

**OLİGOPOLİSTİK PAZARLARDA GÖZLENEN
PARALEL DAVRANIŞLARIN REKABET HUKUKU
AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ:
UYUMLU EYLEM ve BİRLİKTE HAKİM DURUM**

Aydın ÇELEN

ANKARA 2003

© Bu eserin tüm telif hakları
Rekabet Kurumuna aittir. 2003

İlk Baskı, Şubat 2003
Rekabet Kurumu - Ankara

Bu kitapta öne sürülen fikirler eserin yazarına aittir;
Rekabet Kurumunun görüşlerini yansıtmaz.

05/07/2001 tarihinde
Rekabet Kurumu Başkan Yardımcısı İsmail Hakkı KARAKELLE
Başkanlığında, 3 No'lu Daire Başkanı Erkan YARDIMCI,
Baş Hukuk Müşaviri Doç. Dr. Osman Berat GÜRZUMAR,
Prof. Dr. Ejder YILMAZ ve Prof. Dr. Erdal TÜRKKAN'dan oluşan
Tez Değerlendirme Heyeti önünde savunulan bu tez,
Heyetçe yeterli bulunmuş ve Rekabet Kurulu'nun 18/07/2001 tarih ve
01-34/346 sayılı toplantısında "Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi"
olarak kabul edilmiştir.

ISBN 975-8301-43-8

YAYIN NO

0092

İÇİNDEKİLER

Sayfa No

SUNUŞ	
GİRİŞ	

Bölüm 1 KARTELLER ve OLİGOPOLİSTİK BAĞIMLILIK

1.1. KARTELLER	
1.2. OLİGOPOLİSTİK BAĞIMLILIK	

Bölüm 2 OLİGOPOLİSTİK BAĞIMLILIĞA İLİŞKİN GÖRÜŞLER

2.1. HARVARD EKOLÜ	
2.2. CHICAGO EKOLÜ	

Bölüm 3 ABD HUKUKU

3.1. SHERMAN YASASI 1 İNCİ MADDESİ ve UYGULAMASI	
3.2. FTC KANUNU 5 İNCİ MADDESİ ve UYGULAMASI	

Bölüm 4 AT HUKUKU

4.1. UYUMLU EYLEM	
4.2. BİRLİKTE HAKİM DURUMUN KÖTÜYE KULLANILMASI	
4.3. BİRLEŞME/DEVRALMA YOLUYLA BİRLİKTE HAKİM DURUMUN YARATILMASI	
4.3.1. 4064/89 Sayılı Birleşmeler Tüzüğü Uygulaması	
4.3.2. Birlikte Hakim Durum Oluşup Oluşmadığının Belirlenmesinde Gözönünde Bulundurulmuş Kriterler	
4.3.2.1. Birleşme Sonrası Pazardaki Yoğunlaşma Oranı	
4.3.2.2. Pazardaki Teşebbüslerin Benzer Özellikte Olmaları	
4.3.2.3. Pazarın Şeffaf Olması	
4.3.2.4. Teşebbüsler Arasında Bağlantılar Olması	

4.3.2.5. Talebin Yapısı.....	
4.3.2.6. Pazara Giriş Engelleri	
4.3.2.7. Pazarın Geçmişteki Performansı	

Bölüm 5

DEĞERLENDİRME

5.1. ABD UYGULAMASI.....	
5.2. AT UYGULAMASI.....	

Bölüm 6

TÜRK REKABET HUKUKU

SONUÇ	
ABSTRACT	
KAYNAKÇA	

SUNUŞ

Rekabet Kurumu 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun tarafından kendisine verilen görevleri yerine getirmenin yanısıra düzenlediği bilimsel etkinliklerle ve yayımladığı eserlerle toplumda rekabet kültürünün yaygınlaştırılmasını da hedeflemektedir. Çeşitli illerde düzenlenen panel ve sempozyumlar, Kurum tarafından çıkarılan Rekabet Dergisi ve diğer yayımlar, mutad hale gelen ve alanında uzman konuşmacılarla konuların geniş bir yelpazede tartışıldığı, herkesin katılımına açık olan Perşembe Konferansları bunun örneklerini oluşturmaktadır.

Kurum tarafından uzmanlık tezlerinin bir seri halinde yayımlanması da bu faaliyetlerin bir parçasını teşkil etmektedir. Rekabet uzman yardımcılarının üç yıllık uygulama birikimleri ile yoğun mesleki eğitim ve araştırmalarını yansıtan uzmanlık tezleri hem Rekabet Kurumu'na hem de diğer ilgililere ışık tutacak önemli birer kaynaktır. Bu tezlerin bir bölümünde rekabet hukuku ve politikasının temel konu başlıklarını içeren teorik hususlar irdelenmiş, diğerlerinde ise rekabet hukuku uygulamaları bakımından öne çıkan sektörlerle ilişkin çalışmalar yapılmıştır. Tezlerden bazılarının ait oldukları alanlarda yapılan ilk akademik çalışmalar olmasının yanısıra, bu eserlerin Türkiye'nin halen yürütmekte olduğu ekonomik serbestleşme sürecine de yardım edecek nitelikler taşıdığına inanıyoruz.

Rekabet uzmanlığına yükselme tezleri yaklaşık üç yıllık uygulama deneyiminin ve yurt içi ve yurt dışı eğitim sürecinin ardından, titiz bir akademik araştırma çabasının neticesi olarak ortaya çıkmış ürünlerdir. Ele alınan konular bakımından kaynak olarak kullanılabilir yerli eserlerin yok denecek kadar az olmasının getirdiği zorluk ve ilk olmanın yüklediği sorumluluktan doğan baskı bu çalışmaların değerini bir kat daha arttırmıştır.

Rekabet Kurumu tarafından yayımlanarak ilgililerin ve araştırmacıların hizmetine sunulan bu tez serisini, rekabet hukuku ve politikaları alanındaki bilimsel çalışma sayısının yeterli düzeye ulaşmaktan henüz uzak olduğu ülkemizde önemli bir açığı kapatacağı inancıyla kamuoyuna sunuyoruz.

Prof. Dr. M. Tamer MÜFTÜOĞLU

Rekabet Kurumu Başkanı

GİRİŞ

Piyasalarda faaliyet gösteren teŖebbüsler, ellerindeki kıt üretim faktörlerini hangi mal ya da hizmetlerin üretiminde kullanacaklarına ve bu mal ya da hizmetlerden hangi miktarlarda üreteceklerine karar vermek durumundadırlar. Liberal ekonominin benimsendiği toplumlarda bu önemli karar, karlarını en üst düzeye çıkartmak isteyen teŖebbüsler tarafından alınır. Üreticiler, fiyatı olan, başka bir ifadeyle tüketicilerin gereksinme duyarak bütçelerinden para ödemeye hazır oldukları malları, karlarını en üst düzeyde tutacak şekilde üretmeye yönelerek fiyat mekanizmasını çalıştırır. Karını en yüksek düzeye çıkaran teŖebbüsün dengeye geldiği ve koşullar değişmediği sürece, sözkonusu denge üretim miktarını değiştirmeyeceği varsayılır.

Kar maksimizasyonu amacıyla hareket eden bir teŖebbüsün denge üretim miktarı, teŖebbüsün faaliyet gösterdiği piyasaya göre değişiklik gösterecektir. Başka bir ifadeyle, piyasadaki teŖebbüsler arasında yaşanan rekabetin yoğunluğu teŖebbüslerin üretim miktarı ve satış fiyatına ilişkin stratejik kararlarını etkileyecektir. Dolayısıyla, teŖebbüslerin üretim miktarlarının ve satış fiyatlarının hangi seviyede olacağını belirleyebilmek için faaliyet gösterdikleri piyasaların sınıflandırılarak analiz edilmeleri yoluna gidilmektedir. Bu da piyasaların performansının belirlenmesi anlamına gelmektedir.

İlk olarak, teŖebbüsler arasındaki rekabetin en iyi şekilde sağlandığı ideal bir piyasa olan tam rekabet piyasasını ele alalım. Bu tip piyasalarda, alıcılar ve satıcılar piyasa fiyatını etkileyemeyecek kadar küçük ve çok sayıdadırlar. Ticarete konu mal homojen olup, teŖebbüslerin tamamı piyasada olup bitenlerden haberdardır ve piyasaya her türlü giriş ve çıkış serbesttir. Tüm bu varsayımların neticesinde malın tek bir fiyatı oluşmaktadır ve satıcılar bu piyasa

fiyatından diledikleri kadar satış yapabilmektedirler¹. Piyasa fiyatının altında satış yapmalarına gerek kalmayan satıcılar piyasa fiyatının üstünde de satış yapamayacaklardır. Zira, bu tip bir fiyat artışı ile karşılaşan alıcı piyasa fiyatından satış yapmaya hazır olan diğer satıcılara yönelecek ve fiyatını arttıran teşebbüs satış yapamayacaktır.

Rekabetin en iyi şekilde sağlandığı ideal bir piyasa olan tam rekabet piyasasına örnek verilebilecek mükemmellikte bir piyasaya gerçek ekonomik hayatta rastlamak zordur. Zira tam rekabetin gerçekleşmesi için piyasada mevcut olduğu varsayılan özelliklerin birçoğu gerçek hayattaki piyasalarda bulunmamaktadır. Varsayımlardan bir ya da birkaçının aksaması neticesinde piyasalar tamamen teorik olan tam rekabet piyasasından uzaklaşmakta ve aksak rekabet piyasaları oluşmaktadır.

Aksak rekabet piyasalarından en ileri aşamada olanı monopoldür. "Satıcı tekeli" de denilen bu piyasa modelinde ikame olanakları sınırlı olan bir malın satışını sadece tek bir teşebbüs yapmaktadır ve piyasaya önemli giriş engelleri bulunmaktadır. Malın ikame edilebilirliği azaldıkça ve piyasaya giriş engelleri yükseldikçe monopolcünün monopol gücü artacaktır. Sattığı malın fiyatını istediği gibi belirleme serbestisine sahip olan monopolcü, karını en yüksek seviyeye çıkararak üretim miktarını ve satış fiyatını seçecektir. Monopolcü bu denge noktasında tam rekabet piyasasına göre daha az üretim yapıp daha yüksek bir fiyat uygulayabilecektir.

Aksak rekabet piyasalarının diğer bir türü de oligopoldür. Oligopolistik piyasalarda birbirlerine etki edebilecek kadar az sayıda satıcı bulunmaktadır. Bu tür piyasalardaki teşebbüslerin üretim miktarı ya da fiyat konusundaki karar verme süreçleri, tam rekabet ya da monopol piyasalarından tamamen farklıdır. Tam rekabette piyasa fiyatı belli olduğu için satıcıların kendi fiyatlarını belirlemeleri gibi bir durum sözkonusu değildir. Piyasa fiyatı üzerinden diledikleri kadar satış yapabilirler. Monopolde ise monopolcü hem kendi satış fiyatını ve hem de üretim miktarını istediği gibi belirleyebilmektedir. Buna karşın oligopolde, satıcı az sayıda olduğu için, bir satıcının fiyat ve üretim miktarına ilişkin stratejik kararları rakiplerini yakından ilgilendirir. Başka bir ifadeyle, bir teşebbüsün karı sadece teşebbüsün kendi kararına değil, rakiplerinin verdiği kararlara da bağlıdır. Rekabet Hukuku açısından önemli sonuçlar doğuran ve genellikle "oligopolistik bağımlılık" olarak adlandırılan bu duruma ilişkin açıklamalara ve bu konudaki birbirinden oldukça farklı iktisadi görüşlere geçmeden önce, karteller üzerinde durulmasında fayda bulunmaktadır. Zira,

¹ Esasen bu özelliğiyle tam rekabet piyasasındaki satıcıların birbirleriyle yarış halinde olmadıkları da ifade edilebilir. Zira, herbir teşebbüs ürettiği malların tamamını piyasa fiyatından satabilmektedir.

İktisatçılar oligopolistik bağımlılığa ilişkin görüşlerini aktarırken, oligopolistik pazarları sık sık kartellerle karşılaştırmaktadırlar.

Tezin ikinci bölümünde karteller ve oligopolistik bağımlılığa ilişkin teorik açıklamalara yer verilirken, oligopolistik pazarlarda gözlenen paralelliklerin ihlal sayılıp sayılmaması gerektiği konusunda iki farklı iktisadi okulun görüşleri üçüncü bölümde aktarılacaktır. Dört ve beşinci bölümlerde sırasıyla ABD ve AT Hukukunda oligopolistik paralelliklere ne şekilde yaklaşıldığı tartışılacaktır. Altıncı bölüm ise ABD ve AT Hukukundaki uygulamaların genel bir değerlendirmesine ayrılmıştır. Konuya ilişkin Türk Rekabet Hukuku uygulamaları ise yedinci bölümde sunulacaktır. En son bölümde ise, önceki bölümlerde yapılan açıklamalar ışığında, oligopolistik pazarlarda gözlenen paralelliklerin ihlal sayılıp sayılmaması gerektiği, sayılacaksa ne şekilde bir müdahalenin yerinde olduğuna ilişkin varılan sonuçlar aktarılacaktır.

BÖLÜM 1

KARTELLER ve OLİGOPOLİSTİK BAĞIMLILIK

1.1. KARTELLER

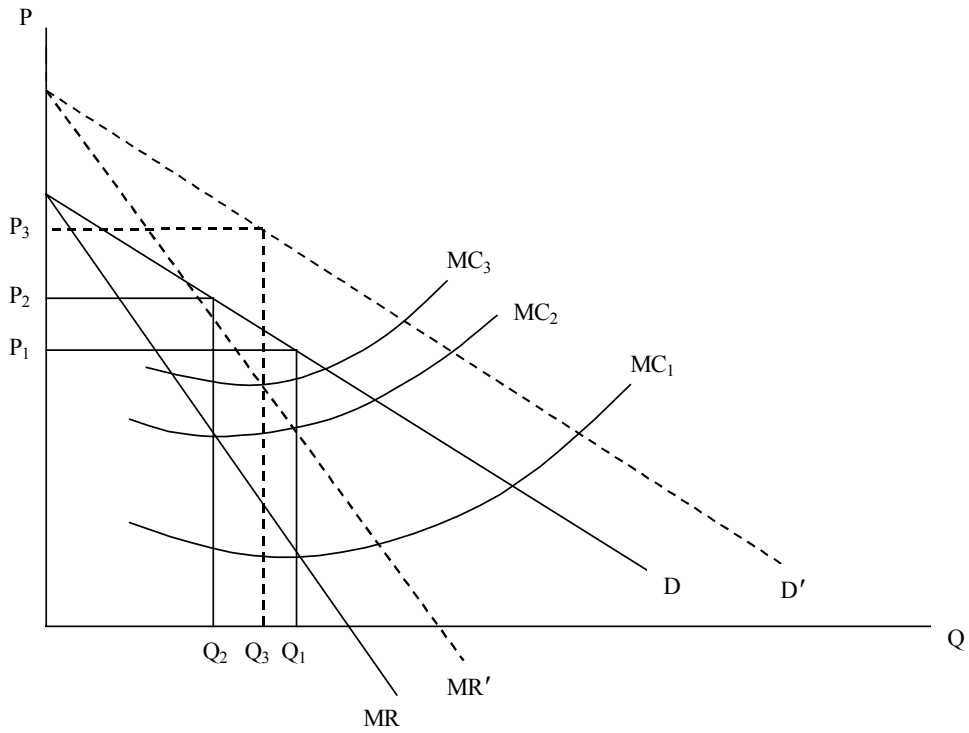
Pazarda faaliyet gösteren teşebbüslerin aralarındaki rekabeti azaltarak ortak karlarını en üst düzeye çıkarmak amacıyla yaptıkları anlaşmalara kartel denir. Üretim miktarını düşürme, satışı yapılan malın fiyatını belirleme ya da pazar paylaşımı yapma, rakipler arasında gerçekleştirilen en yaygın kartel tipleridir. Mükemmel işleyen bir kartel monopol gücüne ulaşarak monopol fiyatını uygulayabilir.

Ancak karteller monopollere göre daha dayanıksızdırlar. Kartelin etkin bir biçimde yürüebilmesi, az sayıdaki kartel üyesinin ilgili pazarın büyük bir bölümünü elinde tutabilmesine bağlıdır. Ayrıca, kartelin amacına uygun olarak monopol fiyatını uygulayabilmesi için, hem kartel üyelerinin eşit güçte ve eşit verimlilikte olmaları hem de ticarete konu olan malın homojen olması gerekmektedir. Oysa gerçek hayatta bu tip pazarlara az rastlanır. Ticarete konu olan malın yanısıra her bir satıcı alıcıların gözünde farklılaşmış durumdadır. Satıcıların verimlilikleri ve maliyet yapıları birbirinden farklı olduğu için karı en yüksek kılan fiyat düzeyi her bir teşebbüs için farklı seviyelerde olacaktır. Dolayısıyla böyle bir ortamda teşebbüslerin tamamını memnun edecek bir kartel fiyatında anlaşmak güçleşecektir.

Teşebbüslerin maliyet yapılarının ve ilgili ürünün farklılaşması neticesinde kartelin karşı karşıya kaldığı bu sorunu bir örnekle açıklayalım (Howenkamp 1999, 146):

Piyasada aynı büyüklükte üç teşebbüs yer almaktadır. Teşebbüs-1 ve Teşebbüs-2 aynı ürünü üretmektedir; ancak Teşebbüs-1 Teşebbüs-2'ye göre daha etkindir. Dolayısıyla, Teşebbüs-1'in marjinal maliyet eğrisi (MC1), Teşebbüs-

2'nin marjinal maliyet eğrisinin (MC_2) altında seyretmektedir. Teşebbüs-3'ün marjinal maliyeti (MC_3) ise her iki teşebbüsün marjinal maliyetinden de yüksektir. Ancak, Teşebbüs-3 diğer iki teşebbüse göre daha kaliteli bir mal üretmektedir ve Teşebbüs-3'ün malına olan talep (D') diğer iki teşebbüsün malına olan talepten (D) daha yüksektir. Bu koşullar altında üç teşebbüsün tek bir kartel fiyatı üzerinde anlaşmalarının mümkün olup olmayacağını inceleyelim:



Şekil 1

Marjinal gelirlerini (MR) marjinal maliyetlerine (MC) eşitleyerek karlarını en yüksek düzeye çıkardıkları noktada, üç teşebbüsün de birbirinden oldukça farklı fiyatlar (P_1 , P_2 ve P_3) uygulamaları gerekmektedir. Böyle bir ortamda teşebbüslerin tek bir kartel fiyatında anlaşmaları oldukça zordur. Belirlenen kartel fiyatının bireysel karları en yüksek düzeye çıkaran fiyatlardan (P_1 , P_2 ya da P_3) önemli ölçüde farklı olması durumunda, teşebbüsler kartelden beklenen faydayı elde edemeyeceklerini düşünerek kendilerini kartel fiyatıyla bağlı hissetmeyecek ve bu fiyatı uygulamayacaklardır. Ayrıca, karını en yüksek

düze çıkarak fiyatı en düşük seviyede belirleyebilen teşebbüs kartel fiyatını belirlerken yapılan pazarlıklarda diğerlerine göre avantajlı durumda olacaktır. Örneğimize dönersek, üç teşebbüsün tek bir kartel fiyatında anlaşmaları halinde müşteriler daha kaliteli olduğu için öncelikle Teşebbüs-3'ün mallarına yöneleceklerdir. Dolayısıyla, muhtemelen tek bir kartel fiyatı yerine, Teşebbüs-1 ve Teşebbüs-2'nin malları için bir kartel fiyatı, Teşebbüs-3'ün malları için ise daha yüksek bir kartel fiyatı belirlemek gerekecektir.

Kartel üyeleri piyasada uygulayacakları kartel fiyatını belirleyerek bu fiyatı uygulamaya başlasalar dahi, bir monopolcünün karşılaşmadığı önemli bir sorunla karşı karşıya kalmaktadırlar. Kartel fiyatını uygularken her bir kartel üyesinin marjinal geliri marjinal maliyetinden yüksek olduğu için, üzerinde mutabakata varılan kartel fiyatından daha düşük bir fiyatla satış yapması durumunda (aldatmaca) kartel üyesinin karlılığı artacaktır. Ancak kartel üyelerinden birinin bu şekilde fiyatını düşürmesi sözkonusu üyenin karlılığını arttırırken kartelin toplam karlılığını azaltacaktır. Aldatmacanın kartel üyesine ve genel olarak kartelin bütününe olan etkilerini bir örnek yardımıyla açıklamak mümkündür (Howenkamp 1999, 147):

Piyasada tek bir teşebbüsün - monopolcünün olduğunu varsayalım. Monopolcü ürünlerin birimini 10.00 \$'dan satarken talep 100 birim olsun. Monopolcünün marjinal maliyetinin ise 5.00 \$'da sabit olduğunu varsayalım. Şayet monopolcü üretimini 101 birime çıkartırsa piyasa fiyatı 9.90 \$'a düşecektir. Üretim miktarının bu şekilde artırılması durumunda monopolcünün karının 5.1 \$ azalması² nedeniyle monopolcü bu üretim artışını gerçekleştirmeyecektir.

Aynı piyasada tek bir monopolcü yerine, on adet satıcının oluşturduğu bir kartelin varolduğunu varsayalım. Kartel üyelerinden herbirinin üretim miktarı 10 birim ve satış fiyatı 10.00 \$ olsun. Kalan üyeler üretim miktarlarını 10 birimde tutarken, üyelerden birinin aldatmaca içerisine girerek üretim miktarını 11 birime çıkarması durumunda, monopol örneğinde olduğu gibi, piyasadaki toplam üretim miktarı 101 birime çıkarken, piyasa fiyatı 9.90 \$'a düşecektir. Piyasadaki bu değişimler neticesinde aldatmacayı gerçekleştiren üyenin karı ilk duruma göre 3.90 \$ kadar artacaktır³ ve kartel üyesi engellenmediği sürece aldatmaca yapma gayreti içerisinde olacaktır.

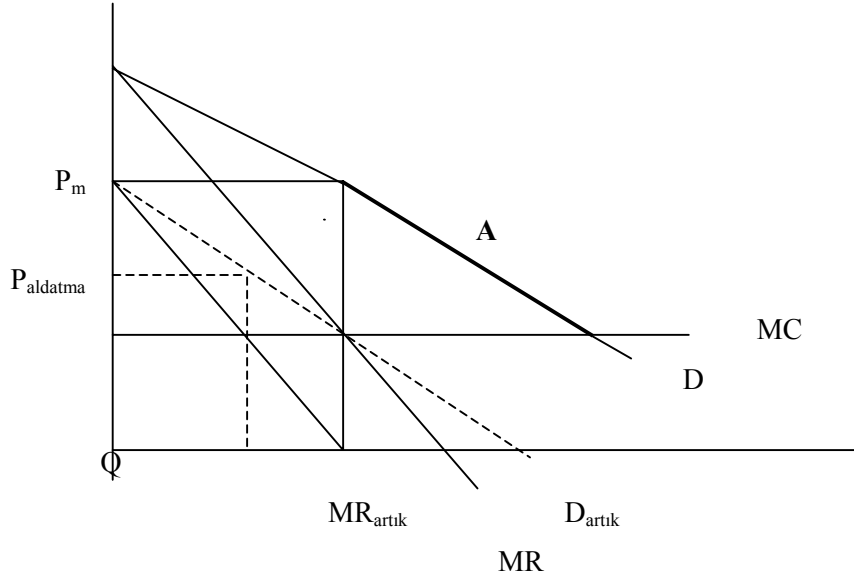
² Monopolcü üretim miktarı 100 birim iken $(10*100)-(5*100)=500$ \$ kar elde edecektir. Üretim miktarı 101 birime çıkarıldığında toplam gelir $9.90*101=999.9$ \$ olurken, toplam maliyet $5*101=505$ \$ olacaktır. Böylece yeni üretim miktarındaki kazanç $999.9-505=494.9$ \$'a düşecektir. Dolayısıyla, üretim miktarının 100 birimden 101 birime çıkartılması monopolcünün karını $500-494.9=5.1$ \$ kadar azaltacaktır.

³ Aldatmacayı yapan kartel üyesinin üretim miktarı 10 birim iken karı $(10*10)-(5*10)=50$ \$ olacaktır. Kartel üyesi üretim miktarını 11 birime çıkardığında toplam geliri $9.90*11=108.90$ \$ olurken, toplam maliyeti $5*11=55$ \$ olacaktır. Böylece kartel üyesinin 11 birimdeki karı $108.90-$

Aldatmaca içerisine girerek kendi karlılığını artıran bir kartel üyesinin örnekte olduğu gibi üretim miktarını artırması, üretim miktarını sabit tutan diğer üyelere büyük zararlar verecektir. Zira piyasa fiyatı 10.00 \$'dan 9.90 \$'a düşmüştür. 10'ar birim üretim yapan dokuz üyeden herbiri 1 \$ kar kaybına uğrayacaktır⁴. Böylece, bir kartel üyesinin üretim miktarını artırması kendisine 3.9 \$ kazanç artışı sağlarken, diğer üyelerin toplam 9 \$ kazanç kaybına uğramalarına neden olmaktadır.

Kartel üyelerinin belirlenen kartel fiyatı üzerinden aldatmaca içerisine girme yönünde güdülerinin olmasının tek nedeni, piyasadaki mevcut kartel fiyatının teşebbüslerin marjinal maliyetlerinden yüksek olmasıdır. Başka bir ifadeyle, üyelerin kartel fiyatının altında, ancak marjinal maliyetlerinin üstünde bir fiyattan satış yapmaları halinde karlılıklarını artırabilmeleri, aldatmacayı kartel üyeleri için cazip hale getirmektedir. Dolayısıyla, mükemmel bir şekilde planlanmış kartellerde bile üyeler aldatma yapma isteği içerisindedirler.

Aldatmacanın grafik üzerinde yorumlanması da mümkündür (Howenkamp 1999, 148). Marjinal maliyet (MC) tüm kartel üyeleri için aynı olsun.



Şekil 2

55=53.90 \$ olarak gerçekleşecektir. Dolayısıyla, aldatmaca içerisine giren kartel üyesinin karı 53.90-50=3.90 \$ artmış olacaktır.

⁴ Her bir üye 10 birim ürettiği için piyasa fiyatının 10 \$'dan 9.90 \$'a düşmesi herbirinin 10*(10-9.90)=1 \$ kazanç kaybına uğramasına neden olacaktır.

Kartel monopolcü gibi davranarak marjinal maliyetin (MC) marjinal gelire (MR) eşit olduğu noktada dengeye gelecek ve monopol fiyatını (P_m) uygulamayı başaracaktır. Grafikte D talep eğrisinin A ile işaretli bölümü piyasada tüm satışların P_m fiyatı üzerinden yapılmasından sonra arta kalan eğriyi göstermektedir ve "artık talep eğrisi"ni oluşturmaktadır. Başka bir ifadeyle, kartel üyelerinin hepsi P_m fiyatına sadık kaldıklarında, bu tip bir zorunluluğu olmayan teşebbüs A ile işaretli talep eğrisi ile karşı karşıya olacaktır. A talep eğrisi dikey eksenle kesişene kadar sola kaydırılabilir ve $D_{artık}$ talep eğrisi elde edilebilir. Başka aldatan olmadığı varsayımı altında, aldatan teşebbüs kendi marjinal gelirini ($MR_{artık}$) marjinal maliyete (MC) eşitleyerek $P_{aldatan}$ fiyatına ulaşır ve kendi karını en yüksek seviyeye çıkarır. İkinci bir teşebbüsün aldatma içine girmeyi planladığını varsayalım. İlk aldatan yüzünden pazar fiyatının düşmesi nedeniyle, ikinci teşebbüs daha düşük bir artık talep eğrisi ile karşı karşıya kalacak ve karını en yüksek kılan fiyat ilk teşebbüsünkünden de düşük olacaktır. Şayet on teşebbüs de aldatma içine girerse, piyasa fiyatı oldukça düşecek ve marjinal maliyete (MC) yaklaşacaktır. Bu da kartelin dağılması anlamına gelmektedir⁵.

Kartelin yürüyebilmesi için öncelikle üyelerin aldatmacalarının tespit edilebilmesi gerekmektedir. Bu da her bir üyenin fiyat ve üretim miktarlarının kontrol altında tutulması, mal ya da hizmetlerin standart hale getirilmesi ve tüm satışların açık biçimde yapılması yoluyla sağlanabilir. Satışların satıcı ile alıcı arasındaki birebir görüşmeler neticesinde belirlenen fiyat üzerinden gerçekleştiği ve satış fiyatının alenen açıklanmadığı durumlarda aldatmacaları tespit etmek güçleşecektir. Ayrıca alıcı ile kartel üyelerinin kartelleşen pazar dışındaki pazarlarda da ticaret yapıyor olmaları durumunda, sözkonusu kartel üyesinin, tespit edilmesi oldukça zor aldatmacalar içerisine girmesi mümkündür: Alıcı kartelleşen pazar dışında başka bir pazarda da kartel üyesinin müşterisi ise, kartelleşen pazarda kartel fiyatı uygulanır, ancak satıcı diğer pazarda alıcıya telafi edici indirimler uygular. Alıcının kartelleşen pazar dışında başka bir pazarda kartel üyesine bir mal ya da hizmet sattığı durumda ise, yine kartelleşen pazarda kartel fiyatı uygulanır, ancak diğer pazarda kartel üyesi alıcıya telafi edici nitelikte yüksek bir fiyat öder.

Kartelin yürüyebilmesi için aldatmacaların tespit edilmesinin yanısıra etkin bir biçimde cezalandırılmaları da gerekmektedir. Bunu yaparken hem aldatma eylemi cazip olmaktan çıkarılmalı, hem de kartel kamuya ifşa edilmemelidir. Cezalandırmanın aldatana maliyeti, aldatmanın sağladığı faydadan büyük olmadığı sürece cezalandırma etkili olamayacaktır.

