmenlik anlaşması ele alınmıştır. Buna göre, 2001 yılından itibaren Akbank T.A.Ş., Garanti Bankası A.Ş., Türkiye İş Bankası A.Ş., Koçbank A.Ş. (Koçbank), Pamukbank A.Ş. (Pamukbank), Yapı ve Kredi Bankası A.Ş. (YKB) ile Türkiye Vakıflar Bankası T.A.O.'nun, 2004 yılından itibaren Finans Bank A.Ş.'nin, 2005 yılından itibaren Denizbank A.Ş.'nin söz konusu centilmenlik anlaşmasına katılmak suretiyle 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un (4054 sayılı Kanun) 4. maddesini ihlal ettikleri sonucuna ulaşılmıştır.

Kararda yer alan açıklamalar uyarınca, ihlale katılan teşebbüslerden Pamukbank, 18.06.2002 tarihli ve 742 sayılı Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu (BDDK) Kararı ile Türkiye Mevduat ve Sigorta Fonu'na (TMSF) devredilmiştir. 16.07.2004 tarihli ve 5230 sayılı "Pamukbank Türk Anonim Şirketinin Türkiye Halk Bankası Anonim Şirketine Devri ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun" ile Pamukbank'ın tüm aktif ve pasifleri ile bilanço dışı yükümlülüklerinin, Pamukbank, TMSF ve Halkbank arasında düzenlenecek bir protokol ile başka bir işleme gerek kalmaksızın Halkbank'a devri öngörülmüştür. Bu çerçevede, söz konusu bankalar

⁷⁴ 07.03.2011 tarihli ve 11-13/243-78 sayılı karar.

17.11.2004 tarihinden itibaren birleşik tek banka (Halkbank) olarak faaliyet göstermeye başlamıştır.

Öte yandan, ihlale katılan teşebbüslerden bir diğeri olan Koçbank, 01.10.2006 tarihli ve 26306 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 28.09.2006 tarih ve 1990 sayılı BDDK Kararı doğrultusunda, tüm hak, alacak, borç ve yükümlülükleri ile birlikte ve tüzel kişiliği tasfiyesiz sona ermek suretiyle YKB’ye devredilmiştir. Bir başka ifadeyle, 2006 yılında Koçbank, YKB ile birleşmiştir.

Kararda Pamukbank ve Koçbank’ın 2001 ve 2002 yıllarında anlaşmaya dâhil olduğu belirtilmiş, ancak bundan sonraki yıllarda ihlale katıldıklarına ilişkin bir tespit bulunmamıştır. Bu kapsamda, Koçbank ve Pamukbank’ın 2001-2002 döneminde centilmenlik anlaşmasına katıldığı kanaatine varılmasına rağmen, ihlalin gerçekleştiği tarihte yürürlükte olan 4054 sayılı Kanun’un mülga 19. maddesinde öngörülen 5 yıllık zamanaşımı süresinin dolması nedeniyle, söz konusu bankaların eylemlerinden dolayı Halkbank ve YKB’ye yaptırım uygulanamayacağına kanaat getirilmiştir. Kurulun bu yaklaşımı, zamanaşımı söz konusu olmasaydı, tüzel kişilikleri sona eren Pamukbank ve Koçbank’ın hukuki halefleri konumundaki Halkbank ve YKB’ye sorumluluk atfedileceğini göstermesi bakımından önemlidir.

*Maya Kararı*⁷⁵

Karar, Kasım 2011 – Mart 2013 döneminde dört maya üreticisinin aralarında anlaşarak ekmek üretiminde kullanılan yaş maya fiyatlarını yükseltmek suretiyle 4054 sayılı Kanun’un 4. maddesini ihlal etmelerine ilişkindir.

Kararda yer alan açıklamalara göre, söz konusu üreticilerden Dosu Maya Mayacılık A.Ş. (Dosu Maya), TMSF’den Akmaya İktisadi ve Ticari Bütünlüğü’nü devralmak için kurulmuştur. 2010 yılı Temmuz ayında gerçekleşen ihale ile Akmaya İktisadi ve Ticari Bütünlüğü’nün üretim tesisleri, markalar ve stoklar, Dosu Maya’nın kontrolüne geçmiş; Akmaya Sanayi ve Ticaret A.Ş.’nin (Akmaya) tüzel kişiliği ise ortadan kalkmıştır. Buna ilaveten karardan, Akmaya’nın Kurulun maya üreticilerine yönelik olarak çeşitli tarihlerde yürüttüğü soruşturmalar kapsamında idari para cezası aldığı anlaşılmaktadır.

Dosu Maya bakımından yapılan değerlendirmede, geçmişte Akmaya İktisadi ve Ticari Bütünlüğü'nün gerçekleştirdiği rekabet ihlallerinden yeni şirketin sorumlu tutulamayacağı, dolayısıyla Dosu Maya bakımından yapılan para cezası hesaplamasında tekerrürün dikkate alınmadığı belirtilmiştir. Bu çerçevede, Kurul her ne kadar tekerrür özelinde teşebbüs lehine değerlendirme yapmayı amaçlamışsa da, tekerrürün neden işletilemeyeceğini açıklayan gerekçenin farklı anlaşılmaya mahal verebilecek nitelikte olduğu değerlendirilmektedir. Nitekim Akmaya İktisadi ve Ticari Bütünlüğü'nün geçmişte gerçekleştirdiği rekabet ihlallerinden Dosu Maya'nın sorumlu tutulamayacağı yaklaşımının benimsenmesi halinde, devralan teşebbüse halefiyetten kaynaklı bir sorumluluk atfedilemeyeceği anlamı ortaya çıkacaktır. Bu noktada, farazi bir yaklaşımla, Dosu Maya'nın devralma işleminden önce Akmaya'nın gerçekleştirdiği rekabet ihlallerinden dolayı sorumlu tutulması önünde hukuken bir engel olmadığı düşünülmektedir.

Turizm Acenteleri Kararı⁷⁶

Söz konusu karardan, dört turizm acentesinin Ağustos 2012 – Temmuz 2013 döneminde otellerle ve turistlere yönelik hizmet sunan mağaza, eğlence yeri gibi diğer tesislerle olan dikey anlaşmalarını kullanarak bazı seyahat acentelerinin piyasadaki faaliyetlerini zorlaştırıcı ve bu teşebbüsleri dışlayıcı davranışlarda bulunduğu sonucuna ulaşıldığı anlaşılmaktadır. Kararda, ihlale katılan teşebbüslerden biri olan Antalya Depar Turizm İnş. Taş. Nak. Org. Oto. Yat. İşl. Tic.ve San. Ltd. Şti.'nin (Anex) tüm aktif ve pasiflerinin bir kül halinde, 20.04.2015 tarihinde V Turizm Seyahat Acentalığı Taşımacılık İnş. Tic. Ltd. Şti. (V Turizm) tarafından devralınması suretiyle V Turizm bünyesinde grup içi bir şirket birleşmesi meydana geldiği belirtilmiştir. Söz konusu birleşme gerçekleştikten sonra, V Turizm 22.07.2015 tarihinde tür değişikliği ile V Turizm Seyahat Acentalığı Taşımacılık İnş. Tic. A.Ş. (V Turizm A.Ş.) olmuştur. 26.03.2015 tarihinde başlatılan soruşturma kapsamında Kurul, aşağıdaki değerlendirmede bulunmuştur:

⁷⁶ 21.11.2016 tarihli ve 16-40/662-296 sayılı karar.

Türk hukukunda bir hukuk öznesine ait devredilebilir hak veya borçların başka bir hukuk öznesine geçirilmesinde ve sorumluluğu belirlemede külli halefiyet ilkesi kabul edilmektedir. Bu bağlamda, devralan teşebbüsün, külli halefiyet ilkesi gereğince, devrolunan teşebbüsün hak ve borçlarından sorumlu olduğu göz önüne alındığında, 20.04.2015 tarihinden sonra soruşturmanın muhatabı ANEX'in halefi olan VTURİZM A.Ş. olmuştur. Bu nedenle dosya kapsamında V TURİZM A.Ş. soruşturma taraflarından ANEX'i ifade etmektedir.

Görüldüğü üzere Kurul, külli halefiyet ilkesine atıfta bulunarak, Anex'in geçmişte gerçekleştirdiği davranışlarla ilgili olarak halefi konumundaki V Turizm A.Ş.'yi muhatap olarak almıştır. Yürütülen soruşturma neticesinde, Anex'in rekabete aykırı davranışlarından dolayı V Turizm A.Ş.'ye idari para cezası verilmiştir.

Yukarıda detaylarına yer verilen Kurul kararları bir bütün olarak incelendiğinde, Kurulun külli halefiyet ilkesi doğrultusunda haleflerin sorumluluğunu ele aldığı, bu kapsamda rekabeti kısıtlayıcı eylemlerde bulunan teşebbüsün tüzel kişiliğinin sona ermesi halinde hukuki halefleri geçmişte gerçekleştirilen rekabet ihlallerinden dolayı sorumlu tuttuğu anlaşılmaktadır. Öte yandan, mehz uygulamada karşımıza çıkan ve son dönemlerde eleştiri konusu yapılan diğer istisnai hallerin ise, henüz Kurul kararlarında yer bulmadığı görülmektedir. Bu bakımdan, Kurulun uygulamasının, istikrarlı bir şekilde ticaret hukukundaki külli halefiyet ilkesi ile paralel olduğu ve teşebbüsler açısından hukuki belirlilik sağladığı söylenebilecektir.

SONUÇ

Çalışmanın önceki bölümlerinde değinildiği üzere, rekabet ihlalleri bakımından kural cezaların şahsiliği olmakla birlikte, istisnai hallerde ekonomik devamlılık ilkesi uygulamaya konulmaktadır. Bu ilkenin istisna olması sebebiyle, sınırlarının rekabet otoriteleri ve mahkeme kararları ile net bir şekilde çizilmesi uygulama bakımından oldukça önem taşımaktadır. Bu bağlamda, cezaların şahsiliği ilkesinden taviz verilirken hukuki belirliliğin sağlanması, teşebbüslerin hangi durumlarda rekabet ihlallerinden sorumlu tutulabileceğinin öngörülebilir olması açısından

kritiktir. Nitekim bir teşebbüsün, başka bir teşebbüsün devralma işlemi öncesinde gerçekleştirdiği rekabet ihlallerinden sorumlu tutulabilecek olması, devralan teşebbüs açısından potansiyel ve gizli bir sorumluluk anlamına gelecektir.

Ekonomik devamlılık ilkesinin AB rekabet hukukundaki temel uygulama alanı, tüzel kişiliğin sona erdiği veya ekonomik olarak faaliyetlerin durdurulması neticesinde teşebbüsün idari para cezalarını ödeyemeyecek olduğu durumlardır. Bununla birlikte, kaynağını ticaret hukukundaki külli halefiyet ilkesinden alan ekonomik devamlılık prensibinin zamanla kapsamının genişlediği ve bu nedenle eleştiri konusu yapıldığı görülmektedir. Konunun Türk rekabet hukukuna yansımalarına bakıldığında ise, ticaret hukukundaki külli halefiyet ilkesine paralel şekilde değerlendirmelerin yapıldığı ve AB rekabet hukukunda eleştiri konusu yapılan istisnalara rastlanmadığı söylenebilecektir. Bu bakımdan Türk rekabet hukukunda, teşebbüsler açısından hukuki belirliliğin sağlandığı açıktır.

Ekonomik devamlılık ilkesi bakımından yapılacak olası bir değerlendirmede, ihlal konusu mal ve hizmetlerin hangi teşebbüs (ekonomik birim) tarafından yürütüldüğünün tespit edilmesi ve devralma işleminin tarafları arasında yapısal ve ekonomik bir bağ bulunup bulunmadığının ortaya konulması oldukça önem taşımaktadır. Söz konusu bağların ortaya konulmadığı durumlarda, teşebbüslerin şahsi sorumluluğu gündeme gelmeli; bir başka ifadeyle, ekonomik devamlılık ilkesi uyarınca devralan teşebbüslere ilave bir sorumluluk atfedilmemelidir. Aksi bir durum, potansiyel devralma işlemleri bakımından pratikte bazı tereddütlere yol açabilecek ve hukuki belirlilik ilkesine aykırılık teşkil edebilecektir. Günümüzde çok sayıda birleşme ve devralma işlemi gerçekleştiği dikkate alındığında, malvarlığı veya iş kolu devirleri bakımından teşebbüslerin rekabet hukuku ihlallerinden doğabilecek sorumlulukları öngörememesi, söz konusu işlemleri olumsuz yönde etkileme potansiyeline sahip olacaktır. Bu nedenle, ekonomik devamlılık ilkesinin rekabet otoritelerince geniş bir şekilde yorumlanmaması oldukça önem taşımaktadır.

KAYNAKÇA

- Atlee, L. C. (2016). *Third time's a charm: Parker-Hannifin and the principles of economic continuity and personal liability*. Erişim Tarihi: 01.05.2021, <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=531e8c77-5000-4103-9840-666d17b35686>.
- Brown, A. ve Schonberg, M. (2013). Widening the net: the general court extends the principle of successor liability in EU competition law. *European Competition Law Review: 34 (1)*, 1-5.
- Cassels, J. ve Gardner, J. (2013). *Let's talk 'successors'*. Erişim Tarihi: 19.04.2021, <https://www.fieldfisher.com/en/insights/lets-talk-successors>.
- De Stefano, G. (2011). General court rules on successor liability and apportionment of group liability in the gas insulated switchgear cartel. *Journal of European Competition Law & Practice: 2 (4)*, 344-346.
- Dural, M. ve Öz, T. (2001). *Miras hukuku dersleri*. İstanbul: Filiz Kitabevi.
- Dyckjær-Hansen K. ve Høegh, K. (2003). Succession of liability for competition law infringements with special reference to due diligence and warranty claims. *European Competition Law Review: 24 (5)*, 203-212.
- Garzaniti L. ve Scassellati-Sforzolini, G. (1995). Liability of successor undertakings for infringements of EC competition law committed prior to corporate reorganisations. *European Competition Law Review: 16 (6)*, 348-353.
- Høegh, K. (2004). Succession of liability for competition law infringements – the cement judgement. *European Competition Law Review: 25 (9)*, 534-537.
- Horvath, A. (2011). *Parental, successive and passed-on liability of undertakings for antitrust fines*. COFOLA 2011: the Conference Proceedings, First Edition, 1-16, Masaryk University, Brno, Çekya.
- Nomer, H. N. (1997). Halefiyet ile rücu hakkı arasındaki ilişki, özellikle sosyal sigortalar ile özel sigortaların rücu hakları bakımından halefiyetin rolü. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası: LV (3)*, 243-260.
- Petr, M. (2014). Limitations to the succession of liability. *European Networks Law & Regulation Quarterly: 2 (2)*, 173-175.

- Pike, R. ve Tosheva, Y. (2016). Buyer beware: liability of acquiring companies in *Schenker Ltd v European Commission and Deutsche Bahn AG v European Commission*. *Global Competition Litigation Review*: 9 (3), 104-109.
- Pulaşlı, H (2012). *6102 sayılı Türk Ticaret Kanununa göre yeni şirketler hukuku genel esaslar*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Vasbeck, D. (2018). The EU general court confirms that successor liability for EU competition law infringements may only exceptionally be based on economic continuity (Covers Rigid France). *e-Competitions Antitrust Case Law e-Bulletin: Aralık Sayısı*, 1-6.

Diğer Kaynaklar

- Slaughter and May (2016). The general court uses the principle of economic continuity to attribute liability for participation in a cartel. *EU Competition & Regulatory – 15-21 July 2016*: 29, 1-5.
- Steptoe and Johnson LLP. *The economic continuity principle*. Erişim Tarihi: 07.04.2021, <https://www.steptoel.com/images/content/6/0/v4/6047/The-economic-continuity-principle-3.pdf>.

Avrupa Birliği Adalet Divanı Kararları

- Joined Cases 40 to 48, 50, 54 to 56, 111, 113 and 114/73 *Coöperative Vereniging "Suiker Unie UA and Others v Commission* (Sugar) [1975] ECR I-1663.
- Joined Cases 29/83 and 30/83 *CRAM and Rheinzink v Commission* [1984] ECR I-1679.
- Case C-49/92P *Commission v Anic Partecipazioni SpA* [1999] ECR I-4125.
- Case C-248/98 *NV Koninklijke KNP BT v Commission* [2000] ECR I-9641.
- Joined Cases C-204/00P, C-205/00P, C-211/00P, C-213/00P, C-217/00P and C-219/00P *Aalborg Portland v Commission* [2004] ECR I-123.
- Case C-280/06 *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato v ETI SpA and others* [2007] ECR I-10893.

Case C-511/11 *Versalis SpA v Commission* [2013].

Case C-434/13 *Commission v Parker Hannifin Manufacturing and Parker-Hannifin* [2014].

Genel Mahkeme Kararları

Case T-6/89 *Enichem Anic v Commission* [1991] ECR II-1628.

Case T-38/92 *All Wheather Sports Benelux BV v Commission* [1994] ECR II-211.

Case T-134/94 *NMH Stahlwerke GmbH v Commission* [1999] ECR II-239.

Joined Cases T-25/95, T-26/95, T-30/95 to T-32/95, T-34/95 to T-39/95, T-42/95 to T-46/95, T-48/95, T-50/95 to T-65/95, T-68/95 to T-71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 and T-104/95 *Cimenteries CBR and Others v Commission* [2000] ECR II-491.

Case T-9/99 *HFB and Others v Commission* [2002] ECR II-1487.

Joined Cases T-259/02 to T-264/02 and T-271/02 *Raiffeisen Zentralbank Österreich AG v Commission* [2006] ECR II-5169.

Case T-161/05 *Hoechst GmbH v Commission* [2009] ECR II-3555.

Joined Cases T-117/07 and T-121/07 *Areva and Others v Commission* [2011] ECR II-633.

Case T-146/09 *Parker ITR and Parker-Hannifin v Commission* [2013].

Case T-146/09 *RENV Parker Hannifin Manufacturing and Parker-Hannifin v Commission* [2016].

Case T-531/15 *Coveris Rigid France v Commission* [2018].

Avrupa Komisyonu Kararları

Rolled Zinc Products and Zinc Alloys [1982] OJ L362/40.

Polypropylene [1986] OJ L230/1.

PVC [1989] OJ L74/1.

Newitt/Dunlop Slazenger International and Others [1992] OJ L131/32.

Steel Beams [1994] OJ L116/1.

Cement [1994] OJ L343/1.

Marine Hoses, Case COMP/39.406 [2009].

Rekabet Kurulu Kararları

Hazır Beton, 02.10.2006 tarihli ve 06-68/927-266 sayılı karar.

Doğuş Otomotiv, 28.01.2010 tarihli ve 10-10/90-40 sayılı karar.

Maaş Promosyonları, 07.03.2011 tarihli ve 11-13/243-78 sayılı karar.

Maya, 22.10.2014 tarihli ve 14-42/783-346 sayılı karar.

Turizm Acenteleri, 21.11.2016 tarihli ve 16-40/662-296 sayılı karar.

Rekabet Hukuku Reform Tartışmaları Çerçevesinde “Öldürücü Devralmalar”: İnovasyon Mu Yerleşiklerin Süreklileşmesi Mi?

23 Ağustos 2021’de alındı; 02 Ocak 2022’de kabul edildi.
Araştırma Makalesi

Emine TOKGÖZ¹

Özet

Son yıllarda dünyada gözlenen sektörel konsolidasyonun artması, eşitsizliğin belirginleşmesi, üretkenliğin durgunlaşması ve tahsis etkinliğinin bozulması problemleri rekabet politikasının mevcut dizaynı ve uygulaması hakkında soru işaretleri ortaya çıkarmıştır. Mevcut problemleri rekabet politikasının arzuladığı sonuçları başaramadığı yönünde veri kabul eden bazı merciler rekabet hukukunun temel varsayımları ve amacı dâhil tüm bileşenlerinde tarihsel sorgulamalarla reform arayışına girmiştir. 1970’lerden itibaren konsolidasyonu tolere edecek şekilde uygulanan devralma politikasının gözden geçirilmesi bu çabaların merkezinde yatmaktadır. Özellikle, dijital platformlar ve ilaç/biyoteknoloji başta olmak üzere, yenilikle karakterize olan piyasalarda yerleşik şirketlerin sık ve çoğu zaman bildirim tabii olmayan devralmalar yapması, toplumsal refah bakımından kilit önemdeki bu sektörlerde inovasyonun da tekelleşmesi riskini artırmıştır. Bu çalışmada ABD başta olmak üzere rekabet hukuku reform çabaları ile “öldürücü devralmalar”ın kontrolünün yazın ve uygulamaya girişinin arka planı ele alınmaktadır. Doktrindeki mevcut tartışmalar aktarılarak olası politika reformlarına katkı sağlamak amaçlanmaktadır.

Anahtar kelimeler: Yerleşikler, ekosistem, öldürücü devralma, reform, inovasyon

¹ Rekabet Kurumu, Daire Başkanı, etokgoz@rekabet.gov.tr, **Orcid Id: 0000-0002-8897-2060**. Çalışmada yer verilen görüşler, yazarın kendi görüşleri olup, Rekabet Kurumunu bağlayıcı değildir.

Killer Acquisitions” Within the Framework of Competition Law Reform Debates: Innovation or Perpetuation of the Incumbents?

Received 23 August 2021; accepted 02 January 2018
Original Article

Emine TOKGÖZ 

Abstract

Competition law reforms have become an inevitable and indispensable part of the ongoing debates around relentless consolidation in growth-inducing industries, centralization of innovation by a few incumbents, rising inequalities, stagnating productivity and the general decline in allocative/dynamic efficiencies. Whether a direct result of policy failure in competition law or not, the present predicament in market power-enhancing structures is a problem that policy reform is expected to address rapidly and effectively. Merger policy, practiced in a rather lax manner since the 1970s, is at the center of these reform efforts. Biotechnology/pharmaceutical and digital platform markets where the incumbents do not refrain from serial acquisitions, most of the time non-notifiable, are primary policy reform targets. This study attempts to review the existing literature and assess how merger policy and killer acquisitions in particular constitute a central part of the wider reform debate, with a focus on the US where the reform conversation is most developed.

Keywords: *Incumbents, ecosystem, killer acquisition, reform, innovation*

Giriş

Kavramlar ve ilkeler/amaçlar ile uygulama arasındaki ilişki hukuki reformların gerekliliğinin anlaşılması ve başarısı açısından birincil önemdedir. Özellikle kuralların mekanik² bir tarzda uygulanması ve amaçlardan uzaklaşılması esasa dair olan adaletin gecikmesi ya da mağlup edilmesi riskini haizdir (Pound 1908, 1921, s. 161; Radin 1989). Kavramlar her ne kadar çok boyutlu realiteye düzen sağlasa da aynı zamanda hakikati gölgeyebilmekte, politikaları gerçeklikten, ulaşılan sonuçları ise katlanılan bedellerden uzaklaştırabilmektedir (Brock 2011, ss. 721-723)³. Rekabet hukuku reform ihtiyacı ve tartışmasının arka planında da tüketici refahı başta olmak üzere birtakım kural ve kavramların uygulama kolaylığını da önceleyerek (Bernstein 2005, s. 327) uygulanması geleneğinin meydana çıkardığı istenmeyen sonuçlar yatmaktadır. Piyasa kavramının fiyat teorisini bağlamdan kopuk ele alması, piyasa analizlerinde gerçekliğin göz ardı edilmesi ve birtakım kavramların sterilize edilmesi, analizlerde modellerin tutarlılığının ön planda tutulması ya da kararlarda hata riskini önlemek adına kavramların daraltılması mekanize uygulamalara örnektir.

Başta aşırı konsolidasyon/yoğunlaşma olmak üzere rekabet hukukunun varlık amacına ters yapıların oluşması ve hukukun eksik uygulandığına dair iddialar uygulayıcıları kavramları ve kuralları yeniden düşünmeye itmektir. Bu yeniden düşünmenin başlangıç noktası ise doğal olarak piyasa kavramı, rekabet hukukunun amacı ve yasama-uygulama ayrımının derecesidir. Uzun süre konsolidasyonu refah için problem görmeyen ve hatalı müdahale riskini bertaraf etmeyi olası zararı engellemeye tercih eden yaklaşımların temelinde piyasa aktörlerinin stratejik davranışlarının analizlerde geri planda tutulması ve davranışların kavramlara sıkıştırılarak bağlamından kopuk ele alınması yatmaktadır. Rekabet hukuku uygulamalarında politik-

² Radin'e göre kuralın formelliğe ve tümdengelim metoduna dayalı uygulaması mekanik ve olumsuzdur. Bu çalışmada mekanik uygulamadan kastedilen buna yakın bir şekilde hukukun amacına, ampirik gerçeklere ve bütüncül etkilere rağmen belli kalıpların süregelmesidir.

³ Brock, John J. Flynn'e atıf yapmaktadır ("Antitrust Policy and the Concept of a Competitive Process," *New York School of Law Review*, 893, 1990). 1985-2008 arası sektörel yoğunlaşmaları analiz eden Brock, 14 sektörde ciddi alarm verdiğini, yoğunlaşmaların hem fiyat artışları hem de teknolojik ilerlemede düşüşe sebep olduğunu ortaya koymaktadır.

iktisatçıların uyardığı tuzağa düşülmüş olabileceği, piyasanın “nötr ve doğal bir teşekkül” (Chaudhry 1993, s. 246) gibi somutlaştırılmış olabileceği söylenebilecektir. Gelineen noktada, gerek üretkenlik ve inovasyon durgunluğu gerekse de artan karlılıklar ve fiyatlardaki artışlar karşısındaki gelir dağılımı eşitsizlikleri bu tuzaktan kurtulmanın ehemmiyetini göstermektedir. Son birkaç senedir yoğunlaşan ve en ciddi şekilde ABD’de izlenen rekabet hukuku reformu çalışmaları da bu bağlamda tüm varsayımları sorgulayan, yeni tip rekabet sorunlarını tuzağa düşmeden zamanlı bir şekilde çözebilecek rejimi tesis etme çabalarıdır. Söz konusu çabaların odağında ise iki ana sebeple devralma politikası yatmaktadır: devralmaların kontrolünün ileriye dönük bir politika aracı olarak eşsizliği ve etkinlik yaratması beklenerek ağırlıkla izin verilen devralma dalgalarının yoğunlaşmanın en önemli aracı olması.

Bu makalede; dijital ve ilaç/yaşam bilimi alanları başta olmak üzere gözlemlenen konsolidasyon ve yerleşiklerin çok sayıda ve sık startup devralması bulgusundan yola çıkılarak mevcut devralma rejiminin başta ABD olmak üzere nasıl sorgulandığı ve hangi olası reformların tartışıldığı ele alınmaktadır. Bu sayede, rekabet hukuku reformlarının devralmalar bakımından geldiği noktanın aktarılması ile tecrübelerin bundan sonraki uygulamalara ışık tutması planlanmaktadır. Çalışmanın birinci bölümünde küresel bağlamda rekabet hukuku reform söyleminin nasıl ortaya çıktığı ve ne şekilde ilerlediği yansıtılmaktadır. Yapılan ampirik çalışmaların mevcut rekabet hukuku kural ve teori setindeki zayıflıkları nasıl ortaya koyduğu ve bu duruma yanıt olarak yapılan reform çalışmalarına değinilecektir. Böylece reformların pratik ve teorik bağlamının anlaşılması sağlanacaktır. İkinci bölümde; içinde bulunduğumuz bu konsolidasyon sorunsalında devralma işlemlerinin sayıca artması ve sıklaşması ile mevcut rekabet hukuku devralma rejimi kısıtlarının rolü anlatılacaktır. Üçüncü bölümde ise “öldürücü devralmalar” kavramı, bu tür işlemlerin neden rekabet hukuku radarına çoğunlukla girmediği ve bu boşluğun yol açtığı sorunlar ele alınmaktadır. Buna müteakip, öldürücü devralmaların yeni ya da mevcut araçlarla etkin kontrolü için nasıl zarar teorilerine başvurulabileceği ve muhtemel savunmalar, aynı bölümün devamında, işlenmektedir. Çalışmanın dördüncü bölümünde, startup’ların finansman modelinde ciddi ağırlığı olan girişim sermayesinin (VC) dayandığı hızla elden çıkarma stratejisinin mevcut sorunsaldaki rolüne

yer verilmektedir. Beşinci bölüm ise; tüm bu bağlam ve reform çabaları ile öneriler ışığında kısa bir tartışma sunmaktadır.

1. KÜRESEL REKABET HUKUKU REFORM GEREKLİLİĞİNİN ARKA PLANI

1.1. Konsolidasyon ve Eşitsizliklerin Artması

Reform tartışmalarının en önemli kaynağı teknoloji ve ilaç sektörleri başta olmak üzere pek çok alandaki konsolidasyon, fiyat artışları, durgunlaşan inovasyon ve konsolidasyona cevaz veren iyimser varsayımlara dayalı devralma politikası olmuştur. *Apple, Amazon, Microsoft, Alphabet (Google) ve Facebook (Meta)*, dünyanın en değerli 6 şirketinden beşiyken⁴ dünyanın en büyük ilaç/yaşam bilimi şirketlerine bakıldığında ilk 10 şirketin 20 yıldır aralarında yaptıkları devralmalar hariç ilk sıralardaki yerini koruduğu gözlenmiştir (Danzon ve Carrier 2021, s.12). Bir yandan da inovasyon-yoğun bu sektörler başta olmak üzere genel olarak ekonomilerde üretkenliğin duraksaması bu konsolidasyon trendlerine eşlik etmektedir. Gelişmekte olan ülkeler için üretkenlik kaynaklı “orta gelir tuzağı” kanıksanmışken İngiltere Merkez Bankası gelişmiş ülkeler için de bir “üretkenlik bilmecesi” var olduğuna dikkat çekmektedir⁵. Yapılan çalışmalar, büyük şirketler büyürken ve devamlılık arz ederken üretkenliğin paralel artmadığını ortaya koymaktadır. Her ne kadar şirket konsolidasyonu yeni bir olgu olmasa da ve her ne kadar devralmaların genel olarak en az %70’i başarısızlıkla sonuçlansa da⁶ mevcut konsolidasyonun derecesi

⁴ Petrol şirketi *Saudi Aramco*’nun 3. sırada olması sebebiyle 6’da 5 durumundalar. Martin Wolf, “China is wrong to think the US faces inevitable decline” *Financial Times*, 27.4.2021.

⁵ En önemli sebeplerden biri olarak kalıcı hale gelmiş olan “zayıf yatırım” a vurgu yapılmıştır. Silvana Teneyro’nun “The fall in productivity growth: causes and implications” başlıklı konuşması, 15.1.2018, <https://www.bankofengland.co.uk/-/media/boe/files/speech/2018/the-fall-in-productivity-growth-causes-and-implications>; aynı argümanı Robert Gordon da ABD için kullanmıştır. <https://theconversation.com/why-productivity-growth-has-stalled-since-2005-and-isnt-about-to-improve-soon-159706>

⁶ Beklenen etkinliklerin gerçekleşmesi geriye dönük olarak test edildiğinde; *McKinsey*’e göre devralmalarda işlem sayısı bakımından yaklaşık %70 genel başarısızlık oranı, *Harvard Business Review*’a göre %70 ila %90 arasında bir başarısızlık oranı söz konusudur. Buna rağmen birleşme devralmalar sayıca -kriz dönemleri dahil- sürekli artmaktadır. Roger L. Martin, “M&A: The One Thing You Need to Get Right” *Harvard Business Review*, Haziran 2016. HBR verisinin 85 milyar \$ değerindeki AT&T/Time Warner birleşmesinin başarısız olmasından evvel yazıldığı da dikkate alındığında işlem değeri bakımından başarısızlık oranı ciddi boyuttadır.

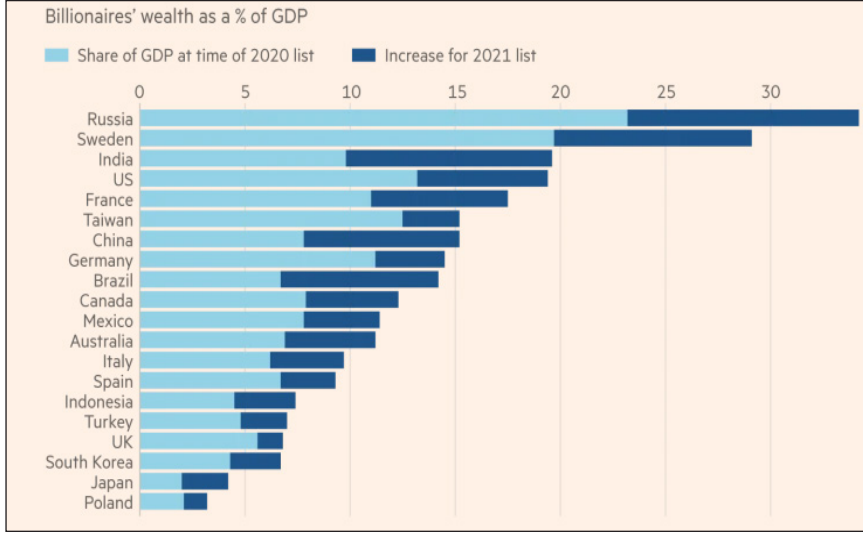
rekabet hukuku bakımından endişe verici olarak nitelendirilmektedir (Lande ve Vaheesan 2020, s. 108). Sagers (2021, s.2), devralmaların yalnızca hedef şirkete ödenen primler, devralan şirketin yöneticilerinin sağladığı faydalar bakımından bir kazanım olduğunu, hissedarların ve değer bakımından işlem taraflarının ise büyük çoğunlukla kaybeden olduğunu ortaya koymuştur. Oliver Williamson’ın piyasa aksaklığı olarak nitelendirdiği “mevcut ya da potansiyel rakiplerin uzun süredir ciddi hakim durum bulunan piyasaları rekabetçi hale getirmede kronik başarısızlığı” olgusu günümüz bağlamında yeniden ön plana çıkmaktadır (Williamson 1972, s. 517).

Diğer yandan, dünyada artan eşitsizlik ve COVID-19 salgınının bu trendi belirginleştirmesi son dönemde devralmaların kontrolünün daha dikkatle ele alınmasını hızlandırmıştır. Eşitsizliklerin keskinleşmesine dair en net bulgu; küresel sağlık ve toplumsal kriz yaratan COVID-19 salgını sürecinde küresel ölçekte faaliyet gösteren şirketleri de kontrol eden bireylerin toplam servetinin 5 tn\$’dan 13 tn\$’a yükselmesidir. Birkaç büyük teknoloji şirketinin aynı süreçte aşırı büyümesi, karlılık ve gelirlerindeki artışlar da büyükler ile diğerleri şeklindeki ayrımı büyütüştür. Bu bağlamda; ilk 5 şirketin toplam geliri %41 artmış ve toplam 322 milyar \$’a ulaşmıştır. Anılan şirketlerin karları da ciddi büyüme kaydetmiş ve 75 milyar \$’a ulaşmıştır (vergi sonrası). Google’ın reklam gelirleri %32; Facebook’un reklam gelirleri ise %46 artış kaydetmiştir⁷. Aşağıda Şekil 1’de 2020’den 2021’e servet eşitsizliğinin COVID-19 sürecinde nasıl hızlı artış gösterdiği yer almaktadır. Eşitsizlikte teknoloji ve ilaç firmalarının değerlemesinin pik yaptığı da hesaba katıldığında bu sektörlerin tabloya katkısı tahmin edilebilecektir⁸.

⁷ Richard Waters, “Big Tech’s surging growth stuns Wall Street,” *Financial Times*, 30.4.2021.

⁸ 19 Şubat 2020’den itibaren 12 ay içinde piyasa değeri en fazla artan 25 şirket sırasıyla şöyledir: Apple, Amazon, Microsoft, Alphabet, PayPal, FB, Shopify, Zoom, Square, Tencent, Meituan, Pinduoduo, Samsung, Sea, Alibaba, JD.com, Tesla, BYD, Amperex, TSMC, NVidia, ASML ve Kweichow Moutai, Wuliangye Yibin ve China Tourism Group Duty Free olmuştur. Sektörel dağılım ise yine sırasıyla şöyledir: Kuzey Amerika teknoloji, Asya teknoloji, elektrikli araçlar, chip ve tüketici ürünleri. McKinsey, “The Impact of COVID-19 on Capital Markets, One Year In,” Mart 2021.

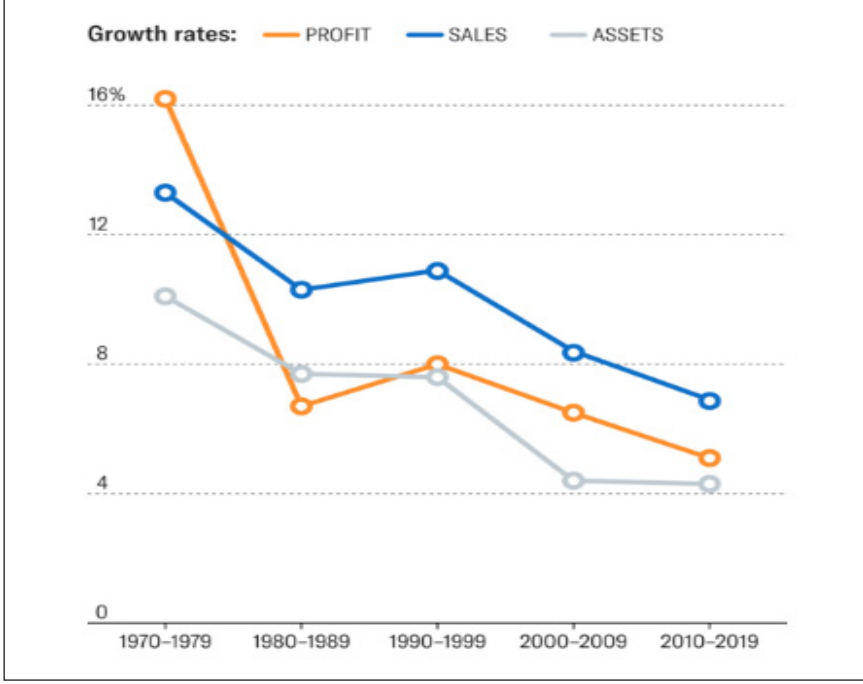
Şekil 1: Ülkelere Göre COVID-19 Salgını Sürecinde Aşırı Zenginlerin Milli Gelirden Aldıkları Payın Büyüme Trendleri



Kaynak: Financial Times, 14 Mayıs 2021 (koyu mavi kısımlar Δ büyüme göstermektedir).

COVID-19 ve sonrasında ayrıca büyük şirketlerin büyümesi, küçük ve orta ölçekli şirketlerin ise büyümesinin yavaşlaması daha belirgin hale gelmiş ve yeni politika arayışlarına yol açmıştır. Aşağıda Şekil 2’de ABD’de kar, satış ve varlık bakımından orta ölçekli işletmelerin büyüme trendleri sunulmaktadır. Sebeplerine yönelik yapılan değerlendirmelerde ise şu bulgular ortaya konmuştur: i) teknolojik gelişimden en fazla istifade edebilen şirketler sanal/online faaliyetleri belli bir ölçüğe ulaştırabilen şirketler olmuştur. Bu bağlamda ise büyük şirketler daha avantajlı olmuş fiziksel-online entegrasyonunu daha hızlı ve etkin başarmışlardır. İkinci olarak, son on yıl “kazanılan hepsini alır” ekonomisinin egemen olmasından dolayı 2008 sonrası iktisadi faydadan en çok pay alan şirketlerin büyük oyuncular olması ile sonuçlanmıştır (Govindarajan, Srivastava ve Enache 2021). İstihdamın çoğunluk olarak KOBİ’ler tarafından yaratıldığı ve genel olarak görece küçük ölçekli şirketlerin büyüklere oranla daha inovatif oldukları düşünülürse bu duruma karşı tedbir alınmaması kurumsal başarısızlığa davetiyedir (Bogus 2015, s. 10).

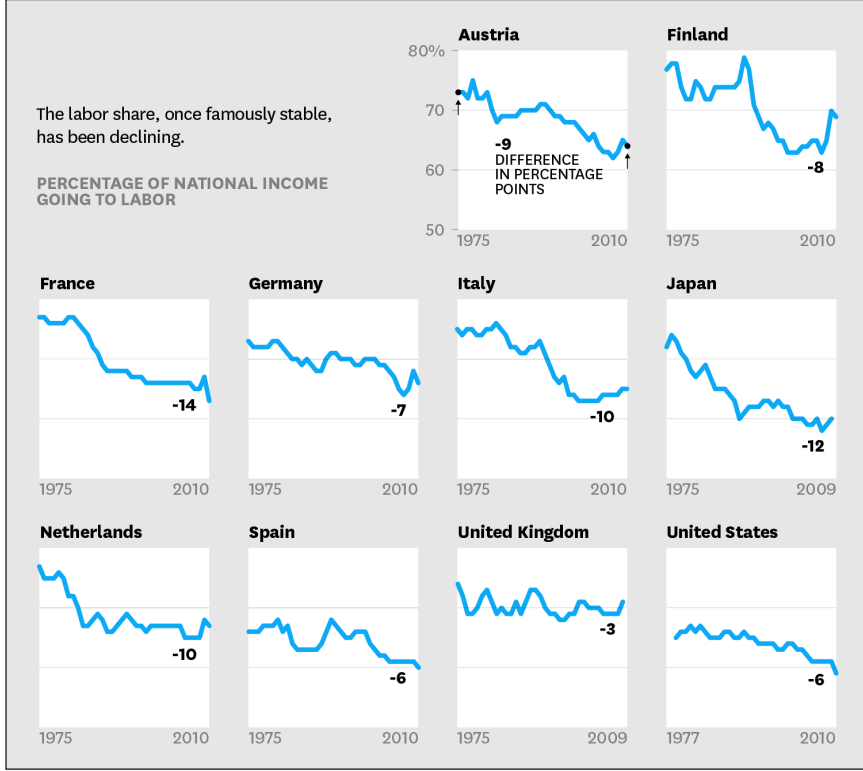
Şekil 2: ABD'de Orta Ölçekli İşletmelerin Kar, Satış ve Varlık Büyüme Eğilimi (negatif)



Kaynak: Govindarajan vd., *Harvard Business Review*, 2021.

Rekabet hukuku reform çabalarında önemli bir yer tutmaya başlayan istihdam piyasaları açısından baktığımızda da tüm dünyada çalışanların milli gelirden aldıkları payın gittikçe düştüğü ortaya konmaktadır. Bu eğilim de konsolidasyon ve iyimser rekabet politikası uygulamasıyla birebir ilişkili olabilecek potansiyeldedir. Aşağıda Şekil 3'te ABD Ekonomi Araştırmaları Ulusal Bürosu (NBER) ve *Harvard Business Review*'da (HBR) yayımlanan ülkelere göre düşüş trendi sunulmaktadır:

Şekil 3: Dünya Çapında Çalışanların Milli Gelirden Aldıkları Paydaki Düşüş Trendleri



Kaynak: David Autor vd. "Concentrating on the Fall of the Labor Share," NBER, Ocak 2017.

1.2. ABD'de Son Dönem Rekabet Hukuku Reform Tartışmaları ve Teklifleri

Biden Yönetimi Teknoloji ve Rekabet Politikası Danışmanı Tim Wu'ya göre birinci nesil teknoloji şirketlerinin (*WorldCom*, *AOL* gibi) muhasebe kurallarına rağmen strateji uyguladıkları gibi ikinci nesil teknoloji şirketleri de rekabet hukukuna rağmen çeşitli stratejilerle rekabeti bozmaktadır. Facebook/Meta kurucu CEO'su Zuckerberg'in ifadesi ile, rekabet hukukuna rağmen, "her zaman tüm rekabetçi startup'ları" devralmak yeni tehditlere karşı yerleşiklerin varsayılan stratejisi haline gelmiştir⁹. Özellikle dijitalleşmenin hızlanması ve

⁹ Tim Wu, "Facebook cannot buy its way out of competition," *The New York Times*, 21 Aralık 2020.

büyük teknoloji şirketlerinin tüm dünyada rekabet karşıtı davranışları iddialarıyla incelemelerin artmasıyla beraber 2016-2021 döneminde ABD Temsilciler Meclisi ve Senato’da pek çok araştırma ve reform teklifleri gündeme gelmiştir. Bu araştırmalarda pek çok belge ifşa edilmiş ve şirket yöneticilerinin ifadeleri alınmıştır. Mayıs 2021’de Temsilciler Meclisi rekabet hukuku alt komitesinde hastanelerin son yirmi yılda 1.600 devralmaya konu olduğu; aynı süreçte sektörün 2.300 ürün/hizmet piyasası incelemesine tabi olurken sadece 100 istihdam piyasası incelemesi geçirdiği; konsolidasyonun kırsal bölgelerde hastane çalışanları ücretlerini baskıladığına dikkat çekilmiş ve uzmanlar dinlenmiştir¹⁰. ABD, İngiltere, Avustralya ve Avrupa Birliği (AB) başta olmak üzere pek çok coğrafyada bu duruma karşı politika ve hukuk reformu çalışmaları başlatılmıştır. Aşağıda ABD’de çeşitli vekillerin bir kısmı gerçekleştirilen ya da resmi taslaklara giren reform teklifleri özetlenmektedir (Waller ve Morse 2020, ss. 1-3, 5-14):

Amy Klobuchar

- Devralmaların incelenmesinde yalnızca fiyat üzerindeki olası etkilerin dikkate alınmasının ötesine geçilmelidir.
- Tarafların dosyalama (işleme dair otoriteye başvuru) ücretleri artırılmalıdır; gelir durumuna endekslenirse hakkaniyet bozulmayacaktır.
- Planlanan işlemin rekabeti önemli ölçüde azaltmayacağına dair ispat yükü işlem taraflarına yüklenmelidir.
- Tarım ve gıda sektöründeki geniş çaplı devralmalar yeniden incelenmelidir.
- “Rekabet Savunuculuğu Ofisi” oluşturularak hükümete “rekabet hukuku düşünce kuruluşu” gibi hizmet vermesi sağlanmalıdır. Diğer kurumlarla işbirliği halinde olunarak muhtemel rekabet karşıtı davranışlara ilişkin veri toplanacak ve kurumlara tavsiye niteliğinde çalışmalar yapılacaktır.

¹⁰ Mlex, “US Senators examine hospital consolidation’s impact on labor markets,” 19 Mayıs 2021.

Elizabeth Warren

- Tarım işletmeciliği, sağlık ve teknoloji sektörlerindeki devralma politikasının reformu sağlanmalı; teknoloji ve sağlık sektörlerinde konsolidasyonun çalışanlar üzerindeki etkilerine yönelik tedbirler geliştirilmelidir.
- İlaç sektöründe “gecikme-için-öde” ve “tersine ödeme uzlaşması” gibi fiyatlandırma meseleleriyle daha etkin mücadele edilmesi sağlanmalıdır (jenerik rekabetinin geliştirilmesi).
- Hastaneler arasındaki tüm devralmalar taraflar işlemin daha iyi sağlık hizmetlerine erişimi sağlayacağını kanıtlamadıkça yasaklanmalıdır.
- Kurumsal yatırımcıların devralma işlemlerinin rekabete etkisi incelenmelidir.
- Federal Ticaret Komisyonu’nun (FTC) sağlık sektörünü denetleme yetkileri genişletilmelidir; sağlık merkezleri ve diğer tesisleri arasındaki devralmalar da eşiklerden bağımsız olarak FTC’ye raporlanmalıdır.
- Rekabet hukuku ve iş hukukunun kesişimindeki alanlarda reform önerileri: istisna sözleşmeli çalışanlar için sendika halinde pazarlık yapmalarının sağlanması; ücret ve maaşlarda düşüşe sebep olabilecek devralmaların yasaklanması, ayartmama anlaşmalarının yasaklanması, yetiştirici ve çiftçilerin dikey entegre gıda şirketleri ile olan ilişkilerinde daha fazla pazarlık gücüne sahip olmalarının sağlanması.
- 25 milyar \$ üzerinde yıllık küresel geliri olan teknoloji şirketlerinin hem platformu hem de platformda faal olan işletmeleri kontrol edebilmesi yasaklanmalıdır.

