

REKABET DERGİSİ

COMPETITION JOURNAL

Cilt/Volume: 20

Sayı/Number: 2

Aralık/December 2019

E-ISSN 2651-4990
ISSN 1302-552X

 **REKABET
KURUMU**

ISSN 1302 -552X

E-ISSN 2651-4990

REKABET DERGİSİ

COMPETITION JOURNAL

Cilt/Volume:20 • Sayı/No:2 • Aralık/December 2019

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

Esin AYGÜN
Ümit GÖRGÜLÜ
Dr. Ali Fuat KOÇ

YAYIN KOMİSYONU / EDITORIAL BOARD

Dr. Faik Metin TİRYAKI
Meltem BAĞIŞ AKKAYA
Ali ARIÖZ
Esin AYGÜN
Ümit GÖRGÜLÜ
Dr. Ali Fuat KOÇ
Kürşat ÜNLÜSOY

YAYIN SEKRETERİ / PUBLISHING SECRETARY

Özlem ERDOĞAN

DANIŞMA KURULU / ADVISORY BOARD

Prof. Dr. İzak ATILYAS (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:

<http://www.rekabet.gov.tr/rekabetdergisi>

Basım Tarihi / Publication Date: Ağustos / August 2020

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

Gizli Anlaşma: İktisadi Temelleri ve Rekabeti Kısıtlayıcı Anlaşmalar Rejimi İçin Çıkarımlar

Tacit Collusion: Economics and Implications for Anti-Competitive Agreements Regime

Ebru İNCE / 4

The Interplay Between Data Protection Law and Competition Law in the European Union: A Suggestion for Data-Related Cases

Avrupa Birliğinde Veri Koruma Hukuku ile Rekabet Hukuku Arasındaki İlişki: Veri Odaklı Vakalara Yönelik Bir Öneri

Necla SÜMER ÖZDEMİR / 72

Innovation Competition in the Context of EU Merger Control

AB Yoğunlaşmaların Kontrolü Çerçevesinde Yenileşim Rekabeti

Muhammed Safa UYGUR / 122

Rekabet Hukukunda Çapraz Sübvansiyon

Cross-Subsidisation in Competition Law

Beyza ERBAYAT / 156

Yayın İlkeleri ve Makale Yazım Kuralları / 182

Publication Policy and Notes for Contributors / 190

Gizli Anlaşma: İktisadi Temelleri ve Rekabeti Kısıtlayıcı Anlaşmalar Rejimi İçin Çıkarımlar

20 Ocak 2020'de alındı; 01 Temmuz 2020'de kabul edildi.
Araştırma Makalesi

Ebru İNCE*

Öz

İktisat literatürüne göre “gizli anlaşma” (tacit collusion), firmaların aynı piyasada sürekli rekabet halinde olmalarına bağlı olarak, herhangi bir iletişim/irtibat olmaksızın ortaya çıkan koordinasyon sonucunda fiyatların rekabetçi seviyenin üzerinde oluşmasını ifade eder. Yarattığı sonuç itibarıyla, rekabet hukukunda temel rekabet ihlali kabul edilen ve doğrudan kartellerden farkı olmayan “gizli anlaşma” bakımından, kullanılan terminolojiden başlayıp rekabet ihlali teşkil edip etmediğine, mücadelenin hangi araçlarla ve nasıl yapılması gerektiğine kadar uzanan tartışmalar on yıllardır gerek uygulayıcıların gerekse akademinin gündemini meşgul etmektedir.

Rekabeti sınırlayıcı anlaşmalar rejimi genel itibarıyla rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran veya doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşma ve uyumlu eylemleri yasaklamaktadır. Ancak, bu genel kabul itibarıyla, “gizli anlaşma” her ne kadar rekabetin kısıtlanması sonucunu doğursa da, rekabet hukukunun “anlaşma” kavramını işlevsel kılmakta kullandığı “iletişim/irtibat” unsurunu barındırmaması sebebiyle rekabeti sınırlayıcı anlaşmalar rejimi kapsamında ihlal olarak kabul edilmemektedir.

“Gizli anlaşma” dengesinin kurulması ve sürdürülmesi bakımından, pazarın yapısal olarak iletişime ihtiyaç duyulmadan koordinasyonun sağlanması ve sürdürülmesine elverişli olması gerektiği kabul edilmektedir. Bu çerçevede dâhilinde çalışmamızda “gizli anlaşma”ya sebebiyet veren temel pazar parametreleri iktisadi temeller üzerinden ortaya konularak, gizli anlaşma kavramının rekabet hukuku uygulamasındaki yeri ile rekabeti sınırlayıcı anlaşmalar rejimi çıkarımları ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler: Gizli anlaşma, gizli danışıklılık, bilinçli paralellik, oligopolistik bağımlılık, uyumlu eylem karinesi

* Rekabet Kurumu, Rekabet Başuzmanı, eince@rekabet.gov.tr, **Orcid Id: 0000-0002-1379-073X**. Çalışmada yer verilen görüşler, yazarın kendi görüşleri olup Rekabet Kurumu'nu bağlayıcı değildir.

Tacit Collusion: Economics and Implications for Anti-Competitive Agreements Regime

Received 20 January 2020; accepted 01 July 2020
Original Article

Ebru İNCE 

Abstract

Tacit collusion is defined by the economic literature as the case where market players set their prices (market outcome) above the competitive level without any communication or contact. This market outcome is not a result of communication among market participants but rather the repeated/dynamic interaction (competition) between the same companies in the same market(s). Even though the market outcome of tacit collusion is very much like per se prohibited cartels, the controversy about tacit collusion has remained on the agenda of antitrust enforcers and academia. The controversial nature of tacit collusion ranges from its terminology to whether it constitutes an infringement and so how to deal with it.

Anticompetitive agreements regime, on general, prohibits agreements and concerted practices of undertakings, which have as their object or effect or likely effect the prevention, distortion or restriction of competition. However, according to overall approach in anticompetitive agreements regime, tacit collusion is not illegal despite its anticompetitive market outcome, since the existing legal framework functionalizes the “agreement/concerted practice” with “communication/contact” between undertakings, which is not present in case of tacit collusion.

In order to form and sustain tacit collusion equilibria, the market structure should be as such that coordination can be attained and sustained without the need for communication. In this respect the aim of this Paper is to identify the structural factors that give rise to tacit collusion, from an economic perspective and to provide the implications for anticompetitive agreements regime

Keywords: *Tacit collusion, tacit coordination, conscious parallelism, oligopolistic interdependence, presumption of concerted practice*

GİRİŞ

Rakip firmaların fiyat, arz miktarı gibi rekabetçi parametreleri birlikte belirlemelerine yönelik anlaşmalar, rekabet hukukunda çok istisnai durumlar dışında *per se* (amaç bakımından rekabeti kısıtlayıcı) ihlal kabul edilir. Firmaların pazar davranışlarındaki koordinasyon, temelde fiyatların rekabetçi seviyenin üzerinde belirlenmesi ve miktarın kısıtlanması suretiyle rekabetin engellenmesi, bozulması ve/ya kısıtlanması sonucunu doğurur. Pazardaki rekabetçi dengenin bozulmasına bağlı olarak tüketici refahı kaybının oluşması da haliyle kaçınılmazdır.

İktisadi açıdan piyasada ortaya çıkan rekabetin kısıtlanması sonucunun pazar etkileşimine -gizli anlaşma/danışıklık (*tacit collusion*)¹- veya iletişime/irtibata -açık anlaşma/danışıklık (*explicit collusion*) - dayalı olarak gerçekleşmesi arasında fark bulunmazken, hukuki açıdan bu ayırım önem arz etmektedir (Simonsson 2010, s.70). Nitekim rekabet hukuku iletişime dayalı bu yönüyle açık olarak tabir edilen danışıklılıkları yasaklayıp yaptırıma tabi tutarken, doğrudan veya dolaylı bir iletişim/irtibat olmaksızın pazarda sürekli rakip olarak yer almaya bağlı etkileşim ile ortaya çıkan ve sonucunda “açık anlaşma” da olduğu gibi fiyatların rekabetçi seviyenin üzerinde olduğu “gizli anlaşma” dengesine kural olarak yaptırım uygulayamamakta, doğrudan müdahalede bulunamamaktadır².

“Gizli anlaşma” dengesi, karşılıklı bağımlılık halinden, yani rakip davranışlarının diğer oyuncular üzerinde belirgin etki doğurabilmesinden beslenmekte, bu ise pazarın görece az sayıda firma tarafından yönetildiğine işaret etmektedir. Bu yönüyle “gizli anlaşma” literatürde büyük ölçüde oligopol pazarlar özelinde tartışılmaktadır. “Gizli anlaşma” dengesine vücut veren pazar davranışlarındaki bilinçli paralellik, firmalar arasında koordinasyon sonucu doğurmakta ve firmalara rekabet kurallarını ihlal etmeden rekabetçi seviyenin üzerinde fiyat belirleme imkânı sunmaktadır. Firmalar kendi davranışlarının rakiple-

¹ Kanımızca, her ne kadar “*tacit collusion*” kavramının “gizli danışıklık” kavramı ile karşılanmasının terminoloji bakımından anlam kargaşasını en aza indirgeyen seçenek olsa da (Bkz. Bölüm 3) “gizli anlaşma” kavramının yaygın kullanım olduğu dikkate alınarak bu çalışmada “gizli anlaşma” ve “gizli danışıklık” eş anlamlı olarak kullanılmıştır.

² Rekabet hukukunda rekabeti sınırlayıcı anlaşmalar rejimi bakımından genel kabul, teşebbüsler arası rekabet karşıtı anlaşmalar ve uyumlu eylemlerin yani açık danışıklıkların yasaklamaya tabi olmasıdır.

ri üzerinde belirgin etki doğuracağıının bilinciyle, rekabetten kaçınma yoluna gidebilmekte veya bu karşılıklı bağımlılık hali gizli bir açık anlaşmanın sürdürülmesinin gerekçesi de olabilmektedir. Gizli anlaşma bu çerçevede özellikle oligopol pazarların zayıf rekabetçi işleyişinin bir nedeni olarak gündemde kalmaya devam etmekte, “gizli anlaşma”ya ilişkin tartışmaların temelini oluşturmaktadır (OECD, 2012).

“Gizli anlaşma” kavramı, rakipler arasındaki bir nevi işbirliğine işaret etse de, mevcut rekabet hukuku uygulaması bağlamında cezalandırılabilir bir “açık danışıklık” teşkil etmemektedir. Zira, gizli anlaşmada rakipler arasında iletişim yoktur ve gizli anlaşma pazarda süregelen rekabet (yani dinamik etkileşim) sonucunda firmaların karşılıklı bağımlılık halini keşfi ve rekabetten bilinçli olarak kaçınmak suretiyle rekabeti sınırlayıcı gizli düzene tek taraflı uyum sağlanması yoluyla ortaya çıkan koordinasyon halidir. Dolayısıyla, firmaların pazar davranışları her ne kadar rakip davranışlarına bağımlı gelişmiş ve sonuçta koordinasyon ile rekabetin sınırlandığı bir dengeye sebebiyet verse de, rekabet hukuku kapsamında “anlaşma” kavramını işlevsel kılacak nitelikte doğrudan ya da dolaylı iletişim ihtiva etmemesi, dolayısıyla esasen tek taraflı (yani bağımsız) olması nedeniyle rekabeti sınırlayıcı anlaşmalar rejimi kapsamında müdahale edilebilir değildir (OECD 2012, s.29). Kavramın “gizli anlaşma” olarak tabir edilmesindeki temel neden davranışın tek taraflı olmakla birlikte rakip pazar davranışına bağımlı gelişmesi ve piyasa dengesi bakımından yarattığı sonucun (fiyatın rekabetçi düzeyden yüksek ve miktarın düşük olması gibi) açık anlaşmaya (hatta kartele) benzemesidir (Ivaldi, Ivaldi, Bruno, Patrick, Paul, ve Tirole, 2003a, s.4).

Bir pazarda “gizli anlaşma” dengesinin oluşabilmesi pazarın yapısal olarak iletişime ihtiyaç duyulmadan koordinasyonun sağlanması ve sürdürülmesine elverişli olmasını gerekli kılmaktadır. Ancak bu elverişlilik bir mutlaklık içermez, elverişlilik derecesine bağlı olarak tam anlaşma (tekel) dengesi ile rekabetçi denge arasında bir yerde gizli anlaşma dengesinin kurulması mümkündür³. Bu doğrultuda, bir pazarda gizli danışıklık dengesi kendiliğinden oluşabilecek olsa da firmaların

³ Pazar yapısının gizli anlaşma dengesinin kurulması ve sürdürülmesine müsait olması mutlak suretle anlaşma dengesine oynanacağını ifade etmemektedir. Nitekim dengeğin rekabetçi noktada oluşması da mümkündür. Denge için rekabetçi nokta alt sınırı tam anlaşma (tekel) noktası ise üst sınırı oluşturmaktadır. Dengeğin bu noktalar dâhil herhangi bir yerde oluşması mümkündür. (Harrington, 2005)

birtakım kolaylaştırıcı eylemler de dâhil olmak üzere bir nevi iletişim ile gizli danışıklık dengesini lehlerine daha da geliştirmeleri söz konusu olabilir ve böylelikle tekel dengesine yaklaşılması temin edilebilir. Bunun yanı sıra pazarın gizli danışıklık dengesine elverişli olmadığı hallerde dahi firmalar iletişim veya kolaylaştırıcı eylemler marifetiyle pazarı anlaşma dengesine yaratacak yapı veya işleyişe kavuşturabilir. Dolayısıyla, gizli anlaşma dengesini besleyen pazar parametreleri, aynı zamanda ilgili pazarda açık bir danışıklığın kurulması ve sürdürülmesini de besler ve kolaylaştırır (Bishop ve Walker, 2010, s.165). Bu nedenledir ki günümüzde yapısal yaklaşımı esas alan kartel tarama (*cartel screening*) programları bu nitelikteki pazarların belirlenmesi ve bu pazarlarda olası anlaşmaların varlığının araştırılması üzerine kurgulanmaktadır (Zlatcu ve Suci, 2017).

Mevcut yasal çerçeve bakımından rekabet otoriteleri⁴ nezdindeki genel kabul, “gizli anlaşmanın” rekabeti sınırlayıcı anlaşmalar rejimi kapsamında yaptırıma tabi olmayacağı, ancak “birlikte hâkim durum” ve “koordinasyon etkileri” çerçevesinde gizli anlaşma dengesine sebebiyet verecek piyasa yapılarının oluşmasının engellenmesini teminen birleşme/devralma rejimi kapsamında müdahalenin söz konusu olabileceği şeklindedir. Bu bağlamda, gerek rakipler arası rekabeti sınırlayıcı anlaşmaların kurulması ve sürdürülmesi bakımından pazarların potansiyelinin belirlenmesi, gerek bu pazarlardaki olası anlaşma ve uyumlu eylemlerin araştırılması ve gerekse birleşme/devralma rejimi dâhilinde “birlikte hâkim durum” ve “koordinasyon etkileri” çerçevesinde piyasaların koordinasyona açık hale gelmesinin engellenmesi ve böylelikle mal ve hizmet piyasalarında dengenin rekabetçi seviyelerde oluşmasının sürdürülmesini teminen “gizli anlaşma”ın teorik altyapısının pazar yapısı etmenleri çerçevesinde ele alınması ve bu doğrultuda rekabet hukukundaki yerinin anlaşılması kanımızca uygulama ve tartışma alanlarında fayda sağlayacaktır. Bu çalışmada “gizli anlaşma”ya sebebiyet veren temel pazar parametreleri iktisadi temeller üzerinden ortaya konularak, gizli anlaşmanın rekabeti sınırlayıcı anlaşmalar rejimi yan-sımaları ele alınacaktır.

⁴ ABD ve AB rekabet hukukunda bahsi geçen yasal çerçeve benimsenmekle birlikte, kendine AB rekabet hukukunu mehzaz alan Türkiye bakımından çalışmanın üçüncü bölümünde detaylı olarak ele alındığı üzere AB’den farklı olarak “uyumlu eylem karinesi” müessesesi gizli anlaşmaya rekabeti sınırlayıcı anlaşmalar rejimi dâhilinde müdahale imkânı yaratabilmektedir.

1. GİZLİ ANLAŞMANIN KURULMASI VE SÜRDÜRÜLMESİ

Bir piyasada yer alan rakiplerin bilinçli olarak rekabetten kaçınacak şekilde pazar davranışlarını kurgulamaları koordinasyona neden olabilir. Bu koordinasyon ister açık isterse gizli danışıklık neticesinde gerçekleşsin, rekabetçi dengeyi terk edilerek bir işbirliği dengesinin kurulması anlamını taşır. Dolayısıyla bu dengenin kurulması ve sürdürülmesini sağlayan şartlar hem açık hem de gizli anlaşma için ortaktır. Bir piyasada anlaşma dengesinin kurulması ve sürdürülmesinin şartları ilk kez *Stigler* tarafından ele alınmıştır. *Stigler*'e (1964) göre, anlaşma/danışıklık için, temel olarak üç şartın sağlanması gerekmektedir: (i) anlaşmanın koşullarının/odak noktalarının belirlenebilmesi (*common understanding*) (ii) anlaşmanın izlenmesi/aldatmanın saptanabilmesi (*monitoring mechanisms*) (iii) anlaşmaya uyumun temini/cezalandırma (*punishment mechanisms*). *Stigler* tarafından öngörülen bu şartlardan ilki anlaşmanın kurulmasına, diğer ikisi ise sürdürülebilmesine ilişkinken bu şartların sağlanması ile bir anlaşma dengesinin ortaya çıkmasının bir ön şartı bulunmaktadır: dinamik etkileşim. Zira bu şartlar ancak ortada kaçınılabilecek süreden bir rekabet varsa anlamlıdır. Aksi halde bahsi geçen şartlar dayanaksız ve elde edilemez olacaktır. Bu genel çerçevede itibarıyla anlaşmanın devamında (gizli) anlaşma dengesinin kurulması ve sürdürülmesinin şartları ele alınmaktadır.

1.1. Gizli Anlaşmanın Kurulmasının Şartları

1.1.1. Dinamik Etkileşim Şartı

Gizli anlaşma, iktisatçılara göre, aynı firmaların aynı pazar(lar)da sürekli rekabet halinde olmaları sebebiyle herhangi bir iletişime/irtibata dayanmadan ortaya çıkan koordinasyon/işbirliği sonucunda fiyatların rekabetçi seviyenin üzerinde oluşmasıdır (Ivaldi vd, 2013a, s.4). Bahsi geçen mekanizma, oyun kuramı dâhilinde kaynağını *Merrill Flood* ve *Melvin Dresher*'in 1950'deki çalışmalarından alan "mahkûmlar açmazı" (*prisoner's dilemma*) oyunun, *Simon Bishop* ve *Mike Walker* tarafından önerilen bir versiyonu ile açıklanabilir (Bishop ve Walker, 2010, ss. 33-35). En basit senaryo dâhilinde bahsi geçen oyunun varsayımları özetle şu şekildedir: aynı pazarda rekabet halinde kapasite kısıtı olmayan, homojen ürün satan, simetrik iki firma bulunmaktadır: A ve B firmaları.

Firmaların her biri ürünü için yüksek veya düşük fiyat belirleyebilecektir. Bu durumda pazarda denge bakımından dört durum ortaya çıkabilecektir: (i) her iki firma da yüksek fiyat belirleyebilir, (ii) her iki firma da düşük fiyat belirleyebilir veya (iii) A yüksek fiyat belirlerken B düşük fiyat belirleyebilir, (iv) B yüksek fiyat belirlerken A düşük fiyat belirleyebilir. Bu dört durum için firmaların karları farklılaşır. Aşağıdaki tabloda oyunu açıklamak üzere bu dört durum halinde A ve B firmalarının elde edeceği varsayımsal karlar, her bir kutudaki ilk sayı A'nın, ikincisi B'nin karını gösterecek şekilde sunulmaktadır.

Şekil. 1:

		B Firması	
		Yüksek (İşbirliği)	Düşük (Aldatma)
A Firması	Yüksek (İşbirliği)	10, 10	0,30
	Düşük (Aldatma)	30, 0	4, 4

Statik Oyun⁵:

Şekil 1'deki dengeler arasında her iki firmanın faydasını birlikte en çoklaştırabilecekleri nokta (10, 10) yani her ikisinin de yüksek fiyat belirlediği durumdur⁶. Ancak oyunun tek seferlik⁷ olması yani rakiplik durumunun süreklilik arz etmemesi halinde, diğer bir ifadeyle firmaların pazarda sonlu sayıda/sürede rekabette bulunmaları durumunda firmalar bakımından denge, aşağıda açıklandığı üzere her ikisinin de düşük

⁵ Tek seferlik veya sonlu oyun olarak da tabir edilebilmektedir.

⁶ Firmaların tam işbirliği sonucunda temin edilebilecekleri maksimum toplam kar, tekel karıdır. Dolayısıyla bir piyasada firmalarca anlaşma dâhilinde benimsenebilecek maksimum fiyat tekel fiyatıdır.

⁷ Tek seferlik varsayımı oyun çözümleme aşamalarının sadeleştirilmesi basite indirgeme amacı taşımaktadır. Sonlu oyunlar bakımından geriye doğru çözümleme (*backward induction*) yöntemi uygulanmakta, son dönem oyunu tek seferlik oyun dengesi ile sonuçlanmakta, bunun firmalar tarafından öngörülmesi ile denge bütün aşamalardan geriye doğru ilk döneme kadar her seferinde rekabetçi dengeyle sonuçlanmaktadır. Sonlu oyunların işbirliği/anlaşma dengesi barındırmayacağı sonucu Selten'in 1978'de ortaya koyduğu "*chain-store paradox*" a dayanmaktadır.

fiyat belirlemesi ile (4,4) noktasında oluşacaktır. Bu denge, hiçbir firma, diğerinin stratejisi/davranışı değişmediği sürece, kendi stratejisini değiştirerek daha iyi bir getiriye ulaşamayacağından istikrarlıdır. Bu doğrultuda da bir Nash dengesidir.

Şekil. 2:

		B Firması	
		Yüksek (İşbirliği)	Düşük (Aldatma)
A Firması	Yüksek (İşbirliği)	10, 10	0,30 ^B
	Düşük (Aldatma)	30 ^A , 0	4 ^A , 4 ^B

B'nin hangi fiyat düzeyini seçeceğini bilmeyen –iletişimin/anlaşmanın yokluğu varsayımı- A firması B'nin yüksek ve düşük fiyat uyguladığı senaryolar altında kendi faydasını –karını- en çoklaştıran fiyat düzeyini seçecektir. Bu doğrultuda eğer B firması yüksek fiyat belirleyecek olursa A yüksek fiyat belirlemek suretiyle 10, düşük fiyat belirlemek suretiyle 30 kar elde edebilecek olup, A tercihini bu durumda düşük fiyat belirlemekten yana kullanacaktır. B'nin düşük fiyat belirlemesi halinde A, B firması için şekildeki düşük fiyat kolonundaki karlarını dikkate alacaktır. Bu durumda A, yüksek fiyat karşılığında sıfır, düşük fiyat karşılığında dört kar elde edebilecektir. Bu halde de A tercihini yine düşük fiyattan yana kullanacaktır. Dolayısıyla A, dengede düşük fiyatı seçecektir. Bu strateji A için baskın strateji olup B'nin hangi fiyat düzeyini seçmesinden bağımsızdır. Yani A, B'nin hangi stratejiyi benimsediğinden bağımsız olarak, her hâlükârda, düşük fiyatı seçecektir. B firması da aynı şekilde A'nın olası fiyat seviyeleri karşılığında kendi karını en çoklaştıran fiyat seviyesini belirleyecektir. B bakımından da baskın strateji “düşük fiyat” olarak ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla firmalar *Pareto optimum*⁸ (10,10) noktasında değil daha kötü bir noktayı temsil eden (4,4) noktasında dengeye gelecektir. Bahsi geçen denge, firmaların düşük fiyat belirledikleri rekabetçi dengeyi temsil etmekte

⁸ *Pareto optimum*, taraflardan birinin durumunun diğerinin durumu kötüleştirilmeden iyileştirilemeyeceği kaynak dağılımı durumunu ifade etmek üzere kullanılmaktadır.

olup, pazar davranışlarında koordinasyonun söz konusu olmadığı, rekabetin kısıtlanmadığı dolayısıyla toplumsal açıdan arzu edilen dengedir⁹.

Dinamik Oyun¹⁰

Statik oyunda, düşük fiyat stratejisinin her iki firma bakımından da baskın karakterde olması, yani anlaşma dengesinden sapmanın/aldatmanın her zaman daha kârlı seçenek olması rekabetçi dengeyi aynı zamanda istikrarlı kılmaktadır¹¹. O halde tüketici refahı açısından arzu edilen bu rekabetçi dengenin (düşük fiyat, düşük fiyat) kırılıp, firmaların kendileri bakımından optimum olan (yüksek fiyat, yüksek fiyat) noktasına geçişi ve bu noktada dengede kalmaları mümkün müdür? Burada dengenin değişmesini tetikleyecek durum, rekabetçi dengenin firmalar bakımından *Pareto optimum* olmayışıdır. Firmaların her ikisinin de yüksek fiyat stratejisini belirlemek suretiyle kendileri açısından daha iyi bir duruma geçişleri, yani durumlarını iyileştirmeleri mümkündür. Dolayısıyla bu soruya verilen cevaba öncelikle geçişin nasıl mümkün olacağı ile başlanması uygun olacaktır. Firmaların baskın stratejileri olan rekabetçi/düşük fiyatlamadan vazgeçip yüksek fiyat stratejisi uygulaması ancak firmalar arasında buna yönelik bir ortak anlayış gelişirse söz konusu olabilecektir. Rekabetin sınırlandığı bir dengenin kurulmasını sağlayacak bu ortak anlayışın, ister açık isterse gizli bir danışıklık dâhilinde kurulmuş olsun, ön koşulu firmalar arasında dinamik etkileşimin (yani süregelen rekabetin) olmasıdır. Rekabette gelecek dönemlerin varlığı firmaları rasyonel bir tercih olarak kısa dönem yerine uzun dönemde sağlanacak kârlılığını gözetmeye yönlendirir. İlgili pazardaki rekabette dinamik etkileşimin olmaması veya

⁹ Rekabetçi fiyat ve dengeden kasıt, fiyatların mutlak suretle marjinal maliyete eşit olması değildir. Piyasa fiyatı teorik olarak tam rekabet piyasaları ile homojen ürün ve kapasite kısıtsız Bertrand fiyat rekabeti modelinde maliyete eşit oluşmaktadır. Diğer birçok piyasa yapısı ve piyasada benimsenen rekabet türü bakımından teori ve pratikte firmaların bir ölçüde pazar gücü bulunacağından denge fiyatı marjinal maliyetin üzerinde oluşmakta ve firmalar ekonomik kar elde etmektedir. Dolayısıyla bir piyasada etkin rekabet fiyatları maksimum firmaların tek seferlik oyunda gelecekleri Nash dengesine yönlendirecektir. Bu sebeple statik oyunda temin edilen Nash dengesi minimum denge fiyatına tekabül etmektedir.

¹⁰ Sonsuz, sürekli veya tekrarlı oyun olarak da tabir edilebilmektedir.

¹¹ Her Nash dengesinde firmaların mutlak suretle baskın stratejisini oynaması gerekmez. Baskın strateji rakibin stratejisinden bağımsız tercih edilen strateji iken, Nash dengesi rakiplerinin stratejisi veri iken her bir firmanın en iyi stratejisini oynamasıdır.

yeterli düzeyde olmaması ise haliyle firmaları rekabetin olduğu şimdiki dönemde kârı ençoklaştıran stratejiye yönlendirir. Bu strateji yukarıda açıklanan sonlu oyun çözümündeki baskın karakterli rekabetçi stratejidir. Oyunun sürekli olması ve uzun dönemli olarak tekrarlanması, firmaların kararlarını uzun vade üzerine kurgulamasına ve rakiplerinin davranışları doğrultusunda strateji geliştirmelerine neden olmaktadır. Uzun vadeli bakış açısı ise kısa vadede kârlı olan düşük fiyat stratejisinin görece getirisini azaltmakta, bu anlamda da rekabetçi davranışı baskılamaktadır.

Şekil. 3:

		B Firması	
		Yüksek (İşbirliği)	Düşük (Aldatma)
A Firması	Yüksek (İşbirliği)	10, 10	0,30
	Düşük (Aldatma)	30, 0	4, 4

Örneğin A firması B'nin yüksek fiyat uygulayacağı varsayımı altında, tek seferlik oyunda yüksek fiyata karşılık 10, düşük fiyata karşılık 30 kar elde edecek ve bunları kıyaslayarak bir karara varacakken; rekabetin sonraki dönemlerde de tekrarlanacağı durumda her iki tarafın da (gizli) anlaşmaya riayet ettiği **-işbirliği-** müddetçe anlaşma devam edeceğinden her dönem 10 kar elde edecek, düşük fiyat uygulaması – **aldatma**-durumunda ise sadece ilk dönem 30 devam eden dönemlerde ise (gizli) anlaşma bozulduğundan rekabetçi denge¹² süregideceğinden 4 kar elde edecektir. Firmaların gelecek dönemleri önemseyecek sabırda olmaları halinde, gelecek dönemlerin varlığı¹³ firmaları kısa dönem yerine uzun dönem fayda maksimizasyonuna iterek her ikisinin de

¹² Burada gizli anlaşmadan sapma sonucu oyuncuların statik oyun Nash dengesine dönecekleri varsayılmıştır. Ancak çalışmanın devam eden bölümlerinde açıklandığı üzere, anlaşmadan sapma sonucunda çeşitli cezalandırma mekanizmalarının devreye alınması da mümkündür.

¹³ Gelecek dönemlerin varlığı kadar bu dönemlerde elde edilecek anlaşma getirisinin de firmalar nezdinde değerli olması gerekir. Literatürde bunu karşılamak üzere, eğer firmalar yeterince sabırlı ise dinamik etkileşim sonucunda statik oyunda temin edilen Nash dengesinden –rekabetçi dengeden- daha iyi bir dengenin yani bir anlaşma dengesinin gelişebileceğinden bahsedilmektedir (bkz. Green Green, Marshall ve Marx, 2014).

tercih ettiği dengeye taşıyabilecek bir gizli danışıklık mekanizmasına vücut verebilecektir.

“Gizli anlaşma” dengesine referans olmak üzere literatürde kaynağını *Carlton, Gertner ve Rosenfield*'in çalışmasından (Carlton, Gertner ve Rosenfield, 1997) alan akaryakıt istasyonu farazi örneği sıklıkla kullanılmaktadır. Bu örnek, varsayımlar ve çıkarımlar temelinde şu şekilde ortaya konulabilir: Bir caddede karşılıklı olarak konumlanmış iki akaryakıt istasyonu bulunmakta, kilometrelerce mesafede başkaca istasyon yer almamaktadır. Pazara yakın gelecekte giriş beklenmemektedir. Pazarda marka bağımlılığı olmayıp, müşteriler düşük fiyat sunan istasyondan alışveriş yapmaktadır. Her iki istasyonun da bütün müşterilerin talebini karşılayacak kapasitesi bulunmaktadır. Aynı fiyatı belirlemeleri halinde her biri satışın yarısını yapacaktır. İstasyonların birlikte pazar gücü varken, bireysel olarak çok sınırlı hatta hiç pazar gücü bulunmamaktadır. Bu senaryoda pazarda kârı azami kılan kartel fiyatının örneğin beş TL olduğu ve bunun her iki istasyon tarafından da bilindiği -tam bilgi-, hâlihazırda ise firmaların her birinin üç TL üzerinden satış yaptığı varsayıldığında, esasen her iki firmanın da kârlarını azami kılmak üzere fiyatın beş TL seviyesinde olmasını arzulayacağı aşikârdır. Ancak, birinin fiyatını beş TL'ye çıkarması halinde diğeri üç TL'de kalırsa, fiyatı artıran istasyon bütün müşterilerini fiyatı düşük tutan istasyona kaybedeceğinin de farkındadır. Dolayısıyla, firmalardan hiçbirinin aralarında diğeri fiyat artışını takip edeceğine yönelik açık veya gizli bir anlaşma olmadan fiyat artışına girişmek istemeyeceği de aşikârdır. Bu senaryoda rekabetin tek seferlik olması halinde, Şekil.1'de açıklanan oyunda olduğu üzere her iki istasyon da fiyatını üç TL olarak belirleyecektir. Oyunun gün içerisinde ve devam eden günlerde her gelen müşteri için tekrar tekrar oynandığı, yani istasyonlar arasındaki rekabetin süreklilik arz ettiği durumda ise, istasyonların her ikisi için de daha fazla karlılık yaratacak bir anlaşma dengesinin kurulması ihtimali ortaya çıkmaktadır. Ancak herhangi bir iletişime ihtiyaç duyulmadan bu dengenin kurulması pazarın yapısı ve işleyişinin elverişliliğine bağlıdır.

Senaryonun devamında **sektör geleneği veya yasal olarak** fiyatların istasyon önündeki tabelalarda görünür biçimde ilan edildiği analize eklendiğinde, her bir firma kendi fiyat artışının diğer firma tarafından takip edip edilmediğini kolayca gözlemleyebileceğinin ve takibin gerçekleşmemesi halinde fiyatını eski haline çekebileceğinin farkında

olacaktır. Müşteriler akaryakıtı depolayamayacağından sınırlı satınalma yapacak, eski fiyata dönülmeden yalnızca çok sınırlı satış diğer istasyona kayacaktır. Dolayısıyla, fiyat artırma girişiminin firmaya maliyeti oldukça sınırlıdır. Diğer firma açısından ise, fiyat artışını takip etmemenin kısa dönem getirisi oldukça sınırlıyken; uzun dönemde maliyet, düşük fiyat seviyesinin sürmesidir. Bu halde, ikinci firma bakımından rakibin fiyat artışını takip etmek çıkarına olan seçenektir ve bunun böyle olduğu fiyat artışına girişen firmaca da bilinmektedir. Sonuç, fiyatların istasyon tabelalarında ilan edilmesi iletişim sayılmadığı müddetçe¹⁴, piyasa fiyatının firmalar arasında herhangi doğrudan ya da dolaylı bir iletişim/irtibat olmadan beş TL'ye yönelmesi ve burada dengede kalabilecek olmasıdır. Beş TL ise rekabetçi seviyenin üzerinde olup, firmaların bir araya gelip kartel kurduğu kurguda anlaşacakları fiyat seviyesidir. Haliyle tüketicilerin piyasada kartel kurulsaydı görecekları zararı görmeleri sonucunu ortaya çıkmaktadır.

Bu örnekte, her bir istasyonun sanki aralarında bir kartel anlaşması varmış gibi rakibinin nasıl davranacağı konusunda kendinden emin olabileceği görülmektedir. Ancak burada firmanın gerçekleştireceği fiyat artışını rakibinin takip edeceği konusunda duyduğu güven daha önceki bir iletişim veya anlaşmadan değil piyasanın olağan yapısı ve işleyişinden kaynaklanmaktadır. Her bir firma bakımından davranışı, öncesinde rakibi ile arasında herhangi bir iletişim veya rakibince verilen bir teminat olmasına, yani aralarında açık bir anlaşma/danışıklık olmasına bakılmadan rasyonel ve beklenendir. Bu nedenledir ki, örnek varsayımları altında belirtilen firma davranışı üzerinden firmalar arasında açık bir anlaşmanın varlığına dair bir çıkarımda bulunmak mümkün olmayıp, bu minvalde de rekabet hukukunun müdahale edeceği bir

¹⁴ Rekabet hukuku uygulamasında fiyat ilanlarının anlaşma dengesinin temin edilmesinde sinyalleme niteliğinde bir kolaylaştırıcı eylem dolayısıyla iletişim kabul edilip bu minvaldeki firma davranışlarının uyumlu eyleme vücut verdiği ve rekabet hukuku yaptırımına tabi kıldığı davalar bulunmaktadır. Ancak, akaryakıt sektörü özelinde, müşterileri bilgilendirmek esas amacıyla hayata geçirilmiş ve sektör normu haline gelmiş fiyatların istasyon önündeki tabelalarda ilan edilmesinin bu ilan aynı zamanda rakibe de bilgi sağladığı gerekçesiyle iletişim kabul edilip rekabet otoriteleri veya mahkemelerce yasaklamasının beklenmeyeceği, dolayısıyla müdahale edilebilir bir firma davranışına vücut vermeyeceği belirtilmelidir. Bir firma davranışının yasaklanamayacak nitelikte olması, bu davranışın ihlale dayanak teşkil etmek üzere kullanılamayacağı anlamına gelmektedir. Dolayısıyla senaryodaki fiyat tabelaları firmalar tarafından iletişim sağlamak üzere hayata geçirilen sinyalleme araçları değil, sektör normu halindeki süregelen uygulamalardır.

firma davranışı bulunmamaktadır (Hay, 2006, ss. 888-890). Ancak bu noktada, gerçek hayatta örnek varsayımlarının önemli ölçüde geçerli olduğu dolayısıyla gizli anlaşma/danışıklık dengesi gelişebilecek bir akaryakıt piyasasında dahi teşebbüslerin açık anlaşmaya başvurabileceği ihtimalinin dışlanmaması gerektiği, hatta teşebbüslerin bu gerekçe ile bir açık anlaşmanın gizlice sürdürülmesi noktasında cesaretlerinin artabileceği de ifade edilmelidir¹⁵. Nitekim, daha önce de açıklandığı üzere, iletişimin yokluğu koordinasyonu zayıflatan bu anlamda da pazar yapısı ve işleyişi bir gizli anlaşma dengesine vücut verse de bu dengeyi tam anlaşma –tekeli- dengesinden uzaklaştıran bir unsurdur. Bunun gerçek hayattaki anlamı “gizli anlaşma/danışıklık” ile temin edilebilecek azami anlaşma fiyatının, açık anlaşma karşılığına nazaran daha düşük seviyede olacaktır. Dolayısıyla eğer rekabet hukuku uygulaması firmaları açık bir anlaşmaya taraf olmaktan caydıracak etkinliğe ise ve firmalar bir şekilde hukuki yaptırıma tabi olmayan “gizli anlaşma/danışıklık” dengesini temin edip sürdürebilecek olsa da toplumsal refah açısından bir kazanımdan hala bahsedilebilecektir (Harrington, 2011). Rekabet hukuku uygulamasının etkinliğinin düşük olması da bu anlamda firmaları kendileri açısından koordinasyonun daha güçlü olduğu ve tam anlaşma dengesine yaklaşan bir noktada dengeyi temin etmek üzere iletişime başvurmaya teşvik edebilecektir. Unutulmamalıdır ki, gizli anlaşma dengesine müsait bir piyasa yapısı her zaman bir kartelin kurulması ve sürdürülmesi bakımından da idealdir.

1.1.2. Anlaşmanın Koşullarının/Odak Parametrelerinin Belirlenebilmesi Şartı

Gizli anlaşmanın kurulması, istikrarlı bir anlaşma dengesinin temin edilmesini, bu ise öncelikle dinamik etkileşimin varlığını ardından firmaların anlaşma dengesinin odak parametreleri (*focal points*) -anlaşma fiyatı, miktarı, pazar payları gibi- üzerinde karşılıklı kabul edilebilir bir dengeye ulaşılabilmesinin (yani hangi dengeye oynanacağını) belirlenebilmesini gerekli kılmaktadır (Europe Economics, 2001, s.23).

¹⁵ Örneğin Kanada Rekabet Otoritesi 2010 yılında yerel akaryakıt istasyonlarına yönelik kartel soruşturması başlatmış ve soruşturma sürecinde firmaların fiyat ve zamanlama açısından koordinasyonu sağlamak üzere başta telefon görüşmeleri olmak üzere çeşitli iletişim araçlarını kullandıklarını ortaya koymuştur. <http://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/eng/03447.html> (Erişim tarihi: 16.01.2020)

Anlaşmanın mihrakı olarak da adlandırılabilir anlaşmanın odak noktalarında karşılıklı kabul edilebilir bir dengeye varabilme yeteneği anlaşma dengesinin kurulması bakımından gerekli ikinci şarttır. Firmalar arasında anlaşmanın odak parametrelerinin tespitine yönelik bir iletişim olmadığı sürece belirsizliğe bağlı koordinasyon problemleri gündeme gelecektir (Fonseca ve Normann, 2012, s.1). Bahsi geçen koordinasyon problemi, dinamik etkileşim dâhilinde deneme-yanılma yoluyla bertaraf edilebileceği gibi bunun mümkün olmadığı halde gizli anlaşmanın kurulmasını da engelleyebilir. Bu da firmaları rekabetçi dengeye veya doğrudan ya da dolaylı iletişime dolayısıyla açık bir anlaşmaya yöneltebilir.

İktisat bilimi açısından koordinasyon problemi, çoklu anlaşma dengesi (*multiplicity of equilibria*) ile yakından ilgilidir. Bu çerçevede oyun teorisi, sadece Şekil.1'teki gibi basite indirgenmiş oyunları değil, gerçek hayata uygun olarak varsayımların farklılaştığı ve karmaşıklaştığı modeller üzerinden de firma davranışlarında koordinasyonun hangi şartlarda ve nasıl gelişebileceğini çalışmaktadır. Bu bağlamda, genel olarak model varsayımlarının değiştirilmesi veya stratejilerin çeşitlendirilmesi suretiyle oyunda rekabetçi denge ile tam anlaşma dengesi arasında herhangi bir noktada gizli anlaşma dengesinin temin edilebileceği öngörülmektedir. Diğer bir ifadeyle, gizli anlaşma bakımından teorik olarak çoklu denge söz konusudur (Harrington, 2005). Bu durum akaryakıt istasyonu örneğine ait model varsayımları bir ölçüde değiştirilerek temel hatlarıyla ortaya konulabilecektir. Örneğin modeldeki tam bilgi varsayımı esnetilip akaryakıt firmalarının piyasadaki tekel fiyatına ilişkin öngörülerinin farklılaştığı kabul edildiğinde, anlaşma dengesinin hangi fiyatta oluşacağı konusunda bir belirsizlik oluşacaktır. Rekabetçi fiyat (üç TL) üzerinde herhangi bir fiyatta firmaların anlaşma dengesine gelmesi mümkündür. İstikrarlı denge temin edilmesi ise her dönemde farklı fiyatların denenmesi ile oyunun belirli sayıda tekrarlanması sonucunda gerçekleşebilecektir. Bahsi geçen koordinasyon problemi, bu senaryoda deneme-yanılma yoluyla bertaraf edilebilir niteliktedir.

1.2. Gizli Anlaşmanın Sürdürülmesinin Şartları

İktisadi açıdan anlaşma dengesinin kurulması dinamik etkileşim ve anlaşmanın odak parametrelerinde karşılıklı kabul edilebilir bir den-

genin -ortak anlayışın- geliştirilebilmesine bağlı olmakla birlikte, rekabetin sınırlandırılması sonucunun etki doğurması kurulan bu dengenin korunması ve sürdürülmesine bağlıdır. Anlaşma dengesinin sürdürülmesi önündeki temel sorun ise aldatmanın kısa dönemdeki cazibesidir (Stigler, 1964). Zira aldatma, diğer rakiplerin anlaşma stratejisine bağlı kalacağı varsayımı altında firmaya işbirliğine nazaran daha fazla getiri sunmaktadır. Örneğin firmaların kapasite kısıtının olmadığı, tam bilgi ve simetri varsayımları altında firmaların tekel fiyatını uygulayarak, elde edilecek tekel karını aralarında eşit şekilde paylaşacak şekilde kurdukları bir anlaşmada, diğer firmaların anlaşmayı sürdürdükleri bir senaryoda aldatan firma anlaşma fiyatının çok az altında bir fiyat belirlemek suretiyle tekel kârına yaklaşan bir kârı tek başına elde edecektir.

Aldatma, kısa dönemde anlaşmaya bağlı kalmadan daha cazip, o anlamda da daha güçlü bir güdü olup anlaşma dengesinin sürdürülebilirliği önündeki temel engeldir. Bu nedenle anlaşmanın sürdürülebilmesi, aldatmanın caydırılmasını sağlayacak böylelikle anlaşmaya uyumu temin edecek cezalandırma mekanizmalarının devreye alınabilmesine bağlıdır. Cezalandırma mekanizmalarının devreye alınması ise öncelikle anlaşmanın izlenebilmesini yani aldatmanın belirlenebilmesini gerekli kılmaktadır.

1.2.1. Anlaşmanın İzlenmesi: Aldatmanın Saptanabilmesi

Anlaşma dengesinin sürdürülebilirliği, aldatmanın caydırılmasına bağlıdır. Aldatmanın caydırılması ise aldatmanın saptanacağı ve karşılığında aldatanın (aldatmayı cazip olmaktan çıkaracak şekilde) cezalandırılacağı tehdidinin anlaşmaya taraf firmalar nezdindeki inandırıcılığına bağlıdır. Cezalandırma mekanizmalarının devreye alınabilmesi için öncelikle aldatmanın saptanabilmesi gerekir (Europe Economics, 2001, s.25). Dolayısıyla, bir anlaşma dengesinin sürdürülmesi anlaşmanın izlenebilmesini gerekli kılmakta, bu ise anlaşmanın sürdürülmesi önündeki engelin esasen bir bilgi problemi olduğunu ortaya koymaktadır (Stigler, 1964, s.44).

Oyun teorisi sıklıkla aldatmanın saptanabildiğini varsayan modeller kullanmakta veya saptanamama durumunu özel olarak modellemektedir. Saptanamamanın modellendiği oyunlar, aldatmanın saptanamaması durumunda anlaşmanın nasıl sürdürülemeyeceğini ortaya koymaktadır. Gerçek hayata taşındığında ise bu durum, anlaşmanın iz-

lenmesi noktasında ilgili pazar parametrelerinin (fiyat, pazar payı gibi) doğrudan gözlenebilir olması veya firmaların kendi satış ve kârlılıklarından diğer firmaların aldatıp aldatmadığını belli güvenilirlikte saptayabilmeleri anlamını taşımaktadır (Europe Economics, 2001, s.25). Bu genel çerçevede dâhilinde aldatmanın saptanabilmesi esasen eksik bilgiye bağlı belirsizlik düzeyi ile doğrudan bağlantılıdır. Belirsizliğin hiç olmadığı tam bilgi hali bir anlaşmanın izlenmesi bakımından en ideal olanken, belirsizlik düzeyi arttıkça aldatmanın tespiti imkânı daralmakta, paralelinde anlaşmanın sürdürülmesi de güçleşmektedir. Belirsizliğe bağlı olarak aldatmanın saptanamaması durumu hem aldatmayı teşvik eden, hem de devamında cezalandırma mekanizmalarının kapsam ve zamanlamasını dolayısıyla etkinliğini azaltan bir durumdur.

Gerçek hayatta eksik bilgiye bağlı belirsizliğin kaçınılmaz olduğu; belirsizliğin bir seviyeye kadar, anlaşmanın sürdürülmesi noktasında cezalandırma mekanizmalarının bu etkeni dikkate alan kurgusu ile telafi edilebileceği ifade edilmelidir. Bu çerçevede, Porter tarafından 1880'lerde Amerika'da Chicago ile Atlantik arasında demiryolu taşımacılığı alanında faaliyette bulunan teşebbüslerin dahil olduğu *Joint Executive Committee* (JEC) karteline yönelik ortaya konulan ampirik çalışmaya değinilebilir. Ampirik çalışmada, anlaşma dâhilindeki firmaların anlaşma fiyatını uygulamaya devam ederken piyasa fiyatındaki düşüşün aldatmadan mı yoksa talep daralmasından mı kaynaklandığına yönelik yaşadıkları belirsizliğin, kartelin sürdürülmesi önünde yarattığı engeli, piyasa fiyatının belirli bir seviyenin altına inmesiyle geçici fiyat savaşlarının tetiklenmesi şeklinde kurguladıkları cezalandırma mekanizması ile aştıklarını ortaya koymuştur (Porter, 1983).

1.2.2. Anlaşmaya Uyumun Temini: Cezalandırma

Anlaşma dengesinin sürdürülebilirliği için bu dengenin önündeki engel olan aldatma güdüsünün baskılanması ve firmaların anlaşma düzeni dâhilinde işbirliği stratejisine bağlı kalmaları sağlanmalıdır. Bunun sağlanabilmesi de, aldatan tarafın temin ettiği kısa dönemli faydayı¹⁶ ortadan kaldıracabilecek nitelikte caydırıcı bir cezalandırma ile mümkündür. Cezalandırma, anlaşma düzeninden sapmaya yani aldatmaya karşılık

¹⁶ Örneğin, Şekil.3'teki oyunda aldatmanın kısa dönem getirisi rakip yüksek fiyat uygularken -anlaşmaya bağlı kalırken- düşük fiyat uygulamak suretiyle 10 yerine 30 kar temin etmektir.

diğer firmaların reaksiyonunu konu edinmektedir. Cezalandırmanın, uygulanabilir olması ve uygulanması ile de aldatan firma üzerinde kısa vadede temin edilen aldatmaya bağlı faydayı aşan maliyet yaratabilmesi gerekmektedir. Uygulanabilir olma, cezalandırmanın hem maddi hem manevi imkân dâhilinde olmasını gerekli kılmaktadır. Yani, firmaların aldatma karşısında cezalandırmayı hayata geçirecek araçları –maddiyani sıra eğilimi, isteği –manevi- bulunmalıdır (Europe Economics, 2001, s.25).

Cezalandırmanın etkili olması, aldatan firma üzerinde anlaşmaya uyumun –işbirliğinin- getirisine kıyasen önemli kâr kaybı yaratılmasına bağlıdır. En basit cezalandırma türü anlaşma dengesinin bozulup firmaların rekabetçi düzene dönmeleridir¹⁷ (Şekil 3'teki örnekte devam eden dönemlerde rekabetçi/düşük fiyat stratejisine dönüş ile 10 yerine dört kar temin edilmesi). Firmalar böylelikle aralarında hiçbirinin yüksek fiyat stratejisinden ayrılmadığı sürece, anlaşma dengesinin süreceğini, aralarından birinin kısa dönemli kar temin üzere fiyatını düşürmesi –aldatma- halinde ise gelecekte rekabetçi düzene geçileceğini ve anlaşma dengesinin daha fazla mümkün olmayacağını öngöreceklendir. Bu öngörü doğrultusunda anlaşma dengesinin sürdürülmesini teminen firmalar anlaşmaya bağlı kalmakta, aldatma caydırılmaktadır. Bu işleyiş ise anlaşma dengesinin kendi kendine devam eden bir yapıya kavuşmasını sağlamaktadır. Bu nitelikteki bir “gizli anlaşmanın” yorumu ise oldukça basittir: firmalar anlaşma dengesinin korunması bakımından birbirlerine güvenmektedir, eğer içlerinden biri anlaşmadan sapsa güven ortadan kalkacak, bütün firmalar kısa dönem faydaları doğrultusunda hareket edecektir (Ivaldi vd, 2003a, s.6).

1.3. Anlaşma Güdüsünün İktisadi Formülasyonu

Bir pazarda anlaşma dengesinin kurulması dinamik etkileşim ve anlaşmanın odak parametrelerinin belirlenebilmesine bağlıdır. Bu dengenin sürdürülmesi ise anlaşmanın izlenmesini ve anlaşmaya uyumu temin

¹⁷ Anlaşmayı desteklemek üzere çok daha karmaşık cezalandırma mekanizmalarının kurgulanması da mümkündür. Örneğin cezalandırma, kârların rekabetçi seviyenin de altında indiği geçici fiyat savaşları niteliğinde olabileceği gibi, doğrudan anlaşmadan sapan firmanın kârını azaltacak eylemleri de konu alabilecektir. Cezalandırma mekanizmalarının etkinliği bakımından kritik olan husus, cezalandırmanın firmaların anlaşmadan sapmayı firmalar için rasyonel bir strateji olmaktan çıkaracak nitelikte olmasıdır.

edecek cezalandırma mekanizmalarının varlığını gerekli kılmaktadır. Gizli anlaşma bakımından iletişim bulunmaması sebebiyle bahsi geçen koşulların sağlanması ilgili pazar yapısının anlaşma dengesine elverişliliğiyle doğrudan ilintilidir. Gizli anlaşma dengesine etki eden yapısal faktörler gerek pazarın yapısına gerekse pazardaki arz ve talebe ilişkin unsurları içermektedir. Devam eden bölümde ele alınacak olan gizli anlaşma dengesine etki ettikleri genel kabul gören bu pazar etmenlerinin doğurdıkları etki itibarıyla gizli anlaşmayı kolaylaştırdıkları veya zorlaştırdıkları ifade edilebilir. Bu itibarla gizli anlaşma dengesinin kolaylaşması firmalar bakımından anlaşma yani işbirliği güdüsünün güçlenmesi tersi ise zayıflaması anlamını taşımaktadır.

Anlaşma güdüsü iktisadi olarak firmanın işbirliği stratejisinin beklenen getirisini aldatma stratejisinin beklenen getirisi ile karşılaştırması üzerinden formüle edilebilir. Nihayetinde rasyonel bir firma, stratejisini kârını ençoklaştıracak şekilde tayin eder. Anlaşmaya uyma (işbirliği) stratejisi ile anlaşmadan sapma (aldatma) stratejisinin bugüne indirgenmiş beklenen getiri değerleri üzerinden yapılacak karşılaştırma sonucu belirlenir. İşbirliği stratejisinin getirisi aldatma stratejisinden büyük olduğu sürece, anlaşmaya bağlı kalmak optimum strateji olacak ve anlaşma dengesi korunacaktır.

Daha önce de ifade edildiği üzere, iktisadi sonuçları bakımından anlaşma dengesinin gizli veya açık danışıklık sonucunda kurulmuş olması arasında bir fark bulunmamaktadır. Bu bağlamda anlaşma güdüsünü belirleyen faktörler gerek açık gerekse gizli anlaşma bakımından ortakken, firmalar arasında iletişimin olması anlaşmaya varmayı ve anlaşmayı sürdürmeyi kolaylaştıran bir unsurdur. “Açık danışıklık” bakımından firmalar ayrıca olası bir rekabet hukuku yaptırımını da bir etken olarak değerlendireceklerdir. Bu minvalde firmaların bir anlaşmaya varma ve sürdürme güdüsünü belirleyen dört temel faktörden bahsetmek mümkündür (Ivaldi, Bruno, Patrick, Paul ve Tirole, 2003b, ss. 17-21):

- (i) Firma bakımından anlaşma fiyatına uymayarak fiyat kırmanın getirisi, yani aldatmanın kısa dönem getirisi nedir? (π^D)
- (ii) Aldatma sonucunda rakip firmaların da fiyatlarını düşürmesi halinde, yani aldatma sonucunda rekabetçi fiyatlamaya geçilmesi veya bir fiyat savaşının başlaması halinde aldatan firmanın

gelecek dönemlerde elde edeceği getiri nedir? (π^p). Bu getiri, aldatma halinde firma üzerinde yaratılan maliyet ile doğrudan ilgilidir. Aldatma sonrası getiri ne kadar düşükse, aldatmanın maliyeti o kadar büyüktür demektir. Örneğin, aldatma sonrasında rekabetçi kâr elde edilebilir veya bir fiyat savaşı başladıysa sıfır hatta negatif karlılık söz konusu olabilir.