⁵ Birçok ülkenin anlaşmaya uymayarak üretimlerini artırmalarına rağmen, OPEC Kartelinin 1974-1980 yılları arasında dağılmamasının, aksine petrol fiyatlarının yükselmesinin nedeni, en büyük üretici olan Suudi Arabistan'ın toplam üretim miktarını düşük tutmak için kendi üretimini kısmasıdır. 1986 yılında Suudi Arabistan'ın bu politikasından vazgeçmesiyle birlikte petrolün varil fiyatı 30 \$'dan 9 \$'a gerilemiştir.

En etkili cezalandırma yöntemi kartelin diğer üyelerinin de satış fiyatlarını düşürmeleridir. Bir kartel üyesinin üretim miktarını artırması karşısında, pazar kaybına uğramak istemeyen diğer teşebbüsler de doğal olarak, aralarında herhangi bir iletişime gerek olmaksızın, üretim miktarlarını artıracaklardır. Aldatan teşebbüsleri disipline etmek için pazardaki üretim miktarının artırılması neticesinde fiyatlar rekabetçi seviyelere kadar gerileyebilir.

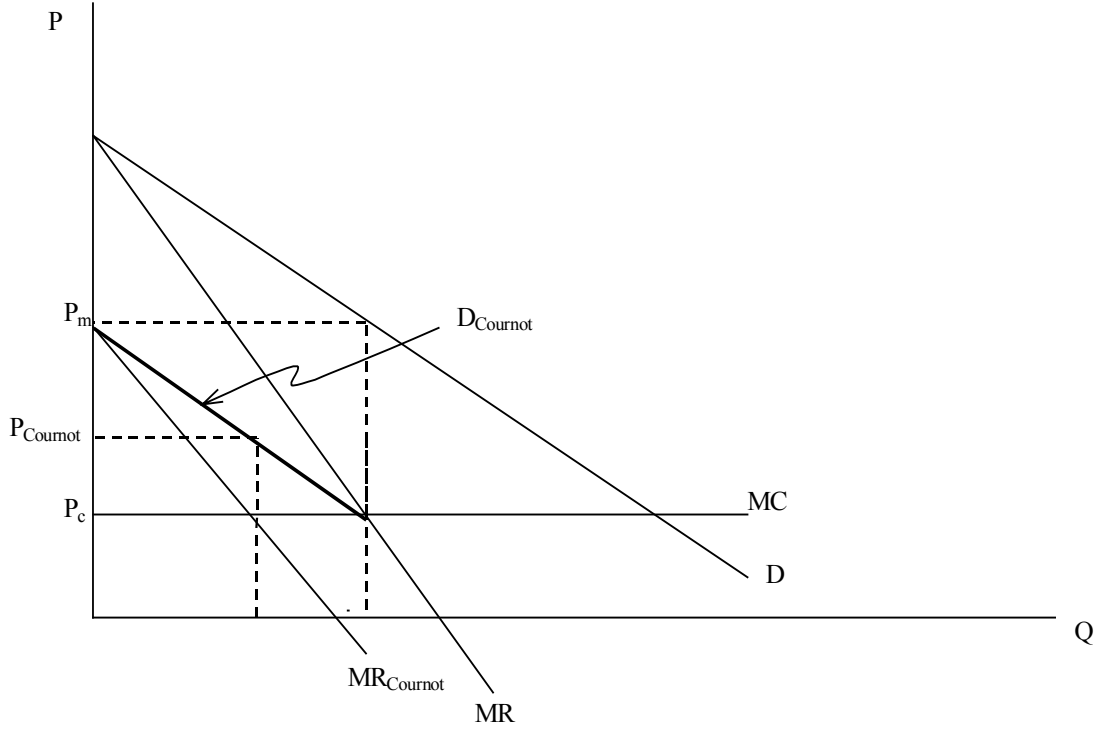
Fiyat düşürmenin yanısıra başka cezalandırma yöntemlerini de uygulamak mümkündür. Ortak kullanılan bir dağıtım ağının aldatan tarafından kullanımının engellenmesi ya da üretimde kullanılan bir girdiye aldatan teşebbüsün ulaşımının engellenmesi uygulanabilecek diğer cezalandırma yöntemleridir.

1.2. OLİGOPOLİSTİK BAĞIMLILIK

Oligopolistik piyasalarda faaliyet gösteren teşebbüsler, aldıkları kararların rakiplerin kararlarını etkilediğini ve her bir teşebbüsün karının sadece kendi davranışına değil, bu davranış karşısında rakiplerin göstermiş olduğu tepkilere de bağlı olduğunun farkındadır. Teşebbüsler arasında oluşan bu bağımlılık neticesinde oligopolistik piyasalarda paralel davranışlar ortaya çıkabilmekte ve rekabet üstü karlar elde edilebilmektedir.

Oligopolistik piyasalara ilişkin geliştirilen en önemli teori Augustin Cournot teorisidir. Cournot, oligopolistik piyasalarda teşebbüslerin karar değişkeni olarak fiyat yerine üretim miktarını aldıklarını varsayımıştır. Ayrıca, her bir satıcı rakiplerinin üretim miktarlarını sabit tutacakları varsayımıyla kendi üretim miktarını belirlemektedir. Cournot modelini iki teşebbüsün olduğu bir düopol piyasadan yola çıkarak açıklamak mümkündür (Howenkamp 1999, 159). İlk olarak teşebbüslerden birinin üretim miktarını 0 olarak varsayalım. Diğer teşebbüs monopolcü gibi davranarak marjinal maliyetini marjinal gelirin e eşit olduğu noktada üretim miktarını belirler. İkinci teşebbüs daha sonra artık talebi (piyasa talebinin birinci teşebbüs tarafından karşılanmayan kısmını) dikkate alarak kendi marjinal maliyetini marjinal gelirin e eşitler ve üretim miktarını belirler. Bu durumda satış fiyatı ikinci teşebbüsün satış fiyatından büyük olduğu için pazar kaybetmek istemeyen birinci teşebbüs, artık talebi (piyasa talebinin ikinci teşebbüs tarafından karşılanmayan kısmı) gözönünde bulundurarak üretim miktarını tekrar ayarlar, ilk duruma göre azaltır. İkinci teşebbüs buna yine cevap verir ve böylece her iki teşebbüs de marjinal maliyetlerini marjinal gelirlerine eşitledikleri bir noktada denge kurarlar. Böylece herbir teşebbüs, monopolcünün üretim miktarının üçte ikisini üretecektir ve toplam üretim miktarı monopol

miktarının 1.33 katı olacaktır. Cournot oligopolündeki teşebbüs sayısı artıkça pazardaki toplam üretim miktarı da artar ve dolayısıyla fiyat düşer⁶.



Şekil 3

Oligopolistik piyasadaki teşebbüs sayısı artıkça Cournot dengesindeki toplam üretim miktarı tam rekabet piyasasındaki üretim miktarına yaklaşmaktadır. Benzer şekilde, teşebbüs sayısındaki artışla birlikte Cournot denge fiyatı da tam rekabet piyasasındaki fiyata, yani marjinal maliyete yaklaşmaktadır.

⁶ Oligopol üretim miktarı rekabetçi üretim miktarıyla da ilişkilendirilebilir: $Q_n = (1 - 1/n + 1) * Q_c$. Burada, Q_n : n tane aynı teşebbüsün olduğu oligopolde toplam üretim miktarı, Q_c : rekabetçi üretim miktarıdır. Örneğin, iki teşebbüsün olduğu piyasada, rekabetçi piyasanın üçte ikisi üretilecektir. On teşebbüs olması durumunda rekabetçi üretimin 10/11'i üretilecektir. Teşebbüs sayısı 50'ye çıktığında üretim miktarı rekabetçi üretimin %98'ine ulaşacaktır.

Cournot dengesinde tam rekabet piyasasına göre daha az üretim yapıp daha yüksek fiyat uygulanıyor olmasına rağmen, Cournot dengesi ile kartel dengesi arasında önemli farklılıklar bulunmaktadır. İlk olarak, kartelde marjinal gelir marjinal maliyetten yüksek olduğu için, kartel üyelerinden birisi, fırsatını bularak kartel fiyatının altındaki bir fiyattan satış yapması durumunda satış miktarında büyük artışlar gerçekleştirebilecektir. Başka bir ifadeyle, kartelde üyelerinin aldatmaca yoluyla önemli kazançlar elde etmeleri kartelde denge oluşmasını güçleştirir. Oysa, Cournot dengesinde oligopolistlerin tamamı marjinal gelirlerini marjinal maliyetlerine eşitlemiş bulunmaktadırlar. Denge oluşuktan sonra oligopolistlerden birisinin kendi üretim miktarını artırması (fiyatını düşürmesi) sözkonusu oligopolistin kazancını azaltacaktır⁷. Ters durumda, oligopolistlerden birisinin kendi üretim miktarını azaltması veya fiyatını yükseltmesi halinde, rakipleri de aynı şekilde üretim miktarlarını azaltıp fiyatlarını yükseltme yolunu seçmedikçe, Cournot dengesini bozan oligopolist yine zarar görecektir⁸.

Rakipleri Cournot denge üretim miktarı ve fiyatına sadık kalırken oligopolistlerden birinin bu denge üretim miktarı ve fiyatından sapmasının kendisine yarar sağlamadığını oyun teorisi yardımıyla açıklamak da mümkündür (Howenkamp 1999, 162). İki teşebbüsün (A ve B) faaliyet gösterdiği bir düopolist pazarda iki farklı oyun sözkonusu olsun. Birinci oyunda, bu iki teşebbüs kartel oluşturma ile Cournot dengesi kurma arasında bir seçim yapmak durumundadırlar. İkinci oyunda ise, teşebbüsler Cournot dengesi kurma ile rekabet etme (tam rekabet) arasında bir seçim yapacaklardır. Her bir teşebbüse düşen üretim miktarlarının, tam rekabette 12 birim, Cournot dengesinde 8 birim ve kartelde 6 birim olduğunu varsayalım. Teşebbüslerin verecekleri kararlar neticesinde elde edecekleri kazançlar ise şu şekilde olsun:

Oyun 1		B	
		6 birim	8 birim
A	6 birim	60, 60	30, 80
	8 birim	80, 30	40, 40

Oyun 2		B	
		8 birim	12 birim
A	8 birim	40, 40	25, 35
	12 birim	30, 25	10, 10

⁷ Oligopolistlerden birinin gerçekleştirdiği bu üretim artışı ya da fiyat indirimi karşısında diğer oligopolistlerin fiyatlarını sabit tuttukları varsayılmaktadır. Esasen bu tip bir üretim artışı ya da fiyat indirimi karşısında rakiplerin yapabilecekleri optimum davranış biçimi onların da üretim miktarlarını arttırmaları ve fiyatlarını düşürmeleridir. Bu durumda da Cournot dengesini bozarak üretim miktarını arttıran veya fiyatını düşüren oligopolistin kaybı iyice artacaktır.

⁸ Oligopolistlerden birinin üretimini kısarak kendi fiyatını yükseltmesi eylemi karşısında rakiplerinin de aynı davranışı benimsemesi durumunda kartele yaklaşılmaktadır.

Her iki taraf da rakibinin hangi üretim seviyesini seçeceğini bilmediği için, rakibi hangi seviyeyi seçerse seçsin kendisine en büyük kazancı sağlayan stratejiyi (baskın strateji) belirleme yoluna gidecektir. İlk oyunda A teşebbüsü için baskın strateji Cournot dengesi olan 8 birimi seçmektir. Zira rakibi olan B teşebbüsü üretim miktarı olarak ister 6 birimi, isterse 8 birimi seçsin, A teşebbüsü 8 birimi seçtiğinde en iyi durumda olmaktadır⁹. İkinci oyunda da A teşebbüsünün baskın stratejisi Cournot dengesi olan 8 birimi seçmektir. B teşebbüsü üretim miktarı olarak ister 8 birimi, isterse 12 birimi seçsin, A teşebbüsü 8 birimi seçerek kendisi için en uygun durumu sağlamış olmaktadır¹⁰.

Örnekten de görüldüğü üzere, oligopolistler Cournot dengesindeki pozisyon-larını bozmak istememektedirler. Ancak, Cournot dengesindeki toplam kazanç oligopolistlerin elde edebilecekleri maksimum toplam kazanç miktarı değildir. Örneğimizde, Cournot dengesinde toplam 80 (40+40) kazanabilirken, her ikisinin de kartel üretim miktarı olan 6 birime sadık kalmaları halinde toplam 120 (60+60) kazanabilmeleri mümkün olabilecektir. Ancak, teşebbüslerden hiçbiri rakibinin kartel üretim miktarı olan 6 birimden fazla üretmeyeceği (aldatmaca yapmayacağı) konusunda emin olmadan, kendi üretim miktarını düşürmeyecek, yani kartel üretim miktarını uygulamayacaktır. Zira, teşebbüslerden birisi kartel üretimini uygularken diğeri buna sadık kalmaz ise, kartel miktarını üreten teşebbüs önemli kayıplara uğrarken, aldatma içerisinde giren diğeri teşebbüsün kazancı önemli ölçüde artacaktır¹¹. İkinci oyuna ilişkin olarak ise, Cournot dengesinde teşebbüsler tam rekabete göre daha iyi durumdadırlar. Dolayısıyla, Cournot dengesinde iken üretim miktarlarını artırarak rekabete girmeleri oligopolistlerin kazancını azaltacaktır.

Bu örnekte rakiplerin yalnızca bir defa seçim yapma hakları olduğu varsayılmış ve teşebbüsler de bunun sonucunda bireysel karlarını maksimum yapan baskın stratejiyi seçmişlerdir. Ancak, ticari hayatta rakipler devamlı karşı karşıyadırlar ve bu tip strateji seçimlerini bir defalık değil, devamlı olarak yapmaktadırlar. Rakipler arasındaki karar verme oyununun bir defalık değil de, sürekli olarak tekrarlanması neticesinde, teşebbüsler, bireysel karlarını maksimum yapan baskın stratejiyi seçmek yerine, koordineli biçimde davranmaları halinde toplam karlarını en üst düzeye çıkarabileceklerini farkederler. Bu bilince ulaşan teşebbüslerin, başta fiyat konusunda olmak üzere

⁹ B teşebbüsü 6 birimi seçtiğinde; A teşebbüsü 6 birimi seçerse 60, 8 birimi seçerse 80 kazanacaktır. B teşebbüsü 8 birimi seçtiğinde ise; A teşebbüsü 6 birimi seçerse 30, 8 birimi seçerse 40 kazanacaktır. Dolayısıyla, B teşebbüsü neyi seçerse seçsin, A teşebbüsü Cournot dengesi olan 8 birimi seçerek en iyi duruma gelmektedir.

¹⁰ B teşebbüsü 8 birimi seçtiğinde; A teşebbüsü 8 birimi seçerse 40, 12 birimi seçerse 30 kazanacaktır. B teşebbüsü 12 birimi seçtiğinde ise; A teşebbüsü 8 birimi seçerse 25, 12 birimi seçerse 10 kazanacaktır.

¹¹ Örneğimizde, kartel üretim miktarına sadık kalanın kazancı 30'a düşerken, aldatmaca yapanın kazancı 80'e çıkacaktır.

stratejik kararlar alırken rakiplerinin muhtemel tepkilerini de gözönünde bulundurmaları neticesinde, teşebbüsler arasında herhangi bir iletişim olmaksızın, pazarda paralel davranışlar oluşabilmektedir¹². Oligopolistik bağımlılık neticesinde oluşan bu paralelliklerin Rekabet Hukuku anlamında ihlal olup olmadığı ve müdahale edilip edilemeyeceği konusunda mutabakata varılmış değildir. Bu konudaki görüşleri Harvard Okulu ve Chicago Okulu görüşleri olmak üzere iki grupta ele almak mümkündür.

¹² Oligopolistik pazarların tamamında paralel davranışlar görüleceği ve rekabet üstü fiyatların oluşacağı anlaşılmamalıdır. Zira, teşebbüslerin kartel oluşturmalarını ve yürütmelerini zorlaştıran etmenlerin tamamı (maliyet farklılıkları, pazara yeni girişlerin olması ve aldatmacalar gibi) oligopolistik pazarlarda bilinçli paralellik oluşmasını engelleyen unsurlardır.

BÖLÜM 2

OLİGOPOLİSTİK BAĞIMLILIĞA İLİŞKİN GÖRÜŞLER

2.1. HARVARD EKOLÜ

Oligopolistik bağımlılığın rekabet ihlali olup olmadığı konusundaki ilk teori Harvard Okulu teorisidir ve Bain ve Donald Turner tarafından geliştirilmiştir. Turner (1962, 671)'a göre, oligopolistik bağımlılık neticesinde oluşan paralel davranışlar pazarın yapısı gözönünde bulundurulduğunda rasyonel bir davranıştır ve kaçınılmazdır. Her bir oligopolist kendi karını en yüksek düzeye çıkararak üretim miktarını belirlerken rakiplerinin muhtemel tepkilerini de gözönünde bulundurmak zorundadır. Rakiplerinin vereceği tepkileri gözardı etmek demek rasyonel davranmamak demektir. Rekabet Otoritelerinin teşebbüslerden rasyonel davranmalarını istemeyeceğini belirten Turner, oligopolistik bağımlılık neticesinde oluşan paralelliklerin ihlal niteliğinde bir anlaşma olarak kabul edilemeyeceğini ileri sürerek Rekabet Hukukunda bir boşluğun olduğuna işaret etmiştir. Turner ayrıca, pazarın yapısından kaynaklanan paralel davranışları önlemek için pazardaki büyük teşebbüslerin bölünmesi yoluna gidilebileceğini, ancak bunun da etkin bir yol olmadığını belirtmiştir.

2.2. CHICAGO EKOLÜ

Oligopolistik pazarlarda gözlenen paralel davranışlar neticesinde rekabetçi olmayan sonuçlar ortaya çıksa da Rekabet Hukuku anlamında ihlal oluşabilmesi için zorunlu olan "irade uyuşması"nın mevcut olmadığı, dolayısıyla bu tip bilinçli paralelliklerin rekabet ihlali olarak sayılamayacağı yönündeki yapısalıcı görüşler sonraki yıllarda sorgulanmaya ve eleştirilmeye başlanmıştır. Chicago Okulu Teorisi olarak bilinen yeni görüşe göre, oligopolistik pazar yapısı ile oligopolistik davranış arasındaki nedensellik ilişkisi Harvard görüşündeki

gibi veri olarak kabul edilemez. Başka bir ifadeyle, bir pazarın oligopolistik özellikler göstermesi, o pazarda rekabetçi olmayan paralel davranışların kendiliğinden ortaya çıkacağı anlamına gelmez. Bu görüşün savunucularından Posner (1976), özellikle Harvard görüşünün dayandığı temel varsayımları eleştirmiştir. Posner'a göre, bir oligopolistin fiyat indirmesi karşısında rakiplerin satışlarının olumsuz etkileneceği ve tepkilerine neden olacağı yönündeki varsayım abartılmıştır. Fiyat düşüren oligopolist sadece rakiplerinin müşterilerini çekerek değil, daha önce piyasada alım yapmayan teşebbüslere de mal satarak satışlarını arttırabilecektir. Ayrıca, fiyat indirimi karşısında, pazarın şeffaf olmaması veya kapasite problemleri gibi nedenlerle rakiplerin anında cevap vermeleri mümkün olamıyorsa fiyat indirimi cazip hale gelecektir. Dolayısıyla, oligopolistik piyasadaki bir teşebbüsün, rakipleri karşı misilleme yapacak diye fiyat indirimi yapmaktan imtina edeceği varsayılmaz. Rekabetçi olmayan uygulamaların gerçekleştirilmesi konusunda teşebbüsler arasında zımni bir irade uyuşmasının varlığı anlaşmanın ispatı için yeterlidir. Dolayısıyla, Posner'a göre, oligopolistik piyasalarda gözlenen rekabetçi olmayan davranışlarla mücadelede Harvard görüşünün iddia ettiğinin aksine bir boşluk bulunmamaktadır.

BÖLÜM 3

ABD HUKUKU

3.1. SHERMAN YASASI 1 İNCİ MADDESİ ve UYGULAMASI

ABD'de rekabet hukuku konusundaki ilk federal düzenleme olan Sherman Antitrust Act (Sherman Yasası) 1890 yılında yürürlüğe girmiştir. Özellikle ondokuzuncu yüzyılın ikinci yarısında yoğunlaşan tekelleşmelerle mücadele etmek üzere hazırlanan Sherman Yasasının, daha sonraki yıllarda bir çok ülkede rekabet hukuku kurallarının şekillenmesinde etkili olan ilk iki maddesi şu hükümleri içermektedir:

Madde 1: Federe devletlerarası ya da ABD ile başka devletlerarası ticareti ve rekabeti sınırlar nitelikte olan, her türlü sözleşme, gizli anlaşma, tröst veya benzeri davranışlar hukuka aykırıdır.

Madde 2: Federe devletlerarası ya da ABD ile başka devletlerarası ticaretin bir alanında tekelleşen, tekelleşmeye teşebbüs eden ya da tekelleşmek için başkalarıyla sözleşme ya da gizli anlaşma yapan herkes cürüm işlemiş sayılır.

Sherman Yasasının 1 inci maddesinde geçen "sözleşme", "gizli anlaşma" ve "tröst veya benzeri davranış" kavramlarına uygulamada farklı anlamlar yüklenmemekte ve bu üç kavram birbirlerinin yerine kullanılmakta ya da üçünün de yerine geçecek şekilde "anlaşma" kavramı kullanılmaktadır (Sullivan 1998, 180).

1 inci maddenin sadece yazılı anlaşmalara uygulanmayacağı, sözlü anlaşmaların da bu madde kapsamında olduğu, Yüksek Mahkeme'nin ilk kararlarından olan United States – Trans-Missouri Freight Association kararında ortaya konulmuştur. Ancak eylemlerin 1 inci madde kapsamında değerlendirilebilmesi için teşebbüslerce tek taraflı olarak gerçekleştirilmiş bireysel davranışlar olmaması gerekmektedir (Stevens 1995, 48).

Teşebbüsler arasındaki bağımlılık neticesinde oligopolistik pazarlarda oluşan paralel eylemlerin 1 inci madde kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği Amerikan Rekabet Hukukunda önemli tartışmalara

neden olmuştur. Yüksek Mahkeme 1939 ve 1954 yılları arasındaki üç önemli davada, piyasalarda gözlenen paralel davranışların 1 inci maddenin uygulanması için önkoşul olan "anlaşma" şartını sağlayıp sağlamadığı hususunu tartışmıştır.

İlk önemli dava Interstate Circuit, Inc. – United States davasıdır: Sinema işletmecileri sinemalarında filmleri gösterime sunabilmek için bu filmlerin dağıtımından sorumlu olan distribütörler ile lisans sözleşmeleri akdetmektedirler. Büyük sinema işletmecilerinden biri sağlayıcısı konumundaki sekiz adet film distribütörüne gönderdiği bir mektupta, distribütörlerden, sinema işletmecileri ile yaptıkları lisans sözleşmelerine bazı hükümler koymalarını talep etmiştir. Bu hükümlerden birincisi, "vizyona yeni giren filmler" ve "yeni olmayan filmler" için sinema işletmecilerinin izleyicilere uygulayacakları minimum fiyatların belirlenmesine ilişkindir. Diğer hüküm ise sinema işletmecilerinin "vizyona yeni giren filmler"i diğer filmlerle birlikte aynı anda gösterime (ikili gösterim) sunmalarını yasaklamaya yöneliktir.

Bir sinema işletmecisinin, kendi sözleşmesinde ve diğer sinema işletmecilerinin sözleşmelerinde bu tip hükümlerin yer almasını istemesinin nedeni açıktır: Minimum satış fiyatının belirlenmesindeki amaç sinema işletmecileri arasındaki rekabeti önlemektir. İkili gösterimlerin yasaklanması suretiyle de sinema işletmecilerinin distribütörlerce belirlenen fiyat karşılığında izleyicilere fazla film sunarak rekabet etmeleri önlenebilecektir (Howenkamp 1999, 171).

Bu iki kısıtlamanın sinema işletmecileri üzerine her bir distribütör tarafından bireysel olarak getirilmesi durumunda Sherman Yasası'nın 1 inci maddesi ihlal edilmiş olmayacaktır. Ancak sekiz distribütörün sinema işletmecilerine bu sınırlamaları getirme konusunda anlaşmalarının tespit edilmesi halinde 1 inci maddeye göre ihlalden söz edilebilecektir.

Yüksek Mahkeme, sekiz distribütöre sinema işletmecisinin yaptığı önerinin (mektup) ve bu öneri karşısında distribütörlerin birbirlerine çok yakın zamanlarda bunu kabul etmelerinin distribütörler arasında bir anlaşma olduğunu göstermeye yeterli olduğuna karar vermiştir. Mahkeme özellikle distribütörlerin çalışma koşullarında bu kadar önemli ve ulaşılması zor değişiklikleri, hepsinin de katılacağına ilişkin aralarında bir "anlaşma" olmaksızın gerçekleştirmelerinin mümkün olamayacağına işaret etmiştir. Aralarında rekabet olduğu varsayımı altında, başka bir ifadeyle distribütörlerin bireysel olarak sinema işletmelerine bu sınırlamaları getirmeleri mümkün değildir. Zira, bu tür bir sınırlama ile karşılaşan sinema işletmecisinin filmleri başka bir distribütörden temin edebilme imkanı bulunmaktadır.

İkinci önemli dava olan American Tobacco Co – United States'de, bütün ürünleri pazarının %90'ını elinde bulunduran üç büyük sigara üreticisinin

fiyatlarını birlikte arttırdıkları iddiası sözkonusudur¹³. Sigaraya olan talebin azaldığı ve maliyetlerin düştüğü dönemde sigara üreticileri tarafından yapılan fiyat artışları Mahkeme tarafından anlaşmanın delili olarak kabul edilmiştir. Kararda sigara üreticilerinin satış fiyatının yanısıra tütün alımında da anlaşmaya vardıkları sonucuna varılmıştır. Davalı konumundaki üç büyük sigara üreticisi, rakipleri olan ve ucuz sigara satan küçük sigara üreticileri tarafından kullanılan düşük kalitedeki tütünleri de satın almışlardır. Davalı teşebbüslerin üretimde kullanmadıkları bu düşük kalitedeki tütünleri nerede ve nasıl kullandıklarını açıklayamamaları, aralarında anlaşma olduğu sonucuna varılmasında etkili olmuştur.

Davranışlarda gözlenen paralelliklerin anlaşmanın varlığını ispatlayabileceği yönündeki American Tobacco kararındaki geniş yorum, Theatre Enterprises, Inc. – Paramount Film Distributing Corporation davasında terkedilmiştir. Baltimore'daki sinema işletmecilerinden biri, şehir dışındaki sinemasında gösterime sunmak amacıyla film yapımcısı ve distribütörlerinden vizyona yeni giren filmleri talep etmiştir. Bu talebin reddedilmesi üzerine sinema işletmecisi, film yapımcısı ve distribütörlerinin kendisine film gösterim hakkını vermemek konusunda anlaşmalarını ileri sürerek şikayette bulunmuştur. Davalıların bu konuda anlaşmalarına ilişkin olarak doğrudan bir delil ortaya konulamamıştır. Film yapımcısı ve distribütörleri, vizyona yeni giren filmlerin gösterim hakkını şehir merkezindeki sinemalara vermeleri halinde gelirlerini en yüksek seviyeye çıkardıkları konusunda Mahkeme'yi ikna etmişlerdir. Mahkeme de şehir dışındaki sinemasında filmlerin gösterim hakkını talep eden davacının bu talebinin davalılarca reddedilmesinin kolektif bir eylem olmadığına, aksine kar maksimizasyonu amacıyla gerçekleştirilmiş bireysel eylemler olduğuna karar vermiştir.

Sherman Yasası'nın 1 inci maddesinin uygulamasında, bir anlaşmanın varlığını ispat etme yükümlülüğü davacıya düşmektedir. Ancak anlaşmanın varlığına ilişkin davacı delilleri ortaya koyduktan sonra ispat yükümlülüğü yer değiştirir. Savunmadaki teşebbüsler bir anlaşmanın olduğu yönündeki delilleri çürütmek zorundadırlar. Sözkonusu teşebbüslerin yükümlülükten kurtulmak için dava konusu olan eyleme mantıklı bir açıklama bulmaları yeterlidir.

Davacının anlaşmayı ispatlayabilmek için üstlendiği ispat standardını tanımlamak oldukça zordur. Ceza davalarında anlaşmanın "mantıklı bir şüphenin ötesinde" ispatlanması, başka bir ifadeyle yasayı ihlal etme niyetinin ortaya konulması gerekmektedir. Hukuk davalarında ise anlaşmanın varolma ihtimalinin olmama ihtimalinden yüksek olması durumunda ispat külfetinin yerine getirildiği varsayılır (Stevens 1995, 52).

¹³ Sherman Yasası'nın 2 nci maddesi ile ilgili olmasına rağmen American Tobacco davasının "anlaşma" tanımı üzerine önemli etkileri olmuştur.