Diğer öneriler (başta “Tekel Karşıtı ve Rekabetin Yeniden Tesisi Kanunu” teklifi)¹¹

- Daha 2017’de verilen bir kanun teklifinde devralma analizlerinde “önemli ölçüde” kavramının “yeterli derecede” kavramı ile

¹¹ https://www.hausfeld.com/uploads/documents/2019_12_02_warren_draft_antitrust_bill.pdf

değiştirilmesi ve böylece daha düşük derecedeki yoğunlaşmaların da kontrol edilebilmesine yönelik öneri getirilmiştir.¹²

- Dışlayıcı davranışlara daha fazla eğililmesi.
- Devralmalarda koşullu izin verildiğinde 5 yıl boyunca kurumlara belli bilgilerin düzenli olarak otoriteye sağlanması.
- Devralma rejiminde kurumsal yatırımcılar (azınlık hisseler dahil) ve kabul edilen çözümler hakkında çalışmalar yapılması yoluyla güçlendirme sağlanması.
- İspat yükünün kurumlardan taraflara kaydırılması ile konsolidasyonun önlenerek rekabetin artırılmasının sağlanması; monopsona yol açan devralmaların yasaklanması.
- Herhangi bir işlem tarafının 40 milyar \$ varlık/yıl değeri olduğunda ya da tarafların toplam yıllık değerinin 15 milyar \$'ı geçmesi halinde devralmaların yasaklanması.
- Son 20 yılda gerçekleştirilen büyük çaplı devralmaların geriye dönük irdelenmesi ve bundan sonraki bu tür işlemlerde yalnızca likidite/ ödeme problemi gibi savunmaların kabul edilebilir sayılması.
- İlgili pazarlarda % 25 pay ve üzeri tarafın söz konusu olduğu işlemlerde daha titiz analizlerin gerçekleştirilmesi.
- 2019'da teklif edilen “İşveren Gizli İşbirliğini Sonlandırma Kanunu” çerçevesinde istihdam piyasalarına daha fazla eğilme ihtiyacı¹³.
- Fiyat dışı rekabet parametrelerine olan dikkatin artması ve rekabet karşıtı davranışların girişimciler, inovasyon, gizlilik ve çalışanlar üzerindeki etkilerin de dikkate alınması.
- COVID-19 dönemindeki tecrübeler dikkate alınarak güvenlik, sağlık gibi alanlarda belli birleşme-devralmaların yasaklanması¹⁴.

1.2.1. Biden Yönetimi'nin Reform Çalışmaları

Bugüne kadarki en önemli düzenleme çalışmaları 11 Haziran 2021'deki kanun teklifleri ile 9 Temmuz 2021'de yayımlanan ve otoritelere yol gösterici olan Başkanlık kararnamesidir. FTC tarafından adil olmayan ticari uygulamalarla ilgili yeni kural setleri hazırlanmaya ve Kararname'de yer alan sektörlerde hukuki uygulamalar ve çalışmalar

¹² İngilizce karşılıkları “substantially” ve “materially.” Hovenkamp, 2018, s. 626.

¹³ <https://www.congress.gov/bill/116th-congress/senate-bill/2215/text>

¹⁴ Patent, finans ve sağlık sektörü kriterlerine göre; özellikle sağlık ve diğer milli menfaatleri gözetmeyeceği belli olan işlemlerin yasaklanması gerektiği de teklifte yer almaktadır. 22 Mayıs 2020, <https://www.congress.gov/bill/116th-congress/house-bill/6989?s=1&r=1>

yapılmaya başlamıştır¹⁵. Diğer yandan 2020'nin son çeyreğinden itibaren *Google* ve *Facebook*'a karşı yeni davalar açılmış olup bunların esas kaynağını 2019-2020 döneminde Meclis Adalet Komitesi, Rekabet Alt Komitesi tarafından yürütülen "Dijital Piyasalarda Rekabet İncelemesi" oluşturmaktadır (ABD Temsilciler Meclisi 2020). Halihazırda Senato'da süreçleri devam eden Kanun tekliflerinde genel olarak yukarıdaki vekil programlarına benzer şekilde platformların fonksiyonel ayrıştırılması, veri taşınabilirliği, öldürücü devralmaların yasaklanması ve ispat yükünün yeniden dağılımı yer almaktadır. Bahse konu Kararname'de ise aşağıdaki hususlar ön plandadır:

- çalışanların daha kolay iş değiştirebilmesi, mesleki faaliyetlerde iktisadi hareketliliği yavaşlatan lisans vs. gibi yük getiren şartların azalması,
- reçeteli ilaçların maliyetlerinin azalması,
- işitme yardım cihazlarının eczanelerde satılmasının sağlanması,
- İnternet faturalarının azalması,
- biletlerde ilave ücretlerin daha şeffaf bir şekilde yer alması ve önceden bunların bilgisinin sağlanması,
- üreticinin bakım-onarım işlerinde üçüncü taraflara erişimi kısıtlamasının sona ermesi (bakım onarım işlerinde rekabetin gelişmesi),
- tüketicilerin banka değiştirmesinin kolaylaşması (tüm finansal işlem verileriyle birlikte rakip bankaya geçebilme),
- tarım ve çiftçilik ile uğraşan ailelerin sömürülmesinin önüne geçilmesi ve daha iyi gelir elde edebilmelerinin sağlanması (ürünlerin işlenmesi, paketlenmesi ve perakende satışı gibi arz zincirinin alt halkalarındaki büyük ölçekli aktörler),
- rekabet otoritelerinin kilit piyasalardaki problemlere odaklanması ve şirket yoğunlaşmasına karşı harekete geçmeleri,
- geçmişteki zararlı devralmaları incelemeye almaları,
- istihdam, tarım, ilaç/sağlık (hastane, ilaç, sağlık sigortası dâhil), teknoloji sektörlerinde rekabet politikasının sertleştirilmesi.

¹⁵ Kanun teklifleri: İnovasyon ve Çevrimiçi Tercih Kanunu, Platform Tekellerini Sonlandırma Kanunu, Platform Rekabeti ve Fırsatlar Kanunu, Hizmet Sağlayıcıyı Değiştirme ve Platformlar Arası Uyumun Artırılması Kanunu, Devralma Başvuru Ücretlerinde Modernizasyon Kanunu (ABD Temsilciler Meclisi veri tabanından erişilebilir); Kararname için erişim adresi: <https://www.whitehouse.gov/cea/blog/2021/07/09/the-importance-of-competition-for-the-american-economy/>

1.3. Avrupa Komisyonu’nda “Yeni Rekabet Aracı” ve Dijital Düzenleme Teklifleri

Temelini Crémer vd. tarafından 2019’da hazırlanan “Dijital Çağ için Rekabet Politikası” raporunun oluşturduğu yeni araç ve düzenleme teklifleri; dijital piyasaları “ekosistem” kavramı çerçevesinde ele almakta ve geleneksel piyasa tanımlanması, ispat standardı ve iyimser devralma varsayımları uygulamalarının yeniden düşünülmesi gerektiğine işaret etmektedir. Bu Rapor’da metodolojik ve esasa dair kısıtlar ele alınarak; devralmalarda, pazar tanımında, kararlardaki risk-zarar dengesinde (olası ihlalin zararının büyüklüğünün birincil önemde olduğu) ve ispat yükünde birtakım yeni yaklaşımlar önerilmiştir. İnovasyon rekabeti ve potansiyel rekabetin zarar teorilerinde daha güçlü yer bulması; konglomera (çok pazarlı) devralmaların ekosistem olgusu sebebiyle yatay işlem gibi değerlendirilebileceği Cremer Raporu’nun önemli önerileridir. Örneğin devralmalarda ilgili pazarın spesifik tanımlanması yerine “teknoloji alanı/inovasyon alanı” gibi kavramları kullanarak potansiyel etkilerin değerlendirilmesi vurgulanmıştır (Crémer, de Montjoye ve Schweitzer 2019).

Bu bağlamda; taslak halindeki Dijital Sektörde Yarışabilir ve Adil Piyasalar Tüzüğü¹⁶ (DMA), kısaca, üç özelliğe göre bir teşebbüsün bekçi niteliğini haiz olup olmadığı belirlemektedir: i) iç pazarda önemli etki ii) müşterilere açılan bir veya daha fazla geçitte faaliyette bulunuyor olmak iii) faaliyetlerinde pekiştirilmiş ve kalıcı bir konumdan faydalanıyor olmak (uzun süredir büyüyen, karlı, yerleşik gibi sıfatları haiz olmak); 6.5 milyar Euro ciro ya da 65 milyar Euro piyasa değeri, aylık ortalama 45 milyon kullanıcı tabanı ve 10.000 aktif kullanıcı firma gibi kriterleri sağlamak. Bu tür teşebbüslerin *ex ante* yükümlülükleri şöyledir: kişisel verilerin hizmetler-arası birleştirilmesinden kaçınma, platformda satış yapan firmaların fiyat belirleme özgürlüğünün kısıtlanmaması, firmaların kullanıcılarla reklam ve sözleşme gibi ilişkilerin kısıtlamaması, platformla ilgili şikayet ve benzeri konularda

¹⁶ Dijital Piyasalar Yasası (*Digital Markets Act*, DMA) olarak da anılmaktadır. Tüzük, Avrupa Parlamentosu onay aşamasında birtakım değişikliklere uğramıştır. Bunların arasında Komisyon’un ciro eşiğinin yükseltilmesi ve bekçi konumundaki platformların yapacağı tüm devralmaların bildirim tabi olacağı da vardır. Tüzüğün resmileşmesininin 2022 Sonbaharını bulabileceği belirtilmektedir.

kamu otoritelerine gidilmesinin engellenmemesi, firmaların gereksiz işlemlere zorlanmaması, reklam verenlerin ödemelerinin karşılığını nasıl aldıklarına dair ücretsiz bilgi sağlanması (Avrupa Komisyonu, DMA, 2020).

1.4. Chicago Okulu'nun Sorgulanması

Rekabet hukuku modern uygulamaları büyük ölçüde Chicago Okulu'nun tüketici refahı odaklı politika ilkelerine dayalıdır. Her ne kadar Okul, post-Chicago ile piyasa başarısızlıklarını kabul etmişse de bu çalışmada yer verilen bulguların da gösterdiği gibi rekabet hukuku-konsolidasyon açmazının uygulamanın temelinde yer alan bu entelektüel birikim sorgulanmadan çözülmesi ve reforme edilmesi mümkün değildir. Temelini rasyonel aktör modelinden alan Chicago Okulu, formel modelleme metodlarını kullanmakta ve rekabet hukukunu fiyat teorisi açısından ele almaktadır. Chicago Okulu'nun politika önerilerinin birçoğu sorgulanmaktaysa ve özellikle post-Chicago ve neo-Chicago Okulları ile çeşitlenmişse de iktisadın rekabet hukuku ve politikasına insicam sağlayacağı fikri Chicago'nun değişmeyen ve esas mirası olarak görülmektedir. Felsefesi rekabet kurallarının nasıl uygulanacağından ziyade kuralların nasıl formüle edileceğine odaklanan Okul, bu sayede idari maliyetlerin minimize edileceğine; belli ve sınırlı sayıdaki davranışlar dışında piyasanın aksaklıkları kendi kendine çözebileceğine inanmıştır. Bu bağlamda tüketici refahının maksimizasyonu amaç olarak belirlenmiş, böylece her bir karar ya da problemde refahın hesabı meselesi ile uğraşma ihtiyacı bertaraf edilmiştir (Werden 2018, ss. 1-6). Bununla beraber fiyat teorisi metodunu merkeze alarak rekabet hukukunu "teknikleştirmesi" ile hukukun gereğinden daha az caydırıcı hale gelmesine katkı yaptığı da ifade edilmektedir (Hovenkamp 2018, s. 594).

Chicago Okulu'nu tek başına on yıllar boyunca doktrinin tek hakimi olarak kabul etmek doğru değildir. Literatürde de kabul edildiği üzere, 1970'lerin ikinci yarısından itibaren rekabet hukuku/politikasında ciddi etkili olan Chicago Okulu tek başına tüm doktrini şekillendirmemiştir (Kovacic 2020, s. 464; Lamoreaux 2019, s. 108).

Harvard Okulu da bu gelişimde etkili olmuş; bununla beraber iki Okul savundukları politika araçları ve çıktılarının rasyonelleri bakımından farklılaşmışlardır. Chicago Okulu temel olarak kurumların bilgi asimetrisi ve diğer aksaklıklar sebebiyle başarısız olabileceğine vurgu yapmış ve piyasanın dinamizm ile idarenin müdahale eksiklerini giderebileceğini savunmuştur. Harvard Okulu ise kurumsal kısıtlar (hem dizayn hem de kapasite bakımından) sebebiyle daha az müdahaleci yaklaşımı benimsemiştir. Bununla birlikte her iki Okul da fiyat teorisi temelli “tüketici refahı” standardını benimsemiş ve buna göre pazar gücünün kontrolünde ana kriterin fiyat ve çıktı olması gerektiği temelinde birleşmişlerdir (Kovacic 2020, s. 492; Bogus 2015, s. 1)¹⁷. Bu noktada belirtilmesi gereken Chicago Okulu’nun post-Chicago Okulu ile zaten aşıldığı ve ikincisi sayesinde karmaşıklığın kabul edildiğidir¹⁸. Bununla beraber, Chicago Okulu’nun kabul gören zayıflıklarına karşılık daha sofistike araç ve teorilerin hukuka yansması halen gelişme aşamasındadır.

Diğer yandan bugün, özellikle son birkaç yıldır, ABD’de rekabet hukukunun köklerine geri dönmesi gerektiği ve 1970’lere kadar etkili olan, yapısalcı ve daha toplumsal eşitlikçi anlayıştaki yaklaşımı benimsemesi gerektiği savunulmaktadır¹⁹. Bu yeni yaklaşımın temelinde yapısal unsurlara daha çok ağırlık verilmekte aşırı büyüklüğün başlı başına bir problem olduğuna inanılmaktadır. Bu yeni yaklaşımın önemli bir parçası devralmalarda rekabet hukukunun dramatik boyuttaki geriye çekilmesidir (Kovacic 2020, s. 479). Daniel Crane’e göre FTC ve DOJ’dan ziyade mahkemeler Chicago Okulu’nun etkili olmaya başladığı 1970’lerden itibaren rekabet kanunlarının Meclis tarafından belirlenmiş amaçlarından uzaklaşmıştır. Bununla beraber, yasama, yargıdaki bu gidişatı yeni kanunlarla engellememiş; mahkemelere

¹⁷ Her ne kadar Harvard Okulu, kurumların azimli programları uygulama kapasitesine/kabiliyetine sahip olacağına inansa da tüketici refahı odağı dışındaki çoğulcu amaçlar için kurumsal kısıtların etkin uygulama bakımından aşırı olacağını savunmuştur.

¹⁸ Bogus (2015), ss. 27, 37. Bogus, Piketty’nin rekabet hukukunu “içeriğinin boşluğunu maskeleyen çalışan bir dal” olarak tanımladığına da dikkat çemiştir.

¹⁹ Yeni Brandeis Okulu (ilerlemeci okulun (*progressive movement*) da devamıdır) (Louis D. Brandeis, Woodrow Wilson Yönetimi’nde FTC’nin kuruluşu dâhil rekabet hukukunun kurumsallaşmasında liderlik yapmıştır; FTC’yi çevresini de besleyen/geliştiren bir kurum olarak tahayyül etmiştir.).

yasamanın idealizminden uzaklaşma sürecinde müdahale etmemiş; “metinselcilik”te ısrar etmemiştir (Crane 2021, ss. 1205-7)²⁰.

Bu yeni akımın birleşme-devralmaların kontrolü rejimi bakımından en ciddi argümanı devralmaların kontrolünü düzenleyen 1914 Clayton Kanunu’nun 1970’lerden itibaren eksik uygulandığıdır (Bogus 2015, s. 74)²¹. Chicago Okulu, bilindiği üzere kendinden evvel hakim paradigma olan Harvard Okulu’nun piyasa yapısına²² olan vurgusunu reddetmiştir. Yapıyı göz ardı ettiğinden ve bu sebeple pazar gücünü başlı başına bir problem olarak görmediğinden 1970’lerden itibaren devralmaların yasaklanması istisnai bir durum haline gelmiştir. Buna karşın 1960’larda banka ve perakende sektöründe düşük pazar paylı ve dikey işlemler de dahil olmak üzere yasaklama ile sonuçlanmış önemli emsaller mevcuttur (Bogus 2015, s. 76)²³. 1963 *Philedelphia National Bank* kararında net bir şekilde formüle edilen yapısal karine 1974’e kadar kararlarda yol gösterici olmuştur. Karine tetiklendiği anda işlemin yasaklanması kural olduğundan ispat yükü otomatik olarak taraflara geçmektedir (Carstensen 2015, ss. 226-227). Bu bağlamda, büyüklüğün Standard Oil örneğindeki gibi olumsuz sonuçlarının baskın olacağı, devralmaların baştan kontrolünün sıkı tutulması gereği ve hâkim durumu/yerleşikliği korumak adına oyuncuların rekabet karşıtı davranacağına kabulü Chicago Okulu’nun yükselişine kadar norm olagelmıştır (Lamoreaux 2019, s. 111; Sagers 2021). Konsolidasyonun yalnızca ürün ve hizmet piyasalarında sorun teşkil

²⁰ Yazar metinden sapsmaların Chicago Okulu’ndan evvel başladığını ifade etmektedir.

²¹ Clayton’dan sonra 1950’de devralmaların kontrolünün kapsamını genişleten ve FTC’ye tamamlanmış işlemleri dağıtma gibi yeni yetkiler veren Celler-Kefauver Kanunu ve 1976’da bildirim zorunluluğu getiren Hart-Scott-Rodino Kanunu devralma rejimini güçlendirmek üzere yürürlüğe girmiştir.

²² Piyasa yapısı, firmanın kararlarını belirleyen çevre olup şu unsurları ihtiva etmektedir: piyasanın sınırları ve talebin yapısı, alıcı ve satıcıların sayısı ve ölçekleri, giriş koşulları, ürün farklılaştırmasının derecesi, alıcılar ve satıcılar arasındaki bağımlılıkların varlığı (Crane 2013, s. 347).

²³ 1962 *Brown Shoe* kararında en dikkat çekici noktalar şöyle özetlenebilir: şirketin devralmalarla büyüdüğü, yerel sahipliğin önemi, küçük ölçekli işletmelerin korunması, işleme izin verilmesi halinde rakiplerin devralmalarla büyümesinin ve birleşik teşebbüsün pazar payına ulaşmasının zorlaşacağı, sektörde dikey bütünleşmelerin bağımsız perakendeyi öldüreceği (bir nevi sermayenin merkezileşmesi) ve oligopolleşmeyi tetikleyeceği ve bunun ise meclisin bizzat önlemeye çalıştığı mesele olduğu. Bogus 2015, s. 76.

etmediği; istihdam problemlerini de kötüleştireceği savunulmakta olup belli, dar bir kesime yapılan servet transferine de dikkat çekilmektedir (Bogus 2015, ss. 11-12)²⁴.

Yapısal koşulları merkezine alan ve önerileri yukarıda sayılan Yeni Brandeis Okulu'nun önemli bir eleştirisi, rekabet hukukunda tüketici refahı (dara kaybı) odağının kaybolmaması adına iktisadi metoda aşırı ağırlık verilmesidir. Bu eleştiriye göre, öncelikle, iktisat teorilerinin temel aldığı varsayımlar kaçınılmaz olarak ve bazen hızlı bir şekilde geçerliğini yitirebilmektedir (Bogus 2015, s. 118). Esasında Bork'un kendisi de iktisatçıların bazı kör noktalarına dikkat çekmiş ve hukukun ahlaktan kopması anlayışının sorgulanmasının bile tabu haline gelmiş olmasını eleştirmiştir²⁵. Ayrıca, tüketici refahı ile rekabeti birbirine eş gibi görmek, iktisadi bağımsızlığın ve inovasyon ve kalite gibi unsurların geri planda kalmasına sebep olmuştur (Werden, ss. 7-10). Diğer taraftan gerek 1890 Sherman Kanunu gerekse de diğer rekabet kanunlarında meclislerin yalnızca iktisadi saiklerle hareket etmediği gerek kanunun tartışılması sırasındaki konuşmalardan gerekse de mahkeme kararlarındaki söylem analizlerinden anlaşılabilir. Daha da önemlisi rekabet hukukunun merkezinde “piyasa” olması hasebiyle rekabet hukukunun yalnızca bir parametreye indirgenmesi, basitçe ölçülmeye müsait birkaç değişkene göre şekillenmesi beklentisi anlamsız kalabilmektedir. Bu noktada, Bogus'a göre yasamanın Sherman Kanunu'nda esas hedefi sermaye belli noktalarda yoğunlaşırken bireyin bunun karşısında “aciz/çaresiz” kalmasına son verilmesi gayesidir²⁶.

²⁴ Bugün yöneticiler ile çalışanlar arasındaki maaş farklarının 300 katı bulması bu eleştirilerin en somut örneğidir. Zaten yöneticilerin maaşları da şirket ölçeğiyle doğru orantılıdır. Diğer taraftan bu büyük eşitsizlik kurumsal yatırımcılar ve yönetim kurulları arasında birbirine bağlılık aracılığıyla da rekabet riski yaratabilmektedir. Bogus 2015, ss. 11-2.

²⁵ Bork'un şu ifadesi önemlidir: “İktisatçılar diğer herkes gibi ölçmeye müsait olan şeyi ölçecek ve geri kalan her şeyi göz ardı etmeye/unutmaya meyilli olacaktır. Buna karşın unutulmuş/göz ardı edilenler ölçülenlerden daha önemli olabilir.” Bogus (2015), s. 26; Bork'un anayasa-ahlak bağlantısı konuşması için bkz: “Morality and the Judge,” *Harper's Magazine*, Mayıs 1985 [Konuşmanın orijinal başlığı: “Tradition and Morality in Constitutional Law”].

²⁶ Bogus, Neale'in “ABD'nin Rekabet Hukuku Yasaları” kitabındaki şu değerlendirmesine atıf yapmaktadır: “Bu yasaların rasyoneli iktisadi gücü sınırlandırmak için hukuki frenler sağlamasıdır; etkinlik peşinde değildir.” Bu sebeple rekabet hukukunun “iktisadi mühendislik” gibi algılanması eleştirilmektedir. Bogus 2015, ss. 69, 80.

Bunun için de kurumsal müdahaleler olmaksızın piyasaların tekelleşmeye yatkın olacağını savunmuş, Chicago'nun beklediği gibi doğal evrimle en iyi sonuçları ortaya çıkaracağı varsayımını reddetmiştir (Elzinga ve Webber 2017, ss. 282-284).

2. DEVRALMALARIN KONSOLİDASYONDAKİ ROLÜ VE SONUÇLARINA DAİR YAPILAN AMPİRİK ÇALIŞMALAR

Özellikle 2016 yılından itibaren devralmaların sektörlerde yoğunlaşmaya yol açtığı (negatif etkilerinin üstün olduğu) ve genel refahı olumsuz etkilediğine dair ciddi ampirik çalışmalar yayımlanmıştır. Bu çalışmalara göre devralmaların sayı ve sıklık bakımından artmasının sonucu etkinlik iyileşmesi ya da varlıkların kullanımından ziyade artan pazar gücü ve marjlar²⁷ olmuştur. Bu çerçevede, ABD'de, piyasaların dörtte üçünden fazlasında ortalama %90 oranında yoğunlaşma artışı ve karlılıkta %142'lere varan oranlar kaydedilmiştir (Grullon vd. 2016, ss. 3-4).

Öncelikle şirketlerin neden birleşme-devralma yoluna gittiğine bakıldığında; genel olarak şu motivasyon ve koşulların şirketleri satın alma ve birleşmelere ittiği görülmektedir: Küresel rekabette geri kalmamak ve sermayeye yeterli derecede erişim için; gümrüklerdeki azalma/serbest ticaret sebebiyle karlılıklarının erozyona uğramasını önlemek için; nakit bakımından varlıklı olan şirketlerin asil-vekil problemi ve idari maliyetleri azaltmak için satın alma yapmaları; CEO'ların kendilerine aşırı derecede güvenmeleri, sermaye piyasasındaki aşırı değerlemeden faydalanılarak devralma yapılması, sinerji, serbestleşme ya da regülasyon gibi sektörel şoklar, finansman olanakları (Srinivasan 2020). Devralma dalgaları ise iki modelle kategorize edilmektedir: şirketlerin uzun vadede değerini maksimize etme amaçlı olan rasyonel aktör modeli ve borsalarda aşırı yüksek değerlendirme amaçlı irrasyonel yönetici kararlarına dayalı davranışsal modeller (Sudarsanam 2010, s. 31).

Birleşme ve devralmaların verimlilik ve ölçek ekonomisini artırarak daha düşük fiyatlar ve toplam iktisadi refah artışı ile ilişkilendirildiği

²⁷ Mark-up terimi için marj kullanılmıştır: maliyet üstü fiyatlar; satış fiyatından maliyet çıkarılarak hesaplanmaktadır.

kabul edilmektedir. Bununla birlikte, son yıllarda pek çok ampirik çalışmada²⁸ yoğunlaşmaların beklendiği gibi üretkenlik ve etkinlik artışı yaratmadığı; karlılığı aşırı artırdığı, yatırımlara yansımadağı ve gelir dağılımını bozduğu vurgulanmaktadır. Devralmaların, özellikle de büyük şirketler arasında olanların hissedarlar için zenginlik yaratmaktan çok zenginlik tahribatına sebep olduğu bilinmektedir (Bogus 2015, s. 22). Buna rağmen otoriteler devralma kontrolünü kademeli olarak azaltmıştır. Bu çerçevede, literatüre göre izin verici devralma politikasının günümüzde şu 4 probleme sebebiyet verdiği vurgulanmaktadır (Shapiro 2019):

- i) Aşırı karlar ve dağılımı: sermayenin geri dönüşünün artması (yatırımı cazip kılacak seviyenin çok üstü), bununla birlikte riskten arınmış geri dönüşün ise düşmesi. Ayrıca sermaye piyasalarındaki değerlemeler dikkate alındığında bu karlılığın devam edeceğini öngörülmektedir. Yine bu karın şirketler arasındaki paylaşımının aşırı çarpık olduğu yani az sayıdaki şirketin bu yüksek karlardan faydalandığı göz önüne alındığında ciddi derecede ve kalıcı nitelikteki pazar gücünün mevcut olduğu bulgusu.
- ii) Fiyat/maliyet oranlarındaki yükseliş (IMF 2019): 1980'den itibaren 82 ülke verisi incelenmiş ve markup'ların ortalama %30'dan fazla arttığı görülmüştür²⁹. Teknoloji ve ilaç sektörü bu trend bakımından önde gelen sektörlerdir. İlaç sektöründeki oyuncuların 1995'ten itibaren markup'larında %40, sektördeki yoğunlaşmada ise %80 artış kaydedilmiştir; karlılıkları ise iki katına çıkmıştır.
- iii) Sektörel yoğunlaşmaların kaynağının içsel/organik büyüme ve inovasyon olmaması: Büyük ölçekli firmalar³⁰ içsel büyümeden ziyade küçük şirketleri devralarak ya da dışlayarak büyümektedir.

²⁸ Örnek çalışmalar: UNCTAD, Trade and Development Report 2017, Beyond Austerity: Towards a Global New Deal; Philippon 2019; Covarribuas vd. 2019; Eeckhout 2021; Decker vd. 2016; Grullon vd. 2018.

²⁹ Karlılık ise %140 artmıştır.

³⁰ Autor vd. (2017) bu şekilde aşırı büyüyen firmaları "süper-star firmalar" olarak adlandırmaktadır. Bu firmaların rekabet avantajı kalıcı hale gelmiş olup esasında bu durum da hem yarışabilirliğe hem de Schumpeter'in beklentisine terstir. Daha fazla bilgi için bkz: Shapiro 2019, s. 75.

- iv) Çalışanların millî gelirden aldığı pay 1980'lerden itibaren ciddi oranda azalmıştır.

Her ne kadar marj artışları; sabit maliyetlerin artması, istihdam piyasasındaki monopson konum, ölçek ve ağ etkileri ve küreselleşme ile ilişkili olabileceksede yoğunlaşma ile simültane gözlemlendiği unutulmamalıdır. Korelasyon tek başına sebep-sonuç ilişkisine işaret etmese de konsolidasyon ve karlılık arasındaki nedenselliğin, rekabet hukukunun buradaki rolünün irdelenmesi önemlidir. Zira, güncel literatürde, rekabet hukukunun özellikle 1970'lerin ikinci yarısından itibaren görece zayıf uygulandığının bu durumda etkisi olup olmadığı sorgulanmaktadır. Bu hususta her ne kadar tam bir birlik yoksa da veriler şunları kanıtlanmış durumdadır (Berry, Gaynor ve Morton 2019, ss. 59-62):

- i) 1970'lerden itibaren rekabet hukuku daha zayıf uygulanmıştır.
- ii) Rekabet hukukunda ispat standardı otoriteler ve şikayetçiler aleyhine ağırlaşmıştır
- iii) Devralmalarda koordinasyon doğurucu etkilere yeterince önem verilmemiştir.
- iv) fikri haklar sömürüye konu olmuştur
- v) potansiyel rakipleri henüz küçükken devralmak, özellikle yerleşikler için, norm haline gelmiştir,
- vi) Marj artışının tam sebebi ortaya konmasa bile bu rekabet hukukunun hareketsiz kalması anlamına gelmemelidir; zira rekabetçi piyasaların norm olduğu bir dünyada tüketicilerin fayda sağlayacağı ve pazar gücünün bir kere elde edildiğinde kalıcı olduğu bilinmektedir.
- vii) Rekabet hukuku yerleşiklerin startup ve potansiyel rakipleri devralmasına özenle yaklaşmalıdır.

Avrupa'da yapılan bir ampirik çalışmada ABD'ye paralel bulgular ortaya konmuştur. Buna göre; şirketlerin %10'luk bir bölümü bütün karların %80'ini elde ederken, yıllık devralma sayısı 1990'lara kıyasla iki katına çıkmıştır. Diğer taraftan, yeni kurulan şirketlerin sayısı yok olan şirketlerin sayısından azdır. Böyle bir bağlamda dahi otoriteler halen devralma rejimini sıkılaştırmaktan kaçınmaktadır (Todino, van de Walle ve Stoican 2018, ss. 1-3). ABD'de oligopol piyasalarda izin verilen yatac devralmaları çalışan bir başka araştırmada devir

işlemine izin verilen şirketlerin yüksek oranda fiyat artışlarına gittiği ortaya konmuştur. Buna göre; tüm havayolu devirlerinde, 7 bankacılık devrinden 6’sında, 7 hastane devrinden 5’inde ve diğer sektörlerde toplam 18 işlemde 13’ünde birleşen teşebbüsler fiyat artışına gitmiştir (Ashenfelter, Hosken ve Weinberg 2014). Devralmalar ile üretkenlik arasındaki ilişkiyi inceleyen bir çalışmada ise imalat sektöründeki devralmaların marjları artırırken verimlilik artışı ile sonuçlanmadığı ortaya konmuştur (Blonigen ve Pierce 2016).

ABD’de yapılan ve tüm devralmaların ele alındığı bir çalışmada fiyatların ortalama %4 yükseldiği kaydedilmiştir. Bu işlemlerin %60’ından fazlasında fiyat artışı ortalama %9 yükselmiştir. Diğer yandan 42 büyük çaplı işleme yakından bakılmış ve bunların yalnızca 15’ine rekabet otoriteleri tarafından itiraz edildiği, 34’ünde fiyatların yükseldiği tespit edilmiştir (Becker 2018, s. 140; Kwoka 2013). Aşağıda açıklanacağı üzere; mevcut devralma rejimlerinde etkinlik yaratacak bir devralma işlemi yasaklamak şeklinde tarif edilebilecek “yanlış pozitif”ten kaçınmak normdur. Otoritelerin bu bağlamda faydalı bir devralma işlemi yasaklamış olmaktan öncelikle kaçınacağını dikkate alan çalışmalar, otoritelerin bu kaçınma çabasında başarılı olduğunu da tespit etmiştir. Ancak daha dikkat çekici olan bulgu ise; fiyat artışının yaşandığı 34 büyük ölçekli işlemde yalnızca 13’üne itiraz edilmiş olduğudur. Yani otoriteler ikinci tip hata olan “yanlış negatif” (rekabeti kısıtlayan devralmaya onay verilmesi) bakımından başarısız olmuştur ve %62 oranında ikinci tip hataya düşmüşlerdir (Becker 2018; Kwoka 2013). Dolayısıyla otoritelerin birleşme-devralmalara fazla tolerasyon gösterdikleri ve daha da önemlisi işlemlere koşullu izin verildiğinde çözümlerin yeterli olmayabildiği bir kez daha ortaya konmuştur.

Scherer (2006, s. 340), 1997-2004 arası devralmaları incelediği çalışmada devralmaların üretkenliği artıracığı hipotezinin doğrulanmadığı bulgusuna ulaşmıştır. Kwoka ve Gu (2015, s. 532), devralmaların duyurulmasını müteakip borsalardaki değerlendirme ile otoritelerin itirazına konu olan vakalar arasındaki ilişkiyi incelemiştir. Buna göre; yapısal yaklaşımların rekabet karşıtı işlemleri tespit ve önlemede otoritelere %94 başarı oranı sağlayacağı bulgusuna ulaşmışlardır. Ancak aynı çalışmada, otoritelerin %41 başarı oranı ile rekabet karşıtı işlemlere müdahale edebildiği ortaya konmuştur (A.g.e., s. 539).

Tüm bu bulgulara rağmen devralmalar hız kesmemiştir. 1997-2007 döneminde ABD imalat sektöründeki devralmaları inceleyen bir çalışmada; işlemleri takiben şirketlerde etkinliği artıracak mahiyette tesis iyileştirme, idari işleri konsolide etme yoluyla maliyet tasarrufu gibi herhangi bir maliyet etkinliğine dair bulgu olmadığı, bununla birlikte firmaların marjlarında %15 ila %50 artış gerçekleştiği saptanmıştır. Çalışmada yatay ve dikey devralma işlemleri ayrı ayrı ele alınmış ve teoriye uygun şekilde yatay devirlere konu olan şirketlerin marjlarındaki artışın yüzdesel olarak daha yüksek olduğu da tespit edilmiştir (Blonigen ve Pierce 2016). 2014-2017 arası yıl bazında 50.000 işlem gerçekleşmiş olup en son 2007-8 finansal kriz döneminde bu kadar fazla sayıda işlem yoğunluğu gözlenmiştir. 2006-2017 döneminde ise tarihin hiçbir döneminde görülmedik sayıda – yaklaşık 500.000- devralma işlemi gerçekleşmiştir. Diğer taraftan, son yıllarda sektörlerde büyük oyuncuların yaptığı işlemlerin sektörlerin genelindeki bir “varlıkların yeniden karılması” (*asset remix*) eğiliminin devamı niteliğinde olduğu da ifade edilmektedir³¹. Diğer taraftan 2015-2019 döneminde ABD’de gerçekleşen 78 büyük çaplı işlemin (devre konu şirketin 10 milyar \$ üstü bir değere sahip olduğu işlemler) sadece 3 tanesi yasaklanmıştır³².

2.1. İlaç/Biyoteknoloji Sektöründe Son 25 Yıldaki Devralma Kaynaklı İnovasyon Kayıpları

Biyoteknoloji, yaklaşık 40 yıllık gelişimi sonucunda 300 milyar \$’ın üzerinde yatırıma konu hale gelmiştir (Pisano 2006). Bu teknoloji esasen, bilim ile girişimciliğin bir araya getirilmesi olarak tarif edilmektedir. Bu sayede, araştırma ve geliştirme (Ar-Ge) başta olmak üzere inovasyonda ağ etkilerinden faydalanılması hedeflenmektedir. Özellikle yeni molekül keşiflerinin yüksek sabit maliyet gerektirmesi, ilaç keşfi sürecindeki darboğazlar, gen teknolojileri ve bilgisayar bilimindeki ilerlemeler, Ar-Ge’nin ticarileşmesini gerekli/olanaklı kılmıştır. Bununla beraber, 1990’lardan bu yana yeni bulunan ilaçların

³¹ İlaç sektöründeki varlık karması 68 milyar ABD Doları değerine ulaşmıştır. Benjamin Gomes-Casseres, “What the big mergers of 2017 tell us about,” *Harvard Business Review*, Ocak 2018.

³² Lande ve Vaheesan, s. 75. Yazarlar, gelir/değer bakımından 10 milyar \$ eşliğini geçen devralmaların yasaklanmasını önermektedir.

sayısı statik seyretmiş ve örneğin 2000 yılı itibarıyla 50 milyar \$ Ar-Ge yatırımından yalnızca 24 yeni ilaç elde edilmiştir. Bu ilaçların alt sınıflara ayrılmasında ise büyük çoğunluğunun yeni moleküler madde olmadığına, büyük ölçüde mevcut ilaçlara benzediği yani gerçek anlamda inovatif olmayan ilaçlar olduğuna dikkat çekilmektedir. 1989-2000 arası dönemde ABD Federal Gıda ve İlaç Kurumu'nun (FDA) onay verdiği ilaçlardan yalnızca %15'i gerçek manada yeniliktir (Nightingale ve Mahdi 2006, ss. 75, 86, 104; Mirowski 2011, ss. 214-215).

Bilindiği üzere inovasyon piyasaları elde etme problemi başta olmak üzere pozitif dışsallıkların söz konusu olduğu piyasalardır. Temel araştırmanın çok maliyetli olması, yanılmanın başarıya göre misli fazla olması, Ar-Ge'nin uzun süre gerektirmesi, bir kere keşif yapıldıktan sonra bunun faydalarını elde etme problemi ve faydaların hızlı yayılma etkileri inovasyon çabalarını ve yatırımları riskli kılmaktadır (Jaffe, Newell ve Stavins 2003).³³ Aşağıda da anlatıldığı üzere bu riskli yapı, girişim sermayesi (VC) fonlama modelini öne çıkarmış ve bu yatırımcılar da en hızlı ve etkin "çıkış modeli" olarak şirket satışı metoduna başvurur olmuştur. Dolayısıyla biyoteknoloji-ilaç şirketi işbirliklerinin rasyoneli Ar-Ge finansmanı ve inovasyon için ihtiyaç duyulan tamamlayıcı kabiliyetlerin sağlanarak elde etme problemi gibi dışsallıkların aşılmasıdır. Bununla beraber büyük ilaç şirketlerinin gerek kendi aralarındaki devralmalar gerekse de startup biyotekleri devralmaları ile ilaç sektöründeki inovasyonda izlenen durgunlaşma arasındaki korelasyon dikkat çekicidir.

Cunningham vd. tarafından yapılan ve son 25 yıldaki ilaç devirlerini analiz edilen çalışma dünyada tüm otoritelerin bu bağlamda dikkatini çekmiş ve bu çalışmada yer verilen reform çabalarına rehberlik etmiştir. Bahse konu çalışmada yaklaşık %7 oranındaki işlemde devralınan inovatif projenin sonlandırıldığı anlaşılmıştır. Çalışmaya göre devirlere mevcut durumdaki gibi izin verilmeye devam edilmesi halinde geliştirme aşamasındaki projelerin piyasa dışı kalması kaçınılmazdır (Cunningham, Ederer ve Ma 2021).

³³ Bu iş modeli ile kurulan ilk biyotek firmaları Genentech (1976; VC ve Üniversite işbirliği ile) ve Amgen'dir. Bu modelde üniversitelerden özel sektöre bir teknoloji transferi söz konusudur; VC ve diğer yatırım firmaları fon sağlamakta ve riski üstlenmektedir. Genentech önce halka arza gitmiş, daha sonra da Roche'a hisse satışı (%56) yapmıştır. Pisano 2006.

ABD’de FTC tarafından yayımlanan bir çalışmada; son 25 yılda ilaç, biyoteknoloji ve tıbbi cihaz sektörlerinde potansiyel rekabet ya da yeni doğan şirketlerin rekabetinin sıklıkla ele alındığı kaydedilmiştir. Bu çalışmaya göre son 25 yılda karşı çıkılan 82 devralma işleminin 63 tanesi ilaç, tıbbi cihaz, araştırma ve laboratuvar ekipmanı ile testlerle ilgilidir (FTC, Oldale vd. 2021). Bununla birlikte, 1990-2013 arasında 32 büyük ilaç/yaşam bilimi şirketinin birleşme ve devralmalara giderek 12 şirket kalacak şekilde konsolide olduğu da unutulmamalıdır (Fernald vd. 2017, s. 3)³⁴.

2016’da yapılan bir başka çalışmada ise rekabet kurumlarının ilaç sektörü devralmaları konusunda gereğinden fazla tolerasyon gösterdiği; devralma işlemlerinin inovasyon ve Ar&Ge’yi azaltıcı etkilerini gözden kaçırdıkları ortaya konmuştur³⁵. 65 devralma işlemini inceleyen ve işlem öncesi ve sonrası inovasyon/Ar-Ge performansına bakan ve bu performansları birleşme-devralma yapmamış şirketlerle de karşılaştıran bu çalışmaya göre; birleşen şirketler için dört yıl içinde Ar-Ge yatırımları ortalama yaklaşık %20 düşerken, rakipler de inovasyon çabalarını paralel olarak azaltmıştır. Sebepleri irdelendiğinde ise genellikle satın alan şirketin satın alınan şirketle benzer patent portföyüne sahip olması ön plana çıkmaktadır. Dolayısıyla yazarlara göre, bu tür devralmalarda otomatik olarak yeni tedavilerin keşif ve gelişimine ilişkin rekabet sekteye uğramaktadır. Çalışmanın ulaştığı önemli bir bulgu ise inovasyon rekabeti odaklı bu devralma işlemlerinde yalnızca devralma tarafları arasındaki inovasyonun değil; işleme taraf olmayan şirketler arasındaki inovasyonun da gerilediği bulgusudur (Kokkoris 2020, s. 65).

İlaç sektörünü ve ilaç fiyatlarını etkileyen komşu pazar sağlık sigortası şirketleri arasındaki sıklaşan devralmalar da ampirik çalışmalara artan oranda konu olmaktadır. Bu devralmaların olası zararlarıyla ilgili yapılan çalışmalara bakıldığında; sektörün işleyişi şöyle tarif edilmektedir: genellikle bir sağlık sigortası şirketinin

³⁴ Konsolidasyona örnekler: Johnson&Johnson bu süreçte bünyesine Centocor ve Alza’yı; Pfizer, Wyeth’i, Waner-Lambert’i, Pharmacia’yı, Upjohn’u, Monsanto’yu; Roche, Syntex ve Genentech’i; Glaxo Wellcome/Smithkline’i; Novartis Sandoz’u, Ciba-Ciba-Ceigy’yi, Alcon’u; Sanofi; Aventis’i, Genzyme’i; Zeneca, Astra’yı, Medimmune’ü; Merck, Schering Plough’ı bünyesine katmıştır.

³⁵ Gerek devralma sonrası birleşik teşebbüs gerekse de rakiplerin inovasyon ve Ar&Ge çabaları üzerinde ciddi büyüklükte negatif etkisi olduğu gözlenmiştir. Justus Haucap ve Joel Stiebale, “Research: Innovaton Suffers When Drug Companies Merge,” *Harvard Business Review*, Ağustos 2016.

maliyet profili %10 idari yönetim ve %90 tıbbi harcama şeklindedir; yine genellikle maliyet etkinliği argümanında yönetim giderlerini etkinleştireceklerini hesap ederler. Bununla beraber, danışmanlık ücretleri ve geçiş maliyetleri (devralma sonrası yeni yapı) buna engel olabilmektedir. Dolayısıyla sağlık sigortası alanındaki devralmalarda bu ikinci yaygın argüman önem kazanmaktadır. Şirketler, pazarlık güçlerinin artmasıyla sağlayıcılardan daha uygun fiyatlarla anlaşma sağlayacaklarını ifade etse de ve her ne kadar bu hususu doğrulayan bazı bulgular olsa da şirketlerin bu kazanımları tüketicilere daha düşük prim olarak yansıttığına dair ise yeterli kanıt yoktur. Bir diğer pozitif argümanları ise ürün/hizmet kalitesi artışıdır. İlgili sektörde bu yönde beklentiler tüketicilere daha ulaşılır olunması, yerele nüfuz etme, daha iyi ödeme koşulları ve sağlayıcıların sigorta planlarına yatırım yapması şeklindeyken, yoğunlaşmadan ziyade rakiplerin var olduğu bölgelerde hizmetlerin ve reçeteli ilaç bulunurluğunun daha iyi olduğu tespit edilmiştir. Sonuç olarak yapılan çalışmalar yoğunlaşma ile daha yüksek primlerin söz konusu olduğunu ortaya koymuş; herhangi bir tüketiciye yansıyan iyileşmeye dair bulgu işe elde edilememiştir (Dafny 2015)³⁶.

İlaç ve biyoteknoloji ile sağlık sektörünün diğer alanlarında rekabet hukukunun öneminin artmasının bir başka sebebi de son yıllarda fiyatların aşırı artması ve bütçeye yansıyan sağlık harcamalarındaki yüküdür. 2008-2016 arası ABD ilaç fiyatlarını araştıran bir çalışmada şu çarpıcı bulgular elde edilmiştir: Fiyatların iki katından daha yüksek bir seviyeye geldiği; ilaçlara molekül bazında bakıldığından jenerik moleküllerin bile yarısından fazlasının 1 ya da 2 teşebbüs tarafından satıldığı görüldüğü, 2010'dan beri jenerik girişinin düştüğü, örneğin Mylan gibi bir jenerik firmasının bile maliyeti 1\$ olan *Epi-Pen* ilacının dozunu 600 \$'a satabildiği (100 yaşında olan bir ilaç); insülin piyasasında üç oyunculu yapının yıllardır korunduğu ve buraya jenerik girişinin olmadığı; devralmalarda ciddi bir artış yaşandığı; J&J, *Pfizer* ve *Roche*'un global piyasanın istikrarlı bir şekilde %40'ını elinde tuttuğu ve yine 3 büyük jenerik firmanın da (*Mylan*, *Sandoz* (*Novartis*) ve *Teva*) piyasanın %65'ini kontrol etmeye devam ettiği (Moss 2020). Gerek fiyat artışları ve bütçeye getirilen yük gerekse de inovasyon ile karakterize olması beklenen bu piyasalarda yeni moleküler madde keşfindeki durağan ve hatta gerileyen seyir, gerçekleşen devralmaların

³⁶ Yazar aynı dönemde ABD Meclisi, rekabet alt komitesinde de ifade vermiştir.

gözden geçirilmesi ve ilerideki devralmaların kontrolünde ihtiyatlı davranılması ihtiyacının açık göstergeleridir.