- (iii) Aldatma karşılığında rakip firmaların fiyatlarını düşürme yani cezalandırmanın gerçekleşmesi ihtimali nedir? (ρ). Bu ihtimal aldatmanın belirlenmesi ve karşılığında cezalandırma mekanizmasının çalıştırılmasını birlikte kapsamaktadır. Aldatma belirlenmesine rağmen diğer firmalar cezalandırma mekanizmalarını çalıştırmıyor veya çalıştıramıyorsa bu ihtimal sıfır olacaktır.
- (iv) Firma aldatma nedeniyle gelecek dönemlerde kaybedeceği kârı (π^{Co}) bugün anlaşmadan sapması sonucunda elde edeceği kâra (π^D) kıyasen ne kadar önemsemektedir? Bu kıyaslama firma bakımından gelecekteki karın bugün için ne düzeyde karla eşdeğer olduğunun belirlenmesi, bu anlamda gelecekteki getirilerin iskonto faktörüyle (δ) bugüne taşınması ile yapılacaktır. Iskonto faktörü (δ) gelecekteki beklenen getiriye verilen değeri ifade etmekte ve δ 'nin 0 ile 1 aralığında değer alması beklenmektedir. Zira gelecekteki bir TL karın bugünkü değeri enflasyon, risk gibi etkilerin varlığı altında bir TL'den düşüktür. δ değeri arttıkça gelecek dönemdeki bir TL'nin bugünkü değeri artmaktadır, dolayısıyla δ gelecekteki getiriye atfedilen önemle doğru orantılıdır. Bu bağlamda, uzun vadeli getiriye geri plana iten kısa dönem kar odaklı firmalar bakımından iskonto değerinin daha düşük olması beklenir.

Bu dört faktör temelinde bir firmanın gizli anlaşmayı sürdürme güdüsü iktisadi olarak formüle edilebilir. Nihayetinde, rasyonel firma davranışının gereği olarak anlaşmaya bağlı kalınması veya anlaşmadan sapma arasındaki tercih, uzun dönem karı maksimize eden seçenekten yana olacaktır. Aldatmanın maliyeti uzun dönemde elde edilecek anlaşma karı iken aldatmanın getirisi kısa dönemde aldatma ile temin edilen kardır (Petit, 2003, s.6). Bu çerçevede; temel varsayımlar (iki firma, simetri, homojen ürün, kapasite kısıtının olmaması) altında yukarıdaki faktörler üzerinden işbirliği ve aldatma stratejilerine ait getiri tablosu aşağıda sunulmaktadır.

Şekil.4

		B Firması	
		İşbirliği	Aldatma
A Firması	İşbirliği	π^{Co}, π^{Co}	$0, \pi^D$
	Aldatma	$\pi^D, 0$	π^P, π^P

İşbirliği ve aldatma stratejilerinin uzun dönem getirileri bu değişkenler üzerinden,

İşbirliği stratejisinin bugüne indirgenmiş getirisi:

$$\pi^{Co} + \delta\pi^{Co} + \delta^2\pi^{Co} + \dots \quad (1)$$

Aldatma stratejisinin bugüne indirgenmiş getirisi:

$$\pi^D + \rho\delta\pi^P + \rho\delta^2\pi^P + \dots \quad (2)$$

olarak formüle edilebilir. (1)>(2) olduğu müddetçe işbirliği, yani anlaşma, firmanın getirisini maksimize eden strateji olup, firma tarafından benimsenecektir. Gizli anlaşma dengesi, bu şart bütün firmalar bakımından sağlandığı sürece sürdürülecektir. Bu eşitsizliğin çözümlenmesi ile δ^* , kritik ıskonto değerinin bulunması aşağıda gösterilmektedir.

İşbirliğinin Getirisi > Aldatmanın Getirisi

$$\pi^{Co} + \delta\pi^{Co} + \delta^2\pi^{Co} + \dots > \pi^D + (\rho\delta\pi^P + (1-\rho)\delta\pi^D) + (\rho\delta^2\pi^P + (1-\rho)\delta^2\pi^D) \dots^{18}$$

$$\pi^{Co} * \frac{1}{1-\delta} > \pi^D + \rho \frac{\delta\pi^P}{1-\delta}$$

$$\delta > \frac{\pi^D - \pi^{Co}}{\rho(\pi^D - \pi^P)} \equiv \delta^*$$

Kritik ıskonto değeri, δ^* , anlaşma dengesi bakımından sağlanması gereken asgari gelecek değerlendirme değeri olup, anlaşma dengesinin sağlanması için firmaların δ değerinin δ^* 'den büyük olması gerekmektedir. Bu bağlamda δ değeri esasen firmaların kâr maksimizasyonlarında gelecek döneme verdiği ağırlığı göstermektedir (Europe Economics, 2001, s.43). Bu bağlamda δ değeri iktisatçılar tarafından sabır parametresi olarak da ele alınmaktadır. Firmaların sabırlı olmaları anlaşma dengesini beslemektedir. Şöyle ki; firmalar aldatma sonrasında elde

¹⁸ $1 + \delta + \delta^2 + \delta^3 + \dots = K \gg 1 + \delta(1 + \delta + \delta^2 + \delta^3 + \dots) = K \gg 1 + \delta K = K \gg K = \frac{1}{1-\delta}$

edecekleri kısa dönem kârı gelecekte anlaşmanın sağlayacağı getiriye dikkate alarak ne kadar geri plana bırakılırsa, bu anlamda uzun dönem getiriye daha fazla önemseyip, bu getiriye ulaşmak için ne kadar büyük sabır gösterirlerse o ölçüde anlaşma dengesinde buluşulması ihtimali artmaktadır.

$$\delta > \frac{\pi^D - \pi^{Co}}{\rho(\pi^D - \pi^P)} \equiv \delta^* \quad (3)$$

(3)'teki şartta yer alan değişkenler üzerinden hesaplanacak δ^* değeri temelinde gizli anlaşma dengesi bakımından, diğer şartlar değişmeyen (*ceteris paribus*) prensibi altında, aşağıdaki çıkarımlarda bulunmak mümkündür¹⁹.

- (i) Aldatma ile sağlanan bireysel kısa dönem getirisi (π^D) ne kadar düşük olursa anlaşmanın sürdürülmesi o kadar kolay olur. π^D 'nin diğer değişkenler aynı iken azalması, δ^* değerinin düşük olmasına neden olacaktır. Bu durum ise δ değeri daha düşük, yani geleceği daha az değerleyen, daha az sabırlı firmalar bakımından da gizli anlaşma dengesinin mümkün hale gelmesi anlamını taşımaktadır.
- (ii) Aldatma sonrasında cezalandırmanın gerçekleşmesi ihtimali (ρ) ne kadar yüksek olursa, anlaşmanın sürdürülmesi o kadar kolay olur. ρ 'nin yüksek olması cezalandırmanın etkinliğini artıran, dolayısıyla aldatmayı caydıran bir unsurdur. ρ 'nin yüksek olması, *ceteris paribus*, δ^* değerini azaltmaktadır.
- (iii) Anlaşmanın getirisi (π^{Co}) ne kadar yüksekse, anlaşmanın sürdürülmesi o kadar kolay olur. π^{Co} 'nın yüksek olması firmaların gizli anlaşmayı sürdürme güdülerini beslemekte, aldatmanın maliyeti de bu getiri ölçüsünde artmaktadır. π^{Co} 'nin yüksek olması, *ceteris paribus*, δ^* değerini azaltmaktadır.
- (iv) Aldatma sonrasında cezalandırma ne kadar şiddetli ise, yani cezalandırma dönemi getirisi (π^P) ne kadar düşükse gizli anlaşmanın sürdürülmesi o kadar kolay olur. π^P 'nin düşük olması, *ceteris paribus*, δ^* değerini azaltmaktadır.

- (v) Son olarak, firmaların geleceği değerlemeleri δ ne denli yüksekse gizli anlaşma dengesinin sürdürülmesi de o denli kolay olacaktır. Zira, gizli anlaşmanın sürdürülmesi bakımından bu değerlendirme, yani δ değeri, ne kadar yüksek olursa firmalar bakımından gelecekteki getiriler o kadar değerli olacaktır. δ değerinin yüksek olması aynı zamanda daha yüksek δ^* değerlerinde gizli anlaşma dengesinin sürdürülebilir olması anlamını taşımaktadır.

2. GİZLİ ANLAŞMA DENGESİNE ETKİ EDEN PAZAR PARAMETRELERİ

Gizli anlaşma dengesinin kurulması ve sürdürülmesine yönelik şartların kolaylıkla sağlanabildiği pazarlar yapısal olarak anlaşma dengesine elverişli pazarlar olarak adlandırılmakta, bu kapsamda da bu elverişliliğe zemin oluşturan pazar parametreleri üzerinden bir pazarın ne ölçüde anlaşma dengesine elverişli olduğu çalışılmaktadır. Pazara ilişkin yapısal bir özelliğin gizli anlaşma dengesine yol açması, ilgili özelliğin işbirliği stratejisini aldatma stratejisinden daha cazip hale getirmesi anlamını taşımaktadır. Bu çerçevede de ilgili pazar parametresi yukarıda yer verilen, strateji getirilerinin üzerinden formüle edildiği dört temel faktörden biri veya birkaçına etki etmekte ve buna bağlı olarak işbirliği stratejisi, aldatma stratejisine nazaran güç kazanmak suretiyle firmalar bakımından optimal strateji olmaktadır.

Gizli anlaşma dengesine etki eden pazar parametreleri ve bu parametrelerin değişim yönüne bağlı olarak anlaşma dengesi üzerinde yaratmaları öngörülen *ceteris paribus* etki, yine firmaların işbirliği ve aldatma strateji getirileri üzerinden, ilgili etmenin kritik ıskonto değerini nasıl etkilediği ile açıklanabilmektedir. Bu etmenleri ve etkilerini göstermek üzere, yukarıda yer verilen genel modelin, ilgili etmenleri dâhil etmek üzere revize edilmesi gerekir. Bu doğrultuda, modelin varsayımları firmaların aynı birim maliyete sahip olduğu ve pazardaki rekabetin fiyat üzerine kurulduğu baz modele genişletilmiş olarak aşağıda sunulmaktadır.

Baz Model- homojen ürün, eşit birim maliyet (Ivaldi vd.,2003a, ss.8-9)

Aynı pazarda homojen ürün satan ve eşit birim maliyete (c) sahip simetrik iki firmanın (A, B) fiyat rekabetine²⁰ girmeleri sonucunda denge fiyatı, fiyatın maliyete eşit olduğu noktada oluşacaktır ($p^c=c$). Bu noktada talep $D(p^c)$ düzeyinde olup, firmalar normal ekonomik kar -0- elde edeceklerdir. Firmaların sürekli rekabet halinde olmaları durumunda ise anlaşma dengesi söz konusu olabilecektir, böylelikle firmalar rekabetçi fiyatın üzerinde monopol fiyata kadar herhangi bir fiyat belirleyebilecek ($p^M \geq p^{Co} > p^c=c$) ve oluşan anlaşma karını $\{ \pi^{Co}=(p^{Co}-c)D(p^{Co}) \}$ bölüşeceklerdir. Firmaların her birinin toplam talebi karşılayacak kapasitesi olduğu varsayımı altında, aldatma sonucunda, hile yapan firma anlaşma fiyatından az düşük ($-\varepsilon$) bir fiyatla tüm pazarı kapatarak anlaşma karının tamamını alacaktır. Ancak aldatma devam eden dönemde fiyat savaşını tetikleyecek ve firmalar rekabetçi dengeye ($p^c=c$) geri dönecektir. Anlaşma fiyatının (p^{Co}) tekel fiyat (p^M) seviyesinde belirlendiği ve tekel karının (π^M) firmalar arasında eşit bölüşüldüğü varsayımı altında baz modele ait firma getiri tablosu:

		B Firması	
		İşbirliği	Aldatma
A Firması	İşbirliği	$\frac{\pi^M}{2}, \frac{\pi^M}{2}$	$0, \pi^M$
	Aldatma	$\pi^M, 0$	$0, 0$

Firmaların aynı ıskonto değerine, δ , sahip oldukları varsayımı altında, anlaşmaya uyum ve sapma stratejileri doğrultusunda elde edecekleri getiriler ve bu getiriler bakımından anlaşma dengesinin sağlandığı kritik ıskonto değeri:

²⁰ Firmaların fiyat temelinde rekabet etmeleri *Bertrand* modeli çerçevesinde ele alınmakta, bu model kapsamında firmaların karşılıklı fiyat kırmaları sonucunda denge, firmaların aynı birim maliyete sahip olmaları halinde fiyatın maliyete eşitlendiği, firmaların normal ekonomik kar (toplam hasılat=toplam açık/örtülü maliyet) elde ettikleri noktada oluşmaktadır.

İşbirliği Stratejisinin Getirisi > Aldatma Stratejisinin Getirisi²¹

$$\frac{\pi^M}{2} + \delta \frac{\pi^M}{2} + \delta^2 \frac{\pi^M}{2} + \dots > \pi^M + \delta 0 + \delta^2 0 + \dots$$

$$\frac{\pi^M}{2} (1 + \delta + \delta^2 + \dots) > \pi^M$$

$$\delta > \delta^* \equiv \frac{1}{2}$$

δ , iskonto değeri gelecekteki getirileri bugüne getirmede kullanılan oran olup, firmaların risk taşımadığı ve finansal pazardan bir dönem için faiz oranı ile kredi temin edebildiği varsayımları altında 1 TL gelecekteki dönemde $1+r$ TL değerinde olacak, δ ise gelecekteki bu değeri bugünkü değerine indirgeyen iskonto değeri, yani $\frac{1}{1+r}$ 'ye eşit olacaktır. r , dolayısıyla iskonto değeri firma bazında farklılaşabilecektir (Cabral, 2000, s.130).

Baz modelde firmalar, iskonto değerleri kritik iskonto değeri olan $\frac{1}{2}$ 'den yüksek olduğu müddetçe rekabetçi fiyatın (p^r) üzerindeki herhangi bir fiyatta, hatta tekel fiyatında, anlaşma dengesine gelebilecek ve gizli anlaşma dengesini sürdürme tercihinde bulunacaklardır. Zira, bu şart sağlandığı sürece işbirliğinin getirisi uzun dönem kâr maksimizasyonunu sağlayan stratejidir. Firmaların iskonto değerlerinin bu eşikten düşük olması halinde ise gizli anlaşma dengesi sürdürülebilir olmaktan çıkmaktadır. Dolayısıyla kritik iskonto değeri δ^* esasen anlaşmanın sürdürülme kolaylığını ölçen bir parametredir. Anlaşma dengesinin sürdürülmesi bu eşğin düşük olması halinde kolaylaşmakta, iskonto değerleri daha düşük olan yani daha sabırsız, bu anlamda daha kısa dönem kar odaklı firmalar bakımından da anlaşma olanağı ortaya çıkmaktadır. Bu çerçevede kritik iskonto değerinin belirlenmesi anlaşma olanağına dair çıkarımda bulunmayı mümkün kılmaktadır. Diğer bir ifadeyle, pazar parametrelerinin anlaşma dengesine etkisinin ölçülmesinde, ilgili parametrenin bu eşği nasıl etkilediği incelenebilecektir. Anlaşma dengesi bakımından kolaylaştırıcı bir parametre δ^* kritik iskonto değerini düşürecek, anlaşma dengesini zorlaştıracak bir etmen ise eşği yükseltecektir. (Ivaldi vd., 2003a, s.10)

²¹ Bu denklik strateji getirilerinin karşılaştırılması yerine, aldatmanın kısa dönem net getirisi ile uzun dönem maliyeti arasında karşılaştırma yapmak suretiyle de gösterilebilir. Anlaşma dengesi, aldatmanın uzun dönem maliyeti $\{\delta(\frac{\pi^M}{2} - 0) + \delta^2(\frac{\pi^M}{2} - 0) + \dots\}$ kısa dönem net getirisinden $(\pi^M - \frac{\pi^M}{2})$ yüksek olduğu, yani firma bakımından aldatma karlı olmadığı, dolayısıyla anlaşma stratejisi üstün olduğu sürece sürdürülecektir.

2.1.1. Rakip Sayısı

Gizli anlaşma tanımı itibarıyla, aynı pazar(lar)da süregelen bir rekabet içerisinde bulunan firmaların stratejik kararlarının pazardaki diğer rakipler üzerinde anlamlı bir etki doğurduğunu fark etmeleri, yani aralarındaki karşılıklı bağımlılığı keşfetmeleri üzerine kendi davranışlarını rakiplerinin davranışlarını dikkate alarak belirlemeleri suretiyle iletişime dayalı olmayan bir koordinasyon sonucunun doğmasını konu almaktadır (OECD, 2015, s.3). Bu itibarla, bir firmanın pazardaki davranışının diğer rakipleri üzerinde hissedilebilir etki yaratabilmesi için pazardaki oyuncu sayısının görece az olması gerektiği aşikârdır. Bu nedenle, bahsi geçen “karşılıklı bağımlılık” literatürde “oligopolistik bağımlılık” olarak adlandırılmakta, ancak az sayıda firmanın olduğu pazarlarda herhangi bir iletişime gerek olmaksızın pazar davranışlarının tüketici refahı ve iktisadi etkinlik hilafına koordine edilebileceği genel kabul görmekte (OECD, 2015, s.3), hatta oligopol pazar yapısı gizli anlaşmanın kurucu şartları arasında da sayılabilmektedir (Europe Economics, 2001, s.21).

Rakip sayısının gizli anlaşma dengesi bakımından sahip olduğu önemin bir diğer nedeni, koordinasyonun herhangi bir irtibat/iletişim söz konusu olmadan sağlanabilmesi ihtimalinin rakip sayısı artışı ile birlikte hızla azalacak olmasıdır. Zira gizli anlaşma bakımından anlaşma parametrelerinde ortak bir anlayışa varılmasında ve anlaşmanın çerçevesinin belirlenmesinde firmaların dayanağı yalnızca rakiplerinin geçmiş ve cari davranışlarından hareketle vardıkları çıkarım ve öngörülerdir. Bu anlamda da açık bir anlaşmadaki iletişimin çok sayıda firmayı koordine etme ve koordinasyonu sürdürmede sağlayacağı kolaylık gizli anlaşma bakımından söz konusu olmamaktadır. Diğer taraftan, teknolojik gelişmelerin daha fazla verinin toplanması, işlenmesi ve kullanılmasına imkân vermesine ve elektronik ticaretin pek çok ürün ve hizmette yaygınlaşmasına bağlı olarak firmaların internet üzerinden rakiplerinin fiyatlarını izleyebilmesi birçok pazarda şeffaflığı artıran bir olgu olarak son dönemde belirginlik kazanmaktadır. Söz konusu şeffaflık pazardaki belirsizliği azaltan bu anlamda koordinasyonu kolaylaştıran bir unsurdur. Dolayısıyla, rakip sayısının anlaşma dengesinin korunması ve sürdürülmesi bakımından arz ettiği önem de bu gelişmeler ile birlikte görece azalmaktadır.

Rakip sayısı artışı, anlaşmada karşılıklı kabul edilebilir bir anlaşma ulaşmayı zorlaştırmanın yanı sıra firmaların anlaşmayı sürdürme güdülerini azaltmak suretiyle de anlaşma dengesinin sürdürülmesini zorlandırmaktadır. Bu kapsamda bağlantılı iki etkiden bahsetmek mümkündür. İlki, anlaşma karınının daha fazla oyuncu arasında bölüşülecek olması dolayısıyla firma bazında anlaşmanın beklenen getirisinin azalmasıdır. İkincisi, bu beklenen getiri dolayısıyla firma anlaşmadan sapma durumunda pazarın tamamını²² ele geçireceğinden aldatma ile temin edeceği getirinin görece olarak yükselmesi, daha fazla oyuncudan pazar payı çalınmasıdır. Bu etkiler temelinde rakip sayısı artışı, anlaşmanın sürdürülmesinin uzun dönem faydasını azaltmakta, anlaşmadan sapmanın kısa dönem faydasını artırmak suretiyle anlaşma dengesini zorlandırmaktadır. Bu çerçevede, diğer değişkenler sabitken, rakip sayısı arttıkça firmaların anlaşmadan sapma güdülerini güçlenecek, anlaşmaya bağlı kalma güdülerini azalacaktır.

Rakip sayısı artışı anlaşma dengesini zorlaştırır. (Ivaldi vd., 2003a, ss.13-14)

Baz modelde yer verilen rekabet halinde simetrik iki firma yerine N firma olduğu varsayılacak olursa, her bir firmanın işbirliği ve aldatma stratejisi doğrultusunda elde edecekleri getiriler ve bu getiriler bakımından anlaşma dengesinin sağlandığı kritik ıskonto değeri:

İşbirliği Stratejisinin Getirisi > Aldatma Stratejisinin Getirisi

$$\frac{\pi^M}{N} + \delta \frac{\pi^M}{N} + \delta^2 \frac{\pi^M}{N} + \dots > \pi^M + \delta 0 + \delta^2 0 + \dots$$

$$\frac{\pi^M}{N} (1 + \delta + \delta^2 + \dots) > \pi^M$$

$$\delta > \delta^*(N) \equiv 1 - \frac{1}{N}$$

²² Baz model varsayımı olarak firmaların tek başlarına toplam talebi karşılayacak kapasitesi olduğundan hareketle, pazarın tamamının ele geçirilmesi ifade edilmiştir. Diğer halde, bir firmanın aldatma ile ancak kapasitesi talebin tamamını karşılayacak düzeyde ise pazarın tamamını ele geçirebileceği öne sürülecektir. Rakip sayısının artışı ile anlaşmanın getirisi olarak pastadan alınacak pay azalırken, aldatma ile daha fazla rakipten pay çalınacağından göreceli olarak aldatma daha karlı hale gelecektir.

N arttıkça kritik iskonto değeri δ^* artmaktadır. Eşiğin N arttıkça yükselmesinin anlamı anlaşmanın sürdürülmesinin rakip sayısı arttıkça zorlaşacağıdır. Örnekle, oyuncuların 0.6 iskonto değerine (δ) sahip olduğu bir pazarda, rakip sayısının ikiden üçe çıkması halinde δ^* değeri 0.5'ten 0.67'ye yükselecektir. Bu durumda, iki oyuncu ile anlaşma dengesinin sürdürülebildiği ($\delta \equiv 0.6 > 0.5 \equiv \delta^*$) bu pazarda oyuncu sayısı üçe yükseldiğinde anlaşma sürdürülebilir olmaktan çıkmaktadır ($\delta \equiv 0.6 < 0.67 \equiv \delta^*$).

2.1.2. Giriş Engelleri

Giriş engellerinin düşük olduğu pazarlarda, rekabet üstü fiyatlandırma (*supra-competitive pricing*) pazara girişi tetikleyecek önemli bir unsurdur. Zira rekabetçi fiyatın üzerindeki fiyatlar pazarda ekonomik karın varlığına işaret etmektedir. Firmaların pazara giriş kararlarında ise pazarda kârın varlığı önemli rol oynamakta, giriş uzun dönemli olabileceği gibi çıkış engelinin olmadığı durumlarda karı süpürme amaçlı kısa dönemli veya vur-kaç şeklinde de olabilir.

Anlaşmanın sürdürülebilirliği bakımından ise giriş engellerinin düşük olması, firmaların anlaşma dengesinde rekabet üstü fiyatlandırma yapıp suretiyle temin etmeyi umdukları anlaşma getirisini düşürecek bir unsur olup, bu durum anlaşmanın sürdürülebilirliğini azaltacaktır. Giriş engellerinin düşüklüğü aynı zamanda cezalandırmanın etkinliğinin ve kapsamının azalmasına da yol açacaktır. Şayet giriş gerçekleşecekse, bugün anlaşmadan sapmanın gelecekte tetikleyeceği kar kaybı göreceği olarak azalacaktır. Dolayısıyla giriş potansiyeli, anlaşmadan sapmanın, kısa dönem getirisini etkilemezken uzun dönemde aldatan firma nezdinde yaratacağı maliyeti (kar kaybını) azaltarak anlaşmanın sürdürülmesini zorlaştıracaktır. Bu nedenle, firmaların geleceğe ilişkin pazara giriş olacağına yönelik beklentisi arttıkça anlaşmadan sapma motivasyonları da artmaktadır. Giriş engellerinin düşüklüğü, bu bağlamda pazara giriş beklentisini artırmak dolayısıyla anlaşmadan beklenen uzun dönem getiriyi azaltmak suretiyle anlaşma dengesi üzerinde rekabetçi baskı yaratan bir unsurdur.

Giriş Engellerinin varlığı anlaşma dengesini zorlaştırır. (Ivaldi vd, 2003a, s.17)

Giriş engellerinin düzeyine bağlı olarak gelecekte herhangi bir dönem-

de pazara yeni bir firmanın girme ihtimalinin μ ($0 \leq \mu \leq 1$) olduğu ve giriş gerçekleşmesi halinde firmaların normal ekonomik kar elde edeceği, karın giriş ile süpürüleceği varsayımları altında iki yerleşik firmalı baz model revize edildiğinde firmaların işbirliği ve aldatma stratejisi doğrultusunda elde edecekleri getiriler ve bu getiriler bakımından anlaşma dengesinin sağlandığı kritik iskonto değeri:

İşbirliği Stratejisinin Getirisi > Aldatma Stratejisinin Getirisi

$$\frac{\pi^M}{2} + \{(1 - \mu)\delta \frac{\pi^M}{2} + \mu\delta 0\} + \{(1 - \mu)\delta^2 \frac{\pi^M}{2} + \mu\delta^2 0\} + \dots > \pi^M + \delta 0 + \delta^2 0 + \dots$$

$$\frac{\pi^M}{2} + (1 - \mu)\delta \left(\frac{\pi^M}{2} + \delta \frac{\pi^M}{2} + \delta^2 \frac{\pi^M}{2} + \dots \right) > \pi^M$$

$$\frac{\pi^M}{2} + (1 - \mu) \frac{\delta}{1 - \delta} \frac{\pi^M}{2} > \pi^M$$

$$\delta > \delta^*(\mu) \equiv \frac{1}{2 - \mu}$$

Firmaların anlaşmadan beklenen getiriye temin etmeleri ilgili dönemde giriş olmamasına bağlı olup, giriş olmaması durumu $(1 - \mu)$ ihtimal dâhilindedir. Giriş halinde anlaşma karı süpürüleceğinden ikinci dönemden başlamak üzere her bir dönemde anlaşmanın beklenen getirisi μ ihtimalle 0, $(1 - \mu)$ ihtimalle ise anlaşma karıdır. İşbirliği stratejisi getirisi bu ihtimaller dahil edilerek hesaplandığında, kritik iskonto değeri giriş ihtimaline bağlı bir değişken halini almaktadır. Bu çerçevede, δ^* kritik iskonto eşiği μ yükseldikçe artmaktadır. Yani giriş ihtimali artışı eşiği yükseltmekte buna bağlı olarak anlaşmanın sürdürülmesi zorlaşmaktadır. İki firmalı baz modelde giriş ihtimali 0 iken 0.5 olan kritik iskonto değeri, giriş ihtimali %50 olduğunda 0.67'ye yükselmektedir. Rakip sayısının etkisine ilişkin verilen örnekte olduğu gibi δ , iskonto değeri 0.6 olan firmalar bakımından giriş ihtimali yokken sürdürülebilir anlaşma dengesi giriş ihtimalinin dahli ile eşik 0.67'ye çıktığında sürdürülemez hale gelmektedir.

2.1.3. Etkileşim Sıklığı

Pazarda rakiplerin ne sıklıkta karşı karşıya geldiği, yani rekabetin ne sıklıkta gerçekleştiği gizli anlaşma bakımından önemlidir. Etkileşimin

sıklığının artması gizli anlaşmayı kolaylaştırır. Zira, gizli anlaşma tanımını itibarıyla aynı firmaların aynı pazarlarda süregelen rekabet yani dinamik etkileşimi sonucunda ortaya çıkan koordinasyon halidir. Firmaların gelecekte karşı karşıya gelecekleri, yeniden rekabet edecekleri öngörüsünde bulunmamaları halinde anlaşma dengesinin kurulması ve sürdürülmesi mümkün değildir. Dolayısıyla bu etmen esasen gizli anlaşmanın kurulması şartı olan “dinamik etkileşim” ile doğrudan ilgilidir.

Rakipler arasındaki etkileşimin sıklığı, anlaşmanın sürdürülmesi güdüsü bakımından cezalandırma olanaklarını genişleten, anlaşmadan sapma halinde diğer firmaların hızla tepki geliştirmesine olanak sağlayan bir parametredir. Bu bağlamda firmaların nadir olarak rekabete girişmeleri, cezalandırmanın bir sonraki rekabet döneminde hayata geçirilebilecek olması nedeniyle caydırıcılığını azaltan bir unsurdur. Rekabetin talebin toplu olarak karşılanmasına bağlı olarak geniş aralıklarda gerçekleşmesi halinde ise anlaşmadan sapmanın getirisi toplulaştırılan dönemler ölçüsünde artacaktır. Bu çerçevede etkileşimin sık aralıklarla gündeme gelmesi, *ilk olarak*, cezalandırmanın etkinliğini artırır. Bu da aslında anlaşmadan sapmanın uzun dönemdeki maliyetini artırarak firmaların anlaşmaya sadakatini artırır. Etkileşim sıklığının artması, *ikinci olarak*, aldatmanın kısa dönem getirisini azaltmaktadır. Bu da özünde anlaşmadan sapma stratejisinin getirisini azaltarak gizli anlaşmayı daha sürdürülebilir kılmaktadır. Şöyle ki; anlaşmadan sapma stratejisinin getirisinin azalması görece olarak işbirliği stratejisinin getirisini yükseltmekte, dolayısıyla gizli anlaşma dengesinin sürdürülmesini kolaylaştırmaktadır. Tersisi durum, yani etkileşim sıklığının azalması ise anlaşmadan sapmayı gerek kısa gerekse uzun dönem için cazip kılmaktadır.

Etkileşimin sık aralıklarla gerçekleşmesi anlaşma dengesini kolaylaştırır (Ivaldi vd., 2003a, s.20)

İki firmalı baz model, etkileşim sıklığı parametresinin gizli anlaşma dengesine etkisinin gösterilmesini teminen firmaların her dönem değil $T(>1)$ dönemde bir rekabet ettikleri varsayımıyla revize edildiğinde, firmaların işbirliği ve aldatma stratejisi doğrultusunda elde edecekleri getiriler ve bu getiriler bakımından anlaşma dengesinin sağlandığı kritik iskonto değeri:

İşbirliği Stratejisinin Getirisi > Aldatma Stratejisinin Getirisi

$$\frac{\pi^M}{2} + \delta^T \frac{\pi^M}{2} + \delta^{2T} \frac{\pi^M}{N} + \dots > \pi^M + \delta^T 0 + \dots$$

$$\frac{\pi^M}{2} (1 + \delta^T + \delta^{2T} + \dots) > \pi^M$$

$$\delta > \delta^*(T) \equiv \frac{1}{T\sqrt{2}}$$

Yukarıda gizli anlaşma dengesinin sürdürülmesi bakımından eşik olan kritik iskonto değeri, δ^* , T 'nin artışı ile artmaktadır. Etkileşim sıklığı parametresi T 'nin artışı, firmaların daha uzun dönemlerde yani daha nadir rekabet ettiklerini, etkileşime girdikleri anlamını taşımakta, gizli anlaşmanın sürdürülmesini zorlaştırmaktadır.

2.1.4. Piyasa Şeffaflığı

Piyasa şeffaflığının gizli anlaşma dengesinin sürdürülmesindeki doğrudan etkisi, aldatmanın diğer oyuncular tarafından belirlenmesinde sağladığı kolaylıktır (Kahraman, 2008, ss.136-137). Şeffaflıktan kasıt diğer firmaların fiyatlarının/satışlarının/pazar paylarının doğrudan diğer firmalarca gözlemlenmesi değil firmaların bunları pazardaki hazır bilgiden temin edebilmeleridir (Ivaldi, 2003a, s.25). Diğer bir ifadeyle, firmalar pazardaki hazır verilerden rakiplerinin fiyatlarını/satışlarını/pazar paylarını çıkarabiliyorlarsa şeffaflık mevcut demektir. Bu noktada ulaşılabilen bilgilerin niteliği kadar bunlara ulaşmada harcanan zamanın da şeffaflığın derecesini etkilediği belirtilmelidir.

Şeffaflık, aldatmanın belirlenmesini kolaylaştırmak suretiyle cezalandırma mekanizmalarının devreye alınmasına olanak sağlar. Bu durum cezalandırmanın gerçekleşmesi ihtimalini güçlendirmek suretiyle anlaşmadan sapmanın maliyetini aldatan firma nezdinde artırmaktadır. Bu öngörü firmaların anlaşmadan sapmasını caydırmak suretiyle gizli anlaşma dengesinin sürdürülmesini kolaylaştırmaktadır.

Piyasa şeffaflığının bulunmaması; rakiplerin fiyat, satış gibi pazar parametrelerinin izlenememesi hali anlaşma ihtimalini tamamen ortadan kaldırırsa da, gerek anlaşmanın sürdürülmesini gerekse kapsamını sınırlandıran bir etmendir (Stigler, 1964). Rakiplerinin fiyatlarını/

satışlarını gözlemleyemeyen firma anlaşma sürecinde kendi pazar payının düşmesinin diğer firmanın aldatmasının mı yoksa talebin ilgili dönemde daralmış olmasından mı kaynaklandığı konusunda belirsizlikle yüzleşecek, bu belirsizlik hali cezalandırma olanaklarını hız ve kapsam bakımından daraltacaktır. Bu ölçüde de gizli anlaşma dengesinin sürdürülmesi zorlaşacaktır.

Piyasa şeffaflığı anlaşma dengesini kolaylaştırır (Ivaldi vd, 2003a, ss.23-25).

Green ve Porter tarafından ortaya konulan, daha sonra *Tirole* tarafından iki simetrik firma ve fiyat rekabeti ekseninde basite indirgenen modelde (Green ve Poerter, 1984) firmaların pazarda şeffaflık olmaması nedeniyle gerçekleşen toplam talebi değil yalnızca kendi fiyat ve satışlarını gözlemleyebildiği ve α olasılıkla ilgili dönemde talebin olmadığı ($D=0$) –negatif talep şoku- varsayılmaktadır. Talep şoku ile karşılaşma ihtimalinin artması, bu anlamda firmaların öngürsüz olması esasen piyasada şeffaflığın azalması şeklinde yorumlanabilecektir.

Satışının olmadığı dönemde firmanın, bunun toplam talebin düşük ($0+\epsilon$) olması veya rakibinin anlaşmadan sapması sonucunda gerçekleştiğine dair fikri bulunmamakta, iki durumu ayırıştırılmamaktadır. Ancak bu halde de anlaşmanın sürdürülmesini mümkün kılan bir strateji benimsenebilecektir: firmalar pazar payını koruduğu sürece anlaşma fiyatını uygulayacaktır. Ne zamanki bir firma satış yapamazsa, T dönem boyunca fiyatın maliyete eşit olduğu bir fiyat savaşı tetiklenecek, bu sürenin ardından tekrar anlaşma fiyatına dönülecektir. T dönemi anlaşmadan sapmaları engelleyecek kadar uzun, ancak tamamen negatif talep şoku ile de tetiklenebileceğinden çok uzun olmamalıdır. Bu anlaşma stratejisinin bugüne indirgenmiş getirisi (4) te verilmektedir.

$$V^+ = \left\{ (1 - \alpha) \left(\frac{\pi^M}{2} + \delta V^+ \right) \right\} + \{ \alpha (0 + \delta V^-) \} \quad (4)$$

$$V^- = \delta^T V^+ \quad (5)$$

(4)teki ilk terim talep şokunun olmadığı $\{(1-\alpha)$ olasılıkla} dönemlerdeki, ikincisi talep şoku (α olasılıkla) dönemlerindeki getirilerin bugünkü değerini ifade etmektedir. (5)te bir fiyat savaşı başlayacak olursa, T dönem boyunca kar söz konusu olmayıp devam eden dönemde tekrar anlaşmaya dönüleceğinden T dönem boyunca sıfır akabindeki

dönemlerde yine anlaşma stratejisinin getirisi anlaşma getirisinin (V^+) temin edildiği gösterilmektedir.

(5), (4)'te yerine yazıldığında anlaşma stratejisinin bugüne indirgenmiş değeri yalnızca V^+ 'ya bağlı olarak yazılabilecektir.

$$V^+ = \left\{ (1 - \alpha) \left(\frac{\pi^M}{2} + \delta V^+ \right) \right\} + (\alpha \delta^{T+1} V^+) \quad (6)$$

(6), V^+ için çözümlendiğinde:

$$V^+ = \frac{1 - \alpha}{1 - \delta(1 - \alpha + \alpha \delta^T)} \frac{\pi^M}{2} \quad (7)$$

(7)'deki formülde anlaşma stratejisinin getirisinin (V^+) negatif talep şoku ihtimali (α) ve T arttıkça azaldığı görülmektedir. Zira, negatif talep şoku fiyat savaşlarını tetiklemekte fiyat savaşları dönemlerinin çoğalmasa, yani sıklığının artması, ise bu dönemlerde kar elde edilemeyeceğinden stratejinin bugünkü getirisini azaltacaktır. T ise bu dönemlerin süresinin uzaması anlamını taşımakta ve bu yönüyle α ile benzer etkiyi doğurmaktadır.

Aldatma stratejisinin getirisi ise:

$$(1 - \alpha)\pi^M + (\delta^{T+1}V^+) \quad (8)$$

olarak formüle edilebilecektir. (8)'deki ilk terim aldatan firmanın negatif talep şoku olmaması halinde mevcut dönemde pazarın tamamını, dolayısıyla anlaşma karını tamamen ele geçirecek olduğunu göstermektedir. İkinci terim ise aldatma sonrasında elde edilebilecek en yüksek getiriye tekabül etmekte olup, bu getiri ancak işbirliği stratejisi ile temin edilebilecektir. Bu çerçevede firmaların işbirliği ve aldatma stratejisi doğrultusunda elde edecekleri getiriler ve bu getiriler bakımından anlaşma dengesinin sağlandığı kritik ıskonto değeri:

İşbirliği Stratejisinin Getirisi > Aldatma Stratejisinin Getirisi

$$\left\{ (1 - \alpha) \left(\frac{\pi^M}{2} + \delta V^+ \right) \right\} + (\alpha \delta^{T+1} V^+) > (1 - \alpha)\pi^M + (\delta^{T+1} V^+) \quad (9)$$

(9)'daki terimler yeniden düzenlendiğinde aşağıdaki denklik elde edilecektir:

$$\delta(1 - \delta^T)V^+ > \frac{\pi^M}{2} \quad (10)$$

(7), (10)'da yerine yazıldığında elde edilecek denklik:

$$2(1 - \alpha)\delta + (2\alpha - 1)\delta^{T+1} > 1 \quad (11)$$

(11)'de α 'nın $\frac{1}{2}$ 'den büyük olması durumunda denkleğin sol tarafı T azaldıkça artmaktadır. Dolayısıyla optimal T sıfırdır. Ancak bu durumda da şart hiçbir zaman sağlanmamaktadır. Anlamı negatif talep şoku olasılığının %50'den fazla olduğu hallerde -piyasanın rakiplerin parametrelerini gözlemlemeye %50'nin üzerinde imkân vermediği durumlarda- gizli anlaşma dengesinin sürdürülebilirliği söz konusu değildir. α 'nın $\frac{1}{2}$ 'den küçük olması durumunda ise denkleğin sol tarafı arttıkça artmaktadır. Anlamı, fiyat savaşı yani cezalandırma dönemi ne kadar uzun olursa gizli anlaşmanın sürdürülebilirliği o ölçüde kolaylaşmaktadır. Ancak (10) ve (7) birlikte ele alındığında aynı zamanda T arttıkça işbirliği stratejisinin getirisi V^+ azalmaktadır. Dolayısıyla, optimal T denklikte eşitliği sağlayan minimum değer olmalıdır. Bunun anlamı ise piyasa şeffaflığının tam olmadığı durumlarda, anlaşmanın sürdürülebilirliği aldatmanın caydırılmasını teminen fiyat savaşlarının yani düşük fiyatlı dönemlerin olması gerektiğidir. Fiyat savaşları, anlaşma dengesinin sürdürülmesi bakımından firmalarca aldatma ve negatif talep şoku ayırıştırılmadığından, negatif talep şoku dönemlerini takiben de gündeme alınmış olacaktır.

Yukarıda açıklanan model çıkarımlarının tam bilginin olmadığı, dolayısıyla pazarda belirsizlik yaratan diğer etmenlere de genişletilmesi mümkündür. Eksik bilgi durumu gizli anlaşma dengesinin kurulması ve sürdürülmesi imkânını daraltmaktadır. Gerçek hayata uyarlandığında, piyasa şeffaflığının pek çok durumda tam olmadığından hareketle, fiyat savaşlarının (açık veya gizli) anlaşmanın sürdürülebilirliği bakımından vazgeçilmez unsur olduğu ortaya çıkmaktadır. Zira belirsizlik altında anlaşmanın takibi konusunda hatalar kaçınılmaz olup, anlaşmanın sürdürülmesi bakımından fiyat savaşları periyodik olarak gündeme gelecektir (Europe Economics, 2001, s.18) Buna ilişkin politika çıkarımı, bir piyasada gözlemlenen fiyat savaşları dönemlerinin sağlıklı rekabetin işareti olarak görülmemesi ve anlaşma ihtimalinin geri plana atılmaması gereğidir (Green ve Porter, 1984, ss. 94-95). Nitekim Porter (1983), JEC karteline ait veriler üzerinden tam bilginin olmadığı durumda -firmalar piyasa fiyatını ve kendi satışlarını gözlemleyebilmekte, piyasa fiyatının anlaşma fiyatının altında oluşmasının talep daralmasında mı yoksa aldatmadan mı kaynakladığını tespit edememektedir-

anlaşmanın sürdürülmesini teminen cezalandırma mekanizmasının piyasa fiyatının belirli bir referans değerin altına inmesi halinde geçici fiyat savaşlarının tetiklenmesi şeklinde kurgulandığını ampirik olarak ortaya koymuştur.

2.1.5. Büyüyen Pazar

Yukarıda da bahsedildiği üzere, gizli anlaşma dengesinin sürdürülebilirliğini belirleyen temel unsur firmaların anlaşma dengesi halinde uzun dönemde elde edecekleri getiriyi, aldatma neticesinde kısa dönemde elde edecekleri getiriye tercih etmeleridir. Bu çerçevede, aynı sayıda oyuncunun bulunduğu²³ büyüyen pazarlar, gelecek dönemlerde kârlılığın artacak ve bu nedenle paylaşılacak pastanın büyüyecek olması nedeniyle işbirliği stratejisinin göreceli değerinin daha yüksek olduğu pazarlardır. Bu pazarlarda anlaşmanın sürdürülebilirliği, daralan, bu anlamda gelecekteki anlaşma getirisi azalmakta olan pazarlardan daha kolaydır. Daha uçta bir örnekle açıklanacak olursa, geleceği olmayan bir pazar için firmaların gizli anlaşma düzenine uymalarını temin edecek bir neden de bulunmamaktadır.

Büyüyen pazarlar anlaşma dengesini kolaylaştırır (Ivaldi, 2003a, ss.27-28).

Büyüyen pazarın anlaşma dengesi üzerindeki etkisini göstermek üzere iki firmalı baz model, pazarın her dönem b oranında büyüdüğü varsayımıyla revize edildiğinde, firmaların işbirliği ve aldatma stratejisi doğrultusunda elde edecekleri getiriler ve bu getiriler bakımından anlaşma dengesinin sağlandığı kritik iskonto değeri:

İşbirliği Stratejisinin Getirisi > Aldatma Stratejisinin Getirisi

$$\frac{\pi^M}{2} + \delta(1+b)\frac{\pi^M}{2} + \delta^2(1+b)^2\frac{\pi^M}{N} + \dots > \pi^M + \delta(1+b)0 + \dots$$

$$\frac{\pi^M}{2} \{1 + \delta(1+b) + \delta^2(1+b)^2 + \dots\} > \pi^M$$

$$\delta > \delta^*(b) \equiv \frac{1}{2(1+b)}$$

²³ Pazarın büyümesi ile pazara yeni oyuncu girişi olması halinde, ulaşılan sonuç tamamen değişebilecektir. Zira, çalışmanın “giriş engelleri” bölümünde yeni girişin etkisinin anlaşma dengesinin zorlaşması olduğu ortaya konulmuştur. Çalışmada, parametrelerin etkisi *ceteris paribus* varsayımı altında ele alınmaktadır.

Yukarıda işbirliği stratejisinde, her dönem için iskonto değeri δ , $(1+b)$ ile çarpılmakta, bu suretle fiili olarak anlaşma getirisini bugüne taşımada uygulanan iskonto değeri yükselmektedir. Iskonto değerinin, geleceğe verilen değeri ölçen bir parametre olduğu dikkate alındığında, büyüyen pazarın etkisinin, firma nezdinde geleceğin değerini artırmak olduğu görülmektedir. Bu çerçevede, büyüyen pazarlar bakımından daha düşük iskonto değerlerinde gizli anlaşma dengesinin sürdürülmesi mümkün hale gelecektir.

Gizli anlaşma dengesinin sürdürülmesi bakımından eşik olan kritik iskonto değeri, δ^* , b 'nin artışı ile azalmakta olduğu noktasından hareketle de, anlaşma dengesinin sürdürülebilirliğinin büyüyen pazarlarda kolaylaştığı gösterilebilecektir.

2.1.6. Talep Dalgalanmaları

Talep dalgalanmalarının olduğu piyasalarda, yüksek talep –ekonomik canlılık- dönemlerinde, anlaşma dengesinin sürdürülmesi zorlaşmaktadır. Zira bu dönemlerde aldatmanın, ortalama talep aynı kalacağından uzun dönem maliyeti değişmezken kısa dönem getirisi artmaktadır. Bu anlamda ekonomik canlılık dönemi, firmanın tek seferlik toplu sipariş ile karşı karşıya kalması gibi bir etki yaratacak, bu siparişi karşılama isteği aldatma motivasyonunu artıracaktır.

Talep ve konjonktür dalgalanmaları anlaşma dengesini zorlaştırır (Ivaldi vd., 2003a, ss.29-30).

Talep dalgalanmalarının anlaşma dengesi üzerine etkisi Rotenberg ve Saloner tarafından geliştirilen modelde (Rotenberg ve Saloner, 1986), talebin her dönem eşit ihtimalle ($\rho = \frac{1}{2}$) düşük ($D^-(1-\varepsilon)D$) veya yüksek ($D^+(1+\varepsilon)D$) olduğu, dolayısıyla beklenen ortalama talebin değişmediği varsayımı altında gösterilmiştir. İki firmalı baz modelde işbirliği stratejisinin beklenen bugüne indirgenmiş getirisi:

$$V = \frac{\pi^M}{2} + \delta \frac{\pi^M}{2} + \delta^2 \frac{\pi^M}{2} + \dots = \frac{\pi^M}{2} (1 + \delta + \delta^2 + \dots) = \frac{1}{1-\delta} \frac{\pi^M}{2}$$

Anlaşma dengesi, aldatma sonucunda tetiklenecek fiyat savaşları –modelde sıfır kar- dolayısıyla aldatmanın uzun dönemli maliyeti aldatmanın kısa dönem net getirisinden yüksek olduğu sürdürülecektir. Gelecekteki fiyat savaşları, anlaşmanın gelecekteki beklenen getirisini azaltacaktır.

Aldatmanın kısa dönem net getirisi²⁴:

$$\text{Talep yüksek olduğunda } (D^+ = (1 + \varepsilon)D): (1 + \varepsilon) \frac{\pi^M}{2}$$

$$\text{Talep düşük olduğunda } D^- = (1 - \varepsilon)D: (1 - \varepsilon) \frac{\pi^M}{2}$$

Bu çerçevede anlaşma dengesi ancak bugün talep yüksek ve buna rağmen aldatmanın kısa dönem getirisi uzun dönem maliyetinden küçükse sürdürülebilir:

Aldatmanın Maliyeti (\sim İşbirliği Stratejisinin Getirisi) $>$ **Aldatmanın Net Getirisi**

$$\delta \frac{\pi^M}{2} + \delta^2 \frac{\pi^M}{2} + \dots > (1 + \varepsilon) \left(\pi^M - \frac{\pi^M}{2} \right)$$

$$\frac{\delta}{1 - \delta} \frac{\pi^M}{2} > (1 + \varepsilon) \frac{\pi^M}{2}$$

$$\delta > \delta^* \equiv \frac{1 + \varepsilon}{2 + \varepsilon}$$

Yukarıda gizli anlaşma dengesinin sürdürülmesi bakımından eşik olan kritik ıskonto değeri, δ^* , ε 'nin artışı ile artmaktadır. Talep dalgalanmasının büyüklüğü ölçüsünde, özellikle talebin yüksek olduğu dönemlerde, gizli anlaşma dengesinin sürdürülmesi zorlaşmaktadır. Buradaki analiz mevsimsel ve konjonktür dalgalanmalara da benzer şekilde uygulanabilecektir. Mevsimsel/konjonktür dalgalanmanın olduğu pazarlarda talebin yükseldiği dönemde aldatmanın kısa dönem getirisi yükselirken, maliyeti cezalandırma talebin düşük olduğu dönemde başlayacağından azalacaktır. Bu öngörü aldatmayı cazip kılmak suretiyle anlaşma dengesinin sürdürülmesini zorlaştıracaktır. Dolayısıyla talep dalgalanmasının rasgele olmaması hali aldatmanın maliyetinin rasgele durumuna göre daha düşük olacağı öngörüsünü besleyeceğinden, anlaşma dengesinin sürdürülmesini daha fazla zorlaştıracaktır. Benzer yaklaşımla, anlaşma dengesinin sürdürülmesi durgunluk dönemi başlangıcında, talep hala yüksek ancak düşme eğilimindeyken zorlaşacaktır. Her hâlükârda, anlaşma dengesinin sürdürülmesi talep dalgalanması varlığında olmadığı duruma kıyasen daha zorlaşmaktadır.

²⁴ Aldatmanın kısa dönem net getirisi: aldatmanın kısa dönem getirisi (π^M)- işbirliğinin kısa dönem getirisi $\left(\frac{\pi^M}{2}\right) = \frac{\pi^M}{2}$

2.1.7. Yenilikçi Pazar Yapısı

Yenilikçi pazarlarda anlaşma dengesinin sürdürülmesindeki temel zorluk, inovasyonun firmaya önemli rekabetçi avantaj sağlayacak olması, bunun anlaşmanın sürdürülmesi ile temin edilmesi beklenen gelecekteki getirinin görece önemini ve gelecekteki cezalandırmanın imkân ve kapsamını daraltarak aldatmanın firma nezdinde yaratacağı maliyeti düşürmesidir.

Yenilikçi pazar yapısı anlaşma dengesini zorlaştırır (Ivaldi vd., 2003a, ss.33-34).

İki firmalı baz modele, pazarda firmalardan herhangi birinin ρ ihtimalle önemli bir yenilik yapacağı, bu yenilik sonucunda rakiplerini pazardan dışlayacağı dolayısıyla pazarın tamamını ele geçireceği varsayımları eklemek suretiyle yenilikçi pazar yapısının anlaşma dengesi üzerindeki etkisi aşağıdaki şekilde formüle edilebilir.

Pazarda yenilik olması halinde yeniliği yapan firmanın gelecekteki beklenen getirisi ile gösterilirse ve yenilik olmadığı sürece firmaların anlaşma kararını paylaşacağı düzende, her dönem için getiri üç ihtimalle (i.firmanın inovasyonu gerçekleştirmesi hali- beklenen getiri: V^I , ii. Rakibin inovasyonu gerçekleştirmesi hali- beklenen getiri:0, iii. Inovasyonun gerçekleşmemesi hali- beklenen getiri: $\frac{\pi^M}{2}$) ağırlandırılarak **işbirliğinin beklenen getirisi V^{co}** , şu şekilde formüle edilebilecektir:

$$V^{co} = \frac{\pi^M}{2} + \delta \left[\frac{\rho}{2} V^I + \frac{\rho}{2} 0 + (1 - \rho) \frac{\pi^M}{2} \right] + \delta^2 (1 - \rho) \left[\frac{\rho}{2} V^I + \frac{\rho}{2} 0 + (1 - \rho) \frac{\pi^M}{2} \right] + \delta^2 (1 - \rho)^2 \left[\frac{\rho}{2} V^I + \frac{\rho}{2} 0 + (1 - \rho) \frac{\pi^M}{2} \right] + \dots$$

$$V^{co} = \frac{\pi^M}{2} \left(\frac{1}{1 - \delta(1 - \rho)} \right) + \delta \frac{\rho}{2} V^I \left(\frac{1}{1 - \delta(1 - \rho)} \right)$$

Aldatma stratejisinde ise, ilk dönem tekel karını elde edecek olan firma devam eden dönemlerde inovasyonu gerçekleştirmediği sürece fiyat savaşı nedeniyle sıfır kar elde edecek, inovasyonu gerçekleştirirse V^I 'yi temin edecektir. Bu çerçevede **aldatma stratejisinin getirisi, V^D** :

$$V^D = \pi^M + \delta \left[\frac{\rho}{2} V^I + \frac{\rho}{2} 0 + (1 - \rho) 0 \right] + \delta^2 (1 - \rho) \left[\frac{\rho}{2} V^I + \frac{\rho}{2} 0 + (1 - \rho) 0 \right] + \delta^2 (1 - \rho)^2 \left[\frac{\rho}{2} V^I + \frac{\rho}{2} 0 + (1 - \rho) 0 \right] + \dots$$

$$V^D = \pi^M + \delta \frac{\rho}{2} V^I \left(\frac{1}{1 - \delta(1 - \rho)} \right)$$

Firmaların işbirliği ve aldatma stratejisi doğrultusunda elde edecekleri getiriler ve bu getiriler bakımından anlaşma dengesinin sağlandığı kritik iskonto değeri:

İşbirliği Stratejisinin Getirisi (V^C) > Aldatma Stratejisinin Getirisi V^D

$$\frac{\pi^M}{2} \left(\frac{1}{1-\delta(1-\rho)} \right) + \delta \frac{\rho}{2} V^I \left(\frac{1}{1-\delta(1-\rho)} \right) > \pi^M + \delta \frac{\rho}{2} V^I \left(\frac{1}{1-\delta(1-\rho)} \right)$$

$$\delta > \delta^*(\rho) \equiv \frac{1}{2(1-\rho)}$$

Kritik iskonto değeri, δ^* , önemli inovasyon gerçekleşmesi ihtimali ρ 'nin artışı ile artmaktadır. Anlamı, yenilikçi pazarların bu özelliği ölçüsünde anlaşma dengesinin sürdürülmesi zorlaşmaktadır. Benzer analiz yeniliğin giriş yerleşik firmalar tarafından değil, pazara yeni giriş yapacak potansiyel bir rakip tarafından gerçekleştirilmesi halinde de geçerlidir. Zira, her durumda yenilik ihtimali işbirliğinin gelecekteki beklenen getirisini aşındıracaktır. Bu çerçevede yenilik ne denli ihtimal dâhilindeyse, anlaşmanın sürdürülmesi de o denli zorlaşacaktır.