Sherman Yasası'nın 1 inci maddesi uygulamasında davacıların üstlendikleri ispat yükümlülüğü ve ispat standardına ilişkin olarak Monsanto Co – Spray-Rite Service Corporation kararında, teşebbüslerin hukuk dışı bir amacı gerçekleştirmek gayesiyle "ortak bir plana bağlandıklarının" davacı tarafından gösterilmesi gerektiği belirtilmiştir. Benzer biçimde Matsushita Electric Industry Co – Zenith Radio Corporation kararında, davacının ileri sürdüğü delillerin teşebbüslerin bağımsız hareket etmiş olma ihtimalini bertaraf edebilecek nitelikte olması gerektiği ifade edilmiştir (Monti 1996, 71). Bir paralel davranışın anlaşma kadar bağımsız eylem de olabileceği durumlarda bu davranışın anlaşma olarak değerlendirilemeyeceği yönündeki Matsushita kararı, Areeda ve Kaplow (1997, 285)'un da belirttiği üzere, anlaşmaların ancak doğrudan delillerle ispatlanabileceği şeklinde bir yoruma yol açabilecek niteliktedir. Ancak Yüksek Mahkeme Matsushita kararını yorumladığı Eastman Kodak Co. – Image Technical kararında, Matsushita kararıyla davacıya ilave bir ispat yükümlülüğü getirilmediğini, ancak anlaşmanın varlığına ilişkin iddiaların ve ekonomik delillerin "mantıklı" olması gerektiğini belirtmiştir.

Genellikle teşebbüslerin gerçekleştirdikleri paralel davranışların tek başına anlaşma olarak kabul edilmemesi nedeniyle, anlaşmaların ispatlanabilmesi için paralel davranışların yanısıra bazı "destekleyici faktörler" in de ortaya konulması gerekmektedir. Mahkemeler, paralel davranışların anlaşmaya dönüşebilmesi için gerekli destekleyici faktörlerin neler olduğunu teker teker sayma yoluna gitmedikleri gibi, bu destekleyici faktörler arasında ispat değeri bakımından bir sıralama da yapmamışlardır. Onun yerine, Yüksek Mahkeme Continental Ore Co – Union Carbide Corporation kararında, davacının iddiasını ispat etme hakkını tam olarak kullanabilmesini teminen, delillerin bir bütün olarak değerlendirilmesinin uygun olacağı görüşünü dile getirmiştir (Stevens 1995, 69).

Destekleyici faktörlerden en önemlisi, aralarında bir anlaşma olmadığı sürece teşebbüslerin gerçekleştirdikleri paralel davranışların teşebbüsler için rasyonel olmadığı gösterilmesidir. Sözkonusu paralel davranışlar ancak ve ancak tüm teşebbüslerce birlikte gerçekleştirilmesi halinde rasyonel ise teşebbüsler arasında bir anlaşmanın varlığından bahsedilebilir. Başka bir ifadeyle, teşebbüslerin paralellğe konu olan eylemleri tek başlarına bireysel olarak gerçekleştirmelerinin teşebbüslerin çıkarlarına ters olduğunun gösterilmesi, ortada bir anlaşma olduğu yönündeki iddiayı destekleyebilecektir.

Interstate Circuit davasında, film distribütörlerinden her birinin sinema işletmelerine fiyat tespiti ve ikili gösterimlerin yasaklanması sınırlamalarını bireysel olarak getirmelerinin rasyonel olmadığına işaret edilmiştir. Zira, bu tür sınırlamalarla karşılaşan sinema işletmeleri başka distribütörlere yönelebilecek

ve dolayısıyla hiç bir distribütör tek başına bu sınırlamaları sinema işletmecilerine getiremeyecektir.

American Tobacco davasında da sigara üreticilerinin talebin ve maliyetlerin düştüğü durgunluk dönemlerinde fiyatlarını bireysel olarak arttırmaları halinde pazar kaybedebilecekleri ve bu tür bir fiyat artışının ancak rakiplerle birlikte yapıldığında rasyonel olabileceği belirtilmiştir.

Teşebbüslerin, içerisinde buldukları paralel eylemleri bağımsız olarak gerçekleştirdiklerini ve bu eylemlerin rakiplerle birlikte yapılmasının kendilerine ilave bir fayda sağlamadığını göstermeleri halinde "anlaşma" sonucuna varmak güçleşecektir. Örneğin, mal talebinde bulunan bir alıcıya, üretimin mevcut müşterilere ancak yetmesi ya da mevcut satış koşullarının daha avantajlı olması gibi gerekçelerle satıcılar satış yapmayı reddedebilir. Böyle bir durumda, alıcıya mal vermeyi reddetme eylemini satıcıların birlikte hareket etmek suretiyle gerçekleştirdiklerini ileri sürmek mümkün değildir. Zira, bireysel olarak her bir satıcının sözkonusu alıcıya mal satmamak için geçerli bir nedeni bulunmaktadır. Ancak, alıcının avantajlı koşullar önermesi halinde de satıcılar mal vermeyi reddediyorsa satıcıların bireysel çıkarlarına ters bir durum sözkonusudur ve bu durum "anlaşma"nın varlığı yönündeki iddiaları destekleyebilir (Areeda ve Kaplow 1997, 282).

Theatre Enterprises davasında da benzer bir değerlendirme yapılmıştır. Şehir dışındaki bir sinemaya film gösterim hakkını vermemek konusunda film yapımcı ve distribütörlerinin kendi aralarında herhangi bir anlaşmaya varmalarına gerek bulunmamaktadır. Teşebbüslerin vizyona yeni giren filmlerin gösterim hakkını büyük müşteri kitlelerini çekebilecek nitelikteki şehir merkezindeki sinemalara vermeleri kaçınılmazdır ve rasyonel bir davranış biçimidir¹⁴. Bu yöndeki bir talebi reddetmek için her bir yapımcı ve distribütörün rasyonel gerekçeleri olduğu gibi, beklenen faydanın elde edilebilmesi için yapımcı ve distribütörlerin bu eylemi hep birlikte gerçekleştirmelerine de gerek bulunmamaktadır.

Destekleyici faktörlerden bir diğeri, paralel davranış sergileyen teşebbüsler arasında doğrudan bir iletişimin olduğunun tespit edilmesidir. Ancak

¹⁴ Teşebbüslerin paralel davranış içerisine girmelerine belirli bir iletişim neden olsa dahi, davranıştan beklenen faydanın elde edilebilmesi için toplu olarak gerçekleştirilmesi gerekmiyorsa, başka bir ifadeyle teşebbüsler bireysel olarak davrandıklarında da aynı sonuca varabiliyorlarsa "anlaşma"dan bahsetmek güçtür. Örneğin, bir kredi danışmanlık ajansının, A şirketinin ödemelerinde problemler yaşadığını rapor ettiğini varsayalım. Bu rapordan yararlanan satıcılar A şirketiyle iş yapmayı kestikleri takdirde, A şirketi sağlayıcıların anlaşma suretiyle kendisine mal vermeyi reddettiklerini ileri sürmeyecektir. Zira satıcılar bu davranış biçimini benimserken aynı iletişimi (raporu) kullanmalarına rağmen toplu hareket etmekten ilave bir fayda beklememektedirler. Diğer sağlayıcılar ne yaparlarsa yapsınlar A şirketine mal vermemek her bir sağlayıcı için rasyoneldir. Dolayısıyla anlaşmadan sözedilemez (Howenkamp 1999, 175).

bu tür bir iletişim tek başına teşebbüslerin anlaşma içerisinde olduklarını göstermeye yeterli değildir. Teşebbüsler arasında yapılan bir toplantının ardından teşebbüslerin davranışlarında önemli değişimler gözlenmesi ya da teşebbüsler arasında gizli toplantılar yapıldığının tespit edilmesi anlaşma olduğu yönündeki iddiayı destekleyebilir. Yüksek Mahkeme American Tobacco kararında, büyük sigara üreticilerinin arasında dostane ilişkilerin ve çıkar birliğinin oluştuğuna işaret etmiştir.

Piyasalarda gözlenen zayıf ekonomik performansın¹⁵ da teşebbüsler arasında bir anlaşmanın var olduğu iddiasını destekleyebileceği ileri sürülmektedir. Ancak bu yönde bir değerlendirme yaparken bazı hususların gözönünde bulundurulması gerekmektedir.

Öncelikle, bazı anlaşmalar başarılı olamazlar ve teşebbüslerin istedikleri sonuçları sağlayamazlar. Dolayısıyla, pazarın ekonomik performansının zayıf olmaması teşebbüslerin anlaşma içerisinde olmadıklarını göstermez. İkincisi, bir pazarın performansını ölçmek kolay değildir ve performans, ölçüm hataları da dahil olmak üzere birçok değişkene bağlıdır. Son olarak, bir pazardaki zayıf ekonomik performans, teşebbüsler arasında bir bağımlı davranışın varlığını işaret etse de, bu bağımlılığın "anlaşma" boyutuna ulaştığı sonucuna varmak kolay değildir.

Oligopolistik pazarlarda gözlenen bilinçli paralellikler 1 inci madde ihlali olarak değerlendirilmemektedir. Ancak, yukarıda yer verilen destekleyici faktörler, bu tür bilinçli paralellikler ile ihlal olarak nitelendirilebilecek zımni anlaşmalar arasındaki farkı ortaya koymaktan uzaktır. Anlaşmanın ispatlanabilmesi için teşebbüsler arasında "irade uyuşması"nın ya da "ortak bir plana bağlılığın" tespit edilmesi gerektiği yolundaki yaklaşımlar da faydalı gözükmemektedir. Zira, rakiplerinin de benzer biçimde davranmaları durumunda kazançlı çıkacağını düşünen bir oligopolistin fiyatlarını arttırdığı ve diğerlerinin de onu takip ettiği bir durumda da teşebbüsler arasında bir "irade uyuşması"ndan bahsedilebilir (Hay 2000, 127; Stevens 1995, 50). Ancak Mahkeme kararlarında da belirtildiği üzere, oligopolistik pazarlarda gözlenen paralel davranışların tek başına ihlal niteliğinde bir anlaşma olarak görülmesi mümkün değildir. Dolayısıyla, teşebbüslerin paralel eylemleri gerçekleştirirken içerisinde buldukları zihinsel durumları "irade uyuşması" ya da "ortak bir plana bilinçli bağlılık" gibi kavramlarla belirtmek suretiyle, zımni anlaşmaları hukuk dışı olmayan paralelliklerden ayırmak mümkün görülmemektedir.

Paralel davranışların oluşmasında ilgili teşebbüslerin etkin rol oynayıp oynamadıklarının tespit edilmesi suretiyle, hukuk dışı olmayan oligopolistik

¹⁵ Zayıf ekonomik performans kavramı, rekabetçi pazarlarla karşılaştırıldığında bir pazardaki üretim miktarının düşük, fiyatların ve karların ise yüksek olduğunu belirtmek için kullanılmaktadır.

paralellikleri hukuk dışı zımnî anlaşmalardan ayırmak mümkündür. Oligopolistik bağımlılıkta piyasadaki rekabetçi olmayan performans büyük çoğunlukla piyasanın yapısından kaynaklanmaktadır ve aralarındaki rekabetin azaltılması yönünde teşebbüsler herhangi bir adım atmamaktadırlar. Aksine zımnî anlaşmada oligopolistik bağımlılıktan farklı olarak teşebbüslerin, belli bir anlayış neticesinde aralarında oluşturdukları anlaşmanın yürüyebilmesini sağlayabilmek için bazı girişimlerde bulunmaları (kolaylaştırıcı eylemler) gerekmektedir (Monti 1996, 74). Şayet, teşebbüsler aralarındaki rekabetin azaltılması amacıyla ya da sonucunda bu etkiyi doğuracak şekilde bazı kolaylaştırıcı eylemler benimsemişler ise, bu piyasalarda gözlenen paralel davranışları anlaşma olarak değerlendirmek mümkün olabilecektir (Hay 2000, 127-128).

Oligopolistlerin birbirlerine olan bağımlılıkları neticesinde kurmuş oldukları koordinasyonu sürdürebilmeleri için piyasadaki teşebbüslerce gerçekleştirilecek aldatmacaların tespit edilmesi ve bu tür aldatmacaların teşebbüsler için cazip olmaktan çıkarılması gerekmektedir. Bunu sağlamaya yönelik olarak gerçekleştirilebilecek kolaylaştırıcı eylemlerden bazıları, ileriye dönük fiyat açıklamaları¹⁶, rakipler arasındaki bilgi değişimleri¹⁷, ürün ve satış koşullarının standardizasyonu, "belirli bir noktadan teslim fiyatlandırması"¹⁸, ürün fiyatlandırmalarında belli bir formülün kullanılması¹⁹ ya da satış sözleşmelerine "en çok kayırılan müşteri" hükümlerinin konulmasıdır²⁰.

Kolaylaştırıcı eylemlerin Mahkemelerce ne şekilde değerlendirildiği hususuna geçmeden önce, kolaylaştırıcı eylemlerin rekabeti sınırlayıcı etkilerinin yanısıra rekabeti arttırıcı etkilerinin de olabileceği hususunu belirtmek

¹⁶ Teşebbüsler ürünlerin fiyatlarını birden arttırmak yerine, artış tarihinden belli bir süre önce bu artışı kamuya ve bu arada dolaylı olarak rakiplerine duyurmayı tercih edebilmektedirler. Böylece, rakiplerinin bu fiyat artışını benimsememesi durumunda teşebbüs herhangi bir pazar kaybına uğramadan fiyat artışını geri çekebilme olanağına sahip olabilmektedir.

¹⁷ Rakipler arasında özellikle fiyat konusunda gerçekleştirilen bilgi değişimleri piyasalardaki belirsizlikleri ortadan kaldırarak teşebbüslerin anlaşma sağlamalarını kolaylaştırmaktadır.

¹⁸ Taşıma giderlerinin önemli bir maliyet kalemi oluşturduğu bazı pazarlarda (çelik, çimento gibi) satıcıların taşıma dahil maliyetleri alıcının coğrafi konumuna göre önemli farklılıklar gösterebilmektedir. Dolayısıyla farklı fiyatların oluşması nedeniyle satıcıların fiyat koordinasyonu sağlamaları güçleşecektir. Bu tür pazarlarda satıcılar, fabrikaları nerede olursa olsun belli bir noktayı sevkiyat yeri olarak düşünüp taşıma giderlerini bu noktadan sevkiyat yapıyor gibi hesaplarlar. Böylece, alıcılara uygulanan fiyatlarda yeknesaklık sağlanmış olur.

¹⁹ Özellikle çok sayıda parçanın biraraya getirilmesi neticesinde üretilen ve standard olmayan ürünlerin sözkonusu olduğu pazarlarda satıcıların fiyatlandırmalarına ilişkin büyük belirsizlikler olabilmektedir. Teşebbüslerin fiyatlandırmalarını belirli formüller kullanarak yapmaları durumunda pazardaki bu belirsizlikler ortadan kalkmakta ve teşebbüslerin anlaşmaya varmaları kolaylaşabilmektedir.

²⁰ "En çok kayırılan müşteri hükmü" ile satıcı, bir alıcıya indirim yaptığı zaman bu indirimi geçmişe dönük olarak tüm alıcılara yapma yükümlülüğü altına girer. Böylece, satıcının alıcılardan birine indirim yapması mümkün olamamakta ve indirim yapmak maliyetli bir uygulama haline gelmektedir.

gerekmektedir. Örneğin, oligopolistlerin ürün ve satış koşullarını standard hale getirmeye yönelik eylemleri, teşebbüslerin maliyetlerini düşürücü bir etkiye sahip olabilir ve daha etkin bir biçimde faaliyet göstermelerini sağlayabilir. Ya da alıcılara fiyat güvencesi vermek ve planlama faaliyetlerini kolaylaştırmak amacıyla satıcı konumundaki teşebbüsler, satış sözleşmelerinde "en çok kayırılan müşteri" hükmüne yer verebilir ya da fiyat değişimlerini piyasaya önceden bildirme yolunu seçebilirler. Dolayısıyla, kolaylaştırıcı eylemler değerlendirilirken genellikle rule of reason analizine tabi tutulurlar (OECD Report-Oligopoly 1999, 205).

Öncelikle, rekabeti sınırlayıcı sonuçların ortaya çıkmasını kolaylaştıran eylemleri gerçekleştirmek konusunda teşebbüslerin bir anlaşmaya varıp varmadıklarının tespit edilmesi gerekmektedir. Sugar Institute – United States kararında Yüksek Mahkeme, üyelerine satış fiyatlarını ileriye dönük olarak açıklama yükümlülüğü getiren, bu fiyatlardan sapmayı ve fiyat farklılaştırmasını yasaklayan bir birlik kararını ihlal olarak değerlendirmiştir (Howenkamp 1999, 178). Yine Catalano Inc. – Target Sales Inc. kararında Mahkeme, bira toptancılarının perakendecilere uyguladıkları farklı vade seçeneklerini kaldırma yönünde yaptıkları anlaşmayı, fiyat konusunda yapılan anlaşmayı kolaylaştırdığı gerekçesiyle yasaklamıştır (Stevens 1995, 57). United States – Container Corp. of America davasında da, fiyat paralelliğinin yanısıra teşebbüslerin en son uyguladıkları fiyatları birbirlerine bildirmelerini sağlayan bir anlaşma ihlal olarak değerlendirilmiştir (Monti 1996, 74). Ancak, bu davalarda olduğu gibi kolaylaştırıcı eylemlerin uygulanması konusunda rakipler arasında yapılmış bir anlaşma her zaman tespit edilemeyebilmektedir. Ya da teşebbüslerin tamamen birbirlerinden bağımsız olarak gerçekleştirdikleri bazı davranışlar, piyasada rekabetçi olmayan paralel davranışların oluşmasını kolaylaştırabilmektedir. Teşebbüsler arasında bir anlaşmanın ispat edilemediği böyle bir durumda, Sherman Yasası'nın 1 inci maddesini uygulamak mümkün olamamaktadır. 1 inci maddenin uygulanabilmesi için teşebbüsler arasında bir anlaşma olma zorunluluğu 1914 tarihli Federal Ticaret Komisyonu Kanunu'nun (FTC Kanunu) 5 inci maddesinin uygulanmasını gündeme getirmiştir.

3.2. FTC KANUNU 5 İNCİ MADDESİ ve UYGULAMASI

FTC Kanunu'nun 5 inci maddesinde geçen "rekabetin haksız uygulamaları" ifadesi Sherman Yasası'nın 1 inci maddesinin ihlali olan eylemleri de kapsayacak şekilde geniş yorumlanmaktadır.

1948 yılında bu maddenin uygulanmasına ilişkin olarak önemli bir karar verilmiştir. FTC – Cement Institute kararında, belirli bir noktadan teslim fiyatlandırması yapma konusunda çimento üreticileri arasında bir anlaşma tespit

edilmiş olmasına rağmen, FTC Kanunu'nun 5 inci maddesinin ihlali için anlaşmanın ispat edilmesinin zorunlu olmadığı yönündeki Federal Ticaret Komisyonu'nun (Komisyon) değerlendirmesi Mahkemece kabul görmüştür (Stevens 1995, 58). Bu yöndeki değerlendirme, belirli bir noktadan teslim fiyatlandırmasına ilişkin 1948 tarihli ikinci bir davada da onanmıştır: Triangle Conduit and Cable Co. – FTC kararında Mahkeme, rakiplerinin de aynı uygulama içerisine gireceği düşüncesiyle bir teşebbüsün belirli bir noktadan teslim fiyatlandırmasını benimsemesinin FTC Kanunu'nun 5 inci maddesini ihlal ettiği yönünde karar vermiştir (Howenkamp 1999, 181).

Bir anlaşmanın mevcudiyeti şartı aranmaksızın belirli bir noktadan teslim fiyatlandırma uygulamalarının neden olduğu bilinçli paralelliklerin FTC Kanunu'nun 5 inci maddesi kapsamında olabileceği yönündeki Cement Institute ve Triangle Conduit kararları, hukuk çevrelerinde tereddütlere yol açmıştır²¹. Bilinçli paralelliğin 5 inci madde ihlali sayılması halinde, Sherman Yasası'nda anlaşmanın ispatlanması zorunluluğu ile teşebbüslere getirilen koruma ortadan kalkmış olacaktır.

Anlaşma olmaksızın bireysel olarak gerçekleştirilen kolaylaştırıcı eylemlerin FTC Kanunu'nun 5 inci maddesi kapsamında olabileceği yönündeki Cement Institute ve Triangle Conduit kararlarındaki yaklaşımı Komisyon uzunca bir süre uygulamaya geçirememiştir. Mahkeme, 5 inci madde ihlalden bahsedebilmek için anlaşmanın gerekli olmadığı yönündeki tartışmalı görüşü 1980 tarihli Boise Cascade Corp. – FTC kararında değerlendirmiş ve bu görüşe katılmamıştır. Mahkeme, 5 inci maddenin uygulanabilmesi için, ya teşebbüsler arasında yapılmış bir anlaşma bulunduğunun ya da belirli bir noktadan teslim fiyatlandırmasının gerçekten de fiyatların tespit edilmesinde etkin olduğunun gösterilmesi gerektiğini belirtmiştir (Howenkamp 1999, 181).

Oligopolistik pazarlardaki kolaylaştırıcı eylemlere 5 inci madde vasıtasıyla müdahale etmek isteyen Komisyon'un daha sonraki çabaları da başarılı olamamıştır. Du Pont de Nemours & Co – FTC davasında, dört tetraethyl üreticisinin aralarında bir anlaşma olmaksızın gerçekleştirdikleri bazı eylemler neticesinde yüksek karlar ve fiyat yeknesaklığı sağladıkları tespit edilmiştir. Komisyon'un üreticiler arasındaki rekabetin azalmasına neden olduğunu iddia ettiği eylemler, fiyat değişimlerini 30 gün önceden duyurma, satış sözleşmelerinde "en çok kayırılan müşteri" hükümlerine yer verme ve ürünün teslim yerine bakılmaksızın yeknesak teslim fiyatları uygulanmasıdır. Komisyon'un ihlale son verme kararına karşı üreticilerin Temyiz Mahkemesi'ne başvurması üzerine, Mahkeme Komisyon'un tespitlerine katılmayarak kararı bozmuştur. Teşebbüsler

²¹ Savcılar Antitröst Komitesi, 1955 yılında hazırladıkları bir raporda, anlaşma olmaksızın belirli bir noktadan teslim fiyatlandırmasının tek başına 5 inci bölüm ihlali olabileceği yönündeki görüşe katılmadıklarını belirtmişlerdir (Stevens 1995, 59).

arasında anlaşmanın olmadığı bir durumda ya teşebbüslerin rekabete aykırı bir amaçlarının olduğunun ya da sözkonusu eylemlerin geçerli bir gerekçesinin olmadığına gösterilmesi gerektiğini belirten Mahkeme, tetraethyl üreticileri arasındaki rekabetin tamamen ortadan kalkmadığına, pazara en son giren iki üreticinin indirimler yaparak fiyat rekabeti gerçekleştirdiklerine, büyük üreticilerin ise satışlarını arttırmak için fiyat dışı faaliyetlerde bulunarak rekabet ettiklerine işaret etmiştir. Mahkeme ayrıca Ethyl'in pazarda tek olduğu dönemlerde de kolaylaştırıcı eylem olarak nitelendirilen faaliyetleri gerçekleştirdiğini gözönünde bulundurarak, bu eylemlere son verilse dahi pazarın daha rekabetçi bir görünüm kazanacağını kesin olmadığı sonucuna varmıştır. Dolayısıyla bu kararda oligopolistik pazar yapısı rekabetten kaçınmanın bir yolu olarak değerlendirilmemiş, aksine ticaretin rekabet etmeye eğilimli olduğu yönündeki görüş benimsenmiştir (Hay 2000, 117).

Sonuç olarak Komisyon'un hem rekabetçi hem de antirekabetçi etkilere sahip eylemlerin değerlendirmesinde öncelikle pazarın yapısına bakması gerekmektedir. Örneğin, teşebbüs sayısının çok ve girişlerin kolay olduğu bir pazarda taşıma maliyetlerine ilişkin bir rehberin yayınlanmasının ve uygulanmasının, teşebbüsler arasında bir fiyat anlaşmasına yol açması oldukça zordur. Aksine, teşebbüs sayısının az olduğu ve özellikle girişlerin zor olduğu bir pazarda bu tür bir uygulama teşebbüsler arasında bir anlaşma olduğuna ilişkin iddiayı destekleyebilecek niteliktedir. Ancak teşebbüslerin aralarında bir anlaşma olmaksızın bağımsız olarak kolaylaştırıcı eylemlerde buldukları ve özellikle bu eylemleri gerçekleştirmek için geçerli gerekçeleri olduğu durumlarda bu eylemlere müdahale etmek oldukça zordur. FTC Kanunu'nun 5 inci maddesi de bu konuda Komisyon tarafından etkin olarak uygulanabilmiş değildir.

BÖLÜM 4

AT HUKUKU

Oligopolistik pazarlarda faaliyet gösteren oyuncuların birbirlerine olan bağımlılıkları neticesinde oluşan zayıf ekonomik performans sorununun sadece Amerikan ekonomisine ve piyasalarına özgü olmaması nedeniyle, AT Antlaşmasının rekabet kurallarına ilişkin olan maddeleri, teşebbüsler arasında birlikteliğin veya irade uyuşmasının olabileceği her türlü ihtimali kapsayacak şekilde düzenlenmeye çalışılmıştır. Rekabeti sınırlama amacı ya da etkisi olan “anlaşma”, “uyumlu eylem” ve “teşebbüs birliği kararları”nın yasaklandığı AT Antlaşmasının 81 inci maddesinin uygulamasında, anlaşma ve özellikle uyumlu eylem kavramlarının oligopolistik pazarlardaki paralel davranışlarla mücadelede etkin biçimde kullanılıp kullanılmayacağı hususu önemli tartışmalara neden olmuştur. Bu arada, oligopolistik pazarlarda faaliyet gösteren teşebbüslerin birbirlerine olan bağımlılıkları neticesinde toplu olarak “hakim durum” a gelebilmelerinin mümkün olabileceği tartışılmaya başlanmıştır. Böylece oligopolistik pazarlarda birleşme ya da devralmalar neticesinde gerçekleşebilecek yapısal değişikliklere 4064/89 sayılı Teşebbüslerarası Yoğunlaşmaların Denetimi Hakkındaki Tüzük (Birleşmeler Tüzüğü) vasıtasıyla, bu tür pazarlardaki teşebbüslerin eylemlerine ise AT Antlaşmasının 82 nci maddesi vasıtasıyla müdahale edilebilmesi gündeme gelmiştir. Oligopolistik pazarlarda gözlenen bilinçli paralelliklerle mücadelede Komisyon tarafından ilk önce uyumlu eylem kavramı uygulanmaya çalışılmış, ancak ABD’de olduğu gibi uygulamada sınırlı bir başarı elde edilebilmiştir. Daha sonra “birlikte hakim durum” kavramı, 82 nci madde ve Birleşmeler Tüzüğü bakımından uygulanmaya başlanmıştır. Topluluk Rekabet Hukuku’na ilişkin açıklamalar da bu sıraya uygun olarak yapılacaktır.

4.1. UYUMLU EYLEM

Birden fazla teşebbüsün birbiriyle uyumlu ve koordineli davranışlarla rekabeti sınırlamalarını (birliktelik) yasaklayan 81 inci maddede öngörülen

temel düzenleme olan “anlaşma” oldukça geniş biçimde yorumlanmaktadır. Hukuken bağlayıcı nitelikteki yazılı ya da sözlü anlaşmaların yanısıra herhangi bir bağlayıcılığı olmayan centilmenlik anlaşmaları da Topluluk Rekabet Hukuku’nda “anlaşma” tanımı içerisine girmektedir. Bir anlaşmadan bahsedebilmek için teşebbüsler arasında kurulan birlikteliğin niteliği veya şekli önem taşımamaktadır. Teşebbüslerin iradelerinin bir şekilde uyuşması yeterli görülmektedir. Anlaşma kavramı olabildiğince geniş biçimde tanımlanmasına rağmen, rekabeti sınırlayıcı nitelikteki bazı davranış biçimlerinin anlaşma olarak değerlendirilmesinin mümkün olmadığı durumlarda bu davranışların da yasaklanabilmesini sağlamak üzere 81 inci maddeye “uyumlu eylem” kavramı dahil edilmiştir (Soames 1996, 25).

AT Antlaşmasında “uyumlu eylem”in tanımına ve uygulamasına ilişkin olarak herhangi bir açıklama yapılmamış olması nedeniyle, uyumlu eylemin kavramsal çerçevesi Komisyon ve mahkeme kararlarıyla şekillenmiştir. Uyumlu eylem kavramının ağırlıklı olarak kullanıldığı ilk karar olan Dyestuffs kararındaki uyumlu eylem tanımı genel olarak benimsenmiş ve daha sonraki kararlara temel teşkil etmiştir. Söz konusu davada Komisyon, Topluluğun değişik ülkelerinde faaliyet gösteren analin dyestuffs üreticilerinin 1964, 1965 ve 1967 yılları içerisinde birbirlerine çok yakın tarihlerde yaptıkları fiyat artışlarını incelemiş ve bu artışların uyumlu eylem neticesinde gerçekleştirildiğine karar vermiştir²². Komisyon bu sonuca varırken, paralel biçimde fiyat artışı yapan üretici teşebbüslerin farklı niteliklere sahip olmalarını ve yine birbirinden farklı özelliklere sahip ulusal pazarlarda faaliyet göstermelerini öncelikle gözönünde bulundurmuştur. Komisyon ayrıca üretici teşebbüslerin fiyat artışına ilişkin yavru şirketlerine ve temsilcilerine gönderdikleri talimatların da benzerlik göstermesinin üreticiler arasında uyumlu eylem olduğu görüşünü desteklediğini belirtmiştir. Paralel fiyat artışlarının pazarın oligopolistik yapısından ve fiyat liderliğinden kaynaklandığı ve aralarında uyumlu eylem olmadığı yolundaki tarafların savunması Komisyon tarafından kabul edilmeyerek, ulusal pazarlardaki söz konusu fiyat artışlarının ancak bir uyumlu eylem neticesinde gerçekleşebileceği sonucuna varılmıştır.