2.2. Dijital Platformların Yaptıkları Devralmalar

Beş büyük teknoloji şirketinin devralmalarla büyüdüğü ve son 20 yılda 900 devralma işlemi gerçekleştirdiği, mevcut güçlü konumlarının bu devralmalarla perçinlendiği pek çok akademik çalışmada ve politika belgesinde vurgulanmaktadır (Kwoka ve Valletti 2020, s. 6; FTC 2021(b)). Bu beş şirketin yıllık bazda 44,9 devralma işlemi yaptığı; Whatsapp devralmasının da gerçekleştiği 2014 yılında devralma sayısının ve işlem değerinin pik yaptığı; 2008-2018 döneminde hedef şirketlerin %60'ının ortalama dört yıllık startup'lar olduğu kaydedilmektedir (Rizzo 2021, s. 7). Bunların yanında, 2000 yılından bugüne kadar bu şirketlerin yaptığı hiçbir devralma işlemi yasaklanmamıştır. Facebook, Google ve Oracle gibi şirketlerin yaptıkları devralma işlemlerini müteakip çok sayıda startup ve projeyi/hizmeti kapattığı da literatürde vurgulanmaktadır. Bu bağlamda Facebook 2020 itibarıyla yaptığı 90'ın üzerinde işlemde 39 ürün ve hizmeti kapatmıştır. Google da Waze'i ve kendi bünyesindeki Nest ile rekabet edebilecek Smart Home Company'yi devralmayı müteakip kapatmıştır (Feldman ve Lemley 2021, ss. 30-33). FTC'nin 2010-2019 döneminde işlem tablosu şu şekildedir:

Tablo 1: 5 Büyük Teknoloji Şirketinin Yıllara Göre Toplam Devralma İşlem Sayıları

Yıl	5 Büyük şirketin toplam işlem sayısı	5 büyük şirketin ortalama devralma işlem sayısı
2010	52	10,4
2011	53	10,6
2012	43	8,6
2013	63	12,6
2014	79	15,8
2015	74	14,8
2016	63	12,6
2017	70	14
2018	66	13,2
2019	64	12,8

Kaynak: FTC 2021(b), s. 12.

2.2.1. Dijital Ekosistemlerde İnovasyonun Şekli ve Platform-Tamamlayıcı İlişkilerinin Önemi

Dijital piyasalardaki inovasyonun temelinde yapay zeka ve makine öğrenmesi bulunduğundan inovasyon becerisinin birincil bileşeni veridir. Marty ve Warin (2020a, ss. 2-3), platform ile tamamlayıcıları arasında ikinci grubun eksik veriye sahip olmasından dolayı aşırı bir teknik ve iktisadi bağımlılık oluştuğunu; bu sebeple de gerek ekosistem içi gerekse de ekosistemler arası rekabetin sekteye uğradığını vurgulamaktadır. “Vakum etkisi” şeklinde tarif edilen bu durumun esasında inovasyon-merkezli olan bir sektörde paradoksa yol açtığı; platformların çeşitli karartıcı uygulamalarla ya da öldürücü devralmalarla tamamlayıcı aktörlerin inovasyon kabiliyetini sekteye uğratabildiği ifade edilmektedir (A.g.e., s. 10).

Platformun altyapı yanında veriyi de kontrol etme kabiliyeti ile ortaya çıkan vakum etkisinin konsolidasyon ve piyasa kapatmaya yol açması iki ciddi zarara sebep olmaktadır (Marty ve Warin 2020b):

- i) tercihlerin kısıtlanması: ekosistemin kalitesi düşse bile platformun müşterileri/tüketicileri halen tutabilmesi gibi arzulanmayan bir sonuca yol açmaktadır (2018 Komisyon *Android* Kararı; ayrıca *Facebook* Almanya ve Türkiye incelemeleri için potansiyel test – kullanıcıların gizlilik politikası güncellemesine izin vermek zorunda olmaları olgusu bile tek başına refah ve kalite kaybına işaretler-).
- ii) rakiplerin giriş yapmasının kısıtlanması: platformun herhangi bir potansiyel rakibi hızla tespit edip tehdidi elemine etme kabiliyeti (Temsilciler Meclisi İncelemesi’nde *Facebook* iç yazışmaları (bkz: bir alt bölümde) ve belgeleri ile 2020-21 FTC *Facebook* şikâyetindeki iddialar önemli göstergedir).

Mevcut devralma rejimi ve genel olarak rekabet hukuku uygulamalarında fiyat odaklı analizler ile tamamlayıcı ürün ve hizmetlerin konu olduğu konglomera devralma işlemlerinde geleneksel olarak izin verici yaklaşım hakimdir. Bu bağlamda, dijital sektörde ekosistemleri ve bu ekosistemleri kontrol eden platformların iş modelleri ve stratejilerinin analizlerin merkezine alınması birincil önemdedir. Gerek tamamlayıcı ürün ve hizmetlerin yaratıcılarının

platformlarca engellenmemesi ya da kopyalanmaması gerekse de potansiyel bu rakiplerin devralınmasının yerleşikleri sürekli kılmasının önüne geçilmesi ancak ilgili pazar, fiyat, bildirim eşiği gibi geleneksel kavram ve analiz odaklarının yeniden düşünülmesi ile mümkündür.

Diğer yandan, bu yeniden düşünme ve reform süreci hem şimdiye kadar ciddi zaman almıştır hem de dijital sektör doğası gereği çok hızlı geliştiğinden konsolidasyonun maliyetleri de artmaktadır.

Ekosistemler yalnızca tamamlayıcılar için “karanlık” olmayıp otoriteler için de oldukça karmaşıktır. Gerek ispat standardının otoritelerde olması gerekse de bilgi asimetrisinin dijital piyasalarda ilaveten yüksek olması ile karmaşıklık yerleşik ekosistemler lehine bir kez daha hukukun uygulanması dengesini bozmaktadır. Bu bağlamda; ekosistemlerle karakterize olan platform işlemlerinde yapısal varsayımlar ile yoğunlaşmanın en baştan engellenmesi yaklaşımının norm olması ile hızlı müdahale ve dinamizme daha hızlı ayak uydurulabileceği savunulmaktadır (Salop 2019, s. 30). Buna ilaveten, davranışsal ya da elden çıkarma koşulu ile izin verilen devralmalar da dahil, izin verilen işlemlerin yüksek oranda başarısız olduğu, fiyat artışlarına yol açtığı ve elbette yerleşik beş şirketin 20 yıla yakın bir süredir devralmalarla büyüdüğü gibi olgular da bu savı desteklemektedir.

2.2.2. ABD Temsilciler Meclisi’nde Sunulan Devralma Stratejilerine Dair Belgeler³⁷

Aşağıdaki yazışmalar; her ne kadar tüm dünyada izin verilmiş ya da izne tabi olmadığı gerekçesi ile inceleme dışı kalmış olsa da Facebook/ Meta (FB) tarafından yapılmış olan iki büyük devralma işleminin arka planındaki rekabeti ve inovasyonu bozucu saikleri ortaya koymaktadır. Temsilciler Meclisi’nde diğer teknoloji şirketleri ile ilgili yazışmalar da ifşa edilmişse de Facebook’a ait bu belgeler devralma rejimindeki reformların gerekliliğini, platformların stratejilerinin kısa ve uzun vadede ekosistem içi ve ekosistemler arası rekabeti yok etme kabiliyetini açık bir şekilde ortaya koyması sebebiyle seçilmiştir.

³⁷ Facebook’un mobil dünyadaki ana faaliyet alanlarının nasıl evirileceğini Instagram’la olan rekabetin belirlediği de ifade edilmiştir. Devamında Zuckerberg tarafından “gerçekten korkunç” bir durum olarak tarif edilmiştir. Tüm belgelere şu adresten ulaşılabilir: <https://judiciary.house.gov/online-platforms-and-market-power/#1>

Facebook/Instagram

- 2011’de Instagram’la ilgili: “insanlar büyük hoş fotoları sever... problem bizim dayak yiyor olmamız.”; “... Biz zaman içinde toparlanıp buna karşı durmaya çalışırken Instagram, mobil fotoğrafta bize büyük ve ciddi bir rakip haline geldi[; Instagram,] gittikçe daha fazla fotoğrafın geleceği haline gelecek... hem işlevsellik hem de marka olarak Facebook Blue’yu çok geride bırakacak... çok fazla para ödemeyi düşünebiliriz [satın alma teklifi için.]”
- Instagram devralmasına ilişkin olarak Zuckerberg tarafından CFO’ya gönderilen elektronik postada yer alan ifadeler: ... Instagram’ın işlevlerini Facebook’a entegre entegrasyon da bir faktör...12-24 ay içinde entegre ederiz... bu meseleye bir başka bakış açısı da gerçekten satın aldığımız şeyin zaman olduğu. Başka rakipler ortaya çıksa da Instagram, Path ve Foursquare vb.’lerini satın almak rakibin bunların ölçeğine bir kez daha ulaşmasına kadar bir yıl ya da daha fazla zaman kazandıracak. O zaman içinde de sosyal mekaniklerini dahil edip belli bir ölçeğe ulaştırdığımızdan rakiplerin ürünleri fazla ilgi (yeterli ölçek) sağlayamayacak.”³⁸
- Zuckerberg’den bir meslektaşına iletilen ifadeler: “Instagram’ın Google+’ın değil bizim rakibimiz olduğu hakkındaki şirket içi yazını hatırlıyorum. Temel olarak haklıydın. Startup’lar hakkında geçerli bir şey var ama; çoğu zaman onları devralabilirsin.”³⁹
- Zuckerberg’in 2008’deki bir elektronik postada kullandığı ifade: “Satın almak rekabet etmekten daha iyi.”⁴⁰
- Facebook’un yazışmalarının genel olarak Instagram ve Whatsapp devralmalarının bir anlamda “zaruri” olduğu, zira Facebook’un rakiplerine (Twitter ve Instagram gibi) kıyasla daha iyi ürün geliştiremediği değerlendirilmeleri yapılmaktadır.⁴¹
- Instagram için Facebook’un sözünün bir “kılıç” niteliğinde olduğu ve devralma gerçekleşmezse FB’un “yok et moduna geçeceği”nin bilindiği⁴².

³⁸ FTC’nin 13 Ocak 2021 tarihli şikayet dilekçesinde bu elektronik postaya atıf yapılmıştır. https://www.ftc.gov/system/files/documents/cases/051_2021.01.21_revised_partially_redacted_complaint.pdf

³⁹ FTC, 13.01.2021, par.15.

⁴⁰ FTC, 13.01.2021,

⁴¹ “Facebook/FTC: burning platform,” *Financial Times*, 10 Aralık 2020.

⁴² “The trustbusters come for Facebook. Finally.” *The New York Times*, 10.12.2020.

- FTC'nin şikayet dilekçesinde, teoriyle de uyumlu olarak Facebook'un Instagram'ı kendi ürünü olan Facebook Blue'yu yok etmesinin önüne geçmek için satın aldığı; yazışmaların Instagram'ın bağımsız kalması halinde FB'un kişisel sosyal ağ tekeline önemli bir rakip teşkil edebileceğini ortaya koyduğu ifade edilmiştir⁴³.

Facebook/Whatsapp

- FTC'nin şikayet dilekçesine göre göre FB, mobil mesajlaşma hizmeti sunan bir uygulamanın kişisel sosyal ağ piyasasına girmesi ciddi bir tehdit olarak görülüyordu. Bu bağlamda popüler ve yaygın kullanıma sahip potansiyel rakip Whatsapp'ı devralmak, bu alana yatırım yapmak ve inovasyona gitmek yerine tercih edilen strateji olmuştur. Whatsapp, herhangi bir operatöre münhasır olmadığından ya da yerleşmiş bir profil sergilemediğinden mobil mesajlaşmada “kategori lideri” olarak tarif edilmiştir. FTC'ye göre FB, Whatsapp'ı satın alarak hem rekabeti nötralize etmiş hem de gelecekteki mobil mesajlaşma uygulamalarının ölçeklenmesi ve kişisel sosyal ağ alanına girmesini de zorlaştırmıştır.
- FB'un büyüme direktörünün tahmini (iç yazışma): “bu şirket olarak şimdiye kadar karşı karşıya kaldığımız en büyük tehdit olabilir.”
- FB B&D sorumlusu: Whatsapp'ın mobil mesajlaşmasının kendilerinin web tabanlı olarak liderlik ettiği sosyal aktivite/ paylaşımın mobildeki devamına “takoz” olduğu değerlendirmesi (iç yazışma)⁴⁴.
- FB çalışanlarının Whatsapp devralma planı açıklandıktan sonraki iç değerlendirmesi, Whatsapp'ı şöyle tarif ediyorlar: “muhtemelen yeni nesil FB'un saf mobil haline kadar büyüyecek olan tek şirket.”
- FB'un “büyüme takımı”: Alex Schultz, Javier Olivian ve Naomi Gleit'in *Financial Times*'a verdiği mülakatlara göre bu takım daha baştan rakipleri hızlı bir şekilde tespit etmeye odaklıdır. Bu kültür, FB'un manipülasyona yatkın bir platform olmasına yol açan faktörlerden biridir. Örneğin “North Star” adlı bir ölçü

⁴³ FTC, 13.01.2021, par.16.

⁴⁴ FTC2021, Par.19 https://www.ftc.gov/system/files/documents/cases/051_2021.01.21_revised_partially_redacted_complaint.pdf

kullanılarak kullanıcıların platforma ne kadar angaje olduğu sürekli izlenmektedir⁴⁵.

2.2.3. İnovasyon-Rekabet İlişkisinde Schumpeter ve Arrow Tezleri

İnovasyon ile karakterize olan bu iki sektördeki yoğun devralma işlemleri ve bunun sonucunda yerleşiklerin pazar gücünün artması sorunsal kaçınılmaz olarak rekabet-inovasyon ilişkisine işaret etmektedir. İnovasyon, genel olarak rekabet ile beslenen bir süreç olup bu süreç dört faktörden etkilenmektedir: i) firmalar arasındaki rekabet onları yeni ürün ve süreç inovasyonuna teşvik eder ii) firmalar arasındaki rekabet, mevcut ürünü daha düşük maliyetle üretmeye ya da o ürünü iyileştirmeye iter iii) inovasyonu başardıktan sonra yoğun rekabete maruz kalacağını hesap eden firma, Ar&Ge yatırımları yapmaya gönüllü olmaz iv) firma, inovasyonu başarması halinde rakiplerinin Ar&Ge harcamalarının azalacağını düşünürse inovasyona ekstra çaba harcar (Shapiro 2010). Bu çalışmada, öldürücü nitelikteki devralmaların özellikle radikal inovasyon üzerindeki etkilerine ağırlık verilmektedir. İnovasyon, artımlı/kademeli (*incremental*) olabilmekteyse de bu tür yeniliklerin topluma faydası radikal, dönüştürücü inovasyon kadar yüksek olmamaktadır. Yerleşik şirketlerin mevcut teknolojide lider olması, onların radikal inovasyondan çok kendi ürünlerini kademeli olarak geliştiren türde yeniliğe güdülü olmasına sebep olmaktadır. Ancak daha vahim olanı startup'ların genellikle yerleşik şirketlerin ürünleriyle ilişkili ürünler geliştirdiği; bunun sebebinin yerleşik şirketçe devralınma saiki olabileceği olgusudur. Bu rekabetin radikal inovasyona baskın olması inovasyon politikaları açısından istenmeyen bir durumdur (Kamepalli, Rajan ve Zingales 2021).

İnovasyon-rekabet ilişkisi literatürde iki ana akım çerçevesinde ele alınmaktadır. Güncel veriler ışığında doğrulanmış olan Arrow tezinin temelinde “yerini alma etkisi” (*replacement effect*) bulunmaktadır. Buna göre tek el firması yalnızca süreç iyileştirmesi şeklinde inovasyona güdülü

⁴⁵ FB'un hisse değerinin kullanıcı sayısındaki büyümeyle yakın ilişkili olduğu ifade edilmektedir. Hannah Kuchler, “How Facebook grew too big to handle,” *Financial Times*, 28 Mart 2019. Frances Haugen tarafından yapılan ifşada da platforma angaje etme stratejisi ve hedefli reklamlar vurgulanmıştır. Sue Halpern, “The Facebook Whistle-Blower’s Testimony and the Tech Giant’s Very Bad Week,” *The New Yorker*, 7 Ekim 2021.

iken ve bu düşük bir seviyedeyken rekabetçi firma ise inovasyonu başardığında yerleşik firmanın ürünün yerini alacağından daha fazla inovasyona güdülüdür. Yani yerleşik firmamın finansal açıdan menfaati mevcut durumun muhafazasındadır. Schumpeter ise özellikle oligopol yapıdaki sektörlerde büyük ölçekli firmaların ciddi anlamda inovasyona güdülü olduklarını savunmuştur (Shapiro 2010, s. 362.).

Yapılan araştırmalar ise rekabetçi ve girişin daha sık olduğu yarışabilir piyasalarda inovasyonun daha fazla olduğunu göstermektedir: örneğin 700 firmayı inceleyen bir çalışmada rekabetin düşük olduğu piyasalarda kötü yönetim ve düşük üretkenlikle daha sık karşılaşılmıştır (Lee 2009, akt. Shapiro 2010). Yine Dünya Bankası'nın yedi ülkedeki analizine göre rekabet baskısı firmaları daha fazla inovasyon yapmaya itmektedir (Cohen 2010, akt. Shapiro 2010). Bunlara karşın; yoğunlaşmış piyasalarda Schumpeter'in tezini doğrulayacak şekilde inovatif çaba varlığına rastlanmamıştır (Shapiro, 2010 ss. 378-82). Bu çalışmaların bulguları büyük oyuncuların sürekliliği, yaptıkları sık devralmalar ve daha da önemlisi iç yazışmaları ile birlikte düşünüldüğünde Schumpeter'in tezi Arrow'unkine üstün olsa bile mevcut politikaların oyuncuları yaratıcı dalgalara itmekten çok özellikle devralma yoluyla bu dalgaları blokladığına işaret etmektedir.

3. ÖLDÜRÜCÜ DEVRALMALAR: KAVRAM VE TEORİLER

Bu tür devralma işlemleri genel olarak “örtülü konsolidasyon” “defansif devralmalar” ve startup stratejisi olarak “satın alınmak için giriş” kavramları altında da irdelenmektedir. Diğer yandan potansiyel rekabet ve inovasyon rekabeti ile ilgili yazında da ele alınmaktadır. Devralma sonrası yerleşik şirketin kendi projesini kapattığı “ters öldürücü devralmalar”ın da söz konusu olabileceğine dair akademik çalışmalar da son dönemde yayımlanmıştır⁴⁶. Öldürücü devralma, en kısa tanımla “gelecekte rekabet yaratabilecek ve böylece yerleşik firmanın karlılığını ve pazar gücünü bozabilecek nitelikteki bir ürün/teknolojiyi yok etme amaçlı olarak yapılan devralma işlemi”dir.

⁴⁶ Kavramların sırayla İngilizce karşılıkları: *killer acquisitions*, *consolidation by stealth*, *defensive acquisitions*, *entry for buy-out*, *reverse killer acquisitions*. Ayrıca yerleşiklerin ekosistemleri “kill zone” (ölüm bölgesi) olarak anılmakta ve bu bölgede rekabetin imkansızlığına işaret edilmektedir.

3.1. Mevcut Devralma Rejimine Yöneltilen Eleştirilerin İçeriği

3.1.1. İspat Standardı ve Yüküne İlişkin Eleştiriler

Rekabet hukukunun devralmaları kontrol eden kanun maddelerinde evrensel olarak “rekabeti kısıtlayabilecek” işlemlerin yasaklandığı ifade edilir. Zira devralma analizleri geleceğe yönelik olarak yapıldığından doğasında ihtimaller vardır; belirsizlikler kaçınılmazken “kesinlik” devralma analizleri bakımından mümkün değildir. Dolayısıyla kurumların devralma analizlerinde rekabetin kısıtlanacağını “kesin” olarak ortaya koyma gibi bir sorumluluğu olmamalıdır (Bogus 2015, ss. 77-8). Bununla beraber son yıllar hariç tutulmak üzere on yıllar boyunca devralmalarda izin vermeye yatkın, iyimser bir yaklaşım hâkim olagelmıştır. Etkinlik kazanımlarının ağır basacağına dair karine haline gelmiş yaklaşımın bir sebebi de daha kolay hukuki uygulamalara elverişli olmasıdır. Bununla beraber çoğu zaman bu karinenin ampirik temelini sınırlı/eksik olduğu da artık kabul edilmiştir (Sokol 2010, s. 1100).

Özellikle birçok oyuncunun bulunduğu piyasalardaki yapının korunarak oligopol yapılar evrilmesinin önlenmesi, planlanan bir devir işleminin amacı ve doğası da gerek yasamanın gerekse de 1970'lere kadar Yüksek Mahkeme'nin öncelikli değerlendirme kriteri olmuştur. Önemli bir emsal olan *Brown Shoe* kararında rekabet endişesinin Brown'ın Kinney'in perakende noktalarını kapatması sonucu rakiplerin dağıtımında ortaya çıkacak düşüş olarak ifade edilmiştir. Bu yolla, müşterilerin rakiplere ve piyasaya olan erişiminde kısıtlar ortaya çıkacağı gibi hukukun arzu etmediği devralmalarla büyüyen bir teşebbüs söz konusudur. Bu yapı, istenen pazar yapısından uzaklaşılması anlamına gelmektedir.

Söz konusu Karar'da ayrıca, kesinliklerin değil ihtimallerin asıl değerlendirme kriteri olduğu vurgulanmıştır. Aynı dönemdeki *Von's Grocery* kararında ise büyük ve küçük ölçekli teşebbüslerin varlığının korunması gereğine, sektörlerde yoğunlaşmanın önlenmesi gerektiğine ve yoğunlaşmanın henüz başlangıcında önlem alınması gerektiği vurgulanmıştır: “*Meclis, bu amacı yoğunlaşmaya doğru bir gidişati*

daha başlangıcında, piyasanın büyük şirketlerin pençesine düşmeden, durdurarak başarmayı tasarlamıştır.” Bogus’a göre (ss. 78-9, 88.) içsel büyüme devralmalardan daha güçlü ve kalıcı etkinlik kazanımı ve refah artışı getirecektir; içsel büyümede hem çıktı artacak hem de fiyatlar düşecek ve daha da önemlisi devralmalardaki gibi çalışanlar bakımından da rekabet azalmayacaktır.⁴⁷

Günümüzde birleşme devralma rejiminin konsolidasyonu artıran üç temel özelliği vardır: i) tamamen tüketici refahı odaklı olup sosyo-politik herhangi bir etkiyle ilgilenmez ii) devralmaların çok büyük bir çoğunluğuna izin vermeye meyillidir-etkinlik varsayımını çoğu zaman sorgulamaz iii) bu iki unsurun bir sonucu da olarak en başta koruma amacı güttüğü tüketici refahını sağlamayı başaramayabilir (konsolidasyon oligopol yapılar doğururken bu yapılarda şirketler oligopolistik bağımlılık savunmasından istifade eder) (Vaheesan 2020, s. 34; Salop 2019). Üçüncü özelliğe en önemli kanıt ise 2015 itibarıyla ABD’de bildirilen devralmaların %82,6’sının ortalama %16 fiyat artışı ile sonuçlandırıldığıdır (Bogus 2015, ss. 82-3)⁴⁸.

Tüm bu eleştiri ve değerlendirmeler, yukarıda değinilen *Philedelphia National Bank* yapısal karinesinin otoritelerce yeniden canlandırılmasının ya da buna benzer bir karinenin hâlihazırda yoğunlaşmış piyasalar ile inovasyon-yoğun alanlarda yerleşiklerin yapacağı devralmalar bakımından devreye alınmasının faydalı olacağına işaret etmektedir. Devralma değerlendirmelerinin doğası gereği spekülatif olması ve inovasyon çabalarının sonuçlarının belirsiz olması ile bir arada düşünüldüğünde karineye dayalı rejimde süreçlerin ve politika sonuçlarının iyileştirilebileceği açıktır.

⁴⁷ Bork, *Brown Shoe* ve *Von’s Grocery* kararlarını yanlış bulmuş, etkinlik kazanımlarının engellendiğine işaret etmiştir. Diğer taraftan etkinliğin satın alma yoluyla kazanımının norm değil istisna olduğu bugün pek çok çalışmada ortaya konmuştur (yukarıda bkz. McKinsey ve Harvard Business Review çalışmaları, dipnot 4). Özellikle şirketlerin de yönetilemeyecek kadar büyük ve karmaşık hale gelebileceği ifade edilmektedir. Diğer yandan Bogus’a göre bu argüman zaten baştan hatalıdır zira asıl etkinlik iç büyüme ve yatırımla sağlanabilir; ancak *Von’s Grocery* içsel büyümeyi başarmak için devralmayı planladığı rakibi *Shopping Bag* ile rekabet etmek zorunda olduğundan bu rekabeti elemine etmek için söz konusu satın almayı gerçekleştirmek istemiştir. Yani rakibini devralmak, içsel büyümeyi başarmaktan daha karlıdır (*US v Von’s Grocery* 1968).

⁴⁸ FTC ve ABD Adalet Bakanlığı (DoJ) tarafından izin verilen devralmalardaki ortalama fiyat artışı ile elden çıkarma koşulu ile izin verilen işlemlerdeki fiyat artışlarının aynı olması dikkat çekicidir.

3.1.2. Henüz Belirme/Başlangıç (*incipiency*) Doktrininden Vazgeçilmesi

Devralmaların kontrolünün doğasında sektördeki yoğunlaşmaları ve pazar gücü sağlayacak yapıları baştan engelleme saiki vardır. Bununla beraber özellikle 1970’lerden itibaren bu “başlangıç/henüz belirme standardı” zayıflamış ve rekabete olası zararın daha yüksek fiyatlar şeklinde kanıtlanması aranmaya başlamıştır (Crane 2021, s. 1242; Becker 2018, s. 140).⁴⁹ Başlangıç standardına bağlı kalınmadığından ispat yükü artmış ve söz konusu devralmanın piyasayı daha yoğunlaşmış bir yapıya taşıyacağına ortaya koyulması yetmez hale gelmiştir. Otoritenin, daha yüksek fiyatların ya da azalan çıktının işlem ile ortaya çıkacağını ispat üstünlüğü (*preponderance of evidence*) ile kanıtlamak zorunda olması yaklaşımı ağır basmıştır⁵⁰. Halbuki 1950 Cellar-Kefauver Kanunu’nun devreye alınmasının sebebi, yoğunlaşmanın ekonomik performansı zayıflatacağı endişesi⁵¹; sektörlerdeki bu yoğunlaşma dalgalarından duyulan korku olmuştur (Brock 2011, ss. 681-2). Bu bağlamda, konsolide yapıları daha ortaya çıkmadan caydırma, şirketleri bu tür işlemlerden ziyade organik büyüme ile rekabet etmeye yöneltme, büyüklüğü henüz ihtimalken önleme gibi yasama iradesi ve hukuki amaçların uygulamada tersine çevrildiği görülmektedir. Fiyat başta olmak üzere etkilerin neredeyse kesin bir şekilde ispatı başlangıç doktrininin ispatından daha zor olduğundan izin verilen işlemlerin ağırlığının artması kaçınılmazdır. Bunun sonucu ise kaçınılmaz olarak yanlış negatif kararlar aleyhine hata-maliyet dengesinin bozulmasıdır.

3.1.3. Hata Yapma Riskinin Aşırı İhtiyatlı Ele Alınması

Devralma analizleri genel olarak belli varsayımlarla hareket etmekte ve bu çerçevede hata riskini elemine etme amacı gütmektedir. Bu

⁴⁹ Ayrıca örneğin GUPPI gibi testler mevcut pazar gücünü göz ardı ettiği için rekabetin azıldığı yapıya olan gidişat bu tür metodlarla ortaya çıkarılamamaktadır.

⁵⁰ Bu da Crane’e göre kanunların metninde olmayan, mahkemelerin yorumlarıyla ortaya çıkan bir durum olmuştur, s. 1243.

⁵¹ Hakim durumdaki firmaların genellikle verimsiz ve esnek olmayan; mevcut durumdan memnun olmalarından kaynaklı olarak yeni iktisadi çevreye tepki vermeyen yapıda olacağı savı.

varsayımlar kısaca şöyledir: hatalı karar verildiğinde girişler sayesinde piyasa kendi kendini tamir edecektir; oligopolist firmalar da rekabet eder ve karteller istikrarsız/oynaktır; rekabetçi piyasalardaki firmaların davranışlarının hiçbiri rekabete zarar vermez (Shapiro 2019, s. 81).

Bu çalışmada vurgulandığı üzere, inovasyonla karakterize olan piyasalardaki konsolidasyon ve genel olarak inovasyon-refah bağlantısındaki ortak düşünüş (Philippon 2019; Covarrubias, Gutiérrez ve Philippon 2019; Akcigit, Grigsby ve Nicholas 2017; Decker, Haltiwanger, Jarmin ve Miranda 2016), bundan sonraki devralmaları rekabet hukukunun başarısı açısından son derece önemli kılmaktadır. Bunun için ise otoritelerin yanlış negatif riskine dikkat etmeleri gerekecektir. Bu hususta otoritelerin politika değişikliğini ilgili mercilere açıklarken ihtiyatla beraber uygulanan politika eylemsizliğinin refahı tahrip ettiğine değinebileceklerdir (Bryan ve Hovenkamp 2020, s. 331). Özellikle startup'ların devralındığı teknoloji ve ilaç sektörlerinde geleneksel hata-maliyet analizindeki hataya verilen ağırlık refah açısından başarısız sonuçlar getirmiştir. Bunun bir ayağı ispat yükünün ters tahsisi ise bir ayağı da otoritelerin aşırı ihtiyat ile toplumsal maliyetleri gözden kaçırmış olmasıdır. Hata ihtimali-olası hatada ortaya çıkacak zararın büyüklüğü arasındaki dengede ilki lehine bir uygulama modu artık geçerliğini yitirmiştir.

Bu durumun bir başka göstergesi de geleneksel piyasalara karşılık inovasyon piyasalarında girişe olan pozitif inanca karşılık; bizzat yerleşik şirket tarafından startup'ların hızla devralınmasının bu teoriyi çökerttiğidir. Yukarıda değinildiği üzere, birinci tip hata riskini elemine etme saikinin temel dayanağı piyasaya giriş olacağına olan inanıştır. Şayet giriş yapan şirketler yerleşiklerce devralınır ya da sistematik olarak nötralize edilirse (daha doğrusu edildiğinde) bu uygulamayı geçerli kılan dayanak da ortadan kalkmış olmaktadır. İşte bu sebeple ampirik kanıtlar dikkate alınarak yeni bir hata-maliyet inşasının kurgulanması ve yerleşiklerin girişi caydırması ve dolayısıyla etkinliklerin, Ar&Ge'nin azalması sebebiyle ikinci tip hata riskinin elemine edilmesi gerekmektedir (Bryan ve Homvenkamp 2020, ss. 334-343).

3.1.4. Dikey ve Konglomera Devralma İşlemlerinin Kontrolüne Yeterince Önem Verilmemesi

Konglomera devralma işlemleri teoride üç yolla rekabeti bozma potansiyeli barındırmaktadır: derin cep ve çapraz sübvansiyon, konglomera yapıdaki rakiplerle birbirine bağımlılık sonucu rekabet etmeme güdüsü, karşılıklı alımlarla entegre olmayan rakiplerin dışlanması (Sudarsanam 2010, s. 185). Chicago Okulu'nun etkisinin bir sonucu olarak yatay olmayan devralma işlemlerinin pazar kapatma olmadıkça etkinlik sağlayacağı kabul edilmektedir. Bununla beraber dikey entegrasyonu özellikle büyük ölçekli şirketler için cazibeli kılan en önemli husus potansiyel rekabetin ortadan kaldırılmasıdır (Bogus 2015, s. 98). Yukarıda açıklandığı üzere, dijital piyasalarda bu risk daha belirgindir. dijital piyasaların akıllı ekosistemleri içermesi, arz zinciri boyunca iletişimi ve birbirine bağılılığı önemli kılmaktadır (Budzinski ve Stöhr 2019, s. 30). Bu yapı, refah yaratıcı potansiyel ihtiva etse de aynı zamanda yoğunlaşmalarda dikkate alınması gereken bir özelliktir. Zira aynı ekosistemdeki firmalar birbirinin en yakın potansiyel rakibi olabilmekte ya da ilerideki rekabet bakımından “oyunbozan firma” özelliği taşıyabilmektedir (Budzinski ve Stöhr 2019, s. 46).

Her ne kadar tarihi eski olsa da ABD *P&G/Clorox* (çamaşır suyu) kararı teorik anlamda yol göstericidir. Karar'da işlem, devralanın halihazırdaki portföyünü genişleten bir “ürün genişleme” birleşmesi olarak nitelendirilmiş; *P&G*'nin çamaşır suyunu tamamlayıcı pek çok ürünü olmasının rekabeti azaltacağı değerlendirilmiştir. Ayrıca, devre izin verilme de *P&G*'nin bir noktada çamaşır suyu üretim ve satışına gireceği, bu sebeple potansiyel rekabetin de zarar göreceği değerlendirilmiştir. Diğer bir önemli çıkarım ise işleme izin verilmesi halinde *P&G*'nin mevcut kanalları ve yerleşikliği sayesinde *Clorox*'u rakiplerinden daha etkin pazarlama kabiliyetine sahip olacağı, bunun ise giriş ihtimalini de azaltacağıdır (Ashenfelter vd. 2015).

Dijital sektörlerin konglomera yapısı gereği dikey ve konglomera zarar teorilerinin daha sofistike ele alınması gerekmektedir. Dijital büyük platformların devralma stratejilerini çok pazarlı bir ekosistem içinde şekillendirdiği ve “konglomeralaşma” akımı yaratıkları artık

yadsınmamaktadır (Bourreau ve de Streel 2019, ss. 30-32).⁵² Bu bağlamda, konglomera/dikey işlemlerde şu unsurların göz önünde tutulması eski rejime kıyasla daha önemli hale gelmiştir: ürün ekosisteminin söz konusu olduğu ve platform piyasalarında bağlama türü stratejilerin sonuçları, kapsam ekonomilerinin bir firmaya zorunlu unsurların kontrolü ve ürün çeşidini artırmayı daha az maliyetli kılarak pazar kapatma yeteneği verebileceği, bekçi rolü davranışları, devralmalarda inovasyonu önleyici (*pre-emptive*) davranılabileceği ve ekosistemin/platformun bir “ölüm bölgesi” teşkil edebileceği. Bu tür işlemlerde işleme izin verilmesi halinde “aşağı yönlü inovasyon baskısı”nın artıp artmayacağı test edilmektedir. Ana argüman ise yerleşik platformun devri “tekel rantını koruma” primi olarak görmesidir. Bu ise refahı kesin bir şekilde azalttığına işaretir (Bourreau ve de Streel, ss. 14-21; Kamepalli vd.)⁵³.

3.1.5. Devralmaların İstihdam Piyasası Bakımından Değerlendirmesinin Eksik Olması

Devralma analizlerinde tüketici refahının tek amaç olarak ele alınması, bireylerin aynı zamanda birer çalışan ve girişimci olmasının göz ardı edilmesine yol açmıştır. Bu ise işverenler arasındaki yoğunlaşmanın artmasına, muhtemel refah kayıplarına, çalışanların hem sayıca hem de çeşitlilik bakımından tercihlerinin azalmasına yol açmıştır. Hâlbuki çalışanların gerçek manada istihdam olanaklarına ve seçme özgürlüğüne sahip olabilmesi işverenlerin serbest rekabetine bağlıdır (Bogus 2015, ss. 103, 105). İşgücü piyasasındaki yoğunlaşma da gerek tek taraflı (ücret/maaş baskılama) gerekse de işbirliği doğrucu (ayartmama, rekabet etmeme anlaşmaları; maaş/ücretleri ve çalışma koşullarını rakiplerle bir araya gelerek belirleme, piyasa paylaşımı) etkiler bakımından tıpkı ürün/hizmet piyasasındaki gibi rekabeti bozabilmektedir. Buna rağmen devralma işlemlerinde neredeyse hiçbir zaman (*Anthem/Cigna hariç*⁵⁴)

⁵² *FB/Whatsapp, Google/Motorola ve Microsoft/Linkedin işlemleri gibi örnekler ile Google/Fitbit örneği.*

⁵³ Snapchat'ın Facebook'un ölçüm bölgesinde yer aldığı ifade edilmektedir.

⁵⁴ Sağlık sigortası alanındaki bu işlemde taraflarca sunulan devralma sonrasında alıcı gücü kazanımı olacağı şeklindeki savunma mahkeme tarafından reddedilmiştir. Karar'da sağlık sigortası şirketlerinin inovasyon rekabeti de yaptıkları; Cigna'nın diğer şirketlerin

çıkıntının yanında iş piyasasındaki yoğunlaşma etkisine bakılmamıştır (Shapiro ve Shelanski 2021, s. 71; Marinescu ve Hovenkamp 2019, s. 1061). Bunun bir sebebinin bu tür etkilerin değerlendirilmesindeki zorluklar olabileceği ifade edilmektedir. Hovenkamp ve Marinescu bu değerlendirme için bir öneri sunmakta ve “ideal kartel grubu” nun üyelerinin kim olacağına sorgulanması ile olası devralma taraflarının istihdam piyasasında kısıt yaratıp yaratmayacağına anlaşılabilirliğini belirtmektedir (Marinescu ve Hovenkamp 2019, s. 1034).

Yukarıda da ifade edildiği üzere son yıllardaki çalışmaların ortaya koyduğu eşitsizliklerden biri de milli gelir içinde çalışanlara ait olan payın düşme trendidir. Bu noktada, mal ve hizmet piyasaları kadar ve hatta bazen onlardan daha fazla yoğunlaşmış yapı sergileyen istihdam piyasalarında da rekabet hukukunun daha sıkı uygulanması gereği ortaya çıkmaktadır. Örneğin Silikon Vadisi gibi startup kümelerinin işe alımları genellikle daha yerel olabilmektedir. Ya da çiftçilik ve yetiştiricilik gibi tarım-hayvancılık işlerinde de işe alımlar yerel odaklı olabilmektedir. Bu tür “coğrafi piyasalar”da ilgili devralma analizlerinin güçlü alıcılar arasındaki işlemlerde daha titiz yapılması gerekmektedir. İşgücünün esnekliğinin düşük olması ve ücretler düşse de arzın sunulmaya devam edeceği de dikkate alınmalıdır (Hovenkamp 2018, ss. 631-634)⁵⁵.

Ampirik araştırmalarda, istihdam piyasasındaki yoğunlaşmalar neticesinde ya da pazar gücünün varlığı sebebiyle firmaların çalışanlarına marjinal üretkenliklerinden daha düşük bir karşılık ödedikleri ortaya konmuştur. Çalışanların genel olarak maaş/ücretlerine kıyasla %50 oranında daha verimli oldukları yani çalışmalarının karşılığını alamadıkları da ilgili literatürde vurgulanmaktadır (Hovenkamp ve Marinescu, s. 1042). Bu bağlamda istihdam piyasasındaki rekabetin herhangi bir devralma işlemi ile nasıl etkileneceği göz ardı edilmemesi

yapmadığı güçlü indirimler yaptığı ve her zaman inovasyon odaklı çalıştığı; Cigna'nın inovasyonlarının rakipleri de aynı şekilde inovasyona ittiği; Anthem'in da aynı şekilde Cigna'nın inovasyon rekabetin karşılık verdiği bu sebeple işleme izin verilmesi halinde inovasyonun işlemin olmadığı dünyaya göre daha düşük seviyede gerçekleşeceği değerlendirilmiştir.

⁵⁵ Örneğin belli bir coğrafyada A ve B şirketi çalışanlar için tek alıcıysa bunların birleşmeleri hem alıcı gücünü artıracak hem de ücretleri düşürecektir. Diğer yandan bu tür bir sonuç, işçilerden birleşen şirketlere doğru bir servet transferi anlamına gelecek ve istihdam arzını azaltan bir etkisizlik doğurmuş olacaktır. Bu tür bir sonuç birleşik teşebbüs ürün piyasasında arzı kısma da ortaya çıkabilecektir.

gereken bir iktisadi mesele haline gelmiştir. Bu noktada, vurgulanması gereken, ilgili pazar analiz edilirken tarafların mutlaka aynı ürün pazarında olmaları aranmamalıdır. Örneğin, Google ve Intel farklı ürün ve hizmet pazarlarında faal olsalar da mühendis ve yüksek vasıflı çalışanlardan oluşan işgücünün talep tarafı olarak rekabet halindedir. Diğer yandan her ne kadar bu iki teşebbüsün ürünleri dünya çapında satılsa da işgücü alımları bakımından coğrafi pazar görece yereldir (Hovenkamp 2018, s. 635)⁵⁶. Bu bağlamda, inovasyonun en önemli kaynağının fikir ve yetenekli bireyler olduğu da düşünüldüğünde özellikle teknoloji-yoğun piyasalardaki işlemlerde istihdam yoğunlaşması da test edilmelidir.

3.1.6. Konsolidasyonun Aşırı Lobciliğe Yol Açması

Konsolidasyonun tek etkisi pazar gücü yoluyla fiyatların artırılması ya da uzun vadede inovasyonun azalması değildir. Büyük şirketler aynı zamanda bilgi ve uzmanlık kanallarını kullanarak düzenleme ve yasama süreçlerini etkileyebilme kabiliyetlerini artırır. Diğer taraftan kamu-özel arasındaki çalışan geçişleri de bu lobi gücünü perçinler. Brezis ve Cariolle (2019), “döner kapı” olgusunu “bürokratik sermaye” ile ilişkilendirerek ABD’nin ilk beş büyük finans kuruluşunun döner kapı sayesinde 2.256 seneye değer bürokratik sermayeye⁵⁷ (sahip olduğunu ortaya koymuştur⁵⁸. Diğer yandan, ABD Meclisi dahil yasama organlarının kendi uzman sayısındaki azalmalar dadaha fazla lobciliğe karşı savunmasızlık demektir. Bogus (2015, s. 114), bu durumu “kendi kendine lobotomi” olarak tarif etmektedir.

Düzenlemelerin tek başına hiçbir zaman yeterli olmayacağı, kuralların kendi kendilerini uygulamadıkları, kurumsal yapının kuralların etkinliği bakımından kritik olduğu aşıkardır. Bu bağlamda; uzun zamandır uygulanagelen ve konsolidasyonu tolere eden yaklaşımlar yerine 1970’lere değin geçerli olan yapısal yaklaşım ve şirket

⁵⁶ *Intuit-Ebay* işgücü piyasası kartel vakası da bu piyasalarda sınırların nasıl çizilmesi gerektiği konusunda fikir verebilmektedir (tarafların aynı alım pazarında olup olmadığına bakılırken hipotetik bir kartelden kar edip edemeyeceklerine bakılabilecektir).

⁵⁷ Karmaşık regülasyonlar hakkındaki uzmanlık ve memuriyet esnasında geliştirilen ilişkiler bütününden müteşekkil sermaye.

⁵⁸ En fazla bürokratik sermayeye sahip olan şirket *Goldman Sachs* olup bu manada tüm pazarın %30’una ve 698 senelik sermayeye hakimdir.

büyükliklerinin kontrol altına alınması çözümü mevcut kuralları etkileme kapasitesine sahip yerleşiklere karşı koymada daha elverişlidir. Aynı zamanda, artan konsolidasyon ile birlikte ciddi finansal ve lobi gücüne sahip olan yerleşik şirketlere karşı otoritelerin kaynaklarının artırılması da elzemdir⁵⁹.

3.1.7. Bütüncül Yaklaşımların ve Yapısal Karinenin Kullanılmaması

Rekabet analizleri her bir işlemi tek tek değerlendirmekte ve işlem ile ortaya çıkacak yoğunlaşma artışına odaklanmaktadır. Buna karşılık devralmaların kontrol edilmesinin rasyonelinde “kümülatif etkilerin” taşıdığı riski kontrol etme saiki esastır. Zira, sektörel yoğunlaşmalar ekonomideki tahsis etkinliğini bozmaktadır. Bu hem direkt etkilere hem de örneğin yakındaki tek bir zincir market şubesine gitmek istemeyen tüketicinin katlanacağı sabit maliyetler gibi dolaylı etkinsizliğe de sebebiyet vermektedir. Yine devralma işlemlerinin işlem maliyetleri ve büyük firmaların inovasyon yatırımı yapmaktan kaçınması da tahsis etkinliğini kısa ve uzun vadede tahrip etmektedir (Brock, ss. 683, 723-4)⁶⁰. Diğer taraftan içsel büyüme ile devralma yoluyla büyüme aynı şey değildir. Tüketicilerin yanında gerek şirketle iş yapan diğer şirketler (ticari ortaklar/partnerler) gerekse de çalışanlar bakımından birkaç firmanın hakimiyetinden çok çok sayıda firmanın varlığı daha normal ve tercih edildir. Daha da önemlisi devralmaların neredeyse her zaman izin aldığı bilen firmalar Ar&Ge yerine devralma yoluna başvuracağından uzun vadede inovasyon baskılanacaktır (Bogus 2015, s. 116)⁶¹. Bunun en önemli örneklerinden biri; büyük ölçekli firmaların yeni molekül keşfetme şeklindeki inovasyonlarında ciddi

⁵⁹ Örneğin ABD’de iki uygulayıcının toplam bütçesinin hem mutlak olarak hem de gerçekleşen devralma işlemlerinin sayısı ve büyüklüğü bakımından düşüktür; bu durum, daha etkin hukuki uygulamaların önündeki önemli bir engel olarak gösterilmektedir. Bu kapsamda, Biden Yönetimi her iki otoritenin de bütçesinde artışa gitmiştir. FTC, Congressional Budget Increase Justification, Fiscal Year 2021, Mayıs 2021; <https://www.competitionpolicyinternational.com/biden-administration-seeks-11-rise-in-ftc-doj-funding/>

⁶⁰ 1985-2208 arası dönemde toplam Ar&Ge yatırımlarının 4 katı değerinde birleşme-devralma işlemi yapıldığı bulgusu mevcuttur. Büyük ölçekli firmaların norm olması yeni girişleri azaltmakta, iktisadi imkânlardan yararlanma eşitliğini bozmaktadır.

⁶¹ Steve Jobs, girişimcinin gittikçe daha fazla bağımsız ve kalıcı bir iş kurmak yerine dev bir şirkete satışı hayal eder olduğunu ve bunun genel ülke refahı için doğru olmadığını ifade etmiştir. Diğer taraftan benzer problem *ex post* uygulamalara bağlı kalınmasında da mevcuttur. Büyük ölçekli teşebbüsler tahmin edilebilir finansal idari yaptırımları zamanla kanıksayacak ve yalnızca bir “maliyet kalemi” gibi göreceklendir (Salop 2019).

düşüş gözlenmekte olmasıdır; küçük ölçekli ilaç firmalar ise daha çeşitli ve inovatif yollar izleyebilmekte, büyük ve muhafazakâr rakiplerinin araştırmadığı alanlara girebilmektedir (Brock, s. 723).

Bu yanılmanın yani yapıyı göz ardı eden anlayışın arka planında da yine 1970'lerde yükselen ve oligopol fobisini yersiz gören Chicago Okulu bulunmaktadır. Bork'a göre oligopol davranışı sadece iktisat kitaplarında var olan bir olgu olup %60 hatta %70 Pazar payına kadar (düopol de olsa) devralmalara izin verilmelidir (Ashenfelter vd.).⁶² Posner ise pazar payının rekabet karşıtı işbirliğine yatkınlık çıkarımı için tek başına yeterli olmayacağına dikkat çekmiş; ilgili piyasanın işbirliğini sürdürülebilir kılıp kılmayacağına önemini vurgulamıştır (Hovenkamp 2013). Ancak bu çalışmada değinildiği üzere Chicago Okulu yanlışlanmış durumdadır; zira piyasa yapısı ile fiyat-maliyet marj açılımına dair ciddi ve güçlü kanıtlar ortaya konmuştur (Hovenkamp, 2018, ss. 612-614.). Bu noktada, rekabet hukukunun büyük ölçeği hedeflemesi halinde hukukun uygulanması yoğunluğunun nasıl olacağına bakıldığında, son dönemde izin verilmiş pek çok devralma işleminde rekabet karşıtı koordinasyona yatkın piyasa yapılarına izin verildiği kaydedilmektedir (Hovenkamp, 2018, s. 628). Bu bağlamda, oligopolistik bağımlılık savunmasına mahal veren pek çok piyasanın devralmalar yoluyla oluştuğu görülmektedir.