2.1.8. Asimetri (Maliyet, Iskonto değeri)

Anlaşma dengesi bakımından firmaların anlaşma parametrelerinde ortak bir kavrama ve anlayışa varması, bu anlamda anlaşmanın çerçevesinin belirlenmesi gerekmektedir. Açık anlaşmalar özelinde bunun gerçekleştirilmesi, firmalar yapısal veya davranışsal açıdan farklılaşsa da görece kolaydır. Nitekim firmalar iletişime dayalı olarak anlaşmayı kurgular. Ancak gizli anlaşmanın kurulması ve sürdürülmesi özellikle firmalar arasında asimetri söz konusu olduğunda daha da zorlaşmaktadır. Zira eşitler arasında gerek daha az belirsizlik gerekse daha az bireysel farklılık söz konusu olacağından anlaşma dengesinin kurulması ve sürdürülmesi daha kolay olacaktır.

Firmaların maliyet bakımından farklılaştığı durumda, anlaşma fiyatında belirsizlik oluşabilecek, etkin firma diğer firmaların sürdürmeyi istedikleri fiyattan daha düşük fiyatta anlaşmanın sürdürülmesini isteyebilecektir. Zira etkin firma için kar daha düşük bir fiyat seviyesinde maksimum kılınmaktadır. Maliyetin farklılaşması, anlaşma parametrelerinin belirlenmesi ve bu parametrelerde koordinasyonun sağlanmasını zorlaştırır. Bunun yanı sıra, etkin firma bakımından aldatma,

kar marjı daha yüksek olduğundan diğer firmalara nazaran daha fazla getiri sağlayan bir strateji olacaktır. Ayrıca, etkin olmayan firmaların etkin firmayı cezalandırma imkân ve kapsamı da dar olacaktır. Örneğin etkin firmanın aldatması sonrası, bir fiyat savaşında etkin olmayan firmaların etkin rakipleri üzerinde önemli maliyet yaratması ihtimali azalmaktadır. Etkin firma bakımından aldatmanın maliyeti düşük olacağından, anlaşmanın sürdürülmesini teminen etkin firmaya daha yüksek pazar payı yani anlaşma getirisinden daha büyük pay verilmesi gibi bir yöntem benimsenebilecektir. Dolayısıyla asimetri anlaşmanın kurulabilmesini teminen anlaşmanın odak parametrelerinin belirlenmesinde dikkate alınması gereken bir unsurdur.

İskonto değeri, daha önce de ifade edildiği üzere, firmaların geleceğe verdikleri değeri ifade etmekte, daha yüksek iskonto değeri gelecekteki getirinin firma nazarında daha değerli olduğu anlamını taşımaktadır. Bu bağlamda, finansal zorluk içerisindeki firmaların iskonto değerlerinin düşük olması, bir an önce getiriye ulaşmak arzusunda olmaları beklenmektedir. Bu ölçüde de bu firmaların aldatma ile sağlanacak kısa dönemli getiriye elde etmek üzere aldatma motivasyonu artmaktadır. Havayolları gibi oligopol pazarlarda fiyat savaşlarının tetiklenmesinde firmaların bireysel finansal zorlukla karşılaşmasının bu nedenle önemli rol oynadığı kabul edilmektedir (Busse, 2002, s.299).

Yukarıdaki açıklamalardan hareketle, pazarda maverik firmaların varlığının gizli anlaşma dengesinin sürdürülebilirliği üzerindeki etkisi de açıklanabilecektir. Maverik firma yapısal veya davranışsal olarak pazardaki yerleşik diğer firmalardan farklı, bu anlamda eşitler arasında yer alamayan, dolayısıyla gizli anlaşma düzenine riayet etmesi zor olan firma olarak kabul edilmektedir. Pazarda maverik firmanın varlığı, oyun düzeninde asimetri yaratan, anlaşmanın kurulmasını ve sürdürülmesini zorlaştıran bir unsur olarak belirginlik kazanmaktadır.

Asimetri anlaşma dengesini zorlaştırır (Ivaldi vd., 2003a, ss.37-40).

İki firmalı baz model A firmasının etkin bu anlamda daha düşük maliyete sahip olduğu ($c_A < c_B$), talebin sabit (D) olduğu, firmaların pazarı eşit paylaştığı varsayımları ile genişletildiğinde, firmaların işbirliği ve aldatma stratejisi getirileri doğrultusunda kritik iskonto değerleri aşağıdaki gibi olacaktır.

İşbirliği Stratejisinin Getirisi > Aldatma Stratejisinin Getirisi

Etkin olmayan B firması bakımından:

$$(P - c_B) \frac{D}{2} + \delta(P - c_B) \frac{D}{2} + \delta^2(P - c_B) \frac{D}{2} + \dots > (P - c_B)D + \delta 0 + \dots$$

$$\frac{1}{1-\delta}(P - c_B) \frac{D}{2} > (P - c_B)D$$

$$\delta > \delta^* \equiv \frac{1}{2}$$

B firması ıskonto değeri 1/2den büyük olduğu müddetçe anlaşmaya bağlı kalacaktır. Dolayısıyla etkin olmayan firma bakımından baz model sonucu geçerliliğini korumaktadır.

Etkin A firması bakımından ise:

$$(P - c_A) \frac{D}{2} + \delta(P - c_A) \frac{D}{2} + \delta^2(P - c_A) \frac{D}{2} + \dots > (P - c_A)D + \delta(c_B - c_A)D + \delta^2(c_B - c_A)D + \dots$$

$$\frac{1}{1-\delta}(P - c_A) \frac{D}{2} > (P - c_A)D + \frac{\delta}{1-\delta}(c_B - c_A)D \quad (13)$$

A firmasının aldatma stratejisinin getirisinde, aldatma sonrası dönemler için pozitif getiri söz konusudur. Bunun nedeni, Bertrand fiyat rekabetinde etkin olmayan firmanın -B- fiyat rekabetini kendi maliyetine kadar devam ettirecek olması, etkin firmanın ise $-A-(c_B - \varepsilon)$ fiyat belirleyerek bütün talebi karşılayacak olmasıdır.

Maliyet asimetrisinin A firması bakımından kritik ıskonto değerini nasıl etkileyeceğinin gösterilmesini teminen, $\gamma = \frac{2(c_B - c_A)}{P - c_A}$ olarak tanımlanıp (13)deki denklem çözüldüğünde

$$\delta > \delta^* \equiv \frac{1}{2-\gamma}$$

elde edilecektir. Firmalar eşit maliyete sahip olduklarında A firması için bulunan eşik B firması ile aynı olacak, baz model sonucu her iki firma bakımından sağlanacaktır. Ancak firmaların maliyet asimetrisi ($c_B - c_A$) arttıkça, γ , karşılığında da anlaşmanın sürdürülmesini temin edecek kritik ıskonto değeri yükselecektir. Bu çerçevede, B firması daha düşük kritik ıskonto değeri için anlaşmayı sürdürmeye razı olacak ise de, A firması bakımından bu düşük değerde anlaşma sürdürülebilir değildir. Dolayısıyla bir anlaşma dengesinden bahsedilebilmesi için etkin firma için bulunan kritik ıskonto değerinin aşılması gerekmektedir. Bu durum firmalar arası maliyet asimetrisi arttıkça anlaşma dengesinin

sürdürülebilirliğinin zorlaştığına işaret etmektedir. Böyle bir durumda anlaşma dengesinin, etkin firma daha fazla pay alacak şekilde pazarın paylaşılmasının benimsenmesi ile kurulması söz konusu olabilecektir. Bu yöntem ile etkin firma bakımından işbirliği stratejisi getirisi yükselecek, böylelikle kritik ıskonto değeri azalacaktır.

2.1.9. Çoklu Pazar Etkileşimi

Anlaşma dengesinin eşitler arasında daha kolay sağlanacağı şeklindeki genel kabul, firmaların birden fazla pazarda rekabet halinde olmalarına da genişletilebilecektir. Zira çoklu etkileşim bireysel pazarlardaki asimetriyi yumuşatmakta, firmalar bakımından işbirliği dengesinin sürdürülmesi de bu ölçüde kolaylaşmaktadır. Hatta bu bağlamda çoklu pazar etkileşimi yapısal olarak gizli anlaşmanın sürdürülmesine uygun olmayan pazarlarda da anlaşma dengesinin sağlanması ve sürdürülmesini mümkün kılacaktır.

Diğer taraftan birden fazla pazarda rakiplik hali aynı zamanda fiili olarak etkileşim sıklığını artıran bir unsurdur. Etkileşim sıklığı daha önce belirtildiği üzere, aldatmanın hızla belirlenip tepki geliştirilmesine olanak sağlamakta, bu anlamda cezalandırma mekanizmasını etkin kılan bir unsurdur. Nitekim çoklu pazar etkileşiminde cezalandırma yalnızca aldatmanın gerçekleştiği pazarda kalmayıp diğer pazarlara da aktarılabilir, bu anlamda cezalandırma imkan ve kapsamı genişleyecektir.

Çoklu pazar etkileşimi anlaşma dengesini kolaylaştırır (Ivaldi vd, 2003a, s.49).

İki firmalı baz model iki pazara genişletilip, birinci pazarda A firmasının $s_A = \alpha$, B firmasının $s_B = (1 - \alpha)$; ikinci pazarda ise A firmasının $(1 - \alpha)$, B firmasının α pazar payı olduğu ve anlaşma karının pazar payları ölçüsünde paylaşıldığı varsayımları ile ele alındığında, firmaların yalnızca birinci pazarda rekabet halinde oldukları ve her iki pazarda birlikte rekabet halinde oldukları durumlar için firmaların işbirliği ve aldatma stratejisi getirileri doğrultusunda kritik ıskonto değerleri aşağıdaki gibi olacaktır.

İşbirliği Stratejisinin Getirisi > Aldatma Stratejisinin Getirisi**Birinci Pazar:**

A firması: $\alpha\pi^M + \delta\alpha\pi^M + \delta^2\alpha\pi^M + \dots > \pi^M + \delta\alpha 0 + \delta^2\alpha 0$

$$\frac{1}{1-\delta}\alpha\pi^M > \pi^M \rightarrow \delta > \delta^* \equiv 1 - \alpha = 1 - s_A \quad (14)$$

B firması:

$(1 - \alpha)\pi^M + \delta(1 - \alpha)\pi^M + \delta^2(1 - \alpha)\pi^M + \dots > \pi^M + \delta(1 - \alpha)0 + \delta^2(1 - \alpha)0$

$$\frac{1}{1-\delta}(1 - \alpha)\pi^M > \pi^M \rightarrow \delta > \delta^* \equiv \alpha = s_A \quad (15)$$

Firmaların yalnızca birinci pazarda etkileşimde oldukları varsayıldığında, pazarda anlaşmanın sürdürülebilirliği ancak firmaların ıskonto değerleri (14) ve (15) de yer alan kritik ıskonto değerlerinden büyük olanın üzerinde olduğu sürece sağlanabilecektir. Bu anlamda minimum kritik ıskonto değeri firmalar simetrik, yani modelde eşit pazar payına sahipse ortaya çıkacaktır. Örneğin A firmasının pazar payı $\frac{1}{2}$ 'nin üzerinde ve arttıkça A bakımından kritik ıskonto değeri düşecek ancak B için artacaktır. Anlaşmanın varlığı için firmaların her ikisinin de anlaşmaya dahil olması gerektiğinden B için bulunan daha yüksek kritik ıskonto değeri eşik teşkil edecektir.

Birinci ve İkinci Pazar:

Her iki pazardaki anlaşma getirisinin π^M olduğu varsayılarak çıkarım değişmeden hesaplamalar sadeleştirilebilecektir. Firmalar iki pazarda etkileşim halinde iseler, bu defa strateji getirilerini pazarları toplulaştırarak elde edeceklerdir.

A firması:

$\{\alpha\pi^M + (1 - \alpha)\pi^M\} + \delta\{\alpha\pi^M + (1 - \alpha)\pi^M\} + \dots > (\pi^M + \pi^M) + 0 + \dots$

$$\pi^M + \delta\pi^M + \delta^2\pi^M + \dots > 2\pi^M$$

$$\frac{1}{1-\delta}\pi^M > 2\pi^M \rightarrow \delta > \delta^* \equiv \frac{1}{2}$$

B firması:

$\{(1 - \alpha)\pi^M + \alpha\pi^M\} + \delta\{(1 - \alpha)\pi^M + \alpha\pi^M\} + \dots > (\pi^M + \pi^M) + 0 + \dots$

$$\pi^M + \delta\pi^M + \delta^2\pi^M + \dots > 2\pi^M$$

$$\frac{1}{1-\delta}\pi^M > 2\pi^M \rightarrow \delta > \delta^* \equiv \frac{1}{2}$$

Her iki pazardaki etkileşim, firmaları simetrik hale getirerek anlaşmanın sürdürülmesi eşliğini, firmaların pazar paylarının farklılaşması halinde tek pazarda temin edilemeyecek değere indirgemektedir. Dolayısıyla çoklu pazar etkileşimi, anlaşma dengesinin sürdürülmesini kolaylaştırmaktadır.

$$(P - c_B) \frac{D}{2} + \delta(P - c_B) \frac{D}{2} + \delta^2(P - c_B) \frac{D}{2} + \dots > (P - c_B)D + \delta 0 + \dots$$

$$\frac{1}{1-\delta} (P - c_B) \frac{D}{2} > (P - c_B)D$$

$$\delta > \delta^* \equiv \frac{1}{2}$$

2.1.10. Mevcut Etmenlerin Genişletilebileceği Unsurlar

Bu ana kadar değerlendirilen etmenler pazara ilişkin diğer birtakım unsurlara da genişletilebilecektir. Bu bağlamda örneğin ürün farklılaşması, yani anlaşmaya konu ürünün heterojen olması, firmaların asimetrik olması üzerinden yorumlanabilir. Bunun anlamı ürün farklılaşmasının esasen asimetriye yol açacağı, haliyle asimetride olduğu gibi anlaşma dengesinin kurulması ve sürdürülmesini zorlaştıracaktır²⁵.

Alıcı gücünün varlığı ise etkileşim sıklığıyla özdeşleştirebilecek bir etmendir. Güçlü alıcılar alımlarını toplulaştırmak suretiyle anlaşmayı caydırabilirler. Bunun yanı sıra güçlü alıcının varlığı halinde tekel fiyatlaması imkânı da daralarak, anlaşmanın getirisini azaltacaktır.

Bir diğer etmen olan talep esnekliği ise temelde tüketicilerin fiyatta duyarlılığını teşkil etmekte, fiyat duyarlılığının yüksek olması talep esnekliğinin de yüksek olacağı, fiyat değişimlerine tüketicilerin görece daha fazla tepki vereceği anlamını taşımaktadır. Talep esnekliği anlaşmanın sürdürülmesi noktasında denklemin her iki tarafında da aynı etkiyi yaratacağından nötr sonuç doğuracak olmakla birlikte, anlaşma fiyatının talep esnekliğinin düşük olduğu senaryoya nazaran daha düşük seviyede oluşmasına neden olacaktır. Bu halde talep esnekliğinin yüksek olması anlaşma stratejisinin getirisini azaltacak böylelikle an-

²⁵ Piyasaya sunulan ürünlerin homojen olması, gizli anlaşmanın yalnızca fiyat ve arz miktarı üzerinden yürütülmesini gerektirir. Aynı yönde bkz. (Kahraman, 2008, s.137).

laşma dengesini caydıracak bir etmendir. Talep esnekliği etmeni ürün farklılaşması ve asimetriyle özdeşleştirilebilir. Nihayetinde ürün farklılaşması talep esnekliğinin azalması anlamını taşımaktadır.

Makalenin bu bölümünde aktarılan ve anlaşma dengesini kolaylaştıran veya zorlaştıran temel pazar parametreleri aşağıdaki tabloda özetlenmektedir.

Tablo.1

Tür	Parametre	Etki	
1	Rakip sayısı artışı	Gizli anlaşma dengesini zorlaştırır.	
2	Giriş engellerinin varlığı	Gizli anlaşma dengesini kolaylaştırır.	
3	Etkileşim sıklığı	Gizli anlaşma dengesini kolaylaştırır.	
4	Piyasa şeffaflığı	Gizli anlaşma dengesini kolaylaştırır.	
5	Büyüyen pazar/talep	Gizli anlaşma dengesini kolaylaştırır.	
6	Talep ve konjonktür dalgalanmaları	Gizli anlaşma dengesini zorlaştırır.	
7	Yenilikçi pazar yapısı	Gizli anlaşma dengesini zorlaştırır.	
8	Asimetri (maliyet, ıskonto değeri)	Gizli anlaşma dengesini zorlaştırır.	
9	Çoklu pazar etkileşimi	Gizli anlaşma dengesini kolaylaştırır.	
10	Mevcut etmenlerin genişletilebileceği etmenler	Ürün farklılaştırması	Gizli anlaşma dengesini zorlaştırır.
		Alıcı Gücü	Gizli anlaşma dengesini zorlaştırır.
		Talep Esnekliği	Gizli anlaşma dengesini zorlaştırır.

3. GİZLİ ANLAŞMANIN REKABETİ SINIRLAYICI ANLAŞMALAR REJİMİNDEKİ YERİ

Bilindiği üzere, rakipler arasındaki rekabeti sınırlayıcı anlaşmalar 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi hükmü temelinde ele alınmaktadır. Bu maddeye göre, *belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemleri hukuka aykırı ve yasaktır.* Söz konusu hüküm kapsamında bir ihlalin oluşması için, iki veya daha fazla teşebbüs ile bu teşebbüsler arası koordineli hareketin mevcudiyeti ve nihayet bu koordineli hareketin

piyasadaki rekabeti bozucu etkisi veya amacı bulunmalıdır. Rekabet hukuku bağlamında anlaşma (*agreement*) kavramı, klasik anlamından çok daha geniş yorumlanmakta, tarafların kendini bağlı hissettiği yazılı, sözlü, zımni her türlü irade uyuşması anlaşma olarak kabul edilmektedir. Anlaşmanın mevcudiyeti için önem arz eden husus, tarafların samimi bir şekilde kendilerini taahhütleriyle bağlı hissetmesi ve söz konusu taahhütlerin teşebbüsün pazar davranışlarını kısıtlamış olmasıdır. Bu açıklamalardan da anlaşıldığı üzere, maddenin uygulanması bakımından “anlaşma” kavramı kritik önemdedir. Gizli anlaşma konusunda gerek terminoloji gerekse esasa ilişkin tartışmaların temelinde de uygulamada kritik önemde olmakla birlikte tanımlanması ve uygulamaya alınması oldukça güç olan bu “anlaşma” olgusu yatmaktadır.

“Anlaşma” rekabet hukukunda firma davranışları doğrultusunda ortaya çıkan sonucu değil, firmaların bu sonuca yönelik dâhil olduğu bir süreci tanımlamaktadır. Diğer bir ifadeyle, müdahale ve yaptırımın doğması noktasında genel kabul, piyasada doğan sonucun tek başına yeterli olmadığı, firmaların bu sonuca ulaşmada birlikte dâhil oldukları sürecin belirleyici rol oynaması şeklindedir. Dolayısıyla bir pazarda fiyatların rekabetçi seviyenin -ki bu seviyenin de ne olması gerektiği konusunda da netlik bulunmamaktadır- üzerinde oluşmuş olması durumu mutlak suretle rekabet hukukunun müdahale edebileceği bir “anlaşma”nın varlığına işaret etmemektedir. Mevcut yerleşik uygulamada rekabet hukukunun müdahale edebileceği bir “anlaşma”nın varlığı, ancak firmalar arasında bu sonuca yönelen doğrudan veya dolaylı bir iletişim bulunuyorsa söz konusu olabilmektedir. Yani rekabet hukuku müdahalesi iletişim/irtibat şartı aramaktadır. Bu noktada ise neyin anlaşmaya vücut veren bir iletişim kabul edilip edilemeyeceğinden başlayıp, bu kapsamda elde edilen delillerin ispat gücüne varana dek tartışmalar hem akademinin hem de uygulayıcıların gündeminde kalmaya devam etmektedir.

3.1. “Gizli Anlaşma” Kavramına Yönelik Terminoloji Sorunsalı

Terminoloji bakımından “gizli anlaşma” kavramının yarattığı karışıklık “anlaşma/danışıklık” (*collusion*) ifadesini içermesine dayanmaktadır. Daha önce de ifade edildiği üzere, iktisat teorisi pazarda yaratılan sonuca odaklanmakta, bu bağlamda “gizli anlaşma” veya “açık anlaşma” arasında fark görmemektedir. Ancak, hukuk teorisi bakımından yaratı-

lan bu sonuca müdahale edilip edilemeyeceği, dolayısıyla da sonuçtan ziyade rakiplerin hangi araçlarla ve nasıl anlaşmaya vardığı, yani sürece dâhilleri ön planda olup (Harrington, 2011, s.2), “gizli anlaşma” kavramı bu minvalde bir açıklık sunmamaktadır. Transatlantik antitröst²⁶ terminolojisi dâhilinde burada açıklığın sağlanmasını teminen, iktisatçıların bilinçli paralelliğe işaret eden “gizli anlaşma” (*tacit collusion*) olarak tabir ettiği kavramın yerine “gizli koordinasyon” (*tacit coordination*)” kullanılmasının uygun olacağı, “gizli anlaşma” (*tacit agreement*) kavramının ise ispatının birincil deliller ile sağlanamadığı ancak rekabet hukuku müdahalesinin söz konusu olduğu anlaşmaları karşılamak üzere kullanılması gerektiği görüşü bulunmaktadır (Green vd, 2014).

AB ve Türkiye rekabet hukuku uygulamasında ise yukarıda önerilen *tacit coordination-tacit agreement* ayrımının “uyumlu eylem” kavramı ile karşılandığı görülmektedir. Uyumlu eylem, ABAD tarafından ilk defa *Dyestuff*²⁷ davasında *anlaşma düzeyine ulaşmamakla birlikte, teşebbüslerin rekabetin risklerine karşı bilinçli olarak ikame ettikleri, pratik işbirliği* olarak tanımlanmış, kararda tek başına paralel davranışın uyumlu eylem olarak tanımlanamayacağı da ifade edilmiştir²⁸. ABAD, *Suiker Unie*²⁹ kararında uyumlu eylem kararını rakipler arasındaki temasın birbirlerinin gelecekteki pazar davranışlarına ilişkin belirsizlikleri ortadan kaldırmasına dayanarak vermiştir³⁰. ABAD bu davada rakipler arasındaki ne tür iletişimin birbirlerinin gelecekteki pazar davranışlarına ilişkin belirsizlikleri ortadan kaldıracağını dolayısıyla rekabet hukuku müdahalesinin önünü açabileceğini de açıklamaktadır: *rakipler arasında amacı veya etkisi fiili veya potansiyel bir rakibin pazar davranışını etkilemek veya rakibe kendi varolan veya tahmini davranışını açık etmek olan herhangi doğrudan veya dolaylı iletişim*. ABAD’ın gerek *Dyestuff* gerekse *Suiker Unie* kararında kullandığı her iki uyumlu eylem tanımı da rekabet hukuku müdahalesi bakımından rakipler arasında gelecekteki davranışlarına ilişkin belirsizliği ortadan kaldıracak bir doğrudan veya dolaylı iletişimin olması gerektiğini ortaya koymakta, bilinçli paralelliğin tek başına ihlal teşkil etmeyeceğine işaret etmektedir. Nite-

²⁶ ABD’nin başını çektiği rekabet hukuku uygulamalarını karşılamak üzere kullanılmıştır.

²⁷ Cases 48/69, ICI v. Commission (Dyestuffs) [1972] ECR 619.

²⁸ ICI v. Commission (Dyestuffs) [1972] ECR 619, paragraf 64, 66.

²⁹ Cases 40/73., Suiker Unie v. Commission (Sugar) [1975] ECR 1663.

³⁰ Suiker Unie v. Commission (Sugar) [1975] ECR 1663, paragraf 269

kim, ABAD *Zuchner v. Bayerische Vereinsbank AG*³¹ kararında rakiplerin davranışlarına akıllıca ayak uydurmanın bir teşebbüsü ABİDA md. 101 kapsamına sokmayacağını açık şekilde ifade etmiştir.

ABAD'ın *Dyestuff* ve *Suiker Unie* gibi uyumlu eyleme ilişkin erken dönem kararlarında “uyumlu eylem” ile “anlaşma” arasında bir fark götüğü görülmekle birlikte, *Polypropylene*³² kararı ve sonrası dönemde “anlaşma ve/ya uyumlu eylem” şeklinde ortak vasıflandırma (*joint classification*) yoluna gidildiği, anlaşma ve uyumlu eylem arasındaki farkın ise uygulamada ispat düzeyine indirildiği görülmektedir (Ersoy, 2015, s. 15).

Uyumlu eyleme yönelik Türkiye uygulamasının dayanağını ise 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesinde yer alan “*Bir anlaşmanın varlığının ispatlanamadığı durumlarda piyasadaki fiyat değişmelerinin veya arz ve talep dengesinin ya da teşebbüslerin faaliyet bölgelerinin, rekabetin engellendiği, bozulduğu veya kısıtlandığı piyasalardakine benzerlik göstermesi, teşebbüslerin uyumlu eylem içinde olduklarına karine teşkil eder*” hükmü oluşturmaktadır³³. Bahsi geçen hüküm doğrudan mehz AB mevzuatından alınarak değil, ABAD'ın *Dyestuff* ve *Suiker Unie* kararlarındaki yargılarından hareketle 4054 sayılı Kanun'a derç edilmiştir. Lafzi olarak ilgili hüküm, uyumlu eylem sonucuna herhangi bir iletişim delili olmadan, paralel davranışı gösteren salt iktisadi nitelikli deliller varlığında ulaşılabileceğine, dolayısıyla “gizli anlaşma”yı da kapsayan bir müdahale alanına işaret etmektedir. Nitekim Rekabet Kurulu, Göltaş Çimento³⁴ ve Maya III³⁵ kararlarında iletişim delili olmaksızın paralel

³¹ Case 172/80 *Zuchner v. Bayerische Vereinsbank AG* [1981] ECR 2021.

³² *Polypropylene* [1986] OJ L230/1, paragraf 86.

³³ Kurul muhtelif içtihatlarında bir fiilin uyumlu eylem olarak nitelenebilmesi için gerekli koşulları açıklamıştır. Bunların *ilki*, taraflar arasında genellikle sözlü ya da yazılı şekilde ifade edilen toplantılar, tartışmalar, bilgi değişimi veya araştırmaları içeren olumlu temasların mevcudiyetidir. *İkincisi*, taraflar arasındaki olumlu temasın pazar davranışını etkileme ve özellikle bir teşebbüsün gelecekteki rekabetçi davranışının belirsizliğinin önceden ortan kaldırma amacına yönelik olmasıdır. *Üçüncü* şart ise, ilgili firmaların ticari davranışlarını, tam olarak rekabetçi etkiler tarafından belirlenmeyecek bir şekilde oluşturma ya da değiştirme etkisi olmasıdır. Bu aslında önemli olan hususun teşebbüslerin, rakiplerinin gelecekteki davranışlarını öğrenmeleri ve pazardaki belirsizliğin ortadan kaldırılması olduğuna işaret eder. Kurul, 26.7.2007 T. ve 07-62/742-269 S. Hürriyet Gazete kararı, para. 710-720. Aynı yönde Kurul'un 25.08.2011 T. ve 11-46/1132-397 S. Beyşehir Akaryakıt-LPG kararı; 25.08.2011 T. ve 11-46/1131-396 S. Niksar Akaryakıt-LPG kararı. (Doğan,2017, s. 401).

³⁴ 13.01.2005 ve 05-05/42-17 sayılı Rekabet Kurulu kararı

³⁵ 23.9.2005 tarih ve 05-60/896-241 sayılı Rekabet Kurulu kararı

davranışı ortaya koyan iktisadi deliller üzerinden uyumlu eylem karinesini çalıştırmış, teşebbüslerin oligopolistik bağımlılık savunması da kabul edilmeyerek³⁶ ihlalde buldukları sonucuna varılmıştır³⁷. Dolayısıyla bahsi geçen kararlarda iletişime ihtiyaç duyulmadan Türkiye rekabet hukukuna özgü “uyumlu eylem karinesi” uygulaması ile ihlal sonucuna ulaşılmıştır. Diğer taraftan, AB uygulaması ile paralel Gazete³⁸, Ege Çimento II³⁹ ve Ege Hazır Beton I⁴⁰ kararlarında ise Kurul paralel davranışı gösteren iktisadi delillerin yanı sıra iletişim delillerinin varlığı ile uyumlu eyleme hükmetmiştir. Bu yaklaşımın kararlarda ağırlıklı olarak kabul edilen yaklaşım olduğu, buna bağlı olarak Türkiye yaklaşımının AB yaklaşımı ile aynı doğrultuda olduğu ifade edilebilecektir. Bu itibarla da “uyumlu eylem”in Türkiye ve AB uygulamasında yukarıdaki ABD ayırımıda “*tacit agreement*”ı karşılamak üzere kullanıldığı anlaşılmaktadır.

“Gizli anlaşma”ya ilişkin olarak yukarıda yer verilen genel terminolojik belirsizliğin Türkçe kullanım bakımından daha da fazla olduğu görülmektedir. Belirsizliği Türkçe bakımından artıran husus, hem “*collusion*” hem de “*agreement*” kavramının Türkçeye “anlaşma” olarak çevriliyor olmasıdır. Dolayısıyla hem “*tacit collusion*” hem de “*tacit agreement*” Türkçeye “gizli anlaşma” olarak geçmekte, “gizli anlaşma”nın

³⁶ Göltaş Çimento ve Maya-III kararlarında oligopolistik bağımlılık savunmasının ilgili teşebbüslerin kartel şüphesiyle Kurul tarafından geçmişte birçok kez incelemeye tabi tutulması ve bu incelemeler dolayısıyla aralarındaki anlaşmaya ilişkin geride iletişim delili bırakmayacakları varsayımından hareketle kabul edilmediği anlaşılmaktadır. Dolayısıyla Kurul bakımından ihlal sonucuna ulaşılmasında salt paralel hareket değil, sektörlerin ve teşebbüslerin geçmiş davranışlarının belirleyici olduğu ifade edilebilir. Aynı yönde bkz. (Doğan, 2017, s. 405-406).

³⁷ Kurulun bahsi geçen kararlarında ihlal sonucuna iletişim deliline ihtiyaç duymadan varmış olması, anlaşmanın ortaya konulması bakımından iletişime dayanan mevcut yerleşik yasal çerçevenin dışına çıkan, bu anlamda da “gizli anlaşma” dengesini de müdahale edilebilir kılan bir yaklaşım olup, bu yaklaşım kanaatimizce uygulama bütünlüğü ve sonuçları bakımından sakıncalıdır. Konuya ilişkin detaylı değerlendirmeye Çalışmanın gizli anlaşmaya yönelik esasa ilişkin yaşanan belirsizliklerin ele alındığı 3.2. bölümünde yer verilmektedir.

³⁸ 17.07.2000 tarih ve 00-26/291-161 sayılı Rekabet Kurulu kararı

³⁹ 02.12.2004 tarih ve 04-77/1108-277 sayılı Rekabet Kurulu Kararı (soruşturmacı üye nedeniyle iptali üzerine alınan 19.10.2006 tarih ve 06-77/992- 287 sayılı Rekabet Kurulu kararı)

⁴⁰ 02.12.2004 ve 04-77/1109-278 sayılı Rekabet Kurulu kararı (soruşturmacı üye nedeniyle iptali üzerine alınan 19.10.2006 tarih ve 06-77/991- 286 sayılı Rekabet Kurulu kararı)

hangisini karşılamak üzere kullanıldığı ortadan kalkmaktadır. Kanaatimizce “collusion” ifadesinin Türkçeye “danışıklık” olarak çevrilmesi, “anlaşma” kavramının yalnızca “agreement” terimini karşılamak üzere kullanılması Türkçeye özgü bu terminoloji sorununu önemli ölçüde giderecektir. Zira “açık danışıklık” (explicit collusion) ve “gizli danışıklılık” (tacit collusion) ayrımı, rekabet hukuku müdahalesi bakımından da belirleyici nitelik kazanmış olacak, böylelikle “açık danışıklık” rekabet hukukunun müdahale alanındaki “anlaşma ve uyumlu eylemleri” karşılayacaktır.

3.2. “Gizli Anlaşma” Kavramına Yönelik Esas Sorunsalı: İhlal mi?

İktisadi bir kavram olan “gizli anlaşma”, firmaların pazarda süregelen rekabete (dinamik etkileşim) bağlı olarak kendi pazar davranışlarını rakiplerinin geçmiş ve cari davranışlarından yola çıkarak oluşturdukları geleceğe ilişkin öngörülerini doğrultusunda belirlemelerine bağlı olarak pazarda ortaya çıkan koordinasyondur. Bu koordinasyon sonucunda ise pazarda rekabetin sınırlandığı bir denge oluşmakta ve bu denge devam etmektedir. Rekabetin sınırlandığı dengeden kasıt, rakiplerin aralarında rekabet hukuku anlamında bir “anlaşma” olmaksızın bilinçli olarak rekabet etmekten kaçınmaları, dolayısıyla fiyatların rekabetçi seviyenin üzerinde, arzın rekabetçi seviyeden düşük oluşmasıdır. Bu durum hem tüketici refahı kaybı hem de dar gelirli sınıfa sebebiyet vererek toplumsal refahı azaltır⁴¹. Piyasada ortaya çıkan sonuç bakımından kartel ile aynı sonucu doğuran gizli anlaşma, rekabet karşıtı anlaşmanın mevcudiyeti için aranan iletişim şartının mevcut olmaması sebebiyle teşebbüsler arası rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalar rejiminin müdahale alanına girmektedir. İşte tam da bu noktada esasa ilişkin yoğun tartışmalar ortaya çıkmaktadır.

Gizli anlaşmanın rakipler arası anlaşmalar rejiminde nerede konumlandırılması ve nasıl mücadele edilmesi gerektiği konuları rekabet hukukunun başlangıcından bu yana muğlaklığını korumaktadır. Posner (1969, s.1562) bu durumu “antitrust politikalarının sürekli ve zor prob-

⁴¹ Daha önce de ifade edildiği üzere, iktisadi açıdan rekabetin kısıtlanması sonucu bakımından koordinasyonun gizli veya açık anlaşma sonucunda gerçekleşmesi arasında fark bulunmazken, hukuki açıdan bu ayrım mevcut yasal çerçevenin rekabet hukuku müdahalesi bakımından iletişime dayalı anlaşmanın ortaya konulmasını öngörüyor olması nedeniyle önem arz etmektedir.

lemi” olarak nitelemiş, günümüze yaklaşıldığında bu tespitin haklılığı OECD (1999) tarafından 1999 yılında “*firmaların karşılıklı bağımlı olduklarını bilmeleri durumunda rekabet otoriteleri bu firmaları, işbirliğine/koordinasyona yönelik türlü yollar bulmak yerine rekabet etmeye nasıl yöneltebilir?*” sorusu ile ortaya konulmuştur. Konu günümüzde de önemli bir gündem maddesi olmaya devam etmekte, firmaların oligopol⁴² pazarlarda toplumsal açıdan tercih edilmeyen bir “anlaşma” sonucunu rekabet kurallarını ihlal etmeden yaratabilmelerinin rekabet hukukundaki potansiyel bir uygulama boşluğundan mı kaynaklandığı konusundaki endişeler sürmektedir (OECD, 2015, s. 3). Harrington (2005, s.6) ise boşluğun, açık ve gizli anlaşmayı birbirinden keskin şekilde ayıran rekabet hukuku uygulaması ile genel olarak bu ayırımı bulunmayan iktisat teorisi arasında olduğunu ifade etmektedir. Nerede konumlandırılması gerektiği noktasında bir fikir birliği bulunmayan gizli anlaşmaların ihlal teşkil ettiği ve karteller gibi cezalandırılması gerektiği yönünde görüşler (Posner 2001, s.95) bulunduğu gibi, kesinlikle ihlal olmadığı müdahale edilemeyeceği yönünde de görüşler (Van Den Bergh ve Camesasca, 2012, s.164) bulunmaktadır.

3.2.1 Rekabet İhlali Teşkil Ettiği Yönündeki Görüşün Temel Dayanakları

Gizli anlaşmaya rekabet hukuku müdahalesinin gerekli olduğu görüşünü savunanların *muhtelif* gerekçeleri bulunmaktadır. *İlk olarak*, gizli anlaşma yarattığı sonuç itibarıyla kartellerden farksızdır. Rekabet hukukunun amacının rakipler arasında etkin rekabetin korunması yoluyla toplumsal refahın çoklaştırılması olduğu dikkate alındığında, karteller rekabet hukukunda en vahim ihlal türü kabul edilmesine rağmen gizli anlaşmanın farklı bir yaklaşımla ele alınması rekabet hukukunun amacıyla çelişecektir. Üstelik rekabet hukukunun toplumsal refahı çoklaştırma nihai amacına ulaşmada tüketici refahını öncelmesi gerektiği görüşünün ağırlık kazanıyor olması da, bu yaklaşımı güçlendirir niteliktedir. Bunun nedeni, tüketici refahının ölçüt kabul

⁴² Oligopol pazarlar, literatürde firma davranışlarının rakipleri üzerinde etki doğurduğu, dolayısıyla görece az sayıda firmanın domine ettiği pazarlar olarak ele alınmaktadır. Bu tanımlama çerçevesinde yoğunlaşma düzeyi yüksek, az sayıda firmanın domine ettiği bir pazarda çok sayıda küçük oyuncunun olması pazarın oligopol niteliğini ortadan kaldırmamaktadır.

edilmesi halinde, çok düşük fiyat artışlarının dahi kayda değer endişe yaratmasıdır. Zira gizli anlaşmaya bağlı toplam refah kaybı, üretici karları artışından dolayı tüketici refah kaybından her zaman daha düşük olmaktadır. Dolayısıyla tüketici refahını ölçüt alan bir rekabet politikası optimalde daha müdahaleci olmayı gerekli kılmakta, bu ise gizli anlaşmaya müdahale gereksinimini körüklemektedir (Kaplou, 2013, ss.219-220).

İlk gerekçeyle ilintili *ikinci gerekçe* ise, oligopol piyasa yapılarının görülme sıklığının artmasıdır. Bu da haliyle problemin toplam refaha yansıyan olası olumsuz etkisini artırmaktadır. Teknolojik gelişmelerin hız kattığı küreselleşme süreci, birçok sektörde konsolidasyonu artırmakta, piyasalar dev küresel oyuncuların domine ettiği oligopol yapılarına dönüşmekte, bu yapı güç kazandıkça da gizli anlaşma dengesine ilişkin refah kaybı endişelerinin daha fazla gündeme geldiği, müdahale çağrılarının yoğunlaştığı görülmektedir. Gizli anlaşmaya rekabet hukuku müdahalesinin gerekli olduğu görüşündeki *üçüncü* argüman ise doğrudan piyasaların dijitalleşme olgusuyla ilintilidir. Dijital platformların sahip oldukları veri ve algoritmik fiyatlandırma yapma yeteneği önem arz etmektedir. Çok farklı kaynaklardan temin edilen verilerin anlamlı ve işlenebilir hale gelmesine imkân veren, Büyük Veri olarak tabir edilen bilgilerin firmalarca fiyat optimizasyonlarında algoritmalar vasıtasıyla yaygın olarak kullanılmaya başlanması, e-ticaretin yaygınlaşmasıyla fiyatların gerek tüketiciler gerekse firmalar tarafından kolaylıkla takip edilebilir hale gelmesi piyasaları şeffaflaştıran önemli bir gelişmedir. Bu durum mal ve hizmet piyasalarında gerek açık gerekse gizli anlaşma olanaklarını genişleten bir durum olarak belirginlik kazanmaktadır. Bu çerçevede örneğin, firmalar rakiplerinin fiyatlarını rahatlıkla izleyebilmekte ve daha sık aralıklarla fiyat değişimlerine gidebilmektedir (European Commission, 2017). Dolayısıyla daha önce pazarın şeffaf olmamasına bağlı olarak sürdürülmesi zor bir danışıklığın hayata geçirilmesi ve sürdürülmesi kolaylaşmaktadır. Buna bağlı olarak ayrıca, günümüze kadar büyük ölçüde az oyunculu –oligopol- piyasalarda oluşacağı öngörülen danışıklık, yaratılan şeffaflık koordinasyon problemlerini hafifleteceğinden daha fazla oyunculu piyasalar için de mümkün hale gelmektedir⁴³. Bu çerçevede algoritmalarından kaynaklı

⁴³ Teşebbüslerin fiyatlandırma algoritması kullanması ihlal olarak kabul edilen rekabet karşıtı anlaşma ile ihlal teşkil etmeyen gizli danışıklı ilişki arasındaki gri alanı genişletmekte ve rekabetçi seviyenin üzerinde fiyatlandırma yapmak suretiyle, rekabet karşıtı anlaşma olmaksızın, karlarını artırabilme yeteneğine kavuşmaktadır. (Doğan, 2017, s. 423).

bir fiyat paralelliği sonucunda oluşan bir anlaşma dengesinin rekabeti sınırlayıcı anlaşmalar rejiminde nasıl ele alınacağı konusundaki tartışmalar, anlaşma kavramının uygulama alanı belirsizliği üzerinden “gizli anlaşma” ve “açık anlaşma” eksenlerinde son dönemlerde artan önemle gündemde yer almaya başlamıştır (OECD, 2017)⁴⁴.

Dördüncü olarak, karteller tespit edilmemek üzere zaman içerisinde gizli yöntemlere başvurmaya başlamış ve arkalarında irtibat delili bırakmama kabiliyetlerini güçlendirmiştir. Bu da aslında, rekabet hukuku araçlarının yukarıda yer verilen refah kaybı endişesini gidermekte yeterliliğinin sorgulanmasına sebebiyet vermektedir. Rekabet hukuku birçok ülkede uzun yıllardır uygulanmakta olan bu anlamda köklü bir hukuk dalıdır. Uygulamanın ilk yıllarında rakipler arasındaki rekabeti sınırlayıcı anlaşmalar kolaylıkla ve doğrudan delillerle ispat edilebilirken, zaman içerisinde karteller faaliyetlerini gizli olarak sürdürmeye başlamışlar, dolayısıyla doğrudan hatta dolaylı delillere ulaşmak da daha zor bir hal almıştır⁴⁵. Şu halde, kartellerin günümüz teknolojik imkânları ile paralel olarak kendini iz bırakmadan gizleme yeteneği ve karşılığında rekabet otoritelerinin uygulamalarında hukuki belirlilik, öngörülebilirlik gibi şartları sağlamak sorumluluğu olmasının etkisiyle görece daha dar kapsamlı ve yavaş gelişen inceleme araç ve yöntemleri dikkate alındığında, doğrudan veya dolaylı iletişim delil olmadığında “gizli anlaşma dengesi” sonucu ile yetinmek bir yeraltı kartelin faaliyetlerine göz yumulması anlamını taşımayacak mıdır? (Posner, 1975, ss.903-904). Dolayısıyla firmaların gizlilikle yürüttükleri bir açık anlaşma, “gizli anlaşma” kalkanı ile mi korunacaktır? Bu argümanın devamında, gizli anlaşmanın ihlal kabul edilmemesi durumunda teşebbüslerin açık anlaşmalar yerine gizli anlaşma dengesinin kurulması ve sürdürülmesini temin edecek stratejileri tercih edecekleri, bu stratejilerin zaman içerisinde endüstri normu haline gelebileceği ve bu şekilde piyasaların gizli anlaşma dengesi üretecek şekilde yapılandırılabilirliği de ifade edilmektedir⁴⁶. Bu bağlamda, AB rekabet hukuku uygulamasında anlaşmanın “uyumlu eyleme” genişletilmesinde esasen bu tartış-

⁴⁴ Bkz. (Doğan, 2017, ss. 389-433); (Doğan, 2018, s. 445-454).

⁴⁵ Joshua ve Jordan (2004, ss.654-655)

⁴⁶ Bu eksenlerdeki tartışmalar günümüzde Büyük Veri ve algoritmaların şekillendirdiği pazar yapısının gizli anlaşma dengesi üretme potansiyeli üzerinden artarak devam etmektedir. Bkz. Ezrachi ve Stucke (2018); Doğan, C. (2017, s. 389-433); Doğan, C. (2018, s. 445-454).

maların da etkili olduğu ifade edilebilir. Nihayetinde uyumlu eylem doktrini, doğrudan delillerle ortaya konulamayan ancak kolaylaştırıcı eylemler gibi firmalar arasında doğrudan veya dolaylı bağlantı/iletişim yaratan birtakım firma uygulama veya davranışlarının, rakiplerin gelecekteki davranışları üzerindeki belirsizliği azalttığı ve bu suretle rekabeti sınırlayıcı bir anlaşmanın kurulmasını sağladığını konu almaktadır (Soames, 1996). Uyumlu eylem doktrini ile firma davranışları ve çerçevesinde gelişen firmalar arası bağlantılar esasen anlaşmaya dayanak teşkil eden irtibat yani iletişim delili kabul edilmek suretiyle rekabet hukuku müdahalesinin önü açılmaktadır.

Uyumlu eyleme yönelik içtihatla ise esas tartışma olağan irtibat/iletişim delilinin elde edilemediği, firma davranışlarının kolaylaştırıcı eylem niteliğinin ortaya konulmadığı ancak iktisadi olarak ilgili piyasadaki fiyat oluşumunun ve fiyatlama davranışlarının arz, talep, maliyet ve benzeri nedenlerle açıklanamadığı durumlarda uyumlu eylem sonucuna ulaşıp ulaşılamayacağını konu almaktadır. Bu çerçevede, gizli anlaşmayı konu alan tartışmaların günümüzde iktisadi delillerin tek başına bir ihlali ortaya koyup koyamayacağı ekseninde yoğunlaştığı görülmektedir. Bilgi ve internet teknolojilerindeki gelişmelerin gebe olduğu, firmaların stratejik şekilde Büyük Veri ve algoritmalar aracılığıyla pazar davranışlarını anlaşma dengesi oluşturacak şekilde geliştirebileceğine yönelik artan kaygılar eşliğinde (Ezrachi ve Stucke, 2016), rekabet hukuku müdahalesinde iletişim yerine davranışların öncelenmesi gerektiği görüşleri dillendirilmekte ve anlaşmaya varmada iletişimin gerekli şart olmadığı öne sürülmektedir (Andreoli-Versbach ve Franck, 2015). Bu çerçevede de iktisadi analiz ve delillerin firmaların rekabeti sınırlamaya yönelik davranışlarını açığa çıkarmada kullanılabileceği ifade edilmektedir (Andreoli-Versbach ve Franck, 2015).

Uyumlu eylem doktrini bakımından Türkiye özelinde bu alandaki tartışma, mehz AB mevzuatında yer almayan, ispat yükünün “uyumlu eylem karinesi” çalıştırılarak firmalara yüklenmesi dolayısıyla ihlal varsayımında bulunulup bulunulamayacağı ekseninde yoğunlaşmaktadır. Uyumlu eylem karinesi, lafzi olarak gizli anlaşmaya genişleyebilecek bir müdahale alanına işaret etmektedir. Nitekim Rekabet Kurulu Göltaş Çimento ve Maya III kararlarında yerleşik uygulamanın dışına çıkarak herhangi bir iletişim delili olmadan “uyumlu eylem karinesi”ni

çalıştırmış, teşebbüslerin oligopolistik bağımlılık⁴⁷ savunmalarını kabul etmeyerek ihlal sonucuna ulaşmıştır⁴⁸. Dolayısıyla ilgili dosyalarda ispat standardı fiyat-maliyet analizine indirgenmiş, iktisadi delil eliyle ihlal sonucuna ulaşılmıştır. Rekabet müdahalesine olanak sağlayacak iletişim deliline ulaşılamamışken pazar yapısı ve işleyişi dâhilinde oluşabilecek (tek taraflı) firma davranışları temelinde ihlale karar verilebilmesi, rekabet hukukunun anlaşmaya yönelik uygulama alanını genişleten, salt bilinçli paralelliğin dolayısıyla gizli anlaşmanın da ihlal kabul edilmesine varabilecek bir süreci beslemektedir.

3.2.2. Rekabet İhlali Teşkil Etmediği Yönündeki Görüşün Temel Dayanakları

Gizli anlaşmaya rekabet karşıtı anlaşmalar rejimiyle müdahalenin mümkün olmadığı yönündeki görüşün *ilk ve en temel* argümanı, gizli anlaşma dengesinin pazar yapısının bir sonucu olmasıdır. Bu konuda ilk sert eleştiriyi *Donald Turner* 1962 yılında kaleme aldığı makalesi (Turner, 1962) ile yapmıştır. *Turner*, oligopolistik fiyatlandırma olarak tanımladığı bu bağımlı davranış şeklinin, yoğunlaşma düzeyi yüksek pazarların yapısına özgü olduğunu ve pazar yapısı değişmedikçe en-

⁴⁷ Oligopol piyasalarda faaliyet gösteren firmalar, pazardaki oyuncu sayısının az olması (piyasanın yoğunlaşmış olması) sebebiyle, elde edeceği karın kendi davranışlarının yanında rakip firmaların davranışlarına bağlı olduğunu bilmesi sebebiyle piyasayı takip eder. Bu da firmaların karar alma sürecinde karşılıklı bağımlılıklarını doğurur. İşte bu duruma oligopolistik bağımlılık denir. Bu firmaların fiyatlarının benzeşmesi sonucunu doğurur. Yani, oligopol piyasalardaki paralel fiyat artışları her zaman rekabet karşıtı bir dengenin bulunduğu anlamına gelmez. Bu sonuç kar elde etmek isteyen firmaların birbirini takip etmesinden de kaynaklı olabilir. Kurul, 16.1.2014 T. Ve 14-02/40-18 S. Gür-sel Kararı, para. 11; 01.10.2014 T. ve 14-37/713-318 S. Pamukkale/Kamil Koç kararı, para. 20. (Doğan, 2017, s. 403, dpn. 51).

⁴⁸ Bu yaklaşım, Kurul'un oligopolistik bağımlılık savunmasını kategorik olarak reddettiği şeklinde yorumlanmamalıdır. Oligopolistik bağımlılık savunmasının kabul edildiği birçok karar bulunmaktadır. Örnek kabilinden bkz. Kurul, 01.10.2014 T. ve 14-37/713-318 S. Pamukkale/Kamil Koç kararı; 16.01.2014 T. ve 14-02/40-18 S. Gür-Sel kararı; 20.02.2013 T. ve 13-11/165-87 S. Lider/Yeni Adana kararı; 29.12.2011 T. ve 11- 64/1666-596 S. Silopi Otobüs Firmaları kararı; 24.11.2011 T. ve 11-59/1521-546 S. İzmir-Konya Otobüs Firmaları kararı; 17.11.2011 T. ve 11-57/1461-519 S. Konya-Akşehir Otobüs Firmaları kararı; 4.11.2010 T. ve 10-69/1466-564 S. Anamur-Ankara Otobüs Firmaları kararı; 17.7.2008 T. ve 08-45/626-238 S. Kütahya Astur kararı. Kurul, bu kararlarında oligopolistik bağımlılık savunmasını kabul ederek, ilgili firmaların eyleminin ihlal olmadığı sonucuna ulaşmıştır. (Doğan, 2017, s. 403, dpn. 53).

gellenemeyeceğini ileri sürmüştür. *Turner*'a göre oligopolistik fiyatlamaya karşı öngörülecek herhangi bir rekabet hukuku önleminin etkili olabilmesi mümkün değildir zira bu firmalara kendileri açısından rasyonel olmayanı yapmayı emretmek anlamını taşımaktadır. *Turner* (1962), çok sayıda oyuncunun olduğu rekabetçi bir piyasada firmaların "fiyat alıcısı" konumunda olduğunu, firmaların bireysel olarak fiyatı etkileme güçlerinin olmadığını, buna karşın az sayıda oyuncunun olduğu oligopol piyasada ise firmanın fiyatını düşürmesi halinde bu hamlenin diğer firmalarca takip edilebileceği dolayısıyla piyasa fiyatının düşebileceği ve toplam karlılığının azalabileceğinin farkında olduğunun, bu durumun firmalar arasında etkin rekabeti caydıracağını belirtmiştir. Gizli anlaşmaya rekabet hukukunun rakipler arası rekabeti sınırlayıcı anlaşmalar rejimi dahilinde müdahale edilmemesi gerektiği yönündeki temel argüman da esasen *Turner*'ın belirttiği üzere, firmaların akıllıca pazar koşullarına uyum sağlamak suretiyle pazar davranışlarını belirlemelerine, bu davranış tek taraflı olarak belirlendiği sürece rekabet hukuku araçlarıyla müdahale edilemeyeceğidir. Zira, hukuki açıdan anlaşma kavramı ancak müdahalenin birlikteliği sağlayan davranışa yöneltmesi ile işlevselleştirilebilmekte, bu bağlamda mevcut yasal çerçeve anlaşmanın ortaya konulması bakımından iletişim şartını aramaktadır. Diğer bir ifadeyle müdahale söz konusu davranışın -iletişimin- cezalandırılarak gelecekte tekrarlanmasını engellemeyi amaçlamaktadır. Bu durumda, pazarda bilinçli paralellik doğuran tek taraflı rasyonel davranışın yasaklanması, firmaya rakibinin davranışını gözetmemesini yani rasyonel olmayanı emretmek anlamını taşıyacaktır (Areeda ve Hovenkamp, 2003, ss. 205-206). Firmaların rakiplerinin davranışlarına akıllıca ayak uydurmasının teşebbüsler arası rekabeti sınırlayıcı anlaşmalar rejimi kapsamına alınması, tek taraflılık ve birliklilik arasındaki sınırın yok olması, bu ise firmalar açısından önemli bir hukuki belirsizlik yaratabilecektir.