ATAD Komisyon’un Dyestuffs kararını onaylamış ve uyumlu eylemi “Rekabet riskine karşı teşebbüsler arasında bilinçli olarak pratik işbirliği

²² 1964 yılındaki %15 oranındaki ilk fiyat artışı, CIBA Italy tarafından başlatılmış ve Almanya dışındaki diğer ülkelerdeki üreticiler tarafından iki hafta içerisinde izlenmiştir. Almanya bu fiyat artışını bir yıl sonra gerçekleştirmiştir. 1964 yılında fiyatları artırılmayan ürünlerin fiyatları 1965 yılında artırılmıştır. %10 oranındaki bu ikinci fiyat artışını ilk olarak Alman üretici Basf açıklamış ve fiyat kontrolünün olduğu Fransa ile ekonomik durgunluk içerisindeki İtalya’daki üreticiler dışında tüm üreticiler bu fiyat artışını benimsemişler ve gerçekleştirmişlerdir. Son fiyat artışı ise bütün üreticilerin katıldığı bir toplantının ardından gerçekleştirilmiş ve genel artış oranı olarak %8 benimsenmiştir. İkinci fiyat artışını yapmayan Fransız üreticiler için bu oran %12 olurken, İtalyan üreticiler bu fiyat artışına da katılmamışlardır.

oluşturan, ancak anlaşma düzeyine ulaşmamış koordinasyon biçimi” olarak tanımlamıştır. İlk bakışta oligopolistik pazarlarda gözlenen bilinçli paralelliklerin bu tanım içerisine girebileceğini düşünmek mümkündür (Alese 1999, 380). Ancak aynı kararda ATAD, bilinçli paralelliklerin tek başına uyumlu eylem olarak değerlendirilemeyeceği yönündeki yaklaşımını şu şekilde ifade etmiştir:

“Paralel davranış tek başına uyumlu eylem olarak tanımlanamasa da, şayet ürünün yapısı, teşebbüslerin sayısı ve büyüklükleri ile pazarın büyüklüğü dikkate alındığında pazarda gözlenen paralellikler pazarın normal koşullarına benzemeyen rekabet koşullarına yol açıyorsa, bu paralellikler uyumlu eylemin önemli bir delili olarak kabul edilebilir.”

ATAD, kararında ayrıca teşebbüslerin fiyatlarını arttırırken rakiplerinin mevcut ya da gelecekteki davranışlarını gözönünde bulundurmalarının ihlal olmadığını belirtmek suretiyle bilinçli paralellikleri uyumlu eylem kapsamı dışında bırakmıştır. Ancak teşebbüslerin fiyat artışlarına ilişkin ortak bir davranış biçimi oluşturmaya ya da pazardaki belirsizlikleri yoketmeye yönelik işbirliği içerisine girmelerinin de yasak olduğu özellikle belirtilmiştir.

Pazarda uyumlu eylem olup olmadığı hususunun ancak sözkonusu pazarın detaylı bir biçimde analiz edilmesi suretiyle açıklığa kavuşturulabileceğini belirten ATAD, ulusal pazarlarda gözlenen sözkonusu yeknesak fiyat artışlarını dyestuffs üreticilerinin uyumlu eylem olmaksızın gerçekleştirmelerinin mümkün olmadığını sonucuna varmıştır²³.

Teşebbüslerce gerçekleştirilen ileriye dönük fiyat açıklamalarına ilişkin ATAD’ın Dyestuffs kararındaki yaklaşımı daha sonraki kararlarda önemli değişikliklere uğramıştır. Bu kararda, 1965 ve 1967 yıllarındaki fiyat artışlarında üreticilerden Basf ve Geighy’nin fiyat artışlarını önceden duyurmak suretiyle pazardaki belirsizlikleri yok ettikleri ve birbirlerinin reaksiyonlarını izleme ve kendilerini buna göre ayarlama imkanı elde ettikleri ifade edilmiştir. Gerven ve Varona (1994, 590)’nın da belirttiği gibi, oldukça genel nitelikteki bu yaklaşımdan, eşzamanlı olmasalar dahi ileriye dönük fiyat açıklamalarının ATAD tarafından ihlal olarak nitelendirildiği izlenimi elde edilmektedir.

Uyumlu eyleme ilişkin olarak Dyestuffs’dan sonraki ikinci önemli karar Suiker Unie kararıdır. Komisyon, şeker üreticilerinin ülkeler arası ticareti

²³ İlgili pazarın detaylı bir biçimde analiz edilmesi gerektiğini belirtmesine rağmen ATAD’ın Dyestuffs kararında yeterli bir analiz yapmadan teşebbüsler arasında uyumlu eylem olduğu sonucuna vardığı bir çok yazar tarafından dile getirilmiştir (Gerven ve Varona 1994, 590; Soames 1996, 25; Stroux 2000, 14). Bunların içinde daha sonra Wood Pulp II davasının raportör yargıçlığını yapacak olan Profesör Joliet’in 1974 yılında yazdığı makale oldukça önemlidir. Bu makalede Dyestuffs kararına ilişkin Profesör Joliet’in belirttiği bir çok husus daha sonra ATAD’ın Wood Pulp II kararına yön vermiştir.

engellemek amacıyla uyumlu eylem halinde olduklarını ileri sürmüştür²⁴. Şeker üreticileri, paralel davranışların “ortak bir plan”a dayalı olmadığı ve dolayısıyla aralarında uyumlu eylem olduğundan bahsedilemeyeceği şeklinde bir savunma getirmişlerdir. Dyestuffs kararındaki uyumlu eylem tanımı üzerinden giden ATAD, bu tanımda geçen “işbirliği” ve “koordinasyon” kavramlarının teşebbüslerin “ortak bir plan”ı yürütüyor olmalarını gerekli kılmadığını belirtmiştir. Üreticilerin belirsizlikleri yoketmeye yönelik olarak iletişim halinde olduklarını ortaya koyan belgelerden uyumlu eylemin var olduğu sonucuna kolaylıkla varılmasına rağmen Suiker Unie kararında, uyumlu eylemin kavramsal çerçevesine ilişkin olarak önemli açıklamalarda bulunulmuştur. Kararda Rekabet Hukuku açısından, piyasalarda faaliyet gösteren teşebbüslerin uygulayacakları politikaları belirlerken bağımsız hareket etmeleri gerektiğine işaret edildikten sonra, “bağımsız hareket etme zorunluluğu”nun teşebbüslerin, rakiplerinin mevcut ya da gelecekteki davranışlarına kendilerini akıllıca adapte etmeleri hakkına halel getirmeyeceği ifade edilmiştir. Ancak hemen ardından, amacı ya da etkisi rakiplerin davranışlarını etkilemek ya da kendi davranışını rakiplerine ifşa etmek olan teşebbüsler arası “doğrudan ya da dolaylı bir iletişim” tespit edilmesi durumunda hukuk dışı bir uyumlu eylemin sözkonusu olacağı belirtilmiştir.

ATAD’ın Dyestuffs ve Suiker Unie kararları ışığında uyumlu eylemin oluşabilmesi için gerekli unsurları şu şekilde belirtmek mümkündür (Soames 1996, 27; Stevens 1995, 64): (i) Teşebbüsler arasında koordinasyon ya da pratik işbirliği olmalıdır. (ii) Bu koordinasyon ya da işbirliği teşebbüsler arasında kurulan doğrudan ya da dolaylı bir iletişim neticesinde gerçekleşmelidir. (iii) Bu iletişimin amacı, rakiplerin davranışlarına ilişkin belirsizlikleri yok etmek veya teşebbüslerin ticari davranışlarını etkilemek olmalıdır.

Uyumlu eylemin kavramsal çerçevesini çizen ilk kararlar olan Dyestuffs ve Suiker Unie kararlarının ardından, oligopolistik bağımlılık neticesinde oluşan bilinçli paralelliklerin bu çerçeve içerisinde yer almadığı yönünde bir yaklaşım ön plana çıksa da, sözkonusu kararlarda özellikle “dolaylı iletişim” gibi soyut bir terime yer verilmiş olması nedeniyle, bu konu tam olarak netliğe kavuşturulamamıştır²⁵. Sözkonusu belirsizlikler uyumlu eyleme ilişkin Topluluk

²⁴ Dava konusu olan uyumlu eylemlerden birisi Belçikalı üretici Raffinerie Tirlemontoise (RT) ile Hollandalı üreticiler Suiker Unie (SU) ve Centrale Suiker Maatschappij (CSM) arasında gerçekleşmiştir. Belçikalı üretici RT Hollanda’ya doğrudan şeker ihracatı yapmaktan imtina ederek bu ülkeye yapacağı satışları Hollanda’lı iki üretici üzerinden yapmayı tercih etmektedir. Böylece Hollanda’daki rekabet engellenmiş ve tüketicilerin tercih hakları sınırlanmıştır.

²⁵ Bu konuda yazarlar arasında da bir görüş birliği oluşmuş değildir. Gerven ve Varona (1994, 591), Suiker Unie kararında geçen “dolaylı iletişim” ibaresinin ileriye dönük fiyat açıklaması ya da fiyat liderliği gibi rasyonel davranış biçimlerinin 81(1) madde kapsamında değerlendirilmesi tehlikesini gündeme getirdiğini belirtmiştir. Benzer biçimde, Stevens (1995, 64) da “dolaylı iletişim”in geniş yorumlanması halinde ileriye dönük fiyat açıklamalarının rakiplere yapılan fiyat

Rekabet Hukuku'ndaki en önemli karar olan Wood Pulp II kararıyla açıklığa kavuşturulmuştur.

Kağıt hamuru pazarına ilişkin olarak 1977 yılında başlattığı incelemeler neticesinde Komisyon 1984 yılında almış olduğu kararda, 41 adet kağıt hamuru üreticisinin ve iki birliğin 1975-1981 yılları arasında uyumlu eylem içerisinde olduklarına karar vermiştir. Kağıt hamuru üreticileri 3 aylık satış fiyatlarını birkaç hafta öncesinden piyasaya açıklamaktadırlar. Kararda Komisyon ileriye dönük olarak yapılan bu fiyat açıklamalarını üreticilerin eşzamanlı olarak yaptıklarına ve açıklanan fiyatların aynı olduğuna dikkat çekmiştir. Kararda, farklı ülkelerde faaliyet gösteren ve dolayısıyla üretim maliyetleri birbirinden farklı olan kağıt hamuru üreticilerinin uzun yıllardır sağlamış oldukları fiyat paralelliklerini oligopolistik pazarlarda gözlenen bilinçli paralellik ile açıklamanın mümkün olmadığı belirtilmiştir. Üreticiler arasında toplantılar yapıldığına ilişkin belgelerin yer aldığı kararda ayrıca, ileriye dönük olarak fiyatların açıklanması ve özellikle açıklanan bu fiyatların tamamının ABD Doları cinsinden olması neticesinde pazarın yapay olarak şeffaf hale getirildiği ileri sürülmüş ve bu fiyat açıklamaları dolaylı bir iletişim olarak değerlendirilmiştir. Sonuç olarak Komisyon, bilgi değişimi olmadan kağıt hamuru üreticilerinin fiyatlarda paralellik sağlamalarının mümkün olmadığı görüşünden hareketle, üreticiler arasında toplantılar yapıldığına ilişkin belgeleri de gözönünde bulundurarak, uyumlu eylemin olduğuna karar vermiştir.

Komisyonun bu kararına karşı kağıt hamuru üreticilerinin büyük çoğunluğu kararın iptali istemiyle ATAD'a başvurmuşlardır. ATAD kararını vermeden önce kağıt hamuru pazarını uzman ekonomistlere incelettirerek, pazardaki mevcut paralel fiyatların pazarın yapısından kaynaklanıp kaynaklanamayacağı hususunda bir rapor hazırlattırmıştır.

Teşebbüs sayısı fazla olmasına rağmen, kağıt hamuru pazarı, uzman raporunda, az sayıda kağıt hamuru üreticisi ile az sayıda kağıt üreticisinin belli bir kağıt hamuru çeşidinin ticaretinde yoğunlaştığı oligopolistik bir pazar olarak nitelendirilmiştir. Uzmanlar kağıt hamuru pazarının yapay bir biçimde şeffaf hale getirildiği yönündeki Komisyon tespitine de katılmamışlar ve pazardaki bu

sinyalizasyonu olarak görülüp uyumlu eylem olarak değerlendirilebileceğine işaret etmiştir. Sanlı (1999, 81) ise uyumlu eylem olabilmesi için paralel davranışların ortak bir planın yürütülmesi neticesinde oluşmasının gerekli olmadığı yönünde ortaya konulan yaklaşımla, uyumlu eylem ile bilinçli paralellik kavramlarının birbirlerine oldukça yaklaştırıldığını belirtmiştir. Whish ve Sufrin (1993, 484) ise bu iki karardaki uyumlu eylem tanımının bilinçli paralelligi ve fiyat liderliğini içerdiği yönündeki değerlendirmelere katılmamaktadır. Stroux (2000, 15) ve Alesse (1999, 381-382) de bu kararlar ışığında, oligopolistik pazarlarda gözlenen bilinçli paralelliklerin uyumlu eylem kavramı içerisinde olmadığı yönünde değerlendirme yapmışlardır.

şeffaflığın pazar koşullarının doğal sonucu olduğunu belirtmişlerdir²⁶. Kağıt hamurunda yapılacak fiyat artışlarını önceden açıklama uygulamasının, planlama faaliyetlerini kolaylaştırmak isteyen kağıt üreticileri tarafından talep edildiğinin belirtildiği raporda ayrıca, bu fiyatların ABD Doları cinsinden açıklanması uygulamasının da fiyat karşılaştırması yapmak isteyen kağıt üreticilerinin bir talebi olduğu ifade edilmiştir. Sonuç olarak uzmanlar, pazarın oligopolistik yapısının şeffaflıkla birleşmesi neticesinde kağıt hamuru fiyatlarının pazardaki değişimlere tepki göstermesinin yavaşladığını ve böylelikle paralel fiyatların oluştuğunu belirtmişlerdir.

Kağıt hamuru pazarına ilişkin olarak uzmanlarca hazırlanan rapordaki görüşlere katılan ATAD, pazarın yapısından kaynaklanan doğal nedenlerle pazarın şeffaf hale geldiğini, şeffaflığın ve oligopolistik bağımlılığın pazardaki paralel fiyat hareketlerini açıklamaya yeterli olduğunu belirtmiş ve Komisyon'un kararının büyük bir kısmını iptal etmiştir. Üreticiler arasında toplantılar ve bilgi değişimi yapıldığına ilişkin olarak Komisyon'un kararında yer verilen telekslerin ve dökümanların ATAD tarafından değerlendiriliş biçimi de Komisyon'un kararının bozulmasında etkili olmuştur: Komisyon bu belgelerin sadece belgelerde belirtilen dönem ve teşebbüslerle ilgili olmadığını, aksine tüm teşebbüslerle ve paralelliğin olduğu tüm dönemle ilgili olduğunu ileri sürmüştür. Ancak ATAD bu şekilde geniş bir yorumun mümkün olmadığını belirtmiş ve sözkonusu belgeleri değerlendirme dışı bırakmıştır²⁷. Dolayısıyla Komisyon'un uyumlu eylem iddiasını dayandırabileceği tek husus olarak geriye, açıklanan fiyatlardaki paralellikler kalmıştır. Bu noktada ATAD paralelliğin, başka bir mantıklı açıklaması olmadığı takdirde ancak uyumlu eyleme dayanak oluşturabileceğini belirtmiş ve paralelliğin tek başına uyumlu eylemi ispatlayamayacağı yönündeki görüşünü devam ettirmiştir.

İleriye dönük olarak yapılan fiyat açıklamalarına ilişkin ATAD'ın Wood Pulp II kararındaki tutumu daha önceki kararlarından önemli ölçüde farklılık arz etmektedir. Dyestuffs kararında, ileriye dönük olarak yapılan fiyat

²⁶ Uzman raporunda pazarı şeffaf hale getiren doğal nedenler arasında; (i) en uygun koşullarla mal almak isteyen ve genellikle birden fazla kağıt hamuru üreticisi ile temas halinde olan kağıt üreticilerinin, kağıt hamuru üreticilerinin fiyatlarını birbirlerine aktarmaları, (ii) bazı kağıt hamuru üreticilerinin aynı zamanda kağıt da üretmeleri sebebiyle diğer kağıt hamuru üreticilerinin fiyatlarını takip etmek zorunda olmaları, (iii) kağıt hamuru üreticilerinin pazarda ortak acenta kullanmaları ve pazarda aktif bir ticari gazetenin faaliyet gösteriyor olması sayılmıştır.

²⁷ Uyumlu eylem davalarında ikincil delillerin değerlendiriliş biçimine ilişkin olarak ATAD Dyestuffs kararında "Uyumlu eylem olup olmadığı hususunun tespiti ancak dava konusu olan kararın dayandığı delillerin birbirlerinden izole edilmeden bir bütün olarak değerlendirilmesi suretiyle yapılabilir" ifadesini kullanmasına rağmen, Wood Pulp II kararında bunun tam aksine teleks ve diğer dökümanları teker teker değerlendirme yolunu seçmiştir. Delillerin teker teker incelenmesinin kartel davranışlarının ispatlanmasında ikincil delillerin etkinliğini azalttığının farkında olan ABD mahkemelerinde, Continental Ore kararında olduğu gibi, delillerin bölümlerine ayrılmadan bir bütün olarak değerlendirilmesinin uygun olacağı görüşü hakimdir.

açıklamaları vasıtasıyla teşebbüslerin birbirlerini izleme fırsatı elde ettikleri ve böylece rakiplerin davranışlarına ilişkin belirsizliklerin bertaraf edilebildiği ileri sürülürken; Wood Pulp II kararında ileriye dönük fiyat açıklamalarının rakiplerin davranışlarına ilişkin belirsizlikleri azaltmadığı ifade edilmiştir. ATAD'ın Wood Pulp kararındaki bu yaklaşımından ileriye dönük fiyat açıklamalarının ve fiyat sinyalizasyonunun hiç bir zaman uyumlu eylem konusu yapılamayacağı sonucu çıkarılmamalıdır. Zira, fiyat açıklamalarının piyasalardaki belirsizlikleri azaltarak paralel fiyatlandırmayı kolaylaştırdığı genel olarak ekonomi ve Rekabet Hukuku literatüründe kabul edilmektedir (Gerven ve Varona 1994, 594). Dolayısıyla ileriye dönük fiyat açıklamalarının değerlendirmesinin ilgili pazarın yapısı gözönünde bulundurularak yapılması uygun olacaktır. Wood Pulp II kararında olduğu gibi teşebbüsler bu tür fiyat açıklamalarının kanuni ve ekonomik gerekçesini ortaya koymaları durumunda, fiyat sinyalizasyonundan ve dolayısıyla uyumlu eylemden bahsetmek güçleşecektir²⁸. Aksine, teşebbüslerin geçerli bir hukuki ve ekonomik gerekçe ortaya koyamadıkları durumlarda, ileriye dönük fiyat açıklamaları teşebbüsler arası dolaylı bir iletişim olarak değerlendirilip uyumlu eylemin varolduğuna hükmedilebilecektir.

Oligopolistik pazarlarda gözlenen bilinçli paralelliklerin uyumlu eylem olarak değerlendirilemeyeceği ATAD'ın Wood Pulp II kararındaki yaklaşımıyla açıkça ortaya konulmuştur. ATAD Komisyon kararının büyük bir kısmını iptal etmesine rağmen, uyumlu eylemin doğrudan deliller olmaksızın sadece ekonomik delillerle de ispatlanabileceği yönündeki Komisyon'un tutumunu onaylamış durumdadır. Ancak, bu konuda Komisyon'un ispat yükümlülüğü oldukça ağırdır (Whish ve Sufirin 1993, 485). Komisyonun sadece paralel davranışın varlığını göstermesi uyumlu eylemin ispatı için yeterli değildir. Paralel davranışın tek mantıklı açıklamasının uyumlu eylem olduğunun gösterilmesi gerekmektedir²⁹. Paralel davranışın pazar koşullarıyla açıklanamadığının Komisyon tarafından ispatlanabildiği durumda ancak ispat yükümlülüğü yer değiştirebilir. Böyle bir durumda uyumlu eylem halinde oldukları iddiası ile karşı karşıya olan teşebbüsler, pazarda gözlenen paralel

²⁸ Bu konuda Gerven ve Varona (1994, 593), başka bir pazar için hammadde üreten bir teşebbüsün kendi müşterilerine ileriye dönük olarak yapacağı fiyat açıklamalarının yasaklanmasının yerinde olmayacağını belirtmektedir. Benzer biçimde Joliet de müşterilere yapılan fiyat açıklamalarının kesinlikle uyumlu eylem olarak sayılmaması gerektiğini ileri sürmektedir (Gerven ve Varona 1994, 593-594). Ancak Korah (1997, 52) bazı durumlarda müşterilere ve basına yapılan fiyat açıklamalarının dolaylı iletişim biçimi sayılabileceği görüşündedir.

²⁹ Stevens (1995, 76-77), paralel davranışların değerlendirilmesinde ispat yükümlülüğüne ilişkin ABD ve AT Rekabet Hukuku uygulamalarının birbirine yakın olduğu görüşündedir.

davranışların uyumlu eylem dışında başka alternatif açıklamalarının olduğunu göstermeleri halinde sorumluluktan kurtulabileceklerdir³⁰.

Oligopolistik pazarlardaki teşebbüslerin birbirlerine olan karşılıklı bağımlılıkları neticesinde oluşan zayıf ekonomik performansla mücadelede “uyumlu eylem”in etkin biçimde uygulamaya sokulamaması, dikkatlerin AT Antlaşması’nın rekabet kurallarına ilişkin diğer maddesi olan 82 nci maddeye yönelmesine neden olmuştur.

4.2. BİRLİKTE HAKİM DURUMUN KÖTÜYE KULLANILMASI

Rakiplerine oranla belirli bir pazar gücüne sahip olan hakim durumdaki teşebbüslerin bu güçlerini kötüye kullanmalarını yasaklayan AT Antlaşması’nın 82 nci maddesindeki genel yasaklama şu şekilde ifade edilmiştir:

Bir veya birden fazla teşebbüsün Ortak Pazar veya onun önemli bir bölümünde hakim durumlarını kötüye kullanmaları ülkeler arasındaki ticareti etkilediği ölçüde Ortak Pazar’la bağdaşamaz ve yasaktır.

AT Antlaşmasında hakim durumun tanımı yer almaması nedeniyle, hakim durumun koşulları ve kavramsal çerçevesi Komisyon ve Mahkeme kararlarıyla şekillenmiştir. Genel olarak kabul gören tanıma göre, “bir teşebbüs sahip olduğu ekonomik güç sayesinde, rakiplerini, sağlayıcılarını, müşterilerini ve tüketicileri dikkate almaksızın ilgili pazarda bağımsız olarak kararlarını alabiliyorsa bu teşebbüs hakim durumdadır.”

82 nci maddede açıkça “bir veya birden fazla teşebbüs” ibaresi yer almasına rağmen, birden fazla teşebbüsün pazarda hakim durumlarını kötüye kullanıp kullanamayacakları ve özellikle teşebbüslerden hiçbirinin tek başına hakim durumda olmadığı oligopolistik pazarlara bu maddenin uygulanıp uygulanama-yacağı hususu uzunca bir süre belirsizliğini korumuştur. Komisyon,

³⁰ Paralel davranışların nedeni olarak teşebbüslerce ileri sürülen en yaygın alternatif açıklama doğal olarak, faaliyet gösterdikleri pazarın oligopolistik yapıda olduğu ve bu yapıdan dolayı aralarında bir bağımlılık oluştuğudur. ATAD’a düşen görev bu açıklamanın piyasadaki mevcut durumu yansıtıp yansıtmadığını tespit etmektir. Oligopolistik bağımlılık savunması, ATAD tarafından Wood Pulp II kararında kabul edilirken, Dyestuffs kararında bu savunma yeterince analiz edilmeden uyumlu eylem olduğu yönünde karar verilmiştir. Profesör Joliet Dyestuffs kararını bu açıdan eleştirmekle birlikte, dyestuffs üreticileri arasında oligopolistik bağımlılık olmadığını ve fiyatlardaki paralelliklerin uyumlu eylemden başka açıklamasının olmadığını belirtmiştir (Gerven ve Varona 1994, 602).

Teşebbüsler faaliyet gösterdikleri pazardaki koşulların (talep ya da maliyet değişimleri gibi) paralel davranışlarına neden olduğu yönünde başka bir alternatif açıklama getirebilirler. Ancak, uyumlu eylem olduğu yönünde karar alan Komisyon’un paralel davranışın bu tür bir nedenden kaynaklanmadığını önceden gösterebilmiş olması gerekmektedir.

oligopolistik bağımlılık neticesinde paralel davranış sergileyen teşebbüslerin birlikte hakim duruma geldiklerini ifade ederek 82 nci maddeyi oligopolistik pazarlara uygulama çabası içerisinde olmasına rağmen, İlk Derece Mahkemesi ve ATAD özellikle 1980'lerin sonlarına kadar bu konuda oldukça çekingen davranmışlardır.

Komisyon birlikte hakim durum kavramını ilk olarak, 1973 yılında, 81(1) ve 82 nci maddeleri aynı anda uyguladığı European Sugar Industry kararında gündeme getirmiş ve Hollanda pazarında tüm faaliyetlerini işbirliği içerisinde gerçekleştiren şeker üreticileri Sugar Unie (SU) ile Centrale Suiker Maatschappij (CSM)'nin, Hollanda'ya yapılacak şeker ithalatını önlemek suretiyle birlikte hakim durumlarını kötüye kullandıklarını iddia etmiştir. Ancak temyizde ATAD kötüye kullanma eyleminin ispatlanamadığı gerekçesiyle birlikte hakim durum kavramı üzerinde durmamıştır.

1979 yılındaki Hoffmann-La Roche kararıyla ATAD, 82 nci maddenin birden fazla teşebbüse uygulanamayacağını ve dolayısıyla oligopolistik pazarların bu maddeyle kontrol edilmesinin mümkün olmadığını açık bir biçimde belirtmiştir. 1981 yılındaki Zuchner kararında da ATAD bu görüşünü tekrarlamış ve 81(1) maddede geçen "uyumlu eylem"i iki taraflı davranışlara, 82 nci maddedeki "hakim durumun kötüye kullanılması"nın ise tek taraflı davranışlara uygulanabileceğini belirtmiştir.

1988 yılında nihayet ATAD birden fazla "teşebbüs"e 82 nci maddenin uygulanabileceğine ilişkin Bodson kararını vermiştir. Ancak kararda, böyle bir uygulama olabilmesi için "teşebbüslerin" aynı ekonomik bütünlük içerisinde yer almaları gerektiği ifade edilmiştir. Başka bir ifadeyle, aynı ekonomik bütünlük içerisinde yer alan firmaların birbirleriyle olan ilişkilerine 81(1) inci madde uygulanamamasına rağmen, 82 nci maddenin uygulanabileceği belirtilmiştir³¹. Birlikte hakim durum kavramının dar biçimde tanımlandığı bu yaklaşım esasen ATAD'ın 1972 yılındaki Continental Can ve 1974 yılındaki Commercial Solvents kararlarında da uygulanmıştır³².

Ekonomik bütünlük içerisindeki firmaların eylemlerine 82 nci maddenin uygulanabileceği yönündeki yaklaşım pratikte bir anlam taşımamaktadır.

³¹ Dolayısıyla bu kararda, 81(1) nci ve 82 nci maddelerde geçen "teşebbüs" terimleri arasında bir fark yaratılmış olmaktadır. Buna göre; 81(1) nci maddede geçen "teşebbüs" ile ekonomik bütünlüğün tamamı, 82 nci maddede geçen "teşebbüs" ile ekonomik bütünlük içerisindeki firmalardan herbiri kastedilmektedir.

³² Continental Can kararında, Amerikan kökenli ana şirket Continental Can'ın yavru şirket Europemballage vasıtasıyla, aynı konuda faaliyet gösteren rakip şirket TDV'nin çoğunluk hisselerini satınması kötüye kullanma olarak değerlendirilmiştir. Commercial Solvents kararında ise, etambutol isimli ilacın üretiminde kullanılan hammadde pazarında hakim durumda olan Commercial Solvents'in yavru şirketi Istituto Chemioterapico Italia an Spa (ICI) aracılığıyla Avrupa'ya yaptığı hammadde satışlarını durdurması kötüye kullanma olarak değerlendirilmiştir.

Ekonomik bütünlük içerisinde oldukları belirtilen firmalar pazardaki hakim durumlarını kötüye kullanıyor iseler, bu firmaların her birini “teşebbüs” olarak adlandırıp ihlali de “birlikte hakim durumun kötüye kullanılması” olarak değerlendirmeye gerek yoktur. Zira, ekonomik bütünlük içerisindeki firmaların tamamı “teşebbüs” olarak nitelendirildiği takdirde, “birlikte hakim durum” kavramına gerek olmaksızın, bütünlük içerisindeki firmaların eylemlerinin tamamını 82 nci madde kapsamında değerlendirmek mümkün olacaktır (Whish ve Sufrin 1992, 66). Böylece 82 nci maddede geçen “teşebbüs” kavramına 81(1) nci maddedeki “teşebbüs” kavramından farklı bir anlam yüklemek zorunda da kalınmayacaktır.

Hoffmann-La Roche ve Zuchner kararlarındaki yaklaşımlardan farklı olarak İlk Derece Mahkemesi, 1989 yılındaki Ahmed Saeed ve 1990 yılındaki Tetra Pak I kararlarında, 81(1) ve 82 nci maddelerin aynı anda uygulanabileceğini belirtmesine rağmen, “birlikte hakim durumun kötüye kullanılması” hususu ancak Italian Flat Glass davasında açıkça ortaya konulmuştur.