Yapılan çalışmalarda bir başka dikkat çekilen husus da yoğunlaşmaya rağmen koşullu izin verilen işlemlerde etkinliğin ortaya çıkmadığı, tam tersi fiyat artışlarının yaşandığıdır. Yine bu bulgu da yapısal yaklaşımlara daha fazla ağırlık verilebileceğine işaret etmektedir. Örneğin çözümle izin verilen işlemlerde retrospektif verileri karşılaştırmalı çalışan Kwoka'ya göre şayet yapısal değişkenler dikkate alınsaydı bu gözden kaçan işlemlerin büyük çoğunluğunda yanlış negatif riski elemine edilmiş olabilecektir (Kwoka 2013; Becker, s. 143). Tüm bu unsurlar göz önüne alındığında belli bir piyasada girişin zorlaştığı, tarafların büyümesinin girişleri daha da caydıracağı *prima facie* kanıt ile ortaya konulduktan sonra ispat yükü karşı tarafa geçirilebilmelidir. Diğer yandan Shapiro'ya (2019, s. 78) göre ilgili pazarın kesin olarak tanımlanmasından vazgeçilmeli ve komşu pazarlardaki işlemlerde

⁶² Bork, devralmaları neredeyse hep "rekabet açısından nötr" olarak tanımlamıştır; oligopol piyasaya yol açanlar da dahil.

potansiyel rekabet daha dikkatli ele alınmalıdır⁶³. Dijital pazarlarda tamamlayıcılığın hem ekosistem içi hem de ekosistemler arası rekabette kilit rol oynaması potansiyel ve yeni doğan rekabete olan zararın analitik değerini ön plana çıkarmaktadır.

3.1.8. İzin Verilmiş Olan Devralmaların Ciddi Oranda Etkinsizlik Doğurması

Yukarıda yer verildiği üzere devralma kararlarında tahmin edilen tüketici faydaları büyük sıklıkla gerçekleşmemektedir. Diğer yandan devralma başvurularında yer alan sinerjilerin de çoğu zaman bir “kamufflaj” olduğuna ve esas itici gücün tepe yönetimin elde edeceği ödemeler ve prestij olduğuna dikkat çekilmektedir (Bogus 2015, s. 117)⁶⁴. Schilling (2018), devralmalarda negatif sonuçların ağır bastığını, çoğu zaman birleşme-devralma işlemlerinden tek karlı çıkanın işlemlerin pazarlıklarını yürüten yatırım bankacılarının olduğunu ifade etmiştir. Yazar; incelediği *Google/ITA* ve *AOL/Time Warner* işlemlerinde entegrasyon yatırımı büyüklüğü ile platform/tamamlayıcı arasındaki asimetriyi devralmaların değer yaratıp yaratmayacağı ve dolayısıyla inovasyonu kısıtlayıp kısıtlamayacağına dair gösterge olarak önermektedir. Diğer taraftan Schilling, devralma işleminin rekabet eden teknolojik alanları ya da rakibin kilit bir ürün/hizmete olan erişimini ortadan kaldırma saiki ile yapıp yapılmadığını ortaya koymanın zorluğunu da vurgulamaktadır. Taraflar bu tür bir motivasyonu saklayacaklarından ve devralmanın gerekçesi olarak farklı argümanlar sunabileceklerinden kamufflaj kolay olmaktadır (Schilling 2018, s. 195).

⁶³ *Google/Fitbit* ile *YouTube* ve *Double Click* kararı bu sebeple eleştirilmektedir; Komisyon’un zarar teorilerini eksik ele aldığı ifade edilmektedir.

⁶⁴ Örneğin 2020’de tamamlanan *AT&T/Time Warner* birleşmesinde CEO’lara devralma görüşmeleri ve işlemin tamamlanması sürecinde 9 milyar \$ ödeme yapıldığı, hissedarların Nisan ayındaki toplantıda bunu veto etmesi ile bunun duyulduğu raporlanmıştır. Her ne kadar bu durum bu çalışmada da ele alınan üst yönetim ile diğer çalışanlar arasındaki artan eşitsizlikler bakımından önemli olsa da New York Üniversitesi profesörünün *Financial Times*’a yaptığı değerlendirmede AT&T halihazırda da üst yönetime aşırı ödemelerin yapıldığı bir şirket olduğundan hissedarların buna tepki vermesi “sürpriz” olarak nitelendirilmiştir. Bir başka ironi ise söz konusu devralma tamamlandığından beri teşebbüsün rakiplerinin daha fazla geriye düşmesidir. Patrick Temple-West, “AT&T executives were paid \$9m for controversial Time Warner deal,” *Financial Times*, 27 Mayıs 2021.

Ciddi yanlış negatif karar örneklerinin başında *Facebook/Whatsapp* ile *Facebook/Instagram* işlemleri gelmektedir. Bu iki işlemin *Google/YouTube* ve *Google/DoubleClick* işlemlerine benzer şekilde yakın/bitişik (*adjacent*) alanda (inovasyon alanı olarak da tarif edilebilir) ciddi kabiliyete sahip teşebbüsün yerleşik firma tarafından devralınmasına tipik örnek olduğu ifade edilmektedir. 2012’de Instagram devralmasının hemen öncesinde Facebook ve Instagram’ın göreceli durumuna bakıldığında şu hususlar dikkat çekmektedir (Glick ve Ruetschlin 2019, ss. 27-33): fotoğraf paylaşımı ve mobil cihaz teknolojisi açısından Facebook’un ciddi anlamda zorlandığı; Instagram’ın devralma öncesi platformlar-arası fotoğraf paylaşımına izin veriyor olması; Instagram’ın henüz reklamlı iş modeline geçmemiş olması ve dolayısıyla henüz hizmetini parasallaştırmamış olması; kullanıcı sayısı ve platforma harcanan dikkat gibi ölçülere göre çoktan Facebook için bir rakip olması; Instagram’ın reklamlı iş modeline geçmesinin söz konusu olması ve böylece hem sosyal ağ hem de reklam piyasalarında ciddi rakip olacağı. Diğer taraftan ilgili piyasalardaki rekabetçi parametrenin kullanıcı sayısının fazlalığı ve büyüklük ve kapsam bakımından veri avantajına dayalı olması, bugünkü Google-Facebook dijital reklam düopolü ve Facebook sosyal ağ hakim durumu da Facebook/Instagram işleminin yanlış negatif bir karar olduğuna işaret eden olgulardır (Glick ve Ruetschlin, ss. 35-6)⁶⁵.

Facebook/Whatsapp devralmasında da işlem potansiyel rekabet ya da sosyal medya ile mesajlaşma arasındaki bağ bakımından irdelenmemiştir. Gerek AB’de gerekse de işleme izin veren FTC mektubunda Facebook’un veri-reklam ikilisine dayalı iş modeli ile *Whatsapp*’ın gizlilik odaklı hizmeti arasındaki ayrıma vurgu yapılmışsa da Almanya ve Türkiye Facebook incelemeleri ile ABD’de ikincisi Ağustos 2021’de yapılan *Facebook* şikayetlerinde iki platformun (*Facebook* ve *Whatsapp*) entegrasyonunun teknik imkansızlığı (Glick ve Ruetschlin, s. 48) şeklindeki bilginin de uygulamaya yansımadağı anlaşılmıştır. Yine yukarıda yer verilen yazışmalarda da *Whatsapp*’ın mobil kaynaklı ve gizlilik odaklı bir sosyal ağ radikal inovasyonu teşkil edebileceği ihtimali de otoritelerce değerlendirilmemiştir (Glick ve

⁶⁵ Facebook, Instagram devralmasından önce fotoğraf hizmetine ilişkin 4 startup devralmıştır: *DivvyShot* (2010), *Drop.io* (2010), *Digital Starcase* (2011) ve *Lightbox* (2012) (Glick ve Ruetschlin, s. 38).

Ruetschlin, s. 49). Bu iki örnek özellikle yerleşik şirketlerin devralma işlemlerinde yerleşiklere karşı mahrum kalınacak inovasyon kaybının yaratacağı toplumsal zararın öncelenmesi ve yanlış pozitif yerine yanlış negatiften kaçınma gerekliliğini ortaya koymaktadır.

3.1.9. Etkinlik Savunması Standardının Düşük Olmasına Rağmen Otoritelerin İspat Standardının Yüksek Olması

Yukarıda yer verildiği üzere devralmaların çok büyük oranda pozitif sonuçlanmasının arka planında etkinlik kazanımları inancı mevcuttur. Bununla birlikte, otoriteler belli bir işlemi daha derin incelemeye almak istediklerinde zarar teorilerini ortaya koyduktan sonra tarafların etkinlik savunması yapmalarına izin verilmektedir. Literatür ve vaka tecrübesi ise firmaların genellikle bu tür kanıtları sunamadıklarını göstermektedir. Bizzat kendileri tarafından yaratılacak etkinlikleri somut bir biçimde ortaya koyamayan tarafların başvurdukları işlemi açıklayamaması ve haklı çıkaramaması esasında iki sonuca işaret etmektedir (Sokol 2010, s. 1101)⁶⁶: i) etkinlik işlemlerdeki asıl saik değildir, ii) etkinlik kazanımları tüketicilere yansıtılmamaktadır (Hovenkamp, s. 620). Marinescu ve Hovenkamp’a (2019, s. 1058) göre ise ampirik çalışmalarla ortaya konan devralmalar-fiyat artışı ilişkisi, mevcut kılavuzlarda firmalara fazlaca bir “etkinlik kredisi” sağlandığına, bunun da devralmalarla gerçekte ortaya çıkacak olan etkinliklerin suni şekilde büyütülmesine yol açtığına işaret etmektedir.

Diğer yandan firmaların etkinlik savunmalarında dinamik etkinliklere ve kalitedeki değişimlere yeterince ağırlık verilmemesi de eleştirilmektedir. Yine burada da kesinlikten uzak çıkarımlar ve analitik zorluklar söz konusudur. Bununla beraber birtakım kararlarda kullanılan “inovasyon alanları” (*innovation spaces*) gibi araçlar halihazırda kullanılmaya müsaittir. Otoriteler, inovasyon alanlarında örtüşmeyi test edebilmekte, tarafların birbirine benzer ürünlerde inovasyon çabaları olup olmadığı araştırabilmektedir. Bu zarar teorilerinde ve ilgili kararlarda önemli nokta,

⁶⁶ Sokol’e göre karar verme sürecini çok fazla faktör etkilediğinden otoriteler ya da mahkemelerin de etkinlikleri hesap etmesi zorlaşmaktadır; zira dikkate alınması gereken pazar dinamikleri, finansal meseleler, karar vericilerin genel vasıfları, hizmet aldıkları hukuk firmalarının durumu ve genel belirsizlikler gibi pek çok unsur belirsizlikleri artırmaktadır.

muhtemel çözüm paketlerindeki ihtiyaç duyulan teknik detaylardır. Zira yalnızca belli bir unsurun elden çıkarılması yetmemekte; tüm inovasyon süreçlerini başarabilecek bir alıcı aranmaktadır (Kokkoris, ss. 64-5; Becker, s. 141).

Bu noktada, ispat standardının, ispat yükünü taşıyan tarafın ne kadar belirsizlik ile karşı karşıya kaldığının dikkate alınarak belirlenmesi gerektiği hatırlanmalıdır. Salop'a göre, tam bilginin olmadığı ortamlarda rasyonel karar vericinin hata maliyetleri yerine hata riskine daha fazla önem vermesi gerektiği yanlış bir yaklaşımdır. Dolayısıyla, yalnızca hata ihtimali değil, hatanın sebep olacağı maliyetler dikkate alınmak durumundadır⁶⁷. Bu rasyonel karar verme yaklaşımı kabul edildiğinde; ispat standardı, daha yüksek ihtimal yerine yanlış kararın tesisi halinde ödenecek bedele ağırlık vererek belirlenebilecektir. Kaldı ki teknoloji ve inovasyon-yoğun piyasalarda konsolidasyonun hızla ortaya çıkan ciddi maliyetleri ve yerleşiklerin inovasyonu engelleyici stratejilerinin yenilikleri hem mevcut hem de potansiyel oyuncular bakımından caydırdığı bilinmektedir. Bu çerçevede, bugüne kadar tarafların faydalandığı düşük standartlardan bundan sonra otoritelerin faydalanması refah bakımından olumlu görünmektedir.

3.1.10. Özellikle Dijital Piyasalarda “Bölme/Elden Çıkarma” Çözümünün Yeterince Elverişli Bir Çözüm Olmaması

Jean Tirole (2020), dijital piyasalardaki yerleşik firmaların farklı ürün ve hizmetleri stratejik davranarak birbirine geçirdiğine dikkat çekerek zaman geçince bunları ayırmanın zorlaşacağını vurgulamaktadır. Rekabet politikasına dijital piyasaların kontrolü bakımından tüketici hukuku ya da kişisel veri/gizlilik hukukuna kıyasla çok önemli bir rol düştüğünü belirtse de rekabet hukukunun da birtakım maliyetleri olduğuna dikkat çekmektedir. Süreçlerin görece yavaş olması ve ceza aracının ilerde yerleşik firmaların girişleri engelleyici strateji uygulamalarının önüne geçemediğinin de altını çizmektedir. Bu

⁶⁷ Yazar “imperfect information” terimini kullanmaktadır. Bu anlayış, AB'nin “ihtiyat prensibi” (*precautionary principle*) geleneği ile de uyumludur. Commission of the European Communities, “Communication From The Commission On The Precautionary Principle,” 2000, Brüksel.

bağlamda, devralmaların daha titizlikle değerlendirilmesi ve ileriye dönük (prospektif) analizlere daha fazla ağırlık verilmesi gereğinin altını çizmektedir⁶⁸.

Kwoka ve Valletti (2020, s. 4) ise Ticketmaster/LiveNation (2010) gibi koşullu izin verilen devralmalarda büyük teşebbüslerin davranışsal yükümlülükleri efektif uygulamaktan bir şekilde kaçındığına vurgu yapmaktadır. Diğer taraftan 5 büyük teknoloji şirketinin 2000’den beri 900 devralma işlemi yaptığını; bunlardan sadece bir tanesine karşı dava açıldığı, hiçbirinin engellenmediğinin de altını çizilerek mevcut yapının gevşek devralma politikası sonucu yerleştiği; ancak yapısal çözümle yani elden çıkarma ve ayırıştırımlarla giderilebileceği savunulmaktadır (Kwoka ve Valletti 2020).

Mevcut yerleşik şirketlerin olası bölünmesinin yanında bundan sonraki devralma işlemlerinde ihtiyatlı olunmasının bir bütün olabileceği de hatırlanmalıdır. Optimal politika dizaynında biri ya da diğeri şeklinde ikili seçeneklerle sınırlamak yerine “başlangıç doktrini” (yapının bozulmasını baştan engelleme) rasyoneli ve aşırı bozuk ekosistemlerin devralma öncesi yapıya kavuşturulmasını bir arada uygulamak da düşünülebilir. Ancak uzlaş; mevcut rejim olan “kural ve çözüm” paradigmasının yani etkinlik varsayımına dayalı iyimserlik, koşullu izin ve davranışsal başta olmak üzere çözüm formülünün yetersizliği yönündedir.

3.2. Öldürücü Devralmalarda Zarar Teorileri/Testleri

Çalışmada vurgulandığı gibi geleneksel olarak otoritelerin devralmalarda yapısal karineden uzaklaşması ve etkinlik beklentilerine iyimser yaklaşımı hemen her piyasada zayıf hukuki uygulamaya karşılık gelmiştir. Bu durum, hedef şirketlerin çoğu zaman startup olduğu ve doğası gereği belirsizlikle karakterize olan inovasyon amaçlı yapılan muhtemel

⁶⁸ Tirole’e göre; ağ dışsallıkları, sabit maliyetler gibi özelliklerle ilk girenin avantajlı olduğu, kazanan için markup’ların yükseldiği, firmaların listelenmek için artan ücretlere maruz kaldığı, reklamverenlerin de aynı şekilde yüksek ödemeler yapmak zorunda kaldığı, verinin artan derecede değerli olduğu bu ekosistemde en önemli aksaklıklardan biri de yatırım olmamasına/azalmasına rağmen yerleşiklerin normal-üstü aşırı karlar elde etmeye devam etmesidir. Diğer taraftan bu profildeki şirketler pazardaki rekabet ortamını küçük işletmelere erişim vermeyerek ya da aşırı lobicilik yoluyla da sekteye uğratmaktadır. Dolayısıyla aşırı karlı olmasalar bile (öyleler) müdahale alanı mevcuttur.

öldürücü işlemler için alarm vericidir. Zira, otoritelerin ciddi ispat yükü, belirsizliklerin ispat standardını karşılamayı aşırı zorlaştırması ve ilgili piyasaların yapısının özgün analitik yaklaşımlar gerektirmesi yeni zarar teorilerinin inşası ihtiyacına işaret etmektedir. Bu bölümde tahdidi olmamakla birlikte literatürde yer alan teorilere yer verilmektedir.

3.2.1. İnovasyon Piyasaları/İnovasyon Alanları ve Ar&Ge'nin Kısıtlanması

İnovasyon rekabeti, büyüme kalkınmada ciddi bir rol oynamaktadır. Yalnızca çıktının artması değil, yaşam standartlarının yükselmesi, yeni iş alanlarının yaratılması ve teknolojik ilerlemenin kaynağıdır. Bununla beraber, belirsizlik ve risk inovasyon piyasalarının karakteristik bir özelliği olduğundan tipik rekabet analizleri bu alanda birebir uygulanması sakıncalı bir anlayıştır. Bir piyasada inovasyon rekabetinin önemli bir faktör olup olmadığı 8 unsura göre belirlenebilmektedir: yerleşik şirketin ürün/hizmetinin yerini alma, yeni doğan oyuncuların varlığı, sinerjiler, elde etme problemi, yerleşik şirketin gücünü artırması riski, yerleşik şirketle rekabet alanı, devralma saiki, giriş teşvikleri. Elbette bunlar çok fazla belirsizlikten dolayı geleneksel pazarlardaki gibi analiz edilmekten uzak faktörlerdir. Bu sebeple en son *Visa/Plaid* devralmasında⁶⁹ olduğu gibi şirketlerin iç yazışmaları⁷⁰ ve departmanların yaptıkları planlama belgelerinden faydalanmak önemlidir (Marty ve Warin 2020c, ss. 3, 10)⁷¹. Ayrıca tarafların zorunlu unsurlara sahip olup olmadığı, kapasiteleri, patent örtüşmeleri, yatırım planları ve diğer iç yazışmalar tek tek ve bir bütün olarak değerlendirilmelidir⁷².

⁶⁹ DoJ'in itirazları ve açtığı dava sonrası taraflar işlemde vazgeçmiştir.

⁷⁰ CEO'nun rekabetin yerleşikleri nasıl tehdit ettiğine dair volkan dağı analogisi çizimi ve *Visa*'nın *Plaid*'i inovasyonu baskılamak için satın aldığına dair yazışmalar.

⁷¹ *Plaid*, DoJ tarafından "inovatif, yeni doğan" bir şirket olarak tanımlanmış; Amerikan bankacılık sistemine nüfuz edebilmesi ve iki taraflı ekosistemde paydaşları bir araya getirebilmeyi başarmış olmasıyla da ciddi bir potansiyel rakip olarak ele alınmıştır. Daha fazla bilgi için bkz: <https://www.justice.gov/opa/pr/visa-and-plaid-abandon-merger-after-antitrust-division-s-suit-block>; Jay Ezrialev, "An Economic Framework for Assessment of Innovation Effects of Nascent Competitor Acquisitions," Mart 2021, <https://www.competitionpolicyinternational.com/an-economic-framework-for-assessment-of-innovation-effects-of-nascent-competitor-acquisitions/>

⁷² John M. Yun, "Potential Competition, Nascent Competitors, and Killer Acquisitions," Subcommittee on Antitrust, Competition Policy, and Consumer Rights of the US Senate Committee on Judiciary, 25 Eylül 2019'da ABD Meclisi'nde sunulan ifade.

Bu teori, özellikle Avrupa Komisyonu tarafından son yıllarda ilaç ve tarım kimyasalları sektörlerinde kullanılmıştır. Bu yaklaşımda Ar&Ge kabiliyetleri ve inovasyonla ilişkili varlıklar araştırılmaktadır. Hazırlık aşamasındaki ürünler/projelerin (*pipeline projects*) potansiyel rekabet yaratma ihtimali dikkate alınmaktadır. Bu çerçevede, devralma işleminin bu hazırlık aşamasındaki ürünü elemesi/sonlandırması ile inovasyona zarar verici olup olmadığı test edilmektedir. Burada iki sorunun cevaplanması gerekmektedir: i) potansiyel rakibin piyasadaki firmalar üzerinde rekabetçi baskı yaratıp yaratmadığı ii) işleme izin verilmesi halinde yeterli sayıda potansiyel rakibin halen mevcut olup olmadığı. Eğer ciddi bir rekabetçi baskı söz konusuysa ve güçlü ve yüksek ihtimalli bir giriş olasılığı düşükse işleme izin verilmeyebilecektir. Komisyon, bu testi uyguladığı kararlarda iç yazışmaları, klinik sonuçlarını ve ilgili piyasalarda faaliyet gösteren doktorlardan ve uzmanlardan elde ettiği bilgileri de kullanmıştır (Todino vd., s. 6)⁷³.

Bu teori ABD’de başvurulmuş bir teori olup dikey işlemlerde de kullanılmıştır. Örneğin *Cytic/Digene* (2002) dikey devralma başvurusunda *Digene*’in *Cytic*’in %93 payla hakim durumdaki ürünü olan HPV testi üretimi bakımından potansiyel rakip olduğu değerlendirilmiştir. Taraflar bu itiraz sonrası işlemde vazgeçmişlerdir. FTC, enerji piyasalarına dair iki önemli işlemde ise dikey entegrasyona yol açacak olan başvuru konusu işlemlere izin verilmesi halinde rakiplerin etkin rekabet etme kabiliyetlerinin kalmayacağına; karşı olgusal analizle bakıldığında işleme izin verilmemesi durumunun izin verilmesi durumuna kıyasla daha fazla etkinlik yaratacağı belirtilmiştir (FTC 2021 (a)). Görüldüğü üzere, ABD’de Senato’da bekleyen yasa tasarısı karşısında mevcut durumda da güçlü zarar teorileri ile işlemlerin dava konusu yapılabilmektedir. Bu tür işlemlerin sayısının sınırlı olması, süreçlerin uzunluğu ve mahkemelerin veto noktası arz etmesi ise etkin kontrolün yalnızca zarar teorileri ile başarılamayacağını hatırlatmaktadır.

⁷³ *Pfizer/Pharmacia* (2003), *Johnson&Johnson/Guidant* (2005) ve *Glaxo/Smith Klein* (2000).

3.2.2. Mevcut ve Geliştirilen Ürün Hattının Hem Ayrı Hem de Bir Bütün Olarak Değerlendirilmesi

Bu zarar teorisine göre; tarafların halihazırda geliştirmekte olduğu, bununla birlikte henüz piyasaya ulaşmamış ürün ve projelerindeki örtüşme ilişkiler test edilmelidir. Örneğin bir ilaç ya da molekül keşfedilmiş fakat halen geliştirmenin erken safhalarında bulunuyorsa da dikkate alınacaktır. İlaç ve agro-kimyasal piyasalarında ürün geliştirme süreçleri iyi tanımlanmış halde olup bu tür dosyalarda ilgili uzmanların görüşlerine ve daha da önemlisi firmaların iç yazışma ve raporlarına başvurulması yerinde olacaktır. Tarafların her ikisinin de halihazırda proje safhasında olan (henüz ticarileşmemiş) ürünleri olduğunda birleşmeye izin verilmesi inovasyona olan güdüyü azaltacaktır. Bir diğer önemli husus ise mevcut bir ürünle rekabet edebilecek nitelikteki projenin birleşik teşebbüsün bünyesinde kalıp kalmadığıdır. Yine bu halde de firma kendi ürününün parçalanmasını/yok olmasını (*cannibalization/business stealing effect*) istemeyeceğinden ikame potansiyelli projelerde de inovasyon rekabeti zarar görecektir (Federico, Morton ve Shapiro 2020, ss. 138-9). Bu işlemlerde çözümle izin verildiğinde örtüşmenin çalışanlar ve varlıklar dahil elden çıkarılması önemlidir. Ancak eğer örtüşme daha genişse yani birden fazla ürün ve kabiliyeti kapsıyorsa elden çıkarma çözümü risklidir/yetersizdir (Federico vd., s. 145).

Tek taraflı etkinin analizinde; devralmaya izin verilmesi halinde taraflardan birinin projesinin kesilmesi ihtimaline bakılmaktadır. Geliştirilen ürün ticarileşmeye ne kadar uzaksa tek taraflı etkinin ortaya çıkma ihtimali o kadar fazladır. İşleme izin verildikten sonra birleşik teşebbüsün Ar&Ge'ye ayırdığı fonlar azaldığından toplam fonlanan proje sayısı da azalmış olacaktır. Önemli bir nokta, ürünün ticarileşmesi başarsa bile ilgili piyasada rekabet azalmış olduğundan inovasyon rekabeti de uzun vadede daha az yoğun gerçekleşecektir (Federico vd., s. 140).

Projeyi öldürmenin karlı olup olmadığı analizinde temel olarak projenin ticarileşme safhasına yakınlığına bakılmaktadır. Eğer gelişim hattındaki ürünün ticarileşme potansiyeli kesinleştiyse ve net karlılığı hesaplanabilir haldeyse geriye kalan geliştirme maliyetleri ile mevcut ürünle devam etmenin faydaları karşılaştırılabilir haldedir. Bu durumda

birleşen teşebbüsün projeyi öldürüp öldürmeyeceğine karar verebilir. Bu noktada, önemli olan bu tür öldürücü devralmanın taraflar için rasyonel olsa da inovasyon rekabetine verdiği zararın göz önünde bulundurulmasıdır. Öldürücü bir devralma tarafların her ikisi için de karlı olabilecekken gerek rakipler ve tamamlayıcılar gerekse de tüketiciler için optimal olmayan teknolojik kilitlenme yaratacaktır (Federico vd., ss. 140-1).

Her iki firmanın da proje hattı mevcutsa, bu durumda satış değerleri ve ikame projeler arasındaki sapma etkileri hesaplanamayacaktır. Bu şartlarda, inovasyonun stokastik/tesadüfi doğası hesaba katılabilecektir. Burada da mevcut ürün hattını parçalama etkisi yani birleşik teşebbüsün aynı anda iki rakip ürünü geliştirmeyeceği göz önünde bulundurmamak durumundadır (Federico vd., s. 142). Ürünlerin piyasaya olan uzaklığı arttıkça tahminleme daha zor olacaktır. Bu sebeple inovasyona güdülenme zarar teorisi ve olası toplumsal zararın büyüklüğü de göz önünde bulundurulmalıdır.

Devralmanın inovasyonu kolaylaştırıcı olup olmadığı bakımından önemli bir başka faktör örtüşen kabiliyetlerdir. Bu bağlamda, Ar&Ge kapasiteleri karşılaştırılarak bir ürünün temel araştırmasından ticarileşmesine kadar geçen süreçteki örtüşmeler ve sinerjiler test edilmelidir. Fikri haklar, teknolojilere erişim, beşeri sermaye, vasıflı bilim insanları ve mühendisler, Ar&Ge tesisleri (laboratuvarlar ve ekipmanlar), ticari varlıklar, uzmanlaşma, dağıtım ağı (müşteri profilleri vb. dahil; yeni teknolojiye yükseltecek bir müşteri tabanı) bir bütün olarak değerlendirildiğinde firmanın yeni ve daha iyi ürünleri piyasaya sağlayabilecek kabiliyette olup olmadığı anlaşılabilir. Burada da zarar teorisi, tarafların devralmaya izin verilmesi halinde inovasyon kabiliyetlerini birbirlerinden kar çalmamak adına azaltacaklarını (iş çalma etkisinin içselleştirilmesi) gözden kaçırmamalıdır. Dikkat edilmesi gereken, henüz talep tarafı belirsiz olduğundan (henüz var olmadığından) arz tarafı analiz yapılması ihtiyacıdır⁷⁴. Bu tür bir işlemde muhtemel çözüm ya devralma işleminden vazgeçilmesi ya da çok geniş bir elden çıkarma paketidir. Bu noktada elverişli bir alıcı bulmanın zorluğu da dikkate alınmalıdır (Federico vd., s. 150).

⁷⁴ DOJ ve FTC'nin ortak FM lisanslama kılavuzunun (2017, *Guidelines for the Licensing of IP*) bu hususta yol gösterici olabileceği belirtilmektedir (Federico vd. s. 148).

3.2.3. Yarışabilirliğin Korunup Korunmadığı

Tam anlamıyla yarışabilir piyasanın var olması üç koşula bağlıdır: i) yeni firmaların yerleşik/var olan firmalara kıyasla dezavantajlı olmaması (teknolojiye erişim, girdi fiyatları, ürünlere erişim, talep hakkında bilgiye erişim gibi) ii) batık maliyetlerin 0 olması yani giriş maliyetlerinin tamamen karşılanabilir olması (yeni bir firma sektörden sıfır batık maliyetle çıkabiliyor olmalı)⁷⁵ iii) yeni firmanın girişinin duyulduğu zaman ile o firmanın piyasaya arzı başlatması arası geçen sürenin (*entry lag*) yerleşiklerin fiyatı uyarlama süresinden kısa olması gerekliliği (Baumol, Panzar ve Willig 1982; Viscusi, Harrington Jr. ve Vernon 2005, ss. 172-3). Bu kurama göre bir piyasa tam yarışabilir olduğunda piyasa dengesi ile toplumsal açıdan etkin çıktı eşittir. Kuramın asıl önemi, tam yarışabilirlik söz konusu olmasa da, giriş yapacak firmalar için risk priminin yüksekliğinin önemine işaret etmesidir. Bu risk primi başarısızlık ihtimalinin eklenmesi ile daha da yükselir. Bu sebeple, kuramın kamu politikaları açısından önemi –giriş engellerini kontrol bakımından- büyüktür (Viscusi vd., s. 173). Bu bağlamda, yeni yerleşik şirketin piyasasına ya da onun komşu piyasalarına giriş yapmış/yapacak kapasitede olan firmalara ilişkin devralmalarda daha dikkatli olunması yerinde olacaktır. Bunu test ederken yukarıdaki 3 koşulun seyrine bakılabilecektir; özellikle dijital piyasalarda tüketicilerin değiştirme maliyetleri ile davranışsal eğilimleri⁷⁶ de dikkate alınmalıdır. Özellikle devralma işlemi sonrası oluşacak yapıda *multi-homing* (birden fazla platformun varlığı ve yaşayabilirliği) tesisine önem verilmelidir (Tirole, ss. 7-8).

Yarışabilir piyasaların var olabilmesi için girişlerin mümkün olması yetmemekte; mutlaka girişin gerçekleşmesi gerekmektedir. Bu sebeple, önemli bir startup/inovatif şirketin yerleşiklerce satın alınması işlemi değerlendirilirken yarışabilir piyasaların korunmasının toplumsal değeri vurgulanabilir. Giriş yapan bir firmanın yerleşik firmaca satın alınması ikinci firmanın bağımsız faaliyetini sürdürmesi haline kıyasla

⁷⁵ Elektrik ve doğal gaz gibi sektörlerde altyapı tarafında (iletim, boru hatları ile taşıma gibi) batık maliyet kaçınılmazdır (batık maliyet K satılabiliyor olsa bile amortisman düşecektir ve satılabiliyor olması yalnızca bir ihtimaldir; yatırım kararında bu da indirgenir).

⁷⁶ Yerleşik firmaya olan bağlılıkları, alışkanlıklar, maliyetleri büyütüp yerleşik durumu koruma yanlılıkları ve benzeri.

çok daha az değer yaratacaktır (Tirole, s. 10). İkinci bir toplumsal maliyet ise yukarıda da ifade edildiği gibi ürün/hizmet geliştirmenin gittikçe süreklileşen bir şekilde yerleşik firmanın ürünlerini iyileştirmeye odaklanmasının yarattığı maliyettir. Burada otoritenin bu tür devralmalara neredeyse her zaman izin vereceğinin bilinmesi işlemin gerçekleşmesinde taraflarca dikkate alınmaktadır. Orta ve uzun vadede, startup’lar yerleşik firma tarafından satın alınacak ürünleri geliştirdikçe yeni işlevsellikler ve oyun değiştirici inovasyonlardan (yeni piyasa ortaya çıkarma dahil) mahrum kalacaktır. Dolayısıyla hem yeni ürünün öldürülme riski, hem de potansiyel rakibin yok edilmesi söz konusu olmakta, toplumsal fayda iki kere azalmaktadır (Tirole, s. 11)⁷⁷. Otoriteler, karşı-olgusal analizde bu iki değer farkına vurgu yapılabilecektir.

İlaç sektöründe de %7 oranındaki devralmaların “öldürücü” olduğu (devralınan projenin yerleşik firmaca kapatılarak toplumun hem rekabet edecek firmayı hem de söz konusu projenin getireceği yeniliği kaybetmesi) ampirik bulgusuna da atıf yapılabilecektir (Cunningham vd.). *Visa/Plaid* işleminde de konu olduğu gibi; ekosistemlerde artan dikey entegrasyon ile ölüm bölgesinde VC yatırımı alınmasının zorlaşması ve önemli bir girdiye rakiplerin erişiminin kısıtlanmasıyla mevcut ve potansiyel rekabetin azalması bu zarar teorisinin önemli bileşenleridir (Marty ve Warin 2020c, s. 13).

3.2.4. İşlem Değerinin Aşırı Yüksek Olmasının Öldürme Saikine İşaret Edebilmesi

Bazı otoritelerce (Avustralya, Almanya, Avusturya) yeni bildirim kriteri olarak getirilen işlem değeri, muhtemel rekabet karşıtı etki çıkarımlarına işaret edebilmektedir. Bu bağlamda, işlem değerinin aşırı yüksek olması, (örneğin Whatsapp 19 milyar \$) devralmanın rekabet karşıtı olduğuna kanıt olabilecektir. Bu tezinin başlangıç noktası, rekabetin gerçekleşmesi halinde yerleşik firmanın karlarının yok edilecek olmasıdır. Bunu bilen yerleşik firma, üçüncü bir firmaya/yatırımcıya oranla hedefe daha yüksek bir bedel ödemeye hazır olacaktır (Tirole, s. 13). Ancak bu teori işletilirken hedef şirkete yapılan diğer tekliflerin

⁷⁷ Yeni işlevsellikler yerine “ben de” (*me-too*) yenilikleri yaygınlaşmaktadır.

de gözlenmesi gerekmektedir. Buna önemli bir engel ise devralma pazarlıklarının kamuya açık bilgi olmaması ve tarafların ödeme istekliliğinin tam bilinmeyebilmesidir. Diğer yandan tıbbi cihaz ve ilaç gibi sektörlerdeki oligopol yapılarda rakiplerin misillemeden korkarak şikayet ya da devralma için karşı teklif vermeyeceği de hatırlanmalıdır (Salop 2019, ss. 24-30). Bu noktada yine yerinde incelemeler yapılarak iç yazışmaların ve planlamaların ele geçirilmesi otoritenin doğru zarar teorisi inşasında yardımcı olabilecektir.

3.2.5. İşlem ile Aşırı Veri Sahipliğinin Söz Konusu Olabileceği, Bunun da Potansiyel Rekabeti Azaltacağı

Verinin başlı başına bir giriş engeli olduğu ve yerleşikler lehine ekosistemde inovasyon avantajı yarattığı artık literatürde kabul edilmektedir. Bu bağlamda, platformlar, hem kendi ekosistemleri içinde hem de *plug-in*'ler, ön bellekler sayesinde kendi ekosistemleri dışından da veri toplayabilmekte ve paylaşabilmektedir. Yerleşik şirketlerin topladığı veriler miktar ve çeşit bakımından arttıkça yerleşiklerin rekabet avantajı da o kadar perçinlenmektedir (Tirole, s. 15)⁷⁸. Bu durum, halihazırda içerik sağlayıcıların eşsiz verilere ulaşmasını engellediği gibi rakiplerin teknolojilerinin kopyalanmasını ve inovasyondan caydırılmalarını da kolaylaştırmaktadır. Davranışsal problemlerin varlığı, alternatif platformların olmayışı, kullanıcıların verileri ile birlikte rakip platforma geçişinin pek mümkün olmaması gibi sebeplerle gizlilik düzenlemeleri, rıza formları ve benzeri araçların veri toplamanın güçleştirilmesinde başarısız olduğu da bu zarar teorisinde kullanılabilir⁷⁹.

3.2.6. İnovasyon Güdüsünün Azalması

Yerleşik firma, kendi karlılığını azaltmamak için inovasyona meyilli

⁷⁸ Tirole, bilgi kapsamını üçe ayırmaktadır: insanları tanıma, objeleri etiketleme ve eylemleri anlama. Bilgi yoğunluğu arttıkça rakiplerin böyle dev veri setini ikame edebilecek sete ulaşması zorlaşacaktır. Ayrıca yerleşiklerin ciddi ölçüde veri analizi kapasitesi bulunmakta olup bunun da rakiplerle ikame edilmesi zorlaşmaktadır.

⁷⁹ Platform tekel olduğunda ya da ağ etkisi çok yüksek olduğunda alternatif olmadığından rıza verilmemesi gibi bir opsiyon kalmamaktadır (örnek, Facebook-Almanya vakası).

olmadığı gibi, teoride de hiçbir zaman inovasyonu rekabetçi firma kadar karlı algılamayacaktır. Bu sebeple, halihazırda var olan bu asimetriyi devralmalarla ortadan kaldırmak inovasyon güdüsünü genel olarak iyice azaltacaktır (Shelanski 2013, s. 1704). İnovasyonun önemli olduğu ilaç, biyomedikal, agro-kimya ve dijital sektörler gibi alanlarda inovasyon piyasası bir üst pazar gibi test edilerek tarafların mevcut ürünler dışında Ar&Ge ve hatta temel araştırma (*basic research*) alanındaki yatırımları, hazırlık aşamasındaki ürünleri de test edilebilir. Burada coğrafi pazar ulusalın yanında global olarak çizilebilecektir. -Analizde herhangi bir ürüne odaklı inovasyon değil, genel inovasyon kapasiteleri ve faaliyetleri dikkate alınmaktadır (Todino vd., s. 13). Devre konu işlemin önemli bir yenilikçiyi (*innovator*) elemine edip etmediği bu şekilde ortaya konarak işleme izin verilmesi halinde yenilikçi ürün ve hizmetlerin piyasaya ulaşmasının engellenme ihtimali araştırılmaktadır.

Bu test yapılırken ürünlerin hazırlık aşamasının erken safhalarında olunması ve bir belirsizlik olması otoriteleri yanıltmamalıdır; hata yapma riskinden ziyade işleme izin verilmesi halinde mahrum kalınan inovasyon sebebiyle toplumun karşı karşıya kalacağı zararın büyüklüğüne ağırlık verilmesi bu zarar teorisinin temelidir. Özellikle ilaç sektöründe referans olarak kullanılacak muhtemel piyasaya giriş oranları gibi sektörel veriler otoriteler için ulaşılabilir bilgilerdir. Örneğin kanser araştırmalarının genel olarak ilaca dönüştüğü; birinci klinik fazda ortalama başarı ihtimalinin %18; ikinci fazda %30 ve üçüncü fazda %57 olduğu gibi bulgular analizlerde dikkate alınabilecektir (Carrier 2007, s. 419).

3.2.7. Yıkıcı (Radikal) İnovasyonu Öldüren Nitelikte İşlem Olması

Bu devralma teorisi yerleşik şirketin yaptığı devralmaları halihazırdaki aşırı karlılığını korumak için gerçekleştirme ihtimalinin söz konusu olduğu dosyalarda kullanılabilir. Burada zarar iki katmandan oluşmaktadır: hem yıkıcı inovasyon kaybı hem de yerleşik şirketin inovasyon güdüsünün azalması. Bu negatif sonuç ayrıca özellikle dijital pazarlarda ağ etkileri yüzünden katlanarak ciddi toplumsal zarara yol açma potansiyelini barındırmaktadır (Federico vd., s. 150). Bu teoride

kanıt ortaya konması zor olduğundan iç yazışmalar ve iş planlarının analizi tutarlı tahminler için önemli girdidir. Bu noktada, FB/Instagram kararında bildirim izin verilirken dayanılan “tamamlayıcılık” ilişkisinin yanlış olduğunun sonradan anlaşılması da hatırlanmalıdır. Diğer bir dayanılabilecek argüman, sosyal medya gibi uzun yıllardır neredeyse tekelin olduğu piyasalarda küçük de olsa herhangi bir yıkıcı inovasyon potansiyelinin çok değerli olmasıdır. Toplumsal faydanın bu tür bir inovasyonu çok değerli kılmasından dolayı söz konusu rakibin bağımsız aktör olarak korunması isabetlidir.

Bu sebeple bu zarar teorisinde inovasyonun ihtimalinden çok gerçekleşmesi halinde beklenen fayda öncelenmektedir (Federico vd., s. 151). Bir diğer deyişle, işleme izin verilmesi halinde ortaya çıkacak zararın büyüklüğü ön planda tutulmaktadır. Özellikle de son yirmi yıldır yerleşik şirketlerin pozisyonlarının güçlendiği, rekabetin gelişmediği de düşünüldüğünde bu teoriye daha fazla başvurulacağı beklenebilir.

Bu zarar teorisinin bir başka ele alınışı ise Carstensen ve Lande'nin (2018, ss. 826-845) “dirençli yedeklilik” (*resilient redundancy*) tezidir. Bahse konu teze göre N sayıda aktörün rekabet için yeterli olduğu kabul edilen bir piyasada N+1 sayıda aktörün yaşaması olası kırılmalara karşı teşvik edilmelidir. Bunun en önemli sebebi ise öncelikle inovasyonla ilgili belirsizliklerdir. Bir ürünün başarı ihtimali bilinemediğinden oyuncu sayısının fazla olmasının öncelenmesi doğaldır. İkincisi; şans, kaza, arz zinciri krizi (doğal felaketler, COVID-19 gibi kısıt yaratan olaylar), siyasi saikler (OPEC politikaları, ambargolar, nadir bulunan toprak elementleri krizi gibi) ya da iflas gibi unsurların zaten konsolidasyon ve sömürücü uygulamaları beraberinde getirmesidir. Ayrıca çözümlerle izin verilen işlemlerde karşılaşılan başarısız sonuçlar da fazladan oyuncu bulundurma politikasını rasyonel kılmaktadır.

3.2.8. Ekosistemin Ölüm Bölgesinde Yer Alma

Yerleşik dijital oyuncuların hakim durumda oldukları alanlarla ilişkili ürün ve hizmet geliştiren şirketler, platformu/ekosistemi bir bütün olarak “ölüm bölgesi” olarak algılayabilmektedir. Burada, sunulabilecek ürün/hizmetin potansiyel rekabetten dolayı devralmaya konu

olabileceği, kopyalamaya konu olabileceği ya da diğer türlü yerleşik şirketin agresif tepkiyle rekabet eden ürün/hizmeti piyasaya sürerek karşı koyacağı bilinir. Bu ise aşağıda anlatıldığı üzere, startup’ların yerleşik şirket korkusu sebebiyle yeterli fona erişim sağlayamamasına neden olabilmektedir. Burada dikkat edilmesi gereken, büyük teknoloji firmalarının kendi ekosistemleri içinde çok ciddi büyüklük ve kapsamda veri toplayabilir olması sebebiyle bu tür yeni doğan rakipleriyle ilgili hızlıca, eşsiz bir şekilde bilgi sahibi olmalarıdır (bkz. ABD Meclisi’nde sunulan belgeler). Diğer taraftan dijital piyasalarda “*tipping*” söz konusu olduğundan yani belli bir noktadan itibaren arama motoru, sosyal medya/ağ gibi alanlara yeni girişin aşırı zorlaşması sebebiyle de potansiyel rekabetin neredeyse sıfır olduğu akılda tutulmalıdır (Bourreau ve de Streel, s. 21). Bu zarar teorisinin kurgulanması ve test edilmesinde ilgili pazar sınırlarının çizilmesinde ekosistem-ürün ilişkisi öncelenmelidir.

3.3. Öldürücü Devralmaların Kontrolüne Karşı Argümanlar ve Bunlara Verilen Cevaplar

3.3.1. Devralmanın Rekabeti Kısıtlamayacağına Dair Kati Delilin Taraflarca Sağlanmasının Zor Olduğu Argümanı

Devralmanın var olmadığı dünyada (*but-for* senaryosu) devre konu şirketin yerleşik şirketle rekabet edip etmeyeceğinin belirlenmesinin zor olduğu ifade edilmektedir. Gerçekten startup’lar erken bir zamanda devralındıklarından (çıkış stratejisi gereği VC tercihi; hızlı likitleştirme) giriş yapı bu şirketlerin gidişatının tahmin edilmesi çok kolay olmayabilmektedir. Bunun çözümü ise ispat yükünün taraflara yüklenmesinden vazgeçilmesinden çok yerinde incelemeler vasıtasıyla iç yazışmalar ulaşarak devre iten saiklerin ortaya konmasıdır. ABD Meclisi belgelerinde de görüldüğü üzere iç yazışmalar devralmaların arka planı hakkında, değerlemenin rekabeti elemine edip etmemesi üzerine kurulup kurulmadığı hakkında somut bilgiler sunmaktadır. Diğer bir cevap ise ilgili startup’ların geleceğe dair rotasını (ne kadar rekabetçi olup olmadığı) en iyi anlayacak pozisyonda olanlar yerleşik şirketlerdir. Dolayısıyla bu argüman geçerli değildir (Tirole, s. 11).

3.3.2. Devralmaların Sayıca IPO'lardan (İlk Halka Arz) Fazla Olması; Devralmalara Set Çekilmesinin Çıkış Maliyetlerini Artıracağı Argümanı

Potansiyel alıcı kümesinin daraltılmasının startup'ların inovasyon ve giriş güdüsünü baştan azaltabileceği savunulmaktadır. Bu durumun sebebi yukarıda ele alındığı gibi startup'ların finansmanının genellikle girişim sermayesi (VC) ile yapılması ve VC'ların hızlı likidasyonu seçmeleridir. IPO'ları devralmalara kıyasla avantajlı hale getiren politika tedbirleri bu bağlamda inovasyon rekabetine olumlu dışsalılık sağlayacaktır.

3.3.3. Etkinlik Yaratılması Argümanı

Yukarıda da ele alındığı gibi halihazırda bu savunmada somut faydalar ortaya konulamamaktadır. Dolayısıyla ispat yükünün mevzuat değişikliği ile karşı tarafa geçirilmesi halinde de bu etkinliklerin ortaya konmasında problemler ortaya çıkabilecektir. Bu noktada, ispat standardının tahsisi ile ispat standardının arasındaki bağlantı hatırlanmalıdır. Dolayısıyla, ispat standardı işlemde fayda sağlayacak taraflara geçtiğinde gerek bilgi asimetrisinin azalmış olması gerekse de işlemde fayda sağlayacak tarafta olması sebebiyle ispat standardının iyileşmesini beklemek yanlış olmayacaktır. Diğer yandan öldürücü devralmaların “yeteneği” satın aldığı; ürünün ancak ikincil mesele olduğu ifade edilebilmektedir⁸⁰. Ancak bu noktada, yeteneğin de bir girdi olduğu ve hatta bir piyasa teşkil ettiği unutulmamalıdır. Bu noktada, etkinlik argümanının kabul edilebileceği önemli bir senaryo, işlemin gerçekten inovasyonu hızlandırıcı ve inovasyonla karakterize edilen piyasalarda var olan “elde etme problemi”ni hızlı ve etkin bir şekilde çözüp çözmediğidir (Federico vd., s. 176).

Newman'a göre dijital piyasalardaki etkinlik savunmaları/ argümanları tamamen kişisel veri kullanımı ve platform değiştirmenin zihni maliyetlerini artırma odaklı olduğundan bu etkinlikler hem doğrulanması zor hem de “elverişsiz” tipte etkinliktir; bu tür argümanlar baştan şüpheyle karşılanmalıdır (Newman 2019, ss. 1539-1542).