Gizli anlaşmaya rekabeti sınırlayıcı anlaşmalar rejimi dâhilinde müdahale edilmemesine yönelik literatürde dillendirilen *bir diğer gerekçe* gizli anlaşmanın çok nadir ortaya çıkacağı, firmaların rekabetten kaçınarak karlarını en çoklaştırma amaçlarını pek çok durumda bu yönde bir iletişime başvurmak suretiyle gerçekleştirecekleridir (Werden, 2004, s. 762)⁴⁹. Bu bağlamda, iletişim olmaksızın bir anlaşma denge-

⁴⁹ Dijitalleşen ekonomik düzen için bu argümanın geçerliliği tartışmaya açıktır. Nitekim, firmaların doğrudan iletişim kurmadan fiyatlama algoritmaları marifetiyle etkin ve daha az maliyetli bir şekilde sinyalleşebildikleri literatürde sıklıkla dile getirilmektedir. Bkz. (Doğan, 2017, s. 421).

sinin kurulup sürdürülmesinin zorluğuna dikkat çekilmektedir (Konkurrensverket, 2001, ss.56-70). Dolayısıyla pek çok durumda gizli anlaşma değil, iyi gizlenmiş açık anlaşma söz konusudur⁵⁰. Bu noktada, doğrudan veya dolaylı herhangi bir iletişim deliline ulaşılamamışken ihlale karar verilebilmesi yolunun açılması, yalnızca firmalar açısından hukuki belirsizlik yaratmakla kalmayacak, rekabet otoriteleri bakımından ise iletişim delillerini ele geçirmek için kullandıkları inceleme araçlarını geliştirme motivasyonunu azaltacak, yetki gelişimini kadük bırakabilecektir. Nihayetinde eğer ortada iletişim delili bırakmayan bir yeraltı karteli söz konusu ise rekabet otoritesinin yetkilerinin söz konusu kartelin gizlenme yöntemini bertaraf edecek şekilde geliştirilmesi ancak bu yönde bir ihtiyaç söz konusu ise mümkün olacaktır.

Bu konudaki *üçüncü ve sonuncu* gerekçe ise gizli anlaşmaya müdahalenin uygulamadaki zorluklarıyla doğrudan ilintilidir. *Areeda ve Hovenkamp* (2003, s. 206), bilinçli paralel fiyatlandırmanın tek başına fiyat tespitine yönelik bir anlaşma olarak ele alınması ve yasaklanmasının tek taraflı kararlaştırılması itibarıyla teşebbüsler açısından orantısız cezalandırma teşkil edecek olmasının yanı sıra mahkeme ve rekabet otoritelerince fiyatın kontrol edilmesi anlamını taşıyacağını da belirtmektedir.

3.2.3. Görüşümüz

Gizli anlaşmaya yönelik olarak bu noktaya kadar yer verilen açıklamalar doğrultusunda, bu alandaki sorunların iki temel soruya indirgenerek cevaplanabileceği düşünülmektedir: Bu sorulardan birincisi, “*firmaların tek taraflı davranışlarıyla bilinçli olarak rekabetten kaçınmalarına (gizli anlaşmaya/danışıklığa) rekabet hukuku müdahale etmeli midir?*” ve ikincisi ise “*davranışın esasen tek taraflı olmayıp, tek taraflı olduğu görüntüsünün verildiği durumlar bakımından, yani olağan iletişim delillerinin mevcut olmadığı durumda müdahale imkânı bulunmakta mıdır?*” şeklinde ifade edilebilir. **Bu iki soru “oligopolistik bağımlılık” ve “gizlilikle yürütülen açık danışıklılık” arasındaki ince çizgiyi ön plana çıkarmaktadır.** Kanaatimizce, müdahale imkânı bakımından kritik olan bu ayrımın belirli güven aralığında ortaya konulabilmesi

⁵⁰ Petit (2003) gizli anlaşmanın nadiren söz konusu olması nedeniyle müdahale gerektirmediği görüşüne katılmamakta, sıklığından ziyade öneminin müdahaleyi meşru kılacağını vurgulamaktadır.

olup, anlaşmanın/uyumlu eylemin varlığı bakımından olağan/somut iletişim delillerine mutlak ihtiyaç olmamakla birlikte, asgari iletişime karine teşkil eder şekilde gelişmiş olan bir firma/pazar davranışının ortaya konulabilmesi gerekmektedir. Bu çerçevede dâhilinde meydana gelebilecek senaryolar temelinde müdahale imkân, araç ve yöntemlerine ilişkin değerlendirmelerimize aşağıda yer verilmektedir.

Senaryo 1: Olağan/somut iletişim delillerinin varlığı durumunda

Bu senaryo teşebbüsler arası rekabeti sınırlayıcı anlaşmalar rejiminin klasik dosya versiyonu olup, doğrudan ve/ya dolaylı olağan iletişim/irtibat delilinin söz konusu olduğu dosyalar bakımından geleneksel yasal çerçevede dâhilinde müdahale gündeme gelecektir. Olağan iletişim delili ile ispatlanabilen dosyalar, “açık danışıklık” temelinde ve delil standardı uyarınca anlaşma veya uyumlu eylem olarak ele alınabilmektedir.

Senaryo 2: Olağan/somut iletişim delilinin ve/ya iletişime karine teşkil edebilecek firma/pazar davranışının bulunmadığı, maliyetlerle ve diğer arz/talep faktörleriyle açıklanabilen fiyat paralelliğinin olduğu durumda

Olağan ve/ya iletişime karine teşkil edebilecek pazar davranışının, yani herhangi nitelikte iletişim delilinin olmadığı ancak fiyat paralelliğinin (ör. paralel fiyat artışları) söz konusu olduğu dosyaların da genel itibarla “gizli anlaşma” senaryosuna dahil olduğu ifade edilebilir. Bu dosyalarda fiyat paralelliğinin maliyet ve/ya arz/talep faktörleriyle açıklanabilir nitelikte olması halinde mevcut yasal çerçevede açısından “anlaşma/uyumlu eylem” sonucu söz konusu olmamaktadır.

Senaryo 3: Olağan/somut iletişim delilinin ve/ya iletişime karine teşkil edebilecek firma/pazar davranışının bulunmadığı ancak maliyetlerle ve diğer arz/talep faktörleriyle açıklanamayan fiyat paralelliğinin olduğu durumda

Bu senaryo klasik “gizli anlaşma” yani “oligopolistik bağımlılık/bilinçli paralellik” senaryosu olup, pazarda meydana gelen rekabetçi olmayan dengenin firmaların tek taraflı davranışları ile temin edilmiş olabileceğine işaret etmektedir. Bu senaryo işbu makalenin konusunu oluşturan “gizli anlaşma” haline tekabül etmekte olup, kanımızca firmaların tek taraflı davranışlarıyla bilinçli olarak rekabetten kaçınmaları anlamını barındıran gizli anlaşma dengesine teşebbüsler arası rekabeti sınırlayıcı anlaşmalar rejimi dâhilinde müdahale edilmesi uygun değildir. Zira bu halde ortada hedef alınabilecek, birlikteliği sağlayan bir firma davranışı olmayıp, olası yasaklama oligopolistik bağımlılığı da

içeren rasyonel firma davranışının (örneğin lider⁵¹ firmanın fiyatlarının takip edilmesine bağlı olarak ortaya çıkan salt fiyat paralelliği halinin) yasaklanması anlamına gelecektir. Davranışı değil sonucu hedef alan bu müdahale yönteminde rasyonel ve meşru firma davranışının sorgulanması gündeme gelecek, firmaya rekabet hukuku eliyle rasyonel olmayanı yapmasının emredildiği eleştirisi ön plana çıkacaktır. Firmanın tek taraflı davranışını oluşması muhtemel anlaşma dengesinden kaçınmak üzere kurgulaması uygulama bakımından yarattığı faydanın ötesinde tip 1 (hatalı pozitif-anlaşma yokken anlaşmanın var olduğu sonucuna ulaşılması) riski barındırmaktadır. Bu durum uygulamada önemli hukuki belirsizlik yaratma riski barındırmaktadır.

Fiyatların maliyetlerden ve diğer arz/talep faktörlerinden bağımsız olarak yükseldiği bir pazarda olağan iletişim delili veya iletişime karine teşkil edebilecek pazar davranışı da söz konusu değilse, çok iyi gizlenmiş açık anlaşma ihtimali tamamen ortadan kalkmayacak olmakla birlikte, bu sonucu doğurabilecek olan tek taraflı davranış –liderin takip edilmesi gibi- ihtimalinin de görmezden gelinmesi mümkün değildir. Diğer bir ifadeyle, tek taraflı olarak ortaya konulan pazar davranışları sonucu ortaya çıkan pazar dengesi de fiyatların maliyetlerden bağımsız gelişmesine sebebiyet verebilecek niteliktedir. Bu tek taraflılık ihtimali dışlanmadığı sürece –ki bu kanaatimizce mevcut yasal çerçeve dahilinde olağan iletişimin veya davranışın iletişime karine teşkil ettiğinin gösterilmesi ile mümkündür- salt fiyat-maliyet analizi temelinde anlaşma sonucuna ulaşılması hukukilik sorunları yanı sıra inceleme araçlarının gelişiminin kadük kalmasına sebebiyet verecektir.

Diğer taraftan, gizli anlaşma dengesine müdahalenin bu dengeyi besleyen pazar yapısının engellenmesini teminen birleşme/devralma rejimi öncül (*ex-ante*) denetimi dâhilinde “koordinasyona bağlı etkiler” ve “birlikte hâkim durum” hükümleri eliyle söz konusu olabileceği, bu alanların güçlendirilmesi suretiyle “gizli anlaşma” dengesi yaratan pazar yapısının oluşmasının engellenebileceği değerlendirilmektedir.

Senaryo 4: Olağan/somut iletişim delilinin olmadığı ancak iletişime karine teşkil edebilecek firma/pazar davranışının olduğu durumda

⁵¹ Lider firmadan kasıt fiyat lideri konumundaki firma olup, asimetric pazar paylarının olduğu ve en büyük paya sahip firmanın bu anlamda belirgin olduğu pazarlarda lider firma genellikle en büyük pay sahibi firmayken, birbirine yakın paylara sahip firmalar söz konusu ise farklılaşabilecektir.

Bu senaryo olağan iletişim delillerine ulaşılamamış ancak, iletişime karine teşkil eder şekilde gelişen pazar davranışının söz konusu olduğu ve kanaatimizce Türk rekabet hukukunda yer alan “uyumlu eylem karinesi”nin yasal dayanak teşkil edebileceği senaryoyu içermektedir. Bu senaryoda rekabet karşıtı dengeyi hedefleyen ve bu yöndeki iletişime karine teşkil edecek firma davranışlarının “uyumlu eylem karinesi” aracılığıyla incelenmesi suretiyle anlaşma sonucuna ulaşılabilecektir.

Kartellerin zaman içerisinde gizliliklerini geliştirerek faaliyetlerine yön vermesinin ve teknolojik imkânlar doğrultusunda anlaşma dengesinin kurulması ve sürdürülmesinin kolaylaşıyor olmasının buna karşılık rekabet otoritelerinin görece yavaş ilerleyen inceleme araç gelişimlerine bağlı olarak gündemde artarak yer alan “gizlilikle yürütülen açık danışıklılık” endişelerine cevaben bir politikanın benimsenmesi kaçınılmaz görülmektedir. Bu noktada inceleme araçlarının olağan iletişim delillerine ulaşılmamasını teminen geliştirilmesinin optimum politika seçeneği olacağı değerlendirilmekle birlikte, “uyumlu eylem karinesi”nin firma pazar/fiyatlama davranışlarının iletişime karine teşkil edip etmediğine yönelik analizler eliyle işlevsel kılınabileceği, bu yaklaşımın hem yukarıda yer verilen politika ihtiyacına cevap verebileceği hem de inceleme araçlarının geliştirilmesi motivasyonunda bir kayba neden olmayacağı değerlendirilmektedir.

Uyumlu eylem karinesi eliyle fiyatlama davranışının incelenmesi sonucunda firmaların fiyatlama ve pazardaki davranışları aracılığıyla birbirleriyle rekabet karşıtı sonucu besler şekilde iletişim halinde olup olmadıkları tespit edilebilecektir. Bu yöntem sonuca değil firmaların sürece dahline odaklı olduğundan yasaklanabilecek davranış (örn. sinyalleme davranışı⁵²) hedef alınmış olacak böylelikle hukukilik kaygıları da azalacaktır.

Uyumlu eylem karinesinin davranışın iletişim niteliğini ortaya koymak üzere işlevsel kılınması kanaatimizce bu aracın hem kullanım alanı

⁵² Sinyalleme davranışı uyumlu eylem doktrini dâhilinde gündeme gelen geleceğe dönük pazar davranışını açık edecek duyurular ve bilgi değişimleri olabileceği gibi buradaki bağlamı daha ziyade firma davranışlarının ekonomik analizi ile rekabet karşıtı sonucu besleyen bir düzenin firmalar arasında kurulup kurulmadığının ortaya konulmasıdır. Bu kapsamda örneğin bir fiyat tespiti dosyasında firmaların rakiplerinin fiyat artışlarına nasıl tepki verdikleri, verilen tepkinin bir sonraki fiyat artışlarına zemin oluşturur niteliği ve düzeninin rekabetçi olduğu değerlendirilen diğer dönemlerden belirgin şekilde farklılaşmış farklılaşmadığı incelenebilecektir. Bu inceleme sonucunda uyumlu eylem karinesi ile ispat yükü el değiştirecektir.

bakımından netlik yaratacak hem de “anlaşma” kavramının işlevsel kılınmasında, yani firma davranışını tek taraflı olmaktan çıkarmada kullanılan “iletişim” şartına hanel getirmeden buradaki uygulama boşluğu kaygılarına bir nevi cevap sunmuş olacaktır. Böylelikle, uygulamada “anlaşma” kapsamı genişleyecek olmakla birlikte, “iletişim” şartı tamamen terk edilmemiş, dolayısıyla literatürde “*iletişim*” *aracına ihtiyaç olmadığı, davranışın “anlaşma stratejileri” (collusive schemes/strategies) temelinde iktisadi analizi ile rekabet karşıtı amacın ortaya konulabileceği görüşünün*⁵³ öngördüğü köklü değişiklik yerine günün şartlarına uyum mekanizması devreye alınmış olacaktır.

Diğer taraftan, uyumlu eylem karinesinin günümüze kadarki uygulama geçmişi incelendiğinde, hükmün yukarıda önerilen “iletişime karine teşkil eden pazar davranışının” incelenmesi amacıyla kullanılmadığı, hükmün lafzi nedeniyle sağladığı geniş yorum imkânı ile “gizli anlaşma”ya uzanabilecek şekilde yorumlandığı görülmektedir. Olağan iletişim delili bulunmayan Göлтаş Çimento ve Maya III kararlarında ortaya konulan yaklaşımda iletişime karine teşkil eden pazar davranışından ziyade ilgili sektörlerin birçok kez şikâyete konu edilmiş olmaları nedeniyle teşebbüslere kartel şüphesi olarak yaklaşılmasının etkisi olduğu, Kurulun bu yaklaşımla maliyetlerden bağımsız fiyat artış ve paralellliğini, çok iyi gizlenmiş açık bir anlaşmanın delili olarak gördüğü anlaşılmaktadır. Nitekim her iki kararda da “*sektörün birçok kez incelemeye tabi tutulduğu ve teşebbüslerin delil saklamada mahir oldukları*” vurgusu bulunmaktadır. Ancak, kanaatimizce mevcut yasal çerçeve bakımından herhangi bir iletişim delili –ki buna iletişime karine teşkil eden pazar davranışı dahildir- ortaya konulmaksızın, yani tek taraflı görünen davranışın ihlal bakımından kolaylaştırıcı eylem niteliği veya iletişim vasfı ortaya konulmaksızın, salt fiyat-maliyet analizi ile ihlal sonucuna ulaşılması sakıncalı bir durum olup, anlaşmanın ancak iletişim/irtibat üzerinden işlevselleştirilmesi optimum risk dağılımı barındırmaktadır. Haliyle de yasal çerçevenin iletişim aracı bakımından değil, ne tür davranışların iletişim teşkil edeceği noktasında geliştirilmesi uygun yöntem olacaktır. Bu bakımdan kanaatimizce uyumlu eylem karinesinin pazarda yaratılan sonuç üzerinden değil, iletişime karine teşkil eden pazar davranışı üzerinden işlevsel kılınması gerekmektedir.

Sonuç olarak, 4054 sayılı Kanun’un 4. maddesi ve gerekçesi lafzi olarak “gizli anlaşma”yı kapsayan bir müdahale alanı sunsa da, gerek

⁵³ Bkz. Andreoli-Versbach ve Frank (2015).

Türkiye ve mehzaz kabul ettiği AB gerekse en köklü rekabet hukuku uygulayıcısı konumundaki ABD bakımından uygulamadaki genel kabul bakımından gizli anlaşma rekabeti sınırlayıcı anlaşmalar rejimine ait yasal çerçevede yer almamaktadır⁵⁴. Bu doğrultuda, gizli anlaşmaya yönelik tartışmaların mevcut yasal çerçevenin değiştirilmesinden ziyade, iletişimin kapsamının “iletişime karine teşkil eden pazar davranışları” ekseninde geliştirilmesi ve/ya iletişimin ortaya çıkarılmasına yönelik inceleme araçlarının iyileştirilmesi odağında yürütülmesi kanımızca rekabet hukuku gelişimine daha fazla katkı sunacaktır.

SONUÇ

Gizli anlaşma, aynı firmaların aynı pazar(lar)da sürekli rekabet halinde olmalarına bağlı olarak, herhangi bir iletişim/irtibat olmaksızın ortaya çıkan koordinasyon sonucunda fiyatların rekabetçi düzeyin üzerinde oluşmasıdır. Gizli anlaşma dengesinin kurulması ve sürdürülmesi bakımından, pazarın yapısal olarak iletişime ihtiyaç duyulmadan koordinasyonun sağlanması ve sürdürülmesine elverişli olması gerektiği kabul edilmektedir. Bu bağlamda rakip sayısının azlığı, yüksek giriş engelleri, etkileşim/rekabet sıklığı, çoklu pazar etkileşimi, piyasa şeffaflığı, pazarın büyümekte olması gibi etmenler gizli anlaşmayı kolaylaştırırken, yenilikçi pazarlar, asimetri, alıcı gücü, dalgalı talep gibi unsurlar ise zorlaştırmaktadır (*ceteris paribus*).

Gizli anlaşma piyasada yarattığı sonuç bakımından rekabeti sınırlayıcı anlaşmalar rejimi dâhilinde *per se* yasak kabul edilen kartellerden farkı olmayan, bununla birlikte anlaşmalar rejimine dair mevcut yasal çerçevenin gerekli kıldığı iletişim/irtibat unsurunu barındırmadığından mehzaz ABİDA md. 101 ve istisnaları olmakla birlikte 4054 sayılı Kanun’un 4. maddesi kapsamında ihlal teşkil etmemektedir. Gizli anlaşmaya, birleşme rejimi dâhilinde yukarıda belirtilen pazar yapısına ilişkin etmenler çerçevesinde öncül (*ex-ante*) müdahale imkânı bulursa da, anlaşma rejimi dâhilinde ardıl (*ex-post*) müdahale imkânı bulunmaması bir uygulama boşluğu olup olmadığı ve varsa bu boşluğun nasıl giderilebileceği konusundaki tartışmaları beslemektedir.

Daha önceleri yalnızca oligopol piyasaların zayıf rekabetçi işleyişi dahilinde gündeme gelen gizli anlaşma, günümüzde büyük veri ve internetin teşebbüslerin rakiplerinin davranışlarını takip etme ve bu davranışlara uygun davranışı kurgulamada sağladığı kolaylık nedeniyle

görece çok sayıda teşebbüsün yer aldığı piyasalar bakımından da firmaların rekabet etmek yerine bilinçli şekilde rekabetten kaçınabileceklerine yönelik endişeler eşliğinde gündemde kalmaya devam etmektedir. Tüketici refahını önceleyen rekabet politikaları bu endişeleri daha üst boyutlara taşımakta, gizli anlaşmanın rekabeti sınırlayıcı anlaşmalar rejimine dâhil olması gerektiği görüşü zaman içerisinde daha fazla dilendirilmektedir.

Türkiye bakımından ise bu durum istisnai olarak bazı kararlarda kullanılmış olan “uyumlu eylem karinesi”nin önümüzdeki dönemde daha fazla kullanılmasına neden olabilecek niteliktedir. Zira anlaşma/uyumlu eylem sonucu bakımından doğrudan ve/ya dolaylı iletişimi/irtibatı gerekli gören mehz AB uygulamasından farklı olarak 4054 sayılı Kanun’un 4. maddesinde öngörülen uyumlu eylem karinesi lafzi olarak herhangi bir iletişime gerek duyulmadan ihlal sonucuna ulaşılabilmesine imkân sağlamaktadır. İletişim/irtibat olmaksızın, bu anlamda firma davranışlarının iletişim ve/ya kolaylaştırıcı eylem niteliği ortaya konulmaksızın salt bilinçli fiyat paralellliği ile ihlal sonucuna ulaşılması kanaatimizce firmalar nezdinde önemli hukuki belirsizlik yaratabilecek ve inceleme araçlarının geliştirilmesini sekteye uğratabilecek niteliktedir. Bu nedenledir ki, gizli anlaşmaya yönelik tartışmaların iletişimin kapsamının geliştirilmesi ve/ya iletişimin ortaya çıkarılmasına yönelik inceleme araçlarının iyileştirilmesi odağında yürütülmesi kanımızca rekabet hukuku gelişimine daha fazla katkı sunacaktır.

Diğer taraftan, günümüzde teknolojik gelişmelere bağlı şeffaflaşan pazar şartları ve kartellerin artan gizlenme yöntemleri karşısında görece yavaş ilerleyen inceleme araç gelişimine sahip rekabet otoriteleri bakımından “gizlilikle yürütülen açık danışıklılık” endişeleri artarak gündemde yer almaya devam etmekte olup, bu endişelere cevaben bir politikanın geliştirilmesi de kaçınılmaz görünmektedir.

Yukarıda yer verilen görünürde çelişen iki politika ihtiyacı bakımından Türk rekabet hukuku uygulamasında “uyumlu eylem karinesi” aracılığıyla bir yakınsamanın sağlanabileceği düşünülmektedir. Kanaatimizce, uyumlu eylem karinesinin pazarda ortaya çıkan sonuç değil, “iletişime karine teşkil eden pazar davranışı” üzerinden işlevsel kılınabilecek, böylelikle bir yanda mevcut yasal çerçeve korunurken diğer tarafta “anlaşma”nın kapsamında gizli-açık danışıklık ayrımı gözetilerek birlikte davranışlara yönelik derinleştirilen analiz ile genişleme temin edilebilecektir.

KAYNAKÇA

- Andreoli-Versbach ve Franck J-U. (2015), Econometric evidence to target tacit collusion in oligopolistic markets, *Journal of Competition Law & Economics*, 11(2), ss. 463–492, <https://academic.oup.com/jcle/article/11/2/463/872320> (Erişim Tarihi: 16.01.2020)
- Areeda P.E. ve Hovenkamp H. (2003), *Antitrust Law: An Analysis of Antitrust Principles and Their Application*, Vol VI, New York: Aspen Law and Business
- Bishop, S. ve M. Walker (2010). *The economics of EC competition law: concepts, application and measurement*. London: Sweet&Maxwell
- Busse, M. (2002), Firm financial condition and airline price wars, *RAND Journal of Economics*, Vol.33, No.2, ss.298-318, https://www.jstor.org/stable/3087435?seq=2#metadata_info_tab_contents (Erişim Tarihi: 16.01.2020)
- Cabral, L. (2000), *Introduction to industrial organization*, Cambridge: MIT Press.
- Carlton, D.W., Gertner R. H. ve Rosenfield A.W. (1997), Communications among competitors: game theory and antitrust, *George Mason Law Review*, Vol. 5, No.3, ss.423-440.
- Doğan, C. (2017). *Algoritma ve Rekabet Hukuku: 4. Madde İhlallerinin Dijital Görünümleri*, Galatasaray Hukuk Fakültesi Dergisi, 2017/2, s. 389-433.
- Doğan, C. (2018). *A Synopsis of Algorithmic Tacit Collusion under Turkish Competition Law*, *European Competition Law Review*, 39(10), s. 445-454.
- Ersoy, B. (2015). *Rekabet hukukunda devam eden tek bir ihlal yaklaşımı*, Rekabet Kurumu, Ankara.
- Europe Economics (2001), Study on Assessment Criteria for Distinguishing between Competitive and Dominant Oligopolies in Merger Control. London. https://ec.europa.eu/growth/content/study-assessment-criteria-distinguishing-between-competitive-and-dominant-oligopolies-0_en (Erişim Tarihi: 16.01.2020)
- European Commission (2017), Final Report on the E-commerce Sector Inquiry, COM(2017) 229, https://ec.europa.eu/competition/antitrust/sector_inquiry_final_report_en.pdf (Erişim Tarihi: 16.01.2020)

- Ezrachi A. ve Stucke M. E. (2016). *Virtual Competition: The Promise and Perils of the Algorithm-Driven Economy*, Harvard University Press, Cambridge
- Ezrachi A. ve Stucke M. E. (2018). Sustainable and unchallenged algorithmic tacit collusion. *Oxford Legal Studies Research Paper No. 16/2019*. <https://ssrn.com/abstract=3282235> (Erişim Tarihi: 16.01.2020)
- Fonseca M. A. ve Normann H.T. (2012). Explicit vs. Tacit Collusion – The Impact of Communication in Oligopoly Experiments. Düsseldorf Institute for Competition Economics (DICE) Discussion paper No.65. http://www.dice.hhu.de/fileadmin/redaktion/Fakultaeten/Wirtschaftswissenschaftliche_Fakultaet/DICE/Discussion_Paper/065_Fonseca_Normann.pdf (Erişim Tarihi: 07.02.2020)
- Green E.J, Marshall R.C.ve Marx L. M. (2014). Tacit collusion in oligopoly. İçinde Blair ve Sokol, *The Oxford handbook of international antitrust economics*, Oxford: Oxford University Press. <https://faculty.fuqua.duke.edu/~marx/bio/papers/tacitcollusion.pdf> (Erişim Tarihi: 16.01.2020)
- Green, E.J. ve Porter R.H. (1984), Noncooperative collusion under imperfect price information, *Econometrica, Volume.52, No:1*, ss. 87-100. https://www.jstor.org/stable/1911462?seq=1#metadata_info_tab_contents, (Erişim Tarihi: 16.01.2020)
- Harrington, J. E. (2005), The collusion chasm: reducing the gap between antitrust practice and industrial organization theory, https://joeharrington5201922.github.io/pdf/Harrington_Csef-Igier%202005.pdf (Erişim Tarihi: 15.01.2020)
- Harrington, J.E. (2011), A theory of tacit collusion, The Johns Hopkins University Department of Economics Working Papers, https://www.tse-fr.eu/sites/default/files/medias/stories/SEMIN_11_12/ECONOMIC_THEORY/harrington.pdf (Erişim Tarihi: 15.01.2020)
- Hay, G.A.(2006), Horizontal agreements: concept and proof, *Cornell Law Faculty Publications, Paper 1142*, ss.877-914. <http://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1585&context=facpub> (Erişim Tarihi: 15.01.2020)
- Ivaldi, M., J. Bruno, R. Patrick, S. Paul, ve J. Tirole (2003a), The economics of tacit collusion, IDEI Toulouse: Final Report for DG

- Competition, European Commission, https://ec.europa.eu/competition/mergers/studies_reports/the_economics_of_tacit_collusion_en.pdf (Erişim Tarihi: 15.01.2020)
- Ivaldi, M., J. Bruno, R. Patrick, S. Paul, ve J. Tirole (2003b), The economics of unilateral effects, IDEI Toulouse: Interim Report for DG Competition, European Commission. http://idei.fr/sites/default/files/medias/doc/wp/2003/economics_unilaterals.pdf (Erişim Tarihi: 15.01.2020)
- Joshua J.M. ve Jordan S. (2004), Combinations, concerted practices and cartels: adopting the concept of conspiracy in European Community competition law symposium on European competition law, *Northwestern Journal of International Law & Business*, Vol.24, Issue.3, ss. 647-682. <https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1585&context=njilb> (Erişim Tarihi: 15.01.2020)
- Kahraman, Z. (2008), *Rekabet Hukuku Açısından Oligopolistik Bağımlılık*, Beta.
- Kaplow, L. (2013). *Competition policy and price fixing*. New Jersey: Princeton University Press.
- Konkurrensverket (2001). Fighting cartels. İçinde “*Collusion*” under *Article 81 and the Merger Regulation*. Stockholm: Swedish Competition Authority.
- OECD (1999). Policy Roundtable on Oligopoly, DAF/FE/CLP(99)25, OECD, Paris. [https://one.oecd.org/document/DAFFE/CLP\(99\)25/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAFFE/CLP(99)25/en/pdf). (Erişim Tarihi: 15.01.2020)
- OECD (2012). Policy Round Table on Unilateral Disclosure of Information with Anticompetitive Effects, DAF/COMP(2012)17, OECD, Paris. <http://www.oecd.org/daf/competition/Unilateraldisclosureofinformation2012.pdf>
- OECD (2015). Competition Enforcement in Oligopolistic Markets. DAF/COMP (2015)2, OECD, Paris. [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2015\)2/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2015)2/en/pdf) (Erişim Tarihi: 15.01.2020)
- OECD (2017). Algorithms and Collusion: Competition Policy in the Digital Age, OECD, Paris, <http://www.oecd.org/daf/competition/Algorithms-and-collusion-competition-policy-in-the-digital-age.pdf> (Erişim Tarihi: 15.01.2020)
- Petit, N. (2003). The oligopoly problem in EU competition law. İçinde I. Liannos ve D. Geradin, *Handbook on European competition law*, ss. 259-349. <http://ssrn.com/abstract=1999828>

- Porter, R.H. (1983), A study of cartel stability: the joint executive committee, 1880-1886, *The Bell Journal of Economics*, Vol.14, No.2. ss. 301-314. <https://www.jstor.org/stable/3003634?seq=1#metadata-info-tab-contents> (Erişim Tarihi: 15.01.2020)
- Posner, R. A. (1975), Oligopolistic pricing suits, the Sherman Act, and economic welfare: a reply to Professor Markovits, *Stanford Law Review*, Vol. 27, No. 2. ss. 307-331.
- Posner, R.A. (1969), Oligopoly and the antitrust laws: a suggested approach, *Standard Law Review*. 21(6), ss.1562-1606. https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2862&context=journal_articles (Erişim Tarihi: 15.01.2020)
- Posner, R.A. (2001), *Antitrust Law*, Chicago: University of Chicago Press.
- Rotenberg, S. ve Saloner G. (1986). A supergame-theoretic model of business cycles and price wars during booms, *American Economic Review*, 76, ss:390-407.
- Selten R. (1978), The chain store paradox. *Theory and Decision*. Vol.9 (2), ss. 127-159.
- Simonsson I. (2010). *Legitimacy in EU cartel control*, Oxford: Hart Publishing.
- Soames, T. (1996), An analysis of the principles of concerted practice and collective dominance: a distinction without a difference?, *E. C.L.R.*, No: 1/1996. ss.24-39.
- Stigler G. J. (1964), A theory of oligopoly, *Journal of Political Economy*, Vol. 72(1).
- Turner, D. (1962), The definition of agreement under the Sherman Act: conscious parallelism and refusals to deal, *Harvard Law Review*, Vol.75, No.4, ss.655-706.
- Vand Den Bergh R. ve Camesasca P.D. (2012), *European Competition Law and Economics: A Comparative Analysis*, London: Sweet&Maxwell, 2nd Ed.
- Werden G. (2004), Economic evidence on the existence of collusion: reconciling antitrust law with oligopoly theory, *Antitrust Law Journal*, Vol. 71, No. 3, ss. 719-800.
- Zlatcu, I. ve M.C. Suci (2017). The role of economics in cartel detection. A review of cartel screens, *Journal of Economic Development, Environment and People*, Volume 6(3). ss.16-26

Kararlar

AB kararları:

ICI v. Commission (Dyestuffs) [1972] ECR 619.
Suiker Unie v. Commission (Sugar) [1975] ECR 1663.
Zuchner v. Bayerische Vereinsbank AG [1981] ECR 2021
Polypropylene [1986] OJ L230/1.

Rekabet Kurulu Kararları:

13.01.2005 ve 05-05/42-17 sayılı Rekabet Kurulu kararı
23.9.2005 tarih ve 05-60/896-241 sayılı Rekabet Kurulu kararı
17.07.2000 tarih ve 00-26/291-161 sayılı Rekabet Kurulu kararı
02.12.2004 tarih ve 04-77/1108-277 sayılı Rekabet Kurulu Kararı (soruşturmacı üye nedeniyle iptali üzerine alınan 19.10.2006 tarih ve 06-77/992-287 sayılı Rekabet Kurulu kararı)
02.12.2004 ve 04-77/1109-278 sayılı Rekabet Kurulu kararı (soruşturmacı üye nedeniyle iptali üzerine alınan 19.10.2006 tarih ve 06-77/991-286 sayılı Rekabet Kurulu kararı)

The Interplay Between Data Protection Law and Competition Law in the European Union: A Suggestion for Data-Related Cases

Received 12 December 2019; accepted 30 January 2020*
Original Article

Necla SÜMER ÖZDEMİR**

Abstract

The increased personal data processing with the big data technologies has raised significant concerns on both data protection and competition. While the collection of data without consent and misuse of data by third parties have fostered new data protection regulations, recent concentrations between big data processors and the asymmetric power between undertakings and individuals led several claims ranging from considering data protection issues under competition law assessments to revising competition law regimes in order to catch digital era's competition/data protection problems. Consequently, the intersection between competition law and data protection law has become a prominent subject. However, existing studies are focused on limited aspects of either data protection law or competition law enforcement and some of them are meant to break down the existing standards. Therefore, this study targets providing a detailed look over this interplay without losing the broader perspective at the same time. To question how to approach data-related anticompetitive practices in the European Union, this study unfolds whether there is a theoretical intersection between two legal regimes; analyses what the interplay is in practice; and after discussing how this interplay should actually be, it proposes a suggestion for the competition law assessment of data-related cases.

Keywords: *data protection, competition law, intersection, privacy, anti-competitive practices, data-related cases*

* This article is based on the thesis of the author presented for the master program in Queen Mary University of London.

** Turkish Competition Authority, Competition Expert, nsumer@rekabet.gov.tr, **Orcid Id:0000-0002-6934-8174**. The views and opinions expressed in the article are those of the author and do not necessarily reflect those of Turkish Competition Authority.

Avrupa Birliğinde Veri Koruma Hukuku ile Rekabet Hukuku Arasındaki İlişki: Veri Odaklı Vakalara Yönelik Bir Öneri

12 Aralık 2019'da alındı; 30 Ocak 2020'de kabul edildi.

Araştırma Makalesi

Necla SÜMER ÖZDEMİR

Öz

Büyük veri teknolojileri ile artan kişisel verilerin işlenmesi hususu, veri koruma ve rekabet bakımından önemli endişeler uyandırmaktadır. Verinin açık rıza alınmaksızın elde edilmesi veya verinin üçüncü taraflarca usulsüz kullanılması veri koruma alanında yeni düzenlemeleri tetiklerken, son zamanlarda büyük veri işleyicileri arasında gerçekleştirilen yoğunlaşmalar ve söz konusu teşebbüsler ile bireyler arasında oluşan orantısız güç, rekabet hukuku kapsamında veri koruma hususlarının da değerlendirilmesinden dijital çağın sorunlarını yakalayabilmesi için rekabet hukuku düzenlemelerinin yenilenmesine kadar pek çok önerinin ortaya atılmasına yol açmıştır. Böylelikle rekabet hukuku ile veri koruma hukuku arasındaki ilişki önde gelen bir tartışma konusuna dönüşmüştür. Ancak, hâlihazırdaki çalışmalar söz konusu iki hukuk dalından en az birini sınırlı bakış açısıyla değerlendirmekle kalmakta, hatta bu çalışmaların bir kısmı uygulamada yerleşmiş standartların yıkılmasını öngörmektedir. Bu sebeple, bu çalışma söz konusu ilişkinin geniş açığı kaybetmeden ayrıntılı bir taramasını hedeflemektedir. Bu bakımdan bu çalışma -Avrupa Birliği'nde veri odaklı rekabete aykırı uygulamaların nasıl ele alınması gerektiğini sorgulamak üzere- iki hukuk dalı arasındaki teorik ilişkiyi, bu ilişkinin uygulamaya ne şekilde yansıdığını ve esasında bu ilişkinin ne şekilde gerçekleşmesi gerektiğini inceleyecek; sonrasında veri odaklı vakaların rekabet hukuku kapsamında değerlendirilmesine yönelik bir öneride bulunacaktır.

Anahtar Kelimeler: veri koruma, rekabet hukuku, gizlilik, rekabete aykırı uygulamalar, veri odaklı vakalar

The significance of personal data processing has been increased exponentially in parallel with the big data technologies. Businesses can offer a range of innovative and customised services as a result of the real time data collection in enormous scales, powerful processors and data algorithms (Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD), 2016). Most data-driven businesses, search engines or social networking platforms in particular, provide zero-price services in exchange of personal data, which is then commercialised to target advertisers. Indeed, as Bygrave highlights, “... *these companies know more about us than our partners and closest friends.*” (Bygrave 2014, p. 4).¹

However, these developments have raised significant concerns on both data protection and competition. On the one hand, the collection of data without consent or even without knowledge of the users and misuse of data by third parties, have arisen significant awareness towards data protection (Bygrave 2014, p. 4). On the other hand, the number of concentrations between big data processors has been increased and the asymmetric power between undertakings and individuals created a “take it or leave it” situation over users.

Consequently, fierce debates have started among regulators, legislators and practitioners. Several legislative actions have been taken regarding data protection or privacy². With respect to competition,

¹ See the well-known *Target* case, where the father of a teenager in the US, learned that his girl is pregnant, after the data analytics system of a supermarket identified a teenager as pregnant, and sent her advertising coupons on baby clothes and cribs accordingly (Duhigg, 2012; Alemanno, 2018).

² While the term ‘privacy’ is more akin to American approach, the Europeans prefer data protection (Van Den Hoven, Blaauw, Pieters & Warnier, 2018) “container-title”: “The Stanford Encyclopedia of Philosophy”, “publisher”: “Metaphysics Research Lab, Stanford University”, “edition”: “Summer 2018”, “source”: “Stanford Encyclopedia of Philosophy”, “abstract”: “Human beings value their privacy and the protection of their personal sphere of life. They value some control over who knows what about them. They certainly do not want their personal information to be accessible to just anyone at any time. But recent advances in information technology threaten privacy and have reduced the amount of control over personal data and open up the possibility of a range of negative consequences as a result of access to personal data. The 21st century has become the century of Big Data and advanced Information Technology allows for the storage and processing of exabytes of data. The revelations of Edward Snowden have demonstrated that these worries are real and that the technical capabilities to collect, store and search large quantities of data concerning telephone conversations, internet searches and electronic payment are now in place and are routinely used by government agencies. For business firms, personal data about customers and potential customers are now also a

adoption of new rules has been proposed to be able to adequately evaluate markets and potential infringements. For instance, to capture mergers with a low turnover but a high corporate value like in acquisitions of digital start-ups, merger thresholds are argued to be revised (Moorcroft & Strat, 2018, p. 8). Even several hypothetical theories of harm have been established basing on collusions between machines which use artificial intelligence tools without human intervention for anticompetitive agreements (Ezrachi & Stucke, 2016).

Furthermore, especially with the renowned merger cases such as *Google/DoubleClick*³ and *Facebook/WhatsApp*⁴, the intersection between competition law and data protection law has become a prominent subject. Several claims were put forward ranging from considering data protection issues under competition law assessments to revising competition law regimes to be able to catch digital era's competition and/or data protection problems (Costa-Cabral & Lynskey, 2017, p. 13). Overall, data protection advocates purported larger considerations in competition cases, some of which are meant to break down the existing standards (Graef 2016, p. 283).

In that respect, the majority of studies about the incorporation of data protection concerns in competition law are focused on limited aspects of either data protection law or competition law enforcement. It would be insufficient and misleading to discuss when to intervene in the context of competition law without addressing the substantive standards of both legal regimes (Costa-Cabral & Lynskey, 2017, p. 14). Therefore this study targets providing a detailed look over the issue of interplay without losing the broader perspective at the same time.

Given above point of views, at an era of information technologies, the interplay between data protection law and competition law have become a major point of focus. Leaving aside merger thresholds or collusions by artificial intelligences, as they are rather straightforward or

key asset. At the same time, the meaning and value of privacy remains the subject of considerable controversy. The combination of increasing power of new technology and the declining clarity and agreement on privacy give rise to problems concerning law, policy and ethics. The focus of this article is on exploring the relationship between information technology (IT). Similarly, although 'right to data protection' and 'right to privacy' overlap, they do not exactly encounter the same meanings. See (Graef 2018, p. 284). However, in the context of this study, no distinction is made between the two.

³ *Google/DoubleClick* (Case COMP/M.4731) [2008] OJ C184/10.

⁴ *Facebook/WhatsApp* (Case COMP/M.7217) [2014] OJ C297/13.

too hypothetical, how to approach data-related anticompetitive practices⁵ remains unsolved. In order to address this controversial issue, the study will first unfold if there is a theoretical intersection between two legal regimes; second, analyse what is the interplay in practice in light of the case law; and third, discuss how this interplay should actually be.⁶ It will finally propose a suggestion for the competition law assessment of data-related cases. Though the study focuses on the enforcement standards of the European Union (EU), references will be made to other jurisdictions to provide a comparative analysis.

1. IS THERE AN INTERSECTION BETWEEN DATA PROTECTION LAW and COMPETITION LAW?

Several arguments have been raised for integrating data protection policies with competition law. On the one hand, the European Data Protection Supervisor (EDPS) suggested that data protection rights should be considered within competition law enforcement and market power in digital markets should be regulated accordingly (EDPS, 2014). On the other hand, the European Commission (EC) and national competition authorities heavily discussed on big data and data protection issues when assessing competition law cases (Moorcroft & Strat, 2018).

In order to be able to healthily scrutinise the interplay between data protection and competition laws, it is first necessary to analyse if there is an intersection between the two. The backgrounds, goals, scopes and tools of both legal regimes are crucial factors that pave the way for the interplay. In that respect, this part will unfold the legal concepts of data protection and competition law in the EU respectively and examine their characteristics in a comparable way in order to identify if there is an intersection.

1.1. Data Protection and Privacy Laws

In the international context, for the first time, although not binding, the Universal Declaration of Human Rights (UDHR, 1948) laid down that *“No one shall be subjected to arbitrary interference with his privacy,*

⁵ Unilateral or coordinated effects analyses in the merger investigations are included.

⁶ The study excludes the role of big data in relevant market and market power assessments for an in-depth analysis of anticompetitive practices.

family, home or correspondence, nor to attacks upon his honour and reputation. Everyone has the right to the protection of the law against such interference or attacks”.⁷ International Covenant on Civil and Political Rights (1966), an international treaty that 169 parties are committed to, rule similar provisions.⁸ It is self-executing and has the power to influence national laws. Moreover, after the Snowden revelations⁹ in 2013, the United Nations endorsed new resolutions regarding the right to privacy in the digital age. They prohibited mass surveillance due to its potential detrimental effects on democracy, freedom of expression and private life (*Handbook on European data protection law*, 2018, p. 22).

In Europe, data protection rules are safeguarded under both Council of Europe and the EU. After the adoption of the UDHR, the Council of Europe’s European Convention on Human Rights (ECHR, 1950) which is legally binding, affirmed the right to privacy as well.¹⁰ It prohibited public authorities from interfering with the exercise of this right unless based on a legal ground. Although it does not contain a specific provision on data protection, its provision is broadly interpreted to also cover data protection (Graef 2016, pp. 283–284).¹¹

Both the UDHR and ECHR, were established well before the era of the information society, internet or even computer. While these inventions provided unique benefits in terms of quality of life, efficiency and productivity, they have also created threats to privacy. Consequently, a new term of privacy, namely ‘informational privacy’ or ‘right to informational self-determination’ has been derived to be able to specifically regulate the collection and usage of personal information. Data protection legislation has been established eventually in the light of these new terms (*Handbook on European data protection law*, 2018, p. 18).

With that regard, first data protection laws in the EU were established during 1970s by Germany and Sweden. Then in 1980, the OECD declared Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data (OECD Guidelines, 2002). It delineated the core principles regarding privacy and personal data protection. A

⁷ Art.12.

⁸ Art.17.

⁹ See ‘The five most important events of 2013’ (Dyer & McGregor, 2013).

¹⁰ Art.8.

¹¹ See cases *Amann v Switzerland* (2000) ECHR No.27798/95 para.65; *Rotaru v Romania* (2000) ECHR No.28341/95 para.43.

year later, the Convention for the protection of individuals with regard to automatic processing of personal data (Convention 108) was signed. In the international context, it serves as the unique binding source for data protection laying down the general principles and rules. It covers all data processing activities no matter if realized by public, or private sectors, courts or government agencies (“Council of Europe- Data Protection”)

When it comes to EU specific rules, however, data protection law is a combination of several primary and secondary laws. In that respect, the adoption of the Lisbon Treaty (2009) represents a milestone for two major developments: First, the EU Charter of Fundamental Rights (Charter), which is aimed to incorporate all individual rights in the EU to a single document, upgraded as a binding source with the Lisbon Treaty (“European Commission-Why do we need the Charter?”). Because the Charter requires the EC to “*respect the rights, observe the principles and promote the application thereof in accordance with their respective powers*”¹², it is argued that data protection and privacy became privileged goals, inter alia, over competition law goals (Costa-Cabral & Lynskey, 2017, pp. 40–41). However this type of interpretation has not been confirmed by the courts. Second, it provides a legal basis to enact secondary law on data protection¹³. As a result, the General Data Protection Regulation¹⁴ (GDPR) was ruled in 2016, replacing the Data Protection Directive (DPD, 1995) and is being applied since 2018 (Costa-Cabral & Lynskey, 2017, p. 16; Graef, 2016; *Handbook on European data protection law*, 2018).

It is worth analysing the GDPR specifically as it constitutes the current major omnibus data protection regulation of the EU.¹⁵ The

¹² Art.51(1).

¹³ Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU), Art.16.

¹⁴ Regulation (EU) 2016/679 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC [2016], OJ L119

¹⁵ More specific regulations about data protection are also in force like Directive 2009/136/EC concerning the processing of personal data and the protection of privacy in the electronic communications sector (E-Privacy Directive), OJ 2002 L337/11 or Directive (EU) 2016/680 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data by competent authorities for the purposes of the prevention, investigation, detection or prosecution of criminal offences or the execution of criminal penalties, and on the free movement of such data, and repealing Council Framework Decision 2008/977/JHA, OJ L 119/89

underlying purpose of DPD was to ensure free flow of personal data between member states (MSs)¹⁶. Since directives do not directly apply to MSs, the effectiveness and dissuasiveness of the DPD had long been criticised (*Handbook on European data protection law*, 2018, pp. 29–30). Thus, to accomplish a sufficient and equal level of protection in every point of the union and to modernise the law according to technological developments, an EU level regulation was ruled. In that context, the GDPR is not only established for right based but also economic based goals.¹⁷

To analyse its intersection with competition law, some substantial aspects of the GDPR are notable. First, the GDPR clarifies previous rights, obligations in the DPD and also principles in the OECD Guidelines and Convention 108 (Coates 2011, p. 368), but with several changes that adapt itself to technology and the ways that personal data is collected. Thus, it enables a broader scope for privacy enforcement (“Understanding Key Changes from the Data Protection Directive to GDPR”; Costa-Cabral and Lynskey, 2017, p. 16). It defines personal data wider as “*any information relating to an identified or identifiable natural person*”.¹⁸ The term identifiability broadly referred as designating a person by “all means” reasonably likely to be used.¹⁹ Not necessarily names, identification numbers, but online identifiers like IP (Internet Protocol) addresses, cookies and RFID (Radio Frequency Identification) tags might be deemed as personal data.²⁰ Sensitive data is deemed to include genetic and biometric data as well.²¹

Second, personal data processing is lawful as long as it relies on at least one of the six legal bases, most notable ones of which are consent, performance of a contract, public or legitimate interests.²² No hierarchy exists between these bases (Costa-Cabral & Lynskey, 2017, p. 16). The controllers may well rely on the grounds other than consent. How-

¹⁶ DPD, Art. 1(1).

¹⁷ Art.1, GDPR. Accordingly, the European Data Protection Board is established as a body of the Union (Art.68). Moreover an independent supervisory authority (EDPS) has been constituted as secretariat of the Board (Art.75). EDPS operates at the highest level of the EU. (“EDPS-About”, 2016)

¹⁸ Art.4.

¹⁹ Recital 26.

²⁰ Recital 30.

²¹ Art.9.

²² Art.6.

ever, when the controllers seek consent, terms offered to data subjects are subject to competition or may be improved by competition. For instance, limits and purposes of the processing or security may influence quality, variety and innovation (Costa-Cabral & Lynskey, 2017, pp. 30–31).

Third, the GDPR sets up borderlines between permissible and impermissible processing of individual data (Costa-Cabral & Lynskey, 2017, p. 17). It introduces rights to data subjects and imposes obligations to data controllers/processors. The rights can be restricted against other societal interests such as national security, defence or other important objectives of the EU or an MS (like public health or social security) or the rights and freedoms of the others as far as the restrictions are necessary and proportionate.²³ This indicates that data protection authorities conduct a balance test for which competition authorities may not have enough competence.

With regards to the rights, the GDPR addresses the right to data portability²⁴, which is an entirely new provision that not only strengthens the personal data protection, but also challenges the businesses, especially cloud computing services to be able to facilitate the relevant infrastructure. The provision enables data subjects to receive and/or transmit their personal data that is provided to a controller by consent or contract in a structured, commonly used and machine-readable format. If technically feasible, direct transfer to another controller may be requested. The controllers are encouraged to establish in interoperable formats that enable data portability.²⁵

Fierce debates have been raised among businesses about this right's implications on competition in terms of increasing users', customers' or consumers' trust and on competition law in terms of developing appropriate systems to be able to answer data portability requests (Engels 2016; "DLA Piper"; Zanfir 2012, pp. 161–162). This right ensures similar protection with the essential facilities doctrine. Limitations to data portability may result in entry barriers, when combined with network effects. However, the issue is investigated under competition law only when the undertaking is dominant. Whereas, the GDPR provides this protection regardless of the market power of the controllers (Borinico & Walden, 2011, p. 284).

²³ Art.23.

²⁴ Art.20.

²⁵ Recital 68.

Fourth, although competition law is interpreted as having the strongest enforcement mechanism among consumer protection laws including data protection law, tougher sanctions were brought under the GDPR as well. Prior to the GDPR, the amount of fines have been determined by MSs.²⁶ Consequently, the protection was fragmented between MSs, which was one of the fundamental reasons that the DPD was replaced with a regulation. Indeed, that may have stimulated the data protection advocates to propose data protection concerns to be examined under competition law enforcement, which has tougher penalties.

However, after the enactment of the GDPR, data controllers may be penalised up to 10 or 20 million EUR or, in the case of an undertaking, up to 2 or 4% of the total ‘worldwide’ annual turnover of the preceding financial year depending on the types of infringement²⁷ (Yaros, Kalé, Nishikawa & Harrison, 2018). Like competition law, the GDPR is currently ranked among the laws having the highest sanctions for noncompliance (“DLA Piper”). Moreover, damages action can be taken against privacy breaches no matter the damage is material or immaterial²⁸, even mere emotional distress may be deemed sufficient for the liability of the data controllers as can be seen *Google v Vidal-Hall* case²⁹ in the United Kingdom.

Having analysed the fundamental goals, principles and vehicles of data protection law, the next section will exercise similar points in the context of competition law.

1.2. Competition Law

Competition law in the EU has been primarily developed by the courts. As for the courts, they identified infringements by reference to the union goals.³⁰ Article 3(3) of the Treaty on the European Union reads the union goals, inter alia, as establishing an internal market and working

²⁶ Arts.22-24, DPD. For instance, in the United Kingdom, monetary penalties were ‘just’ up to £500,000 (Yaros, Kalé, Nishikawa & Harrison, 2018).

²⁷ Art.83, GDPR.

²⁸ Art.82, GDPR.

²⁹ [2015] EWCA Civ 311.

³⁰ Although courts for sometimes referred to examples provided in Article 102 and conducted analogical approach, in general they pursued a teleological approach, i.e. basing the analysis to the union goals. (Chalmers, Davies & Monti, 2010, pp. 1008–1009)

for the development of the EU on the grounds of balanced economic growth, competitive social market economy, social progress, protection of environment. The Protocol (No 27) on the internal market and competition³¹, then, clarifies that the internal market within the meaning of Article 3(3) includes a system ensuring that competition is not distorted. In that respect, by legislation, the EU set multi-type goals with the overriding principle of free internal market.

In practice on the other hand, promoting European integration and protecting competitive process were key objectives. While competition law always has been used as a tool of market integration, protection of competitive process was unclear and evolved over time. First, with influence of ordoliberals, it was defined as approaching towards perfect competition by contesting economic power. Second derivation is ensuring economic freedom (Gerber 2010, p. 184). This is meant, for instance, in abuse of dominance context, freedom of SMEs not to be foreclosed from a market (Fox 2013, p. 332) Furthermore, after 2004, a more economics-based approach is announced by the EC. Consumer welfare is emphasized as a significant component of the integrated market objective. Attention is devoted to types of conducts that eliminate competition and ultimately are most harmful to consumers.³² In other words, after modernisation process, efficiency and consumer welfare became predominant goals.

Yet, 'can consumer welfare goal encompass data protection/privacy' arises as another paramount point to be exercised individually. Indeed, pursuing non-efficiency objectives is not a new debate (Zimmer 2012). It has long been questioned. It is hard to convert non-efficiency concerns such as media pluralism, environmental protection, public health as well as data protection into economic measures. Competition authorities do not have sufficient legal competence and technical expertise. Thus, they are principally regulated by other laws as long as they cannot be transformed into economic efficiency benefits (Coates 2011, p. 394; Costa-Cabral & Lynskey, 2017, p. 13; Graef 2018, p. 124).

³¹ Protocol (No 27) on the internal market and competition [2012] OJ C 326/309.

³² Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings [2009] OJ 45/7 (Guidance Paper), paras.1,5.