Komisyon Italian Flat Glass kararında, dar oligopol olarak nitelendirdiği İtalya düz cam pazarının %80’ini elinde bulunduran üç üreticinin 81(1) ve 82 nci maddeleri ihlal ettikleri sonucuna varmıştır. Kararda, cam üreticilerinin ülkeler arası ticareti engelledikleri, satış fiyatlarını ve kotalarını birlikte belirledikleri gerekçesiyle 81(1) nci maddeyi, birlikte hakim durumlarını kötüye kullandıkları gerekçesiyle de 82 nci maddeyi ihlal ettikleri belirtilmiştir. Birlikte hakim durumun kötüye kullanılması ihlalinin gerekçesi Komisyon kararında şu şekilde ortaya konulmuştur: Oligopolistik bir pazarda faaliyet gösteren ve aralarında önemli ölçüde bağımlılık olan teşebbüsler, 81(1) ihlali olan eylemler sayesinde kendilerini pazarda üç ayrı teşebbüs olarak değil de, tek bir teşebbüs gibi göstermektedirler³³. Böylece, pazardaki diğer teşebbüslerden önemli ölçüde bağımsız hareket edebilme imkanı elde eden üretici teşebbüsler, hem alıcıların alternatif temin kaynaklarından yararlanamamalarına neden olmakta, hem de pazardaki diğer teşebbüslerin gelişmesine engel olmakta ve dolayısıyla birlikte hakim durumlarını kötüye kullanmaktadırlar.

Komisyon’un Italian Flat Glass kararına karşı üç cam üreticisi de temyiz için İlk Derece Mahkemesi’ne başvurmuşlardır. Mahkeme, kararında (SIV kararı), ilk olarak, 81(1) ve 82 nci maddelerde geçen “teşebbüs” terimlerinin aynı anlama geldiğini ve dolayısıyla 82 nci maddenin birden fazla bağımsız

³³ Komisyon, üretici teşebbüslerin pazarda tek bir teşebbüs gibi faaliyet göstermelerinin özellikle, (i) sözkonusu teşebbüslerin İtalya’daki ana cam dağıtıcılarını ortak biçimde kullanmalarından ve (ii) kendi aralarında ürün değişimi gerçekleştirmelerinden kaynaklandığını belirtmiştir. Her iki eylem türü de Komisyon tarafından aynı zamanda 81(1) kapsamında değerlendirilmiştir.

teşebbüse uygulanabileceği hususunu açıklığa kavuşturmuştur³⁴. Kararda “birlikte hakim durum” kavramına ilişkin olarak şu ifadeler yer almıştır:

Prensip olarak iki ya da daha fazla teşebbüsün, aralarındaki **ekonomik bağlantılar** sebebiyle, belirli bir pazarda diğer teşebbüsler karşısında birlikte hakim durumda olmalarına engel bulunmamaktadır. Bu durum örneğin, iki ya da daha fazla teşebbüsün anlaşma veya lisans vasıtasıyla, rakiplerinden, müşterilerden ve tüketicilerden önemli ölçüde bağımsız davranabilme gücünü sağlayan teknolojik liderliğe sahip olmaları halinde sözkonusu olabilir.

Görüldüğü üzere, pazarda diğer teşebbüslerden bağımsız davranabilmelerini sağlayacak biçimde teşebbüsler arasında ekonomik bağlar bulunduğu takdirde birlikte hakim durumdan bahsetmek mümkün olabilecektir. İlk Derece Mahkemesi özellikle anlaşmalar vasıtasıyla birlikte hakim durumun oluşabileceği yönündeki yorumunu, “gemi taşımacılığı konferansı”³⁵ üyeleri arasında akdedilen bazı anlaşmaları 81(1) nci maddenin yasaklamasından grup olarak muaf tutan 4056/86 sayılı Deniz Taşımacılığına İlişkin Konsey Tüzüğüne atıfta bulunarak da desteklemiştir³⁶.

İlk Derece Mahkemesi, SIV kararında birlikte hakim durum kavramının varlığını ilke olarak kabul etse de, Komisyon’un ilgili pazarı yeterince araştırmadığı ve hakim durumun saptanmasında esaslı eksiklikler olduğu gerekçesiyle Komisyon kararının birlikte hakim durumla ilgili bölümlerini iptal etmiştir. Mahkeme, 81(1) nci madde ihlali olan olayların farklı bir açıdan değerlendirilerek bir kez de 82 nci madde ihlalinin ispatı için kullanılmasının yerinde olmadığını belirtmiştir.

İlk Derece Mahkemesi’nin SIV kararından çok kısa bir süre sonra Komisyon birlikte hakim durum kavramını French-West African Shipowners Committees kararında uygulamıştır. Komisyon, Fransa ile 11 Afrika ülkesi arasında gemi taşımacılığı ticareti ile uğraşan teşebbüslerin, kurmuş oldukları

³⁴ Davaya katılan İngiltere Hükümeti, ATAD’ın Bodson kararındaki yaklaşımına dayanarak, sadece aynı ekonomik bütünlük içerisinde yeralan “teşebbüslerin” eylemlerine 82 nci maddenin uygulanabileceğini, bağımsız teşebbüslerin eylemlerine ancak 81(1) nci maddenin uygulanabileceğini ileri sürmüştür. Ancak, bu görüşü reddeden İlk Derece Mahkemesi’nin SIV kararı ile birlikte, “birlikte hakim durum” kavramının Bodson kararındaki dar tanımı terkedilmiş bulunmaktadır.

³⁵ “Gemi taşımacılığı konferansı”, belirli rotalar üzerinde deniz taşımacılığı faaliyeti ile uğraşan teşebbüslerin, aralarında koordinasyon sağlamak amacıyla biraraya gelerek meydana getirdikleri oluşumlardır (Tillotson ve Macculloch 1997, 51).

³⁶ 4056/86 sayılı Tüzüğün 8(2) nci maddesi “Muaf tutulan anlaşmadan yararlanan konferansın eylemlerinin 82 nci maddeye aykırı etkiler doğurması durumunda grup muafiyeti geri alınabilir” şeklindedir. İlk Derece Mahkemesi SIV kararında, konferansın kendisinin tek başına değil, üyelerinin birlikte hakim durumda olduğunu belirterek, birlikte hakim durumun anlaşmalar (grup muafiyeti kapsamında olsa dahi) vasıtasıyla sağlanabileceğini ifade etmiştir. 3976/87 sayılı Hava Taşımacılığına İlişkin Grup Muafiyeti Tüzüğü’nün 7(2) nci maddesinde de aynı düzenleme yeralmaktadır.

komiteler vasıtasıyla gemi taşımacılığı pazarını aralarında paylaştıklarını tespit etmiştir. Buna yönelik olarak teşebbüsler arasında resmi anlaşmalar olması nedeniyle Komisyon 81(1) nci maddenin ihlal edildiği sonucuna varması kolay olmuştur. Ancak Komisyon, 81(1) nci madde ile birlikte 82 nci maddeyi de uygulama yolunu seçmiş ve komite üyelerinin birlikte hakim durumlarını kötüye kullandıkları sonucuna varmıştır.

İlk Derece Mahkemesi'nin SIV kararı ile birlikte 81(1) nci madde ihlali olan bir anlaşmanın varlığının tek başına birlikte hakim durumun kötüye kullanılması anlamına gelemeyeceğinin ortaya çıkması nedeniyle, gemi taşımacılığı pazarındaki teşebbüslerin kendi aralarında kurmuş oldukları ekonomik bağlantılar birlikte hakim durumun kötüye kullanıldığının ispatlanabilmesi bakımından önem kazanmıştır. Buna yönelik olarak Komisyon, komite üyeleri arasında etkin rekabetin tamamen ortadan kaldırılmış olduğunu, sözkonusu teşebbüslerin aynı zamanda Cowac ve Mewac adında iki gemi taşımacılığı konferansına üye olduklarını, piyasaya giriş engellerinin önemli boyutlarda olduğunu ve bunların sonucunda teşebbüslerin pazarda benzer davranışlarda bulduklarını belirtmiştir. Komisyon'un bu kararda esasen 81(1) nci madde ihlali iddiasını destekleyen olayları bir kez de 82 nci madde açısından değerlendirmeye aldığı belirtmek mümkündür (Soames 1996, 37). Ancak, tarafların temyize başvuramaları nedeniyle, Mahkeme Komisyon'un kararına ilişkin bir yorum yapmamış ve birlikte hakim durum konusundaki belirsizlikler devam etmiştir.

Birlikte hakim durumun kötüye kullanılmasına ilişkin olarak bir başka karar ATAD tarafından ön karar usulü çerçevesinde verilen Almelo kararıdır³⁷. Hollanda'da yerel elektrik dağıtıcıları, dağıtımını yaptıkları elektriği sağlayıcı konumundaki teşebbüslerden tedarik etmektedirler. Elektrik sağlayıcıları ile dağıtıcılar arasında Elektrik İşletmeleri Birliği tarafından düzenlenmiş olan model sözleşmeler akdedilmektedir. Bu sözleşmelerde dağıtıcılara tekelden satınalma yükümlülüğü getirilerek dağıtıcıların elektriği başka sağlayıcılardan tedarik etmeleri yasaklanmaktadır. Elektrik dağıtıcısı konumundaki Almelo Belediyesi de sağlayıcısı olan Energiebedrijf Ijsselmij'in bu uygulamasını şikayet etmiştir. Hollanda Temyiz Mahkemesi'nin elektrik sağlayıcılarının birlikte hakim durumlarını kötüye kullanıp kullanmadıkları sorusuna ATAD, "Birlikte hakim durumun varlığından sözedebilmek için teşebbüslerin, pazarda aynı davranışı sergilemelerini sağlayacak şekilde birbirleriyle bağlantılı olmaları gerektiğini" belirtmiştir. Ancak, kararda, elektrik sağlayıcıları ile dağıtıcıları arasında akdedilen model sözleşmelerin sağlayıcıları birlikte hakim duruma

³⁷ Almelo kararı birlikte hakim durumun kötüye kullanılmasına ilişkin olarak ATAD'ın vermiş olduğu ilk karardır.

getirmeye yetecek kadar güçlü bir bağlantı olup olmadığı hususunda bir tespit bulunulmamış, bunun değerlendirilmesi Hollanda mahkemesine bırakılmıştır³⁸.

Teşebbüsler arasındaki bağlantıların, paralel davranmalarını sağlayabilecek güçte olması halinde birlikte hakim durumun varlığından sözedilebileceği yönündeki Almelo kararındaki yaklaşım, birlikte hakim duruma ilişkin belirsizlikleri iyice arttırmıştır. Soames (1996, 34)'e göre, bu karar ışığında, oligopolistik bağımlılığın birlikte hakim durum için gerekli olan “yeterince güçlü bağlantı” şartını sağladığı ve dolayısıyla oligopolistik pazarlarda gözlenen bilinçli paralelliklerin birlikte hakim durumun kötüye kullanılması olarak değerlendirilebileceğini ileri sürmek bile mümkündür.

French-West African Shipowners Committees kararından altı ay sonra Komisyon gemi taşımacılığına ilişkin olarak ikinci kararı olan Cewal kararını almıştır. Komisyon, 4056/86 sayılı grup muafiyeti kapsamında bir gemi taşımacılığı konferansı olan Cewal'in eylemlerine 82 nci maddeyi uygulamıştır. Komisyon, gemi taşımacılığı konferansı anlaşmalarının birlikte hakim durum için gerekli olan ekonomik bağlantıyı oluşturabileceği konusunda SIV kararına; gemi taşımacılığı konferansının bazı eylemlerinin 4056/86 sayılı grup muafiyeti kapsamında olmasının 82 nci maddenin uygulanmasına engel teşkil etmediği hususunda ise Tetra Pak I kararına³⁹ atıfta bulunmuştur. Cewal konferans anlaşmasının birlikte hakim durum için gerekli olan ekonomik bağlantıyı oluşturduğu ifade edilen Komisyon kararında, Cewal'in, faaliyet gösterdiği Kuzey Avrupa-Zaire deniz taşımacılığı rotasında hakim durumda olduğu⁴⁰ ve Cewal üyelerinin hakim durumlarını kötüye kullandıkları⁴¹ sonucuna varılmıştır.

Komisyonun Cewal kararına karşı temyiz başvurusunda bulunulması üzerine İlk Derece Mahkemesi Compagnie Maritime Belge (CMB) kararında Komisyon'un tespitlerine katılmıştır. CMB kararında özellikle, Cewal üyelerinin

³⁸ Ancak Savcı Darmon, birlikte hakim durum için gerekli olan “yeterince güçlü bağlantı” şartını elektrik sağlayıcıları ile dağıtıcıları arasında akdedilen model sözleşmelerin sağlayabileceğini belirtmiştir.

³⁹ Tetra Pak I kararında, “... bireysel ya da grup muafiyeti verilmiş olmasının 82 nci maddenin uygulanmasını engellemeyeceği” belirtilmiştir.

⁴⁰ Zaire limanlarına yapılacak taşıma işlemlerinin tamamının Cewal üyesi olan teşebbüsler üzerinden yapılmasına ilişkin olarak Zaire Deniz Taşımacılığı Müdürlüğü ile Cewal arasında bir anlaşma akdedilmiş olması, Cewal'in Kuzey Avrupa-Zaire deniz taşımacılığı rotasında hakim duruma gelmesini sağlamıştır. Benzer biçimde Zaire Bankası gibi diğer bazı Zaire otoriteleri de bu rota üzerinde yapılacak taşıma işlemlerinin Cewal'e yaptırılması konusunda bazı düzenlemeler getirmişlerdir.

⁴¹ Cewal'e üye olmaksızın Kuzey Avrupa-Zaire deniz taşımacılığı rotasında faaliyet göstermeye başlayan bağımsız bir taşıma şirketi olan G&C Africaline'ı piyasa dışına atabilmek için Cewal üyeleri girişimlerde bulunmuşlardır. Konferans anlaşmasının sayesinde tek bir bütünlük gibi hareket edebilen Cewal üyelerinin bu eylemleri birlikte hakim durumun kötüye kullanılması olarak değerlendirilmiştir.

aynı stratejileri benimsemeleri neticesinde Cewal'in pazarda tek bir bütünlük gibi faaliyetlerini sürdürdüğüne işaret edilmiş ve birlikte hakim durumun kötüye kullanıldığı yönündeki Komisyon kararı onanmıştır. İlk Derece Mahkemesi'nin bu kararı üzerine taraflar temyiz için ATAD'a başvurmuşlardır⁴². Ancak, ATAD da birlikte hakim durumun kötüye kullanılmasına ilişkin İlk Derece Mahkemesinin kararını onanmıştır.

Birlikte hakim durumun kötüye kullanılmasına ilişkin olarak yukarıda yer verilen sınırlı sayıdaki karar, konuyu açıklığa kavuşturmakta oldukça uzaktır. Buna rağmen, sözkonusu kararlardan birlikte hakim durumun kötüye kullanılmasına ilişkin bazı genel ilkeleri çıkarmak mümkün görülmektedir.

Öncelikle, birlikte hakim durumda oldukları belirtilen teşebbüsler arasında, piyasadaki diğer teşebbüsleri gözönünde bulundurmamak zorunda kalmaksızın kendi aralarında paralel bir davranış biçimi sergilemelerini sağlayacak ölçüde "yeterince güçlü ekonomik bağlantılar" tespit edilmesi gerekmektedir. Bu yaklaşım, birlikte hakim durumun kavramsal çerçevesini genel olarak tanımlamak için yeterlidir. Ancak sorun, birlikte hakim durumda olduklarını iddia edebilmek için teşebbüsler arasında tespit edilmesi gereken "yeterince güçlü ekonomik bağlantılar"ın neler olabileceği hususunda yaşanmaktadır.

Teşebbüsler arasında akdedilen anlaşmalar, İlk Derece Mahkemesi tarafından, birlikte hakim durum için gerekli ekonomik bağlantılara örnek olarak verilmiştir. Anlaşmaların ekonomik bağlantı olup olamayacağı hususundaki değerlendirmeleri, anlaşmanın türünü gözönünde bulundurarak yapmak uygun olacaktır⁴³.

İlk olarak, teşebbüsler arasında akdedilen anlaşmanın 81(1) nci madde kapsamında olmadığı durum gözönünde bulundurulduğunda, bu anlaşmayı ekonomik bağlantı olarak değerlendirmek ve tarafların birlikte hakim durumda olduklarını belirtmek mümkündür. Bu tür bir uygulamanın gerçekleştirilebilmesi için herhangi bir engel bulunmamaktadır⁴⁴.

⁴² Bu davanın savcısı olan Fennelly' göre, birlikte hakim durum için gerekli bağlantıların, bir birliğin üyeleri için öngördüğü model koşullar, teşebbüsler arasında çapraz ortaklıklar, ortak yönetimler ve hatta ekonomik sonuçları olan akrabalık ilişkileri ile sağlanabilmesi mümkündür. Savcı, bu bağlantılar sayesinde teşebbüslerin pazarda tek bir teşebbüs gibi davranmaları gerektiği hususunu özellikle vurgulamaktadır.

⁴³ Bu amaca yönelik olarak, teşebbüsler arasındaki anlaşmaları, (i) 81(1) nci madde kapsamında ihlal niteliğinde olmayan anlaşmalar, (ii) 81(1) nci madde kapsamında ihlal niteliğinde olmasına rağmen muafiyetten yararlanabilen anlaşmalar ve (iii) 81(1) nci madde kapsamında olan ve muafiyetten yararlanamayan anlaşmalar şeklinde üç gruba ayırmak mümkündür.

⁴⁴ Örneğin, rakipler arasında ürün standardizasyonu ya da reklam konusunda yapılan ve 81(1) nci madde kapsamında olmayan bir anlaşma, anlaşmanın taraflarının pazardaki diğer teşebbüsleri gözönünde bulundurmaksızın paralel biçimde davranmalarını sağlayabilir. Dolayısıyla, bu tür bir

81(1) nci madde kapsamında olan, ancak muafiyetten yararlanabilecek nitelikteki anlaşmalar da ekonomik bağlantı olarak değerlendirilebilir⁴⁵. Anlaşmanın yararlandığı muafiyetin grup veya bireysel muafiyet olmasına bakılmaksızın, teşebbüslerin birlikte hakim durumda oldukları sonucuna varmak mümkündür.

81(1) nci madde kapsamında olan ve muafiyetten yararlanamayan anlaşmaların birlikte hakim durum için gerekli ekonomik bağlantı şartını sağlayıp sağlayamayacağı hususu netliğe kavuşturulmuş değildir. Kararlarda, 81(1) ve 82 nci maddelerin aynı anda uygulanabileceği belirtilmekle birlikte, 81(1) nci maddeyi ihlal eden teşebbüslerin otomatik olarak birlikte hakim durumda olduklarının ileri sürülemeyeceği de ifade edilmiştir. 81(1) nci madde ihlali olan olayları bir sefer de 82 nci madde kapsamında birlikte hakim durumun ispatlanması amacıyla değerlendirmeye almak mümkün değildir. Dolayısıyla, birlikte hakim durum iddiasında bulunabilmek için 81(1) nci madde ihlali niteliğindeki bir anlaşmanın ispatlanması tek başına yeterli görülmemektedir⁴⁶.

81(1) kapsamında olup muafiyet alması mümkün olmayan anlaşmaların ekonomik bağlantı sayılıp sayılmayacağı hususundaki tartışmalar bir yana, bu tür bir uygulamanın Rekabet Hukuku'na sağlayacağı faydaların sınırlı kalacağını belirtmek gerekmektedir. Zira, amaç rekabeti sınırlayıcı nitelikteki eylemleri mükerrer cezalandırmak olmadığına göre, 81(1) nci madde kapsamında olan anlaşmayı bir kez de 82 nci madde bakımından değerlendirmeye almak çok anlamlı görülmemektedir (Whish ve Sufrin 1992, 73).

Birlikte hakim durum için gerekli olan “ekonomik bağlantı” kavramı, bu kavrama örnek olarak verilen “teşebbüsler arası bir anlaşma”dan daha geniş bir alanı tarif etmektedir. Komisyon’un birlikte hakim durumun kötüye kullanılması kavramını uygulamaya sokmaya çalışmasının nedeni, anlaşma veya uyumlu eylem olmaksızın oligopolistik pazarlarda gözlenen zayıf ekonomik performansın müdahale etme gayretidir. Ancak, oligopolistik bağımlılığın teşebbüsleri birlikte hakim duruma getirmeye yetecek güçte bir ekonomik bağlantı olup olmadığı

anlaşmanın birlikte hakim durum için gerekli olan ekonomik bağlantı şartını yerine getirebilmesi mümkündür.

⁴⁵ İlk Derece Mahkemesi bu tür bir uygulamanın olabileceğini ilk olarak SIV kararında açıkça belirtmiştir. Cewal kararında ise, 4056/86 sayılı grup muafiyeti kapsamında olan bir gemi taşımacılığı konferansı anlaşmasının, konferans üyelerini birlikte hakim duruma getirdiği sonucuna varılmıştır.

⁴⁶ 81(1) nci madde ihlali niteliğindeki anlaşmaların birlikte hakim durum için gerekli olan ekonomik bağlantı sayılıp sayılmayacağı hususunda doktrinde de farklı görüşler bulunmaktadır. Alman doktrini bu tür uygulamayı desteklerken, İngiliz doktrini bu konuda çekingendir (Stroux 2000, 20). Schrödemeier (1990, 29) de, 81(1) nci madde ihlali niteliğindeki anlaşmaların 82 nci maddedeki birlikte hakim durum kapsamında değerlendirilemeyeceğini belirtmiştir.

hususunu netliğe kavuşturulmuş değildir⁴⁷. Savcı Fennelly Cewal davasına ilişkin görüşünde, birlikte hakim durum için gerekli ekonomik bağlantıyı oligopolistik bağımlılığı da kapsayacak şekilde oldukça geniş yorumlamasına rağmen, İlk Derece Mahkemesi'nin ya da ATAD'ın 82 nci madde uygulamasına ilişkin bugüne kadar vermiş oldukları az sayıdaki kararda bu yaklaşımı tamamen benimzediklerini belirtmek mümkün değildir.

Buraya kadar yapılan açıklamalardan da görüleceği üzere, ne 81(1) nci maddedeki "uyumlu eylem" ne de 82 nci maddedeki "birlikte hakim durumun kötüye kullanılması", oligopolistik pazarlara müdahale edebilmenin etkin araçları olabilmışlerdir. Buna karşın, oligopolistik bağımlılık neticesinde oluşan bilinçli paralellikleri önlemek için 4064/89 sayılı Birleşmeler Tüzüğü'nün uygulamaya sokulması gerektiği konusunda genel olarak ekonomistler arasında bir görüş birliği oluşmuş bulunmaktadır (Venit 1998, 1103). Bu görüşten hareketle, "birlikte hakim durumun yaratılması" kavramı çerçevesinde, bilinçli paralelliklerin doğmasına müsait oligopolistik pazar yapılarının birleşmeler sonucunda oluşma ihtimalinin baştan engellenmesi gündeme gelmiştir.

4.3. BİRLEŞME/DEVRALMA YOLUYLA BİRLİKTE HAKİM DURUMUN YARATILMASI

4.3.1. 4064/89 Sayılı Birleşmeler Tüzüğü Uygulaması

Birleşmeler Tüzüğü'nün 2(3) maddesi şu şekilde düzenlenmiştir:

Ortak pazarın tamamında ya da önemli bir bölümünde etkin rekabeti önemli ölçüde azaltacak şekilde hakim durum yaratan ya da güçlendiren yoğunlaşmalar yasaktır .

Birleşme ya da devralma neticesinde birlikte hakim durumun yaratılması ya da güçlendirilmesi hususunda Tüzüğün 2(3) maddesinde herhangi bir hüküm yer almamaktadır. Maddede açık bir biçimde yasaklanan, sadece tek bir teşebbüsü hakim duruma getiren ya da bu durumunu güçlendiren birleşme ya da devralmalardır.

Tüzüğün ilk uygulamaya girdiği yıllarda Komisyon da, Tüzük vasıtasıyla sadece tek bir teşebbüsü hakim duruma getiren ya da bu durumunu güçlendiren birleşme ya da devralmalara müdahale edilebileceği yönünde bir yaklaşım ortaya koymuştur. Bunun neticesinde ilk yıllarda, pazarda tek bir teşebbüsü hakim duruma getirmeyen, ancak pazardaki teşebbüsler arasında koordinasyonu büyük

⁴⁷ Rodger (1994, 18) oligopolistik bağımlılığın birlikte hakim durum için gerekli olan ekonomik bağlantı olarak değerlendirilebileceğini belirtmektedir. Ancak, Briones (1995) ve Stroux (2000, 24), oligopolistik bağımlılığın ekonomik bağlantı olarak değerlendirilemeyeceğini ileri sürmektedirler.

ölçüde kolaylaştırabilecek bazı birleşme ya da devralmalara Komisyon tarafından izin verilmiştir (Stroux 2000, 25).

Birleşme ya da devralmalar neticesinde birden fazla teşebbüsün birlikte hakim duruma gelebileceği görüşü ilk olarak Alcatel/AEG Kabel davasında gündeme gelmiştir. Bu birleşme sonrasında ne yeni oluşan teşebbüs ne de rakipleri Almanya kablo pazarında tek başlarına hakim duruma gelebilecek bir pazar payına sahip olamamalarına rağmen⁴⁸, Alman Federal Kartel Ofisi, bu birleşme neticesinde pazarın kendisine özgü yapısı nedeniyle teşebbüsler arasında bilinçli paralellikler oluşma ihtimalinin artacağı ve birlikte hakim durum yaratılacağı hususunun Komisyon tarafından gözönünde bulundurulmasını talep etmiştir⁴⁹. Ancak, Komisyon Kartel Ofisi'nin bu talebini reddederek birleşmeye izin vermiştir⁵⁰.

Birleşmeler neticesinde birlikte hakim durum yaratılması hususunun tartışıldığı diğer bir karar da Thorn EMI/Virgin Music kararıdır. Dünya'daki beş büyük müzik kayıt şirketinden biri olan Thorn rakip şirket Virgin'i devralmak istemektedir. Bu devralma neticesinde pazarda zaten yüksek olan yoğunlaşma iyice artacaktır⁵¹. Pazarın yapısı incelendiğinde ise, hem teşebbüslerin bilinçli paralellik içerisine girmelerine neden olabilecek, hem de bu tür paralellikleri engelleyecek özelliklerin birarada olduğu tespit edilmiştir⁵². Komisyon yaptığı değerlendirme sonucunda, sözkonusu devralma neticesinde birlikte hakim durum oluşmadığı yönünde karar vermiştir.

⁴⁸ Birleşme sonrasında oluşan yeni teşebbüsün Alman pazarındaki toplam payı %25'e ulaşırken, pazardaki diğer iki önemli rakibin (Siemens ve Felten&Guileau) payları %23 ve %10 seviyesindedir. Pazarın kalan kısmında ise çok sayıda küçük teşebbüs faaliyet göstermektedir.

⁴⁹ Kartel Ofisi, birleşme sonucunda birlikte hakim durum oluşacağı yönündeki iddiasını dile getirirken, pazarda kullanılan eski tip teknolojinin değişim göstermemesine, talebin durağan, ilgili ürünün standart nitelikte ve pazarın şeffaf olmasına işaret etmiştir.

⁵⁰ Komisyon'un bu sonuca varmasında özellikle, son 10 yıl içerisinde fiyatların %20 oranında gerilemiş olması ve alıcı konumundaki teşebbüslerin önemli pazarlık gücüne sahip olmaları etkili olmuştur.

⁵¹ Devralma sonrasında Thorn EMI/Virgin Music'in toplam pazar payı %21'e ulaşabilmektedir. Pazardaki ilk beş büyük teşebbüsün pazar payları toplamı, Topluluk çapında %77'den %83'e, üye ülkeler bazında ise %70-80'den %70-95'e çıkacaktır.

⁵² Birlikte hakim durum oluşacağı yönündeki görüşü destekleyen pazar özellikleri şunlardır: (i) Pazara giriş engellerinin bulunması ve geçmişte az sayıda teşebbüsün pazara girmiş olması, (ii) Pazardaki beş büyük teşebbüs arasında özellikle dağıtım ve pazarlama konusunda işbirliğinin sağlanmış olması ve (iii) Fiyat rekabetinin sınırlı bir seviyede kalması. Tersine, birlikte hakim durumun oluşmasını engelleyebilecek nitelikteki pazar özellikleri ise şunlardır: (i) İlgili ürün olan "müzik kayıtları"nın heterojen bir yapıda olması ve ürün ömrünün çok kısa olması, (ii) Müşteri tercihlerindeki değişimlerin çok hızlı bir şekilde gerçekleşmesi, (iii) Müşteri bağımlılığının pazardaki teşebbüslerden ziyade teşebbüslerin anaştıkları sanatçılara olması, (iv) Talepteki artış ve (v) Pazarın geçmişte rekabetçi olmayan bir görüntü sergilememiş olması.