⁸⁰ “Acqui-hire”; Tirole, s. 11.

3.3.4. İşlemin Tamamlayıcı Ürünlere İlişkin Olması ve Bunun da Etkinlik Yaratacağı Argümanı

Burada yerleşik firmanın mevcut ürününe yapılacak marjinal katkı ile devre konu firmanın bağımsız kalması halinde yaratılacak faydanın bir karşılaştırması yapılmalıdır. Motta ve Peitz'in örneğindeki gibi, Google'ın arama motoruna sağlanacak marjinal fayda ile rakip bir arama motorunun ölçeklenip bağımsız olması halinde beklenen faydanın büyüklüğü arasındaki fark ciddidir. Bu noktada, düşük ihtimal-yüksek beklenen fayda ihtimalinin öncelenmesi önemlidir (Motta ve Peitz 2019).

3.4. Ödürücü Devralmaların Kontrolünü İyileştirmek İçin Yapılabilecek Reformlar

3.4.1. İspat Yükünün İşlem Taraflarına Geçirilmesi

Yukarıda yer verildiği üzere bu tür devralmaların halihazırdaki sıklığı özellikle otoritelerin işlemi yasaklayabilecek (bildirim yapılsa bile) ispat standardını karşılayamamasıdır. Her ne kadar ideal dünyada devralmalarda “henüz belirme” doktrini geçerli olsa da (yoğunlaşma gerçekleşme tehdidinin engellenmesi) pratikte otoriteler devralmalarda yüksek ispat standardı beklentisiyle pek çok işleme izin vermek durumunda kalmaktadır. Mevcut bu toplumsal meriyeti yüksek aksaklık, startup'lar gibi varlıkların yerleşik şirketlerce devralınmasında daha fazladır. Zira bu işlemlerde geleceğe dair görece yüksek kesinlikle çıkarım yapmak hem son derece meşakkatlidir, hatta bazen imkansızdır. Bu sebeple ispat yükü devralan platforma yüklenerek sektör trendleri ve teknik kanıtları vb. sunarak (Tirole, s. 12) devre konu şirketin devralınmasının rekabeti artırıcı olacağına dair yüksek standartta kanıt sunmasının beklenmesi yerinde olacaktır. Burada bir örnek olarak, öldürücü gibi görünse de bir devralma işleminde yerleşik şirketin startup'ın ürününi öldürmek yerine kendi ürününün işlevselliğini artırmak için kullanmasıdır. Ancak bunun hem aşırı kar hem de tüketici refahını artıma ihtimalini ihtiva etmesinden dolayı yine ispat yükünün taraflarda olması otoritenin işini kolaylaştıracaktır (Motta ve Peitz; Tirole, s. 12).

3.4.2. Bildirim Eşiklerinin Uyarlanması ve Alternatif Bildirim Kriterleri Getirilmesi

ABD’de yapılan bir çalışmada bildirim eşiklerinin artması sonrası o eşiklerin hemen altında ciroya sahip olan devralmalarda işlem sayısının dramatik arttığı anlaşılmıştır. Bu bağlamda eşiği düşürmek yani ciro kriterini azaltmak zayıf bir reform aracı olabilecektir (Wollmann 2018a, 2018b). Bahse konu bu kısıt aşmak için şu opsiyonlar literatürde sayılmaktadır: i) işlem değeri: önemli bir dezavantajı bu konuda düzenleme yapılması halinde girişlerin caydırılabileceğidir; diğer yandan pazarlıkların şeffaf olmayan yapısı ve işbirlikçi tekliflerle değerlemenin bozulması da mümkündür (Tirole, s. 13) ii) tarafların ya da yalnızca devralanın piyasa değeri (*market capitalization*) iii) şerefiye (*goodwill*) değerlemesi: bir dezavantajı ayrı bir uzmanlık gerektirmesidir.

3.4.3. Geriye Dönük Devralma İncelemelerinin Gerçekleştirilmesi

Yukarıda yer verildiği üzere bildirim eşiklerinin düşük olması sebebiyle ve davranışları tek tek ele alan yaklaşımın doğurduğu sonuçları daha iyi anlamak bakımından retrospektif analizler yapılabilir. Burada seçici olunması ve sektörler ile buradaki yerleşik firmalara odaklanılması yerinde olacaktır; aksi halde çok fazla idari maliyet külfeti söz konusu olabilecektir. Yine bu tür bir çalışmada ABD’deki gibi eşik altı işlemlere dair de sorgulama yapılarak hemen sınırdaki kalan işlem oranı da araştırılabilir. Bu tür çalışmalar kural formulasyonu bakımından da değerli bulgular sağlayacaktır. Son olarak bütüncül yaklaşımların her türlü uygulamaya nüfuz etmesi esas amaç olmalı ve yapılan geriye dönük devir işlemleri analizi ile sinerji etkisi ortaya konmalıdır.

3.4.3.1. ABD ve İngiltere’de Retrospektif Devralma İncelemesi Girişimleri

FTC, özellikle geçtiğimiz yıldan itibaren devralmalarda uzun zamandır süregelen hukukun uygulanmasındaki hareketsizliği düzeltmek ve belli sektörlerdeki konsolidasyonların sebeplerini ortaya koymak adına somut önlemler almaya başlamıştır. 10 Şubat 2020 tarihinde FTC,

devralmaların bildirimini düzenleyen Hart-Scott-Rodino Kanunu'nun rekabeti kısıtlama potansiyeli olan işlemleri tespit etmede yeterli olup olmadığının araştırılmasına yönelik bir karar almıştır. Bu çerçevede, *Apple, Amazon, Facebook, Microsoft* ve *Alphabet*'e son on yılda bildirilmeyen (50 milyon \$ bildirim eşiği) tüm devralmalarına ilişkin bir bilgi isteme yazısı göndermiştir.⁸¹ Bu karar ve bilgi talebi yazıları, daha geniş bir reformun da parçası olup aynı zamanda perakende ve ilaç sektörlerindeki reklam ve fiyatlandırma stratejilerine ilişkin de Komisyonca bilgi taleplerinde bulunulmuştur. Diğer taraftan DoJ de girişim yatırımcısı şirketlerle seri görüşmeler gerçekleştirmiş ve muhtemel “ölüm bölgeleri” (hakim durumdaki yerleşik şirketin potansiyel rakibin çabalarını faydasız kıldığı bölge) ile ilgili geriye dönük devralmaları gözden geçirmektedir. Son olarak eyalet düzeyinde ve FTC tarafından Facebook, Google ve Amazon'a yönelik hukuki uygulama hareketleri son birkaç yıldır hızlanmıştır⁸².

İngiltere'de de geçmişteki devralma işlemlerinde koşullu/çözüm önerili izin verilen devralmalara yönelik bir inceleme başlatılmıştır. Bu karar, esasen 2019 Lear Raporu'nda birtakım teknoloji devralma işlemlerinde otoritenin belirsizlikten fazlaca çekinerek ciddi rekabet endişelerini gözden kaçırdığı bulgusunun ortaya konmasından sonra verilmiştir⁸³. Son olarak; ABD, İngiltere dahil olmak üzere pek çok ülkede problemlili devralma işlemlerinde davranışsal çözümlere daha az başvurulması gerektiği, bu tür işlemleri yasaklamanın elden

⁸¹ FTC, “Resolution Directing Use of Compulsory Process to Collect Information Regarding the Sufficiency of the Hart-Scott-Rodino Act in Identifying Potentially Anticompetitive Transactions, Including Acquisitions of Stock, Assets, or Personnel ” https://www.ftc.gov/system/files/documents/reports/6b-orders-file-special-reports-technology-platform-companies/6b_platform_study_final_compulsory_process_resolution_2_10_20.pdf

⁸² Ayrıca, Sonos ve PopSockets gibi küçük ölçekli şirketler Temsilciler Meclisi'nde Google ve Amazon'un faaliyetlerine zarar verdiğine dair ifade vermiştir. Küçük ölçekli devralmalara örnek olarak Amazon Web Services teknolojisinde kullanılan ClusterK ve Graphic; Facebook'un devraldığı Parse ve Google'ın devraldığı Sparrow verilebilir. FTC'nin dönemdeki başkanı bu retrospektif inceleme ile ilgili şöyle demiştir: “Bu inisiyatif bu önemli sektördeki satın almalara daha yakından bakmamızı sağlayacak ve federal kurumların rekabete zarara verebilecek nitelikteki işlemlerden yeterince farkında olup olmadığını değerlendirmemizi sağlayacaktır.” Cecilia Kang ve D. McCabe, “FTC broadens review of tech giants, homing in on their deals,” *The New York Times*, 11 Şubat 2020; Kara Swisher, “Big techs' takeovers finally get scrutiny,” *The New York Times*, 14 Şubat 2020.

⁸³ İngiltere Devralma Kılavuzu da Lear Raporu'nu takiben yenilenmiştir. Mlex, “Past UK merger remedy decisions to be reviewed by CMA,” 19 Mayıs 2021.

çıkarma da dahil diğer çözümlere göre daha fazla işletilmesi gerektiği vurgulanmıştır. Özellikle salgın dönemindeki fiyat sıçramaları tecrübeleri bu açıklamalarda önemli rol oynamıştır. Diğer taraftan devralmaların doğası gereği geleceğe yönelik olması ve dinamik yapıların korunmasının nihai amaç olmasından dolayı davranışsaldan ziyade yapısal tedbirlerin önemine dikkat çekilmiştir⁸⁴.

Gerek bu baskılar ve 2021 yılı sonunda İtalya'da *Amazon*'a verilen hakim durum (ABİDA 102. Maddenin ihlali) cezası gerekse de ABD başta olmak üzere devralmaların kontrolünde daha aktif olunması söylem ve pratiği⁸⁵ halihazırda Parlamento'da bulunan taslağa eklenen revizyonlara da yansımıştır. Bunların arasında bekçi platformların yaptıkları tüm devralmaların bildirilmesi yükümlülüğü ve ispat yükünün işlem taraflarında olmasına dair kurallar yer almaktadır⁸⁶.

3.4.4. Avrupa Birliği Örneği

AB'de devralmalar açısından son resmi, geniş çaplı reform çalışması, *Facebook/Whatsapp* devralmasının yarattığı tartışmaları da müteakip 2014'te bildirim eşiklerinin uyarlanması hakkında yapılmıştır. 2007-2017 aralığında yalnızca 8 işlemin yasaklanması da mevcut rejimin etkinliği konusunda düşündürücü olmuştur (Motta ve Peitz 2019). Bununla ilgili paydaşlardan görüş toplayan Komisyon, 2017 yılında çok az oranda olumlu geri dönüş aldığı için meseleyi geçici olarak rafa kaldırmıştır (Meuiner ve Mickus 2020, s. 1085). Diğer yandan, bilindiği üzere Komisyon'un Tüzüklerde değişikliğe gidebilmesi için Avrupa Birliği'nin bir nevi "bakanlar kurulu" olan Konsey'in oybirliği aranmaktadır. Bu da ulus-devletlere kıyasla Avrupa Birliği'nin hızlı mevzuat değişikliğine gitmesini zorlaştırmaktadır. Buna karşılık

⁸⁴ Fransa da yapılan bildiriye katıldığını açıklamıştır. Bir devralma işleminin yasaklanması ya da elden çıkarma ile izin verilmesi arasında aranan ispat yeterliliği arasında herhangi bir fark bulunmadığı da ülkelerin ortak bildirisinde vurgulanmıştır. Buna göre, herhangi bir elden çıkarma formülünün refah kaybını telafi edemeyeceği durumda tek çare işlemin yasaklanmasıdır. Mlex, "UK, German, Australian competition regulators push back on M&A behavioral remedies," 20 Nisan 2021.

⁸⁵ *FBI/Giphy, Nvidia/Arm* ve *Illuminal/Grail* işlemleriyle ilgili açıklanan endişeler ve itirazlar önemli göstergedir.

⁸⁶ Tono Gil, "Killer acquisition rules tightened in new DMA draft set for vote by EU lawmakers," Mlex, 8 Aralık 2021.

Almanya ve Avusturya kendi ulusal mevzuatında eşiklerin yanında farklı bildirim kriterleri getirerek önemli işlemlerin kurumların radarında kalmasını sağlamışlardır. Bu noktada, aşağıda da anlatıldığı üzere, Komisyon’un mevcut Tüzük’ün 22. Maddesini işletme kapasitesinin varlığı Birlik çapındaki bir değişiklik zorunluluğunu ortadan kaldırmaktadır (Smekjal 2020).

Bununla beraber, Crémer Raporu’nda Komisyon’un tarihsel olarak hukukun aşırı uygulanmasından çekinmesine rağmen asıl meselenin hukukun eksik uygulanması olabileceğine dikkat çekilmiştir⁸⁷. Bu noktada, bildirim eşliğinin yanında ilgili pazar düzenlemesinde de güncellemeye gidileceği 2019 yılında Vestager tarafından açıklanmıştır. Bunda en büyük etken ise yine dijitalleşme trendleri ile 2008 finansal krizinden sonra küresel rekabetin de dikkate alınması ihtiyacının anlaşılması olmuştur (Meuiner ve Mickus). Bu doğrultuda, yakın zamanda, *Google/Fitbit*, *IBM/Red Hat* ve *Microsoft/GitHub* gibi işlemler de örnek verilerek “öldürücü devralma” ve komşu pazarları içeren işlemlerde (dijital) ekosistem, inovasyon alanları ve potansiyel rekabet bakımından yaratacağı etkilerin dikkatle analiz edildiği ifade edilmektedir. Bu tür işlemlerde önemli olan pazarların birbiriyle nasıl bağlantılı olduğunun göz önünde bulundurulması ve özellikle verinin önemidir⁸⁸.

27 Mayıs 2021 tarihinde Almanya, Fransa ve Hollanda hükümetlerince Komisyon’a hitaben ortak bir şikayet kaleme alınmıştır. Bu şikayette teklif aşamasında bulunan Dijital Piyasalar Kanunu’nun yerleşik şirketlerin rekabet karşıtı davranışlarının kontrolü bakımından yeterli “azme” sahip olmadığı, yerleşik büyük teknoloji şirketlerinin öldürücü devralma yoluna gitmelerinin zorlaştırılması gerektiği vurgulanmıştır. Dijital platformların yeni doğan/gelişme halindeki (*nascent*) şirketleri rekabeti boğmak için sistematik olarak devralma stratejilerine karşı da devralma rejiminin güçlendirilmesi

⁸⁷ Dijital piyasaların daha hızlı hukuki uygulama gerektirmesi de bunda etkilidir (Meuiner ve Justinas, s. 1084).

⁸⁸ MLex, “Digital deals rev up EU scrutiny of non-horizontal mergers, Lorient says,” 7 Mayıs 2021. Guillaume Lorient, AB Komisyonu’nda teknoloji piyasalarında rekabet hukukunun uygulanmasından sorumlu direktördür. İşbu makalenin hazırlanması sırasında potansiyel öldürücü işlem olan *Illuminat/Grail* işlemi çeşitli rekabet otoritelerince ikinci faz incelemeye alınmış, bazı otoritelerce işlemin yasaklanması sinyali verilmiştir.

çağrısında bulunulmuştur. Almanya’da yakın zamanda *Amazon* ve *Google*’a karşı başlatılan incelemeler de göz önünde bulundurularak üye ülkeler arasında daha fazla işbirliğinin Komisyonca sağlanması ve daha “proaktif” davranılması ihtiyacı dile getirilmiştir. Buna karşılık Komisyon ise üye ülkelere Brüksel ile birlik olmaları gerektiği, aksi halde bir “düzenleme kırkayması” ile baş başa kalınacağı uyarısında bulunmuştur⁸⁹. Yukarıda da yer verildiği üzere, gelinen noktada Parlamento’daki öneriler ile son bir yılda potansiyel öldürücü işlemlerin nihai incelemeye alınması bulguları bu aşamada reform çabalarının başarısına işaret ettiği söylenebilecektir. Diğer taraftan AB’nin Chicago Okulu’ndan ziyade rekabet düzenini koruma odaklı ordoliberalizm etkisinde olması da ABD’ye kıyasla reform sürecinde AB’nin başlangıç noktasını avantajlı kılmaktadır.

4. VC İŞ MODELİ VE ÇIKIŞ STRATEJİLERİ

Startup’ların en önemli finansal kaynaklarından biri bu şirketlere azınlık hissedarı ve yönetici olarak destek olan girişim sermayesidir. Bununla beraber melek yatırımcılar⁹⁰, kitlesel fonlama (*crowdfunding*)⁹¹ gibi araçlarla da fonlama sağlanabilmektedir⁹². VC, temel olarak, likit ve düşük maliyetli halka açık menkul kıymetler piyasalarına kıyasla daha yüksek gelir vaat eden bir yatırım aracıdır. Yaklaşık on yıllık bir sürede portföyündeki startup’ları destekleyen VC’lar bu süre sonunda değerlendirilen şirketleri IPO ya da satış yoluyla elden çıkararak yatırımlarının geri dönüşünü almaktadır. VC sektörünün ana fonlayıcıları ise emeklilik fonları, özel sermaye fonları, vakıflar ve diğer sınırlı sorumlu ortaklardır. Bazı çalışmalar, VC şirketlerin performansına

⁸⁹ Javier Espinoza, “EU is too soft on Big Tech, say France, Germany and the Netherlands,” *Financial Times*, 27.5.2021.

⁹⁰ Varlıklı bireylerin yatırımları; özellikle 2010’lar sonrası artmıştır. AngelList gibi platformlar üzerinden de bağlantı sağlayabilmektedirler.

⁹¹ Çok fazla sayıda bireyler vasıtasıyla düşük miktarda toplanan fon.

⁹² VC’ın iddia edildiği gibi yüksek geri dönüş ve inovasyon sağlamadığı 2013’te yapılan bir araştırmada ortaya konmuştur. Diane Mulcahy, “6 Myths about Venture Capitalists,” *Harvard Business Review*, Mayıs 2013. ABD’nin küresel VC yatırımındaki payı düşme trendinde olup en 2015-2017 döneminde dünyada en fazla VC yatırımı yapılan ilk altı şehir ve payları şöyledir: San Francisco %16, Pekin %14,2, New York %6,6, San Jose (California) %4,9, Boston %4,9, Şangay %4,8. Richard Florida ve Ian Hathaway, “How the geography of startups and innovation is changing” *Harvard Business Review*, Kasım 2018.

dayalı olmayan fonlama yapısının startup’ların performansını olumsuz etkilediğini ortaya koymuştur. Çalışmalarda ortaya konan bir diğer çelişki ise VC’ların kendi fonlarına yatırım yapmadıklarıdır. Bu unsurların VC’ın ciddi paya sahip olduğu startup’ların inovasyonda geri kalmasının nedenlerinin arasında olduğu savunulmaktadır⁹³.

Girişimciler, doğal olarak büyümelerini hızlandırmak için dış sermayeye ihtiyaç duymaktadır. Özellikle de teknoloji merkezli piyasalarda hızlı büyüme ve yaşayabilir ölçeğe ulaşma, başarı için kritik önemdedir. Yapılan çalışmalarda girişim sermayesine tabi olan startup’ların %20 ila %40’ında kurucularının bir süre sonra yatırımcı talebiyle ayrıldığı tespit edilmiştir. VC’ın mevcut kurucuyu değiştirme talebinin arkasında ise genellikle startup’ı IPO ya da satın alma sürecine daha iyi hazırlayabilecek bir lider istenmesidir. Ancak şirket liderinin değiştirilmesi performans bakımından beklenen etkiyi genellikle göstermemekte olup bunun iki sebebi olabileceği ifade edilmektedir: i) halihazırda performansı düşük olan startup’larda bu değişikliğe gidilmesi ii) şirketlerin çalışanlarla yaptıkları sözleşmelerde (dikey) yaygın rekabet etmeme yükümlülüğü içeren sözleşmeler olması sebebiyle iyi performans sağlayacak transferlerin zorlaşmış olması⁹⁴.

Bu kısıtlara rağmen girişim yatırımı, son 30 yılın startup’ları açısından son derece önemli bir finansman kaynağı olmuştur. İyi fikirleri olan girişimcileri yatırımcılarla buluşturan bu şirketlerin karar alma süreçleri ise oldukça opaktır. Yapılan araştırmalarda VC yatırımlarının dağılımında sosyal ve profesyonel ağa dahil olmanın önemli olduğu; VC’ın yatırımları seçerken kurucu başta olmak üzere takımdaki bireyler ile iş modeli unsurlarını göz önünde bulundurduğu ortaya konmuştur. İlginç bir bulgu ise değerlemenin⁹⁵ fonlanacak projenin seçiminde ancak beşinci sırada yer aldığı tespitidir. Bu durum, her ne kadar yatırımlarını bir portföye dağıtsalar da VC’ların

⁹³ Diane Mulcahy, “Venture Capitalists Get Paid Well to Lose Money,” *Harvard Business Review*, Ağustos 2014.

⁹⁴ Michael Ewans ve Matt Marx, “Research: What Happens to a Startup When Venture Capitalists Replace the Founder,” *Harvard Business Review*, Şubat 2018.

⁹⁵ Yapılan çalışmada en fazla indirgenmiş nakit akışı (INA/DCF) bazlı değerlendirme kullanıldığı tespit edildiği, gelirlerin sistemik/piyasa riskine göre neredeyse hiç uyarlamasının neredeyse hiç yapılmadığı görülmüştür. Paul Gompers, Will Gornall, S. N. Kaplan ve Strebulaev, “How Venture Capitalists Make Decisions,” *Harvard Business Review*, Mart-Nisan 2021.

en başarılı birkaç IPO ya da şirket satışına, yani çıkış stratejisine odaklandığının altını çizmektedir. -Başarılı bir çıkış stratejisinin birkaç şirket için gerçekleşmesi halinde dahi yapılan toplam yatırımın 100 katı gelir ile sonuçlanacağı bilindiğinden yakın vadeli nakit akışı yerine yüksek değerli çıkışlar için çaba harcanmaktadır⁹⁶.

VC, bir startup ile el sıkıştıktan sonra şirketi kendine haline bırakmamakta, tavsiyeler ve yönetici atanması gibi yollarla sürekli iç içe kalmaktadır. Örneğin VC'ların yatırım yaptıkları startup'ların %60'ı ile her hafta bir araya geldikleri; %87'sine stratejik rehberlik yaptıkları, %72'sini diğer yatırımcılar ile bir araya getirdikleri, %65'ine operasyonel rehberlikte buldukları, %58'ine yönetim kurulu üyeleri atamalarında yardım ettikleri ve %45'ine çalışanları işe almalarında yardım ettikleri saptanmıştır⁹⁷.

VC iş modelleri ve işleyişleri son yıllarda ciddi eleştirilere maruz kalmıştır. 1970'lerdeki *Genentech* örneği başta olmak üzere inovasyon doğurucu yatırımları yapan (daha sonra da *Amazon*, *Google*, *Sun Microsystems* ve *Compaq*) *Kleiner Perkins* örneğine kıyasla zamanla VC'in kendi karlılığını optimize eden, risk ve "genel fayda gibi unsurları düşünmeyen ve inovasyona harcanabilecek milyarlarca lirayı "israf eden" bir yapıya evrildiği ifade edilmektedir⁹⁸. Yukarıda da anlatıldığı gibi, büyük teknoloji şirketlerinin var olduğu sektörlerde ölüm bölgesinin var olduğu, bu sebeple de son üç yılda bu alanlardaki yatırımların ve yeni girişlerin %40; toplam IPO işlemlerinin ise %20 düştüğü ortaya konmuştur (Kamepalli vd. 2021).

IPO'lar esasında bir startup'ın gerçek değerini en iyi yansıtan ve birleşme-devralmalara göre daha doğal olan çıkış yöntemidir. Ancak bu yöntem halihazırda satışa göre daha maliyetli olabilmektedir. IPO'ların değerlendirilmesinde sistematik %18 daha az olmak üzere negatif değerlendirme yapıldığı saptanmıştır. Diğer yandan halka arz hazırlıklarının maliyete regülasyon uyum maliyetleri de bu çıkış stratejisini pahalı

⁹⁶ "Potansiyel çoklu getiri"nin İNA ya da iç getiri oranına (internal rate of return) kıyasla daha büyük önem taşıdığı ifade edilmiştir. Hatta iç getiri oranı çıkış gerçekleşikten sonra hesaplanmaktadır. Gompers vd. s.6.

⁹⁷ Gompers vd., s. 8.

⁹⁸ Duhigg, Stanford Üniversitesi profesörü Steve Blank'i alıntulamıştır. Yazıda, pandemi döneminde ilk beş VC'in yatırımlarında artış yaşandığı da ifade edilmiştir. Charles Duhigg, "How venture capitalists are deforming capitalism," *The New Yorker*, Kasım 2020.

kılabilmektedir. Yukarıda da yer verildiği üzere, VC’lar hızlı likitleştirme için genellikle potansiyel alıcılarla startup’ları buluşturma rolünü benimsemektedir (Lemley ve McCreary 2021, ss. 55-7; Rizzo 2021, s. 4). IPO değerlemesi ile yerleşik şirketlerin henüz kullanıcı tabanı bile sınırlı olan startup’ları milyar \$ gibi değerlerden satın almalarındaki işlem değeri kıyaslandığında devralmalarda ortadan kalkan rekabete de ödeme yapıldığı açıkça anlaşılabilir.

Yerleşik şirketlerin startup’ları sistematik olarak devralması yukarıda da yer verildiği üzere, teknolojik yeniliği hem azaltacak –özellikle radikal inovasyon- hem de teknolojik yeniliklerin ekonominin tamamına nüfuz etmesini zorlaştıracak ve toplumsal maliyeti artıracaktır (Lemley ve Mc Creary, s. 63)⁹⁹. Bunun için önerilen politika çözümleri ise şöyledir: IPO’ları vergi yoluyla daha az maliyetli kılmak; yerleşik şirketlerin devralma işlemlerini ise vergi yoluyla daha maliyetli kılmak ii) devralmalarda şerefiye (*goodwill*) değerini araştırarak bu kritere dayanarak belli devirleri yasaklamak iii) IPO’ların ardından belli bir dönem yeni devir işlemi yapılmasını yasaklamak iv) bildirim kriterlerini startup’ları kapsayacak şekilde yeniden formüle etmek v) yerleşiklerin yapacağı devirleri *ex ante* sınırlamak (Lemley ve McCreary, ss. 88-95). Şayet IPO’ların maliyetini azaltmak uzun yasama süreçleri gerektiriyorsa varlık fonlarının VC gibi ölüm bölgelerindeki startup’lara yatırım yapması da bir diğer çözüm olabilecektir. Ancak her durumda, hızlı çıkış sağlayan yerleşik şirketlere devirler sıkı kontrole tabi tutulmalıdır.

5. TARTIŞMA

Rekabet hukukunun yeni araç ve mekanizma inşasında yeniden piyasaya girişe, yarışabilirliğe ve yerleşik şirketlerin bir pazardaki güçlerini diğer pazarlardaki rekabete avantaj elde etmek adına kaldıraç olarak kullanması stratejisine odaklanılmak durumundadır. Chicago Okulu’nun iyimser varsayımları ve uygulama kolaylığına yönelik kurumsal çözümleri yerini yeni yaklaşımlara ve Chicago-öncesi uygulamalara dönüştürmüştür. Bu geçiş, gerek konsolidasyonun eşitsizlikler ve inovasyon-büyüme ikilisinin ayrışması başta olmak

⁹⁹ Burada unutulmaması gereken bir başka nokta pek çok şirketin devlet destekleri ile büyümesi ve bunun topluma geri dönüşünün sağlanması gereğidir.

üzere ciddi sorunlara yol açtığı anlaşılmaması gerekse de COVID-19 ve iklim değişikliği gibi devlet-piyasa ayırımını muğlaklaştıran krizlerle hızlanmıştır.

Çalışmanın önceki bölümlerinde yer verilen akademik tartışmalar ile bugüne kadarki reform çabalarının gösterdiği üzere; mevcut devralma rejimi özellikle teknoloji-yoğun ve önemli pazar gücüne sahip yerleşiklerin bulunduğu piyasalardaki konsolidasyonun kontrolü bakımından yetersizdir. Mevcut yaklaşımlarda ağır basan entelektüel altyapıya göre kendi kendini düzeltereği düşünülen sektörlerde gittikçe artan rekabet problemlerinin kurumsal müdahale olmaksızın düzelenileceği yanılgısı hızla terk edilmektedir. Uzun yıllar devam eden ve kalıcılaşan hakim durum normal piyasalarda dahi beklenmeyen bir olguyken teknoloji ve fikir-yoğun piyasalarda aynı anomalinin varlığı başlı başına bir rekabet problemidir. İlgili pazar, hakim durum ve güvenli liman eşikleri de bu bağlamda yeniden tanımlanmakta; Chicago-öncesi ağır basan yapısal yaklaşım ve karineler ön plana çıkmaktadır. Önceden görece zararsız olarak addedilen konglomera devralma işlemleri ve sorgulanmayan aşırı büyük ölçek meselesi de kaçınılmaz olarak reform setinin içine girmektedir.

Rekabet hukukunun işlevinin ve tüketici refahına indirgenen amacının yeniden düşünülmesinin gerekliliği özellikle izin verilen ve büyük ölçekli tarafı olan devralma işlemleri sonrası fiyat artışlarının gözlenmesi, birleşik teşebbüslerle ilgili çok sayıda şikayetlerin alınması, elden çıkarma ve davranışsal tedbirlerin çoğu zaman işe yaramaması ve özellikle oligopol piyasalarda kronikleşen rekabet sorunlarının söz konusu olması gibi olgular ışığında açıktır. Ancak özellikle teknoloji ve inovasyon-yoğun piyasalarda devralma rejimi sıkılaştırılırken olası inovasyon ve etkinlik kazanımlarının engellenmemesi gerekmektedir. Bu bakımdan kurallar ve süreçlerin otoritelerin ispat yükünü hafifletirken muhtemel ve elbette işleme-özgü, esaslı etkinlik kazanımlarına izin verecek şekilde kurgulanması elzemdir. Başta Avrupa olmak üzere devralmaların bildirim ve zarar teorileri çerçevesinde değerlendirilmesine dair yasamada bekleyen kanun tekliflerinde ve diğer reform önerilerinde bu kaçınılmaz ödünleşimin dikkate alındığı görülmektedir. Burada şüphesiz, otoritelerin en önemli dayanaklarından biri yapısal karineler ve oyuncu sayısındaki fazlalığın

korunması ilkesidir. Hem yanlış negatif karar risklerinin minimize edilmesi hem de olası etkinliklere set çekilmemesi yeni politika dengesi ile başarılacaktır. Bu çerçevede; ispat yükünün işlem taraflarında olması ya da iyi kurgulanmış elden çıkarma araçları sayesinde dinamik etkinlik kazanımı olabilecek işlemler istisna da olsa gerçekleşebilecektir.

Bu noktada, piyasadaki yerleşiklerin sadece yerleşik olmalarından kaynaklı avantajlı durumları ve piyasaya giriş yapmak isteyen girişimcilerin risklerinin her zaman yerleşiklere kıyasla daha yüksek olduğu kurumsal reformlar için başlangıç noktasını oluşturabilir. Yukarıda yer verilen ampirik çalışmalarda ulaşılan durgunlaşan üretkenlikler, fiyat ve karlılık artışları sonuçları tam da bu asimetrinin kanıtı ve dolayısıyla politika alanıdır. Startup’ların VC finansmanı ve yönetim desteği ile asimetrik riski bir ölçüde üstlenmesi mümkünse de mevcut baskın çıkış stratejisinin yerleşiklere devir olması inovasyonun gelişmesi bakımından halen güçlü rekabet hukuku kontrol mekanizmasının inşa edilemediğini göstermektedir. Bununla beraber, 2020 yılında, beş büyük teknoloji şirketinin yaptığı devralma sayısı, 2019’un da altına düşmüş ve 60 işlemle sınırlı kalmıştır. 2015’te %5 olan IPO çıkış oranı 2020 yılında %20’ye ulaşmıştır¹⁰⁰. Dolayısıyla, henüz yasalaşmayan devralma reform tekliflerinin ve reform tartışmalarının varlığı bile yerleşiklere devir yoluyla çıkışta azalmaya yol açmıştır denilebilecektir. Bu veri, otoriteleri reform çabalarında motive etmek için önemli bir örnektir.

Önümüzdeki süreçte otoritelerin uzun yasama süreçleri devam ederken mevcut araçlarını, ikincil düzenleme yetkilerini ve savunuculuk silahlarını etkin bir şekilde devreye sokması beklenebilecek bir stratejidir. İngiltere-CMA örneğindeki gibi kanuni değişikliği beklemeksizin zarar teorileri kılavuzunu güncelleyerek daha sıkı devralma politikası sinyali vermek her zaman mümkündür. CMA, kılavuzunu güncelledikten sonra pek çok potansiyel rekabete dair işlemi ve *Nvidia/Arm* gibi dikey işlemleri ikinci aşama incelemeye¹⁰¹ almış, *Facebook/Giphy* devrini ise yasaklamıştır¹⁰². Bu bağlamda, tahmin edilebilirliği sağlayacak politika

¹⁰⁰ “Venture Capital: The Next Stage,” *The Economist*, 27 Kasım 2021, s. 67.

¹⁰¹ Platformları içeren işlemlerin yaklaşık %70’i ikinci aşama incelemeye alınmıştır. <https://www.ft.com/content/af93369a-56fe-4d79-ad68-42e40404291f>

¹⁰² Kararda sosyal medya ve dijital reklam piyasası hem ayrı ayrı hem de bütüncül olarak ele alındığı duyurulmuştur. Ayrıca Giphy’nin potansiyel giriş yapabileceği piyasalar da değerlendirmede dikkate alınmıştır. <https://www.gov.uk/government/news/cma-directs-facebook-to-sell-giphy>

sinyallerinin ve kurumsal önceliklerin kılavuzlarla da verilebileceği görülmektedir. Burada kurumların dikkate alması gereken en önemli husus, şimdiye kadar müdahale edilmeyen seri ve öldürücü devralmalara yönelik yeni birincil düzenlemeler beklenmeden müdahale araçlarının hızla devreye sokulması ihtiyacıdır.

Bu bağlamda, Avrupa DMA ya da AB üye ülkelerdeki *ex ante* dijital rekabet kuralları gibi araçlar da orta vadede devreye alınmalıdır. *Ex ante* kurallar özellikle oyuncuların stratejilerinin rekabet ortamını bozmayacak şekilde kurgulanmasını sağlaması, olası ihlalleri baştan önlemesi ve hızlı müdahale sağlaması bakımından *ex post* kurallara üstündür. İnovasyon yoğun sektörlerde olası zararların büyüklüğü *ex ante-ex post* ayrımını anlamsızlaştırdığı; iki tip aracın da de kural kitabında olmasının etkin rekabet ortamını sağlamada vazgeçilmez olduğu artık kabul edilmektedir. Bu sebeple, olası dijital düzenlemelerde büyük ölçekli platformların tüm işlemlerinin bildirim tabi olmasının sağlanması ile potansiyel rekabetin öncelikli ve sıkı bir şekilde değerlendirileceğine yer verilmesi sağlanmalıdır. Yine ilaç/biyotek dahil tüm sektörleri kapsayacak şekilde belli işlem değerleri veya devralanın ölçeğinin bildirim kriteri olarak belirlenmesi ile bütüncül yaklaşımla potansiyel rekabetin derinlemesine analiz edilebileceği işlem bildirimlerinin gözden kaçmaması önemlidir. Dünya otoritelerinin özellikle son bir yılda gerçekleştirdiği birincil ve ikincil mevzuat reformları ve politika belgeleri bu bağlamda yol göstericidir.

Reformlarda dikkate alınması gereken bir başka nokta, inovasyon odaklı sektörlerde şirketlerin değerlemesinde rekabet seviyesinin bir parametre olarak kullanıldığıdır. Startup'ların herhangi bir karlılık sağlamadan IPO'ya gidebilmeleri de potansiyel pazar gücüne dayanmaktadır. Pazar gücünün konsolidasyon arttıkça yerleşik oyunculara karlılık yanında piyasa değerlemesi bakımından da fayda sağladığı bilinmektedir. Bu bağlamda; girişim sermayesi-startup-yerleşik devralması zincirinin gerçek anlamda yeni inovasyonların ortaya çıkabilmesi bakımından kırılması elzemdir. Mevcut durumda; büyük ölçekli yerleşiklerin yatırım ve üretkenlik eksikliğine karşın artan karlılıklarının tek açıklamasının inovasyonu satın alabilmeleri, Schumpeter ya da Arrow rekabetini karlılıkları erozyona uğramadan yönetebildikleri olduğu görülmektedir.

Son olarak, reform çalışmalarında otorite ile büyük ölçekli oyuncuların devralma incelemesi sürecinde asimetrik konumu açıkça kabul edilmelidir. Bilgiye birincil elden erişimi olan işlem taraflarından işlemin faydalarının kanıtlanmasının beklenmesi ile yapısal karinelerin otoritelerce yeniden kritik işlemlerde yaygın kullanımı bu asimetriyi çözebilir. Bu bağlamda, yanlış negatiflerin baskınlığının azaltılması için olası yasaklama kararlarında yüksek standartların otoritelerce karşılanması beklentisi mevcut değerlendirme sürecinde yeniden ele alınmalıdır. Geldiğimiz noktada, az sayıdaki büyük oyuncunun etkinlik yaratacağı kabul edilse dahi bu oyuncuların daha fazla büyümesinin getireceği faydalar ile gittikçe zayıflayan potansiyel rekabetin daha da zorlaşması arasındaki ilişki kritikleşmiştir. Bu bağlamda; hukuki süreçlerde otoriteler ve temyiz mercilerinin öncelemesi gereken kamu tarafının olası yanlış negatif kararlarının toplumsal maliyetinin ciddi büyüklüğüdür. Unutulmamalıdır ki Chicago Okulu'nun Harvard'ı zayıflatarak doktrine hakim olmasının en önemli sebebi uygulamada sağladığı kolaylıklardır. Chicago Okulu, otoritelerin bilgi asimetrisinden dolayı yanlış karar verebileceğini dikkate alarak pek çok konuda piyasa yanlı karineyi devreye sokmuş ve esas bakımından uygulamayı zayıflatmıştır. Zaman içinde mahkeme-otorite-şikayetçi-taraf ispat yükü paylaşımı ve standardının bir döngü halinde yerleşmesi ile pek çok yapısal yaklaşım temyiz sürecinde reddedilmiştir. Dolayısıyla, yeni yaklaşımların yerleşebilmesi kurumsal yapının her aşamasında benimsenmesi reformların hızlı başarısı için elzemdir.

SONUÇ

Bu çalışmada yer verilen literatür ve ampirik çalışma bulguları uygulanagelen rekabet hukukunun mevcut haliyle inovasyona dayalı sektörler başta olmak üzere pek çok sektörde etkisiz konsolide yapılara sebep olabileceğine ve bunun da eşitsizlikleri artırabileceğine işaret etmektedir. Bu bağlamda tüm dünyada son birkaç yıldır uygulanan reformlar ve yapılan tartışmalar da bu olası nedenselliğin ciddiye alındığını göstermektedir. İnovasyonun yalnızca piyasaya ya da ölçeğe güvenerek gerçekleşmeyeceği, yerleşik büyük ölçekli oyuncuların belli stratejilerle olası inovasyon rekabetini henüz belirmeden yok edebileceği

büyük ölçüde kabul edilmiştir. Devralmaların mevcut konsolidasyona yol açan önemli mekanizmalardan biri olduğu düşünüldüğünde araçların, pratiğin ve elbette teorilerin bu alanda yeniden düşünülmesi kritiktir. Devralma rejimindeki kurumsal reformlar bu bağlamda reform setinin önemli bir bileşenidir. Çalışmada yer verildiği üzere; rekabet otoritelerinin mevcut yaklaşımların getirdiği kısıtları ilk aşamada kılavuz ve bildirim kriterlerini güncelleyerek aşması mümkündür. Ancak başarı örnekleri ve literatürün gösterdiği önemli bir bulgu; bu tür reformların yanında yapısal ve bütüncül yaklaşımların inovasyon-yoğun sektörler başta olmak üzere rekabet hukuku uygulamalarının tamamına nüfuz etmesinin önemine işaret etmektedir. Yapısal sorunların yapısal çözümler gerektirdiği; on yıllardır devam eden konsolidasyon ve beraberinde getirdiği inovasyon düşüşlerini telafi edebilecek hukuki araçların meselenin büyüklüğü ile orantılı olarak ağır ve sıkı uygulanması gerektiği bugün tartışmasızdır. Yeni geriye dönük sektörel ve ekosistem-spesifik çalışmalar da devralmaların toplumsal zararları ve olası tedbirler açısından aydınlatıcı olacaktır. Elde edilen ampirik bulgular ile olası negatif toplumsal/makro sonuçlar konsolidasyonun birincil aracı olan devralmaların -özellikle inovasyon-yoğun sektörlerde potansiyel ve mevcut rekabeti geliştirmek için- daha etkin kontrolü bakımından mevcut durumda oldukça güçlü bir sinyaldir.

Ek: Çalışmada Kullanılan Terimler ve Kavramların Açıklamaları

Yerleşik (şirketler) (*incumbents*): Herhangi bir piyasada faal durumda bulunan ve görece büyük ölçüğe sahip teşebbüslerdir. Özellikle girişlerin zor olduğu ve/veya yoğunlaşmış yapıdaki piyasalarda bu tür teşebbüslerin stratejileri ve muhtemel dışlayıcı/sömürücü davranışları önemli rekabet hukuku alanıdır.

Startup (başaftı şirketler, yeni girişimler): KOBİ'ler çalışan sayısı ya da duran varlıkların değeri gibi faktörlere göre kategorize edilirken startup'ların kategorize edilmesinde belli unsurlar yoktur. Yenilik ve inovasyon çabaları, proje, belirsizlik, girişimin yaşı ve büyüme durumu gibi faktörlerin tamamı bir girişimin startup sayılıp sayılmadığında belirleyici olabilmektedir. Günümüzde ana kriterin inovasyon olduğu, bilişim teknolojilerinin startup'ların ölçeklenmesinde kilit rol oynadığı

ve startup’ların en ciddi büyüme kısıtının ise finans ve pazarlama maliyetleri olduğu kabul edilmektedir (Ehsan 2021).

Girişim sermayesi (*venture capital*, VC): Yatırımcıların fonladıkları startup’ların normal kar akışları yerine IPO ya da satış yoluyla geri dönüş sağladığı iş modeli. Bu yatırımcılar diğer fon kaynakları olan bankalar ya da sermaye piyasalarına kıyasla yeni fikirler ve Ar&Ge gibi yanılma oranı yüksek olan girişimlere öncelikle açık olduklarından startup’ların gelişmesi bakımından olumludurlar. VC yanında şirket girişim sermayeleri (CVC) de olup bunlar da VC’lara yatırım yapabilmektedir. VC yatırımcıları genel ve sınırlı sorumlu olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. VC yatırımlarının geri ödenmesi zorunlu değildir; startup belli bir olgunluğa erişip değerlendirme aşamasına geldiğinde genel ortaklar çıkışı gerçekleştirerek sınırlı sorumlu ortaklara ödeme yapmaktadır. Bu çıkış esasen iki şekilde yapılmaktadır: halka arz ya da başka bir şirkete satış. Teorik olarak VC, şirketin kendine de satışını da gerçekleştirebilmektedir. 1990’lara kadar her iki çıkıştan biri IPO iken 2020 itibarıyla 10 çıkıştan yalnızca biri IPO ile gerçekleşmektedir (Lemley ve McCreary, ss. 8-21). VC ile *private equity* (özel sermaye şirketleri) arasındaki en önemli fark ise birincisinin yatırımlarını büyük çoğunlukla startup ve erken safha şirketlere yatırım yapması, ikincisinin olgun dönemdeki şirketlere yapmasıdır.

Biyoteknoloji: 1960’lardan itibaren kombinatoryal kimya, genetik, bilgisayar teknolojileri, belli hastalıklara yol açan proteinlerin hedeflenebilmesi gibi gelişmeler çerçevesinde yerleşik ilaç şirketlerinin dışında ve çoğunlukla üniversiteler bünyesinde (TTO) gelişen iş modeli. Araştırma yanında araştırma süreçlerinin ve laboratuvarlar ekipmanlarının da ticarileşmesi ile sonuçlanmıştır. 1983 yılında ABD’de sermaye piyasası alanındaki düzenlemeler çerçevesinde IPO şartından “karlılık” yükümlülüğünün kaldırılmasından sonra biyoteknoloji firmalarının sayısı katlanmıştır. Örnek şirketler ve kuruluş yılları: Genentech 1976, Biogen 1978, Amgen 1980, Genzyme 1986, Medimmune 1987 (Mirowski 2011, ss. 198-202, 207).

İlaç ve yaşam bilimi sektörü: Daha çok büyük ilaç şirketlerindeki dönüşüm kastedilmektedir. Bu şirketlerin, yukarıda yer verilen bilgisayar ve görüntüleme alanında gelişmiş biyoteknoloji şirketlerini bünyelerine katmaları ve ilaç keşfinin büyük ölçüde biyoteknoloji

şirketlerine geçmesi ile geleneksel ilaç sektörü “yaşam bilimi” olarak da anılmaya başlamıştır. Buradaki kilit konu, hastalık odaklı keşiflerin, makine öğrenmesinin ve gen teknolojilerinin geleneksel bilim-teknoloji ayrımını ortadan kaldırmış olmasıdır.

Konsolidasyon: Herhangi bir piyasadaki faal oyuncu sayısının azalması ve böylece piyasalardaki yoğunlaşmanın artmasıdır. CR4, HHI gibi endekslerle ölçülebilmektedir. Bu ölçümlerle işlem öncesi ve sonrası yapıdaki değişimlere göre güvenli limanlar da belirlenmekte olup güvenli liman eşikleri zamanla izin vermeye meyilli olarak ilerlemiştir.

IPO (İlk halka arz/initial public offering): Menkul kıymet piyasalarında sermaye bulmak üzere yapılan ilk girişim. Buradaki fiyatlamanın yüksek sonuçlanması için VC’ın IPO öncesi ve süresince liderliği önemlidir; zira ilk değerlendirme startup’ın prospektleri açısından kritiktir.

İkinci tip hata (yanlış negatif riski): Otoritenin rekabet karşıtı bir işleme izin vermesi.

Birinci tip hata (yanlış pozitif riski): Otoritenin rekabet karşıtı olmayan bir işlemi yasaklaması. Bu iki tip hatanın tek tek ele alınmasının yanında optimal dengenin sağlanması yaklaşımı da benimsenebilmektedir.

Zarar teorisi: Rekabet otoritelerinin yatay, dikey ya da konglomera bir işlemi incelerken muhtemel rekabet kısıtlarına dair uyguladıkları testler. Örneğin, dikey bir işleme izin verilmesi halinde alt pazardaki rakiplerin kilit bir girdiye erişiminin zorlaşması bir zarar teorisi olup bu teorinin ne derece gerçekleşeceği, rakiplerin alternatif arz kaynaklarına erişimlerinin derecesi, birleşik teşebbüse ne derece karşı koyabilecekleri gibi unsurlar test edilerek işlemin etkisi araştırılmaktadır. İşbu çalışmanın konusu olan işlemlerde potansiyel rekabet kilit olup karşı-olgusal analizlerle potansiyel rekabet kısıtlarının test edilmesi gerekmektedir. Çalışmanın bir başka sonucu ise otoritelerce geriye dönük analizlerle başvuru ve gözden kaçırılan zarar teorilerinin gözden geçirilebileceğidir.