Nevertheless, recently, a developmental approach containing non-efficiency goals is contended over the world (Bakhoun 2012). Even the EU along with the United States (US) started to argue (Chazan, 2019a) competition law with respect to their national security or public interests concerns for instance (Chazan, 2019b; *Mergers: Commission prohibits Siemens' proposed acquisition of Alstom*, 2019) These arguments are rejected because such instrumentalisation of competition law to political interests may distort the competition (Waked 2015, p. 974). Likewise, data protection advocates endeavour to incorporate data protection with consumer welfare goals (EDPS, 2014). Despite these arguments, enforcement of competition law turned out to persistently focus on economic efficiency on behalf of the consumers (Graef 2018, p. 124).

Having regard to the main statute and goals, the EU competition law intervenes in collusions, abuse of dominance position and concentrations that significantly impede effective competition (Graef 2018, p. 123). Article 101 TFEU prohibits any agreements between undertakings, decisions by associations of undertakings and concerted practices which may affect the trade between MSs and which have as their object or effect the prevention, restriction or distortion of competition within the internal market. This provision may be inapplicable provided that the conditions in Article 101(3) are satisfied.

Article 102 (TFEU) prohibits abuse of dominant position including exploitative abuses as well as exclusionary abuses. Albeit, it does not have a provision that enables legal exceptions like in Article 101, to distinguish competitive conducts from anticompetitive ones, a tool of objective justification or efficiencies defence is constituted by case law. However, case law demonstrated that it is rather hard to meet requirements of objective justification and proportionality (Dabbah 2004, p. 375).

Concentrations which have a union dimension, are subject to prior notification according to EU Merger Regulation by reference to turnovers of concentrating undertakings.³³ A merger will raise concerns when it is expected to substantially lessen the competition, i.e. weakens rivalry to the harm of consumers (Dabbah 2004, p. 529). The EC has wide-range powers from accepting commitments put forward by

³³ Council Regulation (EC) 139/2004 [2004] OJ L24/1.

undertakings to remedying those concerns to blocking the transaction entirely (Whish & Bailey, 2018, p. 849).

After underlining the detailed aspects of the EU data protection and competition law, two legal regimes will be compared and contrasted in the next section.

1.3. A Comparison between Data Protection Law and Competition Law

In order to exercise if it is pertinent to incorporate data protection law concerns to competition law assessments in the context of the EU, comparing them in terms of their goals, means and scopes becomes indispensable. Whereas both aim to enhance free market integration, deal with power asymmetries and protect individuals, the means and the scopes of two regimes are different.

In terms of commonalities, firstly element is tackling with power asymmetries. Generally there is an imbalance between individuals and data controllers especially taken into account the digitalisation and cloud computing (Article 29 Data Protection Working Party, 2014, p. 23). Data protection law remedies by requiring legal basis for processing and introducing rights to data subjects against unlawful processing. Similarly, competition law is concerned with undertakings which possess market power and reduce output or capacity, increase prices, decrease quality of products or restrict consumer choice or suppress innovation (Whish & Bailey, 2018, p. 2). If individuals lose control over their data, undertakings may strengthen their market power, likewise, increased market power may enable posing unlawful processing. In that respect two laws support each other (Costa-Cabral & Lynskey, 2017, p. 21).

Second, both regimes target similar goals. In addition to market integration both areas of law are enforced for general public. Data protection law directly safeguards natural persons. With the assumption that data subjects are sensitive to privacy issues, data protection may emerge as a factor that boosts competition. Likewise, competition law, safeguards consumers against distortion of competitive process and direct harm through decrease in quantity, quality, variety or innovation (Costa-Cabral & Lynskey, 2017, p. 22).³⁴ Nevertheless, this similarity

³⁴ See Guidance Paper, para.6.

aspect involves conflicting assumptions. First, the sensitivity presumption of data subjects does not reflect the current reality (Costa-Cabral & Lynskey, 2017). While many users are concerned about privacy of their data, in rare cases they actually act on them (Coates, 2011). This may create a hurdle and lead to vague assumptions when data privacy concerns are exercised in competition law cases as will be exercised in the consequent parts. Second, there is no clear roadmap to ensure in which circumstances consumer welfare is maximised, for instance, in terms of proper price level that does not exploit the consumers. Competition authorities are deemed ill-placed to determine if price levels are exploitative or not (Whish & Bailey, 2018, p. 2).

In spite of the similarities, data protection and competition law have significant divergences regarding their means and scopes. Firstly, data protection law targets to protect a fundamental right via enabling individuals control over personal data. Accordingly, they can restrict the collection and processing of personal data. Whereas, competition law targets consumers in general rather than individual customers. Besides, generally it protects consumers indirectly via intervening in anticompetitive conducts and mergers which may significantly impede effective competition (Graef 2016, p. 333).

Secondly, data protection law pursues a human-rights based approach, while competition law pursues an effects-based approach especially after the modernisation process. Newly introduced right to data portability can illustrate this divergence explicitly. The GDPR provides the right to all individuals if the data is based on consent and processing is carried out by automated means. Whereas, competition authorities may attain data portability as a duty only if the controller is dominant and meets conditions specific to refusal to supply.³⁵

Thirdly, the two fields differ in their scopes. The GDPR covers only personal data, whereas competition law may deal with all types of data. To illustrate via data portability, data cannot be requested to transfer unless it is related to identified or identifiable data subjects. Moreover, as opposed to data directly provided by the users, those derived from user behaviour or created by data analytics may fall outside the scope in case of a strict interpretation (Graef 2018, p. 133). In contrast, if the abuse of dominance conditions are satisfied, competition law reach-

³⁵ Guidance Paper para.81.

es to a wider scope irrespective of the type of data (Graef 2016, pp. 333–334).

1.4. Conclusion

Overall, there are some commonalities in terms of dealing with market asymmetries, protecting market integration and the general public. However, it may be misleading to acknowledge that they both aim to consumer welfare because data protection assumes that individuals are sensitive about their privacy. Additionally, competition law rarely applies for exploitation as competition authorities are not suitable for determining in which circumstances consumers are being exploited. Despite the commonalities, data protection law protects personal data of ‘individuals’ via a human rights based approach, whereas competition law protects ‘consumers in general’ regardless of the type of data via an effects-based approach.

With regards to substantive intersections of two laws, Costa-Cabral and Lynskey (2017) describe their relationship as “family ties” as both are under EU law family and have some similarities. Data protection and privacy may prevail other goals especially after the Lisbon Treaty’s coming into force. Although this argument is open to interpretation of the courts, it is admissible to conclude data protection law intersects competition law in three aspects.

First, conditions offered for consent or other data protection elements can create a competition parameter in terms of quality, choice and innovation. Theoretically, undertakings can both compete on or distort these parameters. Second, data portability creates an overlap despite of the differences in the scopes of application. Third, it is claimed to include data protection/privacy interests in competition law assessments with a wider interpretation of consumer welfare goal. However, for the third aspect it should be noted that ‘consumer law’ is more akin to data protection law as both are concerned with individuals rather than aggregate consumers (Costa-Cabral & Lynskey, 2017, p. 18).

In sum, it is clear that the two regimes intersect each other in theory. To figure out how, the next part will concentrate on the cases in practice.

2. WHAT IS THE INTERPLAY BETWEEN DATA PROTECTION LAW and COMPETITION LAW?

Data accumulation by a few but large undertakings created concerns about data privacy especially due to world-shaking security incidences, and uninformed data collection/processing via cookies or invalid consent (Di Porto 2018). Several rules and regulations on data protection have brought into force to overcome these issues as referred in the previous part.

Simultaneously discussions on the interplay between privacy-anti-trust regimes have been arise in two major aspects. First, the adequacy and up-to-dateness of competition law especially against digital markets was questioned (Kerber 2016, p. 860). Second, many of large online undertakings are two or multi-sided platforms that benefit from network effects. The more users they have, the more users join them. This asymmetric power results in a take-it-or-leave-it approach against users. The users' control over personal data becomes challenging or even deceptive that they cannot negotiate for terms and conditions of use, just accept whatever is offered by those undertakings (EDPS 2014, p. 35). Therefore, competition law was regarded as a short-cut remedy for data protection infringements (Kuner, Cate, Millard, Svantesson & Lyskey, 2014).

However, there is an overflow of literature proposing intervention by competition authorities disregarding its scope. A number of scholars suggested employing competition law tools to prohibit monopolies from directly exploiting individual data and enhance individual choice (Botta & Wiedemann, 2018; EDPS, 2014). By doing so, a number of studies lack the substantial features of either side. For instance, some simply aim to challenge the market positions of dominant undertakings, which may be misleading, as competition law does not prohibit dominance. Whereas some others questioned the over-interventionist role attained for competition law (Davilla, 2017a).

Having demonstrated that there is a theoretical intersection between data protection and competition law in the first part, this part aims to illustrate what is the intersection in practice. For that purpose, the proposals for intervention and non-intervention towards privacy-related cases will be analysed respectively, in the light of developments

in practice, namely cases and academic studies. Therefore, instead of hypothetical scenarios, theories of harm encountered in practice and how competition law enforcement reacted them will be analysed.

2.1. Competition Law Approaches Towards Non-Intervention in Data-Related Issues

The intersection of competition and data protection law has evolved from the *Asnef-Equifax* case³⁶ in 2006. The ECJ was referred for an agreement between financial institutions to create a common credit history registry of their customers. In response, the ECJ did not consider the lawfulness of the processing of customer data. It simply declared that ‘such data protection issues are not a matter of competition law’. The Advocate General (AG) did not favour inclusion of these issues in the main competition law assessment either.³⁷ Rather, he suggested informing the borrowers about the processing to allow them to follow which data is being processed and rectify if it is necessary. However, the EC did not follow the opinion of AG and left the issue to the governors of data protection (Zanfir-Fortuna & Ianc, 2018, p. 2).

From the wording of the ECJ, commentators rightly inferred that it does not exclude data protection as a whole, but implies that competition law enforcement should pursue its underlying objectives (Graef 2016, pp. 334–335). That can be illustrated with subsequent cases. In *AstraZeneca v. Commission* case³⁸, the court re-emphasized the necessity of at very least the restriction on competition to be able to pursue an abuse of dominance case (Altmayer 2018, p. 52). The same approach towards the scope of competition law continued to be reflected in the following cases.

Attention towards the accumulation of data and data privacy have mainly been aroused by merger cases in digital markets. Debates are polarised on whether data accumulation should be regarded as a risk in competition law investigations. This notion was first argued in *Google/*

³⁶ Case C-238/05 *Asnef-Equifax et al v Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios* [2006] ECR I-11125, para.63.

³⁷ *ibid*, Opinion of AG Geelhoed, Case C-238/05, ECR I-11125 para.56.

³⁸ Case T-321/05, *AstraZeneca v. Commission*, 2010 ECR II-2830, paras.845. Appeal dismissed. Case T51/89 *Tetra Pak v Commission* [1990] ECR II309, paras.23-24.

DoubleClick merger³⁹ in 2008 at which time Google gathered large amounts of individual data as near-monopoly of online search market, and DoubleClick was the pioneer of “ad serving, management and reporting technology for website publishers and advertising companies”. The merger meant monitoring what people search for and which websites they click at one hand. In that case personal data in subject was so significant that it could not be ignored (Altmayer 2018, p. 43; Zanfir-Fortuna & Ianc, 2018, pp. 3–4).

Therefore, the EC assessed both horizontal and non-horizontal concerns. For the elimination of DoubleClick as a potential efficient rival in intermediation for online advertisement, the EC determined there still remains a sufficient number of competitors. In terms of non-horizontal effects, it assessed foreclosure risks in search advertising and online intermediation services and ad serving markets. It also separately analysed risks due to consolidation of the databases of search behaviour and web browsing behaviour. After a market investigation, it concluded that the merger is unlikely to exclude competitors and significantly impede the effective competition (Graef 2016, pp. 288–300).

The difference of the merger is that for the first time personal data was examined as a separate asset. Many commentators argued that parties possess the most significant constituents of online advertising, transaction would create a position that cannot be achieved by the rivals and consequently would lead to harm to advertisers, publishers and consumers. Contrarily, the advertisers and publishers are not concerned with their data to be accessed by others and search data of the users is accessible via other competitors or third parties, according to investigation.⁴⁰ Moreover, contracts of advertisers with DoubleClick prohibit their data to be used in target ads on Google (Geradin & Kuschewsky, 2013, pp. 12–13).

Notwithstanding above assessments, the EDPS’s arguments go against the grain of the EC. It criticised the EC for not examining effects of the merger on the search market, user data privacy and consumer welfare (EDPS 2014, pp. 29–30). The EC, however, distinguished data protection concerns from its analysis. It pinpointed that

³⁹ Google/DoubleClick (n 3), paras.4-5, 192, 221-222, 278, 286-289, 329-332, 356-366.

⁴⁰ Google/ DoubleClick (n 3) paras.361-363.

its analysis is without prejudice to data protection and privacy laws. It assessed only data accumulation concerns in terms of network effects leading foreclosure (Geradin & Kuschewsky, 2013, pp. 12–13; Zanfir-Fortuna & Ianc, 2018, pp. 3–4). Similar conclusion was obtained from the same investigation in the US, despite of a dissenting opinion. Commissioner Harbour claimed that greater attention should have been given to network effects and implications for data protection.⁴¹

Another case where privacy related issues have been brought into debate at least partially is *Tele Atlas/TomTom* merger⁴² in 2008. It involved a vertical relationship between navigable digital maps of Tele Atlas and portable navigation devices of TomTom. The upstream market was a duopoly where the only rival was Navteq and TomTom possessed a strong position in the downstream market. The EC was concerned about the risk of a vertical input foreclosure. However, it concluded that it is unlikely due to the existence of Navteq and sales losses in maps could not be compensated by an increase in TomTom devices.

Unlike the expectations, the assessment of the merger was not based on data privacy. In fact, the parties claimed efficiencies as a result of feedback data from TomTom's customer base, which would help Tele Atlas develop its maps further. However, the EC did not appraise if feedback data involves personal data and if the transaction raised privacy concerns. It just considered sensitive data of undertakings rather than individuals.

Some commentators recognised this approach as political instead of representation of a legal attitude towards data protection. They asserted that the EC would not endanger its decision to be dismissed as there was no clear reason to rely on data privacy (Zanfir-Fortuna & Ianc, 2018, p. 6). Moreover, the EC elaborated that the product value is influenced by the way user data is used. Albeit the case seems as an example for non-intervention to data protection issues, due to this elaboration, commentators argued that the EC acknowledges data privacy as an element of quality (Graef 2016, pp. 308–309; Zanfir-Fortuna & Ianc, 2018, p. 6).

⁴¹ Dissenting Statement of Commissioner Pamela Jones Harbour in the matter of Google/DoubleClick FTC File No.071-0170.

⁴² *TomTom/Tele Atlas* (Case COMP/M.4854) [2008] OJ C237/8, paras.193-237.

Similar efficiency claims can be seen in *Microsoft's acquisition of Yahoo! Search*⁴³ in 2010. The EC assessed that the transaction would aid the merger in facilitating its algorithm via data from search queries, by which it can obtain more users, and in the end would better compete with Google (De Peyer 2017, pp. 780–781). Therefore, the EC referred to some underlying notions of the monetization feedback loop theory which involves (i) online platforms can monetize their services better by target advertising when they can access user data, (ii) consequently the demand from advertisers would increase and facilitate competition between platforms. This time, the EC approved the transaction since the merger would further compete with Google. Commentators stipulated if Google were the notifying party instead of Microsoft/Yahoo, the EC would assess the data as an entry barrier. Albeit, the EC evaluated large databases may restrict new entries, again it did not examine data privacy (Chirita 2018, p. 166).

With reference to Tomtom/Teleatlas and Microsoft/Yahoo! Search cases, the EDPS proposed that the EC analysed the protection of client confidentiality and incentives of the parties to mitigate concerns of customers (EDPS 2014, p. 30). As Costa-Cabral favourably mentions, the analysis of the EC comprised of consumers who are not enjoying confidentiality anymore and does not fully represent individual privacy. Therefore, the analysis was merely limited to privacy as a non-price competition parameter (Costa-Cabral 2016, p. 509). In another way, however, the notion that competition on privacy is beneficial to consumers, is not novel in competition law enforcement and does not necessitate a new interpretation of consumer welfare (Costa-Cabral 2016, p. 503).

In *Telefonica UK/Vodafone UK/Everything Everywhere* joint venture decision⁴⁴, 2012, the parties planned to process data collected via its transaction and advertising services for targeted advertising and analysis of consumer behaviour purposes. Though the EC defined a separate market for data analytics services, it did not refer to data protection obligations (Zanfir-Fortuna & Ianc, 2018, pp. 8–9) and privacy concerns specifically. The EC examined horizontal foreclosure effects rising from incorporation of different kinds of data, including personal, location,

⁴³ *Microsoft/Yahoo! Search Business*, (Case COMP/M.5727) [2010].

⁴⁴ *Telefónica UK/Vodafone UK/Everything Everywhere/JV* (COMP/M.6314) [2012] OJ C66/5, paras.542-557.

response, social behaviour and browsing data. It concluded that the database of joint venture does not amount to unique and essential data; a number of competitors like Google, Apple, Facebook, card issuers, reference agencies or retailers can have access to similar data from a number of channels like utilities providers or internet providers (Davilla 2017a, p. 376; Zanfir-Fortuna & Ianc, 2018, pp. 8–9).⁴⁵

Similarly, in 2014, the EC cleared the *Facebook/WhatsApp* merger.⁴⁶ It did not assess Facebook-Messenger and WhatsApp as close competitors in consumer communications services. Moreover in online advertising services, even if Facebook is assumed to use WhatsApp as an advertising platform, or utilise WhatsApp database for ads displayed on Facebook, there would still remain sufficient alternative suppliers for target advertising and valuable user data for ads. Whereas, Federal Trade Commission (FTC) warned parties to ask for consent for any alteration in processing for the same case in the US. However, benchmarking the US with the EU would be misleading since the FTC is distinguished from the EC in respect that it is responsible both for antitrust and also privacy violations under Section 5 of the FTC Act⁴⁷.

The transaction led severe criticisms. Opponents claimed the merger encountered an aggregation of the two parties' databases⁴⁸, which possibly would endanger users when processed by big data analytics (Wahyuningtyas 2017, pp. 790–791). Conversely, the EC pinpointed that privacy concerns regarding the transaction is in the very scope of data protection. However, this does not mean refusing any possible links between competition and data protection matters. It, indeed, emphasized competition as a way of better communication services like privacy and security. Some scholars inferred that the EC hinted at data protection requirements as part of its analysis from its assessment that Facebook will need to first change its privacy policy in order to apply target advertising on WhatsApp (Zanfir-Fortuna & Ianc, 2018, p. 3). For some, the EC acknowledged privacy as a competition pa-

⁴⁵ Likewise, in *Verizon/Yahoo*, data on scrutiny was not characterized as unique. (Case COMP/M.8180), [2016], para.91-93.

⁴⁶ Facebook/WhatsApp (n 4).

⁴⁷ It prohibits "unfair or deceptive acts or practices in or affecting commerce". Although it is questioned if FTC has authority to intervene in privacy-invasions under Section 5, it continues to do so as the courts rejected appeals against its reach (Stevens 2014, p. 4).

⁴⁸ At that time encountered 1.3 billion Facebook users, of which 250-350 million were Facebook-Messenger users, and 600 million were WhatsApp users.

parameter and monitored that WhatsApp lost some users after the merger announcement (Costa-Cabral & Lynskey, 2017, pp. 25–26). Some others criticised the decision as it did not analyse a separate market for acquisition of personal data and effects of the merger on competition on privacy. For instance, they criticised the decision as not questioning if WhatsApp’s privacy policies could change due to Facebook post-transaction (Graef 2016, pp. 345–346).

Moreover, post-merger developments further illustrate how the two regimes complementarily function in the context of their own scope. In 2016, WhatsApp announced it would share user data such as phone numbers and device details with Facebook to be used for better advertising. However, the parties ensured that they would not share their databases when the transaction was notified. Yet, in order for a controller to be able to transfer such data, it needs to rely on a legal basis such as explicit, freely given, specific, informed and unambiguous consent according to the GDPR.

In contrast, WhatsApp failed to provide it, specifically (i) created a false impression that if users do not subscribe in thirty days, they cannot use the service, (ii) imposed a preselected opt-in, (iii) provided opt-out option pages later that users could not figure out they can opt-out, (iv) executed unfair terms of use in the contract. Consequently several cases were held in MSs. For example in 2016, Germany Data Protection Commissioner of Hamburg ordered Facebook to stop collecting and delete user data acquired from WhatsApp. In Italy, in 2017, the Consumer Protection Authority imposed a fine of €3 million against WhatsApp (Chazan & Murgia, 2016; Fildes & Politi, 2017).

It should be underlined that these sanctions are concerning data protection law. With regards to competition law, however, the link was misleading information for notification of transaction. The EC conducted a follow-up investigation, detected the user accounts of the two entities can be matched contrary to what Facebook claimed during the transaction and fined Facebook with €110 million on that basis⁴⁹ (Altmayer 2018, pp. 44–45).

Some scholars characterised the Facebook/WhatsApp merger together with Google/DoubleClick as missed opportunities to confront modern-day “anti-competitive and strategic practices concerning

⁴⁹ *Facebook/WhatsApp*, Commission Case M. 8228 [2017].

personal data in digital markets”. They argued competition laws are ill-suited for fast moving digital markets (Chirita 2018, pp. 166–167). Though, it may be argued that the US could still not enact a general data protection law covering all its states and markets, and still continue to offer protection under fragmental regulations (Coates 2011, p. 388), the EU has a separate omnibus authority for data protection.

Furthermore, the follow-up developments after the merger constitute three paramount consequences in terms of this study. First, had the EC challenged the transaction just for privacy concerns, this would not have only lowered the standards of proof, but also undermined the possibility of data transfer on legitimate grounds. For instance, WhatsApp might have well informed its users and transferred data after a lawful consent. Second, competition law lacks the legal ground and expertise to assess a legal consent or other bases which is in the very scope of data protection law. Third, when a privacy breach raises, this case illustrates each legal regime can intervene in within the reach of their own legal regime effectively and function complementarily.

2.2. Competition Law Approaches Towards Intervention in Data-Related Issues

A case where the EC explicitly conducted data protection issues in competition law enforcement was *Microsoft/LinkedIn* merger⁵⁰ in 2016, though the link was again not privacy but data accumulation. The EC scrutinised several areas in relation to the merger. First, regarding on-line advertising services, horizontal effects of merging user databases were analysed. More specifically, the risk of linking user’s work history, professional connections, search behaviours with advertising services was investigated. The EC cautiously underlined that parties in general and consolidation of data in specific are subject to data protection laws of MSs and the GDPR. Notably, it added that such combinations would be applied based on (lawful) consent as well. Thus, instead of privacy intrusion, it examined if the merged data leads an entry barrier, but concluded that it would not be the case since rivals can still reach large amounts of data and neither of the two entities transfer user data to third parties.⁵¹

⁵⁰ *Microsoft/LinkedIn* (Case M.8124) Commission Decision C(2016) 8404 [2016].

⁵¹ *ibid* paras.177-79, 337-51. See also (Altmayer 2018, pp. 53–54; Zanfir-Fortuna & Ianc, 2018, pp. 15–16)

Second, vertical effects were examined regarding customer relations management and software solutions. In these areas, the EC specifically questioned the risk of foreclosure of rivals from input provided by LinkedIn. Then, not only it concluded that LinkedIn does not provide its data to third parties and its database is not essential, but it also re-emphasized the liability of Microsoft under data protection laws in case it uses the LinkedIn database as a whole.⁵²

Finally, conglomerate effects were scrutinised. The risk of Microsoft to ‘use its dominant position in operating systems for personal computers and productivity software’ to enhance LinkedIn’s position regarding professional social networking has led the merger to end up with commitments. This risk involved the integration of LinkedIn to Microsoft Office, leading entry barriers to LinkedIn’s competitors, as well as a decrease in incentives to offer better privacy policies. Thus, the merger was cleared conditionally upon three situations: (i) the LinkedIn software should be removable from Microsoft products, (ii) Microsoft products should be operable with other professional social network services, (iii) and these competitors should be allowed to access “Microsoft Graph” to help drive new subscribers to their own competing social networks.⁵³ It should be noted that these concerns fundamentally stemmed from Microsoft’s market position in another market, not from data accumulation matters.

In spite of commitments linked to data access issues, Microsoft/LinkedIn is not the first case. In *Thomson/Reuters* merger⁵⁴ concerning a consolidation between two suppliers of the financial database, the EC identified the foreclosure risk against desktop product providers. Hence, entities proposed divestiture of copies of their databases to third parties. These cases illustrate the extremity of the proposals towards adjustments of competition law specific to big data matters. What was carried out in *Magill*⁵⁵, *IMS Health*⁵⁶ or *Microsoft*⁵⁷ cases, is also well-suited to the cases above (Marini-Balestra & Tremolada, 2017, p. 344).

⁵² *ibid* paras.246-370. See also (Davilla 2017b, p. 374).

⁵³ *ibid* para.350. See also Altmayer 2018, pp. 53–54.

⁵⁴ *Thomson/Reuters* (Case COMP/M.4726) Commission Decision C(2008) 654 [2008].

⁵⁵ Joined cases C-241/91 and C-242/91 *Telefís Eireann and Independent Television Publications Ltd v Commission of the European Communities* [1995] ECLI:EU:C:1995:98

⁵⁶ Case C-418/01 *IMS Health GmbH & Co. OHG v NDC Health GmbH & Co. KG* [2004] ECLI:EU:C:2004:257

⁵⁷ Case T-201/04 *Microsoft* [2007] ECLI:EU:T:2007:289.

Although the above cases illustrate somehow an intervention in terms of data protection, albeit they did not encounter what advocates of data protection exactly expected, the newly announced case of *Amazon* (Porter, 2019), may signal an approach in an opposite way. Based on its preliminary findings, the EC started an antitrust investigation for Amazon's use of 'sensitive data' of 'retailers'. Amazon offers two-sided services as online sale of goods as a retailer and hosts its marketplace for independent retailers whose data about products and transactions is being continuously collected on the platform. The investigation will detect if and how Amazon used accumulated data of retailers against competition and towards selection of the retailers to be displayed in the Buy Box⁵⁸. Though the investigation has just started, regardless of its outcome, in case the so-called sensitive data of retailers includes personal data⁵⁹, the case will constitute the first comprehensive case of the EC with a competition related theory of harm based on privacy intrusion. Seemingly, the concerned data is more of commercial data than private data. In that case, the investigation will constitute just another example where data is analysed only for the exclusion of rivals.

Interventions to dominant undertakings in that respect have long been signalled by both the EDPS and the EC Commissioners (EDPS 2014; "Commissioner Joaquín Almunia-European Commission-Press release", 2012). They implied the dominant companies might apply for privacy infringements to obtain an advantage against competitors (Graef 2018, p. 136). Graef favoured data protection law can be used as a benchmark to capture new types of infringements in digital markets as well. She argued there would be no reason not to scrutinise a separate competition violation 'when a strong link is established between privacy infringements and dominance'. But notably she also addressed that any violation of data protection by dominant undertakings should not automatically be acknowledged as abuse of dominance. In that respect commercial or individual privacy issues should primarily be handled by consumer and data protection authorities.

⁵⁸ A tool that allows customers to add items from a specific retailer directly into their shopping carts and is vital for retailers due to its volume of transaction.

⁵⁹ The GDPR only applies to personal data which is any information related to an identified or identifiable natural person by reference to inter alia economic identity of these natural persons (Article 4(1), GDPR).

Similarly *Facebook* is under scrutiny by the Bundeskartellamt (“Bundeskartellamt--Bundeskartellamt prohibits Facebook from combining user data from different sources”, 2019) Facebook collected vast amounts of data by embedding its products (like button, Facebook login option and Facebook Analytics) to third-party websites. As consumers were not adequately informed about the type and extent of their processed data, the consent is found to be invalid. Facebook’s privacy infringement consequently led to an abuse of dominance investigation. This opens a gateway to refer data protection principles like data minimisation, purpose limitation as a benchmark in competition law analyses (Graef 2018, p. 136).

However, it should be noted that Amazon and Facebook cases seem to differ in their theories of harm. While the former is concerning commercial data and exclusion of rivals, the latter seems more to examine personal data and direct exploitation of consumers. The Bundeskartellamt included the exclusionary theory of harm on the basis that unfairly accumulated data led to identity-based network effects and user lock-in, which consequently excludes rivals. Nevertheless, this theory is found problematic and unconvincing since foreclosure effect has failed to be established.

The EC illustrated its harm theories especially when it diverged from categorical infringements like in *Microsoft*⁶⁰ or *Google Android*⁶¹. In Microsoft the EC relied on market surveys and networks effects. In Google Android, it relied on status-quo bias (consumer inertia) of users that make them stick to pre-installed options. Whereas, in the Facebook case foreclosure effects were not based on a clear evidence (Kathuria 2019, pp. 100–101). Just embedding Facebook products to other web sites, for instance, do not inhibit other social network services from doing the same (Colangelo & Maggolino, 2018, p. 228). Apart from these debates, however, these cases illustrate again that there is no need for a new competition approach specific to data-intensive markets (Kathuria 2019, p. 100).

Another example of privacy-antitrust interplay with a strong theory of harm can be seen from the Autorité de la concurrence’s (French Competition Authority, FCA) *GDF-Suez (ENGIE)* decision in 2017

⁶⁰ *Microsoft* (Case COMP/C-3/37.792) [2004] OJ L32/23.

⁶¹ *Google Android* Commission Decision AT.40099 [2018].

(“French Competition Authority fines ENGIE €100 million for abusing its dominant position on the French retail gas supply market”, 2017).⁶² The case represents an illustration of both the duty to share individual data with competitors and how a competition authority orders to comply with data protection rules. GDF Suez was a formerly monopolist natural gas supplier and settled with the FCA for using customer datasets and infrastructure it obtained via its monopoly status to foster its contacts in other markets (and offer prices outside the scope of public service obligation). The FCA regarded that although datasets containing contact details, technical information and consumption data are not essential assets, GDF-Suez did not obtain it by innovation but merely by its monopolistic status and the dataset created a competitive disadvantage against its competitors. Thus, GDF-Suez was imposed an interim measure to provide its competitors access to datasets⁶³ it collected before diversification so that its competitors would be able to reach potential customers (Autorité de la concurrence & Bundeskartellamt, 2016, p. 31).

Second aspect of the case is pertinent to the way the FCA ordered an interim measure. First, the FCA referred to the opinion of the French Data Protection Authority (FDPA) about the case. So far this interaction confirms what the EDPS recommended in its preliminary opinion. It underlined that competition, data protection and consumer protection authorities should all coordinate for a more effective enforcement. Nevertheless, the FCA obliged the undertaking to specifically notify customers about the case and ask their consent for sharing their data with third parties and it provided GDF-Suez a draft notification which urges customers to send a letter in thirty days if they do not prefer transfer of their data.

Several arguments were raised against the second aspect. First the way of forcing customers to take action themselves for not giving consent may not be in line with the data protection rights. It would be more appropriate to provide them both with the choices of ‘opt-in’ and ‘opt-out’. In Microsoft or Google cases and Microsoft/LinkedIn merger, the significance of default settings and status-quo bias towards

⁶² FCA regarded the fact ENGIE might not be aware of its obligations immediately after diversification as a mitigating factor for the fines.

⁶³ Names, addresses, telephone numbers and consumption profiles.

pre-installed options have already been illustrated. Second, there may be other ways of legitimate bases. Third, how to comply with data protection rules is not in the FCA's reach. Consequently, commentators claimed the authorities should have performed a closer cooperation. It would have been more appropriate had the FCA provided a general statement about the need to comply with data protection when granting duty to share and left the FDPA to monitor if the remaining steps of GDF-Suez are in line-with data protection (Graef 2016, p. 317).

2.3. Conclusion

In the light of above cases, it is clear that data may not just represent an input but also a separate asset. Moreover, we can observe that the data can take several forms in the context of anticompetitive conducts. It may constitute an entry barrier due to the accumulated big data which risks exclusion of rivals, a privacy-intrusion which risks exploitation of consumers/data subjects or a competition parameter which is considered as an ingredient of quality.

First, in almost all cases exclusionary/foreclosure effects rising due to accumulated data are examined. Data is analysed against creating an entry barrier, or against constituting an essential facility. In that respect, *Microsoft/LinkedIn* case presents a notable example. It ended up with commitments. However, the risks considered in that case were mainly on the bases of tying/interoperability theories rather than data accumulation/privacy concerns. But it should be noted that this approach is not specific or new to digital markets. For instance in *Thomson/Reuters* case, the merging databases are divested due to the concerns about data access.

Second, except the cases like *Microsoft/LinkedIn*, the EC concluded there still remains sufficient competition or alternative channels to reach data. Despite the reactions against big data, the data accumulation cases like *Facebook/WhatsApp* or *Google/DoubleClick* mergers were not deemed to close the substantial part of the relevant markets. Therefore, it is unlikely for data-related transactions to be intervened in unless the data is unique and non-replicable by the rivals (De Peyer 2017, p. 782).

Third, both the ECJ and EC distinguished data protection concerns, data protection obligations, individual rights, lawfulness of the processing from its analyses either by not mentioning them or explicitly addressing them by not being covered under competition law. In *Asnef-Equifax* case, the ECJ rightly refused to order the parties to inform their customers about processing. Although the FTC carried out such an approach in *Facebook/WhatsApp* merger, the structure of data protection and competition authorities are different in the EU. While the FTC covers both antitrust and unfair (including privacy intrusion) practices, in the EU, separate agencies are responsible for these areas. Therefore, competition agencies may not be competent to order how to comply with data protection rules as illustrated in *GDF-Suez* case. Instead a more co-operative approach between competition and data protection agencies is suggested.

Fourth, competition rules are criticised as being ill-suited to digitised markets. The suggestion went beyond the value-based merger thresholds, privacy is proposed to be protected under the consumer welfare goal. However, developments after *Facebook/WhatsApp* transaction illustrate how competition and data protection agencies can catch the infringements while staying limited to their own reach.

Although these criticisms were not materialised EU wide, the Bundeskartellamt's *Facebook* case signals that exploitation of data subjects may account for abuse of dominance. It attempts to establish an exclusionary theory of harm, but, this is not deemed persuasive as there seems no impact on competitors. In that context, the EC Commissioners indicated that it requires 'restriction on competition/competitors' as well as 'consumers'. The newly announced *Amazon* case also seems to be in line with this notion as it includes creating a disadvantage against third party competitors. Even though it is not clear if the data scrutinised is commercial data of the retailers or personal data, when there is a strong link between data protection and competition law infringements, competition law can apply. In that respect, data protection rules may be used as a benchmark.

Fifth, the EC pointedly addressed in the mergers like *Microsoft/LinkedIn*, the processing of data can be carried out on a legitimate basis as well as privacy intrusion. Yet, the sensitivity of individuals against privacy differs considerably. For instance in *Google/DoubleClick* merger, while commentators argued for the privacy of the advertisers/

publishers, the EC concluded that they do not worry about transfer of their data.

Sixth, in *Tomtom* and *Yahoo* mergers, the EC evaluated privacy as a parameter of competition amongst others like security. But some academics commented that the EC should have analysed the effects of the transaction on privacy as well as other parameters of consumer welfare. Given the above mentioned uncertainty about privacy sensitivity, it is questionable how precise that analysis could be made.

Having analysed the way of interplay between competition and data protection law in the light of data-related cases, the next part is devoted to discuss how this interplay should actually be. As we may envisage that there will be more cases especially about privacy related conducts of dominant undertakings, a closer look to the role of data-related exploitation in competition law is essential.

3. HOW SHOULD BE THE INTERPLAY BETWEEN DATA PROTECTION LAW and COMPETITION LAW?

The fundamental reason behind the controversies in the interplay between data protection and competition law is consumer welfare. As the first part illustrated, it is the common goal between two law systems. Data protection advocates favoured, inter alia, Article 102 can be used as a vehicle to promote data protection. Although the article in wording encompasses both exclusionary and exploitative conducts, the second part illustrated that in practice the EC focused on either exclusionary conducts or foreclosure effects. Furthermore, a consistent approach has been established by the ECJ not to intervene in direct exploitation.

Nevertheless, recent cases of especially national competition authorities are more inclined to deal with direct exploitation of consumers in terms of privacy in line with what data protection advocates propose. Therefore, to be able to figure out how the interplay between competition law and data protection law should be, it is necessary to examine the treatment towards exploitative abuses. In that respect, this part will first touch the limitations of competition law, then, that of privacy perception with respect to data-related exploitative practices, finally will suggest a cautious approach for the data-related cases.

3.1. Limitations of Competition Law Towards Data-Related Exploitative Practices

In order to enshrine the limitations of data-related exploitative practices, first the standards of competition law towards exploitation in general need to be analysed. The definition of abuse of dominance is not provided in Article 102, instead, the case law introduced the relevant concept (Chalmers et al., 2010, pp. 1008–1009). In *Hoffman La Roche*, the ECJ defined it as an objective concept where the dominant undertaking influence the structure of a market since competition is weakened because of its behaviours that cannot account for normal competition.⁶⁴ The ECJ further explained abuse as using methods other than those within the scope of competition on merits. Distinguishing permitted unilateral conduct from abusive ones was based on normal competition/competition on merits (or competition on performance).⁶⁵

Nevertheless, the notion of competition on merits is countered by scholars as being impractical and dangerous since it can easily be converted to a market regulation mechanism. They argued that it may lead courts to shape the performance of undertakings according to their choices instead of letting them be shaped by consumers and other market participants (Riziotis 2008, p. 90). Similarly, some scholars contended that courts relied on competition on merits to ensure fairness. However, it was argued that this approach may not be viable due to its inadequacy of analytical power in terms of justifiability and predictability (Chalmers et al., 2010, p. 1008).

Considering the case law, a “special responsibility” is assigned to dominant firms since the first judgements of the ECJ from the late 1960s to now (Gerber 2010, p. 187).⁶⁶ Exclusionary practices like refusing to deal, below-cost or selective pricing, exclusive dealing are amounted to abuse of dominance as they distort competition to the detriment of consumers and impede economic freedom of SMEs (Chalmers et al., 2010, pp. 1008–1009). In terms of exploitative practices, Article 102(2)(a) TFEU explicitly positions unfair practices as

⁶⁴ Case C-85/76 *Hoffmann-La Roche & Co. AG v. Commission*, [1979] ECR 461, para.91.

⁶⁵ *ibid* para.177.

⁶⁶ Case C-322/81 *Michelin v Commission* [1983] ECR 3461.

an example of abuse of dominance. In *Continental Can*⁶⁷, it is clarified that this article ‘*is not only aimed at practices which may cause damage to consumers directly, but also at those which are detrimental to them through their impact on an effective competition structure*’. Thus, though a few, in some cases where markets were not believed to be able to self-correct, action was taken against excessive practices.⁶⁸

Yet, for more than half a century, the court decisions about exploitative practices are far less in number when compared to exclusionary practices (Whish 2005, p. 194). Similarly, the EC prioritised to intervene in exclusionary abuses as they appear to be more common. However, conducts like excessive pricing, which directly exploit consumers are acknowledged to be liable under Article 102 and the EC keeps the interruption as an alternative, especially when the markets cannot be ensured otherwise.⁶⁹

In determining whether a pricing is unfair, the identification of ‘*whether the dominant undertaking has made use of the opportunities arising out of its dominant position in such a way as to reap trading benefits which it would not have reaped if there had been normal and sufficiently effective competition*’ is emphasized.⁷⁰ As this definition is deemed quite similar to the definition of dominance, drawing the line between the two is found to be difficult.⁷¹ Thus, prohibition of exploitative practices would mean prohibition of efforts towards profit maximization. This would discourage innovation and investment (Motta & de Streel, 2007) Furthermore, a significant issue about the exploitation via privacy is that these conducts are all designed in the context of a product or service which consumers pay for. Nevertheless, in data-related cases, most services are offered for free.

Having analysed the substantial aspects of exploitation abuses in general, the principal argument of the EDPS is to intervene in exploitation of data subjects under the consumer welfare approach

⁶⁷ Case C-6/72 *Continental Can v. Commission* [1973] ECR 215, para.26.

⁶⁸ Case 226/84 *British Leyland v Commission* [1986] ECR 3263; Case C-385/07 P *Der Grüne Punkt–Duales System Deutschland v Commission* [2009] para.141; *Deutsche Post AG* (Case COMP/C-1/36.915) [2001] OJ L331/40, para.159 et seq.

⁶⁹ Guidance Paper, para.7.

⁷⁰ Case 27/6, *United Brands Company v. Commission* [1976] ECLI:EU:C:1978:22, para.249.

⁷¹ As well known, not the dominance itself but ‘abuse of dominance’ is prohibited.

(EDPS, 2014). It relied on the EC's prioritisation of consumer welfare in Guidance Paper. However, Guidance Paper has no binding power. The EC is bound by case law of the ECJ. Besides, the ECJ based its decisions primarily on competitive structure and market integration. The ECJ seldom referred to consumer welfare. Thus, if the EC handles consumer welfare broader to include data protection concerns, it will still need to demonstrate harm on competition before the courts (Costa-Cabral 2016, 503–512).

Second, the ECJ did not require a causality link between dominance and abuse, the dominant undertakings have special responsibility for distortion of competition regardless of the fact that conduct strengthens market power. One may infer, thus, there is no need to associate data protection infringement with market power (Costa-Cabral & Lynskey, 2017, p. 35). However, commentators claim that the same assumption should not be sufficient for exploitative conducts, otherwise any infringement of law would mean abuse of dominance as well (Höppner, 2019).

Third notion put forward is that other laws like intellectual property law or national laws also had a normative influence on competition law enforcement (Altmayer 2018, pp. 45–46). The joint report of French and German competition authorities cited *Allianz Hungaria case*⁷², to lay down infringements of other rules can be referred to the assessment of competition law restrictions. It also exemplified how cultural diversity is applied for the evaluation of a merger in *Universal/EMI case*⁷³. There is no point to argue this notion. As illustrated in the second part, the EC already considered privacy matters where relevant. However, these examples do not involve exploitative abuses of dominance, and should not be used to loosen the established standards (Autorité de la concurrence & Bundeskartellamt, 2016, p. 22).

Furthermore, the report proposes excessive trading conditions as a new type of exploitation despite the fact that it acknowledges the practical difficulties of excessive pricing. It justifies this intervention with the fact that the users do not usually read the terms and conditions (Autorité de la concurrence & Bundeskartellamt, 2016, p. 25). While competition law does not intervene in excessive pricing, which directly

⁷² Case C-32/11 *Allianz Hungária Biztosító and Others* [2013] OJ C141/3.

⁷³ *Universal Music Group/EMI Music* (Case COMP/M.6458) [2012] OJ C220/15, para.49.

affects consumers, intervention for terms that consumers do not even prefer to read should be approached in extreme caution. Consumers generally prefer lower prices⁷⁴, whereas, it is hard to predict privacy attitude of consumers as will be discussed in the next section.

Contrary to above arguments, scholars identified these rare conditions as markets characterised by high and non-transitory entry barriers, super-dominance, absence of sector-specific regulation. Some academics also added hindering innovation of new products/services with particular caution not to discourage patent owners (Evans & Padilla, 2005). Comparing these conditions with the recent cases, the first obvious result is that the ECJ applies competition law regardless of regulation of the market with a specific law.⁷⁵ Indeed that is another reason why data protectionists claim to justify intervention against exploitation (Kuner et al., 2014, p. 248).

However, this notion does not fully represent the standards established by the ECJ. First, in the *United Brands* case⁷⁶, it rejected excessive pricing claims because the EC failed to demonstrate that pricing had no reasonable relation to the economic value of the product. Whereas, it confirmed the discriminatory pricing between MSs, which is not surprising considering the per se prohibition of restricting the trade between MSs. This approach is still being pursued, indeed, with a more stricter way. In *MEO* case⁷⁷ in 2018, the ECJ not only further confirmed that in principle exploitative discrimination is unlikely to take place, but also required demonstration of the competitive disadvantage to establish an abuse. Consequently, the scope of justification for exploitation cases became even more restricted (Botta & Wiedemann, 2018, pp. 12–17).

Adjusting these standards to exploitation of data protection interests raises further concerns. How competition authorities will/can prove excessive privacy is one of these. If the ECJ follows the standards in *MEO* case, how the effects on data subjects will be illustrated is another concern. The individual behaviour towards privacy is hardly predictable as will be discussed in the next section. The conducts under

⁷⁴ except for giffen goods.

⁷⁵ C-280/08 *Deutsche Telekom AG v Commission* [2010] ECR I-9555.

⁷⁶ See *United Brands* case, (n 72), paras. 232-268.

⁷⁷ Case C-525/16, *MEO—Serviços de Comunicações e Multimédia SA v. Autoridade da Concorrência* [2018] ECLI:EU:C:2018:270.

Article 102 are forbidden only if the harm outweighs the efficiencies (Whish & Bailey, 2018, p. 218). However, a balance between benefits and harm of the 'privacy' would be even more difficult to attain.

3.2. Limitations of Privacy Considerations Towards Data-Related Exploitative Practices

In addition to limitations of the competition law enforcement towards privacy exploitation, there are several constraints on the side of consumer behaviour towards privacy itself. First, contrary to the above-mentioned over-protectionist approach, Fuller (2018) "container-title": "European Journal of Law and Economics", "page": "225-250", "volume": "45", "issue": "2", "source": "DOI.org (Crossref criticises the EU privacy control rules in the digital era as a whole. He underlines if personal data is the 'price' of access to digital platforms, then, any control that provides users not to supply personal data while at the same time utilising the website, is not different than 'price control'. Referring to the E-Privacy Directive, he explains mandating opt-in is different from mere consent as it forces entities not to exclude users even if they reject to opt-in. Tie-in sales, investment flights and altered exchange characteristics are some of the consequences of these rules.

Second, the privacy paradox entails another constraint. Many data subjects are concerned about protection of their personal data, whereas, they do not take action accordingly. They do not even devote an effort to read or comprehend the terms and conditions or privacy policies. Firstly, privacy is a personal and diverse concept. While a data subject is unwilling to share data, another may be indifferent. Secondly, user behaviour alters in reference to context of the data they provide. Thirdly, some of the internet users are not aware of personal data protection rules and in which ways their data is being utilised like in target ads/ tailored services etc (Botta & Wiedemann, 2018, p. 25).

Arguments in favour of pursuing data-related exploitation cases, nonetheless, involve assumptions towards consumer behaviour. Coates (2011, p. 394) emphasizes the competition law cannot decide which products/services are better/worse for consumers. What they actually should be concerned about are the competitive conditions, i.e. transactions are carried out voluntarily and appraised according to willingness to pay. With that notion, sensitive consumers will seek for companies

with better protection, or make a trade between privacy and innovation.

Third, a study of NBER conducted in 2017 (Athey, Catalini & Tucker, 2017), further revealed the results of privacy paradox. According to the study, first, students disclosed personal data in return for a small incentive (slice of pizza), although they indicated that privacy is significant for them. This illustrates zero price services are sufficient to gain the willingness of users for sharing personal data. Based on this result, one inevitably questions the viability of abuse of dominant cases due to imposing unfair trading conditions. Some commentators even argue that privacy lacks sufficient characteristics in that regard to be a competition parameter (Lucchini, Moscianese, de Angelis & Di Benedetto, 2018, p. 564).

Contrary to limitations due to privacy considerations, scholars favour competition intervention against targeted advertising. Chirita (2018, p. 167) claimed that the consumers mostly do not know if their data is being processed, if so which data, by whom, how, for what purposes and with whom it is being shared. However, that is the very basic function of the data protection law. As provided in the first section, it is the GDPR that exactly encounters to answer these questions and more specifically to single out privacy misuse. Moreover, as she herself emphasizes, the ECJ declared that data protection law applies irrespective of the fact that processing led to inconvenience of individuals.⁷⁸

Moreover, she contends as this is not the issue of individuals one by one, but a public concern to which only competition law can provide remedy not the consumer laws (Chirita 2018, p. 168). That notion totally dismisses not only the above-mentioned inconsistencies in privacy behaviours by generalising the attitude of consumer behaviours but also benefits of data accumulation. She criticised the EC cases for not analysing thorough economics of privacy. Yet, in some cases the EC rightly projected potential efficiencies of data accumulation in particular better targeted ads.⁷⁹ Moreover, the OECD identifies several potential gains from data-driven innovation. Improved quality, newly developed services, better understanding of consumer needs, more useful results in web searches via machine learning algorithms, social ben-

⁷⁸ Cases C-293/12 and C-594/12 *Digital Rights Ireland and Seitlinger and others* [2014] ECLI:EU:C:2014:238, para.33.

⁷⁹ See cases of *TomTom/Tele Atlas* (n 44) and *Microsoft/Yahoo! Search Business* (n 45) in part II.

efits like reduced traffic congestion via the tracking of mobile devices are just some of them (OECD, 2016, p. 7).

Finally, there is a majority of literature with the focus on concerns about the big data and how data is converted to economic benefits by large undertakings. Attention should first be given to studies, which indicate there is empirical ground that large online platforms collect more data than smaller ones (Chirita 2018, p. 172). Second, although they propose competition intervention against these issues, they do not consider which standards of proof can be relied on. At least Chirita proposes intervention should be based on “identifiable economic harm to consumers of digital products or services as a result of exploitation of the consumers naïve trust and confidence” (Chirita 2018, p. 159). Even the privacy is a currency of the new age, taking difficulties of identification of excessive pricing into account, one inevitably questions how can competition law detect a rather variable concept and its harm on consumers.

3.3. Conclusion

In sum, the competition law approach towards data-related exploitation cases has a determinative role in the interplay between data protection and competition law. While Article 102 constitutes a controversial area of competition law, it is pertinent to say exploitation is even more controversial in the application of Article 102 (Whish & Bailey, 2018, p. 849).

The ECJ favoured not to intervene in exploitation unless exceptional circumstances occur since the early times of enforcement. Yet, recent cases also required proof of competitive disadvantage created by exploitation. Moreover, academics found competition law investigations in exploitation cases dangerous as it is hard to detect, justify, and predict exploitation and the false interventions may impede the innovation and the investment.

Although, one may not counter-argue utilising data protection law in competition assessments, as is the case with other laws as well, what data protection advocates propose goes well beyond this notion. Not necessitating a causal relationship between dominance and abuse in exploitation cases, may lead to false intervention.

Besides, the behaviour of consumers towards privacy is inconsistent. It does not only change according to individual in subject, one individual may reveal different outcomes when faced with different types of data, different environments, different incentives or costs. Yet, they are willing to share their data in return for zero-price services. In addition, data accumulation has a number of pro-competitive aspects as well. It provides several data-driven innovation benefits to consumers.

Therefore, unawareness or disinterest of the consumers should not be a ground for competition law intervention. Instead promoting data protection rules and facilitating privacy awareness among consumers would be a better and safer solution. Yet, the data protection authorities are the agencies that have the exact ability to counter the privacy misuse and other data-related violations. Competition authorities do not have the same competence with data protection authorities to inspect harm on data subjects or remedy data protection issues.

OVERALL CONCLUSION and A SUGGESTION FOR DATA-RELATED CASES

This study examined the interplay of data protection and competition laws in the EU. Opinions are polarised on data accumulation and privacy protection against large undertakings. A number of commentators proposed competition law as a vehicle to fight with data accumulation, privacy-invasion or asymmetric power of undertakings over users. However, there is an overflow of literature that lacks standards of either of the two legal regimes, which may undermine the case law established over the years. Thus, the study aimed to provide a substantial analysis of the two laws to map if there is an intersection, if so in what ways and how the interplay between two laws exactly should be.

First step was to explore if there is an intersection in theory based on the backgrounds, goals, scope and tools of these law systems. Though there are some similarities with regards to goals, the difference in their scopes and tools should not be disregarded. In fact, both law systems are under EU law system and thus, naturally have family ties. Relying on the obligation of the EC to respect and promote Charter rights, some commentators also argued data protection law may prevail competition law. Yet, this interpretation has not been confirmed by the courts. Moreover, data portability/duty to access or competition on

privacy parameters create theoretical intersections even though a practical example still does not exist.

The most controversial part amongst these is the so called intersection in the consumer welfare goal. Commentators rely on this overlap to favour competition law intervention towards data protection issues. However, while competition law targets consumers as a whole, data protection law protects individuals with the assumption of all individuals are privacy sensitive. Whereas, competition law targets economic efficiency which indirectly increases consumer welfare.

Second, after exploration of theoretical overlaps, the study questioned how this intersection is realised in practice. In the light of the case law, the study indicated that data may be handled as an asset as well as an input. The reluctance of the EC and ECJ should not be interpreted as rejection of data protection issues as a whole, rather *Anef-Equifax* case was a highlight of the underlying goals of the competition law. It necessitated at very least 'restriction on competition' for abuse of dominance investigations.

Concerns on data accumulation were aroused especially via merger cases in digital markets. The EC assessed data as a separate asset in *Google/DoubleClick* or *Telefonica UK/Vodafone UK/Everything Everywhere* cases. In either way, it exercised only foreclosure risks and left privacy concerns to data protection authorities despite fierce objections. Considering clearances in renowned *Google/DoubleClick* or *Facebook/WhatsApp* mergers, prevention of data-related transactions seems unlikely unless the data in subject is unique and non-replicable.

In contrast, there were some mergers that ended up with commitments due to foreclosure risks like in the *Microsoft/LinkedIn* merger. Again the concern in this case was due to tying/interoperability risks arising from Microsoft's market position instead of data accumulation/privacy risks. It should be noted that this approach is not novel. *Thomson/Reuters* case is another example of divestiture due to data accessibility risks rising from merging databases.

Several criticisms were put forward about the ill-placement of competition law to catch new infringements in digital markets. Nevertheless, above-mentioned merger cases indicate how existing rules can remedy possible exclusion risks. Moreover, post *Facebook/WhatsApp* merger developments illustrate how data protection and competition authorities can detect infringements though respecting the reach of

their scope. Otherwise, competition authorities risk forbidding lawful processing. *GDF-Suez* case illustrates how incompetent the competition authorities may be against imposing substantial data protection obligations.

The EC Commissioners implied to intervene in when dominant undertakings use privacy infringements to gain disadvantage against competitors as signalled in the EC/ECJ cases. However, recent cases of *Amazon* and Bundeskartellamt's *Facebook* facilitate the debates on intervention towards exclusionary versus exploitative conducts.

The third part delved into limitations in terms of competition law and privacy considerations towards data-related exploitative practices with that regard. On the one side, the ECJ intervened in direct exploitation only in rare conditions. Recently, *MEO* case illustrated even stricter standards of proof as it required the proof of competitive disadvantage. Exploitation investigations are approached with caution. They are hard to detect and justify. Competition authorities may interrupt competitive practices creating false positives and discouraging investment and innovation.