Birlikte hakim durum yaratılması veya güçlendirilmesi hususundaki önemli kararlardan biri Nestle/Perrier kararıdır. Fransa şişelenmiş kaynak suyu pazarında faaliyet gösteren üç büyük teşebbüsten biri olan Nestle, bu üç büyük teşebbüsten bir diğeri olan Perrier'i devralmak istemektedir. Böylece, pazarda büyük teşebbüs sayısı üçten ikiye düşmüş olacaktır⁵³. Nestle, tek başına hakim duruma gelecek şekilde devralma sonrasında pazar payının fazla artmasını önlemek için, devralacağı Perrier'in önemli markalarından birini (Volvic) rakibi olan BSN'ye satmayı taahhüt etmiş ve bu konuda BSN ile mutabakata varmıştır. Ancak, Komisyon yüksek yoğunlaşma oranlarının yanısıra pazar yapısını da gözönünde bulundurarak sözkonusu devralma sonrasında Nestle ile BSN'nin birlikte hakim duruma gelecekleri sonucuna varmıştır. Komisyon kararında, pazar yapısına ilişkin olarak üzerinde durulan hususlar şunlar olmuştur:

- i. Devralma öncesinde pazar zaten rekabetçi bir görünüm sergilememektedir. Büyük teşebbüslerin ürünlerinde uzunca bir süredir fiyat paralelliği sağlanmış bulunmaktadır. Teşebbüslerin kar marjları oldukça yüksek seviyelerdedir ve yerel üreticilerin fiyatları ile bu büyük teşebbüslerin fiyatları arasında önemli farklılıklar oluşmuştur.
- ii. Devralma sonrasında Nestle ve BSN'nin maliyet yapıları, üretim kapasiteleri ve pazar payları birbirine yaklaşacaktır. Böylece, iki teşebbüsün bilinçli paralellik içerisinde girmeleri büyük ölçüde kolaylaşacaktır.
- iii. İlgili ürün oldukça homojendir ve teşebbüsler fiyat listeleri ve birlikleri aracılığı ile pazardaki şeffaflığı arttıracak şekilde birbirlerinin bilgilerine ulaşabilmektedirler.
- iv. Talepte önemli değişimler yaşanmamaktadır. Araştırma-geliştirme faaliyetlerinin sınırlı seviyede olması neticesinde pazarda kullanılan teknolojide de önemli değişimler olmamaktadır.
- v. Pazarda faaliyet gösteren küçük yerel üreticiler büyük üreticiler üzerinde bir rekabet baskısı oluşturamamaktadırlar. Benzer şekilde, alıcı konumundaki büyük perakendeciler de büyük üreticileri rekabete sevkedecek kadar önemli bir pazarlık gücüne sahip değildirler.
- vi. İlgili ürünün çapraz talep esnekliği ve fiyat esnekliği düşüktür.
- vii. Gıda sektöründe faaliyet gösteren Nestle ve BSN diğer bazı pazarlarda işbirliği içerisindeyler. Perrier'e ait Volvic markasının BSN'ye devri konusunda taraflar arasında anlaşmaya varılmış olması da, Nestle ve BSN arasında mutabakat ve işbirliği ortamının devralma öncesinden kurulmuş olduğunu göstermektedir.

⁵³ Devralma sonucunda Nestle/Perrier ile rakibi olan BSN'nin pazar payları toplamı değer olarak %82'ye hacim olarak ise %75'e yükselecektir.

Pazarın bu özelliklerinin devralma sonrasında Nestle ve BSN'nin etkin bir rekabete girmeyeceklerinin göstergesi olduğu ve iki teşebbüsün birlikte hakim duruma geleceği sonucuna varan Komisyon, sözkonusu devralmaya şartlı olarak izin vermiştir.

Birleşme veya devralmalar neticesinde birlikte hakim durumun yaratılması ya da güçlendirilmesine ilişkin olarak ATAD ilk kararını Kali&Salz davasında vermiştir. Komisyon, potasyum üreticileri Kali und Salz (K&S) ile Mitteldeutsche Kali AG (MdK) arasında kurulan ortak girişime ilişkin olarak 1993 yılında almış olduğu kararda, yoğunlaşmanın artması neticesinde kurulacak ortak girişimin Fransa kökenli devlet teşekkülü olan SCPA ile birlikte hakim duruma geleceklerini belirtmiştir⁵⁴. Kararda ortak girişim ve SCPA dışındaki diğer üretici teşebbüslerin sınırlı kapasiteye sahip, büyüme potansiyelleri olmayan küçük firmalar olduklarına işaret edilmiştir. Komisyon ayrıca, faaliyet gösterdikleri pazarlarda potasyum üreticileri tarafından kurulmuş bulunan yapısal bağlantıların K&S/MdK ile SCPA'yı birlikte hakim duruma getirdiğini ileri sürmüştü⁵⁵ ve bu bağlantıların sona erdirilmesi durumunda bu ortak girişime izin verilebileceğine karar vermiştir.

Komisyon'un K&S/MdK kararına karşı Fransa Hükümeti, SCPA, K&S ve MdK temyize başvurmuşlardır. Birlikte hakim durum yaratan birleşmelere Birleşmeler Tüzüğü vasıtasıyla müdahale edilebileceği yönündeki görüşünü açıkça ortaya koyan ATAD, K&S/MdK ortak girişiminin ve SCPA'nın toplam %60 pazar payına sahip olmasının sözkonusu teşebbüslerin birlikte hakim duruma geldiklerini göstermediği sonucuna varmıştır. Kararda, pazar paylarının yanısıra kapasite miktarlarının da gözönünde bulundurulması durumunda teşebbüsler arasında önemli asimetrliler olduğu ve birlikte hakim durumda oldukları iddia edilen teşebbüslerin finansal kaynakları bakımından da önemli ölçüde farklılaştıkları belirtilmiştir⁵⁶. ATAD, büyük bir atıl kapasiteye ve finansal güce sahip olan K&S/MdK ortak girişiminin, sınırlı bir kapasiteye sahip SCPA ile koordinasyon içerisine girme ihtimalinin düşük olduğu sonucuna

⁵⁴ Kurulacak olan K&S/MdK ortak girişiminin toplam pazar payı %23 iken, SCPA'nın pazar payı %37 seviyesindedir. Böylece, birlikte hakim duruma gelecekleri iddia edilen iki teşebbüsün toplam pazar payı %60'a ulaşmaktadır.

⁵⁵ Kararda belirtilen teşebbüsler arasındaki yapısal bağlantılar şunlardır: (i) K&S, SCPA ve MdK'nın her birinin Avusturya kökenli bir ihracat karteline %25 oranında ortak olmaları, (ii) K&S ve SCPA'nın Kanada'da potasyum üretimi yapan bir şirket'e (%50+%50) oranında ortak olmaları, (iii) K&S ürünlerinin dağıtımını Fransa'da SCPA'nın gerçekleştirmesi.

⁵⁶ Kapasitesinin ancak %50'sini kullanan MdK ile K&S'nin kuracağı ortak girişim pazardaki toplam kapasitenin %60'ını (%35 K&S ve %25 MdK) elinde tutacaktır. Diğer yandan, pazardaki en büyük teşebbüs olan SCPA'nın kapasite miktarı pazardaki toplam kapasitenin ancak %20'si kadardır ve rezervlerinin 2004 yılına kadar tükeneceği tahmin edilmektedir.

Finansal açıdan karşılaştırıldığında ise, K&S'nin bağlı olduğu BASF grubunun SCPA'nın bağlı olduğu EMC grubundan daha güçlü olduğu belirtilmiştir.

varmıştır. İki teşebbüs arasında kurulan yapısal bağlantılara ilişkin olarak ise, bu bağlantılar ile potasyum pazarında bilinçli paralellikler oluşması arasında nedensellik bağının Komisyon tarafından yeterince kurulamadığı belirtilerek Komisyon kararı iptal edilmiştir.

Nestle/Perrier kararından farklı olarak K&S/MdK kararında Komisyon'un ağırlıklı olarak teşebbüsler arasındaki yapısal bağlantıların üzerinde durması ve ATAD'ın, bu bağlantılar ile koordinasyon oluşması arasında nedensellik ilişkisinin kurulamadığı sonucuna varması ile birlikte, Birleşmeler Tüzüğü bakımından birlikte hakim durumun oluşabilmesi için teşebbüsler arasında yapısal bağlantıların gerekli ve yeterli olup olmadığı tartışılmaya başlanmıştır (Stroux 2000, 32). Bu konudaki belirsizlikler, birlikte hakim durumun yaratılmasına ilişkin hususların ayrıntılı bir biçimde tartışıldığı Gencor/Lonhro davasında büyük ölçüde giderilmiştir.

Platinyum metal grubu (PMG) üreticilerinden Gencor (Implats) ile Lonhro Plc. (LPD) arasında kurulan bir ortak girişime ilişkin olarak Komisyon 1997 yılında almış olduğu kararda, yeni kurulacak Implats/LPD ortak girişiminin pazardaki diğer büyük teşebbüs olan Amplats ile birlikte hakim duruma geleceklerini belirterek, sözkonusu ortak girişime izin vermemiştir. Komisyon'a göre, hem bu iki teşebbüsün toplam pazar paylarının %70 gibi yüksek bir seviyeye ulaşacak olması, hem de pazarın kendine has özellikleri, ortak girişime izin verilmesi durumunda sözkonusu teşebbüsler arasında bilinçli paralellik oluşma ihtimalini artırmaktadır⁵⁷. Kararda birlikte hakim durum oluşacağı görüşünü destekleyen pazar özellikleri şu şekilde sayılmıştır:

- i. Ortak girişime izin verilmesi durumunda yönetim bakımından rakiplerinden önemli ölçüde farklılaşan ve hızla büyüyen Avrupa kökenli bir şirket olan LPD'nin piyasadan çekilecek olması, pazarın, büyüklük ve maliyet yapısı bakımından birbirlerine benzer iki teşebbüse bırakılmasına neden olacaktır.
- ii. Oldukça şeffaf olan pazara giriş engelleri bulunmaktadır.
- iii. Geçmişe dönük pazar performansı incelendiğinde, teşebbüsler arasındaki fiyat rekabetinin sınırlı seviyede kaldığı ve teşebbüslerin pazar paylarının durağan bir seyir izlediği tespit edilmiştir.
- iv. İlgili ürün olan PMG homojen bir üründür. Teknolojik değişimin yavaş olması nedeniyle, pazarda kullanılan teknolojilerin tamamı eski modeldir.

⁵⁷ Pazardaki en büyük teşebbüs olan Amplats'ın pazar payı %35 civarındadır. İzin verilmesi durumunda Implats/LPD ortak girişiminin de pazar payı %35 seviyesine çıkacaktır. Böylece, pazardaki en büyük iki teşebbüsün toplam pazar payı %70'i bulmaktadır. Ayrıca, pazardaki diğer bir teşebbüsün Rusya'daki rezervlerinin iki yıl içerisinde bitecek olması ile birlikte bu iki teşebbüsün toplam pazar payı %80 seviyelerine ulaşabilecektir.

v. Müşteriler pazarlık gücüne sahip değildir ve talep esnekliği oldukça düşüktür.

vi. Pazarda faaliyet gösteren teşebbüsler arasında yapısal bağlantılar kurulmuş bulunmaktadır⁵⁸.

Komisyon'un Implats/LPD ortak girişimine izin vermemesi üzerine, Gencor temyiz için İlk Derece Mahkemesi'ne başvurmuştur. Ancak, Mahkeme birlikte hakim durum olduğu yönündeki Komisyon kararını onamıştır. Bunun ötesinde kararda ayrıca, birlikte hakim durumda olabilmeleri için teşebbüsler arasında olması gereken bağlantılara ilişkin önemli açıklamalar yapılmıştır. Mahkeme, SIV kararında geçen "yapısal bağlantıların" sadece örnek olarak verildiğini, birlikte hakim durum olabilmesi için gerekli ekonomik bağlantıların "yapısal" nitelikte olma zorunluluğunun bulunmadığını belirtmiştir. Yine bu kararda, özellikle az sayıda teşebbüsün homojen bir malın ticaretini yaptığı şeffaf pazarlarda görülen oligopolistik bağımlılıkların birlikte hakim durum için aranan "ekonomik bağlantı" şartını sağlayabileceği açık bir biçimde belirtilmiştir.

Birleşmeler Tüzüğü'ne ilişkin bir karar olmasına rağmen Gencor kararında İlk Derece Mahkemesi'nin "ekonomik bağlantı" konusunda ortaya koyduğu bu genel ilke, 82 nci madde çerçevesinde birlikte hakim durumun kötüye kullanılmasına ilişkin olarak yapılacak değerlendirmeleri de etkileyecek niteliktedir. Başka bir ifadeyle, oligopolistik pazarlardaki teşebbüslerin birbirlerine olan bağımlılıkları neticesinde gerçekleştirdikleri ve anlaşma ya da uyumlu eylem olarak nitelendirilemeyen paralel davranışların birlikte hakim durumun kötüye kullanılması kapsamında değerlendirilebilmesinin yolu açılmış bulunmaktadır (Stroux 2000, 35).

Komisyon'un birlikte hakim durum yaratıldığı gerekçesiyle izin vermediği en son birleşme, Airtours/First Choice birleşmesidir. İngiltere'de "kısa mesafe paket tatil hizmeti pazarı"nda %21'lik pazar payına sahip olan Airtours, %11 pazar payına sahip olan First Choice'u devralma girişiminde bulunmuştur. Ancak, Komisyon Airtours/First Choice'un birleşme sonrasında pazardaki diğer iki teşebbüs olan Thomson ve Thomas Cook ile birlikte hakim duruma geleceğini belirterek bu birleşmeye izin vermemiştir⁵⁹.

⁵⁸ Kararda bahsi geçen teşebbüsler arası yapısal bağlantılar şunlardır: (i) LPD'nin ana şirketi olan AAC, dünya elmas ticaretinin %70'ini kontrol eden Merkezi Satış Örgütü'nün faaliyetlerini yürütmekte olan De Beers'i kontrol etmektedir. (ii) Implats/LPD ve Amplats'dan sonra en büyük PGM üreticisi olan Russians ile De Beers arasında elmas pazarında işbirliği kurulmuş bulunmaktadır. (iii) Ayrıca, Implats'ın ana şirketi olan Gencor ile AAC, paslanmaz çelik üzerine kurulan bir ortak girişimin ortaklarındandır.

⁵⁹ Komisyon ilk kez üç teşebbüsün birlikte hakim duruma geldiğini Airtours/First Choice kararında dile getirmiştir. Diğer iki teşebbüs Thomson ve Thomas Cook'un pazar payları sırasıyla

Komisyon kararına göre, birlikte hakim duruma geldikleri belirtilen üç tur operatörünün de ölçek ekonomilerini yakalamış olmaları maliyet yapılarının birbirine benzemesine neden olmaktadır. Ayrıca, her üç teşebbüsün de hem alt pazarda (seyahat acentaları) hem de üst pazarda (charter hizmetleri) faaliyet gösteriyor olması sözkonusu teşebbüsleri birbirlerine yaklaştırmaktadır. Komisyon kararında, teşebbüslerin bu şekilde dikey entegrasyon sağlamaları ve ölçek ekonomisini yakalamış olmaları aynı zamanda pazara giriş engeli olarak değerlendirilmiştir. Kararda ayrıca, pazarın şeffaf olduğu, pazardaki dört büyük tur operatörünün son yıllardaki pazar paylarının durağan bir seyir izlediği, alıcıların pazarlık güçlerinin olmadığı, talep esnekliğinin oldukça düşük olduğu ve ilgili ürün olan paket tatil hizmetinin homojen sayılabileceği belirtilmiştir. Oligopolistik bağımlılığın teşebbüsleri birlikte hakim duruma getirebileceği yönündeki İlk Derece Mahkemesi'nin Gencor kararındaki yorumunu Komisyon Airtours/First Choice kararında daha da genişletmiştir. Buna göre, birlikte hakim duruma gelmeleri için teşebbüslerin aralarında bir anlaşma varmış gibi davranmalarına gerek bulunmamaktadır; teşebbüslerin pazar koşullarına bireysel olarak ayak uydurmaları neticesinde aralarındaki rekabetin azalması ve belli bir ölçüde rakiplerden ve müşterilerden bağımsız hareket edebilmeleri birlikte hakim durumun oluşması için yeterlidir. Komisyon'un bu geniş yorumuna karşı taraflar temyize başvurmuşlardır ve Mahkeme henüz kararını vermemiştir.

Yukarıda yer verilen kararlardan da anlaşılacağı üzere Birleşmeler Tüzüğü'nün tek amacı, pazardaki teşebbüslerden birinin birleşme veya devralmalar suretiyle piyasadaki diğer oyuncuların bağımsız hareket edebilecek ölçüde büyük bir ekonomik güce ulaşmasını engellemek değildir. Bunun yanı sıra, ekonomik güç tek bir teşebbüsün eline geçmesi dahi, teşebbüsler arasında işbirliğini kolaylaştıracak şekilde pazarın yapısında birleşme veya devralmalar vasıtasıyla gerçekleştirilebilecek değişimlerin de engellenmesi gerekmektedir. Birleşme veya devralma neticesinde oluşan pazarın yeni yapısının, teşebbüslerin anlaşma ya da uyumlu eyleme gerek kalmaksızın paralel davranışlar sergilemelerine fırsat verecek bir ortam oluşturup oluşturmayacağını belirlenmesi, ileriye dönük olarak bazı öngörülerde bulunulmasını gerekli kılmaktadır. Birleşme ya da devralma sonrasında pazar performansına ilişkin yapılacak değerlendirmelerde kuşkusuz, ilgili pazarın yapısı, pazardaki teşebbüslerin özellikleri ve pazarın geçmişteki performansı gibi birtakım kriterlerin gözönünde bulundurulması gerekmektedir. Bu kriterlerin Komisyon ve Mahkeme kararlarında ne şekilde değerlendirildiğinin incelenmesinde yarar görülmektedir.

%27 ve %20 seviyesindedir. Böylece, birlikte hakim duruma gelecekleri belirtilen üç teşebbüsün toplam pazar payları %79'a ulaşmaktadır.

4.3.2. Birlikte Hakim Durum Oluşup Oluşmadığının Belirlenmesinde Gözönünde Bulundurulmuş Kriterler

Birleşme ya da devralma neticesinde oluşan yoğunlaşma artışlarının teşebbüsleri birlikte hakim duruma getirip getirmediğinin tespiti sırasında gözönünde bulundurulmuş kriterleri belli başlıklar altında toplamak mümkündür. Ancak, bu kriterler birbirlerinden bağımsız olmadıkları için teker teker değil de bir bütün olarak değerlendirilmeleri gerekmektedir. Ayrıca, her bir kriterin değerlendirme içindeki önemi birleşme ya da devralmanın gerçekleştiği mevcut pazarın yapısına göre değişkenlik gösterebilmektedir. Dolayısıyla, bu kriterleri şablon olarak görüp davaları bu şablona oturtmaya çalışmak yerine, her bir davayı kendi içerisinde değerlendirme yolu seçilmelidir (Bishop 1999, 38; Bishop ve Venit 1999, 21).

4.3.2.1. Birleşme Sonrası Pazardaki Yoğunlaşma Oranı

Oligopolistik pazarlarda faaliyet gösteren teşebbüs sayısı arttıkça bu teşebbüslerin birbirlerine olan bağımlılıkları gittikçe azalmakta ve anlaşma ya da uyumlu eylem olmadan koordineli davranışlar sergilemeleri zorlaşmaktadır. Başka bir ifadeyle, az sayıdaki teşebbüs pazarın büyük bir kısmını ellerinde tutuyorlarsa, bu teşebbüsler arasında bilinçli paralellik oluşması mümkün olabilmektedir. Pazarın ne kadarlık bir kısmının kaç tane teşebbüs tarafından kontrol edilmesi durumunda bilinçli paralellüğün oluşabileceğine ilişkin genel bir kural bulunmamaktadır. Komisyon, birlikte hakim durum oluşup oluşmadığına ilişkin değerlendirme yaparken genellikle, birleşme sonrasında pazardaki en büyük iki teşebbüsün toplam pazar payını gözönünde bulundurmaktadır. Genel olarak belirtmek gerekirse, en büyük iki teşebbüsün pazar payı %50'den düşük ise bu teşebbüslerin birlikte hakim duruma gelme ihtimalleri oldukça zayıftır (Hawk ve Huser 1996, 221). İki teşebbüsün pazar payı %50'yi geçiyorsa birleşme sonrasında bu teşebbüsler arasında bilinçli paralellikler görülme ihtimali artmaktadır⁶⁰. Ancak birleşme sonrasında en büyük iki teşebbüsün pazar payları toplamının çok yüksek seviyelere ulaşması tek başına birlikte hakim durum oluştuğunu göstermeye de yeterli değildir⁶¹.

⁶⁰ Birlikte hakim durumun kapsamlı bir biçimde tartışıldığı kararlardan; Nestle/Perrier kararında, birleşme sonrasındaki en büyük iki teşebbüsün pazar payları toplamı ciro olarak %82, hacim olarak %75 civarındadır. Bu oran Kali&Salz/MdK kararında %60 ve Implats/LPD kararında %70 olarak belirtilmiştir.

⁶¹ Örneğin, Mannesmann/Vallourec/Ilva kararında %70, Bosh/Allied Signal kararında %75, Knorr-Bremse/Allied Signal kararında %60-90'lık toplam pazar payları birlikte hakim durum için yeterli görülmemiştir.

Komisyon ikiden fazla teşebbüsün birlikte hakim duruma gelip gelemeyeceği hususunu nadiren gündeme getirmektedir⁶². En son olarak Komisyon'un Airtours/First Choice kararında, birleşme sonrasında pazar payları toplamı %79 olan üç büyük teşebbüsün birlikte hakim durumda oldukları sonucuna varılmıştır.

Sonuç olarak, birleşme sonrasında pazardaki yoğunlaşma miktarı birlikte hakim durum yaratılıp yaratılmadığını tek başına göstermese de, bu yönde yapılacak değerlendirmeler için iyi bir başlangıç noktası olmaktadır.

4.3.2.2. Pazardaki Teşebbüslerin Benzer Özellikte Olmaları

Pazarın büyük bir bölümünün az sayıdaki teşebbüs tarafından kontrol edilmesinin yanısıra bu teşebbüslerin benzer özelliklere sahip olmaları da oligopolistik paralelliklerin oluşmasında etkilidir. Aksi durumda, birbirlerinden oldukça farklı özelliklere sahip olan teşebbüslerin kendi aralarında koordinasyon kurlmaları zorlaşacaktır⁶³.

Birlikte hakim durumun değerlendirildiği kararlarda Komisyon genellikle, öncelikli olarak birleşme sonrasında pazarda kalan teşebbüsleri pazar payları bakımından karşılaştırmaktadır. Bu kararlarda, pazar payları birbirine yakın olan teşebbüslerin kendi aralarında koordinasyon kurlmalarının kolaylaşacağı görüşü hakimdir. Özellikle teşebbüslerin pazar paylarında geçmişte önemli değişiklikler yaşanmamış ise birleşme sonrasında teşebbüsler arasında koordinasyon oluşma ihtimali yüksektir⁶⁴.

Teşebbüsleri maliyet yapılarına göre karşılaştırmak da mümkündür. Birbirine benzer maliyet yapılarına sahip teşebbüslerin, aralarında koordinasyon oluşturmaları genellikle daha kolaydır. Komisyon kararları incelendiğinde, teşebbüslerin maliyet yapılarının çok farklı temellere dayandırılarak karşılaştırıldığı görülmektedir⁶⁵.

⁶² Birleşme sonrasında pazardaki en büyük beş teşebbüsün pazar payları Thorn EMI/Virgin Music kararında %83, Pilkington-Techint/SIV kararında %95 olmasına rağmen bu birleşmelere Komisyon tarafından izin verilmiştir.

⁶³ Esasen teşebbüsler arasında yapısal bir simetri olmaması, sadece pazarda oligopolistik paralelliklerin oluşmasını engellemez. Birbirlerinden önemli ölçüde farklı özelliklere sahip olan teşebbüslerin kendi aralarında açık bir kartel kurup bunu yürütmeleri de kolay değildir (Bkz. Bölüm 2).

⁶⁴ Komisyon Pilkington-Techint/SIV kararında, birleşme sonrasında teşebbüslerin pazar paylarında oluşacak asimetrinin yanısıra, teşebbüslerin geçmişte pazar paylarında yaşanan artış ve azalışlara da işaret etmiştir. Kali&Salz/MdK kararında ise Komisyon, son dört yıl içerisinde teşebbüslerin pazar paylarının durağan bir seyir izlediğini belirtirken, birleşme sonrasında teşebbüslerin pazar paylarında oluşacak asimetriğe değinmemiştir.

⁶⁵ Nestle/Perrier kararında, ana hammadde olan suyun "bedava" olması, şişelemenin kaynağa yapılması sonucunda ölçek ekonomisinin tüm teşebbüsler için benzer olması ve kullanılan

Bazı kararlarında Komisyon, birleşme sonrası birlikte hakim duruma gelmesi muhtemel teşebbüsleri üretim kapasiteleri ve finansman büyüklükleri bakımından da karşılaştırmıştır. Ancak, teşebbüsler arasındaki bu tür bir benzerliğin birlikte hakim durum iddiasını destekleyip desteklemediği hususuna ilişkin olarak net bir yaklaşım ortaya konulmuş değildir⁶⁶. Ancak, diğer faktörlere de bağlı olmasına rağmen, teşebbüslerin kapasite ve finansman büyüklüğü bakımından benzer olmalarının birlikte hakim durum iddiasını destekleyebileceğini belirtmek mümkündür. Özellikle, teşebbüslerin tamamının atıl kapasiteye sahip olduğu pazarlarda paralel davranış görülme ihtimali yüksektir. Zira, teşebbüslerden herhangi birinin fiyatını indirmesi halinde, kapasite kısıtı altında olmayan rakipleri de benzer şekilde fiyatlarını indirebileceklerdir. Bunun farkında olan ve düşük kapasitede çalışmaya razı olan teşebbüsler ellerindeki atıl kapasiteyi aldatmacalara karşı kullanmak üzere tutarlar⁶⁷.

Sonuç olarak, teşebbüslerin benzer özelliklere sahip olup olmadıkları hususu, birlikte hakim durum değerlendirmesinde gözönünde bulundurulması gereken önemli bir faktördür. Zira, teşebbüslerin benzer özelliklere sahip olmamaları halinde, paralel davranışlardan teşebbüslerin herbiri farklı

teknolojilerin aynı olması nedeniyle tüm su üreticilerinin maliyet yapılarının benzer olduğu sonucuna varılmıştır.

Pilkington-Techint/SIV kararında, pazarda kullanılan teknolojilerin aynı olması nedeniyle teşebbüslerin sabit maliyetlerinin benzer olduğu tespiti yapıldıktan sonra, değişken maliyetin toplam maliyet içerisindeki oranının düşük olması nedeniyle teşebbüslerin maliyet yapılarının benzer olduğu sonucuna varılmıştır.

Kalı&Salz/MdK kararında ise yüksek maliyetli bir teşebbüs (K&S) ile düşük maliyetli bir teşebbüs (MdK) arasında gerçekleşecek bir birleşme neticesinde maliyetleri ortalama düzeyde olan bir teşebbüsün ortaya çıkacağı belirtilmiş ve bu yeni teşebbüsün pazardaki mevcut rakibe (SCPA) maliyet yapısı bakımından yaklaşacağı ifade edilmiştir.

⁶⁶ Komisyon Nestle/Perrier kararında (paragraf 123), üretim kapasitelerindeki benzerliğin birlikte hakim durum iddiasını destekleyen bir faktör olduğunu belirtirken, Mannesmann/Vallourec/Ilva kararında (paragraf 62-67) üretim kapasitelerindeki farklılığın teşebbüslerin birlikte hakim duruma gelmelerini engellemediğini ifade etmiştir. Bu kararda, üretim kapasiteleri farklı olmasına rağmen teşebbüslerin, aldatmacaları cezalandırmak amacıyla üretim miktarlarını arttırabilmelerini sağlayacak atıl kapasiteye sahip olmaları üzerinde durulmuştur.

Yine Mannesmann/Vallourec/Ilva kararında (paragraf 58-61), teşebbüsler, finansal büyüklüklerinin farklı olması nedeniyle birlikte hakim duruma gelmelerinin mümkün olmadığını ileri sürseler de, Komisyon bu tespiti katılmamıştır. Ancak ATAD K&S/MdK kararında, finansal açıdan karşılaştırıldığında K&S'nin bağlı olduğu BASF grubunun SCPA'nın bağlı olduğu EMC grubundan daha güçlü olduğu tespitini yaptıktan sonra, büyük bir atıl kapasiteye ve finansal güce sahip olan K&S/MdK ortak girişiminin sınırlı bir kapasiteye sahip SCPA ile koordinasyon içerisine girme ihtimalinin düşük olduğu sonucuna varmıştır.

⁶⁷ Aksine, teşebbüslerden bazıları düşük kapasitede çalışırken diğerleri kapasitelerinin tamamını kullanıyor iseler, düşük kapasitede çalışan teşebbüsler koordinasyon içinde yer almak yerine fiyatını düşürerek atıl kapasitelerini kullanmayı tercih edeceklerdir. Dolayısıyla, teşebbüslerin kapasite kullanım oranlarının önemli ölçüde farklılaştığı böyle bir pazarda paralel davranış oluşma ihtimali düşüktür. ATAD'ın K&S/MdK kararındaki yaklaşımı bu yöndedir.

seviyelerde kazançlar elde edecekler ve genellikle bunun sonucunda bilinçli paralellik pazarda sürdürülebilir bir davranış biçimi olamayacaktır.

4.3.2.3. Pazarın Şeffaf Olması

Oligopolistik pazarlarda görülen bilinçli paralelliklerin sürdürülebilir olabilmesi için, öncelikle teşebbüslerin gerçekleştirecekleri aldatmacaların tespit edilebilmesi gerekmektedir. Bu da ancak teşebbüslerin, faaliyet gösterdikleri pazardaki diğer teşebbüslerin satış fiyatı veya satış miktarı gibi stratejik bilgilerine ulaşabilmesi, başka bir ifadeyle pazarın şeffaf hale getirilmesi ile mümkün olabilmektedir. Komisyon, fiyat listelerinin yayınlanması ya da teşebbüs birliklerinin eylemleri sayesinde şeffaf hale gelen pazarlarda oligopolistik paralel davranışların gözlenme ihtimalinin yüksek olduğu görüşündedir⁶⁸. Aksine, fiyat listelerinin yayınlanmadığı ya da yayınlasa dahi teşebbüslerin müşterilere uyguladıkları net fiyatların bu listelerden çıkarılmadığı veya satıcı ile alıcı arasındaki pazarlıkların gizli olarak yapıldığı şeffaf olmayan pazarlarda, teşebbüslerin paralel davranışlar sergilemelerinin kolay olmadığı dile getirilmiştir⁶⁹.