KAYNAKÇA

- Akcigit, U., Grigsby ve Nicholas (2017). The Rise of American Ingenuity: Innovation and Inventors of the Golden Age. National Bureau of Economic Research, Ocak.
- Ashenfelter, O. C., Hosken ve Weinberg (2014) Did Bork Understate the Competitive Impact of Mergers? Evidence from Consummated Markets, National Bureau of Economic Research, Şubat.
- Autor, D., Dorn, Katz, Patterson ve Van Reenen (2017). Concentrating on the Fall of the Labor Share. National Bureau of Economic Research, Ocak.
- Avrupa Komisyonu 2020, Proposal for a Regulation Of The European Parliament And Of The Council On Contestable and Fair Markets in The Digital Sector (Digital Markets Act), Brüksel.
- Baumol, W. J., Panzar ve Willig. (1982). *Contestable Markets and the Theory of Industry Structure*, San Diego: Harcourt Brace Johanovich, 1982.
- Becker, G. B. (2018). The US Horizontal Merger Guidelines after One Half Century: Three Steps Forward and One Step Back. *The Antitrust Bulletin* 63(1).
- Bernstein, A. (2005). Whatever Happened to Law and Economics? *Maryland Law Review*, 64(1), 303-336.
- Berry, S., Gaynor ve Morton (2019). Do Increasing Markups Matter? Lessons from Empirical Industrial Organization. *Journal of Economic Perspectives*, vol 33, no 3, Yaz.
- Blonigen, B. A. ve Pierce, J. R. (2016) Mergers may be profitable, but are they good for the economy? *Harvard Business Review*, Kasım.
- Blonigen, B.A. ve Pierce, J. R. (2016). Evidence for the Effects of Mergers on Market Power and Efficiency. National Bureau of Economic Research, Ekim.
- Bogus, C. T. (2015). The New Road to Serfdom: The Curse of Bigness and the Failure of Antitrust. *University of Michigan Journal of Law Reform*, vol 45, Sonbahar.
- Bourreau, M. ve Streeck, A. (2019) Digital Conglomerates and EU Competition Policy. Mart.

- Brezis, E. S. ve Cariolle, J. (2019). The Revolving Door, State Connections, and Inequality of Influence in the Financial Sector. *Journal of Institutional Economics*, 15(4).
- Brock, J. W. (2011). Economic Concentration and Economic Power: John Flynn and a Quarter-century of Mergers. *The Antitrust Bulletin*, vol 56, no 4, Kış 2011, 681-730.
- Bryan, K. A. ve Hovenkamp, E. (2020). Startup Acquisitions, Error Costs and Antitrust Policy. *The University of Chicago Law Review*, vol 87.
- Budzinski, O ve Stöhr, A. (2019) Competition Policy Reform in Europe and Germany-Institutional Change in the Light of Digitization. *European Competition Journal*, 15(1).
- Carrier, M.A., 2007. Two puzzles resolved: of the Schumpeter-Arrow stalemate and pharmaceutical innovation markets. *Iowa Law Review*, 93.
- Carstensen, P. C. (2015) The Philadelphia National Bank Presumption: Merger Analysis in an Unpredictable World. *Antitrust Law Journal*, 80(2), 219-267.
- Carstensen, P. C. ve Lande, R. H. (2018) The Merger Inciency Doctrine and the Importance of “Redundant” Competitors. *Wisconsin Law Review*, 783-845.
- Chaudhry, K. A. “The Myths of the Market and the Common History of Late Developers,” *Politics and Society*, vol 21, no 3, Eylül 1993.
- Covarrubias, M., Gutiérrez ve Philippon (2019). From Good to Bad Competition? US Industries over the Past 30 Years, National Bureau of Economic Research.
- Crane, D. A. (2021). Antitrust Antitextualism. *Notre Dame Law Review*, vol 96(3).
- Crane, D.A. (2013). Structuralism. İçinde D. A. Crane, H. Hovenkamp (Ed.), *The Making of Competition Policy: Legal and Economic Sources* (ss. 318-389). Oxford University Press.
- Cremer, J., de Montjoye ve Schweitzer (2019). Competition Policy for the Digital Era, European Commission, Brüksel.
- Cunningham, C., Ederer ve Ma (2021). Killer Acquisitions. *Journal of Political Economy*, vol 129, no 3.
- Dafny, L. S. (2015) “The Risks of Health Insurance Company Mergers,” *Harvard Business Review*, Eylül.

- Danzon, P. M. ve Carrier, M. A. (2021) The Neglected Concern of Firm Size in Pharmaceutical Mergers, *Antitrust Law Journal*, 84, 1-26.
- Decker, R. A., Haltiwanger, Jarmin ve Miranda (2016). Declining Business Dynamism: What We Know and the Way Forward. *The American Economic Review*, vol 106, No 5, Mayıs.
- Echskout, J. (2021) The Profit Paradox: How Thriving Firms Threaten the Future of Work, Princeton University Press.
- Ehsan, Z. A. (2021) Defining a Startup – A Critical Analysis. Erişim adresi: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3823361
- Elzinga, G. K. Ve Webber, M. (2017) Louis Brandeis and Contemporary Antitrust Enforcement. *Touro Law Review*, 33(1), 277-322. Feldman, R. C. Ve Lemley, M. A. (2021) Atomistic Antitrust.
- Federal Trade Commission (FTC) (2021a), A Oldale, Sayyed ve Sweeting, "A review of cases involving the loss of potential and nascent competition at the FTC, with particular reference to vertical mergers".
- FTC 2021 (b), "Non-HSR Reported Acquisitions by Select Technology Platforms, 2010-2019: An FTC Study," 15 Eylül, ss. 1-40.
- Federico, G., Morton ve Shapiro, (2020). Antitrust and Innovation: Welcoming and Protecting Disruption," National Bureau of Economic Research.
- Fernald, K. D. S., Pennings, H., van den Bosch, J. vd. (2017) The Moderating Role of Absorptive Capacity and the Differential Effects of Acquisitions and Alliances on Big Pharma Firms' Innovation Performance. *Plos One* 12 (2).
- Glick, M. Ve Ruetschlin, C. (2019). Big Tech Acquisitions and the Potential Competition Doctrine: The Case of Facebook, Institute for New Economic Thinking, Working Paper No. 104, Ekim.
- Govindarajan, V., Srivastava ve Enache. (2021) The US Economy is Leaving Midsize Companies Behind. *Harvard Business Review*, Şubat.
- Grullon, G., Larkin ve Michaely (2018) Are US Industries Becoming More Concentrated? NBER, Haziran.

- Hovenkamp, H. (2013). The Chicago School. İçinde D. A. Crane, H. Hovenkamp (Ed.), *The Making of Competition Policy: Legal and Economic Sources* (ss. 390-444). Oxford University Press.
- Hovenkamp, H. (2018). Whatever Did Happen to the Antitrust Movement? *Notre Dame Law Review*, vol 94, No 2.
- IMF (2019). Rising Corporate Market Power: Emerging Policy Issues, Mart.
- Jaffe, A. B., Newell ve Stavins (2003). Technological Change and the Environment. İçinde K. G. Maler ve J. R. Vincent (der.), *Handbook of Environmental Economics* içinde, vol. 2, Bölüm 11.
- Kamepalli, S. K., Rajan ve Zingales. (2021) "Kill Zone," National Bureau of Economic Research, Şubat.
- Kovacic, W. E. (2020). The Chicago Obsession in the Interpretation of US Antitrust History. *The University of Chicago Law Review*, vol 87, no 2, Mart.
- Kwoka, J. E. (2013). Does Merger Control Work? A Retrospective on US Enforcement Actions and Merger Outcomes. *Antitrust Law Journal*, vol 78.
- Kwoka, J. E. ve Gu, C. (2015). Predicting Market Outcomes: The Accuracy of Stock Market Event Studies, Market Structure Characteristics and Agency Decisions. *The Journal of Law and Economics*, 58(3), Ağustos, 519-543.
- Kwoka, J. E. ve Valletti, T. M. (2020). Scrambled Eggs and Paralyzed Policy: Breaking Up Consummated Mergers and Dominant Firms. *Industrial and Corporate Change*.
- Lamoreaux, N. R. (2019). The Problem of Bigness: From Standard Oil to Google. *Journal of Economic Perspectives*, vol 33, no 3, Yaz.
- Lande, R. H. ve Vaheesan, S. (2020). Preventing the Curse of Bigness through Conglomerate Merger Legislation. *Arizona State Law Journal*, vol 75.
- Lemley, M.A. ve McCreary, A. (2021). Exit Strategy. *Boston University Law Review*, vol 101, no 1.
- Marinescu, I. ve Hovenkamp, H. (2019). Anticompetitive Mergers in Labor Markets," *Indiana Law Journal*, 94(103).
- Marty, F. ve Warin, T. (2020a) Digital Platforms' Information Concentration: From Keystone Players to Gatekeepers. CIRANO Cahier Scientifique Working Papers, ss. 1-21.

- Marty, F. ve Warin, T. (2020b). Innovation in Digital Ecosystems: Challenges and Questions for Competition Policy. CIRANO Working Papers.
- Marty, F. M. and Warin T. (2020c) .Visa Acquiring Plaid: A Tartan Over a Killer Acquisition? Reflections on the Risks of Harming Competition Through the Acquisition of Startups Within Digital Ecosystems, Kasım.
- Meunier, S. ve Mickus, J. (2020) Sizing Up the Competition: Explaining Reform of European Union Competition Policy in the COVID-19 Era. *Journal of European Integration*, 42(8).
- Mirowski, P. (2011) *Science-Mart: Privatizing American Science*, Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press.
- Moss, D. L. (2020). From Competition to Conspiracy: Assessing the FTC's Merger Policy in the Pharmaceutical Sector. American Antitrust Institute, 8 Ekim.
- Motta, M. ve Peitz, M. (2019). Challenges for EU Merger Control," Bonn ve Mannheim Üniversiteleri, Discussion Paper No 77, Mart.
- Newman, J. M. (2019). Antitrust in digital markets. *Vand. L. Rev.* 72.
- Nightingale, P. ve Mahdi, S. (2006), "The evolution of pharmaceutical innovation" İçinde Mazzucato, M. ve Dosi, G. (Ed.) *Knowledge Accumulation and Industry Evolution: The Case of Pharma-Biotech*, Cambridge University Press.
- Philippon, T. (2019) *The Great Reversal: How America Gave Up on Free Markets*, Boston: Harvard University Press.
- Pisano, G. P. (2006) Can Science Be a Business? Lessons from Biotech. *Harvard Business Review*, Ekim.
- Pound, R. (1908). Mechanical Jurisprudence.
- Pound, R. (1921). *The Spirit of the Common Law*. New Hampshire: Marshall Jones Company,
- Radin, M. J. (1989). Reconsidering the Rule of Law. Boston University Law Review, 69(4), Temmuz, 781-819.
- Rizzo, A. M. (2021). Digital Mergers: Evidence from the VC Industry Suggests Intervention Might be Needed. *Journal of European Competition Law & Practice*, vol 12, no 1.
- Scherer, F. M. (2006). A New Retrospective on Mergers. *Review of Industrial Organization*, 28, 327-341.

- Sagers, C. (2021). Why Do Corporations Merge, and Why Should Law Care? Mart, <https://ssrn.com/abstract=3802581>
- Salop, S. C. (2015). The Evolution and Vitality of Merger Presumptions: A Decision-Theoretic Approach,” *Antitrust Law Journal*, vol 80, no 2.
- Salop, S. C. (2019). Analyzing Vertical Mergers to Avoid False Negatives: Three Recent Case Studies (April 5, 2019). *Georgetown Law Faculty Publications and Other Works*. 2151, 1-32.
- Schilling, M. A. (2018). Potential Sources of Value from Mergers and Their Indicators. *The Antitrust Bulletin*, 63(2),183-197.
- Shapiro, C. (2010). Competition and Innovation: Did Arrow Hit the Bull’s Eye?” The Rate and Direction of Inventive Activity Revisited, University of Chicago Press.
- Shapiro, C. (2019). Protecting Competition in the American Economy: Merger Control, Tech Titans, Labor Markets. *Journal of Economic Perspectives*, vol 33, no 3.
- Shapiro, C. ve Shelanski, H. (2021). Judicial Response to the 2010 Horizontal Merger Guidelines. *Review of Industrial Organization* (58).
- Shelanski, H. A. (2013). Information, Innovation and Competition Policy for the Internet. *University of Pennsylvania Law Review*, vol 16.
- Smekjal, V. (2020). Concentrations in Digital Sector – A New Antitrust Standard for ‘Killer Acquisitions’ Needed? *Journal for the International and European Law, Economics and Market Integrations*, vol 7, no 2.
- Sokol, D. (2010). Antitrust, Institutions, and Merger Control. *George Mason Law Review*, Vol. 17, No. 4, 1-96.
- Srinivasan, S. (2020). Foreign Competition and Acquisitions. *Journal of Corporate Finance*, vol 60.
- Sudarsanam, S. (2010). *Creating Value from Mergers and Acquisitions: The Challenges*. Essex: Financial Times Prentice Hall.
- Tirole, J. (2020) Competition and Industrial Challenge for the Digital Age. IFS Deaton Review on Inequalities in the Twenty-First Century.
- Todino, M., van de Walle ve Stoican (2018).EU Merger Control and Harm to Innovation-Along Walk to Freedom (from the Chains of Causation). *The Antitrust Bulletin*.
- US House of Representatives 2020, “Investigation of Competition in Digital Markets,” Majority Staff Report and Recommendations,

- Subcommittee on Antitrust, Commercial and Administrative Law of the Committee on the Judiciary. https://judiciary.house.gov/uploadedfiles/competition_in_digital_markets.pdf?utm_campaign=4493-519.
- Vaheesan, S. (2020). Privileging Consolidation and Proscribing Cooperation: The Perversity of Contemporary Antitrust Law. *Journal of Law and Political Economy*, 1(1), 28-45.
- Viscusi, W. K., Harrington Jr. ve Vernon (2005). *Economics of Regulation and Antitrust*, Cambridge, MA: The MIT Press.
- Waller, S. W. ve Morse, J. E. (2020). The Political Face of Antitrust. *Brooklyn Journal of Corporate, Financial, and Commercial Law*.
- Werden, G. J. (2018) Back to School: What the Chicago School and New Brandeis School Get Right. Eylül.
- Williamson, O. (1972). Dominant Firms and the Monopoly Problem. *Harvard Law Review*, Haziran, vol 85, no 8, 1512-1531.
- Wollmann, T. G. (2018a). How to Get Away with Merger: Stealth Consolidation and Its Real Effects on US Healthcare, National Bureau of Economic Research, Mayıs.
- Wollmann (2018b) Stealth Consolidation: Evidence from an Amendment to the Hart-Scott-Rodino Act, National Bureau of Economic Research, Şubat.

Ekonomik Bağımlılık Kapsamında Üstün Pazarlık Gücünün Kötüye Kullanılması

03 Aralık 2021’de alındı; 26 Aralık 2021’de kabul edildi.
Araştırma Makalesi

Nimet ALACAPINAR*
Nur ÖZKAN**

Öz

Değişen ve gelişen pazar yapılarında taraflar arasındaki güç dengesinde önemli ölçüde farklılıklar oluştuğunda, çeşitli sorunlar ortaya çıkabilmekte, ancak bu sorun geleneksel rekabet hukuku araçlarıyla çoğunlukla tespit edilememekte, dolayısıyla zayıf tarafın ekonomik hakları korunamayabilmektedir. Üstün pazarlık gücünün kötüye kullanılması şeklinde ortaya çıkan bu sorun genelde alıcıların güçlü konumda olduğu perakende sektöründe ortaya çıkmakta iken, ilaç sektöründen dijital platformlara kadar, dikey düzlemde gerçekleşen alım satım ilişkisindeki (ilişkinin tarafından bağımsız olarak alıcı, satıcı veya aracı seviyesinde) güç dengesinin bozulduğu her pazarda görülmektedir. Bu konuya rekabet hukuku araçları ile yaklaşmak her ne kadar belirlilik ilkesi gereği güvenli görünse de, bu araçlar çözüm üretmediği için yabancı ülkelerden başta Japonya’da çok uzun yıllar öncesinden bu sorun merceğe altına alınmış ve çeşitli düzenlemeler ile çok sayıda vaka çözüme kavuşturulmuştur. Dikey ilişkiden kaynaklı bu eşitsizliğin yarattığı problemler uzun vadede yatay rekabet sorunlarına yol açtığından kimi ülkelerde birleşme devralma rejimlerindeki çözüm önerileri dikey ilişkide oluşabilecek sorunları öngörerek önlemler almak şeklinde gerçekleşmektedir. Bu kapsamda başka ülke örnekleri ışığında ülkemiz açısından da söz konusu üstün pazarlık gücünün kötüye kullanılması probleminin çözüme kavuşturulması adına çeşitli adımlar atılmasının uygun olacağı değerlendirilmektedir.

Anahtar Kelimeler: Üstün Pazarlık Gücü, Ekonomik Bağımlılık, Hâkim Durum, Perakende, Rekabet Hukuku.

* Rekabet Kurumu, Daire Başkan Yardımcısı Vekili, nkavak@rekabet.gov.tr, **Orcid ID: 0000-0001-7540-9183**. Çalışmada yer verilen görüşler, yazarın kendi görüşleri olup Rekabet Kurumunu bağlayıcı değildir.

** Rekabet Kurumu, Rekabet Uzman Yardımcısı, nozkan@rekabet.gov.tr, **Orcid ID: 0000-0001-5780-1288**. Çalışmada yer verilen görüşler, yazarın kendi görüşleri olup Rekabet Kurumunu bağlayıcı değildir.

Abuse of Superior Bargaining Position Within the Scope of Economic Dependence

Received 03 December 2021; accepted 26 December 2021
Original Article

Nimet ALACAPINAR
Nur ÖZKAN 

Abstract

In a changing and developing market structure, some problems may arise when there is a significant imbalance between the parties; however, this problem cannot be detected via controversial competition law instruments. Hence the economic rights of the weaker party may not be protected. While this problem usually emerges in retail markets where the buyer power is high, in any other sectors like medicine or digital platforms, the problem of abusing superior bargaining power resulting from this imbalance may be encountered in a vertical relationship (independent from the stronger party's position (buyer, seller or intermediary). Even though approaching this issue with the traditional competition law tools seems safe due to the certainty principle, these tools are insufficient to reach the desired solutions. As a result, many countries, Japan being in the first place, examined this problem many years ago and came up with legislations, and applied these legislations in many cases. Since abusing superior bargaining power problems resulting from this kind of vertical relationship may give rise to horizontal competition problems in the long run, some authorities apply remedies in merger and acquisition cases, taking into account this problem. In this context, in light of other country examples, this problem needs to be examined from our country's perspective. Some steps should be taken to adopt additional rules to solve the problem of abusing superior bargaining power resulting from the imbalance between parties of a vertical relationship.

Keywords: *Superior Bargaining Position, Economic Dependency, Dominant Position, Retail, Competition Law.*

GİRİŞ

Rekabet, ekonomik özgürlükle yakından bağlantılı bir kavram olup ekonomik özgürlük sözleşme ve piyasaya katılma özgürlüğü olarak somutlaşmaktadır. Rekabet hukuku, rekabete aykırı davranışları (karteller ve hâkim durumun kötüye kullanılması) yasaklayarak, yaptırım uygulayarak ve piyasayı etkileyebilecek birleşme ve devralmaları izleyerek ekonomik özgürlüğü korumayı amaçlamaktadır (Bakhoum, 2015, s.1).

Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Davranışlarına İlişkin Kılavuz'a göre, rekabet hukuku uygulamasında, esas olarak, hâkim durumda olsun ya da olmasın tüm teşebbüslerin iş yapacakları teşebbüsleri özgürce seçme ve mülkiyetlerinde bulunan varlıklar üzerinde özgürce tasarruf edebilme hakları olduğu kabul edilmektedir (s.8). Dolayısıyla, sözleşme özgürlüğü, teşebbüsler arası ilişkilerin temelidir ve teşebbüsler, ihtiyaçlarına en çok hitap eden sözleşmeleri yapabilme serbestisine sahip olmalıdır. Bununla birlikte, pazarlık gücü, sözleşme tarafları arasındaki dengeyi etkileyebilecek bir faktördür. Bir tarafın pazarlık gücüne sahip olması, zayıf tarafın çıkarlarını önemli ölçüde zedeleyebilir ve aynı zamanda, bu durum rekabeti baltalama potansiyeline sahip olabilir (Hou, 2019, s. 39).

İlgili pazar etkilenmediği takdirde, ülke rekabet otoritelerinin çoğu işletmeler arası ilişkilere dâhil olmamaktadır. Bununla birlikte, bazı yargı bölgelerinde üstün pazarlık gücünün kötüye kullanılması olarak da adlandırılan ekonomik bağımlılığın kötüye kullanılmasıyla ilgili hükümler bulunmaktadır. Bazı ülkeler ise, bu tür uygulamalara, saf bir rekabet hukuku analizinin ardından geleneksel hâkim durumun kötüye kullanılması kuralları kapsamında müdahale etmektedir. Diğerleri, asimetrik pazarlık gücü nedeniyle taraflar arasında ortaya çıkan suistimalleri ele almak için sözleşme hukuku veya medeni hukuk gibi diğer yasal araçları kullanmaktadır (Bakhoum, 2015, s. 2). İtalya, Almanya, Fransa, Belçika ve Portekiz gibi Avrupa Birliği (AB) üye devletlerinin rekabet yasalarında, üstün pazarlık gücünün kötüye kullanılması ile ilgili hükümler bulunmaktadır. Japonya da

üstün pazarlık gücünün kötüye kullanılması ile ilgili düzenleme yapan ülkelerin başında gelmektedir.

Bu makale, ekonomik bağımlılık kapsamında üstün pazarlık gücünün kötüye kullanılması ile hâkim durumun kötüye kullanılması kavramları arasındaki arayüzü incelemekte, bu bağlamda ülke örnekleri ile konuya ilişkin olarak somut bir çerçeve sağlamayı amaçlamaktadır.

1. GENEL ÇERÇEVE

Hâkim durumu tanımlamaya yönelik geleneksel yaklaşım pazar paylarına ve pazar tanımına önemli bir rol atfetmektedir. Geleneksel yaklaşım teşebbüsler için hukuki belirliliği arttırsa da pazar paylarına verilen önem bir müdahale eşiği oluşturmakta ve rekabet otoritelerinin pazar gücünün bazı türlerini ihmal etmelerine neden olabilmektedir (Kellezi, 2008, s. 55). Dipnotta verilen Türkiye düzenlemesinden¹ anlaşıldığı üzere sömürücü kötüye kullanmalar ile ilgili bir alt düzenleme bulunmamaktadır. Bu hususa ilişkin olarak yurtdışında da

¹ Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Davranışlarına İlişkin Kılavuz'un 4. paragrafında "Kanun'un 6. maddesinde bir veya birden fazla teşebbüsün, hâkim durumlarını tek başlarına yahut başkaları ile yapacakları anlaşmalar ya da birlikte davranışlar ile kötüye kullanmaları yasaklanmakla birlikte, bu Kılavuz sadece tek başına hâkim durumda olan teşebbüsler tarafından gerçekleştirilen kötüye kullanma davranışlarına yönelik açıklamaları içermektedir."

5. paragrafında "Hâkim durumun kötüye kullanılması halleri genel olarak dışlayıcı, sömürücü ve ayrımcı nitelikteki kötüye kullanmalar şeklinde üçlü bir tasnif çerçevesinde ele alınmaktadır. 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesinde kötüye kullanma türlerine yönelik olarak bu şekilde bir ayrıma gidilmemiştir. Ayrıca, uygulamada bu davranışların incelenen her bir olay bakımından birbirinden tamamen ayrılması mümkün olamamaktadır. Bir başka deyişle, Kurul'un incelediği bir davranış Kanun'un 6. maddesinin ikinci fıkrasında sayılan hallerden birden fazlasına örnek teşkil edebilmekte ya da aynı anda birden fazla kötüye kullanma kategorisinin özelliklerini gösterebilmektedir. Kurul'un incelemelerinde asıl olan, iktisadi bir bakış açısıyla Kanun'un 6. maddesinin ihlal edilip edilmediği olup, davranışın maddede sayılan hallerden birine bütünüyle uygunluk göstermesi aranmamaktadır."

6. paragrafında "Kılavuz'un kapsamı bu aşamada sadece dışlayıcı nitelikteki kötüye kullanmalar ile sınırlandırılmıştır. Kılavuz'da yer verilen kötüye kullanma örnekleri en çok karşılaşılan durumlardan hareketle teşebbüslere yol gösterecek ilke ve esasları içermekte olup tahdidi olmaları amaçlanmamıştır. Kılavuz'da yer verilen hususların dosya bazında her olayın kendine has şartları dikkate alınarak uygulanacağı göz önünde bulundurulmalıdır." ifadeleri yer almaktadır.

sömürücü kötüye kullanmalara ilişkin olarak hukuki² ve analitik bir çerçeve eksikliğinden bahsedilmektedir (Shiraishi, 2013, ss. 1-3).

Bu sebeple bir dizi Avrupa ülkesi ve Japonya, hâkim durum kapsamına girmeyen, fakat pazar gücünün bir türü olan üstün pazarlık gücünün kötüye kullanılmasına ilişkin durumlara müdahale etmek için yasal düzenlemeler yapmıştır³. Bazı endüstrilerde yoğunlaşmanın ciddi derecede artması ve teşebbüslerin küçük ölçekli işletmelere zarar veren uygulamaları nedeniyle ekonomik bağımlılık kavramına olan ilgi artmıştır. Avrupa'da yaygın örnekleri olan ekonomik bağımlılık kavramı, hâkim durum konumunun alışılan pazar paylarının altında da tanımlanabilmesine yol açmaktadır. Öte yandan son on yılda hızla yükselen dijital pazarlara müdahale olanağı tanınması sebebiyle geleneksel hâkim durum eşikleri altındaki pazar güçlerinin de kanunen tanımlanması ihtiyacı hâsıl olmuştur.

Klasik anlamda pazar gücü (*seller power*) denilince ilk akla gelen satıcının alt pazardaki pazar payından ve diğer üstünlüklerinden elde ettiği güçtür. Öte yandan bilindiği üzere kimi tedarikçiler karşısında alıcının güçlü konumda olduğu perakende hızlı tüketim malları pazarı gibi pazarlarda ise alıcı gücünden (*buyer power*) bahsedilmektedir. Gelişen teknoloji ile aracı konumunda bulunan tarafların pazar gücü elde ettiği (*intermediary power*) çok taraflı yeni pazarlar ortaya çıkmıştır (Schweitzer, Haucap, Kerber & Welber, 2018, s. 8).

Kısaca tanımlanacak olursa, ekonomik bağımlılık tedarikçinin alıcıya (ya da alıcının tedarikçiye) ekonomik anlamda bağımlı olduğu durumda ortaya çıkmaktadır. Bununla birlikte, karşı tarafın ekonomik bağımlılığından istifade etmek yoluyla kötüye kullanılmasına ilişkin düzenlemeler, ticari ilişkilerde zayıf tarafın korunmasıyla daha fazla ilgilenmekte ve dikey ilişkilerdeki sözleşmesel eşitsizliklerin etkilerini düzeltmeyi amaçlamaktadır (Bakhaum, 2015, s. 5). Bu durum

² Shiraishi tarafından ABD uygulamasına ilişkin olarak Intergraph davasındaki doktrin örnek verilerek dışlayıcı kötüye kullanmanın ihlal olması için taraflar arasında rakiplik ilişkisi bulunması gerektiği belirtilmiştir. Bir başka deyişle, dışlayıcı bir davranışın ihlal sayılabilmesi için, ihlali gerçekleştiren teşebbüs ile mağdur olan teşebbüsün rekabetçi bir ilişki içinde olması ve aynı müşteriler için rekabet etmeleri gerekmektedir. Buna karşılık, AB ve Japonya'da, tarafların rekabetçi bir ilişki içinde olması ihlalin varlığı bakımından bir şart olarak aranmamaktadır.

³ Avrupa Birliği üyesi ülkeler TFEU 81. ve 82. maddelerinden daha katı kurallar benimseyebilirler (16.12.2002 tarih, 1/2003 sayılı Düzenleme).

üstün pazarlık gücünün kötüye kullanılması kavramının bir rekabet hukuku sorunu olarak kabul edilip edilemeyeceği sorularını gündeme getirmektedir. Zira rekabet hukuku pazar oyuncularının ticari ilişki kurma ve sözleşme özgürlüklerine müdahale etmemektedir. Öte yandan ekonomik bağımlılık kavramı sözleşme özgürlüğü ile yakından bağlantılı bir kavram olup güçlü tarafın sözleşme özgürlüğünün zayıf tarafın ekonomik özgürlüğünü kısıtlayıp kısıtlamadığı ile ilgilenmektedir. Bu duruma örnek olarak hâkim durumda olmayan ancak pazarda baskın olan bir oyuncunun zayıf iş ortaklarını kilitlemek ve onların başka bir ticari rakibe geçmesini önlemek amacıyla bir sözleşme ağı oluşturması örnek olarak gösterilebilir (Bakhaum, 2015, s. 5). Bu tür bir sözleşme ağı yalnızca zayıf tarafın ekonomik özgürlüğünü sınırlamakla kalmayabilir, aynı zamanda güçlü olan bu oyuncunun pazar gücünü arttırıp pazarın yatay seviyesini de etkileyebilir. Dolayısıyla sözleşme hukuku ekonomik olarak daha güçlü bir oyuncunun pazar payını stabilize ederek ya da arttırarak ve zayıf tarafın rekabet etme ve işini sürdürme özgürlüğünü sınırlayarak piyasayı yeniden yapılandırmak için kullanılabilir.

Üstün pazarlık gücünün kötüye kullanılması kavramı perakende ticaretin genişlemesiyle birlikte oldukça önem kazanmaya başlayan bir kavram olmuştur. International Competition Network (ICN), 2007 yılında üstün pazarlık pozisyonunun kötüye kullanılmasına ilişkin bir çalışma grubu oluşturmuştur⁴. Çalışma grubunun oluşturulmasında hem büyük hem de küçük teşebbüslerin faaliyet gösterdiği pazarlarda hâkim durum ve tekelleşme gibi aşına olunan sorunların aksine, üstün pazarlık gücünün kötüye kullanılması sorununun ortaya çıkması, özellikle hipermarketlerin alıcı gücünün artması ve bu sorunun ele alınma biçiminin ülkeden ülkeye farklılık göstermesi etkili olmuştur.

ICN tarafından oluşturulan çalışma grubu üstün pazarlık gücünün kötüye kullanılması ekseninde iki soruya odaklanmıştır:

- i) B2B⁵ ilişkilerde üstün pazarlık gücünün kötüye kullanılması ne anlama gelmektedir?

⁴ Çalışma grubunun raporu 2008 yılında düzenlenen Kyoto Konferansı'nda sunulmuştur. bkz. <https://centrodecdec.files.wordpress.com/2015/07/abuse-of-superior-bargaining-position-2008.pdf> Erişim Tarihi: 20.11.2021.

⁵ B2B: İşletmeden işletmeye ya da sıkça kullanılan İngilizce business-to-business ibaresinin kısaltılmış şeklidir.

- ii) Üstün pazarlık pozisyonunun kötüye kullanılmasına ilişkin düzenleme yapan ülkeleri düzenleme yapmaya iten gerekçeler ne olmuştur / düzenleme yapmayan ülkeler niçin bu konuda düzenleme yapmamışlardır?

ICN tarafından yayımlanan raporda üstün pazarlık gücünün kötüye kullanılması ile ilgili genel bir tanım yapılmıştır. İlgili tanıma göre; süregelen bir iş ilişkisinde pazarlık gücü yüksek olan ticari ortağın zayıf taraftan adil/makul olmayan bir şekilde ücret, servis ya da herhangi bir ekonomik fayda talep etmesi üstün pazarlık gücünün kötüye kullanılması olarak ifade edilmiştir. Aşağıda öncelikle uygulamada çoğunlukla alıcı gücü olarak örneklenebilecek bu durumun Türkiye’de uygulamasının olup olmadığı ile ilgili bilgi verilecek ardından söz konusu kavrama ilişkin ülke örneklerine yer verilecektir.

2. ALICI GÜCÜ

Bilindiği üzere alıcı gücü tartışmalarının odağını, geleneksel pazar gücü analizinin öngördüğü varsayımların, perakende sektöründeki yapısal değişimle oluşan yapının ve beraberinde alıcı gücünün yol açtığı sorunları karşılamaktan/çözmekten uzak olduğu oluşturmaktadır. Geleneksel analiz, pazardaki yatay rekabeti gözetirken alıcı gücü pazardaki dikey ilişkilerden kaynaklanmaktadır.

Geleneksel pazar gücü analizi tedarik zincirinde üretici/sağlayıcı egemenliğine bağlı olarak kurulmuştur. Ancak, yapısal dönüşüm ve tedarik zincirinde değişen dengeler nedeniyle geleneksel pazar gücü analizinin kapsamadığı düşünülen bazı güç kaynakları ortaya çıkmıştır. Dolayısıyla, perakendecilerin tedarikçilerine görüldüğü çokyüzlü yapıları alıcı gücünün eskiye göre analize, mevzuata ve içtihata dâhil edilme ihtiyacını doğurmuştur. Perakende sektöründe alıcı gücünün kaynaklarını perakendecinin aynı anda müşteri, sağlayıcı (raf sahibi) ve rakip (özel markalı ürünler) olması oluşturmaktadır. Bu kapsamda alıcı gücünün geleneksel hâkim durum eşiklerinin (-%40) altında da var olduğu ve tedarik zincirinde rekabetçi işleyişin bozulduğu tartışmaları ön plana çıkmaktadır. Ancak uygulamada geleneksel rekabet kuralları ile söz konusu güç dengesizliğine müdahale sınırlı olup “hâkim durumun kötüye kullanılması” maddesi işletilememektedir. Alıcı

gücünü daha düşük eşiklerde toplumsal refah kaybı ile ilişkilendiren iktisadi altyapının olgunlaşmamış olması ve rule of reason (haklı sebep veya muhakeme kuralı) yaklaşımının esas alınarak piyasadaki rekabetin etkilendiğinin gösterilmesi gerekliliği geleneksel kuralları genişleten düzenlemelere yönelik ihtiyacı ortaya çıkarmaktadır. Nitekim Litvanya örneğinde olduğu gibi hâkim durum eşiğinin perakende sektörü için aşağıya çekilmesi (%30), Fransa örneğinde olduğu gibi yoğunlaşma kontrolünde düşük bildirim eşiği getirilmesi ile yatay seviyedeki rekabet kriterleri sıkılaştırılarak dikey düzeydeki güç asimetrisinin de dengelenmeye çalışıldığı görülmektedir (İnce, 2012, ss. 69-70).

Dünyada, üstün pazarlık gücünün kötüye kullanılmasını ve etkinlik kaybını engellemek amacıyla rule of reason yaklaşımıyla ekonomik bağımlılık için perakende seviyede eşik belirleyerek (-%10 itibaren) geleneksel kuralların dışında değerlendirme eğilimi belirmiş ve dikey ilişkileri düzenleyen davranış kodunun oluşturulması şeklinde uygulamalar ortaya çıkmıştır.

2012 yılında yayımlanan Türkiye HTM Perakendeciliği Sektör İncelemesi Nihai Raporunda⁶ alıcı gücü ve pazar gelişiminin takip edilmesi üzerine (i) Davranış Kodu ve Ombudsmanlık Sisteminin Hayata Geçirilmesi ve (ii) Piyasanın Tedarikçi-Perakendeci Anlaşmalarının Rekabet Kurumuna Düzenli Olarak Gönderilmesinin Sağlanması Yoluyla Takip Edilmesi şeklindeki öneriler getirilmişti. 2021 yılında yayımlanan Türkiye HTM Perakendeciliği Sektör İncelemesi Ön Raporunda⁷ ise;

- *“HTM perakendeciliği pazarındaki yoğunlaşma oranları hızla artmaktadır,.... Teşebbüslerin alıcı güçlerinin kötüye kullanılmadığının garanti altına alınması, marketler arasındaki rekabete de olumlu yansıtılarak, başta fiyatların düşmesi olmak üzere HTM perakendeciliği pazarında rekabetten beklenen faydaların kazanılmasında önemli bir rol oynayacak,*
- *Alıcı gücü kaynaklı haksız ticaret uygulamalarına örnek olarak perakendecilerin çeşitli isimler altında tedarikçilerden bedel alması, ödeme vadelerinin uzun olması, sözleşmede tek taraflı değişiklik yapılması gibi uygulamalar verilebilir.*

⁶ <https://www.rekabet.gov.tr/Dosya/sector-raporlari/6-hizli-tuketim-mallari> Erişim Tarihi: 20.11.2021.

⁷ https://www.rekabet.gov.tr/Dosya/sector-raporlari/htmperekendeciligisektorincelemesi_onraporu-20210705115428725-pdf Erişim Tarihi: 20.11.2021.

- *Sektör incelemesi kapsamında yapılan incelemeler sonucunda Türk Ticaret Kanunu, Türk Borçlar Kanunu ve 6585 sayılı Perakende Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun'da haksız ticari uygulamaları yasaklayan birtakım hükümler bulunmakla birlikte, tedarikçilerin şikâyet yolunu seçmedikleri ve dolayısıyla söz konusu hükümlerin işletilmediği tespit edilmiştir.*
- *Bu itibarla, son on yılda hızlı bir artış göstererek, gerek tedarik gerekse perakende seviyelerindeki aktörlerin faaliyetlerini ve rekabetin seviyesini olumsuz yönde etkileyebilecek önemli bir seviyeye gelen perakendecilerin alıcı gücünün kötüye kullanılmasının engellenmesini teminen, ülkemizde de yasal bir düzenleme ve bu yasal düzenlemenin uygulamasından sorumlu, inceleme yapma ve yaptırım uygulama yetkilerine sahip bağımsız bir idari otoritenin varlığına ihtiyaç bulunduğu sonucuna ulaşılmıştır. Bu vasıtayla,*
 - *Bozulabilir tarımsal ve gıda ürünleri bakımından 30 günü aşan ödeme vadeleri,*
 - *Diğer tarımsal gıdalar bakımından 60 günü aşan ödeme vadeleri,*
 - *Bozulabilir gıdalarda kısa sürede yapılan iptal bildirimleri,*
 - *Alıcının tek taraflı sözleşme değişiklikleri,*
 - *İşleme ilgili olmayan ödeme talepleri,*
 - *Kayıp ve bozuk mal riskinin tedarikçiye transferi,*
 - *Tedarikçi talebine rağmen alıcı tarafından tedarik sözleşmesine yazılı onay verilmemesi,*
 - *Ticari sırların alıcı tarafından kötüye kullanılması,*
 - *Alıcı tarafından yapılan ticari misillemeler,*
 - *Tüketici şikâyetlerinin incelenmesi maliyetinin tedarikçiye aktarılması hususlarının yasaklanmasının;*
 - *Satılmayan ürünlerin iadesi,*
 - *Listeleme, raf ve stok bedellerini tedarikçinin ödemesi,*
 - *Promosyon için tedarikçinin ödeme yapması,*
 - *Pazarlama için tedarikçinin ödeme yapması,*
 - *Reklam için tedarikçinin ödeme yapması,*
 - *Alıcının tedarikçinin ürünlerini satmak için kullanılan alanlara yerleştirilmesi için tedarikçiden personel ücreti alması hususlarının ise düzenlenmesinin gerekli olduğu kanaatine ulaşılmıştır.”*

şeklinde öneriler getirilmiştir. Öte yandan rekabet mevzuatı kapsamında ise

“- 2002/2 sayılı *Dikey Anlaşmalara Yönelik Grup Muafiyeti Tebliği* kapsamında alıcı gücüne yönelik görece düşük bir eşik tespit edilebileceği veya yalnızca bu sektöre özel bir eşğin belirlenebileceği,

- Sektörde yapılan ve diğer rakiplerin rekabetçi açıdan dezavantajlı konuma gelmesine yol açan münhasırlık içeren anlaşmaların yeniden değerlendirilebileceği, örneğin bu kapsamda belli tip ürün ve ambalajların sadece tek bir teşebbüs için üretilmesini sağlayan anlaşmaların yasaklanabileceği,

- Marketlerin özel markalı ürün ürettirerek hem üretici hem de satıcı olmasından kaynaklanan bir takım avantajlar elde ettiği ve bu şekilde üreticilerin bazı hassas ticari bilgilerine ulaşabildiği bilindiğinden, marketlerin özel markalı ve üretici markalı satın alma birimlerinin birbirlerinden tamamen ayrışmasını sağlayacak ve literatürde “Çin Seddi” olarak bilinen uygulamanın katı bir şekilde tesisi ve takibinin gündeme getirilebileceği değerlendirilmektedir.”

şeklindeki öneriler ile de öncesinde yukarıdan aşağı (üst pazardan alt pazara) doğru ölçümlenen kriterlerin alıcının güçlü olduğu pazar yapıları için alt pazardan üst pazara doğru düzenlenmesine yönelik eşik belirleme ve tek bir alıcı için (o alıcının sadece kendisi için satış yapılmasını düzenleyen) yapılan münhasır hükümler içeren sözleşmelerin yasaklanması önerileri de gündeme getirilmiştir.

3. ÜLKE ÖRNEKLERİ

ICN tarafından yayınlanan raporda Avusturya, Fransa, Almanya, İtalya, Japonya, Kore ve Slovakya'daki mevzuatın üstün pazarlık gücünün kötüye kullanılmasına ilişkin özel hükümler içerdiği tespit edilmiştir. Bu ülkelere neden bu konuyu özel olarak düzenleme ihtiyacı duydukları sorulmuştur:

- Japonya: Üstün pazarlık gücünün kötüye kullanılması amacıyla dayatılan sözleşme şartlarının negatif etkilerinden korunmak,
- Almanya: Hâkim durumda olmayan firmaların sahip oldukları pazarlık gücünü belli teşebbüsler üzerinde kullanarak rekabeti bozmalarını önlemek,
- Fransa, İtalya, Kore ve Slovakya: Ticari ortakları sömürülmeye karşı korumak

amacıyla bu konunun özel olarak düzenlendiğini ifade etmişlerdir. Dolayısıyla ülkelerin cevapları irdelendiğinde bu ülkeleri ekonomik bağımlılığın düzenlenmesine iten ana gerekçenin sözleşmenin bir tarafının yüksek pazarlık gücünden kaynaklanan eşitsizlikleri gidermek ve engellemek olduğu görülmektedir. İlgili raporda düzenleme yapmayan ülkelere bu alanı neden düzenlemedikleri de sorulmuş, verilen cevaplarda sözleşme özgürlüğüne müdahale etmeme isteği, üstün pazarlık gücünün kötüye kullanılmasının pazar üzerinde etkisi olmadığı ve bu kavramın ülke mevzuatına eklenmesinin belirsizliği arttıracığı hususları dile getirilmiştir.

Ekonomik bağımlılık/üstün pazarlık gücü kavramlarının net bir tanımı olmadığından ve bu durumun tespiti için aranılan kriterler ülkeden ülkeye değiştiğinden bazı ülke örneklerine yer verilerek konu irdelenmeye çalışılacaktır:

Japonya

Japon hukukunda sözleşmenin bir tarafının üstün pazarlık gücünü diğer taraf üzerinde adil olmayan şekilde kullanması kanunen⁸ yasaklanmaktadır (Hou, 2019, s. 43)⁹. Söz konusu uygulamanın detayları ile gerçek ve hipotetik (varsayımsal) örnekleri Üstün Pazarlık Gücünün Kötüye Kullanılması Kılavuzu¹⁰nda düzenlenmiş olup, 1982 yılından beri adil olmayan ticaret uygulamaları bir duyuru¹¹

⁸ İlgili Kanun için bkz. Act on Prohibition of Private Monopolization and Maintenance of Fair Trade (Act No. 54 of April 14, 1947), Erişim Tarihi: 20.11.2021, https://www.jftc.go.jp/en/legislation_gls/amended_ama09/20122501.pdf

⁹ Hou tarafından Japonya'nın üstün pazarlık gücünün kötüye kullanımını düzenleyen ilk yargı bölgesi olabileceği, menşei belirsiz olmasına rağmen, Japonya'nın rekabet kanununda yapılan 1953 değişiklikleri ile üstün pazarlık gücünün kötüye kullanılmasını kanuna dâhil ettiği belirtilmiştir.

¹⁰ Guidelines Concerning Abuse of Superior Bargaining Position under the Antimonopoly Act (30 November 2010), Erişim Tarihi: 20.11.2021, https://www.jftc.go.jp/en/legislation_gls/imonopoly_guidelines_files/101130GL.pdf

¹¹ Designation of Unfair Trade Practices (Fair Trade Commission Public Notice No. 15 of June 18, 1982), Erişim Tarihi: 20.11.2021, https://www.jftc.go.jp/en/legislation_gls/unfairtradepractices.html Erişim Tarihi: 20.11.2021,

ile tanımlanmış¹² ve ihtiyaç duyuldukça sektör bazında¹³ tebliğler ile düzenlenmiştir. Süregelen iş ilişkilerinde ticari ortaklardan zorla talep edilen bazı ücretler, edimler ya da faydalar¹⁴ üstün pazarlık gücünün kötüye kullanılması hali teşkil edebilmektedir¹⁵. Aşağıda Kanun'un 2. maddesinin 9. paragrafında bu haller aşağıdaki şekilde sıralanmıştır:

- a) Karşı taraftan sözleşme konusundan bağımsız bir mal veya hizmet satın almasını talep etmek,
- b) Karşı taraftan kendisine bir ekonomik fayda sağlamasını talep etmek,
- c) Sebepsiz yere ürünleri teslim almayı reddetmek, ödemelerin vadesini geciktirmek veya ödemeleri azaltmak, karşı tarafın zararına olacak şekilde sözleşme hükümlerini değiştirmek/belirlemek

Üstün pazarlık gücünün kötüye kullanılmasında tedarikçinin gönüllü olarak yerine getirdiği bir perakendeci talebi söz konusu değildir. Bu ihlal türünde perakendeci tedarikçilerinden bazı edimler/ekonomik faydalar talep etmekte ve tedarikçiler bu talebi kabul etmek zorunda kalmaktadırlar. Dolayısıyla bir zorlama faktörü söz konusudur. Tedarikçinin perakendecinin talebini yerine getirmekten başka bir seçeneği bulunmamaktadır ve pek çok durumda tedarikçi

¹² Söz konusu duyuruda üstü örtük ticaret yapmayı reddetme, ayrımcılık, düşük fiyata satış, yüksek fiyata alım, müşteri yanıltıcı ayartma, adil olmayan faydalarla müşteri ayartma, bağlı satışlar, dışlayıcı ve kısıtlayıcı ticaret, işlem tarafının çalışanlarına adil olmayan müdahale, rakip işlemlerine müdahale, rakip iç işlerine müdahale olmak üzere detaylı haller listelenmiş ve tanımlanmıştır.

¹³ Specific Unfair Trade Practices in the Newspaper Business (Fair Trade Commission Notification No. 9 of 1999); Specific Unfair Trade Practices when Specified Shippers Assign the Transport and Custody of Articles (Fair Trade Commission Notification No. 1 of 2004); Specific Unfair Trade Practices by Large-Scale Retailers Relating to Trade with Suppliers (Fair Trade Commission Notification No. 11 of 2005)

¹⁴ Tekelleşmenin Yasaklanması ve Adil Ticaretin Sürdürülmesine Dair Kanun'un 2(9)5(b) maddesi uyarınca perakendecinin tedarikçilerinin kendisine haksız yere para ödemesine neden olacak uygulamaları yasaklanmıştır. Örneğin, Üstün Pazarlık Gücünün Kötüye Kullanılması Kılavuzu'nda perakendecinin tedarikçisinden talep ettiği katkı payının hangi şartlarda haksız olduğu açıklanmıştır: (i) taraflar katkı payını, hesaplama esasını, amacını vb. belirtmediğinde ve bu nedenle, katkı diğer taraf için beklenmedik bir dezavantaja olduğunda veya (ii) katkı, bir tarafa doğrudan avantaj sağlamakla birlikte diğer taraf için makul olmayan bir dezavantaja neden olduğunda. İlgili kılavuzun hükümlerine ilişkin çeviriler için bkz. Wakui, M. ve Cheng, T., 2015.