On the other side, consumers do not have a consistent attitude towards privacy. While privacy sensitivity differs according to individuals, individuals themselves may reveal divergent attitudes according to varying types of data, environments, incentives or costs. Yet, many consumers are willing to share data in return of zero-price services. Additional to these factors, taking into account the benefits of data accumulation like in increasing quality, facilitating innovative products, assumption of all consumers are privacy sensitive in competition enforcement, may in fact be detrimental to the consumer welfare.

In conclusion, the study acknowledges both legal regimes have some theoretical intersections without dispute. Moreover, data protection law may definitely be utilised in competition law assessments, as is the case with other laws. Data of course would be addressed as an asset and accordingly foreclosure affects would be scrutinised where relevant. Data protection/privacy may encounter a competition parameter though currently it is still emerging.

Nevertheless, competition law should not be used as a vehicle just for populist concerns. From the studies it is pertinent to conclude that the privacy awareness is still evolving. Data protection laws are just updated for the newly developed technologies and authorities are

strengthened with more deterrent sanctions. The next step would be to raise awareness among the individuals to facilitate awareness.

The study does not aim to take a blind eye towards new developments. Indeed, it appreciates potential damages of data accumulation/privacy intrusion as well as their benefits. However, it aims to devote the same caution for established standards over years' experience. When comparing both, taking also into account there is no clear study that measures their balance, the study chooses a cautionary approach.

Competition law cannot decide which products/services are better or worse for consumers. Similarly it should not decide if privacy is desirable or if services provided in return for private data are harmful for consumers. As a result, competition law intervention against data protection issues should always be based on a strong link to competition or competitive process.

BIBLIOGRAPHY

- Alemanno, A. (2018). Big Data for Good: Unlocking Privately-Held Data to the Benefit of the Many. *European Journal of Risk Regulation*, 9, 183–191.
- Altmayer, O. A. (2018). The Tipping Point—Reevaluating The Asnef-Equifax Separation of Competition of Data Privacy Law in The Wake of The 2017 Equifax Data Breach. *International Law*, 39(1), 37–58.
- Article 29 Data Protection Working Party. (2014). *Opinion 05/2014 on Anonymisation Techniques* (No. 0829/14/EN WP216). Retrieved from 2 MArch 2019 from https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2014/wp216_en.pdf
- Athey, S., Catalini, C. & Tucker, C. (2017). The Digital Privacy Paradox: Small Money, Small Costs, Small Talk. *NBER Working Paper Series*, (Working Paper No. 23488), 34.
- Autorité de la concurrence and Bundeskartellamt. (2016). *Competition Law and Data*. Retrieved 27 July 2019 from https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2016/10_05_2016_Big%20Data%20Papier.html
- Bakhoun, M. (2012). Reflections on the Concepts of ‘Economic Freedom’, ‘Free Competition’ and ‘Efficiency’ from the Perspective of Developing Countries. In D. Zimmer (Ed.), *The Goals of Competition Law* (p. 408). <https://doi.org/10.4337/9780857936615.00029>
- Bornico, L. & Walden, I. (2011). Ensuring competition in the clouds: The role of competition law? *ERA Forum*, 12(2), 265–285. Retrieved 30 July 2019 from <https://doi.org/10.1007/s12027-011-0223-y>
- Botta, M. & Wiedemann, K. (2018). EU Competition Law Enforcement vis-à-vis Exploitative Conducts in the Data Economy. *Max Planck Institute for Innovation and Competition Research Paper Series*, (18/08), 90.
- Bundeskartellamt-Homepage-Bundeskartellamt prohibits Facebook from combining user data from different sources. (07 February 2019). Retrieved 25 July 2019, from https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2019/07_02_2019_Facebook.html
- Bygrave, L. A. (2014). *Data Privacy Law* (1st ed.). Croydon: OUP.

- Chalmers, D., Davies, G. & Monti, G. (2010). *European Union Law: Cases and Materials* (2nd ed.). New York: Cambridge University Press.
- Chazan, G. (2019a, February 17). Altmaier urges EU to protect technology from Chinese rivals. Retrieved 16 March 2019, from Financial Times website: <https://www.ft.com/content/6757ca9a-3048-11e9-8744-e7016697f225>
- Chazan, G. (2019b, February 19). Germany backs French call for right to overturn EU merger decisions. Retrieved 17 March 2019, from Financial Times website: <https://www.ft.com/content/66c932d8-344b-11e9-bb0c-42459962a812>
- Chazan, G. & Murgia, M. (2016, September 27). Germany orders Facebook to stop collecting WhatsApp data. Retrieved 24 July 2019, from Financial Times website: <https://www.ft.com/content/f6db8738-8497-11e6-8897-2359a58ac7a5>
- Chirita, A. D. (2018). The Rise of Big Data and the Loss of Privacy. In M. Bakhoun, B. Conde Gallego, M.-O. Mackenrodt & G. Surblytė-Namavičienė (Eds.), *Personal Data in Competition, Consumer Protection and Intellectual Property Law* (pp. 154–185). Retrieved 19 June 2019 from https://doi.org/10.1007/978-3-662-57646-5_6
- Coates, K. (2011). *Competition Law and Regulation of Technology Markets* (1st ed.). New York: OUP.
- Colangelo, G. & Maggolino, M. (2018). Data accumulation and the privacy–antitrust interface: Insights from the Facebook case. *International Data Privacy Law*, 8(3), 224–239. <https://doi.org/10.1093/idpl/ipy018>
- Costa-Cabral, F. (2016). The Preliminary Opinion of the European Data Protection Supervisor and the Discretion of the European Commission in Enforcing Competition Law. *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 23(3), 495–513. Retrieved 21 July 2019 from <https://doi.org/10.1177/1023263X1602300307>
- Costa-Cabral, F. & Lyskey, O. (2017). Family Ties: The Intersection Between Data Protection and Competition in EU Law. *Common Market Law Review*, (54), 11–50.
- Council of Europe -Data Protection. (n.d.). Retrieved 21 June 2019, from <https://www.coe.int/en/web/data-protection/home>
- Dabbah, M. M. (2004). *EC and UK Competition Law: Commentary, Cases and Materials* (1st ed.). Cambridge: Cambridge University Press.

- Davilla, M. (2017a). Is Big Data a Different Kind of Animal? The Treatment of Big Data Under the EU Competition Rules. *Journal of European Competition Law & Practice*, 8(6), 370–381.
- Davilla, M. (2017b). Is Big Data a Different Kind of Animal? The Treatment of Big Data Under the EU Competition Rules. *Journal of European Competition Law & Practice*, 8(6), 370–381. <https://doi.org/10.1093/jeclap/lpx039>
- De Peyer, B. H. (2017). EU Merger Control and Big Data. *Journal of Competition Law & Economics*, 13(4), 767–790. Retrieved 20 July 2019 from <https://doi.org/10.1093/joclec/nhx026>
- Di Porto, F. (2018). In Praise of an Empowerment Disclosure Regulatory Approach to Algorithms. *IIC-International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 49(5), 507–511. Retrieved 17 July 2019 from <https://doi.org/10.1007/s40319-018-0708-0>
- Duhigg, C. (2012, February 16). How Companies Learn Your Secrets. The New York Times. Retrieved 15 August 2019 from <https://www.nytimes.com/2012/02/19/magazine/shopping-habits.html>
- Dyer, G. & McGregor, R. (2013, November 1). Spying: Too much information. Retrieved 12 July 2019, from Financial Times website: <https://www.ft.com/content/ce0cd70e-42e5-11e3-8350-00144feabdc0>
- EDPS. (2014). *Privacy and competitiveness in the age of big data: The interplay between data protection, competition law and consumer protection in the Digital Economy*. Retrieved 22 July 2019 from https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/14-03-26_competition_law_big_data_en.pdf
- EDPS. (n.d.). *About*. Retrieved 7 July 2019 from https://edps.europa.eu/about-edps_en
- Eleanor Fox. (2013). *Imagine: Pro-Poor(er) Competition Law* (No. DAF/COMP/GF(2013)12; p. 325). Retrieved 18 March 2019 from OECD website: <https://www.oecd.org/daf/competition/competition-and-poverty-reduction2013.pdf>
- Engels, B. (2016). Data portability among online platforms. *Internet Policy Review*, 5(2), 17. Retrieved 22 June 2019 from <https://doi.org/10.14763/2016.2.408>
- EU General Data Protection Regulation-Key changes. (n.d.). Retrieved 21 June 2019, from DLA Piper Global Law Firm website: <https://www.dlapiper.com/en/europe/focus/eu-data-protection-regulation/key-changes/>

- European Commission-Press release-Speech-Competition and personal data protection, Commissioner Joaquín Almunia. (26 November 2012). Retrieved 17 August 2019, from https://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-12-860_en.htm
- Evans, D. S. & Padilla, A. J. (2005). Excessive Prices: Using Economics to Define Administrable Legal Rules. *Journal of Competition Law & Economics*, 1(1), 97–122. <https://doi.org/10.1093/joclec/nhi002>
- Ezrachi, A. & Stucke, M. E. (2016). *Virtual Competition: The Promise and Perils of the Algorithm-Driven Economy* (1st ed.). Cambridge-Massachusetts, London: Harvard University Press.
- Fildes, N. & Politi, J. (2017, May 12). WhatsApp fined €3m over Facebook data sharing in Italy. Retrieved 24 July 2019, from Financial Times website: <https://www.ft.com/content/2fdb5f34-3728-11e7-bce4-9023f8c0fd2e>
- French Competition Authority fines ENGIE €100 million for abusing its dominant position on the French retail gas supply market. (24 March 2017). Retrieved 27 July 2019, from Van Bael & Bellis website: <https://www.vbb.com/insights/competition/abuse-of-dominance/french-competition-authority-fines-engie-100-million-for-abusing-its-dominant-position-on-the-french-retail-gas-supply-market>
- Fuller, C. S. (2018). Privacy law as price control. *European Journal of Law and Economics*, 45(2), 225–250. <https://doi.org/10.1007/s10657-017-9563-6>
- Geradin, D. & Kuschewsky, M. (2013). Competition Law and Personal Data: Preliminary Thoughts on a Complex Issue. *SSRN Electronic Journal*. Retrieved 22 July 2019 from <https://doi.org/10.2139/ssrn.2216088>
- Gerber, D. (2010). *Global Competition: Law, Markets, and Globalization*. Oxford-New York: Oxford University Press.
- Graef, I. (2016). *EU Competition Law, Data Protection and Online Platforms: Data as Essential Facility* (Vols 1–68). Kluwer Law International.
- Graef, I. (2018). Blurring Boundaries of Consumer Welfare: How to Create Synergies Between Competition, Consumer and Data Protection Law in Digital Markets. In M. Bakhoun, B. Conde Gallego, M.-O. Mackenrodt & G. Surblytė-Namavičienė (Eds.), *Personal Data in Competition, Consumer Protection and Intellectual*

- Property Law* (pp. 121–151). https://doi.org/10.1007/978-3-662-57646-5_6 Retrieved 19 June 2019
- Handbook on European data protection law. (2018, May 16). Retrieved 20 June 2019, from European Union Agency for Fundamental Rights website: <https://fra.europa.eu/en/publication/2018/handbook-european-data-protection-law>
- Höppner, D. T. (2019, March 4). Data Exploiting as an Abuse of Dominance: The German Facebook Decision | Lexology. Retrieved 2 August 2019, from <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=242876ec-4401-4771-80ce-480623c6423e>
- Kathuria, V. (2019). Greed for data and exclusionary conduct in data-driven markets. *Computer Law & Security Review*, 35(1), 89–102. <https://doi.org/10.1016/j.clsr.2018.12.001>
- Kerber, W. (2016). Digital markets, data, and privacy: Competition law, consumer law and data protection. *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 11(11), 856.
- Kuner, C., Cate, F. H., Millard, C., Svantesson, D. J. B., & Lyskey, O. (2014). When two worlds collide: The interface between competition law and data protection. *International Data Privacy Law*, 4(4), 247–248. <https://doi.org/10.1093/idpl/ipu025>
- Lucchini, S., Moscianese, J., de Angelis, I. & Di Benedetto, F. (2018). Online Digital Services And Competition Law: Why Competition Authorities Should be More Concerned About Portability Rather than About Privacy. *Journal of European Competition Law & Practice*, 9(9), 563–568. <https://doi.org/10.1093/jeclap/lpy052>
- Marini-Balestra, Dr. F. & Tremolada, Dr. R. (2017). Digital markets and merger control: Balancing big data and privacy against competition law—A comment on the European Commission’s Decision in the Microsoft/LinkedIn Merger. *European Competition Law Review*, 337–345.
- Mergers: Commission prohibits Siemens’ proposed acquisition of Alstom. (2019, February 6). Retrieved 17 March 2019, from EC-Press Release Database website: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-19-881_en.htm
- Moorcroft, V. & Strat, A. L. (2018). The Rise of Big Data: The Intersection between Competition Law and Customer Data. *The Licensing Journal*, 8–11.

- Motta, M. & de Streel, A. (2007). *The pros and cons of high prices*. Stockholm: Swedish Competition Authority.
- OECD-Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data. (2012). Retrieved 21 June 2019, from https://www.oecd-ilibrary.org/science-and-technology/oecd-guidelines-on-the-protection-of-privacy-and-transborder-flows-of-personal-data_9789264196391-en
- OECD-Big data: Bringing competition policy to the digital era OECD. (2016). Retrieved 12 March 2019, from [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2016\)14/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2016)14/en/pdf)
- Porter, J. (2019, July 17). EU opens Amazon antitrust investigation. Retrieved 23 July 2019, from The Verge website: <https://www.theverge.com/2019/7/17/20696214/amazon-european-union-antitrust-investigation-third-party-seller-marketplace>
- Riziotis, D. (2008). *Abuse of Dominant Position: New Interpretation, New Enforcement Mechanisms?* (M.-O. Mackenrodt, B. C. Gallego & S. Enchelmaier, Eds.). Munich: Springer Science & Business Media.
- Stevens, G. (2014). The Federal Trade Commission's Regulation of Data Security Under Its Unfair or Deceptive Acts or Practices Authority. *Congressional Research Service*, 15.
- The five most important events of 2013. (2013, December 29). Retrieved 12 July 2019, from Financial Times website: <https://www.ft.com/content/d6449a2a-5dcd-3e5a-ae14-0de7a10f9089>
- Understanding key changes from the Data Protection Directive to GDPR | Synopsys. (2018, January 18). Retrieved 21 June 2019, from Software Integrity Blog website: <https://www.synopsys.com/blogs/software-security/dpd-vs-gdpr-key-changes/>
- Van Den Hoven, J., Blaauw, M., Pieters, W. & Warnier, M. (2018). Privacy and Information Technology. In E. N. Zalta (Ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Summer 2018). Retrieved 16 August 2019 from <https://plato.stanford.edu/archives/sum2018/entries/it-privacy/>
- Wahyuningtyas, S. Y. (2017). Abuse of Dominance in Non-Negotiable Privacy Policy in the Digital Market. *European Business Organization Law Review*, 18(4), 785–800. Retrieved 23 July 2019 from <https://doi.org/10.1007/s40804-017-0084-0>

- Waked, D. I. (2015). Antitrust Goals in Developing Countries: Policy Alternatives and Normative Choices. *Seattle University Law Review*, 38, 945-1006.
- Whish, R. (2005). *Competition Law* (5th ed.). New York: OUP.
- Whish, R. & Bailey, D. (2018). *Competition Law* (9th ed.). Oxford: OUP.
- Why do we need the Charter? (n.d.). Retrieved 20 June 2019, from European Commission website: https://ec.europa.eu/info/aid-development-cooperation-fundamental-rights/your-rights-eu/eu-charter-fundamental-rights/why-do-we-need-charter_en
- Yaros, O., Kalé, W., Nishikawa, R. & Harrison, J. (2018, December 12). European Union:GDPR Fines Lessons From Competition Law. *Mondaq Business Briefing*.
- Zanfir, G. (2012). The right to Data portability in the context of the EU data protection reform. *International Data Privacy Law*, 2(3), 149–162. Retrieved 22 June 2019 from <https://doi.org/10.1093/idpl/ips009>
- Zanfir-Fortuna, G. & Ianc, S. (2018). Data Protection and Competition Law: The Dawn of ‘Uberprotection’. *SSRN Electronic Journal*, 1–24. Retrieved 20 July 2019 from <https://doi.org/10.2139/ssrn.3290824>
- Zimmer, D. (Ed.). (2012). *The Goals of Competition Law*. <https://doi.org/10.4337/9780857936615.00029>

TABLE of CASES

The European Court of Human Rights

- Amann v Switzerland (2000) ECHR No.27798/95
Rotaru v Romania (2000) ECHR No.28341/95

The European Court of Justice

- C-27/6, United Brands Company v. Commission [1976] ECLI:EU:C:1978:22
C-6/72 Continental Can v. Commission [1973] ECR 21
C-85/76 Hoffmann-La Roche & Co. AG v. Commission, [1979] ECR 461

- C-322/81 *Michelin v Commission* [1983] ECR 3461
226/84 *British Leyland v Commission* [1986] ECR 3263
C-241/91 and C-242/91 *Telefis Eireann and Independent Television Publications Ltd v Commission of the European Communities (Magill)* [1995] ECLI:EU:C:1995:98
C-418/01 *IMS Health GmbH & Co. OHG v NDC Health GmbH & Co. KG* [2004] ECLI:EU:C:2004:257
C-238/05 *Asnef-Equifax et al v Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios* [2006] ECR I-11166
C-238/05 *Asnef-Equifax et al v Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios* [2006] ECR I-11166, Opinion of AG Geelhoed
C-385/07 *P Der Grüne Punkt–Duales System Deutschland v Commission* [2009]
C-280/08 *Deutsche Telekom AG v Commission* [2010] ECR I-9555
C-32/11 *Allianz Hungária Biztosító and Others* [2013] OJ C141/3.
C-293/12 and C-594/12 *Digital Rights Ireland and Seitlinger and others* [2014] ECLI:EU:C:2014:238
C-525/16, *MEO–Serviços de Comunicações e Multimédia SA v. Autoridade da Concorrência* [2018] ECLI:EU:C:2018:270

The General Court

- T51/89 *Tetra Pak v Commission* [1990] ECR II309
T-201/04 *Microsoft* [2007] ECLI:EU:T:2007:289.
T-321/05, *AstraZeneca v. Commission*, 2010 ECR II-2830

The European Commission

- Deutsche Post AG* (Case COMP/C-1/36.915) [2001] OJ L331/40
Microsoft (Case COMP/C-3/37.792) [2004] OJ L32/23.
Google/DoubleClick (Case COMP/M.4731) [2008] OJ C184/10
TomTom/Tele Atlas (Case COMP/M.4854) [2008] OJ C237/8
Thomson/Reuters (Case COMP/4726) Commission Decision C(2008) 654 [2008]
Microsoft/Yahoo! Search Business, (Case COMP/M.5727) [2010]
Telefónica UK/Vodafone UK/Everything Everywhere/JV (COMP/M.6314) [2012] OJ C66/5

Universal Music Group/EMI Music (Case COMP/M.6458) [2012]
OJ C220/15

Facebook/WhatsApp (Case COMP/M.7217) [2014] OJ C297/13

Verizon/Yahoo (Case COMP/M.8180) [2016]

Microsoft/LinkedIn (Case M.8124) Commission Decision C(2016)
8404 [2016]

Google Android Commission Decision AT.40099 [2018]

Other Jurisdictions

Dissenting Statement of Commissioner Pamela Jones Harbour in the
matter of Google/DoubleClick FTC File No.071-0170 (Federal
Trade Commission)

Google v Vidal-Hall [2015] EWCA Civ 311 (Court of Appeal, the
United Kingdom)

Innovation Competition in the Context of EU Merger Control

Received 05 November 2019; accepted 29 June 2020*

Original Article

Muhammed Safa UYGUR**

Abstract

The intersection between innovation and competition has always been one of the most significant debates in the literature. A strand of that broad debate, the impact of mergers on innovation, has gained momentum following a series of decisions by the European Commission in recent years. Particularly, Dow/DuPont decision has been widely seen as a landmark case which unlocked a whole different level to discuss the role of merger control in protecting innovation competition. Alongside these developments, some mergers in the digital markets set the scene for a heated debate on the validity of current approaches to substantial merger control. Against this background, this paper attempts to explore the current approach to innovation competition in the context of merger control under European Union competition law. First, it summarizes the key points and significant discussions which relate to the economic theory of innovation competition. Then it moves on to assess the existing legal framework and case-law in the European Union in the context of innovation competition. Subsequently, it puts digital markets into innovation competition perspective. Finally, it concludes by asking the question of whether a shift in the focus of competition policy is needed.

Keywords: *innovation, competition, mergers, concentrations, EU, digitalisation.*

* This article is based on a master's thesis presented by the author at Queen Mary University of London, United Kingdom.

** Turkish Competition Authority, Competition Expert, msuygur@rekabet.gov.tr, **Orcid Id: 0000-0003-1573-5053**. The views and opinions expressed in this article are those of the author and do not necessarily reflect the official policy or position of Turkish Competition Authority.

AB Yoğunlaşmaların Kontrolü Çerçevesinde Yenileşim Rekabeti

05 Kasım 2019'da alındı; 29 Haziran 2020'de kabul edildi.
Araştırma Makalesi

Muhammed Safa UYGUR

Özet

Rekabet ve yenileşim arasındaki ilişki üzerine tartışmalar literatürde her zaman önemli bir yer tutmuştur. Bu geniş tartışmanın kollarından birisi olarak nitelendirilebilecek olan devralmaların yenileşime etkisi üzerine tartışmalar, Avrupa Komisyonu'nun son zamanlardaki bir dizi kararının ardından ivme kazanmıştır. Özellikle Dow/DuPont kararı, devralmaların kontrolünün yenileşimin korunmasındaki rolüne dair tartışmada yeni bir dönem başlatan önemli bir karar olarak anılmaktadır. Bu gelişmelerin yanı sıra, dijital pazarlarda gerçekleşen bazı devralmalar, devralmaların kontrolüne ilişkin mevcut yaklaşımların geçerliliğine dair hararetli tartışmalara zemin hazırlamıştır. Sözü edilen gelişmeler ışığında, bu makalede, Avrupa Birliği rekabet hukukunda devralmaların kontrolü bağlamında yenileşimin rolüne dair güncel yaklaşımlar ortaya konulmaya çalışılmıştır. Bu çerçevede, ilk olarak, rekabet ve yenileşim arasındaki ilişkiye dair önemli iktisadi tartışmalar özetlenmektedir. Daha sonra, Avrupa Birliği devralmaların kontrolü mevzuatında yer alan yenileşime dair hükümler ve kararlar değerlendirilmektedir. Akabinde dijital pazarlardaki devralmalar, yenileşim rekabeti perspektifinden incelenmektedir. Son olarak ise, sözü edilen tartışmalar ışığında, rekabet politikasının mevcut odağının değiştirilmesine yer olup olmadığı tartışılmaktadır.

Anahtar Kelimeler: rekabet, yenileşim, yoğunlaşmalar, inovasyon, dijitalleşme, AB.

INTRODUCTION

Mergers and acquisitions¹ are considered as one of the most significant components of the liberal economy. Numerous benefits flowing from merger activity such as disciplining the management of companies, movement of capacity from declining industries to growing ones, increasing productivity, creating efficiencies through economies of scale and scope etc. have been often cited in the literature (Jones and Davies, 2014, p. 2). In that connection, mergers are generally treated with a broad tolerance in many jurisdictions, including the European Union (EU) which defines itself as a highly competitive social market economy.² Yet, as is valid for many liberties, the freedom to acquire or sell businesses also has limits as the idea of free markets call for at least a working level of competition. In that regard, ironically to an extent, government intervention delivers such a net of safety to the markets. In the EU, Merger Regulation³ (EUMR or the “Regulation”) provides the European Commission (the “Commission”) with the authority to declare ‘concentrations’⁴ *“which would significantly impede effective competition, in the common market or in a substantial part of it, in particular as a result of the creation or strengthening of a dominant position”*⁵ incompatible with the common market.

What is competition all about? The answer to that question is without a doubt beyond the borders of this study. Nevertheless, it is crucial in identifying the relationship between competition and innovation (Kerber, 2017, p. 12). The idea of competition -along with perfect, effective, workable, contestable competition (Whish & Bailey,

¹ Hereinafter “mergers”. Throughout this paper, “mergers” and “concentrations” will be used interchangeably to address concentrations as defined in Article 3 of the EUMR (see fn. 4).

² Treaty on European Union (TEU), Article 3(3). The Article is as follows: “*The Union shall establish an internal market. It shall work for the sustainable development of Europe based on balanced economic growth and price stability, a highly competitive social market economy, aiming at full employment and social progress, and a high level of protection and improvement of the quality of the environment. It shall promote scientific and technological advance.*”

³ Council Regulation on the Control of Concentrations Between Undertakings, 2004.

⁴ The term is defined in the EUMR as “*a change of control on a lasting basis*” which results from a merger, acquisition or creation of a joint venture as described in Article 3 of the Regulation.

⁵ EUMR, Article 2(3).

2012, p. 18), has been commonly resonated with a process of rivalry (OFT Merger Assessment Guidelines, 2010, para. 4.1.2). It is also associated with welfare, fairness, contestability and diversity amongst many other things. In addition to the said descriptions, competition law in the EU has been held to protect consumer welfare and ensure an efficient allocation of resources (Guidelines on the Application of Article 81(3) of the Treaty, 2004, para. 13). The Commission has, in its Horizontal Merger Guidelines⁶ (HMG or the “Guidelines”), referred to the benefits of such effective competition by “*low prices, high quality products, a wide selection of goods and services, and innovation*” (para. 8).

Having said that, the classical narrative of competition mainly concerns itself with the static aspects, putting the immediate price/output effects on the focus. Indeed, the mentioned focus is quite convenient because, amongst other reasons, firstly, most of the markets are responsive to short-term pricing decisions and secondly, ensuring consumer welfare in the short term provides a sound level of legitimacy to enforcement authorities which are in a position to condemn anti-competitive behaviour. However, the same reasoning might not hold true for some markets which are predominantly characterized by *innovation competition* rather than *price competition*. In particular, competition authorities might find themselves in situations where short-term pricing decisions are outweighed by huge R&D investments to capture the “future markets” (e.g., pharmaceutical markets) or where there is no price competition but the industry is characterized by innovation and quality (e.g., digital platforms). In such cases, effects of innovative activities are more likely to materialize in the future markets rather than immediately affecting prices or outputs.

The intersection between competition and innovation has been a long-standing and heated debate in the EU. Nevertheless, in a merger context, the said debate has gained momentum just in the recent years. This has been the case especially after a series of mergers in the pharmaceutical, agro-chemical, online platform and several other sectors. The topic has drawn even more attention after the *Dow/DuPont* decision, where the Commission has elaborated its approach to innovation competition. Finally, the allegedly “killer acquisitions” by the digital technology giants attracted much attention by the public, competition authorities and academics.

⁶ Guidelines on the Assessment of Horizontal Mergers under the Council Regulation on the Control of Concentrations Between Undertakings, 2004.

In light of the foregoing, this paper attempts to explore the current approach to innovation competition in the context of EU merger control. Firstly, it summarizes the key points of the debate amongst academics relating to the economic theory of innovation competition. Then it moves on to assess the existing legal framework and case-law in the context of innovation competition. Thirdly, the paper puts digital markets into innovation competition perspective. Particularly, it attempts to examine the recent phenomenon called “killer acquisitions”. Finally, it concludes by asking the question of whether a shift in the focus of competition policy is necessary or not.

1. ECONOMICS OF INNOVATION COMPETITION

Any discussion on the relationship between innovation and competition starts with Schumpeter vs. Arrow debate. At one end of the spectrum, Schumpeter argues that monopolies might be more innovative than the firms that operate in competitive markets (Schumpeter, 1942, p. 91). According to Schumpeterian point of view, as Bresnahan et al. (2011, p. 203) puts, “[the] ‘waves of creative destruction’ are [the] bursts of innovative activity that threaten to overwhelm established dominant firms”. In that connection, the basic assumption is that the monopolistic market structures provide for strong incentives to innovate because the fear of being replaced by another firm constantly threatens a monopolist’s existence.

At the other end, Arrow (1962, pp. 619–622) puts forward the idea that incentives to innovate are more in a competitive market setting due to a “replacement effect”.⁷ In that regard, he basically asserts that since a monopolist replaces itself when it innovates, it has fewer incentives to innovate as compared to a competitive firm that aims to replace the incumbent. Between these two ends, other economists found various interactions between market structures and innovation.

Although such a beginning to this topic is quite convenient -since the said relationship is by far the dominant discussion in the literature-, it must also be stated from the outset that the market structure-innovation approach is not without heavy criticism. Sidak and Teece (2009, p. 601), for example, reprimand such an approach on the grounds that

⁷ The term was coined by Tirole. See (Jullien & Lefouili, 2018, p. 368; Tirole, 1988, p.392).

the proponents of the said-approach do not focus on dynamic aspects of competition because of a bias which stems from the analytical tools that they use “*for their convenience*”.⁸ Regardless of the view taken, it is important to note here that both views of innovation provide insights on how to conceptualize innovation from a competition law point of view. In that respect, in this chapter, a brief explanation for both approaches will be summarized.

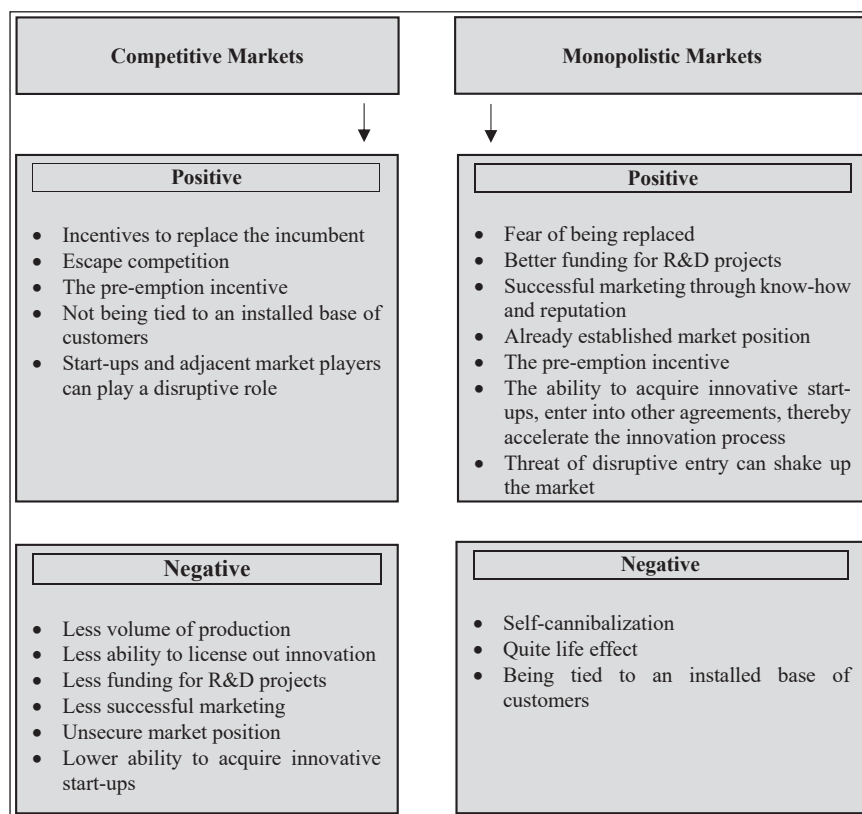
There are various interpretations for the term ‘innovation’ depending on the approach that an economist adopts. For example, Shapiro (2011, p. 377) describes innovation as a wide range of improvements in efficiency. Alternatively, Greenhalgh and Rogers (2010, p. 4) refer to innovation as “*the application of new ideas to the products, processes, or other aspects of the activities of a firm that lead to increased value*”. From this perspective, it is possible to conclude that -in very broad terms- innovation refers to the commercialization of new ideas which enable the production of products and processes that are of *better value* compared to the old ones. To that end, a faster way of producing lemonade or enabling to pay for the lemonade via mobile devices instead of credit cards might be given as examples for innovation.

Economists also draw a distinction between ‘process innovation’ and ‘product innovation’ (Tirole, 1988, p. 389; Greenhalgh & Rogers, 2010, p. 3). Product innovation is referred to as the development of new products that are “*superior to, or at least significantly distinct from, existing products*” while process innovation pertains to reducing costs associated with the production of goods and services (Shapiro, 2011, p. 371). Another distinction is drawn between ‘incremental innovation’ and ‘radical innovation’ (or disruptive innovation) according to the degree of novelty (Souto, 2015, p. 144). In that regard, incremental innovation refers to the “*process of making continuous but small improvements to a product service*” (Kurian, 2013, p. 156). Disruptive innovation, in return, drastically change the functioning of a market or involve the creation of a new business model (OECD, 2017, p. 2).

⁸ The author goes on to say that: “*For these and other reasons, the profession tends to resist abandoning the old tools of neoclassical economics. Economists shun dynamic analysis either because they do not understand that framework or because they fear that recognizing it will be excessively hostile to well-accepted and well-practiced analytical frameworks. We contend that advocates of competition policy should not accept this state of affairs any longer*”. (Sidak & Teece, 2009, p. 602)

The debate amongst economists on the interaction between competition and innovation puts strong emphasis on market structures to explain the said relationship since Schumpeter. On that note, *abilities* and *incentives* to innovate are key terms in determining the relationship between innovation and competition according to that point of view.⁹ In this connection, a general overview of the abilities and incentives that competitive and monopolistic market structures provide could be summarized as in the below scheme:

Figure-1: Market structure and innovation: abilities and incentives



Source: The figure was created by the author based on the following papers: Baker, 2007, pp. 578–579; R. Gilbert, 2006; Shapiro, 2011, pp. 366–367

⁹ For the purposes of this paper, ability to innovate refers to any capability of a firm to innovate. This may include R&D assets or skilful employees. On the other hand, incentive to innovate means “*the difference in profit that a firm can earn if it invests in research and development compared to what it would earn if it did not invest*”. (R. Gilbert, 2006, p. 159)

Contingent upon the market structure, there are various parameters that could affect an innovator's incentive to innovate as can be observed from the above-scheme. First of all, competitive markets provide incentives to innovate because innovative start-ups may desire to replace the monopolist. This might particularly be true in the case of disruptive innovation. Another case could be in competitive markets where rivals compete neck-and-neck to escape competition (escape competition). Another scenario under the competitive setting could be that a firm might wish to pre-empt strategic areas in order to prevent its competitors from entering into that respective domain (the pre-emption incentive).

Contrariwise, a monopolist might have better incentives to invest in innovation because of the fear of being replaced by a new-entrant. Furthermore, an increased chance of success might better incentivize a monopolist since it has better means for R&D and marketing. On the other hand, a monopolist might be disincentivized due to self-cannibalization. That essentially means that a monopolist would replace itself by innovating, thereby 'cannibalizing' own profits.

Beyond the monopolistic-competitive markets dichotomy, Aghion et al.'s paper (Aghion et al., 2005) on the relationship between competition and innovation has been particularly prominent in the economic literature (Shapiro, 2011, p. 373). In their work, "*Competition and innovation: an inverted-u relationship*", the authors suggest that competition encourages neck-and-neck firms to innovate but it discourages laggard firms from innovating (Aghion et. al., 2005, p. 701). According to their model, technological leaders and their followers exist in the market and innovation by the market players are characterized as step-by-step innovation as opposed to disruptive innovation (Aghion et al., 2005, p. 702). They assert that the incentives to innovate do not predominantly hinge upon post-innovation rents, but on the difference between post- and pre-innovation rents of incumbent firms (Aghion et al., 2005, p. 702). Because pre-innovation rents are typically low in competitive product markets, the neck-and-neck firms "escape competition" by innovating (Aghion et al., 2005, p. 702). On the other hand, where laggard firms innovate, post-innovation rents are low, thereby Schumpeterian view dominates (Aghion et al., 2005, p. 702).

In that regard, according to this study, in markets where competition is high, incentives to innovate are low because the difference between laggard firms' rents post-innovation would also be low as such. Conversely, when the competition is low, incentives to innovate are high because of the said difference by neck-and-neck firms would be high, thereby "escape competition" effect dominates. On the other hand, in monopolistic markets, Arrow's "replacement effect" prevails, meaning that the monopolist has less incentives to innovate because incentives to replace itself are low. Overall this creates an Inverted-U shaped model for the innovation-competition relationship.

Another important study by Gilbert, who attempts to "*unravel the genetic code*" of the said relationship, analyse the "*effects of competition on R&D investment and outcomes for product and process innovations under the conditions of exclusive and nonexclusive intellectual property rights*" (Gilbert, 2006, p. 160). In his study, Gilbert (2006, pp. 161–162) finds "*modest support*" that process innovation is more profitable for large firms because of the large-scale production. He also states that there is "*little evidence*" that supports the Schumpeterian point of view that highly concentrated market structures better incentivize innovative activity (Gilbert, 2006, p. 162). Moreover, he asserts that there is "*some evidence*" to show that innovation is best flourished in competitive markets (Gilbert, 2006, p. 162). The author also expands his analysis into management theories. He asserts that more competition affects managerial efforts in two opposite directions. Firstly, bankruptcy risk encourages managers to innovate because they would wish to keep their jobs. Conversely, it reduces the incentives to innovate because of the low rents post-innovation, as explained above (Gilbert, 2006, p. 181).

Federico et. al's paper on the relationship between mergers and innovation is a significant piece since the study represents a different strand of the literature which attempts to examine the specific relationship between mergers and innovation (Federico, Langus, & Valletti, 2017). They find in particular that mergers between two out of a limited number of innovators lower the incentives to innovate when there are no efficiencies or any other spill-over effects associated with them (Federico et al., 2017, p. 8). This is mostly due to the "*cannibalization effect*" which can be defined as the internalization of negative externalities that parties to a merger have as a result of innovative

activities absent the merger. They also assert that the cannibalization effect is the “*dominant driver of the impact*” on incentives to innovate (Federico et al., 2017, p. 9). In a more recent study, the same authors use price coordination and innovation externalities as channels to describe the relationship between competition and innovation (Federico et al., 2018, p. 2). In short, they come to the conclusion that a reduced price competition post-merger favours innovation (Federico et al., 2018, p. 2).

Contrastingly, Jullien and Lefouili (2018, p. 370) argue that there are fundamental differences between unilateral price effects and unilateral innovation effects. They say firstly that innovation externalities are not sufficient for a claim that the merged entities would reduce innovation (Jullien & Lefouili, 2018, p. 370). Secondly, they state, positive externalities flowing from R&D spill-over puts innovation effects in a different place (Jullien & Lefouili, 2018, p. 370). Finally, the authors state, because of the dynamic nature of the innovation process, a static analysis would be reductionist (Jullien & Lefouili, 2018, p. 370).

Sidak and Teece (2009, p. 588) fundamentally differ from the existing views on the relationship between innovation and competition. Particularly, they find the said relationship between market structures and innovation largely irrelevant. They argue that framing competition issues in a monopoly vs. competition dichotomy is “unhelpful”. They note: “[d]espite 50 years of research, economists do not appear to have found much evidence that market concentration has a statistically significant impact on innovation” (Sidak & Teece, 2009, p. 588). In that regard, they do not submit to the idea that market structure determines the level of the innovation. Instead, they suggest that innovation shapes market structure (Sidak & Teece, 2009, p. 596).

At that point, the authors’ focus on evolutionary and behavioral economics is particularly worth mentioning. They mainly focus on the *enterprise-level capabilities, imitation* and *managerial strategies* to innovate rather than product market-oriented *incentives* approach. The authors also suggest factoring in other elements such as the availability of venture capital and public support (Sidak & Teece, 2009, p. 618). However, as might be intended by the authors, the paper falls short of developing a working competition law framework that explains such effects in a real case.

Shapiro (2011, p. 363) takes a reconciling approach, suggesting that Schumpeter and Arrow effects are “*fully compatible and mutually reinforcing*”. The author points out that findings in the economic literature should not lead to an understanding of “*too much competition=less innovation*”. He underlines that the “*real lesson*” from the literature, which connects competition and innovation with static market structure terms, would be that these static measures are “*poor metrics for assessing innovation competition*” (Shapiro, 2011, p. 375). The author goes on to say that the theory of the inverted U relationship is not scrutinized as it should have been, taking into account the “*industry differences in technological opportunity and for the endogeneity of product market structure*” (Shapiro, 2011, p. 380).

Finally, on that note, Gilbert (2019) explains the relationship between mergers and R&D diversity. Briefly, he arrives at the conclusion that mergers often decrease R&D diversity. However, he also states that mergers can promote innovation if technology spillovers benefit imitators or enable follow-on innovations (Gilbert, 2019, p. 466). In parallel, Bresnahan et al. (2011, p. 266) find that, far from using the advantages of scope economies, incumbent firms are disadvantaged compared to new entrants from a diversity point of view. They maintain that shared assets and strategic interdependencies play a significant role regarding that outcome. In that respect, they assert that incumbent firms cannot duplicate the diversity characteristic of the market (Bresnahan et al., 2011, p. 267).

The overall idea in the economic literature is that mergers may have unilateral/coordinated effects that lead to the diminishing of innovation. However, still, the economic literature offers little guidance on the impact of mergers on innovation (Coninck, 2016, p. 43; Déchamps & Fanton, 2018, p. 96; Kerber, 2017, p. 8; Motta, 2004, p. 54). The biggest hurdle regarding the empirical analysis of the relationship between innovation and competition from a structural point of view appears to be isolating many other factors (e.g. technological opportunities) which apparently have an impact on the level of innovation in a given industry (Baker, 2007, p. 584; Gilbert, 2006, p. 206). Whilst several authors argue that empirical evidence is sufficient enough to highlight the importance of competition in promoting innovation (Baker, 2007, p. 587), it is still inadequate

to point out such importance without explaining how competition interacts with innovation. In any case, it can safely be stated that there is no consensus amongst economists even disregarding such significant obstacles to deciphering the said relationship.

Admittedly, in its current state, the impact of mergers on innovation is a continuing debate. However, the glass is half-full. As suggested by Gilbert (2006, pp. 164–165), the various theories can be read as alternative models:

“The many different predictions of theoretical models of R&D lead some to conclude that there is no coherent theory of the relationship between market structure and investment in innovation. That is not quite correct. The models have clear predictions, although they differ in important ways that can be related to market and technological characteristics. It is not that we don’t have a model of market structure and R&D, but rather that we have many models and it is important to know which model is appropriate for each market context.”

In that respect, it is possible to conclude that economic theories provide at least a working framework to suggest that, depending on the facts of each case, mergers might negatively affect merging parties’ incentives to innovate and reduce overall innovation in a given industry.

2. THE LEGAL THEORY OF INNOVATION COMPETITION

Innovation is described as a parameter of competition (para. 8), a barrier to market entry (para. 71), a factor to render coordination amongst market players more difficult (para. 45) and an efficiency gain (para. 81) in the HMG. In particular, paragraph 38 of the Guidelines explains the role of innovation as a competitive parameter as follows:

“In markets where innovation is an important competitive force, a merger may increase the firms’ ability and incentive to bring new innovations to the market and, thereby, the competitive pressure on rivals to innovate in that market. Alternatively, effective competition may be significantly impeded by a merger between two important innovators, for instance between two companies with ‘pipeline’ products related to a specific product market. Similarly, a firm with a relatively small market share may nevertheless be an important competitive force if it has promising pipeline products.”

Therefore, the Guidelines explicitly provides for the possibility of a significant impediment to effective competition resulting from a merger between two important innovators. Notably, this is the only mention in the HMG on the said possibility. In that regard, essentially, there is no specific theory of harm in the HMG relating to innovation competition.

Technology Transfer Guidelines¹⁰ (TTG) also provides a background to the general framework of innovation competition in Article 101 context. In the former guidelines (2004), it was stated that: *“Some licence agreements may affect innovation markets. In analysing such effects, however, the Commission will normally confine itself to examining the impact of the agreement on competition within existing product and technology markets”* (para. 25). In that regard, the concept of “innovation markets” was firmly attached to existing product and technology markets. However, the Commission also stated in the said Guidelines that in exceptional circumstances where the *“agreement affects innovation aiming at creating new products and where it is possible at an early stage to identify research and development poles”*, it would not confine itself to the existing product and technology markets. There was not much of a change in its position in that respect. Nevertheless, the concept of *“innovation markets”* was replaced by the term *“competition in innovation”* (para. 26). It is worth mentioning here that in *Dow/ DuPont* (2017, para. 2161), it is stated that;

“When considering both the downstream product markets and the upstream technology markets, innovation should not be understood as a market in its own right, but as an input activity for these markets. While innovation eventually results in products which compete on these markets, the assessment of innovation competition cannot be directly conflated neither with the relevant downstream product markets, nor with the relevant technology markets.”

The above-mentioned shift represents an evolutionary change of how the Commission perceives innovation in its decisions. In one of the earliest decisions in 1992, the Commission found that the strengthening of the acquirer in the nylon carpet fibre market would have led to a *“considerable reduction of competition, in particular with*

¹⁰ Guidelines on the Application of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to Technology Transfer Agreements

regard to the competition in product development” (DuPont/ICI, 1992, para. 47). In this case, the Commission paid particular attention to product differentiation that resulted from continuous innovation as it was one of the “driving forces” of the market. *Pasteur/Merieux* introduced a future product analysis with respect to ‘pipeline products’ which were in an advanced stage of clinical trials (Pasteur Merieux/Merck, 1994, para. 63). In *Glaxo/Wellcome*, again, pipeline products were discussed in the context of potential competition (Glaxo/Wellcome, 1995, para. 30). Similar to that, “future markets” were part of the analysis in *Glaxo Wellcome/SmithKline Beecham* (Glaxo Wellcome/SmithKline Beecham, 2000, para. 70 et seq.). The decision concerned pipeline products which were defined as “products which are not yet on the market but which are at an advanced stage of development” (Glaxo Wellcome/SmithKline Beecham, 2000, para. 70). In *AstraZeneca/Novartis*, similarly, the analysis was based on pipeline products (Astra Zeneca/Novartis, 2000, para. 219). Likewise, “late-stage R&D projects” (Phase-III) were taken into account in *Pfizer/Pharmacia* (Pfizer/Pharmacia, 2003, para. 22).

Besides the foregoing, there is not much explanation on innovation competition in the relevant legislation under EU law. It is sensible to assume that this is due the lack of clarity in the economic theory of innovation competition. As stated above, currently, a well-recognised and over-arching economic theory for innovation competition does not exist. Instead, economists identify the effects of mergers on innovation competition with different specific models and assumptions. To bridge the gap, in *Dow/Dupont*, the Commission concludes that the provisions under HMG are also applicable to innovation competition.

In *Dow/Dupont* (2017, para.1987-1993), the Commission states that the analytical framework for non-coordinated effects under HMG is also, at least partially, applicable to innovation. In that regard, it firstly refers to paragraph 8 of the HMG to confirm that the term “*increased prices*” is only a shorthand to refer to a competitive harm (*Dow/DuPont*, 2017, para. 1995). Secondly, it explains that paragraph 38 of the HMG expressly confirms innovation competition as a criterion in assessing likely effects of a merger (*Dow/DuPont*, 2017, para. 1996). Thirdly, it emphasizes that the same paragraph explains the possibility of a harm to innovation competition by a merger between two companies with pipeline products related to a specific

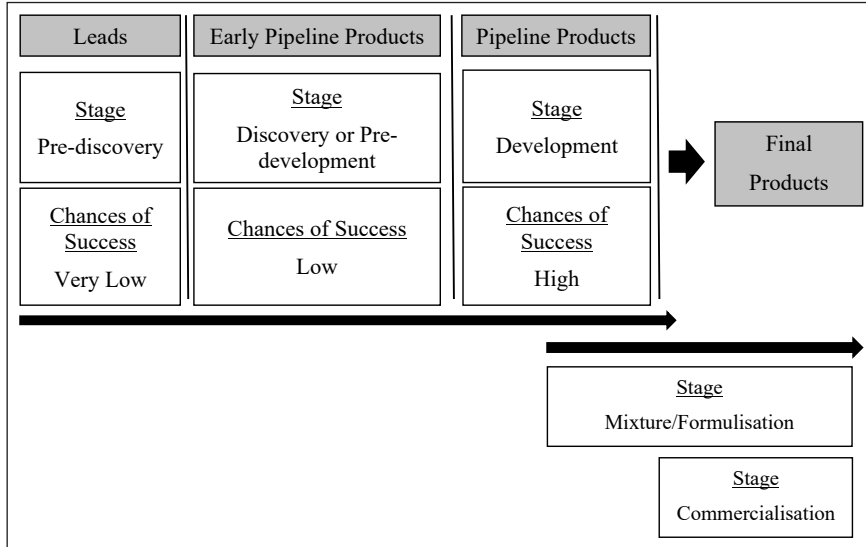
product market as only one example amongst other possibilities (*Dow/DuPont*, 2017, para. 1997). Lastly, it puts forth that it is implied in the paragraph 24 *et seq.* of the HMG that the Commission “needs to assess whether the transaction reduces important constraints on one or more sellers and significantly impede effective innovation competition” (*Dow/DuPont*, 2017, para. 1998). In particular, the Commission underlines the following excerpt from paragraph 25 of the HMG: “mergers in oligopolistic markets involving the elimination of important competitive constraints that the merging parties previously exerted upon each other together with the reduction of competitive pressure on the remaining competitors” (*Dow/DuPont*, 2017, para. 2006).

The Commission puts forward the idea that a reduction in innovation competition would result in effects in the innovation spaces. Innovation spaces are described in the decision as the specific *discovery spaces* that R&D players target when setting up their innovation capabilities and conducting R&D within a given industry (*Dow/DuPont*, 2017, para. 350). *Discovery spaces* could be equated with *discovery processes* and *development stage*. *Discovery process* include creation, screening (such as the efficacy, toxicological and environmental properties, and fit with company targets) and patenting of the new product (*Dow/DuPont*, para.162). After the successful completion of the discovery processes, the product enters the development stage, which includes steps such as regulatory studies and safety testing (*Dow/DuPont*, 2017, para. 165, 173 *et seq.*). The Commission states that *innovation spaces* become smaller as innovation outputs are “confined to ever narrower spaces from which it is more difficult to adapt the innovation to other purposes” (*Dow/DuPont*, 2017, para. 351). In that regard, it can be said that *adaptability* is an important factor in defining innovation spaces.

The Commission also designates two sub-concepts regarding innovation competition: (i) lines of research and (ii) early pipeline products. In that context, lines of research refers to a “set of scientists, patents, assets, equipment and ... which are dedicated to a given discovery target whose final output are successive pipeline [products] targeting a given innovation space” (*Dow/DuPont*, 2017, para. 1958). According to the decision, early pipeline products “correspond to products which are intermediate results of lines of research” (*Dow/DuPont*, 2017, para. 1960).

Innovation spaces and related concepts could be shown as in the following scheme:

Figure 2: Innovation Spaces and Related Concepts



Source: The figure was created by the author based on *Dow/DuPont* decision.

In *Dow/DuPont*, the Commission also identifies four stages of value chain: (i) discovery, (ii) development, (iii) mixture/formulation and (iv) commercialisation (*Dow/DuPont*, 2017, para. 222). However, not every player is active in all of these stages. The Commission refers to some of these players R&D players, together with R&D integrated players which are active in all stages of the mentioned value chain (*Dow/DuPont*, 2017, para. 225).

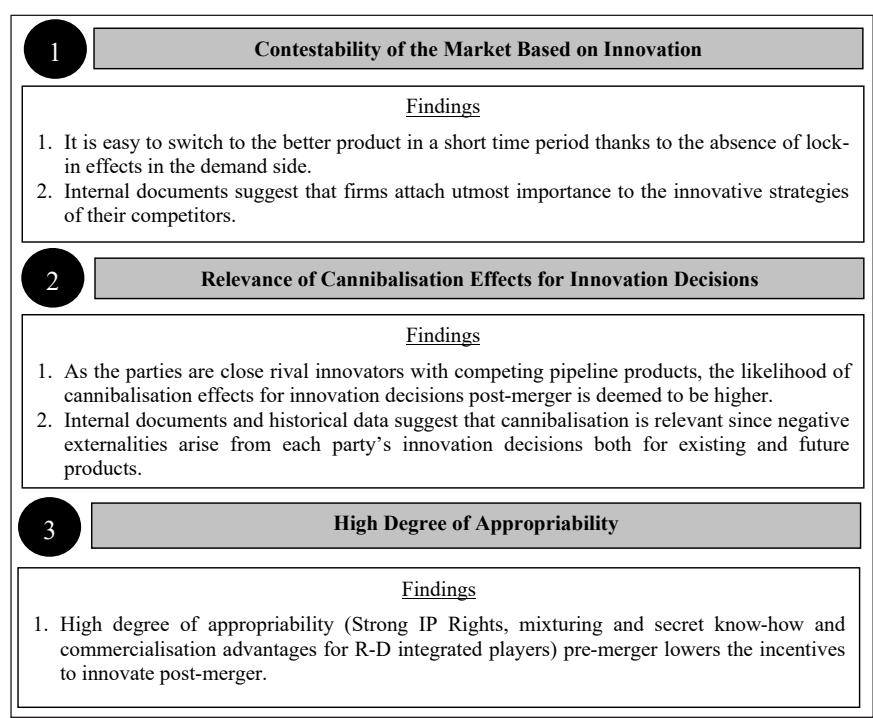
The Commission measures the strength of parties in relevant innovation spaces by measuring both input and output data. The Commission finds that the input measures, such as R&D expenditure, are not fully illustrative of parties’ positions in innovation spaces (*Dow/DuPont*, 2017, para. 385). As for output measures, the Commission uses citation-based patents index as a measure, as it states that “*citation-based indexes are informative on the technological importance of patents*” (*Dow/DuPont*, 2017, para. 389).¹¹ It also relies on “*Patent Asset Index*”TM

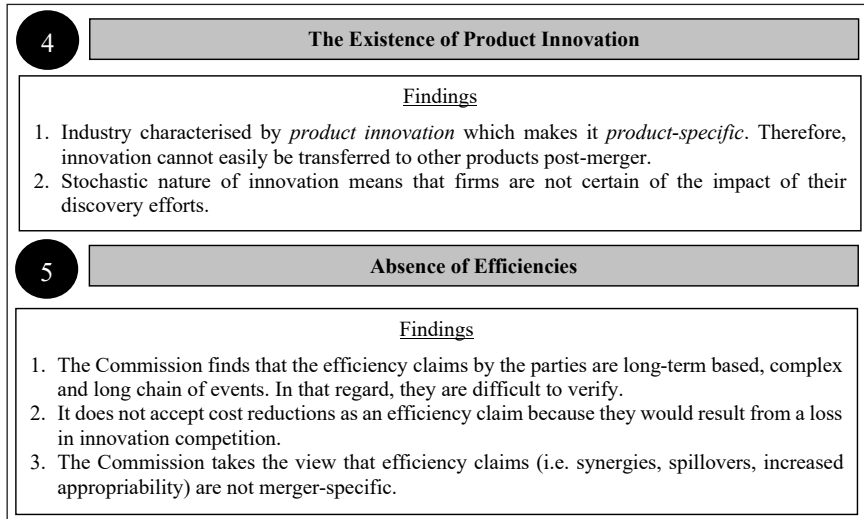
¹¹ It might be useful to mention that the Commission puts the weight on external citation as it finds a mechanical increase in internal citation as the patent portfolio grows (*Dow/DuPont*, 2017, para. 394).

methodology [... which] considers both the quantity and the quality of patents in a portfolio” (Dow/DuPont, 2017, para. 391). The Commission also takes the historical importance of innovations by the R&D players (i.e. blockbuster innovations) into account as an output measure.