Teşebbüslerin satışını yaptıkları ürünün homojen olması da pazarda bilinçli paralellik görülme ihtimalini artırır. Zira, fiyat dışı rekabetin sınırlı olduğu pazarlarda faaliyet gösteren teşebbüslerin sadece fiyat konusunda şeffaflığı sağlamaları, aldatmacaları engellemek ve bilinçli paralelligi sürdürülebilmek için yeterlidir. İlgili ürünün homojen olmasının bilinçli paralelligi arttırıcı etkisi genel olarak kabul edilmesine rağmen, inceleme konusu olan ürünün homojen bir yapıda olup olmadığını değerlendirmesini yaparken Komisyon'un izlediği yaklaşım net değildir⁷⁰. Dolayısıyla, ilgili ürünün homojen

⁶⁸ Nestle Perrier kararında (paragraf 62), teşebbüslerin, (i) birbirleriyle karşılaştırılabilir biçimde fiyat listeleri yayınlamalarının ve (ii) Birlik sayesinde rakiplerin aylık satış miktarlarını öğrenebilmelerinin pazarı şeffaf hale getirdiği ve bunun da bilinçli paralellikleri kolaylaştırdığı belirtilmiştir. Benzer biçimde, ayrıntılı fiyat listelerinin paralel davranışlara neden olduğu görüşünü dile getirdiği Mannesmann/Vallourec/Ilva kararında (paragraf 81) Komisyon, gizli indirimler nedeniyle pazarda uygulanan fiyatların liste fiyatlarından farklı olduğu yönündeki tarafların karşı görüşlerini kabul etmemiştir. Zira, Komisyon'a göre, teşebbüslerin verdikleri indirimlerin yıllık ortalaması birbirine oldukça yakındır. Pazarın şeffaflığının gözönünde bulundurulduğu diğer önemli bir karar da Implats/LPD kararıdır (paragraf 145).

⁶⁹ Pilkington-Techint/SIV (paragraf 36) ve Rhone-Poulenc/SNIA II kararlarında (paragraf24), fiyat listelerinin tüm teşebbüslerce düzenli olarak yayınlanmaması, satıcı ve alıcılar arasında gerçekleştirilen pazarlıklar neticesinde yayınlanan listeler üzerinden farklı indirimler yapıyor olması nedeniyle şeffaflıktan uzaklaşan bu pazarlarda bilinçli paralelliklerin oluşmasının zor olduğu belirtilmiştir.

⁷⁰ Kali&Salz/MdK kararındaki ilgili ürün potasyum'un homojen olduğu, EMI/Virgin Music kararındaki ilgili ürün olan "müzik kayıtları"nın ise homojen olmadığı tartışmalıdır. Ancak diğer kararlarda, ilgili ürünün homojen olup olmadığını bu kadar net bir biçimde belirlemek mümkün olamamıştır. Örneğin, Nestle Perrier kararında ilgili ürün olan kaynak suyunu düşük mineralli-

olup olmadığı hususu Kali&Salz/MdK ya da EMI/Virgin Music kararlarındaki kadar açık olmadığı sürece, sadece ilgili ürünün yapısını gözönünde bulundurarak birlikte hakim durum analizi yapmak mümkün görülmemektedir.

Sonuç olarak, teşebbüslerce üzerinde mutabakat sağlanması gereken parametre sayısının az olduğu ve teşebbüslerin birbirlerinin davranışlarını takip edebildikleri pazarlarda bilinçli paralellik oluşma ihtimali yüksektir.

4.3.2.4. Teşebbüsler Arasında Bağlantılar Olması

Komisyon K&S/MdK kararında ağırlıklı olarak, K&S ile SCPA arasında kurulan yapısal bağlantılar üzerinde durmuş ve bu bağlantıların teşebbüsleri birlikte hakim duruma getirdiği sonucuna varmıştır. ATAD'ın bu bağlantılar ile potasyum pazarında bilinçli paralellikler oluşması arasında nedensellik ilişkisinin Komisyon tarafından yeterince kurulamadığını belirtmesi ve Komisyon'un kararını iptal etmesi, Birleşmeler Tüzüğü bakımından birlikte hakim durumun oluşması için teşebbüsler arasında yapısal bağlantıların gerekli olup olmadığı konusunda belirsizliğe neden olmuştur. Ancak, İlk Derece Mahkemesi Implats/LPD kararında, birlikte hakim durum oluşabilmesi için gerekli bağlantıların, "yapısal" nitelikte olma zorunluluğunun bulunmadığını belirtmiştir. Özellikle az sayıda teşebbüsün homojen bir malın ticaretini yaptığı şeffaf pazarlarda görülen oligopolistik bağımlılıkların birlikte hakim durum için aranan teşebbüsler arası bağlantı şartını sağlayabileceği belirtilmek suretiyle, Birleşmeler Tüzüğü'nün oligopolistik paralelliklerle mücadelede kullanılabilmesi açıkça ortaya konulmuş bulunmaktadır. Dolayısıyla, oligopolistlerin birlikte hakim duruma geldiklerini ileri sürebilmek için, bu teşebbüsler arasında yapısal bağlantılar kurulduğunun tespit edilmesi zorunlu olmadığı gibi, bu yöndeki bir tespit tek başına yeterli de değildir.

4.3.2.5. Talebin Yapısı

Teşebbüslerin paralel davranış sergilemelerinde etkili olan diğer bir faktör de, faaliyet gösterilen pazardaki talebin yapısıdır. Genel olarak ifade etmek gerekirse, pazarda talebin fiyat esnekliği düşük ise, koordineli davranış içine girmeleri halinde teşebbüslerin kazançları artacaktır⁷¹. Aksine, talep

yüksek mineralli ya da sade-çeşnili gibi kategorilere ayırmak mümkün olmasına rağmen Komisyon, kaynak suyunu homojen bir ürün olarak belirtmiştir. Ancak Komisyon, Unilever France/Ortiz-Miko II kararında ürün farklılaştırmasının yoğun olması nedeniyle ilgili ürün olan "gör-al tipi dondurma"nın homojen bir ürün olmadığı görüşündedir.

⁷¹ Komisyon Implats/LPD kararında (paragraf 149), PMG ürününe olan talebin fiyat esnekliğinin düşük olması nedeniyle yaşanabilecek fiyat rekabetinden kendilerinin zarar göreceğinin farkında olan üretici teşebbüslerin paralel davranış sergileme eğiliminde olacaklarını belirtmiştir.

esnekliği yüksek ise ne toplu olarak ne de bireysel olarak fiyatların yükseltilmesi teŖebbüslerin kazançlarını artırmalarını sağlayabilecektir. Talep esnekliğinin yüksek olduğu böyle bir durumda, özellikle düşük kapasitede çalışılıyor ise teŖebbüslerden her biri mevcut fiyatları düşürerek satış miktarlarını artırma eğiliminde olacaklardır⁷². Ayrıca, müşterilerin pazarlık gücüne sahip olması teŖebbüslerin karşı karşıya oldukları talebi daha esnek hale getirecektir. Dolayısıyla, müşterilerin satıcı teŖebbüsleri rekabet etmeye sevkettiği bu tür pazarlarda bilinçli paralellik oluşma ihtimali düşüktür.

Talebin zaman içerisinde artış göstermediği pazarlarda faaliyet gösteren teŖebbüslerin genellikle paralel davranış içerisinde yer alma eğilimi gösterdikleri söylenebilir. Talebin durağan bir seyir izlediği ya da düŖtüđu böyle bir pazarda, teŖebbüslerden herhangi birinin fiyatını düşürmesi durumunda diğerlerinin üretim miktarlarının olumsuz biçimde etkilenmesi nedeniyle bu aldatmaca pazarda rahatlıkla tespit edilebilecektir. Oysa, talebin zaman içerisinde artış gösterdiği başka bir pazarda teŖebbüsler yeni talepten pay alabilmek için gerektiğinde fiyat indirimi yaparak paralel davranmaktan vazgeçebileceklerdir. Toplam talep arttığı için teŖebbüslerin bu aldatmacaları rakiplerin satış miktarlarını fazla olumsuz biçimde etkilemeyecek ve dolayısıyla aldatmacalar tespit edilemeyecektir.

Satışların büyük miktarlarda ve sık olmayan aralıklarla yapıldığı pazarlarda teŖebbüsler genellikle paralel davranış içerisinde girme eğilimi göstermezler. Zira, bir seferde büyük miktarda satış yapılacağı için bu satışı yapma hakkını elde etmek isteyen teŖebbüsler doğal olarak rekabete yöneleceklerdir.

Son olarak, talebin değişken ve tahmin edilemez olduğu ve teknolojik gelişmelere açık pazarlarda teŖebbüsler arasında koordinasyon ve mutabakat ortamının oluşması ve birbirlerinin davranışlarını izleyebilmeleri zorlaşmaktadır⁷³.

⁷² Pilkington-Techint/SIV kararında (paragraf 31), talebin fiyat esnekliğinin yüksek olduğu pazarda düşük kapasitede çalışan teŖebbüslerden her birinin aldatma eğilimi gösterecekleri belirtilmiştir.

⁷³ EMI/Virgin Music kararında (paragraf 29), müşteri tercihlerindeki değişim çok hızlı olmasına rağmen, müzik şirketlerinin çok sayıda sanatçı ile anlaşma yapmaları nedeniyle bu değişimlerden fazla etkilenmedikleri belirtilmiştir. Nestle/Perrier (paragraf 126) ve Implats/LPD kararlarında (paragraf 152) ise, kullanılan teknolojilerin eski tip olmasının ve pazarda teknolojik gelişmelerin sınırlı düzeyde kalmasının teŖebbüslerin paralel davranış içerisinde girmelerine müsait bir ortam oluşturduğu ifade edilmiştir.

4.3.2.6. Pazara Giriş Engelleri

Oligopolistik pazarlara girişin önemli ölçüde engellenmiş olması durumunda pazardaki mevcut teşebbüslerin bilinçli paralellik içerisine girme ihtimalleri oldukça yüksektir. Zira, teşebbüsler fiyatları paralel davranışlar neticesinde rekabetüstü kazançların elde edilebildiği seviyelere çıkarsalar dahi pazara yeni girişler olamayacaktır. Komisyon da birleşme neticesinde birlikte hakim durumun oluşacağı kanaatinde olduğu kararlarında özellikle pazara giriş engellerinin varlığı üzerinde durmuştur⁷⁴. Aksine, giriş engellerinin olmadığı ya da yakın zaman içerisinde yeni girişlerin olduğu pazarlardaki birleşmeler neticesinde birlikte hakim durum oluşma ihtimalinin düşük olduğu görüşü benimsenmiş durumdadır.

4.3.2.7. Pazarın Geçmişteki Performansı

Pazardaki teşebbüslerin birleşme öncesindeki dönemde rekabetçi olmayan davranışlar sergilemiş olmaları birleşme sonrasındaki pazar performansına ilişkin önemli ipuçları verebilir. Ancak, pazardaki teşebbüslerin kısa bir süre öncesine kadar kartel içerisinde yer aldıkları tespit edilmiş olsa dahi, bu durum tek başına birlikte hakim durum oluşacağının göstergesi sayılamaz. Diğer kriterler de gözönünde bulundurularak topyekün bir değerlendirme yapılmalıdır.

Birleşme öncesindeki rekabetçi olmayan davranışların doğrudan delillerle ispatlanmış olması zorunluluğu bulunmamaktadır. Teşebbüsler arasında anlaşma ya da uyumlu eylem olmaksızın birleşme öncesinde pazarın zayıf ekonomik performans gösteriyor olduğunu tespit etmek, birlikte hakim durum oluşacağı yönündeki iddiayı desteklemek için yeterli olabilmektedir⁷⁵.

⁷⁴ Komisyon, Implats/LPD kararında (paragraf 154), Güney Afrika'daki PMG rezervlerinin tamamının oligopolistlerin elinde olması, kullanılan teknolojinin sermaye yoğun bir teknoloji olması ve batık maliyetin yüksek olmasının pazara önemli giriş engeli oluşturduğunu belirtmiştir. Nestle/Perrier kararında Komisyon'un tespit ettiği pazara giriş engelleri ise, marka bağımlılığı, teşebbüslerin perakendeci ve toptancılara indirim sistemleri uygulamaları ve yüksek reklam maliyetleridir.

⁷⁵ Örneğin, Nestle/Perrier kararında (paragraf 59,117-118), birleşme öncesindeki dönemde büyük üreticilerin fiyat paralellliği sağlamış olmaları, kar marjlarının yüksek olması ve büyük üreticiler ile yerel üreticilerin fiyatları arasında önemli farklılıkların olduğu gözönünde bulundurularak pazarın rekabetçi olmayan bir görünüm sergilediği sonucuna varılmıştır.

Pazarda rekabetçi olmayan davranışlar oluşmadığının tespit edilmesi, Komisyon'un birlikte hakim durum oluşmayacağı sonucuna ulaşmasında etkili olabilmektedir⁷⁶.

⁷⁶ Thorn EMI/Virgin Music kararında (paragraf 39), kısa bir süre öncesinde birleşmeye konu pazarda İngiltere Adil Ticaret Ofisi tarafından yapılan inceleme neticesinde pazarda herhangi bir rekabet ihlalinin tespit edilememiş olmasını Komisyon gözönünde bulundurmıştır.

BÖLÜM 5

DEĞERLENDİRME

5.1. ABD UYGULAMASI

ABD’de Sherman Yasası’nın etkin bir biçimde uygulanmaya başlanması ile birlikte, 1 inci maddede yasaklanan “sözleşme”, “gizli anlaşma” ve “tröst veya benzeri davranış” kavramlarının yerine “anlaşma” ibaresi kullanılmaya başlanmıştır. Mahkemelerin almış olduğu ilk kararlarda paralel davranışların tek başına 1 inci madde anlamında anlaşma sayılıp sayılamayacağı hususu net olmamasına rağmen, daha sonraki uygulamalarda paralel davranışların tek başına anlaşma sayılamayacağı yönünde bir yaklaşım sergilenmeye başlanmıştır. Mahkemeler, teşebbüsler arası bir anlaşmanın varolduğu sonucuna varabilmek için sözkonusu teşebbüslerin bağımsız bir biçimde davranmış olma ihtimallerinin bulunmadığının gösterilmesi gerektiğini belirtmişlerdir. Bunun neticesinde, teşebbüsler arası bir anlaşmanın varlığını ispatlayabilmek için paralel davranışların yanısıra bazı “destekleyici faktörler”in de şikayetçiler tarafından ortaya konulması zorunluluğu doğmuştur.

Paralellğe konu olan eylemin ancak ve ancak teşebbüslerin tamamı tarafından birlikte gerçekleştirilmesi halinde rasyonel bir davranış biçimi olacağını gösterilmesi teşebbüsler arasında bir anlaşma olduğu yönündeki iddiayı destekleyebilir. Başka bir ifadeyle, paralellğe konu eylemin teşebbüslerce bireysel olarak gerçekleştirilmesi teşebbüslerin çıkarlarına ters ise bu durum, destekleyici faktör olarak değerlendirilebilir. Diğer bir destekleyici faktör de paralel biçimde davranan teşebbüslerin iletişim halinde olduklarının gösterilmesidir.

Destekleyici faktörlerin oligopolistik pazarlarda gözlenen paralel davranışların Sherman Yasası’nın 1 inci maddesi kapsamında değerlendirilmesini sağlamaya yeterli olmaması üzerine, bu tür pazarlarda gözlenen paralel davranışların nasıl oluştuğu hususu tartışılmaya başlanmıştır. Sözkonusu paralel davranışların oluşabilmesini sağlamak üzere pazardaki teşebbüslerin bazı girişimlerde buldukları (kolaylaştırıcı eylemler) durumlarda

bu girişimlere müdahale edilmeye çalışılmıştır. Ancak, paralel davranışları kolaylaştıran bu eylemlere Sherman Yasası'nın 1 inci maddesi ile müdahale edebilmek için kolaylaştırıcı eylemleri gerçekleştirme konusunda teşebbüslerin anlaştıklarını ispatlamak gerekmektedir. Oysa, teşebbüslerin koordineli biçimde davranma konusunda anlaştıklarını ispatlamadaki zorluklar, koordineli biçimde davranmalarını kolaylaştıran eylemleri gerçekleştirme konusunda anlaştıklarını ispatlarken de yaşanmaktadır. Ayrıca, aralarında anlaşma olmaksızın teşebbüslerin tek taraflı olarak gerçekleştirdikleri bazı eylemler de pazarda paralel davranışların oluşmasını kolaylaştırabilmektedir. Dolayısıyla, kolaylaştırıcı eylemlere müdahale etme konusunda Sherman Yasası'nın 1 inci maddesinin etkin biçimde uygulanamaması üzerine, 1914 tarihli Federal Ticaret Komisyonu Kanunu'nun (FTC Kanunu) "rekabetin haksız uygulamaları"nı yasaklayan 5 inci maddesi uygulanmaya başlanmıştır. 5 inci maddenin uygulandığı ilk davalarda, aralarında anlaşma olmaksızın teşebbüsler tarafından tek taraflı olarak gerçekleştirilen kolaylaştırıcı eylemlerin bu madde kapsamında yasaklanabileceği yönünde bir yaklaşım ortaya konulmuştur. Ancak, bu yaklaşıma karşı önemli eleştirilerin gelmesi üzerine 1980'li yıllarda bu yaklaşım da terkedilmiş bulunmaktadır.

Tüm bu gelişmelerin ışığında, oligopolistik pazarlarda gözlenen bilinçli paralelliklerin tek başına Sherman Yasası'nın 1 inci maddesi kapsamında değerlendirilmesi mümkün görülmemektedir. Ancak, teşebbüslerin, paralel davranış içerisine girerek bu davranışı sürdürmelerini kolaylaştıracak bazı eylemleri gerçekleştirme konusunda anlaştıklarının tespit edilmesi durumunda, bu tür eylemlere Sherman Yasası'nın 1 inci maddesi ile müdahale etmek mümkündür⁷⁷. Anlaşma olmaksızın tek taraflı olarak gerçekleştirilen bazı eylemlerin oligopolistik paralellikleri kolaylaştırdığı tespit edildiği bir durumda ise, bu eylemler ancak, geçerli bir gerekçeleri olmadığının ya da rekabeti sınırlama amacı olduğunun tespit edilmesi halinde FTC Kanunu'nun 5 inci maddesi kapsamında değerlendirilip yasaklanabilecektir. Zira, oligopolistik paralellikleri kolaylaştırdığı ileri sürülen eylemler aynı zamanda teşebbüslerin piyasada faaliyetlerini sürdürmelerini ve rekabet etmelerini sağlayan araçlar olabilmektedirler.

5.2. AT UYGULAMASI

AT Antlaşması'nın 81 inci maddesinde yer alan "uyumlu eylem" in kavramsal çerçevesi İlk Derece Mahkemesi ve ATAD'ın kararları ışığında net bir biçimde çizilmiş bulunmaktadır. Buna göre, ilke olarak, paralel davranışları

⁷⁷ Örneğin, paralel davranış içerisinde olan teşebbüslerin bilgi değişimi ya da ileriye dönük olarak fiyat açıklama konusunda anlaşma yapmaları engellenebilir.

tek başına uyumlu eylem olarak değerlendirmek mümkün değildir. Ancak, ürünün, pazarın ve pazardaki teşebbüslerin özellikleri gözönünde bulundurulduğunda normal olmayan rekabet koşulları oluşmuşsa paralellik uyumlu eylemin önemli bir delili olabilmektedir. Başka bir ifadeyle, paralel davranışın tek mantıklı açıklaması uyumlu eylem olmadığı sürece, paralel davranış uyumlu eylem olarak değerlendirilemez. Paralel davranışların uyumlu eylem olarak değerlendirildiği bir davada ilgili teşebbüsler, paralelliğin uyumlu eylem dışında başka alternatif açıklamalarının olduğunu göstermek suretiyle sorumluluktan kurtulabileceklerdir. Uyumlu eylem iddiası ile karşı karşıya olan teşebbüslerin paralel davranışlara gerekçe olarak ileri sürdükleri alternatif açıklama genellikle, faaliyet gösterdikleri pazardaki oligopolistik bağımlılık olmaktadır. Teşebbüsler, pazarda karar alırken rakiplerinin davranışlarını gözönünde bulundurmaları neticesinde aralarında herhangi bir iletişim olmaksızın paralelliklerin oluştuğu şeklinde savunma yapmaktadırlar. İlk Derece Mahkemesi ve ATAD vermiş oldukları birçok kararda, “teşebbüslerin, rakiplerinin mevcut ya da gelecekteki davranışlarına akıllıca ayak uydurmaları uyumlu eylem değildir” demek suretiyle, oligopolistik pazarlarda gözlenen bilinçli paralellikleri uyumlu eylemin kapsamı dışında bırakmıştır. Dolayısıyla, “oligopolistik pazar” savunması karşısında, pazarda gözlenen paralellikleri uyumlu eylem olarak değerlendirebilmek için, ilgili pazarın bilinçli paralelliklerin oluşmasına müsait oligopolistik bir yapıda olmadığını göstermek gerekmektedir⁷⁸.

Oligopolistik pazarlarda gözlenen paralellikler tek başına uyumlu eylem olarak değerlendirilememesine rağmen, bu tür pazarlarda faaliyet gösteren teşebbüslerin birbirlerinin davranışlarını etkilemek veya kendi davranışı hakkında diğerlerine bilgi vermek amacıyla doğrudan ya da dolaylı bir iletişim içerisine girmelerinin ihlal sayılabileceği ifade edilmiştir. Dolayısıyla, geçerli hukuki ya da ekonomik gerekçeleri olmayan ileriye dönük fiyat açıklamaları ya da bilgi değişimi gibi dolaylı iletişim türleri, paralel davranışların uyumlu eylem olarak değerlendirilmesine yol açabilecektir.

Oligopolistik paralelliklerle mücadelede “uyumlu eylem”in etkili olamamasının ardından, bu tür pazarlarda faaliyet gösteren teşebbüslerin “birlikte hakim durum”da olabilecekleri hususu tartışılmaya başlanmıştır. Konunun ilk

⁷⁸ ATAD’ın Dyestuffs kararında yeterince analiz yapmadan paralel davranışları uyumlu eylem olarak değerlendirmesini eleştiren birçok yazar, buna rağmen, dyestuffs pazarının oligopolistik bağımlılığın oluşabileceği bir yapıda olmadığı ve dolayısıyla bu pazarda gözlenen paralelliklerin uyumlu eylem olarak değerlendirilmesinin yerinde olduğunu belirtmişlerdir. Wood Pulp kararında ise, Komisyon’un iddialarını dayandırdığı dökümanların ATAD tarafından dikkate alınmaması neticesinde, uyumlu eylemin delili olarak sadece paralel fiyat artışları kalmıştır. Daha sonra uzman raporlarına dayanılarak verilen kararda, oligopolistik pazar yapısının bu paralellikleri yeterince açıkladığı sonucuna varılarak, Komisyon’un kararı iptal edilmiştir.

ele alındığı kararlarda hem 82 nci maddenin uygulaması bakımından “birlikte hakim durumun kötüye kullanılması”, hem de Birleşmeler Tüzüğü bakımından “birlikte hakim durumun yaratılması” kavramları İlk Derece Mahkemesi ve ATAD tarafından reddedilmesine rağmen, daha sonraki kararlarda bu uygulamalar ilke olarak benimsenmiştir. Ancak, özellikle “birlikte hakim durumun kötüye kullanılması” konusunda şu ana kadar verilmiş olan az sayıdaki kararda, oligopolistik paralelliklerin 82 nci madde anlamında kötüye kullanma sayılıp sayılmayacağı hususunda açık bir içtihat oluşmuş değildir.

Birlikte hakim durumun kötüye kullanılmasına ilişkin İlk Derece Mahkemesi'nin SIV kararında, “prensipte olarak iki ya da daha fazla teşebbüsün, aralarındaki ekonomik bağlantılar sayesinde belirli bir pazarda diğer teşebbüsler karşısında birlikte hakim durumda olmalarına engel bulunmadığı” ifade edilmiş ve teşebbüsler arası anlaşmalar ve lisanslar ekonomik bağlantıya örnek olarak verilmiştir. Birlikte hakim durumun kötüye kullanılması konusunda özellikle deniz taşımacılığına ilişkin daha sonra verilmiş olan kararlarda, teşebbüslerin birlikte hakim durumda oldukları kanaatine varılmasını sağlayacak teşebbüsler arası anlaşmalar tespit edilmiş olması nedeniyle, bu kararlarda “ekonomik bağlantı” kavramına ilişkin yapılan yorumlar yeterince açıklayıcı olamamıştır. Bu kararlarda, teşebbüslerin birlikte hakim durumda olabilmeleri için, pazarda aynı davranışı sergilemelerini sağlayacak şekilde birbirleriyle bağlantılı olmaları gerektiği öngörülmüştür. Ancak, 82 nci madde kapsamında bugüne kadar verilen kararlarda, oligopolistik pazarlarda faaliyet gösteren teşebbüslerin birbirlerine olan bağımlılıklarının, teşebbüsleri birlikte hakim duruma getirebilecek nitelikte bir bağlantı olup olmadığı hususu netliğe kavuşturulmuş değildir.

Oligopolistik pazarlardaki zayıf ekonomik performansla mücadelenin bir başka yolu da, oligopolistik bağımlılık neticesinde paralel davranışların oluşmasına müsait pazar yapılarının birleşme ya da devralmalar vasıtasıyla oluşumunun engellenmesidir. Bu amaca yönelik olarak, Birleşmeler Tüzüğü'nün sadece tek bir teşebbüsün hakim duruma gelmesini değil, birden fazla teşebbüsün birlikte hakim duruma gelmelerini de yasakladığı yönünde bir yoruma gidilmiştir. Birleşme sonrasında pazarda kalan teşebbüslerin birlikte hakim durumda olup olmayacaklarını tespit edebilmek için, anlaşma ya da uyumlu eylem olmaksızın teşebbüslerin paralel davranış sergilemelerinin mümkün olup olamayacağı hususunun değerlendirilmesi gerekmektedir. Komisyon bu değerlendirmeyi yaparken, birleşme sonrasında teşebbüslerin pazar payı dağılımları, teşebbüslerin benzer özellikte olup olmadıkları ve pazarın birleşme öncesindeki performansı gibi birtakım faktörleri gözönünde bulundurmaktadır.

Birlikte hakim durum değerlendirmesi yaparken Komisyon bazı kararlarında, birleşme sonrasında pazarda kalan teşebbüslerin arasında yapısal

bağlantılar olduğuna işaret etmiştir. Bu durum birlikte hakim durum oluşabilmesi için teşebbüsler arasında yapısal bağlantıların gerekli olup olmadığı hususunda belirsizliğe neden olmasına rağmen, İlk Derece Mahkemesi Implats/LPD kararında bu konuya açıklık getirmiştir. Buna göre, birlikte hakim durum oluşabilmesi için SIV kararında öngörülen bağlantıların “yapısal” nitelikte olmasına gerek bulunmamakta, oligopolistik pazarlarda faaliyet gösteren teşebbüslerin birbirlerine olan bağımlılıkları teşebbüsleri birlikte hakim duruma getirebilmek için yeterli olabilmektedir. Birleşme sonrasında pazarda kalan teşebbüslerin birlikte hakim durumda olmaları için aralarında yapısal bağlantıların bulunma zorunluluğunun olmadığı yönündeki yaklaşım yerinde bir yaklaşımdır. Zira, oligopolistik paralelliklerin oluşmasına müsait pazar yapıları ancak bu şekilde önlenebilir.

BÖLÜM 6

TÜRK REKABET HUKUKU

Türk Rekabet Hukuku'nu oluşturan 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da (Kanun) ve ikincil mevzuatta oligopolistik pazarlara uygulanmak üzere düzenlenmiş özel hükümler bulunmamaktadır. Kanun'daki düzenlemeler ile mehz AT Hukuku'ndaki düzenlemeler arasında lafzi bakımdan bazı farklılıklar bulunmakla birlikte, AT Hukuku'nda oligopolistik pazarlara uygulanmakta olan araçların tamamı Türk Rekabet Hukuku'na ithal edilmiş bulunmaktadır.

Kanun'un, rekabeti sınırlama amacı ya da etkisi olan teşebbüsler arası koordineli davranışları yasaklayan 4 üncü maddesinde, AT Antlaşması'nın 81 inci maddesine paralel olarak, "anlaşma"nın yanısıra "uyumlu eylem" kavramına da yer verilmiştir. 4 üncü maddenin üç ve dördüncü bendlerinde yeralan hükümler esasen, Topluluk Rekabet Hukuku'ndaki uyumlu eylem uygulamasına ilişkin oluşmuş içtihatlerin bir yansımasıdır. Bu bendler şu şekilde düzenlenmişlerdir:

Bir anlaşmanın varlığının ispatlanamadığı durumlarda piyasadaki fiyat değişmelerinin veya arz ve talep dengesinin ya da teşebbüslerin faaliyet bölgelerinin, rekabetin engellendiği, bozulduğu veya kısıtlandığı pazarlardakine benzerlik göstermesi, teşebbüslerin uyumlu eylem içinde olduklarına karine teşkil eder.

Ekonomik ve rasyonel gerçeklere dayanmak koşuluyla taraflardan her biri uyumlu eylemde bulunmadığını ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilir.