¹⁵ Japonya'da yapılan düzenlemenin üstün pazarlık gücünün alıcı konumundaki teşebbüste olduğu bir yapıya göre kaleme alındığı görülmektedir.

perakendecinin talebine olumsuz yanıt verdiğinde perakendeci ile olan iş ilişkisinin kesileceği korkusu yaşamaktadır (Wakui ve Cheng, 2015, ss. 8-9).

Japon hukukunda ekonomik bağımlılığa ilişkin hüküm genellikle büyük bir perakendecinin tedarikçilerine karşı uyguladığı davranışların engellenmesinde kullanılmakta, perakendecinin bir mağaza açarken ya da mağaza yenilerken tedarikçilerinden parasal katkı talep etmesi, tedarikçilerinin çalışanlarının bir süreliğine kendi mağazasında çalışmak üzere göndermesini istemesi ya da tedarikçilere ürün satın alması yönünde baskı uygulaması şeklindeki davranışlardan tedarikçileri korumayı amaçlamaktadır (Wakui ve Cheng, 2015, s. 3).

Kılavuza göre üstün pazarlık gücünün ortaya çıkıp çıkmadığına aşağıda kriterleri sıralanan kapsamlı analiz sonrasında karar verilmektedir.

- i) Sözleşmenin ikinci tarafının sözleşmenin ilk tarafına ekonomik olarak bağımlı olması (sözleşmenin ikinci tarafının satışları içinde ilk tarafa yapılan satışların payı ile ölçümlenir) ve bağımlılığın düzeyi,
- ii) Pazar payı ve sıralama ile belirlenen sözleşmenin ilk tarafının ilgili pazardaki konumu,
- iii) Sözleşmenin ikinci tarafının (bağımlı şirketin) alternatif bir ticari ortak bulma olasılığı, (özellikle sözleşmenin ikinci tarafının işleme özel yaptığı yatırımlar dikkate alınarak),
- iv) Sözleşmenin tarafları arasındaki işlemin mutlak büyüklüğü, bağımlı tarafın büyüme potansiyeli, iki taraf arasındaki iş büyüklüğünün farklılığı, bağımlı tarafın diğer tarafın markası ile ilişkili olmaktan kaynaklanan şöhret etkisi¹⁶.

Kılavuz pazarlık gücünün sadece büyük şirketler ya da Küçük ve Orta Büyüklükteki İşletmeler (KOBİ)'ler arasında olmayabildiğini aynı zamanda büyük şirketler arasında ya da iki KOBİ arasında da olabildiğini vurgulamaktadır¹⁷.

Aşağıda hızlı tüketim malları perakendeciliği alanında ekonomik bağımlılığa ilişkin olarak Japon Rekabet Otoritesi¹⁸ tarafından alınan RALSE ve DIREX kararları hakkında bilgi verilmektedir¹⁹.

¹⁶ Guidelines on Superior Bargaining Position 2010, n 11, ss. 5–6.

¹⁷ Guidelines on Superior Bargaining Position 2010, n 11, s 5.

¹⁸ Japan Fair Trade Commission.

¹⁹ İlgili kararların özetlerine ulaşarak bir değerlendirme yapılmıştır. Özetler için bkz. http://awa2016.concurrences.com/IMG/pdf/abuse_of_superior_bargaining_position_article_published_version.pdf Erişim Tarihi: 20.11.2021.

RALSE, Hokkaido bölgesindeki en büyük üçüncü büyük süpermarkettir. RALSE pazarlık gücü kendisinden düşük olan tedarikçilerinden adil olmayan bazı taleplerde bulunmuştur²⁰:

RALSE, tedarikçilerine mektup göndererek mağazalarda yardıma ihtiyaç duyduğunu ve tedarikçilerden çalışanlarının bir kısmının RALSE mağazalarında çalışmak üzere göndermesini talep etmiştir. Bu mektup her ne kadar gönüllülük esaslı bir talep olarak gözükse de Japon Rekabet Otoritesi bunu kötüye kullanma olarak nitelendirmiştir.

RALSE tedarikçilerinden “katkı ücreti” adı altında ödemeler talep etmiş, fakat bu ödemelerin hangi kapsamda kullanılacağını ve neye göre belirlendiğini açıklamamıştır.

RALSE, tedarikçilerinden kendisinden iş kıyafeti satın almalarını talep etmiş ve tedarikçilerine kendisinden daha fazla alım yapmaları yönünde baskı uygulamıştır. On sekiz tedarikçi RALSE'nin talebine uymak zorunda kalarak ondan en az 1,9 milyon JPY tutarında iş elbisesi satın almıştır.

Japon Rekabet Otoritesi RALSE'nin bu eylemlerini durdurması yönünde bir karar almış ve RALSE'ye 1,3 milyon Japon Yeni (JPY) tutarında ceza kesmiştir.

Bir indirim marketi olan DIREX'in tedarikçilerinden talep ettiği faydalar ve edimler de Japon Rekabet Otoritesi tarafından incelenmiş ve bu markete yaklaşık 1,27 milyon JPY para cezası kesilmiştir²¹. DIREX, RALSE olayına benzer şekilde tedarikçilerden bazı haksız taleplerde bulunmuştur. Buna ek olarak DIREX yangın çıkan bir mağazasının zararlarını karşılamak için tedarikçilerinden ödeme talep etmiştir. Tedarikçilerinin yangın nedeniyle satılamaz duruma gelen ürünlerinin değerini hesaplamış ve bu kapsamda 48 tedarikçiden 11 milyon JPY değerinde ödeme almıştır. Dolayısıyla DIREX tedarikçilerden teslim aldığı ürünlerin hasar riskini tedarikçilere kaydırmış ve haksız olarak onlardan ödeme talep etmiştir.

Japon Rekabet Otoritesi tarafından alınan diğer iki örnek karar aşağıdadır (Shiraishi, 2013, s. 5).

- 2005 yılında Sumitomo Mitsui Banking Corporation (SMBC)'nin KOBİ'lere sunduğu krediye faiz oranı swaplarını

²⁰ Press Release, JFTC, 03.07.2013, Erişim Tarihi: 20.12.2021, <https://www.jftc.go.jp/en/pressreleases/yearly-2013/july/130703.html>.

²¹ Press Release, JFTC, 05.06.2014, Erişim Tarihi: 20.12.2021, <https://www.jftc.go.jp/en/pressreleases/yearly-2014/June/140605.html>.

bağlamasının ilgili KOBİ'leri SMBC'ye kitlemesi ve dolayısıyla KOBİ'lerin farklı kredi olanaklarına erişememelerine neden olması Japon Rekabet Otoritesi tarafından ihlal olarak değerlendirilmiştir. İlgili işlem tarafı (ihlalden etkilenen taraf) spesifik KOBİ'ler olarak belirlenmiş ve genel KOBİ'lerden ayırt edilmiştir. Bunun yanında, ilgili pazar genel kredi pazarı olarak değil SMBC tarafından bahse konu KOBİ'ler için sunulan krediler olarak tanımlanmıştır. Japon Rekabet Otoritesi SMBC'yi bu küçük pazarda hâkim durumda bulmuştur.

- 2009 yılında Seven-Eleven Japan Co. Ltd. (Seven Eleven)'nin, franchise veren olarak franchise alanları son tüketim tarihinden hemen önce taze yiyeceklerin fiyatlarında indirimde gitmesini engellemesi davranışı (sözleşmelerinde böyle bir hüküm olmamasına karşın) Japon Rekabet Otoritesi tarafından ihlal olarak nitelendirilmiştir. Otorite, Seven-Eleven'in franchise alanlara franchise sözleşmesinin bitiminden itibaren bir yıl süreyle rekabet etmeme yükümlülüğü getirdiğini, bu nedenle franchise alanların sözleşmede devamlılık sağlama ihtiyacında olduğunu ve dolayısıyla bu durumun franchise alanları Seven-Eleven'a ekonomik bakımdan bağımlı hale getirdiğini vurgulamış, Seven-Eleven'in franchise veren olarak hâkim durumda olduğuna hükmederek bu uygulamayı sonlandırmasına karar vermiştir. Japon Rekabet Otoritesi ilgili ticari işlem tarafını Seven-Eleven franchise alanları olarak belirlemiş ve diğer marketlerin franchise alanlarından ayrı tutmuş, bu küçük pazarda Seven-Eleven'i hâkim durumda bulmuştur.

Japon uygulayıcılar ve yazarlar, vakaların çoğunlukla iki kategoriye denk geldiği, bunlardan birinin Seven-Eleven örneğinde olduğu gibi sözleşmede indirimi engelleyen bir hüküm olmamasına karşın “sözleşme ihlali” ya da “öngörülemeyen dezavantaj” kategorisi olup ikincisinin ise SMBC vakasında olduğu gibi yeni bir kredinin alınmasını istenmeyen bir ürünün alınmasına şart koşma şeklinde ortaya çıkan “aşırı/makul olmayan dezavantaj” kategorisi olduğu konusunda hemfikirlerdir.

Üstün pazarlık gücünün kötüye kullanıldığı ve zayıf olan tarafa bir maliyet getiren uygulamalardan biri de aşırı/fahiş fiyatlama olup, Japonya'da fazla karşılaşılmayan bir vaka türü olmakla birlikte Japon

Rekabet Otoritesi her ikisi de 2012 yılında gerçekleşen, Tokyo Electric Power Co. (TEPCO)'nun büyük müşterilerine elektrik fiyatlarını artırması ve Japonya'da ünlü bir süpermarket zinciri olan AEON'un bira tedarikçilerinin bira fiyatlarını artırması nedeniyle tedarikçilerine ödeme yapmayı reddetmesi şeklinde gerçekleşen aşırı/fahiş fiyat vakaları ile karşılaşmıştır (Shiraishi, 2013, s. 6).

Almanya

Almanya ekonomik bağımlılığın kötüye kullanılmasına yönelik düzenleme yapan ilk Avrupa ülkesidir. 1973 tarihinde ekonomik bağımlılık kavramı Alman Rekabet Kanunu'na²² girmiştir. Petrol krizi zamanında büyük petrol şirketlerinin küçük, bağımsız petrol istasyonlarına ayrımcılık yapmasını önlemek bu kavramın mevzuata eklenmesindeki en büyük etkidir. Yine bazı perakendecilerin güçlü markalara olan bağımlılığını önlemek ve onları uzun süreli iş ilişkilerinden kaynaklanan bağımlılığa karşı korumak da bu düzenlemenin amaçlarından sayılmıştır (Kellezi, 2008, s. 61).

Alman Rekabet Kanunu'nun 19. maddesinde hâkim durumun kötüye kullanılması yasaklanmakta, 19a. maddesinde platform ekonomilerine ilişkin olarak "pazarlar boyunca üstün öneme sahip"²³ dijital şirketlerin kötüye kullanma eylemleri yasaklanmakta, 20. maddesinde ise pazar gücü²⁴ olan teşebbüslerin yasaklı uygulamalarına yer verilmektedir. Dolayısıyla, Alman hukukunda sadece geleneksel hâkim durum değil, aynı zamanda pazar gücü ve ekonomik bağımlılık da düzenlenmektedir. Kanunun 20. maddesinin 2. paragrafında 19. maddenin üstün pazarlık gücünün kötüye kullanılması hallerine uygulanacağı belirtilmektedir.

Bağımlı olduğu iddia edilen teşebbüsün ilgili pazarda iş ilişkisi kurmak için yeterli ve makul alternatiflere sahip olup olmadığı sorusuyla ekonomik bağımlılık tespiti yapılmaktadır. Alman Federal Mahkemesi hâkim durum ve ekonomik bağımlılık kavramlarının birbirinden

²² German Act against Restraints of Competition (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, or GWB), Erişim Tarihi: 20.11.2021, https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gwb/

²³ "paramount significance for competition across markets" olarak ifade edilmektedir.

²⁴ Bu maddede pazar gücü görece veya üstün pazar gücü (relative or superior market power) olarak ifade edilmektedir.

farklı olduğunu, ekonomik bağımlılık incelenirken klasik hâkim durum aranmadığını ve ekonomik bağımlılığın pazardaki rekabeti önemli derecede²⁵ engellemediğini belirtmiştir. Bunun yanında Federal Mahkeme pazarda başka oyuncular olup pazar rekabetçi olsa bile bu durumun müşterilerin sağlayıcılara ekonomik olarak bağımlı olmadığı anlamına gelmediğini vurgulamaktadır.

Alman içtihadı farklı ekonomik bağımlılık türleri arasında ayırım yapmaktadır (Kellezi, 2008, ss. 61-62): (i) bir ürün yelpazesine veya özellikle güçlü bir markaya bağımlılık, (ii) uzun süreli sözleşmelerde ortaya çıkan bağımlılık, (iii) ürünün az olmasından ortaya çıkan kıtlık bağımlılığı, (iv) alıcıya olan bağımlılık (üreticinin alıcıya bağımlı olması) ve v) teknik bağımlılık.

Federal Mahkeme, marka bağımlılığını örnek göstererek bir ürünün pazar prestijinin kendi başına müşteriyi tedarikçiye bağımlı hale getirebilen bir faktör olduğu sonucuna varmıştır. Alman hukukunda üstün pazarlık gücünün kötüye kullanılması kapsamında marka bağımlılığı kararlarda en çok incelenen husustur (Kellezi, 2008, ss. 62-63).

Aşağıda ekonomik bağımlılığa ilişkin olarak Alman Federal Mahkemesi tarafından alınan EDEKA kararları hakkında bilgi verilmektedir.

2018 yılında Alman Federal Mahkemesi güçlü bir Alman gıda perakendecisi olan EDEKA ile bazı tedarikçileri arasındaki fiyat müzakerelerini değerlendirmiştir. Bu karar ekonomik olarak bağımlı olan teşebbüs ile pazar gücü yüksek olan bir teşebbüs arasındaki sözleşmesel müzakerelerin yürütülmesine ve buna ilişkin ilkeler hakkında önemli ipuçları içerdiğinden gerek Federal Mahkeme kararına gerekse Federal Mahkeme'nin kararına kadar yaşanan sürece aşağıda yer verilecektir²⁶:

- EDEKA 2009 yılında 2000'den fazla satış noktasına sahip olan no-frills²⁷ rakibi PLUS'u devralmıştır ve PLUS mağazalarını

²⁵ "considerable competition" olarak ifade edilmektedir.

²⁶ İlgili süreç 2014-2018 yılları arasını kapsamaktadır. Press Release, Concurrences, 23.01.2018, Erişim Tarihi: 20.11.2021, <https://www.concurrences.com/en/bulletin/news-issues/january-2018/the-german-federal-court-of-justice-issues-a-landmark-decision-addressing-the>.

²⁷ Düşük fiyatla ürün sunan marketlerdir ve indirim marketlerine benzemektedirler. <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/no-frills> Erişim Tarihi: 20.11.2021.

kendi mağaza markası olan Netto ile yeniden markalama sürecine girmiştir.

- EDEKA devralmadan önceki dönemde PLUS'a köpüklü şarap tedarik eden dört şirketle tedarik koşullarının yeniden düzenlenmesi amacıyla bir müzakere sürecine girmiştir. EDEKA bu müzakerelerde PLUS'un tedarikçilerinden elverişli koşullar talep etmiştir. Esasında devralmadan önceki dönemde bu dört şarap tedarikçisi EDEKA'ya da şarap tedarik etmekte idi. Ancak EDEKA, PLUS'un yararlandığı elverişli tedarik koşullarını bütün EDEKA grubuna yaymak amacıyla bu tedarikçilerle yeni bir müzakere süreci başlatmıştır.
- Bunun yanında EDEKA, satın aldığı PLUS mağazalarının yenilenmesi için tedarikçilerden ödeme de talep etmiştir.
- Tedarikçiler, EDEKA'ya daha elverişli koşullar sunmayı kabul etmişlerdir ve en nihayetinde EDEKA devralmadan önceki dönemden daha iyi koşullarda ürün almaya başlamıştır.
- Bundeskartellamt, EDEKA'nın bu davranışlarının ve taleplerinin pazar gücünün kötüye kullanılması hali teşkil ettiğine karar vermiştir. O dönemki Bundeskartellamt Başkanı karar hakkında yaptığı açıklamada²⁸: *“Karar, gıda perakende sektörüne önemli sinyaller veriyor. Rekabet hukuku, güçlü şirketlerin hareket özgürlüğünü sınırlar. Bir gıda perakendecisinin tedarik pazarlarındaki konumu, EDEKA'da olduğu gibi tedarikçileri ona bağımlı olacak kadar güçlü ise, perakendeci, tedarikçilerini herhangi bir objektif gerekçe olmaksızın kendisine avantaj sağlamaya ikna etmemelidir. Kararımız, etkin rekabeti sürdürmeye yardımcı olmakta ve böylece daha küçük rakipleri, tedarikçileri ve tüketicileri korumaktadır. Soruşturma, rekabet hukuku kapsamında kabul edilebilir olan müzakere ile güçlü perakende şirketleri tarafından kullanılan kabul edilemez uygulamalar arasındaki sınır çizgisinin belirlenmesine katkıda bulunmaktadır. Son olarak, karar, hem Almanya'da hem de Avrupa düzeyinde gıda perakendecileri tarafından uygulanan alıcı gücü sorunları konusundaki tartışmalara değerli bir katkı sağlayacaktır.”* ifadelerine yer vermiştir.

²⁸ Press Release, Bundeskartellamt, 03.07.2014, Erişim Tarihi: 20.11.2021, https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2014/03_07_2014_edeka.html;jsessionid=F56ECDD2D6846E887C2E2C6751FC3172.1_cid362?nn=3591568.

- Bundeskartellamt'ın bu kararına karşı yargı yoluna gidilmiş ve Düsseldorf Bölge Mahkemesi herhangi bir ihlal olmadığı sonucuna ulaşarak kararı bozmuştur. Bölge Mahkemesi PLUS mağazalarının devralınmasının ardından EDEKA ve köpüklü şarap üreticileri arasında kararlaştırılan indirimlerin ve tedarik koşullarının, eşit derecede güçlü taraflar arasındaki görüşmelerin sonucu olduğunu tespit etmiştir. Bu durum çok sayıda tanığın sorgulanmasıyla kanıtlanmıştır. Bölge Mahkemesi EDEKA'nın pazar gücünün köpüklü şarap üreticilerinin karşı gücü ile dengelendiğini, EDEKA'nın köpüklü şarap üreticilerinin ürünlerine ihtiyaç duyduğunu zira perakende sektöründe bilinen bir marka olup tüketicilerin EDEKA mağazalarında bu şarapları talep ettiğini belirtmiş ve müzakere sürecinin eşit derecede güçlü taraflar arasında yürütüldüğünü vurgulamıştır.
- Bundeskartellamt kararı temyiz etmiştir.
- Alman Federal Mahkemesi Bundeskartellamt kararını onamış ve EDEKA'nın pazar gücünü kötüye kullandığına karar vermiştir. Federal Mahkeme kararı pazar gücü yüksek olan teşebbüsler ile onlara ekonomik olarak bağımlı tedarikçiler arasındaki sözleşme ilişkileri bakımından önemli ilkeler içermektedir.
- Federal Mahkeme'nin kararı, EDEKA'nın taleplerinin keyfi/mantıksız olup olmadığına veya bu talepler için herhangi bir nesnel gerekçelendirme olup olmadığına odaklanmaktadır. Mahkeme, nesnel gerekçenin varlığının bütüncül ve dengeleyici bir yaklaşımla tespit edilebileceğini vurgulamaktadır. Federal Mahkeme'ye göre en temel test, talep edilen avantajların karşı tarafın performansı ışığında adil veya uygun olup olmadığını tespit etmektir. Mahkeme bu testi somutlaştırmak amacıyla güçlü teşebbüsün herhangi yeni bir talebinin pazarlık gücü düşük teşebbüs bakımından bir fayda ile dengelenmesi gerekliliğine vurgu yapmıştır (Güçlü teşebbüsün elde edeceği faydaya karşılık olarak bağımlı teşebbüse uzun vadeli veya daha büyük hacimli bir satın alma taahhüdü sunması veya bağımlı tedarikçiye başka bir uzun vadeli taahhüt vermesi gibi).
- Mahkeme EDEKA'nın taleplerini keyfi ve haksız bulmuş, EDEKA'nın kendi tedarik koşullarını satın aldığı PLUS'ın tedarik

koşulları ile karşılaştırmasının doğru olmadığına, bu koşulların farklı dönemlerde uygulandığına, koşulların bütüncül bir bakış açısı ile karşılaştırılması gerektiğine, EDEKA'nın seçmece usulü ile bu koşulları karşılaştırıp en avantajlı olanları tedarikçilerden talep etmesinin nesnel bir gerekçesi olmadığına hükmetmiştir.

- Mahkeme EDEKA'nın tedarikçilerden mağazaların yenilenmesine ilişkin talep ettiği ücreti de haksız bulmuş ve bu durumun pazar gücünün kötüye kullanılması olarak nitelendirmiştir.

Yine Alman rekabet hukukunda dijital pazarlara ilişkin olarak; müdahale eşiklerini düşürmenin etkin rekabeti tehdit eden unsurları erken bir aşamada tespit edilebilmesine imkân tanıdığı ifade edilmektedir. Aşağıda hâkim durum altı müdahalenin faydalı olabileceği haller örneklenmiştir (Schweitzer vd., 2018).

- a) Güçlü pozitif şebeke etkisinin olduğu pazarlarda aktif olan, ancak henüz hâkim durumda olmayan firmalar tarafından yapılan ve monopolleşme ihtimali yaratan tehlikeli tek taraflı davranışlar,
- b) Sıkı oligopol pazarlarda pazar kapama etkileri olan koordineli olmayan paralel davranışlar,
- c) Hâkim durum pazar gücünün altında olan ve fakat rekabeti önemli ölçüde tehlikeye atabilecek nitelikte olan konglomera pazar gücünün kötüye kullanılması,
- d) Aracılık gücü (*intermediation power*), özellikle dijital pazarlarda aracı konumunda olan teşebbüslerin sahip olduğu gücün söz konusu olduğu durumlar.

Fransa

Fransız Ticaret Kanunu'nun L420-2(2) maddesi²⁹ uyarınca, üstün pazarlık gücünün kötüye kullanılması kapsamında değerlendirme yapılabilmesi için üç koşul birlikte karşılanmalıdır:

- i) Sözleşmenin bir tarafı diğer tarafa ekonomik olarak bağımlı olmalı,
- ii) Taraf, rekabeti engelleyici uygulamalar yoluyla bu durumu kötüye kullanmalı,
- iii) Bu uygulamalar rekabetin işleyişini veya yapısını etkilemelidir.

²⁹ <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000005634379> adresindeki Fransız Ticaret Kanunu'nun L 420-2 (2) numaralı maddesi. Üstün pazarlık gücünün kötüye kullanılması Ticaret Kanununa 2001 yılında eklenmiştir.

Fransız Rekabet Otoritesi ekonomik bağımlılığı kanıtlamak için katı kriterler oluşturmuş ve dört koşulu birlikte aramıştır: i) sözleşmenin güçlü tarafı olan ticari ortağın marka şöhreti, ii) sözleşmenin güçlü tarafı olan ticari ortağın pazar payı, iii) bağımlı şirketin cirosundaki, sözleşmenin güçlü tarafı olan ticari ortağın payı, ve iv) bağımlı şirketin alternatif bir ticari ortak bulma olasılığı.

Komisyon tarafından yayımlanan bir çalışmada; Fransa'da ekonomik bağımlılığa ilişkin hüküm kapsamında ihlal teşkil edecek davranışların birçoğunun ticaret kanununda ayrı bir maddede³⁰ yasaklandığı, bu madde ile teşebbüslerin dava yolunu tercih edebildikleri ve dolayısıyla, ekonomik bağımlılığa ilişkin hükmün Fransız hukuk sisteminde pratik bir öneme sahip olmadığı ve içtihat hukukunun ekonomik bağımlılığın kanıtlanması için aradığı dört kriter nedeniyle rekabet otoritesi tarafından çok az sayıda olayda kullanıldığı belirtilmektedir (EC, 2014, s. 46).

Portekiz

Portekiz mevzuatına ekonomik bağımlılık kavramı 2003 yılında eklenmiştir. Portekiz rekabet hukukuna göre ekonomik bağımlılık kavramının kötüye kullanılmasının tespiti için dört şartın birlikte bulunması gerekmektedir³¹:

- i) Dikey ilişki mevcut olmalı,
- ii) Kötüye kullanma davranışına maruz kalan taraf eşdeğer bir alternatif bulamadığından³² diğer tarafa mal ve hizmetlerin tedariki ya da dağıtımını noktasında bağımlı olmalı,
- iii) Pazar gücüne sahip olan teşebbüsün davranışı kötüye kullanma teşkil etmeli³³,

³⁰ Ticaret Kanunu'nun L442-6. maddesi, karşı tarafın hak ve yükümlülüklerinde önemli bir dengesizlik yaratan bir yükümlülük yükleyen veya yüklemeye çalışan tarafın sorumlu olduğunu ve ortaya çıkan hasarı onarmaları gerektiğini belirtmektedir.

³¹ http://www.concorrenca.pt/vEN/Praticas_Proibidas/Anti-competitive_practices/Abuse_of_economic_dependence/Pages/Abuse-of-economic-dependence.aspx Erişim Tarihi: 19.11.2021.

³² Söz konusu mal veya hizmetlerin tedariki veya dağıtımını sınırlı sayıda işletme tarafından sağlandığında ve tarafın makul bir süre içinde diğer işletmelerden aynı koşulları elde edemediğinde bir işletmenin eşdeğer bir alternatifi bulunmamaktadır.

³³ Portekiz Rekabet Kanunu'nun 12. maddesinde bu davranışlar tahdidi olmayacak şekilde sıralanmaktadır. https://www.concorrenca.pt/sites/default/files/documentos/legislacao/Law_19_2012_bilingual_en_0.pdf Erişim Tarihi: 20.11.2021.

- iv) Ekonomik bağımlılığın kötüye kullanılması pazarın işleyişini ve rekabetin yapısını etkilemeli.

İtalya

Tedarikçi ve alıcı arasındaki ilişkiye odaklanan İtalyan Rekabet Otoritesi ekonomik bağımlılığı dört ana kategoride incelemektedir (Lianos ve Lombardi, 2016, s. 22):

- i) sözleşmenin zayıf tarafı olan perakendecinin ürün yelpazesindeki bağımlılığı (tipik olarak markalı ürünlerle ilişkili olan ve belli bir ürüne veya ürün grubuna alternatif eksiğiyle tanımlanan),
- ii) pazarda spesifik bir ürünün geçici eksikliğinden kaynaklanan veya arz kaynaklarının kısıtlı olmasından ortaya çıkan kıtlık bağımlılığı,
- iii) tedarikçinin satışlarının büyük bir bölümünü tek bir alıcıya yaptığı durumdaki tedarikçinin bağımlılığı,
- iv) taahhütlerini yerine getirebilmek amacıyla yapılan ve başka bir amaçla kullanılmayan önemli tutarlarda aktif spesifik yatırım içeren ticari ilişkilerde ortaya çıkan bağımlılık.

Özellikle gıda sektörüne yönelik olarak rekabet otoriteleri üstün pazarlık gücünün kötüye kullanılmasının düzenlenmesine yönelik olarak görevlendirilebilir. Örneğin İtalya'da, anti-rekabetçi anlaşmalara hâkim durumun kötüye kullanılmasının engellenmesine geleneksel araçlar ile müdahale mümkün olmadığı zaman kanun koyucu; (i) kanundaki geleneksel ekonomik bağımlılık maddeleri³⁴ ve (ii) tarım

³⁴ 1998 tarihli ve 192 sayılı Kanununun 9. maddesi, ekonomik bağımlılığın kötüye kullanılmasını düzenlemektedir:

“1. Bir veya birden fazla teşebbüsün, bir müşteri veya tedarikçi teşebbüsün içinde bulunduğu ekonomik bağımlılık durumunu, onların aleyhine kötüye kullanması yasaktır. Ekonomik bağımlılık, bir teşebbüsün başka bir teşebbüsle olan ticari ilişkilerinde makul olmayan bir hak ve yükümlülük dengesizliğine yol açabilmesi durumudur. Ekonomik bağımlılık, zarar gören tarafın piyasada tatmin edici alternatifler bulmasının gerçek olasılığı da dikkate alınarak değerlendirilir.

2. Kötüye kullanma, satmayı reddetmeyi veya satın almayı reddetmeyi, haksız bir şekilde ağır veya ayrımcı sözleşme koşullarının dayatılmasını veya mevcut ticari ilişkilerin keyfi olarak kesilmesini de içerebilir.

3. Ekonomik bağımlılığın kötüye kullanılmasının gerçekleştirildiği anlaşma geçersizdir.”

<https://www.idiproject.com/news/italy-abuse-economic-dependence-relation-franchise-agreements>. Erişim Tarihi: 28.11.2021

üreticileri ile alıcılar arasındaki sözleşmesel ilişkilere ilişkin düzenleme olmak üzere iki farklı enstrümanla müdahale etmektedir. 1/2012 sayılı Kanun Hükmünde Kararname³⁵'nin 62.8 sayılı maddesi talep yönündeki pazarlık gücünün tedarikçi pahasına dengesiz bir şekilde uygulanması şeklinde sonuçlanan bir eylemin cezalandırılması için İtalyan Rekabet Otoritesi'ne yetki vermektedir. Böylelikle sözleşmenin pazarda istenmeyen olumsuz etki yaratması koşuluyla, hâkim durumun kötüye kullanılmasının yanı sıra İtalyan Rekabet Otoritesi tarım-gıda sektöründeki dikey nitelikteki ticari ilişkilere de, hâkim durum tespiti olmadığı durumlarda bile, müdahale etmektedir. 9 Temmuz 2015'te İtalyan Rekabet Otoritesi'ne 62.8 sayılı maddesinin uygulamasına ilişkin olarak Eurospin perakendecisinin tedarikçilerinden istediği ve herhangi bir hizmete denk gelmeyen iki yarım yıllık ödemenin haksız yere istenip istenmediğini araştırmış, bununla birlikte Eurospin'in eylemi ilgili maddenin ihlali olarak değerlendirilmemiştir. Bahse konu sözleşme maddesinin gerçekten adilce müzakere edildiği ve empoze edilmediği, görece maliyetlerin sunulan hizmete göre orantılandırıldığı gözlenmiştir (Lianos ve Lombardi, 2016, ss. 31-32).

Belçika

22 Ağustos 2020'de, ekonomik bağımlılığın kötüye kullanılmasını yasaklayan yeni düzenleme Belçika'da yürürlüğe girmiştir. Düzenleme, rekabet kurallarını içeren Belçika Ekonomi Kanunu'nun IV. Kitabının 2/1 Maddesi olarak eklenmiştir.

İlgili maddede üçlü bir kümülatif test düzenlenmektedir: (i) ekonomik bağımlılık durumu; (ii) bu durumun kötüye kullanılması; ve (iii) Belçika pazarındaki rekabet üzerinde fiili veya potansiyel bir etki. Yeni kurallar hem Belçika Rekabet Otoritesi (BCA) hem de hukuk mahkemeleri tarafından uygulanabilmektedir. BCA, ihlalde bulunan şirkete cirosunun en fazla yüzde ikisine kadar para cezası verme yetkisine sahiptir.

³⁵ İlgili düzenleme için bkz. <https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:decreto.legge:2012-01-24;1> Erişim Tarihi: 20.11.2021.

28 Ekim 2020'de Ghent Ticaret Mahkemesi, bir çocuk giyim tedarikçisine karşı yürütülen davada bu hükmü ilk kez uygulamıştır. Mahkeme, tedarikçinin kışlık giyim koleksiyonunu bir perakendeciye vermeyi reddetmesinin ekonomik bağımlılığın kötüye kullanılması teşkil ettiğine karar vermiştir. Mahkeme, perakendecinin ekonomik bakımdan tedarikçiye bağımlı olduğunu (perakendecinin tamamen tedarikçinin ürünlerine bağlı olduğunu) ve tedarikçinin bu konumunu kötüye kullandığını tespit etmiştir (Blockx, 2021, ss. 321-325).

4. DEĞERLENDİRME

Sözleşmeler hukuku, ekonomik bağımlılık ve rekabet kavramlarının uluslararası bir boyutu bulunmaktadır (Bakhoum, 2015, ss. 28-29). Perakende sektörünün gelişmekte olan ülkelerin pazarlarına girmesiyle birlikte, alıcı gücünün kötüye kullanılması ve ekonomik bağımlılık kavramları daha da önem kazanmaktadır. Bunun yanında, uluslararası dağıtım ağlarının genişlemesi, perakende sektörünün gitgide büyümesi ve tarım endüstrisinde tedarik kanallarının yaratılması ile birlikte yerel KOBİ'ler ve/veya küçük çiftçilerin uluslararası perakendecilere ekonomik anlamda bağımlı hale gelmekte ve dolayısıyla bu aktörlerin adil olmayan uygulamalara maruz kalma riski de artmaktadır.

Öteyandan sözleşmeye dayalı ilişkilerde taraflar arasındaki ekonomik dengesizlikleri düzenlemek için uygun yasal aracın rekabet hukuku mu olması gerektiği sorusu akla gelmektedir. Rekabet hukukunun dikey ilişkilerdeki ekonomik dengesizlikleri düzeltmek için popüler bir araç olmadığı, piyasanın ilgili küçük bir bölümünü etkileyen ekonomik işlemleri ve davranışları düzenlediği, ilgili pazar etkilenmediği sürece rekabet hukukunun müdahale etmeyeceği tartışmaları yapılmakta ve sözleşme ilişkilerini düzenlemede rekabet hukukunun müdahalesinin uygunluğu sorgulanmaktadır.

Bunun yanında Komisyon için hazırlanan bir raporda ekonomik bağımlılık kavramı ile haksız ticari uygulamalar arasındaki ilişkiye dikkat çekilmiştir (EC, 2014, s.11). Bilindiği üzere haksız ticari uygulamalar geleneksel olarak sözleşme hukuku çerçevesinde ele alınmakta ve hukuk mahkemeleri tarafından incelenmektedir. Ancak

bazı ülkeler, rekabet otoritelerine haksız ticari uygulamalar ile mücadele için yaptırım uygulama gücü vermiştir. Rekabet otoritelerinin haksız ticari uygulamalara yaptırım uygularken kullandıkları yöntemlerden biri de ulusal rekabet hukuku mevzuatlarına ekonomik bağımlılık kavramını eklemek olmuştur. Bu çalışmada, üstün pazarlık gücünün kötüye kullanılması ile ilgili kuralları benimseyen ülkelerin bu kurallar sayesinde geriye dönük sözleşme değişiklikleri, riskin makul olmayan şekilde karşı tarafa empoze edilmesini ve gizli bilgilerin haksız şekilde kullanılmasını da içeren pek çok haksız ticari uygulamayı yakalayabilecekleri ifade edilmiştir. Bu kapsamda bilgi asimetrisinin de taraflar arasında dengesizlik yaratarak ekonomik bağımlılık yarattığı da ifade edilmektedir.

Komisyon tarafından yayımlanan Yeşil Kitap (*Green Paper*) ise; taraflar arasındaki pazarlık gücündeki dengesizliğin pek çok nedene dayanabildiğini, taraflar arasındaki ciro/büyükölçek farklılıkları, ekonomik bağımlılık ve taraflardan birinin hâlihazırda katlandığı önemli batık maliyetlerin pazarlık gücündeki dengesizliğin başlıca nedenleri arasında olduğunu vurgulamaktadır (2013, s. 6).

Bu noktada, Komisyon tarafından 30 Nisan 2019 tarihinde yürürlüğe koyulan “Haksız Ticari Uygulamalar Direktifi”ne (*Unfair Trading Practices Directive*³⁶) değinilmesi yerinde olacaktır. Direktif, teşebbüsler arasındaki haksız ticari uygulamalara etkin bir çözüm getirmeyi planlamakta, taraflardan birinin ilgili pazarlarda hâkim durumda olmasını gerektirmemekte ve ticari ilişkinin tarafları arasında pazarlık gücündeki dengesizlikten kaynaklı haksız ticari uygulamaları önlemeye çalışmaktadır³⁷.

Direktif³⁸, tarım ve gıda tedarik zincirine odaklanmakta, haksız ticari uygulamaları kara ve gri liste olarak kategorize etmekte ve kara

³⁶ Directive (EU) 2019/633 of the European Parliament and of the Council of 17 April 2019 on unfair trading practices in business-to-business relationships in the agricultural and food supply chain, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019L0633&from=en>. Erişim Tarihi: 20.12.2021

³⁷ Direktife giden süreçle ilgili detaylı bilgi 2021 tarihli Türkiye HTM Perakendeciliği Sektör İncelemesi Ön Raporunun 6.3. numaralı başlığında yer almaktadır.

³⁸ Direktifte yer alan kuralların özetinin yer aldığı bir broşür için bkz. https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/food-farming-fisheries/key_policies/documents/brochure-utp-directive_en.pdf Erişim Tarihi: 20.12.2021.

listedeki uygulamaları yasaklamaktadır. Kara ve gri listede yer alan haksız ticari uygulamalar aşağıdaki tabloda sunulmaktadır:

Tablo 1- Direktif'te Ele Alınan Haksız Ticari Uygulamalar

KARA LİSTE	GRI LİSTE
Bozulabilir tarımsal ve gıda ürünleri bakımından 30 günü aşan ödeme vadeleri ³⁹	Satılmayan ürünlerin iadesi
Diğer tarımsal gıdalar bakımından 60 günü aşan ödeme vadeleri	Listeleme, raf ve stok bedellerini tedarikçinin ödemesi
Bozulabilir gıdalarda kısa sürede yapılan iptal bildirimleri	Promosyon için tedarikçinin ödeme yapması
Alıcının tek tarafı sözleşme değişiklikleri	Pazarlama için tedarikçinin ödeme yapması
İşlemlerle ilgili olmayan ödeme talepleri	Reklam için tedarikçinin ödeme yapması
Kayıp ve bozuk mal riskinin tedarikçiye transferi	Alıcının tedarikçinin ürünlerini satmak için kullanılan alanlara yerleştirilmesi tedarikçiden personel ücreti alması
Tedarikçi talebine rağmen alıcı tarafından tedarik sözleşmesine yazılı onay verilmemesi	
Ticari sınırların alıcı tarafından kötüye kullanılması	
Alıcı tarafından yapılan ticari misillemeler	
Tüketici şikâyetlerinin incelenmesi maliyetinin tedarikçiye aktarılması	

Yukarıda da değinildiği üzere, kara listeye alınan uygulamalar yasak olup gri listedeki uygulamalar ise taraflar arasında açık ve net bir şekilde kararlaştırılmadıkça yasaktır. Direktif, yalnızca asgari düzeyde uyum sağlamayı amaçladığından, üye devletler haksız olduğunu düşündükleri başka uygulamaları kara veya gri listeye ekleyebilirler.

Direktif kapsamına girmek için iki yönlü bir testin karşılanması gerekmektedir. İlk olarak, söz konusu ürünler, bozulabilir mallar dahil olmak üzere tarım ve gıda ürünleri olmalıdır. İkinci olarak ise, Direktifte tedarikçi ile alıcı arasındaki büyüklük farkı dikkate

³⁹ Direktife göre, bozulabilir ürünler için geç ödemeler tedarikçinin ekonomik canlılığı üzerinde olumsuz bir etkiye sahiptir. Bu nedenle, bu tür uygulamalar yasaklanmalıdır.

alınmakta ve Direktifin uygulanması bakımından beş farklı ciro eşiği belirlenmektedir⁴⁰.

Direktif son derece detaylı olup pazarlık gücündeki dengesizlik nedeniyle ortaya çıkan haksız ticari uygulamaların üstün pazarlık gücünün kötüye kullanılması gibi genel geçer bir kanun hükmünden ziyade sektör spesifik düzenlemelerle çözülmesi gerektiğine de ışık tutar niteliktedir. Kaldı ki, Avrupa Parlamentosu (2015, s. 8) tarafından yayımlanan Brifing kapsamında haksız ticari uygulamalarla ilgili olarak belirli bir sektör özelinde mi yoksa genel olarak mı düzenlemeye gidilmesi gerektiği tartışması yapılmış ve ilgili dokümanda şu hususlar vurgulanmıştır⁴¹: “Sektör spesifik yaklaşımı destekleyenler, Komisyon tarafından düzenlenen kamu istişaresindeki yanıtların büyük çoğunluğunun gıda endüstrisinden geldiğini, gıda tedarik zincirinde dağıtılan ürünlerin, tedarik zincirleri aracılığıyla dağıtılan diğer ürün türlerine kıyasla daha çabuk bozulduğunu ifade etmektedirler. Esasında bu yaklaşımı kabul etmek, tarım endüstrisinin özel konumunu da vurgulayacaktır. Sektör spesifik düzenlemelere karşı argümanlar, gıda ve gıda dışı tedarik sektörlerini ayırt etmek için yeterli bir gerekçe olmadığına işaret etmektedirler. Bu görüşe göre, bu uygulamaların çoğu genel bir karaktere sahiptir ve genel araçlar kullanılarak ele alınmalıdır. Bu görüş sahipleri sektörel mevzuatın oluşturulmasının piyasanın bölünmesine neden olabileceğinin altını çizmektedirler.”

Türk hukukuna bakıldığında; üstün pazarlık gücünün kötüye kullanılması ile ilgili doğrudan bir hüküm bulunmamakla birlikte bazı düzenlemelerde haksız ticari uygulamaları ele alan hükümler yer almaktadır. 2021 yılında yayımlanan Türkiye HTM Perakendeciliği Sektör İncelemesi Ön Raporunda da detaylı olarak yer verildiği üzere, 6201 sayılı Türk Ticaret Kanunu⁴² (TTK), 6098 sayılı Türk Borçlar

⁴⁰ i) Tedarikçinin cirosu, 2 milyon Avrodan az ise alıcının cirosu 2 milyon Avrodan büyük olmalıdır, ii) Tedarikçinin cirosu 2 milyon Avro ile 10 milyon Avro aralığında ise alıcının cirosu 10 milyon Avrodan büyük olmalıdır, iii) Tedarikçinin cirosu 10 milyon Avro ile 50 milyon Avro aralığında ise alıcının cirosu 50 milyon Avrodan büyük olmalıdır, iv) Tedarikçinin cirosu 50 milyon Avro ile 150 milyon Avro aralığında ise alıcının cirosu 150 milyon Avrodan büyük olmalıdır, v) Tedarikçinin cirosu 150 milyon Avro ile 350 milyon Avro aralığında ise alıcının cirosu 350 milyon Avrodan büyük olmalıdır.

⁴¹ Bu husus 2021 tarihli Türkiye HTM Perakendeciliği Sektör İncelemesi Ön Raporunda da yer almaktadır.

⁴² TTK 1530. maddede alacaklıları korumak amacıyla ticari ilişkilerdeki ödeme sürelerine yönelik olarak altmış günlük ödeme süresi sınırı yer almaktadır.

Kanunu⁴³ (TBK) ve 6585 sayılı Perakende Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun⁴⁴ (6585 sayılı Kanun)'da haksız ticari uygulamaları yasaklayan birtakım hükümler bulunmaktadır (ss. 119-124). Bunun yanında; üstün pazarlık gücünün kötüye kullanılması kapsamında TBK 28. maddede yer alan aşırı yararlanma⁴⁵ (gabin) hükmünün bu konuyla ilgili olabileceği düşünülmektedir. Ancak; gabin hükümlerinin üstün pazarlık gücünün kötüye kullanılması kapsamında kullanılması güç olabilecektir. Zira tacirler bakımından TTK m.18/2 uyarınca basiretli bir tacir gibi hareket etme yükümlülüğü bulunmaktadır bu yükümlülük uyarınca, tacirin ticari işletmesiyle ilgili faaliyetlerinde, tedbirli bir tacirin aynı durumda göstereceği özeni göstermesi beklenmektedir (Çağlar, 2016, ss. 72-73). Öte yandan; sektör incelemesi kapsamında tedarikçilerden elde edilen görüşlerde tedarikçilerin perakendecilerle olan uyumsuzluklarında mahkeme yolunu tercih etmedikleri görülmektedir. Bu bağlamda, mahkeme yolunun en azından hızlı tüketim malları tedarikçileri bakımından etkin bir seçenek olmadığı düşünülmektedir. Bu bağlamda dünyada örnekleri olduğu üzere belirli kriterler ve eşikler dahilinde düzenleme ihtiyacı olduğu görülmektedir. Her ne kadar bu alanda düzenleme yapmak ve müdahale etmek karmaşık ve zor olsa da sorunların çözümü bakımından hareketsiz kalmaktansa küçük de olsa adımlar atılabileceği en azından belirli tanımlar ve düzenlemeler konusunda çalışma yapılabileceği düşünülmektedir.

Her ne kadar Türk hukukunda üstün pazarlık gücünün kötüye kullanılmasına ilişkin bir hüküm olmasa da geçmiş tarihli Rekabet Kurulu (Kurul) kararları değerlendirildiğinde ekonomik bağımlılık kavramı ile ilgili bazı önemli tespitler göze çarpmaktadır. Ekonomik bağımlılık kavramının ilk olarak 16.05.2000 tarih ve 00-18/176-94

⁴³ TBK'nin 20-25. maddeleri arasında genel işlem koşulları düzenlenmektedir.

⁴⁴ 6585 sayılı Kanun'da kapsamında "Prim ve Bedel Talebi" başlıklı 6. madde ve "Ödeme Süresi" başlıklı 7. madde bu kapsamda değerlendirilebilir.

⁴⁵ "Bir sözleşmede karşılıklı edimler arasında açık bir oransızlık varsa, bu oransızlık, zarar görenin zor durumda kalmasından veya düşüncesizliğinden ya da deneyimsizliğinden yararlanılmak suretiyle gerçekleştirildiği takdirde, zarar gören, durumun özelliğine göre ya sözleşme ile bağlı olmadığını diğer tarafa bildirerek ediminin geri verilmesini ya da sözleşmeye bağlı kalarak edimler arasındaki oransızlığın giderilmesini isteyebilir. Zarar gören bu hakkını, düşüncesizlik veya deneyimsizliğini öğrendiği; zor durumda kalmada ise, bu durumun ortadan kalktığı tarihten başlayarak bir yıl ve her hâlde sözleşmenin kurulduğu tarihten başlayarak beş yıl içinde kullanabilir."

sayılı Kurul kararında geçtiği görülmektedir. İlgili kararda; MEPA Meşrubat Pazarlama Dağıtım ve Ticaret Anonim Şirketi⁴⁶ (MEPA)'nin Çanakkale bölge bayisi olan Yurdatap Meşrubat Sanayi ve Ticaret Limited Şirketi'ne mal vermeyi keserek pazar dışına ittiği iddiası değerlendirilmiştir.