The Commission points out five factors that had an impact on the assessment of anti-innovative effects in its decision: (i) contestability of the market based on innovation, (ii) high degree of appropriability post-innovation, (iii) the existence of product innovation, (iv) non-existence of offsetting efficiencies and (v) fear of self-cannibalization post-merger (Dow/DuPont, 2017, para. 2001). In markets where these conditions are present, the Commission concludes, reduction in rivalry results in a decrease in incentives to innovate by the parties (Dow/DuPont, 2017, para. 2002). In addition, the Commission also takes account of whether other active R&D players in the market would have increased incentives to compete post-merger in line with the paragraph 31 of the HMG (Dow/DuPont, 2017, para. 2018). The main findings with regard to above mentioned factors can be summarised as in the below chart:

Figure 3: Commission’s analysis of anti-innovative effects



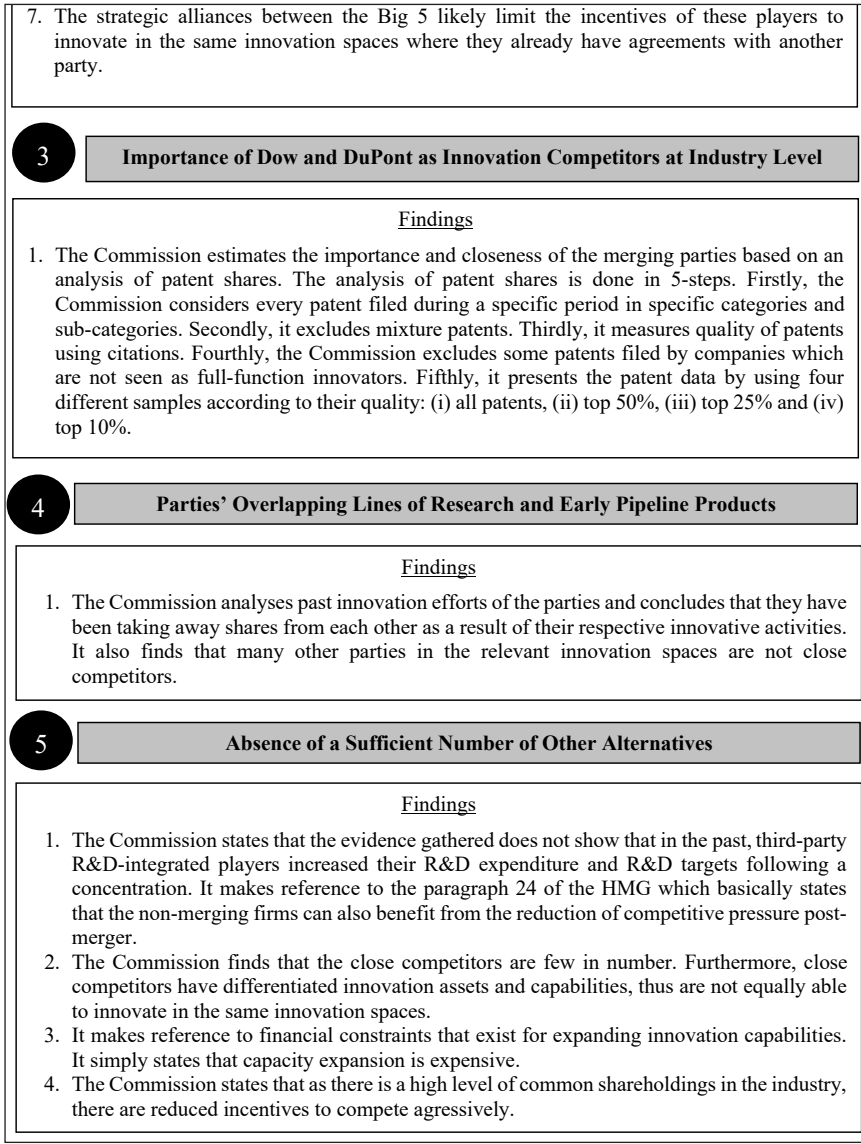


Source: The figure was created by the author based on *Dow/DuPont* decision.

The Commission also accounts for five other factors to support its theory of harm:

Figure 4: Commission’s analysis of anti-innovative effects





Source: The figure was created by the author based on *Dow/DuPont* decision.

As regards the relationship between *product market competition* and innovation competition, the Commission recognises the fact that economic literature is not really conclusive on that matter (*Dow/DuPont*, 2017, para. 2044). However, it posits that potential countervailing effects resulting from a less intense product market competition are unlikely to offset “direct adverse effects” resulting from

the loss of innovation competition between rivals (*Dow/DuPont*, 2017, para. 2045).

Can HMG's unilateral effects model be plausibly transposed into innovation competition context? Possibly. Nevertheless, doing so is obviously not fit for the purpose of any guidance paper, that is providing legal certainty and predictability for market players. As explained above, currently, there is no widely accepted and over-arching theory of innovation competition both amongst economists and lawyers. In that regard, transposing HMG, which is nearly entirely based upon static theories, into innovation competition context is a difficult quest for the Commission. Here are the reasons why:

First of all, concepts of price competition and innovation competition are markedly different. The Commission's innovation competition theory of harm in *Dow/DuPont* is as follows:

"The Commission's theory of harm innovation implies an immediate effect of the Transaction on the Parties' behaviour, and not only in a timeframe of 10 to 15 years. Although the reduction on innovation competition would harm consumers directly in the long-term, it would result in effects in the innovation spaces that would take place shortly after the Transaction, namely the immediate discontinuity, redirection or deferment of early pipeline products or lines of research by the merged entity." (*Dow/DuPont*, 2017, para. 2034)

Obviously, this significantly differs from the static effects analysis in merger control. Firstly, from an effects-based approach, reduction in innovation harms consumers in the long-term. Contrastingly, in a standard merger assessment, immediate/foreseeable effects are put on the focus. Secondly, proving reduction of innovation competition is conceptually different from proving reduction price competition. In that regard, novel concepts which does not exist in HMG (e.g. cannibalisation, appropriability, synergies) are at the core of the analysis. Thirdly, the incentives to undertake or abandon R&D projects are different from price effects (Petit, 2018, p. 26). For example, it has been suggested that R&D programmes cannot be ended without friction in contrast to prices (Petit, 2018, p. 26). Petit (2018, p. 27) states that "R&D decisions are lumpy, unlike pricing or output decisions which are continuous choice variables with continuously differentiable impacts on quantities sold". The said incompatibility problem might go way deeper than the given examples. For example, it has been suggested that a

correct understanding of “innovation” requires taking into account the evolutionary approaches, behavioural theories, management, resource-based views, etc (Kerber, 2017, p. 20; Sidak & Teece, 2009, p. 581).

Secondly, the standard merger control assessment is not fit for defining “innovation spaces” with respect to innovation competition (Déchamps & Fanton, 2018, p. 97). The point is one of the most crucial aspects of the competition law because the effects-based approach advocate evidencing the effects in the relevant markets in modern competition policy (Drexel, 2012, p. 507). As could be seen from *Dow/DuPont* decision, the idea of innovation spaces is markedly different from product markets approach.

Thirdly, balancing the harm to innovation and offsetting efficiencies is one of the big questions in practice (Oxera, 2019, p. 4).¹² According to the HMG, any efficiencies resulting from a merger have to benefit consumers, be merger-specific and be verifiable (para. 78). Coninck (2016, p. 48) argues that proving efficiency claims in an innovation context is a difficult mission. The main problem is that the burden of proof on the parties and on the Commission is not well-balanced. First of all, the parties may not be in a better position than the Commission for the assessment of probabilities of success for an R&D project (Coninck, 2016, p. 49). Secondly, verifiability and consumer benefit criteria seem to be too heavy because any foresight into future markets is by nature speculative. We might also add a third point as in *Dow/DuPont*, the Commission avoids answering important questions on synergies, technology spill-overs, increased appropriability claims by putting the onus on the parties. It defends the point that parties’ claims in such regards are long-term based, complex and consists of long chain of events. It merely states that these channels are not specific to a merger. However, not being able to isolate these “channels” from innovation competition analysis is exactly why economists’ cannot build a consensus on the issue, as could be seen from the topic above.

Fourthly, the theory on “significant impediment to effective innovation competition” (SIEIC) (Petit, 2018) does not take intra-firm innovation competition and counter-balancing of intra-firm cooperation across innovation spaces into account (Petit, 2018, p.

¹² Also see *Western Digital Ireland/ Viviti Technologies* [2011] European Commission COMP/M.6203 [1029 et seq.]. In that case, the Commission did not accept efficiency arguments that related to fixed cost savings.

32). The discussion on diversity is not yet concluded in the economic literature (Kerber, 2011, pp. 29–30). Bresnahan, for example, states that incumbent firms cannot duplicate the diversity characteristic of the market. However, there are other views that promote intra-firm diversity. Here, parallels might be drawn with media plurality cases where a strong qualitative analysis is conducted, *inter alia*, by taking into account “internal plurality.”

Overall, addressing innovation competition concerns under the current HMG is not an easy task. This is mainly because the theories of innovation competition are markedly different from price/output based static theories under the current HMG. In that sense, a revision in the Guidelines that takes an extensive account of dynamic competition is much needed. The suggested action is of significance since it would deliver predictability and legal certainty to the market.¹³

3. PROTECTING INNOVATION IN DIGITAL MARKETS: HOW DOES IT FIT IN THE PICTURE?

The debate on innovation competition has significant implications for digital markets as the survival of firms depends much on innovation along with price competition. In that context, some recent mergers in the industry attracted much public attention and criticism as super dominant “technology giants” (hereinafter “tech-giants”) allegedly killed their potential competitors in their infancy via acquiring start-ups in order to preserve their monopoly status (‘American Tech Giants Are Making Life Tough For Startups’, 2018; ‘Big Tech Sets Up a “Kill Zone” for Industry Upstarts’, 2018). Another argument was that the potential innovators were discouraged from entering certain new markets, also referred to as “kill zones” (Schechter, 2018), either by mergers or by threats of expansion even if they are better innovators (Bourreau and de Streel, 2019, p. 21). Overall, it was argued that incumbents were acquiring companies which could have been a credible threat to their businesses in the future. Along with several other authorities in the world, the Commission also examined several cases with respect to such concerns. However, in any of them, it found

¹³ For a similar proposition in the US, see: Gilbert & Greene, 2015; Sidak and Teece, 2009, 618.

harm to effective innovation competition. Yet, the debate on the so-called “killer acquisitions” persists.

Why do tech-giants acquire start-ups? Bourreau and de Stree (2019) focus on four ‘old’ industrial organization theories that might explain tech-giants’ appetite for –particularly– conglomerate mergers:¹⁴ i) agency theory, ii) market power theory, iii) resource theory and iv) the internal capital market theory. In addition to these theories, they state that the economies of scope in product development and synergies from the demand side are mainly relevant to the conglomerate growth model in the digital world (Bourreau and de Stree, 2019, p. 9).

According to the agency theory, managers could be interested in expanding to the markets where their specific knowledge would be of value to the company even if the company makes losses because of that move. Market power theory explains such mergers by conglomerates’ motivations to indirectly increase their market power (e.g., market coordination amongst conglomerates). Resource theory refers to excess resources of a firm that might enable a firm to expand in proportion to its excess capacity. Lastly, the internal capital market theory argues that firms might choose to expand due to the imperfections of external capital markets (Bourreau and de Stree, 2019, pp. 6–7).

Bourreau and de Stree (2019, p. 10) suggest that tech-giants have strong economies of scope in product development. In that regard, digital firms do not incur significant costs when they decide to produce ‘variants’ along with their ‘basic’ product. For example, they suggest, knowledge of artificial intelligence or a map service can be used in a variety of services. In addition to that, the authors emphasize the role of data as a sharable input for product development (Bourreau and de Stree, 2019, pp. 10–11). In that connection, they suggest that “data-driven indirect network effects” may provide incentives to enter new markets. They refer to Pruffer and Schottmüller’s paper, which suggest that firms that benefit from such effects may leverage their market power in the primary market where it produces its basic product to dominate the new market, in particular where the data from one market leads to the improvement of the other (Pruffer & Schottmüller,

¹⁴ The emphasis here will be on conglomerate mergers because horizontal mergers in such markets would most probably be caught by the standard analysis.

2017). Additionally, the authors suggest that tech giants might seek to be the “gate-keepers” for access to consumers in advertising markets (Bourreau and de Streel, 2019, p. 11).

As regards demand-side synergies, Bourreau and de Streel refer to consumption synergies (Chen & Rey, n.d.) and ecosystem linkage (Koca, 2018). In the former, it is argued that consumers may have different valuations for bundled products. On the other hand, the latter approach argues that a ‘category product’ might be linked to a ‘base product’ to gain an advantage over competitors (Bourreau and de Streel, 2019, p. 13).

In the view of the foregoing, it can be seen that there are various reasons for a tech-giant to expand its activities beyond its core business. On the other hand, how does one distinguish the above-mentioned motivations from the intention of killing target’s innovations? In any case, is it necessary or helpful to show what motivation does the acquirer have in buying the target in the first place? Regardless, what could be the conditions to turn the said ‘intention’ into a credible threat to innovation competition?

In an attempt to answer these questions, firstly, the concept of killer acquisitions must be clarified. The term “killer acquisitions” was coined by Cunningham et al. (Cunningham et al., 2018). They defined killer acquisitions as “*acquiring innovative targets solely to discontinue the target’s innovation projects and pre-empt future competition*” (Cunningham et al., 2018, p. 1). One can observe that the idea of killer acquisitions is considerably narrower than the Commission’s analysis in *Dow/DuPont*. In particular, killer acquisitions refer to a specific aim which is to “*solely discontinue the target’s innovation projects*” with a view to pre-empt future competition. In that regard, whilst the Commission had due emphasis on internal documents in proving that the acquiring party would have discontinued on-going innovation efforts by the target, the main idea in that case was that the acquiring party would have *reduced incentives* to innovate post-merger which would lead to reduced innovation competition in the relevant innovation spaces and in the industry.

In light of *Dow/DuPont* case, it can be said that the focus on acquiring with the specific aim to “*solely discontinue the target’s innovation projects*”

is neither necessary nor helpful. It can be noted that first of all, because such analysis is based on internal documents and expert opinions, it is highly subjective. In that regard, there is a possibility that it may lead to misleading conclusions. Secondly, an abundance of such documents may not be present in each and every case. Thus, intervention would then be expected only where companies produce such internal documents. Thirdly, the Commission's "incentives" analysis in *Dow/DuPont* goes beyond the party's intent in acquiring the target firm. In that respect, acquiring party's intention cannot be determinative in deciding whether the acquiring party would discontinue, redirect or defer the target's innovation projects to pre-empt the market. Even if it does, it does not automatically lead to a conclusion that innovation would be reduced post-merger.

In any case, innovation competition debate in digital markets goes beyond the discussion of whether the acquiring party discontinues target's innovation projects or not, as will be explained below. Digital markets are significantly different from agro-chemical markets as regards innovation and competition dynamics (Holmström et al., 2019, p. 10). Firstly, the industry is very fast paced due to several reasons such as the absence of heavy regulations, low financial barriers to entry, extensive testing possibilities (Holmström et al., 2019, p. 10).¹⁵ Secondly, the industry is characterised by network effects which lead to consumer lock-ins on the demand side. Thirdly, appropriation levels are lower compared to agro-chemical sector as other players may copy the idea easily (Holmström et al., 2019, p. 10). Fourthly, the possession of big data gives a significant advantage to incumbents in implementing innovative ideas (i.e. data-driven indirect network effects). Fifthly, both product and process innovations are present. Therefore, synergies and spill-over effects are more relevant since innovations could possibly be transferable to other products. Sixthly, stochastic nature is not a dominant element to consider since there are extensive testing capabilities.

Crémer et al. state that because the research for digital innovation is much closer to the market than it is for agro-chemical and

¹⁵ For instance, in *Microsoft/Skype*, the Commission gave the example that *Facebook* had achieved a market share of 50% in less than 3 years (*Microsoft/Skype*, 2011, para. 126).

pharmaceutical industries, the concept of innovation competition is not as useful as it is for the latter. In that sense, they argue that the said concept should not be separated from product market competition but “rather capture emerging threats to entrenched market power in a conglomerate market setting” for the digital markets (Crémer, Montjoye, & Schweitzer, 2019, p. 120).

The Commission also, in *Google/DoubleClick*, adopted the said approach. In *Google/DoubleClick*, there were claims that the target would develop into a credible competitor to *Google* in online ad intermediation markets (*Google/DoubleClick*, 2008, para. 222). The Commission basically referred to paragraph 60 of the HMG.¹⁶ It went on to explain that it could not be established that *DoubleClick* would not be in a unique position in that regard (*Google/DoubleClick*, 2008, para. 241). In particular, the Commission considered a combination of technologies, existing user bases and network effects. It found that even in the event that absent the merger, *DoubleClick* could have become a significant competitor, there is still a sufficient number of credible competitors in the market to restrict the merged entity (*Google/DoubleClick*, 2008, p. 72).

On the other hand, the said approach does not explain how the Commission ensures innovative markets in “kill zones”. Because, irrespective of whether the incumbent continues the innovation project or not, innovative firms cannot operate in these zones as they do not have incumbent advantages such as an already established network and consumer data. Furthermore, as innovation projects can be copied by the incumbents, new entrants may face competition from already-advantaged (for example by using ecosystem linkages, data-driven indirect network effects) firms post-innovation. In that regard, there are two possibilities for new-entrants targeting these innovation spaces. **Firstly**, they may innovate with the expectation to sell their

¹⁶ The said paragraph is as follows: “For a merger with a potential competitor to have significant anti-competitive effects, two basic conditions must be fulfilled. First, the potential competitor must already exert a significant constraining influence or there must be a significant likelihood that it would grow into an effective competitive force. Evidence that a potential competitor has plans to enter a market in a significant way could help the Commission to reach such a conclusion. Second, there must not be a sufficient number of other potential competitors, which could maintain sufficient competitive pressure after the merger.”

business to incumbents. In such case, these firms specifically have to target kill zones in order to attract the incumbent. As a result, the most successful innovator gets the prize of being bought (or hired) by the incumbent. Alternatively, the new-entrant may have other advantages (i.e. high appropriability of the innovation) which may enable it to stay in the kill zone. **Secondly**, new entrant may choose not to enter the kill zone in the first place, considering the risks of being killed by the incumbent.

Overall, it seems, identifying kill zones –regardless of acquirer’s intent- is more important than identifying the target’s capabilities of being a credible competitor in the future from an innovation competition point of view. In line with such idea, it has been suggested by some that there should be a legal presumption of harm in the case where a start-up is being acquired by a tech-giant.¹⁷ Arguably, an assumption of harm to innovation competition may serve to protect innovation competition in innovation spaces that can be characterised as “kill zones”. In particular, it may encourage new-entrants which target such spaces to gain market power either by organic growth or by mergers whilst preventing tech-giants to kill innovation competition in these innovation spaces. However, it might also have downsides. First of all, as stated above, there is no widely-recognised and overarching theory of innovation competition that explains the relationship between mergers and innovation. It means that the Commission cannot yet fully distinguish between innovation enhancing mergers and innovation reducing ones. Therefore, blind interventions may lead to false positives. Secondly, a policy change in that regard may also stifle innovation as it disincentivizes the firms which innovate with the aim to sell their inventions. In the broader sense, it can also be said that social costs/benefits of such an intervention must be accounted for (Petit, 2019, p.42) since the intervention would most likely to result in

¹⁷ See for example, Valletti’s speech in the conference “Shaping Competition Policy In The Era Of Digitisation”. <https://webcast.ec.europa.eu/shaping-competition-policy-in-the-era-of-digitisation#> (Accessed 18.09.2019). Alternatively, Petit (2019, p.42) suggests that the adequacy of ex post intervention must be checked before adopting such a presumption. However, ex-post intervention seems less likely to address these problems since the fast-paced & winner-takes-all nature of digital markets could render efforts to “*unscramble the eggs*” more difficult.

considerable wealth transfers. In light of the foregoing, a case-by-case approach with a vigilant enforcement seems to be the best strategy for the moment.

CONCLUSION: A NEW FOCUS FOR COMPETITION POLICY?

What should be the way forward in taking account of innovation in merger control? On a policy level, this paper supports the idea that competition law interventions should focus on “*industry settings and categories of behavior where enforcement can promote innovation*” as competition law is not a “*general-purpose competition intensifier*” (Baker, 2007, p. 589).¹⁸ However, it also finds that EU merger control does not offer much guidance for a robust innovation competition analysis for different industry settings or categories of behaviour. It argues that a mere transposition of the HMG into innovation competition context also does not provide useful guidance. In that respect, it calls for a revision in the Horizontal and Non-Horizontal Merger Guidelines.

This paper argues that the Commission’s competition law enforcement in digital markets does not wholly address killer acquisitions. In that regard, firstly, it points out that “intent” should not be a determinative factor in assessing these types of acquisitions. Secondly, it advances that identifying kill zones are more important than identifying targets’ prospects of being a credible competitor to the acquirer in the future. Thirdly, it cautions on the idea that adopting a presumption of harm to innovation competition could ensure innovation competition. It supports the view that a case-by-case approach with a vigilant enforcement seems to be the best strategy for the moment.

¹⁸ The said-approach can also be found in the earliest cases relating to merger control in the EU. See for example, *British American Tobacco Company Limited and R. J. Reynolds Industries Inc. V. European Commission*, 1987.

BIBLIOGRAPHY

Books, Articles and Reports

- Aghion, P., Bloom, N., Blundell, R., Griffith, R., & Howitt, P. (2005). Competition and innovation: an inverted-u relationship. *The Quarterly Journal of Economics*, 120(2), 701–728.
- Arrow, K. (1962). Economic welfare and the allocation of resources for invention. In *The rate and direction of inventive activity: economic and social factors* (pp. 609–626). Retrieved August 18, 2019 from <https://www.nber.org/chapters/c2144>
- Baker, J. (2007). Beyond Schumpeter vs. Arrow: how antitrust fosters innovation. *Antitrust Law Journal*, 74(3).
- Bourreau, M., & de Stree, A. (2019). Digital conglomerates and eu competition policy. *SSRN Electronic Journal*. Retrieved August 18, 2019 from <https://doi.org/10.2139/ssrn.3350512>
- Bresnahan, T. F., Greenstein, S., & Henderson, R. M. (2011). Schumpeterian competition and diseconomies of scope: illustrations from the histories of Microsoft and IBM. *The Rate and Direction of Inventive Activity Revisited*, 203–271.
- Chen, Z., & Rey, P. (n.d.). *A theory of conglomerate mergers*.
- Coninck, R. (2016). Innovation in EU merger control: in need of a consistent framework. *Competition Law & Policy Debate*, 2(3), 41–51.
- Crémer, J., Montjoye, Y.-A., & Schweitzer, H. (2019). *Competition policy for the digital era*. Retrieved August 18, 2019 from European Union website: <http://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf>
- Cunningham, C., Ederer, F., & Ma, S. (2019). *Killer acquisitions* (SSRN Scholarly Paper No. ID 3241707). Retrieved August 18, 2019 from <https://papers.ssrn.com/abstract=3241707>
- Déchamps, P., & Fanton, I. (2018). The impact of mergers on innovation in EU merger control. *Competition Law Journal*, 17(2), 94–101. Retrieved August 18, 2019 from <https://doi.org/10.4337/clj.2018.02.07>
- Drexler, J. (2012). Anticompetitive stumbling stones on the way to a cleaner world: protecting competition in innovation without a market. *Journal of Competition Law and Economics*, (3), 507–544.

- Federico, G., Langus, G., & Valletti, T. (2017). A simple model of mergers and innovation. *Economics Letters*, 157(C), 136–140.
- Federico, G., Langus, G., & Valletti, T. M. (2018). *Horizontal mergers and product innovation* (SSRN Scholarly Paper No. ID 2999178). Retrieved August 18, 2019 from <https://papers.ssrn.com/abstract=2999178>.
- Gilbert, R. (2006). Looking for Mr. Schumpeter: where are we in the competition-innovation debate? *Innovation Policy and the Economy*, Volume 6, 159–215.
- Gilbert, R., & Greene, H. (2015). *Merging innovation into antitrust agency enforcement of the clayton act* (SSRN Scholarly Paper No. ID 2716224). Retrieved August 18, 2019 from <https://papers.ssrn.com/abstract=2716224>
- Gilbert, R. J. (2019). Competition, mergers, and r&d diversity. *Review of Industrial Organization*, 54(3), 465–484. Retrieved August 18, 2019 from <https://doi.org/10.1007/s11151-019-09679-5>
- Greenhalgh, & Rogers. (2010). The nature and importance of innovation. In *Innovation, Intellectual Property, and Economic Growth*. Retrieved August 18, 2019 from <http://assets.press.princeton.edu/chapters/s9221.pdf>
- Jones, A., & Davies, J. (2014). *Merger control and the public interest: balancing eu and national law in the protectionist debate* (SSRN Scholarly Paper No. ID 2533860). Retrieved August 18, 2019 from <https://papers.ssrn.com/abstract=2533860>
- Jullien, B., & Lefouili, Y. (2018). Horizontal mergers and innovation. *Journal of Competition Law & Economics*, 14(3), 364–392. Retrieved August 18, 2019 from <https://doi.org/10.1093/joclec/nhy010>
- Katz, M. L., & Shelanski, H. A. (2006). *Mergers and innovation* (SSRN Scholarly Paper No. ID 894346). Retrieved August 18, 2019 from <https://papers.ssrn.com/abstract=894346>
- Kerber, W. (2011). Competition, innovation and maintaining diversity through competition law. In J. Drexler, W. Kerber, & R. Podszun, *Competition Policy and the Economic Approach* (p. 13786). Retrieved August 18, 2019 from <https://doi.org/10.4337/9780857930330.00017>
- Kerber, W. (2017). *Competition, Innovation, and competition law: dissecting the interplay* (Joint Discussion Paper Series in Economics No. 42–2017). Retrieved August 18, 2019 from Philipps University

- Marburg, School of Business and Economics website: <https://www.ssrn.com/abstract=3051103>
- Koca, E. (2018). *Product release strategies in the digital economy* (PhD Thesis). Imperial College London.
- Kurian, G. T. (2013). *The AMA dictionary of business and management*. AMACOM.
- Motta, M. (2004). *Competition policy: theory and practice*. Cambridge: Cambridge University Press.
- OECD. (2017). *Key points of the hearing on disruptive innovation* (Discussion Paper No. DAF/COMP/M(2015)1/ANN8/FINAL).
- Petit, N. (2018). *Innovation competition, unilateral effects and merger control policy* (SSRN Scholarly Paper No. ID 3113077). Retrieved August 18, 2019 from <https://papers.ssrn.com/abstract=3113077>
- Petit, N. (2019). *Are 'FANGs' monopolies? A theory of competition under uncertainty* (SSRN Scholarly Paper No. ID 3414386). Retrieved August 18, 2019 from <https://papers.ssrn.com/abstract=3414386>
- Prufer, J., & Schottmüller, C. (2017). *Competing with big data* (SSRN Scholarly Paper No. ID 2918726). Retrieved August 18, 2019 from <https://papers.ssrn.com/abstract=2918726>
- Schumpeter, J. A. (1942). *Capitalism, socialism and democracy*. Retrieved August 18, 2019 from <https://www.dawsonera.com/abstract/9780203857090>
- Shapiro, C. (2011). Competition and innovation: did arrow hit the bull's eye? In *The rate and direction of inventive activity revisited* (pp. 361–404). Retrieved August 18, 2019 from <https://www.nber.org/chapters/c12360>
- Sidak, J. G., & Teece, D. J. (2009). Dynamic competition in antitrust law. *Journal of Competition Law and Economics*, 5(4), 581–631. Retrieved August 18, 2019 from <https://doi.org/10.1093/joclec/nhp024>
- Souto, J. E. (2015). Business model innovation and business concept innovation as the context of incremental innovation and radical innovation. *Tourism Management*, 51, 142–155. Retrieved August 18, 2019 from <https://doi.org/10.1016/j.tourman.2015.05.017>
- Tirole, J. (1988). *The theory of industrial organization*. MIT Press.
- Whish, R., & Bailey, D. (2012). *Competition law* (7th ed.). Oxford University Press.

Statutes and Guidance Papers

Treaty on European Union.

Council Regulation on the Control of Concentrations Between Undertakings. 139/2004 § (2004).

Guidelines on the Application of Article 81 of the EC Treaty to Technology Transfer Agreements.

Guidelines on the Application of Article 81(3) of the Treaty. , Pub. L. No. OJ C101/97 (2004).

Guidelines on the Application of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to Technology Transfer Agreements.

Guidelines on the Assessment of Horizontal Mergers under the Council Regulation on the Control of Concentrations Between Undertakings. , Pub. L. No. OJ C 31/5, 2004/C 31/03 (2004).

JointguidanceonnewtransactionvaluethresholdinGermanandAustrian merger control submitted for public consultation. (n.d.). Retrieved 16 August 2019, from https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2018/14_05_2018_TAW.html

OFT Merger Assessment Guidelines. , (2010).

Decisions

Astra Zeneca/Novartis, COMP/M.1806 (European Commission 26 July 2000).

British American Tobacco Company Limited and R. J. Reynolds Industries Inc. V. European Commission, Cases 142/85 and 156/84 (European Court of Justice 1987).

Dow/DuPont, Case M.7932 (European Commission 27 March 2017).

DuPont/ICI, IV/M214 (European Commission 30 September 1992).

Europemballage and Continental Can v Commission, Case 6/72 (CJEU 1973).

Glaxo Wellcome/SmithKline Beecham, COMP/M.1846 (European Commission 8 May 2000).

Glaxo/Wellcome, IV/M.555 (European Commission 28 February 1995).

Google/DoubleClick, COMP/M.4731 (European Commission 11 March 2008).

Microsoft/Skype, COMP/M.6281 (European Commission 7 October 2011).

Pasteur Merieux/Merck, IV/34.776 (European Commission 6 October 1994).

Pfizer/Pharmacia, COMP/M.2922 (European Commission 27 February 2003).

Western Digital Irland/ Viviti Technologies, COMP/M.6203 (European Commission 23 November 2011).

News and Blogs

American tech giants are making life tough for startups. (2018, June 2). *The Economist*. Retrieved August 18, 2019 from <https://www.economist.com/business/2018/06/02/american-tech-giants-are-making-life-tough-for-startups>

Big tech sets up a 'kill zone' for industry upstarts. (2018, November 7). *Bloomberg.Com*. Retrieved August 18, 2019 from <https://www.bloomberg.com/opinion/articles/2018-11-07/big-tech-sets-up-a-kill-zone-for-industry-upstarts>

Schechter, A. (2018, May 25). Google and Facebook's "Kill Zone": "We've Taken the Focus Off of Rewarding Genius and Innovation to Rewarding Capital and Scale" -. Retrieved August 18, 2019 from <https://promarket.org/google-facebooks-kill-zone-weve-taken-focus-off-rewarding-genius-innovation-rewarding-capital-scale/>

Oxera (n.d.) Mergers and innovation: Fewer players, more ideas? Retrieved August 18, 2019 from <https://www.oxera.com/agenda/mergers-and-innovation-fewer-players-more-ideas/>

Valletti's speech in the conference "Shaping Competition Policy In The Era Of Digitisation". <https://webcast.ec.europa.eu/shaping-competition-policy-in-the-era-of-digitisation#>

Rekabet Hukukunda apraz Sübvansiyon

21 Ağustos 2019’da alındı; 29 Haziran 2020’de kabul edildi.
Araştırma Makalesi

Beyza ERBAYAT*

z

Çapraz sübvansiyon ticari hayatta sık karşılaşılan bir uygulamadır. Bunun nedenlerinden biri çok farklı yapılardaki piyasalarda faaliyet gösteren teşebbüslerce çeşitli amaçlar için kullanılabilmesidir. Bu amaçlardan biri de rakipleri piyasa dışına itici davranışlara kaynak yaratma olabilmektedir. Bu durum çapraz sübvansiyon kavramını rekabet hukuku vakalarında gündeme getirmektedir. Bu alışmada Türkiye ile Avrupa Birliği (AB) rekabet hukuku uygulaması ve yazın incelenerek çapraz sübvansiyonun rekabet hukuku ve politikası açısından nasıl ele alınması gerektiği sorusu yanıtlanmaya çalışılmaktadır.

Çalışma göstermektedir ki çapraz sübvansiyonun pek çok işleve sahip olabilmesi ve piyasa etkinliği ile tüketiciler refahı üzerindeki etkisinin belirsiz olması, çapraz sübvansiyonun rekabet açısından “kötü” veya “iyi” olarak sınıflandırılmasına mani olmaktadır. Türkiye ve AB’de alınan kararlar incelendiğinde, çapraz sübvansiyon uygulamasının kendisinin müstakil bir ihlal türü olarak görülmediği ancak fiyatlandırmaya ilişkin tek taraflı davranışlar yoluyla gerçekleşen ihlallerin bir aracı olarak değerlendirildiği görülmektedir. Bununla beraber çapraz sübvansiyon rekabet hukuku analizinde bir unsur olarak ortaya çıkmakta ve hâkim durumun tespitinde, ihlalin nasıl gerçekleştiğinin açıklanmasında, fiyatlama davranışının etkisinin değerlendirilmesinde ve fiyat-maliyet testinde benimsenecek yaklaşım veya maliyet ölçütü belirlenmesinde rol oynayabilmektedir.

Anahtar Kelimeler: Çapraz sübvansiyon, hâkim durumun ktiye kullanılması, hâkim durum, maliyet ölçütü, yıkıcı fiyatlama, fiyat sıkıştırması.

* Rekabet Kurumu, Rekabet Uzmanı, bagvaz@rekabet.gov.tr, **Orcid Id: 0000-0002-3743-940X**. alışmada yer verilen grşler, yazarın kendi grşleri olup, Rekabet Kurumu’nu bağlayıcı değildir.

Cross-Subsidisation in Competition Law

Received 21 August 2019; accepted 29 June 2020
Original Article

Beyza ERBAYAT 

Abstract

Cross-subsidisation is a common practice in commercial life. One of the reasons for this is that cross-subsidisation can be employed in various markets with different structures to achieve numerous ends. One of these goals can be financing exclusionary conduct in the markets. Therefore, concept of cross-subsidisation comes up in competition cases. This article aims at finding an answer to the question of how cross-subsidisation should be regarded from competition law and policy perspective through studying competition law enforcement record in Turkey and the European Union (EU) as well as the relevant literature.

The study demonstrates that cross-subsidisation cannot be classified as good or bad for competition since cross-subsidisation has many functions and its effects on efficiency or consumer welfare are ambiguous. When decisions taken in Turkey and the EU are reviewed, it is seen that cross-subsidisation is not considered as a separate infringement type but rather an instrument for infringement committed through unilateral pricing behaviour. However, cross-subsidisation emerges as an element in competition analysis and can play a role in evaluating whether an undertaking has dominance, explaining how an infringement occurs, evaluating the effect of the pricing behaviour and determining the approach and relevant cost benchmark in price-cost tests.

Key Words: *Cross-subsidisation, abuse of dominant position, dominant position, cost benchmark, predatory pricing, price squeeze.*

GİRİŞ

Çapraz sübvansiyon, iktisadi faaliyetlerde sık başvurulmuş ve rekabet hukuku alanında da zaman zaman gündeme gelen bir uygulamadır. Bu çalışmada çapraz sübvansiyonun rekabet hukuku ve politikası çerçevesinde nasıl ele alınması gerektiği sorusuna yanıt aranacaktır. İlk bölümde, çapraz sübvansiyonun tanımı ve tespiti üzerinde kısaca durulacaktır. Ardından herhangi bir davranışın rekabet karşıtı olup olmadığının değerlendirilmesinde gündeme gelecek iki soru; (1) uygulanmasının nedenleri ve (2) tüketici ve toplam refah açısından etkileri, çapraz sübvansiyon açısından yanıtlanmaya çalışılacaktır.

Rekabet hukuku penceresinden çapraz sübvansiyonun nasıl görüldüğünün belirlenmesi için önce Türkiye ve Avrupa Birliği rekabet hukuku uygulamaları incelenecektir. Daha sonra yazında ve uygulamada çapraz sübvansiyon müstakil bir ihlal olarak değerlendirilmese de, çapraz sübvansiyonun tespitinin ve değerlendirmeye katılmasının rekabetçi analize ne gibi katkılar sunacağı ele alınacaktır. Sonuç bölümünde ise çalışmanın özetlenmesine ve varılan temel sonuçların vurgulanmasına çalışılacaktır.

1. ÇAPRAZ SÜBVANSİYONUN TANIMI VE TESPİTİ

Çapraz sübvansiyon, bir teşebbüsün bir alandaki faaliyetlerinden kazandığı geliri başka bir alandaki faaliyetlerini finanse etmek için kullanmasıdır. Ticari hayatta sık sık karşılaşılan bu uygulama, aynı teşebbüsün farklı iştirakleri arasında olabileceği gibi bir teşebbüsün ürettiği iki farklı ürün veya hizmet ya da iki farklı coğrafi pazar arasında (Avrupa Birliği Komisyonu [Komisyon], 1998, para. 3.1.) veya bir şekilde birbirinden ayrılabilen tüketici grupları arasında da görülebilmektedir. Çapraz sübvansiyon ilk anda iki faaliyet arasında doğrudan kaynak aktarımını akla getirmektedir. Ancak yazında, çapraz sübvansiyonun genellikle ortak maliyetlerin sübvansiyon eden faaliyete atfedilmesi yoluyla gerçekleştiği kabul edilmektedir (Geradin ve O'Donoghue 2005, s. 368-369)¹.

¹ Ortak maliyetler ürünler, pazarlar veya müşteri grupları arasında ne şekilde dağıtılsa dağıtılsın çapraz sübvansiyonun oluşmayacağı da ileri sürülmektedir. Bu görüşe göre ortak maliyetler kanalıyla çapraz sübvansiyon oluşmasının yolu ortak maliyet teşkil etmeyen kalemlerin ortak maliyet olarak sınıflandırılmasıdır. Bkz. Burton, Kaserman, ve Mayo (2004).

Bu tanım ilk bakışta çok açık ve basit gelse de çapraz sübvansiyonun ne şekillerde oluşabileceği, nasıl tespit edilebileceği ve miktarının nasıl ölçülebileceği cevaplaması zor sorulardır. Üstelik çapraz sübvansiyonun tanımı ve tespitinde karşılaşılan bu tartışma, konunun ilerleyen aşamalarında ortaya çıkan çapraz sübvansiyonun tüketici refahı ve toplam refah açısından etkileri, çapraz sübvansiyon uygulanmasının ardında yatan muhtemel nedenler gibi sorulara verilecek yanıtları da etkilemektedir. Bu nedenle öncelikle bu tartışmanın özetlenmesi faydalı olacaktır.

Çapraz sübvansiyonun tanımı ve tespiti için kullanılması gereken ölçüt konusunda maliyet muhasebesi odaklı, etkinlik odaklı ve gelir odaklı yaklaşımlar bulunmaktadır. Bunlar içinden Faulhaber'in (1975) maliyet odaklı tanımı ve yaklaşımı hem yazında hem de uygulamada geniş kabul görmüştür. Ancak diğer yaklaşımları da incelemek çapraz sübvansiyonun rekabet hukukundaki yerini belirlemede önemlidir. Zira etkinlik odaklı yaklaşımları tartışmak çapraz sübvansiyon ve piyasa etkinliği arasındaki ilişkiye ışık tutarken, gelir odaklı yaklaşımlar ise çapraz sübvansiyonun değişen büyüklüklerde ve çeşitli amaçlar için uygulanabildiğini göstermektedir.

Yukarıda da belirtildiği gibi yazında ve uygulamada en çok kabul gören çapraz sübvansiyon tanımı ve ölçütü Faulhaber'e aittir. Faulhaber (1975, s. 966)² çapraz sübvansiyon içermeyen fiyatlama yapısını; birden çok çeşit ürün üreten firmanın, herhangi bir ürünü arz etmesinin diğer ürünlerin fiyatlarının artmasına yol açmayacak şeklindeki kâr kısıtına tabi olması olarak tanımlamaktadır. Diğer bir ifadeyle, bir ürünün fiyatı artan maliyetinin³ (*incremental cost*) üstünde ise burada çapraz sübvansiyon bulunmamaktadır.

Heald (1996, ss. 54-61) çapraz sübvansiyonun tespitine yönelik (1) maliyet tahsisi ve (2) optimal fiyatlama yaklaşımı olmak üzere iki yaklaşım bulunduğunu belirtmektedir. "Maliyet tahsisi yaklaşımı" çerçevesinde tam dağıtılmış maliyet (*fully distributed cost, fully allocated cost*), tekil maliyet (*stand alone cost*) ve artan maliyet ölçütü olarak kullanılabilir. Bu yaklaşıma göre tekil maliyetinin üzerinde gelir üreten mal ve hizmetler sübvansiyon eden, artan maliyetini karşılayamayan mal

² "If the provision of any commodity (or group of commodities) by a multicommodity enterprise subject to a profit constraint leads to prices for the other commodities no higher than they would pay by themselves, then the price structure is *subsidy-free*."

³ Artan maliyet, arzadaki değişim nedeniyle üreticinin katlandığı maliyetteki değişim miktarı olarak tanımlanabilir.

ve hizmetler ise sübvansiyon edilen konumundadır. Maliyet tahsisi yaklaşımı, Faulhaber'in çapraz sübvansiyon tanımında kullandığı ölçütü (artan maliyet) de içermektedir.

Heald (1996, s. 61-64) çapraz sübvansiyonu fiyatların refahı ençoklaştıran optimal fiyatlardan sapması olarak tanımlayan görüşe "optimal fiyatlama yaklaşımı" adını vermektedir. Etkinlik odaklı bu yaklaşım, fiyatları uzun veya kısa vadeli marjinal maliyet ile kıyaslayan modeller ile çapraz sübvansiyonu tespit etmeye çalışmaktadır. Bu yaklaşımda önemli olan tekil veya artan maliyete göre çapraz sübvansiyonun bulunup bulunmaması değil, bu uygulamanın refah ençoklaştırmasına ne yönde etki ettiği'dir.

Faulhaber (1975, ss. 973-974); kendi önerdiği tanıma göre çapraz sübvansiyon içermeyen fiyatların etkinlik konusundaki katkısının piyasaya verimsiz girişleri önlemekle sınırlı olduğunu, optimal fiyat ile çapraz sübvansiyon içermeyen fiyatın her zaman birbirine uyumlu olmadığını belirtmektedir. Heald (1996, ss. 55-64) da büyük oranda maliyet muhasebesine dayanan maliyet tahsisi yaklaşımının optimal fiyatlama yaklaşımına göre dar bir bakış açısı sunduğunu kabul etmekte ancak marjinal maliyet ölçütlerinin çok daha karmaşık ve kullanımının zor olduğunu da belirtmektedir.

Fjell (2001) ise çapraz sübvansiyon tanımlarını (1) maliyet aktarımı, (2) geçici zarar (negatif nakit akışı) ve (3) sürekli zarar (negatif net bugünkü değer) tanımı olmak üzere üç başlık altında toplamaktadır. "Maliyet aktarımı" tanımı Faulhaber ve Heald'ın artan maliyetin üstünde tekil maliyetin ise altında olan fiyatların çapraz sübvansiyon içermediği tanımını kapsamaktadır. Diğer iki tanımda ise sübvansiyon edilip edilmediği tespit edilmeye çalışılan faaliyetten elde edilen gelirlere daha çok önem atfedilmektedir.

"Geçici zarar" tanımı, çapraz sübvansiyondan bahsedebilmek için yıkıcı fiyat uygulanması veya yeni bir iş koluna yatırım yapılması gibi kısa vadede finansal zarar oluşturan bir ticari faaliyetin yürütülmesini yeterli görmektedir.

"Sürekli zarar" kriterine göre yeni bir iş koluna yatırım veya yıkıcı fiyatlama uzun vadede kâr sağlayacağı için çapraz sübvansiyon olarak sınıflandırılmazken kâr ençoklaştırmasına uygun olmasa da prestij amacıyla çok geniş bir ürün veya hizmet gamında faaliyet göstermek veya kamu yararı için kârlı olmayan hizmetleri sağlamak için zarara katlanmak çapraz sübvansiyon örnekleridir.

Görüldüğü üzere çapraz sübvansiyon (i) muhasebe verisinden elde edilebilen belirli maliyet ölçütlerini karşılamayan fiyatlama davranışı (ii) refah eoklatırmamasından uzaklaşan fiyatlar, (iii) negatif nakit akışı yaratan veya (vi) kalıcı olarak uzun vadede zarar oluşturan fiyatlama olarak tanımlanabilmektedir. Bu farklı tanımlar çapraz sübvansiyonun refah üzerindeki etkisi ve arkasında yatan nedenlerin çeşitliliğine de işaret etmektedir. Heald'in sınıflandırması ve artan maliyet kriteri üzerindeki tartışma çapraz sübvansiyon ve piyasa etkinliği arasındaki ilişkiye ışık tutarken, Fjell'in sınıflandırması çapraz sübvansiyona değişen büyüklüklerde ve farklı amaçlar için bavurulabildiğini göstermektedir. Hem etkinlik hem de işlev tartışması çapraz sübvansiyonun rekabet hukukunda nasıl ele alınması gerektiği sorusuna verilecek cevap ile yakından ilgilidir. Bu yüzden ilerleyen bölümlerde bu iki konu üzerinde durulacaktır.

1.1. Çapraz Sübvansiyon Uygulamasının Nedenleri

Çapraz sübvansiyonun alternatif tanımlarının ortak noktası teşebbüsün zarar eden bir faaliyeti sürdürmesidir. Dolayısıyla etkinlik sağlama ve kârı eoklatırma gibi modern mikroekonominin rasyonel teşebbüslere uygun gördüğü hedefler ile çapraz sübvansiyon eliir görünmektedir. Bu durum akla teşebbüsler neden çapraz sübvansiyon uygular sorusunu getirmektedir. Bu sorunun cevabı rekabet hukuku bakımından makul bir zarar teorisinin kurulması ve vakadaki niyet unsurunun değerlendirilmesi açısından da önemli olacaktır.

Çapraz sübvansiyon denince akla ilk gelen kamu teşebbüsleri veya *düzenlenen piyasalarda* faaliyet gösteren özel teebbslerdir. Posner'a (1971) göre düzenleme devletin kaynakların yeniden dağıtımı görevinde ona yardımcı araçlardan biridir. Bu bağlamda çapraz sübvansiyon sübvansiyon eden (maliyet üstü fiyatlı) rn veya hizmeti tüketen tüketicilerden sübvansiyon edilen (maliyet altı fiyatlı) rn veya hizmeti tüketen tüketicilere vergi benzeri bir kaynak aktarımı aracıdır (Viscusi, Harrington & Vernon, 2005, ss. 389-390). Diğer bir ifadeyle kamu teşebbüsleri söz konusu olduğunda sübvansiyonun işlevi kaynak aktarımı aracı olmasıdır.

Düzenlenen piyasalarda faaliyet gösteren kamu teşebbüsleri ve özel teşebbüsler çapraz sübvansiyonu düzenlemelerden doğan kimi sorumluluklarını yerine getirebilmek için de kullanabilmektedir (Fjell, 2001,

s. 278). Örneğin, evrensel hizmet⁴ yükümlülüğü sonucu sürdürülmesi gereken ama kârlı olmayan faaliyetler daha kârlı başka faaliyetlerden elde edilen gelir ile finanse edilebilmektedir.

Biri düzenlenen diğeri rekabetçi olan iki farklı piyasada faaliyet gösteren teşebbüsler ise rakiplerinin maliyet avantajından doğan baskısına karşı koyabilmek için ortak maliyetleri düzenlenen pazara konu ürün veya hizmetlere atfederek (aktararak) çapraz sübvansiyona gidebilmektedir. Bu durumda çapraz sübvansiyon imkânı teşebbüse uzun süre “sakin hayat” fırsatı sunmaktadır. Sakin hayat kârının yanı sıra teşebbüsler geniş bir skalada faaliyet göstermenin getirdiği itibar, portföy gücü gibi olumlu unsurlar için de bu yola başvurabilmektedir (Fjell, 2001, ss. 276-278).

Tamamen rekabete açık pazarlarda da çapraz sübvansiyon görülebilmektedir. Sübvansiyon eden ürün veya hizmet düzenlenmiyor olsa dahi bir pazarda herhangi bir nedenle tek el fiyatları uygulayabilen teşebbüslerin de sakin hayat kârı, portföy gücü veya prestij için diğer pazarlarda çapraz sübvansiyona gidebileceğini söylemek yanlış olmayacaktır. Benzer şekilde evrensel hizmet yükümlülüğü olmasa bile, geçici zarar tanımında öngörüldüğü gibi uzun vadede kârlı olacağı beklentisi ile bir üründen veya coğrafi pazardan elde edilen kâr başka bir ürüne veya coğrafi pazara ilişkin yatırımlara aktarılabilir. Özellikle yüksek sabit ve batık maliyetlere katlanılmasını gerektiren yatırımlarda çapraz sübvansiyon sık kullanılan bir finansman yöntemi olarak karşımıza çıkmaktadır (Fjell, 2001, s. 279).

Çapraz sübvansiyon, genellikle düzenlenen piyasalarla veya belirli bir pazar gücüne sahip teşebbüslerle ilişkilendirilse de rekabetçi piyasalarda piyasa gücüne sahip olmayan teşebbüslerce de kâr ençoklaştırması amacıyla kullanılabilir. Chen ve Rey (2013) tüketicilerin fiyatlar konusunda tam bilgiye sahip olduğu, bir kısmının işlem maliyetine katlandığı bu nedenle de tek yerden alışveriş etmeyi tercih ettiği (*one-stop shopping* – tek duraklı alışveriş), diğer kısmının işlem maliyetine katlanmadığı dolayısıyla birden çok yerden alışveriş ettiği (*multi-stop shopping* – çok duraklı alışveriş), teşebbüslerin ise birbirine

⁴ 5369 sayılı Evrensel Hizmet Kanunu'nun 2. maddesinde “Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde coğrafi konumlarından bağımsız olarak herkes tarafından erişilebilir, önceden belirlenmiş kalitede ve herkesin karşılayabileceği makul bir bedel karşılığında asgari standartlarda sunulacak olan, internet erişimi de dahil elektronik haberleşme hizmetleri ile bu Kanun kapsamında belirlenecek olan diğer hizmetler” olarak tanımlanmaktadır.

ikame ürün portföyü sunduğu ancak birbirlerinden farklı ürünlerde rekabetçi avantaja (düşük maliyete) sahip olduğu kabullerine dayanan bir model kurmuştur. Bu modele göre denge noktasında teşebbüsler rekabetçi avantaja sahip oldukları ürünü rakiplerinden düşük fiyata ancak pozitif marjla satacaktır. Çok duraklı alışveriş yapan tüketiciler her perakendeciden görece düşük fiyatlı ürünü alırken tek duraklı alışveriş yapan tüketiciler için ürünlerin genel fiyat seviyesi önemli olacaktır. Bu nedenle tek duraklı alışveriş edenler için oluşan rekabet sonucunda toplam marj sifıra eşitlenecektir. Yani teşebbüsler zayıf üründe (görece yüksek maliyetli ürün) maliyet altı fiyatlama oluşacak ve böylece çapraz sübvansiyon gerçekleşecektir. Chen ve Rey (2013, s. 9), çapraz sübvansiyonun tek duraklı alışveriş edenlerden elde edilen kârı etkilemediğini ancak her bir teşebbüsten sadece güçlü oldukları ürünü alan çok duraklı alışveriş edenlerden elde edilen kârı artırdığını belirterek bu durumda çapraz sübvansiyonun kârlı olduğunu vurgulamaktadır.

Benzer şekilde özellikle perakende hızlı tüketim ürünleri pazarında kimi ürünler (*loss leader*) maliyetinin altına satılarak bir reklam aracı olarak kullanılabilir. İndirim nedeniyle mağazaya gelen müşterilerin maliyetinin üstünde fiyatlanmış (sübvansiyon eden) ürünleri de alacağı düşünülerek bu yola başvurulmaktadır (Lal ve Matutes, 1994)⁵.

Dijital ekonomide ise çapraz sübvansiyon daha belirgin olabilmektedir. Farklı ürün ve hizmetlerini bir ekosistem olarak gören teşebbüsler, kimi hizmetleri kullanıcılara ücretsiz sunarken burada elde ettiği kullanıcı tabanı genişliği, veri, bilinirlik gibi unsurları diğer hizmetlerini geliştirmek ve pazarlamakta kullanmakta ve buralardan elde ettiği gelirle ücretsiz sunduğu hizmetin maliyetini karşılayabilmektedir.

Ancak bir teşebbüsün çapraz sübvansiyon uygulanmasının ardında yatan motivasyon tartışılırken sık dile getirilen hususlardan biri de rekabet karşıtı saiklerdir. Yıkıcı fiyat teorisi çerçevesinde hâkim durumdaki teşebbüsün çapraz sübvansiyon imkânına dayanarak maliyet altı fiyatlarla rakiplerini piyasa dışına itmesi veya düşük fiyatlarla onları piyasaya girişten caydırması mümkündür. Fiyat sıkıştırması ve paket indirimleri yoluyla rakiplere karşı piyasanın kapatılması da çapraz sübvansiyon uygulamasını içermektedir.

Görüldüğü üzere çapraz sübvansiyon kâr ençoklaştırma ve rakipleri dışlama da dâhil olmak üzere pek çok amaçla hem özel teşebbüslerde

⁵ Bu uygulamanın tüketiciler üzerindeki sömürücü etkisi için bkz. Chen ve Rey (2012).

hem de kamu teşebbüslerinde kullanılabilir. Çapraz sübvansiyonun rekabet hukuku çerçevesinde nasıl ele alındığı tartışmasına geçmeden önce çapraz sübvansiyonun toplam refah ve tüketici refahı üzerindeki etkilerini incelemek rekabet hukuku tartışması açısından faydalı olacaktır.