Görüldüğü üzere, piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerin davranışlarının, uyumlu eylem iddiasına karine teşkil edebilmesi, Rekabet Kurulu'na (Kurul) önemli bir ispat kolaylığı tanımaktadır. Kanun'un 59 uncu maddesinde, uyumlu eylem karinesinin sağladığı ispat kolaylığından Özel Hukuk alanında zarar tazmini arayışında olan teşebbüslerin de yararlanabileceği belirtilmiş bulunmaktadır:

Zarar görenlerin, bir anlaşmanın varlığı ya da piyasada rekabetin bozulduğu izlenimi veren, özellikle piyasaların fiilen paylaşılması, uzun sayılabilecek bir süre piyasa

fiyatında gözlenen kararlılık, fiyatın piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerce birbirine yakın aralıklarla arttırıldığı gibi kanıtları yargı organlarına sunmaları halinde, teşebbüslerin uyumlu eylem içinde bulunmadıklarını ispatlama yükü davalılara geçer.

Kanun'da uyumlu eylem karinesinin öngörölmüş olması piyasalarda gözlenen her türlü paralel davranışların uyumlu eylem olarak değerlendirilebileceği anlamına da gelmemektedir. Esasen, Kanun'da öngörölen uyumlu eylem karinesi ile Topluluk uygulamasındaki "paralelliğin tek mantıklı açıklamasının uyumlu eylem olma zorunluluğu" yaklaşımı arasında büyük bir benzerlik bulunmaktadır. Her iki durumda da, uyumlu eylem iddiası ile karşı karşıya olan teşebbüsler, içerisinde buldukları paralelliklerin uyumlu eylem dışında başka bir gerekçesini göstermeleri halinde sorumluluktan kurtulabileceklerdir.

Kurul kararları incelendiğinde, oligopolistik pazarlardaki paralelliklerin Kanun'un 4 üncü maddesi bakımından ele alınış biçiminin Topluluk uygulamasına paralel olduğu ve oligopolistik paralelliklerin tek başına uyumlu eylem olarak değerlendirilmemesi gibi bir yaklaşımın benimsendiği görölmektedir⁷⁹.

Maya üreticilerinin fabrika çıkış fiyatlarında görölen paralellikler Kurul'un maya kararında⁸⁰ uyumlu eylem olarak değerlendirilmemiştir. Kurul'un bu sonuca varmasında, ilgili pazarın oligopolistik yapısından dolayı teşebbüslerin birbirlerini izlemelerinin kaçınılmaz olması, ilgili ürünün homojen olması, pazarda bilgi akışının kolay olması ve fabrika çıkış fiyatlarının belirlenmesi sürecinde yaşanan belirsizlikleri yok etmeye yönelik teşebbüsler arası bir iletişimin tespit edilememesi etkili olmuştur.

Uyumlu eylem kavramının tartışıldığı diğere bir karar da süt kararıdır⁸¹. Kararda, şişe sütü pazarında faaliyet gösteren teşebbüslerin maliyet yapılarının

⁷⁹ Kurul kararlarında Topluluk uygulamasına paralel olarak, oligopolistik pazarlarda gözlenen paralellikler tek başına uyumlu eylem olarak değerlendirilemeyeceği şeklinde bir yaklaşım ortaya konulmasına rağmen, bazı kavramların kullanımı bakımından farklılıklar bulunmaktadır. Kurul kararlarında "bilinçli paralellikler" in uyumlu eylem olarak değerlendirilebileceği ifade edilirken, Topluluk uygulamasında, bilinçli paralellik (conscious parallelism) ibaresi genellikle, oligopolistik pazarlarda ortaya çıkan ve uyumlu eylem olarak değerlendirilmeyen paralellikler için kullanılmaktadır. Böylece, uyumlu eylem olarak değerlendirilmeyen oligopolistik paralelliklerin bilinçsiz veya tesadüfi bir şekilde ortaya çıkan paralellikler olmadığı gerçeği vurgulanmış olmaktadır. Türk Rekabet Hukuku uygulamasında da "bilinçli paralellik" ibaresinin özellikle oligopolistik pazarlardaki paralellikleri işaret etmek amacıyla kullanılmasının yerinde olacağı düşünülmektedir. Zira, bilinçsiz ve tamamen tesadüfi bir şekilde ortaya çıkan paralelliklerin uyumlu eylem olarak değerlendirilmesi zaten mümkün olmadığı gibi, oligopolistik pazarlarda görölen paralelliklerin de teşebbüslerin bilinçli davranışları sonucu ortaya çıktığı bir gerçektir.

⁸⁰ Kurul karar no: 00-24/255-138, RG 24245, 29.11.2000.

⁸¹ Kurul karar no: 00-11/109-54, RG 24233, 17.11.2000.

benzer, ilgili ürünün homojen ve ilgili pazarın şeffaf olduğu belirtildikten sonra, teşebbüslerin fiyatlarında gözlenen paralelliklerin tek başına uyumlu eylem olarak değerlendirilemeyeceği sonucuna varılmıştır.

Kurul'un mobil telefon kararında⁸² ise, mobil telefon hizmeti pazarında faaliyet gösteren iki operatörün fiyatlarında paralellikler olmadığı belirtilmesine rağmen, pazarın oligopolistik bir yapıda olması nedeniyle teşebbüslerin birbirlerinin davranışlarını dikkate almak zorunda kaldıklarına işaret edilmiştir.

Kanun'un, teşebbüslerin hakim durumlarını kötüye kullanmalarını yasaklayan 6 ncı maddesinin genel yasaklayıcı nitelikte olan ilk bendi, mehz hukuktaki dengi olan AT Antlaşması'nın 82 nci maddesinden farklı bir biçimde düzenlenmiştir:

Bir veya birden fazla teşebbüsün ülkenin bütününde ya da bir bölümünde bir mal veya hizmet piyasasındaki hakim durumunu tek başına yahut başkaları ile yapacağı anlaşmalar ya da birlikte davranışlar ile kötüye kullanması hukuka aykırı ve yasaktır.

Kanun'un 6 ncı maddesine AT Antlaşması'nın 82 nci maddesinden farklı olarak, hakim durumun, "tek başına yahut başkaları ile yapılan anlaşmalar ya da birlikte davranışlar ile" kötüye kullanılmasının yasak olduğu ifade edilmiştir. Sanlı (1999, 256)'nın da belirttiği üzere, maddeye bu şekilde bir ilave yapılması, maddenin anlam ve uygulama kapsamı bakımından karışık bir hal almasına neden olmuştur⁸³. Buna rağmen, 6 ncı maddenin lafzı, tek bir teşebbüsün hakim durumunu kötüye kullanmasının yanısıra birden fazla teşebbüsün birlikte hakim durumlarını kötüye kullanmalarının da yasaklanabilmesini mümkün kılacak niteliktedir.

Birlikte hakim durumun kötüye kullanılması hususu, şu ana kadar ki Kurul kararlarından sadece birinde tartışılabilmiştir⁸⁴. Günlük gazete yayıncılığı piyasasında faaliyet gösteren teşebbüslerin yıkıcı fiyat uyguladıkları yönünde yapılan bir şikayet üzerine başlatılan incelemeler sonucunda, pazara yeni giren bir teşebbüsün (Star Grubu) fiyat indirmesi karşısında, pazarda birlikte hakim durumda bulunan diğer iki teşebbüsün de (Doğan ve Sabah Grupları) fiyatlarını düşürmelerinin kötüye kullanma olmadığı, aksine rekabetin gereği olduğu sonucuna varılmıştır. Doğan ve Sabah Gruplarının birlikte hakim durumda bulunmalarının gerekçesi olarak, oligopolistik pazarda faaliyet gösteren bu iki

⁸² Kurul karar no: 99-57/614-391, RG 24152, 26.08.2000.

⁸³ Maddede, birden fazla teşebbüsün tek başına hakim durumunu kötüye kullanmasından bahsedilmesini Sanlı (1999), anlamsal bozukluk olarak değerlendirmiştir. Daha da önemlisi, maddenin bu haliyle, koordineli davranışları yasaklayan 4 üncü madde ile genellikle tek taraflı eylemleri yasaklayan 6 ncı maddelerin uygulamaları bakımından karışıklıklara neden olabileceğini belirtmiştir.

⁸⁴ Kurul karar no: 99-56/599-381, RG 24145, 19.08.2000.

grubun stratejik kararlar alırken birbirlerinin tepkilerini gözönünde bulundurmak zorunda olmaları gösterilmiştir.

Kanun'un 7 nci maddesinde açıkça, bir ya da birden fazla teşebbüsün hakim durum yaratmaya ya da hakim durumlarını güçlendirmeye yönelik birleşme ve devralmaları yasaklanmaktadır. Dolayısıyla, teşebbüsleri birlikte hakim duruma getirerek paralel davranış sergilemelerini sağlayabilecek nitelikteki birleşme ve devralmaları bu madde vasıtasıyla engellemek mümkündür.

SONUÇ

Yukarıda yapılan açıklamalardan da görüleceği üzere, oligopolistik pazarlarda oluşan paralel davranışların değerlendiriliş biçimleri ABD’de ve AT’de büyük bir benzerlik göstermektedir. Oligopolistik bağımlılıktan kaynaklanan paralel davranışlar, her iki sistemde de tek başına ihlal olarak görülmemektedir. Türk Rekabet Hukuku’nun geçen dönem içerisindeki uygulamaları incelendiğinde, bu yaklaşımın esas olarak Rekabet Kurulu tarafından da benimsendiğini ifade etmek mümkündür.

Oligopolistik paralelliklerin birlikte hakim durumun kötüye kullanılması olarak değerlendirilebileceği yönünde görüşler ortaya atılmasına rağmen, bu tür pazarlarda faaliyet gösteren teşebbüslerin birbirlerine olan bağımlılıklarının, birlikte hakim durum için gerekli olan “ekonomik bağlantı” şartını sağlayıp sağlamadığı hususu 82 nci madde kapsamında bugüne kadar verilmiş olan kararlarda açıklığa kavuşturulmuş değildir. Ancak, Birleşmeler Tüzüğü’ne ilişkin bir karar olmasına rağmen, Implats/LPD kararında, 82 nci madde uygulamasına ilişkin SIV kararına doğrudan atıf yapılmış ve oligopolistik bağımlılığın teşebbüsleri birlikte hakim duruma getirebileceği yönündeki yaklaşımın, hem Birleşmeler Tüzüğü bakımından hem de 82 nci maddedeki “birlikte hakim durumun kötüye kullanılması” bakımından geçerli olduğu belirtilmiştir. İlk Derece Mahkemesi’nin oldukça radikal sayılabilecek bu yeni yaklaşımı uygulamada bazı sakıncaları beraberinde getirebilecek niteliktedir.

Oligopolistik bağımlılığın 82 nci maddenin uygulanması bakımından gerekli bağlantı şartını sağlayabileceği yönündeki bu yaklaşımın sakıncalarını görebilmek için, oligopolistik paralelliklerin 81 inci madde bakımından nasıl değerlendirildiği hususuna tekrar dönmek gerekmektedir. Teşebbüslerin pazardaki diğer teşebbüslerin davranışlarını takip ederek, kendilerini rakiplerinin mevcut ya da gelecekteki davranışlarına akıllıca ayak uydurmalarının uyumlu eylem olmadığı konusunda AT Rekabet Hukuku’nda yerleşik bir içtihat oluşmuş bulunmaktadır. Oligopolistik bağımlılık nedeniyle oluşan paralelliklerin 81 inci madde kapsamında ihlal olarak değerlendirilmediği böyle bir ortamda, aynı

davranışların 82 nci madde kapsamında birlikte hakim durumu kötüye kullanma olarak değerlendirilmesi büyük bir hukuki belirsizlik yaratacaktır. Daha önce de ifade edildiği üzere, pazarda görülen paralelliklerin uyumlu eylemden kaynaklanmadığını açıklama çabası içerisinde olan teşebbüsler, genellikle, bu paralelliklerin oligopolistik bağımlılıktan kaynaklandığını göstermeye yönelik olarak savunma yapmaktadırlar. Implats/LPD kararındaki bu yeni yaklaşım ile birlikte, teşebbüslerin 81 inci madde kapsamında ihlal iddiasından kurtulabilmek için ortaya koydukları “oligopolistik bağımlılık” savunması, teşebbüsleri 82 nci madde kapsamında “birlikte hakim durumun kötüye kullanılması” ihlaline doğru sürükleyecektir.

Esasen, oligopolistik paralelliklerin 81 inci madde aracılığı ile kontrol edilemeyeceği yönünde bir yaklaşım ortaya konulduktan sonra, sözkonusu paralelliklere müdahale edebilmek için bu sefer de 82 nci maddeyi uygulama çabalarının yerinde olmadığını belirtmek gerekmektedir. Zira, “uyumlu eylem” kavramının ne kadar geniş yorumlandığına bağlı olarak, 81 inci maddenin lafzı teşebbüslerin gerçekleştirebilecekleri her türlü paralel davranışları yasaklamaya müsaittir. İlk Derece Mahkemesi ve ATAD, oligopolistik paralelliklerin uyumlu eylem olarak değerlendirilemeyeceğini açıkça belirtmiş bulunmaktadır. Dolayısıyla, oligopolistik paralelliklerin “yasaklayıcı ve cezalandırıcı” bir yaklaşımla ele alınamayacağı yönünde bir tutum ortaya konulduktan sonra, bu tür paralelliklere 82 nci maddenin uygulanmaya çalışılması şu an için sadece belirsizliklerin artmasına neden olmaktadır. Şayet, oligopolistik paralellikler ihlal olarak değerlendirilip cezalandırılmak isteniyorsa bunun için en uygun araç, 81 nci maddedeki “uyumlu eylem” olacaktır.

Oligopolistik bağımlılık neticesinde teşebbüsler arasında oluşan, ancak uyumlu eylem olarak nitelendirilemeyen paralel davranışların “birlikte hakim durumun kötüye kullanılması” kavramı çerçevesinde engellenmeye çalışılmasının AT Rekabet Hukuku’nda yaratacağı sakıncaların tamamı, Türk Rekabet Hukuku bakımından da geçerlidir. Oligopolistik pazarlarda gözlenen paralellikler engellenmek isteniyorsa, 6 ncı maddenin uygulanmasına gerek bulunmamaktadır. 4 üncü maddenin lafzı, istenildiği takdirde, teşebbüslerin davranışlarındaki her türlü paralelliği engelleyebilecek mahiyettedir. Ancak, aralarında herhangi bir iletişim olmaksızın teşebbüslerin tamamen birbirlerinin davranışlarını izleyerek gerçekleştirdikleri paralel davranışların ne 4 üncü madde ne de 6 ncı madde ile engellenmemesi yerinde bir yaklaşım olacaktır. Zira, teşebbüslerin pazarda stratejik kararlar alırken, rakiplerinin davranışlarını ve muhtemel tepkilerini gözönünde bulundurmalarının engellenmesi, teşebbüslerden rasyonel davranmamalarını istemek anlamına gelecektir.

Oligopolistik bağımlılık sonucu oluşan paralelliklere müdahale edilmemesi gerekmele birlikte, bu tür pazarlarda faaliyet gösteren teşebbüslerin

eylemleri yakından takip edilmelidir. Zira, teŖebbüslerin oligopolistik paralellikleri kolaylaŖtırmaya yönelik olarak birbirlerine olan bağımlılıklarını arttırmak amacıyla doğrudan ya da dolaylı iletişim içerisine girmeleri, pazarda gözlenen paralel davranışları uyumlu eyleme çevirmek için yeterlidir. Dolayısıyla, teŖebbüslerin, pazarda birbirlerini kontrol edebilmelerini sağılayan ve özellikle geçerli ekonomik ya da hukuki gerekçesi olmayan faaliyetlerini engellemek, oligopolistik pazarlarla mücadele etmenin etkin bir yolu olacaktır.

Oligopolistik paralelliklerin görülmesi muhtemel pazar yapılarının oluşumunun baştan engellenmesi de oligopolistik pazarlarla etkin mücadelenin bir başka yolu olabilir. TeŖebbüslerin özellikle fiyat konusunda gerçekleştirdikleri paralel davranışların ihlal olup olmadığını değerlendirirken, Türkiye’de yaşanan yüksek enflasyon gerçeğinin de gözönünde bulundurulması gerekmektedir. Dolayısıyla, oligopolistik pazarlara rekabet kurallarının uygulanması sırasında, “teŖebbüslerin birbirlerine olan bağımlılıkları neticesinde oluşan paralellikleri cezalandıran ve yasaklayan” bir yaklaşımdan ziyade “bu tür paralelliklerin oluşmasına müsait pazar yapılarının oluşmasını önleyen” bir yaklaşımın benimsenmesi yerinde olacaktır. Bu da ancak, birden fazla teŖebbüsün birlikte hakim duruma gelmelerine ya da hakim durumlarını güçlendirmelerine yol açan birleşme ya da devralmaları engellenmeye yönelik olarak Kanun’un 7 nci maddesinin etkin bir biçimde uygulanmasıyla mümkün olabilecektir.

ABSTRACT

Because of the fact that there are few sellers in oligopolistic markets, each undertaking is aware of the fact that its market strategy is dependent on the market strategy of its competitors. In other words, oligopolists are conscious that their actions will affect competitors in the market and cause responses. This interdependence among oligopolists can, in certain circumstances, result in parallel behaviors and supracompetitive prices even in the absence of an illegal agreement.

Generally speaking, mere “oligopolistic parallelism” is not enough to infer a collusion in both US and EC case law. In the US, to infer an agreement which fall under Section 1 of Sherman Act, plaintiffs must prove the existence of some “plus factors” in addition to parallel behaviour. As for EC, the Commission relied on a broad definition of “concerted practices” to prevent parallel conducts in the oligopolistic markets. But Court ruled that “economic operators have the right to adapt themselves intelligently to the existing and anticipated conduct of their competitors”. So the use of Article 81 to prohibit oligopolistic parallelism seems to be limited.

Article 82 has been also applied to control oligopolies to two or more undertakings. The Court required “economic links” between undertakings to apply the notion of “abuse of collective dominant position”. In the light of very few Article 82 cases, it seemed that oligopolistic behaviours could not be controlled by means of this Article either. However Court, in its recent Gencor judgment, stated that oligopolistic interdependence could constitute an economic link, which can leads to control oligopolies under Article 82.

Considering oligopolistic parallelism as an abuse of collective dominance may cause legal uncertainties. By stating in its case law under Article 81 that all undertakings, and of course oligopolists, had the right to adapt themselves intelligently to the competitors, the Court explicitly ruled that oligopolistic parallelism could not be an infringement. If the the same behaviour is condemned under Article 82, this approach will be in complete contradiction to Court’s approach taken under Article 81.

Another way of controlling oligopolies is preventing of forming market structures in which undertakings perform in a parallel manner. This can be achieved by means of strict merger control.

KAYNAKÇA

ALESE, F. (1999), "The Economic Theory of Non-Collusive Oligopoly and the Concept of Concerted Practice Under Article 81", *E.C.L.R.*, s.379-383

ANTUNES L. (1991), "Agreements and Concerted Practices Under EEC Competition Law: Is the Distinction Relevant?", *Yearbook of European Law*, 11, s.57-77

AREEDA P. ve L.KAPLOW (1997), *Antitrust Analysis Problems, Text, Cases*, Aspen Law&Business, New York

BAKER J. (1993), "Two Sherman Act Section 1 Dilemmas: Parallel Pricing, the Oligopoly problem, and Contemporary Economic Theory", *The Antitrust Bulletin*, Spring, s.143-219

BERASATEGI, J. (1997), "Competition Policy and Oligopolies: A Critic on Collective Dominance", (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), College of Europe, Bruges

BISHOP S. (1999), "Power and Responsibility: The ECJ's Kali-Salz Judgment", *E.C.L.R.*, s.37-39

BISHOP W. ve J.VENIT (1999), *Recent EC Merger Cases*, IBC EC Competition Law Conference, London

BRIONES J. (1995), "Oligopolistik Dominance: Is There a Common Approach in Different Jurisdiction? A Review of Decisions Adopted by the Commission under the Merger Regulation", *E.C.L.R.*, s.334-347

FLINT D. (1978), "Abuse of Collective Dominant Position", *Legal Issues of European Integration*, 2, s.21-80

GERVEN, G. ve E. VARONA (1994), "The Wood Pulp Case and The Future of Concerted Practices", *Common Market Law Review*, No: 31, s. 575-608

HAWK B. ve H.HUSER (1996), *European Community Merger Control: A Practitioner's Guide*, Kluwer Law International, Hague

HAY G. (2000), "The Meaning of 'Agreement' Under the Sherman Act: Thoughts from the 'Facilitating Practices' Experience", *Review of Industrial Organization*, No:16, s.113-129

HORGAN, G. (1993), "Joint Dominance: The Commission's Approach to the Control of Oligopolistic Markets", (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), College of Europe, Bruges

HOWENKAMP H. (1999), *Federal Antitrust Policy The Law of Competition and Its Practice*, West Group, Minn

KANTZENBACH E., E.KOTTMANN ve R.KRUGER (1995), "New Industrial Economics and Experiences from European Merger Control-New Lessons About Collective Dominance?", *European Commission*

KORAH V. (1999), "Gencor v. Commission: Collective Dominance", *E.C.L.R.*, s.337-341

KORAH V. (1997), *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice*, Sixth Edition, Northwestern University Press, Oxford

KOVACIC W. (1993), "The Identification and Proof of Horizontal Agreements Under the Antitrust Laws", *The Antitrust Bulletin*, Spring, s.5-81

MONTI, G. (1996), "Oligopoly: Conspiracy? Joint Monopoly? Or Enforceable Competition?", *World Competition Law and Economics Review*, Vol:19, No:3, s.59-102

MORGAN E. (1996), "The Treatment of Oligopoly Under the European Merger Control Regulation", *The Antitrust Bulletin*, Spring, s.203-246

OECD Roundtable Report - Oligopoly, DAFFE/CLP(99)25

ÖZ G. (1997), "Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukuku'nda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması"(Ankara Üniversitesi, Yüksek Lisans Tezi), Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi No:4

POSNER R. (1976), *Antitrust Law An Economic Perspective*, The University of Chicago Press, London

RIDYARD D. (1994), "Economic Analysis of Single Firm and Oligopolistic Dominance Under the European Merger Regulation", *E.C.L.R.*, s.255-262

RODGER B. (1995), "Oligopolistic Market Failure: Collective Dominance versus Complex Monopoly", *E.C.L.R.*, s.21-29

RODGER B. (1994), "Market Integration and The Development of European Competition Policy to Meet New Demands: A Study of the Control of Oligopolistic Markets and the Concept of a Collective Dominant Position Under 86 of the EC Treaty", *Legal Issues of European Integration*, 2, s.1-26

ROOS D. (1994), *Article 86 EEC: A Definition of the Concept of Joint Dominant Positions in the Air Transport Sector*, Stockholm University, Stockholm

SANLI K.C. (1999), "Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun'da Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği"(Marmara Üniversitesi, Yüksek Lisans Tezi), Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi No:3

SCHERER F.M. ve ROSS D. (1990), *Industrial Market Structure and Economic Performance*, Third Edition, Houghton Mifflin Company

SCHÖDERMEIER, M. (1990), "Collective Dominance Revisited: An Analysis of the EC Commission's New Concept of Oligopoly Control", *E.C.L.R.*, s.28-34

SOAMES T. (1996), "An Analysis of the Principles of Concerted Practice and Collective Dominance: A Distinction Without a Difference?", *E.C.L.R.*, s.24-39

STEVENS, D. (1995), "Covert Collusion and Conscious Parallelism in Oligopolistic Markets: A Comparison of E.C. and U.S. Competition Law", *Yearbook of European Law*, 15, s.47-78

STROUX S. (2000), "Is EC Oligopoly Control Outgrowing Its Infancy?", *World Competition Law and Economics Review*, Vol:23, No:1, s.3-49

SULLIVAN E.T. (1998), *Understanding Antitrust and Its Economic Implications*, Matthew Bender, New York

TEKDEMİR Y. (1999), "The Principle of Collective Dominance Under EC Competition Law: A New Approach to the Problem of

Oligopoly”(Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), The London School of Economics and Political Science, London

TILLOTSON J. ve A.MACCULLOCH (1997), “EC Competition Rules, Collective Dominance and Maritime Transport”, *World Competition Law and Economics Review*, Vol:21, No:1, s.51-69

TURNER D. (1962), “The Definition of Agreement Under The Sherman Act: Conscious Parallelism and Refusals to Deal”, *Harvard Law Review*, Vol:75, s.655,706

VENIT J. (1998), “Two Steps Forward and No Step Back: Economic Analysis and Oligopolistic Dominance After Kali&Salz”, *Common Market Law Review*, No:35, s.1101-1134

WINCKLER A. ve M.HANSEN (1993), “Collective Dominance Under the EC Merger Control Regulation”, *Common Market Law Review*, 30, s.787-828

WHISH R. ve B.SUFRIN (1993), *Competition Law*, Third Edition, Butterworths, London

WHISH R. ve B.SUFRIN (1992), “Oligopolistik Markets and EC Competition Law”, *Yearbook of European Law*, 12, s.59-83

YSEWYN J. ve C.CAFFARRA (1998), “Two’s Company: Three’s a Crowd: The Future of Collective Dominance After the Kali&Salz Judgment”, *E.C.L.R.*, s.468-471

ABD Mahkeme Kararları

“United States – Trans-Missouri Freight Association, 166 U.S. 290 (1897)

“Sugar Institute – United States, 297 U.S. 553 (1936).

“Interstate Circuit – United States, 306 U.S. 208 (1939)

“American Tobacco Co. – United States, 328, U.S. 781 (1946)

“FTC – Cement Institute, 333 U.S. 683 (1948)

“Triangle Conduit and Cable Co. – FTC, 168 F.2d 175 (1948)

“Theatre Enterprises – Paramount Film Distributing Corp., 346 U.S. 537 (1954)

“Continental Ore Co. – United Carbide Co., 370 U.S. 690 (1962)

“United States – Container Corp. of America, 393 U.S. 333 (1969)

“Boise Cascade Corp. – FTC, 637 F.2d 573 (1980)

“Catalano Inc. – Target Sales Inc., 446 U.S. 643 (1980)

- “Monsanto Co. – Spray-Rite Service Co., 465 U.S. 752, 763 (1984)
“Du Punt de Nemours & Co – FTC, 729 F.2d 128, (1984)
“Matsushita Electric Industrial Co. – Zenith Radio Corp., 475 U.S. 574 (1986)
“Eastman Kodak Co. – Image Technical, 504 U.S. 451 (1992)

ATAD ve İlk Derece Mahkemesi Kararları

- “Case 48/69, ICI – Komisyon ‘Dyestuffs’, (1972) ECR 619
“Case 6/72, Continental Can – Komisyon, (1973) ECR 215.
“Joined Cases 6&7/73, Commercial Solvents – Komisyon, (1974) ECR 223
“Joined Cases 40/73, Suiker Unie – Komisyon, (1975) ECR 1663
“Case 85/76, Hoffman La Roche – Komisyon, (1979) ECR 461
“Case 172/80, Zuchner – Bayerische Vereinsbank, (1981) ECR 2021
“Case 30/87, Bodson – Pompes Funebres SA (1988) ECR 2479.
“Case 66/86, Ahmed Saeed – Zentrale zur Bekämpfung, (1989) ECR 803
“Case T-51/89, Tetra Pak – Komisyon, (1990) ECR II-309
“Joined Cases T-68/89, Societa Italiano Vetro (SIV), Fabbrica Pisana SpA ve PPG Vernante Pennitalia SpA – Komisyon ‘Italian Flat Glass’, (1992) 5 CMLR 302
“Joined Cases C-89/95, A Ahlstrom OY – Komisyon ‘Wood Pulp II’, (1993) 4 CMLR 407
“Case C-393/92, Almelo – NV Energiebedrijf Ijsselmij, (1994) I-1477
“Joined Cases T-24, 26 ve 28/93, Compagnie Maritime Belge – Komisyon, (1996) ECR II-1201
“Joined Cases C-68/94 ve 30/95, France – Komisyon ‘K&S/MdK’, (1998) ECR I-1375
“Case T-102/96, Gencor – Komisyon, (1999) ECR II-0753
“Joined Cases C-395 ve 396/96P, Compagnie Maritime Belge ve Dafra Lines – Komisyon, (2000) ECR I-1365

AT Komisyon Kararları

- “Wood Pulp II 85/202/EEC, (1985) OJ L85/1
“Italian Flat Glass 89/93/EEC, (1989) OJ L33/44
“French West African Shipowners’s Committees, 92/262/EEC, (1992) OJ L134/1
“Alcatel/AEG Kabel Case IV/M 165, (1992) OJ C6/23
“Nestle/Perrier Case IV/M 190, (1992) OJ L 356/1
“Thorn EMI/Virgin Music Case IV/M 202, (1992) OJ C120
“Cewal 93/82/EEC, (1993) OJ L34/20
“K&S/MdK/Treuhand Case IV/M 308, (1994) OJ L186/38
“Mannesmann/Vallourec/Ilva Case IV/M 315, (1994) OJ L102/15
“Knorr-Bremse/Allied Signal Case IV/M 337, (1993) OJ C298
“Rhone-Poulenc/SNIA II Case IV/M 355

“Pilkington-Techint/SIV Case IV/M 358, (1994) OJ L158/24
“Unilever France/Ortiz-Miko II Case IV/M 422, (1994) OJ C109
“Implats/LPD ‘Gencor/Lonhro’ Case IV/M 619, (1997) OJ L11/30
“Bosh/Allied Signal Case IV/M 726
“Airtours/First Choice Case IV/M 1524, (2000) OJ L093/1

Rekabet Kurulu Kararları

“Gazete kararı, 99-56/599-381, RG 24145, 19.08.2000
“Mobil telefon kararı, 99-57/614-391, RG 24152, 26.08.2000
“Süt kararı, 00-11/109-54, RG 24233, 17.11.2000
“Maya kararı, 00-24/255-138, RG 24245, 29.11.2000