Kararda, MEPA'nın ve ana şirketi Türkiye Coca-Cola Grubu'nun ilgili ürün pazarlarının hiç birinde hâkim durumda bulunmadığı, dolayısıyla şikâyet dilekçesinde iddia edilen mal vermeyi kesme ve bu yolla pazar dışına çıkarma davranışının hâkim durumun kötüye kullanılması olarak nitelendirilemeyeceği sonucuna ulaşılsa da müşterinin sağlayıcıya bağımlılığı konusunda bazı değerlendirmeler yapılmıştır. Bu kapsamda;

- Uygulamada ekonomik bağımlılığın iki şekilde görüldüğü,
- Bunlardan birincisinin pazar içerisinde hâkim durumda olan sağlayıcıya olan ekonomik bağımlılık; diğerinin ise, sağlayıcının içinde bulunduğu pazarda hâkim durumda olmamasına karşın gerek müşterilerin bireysel özellikleri gerekse pazarın koşulları gereği ortaya çıkan ekonomik bağımlılık olduğu,
- 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun (4054 sayılı Kanun) çerçevesinde ekonomik bağımlılık kavramının değerlendirilmesinin ancak hâkim durum kavramıyla birlikte kullanıldığı hallerde mümkün olduğu,
- Bunun yanında; 4054 sayılı Kanun bakımından tartışılması gereken bir diğer hususun, pazarda hâkim durumda olmayan bir sağlayıcının müşterilerinin kendisine ekonomik bağımlılığını kötüye kullanması hallerinin nasıl düzenleneceği sorusu olduğu ve bunun özellikle sağlayıcı ile ticari ilişkiye girerken önemli ölçüde yatırım yapan, uzun dönemli sözleşme ile bağlanan müşteriler bakımından önemli olduğu,
- Söz konusu müşteriler için eş değer bir temin kaynağına geçişin, gerek kabul edilen yükümlülükler, gerekse gerçekleştirilen yatırımlar nedeniyle önemli maliyetlere yol açtığı,
- Bu müşterilerin değinilen nedenlerle makul ve yeterli şekilde alternatif temin kaynağı bulma imkânları yoksa ya da alternatif

⁴⁶ MEPA Türkiye Coca Cola Grubu'nun ana dağıtım şirketlerinden birisidir ve bu grup bünyesindeki üretim ve diğer dağıtım şirketleriyle kontrol unsurları bakımından ekonomik birlik oluşturmaktadır.

kaynaklara geçmek önemli dezavantajları da beraberinde getiriyorsa, müşterilerin sağlayıcılarına ekonomik olarak bağımlı olduklarını kabuk etmek gerektiği

ifade edilmiştir. Öte yandan; kararda ekonomik bağımlılık hallerinden kaynaklanacak sorunları ele alırken Rekabet Hukukunun uygulama alanıyla, teşebbüslere sözleşme yapma serbestisi tanıyan ve bu serbesti çerçevesinde sözleşmenin taraflarına yükümlülükler getiren Borçlar Hukuku uygulama alanı arasında hassas bir dengenin kurulması gerektiği vurgulanmış, şayet iddia edilen davranış pazardaki etkin rekabet şartlarını önemli ölçüde bozmuyorsa, bu davranışın Rekabet Hukuku kapsamında değerlendirilmemesi gerektiği belirtilmiştir. Kararda, ayrıca, 4054 sayılı Kanun'un 3. maddesinde yer verilen hâkim durum tanımının sağlayıcının sadece müşterisi ile olan ticari ilişkisi açısından değil, aynı zamanda tüm ilgili ürün pazarı açısından hâkim durumda olmasını gerekli kıldığı ifade edilmiştir. Dolayısıyla, kararda, 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesinin uygulanması bakımından 3. madde anlamında sağlayıcı firma pazarın tamamında hâkim durumda değilse, sadece ekonomik bağımlılık temelinde müşteriye karşı hâkim durumda olduğunu ileri sürmenin mümkün olmadığı sonucuna ulaşılmıştır.

Ekonomik bağımlılık kavramına, 01.12.2005 tarih ve 05-80/1106-317 sayılı Kurul kararında da yer verildiği görülmektedir. İlgili kararda; Karbogaz Karbondioksit ve Kurubuz San. A.Ş.'nin 4054 sayılı Kanun'u ihlal edici nitelikte hükümler içeren sözleşmeler akdederek ilgili pazarda rekabeti ortadan kaldıracı faaliyetlerde bulunduğu iddiası değerlendirilmiştir. Kararda; ekonomik bağımlılığın hâkim durum tespitinde önemli bir rol oynadığı ifade edilmiştir. Bu bağlamda;

- Gazın hassas bir madde olması ve kullanılan standart dışı bir gazın nihai ürünü bozma tehlikesinin bulunması nedeniyle, karbondioksit müşterilerinin fiyatı yüksek dahi olsa kaliteli ve sürekli mal tedarik eden bir sağlayıcı dışında alternatif sağlayıcılara yönelme riskini göze almasının kolay olmadığı,
- Müşterilerin bu hassasiyetinin karbondioksit sektöründe müşteri-sağlayıcı ilişkilerini daha da sıkılaştırdığı ve müşterinin sağlayıcıya olan ekonomik bağımlılığının arttığı,

- Müşteri sağlayıcı isteklerini daha fazla müzakere ihtiyacı duymadan kolayca kabul edebildiğinden müşterilerin uzun süreden beri çalıştıkları bir sağlayıcıdan başka bir sağlayıcıya geçmesinin zorlaştığı,
- Sektörün bu kendine özgü niteliğinin pazara girmek isteyen teşebbüsler bakımından önemli bir aksaklık olduğu

belirtilmiş, sektörün bu özel koşullarının müşterileri Karbogaz A.Ş.'ye bağımlı hale getirdiği değerlendirilmiştir.

OSPET Akaryakıt Sanayi ve Tic. Ltd. Şti. (OSPET) ve Total Oil Türkiye A.Ş. (TOTAL) arasında akdedilmiş olan bayilik sözleşmesinin rekabet hukukuna uygunluğunun sağlanmasında TOTAL'in hukuka aykırı davrandığı iddiasının değerlendirildiği 26.1.2006 tarih ve 06-04/58-16 sayılı Kurul kararında; sağlayıcılar ile bayiler arasında dikey anlaşmalardan kaynaklanan bağımlılığın ekonomik bağımlılık olarak kabul edildiği, bu durumun 4054 sayılı Kanun kapsamında tanımlanan hâkim duruma uymadığı ve dolayısıyla, TOTAL'in hâkim durumda bulunmaması nedeniyle de hâkim durumun kötüye kullanılmasına ilişkin bir değerlendirme yapılmasına gerek olmadığı değerlendirilmiştir.

Koçtaş Yapı Marketleri Ticaret A.Ş.'nin konsinye satış baskısında bulunmak suretiyle tedarikçisinin faaliyetlerini zorlaştırdığı iddiasının değerlendirildiği 13.10.2011 tarih ve 11-52/1320-471 sayılı Kurul kararında ise, ülkemiz rekabet mevzuatı açısından ekonomik bağımlılık kavramının ancak 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesi kapsamında ele alındığı, bu madde uyarınca aranan hâkim durum şartının, ekonomik bağımlılığın ötesinde bir duruma karşılık geldiği, dolayısıyla, başvuruya konu teşebbüs davranışlarının 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesi kapsamında bir ihlal oluşturmadığı, konunun perakendeci ve tedarikçisi arasında yapılan anlaşmaya bağlı, tarafların pazarlık güçleri oranında ortaya çıkan ve ticaret kanunları ölçüsünde ele alınabilecek bir durumdan kaynaklandığı, tedarikçi tarafından perakendecinin ticaret teamüllerine ve/veya sözleşmeye aykırı olarak talep edilenler ile ilgili olarak ise ticaret mahkemelerine başvurulabileceği sonucuna ulaşılmıştır.

Üstün pazarlık gücünün kötüye kullanılması kavramının sınırlarının belirlenmesi önem arz etmektedir. Şöyle ki kötüye kullanmanın

birikerek rekabet kanununu ihlal eder hale gelmesi halinde müdahale makuldür. Öte yandan kötüye kullanma sonucu oluşan etkinin rekabet kanununu ihlal etmediği durumda da pazar dar tanımlanarak ve bu dar pazarda hâkim durum tespiti yapılarak da ihlal tespiti sonucuna ermek mümkündür. Ancak bu durumun rekabet otoritelerini sözleşme konularında ve adil koşullarda düzenleyici konumuna sokma ihtimali bulunmaktadır (Di Porto ve Podszun, 2018). Bu nedenle otoritelerin aşırı düzenleme sarmalına girme ihtimali gözden kaçmamalıdır. Türk hukukunda üstün pazarlık gücünün kötüye kullanılmasına ilişkin özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Rekabet Kurumu tarafından yayımlanan 2012 tarihli Türkiye HTM Perakendeciliği Sektör İncelemesi Nihai Raporu'nda ekonomik bağımlılığa ilişkin yaptırım kararıyla sonuçlanan dosya oranının oldukça düşük olduğunun görüldüğü, rekabet otoritelerinin konuya ilişkin incelemelerinde “rekabet üzerindeki etki”yi geleneksel rekabet kurallarında öngörülen birincil düzey tüketici refah kaybı temelinde gösterme eğilimlerinin olduğu ve bu eğilimin ise alıcı gücünün, geleneksel anlamda pazar gücü teşkil etmediği sürece pazarda etki doğurmadığı değerlendirilmesiyle sonuçlandırıldığı belirtilmektedir.

Öte yandan ülke örnekleri incelendiğinde üstün pazarlık gücünün kötüye kullanılması hükmünün Almanya ve özellikle Japonya'da etkin bir şekilde kullanılırken, İtalya'da orta düzeyde, ekonomik bağımlılığı ihlal olarak nitelendirmek için rekabet üzerinde etki doğurmasını arayan Fransa ve Portekiz'de ise nadiren uygulama alanı bulduğu görülmektedir. Ek olarak, Kenya'da alıcı gücünün 2016 yılında rekabet kanununa eklenerek kötüye kullanımının yasaklandığı ve 2017 yılında Alıcı Gücü Kılavuzu ile alt mevzuatta yerini aldığı görülmektedir (Kigwiru, 2019, ss. 1-4).

Söz konusu problem, sadece ex-post (olayın gerçekleşmesinden sonra) olarak değil, SIEC testinin uygulama gerekçesini de oluşturan hâkim durum koşulunun aranmaması nedeniyle birleşme devralma işlemlerinde de dikkate alınmakta ve gerektiğinde bu konularda taahhütler alınabilmektedir. Örneğin İngiltere Rekabet Komisyonu'nun birleşme devralma sonrasında büyüyen alıcının tedarikçi karşısında güçlü konuma geldiğini, bunun da inovasyon ve çeşitliliğe olumsuz etkisinin olabileceğini dikkate aldığı, Avrupa Komisyonu'nun birleşme

devralma sonrasında büyüyen alıcının fiyatlarda indirim elde ederek rekabete zarar verebileceği yönünde uyarılarda bulunduğu ve Güney Afrika'da gerçekleşen bir birleşme devralma işleminde yerli tedarikçilerin korunması ve ticaretin etkilenmesi risklerini azaltıcı önlemler ile işleme izin verildiği görülmektedir (Lianos ve Lombardi, 2016, ss. 25-30).

Bu kapsamda örneğin sorun yaşanan sektörler bakımından düşük bildirim eşik seviyeleri tespit edilerek bu sektördeki birleşme devralmalar daha ihtiyatlı olarak incelenebilecektir. Bir diğer yöntem sorun yaşanan sektör bakımından getirilebilecek daha düşük seviyede hâkim durum eşiğidir. Benzer şekilde üstün pazarlık gücünün kötüye kullanılmasına ilişkin olarak 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği (Dikey Tebliğ) kapsamında tedarikçi ve perakendeci bazında CR⁴⁴⁷ hesaplaması ve Görelî Pazar (Satıcı) Gücü Analizi (*Relative Seller Power-RSP*) gibi hesaplamalar sonucunda düzenleme ihtiyacı olan pazarların belirlenmesi, bu pazarlarda alıcı pazar payı eşiği getirilmesi ve/veya ekonomik bağımlılık düzeyi (sağlayıcının satışları içinde alıcının payı) kriterlerinin belirlenebileceği düşünülmektedir.

Bu kapsamda ilgili düzenlemenin öncelikle 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da yapılacak değişiklik ile sonrasında yurtdışı uygulamaların ne şekilde yürütüldüğüne dair bilgiler toplayarak ve diğer ilgili kamu kurumları koordinasyonunda, ilgili birimler tarafından yapılacak kapsamlı ön hazırlıklar çerçevesinde ikincil mevzuata alınması ve ihtiyaca göre bu düzenlemenin sektörel olarak yapılması gerekmektedir.

Üstün pazarlık gücünün kötüye kullanılması halinde uygulanan idari yaptırımın düzeyi bakımından, makalede yer alan Japonya⁴⁸ ve Belçika⁴⁹ verilerine bakıldığında alışlagelmiş cezai yaptırım oranlarından daha düşük olduğu söylenebilecektir. Bu kapsamda düzenleme yapılması durumunda, yurtdışı uygulamasına benzer şekilde, uygulanacak idari yaptırım oranlarının da gösterdiği etkinin boyutunun dikkate alınarak daha düşük seviyelerde belirlenebilecektir.

⁴⁷ Concentration Ratio olarak geçen yoğunlaşma oranlarının toplanması işleminin ilk 4 firma için yapılmış halidir.

⁴⁸ 2 milyon JPY'den daha az cezai yaptırım uygulandığı ve asgari ücretin 160.000 JPY olduğu bilgisi ışığında verilen cezanın 10 asgari ücrete tekabül ettiği görülmektedir.

⁴⁹ Üst sınır %2 olarak belirlenmiştir.

Dolayısıyla ülkemizde perakendecilerin alıcı gücünün artması karşısında bu düzenlemenin, etkin kullanıldığı ülkelere benzer koşullarda mevzuatımıza eklenmesinin bir alternatif olarak değerlendirilebileceği düşünülmektedir.

SONUÇ

Üstün pazarlık gücünün kötüye kullanılmasının düzenlenmesinin geleneksel rekabet hukuku prensipleri ve ekonomik rasyonel tarafından haklı görülmediği gerçeği düzenlemenin faydalı bir amaca hizmet etmediği anlamına gelmemektedir (Wakui ve Cheng, 2015, s. 32). Sözleşme hukukunun zayıf sözleşme tarafını korumakta yetersiz kaldığı haller bakımından rekabet hukukuna ek olarak üstün pazarlık gücünün kötüye kullanılmasının düzenlenmesi gündeme gelebilir. Diğer ülke uygulamalarından her ne kadar yeknesak ve tutarlı bir uygulamanın zor olduğu ve çeşitli aksaklıklar ve belirsizlikler oluşturduğu bilinse de söz konusu eksikliklerin giderilebilmesi de mümkündür. Böylelikle üstün pazarlık gücünün kötüye kullanılmasının düzenlenmesi farklı sektör, farklı iş modeli ve farklı seviyelerde uygulama alanı bulabilecek hem de aşırı düzenlemeden de kaçınılabilecektir.

KAYNAKÇA

- Bakhoum, M. (2015). Abuse Without Dominance In Competition Law: Abuse Of Economic Dependence And Its Interface With Abuse Of Dominance, *Max Planck Institute for Innovation and Competition Research Paper No. 15-15*, 1-30.
- Blockx, J. (2021). Belgian Prohibition of Abuse of Economic Dependence Enters into Force, *Journal of European Competition Law & Practice*, 12(4), 321-325. <https://doi.org/10.1093/jeclap/lpaa102>
- Çağlar, H. (2016). Aşırı Yararlanma (Gabin) Hükümlerinin Tacirler Bakımından Uygulanması (TBK m. 28). *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 32(4), 69-96.
- Di Porto, F. ve Podszun, R. (2018). *Abusive Practices in Competition Law*, United Kingdom: Edward Elgar Publishing Limited.
- Hou, L. (2019). Superior bargaining power: the good, the bad and the ugly, *Asia Pacific Law Review*, 27:1, 39-61. <https://doi.org/10.1080/10192557.2019.1661589>
- ICN Task Force for Abuse of Superior Bargaining Position. (2008). *Report on Abuse of Superior Bargaining Position*, 7th Annual Conference, Kyoto.
- İnce, E. (2012). *Alıcı Gücü: Perakende Sektörü Özelinde Kaynakları, Sonuçları, Ele Alınışı Ve Politika Yansımaları*, Ankara: Rekabet Kurumu.
- Kellezi, P. (2008). Abuse below the Threshold of Dominance? Market Power, Market Dominance, and Abuse of Economic Dependence. In: Mackenrodt MO., Gallego B.C., Enchelmaier S. (eds) *Abuse of Dominant Position: New Interpretation, New Enforcement Mechanisms?*, MPI Studies on Intellectual Property, Competition and Tax Law (pp. 55-88) Berlin: Springer. <https://doi.org/10.1007/978-3-540-69965-1>
- Kigwiru, V. K. (2019). Analysis of Abuse of Buyer Power Under the Kenyan Competition Law Regime, 1-15. Erişim Tarihi: 22.12.2021. <https://ssrn.com/abstract=3383991>
- Lianos, I. ve Lombardi, C. (2016). Superior Bargaining Power and the Global Food Value Chain. The Wuthering Heights of Holistic

- Competition Law? *Centre for Law, Economics and Society, Research Paper Series: 1/2016*, 1-32. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2773455>
- Rekabet Kurumu. (2012). Türkiye HTM Perakendeciliği Sektör İncelemesi Nihai Raporu. Ankara: Rekabet Kurumu.
- Rekabet Kurumu. (2021). Türkiye HTM Perakendeciliği Sektör İncelemesi Ön Raporu. Ankara: Rekabet Kurumu.
- Schweitzer H., Haucap J., Kerber W. & Welker R. (2018). *Modernising the law on abuse of market power Report for the Federal Ministry for Economic Affairs and Energy (Germany)*, Erişim Tarihi: 20.11.2021 <https://ssrn.com/abstract=3250742>
- Shiraishi T. (2013). A Baseline for Analyzing Exploitative Abuse of a Dominant/Superior Position. *UT Soft Law Review*, 5, 1-8.
- Wakui, M. ve Cheng, T. (2015). Regulating abuse of superior bargaining position under the Japanese competition law: an anomaly or a necessity?, *Journal of Antitrust Enforcement*, 0, 1-32. doi: 10.1093/jaenfo/jnv022

Japon Rekabet Otoritesi Düzenlemeleri

- Act on Prohibition of Private Monopolization and Maintenance of Fair Trade (Act No. 54 of April 14, 1947), Erişim Tarihi: 20.11.2021, https://www.jftc.go.jp/en/legislation_gls/amended_ama09/20122501.pdf
- Guidelines Concerning Abuse of Superior Bargaining Position under the Antimonopoly Act (30 November 2010), Erişim Tarihi: 20.11.2021, https://www.jftc.go.jp/en/legislation_gls/imonopoly_guidelines_files/101130GL.pdf
- Designation of Unfair Trade Practices (Fair Trade Commission Public Notice No. 15 of June 18, 1982), Erişim Tarihi: 20.11.2021, https://www.jftc.go.jp/en/legislation_gls/unfairtradepractices.html
- Specific Unfair Trade Practices in the Newspaper Business (Fair Trade Commission Notification No. 9 of 1999), Erişim Tarihi: 20.11.2021, https://www.jftc.go.jp/en/legislation_gls/index_files/spaper.pdf
- Specific Unfair Trade Practices when Specified Shippers Assign the Transport and Custody of Articles (Fair Trade Commission

Notification No. 1 of 2004), Erişim Tarihi: 20.11.2021, <https://www.jftc.go.jp/dk/guideline/tokuteiunsou.html>

Specific Unfair Trade Practices by Large-Scale Retailers Relating to Trade with Suppliers (Fair Trade Commission Notification No. 11 of 2005), Erişim Tarihi: 20.11.2021, https://www.jftc.go.jp/en/legislation_gls/imonopoly_guidelines_files/guidelines_large_scale_retailers.pdf

Press Release, JFTC, 03.07.2013, Erişim Tarihi: 20.12.2021, <https://www.jftc.go.jp/en/pressreleases/yearly-2013/july/130703.html>.

Press Release, JFTC, 05.06.2014, Erişim Tarihi: 20.12.2021, <https://www.jftc.go.jp/en/pressreleases/yearly-2014/June/140605.html>.

Alman Rekabet Otoritesi Düzenlemeleri

German Act against Restraints of Competition (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, or GWB), Erişim Tarihi: 20.11.2021, https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gwb/

Press Release, Bundeskartellamt, 03.07.2014, Erişim Tarihi: 20.11.2021, https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2014/03_07_2014_edeka.html;jsessionid=F56ECDD2D6846E887C2E2C6751FC3172.1_cid362?nn=3591568

Press Release, Concurrences, 23.01.2018, Erişim Tarihi: 20.11.2021, <https://www.concurrences.com/en/bulletin/news-issues/january-2018/the-german-federal-court-of-justice-issues-a-landmark-decision-addressing-the>

Fransız Rekabet Otoritesi Düzenlemesi

Code de Commerce (Commercial Code), Erişim Tarihi: 20.11.2021, <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000005634379>

Portekiz Rekabet Otoritesi Düzenlemesi

Portuguese Competition Act, Law No 19/2012, Erişim Tarihi: 19.11.2021, https://www.concorrenca.pt/sites/default/files/documentos/legislacao/Law_19_2012_bilingual_en_0.pdf

AB Komisyon Düzenlemeleri

EC (2014). DG Internal Market, Study On The Legal Framework Covering Business-To-Business Unfair Trading Practices In The Retail Supply Chain,1-466. DOI: 10.2780/91447

EC (2013). Green Paper On Unfair Trading Practices In The Business-To-Business Food And Non-Food Supply Chain In Europe, 1-22.

European Parliament (2015). Unfair Trading Practices in the Business-to-Business Food Supply Chain Briefing, 1-8, Erişim Tarihi: 20.12.2021, [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2015/563430/IPOL_BRI\(2015\)563430_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2015/563430/IPOL_BRI(2015)563430_EN.pdf)

Directive (EU) 2019/633 of the European Parliament and of the Council of 17 April 2019 on unfair trading practices in business-to-business relationships in the agricultural and food supply chain, Erişim Tarihi: 20.12.2021, <https://eur-lex.europa.eu/legal content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019L0633&from=en>

Rekabet Kurulu Kararları

16.05.2000 tarih ve 00-18/176-94 sayılı karar.

01.12.2005 tarih ve 05-80/1106-317 sayılı karar.

26.1.2006 tarih ve 06-04/58-16 sayılı karar.

13.10.2011 tarih ve 11-52/1320-471 sayılı karar.

YAYIN İLKELERİ VE MAKALE YAZIM KURALLARI

1. YAYIN İLKELERİ

1. Yayın hayatına 2000 yılında başlayan Rekabet Dergisi, Rekabet Kurumu tarafından altı ayda bir yayımlanan hakemli bir dergidir. Rekabet Dergisi'nde, rekabet hukuku, politikası ve sanayi iktisadı alanlarındaki Türkçe veya İngilizce özgün makalelere, vaka yorumları ve benzeri görüşler ile haberlere yer verilmektedir.

2. Rekabet Dergisi'nde yayımlanmak üzere rekabetdergisi@rekabet.gov.tr adresine gönderilen yazılar daha önce başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Dergimize gönderilen makaleler, **Turnitin intihal programı** aracılığı ile taranıp, intihal raporları editörlerimiz tarafından incelenmektedir. İncelemede, intihal oranı, intihal raporunun içeriği ile birlikte değerlendirilmektedir. Başka eserlerin yanı sıra yazarın önceki çalışmalarından intihal yapması da kabul edilmemektedir. Değerlendirmede intihal yönünden olumsuz bulunan makaleler yazara iade edilir.

3. Yazarlar, yazılarıyla birlikte, iletişim adresi, telefon ve elektronik posta bilgilerini sunmalıdır. Gönderilen yazılar, editörler tarafından içerik ve "Makale Yazım Kuralları" başlığı altında belirtilen kurallara uygunluk bakımından değerlendirilir. Ardından, yazarın ismi gizlenerek konu hakkında uzman iki hakeme gönderilir. Hakemlerden gelecek raporlar doğrultusunda yazının basılmasına, reddedilmesine veya yazardan düzeltme istenmesine karar verilecek ve bu durum yazara en kısa sürede bildirilecektir. Gerekli durumlarda üçüncü bir hakemin görüşüne başvurulabilir.

4. Rekabet Dergisi'nde yayımlanacak her bir yazı karşılığında yazarına telif ücreti olarak **net 2.000TL** ödenir. Ayrıca 10 adet dergi yazara ücretsiz olarak gönderilir.

2. MAKALE YAZIM KURALLARI

1. İlk sayfada şu bilgiler yer almalıdır:

a) Yazının Türkçe ve İngilizce başlığı (Siyah ve tümü büyük harf karakterinde),

b) Yazarın adı, çalıştığı kuruluş ve yazarın **ORCID numarası**¹ (Yazı başlığının hemen altında, sayfanın sağına yanaştırılmış olarak yazar adı belirtilmeli ve soyadın sonuna bir yıldız konulmalıdır. Yıldızlı dipnotta ise yazarın çalıştığı kuruluş unvanı ile koyu yazı karakteriyle ORCID numarası belirtilmelidir),

c) 200 kelimeyi aşmamak üzere Türkçe ve İngilizce özet,

d) Türkçe ve İngilizce olarak en az beş anahtar kelime.

2. Yazılar, kaynakça bölümü dahil olmak üzere çift aralıklı olarak 12 punto Times New Roman karakteri ile yazılmalıdır. Dipnot ve tablolarda ise 10 punto harf büyüklüğü kullanılmalıdır. Dipnotlar numara sırasıyla sayfa altında gösterilmelidir. Tablo ve şekillere numara verilmeli; başlıkları üstünde, kaynakları ise altında yer almalıdır.

3. Kısaltılacak isim ilk defa kullanıldığında, kısaltılmadan ve parantez içinde kısaltması belirtilerek kullanılmalıdır.

4. Metin içerisinde kullanılan yabancı kelimeler italik olarak belirtilmelidir.

5. Metin içerisindeki başlıklar, "Giriş" ve "Sonuç" hariç olmak üzere harf ya da Roma rakamı kullanılmaksızın aşağıdaki şekilde düzenlenmelidir:

¹ ORCID, Open Researcher and Contributor ID'nin kısaltmasıdır. ORCID numarasını almak için <http://orcid.org> adresinden ücretsiz kayıt oluşturabilirsiniz.

1. KALIN VE TÜMÜ BÜYÜK HARF

1.1. Kalın ve Sadece İlk Harfler Büyük

1.1.1. Kalın ve Sadece İlk Harfler Büyük

6. Açıklama notları sayfa altında dipnot şeklinde ifade edilmelidir. Metin içinde gönderme yapılan bütün kaynaklar ise kaynakça başlığı altında gösterilmelidir. Kaynakça alfabetik sıraya göre hazırlanmalıdır. Bir yazarın birden çok eserine başvurulmuşsa bu durumda yakın tarihli eser sonra gösterilmelidir. Bir yazarın aynı tarihli birden çok eseri varsa, yayın tarihleri sonuna “a”, “b”, “c” gibi harfler eklenmelidir.

Kaynakçadaki ve metin içindeki kısaltmalar aşağıdaki tabloya göre yapılmalıdır.

Açıklama	Türkçe	İngilizce
Sayfa (Page)	s.	p.
Sayfalar (Pages)	ss.	pp.
Editörlü Kitap (Edited Books)	içinde	in
Editör	Ed.	Ed.
Editörler	Ed.	Eds.
Çeviren	ev.	Trans.
Bölüm	bl.	chap.
Diğer Yazarlar	vd.	et al.

Yazarlar metin içinde yapacakları atıflar ve kaynak gösterimi için **American Psychological Association (APA) tarafından yayımlanan Kılavuzun 6. sürümünde** yer alan kurallara uymalıdır². Gönderme yapılırken ve kaynakça düzenlenirken uyulması gereken biçim kurallarına aşağıda yer verilmiştir:

² Daha detaylı bilgi için aşağıdaki bağlantıları ziyaret edebilirsiniz:

- Basics of APA Style Tutorial; (<http://flash1r.apa.org/apastyle/basics/index.htm>)
- APA Formatting and Style Guide; (<http://owl.english.purdue.edu/owl/resource/560/01/>)
- Mini-Guide to APA 6th for Referencing, Citing, Quoting (<http://library.manukau.ac.nz/pdfs/apa6thmini.pdf>)

Metin İçinde Kaynak Gösterimi

a. Tek Yazarlı Eser:

Metin içinde kaynak gösterilirken yazarın soyadı, eserin yayın tarihi ve doğrudan aktarmalarda da sayfa numarası verilmelidir.

Genel bir alıntı söz konusu ise (Metin 2005) ya da Metin’e (2005) göre; doğrudan alıntılarda ise (Metin 2005, s. 44), Metin’e (2005, s. 101) göre

b. İki Yazarlı Eser:

İki yazarlı bir çalışmayı metin içinde kaynak gösterirken her iki yazarın soyadlarına yer verilmelidir:

(Kılıç ve Akgün, 2010, s. 33) ya da Kılıç ve Akgün’e (2010) göre

c. Üç ve Daha Fazla Yazarlı Eser:

Metin içinde ilk kez atıf yapıldığında tüm yazarların soyadları verilir; sonraki yerlerde sadece ilk yazarın soyadı verildikten sonra “vd.” eklenir. Yazım dili İngilizce ise “vd.” yerine “et. al.” yazılır:

Kaynak ilk geçtiğinde (Özgümüş, Adaklı& elenk, 2004) sonraki geçişinde (Özgümüş vd., 2004) olarak yer alır.

d. Aynı Konu ile İlgili Birden Fazla Atıf Yapılması Durumunda:

Atıflar tarih sırasına ve aynı tarihteki atıflar isme göre alfabetik olarak sıralanmalıdır: (Karataş ve Küçükçene, 1990; Deluga, 1995; Brockner, Siegel, Daly, Tyler & Martin, 1997; Francisco, 2000; İşbaşı, 2000)

e. İkincil Bir Kaynaktan Alıntı:

Çalışmalarda birincil kaynaklara ulaşmak esastır; fakat bazı güçlükler nedeniyle bu kaynağa ulaşılamamışsa göndermede metin içinde alıntılanan ya da aktarılan kaynak belirtilir.

- Bacanlı'nın (1992) (akt. Özden, 1996) çalışmasında...
- Seidenberg's study (1996) (as cited in Peter, 1993)

f. Yazarı Belli Olmayan Yayınlar: Raporlar vb.: Metin içindeki ilk göndermede:

Sayfa numarası belli ise (OECD, 2017, s. 84); belli değilse OECD (2017).

g. İnternette Alınan Kaynaklar:

Metin içi göndermelerde makale başlığı, bölüm başlığı ya da bir web sayfasının adı çift tırnak içinde dergi, kitap, broşür ya da rapor başlığı ise italik olarak yazılır.

“Hacettepe Üniversitesi Bilgi”, 2010

Kaynakça

a. Tek Yazarlı Kitap:

Yazarın Soyadı, Yazarın Adının Baş Harfleri. (Yıl). Kitabın adı italik ve ilk harften sonra (özel adlar dışında) bütünüyle küçük şekilde. Baskı Yeri: Yayınevi.

Şişman, M. (2007). *Örgütler ve kültürler*. Ankara: Pegem Akademi Yayıncılık.

b. İki ya da Daha Fazla Yazarlı Kitap:

İlk Yazarın Soyadı, İlk Yazarın Adının Baş Harfleri. ve İkinci Yazarın Soyadı, İkinci Yazarın Adının Baş Harfleri. (Yıl). Kitabın adı italik ve ilk harften sonra (özel adlar dışında) bütünüyle küçük şekilde. Yer: Yayınevi.

Yıldırım, A. ve Şimşek, H. (2016). *Sosyal bilimlerde nitel araştırma yöntemleri*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.

c. Gözden Geçirilmiş ya da Genişletilmiş Baskılar:

Yazarın Soyadı, Yazarın Adının Baş Harfleri. (Yıl). Kitabın adı italik ve ilk harften sonra (özel adlar dışında) bütünüyle küçük şekilde (Gözden geçirilmiş/genişletilmiş x. baskı). Baskı Yeri: Yayınevi.

Korkmaz, A (2013). *Dil bilgisi terimleri sözlüğü* (Gözden geçirilmiş genişletilmiş 5. baskı). Ankara: Bilgi Yayınevi.

d. Yazarı Belirsiz Kitaplar:

Kitabın adı italik ve ilk harften sonra (özel adlar dışında) bütünüyle küçük şekilde. (Yıl). Yer: Yayınevi.

The 1995 NEA almanac of higher education. (1995). Washington DC: National Education Association.

e. İki ya da Daha Fazla Ciltten Oluşan Kitaplar:

Yazarın Soyadı, Yazarın Adının Baş Harfleri. (Yıl). Kitabın adı italik ve ilk harften sonra (özel adlar dışında) bütünüyle küçük şekilde (x. cilt). Baskı Yeri: Yayınevi.

Moran, B. (1995). *Türk romanına eleştirel bir bakış* (3. cilt). İstanbul: İletişim.

f. Çeviri Kitaplar:

Yazarın Soyadı, Yazarın Adının Baş Harfleri. (Yıl). Kitabın adı italik ve ilk harften sonra (özel adlar dışında) bütünüyle küçük şekilde. (Çevirmenin Adının İlk Harfleri. Çevirmenin Soyadı, Çev.) Baskı Yeri: Yayınevi.

Jones, C. I. (2001). *İktisadi büyüme giriş.* (Ş. Ateş, İ. Tuncer, Çev.) İstanbul: Literatür Yayınları.

g. Makaleler:

Yazarın Soyadı, Yazarın Adının Baş Harfleri. (Yıl, varsa ay). Makalenin adı yalnızca ilk kelimenin ilk harfi büyük, geri kalanlar özel isim değilse küçük şekilde. Derginin Adı İtalik ve Her Kelimenin İlk Harfi

Büyük Şekilde, Cilt İtalik Şekilde (Sayı), Sayfa Numara Aralığı. doi: xxxxxx (Varsa)

Anderson, A. K. (2005). Affective influences on the attentional dynamics supporting awareness. *Journal of Experimental Psychology: General*, 154, 258–281. doi:10.1037/0096-3445.134.2.258

h. Yayımlanmamış Yüksek Lisans/Doktora Tezleri:

Yazarın Soyadı, Yazarın Adının Baş Harfleri. (Yıl). Tezin adı italik olarak, yalnızca ilk kelimenin ilk harfi büyük, geri kalanlar özel isim değilse küçük şekilde (Yayımlanmamış Yüksek Lisans/Doktora Tezi). Kurumun Adı, Kurumun Yeri.

Sarı, E. (2008). *Kültür kimlik ve politika: Mardin’de kültürlerarasılık*. (Yayımlanmamış Doktora Tezi). Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara.

i. Editörlü Kitapta/Derlemede Bölüm:

Yazarın Soyadı, Yazarın Adının Baş Harfleri. (Yıl). Yazının başlığı. İçinde Editörün adının/adlarının baş harfi. Editörün soyadı (Ed.), Kitabın adı italik ve ilk harften sonra (özel adlar dışında) bütünüyle küçük şekilde (ss. sayfa numara aralığı). Baskı Yeri: Yayınevi.

Oktar, S., & Eroğlu, N. (2015). Petrolün ilk küresel krizi: 1973 krizi. İçinde N. Eroğlu, H. İ. Aydın (Ed.), *İktisadi krizler ve Türkiye ekonomisi* (ss. 177-190). Ankara: Orion Kitabevi.

Raz, N. (2000). Aging of the brain and its impact on cognitive performance: Integration of structural and functional findings. In F. I. M. Craik, T. A. Salthouse (Eds.), *Handbook of aging and cognition* (2nd ed., pp. 1–90). Mahwah, NJ: Erlbaum.

j. Yazarı Belli Olmayan Yayınlar, Raporlar vb.:

OECD (2005). *Competition Law and Policy in Turkey*, OECD, Paris.

k. Kongre veya Sempozyum Bildirisi:

Leclerc, C. M., & Hess, T. M. (2005, August). *Age differences in processing of affectively primed information*. Poster session presented at the 113th Annual Convention of the American Psychological Association, Washington, DC.

1. İnternet Kaynakları:

Yazarın Soyadı, Yazarın Adının Baş Harfleri. (Yazının yayım tarihi). Yazının adı italik olarak, yalnızca ilk kelimenin ilk harfi büyük, geri kalanlar özel isim değilse küçük şekilde. Erişim tarihi: Gün Ay Yıl, yazının linki.

DPT. (2004). *Sekizinci beş yıllık kalkınma planı (2001–2005) 2004 yılı programı destek çalışmaları*. Erişim Tarihi: 12.02.2005, <http://ekutup.dpt.gov.tr/program> World Economic Forum (2012). *Quality of science and math education*. Retrieved August, 13 2018 from http://www3.weforum.org/docs/FDR/2012/15_Pillar_2_Business_environment_FDR12.pdf

PUBLICATION POLICY AND NOTES FOR CONTRIBUTORS

1. PUBLICATION POLICY

1. Competition Journal, which started its life in 2000, is a refereed journal published semi annually by the Turkish Competition Authority. Competition Journal, publishes original articles, case comments and news in Turkish and English in the field of competition law, policy and industrial economics.

2. Articles submitted to the rekabetdergisi@rekabet.gov.tr address for publication in the Competition Journal must be neither previously published in nor submitted for publication to other journals. The articles sent to our journal are scanned through **Turnitin plagiarism program** and plagiarism reports are reviewed by our editors. In the review, plagiarism rate is valuated together with the content of plagiarism report. Among other works, plagiarism of the author's previous works is not accepted. Articles found negative for plagiarism are returned to the author.

3. Authors should provide their contact addresses, telephone and electronic mail information alongside their articles. Articles sent are first checked by editors with respect to the content and for their compliance with the rules stated under the heading "Notes for Contributors". Afterwards, they are sent anonymously to two referees who are expert on the subject. According to the reports of the referees, a decision will be made on whether to publish or reject the article or request corrections from the author, and this decision will be notified to the author as soon as possible. If deemed necessary, the opinion of a third referee may be requested.

4. Competition Authority shall pay net TL 2.000 as the copyright fee to the author of each article published in the Competition Journal. Also, 10 copies of the journal shall be sent to the author, free of charge.

2. NOTES FOR CONTRIBUTORS

1. The first page of the article must include the following information:

a) Title of the article in Turkish and English (in bold and capital letters),

b) Name of the author, the organization s/he works in and the author's ORCID number¹ (Author's name must be indicated directly below the title of the article, aligned right, and an asterisk must be inserted after the surname. The relevant footnote must indicate the author's title at his/her organization and his/her ORCID number in bold),

c) An abstract of maximum 200 words in Turkish and English,

d) At least five keywords in Turkish and English,

2. Articles, including the bibliography section, must be written with a 12 point Times New Roman font, double-spaced. Footnotes and tables must use 10-point fonts. Footnotes must be included in numerical order at the bottom of each page. Tables and figures must be numbered; their titles must be indicated over the figure/table and the sources below.

3. For its first instance, an abbreviated name must be used in its full form, with the abbreviation included in parenthesis.

4. Foreign terms used in the text must be in italics.

5. With the exception of "Introduction" and "Conclusion," headings within the text must be arranged as follows, without letters or Roman numerals:

¹ ORCID is the acronym for Open Researcher and Contributor ID. You can get your ORCID number by creating a free record at <http://orcid.org>.

1. BOLD AND ALL CAPS

1.1. Bold and Only First Letters in Caps

1.1.1. Bold and Only First Letters in Caps

6. Explanatory notes must be given in footnotes below each page. All sources referenced in the text must be indicated under Bibliography. Bibliography must be in alphabetical order. If more than one title by an author is referenced, titles that are more recent must be listed later. In case an author has more than one title with the same date, letters such as “a”, “b”, “c” must be appended to the date of publication.

Abbreviations in the bibliography and the text itself must follow the rules in the following table:

Explanation	Turkish	English
Page	s.	p.
Pages	ss.	pp.
Edited Books	içinde	in
Editor	Ed.	Ed.
Editors	Ed.	Eds.
Translator	Çev.	Trans.
Chapter	böl.	chap.
Other Authors	vd.	et al.

For references and citations, authors must follow the rules listed in the **sixth edition of the Guidelines published by the American Psychological Association (APA)**.² Formatting rules to follow in references and in the bibliography are listed below:

²For more information visit the following links:

- Basics of APA Style Tutorial; (<http://flash1r.apa.org/apastyle/basics/index.htm>)
- APA Formatting and Style Guide; (<http://owl.english.purdue.edu/owl/resource/560/01/>)
- Mini-Guide to APA 6th for Referencing, Citing, Quoting (<http://library.manukau.ac.nz/pdfs/apa6thmini.pdf>)

Citations Within the Text

a. Work with a Single Author:

Within the text, the last name of the author, publication date of the work and page number for direct quotations must be given.

For general quotations (Metin 2005) or according to the Metin (2005), for direct quotations (Metin 2005, p. 44), According to the Metin (2005, p. 101)

b. Work with Two Authors:

When citing from a work with two authors within the text, last names of both authors must be given: (Kılıç and Akgün, 2010, p. 33) or According to Kılıç and Akgün (2010)

c. Work with Three or More Authors:

Last names of all of the authors are given in the first citation within the text; afterwards only the first authors name is given followed by “vd.” If the language is English, “et. al.” is used instead of “vd.”

The first reference to the source must be in the form (Özgümüş, Adaklı & Çelenk, 2004), later references in the form (Özgümüş et. al., 2004)

d. When There Are More Than One References on the Same Subject:

The references must be listed by date and those with the same date must be listed alphabetically: (Karataş ve Küçükçene, 1990; Deluga, 1995; Brockner, Siegel, Daly, Tyler & Martin, 1997; Francisco, 2000; İşbaşı, 2000)

e. Quotation from a Secondary Source:

It is ideal to reference the primary source, but if this source cannot be accessed due to various challenges, the reference must cite the source quoted or paraphrased in the text.

- Bacanlı'nın (1992) (akt. Özden, 1996) çalışmasında...

- Seidenberg's study (1996) (as cited in Peter, 1993)

f. Publications the Authors of Which Are Not Known: Such as reports, etc.

For the first reference in the text:

If the page number is known, (OECD, 2017, s. 84); if the page number is unknown OECD (2017)

g. Sources from the Internet:

For in-text references, article title, chapter title or the name of the webpage must be given in double-quotes; if the source is a journal, book, brochure or report, the title must be italicized.

"Hacettepe University Information", 2010

Bibliography

a. Books with a Single Author:

Author's Last Name, Author's Initials. (Year). The title of the book italicized and (except proper nouns) in all lower-case following the first letter. Place of publication: Publishing House.

Şişman, M. (2007). *Örgütler ve kültürler*. Ankara: Pegem Akademi Yayıncılık.

b. Books with Two or More Authors:

First Author's Last Name, First Author's Initials. and Second Author's Last Name, Second Author's Initials. (Year). The title of the book italicized and (except proper nouns) in all lower-case following the first letter. Place of publication: Publishing House.

Yıldırım, A. ve Şimşek, H. (2016). *Sosyal bilimlerde nitel araştırma yöntemleri*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.

c. Revised or Extended Editions:

Author's Last Name, Author's Initials. (Year). The title of the book italicized and (except proper nouns) in all lower-case following the first letter (Revised/extended Xth edition). Place of publication: Publishing House.

Korkmaz, A (2013). *Dil bilgisi terimleri sözlüğü* (Gözden geçirilmiş genişletilmiş 5. baskı). Ankara: Bilgi Yayınevi.

d. Books with Anonymous Writers

The title of the book italicized and (except proper nouns) in all lower-case following the first letter.(Year). Place of publication: Publishing House.

The 1995 NEA almanac of higher education. (1995). Washington DC: National Education Association.

e. Books with Two or More Volumes:

Author's Last Name, Author's Initials. (Year). The title of the book italicized and (except proper nouns) in all lower-case following the first letter (Vol. X). Place of publication: Publishing House.

Moran, B. (1995). *Türk romanına eleştirel bir bakış* (Vol. 3). İstanbul: İletişim.

f. Translated Books:

Author's Last Name, Author's Initials. (Year). The title of the book italicized and (except proper nouns) in all lower-case following the first letter (Translator's Initials. Translator's Last Name, Trans.). Place of publication: Publishing House.

Jones, C. I. (2001). *İktisadi büyümeye giriş*. (Ş. Ateş, İ. Tuncer, Çev.). İstanbul: Literatür Yayınları.

g. Articles:

Author's Last Name, Author's Initials. (Year, if available month).

Title of the article with only the first letter of the first word in capital and the rest in lower- case. Name of the Journal in Italics and with the First Letter of Each Word in Capital Letters, Volume in Italics (Number), Page Number Range. doi: xxxxxx (if available)

Anderson, A. K. (2005). Affective influences on the attentional dynamics supporting awareness. *Journal of Experimental Psychology: General*, 154, 258–281. doi:10.1037/0096- 3445.134.2.258

h. Unpublished Graduate/Doctorate Theses:

Author's Last Name, Author's Initials. (Year). Title of the thesis in italics and with only the first letter of the first word in capital and the rest in lower- case, except proper nouns (Unpublished Graduate/Doctorate Thesis). Name of the Organization, Place of the Organization.

Sarı, E. (2008). *Kültür kimlik ve politika: Mardin'de kültürlerarasılık*. (Unpublished Doctorate Thesis). Ankara University Institute of Social Sciences, Ankara.

i. Chapter in an Edited Book/Compilation:

Author's Last Name, Author's Initials. (Year). Title of the article. In Editor's Initials. Editor's Last Name (Ed.), Title of the book italicized and in all lower-case following the first letter (except proper nouns) (pp. page number range). Place of publication: Publishing House.

Oktar, S., & Eroğlu, N. (2015). Petrolün ilk küresel krizi: 1973 krizi. İçinde N. Eroğlu, H. İ. Aydın (Ed.), *İktisadi krizler ve Türkiye ekonomisi* (ss. 177-190). Ankara: Orion Kitabevi.

Raz, N. (2000). Aging of the brain and its impact on cognitive performance: Integration of structural and functional findings. In F. I. M. Craik, T. A. Salthouse (Eds.), *Handbook of aging and cognition* (2nd ed., pp. 1–90). Mahwah, NJ: Erlbaum.

j. Anonymous Publications, Reports, etc.:

OECD (2005). Competition Law and Policy in Turkey, OECD, Paris.

k. Congress and Symposium Papers:

Leclerc, C. M., & Hess, T. M. (2005, August). *Age differences in processing of affectively primed information*. Poster session presented at the 113th Annual Convention of the American Psychological Association, Washington, DC.

l. Online Resources:

Author's Last Name, Author's Initials. (Year of publication). The title of the text, italicized and (except proper nouns) in all lower-case following the first letter of the first word. Retrieved Month Day, Year from link to the text.

DPT. (2004). *Sekizinci beş yıllık kalkınma planı (2001–2005) 2004 yılı programı destek çalışmaları*. Erişim Tarihi: 12.02.2005, <http://ekutup.dpt.gov.tr/program> World Economic Forum (2012). *Quality of science and math education*. Retrieved August, 13 2018 from http://www3.weforum.org/docs/FDR/2012/15_Pillar_2_Business_environment_FDR12.pdf

REKABET DERGİSİ

COMPETITION JOURNAL

Cilt/Volume: 21 Sayı/Number: 2 Aralık/December 2020

Rekabet Hukuku İhlallerinde Cezaların Şahsiliği İlkesine

Bir İstisna: Ekonomik Devamlılık Prensipli

An Exception to the Principle of Personal Liability in
Competition Law Infringements: The Economic
Continuity Principle

Bahar ERSOY ZENGİN

Rekabet Hukuku Reform Tartışmaları Çerçevesinde “Öldürücü Devralmalar”: İnovasyon Mu Yerleşiklerin Süreklileşmesi Mi?

Killer Acquisitions” Within the Framework of
Competition Law Reform Debates: Innovation or
Perpetuation of the Incumbents?

Emine TOKGÖZ

Ekonomik Bağımlılık Kapsamında Üstün Pazarlık Gücünün Kötüye Kullanılması

Abuse of Superior Bargaining Position Within the Scope
of Economic Dependence

Nimet ALACAPINAR, Nur ÖZKAN

Yayın İlkeleri ve Makale Yazım Kuralları

Publication Policy and Notes for Contributors



Üniversiteler Mahallesi
1597. Cadde No: 9 06800
Bilkent-Çankaya/ANKARA
www.rekabet.gov.tr