1.2. Çapraz Sübvansiyonun Refah Üzerindeki Etkisi

Rekabet politikasının amacı tüketicinin veya küçük ölçekli teşebbüslerin korunmasından, toplam refahın ençoklaştırılmasına kadar pek çok şekilde tanımlanmaktadır. Genellikle tüketici refahının ve toplam refahın korunmasının nihai hedef olduğu düşünüldüğünde rekabet hukukunun konusu olan davranışın refah üzerindeki etkisi önem kazanmaktadır. Tüketici refahı ve toplam refah üzerinde olumsuz etkisi olduğu kabul gören davranışlar rekabet kurallarınca ihlal olarak tanımlanabilmektedir. Hatta kartelleşme gibi refah üzerindeki etkisi her zaman olumsuz olduğu bilinen davranışların amaç yönünden ihlal teşkil ettiği kabul edilmektedir. Bu çerçevede çapraz sübvansiyonun rekabet hukuku tarafından nasıl değerlendirilmesi gerektiği konusunda sorulması gereken en önemli soru bu uygulamanın tüketici refahı ve toplam refah açısından sonuçlarının neler olduğudur.

Çapraz sübvansiyonun tanımı ve tespitine ilişkin tartışmadan hatırlanacağı üzere, yaygın olarak kullanılan artan maliyet ve tekil maliyet kriterlerine göre çapraz sübvansiyon içeren fiyatlandırma etkinliğinin sağlandığı optimal fiyatlandırma olabilmekte veya etkinlik doğuran fiyatlandırmadan uzaklaşabilmektedir. Yani, çapraz sübvansiyon içermeyen fiyatlar ne etkinlik sağlamak veya adil fiyatlandırmayı garanti altına almakta, ne de çapraz sübvansiyonun varlığı mutlaka toplam refah karşısı sonuçların doğduğuna işaret etmektedir (Faulhaber, 1975, s.967).

Nitekim yazarların çeşitli pazar yapılarında çapraz sübvansiyonun refah üzerindeki etkisine ilişkin değerlendirmeleri de bu durumu yansıtmaktadır. Örneğin, Fjell (2001, s. 274) evrensel hizmet sağlanması veya yeni yatırımlar için finansman aracı işlevi gören çapraz sübvansiyonun etkinlik üzerindeki etkisinin olumlu olduğunu belirtmektedir. Benzer şekilde Berg ve Weisman (1992, s. 451) da çapraz sübvansiyonun her zaman etkisiz olduğu yargısını bir mit olarak nitelendirmekte ve olumlu dışsallığın bulunduğu durumlarda fiyatın marjinal maliyetten düşük olabileceğini ve sübvansiyonun etkisizlik doğurmayacağını ileri sürmektedir.

Viscusi vd. (2005, s. 534) ise çapraz sübvansiyonun kısmi olarak serbestleştirilmiş düzenlenen piyasalarda potansiyel rakiplere yanlış mesajlar gönderdiğine ve böylece etkinsiz girişlere yol açtığına dikkat çekerek çapraz sübvansiyonun piyasa etkinsizliğine neden olduğunu ileri sürmektedir. Chen ve Rey (2013) ise rekabetçi piyasalar açısından yaptığı çalışmada, çapraz sübvansiyonun yasaklanmasının teşebbüslerin kârını yükseltmekle birlikte toplam refah ve tüketiciler üzerindeki etkisinin belirli olmadığı sonucuna ulaşmıştır.

Özetle, rakipler arası fiyat tespiti gibi toplam refahı ve tüketici refahını azalttığı kesin olarak söylenebilen davranışların rekabet hukuku ve politikasının alanına girdiğini ve rekabet karşıtı olarak nitelendirilmesi gerektiğini söylemek görece kolaydır. Çapraz sübvansiyon davranışının belirsiz refah etkisi ise bu davranışa her bağlamda doğrudan ve öncelikli olarak rekabet hukuku araçlarıyla müdahale edilmesi konusunu tartışmalı kılmaktadır. Belirli bir piyasada yapılan detaylı analiz sonucu çapraz sübvansiyonun piyasa açısından hemen her zaman refah azaltıcı olduğu sonucuna ulaşırsa burada düzenlemeye gitmek değerlendirilebilecektir⁶. Her halükarda, rekabet hukuku araçları ile müdahalenin meşruiyeti tartışması aşılsa dahi, refah üzerindeki etkinin belirsizliği rekabet politikasının amacına uygun, titiz bir etki analizini zorunlu hale getirmektedir.

2. REKABET HUKUKU UYGULAMASINDA ÇAPRAZ SÜBVANSİYON

Çapraz sübvansiyon, tanımından da anlaşılacağı gibi tek taraflı bir fiyatlama davranışdır. Bu nedenle çapraz sübvansiyona ilişkin rekabet ihlali iddiaları hâkim durumun kötüye kullanılması çerçevesinde gündeme gelmektedir. Yazındaki yaygın görüş çapraz sübvansiyonun müstakil bir hâkim durumun kötüye kullanılması hali olmadığı yönündedir (Ritter ve Braun, 2004, s.457; Whish ve Bailey, 2012, s. 748; O'Donoghue ve Padilla, 2013, ss. 324-325; Geradin ve O'Donoghue, 2005, ss. 368-369; Ritter, 2004 s. 626). Ancak, hem çapraz sübvansiyonun piyasaya özel düzenlemelerle sıklıkla yasaklanmış olmasının yarattığı algı, hem de kimi zaman rekabet karşıtı davranışların bir aracı

⁶ Nitekim çapraz sübvansiyon genellikle regülasyon yazınında ve düzenlenen piyasalarda tartışılmış; rekabet hukuku uygulaması ve yazınında sınırlı yer almıştır.

veya unsuru olarak görülmesi çapraz sübvansiyonu rekabet otoritele-
rinin önüne getirmiştir. Bu bölümde Türkiye ve Avrupa Birliği (AB)
rekabet hukuku uygulaması çerçevesinde konuya nasıl bakıldığı ince-
lenecektir.

2.1. Türkiye Uygulaması

Çapraz sübvansiyon yoluyla hâkim durumun kötüye kullanıldığı iddi-
aları 2002 yılından bu yana pek çok kez Rekabet Kurulu'nun (Kurul)
gündemine gelmiştir. İlk Kurul kararlarında çapraz sübvansiyonun ta-
nımı, bir ihlal türü olup olmadığı veya yıkıcı fiyatlandırma gibi ihlal türleri
ile ilişkisi net değildir. Bu konuda esaslı çıkarımların yapılabileceği ilk
karar *Aycell*⁷ kararıdır. *Aycell* kararında Kurul çapraz sübvansiyonu tes-
pit etmiş, iddia konusu fiyatların maliyet altı olduğunu belirtmiş ancak
davranışın yıkıcı fiyatlandırma oluşturmadığı gerekçesiyle ihlale hükmet-
memiştir. Bu karardan çapraz sübvansiyonun bir ihlal türü olarak de-
ğerlendirilmediği, yıkıcı fiyatlandırmanın yöntemi olarak görüldüğü çıkari-
labilir. Kurul'un bu yöndeki açık değerlendirmesine ise *TTNET/Avea*
kararında⁸ rastlanmaktadır. Kararda çapraz sübvansiyona ilişkin olarak
aşağıdaki ifadeler yer verilmiştir:

“Çapraz sübvansiyonun kendisi tek başına bir ihlal oluşturmamakta,
kavram rekabet hukukunca yasaklanmış davranışları gerçekleştiribil-
mek amacıyla kullanılan bir araç haline geldiği durumda ihlal niteliği
kazanmaktadır. Dolayısıyla, çapraz sübvansiyonun rekabet hukuku an-
lamında ihlal olarak kabul edilebilmesi, kavramın yıkıcı fiyatın finans-
man aracı haline geldiğinin gösterilmesi ile mümkündür. Bu anlamda
kavram yıkıcı fiyatlandırmadan ayrı/ondan farklı bir kötüye kullanma hali
olmaksızın, hakim durumun kötüye kullanılması hallerinden biri olan
yıkıcı fiyatlandırmanın uygulama döneminde ortaya çıkan zararların finan-
se edilme yolunu oluşturmaktadır.”

*Avea*⁹ kararında da *TTNET/Avea* kararına uygun şekilde çapraz
sübvansiyonun müstakil bir ihlal türü olmadığı vurgulanmış, iddialar
yıkıcı fiyatlandırma analizine tabi tutulmuştur. *Efes*¹⁰ kararında da çapraz
sübvansiyonun tek başına bir ihlal oluşturmayacağı “ancak yıkıcı fiyat,

⁷ 14.9.2003 tarihli, 03-56/655-301 sayılı karar.

⁸ 9.10.2008 tarihli, 08-57/912-363 sayılı karar, s. 21.

⁹ 4.11.2009 tarihli, 09-52/1253-318 sayılı karar.

¹⁰ 18.7.2012 tarihli, 12-38/1085-344 sayılı karar, para. 38.

seçici fiyat gibi fiyatlamaya ilişkin kötüye kullanma hallerini kolaylaştıran bir uygulama” olarak nitelendirilebileceği ifade edilmiş, fiyatların ise yıkıcı olmadığı tespit edilerek soruşturma açılmamıştır.

Diğer taraftan bazı Kurul kararlarında çapraz sübvansiyonun bir ihlal türü olduğu şeklinde yorumlanabilecek ifadeler de yer almaktadır. Örneğin, Knauf İnaşat ve Yapı Elemanları San. ve Tic. Aş’ nin (Knauf) alçı levha pazarındaki hâkim durumunu, alçı levha ve toz alçı pazarlarında fiyatlama yoluyla kötüye kullandığı iddialarının incelendiği *Knauf* kararında¹¹, yıkıcı fiyatlama ve çapraz sübvansiyon uygulamaları ayrı başlıklar altında farklı ihlal türleri gibi incelenmiştir. Yıkıcı fiyatlama başlığı altında Knauf’un hâkim durumda olduğu iddia edilen alçı levha pazarındaki fiyatlama davranışı incelenirken, “Hâkim durumun kötüye kullanılması olarak çapraz sübvansiyon” ve “apraz sübvansiyon iddialarının değerlendirilmesi” başlıkları altında Knauf’un hâkim durumda bulunmadığı toz alçı pazarındaki fiyatlama davranışı değerlendirilmiştir. Bu bölümlerin sonunda “Knauf’un alçı levha pazarındaki hakim durumunu toz alçı pazarında uyguladığı *yıkıcı fiyatlama* [vurgu eklenmiştir] ile toz alçı pazarında kötüye kullandığı iddiasının da yerinde olmadığı sonucuna ulaşılmıştır”¹². Sonuç cümlesinde davranışın yıkıcı fiyatlama teşkil etmediğinin belirtilmesi ise çapraz sübvansiyonun müstakil bir ihlal türü olmadığı, yıkıcı fiyatlamının aracı olduğu yönündeki yaklaşıma benzemektedir.

*ETS*¹³ kararında da, ETS-Ersoy Turistik Servisleri Aş’ nin (ETS) rakip turizm acentelerinin faaliyetlerini zorlaştırmak için yaptığı iddia edilen davranışlar arasında, münhasıran çalıştığı otellerden elde ettiği gelir ile münhasıran çalışmadığı otellerden çok düşük fiyatla oda satmak bulunmaktadır. Bu konuya ilişkin olarak kararda, “[]apraz sübvansiyon yapmak sureti ile rakipleri dışlayıcı faaliyet bulunmak da Kanun’un [4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun] 6. maddesi kapsamında değerlendirilebilmektedir” cümlesi yer almaktadır.¹⁴ Devamında, Kanun’un 6. maddesi kapsamına giren bir davranışın ihlal olarak nitelendirilebilmesi için davarışta bulunan teşebbüsün hâkim durumda olduğunun tespit edilmesinin gerektiği ifade edilmektedir. Kararda, apraz sübvansiyon bir ihlal türü ise, tespiti için hâkim

¹¹ 16.12.2009 tarihli, 09-59/1441-376 sayılı karar.

¹² S. 27.

¹³ 19.1.2011 tarihli, 11-04/54-19 sayılı karar.

¹⁴ S. 5.

durumda bulunma unsurunun yanı sıra, ne gibi şartların sağlanması gerektiği belirtilmemektedir. Kararda, ETS'nin hâkim durumda olmadığı kanaatine varılarak soruşturulma açılmamasına hükmedilmiştir.

Görüldüğü üzere her iki kararda da çapraz sübvansiyon uygulamanın bir kötüye kullanma hali olabileceği şeklinde yorumlanabilecek ifadeler yer almaktadır. Ancak kararlar bu yönde bir içtihat oluşturmaya engel zayıf noktalar da içermektedir. Nitekim Kurul'un güncel kararlarında çapraz sübvansiyonu fiyatlamaya ilişkin müstakil bir ihlal türü olarak tanımlama yaklaşımını devam ettirdiği görülmektedir.

2018 yılında alınan *Tivibu*¹⁵ kararında; genişbant sabit internet hizmetinin maliyet üstü fiyatlarla sunulduğu, ödemeli televizyon hizmetinin ise zararına arz edildiği tespit edilmiş, iki farklı ilgili ürün pazarına ait ürünler arasında gerçekleşen sübvansiyon sakıncalı görülmemiştir. Bilakis çapraz sübvansiyonun ürün ve fiyat farklılaştırmasına imkân sağladığı belirtilmektedir¹⁶. Bu bağlamda, dosya çerçevesinde sadece teşebbüsün arz ettiği her bir üründen kâr elde etmesini bekleyen “ürün bazlı fiyat-maliyet analizi” yürütülmemiştir. “Tivibu'nun genel kârlılığı analizi” başlığı altında genişbant sabit internet hizmetinden elde edilen gelir ile ödemeli televizyon hizmetinden katlanılan zararın telafi edilip edilemediğine bakılmıştır. Analiz sonucunda sadece sübvansiyonun yetmediği, yani internet ve televizyon hizmetinin toplam gelirlerinin toplam giderlerini karşılamadığı paketler nedeniyle etki analizine gidilmiştir¹⁷. Yani *Tivibu* kararında çapraz sübvansiyon fiyat-maliyet testinin tasarımı açısından önemli rol oynamıştır.

Çapraz sübvansiyonun fiyatlama yoluyla hâkim durumun kötüye kullanılması dosyalarında fiyat-maliyet analizi açısından dikkate alındığı diğer bir karar da *THY* kararıdır¹⁸. Kararda, Türk Hava Yolları AO'nun (THY) İstanbul çıkışlı uçuşlarında yıkıcı fiyatlama uygulamak suretiyle rakibini pazar dışına itmeye çalıştığı iddiası incelenmiştir. THY ile rakibinin faaliyetleri esas olarak Sabiha Gökçen Havaalanı'nda kesişmekle birlikte bu havaalanından kalkan uçuşlarda katlanılan zararın Atatürk Havaalanı'ndan kalkan uçuşlardan elde edilecek gelir ile karşılanması ihtimaline karşı maliyet hesaplamalarında THY'nin her iki havaalanından kalkan seferlerinin maliyetleri de dikkate alınmış

¹⁵ 27.8.2018 tarihli, 18-29/497-238 sayılı karar.

¹⁶ Para. 353.

¹⁷ Ss. 101-102.

¹⁸ 25.12.2014 tarihli, 14-54/932-420 sayılı karar.

ve Sabiha Gökçen Havaalanı kalkışlı ve ortalama kaçınılabılır maliyet altı fiyatlı uçuşların sübvansede edilme imkânı incelenmiştir¹⁹.

Çapraz sübvansiyon uygulaması hakkındaki teorik tartışmanın son dönemde en geniş yer tuttuğu karar *CK Akdeniz*²⁰ karardır. Kararda fiyatlama yoluyla gerçekleşen ihlaller konu edilmemiştir ancak özellikle “Dağıtım Şirketinin GTŞ’ye [görevli tedarik şirketi] Rekabeti Kısıtlayıcı Nitelikte Avantaj Sağlaması” başlıklı bölümde ele alınan hususlar çapraz sübvansiyon tartışmasını doğurmuştur.

Kararda adı geçen başlık altında tedarik ve dağıtım faaliyetlerinin “bir arada eş güdüm içinde” yapılması incelenmiş; sahada personel bulundurarak satış, pazarlama ve sözleşme imzalama gibi faaliyetlerin gerçekleştirilmesinin elektrik piyasasındaki brüt kârın %5-6’sı oranında bir maliyete neden olduğu, alt pazarda faaliyet gösteren CK Enerji Akdeniz Elektrik Perakende Satış AŞ’nin (CK Akdeniz) bu işleri üst pazarda faaliyet gösteren Akdeniz Elektrik Dağıtım AŞ’nin (Akdeniz EDAŞ) personeline yaptırmak hem bu maliyetten kaçındığı hem de müşteri kazanımında önemli bir avantaj elde ettiği, Akdeniz EDAŞ üzerinde oluşan bu ek maliyetlerin dolaylı olarak elektrik piyasasına katılan tüm paydaşlarca karşılandığı ifade edilmiştir²¹. Devamında yerinde inceleme ile elde edilen belgelerin de değerlendirilmesiyle aşağıdaki sonuca ulaşılmıştır:

“AKDENİZ EDAŞ ve CK AKDENİZ arasında dağıtım faaliyeti kapsamında sayaç okuma faaliyetinde bulunan personelin CK AKDENİZ adına serbest tüketiciler ile sözleşme imzaladığı, söz konusu şirketlerdeki bazı pozisyonlarda yer alan personelin her iki şirket için de hizmet verdiği, CK AKDENİZ’in müşterilerine göndereceği SMS’ler ve sözleşme basımına yönelik işlemleri AKDENİZ EDAŞ’ın gerçekleştirdiği ve bahse konu davranışlar yoluyla AKDENİZ EDAŞ’ın CK AKDENİZ’e rekabeti kısıtlayıcı nitelikte avantaj sağladığı tespit edilmiştir. Bu doğrultuda, bahse konu uygulamanın CK AKDENİZ lehine rekabetçi avantaj sağlayarak Akdeniz elektrik dağıtım bölgesindeki elektrik perakende satış pazarındaki rekabeti engellediği değerlendirilmektedir.”

Bu konuya ilişkin olarak ise soruşturulan taraf, Akdeniz EDAŞ’ın CK Akdeniz lehine maliyet avantajı sağlamasının rekabet hukuku

¹⁹ Para. 178.

²⁰ 20.2.2018 tarihli, 18-06/101-52 sayılı karar.

²¹ Para. 478.

kapsamında çapraz sübvansiyon çerçevesinde ele alınması gerektiği ve çapraz sübvansiyonun da bir ihlal teşkil etmediği savunmasını öne sürmüştür²². Kararda bu savunmaya cevaben kısaca çapraz sübvansiyon yoluyla bir ihlalden bahsedilmediği belirtilmek yerine çapraz sübvansiyon tartışılmış hatta somut olayda çapraz sübvansiyon temelli bir zarar teorisinin benimsenebileceği ifade edilmiştir²³.

Kararda²⁴, çapraz sübvansiyon uygulamasının gerçekten de doğru-
dan bir ihlal olarak değerlendirilemeyeceği, dosya kapsamında çapraz
sübvansiyonun bizzat rekabet kurallarını ihlal ettiğinin değerlendirilmediği, çapraz sübvansiyon uygulanması ve ayırıştırma kurallarına uyulmamasının bu vakada ihlalin araçları olarak değerlendirildiği belirtilmektedir. Devamında zarar teorisi Fjell'in çalışmasına atıfla şöyle açıklanmaktadır²⁵:

“Mevcut tanımlar dikkate alındığında çapraz sübvansiyonun daha çok maliyet transferi olarak ele alındığı, bu durumun da çapraz sübvansiyonun yıkıcı fiyat gibi uygulamalarla birlikte rekabet ihlaline yol açabileceği şeklinde bir kanıya varılmasına neden olduğu anlaşılmaktadır. Ancak maliyet transferine yönelik yıkıcı fiyat karakteri bulunmayan yaklaşımlar da bulunmaktadır. Öyle ki, düzenlenmeyen piyasadaki karını mevcut fiyat seviyesini koruyarak artırmak isteyen şirket, düzenleme bulunmayan alandaki maliyetlerini, maliyet artışlarının düzenlenen fiyata zam olarak yansıyabilecek olan düzenlemeye tabi alana aktarabilmektedir. Bu bağlamda rekabete açık kısımdaki faaliyete, rekabete kapalı kısımdaki faaliyet çerçevesinde verilen desteğin rekabeti kısıtlayacak seviyede olması, söz konusu eylemin rekabet hukuku kapsamında ihlal olarak değerlendirilmesine yol açabilecektir.”

Bu zarar teorisi sadece bir genel bilgi veya teorik bir tartışma olarak kalmamakta, kararın 740. paragrafında somut olayda Fjell'in yaklaşımının benimsenebileceği ifade edilmektedir. Buna göre rekabete kapalı pazarda faaliyet gösteren ve tüm maliyetleri düzenlenen tarifeler ile karşılanan Akdeniz EDAŞ'ın görevli tedarik şirketi (GTŞ) olarak rekabete açık pazarda faaliyet gösteren CK Akdeniz adına sözleşme alması, fatura bırakması ve pazarlama-satış faaliyeti yürütmesinin bu pazardaki maliyetlerin düzenlenen pazara aktarıldığını gösterdiği, tedarikçi ma-

²² Para. 843.

²³ Para 740.

²⁴ Para. 845.

²⁵ Para. 846. Aynı ifadeler kararın 740. paragrafında da yer almaktadır.

liyetleri dikkate alındığında bunun CK Akdeniz için ciddi bir avantaj yarattığı belirtilmektedir.

Diğer bir ifadeyle kararda karar bir bütün olarak incelendiğinde, yıkıcı fiyat teşkil etsin veya etmesin, çapraz sübvansiyona neden olan maliyet aktarımının ihlal olabileceği belirtilmiştir. Düzenlenen pazardan elde edilen gelirler ile rekabete açık pazardaki faaliyetlere sağlanan “rekabeti kısıtlayacak seviyedeki” destek veya avantaj, diğer bir deyişle ihlal teşkil eden davranış, genel bir ifadeyle “dağıtım şirketlerinin görevli tedarik şirketlerine rekabeti kısıtlayıcı nitelikte avantaj sağlaması” olarak tanımlanmıştır²⁶. Ancak kararda ne kadarlık desteğin “normal” ne kadarlık desteğin “rekabeti kısıtlayıcı” seviyede olduğu, çapraz sübvansiyon tespiti yapılırken hangi tanım veya kıstasın esas alındığı açıklanmamıştır²⁷. Önceki bölümlerde de aktarıldığı üzere, çapraz sübvansiyon her zaman rekabeti ihlal amacıyla gerçekleştirilmemekte ve etkinlik karşıtı sonuçlar da doğurmamaktadır. Bu bağlamda, soruşturma konusu davranışların neden etkinlik doğurucu (örneğin dikey bütünleşik yapıdaki teşebbüsün kapsam ve ölçek ekonomisinden kaynaklanan etkinliği) veya kâr ençoklaştırma amacındaki bir teşebbüsün doğal davranışı olarak değerlendirilemeyeceği aydınlatılması gereken diğer hususlardır. Bunlar tartışılmadan *CK Akdeniz* kararı ile çapraz sübvansiyonun doğrudan kendisinin ihlal olarak değerlendirilmediğini savunmak zor olacaktır²⁸.

Ancak önceki Kurul kararları ve yazın dikkate alındığında, kanımca *CK Akdeniz* kararında perakende seviye ile ilgili kimi hizmetlerin üst pazardaki şirket/tüzel kişilik üzerinden yürütülmesi sakıncalı görülüyor ise bunun soruşturulan teşebbüs tarafından çizilen çapraz sübvansiyon tartışması çerçevesinden çıkarılması ve zarar teorisinin davranışsal iktisadın gösterdiği piyasa aksaklıkları, ayrımcılık ve benzeri nedenler

²⁶ Kararın 469. paragrafına göre ise “dağıtım şirketlerinin görevli tedarik şirketlerine rekabeti kısıtlayıcı nitelikte avantaj sağlaması”, “elektrik dağıtım şirketinin doğal tekel olarak yürüttüğü faaliyetlerin, GTŞ lehine elektrik perakende piyasasında kaldıraç olarak kullanılması ve böylelikle serbest tüketicilere yönelik ilgili pazarlarda rekabetin GTŞ lehine kısıtlanmasıdır.”

²⁷ Oysa fiyatlamaya ilişkin iddialar değerlendirilirken sübvansiyonun ne zaman ihlal aracı ne zaman masum bir davranış olduğunu ilgili testin unsurları (örneğin yıkıcı fiyatlamada maliyet altı fiyat, hasat imkânı ve niyetin bulunması) ortaya koymaktadır.

²⁸ Eğer ihlal tespiti çapraz sübvansiyonun varlığına ve buna ilişkin bir zarar teorisine dayandırılmıyor ise savunmanın değerlendirilmesinde esas değerlendirmeyi aşan ifadelerden kaçınılması gerekirdi.

çerçevesinde izah edilmesi daha isabetli olurdu. Bu nedenle kararın bu şekilde anlaşılması ve sübvansiyonun varlığının davranışın zararını açıklayan (üst pazara aktarılan maliyetlerin tüm pazar paydaşlarınca karşılanması) bir unsur olarak değerlendirilmesi daha doğru olacaktır.

Yukarıda yer verilen kararlar göstermektedir ki Kurul için çapraz sübvansiyon tek başına rekabetçi endişeye yol açmamış, ancak rekabet karşıtı piyasa kapamaya yol açabilecek diğer davranışların bir aracı, yani finansman yöntemi veya unsuru olduğu ölçüde değerlendirmede kendine yer bulmuştur. Çapraz sübvansiyon genellikle fiyatlamaya ilişkin kötüye kullanma iddialarının incelenmesinde gündeme gelirken, *CK Akdeniz* bunun istisnasını oluşturmuştur. Bu nedenle de söz konusu karar değerlendirilirken, kararda da belirtildiği gibi, ihlal teşkil eden davranışın çapraz sübvansiyon uygulamasının kendisi olmadığı akıldaki tutulmalıdır. Bu bağlamda *CK Akdeniz* kararına ilişkin bugüne kadar oluşan içtihadın dışında yorumlarda bulunmak isabetli olmayacaktır.

2.2. Avrupa Birliği Uygulaması

Kurul genel olarak Avrupa Birliği uygulamasını mehzaz kabul etmektedir. Nitekim Kurul'un çapraz sübvansiyona değinen kararlarında Komisyon'un *Tetra Pak II*²⁹ kararına ve Anlaşmanın 82. Maddesinin Dışlayıcı Kötüye Kullanmalara Uygulanmasına İlişkin Tartışma Metni'ndeki (Tartışma Metni) bazı ifadelere atıflar yer almaktadır³⁰. Bu aşamada AB uygulamasında çapraz sübvansiyona yaklaşımı incelemek faydalı olacaktır.

Tetra Pak II kararında Komisyon Tetra Pak'ın sıvı gıda ürünlerinin paketlemesinde kullanılan aseptik ve aseptik olmayan karton kutu ve kutulama makineleri pazarındaki fiyatlama, satış sözleşmelerindeki bazı hükümler ve diğer davranışlar yoluyla hâkim durumunu kötüye kullanıp kullanmadığını incelemiştir. Komisyon aseptik karton, aseptik kutulama makinesi, aseptik olmayan karton ve aseptik olmayan kutulama makinesi pazarı olmak üzere dört ilgili ürün pazarı tanımlamıştır. Kararda, Tetra Pak'ın aseptik pazarlarda tekele yaklaşan bir güçle hâkim durumda olduğu tespitinde bulunulurken aseptik olmayan pazarlara ilişkin böyle bir tespit yapılmamış, aseptik olmayan pa-

²⁹ Tetra Pak II, 24 Temmuz 1991, Case 92/163/EEC, OJ (1991) L 72/1.

³⁰ Örneğin *Knauff* kararı.

zarlardaki davranışların değerlendirilmesi bakımından böyle bir tespite de gerek olmadığı, zira aseptik pazarlar ile aseptik olmayan pazarların birbirleriyle ilgili, komşu pazarlar olması nedeniyle aseptik olmayan pazarların aseptik pazardan soyutlanmış şekilde ele alınmasının temelsiz olacağı belirtilmiştir³¹.

Karara konu fiyatlama davranışı, aseptik olmayan karton pazarındaki Tetra Pak ürününün (Rex karton) Birlik genelinde ve özellikle İtalya'da kimi zaman ancak ham madde maliyetlerini karşılayacak fiyatlarla satmasıdır³². Değerlendirmede aseptik kartonun hemen hemen hiç rekabet ile karşılaşmadığı, bu ürünün Tetra Pak'ın en çok satan ve en çok kâr getiren ürünü olduğu, aseptik olmayan kartonun ise genel olarak zarar ettiği ve bu zararın aseptik karton gelirleri ile sübvansiyon edildiği belirtilmektedir³³. Ayrıca bu davranışın bir yönetim hatasından veya dış etkinin zorlamasıyla oluşmadığı, maliyet altı fiyatların Rex kartonun İtalya pazarına yeni girmesinden kaynaklanamayacak kadar büyük ve uzun süreli olduğu (7 yıl) değerlendirilmektedir³⁴. Fiyatların ekonomik olarak rasyonel olmadığı vurgulanarak Tetra Pak'ın İtalya'daki aseptik olmayan karton pazarındaki fiyatları rakipleri dışlayıcı ve rekabeti ihlal edici olarak nitelendirilmiştir. Dikkat edileceği üzere kararda çapraz sübvansiyon bir ihlal türü olarak tanımlanmamış, komşu pazarların var olduğu vakada ihlalin nasıl gerçekleştiğini açıklamak için kullanılmıştır.

*Deutsche Post*³⁵ kararı, mektup dağıtım pazarında tekel konumunda bulunan Deutsche Post AG'nin (DPAG) bu pazardan elde ettiği geliri kullanarak rekabete açık olan koli dağıtım pazarında maliyet altı fiyatlarla rakibini piyasa dışına ittiği iddiasını ele almaktadır. Kararda hizmetin sübvansiyon edilmediğinin tespiti için Faulhaber'in tanımına paralel şekilde mektup dağıtım pazarında tekel maliyetin üzerinde gelir elde ettiği tespit edilen DPAG'nin koli dağıtım pazarında ortalama artan maliyetini karşılayıp karşılamadığına bakılmıştır³⁶. Rekabet hukuku açısından DPAG'nin davranışı yıkıcı fiyatlama ve sadakat in-

³¹ Para. 104.

³² Para. 48-49.

³³ Para. 105, 147 ve 150.

³⁴ Para. 148.

³⁵ Deutsche Post AG, 20 Mart 2001, Case Comp/35.141, 2001/354/EC, OJ (2001) L 125/27.

³⁶ Para. 6.

dirimi başlıkları altında incelenmiştir. Davranışın rekabet üzerindeki etkisinin değerlendirildiği bölümde çapraz sübvansiyonun kaynakların etkin kullanılmasını engellediği, mektup dağıtım hizmeti alan tüketicilerin koli dağıtım faaliyetindeki kaynak israfını finanse etmeye mecbur bırakıldığı vurgulanmıştır³⁷. Kararda, DPAG'nin maliyet altı fiyatlamada bulunmasının hâkim durumun kötüye kullanılması olduğuna hükmedilmiştir.

Deutsche Post kararı çapraz sübvansiyona geniş yer ayırsa da çapraz sübvansiyon uygulamasının kendisi bir ihlal türü olarak değerlendirilmemiştir. Bu uygulamanın varlığı maliyet altı fiyatlama davranışının orta vadede ekonomik olarak makul olmadığı açıklanmasında ve fiyatlama davranışının rekabet üzerindeki etkisinin değerlendirilmesinde dikkate alınmıştır.

Sübvansiyonun kendi içinde ihlal oluşturabileceğinin belirtildiği tek karar *Compagnie Maritime Belge*³⁸ kararıdır. Kararda, *Associated Central West Africa Lines* (Cewal) adlı gemicilik konferansı üyelerinin rakiplerinin gemileriyle aynı zaman ve güzergâhtaki seferlerinin fiyatlarını önemli oranda düşürmesi incelenmiştir. Kararda savaşan gemiler olarak adlandırılan bu davranış ile yıkıcı fiyatlama arasında fark bulunduğu, yıkıcı fiyatlamının üretim maliyetleri temel alınarak incelendiği ancak bu vakada önemli olanın rakibi dışlamaya yönelik istisnai fiyatlardan ve bu yönde alınan ortaklaşa karardan anlaşılan niyet olduğu belirtilmiştir³⁹. Cewal üyelerinin savaşan gemiler uygulaması ile sadece daha az gelir elde ettiği ancak zarar etmediği yönündeki savunmasına bir cevap niteliği taşıyan bu açıklamanın devamında, olağandışı düşük fiyatların maliyet altında olmadığı varsayılsa dahi bu fiyatların diğer hatların normal fiyatlarıyla sübvansiyon edilmesinin bu vaka açısından kendi içinde ihlal teşkil ettiği belirtilmiştir⁴⁰.

³⁷ Para. 37.

³⁸ Case 93/82, Cewal OJ (1993) L34/20. Temyiz aşamasında başka dosyalar ile birleştirilmiş ve *Compagnie Maritime Belge* adını almıştır.

³⁹ Para. 80.

⁴⁰ Para. 82. "...subsidization of the cost of fighting rates by the conference's normal rates charged on its other sailings is in itself in the case at issue abusive, anti-competitive conduct which might have the effect of eliminating from the market an undertaking which is perhaps as efficient as the dominant conference but which, because of its lesser financial capacity, is unable to resist the competition practised in a concerted and abusive manner by a powerful group of ship owners operating together in a shipping conference."

Yazında daha sonra seçici fiyatlama vakasına örnek olarak ele alınan bu kararın diğer bölümlerinde çapraz sübvansiyonun tanımına, nasıl tespit edileceğine, rekabeti nasıl bozduğuna veya ihlal sayılması için ne gibi şartların aranması gerektiğine dair açıklama bulunmamaktadır. Bu çerçevede, *Compagnie Maritime Belge* kararında sübvansiyona ilişkin ifadenin sadece davranışın eşit etkinlikteki rakip tarafından sürdürülebilir olmadığına yönelik endişeyi ifade ettiği söylenebilir (Ağvaz, 2017, s. 19). Bu karardan yola çıkılarak çapraz sübvansiyon uygulamasını tek başına ihlal olarak değerlendirmek doğru olmayacaktır.

Nitekim Komisyon'un hâkim durumun kötüye kullanılmasına ilişkin uygulamasını özetleyen ve ilgililere ışık tutan metinlerinde de çapraz sübvansiyon yıkıcı fiyatlama başlığı altında tartışılmıştır. Tartışma Metni'nde⁴¹ yıkıcı fiyatlamının hâkim durumdaki teşebbüs tarafından, konumunu güçlendirmek veya korumak için hâkim durumda bulunan veya buna komşu olan pazarda uygulanması halinde kötüye kullanma olarak değerlendirileceği ifade edilmektedir. Paragrafın devamında ise yasal tekellerin söz konusu olduğu sektörlerin bu kurala istisna teşkil ettiği belirtilmektedir. Tartışma Metni'ne göre bir pazarda yasal tekel hakkına sahip teşebbüsün ilgisiz pazarlarda maliyet altı fiyat uygulamasının endişe yaratmasının nedeni çapraz sübvansiyonun önlenmesi gayesidir. Bu çerçevede, diğer vakalardan farklı olarak maliyet kıstası ortalama kaçınılabilir maliyet (*average avoidable cost*) yerine uzun dönem ortalama artan maliyet (*long-run average incremental cost*) olarak belirlenmiştir⁴².

Tartışma Metni'nin yerini alan Komisyon'un Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Kötüye Kullanmalarında Komisyon'un AT Anlaşmasının 82. Maddesini Uygulama Önceliklerine İlişkin Rehber'de⁴³ (Rehber) çapraz sübvansiyon meselesi kendine, benzer çerçevede ancak daha az yer bulmuştur. Yıkıcı fiyatlamının hâkim durumdaki teşebbüs tarafından hâkim durumda bulunduğu pazardaki fiyatlama davranışı ile gerçekleşebileceği yönündeki paragrafa eklenen dipnotta Komisyon'un hâkim durumdaki teşebbüsün henüz hâkim durumda bulunmadığı ikincil pazarlardaki yıkıcı uygulamalarının ardına düşebileceği ifade edilmiştir. Dipnotun devamında, Komisyon'un yasal tekel hakkı ile korunan sektörlerde bu tip bir ihlal tespitinde bulunması ihtima-

⁴¹ Para. 101.

⁴² Para. 124-125.

⁴³ Para. 63.

linin daha yüksek olduğu, zira yasal tekel hakkı nedeniyle elde edilen kârın diğer pazarlardaki faaliyetlerin sübvansiyonunda kullanılarak o pazarlardaki etkin rekabetin ortadan kalkması tehlikesini doğurabileceği belirtilmektedir.

Yukarıda aktarılan kararlar ve Rehber incelendiğinde, çapraz sübvansiyonun müstakil bir kötüye kullanma hali teşkil etmediği, hâkim durumun kötüye kullanılması vakalarında ihlalin nasıl oluştuğunun açıklanması sırasında çapraz sübvansiyonun gündeme geldiği anlaşılmaktadır.

2.3. Analizde Bir Unsur Olarak Çapraz Sübvansiyon

Her ne kadar çapraz sübvansiyon tek başına bir ihlal türü olarak rekabet hukukunda yer almasa da rekabet hukuku ve politikası açısından tamamen göz ardı edilecek bir uygulama da değildir. Çapraz sübvansiyonun tespiti hâkim durumun kötüye kullanılması iddialarının değerlendirilmesinde çeşitli şekillerde faydalı olabilmektedir.

Bunlardan ilki *hâkim durumun tespitinde* karşımıza çıkmaktadır. *Deutsche Post* kararının hâkim durum değerlendirmesi bölümünde DPAG'nin rakiplerin sahip olmadığı bir çapraz sübvansiyon imkânının bulunmasına değinilmiştir⁴⁴. Literatürde de bir teşebbüsün çapraz sübvansiyon uygulaması veya bu imkâna sahip olması hâkim durum değerlendirmesinde bir unsur olarak değerlendirilmektedir. Ritter ve Braun'a (2004, s. 404) göre de çapraz sübvansiyon imkânı, hâkim durumda olup olmadığı tespit edilmeye çalışılan teşebbüsün ticari gücünü gösteren yardımcı unsurlardan biridir. Ritter (2004, s. 615) ise yıkıcı fiyatlama ve çapraz sübvansiyonu konu aldığı çalışmasında, AB rekabet hukukunda yıkıcı fiyatlama iddiası incelenirken hâkim durumun tespitinde finansal güce, pazar payından daha fazla ağırlık verilmesi gerektiğini savunmuştur. Böyle bir yaklaşım kuskusuz çapraz sübvansiyon imkânını hâkim durumun tespitinde yardımcı bir unsurdan daha önemli bir konuma taşıyacaktır.

İkinci olarak çapraz sübvansiyon, bir davranışın ihlal teşkil edip etmediğinin incelenmesi sırasında önemli bir husus olabilmektedir. Fiyatlama yoluyla rekabetin ihlal edildiği iddiaları değerlendirilirken çapraz sübvansiyonun varlığının gösterilmesi ihlal tespiti için bir zo-

runlu unsur olmasa da *ihlalin nasıl gerçekleştiğinin açıklanmasında* faydalı olabilmektedir. Örneğin, fiyat sıkıştırması teorisi üst pazar ve alt pazardaki faaliyetler arasında bir çapraz sübvansiyon uygulanması üzerine kurulu olsa da (Geradin ve O'Donoghue, 2005, s. 367) bu çapraz sübvansiyonun gösterilmesi ihlal tespiti için gerekli değildir. Geradin ve O'Donoghue'ye (2005, s. 369) göre çapraz sübvansiyonun gösterilmesi aranan unsurlardan biri değilse de böyle bir analiz fiyat sıkıştırmasında kullanılan yöntemin ortaya çıkarılmasında kesinlik sağlaması açısından faydalıdır.

Nitekim yukarıda da yer verildiği gibi, *Tetra Pak II* ve *Deutsche Post* kararlarında çapraz sübvansiyon ihlalin açıklanmasında, yani davranışın (maliyet altı fiyatlananın) nasıl uygulanabildiğinin gösterilmesinde rol oynamıştır. *Irish Sugar*⁴⁵ kararında da fiyat ayrımcılığının oluşmasında çapraz sübvansiyonun rolüne değinilmiştir. Kararda, Irish Sugar'ın ihracat yapan müşterilerinin tüm alımlarına indirim uygulamasının bu gruptaki müşterilerin iç pazarda sattığı şekeri de sübvansiyon ettiğii ve eşit konumdaki rakipler arasında ayrımcılığa yol açtığı belirtilmiştir. İhlal teşkil eden davranışın nasıl oluştuğunun açıklanması makul bir zarar teorisinin oluşturulması açısından şüphesiz çok önemlidir.

Deutsche Post kararında çapraz sübvansiyonun varlığı, incelenen *fiyatlama davranışının değerlendirilmesinde* de kullanılmıştır. Önceki bölümde de aktarıldığı gibi *Deutsche Post* kararında, çapraz sübvansiyon dikkate alınarak ihlal olduğuna hükmedilen davranışın uygulandığı pazar dışında sübvansiyon eden hizmetin tüketicileri açısından neden olduğu zarara da değinilmiştir. Kurul'un *CK Akdeniz* kararında da benzer bir ifade mevcuttur. Kararda perakende seviyeye ait kimi faaliyetlerin üst seviyede faaliyet gösteren şirketçe yürütülmesinin çapraz sübvansiyon yoluyla rekabeti kısıtlayıcı nitelikte avantaj sağlanması olarak değerlendirilirken üst pazardaki şirketin giderlerinin çeşitli yollarla ilgili pazara katılan tüm oyuncular tarafından karşılandığı belirtilmiştir.

Son olarak, ihlal iddialarının incelenmesinde kullanılacak yöntemin belirlenmesinde de çapraz sübvansiyonun varlığı etkilidir. *Fiyat-maliyet testinde benimsenecek yaklaşım veya maliyet ölçütü* çapraz sübvansiyon ihtimalinin bulunup bulunmamasına göre değişebilecektir. Örneğin, hâkim durumdaki teşebbüsün ürünleri arasında çapraz sübvansiyon yapabiliyor olması, sübvansiyon eden ürün rekabete kapalı ise veya rekabete kapalı müşterilerce talep ediliyor ise (yani bu sübvansiyon kaynağından rakibin faydalanması mümkün değil ise) söz konusu teşebbüsün

⁴⁵ Case 97/624/EC, Irish Sugar plc., OJ (1997) L 258, para. 141.

fiyatlama davranışı incelenirken tüm ürün portföyünün veya bir ürün grubunun kârlılığına değil tekil ürünlerin kârlılığına bakılmasını gerekli kılabilir. Bu iddia BT⁴⁶ kararında ele alınmış, Birleşik Krallık Haberleşme Ofisi (Ofcom) Talk Talk'un ürün portföyü yerine ürün bazlı kârlılık analizi talebini bazı ürünleri alan abonelerin rekabete kapalı olduğu iddiasının gerçeği yansıtmadığı ve sübvansiyon edildiği ileri sürülen ürünlerin dahi uzun dönem artan maliyetlerin üzerinde gelir sağladığı gerekçesi ile reddetmiştir. Dikkat edileceği üzere Ofcom iddiayı teorik açıdan temelsiz bulmamış ancak somut vakada iddia unsurlarının bulunmaması nedeniyle savı reddetmiştir.

Tivibu ve *THY* kararlarında da çapraz sübvansiyon imkânının bulunması fiyat-maliyet analizinin tasarımında etkili olmuştur. *Tivibu* kararında çapraz sübvansiyon meşru görülerek buna imkân verecek şekilde tasarlanmış fiyat-maliyet testleri de uygulanmıştır. *THY* kararında rakibe kapalı havaalanından yapılan uçuşlarla elde edilecek gelirle rekabete açık havaalanından yapılan uçuşların finanse edilip edilmediği irdelenmiştir. Böyle bir imkânın olduğu tespit edilen güzergâhlarda aylık bazda fiyat-maliyet testleri uygulanmış ve daha detaylı analizler yapılmıştır.

İlk bölümde de belirtildiği gibi çapraz sübvansiyon genellikle ortak maliyetlerin kârlı ürüne atfedilmesi yoluyla gerçekleştirilmektedir. Bu çerçevede, çapraz sübvansiyon imkânının bulunduğu durumlarda maliyet ölçütü belirlenirken bu hususun da dikkate alınması ve ortak maliyetlerin makul şekilde incelenen ürüne yansıtılması önem kazandırır. Ritter (2004, ss. 623-624) ortak maliyetlerin yanlış dağıtılması yoluyla finanse edilen yıkıcı fiyatlamayı tespit edebilmek için fiyat-maliyet testinde, aynı zamanda çapraz sübvansiyon tespitinde de kullanılması önerilen maliyet ölçütlerinden olan, tam dağıtılmış maliyetin ölçütü olarak kullanılmasını savunmaktadır. Yukarıda aktarıldığı üzere Tartışma Metni de genellikle kullanılan maliyet kıstası yerine uzun dönem ortalama artan maliyeti kıstas olarak işaret etmiştir.

Kısaca, çapraz sübvansiyon tek başına bir ihlal teşkil etmese de rekabet hukuku uygulamasına tamamen yabancı bir kavram değildir. Çapraz sübvansiyon veya böyle bir uygulamanın imkân dâhilinde olması hâkim durumun tespitinde, bir ihlalin açıklanmasında (davranışın gerçekleşme şekli ve rekabet üzerindeki etkisi) ve fiyat maliyet testinin tasarımında rol oynayabilmektedir.

SONUÇ

Çapraz sübvansiyon ticari hayatta açık veya örtülü şekilde sık kullanılan bir finansman yöntemidir. Yaygınlığının altında yatan esas nedenlerden biri çok farklı yapılardaki piyasalarda faaliyet gösteren teşebbüslerce çeşitli amaçlar için kullanılabilmesidir. Bu durum çapraz sübvansiyonun tanımı ve tespiti konusundaki tartışmalara da yansımış ve farklı yaklaşımların ortaya çıkmasına yol açmıştır.

Bu tartışmalar incelendiğinde, çapraz sübvansiyonun yeni yatırımlara kaynak sağlamadan rekabeti engelleyici davranışları finanse etmeye kadar pek çok işleve sahip olabildiği ve çapraz sübvansiyonun piyasa etkinliği ve tüketici refahı üzerindeki etkisinin belirsiz olduğu ortaya çıkmaktadır. Bu bağlamda hâkim durumun kötüye kullanılması kapsamında çapraz sübvansiyon uygulamaları incelenirken titiz bir etki analizi vazgeçilmez olmaktadır.

Türkiye ve AB’de alınan kararlar incelendiğinde, çapraz sübvansiyonun genellikle fiyatlandırmaya ilişkin tek taraflı davranışların incelenmesinde gündeme geldiği, çapraz sübvansiyon uygulamasının kendisinin müstakil bir ihlal türü olarak görülmediği ancak fiyat sıkıştırması, yıkıcı fiyatlama gibi ihlallerin bir aracı olarak değerlendirildiği görülmektedir. Rekabet hukuku ve politikası yazını da bu konuda nadir görülen bir fikir birliği içindedir.

Uygulama ve yazın incelendiğinde çapraz sübvansiyon uygulaması müstakil bir ihlal türü olarak değil, rekabet hukuku analizinde bir unsur olarak ortaya çıkmaktadır. Çapraz sübvansiyonun varlığı ve özellikleri;

- hâkim durumun tespitinde,
- ihlalin nasıl gerçekleştiğinin açıklanmasında,
- fiyatlama davranışının değerlendirilmesinde,
- fiyat-maliyet testinde benimsenecek yaklaşım veya maliyet ölçütü belirlenmesinde

rol oynayabilmektedir. Bu nedenle çapraz sübvansiyon ihlal değildir denerek tamamen göz ardı edilmemeli ancak varlığı da bir ihlalmiş gibi değerlendirilmeden veya ifade edilmeden, eldeki vakanın incelenmesinde özellikle yukarıda sıralanan unsurlar bakımından göz önünde bulundurulmalıdır.

KAYNAKÇA

- Ağvaz, B. (2017). Hâkim Durumun Kötüye Kullanılmasında Maliyet Üstü Fiyatlama. Uzmanlık Tezleri Serisi, 146. Rekabet Kurumu. Erişim Tarihi: 01.06.2017, <http://www.rekabet.gov.tr/dosya/uzmanlik-tezleri/beyz-agvaz-pdf>
- Avrupa Birliği Komisyonu. (2009). *Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings*. Erişim Tarihi: 01.06.2017, [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52009XC0224\(01\)&from=EN](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52009XC0224(01)&from=EN)
- Avrupa Birliği Komisyonu. (2005). “*DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treat to exclusionary abuses*”. Erişim Tarihi: 01.06.2017, <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf>
- Avrupa Birliği Komisyonu. (1998). *Notice from the Commission on the application of the competition rules to the postal sector and on the assessment of certain State measures relating to postal services*. Erişim Tarihi: 01.06.2017, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv:OJ.C.1998.039.01.0002.01.ENG&toc=OJ:C:1998:039:TOC>
- Beato, P. (2000). *Cross Subsidies in Public Services: Some Issues*, Sustainable Development Dept. Technical papers series, No: IFM-122. Erişim Tarihi: 26.09.2016, <http://services.iadb.org/wmsfiles/products/Publications/822637.pdf>,
- Berg, S. W. ve Weisman, D. L. (1992). A guide to cross- subsidization and price predation: Ten myths. *Telecommunications Policy*, 16, 6, 447-459.
- Burton, M. L., Kaserman, D. L. ve Mayo, J. W. (2004). *Common Costs and Cross-Subsidies: Why Do Common Costs Appear So Large in Regulated Industries?*. Erişim Tarihi: 09.09.2016, http://userpage.fu-berlin.de/~jmueller/its/conf/berlin04/Papers/Burton%20David%20L.%20Kaserman%20John%20W.%20Mayo_paper.pdf,
- Chen, Z. ve Rey, P. (2012). Loss Leading as an Exploitative Practice. *American Economic Review*, 7, 102, 3462-3482.
- Chen, Z. ve Rey P. (2013). *Competitive Cross-Subsidization*, Working Paper No: IDEI-808. Erişim Tarihi: 07.09.2016, http://idei.fr/sites/default/files/medias/doc/wp/2013/wp_idei_808.pdf
- Faulhaber, G. R. (1975). Cross-Subsidization: Pricing in Public Enterprises. *The American Economic Review*, 65, 5, 966-977.
- Fjell, K. (2001). A Cross-Subsidy Classification Framework. *Journal of Public Policy*, 21, 3, 265-282.
- Geradin, D. ve O'Donoghue, R. (2005). The Concurrent Application of Competition Law and Regulation: The Case of Margin Squee-

- ze Abuses in the Telecommunications Sector. *Journal of Competition Law and Economics*, 1, 2, 355-425.
- Heald, D. (1996). Contrasting approaches to the “problem” of cross subsidy. *Management Accounting Research*, 7, 53-72.
- Lal, R. ve Matutes, C. (1994). Retail Pricing and Advertising Strategies. *The Journal of Business*, 67, 3, 345-370.
- O’Donoghue, R. ve Padilla, J. (2013). *The Law and Economics of Article 102 TFEU* (2. baskı). ABD: Hart Publishing.
- Posner, R. A. (1971). Taxation by Regulation. *The Bell Journal of Economics and Management Science*, 2, 1, 22-50.
- Ritter, C. (2004). Does the Law of Predatory Pricing and Cross-Subsidisation Need a Radical Rethink?. *World Competition*, 27, 4, 613-649.
- Ritter, L. ve Braun, W. D. (2004). *European Competition Law: A Practitioner’s Guide* (3. baskı). Hollanda: Kluwer Law International.
- Viscusi W., Harrington Jr., J. E. ve Vernon, J. M. (2005). *Economics of Regulation and Antitrust*. ABD: MIT Press.
- Whish, R. ve Bailey, D. (2012). *Competition Law* (7. b.). İngiltere: Oxford University Press.

KARAR DİZİNİ

Rekabet Kurulu Kararları

- 14.9.2003 tarihli, 03-56/655-301 sayılı *Aycell* kararı
 9.10.2008 tarihli, 08-57/912-363 sayılı *TTNET/Avea* kararı
 4.11.2009 tarihli, 09-52/1253-318 sayılı *Avea* kararı
 16.12.2009 tarihli, 09-59/1441-376 sayılı *Knauf* kararı
 19.01.2011 tarihli, 11-04/54-19 sayılı *ETS* kararı
 18.7.2012 tarihli, 12-38/1085-344 sayılı *Efes* kararı
 25.12.2014 tarihli, 14-54/932-420 sayılı karar *THY* kararı
 20.2.2018 tarihli, 18-06/101-52 sayılı *CK Akdeniz* kararı
 27.8.2018 tarihli, 18-29/497-238 sayılı *Tivibu* kararı

Avrupa Birliği Komisyonu Kararları

- Tetra Pak II*, 24 Temmuz 1991, Case 92/163/EEC, OJ (1991) L 72/1
Cewal, 23 Aralık 1992, Case 93/82/EEC, OJ (1993) L34/20
Irish Sugar plc, 14 Mayıs 1997, Case 97/624/EC, OJ (1997) L 258
Deutsche Post AG, 20 Mart 2001, Case Comp/35.141, 2001/354/EC, OJ (2001) L 125/27

Birleşik Krallık Haberleşme Ofisi Kararı

- BT, 21 Ekim 2014, CW/1103/03/13

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 yazara 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 büyümeye 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 quarterly 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: 20 Sayı/Number: 2 Aralık/December 2019

Gizli Anlaşma: İktisadi Temelleri ve Rekabeti Kısıtlayıcı Anlaşmalar Rejimi İçin Çıkarımlar

Tacit Collusion: Economics and Implications for Anti-Competitive Agreements Regime
Ebru İNCE

The Interplay Between Data Protection Law and Competition Law in the European Union: A Suggestion for Data-Related Cases

Avrupa Birliğinde Veri Koruma Hukuku ile Rekabet Hukuku Arasındaki İlişki: Veri Odaklı Vakalara Yönelik Bir Öneri
Necla SÜMER ÖZDEMİR

Innovation Competition in the Context of EU Merger Control

AB Yoğunlaşmaların Kontrolü Çerçevesinde Yenileşim Rekabeti
Muhammed Safa UYGUR

Rekabet Hukukunda Çapraz Sübvansiyon Cross-Subsidisation in Competition Law

Beyza ERBAYAT

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

